

フランス法に於ける代理

—代理の理論的根拠を中心として—

De

La Représentation en Droit Français

— Construction Théorique de La Représentation —

西 山 井 依 子

目 次

序 文

〔1〕 序

〔2〕 ローマ法の「代理禁止 non représentation」の原則

〔3〕 フランス法に於ける代理

1. フランス古法に於ける代理

2. フランス民法典に於ける代理

3. フランス学説と代理

A. 代理を意思 *volonté* に基かせる学説

1° 本人の意思に基かせるもの

2° 代理人の意思に基かせるもの

3° 本人と代理人の意思に基かせるもの

B. 代理を客観法 *droit objectif* に基かせる学説

C. 折衷説

総 括

〔4〕 結 語

序 文

1. 本稿は、フランスの代理制度を、代理の理論的根拠を中心に考察したものである。代理の効力を生ずる基礎は、かつてドイツ学者間で争そわれたものである^①。代理に於ては、意思表示をなし又は受ける者は代理人である。しかも、法律行為の効果は直接本人について発生する。このような効果転帰という近代法上の法現象は、「意思表示は表意者のみを拘束する」とか、「自由人は自由人によって何物をも取得しえない」というローマ法的法理によっては説明

し得なかった。そこで、本人の授權行為によって代理人の行為は本人の行為に帰するという本人行為説 (Savigny) とか、代理人は本人の授權行為によって本人と共同して行為することになるという本人代理人共同行為説 (Mitteis) とかによって説明するほかなかった。しかし、その後は、代理の法現象そのままに代理人行為説 又は代表説 (Buchka, Ihering, Windscheid) が一般にとられるようになった。^②そして、明治以来特にドイツ法の影響を強く受けている日本^③に於ても、代理の理論的根拠について、代理人行為説が通説となっている。^④

然るに、その後、ドイツに於て、本人の意思に、より積極的意味を与える共同行為説を超えた総合行為説ともいふべきミュラー・フロイエンフェルス Müller-Freienfels、フルーメ Flume の見解が出て、日本にもその支持者が現われた。^⑤ドイツでは私的自治の思想自体は50年も続かず、19世紀後半にはもはや衰退したのだが、法律行為を論ずる前提として、その基礎となる私的自治の意義を明かにするという傾向が最近有力になり、^⑥上はこの傾向に相応したものであったと言えよう。^⑦

2. ところで、本来私的自治の原則 le principe de l'autonomie de la volonté (privée) は規範的根拠の問題 quaestio iuris というべきものだった。^⑧自由な契約の拘束力の基礎は何か。契約の効力の根源および判断基準は、契約を形成した「意思」か、それとも契約がそれに協力したとみなされる「一般的利益」又は契約はそれを発効さすものとしかみなされぬ客観的「正義」という何等かのより上位の原則か。契約について裁判官に認めるべき権限、一般に契約法の領域で立法政策に与えるべき方向の全てが、その解決にかかっている。如何なる意思的行為もそれ自身で法的価値を有し、契約はそのようなものとして法律の保護を受ける権利があると主張するならば、立法者は、人の取引を自治的意思の自由な活動に信頼して任さねばならず、それに伴う政策は権力行使回避の政策となり、又裁判官も、全ての契約を従順に記録し、かつそれに執行力を与える記録係にすぎなくなる。それに反して自由な契約は、正義および社会的連帯の要求に適合する限りに於てしか有効でないことを認めるならば、立法者および裁判官の任務は変わる。即ち、立法者は、命令的又は禁止的法律を増発す

るようそそのかさされ、契約自由の制限は厳格となり、「不正に暴利を貪り」あるいは「契約の名に隠れて他人を搾取すること」は、その外形がどのようなものであれ追求される。そして、裁判官も、衡平の遂行者、社会の代表者として、広大な監督権と共に契約の中に正義の尊重を確保する高い任務を与えられる^⑩。ところで、以上の考えのうち、フランスの個人主義的自由主義的私的自治の学説は前者の考えによったのであり、自由な契約の拘束力の基礎を「自由意思」に求めた。全てが自由意思から生じ、自由意思に帰す。ある自由意思と他の自由意思との関係は、自由そのものにしか適法に基礎付けられ得ぬ。そして、人が同胞と関係を結び得る全ての意思表示のうちで、契約が最も思慮に富みかつこの目的に最も適応するので、契約が最も優れた法現象、あらゆる制度の基礎、権利および義務を普遍的に説明するものとなる。契約をその基礎に持つならば如何なる法律関係も、自由に適合する故に正当で自然法に適合する。それに反して、同意されない如何なる義務も、不当な圧制、自由の侵害、権利の侵害だ。個人の第一の自治を承認し、各意思に他人の等しい自由と両立する最高の独立を確保することこそが、実定法の全使命だ。それ故、実定法が個人の自治にもたらし得る唯一の適法な制限は、ある者の他の者の自由に対するあらゆる侵害を差し止めることを目的としたものだ。このように自由そのものの名に於て確立された制限内で、意思が最高だ。私的自治の原則は、正義というより上位の概念又は社会的有用性の考慮の中にその解決を捜さねばならぬ特別の問題は構成しない。それはそれだけで事足りる。正当化を要求するどころか、他の法原則を正当化するのに役立つのは私的自治の原則だ。だいたいにして、フランスを支配した私的自治の古典的学説は以上の如くだ。もっとも19世紀のフランスの法学者が、以上のような私的自治の原則を、フランス実定法の現状を正確かつ完全な方法で示すものとして提出したわけではない。そのためには、彼等は明白な事実を目を閉じねばならなかつたろう。又、恐らく以上に述べたような私的自治の原則は、法学者の伝統的考えを正確に描写したものでもない。しかし、少なくとも、そこにフランスの古典的学説が絶えず目ざしていた理想の「極限」のようなものを見ることができる^⑪。

さて、私的自治の思想そのものの批判的研究に捧げられたグノーの論文〔E.

Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé* (Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique), 1912.] は、上に述べたような私的自治の原則を、単に批判攻撃するだけのものではなく、あくまでその基本的立場は自由意思の尊重にあり、ただ、その言う所の自由意思は如何にしたら確保できるか、真の意味での契約の自由は如何にしたら実現できるかを追究したものであった。グノーの考えは、次のように要約される。即ち、実際、現状は、契約の自由の名の下に強者が弱者を支配し、契約意思の名の下に裁判官は専断を享樂し、擬制的意思を作り出した。ところで、自由と理性は相互に容れ合う二つの言葉だ。自由な行為は理性的行為であるが故に、外から見て「正常な」行為として現われる。それに反し、当事者が時価から外れ、各々の犠牲の間に異常な又は不当な不均等があるとき、この不均等は、その契約は自由でなかった、一方の搾取又は他方の精神病が存したことの証拠を自ら与えることになる。又、周知のように高利は「消費貸借」に特有でなく、全ての契約が高利を帯び易い。高利は、他人の犠牲で適法な原因なしに富むこと、他人の欠乏、無経験、輕率に乗じて彼に与えなかったものを返させ、又は彼が与えたものを彼に返さぬことにある。それは契約の形をした窃盜だ。そしてこの窃盜には人間の尊嚴の完全な無視が含まれてる。何故なら、他人の活動の正常な所産をかように不当に着服するのは、他人を物の一つに数え、手段として使用することだから。それ故人々がお互いに負っている相互の尊重並びに契約が社会で充すべき自然な機能により、均等に関する法律が頼まれる。又、もともと、法的意思や共通の意思という言葉は真の心理学的實在を示すとは決して言っておらず、法律学は心理学でないのであって、これ等の言葉は単に衡平、慣習、信義誠実により普通に解釈されかつ補充された客観的表示内容を意味すると、きっぱり宣言する必要がある。しかし、伝統の意味での自治の原則を保持し、法的意思により心理学的意思を示す限り、法的意思という表現の使用はそれが一定の心理学的既知事實に根拠を置くときしか正当でないだろう。それ故、意思のある場合は意思のことを話し、他の場合は衡平や社会正義のことを話すべきだ。このようにして、現実と擬制を何時も同列に置くことは止めねばならぬ。そこで、まず、法律行為の効果は意図されたものだ。勿論それは適法であるこ

と、即ち公序、良俗、信義誠実の要求、法組織の一般準則と調和していることを条件とする。しかし、意思は全てを予測することも全てを規制することもできないだろう。それ故法秩序がその救済に赴き、避けられぬ意思の欠缺を補充する必要がある。法秩序はそれを — 仮にも存在しない、不確実な、又は矛盾した — 当事者の現実的主観的意思からでなく、衡平、誠実、慣習に従って推測するならこの意思がかくあるはずのものから着想を得ながらする。かくして、法秩序は、個人の意思の表示にその正常な目的に従って最大限に有効な効果を生ぜしめながら、個人の意思を補充すると同時に、個人の意思を正義と公益の方向に専断で方向付ける。以上一言で全てを要約すれば、契約および私法上の原則は、「個人の意思が実現される」のではなく、「個人の意思により正義が実現される」ということだ。そこで、裁判官もまず、自治の原則の名に於て、当事者の意思を探究しかつそれを尊重すべきだ。次に、主観的意思が不存在又は疑わしいとき、裁判官は客観的正義を探究する。裁判官は単なる個人の意思の受任者、単なる記録装置でなく、立法者同様法と正義の代表者である。不当な判決でも「共通の意思」から生じたものとして示すならば、恐らく世論も容易にその判決に服するだろう。しかし、衡平の名に於て不公平な判決を下し、又は一般の利益の名に於て反社会的判決を言い渡すことも、世論は容易に黙許するだろうか。そうは思わぬ。他方、「学説」も、意思の問題はわからずともよい、裁判官に任せておけばよいというもっともらしい口実の下に、判例を鼓舞するという学説の自然な機能を放棄する代りに、衡平や一般の利益の要求の積極的分析により、裁判への準備工作をするようもっと意を決して努力するだろう。^⑫

ところで、他方、フランスで行われていたような私的自治の原則は、ドイツに於ては、サヴィニーはさて置き、行われていなかったのではなからうか。^⑬ 例えば、サヴィニーと共に普通法時代の意思主義者たるヴィンドシャイドは、私的自治の原則を前提とする法律行為を、「法律効果を生ぜしめるべき旨の意思が表示されれば、法秩序は、行為者が欲したが故に法律効果を生ぜしめる」^⑭（傍点引用者）（Windscheid-Kipp, Pandekten, 1, SS. 310—311.）ものとしている。即ち、法律効果を生ぜしめるのは、「意思」ではなくして「法秩序」であるとし

ている。又、高橋助教授が紹介されたヴォルフ Wolf の私的自治論によれば、「フルーメ Flume の指摘するとおり、私的自治的形成は、規範の設定ではあっても、法の定立 (Rechtssetzung) ではない。すなわち、当事者自身が法的拘束力を与えるのではなく、すでにある法によって賦与されるのである。」¹⁵ もし仮にこのように私的自治の原則についてフランスとドイツの間に考え方の相違があるとすれば、それは、「近代自然法理論はフランスにおいて(は)、…『人間的な自然』から導き出された自然権の保障のための作為的秩序の樹立を主張することによって、絶対主義権力に抗して国民国家の形成と市民的自由の確保という課題を果たそうとしたのであり、それはブルジョアの成熟という一定の社会的条件に支えられていた。ところが、ドイツにおいては、各ラントの分立という政治的分裂、強固に残る封建的土地領有、それに対応したブルジョアの未成熟は、絶対主義権力を市民の側から変革する条件を欠如させた。ここにおいて自然法理論は、ラントの絶対主義権力と結びつき、その権力の行使を正当化する役割を果たした」¹⁶ことに起因すると言えるのではなからうか。かくして、フランスよりもむしろドイツにその国家体制が類似している日本では、ドイツ流の私的自治の原則が採入され、通説となった。¹⁷

ところで、しばしば私的自治は、合目的的考慮即ち当事者の関係を最もよく規制し得るのは当事者自身であって高権的規制は実際的でないという考慮によって理由付けられる。しかしながら、私的自治を基本的に正当化するのは、国家的後見と第三者による干渉から自由に自己の問題をその責任において規律できなければならないという個人人格の自由に求めねばならぬだろう。¹⁸しかし、契約の拘束力の基礎を「自由意思」ではなく「法秩序」に求めるドイツ流の私的自治の構想を以って、この個人人格の自由を実際のところ確保することができるだろうか。ましてや、フランスと違って、ドイツや日本のように、その「法秩序」なるものが下から国民の力で獲得されたのではなく、上から高権力により与えられた場合に於ておやである。更に、フルーメの言うように、「契約自由の本質をなすのは契約内容形成の自由ではなく、契約締結の自由であり、現在でもこの自由は労働契約においてもそしてあらゆる民法上の契約についても存在しており、それは19世紀となんら変わらない。従って、私的自治の危機

をさけぶ必要はない」(Flume, a. a. O., S. 15 ff.)²⁰として、大量取引等所謂現代的現象全てを私的自治を以って説明することは、やはり問題であり、そこには強者の弱者支配を許す危険性がひそんでいる。そこで先ず、契約の拘束力の基礎は「法秩序」ではなく「自由意思」であるというフランス流の私的自治の原則の上に立って、グノーの言うように、意思のある場合は意思のことを話し、その他の場合は衡平や社会正義のことを話し、そして、この衡平や社会正義が高権力又は強者の弱者支配の口実にならぬよう学者はその何たるかを探究するよう努力し、かくして、裁判官には正義にかなった正しい裁判を、そして国民一人一人には正義にかなった良識ある行動を目覚めさせて行く必要があるのではなかろうか。

3. さて、ドイツに於けると同様に、フランスに於ても、代理の理論的根拠について学者間で争そわれ、ピロン (E. Pilon, *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations*, 1897.) 以来 代理人行為説が通説となっている²¹。しかし、同じく代理人行為説といっても、それは代理の理論的根拠を当事者の意思に、換言すれば所謂フランス流の私的自治の原則に置いているのであって、同じく代理人行為説を主張しながら、代理の理論的根拠を客観法に置くマドレイ (G. Madray, *De la représentation en droit privé, théorie et pratique*, 1931.) の考え方が、ドイツ、日本の代理人行為説に近いものと言えよう。そして、代理の理論的根拠を客観法に求める デュギー (L. Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, 1927.) およびマドレイの論文が出た後も、フランスに於ては、なお、代理の理論的根拠を当事者の意思に求めるピロンの代理人行為説が支配的であるということは、契約の拘束力の基礎を「自由意思」に求める私的自治の原則が、フランス法学者の精神の中に如何に根強く生き続けているか²²を示すものと言えよう。

本稿は、以上のような代理の理論的根拠についてのフランスの学者間の争いを、その争いの起って来た歴史的背景と共に、その争いの内容をできるだけ客観的に紹介することにより、日本民法上の代理理論の問題の所在をさぐるうとしたものである。

ドイツ学説の代理についての探究がフランス学説にも影響し、ドイツ学説の引用がしばしばなされているが、それを紹介する場合、私自身直接原典に当ることはしなかった。ドイツ学説をフランスの法学者がどのように受け取っているかがより重要だからである。

