



| | |
|------------------|---|
| Title | レヒツシャイン法理より見た商法第四十二条論 : 表見支配人の研究(二) |
| Author(s) | 加藤, 勝郎; KATO, K |
| Citation | 北海道大學 法學會論集, 7(3-4), 56-83 |
| Issue Date | 1957-03-30 |
| Doc URL | https://hdl.handle.net/2115/17052 |
| Type | departmental bulletin paper |
| File Information | 7(3-4)_p56-83.pdf |



レヒツシャイン法理より見た商法

第四十二条論

——表見支配人の研究（三）——

加 藤 勝 郎

序

- 一 レヒツシャイン法理の概要（以上第五巻）
- 二 企業取引に於ける表見代理（略）
 - 一 商業代理権の特質
 - 二 表見代理とレヒツシャイン法理
- 三 表見支配人とレヒツシャイン法理
 - 一 商法第四十二条の地位
 - 二 商法第四十二条の沿革
 - 三 ドイツ商法に於ける表見支配人
- 四 商法第四十二条とレヒツシャイン法理
 - 一 商法第四十二条の要件
 - 二 商法第四十二条の効力と適用範圍

三 表見支配人とレヒツシャイン法理

商法第四十二条を理解するためには、形式的にはその商法上に占める地位殊にレヒツシャインの効力を定めた諸規定との関係及びその有する意義の探究と共に、実質的には本条が表見支配人に關する諸問題解決のためその出現を要請されるに至つた経緯殊に判例との関係の考察が必要であり、又レヒツシャイン法理の立場からは右の法理の華々しく展開されてゐるドイツ商法に於ける表見支配人の取扱ひも併せて考究されねばならないと考へる。

一 商法第四十二条の地位

(1) 支配権は法定の範囲を有するので(商三八条一項)第三者は単に相手が支配人であることを知ることにより直ちにその代理権の範囲を確知し得て安んじて之と取引し得る。併し、支配人か否かはその実質によつて決めるべきであつて、その名称の如何を問はない。従つて、支配人の実質のない以上、たとひ支店長等の名称を用ひても支配人ではない。併し乍ら、支配権が対外的に不可制限的(画一的)であるため(商三八条三項)、之を回避して故らに支配人としなない場合があり、又支配人でもないのに支社長・支店長と言つたやうな名称を用ひることが従来少なくなかつた。かかる場合、従来判例は民法の表見代理規定の適用乃至準用によつて解決してきた。併し、民法上の代理権の範囲は取引に於いて個別的に定められねばならない。従つて、代理権存在への信頼が保護されるやうな代理の外観の判断も個別的になされねばならず、大量迅速に反覆される商取引の要求にも応じ得ないことが多い。このため、かかる場合、取引通念によれば支配権が存在するといふ外観を伴ふ一定の外部的事実への信頼の保護されることが取引者から要求されるに至つた。そこで商法はこのやうな場合に善意の第三者を保護するため、本店又は支店の主任者たることを示すやうな名称を附した使用人については、裁判上の行為を除き、支

配人と同一の権限あるものと擬制している（商四二条）。従つて、その者は支配人となるのではないが、相手方がその者を支配人と信じて取引した場合に限り、即ち、悪意でない限り、營業主は相手方に対し、支配人がなした行為と同様に、その法律行為の効果が自己について生ずることを否定し得ない。之が所謂表見支配人制度で、商業代理に於ける表見代理の代表的事例である。所で、本条が名板貸による責任・自称社員や擬似發起人の責任負担・表見代表取締役の行為に基づく会社の責任等に関する諸規定（商三三条・八三条・一九八条・二六二条）と並んで外観保護の趣旨に基づく規定であるといふその地位は一般に理解されてゐるが、支配人に関する諸規定殊に商法第三十八條及び商業登記との關係については何等考察がなされてない。そこで本稿は先づ之が考察を試みることにする。

(2) 支配権がない者に支配人たる法的信憑性ある外観が存在し、營業主によつて少なくともそれに原因が与へられたものである場合に、その者の行為従つて、その外観を信賴して取引した者との關係に於いてその者が支配人であつたとした場合と同様の効果が認められるとき、その者を広い意味で表見支配人と云ふことができる。この意味での表見支配人は商法第四十二條のやうな所謂表見支配人の場合の他に、支配人登記に關連しても生じ得る。真実がなくて登記の外観のみが存在する場合、例へば支配人でない者を支配人として登記したときや、登記した支配人の解任を登記しないであるとき、或は支配人の選任を未登記の儘にして置き後に解任した際之を登記しない場合等がそうである。第一及び第二の場合の効果は夫々商法第十四條・第十二條に基づくもので、換言すれば支配人であることを示す商業登記の外観、即ち登記のレヒツシャインの効力である。併し、第三の場合は民法第一百二十二條に基くものであり、又、商法第四十二條のやうな所謂表見支配人の場合は、従来は民法第一百十條を根拠とする。それは登記以外のレヒツシャイン即ち云はば行為のレヒツシャインの効力で、表見支配人たる効果を認められるものである。広汎迅速と云ふ商取

引の要求は、法技術的な公示形式である所の支配人登記の外観のみならず、登記を離れて簡便に取引し得るやうな云はば技工を加えない自然的である所の支配人の外観への信頼を保護させるに至る。併し乍ら、大量に反覆される商取引の円滑と安全とを保障するためには、この外観に登記の場合程でないにしてもその明確性・客観的信憑性に於て勝るものが要求される。かくして本店又は支店の營業の主任者であることを示すやうな名称を有する商業使用人といふ具体的外観が商法第四十二条に於いて認められたのである。従つて、商法第四十二条は広義の表見支配人の観点に立つとき、行為のレヒツシャインの効力によつて支配人たる効力を認められる事例の一つであつて、登記に全く無関係の場合に属するものと云ひ得る。

(3) 所で代理關係に対する第三者の信頼を保護するため不可制限性を定めた商法第三十八条第三項は、代理權の存在を信頼した第三者に対する限りで代理權の制限された範圍の超越を有効と認めてゐる民法第一百条と同一の機能を代理制度に於て果してゐる。即ち、營業主の側から云ふならば支配人と云ふ商業代理人の超權行為につき商法第三十八条第三項に基いて責任を負はされてゐる訳である。従つて、營業主が支配人に實際に与へた代理權の範圍が、支配權のそれより狭い場合に、片や商法第三十八条第三項は支配權と云ふ商業代理權の範圍の縮少を消極的に阻止して居り、片や民法第一百条は代理權を積極的に拡大してゐるという形式的相違はあるが、共に善意の第三者に対する關係では代理權の実質的内容を擴張してゐることとなるのである。この効果は兩条とも行為のレヒツシャインに基くものである。その法理的根拠は何れも代理權に対する第三者の信頼の保護にあるが、一は商業代理權の抽象的定型的な包括性に対する第三者の信頼が対象であり、他は当該代理權があると信ずる正当な理由の存在、即ち、個別的・具体的な代理權に対する信頼である。このことは、前述したやうな生活關係の差異に由るものである。従来、支配權乃至支

