

フランス法における一般的表見理論

との関係における表見委任制度(一)

——表見委任の法的根拠を中心として——

Le mandat apparent dans ses rapports avec la théorie générale de l'apparence en Droit Français

—— Le fondement de la théorie du mandat apparent ——

西^{にし}山^{やま}井^せ依^い子^こ

目次

- はしがき
- (一) 一般的表見理論 La théorie générale de l'apparence の発展
- (二) 一般的表見理論と表見委任 Le mandat apparent の関係
- (三) 表見理論の法的根拠 Le fondement de la théorie de l'apparence
 - (A) la faute (過責ある違法な行為・容態) (以上本号)
 - (B) la maxime : 《Error communis facti ius》(法諺「世間共通の錯誤は権利を創造する」)
- (四) Error communis (世間共通の錯誤) から l'erreur légitime (正当な錯誤) へ
- あとがき

論

一、本稿は、一般的表見理論の一環としてのフランスの表見代理制度を、その法的根拠を中心に考察したものである。フランスの表見代理に関しては、すでに、浜上則雄教授の論説がある⁽¹⁾。同教授は、主に M. Jacques Léauté と P. Lescot の論文を基にしてフランスの表見代理理論を展開され、「フランスの判例および通説は、……表見本人の責任を、不法行為責任の一つの場合と考え……表見代理を、一三八二条の一般的不法行為と使用者責任との二つの立場から規律することによって、理論的にも実際のにも大体妥当な結果がえられているように思われる」と述べておられる。そして、結論として、「この不法行為説は、わが国の表見代理の解釈理論として、理論的な面でも実際のな面でも、また歴史的な事情からも、その正当性をもつものと思われる⁽⁴⁾」と述べておられる。そして、歴史的な事情として、民法起草委員の一人であった「梅博士が、その『民法要義』巻一総則篇二四三頁で、一〇九条に関して……述べられていることをみれば、条文をフランスの表見代理の理論に従って解釈し、民法一〇九条の表見代理は本人の不法行為責任であり、損害賠償の方法として履行責任を特別負わしているものであると理解されていたと解するのが妥当であると思われる。……一一〇条は、フランス民法一九九八条に由来するものであり、フランスの表見代理の理論に流れを汲むものといえる（乾教授はドイツ旧商法四三条の影響を受けているもののごとく思われるといわれるが（私法二六号七頁 私には参照の程度と考えられる）。最後に一二二条の代理権消滅後の表見代理については、諸外国にもその例がたいへん多いが、フランス民法二〇〇五条、二〇〇八条が参照されたことは疑問の余地がない⁽⁵⁾」とされている。そして、「わが民法の表見代理の理論は従来一一〇条の規定を中心にして形成せられてきたといっても過言でないが、こ

の一〇条の規定の立法に決定的影響を与えたフランスの表見代理の理論に、これまで全くといってよい程考慮がは
 らわれなかったことは、ドイツ法学に大きく傾斜したわが国のこれまでの代理理論の一般的傾向の一つといえるに
 しても、あまりにも奇異な感じがする。⁽⁶⁾と云っておられる。

ところで、同教授の言われるように、フランスの表見代理の理論が、日本の表見代理規定の立法に少なからず影響
 を与えたとしても、それによって、ただちに、フランスの法理論の我が国への直輸入が正当化されるものとは思わ
 ない。フランスにおいて、そのような法理論が成立するに至った事情ないし背景を考察することなしに、ただできあ
 がった理論だけを取り入れることは、非常に危険なことだと思われるからである。

確かに、同教授が述べておられるように、フランスの多くの判例、学説は、かつて、表見代理をフランス民法典一
 三八二条の一般的不法行為と同一三八四条五項の使用責任に基礎付けようとした。しかし、一九六二年二月一三
 日の破毀院民事連合部判決⁽⁷⁾が、「表見委任者は、非難され得る une faute が無くとも、受任者の権限の範囲について
 の第三者の信頼が正当であるならば、表見委任を根拠に拘束され得る。」と判決して以来、浜上教授の反対意見⁽⁸⁾にも
 かかわらず、従来の判例は変更されたのであり、もはや、表見代理は、判例、学説上、不法行為責任に基礎付けされ
 なくなつたのである。それというのも、表見代理を含めて一般的表見理論が不法行為責任に基礎付けされたのは理論
 的、実際の、また歴史的妥当性からではなく、それは法律の条文に規定されていない新たな取引上の問題を解決する
 において、その解決を正当化するための根拠付けにすぎなかったからである。この点に関して、Jean-Ch. Laurent
 は次のように述べている。「法律を適用する職務にあり、法律を遵守する義務を負つた裁判所が、それにもかかわら
 ず、法律と関係なしに、又しばしば法律に反して判決するように導かれ、にもかかわらずとにかく、憲法上あるいは

説

論

政治上重大な批判を捲き起していない。現代社会の分析は、実際、一方において、絶えず増大する安全性の要求、他方において、人が契約の相手方を正確に調べるのに出くわすいや増す困難を、裁判所に鮮明に示した。全ての判決の基礎にあるこれらの目的観念から出発しながら、裁判所は、全くその判決の真の判決理由と無関係のままであるが、それにもかかわらず、その判決を法律の条文に結びつけるのを可能ならしめるところの非常に狡猾な技巧によって、それらの目的観念に仮面をつけ、よってそれらの目的観念を実効あらしめたのである。⁽⁹⁾と。そこで、「これらの方法によっては満足な解決が得られなくなったとき、裁判所は、ローマ法あるいは(フランス)旧法から我々に伝わった法諺 *maximes* や法規 *brocards* に訴える」という他の方法を用いたのである。⁽¹⁰⁾そこには、法制定機関でない裁判官は何らかの法に基いて裁判しなければならぬという、モンテスキュー *Montesquieu* (1689~1755) 以来の三権分立思想⁽¹¹⁾、および、フランス革命を経験し、世界三大法典の一つであるナポレオン法典を有すフランス国民の間における法の重さというような、フランス国特有の思想的社会的背景があると思われる。

二、いずれにしても、浜上教授が前掲の「表見代理不法行為説」を出されて以来、十数年経過した。その間にフランスでは新しい判例が次々と出た。それらをふまえた上で、もう一度フランス表見代理法を見直してみる必要があると思われる。その場合、本論で詳述するように *M. Jacques Léauté* の反対意見もあるが、一般的表見理論の一環として発展したと解される表見代理を、それだけ取り出して論じることがフランスの一般の大勢にも反することになるので、一般的表見理論とのかかわり合いの中で、表見代理法の発展を考察した。そして、本稿では、先ず、フランスの諸学者が分析、総合したものをできるだけ客観的に考察し、それに基づいて理論を展開して行った。無数に存在する判例の具体的検討は、資料の形で別の稿で紹介することにした。従って、それも参照していただければ幸いである。

