

裏書禁止手形における権利と証券との結合関係

田 邊 宏 康

目 次

1. はじめに
2. 権利の発生と証券
3. 権利の譲渡と証券
4. 権利の行使と証券
5. おわりに

1. はじめに

財産上の権利・義務に関する記載がなされた紙片は、一般に証券と呼ばれるが、英米においては、証券の有する機能に着目して、流通証券 (Negotiable Instrument) という概念が形成されてきたのに対し、ドイツにおいては、権利と証券との結合関係に着目して、有価証券 (Wertpapier) という概念が形成されて、わが国に取り入れられた。¹⁾

ドイツにおいて有価証券概念の理論的基礎を築いたブルナーは、有価証券を権利の「利用」(Verwertung) に証券の所持を要するものと解していた

1) 「有価証券」という言葉がわが国の法典上の用語としてはじめて用いられたのは、明治23年の旧商法4条においてであり、現在では、商法501条・518条・519条・578条・595条、供託法1条・4条、信託法3条、民事訴訟法112条・430条、破産法57条・192条・197条・206条、会社更生法105条、刑法162条・163条、刑事訴訟法94条・保険業法2条、証券取引法2条、有価証券に係る投資顧問業の規制等に関する法律等において広く用いられている。

が、²⁾今日のドイツの学説は、このブルンナーの見解を基本的に是認しながらも、若干の修正を加えて、これを権利の「主張」(Geltendmachung)に証券の所持を要するものと解している。³⁾これに対し、わが国においては、かつては、有価証券を権利の「発生、移転、行使の全部または一部」に証券を要するものと解する見解が有力であったが、⁴⁾現在は、これを権利の「移転」⁵⁾あるいは「移転および行使」⁶⁾に証券を要するものと解する見解がむしろ有力である。これらの現在のわが国の有力説は、少なくとも有価証券を権利の「移転」に証券を要するものと解する点において共通するが、⁷⁾これを権利の「行使」のみに証券を要するものと解する見解も存する。⁸⁾

ところで、ドイツにおいては、有価証券の欠点として、喪失の危険から免れないことや作成や保管に費用がかかることなどが指摘されてきたが、このような欠点を取り除くべく制定された有価証券振替決済制度によって、連邦や州の公債に見られるような証券との結合のない「価値権」(Wertrecht)という概念が形成される一方で、個々の有価証券における権利と証券との結合も弛緩

-
- 2) Brunner, Die Wertpapier, in, Endemanns Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrecht, Band II (1882) S. 147.
- 3) Hueck/Canaris, Recht der Wertpapiere, 12. Aufl. (1986) S. 1; Baumbach/Hefermehl, Wechselgesetz und Scheckgesetz, 17. Aufl. (1990) WPR Rn. 11; Zöllner, Wertpapierrecht, 14. Aufl. (1987) S. 16ff.; Richardi, Wertpapierrecht (1987) S. 15 f.; Gursky, Wertpapierrecht (1989) S. 2; Meyer-Cording, Wertpapierrecht, 2. Aufl. (1990) S. 2.
- 4) 田中耕太郎『手形法小切手法概論』(昭和10)95頁, 伊沢孝平『手形法・小切手法』(昭24)51頁, 西原寛一『商行為法』(増補3版, 昭和49)102頁以下。
- 5) 本間喜一「有価証券の概念に就て」青山衆司博士還暦記念『商法及保険の研究』(昭6)45頁以下, 小町谷操三『商行為法論』(昭18)99頁, 石井照久・鴻常夫『手形法・小切手法(商法IV)』(昭47)15頁, 大隅健一郎『新版手形法小切手法講義』(平元)18頁。
- 6) 鈴木竹雄・前田庸『手形法・小切手法[新版]』(平4)28頁, 前田庸『手形法・小切手法入門』(昭58)13頁以下, 平出慶道『手形法小切手法』(平2)1頁以下, 田邊光政『最新手形法小切手法<改定版>』(平4)23頁。
- 7) 上柳克郎「有価証券の定義と特徴」『会社法・手形法論集』(昭55)325頁以下参照。
- 8) 矢部克己「記名証券について」勝本正晃博士還暦記念『現代私法の諸問題上』(昭34)388頁, 小橋一郎『新版手形法小切手法講義』(昭57)7頁以下。

し、その結果、この制度の適用を受ける有価証券は、有価証券としての重要な機能を部分的ないしは一般的に失ったといわれている。⁹⁾ ツェルナーは、このような現象を「化体要素の後退」(Zurückdrängung des Verkörperungselements)と呼び、有価証券概念における証券の「所持」は、もはや証券を呈するための準備としての意義を有するものではなく、単に他人が証券を利用することを排除する意義を有するにすぎないとして、「権利者が証券を(間接的に)占有する場合には、有価証券概念の要件は満たされている」と解しており、¹⁰⁾また、キュンペルは、人的抗弁の切断が認められることを要件として、債務者が証券を所持していない者に支払った場合にも免責されうる有価証券の存在を是認している。¹¹⁾そして、このような「化体要素の後退」は、ドイツに限られた現象ではなく、わが国においても、昭和59年に施行された「株券等の保管及振替に関する法律」によって、株式の移転は、参加者口座簿または顧客口座簿の振替によりなされることとなり、権利の行使が株主名簿の記載によりなされることから、従来から権利の行使に証券を要するという点について疑問が呈されていた株式¹²⁾は、権利の移転に証券を要するという点についてもまた疑問を生ぜしめないものではなくなってきた。¹³⁾株式における権利の移転な

9) Vgl. Baumbach/Hefermehl, a. a. O. (Fn. 3) WPR Rn. 90.

10) Zöllner, Die Zurückdrängung des Verkörperungselements bei den Wertpapieren, in, FS Raiser (1974) S. 271.

11) Kümpel, Praktische Bedürfnisse für die Fortwicklung des Wertpapierbegriffs, WM83, Sonderbeilage Nr. 6 S. 14.

