

昭和50年 商事判例回顧

岡 島 吉 昭

はじめに

昭和50年における商事判例のうちで注目を要するものとして次のものがある。商号を続用する営業譲受人の責任を規定した商法26条1項の適用を否定する最初の判例(後述62頁(1)(x)参照)、設立無効の訴によらないで会社の設立を無効と判示するもの(64頁(2))、共同代表取締役が他の共同代表取締役に対し個別的な代表権行使の委任を認める最高裁の初判例(66頁(1))、取締役の第三者に対する責任加重傾向を示す判例の定着化(68頁(4)(7))、第三者の取締役に対する損害賠償請求権の消滅時効期間を10年と解する最高裁の初判例(68頁(4)(9))、裁判所の新株発行差止仮処分違反した新株発行を無効とするもの(70頁(17)(9))、大型倒産による会社更生事件の増加(71頁(23))、質屋営業者の行なう金銭貸付行為の商行為性を否定する最高裁の新判例(72頁(1)(7))、船籍港外における船長の権限に関する最高裁の新判断(75頁(10))、銀行の印鑑照合につきかなり厳格な注意義務を要求する判例(81頁(14))などがそれである。

以下、本稿では昭和50年の商事判例の要旨を紹介することによって、判例の流れや学説との関連などを検討する手がかりとし、もって商事法研究の一資料としたい。なお、昭和49年中の判例であっても判決日付や掲載文献の関係から、本誌前号(第9号39頁以下)の昭和49年商事判例回顧に収録できなかったものも、補遺として採録しておいた。

略語例

民 集……………最高裁判所(大審院)民事判例集 巻・頁
刑 事……………最高裁判所(大審院)刑事判例集

高裁民(刑)集……………高等裁判所民(刑)事判例集 巻・頁
下級民集……………下級裁判所民事裁判例集 巻・頁
判 時……………判例時報 号・頁
判 時……………判例タイムズ 号・頁
金 商……………金融・商事判例 号・頁
金 融……………旬刊金融法務事情 号・頁
商 事……………商事法務(研究) 号・頁
便 覧……………商事附録・新商事判例便覧・整理番号

一 商 法 総 則

(1) 商 号

(ア) 商標及び商号に関する紛争について使用許容を定めた和解の効力

株式会社「ユーハイム」(X)と株式会社「ユーハイム・コンフェクト」(Y)との間において、前者が後者のような商号及び商標の使用を許容する等の和解をした場合、その効力は有効であり、従ってYが商標等を表示するのに「コンフェクト」部分を小さく書いたり、あるいは「ユーハイム」部分の下部に二段書きにしたものを使用したため、Xと混同誤認が生じるとしても、Xはそれを受忍しなければならずYの使用する商標の使用差止請求はできないと判示された事例がある(大阪高裁 昭49. 6. 5 判タ316・240)。

(イ) 営業主体を誤認させる商号使用

原告が被告会社(東京都千代田区・東京芝浦電気(株))=東京都・東芝。都内でいわゆる「東芝」と同一の商号使用を防止するためにのみ設

立された会社)を同一商号のA会社(川崎市・東京芝浦電気(株)いわゆる東芝=川崎・東芝)であると誤って訴訟を提起したのは、被告会社が商法21条〔営業主体を誤認させる商号選定の禁止〕に違反して主体を誤認させる商号を選定したからであるとして、新たな訴訟(対いわゆる東芝)に要した貼用印紙相当(87,900円)の損害賠償請求が棄却となった珍しい事例がある(名古屋地裁 昭49.3.12 判時778・97, 便覧1185)。

(ウ) 名板貸法理の類推適用……未成立の法人の代表者となることを他人に許諾した者の表見責任

甲が乙に対し、たとえ名目だけにせよ、青少年教育福祉協会々長または理事長になることを承諾して乙に同協会の事業の運営を一任し、乙の企画した本件教育映画製作に賛同し、同協会の代表者名義で挨拶文の文案を作成するなどして、これに協力しているような場合には、甲を同協会の代表者と信じて映画製作の請負契約を締結した丙会社に対し、表見代表者としての責任を免れないものと解するのが相当である(東京高裁 昭50.2.27 金商453・16, 便覧1166)。

(エ) 商法26条1項〔商号を続用する営業譲受人の責任〕の解釈

商法26条1項の規定の趣旨は、営業の譲受人がその譲渡人の商号を続用している場合において、営業譲渡の事実自体を知り得ない営業譲渡人の債権者、または、営業譲渡の事実を知っているが、営業譲受人による債務の引受があったものと信じている営業譲渡人の債権者の信頼を保護することに存すると解すべきであるから、営業譲渡の事実及び営業譲受人による債務の引受がなされていない事実を知っている営業譲渡人の債権者については、商法の右規定の適用はないものと解するのが相当である(東京地裁 昭49.12.9 金商448・17, 判時778・96, 便覧1155)。本件は、26条1項の適用を否定した最初の判例。

(2) 商業使用人

(ア) 表見支配人

(a) 会社の貸金債権が会社の支店長により有効に銀行に譲渡されたこと認められた事例

甲銀行が、倒産した乙会社に対する貸付金の取立を確保するため、乙会社の茨城支店長丙の同意を得て、丁に対し同支店の丁に対する貸金債権を甲銀行に支払うよう依頼し、丁がこれを承諾した場合には、乙の丁に対する右貸金債権は、甲の乙に対する貸付金債権の譲渡担保として有効に甲に譲渡されたものというべきである(東京高裁 昭50.3.27 金商465・14)。

(b) 信用金庫支店長の先日付自己宛小切手振出行為……表見代理の成立否定例

信用金庫の支店長は、顧客の依頼により額面同額の資金を受け入れた場合のみ自己宛小切手を振り出す権限があるが、これを先日付にする理由も必要もなく、また信用金庫の目的からも先日付自己宛小切手の性質上あり得ないことであるから、その振出し権限はないものというべきである。信用金庫支店長が、自己の金融を得る目的で、先日付の自己宛小切手を振り出した場合、相手方である金融業者においてその記名捺印を確認したとしても、先日付であること、振出の事情、割引率、決済方法等一般人でさえ疑念を抱くような事情があるときには、同支店長に右小切手振出しの権限があると信ずるにつき正当な理由があったとはいえない(福岡地裁 昭49.11.27 判タ319・149, 金融746・31)。

(イ) その他の商業使用人 信用組合の支店長代理がした債務免除の効力……表見代理の成立事例

信用組合の支店長代理という名称は、言葉の意味からすれば支店長の代理人であることを表示するものであり、このような名称を有する者とその所属する支店店舗内において、右組合に対する債務につき折衝をし、債務の半額の割賦弁済と残債務免除について合意をする相手方は、特に支店長代理にその代理権がないことを知るべき特別の事情のない限り、支店長代理に右代理権があると信ずるのは無理からぬことであって、そう信ずるについて民法110条〔権限越越による表見代理〕にいう正当の事由がある(大

阪高裁 昭50.5.12 金融757・40)。本件は、最高裁一小昭49.10.24 (民集28・1512, 金融739・36) による差戻後の控訴審判決。

(3) 代理商 保険代理店委託契約の解除

民法は委任契約の解除解約については、契約当事者の特別の理由なくとも何時でもこれをなしうると定めている(民651条)のに対し、商法は、代理商契約については、代理商関係の継続性と営利性とを考慮し、2か月の解約予告期間を要求する特別規定(商50条1項)を設ける。もっとも、右規定は任意規定と解すべきであるから、右解約予告期間を伸縮する旨の当事者の合意(30日)は有効であり、公序良俗に反して無効な解除約款であるということとはできない。従って本人たる損害保険会社が右解除約款に基づき、代理店委託契約を解除しても、不法行為を構成しない(横浜地裁 昭50.5.28 判タ327・313)。

二 会 社

(1) 法 人 性

(ア) 法人格否認の法理

最高裁一小昭44.2.27判決(民集23・511)が初めてこの法理を適用する旨を明言して以来、同趣旨の判決が数多く下され債権者保護の機能を果している。ここでは、法人格の形骸論・濫用論に基づくものと、弾力的理由からこの法理を適用する下級審判決2件。他方、適用慎重論の立場をとる最高裁一小判決1件。

(a) 適用事例

(i) Yが一人株式会社を設立し、倒産するとまた新たな株式会社を設立するというを繰り返して、その間債務は会社に負担させながら、取得した財産はY個人の名義にして債権者詐害の方法をとっていた場合には、詐害行為とか通謀虚偽表示とかいうにとどまらず、会社の法人格そのものを否定して、債権者はY個人の財産から満足を受けることができる(福岡高裁 昭49.7.22 判タ316・226, 判時760・95, 便覧1141)。(ii) 本件N株式会社はその登記がな

されているとはいえ、右は本店所在地にみられるように当初から実体に副うものではなく、また、もともと同社は資本金を100万円とし、株主は被告及びその親族、知人9名を以て設立されたとするもので、事実上の出資はほとんど全部被告がしている事実からすると、被告のM町での営業活動は同社の標示のある事務所で行なわれた事実のいかんにかかわらず、その実体は被告個人の営業活動にほかならない。以上のとおりであるとすれば、同所における営業活動に関し同社はその存在を否認されるべきであり、従って本件手形の振出については被告個人においてその責任を負うべきものといわねばならない(大阪地裁 昭50.3.10 判時788・100, 便覧1180)。

(b) 適用慎重論判決 法律上会社はすべて法人とされているところ、その法人格が全くの形骸にすぎない場合、またはそれが法律の適用を回避するための濫用されている場合のように、法人格を認めることが本来の目的に照らして許されるべきでないときには法人格を否認することのできることは、当裁判所の判例(昭44.2.27第1小法廷判決民集23・511)とするところであるが、右法理の適用は慎重にさるべきであって、原審認定の会社の設立の経緯、株式、資産の所有関係、経営の実体等の事実によって直ちに前記各会社の法人格を否認し、これを民法上の組合であるとした原審の判断は、にわかに首肯することはできない(最高裁一小昭49.9.26 民集28・1309)。但し、上記慎重論は傍論であって、公式判例集に搭載されている判決要旨は、商法265条の自己取引についての判断を収録。この点については、後述67頁(13)(ア)(b)(i)を参照。

