るゝかに付て差別を立てる必要がない。而して前の場合に於ては被指圖人の受取人に對する給付により、指圖人の被指圖人に對する債權が消滅し、後の場合に在りては、此給付により指圖人が被指圖人に對し債務を負擔するに到るのであるから、何れの場合にも共通なる點は、指圖人が被指圖人の給付により、不利益を蒙るといふ事實である。

此不利益を與ふる效果は、指圖人の被指圖人に對する授權を認むることによつてのみ法律上說明せられる。

然るに一方に於て受取人側に付て言へば、指圖證券は受取人に對し、給付を强制する權利を與ふるものでない、指圖證券の手交は受取人に取つては、給付を受領し得る一の適任證であるけれども、之によつて受取人は被指圖人に對し債權の取立を爲すべき强制權を有するに到るものではない。故に、被指圖人の給付が資金關係に於て、指圖人に不利益を蒙らしむる效果を有する事の理由としては勿論授權の觀念を必要とするけれども、受取人は唯受領を適格付けられて居るに過ぎないのであつて、他人(指圖人)の權利圈上に效果を及ぼす法律行爲を爲す法律上の力を有して居ないから、給付の受領に關し、指圖人の受取人に對する授權ありとなすを得ないのである。

人は或は此見解に對し、之は被指圖人の給付の指圖人受取人間の基本關係(對價關係)に及ぼす效果を說明して居ないと抗議を持出すかも知れないが、それは當らない。蓋し此效果は一般原則から說明が出來るからである。

指圖人受取人間の基本關係に關しては、被指圖人の給付により、指圖人の受取人に對する債務を支拂ふか又は指圖人の權利を、受取人の負擔に於て設定するか(例へば消費貸借)何れかである。何れも之は指圖人の利益に於て生ずる。指圖人の利益の爲めに爲さるゝ給付に對しては被指圖人への授權を必要としないのであるが同樣に又、受取人が給付の受領を爲すが爲めにも特別の授權を要しない。指圖人が對價關係に於て、受取人の債務者である場合には第三者の辨濟の原則により(民法第四七四條、獨逸民法第二六七條)被指圖人は債務者卽ち指圖人の給付を自ら履行し得る。被指圖人は之に關し、特別の授權を要せずして、此債務の履行を適格付けられて居り、受取人は又直ちに之を受領し得る。之れ

から類推して、指圖人が受取人の債務者に非ざるとき、卽ち被指圖人の受取人に對する給付により、受取人の不利益に於て、指圖人の權利を設定すべき場合にも同樣の原則の適用がある。

之によつて是を觀れば、對價關係に於て生ずる被指圖人の給付の效果を說明するが爲めには、敢て受取人又は被指圖人に對する、指圖人の授權なる觀念を借り來る必要なく、指圖人と受取人との間に一の對價關係なる法律關係が存在し、受取人は給付せられたる物を指圖人の利益の爲めに受領し、使用するのであるといふ事で充分である。

之を要するに以上の說明で明かになつた通り、指圖とは被指圖人に對する、自己の名により指圖人の計算に於て給付を爲すべき授權であり、同時に指圖證券の手交により、受取人に對し之が受領の適格[23]を與ふるものである。

1) Hupka, Vollmacht S. 74.
2) Mitteis, a. a. O. S. 25 ff. 參照。
3) 本書第一章第四節七八頁以下參照。
4) 例へば Lenel, a. a. O. S. 5 ff.
5) Hupka. a. a, O. S. 71 N. 1.
6) Rümelin, a. a. O. S. 153.
7) Enneccerus, a. a. O. § 166 Anm. 7; Hellwig, Vertrag auf Leistung an Dritte S. 49.
8) 第三者の權利は併しながら反對給付の條件に係はらしめる事が出來る。(Tuhr, a. a. O. S. 375 N. 272.)
9) Tuhr, a. a. O. S. 376. N. 275.
10) 羅馬法に所謂債權轉付 Delegatio とは轉付者 Delegant が被轉付者 Delegat に對し受轉付者 Delegatar に支拂を爲すか(之れが直接支拂を爲す前の場合よりも通常であつた)を指圖したるものであつて、茲に論じやうとする指圖と極めて近似して居たので Delegatio なる語を今日の指圖に用ふる學者がある(Hupka, die Vollmacht S. 74 ff; Lenel, Iherings Jahrb. 36 S. 118 ff.)。けれども通說は之を以て別物なりとして居る。卽ち受轉付者が被轉付者から、指圖せられたる金額の支拂をスチプラチオによつて約束せしめたときには、此スチプラチオから生ずる被轉付者の義務が、轉付者と受轉付者との間に存在して居つたところの債務關係に代はり、此從前の債務關係は消滅する。スチプラチオは恰も今日の指圖に於ける引受 Annahme と類似の效力を有して居つたけれども、此スチプラチオの締結によつて、轉付者が從來受轉付者に對して負擔せし義務が消滅するといふ點は、今日の指圖と大に其趣を異にして居るのである。スチプラチオに斯くの如き強き效力を與へた所以は、惟ふに羅馬人は、支拂能力者のスチプラチオによる約束を以て、現金よりも一層の確實性を有するものと考へて居た爲めであらう。かやうにして轉付者と受轉付者間の原因的債務關係が、被轉付者のスチプラチオと共に消滅するが故に、債權轉付は一般に代物辨濟として採用せられて居た(Gai, Inst. III. 176)。而して被轉付者の受轉付者に對して與ふる給付約束は、被轉付者と轉付者との間に從前より存在せし債務關係の瑕疵によつて影響せられない。卽ち被轉付者が自ら轉付者に對して、債務を負擔せるものと誤信した



## 第一章　代理の概念と其構成要件

る爲めに、受轉付者に對しスチプラチオの約束を爲したる場合でも、受轉付者は被轉付者に對して、債權を取得する。又受轉付者と轉付者との間に存在せし債務關係の瑕疵によつて影響を受けない。卽ち例へば、轉付者が受轉付者を自己の債權者なりと誤信して債權轉付を爲したる場合でも、スチプラチオによつて義務付けられて居る被轉付者は、此誤信を理由とする抗辯を有しない。しかしながら轉付者の受轉付者に對する關係と、被轉付者の轉付者に對する關係との双方共に瑕疵がある場合には被轉付者は抗辯によつてスチプラチオから生ずる債務を免れ得たと謂はれる（Dig. 12. 4. 7 pr. Dig. 39. 5. 2. 4. Dig. 44. 4. 7. 1.）。從てスチプラチオの無因的性質に付き羅馬法では常に必ずしも徹底的であつたといふを得ないのである。

獨逸民法や瑞西債務法に謂ふ所の Anweisung は普通法に於ける Assignation の觀念を承繼したるものである。普通法の Assignation は其沿革を羅馬法の Delegatio に受けて居るけれども Delegatio が代物辨濟の役目を演じて居たのに反し、普通法では「指圖は支拂に非ず」といふ原則が樹立せられ居たるが爲めに、彼此混同を避けるべく十七世紀の法律學者が、此新しい概念を、新しい語に盛らんとして Assignation なる新語を作出したのであると謂はれる（E. Rechnitz, Anweisung und Inhaberpapier in ihrem Wirkungen S. 8）

11) Ermächtigung は適當なる譯語を發見し得ないから授權と譯したけれども、代理權授與行爲の略稱たる「授權行爲」と混同しないことを望む。

12) Gide 及び Krainz の主張は Hupka, a. a. O. S. 74 ff. に揭載したるものによる。

13) Lenel, Iherings Jahrb. 36. S. 113 ff.

14) Zahlungsanweisung, 受取人に對し、被指圖人が直ちに支拂を爲すものであつて、今日の指圖には其類型が稀である。

15) Kreditanweisung, 被指圖人が受取人に對し、指圖に基き支拂の約束を爲す場合であつて、今日普通に行はるゝ指圖がそれである。

16) Hupka, a. a. O. S. 76 ff.

17) Tuhr, zur Lehre von der Anweisung, Iherings J. 48 S. 3 ff. 參照。

18) Tuhr, a. a. O. S. 8. 參照。

19) Tuhr, a. a. O. S. 10 ff. 參照。

20) Enneccerus, Lehrb. 1. 2 § 423; Örtmann, § 783 Anm. 1; Planck, Komm. Vorbem. zu § 783.

21) Wilhelm Ludwig, Die Ermächtigung nach bürgerlichem Recht S. 1 ff. 參照。猶ほ本章第二節參照。

22) Erich Jung, Iherings Jahrb. 69. S. 86 ff.

23) 茲に適格と稱するのは、受取人に對して爲す被指圖人の給付が無原因給付として、不當利得返還請求權の成立するが如き事を阻止し得るの謂ひである。蓋しかくの如き適格が存在しない時は被指圖人と指圖人間の基本的關係に誘導せられて爲されたるものであるけれども、指圖の特徵として、其給付は此基本的關係より抽象せられたるものであり、被指圖人と受取人間に在りては受取人が給付を保持すべき causa が存在しないから、無原因給付として不當利得返還の請求を甘受すべきであつて指圖の目的を達するを得ないであらう。（Tuhr, a. a. O. 28 ff.）

# 第二章　本人の行爲によつて成立する代理權

## 第一節　代理權の成立

### 第一款　代理權授與行爲の本質は一方行爲である

代理權の本質に付ては既に前章第二節に詳論した。代理權が本人の意思によつて成立する場合に本人の意思活動を代理權授與行爲 Bevollmächtigung と稱する。

一、代理權授與行爲が契約なりや、一方行爲なりやに付て獨逸普通法時代から學說上可なり激しい論爭が操り反やされて居るのである。卑見によれば右の論爭は代理權授與行爲と本人代理人間に於ける內部的法律關係との關聯に關する學說と密接なる關係を有するやうに思はれる。古代に於ける學說は代理權授與行爲なる獨立の觀念を認める事なく、之を本人の事務を代行すべき委任と同一視したが故に其必然の結果として、代理權授與行爲は一の契約であると爲さゝるを得なかつたのである。代理權授與行爲によつて代理人が代理權能 Stellvertretungsbefugnis. を取得するものと考へる Krainz,[1] Canstein[2] 等も亦之を以て本人と代理人との間の契約なりと解して居つた。Laband は代理權授與行爲と代理人本人間の內部的法律關係とは別物であり、互に獨立したる法律關係である事を喝破して學界に偉大なる功積を殘したけれども、彼も亦代理權授與行爲は代理人と本人との間に於ける一の諾成契約であると考へ、唯だ其他と區別すべき特徵は契約者の一方が他方の名に於て法律行爲を成立せしめ、他方は成立したる法律行爲の效果が恰も自分自身によつて成立せしめたるものと同一に發生せしむべき相互に義務を負擔するところの此諾成契約の效力が、單に當事者にのみでなく第三者に對して迄でも及ぶ點に存すと爲した。[3]

併しながら他人の名に於て法律行爲を成立せしめる事を契約の內容と爲す事は當事者の自由であるけれども、其契約上の義務履行として爲されたる意思表示の內容に從て效果を發生せしむべきや否やはも早や私法上當事者に委せてあるところの自治の問題を離れ、法規の領域に立入つて居るのである。債權關係

の客體は常に給付である。或る行爲を法律上有效ならしめると云ふ事は當事者の給付ではなく法規によつてのみ是認せられ得るところの效果に外ならぬ。[4] 換言すれば他人の名に於て爲したる意思表示の效力が表意者に及ばずして反て他人の人格内に直接發生する所以は表意者と他人とが Laband の所謂諾成契約上の義務履行として爲したる給付の效果ではなくして、法規が或要件の下にかくの如き效果の發生を是認したる結果であると謂はねばならぬ。從て彼の諾成契約論は債權契約殊に給付の概念に抵觸するものであつて之を肯定する事が出來ない。

代理權授與行爲が契約なりや否やの論爭は本人と代理人との間に契約が成立するや否やに關して行はれて居るのであるが、Savigny の如く代理行爲の行爲者は本人自身であると爲し又は Thöl の如く代理人によつて傳達せられたる代理權授與の表示が本人と第三者との間に主たる契約を成立せしめると考へ或は Mitteis の如く代理人と本人と共同して法律行爲を成立せしめると解する時は其論理の必然的歸結として代理行爲が契約である限り、代理權授與行爲も亦本人と代理行爲の相手方たる第三者との間の契約であると爲さねばならないであらう。併し乍ら Mitteis は彼の避くべからざる右の如き結論に反して之を以て一方行爲なりと主張して居る。[5]

獨逸の通說は代理權授與行爲を以て一方行爲なりと爲すに傾き、獨逸民法第百六十七條も亦此傾向を明文を以て是認して居る。併し其理由に到つては各人各樣の主張を試みて居るのである。Mitteis は契約の申込は普通法によれば申込者の死亡と同時に消滅するものであるが代理權授與行爲は授與者の死亡後と雖も代理人が之れに基いて善意の第三者と契約を締結したる場合には第三者は其有效を本人に向つて主張する事を得るものであるが故に之を契約の申込と見る事を得ないと云ふ理由を以て契約說に反對して居るけれども、[6] 契約說によつても、かくの如き善意の第三者の保護は代理權授與契約の特殊なる、第三者の利害關係に直接に接觸せる內容を考察する事によつてゝも理由付け得られるであらう。Lenel は申込、承諾、告知等に對する代理權授與行爲は之等法律行爲上の表示の重要なる一部を組成し從て之等と其法律上の性質を同じうするものであ

る。包括的内容を有する代理權授與行爲と雖も之を具體的に適用する事によつて其適用せられる意思表示の性質を帶びるに到る。其故に必然的に代理權授與行爲は一方行爲である、換言すれば申込、承諾、告知、催告等に對して代理權が授與せられたる場合に之等の行爲が一方行爲である限り、又其理由により此代理權授與行爲も亦一方行爲であつて契約ではないと考へた。[7] 彼は代理行爲を Mitteis と同じく本人と代理人との共同行爲なりとし代理權授與行爲は右の共同行爲中本人の側に於て爲される行爲に外ならずと考へるが故に論理上當然の順序として右の如き結論に達したのである。[8] 併しながら代理行爲は代理人の行爲であつて本人の行爲ではないが故に、彼は其前提に於て既に誤謬に陷つて居る。誤れる前提の下に出發したる右の結論の間違つて居ることは亦申すまでもない。更に又 Regelsberger は代理權授與行爲を一方行爲なりとする理由を無權代理に對する追認の一方行爲的性質に基いて說明せんとするけれども、[8a] 之れは一種の petitio principii に外ならぬ。何となれば代理權授與行爲を本人の側よりする契約の申込と見て、其效力發生の爲めに代理人の側に於ける明示若くは默示の



承諾の意思表示を要すと爲す者は追認に付ても亦之れを契約上の表示卽ち代理行爲の中に存在する本人に對する申込の承諾と爲すからである。[9] 而して通說は代理權授與行爲は之れによつて代理人には何等の負擔を課するものでなく、反て代理權なる一の權能を取得せしめるものであり、利害關係に影響を受ける者は唯だ本人のみであるが故に一方行爲であると考へる。[10]

私は代理權授與行爲に關する右の論爭を決定せんが爲めには代理權の本質から出發するを以て最も適當であると考へる。而して代理權は私の見解に從へば代理行爲の變態的效力轉歸の要件を成すところの法律的狀態 rechtliche Zustand である。代理人の人格內に存在するものでもなく又第三者の人格內に存在するものでもない。[11] 法律は或は本人が欲するが故に、或は取引の安全と第三者の保護の爲めに、或は本人と行爲者との間の法律關係に於ける制度上の目的を達するが爲めに、之等の事實の存在を以て代理行爲の效力發生の要件と爲した。代理權授與行爲とは正しく右の內第一の場合を指すのである。此場合法律は代理行爲の變態的效力轉歸を歸效者が之を欲するが故に認めるのである。併しながら

歸效者の內部的、動搖常なき意思は勿論法律上問題とする事能はぬ。此意思が外部に表示せられる場合に始めて法律は此意思表示の存在が代理行爲の變態的效力轉歸の要件たる法律的狀態を形成するものと爲すを得るに到るものである事は云ふ迄もない。法律は此場合に右の法律的狀態を成立せしめるや否やの自由を歸效者たる本人の意思に一任せしめねばならぬ。蓋しかくの如き狀態の成否は第三者には勿論代理人たるべき者にも何等の利害關係が存在しないからである。從て其意思の內容に從て效力を成立せしめるに付き表意者以外の者が之に關與する事を要しないのである。右の理由に基き私も亦一方行爲說を以て正當なるものであると信ずる。

我民法の解釋として代理權授與行爲を契約なりと爲す學者がある。[12] 併しながら此場合に之れを債權契約の一種なりと見る事は、前に Laband の諸成契約說に對して批難した通り債權契約殊に給付の一般概念と抵觸するが故に到底之を承認する事は出來ない。民法第百四條第百十一條に「委任に因る代理」なる文字を使用するが故に其文言に捉はれて代理權授與行爲が委任契約なりとなすならば、



右の如き概念上の矛盾は暫く措くも委任なる文字を嚴正に解すれば、雇傭契約に伴ふて被傭者が雇主の代理人となる場合には「雇傭に因る代理」であるが故に民法第百四條の適用なき事となるであらう。しかしながら文理解釋主義者と雖も此場合には之れを「委任に因る代理」と見るに相違ないと考へる。既に委任なる文字に嚴格に民法債權篇第十節に所謂委任を當て嵌めない以上何故に一步を進めて使用せられたる字句に捉はれる事なく理論の命ずる所に從て解釋する事が不可なのであらうか。しかのみならず民法の右の條文は獨逸民法第百六十七條の如く代理權授與行爲其者の本質を規定する事を以て目的と爲すものではなく、單に法定代理に對する任意代理の場合を云現はさんと爲すものである事は明瞭である。卽ち我民法は前揭獨逸民法の如き代理權授與行爲其者を規定する明文を缺いで居るのである。かゝる場合に他の關係條文の字句に捉はれて、一般理論に反して迄でも立法者の意思を忖度せんと爲す事は無謀であり、危險である。況や其字句と雖も之を嚴正に解釋する事の能はざる右の如き場合あるに於ては猶ほ更らであると謂はねばならぬ。私は此故を以て我民法上の代理權授與行爲

も亦一方行爲であると解するものである。併しながら凡そ一方行爲を以て其目的を達せしめ得る場合、例へば相殺、告知等の法律的效果は常に當事者の合意によつても亦之を招來し得るを以て原則と爲すが故に、[13] 代理權授與行爲は其效力發生を代理人の承諾に係はらしめる事は元より妨げぬ。例へば甲が乙に向つて雇傭契約の締結を申込み同時に乙が雇傭契約の申込を承諾したる場合にのみ有效たるべき意味に於て甲より乙に對し代理權授與行爲の意思表示を爲す場合には後者に付て一の契約ありと見る事が出來るのである。[14] Rosenberg は一方行爲說を固執するために此場合に乙の雇傭契約承諾を條件とする條件附代理權授與行爲があるけれども、契約は存在しないと爲す。[15] 後に示すが如く代理權授與行爲に條件を附す事は元より妨げないのであるけれども、當事者の意思が相手方の承諾を待て其效力を發生せしめんとするに在る時は之を廣義の契約と稱して別に差支はないと考へるのである。[16] しかしながら合意によつて成立したる代理權授與行爲と雖も其法律上の效果は一方行爲の場合と少しも異るところのない事に注意を爲さなければならぬ。[17]

二、代理權授與行爲が一方行爲であり、表意者は本人である事は以上を以て明白に爲し得たと考へる。然らば此一方行爲の相手方は何人であるかと云ふ問題が當然に發生して來るのである。此問題に對する解答は三個の場合を想像し得られる。即ち此相手方は代理人であると爲すもの、代理人第三者であると爲すもの及び代理人第三者双方の內何れの一人にても可なりと爲すものゝ三場合が考へられ得る總てゝある。

Mitteis[18] は Zimmermann[19] と共に代理人の行爲が卽時に本人の爲めに效力を發生せしめるが爲めには代理人が行爲の瞬間に於て代理權授與行爲の存在を知らなければならぬ、代理人は自己の代理權に關心して行爲する事を要すると說く。彼は代理人が行爲の瞬間に於て代理權授與行爲の存在を知る事のみを要するものと爲すのであるから代理權授與行爲が第三者に向けて爲され此事が第三者によつて告げられた結果之を知るに到つた場合でも其要件は充たされるのであるが故に彼の說から當然に代理權授與行爲の相手方が代理人であるとの結論は生れて來ない事は勿論である。併しながら代理人は必ず授與の事實を知るを要すと

爲すならば代理人を其相手方と爲す事が一應正當なりと爲さねばならないやうに考へられるのである。そこで本問題解決の爲めに今少しく Mitteis 等の此主張を吟味して見る必要を感じる。彼は代理人の法律行爲は代理人の「卽時の效力を發生せしむべき」意思が明白に表示せられたる時にのみ本人の爲めに卽時に效力を發生せしめ得るものである。而して此事は代理人が彼に與へられたる代理權に關心して行爲する場合にのみ生じ得るのである。之れに反し彼が自己の代理權の存在を知らない時は彼は行爲の卽時的效力發生を意圖する事なく本人に對して行爲に付き猶ほ彼の考慮の餘裕を殘さんと欲して居るものである。若し代理人自らが何等の拘束力をも賦與して居らない此決定に本人をして拘束せしめんと欲するならば其れは本人の利害關係と背馳する結果に成るであらうと主張する。[20]

併しながら Mitteis の此見解は先づ第一に當事者の意思に反するものと云はねばならぬ。蓋し本人の追認を待つて始めて其行爲の效力を發生せしめんと欲するが如き意思は代理人が代理權の問題に觸れずして行爲を爲す一般の場合に存在しないのみならず、彼が自己が代理權を有せざるものと誤信し其代理權不存在を指示し從て行爲に對する本人の追認を保留する場合に於ても行爲の效力が後に到て發生すべき(sollen)意思を表示したとは考へられないのであつて、かゝる場合は寧ろ(誤解に基く)代理權の欠缺の爲めに卽時に右の效力が發生し得ない(können)と云ふ事實を承認するに過ぎないと見るべきである。眞實に代理權が欠缺せる場合に行爲の效力が發生しないのは、發生せしめないとする當事者の意思に基くものに非ずして其意思と無關係なる代理權の欠缺なる客觀的事實の結果に外ならない事は勿論である。故に代理權が客觀的に存在せる時は行爲の效力は卽時に發生し、代理人の代理權を有せないと云ふ誤れる確信によつて左右せられるものでないと爲さねばならぬ。代理權授與行爲が存在するにも拘らず代理權なしと誤信して爲したる代理人の行爲に卽時に效力を發生せしめる事によつて本人の利害關係が侵害せられると云ふが如き Mitteis の心配は全く杞憂に過ぎない。

彼等の所論は實際の場合に付て見るも不自然である。私は茲に Hupka が揭げ

た例を借用する。[21] 例へば私は住宅の引越しを希望して居る友人の爲めに適當な
る借家を發見したので遠方に居る其友人に私が代理人として家主に交渉する代
理權を授與せられたき旨を手紙に認めて送つた。しかし事態甚だ急であつたが
爲めに、友人の返書を待たずに私は家主との間に彼の無權代理人として其家の
賃貸借契約を締結したところ、留守中に友人の代理權授與の意思表示を包含せ
る手紙が私の家へ既に到着して居つたので其旨を直ちに家主に通知したと云ふ
設例に付て考へて見れば、此場合に手紙が契約締結の以前に於て到着したもの
であるならば賃貸借契約は友人の爲めに卽時に效力を發生せしめるを以て最も
事宜に適したる解決方法なりと考へられるのであるけれども、彼等の說によれ
ば此場合と雖も友人が改めて之を追認するに非ざれば彼の爲めに賃貸借契約は
成立しない、のみならず彼は追認を拒絶し得るが故に、結果から見れば既に與
へたる代理權授與行爲を代理人の行爲後に於ても撤回し得るが如き奇現象を呈
するに到るのである。更に又代理權授與行爲が第三者に向つて爲されたる場合
の彼等の所論の不合理を示すが爲めに Lenel の例を茲に引けば、[22] 旅行中の甲が
友人乙から彼が日頃手に入れたいと思つて居た地所が競り賣に出て居るので乙
が彼甲の名に於て買入れようと思ふから其代理權を授與せられん事を求むる旨
の手紙を受取た。甲は之を承知したけれども生憎く乙の住所を忘れて居るので
直接に地所の所有者宛てに乙を代理人とすべき代理權授與の意思表示を爲した。
乙は甲の授權の事實を知らないけれども甲の承諾を豫想して甲の名に於て地所
を競り落した、其際地所の所有者たる賣主も乙と甲との關係を知つて居り當然
乙は授權の事實を知れるものと信じて甲の代理權授與行爲に付ては乙に之を告
げなかつたのである。Mitteis や Zimmermann の意見に從へば此場合にも賣買契約
は甲の追認を待て始めて成立するであらうし、又甲は前例と同樣に其追認を拒
絕する事によつて前言を覆へす事も出來るであらう。代理權授與行爲を信賴し
たる賣手が甲に地所を引取り代金を支拂ふべき旨を請求すれば甲は乙が自己の
代理權を知らずして爲したる行爲であるから其效果は卽時に甲に發生しないと
云ふ有效なる抗辯を提出し得る事になるのである。賣手は乙に對し無權代理に
よる責任を追求するより外に途がない事になり、乙は甲の代理權授與行爲があ

つたにも拘らず此責任を負擔しなければならないであらう。賣手も亦甲が追認を爲さない間に、代理權の欠缺を後に於て知つた時は之を取消し得るものと云はねばならぬ(民法第百十五條)。

右に示したるが如く代理人が行爲の當時に於て自己の代理權の存在を知る事を要すと爲す說は理論上からも實際上からも共に之を採用する事能はぬのである。

右の外に代理權授與行爲は先づ第一に代理人に代理權を賦與するものである[22a]から代理人に向つて表示せなければならぬと說く者もある。併しながら私は代理權とは代理人の人格內に存する權能又は能力ではなくして客觀的に存在する一の法律上の狀態であると解するが故に之れに贊成する事は出來ないのである。のみならず通說の立場から論じても代理權は代理人が第三者と共に法律行爲を爲す事によつて行使せられるものであるから、第三者は代理人と同樣に代理權の存否に付ては利害關係を有するものと謂はねばならないのであつて、第三者を除外し代理人のみを代理權授與行爲の相手方と爲す事は感服出來ない。

Lenel は代理人が爲すところの申込、承諾、催告等は本人の代理權授與行爲と共に一個の行爲を形成するものであり、換言すれば代理權授與行爲は之等の申込、承諾、催告等の一部を成すものであると云ふ說を抱いたが故に、之等の法律行爲又は法律的行爲の相手方が常に第三者である限り、代理權授與行爲の相手方も亦第三者であらねばならぬと考へた。曰く、他人の名に於て爲さるゝ意思表示は其自身に、更にもう一つの意思表示による補充の必要を指示するものである、前者は相手方たる第三者に取つては唯だ法律行爲のトルゾ(首や手足の無い像)たり得るに過ぎない。第三者は彼がかくの如き單なるトルゾに關與して居るのであるか又は眞に完全なる法律行爲に關與して居るのであるかを知るに付き充分理由ある利害關係を有する者であると。[23] 更に又曰く吾人自身が自己の名に於て爲す意思表示の法律行爲上の效力發生は吾人が其內容を關與せる第三者に向つて吾人の意思として通知する事に基くものであると同樣に代理人によつて吾人の名に於て爲さるゝ意思表示の法律行爲上の效力發生は、吾人が其內容を第三者に向つて、たとひ全部が吾人の意思としてゝはないけれども少くと

も吾人の意思も共に加はつて居るものとして通知する事に基くものである。[24]第三者が吾人に對して權利を取得し又は義務を負擔すべきものと感ずるが爲めには彼は吾人の意向を知らなければならない。故に吾人の名に於て爲さるゝ意思表示を吾人が容認すると云ふ吾人の意思を彼に向つて表示しなければならないのである[25]と。Lenelによれば代理人に向つて爲したる代理權授與行爲は本人の委任に基き代理人が本人の使者として之を相手方たるべき第三者に傳達したる場合に始めて代理權授與行爲として效力を發生するものであると爲すのである。

併しながら代理行爲は代理人自身の行爲であつて代理權授與行爲は代理行爲の一部を成すものに非ざる事は前に屢々力說した通りである。果たして然らばLenelは其出發點に於て既に誤れるものと謂はねばならぬ。凡そ意思表示を受領する相手方は其意思表示が內容に從て效力を發生し得るや否やを受領と同時に確定せしむる事に付き多大の利害關係を有する事は勿論であつて、敢て代理人の意思表示に付てのみ特に然る所以を發見する事は出來ぬ。例へば表意者が能力者である事、當該意思表示によつて處分せらるべき權利が表意者の權利圈に





