

Title	任意代理と法定代理
Sub Title	Vollmacht und gesetzliche Stellvertretung
Author	林脇, トシ子(Hayashiwaki, Toshiko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1984
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.57, No.3 (1984. 3) ,p.1- 28
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19840328-0001">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19840328-0001</a>

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.

# 任意代理と法定代理

林 脇 ト シ 子

- 一 はじめに
- 二 任意代理と法定代理の体系的同一性
- 三 任意代理と法定代理の区別
- 四 手続法の規定を通してみた任意代理人と法定代理人
- 五 復代理の規定と任意代理、法定代理の区別
- 六 あとがき

一

代理を手がけてきながら、未解決のまま残っている問題に、任意代理と法定代理の区別がある。論点は二つの方面に存在する。一つは理論上、体系構築上の関心に由来する。すなわち、代理の根拠、何故代理人という他人が行為しながら背後に控えている本人が効果を受けるのかという問題にかかわる。とりわけ、代理においても法律行為による規制を受ける当事者としての本人の私的自治を想定するとき、この根拠は任意代理におけると同様に法定代理につい

ても妥当するかが問題となる。私はひとまずこれも本人の私的自治であると考えた。<sup>(1)</sup> 確かに、任意代理においては、本人は直接相手方に対して行為を行うものではないが、代理人に代理権を授与し代理人の代理行為に枠組みを与えることによつて、本人の効果意思が妥当するものといえよう。しかし、法定代理においては、本人に効果意思が期待できないため法定代理人をおくのであつて、法定代理人による代理行為についても本人の私的自治を云々するのは強弁ではないかという批判が予想される。この点の解明を図るためには、任意代理と法定代理の歴史的な成立、展開における同一性或は異別性如何を検証することが必要となるが、これについてはここではまだ答えることはできない。次の二において不完全ながら部分的な検討を行うにとどめる。

仮に現行法制度上、任意代理と法定代理を体系的には同一の性格を有するものと位置づけることができるとすると、次に、その任意代理と法定代理の区別は法規適用上どのように働くのかという実定法解釈上の問題が生ずる。これが二つ目の論点である。この論点に答えるには、任意代理と法定代理とは何を基準として区別がなされているのか、その区別によつて任意代理と法定代理とではいかなる取扱いの相違があるのか、さらに、そのような取扱いの相違はいかなる根拠に基いているのかが順次検討されなければならない。

(1) 林脇・代理の制度と効果転帰・法学研究四八巻九号(昭五〇・九)二二二―二四頁参照。

二

法定代理においても本人の私的自治を想定した<sup>(1)</sup>が、この点はさらに検討して見る必要がある。立法論的に考えれば、現行法上法定代理とされている事象を、別様に構成することも可能であろう。たとえば、無能力者の財産管理について、無能力者にも一般的な権利能力を認めながら法形式上現実の個々の権利帰属を認めず、無能力者には他人から供給される利益(現実の結果)だけ受けさせる方法が考えられる。すなわち、実質的には無能力者に帰属する財産につ

いてその管理を中心に考えるならば、無能力者が自己で管理をなしうる能力を取得するまでは信託財産として法形式上は受託者に帰属させ、受託者は自己の財産としてその管理を行うのである。しかし、現行法の下ではこのような構成はとられておらず、法定代理においては、無能力者への現実の権利帰属が認められている。法は無能力者についても現実の権利帰属を認めたとときに、無能力者にも権利を享受しうる意思の力（潜在的な意思の力）を認め、ただ現実には意思の力を発動しえないため、無能力者本人の意思表示を補充する者として、法定代理人をおいた。したがってここで法定代理人の行為によって無能力者は効果を受けることになるが、無能力者は単なる効果帰属者ではなく、法定代理人の行為によって定立される規範の当事者として効果を受けるのである。この意味で法定代理人は独自の立場で行為するのではなく、無能力者の（現実にもちうるとすればもつであらう）意思を忖度して（場合によっては裁判所の監督、後見監督人の監督を受けながら）行為するものである。現行法上法定代理はこのような構成をもつものと考えられる。

しかし、法定代理の性格をこのように確定する前に、法定代理人と類似するとみられる以下のものを検討し、それらとの比較の上で、法定代理を特徴づけることが必要であろう。それらは、相続財産管理人（民九五一以下。以下とくに表示しない場合は民法の条文を指す）、破産管財人（破六以下・一五七以下）、遺言執行者（二〇一五）、代諾養子における法定代理人（七九七）である。

(a) 相続財産管理人 「相続人のあることが明かでないときは、相続財産は、これを法人とする」（九五二）が、この法人の存在目的は、相続人の存在が不明であり、相続財産が最終的にどこに帰属するかが不明である間に、相続財産の内容を確定し、相続債権者等に対する弁済を行うなど、帰属不明の財産の管理、清算にある。相続財産法人は相続財産の帰属主体というよりはそれ自体財産の集合を人格に擬制した擬制法人であって、それ自体が意思をもって活動することは考えられず、財産の新たな運用ではなしに、定まった方針で財産の管理、清算が行われる。したがって、この目的のために選任される相続財産管理人は、意思の力をもつものとされる或る主体についての法定代理人ではなく、

財産自体の管理のためその財産を法人と擬制した特殊な場合の財産管理人である。

(b)破産管財人 「破産者カ破産宣告ノ時ニ於テ有スル一切ノ財産」が破産財団とされる(破六一)。ここでは、その財産の現在の帰属者≡破産者は判明しているが、破産者からその処分権が奪われている点で、破産財団の管理、処分を行う破産管財人(破七)は、破産者という法主体の意思の実現者としての代理人というよりは、限定された目的で、破産財団という財産の集合の管理、処分を行う者である。

(c)遺言執行者 遺言執行者は、遺言者が遺言でこれを指定し、または遺言で委託を受けた第三者が指定した場合であれ(一〇〇六一・II)、或は家庭裁判所が選任した場合であれ(一〇一〇)、本来遺言者の意思の執行に当る者であり、遺言者の代理人となるところであるが、遺言執行の段階では遺言者は死亡し人格は消滅しているから遺言者の代理人とすることはできず、法は「遺言執行者は、これを相続人の代理人とみな」している(一〇一五)。しかし、遺言執行者がある場合には、相続人は、相続財産の処分その他遺言の執行を妨げるべき行為をすることはできず(一〇一三)、遺言執行者は相続人の意思の実現者としての代理人であるわけではない。法は形式上遺言執行者を遺言者の承継人である相続人の代理人とみなしたものである。

(d)代諾養子の場合における法定代理人 子の身分上の行為に関する親或はこれに代る者(形式的には法定代理人である親権者、後見人)の立場については特殊性がみられる。たとえば、一五歳未満の子につき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である子に及ぶ(七九七)が、ここでは、本人は法定代理人の(子は親の)意思決定の対象であり、親は子の意思がどうか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。したがって行為を行うのは法定代理人であるが、この行為は本人の意思の補充としての本来の法定代理行為に属するものではない。ここでは、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、まさに他人による意思決定が行われうることが注目されなければならず、そしてその根拠は、特殊な身分関

係に基いて一つ的意思決定が他人に影響を及ぼすことを親およびそれに代る者の固有の権利、義務（八二〇・八五七）として法が是認したところにある。

このようにいくつかの法定代理類似の制度を考察すると、このような制度の側に法定代理を引き寄せて考える方が上述の法定代理の理解よりも正しいのではないか、すなわち、法定代理においては少くとも現実には本人の意思が働かえないのであるから、そこでの行為は本人の意思を忖度した行為というよりは法定代理人固有の意思による行為であつて、法定代理は、本人の私的自治として捉えられる任意代理とは本質的に異なるものであるという理解が生まれる。

