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

Title	代理行為の要件を評す(承前)
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.5 (1909. 6) ,p.575(33)- 597(55)
JaLC DOI	10.14991/001.19090601-0033
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00234610-19090601-0033

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.

代理行爲の要件を評す（承前）

神戸寅次郎

是れより第二問題に入りて論述せん。

獨乙民法第百六十六條第一項は直接に本稿の目的とする所にあらざるが故に深く此點に論及することを爲さずと雖も第二項の眞義を了知するにつき間接に關係する所あるを以て先づ之に付いて略述する處あらん。

抑も此第一項は同法第百六十四條と共に相結合し代表主義を以て其基礎觀念と爲したることは蓋し何人と雖も之を認むるなるべし單に法文の字句のみに依るときは明確に此意を諒知すると容易ならずと雖も第一草按の理由書に徵すれば之を知悉する事必しも困難なりとせず第一草案第百十七條の理由書は先づ第一に代理の法律上の性質に關する根本的の觀念として二ケの學說を擧げたり其一は法律行爲が代理人に對して成立し而して單に其效力が本人に對して發生する

となすもの其二は本人が法律行爲上の當事者にして唯代理人の媒介に依り本人自己固有の意思を表示すとなすもの卽ち是なり次で草案は其一說を採用せるが故に行爲其ものは代理人自己の行爲なりとの趣旨を明言せり (Motive zum bürgerlichen gesetzbuch, I. S. 126.)同民法第百六十四條は其代理人に對して成立せる法律行爲は直接に本人に對して其效力を發生するものと明定せり是故に此等二ケの法文が相結合して代表主義を其基礎と爲したることは毫末の疑を容れざる處然りといへども草案は唯直接效力發生の根本的の理由に付き代表主義に屬する學說中其孰れを採りたるやは之を示す事なし換言せば代理人の行爲が直接に本人に對して其效力を生ずると爲すは本人が代理人のなしたる行爲と全く同一なる他の一ヶの意思表示を爲したるものと見做すが故なりや又は法律行爲の原因と結果とを相分離し其結果は法律の力に依りて直接に本人に歸するものとなすが故なりや將又代理人に特に直接效力を發生せしむるの意思ありと爲すが故なりや此點は條文に依るも又は其理由書に徵するも全く是を知ること能はず蓋し第一草案第百十六條及現行獨民第百六十四條は此點に關し何等の規定を設くる無く

又其第百十六條の理由書は「サクセン」法第七百八十八條及「ドレスデン」草案第百八十四條に於て右の理由を明かにするの趣旨を以て特に前提的法規を設けたるを非難し是れ寧ろ立法上不得策にして法規を以て明かにすべき事項に非ずとなし殊更に之に關する法規を設くることを回避したる所以を說き隨つて理由書を以て其理由を示すことを爲さゞるが故なり此直接效力は單に法規に依りて發生するものなりと說明し去らば事簡にして而も誤謬無きこと勿論なりといへども茲に法規に依りて發生すと云へるはレーグルスベルグルの所謂法律の力によりて發生すと云へるとは全く其意義を異にす故に直接に效力を發生すと爲す法規の根本に存する理由は尙ほ學說上之を考覈せざるべからず。

獨民第百六十六條第二項は前述の如く同民第一草案第百十八條に其源を汲みたるものなり而して此第百十八條は代理權が本人の法律行爲によりて授與せられ且其代理權が特定の法律行爲に關する場合には本人が或事情を知り又は知り得べかりしときは代理人の不知は代理行爲の效力に影響を及ぼすとなしと規定せり卽ち之に依れば或事情の知若しくは過失不知が本人幷に代理人に存する時は

