

商事判例研究

九州大学産業法研究会

用稲, 孝道

別府, 三郎

<https://doi.org/10.15017/1715>

出版情報 : 法政研究. 43 (1), pp.119-130, 1976-06-20. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

判例研究

商事判例研究

九州大学産業法研究会

手形取得後所持人において適宜自己以前の裏書の被裏書人欄などを抹消した場合と裏書の連続

大阪地裁昭和四九年一月三〇日判決（昭和四七年（ワ）第一〇二七）週刊金融商事判例四〇三号一五頁

〔事実〕（一）原告Xは、訴外A会社の番頭であつて経理を担当していたが、副業として同時に、個人的に建築工事の請負業を営んでいた。そしてXは訴外BからX個人に対する請負工事代金支払のため、訴外Cによって振出された被告Yを受取人とする本件約束手形一通①（第一裏書人Y——被裏書人白地、第二裏書人D——被裏書人白地、第三裏書人B——被裏書人E銀行、第四裏書人E銀行——被裏書人F銀行、第五裏書人F銀行——被裏書人G銀行……この第三裏書以下は取立委任裏書）の交付をBから受け、これを呈示期間経過後に支払のため呈示したが、支払を拒絶された。また、（二）訴外A会社は材木販売代金として、訴外Cにより振出され、被告Yを受取人とする本件約束手

手形二通②③（第一裏書人Y——被裏書人D、第二裏書人D——被裏書人H、第三裏書人H——被裏書人A、第四裏書人A——被裏書人F銀行、第五裏書人F銀行——被裏書人I銀行……この第五裏書は取立委任裏書）を受領し、これをいったんF銀行へ取立委任裏書をしたが、満期前に同銀行から返還を受けた。そして、この手形につきXは訴外A会社から経理担当者として取立てることを命ぜられ、隠れた取立委任裏書の趣旨で信託的に交付を受け、これを呈示期間内に支払呈示をしたが、支払を拒絶された。そこで、（三）原告Xは①および②③の手形につき、遡求義務にもとづく支払を求めて被告Yに対して手形訴訟を提起した。なお、手形訴訟の最終口頭弁論期日頃に、原告Xは約束手形①の第四裏書以下を抹消し、かつ第三裏書の被裏書人名のE銀行を抹消のうえXの氏名に訂正した。また同時に、約束手形②③の第五裏書を抹消し、かつ第四裏書の被裏書人名のF銀行を抹消のうえXの氏名に訂正し、この結果、①②③各手形につき原告Xへの裏書の連続を整えた。

手形訴訟においては、裁判所は①についてはXの請求を棄却、②③にかぎりXの請求を認めた。これに対して、Yがこの判決に異議を申し立てて、通常訴訟に移行したのが本件事案である。

Yの主張は次の通りである。四本件各手形の裏書記載からは裏書の連続はない。また、（四）手形①は適法な呈示がない。（五）手形②③はXが期限後裏書により取得しているから、YにはXに

対する担保責任がない。(甲)手形①についてはYと訴外Dとの間に、また②③についてはYと訴外Hとの間で、各々原因債権に関する和解が成立し、この結果、和解金を受領したDおよびHが本件各手形をYに返還することを約束して手形債権の放棄をした事情を、Xは知りながら害意で手形を取得した。また、(乙)かりに以上の主張が認められなくても、Xは訴訟行為をなすことを主たる目的として、各手形の隠れた取立委任裏書を受けたものであるから、裏書は無効である。

〔判旨〕手形判決認可(確定)

手形法一六条一項は「抹消シタル裏書」は裏書の連続の關係において「記載セザルモノ」と看做しているが、これは原則として手形所持人が手形を取得する当時抹消済みであった裏書を指称するものであって、手形取得後所持人において適宜中間の裏書の被裏書人欄などを抹消することによって事後的に裏書の連続を作り出した場合にまで適用されるのではなく、これにより同条二項の善意取得の効果や挙証責任の転換を主張することは許されない。ただし、同条二項は裏書の連続記載への信頼を保護する規定であり、このようなことを認めると裏書の連続を欠く手形の所持人に要求される実質的権利移転の証明を回避する途を拓くことになるからである。なお、裏書の抹消はその時期いかんを問わないと論ぜられることもあるが(最判昭和三二・一二・五民集一一卷一三三号二〇六〇頁)、それは手形を受戻した裏書人が手形法五〇条二項等により抹消権限を有する事

例につきいわれるものであって、これを無制限に一般化するとはできないと考える。……

したがって、原告は本件各手形の所持人として裏書の連続を欠くため形式的資格を有しないが、……原告への実質的権利移転の事実が認められるから、手形上の権利を行使しうるものといわなければならない。

