

〔商法 四一四〕

商法四三条の商業使用人に該当する鉄鋼製品取引担当の部課長が権限を濫用した場合につき善意の相手方に対する会社の責任が肯定された事例

福岡地判平成六年三月八日、請求認容
平成三年(ワ)第九四八号、売買代金請求事件
判例時報一五二一三号一六五頁、判例タイムス八七七号二七九頁

〔判示事項〕

一、総合商社の鉄鋼製品取引担当の部長代理及び課長が商法四三条の商業使用人にあたりとされた事例

二、右部長代理及び課長の権限濫用の意図について、取引の相手方が知り又は知ることを得べかりし場合にあらざらないとされた事例

〔参照条文〕

商法四三条、民法九三条但書

〔事実〕

A会社は鉄鋼製品の販売を営業目的とする会社であり、B会社は建築用鋼材等の売買を主たる営業目的とする会社であり、Y会社(被告)は総合商社である。

Y会社の社員Cは、昭和五九年四月から東京本社鉄鋼プロジェクト営業部長であり、Dは昭和六〇年四月から鉄鋼プロジェクト営業部長付であり、Eは昭和六〇年四月から鉄鋼プロジェクト営業部室員であった。

B会社の取締役副社長であり、実質上の経営権を掌握していたFは、C及びDに、ゼネコンからの鋼材製品買付け

に關し商社として介入することを要請した。C 及び D は、鉄鋼プロジェクト営業部が業績不振で廃部の危機にあったことから、業績を向上させ、廃部の危機を回避するとともに昇進を果たそうとして右申入れを承諾した。右取引により業績を上げ、昭和六三年四月、C は鉄鋼第二本部副本部長に、D は鉄鋼プロジェクト営業部部長代理に、E は同部第一営業課課長に昇進した。

C 及び D は、F にもちかけられ、Y 会社から B 会社へ発注すると同時に右取引の八〇パーセントに当たる金額を B 会社に先払いする方式の取引をしてきたところ、ゼネコンからの未払いが一〇〇億円を超えたため、昭和六三年八月、Y 会社は鉄鋼プロジェクト営業部に対し B 会社との取引を禁止し、債権の回収を指示した。C 及び D は、右先払いする方式の取引につき、F がゼネコンからの発注書を偽造した架空取引を混在させていることを知ることになった。しかし B 会社が倒産すれば Y 会社への支払は不能となつて失職せざるをえず、F に説得され、Y 会社名義で第三者に発注し、第三者から B 会社に発注させて右第三者からの支払を先行させることになり、これまで散発的に同様の取引を行ってきた A 会社などとの架空取引を続けることになった。

A 会社の大分支店長 G は、昭和六三年三月初旬頃、E から B 会社の F とともに Y 会社東京本社鉄鋼プロジェクト営業部へ来るよう求められた。G は D から「ゼネコンから鉄骨製品の発注を受けた Y 会社が A 会社に発注し、A 会社はこれを B 会社に発注して、B 会社が受注した製品をゼネコンに納入する取引をしたい。製品のゼネコンへの納入及び製品の品質管理については B 会社と Y 会社が全責任を負う。A 会社としては、B 会社に対する先払いさえすれば、三か月後にはマージンと三か月分の金利を上乗せした注文書記載の金額を Y 会社から支払う。」という商談をうけ、これを承諾し、以後四〇回にわたり先払形式の取引を行った。

B 会社がゼネコンの名前で弁済していた支払が滞りがちになり、架空取引は平成元年六月 Y 会社九州支社長を知るころとなつた。Y 会社九州支社長は、ゼネコン名義の未払金を B 会社から回収することとし、B 会社との間に平成元年七月二五日、債務弁済等契約証書を締結し、平成二年一〇月三一日に未払金一〇四億円余りと金利全額の返済を受けた。この返済資金は、架空取引により A 会社から支払われた金額などによつて賄われた。

A 会社は、支払期日平成二年一〇月二五日の支払が受けられず、昭和六三年八月以降の取引については、A 会社と

の間には取引がないとしてY会社に代金支払を拒否された。その結果、A会社は平成三年二月一日、福岡地方裁判所に破産の申立をなした。またB会社は平成二年十一月二十六日に東京地方裁判所に和議手続開始の申立をなした。