- (1) 浜上則雄・「表見代理不法行為説」・阪大法学・五九卷六〇号・一九六六年・六六頁以下。なお、私法・二六号・四三頁以下参照。
- (2) M. Jacques Léauté, *Le mandat apparent dans ses rapports avec la théorie générale de l'apparence*, *Revue trim. dr. civil*, 1947, p. 288; P. Lescot, *Le mandat apparent*, *J. C. P.*, 1964, 1826.
- (3) 浜上・前掲・七五頁、七八頁。
- (4) 同・一〇四頁。
- (5) 同・六八一―七〇頁。
- (6) 同・七〇頁。
- (7) *Ass. plén. civ.*, 13 décembre 1962, *D.* 1963, 277 note Calais-Auloy; *J. C. P.*, 1963, 11, 13105, note Esmein; *Rev. trim. dr. civ.*, 1963, 572, observ. Cornu; *Rev. trim. dr. com.*, 1963, 333, n°5, observ. Houin.
- (8) 浜上教授は次のように言われている。「この破棄院の判決は、実際の要求に考慮を払って行われるべきであり、この点から若干の学者によって賛成を呼ぶところ (Esmein, note *J. C. P.* 1963, 11, 13105; Houin, obs. *Rev. trim. dr. com.* 1963, p. 333; Calais-Auloy, note *D.* 1963) しかしてこの判決が現行の法律の下で法律学上正当であるかどうか、という問題が残る。……実際にこの……判決は、取引上の要求を無視したという非難から逃れるために、若干表見代理の理論に無理を強いて、将来の立法的解決によるべきものを敢えてなそうとしてくるものであるとの理解が当を得ているものと思われる (P. Lescot, op. cit., n°19)。……立法的な解決をすることは、破棄院の権限に属しないので、破棄院は少くとも第三者の代理権の存在についての信頼が正当なものであるときには、……第三者をして、会社の代理人の権限を調査することを免除するという折衷的解決をしたものと解するのが妥当である (P. Lescot, op. cit., n°19)。したがってこの判例をもって、フランスの判例が、表見代理を不法行為とみる見解を否定したと断定するのは、『表見本人に非難されるべき「過失」がない場合にすら表見代理が成立する』という判例の表現にもかかわらず、なお早計であると思われる。また判例が一三八二条を適用しているのか一三八四条五項を適用しているのか不明であることその他のような理論を正当づける (G. Cornu, *Rev. trim. dr. civ.*, 1963, p. 53. は、使用者責任を認めたものと理解している)。判例が表見代理を使用者責任によって認めているときは、会社の「過失」は推定されるため表面に現われないからである。」(浜上・前掲・九一―九二頁) 但し、P. Lescot, op. cit., n°15. は「しかし、近頃判例は思い切った一大決断をした。第三者に訴訟を許すために、今度は民法典一三八二条およびそれに続く条文(一三八三条、一三八四条五項)にも、商法典二二条にも同様に拠点を見出すことができないう破毀院は、『委任者は、彼

に非難され得る *une faute* が無くとも、表見委任 *un mandat apparent* を根拠に拘束され得る (Ass. plén. civ., 13 déc. 1962, précité.) という原則 *le principe* を確立することをためらわなかった」と言っており、むしろ P. Lescot は「本判例をもって、フラン判例は表見委任を不法行為とみる見解を捨てたものと解しているのである。ただ「しかし、表見 *l'apparence* も衡平 *l'équité* 同様、それ自体では債務の源 *une source d'obligation* とはならないし、又それがそのようなものとして承認されるのも望ましくない。……破毀院連合部は、我々からすれば、将来の (立法的) 解決であるものを確立した。……」く近い中に、本問題について立法的解決がなされることは是非必要である。(P. Lescot, op. cit., n°18, 19.) と言っているにすぎないのである。又 G. Cornu も、決して、浜上教授が () 内で言われているように、同判例が使用者責任を認めたものとは理解しておらず、G. Cornu は次のように述べているのである。「同判例が第三者に委任者の *une faute* を立証することしか免除していないということから、委任者の責任が、一三八四条五項に基く受任者の使用者としてではあるが、なお不法行為上のものであると主張したい気持になるだろう。……しかしながら、破毀院民事連合部は、使用者、被使用者の関係を言外でさえも認めていない。」(Ibid.) つまり、G. Cornu は、同判例が使用者責任を認めたものと理解したい気にそえられるが、判例は使用者責任を言外にもほのめかしていない、と言っているのである。

又、浜上教授は、次のようにも言っておられる。「一九六二年二月一三日の民事連合部の判決について、Gérard Cornu は、外観そのものが、債務の独立した発生原因として、第三者に対する本人の責任の根拠となりうることを示したものと理解する (Rev. trim. dr. civ. 1963, p. 572)。……G. Cornu の主張するように、外観そのものが、表見代理の根拠となり得るであろうか。外観そのものを債務の独立した発生原因とみる考え方は、非常な危険なものといえるであろう。外観は、法生活のあらゆる分野に存在するものであるからである。このような考え方は、結局は表見代理を第三者の単なる善意保護の制度とみることになると思うが、それは、第三者の相手方たる代理人は、人間であることを忘れていものである。代理人たる人間によって引き起された第三者の善意を過失のない限りすべて保護することになれば、代理制度はいかに危険な制度となるかは明らかであろう。われわれの便利のために作り出された制度が、限らない危険を伴う不便な制度となつて、それを利用してものは殆んどないことにならう。このようにして、表見代理の成立には本人が過失を要するとする判例の伝統的立場は、なお遵守されているものと理解してよからう。」(浜上・前掲・九九—一〇〇頁) 但し、ここでも G. Cornu, *ibid.* は、決して、浜上教授が言われるように、同判決が外観そのものが債務の独立した発生原因として本人の責任の根拠となりうることを示したものと、理解していない。G. Cornu は、「ここに公式に、少くとも委任については、義務の源としての表見の自律 *l'autonomie de l'apparence* が確認された。……」つまり、表見理論は、委任者に現実の *une faute* が無い場合

- にも是非とも une faute を保持するための技巧を無用にする利益を示すことにならう。」(Ibid., p. 572, 573.) と言っているのである。こきり、G. Cornu は「表見委任が不法行為から自主独立したことが判例上確認された」と言っているのである。
- (6) Jean-Ch. Laurent, L'Apparence dans le problème des qualifications juridiques, Caen, 1931, p. 10.
- (7) Ibid., p. 12.
- (11) 野田良之・「フランス法概論」・上巻・昭和四五年・有斐閣・五三六頁以下参照。

(一) 一般的表見理論 la théorie générale de l'apparence の発展

一、現代社会は、一九世紀初めの社会とはほとんど共通点をもたない。コミュニケーションの簡易・迅速性の増大により、個人の通常の行動圏が絶えず拡大されている。おびただしい数の取引が、手紙、電報、電話で行われている。せいぜい一地方的であった個人の通常の活動が、今日では、国内的かつ国際的にさえなっている。又、狭い地域に踏みとどまっていたても、最も重要な取引は、絶えず増大している大都市において行われる。そこにおいては、人は必然的にほとんどの人を知らない。そして、生活のリズムは促進され、それに従って、法律関係はより複雑化している。その結果、「人はもはや疑いをもつ余暇がなく、人は信じる。信じるのが各人の利益であり、全てのの人に有益なこととなる。権利の外観 l'apparence du droit を権利となすへき暗黙の相互理解ができる。我々は全く信頼 croyance の中に生きていくのではなからうか」(E. Lévy, Preuve par titre du droit de propriété immobilière, thèse Paris, 1896, p. 12)⁽¹⁾

ところが、フランス私法上の諸条文は、現代とは全く別の状況のために作成された。それらは、行動圏も狭く、各人相互に知り合っている人々の間の法律関係を規制するために考え出された。民法典中散布された数ヶ条(債権の占

有者になされた支払に関する一二四〇条、仮装行為に関する一三二一条、委任に関する二〇〇五条、二〇〇八条、二〇〇九条、動産の占有に関する二二七九条)のみが、現代の取引上の諸要求に答えることができた⁽²⁾。又、新たな要求を満たすため、立法者は、民法典、商法典上の数ヶ条を修正した。しかし、それらはほんの少しの手直しにすぎなかつた⁽³⁾。

二、そこで、新たな条文もないとき、取引上提出される問題の解決はどうされるべきか。明白な事実を否認して、従来通り、既存の法律を適用せねばならないか。それに反して、その事実を避けられないものとして受け入れながら、先ず、既存の法律をゆるめ、そして、その柔軟性が限界に達したときは、既存の法律外で、更には既存の法律に反してさえも、衡平により *en équité* 判決を下すべきか。フランスの裁判所は、そのシレンマに直面して、大いにちゅうちよした⁽⁴⁾後で、後者の立場に立ち、一定数の諸準則を作り上げた。その総合が「表見理論 *la théorie de l'Apparence*」を構成する⁽⁴⁾。このようにして、特に表見委任の理論が発展した⁽⁵⁾。

