

松 山 大 学 論 集  
第 29 卷 第 3 号 抜 刷  
2 0 1 7 年 8 月 発 行

## ドイツ世話法における「同意の留保」と取引の安全

渡 辺 幹 典

# ドイツ世話法における「同意の留保」と取引の安全

渡 辺 幹 典

## 目 次

- 一 はじめに
- 二 世話法における同意の留保の意義
- 三 行為能力の制限と取引の安全に関するドイツの判例および学説
- 四 BGH 2015 年 4 月 21 日判決の意義
- 五 結びにかえて

## 一 は じ め に

日本民法は、未成年者、成年被後見人、被保佐人、被補助人を制限行為能力者とし、一定の場合にその法律行為を取り消すことができると規定する。これらの者が制限行為能力者とされ、一定の場合にその法律行為を取り消すことができることとされた理由は、それらの者の判断能力（事理弁識能力）が不十分であることにより取引において不利益を被るおそれが強いことから、事後的な取消しを認めることにより、それらの者を保護しようとするからであると説明される。

しかし同時に、法律行為の取消しは、制限行為能力者と取引した者に大きな影響を及ぼす。制限行為能力者の法律行為が取り消された場合、制限行為能力者は行為をしなかったのと同様の地位に置かれるのに対して、取引の相手方は、有効と信じた法律行為が遡及的に無効となった結果、損害を被ることが十分に予想される。後見登記制度により取引の安全に対しても一定の配慮がなされているとはいえ、制限行為能力者制度は、相手方の犠牲の上に制限行為能力

者を保護しようとするものであると解されている<sup>1)</sup>。しかし、特に重要な社会経済取引においては、その取引の安全が制限行為能力者保護に優先するとする見解が存在することも、従来また述べられていたところであり<sup>2)</sup>、制限行為能力者制度本来の趣旨目的と取引の安全との関係が妥当であるか否かは、慎重に検討されるべきであるとの指摘<sup>3)</sup>もある。

他方で、成年者の意思表示について、その者が後見・保佐・補助の審判前になした意思表示は、表示の時に意思無能力であった場合を除いて有効とされる(97条2項)。つまり意思表示の時点で有効であった意思表示は、その後の審判によって影響されない。このことは、契約自由の原則あるいは私的自治の観点からも肯定されるものであって、それ自体に問題があるわけではない。しかしその意思表示が後見・保佐・補助の審判後の法律関係に影響するものである場合、そのような意思表示を無条件に有効なものと解してよいのであろうか。特に意思表示が、審判後の当該成年者に義務を負担させるものである場合、対象者の保護を優先しようとする制限行為能力者制度に対する重大な例外となるおそれがある。これは、制限行為能力者の保護と取引の安全および契約の自由をどのように調和させるべきかという問題に関わるものといえる。

本稿は、上記の問題についてドイツ法を参照し、日本法への示唆を得ようとするものである。ドイツ民法は、比較法の対象としてこれまでも多くの研究がなされてきたものであり、また成年後見制度創設時に、先行する同種の法制度として世話法(Betreuungsrecht)を調査・研究した論考が多数公表されたことについては、改めて説明する必要はあるまい。またドイツでは、世話法制定以前から行為能力と取引の安全に関する多くの判例・学説の蓄積が見られる(三、参照)。1990年の世話法施行後は、「同意の留保(Einwilligungsvorbehalt)」のもとに置かれた被世話人の行為と取引の安全の関係が議論されてきた。そのような状況のもとで、2015年に連邦通常裁判所(Bundesgerichtshof: 以下「BGH」と表記)が、同意の留保のもとに置かれた被世話人の行った銀行取引について、取引の安全より被世話人の保護が優先するという内容の判決を下した

(四、参照)。これらの議論は、我が国の民法に関する議論においても大いに参考になるものと考えられる。その上で、ドイツにおける議論を踏まえた私見を示し(五、参照)、日本法における議論に一石を投じてみたい<sup>4)</sup>。

## 二 世話法における同意の留保の意義

BGB<sup>5)</sup> 1896 条 1 項は、「成年者が、精神病又は身体、知能若しくは精神障害のために、自己の事務の全部又は一部を処理することができないとき」に、世話裁判所 (Betreuungsgericht) が世話人を選任すると定める<sup>6)</sup>。この場合に世話人は、世話裁判所の定める範囲につき被世話人の代理人として行為する (BGB 1902 条) が、世話の対象とされた者 (被世話人) は、被世話人となったことのみによって行為能力を制限されることはない。この点が、世話法がその施行前の旧制度と大きく異なる点である<sup>7)</sup>。

もっとも世話裁判所は、被世話人の身上又は財産についての著しい危険を回避するために必要な限度で、被世話人が世話人の職務範囲に含まれる意思表示をするには世話人の同意を要するものと命ずることができる (「同意の留保」, BGB 1903 条 1 項 1 文)。同意の留保が命じられた被世話人は、BGB 1903 条 1 項 2 文により BGB 108 条から 113 条までが準用される結果、同意の留保の範囲に含まれる法律行為に関しては、行為能力を制限された未成年者と同様の地位に置かれることとなる。しかし同意の留保の対象とされる意思表示であっても、当該意思表示が被世話人に単に法律上の利益をもたらすのみであるとき、および、裁判所が別段の命令をしていない限りで、意思表示が日常生活の軽微な事務にかかわるものであるときは、被世話人は世話人の事前の同意を要しない (BGB 1903 条 3 項)。

同意の留保は、被世話人の状態ではなく、差し迫った危険を回避するために必要であると判断される場合にのみ、命じられる<sup>8)</sup>。従って、世話が被世話人の身体的障害を理由に命じられた場合、被世話人の疾病あるいは障害が重篤で意思表示できない場合には、同意の留保は命じられない<sup>9)</sup>。

