

執行認諾の意思表示と表見代理

——特に権限越の表見代理との関連において——

菊 池 定 信

- 一 問題の提起
- 二 判例の紹介と検討
- 三 執行認諾の意思表示における表見代理の成立要件

一 問題の提起

一定の金額につき借入れを依頼され、かつこれに關し債務名義たる公正証書を作成するため委任状ならびに印鑑証明書の交付を受けた代理人が右金額を超えた額につき消費貸借契約を締結し、強制執行認諾づき公正証書を作成した場合、その公正証書が債務名義としての効力を有するか否か、問題の存するところである。従来の学説・判例によれば、このような事例においては、公正証書における執行認諾の意思表示に私法上の表見代理の規定を類推適用なし準用しうるか否かが、問題解決のきめてになるとされている。すなわち、通説ならびに最高裁判例は、右意思表示

が訴訟行為であることを主たる理由に、これに私法上の取引行為で認められた表見代理規定の類推適用を否定し、従つて前掲事例のような公正証書は権限のない者が作成させた無効のものであるとして、その超過金額につき債務名義としての効力を否定する^(一)。しかし近時の有力説ならびに下級審判例においては、右意思表示には取引行為としての要素も含まれていることなどを理由に、これに表見代理の規定の類推適用を肯定すべきであるとし、従つて前掲事例のような公正証書にあっては超過金額についても執行力を生ぜしめるべきである、と解するものがある^(二)。

二 前掲事例のような公正証書に債務名義としての効力を認めるべきか否か。最近の学説・判例は、まず表見代理の民法規定を右公正証書における執行認諾の意思表示に類推適用することの可否を論点とし、それを究明するため執行認諾の意思表示の法的性質を論定するとともに、さらに取引安全を重視する立場から、または公正証書作成経過という実際的見地から、あるいは訴訟政策的見地等から導き出す諸要請を考慮してこの問題の解決にあたつている^(三)。筆者は、右のようないろいろの理由ないし立場から、この問題を解決しようとする考え方を否定するものではない。だがしかし、いかなる理由ないし立場からこの問題を解明するにせよ、それらに先立つ論理的前提として、この問題の核心をなす表見代理をどのようなものとして把握するのかを明らかにする必要がある。問題の焦点ともいうべき表見代理の内容を検討しないで、民法上におけるその類推適用の可否のみを論ずるところに、疑問をもつ。

今日の民法学においては、表見代理の成立要件ないし適用範囲に関し、すこぶる問題が多い。表見代理の成立要件をゆるやかに解して、その適用範囲を拡張しようとする見解もあれば、他方では、このような一般的の傾向に対しても批難する学説もある。あるいはまた特別の事情があるときは、本人保護と取引安全の利害を具体的に調整するという態

度を示す見解もあり、表見代理成立の限界にはいまだ定説がないといえよう。この点を考慮しないで慢然と表見代理の規定を執行認諾の意思表示に類推適用することの当否を論ずることには首肯しかねるものがある。

三 現実問題として、取引行為における表見代理の成立要件を緩和するという解釈論が支配的な今日、執行認諾約款の陳述に、なお右解釈論を類推適用しようとする見解をそのまま肯認することはできない。しかしながら、その類推適用を全面的に否定することも不適当と考えられる場合がある。権限越の代理人によって作成された執行認諾公正証書であっても、その作成行為並びにその作用等の特別事情を考慮するならば、一定要件のもと、表見代理理論の準用を認めて本人（債務者）にその執行力を及ぼすべきことを妥当とする場合もある、と思われるからである。のみならず、執行認諾約款の意思表示は、私法行為を内容とする訴訟行為であつて（訴訟法律行為^(四)）、実体法的並びに訴訟法的モーメントとともに内在せしめる特殊のものである。ところが、学説・判例は、右意思表示を公正証書の内容たる法律行為から切り離していながら、なおそれ自体につき民法上の意味における表見代理の成立の当否を論定する。かような学問的態度は、問題の所在を正しく把握していない。かくて筆者は、以上のような問題意識から、本稿において、執行認諾の意思表示に関する表見代理について考察してみようと思う。^(五)

もとより、右の問題は通常の表見代理の場合とは異なり、実体法と訴訟法とに跨がる表見代理ともいべきものであるから、その理論構成においては、実体法理と訴訟法理を総合して検討する必要がある。前述したような種々の立場からの要請も、その構成にあたつて考慮に入れなければならない。つまり、民法上の表見代理制度のみならず訴訟制度、ないしは公証制度等の趣旨から再検討しなければならないことになろう。しかしそれらは到底筆者の能力の及

ぶところではない。また、表見代理制度については、民法は、一〇九条・一一〇条および一二一条で規定するが、本稿においては主として一一〇条に限定して考察してみることにした。

本稿では、以上のような問題意識と研究範囲をもつて、まず判例の紹介ならびにそれの検討を加え、さらに、執行認諾行為における表見代理の成立要件につき若干の考察をする予定である。

(一) 兼子・増補強制執行法八八頁、小野木・強制執行法概論一七一頁、近藤・執行関係訴訟一〇五頁以下、磯村「執行証書」総合判例研究叢書民訴(3)一七六頁以下、判例については、後掲〔2〕〔3〕〔4〕〔5〕〔7〕〔8〕参照。

(二) 柚木・判例民法総論下巻一五〇頁、吉川・強制執行法三七頁、竹下「訴訟行為と表見法理」実務民訴講座1一九三頁以下、判例については、後掲〔6〕〔9〕参照。

(三) 公正証書における執行認諾の意思表示に表見代理の規定の類推適用を否定する見解(前註(一)の学説・判例)は、もっぱら右意思表示をもつて訴訟行為であることを理由とする。これに対し、表見代理規定の類推適用を肯定する見解(前註(一)の学説・判例)は、右意思表示に私法行為も含まれていることを理由とする他、本文に述べたような諸要請を考慮して右適用を肯定するものが多い。

(四) 執行認諾約款の意思表示は、債務者が、判決手続を経ることなく債権者において直ちに執行手続により実体法上の権利を実行することを承諾する私法上の意思表現であると同時に、それは訴訟法上その権利に執行力を与える効力をもつが故に訴訟行為でもある。要するに訴訟法律行為といわれる特殊のものである。その性格については、従来、裁判上の和解、請求の放棄・認諾等において、私法行為説、訴訟行為説、両性説、併存説など多く存したが、現在においては、私法行為を内容とする訴訟行為ということに落付いているといえよう。この点に関しては、中村宗雄・訴と請求並に既判力二一〇頁以下、同民訴理論の再構成二五六頁以下参照。

(五) 周知のように、表見代理の成立要件が緩和され、その適用範囲も一定していない現状においては、結論として表見代理の

一 判例の紹介と検討

公正証書作成手続における無権代理人の執行認諾の意思表示に、民法の表見代理規定の類推適用ないし準用の問題を取り扱った判例は少なくない。後述するように、大審院判例は最初その適用を肯定していたが、後にその態度を改めて否定説をうちだして以来、最高裁判例もその立場を踏襲して今日に至っている。しかし最近の下級裁判例のなかにはその類推適用を肯定すべしという見解が現われている。本項ではまずこれらの判例の要旨を紹介するとともに、どのような理由ないし基準をもって、その適用を否定もしくは肯定すべきものとしているのかを考察することにする。また、その適用の可否を決定かけた種々の理由ないし基準が、理論構成においても具体的な事案の解決においても果して妥当なものといえるかどうか。さらに、その適用の可否を論じられている表見代理とは、一体どのようなものであるか、等について検討してみなければならない。

以下では、これらの点を中心として判例別に検討する予定である。

〔1〕 大判大正一四年一二月二一日民集四巻七四三頁(棄却)