屬する事等總て意思表示の效力發生要件(廣義に於ける)の全部に亘つて完全に存在する事を知るに付き相手方は充分理由ある利害關係を有するものである。然も法律は之等の要件の全部を表意者より相手方に通知する事を以て意思表示の效力發生の要件とは爲して居らない。獨り代理權に付てのみ其存在を相手方に通知せねばならぬと云ふ理由を私は發見する事が出來ないのである。代理人は本人の名に於て意思表示を爲すものであるから相手方たる第三者は其意思表示が若し效力を發生するならば此效力は本人との間に發生するものであると認識し得る事は勿論である。恰も通常の意思表示に於て若し其が效力を發生するならば其效力は表意者との間に發生するものであると認識するのと同樣の關係に在るのである。又代理人行爲說の立場に在る私の考としては、吾人自身が自己の名に於て爲す意思表示の法律行爲上の效力發生が、吾人が其內容を關與せる第三者に向て吾人の意思として通知する事に基くものであるとしても、代理人によつて吾人の名に於て爲さるゝ意思表示の法律行爲上の效力發生は、代理人が其內容、殊に效力を直接本人に及ぼすと云ふ點を第三者に向つて通知する事

に基くものであると謂はぬばならぬのである。のみならず彼の說明は代理權授與行爲によつて代理權が發生したる場合に付てのみ或は謂ひ得るかも知れないが、後に述べるような表見代理、法定代理等の場合に付て其說を貫く事が出來ないのである。[26]

Hellwig は Lenel の學說を正當なりとし、之を敷衍して、代理權授與行爲は代理權の許容である。其は代理人の第三者に對する行爲及び第三者の代理人に對する行爲を共に等しく直接に本人の爲め及び本人に對して有效ならしめる事を目的とするものである。其は第三者(特定の第三者又は之れに關與せる總ての人格)に私に對する代はりに代理人に對して行爲し得ると云ふ授權 Ermächtigung であり且つ又私の代はりに私の名に於て(代理權授與行爲が第三者に通知せられて居ない場合には)代理權授與行爲を告知して行爲し得ると云ふ代理人への授權である。代理人は彼が代理權を有する事を知るを要しない。彼に對して爲される總ての行爲に付て彼は第三者が何故にかくの如き行動に出づるのであるかを全然審かにしない場合に於ても有效であるのみならず、彼自身の行爲も亦彼が無權代理人として行爲して居ると誤信する場合にも相手方が本人の代理權授與行爲を了知せる限り有效なる代理行爲たるものである。從て第三者は必然的に彼が代理人と行爲を共にせる事を知るを要し、代理人は自己の代理權の存在を知るを要しないとするならば、代理權授與行爲の名宛人が第三者である事は明瞭であると說明して居る。[27]

代理人が代理行爲の時に於て代理權の存在を知るを要しない事は前に既に述べた通りである。併しながら相手方たるべき第三者も亦代理人と共に法律行爲を爲す時に代理權の存在を知るを要するものとは謂ひ得ないのである。消極代理に於ては第三者は相手方たる代理人自身と取引するに非ずして代理人によつて代理せられる本人と取引せんとする意思を有し、此意思を表示すれば第三者の側に於て爲すべき總ての事を爲し了はれるものであつて、此意思の內容に適應せる效果は、代理權が存在する場合には發生し、存在せざる場合には發生し得ないのである。更に又積極代理に在りては、例へば代理人による解約の申出は申出られたる第三者が代理權の存在を知ると否とに關係なく、代理權が存在

する場合には效力を發生し、存在せざる場合には發生し得ないものと謂はねばならぬ。然り而して代理權授與行爲が代理人及び第三者双方に對する等しき授權であるとしても何故に、其然るが故に第三者に對してのみ此意思表示を向はしめなければならないのであるかの理由を私は知るに困しむものである。

代理權は代理人の意思表示又は代理人に向つて爲されたる意思表示の變態的效力轉歸の原因たる客觀的狀態である。代理權授與行爲とは此狀態の成立を欲する本人の意思の表示に外ならぬ。法律は本人が欲するが故にかくの如き狀態を成立せしめるものである。從て此場合の重心は本人がかくの如き意思を有しこれを表示する事に存する。何人に向つて此意思が表示せらるゝやは、代理權從て代理權授與行爲の本質に對しては附隨の問題であると謂ふ事が出來る。換言すれば代理權若くは代理權授與行爲の本質上より觀れば何れに決定しても差支へないと考へられるのである。此意味に於てKarlowaの如く代理權授與行爲は「必然的に代理人若くは其相手方たるべき第三者に向つて到達する事を要するものでなく、要は唯だ本人自ら法的に拘束せらるべしと爲す意圖が表示せらるれば足る」と爲すを得るかのやうに見へる。[28] 併しながら凡そ意思表示は其本質上必ず相手方ある事を要し、[29] 此場合に代理人又は之れと共に行爲を爲すべき、第三者以外の者を代理權授與行爲の相手方と爲すときは、公證人による公證等特殊の場合の外は一般に本人が眞實にかゝる意思を有したりや否やの保證となり得ないのであつて、殆ど本人の獨語と何等異るところなく、かくの如きものに法律上重大なる效果を認むる事は吾人の法的感情が之を許さない事は勿論であるが故に、無關係なる第三者に向つて爲される代理權授與行爲は其效果を否定しなければならぬ。

右の如き理由で私は獨逸民法が明文を以て示す通り且つ同國に於ける通說に從て、代理權授與行爲は代理人又は其相手方たるべき第三者の何れに向つて爲さるゝも代理權授與行爲としての效果を法律上認め得るものと考へる者である。[30] 我國の實際に於ても代理權授與行爲の通常の樣式なる所謂委任狀には「何某を代理人として云々の權限を委任する旨」を書き本人の署名の外には宛名は之を欠缺して居るのであつて、此場合に本人の意思は代理人又は第三者の双方又は何れ

か其内の一方之を受領する者を以て名宛人と爲すに在るものと推測するに難くないのである。

代理人の意思表示又は代理人に向つて爲さるゝ意思表示の效果が變態的に本人の人格内に於て發生する事を本人が欲するが故に法律は其意欲を認容して代理權授與行爲に代理權成立の效果を認めるものである。代理權授與行爲によつて、代理人又は之れと行爲を共にすべき第三者は何等の權利を取得し、義務を負擔するものでもない。又代理行爲の成立に際し代理人も第三者も共に代理權の存在を認識するを要しない事は既に述べたる通りである。然るにも拘らず法律が本人の右の意思の存在のみに對しては代理權成立の效果を認めずに、必ず之れを表示する事を要すと爲す所以は、吾人の變化常なき單純なる内部意思を法律效果の成否の原因となす事が困難であつて、法律上意義を認め得べき意思とは原則として常に表示せられたる意思であると云ふ一般原理に基くものである。以上の事を諒解すれば、本人が一般公衆に向つて爲すところの代理權授與行爲も亦有效なりと解さねばならぬ。蓋し此場合にも本人の變態的效力轉歸を



欲する意思が表示せられて居り、前に述べたるが如き無關係なる第三者に向つて爲されたる場合と異り、本人が眞に意思を表示したる事に對する保證も亦存在するのであるから、代理權成立の效果を認めて毫も差支へぬのである。

三、代理權授與行爲は意思表示がその相手方に到達する事によつて效力を發生するものである。相手方に未だ到達しない間は效果は發生する事なく、從て代理權も未だ成立しない。到達前に代理人若くは之れと行爲を共にする第三者が何等かの機會を以て本人の代理權授與行爲ありたる事實を知つて代理行爲を成立せしめたる場合には代理權なき代理行爲であるから本人の追認がなければ完全なる效果は發生し能はない。假令撤回し得べからざる代理權を授與したる場合に於ても其到達以前に在りては本人は自由に之れを撤回する事を妨げぬ。到達前に之れを撤回すれば、代理人が其れにも拘らず代理行爲を爲す時は無權代理行爲となる事は勿論であるけれども、此場合には追認を拒絶したる場合と同樣にもはや此無權代理行爲は追認によつて完全なる效力を回復せしめる事が出來ないと論ずる者がある。[31] 追認を拒絶したる場合に更に追認を許さぬのは若

し之を許すときは行爲の相手方をして常に不安の狀態に置かしめ、取引の安全を保つ所以でないからであるのに反し、此場合にはかゝる憂は少しも存在しないのであつて、其他之れを許さずとする何等の理由も發見し能はぬから私は他の通常の無權代理行爲と同樣に更に之れを追認する事が出來るものと考へる。

代理權授與行爲は相手方に到達するを以て足る。其表示の內容に付て相手方が了知する事は效力發生の要件ではない。[32]

一般公衆に向つて爲す代理權授與行爲に在りては到達を以て其效力發生の要件となす譯には行かないのである。此場合には表示行爲の完了を以て其效力が發生したるものと爲さねばならぬ。卽ち新聞廣告による場合には其新聞の發刊を以て、揭示板の告示による場合には其揭示を以て何れも代理權授與行爲は完成し、其效力を發生するものと爲すべきである。

1) Krainz, Syst. §§ 123, 381.
2) Canstein, Grünhuts Zeitschr. 3 S. 670 ff.
3) Laband, Goldschmidts Zeitschr. 10 S. 208.
4) Hupka, a. a. O. S. 86.
5) Mitteis, Stellvertretung S. 186.
6) Mitteis, ebenda.
7) Lenel, Stellvertretung und Vollmacht, Iherings Jahrb. 36. S. 15.
8) 本書第四四頁參照
8,a) Regelsberger, Krit. Vierteljahrsschr. 11. S. 369.
9) so z. B. Ruhstrat, Iherings Jahrb. 10. S. 21 ff.
10) Hupka, a. a. O. S. 88; Tuhr, a. a. O. §85. N. 9.
11) 第一章第二節參照。
12) 鳩山氏前揭第二四一頁
13) Tuhr, a. a. O. 2 Bd. 1 Hälfte S. 206.
14) Planck, Komm. § 167, 2.
15) Rosenberg, Stellvertretung im Prozess. S. 612f.
16) Breit, Geschäftsfähigkeit I S. 184.
17) 合意の授權行爲と雖も、一方行爲の場合と同樣に無因であり、原則として何時にても之を撤回し得る。
18) Mitteis, a. a. O. S. 187f.
19) Zimmermann, Die Lehre von der stellvertretenden Negotium Gestio S. 89.
20) Mitteis, ebenda.
21) Hupka, a. a. O. S. 93.

22) Lenel, a. a. O. S. 16.
22a) Bekker, Iherings Jahrb. Bd. 49. S. 27; Zitelmann, Rechtsgeschäfte Ed. 2. S. 86.
23) Lenel, a. a. O. S. 13.
24) Lenel, a. a. O. S. 14f.
25) Lenel, a. a. O. S. 15.
26) Lenel の學說に對する批判としては Hupka, a. a. O. S. 98 ff. 參照。
27) Hellwig, Zeitschr. f. d. C.P. 29. S. 522f.
28) Karlowa, Rechtsgeschäft, S. 60.
29) Mauigk, Willenserklärung, S. 395 ff.
30) Hupka, a. a. O. S. 99; Rosenberg, a. a. O. S. 119, 577 ff.; Tuhr, Unvikerrufliche Volmacht, S. 57; Planck, a. a. O. S. 167, 21; Enneccerus, a. a. O. § 171 Anm. 7 參照。
31) Hupka, a. a. O. S. 109 N. 1.
32) Rosenberg, a. a. O. S. 572.

## 第二款　代理權授與行爲と基礎的法律關係

本人が代理權授與行爲を爲すに到る動機は種々の場合を考へ得られる。代理人をして本人の爲めに或る事務を行はしめんが爲めに双方の間に委任又は雇傭等の法律關係が成立し、かゝる法律關係に基いて代理權授與行爲が爲される場合もあるべく、本人が代理人に對して贈與を爲さんが爲めに債權取立の代理權授與行爲を爲し、代理人によつて取立てられたる金錢を以て贈與の目的物と爲さんとする契約が成立する事もあるべく、又等しく債權取立の代理權授與行爲に在りても取立てられたる金錢を以て本人の代理人に對する債務の辨濟に供すべき契約が成立し若くは之れを以て本人代理人間の消費貸借の目的と爲さんと欲する契約が豫め成立する場合もあるのである。かくの如き本人代理人間に於て種々様々に成立する事あるべき、代理權授與行爲の基礎的法律關係の成立、範圍並に消滅と代理權授與行爲の成立、存在するかに付て以下に於て研究を進めて見たいと思ふ。

多くの學者は此問題を代理權授與行爲が有因 kausal なりや無因 abstrakt なりやに關する論爭であると稱して居る。[1] 併しながら有因無因の概念は本問題とは全く關係がないのである。蓋し此概念は唯だ財產の出捐行爲又は其他表意者の財

産を減小せしめる法律行爲の場合にのみ意味を有するものであつて、其意義は、出捐の目的又は原因causaが出捐行爲の中に包含せられて居るものと考へられ、從て此目的又は原因の實現が法律行爲の成立に取て主要なる影響を及ぼすか(所謂有因行爲kausales Geschäft)又は之れに反し法律行爲が其基礎に存在する目的と何等の內容的關係を有せずと考へられ、從て此目的が到達せられない場合に在りても行爲は成立し且つ效力を有するか(所謂無因行爲abstraktes Geschäft)に存するものである。其故に前者に在りては目的設定は出捐行爲の法律要件であり其內容であるに反し後者に在りては出捐の目的は表示せられる事を要せず、其實現は法律效果發生の要件に屬せないのである。一般に出捐の原因として屢々發生するものに對しては辨濟原因causa solvendi、與信用原因causa credendi、贈與原因causa donandi等の名稱を附して居るのであるが此範疇が代理權授與行爲及び之れと其基礎的法律關係との續き柄に適應しないと云ふ事は誠に明瞭であつて一點も疑ふところがないと考へる。代理權授與行爲は表意者の財產を減小せしめる意思表示でもなく、基礎的法律關係たる委任、雇傭組合等が所謂原因causaと同





列上に置く事も出來ない事は謂ふ迄もない。私が冒頭に揭げた問題は代理權授與行爲が有因なりや無因なりやの問題と同一であり、原因を右の如き意味に使用するのであると云ふならば、其れは一見用語の問題であるが故に深く其當否を詮索する必要がないやうに思はれるのであるけれども、既に原因causaなる語に法律上特殊の概念を盛つてある以上は、問題の眞の內容を確定せしめる爲めにはかくの如き彼此混同せられ易き用語は之れを避けるに如くはないと信ずる。

私はそうした理由で問題の形を代理權授與行爲が有因なりや無因なりやと云ふ風に老へないで、代理權授與行爲の成立、範圍並に消滅が基礎的法律關係の成立、範圍並に消滅と如何なる關係を有するやと云ふ問題を設けて考察を試みるのである。

此問題に關する獨逸民法制定當時の立法者の意思は甚だしく動搖して居たもの丶やうに思はれる。理由書は代理權は代理權授與者の委任が授與行爲と結付けられる事なくしても授與せられ得ると稱し、[2] 其實例として授權證書が將來に於て爲さるべき委任を顧慮して發行せられる場合を指摘して居るに反し、第二

讀會の議定書には明瞭に代理權授與行爲は決して無因的法律行爲を形成するものでなく、常に他の法律關係に倚據し、其成立も消滅も後者の存在と運命を共にするものである旨が錄せられて居る。[3] 第二委員會に於ける委員達の考は從て代理權授與行爲は必然的に所謂有因行爲であると爲したのである。

立法者の意思がかやうであるにも拘らず今日の獨逸民法の通說は之れを以て所謂無因行爲なりと爲して居る。[4]

代理權授與行爲は本人と代理人との間に既に成立したる、若くは將來成立すべき法律關係を顧慮して爲されるものである。既に述べたる通り此法律關係の目的とするところは、本人自身の利益の爲めのみであるべく、本人代理人双方の利益の爲めであるべく或は時としては代理人のみの利益を圖る場合 procurator in rem suam も考へらるのであるが、何れにしても此法律關係なくしては代理人の行爲によつて本人の權利圈内に影響を及ぼす事を正當付け得られないものである事は謂ふ迄でもない。併しながら此所謂基礎的法律關係が代理權授與行爲の效力の發生消滅に對し如何なる關係に立つかは自ら別問題である。

所謂基礎的法律關係は本人と代理人との間の合意によらなければ成立し得ないものであるに反し、代理權授與行爲は常に本質上一方的法律行爲であり、其相手方も亦代理人の外に第三者であり得べく、一般公衆に對して爲される場合と雖も有效である事は前に研究した通りである。又基礎的法律關係によつて代理人は義務を負擔し時としては權利を有するに到るものであるが、代理權授與行爲によつては、代理權の本質上代理人の人格内に權利義務關係を發生せしめるものでない。從て Laband の研究以後は Schlossmann の如き少數例外者を除き何人も代理權授與行爲が其基礎的法律關係とは別個の存在を有する獨立の法律行爲である事に疑を抱かないのである。然し之れ丈けの事實を以て直ちに此兩者の間の無關係を說くのは早計である。蓋し出捐行爲の如きは其 causa たる法律關係とは別個の存在を有する法律行爲ではあるけれども後者の不存在等の事實によつて前者の無效を生ずるが如き關係が存在する場合があり得るのである。Enneccerus は代理權授與行爲は其依て基くところの原因を自らの内に包含しないが故に無因行爲である。雇傭授權、委任授權、組合授權等と稱するが如き種々

なる内容を有する代理權授與行爲は存在するものではなく、代理權を授與する事に於て存在し、而して其他の何ものに於ても存在しない唯一の代理權授與行爲が存在するのみであると說明して居るけれども、[5] 不充分である。之れは此問題を有因無因の問題にする事の不完全と危險である事の好適例なるものである が、所謂原因 causa を說くところの出捐行爲に在りては原因が行爲自身の內に包含 aufnehmen せられて居るか否かによつて之を有因 kausal 又は無因 abstrakt に分ち、前者に於ては原因又は目的たる法律關係と出捐行爲との間に或種の關係(原因たる法律關係が不存在である時は出捐は效力を發生しない等)を認め、後者に在りては此關係を否定するものであるが故に、若し代理權授與行爲を出捐行爲と同一視せられ基礎的法律關係が原因と看做し得られるものならば、代理權授與行爲は原因を包含 aufnehmen して居らないから無因であり、從て原因たる基礎的法律關係の運命に關することなく、獨自の存在性を有するものであると云ふ彼の所論が正當となるであらう。けれども基礎的法律關係と代理權授與行爲との關係が原因と出捐行爲との關係に非ざる限り、彼の論理には踰ゆべからざる間隙



があある事を否定する譯には行かないのである。

私は代理權授與行爲の效力發生及び之れによつて生ずる代理人の本人に對する權利義務の範圍と無關係である事を主張する者であるけれども、其理由は之れを代理人と行爲を爲すべき第三者の保護に求めたいのである。代理權授與行爲が第三者又は一般公衆に向つて爲されたる場合(所謂外部的授權)に於て、第三者の知らざる本人代理人間の內部に存在する、又はすべからざる基礎的法律關係と其運命を共にせしめる事は第三者に取ては忍ぶべからざる事であある事は勿論であるのみならず、其の代理人に向つて爲されたる場合(所謂內部的授權)に於ても、相手方たる第三者をして代理權授與行爲の外に、其基礎となれる法律關係の成否に付て迄でも審査せしめる事はいかにも第三者に重荷を負はしめ過ぎるものと謂はねばならぬ。

凡そ二個の別個の法律行爲若くは法律關係の運命を相互に相關聯せしめる事は法理上成法其他當事者の意思表示等特殊の理由がなければならぬ。代理權授

與行爲と基礎的法律關係との關係に付ては、其消滅に關するもの丶外には右の如き理由を發見する事が出來ないのである。卽ち代理權の消滅に付ては民法第百十一第の明文あるが故に純理論としてはともかくも、解釋上は基礎的法律關係の消滅に因り代理權授與行爲は其唯一の效力たる代理權が消滅するが故に其存立を失ふものと考へねばならぬ。但し代理權の消滅のみを規定したる本條から類推して、其成立及び範圍に付ても双方の關聯關係を肯定する事は許されないと考へるのである。[6] 民法は代理權授與行爲の本質に關する原則を破つて其消滅のみに關して基礎的法律關係との間に關聯關係を認めたのであるけれども、其關聯關係を一般的に否定せんとする理由なりと考へられるところの第三者の保護に付ては次條に於て其消滅を以て善意の第三者に對抗する事を得ざる旨を規定するが故に敢て足らざるものと爲すを得ない。

Planck は代理權授與行爲と內部的法律關係の設定とが單一なる法律行爲に於て結合せられるや否やが問題を解決する要點であると考へるのである。卽ち、代理權が第三者に對する意思表示によつて授與せられる場合に在りては基礎的法律關係は本人と第三者との間に成立するものでなく、本人代理人間の關係であるが故に右の如き兩者の結合なく代理權授與行爲は本人代理人間の基礎的法律關係の運命によつて影響せられない。之れに反し代理權授與行爲が代理人に向つて爲され、代理權と彼等の法律關係との間に、代理人が代理權を行使するところの行爲は基礎的法律關係によつて命せられ若くは許されると云ふ風な關係が成立つ場合には、前者の後者に對する從屬性は明示又は默示の條件によつて設定せられ得るのみならず、かくの如き特別なる法律行爲上の定めがなくとも代理權授與者の意思からして、代理權と基礎的法律關係との間に成立する聯絡關係の法律效果として推論せられ得るのであると說明して、所謂內部的授權行爲は常に基礎的法律關係と其運命を共にすべき旨を主張する。[7]

代理權授與行爲も一般の法律行爲と同樣に其效力發生を或る特定の條件に係はらしめる事が出來るのは勿論である。從て此場合に於ては其效力の發生を基礎的法律關係の有效なる事に係はらしめ得るけれども、之れは併しながら本人のかくの如き意思が代理權授與行爲の中に認識せられ得るやうに表示せられて

あらねばならぬ。[8] 彼は當事者の意思解釋によつても兩者の間に關聯を認め得ると爲すけれども、代理權授與者は通常は、基礎的法律關係が無效であるかも知れないなどゝ云ふ事を考へて居らないものと爲さねばならぬが故に、此場合に之が無效ならば授權行爲も亦無效なるべしと云ふ意思を本人が抱く筈がなく、從て意思解釋によつて事の眞相を摑まんとする事は無謀と謂はねばならぬ。[8a]

1) Schlossmann, Stellvertretung I, S. 267 ff.; R. Leonhard, Allgem. Teil S. 317 ff.; Zitelmann, BGB. I, S. 121, Arch Civ. Prax. Bd. 99 S. 61 N. 48; Hellwig, Lehrb. II, S. 410 N. 20; Tuhr, a. a. O. § 85 N. 49; Hupka, a. a. O. S. 155 ff. 等。

2) Motiv II S. 525

3) Protokolle der 2. Lesung I S. 145

4) Enneccerus, a. a. O. § 171 II 5; Tuhr, a. a. O. § 85 S. 386; Hupka, a. a. O. S. 3 107 ff.; Oertmann, Komm. § 167, 1c 等。

5) Enneccerus, ebenda.

6) Hupka, a. a. O. S. 162.

7) Planck, Komm. § 167, 3.

8) Enneccerus, a. a. O. § 171, 5b 參照。

9) Tuhr, a. a. O. N. 53.

10) 鳩山秀夫氏法學協會雜誌三六卷六號一五二頁以下は民法第百十一條第二項により、代理權授與行爲は原則として有因であるが、同條は强行法規に非ざるが故に當事者の特約によつて無因となし得ると主張する。

## 第三款　代理權授與行爲の形式

一、代理行爲が要式行爲である場合に之れに對する代理權授與行爲は其法式規定に從ふ事を要するものであらうか。普通法は此事に關しては何等の規定を持つて居らなかつたのであるが、普魯西亞法や佛法によれば契約の訴求乃至立證に關する其一般的規定の標準に據つて之等の行爲に對する代理權授與行爲は書面によるべきものと爲された。前者は猶ほ此外に、一般的規定に從へば書面上の形式を必要としない場合に於ても、代理行爲に基き本人に對して行爲の相手方たる第三者より訴求せんとするときは(本人より第三者に對する場合に非す)書面による代理權授與行爲のありし事を必要と爲した。墺國法は再び普通法の原則に歸つて「代理權授與契約」が無式行爲なる事を認め、獨逸民法を始め近代

の立法は概ぬ皆之れに倣ふて居るのである。[1]

我民法は此點に關する明文を缺いて居るが故に一般理論に從て解釋を下さなければならない。

Mitteis や Lenel の見解に從て、代理權授與行爲が代理行爲の一部を構成するものであるとするならば、理論上當然の歸結として、代理行爲の爲めに法式が規定せられてある場合には必ず代理權授與行爲も亦此規定に羈束せられ、此法式に據るべきものであると爲さゝるを得ないのである。Mitteis は之れに關し何等言及して居らない。Lenel はかくの如き結論の避くべからざる事を認めながら、然かも一般の場合に取つて此結論は之れを維持する能はざるものと考へるのである。彼は此論理の矛盾を解決せんが爲めに甚だ興味ある議論を試みて居る。[2]

彼によれば、代理權授與行爲は其本質上本人の第三者に對する意思表示であり、此表示は本人より直接に第三者に向つて爲されてもよく又代理人の通知によつて第三者が之れを了知してもよいのであつて、第二の場合に在りては代理人は使者として本人の表示を第三者に傳達するものである。而して此使者による本人の表示の傳達のみが法律行爲(私の所謂代理行爲)の一部を構成する。從て亦代理人によるかくの如き代理權授與の表示の傳達のみが主たる法律行爲(代理行爲)の法式に從ふべきである。書面に何某の代理人何の某と署名し又は單に本人の名を署するときは之れによつて右に述べたる本人の表示の傳達が爲され、且つ書面による法式に準據して爲されたるものと謂ふ事が出來ると主張する。

併しながら使者による意思表示の傳達が法式に據らなければならない、換言すれば要式行爲であると云ふが如き事は未だ Lenel 以外に何人と雖も考へた事がなく、何國の立法と雖もかやうなる規定を設けたる例はないのである。のみならず表示の傳達が法式に從ふ事を要すとなす彼の新說は、主たる行爲を記載せる書面上に代理人若くは本人の名を署するを以て足ると爲す事によつて、彼自身の手で以て蹂躙し去つて居る。蓋し何の某代理人某として署名する事はとりもなほさず、私の所謂代理意思の表示であつて、此事たるや代理行爲の本質上必然的に要求せられるものであり、要式行爲たると無式行爲たるとを問ふところのなく、且つ有權代理と無權代理とに關はらざるものであると云はねばな

らぬ。從てかくの如き行爲を以て表示の傳達ありと爲し及び之れが法式規定に從へるものと爲すことは、卽ち彼の二つの主張が共に根據なき事實を暴露して居るに過ぎないのである。[3]

代理權授與行爲は之れに基いて爲されるところの代理行爲より全く獨立せる別個の行爲である事は元より疑ふべき限りではない。然らば或種の代理行爲に對して法が或る形式に從ふべき事を命じて居つても、此規定の效果は當然に代權授與行爲に迄では及ばないものと爲すを以て正しき見解の如くに一應は考へられるのである。併しながら代理行爲の效果は直接に本人に及ぶものであり、其變態的效力轉歸の原因は本人の爲したる代理權授與行爲に在るものとすれば、右の如き單純なる形式論理を以て此問題を片付ける事は頗る危險であつて、宜しく法律が法律行爲に形式の遵守を命じたる精神又は目的を探究して決すべきであると考へる。[4]此見地に立つて法律が法式規定を設けたる目的を大別すれば五個の場合が考へられるのである。卽ち先づ(イ)當該法律行爲が行爲者の權利圈上に及ぼす重大なる影響に鑑み、意思決定の愼重を期するが爲めに、行爲者に對し一定の形式の履踐を命ずる場合が考へられる。かくの如き場合には代理其自體が一般に否定せられねばならない。蓋し眞の當事者にあらず、實質的に無關係なる代理人によつて、假令右の形式が履踐せられても法の所期する目的が達せられ得ない事は明かであるからである。しかのみならず代理權授與行爲は直接且つ終局的處分行爲でなく、法は此直接且つ終局的處分行爲に對して、右の目的を以て形式の遵守を命じて居るのであるから、假令代理權授與行爲が形式に從ふて爲されても亦法の期待に添へないのである。(ロ)諸國の不動產登記法等に於て屢々見る如く、當事者の意思の正確を保證する爲めに一定の形式を守るべき旨を規定する場合がある。(ハ)更に又例へば贈與契約等の如く當事者が眞面目に處分意思を有する事を明瞭ならしめる目的を以て法式規定が設けられて居る場合もある。此二個の場合に於ては最初に揭げたるものと異り、之等の行爲が代理人によつて爲される事は差支へぬところであるけれども、形式を規定する法の目的上から見て代理權授與行爲も亦當該の形式を遵守すべきものと爲さねばならぬ。假令代理人の行爲の正確は保證せられ若くは眞面目なる處分意思

が明瞭しても、其據て基くところの本人の代理權授與行爲が不確實であり若くは不眞面目なる意思に出で居るときは其目的は達せられ得ないのである。(ニ)手形訴訟又は證書訴訟等に於て見受けられるが如く、或種の請求權を訴求するに付て、其請求權が特定の形式に從ふて爲されたる法律行爲に基くものである場合に權利者に有利なる結果を招來する事がある。此場合に於ける請求權發生の原因たる事實の總てを書面上に現はれるものによつて裁判官に認定せしめる事を要するが故に、原因たる事實を成せる行爲が代理行爲である場合には之れに對する代理權授與行爲も亦書面による事を要するのである。(ホ)之等に反し、法式規定を設けたる目的が法律行爲の完結を標識し若くは行爲成立の事實乃至は行爲の內容を明白なる且つ取消し得べからざる方法によりて確定せしむるに在る場合がある。かゝる目的は單に獨り代理人が法式に從ふて行爲を爲す事によつて達せられるのである。何となれば此場合に代理人のみが行爲を完結し內容を確定するものであつて、代理權授與行爲は全く行爲の成立に對する同意に過ぎず、從て行爲成立其自體の爲めに定められたる形式を守る事を要せないので

