

表見支配人と悪意の「相手方」再考

—最判昭和59・3・29を素材として—

柴 崎 暁¹⁾

1. はじめに

本稿では、商法²⁾ 42条2項³⁾にいう「相手方」が問題となった最高裁判所第一小法廷判決昭和59年3月29日⁴⁾を素材として、いわゆる表見支配人をめぐる法律問題の一片に接近したい。事案は、実体のある営業所の「所長」から業務の委託を受けた者が、権限に属さない、営業主のための手形行為（隠れた保証趣旨の裏書）を行ったところ、当該手形は、当該裏書の偽造ないし無権代理行為たることを知らない所持人に取得され、呈示に対して営業主がこれを支払わなかったため、所持人が主位的には手形金請求を、予備的には民715に基く使用者責任を問うた事例であり⁵⁾、判旨は、本件には商42Ⅱが適用されないものとして主位的請求を棄却した部分につき原審を支持し、予備的請求についてはさらに民715に基く請求が認められるかどうかについて審理せしめるべく差戻しとしたものである⁶⁾。

2. 昭和59年判決の意義

本件では、主位的請求としてBがYの営業の主任者を示す名称を付した

商業使用人であるとの前提で商42に基く手形金支払請求が、予備的請求として民715による損害賠償請求がなされているものの、BをYの任意代理の復代理人とした上での表見代理の本人への請求がなされているのではない。そのため、民109ないし民110の適用は不問とされた⁷⁾⁸⁾。その上で判旨は、商42の適用可能性につき、BはYと雇用関係になかったこと⁹⁾、BがDに対する関係においては「Y福岡営業所所長A代理」として行為していたことから、営業所長代理の名称が営業の主任者たることを示す表示となるかを論じてこれを否定¹⁰⁾し、結果商42の適用はないものとした。Aが支配人であったことについては問題はなからう。BはAからの委任によりYの復代理人としての地位を有すると言いうるかもしれないが¹¹⁾、商38Ⅱの反対解釈から、支配権を復授権する権限はAにはなく、あくまでこの代理権は任意代理人の代理権である。Bの代理権がAの有していた実質代理権の範囲を超えることはあり得ないところ、Aの営業所長としての権限につき、手形行為についてはY本店で統括するという内規が存し、Aに手形行為の実質代理権がなかったのであるから、Bにもその権限はない。さらに、民109・民110に基く請求も主張もなされていないから、問題は民715によって決せられるべきものである¹²⁾。

このように本件では商42の適用の余地がないのであるから、商42Ⅱにいう「相手方」が、当該取引の直接の相手方に限られるかどうかは、もともと事案を解決するためには言及する必要がない。判旨が、手形面上の記載ではなく実質的に「相手方」を定義すべきであるとする点についても、本件の解決に直接関係がない。とはいえ、一般的に「本店又ハ支店ノ営業ノ主任者タルコトヲ示スベキ名称ヲ附シタル使用人」が権限を踰越して手形行為を行った場合に、商42Ⅱにいう「相手方が悪意ナリシ場合」の「相手方」が誰であるかは重要な意味を持つ。本判決は、民109および民110について既に示されていたこの問題に関する解釈¹³⁾（大判大正14・3・12、最判昭和32・2・7、最判昭和36・12・12、最判昭和39・9・15）が商42に

も及ぼされることを示して議論を整理するという意義があったといえよう。

3. 判例にみる「相手方」の範囲と商42に基づく責任の本質

民110は、「代理人カ其権限外ノ行為ヲ為シタル場合ニ於テ第三者カ其権限アリト信スヘキ正当ノ理由ヲ有セシトキハ前条〔民109〕ノ規定ヲ準用ス」として本人として責任を負うことを定めているため、「第三者」において当該他人が本人との内部関係において真実の代理権を付与されていない事実について悪意であり、そこで本人の「責任」が発生していなければ、裏書によって手形を取得した後者の所持人に承継さるべき権利が存しないとするのが判例である¹⁴⁾。商42の制度の本質は、民110の特別法化であって¹⁵⁾、両者が同じ規範構造を持つものと考えれば、商42Ⅱの「相手方」に関する判断についても、民110の場合の「第三者」と同様に論じ得るゆえんである。これに対して、少なからざる学説が、この問題について判例に反対し、権利外観法理による解決を提唱する¹⁶⁾（田中耕，田中誠，伊澤孝平，田邊光政をはじめ，多数の諸家）。本稿では、このような論者らの支持する結論をなるべく尊重しながらも、権利外観法理とは別の法律構成によって問題を解決することを試みたい。

4. 支配人の支配権の不可制限性の本質と悪意の抗弁

ところで、本件判決は、商42について「第三者」の限定的理解を認めるが、商38Ⅲの善意者の問題についてこれが及ぶと言っていない。（有権代理的構成を前提にすれば）商38の構造においては、悪意者に対する関係で代理権の制限を主張し得る効果は一般悪意の抗弁（*exceptio doli generaris*）として説明され¹⁷⁾る（高橋三知雄・代理理論の研究）。支配人の包括的代理権は法定的に不可制限的であり、その上で、属人的に悪意の