二 判例の紹介と検討

一一一

Xは、その振出ならびに引受にかかる為替手形をもつてA会社の某銀行に対する債務を担保する契約を為すこと、ならびに右担保設定契約について公正証書を作成すべきことをAに委任し、白紙委任状および印鑑証明書をAに交付した。しかるにAはこれを悪用して右手形をYに裏書譲渡し、Xの代理人としてXの右手形債務を準消費貸借に改め、かつこれに關する執行認諾の公正証書を作成した。かくてYの差押に対し、Xは債権不成立・請求異議の訴を提起したが、YはAに代理権ありと信すべき正当の理由があつたのだから本件には表見代理の規定が適用さるべきだと抗弁した。原審はこれを認めたので、X上告。

Xの上告に対し、大審院は次の如き理由をもつて、右消費貸借契約を内容とする本件公正証書を有効とした原審の判断を支持した。すなわち、

「白紙委任状ヲ交付スル者ハ代理人ヲシテ自己ニ代リテ之ニ委任事項ヲ記入シテ完全ナル委任状ト為シ、代理権ヲ証明セシムルノ趣旨ニ出デタルモノナレバ、其ノ代理人ヲ信頼スルニ非ザレバ容易ニ之ヲ交付セザルヲ通常トス。故ニ白紙委任状ノ交付ヲ受ケタル代理人ガ之ヲ示シ、之ニ委任事項ヲ記載シテ相手方ト法律行為ヲ為シタル場合ニ於テハ、縱令其ノ記載事項ガ本人ヨリ委任セラレタル權限ヲ超越セル場合ニ於テモ、其ノ相手方ハ其ノ委任状所持人ヲ本人ノ信頼セル代理人ト認メ之ニ記入セラレタル委任事項ニ付テハ該代理人ガ本人ヨリ適當ニ權限ヲ授与セラレタルモノト判断スルハ事理ノ當然ナルヲ以テ、其ノ相手方ハ民法第一一〇条ニ所謂第三者ガ其ノ權限アリト信ズベキ正当ノ理由ヲ有スルモノト解スルヲ相当トス」

本件判例は、公正証書に記載された消費貸借上の債務に関する部分と、執行認諾に関する部分とに分離することなく、公正証書作成行為に民法一一〇条の適用あることを前提として、専らYに同条の規定する「正当ノ理由」があつたか否かを検討する。しかし執行認諾の記載は、執行手続の基礎をなし、それにより執行力を生ずることから、その意思表示については消費貸借契約と區別して検討することを要する。従つてこれに表見代理規定を類推適用すべきか否かも、民法一一〇条の解釈論に基づく判断基準から検討すべきではあるまい。それゆえに、本判旨のような正当理由の根拠をもつて、執行認諾行為に関する判断基準と解するのは、問題がある。^(一)

要するに、本判決においては、私法行為と訴訟行為との分離を認めず、専ら私法を中心とした理論構成をする學問体系それ自身に問題が内在する。かような私法中心の一元觀、すなわち私法的訴權説は、現在にあつては、既に過去の学説といえよう。

〔2〕 大判昭和一一年一〇月三日民集一五巻一〇三五頁（破棄差戻）

Xの番頭であるAが営業上保管していたXの印章を無断で使用して委任状を偽造し、これに基づきYとの間にXを連帶債務者とする金銭消費貸借についての公正証書が作成された。Yは右公正証書に基づき、X所有の有体動産を差押えたところ、Xはこれに対し、右公正証書が偽造の委任状により作成されたものであることを理由として、その執行力の排除を求める請求異議の訴を提起した。これに対しYは、かりに右委任状が偽造によるものであつたとしても、當時、Yとしては番頭AがXの代理人として公正証書を作成する権限を有せるものと過失なく信じていたのだから、権限踰越の表見代理として民法一一〇条の規定が適用さるべき場合であり、従つて本件公正証書は有効なる債務名義である、と抗弁した。原審は右Yの主張をいたので、Xは、民法一一〇条は公正証書作成行為においてまで適用さるべきでないとして、本件公正証書の無効を主張する。

大審院は次の如き理由をもつて本件公正証書の債務名義たる効力を否定した。

「然レドモ公証人ノ作リタル公正証書ガ偽造ノ委任状ニ基キ作成セラレタル場合ニハ之ニ対シ請求ニ関スル異議ノ訴ヲ提起シ以テ該債務名義ニ基ク執行力ノ排除ヲ求メ得ベキコトハ夙ニ当院判例ノ存スルトコロニシテ（大正九年（オ）第八四九号、同年三月三十日民事連合部判決）如上ノ解釈ハ該公正証書作成ニ際シ当事者タル相手方ニ於テ右偽造ノ委任状ニ依ル代理人ニ其ノ代理権限アリト信ズベキ正当ノ事由ヲ有セシ場合タルト否トニ依リ彼此其ノ帰結ヲ異ニスベキ理由ナキモノトス。蓋シ右公正証書記載ノ直チニ強制執行ヲ受クベキ旨ノ合意ニ関スル部分タルヤ、強制執行ニ依ル権利保護ノ要件ヲ形成スルヲ以テ訴訟上ノ法律行為タル性質ヲ带有セルコト明白ナルガ故ニ、此ノ種行為ニハ其ノ私法ノ原則トシテ表見代理に付認メラレタル民法第百十条ノ規定ノ如キハ之ガ適用ナキモノト解スルヲ相当トスベク、従テ或ハ本件公正証書ニ表示セラレタル契約ノ私法上ノ効果トシテハ右法条ノ適用ヲ受クル結果上告人ニ於テ消費貸借上ノ債務ヲ負担スルモノト解シ得ベケンモ、之ガ為メ直チニ本公正証書自体

二 判例の紹介と検討

一一四

ノ債務名義タル効力ヲ肯認スベキ理由ト為シ得ベカラザルヤ多言ヲ俟タズ。」

上告人Xが公正証書作成行為に民法一一〇条の適用されるべきことを主張したのに対し、本件判旨は、公正証書の内容を執行認諾の意思表示と消費貸借上の債務負担行為とに分け、前者については右法条を適用できないとした。この点、右意思表示を訴訟法的に把握せんとしたいわゆる公法的訴権説時代の見解であるといえよう。けだし、右意思表示が訴訟において為されるときは純然たる訴訟行為であると解して、それに対し民法一一〇条を適用する余地を全く認めないのである。しかし右意思表示がなお私法上の法律行為たる性質をもち、しかも右意思表示が執行手続の基礎をなすものであっても、その効果において取引安全の要請を受け入れる余地があるときは、表見代理類似の効果を生ぜしめることも可能ではないか、との疑問を生ずる。

川島教授の本件判決評釈は、以上のような考え方を含んでいるものと思われる。すなわち教授は、次のように指摘される。「執行受諾が訴訟行為が裁判所に対して為されその行為が一連の手続の一環を構成せる如き場合に於ては、これには民法中法律行為に関する規定は原則として適用無しと解すべきであるが、本件の如き公正証書作成に於ては右の如き事情無く、債権者債務者は（その間に公証人が介在するとは云々）謂はゞ取引当事者として相対立するものであり、その取引の保護といふ見地からは寧ろ表見代理規定の準用を認むるを可とするのであるまいか。」として、本件判旨を疑問とした。⁽¹⁾

本件事実関係は、番頭Aが営業上保管しているXの印章を勝手に利用して委任状を偽造し、これに基づきXを連帶

債務者とする金銭消費貸借公正証書を作成せしめた、というのである。Aが職務執行のために作成したものと認めるることもできないから、本件に関する限り、右債務名義に基づく執行力の排除を求めたXの請求異議の訴は支持されるべきである。この意味では、判旨の結論は妥当といえる。しかし、いかなる場合においても、表見代理規定を準用しない、というのは妥当でない。一定の執行認諾権限を超過して作成された公正証書の債務名義としての効力を生ぜしめることを妥当とする場合もあるのではなかろうか（後述三の三参照）。のみならず、執行認諾の意思表示の性質論のみから、判旨のような結論を当然に導き出す論理構成についても、問題があろう。更に検討を要する点である。