ある。手形行爲其他有價證券に關する行爲にして此種の目的の爲めに法式規定が存在する場合は屢々目擊するところである。

之れを要するに代理行爲に關して規定せられ居る法式規定と代理權授與行爲との關係は立法的に云へば前者の法式を常に後者は遵守しなければならないものであると爲す Zitelmann の見解も、[5] 其反對に後者は常に無式行爲であると見る獨逸民法第百六十七條第二項の如きも共に一方に偏せる見方であり、此問題は法式規定の目的を個々の場合に審かに爲す事によつてのみ決定し得られるべきものと考へるのである。

二、代理權授與行爲は、例へば獨逸商法第四十八條の如く、明文を以て明示の意思表示による事を要する旨を規定せられて居る場合の外は、其他の一般意思表示と同樣に默示を以て爲され得る。[6] 卽ち周圍の事情殊に取引の慣習を顧慮して、本人の態度からして彼が代理權を授與せんとする意思が看取せられ得る場合には默示的に代理權授與行爲ありと爲すべきである。例へば雇傭契約又は委任契約によつて或者が或法律行爲を爲すべき事を委託せられたる場合には反

對の事情なき限り彼が其法律行爲を代理人として爲すべき代理權授與行爲があつたものと解さねばならぬ。[7] 更に又本人が或者が彼の代理人として同一の法律行爲を反覆的に爲して居り、[8] 或は代理人が其代理權を越へて屢々行爲する事を本人が知り、之に對して抗議を申入れ得る狀態に在るにも拘らず之れを默認する場合には其範圍の代理權を授與する行爲ありと爲す事が出來るのである。本人が過失によつて雇人又は受任者等の監督を怠り、之れが爲めに彼等の行爲によつて第三者をして代理權授與行爲ありと誤信せしめたる場合に於ては默示的代理權授與の意思表示ありと爲すを得ない。[9] 此際に場合の事情によつては民法第百十條の適用があり得るであらうけれども、其適用なきときは第三者より本人に對する損害賠償請求權の發生する事あるは格別、代理權の存在を以て對抗せられる事はないのである。Hupka は代理權授與の默示的意思表示ありと爲す推斷は絶對的である事を要せず、正直にして且つ理性的なる判斷によつて、本人の態度がかくの如き推斷を爲すに適して居る事を以て充分であると爲し、此場合に本人はかくの如き表見的事由あるに拘らず眞實は其意思を有して居なかつたと云ふ事を以て第三者に對抗し得ない。蓋しかゝる場合には常に本人の側に不正直か又は不注意が存在するものであつて、此事の爲めに損害を負擔するものは、欺かれたる第三者に非すして常に其責任者たる本人であらねばならぬと說いて居るけれども、[10] 默示の意思表示と雖も常に法律效果の發生を希望する意思の表示である限り、假令本人の過失があるにもせよ、かゝる意思なかりし事が他の事實によつて明瞭する場合には代理權授與行爲ありと爲すを得ないと考へるのである。此見解は第三者の保護に薄きかの觀があるけれども、元來玆に所謂默示的授權行爲とは其構成要件が常に本人と代理人との間にのみ進展せられるべき性質のものであるが故に明示を以て代理人に向つて授權の意思が表示せられたる場合と同樣に內部的授權行爲であり、內部的授權に基いて行爲する相手方は、明示の場合と雖も代理權の存否若くは其範圍に付て、外部的授權に比し著しく危險なる地位に立つものである。かくの如き授權行爲にも拘らず甘じて其代理人と行爲を共にする第三者は此危險を豫期して居るものと考へられる、少くとも推斷せらるべき事情を自己の不注意に基いて誤つたものである

から、其責を負ふべきであると云はねばならない。凡そ意思表示の解釋は明示たると默示たるとに拘らず、必ず其表示を受領する相手方の立場に立つて、換言すれば相手方に知られたる總ての事情を斟酌して客觀的理性的判斷に基き、表示せられたる意思の內容を確定すべきである。默示的代理權授與行爲は內部的授權であり、其相手方は代理人であつて、代理行爲の相手方たる第三者に非ざる事前述の通りであるとすれば、其內容の解釋も亦常に代理人の立場から判斷しなければならぬ。故に Hupka が本人は授權意思の不存在を以て第三者に對抗し得ないと爲す主張は此點に於ても亦暗礁に乘り上げて居るのである。

默示の授權行爲は內部的授權であるから、本人が代理人に對して或種の法律行爲を爲す事を禁止し又は代理人が其行爲が本人の意思に反する事を知れる場合には、假令、第三者が此事情を知らず其取引の一般的見解に從て、かゝる行爲に付き代理權の存在を推斷すべき事情ありとも、民法第百九條、第百十條の場合の外は代理權は成立しない。獨逸に於ける學說中或は第三者の保護を飽くまで主張せんが爲めに、默示の代理權授與行爲を以て外部的授權であり、從て



第三者の見地に立つて其知れたる事情に基き授權意思の有無を判斷すべきであると爲す者があるけれども、此見解は事物の眞相に背馳するのみならず、成法上の基礎にも立て居らないものである。例へば Staudinger は所謂默示的代理權授與行爲は本人の意思に基くものでなく、彼が代理人を或る外部的地位に置いた事實に據るものであり、此地位に對して取引上の見解に從ひ代理權を結付けたものであると主張し其根據を獨逸民法第百七十二條の類推に求め、[11] Rümelin は獨逸民法第百七十一條廣告による代理權授與行爲の類推によつて效力を有するに到るものであると爲すのであるけれども、[12] 獨逸民法の解釋として、其第百七十一條又は第百七十二條は唯だ之等の法規が規定する場合のみに例外として適用せらるべきであつて、之等の法文よりかゝる推推を試みる事は許されないのである。[13] 彼等の解釋に從へば、成る程第三者の保護は充分であらうけれども、之れによつて自己の意思に反して代理行爲の效果を壓し付けられ、不當に其利益を侵害せられる本人の立場を餘りに看過し過ぎるものと云はねばならぬ。[14]

法律は時として特に明文を設け、一定の事實の存在を以て本人の代理權授與

行爲ありと看做す場合がある。例へば受取證書を債務者に持參せしめる行爲は通常其中に持參人に對する給付受領の默示的授權行爲が存在するものであるが、法律は此場合に假令かくの如き代理權授與行爲が存在しない場合と雖も債務者を保護し、債權者が如何なる目的の爲めに持參人に對して受取證書を交付したるや否や又果して眞に債權者より彼に交付したるものなりや否やを顧みる事なく、債務者に於てかくの如き授權行爲を認むべからざる反對の事情を知り若くは知り得べかりし場合の外は、給付の受領に付き代理權授與行爲ありと看做して居るのである(民法第四百八十條)。[15]

1) Hupka, a. a. O. S. 110 ff.

2) Lenel, a. a. O. S. 25 ff.

3) Hupka, a. a. O. S. 113 ff. 參照。Lenel は無權代理の場合に付き辯明して、此場合に無式の追認があれば法の力によつて意思表示の創始者として考へられる者(本人)が其實は之れを創始しないとは云へ、後に追認によつて之れを容認するが故に有效であると說明する (a. a. O. S. 28 ff.)。併し法式に從て爲される行爲の總ては代理人一個の行爲である事は彼の承認するところであるとすれば、代理人による本人の表示の傳達なく、之れが形式に從ふて爲される事も勿論ないのである。而して書面の外形は有權代理の場合も全く同一であるにも拘らず、前者に在りては本人の授權行爲(彼の所謂表示の使者による傳達)があり、之れが法式に從はれて居ると爲し、後者に在りては其事なしと爲すは理論的說明方法とは云へないのである。

4) Hupka, a. a. O. S. 155 ff.

5) Zitelmann, a. a. O. II S. 120f.

6) Hupka, a. a. O. S. 119 ff.; Schlossmann, a. a. O. II S. 497 ff., RG. 74, 146.

7) RG. 74, 323. 參照。

8) Staub, HGB. § 54 Anm. 5.

9) Tuhr, a. a. O. § 85 N. 108. 參照。

10) Hupka, a. a. O. S. 120.

11) Staudinger, Komm. § 167, 5

12) Rümelin, Arch Ziv. Pr. Bd. 93, S. 301.

13) Planck, Komm. § 167, 6.

14) Tuhr, a. a. O. § 85. N. 115.

15) 同樣の事が例へば獨逸商法第五十六條にも規定せられて居る即ち店舖の使用人は同一種類の店舖に於て通常爲されるところの賣却及び受領行爲を爲すべき代理權が、假令眞實はかくの如き代理權が存在しない場合でも、第三者に對する關係に於ては授與せられて居るものと看做される。尤も本人がかくの如き行爲を第三者が知り得られる方法によつて禁止して居る場合は此限りでないのである (Staub, HGB. § 56 Anm. 3.)。

## 第四款　代理權授與行爲の內部的有效要件

### 第一項　代理權授與者の能力

代理權授與行爲は法律行爲であるが故に行爲者の側に於て行爲能力ある事を要する。幼兒、精神病者又は泥醉者等一時精神障碍者の爲したる代理權授與行爲は無效である。制限行爲能力者の場合には其れが法定代理人、保佐人又は夫の同意を要せない法律行爲に對する代理權授與行爲である外は常に彼等同意權者の同意を要するものと解すべきである。[1] 併しながら同意なくして爲されたる代理權授與行爲と雖も我國法の解釋としては有效であつて、唯だ取消權者によつて何時でも、詳言すれば之れに基いて代理行爲が爲される前であると後であるとを問はず取消され得る危險があるのみである。此場合の取消の相手方は取消の一般原則に從つて、取消さるべき行爲卽ち代理權授與行爲の相手方である。故に外部的授權に在りては其相手方たりし第三者であり、內部的授權に在りては理論上は代理人であるべき筈である。併しながら內部的授權の取消が第三者に向つて爲されても、代理行爲が此第三者と共に爲されて居り若くは爲さるべきであつた場合には有效であると解する事が妥當であると考へる。[2] 之れと同樣の考へ方によつて右の第三者は民法第十九條の追認の催告權をも有するものと解するのである。

代理權授與行爲は右の外に行爲者に於て、代理權の範圍に屬する法律行爲に付き處分能力を有する事を要する。例へば破產者は破產財團に屬する財產を處分すべき代理權を授與する事能はぬ。蓋し處分能力制限の目的又は原因は種々あるであらうけれども、其者が自己の意思によつて或種の法律效果を招來せしめる事を禁壓する關係に於ては常に一であるからである。此事は其者自身の行爲に基くものであると彼の意思に基き他人をして爲さしめるものであるとによつて區別すべきではない。而して代理權授與行爲は卽ち後の場合の一である。[3]

代理權授與行爲者が權利能力を有する事は代理權授與行爲の直接の要件ではない。之れに基いて爲される代理行爲の效力發生の要件として效力歸屬者たる

授與者の側に權利能力の存在を要するのみである。

## 第二項　代理權授與者の意思の欠缺

一、代理權授與行爲に於ける行爲者の意思欠缺は授與行爲其ものに對して直接に影響するが、代理行爲に對しては唯だ其效力發生が前者の有效に存立する事に係はると云ふ關係に於て間接に影響するに過ぎないのである。

表意者が其眞意に非ざる事を知つて代理權授與の意思表示を爲したる場合に相手方が其眞意を知り若くは知り得べかりしときは其授權行爲は無效であり(民法第九三條)、相手方と通謀して虚僞の代理權授與行爲を爲したる場合も亦無效である(民法第九四條第一項)。但し此無效を以て善意の第三者に對抗する事能はぬ(同條第二項)。茲に相手方と稱するのは常に授權行爲が向けられたる相手方を指すものであつて、内部的授權に在りては代理人を云ひ、外部的授權に在りては表示の受領者たる第三者を云ふのである。Hupka は眞意に非ざる代理權授與行爲は其事實が代理人及び代理行爲の相手方たる第三者に知られて居るか、又は第三者にのみ知られ代理人に秘せられて居るが其代理權に付き代理人に利害關係の無い場合は何れも無效である。之れに反し代理權の存立に付き利害關係を有する代理人に此事實が秘せられて居るか、又は第三者が之れを知らない場合は有效であると爲し、代理行爲の相手方は代理權の存立に付き直接利害關係を有し、其終局的實際的效果は彼自身の人格内に成立するものであるから、此場合に於ける所謂第三者ではないと說いて居る。[4]

併しながら彼が異說を唱ふる所以は心裡に留保せられたる意思表示又は虚僞の意思表示の相手方に非ざる代理人(外部授權の場合)又は第三者(内部授權の場合)の保護に在るのであるけれども、我民法の解釋としては虚僞の意思表示に關する第九十四條第二項、代理に關する第百十條の規定があつて此場合に於ける第三者の保護に充分であると考へるが故に私は民法の法文を文字通りに適用すべきであると信ずるのである。のみならず代理權授與行爲は常に所謂基礎的法律關係と別個獨立のものであつて謂はゞ無色透明であると云ふべく、基礎的法律關係によつて其性質を一二にせんする Hupka の考方には贊意を表し兼ねる。

廣告による意思表示と雖も其れが意思表示である限り相手方なるものは觀念上存在しなければならぬ。[5] 併しながら民法第九十三條、第九十四條に謂ふ所の相手方は右の如き廣き意味の相手方を指して居らないものと解するが故に代理權授與行爲が廣告によつて爲されたる場合には所謂相手方なき行爲として、表意者の心裡留保は代理權の成立を妨げないのである。[6]

二、代理權授與行爲は法律行爲であるが故に其要素に錯誤があるときは無效である。要素の錯誤は代理權授與行爲其ものに付て存する場合がある。例へば或者に或行爲を間接代理の方法によりて爲さしめんが爲めに此者と委任契約を締結せんと欲して代理權授與の意思表示を爲し、錯雜なる法律事件を處理するに巧みなる辯護士甲を代理人となすべき意思を有したるにも拘らず誤て之等の智識皆無なる素人の乙を代理人とする授權行爲を爲し又は特定代理の授權を爲さんと欲して總般代理の授權行爲を爲したるが如き場合は之れに屬する。更に又要素の錯誤は授權行爲の目的とする代理せらるべき法律行爲に付て存する事がある。例へば買行爲を授權する意思を以て誤て賣行爲を授權し、甲に對する債權の取立を授權せんと欲して乙に對する債權の取立の代理權を授與し、玩具の時計を買はしむべき意思を以て眞の時計を買ふべき旨の代理權を授與する場合等は其例である。第二の場合に於ても錯誤の影響を直接に受けるものは代理權授與行爲其ものでなければならぬ。

代理權授與行爲に於ける要素の錯誤は常に必ずしも行爲全部を無效とはなさぬ。代理權授與行爲全部の無效を來たすのは要素の錯誤が行爲の全體に亘つて居る場合である。右に述べたる第一の例の如く代理權授與行爲其ものゝ法律上の性質に關して錯誤が存し又は特定授權に際し代理せらるべき法律行爲の性質に錯誤あるが如き場合は卽ち其れである。之れに反し行爲の內容の一部に付てのみ要素の錯誤が存するときは、此部分と爾餘の部分とが分離すべからざる程度に關聯し、爾餘の部分のみにては獨立せる行爲となすを得ない場合にのみ全部の授權行爲を無效と爲すべきであつて、錯誤の存する部分が右の如き意義を有せず、從て其性質上又は本人の意思によれば授權行爲の存立要件たらざるときは其部分のみの無效を來たし、爾餘の部分に付ては授權行爲は依然殘留する

ものと解すべきである。例へば代理人をして二百圓以内に於て物品を買入れしめんと欲したるにも拘らず誤つて三百圓以内と表示したる場合に於ける錯誤は二百圓より高値である部分に付て丈け存するのである。故に代理人が偶然其物を二百圓以下にて買入れたる時は其代理行爲は、有效なる授權行爲に基くものとして效力を發生せしめねばならぬ。同樣に例へば私の甲の土地の賣却を代理せしめんと欲して誤つて私の甲の土地其他私の所有地全部の賣却を代理せしむべき授權行爲を爲したる場合に於ては甲の土地の賣却に關する代理權授與行爲は有效なるものとして殘留するものと解すべきである。[7]

民法第九十五條但書により授與者の側に重大なる過失ありたるときは彼自ら其無效を主張し能はぬ。重大なる過失がある場合と雖も未だ代理行爲が爲されぬ以前に於ては授權行爲は原則として之れを撤回し得るが故に授與者は撤回によつて之れを救濟し得るのである。代理權授與行爲が要素の錯誤によつて無效となるときは右但書の場合を除き之れに基いて爲されたる代理行爲は無權代理行爲となるが故に本人の追認なき限り、其效力を發生しないのである。然しながら内部的授權であると外部的授權であるとを問はず、代理人と行爲を共にしたる第三者は多くの場合に於て、本人の純然たる内部關係であるところの要素の錯誤ある事實を知らず從て代理行爲が無效なる授權行爲に基くものである事を知らないであらうから、かくの如き第三者は多くの場合に民法第百十條によつて保護せられるであらう。

三、代理權授與行爲が詐欺又は强迫に基いて爲されたる場合には民法第九十六條によつて取消す事が出來る。而して强迫は何人によつて爲されても常に之れに基く意思表示は取消し得るが故に別に問題は生じないけれども、詐欺は之れに反し第三者によつて爲されたる場合には相手方が其事實を知りたるときに限り取消され得るものであるが故に(第九六條第二項)、此場合に何人が相手方であつて何人が第三者であるやの疑問が起るのである。民法第九十六條第二項を文字通りに解し、授權の意思表示が向けられたる者を以て同條に所謂相手方とし其以外の者を總て第三者と爲すときは、例へば代理行爲の相手方となるべき者甲の詐欺に基き代理人乙に向つて代理權を授與したる場合に、乙が其事實を

知らざる限り、此授權行爲は取消すを得ないであらう。或は代理人乙の詐欺によつて代理行爲の相手方たる甲に對して授權行爲が爲され甲が其事實を知らない場合も同樣に取消す事が能はぬであらう。更に又局外者丙の詐欺によつて代理權授與行爲が爲されたるに偶ま授與行爲の相手方となりし甲が其事實を知らない場合には假令乙に於て之れを知つて居ても取消は許されないのである。

Hupka は右の如き結果を以て不當に授與者の利益を奪ふものであると爲し、以上の場合にも授與者に對して取消權を認めんが爲めに次の如き說明を試みて居る。[8] 曰く、吾人は法律行爲上の表示が或者に向けられて居らないと云ふ理由を以て丈けで彼を「第三者」であるとの考へ方は拋棄しなければならない。此場合には單純に法律行爲上の效果に關與すると云ふ事が要點であつて、法律行爲上の行動に關與すると云ふ事は要點でないのである。代理權授與行爲は代理人の人格上に專ら關係を有するものでもなく又其相手方の人格上に專ら關係を有するものでもない。其特有なる法律效果は此双方を等しく把握して居るのである。從て双方の內何れの一人が責を負ふべき事由を有しても其事が必ず授權行爲の效力に影響を及ぼすものと爲さねばならない。而して責を負ふべき事由を有する者が具體的の場合に授權の意思表示の名宛人でなかつたと云ふ事は少しも問題とならないのである。右の如き理由に基き、代理權授與行爲は、代理人又は代理行爲の相手方の內一人によつて詐欺が行はれたる場合には、彼等の內何人に向つて授權の意思表示が爲されたりやを問ふことなく常に取消され得る。授權の意思表示が何人に向つて爲されたりやは詐欺が局外者の側から爲されたる場合に於ても亦重要な關係を持たぬ、卽ちかゝる詐欺を彼等双方の內一人が知り若くは知り得べかりしときは(註、獨逸民法第百二十三條第二項は我民法の規定と異り、第三者の詐欺を相手方が知つた場合の外に猶ほ知り得べかりし場合にも取消を許して居る)代理權授與行爲は取消し得べきものとなる。併し此場合に代理人が負責事由を有するときは其取消は絕對的であるに反し、代理行爲の相手方が其事實を知り若くは知り得べかりし場合には唯だ彼に對してのみ取消され得るが、他の代理の相手方に對しては取消され得ないのであると。

併しながら彼の議論の出發點に甚だ無理な點があるのを看過する事が出來な

い。蓋し假りに所謂「相手方」を法律行爲の效果に關與する者であるとしても、法律行爲の效果とは常に意思表示卽ち此場合に於ては授權の意思表示の直接の結果として或者の權利圈內に影響を及ぼすものであらねばならぬ。然るに代理權授與行爲に對する私の見解に從へば、之れによつて代理人と行爲を共にすべき相手方は勿論、代理人と雖も其權利圈內に直接何等の影響を及ぼすものではない。通說の立場に立つても少くとも前者に對してはかくの如き「效果」は發生しないものであるが故に Hupka の效果說に從へば代理行爲の相手方は內部的授權行爲の場合には依然として所謂「第三者」として殘らねばならない事となり、彼の希望するが如き結論は生れ得ないのである。[9]

民法第百二十三條は取消し得べき行爲の相手方が確定せる場合に於て其取消は相手方に對する意思表示によつて之を爲す旨を規定するが故に我民法の解釋としては取消の相手方は取消さるべき意思表示の受領者たりし者に限るが如き觀がある。獨逸民法制定當時の事情に徵するも其立法者は取消さるべき意思表示の受領者を以て取消の相手方と考へたやうである。[10] 併しながら其際に彼等が



取消さるべき意思表示の受領者が法律上多數に存し得べき可能ある場合を想像したるや否やは如何なる資料からも判然しないのである。[11] 而して前に述べたる例に於て明かなるが如く、單に法律上可能なるべき意思表示の受領者であるが、事實上取消さるべき表示が向けられて居ない者に對する取消を認めるや否やと云ふ事は少くとも代理權授與行爲に付ては實際の場合に頗る利害關係の重大なるものが存する、我民法第百二十三條に付ても立法者は法律上多數の受領者が可能なる意思表示に付て特に考慮を拂はなかつたものと考へられるのである。然るに一方に於て等しく代理權授與行爲を行爲者の一方行爲を以て消滅せしめる撤回に付て獨逸民法第百六十八條は前條第一項を準用し、通說は授權行爲が代理人に向けられたると第三者に向けられたるとに關せず兩者の內何れの一方に對して爲されても有效であると解して居る。我民法上かくの如き法規上の根據を缺げるも、撤回に付ては之と同樣に解する事が出來ると信ずる。そもそも法律が立法當時に或種の場合を豫想せずして設けたる規定に執すれば吾人の法的感情を滿足せしめず、之を滿足せしむる解釋は他の類似の場合と調和して居

ると云ふ本問題の如き場合には、寧ろ徒らに法規の字句に拘泥せずして、自由に法的感情に訴へて之を滿足せしむべき解釋を下す事が正しき方法であると考へるのである。私は右の如き理由に基き詐欺による取消の相手方は、取消さるべき代理權授與行爲の現實の受領者に限らずして、其受領者として法律上可能的に考へられる總ての者――代理人と第三者であらねばならぬと爲す者である。[12]

此見解に從へば、代理人に向つて爲されたる代理權授與行爲は、代理人に於て取消事由存するときは代理人に向つて之を取消し、第三者(代理行爲の相手方)に取消事由存するときは其第三者に向つて取消す事によつて、共に善意の(代理人でもなく、其行爲の相手方でもない)局外者に對する外は總ての者に向つて行爲の效力を過去に遡及して消滅せしめ得るのである。代理權授與行爲が代理行爲の相手方たる第三者に向つて爲されたる場合に、其第三者に取消事由存するときは右の如き效力を以て此者に對して取消す事が出來る。之に反し取消事由が代理人のみに存するときは代理人に對する意思表示を以て之を取消し得るも其消滅を以て善意の代理行爲の相手方には對抗する事能はぬ(民法第百十條)。同樣に廣告による代理權授與行爲の詐欺による取消は廣告によつて爲す事が出來るが、之を以て取消事由の存する者に對してのみ對抗し得るものと解する。

代理權授與行爲は、後に述ぶるが如く代理行爲以前に在りては原則として何時にても本人に於て之を撤回し得るから、撤回し得べき授權行爲に付ては、之に基き未だ代理行爲が爲されざる限り、取消の問題は實際に於て餘り重要ではない。[13]之れに基き既に代理行爲が爲されたる後に於て取消あるときは、其影響を直接に受けるものは代理權授與行爲であつて、代理行爲の效果が消滅するのは其基礎たる代理權の消滅に原因するに外ならないから、後者に對する影響は間接である。其取消によつて代理行爲が直接に效力を失ふものであると說く者があるけれども、[14]代理權授與行爲の本質上より考へて正當ではない。

詐欺又は强迫による取消に付ても、錯誤による一部無效に付て述べたる通り、代理權授與行爲の一部に對して之等の事實が存在し、之と切離して殘餘の部分丈けで獨立の存在性を有する場合には、一部の取消も亦有效なりと解すべきで

ある。[15]

1) Planck, Komm. § 107, I 3g; Hupka, a. a. O. S. 127; Tuhr, a. a. O. § 85 S. 287. 然るに Staudinger, Komm. § 107, 3 は制限行爲能力者の爲したる代理權授與行爲は常に無效であると說く。
2) Tuhr, a. a. O. S. 391 參照。
3) Hupka, a. a. O. S. 127.
4) Hupka, a. a. O. S. 129 ff.
5) Manigk, Willenserklärung, S. 305 ff.
6) Tuhr, a. a. O. S. 389 N. 72 參照。
7) Hupka, S. 136 ff. 我民法は法律行爲の一部が無效なるときは無效なる部分を除いても猶ほ其行爲が爲されるであらうも、本文の如く解する事が代理權授與行爲と代理行爲との關係を考慮して至當であると信ずる。
8) Hpuka, S. 152.
9) Staudinger, Komm. § 167, 8c. 參照。
10) Entwurf I §§ 113, 103 vgl. auch § 74 Abs. 1, Motiv I 221.
11) Planck § 167, 4b.
12) Enneccerus, a. a. O. § 190 III 7 參照。
13) Tuhr, a. a. O. S. 389
14) Ro enberg, a. a. O. S. 738; Hellwig, Lehrb. § 132 Anm. 12.
15) Hupka, S. 153.

## 第五款　代理權授與行爲の條件及び期限

一方行爲は双方行爲と異り、一方的意思によつて效果が發生するものであるから、發生する法律效果は確定的であらねばならぬと云ふ理由に基き、成法により若くは成法によらずして之に條件及び期限を附する事を許さぬ場合がある。例へば取消、撤回、選擇權の行使等之に屬する。併しながら通說は代理權授與行爲は其れが條件又は期限を附する事を許さぬ法律行爲を爲す事の爲めに爲されぬ限り、條件又は期限を附する事が許されると爲す。[1]

代理權授與行爲に停止條件が附せられて居る場合に、其條件の成否未定のときは爲されたる代理行爲は無效である。而して代理行爲後に條件が成就しても、條件の成就は遡及效を有せないが故に(民法第百二十七條)、代理行爲は依然として無效である。同樣の理由で解除條件附代理權授與行爲に基き代理行爲が爲されたる後に條件が成就しても代理行爲の效力に影響は及ぼさない。

る代理行爲に限り本人に對して直接に其效力を發生すると云ふ意義を有するものである。勿論其期限内に代理行爲が爲されるならば、其後に於て期限が到來する事は代理行爲其ものゝ效力に何等の影響を及ぼすものではない。

1) Enneccerus, a. a. O. § 182, Anm. 13; Tuhr, a. a. O. II. 1 S. 212.

