

Title	代理行為の要件を評す
Sub Title	
Author	神戸, 寅次郎
Publisher	三田学会
Publication year	1909
Jtitle	三田学会雑誌 (Keio journal of economics). Vol.1, No.3 (1909. 4) ,p.273(1)- 293(21)
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00234610-19090401-0001

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.

廣告主へ御注の文は三田學會雜誌廣告に依る御附記を望む

財界著名著者の集る

神戸高等商業
學校教授
津村秀松著

●國民經濟學原論

上製脊皮美本 全二冊
定價金貳圓廿五錢
下卷定價金貳圓五拾錢
小包料各金拾貳錢

長崎高等商業
教授商學士
平尾丹治著

●最新商業通義

上製美本 全一冊
定價金壹圓五拾錢
特製金貳拾五拾錢
小包料金拾錢

應慶大學
教授
堀江歸一著

財政學

上製脊皮美本 全一冊
菊判形 一千餘頁
定價金參圓

日清日露二大戦役の後を承けて、我國の財政は著しく膨脹すると共に其處理に困難を惹起し、今や税法改革、公債整理は國民的大問題と爲り、其解決は國運將來の發展に重大なる影響を及ぼさんとす。堀江慶應大學教授は、其の所あり、財政學の一新書を著し、如上の問題に解決を與へんとす。文章の流麗、論斷の明快なるは、先生從來の著書に依りて明なり。特に學者志士實務家必讀すべき近來の好著なり。

日本銀行員
商學士
水野重也著

●最新外國爲替

上製頗義本 全一冊
定價金壹圓貳拾錢
小包料金八錢

神戸高等商業
學校元教授
小野十郎著

●新商業算術

上製頗美本 全一冊
定價金壹圓八拾錢
小包料金拾貳錢

三田學會雜誌 第一卷第三號

論 說

代理行爲の要件を評す

神戸 寅次郎

單に代理行爲の要件を評すといふときは我民法上凡べての代理行爲の要件即ち所謂法定代理權を有する代理人の行爲の要件及所謂任意代理權を有する代理人の行爲の要件又此任意代理權を有する代理人の行爲の中に於ても一般的代理權を有する代理人の行爲の要件及限定的代理權を有する代理人の行爲の要件等を擧げて汎く之が論評を試むるを以て適當となすべしといへども而も本稿は斯の如き諸事項に對して悉く論評を加ふるの目的を有するものにわらず蓋し代理關

代理行爲の要件を評す

東京 橋本 石橋 町 振興 (替座) 大阪 三寶文館 發行

係は夥多の難解の問題を包含し之に付ては從來學說區々に分岐し殆んど歸着する所を知らざるの状態にありしと雖ども我民法は主として獨乙民法の草案に倣ひ大體に於ては孰れも之を解決せるものと見るとを得べきのみならず其問題中の一なる代理行爲の要件に付ても亦概ね適當に其規定を設けたりと信ずるが故なり、只此代理行爲の要件に關する規定にありても其内稍々詳細なる點に涉るときは大に吾人の意に満たざるものあり故に本稿は問題の範圍を縮少し主として任意代理中我民法の解釋より生ずべき所謂限定的代理權を有する代理人の行爲の要件に付いて聊か論評を試みんと欲するものなり。

之に關する事項は我民法第一百一條第二項に於て規定せり而して此規定は獨乙民法第一草按第一百八條及第二草按第三百三十六條第二項に倣ひて設けたるものにして獨乙民法第六十六條第二項に該當するものなり而して此法規の解釋に付ては獨乙の碩儒中既に業に其見解を異にする所ありて未だ一定するに至らざるものゝ如し。(Vergl. orome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. I. S. 455, 468.—Dernburg, Das bürgerliche recht. Des Deutschen Reichs und preussens, I. S. 491.—Planck, Bürgerliches

gesetzbuch, § 166—Heidlen, Bürgerliches gesetzbuch, § 166.—Eidemann, Einführung in das Bürgerliche gesetzbuch, I. S. 341—342, A. 12.—Leonhard, der allgemeine Theil Des Bürgerl. gesetzbuch, S. 310—311, A. 4.—Cosaek, Lehrbuch Des Deutschen bürgerlichen Rechts, I. S. 226—228. u. s. v.)

