

競合型表見代理について

高 森 八 四 郎

一 はじめに

二 民法一〇九条と一一〇条の競合適用

三 民法一二二条と一一〇条の競合適用

四 おわりに

一 は じ め に

(一) 今日、表見代理の理論は、民法一一〇条の代理権ありと信ずべき「正当理由」の内容をいかに解すべきかという問題が最つとも重要なものと考えられるが、これと並んで例えば民法九四条と一一〇条の重疊適用、ないし一〇九条一一二条と一一〇条との重疊適用が判例上現われるに至って、はたしていかなる場合にいかなる要件の下で一〇九条の重疊適用が可能かという問題が重要性を増してきている。

民法九四条二項と一一〇条の重疊適用というのは、たとえば、Bの信用を高めるためにAの不動産についてBに仮登記を与えたところ、BはAの印鑑を無断使用してB名義の本登記に改めた上で善意無過失のCに転売した場合(最

判昭和四三年一〇月一七日民集二二卷二一八八頁)、または、融資を希望しているAのために、その融資の必要上、いったんB名義にするのが便宜であるとして、A所有の不動産をB名義に仮装譲渡したところ、BがさらにCに融資方を依頼して登記用書類を預け、これを預かったCがこの書類を利用してC名義に登記を移して善意無過失のDに売却した場合(最判昭和四五年六月二日民集二四卷四五五頁)などに行なわれている。最高裁は、右のような場合には「九四条二項、一一〇条の注意に照らし、外觀尊重および取引保護の要請に応ず」べきであることを根拠として、善意無過失の第三者たるC・Dを保護しようとしている。

右のような場合に、九四条二項のみを適用したなら、善意だけの第三者をも保護されることになるが、それでは妥当でないとして、単なる仮装行為者の作出した表見的外観ではなく、中間者(仮装名義人)がさらに加功して仮装行為者の意思を超えた外觀を作出しているところに着目し、善意のほか無過失の要件をも第三者に課して保護の要件を加重すべく、一一〇条の外観尊重の法理を援用しているものである。この援用自体は理解しえないではない。しかし、なぜ権限踰越の代理行為が介在しているわけではないのに代理行為に関する規定たる一一〇条が援用されるのか、また、一一〇条は代理権限ありと信ずべき「正当理由」と表現しており、善意・無過失の第三者という文言を使用していないのになぜこの規定が援用されたのか、それなら、むしろ善意・無過失という明示的な表現を有する一一二条(ないし一〇九条)が援用されるべきではなかったかなど疑問点が存在することも確かである。

(二) 右と類似の疑問は、授權表示による表見代理の規定たる一〇九条と一一〇条の重畳適用、および代理権消滅後の表見代理の規定たる一一二条と一一〇条の重畳適用についても生ずる。もちろん、これらはいずれも、代理に関する規定であるから、九四条と一一〇条の重畳よりも違和感がないのは確かである。従って、授權表示によって授与さ

れた代理権の範囲を越えて代理人が代理行為をした場合に一〇九条と一一〇条の重疊が問題とされ、代理権が消滅した後にかつて授与されていた代理権の範囲を越えて代理人が代理行為をした場合に一一二条と一一〇条の重疊が問題とされるのであろう。しかし、今日の通説によれば、一〇九条の授權表示の表見代理において相手方が保護を受けるためには、一一二条の文言を類推して「善意・無過失」でなければならぬとされている。そうであるならば、授權表示の範囲を越えた無權代理に一一〇条を重疊的に適用することは、九四条二項にそれをするのと同じく相手方（ないし第三者）の保護要件を加重するためのものであるはずである。ところが一一〇条の「正当理由」は「善意・無過失」と同義と解されている現在の通説に拠るかぎり、一一〇条を重疊的に適用してもなら保護要件の加重になっていないのである。このことは、保護要件として第三者の善意・無過失を明示的に要求している一一二条と一一〇条の重疊適用により一層あてはまることになろう。

(三) このように重疊適用を是認する判例・学説を内在的に理解するならば、一一〇条の「権限アリト信ズベキ正当ノ理由」とは一一二条の文言のような単なる「善意」「無過失」とは異なつて、それよりも厳しい保護要件であるとの暗黙の前提ないし了解があるように思えてならない。通説は、一一〇条の「正当理由」を「普通の人々が、代理権があるものと信ずるのがもっともだと思われること」（我妻栄『新訂民法総則』三七二頁）という事情があり、代理権の存在についての「善意・無過失」のことをいうと説明するのに対して、私見は、すでに判例研究・いくつかの論説などにおいて、「通説とは異なり、一一〇条の「正当理由」とは、「本人に代理権の有無・範囲について問い合わせるものが全く不要と感じさせるほどの客観的事情があり」それゆえに「代理権の存在を信じた」ことであり、具体的には、起草者・梅謙次郎博士・富井政章博士が記述していた、「代理人が従来同種（同量）の法律行為を為したる場合

に本人はこれを承認しかつてその履行を拒んだことがない」(梅『民法要義(巻之一総則編)』〔訂正増補版〕二八三頁―二八五頁、富井『民法原論(第一巻総論)』〔訂正増補版〕五一四―一五頁)ゆえに今回も代理権ありと信じた場合に正当理由が成立すると解すべきだと提唱してきたように、単なる代理権の存在についての「善意・無過失」よりも厳しい保護要件と位置づけており、したがって、授權表示の範囲を越えた無権代理行為、および代理権消滅後の過去の代理権の範囲を越えた無権代理行為に「善意・無過失」のほか「正当理由」の保護要件を加重して、第三者を保護しようとする判例の態度には一応賛意を表明するものである。

しかし従来判例のように「正当理由」を「善意・無過失」と同視する理解の仕方では、重疊適用判例の具体的な妥当性は判定しえないと考えるので、本稿では、具体的な事案の詳細な検討を通して、はたして重疊適用が可能な事案か否か、可能だとしても、具体的に妥当な結論を導出しているか否かを吟味し、ひいては私見の「正当理由」についての説明ないし定式の妥当性をも検証したいと思う。

ただし本稿においては、九四条二項と一一〇条の重疊適用判例の検討は九四条二項の類推適用判例を総合的に分析する別稿にゆだね、もっぱら競合型表見代理の問題に焦点を絞りりたいと思う。

二 民法二〇九条と一一〇条の競合適用

(一) (1) 競合型表見代理は初めは一―二条と一一〇条、すなわち、かつて代理人であった者が、代理権の消滅後に、前にもついていた代理権の範囲を越えて行為をした場合に問題となり、判例も、連合部判決(大連判昭和一九年一月二二日民集二三卷一九号六二六頁)でこれを肯定し、最高裁もこの理論を踏襲した(最判昭和三年一月二九日民

集一一卷一二号一九九四頁、最判昭和三五年一月二七日民集一四卷一四号三三三四頁」と評されていた（我妻・前掲三七〇頁）。その我妻説によって同書において同様の趣旨により、第一〇九条と第一一〇条との組み合わせから生ずるところの、代理権を与えたと表示された範囲を越えた代理行為の場合にも、一一〇条の適用を認めるべきであると主張され、ここに一〇九条と一一〇条の重疊適用の事例が自覚的に問題とされるようになった。

(2) 一〇九条と一一〇条の競合について、表見代理の成立するのを否定した判例として大判大正一〇年一月四日（民録二七輯二〇一一頁、判民大正十年度一七一事件我妻栄評釈）が挙げられている（川井健「表見代理」ジュリスト、判例百選第2版七八―九頁）。事案はつぎのようなものであった。

Xは鉄道院との間で請負契約をなすにあたり、「大正六年四月中、鉄道院保線事務所ニ対シ、同所指定ニ係ル同年度工事請負入札及契約締結並ニ職工人夫共給及ビ之ニ関スル其他一切ニ関シ」訴外Aを代理人となす旨の届出をなしていた。そして「恐らくはAが代理人として保線事務所と交渉し、問題の『雪覆新設工事』をXが請負うこととなつたのであらう。」（我妻・前掲判民大正十年度五八二頁）、Aは右工事において「現場ニ於ケル指揮監督工事進行ニ関スル一切ノ事務ヲ取扱」ていた。そして右工事に必要な道具たる鉄具をYから購入したが、その際、AはXの代理人として行爲した。それゆえ、YはAがXの代理人として鉄具を購入したのだからXに支払義務があると主張し、Xは、Aは単にXの下請負人にすぎず、Xに対する自己の義務履行のための行爲であつて代理人ではないと争つたものである（ただし請求原因は「請負残金請求」であつて、どうしてそのような訴を提起したのかいさつは不明である）。

原審は、一方において、Aは、Xより本件工事の下請負人となり、その工事の材料として鉄具を自分自身のために買入れたものであつて、決してXの代理人ではないのに、Yに対しては工事施工の便宜上Xの代理人と表示し、Yが

これを信じて契約を締結したものと説示しながら、他方において、Xが鉄道院の雪覆新設工事に関し、「Aヲシテ現場ニ於ケル指揮監督等工事進行ニ関スル一切ノ事務ヲ為サシムルガ如キ広濶ナル代理権ヲ附与シタル」と認定しつつ、Aが右工事材料たる鉄具を買受けるに際しXの代理人であるとYに表示したのは、代理権の範囲を踰越したものであるが、Yがその代理権ありと信ずるのはむしろ当然であるから、民法一一〇条の正当理由があるものとして売主Yの主張を肯定した。下請負人であつて、したがつて代理人ではないといひながら、他面では、工事に関する一切の広濶なる代理権を有する代理人であつたと説示しているのであり、上告理由はこの点を「同一事実ニ付キ前後ニ其説明及ビ理由ヲ異ニシ」ているとして非難した訳である。Xはさらに、Aは下請負にすぎず全然代理権を有しておらず、したがつて一一〇条を適用する余地はない、また、XはAをして鉄道院に対してはXの代理人として届出ているから、鉄道院側からみたら民法一〇九条の表見代理人となるであらう。しかし同条は代理権を与へたる旨の表示をなした特定の相手方（本件では鉄道院）を保護したものであつて、Yの如きを保護せんとしたものではない、とも主張したのであつた。

大審院は、

「一 仍テ按スルニ民法第百十條ハ代理権アル者カ其権限ヲ踰越シタル場合ニ関スル規定ニシテ全然代理権ナキ者ノ為シタル行為ニ適用スヘキモノニ非サルカ故ニ被告人（Y）カ訴外熊田貞作（A）ヲ上告人（X）ノ代理人ナリト信スヘキ正当ノ事由アリトシ同條ニ依リ上告人ヲシテ其責ニ任セシムル為メニハ須ク貞作（A）カ上告人（X）ヨリ代理権ヲ授与セラレ居タル事ヲ判示セサルヘカラサルコト論ヲ竣タサル所ナリ

二 然ルニ原判決ノ認定スルトコロニ依レハ該工事に上告人（X）ニ於テ貞作（A）ニ下請負ヲ為サシメ同人ニ於テ

右工事ノ指揮監督等工事進行ニ関スル一切ノ事務ヲ取扱ヒ其工事ノ便宜上代理権限ナキニモ拘ハラス上告人（X）ノ代理人ナリト稱シ本訴ノ工事材料ヲ被告人（Y）ヨリ買受使用シタリト謂フニ在リテ原判決ハ右工事施行ハ貞作（A）カ自己ノ下請負工事ノ為メ之レヲ為シ上告人トノ關係ニ於テハ寧ロ上告人ヨリ代理権ヲ授与セラレタルモノニ非ストノ旨趣ニ解シ得ラレザルニ非ズ果シテ然リトセバ本訴ノ取引ハ民法第一百十條ノ代理権アル者カ其権限踰越ノ場合ニ該當セザルモノト謂ハザルベカラズ」

