慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	代理の制度と効果転帰
Sub Title	Die Fremdwirkumg und das Vertretergeschäft
Author	林脇, トシ子(Hayashiwaki, Toshiko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1975
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.48, No.9 (1975. 9) ,p.1- 30
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19750915-0001

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

代理の制度と効果転帰

林脇トシ子

一　はじめに
二　効果転帰を生ぜしめる行為
三　代理と私的自治
四　法定代理と任意代理

一

これまで代理についての議論は、民法の規定を基礎にして、もつぱらその技術的な側面に眼が向けられてきた。そこでは、民法九九条以下のいわゆる直接代理――これのみが代理として取り上げられてきた――において行為者と効果帰属者とが分離している点が強調された。すなわち、代理の効力の発生の基礎を代理人の代理行為に求め、行為の観点からは、効力要件として抽象化された代理権に考慮が払われないため、行為者＝代理人と効果帰属者＝本人とが分離する。(1) したがつて、この観点から行為者と効果帰属者の分離しないいわゆる間接代理は代理ではないことになる。しかし、行為者と効果帰属者の分

離（Fremdwirkung）といつても、これを広い意味で――他人の行為によつて終局的に本人の権利圏内に効果が及ぶと――捉えれば、間接代理もやはり Fremdwirkung の場合であるということができよう。とすれば、単に Fremdwirkung というだけでは代理の特質は説明されていないのであつて、その Fremdwirkung という言葉に特にどのような意味を附着させようとしているのかを示さなければならない。そのためには、代理に限らず従来の法体系ならびに現行法上認められる広い意味での fremdwirkende Handeln を挙げ、その中で代理の特質を理解することが必要となる。つまり、代理の制度の技術的な側面から出発するのではなく、代理の制度を生み出した必要に眼を向け、仮りにそれが Fremdwirkung を認めることにあるとすれば、これと同様ないし類似の必要に基く他の fremdwirkende Handeln との関連で、代理がどのようにして可能となつたのか――Fremdwirkung は近代法の拠つて立つ個人主義の基盤からは当然視することはできないから、そのような効果を持つことの根拠が問われる――、その根拠の下で、代理が他の制度とは異つていかに構成されているかを理解することによつて、始めて代理の制度の意味、限界が明かにされるであろう。

本小論では、このような意図の下に、他人の行為によつて終局的には本人の権利圏内に効果を及ぼす必要を中心に、まず、広く fremdwirkende Handeln を検討し、次に、その中で現行法上代理が制度として成立することがどのようにして可能であつたのか、特に私的自治との関連でこれを考えてみたい。この二つの考察を基礎にして、代理が他の同様の必要から生まれた制度に対していかなる特徴を持つて構成されているかという代理の構成の細目については、稿を改めて他日論ずることにしたい。

（1）林脇・代理理論における本人行為説と代理人行為説のもつ意味・法学研究四五巻二号（昭四七・二）、特に二参照。

二

1　まず、法律事実のいかなる分野で fremdwirkende Handeln が問題になるかを検討する。

(1)事件　事件は人の精神作用を要しない法律事実であるので、ここでは、行為そのもの、したがつて fremdwirkende Handeln も問題にならない。

(2)内部的容態　他人に効果の及ぶ行為に関連して、或る事実の知、不知、内心的意欲の存否等、人の内部的容態が問われるとき、行為者のそれが問題となることがある（民一〇一Ⅰ。以下、特に表示のない場合は民法の条文を指す）。しかし、内部的容態は独立して法律要件とはならず、他の法律事実において fremdwirkende Handeln が問題となるときに、それとの関連で取り上げられる。

(3)不法行為　不法行為においては、行為者が効果を欲したか否かにかかわらず法上の効果が発生するのであつて、それは行為者自身に発生する。この意味で fremdwirkende Handeln は問題にならない。もつとも、ここで何故行為者自身に効果が発生しなければならないのか、行為者とはいかなる者かをめぐつて論議の余地はあろう。行為者自身に効果が発生する点は、行為者を一般には他人の道具とは考えないから、行為した以上は（判断能力を欠く場合は別として）余人ではなく行為者が法の評価である効果を受けるべきものと考えているのであろう。行為者は誰かの問題をめぐつて、たとえば七一九条二項は他人の不法行為の教唆について、教唆者は直接損害を惹き起す行為をしているわけではないが、教唆したことによつてその相手方が不法行為を行つたときは、教唆したことの責任について共同不法行為者と看做しており、これは自己の行為に基く責任である。これに対し、七一四条、七一五条の規定する責任無能力者の監督者の責任、使用者の責任は、他人の不法行為をもとにして監督者、使用者が効果を受けるのであるから Fremdwirkung に関する場合ではないかとも考えられ

る。沿革的には、ゲルマン法上、他人の行為に対する責任も広く承認されていた。この立場は、今日でもフランス民法に残つているが（一三八四条。但し、一九三七年四月五日法同条七項で免責を認める）、ドイツ民法は、上述の個人主義的賠償理論の下に、監督義務者、使用者が監督義務、選任、指揮上の義務を怠らなかつたことの証明により責任を免れるとすることによつて、他人の行為を与件としながら、監督義務、選任、指揮上の義務を怠つたという自己の行為に基く責任という観点から規定している（八三二・八三一条）。日本民法もこの立場を受け継いでいる。

(4)非表現行為　占有代理人による占有権の取得（一八一・一八二Ⅱ・一八三・一八四）、先占（二三九）、拾得（二四〇）、発見（二四一）、加工（二四六Ⅰ但・Ⅱ）、事務管理（六九七以下）等。この分野で、たとえば、使用人が主人のために物を加工し、その結果主人が物の所有権を取得するという Fremdwirkung が発生する場合がある。この効果は、使用人の行為のみに基くものではなく、使用人の行為の結果が主人に帰属するとされる法律関係が存在することに基いて発生する。また、事務管理においては、義務なくして為す他人の事務の管理から本人の生活圏内に一定の結果が及ぶことがあり、事務管理は一種の fremdwirkende Handeln ということができる。さらに詳しくは、①管理者の事実上の行為によつて生じた本人の生活圏内での事実上の変化については本人はこれを受けざるをえない。②管理者の為す新たな債権債務を発生させる法律行為によつて、当然に本人に債権債務が帰属するものではない。しかし、管理者と本人との間に終局的には本人に効果が及ぶことになる債権債務の発生を認めている（七〇一条、七〇二条二項で委任の規定〔六四五―六四七・六五〇Ⅱ〕を準用している。たとえば、管理者は取得した権利を本人に移転することを要し、負担した債務を本人に弁済させることができる）。③管理者が本人の財産の処分行為を行つたとき、処分の効果は当然に本人に発生するか。これは、法が事務管理を法上の制度として認めたときにどれだけの効果を予定したかの問題である。法は、他人の事務に関与することを少くともすべて無用のこととして違法視することはしなかつた。そこで本人は事務管理と認められる範囲では委託しないにもかかわらずたとえば費用を償還しなけれ

ばならないという債務を負うが（七〇二）、そのような債務からさらに進んで、法は事務管理の権限といったものを管理者に予定したか。[1] これを予定していないとすれば、他に処分の権限がない限り（或は後に追認がなされない限り）、管理者の行為により当然に本人に処分の効果が生ずることはない。

(5)非法律行為的表現行為　この分野に分類される中でも、感情表示については合理的な思考に基くものとしての代替可能性がないから、その表示から生ずる効果は行為者その人にのみ帰属するのであり、Fremdwirkung は持たない。これに対し、観念通知、意思通知においては他人の行為の結果が本人へ及ぶことが可能である。

(6)意思表示　上出の観念通知、意思通知と、この意思表示を含めて、合理的な思考を基礎にする表現行為は、或る人のために代つて行うことが可能であるから Fremdwirkung を持ちうる。したがつて、意思表示といつても、必ずしも合理的な思考の結果としてのみ決定されるのではない婚姻その他身分上の行為については（さらに形式的要件の問題も加わつて）、Fremdwirkung の可能性はない。

