九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

法人の表見代理責任と不法行為責任 : とくに非営利法人の場合

原島, 重義
九州大学法学部教授

https://doi.org/10.15017/1601

出版情報：法政研究. 36 (2/6), pp.27-49, 1970-12-20. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

法人の表見代理責任と不法行為責任

——とくに非営利法人の場合——

原島重義

一　問題の所在
二　通説の背景
三　通説の特異性
四　判例の概観
五　判例の検討
六　結　語

一　問題の所在

たとえば、ある町の町長が個人的に費消する目的で、町名義で、ある銀行から金を借り入れたような場合、町は銀行に対し貸金弁済の責任を負うだろうか。その場合に、どのような法規範に照らして処理されるのだろうか。このことをもっと一般的に表現すればこうなる。法人の代表機関が自己の個人的利益を図る目的で、法人を代表して法律行為をした場合、法人は、法律行為に関する責任、すなわち、表見代理にもとづく責任（民法一一〇条）を負うのか、それとも、不法行為責任（同四四条一項）を負うのか、という問題である。

この問題に対する解答は、現状では必ずしも明確に出されているとはいえない。すなわち、学説は、一方で、民法一一〇条と同四四条の要件はほとんど差異がなく、いずれを適用してもよいが、取引行為はまず取引行為としての効力を維持することに努めるべきであるから、まず一一〇条の適用を考慮し、その適用の要件が否定されたときに四四条の適用を吟味するのが筋であろう、とする。(1) 他方では、右の問題の実質は法律行為における代理権の不存在の場合における相手方保護に関するのであり、表見代理もしくはその適用範囲の拡大の問題として実質的に考慮されることを要し、したがって、相手方保護の要件についても表見代理の要件と矛盾することは許されない、とする。(2)

このようにして、冒頭に掲げた問題についてはつぎのような疑問を生ずる。すなわち、第一説のように、一一〇条の表見代理責任、四四条の不法行為責任のいずれをも法人に課することができるのか。それとも第二説のように、法人は実質的に一一〇条の表見代理責任だけを負うことになるのか。さらにまた、かりに第一説をとるとしても、はたしてその説くように一一〇条と四四条の要件はほとんど異ならず、したがってまた、そのいずれの規範を適用しても実際上の結果は異ならないといえるだろうか。さいごに、そもそも民法四四条は、文字通り代表機関の不法行為につき法人に責任を課するものであって、契約上の責任にまで適用されるものでないものなのか。

本稿では、これらのことを、とくに地方公共団体や協同組合などの非営利法人、または中間法人といわれるものに即して、検討してみたい。

(1) たとえば、我妻栄「新訂民法総則」一六五頁。
(2) たとえば、川島武宜「民法総則」一三〇頁。

二　通説の背景

一　さきに指摘した学説の対立にもかかわらず、第一説が今日では通説的地位を占めている、といってよい。それにはそれなりの理由が一応考えられる。それはこうである。

第一説は民法四四条を次のように考える。すなわち、法人には、法人自身の行為と認めるべきものがあり、その行為に基づいて不法行為の成立しうることは当然である、したがって、四四条は法人の当然有するこの不法行為能力を規定したものである、とする。[3] ここには、法人実在説の考え方がその根底をなしているといってよい。これに対して第二説は、法人の取引は代理関係であり、また法人の不法行為は他人の行為による責任である、したがって、理事の行為による法人の不法行為責任と理事でない被用者の行為による法人の不法行為責任（民法七一五条）との間には本質的な差異はなく、「法人の不法行為能力」という概念は不要であるのみならず、不当である、とする。[4] 第二説は、法人実在説ないし有機体説の考え方を否定して、他人の行為による法人の責任を考える。このような両説のちがいをとりあえず確認しておく。

二　わが民法四四条はもともとはドイツ民法三一条と同じく、法人実在説的な考え方に立って立法化されたものである。

旧民法は現行民法四四条に相当するような規定をもたなかった。他人の行為による不法行為責任に関する現行民法七一五条にほぼ対応するのは旧民法財産篇三七三条であった。[5] この規定は、不法行為の一般規定（三七〇条）のあとに、他人の行為、または自己の物より生ずる損害につき責任を負う場合（三七一条）のひとつとして設けられている。この規定が不法行為に関するフランス民法一三八四条を継受したものであることは疑いを容れない。これに対

し、現行民法四四条は、法人それじしんの不法行為を否定するローマ法以来の原則が法人の代表者個人に対する責任追求だけしか許さず、ために被害者に実際上の不利益を与えることにかんがみ、ドイツ民法第一草案四六条（第二草案三〇条・現行三一条）を継受することになったものである。[6] このドイツ民法の規定は法人実在説に立って法人それじしんの不法行為をみとめる考え方をとったものである。[7]

こうして、法人実在説的な考え方をとるわが国の第一説が通説となるのも自然の成りゆきではあった。そしてドイツ民法三一条をめぐって、法人実在説に立つ機関説（Organtheorie）と、これを否定する代理人説（Vertretertheorie）とが対立する状況は、ちょうどわが国の第一説・第二説の対立に似ている。[8]

すなわち、機関説によれば、三一条は法人の責任を自然人の責任とできるだけ同じようにする（vergleichen）ものであるから、法人の代表者が不法行為をしたときは、不法行為に関する使用者責任規定（八三一条）は排除され、代表者が契約違反をしたときは、機関を通じて法人それじしんが行為するのであるから、履行補助者の過失に関する責任規定（二七八条）も排除される。そして三一条は、何らかの私法上の法的根拠にもとづいて損害賠償義務を生ずべき、機関のあらゆる法律行為・事実行為について法人は責任を負う趣旨である、と解される。[9]