(i) 法人格の同一性が否定された事例

株式会社甲が乙社に多額の融通手形を振り出した状態で倒産した直前に、有限会社丙が設立され、甲と丙とが同一の営業を目的とし、同一の建物を使用し、従業員、取引先も異ならず、甲の代表者Aの実弟Bが丙の代表者であるとの事実があっても、甲の倒産が計画倒産とはいえ

ず、丙の設立が、甲の取引先の意向に従ったものであり、その資金も甲の債権者、B等の提供にかかり、また、Aは丙の経営に関与していない等の事実関係のもとにおいては、甲と乙との法人格に同一性があるとはいえない（東京地裁 昭50.5.20 金融774・34、便覧1190）。

(9) 既存会社に対する給付判決の効力など
会社の設立無効原因、判決効拡張の可否、訴訟当事者の同一性証明の問題など実体法と手続法との関連を一挙に判示した注目すべき下級審判例。

会社債権者を害する目的でなされた既存会社と実質を同じくする新会社の設立行為は、全体として仮装行為にすぎず、無効である。

旧会社と新会社が連続した同一会社と認められる結果、商業登記簿上の新会社についての登記事項は、法令、条理等の許す限度において、旧会社の登記事項についての変更登記として合理的な読み換えをするのが相当であり、新会社の事実行為、法律行為はすべて旧会社のそれとみなされ、旧会社と新会社は全面的に権利義務を共通しているから、旧会社に対して給付を命ずる判決は、その確定の時が新会社の設立登記時の前であると後であるとかかわりなく、新会社の資産に対して強制執行をすることができる。

そして、既存会社に対する給付判決にこれと実質を同じくする新会社に対する強制執行のための執行文を付与するには、訴において両会社の人格の同一性の証明があることを要する（大阪高裁 昭50.3.28 判時781・101）。

(2) 設立登記 設立無効原因

設立無効の訴の方法によらないで、新会社の設立は無効であると判示する大阪高裁の判決理由は次の如くである。

多額の債務を負担している会社の役員らが、その会社の事業や資産を維持温存しながら、その債務の支払を免れようと企て、その手段として、新会社設立の形式をとるとのえ、旧会社の営業と資産のほとんど全部を新会社に引き継ぎ、旧会社を従来の債務はそのまま負担するがその

支払能力はない状態にした場合には、新会社は旧会社と商号、資本、社員、役員の構成、営業内容等について両者共通で、新会社は実質において旧会社と同一でその継続であると認められる限り、旧会社と新会社とは連続した全くの同一法人格で、ただ商業登記簿上で二重の登載を受けているにすぎず、旧会社とは別個の法人格としての新会社は設立されていないと解するのが相当である。ただし、このように、当初から既存の会社の債権者を許害することを主要な目的とし、右違法且つ著しく不当な目的を達成する手段として会社の設立を企画した場合には、たとえ定款の作成に始まり設立登記に終る一連の会社設立の手續が適法に履踐されても、右設立行為は全体として仮装行為にすぎず、会社の設立は無効である（大阪高裁 昭50.3.28 判時781・101）。なお、これに関連する判決効、訴訟当事者の同一性などの問題については、上記(9)を参照。

(3) 現物出資 合名会社の場合

目的物である建物の所有権移転と出資義務者の履行の有無

合名会社の設立に際し、甲からその所有の建物を会社に対し現物出資する旨記載された定款が作成され、会社設立の登記が經由され、右建物が会社の機械製作工場として使用されている場合でも、甲が現物出資を争い、かつ、右建物占有者である乙が、右建物出資がなされていないとしても、乙は右建物に賃借権を有するとしてその領収証を提出し、甲から会社への右建物の所有権移転登記が經由されていないときは、現物出資の履行がなされたか明らかでないものというべきであるのに、現物出資によって甲は右建物の所有権を喪失したと判断した原判決には、審理不盡・理由不備の違法がある（東京高裁 昭50.5.30 金商459・9、判時791・117）。

(4) 合名会社社員の退社 持分差押権者による強制退社予告

商法91条2項にいう相当の担保を供したときの意味

商法91条1項により合名会社の社員の持分を

差し押えた債権者のした強制退社予告の効力を失わせる同条2項にいう相当の担保を供したときは、差押権者との間で、担保物権を設定し、または保証契約を締結した場合をいい、差押権者の承諾を伴わない担保物権設定または保証契約締結の単なる申込みは、右にいう担保の供与にあたらぬ（最高裁二小 昭49.12.20 金商439・6, 判時768・101, 金融744・26）。

(5) 設立中の会社

発起人が営業準備のため第三者と契約締結……準拠法

株式会社の設立発起人が、将来設立する会社の営業準備のため、第三者と契約を締結した場合、当該会社が、設立された後において、右契約上の権利義務を取得しうるか、その要件いかん等は、法が会社の株式引受人、債権者等の利益保護の見地に立って定めるものであるから、会社の行為能力の問題と解すべきであり、したがって、法例3条1項〔行為能力〕を類推適用して、右会社の従属法に準拠して定めるべきであり、本件会社は、ニューヨーク州法に準拠して設立され、かつ、本店を同州に設置しているのであるから、右会社の従属法はニューヨーク州法というべきである（最高裁三小 昭50.7.15 民集29・1061, 金融767・32）。

(6) 株式の共有 共同相続人……権利行使者の指定

株式を相続により準共有するに至った共同相続人がその株式について会社に対して権利を行使するためには、商法203条2項の規定〔株式の共有〕に従い、株主の権利を行使すべき者一人を定めなければならないから（最高裁昭45.1.22民集24・6参照）、会社に対する株主としての諸権利はすべてそれを行使すべき者と定められた一人が行行使することになり、したがって、他の者はこれを行行使することができないものと解すべきである（東京地裁 昭50.2.20 判時794・111, 便覧1142）。

(7) 株式の譲渡制限

(ア) 取締役会の決議のみによる制限……定款には無記載

そもそも株式の譲渡の制限は商法204条1項但書〔株式の譲渡性とその制限〕によって会社の定款によって規定されなければ効力を有せず、単に取締役会の決議をもって右制限をしたとしても、第三者には勿論のこと株主自身に対してもその効力はない（東京地裁 昭50.1.28 判時774・111, 判タ323・246, 便覧1156）。

(イ) 従業員持株制度……譲渡の相手方・価額の制限

従業員持株制度維持のため締結された、退職時には株式を会社代表者に額面で譲渡する旨の黙示的契約は、その制度の目的、内容及び従業員たる株主に対する利益配当額の程度などからみて、商法204条1項の趣旨に違反する無効なものとはいえない（東京地裁 昭49.9.19 判時771・79）。

(ロ) 有限会社の社員持分の差押……非社員への譲渡命令

非社員の債権者が社員の持分を差押の上譲渡命令を得たのに対し、会社が自己の関知しない債権者債務者間の事件のために、自らの閉鎖性を奪われることは許されないとして抗告した事案につき、東京高裁は次のように説示して差押・譲渡命令の発付を受けることは違法ではないと判示している。

有限会社の社員の持分の自由譲渡性を認めると有限会社の閉鎖性非公開性に反することになることは、同抗告人の所論のとおりであるが、さりとて財産的価値のあるその持分権につき第三者からの強制執行が全く不可能であるとするのもまた妥当を欠くことは、いうまでもない。そしてその間の調整について、かつては種々議論の存したところではあるが、昭和41年の有限会社法の改正によって、立法的に解決され、同法19条5項は、社員に非ざる者が会社に対し他人の公売等による持分の取得を会社が承認しないときは所定の手続をもって買受人指定請求権を有していることを規定するが、同時にそれはその前提として、先ず右社員に非ざる者が競売又は公売に因り持分を取得することを明らかにしているのであって、したがって右持分取得

後の段階において、会社はその者の持分取得をそのまま承認するか、或は持分買受人指定制度によって適当な者に更に持分を有償取得せしめるか、二つの方法のいずれかを選ぶかの権能が留保されることによって前述の調整が図られるに至ったのである。したがって、右持分権を民事訴訟法上の強制執行手続によって差押えた上讓渡命令を発することは、いささかも違法ではない（東京高裁 昭50.4.17 判時780・95，金商467・9，便覧1173）。

(9) 株主総会

(ア) 決議が存在するに至る時期 採決行為の要否

株主総会において、決議が存在するに至る時期については、総会の討議の過程を通じてその最終段階になって議案に対する各株主の確定的賛否の態度が明白になった時、決議が存在するに至ると解するのが相当であって、定款に別段の定めがある場合を除き、採決行為のないことをもって決議が存在しないとはいえない（最高裁昭42.7.25民集21・1669参照）（大阪地裁 昭50.1.22 金融761・36，金商444・14，判タ323・249，便覧1145）。

(イ) 決議無効確認の訴 農協の総代会 議決に無効事由……無効確認請求の可否

農業協同組合法が株主総会に関する商法 252 条の規定を準用していないことは明らかであるが、農業協同組合の総代会の議決に無効事由があり、かつ現に存する法律上の紛争の直接かつ抜本的な解決のため適切かつ必要と認められるときは、その議決が無効であることの確認を求めることができると解すべきである（最高裁二小昭46.12.17民集25・1599，同一小昭47.3.30判時661・51，同一小昭47・11・9民集26・1513参照）（東京高裁 昭50.7.16 判時793・97，金商483・13）。

