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

Title	〔民集未登載最高裁民訴事例研究一〕 第三者の一審における訴訟行為につき二審で追認があったものとされた事例 (最高裁平成二年一二月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	1992
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.65, No.9 (1992. 9) ,p.113- 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=AN00224504-19920928-0113

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.

重大でないことについては、本件では、発行済株式総数の約七二％が準共有となっており、その点に問題が発生し、動きのとれない手詰り状態が生じているわけであるが、この手詰り状態は、準共有株主間で協議がととのわないことから生じているのであり、しかるべき決議を成立させ、会社を運営・継続させる必要性に重点を置けば、相当数の株式が関係していても、重大でないと評価できる。さらに、本件総会は、委任状分も含めて全員出席総会である点がそれに加味される。株主全員の参与が確保されているのである。第二の要件については、準共有株式を除いて計算すれば、単純多数が成立するのだから、充足されていると考えられる。以上の次第で裁量棄却の可能性に関して、判旨に若干の疑問を呈したい。

（平成四年五月二六日）

加藤　修

〔民集未登載最高裁民訴事例研究　一〕

1　第三者の一審における訴訟行為につき二審で追認があったものとされた事例

最高裁平成二年一二月四日第三小法廷判決（最高裁平二（オ）第八五一号）所有権移転登記手続等請求事件、判例時報一三九八号六六頁。

〔事　実〕

Xは、Yの長男訴外AをYの代理人としてY所有の農地を買い受けたと主張して、Yを被告とし所有権移転登記等請求訴訟を提起した。第一審で被告側は、本件農地がYの所有であることを認めるほかXらの主張を否認する答弁書を提出したが、弁論には欠席し、結局右答弁書の陳述が擬制されたのみで、Y敗訴の判決が下された。本件上告理由中の記載によると、訴え提起の事実は当時病気で入院中のYには知らされず、前記の答弁書もAが作成し提出したとのことである。第一審敗訴判決をAから知らされたYは、訴訟代理人に控訴を委任し、控訴審では実体関係を争うとともに第一審でAがYの氏名を冒用して応訴した旨を主張するよう要請したが、訴訟代理人は実体関係のみ

を争い、氏名冒用の点についてはなんらの主張立証をしなかった。控訴審も本件農地の売買を有効として、控訴を棄却した。そこでYが上告。なお、その際Yは上告審の手続を訴訟代理人によらずに自身で追行しているが、それは、控訴審で訴訟代理人がYの意向に反して氏名冒用の点についての主張立証をしなかったことによるものと、推測される。上告理由は二点あり、第一点は、原審判決が売買を有効としたことを攻撃しており、第二点は、「原判決は、第一審の冒用訴訟による違法の判決を認容した違法がある」ということである。最高裁は、第一の点を退けたうえ、第二の点も以下の理由で退けて、上告を棄却した。

〔判　旨〕

「……所論は、第一審の訴訟手続にAが上告人の氏名を冒用して訴訟行為をした瑕疵があるとして、これを維持した原判決の違法をいうが、記録に照らせば、上告人は、第一審判決に対して自ら控訴を申し立て、その選任した訴訟代理人が本案について弁論をして訴訟を遂行し、原判決を受けていることが明らかである。原審における上告人らの右行為は、Aの第一審における訴訟行為に所論の瑕疵があったとしても、これを追認したものに外ならないと解されるから、右瑕疵は、原審において補正されたものというべく、原判決に所論の違法はない。」

〔評　釈〕

判旨は正当であるが、その射程距離についてはなお検討の必要がある。

一　「原判決は、第一審の冒用訴訟による違法の判決を認容した違法がある」というYの上告理由は、二通りに解釈される余地がある。第一に、――近時異説はあるものの[1]――従来氏名冒用訴訟は当事者の確定が問題になるケースの一つであるとされており、かつ冒用者を当事者と確定する考え方もありうるので、上告理由は、Yは本件訴訟における被告ではない、という意味に解する余地がなくはない。第二に、本件の被告は自分、すなわちYであることを認めたうえで、自分の不知の間に行われた第一審の被告側の訴訟追行（一切の訴訟行為）が違法であり、その結果第一審判決が違法である、という意味に解する余地もある。第一の意味に解するには無理がある。なぜなら、当事者でない者は訴訟手続がいかに追行されようとも、またいかなる判決がなされようとも、その権利ないし利益を害されることは本来ないはずであるし、また、手続へのなんらかの形態の参加もしくは当事者の変更が行われない限り、当該手続に関与することはできず、そこでなされた裁判に対して不服を申し立てることも理論的にはできないはずだからである。もっとも当事者でない者についても、当事者らしい外観が存するときには、この外観のゆえに当該手続への関与、とくに裁判への不服の申立てが許されるという考え方も、成り立ちえないわけではない[2]。しかし、Yの主張はやはり第二の意味に解する方が自然であろう。