配権類似の商業代理権の善意の第三者に対する効力は殆ど右の二箇条・即ち、商法第三十八條第三項と民法第一百十條とによつて解決されてきてゐた。所で、その権限がたとひ實質的には支配権と同一であつても支配人でない代理人の場合、営業主の之に加へた制限を超へた代理行為の相手方の保護は、商法第三十八條第三項が適用されない。さればとて、民法第一百十條に拠るときは、前述したやうに、代理権につき疑のある代理行為につき、個別的にその存在を信するに足る正当事由について吟味することを相手方に求めることとなり、商取引の要求にも、又實際にも適しない。そこに於て、商法第四十二條が出現した。かくして、商業代理の基礎に横たはる企業的活動に由来する所の信頼を保護せんと意図する商法第四十二條が、民法の表見代理規定に代つて支配権類似の商業代理権の拡張の役割を果すこととなつたと考へられる。従つて、そこで問題とされる代理権の外観は代理人の個々の具体的行為にではなくて「営業の主任者たることを示すべき名称」を用いてゐる代理人といふ定型的な状態に存在することとなる。換言すれば、取引通念によつて一般に承認された商慣習上の個別的なレヒツシャインといふ觀念から發展して、茲に法律によつて承認された成法上の定型的なレヒツシャインといふ觀念が商法第四十二條によつて認められた訳であり、それが取引の迅速簡易化に資すると共にその安全をより強く保障してゐるのである。

二 商法第四十二條の沿革 商法第四十二條が外観を信頼した者を保護し取引の安全を求める企業的活動の要請から生れた制度であることについては、既に述べた所でもあり、又立法關係者や學者或は法律実務家によつて専ら法理論乃至立法趣旨の見地から本条（改正要綱乃至法案を含めて）が論ぜられてゐるので、今茲に改めて述べる必要を見ない。併し、本条の出現を實質的に裏づけてゐる判例については、その考察が個別的であつて未だ統一になされてゐない恨がある。そこで本稿は表見支配人の問題の解決につき判例のとつた發展的態度を考察しやうと思ふ。蓋し

表見支配人に關する問題の解決が法解釈上いかになされてきたかについて判例の変遷の跡を辿るとき、そこに商法第四十二条の実際的な必要性と法解釈の視点とが明らかにになると考へるからである。表見支配人の具体的問題は商法第四十二条制定以前は判例により解決されたことは論を俟たない所である。その際判例の法解釈の態度、更にはその理論的立場はどんなであつたらうか。而して又、表見支配人の無権限な代理行為に信頼して之と取引した第三者の保護の根拠は常に民法の表見代理規定に求めらるべきものであつたらうか。

表見支配人に關する最初の判例は銀行支店長が会社代表でないことを理由に、手形裏書の権限を否定した明治三十四年の下級審の判例である。反対に之を肯定した最初のものは同じ下級審判例で明治三十九年に現はれ、解任の未登記なることを根拠とした。⁽⁴⁾ 大審院は明治四十年に銀行支店長が数年間該支店に支配人の如く会社を代理してきた事実に基づき手形振出の権限を肯定した。⁽⁵⁾ 其後商法第四十二条制定まで典型的表見支配人に當る事例と思はれる判例は盡く善意保護の理由を取引慣習とか取引界の実験法則若くは実情とかに置いてゐる。⁽⁶⁾ 之は当該慣習或は実情等いふ認定如何により異なり得るやうなものを、民法第一百十條の正当な理由としてゐる。抑々同條の「権限アリト信ズベキ正当な理由」といふ抽象的表現は少なくとも表見支配人の権限が問題となるやうな事例を規律する場合に適切ではない。⁽⁷⁾ 蓋し、この場合代理権の存否を見定める規程が抽象的なことは取引の實際に方りその取引者をして個別的にその審査をさせることとなり、それは取引規模の増大に伴ひ益々繁瑣の度合が甚しくなるからである。而して商取引に内在する定型化の需要に従つて当然取引の實際的便宜に応じた所の正当事由の内容が具体的且定型的に醸成され、その法的承認を求めることとなる。判例が取引慣習乃至取引の実情を採り上げたことは、正に之に法的承認を与へたことを意味し、それは取引慣習の慣習法化であると云ひ得やう。大審院が前述の判例以後に於て認めた表見支配人に關する取引

慣習の殆どは、銀行支店長の手形行為に関するものであるが、その権限を否定してゐるのは一もない。⁽⁸⁾ 明治四十年の大審院判例に少し遅れて銀行支店次長又は支店長代理の表見代理に関する下級審判例が現はれ初め、大正末期から昭和初期にかけて比較的多いが、その時期は支店長の表見代理に関して判例が略確定した頃に当るからと解される。之等の下級審判例は一貫して手形行為に關して銀行を代理する権限を有することの取引慣習の存在を認めてゐるが、商法第四十二条制定後の判例と異なつてその際支店長の存在が問題にされてゐない。⁽⁹⁾ 大正中期に大審院は会社の支店主任又は銀行支店出張所主任等は会社又は銀行を代理する権限なしとしたが、両者はその理由を異にし、又その権限の種類が異なる場合であることに注意を要する。⁽¹⁰⁾

以上から明かなやうに、大審院は、支店長が取締役若くは支配人でない者であつても、その支店の一切の行務を整理し、特別の事情なき限り該支店の營業に關する行為に關し銀行を代理する権限を与へられ之をなすものと認める態度を確定したものと見る事ができる。而して、その理由とする所は、數年間行務を処理し手形振出につき銀行を代表して來た事実や実験法則等である。それは取引慣習や実験法則によれば、大多數の場合に於てかかる権限が成立し得るものであるから、人は之に信頼し得るといふ考へ方が判例の根底にあるからに外ならない。換言すれば、現今の表見代理の理論から觀察すると判例はレヒツシャイン法理の立場に拠つてゐるのである。蓋し、營業主が支店長といふ名称を使用人に与へた場合、使用人がこの營業主の支店長といふ名称を以てその権限外の行為をなしたとき、そこに支配権の外観が成立し、而して支店長と取引する第三者がそれを信頼するのは取引慣習上尤もだと一般に思はれるものであるが故に、第三者の善意は保護されねばならないとする訳である。即ち、善意者の保護は支配権のレヒツシャインに基くものなのである。かくて、商取引の必要は、支配人とこそ称さないが、支店長等といふ支配人と同様の権

限を有する商業使用人を生ぜしめ、それが判例上慣習法と認められ、結局商法第四十二条として法制化されるに至つたのである。⁽¹¹⁾ 取引安全の要求と商業代理権の不可制限性の特質は、信頼関係を基底として、相互に作用し合つてこの法条を生み出す原動力となつたのである。而して、本条の解釈も亦その制定前に於ける判例の理論的根拠となつたレヒツシャイン法理に拠ることを妥当と考へる。

三 ドイツ商法に於ける表見支配人 ドイツ商法に於ても商業代理権には先ず民法の代理の根本觀念が適用される。従つて、前述した表見代理に於ける善意保護の理論はここにも妥当する。⁽¹²⁾ 所でドイツ商法上に我が国に於ける所謂表見支配人に該当する事例は存在してゐないやうである。正確にはないが、独商法第五十四条に於て商業代理人が特別な代理権授与を要するとされてゐるある行為(HGB五十四条二項)を代理権の授与なくして行なつた場合に生じ得ると考へる。蓋し、その場合は一般に表見代理(Scheinvollmacht)の事例として扱はれる訳で、善意の第三者に對する關係ではそのある行為についての代理は効力を生ずる。即ち、營業主が、手形債務、消費貸借の借入、訴訟をなすことの効果が自己について生ずることを否定し得ないことは、支配人がなした場合と同様であるからである。右の特別な授権は明示的でなされるを要せず暗黙的にも生じ得る。而してこの暗黙的に或はかかる行為の忍容によつて授権された代理権は一般に暗黙的代理権(Siltschweigender Vollmacht)と呼ばれてゐる。⁽¹³⁾ 之は次のやうな考え方が根拠となつてゐる。即ち、或る人が第三者に對して代理人として現はれ且誠実な取引に於ては授権行為としてのみ解されるやうな仕方で本人が之を放置せるときは、暗黙的に代理権の授与と見られるべきである。学説・判例が代理権欠缺に基く危険を避けるため有効な代理権授与の要件の緩和に向つて以前から努力してきてゐるが、暗黙的代理権授与の承認もその現はれであつて、之は正に前述したレヒツシャイン思想がその根底になつてゐると見得る。⁽¹⁴⁾ 而して、

