



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	手形法16条2項にいわゆる「善意」について(一)
Author(s)	林, 靖; HAYASHI, Tatsumi
Citation	北大法学論集, 24(4), 45-95
Issue Date	1974-03-26
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/16160">https://hdl.handle.net/2115/16160</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	24(4)_p45-95.pdf



手形法一六条二項にいわゆる「善意」について (一)

林

立身

目次

- (一) 問題の提起
  - (二) ドイツ手形条例七四条について
    - (1) 成立
    - (2) 学説の動向
      - イ) ドイツ民法典成立前
      - ロ) ドイツ民法典成立後
    - (3) 判例の検討(以上本号)
  - (三) 統一手形法一六条二項について
    - (1) 成立
      - イ) 成立過程
      - ロ) 英米法との比較
    - (2) フランス法
    - (3) ドイツ法
- 四 総括——日本法と外国法——

(一) 問題の提起

(1) 手形法一七条に定める手形抗弁の切断では、悪意が関連しなればならない事実には疑問の余地がない。所持人の悪意の対象は抗弁事実、つまり債務者が現所持人の前者に対して有する抗弁が、起因するところの事実である。抗弁切断のためにはそのほかに、債務者を害するとの認識が加わらねばならない。まさしく、そのように形成された悪意のゆえに、そしてそれだけの理由で手形法は、善意であれば形式的資格を理由として無条件に付与している、前者に由来する抗弁の「切断」を認めない。しかし、手形上の権利の取得では、事情を異にし、手形の取得は種々の瑕疵によって妨げられうる。このため手形法一六条二項は、いかなる事実と関連しているのかとの疑問が、とりわけ重大であり、際立ってくる。ここで考慮される瑕疵とは、所有権、処分権限、代理権、行為能力の欠缺、さらに意思表示の瑕疵等である。手形取得行為に以上の瑕疵<sup>(1)</sup>があつて、しかも所持人が善意である時に、手形所持人の前者は手形の返還を請求できるのか、また債務者は前者と所持人間の取得行為の瑕疵の存在を立証して、支払を拒むことができるか。つまり上述の瑕疵に対する所持人の善意は、手形法一六条二項によって保護されるのか。このことはしか

し一六条二項の法文自体から明瞭ではない。

この問題をめぐる論争は、我国では現在のところ学説で決着がつかないままにおわり、判例もまた学説と同じく混沌の状態にあるかに見える。現在の時点では、いわば論争が行き詰まりとなつてしていると評価できる。

わが国の通説は民法の即時取得の規定(民法一九二条)<sup>(2)</sup>の解釈を<sup>(3)</sup>手形法一六条二項(旧商法四四一条)に投影して、手形取得行為に瑕疵ある時には同条の保護は善意の取得者に対しても認められない。つまり、手形法一六条二項は民法一九二条と沿革を同じくしているものである以上民法と同じ解釈が正当であるとする。またある学説は、ドイツで主張された手形占有の公信力の理論(権利外観説)に依拠し、手形占有を手形権利の顕現形式と解しその占有を信頼した善意者を保護するのが手形法一六条二項の法意と理解して、手形占有は占有者に行為能力と代理権が存在するとの外観を与えないとして、通説を補強する<sup>(4)</sup>。また通説は、善意取得を肯定することにより損害を被むる者の利益の保護(静的安全の保護)、つまり、民法の無能力者、無権代理、意思表示に関する制度の趣旨の尊重も見逃しえないことを付け加える。結局、通説は一六条二項につき次のような解釈を採る。同条にいわゆる「事由の

何たるを問わず手形の占有を失った者ある場合において」とは、取得者の直接の譲渡人を除いて、それ以外の者について手形の占有喪失があり、しかもその喪失の事由は問わない趣旨であると。それ故取得者の直接の譲渡人に手形取得を妨げる事由（無権代理・無能力等）のある場合に同条の適用はないが、その取得者は無権利者であるから、さらにこの者から手形を善意で譲り受けた者は、同条により手形の善意取得が認められる。

これに対し我国の有力説は、<sup>(6)</sup>前述の問題を手形取引の安全を理由として、全面的に肯定し、手形法一六条二項は取得行為に存するすべての瑕疵を治癒すると解し、学説では次第に有力となりつつある。この説は、手形法一六条二項の規定を裏書が裏書人側の事由によって無効または取消される場合に、それについて善意である取得者を保護する規定と解する。手形取引の安全（動的安全の保護）を根拠とし、同条の解釈として「事由の何たるを問はず手形の占有を失った者」から、直接の相手方たる譲渡人を除く必要はなく、それ以外の者について占有喪失があった場合と、その直接の相手方たる譲渡人について占有喪失があった場合の両者を含むとし、同条の解釈に上述の瑕疵のある時にでも債務者の免責を認める手形法四〇条三項の解釈の類推適用の可能性を主張する。有力

説はむしろこれがドイツにおける通説であることも付け加える。

無権代理による裏書と解される事例で、この有力説に従い、従来の判例の立場を<sup>(6)</sup>一歩進めて、善意取得の成立を肯定したかに見える判決があるが、現時点で判例の動向まで明らかにできない。<sup>(7)</sup>

(2) この問題は、有力説がドイツの判例・通説であるとの評価が契機となって、戦前においてわが国の学界に紹介されたものの<sup>(8)</sup>結局、有力説は、学説の承認を得られないまま、少数説にとどまったが、戦後に漸く学説の一部で強く主張されてきた。

論争自体がドイツ法に遡るため、従来ドイツ法に関する研究がなかつた訳ではない。議論も出尽くし、付け加えるべきあらたなものもないかに見える現状で、本稿をさらにそれらの研究に加える理由は、従来の断片的な紹介を再構成してドイツの学説・判例の展望を試みたいという事につきる。つまり条文が解決の手掛りとならない以上、立法の段階での審議の検討を欠くことはできないと考える。さらにその後の学説の形成過程を学説史として描きだし、さらに判例の検討も当然加えなければならぬ。以上の課題を達成して始めて同条によって治癒される瑕疵の範囲をめぐるドイツにおける論争の概観が得られたことになるが、残念ながらわが国では未だこの試みが充分になされていない。<sup>(9)</sup> それゆえ本稿

は論争の起源がドイツにおける学説の対立にありながら、それについて断片的紹介に止まった従来の研究を補完するため、また問題解決の前進を計るため不可欠の前提としてドイツ法に関する包括的な理解を徹底させることを目指す。このような課題を負った本稿ではドイツ法の展望に主眼が置かれるため、ドイツと同じく統一法を採用した大陸法系の諸国、就中フランス法の検討、ならびに法系を異にする英米法との比較は粗雑な素描にとどまらざるをえない。

統一手形法二六条二項の母法とも言うべき、ドイツ手形条例七四条の検討から本稿を始める。

(1) 取得行為に上述の瑕疵(ただし同一性の欠缺を含む)のあるため裏書が無効または取消しうべきものとなった場合である。裏書が無効となる例として最後の裏書が偽造である場合も含まれることになる。

(2) 戦前では松本「手形法」(大七)六三頁、田中(耕)「手形法小切手法概論」(昭二二)二六九頁、鈴木「手形法小切手法講義案」(昭一〇)六〇頁(旧説)、納富「手形法小切手法論」(昭一六)一五三頁、納富「手形法に於ける基本理論」(昭一五)六〇五頁以下、大橋「手形法」(昭一七)一八六頁(ただし同一性については取得者を保護)、大橋「新

統一手形法論(上)」(昭七)二五一頁、大浜「手形及小切手法(上)」(昭九)一〇五頁、山尾「新手法論」(昭一〇)三〇頁、山尾「所謂手形交付契約欠如の抗弁」(手形法研究・昭一〇)一〇九頁注(4)参照があり、戦前では庄倒の多数説である。通説の立場から本問題を扱った戦前の最もすぐれた業績は竹田「手形ノ善意取得(一)」(京都法学会雑誌一一巻八号一頁、同一二七七六頁である)。

戦後では竹田「手形法小切手法」(昭三〇)三九頁、伊沢「手形法・小切手法」(昭二四)一八三頁、伊沢「注解手形法小切手法」(昭二四)七一頁、大隅「改訂手形法小切手法講義」(昭三七)五一頁、田中(誠)「手形法・小切手法詳論(上)」(昭四二)二二八頁、田中(誠)「山村」堀口「コンメンタール手形法」(昭四六)五三五頁以下、石井「手形法・小切手法」(昭四五)四八頁等があり現在でも通説である。その他、伊沢「善意取得と手形抗弁」(商法演習Ⅱ)(昭三五)一五九頁以下、同「無権代理と善意取得」(法学論集(関西大学)一〇巻三号六七頁以下、富山「無能力を理由とする手形の裏書の取消」(商法演習Ⅲ)(昭三八)一五三頁以下、高島「有価証券の取得行為の瑕疵」(法学研究二八巻六号一六頁以下、なお同「有価証券の善意取得」(綜合法学五巻五号二二頁以下、田中(誠)「堀口」)「無権代理により手形の振出交付を受け、これを裏書譲渡した場合の譲受人の振出人に対する権利」(手形研究三一号一六頁以下、深見

「無権代理による手形の裏書譲渡と手形法一六条二項」商事法務一七四号三一頁以下「商事法判例研究(2)に再録」等がある。その他、譲渡人の無能力の場合に善意取得を認めないが、無権代理の場合にこれを認める折衷説として、升本「有価証券法」(昭和二七)六四頁がある。最近これを主張するものとしては、小室「無権代理と手形法第一六条第二項」斎藤還曆記念(昭三八)一三五頁以下、同「無能力者の裏書と手形の善意取得」富士論叢八卷一三三頁以下がある。なお記名株券につき、同「記名株券の善意取得」開学記念論文集(創価大学)昭四六・二七八頁以下参照。

(3) 現在では、異論なく民法一九二条によって善意取得が認められるのは無権利者(または処分権限の欠缺した者)からの取得の場合に限られると解されている(我妻「物権法」一三四頁以下、末川「物権法」二三五頁以下、舟橋「物権法(法律学全集)」一三七頁以下、注釈民法(7)物権(2)一六頁以下(好美)。ただし、かつては異説があった、乾「民法一九二条ノ解釈ニ就テ」法協三一巻九号二〇頁以下参照。

(4) 前掲の伊沢教授と納富博士の説が代表的である。

(5) 戦前、商法学の分野では鳥賀陽「手形法」(昭九)六一頁以下のみが、善意による実質上の取得行為の瑕疵の治愈可能性を認め、民法学では、我妻「近代法に於ける債権の優越的地位」(昭二八)五六頁以下も同旨を主張され、この解釈を採っても「民法の体系を破壊する虞はない」とされる、

我妻「物権法(現代法学全集第二二巻)」(昭五)一五六頁注(三)参照。しかし、戦前では学説の多数を占めることができなかつたが、戦後、鈴木「手形法・小切手法」(昭三二)二五一頁以下がこれを主張されてから、学説において、急速に賛同者を増しつつある、たとえば高窪「手形法・小切手法」(昭三二)九一頁、同「有価証券の善意取得と抗弁の制限—いわゆる所有権説の立場から—」法律のひろば一四巻七号一五頁以下、同「手形の善意取得」商法の判例(第二版)一四頁以下、豊崎「善意取得」手形法・小切手法講座三巻四九頁、八木「教程手形法小切手法」(昭四三)九四頁、小橋「全訂手形法小切手法講義」(昭三八)五四頁、同「手形行為論」(昭三九)二三五頁がある。その他に、塩田・民商四二巻六号七四頁、大原「無権代理による手形の裏書譲渡と手形法一六条二項」判評二八号三頁以下、竹内「手形の善意取得—代理・代表権のない者から裏書譲渡を受けた場合にも善意取得は成立するか」法協七八巻五号七八頁以下、矢沢・法学教室(旧版)一号一六八頁、田辺光「無能力者の裏書と善意取得」阪南論集(阪南大学)三巻一・二合併号八五頁以下、武久「手形善意取得における「善意」概念の解釈について」彦根論双(滋賀大学)一四九号三〇頁以下がある。株券についてすでに有力説を採っていたものに、松田(鈴木(忠))「一条解株式会社法(上)」(昭二六)一七五頁がある。なお大隅「株式の譲渡」株式会社法講座(昭

三一第)二卷六七九頁參照。

(6) 我國の判例については、もっとも徹底的かつ・詳細な上柳「手形の善意取得」判例手形法小切手法・伊沢選曆記念(昭四四)二六五頁以下參照。

かつて戦前の旧法下の下級審判決ではあるが、我國の有力説を採ったものがある、東京地判昭四二・三・二〇・新聞五六五号九頁は「旧」商法四四一条にいゆる悪意の取得者とは前者が所有者でないことを知る者のみではなく、「前者が行為能力者に非ざること前者が手形処分能力を有せざることまたは前者が手形処分の権限を有せざること等の事実」を知って手形を取得した者であるとする(事案は、XはAにB会社との請負契約履行のための資金を得させる目的でY銀行で割引するとの合意の下に二通の約束手形を振り出したが、Aは合意に反して他の目的のためY銀行に譲渡したので、XがY銀行に手形の返還を求めたというものである)。しかし戦前では無権利者からの取得に限るとするのが判例であった。

大判明四三・三・一五民録一六輯二一五頁は(おそらく前掲東京地判の上告審判決と推測される)、「商法四四一条ハ……取得ノ際手形譲渡人カ手形ヲ譲渡スル權利ナキコトヲ知リタルカ若クハ之ヲ知ラサルニ付重大ナル過失アル場合ノ外ハ手形ヲ有効ニ取得スヘキコトヲ規定シ」たものであると説いた。同旨、大判昭六・五・二三・新聞三二八一

号二二頁。ただし、いずれの判決も、善意取得によって治療される瑕疵が、譲渡人の無権利に限られるか否かが、直接の争点とはなっていない事件ではある。

(7) 最判昭三五・一・一五(三小)民集一四卷一号一頁以下の判決である。

事案はA商事株式会社(以下A会社と呼ぶ)名古屋出張所取締役所長Bと自称する者が、受取人を「A会社名古屋出張所」とする手形を振出人Yから交付を受け、この手形をBが「A会社名古屋出張所取締役所長」と署名してXに裏書譲渡したというもので、支払を拒絶されたXが手形金の請求したのが本訴であった。

最高裁は、原審の結論を維持して、Yの上告を棄却した。判決の内容を見ると、本判決は原審の認定にしたがい、受取人はA会社で、AX間の裏書が、無権代理(代表)による裏書との前提をとり、Xが手形上の権利を善意取得したと判断したもので、従来判例を拡張して、善意取得によって治療される瑕疵の範囲を広げた、つまり代理または代表権の欠缺も手形法一六条二項の「善意」の対象たりうることを認めた判決であった(竹内・前掲評釈・法協七八卷五号七八頁、伊沢・前掲評釈・法学論集二〇卷三二号六七頁以下、上柳・前掲論文・伊沢選曆記念二七〇頁參照)。しかし問題がない訳でない。本判決の評釈はその評価について極端な分裂を示している。まず、①本件の事案を本判決と

同じく受取人はA会社で手形が無権代理(代表)によって裏書されたと理解する説がある(大原・判評二八号三頁、北村・法曹時報一二卷三号七二頁以下、同・法律のひろば一三卷五号五一頁)。②また受取人をA会社とするがA会社が(Bに受働代理権がないからAの追認のないかぎり)無権利者だから、通説によっても結果は同じ事例と解する説がある(ただしこの場合、手形がAに到達していないから、手形債権そのものが不発生となるため、この面での理論的妥当、たとえば権利外観説または創造説を採る必要がある)、たとえば深見・商事法律研究一七四号三二頁(商事法判例研究②に再録)、小松・法律論双三四卷二号一三七頁である。なお高田「裏書連続の資格授与的効力」手形小切手判例百選(旧版)一五九頁参照。それ故②説は有力説に従った判決との評価もまた可能であるが、本判決がいずれによったか不明とする。③またある説は、受取人をA会社名古屋出張所とし、これを現在のA会社と無関係な個人企業か仮設の会社とみ(つまり、A会社名古屋出張所が手形上の権利者となる)、仮設のA会社名古屋出張所のためにBがなした裏書は、一種の無権代理によるものとの可能性があると解する。この説によれば、本判決は無権代理の場合に善意取得を認めた判決と、評価できることになる。塩田・民商四二卷六号八〇頁以下、ほぼ同旨、高窪・商法の判例(第二版)一四三頁参照。④また、本判決の先例とし