12) この点については、「権利の行使につき株券の呈示と株主名簿の名義の書換という二段構えの仕組みがとられているだけのことであって、証券がなければ権利を行使することができない点は、他の場合と別に異なるものではない」(鈴木・前田・前掲(注6)27頁。同旨、前田・前掲(注6)15頁以下、平出・前掲(注6)3頁以下、田邊光・前掲(注6)23頁)とも解されているが、このような解釈に疑問を呈する見解は少なくない(西原・前掲(注4)103頁以下、田中誠二『新版商行為法』(昭33)108頁、石井・鴻・前掲(注5)16頁、大隅・前掲(注5)18頁)。

13) 株券等の保管及び振替に関する法律27条2項は、商法205条1項が「株式ヲ譲渡スニハ株券ヲ交付スルコトヲ要ス」と規定していることから、「参加者口座簿及び顧客口座簿の振替の記載は、その記載に係る株式の数に応じた株式を譲渡し、又は質権の目的とする場合において株券の交付があったのと同じの効力を有する」と規定し、参加者口座簿等の振替の記載を株券の交付に擬制しているが、法律によるこの

いし行使と証券との結合に関する疑問は、さらに有価証券を権利の「移転」あるいは「移転および行使」に証券を要するものと解する現在のわが国の有力説に対する疑問へとつながってくるが、このような疑問は、株式のみならず、有価証券の限界概念をなすとされる記名証券¹⁴⁾の中にもすでに内含されていたように思われる。

本稿は、わが国における有価証券概念を再検討する試み¹⁵⁾の一つとして、ドイツにおいて Rektapapiere (記名証券) という言葉の由来となった裏書禁止手形 (Rektawechsel)¹⁶⁾を取り上げ、権利の発生に証券の発行を要するか、権利の譲渡に証券の交付を要するか、権利の行使に証券の呈示または受戻を要するかといった、いうならば伝統的ともいえる問題を検討しようとするものである。わが国における有価証券概念の存在意義については、従来から疑念がもたれてきたように思われるが、この疑念は、上述の「化体要素の後退」という現象に直面して、今日膨れ上がった感がある。記名証券ないし裏書禁止手形における権利と証券との結合関係、すなわちその有価証券性については、過去に

ような擬制は、実質的に株式が権利の移転に証券を要するものではなくなっていることを示しているともいえよう。

- 14) 河本一郎「記名証券の有価証券性」神戸経済大学創立50周年記念論文集法学編Ⅲ49頁以下参照。
- 15) たとえば証券取引法においては、有価証券は、限定的に列挙されていることから(証券取2条1項。なお、平成4年の証券取引法改正の審議の過程においては、包括的な有価証券概念の導入が検討されている。神田秀樹「有価証券概念の拡大」商事1294号18頁以下、同「有価証券の概念」法教152号82頁以下参照)、有価証券概念を一般的に論ずることの不毛性を感じずる向きもあろうが、たとえば「裏書禁止手形も有価証券である以上、証券を所持しない者は権利者と認められず、従って証券の交付がない限り、譲渡の効力は完成しない」(鈴木・前田・前掲(注6)240頁)というように(このような立論の当否と別として)、具体的な解釈論の中で有価証券概念が使用されることは少なくないのであって、有価証券概念を一般的に論ずる意義は、決して講学上のものにとどまるものではない。
- 16) Vgl. Hueck/Canaris, a. a. O. (Fn. 3) S. 21. なお、裏書禁止手形の経済的需要は、さほど大きいものではないと思われるが、(西島梅治「裏書禁止手形」鈴木竹雄・大隅健一郎編『手形法・小切手法講座3』(昭40)35頁参照)、英米においても、裏書禁止手形は存在し(イギリス手形法8条1項参照)、国際手形条約の中にも取り入れられている(国際手形条約17条1項参照)。

多くの優れた研究が存在するが、¹⁷⁾有価証券概念の存在意義に対する疑念がかつてなく膨らんだ今日において、有価証券の本質を理解するための最良の素材といえる裏書禁止手形を取り上げ、その権利と証券との結合関係について考察を加えておくことは、過去の研究とはまた異なった意義を有しうるのでないかとも思われるのである。

2. 権利の発生と証券

裏書禁止手形における権利と証券との結合関係は、まず権利の発生に証券の発行を要するか否かという形で問題となる。これは、設権証券性の問題にはほかならない。

裏書禁止手形を含めて、手形の設権証券性を否定する見解は、ほとんど見当たらないが、スイスの商法学者ヴィーラントは、「手形から生ずる最初の受取人の債権は、私法上、その原因関係から生ずる債権そのものである」¹⁸⁾と述べ、最初の受取人との関係に限定してではあるが、手形の設権証券性を否定していた。そして、裏書禁止手形は、権利が譲渡された場合にも、指名債権譲渡の効力を有するにすぎず（手11条2項・77条1項1号）、人的抗弁の切断が認められないものであるから、その法律関係は、裏書禁止のなされていない通常の手形が最初の受取人とどまっている場合の法律関係と原則として同様に考える

17) 記名証券の有価証券性に関する論稿として、ドイツにおいては、著明な Raiser, *Das Rektapapiere*, ZHR 101, S. 13ff. があるほか、わが国においても、竹田省「記名証券の有価証券的性質」法と経済3巻6号1頁以下、河本・前掲（注14）49頁以下、同「債権譲渡の対抗要件と有価証券—再び記名証券について—」神法6巻1・2号216頁以下、矢部・前掲（注8）387頁以下などがある。また、裏書禁止手形に関する論稿のうち、権利の譲渡ないし行使の方法に関する有益な叙述があるものとして、西島・前掲（注16）34頁以下、黒野恭成「指名手形の法律的考察」愛大72号1頁以下、高窪利一「指図禁止手形の現状と問題点」手研335号20頁以下、小橋一郎「指図禁止手形をめぐる問題点」金法1050号6頁以下などがある。

18) Wieland, *Der Wechsel und seine civilrechtlichen Grundlagen* (1901) S. 61.