(ロ) 取締役会の招集通知 一人に対する通知もれ・欠席……決議の効力

商法 265 条に基づく取締役会の承認をどうかをきめるため株式会社の取締役会を招集する手続において、取締役のうちの一人に対す

る招集通知を欠き、その欠席のまま取締役会の決議がなされた場合において、同取締役がすでにその1か月も前に辞表を提出して出社せず、取締役としての職務をとっておらず、しかも、取締役会の決議が他の取締役全員一致でなされた等の事情があるときは、同取締役が取締役会に出席しても、取締役会の決議になんらの影響がないものといえ、右招集手続の瑕疵は取締役会の決議の効力に影響がなく、同決議は有効であると解するのが相当である（東京高裁 昭49.9.30 金商436・2，便覧1140）。

(ハ) 代表取締役 共同代表……代表権行使の委任

共同代表の定めがある場合において、共同代表取締役の一人が他の共同代表取締役に代表権の行使を包括的に委任することは認められないが、個別的委任、即ち特定の行為につき共同代表取締役の一部の者が、他の共同代表取締役から代表権行使の委任を受け、その代表権を行使することができるか否かについては、学説及び下級審判例は分れている。この点につき最高裁は、初めて積極説を採る判決を下した。その判決理由は次の通りである。

共同代表の定めは、共同代表取締役間の相互牽制によって代表権行使の適正化をはかり、会社の利益を保護しようとするものであるから、会社の利益が害されるおそれのないようなときまで、代表取締役がすべての代表行為を共同してすることを要し、他の代表取締役に代表権の行使を委任してはならないものとまで解する必要はない。そして、代表取締役らの中で特定の事項について意思が合致した場合、代表取締役がこれを外部に表示することだけを他の代表取締役に委任し、受任した者において会社を代表して意思表示をしても、格別会社の利益を害することはないから、右のような委任及びこれに基づく代表取締役の代表行為は、共同代表の定めにも反しない。

会社に甲、乙、丙の代表取締役があり、共同代表の定めがあるにもかかわらず、甲、乙のみによって会社所有の物件が売却された場合にお

いて、会社が甲の財産の保全、運営のために設立されたものであり、乙、丙はいずれも甲と内縁関係にあって、会社の業務は専ら甲によって運営され、実質的には共同代表が行われておらず、右売却にあたって甲が丙の合意もあると買主を信じさせるような言動をし、かつ、契約締結後約5年の間会社において右契約が無効であるとの主張をしなかった等判示のような事情があるときは、会社が右売買契約を共同代表の定めに違背し無効であると主張することは、信義則に反し、許されない（最高裁一小 昭49.11.14 民集28・1605、判時762・97、金融743・28、金商437・7、判タ316・183）。

(12) 取締役会の議事録等の閲覧・謄写請求

株主の会社に対する定款・議事録等の閲覧・謄写請求が権利濫用にあたるとして棄却された事例

株主は商法 263 条の規定により、営業時間内何時でも、会社の定款、議事録を閲覧・謄写することができるが、かかる株主の閲覧・謄写請求権の行使であっても、それが権利の濫用となる場合には、当然に許されない。本件経緯（東南アジア留学生の援助活動の賛助金を獲得する目的で、会社代表者に対し執拗に面会を求めていたが、拒否されたので右目的を達成する手段として、議事録等の閲覧・謄写を請求）のもとでなされた原告の本訴請求は、株主に認められた閲覧・謄写請求権の目的を逸脱し、権利の濫用に該当する（東京地裁 昭49.10.1 判時772・91、便覧1157）。

(13) 会社・取締役間の取引

(ア) 取締役会の承認の要否

(a) 承認を要する事例……総会による事後承認 会社設立以来、取締役会を開催したことの無い会社において、取締役全員から会社の経営を一任されている取締役が、会社と取引する場合であっても、商法 265 条の承認は必要である。

また、右契約につき株主総会において事後的に承認を受けたとしても、会社と取締役間の取引行為の承認は取締役会の専決事項として法の

定めるところであるから、定款において右承認をなすべきことを株主総会の権限事項と定めているなどの特別の事情のない本件では、株主総会の事後的な承認決議をもって、右契約に対し適的な追認があったとしてこれを有効であると認めることもできない（東京地裁 昭50.3.20 判時785・102、便覧1176）。

(b) 不要事例 (i) 株主全員の合意

商法 265 条が取締役と会社との取引につき取締役会の承認を要する旨定めている趣旨は、取締役会がその地位を利用して会社と取引をし、自己又は第三者の利益をはかり、会社ひいて株主に不測の損害を蒙らせることを防止することにあると解されるから、取締役と会社との取引が株主全員の合意によってなされた場合には、右取締役会の承認を要しない（最高裁一小 昭49.9.26 民集28・1306、判時760・93、判タ315・224）。(ii) 個人会社の取締役と会社との取引につき、名目上の取締役を除き実質上の取締役3名全員（なお監査役1名）が一堂に会しその取引に同意しているときは、会社の利益を不当に侵すものではないから、右の同意の外に、正規の取締役会の承認を要しない（なお実質上の株主全員の同意があるときは最早取締役会の承認を要しないとした最高裁昭49.9.26判時760・93参照）（東京高裁 昭50.5.19 判時786・87、便覧1177）。

(i) 265 条違反の間接取引の相手方が、取締役会の承認のないのを知らなかったことにつき重過失なしとされた事例

甲乙両会社の代表取締役を兼ねている丙が、丁から甲社が融資を受けるにあたり、乙社を代表して乙社の不動産につき抵当権を設定した場合において、丁の係員が丙から乙社の取締役会の承認があった旨の説明を受けた等判示の事実関係があるときは、丁が右承認のないことを知らなかったことにつき重大な過失があるとはいえない（東京高裁 昭49.7.10 金融748・35、便覧1146）。本件は東京地裁昭48・6・25（金商390・15、便覧1075）の控訴審判決。

(14) 取締役・監査役の会社に対する責任

(ア) 株主による代表訴訟……棄却事例

会社が破産による流動資産の評価損の発生と予想される労使間の紛争を回避し、従業員の将来の生活に対する不安を除去するため、従業員による新会社設立を勧めて、この会社に会社財産の一切を譲渡したもので、しかも右譲渡額以上で他に譲渡することが不可能な場合には、右譲渡行為が会社のため損害を生じさせる取締役の忠実義務違反があるということとはできない(東京地裁 昭49.3.14 判タ324・292, 判時773・127)。

(イ) 有責取締役の違反行為(会社財産の横領など)を防止すべき監視義務を怠った取締役及び監査役に対して、商法266条の会社に対する連帯損害賠償責任を認めた事例がある(大阪地裁 昭49.4.26 判時781・103, 便覧1167)。

(イ) 取締役の第三者に対する責任

(ア) 責任肯定事例 (a) 代表取締役及び平取締役 (i) 不渡手形の振出を放置
代表取締役及び平取締役が取締役として相当の注意を払っておれば、当時の会社の資金状態からみて、会社振出の手形が満期に支払われることが極めて困難な状態にあることを当然予見できたにも拘らず、右注意を払うことを怠り会社の経営を他の取締役に一切任せきりにしたまま漫然と放置したため、他の取締役によって振り出された手形が不渡となり、これを割引いた第三者に割引相当額の損害を与えた場合(東京地裁 昭50.5.8 金商455・11, 便覧1169)。(ii) 手形振出当時満期に支払えないことを知りながらそれを秘して手形を交付した代表取締役、及び会社に融資しその平取締役となった金融業者が、当該会社の代表取締役に対する監視義務——取締役に上程された事項に限らない——を怠った場合(前橋地裁高崎支部 昭49.12.26 判時780・96, 便覧1168)。

(b) 代表取締役 (i) 主要取引先の経営悪化を知りながら、これを看過して、漫然、取引を継続したため、その倒産によって、他の取引先に対し支払不能に陥らしめた代表取締役(東京高裁 昭50.1.29 金商448・2, 判時771・

77, 便覧1158)。(ii) 会社の経営を専務取締役にまかせきりにしていた場合(仙台地裁 昭49.9.30 判時783・125)。

(イ) 否定事例

(a) 取締役の任務懈怠と第三者の被った損害との間に相当因果関係がないとされた事例

株式会社の取締役が代表取締役の業務執行に対する監視義務を怠った場合において、会社債権者が手形不渡、会社倒産による債権回収不能のため損害を被ったとしても、右損害が代表取締役の任務懈怠によって生じたものでないとき、あるいは、取締役が監視義務を尽したとしても代表取締役の任務懈怠行為を防止できなかったであろうときは、右取締役の監視義務違反と右会社債権者の損害との間には相当因果関係を欠き、取締役は商法266条の3に基づく責任を負うものではない。

会社の代表取締役が辞任後、右辞任の変更登記が未了であっても、外観上も代表取締役としての業務を遂行した事実がないときは、同人に対する商法266条の3に基づく責任に関し、商法12条〔登記・公告の効力〕を適用する余地はない(東京地裁 昭50.5.27 金商467・14, 便覧1189)。

(b) 甲株式会社の代表者Aが乙社に多額の融資を続け、乙社の倒産により甲社も倒産するに至った場合でも、乙社の倒産が金融機関の融資の中止によるもので、Aの予想しえなかったものである等判示の事実関係のもとにおいては、Aの代表取締役としての任務の遂行につき過失があったとはいえない(東京地裁 昭50.5.20 金融774・34, 便覧1190)。

(c) 不渡手形を出し会社の倒産を招いたが、その代表取締役に悪意・重過失の任務懈怠なき場合(東京地裁 昭49.9.12 判時769・89)。

(ウ) 消滅時効期間 3年か10年か

最高裁は、商法266条の3第1項前段所定の第三者の取締役に対する損害賠償請求権の消滅時効時効期間につき、次のように説示して原審判決(大阪高裁昭49.4.17高裁民集27・115)を支持し、初めて10年説(一般債権と同様民法16

7条1項を適用)を採り、3年説(民法724条による短期消滅時効)をとる上告理由を斥けている。

取締役の責任は、法がその責任を加重するため特に認めたものであって、不法行為責任たる性質を有するものではないから(最高裁昭44・11・26大法廷民集23・2150)、取締役の責任については不法行為に関する消滅時効の特則である民法724条は当然に適用されるものではない。