一方、「原審における上告人らの右行為は、Aの第一審における訴訟行為に所論の瑕疵があったとしても、これを追認したものに外ならない……」という判決理由のうち、「Aの第一審における訴訟行為」という部分だけをみれば、判旨は冒用者であるAを当事者としていたと解することも、一見可能なことのように思われるかも知れない。しかし、「上告人ら（Yと控訴審におけるその訴訟代理人—筆者）の右行為」が「追認したもの」とみなされていることから、結局判旨も、被告はYであるとの立場を前提にしたものといえる。なぜなら、当事者でない者が追認をするということは、考えられないからである。

要するに判旨は、Yを当事者であるとしたうえで、第一審において事実上Aによってなされた訴訟行為が、控訴審でY側が本案につき弁論したことにより追認されたものとしているのである。かような場合に追認を認めるべきか否かが、本件における主要な問題であり、この点に本件の判例としての意義もあるといえよう。しかし、右に述べたように、Y側の追認は、Yが当事者であるとの前提のうえにはじめて成り立ちうるものであるから、右の問題を論じるに先立ち、まず本件における被告が誰であるかを、検討すべきであろう。もっとも、前述のように、上告理由も、Yが当事者でないと主張しているものとは解されないので、この検討は不要と思われるかも知れない。しかし、当事者の確定は、少なくとも職権調査事項であると考えられるので[3]、裁判所は、疑義があれば、当事者の主張のいかんにかかわらず、誰が当事者であるかを、確定しておかなければならないであろう。

二　周知のように当事者の確定については現在各種の見解が主張されており、学説は混迷している[4]。ここでは簡略に私見を述べるに留めたい。

表示説が、明確な確定の基準を提供しうることから、一時期通説の地位を獲得したが、その後同説に対する批判が強まったのは、同説による硬直化した処理が具体的妥当性を欠く結果をもたらすことがありうることによるといえる。当事者の確定は、当事者間の利益衡量に配慮しながら[5]、訴状における表示、当事者の確定が問題になった時点までに誰がどのように当該訴訟に関与したかないし関与する機会があったか、誰に当事者適格があるかなど、訴訟に現われた徴表のすべてを考慮してなされるべきである[6]。当事者間の利益衡量に配慮するということから、確定の基準も、したがってまたその結果も、当事者の取り違え、死者名義訴訟、氏名冒用訴訟など問題の種類ごとに異なり、かつ、同じ種類の問題においても、原告側の確定か被告側の確定かでも異なりうるし、さらに当事者の確定が問題になった時点によっても異なりうる。なお、氏名冒用訴訟の場合には、冒用者と相手方の間に通謀があったときとこれがなかったときとでも、確定にあたり重点をおくべき基準が異なりうる。以上のような考え方によると、当事者の確定のための明確な一般的基準を求めることができなくなるが、それは事柄の性質上やむをえ