〔研究〕本判決は、裏書の連続を欠く約束手形の所持人が訴による手形金請求をなし、口頭弁論終結前に自己以前の記名式裏書の被裏書人名だけを抹消したうえで、その部分に自己の氏名を加筆して裏書連続を作出した場合に、手形所持人に手形法一六条一項にもとづく形式的資格を認めることができるか否かに関するものである。判旨は右のような裏書連続の作出方法を否定して裏書の連続を認めなかったが、手形所持人による実質的権利者である旨の主張を認めて手形金請求を認めている。判決の結論には賛成であるが、裏書連続の作出方法を否定する点については検討を要する。なお、Yの主張した手形①に関する(乙)および(丙)に対する裁判所の判断は正当であるので省略し、以下では手形②③に関する(四)の争点についてのみ考察するにとどめる。

一 被裏書人名の抹消および別名の加筆について 手形法では抹消した裏書はこの關係においては記載がなかったものとみなしている(手一六条二項三文)。抹消の態様には裏書欄全部の抹消と裏書欄内一部の抹消とがあるが、ことに後者では被裏書人名のみ

が抹消されている場合の法的効果について学説・判例の見解が分かれている。この点に関する明文の規定がないため、手形法一六条一項三文の解釈の相違から出発して、周知のごとく白地裏書説・全部抹消説・権限考慮説の見解が対立している(最近の整理は、梶山・最判昭和四九・二・二八民集二八巻一四二頁一四三頁、梶山判例研究・八幡大学論集二六巻一五二頁参照)。

しかし、本件のように記名式裏書であった裏書欄の被裏書人名が抹消されたうえ、その代わりに他人の氏名が新たな被裏書人として加筆された場合(以下これを「変更」 ∇ とよぶ)の効果については明確に論じられてはいないように思われる。そこでこれら各々の立場からどのような結果となるかを検討すると、まず白地裏書説では「変更」 ∇ 後は記名式裏書の効力を有する(中西「戻裏書と裏書の抹消」講座Ⅲ・三〇頁)。全部抹消説は見解が分かれており、「変更」 ∇ 後も当該裏書は手形面上全然記載がないのと同じであると(大岡「河本・増補手形法小切手法六一四頁、上田・百選」新版Ⅰ・九九頁、佐藤「一手形小切手の譲渡」講座(三)一五頁、浜田「裏書の連続」商法演習Ⅱ八四頁、一五二頁、田中(耕)「手」と、物理的に残存する裏書署名を利用した形法小切手法概論三四七頁)。新たな記名式裏書と解する立場(田中(耕)「判民昭和二年度九五事件評釈四六三頁、菅原「裏書の連続」判例手形法小切手法八伊沢記念」 ∇)とがあるが、裏書欄の外観の法的判断を「変更」 ∇ 前後によって別異に理解することは妥当でなく、全部抹消説を前提とするかぎりは理論上は前者に一貫性がある。また、権限考慮説は抹消権限の有無の証明責任をどちらが負担するかで見解が分かれ、被裏書人名の抹消の存在は変造と推定されるので手形所持人側に正当な抹消による白地裏書であることの証明責任があるとする変造推定説(田中(耕)「判民昭和二年度四二事件評釈二〇」と、抹

消の存在は一応抹消権限者による抹消であると推定されるので債務者側は変造の証明をなすことによってそれを覆しようとする白地裏書推定説(山尾・新手法論二五六頁、本間)とがある。いずれの立場も無権限者による抹消を變造の一態様と解している点は一一致している。この両立場を前提として、「変更」 ∇ の場合を考察すれば、前者では新たな被裏書人名が記載されていても變造と推定されることに変わりなく、したがって正当な抹消にもとづく記名式裏書である旨の証明責任が手形所持人側にあるのは同じである。後者では正当な抹消による記名式裏書と認められるか、または記名式裏書と推定されるか(この場合は一六条一項三文の「みないかの問題」のいずれかであるから、債務者側は債権者たる手形所持人が無権限者であること、または当該裏書が變造であることの証明によって責任を免れることができる)。

ところで、手形所持人に権利帰属の推定が生じるための要件事実たる裏書連続は、所持人に対して権利推定の法的効果が付与される時点における手形証券の記載について、純粹に形式的に判断されるべき事柄であるので(坂井・最判昭和四九・一二・二四民集二八三九頁)、実質関係である抹消権限の有無を基準として裏書連続の判断を左右するのは妥当でないとの批判(佐藤・前掲書一五頁、河本力「手形研究」四〇頁一〇頁)から、権限考慮説は現在採られていない。したがって、学説上は全部抹消説が多数説であり、これに白地裏書説が有力に対立している。この結果、「変更」 ∇ の法的効果は、全部抹消説を前提にして全く無意味な記載と解するか、白地裏書説