しかし、この議論は、法定代理に止まらず、さらに任意代理についても、本人の私的自治ではなく、代理人の私的自治を構想する考え方に連る。少し詳しく述べてみよう。従来、任意代理については次のように理解されてきた。すなわち、任意代理については、本人が意思を發動しうる場合であり、代理人は本人の意思により選任されているのであるから、代理行為の効力を本人の意思と全く無関係に認めることはできない。仮に本人がすべての判断を代理人に委ね、代理人により意思決定がなされたとしても、そこに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、本人に拘束されてこれを行うものである。この意味で任意代理は私的自治の原理の中で本人の私的自治としての位置を占めるものである。すなわち、代理人の代理行為における効果意思はそれだけ切り離して効果をもつものではなく、本人の代理権授与における効果意思と相俟って効果をもつものである。ただ、このことが、代理の実定的な制度において、本人の利益（意思）の実現とともに、代理人と取引する相手方の期待（信頼）の保護を図る必要から、本人の効果意思と代理人の効果意思との関係をどのように構成するかが問題となってくる。この点についてはすでに論述したが、結局、本人の効果意思は、代理権として、代理人の代理行為における効果意思から切り離され、独立の効力要件として抽象化される。このようにして、代理人の意思が代理行為における

効果意思とされ、本人の意思は代理権の存在という有効要件の中で次第に抽象化の度を増し、本人の意思が欠ける場合にも表見代理として屢々取り扱われる(或は有権代理への繰込みが行われる)ようになる、このような実定的な制度の現象面を基礎に、この方向を発展させて、近時、財産権の帰属と行使の分離の議論、財産の所有権に対して、代理権、授権を含めて管理権として構成することが主張されるに至った。この考え方は、管理権を財産の帰属主体から分離することによって、管理者が独自に管理権を行使しうるものとして、代理のような場合にも管理者の私的自治として捉える、つまり、代理において、効果意思をもち独自の立場で行為するのは代理人であり、本人はただ効果を受ける帰属主体にとどまる、本人の受ける効果は他人の行為の結果、他人効であり効果転帰であると主張する。

このような考え方に立てば、法定代理において他人効を主張する場合にも、それは法定代理に特有のこととするよりは、法定代理、任意代理に共通に他人効を認めることになる。この考え方の妥当性についてはすでに論述した<sup>(4)</sup>ことがあり深入りすることを避けるが、権利帰属者としての権利主体から、権利取得の権能を奪い、権利行使の権能、権利処分の権能もそれぞれ独立させて管理権として構成するならば、権利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の権利主体となる。この根本的な出発点で、この考え方に賛成することはできない。却って、上述のように、現行法上、任意代理と法定代理はともに意思の力を有する(或は少くとも潜在的な意思の力を認められた)権利主体の私的自治として、体系的に同一の制度に属するものとして規定されているとみることができよう。ただ、任意代理はまさに本人の私的自治として捉えられるのに対し、法定代理においては体系上任意代理になぞらえるために本人に仮設的な意思を想定したものの、現実には法定代理人がその意思の補充を行うものである点に、その特異性がある。

(1) 林協・前掲法学研究四八巻九号二三―二四頁参照。

- (2) 林脇・前掲法学研究四八巻九号二四―二五頁参照。
- (3) 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）一五五頁以下参照。
- (4) 林脇・前掲法学研究四八巻九号二六―二九頁参照。

三

(1) 現行法に関する学説上、任意代理と法定代理の区別については、次のようにいわれる。<sup>(1)</sup> すなわち、両者の区別は、代理人が本人によって選任されるか、それ以外の場合であるかによって決せられるので、もっぱら本人の意思に基いて代理人となるのが任意代理人であり、それ以外が法定代理人である。これを通説といつてよからう。

これ以外に区別の基準として考えられているものに、(a)代理権が法律の規定によって与えられているか否か、(b)代理権の範囲が法律によって定められているか否か、(c)代理人をおくべきことが法律によって定められているか否かである。これらが肯定される場合に法定代理人とされるものであり、(a)の基準によれば、法律の規定上、本人に対して一定の地位にある者が当然に代理人になる場合、親権者である父母（八一八・八一八九Ⅲ）、後見人である配偶者（八四〇）が法定代理人とされ、(b)の基準によれば、親権者（八二四）、後見人（八五九）、家庭裁判所の選任した不在者の財産管理人（二七・二八本）、支配人（商三八）等が法定代理人であり、(c)の基準によれば、未成年者についての親権者（八一八）、後見人（八三八一）、禁治産者についての後見人（八三八二）、不在者が財産管理人をおかなかつた場合等の不在者の財産管理人（二五・二六）のような者が法定代理人に当る。(a)の基準によって法定代理人とされる者が通説の見解でいう法定代理人の中に入るのは明かであるが、(a)の基準によればそれ以外の者をすべて任意代理人とするというのであれば、通説でいう法定代理人の方が幅広く、法律の規定によって代理権が与えられる場合ばかりでなく、裁判所の選任する者が代理人となる場合（親権者「八一八九Ⅱ・Ⅴ・Ⅵ」、選定後見人「八四二」、不在者の財産管理人「二五・二六」、本人以



外の者の協議または指定によつて定まる者が代理人となる場合（親権者「八一九一・Ⅲ・Ⅳ」、指定後見人「八三九」）も、これに含まれる。(b)の基準によれば通説との差が際立つことになり、代理人が本人の意思で選任されるが、その代理権の範囲が法定されている場合（支配人の例）には、通説ではこれを任意代理人とみるが(b)の基準によれば法定代理人とみると差が生ずる。<sup>(2)</sup>この点は後に取り上げるような問題を生むことになる。(c)の基準によればほぼ通説と同様の結果になるが、代理人をおくべきことが法律によつて定められていながら、誰を代理人にするかが本人に委ねられる場合を想定すると（民訴一三五Ⅱ、人訴三Ⅲ参照）、これを法定代理人とするか任意代理人とするかの違いが生ずる。

以上のいずれの基準によることが現行法の解釈、適用上実益あるものとすることができるか。この点を考えるに、まず、代理の制度の中で任意代理、法定代理のいずれを典型として、代理を任意代理の側から捉えるか法定代理の側から捉えるかによつて相違が生ずる。通説の見解は任意代理の側からこれを捉えるものであり、(a)、(b)、(c)の基準は法定代理の側からこれを捉えている。法定代理の側から捉えると、法定代理の根拠はいずれにしても直接法律によるという思考に基いて、(a)、(b)、(c)の基準が設けられる。これに対し、代理の典型を任意代理に求める立場は、本人の意思の拡張としての代理、つまり代理の根拠が本人の意思にあるという思考から、本人の意思によつて選任された者が任意代理人でそれ以外が法定代理人と考えることになる。代理の制度の中で任意代理と法定代理というおそらく異つた発展の経路を辿つたであろう両者を把握するとき、現行法が代理を私的自治の実現方法としての法律行為の章に規定し、その代理の構成を法定代理についても流用していると考ええるならば、通説のように、代理の制度を任意代理の側から眺め、代理人が本人によつて選任されるか否かを区別の基準とする態度が正しいといつてよからう。

(2)法律の規定の上で、代理の形態（任意代理か法定代理か）が問題となる場合、および或る規定がそのいずれに適用されるものであるかが問題となる場合を予め挙げ、それらを後述の議論の対象としたい。