このように、表見理論は、その適用のほとんど全てにおいて、判例の自発的創作物である。裁判所は、法律の条文の中に十分な根拠をほとんど発見することなく、非常に実地的な思慮分別が御するに任せた。それ故、表見理論は、慣習法形成における判例の創造的役割の最もよい事例の一つを構成する⁽⁶⁾。

- (1) Jean-Ch. Laurent, *op. cit.*, p. 2-4.
- (2) *Ibid.*, p. 4. V. aussi, F. Derrida, *Encycl. Dalloz, Répertoire de Droit Civil*, 2^e éd., 1970, v^o Apparence, n^o 4; J. Chastion et G. Goubeaux, *Traité de Droit Civil*, 1977, n^o 779.
- (3) Jean-Ch. Laurent, *op. cit.*, p. 4-5.
- (4) *Ibid.*, p. 5. 「次のような数人の学者が、判例上の諸解決の総合を行った。Ionesco, *Les effets juridiques de l'apparence en droit privé*, Strasbourg, 1928; Jean-Ch. Laurent, *ibid.*; Giraut, *L'apparence, source de responsabilité*, Paris,

1937; Barbier, L'apparence en droit civile et en droit fiscal, Paris, 1945, J. Calais-Auloy, Essai sur la notion d'apparence en droit commercial, 1961, p. 17, note 5.)

(c) J. Calais-Auloy, op. cit., p. 17, n° 3.

(e) F. Derrida, op. cit., n° 15.

① 一般的表見理論 la théorie générale de l'apparence と表見委任 le mandat apparent⁽¹⁾ の関係

一、一般的表見理論と表見委任の関係について、学説は一般に、後者を前者の一適用として⁽²⁾、あるいは後者を前者の一環として捉え⁽³⁾、その理論を展開している。ところが、それに対して、M. Jacques Léauté は表見委任の独自性 l'originalité を主張した。次に、彼の考えを詳述しよう。

「表見委任は、……一般的表見理論に一部分関係している。学者は、しばしば、表見委任を一般的表見理論の概念の他の諸適用の場合に結びつける共通の特徴を明らかにした。しかし、表見委任の独自性は、それでもなお非常に強力だと思われる。年代的にも、論理的にも、この特別の表見委任制度は、一般的表見理論からは全く生じていない。表見委任制度は、その固有の特徴をもっている。それが、我々がこれから示そうとしていることだ。『第三者が委任の存在を信じたのが正当であった以上は、受任者の行為が委任の制限 Les limites du mandat を越えていたとしても、委任者は第三者に対して義務を負わされる』と宣言した判決 (Req., 13 février 1883, D. 84, 1, 80.) を、表見委任の理論の適用とみなすということ、最初からはっきりさせておこう (表見委任の語句を委任の全く存在しない場合に充てる M. Demogue, Obligations, I, p. 191. の定義には加担しない)。又、代表的な委任の外観しか検討しないと

説
いうことも付言しておく。

表見委任の制度は、表見理論とは関係なしに形成された。受任者が犯したある越権行為の効果を委任者に甘受させる考えは、先ず、総合の如何なる法律構成とも無関係に必要性 *besoins* に押されて、裁判所により採用された。破毀院は、一八四五年になるとそのことを非常に明瞭に宣言してゐる (Cass. req., 22 avril 1845, S. 45. 1. 341.)。破毀院

論

は、自身の採用した解決は、『社会のそして又一般取引の眞の利益に適合』するものであると、明確に述べている。それは經驗主義の跡が見える解決である。……(そして)委任者は、彼自身の追認があればともかくとして、『委任を越えて』なされたであろうことについては、義務を負わされないという民法一九九八条は、打勝ち難い障害となるようには見えない。他の諸条項が、一九九八条を退けるのを可能にする。(かくして)あるときは、合名会社社員に会社の大責任について連帯責任を負わすところの商法典二二条が援用された (Cass. req., 22 avril 1845, *précité*; Cass., 22 décembre 1874, D. 75. 1. 255, a contrario; Req., 26 mai 1886, D. 87. 1. 87.)。あゝときは、民法典二〇〇五条、二〇〇八条、二〇〇九条が適用された (Cass. req., 27 novembre 1861, D. 62. 1. 483.)。二〇〇五条は、受任者一人に通告された委任の取消は、この取消を知らないで取引をした第三者に対抗することを得ずと規定し、二〇〇八条は二〇〇九条と合して、委任者の死亡又は委任を終らせしめるその他の事由の一つを受任者が知らないとしても、善意の第三者に対して受任者がなした契約を履行することを委任者に免除しないと付言している。最後に、あるときは、受任者の選任について委任者は責任があると確認するだけで十分であるとされた (Req., 14 juin 1847, D. 47. 1. 332, S. 48. 1. 37.)。

次に、少しずつ、変化が起つた。従来各事件に固有の論拠も保持されたが、もっと一般的性格の新しい正当化が

それに結びついた。一八五一年に第三者の真面目な信頼 *la croyance sérieuse* に訴える手段が取り入れられ、このようにして、所謂表見の觀念 *la notion d'apparence* の道が開けた (Cass., 7 mai 1851, D. 51. 1. 254)。数年後の一八六〇年には、委任の外観上の範囲にもたらされた制限を知らされなかった善意の第三者に対して、一判決は、委任者に委任の範囲を越えて明白に義務を負わせた (Req., 16 août 1860, D. 60. 1. 493)。商取引の安全とそれの飛躍的發展に何よりも先ず適合した原則的解決が確立したのは、経済的保護主義が消滅した時と奇妙にも一致した (Cobden) と交渉された英仏通商条約は一八六〇年に調印された。それが経済的自由主義の端緒となった)。しばしば起るように、政治および経済生活の突然の変化が、判例の緩慢な發展と突然に一致したのである。

その時以来、諸フランス裁判所は、民法典二〇〇三条と二〇〇五条を不問に付することをはやためらわなかった。このように類推法の典拠としての乏しい条文の一つからはずれることにより (Bordeaux, 2 juin 1869, D. 70. 2. 220. *Comparer avec Req., 27 novembre 1861, D. 62. 1. 483, S. 63. 1. 188.*) 裁判所は、判例を如何なる拘束からも解放し、それにより判例の發展を留意した。しかし、表見的権限の觀念 *la notion de pouvoirs apparents* が諸判決の中にはっきりと取り入れられ、徐々に表見委任の特別の理論を一般的表見理論に結びつけるのは、もっと後になってからである (Voir en particulier Dijon, 25 février 1874, S. 75. 1. 368.)。表見委任の第二段階は、その時に一般的表見理論の制度の人生の中に開花する。学者が表見委任を表見理論の単なる一適用として説明しているのは、この段階を考慮してである。

学説による総合の努力は、最も多様な諸場合に同じ諸原則から着想を得た一つの解決をもたらすように見える。委任状の *acte de mandat* (Cass. civ., 30 décembre 1935, D. hebdom., 1936, p. 81.)、白紙の署名 (Req., 13 février 1883,

説 D.P. 84. 1. 80; Cass., 29 décembre 1890, D.P. 91. 1. 464.) 委任の制限条項の不十分な公任 (Alger, 12 mars 1901, D. 1903. 2. 45; Poitiers, 9 mai 1928, Gaz. Pal., 1928. 2. 109.) 取消 (Cass. req., 23 mai 1870, D. 72. 5. 310.) の他事由は何でもよい。第三者が委任の外観を信ずる真面目な諸理由をもっていた以上、表見理論が適用される。特に錯誤 l'erreur が委任者の過失 la faute から生じた場合は、その虚偽の委任が、あたかもそれが本物であったかの如く、その効果を生ぜしめる。特別の表見委任理論の一般的表見概念への集合はゆっくりしていたが、先験的にはその集合は完全にされたように見える。