以上、いくつかの例にみたように、fremdwirkende Handeln は、これを広い意味で――その効果が行為者の意思に関連するという点を問わずに――把握すれば、意思表示を中心とする表現行為に限らず、[2] 事実的な非表現行為においても存在し、さらに不法行為についても Fremdwirkung はかつて認められ、現在でも認められる余地がある。しかし、表現行為を除いては、行為者の意思ないし行為に効果転帰の原動力があるのではなく、それは効果転帰の与件に過ぎず、行為者と本人との間の法律関係または事実関係が重要な意味を持つ点に特徴がある。すなわち、法の評価による Fremdwirkung の場合ということができる。[3] これに対して、表現行為においては、人の意思による Fremdwirkung が問題となるが、ここでは、それをいかなる範囲で認めるかの価値判断にかかわることになる。つまり、本人の決定に基いて他人が表現行為を行うだけか、決定自身も他人が行いうるのか、或はそれが全く本人の関与なしに行われうるのかなど、特にここで、代理と他の

fremdwirkende Handeln との比較が問題になる。

2　次に、1で最後に述べた観点から、個々の fremdwirkende Handeln の形式の中で、行為者はいかに行為し、効果はいかなる径路で本人に帰属するかについて検討する。

(1)直接代理（以下、単に代理という）と間接代理　代理においては、代理人により為され或は受けられた意思表示を要素とする法律行為の効果が、直接、本人の権利圏内に発生し、代理人の権利圏内には接触を生じない。要件として、代理人或は相手方は本人のためにすることを示して行為することを要し、その効果発生のためには代理権が存在しなければならない（九九）。間接代理においては、間接代理人によつて自己の名で為された法律行為の効果がまず間接代理人の権利圏内に発生し、同時に、間接代理人と本人との間に為されている合意等の内部関係に基いて、間接代理人はその法律行為によつて取得したものを本人に移転する義務を負担し、かつこの行為によつて負担した債務を本人に引き受けさせて免責を受けさせる権利を取得する（間接代理として規定されているわけではないが、問屋について、商五五一以下）。第二段の法律行為として、間接代理人と本人との間で、物の引渡、債権譲渡、債務引受等が為されることにより、終局的に本人の権利圏内に変動が生じる。[4]

代理ならびに間接代理における本人の利益状態を考えると、いずれも終局的には本人に効果の帰属することが目的とされるが、代理では本人の信用に基いて代理人が行為できるのに対し、間接代理においては、むしろ他人（間接代理人）の信用を利用し、[5]或はその行為につき本人が名を顕わしたくないとき、また本人が事情により代理権を授与できないときにも、この方法をとりうる。代理も間接代理も、意思表示ないし法律行為[6]について規定されている。非表現行為については、代理、間接代理ともに問題にならず、[7]観念通知、意思通知については、代理の規定が類推されるとするのが多数の見解である。[8]

(2)使者　使者とは、本人がその意思表示を第三者に伝達させ、或は第三者から意思表示を受けさせるために他人を使用する場合、その使用される他人が使者である。代理人と使者との差について、使者とは極端に特定づけられた代理権を有す

る代理人であり、代理人はその裁量の余地を多分に有する使者であるとして、程度の差とする見解もあつたが[9]、現在、制度としては、代理は外部的に相手方に対する関係では代理人が意思決定したものとして現われる点に特徴があり、これに対し、使者の為す意思表示は本人の意思表示として伝達されるところに差異がある[10]。代理においては代理権の存在が効力要件であるが、使者の地位は使者に対する本人の委託に基く。使者は意思表示の伝達に限らず表現行為である他の意思通知、観念通知にも同様に用いられるし、また身分上の意思表示も使者によることは可能である。それは使者が本人自身の表現行為の一つの方法として使われるからである。

(3)代表機関[11]　法人の代表機関は法人の名で行為し、効果は法人に帰属する。この形からして民法の規定は法人の代表機関について「代理人」という言葉を使用する場合があり（四四。五四条、五七条では「代理権」。但し、五三条本文では「代表ス」と規定している）、学説の中にも代表機関を本人の代理人であるとするものもあるが[12]、多数の見解はこれを法人を代表するものと理解する。擬制法人の場合を除いて、法人は一定の組織を持つて法人自身が活動する点に着目して権利能力を与えられたものである[13]。したがつて、機関の活動は本人である法人そのものの活動として構成され、この意味で機関の活動は法人にとつて fremdwirkende Handeln に当らない。この点で代理と異る。ただ、その組織が法人から独立の自然人によつて構成される点で、行為の形式において代理の構成が類推される。

(4)第三者のためにする契約　第三者のためにする契約においては、行為者が自己の名で結ぶ契約による法律関係が行為者の間に成立する点で、行為者が本人の名で行う法律行為より生ずる関係が本人との間で成立する代理と区別される。つまり、形式的にみれば、代理において代理人によつて行われる法律行為のすべての効果は本人に発生するのに反し、第三者のためにする契約にあつては契約より生ずる特定の権利のみが第三者に帰属し、その他の権利および義務はすべて行為者＝契約締結者の権利圏内に発生する（五三七I、商六四七等）。代理においては代理権の存在が効力要件であるが、第三者のために

する契約においては第三者の権利の発生を第三者の債務者に対して為す受益の意思表示にかける場合（五三七Ⅱ）とそのような受益の意思表示を要せず第三者の権利は当然発生するとする場合（信託七本、商六四八・六七五Ⅰ本）とがある。

(5)授権（Ermächtigung）ならびに追完（Konvaleszenz）　わが民法には規定がないが、ドイツ民法一八五条の規定[14]にならつて、わが民法上も授権ないし追完の観念によつて説明することの妥当な場合を見出す見解がある。主として判決例を中心に問題となつているものに次のような場合がある。

(a)非権利者の処分行為と権利者による追認の場合[15]　註記の判決①は、原審判決が事例は無権代理の場合ではないから追認によつて遡及効は生じない（一一三・一一六参照）としたのに対し、無権代理の追認を拡張して遡及効を認めた。その根拠は、追認する本人の意思によれば追認の対象となる処分行為を始めから有効にしようとするものであるとして、当事者の意思のままに遡及効を認める。これに対し、この判決の評釈および同様に一一六条の類推により追認の遡及効を認める註記の判決②についての評釈の中には、このような事例はドイツ民法一八五条二項一文の追完の場合であるとするものがある（追完説）。すなわち、追認の遡及効を形式的には無権代理の追認の類推に求めるが、この場合と無権代理との共通性を処分権能の欠如に求め、この場合の処分行為は行為者が目的物につき処分権を持たないために無効であり、権利者の追認は処分権能の実現を行為者に委ねることで、その結果、処分権を欠いていた行為は処分権を備えることになつて有効となるとする。

(b)無権代理人の本人相続の場合[16]　註記のいずれも結果的に無権代理行為を有効とする判決例について、学説はその根拠づけとして、たとえば、本人と無権代理人の資格が同一人に帰するから、本人が自ら法律行為を為したのと同様の法律上の地位を生ずる点に求め（資格融合説）、或は無権代理人が本人を相続したことにより本人として追認拒絶するのは信義則に反する点に求めて（信義説）、無権代理行為を或は当然有効とし或は追認を拒絶することができない結果有効となるとする。これと並んで、行為者は事後的に目的物についての処分権を取得することから、ドイツ民法一八五条二項二文と同様のところに

有効性の根拠を求めるものがある（追完説）[17]。

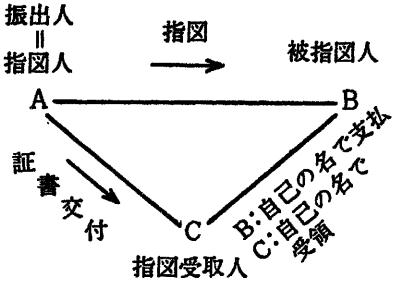
(c)本人による無権代理人の相続の場合[18]　(b)の場合と同様に資格融合説によれば有効性が根拠づけられるが、信義説では、無権代理人が本人を相続した場合と異つて、本人が無権代理人を相続した場合には、追認拒絶が直ちに信義則に反するとはいえないとされ、したがつて有効性は直ちに根拠づけられない。註記の判決①は、原審が無権代理行為は有効となるとするのに対し、本人の追認拒絶は信義に反しないから無権代理行為は相続により直ちに有効となるものではないとして破棄差戻した。これに対し、註記の判決②は、無権代理人の為した連帯保証契約につき、無権代理人を相続した本人は無権代理行為の追認を拒絶できる地位にあつたことを理由に無権代理人の負う損害賠償債務を免れることはできないとする。