を前提にして記名式裏書と解するか、である。そこで、後説を採用する場合には、権限考慮説のうちの結果が類似する白地裏書推定説を再度検討しておくことが必要である。

判例では、裏書の連続は形式的要件であるから形式的に裏書連続があればよく、裏書が実質的に真正であるか否かを問わないこと（大判大正四・六・三三新聞一〇四三号二九頁、大判昭和五・六・一六）、および裏書の抹消は何人がなしてもまた抹消権限の有無を問わず裏書連続の關係では記載がないものとして取り扱われること（大判一一・一二・一九民集一卷二七二頁）の点で学説と一致している。そして、被裏書人名のみの抹消に関しては、権限考慮説のうち白地裏書推定説に拠った大審院判例（大判昭和二・三・二九民集六卷二四三頁）これを白地裏書説と五九六号八四頁判例研究・慶を除外して、最高裁判例（最判昭和三六・一一・一〇民法学研究所四八卷四号九三頁）を置いて、最高裁判例（集一五卷一〇号二四六頁）および大部分の下級審判例（東京地判昭和三九・六・二九下民集一五卷六号一六四頁）は白地裏書説に立脚しているが、最近は全部抹消説に拠ったと認められる判例（仙台地判昭和四五・五・二八判例時報五九六号八四頁）もある。ただ近時、抹消の態様をさらに細分化することによって全部抹消か白地裏書かを判定しようとする一部下級審判例（大阪地判昭和四八・七・二七判例時報七三六号九六頁）には注目する必要がある。また、△変更▽に関してはその部分の裏書を記名式裏書と認められている判例は若干あるが（大判昭和二・六・一四民集六卷六二九頁、東京地判昭和四三・三・一四週刊金融商事判例一一号一三頁）全部抹消となることを明示した判例が見あたらないのは、これを裏書の変造の問題類型としているのではないかと思われる。なお、被裏書人と同じく被権利者と記載される受取人の△変

更▽の場合については、白地補充権者による誤記訂正の問題（大判大正二・七・一三民集二卷四八四頁、大阪高判昭和四一・八・一七命融法）としてあるいは変造の問題（最判昭和四一・一一・一〇民集二〇卷九号一六九七頁）であつて、外観上いつたんは受取人欄白地のように作出されていた点に注意、東京高判昭和四六・一〇・一九判例タイムズ二七三三七八頁）として論じられており、いずれの場合も裏書連続に関しては、訂正後に加筆された受取人の記載によって裏書の連続を認めている（最判昭和四九・二八卷一〇号三）。このことは被裏書人名のみの△変更▽と受取人名の△変更▽とを、裏書連続の判断において同一類型内の問題として論考する余地がある（前田・最判昭和四一・一一・一〇判例。評釈・法協八四卷一〇号二三〇頁参照）。

二 △変更▽と裏書連続　そもそも、手形法が裏書の連続に手形上の権利者たる資格を認めたことは、手形に記載された裏書連続という形式を第一次的基準にして権利の行使・移転の法律関係を決定し、権利行使の容易化を実現しようとしたためであるから、記載形式が実際と異なり形式的資格者が実質上は無権利者である場合には、第二次的基準たる実質関係によって法律関係が最終的に決定される。すなわち、手形所持人が権利者であるか否かが問題となったときは、手形の記載形式上（外観上）裏書が連続していれば、その者が一応権利者と推定されるにすぎない。したがって、裏書の記載内容については手形所持人たる原告の主張と一致しても、その記載が裏書連続の欠缺と評価すべきであるという趣旨の手形債務者たる被告の陳述（否認）がなされたときは、原告は自己の請求が理由あるとの主張の要件事実として、裏書連続の証明責任を負う（坂井「約束手形金