暗黙的授權に關する限り意思表示論とレヒツシャイン理論はその要件につき甚だしい解釈上の差を生じてゐない。見方によつては前者が後者に歩み寄つたと云へぬこともない。即ち、前者の立場でも代理權の授与を生ずるにつき重要な意思表示ではなく事實である。換言すれば代理權のレヒツシャインが重要であり、その成立の要件として代理人につき意思の欠缺なきことを要せず、又第三者は信頼すれば可なりと認められてゐる等はそれである。⁽¹⁵⁾ 代理權の外觀發生のためには本人の態度 (Verhalten) のみを以ては足らずとされてゐる。⁽¹⁶⁾ 又、代理人の代理意思は不要であるとされるが、積極的な學説は本人の意思も不要とする。⁽¹⁷⁾ 而して従来區別の曖昧であつた *Scheinvollmacht* と *stillschweiger Vollmacht* とが忍容といふ概念の分析の進むにつれてその區別が明確にされてきてゐることは注目すべきことである。而して、その思考過程は撰り抜かれた典型的判例に最もよく見出し得ると言はれてゐる。⁽¹⁸⁾

ドイツ商法典及びドイツ民法典の制定以前に於ける判例は暗黙的代理權授与は何時でも許されるであらうといふことから更に進んで代理人の行動は營業主の面前で一般になされるを以て充分としてゐた。⁽¹⁹⁾ 所が右二法典は判例が依然その要件として固執してゐた法律行為による授權といふ考へに代ふるに法の推定によるそれを以てし、又判例が本人を法律上の意味の商人に限定してゐたのを拋棄した。⁽²⁰⁾ 一方判例が法律行為による授權といふ要求を取止め商人が使用人の行動を自己のため忍容する (dulden) ことで可とし、⁽²¹⁾ 又これを商取引以外の表見代理にまで拡張したのは法典制定の後であつた。⁽²²⁾ この忍容が代理授与の外見を呈するなら、代理人と取引した第三者は外觀と一致する代理權の授与のあつたことを推斷し代理權を當てにし得る訳である。そこには忍容による代理權のレヒツシャインが存在し、それが法律行為にとつて代つたことになる。所で、茲に注意しなければならぬのは代理權の存在を忍容から導くとき二重の過程を経てゐることである。即ち、本人の態度を取引の相手方は代理人が本人のために活動したことを本人が知

り且忍容したものと解することが許された場合に、相手方はその忍容の外見 (Anschein der Duldung) に基き代理権授与を推定し得ることとなる。換言すれば、表見代理の有効であるためには本人の態度に基き先づ忍容の存在をそしてそれから代理権授与の存在に理由を求めることが必要である。従つて、忍容の内容は事実上忍容したこと、即ち、忍容によつて取引上要求される注意を無視したことではなくて、取引上要求される注意を用ひれば代理人の行動を知り且妨げ得たこと (kennen und verhindern konnte) で充分である。之即ち、相手方の前に現はれたある態度の忍容といふ客観的外見 (objektive Anschein der Duldung) に外ならない。判例は既に一九二七年にこの忍容の客観的外見といふ要件を採り乍らもそれで充分である理由は明かにしてゐなかつたが、最近の判例は之を明示している。⁽²³⁾ 学説は疾に之を明確に指摘してゐた。⁽²⁴⁾ 又過失による忍容はこの際要求されてゐない。⁽²⁵⁾ 客観的外見としての忍容といふことは表見代理により責を負はされる本人の利益の公正な保護と云ひ得やう。かやうな發展を経てきた現在 Scheinvollmacht と stillschweigender Vollmacht はいかなるものであるか。レヒツシャイン法理の学説中最も徹底してウエルスパツヒアの思想を現はしてゐると云われてゐるタンケルマンによれば大要次のやうに解し得る。⁽²⁶⁾ Scheinvollmacht は本人が代理人の行為を忍容した場合に、本人の態度が解釈原則によつても授權の意思表示に当らないとき、レヒツシャインの効力に基き相手方が保護される。それに対し stillschweigender Vollmacht は相手方が信義誠実或は取引通念により本人が代理人の態度を知り且忍容したとみなすことができるとき、本人に責を負はしめ得る。前者は意思表示論の立場から同様の趣旨が主張され、唯その効力をレヒツシャインに求めないだけのことであるが、後者はレヒツシャイン法理独自の所産であつて、之がドイツに於ける表見代理 (右に述べた厳格な意味での Scheinvollmacht ではなく) 理論の達してゐる現段階であると見得る。併し乍ら、この両概念を区別する実益は本人の忍容がレヒツシ

ヤインに対する与因になるか否かにつき存するのであつて、理論の適用上は等しく *Schin* (od. *stillschweigender*) *Vollmacht* で把握すればよいと考へる。因みに、本人の忍容の不在存とは、使用人が代理人としての行動を故意に (*geflissentlich*) 且首尾よく (*erfolgreich*) 隠し本人はそれを妨げ得なかつた場合、即ち、何等の落度 (*Verschulden*) がなかつたこととされている。⁽²⁷⁾

尚、レヒツシャイン法理に於て何故に信頼は保護に値するかといふ理論的裏付けがアイヒリアによつてなされてゐることは既に述べた通りである。⁽²⁸⁾ 又、表見代理の場合に於ける本人の帰責理由については、既にヤコビによつてレヒツシャイン法理として理論づけられてゐる。即ち、彼によればそれは「自己の任意の行為によつて意識的乃至無意識的に拘束への信頼を喚起したが故に」であつて、茲に拘束への信頼喚起とは行為者が自己自身に対する拘束の規範を定立したとの信頼を相手方に喚起することである。⁽²⁹⁾ 無意識的に拘束への信頼を喚起した場合は、与因者が相手方の信頼を知り且之を欲して喚起した訳ではないが、相手方の信頼が与因者の行為に帰せしめらるべき限りに於て責任を負ふのである。

(1) 他に次の諸条があげられる。商一四条・二六条・二七条・二八条・四四条・一五九条・九二条・九三条・一八九条二項・二一〇条・二七一条二項・一三六条・一四七条・四二八条・四五八条三項・五三七条・五七八条・五九五条・七六六条・六三九条・七〇〇条二項・七一条・七九五条二項三項・八三八条。

(2) 司法省民事局・商法中改正法律案理由書(昭一二)、松本・商法改正要綱解説(私法論文集統篇所収)、同・緒言並に総則篇について(前掲書所収)、田中耕・改正商法及有限会社法概説(昭一三)、寺沢・改正商法審議要綱(昭一六)、鳥賀陽等・商法改正案を評す(三四論叢一「法学論叢三十一巻の略、以下同様式による」)・六・三六同三、西原・商法改正法案管見、花岡・商法改正法案論評、稻脇・実際家より見たる商法改正法律案、長岡・商法改正法案を評す(以上八時報五)、高窪・商法改正要綱に反対すべき点(四二新報三)、野津・商法改正要綱(二法政研究二)、小町谷・商法改正案に現はれたる禁反言の原則(八時報一二)。