(d)非権利者の処分行為の後に権利者が処分行為者を相続した場合[19]　ドイツ民法一八五条二項三文の場合に該る。註記の判決①は、原審が非権利者の処分行為につき行為者を相続した権利者が所有権移転の意思表示をしない限り相手方は所有権を取得できないと判示したのに対し、処分行為者の相続人である権利者は、相続により処分行為者の移転義務を継承し、かつ本来その物の所有権を有するから、その物は何らの意思表示を要せず相手方の所有に移転するとした。同じく②は、売主および事後にその相続人となつた者の共有不動産が売買の目的とされた場合に、相続人は売買契約成立当時この不動産に持分を有していたからといつてその持分についても売主の義務の履行を拒みえないとした。これに対し、③は、相続人となつた権利者は、売主の義務を承継しても、相続前と同様その権利の移転につき諾否の自由を保有し、信義則に反すると認められるような特別の事情のない限り、売主としての履行義務を拒否することができると判示している[20]。

ここにみられる授権ないし追完理論においては、処分の効果だけが直接本人＝所有者から相手方に生じ、行為から生ずる債権債務の関係は処分行為者と相手方との間に生ずる（この点で相手方には何ら不利益は生じない）のが本来である。つまり、ドイツ民法の処分の授権（Verfügungsermächtigung）（ド民一八五Ⅰ）、追完（同Ⅱ）の場合はともに、処分の効果を生ずる原因

関係は常に相手方と処分行為者との間に成立し、物の所有者はこれと無関係であつて、ただ処分行為者の出捐の有効要件としてこれに同意を与え、或は処分行為者による処分権の事後的な取得が処分の有効要件となるにすぎない。この点で、授権ないし追完と代理とは異る。そこで、非権利者の処分行為の追完ばかりでなく、無権代理行為が有効となるかの問題を含む上出の(a)～(d)の場合に、わが民法上この追完理論をとる立場によつても、(a)の追認以外の事由による場合は、常に無制限かつ自動的に追完されるのでは不都合であると認められている。[21] たとえば、無権代理人が本人を相続するが共同相続の場合、無権代理人が無能力者であつたり、相手方が代理権のないことについて悪意或は有過失であるため、無権代理人の責任を問いえない場合（一一七Ⅱ）等である。[22] さらに、一般に授権ないし追完について、処分授権ないし処分行為の追完に限られるか、債務負担授権ないし債務行為の追完も認められるかについては、ドイツにおいても議論がある。ここでは特に相手方について不利にならないかの考慮が必要である。[23]

(6)指図（Anweisung）　民法は四六九条以下に指図債権に関して規定を置いている。この民法上の指図債権を表彰する指図証券は特定の者またはその被指図人を権利者とする旨（指図文句）が証券面に記載されている有価証券である。この場合の指図は、権利者の確定についての方法、つまり、証券の振出行為に関係なく、成立した証券上の債権を被指図人に譲渡することが可能で、譲渡（の対抗）に特別の通知を要しない（指名債権についての四六七条に対し、四六九条参照）とするものである。[24] これに対し、指図という法律用語で「金銭、有価証券またはその他の代替物を第三者に給付すべきことを他人（被指図人）に指図する証書を第三者に交付したる者あるときは、その第三者（指図受取人）は自己の名をもつて被指図人より給付を受領する権限を有する。被指図人は指図人の計算において指図受取人に給付をなす権限を有する」場合を示すことがある（ド民七八三以下）。わが民法上このような規定はないが、制度上、為替手形および小切手の振出行為の本質は指図であるとするのが通例である。左図の例で、BがCに給付するとAの権利圏内に影響が及ぶ（AはBに対し債務を負担することになる等）



が、BがCに給付をするか否かは指図とは別問題である。A、C間では証書交付に際してCはBから自己の名で受領しそれを自己のものとしてよいという合意が為されている（A、C間の新規の権利設定、或は既存の権利消滅等の合意）。通説は、この関係を、指図人と被指図人間の支払授権、指図人と指図受取人間の受領授権の二重の法律関係があるとする（二重授権説）[25]。

(7)直接、法によって規定されている fremdwirkende Handeln の例として、債権者代位（四二三）、債権者取消（四二四）、第三者の弁済（四七四）がある。上述の(1)、(2)および(4)から(6)までは、その権利圏内に変動を受ける者の意思が関係する（目的である権利の取得による追完の場合に一部問題か残る）場合であるのに対し、この(7)は直接、法によって規定され、変動を受ける者の意思にはよりえない場合である。すなわち、四二三条によれば、債権者は自己の債権を保全するためその債務者に属する権利を自己の名で行使することができ、その結果債務者の権利に変動を生ずる。法によって或る人に属する権利の行使の権限が他人に与えられている場合である。また、四二四条によれば、債権者は債務者がその債権者を害することを知って為した法律行為の取消を自己の名で裁判所に請求することができ、その結果債務者の為した法律行為は無効となる。これは、法によって法律行為の取消権という形成権能が法律行為の当事者以外の者に与えられ、これによって当事者の法律行為の効力が左右される場合である。さらに、四七四条によれば、債務の弁済は第三者が為すことも可能であるとして、第三者が弁済することによって本人の債務の消滅することを認めている。この効果は当事者が反対の意思を表示したときは発生しないが、利害関係を有する第三者は債務者の意思に反しても弁済することができる（四七四Ⅰ但・Ⅱ）。

これらはいずれも、第三者の法的地位（その利益保護）に着目して、法が或る場合は本人に属する権能の行使を第三者に認め、或る場合は本人と並んで第三者に本人の法律関係に対する形成権能を認めている。このことは、本人の法律関係に第

三者は絶対に関与できないというのではなく、法が本人および第三者の利益状態を考慮した上で、第三者に本人の法律関係に関与することを認める場合がありうることを示している。しかし、逆に、このような法の規定なしには、本人の意思によらずに第三者が本人の法律関係に関与することは認められない。

また、明文の規定はないが、法定的に次の効果が認められている。先に本人の委託に基く受領使者を挙げたが（前出、使者参照）、これに対し、本人の委託なしにその者の受領が本人への到達とみられる場合がある。意思表示その他の表現行為が信書の形で、或は口頭で為される場合に、本人の住居もしくはその近辺において同居の親族や家事使用人にそれが渡され、或は告げられたときに、その者が事実上それを本人のために受領するものであることを理解しうる能力を有する限り、本人への到達があったと解される。つまり、本人の郵便受函に投入されたのと同じ程度の本人の了知可能性が生じたものとして、同居の親族、家事使用人の受領が位置づけられる。[26]

履行補助者　債権は債務者の給付を目的とするが、必ずしも債務者自身が行為しなければ目的を達しえないというものではなく（これを禁止する場合：一〇四・六二五Ⅱ・六五八Ⅰ・一〇一六Ⅰ）、給付が為されたという結果が得られればよい場合が多い。そこで、債務者自身がしない限り債務の本旨に適した給付を為しえない場合を除いて、債務者は履行補助者の行為によって債務を免れることがある（その反面、履行補助者の故意、過失は債務者の故意、過失と同視される。商五六〇・五七七・五九〇・七六六・五九二・六一七等）。

(8)撤回できない代理権　ドイツ民法一六八条に認められているもので、一般に本人の利益に向けられた代理権――始め代理権はそのようなものとして成立した――は、本人によって自由に撤回されうるのに対して、代理権の不撤回性は、代理人が本人の意思に反しても自己の意思にしたがって法律行為の規制の面で固有の地位を持つことを意味する。ドイツにおいて、不動産の転売の場合に（A→B→C）、中間の費用（物権行為としての登記の）を避けるため、BはAの代理人としてCに

売る形をとることが行われ、BはAから不動産処分のための撤回できない代理権を得る（Aはこれによって[27]Bに自ら履行を実現する力を与える）、或は債権取立のための撤回できない代理権が与えられる（債務者Aが債権者Bに対して第三債務者Cに対する債権取立の代理権をBの債権の担保のために或はAの債務の履行のために与える場合、債権者＝代理人に弁済を実現する固有の力を得させる意味を持つ）場合がある。本人の利益に向けられた代理では代理人は本人の意思を担わなければならず（後に述べるように私的自治の原理に基く法秩序において、本人に対し代理人の独自の地位を認めない）、この意味で代理権は本人により自由に撤回されうる。しかし、代理の法的構成は、その原初的な内容と異って、代理人の利益の実現のためにもまた利用されうる。このような内容を持った代理権が法的に認められるか否かは実定法の問題である。そして、代理人の利益のための代理権にとって、代理権がその意義を果たそうとするならば、不撤回性の要請は自明のことである。撤回できない代理権授与は撤回可能な代理権授与に対して「後から形成された法律行為」である。撤回できない代理権は、代理人に独自の力を与えるが、代理人が本人に対しその行為の実行を請求できる場合であるならば、私的自治の原理の下においても、代理人が自身で、本人の意思に反して、本人が撤回できない代理権の授与によって開始したその行為の実行を完成することが許されるのは疑いない。撤回できない代理権は、代理権がその履行のために奉仕する請求権の属性（附属物）とみられる。[28]