〔3〕 最判昭和二九年一二月一四日判例タイムズ四六号三一頁（棄却）

Xから金借方の依頼を受けて実印を預かったAは、右実印により印鑑証明書の交付を受け、かつX名義の公正証書を作成するための白紙委任状を作り、これらを使用して消費貸借についての公正証書を作成すべきことをYに委任するとともに、Xの代理人としてYより金員を借り受けた。そこでYは、訴外BをXの代理人に選任して本件公正証書を作成せしめたので、Xは、A等に対し単に金借方を依頼しただけで公正証書の作成に関してまで代理権を与えたことはなかつたのであるから、本件公正証書は無効であるとして、その執行力の排除を求める請求異議の訴を提起した。これに対しYは、かりにAが本件公正証書の作成につきXの代理権を有しなかつたとしても、YとしてはAが本件公正証書の作成についてもXの代理権を有せるものと信ずるにつき正当の理由があつたのであるから、Xが右公正証書の無効を主張することはできない旨抗争した。

原審は、公正証書記載の強制執行の受諾に関する合意は、強制執行による権利保護の要件を形成する訴訟法上の法律行為たる性質を有するから、その性質上私法の原則として表見代理につき認められた民法一一〇条の適用を受けないと解すべきである、として、Yの抗弁を排斥しXの請求を認容した。これに対しYは上告したが、最高裁は、Yの上告理由を單なる事実認定の問題とみて法律判断をせずに上告を棄却した。

しかし、本件最高裁判決においては、執行認諾の合意に関する問題につき、原判決の立場を支持する多数意見と、原判決に反

対する少数意見とが述べられている。すなわち少数意見は、

「思うに、訴訟上の法律行為（以下訴訟行為といふ）は私法上の法律行為（以下法律行為といふ）とその性質を異にし、したがつて法律行為につき認められた民法上の諸原則がそのまま訴訟行為に適用さるべきではないことはいうをまたない。しかしながら、両者その性質を異にするとの理由のみにより、法律行為に関する原則は訴訟行為には全く適用の余地がないものとなすべきではなく、法律行為につき定められた民法の規定であっても、これを訴訟行為に類推適用することがむしろ相当と認められる場合の存することを否定すべきではない。現に民法一〇八条は公正証書における執行受諾行為には全く適用の余地がないものとなすべきすること当裁判所の判例とするところである（昭和二六年六月一日第二小法廷判決民集五巻三六七頁参照）。そして民法一一〇条もまた執行受諾行為にこれを類推適用すべきである。けだし、執行受諾行為は訴訟行為ではあっても、これに一一〇条の法意を類推し、相手方が代理人に公正証書作成の代理権ありと信じかつ信するにつき正当の事由があつた場合には、公正証書は本人に対しその効力を有するものと解しても、これを不当となすべき何等実質的理由を発見することができないばかりでなく、かえつてかく解することが取引の実情に合致し、取引の安全を重視する法の精神に適合するものと信ぜられるからである。原審の見解は、形式論に拘泥して取引の実情を無視し、法律の精神に背馳せるものであつて、とうていこれを支持することはできぬ。」

以上のような少数意見に対して、多数意見の藤田裁判官は、次の如き補足意見を述べる。「公証人に公正証書の記載を嘱託する行為は、公法上の関係であり、殊に執行受諾に関する合意を公正証書に記載することを嘱託する行為は、公証人に対し、当該公正証書をして、強制執行の債務名義たるの要件を具備せしめることを要求する行為であつて、その間に民法一一〇条の適用の余地のないことは勿論である……。」

本件は、金借方の委任を受けた代理人がその権限を越えて右貸借に関する執行認諾の公正証書を作成せしめた場合についての事案である。最高裁はこのような事案につき結果的には民法一一〇条の適用を否定するのと同様に扱つたが、多数意見はその否定理由として、執行認諾の意思表示が訴訟行為であること、また、公正証書の作成について

は一定の要件を具備せしめることを要求されていること（公証人法三一条、三二条等参照）などを挙げる。

本判決の評釈者も執行認諾の意思表示につき、次のように解して本判決の態度を支持される。すなわち、右意思表示が公証人に対する債務者の一方的の意思表示であつて債権者との意思の合致を要しないものであるならば、当該意思表示の相手方はむしろ公証人であつて債務者ではないのだから、債権者が右意思表示をなした債務者の代理人に代理権があると信じたか否か、またその信じたにつき正当の理由があつたか否かの如きは、全く問題とする余地がない、と評された。^(三)

しかし、執行認諾の意思表示の相手方が、公証人であり、従つて債務者は民法一一〇条の第三者に該当しない、といふ見解には疑問がある。なるほど、同条にいう第三者とは、原則として代理行為の相手方をさすであろう。しかし、そのような相手方に限らず、代理行為の効果を直接に享受しうる者があるときは、その者を第三者たる地位にあるとして、その者につき正当理由の有無を判断すべき場合がある。けだし、正当理由を有せし代理行為の効果の帰属者を保護すべきこそ、表現代理制度の目的だからである。そうだとすると、本件事例のような場合においても、債権者もまた第三者、すなわち執行認諾の意思表示における相手方と解する余地がある。^(四)

つぎに、本判決における少数意見は、債権者が代理人に公正証書作成の代理権ありと信じ、かつこれを信ずるにつき正当の事由があつた場合、該公正証書は本人に対しその効力を有すべきものと解している。しかし、無権代理人により作成された公正証書についても、それに債務名義としての効力を認めるべきか否かを、専ら取引行為と同様な正当事由の有無のみを認定するだけで十分であろうか。強制執行手続の安定性ないし確実性等の諸要請を考慮してみる

ならば、より総合的次元からの認定が必要であり、従って通常の表見代理の場合における以上にその成立要件を厳格に解すべきではないか、と考えられる。この点については後述する(三参照)。

〔4〕 最判昭和三一年六月六日民集一一巻七号一一七七頁（棄却）

Xと内縁の夫婦関係にあったAは、Y銀行から借り受けた融資債務についてYの行員Bを委任して債務弁済契約の公正証書を作成せしめたが、右公正証書には、Xの公正証書作成委任状および印鑑證明書によりXを連帯保証人とし、かつ執行認諾の記載がなされている。しかしXは、右債務につき連帯保証債務を負担した事実がなく、公正証書作成につきBに代理権を与えたことがないから、右公正証書は偽造されたものであるとして、その執行力の排除を求めた。これに対しYは、AにはXを代理する権限があったこと、たといAにその権限がないとしても本件のような事情においては表見代理規定の準用を認めるべきである、と主張する。原審はXの主張を認めないので、Yは、純然たる訴訟行為と異なり取引当事者の作成による公正証書については、取引保護の見地からこれに表見代理規定の準用を認めるべきである、として上告した。これに対し、最高裁は次の如く判示する。

「原判決の認定した事実によれば、本件公正証書中被上告人Xに関する部分は、Xを代理して公正証書を作成させる権限のない訴外Bが公証人に嘱託して作成させた無効のものと認めざるを得ない……また、本件のような場合、所論の見地に立っても、民法第一一〇条を準用する余地のないこと多言を要しないところであつて、此点に関する原判決の判断も亦正当である。」

本判決を批評した本多氏は、公証人の立場から、公正証書の内容のうち法律行為に関する部分に民法一一〇条の適用ある場合には、一定要件のもと、執行認諾の合意についても同条の準用を認めうる余地がある、と解されるようである。公正証書の記載内容には、執行認諾の合意も通常含まれている、とみるからである。従つて本件事実関係のように、保証債務につき表見代理の規定が適用されなかつた場合には、執行認諾の合意についてもその規定の準用を問題とすべき理由なしとして、原審認定の限りにおいて本判決の結論を支持された。^(五)