(a)民法の代理の節の規定 (i)任意代理、法定代理に共通に適用されるとみられるもの…九九、一〇〇、一〇一、一〇二、一〇七、<sup>3)</sup>一一〇、<sup>4)</sup>一一一、一一二、一一三ないし一一八。

(ii)任意代理にのみ問題となるもの…一〇二、一〇九(いずれも本人による代理権授与が前提となっている)。

(iii)法定代理について別に特別の規定がおかれているためその適用が制限されるもの…一〇二、一〇八。

(iv)法律の規定自身が任意代理、法定代理に分けて適用を指示している場合…一〇四、一〇五(任意代理)、一〇六(法定代理)、一一一、一一二(任意代理)。

(v)の場合については逆に、ここに想定されている任意代理と法定代理の区別は上述の通説が採る区別と同じであるかの検証が行われるべきである。後に5において取り上げる。

(b)民法上の他の代理の規定 (i)不在者の財産管理人(二五以下)、(ii)組合の業務執行組員(六七〇―六七二)、(iii)親権者(八八以下)、(iv)後見人(八三八以下)、(v)限定承認の場合における共同相続財産の管理人(九三六)。

(c)民法上代理に類するとされる場合 (i)法人の理事(代表)(五三・五四)、(ii)相続財産管理人(相続人不明の場合の相続財産人について)(九五ないし九五三)、(iii)遺言執行者(みなし代理人)(一〇一五)。

(d)民法上の代理の規定 (i)支配人(商三八)、(ii)或る種類または特定事項の委任を受けた使用人(商四三)、(iii)物品販売店の使用人(商四四、一部代理権の擬制)、(iv)締約代理商(商四六前)、(v)船舶管理人(商七〇〇)、(vi)船長(商七一三・七一四)。

(e)会社の代表 (i)合名会社(商七六・七八・一三五)、(ii)合資会社(商一五一・一四七)、(iii)株式会社(商二六〇・二六一)、(iv)有限会社(有二六・二七)。

(f)民事訴訟法上、訴訟代理人ないし当事者の規定 (i)一般の訴訟代理人(民訴七九・八一)、(ii)法令による訴訟代理人(民訴七九・八二)、(iii)未成年者、禁治産者の訴訟能力と法定代理人(民訴四九)。

(g)その他 破産管財人(破産財団について)(破七七)。

(1) たとえば、徳本鎮・任意代理と法定代理・民法基本問題一五〇講一総則・物権(昭四一・一一)一六〇頁以下参照。

(2) 支配人のように本人の意思によって選任される代理人であっても代理権の範囲が法定されている限りで、現実には本人の意思によって与えられていない事項にも代理権が及ぶことがある。このような場合、通説においても本人の意思を超える範囲では本人の意思によって選任された代理人でないとすることも可能ではある。しかし、本人に対し同一の代理人が或る行為については任意代理人、他の或る行為については法定代理人というのは、人に着目して任意代理人、法定代理人と呼んでいるのにそぐわない。支配人については任意代理人であるが、代理権の範囲について本人の意思に対し法的な制限が加えられていると考えるべきであろう。代理権の法定の意味については、林脇・表見代理についての一考察・法学研究四八巻二号(昭五〇・二)二四頁参照。

(3) 一〇七条の規定のうち二項で「復代理人ハ本人……ニ対シテ代理人ト同一ノ權利義務ヲ有ス」としている意味は明かでない。その意味如何によっては、一〇七条二項の本人に対する関係の規定は法定代理人には適用がないとも考えられる。つまり、法定代理人が一〇六条の規定にしたがって復代理人を選任した場合、その復代理人は本人の任意代理人となるのである。法定代理人となるのではない。とすると、本人との間に生ずる内部関係(権利、義務)は必ずしも法定代理人と本人との間に存する内部関係と同じではなからう。一〇七条二項につきさらに検討を要する。

(4) 代理権の範囲の決定は、任意代理においては本人の授權行為の解釈によるのに対し、法定代理では関係法規の解釈によるから、法規定の解釈については表見の問題は生じないとすれば、原則として一〇条は任意代理のみ適用される。学説は、後見人が後見監督人の同意を得て行為する必要がある場合について、この同意につき一〇条の適用ありとする。

#### 四

ひとまず任意代理と法定代理の区別およびその基準について考察してきたが、実定法適用上、このように区別された任意代理と法定代理とはどのような取扱いの違いがあるのかを次に検討しなければならない。上にみたように民法上代理の節の規定の多くは、復代理を除いて、任意代理、法定代理を問わず適用されるものと予定されているが、その取扱いに相違を設けるものに民事訴訟法の規定がある。ここでは、法定代理と任意代理、任意代理の中でも、特

定の事項に限って個別的な代理権の与えられる場合と包括的な代理権の与えられている場合、さらには法人の代表を含めて、手続法からみたそれぞれの位置づけがなされている。これを調べることによって、実体法上の任意代理、法定代理の関係を振り返える手がかりにしたい。

(1) 民事訴訟法上の訴訟代理人　ここで訴訟代理人を取り上げるが、そもそも訴訟代理人は実体法という代理の觀念の中に含まれるか、したがってここで問題とする任意代理、法定代理の区別の議論の対象となるかは問題である。代理につき私法上の法律行為の代理という限定をおくと、訴訟代理はもちろんこの意味の代理ではない。代理人によってなされる当事者の訴訟行為は、訴訟手続を構成し、訴訟法上の効果を訴訟において発生せしめるもので、私法上の効果の発生に向けられる法律行為とは異なる原理に支配される。しかし、訴訟代理人がその権限内でした行為の効果は直接当事者（本人）に帰属する点で私法上の法律行為の代理と共通しており、比較の対象とすることが可能と考えられる。

民事訴訟法上、訴訟代理人として次の二つの場合がある。(a) 通常の訴訟委任による訴訟代理人（狭義の訴訟代理人）がその一つで、特定事件の訴訟追行を目的としてそのための包括的な代理権を授与された代理人である（民訴八<sup>1</sup>）。(b) で述べる代理人とは異って弁護士資格が要求される（民訴七九一本）。その選任が当事者の意思に基づく点で、民法学説上いふところの基準によれば、法定代理人ではなく、任意代理人である。<sup>(2)</sup>

(b) 「法令ニ依リテ裁判上ノ行為ヲ為スコトヲ得ル代理人」（法令による訴訟代理人）がその二で、支配人（商三八一）、船長（商七一三一）、船舶管理人（商七〇〇）のように、本人の一定範囲の業務につき一切の裁判上の行為をなす権限が法令上与えられている一般的（包括的）代理人である（民訴七九一本・八二<sup>3</sup>）。法令による訴訟代理人も、一方、本人の一定範囲の業務につき本人の選任にかかる点で（支配人については本人である商人による選任（商三七）、船舶管理人については船舶共有者による選任（商六九九）、船長については船舶所有者による選任）民法学説上の任意代理人といいうるが、他

方、手続上、当該訴訟行為に着目すると、当事者による特別の訴訟委任は行われず、支配人、船長等の地位につくと（それ自体は本人の意思に基くが）、当然に当該訴訟代理権も取得する（法定された広汎な代理権の中に裁判上の一切の行為をなすことが含まれている）、つまりその行為に関しては当事者の意思によらず代理権が発生しうる点で、法定代理人に近い性格をもつ<sup>(4)</sup>。事柄によっては民法上の法定代理人についての規定の適用を受けることが検討される<sup>(5)</sup>。法令による訴訟代理人の権限はもっぱら当該関係法令によって定まるが（民訴八二）、その法定された権限を制限する特約は、関係法令上は善意の第三者に対抗しえないとのみされる場合が多いが（たとえば、商三八三・七〇〇Ⅱ・七一四）、訴訟法上は相手方の善意、悪意で訴訟行為の効力の左右されるのは好ましくないとして、一律に無効と考えられている（民訴八一Ⅲ本類推）。訴訟法上の強力な代理権の範囲の法定といえる。

