

Title	〔最高裁民訴事例研究一九四〕債権者の代理人が本人としてした作成囑託に基づき作成された公正証書の効力(昭和五六年三月二四日第三小法廷判決)
Sub Title	
Author	石渡, 哲(Ishiwata, Satoshi) 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	1982
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.55, No.2 (1982. 2) ,p.128- 134
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=AN00224504-19820215-0128

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.

る。その点からすると、判旨は一方においては、商法二六二条の適用上の第三者の範囲を拡げる問題には立入らないと同時に、他方では、Bの使用した名称とY会社の表見代表取締役による使用許諾とが結びつけば、Cについて商法二六二条と二三条とを組み合せて、Y会社の責任を認めうることを明らかにしたものといえそうである。

その意味では、前述した第一の場合は二つの条文をつぎ足して適用するのに対して、第二の場合というのは、二つの条文を重ねて適用する場合と表現することもできよう。確かにこうした関係も観念的には予想できるが、それに基づいてY会社の責任を認めるためには、Cを代表権のない常務取締役Eの直接の相手方として理解することは無理かどうか、また、表見代表取締役のなした行為について保護される第三者の範囲はどこまで拡大できるかなどの点も、ここで検討すべきであつたであろう。判旨はその後の手形取得者であるD、

Xについては、Y会社の常務取締役Eの存在すら知らないとい認定しながら、Cについてはその点について特別の事情はないといつているに止まるため、その内容は必ずしも明らかでない。また、CがEの常務取締役という名称を信頼して手形を取得したという場合の善意、悪意の立証責任はどうなるのか、判旨の表現から見ると疑問の生ずる余地もある(大山前掲五頁、服部前掲一二六頁)。

その意味においても、判旨の結論には賛成であるが、かなりこみいった事柄を簡単に表現したためか、その理由づけには明確を欠く点もあり、もう少し説明を加えればより説得的な判決となつたのではないかと思われる。

付記 本判決については大山俊彦教授(金融商事判例四九七号二頁)、服部栄三教授(ジュリスト六七三号一二四頁)などの判例研究がある。

高島正夫

〔最高裁民訴事例研究 一九四〕

昭和五六二(最高民集三五卷二号二五四頁)

債権者の代理人が本人としてした作成囑託に基づき作成された公

正証書の効力

請求異議事件(昭和五六・三・二四第三小法廷判決)

X会社とY会社の間には、公証人Aの作成にかかる、債務者たるX会社の執行認諾の意思表示を含む、公正証書が存在した。右公正証書の作成にあたりY会社の代表者Bは同会社の専務取締役Cに証書の作成囑託の権限を授与した。ところがCは公証人AおよびX会社の代理人に対しては、自己が代理人であることを秘し、Bであると称して公正証書の囑託

をしたうえ、同証書にBと署名した(以下ではかような作成方式を「署名代行方式」という)。後にY会社が右公正証書に基づいて執行を開始したところ、X会社が、同証書は公証人法所定の手続規定に違反し無効である、ということの主たる理由として、請求異議の訴えを提起した。

第一審は、債務者(X会社)代理人において、債権者(Y会社)代理人(C)が直接債権者本人名義(代表者たるB名義)で公正証書の作成を囑託することであることを知りながら、何ら異議を述べなかつた、との認定のもとに、このような場合にまで公正証書を無効とすべきではないとした。ただし第一審は、Yの債権のうち一部は相殺により消滅したとして、その限度で請求異議の訴えを認容した。X会社が控訴。控訴審は、債権者代理人も公証人と同様に債権者代理人を債権者本人と誤信して執行受諾の意思表示をした、と認定した。そのうえで控訴審は、最判昭和五年一月一日民集三〇巻九号八八九頁を引用して、本件公正証書は、公証人法が定める代理人の囑託による作成要件に違反した無効な囑託に基づいて作成されたものであるから、公正の効力を有しない、と判断して、第一審判決を変更、請求異議の訴えを全面的に認容した。債権者たるY会社が上告。上告理由は大略以下のとおりである。すなわち、代理人の囑託による公正証書の作成について手続上の諸規定が法律によつて規律されているのは、もとより公益上の要求によるものであるが、そのことから、公正証書作成手続に瑕疵があれば、当然に公正証書の効力が否定される、との結論にいたることはできない。従来の判例中には、署名代行により作成された公正証書の公正の効力を肯定するものと否定するものがあるが、後者においては、署名した者の不明、ないし代理人の代理権の存否の不明が公正の効力の否定の實質的な理由である。学説中にも右の公正の効力を肯定し、あるいはその否定に対して疑問を投げかけているものがある。また控訴審が引用する昭和五年の最