抗弁が付与されることとなる¹⁸⁾。したがって、ここでは、外観を信頼していた「第三者」の範囲が直接の相手方に限定されるなどということはない。仮に直接の相手方において悪意であったとしても、それに後続する裏書により手形を取得した者においてさえ悪意がなければ、一般悪意の抗弁が成立しないことになるから、この所持人は、もともと存在していた実体的な法律関係、すなわち、制限不可能なる支配人の包括的代理権による代理行為の効果帰属を、営業主に対して援用できるのである。

代理理論一般として、外部的授權表示の方法による無因的な代理権授与¹⁹⁾という観念を以て、いっばんに表見代理とされている制度を有権代理として説明する学説（木村常信、高橋三知雄）が認められるのであるから、商38にもこの原理を及ぼすことが適切であると考えられないであろうか。そして、さらにすすんでこのような特殊な有権代理的構造は、商42の場面についても共通のものとして理解することがあるいは可能であるかもしれない²⁰⁾。日本の民法学説は少なくとも民法規定の解釈としてはこのような考え方を否定し²¹⁾、代理権授与行為の無因性という観念に疑問を呈する学説（遠田新一、林幸司など）も少なくない²²⁾。そして、平成16年改正民法但書²³⁾の新設で外部的表示の方法による代理権授与によるものでない趣旨が一層明らかとなったといわれている²⁴⁾。商法学者においても外部的授權の観念は否定されているかにみえる²⁵⁾。しかしながら、少なくとも、商38については、以下に述べるような理由で、外部的授權表示の効果として生じる無因的な代理権授与と説いたほうが合理的である。すなわち、上記無因性批判の論者が認めるように、Paul LABANDによる代理無因論は、旧ドイツ商法典の商業補助者に関して説かれていた学説であること、そのことを理由に民法代理における無因論を否定するならば、商法代理には却ってこれが妥当することになるからである²⁶⁾。民法学説の説明は、典型的には非商人の任意代理を想定しているのであるから、このような代理署名が存する手形を受け取る者において無権代理であることの危険を理解した上

で取得することを課しても構わないと思われるが、同じ判断を、商人ないし会社の営業主任者の署名について取得する者に課すべき基礎があるといえるのであろうか。このように問題を考察するとき、本件判決の射程は限定的に理解されなければならないであろう。さらにすすんで、営業主任者に関する商42の適用場面でも、この価値判断自体は尊重されるべきであるから、上述のように、権利外観法理が要請されるゆえんであるが、その前に、商42の適用される場面とされているときであっても、後述のような「支配人」概念の理解を採るときには適用法条は商38となり、権利外観法理を動員する必要性は、事実上はきわめて限られてくるのではなかろうか。

5. 「支配人」概念の変遷に伴う商38の適用範囲の拡張

商42の制度は、営業主任者を「表見支配人」として取り扱う趣旨の法文であると解されてきた²⁷⁾。ところで、通説によれば商38の支配人とは、実質的に本支店の営業に関する裁判上裁判外の包括的代理権を授与された者であるが、かかる権限を真実与えられず、ある使用人に付された名称のみが包括的代理権者を意味するものであるときに、相手方の信頼を裏切ることになるから、かかる信頼を保護し、代理権あるものと看做すというのがその趣旨であると説明されてきた。そして、かかる包括的代理権を授与されているといえない者については、すべて商42によってその権限が擬制される、というのである。しかし、通説のこの説明は、商38を殆ど無意味にすると思われる欠陥があった。すなわち、商38はもともと支配人の名で選任された者が、本支店の営業に関する裁判上裁判外は一切の代理権を有するという効果を付与されるという構造の規定（名称説）であったから、名称を基準にその選任行為は支配人選任行為として性質決定され、包括的代理権の発生はその法定効果として説明できたところ、通説の説くところに拠れば、包括的代理権またはそれに準じる代理権の付与は支配人選任行為

としての性質決定の要件となるから、代理権にある程度以上の範囲の制限を付して営業主任者を選任すると、それは支配人と呼ばれないという帰結を生じる。商38 I が第三者との関係において支配人の代理権の範囲に関して機能するのは、ある程度以内の範囲の制限を付した営業主任者について、このある程度の制限が対抗不能になるという効果だけである。そこで、支配人とは権限を授与された者の意ではなく、「本支店の営業主任者として選任された者」であって、本支店の営業に関する裁判上裁判外の包括的代理権が認められることはそのような地位に任じたことの法定効果であると解する立場が登場する²⁸⁾ (大隅健一郎「支配人と表見支配人」)。この説によると、商38の適用範囲が拡大され、通説では表見代理となるはずの現象の大部分を有権代理で説明することになる。この立場によると、支配人であるかどうかとは、現実に付与された権限の範囲ではなく、「本支店の営業主任者」としての職能を遂行するよう委任されたかどうかを基準となるが、そのような委任の認定は、かつての名称説²⁹⁾ のような限定的なものではなく、「取引社会において営業主任者として選任されたものという名称」が経験から認定可能であり、一旦これが支配人選任行為と解釈されるやその代理権の範囲は法定的抽象的に定められているから商38が適用されて問題は解決する。商42は、「真実は本店又は支店の営業の主任者ではないのに、その営業の主任者たることを示すべき名称を付された使用人」についてのみ適用される条文となる。本支店の営業主任者として任じる行為自体が存在していなければ、同条が適用されよう。このときには本判決判旨の原理が及び、権利外観法理の適否という問題がそこであらわれることとなろう (なお、仮に以上の理論を昭和59年判決の事例に適用しても、「Y福岡営業所所長A代理B」は、営業主任者の表示ではないから、商42の適用は期待できないことは注記しておくべきであろう)³⁰⁾。