にもかかわらず、同時代の判例をもっと正確に検討するならば、本来の独立性の跡が全て消えてしまったわけではないことが証明される。ある判決は一般的表見理論からはずれている。……それらの判決は、民法典一九九八条に衝突するように見えるどころか、同条によって自らを正当化している。それらの判決は、本件においては受任者の行為は「委任を『越えて』いなかったのであり、委任の範囲内で過失の基礎となったにすぎない」と確認している (Req., 20 janvier 1880, D. 80. 1. 253, S. 80. 1. 412; Civ., 4 décembre 1899, D. 1900. 1. 14, S. 1900. 1. 311; voir note Thaller sous Req., 5 novembre 1900, D. 1902. 1. 5.)。それらの判決は「表見理論を作用さす越権 l'excess de pouvoir」と「表見理論に訴える必要のない職権濫用 l'abus de pouvoir」とを暗に区別した。他の判決は「委任消滅後にあるいは委任の範囲を越えて委任者を拘束するために、適法な広告がなかったことを根拠としている。それらの判決は、判例が引出したような一般的諸原則ではなく、例えば一八六七年七月二四日の法律五六条とそれ以下を適用している (Civ., 2 mars 1897, D. 98. 1. 57. それは表見 l'apparence の普通の適用に関してない)」。第三者が現実の状況を知らずして委任の問題となる。Rouen, 30 janvier 1895, ibid.; Req., 5 février 1902, D. P. 1904. 1. 115; Civ., 24

juillet 1919, D.P. 1923. 1. 112.)。實際そのとき関係しているように見えるのは、抗弁不可能 *une impossabilité* であり、表見 *l'apparence* ではない。最後に、ある判決は、制限責任会社に関する一九二三年三月七日の法律二四条に訴えている（それは表見 *l'apparence* の通常の適用に關していない。即ち、『専務取締役は評議員の許可なしに信用貸をしてもらってはならぬ』とする定款の条項を、(第三者)が知つてゐたことは問題べからず』 *Trib. comm. Seine, 12 janvier 1928, D. 1928. 2. 193, note Pic.....*)。

これら特別の諸事例を無視して、所謂表見概念の諸適用にしか目を注がないとしても、表見委任の制度の独自性は消えないだろう。確かに、総合的表見理論は、特別の表見委任の理論に深くしみ込んだ。これら二つの場合において、裁判所の主たる関心事は第三者を保護することであり、一般的表見理論により義務を負わされる人の利益と同様に、委任者の利益も次位に追いやられ、その上犠牲にされる。しかし、表見委任はその固有の特徴を持っている。表見委任は、表見住所 *le domicile apparent* の理論とは反対に、擬制 *des fictions* ではなく人 *des personnes* を作用さす (Gény, *Science et technique*, p. 365; Josseland, *Cours de droit civil positif*, 3^e édit., t. 1, p. 158.)。表見委任は、例えば所有権者、相続人、後見人のような一人の人が人を誤らず外観 *une apparence trompeuse* を帯びているという事実根拠を置く一般的表見理論の大部分の適用の場合に反して、委任者の外観と受任者の外観という少くとも二つの外観に基いている。表見委任は、一般的表見理論の他の適用の場合より複雑である。特に、この二つの表見的肩書の各々が、明示的委任 *un mandat exprès*、口頭の委任 *un mandat verbal*、黙示的委任 *un mandat tacite* のいずれに關するかに従つて、様々な側面を帯びるが故に、そうである。それを唯一の一般的表見理論の引網ひきあみの中に保存することに、不明瞭にしている。……表見委任の理論は、最も完全な孤立と全面的な從属の間に介在する一定の

説

自律 une certaine autonomie をそれに認めるといふ条件においてしか、明白に理解されないことを我々は確認する
た⁽⁴⁾ら⁽⁵⁾い⁽⁶⁾う。

論

ところで、判例は、取引における安全性の要求 Les besoins de sécurité を満たすべき他の如何なる手段も発見しない場合だけに、表見理論に訴えてきた。この意味において表見理論は補助的性格 un caractère subsidiaire を示すと言つことができ⁽⁶⁾る。このようにして、例えば、表見受任者が被用者 un préposé であるときは、破毀院は、一般に受任者の資格よりも被用者の資格を強調する。破毀院は「Mは……受任者であるばかりでなく、何よりも被用者でもあつた」(Crim., 19 janvier 1901, S. 1901. 1. 402.)と明確に述べつゝる。破毀院はこの被用者の資格を前景にやる。時として、破毀院は表見受任者の資格を重要視しな⁽⁷⁾く(Paris, 11 janvier 1928, D. hebd., 1928, p. 279; Civ., 15 février 1926, D. hebd., 1927, p. 50; Req., 14 janvier 1920, S. 1920. 1. 272; Req., 21 mars 1910, D. 1912. 1. 281; Req., 14 juin 1875, S. 75. 1. 368.)。表見委任の理論は補助的役割しかもたないからだ。表見委任の理論は使用者責任の理論 la théorie de la responsabilité du commettant のような堅固な基礎をもたない。それは一三三四条五項のような明確な条文に根拠を置かない。それは法律の明白かつ一般的な如何なる条項によつても承認されてい⁽⁶⁾ない。「しか⁽⁷⁾」Léautéは言つ。「委任の特別の場合に適用されるとき、この表見の觀念 cette notion de l'apparence は、それにもかかわらずそれを特色付けるものの一つであり、かつ黙示的委任、事務管理、使用者責任のような隣接した制度から表見委任を明白に別つのを不可能にするところのその補助的性格を、なくしている。学者は、しばしば、一般的表見理論の補助的役割を主張した。特に、一般的表見理論は万策尽きて利用される間に合わせの手段でしかないと言われた。ところで、委任の独自性の一つは、表見の觀念が委任においてはわき役を演じるのを断つことであ

る。」と。

そして、表見委任の理論の根拠について、Leautéは「一般的表見理論から引出される説明は如何なるものも表見委任を完全には正当化しない」とし、「それ故に他の説明を発見する必要がある」とし、「表見委任の理論に固有の根拠」として「他人のための不法行為責任 *responsabilité délictuelle pour autrui*」を提示した。⁽⁹⁾ 即ち、「受任者は必ずしも被用者ではない。それに反して、現代の学説はこの二つの資格の解離の可能性を力説する。表見受任者が委任者から独立し過ぎているため民法典一三八四条五項に準拠することができないことがある。……(そこで)我々は、表見委任者の責任は使用者の責任ではないが、それでもなお広義にて他人のための不法行為責任の一形式であることを示す積りだ」。⁽¹⁰⁾ そして、「他人のための責任の原則により表見委任者の責任をこのように説明するのは、判例がこの点について一般に与える説明ではない。しかし、他人のための責任の原則による説明は、それが導く結果により多くの判決と一致する」⁽¹¹⁾ ということである。

二、ところで、表見委任制度の独自性についての以上のような Leauté の強力な主張にもかかわらず、判例、学説上、表見委任は一般的表見理論の一環として発展しているようである。彼の言う初期の頃の表見委任の所謂独自性に関しても、それは表見委任のみに言えることではなく、一般的表見理論を構成する他の諸制度に関しても言えることなのであり、それら諸制度が寄り集って、一つの表見理論を形成して行ったと言えるのではなからうか。又、確かに、Leauté の言うように、表見委任制度の独自性を認め、その理論的根拠として、他人のための不法行為責任を考えるのも一理あるが、しかし、そのために、彼自身最初に断っているように、表見委任を権限踰越の場合に限定せざるを得なかった所に、彼の理論の限界があったように思われる。