- ① 我妻・新民法総則・岩波・1965年・329頁。
- ② 於保・注釈民法(4)・有斐閣・1969年・6—7頁。
- ③ 山田・ドイツ法・ジュリスト増刊新法学家案内・1969年・320頁。
- ④ 於保・民法総則講義・有信堂・1956年・215—6頁；我妻・前掲・329頁等。
- ⑤ 於保・注釈民法・前掲・7頁参照。
- ⑥ 浜上・代理理論における本人行為説と代理人行為説について(一)、(二)・阪大法学26、28号・1958年；遠田・任意代理効果基礎論(一)政経論叢8巻・3号・1958年；高橋・代理理論の再検討(一)一四・関大法学論集・16巻2、3号・17巻1、2号・1966—7年等参照。
- ⑦ 星野・現代における契約・現代法8・岩波・1966年・231頁・注(10)。
- ⑧ 高橋・私的自治・法律行為論序説(一)・関大法学論集・24巻3号・1974年・125—6頁参照。
- ⑨ 星野・前掲・212頁。
- ⑩ 西山・グノーの法律行為論(一)・大阪経済法科大学論集・2号・1974年・35—6頁。
- ⑪ 西山・前掲・36—8頁。
- ⑫ 西山・グノーの法律行為論(二)・大阪経済法科大学論集・3号・1975年・11、16、37—9、43—4、47、55頁参照。
- ⑬ サヴィニーによれば、「意思こそが唯一の重要な、効果を生ぜしめるものである」(Savigny, System, Bd. III. S. 258.) (高橋・代理理論の再検討(三)・前掲・61頁)「サヴィニーにおいて、法律行為の効力の根源は行為者の意思にある、という理論がかなり明確にせられた。」(川島・法律行為・法学セミナー・9号・1956年・13頁。)

川島・前掲、および星野・前掲・213頁は、ドイツに於ても、フランスに行われていたような私的自治の原則が存在していたと考えてるようだ。それに反し、高橋・私的自治・前掲・133頁は、次のように述べている。「古典期の理論は、その後の学説によってあまりにも多くの誤解を蒙っている。最も基本的な誤解

は、19世紀の法律学は私的自治をもって社会的正義による制約を受けない無制約の自由と考えていたが、このような考えは肯定できないという批判に示されているが、この批判に対しては Flume の明快な反論がある（Flume, Das Rechtsgeschäft, S. 15 ff.）。筆者も Savigny の『現代ローマ法体系』を通読してみて、具体的にどこに右のような無制約の自由の主張があるのか判からないのである。」

- ⑭ 平井・注釈民法(3)・有斐閣・1973年・13頁。
- ⑮ 高橋・私的自治・前掲・116頁。
- ⑯ 平井・前掲・14頁。
- ⑰ それは、次のような理由にも起因すると言えらるだろう。即ち、「フランスの古典的学説が私的自治の原則の最も完全な表現を発見すると信じたのはカントの著作の中だ。（しかし、）古典的学説がそれを完全に正しく理解したと言う積りはない。普通示される以上に複雑なカントの法哲学は、恐らくずっと個人主義的でない解釈を受け易かった。…ドイツ特にイタリアに於てカントの学説にそれ程排他的に個人主義的でない意味を与える傾向がある。」（西山・前掲(一)・45頁）
- ⑱ 「法律行為は、私的自治のための法律上の手段であって、意思表示を欠くべからざる要素とする法律要件である。しかも、法律行為に与えられる法律効果は、原則として、意思表示の内容に従って定まる、……（しかし、）法律効果は、私人の意欲に基いて直接発生するものではなく、これは法によってのみ与えられるものである。」（傍点引用者）（於保・民法総則講義・前掲・158—9頁）。「法律の規定なしに法律効果を生ずるといふ自然法原理のようなものは、認めることはできない。……この意味において、法律行為の効果の根拠は法律の規定である（直接には民法91条がこれを規定する）。……ただ、法律が法律行為に効果を認めるのは、行為者の意欲に従って効果を生じさせること（私法的自治を達成させること）が妥当だと考えるからである。この意味では、当事者の意思が法律効果の根拠だといってもよい。」（傍点引用者）（我妻・前掲・242頁）。
- ⑲ 高橋・私的自治・前掲・117頁。
- ⑳ 高橋・私的自治・前掲・139—40頁。
- ㉑ V. G. Ripert et J. Boulanger, Traité de Droit Civil, T. 2, 1957, n° 215.
- ㉒ 西山・グノーの法律行為論(一)・前掲・48頁参照。

〔1〕 序

代理 *représentation* は全ての近代立法に於て認められているが、しかし代理は非常に長い間知られていなかった。^①

代理は、ある人のなした行為の効果が、他の人の上に直接に、あたかもその他の人が自らその行為をしたかのように生ずる概念作用である。従って、代理は、法律行為の効果はその法律行為をした者の上に生ずるという法律行為の効果の一身性の原則 *le principe de la personnalité des effets de l'acte juridique* をくつがえす、あるいは拡大するものである。^②ところで、この法律行為の効果の一身性の原則は、法制史上長い間基本的原則とされたのであり、かくして、この原則に反する代理は、「何世紀もかかって行われ、一貫した方法なしに行われた緩慢な変化」の結果にすぎなかったのである。^③^④^⑤

実際、私法上の大部分の主題については、一般にローマ法にまで遡り、各国諸法典の注釈者や判例の手引きとなる前に各国諸法典起草者の手引きとして役立つ歴史的伝統が存在する。ところが、代理についてはこの伝統が欠けているのである。^⑥

代理は最近になって起った法制度である。ローマ人は代理を「法的異端 *la monstruosité juridique*」と評させたところの論理的矛盾にぶっかかってたじろぎ、姑息手段でその埋め合わせをすることで満足した。代理は中世の終りまで知られないままであり、近代の初めになってまだ明白に確立されないままの状態で現われた。古法体制の最後の3世紀間は、代理の概念構成を試みることなしに、代理の適用を明確にすることで満足した。代理の一般理論が作られるためには、19世紀、特に20世紀の初め以来のドイツ、フランス、イタリーの法学者の学理的研究に待たねばならなかった。フランス民法典とそれが鼓舞した他の大部分の法典は代理について何等一般化の試みを含まなかったが、ドイツ学説の研究はドイツとスイスの法典にその適用と無関係に考察された代理に数カ条を当てさせた。この例は、その後、フランス・イタリー債務法典草案や、1942年のイタリー法典に従われた。フランス民法典改正草案も代理について諸条項を入れた。^⑦それでも、代理の要件や効果については、学者間や実務に於て

ほとんど意見が一致しているが、代理の要件や効果を説明するその説明そのもの^⑧については、なお意見が一致していないのである。

- ① H. Capitant, Introduction à l'Etude du Droit Civil, notions générales, 4^eéd., 1923, p. 385.
- ② V. par ex. R. Popesco-Ramniceano, De la représentation dans les actes juridiques en droit comparé, 1927, pp. 11 et 13; Madray, op. cit., pp. 8, 157—158; G. Ripert et J. Boulanger, op. cit., n° 206.
- ③ Pilon, op. cit., pp. 3 et 4; Madray, op. cit., p. 158.
- ④ Dan Corbesco, De la représentation dans les actes juridiques, 1912, p. 6.
- ⑤ Corbesco, op. cit., pp. 5 et 6.
- ⑥ Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française, T. IV, 1948, p. 111.
- ⑦ エル・ウーアン (R. Houin)・フランス民法典改正委員会の事業(山本桂一訳)・ジュリスト81号・1955年・49頁参照。
- ⑧ Travaux, op. cit., p. 111; V. aussi G. Flattet, Les contrats pour le compte d'autrui, Essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en Droit français, 1950, p. 70.

〔2〕 ローマ法の「代理禁止 non représentation」の原則

1. 語の広い意味に於ける代理の観念はこの世界と同様に古い。第三者により代理される観念は人の精神の中に早くから現れ始めざるを得なかった。とにかく、マヌー法典の中にその諸適用を発見する^①。しかし、言葉の固有の意味に於ける代理、換言すれば、そのうちの1人のために行為した第三者を越えて、2人の間に生ずる法律関係については、その証拠は古代期には非常にまれにしか存在しない。恐らく、その根拠を発見するために、ギリシャ法にまで遡ることになる。人が第三者に自分のためにある事を無償であることを委任する委

任契約 *le contrat de mandat* は、ローマと同様アテネでも認められていた。しかし、ローマ法と異り、ギリシャ法では、その権限内で行為している受任者と取引した第三者に対して、委任者が直接に義務を負った。ひっきよう、ローマの法制度は本質的に個人主義的構想に根拠を置いていた。特にローマ法を支配したのは個人と個人の独立であった。その結果、ティティウス Titius によりなされたことはセイウス Seius によりなされたものとみなされ得なかった。全くそれに反して、アテネでは国家が全てであり個人は何でもなかった。国家の利益が安全無事さえあれば、個人間の関係は問題でなかった。それ故、ギリシャ法は債務 *obligation* についてローマ法程厳格な構想を決って持っていなかった。代理がギリシャに於て認められたとしてもそれは全く当然のことだった。もっとも、ローマ法に於ても、債務の観念が介入しなかった領域、特に公法の領域に於ては代理の観念の適用がみられるのである。

2. 我々が今日理解するような代理、即ち自らは行為せず、第三者を介して行為する人の資産に直接効果を生ぜしめるような代理は、古代ローマ法には知られていなかった^③。このことはほとんど全ての学者が承認しているところであり、代理の問題に関して学者が意見を同じくする点の一つでさえある^④。しかし、ローマに代理が存在しなかったことを承認することに合意しても、この代理禁止の原則が何に由来するかを説明することに関するとき、学者は同意見であることを止める。この問題については沢山の論説が書かれた^⑤。ローマに代理が存在しなかった理由として考えられることは、あるいは、家父と家の子や奴隷との間の完全な人的一体化 *l'unité idéale de personnes* の結果、家父が家の子や奴隷により物を獲得するのが可能であったところの家組織の存在であり、あるいは、ローマの形式主義 *formalisme* 又は法律行為の不可分性 *l'indivisibilité de l'acte juridique* の結果であり、あるいは、自由人が奴隷と類似の地位に置かれられないようにするためであった^⑥。しかし、これ等の理由の他に、もっと重要な理由があった。それは、ローマの代理禁止の観念は、ローマに於て作り上げられた債務についての全く一身的構想の結果でしかなかったということだ^⑦。債務のローマの観念、一身的主観的観念の結果は、第一に譲渡不可能性であった

が、又 —第二の結果として— ある人の引き受けた債務は一身적であるので、他の人に対して効果を持たないということでもあった。債務は当事者間にしか効果を生ぜしめなかった。債権者にあらざる人を債務者にあらざる人に対置せしめることはできなかった。すでにウンガー (Unger, *Jahrbücher de Ihering*, T. X, p. 12 ss.) とラーバント (Laband, *Goldschmidt's Zeitschrift*, T. X, p. 186 ; cf. aussi Endemann, *Handelsrecht*, §27, n. 2, p. 129 ss.) が指摘しているように、エゴイズムというものが、個人の独立についての心遣い^⑧というものが、人が他人の利害に関係することを妨げた。

ところが、これに対して、ヘルマン (Hellmann, *Stellvertretung*, p. 64—65.) は、ローマに於ても契約を結ぶについて使者 *nuntius* を使用できた事実は、他人の問題への干渉以外の何ものでもなかったと反論した。しかし、ローマ法が認めていなかったのは、人の意思が他人を義務付け、その結果その他人がその人の意思行為により義務を負わされるということだった。ところで、使者は自分自身の意思を表示するのではない。使者は、—ローマ人自身がそう言ってるのだが— 他人の意思を伝える単なる手紙のように委託された代弁者 *porteparole* でしかない。それ故ヘルマンの異議は少しも説得的でない。以上かくして、代理を排斥したローマの観念の真の根柢は、ローマ法が債務について抱いていた一身的主観的構想にあった^⑨ということが出来る。

実際、キュー (Cuq, *Recherches historiques sur le testament per qes et libram*, N.R.H. 1886, T. X, p. 532—586.) が「古代法 *l'ancien droit*」の中で言ったように、「債務は人の他人に対する支配を含み、それは債務者がなすと約束した行為に関してその債務者の自由にもたらされる制限を前提としていた。」又、「古代の契約 *le pacte antique* は私的復讐を試みた後で結ばれた休戦条約であった。復讐は一身적であり、その代用たる債務も一身적であった。」(Debrai, à son cours de *Pandectes* 1899—1900, cité par Gouget, *Contrat avec soi-même*, thèse Caen, 1903, p. 69.) このような条件に於て代理が認められなかったとしても、少しも驚くにあらなかった。このように、債務が2人の人 *personnes* の間の関係としてしかみなされず、二つの資産 *patrimoines* の間の関係としてみなされない限り、代理の問題はあり得な^⑩かった。代理を可能な

らしめ、その法的性質を説明するのは、債務の觀念そのものである。かくして、立法は、それが債務について抱く構想に従って、代理を認めたり認めなかったりすることを、ローマ法史は我々に示しているのである。¹¹⁾

3. 以上のように、古代ローマ法は代理の觀念を持っていなかったが、しかしながら、それを除々に作り上げ、近代社会に伝えたのは、ローマの法律家であった。¹²⁾

最初は、人がある行為を他人の代りにしたとき、その行為の法的効果は債権債務のいずれを問わずその行為者に生じた。その行為の法的効果が真の利害関係人に達するのは、後になってから第2の作用によってでしかなかった。それ故、当事者の意思を実現するためには、相次ぐ二つの作用が必要であった。しかし、ローマ人は非常に早くからそのような方法の不完全性を考じ、ここで説明するには余りに長くかかる一連の改革により、それを改良した。ローマ人は、真の利害関係人に行為の効果を移転する第2の作用を言い表わさずに言外に含ませ、他人を介してなされた最初の行為が、その真の利害関係人の第三者に対するものであれ、第三者のその真の利害関係人に対するものであれ、その真の利害関係人に直接に訴訟を開くに十分であることを認めた。しかし、ローマの純理論に於ては、このような行為から生じる真の訴権は、その行為をした仲介者の上に生じた。真の利害関係人に与えられた訴権は準訴権 *actio utilis* にすぎず、法原則からは生じなかつた。¹³⁾ ところで、ローマに於てこのようにして、所謂直接代理が認められたのは、一方に於て、生活の必要に押されて、古代法の余りに絶対的な準則を修正せざるを得なかつた法務官法に於て、他方に於て、法学に於てであったが、新構想の有用性を承認しながらも、法務官や法学者が無条件に法原則そのものをくつがえすことをしなかつたのも、彼等にそれをする力がなかつたからだ。又、仮りに彼等にその力があつたとしても、恐らく彼等はそれをしなかつただろう。何故ならば、キュー（Cuq, *Recherches sur la possession à Rome, sous la République de et aux premiers siècles de l'Empire*, N. R. H. 1894, p. 35.）が言っているように、「法律家は、法律関係をかき乱さないために、永年慣習上確立された準則を、たとえその準則が法の発

展により現われた理論的諸構想ともはや一致しなくとも、ほとんど何時も保持した」からだ。それ故、ローマ法が我々に遺したテキストの中に代理の一般理論を捜すのは慎まねばならぬ。今日のイギリス人同様、ローマ人は事件の解決によってしか事を処理しなかった。非常に多くの特殊事件から、究極に於て一般的法原則が生じた。個々の独立した事件の中に、少しずつ生長し、何時の日にか法原則に開花する新しい真理の粒があった。その法原則は、生活それ自身の中にその根源を有しているので、概して、それを述べる必要がない程自然であり真実であるように見えるだろう。確かに、今日でも、イギリスの無数の判例から一般的準則や原則を引き出そうとするとき、イギリス人を驚かすであろうように、ローマ法の中に諸構成を発見することにより、ローマ人をひどく驚かすだろう。それ故、——ラテン語に同義語を持たない用語たる——代理の觀念が、明白な方法では決して形成されなかったとしても、ローマに於ても、實際、多くの場合に代理が存在していたのである。かくして、しばしば言われるように代理制度はカノン法の創造物でしかなかったと言うのは正確でない。カノン法の役割は、ローマ法が代理に与えた諸解決を拡大し一般化し、ローマ人が各事件で示された特別の要求のためにしか考慮しなかったことを一般原則として示すことに限られた。代理の原則はローマ法自身の中にその深い根源を有していたのである。^⑭

① Popesco-Ramniceano, op. cit., pp. 10, 11.