同意の留保の対象とされた被世話人の意思表示につき、被世話人が世話人の同意を得ないで意思表示したときは、通説は、その意思表示を不確定的無効と解し、世話人による追認が得られない場合に、その法律行為は確定的に無効になるとしている<sup>10)</sup>

世話裁判所が命じた世話のうち同意の留保が命じられる割合は、全体の約5%<sup>11)</sup>とされており、世話全体の数からみれば非常に少数であるということが出来る<sup>12)</sup>

### 三 行為能力の制限と取引の安全に関するドイツの判例および学説

#### 1 BGBにおける行為無能力者と世話法

先に見たように（二、参照）、被世話人は、同意の留保が命じられた場合にのみ、行為能力を制限された未成年者と同様に、同意の留保の対象である意思表示について世話人の同意が必要とされる。しかし他方でBGBは、「行為無能力者」についても規定する。すなわちBGB 104条は、満7歳に達していない者（同条1号）、および、精神活動の病的な障害により自由な意思決定ができない状態にあり、その状態が性質上一時的ではない者（同条2号）を行為無能力者とし、それらの者の法律行為は確定的に無効とされる（BGB 105条1項）。従って、この場合には不確定な状態は生ぜず、法定代理人等が事後的に追認することもできない<sup>13)</sup> またBGB 104条2号に該当する事例として、BGHは、障害が持続する状態にあり、かつ当事者がもはや理性的な考慮によってその決定をする地位にない場合を挙げる<sup>14)</sup>

同意の留保は被世話人が行為無能力か否かに関係なく命じられるが、被世話人が同意の留保の対象となる意思表示をした際に行為無能力であることはあり得る。その場合は、同意の留保が命じられているか否かにかかわらず、被世話人の意思表示はBGB 105条1項により無効とされ<sup>15)</sup> たとえ世話人が同意もしくは追認を与えたとしても、有効とすることはできない。しかし紛争事例において行為無能力の証明が困難であることが多いので、実際には行為無能力の被

世話人に対しても同意の留保が命じられることがある。<sup>16)</sup>

なお、成年である行為無能力者については、例外的に「低額であることができる日常生活に関する行為をした場合において、給付及び合意された限りにおける反対給付を考慮して、それを実現したとき」は、その者が締結した契約は、有効と見なされる (BGB 105a 条)。ただし「行為無能力者の身上又は財産に著しい危険を及ぼすとき」は、契約は有効とされない。これは、被世話人が一定の事情のもとでは保護されなければならないという BGB 1903 条の基本思想が、2002 年に追加挿入された BGB 105a 条により、行為無能力者の場合に引き継がれた結果であるとされる。<sup>17)</sup>

満 7 歳以上の未成年者 (18 歳未満) は制限行為能力者とされ (BGB 106 条)、その意思表示について、原則として法定代理人の同意が必要とされる (BGB 107 条)。法定代理人の同意あるいは追認のない場合、未成年者が締結した契約の効力は法定代理人の追認の有無に委ねられ (BGB 108 条 1 項)、法定代理人が追認を拒絶した場合は、その契約は無効となる。

## 2 行為能力の制限に対する善意者の保護

ドイツ法には、ある者が行為能力の制限を受けているか否かに関する公示手段は存在していない<sup>18)</sup>。そのため、行為無能力あるいは制限行為能力を理由に意思表示が無効とされた場合、相手方が損失を被る可能性は当然に存在する。しかし判例<sup>19)</sup> および通説<sup>20)</sup> は、たとえ相手方が行為能力について善意であったとしても、保護されないとする。この場合には、行為無能力者あるいは制限行為能力者の保護が取引の安全に優先すると解するからである。

もっとも、取引実務からは、取引の安全より表意者を保護するそのような見解に対して疑義が呈されることもあった。特に銀行はかつて、『口座開設者が事後に行為無能力となったことにより口座に生じた損害は、開設者の負担とする』と規定した約款を用いることで、行為無能力者との取引から生じる損害を免れようとした。過去には、BGH がそのような約款の有効性を肯定した判決

も存在する（Urteil vom 5. 5. 1969）<sup>21)</sup> その理由として BGH は、行為能力を有する当事者が将来行為無能力となった場合の損害について負担する旨を合意することは、契約自由の観点から良俗に反しないこと、および行為能力を有する者によってなされた意思表示は、後に生じた行為無能力のために無効にはならないことを挙げていた<sup>22)</sup>

しかしその後、約款規制法（AGB-Gesetz）が施行されたことにより、同法のもとでも上記のような約款は有効か否かが争われるようになった<sup>23)</sup> このような状況において、BGH は上記のような内容の約款は同法 9 条<sup>24)</sup> に反して無効であると判示した（Urteil vom 25. 6. 1991：以下「BGH 1991 年判決」として引用）<sup>25)</sup> その理由として、BGH は次のように述べる。すなわち、同法 9 条 1 項によれば、普通取引約款の条項は、それが利用者の契約相手方に信義誠実の要請に反して不当に不利益を与える場合には、無効である。同法 9 条 2 項 1 号により、法律の規定と異なる条項が法律の規定の本質的な基本理念と一致しない場合には、疑わしいときは、それは不当に不利益を与えるものと推定されるものとする。その限りで、その任意規定が、合目的性の考慮に基づいているだけでなく、正義の要請の表れであるかどうか、決定的に重要である。同法 9 条 2 項 1 号の意味における法律規定の本質的な基本理念は、損害賠償義務は通常、責任のある行為についてののみ生じるということである。この一般原則は、公平の要請の表れとして法律上の請求権と同様に契約上の請求権にも通用する。しかし当時の銀行の約款の条項は、顧客に、その責任とは無関係な行為能力欠缺により、銀行が責任なく認識しなかったことにより銀行が被った全損害についての賠償義務を負わせる点で、この重要な原則に反する。