- (3) ④大阪地判・明三四ツ一二号・新聞四四号二〇頁。
- (4) ⑤大阪地判・明三九・一〇・八・新聞四〇四号一〇頁。
- (5) ⑥大判・明四〇・六・一八・民録六七六頁。
- (6) 後註(8)の判例参照。
- (7) 田中(耕)博士は改正商法解説に於て「この際民法表見代理の原則で支店長は代理権ありと信すべき正当理由あるものとして銀行に責任を負はず事は出来ぬ訳でない。併し正当理由の有無を一一詮議するのは面倒である」と表見支配人の規定制定の趣旨を説明して居られる。
- (8) ⑧大判・大二三・三・一〇・民集一一六頁(判民大二三年度二一事件田中(耕))、⑨大判・昭二・一一・一二・評論一七刑六(海上保険株式会社支店長の財産保管権限)、前註⑤(4)の判例、⑩東京地判・大二三・三一・評論二商七四、⑪名古屋地判・昭一〇・九・二三・新聞三九〇一号一一頁、⑫東京地休暇判・明四三・民ワ一〇〇八号・新聞六八四号二三頁、⑬大阪地判・大二三・五・二四・評論一三商三九七頁(後の二つは銀行営業部長の代理権限)。
- (9) ⑭大阪控判・明四四・九・七・新聞七四二号二四頁、⑮大阪地判・大二カ一二三二号・新聞九一七号二七頁、⑯東京地判・大一一四・二・一七・新聞二三八四号一五頁、⑰東京地判・昭二・九・二九・新聞二七四八号八頁、⑱大阪地判・昭三・五・二二・新聞二八五五号一五頁。
- (10) 支店主任については手形行為に関する権限を有するといふ実験則の不存在を理由とする。(⑲大判・大七・六・一三・民録一一二六三頁(一論叢一竹田、一三三田法学一西本、松本判例批評録四九四頁)。これ以前では⑳山口地判・大五・三・一四・新聞一一二〇号二六頁)。銀行支店出張所主任は支配人でもなく又特別の授權もないことを理由に預金証書発行又は現金に非ざる預り金受入に関する権限なしとするが、結論の是非は兎も角代理人の表見性を顧慮してない態度は妥当でない。(㉑大判・大一一・六・一六・刑集五五九頁、㉒名古屋控判・大一一四・四・六・新聞二四〇六号二〇頁)。反対の判例もある(㉓東京地判・昭八・七・八・新報三五四号二〇頁)。銀行支店出張所主任の手形裏書の権限は否定されている(㉔広島控判・昭三・一一・二六・評論一八商一五三、之は広島地判支判・昭三・七・二五・新聞二八七四号一四頁の控訴審である)。出張所主任に主人を代理する権限ありとする判例(㉕大阪地判・明四三ワ二五号・新聞七一九号二六頁、㉖札幌地小樽支判・大九・三・六・新聞一七五九号一七頁)は商品取引に関する権限である。

- (11) 制定の機縁となつた判例は大正十三年の大審院判決（註(8)参照）であることは松本博士が述べて居られる（前掲改正要綱解説四二頁）。尙トイツに銀行主が使用人を支店長（Filialeiter）と名付けた場合に責任を認めた判例がある。（OLKG. 30, S. 390）。
- (12) 授權が意思表示か事実かについて争あつても兎も角字詔判例共にその取消を制限せんとし、唯無能力者の場合に説は分れてゐる。
- (13) Baumbach-Duden, Kurzkoomm. Z. HGB, 11 Aufl., 1955 § 54 Anm. 3; Staub, Komm. Z. HGB, Bd. I, 12 u. 13, Aufl. 1926 § 54 Anm. 19 u. Anm. 5; HGB, 2 Aufl., 1908 Düringer-Hachenburg, § 54 Anm. 4; u. Vorb. 5 Absch. 5 Anm. 48; Dankelmann, Kurzkomm, Z. BGB, 15 Aufl. 1956 § 170~173 Anm. 4.
- (14) 意思表示論の立場に立つてゐる見解でも同様である。即ち、フランクは意思を推断される状態が重要であると云ひ（Plank, Komm. zum BGB, Bd I, 19, 13 Willenserklärung Vorb. C (S.163)）スタウブは授權を生ずる事実が標準であるとしてこの場合事実を意思表示より重視している。（Staub a. a. O., § 54 Anm. 7.）
- (15) Staub, a. a. O., § 54 Anm. 8 u. 11. 前註(14)参照。
- (16) Fikentscher, Scheinvollmacht und Vertretungsbegriff, AcP 154, Heft. 1, 1955, S. 10 f.; Düringer-Hachenburg, a. a. O., 3 Aufl. 1930, S. 479.
- (17) Fikentscher, a. a. O., S. 13 ff.
- (18) Derselbe, a. a. O., S. 1 f.
- (19) 前者は ROHG 12, S. 277 (1874) 後者は RGZ 1, S. 8 (1879). この判決では代理人の締結した行為の正確な認識は要求されてない。
- (20) Vgl. HGB § 56, BGB § 170 ff.
- (21) RS 65, S. 295 (1907).
- (22) RGJW 27, S. 1089 (1927).
- (23) RG 117, S. 164 (1927), RGJW 27, S. 1249 (1927); BGHZ 5, S. 111 (1952).
- (24) Schmidt-Rimpler, in Anm. zu RGJW. 27, S. 1249 (Fikentscher, a. a. O., S. 7 に拠る); Palandt, a. a. O., § 170~173 Anm. 4.
- (25) Düringer-Hachenburg, a. a. O., 3 Aufl. 1930, § 48 Anm. 47, S. 479; Staudinger, BGB, 10 Aufl. § 167 Anm. 9; Schmidt-Rimpler, a. a. O., (Fikentscher, a. a. O., S. 8 に拠る); Staub, a. a. O., § 54. Anm. 7.
- (26) Demelius, M. Wellspachers Vollmachtslehre, AcP 153, Heft. I, 1954, S. 15 はダンケルマンをこのやうに評してゐる。

Dankelmann, a. a. O., § 170~173 Anm. 4. の外 Scheinvollmacht と區別してゐるのは
 Baumbach-Duden, a. a. O., § 48 Anm. 3; Fikentscher, a. a. O., SS. 6 ff.; Holtzöfer, MDR 47, 91. 判例として BGH 167,
 Nr. 4.

27) Baumbach-Duden, a. a. O., § 54 Anm. 2 E.

28) Eichler, Die Theorie von Vertauen, 1950 S. 1 ff. 尚 Vgl. Fikentscher, a. a. O., S. 12.

29) Jacobi, Die Theorie der Willenserklärung, 1910, SS. 22 u. 14. ここで拘束の規範とは、法的に意義のある規範ではあるが、
 道徳上社交上經濟上の拘束ではなく、訴訟による権利主張までを意味しない。法の原理に従ふといふ広い意味での拘束意思であ
 る (Derselbe, a. a. O., S. 18 f.)²⁹⁾

四 商法第四十二条とレヒツシャイン法理

一 商法第四十二条の要件 商法第四十二条は之をレヒツシャイン法理の立場から見ると次のやうに構成されて
 るると云ひ得る。即ち、支配権がないのに「本店又ハ支店ノ営業ノ主任者タルコトヲ示スベキ名称」を以て商業代理
 人が第三者と取引した場合、そこに法的信憑性ある支配権の外観が成立し、「悪意」でない「相手方」即ち、之を信
 頼した第三者に対して、営業主はかかる「名称ヲ附シタル」によりこの外観成立に原因を与へたことに基き、「裁判上
 ノ行為」を除きその商業代理人が「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」される不利益を甘
 受しなければならぬ。このことから本条の要件としては、第一に法的信憑性ある支配権の外観が存在すること、
 第二にその外観を第三者が信頼したこと、第三に営業主がこの外観の存在に少なくとも原因を与へたものであること
 をあげ得る。以下この要件について考察する。