三 しかしながら、原判決はまた、Xの鉄道院に対する前記の届出をすること及びAが工事実施につき一切の事務を取扱いしていることを認め該工事に関する「広濶ナル代理権ヲ有スル者」が云々と判示しているところからみても、Aに代理権を授与したすなわち、Xと鉄道院の關係においてはAに代理権があつて「本訴ノ取引ハ此代理権ヲ踰越シタル場合ナリトノ旨趣ナルカ如シ」とも見る事ができる。しかしこのように認定しても「鉄道院ニ対シ貞作（A）ノ有スヘキ代理権限ハ前示届出事項ノ範圍ニ止リ上告人（X）ノ為メ工事材料ヲ買入ルル代理事項ヲ包含セザルコト洵ニ明白ナレバ工事材料買入ノ如キハ鉄道院トノ關係ニ於テモ亦上告人カ貞作（A）ニ代理権ヲ授与セザルモノト謂ハザルベカラズ果シテ然ラバ原判決ハ材料買入ニ付キ全然代理権ナキ貞作（A）ノ本訴取引ニ対シ代理権限ヲ踰越シタルモノトシテ民法第一百十條ヲ適用シ被告上告人（Y）ノ請求ヲ是認スルニ至リタルハ法則ヲ不当ニ適用シタルカ若クハ理由不備ノ違法アルモノニシテ原判決ハ破毀ヲ免レス本論旨ハ理由アリ」と判示して破棄差戻した。

(3) 右の大審院判決に対して、前記我妻判批はつぎのように批判する。第一に、原審も上告人（X）も、またさらに大審院も「AがXの下請負人ならば代理人に非ず、代理人ならば、下請負人に非ず」という論理を当然の根拠として

議論をしているが、これは再考さるべきであるという。すなわち、委任と代理とを区別する現時の法理においては、委任、雇傭、組合等は対内関係であつて、対外関係たる代理権は右の場合に伴うこともあれば、伴わない場合もある、そうであれば請負においても、「或仕事ヲ完成スルコトヲ約」する対内関係において、これを完成する手段として対外関係の代理（権）を伴うことがあつてもなんらの妨げもない。従つて、信用のある請負人がある者を代理人として届出て、「現場に其看板まで掲げしめ」（ただしこれは本件では認定されていない。我妻判批が引用する東京控訴院判大正五年（ネ）五九九号（法律新聞一二四九号二五頁）事件はこれを認定している）、工事一切をその代理人が指揮監督し、請負人の名に於て材料を購入している場合には、対内関係は下請負であつても、対外関係は代理であるといわなければならない。だから原審も大審院も、下請負人は代理人に非ずとの先入観に惑わされており、この先入観を脱しえなかつたと評すべきであるという。この我妻判批は、請負人がある者を代理人と届出て、かつ元請負人が自分の看板を掲げしめて、工事一切をこの者にやらせていたという事案に対しては、まことに正当なものを含んでいゝといふべきである。一定範囲の代理権授与の表示があつたといつてよいからである。

第二に、判旨は、仮令鉄道院に対する届出によつて眞実代理権を授与したとしても、其範囲は「前示届出事項ノ範囲ニ止リ、工事材料を買入ルル代理事項を包含セザルコト洵ニ明白」であるから「材料買入ニ付キ全然代理権ナキ」Aに一一〇条を適用した原審は誤りであるといつてゐるのはおかしい、と批判する。すなわち、届出事項に關し代理権を授与した以上は、材料買入について代理権がなくても、あとほただ「権限アリト信スヘキ正当ノ理由」があるか否かの客観的判断によつてことを決すべきである、というのである。一一〇条は権限超越の代理行為について本人が表見代理上の責任を負うことを規定しているのであるから、この批判もまた正当である。そして第三に、AはXの代

理人ではないとしてしまえば、Yを保護することはできない。代理権が全然なければ、一一〇条は適用しえないとして上告論旨を認めている。しかし大判大正七年六月一日三日（民録二四輯一二六三頁）も「過去ニ於テ嘗テ有シタル代理権ニ超越シ」たという（すなわち一一二条と一一〇条の結合から生ずる）場合にも適用がない旨を明らかにしているから、一〇九条による表見代理権につき一一〇条の適用を認めうるかに対しても、大審院は上告論旨に明らかに答えていないから、もちろんこれを否定するのであろう。しかしながらこの見解は疑いの余地なきものであろうかと批判している。そして「代理制度の信用維持には、単に一一〇九条、一一〇条、一一二条の三箇の規定を形式的に解釈した結果のみを以ては著しく不都合を生じ」る。だからこれらの規定は「実質的に拡張せられねばならないものである。」大審院の前掲大正七年の判決及び本件の場合には、一考を要するのであって、「将来必ず考えねばならぬ時が来ることと思う。」と予見している。一一〇九条と一一〇条の結合、一一二条と一一〇条の結合から生ずる表見代理の導入を主張しているのである。この予見がのちに現実化していったことはおつて明らかになるであらう。

しかしながら、「代理制度の信用維持」「動的安全の保護」を強調する余り、本件事案の解決のために右競合型表見代理の導入を問題とする必要があつたかは必ずしも疑問なしとはしない。すなわち、本件事案においては、Xは鉄道院に対して「工事請負入札及契約締結並ニ職工人夫供給及び之ニ関スル其他一切ノ件ニ関シ」Aを代理人として届出ている上に、「現場ニ於ケル指揮監督工事進行ニ関スル一切ノ事務」をAが取扱っているのであるから、工事に必要な鉄具の購入の如きは、当然右の代理権の範囲内の権限といふべきである。したがって、それを認めなかつた大審院はもちろん批判されるべきであるにしても、一一〇九条の適用のみで解決しえた事件であつたといふべきである。だから、XによってAが代理人として鉄道院に届出られており、しかもその代理権が右のように広範なものであるこ

とをYが知っていたという事情があり、さらにAが単なる下請負人ではないということをもYが知っていたという事情があるならば、Yは一〇九条の適用によって保護されてもよかつたと思われる。本件においてはかかる事實は認定されていない。一一〇条の適用に関する我妻判批の第二の批判も妥当であると思う。しかしそれを超えて、一〇九条による授權表示上の表見代理権を基本代理権として一一〇条の適用を認める必要性は本件事案の解決のためには全くなかつたことは確かである。

(二) (1) 大審院時代には、一〇九条と一一〇条の競合型の表見代理の成立の可能性は全く意識されていなかったし、意識したとしても否定したであろうことは、すでに大正一〇年当時の、前掲我妻判批において明らかであり、この態度は、第二次大戦が終了するまで続いていたことも明らかである。しかし戦後はこの種の競合型表見代理成立の可能性は、我妻栄『民法総則』（初版昭和五年）をはじめとして学説において次第に広く承認されるようになった（柚木『判例民法総論下』二四三頁、松坂『民法提要総則』（新版、二二三頁）、幾代『民法総則』三九七頁など）。これら学説の影響だと思われるが、昭和三九年に東京高裁が民法一一〇条は、同一〇九条の表見代理権を基本代理権として適用しうる旨を明言するに至った（東京高判昭和三九年三月三日高民集一七卷二号八九頁）。

事案はつぎのようなものである。本件建物は下駄屋を營業するXの所有であつたが、Xの娘婿AがY₁相互銀行から金員を借りるに際して、Xからかねて渡されていた実印、印鑑証明書、本件建物の権利証を示してXの代理人である旨を述べて本件建物にY₁のために根抵当権を設定した。Xは、近所の者には下駄屋營業に關し「今後若い者即ちAがやるから宜しく」と挨拶して住居も移転し、營業から退いたのであるが、いぜん下駄屋「東屋」の營業名義はX名義となつており、Aはこの商号を使用して事実上營業していたものである。Y₁の調査掛Bは根抵当権の設定に際し本件

建物所在地に赴き、Xの妻Cに対して、抵当権の設定を受けるにつき目的物件を見にきたと告げて物件の調査を行なったが、Cからは何らの異議も受けなかったので、Y₁(B)はAをXの代理人と信じて前記のように根抵当権を設定したものであった。またその後、AはY₂の所へ赴き、実印・印鑑証明書および権利証を持参し、Xから下駄屋のことは一切任されていると述べ、本件建物に抵当権を設定して金員を借りた。XはAの行為は無権代理行為で無効であるとして、右根抵当権及び抵当権の抹消を求めて本訴を提起した。一審、二審ともXの請求を認めなかったため、Xは東京高裁へ上告した。

上告理由第一点は、原審判決は一一〇条を適用してXの責任を認めているが、基本代理権の認定がない。基本代理権の認定がない以上、一一〇条は適用されない。同第四点は、原審は、Xは通常取引においてAに代理権を与えた旨を社会一般に表示したから、Aの代理人としての行為に責を有するとし、民法一〇九条に該当する如く説明し、その場合にも一一〇条の適用があるとしているが、一〇九条の如き場合を前提として一一〇条を適用することは許されない、という。

上告理由第二点は、Y₁は代理権授与につきX本人に確認しなかったものであり、単にXの留守宅を訪ねただけであるし、Y₂は留守宅にもいっていないのであるから、両者ともに金融業者、高利貸しである以上、本人に確かめなかった点において過失があり正当理由は認められない(本件は、通常の取引営業以外のことで、この場合、直接本人と会って確かめないのである)、という。

上告理由第三点は、原判決は、結局営業主体はAであり、Aは営業上の代理人であるという外観を作っていたと認定しているが、「今後はAがやるから宜しく」と近所に挨拶もして、Y₂などは近くの者でこの事情をよく知っており、

XではなくAが営業主であることは明らかであった。これは単なる名板貸しであって、営業主XがAに代理権を与えたとの外観一般に対する表示を与えたものではない（Aの自称代理行為について通常取引内のことについてXが責めを負うことはない）、という。

東京高裁は上告を棄却してつぎのように判示した。

上告理由第一点及び第四点について(一) 「しかしながら、原審は左記のとおり認定判断しているのである。すなわち『XとAとの間に右下駄屋営業に関し真実の代理関係のなかったことは明らかである。しかし、前認定のとおり、Xがその商号ならびに名義の使用をAに許したうえ、その印章を同人に交付して使用させていたことにより、Xは、前記新鳥見町の東屋の営業主体はXであり、Aはその営業上の代理人であるという外観を作り出していたとみるのが相当であり、このような場合には、Xとしては、右下駄屋営業における通常の取引につきAに代理権を与えた旨を取引社会一般に対して表示したものと、Aが右下駄屋営業の通常の取引に関してXの代理人としてした行為について、その責に任ずべきものであり、Aの行為が通常の取引の範囲を越える場合においても、民法第一〇九条の要件のもとに、その責に任じなければならぬ、といわねばならない。』右判示に明らかなように、原審は、民法第一〇九条の表見代理を前提として、第一一〇条の表見代理の適用を認めているのであるから、民法第一〇九条の表見代理が第一一〇条の表見代理の場合の基本代理権となっているのである。表見代理制度が取引の安全と善意の第三者保護にあることを考えれば、民法第一一〇条による表見代理の場合の基本の代理権が、本人から付与せられた場合と、民法第一〇九条によって代理権ありと認められる場合とで、異別に解さなければならぬ根拠は認められない。従って、原審は第一一〇条の適用について基本となる代理権を認定しているものであり、またその点についての法令解釈を誤っ