ての意義を全く否定するものとして、A会社名古屋出張所を、Bが自己を表示するために使用した名称とし、手形の受取人をB個人とし(Bが手形上の権利者)、XはBから手形を取得したのであるから、善意取得の問題ではないとする説がある、伊沢・法学論集一〇卷三三頁六七頁以下、浜田・民商四六卷五号一二四頁以下、なお上柳・前掲論文・伊沢還暦記念二七〇頁参照。この説によれば、本判決はいわば回り道をした判決となる。さらには、誰が受取人かの問題にふれず、⑤本件は手形善意取得の問題ではない事例とする説がある、つまりこの説によれば、A会社は手形の占有を取得していないのであるから、手形法一六号二項適用の前提である「占有ヲ失ヒタル」場合との要件をみたしていないので善意取得の問題ではないとする、田中(誠)Ⅱ松元(堀口)・手形研究三一号一六頁参照。

なお、その他本判決については、喜多・手形小切手判例百選(新版)七五頁以下、藤井・「手形の善意取得」演習商法(手形小切手)・昭四七・八七頁以下、同「手形の善意取得」法学セミナー一七二号二八頁以下、小橋「手形行為論」(昭三九)三三六頁参照。

結局、本判決の評価は学説では、決着がつかないままにおわっている。なお、本判決と同じく無権代理による裏書の場合に善意取得が可能であることを前提としたかに見える判決として最判昭四一・六・二二(三小)民集二〇卷五号

一〇八四頁がある(坂井・法曹時報一八卷九号一一五頁、竹内・法協八四卷五号七四一頁、西島(梅)・民商五六卷一七九〇頁参照)。しかし、この判決も問題のある判決である(竹内・前掲評釈・法協八四卷五号七四三頁、上柳・前掲論文・伊沢選曆記念二七六頁参照)。

(8) 最判昭三六・一一・二四(小)民集一五卷一〇号二五一九頁である。この判決は注(7)引用の昭和三五年判決と事実を同じくし、当事者のうち原告のみが異なる事件である。

原審(名古屋高裁昭和三一年二月一九日)は「……手形法第一六条は手形譲渡人の無権利の場合のみに限られ手形譲渡人につき無能力、代理権欠缺、意思表示の瑕疵等のある場合は同法条の適用なしとする見解は採用し得ないところである。」と判断した(原判決は有力説を採った戦後はじめての下級審判決である)、これに対しYが(通説を根拠として原判決を攻撃して)上告したが、結局上告は棄却された。

最高裁の判決理由の骨子は、受取人A会社を無権利者とし、Xは無権利者から手形を善意で譲り受けたのであるからXは手形上の権利を取得したとするものである。

この判決は注(7)で紹介した説のうち、A会社を無権利者と解し通説によって善意取得が肯定されると解する説(つまり注(7)の②説)と同一の理由を示し、三五年判決と結論を同じくするが理由において、三五年判決の先例とし

ての意義を滅殺する判決である(三淵・法曹時報一四卷一七五六頁、浜田・民商四六卷五号八六三頁、なお高田・手形小切手判例百選(新版)一八八頁参照)。

両判決の事実から見ると、取得者は無権利者たる本人の無権代理人から、手形を取得したことになる。譲渡人(A会社)の無権利と無権代理という二つの瑕疵が裏書に存する訳で、両判決はそれぞれ事実の二つの面のうちの一つに視点を置いた、つまり三五年判決は無権代理による裏書の例として、三六年判決は手形の譲渡人(無権代理で本人とされた者)の無権利の例として本件を判断した。

しかし三五年判決は(わが国の有力説を採ったと評価するかぎり)理論的に一貫している(譲渡人の無権利と無権代理の二つの瑕疵は善意により治癒可能でありうるかと解さるから)が、三六年判決には問題が残る、従来の通説・判例では治癒可能な瑕疵は譲渡人の無権利に限られると解するから、結論を正当化するためにはもう一方の瑕疵つまり無権代理(無権代表)の存在を無視せざるをえないがこれには問題があろう。

しかし三六年判決の論理的に一貫性は別として、三六年判決がある以上現在のところ三五年判決が、判例として確立したとの評価は困難である(上柳・前掲論文・伊沢選曆記念二七七頁、また両判決と手形理論との関連について、上柳・前掲論文二七八頁、藤井「手形の善意取得」法学セミ

ナ一七二号二八頁、同「手形の善意取得」演習商法(手形小切手)昭四七・八七頁以下参照、その他、学説・判例を整理したものに、田村「善意取得の要件」統学説展皇昭四〇)一〇六頁がある。

(9) たとえば、松本・前掲書六三頁注三には「独手形法第七十四条ノ解釈トシテハ通説ハ上述セル所ニ反シ同条ハ広ク善意取得者ニ適用アルモノトセリ」とある。

(10) たとえば、岡島「手形法を中心とした善意取得保護の発展—カール・ルックスの所説を基因として—」法と政治(関西学院大学)一一卷一号九三頁、藤井「手形善意取得問題序説」経済理論(和歌山大学)五三号一七五頁、豊崎・前掲論文・講座三卷一三四頁、田辺(光)・前掲論文・阪南論集三卷一・二号八五頁以下、同「手形法における善意保護の系譜(一)」法学ジャーナル(関西大学大学院)四号一頁、五号一頁、武久・前掲論文・彦根論双四九号三〇頁、上柳「手形の善意取得によって治癒される瑕疵の範囲(一)」論双八〇卷二号一頁、その他、河本「物としての有価証券—所有権理論(一)」神戸法学四卷二号二七九頁、同「有価証券におけるレヒツシャイン—ヤコビを中心として」神戸法学二卷四号七二五頁、同「グスタフ・シュタツル」手形法における悪意」神戸法学三卷一号二一〇頁、小橋「手形行爲論(昭三九)二二九頁。

(11) ドイツの判例を概観した上柳・前掲論文・論双八〇卷一

号一頁以下が詳細かつ徹底したものである(本稿の判例の分析もこれに多くを負っている)。

岡島・藤井両論文は、すなわち Karl Lux, Die Entwicklung des Gutgläubenschesztes in 19. und 20. Jahrhundert mit besonderer Berücksichtigung des Wechselsrechts. 1939. 16 Beihelt zur ZHR. に全面的に依拠したものであるが、Lux 説の紹介として満足できるものでない(とりわけ岡島論文)。

田辺論文も資料の大部分を Henrichs, Der Schutz des gutgläubigen Wechselwerbers nach dem einheitlichen Wechselgesetz der Genfer Verträge unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in der Vertragsstaaten. 1962 に依拠するが、これも Henrichs 説の忠実な紹介と言えない。

河本「グスタフ・シュタツル」手形法における悪意」神戸法学三卷一号二一〇頁は Gustav Stanzl, Böser Glaube im Wechselrecht. 1950 の忠実な紹介であるが、残念ながら詳細にわたっていない。

(12) この目的達成のため視野に入れられるべき資料は、モノグラフィ—(注(11)引用の文献が主要なものである。本稿は従来充分な理解を得ていないこれらの文献の紹介をも目的とする)、体系書、注釈書、判決、さらに学位論文である。

以下引用の文献の多くは、国内、国外の諸大学、研究機関に依頼して入手した複写によつてゐる。深く感謝する。

(二) ドイツ手形条例七四条について

わが法の問題の解決を考えるにあたり、善意取得に關するドイツの旧法の比較的詳細な検討を試みるのは次の理由による。周知のとおりわが手形法はジュネーブにおける統一規約に基づき、また後述のとおり、統一手形法一六条二項はハーグ統一規則一五条二項をそのまま受け入れ、この統一規則一五条二項はドイツ代表団の提案を契機として成立している。そしてジュネーブ會議でドイツ代表団はドイツ手形条例七四条についてのドイツの通説（我國の有力説）を明文化する提案をしたが、結局各国代表の賛成を得られないで提案が撤回され同条が成立した事情がある。

系譜からみると、日本の手形法一六条二項はドイツ手形条例七四条―ハーグ統一規則一五条二項―ジュネーブ統一手形法一六条二項との段階を経て成立した訳である。また、前述のとおり本稿で扱かう問題自体ドイツ法にその起源を遡る論争であり、わが國の学説の検討にあたって、手形法一六条二項の母法とも言うべきドイツ手形条例七四条の正確な立法史・學說史の理解が不可欠の前提であると考ええるからでもある。主題に必要な範圍で手形条例

七四条の成立・學說・判例の動向を概観してみよう。

(1) 成立<sup>(1)</sup>

手形条例成立時に効力を持っていた重要な立法として一七九四年の Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten (以下 ALR) <sup>(1)(2)</sup> がある。同法は種々の変更を受けているが、基本的にローマ法の返還請求権の体系の上に基礎を置いており、<sup>(3)</sup> 占有喪失が意思にもとづくか否かで所有者の返還請求権の成否を決していた旧来の制度を放棄し、原則として物の追求可能性を認めた(1. 15. § 1. ALR) <sup>(4)</sup>。そして占有取得が悪意か善意かに決定的な意味を与えた(1. 15. §§ 17. 18. 24. 25. 26. ALR) が、取得者が善意であっても所有権の取得を認めたのではなく、旧所有者に、善意の第三者が出捐した価値を賠償して、その物の返還を請求することを認める法制を採った。<sup>(5)</sup> つまり旧所有者が無償で返還請求できるのは、取得者が悪意(unedlich)の場合(1. 15. § 17. ALR) 疑わしい(verdächtig)者から取得した場合(1. 15. § 17. ALR) <sup>(6)</sup> 善意であるが無償で物を取得した場合(1. 15. § 24. ALR) である。結局 ALR では疑わしくない者から有償契約によつて取得した善意の占有者に対しても、返還請求権が主張され得、物が盜取されたか委託されたかは考慮されていない。<sup>(7)</sup> また金銭、無記名

証券については、明文で返還請求権は排除されていた(1. 15. §§ 45. 46. 47 ALR)<sup>(8)</sup>。これにたいし ALR の手形法は五〇〇条を越える条文を持つが(II. 8. §§ 713—1249 ALR) 手形条例七四条の前身とも言うべき規定を欠いている。返還請求が当然問題とされる「遺失手形 (verlorengegangene Wechsel)」に関する規定によれば、遺失 (Verlust) は引受人と振出人に通知されねばならぬ<sup>(9)</sup> (II. 8. § 1159 ALR)。引受人が手形の遺失の通知を受けないで、満期に疑わしくない所持人に支払ったときに、その弁済は引受人を免責する(II. 8. § 1160 ALR)。所有者は為替手形 (Tatte) の占有を「悪意で (unredlicher Weise)」取得した者のみを追求しうる(II. 8. § 1160 ALR)。引受人が引受と満期の間に遺失を知ったときには、金銭を供託しなければならぬ(1. 8. § 1168 ALR)となっている。「最後の所持人が手形の善意の占有者であることを証明したときには、金銭は彼に引渡たされる。手形を失った者は、もとの悪意の (unredlich) 占有者のみを追求しうる」(II. 8. § 1169 ALR)<sup>(10)</sup>。しかし遺失した手形が善意の第三者の手に入ったときの所有者の返還請求権についての明文を欠いており、<sup>(11)</sup> 実際上最も重要な問題として遺失手形に対する支払の免責が前面に出ており、ALR

は手形条例七四条に定める返還請求権を問題としていない<sup>(12)</sup>。また手形条例の基礎となり、ドイツ関税同盟の諸国の手形法を統一するためプロイセンが招集した、ライプツヒの手形法会議で討議の対象となったプロイセン草案は、一八三六年以来作業がなされてきたALRの手形法の部分(II. 8. §§ 713—1249 ALR)の改正案であるが、これにも手形の返還請求権を扱った条文はない。手形条例はライプツヒの手形法会議の討議の過程で加えられた条文である。

善意による手形所有権取得が論じられたのは、一八四七年一月一七日の手形法会議でのプロイセン草案七一条と七二条の討議の過程である。「最後にこの条文において盗取された手形または遺失した手形の *bonne fidei possessor* は、真の所有者に優先するの劣後するのが討論された<sup>(13)</sup>」。議論の出発点は以下のハンブルク代表の提案である、「この問題は私法の一般原則と独立して、手形を正当な権限により (mit richtigen Titel) そして善意で取得した者に対する返還請求 (Vindikation) が許されないようにするため特別の判断に値する」<sup>(14)</sup>。

理由は手形取引の安全で、ハンブルク代表はこれを無視したりユーベックの *Oberappellationsgericht* の判決が最近問題をおこし

料  
たことを報告した。数人の者は債権者は紙の所有者であるとの原則の帰結としてこの提案に賛成した。<sup>(21)</sup>しかし会議で見解が分かれたのは、手形法に特別の条文をおくべきか否かである。賛成派のある者は、提案された問題の解決は草案三六条からも引き出しているが、<sup>(22)</sup>この点について何の規定もない私法の原則が基準となるのではなく、手形法が重要なのであるから明確に規定するに障害はないと主張した。<sup>(23)</sup>その根拠として次の理由があげられた、「つまり手形の返還請求の内容は、大体紙に対する所有権ではなく実は手形と結合した権利の主張の権限なのであってこれに関する紛争においては、純粹の所有権の争いではなく債権 (personliches Recht) とその帰属についての紛争のみが認められうるにすぎない」<sup>(24)</sup>。

これに対して反対説の理由の要旨はこうである、この種の規定は私法に属しているのであり、たとえいくつかの点について手形法に定めるのが望ましくともそれを手形法の中に入れるのは各ラントにおいて返還請求に関する立法の体系が極端に異なっているから疑わしいし、bona fides の概念<sup>(25)</sup>を定めずにはこの規定を採用することは不可能であると。結局「盗取されたまたは遺失した手形の返還請求について定められるべきか」との問題が票決に付さ

れたが、反対説が一〇対九で辛うじて多数を占めて、この段階で手形の返還請求制限の規定は手形条例の中に含まれていなかった。<sup>(26)</sup>

ところが一八四七年一月一日の会議でオーストリア代表が手形の返還請求と裏書連続の欠缺の効力を論じた、「裏書の連続に欠缺があるか裏書が明らかに偽造 (verfälschten) されたときには、支払を求められた手形債務者はこれを拒む権利がある。……そのような裏書によって手形が第三者の手に入ったとき、前の適法な所有者が手形の返還を求めうるのは、変造に加わったか、手形の取得 (Erlangung) の前にそのことを知っていたか、あるいは適切に注意して裏書の不真正 (Unretheit) を発見できた占有者からにかざる」<sup>(28)</sup>その根拠として、「手形の所有権は偽造の裏書によってもまた有効に移転されるし、偽造の裏書の以前にある裏書人もまた、後の被裏書人に義務を負う (verhaftet) 」<sup>(29)</sup>のであり、手形取引の特性と安全がこれを要求する、被裏書人にすべてのもの裏書人の署名を知ることが要求できないことをあげる。またすべての所持人のために誠実 (Redlichkeit) と善意 (gute Glaube) の推定 (Präsumtion) が機能する、すべての手形受取人が手形取得の前にもとの所持人「直接の譲渡人」の占有の適法性を調査した

り、この場合に注意(Diligenz)が要求されるのは正当である。<sup>(30)</sup>

この提案に、前回多数を占めた代表から同趣旨の反論が加えられたが、今回はオーストリア提案を支持する者が多数を占めた。<sup>(31)</sup>

また重過失ある場合を悪意と同じに扱かうことが決議され、その他の点については起草委員会の条文作成に委ねられた。<sup>(32)</sup> 起草委員

会は草案(Entwurf der Fassung = Commission)のXII章「偽造手形」の前、XII章 Abhanden gekommener Wechsel の七五条に手形条例

七四条に該当する条文をおいた、「三七条により資格ある手形の占有者は手形を悪意で取得したか、あるいはそのときに重過失がある場合に限り、手形返還の義務を負う。」

この草案七五条がそのまま手形条例七四条として成立した。

この手形条例七四条は、法文の表現はどうあれ成立の事情、法文の位置から明らかかとおり、手形が遺失または盗取された場合に必然的にそれに伴なう裏書の偽造の法的効果に視点を置いた条文である。その場合に手形を取得する者に直接の裏書人のなした以外の裏書の真正の調査義務を要求するのは手形取引の安全を害する以上妥当ではないと判断し、その保護が認められる要件として裏書の形式的連続の調査のみを要求したのが本条である。逆に言えば自己の直接の相手方の調査を取得者に要求しても不当では

ないとの考慮が背後にあり、調査の結果から生ずる危険を取得者

が負担しなければならぬのである。つまり本条は手形裏書の偽造の効果が議論の出発点であり、最終の裏書の前に存在する裏書

の一つが偽造であった場合でも手形取引の安全をはかるため、以前の裏書の真正の調査義務を免除して取得者をもとの権利者からの追求から救うことを目的としたものである。その前提として裏

書の連続による資格が必要であり、しかも裏書の連続は偽造裏書によつてさえも欠けないとの判断が付け加えられており、この前提がみたされたいので、裏書人を手形の真の所有者と考へたこと

に、重過失がないかぎり取得者が完全な権利を取得しうることを、認めたのが手形条例七四条である。つまり裏書の連続により

善意でしかも重過失なく手形を取得した所持人は、手形が遺失または盗取されそして以前にある裏書の署名の一つが偽造された場合であっても手形条例七四条により権利を取得することとなる。

