



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	「事業ノ執行ニ付キ」に関する研究序説 —外形理論の系譜と大（聯）判大正十五年十月十三日の意義を中心に—
Author(s)	神田, 孝夫; KANDA, Takao
Citation	北大法学論集, 38(5-6下), 47-83
Issue Date	1988-07-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16603
Type	departmental bulletin paper
File Information	38(5-6)2_p47-83.pdf



「事業ノ執行ニ付キ」に関する研究序説

——外形理論の系譜と大(聯)判大正十五年十月十三日の意義を中心に——

神田孝夫

- 一 序
- 二 前史——一体不可分説時代の判例と学説
- 三 大(聯)判大正十五年十月十三日の概要
- 四 後続判決への影響と学説の反応
- 五 外形理論の意味内容
- 六 大正十五年大(聯)判の意義
- 七 おわりに

一 序

民法七一五条の使用責任は、今日、きわめて重要な役割を担っている。その重要な要件のひとつが「事業ノ執行ニ付き」であるから、これをいかに解するかは、実際上もすこぶる重大な問題といふことができる。

これについては、周知のいわゆる外形理論が判例学説上ほぼ定着しており、問題はすでに解決済みのようにみえる。しかし、他方で多くの疑問点も指摘されている。外形理論はあまりに概括的であり抽象的にすぎるとか、外形理論はいわゆる事実行為的不法行為には妥当しいではないか、といったものがこれである。かような一般理論のもとでなされる裁判所の具体的かつ実質的判断基準の探求こそ重要だとの問題認識にもとづく分析作業も少なからずみられるが、そのとらえ方にも差がある。およそ外形理論は、実態としてなんら機能してはいないゆえ捨て去るべきであるといった主張すらある。また、近時は、いわゆる取引行為的不法行為において、相手方（被害者）が加害被用者の権限濫用ないし逸脱につき悪意あるいは善意有過失であった場合「事業ノ執行ニ付き」の成否にどう影響するかが、外形理論の機能との関連で論議のまとなつてゐる。表見代理構成による処理との関係いかんの問題も、これと無縁でない。^①

しかし、外形理論をめぐるこうした諸批判の当否や問題の処理いかんは、論者が外形理論をいかなる内容をもつものとして把握しているかに左右される面がある。とすれば、外形理論なるものの意味内容につき共通の認識ないし理解がなければ議論はすれちがいになる可能性があるが、従来の論議には、ややもすると、そういった傾向が窺われるようである。およそ「事業ノ執行ニ付き」をめぐる種々の問題の検討と解決のためには、前提として、外形理論とはいかなる意味内容をもつものかを明らかにすることが不可欠である。また、周知の大（聯）判大正十五年十月十三日^②が外形理論の嚆矢として位置づけられ、それが種々の論議の出発点とされることが多いが、それは疑いの余地のない程当然のこと

か、嚆矢というとき、それはいかなる意味においてなのか、外形理論とは右判決の説示するところ以上のものでも以下のものでないのか、といった点を正確に把握しておく必要がある。

筆者は、かねて「事業ノ執行ニ付キ」をめぐる種々の問題をより単純かつ明解なものとしたいとの目的から、若干の調査と考察をすすめてみたが、ほとんどあらゆる場面で、こうした疑問に逢着し、これらの諸点を再検討すべき必要性を痛感した。本稿は、右の目的のための基礎作業として用意された。⁽³⁾表題に研究序説と付記したゆえんである。

さて、外形理論の意味内容を検討するに当たっては、これが判例法理として生成・発展してきたものであるだけに、判例の展開状況をできるだけ正確にたどるという態度が基本的に要請されよう。また、大(聯)判大正十五年十月十三日の判例史上の意義の分析に当たっては、それが後続判決にどう受けとめられ、どのような影響を与えたかといった側面と、外形理論の今日の到達点からみて、内容的にはたしてその嚆矢といえるかといった側面の問題に着目する必要がある。さらに、右判決は、外形理論がもともと取引の安全ないし信頼保護のための理論として発生したという主張の論拠とされることが多いのだが、この点も、実は、なお一考を要するところである。

本稿は、以上のごとく、大別して、外形理論とは何か、大(聯)判大正十五年十月十三日の意義いかんという二点の問題関心にもとづくが、以下の叙述に当たっては、判例の変遷を段階的にながめながら、その展開過程のなかで右大(聯)判大正十五年十月十三日がどのような意義を有したかを確かめるという方法をとる。さらに学説が、それぞれの段階で、これをどう受けとめどう評価したかにも、適宜目を注ぎたい。なお、筆者としては、外形理論の問題点として、さきに見た諸点のほか、以下の点も検討を要すると考えている。外形的にはいえ加害被用者の職務の範囲が問題視される理由は何なのか、さらに、従来の理解では、使用者の利益を図るための行為でも「事業ノ執行ニ付キ」に当然には当たらないとされるが、その理由は何なのかといった点である。本稿は、これらの課題にとつても有効な前提作業とならう。

(1) 外形理論に内在する疑問点や「事業ノ執行ニ付キ」をめぐる問題状況の概略は、たとえば、田上富信「使用者責任における「事業ノ執行ニ付キ」の意義」有泉亨(監)『現代損害賠償法講座6』(昭四十九)をはじめ、四宮和夫「事務管理・不当利得・不法行為下巻」(昭六十)、森島昭夫「不法行為法講義」(昭六十三)その他の体系書に明らかである。

(2) 民集五卷七八五頁、新聞二六〇五号七頁。

(3) 筆者は、すでに「使用者責任(兼書民法総合判例研究⑩)」(昭五十三)をはじめとして、幾度か「事業ノ執行ニ付キ」をめぐる判例法理の変遷の分析を試みたことがある。しかし、それらは必ずしも十分なものでなく、舌足らずの面も少なからず存した。本稿は、改めて虚心にこれを再検討しようとするものである。

二 前史—一体不可分説時代の判例と学説

(一) まず、大(聯)判大正十五年十月十三日以前の判例の状況をみたい。

周知のように、それまでの判例は一体不可分説によつていたというのが従来の一般的理解である。それが当を得ていないと直ちにはいえないが、ことはそう単純でもない。初期の判例は、大判大正五年五月九日(1)にみられるごとく単に「使用者ノ命令又ハ委任シタル事業ノ執行行為自体若クハ其執行ニ必要ナル行為」という一般理論を述べるにとどまった。

しかし、ほどなく、一体不可分關係を指摘したうえ「被用者が使用者ノ事業ノ執行トシテ何等為スベキコトノ現存セザル場合ニ単ニ自己ノ目的ノ為メ其地位ヲ濫用シテ壇ニ為シタル行為：ノ如キハ：仮令其行為ガ外形上使用者ノ事業ノ執行ト異ル所ナシトスルモ」「事業ノ執行ニ付キ」とはいえないとするものが登場する。大判大正五年七月二十九日(2)、大判大正六年六月十一日といったものが、これである。ここでは、「為スベキコト」が現存しないのに地位を濫用するのは職務と一体不可分の關係にあるといえないとの態度がとられていると解されるが、やがて、大判大正七年三月二十七日(3)のごとく、「一体不可分ノ關係」には一切言及せず、もっぱら「為スベキコト」の存否のみを問題視するものが出てくる。

もちろん、他方で、並行的に、「一体不可分ノ関係」に触れる判決例や、他の表現形式をとるものもなくはないが、概して「為スベキコト」の存否が「事業ノ執行ニ付キ」の画定基準として重要な機能を有することになったとみることができる。当時の下級審判決でも同旨の態度をとるものが少なくなかつたし、民法四十四条に関する大判大正十一年五月十一日⁽⁷⁾も同様の態度をとっている。当時の学説も、判例法の受けとめ方として、一体不可分関係に着目するのではなく、むしろ、「為スベキコト」の存否を問題視するとみるのが一般であつたようである。⁽⁸⁾

なお、この間、職務権限には一切言及せず使用者の営業行為に關しないとの論旨のみで「事業ノ執行ニ付キ」を否定したものが数例みられるが、これは、一般理論として職務との関係が不問とされてよいとの見解をとつたのではなく、単に、具体的事実関係からして、職務との関連を云々するまでもないとの見解に立つたものと解すべきであらう。

ところで、職務との一体不可分関係あるいは「為スベキコト」の存否を問題とすべき理由はどこに求められたか。それを明示するものは少なく、わずかに大判大正五年五月九日（前出）が「使用者ノ命令又ハ委任シタル事務ノ範圍内ニ在ラザル行為ハ……使用者ノ予見スルコト能ハザル所ナレバ……」とするのが注意をひくにとどまる。

「一体不可分関係」や「為スベキコト」の内容は具体的にどのようなように理解されたかを次にみたい。いかなる概念も一義的にその限界を画することは困難なものだが、それにしても、判例の処理には、相当の振幅があつたようである。まず、「一体不可分関係」だが、初期の判例はかなり嚴格にこれを解したといえる。職務権限と密接な関係があり、しかも、使用者の利益を企図した行為に基因する場合にすら「事業ノ執行ニ付キ」が否定されたからである（前出大判大正五年五月九日⁽⁹⁾）。「為スベキコト」の現存を問題視した判決例についても同様のことがいえる。すなわち、大判大正五年七月二十九日（前出）は、株券偽造・交付の事案につき、株券の発行は会社設立以降は増資の際か株主の請求による再発行の外はなさるべきものではないから、其以外にこれを発行するのは「為スベキコト」の存在する場合に当たらないと

し、大判大正六年六月十一日（前出）も、同旨の一般理論を述べたのち、銀行支店長が預金なきにも拘らず預金証書を発行するが如きは其地位を濫用しみだりに為すに他ならないのだからとして、これを否定する。