6. おわりに

以上のように、商38の適用範囲の拡大という効果を伴う有力説に従えば、商42の適用される範囲は狭まり、商38の規定する包括的代理権である支配権の具体的実体的内容が有権代理であるとするならば、判例による「相手方」の狭隘な概念のために学説が危惧するような手形流通の阻害という事態は大幅に避けられ、しかもそのため、この問題に関する権利外観法理による法の矯正を無用にする。それでもなお商42の適用される場面は皆無ではないかもしれない。そのような場面として想定されるのは、「真実は本店又は支店の営業の主任者ではないのに、その営業の主任者たることを示すべき名称を付された使用人」が行為する場面、営業主が関与して営業主任者の名で挨拶状や名刺を作成し、これを用いて取引相手にかかる主任者に当該使用人が就任していることを紹介する挙動が存する場合をもってその典型であるとするべきであろう。しかし、はたして、これを以て、単なる「外観」とのみ扱うのは正当であろうか。かかる営業主の挙動とは、それ自体が既に現実には当該使用人を支店長や営業所長そのものとして取扱うこと、営業主におけるかかる意思の発動を意味するのではないか。そうであれば、商38の適用場面となるのではあるまいか。仮に内部的に、当該使用人が、営業主任者として遇されていないという事情があり、その趣旨が営業主使用人間で特約されていたとしても、外部との関係において、商人の人的組織そのものの客観的構成には影響しないというべきではなかろうか。そうなると、結局、商42は殆どその機能を失わざるを得ないことになるだろう。

注

- 1) 早稲田大学教授、博士（法学）。主著・手形法理と抽象債務（2002年、新青出版）。
- 2) 以下本稿で登場する法文は、昭和59年判決の事例で適用される法文である。その後、平成17年改正により、商38（当時）が現行商21に、商42（当時）が現行商24に条名

変更となったほか、平成17年会社法に、会社の支配人に関する規定として商38（当時）に相当する規定として会11が、商42（当時）に相当する規定として会13がそれぞれ置かれ、かつ、それぞれ現代語化された。文中煩を避けるべく、特にことわりのない限りすべて当時の条名を用いる。

- 3) 「第四十二条 本店又ハ支店ノ営業ノ主任者タルコトヲ示スベキ名称ヲ附シタル使用人ハ之ヲ其ノ本店又ハ支店ノ支配人ト同一ノ権限ヲ有スルモノト看做ス但シ裁判上ノ行為ニ付テハ此ノ限ニ在ラズ/2 前項ノ規定ハ相手方ガ悪意ナリシ場合ニハ之ヲ適用セス」。
- 4) 判時1135号125頁, 判タ544号125頁, 金法1061号33頁, 金判709号3頁, 約束手形金請求事件 一部破棄差戻, 一部破棄自判本件評釈として, 加藤徹・商法〔総則・商行為〕百選4版64頁, 梶山純・八幡大学論集36巻2・3号151頁, 庄政志・金法1090号2頁, 高田桂一・手形百選4版28頁, 小橋一郎・民商91巻3号104頁, 小林量・論叢119巻3号95頁, 相原隆・早法61巻2号202頁, 大西武士・判例金融取引法〔下〕475頁, 畑肇・商法〔総則・商行為〕百選3版64頁, 尾崎安央・法ゼミ31巻3号74頁, 平泉貴士・新報98巻7・8号215頁, 堀内仁・手研29巻7号56頁。原審判批・喜多了祐・判評288〔判時1061〕号198頁, 川内克忠・ひろば36巻4号67頁。
- 5) 事実関係をさらに詳述しておく。Y株式会社は建設業法上の支店に準ずる営業所を福岡市内に開設, Yの常務取締役Aが所長に就任, 独自に同所長名義で舗装工事請負契約の締結・履行等をなす権限を有していたが, 手形行為はY内部規程上本店で統轄されていた。Aは本店に転任, Yとの間には直接の雇傭関係はない個人建設業者Bに, 本件営業所に常駐しての入札事務処理を依頼。Bは「所長代理」名で本店からの個別的な指示なく本件営業所長印等を使用して受注し, Bの関係会社が入札工事の下請をした。工事代金は発注者からYが受領しBに取り分が送金された。市が地元業者優先の方針をとるようになったため, YはBの支配下にある地元業者C・Dを介在させて受注するようになった。昭和54年8月下旬頃, Bは, Cの資金繰りの目的でC振出の約束手形（本件手形）をD方に持参して割引を依頼, Yの裏書があれば割引に応じると言われ, Bが所長印を冒用し「Y福岡営業所所長A」名下の本件裏書を偽造し, B名義の被裏書人白地第二裏書をなしDに交付, Dは工務店Xに再割引を依頼, 「第一裏書は正当になされたもの」と述べてこれを交付した。X代表者はその旨信じて本件手形と引換に, Dに割引金185万円を交付。Dはこのうち171万余円をBに送金, 残余はC元代表者Eに対する貸付の弁済として自ら取得した。Xはその後手形をFに裏書し, Fは支払期日に本件手形を呈示したが支払がないためXに遡求し, Xはこれを受戻してYに手形金の支払を求めた。第一審判決は, Yに対して手形債務の履行を求める主位的請求を棄却するとともに, 民715