たものでもなく、論旨は理由がない。」

上告理由第二点について(二) 前記「事実欄に掲記」のような「事実が存在する場合には、Y₁Y₂両名がそれぞれXに
対し、Aに対する代理権の授与についてなにも確めなくとも、Y₁Y₂両名がそれぞれAに根抵当権または抵当権設定の
代理権ありと信ずるについて過失がなかったとした原判決の判断は、正当であるといわなければならない。Xの引用
する判例は、いずれも本事実適切なものではないから、論旨は理由がない。」

上告理由第三点について(三) 「原判決の挙示している諸証拠によれば、原審の認定しているように、東屋という下
駄屋の営業主体はXで、AはXの代理人であり、また、Xが原審の認定したような代理権を付与したと認められる事
実の存することを十分認められる。従って、原審は、X主張のような事実の誤認はなく、原審が、民法第一〇九条、
第一一〇条を適用してXの請求を理由なしと判断したのは正当で、Xの主張のように法令適用の誤りもなく、論旨は
理由がない。」

(2) 本件はなかなか微妙な問題を含む重要な判決である。まず一〇九条の適用について考えてみたい。一〇九条の
要件は、本人が他人に「代理権ヲ与エタル旨ヲ表示シタ」場合に、その与えたと表示した「代理権ノ範囲内ニ於テ」、
その他人が第三者との間になした行為について責に任ずるというものである。本件原審の認定事実によれば、Xがそ
の下駄屋営業（これは事実上個人営業のようである）の商号ならびに営業名義の使用をAに許した上、「その印章を
Aに交付して使用させていたことよって、Xは、東屋の営業主体はXであり、Aはその営業上の代理人であるとい
う外観を作り出していたとみるのが相当である」といい、この場合、Xとしては、右下駄屋営業における「通常の取
引」につき、Aに代理権を与えた旨を「取引社会一般に対して表示したもの」として、Aが下駄屋営業の「通常の取

引」に関してXの代理人としてした行為について、その責に任ずべきものであるとされている。右の認定事実と判断は、一〇九条の要件に即して適確に説示しており、全く批判されるべきところはない。Aが下駄屋営業における「通常の取引」、たとえば、下駄の原材料の買入れ、販売行為、営業上必要な相当な範囲の借財、製品の運送及び運送契約などについて、X商店の代理人として行為したならば、まさにXの表示した代理権の範囲内の行為とみなされ、XがAの右の諸行為上の責任を善意無過失の相手方に対して負うことは疑いない。

しかしながら原審はさらにすすんで、「XとAとの間に右下駄屋営業に関し真実の代理関係のなかったことは明らかである」との認定の上に立って、「Aの行為が通常の取引の範囲を越える場合においても、民法第一一〇条の要件のもとに、その責に任じなければならぬ」（傍点筆者）と判示している。上告審たる東京高裁も原審のこの判断を当然として「原審は、民法第一〇九条の表見代理を前提として、第一一〇条の表見代理を認めている……」、「民法第一〇九条の表見代理が第一一〇条の表見代理の場合の基本代理権となっているのである」とこれを積極的に肯定している。その上、以上の認定事実を基礎に一〇九条の適用における相手方の保護要件である善意無過失のほか、一一〇条の保護要件たる「代理権ありと信ずべき正当の理由」についても「代理権ありと信ずるについて過失がなかった」とあっさりこれを認めている。

(3) 私見は、本件についてつぎのように考える。原審は、XとAの間には代理関係はなかったとしているが、Xがその営業名義ならびに商号の使用を許し、営業用と個人用共通の印をAに交付して使用させ、しかも印鑑証明書及び居住家屋（営業用ではない）の権利証を預けて、営業一切を「Aにまかせ」ていたとすれば、名義だけを貸与し営業から一切身を引き、単に名板貸しをしていたにすぎなかったと原審が事実認定していないかぎり、営業に関する一定

範囲の代理権を現実に授与していたと判断すべきであり、従って、一〇九条の表示された外観の範囲内（通常の取引）行為ではなくその範囲外（営業上の通常ではない取引）の代理行為についても一一〇条によって責任を負わせるためには、積極的に基本となる代理権の存在を認定すべきであったのではないかと推考する。石田喜久夫本件判批（民商法雑誌五三卷六号九九三頁）によれば、本件は①「一一〇九条をまつまでもなくならかの基本代理権の存在ありとし、一一〇条の適用を問擬することも考えられよう」とし、②「販売面ではともかく、営業上重要な取引行為はXが主体となって行ってきた」ものと判断している。右①は私見に照らしまことに妥当であり、②も「販売面ではともかく」と述べている以上、基本代理権の存在を否定しえないし、さらに「営業上重要な行為はXが主体となつて行ってきた」とすれば、AにまかせているからよろしくとのXの言を加味して考えるならば、一層、重要でない行為についての基本となる代理権の存在を容易に肯定し得るのではなからうか。つまり本件においては、必ずしも理論として確定していないところの、一〇九条の表見的代理権を基本代理権とみなして、本人によって表示された以上の、権限超越の代理行為につき、一一〇条を適用する旨を判示すべきではなく、然るべく基本となる代理権が実際に授与されていなかったかどうかをまず問題とするべきであつたと思う。「XとAとの間に真実の代理関係はなかつたことは明らかである」との認定は、本件の事案からみて、石田判批の言からみても、いささか独断にすぎるように思われる（ただし石田判批は私見と異なり、「判旨のように理解するのが、妥当であろう。」との立場であり、これは現実の基本代理権の存在を問わず、一〇九条の表見代理権で一一〇条を適用しようとの意味において判旨を是認しているものと解される）。しかも判旨(三)においては判旨(一)とは逆にXがAに一定範囲の代理権を授与したとの原審の事実認定を肯定しているのであるから、矛盾点は一層明らかである。

さらに本件判決は、「正当理由」の認定・評価の点においても疑問なしとしえない。すなわち、本件の事案からみて、下駄屋営業の通常取引に関しては、原審による種々の事実認定の結果に照らし Y_1 と Y_2 の善意無過失は一応肯定されよう。しかし、一一〇条の正当理由は、右通常取引を越えた代理行為について権限ありと信ずべき正当理由が存在しなければならぬのであり、この点についていともかんたんに正当理由を肯定しているのが問題である。本件におけるXの個人用住宅にAが営業上の債務の担保のために抵当権を設定する行為が通常の営業上の取引を越えていると判断されている以上、このAの行為がXによって与えられた代理権に基づいてなされているということの権限ありと信ずべき正当理由の存否が問題となるのである。この判例以後の正当理由の存否について判断した判例については、すでに拙稿「不動産取引業者と民法一一〇条の『正当理由』」（東京地判昭和五五年二月二五日判例時報一一〇一一号六七頁の判批である。法時五六巻三号一九九頁）において検討したところであるが、これによれば、右東京地判は、金融公庫からの借入れについて甲が乙の連帯保証人となることを承諾して乙に実印、印鑑証明書下付申請に必要なカードを交付したところ、乙が勝手に白紙委任状を作成し、他の理由で預っていた甲の所有家屋の権利証を使って不動産業者丙に売却したとの事案において、「乙の代理権の有無について本人たる甲に照会するなどしてその意思を確認する手段」をとるべきであり、それをとらなかった相手方丙には過失があったと判断しており、正当理由の認定の仕方（正当理由の内容の定式化については私見とは異なる。この点につき後述する）としては、本件判決よりはるかに慎重であり、妥当である。本件判決は、原審認定事実が存在する場合には、「 Y_1 ・ Y_2 はそれぞれXに対しAに対する代理権の授与についてなにも確めなくても……根抵当権または抵当権設定の代理権ありと信ずるについて過失がなかった」と判示しているのみである。すなわち、私見によれば、本判決は、本人によって表示された授権の

範囲内であるのが明白な行為について一〇九条の適用上要求される善意無過失とその授權の範囲を越えた行為について一〇九条の適用上要求される「正当理由」とを混同し、しかも前者において無過失ならば後者においても無過失であると速断しているかに見える。一〇九条の善意無過失に加えて一一〇条の正当理由＝善意無過失（ただし通説による）の存否を認定しなければならないのに、この点についての配慮が全く欠如している。

結局、本判決に対しては、第一に、一一〇条を適用するために求められる基本代理権を一〇九条の表見代理権で代置するという安易な方法を避けて、むしろ積極的に基本代理権の存在を認定して、もっぱら一一〇条適用の問題とすべきではなかったかと批判しうる。第二に、一一〇条の適用問題としても、「正当理由」の存否の判断において、余りに安易にそれを肯定している点を批判しうる。すなわち、二重の安易性が指摘されなければならないということである。

(三) (1) 東京高判昭和三九年三月三日以後の判例において、一〇九条と一一〇条との競合適用が問題とされたのは、おそらく、最判昭和四五年七月二八日（民集二四卷七号一二〇三頁）だけであろう。

事案はつぎのようなものである。

Y（被告、被控訴人、被告告人）は昭和三六年二月二三日訴外Aの代理人である訴外Bを介し右Aに対し、Y所有の本件山林及びYの子供所有名義の山林一筆を代金二〇五万円にて売渡し、同月二五日までに手附金二〇万円を受取ったうえ、同訴外人に対する本件山林の所有権移転登記手続に必要な書類として権利証、Yの印鑑証明書のほか、Yの記名押印及び売渡物件の記載があり、金額、名宛人、年月日の各欄を白地とした売渡証書、Yの記名押印及び目的物件の記載並びに登記一切の権限を委任する趣旨の委任事項の記載があり、受任者、年月日の各欄を白地としたいわゆる白紙委任状（以上の各書類を以下本件各書類という）を訴外Bを介しAに交付したこと、本件山林の所有権を

取得した訴外AはBを代理人とし、同人をして同月二八日原告X₁X₂(控訴人、上告人)兩名の代理人である訴外Cとの間に本件山林と原告兩名共有の山林の交換に当らせたのであるが、Bは右Cに対しAの代理人であることを告げなかったばかりか、Yから何ら代理権を授与されていないにも拘らず、Aからあらためて交付を受けていた本件各書類を示してYの代理人の如く装ったので、Cは、契約の相手方をYと誤信し、即日、X₁X₂兩名の山林七筆をYに譲渡するのと引換えにYから本件山林の譲渡を受け、合わせて追銭金一五万円の交付を受ける趣旨の交換契約を締結するに至り、右Bから成約と同時に追銭の一部金一〇万円、翌二九日その残額金五万円及び白地の部分につき何ら補充されていない本件各書類の交付を受けていたことが認定されている。そこでX₁X₂はYに対し「BがYの代理人と称してCとの間に締結した交換契約は主位的には民法一〇九条により、予備的には民法一一〇条によりX₁X₂・Y間の交換契約として効力を有する」として本件山林の所有権移転登記を請求したのが本件である。