しかし、大正中期頃からは、同様の一般理論を示しながらも、事実上、緩やかに「事業ノ執行ニ付キ」が判断されるようになる。⁽¹¹⁾すなわち、銀行支店支配人が株券引受人と協議のうえ虚偽の株金払込済証を作成・交付した事案に関する大判大正七年六月二十二日⁽¹²⁾は、一体不可分論を述べつつも、「右行為ガ銀行ノ事業ノ執行行為タルコトヲ妨グルモノニアラズ」とする。また、「為スベキコトノ存在セル場合」たることを要求する大判大正七年三月二十七日（前出）は「被用者トシテ保管庫出等ヲ担当セル者」が「不法ニ之ガ庫出シヲ為シ」た行為は「事業ノ執行ニ付キ」に当たるとし、大判大正十年六月七日⁽¹³⁾も「執行トシテ為スベキ事項ノ現存セル場合」は「為スベキ事項ノ存在セザル……場合……ト同一ニ論ズルヲ容サズ」と述べたうえ、寄託物の保管出入を管掌せる者による倉庫証券不回収の庫出しという右とほぼ同旨の事案につき「事業ノ執行ニ付キ」を肯定する。なお、大判大正八年二月二十一日⁽¹⁴⁾が「事業ノ執行ト内部的關係ヲ有スル行為ニ因リテ加ヘタル損害の謂ナレバ」とのみ説いて、山林売買で買主の被用者が売主の代理人の背任行為に加担したという事案に関し「事業ノ執行ニ付キ」を肯定するのも注意されてよい。ほぼ同一の事案につき「事業ノ執行ニ付キ」を否定した大判大正五年五月九日（前出）を想起したい。緩和の傾向はここにも明らかである。

もつとも、この間にも、他方では「事業ノ執行ニ付キ」をかなり限定的に解する若干の判決例がみられる。見習運転手が会社のためとはいえ、禁に反し単独で運転し事故を起こしたという事案に関する大判大正八年一月二十一日⁽¹⁵⁾、仕事の帰途における会社専用軌道上の台車運行中の事故に関する大判大正十一年十二月十六日⁽¹⁶⁾がこれである。

かくて、大正中期以降、判例においては広狭いずれの態度も存在したとみるのが公平であり、穏当のように思われる。いずれにしても、被用者の主観いかんによつて結論が左右されていないことに留意したい。とくに大判大正七年三月二

十七日（前出）が「単ニ行為者ノ意思ノミニ依リテ決スベキモノニ非ズ」とし、大判大正十年六月七日（前出）が「自己又ハ他人ノ利益ヲ図ル目的ニ出デタルトキト雖モ」として、被用者の主観不問を宣明している事実注意到注意すべきである。判例は、すでに、一種の客観的判断を行なつていたとみることもできる。⁽¹⁷⁾この点は、大（聯）判大正十五年十月十三日の意義を考えるに当たつて看過しえないであろう。

一方、その存在が要求された「為スベキコト」なる語は何を意味していたのか。これが存しないとされた大判大正五年七月二十九日（前出）や大正六年六月十一日（前出）では、具体的な指示命令のもと具体的に為すべき正当な職務行為の意で用いられていると解される（これと並行的ないし同時的になされた不法行為のみが「事業ノ執行ニ付キ」に当たることになる）。他方、これが存するとされた大判大正七年三月二十七日（前出）や大判大正十年六月七日（前出）では、加害の原因ないし手段となつた行為を、違法の要素を払拭して抽象的に——たとえば庫出し行為そのものに着目して——みたとき、それが職務として一般的に為すべきことに属するとの意のようにも解される。この点をいかに考えるかも大（聯）判大正十五年十月十三日の理解を左右しよう。

(二) この時期の学説がどのような態度をとつていたかを、次に一瞥したい。本格的論文は少なく、若干の判例評釈や体系書で言及されるにとどまるが、興味あるうごきがみられる。

初期には、判例に追従して一体不可分論を容認する論者が少なからず存した。松本照治博士、薬師寺志光博士、団野新之判事がこれである。また、判例のいう「為スベキコト」の意味を「委任セラレ又ハ命ゼラレタル事業ノ為メ為スコトヲ要スル行為」ととらえ、これを加害行為に利用したとき責任があるとの見地から、判例に賛同する見解もある。畦道文芸博士がこれである。⁽²¹⁾これらと並行して、使用者のためか否かという加害被用者の意思を標準として「事業ノ執行ニ付キ」を決すべしとの説⁽²²⁾主観説を説くものがあつた。有馬忠三郎弁護士、未弘徹太郎博士がこれである。前者は、

わが民法七一五條は、損害と使用者の行為間に法律上の因果関係なきに拘らず使用者に責任を負わしむるものであるゆえ「事業ノ執行ニ付キ」は狹義に解するのが妥当だとしたものであり、後者は、⁽²³⁾「使用者ノ意思ヲ標準トスル説」は狭少にすぎ、「外形ヲ標準トスル説」は、「自己ニ利用スル意思ヲ以テスルトキハ毫モ使用者ノ為メニ其事業ヲ執行スルモノト云フコトヲ得ザルヲ以テ」適當といえないとしたものであった。これらに対し、広義に解する説に被用者の意思を標準とするものと行為の外形を標準とするものがあるとしたうえ、はじめて外形理論をとつたといつてよい東京控判大正五年三月二十四日⁽²⁴⁾を引用しつつ、「余ハ大体ニ於テ後説ヲ採ル」としたのが鳩山秀夫博士であつた。⁽²⁵⁾被用者が何人の利益を図つたかは外部から認識することは困難であるから之を標準とするときは被害者の保護が薄くなり法律の目的に適しないのみならず、法文は「事業ノ執行ニ付キ」と規定し「事業ノ執行ノ為メ」とはいつていないというのがその理由であつた。そして、結論的に、「客観的ニ執行行為又ハ之レト牽連シタル行為ト認ムルヲ適當トスル行為ニ付テハ使用者ノ責任ヲ認メザルベカラズ」とした。他方、平野義太郎博士は、それまでの判例の態度を「一種の客観的社会的評価」にもとづき「事業ノ執行ニ付キ」を判断したものととらえつつ、「事案と社会的事情とから少しく外形標準説に一步を進むべきである」と主張し、⁽²⁶⁾ほぼ同時期に、中村萬吉博士も「要は外形上使用者の事業を執行し又其執行に牽連する行為をなすものと認むべきときは……」と、明示的に外形理論を説いている。⁽²⁷⁾

こうした外形理論の抬頭に対し難色を示す学説も一部にみられた。「不法なる加害行為が其儘直ちに執行行為(適法なるべき)と同一の外形を有し得る訳はない」というのである。そして、「加害行為の有する不法の分子を除去して考えれば直ちに職務又は事業の執行行為自体と観らるることのできる性質の行為」換言すれば「或事業のための被用者であるが故に為さることのできる性質の行為」をもつて「事業ノ執行ニ付キ」と解すべし、とするのである。末川博士の説くところである。⁽²⁸⁾鳩山説などに対する批判として正鶴を射ているか若干の疑義もあるが、のち入江真太郎弁護士もこ

れに追従している。²⁹⁾

こうした学説のうごきの中で、判例はやがて大きく転換することになる。その転機となったのが大(聯)判大正十五年十月十三日である。

- (1) 刑録二十二輯七一一頁。
- (2) 刑録二十二輯二二四〇頁。
- (3) 民録二十三輯一〇六一頁。
- (4) 刑録二十四輯二四一頁。
- (5) 大判大正八年二月二十一日民録二十五輯三二二頁は「事業ノ執行ト内部関係ヲ有スル行為ニ因リ加ヘタル損害ノ謂ナレバ……」と説き、大判大正十二年七月十日刑集二巻六四三頁は「其(被用者)ノ職務ノ範圍内ニ属スルモノナルヤ否」を問題とするのみである。
- (6) 東京地判大正八年三月三日新聞一五四六号一七頁、東京控判大正十三年十一月十五日新聞二三六一号一五頁。
- (7) 新聞二〇二〇号一九頁。
- (8) たとえば、曄道文芸『最近大審院民事判例批評』三三五頁、平野義太郎『判民大正十年度』八十二事件。また、少しのちになるが、田中耕太郎『判民大正十五年度』一〇七事件も、要するに従来の大審院の見解に依れば、「其ノ事業ノ執行トシテ為スベキ事項ノ現存」が要求せられていたのである、と整理する。
- (9) 大判大正八年十一月五日民録二十五輯一九六八頁、大判大正九年六月二十五日新聞一七三二一号一六頁。
- (10) 使用者から払下木調査の立会を委任された雇人が不正手段により林務官をして払下材積以上の木を引き渡させ所有者を害した事案。
- (11) 同旨の指摘はすでに多くの論稿にみられるところである。たとえば戒能通孝『判例に現われたる使用者責任の法律関係』法時五巻七号(昭八)三七頁、乾昭三『使用者の賠償責任(総合判例叢書(4))』(昭三十二)とくに二六〇頁以下など。

- (12) 民録二十四輯一三三三頁。
- (13) 刑録二十七輯五〇六頁。
- (14) 前注(5)参照。
- (15) 刑録二十五輯四二頁、否定した原判決を容認。
- (16) 刑集一卷七八七頁、肯定の原判決を破毀差戻。
- (17) 前出・平野『判民大正十年度』八十二事件は、つとに「不可分一体ヲ為ス行爲」とは一種の客觀的社会的評價に俟つべきもので、これが大審院の見解である旨述べる。なお、本文中で紹介した肯定判決の多くは、自己ないし第三者の利益を図つた事案であることに留意したい。
- (18) 松本照治『商法判例批評』五十五事件。もつとも同氏は他方で民法四十四条責任の広範な活用を示唆している。
- (19) 薬師寺志光『民事判例研究』十一事件。
- (20) 団野新之『民事責任論』(大十一)七五七頁。
- (21) 嘩道文芸『最近大審院民法判例批評』二七六頁。
- (22) 有馬忠三郎『民法第七一五条に関する二問題』日本弁護士協会録事一九卷二〇一号(大四)九頁。
- (23) 末弘敏太郎『債権各論』(大七)一〇八三頁以下。
- (24) 新聞一一〇九号三三頁。職務上保管する予備株券・会長印・割印を利用して株券を偽造した事案に関するが、判旨は「右偽造と正常な業務執行としての株券発行とは、単に其会社の為めにする意思の有無に依り區別あるに過ぎずして行為の外形は二者決して差異あるにあらず」とする。ここでの外形は単に主觀不問を意味するに近いことに留意すべきである。本件の上告審は本文前出の大判大正五年七月二十九日であり、破毀自判(否定)となった。
- (25) 鳩山秀夫『債権法各論下巻』(大八)九一七頁。
- (26) 平野義太郎・前出『判民大正十年度』八十二事件二五六頁。
- (27) 中村萬吉『債権法各論』(大十)七五〇頁。なお同氏が「被用者の意思を標準とするは、使用者の監督外に及ぶまで責任を生ぜしむる恐れがある」と述べるのは注意をひく。
- (28) 末川博・『職務ヲ行フニ付キ』及び『事業ノ執行ニ付キ』の意義』『民法における特殊問題の研究』一三四頁以下。