(1) 法的信憑性ある支配権の外観の存在 この外観の成立には支配権の授与を推断される営業主の態度と表見支

配人たる商業代理人の代理人としての行動とが必要である。代理権のレヒツシャインの成立には従来ドイツの学説により表見代理の要件として認められてゐた所の本人の態度のみでは充分でない。蓋し、代理人の行動がなければ第三者は代理権の存在の推定のために本人の態度のみを採り上げることは法律的に意味がないからである。又表見代理人の代理人としての行動だけをレヒツシャインの成立の要件とするのでは広すぎる。何故なら、表見代理人の行動からこれに対応した本人の態度を推定し、その本人の態度から代理人の行動への忍容を、更にその忍容から代理権授与を推定するといふ三重の段階を経なければならぬこととなるからである。かくして、表見代理は本人の営業主としての態度と表見代理人の代理人としての行動を前提としてゐる。而して、本人の営業主としての態度は、レヒツシャインを信頼せる取引者に対する責任の根拠であるもので、後述する事とする。唯ここでは、本人の態度は商業代理人が表面だけの代理人として行動するのを妨げることが怠つたといふ点で、最小限度に成立してゐることを述べるに止めらる。一方、表見支配人の代理人としての行動は、支配権の存在を推定すべき第三者がそこに代理人の行動を認め得る程度で、一定の方法により行為すれば足り、特別な方法を要求するものでない。それは有効な代理の方法により、即ち、営業主のためにすることを示す行為として現はれるを以て足る。換言すれば、営業主の本店又は支店の営業主任者たることを示す名称を以て行為すれば充分である。代理人が表見代理の際代理意思を持つて居れば何等障碍なく彼の締結した行為の効果が営業主に帰するが、代理人が代理意思を欠くときは意思表示論の立場では問題である。レヒツシャイン法理の立場では、代理意思の欠缺が本人及び代理人によつて設定された代理のレヒツシャインの存在を他ものに変へる訳ではないから、右の代理意思は必要でないと解する。本人のためになされ、且本人に対し効力を生ずる表見代理の法的効果は保護に値する取引の利益に基くものであつて、本人の意思に基くものではないのだから、

本人のために行爲する代理人の意思を表見代理の効果と結びつけて置くことは不合理であると思ふ。代理意思を表見代理の効果の不可欠の前提とすると、この意思を欠けるときは表見代理の効果はないこととならう。⁽³⁾

所で、本人の態度が前述したやうに最小限度に成立し得る場合、そこには本人の營業主といふ地位と代理人の支配権を授与された者といふ地位が推測されるやうな状態を營業主は認めてゐるといふ事が現はれてゐる。又代理人としての行動は一定の方法による行爲を以て充分成立し得るものであつても、それは代理人が營業主のためにすることを示して積極的に行爲したとき本人によつて妨げられることがなかつたものでなければならぬ。かやうな意味のある本人の態度と代理人の行動により成立した支配権の外観にして、始めて法的信憑性ある支配権の外観と云ひ得る。又かかる外観こそ取引關係に於ては一般通念によればそれが確實なものとして認められ、且正当なものとして信じられて然るべきものであり、信賴の客觀的基礎たり得るのであり、又かやうな信賴でなければ保護に値しないものである。民法第一百条の掲げる代理権ありと信すべき正当の理由は、正にかやうな法的信憑性ある代理権の外観を示すものでなければならぬと考へる。代理人の行動と本人の態度とによりこの代理権のレヒツシャインは成立してゐる。之は他の表見代理の場合にも異なる所はない。商法第四十二条は、この法的信憑性ある支配権の外観の有する右のやうな意味を具體的名称を通じて認めたものと解し得るのである。換言すれば、本条は云はば名称のレヒツシャインを認めたものである。かくては、第三者は取引に際し民法上の代理権のレヒツシャインのやうに個別的に外観の客觀的基礎を審査する要がなくなつた訳である。このことは後述するやうに外観への信賴即ち、善意が民法に於けるよりもその内容が緩和されてゐることを意味する。

商法第四十二条制定後に於ても、本条の諸要件につき論じた学説は見当らない。表見支配人に關し判例は本条の制

定後一時現はれてないが、これは本条により法規定の整備されたことよりも当時の経済事情に拠るものと思ふ。戦後は日本経済が進展を見せた昭和二十六年頃から現はれ初め、最近二三年その数を増してきた。銀行支店長等の権限に關しては従前の判例と結論は変わらず唯本条を根拠とする確切的な意義を有するものには止まるが、支店次長・支店長代理等に關しては「営業主任者」の解釈に伴ひ支店長の在否が問題とされ、出張所長等右の者より下位にある商業代理人については営業所性との関連から決せられてゐる事が注目される。本条第一項の「本店又は支店」及び「営業主任者」の解釈については問題がある。本店又は支店は営業所であるが、営業所の實質を備へない場合本店又は支店と称するも商法上の本店又は支店でない。従つて、銀行支店出張所・交通公社派出所内所・会社出張所・生命保険相互会社等は商法上の支店に該当しない。判例も同様に解してゐる。蓋し、商法上の支店は或る程度の独立的決定権を有し本店と分離しても猶營業を継続し得るやうな人的及び會計的組織が存在し、従つて、そのみの營業讓渡も可能であるやうな事も必要である。前記出張所等は限られた機械的的行為の締結に当り且前述のやうな組織を有しないものと認められるからである。生命保険相互会社の支店・支部は保險募集事務を取扱ひ保險契約締結につき独立的決定権を有しないのが普通である故、支店ではないとされてゐる。このことは本条適用の範圍を狭め本条制定の趣旨に反するやうだが、本条の狙ひは實質のある營業所の營業主任者たることを示す名稱を有する商業使用人のある場合に於ける代理権の外観への信頼を保護すること、云わば名稱のレヒツシャインを認めたことにあり、營業所の外観へのそれまで保護する趣旨ではないと解される。従つて營業主たる商人が商法上の支店を、支店と稱するや否やは問題でない。以上のような意味に於て、支店が対外的に独立してゐるから、有効に營業主を代理し得る者即ち、支店の營業主任者の存在を必要とし、實際上多くこの者は支店長と稱される。本店を通じ銀行支店長・營業所主任・本店營業主任・

銀行本店營業部長等は營業主任者たることを示す名称として現在異論はない。判例も既述したやうに之を認めてい
る。併し、銀行支店次長・支店長代理等の名称は通常は營業主任者の名称と認め得ない。蓋し、次長乃至代理といふ
語はそれよりも更に上席者のあることを示し、当該營業所に於ける首長の名称と見なし得ないからである。併し又、
商法改正要綱第十七が「支店長其他營業所ノ首長タル名称ヲ有スル使用人」と表現してゐた所が本条のやうに「本店
又ハ支店ノ營業ノ主任者タルコトヲ示スヘキ名称」となつてゐることは、商法上は特に限定的に表現せず外見上代理
権ありと信じられる程度の名称であれば可として、このやうに規定されたものと解されるので、強ひて「首長」たる
支店長に限定する必要はないと考へる。従つて、支店長欠位の場合に置かれる支店長代理は支店營業の主任者たるこ
とを通常とすると考へられるから、之は第四十二条の適用ありと解する。⁽¹¹⁾

(2) 外觀に対する第三者の信頼 代理のレヒツシャインを認めることは本人に、その意向に關係なく、代理の効
果を帰せしめるものであり、場合によつては本人に犠牲を強要することにもなるから、他方に於て代理行為の相手方
に善意が要求されるのは云ふまでもないことである。善意とは真実の不知であり、そのため外觀を信頼したことであ
る。通説が民法上の表見代理に於ける善意を「信じたる」ことと解するのはこの意味に於て正当である。従つて、外
觀を信頼しない悪意者が保護されないのは当然であるが、過失については問題である。民法上の表見代理の何れの場
合にも善意無過失が要件と一般に解されてゐるが、商法第四十二条第二項の悪意については過失の要否に關し學説は
触れて居らないし、又判例も見当らない。

所で、善意は之を外觀にかかわらしめれば信頼として把握され、真実との關係では不知と理解される。然らば過失
は信頼と如何なる關係に立つのか。抑々信頼關係一般は輕過失を要求するものであり、従つて輕過失に対しても保護

