慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔最高裁民訴事例研究一五〇〕 債務者の代理人が本人としてした作成嘱託及び執行受託に基づき作成された公正証書の効力 (最高裁昭和五一年一〇月一二日第三小法廷判決)
Sub Title	
Author	六車, 明(Rokusha, Akira) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1977
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.50, No.11 (1977. 11) ,p.117- 121
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19771115-0117

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

企業提携・合同について定めたものであり、株主の経済的利益保護とともに、会社支配に対する株主の利益保護についても充分な配慮のなされた規定とみることができよう。

このようにして、企業提携を目的とした新株発行の場合、その発行価額は、企業の客観的価値に求めるべきではなく、新株発行決定当時の市場価額を基準にして決定されることが妥当であり、本件のように市場価額を大幅に下廻つた場合には、商法第二八〇条ノ二第二項の問題となり特別決議を要することになるわけである。そして本件では、右の決議を経ていないことから、著しく不公正な価額として商法第二八〇条の一一の問題へと展開されることになる。（本件判例批評としては、本文中に掲げたもののほか、坂本延夫・金融商事判例三四五号二頁以下がある）

宮島　司

〔最高裁民訴事例研究　一五〇〕

昭和五一4（最高民集三〇巻九号八八九頁）

債務者の代理人が本人としてした作成嘱託及び執行受託に基づき作成された公正証書の効力

配当異議事件（昭和五一・一〇・一二第三小法廷判決）

X（原告・被控訴人・被上告人）は、訴外A株式会社に対する判決の執行力ある正本に基づいてA会社の訴外B銀行に対する債権を差押えたところ、右債権は既にY（被告・控訴人・上告人）がYとA会社間の公正証書の執行力ある正本に基づき差押えていた。そこでB銀行は供託し、配当期日が開かれて配当表が作成されたところ、Xは配当期日に出頭し、右公正証書はA会社の嘱託により作成されたものではないから債務名義としての効力はないとして右配当表の配当金額に異議を述べ、本件配当異議訴訟を提起した。

事実審の確定した本件公正証書作成の経緯は次のとおりである。YはA会社に対して売掛債権を有していたところ、そのうち一〇〇〇万円について債権関係を明確にするため、公正証書を作成することに両者の間で合意が成立した。そこでA会社の代表取締役CはDに対し右内容の公正証書作成方を指示し、印鑑証明書等の必要書類とA会社印を交付したところ、Dは本件公正証書の作成を公証人に嘱託するに際し、A会社代表取締役Cと称し、且つ本件公正証書にCと署名し、その名下にA会社の社印を押印した。第一審、原審とも本件公正証書の効力を否定したところ、Yは、公証人法が公正証書嘱託につき厳格な手続を要求しているのは、公正証書が執行手続上強力な権限を有すから、正当な権限を有しない者により嘱託作成されることを防ぐためで、たまたま手続上の違背があつても、実体上の権限がある者の嘱託により作成されたことが明らかで、実体上の権利関係に影響がないことが明白な場合は、当該公正証書は無効とならない、として上告。これに対して最高裁は以下のように判示して上告を棄却した。

「公正証書は、訴訟手続を経ることなくそれ自体で債務名義となり、債権者はこれに執行文の付与を受けて強制執行することが可能となるものであるから、公正証書が公正の効力を有するためには法律の定める要件を具備することを要する（公証人法二条）ところ、代理人による公正証書作成の嘱託については、代理権限を証する書面や印鑑証明等の提出を要し（同法三二条）、公証人は、本人に対し代理人の氏名等所定の事項を通知し（同法施行規則一三条の二）、作成した公正証書を列席者に読み聞かせ又は閲覧させたうえ、列席者各自これに署名捺印することを要するものと規定されている（同法三九条）。

思うに、右法規の趣旨とするところは、公正証書のもつ重要性にかんがみ、公正証書が正当な権限を有する者によつて嘱託され、その記載事項が真実に合致することを担保するにあるものと解されるから、公正証書の作成を現実に嘱託する者に人違いがないということは、公正証書の作成にあたり要求される最も基本的な事項というべきであつて、署名が行為者を識別する重要な方法であること、他方、公正証書に記載される執行受諾の意思表示は、公証人に対してされる訴訟行為であつて、これには私法上取引の相手方保護を目的とする民法の表見代理に関する規定の適用又は準用がないものと解されている（最高裁昭和三一年(オ)第一二三号同三三年五月二三日第二小法廷判決・民集一二巻八号一一〇五頁参照）ことなどを総合すると、代理人の嘱託による公正証書の場合には、公証人法の前記規定に定める手続を履践し、かつ、当該公正証書に嘱託者である代理人が自署することを要し、代理人が本人として公正証書の作成を嘱託することは右規定の適用を僭脱するものというべきであるから、その嘱託は違法であり、これに基づいて作成された公正証書は公正の効力を生ずるに由なく、署名代理を認める余地はないものと解するのが、相当である。」