要件事実とその立証(司法研究)。そこで、本件事案のように、△変更▽が報告書一四輯二号一頁参照)。そこで、本件事案のように、△変更▽が手形の記載形式上明らかであって債務者側からの裏書不連続の主張ないし裏書変造の主張がなされたときは、そのままでは手形所持人に形式的資格がない証明が成功するので、所持人は右裏書欠缺部分を補完すべき証明の必要を生じることになると考える。そしてこの証明の範囲は、裏書が完全に欠缺している場合とは異なり、あくまでも裏書連続に疑義が生じている場合にとどまる形式上の問題であると解し、形式的資格が皆無となるのではなく、そのマイナス部分が別の補強手段で補完されれば充分である(鴻「手形裏書の連続に関する一考」)。すなわち具体的には、本件ではXは約束手形②③につき第四裏書欄をA↓Xと△変更▽できる抹消権限があったこと、すなわちAからの実質上の手形移転関係を証明しなければならぬが、たとえばA↓X間の実質的移転関係が指名債権譲渡である場合でも、それはまさに裏書連続を完全に欠く事例に限定して民法の一般原則にもとづく譲渡方法および對抗要件の完備(民法四六)が要求されるだけであって(厳密にはこの場合にも對抗要件の要否を検討する必要がある。この点につき伊藤、本件のように裏書連続に単に形式に関する疑義が生じている程度の場合には、債権譲渡の合意の存在の事実を証明するのみで充分に当該疑義ある部分を補完できると解する。したがって本件では、XはAから隠れた取立委任の趣旨で本件手形の交付を受けて取得した事実のみを証明すればよく、Yに対する對抗要件を問題にすることはない(西島「裏書の連続を欠く手形の所持人と実質的資格の証明」判例時報四二二号九〇頁、岩崎「裏書の連続」新商

法商習(三)一三)。また、かりに對抗要件を要するとの立場を採っても、債務者Yが對抗要件の欠缺を抗弁して争ってきた場合にのみ訴の提起中にその對抗要件を満たせばよいのではないだろうか(明石・注釈民法三七八頁参照——明石教授は民法)。なお、債務者Yが本件のような裏書連続の疑義について争わない場合には、当然に補完の証明は不要であって、裏書連続を認めることになるが、以上の

ような立論の前提としては、△変更▽に関する裏書連続の判断を論理上は記名式裏書と推定する見解に立たねばならない。本件判決は「手形取得後所持人において適宜中間の裏書の被裏書人欄などを抹消することによって事後的に裏書の連続を欠く手形の所持人に要求される実質的権利移転の証明を回避する途を拓くことになる」と判示しているが、右にのべたように考えれば、裏書連続の疑義を補完すべき証明責任はなお所持人側にあるため、無権利者による勝手な裏書連続の作出に対する不示的な△変更▽の場合は補完の事実を立証できる実質関係と合致するように拘束されることになる。

本件判決に対しては、並木教授は「Xが手形を取得した当時、この手形の裏書が連続していなかったことの立証が行なわれた結果、Xが実質上の権利者であることの立証の必要が生じ……手形債権譲渡(指名債権譲渡)の事実を証明した結果、Xは勝訴した」と理解しつつ、Yが對抗要件欠缺の抗弁を主張した場合を懸念されているが(並木・本件判例研究・週刊)、単見では形式的資格

を認められるべき裏書連続のための補完の立証の必要が生じ、その補完の証明をなした結果、Xが勝訴したと解するので、對抗要件の問題を生じない。

三 A変更V時期について 手形金請求の訴を提起した後、裏書連続の欠缺の抗弁が提出された後で当該裏書を抹消することにより裏書の連続を整えた判例はあるが(大判大正二・三・八集二卷二二〇六頁)、いづれも隠れた取立委任裏書をなした裏書人がその目的不達成によって当該手形を受け戻し、そのまま振出人に手形金請求を提訴した事案であって、その裏書抹消は所持人が自己以後の裏書を抹消したものである。これは、明文規定で認められた戻裏書(手二項)・償還受戻(手四七条三項)のような手形の再取得以外の一方法として、学説もこのような消極的裏書を承認している。そして、通説はこの裏書抹消の意義を手形再取得者の実質的権利者たる地位に相応する形式的資格を回復する手段にすぎないとし、その抹消時期は訴提起後の事実審の口頭弁論終結時までと解する(中西「戻裏書と裏書の抹消」講、座三二二頁・二二五頁参照)。ところが、本件判決は、事実審において、手形所持人が自己のなした裏書がないうえに、中間の裏書をA変更Vして自己に対する裏書連続を作出したのであるから、右にのべた通説・判例の一般論が通じるかに対しては反対説があり(古瀬村「裏書の連続」、裏書連続の判断時点を権利行使に関しては手形取得当時を基準におき、その後の連続の作出を否定している(古瀬村・前掲)本件判決も後説に立っている。