そこでA会社の破産管財人であるX(原告)は、Y会社に対して鉄骨の売買代金の支払を求め、予備的に不法行為による損害賠償を求めて本件訴訟を提起した。

(判旨)

請求認容

一 本件取引が契約締結権限を有する者によって行われたものか否か

「……仮装取引は、Y会社の従業員であるD及びEがY会社名義でA会社と取引したものであって、……右取引当時、EはY会社営業部第一課課長、Dは営業部部长代理であったことからすると、これらの者が商法四三条の『番頭、手代その他営業に関する種類又は特定の事項の委任を受けた使用人』であつて、右取引がその委任事項の範囲内の行為であつたとすれば、右取引行為は有効である。ただ右取引につき、当該商業使用人が社内手続きをとっていないか、かつ、相手方において、右社内手続きをとる必要があり、当該取引につき右社内手続きをとっていないことを

知っていた場合に限り、社内手続きをとっていないことすなわち商業使用人の代理権の制限を抵抗しうるに過ぎない。

そこで、本件取引行為をY会社担当者として行ったD及びEが右商業使用人に当たるか否かにつき検討するに……Y会社の職務権限規程二〇条は、部長代理の権限につき「部(店)長代理は、部・店長を補佐し、その命を受けて特定業務を執行する。」と、一八条には、課長の権限につき、「課長は直屬上長の命を受けて課の業務全般を執行する権限を有する。」と定められていることが認められ、右規定及びY会社がA会社との間の取引として有効な取引であると認める……取引におけるY会社の担当者がD又はEであったこと、右部長代理及び課長の職名からすると、D及びEは、営業に関する種類または特定の事項に関する代理権を有する商業使用人に当たるといわなければならない。

そして……本件取引……はいずれもD又はEの権限の範囲内の行為であると認めるのが相当である。

これに対し、Y会社は、C・D・Eらは、決裁ラインに属さないから代理権はないと主張し、前掲……によると、本件取引の決裁権限は主管部長すなわち鉄鋼プロジェクト営業部部长が決裁権限を有していたことが認められるが、

決裁権限と代理権限とは異なり、決裁権限は社内における制限にすぎないものであるから、代理権の有無に影響を与えるものではなく、相手方である A 会社が悪意である場合に限り、右代理権の制限を対抗し得るものであることは前述のとおりである。」

二 A 会社が権限濫用の意図につき知りまたは知ることを得べかりしといえるか

「代理人が自己または第三者の利益を図るために権限内の行為をしたときは、相手方が代理人の右意図を知りまたは知ることをうべかりし場合に限り、民法九三条但書の規定を類推して、本人はその行為につき責めに任じないと解するのが相当であるところ……前記認定の事実によれば、本件取引は、昭和六一年三月から……平成二年九月まで、取引回数四〇回にわたり反復継続的に行われ、その際の Y 会社の窓口は、常に D か E であり、そのうち当初の取引は社内手続きを経た有効な取引であったこと、右有効な取引の形式は、鉄鋼プロジェクト営業部部長の印鑑が押された注文書のあるものだけでなく、注文書さえない取引もあって形式は一定していなかったこと、先払形式の取引の注文書は、いずれも D・E の印鑑が使用されているが、その前後に右注文書のない取引があつて、しかも、本件取引分を除

きいずれも Y 会社名義で支払いがなされてきたこと、有効な取引はもとより先払形式の取引の当初は、A 会社の大部分営業所所長であった G が Y 会社東京本社鉄鋼プロジェクト営業部を直接訪問して D や E から直接注文書を受領し、注文書が B 会社経由となり、また請求書を Y 会社に送付しなくなつてからも、G は、注文を受けた都度 E に連絡をとり、さらに、上京の折りは D や E を前記鉄鋼プロジェクト営業部に訪ねていたこと、先払形式の取引の注文書が B 会社経由となり、また、請求書を Y 会社に送付しなくなつたのはいずれも E からの指示に基づくものであつて、右取引中 Y 会社から D や E の代理権の存在を疑わせるような通知はもとより、D や E に右取引の権限がなくなつたとの連絡もなかったこと等の事情が認められるのであつて、かかる事実からすると、A 会社が D や C が F と共謀して、その権限を濫用していたことを知り又は知ることをうべかりし事情があつたとはいえず、もとより、D や E が社内手続きを経ることなしに本件取引を行つていたと A 会社が知つていたと認めるべき事情もない。」