(29) 人江真太郎『不法行為』(大十三)一八七頁。なお、筆者が鳩山説などに対する批判の妥当性に疑義を感じるゆえんは、そこでいう外形は単に主観不問を意味するにとどまるとも考えられるからである。

三 大(聯)判大正十五年十月十三日の概要

(一) すでに指摘したように、本判決は、今日、外形理論の嚆矢として位置づけられるのが通例だが、ここでは、そうした先入観を排して、公平かつ客観的にその内容を省みたい。重要判決ゆえ、その経緯と内容をやや詳しくみる必要があるだろう。

事案は、株券発行事務を担当していた庶務課長が株券を偽造したうえ、これを自己の米相場取引のための証拠金代用として担保に利用したというものである。原審は「株券発行ノ場合ニ非ザルニ拘ラズ」発行したのだからと、恰も「事業ノ執行ニ付キ」といえるためには正当な発行と同時的であることを要するかの如き説示をして、これを否定した。

上告理由は、これを不服として、まず、前出の大判大正七年六月二十二日や大判大正十年六月七日を引用しつつ、これら判旨によれば職務の性質職務との関係及行為をなす時の事情を参酌して客観的社会的にその責任を評決せられるべきものと述べ(ここで判民大正十年八十二事件平野評釈を引用)たうえ、原審で上告人が引用した株券偽造に関する大判大正五年七月二十九日は出張所主任という地位にあるものによる事案で、本件の庶務課長による場合とは事案を異にし、本件は、むしろ、大判大正十年六月七日その他のいう「執行トシテ為スベキ事項ノ現存スル場合」に当たる、と主張する。すなわち、従前の大審院の判旨は「正当ノ場合ニハ株券若クハ証券ノ発行ヲ現ニ事業ノ執行トシテ為スベキ事項ガ其ノ職務ノ範囲内ニ存在シタル場合」という趣旨と解するのを相当とし、「(本件庶務課長の)株券発行ハ正ニ之ニ該当」するのであり、原判決が恰も偽造交付が正当発行と同時にであることを要するもののように判示したのは先例の誤解だ、とする。そして、さらに流通を敏活ならしむる有価証券の機能・信用性が重要視されるべきこと、株券作成担当者選任監督に対する取締役の注意義務の存在を強調する。

なお、上告理由は、広義の解釈をとる学説として「被用者ノ意思ヲ標準トスル説」(未弘)「行為ノ外形ヲ標準トスル説」(鳩山)の存在を紹介し、「一般学説ノ趨勢ハ……広義ニ解釈スベシト云フニ在リ」としながらも、外形理論を積極的に主張してお

らず、また、従前の大審院判例の態度に変更をせまるものではなかつたことは、注意すべきである。

これをうけて、大審院は、まず、みづから従前の判例の態度を要約して「被用者ノ行為ガ使用者ノ事業ノ範圍ニ属シ而モ其ノ事業ノ執行トシテ為スベキ事項ノ現存セル場合ニ被用者ガ其ノ執行ヲ為スニ因リテ生ジタル損害ヲ指称シ従テ被用者ガ使用者ノ事業ノ執行トシテ何等為スベキコト現存セザルニ拘ラズ自己ノ目的ノ為メ其ノ地位ヲ濫用シテ壇ニ為シタル行為ニ因リ第三者ニ損害ヲ加ヘタルトキハ縦令其ノ行為ガ外形上使用者ノ事業執行ト異ル所ナシトスルモ使用者ヲシテ賠償ノ責ニ任ゼシムルニ非ズト為シタルモノ」と整理し、「原院モ亦右ノ当院従来ノ判例ノ趣旨ヲ踏襲シテ判決ヲ為シタルモノニ外ナラズ」とする。

そのうえで、「然レドモ本件ノ如ク……庶務課長トシテ株券発行ノ事務ヲ担当シ株券用紙及印頼ヲ保管シ何時ニテモ自由ニ株券発行ノ事務ヲ処理スベキ地位ニ置カレタル場合ニ在リテハ縦令其者ガ地位ヲ濫用シ株券ヲ発行シタリスルモ要スルニ不当ニ事業ヲ執行シタルモノニ外ナラズシテ其ノ事業ノ執行ニ関スル行為タルコトヲ失ハザルモノ……」といひ、「当院従来ノ判例ノ如ク嚴格ナル制限的解釈ヲ採リ使用者ノ事業ノ執行トシテ具體的ニ為スベキ事項ノ現存セザル場合ニ於ケル被用者ノ行為ニ付テハ總テ使用者ニ於テ全然責任ナシト為スガ如キハ同条ノ立法ノ精神ニ鑑ミ且一般取引ノ通念ニ照シ狹隘ニ失スルモノト謂ハザルベカラズ」とする。そして、ひきつづき「蓋シ本件ノ如キ場合ニ於テハ被上告会社及之ニ代リテ其ノ事業ヲ監督スル被上告人取締役某ハ其ノ庶務課長タル者ノ選任ヲ蔽ニスルハ勿論絶エズ其ノ行動監視シ其ノ者が職務上ノ地位ヲ濫用シテ不正ニ株券ヲ発行シ他人ニ損害ヲ及ボスノ危険ヲ豫防スルノ責ニ任ズベキハ当然ニシテ……」とし、結論的に、「原審が株券発行ノ必要アル場合ニ非ザル故ヲ以テ……賠償スルノ責ナシト判示セルハ違法ニシテ本論旨ハ理由アリ原判決ハ此点ニ於イテ破毀セラルベキモノ」とし、「当院従来ノ判例(大判大正七年六月二十二日、大判大正十年六月七日)ハ之ヲ変更スルノ必要アリ」としたのである。

(二) 本判決が、判例変更をあえてした背景は何であつたか。さしあたり考えられることを簡単に一言する。前述のごとく、不法な庫出しの事案に関する大判大正七年三月二十七日や大判大正十年六月七日が「為スベキコト」の現存する場合として処理していることにかんがみると、上告理由のいうとおり、本件事案もこれに準じて扱うこともできたはずである。あえて判例変更したゆえんは、同じ株券偽造の事案につき「為スベキコト」が存在せぬとして否定した先例大判

大正五年七月二十九日との関係が考えられるほか、上告理由の指摘から示唆されるように「為スベキコト」の存在するか否かの区分けが困難な場合があること、加えて、正当な職務権限の行使と同時的か否かで区別するのは必ずしも合理性がないといった諸点への配慮によつたのではないかと、と思われる。

なおまた、上告理由が、流通を敏活ならしむる有価証券の機能、信用性が重要視されるべきことを主張したのに対する応答が直接的には示されていないことに留意したい。判旨は、庶務課長が「何時ニテモ自由ニ株券発行ノ事務ヲ処理スベキ地位」にあることと、使用者のこれに対する監督義務を重要視しているということができよう。⁽¹⁾

本判決は、判例法史のなかでどのように位置づけられるべきものか。いわゆる一体不可分論に立つていないことは明らかである。また、少なくとも、加害が正当な職務権限の行使と同時的である必要はないという考え方であることも確かである。ならば、今日の一般的理解のように、外形理論の嚆矢といふことができるであろうか。その判断に当たつては、そもそも外形理論とは何なのかを明らかにする必要があるが、その検討に入る前に本判決が後続の判決にどのような影響を与えたか、いかなるかたちで継承されていったか、学説はこれをどう受けとめたかをながめたい。なお、以下の叙述では、本判決を簡単に大正十五年大(聯)判または単に聯合部判決と略称することをおこわりする。

(1) この点につき注意を喚起したものととして、田上富信・前掲論文・「現代損害賠償法講座6」三四頁がある。筆者も同感であることは、民法判例百選II(第一版)二〇二頁で示した。

四 後続判決への影響と学説の反応

(一) この考察に当たつては、筆者のみるかぎり判文上はじめて明示的に外形理論を説いたといえる大判昭和十五年五月

十日（詳細は後出）の登場前とそれ以後とを区分けして整理するのが適當であろう。まずは、前者につき概観する。

(1) 右聯合部判決が判例変更を明言したがゆえに、当然のことながら、これ以後、かつての一体不可分論を説くものは完全にかげをひそめ、また、「為スベキコト」の存否を問題視するものはない。その限りで、以後の判決に強い影響を与えたことは疑いないところである。しかし、同判決は、「為スベキコト」の存否を問うべきでないことを明言するのみで、実質的な判断基準をどこに求めるかを積極的には明らかにしていない。また、そこで不問とされた「為スベキコト」の意味じたい鮮明でない。そのため、以後の判決も、新たな判断枠組みの定立やその理由づけに暗中模索をくり返すことになる。それにも、大別すると、二つの流れを読むことができるようである。

ひとつは、数こそ少ないが、職務との関連性を問題視せず、「使用者の事業」に属するものと言えさえすれば、「事業ノ執行ニ付キ」を肯定できるとするものである。聯合部判決のいう「為スベキコト」の意味を加害の原因ないし手段となつた行為を包摂するところの職務一般と解した結果と考えられる。大判昭和六年三月二十三日が「被用者ノ行為ガ使用者ノ事業ノ範圍ニ属スル以上ハ……所謂事業ニ付加ヘタル損害ト称スルコトヲ得ベキモノトス（大正十五年十月十三日当院判決参照）」と一般論を述べ、本件では「被用者（名義借人）ガ不当ニ事業ヲ執行シタルニ外ナラズシテ、自動車營業ガ上告会社ノ事業ノ範圍ニ属スル以上ハ……」（傍点引用者）とし、大判昭和七年九月十二日⁽²⁾が、右昭和六年大判を引用してほぼ同旨の一般理論を述べたうえ（会社）命ニ背キ助手ノ専壇ニ出デタリトスルモ兎ニ角該操縦行為ハ被上告人ノ事業ノ範圍ニ属シ」（傍点引用者）とするのがこれである。なお、これらに先んじて、単に「若空券ガ運送人ノ營業上ノ被用者ノ発行ニ依ルトキハ……」とのみ述べて、（否定した）原判決を破棄差戻した大判昭和三年七月十六日⁽³⁾があるが、被用者の職務範圍になんら関心を示していない点に着目すると、これは、さきの二判決の先導的役割りをはたしたものといえるかもしれない。