(2) 民事訴訟法上の法定代理人の扱い 弁護士強制主義を採らないわが国では本人訴訟も自由であり、この場合には当事者本人が訴訟を進行することになるが、「未成年者及禁治産者ハ法定代理人ニ依リテノミ訴訟行為ヲ為スコトヲ得」る（民訴四九本）。つまり、未成年者および禁治産者は訴訟能力をもたず、本人訴訟においても自ら訴訟を進行することはできない。法定代理人によつてのみ訴訟行為をなすことになる。禁治産者は民法の規定によつても自ら法律行為を行うことはできないが、民法の規定と異つて未成年者は法定代理人の同意を得ても自ら訴訟行為をなすことはできない（但し、民法四条ないし六条、商法六条等において未成年者が独立して法律行為をなすことをうる場合には訴訟行為も行いうる）。民事訴訟法上、未成年者、禁治産者が自ら訴訟行為をなしえない反面、その法定代理人には、当事者につき行われるのと同様の手続上の扱いが行われている。すなわち、①訴状の記載事項として当事者と並んで法定代理人の記載を要する（民訴二二四一）。②裁判所の釈明処分で当事者と並んで法定代理人の出頭を命ずることができる（民訴一三一一）。③和解の試みで②と同様（民訴一三六）。④無能力者に対する送達は法定代理人になす（民訴一六五）。⑤法定代理人尋問で当事者尋問の補充性の規定を法定代理人に準用する（民訴三四一本）。⑥訴訟中断につき、本人訴訟の

場合に当事者本人が訴訟能力を失ったときと、法定代理人が死亡し若くは代理権を失った場合を同視している（民訴二一〇前）。

以上の規定からみるに、法定代理人は、もちろん、訴訟上訴訟行為による効果を受け自らの事件の処理がなされる訴訟当事者本人ではないが、私法上の代理の觀念で捉えるよりは、「当事者ヲ代表スル法定代理人」（民訴三四一本）という用語によく表現されているように、当事者本人を代表し、当事者の扱いに準ずる場合が多い。手續上法定代理人につきこのような扱いをするのは、未成年者、禁治産者につき民法で考える潜在的な能力を構想し、法定代理人をその実現者としての代理人と考えるよりは、本人に現実とその能力がないときに本人になり代る者（代表）として訴訟を進行すると考えることに基く。何故ならば、訴訟という手續においては本人の潜在的な能力という不確定なものを基準にすることは適当でないから、本人には全く訴訟能力を認めず、法定代理人の行為をもつて本人自身の行為とする、すなわち、法定代理人による訴訟進行は本人訴訟として扱い、代理人による訴訟進行としない。民事訴訟法四五条では訴訟無能力者の法定代理についても「本法ニ別段ノ定アル場合ヲ除クノ外民法其ノ他ノ法令ニ従フ」とあるが、法定代理人の訴訟上の取扱いについては、このように民法におけるとは異つた特殊性が認められる。

(3) 法定代理と法人の機関による代表 以上のように法定代理をみてくると、訴訟法上みる無能力者の法定代理と法人の代表機関による代表とは極めて類似した取扱いになることが予想される。法も「本法中法定代理及法定代理人ニ関スル規定ハ法人ノ代表者……ニ之ヲ準用ス」（民訴五八）としており、法人は代表者によつて訴訟を進行する<sup>6)</sup>。ところで、私法上、無能力者の法定代理と法人の代表との関係については、法人の本質の理解とからんで議論のあることと周知の通りである。一般には、私法上の代理では任意代理、無能力者の法定代理を含めて本人自身の行為が可能であることを前提として（任意代理ではもちろん現実の可能性、法定代理においては潜在的な可能性を前提とする）、任意代理人は本人の現実の意思を体して、法定代理人は本人の潜在的な意思の実現として、本人に代つて行為するのに対して、

法人においては、組織体として法人に人格を認めるとき、その組織上法人の行為とは機関による行為以外にありえない。ここでは機関の行為とは別に法人の行為とか或は法人の潜在的行為などというものを認めえない点で、法人については本人に代つて行為するという代理ではなく、まさに本人の行為を構成する機関による代表を構想する<sup>(8)</sup>。実体法上はこのように法定代理と法人の代表とは異なる構成をとるものとされるが、上述の訴訟手続においては、その性質上、無能力者の潜在的能力を捨象して現実の行為を考える必要から、無能力者については法定代理人の行為をもって本人の行為とする他なく、この点で法人の行為が代表機関の行為をおいて他にないのと同様である。これが、訴訟法上法定代理人に関する規定が法人の代表者について準用される所以である。<sup>(9)</sup>

以上のように、手続上、法人の代表は、訴訟法上の法定代理に類するものであった。ところが、代理の制度の中で私法学説上行われる法定代理と任意代理の区別の基準、つまり代理人が本人の意思によつて選任されるか否かを仮に法人の代表についても当てはめるとすれば、法人の代表者である理事は定款に「理事ノ任免ニ関スル規定」がおかれ<sup>(三七五)</sup>、それにしたがつて任命されることになるから（同様に、株式会社における取締役は株主総会において選任され<sup>(商二五四一)</sup>、その取締役により取締役会が構成され、代表取締役は取締役会の決議により定められる<sup>(商二六一一)</sup>）、本人の意思により選任されるものというべく、私法上は任意代理に類することになる。さらに、法人の意思決定と実現との関係においても、社団法人の社員総会、財団法人の寄附行為が法人の最終的な意思であり、理事はこの決定された意思の実現および日常的な業務の決定、執行を担当する。理事の行為は定款の規定、寄附行為の趣旨、社員総会の決議によりコントロールされる<sup>(五三)</sup>から、本人の意思によりコントロールされる任意代理と類似性をもつ。このように法人の代表は一面からは任意代理に類するものとみられ、他面訴訟法上の法定代理に類する扱いを受けるのは、両代理を区別する観点がその作用する場面如何によつて一つではないこと、法人の代表はそれぞれの観点のいずれを採用するかによつて或は任意代理に或は法定代理に類するものと考えられることによる。すなわち、訴訟法上法定代理人を

当事者と同様の扱いをするのは、現実には当事者の行為が法定代理人の行為をおいてありえないという点にある（つまりここでは、法定代理か任意代理かの区別は、代理人の行為とは別に本人の行為がありうるか否かを基準とする）のに対し、私法上の代理制度の中での区別は、任意代理、法定代理ともに代理人とは別に本人の行為がありうることを前提として、選任者如何、本人によつて選任されるか否かを問題にする。そして、法人においては、法人の機能がそれぞれ各機関に分属しているため、代表機関の権限は本人（意思決定機関としての）に由来しながら、代表という機能については代表機関がまさに本人に当る、代表機関の行為が本人の行為となるという特徴を有している。そこで、前者に着目して任意代理に類するといひ、後者に着目して法定代理に類するといふのである。したがつて、法人の代表に代理の規定を類推するとき、いずれの観点に着目して類推するのが正しいかを見極めなければならず、それにより或は任意代理の規定或は法定代理の規定が類推されることになる。