② Ibid., pp. 11—13.

③ Ibid., p. 26. そのことを幾度も立証する次のようなテキストがある。「per extraneam personam nihil adquiri potest」(Gaius.—Inst. 1, 95.), 「quaecumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt」(D. 44-7-11.) V. aussi, Pilon, op. cit., p. 21, note 39; H Capitant, op. cit., p. 385.

④ Popesco-Ramniceano, op. cit., p.26; V. aussi Pilon, op. cit., p. 6.

- ⑤ Popesco-Ramniceano, op. cit., p. 27.
- ⑥ V. Pilon, op. cit., p. 5, note 10. 更に、「ローマの観念は最も単純で、最も真実なもので、最初に人間の精神に起るところのものであった。……どうして、ある行為の行為者がその行為の結果としての債権又は債務の主体とならないのか。その行為をした者をその行為に無関係な者と想定し、又存在しない者を存在すると想定することは擬制 fiction であり、現実に対し、煩瑣で、凝り過ぎており、初期の粗野な慣習と相容れないことだった。」(Ortolan, *Traité de Droit romain*, 12^e éd. T. III, append IX de M. Labbé, cité par H. Capitant, op. cit., p. 385, note (1).)
- ⑦ Popesco-Ramniceano, op. cit., p. 36 ; v. aussi Pilon, op. cit., p. 49.
- ⑧ Popesco-Ramniceano, op. cit., p. 38. ローマではもともと債務は全く一身のものであったので、誰も自分自身でしか行為をすることができなかった。この債務の一身性の原則は二つの異った意味を持っていた。即ち、一つは、誰も「他人の名に於て」約定することはできないということであり——代理禁止 *non représentation* の原則——、他は誰も他人のために「自分の名に於て」約定することはできないということであった——第三者のためにする契約 *la stipulation pour autrui* の不存在——。これ等二つの原則は、「何人も他人のために契約をすることを得ず *alteri stipulari nemo potest*」という周知の原則に於て公式化されていた。債権の非譲渡性 *l'intransmissibilité des créances* もこの債務の一身性の結果でしかなかった。Ibid., pp. 25~26.
- ⑨ V. ibid., pp. 38—39.
- ⑩ V. ibid., pp. 38—40.
- ⑪ Pilon, op. cit., p. 49 ; v. aussi Popesco-Ramniceano, op. cit., p. 41.
- ⑫ G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de Droit Civil*, T. I, 1956, n° 598 ; v. aussi Pilon, op. cit., pp. 5—6, note 10.
- ⑬ G. Ripert et J. Boulanger, loc. cit ; v. aussi H. Capitant, op. cit., pp. 385—386.
- ⑭ Popesco-Ramniceano, op. cit., pp. 174—177.

〔3〕 フランス法に於ける代理

1. フランス古法に於ける代理

1. フランス古法には、注釈学派が再現させたローマ法が完全に染み込んでいた。それ故フランス古法は、ローマ法術 art およびローマ法学 science の最後言葉 mot とみなされるだろう。ローマ法は、その威信が非常に大きかったため、蛮族侵入後編成し直されたフランスの全社会を、その純理論的準則を以って支配するのに成功した。しかし、ローマ法が法の全領域で幅をきかせたとしても、それが中世に遺した遺産のうち、より完全なものは特に債務 obligation の領域にあった。それは、例えば家族法や相続のような他の部門の法には非常に影響を及ぼすところの各人類に固有の特性が、債務法にはそれ程影響しなかったからだ。その上、カミーユ・ジュリアン (Camille Julian, *De la Gaule à la France*, p. 140.) が指摘しているように、常にローマ人の特徴であった個人主義が古代フランスの住民の特徴でもあっただけに、それだけ容易にローマ債務法はガリアに入ることができた。個人主義こそが、——アテネとは反対に——ローマでは債務法の全体系が根拠を置いた主要観念であったからだ。^①

かようにして、ローマ法は古代フランスに於て容易に承認された。ローマ法はその諸構想、諸原則を古代フランスに伝え遺した。しかし、余り進歩していない文明が上位の文明から借用するものは、特に最も単純な観念、少しのニュアンスを無視するならば、最も直線的 rectiligne とでも言うべき観念である。それ故、法の領域に於ける一般的、伝統的諸原則を採用するに於て、フランス人は、ローマの法務官、特に法学者がこれ等の原則の上に構成した全てのもの、法に関する煩瑣な議論、実際的要求から認められた妥協策の全てを、はったらかしにした。特にそれは代理制度に関して起った。フランスの法学者はローマ法の中に発見した代理禁止の原則を採用したが、彼等はローマ法のその古い原則にもたらされた中和、修正を無視した。それ故、13世紀には、代理制度は、ローマに見られた上昇の道を延長しなかったのみならず、大きく一步後退しさえしたのである。^②

十字軍が大陸の端から端まで群集の大移動を開始させたため、商取引きが大

なる拡張発展することになったこの時期に、このように代理が全く存在しなかったということに何等かの驚きを感じたとしても無理はない。しかし、古代ローマに於けるように、この時期のフランスの社会機構の中にも、我々には不可欠に見えるところの代理制度なしで済まし得たことについての事実上の説明が発見される。ローマでは、他人を介して行為できなかつた家父も自分の家の子や奴隷に頼る可能性を有していたが、フランス法古に於ても同様だった。家父は、ローマに於て支配下の人を動かし得たように、フランスに於ても自分の支配下の人 *les gens de mesnie* を自分の代りに動かし得た。その上、ボマヌワール (*Beaumont, Les coutumes de Clermont en Beauvoisis, 1280.*) の言葉を使用するならば、命令書による奉仕業務 *les services par mandement* たる委任 *mandat* があり、それが訴権の譲渡という迂回により、ある程度直接代理の代りをしたのである。^③

2. 「他人の手によってなす者は自らなすなり、代理人の行為は本人の行為 *Qui facit per alium facit per se*」という代理の最初の観念を形成したのは、ローマ法ですでに始められていた進化を継続させかつ完成させたカノン法であった。「人は自らなすことのできることを他人によってなすことができる *Potest quis per alium, quod potest facere per ipsum*」、更に「他人をして事をなさしむる人は自らそれをなすに等し *Qui facit per alium est perinde ac si faciat per ipsum*」(*Lib. Sextus Décret. V, XII, 68 et ibid 72.*)^④

カノン法が代理の問題について世俗法に先んじたのも、カノン法がその根拠を置いている根本思想 *l'idée première* によれば、聖職者は地上に於ける神の代理人にすぎなかつたからだと言われている。聖職者の最高の長であるローマ教皇は、天上権（教会的権力）と地上権（世俗的権力）を保持している。——これは教会の理論家により作り上げられ、教皇ボニファキウス8世 *Bonifacius VIII (1294—1303)* により「*Bulle Unam Sanctam*」(*en l'an du Seigneur 1302.*) に於て確立された、二つの権力についての有名な理論だ。実際、皇帝、国王が地上権を行使するとしても、彼等は、適当と思うときに彼等を廃し得る聖職者の長の代理人でしかない。全社会機構の基礎にあったこの理論は、聖職者が意図

した通りに、私法上の諸制度にも影響を与えずにはおかなかった。以上のような諸条件に於て、カノン法の理論家が代理の観念を嫌わなかったとしても全く当然のことだった。^⑤

カノン法が代理について世俗法に先んじたことについての以上のような説明は、確かに一定の利益を示す。カトリック教会の組織が根拠を置いていたような一般の観念は、国家がその上に確立されているところの諸原則ばかりでなく、個人間の諸関係を支配する諸原則にも、しばしば影響を与えた。しかし、代理のような制度の歴史を研究するのが問題であるとき、次のような私法上の法的構想の発展の方がはるかに意味がある。教会は、確かにローマ法の観念が完全に染み込んでいたが、それでもなお、キリスト教哲学から借用した構想で、粗野なローマ法に対する真の反動の基礎をなしたことを見失ってはならぬ。教会が衡平に付与した役割、教会が与えられた単純な言葉に与えた価値、教会が契約の解釈に於て当事者の意思に与えた非常に大きな役割、これ等こそはローマの厳格な枠とは決して両立し得ない観念であった。教会は、ローマの法務官のように、経済的要素の影響を無視することは決してしなかった。法源の段階構造に於て、教会は「市民法 *jus civil*」を「自然法 *jus naturale*」と「万民法 *jus gentium*」に次いで最後に置いた。ところで、ローマ法に代理の完全な理論が発見されないとしても、万民法では代理が認められていた。かくして、ヴェンガー（Wenger, *Die Stellvertretung im Rechte der Papyri*, 1906, pp. 218 ss.）は、エジプトに発見されたパピルス *papyrus* に根拠を置き、ローマ帝国の初めに遡りながら、市民法上の原則に反して代理を認めた。ミッタース（Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diocletians*, 1908.）が主張したように、それは実際には使者 *nuntii* にしか関係せず、真の代理に関係していなかったということを証明する何もない。その上、教会が、契約の解釈に於て特に当事者の意思を考慮に入れ形式主義全能をもちや承認せず、義務についてローマ法の構想よりもより柔軟な構想を作り上げるのに成功したとき、もはや代理の原則を承認することに対する障害はなかった。その証拠に、およそ13世紀には慣習法 *le droit canonique* が古代の構想に打ち勝ち、その後間もなく、14、5世紀にはすでに代理のことが話されている。^⑥

16世紀にはもはや疑う余地はなかった。受任者 *mandataire* は、第三者に対して自ら責任を負う代りに、第三者に対してただ一人直接に義務を負うところの委任者 *mandant* のために行為する仲介者 *intermédiaire* にすぎない。^⑦ ブリソー（Brissaud, *Manuel d'histoire du droit privé*, 1908, pp. 493 ss.）が言う所によれば、最初、法律家は代理人の行為の有効性について疑いを持っており、従って受任者のなした行為をできるだけ早く本人が追認することを要求した。しかし、少しずつその心配も消え、数世紀の間多くの困難と戦わねばならなかった代理の観念も、ついに法律家に自らを承認さすことに成功した。^⑧

17世紀にドマ（Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, ed. Paris 1777, T. 1, titre XV, Section 1, n° 1.）は言った。「委任状 *procuration* は、自分の仕事に自ら従事できない者が、彼自身あたかもそこにいたかのように彼のためにその仕事に従事する代理権 *pouvoir* を他人に授与する証書 *acte* である。それが、単に何等かの財産又は仕事の管理あるいは世話の必要性からにせよ、あるいは他人との交渉のためにせよ。」なるほど、ドマは後で委任者は受任者のなした行為の追認をせねばならぬと言っているが、しかし、それは、人間の精神がかつて考えることのできたものの中で最も完全な法体系であるとみなされていたローマ法に反する一構想を前にしてのためらいでしかなかった。^⑨

18世紀、ポチエ Pothier (1699—1772) に於ては、代理は、「委任した者は自らそれをなすものとみなされる *Quid mandat ipse facisse videtur*」という近代法上代理に固有の外観（特性）を有している。ポチエは次のように述べている。「（自分の受任者の）助けにより契約を結んだものとみなされ、自分の受任者が受任者として契約を結んだ相手に対して義務を負うのは、その委任者である。この場合、受任者は受任者として契約を結んだ相手に対して何の義務も負はない。何故ならば契約を結んだとみなされるのは彼でないから。彼は手助けをしたにすぎず、その手助けにより委任者が契約を結んだものとみなされる。」（Pothier, *Traité du contrat de mandat* (Œuvres T.V.), éd. Bugnet, p. 207, n°87.) 「委任者が、受任者が契約を結ぶところの者と受任者の手助けにより契約を結ぶものとみなされ得るのは、受任者が代理権 *procuration* の範囲内にいる場合でしかない。委任者が相手方に対して義務を負うのはその場合でしかない。も

し受任者が委任の範囲を越えたならば、委任者は、受任者が委任者の名に於て en son nom 結んだ契約を否認することができる。」(Op. cit., §90, p. 208.) そこに代理 représentation という言葉は表明されていない。何故なら彼は委任 mandat についてしか話していないからだ。しかし、そこに真の代理の理論を見ることを妨げない。代理の理論を構成するのに近代の学者に役立つだろうほとんど全ての要素が、この学者の構想の中に発見される。近代の学説が代理の理論を完全に作り上げたと余りにも信じすぎる傾向があるが、その功績は少くともポチエに負うて^⑩いる。

- ① Popesco-Ramniceano, op. cit., pp. 179—180.
- ② Ibid., pp. 180—183 ; v. aussi Pilon, op. cit., pp. 5, 7.
- ③ Popesco-Ramniceano, op. cit., pp. 183—184.
- ④ Ibid., pp. 184—185 ; v. aussi Pilon, op. cit., p. 7, note 12.
- ⑤ Popesco-Ramniceano, op. cit., p. 185.
- ⑥ Ibid., pp. 185—187 ; v. aussi Pilon, op. cit., p. 7.
- ⑦ Ibid.
- ⑧ Popesco-Pamniceano, op. cit., p. 188.
- ⑨ Ibid.
- ⑩ Ibid., pp. 188—192.

2. フランス民法典に於ける代理

1. フランス民法典は代理の一般理論を立てなかった。ローマの伝統に忠実なフランス民法典は、委任 mandat と事務管理 la gestion d'affaires について規定するだけだ。それ故、代理制度を支配する諸原則は、委任や事務管理に関する条項、および、反論はさて置き組合 société の条項の中に捜さねばならぬ。^①

2. フランス民法典は次のような規定を置いている。「委任 mandat 又は委任状 procuration は、人が、他人に対して、委任者のためにかつ委任者の名に於てあることをなす権限 pouvoir を与える 行為 (又は証書) acte である。」(art. 1984 C. civ.)「委任者 mandant は、受任者 mandataire が与えられた

権限に従って結んだ契約を履行する義務がある。」(art. 1998 C. civ.) かくして、フランス民法典上、代理に於て「契約を結ぶ」のは受任者である。そして、これは、その民法の著書がフランス民法典に非常な影響を及ぼしたところのポチエの理論そのものでもある。ポチエは「受任者は契約を結ぶ」と言っており、これは、彼が受任者について話す度になす表現である。そして、この表現は、又伝統的原則を表示するものでしかない。即ち、実際ローマ法上受任者は契約を結んだ。これは論証されるまでもないことだ。受任者が契約を結んだというのは、受任者が委任者のために結んだ契約の効果が直接に生じたのは受任者の資産の中だからだ。ところで、契約を結ぶということは自分自身の意思を表示することであり、それ故、受任者は彼自身の意思を表示した。ローマ法は、使者と受任者とを決って混同しなかった。その上、ローマ法は両者を混同することができなかった。即ち、受任者は、委任者のために第三者と結んだ契約により、その第三者に対して拘束されたが、それに反して、使者は、今日でもそうであるように、その契約により拘束されることはなかった。即ち、「使者は契約を結ばない nihil contrahit」とキュイヤス Cujas は述べている (Cujas sur la 1. 9. C.: Si quis vel alteri emerit, 4—5° et infra, 2° partie, ch. 1, section I.)。ところが、受任者は契約を結ぶ。そこに両者の相違がある。人が使者を使うとき、表示されるのはその人の意思であり、契約を結ぶのはその人であるが、人が受任者を使うとき、この受任者が契約を結ぶ。そして、ローマ人は、「何人も他人のためにすることはできない alteri stipulari nemo potest」(L. 8, §17, Dig. de V.C. 45. 1.) という観念の厳格な適用により、委任者は第三者に対して直接拘束されることはないと言った。ところが、今日、委任者が直接の債権者である。即ち、ローマ法に於て、委任者は受任者の結んだ契約の効果を収めたが、それは間接的であったので、委任者は代理されなかったと言われる。今日でも、委任者は受任者の結んだ契約の効果を収めるが、それは直接的である。即ち、これこそがローマ法と今日との唯一の相違点だ。

他方、フランス民法典は次のような規定を置いている。「契約は契約当事者間に於ける外その効力を有さず、契約は第三者を害することなく、かつ契約は1121条に予め規定された場合の外第三者を利することなし。」(art. 1165 C. civ.)