を与へない。蓋し、信賴關係に於ては契約の他方当事者の人的な地位を顧慮する相互の誠実な態度が要求されるからである。それは単に形式的に履行するに止まる実定法上の義務を超へて高次元の義務を創設する。契約当事者は他方当事者の損害をできるだけ防止するやうに努めるべき義務が之である。この義務は厳密にはどんな微細な程度の過失があつても損はれるものであるから、軽過失の場合でもその信賴に保護を認めない訳である。⁽¹²⁾然る時、代理關係に於て相手方に善意の要求されてゐる場合、相手方の負担は極めて過大となり、本人に比して均衡を欠くことにならざるを得ない。何故なら、本人に対して唯誠実の義務を強制した所で——本人は代理人の選任にも又代理人の行動にも充分注意したとしても——それは第三者の代理人というものに対する地位、即ち、本人の信賴に反した代理権の行使をすることのあり得る代理人と取引する地位が保護されたことにならないからである。所で代理人と取引する第三者が自己の方針と安全のために先ず第一に考へることは代理権と代理行為の合致の有無である。従つて、信賴を即ち、無過失を保護の条件として課せられてゐる第三者の、本人に比し不均衡な地位を保護するためには、第三者の審査すべき通常の範圍に於ては過失による不知を保護しないとすれば⁽¹³⁾妥当であらう。民法上の表見代理の要件が善意無過失とされてゐるが、そこでの無過失は初めに述べた(云わば絶対的な)無過失と異なる訳である。そこでの無過失は、代理に於て相手方は事情の許す限り注意義務を尽して代理人の使用によつて本人の蒙る危険を避けるやうにすべきであることを意味する。然らば、本条の要件たる善意に求められるのは無過失であらうか。結論を云ふならば次の理由によつて軽過失でも保護ありと解する。第一に取引量が増大しその機構が複雑となつてゐる上に迅速を要求される商取引に於て、取引の相手方に民法上の代理と同様な無過失による信賴を要求してまで、相手方の保護を拒否して本人の利益を重んずる理由はないと考へる。既述したやうに本条が民法の個別的レヒツシャインに対し、名称のレヒツシ

ヤインであることは、この善意といふ要件緩和にその意味を見出し得るのである。次に商法第三十八条に於ては、代理権の不可制限性を嚴格に解して營業主が第三者に対抗し得る場合をなるべく制限することが營業主と相手方双方の利益の均衡上當を得たものであり、又同条第三項の善意は過失の有無を問はないと解されるべきであるから、之と趣旨を同じくする商法第四十二条についても過失の有無を問はず善意は保護されると解する。而して、商取引に於ては重過失は悪意と同視され保護され得ないから、本条の「悪意」は重大な過失をも含むと解する。この場合重過失とは、少しく注意を払へば容易に調査して知り得たに拘らず、当該行為の代理権限の有無について調査しなかつたことである。⁽¹⁵⁾ 悪意の立証については後述する。軽過失でも保護すべきものと解するとき、無権代理の疑あるすべての場合に相手方に審査義務を負はせることになるが、合理的な疑惑、即ち根拠ある理由を与へ得るやうな疑惑をもつたときに限られ、漠然たる又は想像上の疑惑は差支ないと考へる。

次に、本条の相手方は第三者の意味に解する。それは第一に本条は支配権のレヒツシャインに対する信頼保護を目的とするものであるからである。客観的に尤もだと思はれる信憑すべき外観がある時、その外観を基にして生じた信頼に対し保護の程度を異にするべき理由がない。保護を受くべき信頼の客観的価値は取引の直接の相手方たる与否とで區別されるべきものではないと考へる。保護について區別せんとすればそれは信頼すべき性質のものに非ざる外観即ち真に信憑性なき外観に信頼した場合、換言すれば信頼に客観的基礎づけを欠く場合か、信頼そのものに瑕疵ある場合かの何れかに限られる。このことは、その趣旨を同じくする民法の表見代理についても妥当する。民法上表見代理規定の「第三者」は直接取引した相手方と解するのが通説ではあるが、⁽¹⁶⁾ レヒツシャイン法理に立つ場合妥当でないと考へる。蓋し、右に述べた理由の外に、民法の通説に対し異論がない訳でなく、⁽¹⁷⁾ 又代理行為の効果が一般第三者に及ぶ

ことで本人の利益が特に害されるとは思はれないからである。従つて、一般第三者を相手方と解することは本条の趣旨に合するものである。第二に代理の効果を帰属せしめる自由の有無の観点から営業主の利益と相手方の保護とを較量する時、相手方は営業主の欲するに従ひ代理の効果を左右される不確定な状態にあることである。即ち、本条の悪意の立証責任は後述するやうに営業主にあるが、本条による場合第三者が代理の効果を営業主に帰せしめまいと欲しても自己の悪意を立証することはその性質上不適当であるに反し、営業主は代理行為の有効を主張し得るし、又第三者の悪意を立証してその責を免れることもできる。換言すれば、第三者は代理の効果帰属に関し営業主に対抗して選択の自由をもたないのである。従つて、本条の「相手方」を代理権の制限を知らない一般第三者の意味に解しても衡平を欠くことはない。第三に外観に対する信頼保護といふ同一の趣旨をもつた、支配人に関係のある、商法第三十八条第三項や第二百六十二条は何れも「第三者」と明示してゐる点に鑑みて、本条も第三者であると解すべきであり、「相手方」という表現は、本条が但書に拠つたという形式上の理由に基くものにすぎないと考へる。

(3) 外観に対する営業主の与因 支配権のレヒツシャインは営業主の態度と代理人の行為によつて成立する。この場合営業主の態度はレヒツシャインの発生又は存続に何等かの形で関与してゐる。之を動的に換言すれば、このレヒツシャインは営業主に原因を附与されて初めて成立し得るものである。蓋し、既述したやうに凡そ外観の法的信憑性は営業主が営業主としての地位と代理人の支配人たる地位を推測されるやうな状態を認めてゐるといふことによつて基礎づけられてゐるものであり、そのやうな状態を認めてゐることを示すのは営業主の態度に外ならないからである。従つてかやうな外観に対する信頼保護の結果生ずる利益不利益は之に原因を与へた営業主に帰属せしめるのは妥当である。先に、本人が帰責せしめられるのは、本人が代理権のレヒツシャインの発生存続に少なくとも何等かの形

で原因を与へてゐるときに限られると述べたが、レヒツシャインである限り常に本人による与因あることは云ふまでもないことである。唯帰責の説明のため本人の与因が別箇に論ぜられるにすぎない。この際、相手方の信頼は表見支配人の行為にも基かしめらるべきであるが、それは代理の本質上内部関係の問題に止まる。営業主任者たることを示すべき「名称ヲ附シタ」とは、商業使用人の顕名行為と共に営業主の与因行為を意味し、茲に支配権のレヒツシャインが成立することを示してゐると解される。与因行為は即ち授權行為であるが、之は法律行為のみによるのではない。支店長等の名称附与は権限を明示した代理権授与契約と雇傭契約乃至委任契約と合体して行なはれることもあらうが、通常は単にその地位に任命するに止まり、その権限を明確にしない場合も多いと思はれる。かかる場合には、営業主の態度が支配権のレヒツシャインの手懸りとなつて、営業主は表見支配人の行動を忍容してゐるといふ推断に結びつき、表見代理の効果は営業主の意思に關係なく生ずることとなる。蓋し、この忍容といふことの中にも法律行為によらない云はば消極的な支配権の授与が存在するからである。かくて、営業主はこの場合暗黙的に与因してゐる訳である。而して、忍容とは取引上要求される注意を用ひれば客観的には代理人の行動を知り、且万一の場合は妨げ得たことである。之は現実には妨げるを要しないが、その気になれば妨げ得たことを要する。忍容は帰責の消極的理由である。本稿で原因主義を外観の成立に少なくとも何等かの形で関与してゐることと定義づけたのは之に基くのである。⁽¹⁸⁾