以上の内容を盛られて手形条例七四条は成立するにいたつたもの

の、上述の討議の内容を受けた同条は法文の表現において返還請求権の制限を採り、表現自体極めて曖昧なものとなり、その解釈

に種々の困難をもたらした。<sup>(33)</sup>

(1a) 成立史をあつかった我國の文献として平田「有価証券  
 法史論」(昭四三)五一九頁以下がある。

(1b) ALR 以前における物の返還請求権の内容を本稿に必  
 要なだけで要約する。内容はすべて以下の文献によっ  
 た von Gierke, Deutsches Privatrecht II (Sachrecht),  
 1905; R. Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts,  
 4. Aufl (1922); Brunner-Schwerin, Grundzüge der deu-

tischen Rechtsgeschichte, 8. Aufl (1930); H. Planitz,  
 Deutsches Privatrecht, 3. Aufl (1948), とりわけ次(1)  
 著に多くを負つて von Lübtow, Hand wahre Hand,  
 in Festschrift für juristische Fakultät der Freien Univer-  
 sität Berlin zum 41. Deutschen Juristentag in Berlin,  
 1945; H. Hübner, Der Rechtsverlust in Mobiliarsachen-

recht, 1955 我國の文献では安永「動産の善意取得制度に  
 ついての一考察」論及八八卷四・五・六合併号二七六頁以下、  
 川島「所有権法の理論」(昭二四)、田島「民法一九二条の  
 研究」(昭八)がある。

「意思による物の交付」の場合に中世ドイツ法では所有権  
 にもとづく訴(Eigentumsklage)が認められていなかったた  
 め、返還義務は契約関係にのみ基づくしかなく、物が第三  
 者の手に入ったときには所有者は返還を請求できない、つ  
 まの法格言 Hand wahre Hand の原則が妥当した(Planitz,  
 aaO., S. 124)° それに対し占有喪失が所有者の意思によら

ない場合(窃盗か強盗による Gewere 喪失)、第三者の善  
 意・悪意を問わず物の返還請求が可能で、そのための種々  
 の手続が認められた(代表例は Anfangsverfahren)。占有  
 喪失の態様により返還請求が肯定または否定された。その  
 後中世では Gewere 喪失の態様による厳格な区別が緩和さ  
 れる傾向にあった(とりわけ都市の商取引において H.  
 Hübner, aaO., S. 62 参照) 従来ユダヤ人に認められていた  
 請戻請求権(Lösungsanspruch)の拡張にうつつて Planitz,  
 aaO., S. 126 参照)° ローマ法の継受後では、ローマの所  
 有権の訴が普通法によつて認められたが、中世における返  
 還請求の制限が維持された(2)の点の詳細は Planitz, aaO.,  
 S. 126; von Gierke, aaO., S. 565; とりわけ von Lübtow  
 aaO., S. 187 ff 参照)° von Lübtow によればローマ法は横  
 領された物を無制限に追求可能な res furtivae にかぞえ、  
 所有者の占有喪失の態様の如何を問わないで返還請求が可  
 能であった、しかしローマ法の rei vindicatio を受入れた  
 諸法は Hand wahre Hand の原則を捨てず、ローマ法(2)  
 の原則との調和に努め(意思によらない占有喪失の例であ  
 る盗取または遺失した物が追求可能であることはいずれに  
 おいても同一であった)取得者の善意・悪意に着目し、そ  
 の範例をローマ法の取得時効法(使用取得(inuscapio)につ  
 いて止権限(inustus titulus)と善意(Bona fides)を要求す  
 る)が与えた(以上すべて von Lübtow, aaO., S. 188 によ

- る)。そして従来の Hand wahre Hand の原則は委託された物を善意で取得した者を保護する手段となつたが、盗取・強取された物については、無制限に返還請求が可能とされ、取得者の善意・悪意を問わなかつた。 von Lihlow, aO., S. 191。そのようなローマ法の原則の例外の根拠は取引の安全とされていたことについて、 von Lihlow, aO., S. 193。以上の発展過程を経て ALR が成立した。
- (2) ALR 6 条文は Hattenhauer = Bernert, Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794 (Textausgabe), 1970 に於てなす。
- (3) von Lihlow, aO., S. 194 ; 又 H. Hübner, aO., S. 26
- (4) Koch, Lehrbuch des preussischen gemeinen Privatrechts II, 1845, S. 406
- (5) Koch, aO., S. 406 「所有権と善意の占有の衝突の場合、所有者が取戻そうとすれば、善意の占有者が費用の賠償によつて、弁済されねばならない、というように優先する。」
- (6) Koch, aO., S. 411 は「疑わしい人物 (Verdächtige Person) とはそのような物を取引しない、その身分 (Stand) よりみればその物を占有しないのが普通である者」と定義する。
- (7) ALR の立法に關与した Suarez は ALR はローマ法と古ドイツ (altdeutsch) の理論の間をとつたと言ひ、 von Lihlow, aO., S. 196 ; H. Hübner, aO., S. 18
- (8) Koch, aO., S. 428 f. ; von Lihlow, aO., S. 197
- (9) Koch, aO., S. 302 なお前に存在する裏書が偽造であっても最後の所持人がこの点について善意 (redlich) であれば、この者に対して支払つた支払人は免責される (III. 8. § 1156 ALR)。
- (10) Koch, aO., S. 308 「満期に適切な注意で善意でなした支払は引受人を眞の債権者から免責する。」
- (11) Koch, aO., S. 303
- (12) Koch, aO., S. 303
- (13) Koch, aO., S. 303
- (14) Stanzl, Böser Glaube im Wechselrecht, 1950, S. 68 (紹介・河本・神戸法学三卷一号二一〇頁) の強調するところである。
- (15) Stanzl は以下の様に評価する、「以上の規定は……手形の遺失 (Verlust) に際して妥当すること確定している。それらは手形遺失の際に発生しうる可能性をカズイステイックな方法で解決を与えている。返還請求とか手形に対する所有権は全く論じられていない。」 Stanzl, aO., S. 67
- (16) ただし Koch は適法な所持人は善意の現所持人から手形の返還をもとめない、また振出人に対する債権を持たず悪意者に対してのみを追求しようと解する。 Koch, aO., S. 302
- (17) 草案七一条と七二条は振出人の署名・引受・裏書の偽造

- ・変造における手形行為独立の原則に関する条文である。
- (18) Protocolle der zur Berathung einer Allgemeinen Deutschen Wechsel=Ordnung. Leipzig. 1848. S. 142 f (以下 Protocolle) ; Protocolle der Leipziger Wechsel = Conference herausgegeben von H. Thäl 1866. S. 152 (以下 Thäl で引用)
- (19) Protocolle. S. 143 ; Thäl S. 152
- (20) Protocolle. S. 143 ; Thäl S. 152 の判決がいかなるものか。Protocolle で引用されたものだが、Hübner, aO., S. 27. Anm. 67 と Goldschmidt, ZHR 8. 320 ff によれば一八四七年七月二〇日の Lübeck の Oberappellationsgericht 判決である。なお Lux, Die Entwicklung des Gutgläubensschutz im 19 und 20 Jahrhundert mit besonderer Berücksichtigung des Wechselrechts. 16 Beihett zur ZHR. 1939. S. 23 によればこの判決は「無制限に所有者の返還請求を認めた」ものである。Hübner と Goldschmidt の引用の判決の事案の内容が不明であるが、判例集(Sammlung der Erkenntnisse und Entscheidungsgründe des Ober-Appellations-Gerichts zu Lübeck. 1. Bd. 1840—47. S. 1001 ff) によれば John Boss (原告) 対 M. M. Marburg & Comp. (被告) の事件で、その判決理由は「こうである。『ドイツ』とりわけハンブルグ法は意思によらないで Gewere から失なわれた動産の第三の占有者からの返還請求を、
- 占有者の善意悪意を問わずに一般的に認める。』」意思によらないで Gewere から失なわれた手形の返還請求は悪意の占有者のみでなく善意の占有者に対しても認められる。』(以上前掲の判例集に於て)
- (21) Protocolle. S. 143 ; Thäl. S. 152
- (22) 草案三六条は手形条例三六条と同じ条文で裏書連続の効果(つまり Legitimation)と支払の免責を定めたものである。草案三六条の討議で次のような提案があった、裏書が連続している形式的な資格のある提示者に支払をなすのに「疑い」を持たねばならない状況(手形が一見して明らかでない疵を伴っている場合)の時には「一般原則によればそのような手形に支払をするのを手形債務者に期待できなく。』(Protocolle S. 69)
- それ故、疵瑕が明瞭な場合に手形金を供託することを債務者に認める条文を付加すべきである。』もし規定しないなら三六条の内容によって、所持人に対する支払の無条件の義務(unbedingte Verpflichtung)が帰結されることにならなく。』(Protocolle. S. 69)
- この提案は、当然の前提として、裏書の連続した手形の所持人には無条件で支払わねばならないというのであるから、裏書が連続した手形所持人は完全な所有者となると解していたことになる(つまり善意取得の問題が三六条に紛れこんでいた)。手形条例七四条の審議では、このことが想

起された訳である。なおこの提案は *Chicane* を招くとして否決された (Protocoll. S. 70)。なお河本「物としての有価証券(一)」神戸法学四卷二号二八五頁以下参照。

(23) Protocoll. S. 143; Thal S. 153

(24) この部分の主張の根拠は議事録によれば、証券 (Papierstück) 占有の権限ある者は所有権 (dominium) と返還請求 (rei vindictio) の規則によつて所有者である者ではなく、債権 (personliches Recht) が実際に帰属している者である (Protocoll. S. 143)。しかしこの点について判断するのは私法ではなく手形法であり、それ故提案された点に關して本来手形法が指示されるのが正しい (Protocoll. S. 143) ということであつた。その他手形が紙幣 (Papiergeld) の一種で單なる証明手段ではないと繰りかえされた (Protocoll. S. 143)。この段階での問題は議事録によるかぎりこゝうであらう。当時はドイツ法の分裂状態で、動産の善意取得者に対する返還請求権を制限する法 (たとへば ALR) と無制限に認める法 (たとへばハンブルグ法) があつた。この状態では手形を物と考へて私法に委ねるだけでは問題の解決にならない (私法) まり *dominium* と *rei vindictio* の法によれば無制限な返還請求を認める結果となりうる)。だから特別に明文で手形法に定めなければ Hamburg 代表の目的は達せられない訳である (その理由として手形の所有者とは債権が実際に帰属する者で、これを決めるのは私

法ではなく手形法であることがあげられた)。それ故この會議で反対説・賛成説いづれも手形を物として考へていた (河本「物としての有価証券(一)」神戸法学四卷三号の指摘はほぼ正当) としても、手形を物として考へなければ善意取得の規定の説明に窮する (善意による債権の即時取得は不可能) Bachmann, Vertrauensschutz im Recht der Wertpapiere. Diss. Köln 1931. S. 25 ff.)。つまり手形を物と考へなければ理論的に手形の善意取得を肯定できないという意味での手形所有權説が貫徹された結果本条が成立した (Henrichs, Der Schutz des gutgläubigen Wechselverwebers. 1962. S. 24 ff.) とは斷言すべきでない。手形を物として考へたことが主なる根拠となつて本条が成立した訳ではない (善意取得の規定が手形所有權説の有力な根拠であつたこと) として Ulmer, Das Recht der Wertpapiere. 1938. S. 72。最近のドイツの傾向を示すものとして von Caosfeld, Der Wechsel als Rechtskomplex in Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag II Band. 1956. S. 594。我國の文献としては、高窪「有価証券の善意取得と抗弁の制限」いわゆる所有權説の立場から「法律のひろば」一四卷七号一五頁以下、服部「有価証券に関する所有權理論について」手形研究三卷一〇月号六頁以下、手塚「手形の物としての可能性」論叢七四卷五・六号八九頁以下、田辺(光)「手形所有權説の新展開」法学論集 (関西大学) 一九卷一。

- 二・三合併号七六頁、武久「ギールケの有価証券理論について」*彦根論双*（滋賀大学）第一六〇号一一五頁以下）。
- (25) この点は偽造・変造に関する七一条の審議でふれられてくる「bona fides」は変動する概念(schwankende Begriff)でありそれについて規定するとならならず詳細に定めねばならず、そうすれば疑わしい定義をもたらす。(Protocoll. S. 142; Thöl S. 152)
- (26) Protocoll. S. 144; Thöl. S. 153
- (27) 賛成したのはオーストリア、ハンブルク、リュエムック、フランクフルト等である Protocoll. S. 144; Thöl. S. 153
- (28) Protocoll. S. 228; Thöl. S. 242 f
- (29) Protocoll. S. 228 f; Thöl. S. 243
- (30) つまり、自分の直接の取引の相手方の調査は、期待できずそれが以前の所持人の調査を要求できないとする。Protocoll. S. 229; Thöl S. 243
- (31) Protocoll. S. 229; Thöl. S. 244
- (32) Protocoll. S. 229; Thöl. S. 224, なおこの決議の前に重過失(culpa lata)を悪意と同じに扱かうことが決議された。
- (33) 草案三七条は手形条例三六条と同じ。
- (34) 自己の直接の相手方の調査から生ずる危険を取得者が負担する以上、自己がそれによって手形を取得している裏書(つまり最後の裏書)が無効であれば、当然本条の保護は

及ばないのである。

- (35) 遺憾ながら法文の表現が返還請求の制限を採った理由は審議録から明らかにできない。なお、Stanzlはこの理由をAnfangslageにもとめる。Stanzl, a.a.O., S. 79. Anm. 59

(2) 学説の動向

- イ) ドイツ民法典成立以前 手形条例七四条の学説における解釈は、ドイツ民法典成立以前と以後とは、その様相を異にする。同条自体が不明瞭な表現となっているため、同条から、所持人の善意によって、いかなる瑕疵が治癒されるか明らかでないし、手形の善意取得についての規定が手形条例にあるのみで、その他の財産については、ドイツで統一した法が成立していなかったため、解釈の手掛りを他に求めることが不可能であった。この状況における学説の検討によってドイツ民法典成立後の論争の橋渡しを試みる。この時期の学説は、手形条例七四条がいかなる瑕疵を治癒すると解していたのか、ここでは比較的初期の学説としてThöl, von Canstein, Grünhutの三人の説を検討する。
- 1 Thöl<sup>(1)</sup>

手形条例は実際に連続している裏書と名義上だけで連続している裏書を区別している。前者は Legitimation のために充分であ

り、後者は手形返還に対する権利のために重要である。<sup>(2)</sup> Thoi は手形条例七四条にいわゆる悪意を名義上だけで連続している裏書が実際には連続していないことを認識すること、つまり違法な取得の認識であり、手形を譲渡しようとする者がその権利を持っている者と同一であると自称しているものの、実はその権利を持っていないか、あるいは権利者から授權されていないことを知っていることのみではなく、手形が、たとえ後の所持人によって善意で取得されたとしても、手形が旧所持人から盗取または遺失したことを、知っていることであると定義する。<sup>(3)</sup> つまり Thoi は、善意の手形取得者の後者が悪意である場合には、その後者は、手形上の権利を取得しないと判断している。また手形条例は七四条によって、手形受取人の、手形にもとづく権利（かれの資格 || seine Legitimation）<sup>(4)</sup> についてはなく、手形に対する権利の調査義務（Erkundungspflicht）<sup>(5)</sup> を定めている。<sup>(6)</sup> この調査義務が向けられる事項は、Thoi によれば次のものである、裏書人と最後の被裏書人との同一性（Identität）、裏書をなす裏書人の権利、被裏書人の代理権（存在と範囲）<sup>(7)</sup> と同一性である。<sup>(8)</sup> 手形の取得者はこの調査を非常に入念に（mit grössten Fleiss）<sup>(9)</sup> なす必要はなく、重大な過失のある場合に限って手形返還義務があり、重過失のな

い場合に遺失者は取得者に権利をもたない。<sup>(8)</sup> 以上の事項につき調査義務を取得者がはたした、つまり重過失のない場合に返還請求が排除されると Thoi は解する。<sup>(9)</sup> つまり、上述の点について裏書人の権利の調査義務を手形取得者が負担すると解する以上、このことにつき悪意・重過失のなきがかり、取得者に手形返還義務がないことになる訳である。また手形が喪失した（abhanden gekommen）<sup>(10)</sup> 場合の事例として遺失・窃盗等があげられている。手形条例は裏書の真正を要求しないと説明する以上、本条の主たる適用範囲を手形の遺失等に伴なう裏書偽造の効果に見いだすわけである。しかし Thoi は同条の保護がそれに限らず、代理権と同一性欠陥の事例まで及ぶとする点で、本来の適用範囲を広げている。なお、譲渡人の無能力には言及されていない。