もっとも BGH は、同判決において、銀行取引における取引保護の必要性についても言及する。しかし BGB 104 条以下の規定は、立法者が完全な行為能力を有しない者を保護するために定めたものであって、法的な取引に参加する者は、その危険を甘受しなければならないとしている。

BGH 1991 年判決と前後して、ドイツの各銀行はその約款を見直し、問題と

された条項を削除した<sup>26)</sup>。しかし BGH 1991 年判決に対する批評の中には、BGH の結論には賛成しつつ、銀行の置かれた状況に対しても一定の理解を示しているものもある。ある批評は、完全な行為能力を有しない者の銀行取引について、一定の場合に銀行の免責あるいは完全な行為能力を有しない者による損失負担を認める必要があるのではないかと指摘している<sup>27)</sup>。

### 3 「同意の留保」と取引の安全の関係

BGH 1991 年判決以後、先に見たような、銀行に対する一定の配慮が必要であるとする指摘はあるものの、ドイツでは、完全な行為能力を有しない者の保護を優先する判例を支持する見解が通説となり、現在に至っている。世話法施行後においても、同意の留保を命じられた被世話人の保護が取引の安全に優先するとの見解が通説的立場を占めている。しかし BGH 1991 年判決以後に、下級審ではあるが、同意の留保を命じられた被世話人に対する保護を限定的に捉える裁判例も存在する (LG Oldenburg (Oldenburg), Urteil vom 11.6.2013 ; 以下, 「LG Oldenburg 判決」として引用)<sup>28)</sup>。

LG Oldenburg 判決は、同意の留保を命じられた被世話人の行為能力について、次のように述べる。すなわち、同意の留保について、BGB は行為能力を制限された未成年者に関する規定を参照する。未成年者は、BGB 362 条 1 項により必要とされる、債務の目的たる給付を受領する能力を欠くと見なされるので、未成年者に対してなされた給付は債務関係を消滅させない。しかし、同意の留保を伴う世話のもとにある成年者を未成年者と同一に扱うことはできない。なぜなら、そのような扱いは法的取引を過度に困難にすることが考慮されるべきだからである。そのような解釈では、給付者は給付に際して、常に同意の留保を伴う世話の不存在を確認する必要があるが、それは実際上不可能である。BGB 362 条 1 項の解釈においては、一方では文言を考慮すべきであり、それによれば、債務関係消滅の効果は債権者の個性に左右されない。他方で、その意味と目的が考慮されるべきであり、BGB 362 条 1 項の解釈は、同意の



留保を伴った世話のもとにある成年者については、給付者が世話を知っていたか、あるいは少なくとも知らなければならなかった（従って過失により行為した）場合にのみ、当該成年者の受領権限は否定されるべきである。

LG Oldenburg 判決によれば、同意の留保を命じられた被世話人と取引した相手方が、取引の当時、その被世話人が同意の留保を命じられていたことにつき善意無過失の場合には、被世話人の意思表示が世話人の同意を得ていなかったとしても有効であるという結果になる。この結論は、行為能力を制限された者の保護より、それらの者と取引した相手方を保護する必要性を重視したものであることができ、先に見た以前の銀行取引約款の意図したところに近接する。つまり、BGH 1991 年判決以後も、取引の安全の保護を求める銀行の要請およびそれを支持する見解が、なお存在していたものと解することができるであろう。

#### 四 BGH 2015 年 4 月 21 日判決の意義

先に見たように（二、参照）、ドイツの通説は、同意の留保を欠く被世話人の意思表示を不確定的無効と解し、世話人による追認が得られない場合には、その意思表示は確定的に無効になると解している。これに対して実務では、依然として取引の安全への配慮を求める見解があり、同意の留保について、その効力を部分的に制限することを認める LG Oldenburg 判決が存在することも、既に述べたとおりである。

そのような状況のもとで、BGH は、同意の留保が命じられた被世話人の法律行為につき通説の見解に基づく判決を下した（Urteil vom 21. 4. 2015：以下「BGH 2015 年判決」として引用）<sup>29)</sup> 以下、この判決の分析を通して、同意の留保による被世話人の保護について、検討する。

## 1 BGH 2015 年判決

### (1) 事実の概要と裁判の経過

Xは、管轄区裁判所の2009年11月16日決定により被世話人とされ、その財産管理に関するXの意思表示について、世話人の同意を必要とすると命じられた（同意の留保）。Xは、2010年7月18日に亡くなった母親の単独相続人として、母親がY銀行に有していた口座を相続した。Xは、その口座から2010年7月30日に1,221ユーロ余りを引き出し、その引き出された金銭を直接第三者Zに譲渡したが、Xの世話人はこのことを知らなかった。世話人は、金銭の払い戻しにも、またZへの譲渡にも同意しておらず、また事後的に追認もされなかった。その後、XはY銀行に口座からの預金の払い戻しを請求した。

両当事者は、1,221ユーロ余りを支払ったY銀行の弁済の有効性について争った。Y銀行は、Xは引き出した金銭を債務の弁済のためにZに移転したと主張し、予備的にXに対する不当利得返還請求権と相殺すると主張した。Xは、Zに対する請求権の譲渡をY銀行に申し出た。