## 第六款　代理權を成立せしめる代理權授與行爲に非ざる本人の行爲

一、法律は代理權を成立せしめるが爲めに原則として、本人の之を欲する意思表示ある事を要求して居る。併しながら既に述べたる通り此外に猶ほ法律は代理權を成立せしむべき若干の事實を認めて居るのである。[1] 本款に於ては右の事實中本人の行爲に出づるものを說かんとするのである。

代理權授與行爲は代理權の成立を欲する本人の意思を代理人、代理行爲の相手方又は一般公衆に向つて表示するものであつて、元より法律行爲たる事は疑



を容れぬ。之に反して實際に於ては往々にして既に右の意思表示が爲されたる事實を事實として第三者又は一般公衆に向つて通知する場合がある。此場合の通知は意思表示でなく、代理權授與行爲でない事は勿論である。而して爲されたる通知の内容と事實上の授權行爲の内容とが互に一致するときは、後に於て述ぶべき代理權消滅の場合に、[2] かくの如き通知あるときは外部的授權行爲として取扱はれる點に意義ある外に別に特殊の問題は生じないのである。併しながら此兩者の内容は、例へば授權行爲が要素の錯誤ありし爲めに無效となり、又は詐欺强迫に基き取消され、或は授權行爲より廣き内容が通知せられ、又は時としては全然授權行爲が存在せざるにも拘らず之ありしもの〻如くに通知せられる事によつて互に不一致を來たす事なしとは限られぬ。かゝる場合に於て第三者又は一般公衆中代理人と取引を爲す者は眞實の授權行爲の有無及び内容を調査する事なく、本人の通知を以て最も確實なる授權行爲存在の保證であると考へ、安じて代理行爲を共にする事は當然である。從て相手方の此信任を無視し、本人の通知あるにも拘らず之に拘泥する事なく常に眞實に爲されたる代理

權授與行爲の有無及び內容に從て代理行爲の效力を決すべしと爲す事は不當に第三者の利益を害し、不測の損害を被らしめる虞あるのみならず、之が爲めに代理取引の敏活は著しく阻害せられるであらう。且つ又かくの如き通知を爲したる本人は自己の意思に基いてかゝる行爲に出でたるものであるから之が內容に相應する效果の發生に付き彼に責を負はしめる事は敢て不當とは云へない。右の如き理由を以て我民法第百八條は、獨逸民法第百七十一條と同樣に、第三者に對して代理人に他人に代理權を與へたる旨を表示したる者は其代理權の範圍に於て其他人と第三者との間に爲したる行爲に付き其責に任ずべき旨を規定する。我民法が獨逸法と異るところは後者が特定の第三者に對する外に一般公衆に向つて爲す場合をも併せ定めて居るに反し、前者は唯だ第三者に付てのみ規定するに在る。然し廣く一般公衆に對する場合を除外すべき何等の理由はないと考へるから、我民法の解釋としても、「第三者」を特定人に限らずして廣き意味の第三者たる一般公衆をも包含するものと爲すべきである。此解釋にして正當なれば、後の場合に在りては其他人と總ての第三者との間の代理行爲に付き本人は責を負はねばならない事は勿論である。

一般公衆に對する代理權授與行爲ありし事實の通知に獨立の代理權成立效果を認むる原則の適用は、支配人の選任登記に於て最も顯著である。[3] 登記は登記官廳に對して或事實の登記を要求する意思の表示であるけれども、私法上の法律行爲ではなく、民事訴訟に於ける訴訟行爲の如く一種の公法行爲である。[4] 卽ち支配人選任の登記行爲其自體は代理權授與行爲ではなく、既に爲されたる授權行爲の事實を一般公衆に知らしむる目的を以て、右の事實を登記ありたしと要求する意思の表示に外ならぬ。併しながら一般公衆は其登記を信用し安じて登記せられたる支配人を其營業主人の正當なる代理人として之と共に取引を爲すであらうから、其取引から生じたる營業主人に對する請求に對し、彼は其者は眞實彼の支配人ではないとか又は其支配人任命は無效であるとかの抗辯を以て之に對抗する事は出來ないのである。

本條の通知は民法第一編第四章に規定する法律行爲でないけれども、所謂法律的行爲であつて、意思の欠缺に關する民法の規定は此場合に準用すべきであ

る。故に相手方と通謀して虚僞の通知を發し又は虚僞の通知なる事を相手方が知り若くは知る事を得べかりしときは代理權成立の效果なく、同樣に通知の內容に付き通知者に於て其重要なる點に錯誤があるときも亦、通知者に重大なる過失なき限り、かくの如き效果なきものと解さねばならぬ。詐欺又は强迫に出でたる場合には之を取消し得るものと爲すべきであるけれども、唯だ詐欺に付ては、前々款に於て述べたるところと異り、被通知人に取消事由の存する場合にのみ、其通知は取消し得るものと解さねばならぬ。蓋し特定の第三者に向けて通知せられたる場合に於ける法律上可能性ある通知の受領者は其特定の第三者に限られて居るし又、一般公衆に向つて爲されたる通知が詐欺に影響せられ居るときは假令廣告による取消は可能なりとは云へ此取消は取消事由の存する特定の第三者に對してのみしか對抗が出來ないからである。更に又通知者には行爲能力に關する規定の準用があるが故に意思辨別の能力なき幼兒又は精神病者等の爲したる通知は代理權成立の效果なく、制限行爲能力者が法定代理人、保佐人又は夫の同意を要する法律行爲を爲さしめる爲めに代理權を授與したりとの通知は同意權者の同意なき限り取消し得るであらう。惟ふに民法第百九條の通知による代理權の成立は外部的授權行爲に比し、之よりも重き責任を通知者に負はしめる譯には行かない。則ち右に述べたる無效又は取消が外部的授權行爲に付て謂ひ得るならば、本條の通知に付ても亦謂ひ得なければならないのである。

同樣の理由の下に獨逸民法第百七十一條第二項の如き明文を缺げる我民法の解釋としても、之に基き代理行爲が爲されない前に於ては之を撤回し得るものと解すべきである。撤回は被通知人に對する撤回の意思表示の到達を以て其效力を發生すべく、公衆に對する通知の撤回は通知と同樣の方法によるべく、個々に對する撤回は之を受けたる者に對してのみ效力を生ずべきものと考へる。

二、獨逸民法第百七十二條は代理人に授權證書(我國の委任狀)を交付し、代理人が之を第三者に提示するときは、代理權授與行爲を爲したる旨を第三者に通知する場合と同樣の效力を生ずべき事を規定する。我民法第百十條は右の如き場合を包含し廣く、代理人が其權限外の行爲を爲したる場合に於て第三者が其

權限ありと信ずべき正當の理由を有せしときは前條の規定を準用して居る。其結果正當に信ぜられるべき代理權の範圍内の代理行爲に付き本人は責を負はねばならぬ。此規定の立法理由は前の場合と同樣に代理人と取引を爲すべき善意の第三者を保護し、代理權の不測の欠缺より生ずる事あるべき其損害を防止し、一面に於て第三者をしてかゝる誤信に陷らしめたる本人に依て生ずる責任を負はしめたものに外ならない。併しながら第三者の利益は一面に於て本人の利益を犧牲にするものであるから、本人に此不利益を被らしめる爲には彼が何等かの方法で第三者の誤信に關與したる事を要するものと爲すのが公平なる利害關係の均分方法である。此見地に立てば第三者が代理權の成立を信ずべき正當の理由は本人の行爲によつて生じたるものでなければならぬ。[5] 行爲であるが故に本人の意思に基く積極的若くは消極的(不行爲)活動であらねばならぬ。此故に意思辯別の能力なき幼兒又は精神病者等の行爲は問題と爲すを得ないのである。併しながら前條の場合と異り法律の着眼するところは第三者の側から之を見て彼が代理權ありと信ずべき正當の事由の有無であるが故に、本人の行爲が法律行爲であると否とに拘らず、又其行爲が錯誤、詐欺强迫等の事實によつて無效又は取消されるや否やに關せず、苟も通常人が第三者の立場に立つて本人の爲したる行爲を觀察するときは代理權が成立せるものと考へるに相違ないであらう程度の事情が存在し、かくの如く觀察するに付き第三者の側に於て何等責を負ふべき事由、例へば詐欺强迫の取消の原因たるべき事由又は不注意等の存在しない限り、其範圍内に於て代理人と共に爲したる行爲に付き本人は責を負はねばならないのである。

本條の用語の意義に從へば、代理人が代理權を超越して其權限外の行爲を爲したる場合に其適用を見るやうである。私の見解によれば代理人の代理權とか代理人の能力又は地位なる觀念を排するが故に、所謂權限外の行爲に付ては既に代理人ではないのである。從て嚴格に理論を貫けば代理人の權限外の行爲なる語は無意味であると謂はねばならぬ。併しながら本條制定の趣旨を案ずるに、或行爲に付き一旦代理人となれる者は第三者より見れば、其行爲の範圍に屬せざる他の行爲に付ても代理人たるものと信じ易きが故に特に其者の行爲に付き

第三者を保護せんが爲めにかゝる規定を設けたるものゝやうに考へられるのである。其趣旨より推論すれば或る行爲に關する代理人が其行爲に非ざる他の行爲を爲す場合のみならず、授權行爲の爲め代理人となるべき者が其行爲の無效又は取消の爲めに初めより代理人となつた場合に於ける行爲をも本條の適用範圍中に入るべきものと解する。而して廣く一般に代理人と規定するが故に、第三者の誤信したる原因に本人の行爲(法定代理にありては多くは他の法定代理人の行爲)が關與し居る限り、任意代理の場合と法定代理の場合とを問はないものと考へる。

三、私は曩に代理權の本質を說明するに當り、代理人の、若くは代理人に對する意思表示が變態的に本人に向つて其效力を轉歸せしめる原因たる事實として、法律は本人の意思表示の外に、本人代理人間の特殊の法律關係及び吾人の法的感情がかくの如き效力を認むるを相當なりとする所謂表見的事實の存在を擧げた。[5] 本款に於て說明するものは卽ち右の代理行爲の變態的效力轉歸の原因を成すところの表見的事實に外ならぬ。

學者は民法第百九條の文言が云々の行爲に付き其責に任ずとあるが故に、代理行爲の相手方たる第三者より本人に對しては之を主張し得るけれども、本人は相手方の取消なき間に之を追認するに非ざれば、之を以て其相手方に對抗する事を得ざるものと解して居る。[7] 蓋しかくの如き表見的事實の存在によつて法律は代理權の成立を認めて居るものでなく、唯だ善意の第三者を保護する爲めに設けたる規定に外ならないと爲す者である。成る程我民法の表現は之に對應する獨逸民法第百七十一條第一項の如く、代理人に代理すべき權限を賦與するが如き形式を用ひて居らない事は認めねばならぬ。又多くの場合に於て其責に任ずと規定すれば、負擔に付てのみ之を忍ぶべきであつて利益の主張は出來ないものと解すべきである。併しながら他方に於て、本條制定當時の立法者は當時の通說に從ひ、代理權は假令其が權利であるにもせよ又、能力であるにもせよ代理人の人格內に於て發生すべき或物であるが故に、之を與ふる意思表示は代理人に向つて爲さねばならぬと考へたか又は寧ろ更に舊說であるところの、代理權は本人代理人間の委任契約に伴ふて生ずるものであると云ふ觀念に捉は

れて居たと信ずべき理由がある。かゝる觀念の下に在りては、代理人に非ざる第三者に向つて爲す「表示」によつて代理權を成立せしめる事は論理の矛盾であらねばならぬが故に已むを得ず之と同樣の效力を發生せしめる趣旨の下に「其責に任ず」と規定したるものでないとは斷言する事を得ないのである。

通說の見方は本人の不法行爲に對する一種の責任を特別の形式に於て負擔せしめるものであると云ふ事が出來る。併しながら本條並に次條は敢て本人の過失を要件と爲して居らない。本人に於て表見的行爲に出でたる事に付き過失なかりし事を立證しても、其效果を回避する事の能はぬのは頗る明瞭である。然らば不法行爲に付き過失主義を原則とする民法の一大例外と云はざるを得ないのである。過失主義は必ずしも一貫する事を要するものではないけれども、其例外を認むる場合には何等かの吾人の法的感情に訴へて納得出來る理由があらねばならぬのである。併しながら本條の場合に於てはかくの如き無過失責任を是認し得る如何なる根據をも私は發見し能はない。從て本條が不法行爲に基く責任を規定するものであるとの觀念は之を排さねばならぬ。蓋し法律は中島博士の唱へられる所謂表見的事實の存在に對し、之に代理行爲の變態的效力轉歸の效果を認むる事が、第三者の保護、從て取引の安全敏活を保證する所以であり、之を認める事が吾人の法的感情に訴へて妥當なりと考へたが故に、かくの如き事實にかくの如き效果を認めたのであつて、恰も本人が欲するが故に右の效果を認める事が正當なりとして、代理權授與行爲にかくの如き效果を與へたると同樣の關係に立つものである。

而して本條制定の理由たる第三者保護の立場に立つて之を觀るに、代理行爲の相手方たる第三者は代理行爲者を本人の正當なる代理人なりと信じ、彼と共に爲したる行爲の效力が自己並に本人間を直接に羈束するものなる事を知り、之を是認して其行爲を成立せしめたるものであるが故に、第三者を保護せんが爲めには其信賴を裏書して、信賴したる通りの效力を發生せしむるを以て充分なりと考へねばならぬ。代理行爲が投機賣買である場合を考へば其關係がよく明瞭するのであるが、相手方をして本人の追認なき間は一方行爲たる取消によつて、既に成立したる法律關係より容易に離脫する事を得さしめる事は、之を

正當なる授權行爲ありし場合と對比して、餘りに相手方の保護厚きに過ぎる慨が充分存するのである。通說が法文の字句のみを以て其唯一の主張理由と爲す事は根據薄弱なるを否み得ないであらう。

私は本條の場合に、本人も亦追認を要せずして相手方に向つて代理行爲の效力を主張し得るものと爲す事が、本人及び相手方の双方の利害關係を公平に考慮したる結果に適應するものなりと信ずるが故に、本條並に之を準用せる次條の場合、所謂表見的事實を以て代理權授與行爲と同樣に、代理行爲の變態的效力轉歸の原因、換言すれば代理權成立の原因なりと解するものである。[8]

1) 本書第一章第二節、第二章第一節第一款參照。
2) 本書第二章第五節參照。
3) Hupka, a. a. O. S. 165 ff.
4) 中島博士民法論文集第一卷三七二頁以下參照。公法上の行爲に付ても近時法律行爲の觀念を認めるを通說とするけれども、私法上の所謂法律行爲其ものと同一でない事は勿論である。
5) 中島博士民法釋義第百五條(一)。
6) 本書第一章第二節、第二章第一節第一款參照。
7) 中島博士前揭論文集一八〇頁、富井氏民法原論四二二頁　鳩山氏前揭三二六頁、平沼氏民法總論五四四頁等。
8) 民法第百九條、第百十條に關する我國の學說判例は鳩山氏前揭三二一頁以下參照。

## 第二節　代理權の範圍

### 第一款　代理權授與行爲の解釋

一、代理權の範圍は色々な關係に於て限界付けられ得るのである。先づ人的關係に於ては、代理人が何人と共に代理行爲を爲すべきや、卽ち代理人の裁量に從ひ如何なる者とでも代理行爲を爲し得るや又は或特定の者に對してのみ之を爲し得るやによつて其範圍が定められる。權利の效力を直接に受ける者が總ての者であるか又は特定人であるかによつて、之を絕對權と相對權とに分つの に倣ひ、前者を絕對的代理權と云ふ者がある。而して代理權が絕對的なりや相對的なりやは代理權授與行爲の態樣によつて定められる。代理權授與行爲が特定の第三者に向つて爲されるか又は民法第百九條及

び第百十條によつて代理權が成立する場合には、理論的に意思表示又は通知を受けたる其第三者又は代理權が成立したりと信ずべき正當の事由ある者のみを代理行爲の相手方と爲し得る相對的代理權でなければならぬ。之に反し廣告により又は代理人に向つて代理權授與行爲が爲されたる場合には、授權行爲の內容によつて特定の第三者を相手方と爲すべき事が明かならざる限り、絕對的代理權ありと解すべきである。

代理權の範圍は更に又事物上の關係に於ても種々なる段階を作る事が出來る。卽ち或は總ての法律行爲を爲すべき代理權とか或は一群を成せる法律行爲に關する代理權とか或は特定の一法律行爲に對する代理權と云ふが如くに區別せられ得るのである。通常之を總般的代理權 allgemeine oder Generalvollmacht と特定代理權 Specialvollmacht とに分類するけれども、此分類は餘り正確なる區分方法とは云ふを得ない。蓋し同一の代理權でも之をより狹範の、又はより廣範の代理權と比較する事によつて、或は總般的となり或は特定的となるからである。代理人が代理行爲を爲すに當り、授與者の定めたる一定の形式を履踐すべしとか、又



は代理人は相手方と、之によつて生ずる授與者の責任を一定の限度に止むる趣旨に於て契約すべしと云ふが如き代理權授與行爲があるときは之亦代理權の事物上の範圍の制限と見ねばならぬ。

代理權の範圍に關する法規は種々なる關係に於て規定せられて居るのである[1]が、殊に興趣を覺ゆるものは從來多くの立法に於て、或る重要なる法律行爲を代理せしめる爲めには特定的委任契約乃至特定的代理權授與行爲ある事を要し、總般的授權行爲による事を許さなかつた事である、之等の法律に在りても如何なる法律行爲に對してかくの如き規定を設けるべきやに至つては互に區々たるものがある。例へば贈與、不動產の處分及び取得、和解並に仲裁契約は之等の總ての法律に於て等しく右の例外の中に數へられたけれども、組合契約の締結、相續の無留保の承認又は拋棄、動產の處分又は取得、手形債務の負擔、消費貸借等に付ては特定的代理權に基く事を要する立法もあり又は之を要せざる立法もあつて、同一に取扱はれて居らぬ。かゝる法規を設けたる理由は、總般的代理權授與行爲を爲す者は甚だ多くの場合に於て彼が爲すところの意思表示が如

何なる範圍にまで效力を有するやを自覺しないものであつて、其表示中に包含せられては居るけれども彼に取つて甚だしき負擔を被らしめるが如き或行爲は、彼が一度此點に付き考へて見たならば恐らく之を右の表示中から取除いたであらうと考へられる場合がある。しかしながら之等の行爲と雖も之を授權の意思表示中に於て特に述べてあるならば、本人の意思が眞に其行爲の上に向けられて居る事が明確となるのであると云ふが如き考察に基くものと謂はれる。[2] 併しながら例へば營業行爲に關する總般的授權に付て云へば、或る種の營業に取つては頗る非尋常なる法律行爲も他の營業に取れば極めて通常の事に屬する場合もあるべく、右の如く單一的に或る種の法律行爲を列擧し之等の行爲は常に特定的授權によらしむべしと爲す事は一般的妥當性を缺くものと云はなければならぬ。從て我民法は幸にも獨逸民法と共にかゝる制度は之を認めて居らないのである。

併しながら右と異り、個々の場合に對し、法規を以て代理權の範圍を定める場合は我國法に於て屢々發見せられるのである。先づ民法第百三條は權限の定なき代理人の代理權の範圍を保存行爲及び代理の目的たる物又は權利の性質を變せざる範圍內に於て其利用又は改良を目的とする行爲に限定して居る。自己代理を規定する民法第百八條も亦既に研究したるが如く、代理權の範圍に關する規定であると云はねばならぬ。其外支配人に關する商法第三十條等亦然りである。

二、代理權授與行爲の範圍を定めんとするに當り、右の如き法規ある時は之に從ふべき事勿論であるが、其がない場合には解釋によらなければならぬ。

代理權の範圍を解釋によつて決定する場合に先づ第一に標準となるべきものは本人の明示的意思表示である。其際使用せられたる言葉の意義を確定するに當つては當該意思表示の爲されたる場所を標準としなければならない事勿論である。特殊の用法による言葉は其意義が相手方に知られて居る場合にのみ其特殊の意義による解釋が許される。言葉の不明瞭より生ずる危險は本人に於て之を負擔すべきであつて、彼が不明確なる言葉を使用した場合に相手方が之を誤解して居ると云ふ抗辯は許されない。尤も相手方と雖も不明瞭なる言葉に對し

て恣なる意義を與へる事は出來ないのであるけれども、本人がかくの如く考へたと認識すべき正當なる事由あるときは本人の不利益に於ても之を主張する事が出來るのである。

口頭又は書面に於て使用せられたる本人の言葉の外に、之に伴ふ周圍の事情も亦授權行爲の解釋に付て顧慮しなければならぬ。凡そ意思表示は其相手方の立場に立つて之を解釋すべきものであるから、內部的授權行爲に在りては代理人に於て、外部的授權行爲に在りては其受領者たる第三者に於て知られたる事情が此場合の標準となるのである。內部的授權行爲に在りては代理人に知られたる事情のみを參酌して解釋するが故に之に基きて行爲を共にする第三者は其代理權の範圍を誤判する危險に暴されて居る者と云はねばならぬ。周圍の事情が最も重大なる役目を演ずるものは明示的授權の意思表示が存在せずして、本人の授權の意思の存在が彼の態度によつてのみ推斷せられる所謂默示的代理權授與行爲の場合である。蓋し之によつて代理權の存否を定めるのみならず、明示の場合と同樣に其範圍をも確定せねばならぬからである。併しながら明示の場合に在りても場合の事情は、本人の意思が其細目の如何なる程度にまで及んで居るか又は或具體的行爲若くは具體的行爲の內容が其意思に適應して居るかと云ふ事を確定するが爲めに、常に之を考慮の內に加へねばならない。

かゝる關係を有する場合の事情は固より多趣多樣であるけれども、左に其重要なるもの若干に付て一應の考察を試みる事にする。

(イ)、或者が他人の代理人として或種の法律行爲を反覆して居り、被代理人に於て此事實を知り且つ之に對して抗議を申込み得る狀態に在るにも拘らず之を放任して居ると云ふ事實は、前にも述べた通り、其種の法律行爲を爲すべき代理權の授與行爲あるものと解し得る場合が甚だ多いのである。例へば代理商に付て、此關係は頗る重要なる結果を生ずる。併しながら勿論かくの如く被代理人の過去の態度からして、默示的授權の表示ありと推論する場合には充分愼重なる考察を重ねたる上でなければならぬ。殊に本人によつて默認せられたる法律行爲の度數並に其性質を顧慮する必要がある。從て偶々連絡なき個々の行爲に付き本人が之を承認したと云ふ事情丈けでは未だかゝる推斷は下す事が出來

ぬ。又本人が過去に於て代理人の或種の法律行爲を爲す事を承認した事が特殊の理由、特殊の前提に基くものである場合に直ちに、かくの如き理由と前提とを缺げる一般の場合に付ても當該法律行爲を本人に於て是認して居ると云ふ推斷は生れて來ないのである。例へば本人が彼自身に署名したる領收證を代理商に送付し、代理商は其賣却したる代金を之と引換に受領する事が引續き爲されて居る場合に於ては未だ此代理商に對し一般的に代金取立の代理權は成立したものと見るを得ないのである。[3]

(ロ)、代理權の範圍の解釋に際し、往々にして、代理人本人間の內部的法律關係の性質が重要なる意義を有する場合があり得るのである。殊に專ら代理人の利益の爲めに代理權が授與せられたる場合には Bevollmächtigte in rem suam 通常の、例へば委任契約の存する場合などよりは其代理權のより自由なる解釋が許される。例へば甲が彼の妻から彼自身の利益の爲めに妻の名に於て、金屬貨幣若くは彼の裁量に從ひ硬貨と同樣なるものを以て他人から消費借を受けるべき代理權を授與せられたが、甲は之に基き乙から翌日が期日となり居れる甲自身の振



出したる手形を、消費貸借の原本として受取つたと云ふ事案に對し、かつて獨逸の第二審裁判所は妻の授權の意思表示の中に手形の受領を許す趣旨を認める事が出來ないが故に此消費貸借は代理權限外の行爲であり、從て無效であるとの判決を下した。然るに同國大審院は之と反對の見解を示し、甲は專ら其利益の爲めに授權せられて居るものであるから、原本の性質に關して許され居る裁量は通常の場合よりもより自由であらねばならぬ事を强調したのであるが此說明は至當であると云ふべきである。[4]更に又債權取立の授權に付て云へば、債權の取立によつて得たる目的物を代理人に對する贈與と爲し又は彼に消費貸する目的を以て代理權が授與せられたる場合には、代理人は現實に債務者の給付を受領する代はりに他の物を代物辨濟として受取り、或は其債務者に對する代理人自身の債務と之を相殺的に互に相濟す契約を締結し得るものと解すべきである。

(ハ)、代理人の行爲によつて遂げらるべき一定の目的の爲めに代理權授與行爲が爲されたる場合には、代理權の範圍は此目的の到達の爲めに必要なるべき一

切の行爲を包含するものと解さねばならぬ。[5] 目的が種々なる法律行爲中の何れによつても到達出來る場合には、本人が明示又は默示を以て其內の或る種類のものを禁止して居らない限り、代理人は自由に之を選擇し得べきである。故に或る法律行爲に對する代理權が明白に一定の目的到達の手段として授與せられたる場合には、反對の事由なき限り、本人の意思は同一の目的到達の手段となり得る他の法律行爲に付ても代理を許すものであると認定する事を妨げぬ。[6] 而して右の如く授權の目的によつて代理權の範圍を擴張し得べき場合あるに反し又時としては總般的に授與せられたる代理權が、之によつて到達せらるべき一定の目的が揭げられてあるが爲めに、此目的の到達に役立つ法律行爲にのみ局限せられる場合もあり得るのである。

(二)、代理人に向つて表示せられたる授權の範圍は、原則として本人代理人間の內部的法律關係と一致すべきである。卽ちかゝる內部的法律關係によつて代理人が爲す事を禁止せられて居る法律行爲は亦同時に代理權の範圍の外に在るものである。例へば組合契約により業務執行員は一千圓以上の與信用行爲を爲すが爲めには殘餘の組合員の承諾を要する旨の規約が存する場合には、彼はかゝる契約を締結すべき事が債權的に禁止せられてあるのみならず之に對する代理權が欠缺して居るのである。併しながら此場合に注意すべきは、內部的法律關係から生ずる代理人の義務の總てが代理權の範圍を制限するとは考へられ得ない事である。殊に此事は受任者又は事務管理者の注意義務 Diligenzpflicht に付て然りと云はねばならぬ。例へば代理人が「最も都合よき條件にて」賣却すべき授權がある場合には彼の契約義務に付ては制限が存するけれども、代理權の範圍に付ては之を認める事は能はない。從て代理人が一層の注意を拂ひ又はより深く斯業の經驗を有して居たならば、もつとより高値に賣却が出來たであらう場合にも、之より低値なる賣却は代理權限外の行爲とは云はれないのである。[7] 代理權の制限は代理人が代理行爲の後に於て履行すべき義務、例へば本人に對して直ちに代理行爲を報告すべきが如き義務の中に存立しない事も勿論である。[8] 併しながら現金賣を爲すべしとの代理權授與行爲の中には代理權の制限が存するが故に信用賣は代理權限外の行爲である。更に又代理人が本人から債權を取

立て又は債務を支拂ふべき代理權を授與せられたる場合に、代理人が存在するものと誤信したる債權の取立又は辨濟は、假令彼がより多くの注意を拂へば之等の行爲は爲さなかつたであらう場合と雖も、代理權の範圍內に屬する。同樣の事が代理人が本人に屬する物なりと誤信して之を處分したる場合に付ても言ひ得るのである。唯だ之等の場合に於て、代理人が債權の不存在を知つて而も之を取立て又は辨濟し、本人に物が屬せざる事を知つて之を處分したるときにのみ其行爲は代理權の範圍外に在るものと云はねばならぬ。[9]

代理人が右に述べたるが如き、代理權を制限せざる性質の義務に違反して代理行爲を爲したる場合には、假令其內部的法律關係より生ずる義務に違背せる事を行爲の當時相手方が知り若くは知り得べきときと雖も、代理行爲の效力に影響を及ぼすものではない。蓋し第三者は唯だ行爲が代理權の範圍內に於て爲されるや否やに付き注意を拂ふべきであつて、此場合に代理人の義務違背を防止すべき積極的義務を負擔するものではないのである。卽ち代理人が法律行爲を成立せしめる事によつて、例へば彼の委任契約上の義務を違背するに到るや否やは全く本人と代理人との間の關係であつて、第三者の關知するところではない。併しながら代理人が之によつて單に其義務に違背するのみならず、故意に本人に對して損害を加へる意圖を有し、相手方が此意圖を知つて行爲を共にしたる場合には行爲は代理權內に於て行はれたるものと云はなければならないけれども、本人は恐らく民法第九十條に牴觸するものとして其行爲の無效を主張する事が出來るであらう。[10]

總じて代理權が本人の明示的又は默示的に表示せられたる意思によつて、特殊の制限を被らざる限り、其範圍は代理權の目的となれる法律行爲の客觀的性質によつて定まるものである。從て或る法律行爲を爲すべく授權せられたる者は授權行爲によつて其裁量を特に制限せられて居らない限り、此種の法律行爲の內容として許される總てに亘て意思表示を適法に爲す事が出來る。換言すれば彼は法律行爲の要素に限らず常素並に偶素に關する部分をも其裁量によつて定める事が出來るのである。例へば或る物の購入又は賣却に付て無制限の代理權を授與せられたる者は其代價を定め、[11] 双方の履行に關する時、所、態樣に付

て合意し、目的物の危險移轉に關して、瑕疵擔保の責任に關して取決める事が出來る。更に又代理人は契約の締結に當り其一般的性質に適應せる從たる約款を定める事も許される。例へば手付金を授受し、[12] 解除權を留保し、違約金を約定する等之である。之に反し獨立したる從たる契約にして本人の負擔となるべき性質のものは代理權の範圍中より除かれて居ると解すべきが故に例へば本人の名に於て契約したる債務の爲めに物上擔保契約は之を締結する事が出來ぬ。[13] 但し彼に利益をもたらすものは此限りに非ざるものと考へるべきであるが故に、例へば相手方より物上擔保權を取得し又は保證人を立てしめる事は固より代理權の範圍内に屬するものと云はねばならぬ。

右に述べたる事は制限のなき代理權授與行爲に在りては代理人の裁量が全然自由であると云ふ意味では勿論ないのである。代理權の範圍の問題は意思解釋の問題である事を常に念頭に置く事を忘れてはならぬ。從て代理權は本人が其授與行爲に於て何等之に觸れて居らない點に於ても常に彼が如何なる事を欲したであらうかを理性的に推測する事によつて其處に限界が發見せられるのであ



る。代理人の爲したる法律行爲が頗る非尋常であつて、理性的判斷を加ふれば何人にも本人は恐らく代理權を授與するに當つてかくの如き行爲を考へて居らなかつたであらうと云ふ事が明白なる場合には、假令授與行爲に何等の制限がなかつたときと雖も其行爲は代理權の範圍外のものと謂ふべきである。[14]