（1）於保不二雄・事務の他人性――事務管理における、いわゆる主観的他人の事務を中心として――（昭一二・六）・財産管理権論序説所収一九三頁以下は、事務管理において管理者に事務処理の権限を認める。

（2）観念通知、意思通知、意思表示のように合理的な思考に基いて行われる表現行為については、意図的に他人が代って行うことが可能である。ここに、意図的なfremdwirkende Handelnの典型がみられる。

（3）たとえば、不法行為の領域では、もともと行為者が自己の意思に基いて効果を受ける分野でないだけに、他人の行為に基く責任も考えうる。これを認めるか否かは、法が要件として何を適当とするかの問題となり、他人の行為を要件として或る人に責任を負わせるのを適当とすれば、この結果が生じうる。また、非表現行為のうち、たとえば他人の労務により本人に効果が帰属する場合を考えると、労務の従属性の下にこの効果が認められる。これは、個別の雇傭契約における個々の当事者の意思の内容として認められるのではない。つまり、当事者は労務の提供の結果がどうなるかまで合意しているわ

けではなく、労務を提供し対価として賃金を受け取ることが合意されているだけである。その労務が制度的に使用者の支配範囲に組み入れられるものとするとき、この効果が認められる。このようにして、これらは、法の評価によるFremdwirkungということができる。

(4) 契約に基く他人の事務の処理の場合、たとえば委任において、特段の事情がなければ、行為者はこの間接代理の方法でその目的を達する。

(5) 積極的に他人の信用を利用するわけではないが、制度的にこれが余儀なくされる場合がある。たとえば、株式取引においては、取引の円滑を狙つて取引できる者の資格を制限し、決済もその間で済ませる（証取二Ⅷ2・3・二八・一二八）。このような株式取引の制度上の制約から一般人の株式取引は間接代理の方法をとることになる。したがつて、ここでは、そのような制約を除けば、顧客と証券取引業者との委託の関係に基き代理として構成することも可能である。そこで、このような間接代理では間接代理人の取得した効果はなるべく早く確実に本人に帰属させる工夫が為されることになる。

(6) 規定の形式からいえば、民法九九条は意思表示について代理を規定し、商法五五一条以下は問屋営業という法律行為を為すを業とする場合について間接代理を規定している。

(7) 占有代理人による占有権の取得について、その要件につき、通説は、通常の代理の要件にならつて、代理人による所持、代理人の本人のためにする意思、代理権関係を挙げるが、ここで代理人の本人のためにする意思が必要であるかは疑問である。

(8) 観念通知、意思通知のような非法律行為的表現行為について代理の規定の類推を認めないものに、Alfred Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft(1907), §§177, 188, 165がある。Manigkによれば、ここでは使者ないし補助者の行為のみが問題となる。これに対し、ここで代理の規定の類推を認めるとき、通常の代理と同じく代理意思の表示（代理人の効果意思として把握される）を要するのか、それとも通知の基礎となる法律関係ないし事実関係の指示でよいのか、また通常の代理における代理権に相当するものをいかに理解するかの問題が生ずる。

(9) F. C. von Savigny, Das Obligationenrecht, Bd. Ⅱ(1853), S. 57 ff. この見解は、代理においても行為者は本人である、つまり最終的な意思決定は本人により為されており代理人はその Träger にすぎないという理解と関連している。

(10) 本文に述べたところは積極代理、積極使者についてであるが、これに対し、消極代理、消極使者の差異はどこにあるか。代理人、使者に対して相手方から意思表示が為された場合には、いずれの場合にも直ちに本人のために効力が生ずる（使者に為された場合にもそれによつて本人に到達したとされるから）点は同じである。使者に対して為される場合には本人の能力が問題となる点が異るか。

(11) 法人の代表機関に限らず法人の機関一般の問題であるが、ここでは代表機関のみ取り上げる。

(12) 川島武宜・民法総則（法律学全集・昭四〇・一〇）一二二、一二七―一二八頁。古くは、大西耕三・代理の研究（昭三・八）一四四頁によつて、法人の機関が法律行為（法律的行為を含む）を為す場合について機関は法人の法定代理人であるとされる。

(13) 林脇・法人擬制説をめぐつて・法学研究四四巻三号（昭四六・三）、特に三四〇頁以下参照。

(14) ドイツ民法一八五条「非権利者が目的ニ付為シタル処分ハ、権利者ノ同意ヲ得テ為シタルモノナルトキハ、之ヲ有効トス。／権利者ガ処分ヲ追認シタルトキ、又ハ処分者ガ目的ヲ取得シタルトキ、又ハ権利者ガ処分者ヲ相続シ且遺産債務ニ付無限責任ヲ負フトキハ、其ノ処分ハ其ノ効力ヲ生ズ。／後ノ二ツノ場合ニ於テ、目的ニ付互ニ相容レザル数個ノ処分ヲ為シタルトキハ、最初ノ処分ノミ其ノ効力ヲ生ズ。」

(15) ①大判昭一〇・九・一〇民集一四巻一九号一七一七頁、②最二小判昭三七・八・一〇民集一六巻八号一七〇〇頁。

(16) 大判昭二・三・二二民集六巻三号一〇六頁、大判昭九・九・一〇民集一三巻二〇号一七七七頁、大判昭一三・一一・一六民集一七巻二二号二二一六頁、大判昭一七・二・二五民集二一巻四号一六四頁、最二小判昭四〇・六・一八民集一九巻四号九八六頁。

(17) 同様にドイツ民法一八五条二項二文に規定するところに相当する事例として無権代理人が無権代理行為の目的である権利を取得した場合がある。①最一小判昭三四・六・一八民集一三巻六号七三七頁、②最三小判昭四一・四・二六民集二〇巻四号八二六頁。②の判決は、無権代理人が本人所有の不動産を売り渡す契約を締結した後本人からこの不動産の譲渡を受けて所有権を取得した場合、相手方が一一七条にいう履行を選択したときは、売買契約は無権代理人自身と相手方との間に成立したと同様の効果を生ずるとしている。

(18) ①最二小判昭三七・四・二〇民集一六巻四号九五五頁、②最三小判昭四八・七・三民集二七巻七号七五一頁。

(19) ①大判大一一・六・二九新聞二〇三一号一七頁、②最二小判昭三八・一二・二七民集一七巻一二号一八五四頁、③最大判昭四九・九・四判例時報七五三号三頁。

(20) 本文に挙げた場合と反対に、非権利者が処分行為の後にその権利を取得し、或は権利者を相続した場合（ドイツ民法一八五条二項二文に該る）については、大判大八・七・五民録二五輯一二五八頁。

(21) 注釈民法(4)・総則(4)一一九条の注釈（奥田昌道）二五九―二六〇頁。

(22) 本文に指摘の場合は、いずれもドイツ民法にいう追完の場合の類推が及ばない。たとえば、共同相続の場合についていえば、追完は処分者が全面的に処分権を取得する場合であるのに、この場合無権代理人は目的物につき持分権しか取得しない。また、無権代理行為が一一七条二項に該る場合は、無権代理行為自体に瑕疵或は責任発生を妨げる事由があるから、たとえ処分権が備っても当然にその行為が有効となるものではない。さらに、ドイツ民法にいう追完に該当する場合についても、追完理論で説明することが適切であるかは疑問である。特に、一八五条二項三文の場合につき追完を認めるべきか、註（19）記載の③の判決の影響が注目される。

(23) L. Enneccerus-H. C. Nipperdey, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 2. Halbband, § 204 I 3b; Werner Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Bd. II (Das Rechtsgeschäft), § 57 Id は債務負担授権を認めない。授権については、伊藤進・授権（Ermächtigung）概念の有用性――ドイツの学説を中心として――・法律論叢三九巻四・五・六合併号（昭四一・三）三七三頁以下参照。

(24) 本文に述べたような一般的な理解に対し、異説、安達三季生・指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾――付、指図及び手形、小切手の新たな構成への試み――法学志林五九巻三・四合併号（昭三七・三）三三頁以下、六〇巻一号（昭三七・九）三一頁以下、六一巻二号（昭三九・二）三一頁以下は、この場合も債務者の処分授権として捉える。