第一審の区裁判所は、Xの請求を認容した。控訴審も、概略以下のように述べて、第一審の判断を支持した。

すなわち、Y銀行の債務を免責する結果となる金銭受領に関するXの意思表示は、同意の留保により必要な世話人の同意を欠くため、BGB 1903条1項2文、131条2項、108条1項により無効である。口座から金銭を引き出すことはXの債権を消滅させることになるので、BGB 1903条3項において世話人の同意が不要とされる法律上の利益のみをもたらす法律行為には該当せず、それゆえ、その受領には世話人の同意を必要とする。Xは、行為能力を制限された未成年者と同様に、受領権限を有しない。またこの場合に、世話人が選任され、同意の留保が命じられたことについてのY銀行の認識は、問題とされない。なぜなら、行為能力に関する善意は保護されず、BGB 1903条により意図された被世話人の保護を有効なものとするためには、行為の相手方の認識ではなく、

客観的な状況を考慮する必要があるからである。立法者意思によれば、行為無能力者および制限行為能力者の保護は、その行為の相手方の利益に優先する。さらにY銀行は、Xに対する不当利得返還請求権を有しない。XのZに対する金銭の譲渡を、Xの世話人は同意していなかったため、XはZに対する返還請求権を有している。しかしながら、Xは特別に保護されることになるので、XがY銀行に返還しなければならないのは、Zに対する返還請求権だけである。その譲渡により、XはY銀行に対する義務を履行しているため、Y銀行のXに対する請求は、問題とならない。

Y銀行は、Xの請求棄却を求めて上告した。

## (2) 判 旨

BGHは、おおよそ次のように述べてY銀行の上告を棄却した。

すなわち、債務免責の効力を伴う金銭受領のためのXの意思表示がBGB 1903条1項2文、131条、108条により、世話人の同意を欠いているために無効であるという控訴裁判所の見解は、法的に誤りである。履行のために、そのような意思表示をする必要はない。BGB 362条1項による給付は、通常、さらなる事情、特に、その旨の合意を必要とすることなく、客観的結果として履行の効果を生じさせる<sup>30)</sup>

財産配慮（Vermögenssorge）の範囲において命じられた同意の留保により、Xは、法律により、その範囲において行為能力を制限された未成年者と同列に置かれるべきである。従って履行は、Xの世話人が預金の引出しについて追認し、あるいはそれに同意した場合、もしくは世話人自身に金銭が譲渡された場合にのみ、生じることになる。これらの要件は、しかしながら本件においては充たされていない。

行為能力を制限された未成年者に対する給付義務は、未成年者に受領権限がないために、法定代理人の同意なしに有効に履行することができない。債務の履行としての給付の受領も、未成年者は自己の請求権が消滅するという形で法

的な不利益を受けることになるので、BGB 107 条以下が適用される。このことはまた、例えば給付の受領のような事実行為と法的結果が結び付く場合にも当てはまる。

この原則は、当該領域について同意の留保が命じられ、かつ世話人が給付の受領に同意していないときには、行為能力のある被世話人への給付の場合にも当てはまる。その限りで、被世話人には有効な履行のために必要な受領権限が欠けているので、被世話人への弁済は、その債権を消滅させることにはならない。債務者が世話および同意の留保を認識していたこと、もしくは過失によって知らなかったことは、重要ではない。

同意の留保によって、被世話人は、その留保の適用領域において、行為能力を制限された未成年者と同様の地位に立つ。BGB 1903 条 1 項 2 文が BGB 108 条以下を準用することにより、被世話人は同意の留保の適用領域において、制限行為能力者と同じ地位に置かれる。未成年者も、また同意の留保が命じられた場合の被世話人も、その財産について利益的に正しくない処分をすること、およびその給付制限を超えて責任を負担することから、保護されるべきである。この保護は、被世話人の債権の行使が、未成年者の債権の行使と同様に、世話人が同意し、あるいは世話人に給付することを要件としている場合を除いて、保証される。被世話人へ給付する履行の有効性は、債務者が世話および同意の留保の認識を有していたかどうか、あるいは過失による不知かどうかにかかわらずされない。重要なのは、ただ客観的な状況だけである。

再度、BGB 1903 条が BGB 108 条以下を参照することにより、同意の留保の適用領域の限度で、被世話人は行為能力を制限された未成年者と同様に扱われるべきである。契約相手方の行為能力に関する善意は保護されず、行為無能力者および制限行為能力者の保護が法的取引の利益に優先するので、未成年者もしくは同意の留保が命じられた場合における被世話人の契約相手方は、法律行為の無効の危険を負担することになる。契約相手方の行為能力に関する不確かさから生じ得る法的不確実性は、甘受されるべきである。行為能力を制限され

た未成年者と同じ地位に置くという、行為能力を有するが同意の留保が命じられた被世話人の実際上の保護は、そのようにしてのみ達成することができる。被世話人の契約の相手方が世話および同意の留保を知らず、かつその状況を考慮することができなかった場合に、法律はまさに被世話人のための特別な保護を予定しているのである。

同意の留保を伝達しなかったこと、あるいは世話人の同意なしに金銭を引き出したことによる、Y銀行のXに対する契約上の損害賠償請求権は、認められない。Xは、同意の留保のもとにある被世話人として、このこととの関連においてもまた、法律により制限行為能力者のように扱われなければならない。制限行為能力者は、契約交渉において、その者が未成年であることを話さない場合に、責任を負わない。同様にXは、Y銀行に前もって世話の存在あるいは同意の留保が命じられたことを通知する義務を負うものではない。従って、そのためにY銀行に損害が生じたとしても、Xには債務関係に基づく義務違反がないので、XはBGB 280条1項（義務違反による損害賠償）による損害賠償義務を負わない。行為能力に関して善意者に対する保護はないので、行為能力が欠けていることに関して、契約相手方に頼まれていないのに教示する義務は、原則として成立しない。法律が行為能力を制限された契約当事者の保護において目指したことと同様のことが、相続の過程で生じる債務関係の付随義務についても通用する。