ことができよう。そうだとすると、ヴィーラントは、裏書禁止手形の設権証券性についてとくに述べてはいないが、その論理の帰結としては、それは否定されるはずである。

ところで、設権証券性は、無因証券性と密接な関係にあるとされ、設権証券は無因証券であり、非設権証券は有因証券であると解するのが一般的な見解といえるが、¹⁹⁾これに対し、株券などの有因証券についても、権利の譲渡方法が証券の発行の前後で相違することから、証券の発行によってそれ以前に存在する権利とは同一性のない新たな権利が発生するものと解して、その設権証券性を認めようとする見解も存する。²⁰⁾また、反対に手形のような無因証券についても、証券の発行前にも原因関係上の権利が存在することから、証券の発行によってそれ以前に存在する権利が同一性を保ちつつ変容するにすぎないものと解して、その設権証券性を否定することも不可能ではあるまい。²¹⁾このように、設権証券性の問題は、証券の発行によってそれ以前に存在する権利が同一性を保ちつつ変容するにすぎないものと解するのが自然か、証券の発行によってそれ以前に存在する権利とは同一性のない新たな権利が発生するものと解するの

19) ドイツにおいて、たとえば、カナリスは、「(無因証券と有因証券の区別と) 設権証券と非設権証券の区別との関係は密接である。すなわち、設権証券はすべて (in aller Regel) 無因的であり、非設権証券はすべて有因である」と述べており (Hueck/Canaris, a. a. O. (Fn. 3) S. 28), わが国においても、たとえば、前田・前掲 (注6) 41頁は、「無因証券は必然的に設権証券となるのである」。「これに対して、有因証券は、すでに発生している権利を表章するにすぎないから非設権証券である」と述べている。

20) 小橋一郎「手形の無因性」『商法論集Ⅱ商行為・手形(1)』(昭58) 248頁以下。また、田中誠・前掲 (注12) 116頁は、有因証券である貨物引換証、倉庫証券および船荷証券について文言証券性を有することを理由に設権証券性を認めており、服部栄三『手形・小切手法 (改訂版)』(昭46) 261頁以下は、貨物引換証については、設権証券性を認めるのに対して、株券については、これを否定している。

21) 上柳克郎「手形債権の無因性—ヴィーラントの手形学説に関する一考察」『会社法・手形法論集』(昭55) 372頁によると、「ヴィーラントは、原因関係の当事者における手形の授受により原因関係上の債権が変容せられると解するのであるから、ヴィーラントの立場においては時効期間の変更はこの変容の一つとして説明することができる」。

が自然かという理論構成の自然性の問題にすぎない。そして、裏書禁止のなされていない通常の手形については、証券が発行され、少なくとも受取人によって裏書譲渡された後の権利は、人的抗弁の切断が認められることからいっても、その態様において証券発行前の原因関係上の権利と明らかに相違し、両者の同一性を認めることは、不可能ではないにしても、不自然であるといえる。したがって、通常の手形については、少なくとも全面的に設権証券性を否定することは妥当でないと考えられるが、人的抗弁の切断が認められない裏書禁止手形についてはどうであろうか。

裏書禁止手形についての証券発行前の原因関係上の権利とその発行後の権利の主な相違点としては、次の点を挙げうる。第1に、証券発行前の原因関係上の債務は、原則として持参債務である（民484条、商516条1項）。これに対し、裏書禁止手形についても、通常の手形と同様に手形法1条および75条の適用を否定することはできないと考えられることから、手形に支払地として債務者の営業所または住所あるいは債務者の取引銀行の所在地が記載されているかぎり、証券発行後の債務は取立債務であると解さざるをえない。もっとも、商法516条2項が取立債務性を有する証券として指図債権および無記名債権のみを挙げており、記名証券を挙げていないことから、裏書禁止手形の取立債務性を否定する見解も存するが、²²⁾ そのように商法516条2項をもって取立債務性を有する証券を限定的に列挙したものと解する必要はないであろう。²³⁾ 第2に、証券発行前の原因関係上の権利は、原則として10年で消滅時効にかかり（民167

22) 松本丞治『手形法』(大7)42頁、田中耕・前掲(注4)110頁、大森忠夫『新版手形法・小切手法講義』(昭49)126頁。

23) 同旨、竹田省『手形法・小切手法』(昭30)4頁、西島・前掲(注16)55頁、石井・鴻・前掲(注5)217頁、大隅健一郎・河本一郎『注釈手形法小切手法』(昭52)147頁、黒野・前掲(注17)10頁、小橋・前掲(注8)12頁、鈴木・前田・前掲(注6)240頁、242頁。なお、裏書禁止手形の取立債務性について付言すると、手形に支払場所の記載がある場合には、支払呈示期間内は、当該支払場所において債務の履行がなされることとなり、支払呈示期間経過後は、判例(最判昭42・11・8民集21巻9号2300頁)によると、支払場所の記載が効力を失うため、債務者の営業所または住所において債務の履行がなされることとなる。

条1項。なお、民168条以下、商522条参照)、時効の完成後は何らの権利も発生しない。これに対し、裏書禁止手形についても、手形法70条1項・77条1項8号の適用があると考えられることから、証券発行後の権利は、3年で消滅時効にかかり、時効の完成後は利得償還請求権(手85条)が発生する。²⁴⁾第3に、証券発行前の原因関係上の権利については、特別の訴訟は認められないのに対し、証券発行後の権利については、手形訴訟という特別の訴訟が認められる。もっとも、人的抗弁の切断が認められない裏書禁止手形について手形訴訟を認めることは、被告である債務者に酷であるとして、裏書禁止手形について手形訴訟を否定する見解もあるが、²⁵⁾通常の手形における原因関係上の当事者間の法律関係において手形訴訟が認められる以上、裏書禁止手形についても同様に手形訴訟が認められるはずである。²⁶⁾

以上のように、裏書禁止手形についての証券発行前の原因関係上の権利とその発行後の権利には、履行場所、消滅時効期間、訴訟方法といった重要な点で相違がみられ、両者に同一性を認めることは、不可能ではないにしても、やはり不自然ではなかろうかと思われる。すなわち、裏書禁止手形についても、証券の発行によってそれ以前に存在する権利とは同一性のない新たな権利が発生するものと解するのが自然であり、それゆえ、裏書禁止手形についても、設権証券性を認め、権利の発生に証券の発行を要すると解することが妥当であると考えられる。もっとも、この点は、理論構成の自然性の問題にすぎないことは否定できない。