(1) 訴訟代理人は訴訟追行のための包括的な代理権をもつ者で、個々の訴訟行為についての代理人、たとえば送達受取人（民訴一七〇）、強制執行のための代理人等は訴訟上の任意代理人であるが、訴訟代理人ではない。つまり、訴訟上の任意代理人のうち、訴訟追行のための包括的代理権をもつ者が訴訟代理人である。

(2) 法律上または裁判上代理人の選任が強制されていても、誰を代理人にするかの選定が当事者本人にまかされている限り（民訴一三五Ⅱ、人訴三四）、任意代理人とされる。

(3) 法令による訴訟代理人、すなわち一切の裁判上の行為をなす権限が法令上与えられているというとき、これは裁判上の代理権限がとくに明文で与えられた者に限られ、民法上の組合の業務執行組合員はこれに当たらないが、各種協同組合の参事（中協四四Ⅱ、農協四二Ⅲ、水協四六Ⅲ）はこれに当るものとされる（井上正三・訴訟代理人・民事法學辞典下巻一二四九頁右欄参照）。

(4) 三で述べた任意代理と法定代理の区別の基準のうち、(b)によればこれは法定代理人となる。

(5) たとえば、法令による訴訟代理人である支配人によつてさらに訴訟代理人が選任される場合、選任の要件、選任した場合に訴訟代理人の行為についての支配人の責任を考えるととき一〇四条ないし一〇六条の規定の適用があるか、いずれの適用があるかが、後に検討される。



(6) 斎藤秀夫・注解民事訴訟法(1)(昭四三・九)二八四頁は、「代理人といつても、法定代理人は当事者本人の訴訟能力の補充をするものであり、訴訟代理人とは異なり、訴訟上は本人に準じて扱われることが多い」とする。

(7) 株式会社を取締役が弁護士を訴訟代理人に選任した事例で、その弁護士がさらに他の弁護士を復代理人に選任できるかが問題となった。ここで裁判所は「株式会社ノ取締役ハ法律上代理人ナルモ訴訟代理人ニ非ス」「殊ニ訴訟委任を為ス場合ニハ之ヲ当事者本人ト同一視ス」として、取締役が弁護士を訴訟代理人に選任しても復代理人ではないから、さらにその弁護士が他の弁護士を訴訟代理人に選任するにつき、復々代理人を選任しうるかの問題は生じないとした(大判明四四・五・二四民録一七輯三二五頁)。

(8) 本文で述べた見解に対し、法人の代表機関の行為についても、とくに代表を構想する必要はなく代理と解してよいとする見解は、代理において本人に対立する人格を有する代理人の行為があるのと同様に、法人においても法人と代表者との人格の対立があることを挙げる(たとえば、川島武宜・民法総則[昭四〇・一〇]一二二頁)。この見解によれば、法人の代表は任意代理として技術的に処理されることにならうか。「理事による法人代表は個人対個人の代理関係としての構造をもっている」とされるとき、理事に対し対立人格とされる法人に理事の行為とは別にそれ自身のいかなる行為が構想されるのか、それ自身の行為が構想されないとすれば、それを法人格として認める妥当性が問題となる。

(9) 三ヶ月章・民事訴訟法(昭三四・一)一九七頁は、「法人の代表者を法定代理人とみるべきかどうかは法人の本質論と関連し議論のあるところであるが、訴訟上は法定代理人に準じて取扱うものとされる」とする。

## 五

民事訴訟法上、代理についての取扱いは必ずしも私法上の取扱いと同一ではなかった。とくに包括的な代理権の一部として裁判上の一切の行為をなしうる法令による訴訟代理人は、本人による選任にもかかわらず、極めて強い代理権の範囲の法定など、私法上みられる法定代理人と同様の扱いを受けること、法定代理人はむしろ当事者に準ずるものとして扱われることが注目された。このように、民法上一定の基準にしたがつて任意代理人と法定代理人の区別を行つても、この区別はその作用する場面如何によりそのまま通用するものでないことが知られた。このような反省の

下に、民法が明文上任意代理と法定代理について区別を設けて規定している復代理の場合を検討し、ここでの両代理の区別が、民法学説上通説となつている任意代理と法定代理の区別と同じであるかを考察することとする。以下、復代理において両代理につき区別して規定する意味はどこにあるのか、復代理に関する一〇四条ないし一〇六条の規定は、商法三八条に規定する支配人の復任権、復任した場合の責任などにも適用されるのか、さらに法人の代表についても代理になぞらえ復代理の規定を類推できるか、類推するとすれば任意代理の規定であるか、法定代理の規定であるか、これらの問題を順次取り上げることとする。

(1) 一〇四条ないし一〇六条における任意代理と法定代理の区別の意味 代理人の復任権については、一〇四条で任意代理人につき「本人ノ許諾ヲ得タルトキ又ハ已ムコトヲ得サル事由アルトキ」にのみ復代理人を選任し、復代理人に行爲せしめることができるとしているのに対し、法定代理人については一〇六条で場合の限定なしに復代理人を選任しうるとしている。復代理人の選任は、代理人が代理人の名で（固有の立場で）本人の代理人を選任することであり、代理人が代理権を行使して選任するのではない。<sup>1)</sup> すなわち、代理権の基礎にある本人と代理人との内部関係において、代理人（受任者）は本人の事務処理、財産管理を自分で行わずに他人に代つて行わせることが可能であるならば、そのとき受任者は自己の立場で復委任を行い、事務処理、財産管理の便宜上、受任者に与えられている代理権を根拠に、受任者から復受任者に本人に対する代理権を与えるのが復代理人の選任である。ところが、民法には復委任についての規定（六二五Ⅱ参照）を欠き、かえつて復代理の規定がおかれた。このことから逆に、復代理人の選任が認められる場合には復委任が可能なのであり、受任者と復受任者との間で復委任契約が締結され、復受任者（復代理人）に本人の代理権が与えられると、本人と復代理人との間に本人と代理人との間に存すると同様の内部関係が生ずるものとされている（一〇七Ⅱ）。

このような復任権につき、一〇四条では、任意代理の基礎にある内部関係は本人の代理人に対する信任関係に基く

ものであり、とくに特定事項について代理権を授与した場合には、その事項の処理について適任の者として処理を委ねているのであるから、原則として他人に行為させることはできない。「本人ノ許諾ヲ得タルトキ又ハ已ムコトヲ得サル事由アルトキ」に限って他人に行為せしめることを可能とし、併わせてその他人に代理権を与えるものとした。これに対し、法定代理については、法定代理の基礎にある財産管理の關係は極めて広汎に及ぶこと、法定代理人も任意代理人と同様にその人に注目して選任されるものではあるが、本人に対して隨時辭任できる任意代理人（委任契約につき六五一一。但し、六五一一参照）と異り辭任も容易でないことから、一〇六条で場合の限定なしに復代理人を選任しうるものと規定した。このようにして或る者が任意代理人と認められるか法定代理人と認められるかによって、復任権に差異が生ずることになる。