また、民法724条が短期消滅時効を設けた趣旨は、不法行為に基づく法律関係が、通常、未知の当事者間に、予期しない偶然の事故に基づいて発生するものであるため、加害者は、損害賠償の請求を受けるかどうか、いかなる範囲まで賠償義務を負うか等が不明である結果、極めて不安定な立場におかれるので、被害者において損害及び加害者を知りながら相当の期間内に権利行使に出ないときには、損害賠償請求権が時効にかかるものとして加害者を保護することにあると解されるころ、取締役の責任は、通常第三者と会社との間の法律関係を基礎として生ずるのであって、取締役は、不法行為の加害者がおかれる前記のような不安定な立場に立たされるわけではないから、取締役の責任に民法724条を適用すべき実質的論拠はなく、したがって、同条を商法第266条の3第1項前段に基づく第三者の取締役に対する損害賠償請求権に類推適用する余地もない。

そして、右損害賠償請求権の消滅時効期間については、他に特に定めた規定がないから民法167条1項を適用すべきである(最高裁三小昭49.12.17民集28・2059,金融745・32,金商484・2,便覧1143)。

(16) **取締役職務代行者の権限** 少数株主の請求に基づく取締役解任を目的とする総会招集と271条1項の会社の常務

株式会社の代表取締役が商法270条所定の職務執行停止の仮処分を受け、その代行者が、いわゆる少数株主の請求に基づき(商237条)、取締役の解任を目的とする総会の招集行為をするためには、これが271条1項にいう会社の常務

に属せざる行為に当たるとして、裁判所の許可を要するか否かが争われた事案につき、最高裁は次のように初めて必要論に立つ判決を下した。

株式会社において、取締役の解任を目的とする臨時総会を招集することが、商法271条1項にいう「会社ノ常務ニ属セザル行為」にあたりと解すべきことは当裁判所の判例の趣旨とするところであり(最高裁昭39.5.21一小民集18・608参照)、このことは、右臨時総会の招集が、少数株主による招集の請求に基づくものであるときにおいても同様と解するのが相当である。けだし、会社の常務とは、当該会社として日常行われるべき通常の業務をいうものであり、取締役の解任を目的とする臨時総会の招集の如きは日常、通常の業務にあたらぬと解すべきであるところ、その招集行為の性質そのものは、それが少数株主の総会招集請求に基づく場合であっても、なんら影響を受けないと解すべきであるからである(最高裁二小昭50.6.27民集29・879,金融761・28,判時784・101,判タ325・191,便覧1170,金商488・19)。

(17) **新株の発行**

(ア) 著しく不公正なる発行価額か否かの判断(横河電機→野村・大和証券事件)

最高裁は横河電機の買取引受事件につき、著しく不公正な発行価額に当たらないと解し、買受引受人たる証券会社の商法280条の11による公正発行価額との差額支払義務はないと判示している。

普通株式を発行しその株式が証券取引所に上場されている株式会社において額面普通株式(50円)を株主以外の第三者に対していわゆる時価発行をする場合の発行価額(320円)が価額決定直前の株価(365円)より低額であっても、価額決定にあたって発行価額決定前の当該会社の株価、右株価の騰落習性、売買出来高の実績、会社の資産状態、収益状態、配当状況、発行済株式数、新たに発行される株式数、株式市況の動向、これらから予測される新株の消化可能性の諸事情が客観的資料に基づいて斟酌され、価額決定のためにとられた算定方法が合理的であ

ということができ、かつ、発行価額が価額決定直前の株価に近接している場合は、右価額は、特別の事情がないかぎり、商法 280 条の11第 1 項に定める「著シク不公正ナル発行価額」にあたらぬ（最高裁三小 昭50. 4. 8 民集29・350、金融756・32、判時778・22、金商456・2、判タ324・119、便覧1161）。

(イ) 公告・通知の欠缺 発行の効力

この点につき学説は無効説、有効説、折衷説など多岐に分れるが折衷説——株主が新株発行差止の請求をしてもそれが認められない場合を除き、無効と解する——をとる下級審判例 2 件（大阪高裁 昭49. 11. 27 判時770・96、金融745・35、判タ319・144、金商446・18、便覧1150。原審＝大阪地裁昭48. 11. 21判タ303・332＝の無効説を修正）。（名古屋地裁 昭50. 6. 10 判時792・84、便覧1186）。

(ウ) 通知の擬制

大阪高裁は、商法 280 条の 2 第 2 項の株主総会の招集通知の議案の表示及び添付書類が株主に送付されたことによって、同法 280 条の 3 の 2 所定の通知があったものと解し、新株発行を無効と主張する控訴人の請求を棄却している（大阪高裁 昭49. 11. 27 上記）。

(エ) 有効な取締役会の決議によらない新株発行の効力

標記の問題についても無効説、有効説、折衷説の諸説がある。判例（最高裁二小昭36. 3. 31 民集15・645）は有効説をとるが、下級審判例のなかには、基本的には株式取引の安全を重視する有効説に立ちつつ、新株発行を無効としても株式取引の安全を害さないという特別の事情ある場合には無効とする折衷説による事例がある（名古屋地裁 昭50. 6. 10 判時792・84、便覧1186）。

(オ) 差止の仮処分違反してなされた新株発行の効力

上記の場合には違法な新株の発行として無効原因となる旨を判示する下級審判例が出た。

差止の仮処分が発せられ、もしくは判決が言渡され（その確定の前後を問わない）たにもか

かわらず、これを無視して新株が発行されたものであるときは、違法な新株の発行として無効原因になると解するのが相当である。けだし、株主による差止の仮処分申請または訴に対して、その差止理由についての裁判所の公権的判断が示されているのに、敢てかかる裁判を度外視してなされた新株の発行を有効とするときは、差止請求を特に権利として認めた立法の目的にそわない結果となり、株主の利益保護をはからんとする趣旨が実質上無意味に帰するからである（横浜地裁 昭50. 3. 5 判タ325・273、判時790・106、便覧1178）。

(18) のれん（営業権）の意義・評価 税法と商法

赤字企業が同じ経営者による第二会社を設立し営業権を譲渡……法人税の計算において営業権の計上を否認するのが相当とされた事例

法人税法にいう営業権とは、企業が同種の事業を営む他の企業の稼得する通常の収益よりも大きな収益を稼得できる事実関係をいい、それは、将来の収益力を見積って評価されるものであるが、赤字企業が同じ経営者による第二会社を設立し営業権の譲渡をしたとして法人税の計算を行った場合において、その過去の営業利益、経営資本対営業利益率等から営業権の存在が認められないときには、営業権の計上を否認するのが相当である（東京高裁 昭50. 5. 28 金商474・21）。

(19) 検査役選任請求権

有限会社の監査役たる社員……選任請求権の有無 計算書類承諾後、少数社員による選任申請……権利の濫用となるか

有限会社の監査役は、その職務を行なうにあたり特に必要あるときに限り、会社の業務財産の調査権を認められるが、少数社員の検査権に基づいて選任される検査役の職務権限とは、その機能も異なるから、監査役たる少数社員が有限会社法45条 1 項の規定に基づいて検査役選任の申請をすることは、監査役であることのみをもってこれを失当とすべきではない。

有限会社の少数社員が、社員総会において、

ある営業年度の計算書類を承認したとしても、このことから直ちに右社員の当該営業年度の業務状況調査のための検査役選任申請は権利の濫用とはならない（**広島高裁岡山支部 昭49.10.11 金商439・16, 判時769・87, 金融751・44, 便覧1159**）。

(20) 株式買取請求権 非上場株式の買受価額の算定

この算定方法としては、類似会社比準法、純資産価格法、収益還元法、解散価値法、利廻り法等があり、下級審判例においても各種の場合につき多様な方法が採られている。そのうち商法349条〔反対株主の買取請求権〕の規定に基づき株価を決定するにあたり、いわゆる類似会社比準法と純資産価格法による算定価格の平均値によるべきものとした事例がある（**高松高裁 昭50.3.31 判時787・109, 判タ325・220, 便覧1181**）。

(21) 株券提出不能に対する異議申述通告制度
除権判決を得ることなく、新株券の交付を請求できるか……会社側の免責

商法378条の異議催告制度は、同法348条所定の株式譲渡制限がなされた場合の旧株券の回収及び新株券発行手続事務の迅速な処理のために同法350条1, 2項〔株券の失効手続〕の定めがなされたことに対応して、旧株券を会社に提出することができない株主及び質権者が、除権判決を得て株主名簿に登録されるまでもなく、簡易に新株券の交付を受けられることを期待して定められた制度であるから、右株主・質権者は除権判決を得ることなく、新株券の交付を会社に対し請求することができる。

会社は商法378条の手続をなし、利害関係人の異議がない場合には、公告請求者に対し新株券を交付する義務を負担し、また新株券を交付することによって免責される（**東京地裁 昭50.2.20 判時794・111, 便覧1142**）。

(22) 罰則 （サンウェーブ会社事件）

サンウェーブ社倒産事件に関連して、民事上数個の訴訟問題を惹起せしめたが（矢沢・商事695・13参照）、他方、刑事問題としては社長の

違法配当（蝸配当）（商489条3号）及び新株発行に関する不実文書行使（490条1項）の各犯罪につき、有罪と認めた第一審判決をようやくみるに至った（**東京地裁 昭49.6.29 商事695・14**）。

(23) 会社更生事件

経済界の不況や放漫経営の結果などを反映して、大型倒産が続出し、更生手続開始申立事件の増加が目立った年。

(ア) 申立が認容された事例……更生の見込あり

(a) 二部上場の時計メーカーについて（東京時計会社事件）（**横浜地裁 昭50.2.15 判時777・89, 商事708・109**）。

(b) 親会社（日本熱学工業）につき更生見込なしとして会社更生開始の申立が棄却されたが、子会社については「見込あり」がなきにしもあらずとして更生開始の決定のなされた事例（エアロマスター会社事件）（**大阪地裁 昭50.2.10 判時779・111, 金商446・15**）。