勿論本人又は代理人の孰れか一人に存する時と雖も常に其事實は法律行爲に影響を及ぼすと爲すものなり其理由とする所を見るに代理行爲が任意代理權を前提とし且其代理權が特定の法律行爲に關する時は本人は其代理行爲の基因たる意思の決定に影響を與へ、隨つて之に參與するが故なりといふに在り草案理由書は更に代理人の知若しくは過失不知を問ふべき理由を述べて代理人が斯の如き任意的代理權に基きて法律行爲を爲したる場合と雖も尙ほ其法律行爲は代理人自己の法律行爲たることを失はずと云へり(Motive, s. 9.)此等の理由を唯一應聞けば自ら玆に人の腦中に種々の疑問の湧出するあらむ卽ち(1)此行爲は之を共同行爲と見ること能はざるか之を共同行爲と見るとせば之に影響を及ぼすべき事實は何人に付て且如何に之を定むべきや(2)此行爲は之を分離して各別に觀察すること能はざるか之を各別に觀察する時は本人の意思の部分に影響を及ぼすべき事實は何人につき且如何に之を定むべきや(3)本人の意思の部分のみを以て共同行爲と見ること能はざるか斯の如く觀念する時は之に影響を及ぼすべき事實は何人に付き如何に之を定むべきや(4)又本人の參加あるにも拘はらず第一項の

原則に基き此行爲を以て代理人の行爲と見ること能はざるか斯の如く見る時は之に影響を及ぼすべき事實は何人に付き如何に之を定むべきかと是なり。

玆に理論に依り立法の方法を想像すれば

(1)此行爲を以て共同行爲と爲す時は之に影響を及ぼすべき事實は凡べて本人及代理人に付いて之を定めざるべからず。

(2)此行爲を分離して各別に觀察する時は本人の意思より成る部分に影響を及ぼすべき事實は凡べて本人に付き之を定めざる可からず。

(3)本人の意思より成る部分のみを以て共同行爲と見る時は之に影響を及ぼすべき事實は凡べて本人及代理人に付て之を定めざるべからず。

(4)此行爲を以て代理人の行爲と見る時は之に影響を及ぼすべき事實は凡べて代理人に付て之を定めざる可からず。

第二委員會に於ては(1)は初めより問題とならざりき卽ち修正說として之を提出せしものも無くはた是に付き採用の希望を述べたるものすら無かりき(2)は前掲第二修正說第二項に該當するものなれども是れ亦全く採用せらるゝに至らず(3)

は或點に於て第一修正說第二項に類似すれども此第二項は(3)の如く理論を貫徹すること無し而して是等は何れも共に採用せらるゝに至らず(4)は原案卽ち第一草案第百十八條に類似すれども其後段に至りては全く相異なる所ありて是れ亦採用せらるゝに至らず而して同條は前述の如く遂に第四修正說を採るに至れり同修正說曰く (Ist die Vertretungsmacht durch Rechtsgeschäft ertheilt Vollmacht) und handelt der Vertreter nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers, so kann der setytere auf die Unkentniss eines Umstandes aus Seiten des Vertretetrs sich nicht berufen, Wenn er den Umstand kannte oder, sofern dem Kennen das Kennenmüssen gleichsteht, kennen musste.)

之に依る時は第一草案第百十八條と異る所は唯其要件の點にあり、卽ち其第百十八條に於ては(1)代理權が法律行爲に依りて授與せられたること及(2)其代理權が特定の法律行爲に關することの二ヶ條件を必要となしたれども第二草案第百三十六條第二項は第二の要件を削除し之に代ふるに代理人か代理權授與者の特定の指定に從ひて行爲を爲すことの要件を以てし之に依りて本項の適用の範圍を擴張せり而して其實質の點に關しては全く何等の變更を加ふること無し現行獨逸民法第百六十六條第二項も亦全く之と其意義を同ふすること前述の如し。

第百六十六條第二項制定の由來概略斯の如くなれば其根本に横はる處の所謂基礎觀念は容易に之を知ることを得べし左に之を略記せん。

信任主義は全く本項の與り知る所に非らず授權行爲と代理行爲との間に存する關係に付ては從來二ヶの見解あり一は此等二ヶの意思表示を以て全然獨立せる二ヶの法律行爲と爲すもの一は此等二ヶの意思表示を以て第三者に對して爲したる單位的法律行爲の各分子なりと爲すもの是なり等二委員會に於いて第二の見解を基礎とせる修正說を出だし第一草案第百十七條及第百十八條を全然削除して之に代らしめんとするものありしも遂に同會の容るゝ所とならざりき而して同會は遂に第一の見解を採りたる旨を明言したり(Mugden, a. a. o. s. 739) 是故に縱令本人が特定の指圖を與ふることあるも此指圖は代理行爲の一分子を爲すものと見る事能はず蓋し此指圖なるものは一ヶの意思表示にして第三者に對する關係上より見る時は委任行爲又は授權行爲と全く其性質を同ふするものなればなり。