〔研究〕

判旨の結論に賛成、理論構成に疑問あり。

一 本件は、いわゆる共和汚職・鉄骨加工取引事件（東京地判平成五年五月一七日判時一四七五号三七頁）に關し架空取引に係る売買代金請求等の訴えが提起された民事事件である。

判旨第一点では、本件取引が契約締結権限を有する者によつて行われたか否か、つまりD及びEが商法四三条所定の商業使用人であるかどうかが判断されている。

商業使用人とは、商人に従属する營業の補助者で、商人の營業上の代理権を有する者である（鴻常夫・商法総則〔新訂第五版〕一六二頁、神崎克郎・商法総則・商行為法通論〔新訂版〕一一八頁。代理権を要しないとすもの衣服部栄三・商法総則・商行為法講義一〇三頁、弥永真生・リーガルマインド商法総則・商行為法八二二頁）。商法は商法四三条所定の商業使用人として、番頭・手代を列挙しているが、現在の役職名でいうと、部長、課長、係長、主任等がこれに該当する。しかし、部長、課長等の名称は、あくまでも例示にすぎず、部長・課長等の名称を付与されたからといって、商法四三条所定の商業使用人に該当するとは限らないと解されている（近藤光男「商業使用人の代理権」商法・経済法の諸問題〔川又良也先生還暦記念〕三頁）。

従来、商法四三条所定の商業使用人の意義については、あまり問題にされていなかったように思われるので、まず同じ商業使用人である支配人の意義に關する議論をみてみることにする（支配人の意義と關連付けて検討しているものとして、坂上真実「商業使用人の代理権の範圍」現代企業取引法〔田邊光政先生還暦記念〕五〇頁以下がある）。

支配人の意義は、營業主に代わつて營業主の營業に關する一切の裁判上および裁判外の行為を行う権限を有する商業使用人であるとするのが通説的見解である（以下、実質説とする。田中誠二・全訂商法総則詳論三八〇頁、近藤光男・商法総則・商行為法〔第三版〕九四頁、戸田修三〇中村真澄編・商法総則・商行為法〔後藤巖執筆〕八四頁）。

この見解によるときは、ある商業使用人が支配人であるか否かは、その者が營業主の營業に關する一切の裁判上および裁判外の行為を行う権限を有するか否かによつて決まることになる。これに対し、支配人の意義は、營業主によつて、本店または支店の營業の主任者として選任された商業使用人であるとする近時の有力説がある（以下、形式説とする。大隅健一郎「支配人と表見支配人」現代商法学の諸問題〔田中誠二先生古稀記念〕六二頁、服部栄三・商法総則〔第三版〕二八〇頁）。この説によれば、支配人たる地

位が前提とされ、その地位にある者として選任されるときは、営業主の意思のいかんを問わず、商法三八条に定める範囲の代理権を有することになり、その意味で支配人の代理権は法定的に定型化されていることになる。

実質説に立った場合、選任に当たり商法三八条の定める代理権の範囲に多少とも制限が加えられているときは、その制限は支配人の代理権の制限ではなくして、むしろそこには支配人としての代理権の授与がなく、被選任者は支配人にならないとなさざるをえない。しかしそれでは、支配人の代理権の範囲を法定し、これに加えた制限をもって善意の第三者に対抗することを得ないとする商法三八条三項の規定は、その過半の意義を失わざるをえない。支配人の代理権の範囲を定型化して、これと取引する第三者が一にその代理権の有無および範囲について探究することを要せず、単に支配人であることを確かめるのみで安心して取引しうるようにするという支配人制度の趣旨からみて、支配人は、法定範囲の包括的かつ不可制限的な代理権（代表権）を有する株式会社の代表取締役と並列的に考えられるので（大隅健一郎・商法総則〔新版〕一四三頁）、私見は形式説を支持する。