## II von Canstein <sup>(11)</sup>

von Canstein は手形理論についての所有権説を採るのであるから、手形条例七四条を手形物権法（Wechsel-Sachenrecht）の規定と見る。<sup>(12)</sup> 手形法によれば所有権取得のためには、私法と異なり法律上の権限（Rechtskreis）、引渡、前者の所有権を必要とせず、むしろ形式的資格と善意の占有取得（der redliche Besitzwerb）<sup>(13)</sup> で足りる。<sup>(14)</sup> 形式的資格の前提として裏書の連続が必要であり、無

料 能力者による裏書・不真正な裏書も裏書の連続を欠かないのであるから、これらの者による裏書があっても、資格を消滅させない

資 ことになる。<sup>16)</sup>占有は善意で、そして重過失なくして取得されねば

ならないから、手形取得時に取得者が手形にたいする所有権を取  
得しない、つまり交付者が所持者でないとか手形所有者の無権代  
理人であるとか交付者に所有権移転の意思がない(信託の裏書)こ  
とを通常の注意を払らって知らねばならなかった(過失不知)か知

っていた場合には手形の善意占有がないことになり、取得者は手  
形所有権を取得しない。<sup>16)</sup>つまり取得者の善意とは所有権取得を妨  
げる事実を知っているか、通常の注意を払らって知るべきである  
ことを要求するだけであると解する。<sup>17)</sup>つまり von Caustain によ

れば手形条例七四条の保護が認められる瑕疵は主として前者の所  
有権と代理権が考慮されている。<sup>18)</sup>そして結局本条の意味を信義則  
の保護と見る。<sup>19)</sup>(手形条例は手形に対する権利と手形に基づく権利  
を取得したり、債務負担の表示を手形上になす時に善意であるこ

と、つまり実体的な権利関係が記載(Schrift)に対応していない  
ことを知らなかったか、あるいは通常の注意を払らって知るべき  
であったことを要求する。<sup>20)</sup>つまり von Caustain は本条の中に取

得者の信頼保護を読み取り、保護されるべき信頼の対象として前

述の前者の所有権と代理権等をあげる訳である。

### III Grinhut<sup>21)</sup>

裏書はすべての手形所持人に対し被裏書人の形式的資格を与

え、またそれにより手形より生ずる権利を主張する実質的資格、  
つまり現実の権利が推定され、この推定は形式的資格のある手形  
所持人が取得にさいし自己の権利取得の瑕疵、つまり手形債権者  
としての実質的資格が欠けていること知っているか、または知ら

ねばならないことが証明されれば覆えされる。<sup>22)</sup>形式的資格を与え  
るのは裏書であり、真正の裏書の連続を必要としない、つまり偽  
造の裏書があっても裏書の連続を欠かないで形式的資格を所持  
人に与える。偽造裏書によっても取得者は手形上の権利を取得す

る。<sup>23)</sup>この実質的資格に瑕疵がある時、手形返還の義務がある。<sup>24)</sup>つ  
まり取得者に悪意・重過失のある時、取得者には裏書の連続によ

り形式的資格があり、このことによって、実質的資格が推定され  
るとしても、この推定が覆えされる結果、取得者は手形返還義務  
を負担する。<sup>25)</sup>同条にいわゆる「喪失した(abhanden gekommen)手

形」の例として遺失・横領・盗取された手形があげられている。<sup>26)</sup>  
悪意の所持人とは、証券の譲渡人が譲渡の権利を持たないこと知  
っている者、このことを適切な注意により取得の当時知りえた者

である。重過失ありとされるのは、証券の譲渡人が譲渡の権利をもたないことを、取得のときに適切な注意によって、知りえた者である。重過失ありとされないためには、譲渡人（裏書人）と手形に指名された者（被裏書人）との同一性、被授權者の同一性と代理権を調査しなければならぬ。<sup>(27)</sup> これらの事実につき悪意・重過失のないかぎり手形返還の義務がない、つまり譲渡人の無権利、同一性と代理権の欠缺の瑕疵は、善意・無過失のないかぎり治癒されることになる。いずれにも調査義務を要求し、この義務を怠れば重過失があることになる。<sup>(28)</sup>

以上三人の説をしてみると、手形条例七四条によって治癒される瑕疵の範囲についての学説の見解は混乱した像を示している。評価できる。この時点では、論点が意識されていないのである。しかし後に激しく争われた譲渡人の無能力には言及されていないが、同条によって治癒される瑕疵を譲渡人の無権利に限定されるとの説は主張されていない。同一性と代理権の欠缺の瑕疵の治癒の可能性は認められるが、いずれの瑕疵についても調査義務を要求している。しかもこれを怠れば重過失ありとされるのであるから、この義務は取得者の積極的な義務と解されるが、この注意

義務が実質的資格の調査にまで及ぶとして、どの程度までに及ぶのか明らかでない。この段階では、論点が意識されていない。

- (1) Thöl, Handelsrecht II. Das Wechselrecht. 1878
- (2) Thöl, aO., S. 706
- (3) Thöl, aO., S. 706 f
- (4) Thöl's Legitimation 概念の特殊性については、河本「物としての有価証券」〔神戸法学四卷二号二八七頁参照。〕
- (5) Thöl, aO., S. 707
- (6) その具体例は、裏書人が破産債務者である場合、妻が個別法 (Partikularche) によって要求されている夫の承認を欠く場合 Thöl, aO., S. 707, Anm. 7
- (7) Thöl, aO., S. 707
- (8) Thöl, aO., S. 708
- (9) Thöl, aO., S. 708
- (10) Thöl, aO., S. 705
- (11) Thöl, aO., S. 682 ff
- (12) von Canstein, Lehrbuch des Wechselrechts. 1890
- (13) von Canstein, aO., S. 207 ff
- (14) von Canstein, aO., S. 211
- (15) von Canstein, aO., S. 215 f
- (16) von Canstein, aO., S. 217 f
- (17) von Canstein は取得者に「通常の注意義務」を要求して

いるが、これは明らかに手形条例七四条の文言（重過失）に反して、Stanzl, aO., S. 77. Anm. 43

- (18) von Canstein, aO., S. 218
- (19) von Canstein, aO., S. 83
- (20) von Canstein, aO., S. 83 f
- (21) Grünhut, Wechselrecht II 1897
- (22) Grünhut, aO., S. 110 f
- (23) Grünhut, aO., S. 114 f
- (24) Grünhut, aO., S. 122 f
- (25) Grünhut, aO., S. 123
- (26) Grünhut, aO., S. 122
- (27) その例として *fälschlich* に最後の裏書によって資格のある者と同一であるとか、その者から授權されていると称している場合。
- (28) Grünhut, aO., S. 123
- (29) Grünhut, aO., S. 124

四) ドイツ民法典成立後<sup>(1)(2)(3)</sup>

ドイツ民法典九三二条によれば、動産の即時取得が認められるためには、物が譲渡人の所有に属していないことについて、譲渡人に悪意重過失のないことが必要である。ドイツ商法典は、この保護を商人の処分権限欠缺の場合にまで拡張した。無記名証券に

ついて占有を離脱した (*abhanden gekommen*) 物の例外が否定され、善意取得が肯定され (§ 935 BGB) 手形については手形条例七四条が効力を持つという、その後の論争の基本条件が成立した (商事指図証券には商法三六五条により手形条例七四条が適用される)。この法の分担区分はその後、変ることなく手形条例七四条が統一手形法一六条二項となったにすぎない。

民法典は無記名証券を一種の動産とみて、動産と同じ保護を与えた訳である。しかも学説によれば、取得行為に瑕疵があれば、善意取得が認められない。このことにより指図証券と無記名証券の善意取得にどのような差が生じてきたか。つまり手形条例七四条はいかなる場合に手形の善意取得を認めるかを明らかにしていないため、また手形を一種の物と考える理論を前提としたうえで、民法典が与える保護以上の保護を手形条例が与えるのか、あるいは民法典と同じ保護つまり無記名証券と手形とを善意取得の面で同列に扱おうべきか否かが論争された。学説を順次検討する。

I Michaelis

Michaelis は、手形の所有権取得には、民法が基準となる、それ故、善意の手形取得者は所有権欠缺からの保護、さらに商法三

六六条の要件が満たされる限りで、処分権限の欠缺からの保護を受ける<sup>(46)</sup>。所有権取得が、民法と商法によって成立しないときに、所有者は手形条例三六条により資格ある所持人からも手形の返還を請求でき、所持人は物権法と債権法による権限により占有の権利がある時に限り、これを拒絶できる。ただし所有者の返還請求には手形条例七四条による制限があり、その制限がどの程度のものかについて、学説では次の論争がある、手形条例七四条が与えている「善意の保護」は証券(Urkunde)に対する所有権を認めることにより物権法の原則が与えている以上の保護かどうかである<sup>(47)</sup>。つまり譲渡人が所有者ではないとか、商人からの取得の場合に、その商人に処分権限が欠けていたことについての善意・無過失に、善意者の保護が限定されるのではなく、その保護が取得行為の他の瑕疵とりわけ非商人における処分権限の瑕疵、代理権の欠缺、譲渡人の能力の欠缺等の瑕疵についてもまた関連するの否かである。以上のように Michaelis は論点を整理して、取得行為の瑕疵も治癒とされる解する説として Staub-Stranz をあげるが、Staub-Stranz の引用する判例は妥当ではない<sup>(48)</sup>。Staub-Stranz を批判する Jacobi, Düringer-Hachenburg の説も妥当ではないと批判し、結局 Michaelis は Staub-Stranz の説に賛成する。

Michaelis は次のように Jacobi と Düringer-Hachenburg に批判を加える。両者によって加えられている制限は手形条例七四条の文言からは出てこない。同条は手形条例三六条によって資格のある占有者に対する返還請求権を、手形を占有者が取得したときに、善意・無過失であるかぎり、無制限に (uneingeschränkt) 排除している。また民法九三二条は物が譲渡人に属していることに對する善意のみを保護しているが、手形条例七四条は善意がいかなる事実と関連しなければならぬかというところで区別を設けてはいない<sup>(49)</sup>。Michaelis は以上の理由から手形条例七四条は民法の与える以上の保護を手形の善意取得者に与えており、形式的資格のある占有者の取得行為のすべての瑕疵、特に譲渡人の能力の欠缺に對しても保護を与えていると解する<sup>(76)</sup>。しかし処分権限欠缺の例としてあげられる破産債務者からの取得に関して、破産手続開始後に破産債務者から善意で手形を取得しても、手形条例七四条の保護は認められないことを付け加える<sup>(77)</sup>。

治癒あるべき瑕疵の範囲とは別に、Michaelis は善意の取得者にいかなる程度の保護を認めるか、所有者は民法(九八五条と九八六条)による返還請求権を有する<sup>(80)</sup>。また手形条例三六条により資格ある所持人は手形条例七四条によって実際に所有者とならな

料いと解するとすれば、善意者に与えられたその保護はいかなるものか。<sup>(9)</sup>

Michaelis は次のように解する、資格ある手形所持人は悪意・重過失のない時に、たとえ物権法上所有者とならないとしても、手形により債務を負担する者に対し、証券にもとづく権利主張について、形式的のみでなく実質的にもまた資格がある。<sup>(10)</sup> 手形条例七四条により排除される返還請求権は物権的請求権のみである、譲渡人と取得者間の債務法上の関係は、譲渡の基礎にある権利関係により定まる。<sup>(11)</sup>

結局、要約すると、Michaelis は、上述の瑕疵が取得行為に存在しても、善意の取得者は、所有者の返還請求からは保護されるが、取得者のその保護は物権法上のものである（本条は原因関係より生ずる債権的請求権を排除しない）、しかし、手形債務者に対しては、実質的な資格ありとして請求可能（手形債務者は、上述の瑕疵の存在を立証しても、手形金支払を拒みえない）と解する。<sup>(12)</sup>

なお治癒さるべき瑕疵として、意思表示の瑕疵には言及されていない。

基本的に Michaelis と同様の範囲の瑕疵が同条によって治癒さ

れると解するものに Staub-Stranz があり、その根拠もほぼ Michaelis と同一であるが、Staub-Stranz は後に触れるライヒ裁判所の判決（RGZ 45, 265）に言及しているので、手形条例七四条によって排除される返還請求権と他の請求権との関係に言及している Staub-Stranz の見解を紹介する。

## II Staub-Stranz<sup>(13)</sup>

Staub-Stranz は手形条例七四条によって善意取得が認められるとき、「もとの権利者は取得者に対して請求権、とりわけ手形の返還請求権を持たない」と説明する。ライヒ裁判所は次のように解した、つまり手形条例七四条は善意取得者が手形の所有者となることを定めているにすぎず、取得者は交付契約が無効である場合に、行為の無効によって、民法上の原則により、法律上の原因のない利得にもとづき手形返還義務を負う、と。<sup>(14)</sup> しかし Staub-Stranz はこれを不当とする。手形条例七四条は善意取得者が所有者となるというのみではなく、手形の返還の義務がないとも言っている。ライヒ裁判所のように不当利得返還請求権を認めるのは、この手形条例七四条の文言に反すると、Staub-Stranz は主張する。<sup>(15)</sup> それ故善意取得者は手形所有者ともなるし、所有者であり続けるものとされる、善意取得者は交付契約が無効であるにも

かわからず、手形を占有しつつけるし、返還の義務はないと解する、つまり Straub-Stranz は手形条例によって排除される請求権が、本条から明らかでない以上、不当利得返還請求権が残存するとは解しえないとする訳である。<sup>(67)</sup>

Straub-Stranz は手形条例七四条により、善意者に対する手形の返還請求権は、一般的に排除される、その結果、原因関係が無効であっても、これにより発生する返還請求権も排除される、また当然、手形債務者も、この事実を立証して、支払を拒絶することはできないとし、その限りで善意の手形取得者の保護に万全を期している。

詳細は後述するが手形条例七四条は、ハーグ統一規則一五条二項、さらに統一手形法一六条二項の母法となったものであるが、手形条例下に形をなしてきた統一規則一五条二項が当時ドイツの学界の注目を集めた。同規則の解釈における手形条例七四条の役割、つまり同条の学説・判例における多数説とも言うべきものも確定と、その統一規則への適応可能性の検証がこの段階での関心事であった。この検証の過程で明瞭となった手形条例七四条の解釈の内容はいかなるものであったか、これについて手掛りを与

えるハーグ統一規則の解説として、Langen と Wietland<sup>(68)</sup> があるが、ここでは比較的詳細な Langen に焦点を合わせることにする。

### III Langen<sup>(69)</sup>

Langen によれば、ハーグ統一五条二項は手形条例七四条にならった規定であり、文言によれば手形条例七四条と同様、善意の所持人を返還請求からのみ守っている条文である。<sup>(70)</sup> 統一規則一五条二項「手形が事由の何たるを問わずもとの所持人から失なわれたとき、権利を前項の規定により証明したあらたな所持人は、悪意で取得したか、取得の時に重過失のあるときにかぎり手形返還の義務がある。」<sup>(71)</sup> 本条による保護を受けるためには適法に証明された所持人 (der gehörig ausgewiesene Inhaber) が取得の時に善意・無過失であることが要求されているが、「この表現は何を意味するのか」明らかでない。<sup>(72)</sup> この場合に Langen は、二つの解釈を可能とみる、(1) 補充規定として私法(民法と商法)を基礎とする、(2) 手形法における表現を基礎とする。本条と同じ文言を含む現行手形条例七四条について通説と実務は(2)の視点に立つ。<sup>(73)</sup> Langen はこの通説に賛成して「取得者が譲渡人を所有者と誤ったとき、また譲渡人が所有者に代わって処分する権限があると誤った場合の

料  
みではなく——つまり所有権と処分権のみから保護するのではなく、被裏書人の *Berechrigung* と対立する取得行為のすべての瑕疵からも保護する……。」と解する。<sup>(24)</sup> 精神病者 (*Wahnsinnige*) の裏書といえども善意者に手形上の権利を移転する。<sup>(25)</sup> つまり *Langen* は全面的に手形条例七四条についてのドイツの通説を統一規則一五条二項においても維持する。この統一規則一五条二項は国内法となる以上他の法との調和が問題となるが、通常の私法の善意概念は当妥せずと解し、*Langen* は手形条例下の特別の善意概念を支持する。<sup>(26a)</sup> この解釈を採ることによる指図証券の一種としての手形と、無記名証券の扱いかの不均衝は手形条例が特別法 (*Spezialgesetz*) であることよって正当化される。*Langen* は以上のような解釈がドイツにおいて通説 (*die herrschende Theorie*) であると評する。

以上三つの学説を要約してみると、手形条例七四条は民法典と異なり前者の所有権の欠缺のみでなく、手形取得行為に瑕疵がある場合、たとえば無能力、無権代理、処分権限の欠缺等の瑕疵ある場合でも取得者が善意・無過失であるかぎり善意取得を認める、つまり治癒さるべき瑕疵を前者の所有権の欠缺に限定する明文の