民法の規定は、復任権だけでなく、復代理人を選任した場合の代理人の責任についても任意代理人と法定代理人とで差異を設けている。任意代理人については一〇五条で規定しており、任意代理人が復代理人を選任した場合、選任および監督の責任を負う。すなわち、復代理人のなした行為について自己の行為と同様に直接責任を負うものではなく、代理人に復代理人選任上過失があつた、或は監督において注意義務に反した場合に、復代理人の行為より生じた損害につき賠償する責任を負うものとした。これに対し、法定代理人は、一〇六条で、いつでも復代理人を選任しうるが、それはすべて代理人の責任において選任する、つまり単に復代理人選任、監督上の責任を負うだけではなく、復代理人の行為についても自己の行為として責任を負うのである。このことは、任意代理においては本人の許諾がある場合、或は本人の許諾をえられなくとも已むをえない事由がある場合にのみ復代理人を選任しうるのであるから（この要件に違反する場合であれば、それ自体代理人〔受任者〕の義務違反となり、本人に生じた損害を賠償しなければならない）、この要件にしたがつて選任した場合には、受任者の善管注意義務（六四四）は復代理人の選任、監督上の注意を果たせばよいものとされる。これに対し、法定代理においては本人の許諾をえられないのはもちろん、そもそも本人が諸

般の事務処理につき監督をなしえないため法定代理人がおかれるのであるから、代理人は代理人の責任で（但し、法定代理人について、注意義務の程度が軽減されている例がある〔八二七参照〕）復代理人を選任しなければならないものとしている。但し、法定代理人といえども已むをえない事由があつて復代理人を選任した場合にまで全責任を負わせることは酷であるから、とくに責任を軽減する意味で、一〇五条一項の責任（選任、監督の責任）に限ることとした。

(2)ところで、ここに予定されている任意代理人、法定代理人には、これらの規定の趣旨からして、いかなるものが含まれるか。民法上任意代理人、法定代理人であることの明かな者、つまり本人により特定の事務に着目してその事務処理を委託され代理権を授与された代理人は任意代理人として一〇四条、一〇五条の適用を受け、たとえば親権者、後見人という広汎な財産管理の権限を委ねられた無能力者の代理人は法定代理人として一〇六条の適用を受けることに疑問はない。<sup>(2)</sup>これに対し、代理を類推すべき場合であるとすれば、法人の理事、会社の代表機関、その他代理に類似するとされる諸場合如何、或は代理人であつても商法上代理権の範圍の法定されている支配人（船長、船舶管理人）などの場合如何、さらに特殊な場合として訴訟代理人による訴訟復代理人の選任の場合如何。

これらのうち、法律上特別の規定がある場合には、その規定によることは明かで、一〇四条ないし一〇六条の規定の適用を問題にする余地はない。次にそれらの場合を挙げる。

(a)法人の理事 法人の理事は「総テ法人ノ事務ニ付キ法人ヲ代表」し（五三本）、定款の規定、寄附行為の趣旨、総会の決議に反して意思決定をなしえないという制限があるが（五三但）、この制限以外に代表権に制限を加えてもその制限は善意の第三者に対抗できない（五四）という広汎な代表権を有する。このような事情の下で、「理事ハ定款、寄附行為又ハ總會ノ決議ニ依リテ禁止セラレサルトキニ限り特定ノ行為ノ代理ヲ他人ニ委任スルコトヲ得」る（五五）ものと規定された。この規定の意味を上述の民事訴訟法上の法人の代表者の扱いおよび民法一〇四条ないし一〇六条の規定に照らしてみると次のように理解することができる。法人の理事は、定款、寄附行為（法人設立時の法人の意思）

に定められた任免の規定に従って任命され（この関係では理事を任命する別の本人が存在するのであって理事は法人の関係ではない〔①〕。この①の点からは代理になぞらえるならば任意代理の構成がなされる）、定款、寄附行為、社員総会（法人設立後の法人の最高の意思決定機関）の決議によつて拘束されるものの、外部へ向つては法人の代表機関として本人の行為を構成する（法人の組織上法律行為の面では理事は法人の関係となる〔②〕。この②の点からは訴訟法上法定代理に準ずる扱いがなされた）という二面性を有する。<sup>(3)</sup>このような理事は代理人を選任しても代表機関たることを辞めるわけでもなく、また自ら代表機関となるものを選任することができるわけでもないもので、「特定ノ行為ノ代理」を行わせるための代理人を選任しうるにとどまる。そして、この代理人の選任は、上述①の点から代理になぞらえていえば、理事（任意代理人としての）が「特定ノ行為ノ代理ヲ他人ニ委任スル」のは復代理人の選任となる。また、上述②の点から代表機関の行為を捉えれば、代表機関の行為は本人の行為を構成するから、理事によつて選任された代理人は、本人たる法人の直接の代理人とみることできる。ここで、このいづれの理解をとるかが問題となるが、代理人選任の形式（②の点）でみるよりは、事務の再委託の実質をもっているか否か（①の点）でみるのが正しいといえよう。何故ならば、復代理人選任の問題は本人と代理人の内部関係に結びついているからである。すなわち、法人と理事の内部関係において、理事は法人からそのすべての事務を行うことを委任されており、本来ならば自ら処理すべきところを他人に代つて行為させるために、復委任に伴つて代理権が与えられる。この意味で、復代理人の選任とみることができよう（本人に対する関係で代理人選任の権限だけを有し、自らその事務を処理する権限をもたない代理人が、本人の代理人を選任する場合が、単純な代理人の選任である）。もつとも、任命権の点ではいづれにしろ五五条の規定があるので、復代理と考えるても代理と考えるても実質的な差異はない。<sup>(4)</sup>

問題となるのは、理事が復代理人を選任した場合の責任の面である。五五条で復任権について規定はあるものの、復代理人を選任した場合の責任については、一〇五条ないし一〇六条の類推があるのか、類推があるとすれば、形式

上は一〇五条の責任を負うのか、一〇六条の責任を負うのかの点で、任意代理人に準じて扱うのか、法定代理人に準じて扱うのかの問題が残る。この点では、理事の任命の観点(代表権の発生根拠、上述①の点)からいえば、法人の理事は本人たる法人により任命されるもので、任意代理人に準ずるものではあるが、業務執行および代表の観点(法律行為の面、上述②の点)からいえば、理事の行為はイコール本人たる法人の行為という点で、代理になぞらえるとすれば訴訟法上の法定代理人に準ずるものであった。そこで、このように一面代理人であるが他面本人自身の立場にも立つ理事の性格を考えると、その責任について任意代理か法定代理かで責任要件を二分している一〇五条、一〇六条の代理人の責任の規定を単純に類推することはできない。むしろ、法人と理事の内部関係に一人戻って判断する方が妥当であろう。すなわち、法人に対して理事が委任の關係にあるとすれば、理事は法人に対して受任者の注意義務(善管注意義務)を負う(六四四)。問題は、善管注意義務の具体的な内容として理事は復代理人の行為につきいかなる範圍の責任を負うかを決定しなければならない。理事は復代理人の選任の点では本人の個別の許諾なしに復代理人を選任しうるものであり(上述五五)、かつ、法人の事務の実行の点では任命権者たる本人 $\parallel$ 法人に対して理事は原則として全責任を負わなければならない立場にある(理事の行為 $\parallel$ 法人の行為という面で、理事以外に復代理人の行為を監督し、責任を分担する者はいない)。したがって、理事は復代理人の行為についても自己の行為として責任を負うが、已むをえない事由がある場合にのみ責任が緩和されるとすべきで、結果的には、一〇六条の法定代理人の責任を負う。

(b) 遺言執行者 遺言執行者は、「相続財産の管理その他遺言の執行に必要な一切の行為をする権利義務を有」し(一〇二二一)、委任に関する六四四条ないし六四七条、六五〇条の規定が準用される(一〇二二二)。復任権についてはとくに一〇一六条の規定がおかれ、「やむを得ない事由がなければ、第三者にその任務を行わせることができない」(一〇一六一本)としている。この規定の趣旨は、遺言執行者は、遺言によって指定される場合もあるし(一〇〇六一前)、また遺言によって第三者に指定が委託され、その委託に基いて第三者が指定する場合もあり(一〇〇六一後)、ま