翻って商法四三条所定の商業使用人については、従来の

多くの下級審判例の立場では、商法四三条適用の前提たる代理権があるといえるためには、何らかの法律行為についての代理権授与行為が必要であるとしてきた（東京地判昭和三二年二月二七日下民集八巻二号三六三頁、名古屋高判昭和三四年九月一八日判時二〇九号二五頁、大阪地判昭和四三年八月六日判夕二二六号一八二頁、大阪地判昭和四四年七月二四日判時五八三号七六頁、大阪高判昭和五五年三月二八日判夕四二五号一五六頁、大阪高判昭和五六年一月一六日判時一〇五四号一四八頁、大阪高判昭和五七年一月二六日判時一〇七〇号九六頁、京都地判昭和五九年八月三〇日金判七一一号三七頁）。ところがいわゆるロッテ物産事件（最判平成二年二月二二日商事法務一二〇九号四九頁。物資部繊維課洋装品担当係長が同様の事件をいくつも引き起こしている）ので他の事件については、以下、ロッテ物産関連事件とする）の原審である東京高判昭和六〇年八月七日判夕五七〇号七〇頁は、商法四三条の商業使用人に該当するためには、単に営業活動に関するある種類または特定の事項の委任を受けていれば足り、法律行為に関するならかの権限を与えられていることは必要ないと判示した。この判決をうけて判例は現在事実行為委任説に立つとする見解（田邊光政・商法総則・商行為法〔第二

版)一一八頁)があり、最高裁もこの立場を支持したとする。事実行為委任説は、支配人における形式説と同じであると解しているようである(田邊・前掲一一九頁)。しかしながら事実行為を委ねるという意思と代理権を授与するという意思は基本的に異なるのであり、事実行為の委任があれば商法四三条所定の商業使用人になるという解釈は無理がある(森本滋編・商法総則講義第二版(北村雅史執筆)一〇五頁)。形式説においても代理権授与を前提としているのであり、事実行為委任説は支配人における形式説と同列とはいえないものと考ええる。また最高裁の判決については、原審と同旨としながらも、原審と異なり、代理権の擬制の言葉を避け、右事項の処理の委任と代理権の授与の主張・立証を論ずるところを見ると、右事項につき代理権があることを法律上推定するもののようにであるとか(大塚龍児(「判批」商事法務一二一五号八一頁)、特定(種類)の事項の委任を受けた場合には、「相応の代理権」も授与されていることを当然の前提として、それがなお「客観的にみて受任事項の範囲内」全体に及ぶ「包括代理権」であるべきだとしているのかも知れないといった指摘もある(山下丈「商業使用人の代理権」Article五三三五〇頁)。

商法四三条所定の商業使用人の意義については事実行為委任説と異なる形で支配人における形式説とパラレルに考えることができるのであろうか。商法四三条は、昭和一三年改正前の三三条に該当し、三三条は明治二三年旧商法五一条に由来し、旧商法五一条はロエスレル草案五二条に由来する。ロエスレル草案の註釈によれば、五二条以下は、主人の営業上における商業使用人の地位を記載するものである。任用(Anstellung)とは、主人の営業上における業務執行の地位に授与することであって、任用という内には、その地位に属する所業を為すの委任を自ずから含蓄するという。そして委任はただ担当せる権限内に通常生起すべき取引及び所業にのみ係るものとするとしている(ロエスレル氏起稿商法草案上巻一七二—一七五丁)。明治三二年商法起草にあたって、起草者の一人である岡野敬次郎は、六章 商業使用人に該当する章の説明において「本案ノ所謂番頭手代其他ノ使用人ナル者ハ其性質如何ト云フニ全ク主人ノ商業上ノ機関ニシテ独立ノ者ニ非ラズ」(第九回商法委員会議事要録明治二十九年六月二十六日「法律取調委員会 商法ニ関スル書類」日本近代立法叢書19五三頁)と述べており、ロエスレル草案と考え方の変更はみられない。昭和一三年改正前三三条は