大正十五年大(聯)判が、判文の不透明さゆえに、職務との関連を一切不問とする趣旨と理解しうる余地もあつたためか、当時の一部の有力学説は、こうした一連の判決に積極的な賛意を表した。末弘徹太郎博士・勝本正晃博士などがこれである。しかし、川島武宜博士の「右の判例法理は責任を認むるに余りに広般に失するのではないか」との批判もあり、その後勝本説などを継承する学説は、皆無に近い。右の一連の判決の出現は過渡的な現象であつたとみてよく、ほどなく姿を消す。たとえば、上告理由が使用者の事業の範囲に属する以上「事業ノ執行ニ付キ」は肯定さるべきだと主張するのに対し、大判昭和八年四月十八日は、格別の応答をせぬまま、事実上、職務との関連性を問題としたうえ、これを肯定する。加害被用者の職務範囲を緩やかに解して対処していると思われる大判昭和十三年二月十二日のごときがみられるのも注意をひく。

(2) これに対し、他の一方の流れに属する多くの判決は、右聯合部判決が「何時ニテモ自由ニ株券発行ノ事務ヲ処理スベキ地位」を重要視しているのに着目し、そういった視点を継承したとみてよさそうである。すなわち、加害の原因ないし手段となつた行為を「容易ニ為シ得ル地位」にあつたとか、「自由ニ為シ得ベキ状態」にあつたといったふうに行爲と職務内容との関係を問題視するのである。簡単に概観すると、こうである。

大判昭和四年七月十日は、「職務権限ガ株券ノ保管若クハ其ノ名義書換事務ニ関係アルモノニシテ同人ハ其ノ地位ヲ濫用シ……株券ノ交付若クハ名義書換ヲ為シタルモノトセバ……」とし(原判決を破棄差戻)、大判昭和八年四月十八日は「株券ハ……事務執行ノ為メニ同人等ノ手中ニ入りタルモノノ如ク斯クテ偽造ノ機会モ亦茲ニ生ゼシモノノ如ク……然ラバ……」とし(原判決を破棄差戻)、大判昭和十一年六月八日は「何時ニテモ自由ニ承認書ヲ作成シ得ベキ地位ニ在リシモノニ外ナラザレバ……」とし(上告棄却)、大判昭和十一年十二月十一日は「事実上(株券の作成が)何時ニテモ同人ノ自由ニ為シ得ベキ状態ニアリタルモノナル以上……」とし(上告棄却)、大判昭和十四年十二月六日は「有価証券ヲ

保管スル銀行業務ノ執行ヲ懈怠シ之ガ保管ノ目的ニ反スル行為ヲ敢テ為シタルモノ……とし（上告棄却）、大判昭和十五年五月十八日¹⁵は「預証ヲ発行シ得ベキ権限ヲ有スル場合ニ在リテハ縦令其ノ者ガ権限ヲ濫用シ、虚偽ノ預証ヲ発行シタリトスルモ要スルニ不当ニ事業ヲ執行シタルモノニ外ナラスシテ……」と（上告を棄却）している。¹⁶

この間、「事業ノ執行ニ付キ」が否定されたのは、唯一、大判昭和十一年六月八日（前出）が問題としたうち、電話主任から他へ転務したのちになされた電話加入名義変更承認書の偽造・交付に関してである。その根拠は、「何時ニテモ自由ニ承認書ヲ作成シ得ベキ地位」にないというところにあるとみるべきである。

もつとも、この時期の判決例で、さきの聯合部判決を先例として引用するものは少ない。判文上の表現形式が全く同じで、かつ上告理由との対応関係からしても、明白に右聯合部判決を踏襲しているといえる大判昭和十一年六月八日¹⁷（前出）のほか、明示的に引用するものとしては、わずかに大判昭和十一年十二月十一日（前出、右聯合部判決と同じく株券偽造の事案に関する）と大判昭和十五年五月十八日（前出）¹⁸があるにすぎない。

ともあれ、判例や上告理由のいずれにおいても、右聯合部判決が「事業ノ執行ニ付キ」を広義に解すべき論拠として明示的に採用されることの少ないのは、意外なほどである。まして、当時の判決で右聯合部判決を「外形理論」に立つと評価する例は見当たらず、また判文の表現形式に着目するかぎり、同判決が契機となつて直ちに「外形理論」が判例上一般化したとは到底いいがたいことに留意すべきである。¹⁹この間、民法四十四条の「職務ヲ行フニ付キ」に関する大判昭和九年九月二十六日²⁰が「実質上ハ其ノ（法人の目的の）範圍外ノ行為ト雖モ其ノ外形ヨリ觀察シテ法人ノ目的ノ範圍内ニ於ケル行為ト認メ得ラルルモノハ……」と、外形理論を明示しているのだが、ここでも、さきの聯合部判決にはなんらの関心が示されていないことも看過しがたい。

こうした判例の状況に対し、学説がどのような反応を示し、どう評価したかを次に簡単にみたい。

(3) 当時の学説で右聯合部判決を評して外形理論に立つものとしたのは、むしろ、まれといつてよい。磯谷幸次郎博士がこれを「被用者の為したる行為が業務執行と同一なる外形を有する以上……」としたものとして「洵に正当なり」とし、近藤英吉博士が同旨を私見として説きつつ右判決を例示するほか、戒能通孝博士が、右判決に加え、これを前提として登場した大判昭和四年七月十日（前出）、大判昭和六年三月二十三日（前出）、大判昭和七年九月十二日（前出）、大判昭和八年四月十八日（前出）の諸判例を綜合すれば大審院は行為の外形を標準とする説に従つて居るものと考え、としたのが注意をひくとどまる。⁽²³⁾

多くは、こういった評価・位置づけをしない。今日ほとんど定着しているといつてよい学説の一般的傾向に照らすと、奇異な感さえある。右聯合部判決の直後にこれを評釈した田中耕太郎博士は、右判決を、大審院が従来とつてきた「其ノ事業ノ執行トシテ為スベキ事項ノ現存」を要求するという狭隘な見解を打破し新なる見地に立てることを示すものとするのみであり、中村武博士も「近年大審院は漸く七一五条を広義に解し、事業の執行に付てとの語は事業の執行に關してと同一義であるとした」とするにとどまる。⁽²⁴⁾ 明らかに、外形理論とは無縁なものとする見方もある。すなわち、岡村玄治博士は、「事業ノ執行ニ付キ」の解釈については外形理論（東京院判大正五年三月十四日、鳩山）、一体不可分論（判例）そして右の大（聯）判大正十五年十月十三日の三つの態度がある、と整理する。⁽²⁵⁾ 初期の我妻栄博士による位置づけも看過しえない。被用者の使用によつて使用者の社会的活動が拡張せられたと客観的に認められる範圍に於ける被用者の行為が「事業ノ執行ニ付キ」に当たるとの一般論を述べたうえ、具体的に詳論するに当たり、主観を問わず行為の外形に従つて客観的に決すべきことなどの指摘と並列的に「為スベキコト」の現存は不要と述べ、そこにおいてのみ右聯合部判決を引用するのである。⁽²⁷⁾ 一般に学説における外形理論の嚆矢と目される鳩山秀夫博士ものに増訂版で右聯合部判決を紹介して「判例ハ態度ヲ改ム」とするが、必ずしも自説と同旨と位置づけているようには思われぬ。⁽²⁸⁾ 末弘

嚴太郎博士・川島武宜博士・勝本正晃博士らが右聯合部判決を単に「使用者ノ事業」の範圍に属すれば足りるとしたものと受けとめていたことは前述したとおりである。末川博士も「事業ノ執行ニ付キ」という意味はおのずと広く解釈されようとして、右判決を引用するにとどまる。⁽²⁹⁾

なお、学説の「主張」としても、この時期には外形理論を明示的に説くものは、むしろ少なく、これが説かれる場合においても、そこでの外形は単に加害被用者の意図いかんを不問とすべしとの意にとどまることが多いように思われる。明らかに「主観不問」の意をこえた特別の意味で「外形」なる語を用いる例としては、わずかに我妻説を知りうるにすぎない。⁽³⁰⁾この時期における学説の一般的傾向は、むしろ「客観説」というべきものであった、とみるのが適切とも思われる。⁽³¹⁾少なくとも、この時期には「外形」に対する(積極的)信賴の保護といった観点は殆んど見出しえないことに留意したい。

(二) 次に、外形理論を明示的に説くのちの判決例において、大正十五年大(聯)判との連続性がどのように扱われているか、また、これに対する学説のうけとめ方はどうであるか、をみたい。

(1) まずは、外形理論判決の展開状況を簡単にながめよう。筆者の理解によるかぎり、明示的に外形理論を説いた最初のものは「当該行為が外觀上業務執行ト同一ナル外形ヲ有スルモノナルニ於テハ……」とした大判昭和十五年五月十日であった。⁽³²⁾その後しばらくは、戦時ないし戦後の混乱期のゆえか判決例じたいも少ないのだが、これに追従するものがない。今日に連がる外形理論は、昭和三十年代に入って徐々に抬頭してくる。すなわち、最判昭和三十年十二月二十二日が「首肯できる」として容認した原審判決は「行為の外形を捉えて客観的に観察したとき、いやしくもそれが被用者の職務行為の範圍内に属すると認めうるものである以上……」としたものであったし、⁽³⁴⁾最判昭和三十三年七月十六日⁽³⁵⁾は、加害被用者の職務との係わりではないが、「振出行為が外形上、上告会社の事業の範圍に属することはいうまでも