これに対して代理人説によれば、三一条を、過失があるにせよ、ないにせよ、契約外の行為による責任（Haftung für ausservertragliches Verhalten）に限定し、三一条は組織にしたがって任命された代理人の契約外の損害発生行為につき、任命・監督上の注意義務をつくしたという免責証明（八三一条参照）を排除することにより、法人の責任を重くしたもの、とその意義を限定し、また代表者による契約侵害のときは二七八条を適用すべし、と主張する。

通説の地位を占める機関説が三一条をもって、不法行為に関する使用者責任や契約履行上の履行補助者の過失責任とはまったく異質の、したがってまた、個々の責任規定とは直接の関聯をもたぬ包括的な規定だとするのは、わが第一

説に似ている。同様に、代理人説が三一条と不法行為に関する使用者責任との同質性をみとめ、三一条をもって狭義の不法行為責任に限定しないまでも、契約責任に対する適用を排除しているのは、わが第二説に似ている。しかし、ドイツ民法三一条の通説（機関説）は、実際上もわが第一説と類似するといえるか。そうではない。

（3）我妻・前掲書一五六頁以下、一六一頁以下。

（4）川島・前掲書一二七頁以下。

（5）三七三条「主人、親方又ハ工事、運送等ノ営業人若クハ総テノ委託者ハ其雇人、使用人、職工又ハ受任者カ受任ノ職務ヲ行フ為メ又ハ之ヲ行フニ際シテ加ヘタル損害ニ付キ其責ニ任ス」

（6）民法修正案理由書四六条（一二頁以下）。岡松参太郎「註釈民法理由」上九〇頁以下。

（7）Vgl. Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, §103Ⅳ S. 615 ff. ; §110 S.660f. ; Soergel-Siebert, Kommentar §31 Bem. 1. なお、三一条は、八六条によって財団に、八九条によって公法上の法人にも準用される。

（8）Vgl.Soergel-Siebert, §31 Bem. 1, 2, 7, 8, 18. なお、機関および代理概念の理論史的研究として、浜上則雄「機関と代理の相違について」阪大法学三五号、がある。また、英法に関して、使用者責任とは別に代理人の不法行為に関する本人の責任を認める構成の意味を指摘するものに、戸塚登「代理における不法行為責任」民商五三巻四号、五四巻一号がある。

（9）損害賠償義務を生ずべき行為（zum Schadenersatz verpflichtende Handlung）として、つぎのようなものが挙げられる。不法行為、航空法などにより危険責任を生ずる行為、違法ではあっても責任がなく、しかも賠償義務を課せられる行為（二二八条二文の自衛行為、二三一条の自救行為）、適法ではあるが賠償義務を生ずる行為（九〇四条の緊急避難）、契約締結時の過失にもとづく契約侵害（culpa in contrahendo）、賠償義務を生ずる契約取消（一二二条）。

三　通説の特異性

一　ドイツ民法三一条は、通説たる機関説（Organtheorie）により、立てまえとして、法人代表者のすべての法律行為・事実行為によって生ずる損害賠償義務につき法人が責任を負う、と解されている。しかし実際には、とくに法律行為より生ずる損害についてはかなり制限された適用がなされていることに注意する必要がある。

すなわち、法人の代表者が義務違反の告知（Kündigung）をする場合のように、すでに成立している契約関係の侵害（Vertragsverletzung）の場合には、代表者がその代理権をゆえつしていても三一条が適用される。[10] しかし、代表者があらたな契約を代理権なしに締結する場合には、三一条は適用されず、代表者個人が一七九条の無権代理人の責任を負うにとどまる。この場合には、三一条は一七七条以下の代理規定によって優先されるのであり、そうでなければ、代理権の制限は有名無実となってしまうからである。[11] また、共同代理（Gesamtvertretung）の場合に、代表者の一人が他の代表者の署名を偽造して法人の意思表示をいつわったことにより第三者に損害を与えたときも、他人署名の偽造は職務執行につき（in Ausführung）なされたものではなく、職務執行にさいして（bei Gelegenheit）なされたものであるとして、法人自身の行為とはみなされず、法人は責任を負うことはない。[12]

二　こうしてドイツ民法三一条の実際上の適用は、先に挙げた一般的な場合のほかに、[13] たとえば、銀行の代表者が顧客に対しうその信用照会をして損害を与えたとか、代表者が顧客のために受領した金銭や小切手を委任に反してつかった場合、あるいは、オートバイレース主催法人の代表者が充分な安全基準をたてなかったため事故が発生した場合、法人代表者が望楼の建築上の安全を専門的に検討せず事故が発生した場合、市街電車会社の代表者が建築作業のために街路交通を迂回させようとしながら適当な時期に当該警察署へ通知することを怠り事故が発生した場合、など

に限られている。[14] つまり、不法行為の個別規定（とくに八三一条）には該当しないとしても、広い意味では不法行為責任（Haftung für unerlaubte Handlung）を負うのが主要事例であって、決して、広く代表者の権限外の法律行為一般につき法人に法律行為とくに契約上の責任を課すものではないように思われる。

そうだとすると、わが国の第一説が民法四四条の法制度史上の沿革に忠実なものであるとしても、本稿で取り上げた問題につき民法四四条の適用を当然のごとく考えているのは、かなり特異な現象であるといわねばならない。だからこそ第一説は、その論理斉合性において欠けるところあるにもかかわらず、一一〇条の適用をみとめ、むしろ優先させることにならざるをえないのではあるまいか。[15]

このことは、わが国の判例の展開過程を系統的に見てゆけば一そう明らかになるだろう。

(10) Vgl. Soergel-Siebert, §31 Bem. 24.