(25) 二重授権といわれるものの中の一つ（支払授権）は、Aの一方的な意思によって自己の権利圏内に変動を及ぼす地位をBに与える意思表示であるということができる。特に相手方に不利益を及ぼさない限り、このような意思表示に効力を与えることは私的自治の原理から認められてよい。また、この意思表示はBに或る地位を与えるだけであるから、Bに向けて為される必要はない。ただ、内部的にAとBとの間にいつどのような関係が形成されるか

は、これとは別問題である。Aは授権と同時に内部的にBの行為によつて生ずる債務を負担すること、それはBの行為によつて生じてよいという意思を表示しており、Aの意思表示が証書呈示によつてBに示され、Bが指定の行為を為すことによつて契約が締結される（五二六Ⅱ）。これに対し、A、C間の関係を受領授権と解するかについては答えを留保する。授権および追完一般については別の機会に検討したいと思つているが、その際、この指図も含めて検討したい。ここでは、指図について、大西・前掲一六二頁以下参照。

(26) ここでは、一定の事実関係ないし身分的な法律関係の存在により、法律上当然に受領権限があるとされるのであるが、意思表示の受領に限らず、かつてローマ法上、奴隷、家子の行為により主人、家父が効果を受けた。主人、家父は権力関係に基き、奴隷、家子の行為から生ずる利益を獲得し、これより生ずる不利益もまた負担するもので、主人、家父を行為の当事者とする契約の効果ではない。

(27) Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., § 186 Ⅳ 2cはこれを認める。

(28) 撤回できない代理権については、vgl. Flume, a. a. O., § 53.

三

上述のように広い意味で或る行為が Fremdwirkung を持つ必要があり、また、現実にそのような効果を持つ制度が認められてきた。そのそれぞれについて Fremdwirkung の根拠が検討されなければならないが、[1] その中で特に代理は、他の fremdwirkende Handeln に対して、代理人が本人のためにすることを示して行為する（或は相手方の本人のためにすることを示して為す行為を受ける）ことにより直接本人にその法律行為から生ずるすべての効果が帰属する点で、特徴を有する。ここでは、まず、代理行為によつて本人に帰属することになるすべての効果は本人にとつてあらかじめ見通しがつくとは限らない。Fremdwirkung の根拠として代理権が必要とされるが、代理権の抽象化によつて代理人の行為は本人の現実の意思のままにはならない。ここから後述のように代理行為によつては代理人の私的自治が実現されるという見方が生じる。この現象は肯定されなければならないが、[2] これが事柄の本筋として認められてしまつてよいのか。代理の制度は、代理行為によつては現実に必ずしも本人の意思のままにならないことを承知しながら、代理の制度を利用するか否かの選択が本人に委ねられているところに意味がある（任意代理に対し法定代理をいかに考えるかについては後述）。この意味で代理行為はなお本人の

私的自治の展開と考えられるべきではないか。次に、代理行為においては他の fremdwirkende Handeln と異つて、とりわけ、相手方の立場が考慮されなければならない。すなわち、代理行為によるすべての効果が本人に帰属する、したがつて債務を負うのも本人であるから、本人のためにすることの表示は代理人が行為しながら本人の規範設定行為であることの宣言であると同時に、相手方に当事者となる者が誰であるかを知らせる意味で必要となる。このような代理の制度は、現行法の体系の中でどのような根拠から置くことが可能となつたのか。特に代理の認められる理論的根拠を考える上で問題になるのは、私的自治の原理との関係である。「何人も自らの意思による以外権利を取得し義務を負担せしめられることはない」という標語が a priori の原理を示しているとすれば、他人の意思に基く他人の行為によつて本人が個別的に承認を与えずに効果を受けるのは、この a priori の原理に反し認められない、或はこの場合にも本人自らの意思に基いているものとすることによつて始めて認められることになる。そこで、まずここに、私的自治の原理について必要な限りでの考察を加えてみたい。

〔意義〕 私的自治とは、自らを拘束することになる規範を自ら樹て、その結果として自ら効果を受けることである。したがつて、私的自治に則つてふるまう当事者とは、①単に或る効果を受ける者と同じではないし、また、②その行為より生ずる効果を受けるという形での責任を伴わずに単に行為する者と同じでもない。すなわち、①人は他人の行為によつても見通しのつく個別の効果であれば、通常不利と考えられないものについては、これを受けることが認められている。たとえば上出の第三者のためにする契約の場合である（五三七）。この場合にも、効果のうち、義務を負わせることはできない（五三七Ⅰ参照）。権利についても受益者の承諾を要するとするか（五三七Ⅱ）、不要とするかは（信託七、商六四八・六七五Ⅰ）、立法政策上どちらの判断も可能であろう。この場合には、契約締結者が自らの規範を樹て受益者はそこから生ずる効果の一部を受けるだけであつて、私的自治が実現される当事者は契約締結者である。つまり、人は自ら規範を樹てるのではなしにたまた

ま他人の行為によつて或る効果を受けることが現実にあるが、それは、その効果を受ける者について、その者の私的自治が実現されたとはいえない。②このような個別の効果に対し、その行為から生ずるあらゆる効果、というよりはその効果の基礎となる規範そのものを他人のために勝手に樹てることはできないし、それが行為者の私的自治と観念しうるかといえば、それは否定されなければならない。つまり、単に行為することがすべて行為者の私的自治であるわけではない。他人のために行為しているというときは、自らのために責任ある規範を樹てているのではない。このとき（他人のために勝手に行為しているというのであれば、その他人に効果が及ばないと同時に）行為者について問題になるのは、規範の内容に基いてその効果を受けるという責任ではなしに、意識して行為しているのであるから、行為したことの責任である。

〔根拠〕　このような私的自治を認める根拠を法そのものの中に見出すことは難しい。自分の利益は自分が最もよく知つているから、自分のことは自分でやらせる方がよりよい効果が得られるという議論は、必ずしも真実を示していない。自分よりも他人の方が利益状態をよく把握しており、自分でやるよりも他人の方がよりよく利益を実現することは応々にしてあることである。むしろ、私的自治は、個人の意思で決しうる場面では、良くも悪くも自分の判断で行い、その結果に責任を負う、そしてそのことには納得せざるをえないという一般生活上の考え方の法における現われと考えてよかろう。

〔私的自治と契約自由との関連〕　ところで、このような私的自治は、自分一個の行為においても成り立ちうるが（単独行為）、その結果が他人の権利圏内に直接影響を及ぼす場合には、単独行為を認めることは制約を受ける。[3] そこで、私的自治は、多く、相手方との合意によつて成り立つ契約の形で実現される。契約においては相手方があつて始めて効力が生ずるのであるから、したがつて、そこでは自治ということ以外に相手方に対する約束という要素が働いている。[4] この要素から考えると、契約の拘束力は自らを拘束することになるのを意識して相手方との間に規範を設定したからというよりは、相手方との間に言葉を交わした、その言葉（約束）の拘束力であるという面を持つている。しかし、近代法の基本原理としての私的自

治の原理が行われるようになつてからの契約については、或る変容があつたといえよう。

〔契約自由の原則とその制限〕　私的自治の原理と結びついて後の契約には、契約自由の原則が妥当する。自らを拘束することになる規範を自らが樹てるとき、その規範を選びとる自由が前提となる。この自由があつて始めて自らが規範を樹てたことになるのである。契約において互の自由を前提とし、その上で規範を樹てるとなると、互の意思に反し互を拘束することはできないから、契約は当事者の意思表示の合致があつて始めて成立することになる。この意味では契約は互の自由を前提とはするが、契約そのものは必ずしも自由であるとはいえない。合意を得ようとすれば譲歩してそれに達しなければならないからである。譲歩がまた自由意思に基くところに契約は自由であるといいうる根拠がある。したがつて、この譲歩が当事者相互に行われる状況にあるときは、契約締結の前提である自由があるが、合意のための譲歩が一方的になつてしまうと、そこには前提となる自由は存在しないといわなければならない。このこととの関連で、契約内容はすでに決まつていても契約を締結するかしないかの自由があれば（その内容が気に入らないために契約を締結しないことに痛痒を感じないのであれば）、契約は自由であるといえるが（この意味では契約内容決定の自由は契約自由の要素とならない）、現実に契約を締結せざるをえないときに、契約内容が決まつている、或は契約内容につき一方的に譲歩せざるをえないならば、契約は自由とはいえない。そこで、合意のための譲歩が一方的になるという事態が生じると、そのままでは契約は自由とはいえず、契約自由の根拠となつている私的自治の原理は妥当の力を失うことになる。そこで、この原理を棄て去るか否かの選択に迫られるわけであるが、現行法はこの原理そのものを棄てるという解決はとらなかつた。つまり、或る分野では契約自由の前提になる自由が失われていることを認めた上で（したがつて、手離しの自由でなければそもそも自由とはいえないという論法をとるとするならば、契約の自由は回復不可能であるが）、法が実質的に契約の自由を得させる工夫をして、いいかえれば契約内容につき後見的作用を営むことによつて、契約の自由を確保し、また、私的自治の原理を貫いている。