これは、ローマの法律家により形成され、フランスの古代法学者により取り入れられ、フランス民法典に達したところの契約の一身性の原則である。しかしこの原則そのもののかたわらに1165条で立法者が置いた留保は、伝統的な契約の一身性の考えがフランス民法典でなくなったことの実事上の証拠だ。1165条は、もはやローマの準則の弱められた反映でしかなく、第三者のための契約 *la stipulation pour autrui* の範囲が広がるにつれて、その適用範囲は毎日縮小している。しかし、1165条は、契約の一身性の原則の、確かに弱められはしたがなお近代法に於けるその活力を十分に示すところの表現を、今日なお与えている。^⑥

さて、以上のような民法上の代理についての諸条項から引き出される構想は何であるか。民法典起草者の構想は何であったか。1984条と1998条が規定する所謂代理の近代的理論と1165条が規定する契約の一身性の原則との矛盾対立を、民法典起草者はどのように正当化し得たのか。代理の近代的理論は、1119条、1165条、1351条にその最も完全な表現を見るところの民法典の一般的観念たる債務についての個人主義的構想に、全く著しく反する。従って、民法典起草者が、人は自分の意思で他人の意思を拘束し得るのは当然であると考え得たとは思われない。起草者は、むしろ擬制 *fiction* の観念によって代理のからくりを説明せざるを得なかったと考えられる。^⑦

この問題についての準備委員会の討議 *les travaux préparatoires* の中でも大したものは見られず、そこに発見されるほとんどのものは近代の理論と余りよく一致しない。法制審議院委員タリブルTarribleは次のように述べている。「受任者は委任の中に示された意思に従って委任者の仕事をするのであり、受任者は委任者の単なる代行者 *organe* にすぎない。」(Fenet., *Travaux préparatoires du Code civil*, T. XIV, p. 595.) これ等の言葉は、代理人の中に行為の遂行者、自身の意思の表示者を見る構想と如何に一致するか。確かに、民法典は受任者が「契約を結ぶ」と規定している。そして、この語句は行き当たりばったりそこに置かれたのでなく、ポチエに於けるように固有の意味を持っている。起草者はポチエにならってそれを再現しさえすればよかった。委任者は「契約を結ぶとみなされる」のに対して、受任者は「契約を結ぶ」とポチエは述べている (Pothier, *op. cit.*, N° 8.)。これはどういう意味か。ポチエはすでに擬制の理論

とは別の近代的理論を認めていたのだろうか。そのように考えることはできない。さもないと、彼の同時代人のだけでなく最近まで彼の後を追って来たすべての人の前方に彼は行くことになるだろうから。その上、人が契約を結ぶと言うのではなく、「契約を結んだとみなされる」と言うとき、彼は擬制により契約を結んだとみなされるということの意味しないか。ポチエおよび彼に続いた民法典起草者は、かくの如く理解したはずだ。要するに、これは、後程ヴィンドシャイド（Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Düsseldorf (1870—1871, 3 vol.) T. 1, §73, note 2, p. 170 et T. 11, §313, p. 182, note 4.）が主張することになった理論である。即ち、真の契約者は代理人であるが、擬制により本人が契約を結ぶとみなされるのである。^⑧

① Popesco-Ramniceano, op. cit., p. 193 ; v. aussi Pilon, op. cit., pp. 4, 13, 16 ; Corbesco, op. cit., p. 8 ; G. Flattet, op. cit., p. 71 ; G. Ripert et J. Boulanger, op. cit., T. 2, n° 206.

② 野田良之・フランス法概論・上巻・有斐閣・1970年・285頁。

③ Popesco-Ramniceano, op. cit., p. 196.

④ Pilon, op. cit., p. 53. V. notamment Pothier, Mandat, éd. Bugnet, p. 207. この頁の中で、ポチエは「受任者が契約を結ぶ」と何度も繰り返して述べている。（Pilon, op. cit., note 81.）

⑤ Pilon, op. cit., pp. 53—57 ; v. aussi Corbesco, op. cit., pp. 34, 56, 68.

⑥ Pilon, op. cit., p. 2.

⑦ Popesco-Ramniceano, op. cit., pp. 194, 195, 197.

⑧ Ibid., pp. 197—198 ; v. Madray, op. cit., p. 108. これに反して、マドレイは次のように述べている。「立法者が擬制の体系を是認したことを、準備委員会の討議により論証することは不可能である。行き当たりばったりに一つの方式 formule を取り上げて、それから引き出す結果を民法典起草者自身のものだと宣言するのは十分でない。（中略）法制審議院委員タリブルは、受任者の役割について叙述しながら、次のように付言している。『第三者に対して、受任者は自分自身のために交渉するのではなく、委任の中に示された意思に従って、彼の委任者の仕事をするのであって、彼は委任者の単なる代行者にすぎない。そして、委任者

だけが、彼の名に於てなされた取引きについて、それが彼の示した希望に合致しているとき、第三者に対して義務を負うのである。』（Fenet, op. cit.）この1節の中のどれが、立法者が擬制の学説に同意を与えたことを示す方式なのか。そこに法律の目的を見ることは可能だが、それは、その効果が代理人のなした取引きを本人に直接に対抗せしめることであるところの法律関係を是認することだ。そして、法制審議院委員タリブルの詳述は、その行為時に居らなかった人と契約当事者たる第三者との間に債務関係を生ぜしめる代理の特徴を明瞭にしている。そして、その代理の現象が如何に生じるかは説明しているが、その結果が何故生じるかは述べていない。その法律行為の過程は分析されているが、しかし、それに固有の効果を明瞭にする目的に於てのみだ。民法典起草者は、彼等は単にその効果を明確にしただけの諸準則を確立したにすぎない。彼等は、その諸準則を体系付け、彼等が確立した制度の法的性質を決定する仕事は、学説にゆだねた。」（Madray, op. cit., pp. 154—155.）

3. フランス学説と代理

1. フランス民法典と全く同様にローマの伝統に忠実であったフランスの学者は、先ず代理 *représentation* の一般理論を構成するということはしなかった。長い間、フランスの学者は、委任 *mandat* と事務管理 *la gestion d'affaires* について話すことで満足していた。委任と事務管理とは別に、代理について一つの理論を作った最初の人、カピタン（H. Capitant, op. cit.）であった。次に著名なピロンの学位論文（E. Pilon, op. cit.）が出た。彼等により、代理は委任とは独立に特別の制度としてフランスに於て市民権を獲得した。^①

2. 代理の法的性質の問題については、長い間、フランスの学説は、民法典起草者の理論であった擬制 *fiction* の理論ですませた。^②「そこに姿を見せなかった者が義務を負わされるのに、姿を見せ、行為上合意をした者が義務を負わされないと言うためには、擬制に訴えねばならぬ。」とラベ（Labbé, *Dissertation sur les effets de la ratification des actes d'un gérant d'affaires*, 1856, p. 11.）は書いている。ラベは、同時に非常に巧みな表現で擬制の方式を与えている。

代理人は「本人の人格を背負った *endossé la personnalité du représenté*」者である^③。カピタンは、フランスに於て承認されている伝統的学説は次の如くだとしている。「代理は、本人が代理人を介して自分の意思を表示するものとみなされるところの擬制だ。代理人はいわば本人の意思の伝達手段 *véhicule* でしかない。委任する者は自らそれをなすものとみなす *Qui mandat, ipse fecisse videtur.*」(H. Capitant, *op. cit.*, p. 389.) 又「代理人は代弁者 *porte-parole* でしかないと法学者が認めたのは、ローマの構想と一致するためだった。」(Ibid., p. 390.)

ところで、擬制の体系に於て、代理人の役割は、必ずしもカピタンの主張したように、単なる代弁者の役割に還元されることはない。実際、擬制は、それが擬制であるというそのことによって、あらゆる体系に順応する特殊性を示す。それ故にこそ、擬制は何も説明しない。擬制は、かようにして、次のことを意味し得る。(a) 法上、真実、唯一の契約当事者は本人であり、代理人の役割は単なる法的手段 *instrument* という役割に還元される。(b) 真の契約当事者は代理人であるが、擬制により本人が契約を結ぶとみなされる（ヴィンドシャイドの体系）。(c) 本人と代理人^④がその行為の形成に協力するが、本人だけが契約を結ぶとみなされる。

とにかく、19世紀には、フランス学説は代理の中に法的擬制を見ることで意見が一致した。^⑤

3. ところで、代理が法学者に提出する問題は、代理人の行為の効果が本人自身に生じ、代理人自身には生じないことを説明することにある。そこには論理的異常性 *la monstruosité logique* があり、それ故論理家であったローマの法学者は代理を認めなかった。フランスの伝統的学説が代理の中に擬制を見たのも、契約から生じる債務はその契約を結んだ者しか拘束しないという、古いローマの「債務の一身性の原則」に一致するためだった。^⑥ 擬制の慣用が新概念の形成に伴う困難に起因することを、ジェニー *Gény* は見事に示した。新概念にたどり着くまで人は擬制によって実際の要求を充し、それから少しずつその擬制^⑦から抜け出す。ドモグ (R. Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*, 1911,

p. 238.) が適切に言ったように、擬制は暫定的有用性しか示さない。何時かは追ひ払われるべきものである。実際、擬制は、問題を説明することなしに問題を別な風に言い表わし、又問題をゆがめることしかししないのである^⑧。例えば、代理が本人の意に反してなされるとき、未成年者、禁治産者等無能力者の法定代理に関するとき、本人の居らない、本人の知らない間になされる事務管理に関するとき、代理人の意思は本人の意思とみなされる、あるいは本人自身が行為したとみなされるなどと言えないのである。^⑨

4. 周知の如く、ドイツの学説は代理の一般理論 *une théorie générale de la représentation* を放つことに成功した。^⑩ 近代の法生活の諸要求によりよく適合したドイツの学説の研究と成果が、フランスに影響を及ぼさないわけにはいかなかった。そして、フランスでは、それは、フランス民法典に引き入れられたように見える古い擬制の体系の放棄に通じた。^⑪

ところで、それは二つのグループに分けられる。即ち、ある学者は、これは最も数が多いのだが、法律行為に於ける意思の役割 *le rôle de la volonté dans les actes juridiques* の上に代理理論を立てようとし(A)、それに反し、他の学者は、法の客観的構想に訴え、代理を客観法 *le droit objectif* に基かせた。^⑫(B)

A. — 代理を意思 *volonté* に基かせることにより説明する理論は、古い私的自治の学説 *la théorie de l'autonomie de la volonté* から着想を得たものである。ところで、代理関係には、本人の意思と代理人の意思との二つの意思が目前にある。そこで、学者は、代理のからくりの基礎にある意思を理解する点に於て分れた。^⑬

1° 代理を本人の意思に基かせるもの

サヴィニー (Savigny, *Le droit des obligations*, Trad. C. Gérardin et Paul Jozon, 2^e éd., Paris 1873, T. 11.) と共に、ある学者は、代理のからくりを本人の意思に基かせた。この構想によると、本人が真の契約当事者である。代理人が第三者と交渉するとき、彼が実際に表示するのは本人の意思である。従っ

て、代理人は、単に本人の意思の代弁者 *porte-parole* 又は運搬人 *porteur* でしかない。その場合、代理人が自由裁量権を持っているか否か、委任が包括的 *général* か特定の *spécial* かは問題でなく、全ての場合に、本人が本人の意思により契約を結ぶ。¹⁴ シュール (*Scheurl, Kritischer ueberschan, p. 335 et suiv.*) は、サヴィニーの理論とローマ法体系との間の完全な相違を非常にうまく示している。「ローマ人とは別な風に、今日、委任は、代理人が我々のために契約を結ぶのを許すと考える。委任は、我々の意思が決定した意思の表示を、代理人のものとしてでなく我々のものとして第三者に示すもの、ローマの代理人 *procurator* としてでなくローマの使者 *nuntius* として契約を結ぶもの¹⁵と考える。」と。

近代法に於ける本人と第三者との間の直接の関係の創造を正当化するために、デルンブルグ (*Dernburg, Heidelb. Kritische Zeitschrift, T. I, pp. 16 et suiv.*) は次のように言っている。「我々の社会では、古代社会の具体的、造形的構想が、より抽象的な法的構想に代った。ローマ法の影響の下に近代的観念の発展を妨げた全ての鎖にも拘らず、この抽象的構想は、我々の学課に於ても路を切り開き、一様に契約当事者は、その名に於て契約が結ばれたところの委任者であり、外部的に契約を結んだように見えるところの受任者ではない、という準則を生んだ。」¹⁶と。

その理論的正当化の見地よりすれば、サヴィニーの理論は契約の効果の一身性の原則に正確に従うことを意図したものであり、しかも、それは本人と契約当事者たる第三者との間に直接的関係を創造するところの前進を実現しながらである。その上、本人の意思が仲介者の意思を排して契約の形成に積極的役割を演ずるが故に、これ等の関係は全く自然に生じる。サヴィニーの理論が如何なる擬制の観念も排除したと言い得たのは、この見地に於てだ。¹⁷

しかし、サヴィニーの構想は次のような決定的異議に出くわした。第一に、この構想は代理人と使者とを混同している。しかし、両者は全く別のもので、代理人は一定の発意 *initiative* を、しばしば完全な発意を持っている。¹⁸これ等2人の仲介者を区別することの困難性が過度の議論を惹起したのであり、周知の如く、サヴィニーはいわばこの問題を究め尽した。両者を区別することが困

難であることについては、実際誰も異論を唱えない。しかし、その区別について十分に明瞭な基準が発見されないからといって、それは、その区別を無視するに十分な理由とはならない。¹⁹第二に、サヴィニーの理論に対して、擬制の理論に対するのと同じ異議を与えることができる。即ち、サヴィニーの理論は、その存在理由が正しく本人の意思の欠如・欠陥を補充することである法定代理の場合、更に、本人は誰かが自分のために行為してくれていることさえ知らない事務管理の場合に適用され得ない。サヴィニーの理論の支持者 ヘルマン (Hellmann, *Das Stellvertretung in Rechtsgeschäften*, 1882, p. 25 ; p. 80 et s.) が、法定代理 *la représentation légale* と約定代理 *la représentation conventionnelle* の間に、それにも拘わらず容認し難い区別を確立したのは、一部にはこの異議を避けるためだった。²⁰第三に、代理人の善意又は悪意 *la bonne ou la mauvaise foi*、錯誤 *erreur*、詐欺 *dol* 等が契約の運命に影響を及ぼすのが公平に思われ、かくして、そのような解決がローマ人により認められていた。サヴィニーの理論の支持者自身もこの解決を承認するが、この解決と彼等の理論上の原則とを両立さすために、本人の意思は仲介者の意思決定の全要素を背負い込むと言わざるを得なかった。しかし、それならば、この仲介者の意思は法上存在しないと考えるのは何故かということになる。²¹