高裁判決は債務者側の署名代行のケースであり、債権者側の署名代行によつて公正証書が成立した本件は、その射程距離内にない。さらに、債権者側の署名代行は潜在的にかなり存するが、原判決の結論はあまりに取引の実態を無視した形式論である、と。

最高裁判第三小法廷は多数意見をもつて上告を棄却したが、その理由は以下のとおりである。「公正証書の作成に当たり債務者の代理人が公証人に対し債務者本人と称して囑託をしたうえ証書に債務者本人の署名をした場合には、右証書は公正の効力を有せず、債務者本人としての効力がないものと解すべきことは、当裁判所の判例とするところである(昭和五〇年(初)第九一八号同五年一月一日第三小法廷判決・民集三〇巻九号八八九頁)。この理は、債権者の代理人が債権者本人と称して囑託をしたうえ証書に債権者本人の署名をした場合においても異ならないものといふべく、これと同旨の原審の判断は正当として是認することができる。」ただし横井大三裁判官の次のような反対意見がある。「……代理人による公正証書作成の囑託については、公証人法に厳格な手続規定(同法三一条、二八条、三二条、三九条、同法施行規則一三条の二)が設けられており、これらの規定の趣旨は、公正証書が正当な権限をもつ者によつて囑託され、その記載事項が真実に合致することを担保し、もつて公正証書に対する一般の信頼を高めようとするところにあるものと解される。したがつて、公正証書の作成に当たつては、このような法の要求する厳格な手続を履踐しなければならないことはいうまでもない。しかしながら、既に作成された公正証書が、債権者の代理人において、公証人に対し自分が代理人であることを秘し本人と称して証書の作成を囑託したうえ、証書に本人の署名をしたものである場合には、その行為が前記法の定める厳格な手続を履踐したものでないという意味においてその作成手続に瑕疵があるとしても、本人が代理人に公正証書作成囑託の権限

を与えている場合で、作成された証書の内容が与えられた権限の範囲内のものであるときは、作成手続に瑕疵があるという理由だけからこれを無効なものとするのは相当でない。多数意見のようにこれを無効とするときは、あらかじめ正しい手続を経たうえ同じ内容の公正証書の作成囑託をしなければならぬことになって不経済であるばかりでなく、債務者を不当に利する結果となるのであつて、公正の理念に反すると考える。…原判決は破棄を免かれず、さらに審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻すのが相当である。なお、本件は債権者の代理人が債権者本人と称して公正証書作成の囑託をした場合であるが、債務者の代理人が債務者本人と称して公正証書作成の囑託をした場合については、債権者の場合と異なり、公正証書作成囑託行為のほか、執行受諾の意思表示の効力が問題となる。しかし、私は、この場合にも代理人のした執行受諾の意思表示が与えられた権限の範囲内のものであるときは、その公正証書は債務名義として有効であると解する。したがつて右と異なる見解を採る当裁判所の判例(昭和五〇年(初)第九一八号同五一年一〇月二日第三小法廷判決・民集三〇卷九号八八九頁)は変更されるべきものである。」

判旨(多数意見)に賛成

一 公正証書が公正の効力を有するためには、法定の要件の具備が必要である(公正二条)。ところで、署名代行による公正証書の作成は公証人法三二条(代理人による公正証書作成の囑託につき、代理権限を証する書面や印鑑証明等の提出を要求・三九条(作成した公正証書を列席者に読み聞かせまたは閲覧させたりえ、列席者各自にこれに署名捺印することを要求)および同法施行規則一三条の二(公証人に、本人に対して代理

人の氏名等所定の事項を通知することを要求)等の規定に違反するものである。そこで従来若干の学説は署名代行により作成された公正証書の効力を否定していたが、⁽¹⁾下級審の判例はこれを肯定するものと否定するものとに分かれていたところ、⁽²⁾本件原審判決や本判決中に引用されている昭和五年の判例において最高裁は、債務者側に署名代行があつた事例につき、右効力を否定する判断を下した。しかしこの判例の評釈および解説のなかでは判旨に反対するものないし批判的なものの方が賛成するものよりも数に多いといつて⁽³⁾。またこれらの評釈等においては、債権者側で署名代行が行われたケースにつき最高裁がいかなる判断を下すか、という点についての関心が表明されていた。⁽⁴⁾本件で最高裁第三小法廷はこの場合にも公正の効力を否定した。なお、同じ第三小法廷は本件判決と同じ日に、債務者側の署名代行のケースについても公正証書の効力を否定する判決を下した。⁽⁵⁾ただし、右に述べたように、昭和五年の判決後の学説にかぎつていえば、公正証書の効力を肯定する見解の方が多数であり、また今回の両判決のいずれにおいてもこれと同旨の横井裁判官の反対意見があることから、両判決が判例として安定したものであると断言するには、なお躊躇を禁じえない。