(11) BGHZ 6, 330 ; Vgl. Soergel-Siebert, §31 Bem. 25.

(12) RGZ 134, 375 ; Vgl. Soergel-Siebert, §31 Bem. 28, 30.

(13) 註（9）を参照。

(14) Vgl. Soergel-Siebert, §31 Bem. 33, 34.

(15) これに対して第二説は、民法四四条と七一五条の同質性を指摘するが、さらに進んで四四条の七一五条に対する独自性を積極的に明らかにしてゆく余地が残されているのではないか。すなわち、四四条は法人の損害賠償責任に関する一般的・包括的な規定であるが、そうだとすると、たんに代表者の純然たる不法行為について選任・監督上の注意義務に関する免責を排除したにすぎぬものであろうか。

四　判例の概観

わが国の判例で本稿の問題に関聯すると思われるものを簡単に辿ってみよう。

①　大判大正八・一〇・九民録二五輯一七八三頁。　村長が村有財産ではない原告の立木を払い下げてしまった事件。村長の行為は不法行為に当る。しかし、大審院は、村長の行為は「職務行為」ではないという理由で四四条一項の村の不法行為責任を否定した。

②　大判大正一五・一二・一七民集五巻一二号八六二頁。　漁業組合の理事が土地を売却したが、その総会決議が無効であった場合。大審院は、そもそも土地売却の基本権限がないからという理由で、民法一一〇条による組合の責任を否定。

③　大判昭和三・六・四民集七巻七号四二六頁。　市長が議会の議決がないのにもかかわらず、不動産売買をした。大審院は、市長には同種類の事項について基本権限がないという理由で、民法一一〇条による市の責任を否定。判例②と同旨。

④　大判昭和七・九・一四新聞三四六二号九頁。　漁業組合の理事が、総会の決議がないのに無権限で土地を売却した。大審院は、法人の行為としては無効であり、理事の行為は「職務行為」ではないという理由で、民法四四条による組合の不法行為責任を否定した。判例②と類似するが表見代理が問題になったのではない。

⑤　大判昭和九・一〇・五新聞三七五七号七頁。　信用組合の理事が法令に違反して組合員ではない者の預金を受入れ預金証書を発行した。判旨は、理事の行為は法人の目的の範囲外であって預金は無効であるが、なお外形上の職務行為にあたるとして、民法四四条を適用して組合の不法行為責任をみとめた。(16)

⑥　大判昭和一〇・一二・二八判決全集三輯二号一三頁。　村の工事現場監督員が賃金債務の引受けをした。議会の議決はない。判旨は、一般論として民法一一〇条の適用可能性を肯定したが、本件では「正当事由」なしとして、村の責任を否定。

⑦　大判昭和一一・四・一五新聞三九七九号一六頁。　水利組合法にもとづく公法人である水利組合の代表者は村長であり、金銭収納事務担当者は村の収入役であったが、収入役が、組合代表者たる村長名義を冒用し、組合の借入金として銀行から八〇〇円を受領し、これを組合の工事費債務の支払いに充てた事件。判旨は、右借入金は同人が組合会計事務担任者たる資格に於てこれを収納したるに帰し、その職務を行うにつき他人に加えたる損害に外ならず、として民法四四条一項を適用して水利組合の責任をみとめた。収入役の行為は組合のためになされた、という点に着目したものといえよう。

⑧　大判昭和一二・一〇・五新聞四二〇二号六頁。　町の収入役が個人費消の目的で、町議会の議決なく、村長の委任もないのに銀行から借入れた。その際、偽造の議決書謄本・偽造の村長名義借用書を呈示している。判旨は収入役が町の借入金として金銭を収納することは、その職務を行ったもの、として民法四四条による不法行為責任を町に課した。

⑨　大判昭和一五・二・二七民集一九巻六号四四一頁。　町長が町議会の八万円の借入決議によりすでに借入れをしたのに、個人費消の目的でさらにこれを利用し、この議決書を示して他の銀行から三万五千円の融資を受けうち二万五千円を費消した。判旨は、主観から切り離し客観的行為じたいから見れば、完全に町長の権限に属する職務行為であるとして、民法四四条を適用し、町の不法行為責任を認めた。一一〇条は公法人に適用なしという。

⑩　大判昭和一五・三・一五新聞四五六五号七頁。　村の収入役が、自己に領得する目的で、村長の代理名義を

冒用し、村債名義で他から金銭を詐取した場合に、民法四四条を準用して、村の責任を認めた。⑧、⑨について、機関の個人費消目的であるにもかかわらず、なお法人に民法四四条の責任を課した。

⑪　大判昭和一六・二・二八民集二〇巻五号二六四頁。　村長が、村議会の一千円借入決議を七千円の議決書謄本に偽造し、収入役を伴って銀行へこれを呈示し融資を受けた。判旨は、四四条の適用可能をみとめつつも、本件の場合にはすでに三年の消滅時効（七二四条）にかかっているとし、一一〇条の適用については、ある事項につき代理権があれば、他の異なった種類の事項についても表見代理の成立する余地があるという理由で、村の責任を否定した原判決を破棄差戻した。

⑫　仙台高判昭和三一・一二・四下級民集七巻一二号三五四一頁。　市町村長が議会の議決なしに財産処分した場合には、市町村長が議決の範囲を逸脱して行為したような場合と異なり、まったく議決がないのであるから、民法一一〇条の適用の余地なし、とした。