(イ) 申立が棄却された事件……更生の見込なし

多額の粉飾決算等により更生の見込なしとする原決定（大阪地裁昭49.11.12）に対し、社長個人が抗告したが抗告審においても棄却された事例（日本熱学工業会社事件）（**大阪高裁 昭50.3.12 判時779・106, 判タ325・216**）。

(ウ) 原決定（盛岡地裁 昭49.10.11）で、不誠実な申立（会更38条1項7号）に該当するとして棄却されたが、抗告審では不誠実な申立にあたらぬとして原決を取消し差戻された事例がある（岩手県南バス会社事件）（**仙台高裁 昭49.12.18 判時773・123, 金商447・14, 判タ323・188, 便覧1198**）。

(エ) 会社の更生申立に基づく保全命令に違反してなされた債権譲渡の効力

会社更生申立中の会社が、裁判所の保全命令に違反して債権譲渡をした後に更生申立が却下されたときは、保全命令が失効し、右債権譲渡はさかのぼって有効となる（**東京高裁 昭50.3.27 金融752・36**）。

三 商行為・海 商

(1) 營業的商行為

(ア) 兩替その他の銀行取引……質屋營業者の金銭貸付行為の商行為性

商法 502 条 8 号にいう「銀行取引」とは、金銭又は有価証券の転換を媒介する行為をいい、いわゆる受信行為と与信行為との両者が相關連するところに銀行取引なるものが認められると解するのが通説である。従って、自己資本のみで貸付をなす金銭貸付業者の行為、また質物を取って貸付する質屋營業者の行為も銀行取引の範疇に入らない。

最高裁はこのたび初めてこうした通説の立場にたち、質屋營業者の金銭貸付行為は商行為に当たらないと判示し、その金銭貸付債権は商事債権であり消滅時効は 5 年と主張する上告理由を斥けている（最高三小 昭50.6.27 金融767・37, 判時785・100, 金商466・13, 便覧1171）。

(イ) 保険 相互保險会社……給付金に付すべき損害金の利率

相互保險会社は営利を目的とするものでないことは、右会社の定款及び保險業法によって明らかである。したがってそれが支払うべき給付金の遅延損害金については、商事法定利率を定めた商法 514 条の適用はなく、民事法定利率によるべきである（大阪地裁 昭49.7.19 判タ325・277）。

(2) 附屬的商行為

商人がその營業のためにした法律事務の取扱……弁護士法72条〔非弁護士の法律事務の取扱等の禁止〕に触れないか……報酬請求権

標記の問題につき最高裁の多数意見は、次のような判決理由をもって報酬請求権を認め、また、弁護士法72条に触れないと判示する。（但し、大塚裁判官は反対意見で破棄差戻論）。

商人の行為はその營業のためにするものと推定され、商人の營業のためにする行為は商行為となるから、宅地建物取引業者が本件法律事件に関して法律事務を取り扱った行為は右宅建業者の營業のためにするものと推定されて商行為

となり、したがって、右法律事務の取扱につき報酬支払の約定がなくても業者は商法512条〔商人の報酬請求権〕により上告人に対し相当額の報酬請求権を有するのである。しかし、この業者の右法律事務の取扱が商行為になるからといって、直ちにそれが弁護士法72条に触れるものということとはできない。ただし、弁護士法72条は、弁護士でない者が、報酬を得る目的で、かつ、業として、他人の法律事件に関して法律事務の取扱等をするを禁止しているのであり（最高裁昭46.6.14大法廷判決刑集25・690参照）、右の「業として」というのは、反復的に又は反復の意思をもって右法律事務の取扱等をし、それが業務性を帯びるにいたった場合をさすところ、一方、商人の行為は、それが一回であっても、商人としての本来の營業性に着目して營業のためにするものと推定される場合には商行為となるという趣旨であって、商人がその營業のためにした法律事務の取扱等が一回であり、しかも反復の意思をもっていないときは、それが商行為になるとしても、法律事務の取扱等を業としてしたことにはならないからである（最高裁二小 昭50.4.4 金融759・27, 判時779・105, 判タ324・195）。本件は、大阪高裁昭47.3.24（判時673・79）の上告審判決。

(3) 商人の報酬請求権

(ア) 不動産仲介業者の報酬請求権の発生に民法 648 条 3 項〔受任者の履行割合に応じた報酬請求権〕の類推適用がある場合

不動産仲介業者が売買成立のため相当な労力を払い通常の成り行きならば売買が成立するであろうと客観的に考えられる段階に至って、委託者がこれを拒絶するか、または、仲介業者を出しぬいて直接相手方と交渉して売買契約をした場合、あるいは委託者が別個の第三者と売買契約をした場合において、仲介業者の仲介行為と売買の成立との間に相当因果関係の認められないときにおいても、仲介業者の報酬請求権の発生を否定することが信義則に反すると考えられるような特別の事情があるときは、民法 648 条 3 項の類推適用があるものと解するのが相当

である（東京高裁 昭50.6.30 金商481・16）。

(イ) 宅地建物取引業者への報酬算定基準

報酬額について特約がない場合には、不動産取引業者は、宅地建物取引業法第17条第1項（改正前、現第46条1項）、昭和40年4月建設省告示第1174号（廃止前）に基づく東京都知事の告示によって計算された最高額を当然に請求するものではなく、依頼者の受けた利益、仲介の難易、宅地建物取引業者の払った努力の程度及び費用等諸般の事情を考慮し、右最高限度額の範囲内で、社会的、客観的に相当と認められる金額のみを請求するものと解するのが相当である（東京高裁 昭50.5.22 判時784・103）。

(4) 有価証券の善意取得

ゴルフクラブの入会金預託証書と商法519条適用の有無

原告Xは、訴外A社が発行したNクラブの入会金預託証書について、これを有価証券であると、従って商法519条の適用により善意取得が可能であり、この証券を適法に善意取得し権利者として所持する旨を主張し、ゴルフ場経営者Yに対して、前記預託証書表記の金額の支払を請求した。これに対して、Yが入会金預託証書の有価証券性を争い、その善意取得を否定した事案につき、東京地裁判決は、ゴルフクラブの入会金預託証書には商法519条は適用されないと判示してXの請求を棄却している（東京地裁 昭50.5.30 金商475・11、便覧1182）。

(5) 商事売買

見本売買における売主の瑕疵担保責任の範囲 商法526条1項後段の「直チニ発見」しうる瑕疵に当たるとされた事例

見本売買は売主が見本によって売買の目的物の性質、性能を確保し、売主はその給付した目的が見本に適合しないときには瑕疵担保責任を負うものであるが（大判大15.5.24民集5・433、大判昭3.12.12民集7・1071参照）、特段の事情がない限り、目的物が見本に適合するとの一事をもって売主の瑕疵担保責任を免責する趣旨をも帶有するものとはいえない。けだし、見本自体にどのような瑕疵があってもすべて売主の免

責を認めるというのは、当事者間にその旨の特約が存するなど特段の事情がない限り、著しく公平を失し徒らに買主に苛酷を強いることになるからである。

商法526条1項後段の「直チニ発見スルコト能ハサル」瑕疵とは、専門的知識を有する買主たる商人の通常の注意をもって、取引の態様、過程に照らし合理的な方法及び程度の検査をなしても発見できない瑕疵をいうのであり、水泳パンツ用色ゴム紐の売買における色落ちの瑕疵は専門知識を有する商人として買主が直ちに発見できる瑕疵である（大阪地裁 昭49.10.31 金商443・13、判タ320・290、金融754・32、便覧1151）。

(6) 問屋営業 委託者の指図

(ア) 商品取引所の取引員が委託者の指図に基づかないでした売買の効力

商品取引所の取引員は法律上の問屋であるから、同人が取引所において自己の名で売買取引をしたときは、委託者の指図に基づかない場合でも、取引自体は法律上の効力を生じ、委託者は、取引員との関係でその取引による計算が自己に帰属することを否認することはできない。したがって、取引員が、委託者の依頼に基づき商品の買建をした場合に、委託者の指図に基づかないで右建玉の反対売買をしたときは、買建玉は決済され、取引員が委託者の指図に基づく買建玉に應ずることのないかぎり、委託者としては、指図による右買建玉の反対売買により得べかりし利益を喪失し、これと同額の損害を被ることがありうるのである。そして、取引員が委託者の指図に基づかないでした反対売買がその外務員の虚偽の報告に因り行われたものであるときは、委託者としては右損害が外務員の不法行為に因り生じたものとして同人に対しその賠償を請求することができる（最高裁三小 昭49.10.15 金融744・30）。

(イ) 商品の先物取引において仲買人が委託者の指図に従う義務

商品取引所の先物取引に関する委託者の仲買

人に対する商品の売付け又は買付けの委託はその反対売買による利益の收受等を目的とするものであるから、右委託契約は反対売買等により取引が終了するまで継続しているものというべきである。したがって、商品買付けの委託を受けた以上、右取引終了まで受託者である仲買人は、委託者より右商品について売却の指図があれば、これに従って商品を売却する義務を負うのであり、受託者において右指図を承諾して初めて同人の右義務が発生するものではない（**最高裁三小 昭50.7.15 判時790・105, 金商477・11**）。

(7) 倉庫営業

(ア) 荷渡指図書 撤回の要件・効力

寄託者が受託者たる倉庫業者宛に荷渡先を指定して受寄物の引渡を依頼する荷渡依頼書は、倉庫業者が自己の倉庫管理者宛に受寄物の引渡を指図する荷渡指図書とともに、荷渡指図証の一種に属するものである。ところで、この荷渡指図書の所持人がそれを受寄者たる倉庫業者に呈示して受寄物（鋼材）の引渡を請求したところ、倉庫業者は、寄託者から荷渡指図を撤回され、鋼材の出荷を差し止められたので、引渡の請求に応じなかった。そこで、所持人が寄託者に対し荷渡指図書記載の鋼材の引渡を請求した事案につき、東京高裁は荷渡指図の撤回の要件及び効力につき次のように判示し、所持人の請求を棄却している。