二 実体私法上の法律行為に関しては、代理行為が署名代行方式によつてなされた場合でも、代理人が実際に代理権および代理意思を有していれば、代理行為を有効とすることが、通説・判例によつて認められている。⁽⁶⁾もつとも手形行為については学説・判例に見解の対立がある。本件の多数意見は公正証書の作成につき、それが署名

代行方式によつたときには、公正証書は無効である、との結論に到つたが、そのための独自の理由は示さず、前述の昭和五年の最高裁判例を引用したうえで、債権者側の署名代行の場合も債務者側の

その場合と異なるところはない、と述べるにとどまつている。その昭和五年の判例は、署名代行により成立した公正証書の効力を否定する根拠として、「右法記（公証三条・三九条、公証規一三条の二のこと——筆者——）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⁽⁸⁾に嘱託する者に人違いがないといふことは、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ふべきであつて、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、公証人に對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（最判昭和三年五月二三日民集一二卷八号一〇五頁参照）こと」を挙げている。

以上の理由のうち、執行受諾の意思表示に民法の表見代理の規定の適用または準用がないという点は、結論に到るための決定的な根拠ではない⁽⁸⁾。けだし、表見代理が問題となる場面では、公正証書が代理人の嘱託により成立した事実⁽⁹⁾は正しく反映しているのに対し、署名代行のケースにおいては、真実は代理人により嘱託がなされたにもかかわらず、本人自身の嘱託により公正証書が作成された

形式がとられているという、形式と実体の不一致の点が問題となつているからである。

重要なのは、執行証書の作成に際しては嘱託する人に人違いがあつてはならず、また署名が行為者を識別する重要な方法である、という根拠である。これに對して昭和五年の最高裁判例に批判的な立場からは以下のような反論がなされている⁽⁹⁾。すなわち、もとより公正証書の作成にあたり人違いがあつてはならず、また、署名代行方式は、人違いを防止するために設けられた諸規定に違反するものであるから、公正証書作成の段階で署名代行方式であることが判明したときは、公証人はこれを是正せしめるべきであり、是正されなければ、作成を拒否しなければならぬ。しかし、すでに公正証書が作成されてしまえば、署名代行者には代理権があり、かつその行為は代理権の範囲内であるから、これを無効とすべきではない、と。

かような理論構成は、署名代行方式により成立した公正証書の効力を否定する見解が、従来その根拠として⁽¹⁰⁾せいで公正証書のもつ公的機能の重要性・強力を挙げるにすぎなかつたのに比べれば、たしかに相当に説得力に富むものであることは、否定できない。しかし私はなお次の点でこれに賛成できない。たしかに、公正証書が債権者ないし債務者側の署名代行により作成されたということを前提として考えるならば、その公正証書は実体的権利関係と一致するものといえよう。しかし、署名により表示される者と署名を實際に行なつた者の間にくい違いが存するケースのなかには、もちろん署

名代行の場合もあろうが、純然たる無権限者による氏名冒用の場合もありうる。後者の場合、公正証書が無効であることには、問題がない。⁽¹¹⁾そこで、もし前者においては公正証書が有効であるとするならば、右のくい違いが問題となつたときには、署名代行であつたのか、氏名冒用であつたのか、という点についての判断が必要になる。あるいは、当事者が署名代行であることをただちに承認することにより、この判断が實際上不要になることもありうるが、常にそうであるとはかぎらない。しかし、公正証書という制度は手続の簡易化・迅速化のために生み出されたものであるが、簡易・迅速をむねとする手続においては、その続行のために右のごとき判断が必要となつた場合には、手続を主宰する裁判所にこの判断を課することなく、手続自体を廃止して、新たな手続を開始せしめることが、手続法の基本的姿勢であると考えられる。もつとも、公正証書作成の手続は簡易なものであつても、それに基づく執行の手続は判決に基づく執行となら変わるころがない、とみることもできなくはない。しかし——手続の簡易性のためにやむをえないこととはいえない——執行証書作成手続における囑託人の確定手続は完全なものではない。⁽¹²⁾執行証書の作成が署名代行によつたのか無権限者の氏名冒用によつたのか、という問題が後に生じるのも、結局はこのことによる。したがつて手続の簡易性に起因する手続上の問題が執行手続にまで尾を引くことになる。そこで、いつたんかかる問題が生じたならば、債権者にもう一回出なおして手続を初めから行わしめる、換言すれば、新たに債務名義を獲得しこれに基づく執行に着手するこ