⑬　最判昭和三四・七・一四民集一三巻七号九六〇頁。　村議会の議決はあったが、収入役でなく村長自身が上席書記を帯同して議決書謄本を呈示し、県の町村職員恩給組合から貸付金を受領し、費消してしまった事件。収入役の領収証などの呈示はない。原審は、権限の有無につき注意義務を課するのは妥当ではないとして一一〇条の「正当事由」ありとしたが、最高裁は「正当事由」を否定して原判決を破棄差戻した。

⑭　最判昭和三五・七・一民集一四巻九号一六一頁。　村長が、村議会の議決がないのに、村の中学の新築工事を請負った建築会社の工事資金調達のためその借入金債務を保証する趣旨でこの会社と共同で約束手形を振出した。原告はこの手形を割引した。そのさい、村役場に電話をかけ、自己の取引銀行にも調査を依頼し、村長が手形を適法に振出したと信じた。しかし最高裁は原判決を支持して、提出された偽造村会議議事録謄本に作成名義人（

書記）の署名がなく、原告はこれに不審を抱きながらじゅうぶん調査しなかったのは一一〇条の「正当事由」を欠くと判示し、さらに四四条の適用については、村長は議事録謄本の偽造に関与しておらず、村長に欺罔行為がない以上不法行為も成立せず、とした。

⑮　山口地判昭和三五・七・四下級民集一一巻七号一四三九頁。　市長が、自己に金融を受ける目的で、市議会の議決がなく、それを証する書面も提出せず、収入役を介せずに金融のあっせんを依頼して受取人白地手形を振出した。この手形をその者から受取った第三者が市の責任を追求した事件。判旨は、第三取得者が手形振出の原因事実をたしかめていないことなどを理由に、四四条の不法行為責任、一一〇条の表見代理責任いずれをも認めなかった。

⑯　最判昭和三七・二・六民集一六巻二号一九五頁。　町長が、個人的目的で、県の市町村職員恩給組合に対し収入役名義の偽造受領書を提出して金員を借入れ、受領した事件。当事者が一一〇条の適用を主張しなかったためか、専ら四四条の適用が争われた。最高裁は原判決（東京高判昭和三四・二・九判例時報一八六号一三頁）を支持して、町長が町のためにする金銭受領行為は外形上その職務行為であるとはいえない、と町の不法行為責任を否定した。

⑰　仙台高判昭和三七・二・二七判例時報三一二号二六頁。　⑬の差戻判決後の判決である。判旨は、議決書謄本の呈示があったとしても、それは金員の借入れ交渉権限を信じさせるにすぎないものであって、金員受領権限を信じさせる理由とはならないという理由で、一一〇条の責任も、さらに四四条の責任もともに村にはないとした。

⑱　最判昭和三七・九・七民集一六巻九号一八八頁。　村長が工事請負人を保証するため請負人と共同で融資先の銀行に対し約束手形を振出した事件で、⑭と同じ村長が同じ会社のために行った事件である。本件は第一期工

事に関し、⑭は第二期工事に関する。しかし本件では、相手方が違うほか、村長じしんがその銀行へおもむいて村が責任をもつと言明し、係員に命じて作成させた虚偽の議決書謄本（保証金額の記載はない）を提出している。原判決（福岡高判昭和三四・七・八下級民集一〇巻七号一四八三頁）は、一一〇条の表見代理の成否につき、村が会社等の活動のため保証することは禁じられており（昭和二一年法律二四号法人に対する政府の財政援助の制限に関する法律）、法令により禁止されなくても常態ではなく、加えて議決書の形式にも不備があるから、原告銀行がいま少し慎重に調査して村議会の議決なきことを発見できなかった点に過失がある、として否定、ついで四四条の適用につき、村長の行為が銀行をして村の保証により貸金回収が確実であると確信させたものであると肯定したうえ、銀行の軽信を理由に過失相殺し、半額にへらして損害額一〇〇万円が相当と判示。最高裁も原判決を支持して、「所論手形振出行為が村議会の議決がないため、または所論法律に違反するため、無効または違法であるとしても、村長が村を代表して手形の振出をなすこと自体は、外見上村長の職務行為とみられるから、民法四四条の適用なしということはできない」と判示。

⑲　広島高判昭和三九・一・二三下級民集一五巻一号六二頁。　⑮の控訴審判決である。判旨は、一一〇条の表見代理の成否に関しては、⑮と同じく、議決書の提出がなかったのに議決の有無につきじゅうぶんな調査をせず、「正当事由」なしとして否定。しかし、四四条の適用に関しては⑮を改め、⑱を引用して、外形上職務行為と認めうるものであれば、それが代表者個人の私利を図るためであれ、法令違反の行為であっても関係なく、一般的に市長は市を代表して手形振出をする権限があるし、本件ではこれまでにも議決にもとづき市長が金融機関から一時借入れをした例もあるので、市長の本件手形振出は外形上の職務行為に当るとして四四条による市の不法行為責任を肯定、そして⑱にならい、手形受取人の過失を斟酌して相殺した。

⑳　最判昭和三九・七・九民集一八巻六号一〇一六頁。　町長が町有財産である土地を売却したが、町条例による特別議決が必要なるにもかかわらずこれをせず、議決書謄本を呈示している。そこで町住民が納税者訴訟を提起して売買無効確認を請求した。最高裁は、一一〇条の表見代理の成否に関し、町長は無権限であるが、同条例によれば五〇万円以下の不動産処分は議決を要せずと規定するから、この限りでは町長はつねに基本代理権があるといえる、しかも、本件では全員協議会の議決を経ており、それがあれば正式の町議会の議決があったものとして取扱うことに町会議員じしんも疑いをいれなかったのであるから、買主が議決なきことを知らなかったのもやむをえない、と「正当事由」をみとめ、町の表見代理責任を肯定した。