なお、裏書禁止手形の設権証券性を認める場合は、たとえば、裏書禁止手形が原因関係上の債務の支払のために振り出されたときには、裏書禁止手形の受

24) 黒野・前掲(注17) 5頁参照。

25) 松田二郎「手形訴訟制度について」『株式会社法研究』(昭34) 247頁、鈴木重信「民事訴訟法の一部を改正する法律案要項試案(手形訴訟に関する要項試案)について」ジュリ296号37頁。

26) 同旨、渡辺忠之・西村宏一・井口牧郎編著『裁判実務手形訴訟』(昭40) 9頁以下[牧野利秋]、服部栄三・星川長七編『基本法コンメンタール第3版手形法・小切手法』(平成3) 243頁以下[清水湛]、斎藤秀夫編著『注解民事訴訟法(7)』(昭56) 272頁以下[斎藤秀夫]。

取人は、裏書禁止手形上の権利と原因関係上の権利との2つの権利を有することになるのに対し、裏書禁止手形の設権証券性を否定する場合には、支払のために手形を振り出すことと、支払に代えて手形を振り出すこととの区別の意味がなくなり、裏書禁止手形の受取人は、常に1つの権利しか有しないこととなる。その意味において、設権証券性の問題は、具体的な法律関係に相違を生ぜしめる面もあるが、この点は、裏書禁止手形の設権証券性を認める理由ともなりえないであろうし、それを否定する理由ともなりえないのではなかろうかと思われる。

3. 権利の譲渡と証券

裏書禁止手形における権利と証券との結合関係は、次に権利の譲渡に証券の交付を要するか否かという形で問題となるが、ここで問題とする交付は、譲渡の対抗要件ではなく、あくまでもその効力発生要件としての証券の交付である。

わが国の通説は、この問題を積極的に解している。²⁷⁾その論理の多くは、記名証券である裏書禁止手形は有価証券であるという大前提、および有価証券上の権利の譲渡には証券の交付を要するという小前提を定立し、そこから演繹的に結論を導くというものであるが、このような三段論法には問題がある。上述の大前提である命題は、ドイツの通説を受け入れたものであるが、ドイツの通説は、上述の小前提である命題のほうは、これを認めていない。²⁸⁾むしろ、わが国の通説は、相当の緻密な論理をもってこの小前提である命題を定立してい

27) 薬師寺志光・本間喜一・法学志林38巻1号133頁以下、納富義光『手形法小切手法論』(昭16)272頁、矢部・前掲(注8)395頁、西島・前掲(注16)46頁、48頁以下、田中誠二『手形・小切手法詳論下巻』(昭43)549頁、石井・鴻・前掲(注5)217頁、大隅・河本・前掲(注23)146頁以下、黒野・前掲(注17)13頁、前田・前掲(注6)8頁、159頁、平出・前掲(注6)365頁、鈴木・前田・前掲(注6)26頁、240頁、241頁、田邊光・前掲(注6)46頁以下。

28) a. A. Raiser, a. a. O. (Fn. 17) S. 13ff. ; Ulmer, Das Recht der Wertpapiere (1938) S. 16 ff..

るのであるが、ここで有価証券として考慮に入れられているのは、主としていわゆる流通証券、すなわち無記名証券および指図証券であり、非流通証券である記名証券に対する考慮が必ずしも十分になされていないように思われる。記名証券も有価証券であるというドイツの通説を受け入れながら、記名証券の特性を十分に考慮せずに有価証券論を展開し、この問題の結論を導くことは妥当ではない。²⁹⁾

ドイツの通説が上述の小前提である命題を否定しているのは、まさに記名証券の特性を考慮した結果にほかならない。ドイツ民法1154条1項および792条1項3文は、それぞれ記名証券である抵当証券および指図証券の上の権利の譲渡に証券の交付を要する旨を規定しているが、たとえば、カナリスは、「これらの規定は、一般化されない。民法1154条においては、他の記名証券と異なり、民法1155条による善意取得の可能性が存するため、民法の制度に従って必然的に交付が本質的な移転要件となっているにすぎない。また、民法792条1項3文は、特異な特別規定と思考され、指図を独立の法制度として形成しようとする立法者の努力が明らかになる」と述べて、「記名証券は、民法398条ないし413条によるところの原則として交付を伴わない単なる合意によって移転される」と解している。³⁰⁾

そして、カナリスは、裏書禁止のなされていない通常の手形上の権利を裏書によらずに譲渡する場合には、物権法上の引渡主義 (das sachen rechtlichen Traditionsprinzip) という点を理由として証券の交付を要すると解するので

29) 前掲 (注27) に掲げた文献の中にはさらに、裏書禁止手形においても、権利の行使に証券の呈示を要するという理由から、権利の譲渡にも証券の交付を要すると解する見解も存するが、裏書禁止手形の呈示証券性については争いがあるのみならず (高窪・前掲 (注17) 22頁参照)、仮にその呈示証券性を認めたとしても、「それは証明手段として必要であるにすぎず、証明手段の引渡は権利が移転してからなされてよいはず」(小橋・前掲 (注8) 136頁) であるから、そのような論理は成り立たない。

30) Hueck/Canaris, a. a. O. (Fn. 3) S. 6 f. ; zustimmend Baumbach/Hefermehl, a. a. O. (Fn. 3) WPR Rn.61 b. ツェルナーも、同趣旨を述べた上で、「反対説のための客観的に納得しうる理由はない」と述べている (Zöllner, a. a. O. (Fn. 3) S. 12)。

あるが、³¹⁾「たとえば、この問題が確定されようとも、有価証券の概念によってこれは解決されうるものではない」³²⁾として、「……物権法上の引渡主義との関係からすると、交付要件は、純粹な指図証券の譲渡法的移転にのみ妥当するにすぎず、手形法11条2項の裏書禁止手形……には妥当しないことが明らかとなる。なぜなら、それは、物としては取り扱われず、とりわけ善意取得されえないので、物権法上の引渡主義の適用について十分な正当化がなされないからである」と解している。³³⁾また、ヘッファーメールも、カナリスと同様に、通常の手形上の権利を裏書によらずに譲渡する場合には、証券の交付を要すると解しながら、裏書禁止手形は流通証券ではないという理由から、その権利の譲渡には証券の交付を要しないと解している。³⁴⁾さらに、ツェルナーは、裏書禁止手形上の権利を譲渡する場合のみならず、通常の手形上の権利を裏書によらずに譲渡する場合にも、証券の交付を要しないと解して、「差別的取扱をする決定的理由はない」と断じている。³⁵⁾