ないことであろう。

本件のような、被告側における冒用の事実が判決確定前に、より詳しくいえば第一審判決後上訴期間経過前に、被冒用者に判明したケースにおいて、従来の諸説によると被告は冒用者、被冒用者のいずれとされるのであろうか。表示説によれば、この場合被冒用者が当事者である。[7] 意思説によっても、原告は被冒用者を訴える意思であるから、この点は変わらない。行動説によれば、当事者として行動している冒用者が当事者とされよう。[8] ただし、本件のように、氏名冒用の事実に気付いた被冒用者も訴訟上なんらかの行動を採っているケースでは、単純にそう言っていいか、若干問題である。次に適格説の主張者である伊東乾教授は、「氏名冒用の場合に、訴訟当事者と確定すべきは、冒用者であって、被冒用者ではない」と述べておられる。[9] しかし、伊東教授がその理由として、被冒用者が「訴の提起をも訴訟の繋属をも全く知ることなく……訴訟当事者になるというが如きは、著しく自然に反する」と述べておられることからすると、ここでは、判決確定前に被冒用者が冒用の事実に気付き、当該訴訟に関与する機会をもちえたケースは想定されておらず、おそらく判決確定後に冒用の事実が判明したケースが想定されているものと推測される。併用説を主張される石川明教授は、被告の確定については意思説によると述べておられるので、[11] 同説と同様、被冒用者が当事者になる、と解しておられるものと思われる。規範分類説を主張される新堂幸司教授は、裁判所が氏名冒用の事実に気付いた場合には、その後の措置として、冒用者の訴訟関与を排斥したうえで、被冒用者が訴え提起または応訴行為を追認しない限り、訴えを却下すべきであるとされる。[12] 被冒用者の追認が認められているので、被冒用者が当事者であるということを当然の前提とされているものと思われる。以上の諸説の外に、佐上善和教授が主張される紛争主体特定責任説があるが、同教授は、氏名冒用訴訟の場合の当事者の確定については、必ずしも見解を明らかにしておられない。[13]

次に、私見を述べたい。本件においてはYに被告適格があり、Yを被告としてはじめて紛争の解決が可能であることは、明らかである。また、たしかに、Yが気付くまでにAによって事実上第一審の訴訟手続が追行されたとはいえ、これに気付いた時点において、Yには以下に述べるようにAによる訴訟追行の瑕疵を主張してその効力を否定したうえ、自ら訴訟を追行する機会がある。このように考えるならば、本件のようなケースでは被冒用者であるYを当事者、すなわち被告とみるべきである。

三　訴訟係属中に被告側の氏名冒用の事実が判明した場合、右に述べたように、被冒用者が被告であるとするなら、その後いかなる措置が採られるべきであろうか。

この場合、冒用者によってそれまでになされた訴訟行為がすべて違法であることはいうまでもない。被冒用者がこれを追認することも考えられるが、追認は、少なくとも訴えが却下されず、したがって従前の手続が消滅せずに残存することを前提に

している。前述のように、新堂教授は、追認がなされなければ裁判所は訴えを却下すべきである、と主張されている。[14] しかし、当該手続の中で被冒用者たる被告がなお権利防禦のための十分な訴訟追行をなしうるならば、手続保障の点を考慮してもなお、訴えを却下して手続を終了させる必要はない。むしろ、その手続をそのまま活用できるならば、訴訟経済にもかなっているといえよう。また、とくに本件のように、冒用者と相手方である原告の間に通謀がない場合には、訴えの却下は原告の利益を害することになろう。そこで、この場合には訴えを却下せず、残存した手続をはじめからやり直すべきである。[15] 具体的には改めて被告に訴状を送達して新期日を指定することになろう。[16]

ただし、このような処理ができるのは、訴訟手続の一定の段階までに限られる。第一審係属中の段階で氏名冒用の事実が判明した場合には、このような処理は可能である。次に、本件におけるように、第一審判決後、控訴期間経過前、すなわち判決確定前の段階で判明した場合には、被告は、控訴を提起し控訴審で氏名冒用の事実を主張できる。氏名冒用の事実が認定されれば、事件は第一審に差し戻されることになり（民訴三八九条一項）、差し戻されたならば、差戻し前の第一審における訴状送達等一切の訴訟行為が効力を失い（同条二項）、その結果第一審の手続をはじめからやり直すことが可能になる。以上に対して、控訴提起後の段階で氏名冒用の事実が判明した場合は、状況が異なる。判例中にもかような事例がある。大阪高判昭和四三年一二月一九日[17]である。事案は、被告側の冒用訴訟で、第一審判決は被告敗訴であり、被告側が控訴し、控訴審係属中に被冒用者が氏名冒用の事実を知ったというものである。被冒用者はこの事実を知った後従前の被告側の訴訟行為の無効を主張したが、冒用者が依頼した訴訟代理人の行った控訴の提起を追認することも拒否したもようである。判旨は、第一審判決について当然無効ということは考えられないので、被冒用者が右控訴の提起を追認しない以上、控訴は不適法であるとしてこれを却下した。その結果第一審判決が確定することになり、被冒用者の救済のためには、再審の訴えを提起しなければならなくなる。[18] そのことは、被冒用者が控訴の提起を追認しない以上やむをえないことであるとする学説もある。[19] しかし、後述のように、被冒用者の追認ということ自体、必ずしも当然に認められることではない。また、追認が認められるとしても、それは訴訟行為の一部について行うことはできず、従前の訴訟行為全部を一体として追認しなければならない。ただし審級ごとの追認は可能であると解することはできよう。[20] そうすると、控訴審ですでに自白など被告側に不利益な訴訟行為がなされていた場合、被冒用者はこれを除外して追認することはできないことになる。そこで、被冒用者が当事者であると解する限り、追認は彼に不利益な訴訟上の効果を押し付けることになりうる。もちろんその場合でも、すでに学説の指摘があるとおり、[21] 再審の訴えという最後の救済手段は考えられる。しかし以上のことを考えると、