荷渡指図書は法律が直接には規定していない証券であって、商法所定の倉庫証券とはその性質・効力を異にするものである。一般に、寄託者から受寄者たる倉庫業者に対し荷渡先を指定したうえこれに受寄物たる商品を引き渡すことを依頼する荷渡指図書（または荷渡依頼書）が、荷渡先から第三者に交付されたのちであっても、特段の事情のない限り、寄託者において受寄者に対する通知により依頼（指図）を撤回することができるのと解するのが相当である（最高裁昭35.3.22三小民集14・501頁参照）。そして、荷渡指図書の性質に関しては、荷渡指図書の所持人は弁済受領資格を有するにとどまり、受寄者

（被指図人）に対する荷渡指図書記載の物品の引渡請求権を有せず、荷渡指図書の引渡を受けることにより右品物につき第三者に対抗しうる所有権を取得するものでもないと解すべきであるから、この性質に鑑み、右特段の事情とは、受寄者による引受ないし荷渡指図書の所持人に対する引渡をいい、従って、これらの特段の事情のない限り、寄託者は、荷渡書の呈示後でも、受寄者に対する意思表示により、有効に荷渡指図の撤回をすることができ、何人にも右撤回の効力を主張することができると解すべきである（**東京高裁 昭49.11.18 高裁民集27・389, 金商441・7, 判時764・88, 判タ319・142**）。

(イ) 商法 626 条 3 項いう「悪意」の意義……倉庫業者の責任の消滅時効

上記条項にいう「悪意」につき最高裁判例は、倉庫業者が寄託物に毀損又は一部滅失のあることを知って引渡した場合をいうとの見解をとっている（最高裁昭41.12.20民集20・2106）。しかし、近時の下級審判決では、あえて上記の立場に賛成しないことを明示して通説の立場から、倉庫業者又はその履行補助者が寄託物に故意に損害を生ぜしめ、あるいは損害を故意に隠蔽した場合をいうものと制限的に解し、倉庫業者の責任の短期消滅時効を認めた事例がある（**宮崎地裁延岡支部 昭50.3.11 判時782・89, 便覧1172**）。

(8) 損害保険

(ア) 自動車保険普通約款の損害不填補条項における保険料領収の立証責任……手形による保険料の支払の効力

いわゆる「損害不填補条項」と立証責任の関係につき下級審判例は、これを原告側が負担すべきものとするもの（東京地裁昭48.2.23判時713・96）と、逆に保険会社側の負担とするものに分れている。そして後者の事案では、手形による保険料支払につき手形交付の時に支払の効力を認めている。その理由として、大蔵省銀行局長から損害保険会社あてに手形による保険料領収を絶対行なわれないよう通知のなされている事実が認められるけれども、これは損害保険

会社に対する指導であって、保険加入者に対する指導ではないと認められ、かつ手形による保険料支払を無効とする趣旨とも解されない、と説示している（**広島地裁呉支部 昭49.6.7 判時770・97**）。

(イ) 不法行為又は債務不履行による家屋焼失……損害賠償額から火災保険金を損益相殺して控除することの可否

XはYから本件建物を賃借し、敷金600万円を差し入れていたが、右建物を重過失による出火により焼失せしめ、846万円の損害を与えた。Yは、本件建物について訴外A保険会社と保険金額を650万円とする火災保険契約を締結していたので、A社は650万円の保険金を支払った。Xは、Yの損害額846万円から受領保険金650万円を損益相殺として控除すべきであり、その残額196万円についてのみ損害賠償義務を負うとし、敷金600万円から右196万円を控除した404万円の返還を求めた。第一審及び原審は、Xの右請求を認容。Yは、損害賠償額からまず火災保険金を控除し、次いで残額に敷金を充当した原審の判断を非難して上告。最高裁判決は、次のように判示して原審が損益相殺を認めた部分につき破棄自判した。

家屋焼失による損害につき火災保険契約に基づいて被保険者たる家屋所有者に給付される保険金は、既に払い込んだ保険料の対価たる性質を有し、たまたまその損害について第三者が所有者に対し不法行為又は債務不履行に基づく損害賠償義務を負う場合においても、右損害賠償額の算定に際し、いわゆる損益相殺として控除されるべき利益にはあたらないと解するのが相当である（**最高裁三小 昭50.1.31 民集29・68**、判タ319・129、金融747・31、金商444・2）。生命侵害や財産権侵害で保険契約に基づいて生命保険金や火災保険金を受領しても、保険金の支払は、加害行為あるいは債務不履行とは別個の保険契約に基づいてなされるものであって、別個の原因によるものであるから、損益相殺の理論による控除対象とはならない、とする通説の見解からいって判示の結論はもとより正当で

ある。

(9) **生命保険** 告知義務……禁反言原則

保険約款上契約日以後の疾病によって失明したとき給付金を支払うとされており、契約日以前の眼病（パーチェット症候群）によって失明した場合であっても、保険会社の外務員がこれを診査医に告げさせず、報告書にも虚偽の事実を記載して契約をしたような場合には、保険会社は、外務員の監督について過失があったというべきであり、疾病の事実を知って契約をしたのと同じ評価を受けるから、禁反言の原則の適用によって給付金の支払いを拒むことはできない（**大阪地裁 昭49.7.17 判タ325・277**）。

(10) **船長の代理権の範囲** 船籍港外

貨物を積載した貨物船による曳船と商法 713条1項〔船長の代理権の範囲〕

船長は船籍港外において航海のため必要な一切の裁判上又は裁判外の行為をなす権限を有している（商713条1項）。運送契約や保険契約の締結については、学説上争いがあるが、曳船契約の締結権限の有無が争点となった事例があり、原審判決（東京高裁昭44.3.27判時554・77）はこれを肯定したが、最高裁は下記の如く判示し、特別の事情の存しない限り、自船を危険にさらすような曳船契約は、航海のために必要な裁判外の行為とはいえない、との新判断を下し破棄差戻した。

総トン数405トン余の貨物船が500トンの貨物を積載したうえ無人の総トン数444トンの貨物船を曳船して大平洋沿岸航路を航海することは、商法656条にいう「危険カ著シク増加シタルトキ」にあたる。

貨物を積載した貨物船により他の船舶を曳船して航海することは、特別な事情のない限り、船籍港外における船長の権限に属しない。

商法657条2項にいう「保険契約者ハ被保険者カ危険ノ著シク増加シタルコトヲ知りタルトキ」とは、保険の目的たる船舶の船長のみが右危険著増の事実を知った場合は含まれない（**最高裁三小 昭50.1.31 民集29・16**、判タ319・135、金融747・29、判時768・99、金商460・2、

便覧1152)。

四 手 形 ・ 小 切 手

(1) 振 出

(ア) 盗難・紛失により流通におかれた約束手形に振出人として記名捺印した者……手形上の責任を認めた事例

流通におく意思で、支払場所、支払地の印刷された約束手形用紙の振出人欄に記名捺印をしたが、その余の手形要件を記載しないでこれを保管中盗取されもしくは紛失した結果、手形上事故手形であることを知りうべき外観がなく、かつ裏書が連続しているときには、右手形所持人が、手形取得の際、振出人欄の記名捺印者に対し振出の真否を確認しなかったとしても、重大な過失があるとはいえず、右記名捺印者は振出人としての責任を免れない(広島地裁 昭50 5.9 金商467・22, 金融763・37, 便覧1174)。この判旨は、先例の最高裁昭46.11.16判決(民集25・1173)と同じ立場にたつもの。

(イ) 第三者方払の記載……債務履の場所

既存債務の支払のためその義務履行地(東京都)と異なる地(綾部市)を支払場所とする第三者方払の約束手形が振出交付された場合、既存債務の履行地を変更するものではない(東京地裁 昭49.7.19 判時774・112, 便覧1160)。

(ロ) 偽造

(a) 偽造小切手の振出……表見代理の成否

前述・62頁総則(2)(ア)(b)事件の同一人物が、かつては信用金庫支店長の地位にあり同支店長名義で、手形・小切手を振り出す権限を有していたが、その職を解かれた後に、右金庫の理事長名義でその印を盗用して先日付小切手を振り出した。その取得者が右金庫に支払を請求した事実につき、民法110条、112条の表見代理の規定の類推適用は肯定されたが、本件の場合その類推適用の要件を欠くとして、取得者の支払請求が棄却された事例がある(福岡高裁 昭50.2.13 判時776・87, 判タ326・229, 便覧1164)。

(b) 印章保管不備の過失を理由に他人の手形偽造につき民法709条の不法行為責任を追究できるか

この点につき直接論及した判例・学説は現在まで公けにされていなかったが、このたび下級審ではあるが初めて消極説をとる判決が出た。

民法709条の故意・過失は直接加害行為に対する故意・過失であることを要するのであって、民法717条〔土地工作物の占有者・所有者の責任〕のような特別の規定が存しない限り、原則として単なる印章保管の過失をもって印章冒用による他人の偽造行為についてまでその責任を追及することは過失に必要な予見可能性を欠きかつ相当因果関係も認められないので許されない(大阪地裁 昭49.8.8, 金商443・17, 判タ320・284)。

(c) 被偽造者の責任の根拠 表見代理法理か権利外観理論によるのか

手形の被偽造者の責任については、表見代理の規定に基づいて、善意取得者の救済をはかろうとするのが従来の判例・学説であった。しかし近時、手形の権利外観理論によって被偽造者の手形責任を認めるべきであるとする学説も有力に唱えられ、その説を採ったと解される判例が出現するに至った(松山地裁西条支部 昭49 11.28 判時772・92)。