この点につき、通説の立場から、抹消が訴訟提起後になされた場合には、抹消者の抹消権限の有無、したがってまた手形所持人の実質的権利の有無について裁判官に与える心証の点で事実上それ以前の抹消と異なることがありえようが、裏書連続の関係では同じように記載しなかったものと認められるべきで：被告の抗弁があつてからなされた場合でも、…不連続の部分で抹消して裏書連続がはかられ、それによって被告の抗弁が制限されたとしても、形式的資格の問題としてはやむをえない(前田・前掲昭和三年最高裁判例)し、このような抹消が時期におかれた攻撃方法にあたるものではない(倉沢・仙台地判昭和五・五・二八判例)と説明されている。このことは本件事案のA変更Vの場合も同様に論じられよう。しかし、前述の二にのべた立論によれば、反対説の批判を免れることは容易である。

換言すれば、右の通説・判例および反対説(古瀬村・前掲)のいづれもが手形法一六条一項の裏書連続にもとづく形式的資格はあくまでも権利行使の手段であり実質的権利に重きを置く認識に立ち、形式上裏書の連続の欠缺があれば直ちに実質関係の問題と処理する、いわば二律的な理論構成で捉えている。しかし、裏書連続の判断に幅をもたせて独自の意義を認め、形式上からみて完全な連続のある場合と所持人側の補完を要する場合(本件事案口頭弁論期間中に「何某」となる附記をなして裏書連続を整えた事案(大判昭和一五・二・九・二六民集一九卷二〇号一七二九頁)も、この後者の場合に類型化できないであろうか)に分けて理論構成をすべきであると考えられる。二での立論はこの考えに立ったものであるが、この場合には裁判所の釈明権の行使

も問題とされよう（高窪・最判昭和四五・六・二四民集二四卷六号七一頁判例研究
卷三号五四）。そして、注意を要するのは、この立論は実質的権利
と形式的資格との分離を前提とすることはいうまでもないが、
従来は実質的権利関係の範囲内の問題として捉えられていた抹
消権限の有無を、実質関係から一部分分離し形式的資格の問題
に取りこむ構成であることである。ご批判を仰ぐ次第である。

（用稲 孝道）

商法二三条による責任に関する事案

東京高裁昭和四九年二月一九日判決（昭和四四（ネ）二三七七号売買残金
和四二（ツ）二四二号）判例時報七三九号一一四頁

〔事実〕 Yの長男Aは昭和二〇年K商店の商号で織物販売業を
はじめ、同二九年四月に右の個人営業形態をK株式会社と組織
替えてその代表取締役になった。しかし、K会社は昭和三四
年に倒産したので、Aは従来K商店の商号で同種の織物販売
業を再開したが、これも昭和四二年九月には倒産した。

ところで、Yはかつては織物の卸業に従事したり、また昭和
二三年四月から昭和四二年九月までの間に、自分の長男Aの営
業の手伝いをしたことはあるが営業をとりしきったことはない
者である。そして、前記K会社の倒産後、Yは昭和三五年以後
のAの営業に関して、銀行取引（当座預金口座および手形小切
手の振出）に、Y名義の使用を許諾し、昭和四五年に至るまで
の約一〇年間に、AとX等（Xほか八名）との間の取引の残金
決済に、Y名義の手形小切手が振り出されている事実がある。

本件において、X等は織物販売の営業主はAではなくYであ
ると信じて、Aと売買契約ないし貸付契約を締結してきたと主
張し、その買掛または借入金債務の弁済がないため争ったもの
である。すなわち、Yは右の織物販売業の経営者であると誤信
させたのであり、その間に取引が継続したことは商法二三条に
よる責任が生じることになるから、AとYは連帯して本件債務

の弁済責任を負えというのである。これに対し、Yは、Aが行う営業に営業主体としての外形を与えたこともなく、YはX等とあったこともないことなどの諸点を主張した。

〔判旨〕請求棄却

本判決は、Aに対しYがその氏名または商号を使用して繊維製品販売の営業をなすことを許諾したことは全くなく、Aの営業がYの営業であるとの外観を作出した関係にないと認定したうえで、つぎのように判示している。すなわち、①「商法二三条にいう『営業』とは事業を営むことを指称するものと解すべきであり、②「右各銀行との取引ないし手形の振出行為はAの行う営業そのものではないから、Yが対銀行ないしはY名義をもって振出された手形につきその責任を負うことはかくべつとして、その原因行為であるAの買掛金債務又は借入金債務についてまで、商法二三条による責任を負うものと解することはできない。したがって、たとえXらが右手形の振出人名義がYであることから、Aの行う営業はYの営業であると誤認したとしても、それだけでは商法二三条の要件を充足しない」。