## 2 考 察

BGH 2015年判決は、これまでのドイツにおける通説に沿った判断を示したものと評価することができる。以下、個別の論点ごとに検討を進めることとする。

### ①同意の留保が命じられた被世話人の意思表示

BGH 2015年判決は、同意の留保が命じられた被世話人を、留保の範囲内において制限行為能力者と等しい地位に置かれるとし、その場合に世話人の同意

のない意思表示は無効となることを示したが、これは通説の理解<sup>31)</sup>に沿うものということができる。ただし、同意のない意思表示について、原審は当然無効としたが、BGH 2015 年判決は不確定的無効とし、世話人が同意を拒絶することで無効が確定するとした。これも通説に沿ったものと評価することができる。

## ②被世話人の保護と取引の安全

かつての銀行取引約款のような取引の安全を重視する立場は、LG Oldenburg 判決や、BGH 2015 年判決における Y 銀行の主張のように、現在でもあり得るものである。また被世話人を保護する結果、取引の相手方が損害を被ることになるので、そのような見解が一定の説得力を持つことも、また事実である。しかし BGH は、同意の留保のもとにある被世話人が、それが命じられた範囲の意思表示について制限行為能力者と同じ位置に置かれることを確認した上で、BGB 1903 条は BGB 108 条以下と同様に、法的取引の安全ではなく被世話人の保護のための規定であるとし、その結果相手方は自己の損失について甘受しなければならないと述べ、制限行為能力者に関するこれまでの判例および通説と同様に、相手方の善意は保護されないとした。この点について、同意の留保が目指す当事者の保護は相手方が法的不確実性を甘受する以外に達成できないとして、BGH の結論を支持する見解<sup>32)</sup>も見られる。

## ③相手方への通知義務

被世話人は、事後的な同意の留保について取引の相手方に通知する義務を負うか。BGH 2015 年判決は、制限行為能力者である未成年者の場合を引用し、被世話人は相手方に同意の留保の存在を通知する義務を負わず、したがって同意の留保を知らなかったことによって相手方が損害を被ったとしても、被世話人は BGB 280 条 1 項による契約上の義務違反による損害賠償義務を負わないとした<sup>33)</sup>。

## ④被世話人による弁済の受領

Y 銀行の給付を被世話人が受領した点について、原審は、金銭を受領するた

めの被世話人の意思表示が世話人の同意を欠くために無効であると解した。しかし BGH 2015 年判決は、弁済に必要なのは債務の目的に適った給付行為による給付結果の惹起のみであり、それゆえ事実上の償却行為があれば弁済として十分であるとする事後的給付実現説<sup>34)</sup>を採用し、給付の客観的結果として弁済の効果が生じるとした。つまり Y 銀行の弁済自体は有効なものであるとしたのである。その上で、同意の留保のもとにある被世話人は、制限行為能力者である未成年者と同様に受領権限を欠く<sup>35)</sup>ので、世話人の同意なしに被世話人が金銭を受領した場合、被世話人の請求権は消滅せず、Y 銀行は免責されないとした。

### 3 小 括

BGH 2015 年判決は、BGB 1903 条の規定に忠実に、同意の留保のもとにある被世話人を制限行為能力者と解し、実務からの取引の安全の重視を求める声や LG Oldenburg 判決が指摘する被世話人の特別な状況を考慮することなく、108 条以下を適用することで問題を解決する途を選んだ。その結果は、取引の相手方に、当該法律行為が最終的に無効となったことにより生じる損害を甘受させるものとなったが、同意の留保のもとにある被世話人を含む行為無能力者・制限行為能力者保護が取引の安全に優先するとする BGB の立場からは、順当な結論であると評価できる。

また BGH は、未成年者の場合と同様に、そのような被世話人が同意の留保を通知する義務を負わないことも確認した。BGH 2015 年判決と先に述べた約款規制法に関する BGH 1991 年判決の趣旨を合わせて考えるならば、同意の留保のもとにある被世話人の保護は取引の安全に優先し、その被世話人と取引するものは、たとえ同意の留保がなされる前に締結した契約によっても、被世話人に同意の留保を通知する義務を負わせ、あるいは自己が被ると予想される、相手方の行為能力の制限を原因とする損害を免れることは、できないという結論が導かれる。



## 五 結びにかえて

### 1 日本法への示唆

それでは、ここまで検討してきたドイツ法の議論は、我が国の民法の解釈論においてどのような示唆を与えてくれるであろうか。

世話法に基づく同意の留保は、世話人の同意のない当該被世話人の法律行為を不確定的無効とし、同意が得られないことが確定した時点で無効が確定するとする。これに対して日本民法における制限行為能力者の法律行為は取り消すことができるものとされており、取り消されることで当該行為が遡及的に無効となる。両者は法的構成こそ異なるが、いずれも本人保護の観点から自己がした法律行為の効力を否定することを可能にする手段であるという点で共通しており、<sup>36)</sup> 日本民法の制限能力者に関する規定の解釈においてドイツ法を参照する意義は、十分にあるといえるだろう。

日本民法が制限行為能力者について取消権を認めた理由を、判例<sup>37)</sup>は、行為者の利益を保護するため、行為時の意思能力欠缺の証明を不要としたものであるとする。学説も対象者の保護が目的であると述べていることは、先に見たとおり（一、参照）であり、その制度趣旨として、一般的に、意思無能力の立証の困難を緩和するための制度であると理解されてきた<sup>38)</sup> また制限行為能力者を保護した結果、損害を被るおそれのある相手方については、催告権（20条）と制限行為能力者の詐術を理由とする取消しの制限（21条）による保護が図られているとの説明が、これまでなされてきた。もっとも、行為能力制限の理論的基礎について上に述べた見解とは異なる立場からの主張も存在するが、それらの学説についての検討は先行する研究<sup>39)</sup>に譲り、本稿では成年後見制度制定時の議論に基づいて、制限行為能力者制度の制度趣旨を検討することとしたい<sup>40)</sup>

