

## 主 文

原判決を破棄する。

本件を仙台高等裁判所に差し戻す。

## 理 由

上告代理人渡部直治、同菅原弘毅の上告理由一について。

被上告人がDに、E銀行およびF協会のために被上告人所有の不動産につき根抵当権を設定する権限を右設定行為以前に予め授与する等なんらかの代理権を授与していた事実を認めることができない旨の原審の認定判断は、原審の取り調べた証拠関係に照らして首肯できる。したがって、右代理権の授与のあつたことを前提とする所論は理由がない。

ところで、Dは、被上告人名義を冒用して、E銀行に対し、被上告人所有の不動産について、昭和三二年二月二三日および昭和三二年一月二七日の二回にわたり、所論根抵当権を設定したのであるが、被上告人が昭和三三年九月頃DのE銀行に対する右無権代理行為を追認するに至つたものである旨の原審の認定判断は、原判決挙示の証拠関係に照らして首肯できる。そしてまた、昭和三四年九月二八日訴外Gを債権者とし、被上告人を債務者とする債権元金極度額金一〇〇万円の根抵当権設定契約がなされ、同日その旨の登記がなされたものであり、そして、右契約および登記手続は、被上告人の弟Dが被上告人の印章を偽造行使してほしいままになしたものであることは、原審の適法に確定した事実である。そうとすれば、債権者をGとする本件根抵当権設定契約およびその登記は、前記E銀行に対する根抵当権設定行為を被上告人が追認した後になされたものというべく、追認は、法律行為の行なわれる前にその代理人を信託して代理権を与えるものではないが、別段の意思表示のないときは契約の時に遡つてその効力を生ずるものであることは民法一一六条の定めるところであるから、第三者に対する関係においては、Dに権限を付与した外

観を与えたものとも解され、前記GがDに被上告人を代理して本件根抵当権設定行為をする権限があると信ずべき正当の事由を有したときは、民法一一〇条および同一一二条を類推適用し、被上告人はDのした右行為につき責に任ずべきものと解すべき余地がある。そうとすれば、原審は、すべからく、前記GがDの本件根抵当権設定行為につき権限ありと信ずべき正当の事由を有していたかどうかについて審理を尽くすべきであつたのである。しかるに、原審がなんらこの点について判示するところがないのは、釈明義務を尽くさず、審理不尽・理由不備の非難を免れない。本件上告は、この点において理由があるものというべきである。

よつて、右の点に関して審理を尽くさせる等のため、上告理由中その余の点についての判断を省略し、民訴法四〇七条一項により、原判決を破棄し、本件を原審に差し戻すこととし、裁判官全員の一致で、主文のとおり判決する。

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官	岩	田	誠
裁判官	入	江	俊 郎
裁判官	長	部	謹 吾
裁判官	大	隅	健 一 郎
裁判官	藤	林	益 三