(1) フランスの表見委任は、日本の表見代理に相当する。フランスでは、表見代理の用語の代りに表見委任の用語を使用することが定着しているようだが、それは、「フランス民法典は代理の一般理論を立てなかった。ローマの伝統に忠実なフランス民法典は、委任 *le mandat* と事務管理 *la gestion d'affaires* について規定するだけだ」(西山・「フランス法に於ける代理」・大阪経済法科大学法学論集一号・一九七七年・二三頁)という事情によるものと言えよう。そこで、本稿でも、表見代理の用語の代りに表見委任の用語を使用することにする。しかし、その意味するものは所謂表見代理である。

(2) 例えば、F. Derrida は次のように述べている。「表見理論は、近年著しく拡大して、広大な領域を有す。増大する判例は、法のあらゆる分野において、表見理論に訴えている。民法上、その適用は特に多い。表見 *l'apparence* は、一定の法定条件を満たさずに作成された証書 *actes* の有効性を確保する。……同じく表見 *l'apparence* は、人事法 *le droit des personnes* において、諸法律効果を生ぜしめる。……財産法 *le droit des biens* において、表見所有権 *la propriété apparente* の適用はおびただしい。裁判所は、無権限でなされた譲渡行為を表見所有権に基いて有効とし、あるいは表見所有権を責任の源泉 *une source de responsabilité* にしている。判例が表見相続人がなした行為を有効と認めた重要な諸解決を、表見所有権に結びつけねばならぬ。契約法・債権法 *le droit des contrats et des obligations* において、表見理論は、委任(民法典二〇〇五条、二〇〇八条、二〇〇九条)について適用され、無効 *nullité* についてもその一定の効果を弱め、支払 *paiement* (民法典二二四〇条)について、又表見被用者 *le préposé apparent* のための民事責任についても、適用される。……表見理論がその最もおびただしい適用を受けるのは、勿論、取引に固有の信頼 *credit* と迅速 *rapidité* の要求に答える規律としての商法におびたである。……」(F. Derrida, *op. cit.*, n. 8 et s.)

(3) 例えば、J. Calais-Auloy は次のように述べている。「取引生活上の常により、さう差し迫った要求が、一九世紀と二〇世紀の間に、その古典的意味における表見理論の開花を誘発した。法的活動を盛んにするため、判例は、数多くの場合に外觀 *l'apparence* を現実 *la réalité* より重要視することをためらわなかった。このようにして、特に、表見委任の理論 *la théorie du mandat apparent* と同様に事実上の会社の理論 *la théorie des sociétés de fait* が発展した。……」(J. Calais-Auloy, *op. cit.*, p. 17, n. 3.)

(4) M. Jacques Léauté, *op. cit.*, p. 289-292.

(5) F. Derrida, *op. cit.*, n. 16.

(6) M. Jacques Léauté, *op. cit.*, p. 304.

(7) *Ibid.*, p. 294-295.

(8) 「多くの学者は、一般的表見理論を民法典一三八二条と一三八三条に基礎付けた。……一部の学説と判例は、表見委任者の責務を正当化するために、この説明を使った。……(しかし)その説明は判例の重要な部分を説明しない。多数の(他の)判決人は、自分に如何なる *faute* も指摘されないなら、自分自身不法行為 *un délit* あるいは準不法行為 *un quasi-délit* の責任があるとはみなされない。(そこで)多数の他の判決は、民法典一三八四条五項に訴え、もはや一三八二条、一三八三条によつては自らを正当化しなかった。それ故、他人のための責任 *la responsabilité pour autrui* と離れて、自身の責任 *la responsabilité personnelle* の領域内に閉じ込められた説明は、部分的な説明でしかあり得ない。……(そこで)表見 *appearance* の觀念の各種の適用の研究に關して設定された他の諸理論により、表見委任の制度を説明することを考え、動的安全 *sécurité dynamique*、一般的利益 *intérêt général*、公の秩序 *ordre public* というような諸根拠に訴えることも考え得るが、それは表見委任制度の固有の基礎を個別化しない。大部分の他の制度が、又一般的利益の要求に答えるからだ。又危険理論 *la théorie du risque*……仮装行為 *la simulation*……事務管理 *la gestion d'affaires*……善意 *la bonne foi* (等々に訴える)試み(もあるが)、全て表見委任の理論を他の表見概念の適用と同一視することに根拠を置いている故、得る所が少くない。」(Ibid., p. 300~303.)

(9) Ibid., p. 303~307.

(10) Ibid., p. 304.

(11) Ibid., p. 306.

(II) 表見理論の法的根拠 *Le fondement de la théorie de l'apparence*

(A) *la faute* (過責ある違法な行為・容態)

一、表見理論は次のような言葉で言い表され得る。「現実には反しているにもかかわらず真の状態であるような外的特徴を示す法律状態により誤らされた人がなした行為は、全く正常の状態にその基礎を有す行為と同じように取扱

われ、又對抗し得る。」かように取得あるいは授与された権利あるいは資格は、即刻強化され、万人に対して完全な

効果を生ぜしめる。そして真正権利者には、表見権利者に対する、あるいは支払不能の結果になるかもしれない求償権があるのみである。⁽¹⁾かくして、人を誤らすのが当然である権利の外観 l'apparence raisonnable du droit は、第三者との関係において、権利そのものと同じ効果を生ぜしめる。⁽²⁾

しかし、そのように解決することは、間違ひなく人の意思表示をつくことにならう。即ち、そのような解決はより基礎の固い諸原則に反する。先ず、それは合意の自由 la liberté du consentement (民法典一一三四条) と契約の相対的効力 l'effet relatif des conventions (民法典一一六五条) に反する。即ち、真正権利者は、自分が合意しなかった取引を守らざれば、自分と無関係な契約から生じた債務を履行させられる。次に、そのような解決は、人は自分自身が所有するより以上の権利を譲渡することはできない、という準則 (nemo dat quod non habet; nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet) に明白に矛盾するように見える。他人の物の売買が無効である(民法典一五九九条) ときに、表見権利者が他人の権利を善意の第三者に譲渡するのである。最後に、そのような解決は、無効なものも効果を生ぜしめられないときに、有効性の本質的要素を欠く行為を存続させるのを許している。結局、表見理論は、法的論理により立てられた諸準則に反して、法 le droit に対して事実 le fait に輝かしい勝利を認めたものである。⁽³⁾表見理論の発展を導いたものは、法の事実に対する一定の屈服である。法的論理に従った解決が、事実状態に乗じて退けられる。法に反する事物の状態が直接権利の源となり得る。⁽⁴⁾そこで、一定の学者は、どんな場合にも表見理論に最少の法律効果さえも生ぜしめることを拒んだ (Laurent, Principes de droit civil, t. 13, n^{os} 281 et s.; t. 16, n^o 499.)。又、民法典改正委員会 la commission de réforme du code civil も、表見理論が一般原則として一條文に表

示されることを認めなかった (V. Trav., t. 6, 1950-1951, p. 15 et 19⁽⁵⁾)。

しかし、異論の余地なく力あるこれらの異議にもかかわらず、表見理論は許容されねばならない。何となれば、社会的必要性により、公序、公益という強力な理由により、表見理論は強いられるから (Plon, rapport au D.P. 1935, t. 197)。法的取引の安全、ともかく活動を駆立てる安全即ち動的安全 la sécurité dynamique は、表見理論に依存している (V. René Demogue, op. cit., p. 63 et s.)。人や財の正確な法的状態を知ること、外的状態が現実の状態に實際合致しているかどうかを知ることが、不可能でないにしてもしばしば困難である。表見の状態に基いてなされた行為が取消されるならば、人は何時もある表見の状態が現実⁽⁶⁾に合致していないのではないかと恐れ、この恐れが法的活動を麻痺さすか、あるいは少くとも著しく活動を阻害するだろう。そうすれば真正権利者自身がその結果を蒙るだろう。何となれば人はもはや可能ながざりあらゆる警戒をすることなしには彼とあえて取引しないだろうし、取引の簡易・迅速性はもはや空言にすぎなくなるだろうから。