むしろ控訴提起後は、被冒用者を当事者と確定することに問題があるといえるのではないだろうか。

要するに、冒用の事実の判明が第一審係属中であれば、裁判所は直ちに改めて被告に訴状を送達し新期日を指定すべきであり、第一審判決後控訴期間経過前であれば、被告の控訴に基づき事件を第一審に差し戻したうえで、右と同じ措置を採るべきである。[22]

四　しかし、本件では被冒用者である被告が冒用の事実に気付いた後に、その訴訟代理人が本案につき弁論し、判旨はそれによって、第一審で冒用者が行った訴訟行為は追認されたとした。より正確にいえば、第一審での被告側の訴訟行為に冒用の故の瑕疵があったとしても（冒用の事実の有無は、法律審たる上告審では判断できないから、この点の断定を避けたのであろう）、追認されたとした。ここで問題になるのは、第一に、このような追認が可能であるのかという点であり、第二に、追認が可能であるとして、本件におけるように黙示の追認を認めることができるかという点である。

このような追認は明文規定で認められているわけではない。これを認めるとすれば、民訴法五四条の類推適用ということになろう。たしかに氏名冒用訴訟の場合と同条が規定する「訴訟行為ヲ為スニ必要ナル授権ノ欠缺」の場合とは相当に類似した点があるように思われる。[23] とりわけ、本件におけるような冒用者と相手方に通謀のない冒用訴訟の場合と授権の欠缺の場合とはとくに近似の状況にあるといえよう。しかしながら、民訴法五四条の安易な類推適用は、結果として当事者以外の者の訴訟追行を簡単に認めることになり、場合によっては弁護士代理の原則（民訴七九条）の僭脱にもつながりかねない。当事者が第三者に訴訟を追行させ、実際に追行しているのが本人でないことが裁判所に判明したなら、訴訟の結果がうまくいっているときには、右追行を追認するという方法での僭脱である。[24] したがって、氏名冒用訴訟の場合に被冒用者による追認を一般的に認めるべきではない。

しかし、冒用者と被冒用者の間に一定の緊密な関係があり、冒用者が行った訴訟追行の効果を被冒用者に及ぼすことがこの関係の故に適当であると考えられるような場合には、民訴法五四条を類推して追認を認めることができよう。本件では、被冒用者Yと冒用者Aとは同居の父子であり、Y自身その上告理由の中で、Aに「上告人所有の田畑の耕作をなし、農作物の売却、納税等を任せ、農業経営上の家事を担当させていた」と認めている。YとAがこのような関係にあるとすれば、Aの訴訟追行をYが追認することを認めてもかまわないであろう。

次に、黙示の追認が認められるかという点であるが、民訴法五四条が本来適用される場合については、通説、判例は黙示の追認を認めている。[25] 手続の瑕疵を主張せずに本案につき弁論することは、従来の手続を利用する意思を表明しているものと解釈できるので、通説、判例は正当であると考える。[26][27] 氏名冒用の

場合で民訴法五四条の類推適用が認められるべきときにも同様に、黙示の追認が認められるであろう。

もっとも、本件では、上告理由中の記載によると、控訴審でのYの本人尋問において同人は、訴え提起の当時入院中であり、訴えを提起されたことを知らなかった旨を陳述している。しかしそれは証拠調べにおける陳述であり、これをもって、Yから氏名冒用の事実の主張があったということはできない。