〔研究〕判旨にやや疑問が残る。

一 昭和四二年の最高裁判例の見解に従うと、商法二三条の適用には営業についての許諾がなされる必要があるとあり、営業とは事業を営むことをいうのであって、単に手形行為をすることはこれに含まれないというものである。(最判昭和四二・六・六。判時四八七号五六頁)

この事案は自己の名義を使用して銀行の当座預金口座を設定

し、手形取引をなすことを許諾した者が、その許諾を受けた者において名義貸与者の名義における為替手形の振出・引受をなした事案につき同条の責任が追求されたものであった。これを踏襲するかぎり(大阪高判昭和四三・三・三、九金融法務五二二号四六頁)、いわゆる営業の許諾もない個別的行為としての手形行為の原因関係に基づく債務にまで商法二三条の責任が問われることはないことになるであろう。すなわち、本件の場合には、名義使用の許諾者(Y)が手形行為の原因関係における行為主体であるかどうか重要な問題となるが、もし判旨認定の通りであるとすれば、名義使用許諾者が営業主であるという表見的事実もなく、したがって、そこには一般的には責任の連帯性の基礎がないということにならざるをえないからである。

二 しかし、商法二三条の名義貸与者の責任追求の構成要件については必ずしも見解が一致しているわけではなく、既述の最高裁判例にもかかわらず、特に手形行為と名義貸与の責任に関しては下級審判例(東京地判昭和三七・九・一〇判時三二七号七頁、高松高判昭和三五判時五八〇号七九頁、札幌地判昭和四五・一・一八判時六一九号八八頁、福岡高判昭和四六・六・二三判時六四七号八一頁など)・学説の見解がわかれることは周知のとおりである。(田中(誠)手形小切手法詳論(上)一八二頁以下、服部・商法総則二二二頁以下、松岡・現代商法学)。 本件は商法二三条の適用要件と効果に関するものうちで、とくに「取引に因りて生じたる債務」の範囲の類型に関連すると思われるので、この点の検討をもつけ加えることとしよう。

(1)まず、商法二三条が「営業の許諾」と明定する以上、名義

借人のなす単なる手形行為などの個別取引行為はこれに含まれないかどうか問題となる。これを肯定して、名板借人は営業をなす者を意味するのであって、営業（性）に限定されると解する学説・判例がある（実方・法律時報二四卷五号二二頁、鴻・ジュリスト年鑑一六〇号一四八七頁、位野木・金融法務五〇一号八頁、河村・タ一六〇号二四号二四頁、畑・企業法研究一五四号六二頁以下、手形研究二二四号二四頁、畑・企業法研究一五四号六二頁以下）が、これに対し、必ずしも商法四条の商人としての営業のように狭義に解することが商法二三条の趣旨とするところではないとして、広義に解して営業（性）を否定する説も有力であり（田中（誠）前掲書一八二頁、週刊金融商事判、例六七号三頁など）、これによるべきが妥当ではないかと思う。後説によれば本件の判旨には疑問が残るといえよう。すなわち、商法二三条は営業取引のために名義の使用許諾がなされた結果、営業主体の誤認が生じた場合に適用される建前であり、明文上は「手形取引その他の個別取引行為」について名義使用許諾がある場合を当然に予定している規定ではない。それゆえ、営業（性）に関係がない取引一般における善意の相手方保護について、同条の守備範囲はどこまで及ぶのか、必ずしも明確ではない。しかし、いわゆる名板貸主の責任が「外観保護」に基づくものである以上、そこに対内的な名義借用主の「営業（性）」を限定する積極的理由は乏しくなり、したがって、直接に「営業」に関係がなくても、手形取引その他の個別取引についての名義使用の許諾も名板貸の一類型を構成するものと解すべきが妥当ではないかと思う。

(2) つぎに、営業の範囲は流動的であるし、営業の種類・範囲

は限定されるものではない（米沢・別冊ジュリ）から、名義借主と名義貸主との両者の営業が同種の場合はもちろん（最判昭和三六・二二・五二）、異業種の場合でも、商法二三条の名板貸責任の追求は可能であるはずである（服部・前掲書二一八頁）。ただ相手方の誤認の問題は残り、この場合名義使用の許諾という要件も誤認の可能性との関連で問題となるべきであるが、誤認は厳格なものではなく、したがって、誤認の有無の立証責任は名板貸主にあると解されて、その場合の取引の相手方が重過失（悪意）がなければ（最判昭和四七民集二〇巻一七二頁）、名義使用許諾にともなう営業主体の誤認から、相手方が救済される趣旨が同条にあるのである（周知の通り、相手方の誤は学説・判例のわかれるところであり、右述の軽過失不問説のほか、過失不問説、無過失説の対立するところである。服部・前掲書二二〇頁、永井・別冊ジュリスト四九号五二―五三頁。）。