2° 代理を代理人の意思に基かせるもの

そこで、大部分の学者は、サヴィニーの理論を放棄して、代理を、もはや本人の意思ではなく、代理人の意思に基かせることにより説明しようと試みた。これは、カピタン (H. Capitant, *op. cit.*)、ピロン (Pilon, *op. cit.*)、ドモグ (R. Demogue, *op. cit.*)、レヴィ・ウルマン (Lévy-Ullmann, *La contribution essentielle du droit anglais à la théorie générale de la représentation dans les actes juridiques*, dans *Acta Academiae universalis jurisprudentiae comparativae*, T. 1, 1927.) 等のなしたことである。²²フラット (Flattet, *op. cit.*) も同じ観点のもとに、代理と第三者のためにする契約を本質的支柱とする他人のためにする契約 *les contrats pour le compte d'autrui* の一般概念を構成した。以下、これらの学者の考えを概観してみよう。

a. カピタンは、先ず、法律行為 *l'acte juridique* を次のように定義する。「権利を獲得し、譲渡し、変更し、消滅さすためになされ、行為者の意図した効果を、法がその意思表示を容認するが故に生ぜしめるところの意思の外的表示である。」(H. Capitant, *op. cit.*, p. 294.) 彼は、更に続けて言う。「かくして、法律行為は次のような二つの異った特徴を示す。1° (中略) 2° 法は、その行為に、行為者が意図したが故に、法律効果を結びつける。もしその意思が存在しないならばこの効果は生じないが故に、この効果はその意思から直接に生じると言い得る。(中略) 意思が法律行為に於て優れた役割を演ずる。それ故、法律行為は、行為者がその行為に結びつけることを欲した効果を生ぜしめる自由な行為であると思われる。民法典1134条と1156条は、最も重要な法律行為である契約について、当事者自由の大原則 *le grand principe de la liberté des parties*, もっと適切に言うならば私的自治の大原則 *le grand principe de l'autonomie de la volonté* を認めている。(中略) この原則は、単に契約だけでなく、全ての法律行為に適用される。」(傍点引用者)(*Ibid.*, pp. 294—295.) と。

次に、カピタンは、代理について次のように述べている。「代理は、次のような特徴で以ってそれと認められている。1° その法律行為をする者は、他人の名に於てかつ他人のために *au nom et pour le compte d'une autre personne* 行為する。(中略) 2° 更に、代理人は代理権 *pouvoir* を持っていなければならない。この代理権は、直接法律によりあるいは当事者自身により与えられる。(中略) その上、当事者が委任を与えなかったとしても、彼が自分のために行為されていることを知らなかったとしても、代理はあり得る。それは事務管理に於て生じる。(中略) 後になってなされる本人の追認 *ratification* は、彼が行為する代理権を与えていたのと同じ効果を生ぜしめる。(中略) 本人がその事務管理の追認を拒絶しても、なお代理はある程度作用する。その事務が適切に管理された場合、換言すればその事務が本人に何等かの利益をもたらした場合、本人は、自分の名に於て結ばれた契約について、第三者に対して義務を負う(V. art.1375 C. civ.)。それ故、代理権あるいは代理権に等しい追認は、代理の本質でないことがわかる。」(*Ibid.*, pp. 386—389.) (傍点引用者) 「代理の法的性質

についてフランスに於て承認されている伝統的学説は、次の如くだ。即ち、代理は、本人が代理人を介して自分の意思を表示するものとみなされるところの擬制だ。代理人は、いわば本人の意思の伝達手段 *véhicule* でしかない。*Qui mandat, ipse fecisse videtur.* このような伝統的学説の弱点を見るのは容易だ。代理人が法律によって代理権を得るとき、無能力者は完全にその意思を失っているのだから、代理人がその無能力者の意思を表示すると主張することはできない。事務管理に於ても同様だ。何故なら事務管理は本人の同意なしになされるからだ。委任に於てさえも、伝統的学説は事実と反するよう見える。受任者を命令を伝えることを委託された単なる使者と同一視することは不正確だ。受任者は契約に対して積極的役割を演ずるのであって、委任者は、ほとんど何時も、その取引条件を掛け合うための一定の裁量の自由を、受任者に与えている。それ故、意図するのは、正しく受任者である。彼は単なる代弁者 *porte-parole* でない。しかし、伝統的理論を放棄し、その行為に於て表示される意思は正しく代理人の意思だということを承認するとして、その行為の効果が、本人自身に生じて代理人に生じないことを、如何に説明するのか。（中略）そこに、論理的異常性 *la monstruosité logique* がないか。ローマの法律家をばんだのはこの所謂異常性であった。しかし、法生活上の種々の要求が、ローマの法律家をして、少しずつ彼等の法の中に代理の原則を採入せざるを得ないようにした。ところで、その新しい準則を容認しながらも、法学者は、契約から生じる債務はその契約を結んだ者しか拘束しないというローマの構想に留まっていた。それで、彼等が代理人は代弁者でしかないとしたのは、この構想と一致するためであった。しかし、事実そのものが、このような説明の不正確なことを立証している。それ故、これを放棄して、結局は、法律行為はその行為をした者とは別の者の上にその効果を生ぜしめ得ることを承認した方がよいのではないか。そこで、代理人のなす行為は二重の側面を示すと言える。1°、それは代理人によってなされるが、2°、その行為の効果は本人の上に生じる。』（傍点引用者）(H. Capitant, op. cit., pp. 389—390.)

b. ピロンは、自分の構想は次の如くであるとしている。「代理は、本人の人

格の代理人の人格による 現実的かつ完全なる代置 *la substitution réelle et complète de la personnalité du représentant à celle du représenté* に法的に分析される。換言すれば、本人の資産にその効果を生ぜしめる契約の形成に直接かつ現実に参加するのは、本人の意思に代る代理人の意思 *la volonté du représentant se substituant à celle du représenté* である。】(傍点引用者) (Pilon, op. cit., p. 47.) 「代理権を法律から受ける代理人、例えば後見人 *tuteur* を取ろう。その効果が未成年者の資産の中に生じる契約を形成するべく第三者の意思と符合するのは、法律の命令 *l'injonction légale* によって未成年者の意思に代って置かれた後見人の意思だ。事務管理の場合も同様だ。(中略) 契約を結ぶのは管理人であり、本人は、追認をするとき、管理人の意思により結ばれた契約を承認し、彼は管理人の意思に合致していたことを宣言する。最後に、委任の場合もその解決は同じだ。委任が包括的 *général* ならば、それは確實である。(中略) 受任者が表示するのは自分自身の意思だ。そして、委任者が義務を負うのは、包括委任状によって、全ての場合に自分の意思は受任者の表示する意思と合致している、と表示したからだ。しかし、更に、委任が特定の *spécial* 場合にも、受任者は自分自身の意思を表示すると言うのが正確だ。勿論、委任者と第三者との間の代理関係を創造するのは、一人受任者の意思だけであるとは言わぬ。この関係は、受任者の意思が委任者の意思と第三者の意思に合致しているのでなければ、創造されないものであって、実際、代理関係は、代理人と本人と第三者との三つの意思の結果である。(中略) 委任者も受任者も代理関係の形成に参加する。即ち、委任者は受任者に代理権を与えることにより、受任者は授与された代理権に合致した自分自身の意思を表示することにより、従って、受任者が表示するのは、委任者の意思でも、自分の意思と委任者の意思とを同時にでもなく、自分自身の意思である。(中略) 受任者が契約を結ぶ、しかし、その行為の効果は専ら直接に委任者の資産の中に生ぜしめるという意思を、第三者と共に持つてのことだ。ところで、契約を結ぶとはどういうことか。それは、契約の形成に自分の意思で協力することであり、それ故、受任者が契約を結ぶことを証明するならば、そのこと自体により、受任者が自分自身の意思を表示することを立証することになる。ところで、受任者が契約

を結ぶということは、新しい構想ではなく、伝統的構想である。」(傍点引用者) (Ibid., pp. 50—52.) ところで、「受任者が契約を結び、委任者は契約を結ばないが、委任者がその契約の効果を収める。それは何故か。(中略) 受任者が委任者の意思に従った意思を有するから、1998条の用語そのものを使用するならば、受任者が『自分に与えられた代理権に従って』行為するからだ。」(傍点引用者) (Ibid., p. 56.) 「何人も他人のために意図することはできない *alteri stipulari nemo potest* (L. 8, §17, Dig. de V.C. 45. 1.) という観念の厳格な適用により、ローマ人は、委任者は第三者に直接結びつけられることはないと言った。今日、委任者は直接の債権者であり、彼が代理されるのは、人は他人のために意図することができるからだ。受任者は委任者のためにかつ委任者の意思に従って意図する。これが受任者のなすことだ。」(傍点引用者) (Ibid., 57.) 「それ故、究極の所、法定委任、約定委任、事務管理のいずれに関しようとして、代理関係は同じ法的性質を持っている。代理人は本人の意思を表示するとはみなされず、彼は実際に自分の意思を、しかし委任者の意思の映像 *image* であるところの意思を表示する。」(傍点引用者) (Ibid., p. 60.)

「『代理の原則は、行為の原因と結果の分離以外のものではない。』というイェーリング (Ihering, *Esprit du droit romain*, T. IV, p. 172.) の構想も、以上のようなものに思われる。」(Pilon, *op. cit.*, p. 47, note 74.)

以上のようなピロンの構想は、「債務 *obligation* の観念そのものによって強いられる。実際上何も立証しない擬制の観念に訴えることなしに、全てを説明し得るのは、債務の観念によって代理を明らかにすることによってのみだ。実際、債務とは何であるか。それは、二人の人 *personnes* の間の関係であるが、しかし、又、特に、二つの資産 *patrimoines* の間の関係でもある。実際、他人の資産に一定の給付をする義務があるのは資産であり、人はその資産の機関 *organe* にすぎない。あらゆる資産がその正規の機関とは別の機関により拘束され得、私は、私の意思を、私の資産に関係なく、他人の資産に仕えさすことができるということでないとしたら、これはどういう意味であるか。これこそ、全く単純に、代理人がなすことだ。(中略) ローマ法は代理を認めなかったが、それは、代理が債務の本質と相容れなかったからである。ローマの法律家

は、代理は、同時に、それを全うする人とその目的により構成されるとみなしていた。資産は人から分たれ得ず、債務の能動的あるいは受動的主体のあらゆる変化に、債務全体の変化が合致していた。(Saleilles, *De la cession de dettes*) (*Annales de droit commercial* 1890.)。そのために、ローマ法は、債務の譲渡 *le transport des obligations* を認めず、又代理の原則 *le principe de la représentation* を採用しなかった。我々の法は、非常に長い発展の後に (Voir Saleilles, *Théorie de l'obligation*, p. 61 et suiv.)、債権の譲渡 *le transport des créances* を認めた。即ち、それは、ローマの債務の観念が少しずつ放棄され、民法典1101条の定義がもはや遠い昔のローマ法の反映でしかないと、いうことを示している。」(Ibid., pp. 47—50.)

c. ドモグは、彼の著書 (R. Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*, 1911.) に於て、自分が、カピタンとピロンの学説に近いことを認めた。²¹⁾ 彼によれば、「所謂代理の理論の中心は、権利の行使 *exercice* の観念は、権利の所有 *jouissance* (の観念) と完全に一つになるわけでないということだ。」(Ibid., pp. 376—377.) そして、彼の固有の構想の利益は、「委任者は、全てを完全に脱ぎ捨てるわけではなく、少くとも契約で定める委任の場合には、委任者は、彼自身なお有効に受任者に委託した取引きをなし得るということを、わからせるということだ。」²²⁾ (Ibid., p. 377.)

d. レヴィ・ウルマン (H. Lévy-Ullmann, op. cit.) も、ピロンの学説を取り上げて、それを補足することをためらわなかった。ピロンのように、彼も、代理と、債務についていだかれている観念との間に存する緊密な関係を強張した。彼によれば、「債務は、(「債務者」と呼ばれる) 人が、(「債権者」と呼ばれる) 他人に、給付又は権利行使の回避の利益を受けさすという各人の立場を特色付け、——そして「債権」、「債務」の名の下に、当事者の資産の中にこの関係から生じる積極的、消極的個々の要素に、応じるところの法制度である。」(Loc. cit.) この定義が認められるなら、ピロンがすでに指摘したように、代理は容易に理解される。ところで、正確に、代理とは何であるか。レヴィ・ウルマンが言うに

は、それは、全く、期限 *terme* や条件 *condition*、抽象 *abstraction* や偽装 *simulation* のように、法律行為の限定条項 *une modalité de l'acte juridique* である。「代理は、(代理人と呼ばれる) 人により、(本人と呼ばれる) 他人のためになされた行為の効果が、本人の上に直接生じるところの限定条項である。」(Loc. cit.) それでは、限定条項とは何であるか。カピタンによると、それは、当事者が法律行為の自然の結果にもたらす一変更 *modification* である。(H. Capitant, op. cit., note 291.)。レヴィ・ウルマンは、「限定条項とは、その境遇 *negotium* が実定法又は当事者の意思により影響を受けるところの付随的要素 *éléments accidentels* の一つである。」(Loc. cit.)²⁶⁾ と言う。

以上のようなレヴィ・ウルマンの構想は、オシアス (Osias, *L'acte abstrait en droit comparé*, 1924.) により採用され、又、ポペスコ・ラムニスアノ (Popesco-Ramniceano, op. cit.) は、レヴィ・ウルマンの新学説が、それがどのようなものであれ、全法体系にすばらしく巧みに適用されるだろうことを示そうと企てた。²⁷⁾

e. フラットの著書 (G. Flattet, op. cit.) を紹介するに於て、ジョセフ・アメル Joseph Hamel は次のように述べている。「フラット氏は、私が彼の著作で第一級に置いているページで、何故、他人のための契約 *le contrat pour le compte d'autrui* が、契約当事者の意思が法学によって十分に考慮されるようになった日にしか、生じ得ず、又花を咲かし得なかったかを、我々に示した。もし、権利の創造者たる契約締結者が、彼の意思が彼に示唆する指示に従って、彼の好むように自由に権利を創造することが許されるならば、どうして、他人のために権利を創造することが禁じられるか。かくして、私的自治 *l'autonomie de la volonté* が契約の領域に侵入したとき、それは、それと共に、あらゆる形の他人のための契約を、全く自然に発展せしめた。(中略) 従って、契約締結者の意思が、フラット氏の著作の全体を明らかにするヘッドライトを形成する。(中略) 契約締結者の意思が、代理 *représentation*、第三者のためにする契約 *la stipulation pour autrui*、あるいは本書に次々と現われる(代理の性質が)次第に薄くなる契約の一つのうち、いずれを創造することを目論むかに従って、

実定法は、他人の利益又は負担に於てなされるそれぞれの契約の有効性を承認することを、我々は認めねばならぬ。しかしながら、一つの歯止めを強調しよう。(中略) 三人の人が参加するこの契約圏に於ては、表面上契約外に留まる第三者の参加が、ある事実により正当化されねばならず、その事実とは、その第三者の同意 *consentement* 又は利益 *intérêt* でしかあり得ぬ。(中略) フラット氏は、単なる他人のための契約の研究を越えて、この研究を、契約の法的世界を支配する大原則に結びつけることを望んだのであり、そして、民事、商事の債務法上の一般の問題に直面して、彼が自分の取ろうとした立場を示したのは、権利を創造する人間の意思の至上の役割を確認することによってだ。契約締結者が、彼の契約の債権、債務の諸効果を他人に充当するのを可能ならしめるところの完成された形の契約の創造を、近代法が許しかつあおり立てたのは、如何に意思の役割の発展によってであるかを、彼は示した。】(傍点引用者) (Flattet, *op. cit.*, pp. III—V.) 実際、フラットは、代理について次のように述べている。「代理人の行為は契約を結ぶだけに限られる。契約を結んでしまうと、彼はその行為に無関係となり、契約当事者たる第三者と本人とが関係を結ぶに任せておだけだ。代理人が義務を負わないことぐらい自然なことはない。何故ならば、彼はそれを望まなかつたのであり、契約当事者たる相手方の意思もそのようなものであつただから。契約当事者たる相手方は本人に対して有効に結ばれる。彼はそのことを望んでいたし、代理人にそのことを示していた。(中略) 人は、自分の意思によってしか、あるいは自分が服す法律の意思によってしか、義務を負わされたり、権利を獲得したりすることはない。代理人の意思という他人の意思が人の法的位置を変更するためには、それ故、新しい要素が必要である。即ち、この他人の意思が本人の資産を処分し得る代理権を持っていることが必要である。(中略) かくして、それ故、一方で、契約当事者たる位置を本人に与えることを欲し、他方で、本人を有効に拘束し、本人のために物を獲得するべき代理権を持っているところの人によってしか、代理によって、契約が結ばれることはできない。如何なる代理行為も、二つの要素、即ち、代理意思 *intention de représenter* とその行為をなすべき代理権 *pouvoir* とを兼備していることだ。】(傍点引用者)(Flattet, *op. cit.*, pp. 67—68.)