今竊かに其所説のかく同じからざるに至りたる所以を按ずるに學者各年來把持せる學説を固執し此法規の根底に横はれる所の所謂基礎觀念に付き其見る所の違へるが故なり蓋し獨乙民法は主として從來同國に行はれたる學説の據つて生める處の成果たると殆んど疑を容れずといへども立法者が各個の法規を設くるに當りては或は諸説の一部を分採し或は諸説を綜合して一個の基礎觀念を構造し又或は諸説を比較し其折衷的の意義を採りたる個所尠なからざるの結果として一見從來行はれたる學説の孰れを主として採用せしやを識別すると困難ならしむるものあり是を以て學者の解釋上時に立法者の眞意如何に拘はらず各其固執せる學説に従ひ稍自由なる見解を抱懷せしむるの餘地を存するが故なり。是を以て我民法の規定する處の如上の代理行爲の要件の當否を論評せんと欲せば勢ひ先づ此規定に對する學者の解釋に付て少しく論評を試みざるべからず而

4 して學者の解釋は直接代理の觀念に關しローマ法又は主として獨乙民法發布前に行はれたる學說に其源を發するもの多きを以て豫じめローマ法上に於ける直接代理の觀念は如何なりしや又獨乙に行はれたる學說の眞義は如何なりしやに付き簡單に論述しおくの要こゝに至つて生ず。

古代のローマ法に於て殊に債權關係の創設に關しては全く代理を許容せざりしと一般の通説なるが如し而して多くの學者が其代理を許容せざりし所以を論證せんが爲めには主として左の個處を引用するを見る (11. D. De. obligationibus et actionibus 44, 7.—53. D. De. acquirendo rerum Dominio 41, 1.—73 § 4 D. De. Dinersis regulis juris antiqui 50, 17.—38 § 17. D. De Verborum obligationibus 45, 1.—§. 5 J. per quas personas nobis acquiritur 2, 9.—§ 19. J De inutilibus stipulationibus 3, 19.) (Vergl. Windscheid, pandekten I § 73. —Dernburg, pandekten I. S. 281.—Mittels, Die Stellvertretung S. 184.—Zimmermann, Stellvertretende negotiorum gesto S. 101.—Engelmann, Aites und neues bürgerliches Recht S. 121.—Bing, Verhältniss Des auftrags Zus Vollmacht S. 39.—Ossack, Lehrbuch Des Bürgerliches Rechts, I. S. 219.) 然るにサビニールは此通説に反する意見を抱きモバンナムの説を引用して古代のロ

ーマ法に於ても要式行為の締結に關しては代理を許さざりしが不要式行為の締結に關しては之を許したりと主張したり也 (Savigny, System Des heutigem römischen Rechts III 113, obligationenrecht. S. 21. #) 而してハマンも亦此意見に賛同の意を表したりしが (Hellmann, Die Stellvertretung bei Rechtsgeschäften) 一方に於てはルーストラー (Ruhstrat Über Savigny's Lehre von Der Stellvertretung) 他の一方に於てはミッターが (Mittels Die stellvertretung nach römischem Recht.) サビニール等の引用せる證據を論評し絶對的に其意見の誤謬なる所以を明かにし殊に同法の此部分に於ては直接代理の觀念全く存在せざりし旨を論證せり。

古代のローマ法が直接代理を許容せざりしは果して如何なる理由に基くやは復た一々の問題に屬して學說一に歸處せず (Vergl. Mühlbruch, Cession § 2. Pandekten §§ 130, 131.—Laband, in Goldschmidts Zeitschrift für Das gesammte Handelsrecht B. D. X, S. 186 —Schlossmann; Besitzerverb Durch Dritte S. 47. #.—Mittels, a. a. o S. 13.—1.38. § 17. D. De Verbor um obligacionibus 45, 1.) 然れども此問題は本稿の目的に對し單に間接の關係を有するに過ぎざるを以てこの研究は之を他日に譲らん。