五 以上を要するに、判旨は本件の事案の解決として妥当であったといえる。ただし、前述のように、被冒用者による冒用者の訴訟追行の追認が可能なのは、両者の間に一定の緊密な関係がある場合に限られ、この点で判旨の射程距離は限定されていることに注意すべきである。

六 本件では、もし控訴審で氏名冒用訴訟の主張がなされていたなら、それが認められる可能性が大きかったように思われる。これが認められれば、仮に最終的に本案についてはYの主張が容れられなかったとしても、判決に対する彼の不満はある程度解消したのではないかと思われる。このように考えると、控訴審で、Yの訴訟代理人がYの意向に反してもっぱら本案につき弁論したために、黙示の追認が成り立ってしまったことは、理論的には正当であるとしても、Yにとって気の毒なことである。しかし、訴訟代理人の訴訟行為の効果は、本人に及ばざるをえないので、このような結果はやむを得ないことといえよう。

(1) 当事者の確定の問題の範囲を限定し、氏名冒用の場合をこれからはずそうとする学説である。上野泰男「当事者確定基準の機能―死者名義訴訟の場合―」『名城大学創立三十周年記念論文集法学編』一五三頁（法律文化社、一九七四年）。納谷廣美「当事者確定の理論と実務」鈴木忠一・三ケ月章監修『新・実務民事訴訟法講座1』二四三頁、二五七頁（日本評論社、一九八一年）も同旨であろう。この点については、高橋宏志「当事者の確定について」法学教室一二六号四八頁、四九頁注（9）参照（一九九一年）。

(2) 判決確定後に氏名冒用が判明した場合につき、当事者は冒用者であるとしながら、当事者でない被冒用者が再審の訴えを提起できるとする見解（たとえば、新堂幸司「訴訟当事者の確定基準の再構成―行為規範と評価規範との区別を手がかりとして―」石井照久先生追悼論文集『商事法の諸問題』二六八頁（有斐閣、一九七四年）、同『民訴法』八九頁（弘文堂、補訂第二版、一九九〇年）の基礎にはこれと同じ考え方がある。

(3) 伊藤真『民事訴訟の当事者』一六三―一六四頁（弘文堂、一九七八年）は、裁判所がこれから訴訟を進めていく段階では当事者の確定には職権調査主義が妥当するが、職権探知主義は妥当しない、と述べている。

(4) この問題の議論の出発点になる文献として、中務俊昌「当事者の確定」民事訴訟法学会編『民事訴訟法講座第一巻』七三頁以下（有斐閣、一九五四年）を、現在の学説の状況を要領よくまとめたものとして、高橋・前掲注（1）四六頁以下を挙げることができる。

(5) 坂原正夫「当事者の確定（二・完）」民商七二巻一号九一―九二頁（一九七五年）参照。坂原教授は、最判昭和四一年七月一四日民集二〇巻六号一一七三頁、最判昭和四三年二月二七日民集二二巻二号三一六頁、最判昭和四八年一〇月二六日民集二七巻九号一二四

○頁が問題を具体的妥当性の視点で考えている、と指摘されているが、そのとおりであろう。

(6) 本文での論述は、適格説を主張される伊東乾教授の見解に従がっている（伊東乾「訴訟当事者の概念と確定」中田淳一先生還暦記念『民事訴訟の理論上』七一頁（有斐閣、一九六九年））。同説は、いくつかの基準の適用の優先順位が必ずしも明確にされていない点、および、その基礎になっている実質的当事者概念が、今日の通説的見解（形式的当事者概念）からは是認し難い点に検討の余地があるといえよう。これらの点については後日検討することにしたい。

(7) 納谷廣美「当事者の確定」法律論叢四六巻五＝六号七五頁（一九七四年）、同・前掲注（1）二五五頁。ただし、納谷教授の見解については、注（1）を見られたい。

(8) 三ケ月章『民事訴訟法』一七八頁参照（有斐閣、一九五九年）。

(9)(10) 伊東・前掲注（6）七三頁。

(11) 石川明「当事者の確定と当事者適格との交錯」法学教室・第二期・六号七〇頁（一九七四年）。

(12) 新堂・前掲注（2）訴訟当事者の確定基準の再構成二六七頁。

(13) 佐上善和「当事者確定理論再編の試み―紛争主体特定責任に関連して―」立命館法学一五〇―一五四号二四九頁（一九八〇年）、同「当事者確定の機能と方法」新堂幸司（編集代表）『講座民訴3』八二頁（弘文堂、一九八四年）参照。そのほか、同「判批」民訴判例百選Ⅰ七八頁以下（一九九二年）でも、佐上教授は自説を明らかにしてはおられない。