三、代理權授與の意思表示乃至其範圍を制限せんとする意思表示と、本人が代理人に對し後者が代理權に基いて爲すべき法律行爲に付て與へるところの訓示(民法第百一條第二項に所謂指圖)とは明確に之を區別せなければならぬ。

既に授與せられたる代理權と雖も、其授權行爲が撤回し得べき性質のものである限り、代理行爲の爲される以前に於ては、其範圍を修正する事は固より可能である。かゝる修正の意思表示は其本質に於て、從前の授權行爲を撤回し新たに修正せられたる範圍の代理權の授與行爲あるものと見る事が出來るが故に、後に述ぶべき撤回と同樣に、修正せらるべきものが内部的授權行爲であると外部的授權行爲であるとに拘らず、其相手方を代理人としても、代理行爲の相手方たるべき第三者と爲しても差支へないのである。たゞ併しながら代理人が從

前の代理權の範圍内に於て代理行爲を爲したる場合に相手方たる、第三者が修正の事實を知らざる事に付き正當の理由あるときは、一方行爲たると双方行爲たるとを問はず、之に對し本人は代理權の範圍が修正せられて居るが故に代理權外の行爲であると主張する事の能はぬ點を注意しなければならぬ(民法第百十條)。

訓示は之に反し、代理行爲を爲すに當り、代理人が受任者又は被傭者として遵守すべき心得を示すものであつて、本人の意思は代理權授與行爲の變更修正を欲するものでなく、高か高か彼と代理人との間に存在する内部的法律關係上より生じて居る代理人の義務の上に影響を及ぼす事あるに過ぎない。授權行爲が代理人に向つて爲されたる場合には之によつて生ずる代理權の範圍は前項(ニ)に於て述べたる通り、原則として双方間の内部的法律關係によつて定まり、代理人の負擔する義務の性質によつては、時として之を制限する事があるが故に、例へば内部的に總般的授權行爲が爲されたる代理人に向つて、本人が電報を以て特定の契約を彼に有利なる場合にのみ締結すべき旨を訓示したるが如き場合には代理權の制限を認める事は出來ないけれども、之に反し總般的代理權の範圍内に在る或る特定の法律行爲を絶對に爲すべからざる旨を訓示したるときは其訓旨によつて此法律行爲に付き代理權の制限ありと爲さゝるを得ないのである。

併しながら代理權授與行爲が第三者又は一般公衆に向つて爲され、之に關し代理人に對して訓示が爲されたる場合には其效果に於て大に趣を異にせねばならぬ。蓋し私が前項(ニ)に於て代理權の範圍が内部的授權の場合に在りては本人代理人間の内部的法律關係によつて決せられると主張したのは、云ふまでもなく、代理權授與行爲と内部的法律關係との間に其本質上右の如き牽聯關係あるが爲めではなく、代理權の範圍を定めるが爲めに、意思解釋上後者を斟酌すべきが妥當であると爲すに外ならない。故に授與者に於て内部關係に拘らず特に之と異る範圍の代理權を授與する事が(實際上かゝる場合を想像する事は出來ないけれども、理論上は)出來るのである。之に反し外部的授權に在りては、意思表示解釋の原則上常に受領者たる第三者の側に立ちて其範圍を確定する事を

要するが故に、此場合には第一節第二款に述べたる其本質に從ひ、全然別個の存在であるところの内部的法律關係を顧慮する必要はないのである。即ち代理人の本人に對する權利義務は、外部的代理權の範圍決定に對し全然無關係なる存在であると云はねばならぬ。而して訓示は上に述べる通り、代理人本人間の債權的關係にのみ影響を與へ得るに過ぎぬが故に之によつて其代理權は毫も制限を被るべきものでない事は明白である。此場合に第三者が偶然の機會によつて訓示の内容を知つた場合と雖も同樣である。[15] 故に例へば債務者は委任狀を呈示して辨濟を請求する債權者の代理人に對し、本人の反對の訓示ある事を主張して之を拒絶する事は出來ないと共に、債務者は代理人が訓示に違背して請求せる事實を知つて辨濟したる場合と雖も有效である。

代理權の範圍を修正すべき趣旨の意思表示なりや又は單純なる本人の訓示なりやは、常に本人の意思が代理權其ものを制限するに在りや又は代理人の契約義務に對する制限に在りやによつて決すべく、實際の場合に之を區別する事が困難である事もあり得るであらうと思ふのであるが、場合の事情を斟酌し、表意者の意思解釋を試みる事によつて必ずしも不能ではないと信ずる。

1) Preuss. allgem. L.R. I 13 §§ 99–109; code civile d' Italia artt. 1741f.; schweiz. Ges. über das Obligationenr. Art. 396 參照 394)
2) Hupka, a. a. O. S. 197f.
3) R.O.H.G. 29, Nr. 42.
4) Glaser-Unger III N. 1172 S. 135f. (Hupka, a. a. O. S. 183 揭出による)
5) Mitteis, a. a. O. S. 189.
6) 從たる作用を有する法律行爲に對する授權は、直ちに唯だ其爲めにのみ此法律行爲が爲され得るところの主たる法律行爲を爲すべき權限を包含する、例へば不動産に擔保權を設定すべき授權は消費借を受ける權限を其内に包含する、何となれば其授權の言葉は受取るべき金額の保證の爲めに不動産を處分すると云ふ意義の外に何ものをも考へられ得ないからと云ふ者があるけれども (Hupka, a. a. O. S. 185 N. 1; Glaser-Unger II N. 789)、かゝる推論は危險であると考へる。
7) Tuhr, a. a. O. § 85 S. 399.
8) O.L.G. 24, 269.
9) Tuhr, ebenda N. 143.
10) 所謂 Kollusion の問題である。民法第九十條の規定は獨逸民法第百三十八條の如く、廣く一般的に吾人の法的感情に訴へて無效なる事を要求する場合を適切に定めては居らない。併しながら本文の如き場合に對しては何等かの救濟手段を被害者に與へなければならない事は明白であつて、之に對し不法行爲の損害賠償を認めるよりは寧ろ率直簡明に本條の

適用を認めるに如くはないと信ずるのである。

11) Glaser-Unger VII N. 333; R.O.H.G. XXIII N. 115.

12) D. (14, 3) l. 5 § 15.

13) l. 11 § 7, l. 12. D. (13, 7) は procurator に對し質權の設定は其爲めに特別委任が與へられて居るか又は本人自身が常に自己の債務に對して質權を設定する習はしである場合にのみ許されるものと爲して居る。之に反し institor は l. 5 § 16 D. (14, 3) に於て率直に法律行爲上の債務の擔保の爲めに保證人を設ける權能ありと爲す。

14) 本項に付ては Hupka, a. a. O. S. 178 ff. に最も詳細な研究があり、其所論は大體に於て正鵠であると考へたので、私は大部分之を引用した。

15) Tuhr, a. a. O. S. 400; Hupka, a. a. O. S. 215f.

## 第二款　第三者による代理權の調査

代理人が爲したる又は代理人に向つて爲したる意思表示は、其れが代理權の範圍内に於て爲されたる場合にのみ、本人の爲め又は本人に對して直接に效力を發生せしめるものである。從て代理人と行爲を共にする第三者は、代理權の存否並に其範圍を調査する事に頗る重要なる意義を感じない譯には行かぬ。此關係を或は「第三者の調査義務」Erkundigungspflicht des Dritten と稱する者があるけれ



ども、[1] 此場合に相手方たるべき第三者は代理權の有無並に其範圍を調査する義務を負擔する者でなく、代理權が欠缺して居れば代理人と共に爲したる法律行爲が本人に直接效力を及ぼし得ないが故に、卽ち自己の利害の爲めに右の調査を爲す事を要すと云ふに過ぎないのであつて、之を義務の觀念を以て理解せんとするのは正確ではない。

代理權は授權の意思表示を代理人に向つて爲す所謂内部的授權行爲によつて成立する場合と第三者又は一般公衆に向つて之を爲す所謂外部的授權行爲によつて成立する場合とがあり、更に後者と同一に取扱ふべきであるところの民法第百九條、第百十條の要件の存在によつて成立する場合もあるが故に、第三者の調査に關する考察も此兩種の代理權の各個に付て之を試みるを便とする。

内部的代理權に在りては、前款に於て述べたる代理權授與行爲の解釋に付て斟酌せらるべき總ての材料を、第三者が知り若くは知り得べかりしや否やに拘らず、意思表示の受領者たりし代理人の立場に於て知り若くは知り得べかりし限り、調査し之によつて代理權の存否及び其範圍を確定しなければならぬ。故

に此場合に代理權の制限を超へて爲され、從て無效なる代理行爲に對し、第三者が自己の調査したる限りに於てかゝる制限を認識する事が能はなかつたと主張する事は出來ない。

外部的代理權は之に反し、右の材料は第三者に於て、知り若くは知り得べかりしものに限り之を斟酌するを以て足るものである。

第三者は右の如き標準の下に、先づ存在せる代理權の範圍を確知したる上、更に當該代理行爲が其範圍内に於て爲されるや否やを調査する事を要する。例へば或る經濟上の目的を達成せんが爲めに總般的代理權が授與せられて居る事が確められたるときは、具體的に爲さるべき代理行爲が果して此目的に適應せるものであるや否やを調査しなければならぬ。

同一の代理權を成立せしめんが爲めに内部的授權行爲と外部的授權行爲(狹義の)との二個の行爲が本人によつて爲される事は固より考へられ得べき事であつて、之を禁ずる理由は存在しない。而して此兩者が其内容殊に代理權の範圍に關し互に正確なる一致を缺げる場合もあるであらう。兩者が時を前後して爲されたるときは或は當事者の意思解釋上前のものを後のものを以て訂正せんとするに在る事もあるべく、かゝる場合には前款に述べたる理論に從て後の授權行爲の效力を決すべきである。之に反し表意者の意思が右の如くに解釋出來ず、一個の代理權を授與せんと欲して偶ま兩者の内容に於て一致せざりし場合には、民法第百九條、第百十條の法意に鑑み、第三者保護の精神を重んじ、時の前後に拘らず外部的授權行爲によつて成立したる代理權を標準と爲すべきものと解せねばならぬ。

不注意なる第三者は之を保護する理由を認め得ないが故に、民法第百十條に所謂正當なる理由ある場合とは、通常人の注意を以て具體的に存在する調査資料を檢するときは、代理人の行爲が代理權の範圍外に屬する事を知り得べかりし場合を包含せざるものと爲すべきである。從て本條による代理權を主張せんとする第三者は通常人の注意を以て知り得べかりし總ての解釋資料を斟酌しなければならぬ。之に反し第百九條は通知其ものに對して獨立に代理權の成立を認めて居るが故に、本條を主張する第三者は通知の解釋に必要なる總ての材料

を考察して其代理權の範圍を決定しなければならぬ丈けであつて、代理權授與行爲が果してありしや否や乃至其範圍の廣狹に付ては假令既に知れる事實あるとも之を斟酌する必要はないのである。

1) Thöl, Handelsr. I § 65; Baron, Abhandl. II S. 202 ff.

## 第三款　代理權の範圍に關する法規の場所的及び時間的效力

### 第一項　場所的效力[1]

代理權の範圍に關する各國の立法は勿論總てが同樣であるとは云へないのであつて、例へば支配人の代理權、支配人以外の商業使用人の代理權等の爲めに特殊の規定を設けずして、代理權授與行爲に關する一般民法の適用を受けしめる佛蘭西の如き國と之等の代理權に對し特別法規を以て其範圍を定めて居る國とがある。後者に屬する國に於ても、例へば支配人の代理權は絕對的に之を制限する事能はずと爲す獨逸商法第五十條の如き規定を有するものと日本商法第三十條、瑞西債務法第四百六十條等の如く之に加へたる制限は惡意の第三者には對抗し得るものとがある。又船長の契約より生ずる船舶所有者の責任は通常の原則に從へば、前者が代理權の範圍内に於て後者の名に於て爲したる限り其行爲の全部に及ぶべきであるに拘らず、獨、墺、佛、和、伊等の諸國の立法に從へば、或る一定の條件の下にたゞ船舶と運賃とに其責任を限定して居るものがあり、或は英吉利西の如く(Marchant shipping Act)彼の責任は多くの場合に於て積荷に相當する金額の支拂に局限して居るものもあるのである。任意代理權の範圍に關する民法上の規定と雖も、前述したる通り、或る特定の法律行爲に對する授權行爲は必然的に特定的である事を要するものと爲す立法と日本及び獨逸の如く此種の規定を認めないものとの差別が存在する。

右の如き事情であるから代理權授與行爲と代理行爲とが各々法域を異にして行はれたる場合に何れの法規によつて代理權の範圍を決定し、從て代理行爲の效力が本人に及ぶや否やを判定するやと云ふ問題が生じるのである。此點に關

する國際私法の學說と實際とは併しながら必ずしも一致したる見解を示して居らぬ。

佛蘭西及び伊太利に行はれる學說は、[2]代理權を委任の見地の下に觀察し、其範圍に關しても原則として委任關係が支配せられるところの法律を以て標準と爲すべきであると考へて居る。卽ち之等の學說に從へば委任契約が完了したる場所に行はれる法律に從ふべきであると爲すのであつて、其中に在りても、完了の時に關する見解が區々であるが爲めに、或は受任者が委任を承諾したる場所の法律なりと爲し、或は委任者が受任者の承諾の意思表示を受領したる場所の法律が其であると主張して居る。

併しながら代理權の範圍を定める法規の場所的效力に關する問題は、代理關係の本質に適應して、之を其基礎に存在する委任其他の法律關係より切離し、一個の獨立したる取扱を要求するものであるが故に、右の學說は根本に於て既に誤謬に陷れるものと云はねばならぬ。卽ち代理權によつて結付けられたる本人と(彼が代理人の行爲によつて實際上の法律關係に立入るべき)第三者との間の



紐帶を、無條件に本人と代理人との間に存在する債權的法律關係を定めるところの法規の下に持ち來る事自體が甚だ不當であるのみならず、其結論を考察するに、承諾の意思表示が受任者によつて爲され、乃至は其が委任者に到達したところの場所は多くの場合に於て餘りに重要な性質を帶びるものではないのであるが、かゝる場所と委任者が受任者に對して責を負ふや否や又はどの程度に於て負ふべきやの問題との間に如何なる本質的關係が存立するのであらうかと云ふ點は頗る疑問である。

右に述べたる學說に反し、法律行爲が代理權の範圍內に於て爲されたりや否やは其行爲が成立したる場所に於ける法律によつて決すべきものであると云ふ見解がある。此見解の理由とするところは或は、(イ)之を內國に於ける契約者を外國の法律に委かしてしまふ事を考へて居らない法律の意思に求め、[3]又は(ロ)第三者が契約締結の場所に行はれて居る法規に對する信任を裏切られる事を忍ぶべからずと爲す取引の安全に對する顧慮に在りと考へ、[4]更に或る一派は(ハ)代理權授與行爲が實際的に效力を發生すべきものは代理行爲成立の場所であると云

ふ事情に基くものと爲して居る。[5]

併しながら(イ)に示したる理由は明かに petitio principii を包含する。何となれば、此問題は恰も成法上之に關する法規が欠缺せる場合に始めて發生すべきものであつて、卽ちかゝる場合に代理關係の眞の本質から、之に屬する法規の效力意思 Geltungswille が外國の代理權に及ぶや否やの問題であるからである。更に(ロ)の理由に付て云へば、Bar が巧妙に反駁して居る通り、[6] 本人が外國に在住せる代理人と共に契約せんとする第三者は何人と雖も、外國法によつて代理權に關する法規の異なる事のあり得べき可能性に留意し、之を闡明すべき充分なる理由を有する者である。從て若しかゝる留意は第三者の所謂「調査義務」の一部を構成するものとし、彼が之を怠る時には本人に對し其法律行爲の效力を主張し得ないとしても、例へば代理權の事實上の原因と法規の根據とを顧みなかつた場合と同樣に、敢て差支へないのである。且つ又第三者の善意 bona fides に基く此議論は假令其が根據あるものとしても、唯だ外國法が行爲の場所に適用せられる法律よりも、代理權の限界をより狹く規定し又は代理權の制限をより嚴重なる條



件に係はらしめて居る場合にのみ意義を有するに過ぎぬものである。外國法が代理權の範圍に付き第三者に內國法の其よりも都合よく規定せられて居る場合に於ては、かゝる見地は行爲地法主義を樹立するに付き何の役にも立ち得ないものと云はねばならぬ。(ハ)の理由も亦餘り充分であると云ふを得ないのである。此說明は代理權授與行爲が實際的に效力を發生すべきところの代理行爲成立の場所の法律を何が故に無條件に代理權の範圍を定める標準となしたるかを明白に爲さない憾がある。蓋し例へば婚姻は效力の發生したる行爲地法によつて其成立要件を定むる事なく、當事者の本國法に據るべきものと爲すのであつて(法例第十三條參照)、國際私法上常に必ずしも行爲の效力は其發生地法によるべしと爲す原則は存在しないのである。

更に又、代理權の範圍は原則として本人の住所地法に據るべきであり、一定の外國の場所に於て常住的に行使せられる代理權が授與せられたる場合には、其外國法を標準と爲すべきものであると主張する學者がある。此說の代表者たる Hupka に從へば、此問題は代理權を代理人と本人

との間に在る契約的法律關係から解放し、更に此基礎の上に爲されたる代理人の法律行爲より獨立して考察せねばならぬ。かゝる見地に立てば、代理權授與行爲と特定の場所とを結付くる楔子となるべきものは唯だ本人及び代理人の住所のみであると云ふのである。[7]

併しながら私の考へるところによれば、問題は代理權授與行爲其自體の效力を何れの法律によつて決すべきやに存するものでは勿論ないのである。代理人によつて爲されたる代理行爲が代理權の範圍内に於て爲され、從て其行爲の效力が本人に及ぶや否や、換言すれば行爲者の欲したるが如き效果を發生せしむべきや否やが重心を形成するものであるが故に、問題は代理人が爲したる、又は代理人に向つて爲されたる意思表示の效力を何れの法律によつて決すべきやに係はるものである。例へば茲に代理を一切認めない法律があると假定すれば、若し此法律によつて代理行爲の效力を裁判すべきときには、たとへ代理を認める他の法域に於て代理權授與行爲が爲されたる場合と雖も、其行爲を無效とせなければならない事は何人と雖も疑はぬところであらう。

通常代理行爲の效力が直接本人に及ぶのは、換言すれば代理人の爲したる、又は代理人に向つて爲されたる意思表示が其内容に適應したる效力を發生するのは代理權の作用であると考へる。併しながら此場合に代理權の自動的力によつてかくの如き效果が發生するものとは何人も考へて居らないのであつて、法律の力を俟つて始めて右の作用を具現するものであると爲す。茲に謂ふ所の法律とは代理行爲の效力を決定する法律であつて、此法律こそ代理權の範圍を決定するに付き標準となるべきものであると云ふ事は勿論疑を容れぬ。而して代理權の範圍の問題は之を別な方面から觀察すれば代理權の作用の問題であるとも云ふ事が出來るのである。何となれば、代理行爲が代理權の範圍内に於て爲されたるが故に有效なりと云ふ事はとりも直さず、其行爲が有效なる代理權の作用に基き效力を發生せりと云ふに外ならないからである。然らば代理權の作用を認めるもの、換言すれば之を決定するものが代理行爲の效力を定める法律であるとすれば、此法律こそ代理權の範圍を決定するに付き標準となるべきものであると主張する事が間違て居るであらうか。

殊に私の主張に從へば、代理權とは代理行爲の變態的效力轉歸の原因を成す

ものであつて、代理行爲の效力發生に對する客觀的法律要件の一種である。故に代理行爲の效力を定める法律は同時に其要件たる代理權の存否(代理權の範圍も其內に包含して居るのであるが)の判斷に關しても適用せられねばならないのである。

法例第七條によれば、法律行爲の效力に付ては當事者の意思に從ひ、其何れの國の法律によるべきかを定め、當事者の意思が分明ならざるときは行爲地法による旨を規定する。茲に當事者と謂ふのは此場合に代理人及び其相手方たる第三者を指す事に付て疑を容れぬ。從て代理權の範圍を定めるものは代理行爲の當事者の意思に從ひ代理行爲の效力を決定せしめんとする法律であつて、かゝる意思の判然する事が出來ない場合には代理行爲の爲されたる法域に行はれる法律である。本人の意思に反して代理人が依るべき法律を定めたる場合と雖も、其法律の決定に付ては後者の意思を標準と爲さねばならぬ。唯だ此場合にかゝる本人の意思を以て代理權の制限ありと見る事が出來るや否やを、代理人が依るべきものと爲したる法律乃至行爲地法によつて判斷しなければならない



丈けである。[8]

私の此主張に對しては、其行使を當初より一定の法域の上に制限して居らない代理權は、代理人が之に基き法律行爲を爲す場所に從て瞬間的に其範圍を變更して行くから、之が爲めに本人に取つては、彼が爲したる代理權授與行爲の效力の可及範圍に對する安定を缺ぐに到り、本人が豫め之を見透す事が出來ないが故に其意思に添はないと云ふ批難が加へられるかも知れぬ。[9]

併し之は代理權授與行爲なるものが其自身最終の目的を有するものでなく、或る他の法律行爲を爲す事によつて達せらるべき一定の目的に對する手段的、方法的性質に基く當然の事柄である。例へば同一法域內の出來事を採つて考察すれば、或る法律行爲を爲さしむべき代理權を授與したる場合に、其後に到て右の法律行爲に對する非法律行爲的效力(賣買に於ける瑕疵擔保等)が法律によつて變更せられたるときは、當初に期待したる本人の豫想に適應しない結果に立到るであらう。此例で明かなるが如く、授權行爲の廣き意味に於ける內容は、之に基いて代理行爲が爲される時、場所によつて常に變動すべき性質を有する

ものであるが故に右の理由は卑見に對する反駁としては根據が薄弱であると謂はねばならぬ。

## 第二項　時間的效力[10]

或る一定の法域内に於て代理權授與行爲が爲されたる後、代理行爲の以前に、代理權の範圍に關する法規が變更せられたる場合には、新法によつて代理權の範圍を決定するものなりや、若くは舊法が依然其決定に對する標準となるべきものなりやの問題が發生する。一般的に論ずるときは、代理權授與行爲に付ても、他の總ての法律行爲と同樣に、當事者は當時に存在せる法規を標準に置いて法律行爲を成立せしめるものであり、從て其法律行爲の意義並に效力可及範圍が一度確定せられたる以上みだりに變更せられないと云ふ事に付き充分理由ある利害關係を有するものであるから、行爲當時の法規によつて其意義並に效力可及範圍を定めるべきであると云ふ原則を認めねばならぬ。併しながら各論的に之を觀察するときは、法規の時の效力に關する他の一般的問題と同樣に、法規解釋の問題であつて、當該法規の性質及び目的を充分吟味して解決すべきものである。

代理權の範圍を定める法規は之を其制定の目的より見れば本人の利益を保護せんとするものと、取引の安全、迅速を圖るに在るものとの二種に大別する事が出來る。從て新法によつて改正せられる趣旨も亦此二種に區別して考へる事が出來るのである。

前者に屬する主要なるものは、一定の法律行爲に對する代理權は必ず特定的授權行爲によるべしと爲す規定である。此種の規定に變更があり、例へばかゝる法律行爲を包含する總般的授權行爲が爲されたる後、代理行爲のある以前に於て、新法によつて其法律行爲は特定授權を要せざるものに變更せられたる場合に付て考へて見るに、舊法によつて之を解釋すれば當該行爲は代理權の範圍外のものであり、新法を標準とすれば、代理權の範圍内に包含せられる事となるのである。授權行爲當時本人は舊法の存在を目安に置いて居り、從て其行爲が當然代理權の範圍外に在る事を信じたるが故に、特に之を制限すべき意思表

示を爲さなかつた場合もあるであらう。其にも拘らず、新法の適用を受けしめて、代理人が其行爲を爲したる場合に代理權内の行爲として本人に效果を發生せしめる事は著しく彼の利益を害ふ結果となるのは明白である。更に又反對に舊法に於てかゝる規定が存在しなかつたにも拘らず、新法が或る法律行爲に付ては特定的授權を要する旨を規定する場合に付て考へて見ても、舊法時代に此法律行爲を包含する總般的授權行爲を爲したる本人は、當然此行爲が代理權内に在るものとして特に之に對し特定的授權を爲さなかつたのであるが、新法の出現によつて、改めて授權せざる限り、代理人が此行爲を爲しても代理權外の行爲として本人に對して效力を發生せざるものと解するときは、本人に追認の途が開けて居るとしても、相手方は其以前に於て之を取消し得るが故に、本人に取つては甚だ苦痛であると謂はねばならぬ。元來此種の法規は本人の利益を圖る事が其第一の目的であるから、法規の改正によつて逆に彼に不利益を被らしめるやうになる事は其自體矛盾である。卽ち此場合に新法によらしめる事は反て新法制定の目的に背く結果を招來するものであるから、舊法によつて代理權の範圍を決定すべきものと爲さねばならないのである。

第二の種類に屬するものは、多く商法上の代理權に關する法規に其例を見るのであるが、法規の目的が取引の安全迅速を圖るにある以上、其半面に於て此目的遂行の爲めには敢て本人の利益を犧牲に供する事を厭はないものと云はねばならぬ。本人は授權行爲當時の法規を目安に置くものであるが故に、其意義並に效力可及範圍を變更せしめざる事を以て利益と爲す者である事は前に一言した通りである。併しながら之〻取引を爲す第三者の側から云へば、其利益を圖る目的を以て制定せられたる法規である以上之による事は當然の要求であるのみならず、若し舊法時代の授權行爲に付ては舊法によるべしと爲すときは、第三者は當該代理權が舊法時代に授與せられたるものなりや又は新法制定後に發生したるものなりやを具體的事實に付て調査する必要を生ずるが爲め、取引の敏活安全を期圖する新法は反て逆に其澁滯を惹起する結果となる事を否定し得ない。此故にかゝる目的の下に舊法が新法によつて變更せられたる場合には、新法が推定法規たると任意法規たるとに關する事なく、常

に舊法時代に發生したる代理權の範圍は新法によつて決定しなければならないのである。[11]

1) Hupka; a. a. O. S. 244 ff. 參照。
2) Fiore, Diritto internazionale privato, 1. Aufl. n. 335, 2 Aufl. I n. 129, 130; Laurent, Le droit civil international VII n. 452, 453; Despagnet, Précis de droit international privé n. 411; Brocher, Cours de droit international II n. 239 p. 281. (Hupka, a. a. O. に引用したるものによる)
3) Thöl, Handelsr. I § 67 N. 3.
4) Philmore, International Law IV § 705 p. 540f.
5) Hahn, Komm. ad Art. 47 § 4 N. 3.
6) Bar, Internat. Privatr. II S. 69, 71, 132.
7) Hupka, a. a. O. S. 249 ff.
8) 代理權を以て能力の一種なりと爲す見地の下に立てば、法例第三條の準用により（同條の所謂能力とは權力能力及び行爲能力を指す事が明白であるが故に直ちに之を代理權なる「能力」の上に「適用」する譯には行かないであらう）、代理人の本國法によつて其範圍を決定し、外國人なる代理人が日本に於て代理行爲を爲したる場合に於て、其代理人が本國法によれば代理權を有せざるときと雖も、日本の法律に依れば之を有するときは、代理權ありと看做すと云ふが如き結論に到達するであらう。
9) Mitteis, a. a. O. S. 195; Hupka, a. a. O. S. 248 參照。
10) 多くの場合に於て、法規の改正に際しては經過法規を設けるが故に本項の研究は成法によつて、公權的に解釋せられるのを常とする。
11) Hupka, a. a. O. S. 257f. は强行法規に付ては舊法によるべしと爲すけれども、私は特に此場合に限つて他の場合と區別すべき理由を首肯し得ない。

## 第三節* 復代理人選任行爲

代理人は原則として自分自身によつて代理權に適應する法律行爲を爲さねばならぬ。併しながら場合により本人より委託せられたる事務の全部又は一部を他人をして處理せしめ、其他人が之に基いて第三者との間に成立せしめたる法律行爲の效果を直接本人に及ぼしめ得るのである。此他人を復代理人 Substitut、代理人のかくの如き行爲を復任 Substitution、其權限を復任權 Substitutionsmacht と稱する。

抑も代理行爲は之を代理人と本人との間に存する雇傭、委任、組合等所謂內部關係より抽象し、代理權授與行爲は之等內部的法律關係より獨立したる法律

行爲なりと爲すを通說とするけれども、これは純然たる法律論理の上に立つ觀察であつて、代理を經濟的若くは實質的に觀る時は、代理現象の背後には殆ど常に代理人と本人との間に雇傭、委任、組合等の法律關係が存在し、之等の法律關係の實質的目的遂行上代理行爲を必要とするものである事は爭ふを許さぬ。而して雇傭、委任、組合等に在りては被傭者、受任者、組合の業務執行員は其委託せられたる事務を自分自身に於て處理するを原則とするけれども、委託者の許諾ありたる場合には其事務の處理に他人を使用する事はもとより妨げぬ。[1] 復任は實に此觀念より出でたるものである。卽ち彼等の處理すべき事務が法律行爲であり且つ之を本人の名に於て爲すべき場合に(代理關係)、其基本たる內部的法律關係に於て他人を使用する事が許されてある時は、かゝる關係に付ても其他人をして爲さしめる行爲に、彼等自身の爲す法律行爲と同一の法律效果を與へる事は合目的なる制度と謂はねばならぬ。