公正証書の作成を嘱託するときは、通常の場合、そこに執行認諾の意思も含まれているものと解すべきであつて、執行認諾の陳述と法律行為とを明確に区別してなされることの少ないことは、同氏の指摘するとおりであろう。このことは、代理人による嘱託の場合にも異なるものでない。しかし、執行認諾の合意が代理人によつてなされた場合は、その権限を証明すべきことが要求されている(公証人法三二) (六)。そして実務上公証人は、右権限の有無につき可能な限り審査すべきものとされている。ところが、右権限を証すべき証書、すなわち委任状の形式については、法律上別段の定めがある訳ではないから、公証人としては、それが当事者の真正な意思に基づくものと認めうるか否かは、結果、客観的諸事情を総合的に判断して決する外はない。のみならず、代理人に右権限を有するか否かは、授権行為の解釈問題であるけれども、それによつて当該執行認諾公正証書の効力を左右することを考慮するならば、その解釈においては単に授権行為の内容探求に止まらず、当該代理行為による法的効果全体を勘案した最終的判断解釈をなすべきであろう。授権行為の解釈による問題解決は、実は、かような最終的判断に対する理由づけに外ならないと思われるからである。そうだとすると、判例・通説のように、専ら形式的な代理権の有無を問題とし、それにより当該公正証書の効力を決定することには、疑問をもつ。

もとより真正な権限を有する代理人が作成した公正証書が、理論上有効であることは勿論である。しかし、このことは、代理権を超過して作成された公正証書を当然に無効とすべきだ、という理論構成にはならない。従来の判例は、専ら代理権それ自体を理由として、該公正証書の効力を論定しているけれども、以上述べたように理解する限り、判例の理論構成には問題がある。代理権限が問題となること自体、そこに表見代理の成立を考慮すべき余地があ

るといえよう。代理権の有無が問題となつてゐるにも拘らず、それのみによつて代理行為の効果を二者択一的に解決し、従つて全く民法一一〇条準用の余地なしと決めつけることこそ、再考を要するといえる。

〔5〕 最判昭和三三年五月二三日民集一二巻八号一一〇五頁（棄却）

Xは訴外Aに対し五万円の借用について代理権を与え、その公正証書作成のための委任状および印鑑証明書を交付した。しかるにAはこれらの書類を提示してYから一五万円を借り受け、かつ執行認諾を記載した公正証書を作成せしめた。Yが右金額につき執行を開始したので、Xは本件公正証書の無効を主張した。これに対しYは、本件消費貸借契約公正証書中執行認諾の意思表示については民法一一〇条の規定が適用さるべきであるから、右証書は執行力を有するものであると抗争した。

原審は、一五万円の消費貸借については表見代理の成立を肯定したが、執行認諾の意思表示については表見代理規定の適用を否定、結局、本件公正証書は代理権限内で作成された五万円においてのみ執行力を有すると判示した。これに対しYは執行認諾の意思表示についても表見代理規定の適用を認めねばならないとしたが、執行認諾の意思表示については表見代理規定の適用を認められなかつた。

「公正証書に記載される『直チニ強制執行ヲ受ク可キ旨』の意思表示は、公証人に対する執行力を有するものであるとして上告したが認められなかつた。

間の取引の相手方を保護することを目的とする民法一一〇条の適用又は準用の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つて、今これを変更する要を認めない。」

本判決を評釈された栗原判事は、次の如き見解を明らかにする。すなわち、「執行受諾の意思表示は……簡易な債務名義の形成という執行手続の便宜上、法が特にこれを要件として訴訟法上の効果の発生を認めたものと解せられるから、固有の訴訟行為プロペーに関する理論をそのままこの意思表示に適用すべきではない。」「従つてこの執行受諾の意思表示が、私法上の法律行為でなく訴訟行為たる性質を帶有していることを理由に、直ちに固有の訴訟行為と同様民法一一〇条の適用または準用がないとする従来の判例の一般的見解には疑問がある。」とされる。^(七)しかしながら

証書記載の契約の効力の有無にかかわらず、その執行力は画一的に決められるべきものと考えざるをえない。」とされた。^(八)

栗原氏の前段の指摘する点、すなわち執行認諾の意思表示が純然たる訴訟行為ではないのだから、右意思表示に訴訟行為理論がそのまま適用されるものでないとした点については、異論がない。しかし、その意思表示の相手方を公证人と解する点、および公正証書の執行力は画一的に決めるべきであると解する点については、問題がある。まず前者についてであるが、同氏の指摘するように、執行認諾の意思表示が固有の訴訟行為でないとするならば、なお一層、債権者は右意思表示の相手方たる地位にあるといえるのではなかろうか、という疑問をもつ。さらに後者の点についても疑問をもつ。なるほど公正証書が債務名義たる以上、その執行力は画一的に決められるべきことを理想とするであろう。しかし、公正証書の作成嘱託が代理人によつてなされた場合に、その画一性の理想を実現するためには、当該代理権の有無範囲等を確定しうる一定の形式が存する場合でなければならない。ところが代理権限を証すべき証書の形式につき法律上の定めがない実情においては、その執行手続の画一性または安定性の要請をどれ程実現しうるのか問題である。従つてそのような要請を実現させるためには、まず、多く争われている執行認諾の意思表示の

効力を解決すべき判断基準を表見代理規定の類推により確定することが急務である、と考えられる。

従来の学説・判例は、執行認諾の意思表示についての解釈論ないし執行手続上等の諸要請から、右意思表示に民法一一〇条を準用しうるか否かを検討している。その結果得られる多くの指摘は一面において正当性がある、といえよう。しかしその多くは、論理必然性の理由で、あるいは抽象的な価値判断をもつて、問題の当否を解決している。この問題は、かように硬直あるいは抽象的な理論によつてのみ解決しうるものではない。表見代理の法理を類推適用しうるか否かの問題は、当事者間並びに裁判所の立場から、公正証書の実体に立ち入つて検討さるべき具体的妥当性並びに執行の適正追及の問題であることを忘れてはなるまい。

本判決判旨についても、以上の批判があてはまる。何ら実質的関係を考慮することなく、執行認諾の意思表示が訴訟行為であることを理由として、これに民法一一〇条の準用を否定しているからである。

〔6〕 東京高判昭和三九年九月七日判例タイムズ一六六号一二七頁

事案は詳しく述べられないが、およそ次のようなものと推定しうる。一定の金額につき消費貸借契約をなし、かつこれに関し債務名義たる公正証書を作成する権限ある代理人が右金額を超えた額につき消費貸借契約を締結しその公正証書を作成した場合、右消費貸借契約につき民法一一〇条が適用されるときは、その公正証書に記載せられた金額についても有効な債務名義が成立するのか、という点が問題となつた。これに対し、東京高裁は従来の判例の立場と異なる極めて注目すべき判断を示した。すなわち、

「債務名義たるべき公正証書を作成するに際し、執行債務者となるべき者が為す所謂執行認諾の表示はそれ自体を抽象して考えれば受領を要しない、一方的な表示でありその性質は訴訟行為と解するのが通説であるから、代理人に於て全く債務名義たる」

公正証書作成の権限のない場合には、民法一一〇条の規定の適用乃至準用を否定すべきこと勿論であろう。しかし公証の目的となつた基本たる行為が代理権限の踰越に拘らず民法一一〇条の適用により全部有効となり、この全部につき当該代理人により執行認諾の表示があり而も右代理人の本来の代理権の及ぶ範囲の債務については当該代理人が債務名義たる公正証書の作成従つて執行認諾の権限を有する場合には、右執行認諾はその権限超過部分についても有効なものと解するを相当とする。蓋し公正証書による債務名義の作成を当事者の意思に委ね之により取引の確実と執行の迅速とを保証する制度を認めるのみならず右の公正証書の作成が代理人の嘱託によつて為されることをも認める以上、而も執行認諾の表示は実体法上の表示と密接に結合していることをも考えると、代理人による右の如き権限踰越のある場合、之を有効として本人にその不利益を帰せしめることは取引と社会正義の要請する所と謂うべきだからである。（若し反対に超過部分については執行力を生じないと結論するならば、それは執行認諾の法律上の概念乃至性質に拘泥し取引の安全を無視する結果となるであろう。）