第一審は右一〇九条の主張に対して、最判昭和三九年五月二三日を引用しつつ、「本人が不動産登記手続に必要なこれら書類を何人において行使しても差支えない趣旨で交付したのではないのに、本人からこれが交付を受けた特定他人においてこれを更に他の者に交付し、その者がこれを濫用し第三者に対し本人の代理人と称して不動産処分行為に及んだ場合にまで、本人はその第三者に対し同条にいう表示をしたと解さなければならぬものではない。何故なら、不動産登記手続に必要な書類は、たといその委任状が白紙委任状であり或いは処分証書の名宛人欄が白地であるからといって、そのことからこれら書類が特定他人から更に他の者へと輾転流通するのが常態であるとは認められず、また仮りに他の者がこれら書類を所持するに至ったとしても、その者がこれを利用して本人の代理人と称し不動産の処分行為に出るのが一般的であるとも認められないのであって、それ故、本人には何人であれこれらの書類の所持人

に不動産処分代理権を与える旨をその者を介し第三者に表示する意思があると推定しえないからである。してみれば右の場合においては、民法第一〇九条に該当するものとして、本人にこれら書類の所持人のなした行為の効果を甘受させなければならぬものではない。」と判断して、 X_1 X_2 の請求を棄却した。

X_1 ・ X_2 は控訴し、二審において民法一一〇条の表見代理の成立を付け加え主張したが、第二審は、右の一審判決を支持したほか、 X_1 ・ X_2 の民法一一〇条の主張につき、「BはAの代理人としてYとの間の本件契約の衝に当たったものである」から、「Yとしては右書類をAの代理人としてのBを介して交付したものであるとみるべきであるから、Bに X_1 ・ X_2 主張のような基本代理権の生ずる余地はもとよりない。」として、これをも斥け、結局、 X_1 ・ X_2 の控訴を棄却した。 X_1 ・ X_2 は上告した。

最高裁は破棄差戻してつぎのように判示した。

事実によれば、「Yは、本件山林の所有権移転登記手続のため各書類をAの代理人Bに交付し、Bは、これをAに交付したが、Aは、ふたたびBを代理人とし、同人に右各書類を交付して同人をして X_1 ・ X_2 兩名との間に本件山林と X_1 ・ X_2 兩名共有の山林の交換に当らせ、Bは、 X_1 ・ X_2 兩名の代理人Cに対し、Yから何ら代理権を授与されていないにもかかわらず、右各書類を示してYの代理人のごとく装い、契約の相手方をYと誤信したCとの間に本件交換契約を締結するに至ったというのであって、なるほど、右各書類はYからBに、BからAに、そしてさらに、AからBに順次交付されてはいるが、Bは、Yから右各書類を直接交付され、また、Aは、Bから右各書類の交付を受けることを予定されていたもので、いずれもYから信頼を受けた特定他人であって、たとい右各書類がAからさきにBに交付されても、右書類の授受は、Yにとって特定他人である同人ら間で前記のような経緯のものになされたものにすぎな

いのであるから、Bにおいて、右各書類をCに示してYの代理人として本件交換契約を締結した以上、Yは、Cに対しBに本件山林売渡の代理権を与えた旨を表示したものとすべきであって、X₁・X₂側においてBに本件交換契約につき代理権があると信じ、かく信ずべき正当の事由があるならば、民法一〇九条、一一〇条によって本件交換契約につきその責に任ずべきものである。……そうだとすると、原判決は、右表見代理の規定の解釈を誤った結果、本件交換契約につきその適用はないとするに至ったものというべく、右違法は原判決に影響を及ぼすこと明らかであるから、原判決はこの点において破棄を免れない。」

(2) (i) 本件は、Yが自己及び自己の子供名義の山林をAに売渡し、所有権移転登記手続に必要な書類として、権利証、印鑑証明書、売渡証書（Yの記名押印及び売渡物件の記載があり、金額、名宛人、年月日の各欄は白地）、白地委任状（Yの記名押印及び目的物件の記載並びに登録一切の権限を委任する旨の委任事項の記載があり、受任者、年月日の各欄は白地）をAの代理人Bを介してAに交付したところ、本件山林の所有権を取得したAはBを代理人としてX₁・X₂の代理人であるCとの間で本件山林とX₁・X₂兩名共有の山林の交換にあたらせたが、BはCに対してAの代理人であることを告げず、Yから何ら代理権を授与されていないにもかかわらず、Aから改めて交付を受けていた白紙委任状ほか前記一件書類をCに呈示して（白地部分は未補充のまま）Yの代理人の如く装ったので、CはBをYの代理人と誤信して、X₁・X₂兩名の山林をYに譲渡するのと引換えにYから本件山林の譲渡と追銭金一五万円の交付を受ける趣旨の交換契約を締結した（追銭金一五万円はBからCへ交付された）という事案である。

第一審判決は最判昭和三年五月二三日（民集一八巻四号六二二頁）を引用して一〇九条の授權表示を否定したが、最高裁は、白紙委任状がY↓B、B↓A、A↓Bに順次移転したとしても、A・BはともにYから信頼を受けた特定

他人に譲るとして、本件山林売渡についての授權表示を肯定し、 X_1 ・ X_2 側においてBに本件交換契約につき代理権があると信じ、かく信ずべき正当の事由があるならば、一〇九条、一一〇条によってYは本件交換契約につき責任を負うべきであると判断したのである。

(ii)右第一審が引用した最判昭和三十九年五月二三日は白紙委任状と不動産登記手続に必要な書類の交付を受けた直接の被交付者からさらに交付を受けた第三者⇨転得者が自己の債務のために委任状の元の交付者の代理人となって、抵当権を設定したという事案につき、白紙委任状を含む登記手続書類等は「輾転流通することを常態とするものではないから」、これら書類を「直接交付を受けた者において濫用した場合」とは異なり、その者から「さらに交付を受けた第三者が濫用した場合」には、一〇九条（の授權表示）に該当するものと解することはできず、交付者本人は、転得した上で濫用した者による他との契約の効果を甘受しなければならないものではないと判示していたものであった。

これに対して本最高裁昭和四五年判決は、右最判昭和三十九年との理論的整合性につき特に言及することなくして、とにかくも、転得者とみられうる者の白紙委任状等の濫用について授權表示を肯定し、その上で本件交換契約につきX側がBに代理権ありと信じ、かく信ずべき正当の事由があるならば、Yは「民法一〇九条、一一〇条によって本件交換契約につきその責に任ずべきものである」としている。一〇九条と一一〇条との重畳適用を明確に打出したものである。もっとも本最判昭和四五年は、本件事案においてなに故に一〇九条と一一〇条の重畳適用を認めたのかの根拠については積極的に何も述べていない。おそらく、これは、YがBに移転登記に必要な書類等を渡して売買による移転登記を行うことを許容していたにすぎず、X側と山林を交換する権限までは授与していなかったため、この点に権限踰越があり、一一〇条を併せ適用する必要があるとの前提に立っているのであろう（判旨中、「Bは……Yから

何ら代理権を授与されていないにもかかわらず、右各書類を示してYの代理人のごとく装い、契約の相手方をYと誤信した(Xの代理人) Cとの間に交換契約を締結するに至った」とあるのはこれを示しているであろう)。しかも右の「Yから何ら代理権を授与されていない」にもかかわらずと認定しているところからみて、授権表示による表見代理権を一一〇条成立の要件たる基本代理権の存在と同視して一〇九条と一一〇条の重畳適用を図ったものである点も疑いえない。

(iii) 確かに、一一〇条の成立要件たる基本代理権の存在についてはこの当時における判例理論としては、基本代理権は法定代理権であっても任意代理権であっても構わないが、いやしくも私法上の、法律行為を為す代理権でなければならず、単なる事実上の代理権(保険会社等の勧誘外交行為)最判昭和三五年二月一九日民集一四巻二五〇頁)はもとより、公法上の代理権(印鑑証明書下付申請行為)最判昭和三九年四月二日民集一八巻四号四九七頁、公正証書の作成嘱託行為)最判昭和三二年六月六日民集一一巻七号一一七七頁、登記申請行為)最判昭和四一年一月一八日民集二〇巻九号一八二七頁)も基本代理権たりえないとされていた(詳細は、川井健・『判例演習 民法総則』(増補版) 一七六頁、辻正美・民法判例百選I総則・物権(第三版) 六六頁など参照)。従って、本件において、YがAの代理人Bと不動産の売買契約を締結し、Bに登記に必要な白紙委任状その他の書類を交付した点を把えて、BもYによって信頼を与えられた特定他人(Yの登記のための代理人と解する)としてみても、なおそれは公法上の登記申請代理権にすぎず、私法上の法律行為権限ではないことよって基本代理権とは目しえないこととなるのである。まさに本最判昭和四五年は、授権表示による表見代理権を基本代理権として一一〇条を適用した唯一の判例と評してよいものである。

(iv)しかしこの翌年には最判昭和四六年六月三日(民集二五卷四号四五頁)が現われている。この最判昭和四六年は、実兄Yから贈与を受けた土地についてYから所有権移転登記に必要な実印、印鑑証明書及び土地の権利証の交付を受けた弟Aが、これらを利用して、自己に移転登記をせず、かねて融資を受けていたXに対し、AのXに対する債務極度額金二〇〇万円並びにこれに対する年三割の割合による遅延損害金につきYが連帯保証人兼担保提供者となる旨の契約を代理して行ったという事案において、「単なる公法上の行為についての代理権は民法一一〇条の規定による表見代理の成立の要件たる基本代理権にあたらなと解すべきであるとしても、その行為が特定の私法上の取引行為の一還としてなされるものであるときは、右規定の適用に關しても、その行為の私法上の作用を看過することはできない……。したがって(実体上登記義務を負う)本人が登記申請行為を他人に委任してこれにその権限を与え、その他人が右権限を超えて第三者との間に行為をした場合において、その登記申請行為が本件のように私法上の契約による義務の履行のためになされるものであるときは、その権限を基本代理権として、右第三者との間に行為につき民法一一〇条を適用し、表見代理の成立を認めることを妨げない」(傍点筆者)と判示したものであった。

この最判昭和四六年の理論に従うならば、最判昭和四五年の事案においても一一〇条の基本代理権の要件を十分に満すものであり、一〇九条と一一〇条との重疊適用を問題とする必要はないように思われる。すなわち、YはAと売買契約を締結し、Aの代理人Bに所有権移転登記手続に必要な白紙委任状(Yの記名押印及び目的物件の記載ならびに登記一切の権限を委託する旨の記載があった)、権利証、印鑑証明書、並びに売渡証書を交付し、Bを介してAに渡してくれるよう頼んだのであるから、たとえ、Bがそのまま、Aの所有名義に登記したとしてもYとしてはいささかも異論を述べる筋合いはなく、したがって、「実体上登記義務を負う者がその登記申請行為を他人に委任して実印

等をこれに交付した場合には委任者が一般の私法上の行為の代理権を与えた場合におけると異なるところがなく」「その他人が右権限をこえて第三者との間に行爲をした場合において」は、登記申請行爲といえども私法上の契約による義務履行のためになされるものである以上、「その権限を基本代理権として……民法一一〇条を適用」して妨げないということである。

結局、最判昭和四五年の判例理論（授權表示による表見代理権を基本代理権として民法一〇九条と一一〇条とを重畳的に適用するとの理論）は、最判昭和四六年によって實質上は変更されたのであり、その理論ないしは先例拘束力は著しく狭められたものと評すべきであろう。最判昭和四五年は、買主Aの代理人Bは売主Yから委任を受けたことにより、一方から意思表示の代理権を他方から義務の履行についての代理権を与えられたところの、一種の双方代理であり、この双方代理は一〇八条但書に合致するので全く有効であると見ることができるとする。そうであるならば、最判昭和四六年の事案との共通点を抽象化して、私法上の義務履行の一還として登記申請行爲を委任した登記義務者たる本人は受任者たる代理人が右登記申請権限の範囲を越えて第三者との間に行爲をしたときは、その権限を基本代理権として、右第三者との間の行爲につき民法一一〇条を直接適用して妨げないものと解すべきであるとの一般理論を導き出すことができるのである。