㉑　最判昭和四一・六・二一民集二〇巻五号一〇五二頁。　⑮・⑲の上告審である。予審で敗訴した市は上告して、原審が⑱を引用するのは誤りである、何故ならば、そこでは村長が村のために保証したのであって主観的に職務執行と考えられ客観的にも職務執行の外形があった、しかし本件では自分のために行ったのであり、しかも手形振出は収入役に専属するから、客観的にも職務行為としての外形もない、と主張した。しかし最高裁は、手形振出は、現金の支払じたいではなく、出納官吏の権限に属するものとはいえず、現金支払の原因たるべき行為として地方公共団体の長の権限に属する、故に同市で市議会の議決にもとづき市長名義の約束手形により金融機関から一時借入れをしていた事実関係のもとでは、本件行為も職務の執行についてなしたもの、と判示し、民法四四条の責任を肯定した。

なお、最判昭和四一・六・二一民集二〇巻五号一〇七八頁。　⑲で手形所持人の請求は過失相殺がなされたが、この点につき手形所持人からの上告に対する判決である。手形所持人が市長のための金融あっせん者と同道して市長に権限の有無をただしただけで、市吏員や市議会に調査をすることは容易であったにもかかわらず、これをしな

かった点で過失ありとした原判決は正当として、上告棄却した。

㉒　最判昭和四四・六・二四民集二三巻七号一一二一頁。　Y村はBに対し請負代金債務を負っていたが、収入役Aは公金を私消し数百万円の不足を生じたため、Bへの支払に窮した。そこでAは、村議会が一五〇〇万円の一時借入決議をした旨の村長名義の証明書を偽造し、村長職印を持参して村長とA名義の手形を振出し、X銀行から二回にわたって融資を受けた。一回目二五〇万円はBへの弁済に当て、Y村の公金でXに返済したが、二回目三〇〇万円はBへ送金した残り(八〇万円余)を自分で受領している。XがY村の責任を、消費貸借契約にもとづく返還請求、民法四四条一項にもとづく損害賠償請求などを理由に追求。原審は前者につきAに代理権限なしと否定したが、後者につき、「収入役が村のためにする金銭受領行為は外形上その職務行為」であるとして認容。Y村上告して、収入役の職務権限は内部的な会計事務に止まり、対外的法律行為を行うことを含まないとして⑯を引用。しかし最高裁は、「収入役の職務行為たる外観を呈するものといえないことはない……」と判示し、⑯は町長の金銭受領行為が外形上その職務行為といえないとしたものであって、事案を異にし、本件に適切でないとした。

(16) なお、同種の事件で最判昭和三五・七・二七民集一四巻一〇号一九一三頁はこれと異なった法律構成による。すなわち、信用協同組合の役員が無資格者の預金を受け入れた場合、これは法令違反であるが、役員の処罰理由とはなっても、法律行為じたいは法人の目的の範囲内であり、民法四三条により組合に預金契約上の義務あり、とした。

五　判例の検討

一　以上概観した判例の中、①・⑤・⑳は本稿の主題から見るときは、これを別に除いてよいだろう。何故ならば、

①は、法人代表者が他人の立木所有権を侵害した典型的な不法行為の場合であって、一般論として民法四四条の適用がありうること異論の余地がないからである。つぎに⑤は、代表者の取引行為が法令に違反しているときなお法人の行為として効力を生ずるかという問題であって、註一六で指摘したように、ほんらい民法四三条の適用問題として処理されるべきものである。さらに⑳は、町とその相手方である買主を相手どって起された住民訴訟（現行地方自治法二四二条ノ二に相当）であって、それじたい特殊な訴訟類型に属し、法律行為の当事間（町と買主）の争いではなく、第三者からの訴であって、これに民法一一〇条を適用したことについて疑問がある事例である。[17]

二　残る先例では、すべて、法人代表者が権限なしに不動産の処分をしたか（②・③・④・⑫）、債務を負担したか（⑦・⑧・⑨・⑩・⑪・⑬・⑭・⑮・⑯・⑰・⑱・⑲・㉑・㉒、ただし⑥は現場監督員の債務引受）、いずれかの法律行為をした場合に実質的に法人がこの法律行為から生ずる責任を負うかどうかが問題となっている。しかもその場合に、法人が四四条により「不法行為」責任を負うか否かが争われたものが多数あり（④・⑦・⑧・⑨・⑩・⑭・⑮・⑯・⑰・⑱・⑲・㉑・㉒）、そのうち、これを肯定したものがかなりある（⑦・⑧・⑨・⑩・⑱・⑲・㉑・㉒）。わが国の判例では、前述の第一説がドイツの通説である Organtheorie とはかなり違ったかたちで支配していることが明らかであろう。以下にこの問題をいま少し立ち入って検討してみよう。

三　先例②・③では法人代表者が権限なしに不動産の処分をした場合に、民法五四条により相手方を保護せず、加えてそもそも基本権限がないという理由で法人に一一〇条の表見代理責任を認めなかった。これに対し末弘厳太郎・判批は、[18]民法五四条と一一〇条のもつ意味をつぎのようにとらえて、一一〇条の類推適用を主張した。すなわち、地方公共団体等の代表者の権限は、民法上の一般公益法人の理事の権限が定款などにより私的・内部的に制限されるのとは異なり、法令により具体的に制限されている。この故に、取引相手方の法の不知にもとづくたんなる善意は保護