一、本件判決において最高裁は、債務者の代理人が直接本人の名において、代理権の範囲内で実体関係と合致した内容の公正証書の作成を公証人に嘱託し、かつ執行受諾の意思表示をした場合（いわゆる署名代理）、実体関係を正確に反映した公正証書であつても、作成手続において署名代理方式がとられたことのみをもつて当該公正証書は公正の効力を有しないと判示した。本問題に関する初めての最高裁判例である。

判決要旨とされた「債務者の代理人が本人としてした作成嘱託及び執行受諾に基づき作成された公正証書は、債務名義としての効力がない。」の点については賛成であるが、後に述べるように、本件が配当異議訴訟において争われたことを考えると、本判決が上告を棄却した結論には疑問である。

二、公証人法が署名代理方式を適法な代理の方式とは認めていない点については、争いのないところであろう。署名代理方式が適法な顕名の方法であれば問題は生じないのであるが、公証人法三二条、同法施行規則一三条の二は、代理人による嘱託の場合については厳格な手続を明文で要求しているうえ、公正証書の作成嘱託及び執行受諾の意思表示は私法行為ではなく解釈も厳格に行うべきだからである。従つて、代理人が自ら代理人であることを明示してなおかつ本人の名前で公正証書の作成嘱託をした場合、公証人はその作成を拒絶しなければならない。なお、民法においては判例（例えば最判昭和四四・一二・一九民集二三巻一二号二五三九頁）、学説（例えば我妻「新訂民法総則」三四六頁）とも署名代理方式が適法な顕名方法とし

て認められているが、これは条文上（九九条）顕名の方法について厳格な手続が法定されていないうえ、私法行為に関することであるから柔軟な解釈の余地があるためである。

三、ところで、現実には本件のように署名代理方式により公式証書（執行証書）が作成されてしまうことがある。その場合に作成された公正証書の効力を如何に考えるかが次の問題となる。本件判決において唯一の争点となつたところである。

はじめに、これまでの下級審の裁判例について、各事件の具体的事情は一応捨象して結論のみをみると、債務者側の代理人が署名代理方式をとつた場合は当該公正証書を無効とし（東京高判昭和三四・二・二五下民集一〇巻二号四二七頁、甲府地判昭和三二・八・二三下民集八巻八号一五七五頁）、債権者側の代理人が署名代理方式をとつた場合は有効としている（大阪高判昭和三四・六・一二下民集一〇巻六号一二二七頁、福岡地判昭和三九・四・一四金融法務事情三七六号六頁、大阪地判昭和三九・四・二七判例タイムズ一六二号一八九頁）。

これに対して学説上は、これまで本問題について自覚的に論じられたことはなかつたが、本判決に対する判例評釈（後掲）において、署名代理方式で作成された公正証書の効力を否定することに対していろいろな疑問が唱えられている。

四、ところで、執行証書の制度は判決手続を経ずに簡易に債務名義を取得することを目的としている。債務名義の重大な機能を考えれば、適正、公平が確保される判決手続を経ることが原則であるが、他方において多額の費用と時間がかかるので、訴訟の回避を望む債権者、債務者の要求にも理由があるところから執行証書の制度が認められている。従つてあくまで例外的な制度であるからその運用については原則として厳格になされるべきである。そのうえ、強制執行を受けることが当人にとつて重大な結果を与えることを考えれば、執行受諾の意思表示はできる限り直接本人がなすことが望まれる。公証人法は代理人による嘱託を認めてはいるが、いわばその代償として三二条において、代理権の証明は証書によることを要求し（一項）、その証書が認証を受けない私書証書であるときは代理人の印鑑証明も要求し（二項）、そのうえ同法施行規則一三条の二において、公証人に同条一項各号の事項（証書の件名、番号及び証書作成の年月日、公証人の氏名及び役場、代理人及び相手方の住所及び氏名、執行受諾の意思表示の有無）を本人に通知する手続をとることを求めることにより、極力本人の意思に反して公正証書が作成されることを防ぐ措置を講じている。

なお、当然のことであるが、最高裁は債務者を代理する権限のない者がその代理人として公証人に作成を嘱託し、かつ、執行受諾の意思表示した場合には、公正証書は債務者に対する関係で債務名義としての効力がないと判示している（昭和五〇・七・二五民集二九巻六号一一七〇頁）。

ところが、署名代理方式で嘱託される場合は代理権を証する証書は提出されず、公証人は代理人を本人と誤信することになる。かりに右証書を代理人が提出すれば、公証人は正規の代理の方式を要求するので署名代理方式により公正証書が作成されることはない。従

つて、署名代理方式で作成された公正証書を有効とすることは、無権代理により嘱託作成された公正証書により執行手続が進行することを防止する重要な担保となる、右規則に定められた本人に対する通知が欠落することを容認する結果にもなる。

ところで現在においても、実務上執行証書作成嘱託の際の代理権の不存在を理由とする請求異議訴訟が目立つといわれている。このうえ署名代理方式の公正証書を有効とすれば、現実に公正証書の作成を嘱託する者が誰であり、その者にいかなる権限があるかを確認する手続が欠如することを肯認することになり、右訴訟がさらに増加することが予想され、ひいては執行証書の制度そのものの基礎を危うくしかねない。