以上によって明らかのように、一〇九条と一一〇条の競合型表見代理と目されてきた諸事例は、今日では一一〇条のみの適用で足りた事案であり、安易に競合型表見代理を肯定する必要はないものと考えられる。

三 民法一一二条と一一〇条の競合適用

(一) 民法一一二条と一一〇条との競合型表見代理、すなわち、代理権が消滅した後に、かつて存した代理権の範囲を越えて代理人が代理行為をした場合に、右二カ条を重疊的に適用して本人に責任を帰せしめるべきとの理論は、今日においては、すでに定着した考え方である。そして、これにつき判例もかつてはこれを否定していたが、大審院民事連合部昭和一九年一月二二日判決（民集二三卷一九号六二六頁、貸金請求事件）がこれを改めて肯定に転じた最初の判例だと理解されている。

しかしながら、果たしてそういきってよいのであろうか。

(2) 大審院時代これを否定していたとして挙げられる判例は、大判大正七年六月一三日（民録二四輯一二六三頁）である。事案はつぎのとおりであった。AはY銀行（根室銀行）の鎌重支店の主任であつて「漁業者ニ貸付ケタル仕込金ノ取立及ヒ商品ノ販売」についてY銀行を代理する権限を有していたが、のちにこの支店を譲り受けて自前で営業することになり、これに伴つて、AはY銀行の代理人ではなくなつた。ところが依然として、AはY銀行支店主任の名義を冒用して約束手形を振り出して、これによってXより借金をした。Xがこの手形に基づいてY銀行に対して支払を請求したのが本件である。Xは民法一一二条の適用を援用したが、大審院は、Yの支店主任たるAの代理権は「漁業者ニ貸付ケタル仕込金ノ取立及ヒ商品ノ販売ノ二点ニ止マリ」、手形振出の権限は全くなかつたと原審は適法に認定しているとした上で、「而シテ民法第一一二条ハ一旦存在セシ代理権カ消滅シタル場合ノ規定ニシテ始メヨリ代理権ノ存在セカリシ場合ニ付テハ固ヨリ其適用ヲ見サルモノナルカ故ニ、上告人Xノ提出シタル前記法条ノ抗弁

ニ対シ原裁判所カ代理権消滅ノ通知ノ有無、若クハ代理権消滅ノ不知ニ関スル過失ノ有無等ニ付キ何等ノ判断ヲ為ササリシハ洵ニ相当ニシテ論旨ハ総テ採ルニ足ラス」と判示した。この事案において、大正七年当時のY銀行(根室銀行)の鎌重支店がどの程度の規模の店で、その支店主任がどの程度の権限を有すると一般に考えられていたかは明らかではないが、認定されたAの代理権の内容からみて、Y銀行を代表して手形を振出して他の一般人から金員を借りる権限があると誤信されるとは到底考えられない。それゆえ判旨は全く正当であり、非難すべき点はいささかも無いといえよう。判旨は、さらにXが予備的に一一〇条の適用をも主張していたので、「然レトモ民法第一一〇条ハ現ニ代理権ヲ有スル者カ其権限ヲ超越シタル場合ノ規定ニシテ、現ニ何等ノ代理権ヲモ有セサル者カ本人ノ為メニ或代理行為ヲ為シタルニ当リ其代理行為カ過去ニ於テ曾テ有シタル代理権ニ超越シ居リタリト云フカ如キ場合ニ迄適用セラハヘキ規定ニ非サルコトハ多言ヲ俟タス。然ラハ則チ、原裁判所カ本件手形振出当時Aハ何等ノ代理権ヲモ有セサリシカ故ニ被告Yハ『民法第一百十條ニ依リ本件手形金支払ノ責任ヲ負担スヘキモノニアラス』ト判示シタルハ自カラ所論ノ如キ主張ヲ排斥シタル趣旨ナルコト明白ナリ。従テ論旨ハ理由ナシ」と判示して、一一二条と一一〇条の重疊の適用をも排しているのは、事案に照らす限り、まことに正当であつたといふべきである。

(3) ところが、学説によつて、「表見代理の範囲を拡張しようとする傾向」は、右大正七年判決を改めるために、大連判昭和一九年二月二日となつたものであり、この連合部判決は「代理権限が消滅した後、前に持っていた代理権限の範囲を越えて取引をしたという場合に本条(一一二条)(と同時に第一一〇条)の精神を類推適用しようとする」、「すこぶる重要なもの」と積極的に評価されて、したがつてその反面、大判大正七年は暗々裡に表見代理の範囲をいたずらに狭く解するものとして非難されたのであつた(我妻栄「代理権消滅後の越権行為と表見代理の成

立」連合部判決巡歴第七話ジュリスト七三号五〇頁 一九五五年)。

さてこの大連判昭和一九九年は真に競合型表見代理を肯定したものと見えるであろうか。事案はつぎのとおりである。X銀行(株式会社武石銀行)は、Yの叔父にあたるAに、大正一四年金三千円、同一五年金二千五百円総額五五〇〇円を貸し付けたので、Aの連帯保証人となっていたYに貸金の返還を請求した。しかしYは、連帯保証人になることを承諾したことはなく、Aが無権限で貸金証書にYの氏名を冒用し、Yの実印を押捺したのだから、連帯保証は無効であると争った。Yは祖父を代襲相続した当時未成年者であり、親族間の紛争のため他の親族に印を不正使用されるおそれがあったので、Yの実母はYの叔父Aに、大正一〇年末ごろから昭和一〇年一月までYの実印を保管してもらっていた。ところがAは本件貸借契約をなす前後において、Yを代理していくつかの重要な法律行為を有効に行っている。すなわち、「(一)本件貸借ノ前又ハ後ニ於テ被上告人(Y)カ訴外株式会社弥寿銀行ヨリ金員ヲ借入ルルニ付又ハAノ同銀行ヨリ借入レタル債務ニ付被上告人Yカ保証ヲ為スニ付Aニ代理セシメAカ被上告人(Y)ノ代理人トシテ銀行ニ対スル貸借又ハ保証ノ衝ニ当リ被上告人ニ代リ借用証書等ニ主債務者又ハ保証人トシテ署名ヲ為シ其ノ保管セル被上告人(Y)ノ実印ヲ押捺シタルコトアリ其ノ金額、総計三万円ニ達セリ、(二)被上告人(Y)カ本件貸借ノ前又ハ後ニ於テAノ株式会社筑後銀行外七名ニ対スル合計金五万九千七百円ノ債務ニ付保証ヲ為シ、Aカ被上告人(Y)ニ代リテ其ノ借用証書ニ被上告人(Y)ノ署名捺印ヲ為シタルコトアリ、(三)右(一)(二)ノ事実ニ掲ケタル貸借又ハ保証ヲ為スニ必要ナリトシテAカ被上告人(Y)ノ代理人トシテ大正十一、二年頃ヨリ昭和十年一月迄ノ間ニ被上告人(Y)ノ印鑑証明願ヲ所轄村長ニ提出シタルコトアルモノトス」という状態であった。そこでXは、Yは当時AにY家の家政一切を処理する権限を授与していたものであり、仮に代理権が授与されていなかったとしても、Aは

いわゆる権限外の行為をなしたもので、XはAに代理権ありと信ずるべき正当の理由を有していたので、Yは保証責任を負うべきであると主張した。

第一審は、一一〇条を適用してXの請求を認容したが、原審は、AがYの代理人としてその家政一切を処理していた事実を否定して、本件保証契約当時AはYより右契約をなすべき代理権は授与されていなかったと事実認定した上で、民法一一〇条は、ある法律行為について代理権を授与されていた代理人がその権限を超越した行為をなしたる場合に適用されるべきものであって、全然何らの行為についても代理権を有しない者が代理人と称して行為をなした場合には適用されるべきものではないと判断してXの請求を認めなかった。Xは上告して、一一〇条の適用にあたっては、ある表見代理行為が基本代理権消滅または代理行為直後になされた場合には、越権行為と基本代理権の存在と時間的に全然一致する必要はなく、とくに本件の如く、無数の代理行為が大正一一年一二年ころより昭和一〇年一月まで約一五年の長年月に亘り反覆断続してなされた場合には一一〇条を適用することが適切であると主張した。

大審院は上告を容れて民事総部を連合してつぎのように判示した。

①「按スルニ民法第百二十二条ノ規定ニ依レハ代理権ノ消滅ハ善意且無過失ノ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス蓋シ民法ハ代理人カ其ノ代理権ノ消滅シタルニ拘ラス仍代理人ト称シテ法律行為ヲ為シタル場合ニ於テ当該ノ法律行為ハ例外ナク本人ニ其ノ効果ヲ生セサルモノト為スニ於テハ過失ナクシテ代理権ノ消滅ヲ知ラサリ相手方ヲ害スルニ至ルヘキヲ以テ右ノ規定ヲ設ケ取引ノ安全ヲ期シタルモノトス然ルニ右ノ規定ハ代理権ノ消滅後従前ノ代理人カ今仍代理権ノ存続ヲ装ヒ当該ノ代理権ニ基ク法律行為ヲ為シタル場合ニ関スルモノナルコト其ノ文言ニ徴シ之ヲ諒シ得ルカ故ニ代理権ノ消滅後従前ノ代理人カ代理人ト称シテ従前ノ代理権ノ範圍ニ属セサル法律行為ヲ為シタル場合ニ於

テハ素ヨリ右ノ規定ヲ適用スルコトヲ得ス然レトモ今若シ其ノ相手方ニ於テ過失ナクシテ代理權ノ消滅ヲ知ラサルモノナルトキハ自称代理人ニ従前ノ代理權カ今仍存続スルコトヲ信スルト共ニ斯ル代理權アル以上当該ノ事項ニ付テモ亦代理權ヲ有スルモノト信スルコトアルヘク而モ其ノ相手方カ斯ク信スルニ付正當ノ理由ヲ有スル場合ニ於テハ右ノ規定ヲ適用スヘキ前叙ノ場合ト比較シ相手方ノ保護ニ関シテ其ノ取扱ヲ異ニスヘキ理由ヲ発見セス却テ彼此同一ニ取扱ヒ以テ取引ノ安全ヲ期スルヲ正當トスヘシ加之民法第百十條ハ代理人カ其ノ權限外ノ行為ヲ為シタル場合ニ於テ第三者カ其ノ權限アリト信スヘキ正當ノ理由ヲ有スルトキハ当該ノ代理人ト第三者トノ間ニ為シタル行為ニ付本人ヲシテ其ノ責ニ任セシメ以テ或代理權ヲ有スル代理人カ權限外ノ行為ヲ為シタル場合ニ於テモ其ノ相手方ニ於テ正當ノ理由ヲ有スル限リ其ノ相手方ヲ保護スルカ故ニ右兩條ノ法意ヨリ推論スルトキハ当該代理人ノ従前ノ代理權ノ消滅ニ付善意無過失ノ相手方カ右代理人ノ現ニ為シタル行為ニ付其ノ權限アリト信スヘキ正當ノ理由ヲ有スル場合ニ於テモ亦均シク相手方ヲ保護スルヲ正當トセサルヘカラス之ヲ要スルニ代理權ノ消滅後従前ノ代理人カ仍代理人ト稱シテ従前ノ代理權ノ範圍ニ屬セサル行為ヲ為シタル場合ニ於テモ若シ右代理權ノ消滅ニ付善意無過失ノ相手方ニ於テ諸般ノ事情ニ稽ヘ自称代理人ノ行為ニ付其ノ權限アリト信スヘキ正當ノ理由ヲ有スルニ於テハ前掲兩規定ノ精神ニ則リ之ヲ類推適用シテ当該ノ代理人ト相手方トノ間ニ為シタル行為ニ付本人ヲシテ其ノ責ニ任セシムルヲ相當トスヘシ」