6 模範時代の法律にあつては *Jus gentium* の影響を受け直接代理不許容の原則に對し種々の方面に於て例外を見るに及べり特に占有の取得及所有權の取得に關して然りとす (1. 53 D. De acquirendo rurem dominio 41. 1.—1. 20. § 2. D. eod.—1 e. Depossesione 7, 32.—15. J. per quas personas 2. 9.) 債權關係の範圍に涉りても亦各々の場合に於ては直接代理を許すに至れり即ち辨濟殊に他人の債務の辨濟に關する場合はなり (Vergl. Mittels, a. a. o. S. 51. ff.—Zimmermann, a. a. o. S. 102—Bing, a. a. o. S. 39.—Kuhlenbeck, a. a. o. I. S. 467.—Engelmann, a. a. o. S. 129.—1. 53. D. Desolutionibus 46, 3.) ジャスチニアン帝の時に至り訴訟法の範圍に於ても亦或場合に限り之を許したり (1. 40 § 4. D. De Procuratoribus et Defensoribus 3, 3.) 而してビングが證明する如く任意に授與せられたる代理權の觀念も亦漠然ながら多少知らるゝに至れり (Bing, a. a. o. S. 43 ff.) 然れども此等は孰れも極めて例外の場合にして古代ローマ法の原則(何人も他人の爲めに契約をなすとを得ず)尙依然として其力を保持したり是を以て多くの場合に於ては或人が自ら法律行為をなすと能はざる事情の存する時は間接代理の方法によるか又は直接代理の代用的方法によりて僅かに其目的

を選するの外なかりしなり。

かくの如く直接代理は僅かに許容せられたるにすぎざりしを以てローマ法に於ける任意的代理權の行はれたる範圍は極めて狹隘なりし即ち其代理權は主として金錢の授受の場合に限られたり蓋しローマの商人は其家子又は奴隸に對して唯金錢の授受の爲めに代理權を授與するを通例となせしが故なり而して此代理權の作用如何といふに其家子又は奴隸は其取得せるものは凡べて家長の爲めに之を取得すといへども而も其行為により家長をして義務を負はしむるの權能を有せざりしなり (Vergl. Hellmann, a. a. o. S. 111.—Mittels, a. a. o. S. 200.—Sintenis, Civilrecht. II S. 378 ff.) 是に由りて之を觀ればローマにありては吾人の今日認めて以て任意的の代理權となすもの換言すれば法律行為によりて授與せられたる直接代理の完全なる權能は殆んど凡べての場合に於て之を許さざりしものと見て可なり然れどもローマ法の下にありても亦任意的代理關係に類似せる法律關係は夥多の場合に於て行はれたるを見る學者動もすれば此關係を以て今日の任意的代理關係の淵源となすの誤謬に陥るとあるを以て之に付き茲に一言しおくも亦全く

8 無用の業にあらざるべし。

此關係中其最も顯著なるものは彼の所謂補助的代理なりとす此補助的代理は漸次其行はれたる範圍を擴大し遂にある場合に於ては人をして純然たる任意的代理權の存在を認めしむるの外看を呈するに至れり此補助的代理の場合中に於て殊に著しきものは船主に對する訴權 (actio exercitoria) 及商業主人に對する訴權 (actio institoria) の場合なりとす此等の場合には獨り家長權從屬者のみならず自由人も亦所謂代理人たるを得たり而して船長又は商業使用人として(任命は (praepositio) 今日の直接代理に於ける授權行為に類似するものにして此任命により一種の資格を得たるものは之に依りて指定せられたる事項の範圍内に於ては自由に其行為をなすとを得たり然れども其行為の效果如何といふに權利の點に關しては本人獨り直接に之を取得することを得たりといへども義務の點に關しては本人及代理人が共に連帶して之を負擔せざるを得ざりしなり (Vergl. Drechsler, die actio quod iussu, S. 54 ff—Ring, a. a. o. S. 47—Mittels, a. a. o. S. 23. ff. S. 200) 要するにローマ法に於ける所謂任意的代理權は決して完成せる法律制度に非らず斯の如き状態