根拠はないと解する。しかし意思表示の瑕疵のある場合に直接言及されていない。<sup>(26)</sup> また *Staub-Stranz* によれば、同条は手形返還義務がないとだけ言っているのであるから、その他の請求権も同条によって排除される。指図証券と無記名証券とで法的取扱いに差が生じても不当でない。本条と他の諸求権との関連に特に言及していないがこの説に従うものとして *Cohn, Denburg, Rehbein, Bernstein* があげられる。<sup>(27)</sup> 以上の解釈が通説 (*die herrschende Theorie*) であると評された。

以上の様な無制限に善意取得を認める通説に対し、この時期に有力な批判説が登場した。*Michaëlis* が言及していた *Jacobi* と *Düringer-Hachenburg* である。通説の無制限説に対し、程度の差があるが両者ともに善意取得によって治癒される瑕疵の範囲において何等かの制限があることを認める。この説は手形条例下において有力となり、統一法となった後においても依然として通説に対し有力な批判説たり続けた。ここでは前者に紹介の重点をおきつつ後者もあわせて検討する。

*N. Jacobi*<sup>(28)</sup>

外觀上の権利者を第三者が信頼できるのは本来的には物権法の原則によってである。<sup>(29)</sup> 無記名証券の所有権取得については民法が

詳細な規定を持つが、指図証券については規定を欠き唯一の法源が商法三六五条と小切手法八条が指定する手形条例七四条(統一規則一五条二項)である。この統一規則一五条二項の解釈はいかになされるべきか。手形条例七四条をこの場合に解釈の基準とするとしても、同条については学説が分かれており基準たりえない。「それ故手形条例七四条を統一規則一五条二項に取入れることによってハーフ手形規則にとつて、いかなるものが受入れられたか、この状況においては、この問題は回顧によつてではなく法そのものと、法の首尾一貫性への見通し々によつて探求されるべきである。」統一規則一五条二項は手形がもとの所持人から事由の何たるを問わず失なわれたと言つてゐる。とすれば処分権者とは異なつた者、それ故かれとは異なつた第三者が手形を処分したと言ふ瑕疵のみが語られてゐる。<sup>(31)</sup> だからこれと関係なく現われる瑕疵、つまりその権利者自らあるいは他人が譲渡しようとして発生しうるような瑕疵は統一規則一五条二項には規定されていない。<sup>(32)</sup> Jacoby は手形権利者の保護とは実は証券から生じる外觀を信頼した取得者の保護のことであると説明する。<sup>(33)</sup> つまり権利外觀に基礎をおくべきではない善意の保護は特別に根拠づけられねばならないし、実定法にさかのぼらねばならない例外的な(ungewöhnlich)

(<sup>(34)</sup> nicht)ものである。Jacoby は、善意が基礎をおかねばならない外觀が重要であることに気付かずに、善意概念によつてのみ手形条例七四条と統一規則一五条二項を採求するのを「誤り」と批判する。<sup>(35)</sup> 以上の前提にもとづいて Jacoby は同条によつて保護される瑕疵如何の問題を次のように判断する。「物あるいは裏書された指図証券を占有している者のために、物に対する権利を有するとの外觀が語ることが、彼が精神的に健康であるとか、能力があると言ふ外觀は語らない。取得者はみずから取得行為そのものが本来有効に成立しているのか否かを調査しなければならない。」<sup>(36)</sup> ここでは占有の権利外觀についての物権法の原則が関係し、<sup>(37)</sup> また権利外觀こそが善意取得の要件である。だから取得者の善意は譲渡人の証券に対する権利における瑕疵のみを補完する、しかし Jacoby はそのみでなく物に対する、すべての処分権の瑕疵もまた証券の占有によつて補完されると解する。<sup>(38)</sup> つまりすべての単なる証券の占有もまた彼自ら真の権利者ではなくとも、権利者に代わつてゐると言ふ外觀を所持している。また手形に指名された者が権利者とみなされるのであるから、単なる所持人は第三者に対して指名された者と同一であるとか、権利者から処分権を得ているとの外觀を持つてゐる。<sup>(39)</sup>

料 以上のとおり Jacobi は手形占有の外観を出発点として、取得

者の善意・悪意を問わず、占有の外観に依拠できない瑕疵とそうでない瑕疵とに瑕疵を分離する。つまり手形を占有している者は、所有者、処分権限、裏書人と手形に指名された者との同一性

についての権利外観を有しているから、これらについての瑕疵は善意取得によって治癒可能であるが、手形譲渡人が能力者であるとの外観を有しない以上、これを信頼して取得しても取得者は保護されない。つまり手形占有がいかなる権利の外観を作り出すかに決定的な意味が与えられている。Jacobi は Drünger-Hachenburg と異なり所有権の欠缺のみに治癒さるべき瑕疵を限定しないのはこの占有の権利外観に理論的基礎を置くことによる。しかし Jacobi は処分権限(代理権をも含む)と同一性の欠缺の場合にも、治癒可能性を認めるが、通説と異なり取得者が善意

・無過失であれば善意取得を認めるのではなく、所持人が「この二つの方向の一方に向かって」資格があるかを表面的に(oberflächlich)に調査する義務を取得者に課している。しかもその調査を怠れば Jacobi の見解によれば重過失があるものとして保護を否定されることになる。<sup>(15)</sup> また Jacobi は通説と同様に、統一規則一五条二項について破産債務者から破産手続開始後に、取得者

が手形を善意・無過失に取得したときにも保護されると解する。以上のとおり Jacobi が手形条例七四条ならびに統一規則一五条二項によって治癒されると解する瑕疵を列挙してみると、譲渡人の能力の欠缺を除いて、通説が認める取得者の保護範囲とほとんど同一であり、Jacobii のこの段階での解釈ではかなり広範囲に取得者の善意を保護していることになる。<sup>(16)</sup>

以上のとおりこの問題は手形条例下では決着のつかないままに終わった。本条の概括的な表現と取引の安全を根拠とする「無制限説」と独自の根拠(権利外観説)を主張する「制限説」が対極に位置して論争は決着がつかなかった。そこで前者が自説を補強するために本条の善意概念と普通法上の時効取得における bona fides との関連が主張され、後者の提出した論点として有価証券法内部の分裂(指図証券と無記名証券の処理)があった。

(i) 通説を主張するある者は根拠の一つとして、普通法の取得時効の bona fides の概念がドイツの動産即時取得法、さらに手形条例七四条に受継がれ、本条の解釈にあたってこの bona fides の概念が維持されたと主張する。つまり手形条例七四条は、有効な取得行為を要すると明言していないし、民法典の成立前であっ

たため、民法の解釈を援用もできないため、善意で法律効果に差を生じる普通法上の時効取得の善意概念を利用した、この善意概念によって非常に広範な瑕疵が治癒されると解釈され、またこの解釈は手形取引の安全を確保するものとして民法典成立後にも維持された、取得時効の bona fides 概念が手形条例七四条の解釈で実務と学説を支配してしまつた後には、歴史上の bona fides と手形条例七四条との関連を強調するのは不用となつた。<sup>(49)</sup>

しかしこの主張を証明する体系書・注釈書を見出すことができなかった。手形条例下で無制限説が有力ではあつたが、その根拠がこの主張に沿うものであつたとの証拠をあげることは現在のところできない。<sup>(50)</sup>

(ii) 通説をとると、指図証券の一種の手形は手形条例七四条による保護が与えられるのに、指図証券より流通能力の高い管の無記名証券が低い保護を受けるにすぎないのは理論的に不当ではないかとの批判があつた。例えば、ある者が無権代理人か無能力者から、手形と無記名証券の両方を譲り受けたとすると、通説によれば、手形は返還しなくてもよいが無記名証券を返還しなければならぬ。つまり以下のような極端な例を生じることになる。當時、小切手は指図式と持参人払式の両方が認められていた。<sup>(51)</sup>持参

人払式小切手 (Inhabercheck) は無記名証券の一種で、民法の保護が認められるが、指図式の小切手 (Ordrecheck) は指図証券として、理論上指図証券の一般原則が適用される結果、善意取得者の保護はもっぱら手形条例七四条による (旧小切手法八条)。<sup>(49)</sup>小切手法という一つの法体系の中で指図式と持参人払式の二つタイプの小切手が認められ、前者は手形条例、後者は民法が適用され、その結果、通説に従うと有価証券における分裂を生じることとなる。<sup>(50)</sup>

この分裂は旧商法下ですでに成立していたが、<sup>(51)</sup>通説の解釈はこれを一層大きなものとし、その結果有価証券法の理論的な調和を放棄しなければならなかつた。<sup>(52)(53)</sup>

結局これをめぐる問題は、手形条例下では決着がつかないまま問題を後に残した、また通説たる無制限説を採用にしても、善意者に与える保護には学説上広狭があるし、<sup>(54)</sup>制限説でもどの程度の制限があるのか、これにも幅があつた。<sup>(55)</sup>学説の分裂が著しい問題であつたが、判例の態度はいかなるものであつたか、以下でこれを検討する。

(一) 手形について手形条例七四条の保護があるが、無記名証

券には統一原則が欠けていた段階で、商取引の必要から一八五九年に Hannover (プロイセン法が効力を持っていた地域)で、無記名証券の返還請求を排除した法が成立した (von Düring, Zur Lehre von der Zulässigkeit der Emission und Vindikation von Inhaberpapieren. Aus der Hannoverischen Praxis, ZHR 2, 545 ff.; H. Hübner, aO., S. 28, Anm. 66)。しかし手形条例の成立時でも種々の議論があった (H. Hübner, aO., S. 28; Lux, aO., SS. 22—25; Goldschmidt, Der Erwerb dinglicher Rechte am Mobiliten, ZHR 8, 320 ff.) ことから、その後商取引の要請に反するが無記名証券の返還請求を許すのを弁護する説も主張された (たとえば Wolf, Vindikation, Amortisation und Außerkursetzung von Papieren, ZHR 7, 41 ff。) この状況で一八六一年に成立した Allgemeine Deutsches Handelsetzbuch (以下 ADHGB) に基づく草案は返還請求制限の規定を持っていなかった (Goldschmidt, ZHR 11, 2; H. Hübner, aO., S. 28, Anm. 69; Lux, aO., S. 30)。しかし草案の第三説会の三三九条は「問題 (Kommissionär) が委託に反して取引したとき委託者 (Kommittent) に損害賠償の義務がある。……委託者は物を善意の占有者から取り戻すことはできなご。」(Protocollé der Commission zur Berathung eines ADHGB, 1858, SS. 688—693, 1186—1188—以下 Protocollé) とあった (この段階では問題の譲

渡の場合に限り返還請求が排除されていた)。ところが第三説会に、始めてプロイセンが草案三三九条について次の内容の提案をした、商人が商業の経営に際して商品を譲渡・質入したとき返還請求を排除するが、盗品・遺失物については取得者に請戻請求権を与えぬ (Protocollé, S. 4605 f。) この提案に対する修正案は占有離脱 (abhanden gekommen) 物と委託物との区別を排して一般的な善意保護を導入しようとした (Lux, aO., S. 31; H. Hübner, aO., S. 28 f。) 反対派は所有権の保護と他の Land の法典と調和を根拠として反対した (H. Hübner, aO., S. 29)。結局商取引の保護の主張が九対五の多数で採用されて (H. Hübner, aO., S. 29) 三〇五条以下の規定が成立した (Protocollé S. 4611)。この反対を押し切って成立した背景には、商取引の安全があった (Protocollé, S. 4608; なお Lux, aO., S. 31; von Lübtow, aO., S. 201)。  
ADHGB においては返還請求排除ではなく取得者が所有権を取得するという実体的な権利状態 (materielle Rechtsslage) の規制が (von Lübtow, aO., S. 200) 議長の決定によってなされた (Protocollé, S. 4611; H. Hübner, aO., S. 29)。旧商法典は商人が自己の商業の経営にさいし物を譲渡した場合、物の喪失を出発点とし「旧の所有権は消滅する」(§ 306 I, ADHGB) 意思による占有喪失と意思によらないそれとを区別し、遺失物または盗取された物

には請戻請求を認めず無制限に返還請求が可能 (§ 670. ADHGB) ²、ただし無記名証券についてはこの區別を撤廃した (§ 307 ADHGB) ³、また明文で指図証券には手形条例七四条が適用されることになった (§ 305 ADHGB) ⁴立法者の明確な意図による、Protocolle. S. 5670) ⁵。結局無記名証券には商法典が適用されるが、指図証券には手形条例が適用されることになる (Protocolle. S. 4613; Lux, aao., S. 32)。このため指図証券と無記名証券との次の不統一が生じた。①無記名証券には所有権の取得が認められるが指図証券は返還請求権が排除されるに止まる (Lux, aao., S. 32)。②両証券の善意取得の主観的要件で差を生じる、無記名証券では Redlichkeit で足りるが指図証券では善意、無重過失が要求される (Lux, aao., S. 32)。ただし②について当時の学説は明文の規定を欠くが、無記名証券について重過失を善意と同一に扱った (Goldschmidt ZHR 9, 29 ff.; Lux aao., S. 33) ⁶。なお学説では善意取得には有効な取得行為が必要との点でも一致していた (Anschutz-Voelkerndorff, Kommentar zur Allgemeinen Deutschen Handeldsgesetzbuch III. 1894, § 306. Anm III 2; ² な ⁴ Hauser, Die Entstehung und Erlöschung dinglicher Rechte am beweglichen Sachen im Folge redlichen Erwerbs nach Art. 306 der Allgem. Deutschen Handelsgesetzbuch. Archiv für deutsches Wechselrecht und Handelsrecht 16, 272

は本条が法律行為の有効性の原則までも変更するものでなく譲渡人の所有権の欠缺のみが本条の目的であるとする) ⁷。ただし異説として Endemann, Handbuch des Handels-See- und Wechselrechts II. 1882, S. 59. Anm 56 は三〇六条の保護は代理権の欠缺への善意に及ぶとした。

(2) 旧商法典は動産即時取得の法発展に大きな影響を与えたが、委員会が商法典により発生した動産法の危機 (Gefährdung) がすでに問題となっていた (Protocolle. S. 3607) ⁸。つまり物に対する物権を排除するには物が商人の商業の経営を通過すれば足りるのであるから (H. Hübner, aao., S. 29) ⁹、当然解決の必要があった。議論はあったが、ともかく民法典の第一草案は §§ 306 ff ADHGB を民法典に取入れることに決した (Motive zum Entwurf eines BGB III. 1896, S. 344) ¹⁰。第一読会の草案八七七条「譲渡人が物の所有者ではなく取得者がこの事状を知らないし、不知に重過失がなければ取得者は § 874 に定められた契約により所有権を取得する。」(Entwurf eines BGB für das Deutsche Reich, erste Lesung. 1888, S. 201) ¹¹。ただし遺失物・盗取された物には草案八七七条の例外があった (§ 879. Entwurf. S. 201) ¹²。本条は条文自体から、立法者の説明 (Motive zum Entwurf eines BGB III. 1896, S. 344) から明瞭であるが所有権についての錯誤のみ、それ故無権利者からの取得のみを保護する趣旨であった。この草案八七七条

がそのまま現行民法典九三二条となり、無記名証券と金銭には、遺失物・盗取された物に対する返還請求が排除された（§ 935 BGB）。学説は、立法者の意思と同じく治癒される瑕疵は前者の所有権の欠缺のみと解しており、現在でも異説をみない（むしろ民法典成立の直後から九三二条の存在自体が適切ではなるとするものがあつた。現在でも

Zweigert, Rechtsvergleichend-Kritisches Zum Gutgläubigen Mobilienvererb. Rabelsz. 1956, S. 1ff. 以下に前に引用した von Lübtow v. H. Hübner がある。その詳細は喜多「権利外観優越の民法的構成と商法的構成」小樽商大創立五〇周年記念論文集、同「善意取得の民法的構成と商法的構成」私法二四号一二三頁、とりわけ詳細な、安永・前掲論文論双八八巻四・五・六号一二七頁参照。たとえば Staudinger, Kommentar zum BGB III (Sachenrecht), 11. Aufl. (1950) § 932 Anm. 26; Wolf-Raiser, Sachenrecht, 1959, § 69, II. 1; Westermann, Sachenrecht, 5. Aufl. (1966), § 45, III. 16; Ermann-Westermann, Hardkomm-entar zum BGB II 2. Aufl. § 932 Anm. 4; Soergel-Siebert, BGB III (Sachenrecht) 1960 § 932, Anm. 4 und 6; Palandt, BGB 29. Aufl. (1970), § 932, Anm. 4; Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, 6. Aufl. (1970), § 52 III 12 がある。ただし異説がなかつた訳ではない。いずれも無権代理に善意取得を肯定した Wendt, Erwerb von einem

Nichtberechtigten (BGB §§ 932 bis 936), ACP 89, 1ff.; Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft II. Bürgerliches Recht, 1914, § 55 参照。この説によれば後にふれる商法典三六六条を無用の規定と解することになる(Kohlerはこれを明言した)。Wendtは前述の Ermann の見解に賛成したものである。