二 商法第四十二条の効力と適用範囲 本条の法律効果と規定の性質及び举证責任の所在等につき説いて居る学説・判例は見当らない。かゝることは或は自明の理であつて問題とならないのか。又、本条の適用範囲につき触れてゐる学説も極めて僅かである。兎も角一応考察を進める。

(1) 本条による商業代理人については、裁判上の行為を除き、支配人と同一の権限を有するものとみなされてゐる。従つて、彼は支配人となるのではないが、営業主はその者を支配人と信じて取引した第三者に対し、それが悪意でない限り、支配人がなした行為と同じやうにその法律行為の効果が自己について生ずることを否定し得ない⁽⁶⁾。民法の表見代理に於て本人につき生ずると同等の効果である。又、裁判上の行為は除かれるから、表見支配人の行為は私法上の法律行為に限られるが、表見支配人と相手方の間に於ける公正証書の作成による執行の受諾が訴訟行為であるか否か問題となる。判例は一貫して訴訟行為であるとするが、公正証書の作成は公証人を仲介とする両契約当事者の相対立する取引であると考へられるので、本条の適用ありと解する⁽²⁰⁾。

商法第四十二条は、その条文に従へば「看做ス」とあるから「看做」規定のやうである。本来営業主任者といふ名称を附して行為することがその者に支配権のない事実を動かし得る訳のものではない。併し、苟も第三者から見れば真実支配権を与へられてゐると認められるやうなその外観に信頼しても何等の法律的效果も附与されないといふのは取引の安全を害する。支配人制度の信用維持のためにも、かやうな外観に法律上の推定力を認めることは必要である。併し又、法律上の推定力を認められるに止まり反証によつて覆される危険が依然存在するのでは、支配人制度への信用も薄く大量に反覆される取引の敏活も期し得ない。かくて、支配人らしい信憑性ある外部的事実に対し積極的に公信力を与へるべき必要が生ずる。商法はレヒツシャイン法理に拠つてこの要請に応へ、第四十二条は営業の主任者たることを示すべき名称を附した商業使用人は支配人と同一権限あるものとみなしてゐる。併しそれは相手方の悪意でない場合に限定してゐる点に於て公信力は絶対的のものではない。第三者の保護に徹すればその善意悪意を問ふべきではないが、営業主の利益も亦無視するを得ないと共に、信頼してこそ即ち善意こそ保護に値するものであるが

故に、相対的に公信力を承認したものと解される。このことは商法改正要綱では第三者の悪意を問はなかつたのが、本条に於て但書に悪意の制限を附された点からも窺ひ得るのである。即ち、本条による保護を受け得る者が善意経過失の者に限られるといふことは、当然に悪意か否かにつき立証により当事者は争ふことを予想するものであり、本条はその条文の表現形式とは異なり推定規定であると結論し得るのである。このことは本条と同一趣旨で同時に制定された商法第二百六十二条との統一的解釈にも合するものであり、両条の法文の相違は前者は権限に後者は代理行為に着目して規定したことに基くものと考へられる。

実体法は原則的規定に対し例外的な場合又は特別事由ある場合除外規定を設け、後者を以て前者を制限し原則規定による法律効果の発生を例外的に阻止すべく但書の形式を以て又は次項若くは次条に於て規定するを通例とする。このやうな除外例を設けた規定の法意はそれを抗弁事項として被告に主張させやうとすることであつて、その事項に關し被告側に主張立証責任を負担させる趣旨であると解されてゐる。⁽²⁾ 所で、本条に於て善意悪意といふ一般要件を次項に於て而して第一項に於ては権利発生に必要な特殊要件のみ規定してゐるが、之は訴を受けた営業主に於て相手方の請求を排斥する判決を受けるに必要な事項として（それが実際に生じた場合に）営業主から一般要件の欠缺を主張させる心算でこのやうに規定したものと解し得るのである。

尚、意思と表示との不一致、行為能力の欠缺、契約内容の不能・違法・不確定等の一般要件は民法総則に譲つてゐるので本条では悪意のみが規定の対象となつてゐるのである。以上の理由により悪意（重過失を含む）の立証責任は営業主にあると解する。而してレヒツシャイン法理の立場では、本人側の意思の欠缺や瑕疵に基き支配権の外観が生じた場合でも、本条の効果に影響ないことは、既に表見代理一般につき述べた所より明かである。即ち、援権は他人

を支配人として示す外部的事実の作出と解されるからである。

(2) 本条は通説によれば民法上の表見代理の規定第百十条が具体化乃至制度化されたものであると解されてゐるが、同条が民法第九九条・第百十二条の表見代理の成立する場合にも適用あるかについては積極説は少なく、且どの説もその理由とする所は不明である。又、消極説の理由を推測するに、代理行為と代理権授与との間に時間的隔りの存在する事が適用を躊躇させてゐるのであるまいか。併し乍ら、代理のレヒツシャインは代理人の行為と本人の態度との結合により形成される点が重要なのであつて、本人の態度と代理人の行為とが同時的に存在することを必ずしも要しないのである。それよりも民法の表見代理の効果の基礎は既に述べたやうに代理権のレヒツシャインの成立に求め得るものであり、これは表見代理の何れの場合に於ても異ならない。異なる所は代理権のレヒツシャイン成立に當つては抽象的に三つの場合があり得るといふことだけである。商法第四十二条はこの抽象的なレヒツシャインを名称を通じて定型化・具体化したものであつて、この典型的な云はば名称のレヒツシャインが成立し得る可能性は右の何れの場合にも存する。唯権限踰越の場合が本条適用の典型的事例であり、この場合につき判例も多いといふに過ぎず、他の場合に本条の適用を見ることが絶無といふ訳ではない。却て、商取引に於ては広告等による代理権授与の表示をなさる機会が増大し或は商業代理権が反覆継続的に行使される場合に代理権の存在乃至存続の外観を作る可能性が益々拡大するであらうこと等から、商法第四十二条による保護を必要する機会は今後多くなるであらうと思はれる。而して、本条の要件たる支配権のレヒツシャインの存在に欠けるとき（それは営業所か営業主任者の何れかの点に於てであらうが）民法の表見代理諸規定の適用あることは勿論である。⁽²⁴⁾