に基く予備的請求である損害賠償請求を偽造との相当因果関係の範囲において認容。控訴審・福岡高判昭和57・1・20（判時1049号129頁、判タ464号157頁、金判645号19頁）は、Aから営業所長としての権限を包括的に委任されYがこれに黙示的許諾を与えたBを、商42（判決当時。現行商24。以下本稿では法文の条名は特にことわりのない限り本最判当時のものとする）による裁判外の包括的代理権を有する営業主任者とし、前述内規による代理権の制限は善意の第三者に対抗することができないものとし、Bの権限濫用をDが知情していたことについてのXの悪意について主張立証がないとして主位的請求を認容、原判決取消。Yは、Xにおいて「本件営業所長がAであり、同人又はその営業所長代理と称するBに手形振出権限があると信じていたこと」について主張立証しなければならないとして上告。

- 6) 判旨は以下のとおり。「Bは、Yと雇傭関係がなく…本件営業所の「所長代理」の肩書が付されていたにとどまる…から、Bは、Yの使用人ということはできないし、また、本件営業所の主任者たることを示す名称が付されていたともいえないから、Bが〔商法42〕条1項本文により本件営業所の支配人と同一の権限を有するものと看做されるべきであると解することはできない。／商法42条2項にいう相手方等いわゆる表見代理が成立しうる第三者は、当該取引の直接の相手方に限られるものであり、手形行為の場合には、この直接の相手方は、手形上の記載によって形式的に判断されるべきものではなく、実質的な取引の相手方をいうものと解すべきである…」。本件手形の割引をした者はDで、XはDから手形上の権利の譲渡を受けたものとXは主張していたのに、原審は、DがBの裏書偽造を知っていたとしても、Xがこのことに善意で本件手形を取得したからYは裏書につき責任を負うとした点で、商42Ⅱの解釈適用を誤り弁論主義に違背する違法がある。Dが第一裏書の偽造について悪意であるという事実関係のもとにおいては、「Xの主位的請求は、これを認容しうる余地がなく…右請求を棄却した第一審判決は正当」である。主位的請求に対する控訴を棄却し、予備的請求に対する本件控訴について当否を判断せしめるべく原審に差し戻す。
- 7) 評釈のなかには、民110の適用は問題になりうると指摘するものがあつた。小橋一郎・民商91巻3号107頁他。
- 8) もしこれが問題となるときには、まず、「Y福岡営業所所長A」名によるBによる裏書が、偽造か無権代理かを性質決定しなければならない。他人名を直接顕出して行われる他人による手形署名は「代行」と称され、これが無権限でなされている場合に、判例はこれを「偽造」と呼ぶものの、無権代理人に関する諸規定の類推適用を認めてきた。民116について最判昭和41・7・1判タ198号123頁、民110について最判昭和43・12・24民集22巻13号3382頁、手8について最判昭和49・6・28民

集28巻5号655頁。学説は、同様の結論を導くために法律構成として、判例と同様に類推適用とするもの—竹田省・手形法・小切手法（1955年，有斐閣）25頁，石井照久＝鴻常夫・手形法小切手法（増補，1975年，勁草書房）109頁—，特殊な権利外観法理を援用するもの—伊澤孝平・ジュリ手形百選（新版）63頁，大森忠夫・同前51頁，鈴木竹雄・判例手形法小切手法—伊澤孝平先生還暦記念（商事法務研究会，1969年）120頁—等多様であるが，いずれにしても追認可能な無権限署名と解されよう。

- 9) 商42の適用の前提として，行為者が商業使用人でなければならない。田中耕太郎・改正商法総則概論・14版（1938（昭和13）年，有斐閣）282頁，大隅健一郎・商法総則（1957年，有斐閣）163頁，服部栄三・商法総則（1972年，青林書院）296頁，小橋一郎・商法総則（1985年，成文堂）198頁。
- 10) 商42の「営業の主任者」として，佐々穆・判例引用改正商法案概説（中央書房，昭和12年）113頁は「支店長，支店主任，営業所長等」を挙げる。商42制定前の裁判例のうち，銀行支店長が真実支配人ではなかった事例においても，支店長は「営業支店ノ一切ノ行務ヲ處理シ…該支店ノ營業ニ關スル行爲，殊ニ手形取引ニ關シテハ銀行ヲ代表スル權限ヲ授與セラレ之ヲ爲スモノナルコト銀行營業ニ關スル實驗法則上毫モ疑ヲ容〔れず〕」（大判大正13・3・10民集3巻116頁）としていた事例につき，判旨は民109に言及していない。その後も「支店長」につき商42を適用した最3判昭和32・3・5民集11巻3号395頁等があるが，他方相互銀行の「支店長」は支配人であるとして商38Ⅲを適用した最判昭和37・5・10⁹も見られる。菱田政宏「表見支配人」綜合法学31号28頁は，「営業部長・営業主任」の名称に包括的代理権を有する営業の主任者性を肯定し，「支店次長・支店副長・営業部副部長」にはこれを否定し—横浜地判昭和26・12・14下民集2巻12号1442頁—，社会通念上支配人の持つ支配権を全く代行するものとは認められず，現実に支店長が存すると否とを問わず「支店長代理・支配人代理」についてもこれを否定する—最判昭和29・6・22民集8巻6号1170頁—。「営業所長代理」には言及はないが，「支配人代理」でさえ商42を導くことができないとすれば，同様にこの呼称では営業の主任者を示す呼称とはならないといえよう。なお，商42にいう「営業ノ主任者タルコト」にいう「営業」は，実在する必要がある。最3判昭和37・5・1民集16巻5号1031頁，百選〔旧版〕30は，生保会社の「大阪中央支社長」を以て保険業法42条〔当時〕の準用する商42の表見支配人には該当しないとした。「大阪中央支社」が新規保険契約の募集と第一回保険料徴収の取次しか業務とせず，会社の主たる事務所と離れて対外的に独自の事業活動をなすべき組織を有する従たる事務所たる実質がなかったためであるという。営業所の存在を前提にしない取引安全は考慮されない（鴻常夫・