三 名板貸主は名板借人と相手方との間における取引によって生じた債務につき名板借人と連帯して責任を負うのである。

(1) この債務には、取引による直接債務はもちろん、名板借人の債務不履行による損害賠償義務（東京地判昭和二五・四・一四）、契約解除による原状回復義務や手付金返還義務（最判昭和三〇・九・九民集九卷一〇号二二四七頁）も含まれる。

(2) 既述のように、商法二三条の要件が必ずしも営業（性）に限定されるものではないとすると、名板借人の一回（浦和地判昭和三七・二・二八下民七卷一〇頁）または数回のいわゆる個別取引に、名義使用許諾による責任追求ができるかという問題が生じる。この場合に、善意の取引相手方の保護法理はどのようになるであろうか。つまり、

民法の表見代理の規定（民法一〇九条）、または一般的表見法理（禁反言）にもとづく構成によるのか、それとも同条による構成になるのか（鴻・手形法小切手法講）であるが、問題は、民法一〇九条と商法二三条との間にはいかなる差異があるといえるかである。両者がいわゆる禁反言法理を示している点は同一であるが（大判昭和六・五・九法）、その差異は「代理権授与の表示」について、どの程度の事実があるならば、民法一〇九条所定の表示があったといえるかに存すると考えてよい（小町谷・商判判例研究（昭和二八年度）東京大学商法研究会三頁四六）。すなわち、民法一〇九条によると、たとえば甲が乙に対して、丙に代理権を与えたといった場合であるに對して、商法二三条は甲が丙に甲の名義使用を許諾しただけであって、必ずしも乙に對し、丙に代理権授与したなどとはいっていない点に差異があるわけである。そうだとすれば、商法二三条による法理構成では名義借人の権限表示およびその信頼といった要件は問題にならないし、名義借人が名義貸主の承諾の下に、貸主の名義で、しかも名義借人自身ある取引行為をなすことは名義貸法理ということになる。商法二三条はこのようにして外観を信頼した第三者たる相手方保護を図ったのである。以上のように一般的表見法理の中で、名義貸主の帰責事由が「名義の使用許諾」にある以上、それは商法二三条の類推適用による法理構成が民法一〇九条に優位することではないかと思う（松岡・前掲鈴木古）。

(3) 問題は名義借人の取引によって生じた債務の中で手形債務についてはどうかである（詳細については松岡・前掲鈴木古稀記念参照）。

(4) 名義借人の「営業」につき名義貸与者の名義使用許諾があるとき、この名義による名義借人の手形行為に、商法二三条の適用があるか。この場合の手形法上の理論構成については見解がわかれているが、事業経営に必要な取引には当然に手形行為も含まれるのであって、名義借人がその営業に関して振出した手形について名義使用許諾者が責任を負うことに異論はないと思われる（最判昭和四二・二・九判時四八三号六〇頁。なお理論構成の詳細については米沢・民商五五卷一七三頁、鈴木・ジュリスト四四七号一四一頁、田中（誠）前掲書一八四頁、中村・別冊ジュリスト四九号五、七頁、松岡・前掲鈴木古稀記念九三二頁以下参照）。

(5) 同しからば、手形取引のための名義使用許諾が、いわゆる営業取引のための名義貸の一部として認められなければ、前述の個別的取引についての名義貸となる。近時の事例には銀行との当座預金取引名義に名義貸がなされ、それに伴う手形責任が問われた中で、商法二三条の趣旨の類推を認める判例があり、善意の手形所持人保護の拡大傾向にあると思われる（既述二の下級審判例昭和四四・一〇・二八下民二〇卷九・一〇号七七三頁、東京高判昭和四三・一〇・五・一九東京高民時報六卷五号一二〇頁など）。

ここでは名義貸人の名義でなされた手形行為がはたして名義借人の手形行為といえるかという手形行為固有の問題が内在しているが、前掲昭和四二年の最高裁判例は名義借人自身の手形行為が存しないと解する点に論拠をおきながら、「手形行為の本質にかんがみればある者が氏名、商号等の使用を許諾した者の名義で手形に記名押印しても、その者自身としての手形行為が成立する余地はなく、したがってその者は手形上の債務を負担することなくその名義人がその者と連帯して手形債務を負担