本件判旨は、執行認諾の意思表示に表見代理の規定を準用しうる場合があるものとし、その成立要件を明らかにしている。すなわち、代理人によつて権限超過の執行認諾公正証書が作成された場合に、その内容たる法律行為が民法一一〇条の適用により全部有効となり、かつ、当該代理人が本来の法律行為につき執行認諾の権限を有しているときは、右執行認諾はその超過部分についても有効になる、というのである。

従来の判例においては、執行認諾の意思表示に関する表見代理の要件を構成し、その上でその適用の可否を具体的に検討したものはなかつた。専ら、民法上の表見代理における解釈論にたつて、その適用を否定していたのである。^(九)しかし民法学上、表見代理の成立要件ないし適用範囲に関しては、多くの見解が対立している実情にある。表見代理制度が、本人と相手方との利害を調整して、取引行為における具体的妥当性の実現を主たる目的とするものである点を考えるならば、けだし当然のことともいえるのである。かような民法上の立場における表見代理理論によつて、公

正証書の効力問題を解決することはできない。かくして本件判旨は、執行認諾約款の意思表示に訴訟法的並びに実体法的モメントの存在を認め、かつ右のような反省を加えてその意思表示の効力を考察する。さらに、執行認諾に関する表見代理の成立要件を構成した。

以上のような意味において、本判决判旨は特記さるべきである。がしかし判旨のいうような表見代理の成立要件で十分なのは、更に検討さるべき問題である。この点については、次項で考察するであろう。

〔7〕 最判昭和四一年七月一三日判例時報四九五号五〇頁（棄却）

（本判决の事実関係は不明）。上告理由としては、登記申請は公法上の行為であるのに表見代理の規定の適用があり、執行認諾行為についてはそれを適用しないのは、右両者の間にどれだけの相違を認めるからであるのか、執行認諾もまた民法表見代理の適用ありとすべきである、という点にある。しかし、本判例は従来の立場を踏襲する。

「しかして強制執行受諾条項づきの公正証書作成嘱託について、民法一〇九条の適用がないとした原審の判断は正当であり、原判決には何等所論の違法はない。」

本判决判旨は、従来の判例の否定的見解を踏襲したものであつて、格別、目新しい点はない。しかし、上告人は登記申請行為と執行認諾行為とを同一に扱うべき点を主張したのに対し、裁判所はこれを認めなかつた。この点については筆者は、次のように考える。すなわち、登記の申請が無権代理人の偽造文書によつてなされた場合でも、登記の実体関係を重視する立場においては、その記載と権利関係とが合致する限り、表見代理の規定を類推適用し、その登記を有効とすべきである。^(一〇) この場合、表見代理規定の類推適用を認めるべき主たる理由は、登記申請行為の法的性質の決定に基づくよりも、むしろ公示の原則の理想実現を重視した点によるものといえよう。かように解する限り

り、執行認諾約款の意思表示と登記申請行為の法的性質が同じだとして、右意思表示に表見代理規定の適用の肯定すべきことを主張する本件上告理由には問題がある。

要するに、執行認諾約款の陳述に表見代理規定を適用すべきか否かは、その実質関係に立ち入った総合的な妥当性の有無が最終的な判断基準となろう。

〔8〕 最判昭和四四年一〇月三一日判例時報五七六号五三頁（棄却）

（本判决の事実関係は不明）。上告理由は、およそ次のとおりである。公正証書の作成というのは、法律行為のあつたことを公に証明するに過ぎないものであり、従つてその基となる法律行為とは別異に考えられないものである。単に法律行為の結果を公証したにとどまる公正証書作成についてのみ、表見代理の適用がないというのは、矛盾しているのである。さらに執行認諾約款も独自に存在するものではなく、右法律行為に随伴したものであるから、これについても同様、私法行為には表見代理の適用はあるが、執行認諾約款にはこの適用がないというのは、矛盾している。これに対し、最高裁は次の如く判示して上告を採用しなかつた。

「公正証書に記載される『直チニ強制執行ヲ受ク可キ旨』の意思表示は、公証人に対してなされる訴訟行為であるから、私人間の取引の相手方の保護を目的とする民法一〇九条、一一〇条等表見代理に関する規定の適用または準用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り（……）、これと同旨の原審の判断は正当である。」

本判决の上告理由でも指摘するように、公正証書の作成においては、常に執行認諾の意思表示と法律行為とを明確に区別してなされることは限らない。むしろこの両者を区別せずになされる場合が多いのではないかと考えられる。このことは、公正証書の作成嘱託を代理人によってなされる場合、代理権を証する委任状の記載内容が曖昧であったり、白紙委任状が交付されることの少なくない現状にあることからも理解できる。このような実情を考慮するととき、

執行認諾の意思表示を通常の表見代理規定によっては論じえないとすることが、果して妥当であるかは疑問をもつ。しかしながら、表見代理規定の準用を安易に認めるようでは、本人（債務者）の意思を無視し、執行の適正を期しえないおそれもある。従つて問題は、無権代理人によつて執行認諾の意思表示がなされたときの表見代理の成立する要件といふものを特別に構成すべきであると考える。

本判決判旨も執行認諾の意思表示をもつて訴訟行為であると解し、それに表見代理規定の準用を否定した。単に訴訟行為であることのみをもつて、表見代理規定の準用を否定する絶対的理由としているのである。その故に、従来より少数説は、種々の観点から執行認諾の意思表示をもつて私法行為的要素のあることを主張している。しかし、執行認諾の意思表示をもつて訴訟行為であるとか、私法行為であるとするのは、実質的な判断によつて得た結論を理由づけるための理論構成に外ならない。問題は、従つてその実質的判断の基準は何か、ということである。それを検討せずして、執行認諾の意思表示の性質論のみから論理必然的にその効力論が導びき出されるものでないことを留意すべきであろう。

ところで、本判決は、執行認諾の意思表示に私人間の取引の相手方保護を目的とする表見代理規定の準用を否定する。かような表見代理規定が無条件に準用さるべきでないことは、筆者も再三指摘してきたところである。けだし、強制執行は私人間に確定せられた権利関係の強制的実現を図るために、執行機関が主体として加わるから、執行機関の立場からの実践的要請を考慮しなければならない。すなわち、執行認諾の意思表示に表見代理が準用さるべきか否かは、それに基づく強制執行が公正・適確であるといえるのか、つまり執行制度の指導理念として妥当といえるのを、と考えられる。

本判決判旨も、民法上の表見代理に関する規定の準用を否定しているのであって、右述のような趣旨に基づく表見代理についてまで、その準用を否定しているのではない、と解することができよう。

〔9〕 東京地判昭和四六年一二月一三日判例時報六六一号六三頁（棄却）

Xがその土地所有権の売却する権限を当時の夫であったAに委ね、その際自己の印鑑を預けたところ、右印鑑はAの営業資金の貸主であるYに渡った。Yは、右印鑑等を利用して、訴外BをXの代理人としYのAに対する右金銭消費貸借につきXを連帯保証人とする公正証書を作成せしめた。そこでXは右公正証書に基づく執行力の排除を求めたのが本件である。これに対し、Yは表見代理の適用あるべきことを抗争した。東京地裁は、本件事案については民法一一〇条の規定を準用しないとしたながらも、次のような見解を明らかにした。