商法総則（1999年、弘文堂）170頁）からである。しかしこの判決には、「一般取引の見解において通常問題の取引がその営業所の業務に属し、従ってその営業所の営業の主任者の権限に属するものとみとめられるか否かが、判断の基礎にされなければならない」（大隅健一郎・商法総則（1978年、有斐閣）164頁）という批判がある。

- 11) 川内・原審評釈70頁。
- 12) 喜多・原審評釈200頁、川内・前掲同所は、Bが商業使用人でないことを確認した上で、なお商業使用人に関する規定を類推適用すべきであると主張する。しかしながら、商42が「使用人」の文言を用いて適用範囲を限界付けているのは、営業主による使用人に対する指揮監督が法的かつ事実に可能であり、それが危険支配する者に責任を負わせるという原理に適するからであって、この制限を乗り越えて類推適用が可能である場合とは、例えば、商人資格がない主体が運営する事業組織において、実態として商業使用人に匹敵する指揮監督が行われる等、類推の基盤があることを条件とすべきではあるまいか。そもそも論者—喜多・前掲同所—自身が、このような復代理は、本件の事情からいえば臨時的なものだと解釈しているのであり、そうだとすれば継続的常置的な代理人である商業使用人とはかなり異質であって、ますます類推の基礎を欠くことになるのではないか。
- 13) 大判大正14・3・12民集4巻120頁、最判昭和32・2・7民集11巻2号227頁、最判昭和36・12・12民集15巻11号2756頁、最判昭和39・9・15民集18巻7号1435頁。
- 14) 従って、手形所持人の保護をはかろうとするならば権利外観理論の援用が必要となる。これに対して、裏書による被裏書人における権利の取得の過程を、当該裏書に先行する手形意思表示が裏書人を介して伝達されて被裏書人と表意者との間に直接の法律関係が生じることの結果として説明し（小橋一郎・商法論集Ⅲ（成文堂、1984年）145頁）、XこそがYを本人としてBが行った行為の相手方とみれば、Xが「其他人」（民109）「第三者」（民110）となり、Bの権限の制限についての悪意の抗弁の対抗の問題は、もっぱらXの主観的態様如何に従って判断すればよいこととなる。
- 15) 「営業の主任者たることを示す名称を有する商業使用人であつても、支配人としての授權を受けてゐなかつた場合には、これと取引を爲した第三者は、一般表見代理（民一一〇條）の適用によるほか救済の途がなく、不測の損害を被る虞がある。そこで商法は〔42条を設けた〕」（西原寛一・商法総則・商行為法（新法律學全書・1949（昭和24）年）104頁）。確かに、想定されている使用人は、何らかの代理権を授与されている者である場合が多いことが想定されているのではあろう。しかし、「名称ヲ付」する行為は、その性質からいえば民109の「表示」に近いものに分類されるべきではないか。