にありしを以て直接代理の完全なる概念は到底之をローマ法に求むることを得ず茲に於てか後世此概念につき學者間に劇しき論戰を交ゆるに至れり。

元來直接代理の制度は一人をして他人に依り法律行為をなし又は受くる事を得せしむるを以て其主要なる目的となすものなり而して直接代理の概念如何との問題に付き學者の説く處を聞くに結局此主要なる目的を達せしめんとするの趣旨に基かざるはなし多くの學者の稱ふる處を綜合し便宜上假りに茲に其概念を言ひ現はさば即ち代理とは一人のなしたる意思表示若しくは一人の受けたる意思表示が直接に他人の利害に於て其效果を生ずる處の法律關係なりといふことを得べし學者により或は其言ひ現はしの方法を異にし或は其觀念を表示するに多少精粗の別ありといへども孰れも大同小異したる徑庭なく其大體に於ける實質は結局是れに歸着するものゝ如し然れども試みに(1)其一人の爲したる意思表示は果して何人の固有の意思表示なりや又(2)其一人のなしたる意思表示は何故に直接に他人の利害に於て其效果を生ずべきやと問はし之に對する學者の回答決して一樣ならず是れ從來代理に關して學者間に生じたる論議の基因をなせる主要な

10 問題にして又諸種の學說を惹起せしめたるものなり蓋し近代の法律思想に従ひ一般に或法律事實より生ずる法律上の効力は法律自ら之を作成し之を或人に附着せしむるものにして自然に發生し自然に或人に附着するものに非らずとなすものありシユロスマン等の如き極力之を主張すれども (Schlossmann, Verträge, S. 80 ff. Abh. in Grünhuf's, Zeitschr. VII S. 545, 555. ff.—Bülow, Das Problem Des Rechtsgeschäfts, S. 129. bis 136.) 而も法律が或法律事實に對して或法律上の効力を作成し之を或人に附着せしむるに付ては自ら之を作成し之を附着せしめたる根本の理由なかるべからず而して其理由如何は法規其のものゝ解釋に著しき影響を及ぼすのみならず其法律の作成せる法律上の効力の範圍等を定むるに付ても亦重大なる關係を有するは言ふを俟たざる處なればなり。

直接代理の根本問題に付き獨乙に於て行はれたる學說は殆んど其數無限なりといへども今一々之を擧ぐるの煩を避け唯其緊切なるものを略記せん此等の諸説は概ね三ケの分類中の一に之を包含せしむるを得べし即ち信任主義 (Vertrauenslehre) 代表主義 (Repräsentationstheorie) 及意思主義 (Willensdogma) 是なり。

信任主義は明かに此名稱を付して之を唱導するもの甚だ稀なりといへども而も直接代理の概念を説明するに當り恰も不知不識の間に此觀念ありとなすものにして本人の名義に於てせる契約より生ずる債權に關して特に暗示せるものなり即ち代理人と取引をなす第三者は代理人に依て指示せられたる本人若しくは本人の信用を準據として契約を締結す又は第三者は本人を眼中に置きて契約を締結すといへるが如き類是なり斯の如き説明の根本には第三者は表面に現はれて法律行為をなす處の代理人を信任して之をなすにわらず代理人の背後にあり而も固有の行為者なる本人を信任して行為を締結するものなりとの思想を包含すると別に説明を要せず尙ほ一步を進めて其根本の思想を探求すれば代理人はその既に受けたる代理權に基き特に確定せる法律行為の内容を傳送す若し代理權が一般的なる時は其代理權の範圍に包含せる内容中或者を特定して之を傳送するに過ぎざるが故に相手方の心裡に信任を惹起すといふに歸着するものとす。

(Vergl. Dernburg, preuss. privatr. I § 113 I pand. I § 117 Heidlhb. Krit. Zeitsch. V. S. 19—Hellmann, a. a. o. S. 99.—Tartufari, arch. giur. X. L. IV. S. 102.) 即ち信任主義は代理によ