如上の理由により、代理人が復代理人を選任し得べきや否やは常に代理人と本人との間に存する內部的法律關係によつて定むべきである。而して純理論より謂へば、凡そ法律行爲の處理を他人の爲めに引受けたる者が第三者を其代人たらしめ得るや否やは、先づ行爲主の此點に關する特別の意思表示あれば之によつて決すべく、然らざれば本質上、場合の事情により行爲主が受託者自身によつて其行爲を遂行するに付き法律上保護せらるべき利益を有するや否やによつて決せらるべきである。從て復任の許否に付ても、代理人と本人との間の內部的法律關係から右に述べたる事情の何れかゞ判明するやによつて之を定めるのを妥當とする。此故に本人の復任の諾否に關する意思表示があれば之に從ふべく、其外例へば、代理權の授與が本人より代理人に向つて爲さるゝ無償的出捐を目的とせる場合、殊に代理人によつて取立られたる辨濟金を本人より代理人に贈與する目的を以て代理權が授與せられたる時の如きは復任を許すべきものであり、[2] 更に又他人を使用する事が代理人と本人との內部的法律關係の目的遂行上已む事を得ざる事由 Notfall に出でたる場合にも然りと爲すのが相當である。[3]

併しながら我民法は任意代理に付ては、本人の許諾を得たる時又は已む事を

得ざる事由ある場合にのみ復任を認め、法定代理に在りては何時にても復代理人を選任し得るものと規定するが故に、解釋上は勿論之に從はねばならぬ(第百四條乃至第百六條)。

復任權の本質に付ては議論がある。或は復任權を以て代理權の一部であると爲し、[4] 或は代理權より發生したる一種の法律上の權能であると解する。[5] 復任權が法律上認められたる權能である事は間違でないけれども、其が代理權其自身の一部であるとか又は之より派生したるものであると云ふ說に對しては疑を抱かざるを得ないのである。私は問題を復任權を認めるに到つた根本の理由に遡つて考察して見たい。抑も代理人は代理權授與行爲其自體によつては本人に對し何等權利を取得し又は義務を負擔するものでない事は前に操反へし主張した通りである。之によつて發生したる代理權の存在は唯だ、代理人が爲したる、又は代理人に向つて爲されたる意思表示の效力を其內容通りに發生せしめる爲めの、換言すれば其效力を變態的に本人に歸屬せしめる爲めの要件をなすに過ぎぬ。此關係に於ては代理人は本人の爲めに復代理人を選任する義務もなく權利もない。併しながら多くの場合に存在する事あるべき本人代理人間の內部的法律關係によつては之に反し、代理人は或る種の法律行爲を爲す義務(時には權利)を負擔するに到るものであつて、私は復代理人選任なる現象も此關係に於て始めて納得の出來るものであると信ずる者である。卽ち復任權を認める所以は內部關係に於て代理人に委託したる事務の遂行を圖らむが爲めである。換言すれば內部的法律關係の實質的目的を完成せんが爲めに外ならぬ。此事情を明白に觀念する爲めに、內部關係の存在しない代理權を想像して見るのも一方法である。何人も此場合には代理人に復任權を與へる何等の理由若くは必要を認める事が出來ないであらう。尤も代理權の伴はざる內部關係のみを有する受任者には勿論復任權は存在しない。併しながら此事實を以て直ちに、復任權が代理權の一部であり、若くは之より派生したりと爲すは聊か早計に失する。蓋し凡そ或る事務遂行の委託を受けたる者が更に之を他人をして處理せしめる場合には、常に自己に委託せられたる事務の範圍內に於て爲す事を要するのは明白である。復代理人は本人の名に於て行爲を爲し、其行爲は直接效力を本人に及ぼ

すものであるから、彼に此事務を處理せしめる受託者の受託事務も亦本人の名に於て爲すべきものであり、且つ之に直接本人に效力を及ぼす底のもの、換言すれば其事務處理に付き代理權の伴ふて居る場合であらねばならぬ。此故に代理人に非ざれば復任權なしと云ふ關係が生ずるに過ぎないのである。

右の如き理由を以て私は復任權を、本人代理人間の內部關係より發生したる、代理人(正確に云へば代理人と云ふのは妥當でないかも知れぬ、代理權の伴ふ法律行爲の受託者と稱すべきであらう)の有する法律上の權能の一種であると解する。

代理人は內部關係によつて自己に委託せられたる事務の全部又は一部の處理を更に、自己の都合の爲めに復代理人に委囑するものであるから、復代理人選任行爲は常に代理人自身の名に於て爲すべきであつて、本人の名に於て爲すべきであると云ふ說は誤解である。[6] 又前にも述べた通り復委託の原則に從て、復代理人に委託する事務は必ず代理權の範圍內に在る事を要するのは勿論である。復任行爲を代理權の讓渡なりと考へるものがあるけれども、復任權の本質を上の如くに理解すれば、此說の失當なる事は自ら分明するに到るであらう。且つかゝる說明は復代理人を選任したる後に於ても、猶ほ代理人が代理權に基いて適法に代理行爲を爲し得る事實と矛盾するものであつて固より採用するに足らぬ。更に復任行爲を以て、本人の代理人たる資格に於て本人の爲めに其代理權を授與するものであるとの說も亦間違つて居る。本人の爲めに本人の名に於て代理權を授與する事を內容とせる代理權も存在し得るけれども、此場合と復任行爲との間には判然たる區別が存在する。前者は本人の名に於て爲すのに反し、後者は代理人が自己の名に於て爲すものであり、前者に在りては第一の代理人と第二の代理人との間に何等の法律關係をも發生し得ないのに反し、後者に在りては此兩人の間に後に述べるが如き種々なる權利義務關係が成立する。

卑見によれば、復任行爲は一方に於て代理人より復代理人に對する受託事務の再委託であり、他方に於て復代理人が本人の名に於て爲したる、又は復代理人に向つて爲されたる意思表示が直接本人に及ぶところの效力を有する代理權の成立を欲する代理人の意思表示である。觀念上右の如く別個の二行爲を包含

して居るものであつて、本來の代理權授與行爲が其內部關係より抽象せられ、獨立別個の行爲であると等しく、此場合に於ても受託事務の再委託行爲と代理權の成立を欲する意思表示とは互に獨立したる別個の法律行爲であると解すべきである。從て前者に付ては必ず代理人復代理人の合意ある事を必要とし、後者に付ては合意によつて成立せしめることは妨げないけれども其本質は一方行爲である。總て此兩者の關係は代理權授與行爲と代理人本人間の內部關係との間に於けるものと極めて類似して居り、所謂「有因無因」の問題に付ても之と同樣に解さねばならぬ。

代理人と復代理人との第一の關係により、復代理人は代理人に對し、費用の前拂並に報酬の請求權、立替金返還請求權を有し(民法第六四八條乃至第六五〇條)、代理人は復代理人に對して民法第六四四條乃至第六四七條に定めたる權利を有する。[7] 復代理人は第二の關係によつて第一の代理人に非ずして本人の代理人となるのである。其代理權の範圍內に於て爲し又は爲されたる意思表示は直接本人に效力を及ぼすに到る。代理人は代理權授與者として何時にても復任行爲を撤回し、復代理人の代理權を消滅せしめ得る。本人は代理權授與者に非ざるが故に之を撤回する事が出來ない、尤も復代理人の代理權は代理人の代理權の存在を要件と爲すが故に、本人は代理人の代理權を撤回する事によつて、復代理人の其れを消滅せしめ得るのである。又復代理人が其代理權の範圍を超へて法律行爲を爲したる場合に於ては、代理人は自己の代理權の範圍に於て之を追認し得べく、本人も亦無權代理の原則によつて之を追認し得る。代理人の死亡は民法第百十一條により代理權の消滅を來たすものであるから復代理人の代理權も亦之によつて消滅するものと解すべきである。[7a]

復代理人は本人の代理人である外、此兩者間には何等の內部關係が存在しない。然しながら復代理人が處理する事務は元來本人の事務であるから、兩者の間には當然事務管理の規定が適用せられねばならぬ。[8] Windscheid は此場合を分ちて二となし、事務管理人が單に自己に與へられたる委任のみに關心して事務を處理したるや又は同時に行爲主にも關心したるかにより、前者に付ては委任者との間に委任による法律關係のみを發生せしめ、後者に對して始めて此外に行

爲主と管理人との間に事務管理の關係を認めんとする。[9] 然し復代理人が代理行爲を爲すに當り、代理人の委任のみに着眼したるや將た本人に關する事務として爲したりやを明かにする事は實際に於て頗る困難なるのみならず、既に本人の名に於て爲す以上、其事務が本人の爲めに爲されるものである事は當然彼の意識に上れる事が明白であるから、かくの如き區別を設くる事は無意味であると謂はねばならぬ。

從て復代理人は本人に對し惡意又は重大なる過失の責に任し、有益費用償還請求權を有し、本人は復代理人に對し委任事務處理狀況の報告を請求し得べく、委任事務によつて得たる金錢其他の物の引渡を請求し得る。本人が復代理人に對して有する之等の權利、義務は代理人の復代理人に對する其等と競合するのを常とする。本人は代理人に對して、其內部關係に從ひ其等の權利の讓渡をまつ迄もなく、事務管理の規定により直接に復代理人との間に如上の法律關係が發生するのである。

最後に代理人は自己に委託せられたる事務の處理の爲めに復代理人を選任するものであるから、復代理人によつて本人に及ぼしたる總ての損害に付て之が賠償の責に任せねばならぬ筈である。併しながら民法は前述の如く一方に於て代理人の復任權に制限を加へ、他方に於て此制限の下に爲されたる復任行爲の結果の負擔を輕減して居るのである(第百五條、第百六條)。

* 本章は本人の行爲に基いて發生する代理權に關する研究であるけれども、本節に於ては觀念の整理上獨り任意代理の場合に限らず、廣く一般の復代理に付て考察を試みる。

1) 獨逸民決は §§ 613, 664, 713 等に明文を設ける。我民法に在りては雇傭に付き第六百二十五條第二項の明文ある以外に、委任、組合等に關しては何等の規定を有せぬ。然し履行と同樣に解するを相當とする(末廣嚴太郎氏債權各論第七五九頁)。

2) Hupka, a. a. O. S. 345. 猶ほ民法第百四條の解釋としても此場合當事者の意思解釋上之を許すものと信ず。

3) Hupka, a. a. O. S. 352.

4) 中島博士民法釋義第一卷第五五八頁

5) Hupka, a. a. O. S. 359 N. 2. 乾政彥氏法學志林、第十一卷第六號六四頁以下も亦代理權に隨伴して發生する權利なりとする。

6) 同說乾政彥氏前揭、A. M. von Tuhr, a. a. O. S. 411.

7) Hupka, a. a. O. S. 360.

7a) A. M. Tuhr, a. a. O. S. 412.

8) 之れは獨逸普通法の解釋としても通說なりと謂はれる (Dernburg, Pand. II § 116 N. 2)

9) Windscheid, Pand. II § 431 Nr. 2.

## 第四節　總合的代理權と個別的代理權

同一の法律行爲又は同一群に屬する法律行爲を爲さしめる爲めに、多數人を代理人とする代理權が成立する場合がある。かゝる場合に多數の代理人が全部共同して、少くとも其內の二人以上共同して代理行爲を爲すを要するものと、個々の代理人が互に獨立して之を爲し得るものとの二種類を考へる事が出來る。前者を總合的若くは集合的代理權 Gesamt-oder Kollektivvollmacht と唱へ、後者を個別的若くは全部的代理權 Einzel-oder Solidarvollmacht と稱する。而して總合的代理權は代理權の制限の一場合に屬するのである。[1]

本節に於て說かんとするものは之等の代理權が本人の行爲に基いて成立したる場合に關するものであるけれども、法定代理權に付ても、其成立に係はる部分の外は總て同一の關係に立つものと謂はねばならぬ。

總合的代理權が一個なりや數個なりやに付ては爭がある。私の見解に從へば代理權とは代理行爲の效力を變態的に本人に轉歸せしめる爲めの要件をなすところの客觀的に存在する法律的狀態の一種に過ぎないものであるから、假令代理行爲を爲す者が多數であらうとも、代理行爲其ものが一個である限り常に代理權も亦觀念上一個であらねばならぬ。[1a]

總合代理權は觀念上一個の存在であるけれども、其成立を欲する本人の意思表示、換言すれば代理權授與行爲は必ずしも同時に爲される事を要するものではない。各別に甲、乙、丙等の代理人に向つて右の意思表示を爲す事は差支へない。而して其方法等に付ても通常の代理權授與行爲と異つて解すべき理由がないから、代理人又は相手方たるべき第三者に對する意思表示若くは廣告によつて之を爲し得るものである。[2]

總合的代理權なりや個別的代理權なりやを法規によつて決する場合がある。例へば我商法に於ける合名會社の社員(商法第六十一條)、株式會社の取締役(商法第百七十條)、獨逸商法に於ける合名會社の社員(獨逸商法第百二十五條)等は別段

の定めなき限り個別的代理權を有するものであり、獨逸民法の組合契約による各組合員の代理權は當事者の異る規約なき限り總合的代理權を有するものとせられて居る(獨逸民法第七百九條、第七百十條)。かゝる規定の存在しないときには各場合の事情殊に本人の意思表示に基き代理權が成立する場合には此意思表示の解釋によつて其何れなりやを決せなければならぬ。例へば數人の代理人に對し各別に委任狀を交付し、該委任狀中に他の代理人を記載して居らない場合には個別的代理權ありと認定すべく、之に反し一枚の委任狀に總ての代理人の名を記載せるときには他の具體的に存する事情と相俟つて總合的代理權ありと爲すべき場合が多いであらう。

總合的代理權に基き數人の代理人が爲すところの代理行爲は所謂共同行爲 Gemeinsames Geschäft である。共同行爲に付ては其が一方行爲である場合には之を形成する數個の意思表示が共同的に Gemeinschaftlich、少くとも時を同うして爲されねばならぬと主張する學者があるが[3]、彼等の說の主として根據と爲すものは、多數の意思表示が次ぎ次ぎに爲される事を許すならば之が爲めに相手方の法律上の地位が不安に陷るであらうと云ふ點である。併しながら數個の意思表示が順次的に爲される事によつて相手方の不安が論者の憂ふる如く增大するものでは決してないのである。例へば共同の賃借人乙、丙の內一人乙が賃貸人甲に向つて解約の申入を爲したる場合に付て見るに、此賃貸借契約は殘る一人丙の同樣の意思表示ある迄は存續し、其消滅若くは存續は後者の意思に懸つて居るけれども、かゝる甲の不安は單獨行爲、卽ち賃借人が當初より丙一人である場合と雖も存在するものであつて、敢て共同行爲であるが故に特別に發生するものとは考へられない。此故に私は同時說を排する Planck や Enneccerus に共鳴する[4]。從て總合的代理人の意思表示は共同的である事も、同時的である事も必要ではあらぬ。此場合に代理行爲の效力は總合的代理人の最後の一人が意思表示を完成した時に始めて發生するものである[5]。後より爲される總合的代理人は原則として、先に爲されたる契約又は一方行爲の相手方に向つて各別的に自ら意思表示を爲すべきであるけれども、[6]爾餘の代理人の面前に於て或一人の代理人が爲したる意思表示を彼等が諒承しつゝ之に對して異議を述べないときは完全なる

代理行爲ありと認めねばならぬ。[7]

併しながら多數の總合的代理人の內一人甲が爾餘の代理人乙に、乙が單獨に法律行爲を爲し得べき旨を、乙に對する意思表示によつて許可し得るや否や及び乙が單獨に爲したる代理行爲を、甲の乙に對する意思表示によつて追認し得るや否やは頗る問題である。獨逸商法第百二十五條第二項、第二百三十二條第二項は合名會社並に株式會社に於て、特定の法律行爲又は特定の種類の法律行爲に對し右の如き授權又は追認を認めて居り、其國の實際は右の法規を登記せられたる組合、有限責任會社、人格なき社團にも準用すべしと爲して居るし、[8]一般民法上の問題としては近代に至つて、乙の代理行爲ありたる後甲より乙に對して爲したる追認は、追認の時に於て猶ほ乙の自ら最初に爲したる意思表示の效力發生を欲する意思が存續し居る事を條件として、總合的代理行爲としての完全なる效力を成立せしめ得るものと解して居る。[9]而して本問題に於ける法律上の構成に付て可能性ある總ての場合を考へて見れば、總合的代理人たる資格に於ける甲乙が共に本人の名に於て乙一人に單獨の代理權を授與するものであるか、又は總合的代理人たる資格に於ける甲が自己の代理權の範圍內に於て、乙を復代理人に選任するものであるか二者何れかの一方であらねばならぬ。そこで右の如く考へ得らるべき法律上の構成を吟味するに、前者に在りては明白なる乙の自己代理が存在して居る事を注意する必要がある。卽ち乙は總合的代理人として自分自身に單獨の代理權を授與して居る事は爭はれない。然らば我民法の解釋上、第百八條に牴觸するが故に第二の授權行爲は無效であると謂はねばなるまい。尤も私の同條に對する解釋は通說と異り、本人に於て之を承諾する場合には自己代理を無效と爲すべき謂はれなしと考へるものであるけれども、總合的代理權を成立せしめる本人の目的は常に數人の代理人をして愼重に熟慮を重ねしめ、代理行爲の輕率を豫防せんとするに在る事は想像出來るところであるから、本人に於て右の如き當初の目的に反するところの自己代理を許可する意思の存在を推測する事は頗る困難である。更に復任行爲なりと解しても、既に事前に乙に對する授權が出來る以上、爲さんと欲すれば代理行爲をも爲し得るであらうから、復任の已む事を得ざる事由なるものは存在し得ない。

而して本人が之を欲せざる意思を有するものと認めねばならぬ事は右に說明した通りであるから、結局此場合に甲は乙を復代理人に選任し得ないものと云はねばならぬ。然るに法定代理に在りては、民法第百六條によつて本人の意思の有無向背に拘らず復代理人を選任し得るが故に、而して何人を復代理人と爲すべきやは代理人の自由であるが故に法定代理人たる甲は同一なる資格の乙に自己の名に於て、之を復代理人に選任し得るものと解すべきである。勿論乙の行爲を後に甲より乙に對して追認する場合は常に復任の觀念を容れる餘地が存在しない。之を要するに前揭獨逸商法の如き明文を缺げる我私法上の解釋として、私の正當なりと信ずるところによれば、總合的代理人の一人の行爲に對する爾餘の代理人の單獨代理の許可は其が法定代理權であり且つ右の許可の趣旨が復任行爲であると解せられ、代理行爲の以前に於て爲されたるものである場合にのみ有效であつて、法定代理の其他の場合及び任意代理の總ての場合に付ては全部之を否定すべきものである。

總合的代理權が存在する場合に於ても、商法第三十條ノ二第二項の類推解釋により、代理人の內一人に向つて爲されたる第三者の意思表示は別段の定なき限り有效なるものと解せねばならぬ。[10] 代理權授與行爲に於て、第三者の意思表示は總ての代理人に向つて爲されたる場合に始めて有效なる旨を定めたるときは代理人の一人に爲したる第三者の意思表示は固より未だ效力を發生し能はぬ。併しながら第三者はかゝる場合に直接に本人に向つて表示する事によつて右の勞を避ける事が出來るであらう。[11]

同樣に總合的代理人の內一人に付て或る事情を知り若くは知らざる過失あるときは、爾餘の代理人の如何に拘らず、代理行爲の效力を定めるに付き影響を與へるものと解すべきである。[12] 蓋し共同行爲たる本質上當然右の如き解釋を要求せねばならぬ。

民法上の組合に於ける常務に付ては各組合員又は各業務執行者は個別的代理權を有するものであるが、此場合に一組合員の代理行爲に對し他の組合員は其完了前に異議を述べる事によつて行爲の效力を奪ふ事が出來る。而して此異議は、撤回と同樣に、行爲者たる組合員又は其相手方たる第三者に向つて之を爲

し得るものである。[13] 併しながら其他の一般の個別的代理權に在りては右の如くに云ふ事は出來ない。卽ち總ての代理人の行爲は本人に對して完全に效力を發生するが故に、本人は之等の行爲によつて生じたる債務は總て之を履行せねばならぬし、履行不能の時は損害賠償債務を負擔するに到る。同一の目的物に對する處分が數人の代理人によつて行はれたる場合には、時に於て先立ちたる第三者又は民法第百九十二條による善意の第三者が之を取得する權利を有するものと解すべきである。又各代理人に對して、同一の法律行爲が他の代理人によつて爲される事を解除條件として代理權を授與する事も固より可能であるが、外部的授權に在りてはかゝる制限並に之によつて生じたる代理權の消滅は、第三者に對し彼が此事實を知り若くは知り得べかりし場合にのみ對抗し得るものである事は云ふまでもない。

代理權を有する業務執行者が多數に存するときに法律は往々にして其過半數を以て業務の執行を決せしめる場合がある。我商法に於ける合名會社(第五十六條第五十七條等と第六十一條以下)、合資會社(第百九條と第百五條從て第六十一條以下)、株式會社(第百六十九條と第百七十條)等に於ては彼等の內部的關係と外部的關係とを區別して規定し、多數決によると爲す總ての場合は常に內部關係に限れるが故に疑問は起らないのであるが、民法上の組合に付ては第六百七十條第一、二項に於て組合の業務執行は組合員又は業務執行者の多數決による旨を定めて居る丈けであるから、此場合の多數決とは組合員又は業務執行者の內部關係を定めたるものなりや又は彼等の代理權に加へたる制限なりやの問題が生ずるのである。換言すれば、彼等の內一人が爾餘の比較多數者の同意なくして爲したる代理行爲は組合員全部に對して直接效果を發生せしめ得ないか、若くは單に爾餘の組合員に對し之によつて生じたる損害を賠償する責に任ずるのみであるかの疑問を抱く餘地が殘つて居るものと謂はねばならぬ。



惟ふに同條第三項に於て、常務に付て別段の規定を設けて居るから、問題となれる多數決によるべき業務は常務以外の臨時的業務を指すものであつて、組合員に取つては常務より遙かに其決定の如何は重大關係の存するものと見るべきである。而して比較的重大ならざる常務に付ては、前述の如く他の組合員又は

業務執行者に異議權を認めて居るに反し、より重要なる臨時的業務には之を認めて居らぬ。今之を代理權の制限に非ずと爲すときは、重要なる臨時的業務を過半數によらずして、第三項に所謂「專行」した場合に於ける他の組合員又は業務執行者の救濟方法が第三項の場合と對比して甚だ足らざる筋合となるであらう。此故に私は同條の多數決とは內部關係を規定すると同時に一面に於て組合員又は業務執行者の代理權に加へたる制限であると解するのである。[14][15]

1) 松本丞治氏法學新報第二十卷第四號我商法と共同代理三二頁以下參照。
1a) Staub, HGB. § 48 Anm. 9; Hupka, a. a. O. S. 364 は私と理由を異にするけれども一個說であるに反し、Tuhr, a. a. O. S. 412 N. 237 は總合的に行使する事を要する多數の代理權であると解す。
2) Heinlich Titze, Ehrenbergs Handb. d. HR. 2 Bd. S. 939.
3) Staudingar, Komm. § 1077; Biermann, Komm. § 1077; Hellwig, Lehrb. § 153 Note 21.
4) Planck, a. a. O. § 350, 1; Enneccerus, a. a. O. § 263 Note 2. Tuhr, a. a. O. § 53 N. 170f.
5) 總合的代理人の內一人でもが缺げた場合には代理行爲の效力は本人の追認なき限り永久に發生しないものと云はねばならぬ。
6) RG. 61, 223; 75, 423.
7) Hupka, a. a. O. S. 370.
8) RG. 80, 182; 81, 325; 85, 261.
9) Planck, Komm. § 167, 9b.
10) Staub, HGB. § 48 Anm. 9.
11) Tuhr, a. a. O. § 85 S. 413.
12) Tuhr, ebenda Note 241.
13) Enneccerus, a. a. O. § 398 Anm. 11; Oertmann, Komm. § 711, 1; Planck, Komm. § 714, 6; Tuhr, § 85 Note 242.
14) 固より總合的代理權の觀念をさしはさむ場合ではない。代理人が代理行爲を爲すに當り、爾餘の代理人の同意を得ざるときは代理權の制限に牴觸し、從て此行爲は組合員全體に對して效力を發生する事能はぬと云ふ趣旨である。
15) 組合契約によつて成立する代理權は多くの場合內部的代理權であるが故に、此制限は善意の第三者にも對抗し得るであらう。

## 第五節　代理權の消滅

### 第一款　消滅原因

代理權は種々なる原因に基いて消滅するものである。次に其主要なるものに付て考察を試みて見やう。

第二章　本人の行爲によつて成立する代理權　三二五

1、代理權の存續期間を豫め定めてある場合には、其期間の經過によつて、又代理權授與行爲に解除條件が附せられてある場合には其條件の成就によつて、何れも代理權は消滅する。或る法律行爲を成立せしめる爲めに代理權が授與せられたるとき、代理人によつて其法律行爲が完了せられるか若くは客觀的事情の爲めに其法律行爲を爲す事が不能となつた場合にも亦同樣である。代理權の授與によつて、本人が其法律行爲を爲す事を禁止せられるものでないから、例へば特定の賣却すべき代理權は本人自身が其物を賣却する事によつて消滅するものと解せねばならぬ。

獨逸の實際に於ては、終期を定めて居らない代理權と雖も信義の原則に從つて、甚しき長年月の經過によつて消滅するものと解して居る。[1] 私は我民法の解釋としても同樣の結論に達せなければならないと考へるものである。

2、本人と代理人との間に存在する基礎的法律關係の終了によつて代理權は消滅する(民法第百十一條第二項)。

抑も今日に於ける代理論の總てを通じて、此消滅に關する部分程、委任契約と代理權とを混淆する所謂委任說に影響を受けて居るものはないのである。代理權を委任契約の外面的一效力に過ぎないと考へるならば、委任の終了によつて代理權は消滅し、死亡、撤回、解約の申入等委任を終了せしめる原因は同時に代理權の消滅原因であると爲さねばならぬ事は勿論であらう。[2] 併しながら既に論じた通り、代理權は委任と結付いて居る場合もあるけれども又委任以外の他の法律關係例へば雇傭、組合等と共に存する事もあるし或は全然之等の內部的法律關係の存在しない場合もあるのであるが、かくの如く代理權を委任より獨立したる別個の法律關係であると解する學者と雖も、猶ほ其消滅原因に付ては、授與者の利害關係に於て設定せられる個人的信任關係が代理の場合も委任と同樣であると云ふ理由に基き、委任と代理權とを混淆せる舊說を支持して居る。[3] 惟ふに之等の學者が代理權が常に授與者の側の利害關係に於てのみ授與せられるものであると考へた事は其眼界が餘りに狹いとの批難を免れ得ないであらう。蓋し代理權は代理人の利害關係の爲めに專ら授與せられる場合もあるし、時としては更に第三者の利害關係が之に結付けられて居る事さへも存するので

ある。且つ代理權授與行爲は前に屢々論じたやうに、之によつて本人と代理人との間に實質的法律關係を成立せしめるものではなく、單に代理行爲の變態的效力轉歸の原因を成す客觀的狀態を形成するに過ぎないものであるから、之によつて生ずる法律關係が委任者と受任者との間の法律關係に類似せりとの觀念は根本的に誤つて居るものと云はねばならぬ。從て私は代理權は其消滅に付ても基礎たる法律關係と無關係であると爲す事が理論的であると考へるものである。

民法第百十一條第二項は委任に因る代理權は委任の終了に因りて消滅する旨を規定する。故に內部的法律關係が委任以外の他の法律關係である場合に其終了によつて代理權は消滅せずと爲し得るやうであるけれども、其は餘りに文理解釋に捉はれたる見解と云ふべく、從て反理論的ではあるけれども、我民法の解釋としては、任意代理に在りては總て本人と代理人との間の內部的法律關係の終了を以て代理權の消滅原因と爲さねばならぬ。尤も本條は之を任意規定と解すべく、代理權授與者に於て內部關係の終了後も猶ほ代理權の存續すべき旨を表示したる時は、其表示は有效であると爲すべきである。[1]

上述の如く、內部的法律關係の終了を以て代理權の消滅原因と爲す事は反理論的であるけれども、成法の規定によつて已むを得ず之を是認せざるを得ないものであるから、等しく內部關係と見ねばならないものでも、成法の豫想しないものは之より除外すべきである。卽ち成法は專ら本人と代理人との間の內部關係に着眼して居ると信ずべき理由があるから、本人と第三者との間に存する事あるべき內部關係の終了は、再び理論的立場に復歸して、之を代理權の消滅原因と見るを要しない。例へば債權者と債務者との間に債務の履行を容易にならしめる目的の爲めに債務者の附近に住む者に取立の代理權を授與すべき契約が成立し、之に基き授與せられたる代理權は後に到つて此契約が解除其他の原因に因り終了しても、當然消滅するものとは考へられないのである。

此の外に民法第六百五十四條は委任終了の場合に於て急迫の事情あるときは受任者、其相續人又は法定代理人は委任者、其相續人又は法定代理人が委任事務を處理する事を得るに至るまで必要なる處分を爲す事を要する旨を規定する