〔私的自治と法〕　法が契約内容に手を加えて、契約の自由を確保するというときに、それをしも契約の自由というかの問題が生ずる。ここに私的自治と法との関連が問題となる。そもそも自らを拘束することになる規範を自らが樹てるというときに、全く手離しで個人の決定の自由に委ねられているのか。考察されるべき第一は、私的自治といっても社会の中での自治である点である。もつとも社会自体個人によつて選びとられた存在であることが前提とされるが、[5] 一たん社会が成立すると、その存立を危くするような自治（個人の自由）は許されない。社会の存立が法によつて担保されるとするとき、私的自治も法によつて認められた私的自治といわなければならない。たとえば、生活のどの分野で個人の決定の自由を認めるかについても法の判断によるのであつて、社会の存立に直接影響を与えるところでは、個人の最終的決定の自由は認められない。私法的生活関係の範囲でも一般に公序良俗による制約があることは、その間の事情を示している。第二に、上述のように、契約自由というとき、契約内容の形成に法が参画していても、最終的に当事者がその内容を選びとつたとされる限り、つまり契約締結の自由がある限り、契約自由が、したがつてまた私的自治が存続しているものと考えられていることである。すなわち、或る分野では現実に契約自由の前提となる自由が失われていることを認めながら、必要な修正を加えて実質的な自由を確保することによつて、自由な契約締結の形式を保存し、私法的な生活関係全体としては契約自由、私的自治によらしめている。

このように私的自治の原理について考察してくると、個人意思自治、私的自治ということ自体、法はかくある他なしというa priori の原理に属するものではなく、その事の良し悪しは別として、個人意思自治を認めない法も法として存在可能である。近代法は、これに対し、制定当時の社会思想を背景として、個人の人格尊重の上に個人の意思の自由を最大限に発揮できる法体系を構築したのであり、その最強の柱が私的自治の原理である。したがつて、私的自治の原理は、その消極面では、個人意思についてこれが外的な勢力によつては動かされないという自由の確保を示すとともに、その積極面では、個人

の意思によつて自らの生活関係を築くことを認めているが、そこから直ちに個別の問題について、たとえばいかなる要件の下にも他人の行為により効果を受けることはないかという代理の構成にまでストレートに答えを出すことはできない。通常、私的自治の原理と関連づけて、個人の意思が法律関係を支配すること、それがやがて意思のドグマを引き出す契機となつているが、私的自治の原理がどのような形で実現されるか、意思がどこまで貫徹されるかは、優れて実定的な問題なのである。たとえば、自らの意思を現実に発動せしめえない無能力者についてまでその意思の自治を強弁することはできないから、私的自治の原理自体このような場合の処置を予定しているはずである。後に検討するように、これを一般に私的自治の補充というが、私的自治に対する外部からの補充ではなく、始めから予定された私的自治の内部での無能力者の意思の補充という意味を持つている。また、能力者についても他人の力をかりることをいかなる要件の下でも禁ずるものではない。代理人の為す行為について個別に本人の意思に基いていなければ私的自治に反するとするか、結局本人の意思に基くものとみられる限りで私的自治に則つているとするかは、法の判断による。意思表示、法律行為以外の分野ですでに他人の力をかりることを法自体が認めているように（たとえば、非表現行為の分野での fremdwirkende Handeln の存在）、ここでも、代理の制度を認めたことは、これが私的自治に則るものという判断を法が下したといつてよかろう。したがつて、代理の制度の中で、全く本人の意思に基かずに本人への効果帰属を認めることは、制度の本来の姿に反するものというべきである。

（1）まず、間接代理においては、一たん効果は行為者である間接代理人に帰属し、直接、行為者でない本人と相手方との間に関係は生じない。この点で、間接代理においては、特に Fremdwirkung の根拠は問題とされない。また、使者においても、直接、効果を受ける本人が意思決定し、使者はその決定された意思の表現の一方法に過ぎないから、ここでもその根拠は特に問題とならない。次に、第三者のためにする契約においては、効果が総体としては行為者に帰属する点で通常の場合と異らないが、特定の権利だけ、直接、第三者に帰属する点で、次の授権と類似点を持つ。広く、授権において行為者以外の者が効果を受けるには同意（事後の追認による追完を含む）を要するが、第三者のためにする契約においては第三者に帰属するのは権利だけであり、しかも債務者は第三者に給付することを承知しているから、特に Fremdwirkung の根拠を問題とせず、法は、同意、追認（受益の意思表示）を要しないと判断している場合もある。さらに、授権において、具体的な一個の効果（たとえば本人の権利の処分という効果）が問題となるのであれば、本

人による事前の同意、事後の追認も容易に認めうる。また、本人の権利の処分のような例では、相手方にとつても何ら不利益とならない。これが、処分授権の認められるところである。

(2) 代理の制度は、本文において述べたような構成の下に、始めて実現可能となる。すなわち、代理人の意思が本人の意思から独立して代理の成立要件とされ、本人の意思は代理権の形で抽象化しながら成立要件から切り離され有効要件とされる。

(3) 単独行為の認められるのは、免除（五一九）、遺贈（九六四）、すでに契約により発生している、或は法定の形成権の行使（解除につき五四〇）、法人設立行為（三七「通常、合同行為とされる」、三九）等に限られている。

(4) 単独行為、合同行為においても、相手方のある場合にはその相手方との関係で、相手方のない場合には対世的に、表示に対する信頼の保護が図られることになるが、ここでは約束の要素はない。

(5) 社会契約説が想起されるが、この説は、現実に生起した事実の説明ではなく、前提理論であり、社会は個人によつて選びとられたことを前提にして、社会の構成、仕組を考えていこうとするものであろう。

四

上述のような私的自治の原理の働く中で、他人の力をかりる代理とはどのような制度として位置づけられるか。まず、一般に契約を結ぶ、法律行為を行うというときに、契約、法律行為の結果は当事者間では規範として妥当することになるが、[1] それは自らのための規範設定なのであり、規範の主体＝当事者と規範設定のための現実の行為を行う者＝行為者とは同一人である。このことは私的自治を建前とするとき、別段の事情がなければ（そしてそれを認める法制度がなければ）当事者と行為者とは同一人であり、当事者が誰かということは意思表示の内容としては特に表示されない（格別の意思表示はなされないが、行為者自らのための規範設定として処理してよい。これは法定の効果というのではなく、やはり意思の効果であるが、通常そのようなものとして相手方との間に諒解されているから、表示を要しない）。また、当事者が誰かということは行為者の効果意思の内容としてそれだけで勝手に定めうるものではない。すなわち、現実に意思表示を行う者の単独の効果意思の内容として他人をその意思表示によつて設定される規範の当事者とすることはできないし、また自ら行為しながら自らを規範の当事者でない

（正当に他人が規範の当事者となる場合を除いて）と宣言することはできない。これに対し、別段の事情を構成するものが、代理の場合であり、行為者とその行為により設定される規範の当事者とが異別となる。すなわち、代理における Fremdwirkung とは、代理の行為者とその行為により設定される規範の当事者とが異別であることを指す。このことは、代理と同様ないし類似の必要に基く他の制度においては（たとえば間接代理等）みられないところであるから、代理について、私的自治との関連で、さらに詳細にその根拠を尋ねる必要があろう。次に、法定代理と任意代理に分けて検討することにする。

1　法定代理[2]　ここでは、私的自治との関連では、本人の意思が現実には働かないことがむしろ前提となつている。この意味で法定代理は無能力者等の意思の補充といわれるのであるが、現行法上は法定代理とされている事象を、立法論的には別様に構成することも可能であろう。①第一の構成の方法として、たとえば無能力者にも一般的（むしろ潜在的）権利能力を認めながら現実の権利帰属を認めず、他人から供給される利益（現実の結果）だけ受けさせることである。すなわち、実質的には無能力者に帰属する財産の管理のみを考えるとすれば、財産が前面に出て、本人（無能力者）への効果帰属はその意味が薄れ、無能力者が能力を取得するまでは信託財産とする構成が考えられる。現行法上この構成はとられていないが、立法論的にとりえないものではなかろう。本小論では未研究のため取り上げられなかつたが、代理、特に法定代理との関連で信託の法理を検討することが必要となる。[3]②第二の構成の方法として、無能力の場合、現実に本人の意思は発動しないのであるから、代理人が独自に行為したことが本人の行為となる。つまり、定立される規範は本人の規範であるが、代理人独自の立場で規範を定立すると、それが本人の規範となると考える。しかし、立法論的にも、この構成によることが妥当かにつき疑問があると同時に、その根拠をどこに置くかが問題となる。たとえば、国会における法律の制定であれば、国民の一人一人が自らの規範を樹てることは到底実現不可能であるとの予見の下に、国民の一人一人が規範を定立する代りに、代表を選んで、代表に規範を定立させる、そして、代表がその識見に基いて法律を制定すると、その法律は国民自らが制定した