なく……」（傍点引用者）と述べ、最判昭和三十四年四月二十三日は、原審判決が「（事業の執行に当たるかどか）外形的に観察すべきもので……外形的にみればこれ（操縦行為）を同訴外（運転者たる助手）の事業の執行となすに妨げない」としたのを、「当裁判所もこれを正当として支持する」としたものであった。⁽³⁶⁾

こうして徐々に外形理論は浮上してくるが、判文じたいがみずから「外形」を「職務」との関係で明示的に説いたのは、最判昭和三十六年六月九日⁽³⁷⁾が最初といつてよい。ここでは、「行為の外形から観察して、恰も被用者の職務の範囲内に属するものと見られる場合をも包含するものと解すべきである……」との一般理論が述べられたのち、「（原審確定の）事実関係によれば、本件被用者の行為は、本来の職務を逸脱しその地位を濫用して為されたものであるが、その行為は本来の職務と密接の関連を有し外形上、本来の職務の執行と見られるから……」（傍点引用者）と説かれた。こののち、自動車事故や手形偽造の事案をはじめとして種々の事案につき肯定論拠として外形理論を明示的に説くものが陸續として登場することとなる。⁽³⁸⁾もつとも、判文の表現形式をみるかぎり、若干のニュアンスの差を感じさせるものがある。すなわち、右の昭和三十六年最判の示す一般理論をそのまま踏襲するもののほか、同判決の後段の表現形式に沿つて「外形上その職務の範囲の行為と認められ……」とか、「同人の職務の範囲内の行為に属すると認めうる外形」といつたふうに、行為者の主観不問という趣旨よりは、むしろ「職務」の内外を規定する基準として「外形」を説くと思われるものが少なくない。

こういつたなかで、最判昭和四十二年四月二十日⁽³⁹⁾に至り判例の外形理論は新たな展開をみせる。前述最判昭和三十六年六月九日と全く同文の一般理論を述べたうえ、「しかし、その行為の相手方たる第三者が当該行為が被用者の権限濫用に出るものであることを知っていた場合には、使用者は右の責任を負わない」とするのである。「事業ノ執行ニ付キ」をさきの一般理論のごとく解する趣旨は、「取引行為」に関するかぎり、行為の外形に対する第三者の信頼を保護しようとする

すると「存する」からというのが、その理由である。そして、ほどなく、最判昭和四十二年十一月二日⁽⁴⁰⁾が、相手方が被用者の権限濫用につき重過夫ある場合にも同様に考えるべきだとの態度を示すに至る。

さて、これらにおいて、さきの聯合部判決の存在はどのようにうけとめられているか。大判昭和十五年五月十日では全く意識されていない、と断定してよからう。また、最判昭和三十年十二月二十二日においても、判文をみるかぎりそうである。⁽⁴¹⁾明示的に右聯合部判決を引用した最初のものは、最判昭和三十二年七月十六日である。ただし、そこでは、事実上職務の範囲内でなしうる行為であるときに「事業ノ執行ニ付キ」を認めた先例という趣旨で引用されていると解⁽⁴²⁾しうることに留意したい。次に、最判昭和三十四年四月二十二日（前出）が、原判決を「当裁判所もこれを正当として支持する」と述べるに当たり、第一の先例としてこれを引用し、最判昭和三十六年六月九日（前出）は、前述した一般理論にひきつづき、かように解すべきことは「既に当裁判所の判例とするところである」と述べて、最高判昭和三十二年七月十六日（前出）とともに右聯合部判決を引用する。その後直接これを引用するものはまれで、わずかに最判昭和四十二年四月二十日（前出）がみられるにとどまるが、右の三件の最高裁判決は、その後の「事業ノ執行ニ付キ」判例の先導的役割りをはたしたもので、以後の多くの最高裁判決は、しばしばこれらを引用する。その意味で、右聯合部判決は、直接・間接に爾後の最高裁判決に綿々とひきつがれてみるとみることができそうである。もつとも、のちの最高裁判決が明示的にこれを引用しないのはある種の意図的配慮にもとづくとみうる可能性もあるが、それについてはのちに改めて触れる。

ところで、大正十五年大（聯）判は、少なくとも、外形上判断すべき旨を明示的には述べていない。にもかかわらず、最高裁判決がこの聯合部判決を先例として引用したゆえんはどこにあつたのか。裁判所の真意を探るのは難しく、憶測の域を出ないが、次のように考えることもできる。右聯合部判決がそれまでの判例の態度を「何等為スベキコト現存セ

ザル……トキ」は「縦令其ノ行為ガ外形上使用者ノ事業執行ト異ナル所ナシトスルモ使用者ヲシテ賠償ノ責ニ任ゼシムルニ非ズト為シタルモノ」と要約し、これを狹隘に失ずるとして「具体的ニ為スベキ事項ノ現存」を不問とすべきだとした以上、「外形上使用者ノ事業執行ト異ナル所ナシトスルモ」責任なしとの態度は捨てられたのだ、すなわち「外形上使用者ノ事業執行ト異ナル所」なければ足りるというのが右聯合部判決の趣旨であると理解した結果ではないかと。しかし、従前の判例における「外形上……異ナル所ナシトスルモ」という文言は「為スベキコト」が存在しない場合についての単なる修辭句でしかなかったとも解される。そうとすれば、「為スベキコト」の存否を不問としたからといって当然「外形」で足りるということにはならない。少なくとも、右聯合部判決は、正面から積極的に「外形上」判断すべきことを説いているわけではないことを看過できない⁽⁴³⁾。仮りにこれを措くとしても、右判決が不問とした「具体的ニ為スベキ事項」が単に具体的に命じられた正当な職務行為を意味するとするなら、今日一般にいわれる外形理論と同旨の内容をもつとは直ちにはいえないのではないか、との疑義が残る。前記最高裁判決は、単に広義に解すべきことを宣明した先例といった趣旨でこの聯合部判決を引用したにとどまる、とみるべき余地もあろう。

(2) この時期の学説は判例の展開をどううけとめているか。まず、昭和三十年頃までは、大正十五年聯合部判決をはじめ、後続の一連の判決についても、判例が外形理論に立つといった評価は必ずしも一般的でない。その意味では、昭和初期の学説の状況をひきついでいるといつてよい。たとえば、末川博士、谷口知平博士、石本雅男博士らの判例評釈には、外形理論なる語は殆ど登場しない⁽⁴⁴⁾。なお、正面から外形理論に言及した前述の大判昭和十五年五月十日の存在につき、それが公式判例集不登載であったゆえか、全く注意が払われていないことに留意したい。

これに対し、右聯合部判決が外形理論に立つとの評価は、昭和三十年前後の河村大助・北村良一・穂積忠夫の諸氏の指摘あたりから漸次ひろがったようである⁽⁴⁵⁾。とくに、昭和三十二年に相次いで公刊された乾昭三「使用者の賠償責任(総

合判例研究叢書民法(4)』、加藤一郎『不法行為』における叙述を契機に、学説上ほとんど定着することとなったとみてよい。これは、最高裁判例において外形理論が浮上しはじめた時期にほぼ対応している。しかも、これ以降の学説は、ほとんど一致して、右聯合部判決に後続する判決のすべてを、判文上の表現形式いかんを問わず、外形理論に立つとうけとめていることが特徴的である。⁽⁴⁶⁾なお、ここにおいても、正面から外形理論を展開した前記大判昭和十五年五月十日にほとんど関心がはらわれていない。この判決が外形理論を宣明したのもとして重要視されるのは比較的近時のことに属する。⁽⁴⁷⁾

- (1) 新聞三二五九号九頁。名義借りのうえ乗合自動車業を営む者が、名義貸与者(貸切自動車業の許可を有する)との約に反し、無断で貸切自動車として、しかも約定路線外を運行中生ぜしめた事故につき名義貸与者の使用者責任が問われた事案。
- (2) 民集一一卷一七六五頁。
- (3) 評論一八卷一一二頁(商法一六頁)。
- (4) 末弘巖太郎『判民昭和七年度』一三九事件。
- (5) 勝本正晃『判民昭和十三年度』一四事件。同説は、制限的に解すると、原告たる被害者に於て「事業の執行に付き」為されたることの立証責任を負う結果、被害者の立場を不当に困難ならしめ七一五条の機能を減殺する虞あることなど、数点に亘り示唆にとむ理由づけをしている。
- (6) 川島武宜『判民昭和十一年度』六三事件。他に岡村玄治『民事判例研究録第二卷(中大民事判例研究会編)』三三五頁も同旨。
- (7) 末弘巖太郎博士は、その後、『判民昭和十四年度』九十事件で「川島氏の注意を正しいと思う」とされた。なお、前記勝本説は川島説の指摘を踏まえたうえでのものであった点に留意したい。当時の学説で他に注目すべきものとして「使用者の……監督可能な範囲」こそが問題で職務権限は無縁とする秦良一「民法第七一五条『其事業ノ執行』に就て」法曹公論昭和十五年四月号五八頁がある。

- (8) 民集一二巻八〇七頁。
- (9) 民集一七巻二〇三頁。助手の自動車練習中の事故の事案。
- (10) 評論一九巻(民法)三六二頁。
- (11) 民集一二巻八〇七頁。
- (12) 民集一五巻九二八頁。電話加入名義変更の事務を担当する郵便局電話主任が名義人の変更請求書を偽造し、その受理の手續をなしたうえ局長名義の変更承認書を偽造・交付した事案。なお通信係に転務後になされた右行為については否定されている。のちに本文でも触れる。
- (13) 新聞四〇八八号一〇頁。
- (14) 民集一八巻一、四一八頁。
- (15) 新聞四五八五号七頁。本判決は、大判昭和十五年五月十日後のものだが、僅か八日後にすぎず、右判決の影響は考えられないのでここにとりあげた。
- (16) この時期の他の判例としては、大判昭和三年七月九日民集七巻六〇九頁、大判昭和五年十二月十一日新聞三二二五号七頁、大判昭和十四年七月二十七日新聞四四五三号四頁があるが、いずれも肯定されて当然の事案といえる。
- (17) 本件での上告理由は「事業ノ執行ニ付キ」を否定すべき論拠のひとつとして右聯合部判決を援用する。実務上右判決の評価が軌しなかった証左といえよう。
- (18) なお、「使用者の事業」に属すれば足りるとした先例という趣旨で右聯合部判決を引用したものに、本文で前述したごとく、大判昭和六年三月二十三日がある。
- (19) 下級審判決に目を転ずるにしても、唯一大判昭和十三年二月十二日(前出)の原審(大分地裁)判決が目にとまるにすぎない。
- (20) 新聞三七五七号七頁。
- (21) 磯谷幸次郎「債権法論(各論)下」(昭四)八八〇頁。
- (22) 近藤英吉「債権法各論」(昭八)一九八頁。
- (23) 戒能通孝・前掲論文・法時五巻七号四二〜三頁、同「判民昭和八年度」六一事件。