一項 商人ハ番頭又ハ手代ヲ選任シ營業ニ関スル或種類又ハ特定ノ事項ヲ委任スルコトヲ得

二項 番頭又ハ手代ハ其委任ヲ受ケタル事項ニ関シ一切ノ行為ヲナス權限ヲ有ス

と規定していた。現行四三条では、選任という文言がなく
なり、商法三八条三項の準用がなされることとなったが、
この改正において考え方は変更されたのであろうか。

田三三条一項については、極めて当然のことを規定して
いるので別にそういうことを為し得るといふ規定はいらな
いので除外したと説明されている(田中耕太郎・改正商法
及有限会社法概説八三頁)。またこの改正で商法三八条三
項の準用がなされることになった点については、支配人の
代理権と広狭の程度の差こそあれ、番頭手代の代理権が法
定範囲の包括的代理権である以上、支配人の場合と同様に
その制限を以て善意の第三者に対抗し得ないとする必要が
あったということである(田中・前掲八三頁、烏賀陽然良
「大橋光雄」大森忠夫「商法改正法案を評す(二)」法学
論叢三四卷二号一一五頁)。そうであれば昭和一三年改正
によって番頭・手代の意義は何ら変更されたわけではない
ことが明らかになった。商法三八条三項の準用を新設した
ことは、商法四三条所定の商業使用人を支配人と同様の性

質のものと考えられる理由づけの補強になったと解される。し
たがって私見は、商法四三条所定の商業使用人であるか否
かは、支配人における形式説と同様に商法四三条所定の商
業使用人たる地位に任用された否かで判断するものとする。
本判決では、商法四三条所定の商業使用人に該当するか
という判断のポイントとして三つのことをあげているよう
に読める(横田尚昌「本件判批」法学雑誌四三卷三号五三
二頁では、①と③を一つにしている。また柏木昇「本件判
批」ジュリスト一一一六号一三三頁は、①と③から判決は
判断しているとする)。

① 職務権限規程

② 有効な取引であると認められた取引の担当者であ
ったこと

③ 部長代理及び課長の職名

これらを形式説に基づいて考えてみる。③の職名に関して
は、従来から職名によって商業使用人と判断していないた
め通常であれば判断のポイントとはならない。しかしなが
ら本件では①職務権限規程があげられているので、①と③
をあわせてD及びEが商法四三条所定の商業使用人たる地
位にあると判断されるべきものと思われる。

二 本判決の構成としては、まず本件取引が契約締結権限

を有する者によって行われたものか否かを判断し、契約締結権限を有する者によって行われたものであるから本件取引を有効とした。そしてその上でD及びEが自己又は第三者の利益を図るために権限内の行為をしたとしてA会社が権限濫用の意図につき知りまたは知ることを得べかりしといえるかという民法九三条但書の類推適用によりY会社に責任があるか否かを判断している。

しかしながら本件取引は、権限内の行為ということがいえるのであろうか。判決ではD及びEには本件取引の決裁権限がなかったことが認定されている。このことをどう考えるかが問題ではなからうか。つまり決裁権限がないことを代理権の制限にも当てはまらない単なる内部手続上の制約にすぎないと解するのであれば本件取引は、権限内の行為であるということができ、D及びEの権限濫用の問題になるであろう。そう解した場合でも本判決のように民法九三条但書の類推適用が妥当であるかどうかは、また別に検討しなくてはならない問題である。

では、本判決は、D及びEが決裁権限を有していないことをどのように解しているのだろうか。本判決は、「……本件取引の決裁権限は主管部長すなわち鉄鋼プロジェクト営業部部長が決裁権限を有していたことが認められるが、決

裁権限と代理権とは異なり、決裁権限は社内における制限に過ぎないものであるから、代理権の有無に影響を与えるものではなく、相手方であるA会社が悪意である場合に限り、右代理権の制限を対抗し得るものに過ぎない」と述べている。「決裁権限は社内における制限に過ぎないもの」という箇所は前述のように単なる内部手続上の制約にすぎなく権限内であると解しているようにも読める。しかしながらその後半部分から判旨は、決裁を必要とするということとを代理権の制限であると解しているように思われる。そうであると条文数は書かれていないが商法四三条二項によるものではないだろうか（横田・前掲五三九頁）。