結局、人は自分の所有する以上の権利を譲渡し得ると主張するのは不合理であるとしても、法律(あるいは慣習法)が権利者の所有する以上の権利を権利承継人に与えることは何ものも禁じない。目に見える現実に基いた誤った信頼が法的真実にまさるとききちんと定めるとき、黙秘法 des reticences が現れることは納得できる。政策上立法者がしばしばこの解決策を取るとは特別の異議を捲き起さない。条文というものは何時も法原則の例外を予測するものだ。しかし、法律が沈黙している場合にも、それを許容するのは、余りにも大胆不敵であるように見える。それは法規そのものの権威を損ねはしないか。このようにして、当然のことながら、立法規定の中に表見理論の支点が捜されたのである。

説

二、ある学者は、表見権利者は真正権利者を代理した (V. Demolombe, t. 2, Traité de l'absence, n^{os} 250 et s.)、あるいは少くとも真正権利者の事務管理をした (V. Carbonnier, note sous Angers, 14 avr. 1948, D. 1948, 462.) と宣言した。他の学者は、仮装行為に関する民法典一三二二条に表見理論を根拠付けることを提案した (V. Jonesco, Les effets juridiques de l'apparence, 1927, p. 120.)⁽⁶⁾。

しかし、十分に柔軟な一般原則は、民法典一三二二条により確立された *faute* に関する民事責任の原則 *le principe de la responsabilité civile* であった⁽¹¹⁾。かくして、最大部分の学説と非常に多数の判決は長い間、自分の権利の行使をなおざりにしたりあるいは人を誤らせる外観を作ることにおいて真正権利者が犯したであろうところの *une faute* に表見 *l'apparence* を基礎付けようとした⁽¹²⁾。この *faute* の結果として真正権利者は善意の第三者に対して自身の個人的責任を招き、そして、この第三者が蒙った損害を補償する最も良い方法は、第三者と表見所有者との間でなされた行為を存続させることである⁽¹³⁾。しかし、この *faute* は不法行為に関するものでしかあり得ない。何となれば、契約責任の発生に本質的な要件である被害者と損害惹起者との間の有効な契約の存在が満たされていないから。それ故に、民法典一三二二条と一三二三条に基く責任に関係すると言われた⁽¹⁴⁾。

このようにして、表見理論の分析の中に、真正権利者の挙動 *la comportement* という新規の要素が入り込んだ。この要素は最も重要なものとさえなり、外観 *l'apparence* はもはや *la faute* の証明に参加する一断片にすぎなかった。表見的権利 *droits apparents* はそれ自体において考慮されることはなく、それは単に効果を判断する裁判官により自由に決定される補償の限定条項にすぎなかった⁽¹⁵⁾。このようにして、*faute* の観念は表見 *l'apparence* に関するあらゆる種類の判決において指導動因 *un leitmotiv* となった⁽¹⁶⁾。

三' と云ふで、懈怠 *la négligence*、無思慮 *l'imprudence*、ましてや第三者を錯誤に誘い込む故意 *la volonté délictée* は、その張本人の責任を招くところの *des fautes* である。⁽¹⁶⁾ しかし、實際上、民事上の *la faute* は、はつきり捉え得る輪廓をもたない捉えどころのない観念であり、人が批判し得ない態度はほとんどないのでほとんどの状態に適用される観念である。⁽¹⁷⁾ 換言すれば、民事上の *la faute* の観念は非常に柔軟性に富んでいるので、必要ならば大分の法的解決をそれから流出させることができらう。H. et L. Mazeaud (*Traité théorique et pratique de responsabilité civile*, I, n° 15. 2. — H. Mazeaud, *L'«absorption» des règles juridiques par le principe de la responsabilité*, D.H. 35. Chr. 5.) は民事責任のこの侵略的傾向を指摘した。先存の義務——人を誤らす外観を作り出さない義務——を想定し、次いでその義務違反から責任の根源たる *une faute* を引き出すことは容易なことだ。⁽¹⁸⁾ 又、*la faute* が道理上明らかに存在していない、あるいは *la faute* が非常に軽いので、その制裁は道徳上不均等であることがある。このような仮定においては、*faute* の観念はもはやこのような術策なしには強い得ないだろう判決を合法化するためにしか参加していないことは明らかである。⁽¹⁹⁾

このようにして、条文にない理論を適用するのを嫌う判例は一三八二条の堅固な基礎に基くのをむしろ好んだのだが、そうしながら、判例は *faute* の観念を完全に変質させてしまったのである。全く口先だけの満足のために、判例は、確かに *faute* でない行為又は不行為を、そのようなものだと称することをためらわなかった。⁽²⁰⁾ しかし、人は、自分の *faute* を何ら拾い出されないならば、不法行為あるいは準不法行為のとがを自分自身で受けるものとはみなされないと考えられている。そこで、表見委任に関する場合は、多くの他の判決は、民法典一三八四條五項に訴え、もはや同一一三八二条および一三八三条によっては自らを正当化しなかった。⁽²¹⁾ 一三八四條五項は日本民法七一五條に相当

するものである。本条項による使用者の責任の基礎については説がわかれているが、免責条項である一三八四七項⁽²³⁾には使用者が含まれていない故に、使用者は *faute* の不存在を立証して責任を免れることができない。換言すれば、使用者は自身に *faute* が存在しない場合にも本条項による責任を負わされるのである。⁽²⁴⁾

論

そのような解決は、不忠な代理人が表見受任者と被用者の二つの資格を兼任しているときには理解されるのだが、そのような事例は実際上現れる。例えば、銀行に雇われている者、保険会社で働く者は、彼等を雇った企業の被用者 *préposés* および企業の名において法律行為をなす資格を与えられた受任者 *mandataires* の二つの側面において、考察され得る。従って、彼等と取引した人は、彼等が表見受任者でしかなかったとしても、勿論、彼がその受任者といわれる人達はその権限を逾越していることを知らないのもっともであったことを条件としてはあるが、委任者自身の *la faute* の立証を免除する民法典一三八四七項に、その委任者に対する訴訟を基礎付ける利益を有する。⁽²⁵⁾ そして、一見少し意外ではあるが、この資格の二重性は、判例上しばしば起っているのである。この二重性は、裁判所が使用者責任を非常に広く解釈する事実により説明される。被用者が正常な職務の範囲を逸脱していることを第三者が知らなかった以上、その被用者により、その職務の正常な執行において *dans l'exercice normal de ses fonctions* 引き起された損害ばかりでなく、その職務に際してあるいはおかげで *à l'occasion ou grâce à ses fonctions* 引き起された損害についても、裁判所は使用者に責任を負わしている。⁽²⁶⁾ かくの如くにして、権利の主体が、あいかわらず被用者のままでありながら、使用者の実際上の受任者であることを止めることがしばしばある。ある判決は、「Xは、委任を越えたが、……職務執行において行為した」と宣言している (Req., 21 mars 1910, S. 1913. 1. 297, note Naguet)。このように、表見受任者が被用者であるとき、破毀院は、一般に、受任者の資格よりも被用者の資格を強

調する。破毀院は、「Mは……単に受任者であるばかりでなく、更に又何よりも被用者であった」(Crim, 19 janvier 1901, S. 1901. 1. 402.)と明確に述べている。しかし、下級審は、必ずしも同じようには判断しない。下級審は、しばしば、被用者の表見受任者としての資格を重視する必要性を考える。⁽²⁷⁾

それに、被用者の資格は、彼と使用者との間の従属関係を前提としているので、非常にしばしば、受任者が被用者でないことがあるだろう。代理人は、必ずしも本人に従属していないし、必ずしも本人の監督下⁽²⁸⁾に行動しない。近代の学説は、この二つの資格の解離の可能性を強調する。表見受任者が余りに委任者から独立しているため、一三八四⁽²⁹⁾条五項に準拠することができないことがある。