ものとして国民を拘束する規範になる。ここでは、この拘束の根拠は国民が代表を選んでいるところに求められる（代表議会制）。しかし、無能力者の代理一般にはこのような根拠は認められない。このような①、②の構成とは異つて、現行法の下での法定代理においては、定立されるのは本人の規範であり、法定代理人も法が補充する本人の意思にしたがつて規範を定立するという構成をとつているように思われる。

上述の点で、現行法上は、任意代理と法定代理とは共通の理解の下に規定されている。すなわち、無能力者本人の意思について考えるに、最終的に意思が働かないのではなくて、いつか（未成年者であれば成年に達することにより、禁治産者であれば心神が回復し、形式的には宣告が取り消されることによつて）意思が働くことを予定して、その予定があるからこそ、法定代理の制度が考案されている。後の検討の対象となるが、将来意思の活動が予定されないときに、その者に権利能力を与え、現実の行為無能力の故に法定代理を認めるという構想を近代法の体系の中でとるか否か、およそ権利の中に意思の要素を認めないですむかが問題となる。簡単に問題点のみ示すと次のようになる。権利の内容は利益であり、権利の目的は利益の享受に向けられているが、享受という中にすでに一つの動きが予定されている。また、権利の作用はその利益に向けて法上認められた力であるが、法はいかなる場合に、或はいかなる者にそのような力を認めるかといえば利益享受を利益享受として可能ならしめる意思の力を備えた者についてであろう。権利が帰属するだけで（帰属点ではあるが）、自ら権利を取得し、行使し、処分する作用が全く考えられないときに、近代法の下で権利能力ありと認めうるか。権利能力があるということは、そのような作用を為しうる（或は為しうると予定される）[4]ことを前提としているといえよう。

この点に関連して、無能力者の法定代理と擬制法人であるたとえば相続財団法人（九五一）の管理とを対比すると、相続財団法人は財産の帰属点というかそれ自体財産の集合であつて、それ自体が意思をもつて活動することは考えられていない。その財産について相続人の存在が不明であり、最終的にどこに帰属するかが不明である間に、内容の確定を行うために

管理するという性質を持っている。帰属不明の財産の管理という点で、或る主体についての法定代理ではなく、財産自体の管理が正面に出る特殊な場合である（その財産の新たな運用の面は認められず、定まった方針での財産の清算管理が行われるだけである）。[5] また、擬制法人でないことはもちろん、法定代理とも異るもの（比喩的にいえば法定の代表ともいうべきもの）として、子の身分上の行為、その他身上の事柄についての親（或は法定代理人である親権者、後見人）の立場がある。たとえば、法定代理人によって代諾養子がなされれば当然その効果は本人に及ぶ（七九七）が、これは本人の意思の補充ではなく（したがって、本来の法定代理の仕事ではない）、法定代理人である親権者或は後見人自身の仕事として、単純にその者自身の意思決定（本人の持つであろう意思と異ることもありうる）に基く。ここではその効果は本人に及ぶが、法定代理人が行為したことにより本人が行為したと同様の意味で効果が本人に帰属するのではなく、本人は行為者である親権者或は後見人の判断の対象となっているにすぎない。これは、私的自治を基盤とする法体系の中で、本人の私的自治は行われず、まさに他人による決定があることを示している。その根拠は、特殊な身分関係に基いて一つの意思決定が他人に影響を及ぼすことを法が是認したところにある。いいかえれば、ここでは本人は法定代理人である親権者或は後見人の（子は親の）意思決定の対象であり、親は子の意思が将来どうであるかを忖度することによってではなしに、親が子のために最善と思うところにしたがって意思決定する。この行為は、私的自治の中での子の意思の補充ではなく、親の固有の権利、義務（親権の規定〔八二〇参照〕）の内容に属する（事務管理でいうところの他人の事務ではない）。[6]

2　任意代理[7]　本人が意思を発動しうる場合であるから、本人の意思と全く無関係に代理を認めることはできない。もしこれを認めるとすれば、私的自治の否定につながる。しかし、私的自治といっても、上述のように細部にわたってすべて他人による行為を否定するものではなく、代理が本人の意思に基くものとして考案される限り、他人による行為を認めて差し支えない。このことは、本人が細い指図までして代理人は単に行為するだけの場合はもちろん、具体的な意思決定も代理

人によつて差し支えない。[8] むしろ、代理の或る場面では代理人の専門的な知識をかりるということが主眼となつているから、本人がすべての判断を代理人に任せ、代理人による意思決定が重要となる。しかし、この場合でも、定立されるのは本人の規範であり、代理人は独自の立場で本人の規範を定立するのではなく、本人に拘束されて規範を定立する。つまり、私的自治の原理の中で代理の制度を考えると、代理人の意思表示はそれだけ切り離して効果を持つものではなく、本人の意思と重つて始めて効果を有するものである。この意味では代理人の意思表示のみで完全な効果意思の表示ということはできず、本人の効果意思が背後に控えた上での代理人の効果意思である。もつとも、代理の実定的制度において、本人の効果意思と代理人の効果意思とをどのように構成しているかは、別稿でふれた通りであつて、[9] 代理人の意思表示を代理における効果意思の表示として、代理権の存在を独立の効力要件としている。

このような実定的制度を基礎に、その発展として、近時、財産の帰属と行使の分離の議論、ひいては財産の所有に対して、代理権、授権等を含めて管理権として構成することが主張され、議論されている。この問題は、管理権を財産の帰属主体から分離することによつて、代理のような場合に管理者の私的自治としてとらえることにつながる。このような思考の妥当性を検討するには、まず、権利について、その帰属、行使、処分等の関連を考察する必要がある。権利の帰属については、権利が或る権利主体（主体としての資格をもつ者、或は主体として擬制された者――後者はまさに権利の帰属のために考案された権利主体である）に帰属するとのみいえばよい。[10] それでは、そのような権利を取得する力はどこから出て誰に帰属するのか。権利取得の契機は権利が帰属しうるという人の能力、地位以外には求められず、特別の制限（行為能力の制限等）がある場合を除いて権利能力者は権利取得の力を有する。すなわち、権利が帰属することになる人自身に権利取得の力が認められる。このようにして取得される権利の内容とは、前にもふれたように、生活上の利益であり、権利を持つことの目的は、生活上の利益の享受に向けられている。そして、法は、この目的のために権利に作用を与えており、その作用は利益享受に向けての法的な

力であるから、権利帰属者には原則としてその法的な力が与えられている。この力による権利の実現、利益享受の現実化については、支配権と他人との関係で実現される権利とを分けて考える必要があろう。たとえば、支配権である所有権であれば、対象である物の提供するあらゆる利益の享受、つまり物の使用、収益、処分、特に交換価値の実現を直接図ることができ、格別権利行使の行為を要しない（ただ、利益実現の過程で他人との交渉を生ずるときに、その行為が問題となる）。これに対し、債権であれば、債務者から債権の目的である給付を受けることによって満足が得られ、債権は実現されるが、ここでは給付の実現に向けた行為、債務者に対する請求、それによって債務者から給付を受けることが債権の行使である。このような権利行使の力は権利の作用として権利の属性であるから、権利の帰属者に権利の行使の力も与えられているのが常態である。最後に、権利処分の力はどこに由来するのか。権利行使との関係で、権利を行使して満足が得られれば権利は目的を達して消滅するが、これは目的達成による権利の消滅であって、権利の処分ではない。また、権利を処分することは権利の行使ではない。[11] 権利の処分は権利そのものの運命の問題であるから、権利の運命をどのように左右するかは、原則として、その権利の帰属している人に委ねられている。ただ、その権利に処分性があるか否かは、権利の内容如何による。たとえば所有権については処分性があるが、或る種の債権については処分性がない。したがって、後者においては、その債権に処分性がないという意味で債権者は現実に処分することができない。