- 16) 論者らは必ずしも権利外観説を明示しているとは限らないが、田中耕太郎・手形法小切手法概論（1935年、有斐閣）161頁、田中誠二・手形・小切手法詳論（1968年、勁草書房）上163頁、伊澤孝平・手形法・小切手法（1949年、有斐閣）142頁、田邊光政・最新手形法小切手法〔三訂版〕87頁以下。
- 17) 高橋三知雄・代理理論の研究（1976年、有斐閣）184頁。
- 18) 本件の事案においては、YはBによる自称営業所長代理としての行動を消極的に放置していただけではなく、Bの取り分を立替払いとして前渡するなど、Bに必要な費用を拠出する等してY自身が収益を上げるための手段として利用していた実態があり、Bによる右営業所長代理としての活動にYが積極的に関与しているといえ得た。Yは十分にBの活動についてこれを支配し自らの企業活動としてこれを行わせていた関係にあり、その結果を自らのものとする意思において、Bの活動について危険を支配していたものとみるべきであり、本件手形裏書についても、本人Yによる外部的授權を理由としてBの行為についてYが責任を負うものであり、DがXにこの手形はYによって真正に裏書されたものである旨の説明をしたことはYの期待に副うものであり、ただBの内部的な地位についてDが悪意であるからDからの請求があった場合にだけ悪意の抗弁を以て対抗しようということになる。善意のXに対しては、Yは自らの意思に基づいて責任を負うのであるから、有権代理として説明することこそが、ここでの実態には適合しているのではないか。
- 19) 「外部的代理権授与 *pouvoir externe*」。SAUSSURE (Claude de), *L'acte juridique fait sans pouvoirs de représentation*, th. Lausanne, 1945, p.31.
- 20) ただし、この構成を主張する高橋三知雄・前掲書184頁においてさえ、「選任されたことにより法定範囲の支配権の授与があったものとされるから常に有権代理が存する」とし、悪意の第三者との関係において代理権の制限が対抗できることは一般悪意の抗弁によるもので、表見代理を考える余地はない、としているのは商38の支配人についてであって、商42に言及はない。しかし、商42を民109型の表示責任と見るなら、これもまた有権代理と解することができるのではあるまいか。しからば商42の理解においても、一般悪意の抗弁は属人的であり、「相手方」が直接の第三者に限られることはないことになる。
- 21) 表見代理学説の有権代理説への非難にもかかわらず、より表見法理にふさわしい、民110の「第三者カ其権限アリト信スヘキ正当ノ理由」の表現と、本人の意思的な関与に親しむと思われる民109の「他人ニ代理権ヲ与ヘタル旨ヲ表示シタル者」の用語の差異は無視すべきではないと思われる。少なくとも民109の成立の経緯からいえば、同条は、起草担当者である富井委員による説明では、ドイツ民法第一草案に範をもとめ、外部的表示による代理権授与の制度を定めたものとして成立してい

る。安永正昭「表見代理」星野英一他編・民法講座 第1巻 民法総則（1984年，有斐閣）490頁。さらには，民109においては，相手方の善意さえ要求されていなかったのである。他方において，民110は，旧民法財産取得編第250条第2項「第三」号（「委任者ハ左ノ場合ニ於テハ代理人ノ権限外ニ為シタル事柄ニ付テモ亦其責ニ任ス…第三 第三者カ善意ニシテ且代理人ニ権限アリト信スル正当ノ理由ヲ有シタルトキ」）を引き継いだものであり（梅謙次郎・民法要義（初版，1896年）巻之一，234頁の民110の註釈に「取二五〇，二項三號」とある），条文の出自も，そこでの本人の関与のあり方も明らかに異なる。第三者において代理権を誤信する「正当ノ理由」が存するといいうるために，判例（大判大正3・10・29民録846頁，最判昭和28・12・3民集1311頁，最判昭和43・2・5民集67頁）・学説（川島武宜・民法総則（1965年，有斐閣）384頁，中川善之助他編集代表＝於保不二雄編・注釈民法第四巻（1967年，有斐閣）147頁〔椿寿夫〕—いわゆる「表見代理の有権代理への繰り込み」論を主張—・幾代通・民法総則（第二版1984年，青林書院）384頁）は，本人の側においては基本代理権授与行為が存することのみを以て足り，それ以上に本人の過失を要件とはしていない。鳩山秀夫・註釋民法全書第二巻（1912-1922年）329頁においては，（A）委任状記載の権限よりも実質付与された権限が狭小な場合や，（B）白紙委任状の濫用の場合に本条の適用を示した大阪地判明治35・5・12法律新聞102号が列挙されているものの，同書も，民110は本人の過失を要件とするものではない趣旨を述べる。（A）の場合には，広範な権限を委任状に記載したこと自体が，（B）の場合には白紙委任状を交付する行為そのもののうちに，同時に民109の「表示」を意味する挙動を見ることができ，あたかも民110の適用範囲と一致するが，（C）委任状に記載したとおりの基本代理権を授与し，それを超えて代理人が行為した場合にも，この学説の構成によれば，基本代理権授与行為さえあればよいのであるから，越権部分に関しては，本人の帰責性＝意思的関与はまったく存在しないといえるこの事例（C）においても，なお本人が責任を負う——「正当ノ理由」を判断する場合に考慮される要素の一つとして本人の落ち度が斟酌されることはあったとしても——。かく解すれば民109・110はまったく原理の異なる制度というべきではなからうか。

- 22) 代理「無因性」理論の主唱者LABANDの所説（Paul LABAND, Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch. *Zeitschrift für das gesammte handelsrecht, herausgegeben von L. Goldschmidt und P. Laband*, 10er Band. 1866）が少なくとも商法典の解釈として論じられうるものであって，民法代理に適用すべきものであることに異論が述べられている事情について，林幸司「我が国における代理権の無因性または抽象性」

法時79巻9号71頁以下、理論の起源の歴史的解明については遠田新一「代理権の抽象性と表見代理」磯村哲先生還暦・市民法学の形成と展開（上）（1978（昭和53）年、有斐閣）207頁以下を参照せよ。