本項は所謂意思主義を採りたるやといふに此主義に屬する學説中所謂三方行爲説は之を採らざること一點の疑無き處にして特に説明を加ふるの必要を見ずミッタイス等の所説は如何なりやと問ふに此點は少しく疑問の中に屬するに似たり而して曾に之を一見する時は其主義を採りたるやの外觀無きに非らず是れ學者が第二項の解釋を異にするに至りたる主要なる原因なりとす然れども單に一般的代理權の場合に於て之を採らざるのみならず所謂限定的代理權の場合にありても亦全く之を採らざることは前述本項制定の由來に徴して明確なるべし唯學者の疑問とする處はもし果して民法が共同行爲説を採らすとせば何故に本人の知若しくは過失不知を問ふことゝ爲したりやの一點にあり勿論意思主義を腦中に措きて唯單に其理論を貫徹せんと欲する學者の眼底に映ずるよりして之を考ふる時は斯かる疑問を發すること一應理無きに非ずといへども而も民法は後に説明すべき他の理由ありて殊更に其理論を貫徹することを爲さゞりしなり。余が曩きに立法の方法を假想して其取捨如何を述べおきたるは主として此説明を簡略ならしむるを目的となせる所以に外ならず。

然らば第百六十六條第二項は如何なる主義に基きたるやといふに第一項と共に同じく代表主義に基きたること一髮の疑だも容れざる處なり第一章案理由書が云々斯の如き任意的代理權に基きて法律行爲をなしたる場合と雖ども猶其法律行爲は代理人自己の法律行爲たることを失はずといへるは正に之を證明して餘りありといふべし唯同理由書は更に本人は其意思の決定に影響を與へ隨つて之に參與すと云へるが故に聊か疑惑を生ずるの虞なきに非ずといへども而も之を以て其同行爲説を採りたるの意を暗示せるものと解することを得ず唯例外を設けたる理由を示さんとするの趣意に出たるものなり蓋し法律は假令特定の委員若しくは指圖あるも是れ皆本人と代理人との間に起るべき意思を表示にして此意思表示を材料として更に第三者に對し一ケの意思表示すべきや否やの決定は代理人獨り之を爲すべきものと觀念せるはproto-kolleの説明によりて明かなればなり(mugden, a. a. o. s. 739.)例外とは即ち本人が特定の指圖を與へ代理人が之に從ひて行爲を爲したる場合と本人の知もしくは過失不知も亦之を問ふことと爲したる事是なり若し此場合に於て本人の參加あるにも拘はらず全く之を問はざるも

のとする時は實際上甚しき弊害を生ずるの恐れあるが故なり然れども是を以て其根本の主義に變更を加へたりと爲すは誤謬の甚しきものといはざるべからず。以上說き來れる所に依り既述の學者の解釋の誤謬に陷りたる所以は容易に之れを推知することを得べし卽ちクローメーが第百六十六條第二項の要件を具備せる代理行爲の內容を二ケに分離して觀察するに至りたるは意思主義中三方行爲說其ものに支配せられたるの結果に非ざるものとするも其說の因つて生じたる緣由に其源を發したること蓋し疑を容れざる所なり而して其內容の二ケの部分中本人の指圖の範圍內に屬する部分を以て共同行爲として取扱ふに至りたるはミッタイス等の所說に贊同を表したるの結果と見ることを得べし而して其所說の意を貫徹せんとするの念慮よりして遂に第二項の規定のみを以て足れりとせず一般の原則を引用し來り以て其解釋を全うせんとするに至りたるものなり故に此解釋は第二項の基礎觀念を誤解し若しくは斜視するものにして其根底より誤まれるものと言はざる可からず。