以上のように考えてくると、債務者の代理人が署名代理方式で嘱託し作成された公正証書は、一率無効とし、右争いを未然に防ぐ解釈をとることには相当の根拠があるように思われる。

なお、本件判決の要旨後段において、本件の署名代理方式の適法性を否定する理由に、判例をあげて、執行受諾の意思表示は訴訟行為であり民法の表見代理の規定の適用ないし準用がないものと解されていることを付加しているのには賛成できない。表見代理の適用の問題と、顕名の手段として署名代理方式が認められるか否かという問題とは、直接には関係がないうえ、近時、訴訟行為と表見法理については研究が深まり、もはや訴訟行為なるがゆえに表見法理の適用を否定するのみでは説得力を欠くばかりでなく、下級審においては、すでに民法一一〇条を執行受諾の意思表示に適用することを認める判例がでており（東京地判昭和四六・一二・一三判例時報六六二号六三頁）、これらの点を考慮せずに理由づけに加える必要はなかつたものと思われる。

五、ところで、本件判決の射程距離の問題とも関係するが、債権者の代理人が公正証書の作成嘱託に際し、署名代理方式をとった場合は右とは別個に考えられるであろう。債権者の代理人は執行受諾の意思表示に直接関与せず、後になつて執行証書作成嘱託の代理権について争われる余地は少ないと思われる。従つて、右の場合に作成された公正証書の効力を否定する理由はなかろう。ただし、本判決の文言からは、債権者の代理人が署名代理方式をとつた場合に別個に考える余地があるか否かについて読みとることはできない。

六、右のように、最高裁が本件公正証書の効力を否定したことについては賛成であるが、この点からすぐに上告棄却の結論を導き出したことには疑問が残る。

本件の執行証行書の効力が否定されて、Yの差押が無効となるとしても、右差押を執行力ある正本に基づかない配当要求（民訴法六二〇条）として解釈することにより、事実審が既に確定している実体関係の存在を理由として、Xの申立を棄却する余地がある。これは、いわゆる無効行為の転換の問題であるが、学説は実体法、訴訟法を問わず認めている（我妻前掲三九二頁、三ヶ月「民事訴訟法」三一七頁）。本件の場合、債務者の認諾手続（同法六二〇条、五九一条二項、三項）が存在しないことになるが、配当異議訴訟に於ては、債務者は執行債権の存在、範囲について争っていないのであるから、この点は右無

効行為の転換を否定する理由にはならないと思う。

七、以上のように考えてくると、本件判決は、署名代理方式の適法性のみを論じた上告理由にひきずられて、右配当異議訴訟特有の問題の考察をおろそかにしてしまったのではないかと思われる。

なお、公正証書に関する基礎的知識については奥村正策「公正証書に関する総合的研究」（司法研究報告書一三輯一号）があり、本件最高裁判決の評釈ないし解説としては、徳田和幸（判例タイムズ三四六号一一〇頁）、中村英郎（判例評論二二一号一四二頁）、住吉博（五一年度重要判例解説一三二頁）があり、いずれも参考にさせていただいた。

（昭和五二年七月三一日）

六車　明

〔刑訴判例研究六〕

昭和五一・三

原判決中未決勾留日数算入の部分のみが破棄された事例

最高裁判所第一小法廷判決昭和五一年㈱第七六一号同年一一月一八日（強盗殺人、死体遺棄被告事件、一部棄却、一部破棄自判）刑集三〇巻一〇号一九〇二頁

（事案の概要）

被告人は、昭和五〇年三月九日殺人、死体遺棄の事実により逮捕され、同月一二日勾留され、同月三一日強盗殺人、死体遺棄の罪で勾留のまま起訴された。

第一審である福島地方裁判所会津若松支部は、被告人を勾留のまま審理し、同年八月二七日、「被告人を懲役一五年に処する。未決勾留日数中一〇〇日を右刑に算入する」との判決を言い渡した。

右判決に対し、検察官は同年九月九日量刑不当を理由に、また被告人も同日事実誤認を理由に、それぞれ控訴を申し立てた。

控訴審である仙台高等裁判所は、被告人を勾留したまま審理し、同五一年三月三〇日、検察官・被告人双方の主張を排斥して、「本件各控訴を棄却する。当審における未決勾留日数中一五〇日を原判決の刑に算入する」旨の判決を言い渡した。

これに対し、検察官は、未決勾留日数算入に関し、判例違反を主張して上告を申し立てた。すなわち、「原判決が控訴申し立て後の未決勾留日数二〇三日中一五〇日を刑法二一条により本刑に裁定通算したものであることは、その主文及び理由中の記載に照らし明らかである。しかしながら、右に述べた事件の経過により明らかなとおり、本件は検察官が控訴を申し立てた場合であるから、被告人の控訴申立が棄却されていても、検察官の控訴申し立て後、控訴審判決言渡し日の前日までの控訴審における未決勾留日数二〇三日は、刑事訴訟法四九五条二項一号により、判