(2) 白地手形

(ア) 白地手形による敗訴判決の既判力……その後補充した完成手形による訴に及ぶか

標記の問題につき再訴が許されるか否かにつき、学説は積極説と消極説とに分れるか、下級審判例は消極説を採る。

手形要件の補充がない白地手形に基づく手形金請求を棄却した判決の確定後に、白地補充のうえ改めて提起した手形金請求の訴は、判決の既判力に触れ不適法である(大阪地裁 昭49.10.30 判時764・89, 金商441・17, 金融745・35, 判タ320・288, 便覧1153)。

(イ) 受取人欄白地の手形の交付による譲渡と人的抗弁の切斷

原因関係欠缺の抗弁のごとくある手形債務者

が特定の所持人に対してのみ対抗しうるいわゆる人的抗弁の当事者は、手形上の形式的記載を基準としてこれを決定すべきものではなく、現実の手形上の権利移転関係によって決すべきものと解するのが相当である（最高裁一小 昭49 12.19 金融746・26、金商440・2、便覧1144）。本件は東京高裁昭46.5.27（判時636・79）の上告審判決で、原審には法令の解釈適用を誤った違法があるとされ、さらに審理を尽くさせるために破棄差戻。

(3) 裏書

(ア) 善意の第三者に手形を譲渡した後、買戻しをした無権利者の地位

手形上の権利を有しない者（手形割引のための預り人）が善意の第三者に手形を譲渡した後、同人から不渡のため手形を買戻したとしても、手形上の権利を取得することはできない（東京地裁 昭50.2.26 判時777・87、便覧1162）。

(イ) 裏書の詐害行為 債務者の受益者に対する手形の裏書が詐害行為として取り消されても、その訴訟に受益者から隠れた取立委任を受けた転得者が関与しない以上、右取消されたことを抗弁事由として、右転得者に対し、対抗しえない（大阪高裁 昭50.5.30 金融766・32）。本件は大阪地裁昭48.5.19判決（金融692・31）に対する控訴審判決。

(ウ) 裏書の連続 受取人欄の変造があった場合手形法16条1項〔裏書の資格授与的効力〕の適用があるか

この点につき原審（東京高裁昭48.6.13金融703・32）が16条第1項による裏書の連続を主張するのみではならず、正当な手形債権の取得を主張立証すべきであったのに対し最高裁は、次のように判示し破棄差戻判決をしている。

約束手形の受取人欄が変造された場合であっても、その手形面上変造後の受取人から現在の所持人へ順次連続した裏書の記載があるときは、右所持人は、振出人に対する関係においても手形法16条1項により適法な所持人と推定される（最高裁三小 昭49.12.24 民集28・2140、判時766・103、金融746・28、判タ318・235、便

覧1147）。

(エ) 手形割引の依頼を受けたが手形金を交付しない者……勝手に手形を流通においた場合の法律関係

手形割引は、手形割引をする者が手形金額からいわゆる割引料を控除した金額を割引依頼人に交付して当該手形を買取ることによってなされる手形の現実売買であると解すべきであるから、特段の定めのない限り、手形割引人は割引金を割引依頼人に支払わない限り当該手形上の権利を取得することができないというべきである（大阪高裁昭37.1.31下級民集13・129。なお最高裁一小昭49・7・4金融726・30参照）（東京地裁 昭50.2.26 判時777・87、便覧1162）。

(4) 手形抗弁 その成否

(ア) 交換手形と相殺する契約により約束手形金を支払う義務がないとの抗弁を対抗できないとされた事例

甲と乙がそれぞれ振り出した約束手形を交換してその手形金をもって互いに相殺する契約を締結し、甲が乙宛に振り出した約束手形が乙から丙に期限前に裏書譲渡され、さらに丙から丁に期限後に裏書譲渡された場合において、甲が、右相殺契約の存在したことに丙が悪意であったことを主張・立証しないときは、甲は右約束手形の所持人丁からの手形金請求につき、丁に対し、相殺契約が存在し、したがって、甲が右約束手形の支払義務がないことの抗弁を対抗できない（最高裁一小 昭49.11.14 金融743・31）。

(イ) 手形権利者が原因関係を欠き実質的経済的利益がないときでも手形債務者に後者に対する原因関係上の支払義務がある場合には、特別の事情のない限り権利の濫用ならない。

裏書によらない手形債権の譲渡には人的抗弁の切断はないが、二重無権の抗弁は権利濫用法理に基づくものであり、その対抗を受ける者から手形の前記譲渡を受けた手形所持人に対しては二重無権の抗弁をもって対抗することはできない（大阪地裁 昭49.10.14 金融753・34、判タ320・286、金商440・17、便覧1163）。

(ウ) ^{かきあい}書合手形の振出人のために保証した者の責任

融通手形の振出人に対して被融通者が振り出した見返り手形債務につき保証した者は、被融通者が融通手形を割引いて割引金を取得し、融通者が手形金の支払をした以上、融通手形であることを主張して保証債務の履行を拒むことはできない（東京地裁 昭49. 6. 26 金融744・35, 便覧1154）。

(エ) 表見代理人の有する人的抗弁をもって対抗することが認められた事例

手形裏書の権限を与えられていない代理人が、本人の印章を冒用して手形の裏書譲渡した行為につき、表見代理が成立する場合でも、被裏書人である所持人が、割引代り金を交付していないときは、本人は、これを理由として手形金の支払を拒むことができる（東京高裁 昭50. 6. 27 金融768・37）。

(オ) 信義則違反を理由とする人的抗弁が認容された事例

不動産売買代金の支払のため振り出された約束手形の原因関係が、所持人の前者斡旋による不動産の二重売買により消滅したときは、振出人は、悪意の所持人に対し、信義則違反の人的抗弁を対抗できる（大阪地裁 昭50. 9. 11 金商485・38, 金融773・37, 便覧1191）。この判旨は、手形関係に権利濫用、信義則違反などの一般条項を無因性理論の立場で適用する近時の判例（最高裁昭43. 12. 25民集22・3548, 同昭45・3. 31民集24・182）の流れに属するものである。

(カ) 代表者Aの個人債務支払のため振り出されたY会社を振出名義人とする手形につき、Y会社は右事情を承知の上で手形所持人となった者に対し支払義務はない（最高裁三小 昭50. 9. 23 金融770・35）。

(キ) その他 悪意の抗弁の認定事例として振出人・手形保証人の悪意の抗弁が認められた事案がある（東京地裁 昭50. 5. 12 判時788・95, 便覧1183）。

(5) 取立委任裏書

取立委任文言の抹消……通常の譲渡裏書とし

ての効力発生時期

手形の裏書に付加された取立委任文言が抹消された場合は、その抹消の時から通常の譲渡裏書としての効力を生ずるものであり、当初取立委任裏書であったものが、右の抹消により、右の当初から通常の譲渡裏書としての効力を生ずることにはならない（最高裁三小 昭50. 1. 21 金融746・27, 便覧1148）。

(6) 期限後裏書

支払期日の変造……手形法20条1項但書〔期限後裏書・指名債権譲渡の効力〕の適用

約束手形の支払期日が受取人によって変造され、原文言（昭48. 9. 30）の支払期日の記載によれば支払拒絶証書作成期間経過後に裏書譲渡されたことになる場合は、変造文言（昭49. 1. 30）によれば満期前の裏書譲渡になる場合でも、右裏書は手形法20条1項但書の期限後裏書として指名債権譲渡の効力しかなく、振出人は右裏書による譲受人に対し、対価を得ることなく手形を振り出した旨の人的抗弁をもって対抗することができる（東京地裁 昭50. 6. 25 金商474・26, 便覧1184）。この判旨のように支払期日が変造された場合、原文言における支払期日を基準にして拒絶証書作成期間の経過後になされた裏書は、期限後裏書と解するのが学説・判例（最高裁昭47. 6. 22金融656・32, 大阪高裁昭44. 12. 17判時599・84など）である。

(7) 町長の公印不正使用による手形裏書

民法44条〔法人〕の不法行為責任が否定された事例

地方公共団体の長のした行為が、その行為の外形から見てその職務行為に属するものと認められる場合には、民法44条1項〔法人の不法行為能力〕の類推適用により、当該地方公共団体は右行為により相手方の被った損害の賠償責任を負うものというべきところ（最高裁昭37. 9. 7民集16・1888, 同昭41. 6. 21民集20・1052参照）、地方公共団体の長のした行為が、その行為の外形から見てその職務行為に属さないことを知っていたか、又はこれを知らないことにつき重大な過失のあったときは、当該地方公共団体は相

手方に対して損害賠償の責任を負わないものと解するのが相当である。

これを本件についてみるに、甲が、振出人の乙社の代表者と第一裏書人の丁町の町長がともに同一人の丙である約束手形を取得するにあたっては、少なくとも丁町の収入役・出納員など、丙以外の者について、丁町が真に右手形を取得し、これを第二裏書人に裏書交付したものであるか否かを問い合わせるべきで、丙に手形の原因関係を問い合わせ、かつ、丙の作成した確認書を受け取っただけで、右手形の取得及び裏書が丙によって適法になされたものと軽信したときは、丙のした右手形の裏書交付が丁町の町長としての職務行為に属さないことを知らなかったことにつき、重大な過失があったといわなければならないから、丁町は、甲に対して損害賠償責任を負わないと解するのが相当である（**最高裁二小 昭50.7.14 金融766・28**）。

(8) 手形割引

(ア) 割引契約による手形の買戻に附帯する遅延損害金の約定……利息制限法適用の有無

手形割引は、通常手形の売買であって、手形割引契約に伴う手形買戻の債務に附帯する遅延損害金の約定（日歩金20銭）には、利息制限法の適用はない（**東京高裁 昭50.6.26 判時789・88, 金融765・37**）。

(イ) 歩積、両建預金とこれに伴う手形割引の効力

歩積預金とは、金融機関が商業手形を割引く際に割引依頼人に割引金の一部を積立てさせる預金のことであり、両建預金とは、金融機関が貸付をなすに当たり貸付先に貸付金の一部を積立てさせる預金のことである。歩積、両建預金は、金融機関にとって割引手形の買戻請求権、貸金債権の担保たる機能をもつものであるが、一方これが貸出、手形割引の条件として強制的に行われると、強制的に貸出等金利の実質的引上げになる。そこで、大蔵省は、昭和26年以来金融機関に対し警告・自粛の徹底を要求している。ところで、信用金庫が取引約定により、割引に際し手形金額（48万円）の26パーセント