コーザックが此場合に屬する代理行爲の法律上の性質を以つて爭ひあるものとなし確固たる說明を與へざりしは立法の本旨を究めざるの致す處にして隨つて其解釋亦正鵠を得たるものといふ可からず殊に錯誤の場合を特記して此場合に限り信任主義を採りたるが如き解釋を爲すに至りたるは果して如何なる理由に基きたるか聊か了解に苦しむ處なれども蓋し本人の指圖に基きたる意思表示の部分の範圍が著しく大なる場合に於ては其關係は實際上に當つては使者關係と殆んど擇ぶ處無きに至るが故に假令代理人に錯誤あるも本人に之無き以上は實際上殆んど痛痒を感ぜざるに至るを以ての故ならん然れども前揭の如く第二項は代表主義を以て其基礎となすが故に苟も其關係にして代理關係に屬する以上は代理人の錯誤は常に代理行爲に其影響を及ぼすものと爲さゞるべからず。

最後にテルンブルヒの解釋を見るに Wer gilt im Abschliessende? Hierüber stritt man gemeinerechtlich bei der sog. freiwilligen stellvertretung. Manche erachten den Vertretenen, auf dessen Willen schliesslich der geschäftsschluss zuruckzuführen ist, als durch den vertreter handelnd, da dieser nur ausbilde und erkläre, was der Vertretene wille. Die meisten aber huldigten der sog. Repräsentations theorie und nahmen an der Vertreter schlivsse das Geschäft ab, den vertretenen träfen nur

dessen Wirkungen. Nach einer vermitseinden theorie bringen der vertretene und der vertreter das Geschäft zu stande und es gehört beiden an, soweit jeder zu dessen schöpfung.

Hiernrch beantwortet sich grundsätzlich die schwierige Frage, auf Wissen und Verschueden es bei der Beurteilung der Willensokiörung ankommt, ob auf dasjenige des Vertretenen oder des vertreters. Das B. G. B. S 166 folgt einer vermittelnden Ansicht. (Dernburg, Das bürgerliche Recht, I. S. 491.)

之を前提となし次に第百六十六條第一項及第二項に該當する事項を順次に說明せり。

之に依つて見ればデルンブルヒは第百六十六條は其嘗てミッタイス等と共に唱道せし所の折衷主義余の所謂意思主義を採りたるものと爲したり同條第一項に該當する事項を說明するに當りては法規の意義明晰にして一縷の疑念を挾むの餘地無きが故に本人の知若しくは過失不知も亦之を問ふべしとは言はざれども其第二項に該當する事項を叙說するに當りては其法規を原則視するの結果として著く擴張的に解釋を施したり是れ從來保持せる學說を固く執つて(Mitteis, stellv. ertretung s. 109, — Dernburg, pand, Bd. I. S. 117. 10.)立法者の意思に與みせざるの致す

所なるべし隨つて解釋論としては根本的に誤れるものと思惟せらるゝ

翻つて我民法第百一條の意義如何といふに之を解するもの其說多くは不卽不離にして深く其根底に立ち入らざるが故に法規の引用は卽ち解釋なりやと感ぜしむるもの無きに非らず故に其意のある處を了解すること難しと雖も其充實せる蘊蓄を較々洩らされたりと信ずるもの〻解釋の一二を擧げんに。

或は曰く意思の決定か全く代理人に放任せらるゝ時は意思表示は代理人のその行爲なり代理人が本人の指圖を受けて事を行ふべき場合に於ては其指圖の存する範圍內に於ては代理人は本人の意思の携帶者なり此場合には代理人のみか意思を形成するにあらず代理人と本人とが共同して之を形成するなり故に意思表示は代理人のみの行爲に非すして本人と代理人との共同行爲なり法定代理の場合に於ては代理人が意思を決定し本人は之に與らず故に意思表示は代理人のみの行爲なり任意代理のみに於ては本人が全く參與せざる場合と代理人が本の人指圖に從つて事を行ふ場合とあるを以て之を代理人のみの行爲と爲すべき合場と本人及代理人の共同行爲と爲すべき場合あるを知る可しと。