(3) 民法典の成立により商法典が善意取得について特別の定めを持つ必要はなく、商法典の課題は民法典との調和であつた (Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs, 1896, S. 221)。民法典の保護の及ばない場合であつて、しかも商取引上必要な保護が与えられるべき場合として、取得者が譲渡人を所有者または質権設定者と思わなかつたが、物を処分する権限があると考へた場合があげられた (Denkschrift, S. 221)。具体例として、問屋営業をしてゐる商人からの取得があげられている (Denkschrift, S. 222)。有効な委託契約 (Kommissionsauftrag) の存在、その処分権限の範囲の調査を取得者に要求できないし、その調査が取引の安全を害すると説明されてゐる (Denkschrift, S. 222)。以上の理由から商法典三六六条の成立をみた。つまり「商人がその商業の経営に際し自己の所有に属してゐない動産を譲渡または質入れたときは、取得者の善意が動産を所有者にかわつて処分する、譲渡人あるいは質権設定者の権限に関連したものであつても、無権利者から権利

を譲り受けた者のために民法の規定が適用される。」(Entwurf eines HGB 1897, S. 93 による) 本条は旧商法典と同様に譲渡行為が有効であることを前提とすると解されてゐる (Düringer-Hachenburg, HGB 3. Aufl (1932), § 66, Anm. 7; Schlegelberger, HGB III, 4. Aufl (1935), § 366, Anm. 29; Baumbach-Duden, HGB, 17 Aufl (1966), § 366, 1) c)。それ故に、本条によつては能力の瑕疵は治癒せられた (Düringer-Hachenburg, Schlegelberger, Baumbach-Duden)。しかし譲渡行為が、代理権欠缺のため無効 (unwirksam) となつたとしても、善意者が保護されるの否かは学説で争があつた。つまり本条に言う処分権限とは「自己の名前」で処分することであり、自己の名前で取引 (§ 185 BGB) と、他人の名前での取引 (代理人として §§ 177 ff BGB) とが、明確に法概念として区別されてゐることを考慮すると、§ 366 HGB は代理権の欠缺と無関係であるかに見える (Schlegelberger, HGB, § 366, Anm. 25)。しかし本条の成立時に「商法上の契約関係により他人の物を自己の名前で、または所有者の名前であつた」処分する権限が根拠づけられる場合が非常に度々あり、そのような処分権限の存在についての過失のない錯誤に保護が認められないとすれば取引の安全は害されるであらう。」(Denkschrift zu dem Entwurf eines BGB 1887, S. 222 f) と説明されており、また他人の名前でか、自己の名前でか

の証明の問題の解決が、非常に困難であることから、本条によつて代理権の欠缺も保護されると解するのが、多数説であつた (Düringer-Hachenburg, HGB, 1910, § 366, Anm. 2; Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht, 2/3 Aufl (1925), S. 416; 今江正一, Schlegelberger, HGB III, 4. Aufl (1965), § 27 Anm.; Baumbach-Duden, HGB, 17. Aufl (1966), § 366, 2) b)

(4 a) Michaelis, Kommentar zur Wechselordnung, 1932, § 74, Anm. 3

(4 a) Michaelis, aO., § 74, Anm. 4

(5) Staub-Stranz, が引用する判決は RGZ 45, 265; 55, 49 であるが、事実から見る限りこの判決は譲渡人の所有権の瑕疵にもまた関連してゐるかに見えると Michaelis は評價する。Michaelis, aO., § 74, Anm. 4

(6) Michaelis, aO., § 74, Anm. 4

(7 a) Michaelis, aO., § 74, Anm. 4

(7 a) Michaelis, aO., § 74, Anm. 4

(8) Michaelis, aO., § 74, Anm. 4

(9) Michaelis, aO., § 74, Anm. 1 und 2

(10) Michaelis, aO., § 74, Anm. 8

(11) 原因関係履行のため手形が振出されたが、その原因行為が無効 (Unverbindlichkeit) である時、取得者の善意により物権的請求権が排除されるが、不当利得返還請求権(民法

八一二条以下)が發生する、それ故後述の RGZ 45, 265 の判決を正当とし、この判決を非難する Staub-Stranz を、充分な理由がないのに、善意の取得者はいかなる事情があつても手形を占有するものとするを批判する、Michaelis, aO., § 74. Anm. 9

(12) Michaelis の説明では、返還請求権のレヴェルでは、原因関係が有効であれば(原因関係無効から發生する不当利得返還請求権が認められない)、手形取得行為に瑕疵があると、善意者は民法により手形所有者とならない(手形条例七四条により手形所有権得の効果は發生しないと Michaelis は解する、Michaelis, aO., § 74. Anm. 1 und 2)のであるから取得者の善意悪意を問わず所有者は手形の返還を請求できる筈であるが、善意者は手形債務者に対し手形債権主張の實質的資格がある(Michaelis は不正確な表現とことわり、手形所有者という用語を使用する Michaelis, aO., § 74. Anm. 9)と説明するのであるから、この限りで所有者の返還請求権が制限を受けることを認める(もとの所有者は手形の返還を請求できないし、債務者は上述の瑕疵を立証して支払を拒絶できない)。これに対し原因関係が無効(Unverbindlichkeit)であれば、善意により返還請求権が排除されても不当利得返還請求権が發生し、結局取得者は手形を返還しなければならぬ(Michaelis, aO., § 74. Anm. 9)が、しかし、善意であれば手形債務者に対

し権利主張の實質的資格があるとする前述の説明上、手形債務者は支払を拒絶できないことになる(Michaelis, aO., § 74. Anm. 8)。

つまり取得者の債務者に対する面では、常に善意の取得者は権利者となり、旧所有者に対する面では、原因関係が有効であれば、結果として取得者が権利者となるが、原因関係が無効であれば、これによる不当利得返還請求権により旧所有者は善意の取得者からも手形の返還を請求できることになる。

(13) Staub-Stranz, Kommentar zur Wechselordnung 9 Aufl (1921). (以下 Staub-Stranz, WO で引用)

(14) Staub-Stranz, WO., § 74. Anm. 13

(15) この判決は手形条例七四条が手形の返還請求を制限した規定で、その他の請求権に何の影響も与えないことを前提として原因行為の無効による不当利得返還請求権が排除されないと判断した判決である。Staub-Stranz, WO., § 74. Anm. 13

(16) Staub-Stranz, WO., § 74. Anm. 13

(17) Staub-Stranz, WO., § 74. Anm. 13 結果回説 Meyer, Wetschrecht I. 1913. S. 464

(18) Wieland, Der internationale Wechselrechtsübereinkommen von 23. Juli 1912. und sein Geltungsbereich. ZHR 74, 1 ff. Wieland 論文は自説の主張に主力を置いたので

なく、ハーグ統一規則の解説を旨指したものであるが、統一規則一五条二項の解説は、以下の内容である。統一規則一五条二項は、受取人または振出人の保護如何の問題を、未解決のままにしているが、この点について振出人は受取人と引受人と原因関係により結びつけられているとの理由だけで、各国法により決せられるから、善意の被裏書人の保護のみが原因行為から独立した規制を必要とする(Wieland, ZHR 74, 39)。善意の被裏書人について統一規則一五条二項は、通説(herrschende Theorie)と実務により手形条例七四条に与えられた意味で理解される(Wieland, ZHR 74, 39)。つまり所有権取得は、資格の存在と取得者の善意にのみ結びついている。「善意は取得者自身のみが能力があるかぎり、処分権の欠缺と同様に所有権の欠缺のみでなく、取得基礎(Erwerbsgrund)のその他の瑕疵も治療する。」

理由にみよひて、(Wieland ZHR 74, 39)。

(19) Langen, Der Schutz des Wechselverkehrs nach dem Hager Wechselrechts-abkommen von 23. Juli 1912 in Festschrift für Ernst Zitelmann 1913 など Langen には別著 Kreationstheorie im heutigen Reichsrecht 1906 があり次のような説明がある、手形条例七四条は民法が無記名証

券に与えている以上の保護を、債権取得の際に善意、有資格の所持人に与えている(Langen, Kreationstheorie, S. 92)。つまり前者の所有権欠缺のみが治療されるのではなく、権利の取得は善意の被裏書人のために譲渡行為の有効性と独立してなされる。無能力者の無効な裏書もまた、善意の取得能力者(Erwerbshänge)に、所有者と債権者としての地位を作り出す(Langen, Kreationstheorie, S. 92)。(20) Langen, aO., S. 71 などこの点、学説判例に異論はなく、所持人は所有者となると解されていた。

(21) この統一規則一五条二項の訳は Wieland, ZHR 74, 1 ff の Anhang にある独訳による。

(22) Langen, aO., SS. 11—12

(23) Langen, aO., S. 12

(24) Langen, aO., S. 12、ただし Langen は、取得者自身の Person に由来する、権利行使を妨げる瑕疵(たとえば自己の行為能力の欠缺)のある場合は勿論除外する。

(25) Langen は、形式的資格を持って、自分が債権者となると信じ、手形取引に必要な注意の重大な侵害なくして、そのように信ずることが許される者が、自己に取得を妨げる事由のないかぎり、実際に債権者であると判断する(Langen, aO., S. 12)。しかし、この解釈の問題点として、民法と商法の適用の結果、流通能力の高い無記名証券より指図証券が、高い保護を受けることを指摘する(Langen は、

この問題を前著 *Kreationstheorie im heutigen Reichsrecht* 1906 で扱っていた——この論点を最初に提出したのは恐らく Jacobi, *Wertpapiere im bürgerlichen Rechts des Deutschen Reichs* 1901, SS. 72—73 か。しかし Langen は、民法典の立法者が、この点で、手形条例を変更したとは言いえないし、手形条例は、特別法として民法に優先すると、説明する。

(26 a) Langen は、次の理由をあげる、統一規則はドイツの立法者の作成したものでなく、たまたま法文が外観上同一であるからと言って、一般私法に従わせる必要もなく、法の観念は当該「法」によって判断されるべきで、他の法による補充・準拠を必要としない (Langen, aO., S. 13)。

(26 b) ただし、これを肯定するものは、資料によるから Brütt, *Die abstrakte Forderung nach deutschem Reichsrecht* 1908, S. 228 のみである。「……錯誤、詐欺、そして強迫のように処分行為の意思欠缺もまた、重過失のない受取人に、対抗されえない。」

(27) Cohn, *Wechsel = und Scheckrecht*, 7 Aufl. (1913), S. 182; Dernburg, *Das Bürgerliche Recht*, II/1 1909, S. 406; Rehbein, *Allgemeine Deutsche Wechselordnung*, 1900, § 74, Anm. 2 (同一性の調査義務) : Bernstein, *Allgemeine Deutsche und Allgemeine Oesterreichische Wechselordnung*, 1898, S. 280

(28) Jacobi, *Wertpapiere in Ehrenbergs Handbuch* Bd. 4, Abt. 1, 1917 (以下 Jacobi, WP で引用) Jacobi の本書の詳細な紹介・検討はすでに河本「有価証券におけるレビッシャイン」神戶法学二卷四号七三三頁によりなされている。なお Jacobi の本書ではすでにハーグ統一規則に言及されている。

(29) それ故、手形条例七四条と統一規則一五条一項によって、不当利得返還請求権は排除されない (Staub-Stranz を批判)。Jacobi, WP., S. 163, Anm. 37

(30) Jacobi, WP., S. 165

(31) Jacobi, WP., S. 166

(32) Jacobi は、それが条理 (Natur der Sache) にも対応することを説く。Jacobi, WP., S. 166

(33) Jacobi, WP., S. 166

(34) Jacobi はこの問題が、有価証券法の範囲から外れる問題であると評する。Jacobi, WP., S. 167

(35) Jacobi, WP., S. 167

(36) 自らなす取引において、注意が可能であるが、取得行為の以前に存在する事実、たとえば譲渡人に、処分権があるとの事実を調査するのは、不可能であると Jacobi は判断する。Jacobi, WP., S. 167

(37) ハーグ統一規則が独自に形成されたとしても、統一規則一五条二項の本質は、物権法の規則で、権利に証券の規則

を適用するために、権利と証券の結合が利用されていると説明する。Jacobi, WP., S. 167

(38) Jacobi, WP., S. 167

(39) 処分権限を有する者の具体例として、代理人 (Vertreter) と使者 (Bote) があげられる。Jacobi, WP., S. 167. Anm. 54

(40) また善意 (Redlichkeit) 概念が条約国につき同一でなければならぬから、ドイツ法が破産法の場合 (破産法七条) に知っていた例外は、手形について、考慮されないが、その他の裏書可能な指図証券は、これと異なると解する。Jacobi, WP., S. 168. Anm. 55. され故、Jacobi は破産手続開始後、破産債務者から善意で手形を取得した者を保護する。

(41) Jacobi はこの義務を、積極的な義務と解しているようである (怠たれば重過失) が、その根拠は不明である、この点につき河本・前掲論文・神戸法学二巻四号七三三頁以下。Jacobi は、ただこの調査義務が、指図証券と無記名証券を区別する徴表を作り出すと、述べるだけである (無記名証券では権利移転のためには Übergabe で足りるから、同一性の調査を問題とする余地はなご)。Jacobi, WP., S. 168

(42) Jacobi と通説の差が留保につきあるが接近したためである以上、通説と最も対立した主張をした Düringer-Hachenburg の説の紹介の必要がある。Düringer-Hachenburg は、

手形条例七四条に Staub-Stranz が認める、広い意味をあたえるのは、適所ではないと考える (Düringer-Hachenburg, Das HGB II 1910., § 365 Anm. 6)。指図証券の被裏書人が、それによって証券を取得する法律行為の瑕疵は、証券の形式的な行為が存在するだけは、治癒されない (Düringer-Hachenburg, aaO., § 365. Anm. 6)。手形条例三六条が、示唆するとおり、手形条例七四条は、最後の裏書の前にある裏書にのみ関連すると、主張する (Düringer-Hachenburg, aaO., § 365. Anm. 6)。しかし同書の改訂版では若干の変更が見られる。つまり、最後の裏書が偽造されたか否かを問わないし、また取得者が重過失なくして裏書人と自称した者から取得した同一性の欠缺か否かをも問題としない (Düringer-Hachenburg, Das HGB W. 1932., § 365. Anm. 9)。適法な所持人の不誠実な被用者が、会社の裏書を偽造し、善意の第三者に交付しても同条が機能する (Düringer-Hachenburg, Das HGB W. 1932., § 365. Anm. 9)。取得者の善意は、前にある裏書と同様に最後の裏書の瑕疵も治癒する。しかし善意は証券の譲渡人の譲渡の権限 (Veräußerungsbefugnis) を対象としなければならぬから、前所有者 (Vorbesitzer) の能力における瑕疵は治癒されない (Düringer-Hachenburg, Das HGB W., § 365. Anm. 10)。この点では旧版とのちがいはない。なお、旧版では通説を肯定すると引渡証券 (Traditionspapier) の一種の倉庫証券

で不当な結果をもたらすとする説明があった。つまり商業補助者(Handlungshelfer)が、物そのものを代理権があるとして譲渡しても善意取得は否定されるが、物でなく白地裏書を具えた、指図式の倉庫証券を無権代理により譲渡した時に、善意取得が認められるのは、不当であると批判した(Düringer-Hachenburg, Das HGB II. 1910, §. 365. Anm. 6)°。Düringer-Hachenburg の旧版は最も徹底したもので、無記名証券(指図証券(手形)の保護範囲を同一に解す)°。同説として Bachmann, Vertrauensschutz im Recht der Wertpapiere. Diss. Köln 1931. S. 34.

(43) 例えは、手形条例(すは)° Callam, Inhalt und Tragweite des guten Glaubens beim Wechselwerb. Diss. Greiswald. 1912. S. 15 後(すは)° ネーの統一法会議のドイツ代表の Quassowski が Gernann common law のドイツの bad faith 概念(すは)°説明した(L League of Nations, Records of the International Conference for the Unification of Laws on Bills of Exchange, Promissory Notes, Cheques, first session. 1930. p. 197)° の(すは)° Wolff, Über den Verkehrsschutz im Neuen Wechselrecht in Beiträge zum Handelsrecht (Festgabe für Carl Wieland) 1934. S. 448 ff ; Lux, aaO., S. 27 ff ; Heinrichs, aaO., S. 27 ; Scheunemann, Der Wechselwerb kraft guten Glaubens nach dem neuen Wechselgesetz. Diss. Greiswald 1934. S. 26. Anm.