た家庭裁判所が利害関係人の請求によって選任する場合もあるが(一〇二〇)、すべての場合を通じて、遺言執行者は「相続人の代理人とみな」されている(一〇二五)。この代理を任意代理とみるか法定代理とみるかは、そもそも相続人の代理人としたこと自体が擬制なのであって、本来の任意代理、法定代理の区別が当てはまる場合ではない。遺言執行者が遺言者の指定によって選任される場合に、遺言者が生存していると仮定すれば、遺言執行者は遺言者の任意代理人と考えられるが、遺言の効力が発生するときには遺言者は死亡しているから、遺言者の任意代理人とすることはできない。法の規定はこれを相続人の代理人とみなした。しかし、相続人の代理人とすること自体が擬制であるから、遺言者の指定による遺言執行者が相続人の意思によらないので法定代理人であるとすることは短絡であろう。事実、復代理人選任について遺言執行の段階で遺言者の許諾をうることはできず(遺言者の意思の実現という意味では、相続人の許諾をえても致し方ない)、遺言の執行という個別の事務が委託されている場合であるから、遺言執行者は原則として自らその事務を実行しなければならない。これが、已むをえない事由がある場合にのみ復任できるとしたものである(一〇一六一本)。但し、遺言執行は実質的には遺言者の意思の実現であるから、遺言者が予めこれと異った意思を表示している場合には、これによりうる(一〇一六一但)。遺言執行者の復任権についてはこのように特別の規定がおかれているので、一〇四条、一〇六条による余地はないが、復任した場合の遺言執行者の責任については、一〇一六条二項で、一項但書の場合につき一〇五条に定める責任(選任、監督の責任)を負うことを規定している。この趣旨は次のように考えられる。すなわち、立法者は、遺言執行者につき、これが代理の場合か否かの議論はあるが、代理を頭の中に置いて立法したものにとみられ、必ずしも任意代理とも法定代理ともいえないこの場合について、一〇一六条一項本文の已むをえない事由があつて復任した場合には、任意代理としても(一〇五)、法定代理としても(一〇六但→一〇五一)、同様に選任、監督の責任を負うことから、あえて規定はおかず、遺言者の意思、つまり予めの許諾により復任がなされた場合には、形式上の本人(相続人)の許諾の有無にかかわらず、一〇五条(任意代理人につき本人の許諾があつ

た場合)の責任を負うことを注意したものと考えられる。

(c)破産管財人 破産管財人は裁判所の選任にかかり(破一五七)、その辞任は正当の事由ある場合に限られ(破一六〇)、裁判所の監督に服する(破一六一)。そして、破産管財人は善管注意義務を負うが(破一六四)、「臨時故障アル場合ニ於テ其ノ職務ヲ行ハシムル為自己ノ責任ヲ以テ予メ代理人ヲ選任スルコトヲ得」る(破一六五I)。これには裁判所の認可を要することを要する(破一六五II)。破産管財人が選任する代理人は、破産管財人の職務の代行という点で復代理人であり、裁判所の認可をえて選任することを要し、責任については代理人の行為は自己の行為として責任を負う。民法一〇六条の法定代理の場合と同様の結果を認めている。

(3)支配人 復任権につき明文の規定はないが、民法一〇四条以下の規定によるのとは異つた結果を認めている。商法三八条は一項で「支配人ハ營業主ニ代リテ其ノ營業ニ関スル一切ノ裁判上又ハ裁判外ノ行為ヲ為ス権限ヲ有ス」るものとし、このような広汎な「支配人ノ代理権ニ加ヘタル制限ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得」ない(商三八III)。ところで、三八条二項では「支配人ハ番頭、手代其ノ他ノ使用人ヲ選任又ハ解任スルコトヲ得」るものとしてゐる。そこで、この規定との関連で、支配人の復任権が検討されなければならない。まず、支配人が「番頭、手代其ノ他ノ使用人」を選任する場合に、營業主たる本人との間ですでに雇傭関係にある者を番頭、手代の地位につける場合もあろうし、本人との間に未だ関係のない者を雇傭して番頭、手代その他の使用人とする場合もあろうが、このいずれの場合であれ、三八条一項の「營業ニ関スル一切ノ……行為」と二項で規定するこれらの者の選任行為との関係をいかに解するかが問題となる。すなわち、二項は一項の規定事項の中に含まれる注意規定(支配人が支配人を選任することはできないが、營業に關する行為として支配人の下に服する使用人を選任する代理権を有する)と解するか、營業に關する行為の中には使用人の選任、解任の行為は含まれないが、二項でとくに使用人の選任、解任という人事に關する権限(代理権)を認めたものか、或は營業に關する行為は支配人が自らなすべきところその広汎な行為をすべて



自ら行うことは困難であるので、その下に立つて行為する番頭、手代その他の使用人を自らの立場で選任しうる復任権を認めたと解するかの問題である。ここでの問題の解決に限って言えば、支配人に番頭、手代その他の使用人選任の代理権があるとすればもちろん、復代理人選任としても、<sup>(5)</sup>商法三八条二項の規定により、支配人は民法一〇四条の制限を受けずに、復代理人の選任が可能である。このように考えると、支配人は営業主たる本人によつて選任されるもので任意代理人というべき者であるが、広汎な法定された代理権を有するところから、その復任権については一〇四条の適用はないものといわなければならない。<sup>(6)</sup>

支配人が復代理人を選任した場合の責任については特別の規定はない。そこで、委任の善管注意義務の具体的な内容として、民法一〇四条以下の適用が考えられるならば、一〇五条の適用か、一〇六条の適用かが問題となる。支配人が任意代理人であるところからいえば一〇五条の適用を受けるように思われるが、責任の範囲については必ずしも支配人が任意代理人か法定代理人かで一様には決められないものようである。このことは次のような明文の規定からも知りうる。たとえば、船長の代船長選任の場合について、「船長カ已ムコトヲ得サル事由ニ因リテ自ラ船舶ヲ指揮スルコト能ハサルトキハ法令ニ別段ノ定アル場合ヲ除ク外人ヲ選任シテ自己ノ職務ヲ行ハシムルコトヲ得此場合ニ於テハ船長ハ其選任ニ付キ船舶所有者ニ対シテ其責ニ任ス」(商七〇七)るものと規定している。商法七〇七条が船長の船舶指揮という事実行為についてのみ規定しているとすれば、ここで代理の問題を提出するのは適当でないが、法律行為をなす権限まで含めて考えるならば、任意代理人である船長について、復任権の点で、一〇四条と比較してその要件に本人(船舶所有者)の許諾が抜けているのは、船舶が航行を始めてしまえば本人の許諾をうることは困難であり、それを待つて代船長を選任するのは適切でないことによるのであろう。責任の点で民法一〇五条一項に対し、監督の責任が抜けているのは、専門職としての船員に委託するのであるから、選任について十分注意を払っていれば、もはや監督の点で責任を負うことはないものとしたのであろうか。このような例をみると、任意代理人が復代理人を