12 する契約の直接の拘束力は其契約をなすに當り相手方の心裡に起りたる信任を基礎として發生すとなすものなりシユロツスマンがデルンブルヒ等の所説を評して此等の説は代理人が本人の契約として其契約を締結するの點、他の語を以て之を言へば本人の名義を以て契約を締結するの點に着眼し之を以て信任の基因となし其信任を以て直接效力の基因となすものにして結局代理人に意思の自由を許さざるものなりといひたるは蓋し適評と云ふべし (Schlossmann, Die Stellvertretung I. S. 198—208) 時に學者が名けて實際的本人行為説と稱するものは少しく其觀察の點を異にするに止まり實質上に於ては亦此信任主義に屬すること蓋し疑ひなき處なり此説は代理に關する擬制説とも稱すべきものに反對する學者の唱導する處にして即ち曰く直接代理の場合に於ては本人の意思表示は擬制に依り無有となすものに非らず其意思表示は實際上存在するものなり、本人は自己が代理人に授與したる代理權の力に依り代理人を経て自己の意思を表示するものなりと尙ほ之を極言して直接代理の場合には本人の意思表示の外全く他に何等の意思表示の存在するものなし被授權者は授權者の單純なる機關にして恰かもロー

法に於ける使者(Nuntius)と全然異なる處なしとなすものあり。(Saugny, a. a. o.

§ 113—Ruhstrat, arch. für Die praxis Des Odenb. R. I. S. 10 fg.—Scheurl, Krit. Ueberechn I. S.

315. fg.—Caustein, Busch's Arch. F. H. R. XXI S. 226 fg.) 要するに此主義に屬する諸

説は或は前掲第二の問題を主要の點として立言し此問題解決の結果として自ら第一の問題を解決せんとし或は直接に第一の問題を解決し其結果として第二の問題は法律行為の一般の原則に従ひて之を解決せんとするにあれども結局直接代理に於ける第三者に對する意思表示は本人の固有の意思表示なりと云ふに歸着するものとす是を以て特に法定代理の場合又は無權代理の場合は如何に之を説明すべきか又任意代理の中に於ても一般的代理權の存する場合は如何に之を説明すべきか等の反駁をなす迄もなく此説は今日の所謂直接代理の觀念と全く相容れざるのみならず結局唯單純なる使者關係の説明に過ぎざることとなるを以て今日に於ては洋の東西孰れに於ても眞面目に此説を傳唱するものは全く跡を絶てりといふも蓋し過言に非らざるべし。

13 代表主義は多くの學者の唱道し又引用するものにして代理の概念を説明する書

14 冊中に於て殆んど此語に遭遇せざることなきが如しといふとも而も此主義に屬する學說の代表者の一人なるウキンドシャイドが少しく其說を變更せし以來學者此主義の意味を解するに付き不幸にして其見解を異にするに至りたるもの如し (Schlossmann, a. a. o. s. 209.) 然れども余の信ずる處によれば代理に於ける意思表示は代理人の固有の意思表示なりとなすを以て此主義の眞義と解さることを得ず (Vergl. Windscheid pandekten I § 73 anm. 16 b. Ihering Geist Des s. r. r. III § 53 nach 224—Wendt, in Endemanns Handb. Des Handelsr. I. S. 277, Pandekten § 47 § 48 S. 123—Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung S. 53 fg.—Regelsberger, Pandekten I § § 159, 160.—Endemann, a. a. o. S. 342. anm. 12.) 之に屬する學說の二三を筆にせん。ウキンドシャイドは始め代理人の意思表示は事實上代理人の固有の意思表示なれども唯法律上の取扱に依り本人の意思表示と見做すと説きたりしが後にはカローワの反對論に遇ひて少しく其說を變更しAの意思表示は精神界に於ても亦Aの意思表示にしてBの意思表示と考ふことを得ずとの前提を置き本人の意思表示と見做すべきものは代理人の意思表示其ものに非ずして代理人の意思