- (1) Jean-Ch. Laurent, op. cit., p. 5-6.
- (2) René Demogue, Les notions fondamentales du droit privé, 1911, p. 68.
- (3) F. Derrida, op. cit., n° 2.
- (4) J. Chestin et G. Goubeaux, op. cit., p. 655-656.
- (5) F. Derrida, ibid.
- (6) Ibid., n° 3.
- (7) Ibid.
- (8) J. Chestin et G. Goubeaux, op. cit., p. 663. V. aussi Jean-Ch. Laurent, op. cit., p. 9-10.
- (9) V. F. Derrida, op. cit., nos 17 et s.; J. Calais-Auloy, op. cit., p. 19 et s.; M. Jacques Léauté, op. cit., p. 302-303.
- (10) J. Chestin et G. Goubeaux, op. cit., p. 663. 民法典一三八二条は次のように規定している。「他人に損害を惹起せしむる人の行為は如何なる行為といえども、それが生じた原因たる la faute がある者をして、その損害を賠償すべき義務を負わしむ。」続いて同一三八三条によれば、「各人は、その行為 fait のみならずその懈怠 négligence もしくは無思慮 imprudence により生ぜしめたる損害につき責を負う。」

- (11) 「この faute の概念は Jozon (des Aliénations consenties par l'héritier apparent. Revue pratique de droit français, t. XIV, 1862.) によつて、一八六二年になつて、学説上支持された。この学者の理論は、買主たる第三者を契約を結ぶ気にならせたのが所有権者の輕率 imprudence 又は怠慢 négligence であつたとき、その所有権者の所有権回復訴訟 la revendication を抽換するに過ぎない (V. notamment op. cit., p. 389.)」(Jean-Ch. Laurent, op. cit., p. 10, note 1.)
- (12) F. Derrida, op. cit., n° 21. V. aussi M. Jacques Léauté, op. cit., p. 300; J. Calais-Auloy, op. cit., p. 21; J. Chestin et G. Goubeaux, op. cit., p. 663. この意見は次のような学者により支持された。表見相続人により同意された譲渡に關して Jozon, Revue pratique de droit français, t. XIV, 1862. 表見委任に關して Planiol et Ripert, t. II, par Rouast..., n° 1500. 表見的署名に關して R. Savatier, note sous Cass. Req., 20 février 1922, D. P. 1922, 1. 201. 妻の表見的能力に關して Nast, note sous Paris, 23 novembre 1932, D. P. 1934, 2. 97. 又 Girant の論文のほかにその意味を表した表題 即ち L'apparence source de responsabilité (責任の源としての表見), thèse Paris, 1937. を参照すべし。又 M. E. Lévy, Responsabilité et Contrat, Revue critique, 1899, p. 361 et s. et La Confiance légitime, Revue trimestrielle de droit civil, 1910, p. 717 et s. によつて支持せられた構想も参照すべし。M. E. Lévy によつて la faute は、各個人がその田舎を行爲すべきに正当な信頼 la confiance légitime を欺つたことである。V. Jean-Ch. Laurent, op. cit., p. 10, note 1; M. Jacques Léauté, op. cit., p. 300 note 1; J. Calais-Auloy, op. cit., p. 21, note 3; F. Derrida, op. cit., n° 21; J. Chestin et G. Goubeaux, op. cit., p. 663, note 18.
- (13) M. Jacques Léauté, op. cit., p. 300. 「真正権利者の責任を保持するために、彼の faute を指摘する判決は無数にある。その上、民法典一三八二条にその判決の根拠を置くために、裁判所は真正所有権者の faute を指摘し得るたびに間違ひなく指摘した。」(F. Derrida, op. cit., n° 21.)
- (14) J. Chestin et G. Goubeaux, op. cit., p. 663-664.
- (15) J. Calais-Auloy, op. cit., p. 21.
- (16) J. Chestin et G. Goubeaux, op. cit., p. 663. 「虚偽の委任者に対して諸判決が指摘する les fautes には色々な種類がある。また、それは委任者と共謀して犯す詐欺を前提とした故意のそれ une faute intentionnelle に關するであらう。たゞこの場合、委任者が非難される行為は、あるには無思慮 une imprudence' であるが第三者を錯誤に誘ひ込むような懈怠 une négligence を成すものではない。」(P. Lescot, op. cit., n° 12.)
- (17) Jean-Ch. Laurent, op. cit., p. 10-11.

- (18) J. Calais-Auloy, op. cit., p. 59.
- (19) Jean-Ch. Laurent, op. cit., p. 11. V. aussi, P. Esmein, note sous Cass. plén. civ., 13 décembre 1962, J.C.P. 1963, II 13105. 「一定の判決は *faute de conscience* なく存在し得ない。Req., 21 mars 1910 (S. 13. 1. 297, note Naquet). — Req., 4 et 11 mai 1936 (RTD Civ., 36, 873, obs. Demogue)。」(J. Calais-Auloy, op. cit., p. 59, note 5.)
- (20) J. Calais-Auloy, op. cit., p. 23.
- (21) M. Jacques Léauté, op. cit., p. 302. V. aussi P. Lescot, op. cit., n° 14; J. Calais-Auloy, note sous Cass. plén. civ., 13 décembre 1962, D. 1963, 278; P. Esmein, *ibid.* 「一定の判決は、越権の場合、委任者の責任を明白に三八四条五項に基礎付け得る。Nancy, 25 février 1890, D. 90. 2. 347; Paris, 25 mars 1892, D. 92. 2. 263; Civ., 15 décembre 1926, D. hebdom., 1927, p. 50; Cass., 23 octobre 1905, D. P. 1906. 1. 16, S. 1907. 1. 88.」(M. Jacques Léauté, op. cit., p. 299, note 3.)
- (22) 「主人 les maîtres および使用者 les commentants は、その召使 domestiques をよび被用者 préposés が備いたる業務において生ぜしめたる損害につき責任を任す。」(一三八四条五項)
- (23) 「一九三七年四月五日法」前項の責任は、父および母および工匠が、この責任を生ぜしめ得る行為を防止し得へからざりしことを立証するにあらずれば、生ずるものとす。」(一三八四条七項)
- (24) 「古典的理論の支持者は、使用者の責任を、第三者のための責任の他の諸場合を説明するのと同じように、責に任すべき者の *la faute* によつて説明する。使用者は、被用者の選任における *une faute* にせよ、監督上の *une faute* にせよ、自身 *une faute* を犯したが故に責任を負う。使用者責任において特殊な点は、この *faute* が推定されることにある。……しかし、この理論は一つの異議にぶつかった (Cpr. Flour, Les rapports de la responsabilité du fait des choses et de la responsabilité du fait d'autrui, Rev. crit. lég. et juris., 1935, p. 32 et s.; Rodière, La responsabilité civile, nos 1464, 1465.)。使用者の *la faute* が本当に彼の責任の根拠であるならば、どうして使用者は *faute* の不存在を立証するものと許されないのか、どうして使用者は必然的に責に任するののか、このことを如何に説明するのか。……なんら答えられない。……それでは、民法典起草者は、使用者責任の領域において、*faute* の觀念を否定して、利益に根拠を置く責任を設定したと認めるべきか。危険理論の支持者はそれを肯定する。……そして、*faute* の觀念の支持者の中にも、弱くならざるを得ないと考える者が沢山いる。……Planiol 自身、*la faute* の支持者中でも最も熱心であったにもかかわらず、完全に逃げ出している。彼は次のように書いてゐる。『唯一の觀念が、現代の判例に十分な基礎を与え得るよつに見える。それは企業の觀念