とを要求するのが、法の趣旨である、と解されるのではなからうか。

かような解決方法に対しては、それでは単に執行を阻止しうるに留まり、公正証書が無効にする意味がないではないか、との反論もある。⁽¹³⁾さらには、その間に債務者が無資力になつたため、債権者が事実上債権の満足を得られなくなる、という事態もありうる。しかしかようなリスクは、債権者側が囑託人の確定手続を慎重にすることにより、ほとんど防止できよう。もつとより、前述のように、囑託人の確定手続は万全なものではないから、このリスクの完全な除去は不可能であるが、それは簡易な手続には不可避的なものである。

三 昭和五十一年の最高裁判例に関しては、署名代行者を使者ないし表見代表取締役(商二六二条)と構成することにより、公正証書の効力を肯定しようとする、提案もなされている。⁽¹⁴⁾

しかし公正証書作成の囑託のごとき訴訟行為については使用者の觀念を認めることはできない。もつとも、先の提案をする論者は、執行証書作成の囑託を訴訟行為とみること自体に批判的で、当事者はこれを通常の取引行為の一環とみている、と主張する。⁽¹⁵⁾たしかに、公正証書作成の囑託行為を純然たる訴訟行為であるとみることが、問題であるかもしれない。また当事者はこれを取引行為の一部であると考へているかもしれない。しかし、当事者の主観的意思是別にして、それは債務名義の成立という一種の訴訟法上の効果の発生を目ざすものである。それゆゑ執行証書作成の囑託行為にはやはり訴訟行為としての面があることは否定できないであらう。

次に、署名代行者を表見代表取締役とみる構成であるが、まず商法の表見法理の訴訟行為への適用自体が問題である¹⁶⁾。さらに、かりにこれを肯定するとしても、表見代表取締役とは、代表権のない取締役が「社長」等の肩書をもつてみずから、名において、行為することであるから、署名代行者を表見代表取締役とみることはできない。

四 署名代行方式により作成された公正証書の効力はこれまで、本件を含めて、いずれも請求異議の訴えにおいて争われた¹⁷⁾。例外は昭和五年の最高裁判例で、これは、債務者の他の債権者が公正証書の無効を主張して、公正証書上の債権者に対して配当異議の訴えを提起した事案である。

しかし、公正証書が署名代行方式によつて作成されたという瑕疵は、形式上の瑕疵であるから、この点に基づく債務者の救済は請求異議の訴えではなく、執行文付与に対する異議によるのが本筋であろう¹⁸⁾。ただし、署名した者が本人であるか否かを、書面審理のみによつて判断するのは、かならずしも適當ではないので、請求異議の訴えが提起されたならば、これを不適法として却下せず、請求異議訴訟の手續において右の点を審理すべきである¹⁹⁾²⁰⁾。もつとも、執行文付与に対する異議においては執行文の付与の取消しが求められるのに対して、請求異議の訴えを認容する判決は執行を全面的に排除するものであるから、前者が提起されるべき場合に、後者の判決を下すことには問題がないとはいえない。この点に関する詳細な検討は後日の課題とせざるをえないが、さしあたり、請求異議の訴えが

提起された場合は、一部認容の形で債務者の救済を認めることにしたい。

(1) 磯村「執行証書」総合判例研究叢書民訴法③(増訂版)一七〇頁以下、奥村「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三三頁。

(2) 有効説をとるもの、大阪高判昭和三四年六月二日下民一〇卷六号一三七頁、福岡地判昭和三九年四月一日民法三七六号六頁、大阪地判昭和三九年四月二七日判タ一六二号一八九頁。無効説をとるもの、甲府地判昭和三二年八月二三日下民八卷八号一五七五頁、東京高判昭和三四年二月二五下民一〇卷二号四二七頁。