思うに、裏書禁止のなされていない通常の手形上の権利を裏書によらず譲渡する場合には、証券の交付を要すると解すべきである。なぜなら、通常の手形の存在意義は、その権利の流通性を高めることに存するところ、権利の流通性を高めるためには、権利を譲り受けようとする者が安心してその法律関係に参入しうるように、法律関係を明確ならしめる必要がある。したがって、通常の手形に関する法律関係においては、譲渡人による権利の二重譲渡の可能性を可及的に排除することによって、法律関係を明確化することが強く要請されるところ、通常の手形上の権利を裏書によらずに譲渡する場合に、証券の交付を要しないと解すれば、権利の二重譲渡の可能性が生じ、法律関係は不明確なものとならざるをえず、手形の流通は害されると考えられるからである。したがっ

31) Hueck/Canaris, a. a. O. (Fn. 3) S. 81 f. .

32) Hueck/Canaris, a. a. O. (Fn. 3) S. 7.

33) Hueck/Canaris, a. a. O. (Fn. 3) S. 83.

34) Baumbach/Hefermehl, a. a. O. (Fn. 3) Art. 11 Rn. 5.

35) Zöllner, a. a. O. (Fn. 3) S. 86.

て、通常の手形上の権利を裏書によらずに譲渡する場合には、証券の交付を要し、この交付は占有改定によってはなしえないものと解すべきである。³⁶⁾

しかしながら、法律関係を明確化することは、権利の流通が積極的に予定された法律関係においては、強く要請されることであるが、そうでない法律関係においては、必ずしも強く要請されることではないと考える。なぜなら、法律関係の明確化ということは、権利を譲り受けようとする者が安心その法律関係に参入しうるようにするためのものであるところ、権利の流通を予定していない法律関係においては、そのような者を保護することよりも、法律関係を基本的に当事者間の意思の合致によって律すべきものとするもののほうが重要であると考えられるからである。そして、ヘッファーマールが述べるように、裏書禁止手形は流通証券ではなく、その法律関係においては、権利の流通は積極的に予定されていない。わが国の学説の中には、裏書禁止手形を含む記名証券を流通が積極的に予定された証券としてとらえているかにみえる見解も存する。³⁷⁾しかし、他の記名証券はともかく、少なくとも裏書禁止手形については、ウルマーが述べるように、「裏書禁止文言の明示的付加によって流通に奉仕するのではなく、単に具体的な法律関係に奉仕する証券を創造する旨を明らかに言明する意図がある」³⁸⁾のであるから、これを流通が積極的に予定された証券としてとらえることは妥当でない。裏書禁止手形は、譲渡可能性自体を否定されるものでは決してないが、その流通性は、単なる指名債権の域を超えるものではなく、したがって、裏書禁止手形上の権利の譲渡には、一般の指名債権の場合と同様に、当事者間の意思の合致のみを要し、証券の交付は要しないと解することが妥当であると考えられる。³⁹⁾

このように、裏書禁止手形上の権利の譲渡には証券の交付を要しないと解す

36) 拙稿「裏書によらない手形の譲渡」西南院9号43頁以下参照。

37) たとえば、竹田・前掲(注17)6頁参照。

38) Ulmer, a. a. O. (Fn.28) S. 101.

39) 同旨、竹田・前掲(注23)100頁、小橋・前掲(注8)136頁、高窪利一『手形・小切手法通論〈全訂版〉』(昭61)164頁。

る以上、その債務者および債務者以外の第三者に対する対抗要件としての民法467条1項および2項の通知・承諾は、これを要すると解さざるをえない。なぜなら、このように解さなければ、債務者の二重弁済を防止しえず、また権利が二重譲渡された場合に、両譲受人の優劣を決定しえなくなるからである。そして、このように解することが裏書禁止手形の譲渡の方式について「指名債権譲渡ニ関スル方式ニ従ヒ」と規定する手形法11条2項の文言にも合致しよう。これに対し、近時、裏書禁止手形上の権利の譲渡にも証券の交付を要すると解したうえで、対抗要件としての民法467条の通知・承諾を不要と解する見解が有力となりつつある。⁴⁰⁾たしかに、裏書禁止手形上の権利の譲渡に証券の交付を要すると解したうえで、さらに対抗要件としての民法467条の通知・承諾を要すると解することはあまり意味がない。なぜなら、民法467条が債権譲渡の対抗要件として通知・承諾を要するとした趣旨は、債務者の二重弁済の防止および二重譲渡の場合の両譲受人の優劣決定にあり、権利の譲渡に証券の交付を要する場合には、二重弁済、二重譲渡のおそれはなく、通知・承諾を要する実益はないからである。⁴¹⁾したがって、この問題について採用されるべき見解は、証券の交付を要すると解したうえで、対抗要件としての民法467条の通知・承諾を不要と解するか、証券の交付を不要と解したうえで、対抗要件として

40) 納富・前掲(注27) 272, 前田・前掲(注6) 8頁以下, 156頁。なお、前田・前掲(注6) 9頁は、「このような解釈は手形法11条2項の明文の規定に反するという批判も予想されるが、解釈上明文の規定を無視することは他にも例がないわけではない」と述べている。

41) 竹内昭夫『判例商法Ⅱ』(昭51) 81頁以下参照。もっとも、本文のような理解に反対して、裏書禁止手形の権利の譲渡に証券の交付を要すると解したうえで、さらに対抗要件としての民法467条の通知・承諾を要すると解する見解も有力である(黒野・前掲(注17) 14頁以下, 平出・前掲(注6) 367頁, 田邊光・前掲(注6) 46頁)。その理由は、債務者の免責に問題が生ずるというにあるが、この場合には、債務者は、権利者と称する者に対し、権利者であることの立証を要求することができるのであるから、その立証が十分であると思料したときは支払えばよく、その立証が不十分であると思料したときは支払を拒めばよいだけのことである。そして、債務者が無権利者に善意無過失で支払をなしたときは、民法478条による保護が認められようから、債務者の免責に問題が生ずることはない。