以上みたところで、権利取得の力、権利行使の力、権利処分の力いずれも、権利が帰属することになる者、現実の権利帰属者が持つのであるが、この力を他人が代つて発動しうるかが、これまでに論じてきた問題である。そして、上述のように、権利の取得についても権利が帰属することになる者以外の者による取得も可能であり、また、権利行使、処分の具体的な行為を他人に為さしめることは可能であった。そこで、この取得、行使、処分について権利の帰属と分離して管理権として帰属者以外の者に独立して認めることが可能であろうか。まず、管理権といっても、所有権、債権という意味の具体的な利益享受

に向けられた実質権を指すのではなく、或る権限――他人の事務に関与することを許された権限――であつて、それに基いて或る法律効果、法律状態が発生することが法によつて認められているところのもの――法律上の一つの要件、個別的な要件に対して一般的な要件[12]――であろう。この意味で管理権という言葉を使うことは差し支えなかろう。また、実際に本人の管理から独立して管理権と称するのが適当な場合も認められる。たとえば、権利の帰属している本人に行使および処分が禁じられ、かえつて他人にその力＝管理権能ないし管理権限が認められているとき（破産七・五三以下、民訴五六九――差押の効力につき収益権喪失を規定する）、本人の意思から独立した管理権を構想することが可能であり、適切であろう（通常、擬制法人、或は本人が管理権を持たない場合の管理）。しかし、このようないわば例外的な場合を眼中に置いて一般的な理論を立てることが妥当であるかは疑問である。すなわち、通常の場合に、前述したように、権利取得の権能はその権利を取得することになる者に帰属し、行使の権能は権利の作用ないし属性として権利帰属者にあり、処分の権能も権利そのものの運命の決定として権利帰属者に属するものとするとき、それぞれの権能を独立させて管理権として構成し、一般的に、その権利の帰属することになる権利能力者から取得の力を奪うとすれば、帰属者は通常の権利能力者ではなく擬制された帰属点としてだけの権利主体となる。また、権利帰属者の承認なしに、行使の力を具体的な実質権の属性から切り離し、さらに処分の力も権利帰属者以外の者に与えるとすれば、果して権利者に権利が帰属しているといえるか[13]。そこで、一時的に、或は個別的に限定された事柄について他人の管理を認めた場合にも、法定の特別の事由なしには本人の意思から全くかけ離れたものとして構成しうるかは問題であり、否定的に解すべきもののように思われる。つまり、管理権としての総称は、他人の行為により本人に効果の及ぶ場合の根拠の総称という程度の内容空白な概念でしかありえず、それ以上の意味を持たせることは危険であろう[14]。他人の財産の管理をめぐつて、代理、授権、間接代理、第三者のためにする契約、信託等、具体的な要件の下に個々の制度を認めることはできるが、これらを一括して本人＝財産の帰属主体の意思から離れたものとしての管理権の観念で捉えるこ

とは現行法の体系の中では不可能であろうし、例外的な事象を一般原則に拡大する危険を含んでいるように思われる。むしろ個々の制度の中で、他人の行為によつて本人が何らかの効果を受けるときに、その行為に当つて本人の意思がどのような形でどこまで関与することが可能か、逆に、行為者の意思がどこまで支配するものとして構成されることが妥当か、それとの関連で本人および相手方への効果帰属の態様が検討されるべきであろう。これが同様に Fremdwirkung を生ぜしめる他の制度との比較で代理の構成を考察する次の課題である。(15)

(1) フランス民法一一三四条一項は、「適法ニ形成セラレタル合意ハ之ヲ為シタル者ニ対シ法ニ代ル」と規定している。

(2) 民法四・五・六条(未成年者の法定代理)、八条(禁治産者の後見)、二五・二六・二七・二八条(不在者の財産管理)、八二四条(親権者による子の財産の管理)、八五九条(後見人による被後見人の財産の管理)。以下に無能力者の法定代理を取り上げて述べる。

(3) この観点から信託について、椿壽夫・年齢後見(Altersvormundschaft)の進化——親権との対比に於ける財産関係の一考察——・法学論叢六〇巻三号(昭二九・八)四二頁以下参照。立法論的に、信託によることを考えるとき、問題になるのは、どの範囲で信託を認めるのか、無能力者のあらゆる財産関係を信託関係として無能力者に一切の現実的な権利帰属を認めないのか、無能力者の中でも制限的行為無能力者とみられる者について他人の同意を得て行為する方法も奪ってしまうのか等の点であろう。

(4) 未成年者はもちろん、心神喪失者もやがて回復することを予想し、また、現代の医学上生命のある限り確定的に回復不能とは宣言できないことを前提している。

(5) 類似の性格のものとして、破産財団がある。ここでは、その財産の現在の帰属者＝破産者は分つているが、破産者からその意思によらず処分権が奪われている点で、破産者という法主体の代理というよりは、限定された目的で、破産財団という財産の集合の管理＝清算、執行といった方が適切である。兼子一・破産財団の主体性——目的財産論を背景として——(昭一五)・民事法研究第一巻所収四二一頁以下参照。遺言執行者についても同様の問題がある。不在者の財産管理人のうち家庭裁判所の選任にかかるものは不在者の財産管理について、なお、法定代理権を持つとして構成されている。

(6) 子の氏の変更について、子が成年に達したときに子の意思により従前の氏に復することを認める七九一条三項参照。

(7) 民法九九条以下(代理一般)、通常、代理権を伴うものとして、六七〇条(組合の業務執行)、六八五・六八六・六八八条(組合の清算人)。

(8) 本文の場合とは逆に、現実にはすべて本人によって意思決定されている場合であっても、行為者が代理人として相手方に対する場合には代理が成立し、ただ代理権の有無が問題となる。たとえば、本人は使者を立てたつもりで代理形式で行動することを予定していなかった場合でも、本人の意思決定がそのまま表示されていれば効力を生じさせて差し支えなかろう。問題は本人の意思決定を超えて行動したときにこれに基いて一一〇条の表見代理の成立が認められるかにある。

(9) 林脇・一橋法学研究四五巻二号三二一頁以下参照。

(10) 信託的帰属（目的拘束的帰属）の構成については検討の余地がある。英米法上、信託はコモン・ローとエクィティとの交錯の間に成り立っており、コモン・ロー上の権利者（受託者）とエクィティ上の権利者（受益者）との関係が問題とされる。ここでは、コモン・ロー上の権利者も一応権利者として管理権が基礎づけられる。これとの関連でエクィティ上の権利の性質が問題となる。日本法上、コモン・ローとエクィティという二重構造はないから、信託的帰属が問題となるのは、例外的に実質的権利者と形式的権利者とが分離する場合、実質的権利者とされる者に法形式上権利能力が認められないという例外的な場合であろう（譲渡担保、権利能力なき社団の財産関係等）。

(11) August Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht (1878), S. 325 ff.

(12) 於保・有効要件についての一考察（昭一五・三）・前掲財産管理権論序説所収三三九頁以下のいうように、従来、法律効果発生の原因としての法律要件事実は自然的事実として（具体的な人間の行為、人間の内部的容態、自然の出来事に分類して）要件と効果のつながりを因果法則的にみてきたが、これを政策的、目的論的に法律効果の発生、帰属に対応する法律要件を考えると、このような分類には入らない要件が存在することは確かである。いわゆる法定条件、代理権（代理権の中でも任意代理権は本人の代理権授与行為に還元できるが、特に法定代理権）のようなものである。

(13) 具体的な作用の力を持たない権利の帰属が生ずる。権利と権能（たとえば請求権能）の分離を常態と考える制度をとれば別であるが、現行法をそのようなものとして捉えることはできない。四宮和夫・信託行為と信託――法律行為による信託関係――、特に（五・完）・法学協会雑誌五九巻七号（昭一六・七）六一頁以下は、法律行為による信託関係について管理権を権利の外に追放し（権利の本体は利益の帰属）受益者の所有権者的地位を承認したとされる。

(14) 管理権について詳細な考察を行っている広渡清吾・財産管理権論への一アプローチ――財産管理権概念の史的基礎と論理構造――・法学論叢八八巻四・五・六号（昭四六・三）一八四頁以下は、なお管理権概念の可能性の権利論的検討を留保される。

(15) 代理の中でも、特に代理人が本人のためにすることを示さないで為す場合の効果、或はGeschäft für den, den es angeht の構成などと間接代理、或は授権との関連が解明されるべきであろう。

（一九七五年七月十九日）