以上のようなフラットの構想は、リペールおよびブランジェール (G. Ripert et J. Boulanger, op. cit., T. 2.) の構想でもある。²⁸⁾ 即ち、「代理人自身の意思が契約の締結に参加するのでなければ、代理は存在しない。しかしながら、そのとき、何故本人が代理人の意思によりこのように拘束される状態にあり得るのか、自問する必要がある。」(傍点引用者) (Ibid., n° 215.) 「代理の原則が見い出されるのは、意思の創造力の中にある。そのことを証明するものは、代理は、意思がその拘束を受けた諸形式から解放され、自らの力のみによって債権関係を創造するのに成功したとき以後にしか、固有の技巧なしには機能し得なかったということである。原則として、意思の創造力は、個人の独立の原則に衝突する。即ち、債権関係は意思表示をする人の間にしか形成されない。しかし、代理人が意欲した法律効果が本人の資産に生じることを、本人が承認するか、法律が許すならば、この障害はなくなる。即ち、代理人は有効に契約の締結に介入できる。それ故、代理の二つの本質的要素は、代理人を動かす意思と、本人を債権者又は債務者にするために代理人が受けるところの資格授与である。」(傍点引用者) (Ibid., n° 216.)

3° 代理を本人と代理人の意思に基かせるもの

ドイツのミッタイス (Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung, 1885, pp. 109—126.)、イタリーのタルツフェリ (Tartufari, Della rappresentanza nella conclusione dei contratti, 1892, pp. 494—495, nos 439 et 440.)、フランスのコルベスコ (Corbesco, op. cit.)、ドモグ (Demogue, Traité des obligations en général, T. I et III, 1923.) は、代理人と本人の協同行為 collaboration により、代理を説明した。彼等の間に相違はあるが、彼等の全てが、代理制度が両者の意思の協力に基いていることを認めている。²⁹⁾

a. ミッタイスは言う。「代理人によってなされる法律行為に於て、代理人も本人もただ一人だけで行為するものとはみなされ得ない。それに反し、彼等の各々が行為する。即ち、その表示の決定的法的原因たるもの、この表示に於

て示されるものは、彼等の各々の具体的意思だ。それ故、法律行為は代理人と本人との併合せる意思の結果として生じ、従って、その有効性を評価するために、これ等二つの意思の各々を参照にせねばならぬ。」(傍点引用者)(Loc. cit.)

しかし、ミッタイスの言うには、この表示行為に関する原則に、第三者に関して一つの制限がなされる。即ち、第三者はその外観にだまされぬようにせねばならぬ。実際、代理人は、第三者に対して、あるいは、自分自身の意思により行為するものとして、あるいは、本人の単なる代弁者又は使者として、現われ得る。しかし、この対外的振舞いも現実に合致していないことがあり得る。即ち、代理人は、実際には何も意図していないときに、自分自身の発意で行為しているように見え、その反対に、本人が代理人にその意思表示を任せているときに、代弁者として行為しているように見えることがあり得る。ところで、双務的法律行為に於て、第三者は、その意思が自分に表示されたように実際にも存するものと信ずるのが原則である。従って、その外観が現実に合致していないとき、その現実によれば第三者の適法に獲得した権利を害する場合は、代理人にしろ本人にしろ、その契約当事者たる第三者を害するような契約の解決の仕方をするのを、許すわけにはいかない。³⁰⁾

b. タルツフェリは、以上のようなミッタイスの理論の結果を容れなかった。彼が言うには、「仔細に見ると、ミッタイスの理論は、多くの場合、現実の意思の代りに、単に存在しないだけでなく、想定することさえできないような意思を置くことになる。」(Adde p. 440, n° 496.) しかし、彼はミッタイスの提出した原則を受け入れているのであり、ただ、その適用に於てその原則からはずれている。彼は、その起源を法律の中に持つ代理と、本人の意思の中に持つ代理とは、異った法的構成を持つという観念から出発する。第一の代理については、本人自身に直接に生じる契約の効果は、二つの個人意思と法律との合併的结果であり、産物である。即ち、一方では、この効果は、同じ意思を持つ代理人と第三者により意図され、他方で、この合意を補全する法律が、その代理の効果が生じるために必要な法的絆 *lien* を創造する。第二の代理、即ち、代理がその起源を本人の意思、即ち委任の中に有する場合は、もはや、同じ説明は可

能でない。彼が言うには、先ず問題を正しく提出せねばならぬ。「契約に於て、誰が真の契約当事者かを問うとき」(Op. cit., n° 441, p. 496.) 問題を間違つて提出しており、実際、何よりも先ず、契約当事者 contractant の意味するところを、十分に明らかにせねばならぬ。もしもこの名称が、契約の効果を収めるべき又実際に収めるところの者を示すのならば、恐らく契約当事者は本人でしかあり得ない。それに反し、もしも契約当事者が、契約を生む者、換言すれば、その意思に契約が根拠を置くところの者を意味するならば、本人と代理人のうちいずれが契約当事者であるかを、絶対的方法で断言することはできない。即ち、本当の所、実際二人共それに協力するということだ。³¹⁾

c. コルベスコ (Corbesco, op. cit.) は次のように言う。「ミッタイス (Mitteis, op. cit., p. 131.) が指摘しているように、使者は、今日ではもはや代理人の長い鎖の中の一つで、その最後の輪でしかない。意思理論 la théorie de la volonté は、それから使者の観念の基準を引き出そうとするならば、実際に打ち勝ち難い困難を捲き起す。特別の委任又は明確な命令を受けている場合、その仲介者が代理人あるいは反対に使者であると、何に於て契約当事者たる第三者は見分けるのか。換言すれば、両方の場合に本人の命令が厳格に履行されるのに、何に於て、その仲介者は、自分自身の意思を表示した、あるいは、反対に本人の意思を表示したと、第三者は見分けるのか。」(Ibid., pp. 68—69.) 「我々の意見では、新理論（代理人の意思による代理の理論 (Pilon, op. cit.; Vivante, Droit commercial, 1.)）に於て、代理人と使者との間を区別することの実際的重要性は、實際言葉の問題に基す。」(Ibid., p. 71.) 「我々にとって、代理の理論は、私的自治の原則の最大かつ最瞭の適用に基礎を置くものだ。既述の如く、代理の理論は、人が、自分自身の発意で、その効果が直接本人の資産に生ずる法律行為をなす可能性を含む。ついでながら、人の意思が他人の法的活動を侵食する極限 limite extrême は、他人の明白な反対 opposition expresse である。この極限下で、代理人の活動は強度を変え得るが、代理人の意思がその行為の形成に決定的かつ排他的に参加するところでは、代理人の意思は、あるときはその客観的有用性の見地から (art, 1375)、あるときはその主観的有用

性の見地から、本人自身によって評価 *apprécier* されるだろう。後者の仮定では、本人が、代理人からいわば彼の肉体しか借用しないで、自分自身で行為し得るように、本人は、代理人の活動に与えるべき目的を代理人に示すことにより、代理人が行為する前に、その評価をなし得ると同じように、本人は、代理人の行為を追認することにより、後になってこの評価をなし得る。オリユウ (Hauriou, *Leçons sur le mouvement social*, 1899, pp. 81 ss.) の表現に従えば、文明が人間各個人の中に代理可能な類似性に満ちた法人格 *la personnalité morale pleine de similitudes représentatives* を解放した³²⁾ という考えから出発しながら、近代法は法上の代理の存在性を承認したのだが、近代法は、更に、個人相互の独立の原則 *le principe de l'indépendance*、各人の法人格を尊重することを命ずる非常に自由主義的の原則 *le principe très libéral* から、着想を得ている。この原則から、あらゆる代理人の法的活動を制限する法的条項が、演繹される。かくして、この法的条項が、あるときは、代理人の活動に然るべく制限や目的を置くことにより、本人の法人格の独立性を確保し（法定委任の場合）、あるときは、代理人の活動が本人のために惹起し得るところの全効果を予測することはできない本人の意思を解釈することにより、この独立性を確保する。この本人の意思の解釈の仕事は、更に、裁判官により補足される。法律が沈黙しているとき、裁判官は、どの程度代理人の意思と本人の意思とがその行為の形成のために協力したか、どの程度代理人の意思は本人のために効果を惹起し得るか、最後に、どの程度 善意 *bonne foi* は第三者の利益の保護を強いるかということの評価することにより、目前の諸利益の衝突を解決する。代理を意思解釈の問題に還元することにより、又、代理人の意思と本人の意思は協力し得ることを承認することにより、我々はミッタイスの理論に近づく。しかしながら、我々は二番目の点で彼と見解を異にする。即ち、ミッタイスは、行為の有効性の条件と効果を評価するために、その行為を生ぜしめた意思を各事件ごとに探究する必要性を、原則として主張した後、彼は、外観の影響 *l'influence de la présentation extérieure* と呼ぶところのものに、この準則を従わす。行為の有効性は、自分の意思が外見上その行為を生ぜしめたところの人に於て評価されるということを要求する権利を、善意の第三者は持つだろうと。(中略)

しかし、この観念は、代理の理論を大した実益なしにただ複雑にするだけだと、我々は思う。（中略）實際上、全問題は代理権の解釈に帰結する。」（傍点引用者）（Ibid., pp. 77—80.）

d. ドモグ（Demogue, *Traité des obligations en général*, T. 1 et III, 1923.）は言う。代理は、あるときは、本人の意思により（約定委任）、あるときは、本人の不知の間に（法定委任）、あるいは本人の意に反してさえも（代理人の代理権の濫用、事務管理、火急時の元代理人の行為、禁治産者の法定代理、戦時に於ける管財人による敵財産の維持）、生じる。代理の効果を決定するために、次の観念を考慮に入れねばならぬだろう。即ち、(1)法律行為の目的は本人自身に実現される。そこでその行為が合理的社会秩序と一致するために必要な条件、即ち、問題の物権を獲得するための能力、その行為の適法性等を兼備せねばならぬのは、本人に於てだ。(2)代理人は本人の資産の上に代理権を有している故に、代理人が契約を結んだ場所、代理人が、正規の条件で、即ち、合意上の不備なしに、能力を以って、誠実に、その代理権を行使したか等を知るために、意を用うべきは、代理人自身についてだ。しかしながら、この観念も、代理人は履行すべき諸命令を受けることがあるという観念により、制限される。代理人は、明確な諸命令を履行する限りに於て、使者でしかない。(3)委任者と受任者との間に一定の連帯性 *solidarité* があり、そこから、代理人の不法行為 *délits*、悪意 *mauvaise foi*、代理人に対する日時の抗弁についての本人の責任等が生じる。(4)最後に、代理人の任命の無効、所与の委任の無効は、第三者の善意により軽減される場合の他は、代理人の行為に波及する。要するに、ドモグは約定委任に於て、代理人に命令が与えられているとき、代理は本人の意思により生じ、この場合代理人は単なる使者でしかないということを認めている。代理についての全理論は、代理人と使者との間の区別のまわりを回ることだと確認するのも無益でない。⁶³

B. —代理を意思に基かせることにより説明する学説は以上の如くであるが、それに対して、以上の全説明を鼓舞したところの私的自治の理論を大

いにたたき、それに客観法 *le droit objectif* の原則を対置させる学説がある。それによると、個人の意味は、権利を創造する力がなく、客観法の組織した法的機構を行動開始さすことしかできない。それ故、代理人の意味、又は本人の意味、更には両者の意思にさえも、代理を基礎付けようとするのは無駄である。代理は客観法にその基礎を見出すのである。この考えの立役者であったデュギー (L. Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, 1927, T. 1, pp. 474 ss.) は、代理は無用な理論であると言う点にまで、この考えを押し進めさせた。他方、マドレイ (Madray, *op. cit.*) も、デュギーの考えを批判しながら、デュギーの考えに非常に近い。マドレイは、代理を演じさす客観法規を動かすために、代理人と本人との意思が演じる役割を強調することで、満足している。³⁴

a. デュギーは、次のように言った。「法律効果は、法律行為により生ぜしめられると言うのは正確でないのであって、法律効果は、法律行為の結果起きると言わねばならず、それが全てだ。個人の意味は、自ら法律効果を生ぜしめる力はないのであって、客観法がそれに一定の効果を結び付けるところの意思表示を発し得るにすぎない。(中略) 意識のない者(未成年者又は心神喪失者)の精神的、物質的利益のために、第三者が意識的意思表示をなしたとき、客観法がその効果を創造する。しかし、法律行為に於て、法律効果を創造するのは表示者の意思だという(意思主義の)考えが、非常に根をはっているので、法律行為の結果、意識のない者に関して法律効果が生じるとき、その意識のない者の潜在的意思が、彼の後見人の活発な意思により代理されるのだと、一般に言われている。人は、この代理の観念を長々と詳述し、更に、それを、擬制的な何かと、あるいはサレイユの学説に従って、それは、精神作用によって代理という法形式を与えるところの事実状態に合致するが故に、純粹概念作用の範囲内で現実を構成する法的概念作用とみなすことに合意している。しかし、この代理の観念は、私を何時も非常に当惑させた。長い研究努力の後、遂に、私は、代理の観念は全く無用であり、完全に除去すべきものだという理解に達した。代理の観念は、今しがた喚起したところの偽りの観念、法律行為に伴う法律効果の発生原因は、法律行為に於て表示された主体の意思であるという偽りの観