の民法467条の通知・承諾を要すると解するかのいずれかであると考えられるが、これは、結局、裏書禁止手形の流通証券性を是認するか否かにかかってこよう。私見は、上述のように、裏書禁止手形を授受する当事者の意思は、手形から積極的な流通性を奪うところであり、その意思は尊重されるべきであると考えから、後者の見解を採用するものである。

4. 権利の行使と証券

裏書禁止手形における権利と証券との結合関係は、また、権利の行使に証券を要するか否かという形で問題となるが、この問題は、さらに呈示証券性の問題と受戻証券性の問題とに分けることができる。

まず、裏書禁止手形の呈示証券性については、かつてのわが国においては、その非流通性を根拠に消極に解する見解がむしろ有力であったといえる。⁴²⁾これに対し、現在のわが国においては、裏書禁止手形の有価証券性が強調され、手形金支払のための呈示を要求する手形法38条が文言上、裏書禁止手形についてその適用を除外していないといった論拠から、裏書禁止手形の呈示証券性を認める見解が通説となっている。⁴³⁾

ところで、手形債務者による裏書の連続する手形の所持人に対する善意無重過失の支払に免責を認めている手形法40条3項も、文言上は、手形法38条と同様に裏書禁止手形を除外していないが、手形法40条3項を少なくとも受取人を除く裏書禁止手形の所持人に対する支払に適用することはできない。なぜな

42) 松本・前掲(注22) 42頁, 田中耕・前掲(注4) 110頁, 大森・前掲(注22) 126頁参照。

43) 伊沢・前掲(注4) 58頁, 竹田・前掲(注23) 4頁, 矢部・前掲(注8) 393頁以下, 西島・前掲(注16) 55頁, 田中誠・前掲(注27) 551頁, 石井・鴻・前掲(注5) 217頁, 大隅・河本・前掲(注23) 147頁, 黒野・前掲(注17) 30頁, 小橋・前掲(注8) 12頁, 平出・前掲(注6) 367頁, 鈴木・前田・前掲(注6) 31頁, 44頁以下, 46頁。現在のわが国において、裏書禁止手形の呈示証券性を否定する見解としては、高窪利一教授の見解(高窪・前掲(注17) 22頁, 高窪利一『現在手形・小切手法改訂版』(平元) 205頁, 424頁)を見出しうる。

ら、手形法40条3項は、手形法16条1項が裏書の連続する手形の所持人に権利者としての形式的資格を認めていることを基礎として、手形債務者による裏書の連続する手形の所持人に対する善意無重過失の支払に免責を認めているのであるが、裏書禁止手形においては、仮に裏書がなされたとしても、それは資格授与的効力を有しないため、受取人を除く手形の所持人に権利者としての形式的資格を認める余地はないからである。⁴⁴⁾そして、手形法38条が手形金支払のための呈示を要求しているのは、手形債務者に手形金請求者が裏書の連続する手形の所持人であるか否かを調査する機会を与え、手形法40条3項の免責的効力を伴う迅速な支払を実現することによって手形の流通性を高めることにあるというべきであり。⁴⁵⁾手形法38条は、文言上、裏書禁止手形についてその適用を除外していないが、受取人を除く裏書禁止手形の所持人の所持人に対する支払に適用することができない手形法40条3項の適用を前提とする規定であるから、その趣旨は、裏書禁止手形には少なくとも全面的に妥当するものではないといわなければならない。もっとも、裏書禁止手形についても、手形法39条1項を適用して、受戻証券性を認めるならば、証券を受け戻すためには、必然的に証券を呈示することを要するから、証券の呈示を要しないと解することもほとんど意味がなくなる。

裏書禁止手形の受戻証券性を認めることについては争いが無いといわれる。⁴⁶⁾たしかに、裏書禁止手形の振出人は、通常、証券と引き換えに手形金を支払う意思を有しているであろう。証券を受け戻さなければ、証券に記載された自己

44) 黒野・前掲(注17)32頁は、「指名手形の免責力ある支払については、証券および対抗要件の2つの形式的要件を前提として手形法40条3項が適用される」と述べているが、同項は、支払者に裏書の連続を調査することだけを要求しているにすぎないから、そのような「適用」は、手形法40条3項の適用とはいえないのではなかろうか。

45) カナリスは、「手形は、支払のために呈示されなければならない。なぜなら、手形の所持人のみが手形から生ずる権利の主張につき資格を認められ、債務者は、資格の調査を証券の呈示によって可能にされる必要があるからである」と述べている(Hueck/Canaris, a. a. O. (Fn. 3) S. 129)。

46) 大隅・河本・前掲(注23)147頁参照。

の名義が冒用される危険が生じるからである。このような振出人の意思は、ある程度尊重されるべきものかもしれない。しかしながら、受戻証券性を認めるということは、証券を喪失した場合には、除権判決を得なければ権利を行使することができないということであるが、裏書禁止手形を喪失した場合に、必ず除権判決を得なければ権利を行使することができないと解することは、果たして妥当であろうか。少なくとも受取人以外の裏書禁止手形の所持人は、権利者としての形式的資格を認められるものではないことから、証券を喪失した場合に除権判決を得ても、権利者としての形式的資格を回復することにはならず、さらに民法467条の通知・承諾を得て、対抗要件を具備しなければ権利を行使することはできない。それにもかかわらず、その者が裏書禁止手形を喪失した場合には、6カ月という決して短くない公示催告期間に要する除権判決を得なければ権利を行使することができないと解することは、その者にとってほとんど無意味な負担を課することになり、妥当でない。また、自己の名義が冒用される危険が生じるのは、この場合に限ったことではない。そもそも、手形に受戻証券性を認める趣旨は、証券に記載された名義が冒用されるという危険を防止するというよりも、支払済の手形が第三者に善意取得され、債務者が二重払いをしなければならなくなるという、より切実な危険を防止するためである。そうだとすると、善意取得が認められず、上記のような切実な危険のない裏書禁止手形については、少なくとも受取人以外の者との関係では、手形法39条1項を適用して、受戻証券性を認める必要はなく、⁴⁷⁾したがって、呈示証券性も認める必要はないと解される。