が故に、代理權の基本たる內部關係が委任なる場合に、かゝる事情あるときは處分を必要とするものが法律行爲なる限り、之に對する代理權は依然存續し、從て委任者死亡の場合には其相續人の名に於て之を爲すべきものと解さねばならぬ。

3、本人の死亡は代理權を消滅せしめる原因となる(民法第百十一條第一號)。蓋し代理權授與行爲は之によつて本人の側に對しても、相續の目的となり得べき權利若くは義務を設定するものでないからである。併しながら、相續約款 clausula heredum を包含する授權行爲、換言すれば相續財產に關する法律行爲に付き、本人の生前に於て本人の名に於て行爲するのみならず、其死亡後は相續人の名に於て行爲すべき旨を定めたる代理權授與行爲も亦有效なりと解さねばならぬ。[5] かゝる授權行爲は明示である場合は勿論、默示的に爲される事も差支へぬ。例へば財產の間接的出捐行爲の方法として代理權が授與せられたる場合の如きは往々にして右の約款を包含するものと解さねばならないであらう。此場合と雖も代理權の存續は內部的法律關係の存續によつて生ずる現象ではなく、全く代理權授與行爲其ものゝ效力に外ならぬ。

右の如く、本人の別段の意思表示なき限り代理權は其本質上本人の死亡によつて消滅するものであるけれども、場合の事情を考慮し時としては成法を以て、本人の死亡後と雖も之を存續せしめる場合がある。例へば獨逸商法第五十二條第三項(舊獨商法第五十四條第二項、第二百九十七條)は支配人の代理權は營業主の死亡によつては消滅せざる旨を規定する。[6] 蓋し商取引の特殊の事情に基いた立法であるが、かゝる場合に於ては代理人は勿論其相續人の名に於て代理行爲を爲さねばならない。

法人格の消滅は恰も自然人の死亡と同一の關係を生ずるものであるから、法人によつて授與せられたる代理權は之によつて消滅するのは當然である。[7]

4、本人の破產開始は其當然の效果として代理權の消滅を來たすものではない。破產開始後其終了前に於て本人は破產財團に關する處分行爲を禁止せられてあるけれども(破產法第五十三條)、かゝる行爲は當然無效なりと云ふに非ずして、唯だ之を以て破產債權者に對抗する事を得ないのに過ぎぬ。且つ破產手續

終了後は再び完全なる處分權を回復するものであるから、之等の財產に關する法律行爲に付き既に代理權が授與せられてある場合には、代理人も亦其法律行爲を爲し得ないと云ふに非ずして、之を以て破產債權者に對抗し得ない丈けであり、破產手續終了後は本人と同樣に代理人も完全なる代理行爲を爲し得るものである。殊に破產財團に關する法律行爲に非ざる法律行爲に付ての代理權は破產宣告によつて何等の影響を受くべき理由がないと云はねばならぬ。

5、代理人の死亡は代理權の消滅原因となる(民法第百十一條第二號)。蓋し代理權は代理人の爲したる又は代理人に向つて爲されたる意思表示の效力が變態的に本人に轉歸する要件たる客觀的狀態であつて、代理人の人格內に於て觀念せらるべき何物でもなく、之を以て相續の目的と爲すを得ないのみならず、本人の授權に於ける意思は通常特定の代理人を目安に置き、此者が爲したる又は此者に向つて爲されたる意思表示の效果を直接に彼自らの爲めに發生せしめんと欲するものと考へなければならないからである。併しながら本人の意思は代理人其者のみならず、將來出現する事あるべき代理人の相續人をも代理人と爲さんと欲して居り、明示又は默示に之が表示せられたる場合には、觀念上通常の代理權授與行爲の外に更に豫備的 eventuell に爲されたる別個の授權行爲ありと解すべく、かゝる豫備的授權行爲を無效と爲すべき理由はないのである。

6、代理人は法律上行爲能力を認められたる者である事を要せず、事實上本人の爲めに行爲を爲し得る者であれば充分である事は前に述べたところである。故に完全能力者であつた者が代理人となつた後に其能力を法律上制限せられても、純理論的立場に立つて之を論ずれば、代理權の消滅とは無關係であるべき筈である。唯だ精神障碍等の原因の爲めに事實上代理行爲を爲す事能はぬ場合には代理人としての實を擧げる事が出來ないと云ふに過ぎぬ。併しながら委任說に深く捉はれて居る我民法の起草者は、代理を以て常に本人代理人間の信任關係に基くものなりとの觀念から脫する事が出來なかつた爲めに、代理人に對する右の信任を喪失するであらうところの代理人に對する禁治產を以て代理權の消滅原因と爲して居る(民法第百十一條第二號)。

7、代理人の破產は代理人自身の破產財團に關する法律行爲を禁止するもの

であつて、他人の爲めに法律行爲を爲す事に付ては毫も障碍を來たすべき筋合のものではない。併しながら我民法は6に述べたる立場に立つものであるから、自己の財産に對してすら其管理の能力なく之を破産にまで導く程の者は一層の理由を以て他人の財産を管理する事が出來ないと云ふ事を考慮して之を代理權消滅原因中に數へて居る(民法第百十一條第二號)。

8、代理權が代理人によつて拋棄する事を得るや否やに付ては多數の學者の間に意見の相違がある。[8] 代理權が代理人の人格内に存在する一種の權能であり、本人の一方的意思表示によつて之を授與し得ると云ふ通說を貫くときは之を拋棄する事が出來るものと爲さなければなるまいと考へる。併しながら私は通說と異り、代理權を以て權能と解せず、客觀的に存在する法律的狀態なりと信ずるものであるが故に本人以外には、代理人又は第三者の自由に之を變更又は消滅せしめ得ないものと爲すのである。尤も代理權は内部的法律關係の終了によつて消滅すべきものであるから、内部關係が當事者の一方的意思表示、殊に解約の申入によつて消滅し得べき法律關係なるときは、代理人は先づ此方法によつて内部關係を消滅せしめ、間接に代理權の拋棄と同樣なる效果を招來せしめ得るであらう。

1) OLG. 24, 268.

2) Preuss. allgem. L.R. I, 13 §§ 159 ff., code civil artt. 2003 ff., öster. B.G.B. §§ 1020 ff., züricher Gesetsbuch §§ 1182 ff., sächs. B.G.B. §§ 1319 ff., bayr. Entw. II Artt. 711 ff., hess. Entw. IV, 2 Artt. 259 ff., dresd. Entw. Artt. 708 ff. 等は皆此見地に立てるものである。

3) 例へば Brinz, Pand. 2. Aufl. IV S. 378., Regelsberger, Pand. S. 594 參照。

4) R.G. 81, 260.

5) Hupka, a. a. O. S. 382.

6) 羅馬法に在りては、相續人は管理人 institor が本人 praeponent の死亡後締結したる法律行爲に對し、原則としで彼若くは其後見人が既に消滅したる授權 praepositio を明示又は默示に更新したる場合にのみ、責任を負はねばならないけれども、然らざるときは、法律行爲が相續承認前に於て爲され且つ第三者が本人死亡の事實を知らなかつた場合にのみ、相續人に對する訴權が成立するものと爲されてあつたと云はれる D. (14, 3) l. 5 § 17, l. 11 pr., l. 17 § 3.

7) Schweize. Obligationsr. Art. 35 Abs. 2, hess. Entw. IV, 2 Art. 295, dresd. Entw. Art. 710 等は明文を以て此旨を規定する。

8) 拋棄する事能はずと爲すもの Hellwig, Lehrb. § 132 Anm. 13; Walsmann, Verzicht, S. 107; Hupka, a. a. O. S. 390; Oertmann, a. a. O. § 168, 1d; Rosenberg, a. a. O. S. 612; Planck, a. a. O. § 168, 3b; OLG. 22, 175 等。拋棄する事を得ると爲すもの Isay, Geschäftsführung, S. 221; Tuhr, a. a. O. S. 406; Bekker, Iherings

Jahrb. 49, S. 22. 等。

## 第二款　承前、特に撤回

一、瑞西債務法第三十四條、獨逸民法第百六十八條等が明文を以て、代理權授與者は原則として何時でも、授權行爲を撤回 widerrufen する事によつて代理權の消滅を招來せしめ得る旨を規定して居るのに反し、我民法は之に關する規定を欠缺して居る。本人は代理權の存立中常に自己の權利圈上に於ける處分の自由を或程度まで代理人なる他人に委ねてあるものであつて、此意味に於て本人は或る程度の危險に曝されて居ると云はねばならない。其にも拘らず、前款に說明したる事由の發生しない限りは一旦授與したる代理權に拘束せられるものと爲す事は本人に取つて甚だ不當であると同時に、反面に於て代理權授與行爲は其自體に於ては代理人及び第三者に何等の權利を設定するものでないが故に、本人をして何時にても授權行爲を撤回せしめ、右の危險を脫し、自治の回復を圖り得る途を開く事は法律の務でなければならぬ。我民法が之に關する規定を設けなかつた理由を推測するに、恐らく授權行爲を委任と混同し、少くとも其基礎には常に委任關係が存在するものと考へ、而して委任は何時にても當事者の各一方から告知し得るが故に(民法第六百五十一條)、之によつて撤回と同一の效果を招來し得ると爲したものであらう。併しながら代理關係の基礎を成すものは委任の外に雇傭、組合等を考へる事が出來る事は前に屢々述べた通りであつて、例へば雇傭に付ては、已む事を得ざる事由ある場合の外は一定の豫告期間を遵守する事を要し若くは告知後一定の期間を經過するに非ざれば其效力を發生し得ないが故に(民法第六百二十五條以下)、卽時に代理權を消滅せしめる事が困難である。又時としては基礎的法律關係を欠缺せる代理關係も存在し得るものであるが、かゝる場合には基礎的法律關係の終了による代理權の消滅なるものは考へられ得ないから、此種の代理權を本人の單獨行爲によつて消滅せしめる方法を講ずる必要を感じる。

かくの如く、我民法に取つても撤回を認めなければ本人の利益を完全に擁護する事が出來ないのであるが、さて明文なき以上如何なる根據によつて撤回權

を認定し得るであらうか。[1] 私は代理權授與行爲の本質に鑑みて之を肯定し得るものと信ずる。蓋し代理權授與行爲は代理行爲の變態的效力轉歸を是認する本人の意思の表示に外ならずして、之によつて代理人も第三者も共に其法律上の地位に何等の變化を被るものではない。變化は代理行爲が爲されて始めて發生するものである。然らば其變化ある以前に在りては何時にても本人をして之を撤回せしめる事は毫も差支へないものでなからうか。況や前述の如く、之を否定する事によつて本人の利益を不當に抑壓するに於てをやである。

撤回は代理權授與行爲に對して向けられるものであるから、基礎的法律關係は之あるに拘らず依然として存續する。尤も基礎的法律關係が一方的に告知せられ得る場合に、撤回と同時に默示的にかゝる告知ありと解釋せられ得る場合は此限りでない。

內部的法律關係たる委任雇傭等は當事者の何れもが之を告知し得るに反し、撤回は其本質上常に代理權授與者のみが之を爲し得るに止まる。撤回權は本人の財產を保護する目的の爲めに認められたものであるけれども、其自體は彼の財產に屬して居るものではない。[2] 故に例へば代理權が本人の死亡後に存續する場合に在りては其相續財產に屬して居らぬ。卽ち此場合に撤回權を有する者は相續人であつて、相續財產管理人(民法第千五十二條)若くは遺言執行者(民法第千百八條)ではない。遺產相續に於て相續人多數存するときに於ても民法第千二條第二百五十一條第二百五十二條に從て撤回權を他の相續人の同意を得若くは多數決を以て行使するを要せず、各相續人は代理權を單獨に之を撤回し得るものと解すべきである。[3]

撤回は其本質上一方的意思表示であつて、代理權授與行爲と同樣に、代理人又は代理行爲の相手方たるべき第三者に向つて之を爲すを得る。此事は撤回せらるべき授權行爲が內部的であるとに外部的であるとによつて區別せらるべきではない。但し內部的授權行爲を第三者に向つて撤回したる場合には、其第三者に對してのみ撤回の效力を主張し得るものと解さねばなるまい。反對に外部的授權は代理人に向つて之を撤回し得る。[4] 隔地者に對する撤回は相手方に到達する事によつて效力を發生し、意思表示の一般原則に從て相手方が之を了知する

事を要しない。廣告による撤回と雖も有效であるけれども此場合には此事實を知つた者に對してのみ效力を主張し得るものと爲さねばならぬ。尤も授權行爲が廣告によつて爲されたる場合には撤回の廣告は之を知る者と否とに拘らず總ての者に對して有效である。蓋し廣告による授權行爲を信賴して代理行爲をにする程の者は同樣の方法によつて撤回せられる事あるべきを覺悟して居るものと考へて差支へないからである。[5]

撤回は無形式の法律行爲であつて、明示的であると默示的であるとに拘らない。例へば既に與へたる委任狀を取戻す事によつて默示的撤回の意思表示あると見る事が出來るであらう。併しながら意思表示の一般原則に從ひ、默示の意思活動が相手方卽ち代理人若くは代理行爲の相手方たるべき等三者に知らしむる意思を以て爲され且つ現實に知られなければ效力を發生し能はぬ。故に本人が既存の代理人に隱れて更らに新たに代理人を任命し、第三者も此事を知らなかつたときは之を以て默示的撤回ありと爲す譯には行くまいと考へる。又未だ完全に表示せられて居らない默示的撤回を偶然に相手方たる代理人が知つても



代理權を消滅せしめる效果を有しない。尤も之によつて彼は本人に對する內部關係から、其意思を尊重し、暫時的に代理行爲を爲さない義務を負ふに到る場合も考へられるのである。[6]

二、代理人は通常受任者又は被傭者として本人の利害關係に於て行動する者であつて、代理權の存在は本人の利害關係に對する不斷の脅威であるが故に、代理權授與行爲は原則として常に本人より之を撤回し得るものである事は前に述べた通りである。從つて本人より此權能を奪ふ事は其自由を不當に拘束するものと云はなければならぬ。瑞西債務法第三十四條第二項は此事情を考慮して、代理權授與者によつて豫め表示せられたる撤回權の拋棄は無效である旨を規定して居る。併しながら代理權授與行爲の撤回性は絕對的のものなりや否やに付ては古來論爭の存するところであつて、現に獨逸民法の如きは明文を以て之を否定して居るのである(獨民第百六十八條)。

古代普通法時代に在りては、代理關係と委任とを混同視し、委任は一方行爲を以て告知し得るが故に、其撤回性に付て論及する者がなかつたのは當然であ

る。而して代理權授與行爲を撤回し得ざる場合ありや否やの疑問を始めて學界に提出したる者は Ihering であると云はれて居る。[7] 彼は撤回する事能はざる Ermächtigung の存在を主張し、殊に受任者の利益に於て存する委任 mandatum agendi in rem suam に於て然りと爲した。然し彼は明白に其所謂 Ermächtigung を概念上代理權授與行爲 Vollmacht と異るものであると考へ、而も後者に付ては、先人と同樣に之を委任と同一視したが故に、結局授權行爲は其本質上撤回性を有するものと爲すに外ならぬ。

Dernburg は代理權は最高なる人格的な或ものであつて云々、代理權授與者は代理權を撤回すべき權利を有效に拋棄する事は出來ぬ、蓋し之によつて彼は自己の法律的獨立性を喪失するに至るであらうと考へ、[8] 或は代理權は人格的信任の表現であつて、何時にても之を撤回し得るものと爲さねばならぬ、若し授與者が契約上此撤回權を拋棄し得るならば、彼はかくの如き拋棄によつて彼と被使用者との地位を顚倒し、彼自身が被使用者に隷屬するが如き結果になるであらうとも主張する。[9]

Regelsberger も亦、代理權は通常本人の利害關係の爲めにのみ行使するであらうと云ふ信任の下に授與せられるものであつて、此原則から代理權は常に一方的に撤回し得ると云ふ結論が生れる。撤回權を拋棄する契約と雖も拘束力を生じない、但し代理權が唯一に若くは同時に代理人の利益の爲めにのみ與へられ、此利益が授與者の名に於て行爲すべき可能によつてのみ保證せられ得ると云ふが如き稀なる場合に付ては例外を認むべきであると說いて居る。[10]

彼等は授權行爲を委任より解放して考へるも、代理權が專ら信任關係より發生するものであると爲す點に於て猶ほ委任說の舊套を完全に脫却する事が出來なかつたものであつて、從て撤回性の有無に對する其議論も尊重して考へる事が出來ないのである。

Mitteis も普通法の解釋として、代理權の撤回性は當事者の意思によつても絕對的に之を排除する事が出來ぬ旨を主張して居る。[11] 彼に從へば、普通法は契約が成立する爲めには當事者の意思が同一の瞬間に於て相合致する事を要求する

ものであつて、此事からして直接に代理權は其本質上何時にても撤回し得ると云ふ原則が成立するのである。何となれば代理權が契約成立前に撤回せられたならば第三者が同意せんとする其瞬間には本人の意思が最早存在しない。故にかつて撤回を拋棄して居ても此場合に契約は成立し能はぬからである。而して彼は先づ右の如く契約に付て成立せしめたる原則を一方行爲にも移さんと試みて居る。[12]

併しながら當事者意思の同時的合致なる要素は契約成立に對し先天的に動かすべからざる公理ではない。反つて當事者の意思は確定的に契約が成立するまで自由であると云ふ原則から誘導せられたる結果に外ならないが故に、かゝる原則が行はれる場合にのみ始めて云ふ事が出來るに過ぎぬ。而して羅馬法に於ては契約の申込の撤回を有效に拋棄し得る事を例證し能はないけれども、[13]普通法に於ては既に此原則——申込の撤回を有效に拋棄し得る事——は認められて居たものと云はれる。[14]殊に近代の立法は申込者が彼の契約意思に時間的に拘束せられるものと爲して居るが故に(民法第五百二十一條參照)、當事者意思の同時的合致を議論の前提とする Mitteis の主張は普通法に取つても然りであるが少くとも近代立法に對しては相容れない事が明瞭である。

今日行はれる學說は代理權授與行爲の撤回を或る條件の下に拋棄し得るものであると爲すに一致して居る。[15]前揭瑞西債務法第三十四條第二項の解釋としても、[16]は本項は不法なる內容を有し又は善良なる風俗に反する契約を無效とする同法第二十條に適應せる例外規定であるから、撤回權の拋棄が右の第二十條に牴觸せざる場合には本項に拘らず之を有效と見なければならないと主張して居る。[15]

併しながら代理權授與行爲を撤回し得べからずと爲す事は之によつて本人の自己の權利圈上に關する決定の自由を著しく奪ふものであるから、其無制限なる擴張は勿論許さるべきものでなく、[17]代理權授與行爲の特殊なる目的によつて此事が是認せらるべき場合にのみ限らなければならぬ。而して代理權は例へば物の賣却又は債權の取立等の爲めに、よつて得たる金圓を代理人に對する消費貸借又は贈與等の出捐に振替へる合意の下に授與せられる場合の如く專ら代理

人自身の利害關係の爲めに成立する事もあるべく、或は又共有者の一人が他の一人に向つて共有物の處分に關する代理權を授與し若くは賣得金の割合に應じて報酬を與へる契約の下に賣却の代理權を授與する場合の如く本人と代理人との共通の利害關係の爲めに成立する事もあるべく、更に或は債權者が債務者の辨濟を容易にする合意の下に辨濟に便なる地位に在る者を代理人と爲すが如く專ら第三者の利害關係の爲めに成立する場合もある事は前に一言して置いたところであるが、之等の事情は不撤回性を是認し得る主要なるものと云ふべきである。茲に注意すべきは授權行爲が撤回し得べからざるものとなる爲めには常に授與者の意思が之に向けられる事を要する點である。[18] 卽ち授權行爲の不撤回性を是認すべき前揭の事情を內容とせる法律關係が內部に存在する場合と雖も本人は撤回し得べき代理權を授與し得るのである。故に例へば代理人自身の利益の爲めに與へたる債權取立の代理權も之を撤回するまで存續するが如くに定める事を妨げない。[19] 或は此種の內部關係に基く代理權を一定の時期以後例へば本人の死後之を撤回し得ざるものと定めて授與する事も適法である。[20]



授權行爲を撤回し得べからざるものと爲す爲めには契約による事を要すと爲す者がある。而して契約說中にも本人と代理人との契約なりと主張する者[22]及び其双方何れにても有效なりと考へて居る學者とがある。[23] 併しながら私の見るところによれば、契約說は代理權授與行爲の基礎たる內部的法律關係によつて撤回し得べからざる事が是認せられる rechtfertigen と云ふ關係を除り重視し過ぎ、授權行爲を撤回し得べからざるものと爲す事は卽ち撤回權の拋棄であると云ふ事實の眞體を看過して居るのではなからうか。蓋し代理權授與行爲を撤回する事は授與者の權利であるが故に原則として何時にても之を拋棄し得べき筈であるが、代理權の本人に及ぼす關係を顧慮し、自由に之を拋棄せしめる事を、拋棄する事が正當なりと考へられる或る事情ある場合にのみ局限すると云ふ關係に外ならないとすれば、權利の拋棄の一般原則に從ひ、此場合にも亦權利者の一方的意思を以て充分であると爲さねばならぬ。[24] 勿論相手方との合意による事も適法であつて、合意ある事を要せずと云ふに過ぎぬ。

此拋棄は代理權授與行爲の時に於て爲し得るのみならず、其後に至つて爲すも有效である。且つ授權行爲の本質上此意思表示の相手方は代理人であると代理行爲の相手方たるべき第三者であるとを問はない。

撤回し得べからざるものとして代理權が授與せられたる場合に、不撤回性を正當付ける內部關係が欠缺せるときは、之によつて授權行爲其ものが無效となるのではなく、撤回によつて有效に代理權が消滅すると云ふ關係が生ずる丈けである。

有效に撤回權を拋棄したる授權行爲と雖も民法第六百二十八條第六百七十八條の類推により、已む事を得ざる事由あるときは之を撤回し得るであらう。[25] 又內部的法律關係の終了は此場合に對しても消滅原因であると解さねばならぬ。

而して代理權の授與によつて本人が自ら代理權に包含せられる法律行爲を爲す事を妨げられるものでもなく、又更に他の代理人を同一事項に付て任命する障碍ともならないものであるが、[26] 此原則は撤回し得べからざる代理權に付ても同樣に認めねばならぬ。[27]

1) 代理權授與の意思表示は相手方に到達する以前又は遲くとも其到達と同時に之を撤回し得る。併しながら此事たるや意思表示の原則の當然の結果であつて(獨民第百三十條參照)、問題は其到達後に果して之を撤回し得るや否やに存する。

2) Tuhr, a. a. O. § 85 S. 404.

3) Tuhr, ebenda.

4) Tuhr, ebenda; Enneccerus, a. a. O. § 173, IV 1.

5) Enneccerus, ebenda Anm. 8; Planck, Komm. § 168, 4.

6) Tuhr, a. a. O. Note 186.

7) Iherings Jahrb. 2. S. 131f.

8) Dernburg, Pand. I § 119.

9) Dernburg, Preuss, Privatr. I § 114.

10) Regelsberger, Pand. S. 594.

11) Mitteis a. a. O. 202 ff.

12) Mitteis, ebenda S. 204 f.

13) Hupka, a. a. O. S. 395

14) Windscheid, Pand. II § 307; Dernburg, Pand. II §§ 9, 11.

15) Tuhr, Unwiderrufliche Vollmacht in Festschr. für Laband 參照。

16) Oser, Komm. zum. Schweizerischen Zivilgesetzbuch V Art. 34 IV 1.

17) Staudinger, Komm. § 168, 5; Planck, Komm. § 168, 2b; Tuhr, Unwiderrufliche Vollmacht, S. 55.

18) Tuhr, a. a. O. S. 56. 反對 Walsmann, a. a. O. S. 228.
19) Rosenberg, a. a. O. S. 912f.. OLG. 22, 156.
20) Kipp, Erbrecht § 105 Anm. 1. かくの如き方法によつて授與せられたる代理權は遺言の執行とは全然別物である。殊に前者が相續人の處分權を毫も制限するものでない點に兩者の相違が認められる。本款註26參照。
21) Zitelmann, a. a. O. S. 94.
22) Lenel, a. a. O. S. 37 ff.
23) Planck, Komm. § 168, 2c; Hupka, a. a. O. S. 396.
24) Enneccerus, a. a. O. § 173 Anm. 10. Tuhr, a. a. O. S. 56.
25) Enneccerus, a. a. O. § 173 Anm. 12; Oertmann, a. a. O. § 168, 3c α; Tuhr, a. a. O. S. 57.
26) Planck, § 167, 7b.
27) 代理人の利害關係の爲めに撤回し得べからざる代理權が授與せられたる場合には、本人自身が何時にても代理權の內容に屬する法律行爲を爲す事によつて之を空虛なものに爲す事が出來るが故に甚だ不確實たるを免れないけれども、ともかくもかかる代理權は代理人の財產權に屬し、復代理人を選任し得る限り質權の目的たるを得ると說く者があるけれども（Tuhr, a. a. O. S. 62）、代理權其ものを財產權と見る事は代理權權利說の舊に復さんとするものであつて固より不可であると考へる。

## 第三款　代理權消滅の效果——第三者の保護

前二款に於て述べたところの代理權消滅原因が發生するときは、嚴正なる理論を一貫すれば代理關係は絕對的に終了すべき筈である。併しながら消滅原因發生の事實を知らざる第三者は代理權が依然として存續するものと誤信し若くは惡意の代理人によつて誤信せしめられて之と代理行爲を共にする場合が往々存在するに相違ない。かゝる第三者に對しても代理權の消滅を以て對抗する事を許すときは彼にとつて餘り苛酷であると云はねばならぬ。

右の如き考察は代理制度が未だ完全に發達して居らなかつた羅馬法に於ても既に試みられた痕跡が存する。羅馬法受繼時代の初期に於て授權したる債權者の死亡又は撤回による辨濟受領權限の消滅は此事情を知らずして從來の被授權者に支拂ひたる債務者を害しなかつたと云はれて居る。[1] 又行爲主の死亡を知らずして其相續開始前に管理人 institor と契約を締結したる第三者は相續人に對して institoria の訴權が認められて居た。相續開始後管理人が引續き彼の外部的地位に放任せられてあるときは、相續人は授權を默示的に更新したものと見られ其以後に於て管理人が爲したる法律行爲に付き總ての第三者に對して責を負はな

ければならなかつた。而して授權の撤回に付ては右の類推が認められ、管理人の權限の撤回は彼が其外部的地位を剝奪せられるか又は撤回を完全に公示するまでは之を以て善意の第三者に對抗する事を得なかつたものであると云はれて居る。[2]

羅馬人が右に示すが如く本人の死亡又は授權の撤回後に於て猶ほ善意の第三者の爲めに本人の附加責任 adjeklische Haftung を存續せしめねばならなかつたところの取引の必要は直接代理を認める近代の法律に取つても痛感せられるものである事は論を俟たぬ。故に近世の普通法に於て學說並に實際が羅馬法に於ける前揭原則を代理關係の上に移した事は寧ろ當然であり且つ正當であると云はねばなるまい。[3] 蓋し管理人 institor は法律上自ら行爲の當事者となるものであつて、行爲主は固有の意味に於ける當事者たる管理人の外に、行爲より生ずる責任を負擔するものであるのに反し、代理に在りては本人は代理行爲より生ずべき總ての權利義務の主體となり、代理人は其主體となるものではないから、前者に於て權限の存續を信じたる第三者を保護しなければならないとすれば、後者に付ては更に一層かゝる第三者を救濟すべき方法を講じなければならないのである。[4] 而して羅馬法に於ては右の原則は辨濟の受領及び純然たる債權契約に限られて居たものであるけれども、[5] かの時代よりも遙かに發展したる取引の需要に適應せんとすれば之を一般の處分行爲並に一方的法律行爲の上にも擴張する事は當然に考へらるべき筋合である。

右のやうな理由で我民法第百十二條は、近世に於ける立法の多數の傾向と同樣に、[6] 代理權の消滅は之を以て善意の第三者に對抗することを得ざる旨を規定して居る。併しながら、代理權の存續に對する第三者の信賴は、其が單純に代理人の行爲にのみ基いて發生したるものである場合には之を保護する理由は薄弱であると云はねばならぬ。蓋し無權代理の場合に對比して考へて見れば其關係が明白になるであらうと思ふ。此場合に代理人が如何なる方法によつて自ら代理權の存在する事を保證しても、之が爲めに無權代理が有權代理になるやうな事はない。されば本人と確實に取引せんと欲する第三者は代理人自らの代理權存在に對する保證の有無に拘らず、彼自身に代理權成立の有無並に其範圍に

付て調査しなければならない。但し授權の表示が彼に向つて爲されるか又は其通知が直接に本人によつて若くは間接に代理人等の使者によつて(此場合に本人と使者との間に委任關係が存在しなければならぬ事は勿論である)彼に爲されるか或は之等の行爲が廣告によつて爲されたる場合には、其自體に代理權成立の效果を有するが故に、第三者は之等の行爲によつてのみ右の調査を爲すを以て足るものであるけれども、所謂內部的代理權に基いて代理人と共に行爲せんとする第三者は本人代理人間の有らゆる事情を通して代理權の存否並に其範圍を調査する事を强いられて居るのである。卽ち內部的代理權に付ては其存否並に範圍に關し第三者の知らざる若くは知る事を得べからざりし事情を以ても本人に對抗する事を得ないものとする以上、代理權の消滅原因に付てのみ特に善意の第三者に之を以て本人に對抗せしめ得ると云ふ論理は成り立たないのである。

羅馬法に於ても、institor に契約締結の權限を與へたる本人の證書等があるために成立する彼の外部的地位が行爲の當時に於ても猶ほ存續し、よつて之を信頼したる善意の第三者には institoria の訴權を與へたけれども、單に intstitor の自



ら今猶ほ管理人である旨の保證のみによつて欺かれたる第三者には右の訴權を認めなかつたし、又金錢受入の代理權の存續を其消滅を知らない第三者の爲めに認める總ての場合に於ても例外なく、債權者の營業內において明白に且つ永續的に代理人たる地位を有して居たか若くは債權者の債務者に對する明示的な支拂授權 Zahlungsermächtigung があり之等に基いて支拂人が代理權限の存續を信じた事を要件と爲したと傳へられて居る。[7]

此故を以て多數の立法は所謂外部的代理權に付てのみ、其消滅を以て善意の第三者に對抗し得ざる趣旨の規定を設けて居るのであるが、[8] 我民法はかゝる明文を缺いで居るから解釋上多少の疑問を起し得る餘地は存在する。併しながら私は代理權と第三者の關係に於て他の法規と比較對照する事によつて、殊に表見代理の場合と照應すれば、右に述べたる原則を承認しなければならないと考へるのである。[9]

第三者が消滅したる代理權の存續を主張し得るが爲めには、消滅原因の存在を知らざりしのみならず、知らざる事に過失のなかつた事を要件とする(民法第

百十二條但書)。[10] 之は本人と第三者との相互に矛盾せる利害關係を公平に均分せんとする考慮に基くものであつて當然と云はねばならぬ。從て廣告によつて成立したる代理權の消滅を同一方法による廣告で通知したるときは、後の廣告を知らざる第三者と雖も代理權の存續を主張し、特定の第三者に對する授權又は通知によつて成立したる代理權の消滅の通知が其第三者に到達した時は彼は假令消滅の通知を現實に知らなくても、彼にとつて代理權は完全に消滅するものと解すべきである。

右の如く外部的代理權は其消滅後と雖も善意無過失の第三者にとつて猶ほ存續するものと看做される關係は、消滅原因の相對的無效と云ふ觀念で說明し得られると考へる。[11] 代理權は當然消滅するが善意の第三者は本人又は其相續人側からの消滅の主張に對して exceptio doli を有するものであると云ふ見解[12]は贊成する事が出來ぬ。

1) Gai. III § 160 [1. (3, 26) § 10], D. (12, 1) l. 41, D. (17, 1) l. 26 § 1, D. (46. 3) l. 12 § 2, l. 18, l. 32, l. 34 § 3, l. 38 § 1, l. 51, l. 106 (Hupka, a. a. O. S. 416 Note 1)

2) D. (14. 3) l. 11 § 2 i. f. (Hupka, S. 418)

3) Hellmann, Stervertung S. 150f., Windscheid, Pand. I § 74 N. 2d, Dernburg, Pand. § 119 sub a. Mitteis, a. a. O. S. 200f. 等。

4) Mitteis (S. 200) は近代の直接代理の制度は全く institoria の訴權に代つて出現したものであるから、後者に認められた原則は當然前者にも適用せられるのであると說明して居る。

5) 羅馬法に於ても既に、institor が其權限消滅後に爲したる處分行爲は善意の第三者に對し或る限界の下に有效であると爲した事は確かなやうである。法源は消費貸借の許與に付てのみ明白に處分行爲の效力を否定して居るのみである (Hupka, a. a. O. S. 419 Note 2 參照)。

6) 瑞西債務法第三十四條第三項、獨逸民法第百七十條、第百七十一條第二項、第百七十二條第二項、バイエル草案第七百二十條第二項、ドレスデン草案第七百十六條等

7) Hupka, a. a. O. S. 420.