「問題は民法第一一〇条の『ソノ権限アリト信スヘキ正当ノ理由』の有無である。この問題に関しては、債務者が直ちに強制執行をうけても異議がない旨のいわゆる執行認諾条項は、実質的審理を省略して公正証書を直ちに債務名義たらしめる要件であるから執行認諾の意思表示は訴訟行為に属し、したがつて、表見代理に関する民法第一一〇条の規定はこれに適用がないとする見解が有力であり、最高裁判所の判決（昭和三二年六月六日第一小法廷判決民集一一卷七号一一七七頁）も存するところであるけれども、翻つて取引社会における公正証書の存在理由およびその作成経過の実際の態様を案すると、債務者が委任状およびそれに押捺された印影の真正を証する印鑑証明書を債権者に交付し、これを債権者が信用して債務者代理人となるべき者と共に公証人のもとに出頭した場合、公証人としては、委任状の真正を、したがつて帰するところ印鑑証明書の真正を、疑いえない限り

(公証人法第二八条第二項、第三一条、第三二条第一項・第二項)、公正証書作成の嘱託を拒むことを得ない(同法第三条)のであるから、当事者間の公正証書作成の事態における公証人の役割は、単に公証の手段として介在するに止まる。そして公正証書に記載される私法上の契約に関しては、もとより民法上の表見代理規定の適用を妨げるべき理由はないのである。そうすると、これら私法上の契約条項の中に唯一挿入される執行認諾文言を特別に扱い、その意思表示だけを訴訟行為と見て、通常の訴訟という一連の手続を構成する要因としての訴訟行為に関する法理を直ちにこれに適用するのは、かえって実情に即しないとの観なきを得ない。当裁判所は右のように考えるので、執行認諾文言ある公正証書が無権代理人により作成嘱託せられた場合にもなお、債権者・債務者間に表見代理の諸法条の準用を案する余地があると解するものである。」

もとも本判決は、右述のような事実関係においては、YにAが代理権ありと信すべき正当の理由を認めることができないから、民法一一〇条の規定を準用しないとして、本件公正証書の効力を否定している。

本判決の論旨については、これと同様の判旨を辿る既述判例〔6〕のところで検討したことがそのまま当該まるので、ここでは再説しない。ただ注意すべき点は、表見代理規定の類推適用を問題とする従来の判例が民法一一〇条そのものの適用を否定しているのに反し、それを肯定すべき場合を認める本判例は、無条件に右法条を準用しているのではない、ということである。そうだとすれば、問題は、いかなる要件ないし基準のもとに右法条を準用しうるのか。執行認諾の意思表示に関する表見代理の成立する要件はなにか。これが今後に残された課題であろう。この点については、以下に検討する予定である。

(一) 本判決の評釈者も、もっぱら通常の表見代理の成立要件である正当事由の有無を検討して、判旨に賛成されている。平井・法協四四巻一二号二三二一六頁。

(二) 川島「評釈」法協五五巻五号一〇〇二一頁。

(三) 青山「評釈」判タ四六号三一頁以下。

(四) 民法一一〇条の「第三者」を代理行為の直接の相手方に限られるのか否かは、問題の存するところである。

公正証書の場合に限つてみれば、執行認諾の意思表示の効果を直接享受する者は債権者であること、また、かかる公正証書は通常の場合、債権者と債務者もしくはその代理人との間でなされた実体法上の合意を公証化したものに外ならないことなどを考えると、右意思表示の相手方を債権者と解することもできる。その相手方を公証人と解する説は、あまりにも形式論理によるものであつて、その批難は免れえない。

奥村・公正証書に関する総合的研究(七九頁)も、債権者は債務者の執行受諾行為につき密接な利害関係を有すること、また執行受諾行為そのものも私法的取引行為的色彩が濃厚であることなどから、債権者は執行受諾の意思表示につき実質的には法律行為の相手方に準すべき地位に在るものといいうる、とされる。

(五) 本多芳郎「評釈」民商三七巻一号五七頁。

(六) 奥村正策・公正証書に関する総合的研究(司法研究報告書第一三輯第一号)二四頁、八〇頁。

(七) 栗原平八郎「評釈」民商三八巻六号一一三頁。

(八) 粟原・前掲一一四頁。

(九) 公正証書における法律行為につき認められる表見代理が、そのまま執行認諾の意思表示にまで準用されるということは、余りにも問題が多く、また弊害を及ぼす(一三三頁)。従来の通説・判例が執行認諾の意思表示につき表見代理規定の適用を認めないのは、そのような点を考慮しているものとも理解することができる。これに対し、本件判例は、その準用を全面的に肯定するのではなく、特別事情あるときに限りその準用を認めうる場合がある、というのである。従つて通説・判例が通常の表見代理の解釈論に立脚しているのに反し、本件判例はそれに必ずしも拘束されていない点を理解しなければならない。

(一〇) 判例の態度である(最判昭和三七年五月二四日民集一六巻一二五一頁)。学説は、一般にこれを支持しうるものと解し、しかし、登記申請が当事者の意思に基づくことを原則とする以上、みだりに表見代理規定を類推適用して、その有効性を認めるべきではない、とも考えられる。この点については、林・川村「申請手続に瑕疵のある登記の効力」(民商五五巻

六号三二四頁以下)。

(一)この点を問題とするのは、奥村・前掲、公正証書に関する総合的研究八〇頁以下。

三 執行認諾の意思表示における表見代理の成立要件

一 前項において紹介したように、執行認諾約款の意思表示に表見代理規定の適用を否定する判例は、右意思表示をもつて訴訟行為であることを主たる理由とする。これに反し、右規定の準用を肯定する判例は、かかる意思表示にも私法行為的要素のあることを主張している。しかし、執行認諾約款の意思表示の性質論決定のみによつて、論理必然的にその効力論を導び出すべきことは、既に前項において指摘したところである。

さらに、従来の判例において疑問とすべきことは、執行認諾約款の意思表示を訴訟行為と解しながら、なおそれに對し民法上の表見代理規定の適用ないし準用を論ずる点である。右意思表示についてかような表見代理理論をもつて無反省に論すべきことは、これまで前項において検討したところである。従つて、執行認諾の意思表示に類推適用しうる表見代理の特別な要件を明らかにしなければならない。その場合、表見代理成立の絶対的要件は何かが問題となる。筆者も一定要件のもとで表見代理規定の準用を認めることを妥当とする場合もある、と思うので、以下にその点を考察することにしたい。

一 ところで、表見代理制度は、取引行為の安全保護を理想として確立されたものであるから、無権代理人による代

理行為が取引行為でない場合には、右制度をこれに準用すべき余地はないといえる。しかし、その代理行為が取引行為類似の態様を有する場合には、該行為につき右制度の準用を検討すべき余地がある。さらに、その代理行為が取引行為類似のものであつても、取引の安全保護を全面的に排除する法領域においてなされたものである限り、右制度をこれに準用すべき余地はない。しかし、取引安全の趣旨を格別排除していない法領域でなされた該行為については、右制度の準用を検討すべき余地がある。かくして、執行認諾約款意思表示に表見代理制度を準用すべきか否かについては、以上の如き点についても考察してみなければならない、と考える。そこで、

第一に、執行認諾約款の陳述は、手続上債務者が公証人に対してなす意思表示であり、しかもそれは訴訟法上執行力を有するが故に訴訟行為である。しかし純粹な訴訟行為と異なり、それは消費貸借契約等の私法上の契約を基礎とし、しかも実体法上の権利の実現を内容とするが故に私法行為でもある。これを訴訟法律行為といふ。しかしてこれには訴訟法的並びに実体法的モメントがともに内在するから、それについての表見代理の要件を構築するには、両法体系の立場から検討すべきことを必要とする。^(一)第二に、それによる強制執行の適正実現を図るために、執行証書作成手続において執行余地があるのか否か、という点である。^(二)元來、強制執行の適正実現を図るために、執行証書作成手続において執行法上または公証人法上等の規制する成規の要件を具備しなければならないことは当然である。従つて代理人であるとしてなされた執行認諾約款の陳述においては、当事者の意思に基づく代理関係の成立が絶対的な要件であるともいえる。しかし、執行証書は判決手続によらないで執行力を有することから、それによる具体的執行においては、実体的な公平ないし妥当性あることも要請されなければならない。すなわち、執行証書が当事者の意思に基づき成規の方式