選任した場合の責任について、仮に特別の規定がなくとも、直ちに一〇五条の適用があると結論を出すことはできない。支配人については、上述のように、番頭、手代その他の使用人の選任、解任を含めて、その包括的な代理権に附随して、已むをえない場合の限定もなく、また営業主の個別の許諾なしに、復代理人を選任しうるもので、その責任は選任、監督の責任に限定されず、自己の責任において復代理人を選任するものと考えたい。しかし、支配人が代理権を行使して本人のために使用人を雇い入れこれに代理権を与えると、本人と代理人との間に直接の雇傭関係が生ずる。この場合にも、支配人は、選任の責任を負うことはもちろんとして、監督の責任、さらには代理人の行為につき全責任を負うかという点で疑問がないわけではない。この場合でも、支配人が営業に関し包括的な権限を有している限りで、復代理人選任と同じ効果をもつものと考えるが、なお、営業主と支配人との内部関係についての商法での議論に委ね、結論を留保したい。

(4) 会社の代表機関 株式会社の場合について考えると、会社<sup>(7)</sup>の業務執行については、業務執行の決定権を有するのは取締役会であり(商二六〇I前)、現実の執行は個々の取締役が行うことができるが(商二六〇I後参照)、外部へ向って法律行為を行うのは代表取締役である(商二六一)。そして、商法二六〇条二項に規定する以外の業務執行については、取締役会はその決定を個々の取締役に行わせることができる(商二六〇II)。このようにして、取締役会(決定権)↓代表取締役(代表権)という会社の業務執行についての決定および代表機関が、その職務を個々の取締役に委託する関係は、復委任および復代理の関係として捉えることになろう。その場合に、個々の取締役の行為について、取締役会および代表取締役はいかなる範囲の責任を負うかが問題となるが、この点については問題の指摘にとどめる。

(5) 訴訟代理人 狭義の訴訟代理人については、民事訴訟法八一条一項で訴訟代理権の範囲は法定され、二項五号で「代理人ノ選任」については当事者から特別の委任を受けることを要するものとしている。ここで選任される代理人は、当事者の特別の委任をまつて選任されるのであるから、委任に伴って選任の代理権も与えられていれば当事者

の直接の訴訟代理人を選任することも可能であり、或は当事者の許諾ある場合として訴訟代理人の名で訴訟復代理人を選任することも可能である。いずれの場合にも、訴訟代理人がはじめに委任された職務を行うために訴訟代理人が関与して選任している限りで、訴訟復代理人と捉えるのが妥当であろう。これを復代理人としたとき、已むをえない事由があるときに当事者本人の委任（許諾）なしに訴訟復代理人を選任しうるか、その場合、民事訴訟法八〇条に規定する訴訟代理権の証明の方法如何、また、訴訟復代理人を選任した場合の訴訟代理人の当事者に対する責任は、選任の責任に限定されると考えてよいか、等の点が問題となる。法令による訴訟代理人の権限については、これとは別の扱いがなされており（民訴八二）、当事者の特別の委任なしに訴訟代理人を選任しうる。この訴訟代理人が訴訟復代理人であるかについては議論がある。<sup>(8)</sup> これらの問題点については、民事訴訟法の分野での議論に委ねる。なお、訴訟復代理人については、一般の復代理人とは異った特性がある。たとえば、訴訟代理人の代理権の消滅は当然に訴訟復代理人の代理権消滅の効力を生じない（民訴八五参照）<sup>(9)</sup>。

(1) 林脇・復代理人の地位に関する一考察・法学研究五一巻三号（昭五三・三）四頁以下参照。

(2) 不在者の財産管理人のうち、裁判所の選任による管理人は法定代理人の性格をもち、不在者本人により選任された代理人は任意代理人の性格をもつが、後者について不在者の生死が分明でなくなった場合に（二八）、なお管理人の改任が行われない場合につき（二二）、一〇四条、一〇五条或は一〇六条のいずれの規定によるか多少の疑問は残る。

(3) 法人の代表者は、一面では本人たる法人と人格を異にし、本人から事務の委託を受けた代理人の立場にあるが、他面では本人の行為を構成する点で本人たる法人自身でもある。Doppelgängerといわれる所以である。

(4) 学説は一般にこれを理事の復任行為とみている。

(5) 学説において、商法三八条二項による番頭、手代の選任は復委任ならびに復代理人の選任であるとするのが一般の理解と  
思われる。

(6) 判例上、古くは支配人にも一〇四条の適用ありとしたものもあるが（東京控判明四二・一一・一二最近判六卷八頁）、一〇四条によらず商法三八条一項（旧三〇条一項）により代理人を選任しうるとする（大判明四三・三・四民録一六輯一七九頁）。

服部榮三・商法総則〔第二版〕(昭五〇・九)二八二頁は、商法三八条二項は民法一〇四条の特則という性質を有するとする。(7) 判例には、合名会社の無限責任社員で代表社員である者が広汎な代理権をもつ復代理人を選任した場合につき、一〇六条を援用しているものがある(東京地判昭七・一二・一六評論七卷商法八八頁)。

(8) 支配人の訴訟代理人選任につき、判例は、復代理人の選任ではないとする(大判昭六・一〇・一〇新聞三三五一号一〇頁。古くは、大判明三五・六・一二民録八輯六卷六三頁は、復代理か否かに触れず、一〇四条の適用を否定している)。学説では、於保不二雄・民法総則講義(昭四一・一)二三〇頁は支配人は本人の授權行為を代理したもので、選任された者は直接本人の訴訟代理人となるとする。

(9) 訴訟代理人がその委任権限に基き復代理人を選任した後、その訴訟代理人が死亡した場合にも民事訴訟法八五条(旧六九条)の準用があり、代理権の消滅は直ちに効力を生ずるものではない(大判大一〇・一二・六民録二七輯二二二頁)。

## 六

任意代理と法定代理の区別について、民法の理論体系上、代理を任意代理(古く法典上の用語としては「委任ニ因ル代理」)の側から眺め、本人の意思の拡張としての本人の私的自治を貫徹する意味で、本人の授權によるものが任意代理であり、それ以外に代理権の授与されるものが法定代理であると考えられてきた。代理の根本的な理解においてここから出発することは正しいと考えた。しかし、やがて代理の制度が定着し、本人以外の他人が行為しながら本人が効果を受けるという法律的な技術としての作用が前面に出てくると、この効果の確保、取引の安全の考慮から、本人によって代理権が授与されながらその代理権の範囲が法定されたり、或は本来の代理ではないところで代理の法律的な技術が流用されるようになった。そこで、任意代理、法定代理の区別に従って規定されている民法の代理の規定をこれらの場合に類推するときには、上述の任意代理と法定代理の区別に従って類推することが、必ずしも適切な結果を生ずるものでないことを、復代理に関する規定を取り上げて考察した<sup>(1)</sup>。復代理の規定がそもそも代理固有の規定というよりは、代理の基礎にある本人と代理人の内部関係に基く規定であるという特殊性と相俟って、ここでは、任意代理か

法定代理かという基準よりは、本人と代理人との間に存する個別の内部関係に戻って検討する必要があることが指摘された。この意味では、任意代理と法定代理との間に、個別にその効果の検討されるべきものとして、代理権の範囲の法定された場合がある。この場合についてのより詳細な検討は他日に譲る。

(1) 於保・前掲二二五頁によれば、任意代理と法定代理の区別の標準は、代理権が本人の授権行為によるかまたは法律規定によって直接に与えられるかにあるとし、この区別の実益はもっぱら復代理の規定の適用にあるとする。そこで、これによれば、一〇六条の法定代理人について、その者の代理権が法律の規定によって直接付与されている代理人一般を指すものとされるが(於保不二雄編集・注釈民法(4)〔昭四二・九〕六六頁〔太田武男〕)、代理権の範囲の法定されている支配人のような場合は任意代理人、法定代理人のいずれに属することになるか。