さるべきでなく、代表者の権限ゆ越行為について相手方の善意をもって足れりとする民法五四条の適用はありえず、相手方の善意無過失を要求する一一〇条の類推適用をなすべきである、とした。[19] これは法人一般に関するものでなく、法令により法人代表者の権限が制限された場合の特殊性を強調するものではあるが、代理規定の適用を主張した点で意味があり、このあと⑥が一一〇条の適用を前提として、「正当事由」なしと判示し、さらに⑪へとつながってゆくこととなる。

四　他方②と類似する④では四四条による法人の不法行為責任は理事の土地売却が「職務行為」ではないという理由で否定されたが、⑦ではじめて不法行為責任が肯定された。⑦では収入役は法人のために銀行から借入れ行為をしたのであったが、つぎに⑧では、自己の個人的目的のために収入役が銀行から借入れた行為につき民法四四条の責任を認めた。金銭収納は収入役の職務行為というのが理由であったが、その前提である借入れ行為は決して外形上も職務行為ではなく、無理な構成といわねばならない。ついで⑨が出るに及んで先例が確立した観がある。[20] 町長が個人的に費消する目的で、法令による権限制限を無視して銀行から借入れた点は実質的に問題とされていない。美濃部達吉、三宅正男・判批がこれについて強く批判した。[21] しかし⑩はなお、自己領得目的での収入役の行為につき、民法四四条による責任を村に課している。このようにわが国では、機関の個人的目的による行為につき法人の不法行為責任を課する判例が先行し、学説の批判を受ける時期があった。

ところが⑪は、不法行為責任につき時効が完成していたこともあって、はじめて一一〇条による表見代理責任を村に認めた。これに対しては、美濃部達吉・判批がなお、法の不知はそれじたい過失であって、民法一一〇条の適用の余地はないと反対したが、末川博、川島武宜・判批は賛意を表した。[22] 本件ではともかくも村議会の借入決議があること、村長が収入役を伴っていったことなど「正当事由」ありとするに足りるだろう。

このようにして⑦・⑧・⑨・⑩に対して⑪が出るに及んで、法人に対し不法行為責任でも、また表見代理責任でも、いずれでも課しうるという一般論ができ上ることとなった。

五　⑫から⑰に至る間はこのような段階である。しかも、いずれも、法人の表見代理責任・不法行為責任を認容しなかった事例である。

中でも⑬をめぐる学者の意見は、学説のありようを示して興味深い。すなわち、⑬は村議会の議決があるにもかかわらず、村長自身が貸付金を受領・費消してしまった場合、相手方に一一〇条の正当事由なきことを理由に村の表見代理責任なしとしたが、学説はつぎのようにわかれる。

(a)　一般論として表見代理責任・不法行為責任いずれでいってもよいが、本件については結論を妥当とするもの。[23] 山中康雄・判批は法の不知がつねに「正当事由」なしとはならぬが、正当事由ありとするにはさらに特殊事情の存在を要するとし、谷口知平・判批は村長が収受した現金が村の会計に入らない以上表見代理責任は否定さるべきであるとし、吉岡幹夫・判批も判決を妥当とする。これらの説では、四四条を適用しても結論は異ならず、一一〇条と比べてそれらの要件は実質的に同じであると考えるのであろうか。我妻栄・判批は、本件では領収証もなく、相手方は町村に関係ある者であるところから結論妥当とし、民法四四条を適用しなかったのは正当という。一一〇条の要件よりも四四条の要件の方が広いと考えるのであろうか。その限りでは、後出の⑱・⑲・㉑と結びつく可能性がある。

(b)　一般論として表見代理責任・不法行為責任いずれを課してもよい、とするだけでなく、本件で一一〇条の要件を充たさなくても、四四条を適用すれば相手方が保護される可能性があったとするもの。[24] 遠田新一、高梨公之・判批である。ここでは、表見代理責任が否定されたのに、不法行為責任は肯定されてよい、という考えがある。後出⑱・⑲・㉑と同じ立場である。

(c)　判例の結論に賛成し、四四条の適用を否定するもの。[25] すなわち、前述第二説の立場である。田中実・判批がそうである。前掲我妻判批は四四条の適用を否定する限りではここに入れてもよい。

(d)　一一〇条と四四条の関係になんらふれないもの。[26] 有倉遼吉・判批は、収入役の委任を受ける者は副収入役であるが、この点につき相手方に注意義務を課すべきかどうか問題、と本件の結論に疑問を呈している。

このように学説ではすでに前述第一説が支配している。しかし判例は⑭・⑮において、村長・市長の手形振出につき表見代理責任が否定されるときは不法行為責任も否定して、少くともみぎの(b)説に相当する立場をとらなかった。[27] さらに、⑯においては、町長の金銭受領行為につき外形上も職務行為とはいえないとして不法行為責任が否定された。[28] したがって判例はこの段階までは、代表者の越権法律行為について表見代理と不法行為の両責任が成立しうるたてまえをとっていても、暗黙の中に、両者の要件の範囲にほとんど差異がないと考えていた（前述第一説参照）といってよかろう。