念の産物である。実際、この構想に於ては、法律行為の当事者である個人に意思がないにも拘わらず、その法律行為が彼に関してその効果を生ぜしめるとすれば、その法律行為に実際に参加した意思が、あたかもその意識のない者の意思であったかの如くに、その効果を生ぜしめると、言わねばならない。さもないと、その法律効果は説明できないであろうし、それ故、人は代理という擬制を案出したのである。サレイユによれば、それは、擬制 *fiction* ではなく、法的現実 *la réalité juridique* である。それ故に、純粹に概念論的現実 *la réalité purement conceptuelle* である。それは、一つの言葉であり、それ以上の何ものでもない。しかし、実際は、事実 *fait* のみが現実性を有するのであって、法律効果の発生原因は、決して法律行為に参加する個人の意思ではない。代理を案出したのは全く無用だったのであり、それを説明しようと努めるのは全く無駄である。客観法が自分に与える能力 *compétence* を働かせる主体が、その対象や目的からみて分別のない者の精神的、物質的利益に合致したところの法律行為をするとき、そのような利益に合致した法律効果が生ずるが、それは、それ等の利益が適法なものとして保護されるからであり、客観法が、諸条件内でなされ、かつ今しがた示した対象や目的を有する意思表示に、一定の効果を結びつけるからである。従って、代理のことを話すに及ばないのである。」（傍点引用者）（Duguit, *op. cit.*, pp. 474—476.）

b. マドレイは次のように述べている。「（デュギーによると）代理は現実的な何も覆い隠し持っていない精神の所産にすぎない故に、即ち、代理は法律行為の形成に於ける意思の役割の不正確な分析の結果であるが故に、代理は投げ捨てられるべきものである。（中略）（しかし）、我々は代理を承認する、我々は、代理が、社会の現実 に於て、デュギーが非常に熱心に擁護した学説上の基本原則そのものの名に於て、機能しているのを見た後で、代理の存在を宣言している。（中略）この優れた学者が代理の観念を投げ棄てるとき、彼は、事実の名に於てではなく、一定の事実に基いて構成された理論によって考えを述べているのであって、明らかに、デュギーの理論体系は、不完全な観察、余りにも早い一般化の結果である。代理は、現実 に存在しており、精神上の一所産にすぎない

いことはない。](Madray, op. cit., pp. 101—105.)「他方、(代理の理論的構成に関して)提出された諸学説の否定的論評に取りかかりながら、我々が確証したことは、法律行為の内的からくりも、それが私的自治の原則に服するならば、代理の構成事実に関しては作用し得ない、ということだ。(中略) 伝統的私的自治の学説は、私法に於けるその領域が非常に大きいところの代理を説明することが完全に不可能であるので、我々は、私的自治の学説の理由のあることを疑っており、そこで事実の注意深い観察をした後で、我々は、法律行為一般の作用を支配するところの原則を探究しようと目論んだ。」(傍点引用者)(Ibid., p. 134.)「法律行為一般の研究は最近になってなされたにすぎず (H. Capitant, op. cit., pp. 294 ss.; Bonnacase, Supplément à Baudry, T. 11, 1925, L'acte juridique et le fait juridique, pp. 281 ss.; Demogue, Traité des obligations, T. 1, op. cit., pp. 25 ss.)、近年まで、人は専ら契約のドグマ le dogme contractuel を固守し、意思の全能 l'omnipotence de la volonté をほめたたえるべく熱心に競った。しかし、人は、むやみやたらに並べたてた全ての言葉が、正しくあるはずのもの、即ち現実の反映であるかどうかを自問するのを、全く忘れていた。(中略) 自治的意思という大げさな言葉に魅惑される代りに、この言葉が覆い隠している現実を洞察することが重要である。そうすれば、真実は全く別なように現われ、正確に我々が達するのは古典的学説の帰結ではない。(中略) 先ず、哲学の領域に於て、意思は、それが支配する観念 idées の上にしか直接の支配力を有さず、意思は、その観念を実施する生理学的、心理学的からくりに対して何の影響力も有さない。(中略) 意思本来の創造作用は意識の中で完成され、意思は、生来、外的事実をつかんだり、生ぜしめたりすることはできない。(中略) 意思 volonté は、意志 vouloir の実現を背負った観念しか、直接につかまえたり、支配したりしない。(中略) 我々の意識の領域内では全能の意思も、外界に入るや、もはや直接の制御力がない。(中略) 古典的学説とは反対に、我々は、意思に法の領域で創造的役割を演じる力がないと、主張する。即ち、法の領域は、外的事実の非常に巨大で、複雑な一面の広がり、の微細な一部分でしかない。ところで、意思は、これ等の事象に対して直接の支配力を持たないことを、経験が我々に示した。(中略) それでは、法的技術により、意思に承認されるべき役割は何で

あるか。意思は、単に法規適用の条件にすぎず、意思は少しも法規を創造しない。具体的法的状況が生じるためには、二人の人の間に存する法的関係が、消滅したり、変更されたりするためには、特別の事件 l'événement particulier の介入が必要であり、この事件が既存の法規の適用をもたらすのである。（中略）そして、この事件は、出生、血統、死亡のような自由意思によらぬ事実でもあり得るが、（中略）法の領域に於て個人が占める具体的位置は、自由な意思表示からも生じ得る。（中略）そのとき、意思は、法律行為によって法規を発動させることになる。（中略）（かくして、）契約締結の結果生じる法律効果を創造するのは、法律であり、又法律のみである。」（傍点引用者）(Ibid., pp. 134—140.) 「実定規定や衡平の形で存在し、又正義の観念を手引きとするところの法は、目前の諸利益を釣り合わせ、種々の形の人間の活動の間に調和を確立することを任務とし、そこで、もしも個人の意味又は沢山の合致した意思が、権利の主体の人格の拡大と同様、公益のために協力するように思われるならば、法は、それ等の意思の追求する目的に強制力を付与するだろうが、そうでないときは、法は強制力を付与しないだろう。（中略）以上のような法律行為についての理論のみが、近代私法上の代理の問題をその全範囲にわたって解決するのを可能ならしめるが故に、それだけ強力に、我々はこの理論を擁護する。」(Ibid., pp. 146—147.) しかし、「法律を発動せしめる要因の一つを意思の中に見る主張に同意することは、何も代理の概念の放棄を意味しないのであって、それに反して、その主張によってこそ、法律により承認され、判例により適用されているような、事実を透写し、法定代理の発頭に満足な説明を与えるところの理論を、作り上げることが可能となるのである。（中略）本質的問題は、特に、本人がそのような処置に反対していたときに、何故代理関係が本人を第三者に結びつける結果を有するかを、自問することにある。（それに対して）唯一の説明が我々には可能に見える。即ち、代理人と第三者との意思の一致が、本件を支配する実定の準則を発動せしめるからだ。法律の適用のために必要な条件が充されるならば、規範は、意思が合致した目的に強制力を与え、本人に第三者と共に義務があることを宣言する。この法式は、約定代理と同様に法定代理に適用される。」(傍点引用者)(Ibid., pp. 147—148.) 「法定代理は、代理人と第三者との結合

した行為、我々が分析する機会を持つだろう基本的、形式的条件に服した行為によって、生じる。何故、代理関係は、本人と第三者とに対して強制的効果を生ぜしめるのか。それは、法定代理人と第三者とが、該法律効果を生ぜしめる規範を活動せしめるからだ。それ故、法定代理の現象は何等異常性を有さず、それは、単に、我々の採用した法律行為の技術に服すものにすぎない。しかし、我々の主張は、約定代理の構成事実を包含し、かつ制御すべきとき、揚足を取られるのでないだろうか。実際に代理関係を創造するのは、本人の意思でないのか、あるいは、ピロン氏やコルベスコ氏の主張したように、代理人と本人と第三者との結合した意思でないのか。（中略）実際、代理は、本人の意思がそのようであるのでなければ、又委任状によって決められた範囲内でしか、存在しないであろう。『私は、それを欲したが故に、又それを欲した範囲内で、代理される。それにも拘わらず、代理の動因 la cause efficiente は、私の意思ではないのだろうか。』少しも。すでに確認したように、意思には、如何なる法律効果も自ら生ぜしめる力はなく、単独で代理を生ぜしめることはできないのであって、それは、意思が絶対に捕えることのできない外的事実に関するからだ。意思は、この事象について間接的制御力しか有さず、この事象の初めに à son origine あるが、その原因 cause ではない。即ち、意思は、法律を介して par l'intermédiaire de la loi、代理を現われさすだけだ。（中略）すでに見たように、解決すべき問題は、本人が、第三者と代理人によってなされた行為の効果を受けるのは何故か、を示すことにあるのだが、その解決は、単なる事実の解釈に存する。代理人は、本人のために、本人の名に於て『何かをなすべき』代理権を受け取り、彼は、彼が自由にするその権能を用いて、第三者とある行為を終結する。代理が現われるのはどうしてか。その行為に無関係な人が義務を負うのは何故か。それは、意思の一致が、そのとき、代理の事象を創造するところの立法規定を動かすからである。そして、この規範とは、民法典 1998 条であるように思われる。即ち、『委任者は、受任者が自分に与えられた代理権に従って結んだ契約を履行する義務がある。』代理人、本人、第三者の意思の合致が、法律によって考慮されるのであり、約定代理に於て、法定代理に於けると同様、本人が終結された取引きの効果を受けるところの代理を生

せしめるのは、法律であり、意思の合致を捕え、それを法の分野に取り入れ、そしてそれを強制的なものにするのは、法律である。」(傍点引用者) (Ibid., pp. 150—152.)

C. — ルアスト (A. Rouast, Rapport dans Travaux, op. cit., pp. 110 et suiv.) は、次のような折衷的解決に達した。「デュギーもマドレイも、代理の全構造を客観法に、換言すれば法律に帰すことによって、委任の形で示される約定代理をゆがめている。法律が受任者のなした行為の効果を委任者の上に移すのは、受任者と委任者とがそのようにそれを欲したからでないとするならば、実際の所、それは何故か。もし熟考するならば、債務に於けるこのような受任者と委任者の置換は、両者の意思の中にその根源を有しており、法律はこの意思が実現されるのを可能ならしめる以外のことはやらないことがわかる。このような事態を創造したのは立法者ではなく、委任契約の当事者である。客観法の理論は、委任の形で示される約定代理に適用されると、ひどく人為的のように見える。他の形の代理に関する場合も、客観法の理論は人為的だと言えるか。私はそうは思わぬ。無能力者や不在者の法定代理、破産管財人や寄託管財人の司法上の代理、果ては事務管理に至るまでを説明することに関するとき、代理人の行為の効果を本人の上に移すことを説明するために、もはや、代理人と本人の意思の合致に訴えることはできず、又、何故ただ代理人の意思のみがこのような効果を有し得るのか、わからない。問題の効果を正当化するために、外的要因、客観法の力という要因に訴えねばならぬ。代理人の行為に、本人に対する強制力を与えるのは、法律のみである。かようにして、私は、代理の構造の問題について、折衷的解決に達した。この問題に唯一の解決を与えるのは、不可能であると思う、そして唯一の解決を与えるべくなされた努力は、全て挫折したように思われる。即ち、意思に根拠を置く理論は、法定代理の場合に挫折し、逆に、客観法を根拠とする理論は、約定代理の場合に挫折する。代理の理論は、その条件や効果の見地からは一つだが、その構造は必ずしも同じでなく、それは、非常に多様な代理の実施例に従って変わる。」(傍点引用者)(Ibid., pp. 120—121.)

総括

以上要するに、フランスの学者は、代理の理論の根拠について、長い間、民法典起草者の理論であった擬制の理論で済ませたが、代理の一般理論を放つことに成功したドイツ学説の影響の下に、古い擬制の理論を放棄し、私的自治の原則の上に立った新理論を確立することに努めた。そのうち、サヴィニーに倣って、本人の意思に代理を基かせる説（所謂本人行為説）は支持されず、ミッターに倣って、本人と代理人の意思に代理を基かせる説（所謂共同行為説）も主流となるには至らず、イエーリングに倣って、代理を代理人の意思に基かせる説（謂所代理人行為説）が主流となっている。即ち、カピタン、ピロンにより立てられた理論は、その後、ドモグ、レヴィ・ウルマン、ポベスコ・ラムニスアノ、フラット、リペール、ブランジェール等により受け継がれている。しかし、ここで留意すべきことは、フランスの学説は、フランスの学者自身が認めているように、サヴィニー、ミッター、イエーリング等のドイツ学説の影響を受けて立てられたのではあるが、両学説は、根本的に異った問題設定の下に理論を展開しているため、同じく、本人行為説、共同行為説、代理人行為説と言っても、その意味するところが両者全く異っているということだ。即ち、ドイツでは、代理の効果を発生させる根源は法にあるとした上で、その法を発動する代理行為の行為主体が、本人、代理人のいずれであるかを争っているのに対して、フランスでは、法律効果発生根拠は自由意思にあるとする私的自治の上に立った上で、代理効果を発生させるのは、本人、代理人のいずれの意思であるかを争っているのである。従って、フランスでは、当然のこととして、私的自治の原則そのものに反対する学説からの反論が出たのである。デュギー、マドレイは、ドイツ学説と同様に、代理効果の発生根拠は、当事者の自由意思にあるのではなく、客観法にあるとした。その後、ルアストは、折衷説を主張し、任意代理の場合は意思に、法定代理の場合は客観法に根拠を置くとした。いずれにしても、以上のようにドイツとフランスとではその問題設定の仕方が全く違うということを留意する必要があると共に、その「違い」が意味するところのものを考えてみる必要がある。ドイツ学説の言うように、法律効果発生根拠が客観法にあるということは、果して自明の理であるのだろうか、ということ

だ。フランス学者の論争は、この点に関して、ドイツ学説をほとんど呑み込んで来た日本の学者に、大きな問題を投げかけるものと思われる。

- ① Popesco-Ramniceano, op. cit., p. 200 ; v. aussi Corbesco, op. cit., pp. 8—9. フラット (G. Flattet, op. cit., p. 70) も次のように述べている。「通説によれば、最初に代理を含んだ委任の諸形式から代理を区別したのは、19世紀中頃のドイツの学説であった (Notamment, Ihering, Jahrbücher, I, pp. 312—313, et Laband, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, X, pp. 204—209.)。ドイツの先駆者達の仕事に基いて、フランスに於ては、19世紀の終りにカピタンにより、代理と委任の区別がなされ、ピロンの論文によりその区別は明確に確立されたことは確かだ。」
- ② Popesco-Ramniceano, op. cit., p. 200 ; v. aussi Travaux, op. cit., p. 117. マドレイ (Madray, op. cit., p. 106, note 12.) も次のように述べている。「擬制の理論はフランスの伝統的学説の基礎となっている。カピタン (H. Capitant, op. cit., 5^eéd., 1929, p. 364)、プラニオル等 (Planiol, Ripert et Esmein, Obligations, T. IV, 1930, p. 73.) は、代理の問題に於て『擬制の伝統的理論 la théorie traditionnelle de la fiction』を検討している。」
- ③ Pilon, op. cit., pp. 28—29 ; Madray, op. cit., p. 106.
- ④ Popesco-Ramniceano, op. cit., pp. 198—199. ピロン (Pilon, op. cit., pp. 28 et suiv.) も次のように述べている。「同一の出発点から出発しても、擬制の観念の支持者が同一の結果に達するわけではない。即ち、ある者は、契約を結んだのは本人であるという結論に達するためにこの観念に訴えるが、それに反し、他の者は、代理人が真の契約当事者であることを説明するために同一の観念に訴える。第一の構想はフランス学説のものだ。この構想は、種々の学者が受任者の役割を明らかにする仕方の中に示されている。即ち、受任者は委任者のために行為したとみなされており、そして、しばしば正に擬制の観念を示す格言「qui mandat, ipse fecisse videtur」が繰り返されている。(中略) それに反し、代理人を真の契約当事者とみなすヴインドシャイドも、これが擬制の結果であることを主張している。」
- ⑤ Popesco-Ramniceano, op. cit., p. 201 ; Travaux, op. cit., p. 117. 例えば、

専ら代理だけを取扱っている著作のみを引用すれば、次のようなものがある。「代理は、本人の人格が他人の上に、代理人の仮の人格 *la personnalité d'emprunt* の上に移される法的擬制である。」(Boyer, *Essai sur la représentation dans les actes juridiques*, 1898.) 「代理は、純粋に任意的制度、立法者が人為的に創造したもの、人間関係をスムーズにするために供された法的擬制だ。」(E. Magnin, *De la représentation*, 1899, p. 6.) 「代理に於て、人が自分自身の人格を放棄し、自分自身の人格から逸脱していわば第三者の人格をまとうのは、法外な擬制によってだ。」(Ibid.) Popesco-Ramniceano, *op. cit.*, p. 201, note 9; Madray, *op. cit.*, p. 107, note 16.