- 23) 「第三者ニ対シテ他人ニ代理権ヲ与ヘタル旨ヲ表示シタル者ハ其代理権ノ範囲内ニ於テ其他人ト第三者トノ間ニ為シタル行為ニ付キ其責ニ任ス」は、「第三者に対して他人に代理権を与えた旨を表示した者は、その代理権の範囲内においてその他人が第三者との間でした行為について、その責任を負う。ただし、第三者が、その他人が代理権を与えられていないことを知り、又は過失によって知らなかったときは、この限りでない。」と改められた。しかし明治29年当時の起草関係者の説明が、民109において相手方の善意が要求されていないことを説くくんだり、「本人ノ通知アリタル當時ハ第三者未タ委任アラサルコトヲ知レルモ本人其通知ヲ爲ス以上ハ直チニ代理人ト委任契約ヲ締結スヘキコトヲ信スルヲ通例トスヘキ」であるから敢えて善意悪意を区別していないとしている（梅謙次郎・民法要義卷之一（33版、明治44年）278頁）ことに注目すべきであろう。かかる民109の沿革に照らし、かかる改正の正統性に疑念が残る。
- 24) このような但書きが新設されたところで、無因性否定論へと直結するわけではない。却って無因的代理権授与が行われる場合には濫用を抑止すべく悪意の抗弁を法認する必要がある。
- 25) 商法学説においてさえ、かような「外部的授権」は認めないとの立場が優勢であるかに思われる。「無論支配人に関しても同様」とされる高窪喜八郎・商法總論（改訂版初版・1928（昭和3）年）548-549頁、竹田省・商法總論（1912（大正元）年）382頁。
- 26) 厳密に言えば代理権の無因性の帰結と表見代理の法理とは帰結が同じではない。表見代理論者である中島玉吉「表見代理論」民法論文集（再版、大正5年、金刺芳流堂）178頁自身が自認しているところであり、無因論によってさえ、代理権授与の表示そのものが有効性を欠く場合には本人効を認める余地はないのである。このことは、無因論が外観信頼の保護に不十分な理論だということを意味するのではない。表見責任では却って本人の意思的関与のないところに責任を生じさせるとの不均衡を認めかねない。
- 27) 昭和13年改正による同条制定の前より、判例は、根拠法条を明示せずに、銀行の「支店長」を「營業支店ノ一切ノ行務ヲ處理シ…該支店ノ營業ニ關スル行為、殊ニ手形取引ニ關シテハ銀行ヲ代表スル權限ヲ授與セラレ之ヲ爲スモノナルコト銀行營業ニ關スル實驗法則上毫モ疑ヲ容〔れず〕」（大判大正13・3・10民集3巻116頁）とするなど、営業主任者の包括的代理権を認めてきた。本条の趣旨は英米法におけ

る禁反言の精神のあらわれとするものとして、石井照久・商法總則・會社法（昭和27年，勁草書房）73頁。

- 28) 大隅健一郎「支配人と表見支配人」田中誠二先生古希記念論文集・現代商法学の諸問題（1967年，有斐閣）51-69頁。この有力説が正当であると思われるのは，本支店の営業に関する裁判上裁判外の一切の包括的権限を有することが商38Ⅰの法律効果であるのに対して，通説の考え方では，それが商38適用の要件にされてしまっている点を厳しく非難する点である（54-55頁）。有力説の支持者としてこの他，服部栄三・商法總則（1972年，青林書院）280頁。商42を，「取引観念上その営業全般についての権限があるとみられる地位にその使用人を任じたことの責任」であって，営業の主任者であることを示す名称を付したことの責任と解するべきでない（小橋一郎・商法總則（1985年，成文堂）198頁）とする議論もこれとほぼ同じ主張かと思われる。さらに同説に拠る早川徹「支配人と表見支配人」菱田編＝岩本傘寿・商法における表見法理（1996年，中央経済）39-60頁によれば，通説に対して次のような批判が展開される。通説では，営業主のためにする本店支店の営業に関する裁判上裁判外の一切の代理権を付与された者しか支配人ではない。例えば「支店長」に，支配権が付与されているとは言い得ない程度の代理権の制限があった場合には商38Ⅲは適用されない。さらにその制限について悪意である者（すなわち支配人でないことに悪意）との関係では商42Ⅰも適用がない。このときは，相手方の保護は，民法の表見代理の規定によることになる（「支店長」が営業の主任者として任ぜられた者である限り，有力説では商38Ⅲにより，商42Ⅰの適用は論じる必要がない）。しかし，この事例でさらに手形行為についても代理権の制限があったがそのことには相手方が善意であったとすると，真実支店長である者による振出の約束手形を受け取った受取人の地位はどうであろう。通説では同様に民法の表見代理の規定によることになる。しかし，上記の悪意の対象である代理権とは違った制限が問題となっているのであるから，有力説によれば，支店長が営業主任者である限り商38により，営業主任者の名称を付されている者である限り商42の保護が及ぶ（43-44頁）。
- 29) 昭和13年改正以前において支配人の概念に争いがあった。初期においては，柳川勝二・商法論綱（増補改訂七版・1917（大正6）年）55頁，青木徹二・商法總論〔商法全書第一編〕（第5版，1909年〔1903年初版〕）278頁，松波仁一郎・改正日本商法（第三版，1912年）98頁，志田鉦太郎・日本商法論第一卷（1901年）174-175頁，本間喜一「支配人ノ代理権」山岡万之助編・横田博士還暦教授廿五年記念論文集（清水書店，1921年）314-315頁などによれば，「支配人」の名称を用いないときにはこれを支配人というべきではないとする立場（名義説・名称説）が知ら