にあたる金員を割引金から払込ませた事案があり、これは違法、無効であると主張する原告の主張に対し、東京高裁は次のように説示してその主張を排斥している。

金融機関が手形を割引く際に割引依頼人いわゆる拘束性預金をさせたが、手形不渡の危険性が高くかつ割引依頼人において充分な人的物的担保を提供できないため、債権保全の必要上金融機関としての商慣習に従ってなされたものであり、かつ手形割引の金利も大蔵省通達に定める自粛措置としての金利措置を含めて作成された総合金利表に従って定められたものであるときは、右拘束性預金は、大蔵省通達に定められた自粛の対象たる歩積、両建預金に属するとはいえず、かつ右手形割引は、右通達に抵触するものではなく、もとより公序良俗、消費貸借の要物性に違反するものではない（**東京高裁 昭50.5.29 金商467・11**）。

(9) 引受 民法上の組合員の手形責任

組合と権利能力のない社団とを区別するのに困難な場合が多いが、最高裁はスーパーマーケットの進出に対抗して、小売業者が自衛手段として、共同仕入れ、加工・販売等経済的地位の向上と相互扶助を目的として設立された協同組合を民法上の組合と認定し、その理事長甲が引受けした手形につき、次のように判示して各組合員の手形上の責任を認めた。

ばらの店協同組合が民法上の組合であるとき、為替手形の引受人欄に「ばらの店協同組合 理事長甲」と記名し、その名下に同理事長の捺印がなされている場合には、甲は右組合の全組合員を代理して右引受したものと認めるのが相当である（**最高裁二小 昭50.7.14 金商472・2**）。

(10) 手形証券の受戻証券性

金融機関が手形貸付債権又は手形買戻請求権をもって転付された預金債権を相殺した場合と手形の返還先

標記の場合には預金者に返還すべきであり、預金債権の転付を受けた第三者に返還すべきでない、と判示する最高裁判例の理由は以下の通りである。

手形貸付において、貸金の返済と貸金支払確保のため振り出された手形の返還は同時履行の関係にあり（最高裁昭32.6.3三小民集12・1287参照）、また、割引手形を買戻すについて、買戻代金の支払と手形の返還は同時履行の関係にあると解されるから、債権者が、手形貸付債権及び手形買戻請求権をもって債務者が債権者に対して有する債権と相殺するときには、債務者に手形を交付しなければならぬ。そして、右受働債権が債務者から他へ転付されているときには、債権者は右転付債権者に対して相殺の意思表示をする（最高裁昭32.7.19二小民集11・1297参照）とともに、原則として、手形を同人に交付して相殺すべきである。しかし、右のような場合でも、相殺の結果、転付以前に遡って受働債権が消滅するようなときは、転付は効力を生ぜず、転付債権者に手形を返還すべきではないから（後述参照）、相殺するにあたっては、同人に手形を交付してする必要はないと解するのを相当とする。

金融機関に対する預金債権が預金者から第三者に転付された後、金融機関が右預金者に対し有していた手形貸付債権及び手形買戻請求権をもって右預金債権と相殺した場合においても、相殺の結果預金債権が転付以前に遡って消滅したときは、金融機関は、手形貸付について振出された手形及び買戻の対象となった手形を、右預金者、すなわち、手形貸付の債務者兼手形割引依頼人に返還すべきであり、預金債権の転付を受けた転付債権者に返還すべきでない。ただし、右のような場合、相殺により転付された以前に遡って預金債権は消滅するのであるから、転付の効力は発生せず、転付債権者の預金者に対する債権は消滅しないこととなり、相殺によって金融機関が預金者に対して有していた債権が消滅したのは、預金者の出損によるのであり、したがって同人に対して手形を返還すべきであると解するのが相当であるからである（最高裁一小 昭50.9.25 民集29・1287, 判時793・14, 金融769・27, 金商479・7, 便覧1187）。

(1) 贖本保持人の権利

原本が刑訴手続により裁判所に押収……贖本所持人の権利行使の可否

手形の贖本は、手形の複本とは異なり、それ自体手形としての効力を有するものではなく、単にそれに裏書又は保証をすることができるにとどまるものであるから、手形上の権利を行使するために、手形の贖本とともにその原本を取得しこれを所持することが絶対に必要であって、単に手形の贖本のみを取得しこれを所持しているにすぎない者は手形上の権利を行使することは許されない。そして、このことは、本件手形のように手形の原本が刑事訴訟手続に従い裁判所に押収されているため、その贖本の作成者であり裏書人である者がその原本を被裏書人に交付することができない場合であっても、全く同様というべきである（東京地裁 昭49.12.23 金融766・35, 便覧1175）。

(2) 変造 満期の変造と裏書人の遡求義務

約束手形の満期（昭48.4.7）が裏書後裏書人の同意を得ないで変造（昭49.2.13）された場合、所持人が右裏書人に対し遡求権を行使するためには、変造前の満期に従ってその保全手続をとらなければならない。従って、右保全手続がとられていない（昭49.2.13呈示）以上、所持人は裏書人に対して遡求権を行使することができない（最高裁三小 昭50.8.29 判時793・97, 金商482・2, 便覧1188）。

(3) 手形と公示催告・除権判決

(ア) 公示催告中の約束手形の手形金債権を対象とする仮差押の執行方法

公示催告中の約束手形の手形金債権に対する仮差押の執行方法は、除権判決がなされた場合は、その権利者は手形を所持しないで手形金債権を行使しうるのであるから、除権判決がなされる前においても執行官による手形の占有を必要とせず、通常の指名債権に対する仮差押と同じく、仮差押命令を債務者及び第三債権者に到達すれば足りるものと解するのが相当である（東京高裁 昭50.7.17 金商477・19, 金融768・29）。

(イ) 振出人の使用人(保管者)が自己名義で申立てた公示催告・除権判決の効力……除権判決前の善意取得者から判決後に手形を取得した者の地位

約束手形に振出人として記名押印したYからその保管を託されていたYの使用人Aは、右手形を紛失したので、A名義で公示催告を申し立て除権判決を得た。他方、右除権判決後にその手形の所持人Bから裏書譲渡を受けたXが、Yに手形金の支払を請求したが次の理由により棄却された事例がある。

約束手形作成後振出人が流通に置く前に喪失した場合においては、除権判決があっても振出人は約束手形の権利を行使しうる地位にはないから積極的効力は意味がなく、従って除権判決の目的は、喪失した約束手形が流通に置かれて善意取得者が生じるのを防止する消極的効力を得ることのみある。そうすると、右のごとく、流通に置かれる前の約束手形の保管者もまた消極的効力を得る利益を有するものであり、保管者として固有の除権判決申立権を有するものと解するのが相当である。これを本件について見るに、AはYの作成した第三者に振り出す前の約束手形を同人の使用人として保管していた者であるから、本来は保管者として除権判決申立をなすべきものといえるが、自己名義即ち所持人として除権判決申立をなしたものであっても、保管者として除権判決申立権を有する以上、本件除権判決は有効である。

一般に除権判決があった以上、当該約束手形は無効となり、所持人は除権判決前の善意取得者といえどもその権利を否定されるに至るが、本件のごとく振出人が約束手形を作成した後流通に置く前に喪失した場合には除権判決前の善意取得者は実質的権利を否定されないものというべく、したがって除権判決前までに右善意取得者から裏書を受け約束手形を取得した者もまた約束手形上の権利を取得するものというべきであるが、除権判決後の手形取得者は、仮に除権判決前の善意取得者から取得したとしても、除権判決があった以上手形上の権利を取得する

ものとは解せられない(東京高裁 昭50.3.27 判時792・70, 判タ326・263)。

(4) 銀行取引

銀行の印鑑照合……注意義務の程度 過失の事例

銀行の印鑑照合につきかなり厳格な注意義務を要求する判例。大阪高裁は、破棄差戻前の上告審(最高裁昭46.6.10一小民集25・492)の判旨に従い、次のように銀行の注意義務の程度について具体的な判断を示すと共に、届出印鑑票等の記名判や筆跡が手形上のそれと一致していても印鑑照合の注意義務は軽減されないと判示している。

銀行が当座勘定取引によって委託されたところに従い、取引先の振出した手形の支払事務を行なうにあたっては、委託の本旨に従い善良な管理者の注意をもってこれを処理する義務を負うことは明らかである。したがって、銀行が自店を支払場所とする手形について、真実取引先の振出した手形であるかどうかを確認するため、届出印鑑の印影と当該手形上の印影とを照合するにあたっては、特段の事情のないかぎり、折り重ねによる照合や拡大鏡による照合をするまでの必要はなく、肉眼によるいわゆる平面照合の方法をもってすれば足りるにしても、金融機関としての銀行の照合事務担当者に対し社会通念上一般に期待されている業務上相当の注意をもって慎重に事を行なうことを要し、かかる事務に習熟している銀行員が右のごとき相当の注意を払って熟視するならば肉眼をもっても発見しうるような印影の相違が看過されたときは、銀行側に過失の責任があるものというべく、偽造手形の支払による不利益を取引先に帰せしめることは許されない(本件差戻前控訴審判決に対する上告審判決である最高裁昭46.6.10一小民集25・492)。

銀行が、当座勘定取引契約に基づき、届出の印鑑と手形上の印影とを照合するにあたり、銀行に要求される注意義務は、届出印鑑票の住所氏名と当該手形上の住所氏名とが同一のゴム判押捺による場合、または届出印鑑票の手書部分

の筆跡と当該手形上の手書部分の筆跡とが同一である場合においても、軽減されない（大阪高

裁 昭49.9.30 判時763・93, 金融736・29, 判タ315・248, 金商435・17）。