26. があり、とりわけ Lux がこの説の首唱者である。

(44) ドイツ普通法上、取得時効(Ersetzung)のためには「善意の占有 (Redlicher Besitz)」が要求され、この場合の善意とは人が物の先占(Aneignung)において実質的不法をなしていないとの誠実な確信(redlicher Überzeugung)と理解され(Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts I. 1891. S. 532 ; Dernburg, Pandekten I. 1892. S. 450) °の善意の定義の中に能刀と代理権に対する善意を含ませる説があった(Windscheid, aaO., S. 534. Anm. 8)°

また取得時効の要件の「権限(Titel)」に於ては取得者が錯誤で有効な取得事実があると考えた場合に(つまり Putativtitel (すは)°)も、取得時効が成立すると考えられていた(Windscheid, aaO., S. 538 ; Dernburg, aaO., S. 451)°。

(45) 以下(すは)° Lux, aaO., S. 27 以下°。

(46) 普通法上の取得時効との関連を明確に主張したのは(資料からみれば(すは)°) Callam, aaO., S. 15 であるとあれ(すは)°(Lux, Heinrichs, Scheunemann が(すは)° Callam 以下°)。しかし Callam は普通法の取得時効の善意が「譲渡行為の全法的瑕疵を補充すると説明し、体系書(Thöl, Grünhut, von Canstein 等)が取得行為のすべての瑕疵に善意が及ぶと解している(ただしこれは不正確、包括的な表現は引用の体系書では使われていない)と述べるが、両者に関連が

あつたとの証拠をあげないなら (Callam, aO., S. 15 f.)。Callam は、ライエ裁判所の判決 (RGZ 45, 265) を引用するが、この判決は後にされるべき、Callam説を補強するものではない。(Afholter, Wechsel Eigentum und Wechsel Forderung, ZHR 39, 375 ff. の引用される場合があるが (Lux, aO., S. 27, Anm. 3) より取得時効との関連を明確にするに断言できない)。

それ故現在のところ Callam 説を採るのには慎重であるべきと考ふる (Stanzl, aO., S. 76, Anm. 41)。

(47) たゞせば、無記名式の株式と社債、持参人払式の小切手である。その他ドイツ法上、土地負担証券 (Grundschuldbrief)、定期土地負担証券 (Rentenschuldbrief) を無記名とせしむるが許されざる (Rehfeldt-Zöllner, Wertpapierrecht, 9 Aufl (1970), S. 7 f.; Ulmer, aO., S. 23 f.)。

無記名証券の善意取得者は、民法の保護を認められ (異議なく) Rehfeldt-Zöllner, aO., S. 7; Ulmer, aO., S. 75 f.; Baumbach-Hefemehl, Wechselgesetz und Scherckes etz. 10 Aufl (1970), S. 5 ff.; von Gierke, Das Recht der Wertpapiere, 1954, S. 17 f.; Locher, Recht der Wertpapiere, 1947 S. 39 f.; Jacobi, WP., S. 150) 当然に商法三六六条の保護が、無記名証券にも認められ (Locher, aO., S. 40; von Gierke, aO., S. 18) として流通能力が高ければ、理論上当然善意者の保護も高く

なる筈である (Jacobi, WP., S. 164, Anm. 43; Düringer-Hachenburg, Das HGB 1910, § 365, Anm. 6)。

(48) Düringer-Hachenburg, aO., Anhang 1 zu §§ 363—365, Anm. 17; Jacobi, WP., S. 489

(49) Düringer-Hachenburg, aO., Anhang 1 zu §§ 365—365, Anm. 17; Jacobi, Der Scheck als Wertpapier, ZHR 63, 93

(50) Jacobi は、通説をとると、同一の権利を証券化し、また無記名証券がより自由な取引に使用されるために作られているのに、指図証券がより高い保護を受けるのを不当として、かつては譲渡人の所有権の欠缺のみが、治癒されると解した。また通説を採れば、小切手法について Legitimationswirkung が二つの方向 (無記名証券と指図証券) に異なるが、これは矛盾であるとの批判した (Jacobi, Die Wertpapiere im Bürgerlichen Recht der Deutschen Reichs, 1901, S. 73; ders., Der Scheck als Wertpapier, ZHR 63, 93

(51) 「民法と一八九七年の商法の施行によって三九年前すでに存在してゐた不均衡が、いさう明瞭となった。」 Wolff, Über den Verkehrsschutz im neuen Wechselrecht. in Beiträge zum Handelsrecht (Festgabe für Carl Wieland) 1934, S. 451

(52) なおこの点は、現行小切手法が指図式と持参人払式の両

者に、等しく小切手法二一条を適用する結果、旧法ほど切実な問題はなくなつた。しかしその他の無記名証券ではなお、問題を残している。

(53) この分裂を、回避するために特別法 (Sonderrecht) の概念から、この問題に取組んだものに Callam, Inhalt und Tragweite des guten Glaubens beim Wechselwerb. Diss. Greifswald, 1912 があつた。

通説による善意取得者の保護についての無記名証券と指図証券の間の不均衡を不当として、「我々はそれ故一九〇〇年一月一日に効力を発生した立法はよつて、善意の手形取得の要件が変更されなかつたか否かを自問する。」(Callam, aO., S. 20)

しかし通説は手形法を特別法として、民法によつて変更されないとする。Callam は通説の特別法の概念は不明確で、それは結局絶対的な善意 (absolute Willkür) となるとする (Callam, aO., S. 16)。むしろ手形条例は、民法によつて変更されることが可能であるから、手形条例七四条が民法によつて変更されたかどうかが問題である。

その手掛りが、ドイツ民法施行法三二条である。「ライヒの法規定は効力を持ちつづける。しかし民法典または本法によつて廢止 (Aufhebung) が明らかであるかぎりて失効しない。」

Callam は、民法典によつて善意の保護に関し、無記名証

券の上に、手形を置く理由はない、最も流通性を高められているのは無記名証券であり、「それ故、手形と無記名証券が、善意に関して、異なつて扱かわれるものとするなら、無記名証券の善意、がより高い保護を享受するようにのみ、それはされるのであつて、逆ではない。」と判断して、現行法の統一性と無矛盾性の原理の適用の結果、「無記名証券の善意取得について効力を持つ民法典の原則と手形条例七四条が矛盾しているかぎりて、手形条例七四条が民法典の原則と一致するような方法で変更された。」(Callam, aO., S. 32) と解する。

Callam は、以上のように解して、批判説から加えられた論点を回避する。結果としては、基本的に Düringer-Hachenburg の旧版と Jacobi の旧説と一致する。ただしその後のドイツの学説では、Callam と全く同じ説を採る学説はないか見える。

(54) 上述のとおり無制限説で徹底してゐる Staub-Stranz とこれと若干異なつた説をとる Michaelis があつた。

(55) 制限説で徹底している (つまり善意取得のためには最後の裏書の有効性を前提とする) Düringer-Hachenburg の初期の説と、かなりの範囲で取得者を保護する Jacobi があつた。

(3) 判例の検討 (手形条例下)<sup>(1a)</sup>

体系書・注釈書<sup>(1b)</sup>に引用されており、しかも通説に従ったと評価されている判決を抽出して検討を加える。いずれもライヒ裁判所(以下LG)の判決である。体系書等の引用は適切か、その評価は妥当か、これに視点を合わせて手形条例下の判例の全体を明確にするように努力する。以上をふまえて、手形条例七四条に關する判例の動向を、明らかにしたいと考える。とりあげるべき判決は重要と考えられるか、またはたびたび引用されるRGZ 45, 261: 53, 204: 55, 47: 74, 184 の四の判決である。

[1] RG. 1900. 1. 8: RGZ 45, 261<sup>(2)</sup>

(事実) 本件手形は振出人R、引受人X(原告)、満期一八九八年一月二八日、額面五〇〇〇M、Rの白地裏書を具えたもので、Xの申立によれば、Xはこの本件手形を、代理人Oに交付し、手形の割引を依頼した。ところがOはXの代理人と称して、被告Yのところへゆき、二台の車についての売買契約を結び、その代金支払のため、本件手形を譲渡した。そこでXは手形の返還を求めため本訴を提起した。Landgericht(以下LG)はXの訴を棄却したが、Kammergericht<sup>(3)</sup>はXの申立を認容した。そこでYが上告したが、結局上告は棄却された。

(判決理由) 「Yの上告理由によれば」手形条例七四条に適切

でない意味があたえられる。つまり〔旧〕商法三〇六条と平行しているこの条文は、なるほど資格のある善意の手形取得者が手形の所有者となり、その結果〔善意取得者が〕返還請求から保護される<sup>(4)</sup>としている、それに対して、この条文は所有権に基づかない手形の返還請求権を妨げるものではない。そのような請求権もまた、Xによって主張されているのであり、それ故この請求権が理由ありとされるときには、手形条例七四条は考慮されないうまにとどまりうる。本件はしかも後者の場合である。〔S. 263〕

「また事実によれば、OはXが与えた(手形割引により現金を入手するについての)代理権を越えてYと取引したのであるから、……Oによってなされた売買行為は、原審が適切に述べているとおり、1. 13. § 90 ALRにより、Xについて拘束力を持たないのであり、XはYがあたかも、いかなる法律上の原因(Rechtgrund)もなくして手形を取得しているかのよう<sup>(5)</sup>に、手形を取戻すことができる。〔S. 264〕「この点においてもまた、売買契約が無効であるけれども、Yを資格づける裏書によってのみではなく、交付契約にもついで、Yが手形を手に入れていることを考慮して、Yがやはり手形の所有者となったのか否かの問題を検討することは重要ではない。〔つまり〕、上述の事実を見てもYは

手形取得の際に、手形条例七四条にいわゆる重過失の責を負わせるものではないと、やはり考えることが許されるとすれば、この問題は肯定されるべきであるし、そうでなければ否定されるべきであろう。それにもかかわらず、結果においてこのような差異は生じない。つまり、前の場合に（Ｙに重過失なし）、Ｙは再び手形の所有権をＸに返還しなければならないし、後の場合には（Ｙに重過失あり）、ＹはＸに占有を移転しなければならないのであり、そうであるなら、本件では、物それ自体の返還と同じことになるであろう。結局二つの場合における結果は、Ｙが反対給付なくして返還義務があるというかぎり、同一である。「そして」Ｘが主張している請求権は、原因のない利得にもとづく請求権である。本件で基準となる、プロイセンの ALR が効力を持つ範囲でもまた、この訴はそれ（I. 13. § 261 ALR）が清算（Ausgleich）を目的としているのであるから、利得の返還の訴である。それ故、本来Ｙは売却した車の返還と引換えのみ、手形を返還しさえすればよい。そうではあるが、そのような返還は、Ｑが車を自己の用に供して逃亡してしまつた後では、不可能である。しかし車はＸに引渡されたのではなく、Ｙはこれについてはも責任があるのであるから、このことにＸの責任はない。Ｙは〇

と合意してすぐに〇に車を引渡し、七月二七日のＸに対するＹの通知状の返事を待つことをしなかつた。Ｙは上述の説明によれば、〇に買入れの権限ありとみなすことは許されないし、また〇に受領の権限があると考えたことについて、ますます根拠がないということが、本件で考慮されるのであるから、Ｙは不注意に取引したのである。それ故Ｙはそれから生ずる損害そのものを負担しなければならない。」（GS 264—265）

以上の理由からＱのはＹに手形返還の義務があると判断した。

判決理由によると無権代理による裏書の場合でも善意取得の成立しうることを前提として、Ｙには重過失があるから手形返還の義務がある。しかし無権代理による裏書によって、Ｙが手形を手形条例七四条によって善意取得するとしても、「債権」つまり、不当利得返還請求権がＸにあるから、いずれにせよ、Ｙには手形を返還する義務がある（この点で原審とＱの見解は一致している）と判断されている。無権代理による裏書の場合でも、手形条例七四条によって、善意取得が成立することを前提としても、債権の請求権があると判断したのが本判決の内容である。<sup>(4)(5)</sup>

[2] RG. 1902. 12. 20: RGZ 53, 204 <sup>(6)</sup>

(事実) ブエノス・アイレスにあるT A銀行は、一九〇二年三月一日に為替手形を、Yを支払人として振り出した。手形の受取人としてE H会社、手形の裏面にE H会社からH Nへの、さらにH NからXへの裏書があった。いずれの手形も支払人Yによって、引受けられている。しかし、その後Xは手形を譲渡したが、いずれの手形も支払を拒絶されたので、Xは手形を受戻し、Y(支払人)に手形金の支払を求めたのが、本件である。支払人Yは、受取人(E H会社)から手形が盗まれ、裏書が偽造され、またXは手形を重過失によって取得したとの報告を受けたので、Yは支払場所の供託所としてのHamburgのAmtsgerichtに、手形金を§ 372 II BGBにより取戻権を放棄して供託した。そしてYはE H会社に訴訟を告知、E H会社は補助参加人として、本訴に参加し、そして最初の裏書になされているE H会社の署名は真正であるが、裏書に記載されていた文言は、本来は「私のためにBerlinのH会社の指図人に対し……」とあったのに現在の手形面には「H N氏の指図人に対し」となっており裏書が変造されたものであり、またXには取得に際し重過失があったと主張した。本件での争点は、§ 372 BGBに定める供託の要件「債権者によらないで債権者を確知できない」が、本件で果たされているか(つまりX

は手形条例三六条と七四条によって、手形上の権利を取得したとみるべきか)どうかである。LGは本件供託を正当として、Xの請求を棄却し、Xの控訴に対しOberlandesgericht(以下OLG)以下はLGの判決を変更して、Yに手形金の支払を命じた。Y上告の結果RGはOLGの判決を破棄差戻した。

(判決理由) 学説・判例によれば裏書が連続している(資格がある)としても、実質的な権利を争うことは債務者の権利であると同時に義務となりうるものであり、この義務を信義則が要求する場合がある。また手形債務者もまた、§ 374 BGBによって供託をなしうる、つまり「手形条例四条三項によって適時ではない手形金の請求の場合に定められている供託が、問題となりうるのみでなく、民法の規定に基づく供託、とりわけ、それ故債権者の人格(Person)についての(債務者の)過失によらない不確実にもとづく供託もまた問題となりうる。」

OLGは本件では供託を不適法と判断したが、これは適当ではない。Xは手形条例七四条により、善意取得が認められるときに、実質的権利者となるが、補助参加人はXの重過失ではなく、悪意の主張をしており、OLGはこれについて判断していない。また「……この形式的資格は手形の善意取得に結びつけられている

資料の、OLGは手形条例三六条に基づく手形債権者の形式的資格を、ただちに実質的権利者たる地位(materielle Gläubigerschaft)と同じに扱っている……。」

結局 OLG が審理しなければならないこととして、第一は債務者が債務を確実に履行できないほどの「不確実」が存在したか否か、第二にこの「不確実」が存在するとの判断が、Y の過失によるものか否かであるとして、本件を OLG に差戻した。

本判決は以上のとおり、供託の要件としての「不確実」の存在の前提問題として手形条例七四条に言及されたにすぎず、また同条例三六条の解釈にも問題がない。本件の差戻後の二度目の RG 判決<sup>[3]</sup>の前提としての意味を持つにすぎない。

[3] RG, 1903. 5. 27: RGZ 55, 47.<sup>(69)</sup>

(事実) [2]の事件が差戻されて、OLG で Y が敗訴した結果、再度 Y が上告した事件であるが、結局 RG は上告を棄却した。

(判決理由) Y の上告審での主張は、X には手形所有者としての資格がない、また原告に裏書をした直前の人物 (HN) は存在しないのであるから、被告はこの点で疑う根拠を持っていたということであった。供託の要件の「不確実」について RG は次のよ

うに判断する、被告が理性ある商人として所持人に対し、自分が免責の効果を持って所持人に支払をしようと言い得ることができるか否か、つまりこのことについて疑いを持つ根拠ある「理由」を、被告が持っていたかが問題である。この調査において民法の債務者は現実には債権者または、権限ある代理人に弁済したときに免責されるが、手形債務者は手形所持人が真の手形所有者でなくとも、資格のある所持人に弁済したときには免責されるのであるから、手形債務者は民法上の債務者に比較して、不確実による供託の権限を、狭くかぎられることが顧慮されねばならない。次いで、手形取得に際し原告に重過失があったかを問題とする。そのような非難が現在根拠づけられ、供託の前に被告に対し根拠づけられるところの唯一のものとして、原告はジェノアの HN に小切手を送付した、ところが呈示者が HN との同一性を証明しなかった、銀行によって、この小切手の支払が拒絶されたのに、HN と称する者がその後原告のところに現われたときに、そのような証明なくして、この者に小切手で手形金を支払うのをためらわなかったという事だけが残るにすぎない。しかしこの過失は裏書人 HN に対しておこなわれた過失にすぎないのか、そして HN との名前で原告の所に現われた者が、手形裏書人 HN と同一であった

ので、このHNに対して不利益とならないままにとどまる過失なのかどうかは別として、やはりこの過失は主張されているだけで、証明されていない。「HNと称する者がジェノアでHNとの同一性を証明しなかったということから、この者がHNの手形を所持している原告に対し証明できなかったとの結論はでてこない。」(S. 50)