成年後見制度を導入する際の議論の中で、法務省は、旧制度の取消権について、「取消権は、本人は有効な法律行為をすることができ、自己に有利な行為



であればその効力を自己の利益のために援用することができるが、自己に不利益な行為であればこれを自ら取り消すことができるという権利であり」,「意思能力の欠如又は意思表示の瑕疵(詐欺, 強迫, 錯誤等)の実態的な要件に関する困難な立証を要することなく、自己に不利益な法律行為の効力を一方的な意思表示により否定することができるのであって、取消権は、本人保護の観点からは実効性の高い権利であるということが出来る」<sup>41)</sup>と評価し、新制度においても取消権による本人保護の必要性を説いている<sup>42)</sup>。この説明によれば、法務省は、立法政策としての行為能力の制限に伴う取消権を、本人保護の手段と解していたことが分かる。

それでは、制限行為能力者制度による保護を当事者間の事前の合意によって修正することは認められるであろうか。例えば、事前の合意により制限行為能力者の行為を確定的に有効なものとすることは、認められるであろうか。ドイツ法が、この問題を制限行為能力者制度の制度趣旨から否定的に解してきたことは、先に見た通りである。同じことは、日本民法の解決においても妥当するであろう。制限行為能力者制度が対象者の保護を目的としたものであると解するならば、事後的な取消権を一切否定することは、法の趣旨に反するものと評価することができるからである。

本稿で詳細に検討する余裕はないが、仮に日本民法が合意による修正を許容していると解したとしても、消費者契約法が適用される場合には、同様の結論に達し得るものと考ええる。消費者契約法10条は、消費者の利益を一方的に害する条項の無効を規定する。同条の適用により無効とされる「不当条項」を、「『当該特約がないとした場合に法規定から導かれるであろう法律状態』…からの逸脱に正当な理由がなく、当事者間の衡平を損なうものであって、その乖離の具合が信義則上許容される限度をこえていると考えられる」<sup>43)</sup>ものとするならば、取引相手方の負担のもとで制限行為能力者を保護するために法が認めた取消権を制限する特約、および取消しの結果生じた損害を制限行為能力者の負担とする特約を、上記の定義に該当するものとして無効と判断する余地は、十

分にあるというべきであろう。

## 2 国連障害者権利条約と成年後見制度

1992年の施行以来、ドイツ世話法は世界的にもその先進性を高く評価され、我が国の成年後見制度導入時における議論でも数多く参照されたことは、改めて述べるまでもないことである。しかしそのドイツ世話法も、現在、大きな曲がり角に差し掛かっている。

我が国とドイツがいずれも批准している国連「障害者の権利に関する条約」は、その第12条において、次のように規定する<sup>4)</sup>

### 第12条 法律の前にひとしく認められる権利

- 1 締約国は、障害者が全ての場所において法律の前に人として認められる権利を有することを再確認する。
- 2 締約国は、障害者が生活のあらゆる側面において他の者との平等を基礎として法的能力を享有することを認める。
- 3 締約国は、障害者がその法的能力の行使に当たって必要とする支援を利用する機会を提供するための適当な措置をとる。
- 4 締約国は、法的能力の行使に関連する全ての措置において、濫用を防止するための適当かつ効果的な保障を国際人権法に従って定めることを確保する。当該保障は、法的能力の行使に関連する措置が、障害者の権利、意思及び選好を尊重すること、利益相反を生じさせず、及び不当な影響を及ぼさないこと、障害者の状況に応じ、かつ、適合すること、可能な限り短い期間に適用されること並びに権限のある、独立の、かつ、公平な当局又は司法機関による定期的な審査の対象となることを確保するものとする。当該保障は、当該措置が障害者の権利及び利益に及ぼす影響の程度に応じたものとする。
- 5 締約国は、この条の規定に従うことを条件として、障害者が財産を所

有し、又は相続し、自己の会計を管理し、及び銀行貸付け、抵当その他の形態の金融上の信用を利用する均等な機会を有することについての平等の権利を確保するための全ての適当かつ効果的な措置をとるものとし、障害者がその財産を恣意的に奪われないことを確保する。

障害者権利条約第12条は障害者が他の人々と等しい法的能力を享受すると定めるが、近時、世話法がこの規定に反するのではないかとの問題提起がなされている。その代表的な見解<sup>45)</sup>は、制限的ではあっても同意の留保により被世話人の行為能力を制限するドイツの世話法が基本的に条約と相いれないと主張している。これに対しドイツ政府<sup>46)</sup>は、世話法が障害者権利条約と矛盾するものではないとの立場を維持してきた<sup>47)</sup>

ところが、批准国による条約の履行状況を監督する国連障害者権利委員会（以下、「権利委員会」と表記）は、2015年5月13日付の総括所見において、世話制度は条約に不適合であるとの懸念を表明し、あらゆる形態の代理・代行決定を排除して、意思決定支援制度に置き換えるべきことを勧告した<sup>48)</sup> この所見は、同委員会が採択した「一般意見書第1号（General Comment No. 1 “Equal recognition before the law”）」に基づくもので、同意見書は、「代行決定制度」の廃止と当該障害者の「意思決定支援」への制度的な転換を求めている。もっとも、権利委員会の所見に法的拘束力はなく、直ちに世話法の実務が変更されたり、世話法の規定の効力が失われたりするわけではない。また、ドイツの主要な学説は、先に述べた批判や権利委員会の一般意見書第1号が公表された後も、必要性の原則（BGB 1901条1項）および被世話人の希望と意思に従う義務（BGB 1901条3項1文）の存在を指摘し、これらの原則に従って運用される限りで、世話法は障害者権利条約に反しないものと理解している<sup>49)</sup>