(14) 前注（12）に同じ。

(15) 納谷・前掲注（7）当事者の確定七五頁、同・前掲注（1）当事者確定の理論と実務二五五頁。

(16) 坂原正夫「氏名冒用訴訟と死者に対する訴訟」『民事訴訟法の争点』七二頁（有斐閣、旧版、一九七九年）

(17) 判時五五七号二四五頁。

(18) 坂原・前掲注（5）（一）民商七一巻五号一〇五―一〇六頁が指摘するところである。

(19) 伊藤・前掲注（3）一七三頁。

(20) 菊井維大＝村松俊夫『全訂民訴1』二七七―二七八頁（日本評論社、補訂版、一九八四年）。ただし、新堂幸司＝小島武司編『注釈民訴1』四八二頁以下〔飯倉一郎〕（有斐閣、一九九一年）およびそこに引用されている判例、学説参照。

(21) 前注（18）、（19）に同じ。

(22) なお、原告側の氏名冒用が訴訟係属中に判明した場合の措置は、本件の問題ではないので、本評釈では検討しないが、これまでにこの点については以下のような見解が表明されている。

納谷教授は、被冒用者が訴訟を維持するか否かを決めることができ、維持しない場合は、裁判所は訴えを却下し、維持する場合には、被冒用者において従来の訴訟行為を追認するか否かを決める、とされる（納谷・前掲注（7）当事者の確定七五頁。ただし、同・前掲注（1）当事者確定の理論と実務二五五頁参照）。新堂教授は、本文でも引用したように、起訴の追認がなければ訴え却下になる、と述べておられる（前注（12）に同じ）。坂原教授は、この場合、被冒用者が当事者であるならば、訴えは却下になる、と述べておられる（坂原・前掲注(16)氏名冒用訴訟と死者に対する訴訟七一頁）。なお、東京地判昭和二九年一二月九日下民五巻一二号一九九七頁は、原告側の氏名冒用訴訟において、表示説に立ち、被冒用者を原告とみたうえで、訴えを却下している。

(23) 新堂・前掲注（2）訴訟当事者の確定基準の再構成二六七頁は、冒用者による起訴、応訴と無権代理人によるそれらとを同様のもの

とみている。同・前掲注（2）民訴法八九頁は起訴のみにつき同じことを述べている。

(24) 仙台高秋田支判昭和五九年一二月二八日判タ五五〇号二五六頁は、民訴法五四条の本来の適用が問題になった事例であるが、この判例の基礎にも本文で述べたのと同じ配慮がある。

(25) 菊井＝村松・前掲注（20）二七七頁、斎藤秀夫他編『注解民訴2』八五頁〔小室直人＝大谷種臣〕（第一法規、第二版、一九九一年）、新堂＝小島編・前掲注（20）注釈民訴1四八一頁〔飯倉〕、宅間達彦＝立川共生「判批」民商四二巻二号九二頁以下、竹下守夫「判批」法協七八巻六号一〇六頁（一九六二年）、大判大正五年一二月二六日新聞一二四二号二七頁、大判大正六年八月二四日民録二三輯一二三八頁、大判大正七年四月二九日民録二四輯八〇〇頁、最判昭和三三年六月六日民集一二巻九号一三七三頁（ただし、この旨を明言しているわけではない）、最判昭和三四年八月二七日民集一三巻一〇号一二九三頁。ただし、後注（27）参照。

(26) 前注（25）に掲げた学説、判例の内、竹下・判批がこの旨を明言している。

(27) 前掲注（24）仙台高秋田支判昭和五九年一二月二八日は追認を認めることにより弁護士代理の原則が僭脱されることになるとして、黙示の追認を認めなかった。そのような場合には、黙示的でない本来の追認であっても、認められないであろう。

石渡　哲