或は曰く代理人が專ら本人の指圖に因りて行爲を爲したる時は代理人は自己の意思を表示すると云ふも實際は本人の意思を實行するに過ぎず故に素「ドレスデン」專獨專業に倣ひ此制限を加ふ「特定の行爲」特に指定したる行爲「委托せられ」故に委任に因る代理の外には適用なし「本人の指圖に從ひ」是れ最も必要なり假令其委任事件は特定の行爲に非さるも一々本人の指圖に從ひたる時は本條を適用すべし(獨二草一三六二項)云々と。』

卽ち是に依る時は一は第百一條第二項の適用を受くべき代理行爲を以て共同行爲となしたり是既に獨民の解釋に關する評論に於て述べたる處により其誤謬たることは容易に知ることを得べしと雖も假りに母法の制定由來を無視し唯單に我民法の條文に付いて之を見るも尙は其意を解するに苦まざるとを得ず。論者の理由とする處は蓋し本人の指圖は代理行爲の基因たる意思表示の一分子を爲すが故なりといふにあるものゝ如し。是れ一應理なきに非らずと雖も果して斯の如く觀念すべきものとせんか。本人の指圖自身に意思の欠缺等ありたるときは其事實は孰れの行爲に對して直接に影響を及ぼすものと爲す可きか代理行爲が本人

の指圖ありたるの理由を以て共同行爲となるものとせば其事實は直接に代理行爲其ものに對して影響を及ぼすものと云はさる可からざるに至らん若し否らずとせば代理行爲を以て共同行爲なりと爲すの利益は何れにありや若し然りとせば何れの法規を以て其根據と爲すべきや一は云々此制限を加ふといふが故に代理行爲は代理人單獨の行爲なることを認めたりと見ることを得べしと雖も其代理行爲の要件の說明に至つては聊か了解に困まざるを得ざるものあり我民法第百一條第二項が特定の法律行爲を委托せること及代理人が本人の指圖に從ひ其行爲を爲したることの二ヶを以て其要件と爲すことは明文上毫も疑ひなき處なる可し然るに以上の解釋に於ては本人の指圖に從ふことの一の要件を以て足れりと爲し特定の法律行爲云々の要件は全く之を不用視し此要件の存する場合と否らざる場合とを問はず常に本項の適用あるものと爲せるは少しく法規の意義を擴大するものにして解釋の畛域を超脫せるの嫌ひ莫きに非さるか是れ單に獨乙民法第二草案第百三十六條第二項のみを眼中に置き我民法第百一條第二項の前提的規定を全然看過せるよりして來れる誤謬に外ならざる可し。

試みに左に我民法第百一條第二項を解釋せん。

先づ要件の點よりせんに第二項は二ヶの條件を必要とす即ち(1)特定の法律行爲を爲すことを委托せられたる場合なる事。此條件は之を分析する時は三ヶに分かる。

(イ)代理權が委任行爲によりて授與せらるゝこと。

(ロ)委託せられたる法律行爲が特定せらるゝこと。

(ハ)其授與されたる代理權が限定的のものなること。

是なり故に本項は委任代理の場合に非ざれば其適用無し又本人が委託すべき法律行爲其ものを特定することを要するか故に之を特定せざる時は本項の適用無きものと解さゞるを得ず例へば或物品を取得することを委託せんとする場合にありては必ず賣買交換又は贈與等の名稱若しくは意味を表指して委任を爲さゞるべからず若し單に或物品を取得せよと依賴し其法律行爲を特定せざる時には本項の適用無きものとす又委託すべき法律行爲が特定せらるゝの結果として代理權其ものも亦自ら限定せらるゝ故に一般的代理權の存する場合卽ち所謂總理代理の場合には亦本項の適用あらざるものとす (Vergl, planck, a. a. o. § 166.)