障害者権利条約と我が国の成年後見制度の関係について言及することは本稿の目的を超えるが、行為能力の制限を伴う我が国の成年後見制度も、現状では条約不適合と判断される可能性が非常に強い<sup>50)</sup> 将来的には、制限行為能力者

制度の改廃も含めた制度の全面的見直しが求められることは、確実であろう。ただし、権利委員会の一般意見書第1号については、我が国においても批判的な意見が述べられており、<sup>51)</sup> 対象者の法的保護の必要性を無視した拙速な制度の見直しは控えるべきであると考ええる。もっとも、ドイツと同様に、必要性の原則および本人の意思尊重義務(858条)を重視した制度運用が一層求められなければならないことは、いうまでもない。

制度ができて間もなく20年になろうとする我が国の成年後見制度であるが、まだ問題とされる点も多い。これからも、さらなる議論および検討が必要である点を指摘して本稿を閉じることとしたい。

#### 注

- 1) 川島武宜『民法総則』(法律学全集17)174頁(有斐閣,1965年),幾代通『民法総則[第二版](現代法律学全集5)』53頁(青林書院新社,1984年),内田貴『民法I[第4版]総則・物権総論』120頁(東京大学出版,2008年),四宮和夫・能見善久『民法総則(第八版)』32頁以下(弘文堂,2010年),田山輝明『民法総則(第4版)』38頁以下(成文堂,2010年)など。
- 2) 我妻栄『新訂 民法総則(民法講義I)』66頁(岩波書店,1965年),川島・前掲註(1)174頁など。
- 3) 須永醇『意思能力と行為能力』84頁(日本評論社,2010年)。
- 4) 筆者が本稿執筆に至った直接の動機は,東京高裁平成22年12月8日判決(金融法務事情1949号115頁)に接したことであった。ただ,同判決については,すでに多くのすぐれた評釈が公刊されていることもあり,本稿では,一般論として本文で提起した問題について検討することとした。
- 5) 本稿では,ドイツ民法典の条文は「BGB〇〇条」と表記する。以下同じ。
- 6) 世話法の条文訳については,ドイツ成年後見法研究会「ドイツ成年後見制度の改革(一)~(四)」民商法雑誌105巻4号572頁(1992年),105巻6号850頁(1992年),108巻3号462頁(1993年),109巻2号353頁(1993年),および民事局参事官室「ドイツにおける成年後見制度」民事月報65巻6号78頁(2010年)を参照した。
- 7) 世話法制定前の旧制度については,ドイツ成年後見法研究会・前掲註(6)民商法雑誌105巻4号579頁(神谷遊)が詳しい。
- 8) Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 72., neubearbeitete Auflage, 2013, § 1903 Rn5.
- 9) ドイツ成年後見法研究会・前掲註(6)民商法雑誌105巻6号869頁(山口純夫)。

- 10) Palandt, a. a. O. (Fn. 8), § 1903 Rn7.
- 11) JURIS Praxis Kommentar BGB Band 4, 2011, § 1903 Rn6 は、1992 年から 2008 年までの統計を挙げる。同書によれば、各年の同意の留保が命じられた割合は、3.6%から 6.3%の間に収まる。また Müller/Renner, *Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis* 4. Auflage (2015), S24 (Fn. 96) によると、2010 年に新たに開始された世話のうち、約 5.92%で同意の留保が命じられている。
- 12) ドイツ成年後見法研究会・前掲註 (6) 民商法雑誌 105 巻 6 号 869 頁 (山口純夫) は、「将来的には例外的なものとなろう」とする。
- 13) ライボルト (円谷 峻訳) 『ドイツ民法総論 [第 2 版]』146 頁 (成文堂, 2015 年)。
- 14) BGH NJW 1970, 1680; BGH NJW 1996, 918.
- 15) Palandt, a. a. O. (Fn. 8), § 1903 Rn10; Jürgens, *Betreuungsrecht Kommentar*, 5. Auflage, 2014, § 1903 Rn15ff.
- 16) Kampermann, *Betreuungsrecht und Vorsorgevollmacht in der Bankpraxis* 3. Auflage, 2016, S 391ff.
- 17) BGB1903 条と 105a 条の関係については、村田 彰「意思無能力者の『日常生活行為』—ドイツ法を参考として—」須永傘寿『高齢社会における法的諸問題』66 頁以下 (酒井書店, 2010 年) 参照。
- 18) 世話法施行前の旧制度においても、ある者について行為能力剥奪宣告 (Entmündigung, 1992 年改正前の BGB 旧 6 条, 旧 104 条 3 項) がなされた場合には、連邦中央登録簿に登録することとされており、本人またはその法定代理人に、登録簿の記載内容を証明する証明書の交付を求めることで確認することができたが、実際にはほとんど利用されていなかったようである。この点につき、ドイツ成年後見法研究会・前掲註 (6) 民商法雑誌 105 巻 4 号 579 頁 (神谷 遊) 参照。
- 19) BGH NJW 1977, 622, 623.
- 20) Anwaltkommentar BGB, Band 1, 2005, § 104 Rn9; Palandt, a. a. O. (Fn. 8), Einf v § 104 Rn3; Ermann, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 14., neu bearbeitete Auflage, 2014, Einl § 104 Rn6.
- 21) BGHZ52, 61. 同判決については、岩原紳作「資金移動取引の瑕疵と金融機関」国家学会 100 年記念『国家と市民』第三巻 208 頁 (註 144) (有斐閣, 1987 年), 岩原紳作「電子資金移動 (EFT) および振込・振替取引に関する立法の必要性 (8)」ジュリスト 1092 号 88 頁 (1996 年), および熊谷士郎『意思無能力法理の再検討』245 頁 (有信堂, 2003 年) も参照。
- 22) 当時のドイツでは、そのような約款の有効性について疑義を挟む学説は、見られなかったようである (岩原・前掲註 (21) 『国家と市民』第三巻 205 頁)。
- 23) 当時の議論については、熊谷・前掲註 (21) 246 頁参照。特に、当時の肯定説において、銀行側に大量取引において顧客の無能力を認識する可能性がないことが理由とされていた点は、注目すべきである。