- (24) 田中耕太郎「判民大正十五年度」一〇七事件。
- (25) 中村武「債権発生原因論」(昭三)七九五頁。
- (26) 岡村玄治「債権各論」(昭四)六八四頁以下。
- (27) 我妻栄「債権法」(現代法学全集三八卷)(昭六)四五六頁。
- (28) 鳩山秀夫「増訂日本債権法各論下巻」(十三刷昭七)九一八頁。本文のごとく筆者がいうゆえんは、同書が自説との関連で聯合部判決を引用してはいないからである。
- (29) 末川博・民商八巻一号一二七頁。
- (30) 我妻栄「事務管理・不当利得・不法行為」(昭一四)一六八頁は、一般理論としては前著「債権法」(昭六)と同じく「使用者の使用によって使用者の社会的活動が拡張せられたと客観的に認められる範囲に於ける被用者の行為」とするが、具体的標準の例示をなすに当たって「行為の外形上職務行為と認め得ざるものでも、外形上その職務行為の遂行を助長する為めこれと適当なる牽連関係に立ち使用者の拡張せられたる活動範囲内に入るものと認められる行為」(傍点引用者)と述べる。前著では右の傍点部分は単に「客観的にみて職務行為と適当の牽連関係にあり……」となっていた部分であり、明らかに意図的な補正が認められる。ここでの表現形式がのちの判例や学説に影響を与えたと思われる。
- (31) 末川博博士は、本文で前述した「或事業のための被用者であるが故に為すことのできる性質の行為」との基準をその後も貫いており(たとえば民商二巻四号二四六頁)、戒能通孝博士は「社会的に観察して被用者の職務行為と観らるべき場合」とし(前掲論文・法時五巻七号四三頁)、川島武宜博士は「職務の性質上通常行う危険ある行為」という(「判民昭和十一年度」六三事件)。末弘厳太郎博士も、当初の主観説を捨てたことは明らかだが「外形」云々とはしていない(「判民昭和十四年度」九〇事件)。
- (32) 大審院判決全集七輯六九九頁。
- (33) すでに紹介済みの大判昭和十五年五月十八日を別とすれば、大判昭和十六年四月十日民集二〇巻四六二頁、大判昭和十九年六月十七日民集二三巻四七三頁があるにすぎない。
- (34) 民集九巻四号三五頁、原審は東京高判昭和三十年三月十四日。
- (35) 民集一一巻七号七八頁。

- (36) 民集一三卷四号四〇頁、原審は福岡高判昭和三十二年七月十八日。
- (37) 民集一五卷六号四六頁。
- (38) 直後のものとしては、たとえば最判昭和三十七年十一月八日民集一六卷一〇号二二五三頁、最判昭和三十九年二月四日民集一八卷二号二頁、最判昭和四十年十一月三十日民集一九卷八号二〇四九頁など。
- (39) 民集二二卷三号六九七頁。
- (40) 民集二二卷九号二二七八頁。
- (41) 本件での上告理由は、その当否はともかく、「事業ノ執行ニ付キ」を否定すべき論拠として大正十五年大(聯)判を援用する。判旨はこれになんの応答もしないが實際上同判決の存在を意識していたであろうことは疑いない。
- (42) 同判決は「外形上上告会社の事業の範囲に属することはいうまでもなく」との説示につづいて「しかも(該被用者が)経理課長として……手形振出に関し前記の如き職務権限を有する以上……事業の執行に付きなしたものと認めるのが大審院判例の趣旨に徴しても相当」として、右聯合部判決を引用するのである。
- (43) 近時ようやくこの点に注意を喚起するものが散見される。田上富信・前掲論文『現代損害賠償法講座6』三四頁、同『民法講座』(昭六十)四八二頁、四宮和夫・前掲書六九〇頁、森島昭夫・前掲書三八頁。筆者自身もすでに『新版判例演習民法4』二九五頁などで指摘したことがある。
- (44) 民商一四卷四号一二四頁、民商二二卷四号五五頁、民商三四卷四号一〇九頁、民商四九卷二号七一頁の各評釈を一見されたい。
- (45) それぞれ、経済法律時報二卷四号五頁、曹時八卷三号四三頁、法協七五卷三号一四七頁。
- (46) たとえば、乾・前掲書二七五頁での叙述、加藤一郎・前掲書一八一頁以下の整理をみよ。実務家のうけとめ方もそうである。たとえば北村良一・前掲曹時八卷三号四五頁注(一)、井口牧郎・曹時一一卷六号六二頁。
- (47) 北村・前掲解説が昭和十五年判決の存在をはじめ紹介したが、その後永く等閑視された。たとえば乾・前掲書や加藤・前掲書ではこの判決に全く言及がない。我妻栄ほか編『判例コンメンタールVI』(昭三八)二六九頁(四宮筆)はそれに触れる数少ない例だったが、近時の四宮・前掲『不法行為下巻』六九二頁では、明確に、外形理論を述べた最初の最上級審判決と位置づけられている。筆者自身も以前これを明言したことがある(前掲『新版判例演習民法4』二九五頁)。

五 外形理論の意味内容

(1) 大正十五年大(聯)判につづく判例の展開とこれに対する学説の反応は、以上のみならず、外形理論とは、そもそも、いかなる意味内容を有するものというべきなのか。それにより右聯合部判決の判例法上の意義もおのずと規定される。その検討に当たっては、それが判例上生成・発展したものであり、また、外形理論とよばれる以上、基本的には、外形なる言葉が用いられている判決例から論理的に帰納しうる意味内容こそが問題とされねばならない。

さて、筆者のみるところ、判文にみられる「外形」という語の意味は必ずしも一義的ではなく、むしろ多義的といつてよい。

まず、「外形上」とか「外形的に」なる語が用いられていても、それが「行為の外形から観察して」といった具合に、対象となる行為のとらえ方にのみ係わっている場合がある。最判昭和三十六年六月九日(前出)をはじめ最判昭和三十年二月四日、最判昭和四十三年一月三十日、最判昭和四十三年四月十二日^①など数多い。その場合における「外形」の意味内容として第一に考えられるのは、加害被用者の主観的意図いかに問わない、つまり、加害の契機となつた行為の目的が使用者の利益の企図にあつたか自己ないし第三者の利益を図つたものかを不問とする、ということである。さきの最判昭和三十六年六月九日が、前述の一般理論を理由づけるに当たって「被用者の行為が何人の利益を図つたかということとは外部からこれを認識することは難きを強いるものであるから」と述べるところに、それが明確に示されている。学説上も、外形理論においては「被用者の主観的事情を要件から除外することこそ眼目なのであつて」といった見方が少なくない^②。しかし、「主観不問」^③じたいは、一体不可分時代の判例にすでにみられたところである。前述した大判大正七年三月二十七日や大判大正十年六月七日の説示を想起したい。仮りに外形理論がこれにとどまるものだとすれば、

外形理論なるものは主観不問を確認的に宣言しているところにその意義があることになるが、その場合には、理論というにはあまりに僅かの機能しかはたさないといわねばならない。

次に考えられるのは、使用者から指示された具体的かつ正当な職務の遂行と同時的に行われたか否かは問わないとの趣旨を含むと理解することである。大正期の多くの判決が「為スベキコト」の存否を問題視したことは、前述したところである。そこでの「為スベキコト」の意味は、多くの学説によれば職務遂行のため為すべき具体的な行為の意と解されるのであるが、その存否を不問とする態度が今日の「行為の外形から観察して」といった表現のなかにひきつがれている、とみるのである。意識的にこういった見方を説く者は今日殆んど見出しえないのだが、⁽³⁾外形理論を説くに当たり加害被用者と使用者間の内部的な事情に当然には規定されない旨を説くものは従来一般的といつてよく、そのなかに右の趣旨が含まれていると理解することもできるであろう。

外形理論という場合、少なくともこれらの意味を有することにほぼ異論はないと思われる。

(2) 外形理論というものが、仮りに、右のことを意味するにとどまり、それ以上のことを意味しないとすれば、この理論は「事業ノ執行ニ付キ」の外郭を画する基準としてはならぬ機能しないものということになるが、判例の現実はいえ、決して右にとどまらないようである。当該行為が「使用者の事業の範囲内に属する」との外形を呈するとか、加害被用者の「職務の範囲内」にあるとの外形を有するといったふうには、「事業」ないし「職務」との関連においても「外形」が問題視されることが少なくないからである。もともと、前者の「使用者の事業の範囲内」たる外形に触れるものは数少ない。最判昭和三十二年七月十六日(前出)、最判昭和三十五年三月十八日、⁽⁴⁾最判昭和四十二年十一月二日といつたものが目にとまるにすぎない。しかも、そこでの「事業の範囲内」たる外形は、⁽⁵⁾最判昭和三十五年三月十八日の場合を別とすれば、それしたいとしては、「事業ノ執行ニ付キ」の成否を直ちに決する機能は付与されていない、とみてよい。

すなわち、それが認められるからといって直ちに「事業ノ執行ニ付キ」が肯定されるのではなく、次段で職務との関係が問題とされるのである。⁶⁾

以上に対し、「職務の範囲」との関連において「外形」が問題とされる例は多い。ただ、「職務の範囲内」たる外形と前述の「行為の外形」とのいずれを問題とする趣旨かが、判文をみるかぎり不透明な場合もある。たとえば「外形上他人の職務の範囲に属する」といった表現がよく用いられるが、これが右のいずれを意味するか、一見明白とはいかない。しかし、当該事案の具体的な事実関係を勘案すれば、その判別はおのずと可能であろう。