- (1) Eikentscher, a. a. O., S. 10; Staub, a. a. O., § 54 Anm. 7.
- (2) Derselbe, a. a. O., S. 13 ff. 尙、彼は正当な代理の場合にも代理意思不要としてゐる (a. a. O., S. 15 ff.)³⁾
- (3) ①最高判・昭二九・四・二 (最高裁判所民事判例集第八卷第四号 (以下八民集四と略記))、②東京高判・昭二七・六・二一 (銀行法務一号)、③同・昭二九・九・三〇 (判例時報 (以下判時と略記) 四三三号)、④名古屋高判・昭二九・一・一一 (五下裁民集一)、⑤東京高判・昭三〇・一〇・一一 (八高裁刑集七)、⑥東京地判・昭二四・九・一 (六法曹時報八)。
- (4) ⑦最高判・昭二九・六・二二 (八民集六)、⑧東京高判・昭二九・一・二八 (七高裁刑集一)、⑨横浜地小田原支判・昭二六・一二・一四 (二下裁民集一二)。尙、⑩最高判・昭二八・一二・二二 (ジュリスト五四四号) は支店次長は「營業の主任者に當るといふ上告論旨を民事上告審判特例法に當らないと棄却した事例である。
- (5) ⑪最高判・昭三〇・七・一五 (九民集九)、⑫東京地判・昭二六・三・二八 (二下裁民集三)、⑬東京高判・昭二七・六・一九 (三下裁民集六)、⑭札幌地判・昭二七・一二・一〇 (三下裁民集一二)、⑮東京地判・昭三〇・八・二 (判時六三三号)。
- (6) 銀行支店出張所の營業所性については判例はない。その他については、前註⑤⑬・⑭・⑯の判例参照。
- (7) 松本・商法総論 (昭三) 一九三頁、竹田・商法総論 (昭一〇) 一〇三頁、田中(耕)・商法総則概論 (昭一七) 三一八頁、鈴木・商法総則講義案一二三頁以下、石井・商法上巻 (昭二八) 七〇頁、小町谷・商法講義卷一 (昭一九) 七一頁、田中(誠)・新版商法 (昭二六) 四九頁、大隅・商法上 (昭二九) 四五頁、西原・日本商法論第一卷 (昭一九) 五一三頁以下、米谷・商法概論一 (昭一九) 三〇九頁。
- (8) これについては判例の態度は一貫してゐる。本条制定前では、大判・昭一〇・二・一二・民集六五頁、大阪控判・昭一三・七・二九・新聞四三二一〇号一八頁、東京地判・大一一・五・二九・評論一二商二五九。但し、東京控判・昭一三・四・一四・新聞四二九三九頁は、營業所性を否定する一方支社長の手形振出権限ありと信すべき正当理由ありとしてゐる点注目される。制定後では、東京高判・昭二八・三・三〇 (四下裁民集三)、東京地判・昭二八・八・二七 (四下裁民集八)、大阪地判・昭三〇・五・一二 (判時五八号)。尙、民事訴訟法第四条の營業所(改正前民事訴訟法第十六条に所謂直接に取引をなす店舗)に該當するか否かでは判例は岐れてゐる。否定するは仙台区判・大三・六・九・最近判一四卷一二六、札幌地判・昭八・三・三・新聞三五五二号一七頁。肯定するは大阪控判・大八・一一・一九・新聞一六三二二号一四頁。
- (9) 出張所長の代理権限を認めた判例(前章註⑩⑪)は取引慣習を理由としてゐるが、營業所性を認め、その上で代理権限に及んで

るものである。支配人登記の規定を無視している点は賛成し得ないが、商法第四十二条の下では当然適用し得た事例であらう。

(10) 要綱の表現がかやうに変わった理由を見出し得る資料は見当らない。

(11) 前註(4)の判例⑥。本条制定前の判例(前章註(9)の判例⑦⑧)は銀行支店長の権限の類推に基き(支店長現存の有無ではなく)支店長代理の権限を認めてゐる。又前註(4)の⑦及び⑧は支店長現任し、第四十二条適用なき例。尙、東京高裁の判決である⑧は其の後上告審でそのまま承認されてゐる(銀行法務一九号二九頁参照)。而して又この事案は⑦に於ける当事者と同一の銀行を当事者とするものである。

銀行の支店次長乃至支店長代理と一般の会社に於けるそれらとの差異、銀行では之等職員を役員乃至幹部と称し銀行を代表する権限ありとする慣習があるらしい事等から、それらにつき商法第四十二条の適用を拒否することは問題の余地があると思はれる。

(12) Eichler, a. a. O., S. 12; Vgl. Stoll, Die Theorie von den Leistungsstörungen, S. 27.

(13) Eichler, a. a. O., S. 81 f.

(14) 米谷・前掲二四一頁、実方・支配人の権限(一三民商一)七〇頁。尙、之について判例はない。

(15) 前章註(10)⑧の判例は、銀行支店代理派出所主任某として甲に対し裏書譲渡した手形を受取るに當つては、容易に該行為の権限の有無につき調査をなし得べきに拘らず之をなさずして取得したのは甲の重大な過失であるとしてゐる。交通公社派出所長(前註(5)⑬)についても、諸支払の必要上本社より送金あるまでの期間を限り借金をするにすぎないと言明した時、注意すれば派出所長が公社を代理する権限を特別に委任されてゐなかつたことを容易に知り得たであらう。支店主任の権限は各場合の事実問題であつて、法律上も実驗法則上も一定せる代理権なしとされるやうな場合(前章註(10)⑨)では、相手方に重過失ありと認め得るやうな事情は生じ得ないであらう(この判例の場合は、念書の意義も問題であるが、銀行側に代理権消滅後の処置に過失ありと云へやう)。

(16) 鳩山・日本民法総論(昭五)四五四頁・四五八頁、中島・民法釈義総則篇六四五頁、我妻・民法総則(民法講義I)二八六頁、二八七頁、二八八頁等直接相手方説の立場が多い。判例もこの立場に立つてゐる。大判・明三八・二・二一・民錄一九六頁、同・大四・一一・二八・民錄二二〇頁、同・大一四・三・一二・民錄一二〇頁(判民大一年一八事件田中(耕))、(尙次註判例参照)。又、旧民法財産取得篇と現民法表見代理規定との關係を理由に之を主張する説もある(判民昭二年度一一一事件田中和夫)。

(17) 第三者説に立つものとしては、穂積・民法総論下一二九頁、大西・代理の研究(昭三)二五四頁。判例としては大判・大一・二・

六・三〇・民集四三二頁〔判民大一二年度八一事件田中(耕)〕。この問題は表見代理の外無権代理の追認及び取消の相手方一般の問題として総合的考察を要すると考へられるが、手形行為の特異性の見地から相手方を狭く限定すべきでないとして商法学者によつて主張されてきてゐる。本文に述べた理由に拠る時は手形行為の特異性は法的信憑性の最高度なる場合と認め得る。判例は取消については直説相手方説をとつてゐるが(大判・大一一・九・二九・民集八六四頁〔判民大一一年度八四事件田中(耕)〕、同・昭六・六・二二・民集四四〇頁〔判民昭六年度四六事件福井〕)、追認に關しては商法学者の主張に影響された態度を示している(大判・昭七・七九・民集一六〇頁〔判民昭七年度一二六事件田中(耕)〕、同・昭八・九・二八・民集二三六二頁〔判民昭八年度一六一事件鈴木〕)ことは注目されるべきである。

(18) 黙示的な行為による場合を指して不作爲乃至放任若くは放置と一般に表現せられてゐるが、レヒツシャインは単に行爲のみならず法律状態をも意味するので、この場合忍容と称するのが妥当である。

(19) 石井・商法(法律学講座商法総則)(昭二七)六〇頁参照。

(20) 大判・大一一・三・三〇・民集六六七頁、大判・昭一一・一〇・三・民集二〇三五頁〔判民昭一一年度一三八事件川島、五民商五本多〕、同・昭一九・九・二九・民集五六三頁〔二一民商五十七本多〕。抽木・判例民法総論下巻(昭二九)二四九頁。

(21) 加藤・民事訴訟法要論(昭二三)四二四頁。

(22) 第九九条の場合適用ありとする説は、石井・前掲講座六一頁、喜多・商業登記のレヒツシャイン(五商学討究一・三五〇頁註(3))。第九十二条につき肯定されるは石井・前掲商法七三頁あるだけのやうである。

(23) 前章註(10)③(小樽出張所長の判例)などは正に第九九条に該当する場合である。

(24) 銀行出張所主任・交通公社派出所長・保険会社支部長等の場合は民法第九十条により保護を受くることが多いであらう。保険相互会社支社長の手形振出権限を正当事由ありとして認めた判例もある(前註(8)参照)。

附記——紙数の都合で一部省略せざるを得なかつたため意味のわかり難い箇所を生じたのであるまいかと慮れてゐる。他日の補充を期してゐる。