そしてさらに原審の認定の事実によれば、Aが他に種々の代理權を有し、訴外B銀行との間には貸借及保証を有効に締結し、債務総額約三万円に達している事実を認めることができるほか、

②「B銀行ト被告人（Y）トノ間ノ取引ニ付曾テAカ代理權ヲ有シタル事實ハ前叙ノ如クナルノミナラス其ノ取引

中ニ大正十三年十月二十日附同月二十一日附及大正十四年二月二十一日附ノ各金員貸借行為ノ含マレ居ル事実ハ上告人ノ主張シタル所ニシテ仮ニ斯ル事実アリタルモノトセハ本件保証契約成立前之ニ接近セル時期ニ於テAハ被上告人(Y)ニ代ハリ銀行ト取引ヲ為ス権限ヲ有シ居リタルモノナルカ故ニ其ノ後本件保証契約當時ニ於テハ其ノ代理權ハ消滅シタリトスルモ此ノ一事ノミヲ捉ヘ前掲原判示ノ如ク即断スルコトヲ得ス仮ニ上告人ニ於テAカ右代理權ヲ有シタル事実ヨリ推シテ依然被上告人ニ代ハリ銀行ト取引ヲ為ス権限ヲ有シ之ニ基キ本件保証ヲ為スモノト信シテ該契約ヲ締結シ而モ右ノ如ク信シタルコトカ本件保証契約成立當時ニ於ケル諸般ノ事情ニ稽ヘ正當ノ理由アルモノト推断シ得ルニ於テハ冒頭説明ノ理由ニ依リ被上告人ハAノ為シタル本件保証ニ付其ノ責ニ任スヘキモノト解スルヲ相当トス然ラハ原審カ本件保証契約成立當時ニ於テAハ毫モ被上告人ニ代ハリ法律行為ヲ為ス権限ヲ有セザリシ事実ヲ確定シタルノミニテ上告人ノ前掲主張ヲ排斥シタルハ法律ノ誤解ニ基ク審理不尽ノ不法アルニ歸シ論旨ハ理由アリ原判決ハ破毀ヲ免レス」

(4) 前記我妻博士の「連合部判決巡歴第七話」によると「右の聯合判決の理論には、解説を加える必要はあるまい。もっとも、諸君は、第一一二条を正面から適用してもよいのではないか、という疑問をもたれるかもしれない。Aは少なくとも事実上Yの財産管理者の地位にあり、その間に前後数回に亘って、Aの借財の保証人となる契約をする代理權を与えられている。だから、その代理權が消滅した後、依然としてYの代理人のような顔をして連帯保証人Yと記名して捺印したなら、第一一二条の適用を認めてよいのではないか。これを強いて、過去に存在した代理權の範圍を越えたものという必要はあるまい。……という疑問である。」とすぐれた分析をみせる。しかしそれにつづけて、その疑問は一応もっともであるが、原審は、まず、Aが一般的財産管理權(家政処理管理權)はなかつたとこれを否

定しているし、本件Xとの取引の前には、B銀行との間に借財ないし保証の契約を締結する代理権を与えられているにすぎないと事実認定をしており、「もしAが、その時に、B銀行から借財をすると同時に、本件のX銀行からの借財をしたとすると、それは、代理権の踰越——B銀行と保証契約をする代理権しかない者がX銀行と保証契約をしたという意味での代理権の踰越——として第一一〇条を適用しないとYの責任を認めることはできない」のだから、そうだとすると、「B銀行から借財する代理権の消滅した後X銀行から借財したという事件では、第一一二条と第一一〇条の結合というより他にX銀行を救う途がないことがわかるであろう。」と論じておられる。

一見まことにもっともな議論であるが、はたして一一二条の代理権消滅後の表見代理においては、同一の相手方との間にしか成立しないと解さなければならぬものであろうか。例えば、甲銀行との間で借財一〇〇万円をなす代理権を本人Xが代理人Aに与え、Aは数回に亘って甲銀行とつつがなく取引してきたところ、その代理行為が完遂されたのち、同じ実印と委任状を持参してAが乙銀行に赴き、甲銀行との取引を営業上熟知していた乙銀行の貸付係と、Xの代理人としてのAとの間に借財五〇万円の行為がなされた場合には、一一二条につねに一一〇条を「結合」ないし「競合」させなければならぬのであろうか。むしろ、一一二条の適用にあたっては、銀行等から一〇〇万円前後の借財をする権限を与えられていたことを知っていた者が当該代理人と称する者と五〇万円の貸借行為をしたという場合に適用して妨げないのであり、つねに代理権が消滅する前にこれと取引をしたことがある場合に限ることではなく、それはあくまでも相手方の善意無過失の認定材料とされるにすぎないものではなかろうか。じっさい我妻博士は『新訂 民法総則（民法講義I）』（初版昭和五年五月、新訂第一刷昭和四〇年五月）三七五頁において一一二条における「第三者」の意味について解説し、「なお、判例は、代理権が消滅する前にこれと取引したことがある場合に限る

ように説くが（大判昭和八・一一・二二民二七五六頁（判民一九一事件石井評釈）、それは、善意無過失の認定資料として考えられる事情に過ぎないというべきであろう。」と述べられている。この両者を比較したならば、前記「巡歴」と右『民法講義』との間には前後矛盾した論述があることが理解されるであろう。つまり、『民法講義』の解説の立場に立つならば、本件大連判昭和一九年の事案においても一一二条の単一の適用だけで充分処理されたのである（もっともXが代理権の消滅について善意・無過失であったか否かは別に慎重に判断されるべきものであって、したがって、本件大連判が原審を破毀差戻した結論自体は正当である）。

(5) なお、本件の評価については、一〇九条の適用も可能だったのではないかと考える。すなわち、大審院が「原審認定ノ事実ニ依レハ上告人（被控訴人）(X)は(一)大正十四年一月十三日金三千元ヲ(二)大正十五年二月四日金二千五百円ヲ何レモ其ノ主張ノ約旨ニテ訴外熊谷愛三(A)ニ貸与シタル際被上告人(控訴人)(Y)ハ愛三ノ右各債務ニ付連帯保証ヲ為シタルコトトナリ居レトモ其ノ借用証書中被上告人名義ノ部分ハ愛三カ被上告人ノ印鑑ヲ預リ居リタルヲ奇貨トシ被上告人ノ承諾ヲ得タルカ如ク装ヒ之ヲ作成シタルモノニ係リ当時愛三ニ於テ斯ル行為ノ代理権ヲ有シタルモノニ非ス尤モ被上告人ハ曾テ訴外株式会社寿銀行ヨリ金員ヲ借入レ又同銀行ニ対スル愛三ノ債務ニ付保証ヲ為シタルコトアリテ其ノ債務総額約三万円ニ達シ其ノ当時愛三ハ被上告人ノ代理人トシテ右貸借及保証ノ衝ニ當リ其ノ借用証書等ニ被上告人ニ代ハリテ記名並同人ノ実印ヲ捺捺シタル事実ヲ認メ得レトモ愛三ハ本件保証ノ当時ニ於テハ右ノ如キ権限ヲ有セス且他ニ代理権アリタルコトヲ認ムヘキモノナシト云フニ在リ」と述べ、上告人Xが上告理由において、「本件ノ如ク実印カ財産保護管理ノ目的ヲ以テ十五年ノ久シキニ互リ親族ノ代表者ニシテ最モ本人ノ信頼セル者ニ保管セラレ而カモ保管者ハ一般的ニ代理権ヲ有シ代理行為ヲ断続的ニ反覆シ少クトモ善意ノ第三者ニ於

テ之レニ代理権アリト誤認スヘキ状態ガ永年持續セラレタル事案ノ判断ニ付キテ」は一〇九条の適用上の要件を十分満しているのではなからうか。とまれ、本件は、学説によって一般に考えられているような一一二条と一一〇条の重疊的適用によって処理されるよりも、一一二条ないし一〇九条によって処理されるべき事案であったというべきであろう。*

※大連判昭和一九年の判例批評

加藤一郎・判例民事法昭和一九年度五一事件。

谷口知平・民商法雜誌二三卷一号三八頁。

我妻 栄・連合部判決巡歴第七話（ジュリスト七三三号）。

川井 健・判例百選（第二版）七八頁。

柚木 馨・判例演習〔民法総則〕（増補版）一六六頁。

浜上則雄・民法判例百選Ⅰ総則・物権（第三版）八〇頁。

(二) (1) 大連判昭和一九年二月二日の判例批評において川井健教授（判例百選（第二版）七八―七九頁）は、民法一一二条と同一一〇条の「両法条の有機的結合という点で注意すべきは、判旨が『両法条の法意』、『両規定の精神』に則つてこれを『類推適用』するといひ、必らずしも両規定が直接競合的に適用されて一体的な処理が図られていないかの如きニュアンスを含むことである。」と指摘しつつ、大連判の結論を踏襲して、その有機的結合が完全に示された判例として、最判昭和三二年一月二九日（民集一一卷一二号一九九四頁）を挙げておられる。事案はつぎのとおりである。水洗炭業者Yは、水洗炭営業に必要なオート三輪車購入代金の金策の方法として石炭売買契約による前渡金三〇万円程度の入手方をAに依頼し、その旨の代理権をも授与した。Aはその地方においても相当に信用の

ある者であつて右代理権に基づきX（佐賀県物産株式会社）とも何度か交渉したが契約締結にまで至らず、他の者と契約をまとめ、当初Yより授与された代理権を行使してYの依頼を果たしオート三輪車の購入代金をYに受領せしめた。したがつて右代理権は消滅したのであるが、Yから右オート三輪車の陸運局への登録のために預けられたYの実印を用い、なお右代理権の存続を装つてXとの間に水洗炭売買契約を締結するに至つた。その際、AはXの取締役、B他を伴い、Yの水洗炭鉱業所の現場に案内し、あたかも資金面担当の共同経営者の如く振舞い、現場従業員に種々作業上の指図をなすなどしたので、B等は、AがYの代理人として産出炭の売買契約を締結する権限を有するものと誤信したものであるから、Yを代理して水洗炭売買契約を締結するにつきAに代理権あるものと信すべき正当の理由があつたと原審は認定して、Yは本件石炭売買契約につき、本人としてその責に任すべきものといわざるを得ないと判示している。原審は控訴を棄却したので、Yが上告した。