- 24) 約款規制法は、2001年債務法現代化法（Das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. 11. 2001）により BGB に編入された。当時の約款規制法9条は、現行 BGB307条に相当する。
- 25) BGHZ115, 38. なお、約款規制法施行後から同判決までの学説については、熊谷・前掲註（21）246頁参照。
- 26) ただし、熊谷・前掲註（21）245頁註205は、約款の改定はBGH1991年判決の原審判決および学説の影響であって、BGH1991年判決そのものの結果ではないとする。
- 27) Donath, Unwirksamer formularmäßiger Haftungsausschluß bei geschäftsunfähigkeit des Bankkunden, BB 1991, 1881. Medicus, Allgemeiner Teil des BGB 10. Auflage, 2010, S227も、同様の指摘をしている。
- 28) WM 2013, 1411.
- 29) BGHZ 205, 90.
- 30) BGB 362条1項の給付については、椿 寿夫＝右近健男（編）『ドイツ債権法総論』（日本評論社、1988年）286頁以下（寺田正春）が詳しい。
- 31) Kampermann, a. a. O. (Fn. 16), S383; Palandt, a. a. O. (Fn. 8), § 1903 Rn7; Plaz, Bankgeschäfte mit Betreuten, 2010, S332; Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB 37. Auflage, 2013, S134ff.
- 32) Zorn, Anm. zu BGH Urteil v. 21. 4. 2015, FamRZ 2015, 1388.
- 33) Ermann, a. a. O. (Fn. 20), Vor § 104, Rn8. Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts 10. Auflage, 2012, S384は、制限行為能力者について、年齢を詐称した場合でも、契約締結上の過失による責任を負わないとする。メディクス（河内 宏・河野俊行監訳）『ドイツ民法 上』169頁以下（信山社、1997年）も同旨。
- 34) 事実的給付実現説については、椿＝右近・前掲註（30）286頁（寺田正春）参照。
- 35) ライボルト・前掲註（13）153頁以下。
- 36) 法務省民事局参事官室「成年後見制度の改正に関する要綱試案補足説明」11頁（1998年）。
- 37) 大判明治38年5月11日民録11輯706頁。
- 38) 前掲註（1）に挙げた文献を参照。
- 39) それぞれの学説については、熊谷士郎「成年後見と消費者契約法」新井 誠ほか編『成年後見制度の展望』394頁以下（日本評論社、2011年）参照。
- 40) この点について、熊谷・前掲註（39）396頁以下は、行為能力制限の理論的基礎は意思無能力法理およびその他の契約法理をどのように解するかによって、それぞれの理論的な基礎との関係が変わりうること、つまりそれぞれの法理の関係をどのように考えるかによってさまざまな理解の可能性が存すると述べる。
- 41) 法務省・前掲註（36）9頁。
- 42) 法務省・前掲註（36）10頁は、取消権による保護を一律に廃止することは、本人保護の

実効性の観点からは、利用者のニーズに応えることができなくなるおそれがあり、我が国の社会の実情を踏まえた立法政策としては、適当ではないとする。

43) 河上正二『民法総則講義』409頁（日本評論社，2007年）。

44) 条文訳は、日本政府公定訳による。

45) これらの見解については、フォルカー・リップ「支援および成年者保護」成年後見法研究第13号148頁（2016年）参照。

46) 障害者権利条約に対するドイツ政府の見解については、ルドルフ・シュトラインツ「ドイツ世話法における最新の動向－憲法・欧州法・国際法上の基礎とその実現－」成年後見法研究第12号205頁（2015年）、リップ・前掲註（45）成年後見法研究第13号148頁参照。

47) ただし、シュトラインツ・前掲註（46）成年後見法研究第12号206頁および208頁は、世話法は基本的には障害者権利条約の規定に対応する形で作られているとしつつ、行為能力制限については改革の必要があることを指摘する。

48) 上山 泰「障害者権利条約の国際モニタリングにみる成年後見制度の評価」週刊社会保障2851号50頁（2015年）。

49) リップ・前掲註（45）成年後見法研究第13号156頁。

50) 我が国の成年後見制度が障害者権利条約12条に抵触するおそれを指摘するものとして、上山・前掲註（48）週刊社会保障2851号52頁以下、黒田美亜紀「障害者権利条約と成年後見制度－条約批准によりわが国の成年後見制度が直面する課題」明治学院大学法学研究100号137頁以下（2016年）、柴田洋弥「成年後見制度と支援付き意思決定」成年後見法研究13号125頁以下（2016年）。

51) 上山・前掲註（48）週刊社会保障2851号52頁以下、上山 泰『専門職後見人と身上監護〔第3版〕』324頁以下（民事法研究会，2015年）、坂野征四郎「障害者の権利に関する条約と成年後見制度の運用」成年後見法研究14号31頁以下（2017年）。