(2)本人の指圖あり且代理人が之に從ひて行爲をしたると本人の指圖は授權行爲若しくは委任行爲の裡に包含せられたると又全く獨立して與へられたるを問はざるが故に其方法の如何に拘はらず單に其指圖あるを以て足れりとす代理人は代理權其ものゝ力に依りて委託されたる法律行爲を爲すの權能を有するが故に(授權行爲又は委任行爲の內容と指圖の內容とが互に相關連して分割すると能はざる場合は暫く別として)特に本人の與へたる指圖を受くることを要するものに非らず之を受くると否とは全く其隨意に屬す而して一旦之を受けたる時と雖も尙ほ之に反して行爲を爲すも爲めに其違反が直接に代理行爲に影響を及ぼすことなし隨つて斯の如き場合には本項の適用あること無し又本人が積極的に指圖を爲し且代理人が之に從ひて行爲を爲すことを要するが故に本人が指圖を爲すことと無く唯單に代理人に於て行爲を爲すことを知りて之を制止せざるのみにては本項の適用を生せずデルンブルヒが獨逸民法に依る時は此場合も亦本項の適用ありとなすは本項の基礎觀念を誤解せるより出でたるものにして其正當に非ざ

る所以は既に之を言へり、又代理人が本人の指圖に從ひて行爲を爲すも代理行爲に影響を及ぼす可き事情と指圖との間に何等の關係無き時は勿論本項の適用あると無し之を要するに本人か積極的に指圖を爲し代理人が之に從ひて行爲を爲し而して其指圖と行爲に影響を及ぼす可き事情との間に關係の存する場合に限り本項の適用あるものとす。

本項の規定の實質は甚だ簡單なり、卽ち前掲の要件を具備して爲したる代理行爲は本人の行爲に非らず又本人と代理人との共同行爲にも非らず法律上に於て代理人自身の單獨の行爲と觀念すべきものなり是故に意思の欠缺、詐欺等意思表示の效力に影響を及ぼすべき事實の有無は第百一條第一項の原則に依り凡べて代理人に付き之れを定めざる可からず唯代理人に或事情の知若しくは過失不知なく本人に之ありたる場合に於て本人の夫れを問はざることとする時は實際上甚しき弊害を生ずるの虞あるを以て法律は此弊害を防遏せんが爲めに換言せば個人の利益と社會の利益とを調和せんが爲めに理論を貫徹することを爲さず特に例外として本人の知若しくは過失不知を問ふことと爲したるものなり、故に狹縮的に解釋せる本項の法規の內に入らさる事項を包含する場合は凡べて第一項の適用を受くべきこと勿論なりとす而して本人の意思の欠缺等は知若しくは過失不知を除くの外凡べて本人と代理人との間に起りたる意思表示に對して直接に影響を及ぼすべきも代理行爲に對しては決して直接に其影響を及ぼすこと無きは亦特に言を須ざる處なり。

余が代理行爲の要件を評すと題し本稿の冒頭に於て問題の範疇を縮少し主として任意代理中我民法の解釋より生ず可き所謂限定限代理權を有する代理人の行爲の要件に付いて少しく論評を試みんと云ひたるは卽ち此第百一條第二項の代理行爲の要件を指示せるものなり、此論評を此處に擧げんとするに先だち代理の概念に關する學說の大要を說き次で日獨兩國法規に對する學者の解釋に付き先づ論評を試みたる所以は他なし蓋し前述するが如く此法規の實質こそ實に從來學者間に起りたる論議の結んで解けざる底の問題の燒點とも稱すべき箇處を表明し之を解決せるものなれども學者の解釋區々亙れるを以つて先づ其由來と意義とを明かにするにあらずんば其要件に對する論評は殆んど全く無意義に歸す

べしと信ぜるが故なり。

我民法第百一條第二項は前述の如く二ヶの條件を必要となしたり、卽ち特定の法律行爲を爲すことを委託せられたること及代理人が本人の指圖に從ひ其行爲を爲したること是なり是れ果して立法者の眞意を表示せるものと見ることを得べきや否や此處に少しく疑念の生ずるものあり若し之を以て立法者の眞意の表示なりとせば其眞意たるやこれ蓋し斯くの如くなる可し卽ち一旦原則として代表主義を採りたる以上は能ふ限り其主義を貫徹せざる可からず然りと雖とも又全然之を貫徹せんと欲する時は一方に於て意志主義の骨子を捨て他の一方に於て代表主義に對する攻擊の集中點たる實際上の弊害の生ずべき箇處をも亦併せて採用せざる可らざることゝ爲るが故に唯此點を例外として救治の策を講ずるを適當となしたれども而も此例外は最も狹隘なる範圍に之を止むるを以て得策なりと爲し遂に獨逸民法草案第百十八條の要件と第二草案第百三十六條第二項の要件とを併合して採用することと爲したるものなる可し、果して然りとせば立法上の考案として寔に一應の理なきに非らずと雖も而も其例外の範圍餘りに狹隘