することはありえない」と判示している。

しかし、これでは手形行為について名板貸の関係が成立しないこととならざるをえない。もちろん、いかなる理論構成によるべきかについては見解のわかれるところであるにせよ、結論的にはなんらかの理論による名義貸与者の責任を認め手形取得者の保護がはかられるべきものと思われる。かかる場合の理論構成としては、①署名の代理のような手形行為の理論による考え方(千種・金融法務 四八七号二九頁)、②あるいは名義使用許諾者の責任が全く否定されることなく、表見代理の規定または一般表見法理に基づく考え方があり(鴻・最判昭和四二年六月六日の解説ジュリスト年鑑一 九六八年版三八三頁、菅原・判例評論一三六号三三頁)、③さらには商法二三条を拡張解釈して個別行為として手形行為だけのための名板貸についても、同条の責任を認める見解(田中(誠)前掲書一八三頁)あるいは同条の類推適用は認めるが連帯責任は認めない見解(沢・前掲民商五五 卷一七三頁)もみられる。

い前述べの②の考え方に従うならば、名板貸人の営業に関係なく、手形行為のみの自己の「名義使用」の場合、この名義使用許諾に「署名代行」の趣旨があれば「機関による手形行為の問題」として解釈されるべきと考えるし、また名義使用が「別名」使用であるに過ぎない場合、署名代行権あるものとの第三者の信頼保護のため「表見機関に関する手形行為」として解決されるべきであるという主張につながっており(菅原・前掲 評論三三頁)、以上の理論構成が否定されるとは思わない。しかし、他人の名称であつてもいやくも自己を表示するためにその名称を用いた以

上その行為者に手形上の責任が認められると解する説も有力である(鈴木・法協八〇巻二号一六八頁)。これは通説(伊沢・手形法小切手法六七頁 田中(誠)前掲書一八三頁)。これは通説(鴻・前掲講座一巻一三七頁)としての理解(およそ他人名称を使用した手形行為は行為者自身の通称・別名と認められる場合にかぎって名板借人の署名(手形行為)があるという理解)より幅広く把握することができ、かかる理解にたつならば、名板貸の関係が認められる場合には、表見法理による構成としてではなく、当然に名板借人の手形上の債務が成立し、それと連帯して名板貸人も手形債務を負うことになる構成ではないかと思う(松岡・前掲鈴木古稀 記念九四四頁参照)。

四 以上述べたことから本判決について考える。既述三(2)の趣旨を肯定すると、本件の場合Yの責任を肯定してよいとも思われる。そうでなくても、YがAに約一〇年間の名義使用を許諾している事実はいわゆる「別名」使用とも構成できるので、その限りではYはいわゆる表見機関として責任を負うと考えることもできたのではないかと思う。本件をより深く考察するならば、取引停止処分を受けた場合、他人名義で銀行口座を開設して手形取引をするであろうし、あるいは税務対策上妻名義で手形取引をなす必要性は一般に「事業経営の必要性」から認められるといえよう。ここに形成される名板貸関係には「銀行信用」(銀行取引ができる人物)が介在することになり、善意・重過失なき第三者はその信用の流れを信じることになり、そこには被保護利益があるわけである。このように考えると、かりに「営業」をなすことを許諾した事実がなくても自己名義の銀行取引をすることに許諾を与えた事実(表見的事実関係)が商

法二三条の守備範囲ではないと割り切ることに疑問を抱かざるを得ない。換言すれば、外観信賴の保護を目的として、かつその帰責事由者に連帯責任を課すことは、いわゆる表見的事実關係をできるかぎりふせぐ効果をも意味するとも考えられるのではないかと思う。

しかるに、名板貸主の成立要件としては氏名(または氏)、あるいは商号を利用して営業をなすことを他人に許諾したこと、取引の相手方が名義人を営業主であると誤認して取引をなしたこと、相手方が善意かつ無重過失(軽過失保護)であることが必要とされるわけで、以上がみたされると名板貸主は名板借主と連帯してその取引により生じた債務に弁済責任を負う(通説)。

法解釈上では、前掲昭和四二年の最高裁判例のように、単に名義を使用して手形行為することのみを許した場合に、商法二三条の適用を否定する判例もある。一つは外観信賴の保護を基調とする商法二三条の趣旨と、二つには手形行為は一般取引に比べてはるかに外観信賴の保護を、必要とする特質を考慮にいれて、手形行為の原因たる「営業」そのものに名称利用の許諾を与えていた場合は勿論、自己の氏名を用いて当座を開設し、自己名義による手形小切手を他人に許諾した場合にも商法二三条の趣旨の類推適用の徹底を肯定すべきと解する。それは自己名義でいわゆる銀行取引をすることに許諾を与えたこと自体による責任といいかえてもよいのではないかと思う(東京控判昭和一五・一六二五法律新聞四六六頁)。

六七号)。

(別府 三郎)