商法四三条二項の代理権の制限の例としては、取引の種類、金額、時期、相手方などがあげられる（菅原菊志「企業における代理と代表」現代企業法講座（一）二〇五頁）。商法四三条所定の商業使用人に手形振出等の権限が与えられているが何らかの内部的制約がある場合、これを代理権の制限として扱った裁判例として以下のものがある。名古屋高判昭和二九年一月一日下民集五卷一頁一頁（代表者と協議）、東京地判昭和三〇年六月九日下民集六卷六号一〇七九頁（代表者の許可）、大阪地判昭和四八年六月二八日金法七〇七号三四頁（代表取締役の決裁押印）、大阪地

判昭和五九年八月二四日判時一一四五号一三四頁（代表取締役の決議）。これに対し、商法四三条所定の商業使用人が対外的取引一般につき社内手続きの履践義務が課されている場合については、東京地判昭和四八年八月二七日判時七一四号二三〇頁（建築会社の工事長の資材発注につき事前決裁）の他にロッテ物産事件（東京地判昭和五九年一月二一日判時一一五四号一四九頁、東京高判昭和六〇年八月七日判時五七〇号七〇頁、最判平成二年二月二二日商事法務一一〇九号四九頁）とロッテ物産関連事件（東京地判昭和六〇年四月二六日判時一一七九号八九頁、東京高判昭和六〇年五月一六日判時五五六号一九〇頁、大阪高判昭和六〇年二月二四日判時一一九六号一五四頁）がある。東京地判昭和四八年八月二七日とロッテ物産事件については、代理権の制限として扱われているが、ロッテ物産関連事件の場合は、いかなる解釈がなされているかは一様ではない。内部手続上の制約にすぎず、代理権自体に特段の制限を加えたことにならないとするもの（前掲大阪高判昭和六〇年一月二四日、石田清彦〔判批〕ジュリスト九四〇号一一九頁）もある。

前述したように商法四三条所定の商業使用人の法的地位は、その代理権の範囲が企業活動の全体におよぶかある種

類の事項に限られるか、また訴訟行為におよぶかおよばないかという違いはあるが、性格的には支配人のそれと同一と考えてよいと思われる（倉沢康一郎・商法の基礎〔三訂版〕四七頁）。商法三八条一項の規定は、営業主任者に任用された者の代理権の範囲を法定するものと解される。そうであるとすれば商法四三条所定の商業使用人の代理権も法定的に定型化された包括的代理権なのであって、商法四三条二項の「代理権二加ヘタル制限」は代理権行使についての制限にとどまる。社内手続きの制限は個々の取引を行うおうとする場面で加えられる制限とみることが可能と思われる。商法四三条所定の商業使用人が社内手続きをとらずに取引を行うおうとする場合、あるいは社内手続きの結果決裁がおりなかつた場合には、その時点で営業主が当該取引に係る代理権限の行使を禁止した場合とみる余地があるのではないか。そうだとすると、社内手続の制限は、決して商法四三条所定の商業使用人の代理権に制限を加えることと無関係とはいえず、内部手続上の制約にすぎないという理由をもって代理権に加えた制限には該当しないということとはできないのではなからうか（横田・前掲五四二頁）。

三 私見は本件の決裁規程を代理権に加えた制限として商法四三条二項の問題と考えるが、本判決は権限濫用の場

合として、民法九三条但書を類推適用しているのが、権限濫用の場合に民法九三条但書を類推適用するのが妥当なのを以下で検討することとする。権限濫用については、代表取締役についても議論されているところであって、本判決の引用する最判昭和四二年四月二〇日民集二一卷三三六九七頁においても代表取締役の権限濫用行為につき同趣旨として最判昭和三八年九月五日民集一七卷八七〇七頁を挙げており、判例は民法九三条但書類推適用の立場にたっている。

この根拠としては、おそらく代表取締役の真意は自己または第三者の利益をはかるところにあり会社の利益をはかるところにはないという点に求められるのだろう。しかし、代理意思なしし代表意思は、法律効果の帰属主体を本人または会社とすることであって、利益の帰属は動機にとどまる。したがって、右の点が法律行為の効力を左右すべきいわけではないと批判される（倉沢康一郎・会社判例の基礎一四一頁）。

また前掲最判昭和四二年四月二〇日についても大隅裁判官は「心裡留保は表示上の効果意思と内心的効果意思とが一致しない場合において認められる。しかるに、代理行為が成立するために必要な代理意思としては、直接本人につ