に過ぐるが故に却つて立法者の目的の大部分は之を達すると能はざるに至るの虞れなきを保せず今單簡なる設例を以て之を示さんか甲は乙が其眞意に非ざる契約の申込を爲したることを知り又は知り得べかりしにも拘はらず丙に對して特定的に代理權を授與し其申込の承諾を爲すべき旨を指圖したる場合に於ては丙が善意なるも其契約は成立すること無し然るに若し甲が其一般的代理權を有する代理人なる丁に對し其申込の承諾を爲す可き旨を指圖したる場合にあつては丁が善意なる時は其契約は有效に成立することゝなる可し又甲は乙が他人の權利を以て賣買の目的と爲さんとし其申込を爲したることを知り若しくは之を知り得べかりしにも拘はらず丙に對して特定的に代理權を授與し同一の權利を乙より購買すべき旨を指圖し丙が之に依りて其申込を受けたる場合に於ては丙が善意なる時と雖も賣主が其賣却したる權利を取得して之を移轉すること能はざる時に於て甲は契約の解除を爲すことを得るも損害賠償は之を請求することを得ざるべし然るに甲が丙に對して同一の權利を單に乙より取得せよとの指圖を爲すか又は一般的代理權を有する代理人なる丁に對して同一の權利を乙より取

得せよ若しくは購買せよとの指圖を爲すも丙又は丁が善意なる時は前同一の場合に於て損害賠償を請求することを得べし、又第百一條第二項は其適用の範圍を委任行爲に依りて代理權を授與せる場合に限りたり委任代理の外に尙ほ任意代理と見るべき場合ありや否やは更に研究の歩を更ふべき問題なれども少くとも他に其法規を準用せざる可からざる場合の存する事は今日我民法を解する者の普く認むる處たり然らば則ち此等の場合にありても亦右と同一の實例を生ずべきは論ずる迄も無き事なり本來此例外は單に代理人が本人の指圖に從ひて行爲を爲したる場合を以て其目的と爲すを正當なりとす法定代理の場合にあつては本人が指圖を爲すも其指圖は到底不完全たるを免かれざるが故に此場合は之を除外するを以て正當となすべしと雖も苟も本人にして完全なる能力を有し而して特定の指圖を與へたる以上は其授與されたる代理權が一般的なるも又は限定的なるも委託されたる法律行爲が特定せらるゝも又は否らざるも其關係中に生じ來る可き弊害の種類若しくは程度は決して互に相異なるの理由あると無し是れ理論に訴ふるも又は實際に徵するも自ら事明白にして特に說明の要を見ざる可

し殊に又他の一方より觀察する時は斯の如く夥多の條件を必要とし此例外法規の適用の範圍を狹隘ならしめんとする時は自ら代理人の自由意思の範圍を縮減し殆んど使者と擇ぶ處無きに至らん果して然りとする時は此場合に於て單に本人の知若しくは過失不知のみを問ふと爲し他の心的狀態卽ち意思の欠缺等は單に之を間接に問ふことゝ爲すに於ては我民法の原則として採用したる處の代表主義と相抵觸して其價値を損することゝ蓋し甚大なるものあらむ依是觀之第百一條第二項は單に任意代理の場合にありて代理人が本人の指圖に從ひて行爲を爲したることを以て其要件と爲すを至當と爲すべきに似たり。

前述するが如く獨逸民法が第一草案の規定は立法者の眞意を表示するに足らずとなし其要件の一を捨てゝ本人の特定の指圖云々の要件を以て之に代らしめたるもの眞に故なきに非ざるなり本稿の目的とする處は尙ほ諸種の點就中各種の心的狀態及其作用の區別の點に付き詳敍細說して論評を試むるに非ざれば未だ全きを得ず忽卒の際唯梗概を記して大方の叱正を乞ふものなり。』

（完）