六　しかし⑱に至って第一説の内容は変った（前述の(a)から(b)へ）。すなわち⑱は原告銀行に過失ありとして表見代理の成立を否定しながら、しかも不法行為の成立を肯定した点で新例を開いた。そして、表見代理の要件（「其権限アリト信ズベキ正当ノ事由」の存在）よりも不法行為の要件（「其職務ヲ行フニ付キ」の存在）の方がゆるやかなものであり、前者に該当しないものも後者によってカバーできると宣言したことになる。[29] もっとも、⑱では村長が個人費消の目的ではなく村の中学新築のために行ったものであり、村長じしんが直接相手方に村が責任もつと言明したり、（偽造）議決書の提示をしている。にもかかわらず表見代理が否定されたのには、村の保証を禁ずる昭和二一年法違反があり、これを法人の能力制限と見るか、強行法規違反と見ると、よしんば表見代理を認めようにも法人（村）に保証債務は帰属しえない、という事情がうかがわれる。そのために窮余の一策として不法行為責任に逃げ途を求め

たと考えられる。[30] その意味では、先例⑱が(b)説をとり今後の方向を定めたもの、として重大視するのは妥当ではあるまい。

しかし、⑲は一審判決と同じく表見代理を否定しながら、しかも⑱を引用して不法行為責任を認めた。こうなると、不法行為の成立には、市長の手形振出行為が外形上職務行為であるということですべてかたがつき、相手方の善意は「市長による手形振出」と思えば充足され（事実、市長が振出したのであるから、つねに善意となる）、相手方が、「市長は法令に定められた権限によって手形を振出した」と信じたか否か、さらにそう信じるについて「正当の事由」があったか否かは、一切無視されてしまう。ほとんどすべての場合に市が、つまりは市民が責任を負い、相手方は注意義務なしというに近くなろう。⑲は第一説が(a)から(b)へ移行した場合に、その結果がどうなるかを充分示すに足る。

㉑は⑲の上告審として原判決を支持し、市の不法行為責任をみとめた。こうして、㉑により、市に表見代理責任がない場合でも、なおかつ民法四四条の不法行為責任を課しうる、という先例が確立したかに見える。もはや、取引の相手方には市長の権限についてほとんど注意義務を要求されない。民法五四条の適用を排し、一一〇条で処理すべきであるとされたかつての問題は完全に無視されることとなる。服部栄三・判批は、㉑につき、民法四四条の適用には根本的に疑問があり、市長が自分のために行った行為とか、村長が最初から全然権限を有しない代表行為（⑯の場合）のように、なんら職務行為がないときには法人の不法行為責任はなく、外形理論でカバーできないものである、本件の場合、市の責任をみとめるには、手形の第三取得者には、直接の相手方よりも一一〇条適用につき注意義務の、軽減をみとめ、市の無権代理の主張は人的抗弁として善意の第三者に対してこれを切断する構成をとるべきであろう、と批判する。[31]

七 このような状況の中で㉒が出た。収入役が自分で費消した公金の穴埋めのため偽造の村議会議決証明書で銀行

から手形貸付を受けた場合、民法四四条の責任を村に課した。福地俊雄・判批は、一一〇条と四四条の要件にはそれほどの差異がなく、効果においても一長一短であるから当事者の主張に従いいずれで処理してもよいとして（本件ではX銀行は表見代理の主張をしていない）、収入役の契約締結から受領行為まで一連の行為を全体として観察して外形上の職務行為とすべきであり、地方自治法による村長と収入役の権限配分から一般論的に演繹する絶対主義的法律観に逆戻りすべきではない、と判決に賛成する。(32)

しかし、㉒のような判決が出たのは、すでに述べたように、⑱を経過して㉑の地点にまで至ったからである。本件で表見代理責任を問うとすれば、村長の現金収受行為につき、村議会の借入決議があったにもかかわらず、なおこれを否定した⑬、そのほかの先例を基準にすれば、むつかしいだろう。また不法行為責任を課するにも、町長が町のためにする金銭受領行為は外形上の職務行為ではない、とした⑯（これを本件上告理由の一つとする）を想起すれば、やはり困難だろう。㉑を前提にするからこそ本件判決も容易に村に不法行為責任を課すことになった。言い換えれば、表見代理責任を否定した⑬・⑭・⑮・⑰・⑱の系列は、不法行為責任で事を処する㉑によって無視されてしまう、ということである。㉒の当否は、けっきょく㉑をどう評価するかにかかっている。㉑によって事態は一変したのである。㉑の評価は⑲に関聯してすでに終えた。

（17）同旨、谷口知平・本件判批（民商五二巻三号三六七頁）。

（18）末弘・判民大正一五年度一二〇事件、同・判民昭和三年度四三事件。

（19）この考え方は、大判昭和九・三・三民集一三巻五号四〇〇頁に関する内田力蔵・判批（判民昭和九年度三六事件）に受けつがれている。

（20）後出⑱は、一一〇条の表見代理責任を否定し四四条の不法行為責任を認めた注目すべき判決であるが、理由中に先例とし

て⑧と⑨とを引用している。

(21) 美濃部・国家学会雑誌五四巻九号、三宅・判民昭和一五年度二三事件。後者は、民法四四条は法人自身の不法行為による賠償責任を規定したものではなく、第三者保護の必要上理事の不法行為につき無過失責任を認めたもの、として Vertreter-theorie の立場から、職務行為との関連なきことを問題とする。

(22) 美濃部・国家学会雑誌五五巻八号、末川・民商一四巻二号、川島・判民昭和一六年度一八事件。

(23) 山中・判例評論二二二号、谷口・民商四一巻六号、吉岡・法学志林五八巻一号、我妻・法協七八巻二号。

(24) 遠田・続判例百選（第二版）一〇〇頁、高梨・判例演習〔民法総則〕二〇〇頁。

(25) 田中・法学研究三二巻一二号。なお、この立場に立つものとして、前掲・末弘（註一八）・内田（註一九）・三宅（註二一）・川島（註二二）判批のほか、柚木馨「判例民法総論」上三三九頁がある。