三 執行認諾の意思表示における表見代理の成立要件

一一一

により作成されたものであつたとしても、それに基づく現実の執行が具体的妥当性を欠く場合には、その執行力を問題とすべきである。これをするに、執行認諾約款の意思表示が真実の代理権を欠いて為されたとしても、それに基づく現実の執行が適正かつ具体的妥当性を有するなど一定要件を具備する場合には、真実代理権が存在すると同じような効果を認めてしかるべき場合もある。けだし、執行証書が判決手続による公権的判断を受けることなく、取引行為と同様な当事者の意思表現に基づいて作成される以上、右のような要請は当然考慮されなければならない。そうすると、ここに取引安全の理想を受け入れる余地がある、といえよう。

かくして、執行認諾約款の意思表示に表見代理規定の準用を認めなければならぬ場合がある。ただし、例えば、民法一一〇条の表見代理の成立要件をもつて、右意思表示に対する表見代理関係成立の要件だとすれば、前掲判例の事案における執行証書の多くを有効とすることになり、問題の妥当な解決にならない。^(三)のみならず、右要件は、純然たる私法上の取引行為におけるものであつて、執行認諾約款の意思表示につき構築されたものではない。かくして、右意思表示については、原則として民法一一〇条の準用ありとするも、しかしその成立要件については、訴訟の段階において検討されなければならないこととなる。要するに、ここに表見代理規定の準用を認めるということは、あたかも真正な代理人の執行認諾約款の陳述と同じような効果を認めうる、という意味においてである。

三 以上のように執行認諾の意思表示における表見代理の成立要件を構成するに当つては、右意思表示の理論的解明によるだけでなく、公正証書作成手続の実情と、その作用（執行力）、並びに当該執行における社会的利益（法的安定）等をも考慮しなければならない。そうだとすると、私法上の取引行為につき認められた表見代理の成立要件は、相当

に修正されなければならないことになる。以下では、民法一一〇条の表見代理の要件とされていいる、(1) 基本代理権の存在、(2) 相手方の誤信、(3) それが正当な理由に基づくこと、との関連において考察してみよう。

(1) 民法一一〇条の表見代理関係は、代理権限の越縫にその成立根拠を求めるのであるから、その成否については、代理人にいわゆる基本代理権のあることを要件としている。学説においては、その代理権の有無、およびその代理権の範囲と代理行為との関係を広く解するなど、この要件を緩和する傾向にあることは周知の如くである。しかし、このような要件論を執行認諾の意思表示における表見代理についても認めるることは、どうみても妥当でないと思われる。今日、無権代理人による公正証書の作成が少なくない実情にあるとき、右のような要件のもとにその公正証書の効力を判断すると、債務者の全く予期しない執行を可能とし、ひいては公正証書に対する社会的信用を失うこと、他方では公証制度の悪用を助長することになるなど、多くの弊害を生ぜしめる。このように、真実な権利の強制的実現を任務とする執行制度の理念に反することにならう。

そこで、筆者は、公正証書の内容をなす本体たる法律行為の代理権、またはその他の何らかの代理権をもつて基本代理権とはなしえないと考える。従つてここで基本代理権は執行認諾約款の陳述についての代理権であることを要し、さらに、その代理権と同一の性質（または種類）を有する権限超過の執行認諾の意思表示に限定ざるべきである。^(四) そうだとすると、本体たる法律行為につき代理権限を有しない場合はもとより、それを有するも執行認諾約款の陳述につき代理権限を有しない場合には、基本代理権ありと認めることができない（前掲「2」「3」「4」「9」の判例の事案）。これに反し、前掲「5」「6」の判例においては、執行認諾約款の陳述についての代理権があり、かつま

た、それと権限を超過してなした執行認諾の意思表示とが同一のものと認めうるから（いすれも超過金額につき問題となつた事案）、右の要件を具備しているものと解すべきである。この意味において前掲判例における上告理由の多くが、法律行為の代理権をもつて基本代理権であるとし、それを根拠として民法一一〇条の適用を主張しているのは支持できない。かように考えると、判例が、保管していた実印を代理人が無断で利用して執行認諾公正証書を作成せしめた場合に、容易に表見代理規定の適用を認めることは正当である。これに反し、一定金額につき執行認諾約款の陳述をなしうる代理権の授与があつたときは、右金額を超過する額についても、以下の要件を具備している限り、有効な債務名義が成立するものと解すべきである。

- (2) 債権者にとって真実代理権があるものと過失なく信じたことを要するのは、表見代理の場合と同様である。
 なお、執行認諾の意思表示は、債務者から公証人に対してなされる一方的意思表示であり、その場合の相手方は公証人であるから、直接の相手方でない債権者につき代理権があると信じたことを問題とすべき理由がない、という見解もある。^(五) たしかに執行認諾の意思表示は、手続上においては、債務者が公証人に対してなす意思表示ではあるが、しかしその実体は、債務者が判決手続を経ることなく債権者において直ちに執行手続により公正証書の内容をなす権利を実行することを承認する私法上の意思表現（準法律行為）であり、しかも執行認諾約款の陳述は、かような私法上の契約に基づいてなされるものである。要するに、右意思表示は、訴訟法上の効力を有する訴訟行為であると同時に、公正証書の内容たる契約上の権利の実現を債権者に対して承認する私法上の準法律行為でもある、と解することができる。^(六) かように解するならば、債権者を右意思表示の相手方としてみるともできよう。

- (3) 債権者が代理権限ありと信ずるにつき正当の事由が存在すること。民法一一〇条にいう「正当ノ理由」については、通常、次のようにいわれている。すなわち、正当な理由があるとは、無権代理行為のなされた際に存在する諸般の事情から客観的に観察して、普通の人が代理権があるものと信ずるのがもつともだと思われることである、とされる。^(七) しかし現実問題として、具体的な事実関係においてはいかなる事情があれば正当な事由ありと見るべきかは、きわめて困難な問題であろう。のみならず、従来の学説においては、多くの判例から正当事由についての具体的判断基準を帰納することにつとめているけれども、そこで抽出される判例は専ら取引行為に関するものであるから、かようない基準がそのまま執行認諾の意思表示においても妥当しうるとは考えられない。^(八)

取引行為において正当事由を有するか否かは、結局は、本人と相手方とのいすれを保護すべきかという利益考量論につきるのであるが、一般的傾向としては、取引の安全保護という価値判断が重視され、従つて表見代理規定の適用される可能性が多いといえるであろう。これに反し、執行認諾の意思表示における表見代理については、その正当事由の判断基準が、債務者と債権者とのいすれを保護すべきかという利益考量論につきのではなく、従つて、取引安全の保護という価値判断が決定的に働く場面でもない。右行為が執行法上において機能する以上、さらにその執行の適正、社会公益との調和等の面からの実践的要請を重視する必要がある。けだし、かかる公正証書に表見代理規定が準用されれば、当事者間の権利関係の実効性を担保することになるのであるから、取引行為におけると同様な正当事由の判断基準をもつて、執行認諾の意思表示にまで受け入れることはできない。

かくして、取引行為における場合と、執行認諾の意思表示における場合とでは、その正当事由判断の基準を異にす

べきである。^(九) それでは、どのような差異を認めるべきか、という困難な問題を生ずるが、結局、それは個々の場合の具体的諸事情によつて判断するほかはない。ここでは、差し当たつて考えられる二・三の点を指摘するに止めておく。