いて行為の効果を生じさせようとする意思が存在すれば足り、本人の利益のためにする意思の存することは必要でない。したがって、代理人が自己または第三者の利益をはかることを心裡に留保したとしても、その代理行為が心裡留保になるとすることはできない。」と意見を述べている（前掲民集二一卷三三六九七頁）。

権限濫用の場合でも、代理人は本人に法律効果が発生すべきであるという代理意思を有しており、自己または第三者の利益をはかる意思を心裡に留保することが、代理行為を心裡留保ならしめるものではなく、この場合にも有効な代理行為は存するのである。したがってこのような考え方に立つ判例・学説も代理人の権限濫用行為が心裡留保になると解するのではなくて、相手方が代理人の権限濫用の意図を「知りまたは知ることをうべかりしときは、その代理行為は無効である」という一般理論を民法九三条但書に仮託しようとするにとどまるものであろう（於保不二雄〔判批〕民商法雑誌五〇巻四号六頁）。しかしながら前述のような意図を仮託するために民法九三条但書の類推適用をするという立場にはやはり無理があると考えられる。

四 本判決は、会社の決裁規程は代理権限を内部的に制限したものととして商法四三条二項を適用すべき事案であった

と考える(柏木・前掲一三三頁)。なお商法四三条二項が準用する商法三八条三項は、善意とのみ規定している。この点について前掲最判平成二年二月二二日は、善意に重大な過失ある第三者は含まれないとする新解釈を示した。前掲最判以前にも大阪高判昭和五六年一月一六日判時一〇五四号四八頁が重大な過失があるときは悪意の場合と同視すると述べている。このような解釈をする根拠は必ずしも明確ではないが、商法上、取引の安全のために善意の第三者を保護する規定であって、その第三者の過失に言及していない場合には、重大な過失があつては保護されないといふのが、最高裁の一貫した見解であつて(山下・前掲五一頁)、前掲最高裁判決は、このような最高裁の解釈をより確固とするものと評されている(大塚・前掲八五頁)。この最高裁判決以後にも東京地判平成六年四月二八日判時一五一四号一三二頁では、善意の第三者に重大な過失のある第三者は含まれないとして最高裁判決の考え方を踏襲しているものとみられる。しかしながら本判決においては、悪意とのみ述べられており、過失の有無については言及されていない(横田・前掲五三九頁は、本条項の趣旨を一般悪意の抗弁と解し、参照として「シンポジウム表見代理」私法二六号二八頁〔塩田親文発言〕をあげている。両者とも、

過失の有無について明確には述べられていないが、塩田発言と同説とする田中誠二・喜多丁祐・全訂コンメンタール商法総則三九三頁は、過失の有無を問わないとしている)。本判決では無過失と認定されているため、重過失を含まないと解しても過失を問わないと解しても商法四三条二項が適用されるという結果が変わりはないが、最高裁と本判決の考え方が異なっているということなのか明らかではない。

なお代理権のないとき相手方は軽過失で保護され(商法四三条二項)、権限内の行為であつても濫用した場合は軽過失で保護されない(民法九三条但書類推適用)という主観的要件の差に合理性があるのか、差をつけるとすればむしろ代理権を授与されている濫用の場合において、相手方はより保護されてしかるべきではないかという問題が提起されている(大塚・前掲八五頁)。この問題意識から第一回目の取引であつても、当該業界で普通に行われている代理権の確認作業を怠っていないければ、軽過失もないとするのが正当であつて商法四三条二項が準用する商法三八条三項の場合も代理権濫用の場合と同じく、軽過失ある相手方は保護されないといいてよいのではないかという意見(大塚・前掲八五頁)がある。また権限濫用につき悪意・重過失なく善意であつた取引相手方は保護されるべきであると

する意見（江頭憲治郎〔判批〕ジュリスト九一四号一九〇頁）がある。しかしながらこれらの意見は代理権濫用の場合に民法九三条但書を類推適用することを前提として考えているものであって、私見は民法九三条但書類推適用をとらない考えにたつものであるから、このような問題は生じない。

藤田 祥子