では、裏書禁止手形の受取人との関係ではどうであろうか。裏書禁止手形が受取人とどまっている場合の法律関係は、裏書禁止のなされていない通常の手形が受取人とどまっている場合の法律関係と原則として同様に考えることができることは既述した。したがって、裏書禁止手形の受取人には手形法16条1項の権利者としての形式的資格を認めることができ、手形法40条3項も、裏

47) 高窪・前掲(注43)424頁参照。

書禁止手形の受取人に対する支払に適用されると解される。⁴⁸⁾ そうだとすると、裏書禁止手形の受取人が手形上の権利を行使する場合には、手形法38条1項によって証券の呈示が要求され、また、除権判決を得ることによって形式的資格を回復しうるのであるから、手形法39条1項によって証券を債務者に引き渡すことが要求されるにも思われる。しかしながら、裏書禁止手形の受取人は、通常の手形の受取人と異なり、手形の裏書によって譲渡することは不可能であるため、受取人から手形上の権利を譲り受けた者は、受取人が債務者に債権譲渡の通知をするか、あるいは債務者がすすんで債権譲渡を承認しなければ、権利の取得を債務者に対抗できない地位にある。したがって、債権譲渡の通知が債務者に到達していない場合には、証券を喪失した裏書禁止手形の受取人が除権判決を得ずに権利を行使できると解しても、債務者の免責に問題が生ずることはない。そうだとすると、受取人との関係でも、裏書禁止手形についても呈示証券性および受戻証券性を認める必要はないとも考えられる。

なお、裏書禁止手形上の債務はあくまで取立債務であり、証券がなければ、銀行を通して権利を行使することは事実上できないであろうし、証拠方法が原則として書証のみに限られる手形訴訟によって権利を実現することも事実上できないであろう。しかしながら、たとえば、支払呈示期間経過後に証券を所持していないが、民法467条の対抗要件を具備している手形譲受人が債務者の営業所または住所において手形債務の履行を求める場合には、手形債務者は、証券の不所持を理由としては、履行を拒めず、その不当な拒絶は、履行遅滞をもたらすと解すべきであり、この場合、仮に手形金請求者が無権利者であったときには、善意無過失でその者に手形金を支払った手形債務者は、民法478条によって保護される可能性があるとして解すべきである。それによって、証券を所持している真実の権利者は、その権利を失うこととなるが、民法467条の対抗要件を具備することによって手形債務者をして自己が権利者であることにつき悪意たらしめておけば、民法478条の適用による権利喪失の危険を防止すること

48) Vgl. Staub=Stranz, Wechselgesetzes, 13. Aufl (1934) Art. 16 Anm. 7. 小橋・前掲(注8)12頁参照。

ができよう。

以上のことから、裏書禁止手形については、ドイツにおいて強調される証券を所持する権利者の安全⁴⁹⁾は、必ずしも確保されないこととなるが、わが国においては、権利譲渡の対抗要件として民法467条の通知・承諾を要することから、同条の対抗要件を具備した権利者の安全が確保されるため、不都合はないと考える。これに対し、ドイツにおいては、債権譲渡についていわゆる対抗要件主義がとられておらず、ドイツ民法407条によって善意の債務者による原債務者への弁済、あるいは二重譲渡の第2譲受人への弁済が有効とされているにすぎない。「ドイツ民法のように主観的な善意・悪意によって効力を区別することは相対的で、画一性を欠くことになる。権利関係の画一的確定性の理想からみて、フランスならびにわが民法の主義が妥当であろう」といわれるところ⁵⁰⁾ドイツにおいては、債務譲渡について対抗要件主義がとられていない欠点を補うために、とくに記名証券については、ドイツ民法407条の適用を排除し、証券を所持する権利者の安全を強調することによって、証券の所持に権利譲渡の対抗要件としての機能を果たしめてきたのではないかと推察される。はじめに述べたように、ツェルナーが有価証券概念における証券の「所持」の意義を証券の呈示のための準備ではなく、他人による証券の利用の排除に求めていることなどは、まさにこのことを示すものであろう。すなわち、ドイツにお

49) この点については、すでに河本一郎教授の詳細な研究が存在する。同教授は、ドイツにおける学説の発展を、ブルンナー、アドラー、ギールケ、ヤコビ、ヴィーラント、シュベールン、ヒュック、ライザー、ウルマーなどの文献によってたどられたうえで（河本・前掲（注14）53頁以下）、「記名証券債務者は証券なしには支払う必要はないだけでなく、証券なしに支払ったのでは、たとえ善意であっても免責されず、真の権利者が証券を呈示して請求してくる限り、これに再び支払わねばならない。これを譲受人の側からいえば、譲受人は証券さえ入手してしまえば、債務者への譲渡通知がなされていなくとも、債務者が譲渡人へ弁済することによって、自己の権利を失わしめられるおそれがない、すなわち、いわゆる安全機能（Sicherungsfunktion）が記名証券にあっても存在する」（河本・前掲（注17）217頁）との分析結果に達されている。Vgl. Hueck/Canarts, a. a. O. (Fn. 3) S. 9 ff. und S. 22; Baumbach/Hefermehl, a. a. O. (Fn. 3) WPR Rn. 63; Zöllner, a. a. O. (Fn. 3) S. 20.

50) 西村信雄編『注釈民法(11)』（昭40）371頁 [明石三郎]。

いて裏書禁止手形を含む記名証券について受取人以外の者との関係でも呈示証券性および受戻証券性が認められているのは、証券の所持が権利譲渡の対抗要件としての機能を果たしている結果にすぎず、債権譲渡について対抗要件主義をとっているわが国においては、ドイツと同様に解する必要はないと考えているが、⁵¹⁾なお今後の検討を要するところであろう。

5. おわりに

以上、裏書禁止手形における権利と証券との結合を検討してきたが、その検討結果によれば、まず、裏書禁止手形上の権利の譲渡には証券の交付を要しないと解されるから、有価証券を権利の「移転」あるいは「移転および行使」に証券を要するものと解する現在のわが国の有力説によっては、裏書禁止手形を有価証券概念の中に含めることはできなくなる。有価証券を権利の「移転」あるいは「移転および行使」に証券を要するものと解する見解の狙いは、有価証券概念を英米法における流通証券概念と同様に流通機能によって意味づけようとするところにある。⁵²⁾たしかに、ほとんどの有価証券にとっては、流通機能が欠くことのできない最も重要な機能であることは否定できないが、流通証券概念とは異なり、数は少ないものの裏書禁止手形のような非流通証券を含めて