(26) 有倉・行政判例百選二六頁。

(27) ⑮につき、原竜之助・判批・民商四四巻二号は賛成。

(28) ⑯につき、賛成判批として、原竜之助・民商四七巻三号七七頁。なお、川島武宜・法協八一巻一号九〇頁は、本件はそもそも不法行為責任ではなく、表見代理の問題であることを強調する。

(29) ⑱につき、原島重義・銀行取引判例百選九二頁はこのことを指摘し、批判するが、谷口知平・民商四八巻六号は前述(b)説の観点から逆に賛成する。また、林良平・法律時報三六巻一号は前述(a)説の立場から要件にほとんど差異なしとして表見代理の優先的適用・不法行為の補充的適用を主張しながら結論妥当とする。さらにまた、星野英一・法協八一巻六号は四四条のほうが一一〇条よりも要件が狭く効果も小さいとしながら、賛成する。四者四様であるが、林・星野判批の場合、法律行為に関して、本判決が法人の表見代理は成立しないとしながら、法人の不法行為責任をみとめる点については、格別の注意を払っていない。

(30) 谷口、林・前掲判批はこのことを指摘する。しかし、本件では、原判決もいうように、昭和二一年法は廃止されてはいないが、もともと国策会社等の整理を目的とするものであり、今日ではほぼその目的を達したと考えられ、法人の能力制限や強行法規として考える必要はないのではないか（星野・前掲判批八四頁も同旨）。そうだとすると、本件では表見代理の成立を肯定しうる可能性があった事例と解することができよう（原島・前掲判批九三頁）。

(31) 服部・民商五六巻一号一五四頁以下。なお、前掲最判昭和四一・六・二一民集二〇巻五号一〇七八頁について、小橋一郎・判批・民商五六巻一号一六二頁以下は、不法行為責任につきいわゆる外見理論をとることは疑問であり、表見代理を取引的法理と考える以上、表見代理責任と不法行為責任とは別個の視点から考察せられるべきものと思う、とし、市長が自己個人の負債の支払にあてるための金融の手段として公印により手形を振り出す場合を「其職務ヲ行フニ付キ」にあたるとすることに疑をもつ、と批判している。

(32) 福地・民商六二巻五号六二頁以下。福地「法人の能力と機関」新民法演習(1)六八頁の第二説から、この判批で第一説へ変る。

六　結　語

以上の検討を通じて、少くともつぎのことが明らかになったと思う。わが国の通説・判例では、法人の代表機関が自己の個人的利益を図る目的で、法人を代表して法律行為をした場合、法人の不法行為責任（民法四四条一項）をみとめる。法人代表者がすでに存在する契約上の義務に違反する場合（いわゆる契約侵害 Vertragsverletzung）だけでなく、契約を締結したり、手形を振出すなど、あらたに法律関係を設定する行為についてもそうである。そのことは至極当然のことのように考えられている。そのために、七一五条の解釈としてほぼ定着した「外形上の職務行為」の法律構成がここでも利用されて、取引の相手方は法人代表者としての行為であると考さえすれば、たとえ権限ありと信ずるにつき相当の理由というべきものがなくても、取引による法人の責任を追求しうる、というところまで横すべりして来た。このような事態は、ことに、法令によって代表者の権限を定めた地方公共団体の長の行為については、そのような法令の規定を有名無実なものとすることは明らかである。判例の検討によって明らかになったように、その行きつくところは、長が自己費消の目的で議会の議決証明書（偽造）すら呈示せず、法律が明示的に禁ずる

金銭受領をしても、これは市（町・村）のためだ、といえば、市が責任をおう、ということである。もしこのような横すべりを否とするなら、少くとも四四条と一一〇条の要件・効果は同じであるとするところで止まるほかない。それならば、なにゆえに実質的に法律行為そのものから生ずる効果を認めるのにあえて四四条を適用し、不法行為とせねばならないのであろう。ドイツ民法三一条の解釈として通説の地位を占め、同じく法人実在説の流れを汲むOrgantheorieは、このように不必要な構成と不当な結論をとっていない。その意味をもう一度かえりみて、当然視されている通説の前提そのものを再検討してしかるべきであろう。民法四四条が法人の「損害賠償」責任を定めた一般的・包括的な規定であるということは、決して表見代理規定（一一〇条）の適用を排除するものではないのではないか。のみならず、四四条は法律行為、とくに契約にもとづく責任に関する諸規定(四一五条など)に代わりうるものではないのではないか。その場合には四三条とその他の契約ないし法律行為に関する諸規定の適用をもって足るのではないか。そうだとすると四四条は固有の不法行為責任の分野に限って働らくものなのか。それともその他の損害賠償責任を発生する場合をも包括するのか。その他の場合とは具体的にどのような事例か。問題はなお残っているといってよかろう。

ともあれ本稿では、不法行為責任を課することによって「取引の安全」をはかろうとすることの背理を指摘したかったのである。いかに「実際的な」配慮を優先させるつもりでいても、ロマニスト的伝統の上に立つわが民法の下では不用意に obligatio ex contractu と obligatio ex delicto との区別を無視してしまうと、それぞれに対応する規範を見失い、かえって紛争の妥当な解決ができなくなることがありうる、と指摘したかったのである。