表示と全く同一なる他の一ヶの意思表示なりと説けり尙換言して曰く本人の意思表示と見做すべきものは代理人の意思表示と全く同一なる他の一ヶの意思表示たるに外ならざれども而も其他の一ヶの意思表示といへるは單に代理人の意思表示と同一なる内容を有する意思表示を意味するに止まらず代理人の心的状態より受くべき凡べての事項の附着せる意思表示を意味するものなりと猶此凡べての事項の附着せる意思表示といへるを換言して代理人が意思表示をなせし當時に於て其心裡中に行はれたるものと全然同一なる性質を有する精神生活の一部の附着せる意思表示を意味するものなりと云へり要するに代理の意思表示は代理人の行為の當時の精神状態に於てせる意思表示を客觀視し其客觀視せられたる意思表示と全然同一なる意思表示にして本人自ら之を爲したるものと見做すといふにありウキンドシャイドは一方に於ての代理の意思表示の有効無効を定むるに付き影響を及ぼすべき事項は之を代理人に求むべきや將た又本人に求むべきやの問題に非常なる重きを措き前説は之を完全に解決するに足らずとなし遂に後説を唱ふるに至りたること明かなり而して此後説に據る時は代理の

16 意思表示の有効無効を定むるに付ては代理人其人の意思の欠缺、畏怖、詐欺或事情の知不知等は勿論代理人の個人的の性質并に關係例へば年齢、宗教、國籍、住處親族關係等も亦孰れも之を其標準となさざるべからず（Windesheid, pandekten a. a. o. — Verpl. schlossmann die Stellvertretung a. a. o.）而して他の一方に於て直接效力發生の理由を説明するに當り何故に擬制の力に依りたるやといふに彼は沿革に支配せられて彼のイヘリングの所謂法律行為に於ける原因結果の分離を認むることを欲せざるより來りたること蓋し疑ひなしといへども本來此説明は當事者の意思に適合せずとなし又此原因結果を分離して結果のみ本人に歸するとなすときは代理の法律行為と第三者の爲めにする法律行為との間に存する區別の標準を見出すこと殆んど不能に屬すとなしたるが爲めなり當事者の意思に適合するや否や又は此區別の標準は果して之を見出すこと能はざるや否やは更に研究を要するの問題なりといへども余の信ずる所に依れば是れウキンドシヤイドの變ふるが如く決して不可解の問題には非らざるなり（Ihering, Geist Des röm. R. a. a. o. — amn, 225, I, 11. De. o. et. A. — schlossmann, Die Stellvertretung I. S. 58—69.）是故にウキンドシ

ヤイドの所説は其變説以後に於ては代表主義に屬すべきや否やは聊か疑問となりたり加之任意代理の中特別代理權の場合には明かにミンタイスの所説を是認するが故に益々其疑問を高むるに至りたるも尙ほ學者は多くウキンドシヤイドを以て此主義の代表者の一人に算ふるものゝ如し。

（Windesheid pandekten, a. a. o. 16 b, 5. — Mitteis Die Lehren von Der stellvertretung nach r. R. Mit Berücksichtigung Das österr. R. S. 109 fg. — schlossmann, a. a. o. — Regesdarger, pandekten a. a. o. S. 585. amn. 19.）
ヘーゲルスベルゲルは代理人の意思表示は法律上に於ても事實上にありても全く代理人固有の意思表示なりとなしイヘリングと共に法律行為に於る原因と結果とを分離し其結果即ち法律上の效力は直接に本人に對して發生すとなし更に進んで其直接效力の發生する原由を説明するに當り先づ第一に法律行為に於ける原因結果の分離を以て正常なりとなし之を否認するものは法律上の效力と事實上の效力との區別を看過するものなりと反駁し法律上の效力なるものは凡べて思想界に於て動作するものにして其發生存在は凡べて之を法律の力に歸すと説き吾人が自己の名義に於て法律行為をなしたる場合に臨み其

18 法律上の效力を吾人に付着せしむるものは即ち此法律の力にして法律以外に存する自然的の力にならず此同一なる法律の力が即ち代理の場合に於て一人の行為の法律上の效力を直接に他人に付着せしむるものなりと論ぜり。

(Regetberger pandecten, I. a. a. o. S. 582—584.—Therins, in seinen Jahrb. I. S. 273 fg.) チン

マンは右と殆んど同様の見解を有し代理人の意思表示は代理人固有の意思表示なりと爲せども唯其直接效力發生の原由を説明するに付き擬制若しくは法律の力によるを不當なりとなし代理人は其固有の法律行為上の意思の外尙ほ直接效力を發生せしむるの明確なる意思を有し且つ之を表示するものなりとなし此意思が即ち直接效力發生の基因にして又其力なりと論ぜり。