第一に、当該代理人として執行認諾約款の陳述をなすことを常態とする場合でも、これをもつて債権者は該代理権の存在を信ずるにつき正当の事由ありと認めるることはできない。債権者は該代理権につき個々の右陳述ごとに相当と認められる程度の調査をした場合でなければ、正当の事由があつたとは認められないであろう。^(一〇)

第二に、実印を所持する者、あるいは白紙委任状等を所持する者を執行認諾約款の陳述についての真正な代理人と信じたとしても、これをもつて正当の事由があると原則的にはいえない。けだし、取引行為においては、かような事情があれば真正な代理権あるものと信じることが無理からぬ場合もありうるけれども、執行認諾の意思表示においては、必ずしもそうとは認められない。かような事情があるからといって、執行認諾の意思表示についての代理権の授与があつたとは限らないからである。^(一一)

最後に、通説・判例は、取引行為における正当事由の判断基準を本人の側の事情に関係なく、専ら相手方の客観的事情において決定している。取引安全の保護を重視して表見代理を評価するならば、たしかにその成否の実質的な決め手は、客観的な相手方側の事情によるべきものとなろう。しかし、執行認諾の意思表示に表見代理規定の準用を認めうる場合においては、前述したように、債務者が、執行を予期しうるなど真実代理権を授与したと同じような事情があることを要件とすべきであるから、債務者側のかかる事情が相手方（債権者）の無過失や正当事由を判断する要である。

ところで、執行証書は簡易な手続によつて債務名義を得るのだから、それには厳格な手続を経ることを要請される。しかし他方ではそれを固持すると取引社会の信頼を失う可能性もでてくる。そこで、私法上の表見代理制度を類推適用し、前述した如き一定要件を具備する限り、権限超過の執行認諾の意思表示についても、真正な権限による場合と同じ効果を認める必要がある、と考える。

筆者は、以上のような観点にたつて、執行認諾の意思表示に関する表見代理の成立要件というものを考えてみた。取引行為において形成された表見代理理論をもつて、執行認諾の意思表示についても問題とする従来の学説・判例の態度に疑問をもつたからである。しかし、十分に論究しつくしたとは思われない。足らざるところは、なお研究して、後日、発表したいものと考えている。

(一) 従来の学説は、執行認諾の意思表示をもつて法律行為と異なるところがないから表見代理規定を準用すべきだ、というよ

三 執行認諾の意思表示における表見代理の成立要件

一三八

うに、論定する見解が多い。例えば、川島・判民昭和一一年度一三八事件評決、柚木・判例民法総論下巻二五〇頁、竹下「訴訟行為と表見法理」実務民訴講座1一九三頁、奥村「公正証書に関する総合的研究」司法研究報告書第一三輯第一号七八頁などがある。

(一) 訴訟においても外観に対する信頼保護の要請が存在する、という点を強調するのは、前掲竹下論文がある(前掲書一七〇頁以下)。

(二) この点、前掲判例の多くが、法律行為につき表見代理の成立を認めうる事情があつても、執行認諾の意思表示につきその成立を容易に認めないのは、結論としては支持しうる。

(四) 取引行為における当事者と第三者間との利害関係対立の場面においては、取引安全の観点から、真実の権利関係の保護を優先させるよりも、外観に対する信頼の保護を優先せしめることを妥当とする場合が多いであろう。かような見地に立てば、表見代理の成立要件を緩和すべし、という見解も支持しうることになる。しかし、執行認諾の意思表示においては、右のような要請を全面的に受け入れることはできない。けだし、右意思表示に対してはさらに執行機関が介入し、公権的立場から右の利害関係を調節しなければならないからである。従って、右意思表示に表見代理規定の類推適用を肯定するとしても、取引行為につき構成された成立要件を無条件に右意思表示の場合に準用することはできない。右意思表示を特別に扱いながら、なお取引行為についての表見代理規定の適用を肯定すべしとする少数説は、この点についての反省が欠けていいといえよう。

(五) 青山「前掲〔3〕判例評決」判タ四六号三二頁、栗原「前掲〔5〕判例評決」民商三八巻六号一一四頁。なお、前述一一七頁、前項註(四)参照。

(六) 通説は、執行認諾の意思表示をもって、執行力の発生という訴訟法上の効果を発生せしめる訴訟行為であるという(例えば、兼子・強制執行法八五頁、吉川「執行証書」民訴講座四巻一〇〇四頁等)。しかし、公証人に対してなされる執行認諾約款の陳述は、私法上の契約に基づいてなされるものであり、かかる公正証書によりその権利を実現することを承諾するという私法上の意思表現であるから、右意思表示は同時に私法上の効果を生ずるものと認められる。かように解すると、右意思表示は訴訟法上の効果を発生せしめる訴訟行為であると同時に、私法上の債権関係を実現せしめることを内容とする準法律行為である、ということができるよう。なお、この両者の関係については、中村宗雄「私法行為と訴訟行為」民訴講座二巻三二四頁以下(民訴理論の再構成所載)参照。

右両行為が不可分一体の関係にある、という見解としては、赤坂昭二「公正証書上の執行受諾の意思表示と民法九五条の適用」公証法学創刊号一六三頁以下。

(七) 我妻・民法総則(民法講義1)三七一頁。あるいは、正当の理由とは、法の保護に値すると判断しうるか、という点につきるとされる(川島・民法総則三七六頁)。

(八) たとえば、本人の実印、白紙委任状などを無権代理人が所持する場合に、その相手方の誤信に正当な理由がある、という学説・判例が多い。しかしながら基準は取引行為におけるものであって、執行認諾の意思表示においては、右のような諸事情が正当理由についての決め手になるものとは考えられない。かかる事情とともに越権行為がいかなる種類のものであるかが、正当理由の有無の認定に際し、重要な因子とならなければならない(幾代・民法総則三八八頁はこの点を指摘する)。

(九) 執行認諾の意思表示に表見代理規定の適用を認めるべし、とする従来の少数説は、実体法上の立場において代理権ありと信すべき正当理由の有無を判断している。しかしそれは、実体法上の立場においてのみ決定すべき問題ではない。

なる程、執行認諾の意思表示が一面において取引行為的要素をもつものであることを鑑みるならば、取引行為につき構成された正当理由の判断基準を執行認諾の意思表示に対しても準用しうる余地はある。しかし、それは純然たる取引行為ではない。それは取引行為を基礎とするが、それには執行機関が介入し、執行法上の効力を有する訴訟法律行為であるが故に、代理権ありと信すべき正当理由については、訴訟法の立場からも判定すべき問題である。かように考えると、前項で取り上げた判例の上告理由の殆どが、取引行為で構成された諸般の事情を挙げて正当理由ありと主張しているのは、正当と思われない。

(一〇) 取引行為においても、それが重要な権利の得喪を目的とする越権行為であるか否かにより、正当理由の有無の認定を異にすべきである。そうだとすると、執行認諾公正証書の場合の認定においては、単に債務負担の内容を考慮するだけではなくとも取引行為以上の注意をもつて代理権の存否につき調査した場合でない限り、正当理由ありとは認めえないのではないかと考える。

- (一) 筆者は、執行認諾の意思表示に表見代理が成立するための第一の要件として、いわゆる基本代理権をもつて当該執行認諾約款の陳述をなしうる代理権に限るべきもの、と解している（前述）。代理人が実印や白紙委任状等を所持していたとしても、それらの事実は債務負担行為や物権処分行為をなしうる権限であるとみるのがむしろ通常といえるから、債権者がかかる事情をもって執行認諾約款の陳述につき代理権ありと誤信するのは、正当理由なしと認定せざるをえなくなる。
- (二) 筆者のように、債務者が特に執行認諾約款の陳述についての代理権を授与することを要するとの見解に立てば、正当理由の判断には債務者の右代理権授与に関する事情をも考慮しなければならないと考える。