- ⑥ V. H. Capitant, *op. cit.*, pp. 389—390; Corbesco, *op. cit.*, p. 39; Popesco-Ramniceano, *op. cit.*, p. 202; Travaux, *op. cit.*, p. 117.
- ⑦ Travaux, *ibid.*
- ⑧ Popesco-Ramniceano, *op. cit.*, p. 201; Madray, *op. cit.*, pp. 108—111. イエーリング (Ihering, *L'Esprit du Droit romain*, trad. Meulenacre, 1888, T. IV, p. 296.) も次のように述べている。「擬制の目的は、多少とも辛辣な新しい法規を適用又は採用するに於て伴う困難を除去することにある。擬制は、伝統的原則をそのまま手を触れずにその古い形のまま残して置きながら、實際上、新しい形の完全な有効性も何等損じない。擬制は困難を解決する代りにそれを避ける。それ故、擬制は、問題の科学的に不完全な解決でしかなく、必要性に迫られ確立された技術的虚構と称せられるべきものだ。」「擬制は全てその不完全性の故に、より完全な手段をできるだけ早く捜すよう科学が警告する。」 Corbesco, *op. cit.*, pp. 7—8.
- ⑨ H. Capitant, *op. cit.*, p. 117; Pilon, *op. cit.*, p. 31; Corbesco, *op. cit.*, pp. 19—20; Madray, *op. cit.*, pp. 109—110; Travaux, *op. cit.*, p. 117.
- ⑩ Popesco-Ramniceano, *op. cit.*, pp. 201—202. 「代理の理論 *la théorie de la représentation* はイエーリングが言うところの松葉杖を投げ捨てたが、しかしそれは一日の仕事ではなかった。ドイツの法律文献の中に、ドイツ民法典第1編第3章第5節により採用された体系に達するまでの試行錯誤が如何にながったかを見ることができる。」(Corbesco, *op. cit.*, p. 8.)
- ⑪ Popesco-Ramniceano, *op. cit.*, p. 202; Corbesco, *op. cit.*, pp. 31—32. 「あらゆる擬制の観念を放棄した代理の新理論も、フランス法に於ては立法上の変更

を強いなかった。擬制の体系を基礎付けた民法典1165条は新理論の障害とならぬ。それどころか、民法典は、この新理論の全要素を包含している、あるいは新理論の承認を許すと断言することが許される。」(Corbesco, *op. cit.*, p. 9.)「民法典起草者の説が擬制の理論であったとしても、我々は少しもそれに拘束されない。多くの条文が代理の観念を認めている。これ等の条文に依りながら、我々は、民法典起草者を支配した意見を考慮せずに、現実の要求に従って一般理論を立てるべきだろう。民法典の役割は、示された種々の問題について理論的体系を確立することではなく、解決を与えることだ。諸理論は生れ、成長し、老いるが、法律は相変わらずそこにある。それは、法律が偶然性を越え学説の諸論争を越えてあるということだ。」(Popesco-Ramniceano, *op. cit.*, p. 199.)「民法典起草者は、代理の効果を明確にする諸準則を確立したにすぎない。彼等は、その諸準則を体系付け、彼等が確立した制度の法的性質を決定する仕事を、学説に残した。」(Madray, *op. cit.*, p. 155.)

- ⑫ *Travaux, op. cit.*, p. 118.
- ⑬ *Ibid.*
- ⑭ Pilon, *op. cit.*, pp. 32 et suiv. ; Corbesco, *op. cit.*, pp. 14 et suiv., 66—67 ; *Travaux, op. cit.*, p. 118.
- ⑮ Corbesco, *op. cit.*, p. 15.
- ⑯ *Ibid.*, pp. 15—16.
- ⑰ *Ibid.*, p. 16. しかし、ピロン (Pilon, *op. cit.*, p. 32, note 52.) は次のように述べている。「フランスの学説も、サヴィニーと同じ結果に、即ち代理人は本人の意思を表示する仲介人 *intermédiaire* だという結果に達するが、しかし、擬制の観念に訴えることによってだ。」と。
- ⑱ Popesco-Ramniceano, *op. cit.*, pp. 215—216; *Travaux, op. cit.*, p. 118.
- ⑲ Pilon, *op. cit.*, p. 33.; Popesco-Ramniceano, *op. cit.*, pp. 206—207.
- ⑳ Corbesco, *op. cit.*, pp. 16—17; *Travaux, op. cit.*, p. 118.
- ㉑ Corbesco, *op. cit.*, p. 17. 要するに、「サヴィニーの理論体系は、結局の所それが擬制に根拠を置いているという事実そのものによって、代理の不完全かつ不正確な分析を含んでいる。」(*Ibid.*, p. 18.)
- ㉒ V. *Travaux, op. cit.*, p. 118.
- ㉓ Cf. Madray, *op. cit.*, pp. 113—114 et 134.

- ⑲ 「それ故、代理を分析したがそれを十分に説明することをしなかったところの一学説、代理の中に代理人の意思を見る学説（V. H. Capitant, *op. cit.*, 2^eéd., p. 334 ; Pilon, *op. cit.*, p. 50 ; Gouget, *Le contrat avec soi-même*, 1903, p. 28.）に、我々は近い。従って、代理の中に、代理人と本人の意思を見る学説（V. Mitteis, *Die Lehre von der Stellvertretung*, p. 109 ; Tartufari *Della rappresentanza*, p. 494.）、あるいは単なる本人の代弁者 *nuntius* しか見ないサヴィニーの学説（*Obligations*, t. 11, p. 204.）を退ける。」（*Ibid.*, p. 378, note 1.）
- ⑳ 「しかし、その後の著作（Demogue, *Traité des obligations en général*, T. 1, n° 150, p. 242.）に於て、ドモグは、もはや同じ学説を主張していない。実際今度は、前の著作（Demogue, *Notions fondamentales.*）に於て退けたところの、特にミッタイス Mitteis とタルツフアリ Tartufari の学説に近付いている。」（Popesco-Ramniceano, *op. cit.*, pp. 213 et 214.）
- ㉑ Popesco-Ramniceano, *op. cit.*, p. 216.
- ㉒ Madray, *op. cit.*, pp. 122 et suiv. そして、ポベスコ・ラムニスアノは次のように言っている。「我々が採用するのは、この（ピロンの）理論である。」（傍点引用者）（Popesco-Ramniceano, *op. cit.*, p. 206.）「最初、レヴィ・ウルマンにより擁護されたこの理論に、ちゅうちょせず同意賛成すべきである。」（傍点引用者）（*Ibid.*, p. 219.）
- ㉓ コルベスコ（Corbesco, *op. cit.*, p. 38.）と共に、リペールおよびブランジェール（G. Ripert et Boulanger, *op. cit.*, T. 2, n° 215.）は、ピロン（Pilon, *op. cit.*）は、何故本人が代理人の意思により拘束されるのかという疑問に答えていないと非難したが、マドレイ（Madray, *op. cit.*, p. 112.）も言っているように、ピロンはこの疑問に答えている（本文引用文参照）。そして、フラットと共に、リペールおよびブランジェールも、ピロンと同じ考えに立っていると言えよう。
- ㉔ V. Travaux, *op. cit.*, p. 119.
- ㉕ Pilon, *op. cit.*, pp. 38—39 ; v. aussi Corbesco, *op. cit.*, pp. 20 et suiv.
- ㉖ Pilon, *op. cit.*, pp. 41—43.
- ㉗ オリュによると、代理は、人間の生れつきの類似性 *les similitudes congénitales* に自然の基礎を見出し、模倣の現象 *le phénomène de l'imitation* に社会的要因を見出す。かくして、法は代理人と本人の意思を価値の等しいものとみな

す。そして、この人の代理可能な性質 *la nature représentative* は、ローマに於ては法律上家族の円内に於てしか承認されなかったが、今日、「文明が人間各個人の中に代理可能な類似性に満ちた法人格を解放した」（Hauriou, *op. cit.*, deuxième appendice, p. 151.）のである。（V. Corbesco, *op. cit.*, pp. 43 ss.; Popesco-Ramniceano, *op. cit.*, pp. 211 ss.; Demogue, *Notion fondamentales*, p. 377.）

㉓ Popesco-Ramniceano, *op. cit.*, pp. 214—215.

㉔ *Travaux*, *op. cit.*, pp. 119—120.

〔4〕 結 語

ローマ法以来、法制史上長い間基本的原則とされた、法律行為の効果の一身性の原則に反する代理は、近代になって、初めて正式に認められるようになったが、代理の一般理論が作られるためには、19世紀、特に20世紀初め以来の、ドイツ、フランス、イタリーの法学者の研究に待たねばならなかった。そして、今日、代理の要件や効果については、学者間や実務に於て、ほとんど意見が一致しているが、それを説明する説明そのものについては、なお意見が一致していない。

ローマの伝統に忠実なフランス民法典は、代理の一般理論を立てず、委任や事務管理の規定を置くだけである。それ故、代理を支配する原則は、これ等の条項の中に捜さねばならぬが、民法典1984条と1998条が規定する所謂代理の近代的理論と1165条が規定する契約の一身性の原則との矛盾対立を、民法典起草者は、擬制 *fiction* の観念によって正当化したと考えられる。

フランス民法典と同様、ローマの伝統に忠実であったフランスの学者は、代理の一般理論を構成することはせず、長い間、委任や事務管理について話すことで満足した。フランスに於て、代理が、委任や事務管理とは独立した特別の制度としての市民権を獲得したのは、カピタン（H. Capitant, *Introduction à l'Etude du Droit Civil*, 4 éd. 1923.）とピロン（E. Pilon, *Essai d'une Théorie Générale de La Représentation dans les Obligations*, 1897.）の業績による。そ

して、代理の法的性質の問題について、長い間、フランスの学説は、民法典起草者の理論であった擬制の理論ですませていたのだが、カピタンとピロンにより、それは新しい分析に服せしめられ、そして、それは古い擬制の理論の放棄に通じた。ところで、このような代理についての新理論の誕生は、代理の一般理論を放つことに成功したドイツの学説の影響によるものだが、しかし、日本と違って、ローマ法以来の古い法的伝統を有すフランスの場合、ドイツの学説をそのまま直輸入するのではなく、フランスの土壌の上に、ドイツとは違った新理論を展開したのである。即ち、ドイツの「19世紀代理理論は、意思は意欲する者 *Wollend* についてだけ自己決定としての拘束を正当化するのに、代理人の意思表示が本人について効果を生ずるのはどうして可能なのか」(Flume, a. a. O. S. 753.) という問題設定から出発した。私的自治を人間の自己決定 *Selbstbestimmung* という法秩序に先行する一般原理の一部としてとらえるならば、代理は、そのような私的自治を害するが故に、長い間拒絶されたということになる。かくして、「19世紀に於ては、意思主義の中で代理を位置付けることは不可能であった。意思主義によれば、法律行為の効果は法律行為の意思 *rechtsgeschäftlicher Wille* と直接に結びついており、代理人と本人の意思の間には同一性は作り出されない。サヴィニーは、意思主義を貫いて、本人だけが本来の意思を持つとしたが、それは、代理人が実際に何かをなし本人は何もしないという事実と反する。この事実を認めるとき、19世紀の意思主義に残された代理を正当化する道は擬制であった。」(Flume, a. a. O. S. 753.)^① このようにして、19世紀のドイツの学者は、代理人の行為の効果が本人の上に直接生じるところの代理の現象を説明するに於て、擬制にたよらざるを得なかったのである。これに反して、フランスの学者は、代理の現象を説明するに於て、近代法上の新原則の採入によった。即ち、ローマの「債務の一身性の原則」の下では、債務は債務者の人格と緊密に結びついてしたが、近代法に於ては、債務は、何よりも財産と結びついており、人は財産の機関 *organe* でしかない。この観念が代理の全仮定と合致したのである。更にこれに、「全てが自由意思から生じ、自由意思に帰す」といった、ルソー以来の私的自治の原則が結びついた。即ち、私的自治を「自己決定」の面からとらえるドイツと異り、私的自治

を「自由意思の創造力」の面からとらえるフランスに於ては、代理人の行為の効果が本人に直接生ずる代理の現象を説明するのに、「擬制」を用いる必要はなく、代理の現象そのままに、代理人の「自由意思」に求めることができた。ところで、意思の創造力は、「個人の独立の原則」に衝突する。しかし、それは、本人の代理権授与の形に於ける本人の同意により解決される。かくして、代理の現象は、代理人と本人の意思によって説明されることになったのである。以上のような、カピタン、ピロン以来の代理理論は、代理の理論的根拠を「客観法」に求めるデュギー、マドレイの理論が出た後も、なお、フランスでは主流をなしている。

今日、ドイツに於ては、代理人行為説が通説となっているが、それは、フランスに於けるデュギーやマドレイの考えに近いものである。それに対して、新たに出現したミュラー・フロイエンフェルスとフルーメの見解も、私法秩序は法的自己決定という私的自治の原則の上に立っており、このような私法秩序に代理は位置付けられねばならないが、そのためには、代理権授与と行為即ち本人の意思に、通説よりもより積極的意味を与えねばならぬとするものであるが、私的自治を「自由意思の創造力」の面からではなく、「自己決定」の面からとらえ、代理の理論的根拠を「客観法」に求めている限りに於て、フランスのデュギーやマドレイの考えと基を一つにするものだ。

以上要するに、代理理論は、最初、ドイツに於て発生し、はなばなしい展開を見せたのであるが、それがフランスに移入されたとき、フランスの土壌の上で独自の展開を見せた。そして、両者の根本的相違は、法律効果発生の原因を、ドイツでは「法秩序」に求めるのに対して、フランスでは「自由意思」に求めているということだ。このような相違は、フランスでは、市民革命により、市民の力で近代化が勝ち取られたのに対して、ドイツでは、国家の力により上から近代化が進められたという事実に起因するものだろう。そして、ドイツと同じように、明治政府により上からの近代化が行われ、しかも、フランスのようにローマ法以来の法的伝統を有さぬ日本が、ドイツの学説を、そのまますんなりと取り入れたとしても、それは止むを得ないことであつたらう。しかし、明治維新後100年以上も経た今日もなお、そのままではよいわけではない。国

民一人一人が主体性を以って、法を国民一人一人のものにして行くことが強く要請されている今日、フランス法および学説のあり方は、我々に大いに示唆を与えてくれると思われる。

- ① 高橋・Flume の法律行為論・関大法学論集・16巻4・5・6 合併号・1967年；高橋・代理理論の再検討・前掲参照。
- ② 浜上・前掲；遠田・前掲；高橋・代理理論の再検討・前掲参照。