判例上「職務の範囲内」たる外形が問題とされていることは、次のような事例をみれば明らかである。会計係員による（同係内の手形係在任中および同係内の他任務へ転務後にわたる）約手偽造の事案に関する最判昭和四十年十一月三十日が「手形係として手形作成準備事務を担当していた時期にかかる分は、明らかに外形上他人の職務の範囲内に属するとみられるが、かかる外觀は、同人が手形係を免ぜられたからといって、一挙に失われるものと速断すべきではない」とするのが典型的だが、自動車助手として雇われている者が会社所有の原動機付自転車を利用のため運行中事故を起こしたという事案につき「本件事故当時の右被用者の事故車の運転は外形上その職務の範囲内の行為と認められ……」と判示する最判昭和四十六年十二月二十一日もこれに属すること明白であろう。さらには、戦前に唯一外形理論を明言した大判昭和十五年五月十日（前出）も、実は、この範疇に属すると考えられる。信用組合従業員が権限なく定期預金への質権設定承認行為をなした場合につき、原審が右行為は当該従業員の事務範囲に属せざりしが故として「事業ノ執行ニ付キ」を否定し、上告理由が事務範囲に属するや否やは決め手にならないとしたのをうけて、「当該行為が外觀上業務執行と同一なる外形を有するものなるに於ては……「事業ノ執行ニ付キ」というを妨げざる……」と（原判決を破棄差戻）したのだからである。「事業ノ執行ニ付キ」を否定する判決例のなかにも「職務の範囲内」たる外形（を呈しない

こと）がその論拠となつてゐるものが少なからず存する。最判昭和四十三年一月三十日、最判昭和四十四年四月二十五日、最判昭和四十九年十月二十二日、最判昭和五十八年十月六日などがこれである。⁽⁷⁾

なお、近時は、「職務」の内外との関連では「外形」なる語を用いず、単に「あたかも……職務の範囲内の行為に属するものと認めるのを相当とすべく……」(傍点引用者)といった説示をする判決例も多いが、これらのなかにも、実質的には右と同旨の考え方に立つと位置づけてよいものがあるようである。⁽⁸⁾

判例が「職務の範囲内」たる外形を呈すれば足りるとすることの主旨はどこにあるとみるべきか。加害の原因ないし手段となつた行為をそれじたいを、違法の要素を払拭して抽象的にみるかぎりそれが彼の職務範囲に属するというのであれば、単に「行為の外形」からみて「職務の範囲内」にあるといへば足りるのである。してみると、抽象的にとらえてもなおそれが彼の「職務範囲外」という場合でも、一定程度「事業ノ執行ニ付キ」を肯定しようとするところに「職務の範囲内」たる外形を問題視する眼目がある、というべきである。

以上を要するに、今日の判例法理としての外形理論は、加害被用者の意図₁主観を不問とするのは当然の前提とし、加害行為が正当な職務行為と同時的である必要がないばかりか、加害の原因ないし手段となつた行為が、違法の要素を払拭して抽象的にみるかぎり彼の職務範囲に属する場合はもちろんのこと、それに属さずとも「職務の範囲内」たる外形を呈するといえるかぎり「事業ノ執行ニ付キ」に当たるとするもの、ということが出来る。抽象的にみるかぎり職務の範囲内にあるという場合は、あたかも、判例法上代理人の法律行為につき民法九三条但書の類推適用が問題となる事態に対応し、後者の「職務の範囲内」たる外形を呈すればよいという場合は、あたかも代理人の法律行為につき民法一一〇条の表見代理が問題となる事態に対応するといつてよい。⁽⁹⁾前者は「職務の濫用」の場合であり、後者は「職務範囲の逸脱」の場合と表現することも不当でなからう。従来判例上問題となつた事案の多くは前者の法律構成で処理しえたも

のと考えられるのであり、今日の外形理論の本領は後者にこそあるというべきである。はじめて正面から外形理論を説いた前出大判昭和十五年五月十日がまさにそうしたものであったことも記憶にとどめたい。

(3) 以上は筆者なりの分析だが、従来の学説はといえば、「行為の外形から」といつたふうに、もっぱら対象となる行為のとらえ方に係わつてのみ「外形」なる語を用い、「職務の範囲」との関連では「被用者の職務の客観的範囲に属する場合」とか、近時の判例の表現形式に沿つて「あたかも……職務の範囲内の行為に属するとみることができる場合」と述べるにとどまることが多い。用語にのみこだわることの不当性は十分わかまえているが、かねて「外形理論」と呼称されている以上、どの側面で外形を問題視するものかを確認することは、意味なしとはいえない。これらの論者においては、当該被用者の「職務の範囲」の内外の画定に当たつては「外形的に」は無縁となる。なお、近時の学説の多くは、「客観的に」というのみでは抽象的にすぎるとの自覚から、より具体的かつ明確な判断基準を呈示しようとしているが、本稿でそれに立入ることは必ずしも必要でなからう。⁽¹⁰⁾

これに対し、「職務の範囲」との関連で外形を問題とすると解される論述が、学説の一部にわずかながら見出される。論者じたいがどの程度他説との異同を意識していたか明らかでなく、また、表現上の若干のニュアンスの差にとどまるという面もあるが、単に「行為の外形から」というのとは趣を異にするとみることが許されよう。典型的には、「外觀標準説で言われているのは外観的な職務の内外という意味である」との叙述がこれだが、「職務の範囲に含まれるか否かについてもこれを客観的外形的に観察する」とか「客観的外形的にみて被用者の職務範囲と認められる行為」といつたものも同旨といつてよいであろう。これらの叙述の方が、今日の判例法理をより正確に表示しているように思われる。⁽¹²⁾

(一) それぞれ民集一八巻二号二五二頁、民集二二巻一号六三頁、民集二二巻四号八八九頁。

- (2) 露木脩二「被用者の手形偽造と使用者の責任」林良平ほか編『判例不法行為法』一九二頁、他にたとえば、乾昭三・民商四六卷一号九七頁。
- (3) まれな例として、前掲『判例コンメンタールVI』二六九頁（四宮筆）が外形理論の一文容としてこれに触れる。
- (4) 訟務月報六卷四号六七九頁。
- (5) 民集二二卷九号二七八頁。
- (6) 昭和三十二年判決は、前述の判文にひきつづき該被用者の経理課長としての職務権限を重要視し、昭和四十二年判決では該被用者の職務権限についての相手方の重過失を問題とする。
- (7) それぞれ民集二二卷一号六三頁、判時五六〇号五一頁、交民集七卷五号一二四五頁、判時一一一〇四頁。
- (8) たとえば最判昭和四十五年二月二十六日民集二四卷二号一〇九頁は、手形が被用者を通じて他に交付されることはしばしばありうることであるから、手形の実際の交付行為が右従業員の日常の職務内容になつていたか否かは結論を左右しない旨判示し、とくに社長の命があるときに社長作成の手形を他に交付することがあつた程度の者による手形偽造・交付の事案に關する最判昭和四十三年四月十二日民集二二卷四号八八九頁は、単に「行為の外形上も内面の密接な関連性からみても……」とのみ述べてこれを肯定する。森島昭夫・民商六〇卷一号八四頁、蓮井良憲・ジュリスト四八二号七八頁は、ともに、外形理論の適用基準を著しく緩和したものととして、本文掲記の最判昭和四十年十一月三十日と右の最判昭和四十三年四月十二日を重要視する。
- (9) 従来例でも、最判昭和四十二年四月二十日民法七二五条責任と並行的に民法九三条但書の類推適用を問題としており、他方、民法一一〇条の適用の可否を問題とするものがしばしばあるのは改めて紹介するまでもなからう。これらの構成と民法七二五条責任との關係をどう解するかの問題があることは周知のとおりだが、ここでは措く。
- (10) ただ、近時の一部の学説が、外形理論を前提としつつ、当然のように末川説や川島説を援用しようとすることに若干の疑義があることを一言しておきたい。末川説は外形理論に異議を示していたし、川島説も必ずしも外形理論を明言してはいなかったからである。
- (11) 露木脩二・前掲論文一九三頁。
- (12) 井口牧郎・曹時一一卷六号六二頁、谷口知平・民商六七卷五号一四四頁。

六 大正十五年大(聯)判の意義

(1) さきの検討から明らかなように、大正十五年聯合部判決は、外形理論を判例上直ちに定着せしめたわけではないし、当時の学説も必ずしもこれを外形理論に立つものとはみななかった。これに対し、今日の学説は殆ど一致して、また、最高裁判決も、とくに初期のそれは明示的に、右聯合部判決を外形理論の嚆矢と位置づけるのであるが、さきに分析した外形理論の到達点を基礎に虚心にながめたとき、はたして、同判決は今日いう外形理論の嚆矢といえるだろうか。単に被用者の主観不問や「為スベキコト」の存否不問が外形理論の実質的内容であるとするなら、かような位置づけも不当でなからう。しかし、今日の外形理論は、「職務の範囲内」たる外形とか「外觀的な職務の内外」を問題とするものと考えられる以上、筆者としては、従来の一般的見方に抗して、これを否定的に解さざるをえない。右判決が外形的に判断すべき旨を正面から説いていないことは措くとしても、判決の説示からは、右のような意味を包含するものとまでは到底理解しえないからである。本判決は、文字どおり、「為スベキコト」の存否を不問とする旨を宣明しているにすぎない、とうけとめるべきものと考ええる。また、具体的事案としても、本判決は、「株券発行ノ事務ヲ担当シ株券用紙及印額ヲ保管シ何時ニテモ自由ニ株券発行ノ事務ヲ処理スベキ地位ニ置カレタル」庶務課長が「地位ヲ濫用シ……不当ニ事業ヲ執行シタ」場合を問題とするにすぎない。換言すれば、さきに筆者なりに区分した「職務範囲の逸脱」の場合ではなく、まさに「職務の濫用」の場合にとどまる事案というべきであつて、今日の外形理論の予定している事態とは異なる。初期の最高裁判決がしばしば右聯合部判決を引用したのに対し、その後直接これを引用するものが殆んどみられなくなったのも、最高裁自体が、右判決が「職務範囲の逸脱」の事案の処理の先例としては適わしくないと理解に立つがゆえであるとも考えられる。