8) 右註6)參照。

9) 支配人の代理權は其性質上內部的代理權であるけれども、此場合のみは例外として其消滅を登記するに非ざれば善意の第三者に對抗する事が出來ないのみならず、登記するも之を知らざるに付き正當の事由ある第三者には對抗出來ぬ (商法第三十一條第十二條)。

10) 過失によつて知らざりし事の立證責任は本人の側にあるものと考へる。

11) 中島博士は此場合に表見代理ありとせられる (民法釋義第一卷第百十二條(二))

12) R.G. 35 N. 32 S. 141

## 第二章　本人の行爲によつて成立する代理權

# 第三章　法定代理權

## 第一節　法定代理權の概念

前章に於て私は代理權が本人の行爲に基く場合を研究した。茲に所謂行爲とは法律行爲であるところの代理權授與行爲に限らず、民法第百九條に規定する授權の通知並に代理人が權限外の行爲をなしたる場合に第三者をして其權限ありと信ずべき正當の理由を有するに到らしめたる本人の行爲をも包含して居る。

代理權は右の如く本人の行爲によつて成立する場合もあるけれども、其外に本人と或者との間に存在する法律關係乃至兩者の爲めに設けられたる制度其もの〻目的到達上、此或者の代理意思に內容に從へる效果を認めることが必然的に要求せられる場合がある。かゝる場合に在りては此或者の代理行爲の效力發生の法律要件を成すものは之等の法律關係乃至制度其自體であると云はねばならぬ。卽ち之等の法律關係乃至制度の存在によつて代理權が成立するのである。



右の如き代理權は例へば、

(イ)、法人の定款又は寄附行爲に基いて成立する場合がある。此場合に於ける代理權は直接に定款又は寄附行爲なる法人の組織法 Verfassung 其ものに基くものであるけれども、何人をして右の代理權に基き法人の爲めに法律行爲を爲さしめるや、換言すれば法人と何人との間に代理權成立の原因たる法律關係が結ばれるや、之を通俗的に謂へば何人を代理人に任命するやは多くの場合組織法はたゞ間接に之を定めて居るに過ぎない(民法第三十七條第五號、第三十九條參照)。社員總會等の機關の法律行爲による場合もあるべく、第三者の指名による事も考へられるし、或は官廳の選任(民法第五十六條參照)によるときも存在するのである。

(ロ)、相續人曠缺の場合の相續財產管理人の選任(民法第千五十二條)、破產開始による破產管財人の選任(破產法第百四十二條)等の如く官廳の任命行爲によつて成立する場合がある。

(ハ)、更に又婚姻出產等の法律事實により、直接に右の代理權が成立する場合

も甚だ多い。父又は母の未成年者の財産に關する代理權(民法第八百八十四條)、妻の日常の家事に關する代理權(民法第八百四條)、夫の妻に對する代理權(民法第八百一條)等之である。

(ニ)、最後に私人たる第三者の行爲によつて成立する場合もある。未成年者に對して最後に親權を行ふ者が遺言を以て後見人を指定し(民法第九百一條)、親族會が後見人を選任する(民法第九百四條)が如きは之に屬する。

右に示すが如き事情によつて成立する代理權を法定代理權と稱す。前章に於て述べたる任意代理權と法定代理權とを區別する標準として、後者は直接に法律によつて成立するものであると考へるならば誤解である。何となれば任意代理權と雖も常に法律により本人の(法律行爲又は其他の)意思活動に基いて成立するものであつて、法定代理權が或る事實に基いて法律によつて成立せしめられる關係と少しも異らないからである。故に私は直接に本人の行爲に基いて成立すると否とを此兩者の區別の標準と爲すべきであると信ずる。[2] 語を換へて云へば本人の行爲の存在によつて直接に代理權の成立を認める場合と或る法律事實(時として婚姻の如く本人の行爲である事もあるが)によつて本人と或者との間に法律關係が成立し、此法律關係自體が代理權の成立原因となると考へらるべき場合とによつて任意代理なりや法定代理なりやを別かたんとするのである。

併しながら法定代理の概念を右の如く廣義に解せずして、本人が行爲無能力者又は制限行爲能力者である場合に限定せられる場合がある。民事訴訟法に所謂法律上代理人とは此意味に於ける法定代理人であると解せられて居る。[3] 民法に於ても法定代理人なる用語を使用せる第四條、第五條、第六條、第九十八條、第八百五十三條等より推測すれば民事訴訟法と同一の見解に立つて居るやうに思はれないでもないのである。[4] けれども民法第百四條と第百六條とを對比するときは、凡そ代理を委任に因る代理と法定代理とに大別せんと爲して居る事は頗る明瞭であつて、如何なる代理と雖も此二大範疇の何れか一方に屬せしめんとする法意を看取するに難くない。然るに民法第二十五條、第二十六條による裁判所の選任したる不在者の財産管理人の如きは必ずしも本人が行爲無力者又は制限能力者である場合に限らないけれども、之を委任に因る代理人と見る事

は怎うしても不都合であると云はねばなるまい。卽ちかゝる管理人も民法第百六條に所謂法定代理人中に數へねばならなくなる。果して然らば、民法上法定代理人なる用語は一貫したる理論に基かずして、場合によつて異るものと承知すべきである。從て私は觀念の混亂を防ぐ爲めに、而して之を理論的に系統付ける爲めに、直接に本人の行爲に基かずして成立する廣義の法定代理を「法律による代理」Vertretung kraft Gesetzes 又は「强制代理」Zwangsvertretung と稱する事が便宜であると考へる。[6]

代理權が本人の撤回によつて消滅するものは法定代理權に非ずと說く者があるが[7]。此說に從へば妻の日常の家事に關する代理權(民法第八百四條)は其全部又は一部を夫によつて否認せられ得るが故に、否認と撤回とは固より同一ではないけれども、一方行爲によつて效力を消滅せしめる點に於て相通ずるものであるから、此代理權も亦法定代理權と稱する事が出來ない事になるであらう。尤も右の代理權は私法行爲に限り、訴訟行爲に及ぶものではないけれども[8]、任意代理權と稱するを得ないが故に、少くとも廣義の法定代理權たる事を否なむ譯には行かないのであつて、此說は當を得たるものでない[9]。

更に又本人が其成立を妨げ得る場合と雖も法定代理權の本質を害するものではない[10]。例へば民法第二十五條の場合に本人が財產管理の爲めに代理人を選任し置く事によつて、一應は裁判所の管理人任命を防止し得るであらうけれども、後者が法定代理人である事に影響はないのである。

本人が法律上代理人を選定すべく義務付けられて居る場合があつても、之が爲めに授權行爲を爲した結果成立する代理權は法定代理權ではない。同樣に本人の行爲に直接基いて成立する代理權の範圍が强行法規又は任意法規によつて豫め制限せられて居るが如きものも亦法定代理權と云ふ事は出來ないのである[11]。

法定代理の目的は色々異る場合を考へる事が出來る。後見人、法人の理事等は全く被後見人又は法人の利害關係の爲めに存在するものであるし、親權者の代理權は、親權者自身の利害關係をも考慮して成立するものであるけれども、其主要なる目的は親權に服する未成年者の其に在る事は爭はれぬ。併しながら第三者の利害關係のみを目的に置いて成立する法定代理の多くの場合が存在す

る事をも看過してはならぬ。例へば遺言の執行は被相續人が自己の財產の將來の運命に對して有したる利害關係に基くものであり、破產管財人の代理權は破產債權者の利益の爲めに存在するものである。

右の關係に着眼して遺言執行人、破產管財人又は遺產管理人 Nachlassverwalter は代理人に非ずと主張する學說がある。所謂公務說 Amtstheorie なるものが卽ち其であつて、此說によれば彼等は破產事務乃至遺產管理なる目的遂行の爲めに自己の權利行使として、且つ公務上の amtliche 義務履行として行動する機關であると云ふのである。[12] 併しながら此說は多少の相違があるけれども何れも利益代表 Interessevertretung なる觀念と代理關係とを混同して居るものであつて、前にも述べたる通り、本人の利益を代表する事は代理の必然的要件ではないから、[13] 之等の者が本人以外の他人の利益を代表するが故に代理人にあらずと考へるのは、代理を餘り狹く解するものと云ふべく、其當を得ない。

更に又彼等の行爲の效力は一定の財團に限つて及び、被代理人の總ての財產の上に及ばないが故に代理人でないと主張する者もあるけれども、[14] 此事もたい

效力の量の點に關して他の一般代理と區別すべき特徵ありと云ひ得るに過ぎぬ。[15] しかのみならず、彼等の異說は實際法上は代理人說と何等異つた結果を生ずるものではないのである。蓋し所謂公務によつて行爲する者の法律行爲に對しても代理の法規が常に適用せられるからである。[16] 訴訟法上の關係に於ても彼等を代理人なる觀念の下に統一する方が、彼等が公務により訴訟の當事者になると考へるよりは遙かに合理的な結果に到達するであらう。[17] 併しながら我破產法は破產財團に關する訴に付ては破產管財人を以て原告又は被告と爲すが故に(第百六十二條)、訴訟法上之を代理人と見るを得ないのは遺憾である。けれども其行爲と破產財團との關係を實體法上より觀察するときは、代理關係によつて之を說明する事が可能であり、又最も合理的であると云ふ事が出來る。此意味に於て破產管財人も亦實體法上法定代理人と稱して差支へぬと考へるのである。

1) 總會の選擧は法律行爲である。

2) Hellwig, System § 80 I; Rosenberg, a. a. O. § 13 S. 537 ff.; Stein, ZPO. § 51 IV. は本人の意思に基いて代理權が成立するや否やを標準と爲さんとする。私は本人が代理權の成立を欲する場合のみならず、本人の行爲によつて代

理權の成立を認める事が正當なりと考へられる場合をも任意代理の範疇に入れるべきものと爲す。

3) 仁井田氏民事訴訟法要論上卷一五九頁。獨逸民事訴訟法第五十一條に所謂法定代理人も亦此意味に使用せられて居るけれども、同國訴訟法は訴訟能力者(從て私法上行爲能力者)に對しても法定代理人の存在する事を認めて居る (Hellwig, System, § 80. a) I.)。

5) 獨逸民法は我民法と同樣に法定代理の概念を直接に規定して居らないのであつて、Rosenberg によれば同法も亦本人が行爲無能力なるか又は行爲能力を制限せられたる場合にのみ稱呼せられて居ると爲す (a. a. O. S. 538)。

6) Tuhr, § 86 S. 419 Note 14 併しながら法定代理人なる名稱は一般に使用せられて居るが故に以下に於ても私は此一般用語例に從ふであらう。

7) Hellwig, Lehrb. § 123 S. 370.

8) Hellwig, a. a. O. S. 405 Note 7.

9) 反對 Rosenberg. a. a. O. S. 522. 三瀦信三氏は本人が法律上及び事實上自ら爲し得る行爲なるにも拘らず、之を他人をして代りて爲さしめる場合を法定代理と爲す(法學志林第十六卷第五號一頁以下任意代理と法定代理との區別に關する私見、殊に八頁) 此見解に從へば妻の日常家事代理は任意代理となすであらう。併しながら事實上の行爲不能と云ふ場合は任意代理に付ても存在する事あるべく、かかる標準によつて正確に兩者を區別するのは困難である。

10) Tuhr, a. a. O. S. 419.

11) Hellwig, Lehrb. § 123 Anm. 5, 6.

12) Strohal, Erbrecht § 79 III. 遺言執行人に付ては Planck, Anm. 2 vor § 2197 參照。

13) Kipp, Lehrb. d. B.R. 11-13 Aufl. 2 Bd. 3 Abt. S. 365 ff. 參照。

14) Hupka, a. a. O. S. 3. 參照。

15) Hupka, ebenda.

16) RG. 80, 417; 75, 302.

17) Tuhr, a. a. O. S. 422.

## 第二節　法定代理權の成立と消滅

一、法定代理權は本人が其成立を欲するが故に法律によつて認められたるものでもなく、又取引の安全乃至第三者の保護を顧慮したる法律の所產物でもない。本人と特定人との間に成立して居る法律關係の目的到達上、後者が爲したる若くは後者に向つて第三者が爲したる意思表示の效力を直接に本人に及ぼさしめる事を必要とするが故に、法律がかくの如き效果、換言すれば代理權の成立を認めたるに外ならぬ。卽ち法定代理權の成立原因は右の法律關係其ものである。

凡そ法律關係は常に相對立する二個以上の人格の存在を要求するが故に、法定代理權の原因たる法律關係に付ても、本人の外に之に對立する他の人格(法定代理人)を特定しなければならぬ。此場合の人格特定は種々なる方法によつて爲されるのである。或は破產管財人、不在者の財產管理人等の如く裁判所の選任行爲に基く事がある。之等の行爲は所謂公法行爲であるから、民法の法律行爲に關する規定を之に其儘適用する譯に行かないのは勿論である。或は後見人の選任、法人の理事の任命等の如く親族會若くは社員總會等の決議なる法律行爲によつて代理人が特定せられる場合も多數に存在する。更に又右の如く代理人の特定其ものを目的とする行爲の外に、他の事實若くは行爲によつて特定が生ずる場合もある。例へば出生と屆出とによつて父又は母の子に對する法定代理權が成立し、婚姻によつて民法第八百四條の夫に對する妻の法定代理權の成立を見るが如きは此場合に屬するものである。

右の特定行爲は、株式會社の取締役選任の如く契約である事もあるべく、[1] 一方行爲の場合も勿論多數に存在する。而して其が一方行爲である場合に、特定



せられたる者が之を拒絶し得るものと得ないものとがある。例へば破產管財人は之を引受くべき義務なきものと解せられて居るけれども、[2] 後見人は民法第九百七條の原因ある場合の外は其任務を辭す事が出來ない。特定行爲以外の事實によつて特定したる場合に於ても、例へば母たる親權者は子の財產に關して代理人たる事を辭する事を得るけれども(民法第八百九十八條)、父が親權者である場合には之を辭し得ざるものと解さねばならぬ。

特定行爲が法律行爲である場合に、此行爲に瑕疵あるときは、前に授權行爲の瑕疵に付て論じたるものに準じて解釋すべきである。其が裁判所の任命其他官廳の公法的行爲である場合には議論があるけれども、[3] 私は苟も官廳の行爲が「存在」したりと考へられる以上は、有效に取消されるまで效力を存續し、取消されたるときは取消の效果は既往に遡らざるものと爲すべきであると考へる。

併しながら、法定代理人たる人格が特定する事によつて、直ちに法定代理權が成立するものではない。之は此特定行爲と代理權授與行爲との間に存在する看過する事の出來ない相違點である。蓋し代理權授與行爲に在りては、代理權

の成立を欲すると同時に、原則として何人を以て代理人と爲すべきかを定めて表示するものであるから、代理人の特定は同時に代理権の成立を來たす事を原則と爲すのであるけれども、法定代理権は本人と代理人との間の特殊の法律關係の存在が其成立原因であるが故に、たとへ代理人となるべき人格の特定があつても、此者と本人との間に代理権の成立原因となるべき法律關係が發生しなければならない事は云ふまでもない。かくの如き法律關係は種々なる原因によつて成立する。例へば、破産管財人に在りては債務者の破産開始、後見人に付ては被後見人の後見の開始等を數へる事が出來る。從つて右の法律關係を發生せしむべき原因を缺ぐときは、特定行爲其自體が完全に爲されても、未だ法定代理権は成立する事なく、善意の第三者と雖もかゝる代理権を主張し得ないものと考へるのである。蓋し第三者に右の主張を許すならば、本人は他人(裁判所又は親族會等)の行爲によつて頗る迷惑を被むるに至り、第三者の保護に偏する結果を招くであらう。

二、法定代理権は原因たる本人代理人間の法律關係の終了によつて消滅する。



例へば本人が成年に達したること、禁治産の宣告の取消又は親權に服する子が他家に入りたる事等は右の法律關係を終了せしめ、從て代理権も亦消滅するのである。右は法律關係の原因たる事實が消滅したる場合であるけれども、此外にかゝる事實に變化なく、たゞ代理人たる人格の特定に異動を生ずる場合、例へば禁治産の存續中に後見人が交替するときにも、舊代理権は消滅し、新代理権が成立するものと見るべく、此際代理権の承繼なる觀念は許されぬ。(1) 更に又遺言執行人が遺言の執行を爲し了りたるが如く、目的とする事務の成就又は不成就の確定によつて消滅するものと解さねばならぬ。

民法第百十一條は法定代理権にも適用があるから、右の外に本人の死亡、代理人の死亡、禁治産又は破産も亦其消滅原因と爲すべきである。尤も不在者の財産管理人、遺言執行者、相續財産管理人、破産管財人等の代理権は彼等を設けたる制度の精神に鑑みて、被代理人の死亡は其消滅原因となり得ない解さねばならぬ。

法定代理権其ものゝ代理人による拋棄は、任意代理権の場合にかつて述べた

通り、代理權の一般本質上之を認める事が出來ないけれども、代理人と本人との間に成立する、代理權の成立原因となるべき法律關係から代理人の側に於て單獨に脫退し、從て代理權を消滅せしめ得るや否やは各場合に之を規定する法規に付て決定すべきであつて、一般的な標準を立てる事は出來ない。

三、法定代理權の消滅は之を以て善意無過失の第三者に對抗し能はぬ(民法第百十二條)。商事會社の代表社員、取締役等の代理權は其消滅を登記し且つ公告したる後に非ざれば、知り得べかりしと否とに拘らず善意の第三者に對抗する事を得ないし、登記公告後と雖も之を知らざるに付き正當の理由ある第三者に對しては其消滅を主張するを得ないのである(商法第十二條)。又民法第八百四條に定むる妻の代理權を夫が否認したる場合にも其消滅を以て善意の第三者に對抗し得ないのであつて、其善意に付き第三者に過失ありしや否やは問ふところでない。

親權者(民法第八百九十三條)、後見人(民法第九百四十一條)、遺言執行者(民法第千百二十二條)の任務終了に付ては何れも民法第六百五十五條を準用するが故に、彼等と本人との間の法律關係は其終了の事由が何れの一方に出でたるを問はず、之を其相手方に通知するか又は相手方が之を知るに非ざれば、其相手方との關係に於ては未だ消滅しない。故に代理權も亦此期間中は存續するものと解さねばならぬ。彼等には民法第六百五十四條が準用せられ、破產管財人に付ては破產法第百六十九條の規定あるが故に、任務終了の場合と雖も急迫なる事情あるときは、本人、其相續人又は法定代理人(破產に在りては、後任の破產管財人又は破產者)が其財產を管理する事を得るまでは、代理人、其相續人又は法定代理人に於て之を管理する事を要するものであり、從て之に關する代理權も亦存續し若くは新たに成立するものと解すべきである。

1) 商法第百六十四條第二項、松本氏會社法講義三四三頁。
2) Jäger, K O. § 78 Anm. 8.
3) Tuhr, § 34 S. 494 參照。
4) Tuhr, § 86 Note 53.

## 第三節　法定代理人の能力

任意代理に在りては、代理人が法律上行爲能力を有する事は其要件でなく、事實上代理行爲を爲し得る狀態に在るを以て足る事は前に述べた。蓋し此場合には、代理關係を發生せしむべきや否や、又如何なる者を代理人と爲すべきやを法律は專ら本人の意思に任かせてあるが故に、たとひ法律上行爲能力を制限せられ居る者と雖も、本人が自ら代理人たるに適せりと信ずるならば、之をして代理人たらしめる事を妨ぐべき理由は存在しないと云はねばならぬ。之に反し法定代理に在りては、法律が本人の意思と無關係に、代理關係並に代理人を定めるものであるから、苟くも本人若くは代理によつて利益を受ける者に對し、代理人として不完全なる者であつたが故に損害を被らしめると云ふが如き危險は成るべく之を避けるべきである。從て法律は多くの場合に於て、代理行爲を完全に爲し遂ぐべき特質を欠缺せる者は法定代理人たり得ざるものと爲して居る。

法定代理の此點に關する個々の法規は決して一樣ではない。親權に付ては特に規定を設けて居らないけれども、次に述べる後見人の資格と對應して考慮すれば、禁治產者、準禁治產者は親權者たるを得ないものと解すべきである。[1] 未成年者たる親權者の親權は其親權者又は後見人が之に代はりて行ふ旨の規定存するが故に（民法第八百九十五條、第九百三十四條）、未成年者と雖も親權者として子の法定代理人たり得べく、たゞ其行使を更に其親權者又は後見人が代行するものであると說く者がある。併しながら代理權は代理人の人格內に存する能力又は地位と考へる事の出來ない譯は私の屢々力說して居るところである。親權者たる者は子に對し種々なる權利義務を有する事は勿論であるが故に之等の權利義務を包括的に觀念して一の地位と考へる事は思惟の整理上有效であるであらう。けれども之と、彼の爲したる又は彼に向つて爲されたる意思表示の效力が直接に子に及ぶ原因たる代理權とは別個の觀念である。卽ち「地位」の代承と云ふ事は考へられるけれども、代理權の代行なる觀念は理論的に否定せられねばならない。或特定人が爲したる又は彼に向つて爲されたる意思表示の效力が直接に本人に及ぶや否やによつて、其特定人を代理人とする代理權ありや否やを定むべきである。此場合に於ても、親權者の親權者又は後見人が爲したる若

しくは彼等に向つて爲されたる意思表示の效力が直接に第一の親權に服する子に及ぶものとすれば彼等を代理人とする代理權ありと爲さゝるを得ないのである。從て第一の(未成年者たる)親權者は代理人に非ずとなすを正當とする。換言すれば未成年者は、親權者と稱する事が出來ても、少くとも子の法定代理人たるを得ないのである。

後見人に付ては民法第九百八條が明文を設け、未成年者、禁治產者、準禁治產者、破產者等から其被任權を奪つて居る。彼等を後見人として指定し(民法第九百一條)又は選定する(第九百四條)も其行爲は無效であつて、彼等の代理行爲は本人の爲め又は本人に對して效力を發生する事能はぬ。[2]

遺言執行者は無能力者又は破產者である事を許されない(民法第千百十一條)。茲に無能力者とは所謂制限行爲能力者をも包含するものである事は疑へないのである。

日常の家事に關し妻が夫を代理する場合には(民法第八百四條)、妻が行爲能力者である事が必要と爲さぬ。[3] 蓋し夫は何時にても妻の代理權を否認し得るが故に、代理人が未成年者等である爲めに彼に生ずべき危險は之を防止し得べく、敢て豫め完全能力者である事を要求する必要がないのである。

不在者の財產管理人、相續財產管理人、破產管財人等に付ては其能力に關する明文を欠缺して居るが故に解釋上疑問が生ずる。併しながら彼等が他人の財產を管理する職責上より考察して、自己の財產すら自ら完全に管理する能力なき者でも差支へずと爲す事は徐り法の不親切、無責任の謗を免れぬであらう。故に私は獨逸に於ける通說に從ひ、法人は勿論、未成年者、禁治產者、準禁治產者、破產者は其資格なきものと考へる。[4]

法人の理事は所謂意思機關であると云はれる程であるから、[5] 意思能力を缺ぐ者が選任せられ得ないのは勿論である。併しながら例へば未成年者の如く行爲能力を制限せられ居るに過ぎざる者は總て其資格ありと解さねばならぬ。Planck が理事たる事を承諾する爲めには其法定代理人の同意を要すと爲すことは、其が契約である場合には固より正當であるけれども、[6] 定款の規定上選任なる一方行爲によつて直ちに理事たる資格を獲得するが如き場合も存するから、かゝる

主張は一般論的には之を爲す事が出來ないのである。[7] 商事會社の代表社員又は取締役に付ても、右と同樣に解すべきであるが、破產者は商法施行法第百四十三條の明文によつて之より除かれて居る。

本人の行爲能力の欠缺を補ふ爲めに法定代理が存在するときに、本人自身が自己の法定代理人となり得ない事は自明の理である。法定代理の目的が、財產主體から特殊財團の管理を奪ふ事に在る場合と雖も同樣に云ひ得る。蓋し然らざれば制度の目的が喪はれるからである。此故に破產者は破產管財人たるを得ないし、[8] 相續人は遺言執行者たるを得ないものと謂はねばならぬ。[9]

1) 大審院明治四十四年十一月二十七日判決。法曹記事第十七卷第四號法曹會決議參照。
2) 法人を後見人と爲す事は出來ぬ (Planck, Komm. § 1789, 4)
3) Tuhr, § 86 S. 426.
4) Jäger, KO. § 78 Anm. 7; Kipp, a. a. O. § 117 I 8 參照。
5) 機關說の採るべからざる事は第一章第七節參照。
6) Planck, a. a. O. § 27, 3.
7) Oertmann, a. a. O. § 27, 2 b.
8) Jäger. a. a. O. § 78 Anm. 7.
9) 反對 Kipp, a. a. O. § 118 VII,

## 第四節　法定代理權と內部的法律關係

法定代理に於ても亦代理人と本人との間に內部的法律關係が存在し、代理人は之に基いて本人に對し權利を有し義務を負擔するものである事は任意代理の場合と同樣である。否、法定代理權は右の內部關係其自體を原因として成立するものであるから、後者が內部關係の存否に拘らず代理權授與行爲によつて成立する關係と異り、從て後者に於ては內部關係の存在は必ずしも其要件に非ざるに反し、法定代理と內部關係とは原則として不可分的に共存するものである と云はねばならぬ。尤も私は民法第百十條、第百十二條は法定代理にも適用せられ、よつて生ずる效力は代理權なる統一的概念中に入れるべきであると信ずるが故に、[1] 內部關係の基礎に立たざる法定代理權も例外として存在すると爲す者である。