51) 河本一郎教授は、「債権譲渡の方式および効力については、わが民法がいわゆる対抗要件の制度を採用するに對し、ドイツ民法はかかる制度を採用していないのである。したがってドイツにおける記名証券論をわが国にとりいれるにあたっては、それ相当の修正を加えねばならないのではなかろうか。あるいは全然とりいれることができないことになるかもしれない」(河本・前掲(注17) 218頁)と問題を提起され、「右の理論は、記名証券債権の移転には証券の引渡を必要とするという立場に立ってこそ通用する理論である。これに反し、証券の引渡は権利移転の成立要件ではなく、記名証券上の債権は単なる意思表示によって移転できるという立場に立てばそれは通用しない。けだしこの場合には、正に物権的地位にある者同志の対立がみられるからである。そして記名証券にあっても、債務者以外の第三者に対する関係では、民法の対抗要件の原則の適用を承認せざるを得ないとすれば、これらの場合には、証券取得者のための安全機能はもはや存在しないといわなければならないだろう」(河本・前掲(注17) 235頁)と結論づけられている。

52) 前掲(注5)および(注6)に掲げた文献参照。

歴史的に形成されてきた有価証券概念にそのような意味づけを与えることにはかなりの無理を伴うものといわざるをえない。そこで、これらの見解の中には裏書禁止手形に代表される記名証券を有価証券概念から排除しようとする見解もある。⁵³⁾しかし、ツェルナーが述べるように、「有価証券概念は、単に法材料を体系的に限定する使命を有しているにすぎないから、その限りでは単に合目的性の問題に関係する」⁵⁴⁾ものであるから、有価証券概念は、歴史的に有価証券と呼ばれてきた多種多様な証券を広くその中に含めうるものでなければならないと考えられるところ、記名証券が歴史的に有価証券として扱われてきたことは否定できない。⁵⁵⁾記名証券を排除して得られる証券概念は、もはや有価証券概念ではありえず、新しい証券概念の創造にほかならないのではなからうか。⁵⁶⁾

次に、受取人が裏書禁止手形上の権利を行使する場合に証券の呈示および受戻またはそれに代わる除権判決を要するか否については、既述のように問題がないではないが、少なくとも受取人以外の者が権利を行使する場合には、これらを要しないと解される。したがって、有価証券を権利の「行使」に証券を要するものと解する見解によっても、裏書禁止手形を有価証券概念の中に含めることはできなくなる。このような解釈は、有価証券概念の母国であるドイツの通説的見解と真っ向から対立するが、この対立は、既述のように、債権譲渡に関するわが国とドイツの立法主義の相違に起因するものと思われる。

ところで、裏書禁止手形においても、裏書禁止のなされている通常の手形と

53) 石井照久「有価証券理論の反省」竹田先生古稀記念『商法の諸問題』(昭27) 452頁、高窪・前掲(注43) 18頁。

54) Zöllner, a. a. O. (Fn. 3) S. 21.

55) 河本・前掲(注17) 240頁以下参照。

56) ドイツにおいては、ライザーおよびウルマーが記名証券を有価証券から排除して、有価証券を権利の処分(Verfügung)に証券の所持を要するものと解している。(Raiser, a. a. O. (Fn. 17) S. 13ff.; Ulmer, a. a. O. (Fn. 28) S. 16 ff.)。しかし、このような有価証券概念は、狭義の有価証券概念(Enger Wertpapierbegriff)と呼ばれ、通説から批判を受けている(Vgl. Baumbach/Hefermehl, a. a. O. (Fn. 3) WPR Rn. 10)。

同様に、証券発行前後の権利の態様の相違は、別個の新たな権利の発生と解するのが自然であり、裏書禁止手形上の権利の発生には証券の発行を要すると解される。「権利の発生のみについて証券を必要とし、従って権利の移転ないし行使につき証券を必要としないようなものがあったとしても、それは有価証券とは認めべきではない」⁵⁷⁾といわれるが、権利の移転または行使に必ずしも証券を要しないものであっても、証券の発行によってそれ以前に存在する権利とは同一性のない新たな権利が発生するものと解されうるものは、少なくとも単なる証拠証券とはいえないことから、権利と証券との結合があるものとして、これを有価証券と認めなければならないのではなかろうか。そうだとすると、従来のわが国の有価証券概念に関する見解においては、有価証券を権利の「発生、移転、行使の全部または一部」に証券を要するものと解するかつて有力説によってのみ、裏書禁止手形をその中に含めることができる。⁵⁸⁾いわゆる「化体要素の後退」が進行している今日において、この見解は、歴史的に有価証券と呼ばれてきた多種多様な証券をより広くその中に含めることができるものとして、再評価しうる余地があろう。もっとも、既述のように、権利の発生に証券を要するということは、権利の譲渡ないし行使に証券を要するということと異なり、理論構成の自然性の問題にすぎないことは否定できず、このような形で有価証券概念の維持をはかることがわが国の証券法学の将来にとって好ましいことであるか否かは別問題である。証券の有する機能ではなく、権利と証券との結合という抽象的な事柄によってわが国の証券を体系化することの妥当性を今後は問うていかなければならないと考えている。⁵⁹⁾

57) 鈴木・前田・前掲(注6)25頁。

58) もっとも、この見解は、「権利の発生だけに証券を要するようなものを有価証券と認める趣意ではなく、証券が権利の発生・行使・移転の三者全部に必要なもの、行使・移転の二者に必要なもの、移転のみに必要なものという三種の組み合わせを予想し、ただこれを簡潔に表現しようとしたにすぎない」(西原・前掲(注4)102頁)ともいわれるが、少なくとも文理上は、権利の発生のみ証券を要するものを有価証券に含めることができる。

59) その際には、民商法上における有価証券概念だけではなく、証券取引法などにおける有価証券概念も、考慮に入れる必要がある。

[付記] 本稿は、平成4年度教育研究学内特別経費（「国際取引と法秩序」）による研究成果の一部である。