(Zimmermann, Die Lehre von Der stellvertretenden Negotiorum gestio, S. 32 fg.) 此等の諸説は前上第一問解決の點に於ては全然相一致し唯第二問の解決に付き其理由を異にするにすぎずウチンドシャイドの所説も特別代理權の場合を除き第一問解決の點に於て稍々其趣を異にすれども而も吾人の研究を要する法律上の目的より見るときは亦他の諸説と全く同一に歸着するものといはざる可からず而して授權

行為は一個獨立の行為にして法律行為として代理行為と何等關係を有せずと爲すの點に於ては此等の諸説孰れも全然相一致すること前掲引用個所に徴して明確なりとす。

意思主義は始め學者がローマ法に所謂間接代理の場合には法律上の效力は本人に對して間接に發生し近代法に於る直接代理の場合には其法律上の效力は本人に對して直接に發生するものと爲すの點は争はざるも何故に一の場合には間接に他の場合には直接に發生するやの前提若しくは根本的の理由を懷疑し契約に關する一般の原則を假り來り之を説明せんとし其説明の結果として遂に代理の概念に對する一個の主義をなすに至りたるものなり蓋し此主義の由來は他に之を求むることを得ず又何れの場所に於ても其發生原因と見る可きもの之れなきを以てなり而して其要に曰く普通の契約の場合に於ては其法律上の效力は契約者の二個の意思の合致を基礎として發生し代理の場合には三個の意思が互に相聯繫結合して代理行為を構成すとなし其三個の意思とは即代理人の意思第三者の意思及本人の意思にして前の二者は契約其ものに於て其形を顯し然して後の

20 意思は代理權の中に之を顯はし代理人及第三者は契約の意思表示に於て代理權の中に包含せる本人の其意思を引用するが故に結局表示されたる三ヶの意思の合致が直接效力發生の力を爲すものなりとテールは此意を説明して本人の名義に於て締結せる行為は三ヶの意思及三ヶの意思表示を基礎となすか故に此契約は三方契約なりと云へり。

(Thöl, Handelsrecht I S. 62) アミラ等が授權行為は本人の參與せざるべからざる三方行為の一分子なりといふが如き (Vergl. Amira, Nordgerm. obligationenrecht I S. 358—Laband Ztsch. F. Handelsr. X S. 183 ff. 204. ff.) ヴルンホッフが直接代理の場合に於ては任意上の代理權其ものは之に依りて締結せらるゝ法律行為の元素をなすものにして必要缺く可からざるの分子なりといふが如き (Bernhöft, Germanische und moderne Rechtsippen im rezigierten röm. R. in Der Ztschr. F. Vergleichende Rechtsw. III S. 23.) 孰れも此主義の主唱者なることを表明するものなりミツタイスの所説も亦其源を此意思主義に汲みたること蓋し疑を容れざる所なり只此説の此主義に屬する他の説と異なる所はミツタイスは代理行為は三個の獨立の意思と要すと爲すに

反し二個の意思表示の合致より成立すとなし本人の意思表示と代理人の意思表示とが各分子となり二者相合して代理人の側に屬する一の意思表示を構成し此意思表示と第三者の意思表示とが相合致して一ヶの法律行為即ち代理行為を爲すといふの點にあり(勿論契約の場合を想像す) (Vergl. Mittels, a. a. o. 109 ff.—Vohmann, a. a. o. S. 101—102.) 故に此主義に依れば前上第一問は恰かも前二主義を折衷して解決し代理行為に於ける意思表示は代理人及び本人の獨立せる二ヶの固有の意思表示若しくは此等二者の相結合せる一ヶの固有の意思表示なりとし第二問に對しては直接效力の發生は三個の意思の力に據ると爲しミツタイスは代理人の意思の力に據ると爲すものなり。(Windscheid Pandikten, a. a. o.—Mittels, a. a. o.) 是れ獨乙法曹の所説の概要たり此前提より更に進んで先づ獨乙民法に對する學者の解釋を論評せんとす。 (未完)