である。……もうけるために、人は個人的力を越えた仕事を荷なう。……人は多かれ少かれ多くの労働者ないしは補助者を使用する。全利益は彼のためにあるのだから、全危険も彼にあるのが、やはり正当であるように見える。……かように理解される責任は、もはや企業家たる雇主の個人的 *une faute* の推定に根拠を置いていない。従つて、それは、*faute* の不存在の立証があつても、その責任が消えない理由を説明する。即ち危険を負担する者には如何なる容赦もあり得ない。何故なら彼が責任を負うのは *faute* があつたためではないから。……それ故、次のような一定の決定的原則が存在する。即ち、金銭上の利益を得るべくある事業を企てる者は、不可避的引替物として、その事業が他人に引き起し得る不当な損害の危険を必然的に引き受ける。その人が一人で事業をするなら、この原則は全く明白だ。その事業を行つて利を圖る人が、そのために自分の命令下に他人を使用するなら、道理によりその衡平さが論証されるところの拡張が、その原則になされる。……利益と危険の牽連性の法則と呼び得るこの原則こそは、實際上、本源的法則であり、この原則こそ、第三者の行為による實際上の責任についての唯一の基礎である。』(Planiol, *Études sur la responsabilité civile*, Rev. crit. légis. et juris., 1909) …… (しかし) 第三者の行為による責任に関する他の領域におけると同様、使用者責任の領域においても、利益と危険の牽連性の理論は、斥けられるべきである (Cpr. Flour, *op. cit.*, p. 39 et s.; Rodière, *op. cit.*, nos 1468 à 1471)。……先ず、使用者の責任が、彼が被用者の活動から引き出す利益に基づくとするなら、被用者が少しでも個人的な *une faute* を犯すや否や、その使用者の責任は論理的に停止することにならう。他方、危険理論は、使用者というものは人を自分の経済的支配下に置く者であると、決定するよう人を導くだろう。……判例が採用する基準はそのようなものでない。判例は、命令を与える権利に基礎付ける。……最後に、人が他人に自分の被用者の労務を貸すとき、二人共この被用者により利益を得る。それ故、彼等は二人共責に任ずべきはずである。ところが、何時も、一人だけ責任があると認められてきた。……それ故、使用者責任は、彼が危険を作り出した、彼が被用者から利益を得たという觀念にも、基礎付けられない。……

そこで、MM. Henri et Léon Mazeaud は、第三番目の理論に参加する (V. également H. L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. II, 2^e édit., n° 483)。使用者責任の独自性を成すものは、被用者が *une faute* を犯した以上、使用者はその責任を免れ得ないということである。その結果、使用者が責任を負うのは、自分の *faute* についてではなく、被用者のそれについてだと結論せざるを得ない。使用者は、全く『他人のために責任を負う』のである。しかし、何故彼はそのような責任を負うのか。……被用者の労務に頼る者は、自分自身の活動を延ばすことしかししない。被用者は彼の掌中の一道具目 *instrument* にすぎない。それ故、被用者が行為するとき、全てはあなたかも使用者自身が行為するかのよう起る。Chroni (*Colpa extracontractuale*, t. I, n°s 156 et s.) が確認しているように、第三者に関しては、使用者と被用者の真実の混同が

ある。従って、第三者にとっては、被用者の行為は使用者の行為である。『被用者の行為は使用者自身の行為だ』と、すでに Donat (Loix civiles, I, t. XVI, sect. III, 1, cité par H. L. et J. Mazeaud, op. cit. t. II, 2^e édit., n. 483.) は書いてゐる。……M. Teissière (Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité civile (thèse, Aix, 1901), p. 256) は、非常に適切に次のように書いてゐる。『第三者に対して、被用者の行為は完全に使用者の行為であり、これら二人の行為は同一線上に置かれる。』……同じ觀念が、使用者は被用者の保証人だと言うことにより、少し違った形で表現されている。……しかしながら、保証人はここでは議論する利益がない。何となれば一方で、保証人の義務は使用者の責任と当然もたらす理由と非常に違った理由により根拠付けられ、他方で、自分の意思と無関係に拘束される保証人はないからと明確に述べることにより、MM. H. et L. Mazeaud は、保証よりもむしろ代理、地位のことを話すのを好む。それ故、この保証人は非常に特別な保証人といふことになるだろう。……(このように)使用者は被用者の身代りであるから、被用者自身が責任を負う場合しか、使用者は責任を負わされ得ない。これが、被害者が被用者の la faute を証明せねばならぬ理由である。しかし、被害者がこの立証をした以上は、使用者は、もはや如何なる反証によつてもその補償の義務を逃れ得ない。実際、被用者の la faute は使用者自身のものである。即ち、使用者に対して彼自身の une faute が証明されたかのように、全ては起るのである。かようにして、一三八四條七項が、faute の不存在を立証して責任を免れるのを許すところの者の中に、使用者が記載されていないことが、説明される。被用者は、使用者の従屬下に置かれるときしか、使用者の延長となり得ぬ。それ故、判例は、使用・被用の關係を示すために、命令を与える権利に注目し、被用者がその職務の執行において独立独行でないことを必要としてゐる。……更に、混同のことを話し得るためには、被用者の行為が、彼が使用されている職務内において行われたのでなければならぬ。これは、正しく、一三八四條五項により確立されてゐる準則である。……

いくつかの判決は、使用者責任について以上の説明を容認した。……この問題に与えられた實際上の注意の結果を示す最新の判決は、Pottiers, 12 mai 1960, D. 1960, 658 et note Esmein, S. 1961, 89 et note Meaurio. である(本判決は、補正としてではあるが、使用者による選任上の une faute の可能性も呼び起してゐる)。ベルギー國破毀院は、一九三七年十二月六日に、次のような原則を確立した。即ち、使用者が責に任ずるのは、『被用者が、使用者の延長である、使用者の代理人 agent であるときみなされる』からである (Pas. 1937, I, 370 et concl. Sartini van den Kerckhove, Rev. gén. ass. et resp. belge), 1938, n. 2598; van Ryn, Chr. de juris. et de légis., La Belgique judiciaire, 1939, p. 351.)。他方、フランス國破毀院は、次のように確認した。一三八四條は、『本條が、faute の推定を列挙したものであることを人々に明らかにした』(Civ. 2^e civ. 15 fév. 1956, D. 1956, 410 et note Blanc, S. 1956, 8, J.C.P. 1956, II, 9504 et note Rodière.)。

しかし、フランス国破毀院は、この理論的問題を一刀両断に解決しようとする特にそれほど思わすらぬように見える。それ故、この代置 substitution の觀念が、使用者責任の基礎そのものとなるべき。」(H. et L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 1965, p. 1007-1012.)

(25) P. Lescot, *op. cit.*, n° 14.

(26) M. Jacques Léauté, *op. cit.*, p. 303. 「数人の学者、特に MM. H. et L. Mazeaud, *Traité de la responsabilité*, 3^e éd., t. I, p. 914. は、この有名な拡張を批判した。M. Flour, *Les rapports de commettant a préposé*, Paris, 1933, p. 349. は、この仮定における一三八四条五項の適用範囲を、第三者が、被用者は正常な職務内に留まっていたるものと信じた場合に制限するよう提案した。その上、彼は、使用者は une faute を犯したのでなければならぬと考えた。しかし、裁判所は、このfaute の立証を一般的に要求しない。この使用者責任の拡張は表見理論の適用であるとしてしばしばみなされる (Josserand, *Cours droit civil positif*, t. II, n° 512.)」(Ibid., note 5.)

(27) Ibid., p. 303-304.

(28) P. Lescot, *op. cit.*, n° 14. V. aussi D. Bastian, note sous Cass. req., 8 mai 1940, J.C.P. 1941, II, 1610.

(29) M. Jacques Léauté, *op. cit.*, p. 304. V. aussi J. Calais-Auloy, note sous Cass. plén. civ., 13 décembre 1962, précité; P. Esmein, *ibid.* など、フランスにおける使用者責任については、国井和郎・「フランスにおける使用者責任論」・阪大法學・七九号・一九七一年・一頁以下参照。

(未完)