最高裁は、つぎのように判示して、上告を棄却した。「原審は、訴外山口(A)はその代理権が消滅したにかかわらず、なお、その存続を装い、被告会社(X)との間に、上告人(Y)の代理人と称して、従前の代理権の範囲を超え、本件石炭の売買契約を締結したものであつて、しかも該契約締結の衝に當つた被告会社の代表取締役たるBは、山口の代理権の消滅につき善意無過失であり、かつ山口に上告人の代理人として右契約を締結するにつきその権限があると信すべき正当の理由を有していたものと認める旨判示したのであつて、本件は民法一一〇条、一一二条の競合する場合に該当するものであること判文上明らかである。そして代理権の消滅後従前の代理人がなお代理人と称して従前の代理権の範囲に属しない行為をなした場合に、右代理権の消滅につき善意無過失の相手方において、自称代理人の行為につきその権限があると信すべき正当の理由を有するときは、当該の代理人と相手方との間になした行為に

つき、本人をしてその責に任ぜしめるのを相当とするから、論旨は理由がない。」

(2) 最判昭和三二年一月二九日を右のように紹介したならば、確かに川井判批のように、一一二条と一一〇条との有機的結合を完全に示して、表見代理成立の空白部分の一つを埋めたと評してもよいかもしれない。しかし原審はまずつぎのように認定しているのである。すなわち、X・Y間にAを代理人として、水洗炭の売買契約を締結したか否かについて考えてみるに、昭和二六年一月一日Xの代表取締役BとYの代理人と称するAとの間にY経営の水洗鉱業所産出の石炭の売買に關し、「(イ)控訴人(Y)はその経営する水洗鉱業所から産出する石炭(炭質六千カロリIを目標とする。)の全量を契約の日から同年十一月末日(後に同年十二月末日に変更)まで被控訴会社(X)に売渡し、炭価は別途協定すること。(ロ)被控訴会社は契約金として金三十万円を控訴人に差入れること。(ハ)被控訴会社はその買入れた石炭代金を毎旬締切り翌旬四日に現金で支払うこと。(ニ)控訴人は被控訴会社から受取った契約金三十万円を同年十二月末日までに石炭代から控除支払うこと。等の契約をなし、即日その旨の仮契約書を作成すると共に、右契約金の内金二十万円、同月十九日頃訴外古川仁一を通じて残金十万円をそれぞれ訴外Aに交付したこと、而して同月二十日頃控訴人方を訪ね、訴外Aとの間に、右契約をなした顛末を告げ、これに關する、本契約書の作成及び領收証の交付方を申出でたところ控訴人もBの右申出を諒した上、該契約の日たる、同月十五日附をもって前記(イ)乃至(ニ)の如き各項を含む石炭売買契約書(甲第一号証)及び契約金三十万円の領收証(甲第二号証)を作成してBに交付したものであることが認められる」と明確に認定しているのである。すなわち、これによれば、水洗炭の売買に關して、Xの代表者BとYの(無権)代理人Aとの間に一定量の水洗炭の売買に關する契約の交渉の経過があり、その上で、「その旨」の「仮契約書を作成」しており、さらに数日後Y方を訪ね、右仮契約書作成の「顛末を告げ」、これに關

する「本契約書の作成及び領収書の交付方を申出」たところ、「YもBの申出を諒した上」、仮契約書中の条項をそのまま含む、「石炭売買契約書(甲第一号証)」および「契約金三十万円の領収証(甲第二号証)」を作成しているのである。そうであるならば、BがAを完全に代理権限を有するものと誤信して仮契約を締結したとしても、のちに直接本人との間に本契約を締結しているのだから本件はまさに本人との間の直接取引なのであってAとの交渉は仮契約にすぎないというべきである。少なくとも、無権代理人Aとの契約を本人Yがのちに「諒として」、追認したとみなければならぬ事案である(この追認について触れているのは、遠田新一「表見代理競争の意義について——昭和三二年一月二十九日最高裁判例を契機として——」広島大学政経論叢八巻一七三頁以下である)。

ところが原審は右引用部分につづいて、「けれども、訴外Aが被控訴会社(X)との間に該契約を締結するにつき、控訴人(Y)から代理権を授与されていたことについては、被控訴人挙出の全立証によっても、これを確認するに足りないので、右認定の事実のみをもっては未だ該契約が控訴人と被控訴会社との間に締結されたものとして、直接その効果を控訴人に及ぼしめることはできない。」と全く意味不明の判示を行なっている。Aに代理権が与えられていなくとも、X・Y間で本人同志が話し合い本契約を締結したなら、まさに本人に対し(少なくとも追認によって)、直接その効果を及ぼしめることは疑問の余地のない法律解釈であろう。右引用文は全く理解不能の文章であって、法律解釈上の重大な誤解を含むものと断ずるほかはないと考える。

上告理由は、原審の右部分について争わず、もっぱら、前記引用の表見代理成立の部分について、表見代理成立の根拠条文として一一二条を適用したのか、それとも一一〇条を適用したのか明らかでないとい非難したにすぎないので、最高裁は、判旨の如く、一一〇条と一一二条の結合を前面に押し出して判示し、Yに責任を帰せしめたが、この結論

自体は正当としても、むしろ破棄して自判をし、表見代理には触れず、直接取引（無権代理としても本人による追認があった）として処理すべきであったと思う。

本件においても、事案に即するならば、真に競合型表見代理を認めた判例と評価すべきではないのである。

(三) (1) 一二条と一一〇条の重疊適用を肯定した判例としてなお、最判昭和三五年一月二七日（民集一四卷一四号三二三三四頁）と最判昭和四五年一月二四日（民集二四卷一三三〇頁）がある。前者は、「当座勘定取引のため小切手を振出す代理権」しか有しない取締役経理部長が企画部長に転出したのち、したがって右代理権消滅後、なお経理部長として約束手形を振出した場合に、受取人が右代理権の消滅につき善意無過失で、右の者に手形振出の権限があると信ずるにつき正当の事由を有するときは、民法一二条と一一〇条の法意に従い、本人は右手形につき支払の責を免れ得ないと判示したものである。

後者は、無権代理人が本人の代理人として相手方①と締結した抵当権設定契約を本人が追認したのち、さらに無権代理人が本人の代理人と称して別人の相手方②と抵当権設定契約を締結した場合において相手方②が代理人に本人を代理して抵当権設定契約をする権限があると信ずべき正当の事由を有するときは、本人は民法一一〇条および一二二条の類推適用により、無権代理人のした抵当権設定契約につき責に任じなければならないと判示したものである。

右二判決も私見の立場からみたら、いわゆる重疊適用の全く必要のない事案であって、ここでも最高裁はきわめて安易に重疊適用を肯定しているのである。

(2) 最判昭和三五年一月二七日（約束手形金請求事件）はつぎのような事案であった。

上告人Y株式会社社の取締役訴外Aは、昭和二年一月三十一日、Y株式会社取締役経理部長という資格を表示して

その名義で、訴外Bに宛て、金額百万円・満期日同年一月二十九日・振出地支払地とも大阪市・支払場所富士銀行備後町支店（この支払場所は、後に手形当事者全員の合意の上で、大阪銀行本店営業部と変更され、手形面の記載も同様に変更された）なる約束手形一通を振出し、Bは右手形を白地裏書により被上告人Xに譲渡し、Xがその所持人となった。ところで、右手形の振出当時Y会社には別に会社を代表すべき取締役が定められていて、その手形を振出したAには会社を代表して手形を振出す権限はなかった。しかし、当時AはY会社の取締役であったばかりでなく、その約一カ月前までは経理部長の職にあつて金銭出納事務を担当し、ことにY会社と取引のあつた富士銀行備後町支店（本件手形の最初の支払場所）・大阪銀行本店（本件手形の変更後の支払場所）その他の取引銀行に対しては、Y会社との間に締結された当座勘定取引契約に基づいて、Y会社を代理して小切手を振出し、これによってそれら銀行から預金を引出す等契約所定の当座勘定取引をなす権限を附与されていた上、Y会社から右各銀行に対し、AをY会社の代理人とする旨の届出とともに同人の印鑑届が提出されていた。この代理権は、本件手形振出の約一カ月前、Aが経理部長から企画部長に転出するに伴つて消滅していたが、Y会社からは富士銀行備後町支店に対してAの代理人解任届はなされていなかった。他方、右手形の受取人であるBは、知人に伴われてY会社に赴き、同所においてAに紹介されて経理部長の肩書ある名刺を貰ひ受けた上、AからY会社のために手形割引による金融を依頼されて本件手形を交付されたのであるが、Bは念のため人を介して手形の支払場所である富士銀行備後町支店について振出人の資格等を調査したところ、前述のようにY会社の同銀行に対するAの代理人解任届がまだ出ていなかったため、同銀行では、さきにY会社から提出されていた代理人届と印鑑届によって照合し、一致することを認めてその旨をBに回答したので、Bは安心して手形を受取つたのであった。この手形を既述のようにBから譲受けてその所持人となつたXは、

満期日に支払場所において支払の呈示をしたが支払を拒絶されたので、Y会社に対し手形金額及びこれに対する昭和二四年一月三〇日から完済に至るまで年六分の割合による利息の支払を求めたのが本訴である。

第一審はXの請求を棄却したが、第二審はXの請求を認めて一審判決を取消した。その理由は、「代理人たりし者が、代理権消滅後なお従前の代理人と称して従前の代理権の範囲を越える行為をなした場合においても、もし右代理権の消滅につき善意無過失の相手方が、該行為につき代理人にその権限ありと信ずべき正当の理由があったときは、民法第一一二条及び第一一〇条両規定の精神に則り、本人は該行為につき相手方に対しその責に任ずべきものと解するを正当とする。」とこうにある。

(以上は原審認定事実を巧みに要約した大隅健一郎・本件判批民商四五卷一号一二五頁の事実欄を若干の修正の上使用したものである。記して謝意を表する)。

右の事案に対して最高裁は、つぎのように判示してYの上告理由を棄却した。「原審の確定した事実によれば、本件約束手形振出の当時、上告会社Yには、別に会社を代表すべき取締役が定められていて、本件手形を振出したAには会社を代理してこれを振出す権限はなかったのであるが、当時同人は上告会社の取締役であったばかりでなく、その約一ヶ月前までは経理部長の職にあって金銭出納事務を担当し、ことに上告会社と取引のあった富士銀行備後町支店(本件手形の最初の支払場所)、大阪銀行本店(本件手形の支払場所)その他の取引銀行に対しては、上告会社との間に締結された当座勘定取引契約に基づいて、上告会社を代理して小切手を振出し、これによってそれら銀行から預金を引出す等契約所定の当座勘定取引をなす権限を附与されていた上、上告会社より右各銀行に対し、Aを上告会社の代理人とする旨の届出とともに同人の印鑑届が提出されていたこと、しかもその代理権も、その約一ヶ月前、同

人が経理部長から企画部長への転出に伴って消滅していたこと、一方本件手形の受取人であるBは、知人に伴われて上告会社に赴き、同所においてAを紹介されて経理部長の肩書ある名刺を貰い受けた上、同人より上告会社のために手形割引による金融を依頼されて本件手形を交付されたのであるが、同人は、念のため人を介して、手形の支払場所である富士銀行備後町支店について、振出人の資格等を調査したところ、偶々上告会社の同銀行に対するAの代理人解任届が遅れていたため、同銀行では、さきの上告会社から提出されていた前記代理人届と印鑑届によって照合し、一致することを認めてその旨Bに回答した結果、Bは安心して本件手形を受取るに至ったというのである。