以上のような理解に対しては、次のような異論があるかもしれない。外形理論は、もともと加害被用者の主観いかんを不問とし「行為の外形」をとらえてそれが一般的に「職務の範囲内」の行為とみうるかぎり「事業ノ執行ニ付キ」を肯定しようとするものであって、まさに右の聯合部判決はその嚆矢であり、ただ、この理論はその後一層緩和され「職務の範囲内」との外形を呈すれば足りると解されるようになった、という見方である。これによれば、のちの最高裁判決が聯合部判決を先例として引用しないのは、外形理論が判例上定着したために改めてそれをくり返すまでもないと考えたがゆえであるともなることになる。こうした理解もただちに不当とはいえないかもしれない。ことは外形理論なる概念をいかに規定するかの問題に他ならないともみうる。筆者としては、「主観不問」の点はすでに一体不可分説時代に判例上宣明されていたところであり、また右聯合部判決が「外形的に」判断すべき旨を正面から明言してはいないという観点からこの理解に与することができないが、仮りに右の見方を容認する場合には、今日の外形理論がもはや右聯合部判決の説示するところと同一の内容でないことを明確に認識すべきである。

従来、外形理論に対し、内容があまりに抽象的にすぎあまいであるとか、加害被用者の主観を不問とすることにより外形理論の役割りはおわったともいえるといった論調が少なくないのだが、それらの中には、外形理論の意味内容を十分吟味せず、あるいは判例の変容をわきまえず、単純に右聯合部判決の説示するところ以上のものではないとの理解を基礎とするものが多いようである。この点は若干の反省が必要のように思われる。

なお、筆者のごとく、外形理論の嚆矢は右聯合部判決ではなく大判昭和十五年五月十日にこそ求めるべきだと考える場合にあつても、それによつて外形理論の内容が直ちに明確になるといふものでもない。判例における外形理論の実態は、さらに検討を要する問題であることを失わない。しかし、本稿では、紙幅の関係上そこまで立入る余裕がない。この点は、近く予定している別稿にゆだねる。

(2) 序で一言したように右聯合部判決は、外形理論が「取引の安全ないし信頼保護」のための理論として発生したことの論拠とされることが多い。筆者自身は、外形理論の嚆矢とみること自体に疑義を有するが、ここでは、その点は措くにしても、はたして右のような評価が当を得ているかを一考したい。

右判決が対象とした事案は、庶務課長が会社名で偽造・発行した株券（株主名欄は某株主の氏名を冒書）を、自己が個人的になす定期米取引の委託に当たって証拠金代用として取引所員に交付したというものである。ここでは、加害者たる庶務課長は、単なる個人として、個人の名義で行動しているにとどまる。使用者たる会社は、契約当事者として表示されていないゆえ、当然のことながら、相手方には、被告会社と委託契約をなすとの意識は全くないのは明らかである。また、取引委託の際、委託者の「被用者性」じたいが表面化していないゆえ、相手方は、委託者と被告会社間の使用関係じたい「不知」である可能性がある。仮りに、なんらかの事情からこれを了知したとしても、それが委託契約を結ぶ要因となったといえるかは疑問である。まして、委託者が被告会社の庶務課長たる地位にあることが契約締結の直接的な契機になっているとは思われない。さらに、提供された株券が委託契約の当事者たる者によって適正に発行されたものとの信頼が相手方に存したとは考えにくい。つまり、本件事案は、加害者が被用者であるとの信頼じたいが存しないか、少なくとも、加害被用者の「職務の範囲内」に対する信頼といったものが考えられない場合のように思われる。もし、本件事案において相手方になんらかの「信頼」が存するとするなら、それは、単に、提供された株券の「真正さ」に関する、というべきであろう。

外形理論の機能として従来説かれてきた「取引の安全」ないし「信頼保護」の意味もあまり明瞭でないのだが、「取引の安全」という場合、少なくとも、使用者と相手方（被害者）間のそれを指していると考えられ、「信頼保護」という場合、該被用者の代理権限内の行為であるとの信頼、または、少なくとも、株券や手形等が「その被用者を通じて正規

に作成された⁽⁴⁾といったふうに、加害の原因ないし手段となつた行為が該被用者の「職務の範囲内」のものであることへの信頼を意味したものとされる。ところが、本件では、前述のごとく、契約当事者として「使用者」が表示されていない以上、右の「取引の安全」は全く考慮されるべき余地がなく、また、「被用者性」が表面化していず、仮りに表面化していても「職務権限」への信頼が取引委託契約の基礎となつていとはいえないとすれば、右のような「信頼保護」は本件では考えられないように思われる。⁽⁵⁾結局、この聯合部判決が従来いわれてきた意味での「取引の安全」ないし「信頼保護」を図つたものといった受けとめ方が妥当かは、大いに疑問というほかないであろう。

以上の考察は、次のような問題の存することを示唆する。今日、多くの論者は、取引行為の不法行為における外形理論は「取引の安全」とか「信頼保護」の機能をもつと受けとめ、また、最高裁判決も「信頼保護」を明示するに至つたこと前述のとおりだが、はたしてそこでいう取引行為の不法行為とは何を意味しているのか。⁽⁶⁾「取引の安全」とか「信頼保護」といったものを重要視したいのなら、反面、取引行為の不法行為なるものがある程度制限的に理解する必要があるであろう。仮りに、これを緩やかに解するなら、そこでは「取引の安全」はいうにおよばず「信頼保護」といったものが当然には妥当しない場合があることを認めざるをえないのではないか。また、保護されるべき「信頼」の対象が取引目的物の「真正さ」をも含むとなれば、被用者性が表面化していず単に取引目的物の物的瑕疵ある場合も取引行為の不法行為ということになるのか。こういった諸点の反省に当たつては、次の事実が参酌されるべきであろう。ひとつは、右聯合部判決とかなり類似した事案につき、上告理由が、相手方（被害者）は被用者の私的行為なりと認識して行為したものである以上使用者に責任を負担せしめるのは被害者の求めざる保護を与えるものだとして主張したのに対し、大判昭和十四年十二月六日（前出）は、単に「七百十五条ハ……使用者ニ属スル施設機構ノ範圍ニ於テ被用者ガ事業ヲ不当ニ執行シ又ハ之ガ執行ヲ懈怠シタルガ為メニ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責任ヲ負ハシメ以テ第三者ヲ保護セントス

ル趣旨ニ外ナラザレバ……」と説示して肯定していることであり、ふたつは、偽造手形の受取人からの転得者が被害を蒙つた場合に関する事件の最高裁判決が、「信頼保護」に一切言及せず「事業ノ執行ニ付キ」を肯定し、また、有力学説がつとに、かような事案では「信頼保護」は妥当しないとの疑義を呈していることである。

(1) 本件被用者は、別に訴外会社(被告上告人の関連会社)専務取締役としての地位を有する。相手方が委託者の職業や資力に関心をもつとしても、後者こそが重要視されるとみるのが常識的ではないか。

(2) 上告理由中に「念の爲め会社に就て其の真偽を質するも当局者が発行者なる故に……偽造を発見し得べき機会と方法なし」との言がみえるが、前後の文意から、事実として「真偽を質した」ことを示したものは理解しがたい。

(3) 「取引の安全」といっても、取引を有効ならしめることを考えているのではなく、それに近い保護を与えんとするのがその趣旨であろう。

(4) 加藤一郎・前掲書一七九頁、露木脩二・前掲論文一九五頁。

(5) 注釈民法(19)二八八頁(森島筆)は、「聯合部判決が『一般取引ノ通念ニ照シ』といったのは、そのような(信頼を保護する機能をもつとの)趣旨を含んでいるであろう」と述べるが、はたしてどうであろうか。

(6) 取引行為的不法行為なる概念は、ひろく定着している割には、内容が不鮮明である。代理権を詐称する場合に限らないことは加藤一郎・前掲書一八二頁などに指摘されているが、その外延となると、「取引行為(法律ないし法律的行為)の外被のもので、もしくはその一環として不法行為がなされる場合」(幾代通『不法行為』一九一頁)といった説明が目にとまるにすぎず、必ずしも透明ではない。

(7) 本件を評釈する末川博・前掲民商一巻四号一五八頁が、上告理由を「或は本件事案解決に関する要点を衝いているのかのように響くものがある」としつつも、「使用者の賠償責任が生ずるには被用者の不法行為が損害発生の原因であれば足るのであるから、使用者と被用者との間の雇傭関係の如きは、必ずしも第三者との間において現われていることを要しない。」と説くのが留意されてよい。

(8) 上柳克郎「手形被偽造者の使用者責任」田中誠二古稀「現代商法学の諸問題」二四頁、上田宏・民商六三卷五号一〇〇頁。
これに対し、吉川義春・「手形偽造の表見代理と使用者責任(二)」民商六五卷二号九三頁は「信頼はこの場合にも消極的な態様で問題とされてよいと考える」といわれるが、これは、少なくとも、従来いわれてきた「信頼保護」の内容と趣旨を異にしよう。また、これでは、外形理論は、「事業ノ執行ニ付キ」の外延を画する積極的基準としてはなんら機能しないこととなろう。むしろ、外形理論の存在意義を反省させる要素をもつと思われる。

七 おわりに

本稿での検討の結果は、外形理論の生成過程ないし系譜および大正十五年聯合部判決の意義や位置づけのいずれについても、従来一般的にみられた理解とはかなり異なるものとなった。筆者としては、虚心に分析・検討を重ねたつもりだが、勝手な思い違いがないことを願うばかりである。仮りに筆者のとらえ方の当否は措くとしても、本稿によって、従来の論議に対するいくつかの反省材料は得られたと思う。

本稿での考察を基礎として検討すべき課題は多い。その大略は序で示唆したところから明らかであろう。できるだけ早い機会にその検討を手がけたいと考えている。