れ、支配人なる「文字」を用いる必要はないがせめて「支配役」と称することが許されるという。その根拠として商法施行法第19条〔当時〕——明治32年商法の施行にあたり、支配人または支配役と称する者が、商法上の支配人の権限を有するものでないときは、3ヶ月以内に名称を改めよ、しからざればこの者が支配人と同一の権限を有するものと「看做す」というもの——が挙げられている。名義説は、Handlungsbevollmächtigterは、署名においてProkuraを意味するすべての表現を用いてはならないことを規定した普通ドイツ商法典第48条の規定に由来し、商事代理人が支配人であるためには、明示的に「支配人」の名を付するものでなければならなかった。コサク氏＝中村甚作・獨逸新商法論第一巻（1904（明治37）年、信山社復刻2004年）168頁では使用人に「明示ヲ以テ之ニ支配人ナル名義ヲ與ヘ」るとき支配人となる、とある。原典はKonrad Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 5 Afl., 1900, Stuttgart, S.122. における《wenn... den Namen "Prokurist" ... ausdrücklich beilegt》という表現を示すものか。仮にこの立場によると、実質において支配人たる権限の付与されていない支配人・支配役の名を付した商業使用人はすなわち支配人そのものであり、商42——当時から見れば未来の制度になってしまうが——が適用されるのは、支配人・支配役の名以外の名称を付せられた、「真実は本店又は支店の営業の主任者ではないのに、その営業の主任者たることを示すべき名称を付された使用人についてのみ」ということになる。大隅健一郎「支配人と表見支配人」田中誠二先生古希記念論文集・現代商法学の諸問題（千倉書房、1967年）66頁、が主張される一方で、支配人を選任したかどうかは専ら営業主の有する意思の如何に依り決すべき事実認定の問題に帰し、通常は支配人の名を用いるという場合が多いが、何と呼ぼうと実質において授權があることが決定的であるとし、「商法三〇條〔昭和13年改正後は第38条〕ノ代理權〔を付与する〕」等という文言を用いることも、その他の名称を用いようと要するに本支店の営業に関する一切の裁判上裁判外の権限を付与してさえいればそれが支配人として取り扱われるべきであるとする立場（実質説）とが対立していた。竹田省・商法總論（1912（大正元）年）389-390頁はその根拠として、1912年当時の商法第18条が「代務人」の名称を認めていたことも根拠として挙げる。また、松本烝治・商法總論（1923（大正12）年）374頁）。両者の対立を和解しようとする学説は、問題を実質権限授与の有無に帰するのであるが、それは表示行為の解釈の如何の問題としてしか顕れようがないのであるとした。寺尾元彦・商法原理（増訂八版・1926（大正15）年）392頁は、名称から明らかなきは支配人であるが、支配人という名称を用いない場合でも、その名称から慣習上権限の制限が認められないような場合にはこれを以て支配人とすべきであるとし、「番頭ト呼ビ其他如何ナル名稱ヲ用フル場合ト雖モ法律上之ヲ支配人

ト認ムルヲ適當トスレハナリ」と述べる。大隅新説は、このような考え方も異なる。なぜならば、具体的な授与された権限の範囲は法条適用の要件ではないからである。名称説が正しいのは、それが、法適用の要件において、営業主任者を示すものとしての名称であるという意味においてである。営業主任者の権限の範囲の問題はすべて法的に決まっています、ただ、営業主任者として選任されるという部分についてだけ選任行為の意思解釈を要するということになるからである。

- 30) また、商42による営業主任者の代理権の範囲は、当該営業に限定される（大阪地判昭和52・9・16判時877号97頁，慶應義塾大学商法研究会・下級審商事判例評釈（昭和50-54）298頁〔倉澤康一郎〕）。これは支配人制度一般について言いうることであるが、商登43 I（3）（旧非訟173 I（2））は、支配人選任の選任登記申請事項として、申請人が数個の商号を使用して数種の営業をするときは支配人が代理すべき営業及び使用すべき商号を登記するように義務付けている。その結果、支配人の権限はそれが真実の支配人であろうといわゆる表見支配人であろうと、当該営業に関してだけ権限を有するということになる——「商號で個別化された特定の営業及び特定の営業所を、その単位として認められる包括的な代理権」石井照久・商法總則・會社法（昭和27年，勁草書房）77頁——。前述のように、商42は、「支店長」の名を付せられた使用人に、当該支店の営業に関する包括的な代理権が存するものと認めてきた判例を法文化したものであり、支配人は営業ごとに支配権を有するというを前提に、営業主任者の名称を付した使用人が当該支店の営業に関する包括的代理権を有するものと看做されるのが表見支配人である。ところが後の学説においては、「支配人」につき、営業ごとではなく、営業主に代わる包括的代理権が本支店の枠を超えて認められるとの理解がある。真実の支配人について、そのような理解が許されるとしても、商42の営業主任者の代理権の包括性は当該営業との関係において外部的な信頼を惹起すること、営業主任者として任ぜられた外観の効果としてこれを保護する必要があることとの関係において認められるのであるから、当該営業のためにする範囲を超えてこれを認めることはできないといえよう。