(3) 判旨に反対ないし批判的なもの、竹下「判批」民商七七卷一号一〇九頁以下、中村「判批」判例評論三二二号二七頁以下、小林「判批」法協九五卷五号一四三頁以下、住吉「判批」民事訴訟判例評釈二七五頁以下(ジュリ昭和五一年度重要判例解説一三二頁以下)、なお、徳田判批「判タ三四六号一〇頁以下も、判旨の結論には賛成であるが、判旨に批判的である。判旨に賛成するもの、塚谷「判批」公証法学六号一七頁以下、六車「判批」法学研究五〇巻一号一七頁以下。ただし六車氏は、債権者側の署名代行のケースにおいては公正の効力を肯定される。

(4) 中村・前掲判批三一頁、小林・前掲判批一四七頁、住吉・前掲判批二七九頁、徳田・前掲判批一一四頁、六車・前掲判批一一〇頁。

(5) 最判(昭和五四(オ)七九九号)昭和五六年三月二四日判時九九九号五六頁。

(6) 我妻・民法総則(民法講義一)三四六頁以下、川島・民法総則(法律学全集)三六三頁、幾代・民法総則(現代法律学全集)三〇八頁など。大判昭和五年八月四日新聞三一六九号一六頁、大判昭和十五年一

月一九日法学一〇卷四号四一六頁、東京高判昭和三年二月二四日東高時報七卷三号四五頁など。なお、竹下・前掲判批一一四頁注(8)参照。

(7) この問題については例えば、本間「手形行為と表見法理」ジュリ三〇〇号学説展望二〇六頁以下参照。そのほか竹下・前掲判批一一四頁、中村・前掲判批二八頁参照。

(8) この点は判旨に反対の論者のみならず、賛成の論者も指摘している。竹下・前掲判批一一六頁、中村・前掲判批二九頁、小林・前掲判批一四八頁、住吉・前掲判批二八〇頁以下、塚谷・前掲判批一三七頁以下、六車・前掲判批一一〇頁。

なお、執行受諾の意思表示への表見法理の適用は、昭和五年の最高裁判例が引用する同三年の判例は否定しているが、適用を肯定する学説も有力である。例えば、竹下「訴訟行為と表見法理」実務民訴講座I一九三頁以下、近藤・執行関係訴訟(全訂版)一九一頁以下、柏木「訴訟行為と民法理論」続判例展望二〇四頁、榎「判批」公証法学二号一七二頁以下、榎本「判批」公証法学四号五三頁以下。

(9) 以下の論述は、竹下教授、中村教授、小林助教、住吉教授の前掲判批から私が要約した。なお、徳田・前掲判批一一三頁参照。

(10) 塚谷・前掲判批一三六頁以下。本件原審判決。なお、六車・前掲判批一一九頁以下参照。

(11) 最判昭和五〇年七月二日民集二九卷六号一七〇頁。

(12) 徳田・前掲判批一一二頁以下参照。

(13) 中村・前掲判批二九頁、小林・前掲判批一四八頁。

(14) 小林・前掲判批一四九頁以下。使者については、徳田・前掲判批一一三頁も参照。

(15) 小林・前掲判批一四九頁。そのほか、竹下・前掲論文・実務民訴講座I一九五頁、近藤・前掲書一九七頁参照。

(16) 最高裁の判例はこれを否定している。最判昭和四五年一月一日民集二四卷一三三二〇七二頁。なお、竹下・前掲論文・実務民訴講座I一八三頁以下参照。

(17) 注(2)および(5)に引用した判例。

(18) 磯村・前掲論文一七二頁はかような結論を主張している。

請求異議の訴えと執行文付与に対する異議の関係一般については、例えば、兼子・増補強制執行法八六頁、注解強制執行法(1)二四〇頁(丹野)参照。

(19) 本件におけるのは場面を異にするが、手続上の瑕疵も事情によつては請求異議の訴えにより主張することができるという点につき、石渡・執行契約の研究一〇六頁以下参照。ただし、三ヶ月「執行に対する救済」民訴研究二卷六四頁参照。

(20) 公正証書作成の囑託が無権代理人により行なわれた場合には、執行証書の瑕疵は形式上の瑕疵である(少なくとも形式上の瑕疵でもある)が、債務者の救済は請求異議の訴えによるものと考えられている(磯村・前掲論文一五三頁以下、近藤・前掲書一六一頁以下、田中・新民事執行法の解説(増補改訂版)七二頁)。ただし執行文付与に対する異議によるべきである、との見解もある(兼子・前掲書八八頁、斎藤「請求異議の訴」総合判例研究叢書民訴法(2)一〇九頁以下・一二六頁)。

(追記) 本件については伊藤調査官の解説(ジュリ七四六号九〇頁以下)がある。

校正の段階で、竹下教授の本件評釈(判旨反対、判例評論二七五号五三頁以下)に接した。