果して、然りとすれば、本件手形の受取人であるBは、前示Aにおいて何ら手形振出の権限のないものであること、しかもAが有していた前示代理権限も手形振出当時はすでに消滅していたことについて善意無過失であり、Aに手形振出の権限あるものとのみ信じ、かく信ずるについて正当の事由あったものと認めるを相当とすべく、従ってBから本件手形の裏書譲渡を受けた被上告人Xに対し上告会社は民法一一〇条、一一二条の法意に従い本件手形につき支払の責を免れ得ない筋合である（昭和三〇年（オ）第二九九号、同三二年一月二十九日当裁判所第二小法廷判決、集一一卷一一号一九九四頁、昭和一八年（オ）第七五九号同年二月二二日大審院民事聯合部判決、民集二三卷六二六頁各参照）。されば右と同趣旨に出た原判決の判断は正当であって、何ら所論のかきんあるを認め得ない。所論は叙上に反する独自の見解に座するものであって採るを得ない。」

(3) 本件においても事实上、一一〇条と一一二条の重疊適用の必要がなく、一一二条のみによって解決を図られるべきことは、つとに前掲大隅判批が明解に論じているところである。すなわち、Aが本件手形振出の約一カ月前までY会社の経理部長であったことはまちがいない、経理部長がいかなる権限を有するかといえ、それは商法四三条に

いわゆる「番頭・手代その他営業に関する或種類又は特定の事項の委任を受けた使用者」に該当し、従って同条によって金銭の出納その他經理に関する一切の裁判外の行為をなす包括的な権限を有するのであって、本件手形の振出の如きも当然經理部長たるAの権限に属し、その範囲内のものである。Y会社からその取引銀行に対してAを会社の代理人とする旨の届出をなし、それとともに同人の印鑑届を提出し、当座勘定取引契約上の代理人として同人を取扱う旨の表示をしたのは、たとえそれが右のような經理部長としての包括的な代理権限を当該当座勘定取引にのみ制限されたと仮に仮定しても（大隅博士によると右も内部的制限というよりも会社内部においてAを当座勘定取引における会社の代理人として定め、右取引契約上の手続をとったにすぎないとされている）、それは単なる内部的制限にすぎず、その制限をもって善意の第三者に対抗することはできない（商法四三条第二項）。そのAは、本件手形を振出す一ヵ月前に經理部長から企画部長に転出し、經理部長の職を退くと共にその代理権もまた消滅したのであるが、Bはその代理権の消滅につき善意・無過失でAの肩書を信じてAから本件手形を受取ったのであるから、「Y会社は民法一一二条の規定により手形上の責を免れ得ないのであって、民法一一〇条を問題とする必要はない」（傍点筆者）のである。以上のような大隅判批の分析は私見と全く同旨であって間然するところがない。Bの承継人Xが保護を受けるのは当然であったというべきである（なお、本件については北村調査官の解説があり（法曹時報一三卷三号七七頁）、大隅判批と少しく見解を異にするのは、その性格上やむを得ない）。

(4) 最判昭和四五年一月二二日（所有権移転登記抹消登記手続請求事件）の事案はつぎのとおりである。もと仙台上に居住していたXが静岡県に移住するに際して実母に実印を交付して不動産の管理をまかしていたが、Xの弟Aは、兄の不在をよいことに昭和三二年二月二三日および昭和三二年一月二七日の二回に亘り、X所有の不動産に徳陽相

互銀行のために、根抵当権を設定した。ところがこの根抵当権の設定の後徳陽相互銀行の行員において右根抵当権設定契約は「AがX本人の如く装い詐称して行ったものであることを発見したので」、昭和三三年九月頃行員が静岡県下に居住するXを訪ねて、これら根抵当権設定行為の承認を求めた結果、Xがそれを追認したものであった。原審はこれを「理由」中において、「右はAの爲した無権代理行為の追認に外ならない」という（厳密にいえば、Aは無権代理をした訳ではないので無権代理行為の追認ではないかもしれないが、Xとして自己に効果の帰属することを承認したのだから、原審のように構成することは背理ではないと思う）。その後昭和三四年九月二十八日附受附をもって、X所有不動産に債権者訴外Bとして債権元金極度額を金一〇〇万円とする根抵当権設定登記がなされたが、これは本人Xの関知せざるところで、AがXの印章を偽造行使してなされたものであった。右根抵当権は実行され競売が申立てられて昭和三九年四月二十八日受附をもってYに競落による所有権移転登記がなされた。XはBとの間に前記根抵当権設定契約を締結したことがなく、無効であるから、前記根抵当権は成立せず、この実行としてなされた本件不動産競売手続は無効であり、本件不動産所有権は依然としてXに属するからYへの所有権移転登記の抹消登記手続を求めると主張した。

第一審、第二審とも、Aは代理権は授与されておらず、本件根抵当権の設定はXの意思にもとづかない無効なものであるとしてXの主張を認容した。Yが上告したところ、最高裁はつぎのように判示して原判決を破棄差戻した。

「ところで、Aは、被上告人名義を冒用して、徳陽相互銀行に対し、被上告人X所有の不動産について、昭和三二年二月二三日および昭和三二年一月二七日の二回にわたり、所論根抵当権を設定したのであるが、被上告人が昭和三三年九月頃Aの徳陽相互銀行に対する右無権代理行為を追認するに至ったものである旨の原審の認定判断は、原判決

挙示の証拠関係に照らして首肯できる。そしてまた、昭和三四年九月二八日訴外Bを債権者とし、被上告人を債務者とする債権元金極度額金一〇〇万円の根抵当権設定契約がなされ、同日その旨の登記がなされたものであり、そして、右契約および登記手続は、被上告人の弟Aが被上告人の印章を偽造行使してほしいままになしたものであることは、原審の適法に確定した事実である。そうとすれば、債権者をBとする本件根抵当権設定契約およびその登記は、前記徳陽相互銀行に対する根抵当権設定行為を被上告人が追認した後になされたものというべく、追認は、法律行為の行なわれる前にその代理人を信頼して代理権を与えるものではないが、別段の意思表示のないときは契約の時に遡ってその効力を生ずるものであることは民法一一六条の定めるところであるから、第三者に対する関係においては、Aに権限を付与した外観を与えたものとも解され、前記BがAに被上告人を代理して本件根抵当権設定行為をする権限があると信ずべき正当の事由を有したときは、民法一一〇条および同一一二条を類推適用し、被上告人はAのした右行為につき責に任ずべきものと解すべき余地がある。そうとすれば、原審は、すべからず、前記BがAの本件根抵当権設定行為につき権限ありと信ずべき正当の事由を有していたかどうかについて審理を尽くすべきであったのである。しかるに、原審がなんらこの点について判示するところがないのは、積明義務を尽くさず、審理不盡・理由不備の非難を免れない。本件上告は、この点において理由があるものというべきである。」

(5) この最高裁判決は、私見の立場からみたら、全く理解不能な判例である。Aが徳陽相互銀行のために二度に亘り根抵当権設定契約を締結し、これが仮にX本人を無権代理して為したとしても、右銀行の行員の要請によって、X本人がAの行為を追認したならば、追認は遡及効を有し、行為の時に遡って効力を生ずることになることはいうまでもない(一一六条)。これは無権代理行為が本人の追認によって有効な代理行為となるだけであって、判旨のように

「第三者に対する関係においては、Aに権限を付与した外観を与えたものとも解され」というようなものではない。外観ではなく、事後的に代理権を授与したのである。従つて、その代理権が目的を達して消滅した後にAが本件の如くBのために根抵当権を設定しても、これまさに代理権消滅後の無権代理行為なのであって、一一二条の要件を満すか否かだけが問題である。無権代理人の無権代理行為を相手方の要請によつて追認したならば、その後、つねに当該行為と同じ性質の行為について印を偽造行使されてさえも一一二条の表見代理成立の可能性を問われるとしたならば、われわれは、一度たりとも他人に代理行為をさせたり、無権代理を追認したりするのは危なくて行うことができないということになりはしないであろうか。判旨が一一〇条を持ちだすのは、Aの「無権代理行為」は、徳陽相互銀行との契約締結権限であり、本件根抵当権設定行為はBとの取引であるから、この点で権限超越性があるとの判断に基づくのであろうか。しかしそうであれば、徳陽相互銀行との間の根抵当権設定契約権限がXによつて与えられた（ないしは追認された）Aの権限であるとしてBに、Bとの間の根抵当権設定契約権限ありとの正当理由が成立するはずはないのである。また見方を変えて、徳陽相互銀行がXとの間で三度目の根抵当権設定契約をAの代理行為によつて締結したとしたら、はたして徳陽相互銀行に代理権消滅後のAの無権代理につき、善意・無過失が成立しうるのであろうかを問うてみるとよい。Xが前二回のAの無権代理を追認していたとしても、徳陽相互銀行はすでにAが二度に亘つてXに無断で無権代理をしたことを知っているのであるから、Aが三度目にまた根抵当権を設定したいといつてきたときに、何も疑わず、この申出に銀行が応ずるはずはないのである。いいかえれば、従来からの取引のある相手方についてすら、善意・無過失は成立しえない場合に、従来から何も取引のない、新規の取引の相手方が、他人との間にAが無権代理したことがあり、本人によつて追認されたことがあると知っているので、その者に権限ありと信

すべき正当理由はもちろん、代理権消滅についての善意無過失が成立しうることなどあるはずはないのである。それゆえ、判旨が、「原審は、すべからく、前記BがAの本件根拠當權設定行為につき権限ありと信ずべき正当の事由を有していたかどうかについて審理を尽すべきであった」と原審を批判するのは、真にナンセンスというほかないのである。

(6) 最判昭和四五年一二月二日のような判決を導く根底には、一般的に一一二条の適用に関し、学説・判例上の誤解があるように思えてならない。すなわち、一一二条の代理権消滅後の表見代理は、特定事項につき一度代理権を授与した本人が代理人の行為によってある法律行為を行ったところ、それを知っていた他の者が、代理人の代理権の消滅を知らず、知りえなかった場合、つまり善意無過失の要件を満す場合に成立すると解されているのではなからうか。私見によれば、右の如き場合には決して一一二条の表見代理は成立しないのであって、そうではなく、本人が一定の代理権を伴うと客観的に認められる地位にある者をつけた場合、たとえば、家政処理をまかせている差配人とか支配人とか執事とか集金・配達人とかにつけていた場合に右の差配人、支配人、執事、集金・配達人の地位を剝奪した際にそれに伴って代理権も消滅したというときに、差配人や支配人等を止めたということを過失なくして知らない第三者が、従来通り、差配人、支配人等と思って従来の職務の範囲内（したがってかつての代理権の範囲内）の行為について取引した場合にのみ成立するものだと解すべきだと思う。過去に一度でも代理権を与えて代理させたら、その後つねに代理権消滅後の表見代理成立の可能性にさらされるとしたら、代理制度は本人にとって危険なもの以外の何物でもなくなるのである。この点については他日、改めて論じたいと思う。

四 お わ り に

以上の検討によって明らかのように、学説によって早くから主張されてきた（我妻・判民大正十年度一七一事件）
一二二条と一一〇条、一〇九条と一一〇条の重疊的適用による競合型表見代理の成立は、理論上の可能性は別として
も、その理論を用いなければ、解決しえない判例は一件も存在しないといつてよいのではなからうか。大連判昭和一
九年も事案の解決に不必要な判例理論を右学説に迎合して公けにしたと評してよいのではなからうか。私見は、必ず
しも競合型表見代理を理論上否定すべきだとは考えないが、これを事件の解決のために用いる際にはつとめて慎重な
態度が要求されるべきだと考える。事案の解決に必要なない抽象論は原則的に戒めなければならぬと思う。