また被告は原告に重過失があると主張するが、HNと称する者が原告の所に現われ、小切手の受領書に署名したときに、原告はその署名と手形の署名を比較することにより調査が可能となり、過失の有無が問題となり得るが、結局HNと称する者が現われる以前に、裏書が終了して原告は手形所有者となっており、被告主張の過失は存在するとしても、手形取得後にあるにすぎない以上意味がない。さらに、判決は被告が手形の支払を請求されたときに、原告を無権利者(重過失によって取得した者)と考える根拠はないとして、上告を棄却した。

本件では原告に裏書をしたHNと、Xの所にHNと称して現われた者との同一性存否の判断について重過失があるかが争われ、本判決は善意取得の可能性を前提として、Xに重過失があるとし

ても、それは取得時ではないと判断した。同一性の欠缺の事例の場合に善意取得の可能性を肯定したかに見える判決であるが、[1]判決と同様、別の解釈を主張する学説もある。

[4] RG. 1910. 12. 17: RGZ 74, 184<sup>(5)</sup>

(事実) Xは支払人に対し三〇〇〇Mの手形金の支払を求めているが、本件手形は日付として「Michaelburg. 一九〇九年五月二四日」とあり、MünchenのMichaelburgのAにより支払人をYとして振出され、またYによって引受けられていた手形である。最後の裏書には「原告の指図人へ、ドイツC消費組合有限会社、ミュンヘン、代理して(Gm Vollmacht), Th. M」とあった。LGはXの請求を認容、OLGはYの控訴を容れてXの請求を棄却した。OLGは手形の振出日に記載されている振出地のMichaelburgが公式の(amlich)のものではなく、手形条例一条五号に定める「振出地の記載」が欠けていることを理由として、Xの請求を棄却した。RGはXの上告を容れて、OLGの判決を破棄差戻した。

(判決理由) 「振出地として、取引において確定可能な地理上の領域または場所が指名されているだけで充分と見られねばならない。」として原判決を破棄した。しかし本件は自判するために

料は熟していない、とりわけYは「ドイツC消費組合の裏書は無権

限に「Th. M.によってなされたのであり、Xはこのことを知っていた。」(S. 185)と主張しているから。Xの善意が争われている

かぎりではYの抗弁は排斥されずとして差戻した。

この4)判決は無権限署名の場合でも善意取得することが前提とされている判決である。それ故本判決は通説を支持する判決である。

以上四つの判決を見てみると、[1]判決は無権代理の事例であり、[3]判決は同一性の欠缺が問題となった事例である。RGはいずれについても善意取得成立の可能性を前提としているかに見えるが、しかし両判決についてこれと異なった理解を示す学説があった。[3]と4)の判決は手形取得者が債務者に手形金を請求したが、債務者がこれを拒否した事例であるが、[1]判決は無権代理における本人とされた者が手形譲受人に手形の返還請求をした事件である。この点で[1]判決が売買契約無効 (unwirksam) による不当利得返還請求権が、善意取得が肯定されても認められると判断する点について、学説で批判を加えるものがあることは前述した。<sup>(11)</sup> また無能力または意思表示の瑕疵の事例を善意取得の問題と

して扱った判決は見あたらないようである。

これに対して[4]判決と注に引用の下級審判決は無権限(無権代理)署名の事例において通説に従い善意取得の成立可能性を前提にしているかに見える判決である。しかしこの判決のみからその他の瑕疵にまでこの考え方が及ぼす趣旨なのかは明らかでない。それ故ドイツのライヒ裁判所の判例の大勢が通説に従って取得行為のすべての瑕疵の治癒可能なことを認めていたと即断できない。<sup>(12)</sup> 問題の大部分は未解決のまま統一手形法一六条二項に移されていくことになる。

(1a) ドイツの判例の分析には、上柳「手形善意取得によって治癒される瑕疵の範囲(一)論双八〇巻二号一頁以下がある。

(1b) Staub-Stranz, Kommentar zur Wechselordnung, 9 Aufl (1929) (以下 Staub-Stranz, WOで引用) の引用する判決は RGZ 45, 261 : 55, 49 : 53, 391 : 74, 185. その他に黙示に通説を採った判決は ROHG 2, 281 (Staub-Stranz, WO., § 74, Anm. 3)。

Diringer-Hachenburg が通説を採ったと評価する判決は OLG (Oberlandesgericht) Dresden in JW 1918, 777 のみである (Diringer-Hachenburg, Das HGB N., 3 Aufl (1932) § 365, Anm. 10)。

Staub-Stranzの注釈書の改訂版(統一法の解説書)が通説を採った[旧法上]の判決と評価する判決は、RGZ 55, 49(能力の存在に対する善意保護)・RGZ 74, 184(代理権欠缺の例)・RGZ 55, 49; 57, 391; 74, 185; RG im Recht 1928, 537(実質的取得行為の全瑕疵の治癒の例)である。

Ulmerが所有権欠缺治癒の可能と解する説明の部分で引用する判決はRGZ 53, 205; 55, 49(Ulmer, Das Recht der Wertpapiere. 1938. S. 236)・代理権が存在すると取得者が考えた場合に善意取得が可能とする部分で引用する判決はRGZ 74, 185である(Ulmer, a.o., S. 237)。

その他 Quassowski-Albrecht, Kommentar zum Wechselgesetz. 1934, § 17, Anm. 25 und 27及びHenrichs, Der Schutz des gutgläubigen Wechselwerbers. 1962が引用する判決は、前掲Staub-Stranzの11の注釈書の引用でつくられている(ただし後者に引用されているRG in JW 1900, 472を引用するものはなく)。

以上に対しStaub-Stranz, WO., 9 Aufl. (1929)の引用する判決の中RGZ 45, 265; 55, 49の11の判決を譲渡人の無権利の事例と解して、Staub-Stranzを批判するものが、ある(Michaelis, Kommentar zur Wechselordnung. 1932.

8, 74, Anm. 4)・これを支持するStanzl, Böser Glaube im Wechselrecht. 1950. S. 78, Anm. 57)。

以下の本文で検討されない判決はライヒ裁判所の判決と①RG. 1900. 4. 21; JW 1900, 472 ②RG. 1904. 4. 13; RGZ 57, 388 ③RG 1928. 6. 29; Recht 1928, 537(1級審の判決と④Oberhandelsgericht. 1871. 5. 8; ROHG (Reichsoberhandelsgericht) 2, 281 ⑤Dresden Oberlandesgericht. 1917. 1. 31; JW 1918, 77が残ることで判決の大略を紹介する。

① RG 1900. 4. 21; JW 1900, 472 事案の詳細は不明であるが、協同組合の裏書が共同署名で、その中の一つが無権代理によってなされたと言う事案で、判決理由はこうであった。「……」の裏書の共同署名者の一人が、法的に共同署名の権限がないとの事実は、裏書が形式的に連続しておりさえすればその資格を妨げるものではない。」(S. 427) ②本件での裏書の瑕疵は外形から認識不可能である。「Volksbankの裏書はそれ故法にかなった方式を示し、手形債権者としてのVolksbankの資格をもたらすことができる。」(S. 473) また共同組合の被用者に手形署名の権限がなかったとしても、それは内部関係にとどまる。協同組合の内部に由来するが、手形の内容そのものから明らかではない理由により、この資格をとがめることは、請求された引受人に許されてはならない。」(S. 473)

事案の内容が不明で断言できないが、共同署名の一つが無権代理によりなされ、被裏書人が引受人に請求した、そ

してこの請求を認容したのが判決と推測できよう。それ故、通説を支持するかに見える判決である。

② RG: 1904. 4. 13: RGZ 57, 388 の事実とは、被告（合名会社）の社員が、増資するまで経済的に困難な状態にある会社のため、会社から自己のためにいかなるものも受取らないと他の社員と合意したのに、自分の叔父（原告）から生活費を得るため借金をし、その債務のため自分が振出人、被告を支払人として被告の名前で引受けた自己指図の手形を原告に交付したものである。

原告の請求に対し、被告が悪意の抗弁を主張したが、原告に悪意・重過失なしとして抗弁が排斥されたが、判決の事実からは、善意取得との関連がうすいかに見える。

③ RG: 1928. 6. 29: Recht 1928, 337 の事実は登載されていないので不明であるが、判決要旨は「取得者の善意が前者の処分権限、代理権に関連する、それ故手形に対する所有権に関連しないときに、すでに手形の取得者が悪意なのではない。」とあるが、事実が不明のため通説を支持するものか判断できない。

④ OHG: 1871. 5. 8: ROHG 2, 281 の事実は被告が A に振出し、A から代理権を与えられた A の妻の委任を受けた B が、手形を原告に裏書し、その署名は本人（A）の名前でなく、自己の名前（B）でなしたため、被告が裏書の不真正（Unächtheit）を主張して支払を拒否したという

ものである。

Oberappellationsgericht は原告に手形金を請求する資格がないと判断したが、Oberhandelsgericht は手形条例三六条が裏書の連続のみを要求しており、また真正・不真正の間で区別を設けていないし、また債務者は「裏書の真正」を調査する義務がないとして原告に資格ありと判断した。

本件では裏書の連続があったと認定されているから、しかも本人の名前でなく代理人の名前で裏書したとあるから、被告から A に振出され A から B、B から原告と裏書されたのが本件の事実とすると、B は無権利者となり、原告に悪意・重過失により取得したのでないかぎり手形を善意取得したことになる。

本判決が通説を採ったと評価するのは困難と思われる。

⑤ Dresden Oberlandesgericht. 1917. 1. 31: JW 1918, 777 の判決は指図式小切手（Orderschek）に対する手形条例三六条と七四條の適用の事例である（旧小切手法八条二項により指図式小切手には手形条例が適用される）。判決によれば小切手の返還請求を受けた被告は小切手上の裏書によって資格のある所持人である。それ故手形条例七四條により悪意・重過失の場合に限って小切手返還の義務があることになる。裏書の真正の調査義務がないのは支払人であって、それは取得者とは関係はないが「法は手形条例三六条において真正の裏書の連続を要求していない。偽造の

書面行為は手形（あるいは小切手）にもとづく権利の有効な移転に関しては真正の書面行為と同じに扱われる。』(JW 1918, 777) 善意の最初の受取人もまた、偽造の裏書により、手形より生ずる権利を取得する。本件の場合に、損害を被むるのは、裏書によって偽造者から直接取得した、善意の取得者ではなくもとの所持人である。つまり取引の安全 (Sicherheit des Verkehrs) がこれを要求する。さて本件において、被告が小切手取得の際に悪意であったということ、それ故取得に関与した被用者が裏書の不真正を知っていたことを、原告は主張していない。また被告には重過失もない。それ故、原告は返還請求権を持たないし、それに代わって発生する請求権も持たない。そうしなければ(他の方法で同じ要件で取得者が責任ありとされるなら) 取引の安全を導くことはできない。(本判決についての Bemerkung の Anmerkung は手形条例三六条が裏書の連続のみを要求し、その有効性については裏書の外観に依拠できるということを理由として判旨に賛成している。JW 1918, 777)

本判決は最後の裏書が偽造である、つまり裏書が無効となる事例で善意取得の成立したことを認めた判決（つまり Ditzinger-Hachenburg の見解と対立する判決）であり、通説に従った判決である。

(2) Staub-Stranz, WO. 9 Aufl (1921) の引用する判決であ

るが、Staub-Stranz, Kommentar zum Wechselgesetz. 13 Aufl (1934) では引用されていない。

(3) 原審は Y に手形取得の時に重過失があったとして Y に返還を命じた。「Y は手形を重過失で取得したのであり、それ故手形条例七四条に依拠することを許されずに返還の義務があるが、そのことは別として、X にはこの点に関し債権が帰しているのだから返還の義務がある。」(S. 262)

(4) Staub-Stranz 引用の本判決から、RG の態度は明確ではないとするのは Michaelis, Kommentar zur Wechselordnung. 1932. § 74, Anm. 4 ならぬに Stanzl, Böser Glaube im Wechselrecht. S. 78 である。Michaelis は本件が譲渡人 (本判決は X を手形所有者とみているから、おそらく原告の X) の所有権欠缺にも関連したものであるかに見えると判断する。つまり本件での譲渡人は、本件手形の所有者ではないかに見える Michaelis は判断し、Stanzl もこれを支持する。おそらく、代理権の瑕疵の外に手形所有者でないものから Y が手形を取得した、つまり譲渡人の無権利との瑕疵があるのが本件であって、Y に悪意・重過失がなければ善意取得が肯定されえた事件であると解する趣旨である、なお上柳「手形の善意取得によって治癒される瑕疵の範囲」論双八〇巻一三頁以下参照。

(5) この判決が手形条例七四条によって排除される返還請求権と原因関係の無効により発生する不当利得返還請求権と

が無関係であることを説くのを批判する Staub-Stranz の見解は先に触れたとおりである。

- (6) Staub-Stranz, WO. 9 Aufl (1921), § 74, Anm. 5 : Ulmer, Das Recht der Wertpapiere, 1938, S. 236 (ただし Ulmer は所有権欠缺の例として引用) ; Qrassowski-Albrecht Kommentar zum Wechselgesetz, 1934, § 16, Anm. 17 の引用する判決。

- (7) OLG の判決理由、X は連続した裏書により手形所有者としての資格があるから手形に基づく権利主張の権限がある<sup>90</sup>。

「たとえ最初の裏書が偽造されたり、手形が補助参加人から盗まれたとしても X が占有している手形に基づく請求権主張の資格があることは手形条例三六条によって疑いがない」(S. 209) また補助参加人からの通知は X が手形取得に際して「悪意」があったと主張してはいない。つまり「債権者の人格 (Person) についての何らかの不確実 (Ungeklärtheit)」は Y にはない (S. 210) それ故 § 372 BGB に定める供託の要件がないとして X の請求を認容 (SS. 209—210)。

- (8) 本判決を引用するものとして Staub-Stranz, WO. § 74, Anm. 3 ; Staub-Stranz, WG. 13. Aufl (1934), § 16, Anm. 27 ただし Ulmer, aaO., S. 236 は「判決同様に所有権欠缺の事例として引用。

- (9) Michaels, aaO., § 74, Anm. 4 ; Stanzl, aaO., S. 78,

Ann. 57 は「判決と同様に所有権の欠缺の事例であると判断する」(23) 判決について同旨 Ulmer, aaO., S. 236

本件の事実を判決理由によると次の四つの可能性がある。①直前の裏書における被裏書人の HN は権利者である。②HN は権利者であるが、HN と称する者と同一ではない (何かの理由で権利者 HN から手形が失なわれ、何者かが HN と称した場合)、③HN は無権利者で、しかもこの者と HN とが同一ではない、④HN は無権利者であって、しかもこの無権利者である HN と HN と称した者とが同一である、この四つの可能性がある、①の場合に善意取得の規定をまたずに X が権利者となり、③④の場合には、同一性の欠けの他に譲渡人が無権利者の事例となり、瑕疵が二つ重なっている場合であり、Michaels, Stanzl と同様に譲渡人の無権利の事例として扱いかい得ることになる。②の場合に限って、通説を採った判決と評価できるが、本判決の事実からすると E H 会社から HN への裏書が偽造と解されているかに見える (SS. 49—50) ので、本件の事実を通説によらなければ結論を正当化できない②の場合と考えるのは困難であろう。

このことが Michaels と Stanzl の批判が加えられる理由となっていると推測でき<sup>90</sup>。

- (10) Staub-Stranz, WO., § 74, Anm. 5 ; Staub-Stranz, WG.,

§ 16. Anm. 27 : Ulmer, aaO. S. 237 が引用する判決。

(11) これに引いて Stanzl, aaO., S. 78. Anm. 57 は、善意の保護を広く認めるのを否定する RG の傾向を示す判決として、RGZ 115, 311 : 116, 247 を引用する。いずれも同一の事件に関連する判決で、Landkreis の公法人 (Kreissparkasse = Kreisbank) の手形行為 (前者では引受、後者では裏書) が権限のない者によってなされた事例で、RG は両判決で所持人の公法人に対する請求 (前者は支払人として、後者は逋求義務者として) を棄却した判決である。とりわけ後者 (RG 1927. 3. 1 ; RGZ 116, 247) は手形取引の保護を全く否定した。「手形の受取人が損害を免がれようとするなら彼に残されているのは、公法人の機関がその代表権限の範囲内で行動しているかどうか、公法の Landgerichtliche Vorschriften が守られているかどうかを確かめねばならないことである。」(RGZ 115, 311 [315]) これに対し、上柳・前掲論文論及八〇巻二号一〇頁は「ドイツの判例は、大体において、わが国の少数説と同様の立場をとっている。」とドイツの判例の立場を要約する。しかし手形条例下の判例に関するかぎり、上柳教授と同じ評価を与えるのに慎重であるべきと考える。教授の評価はむしろ後述の BGH 1951. 2. 7 ; NJW 51, 402/598 に視点を置いた評価であろう (因みに BGH の判決は先例として RG の判例を引用していない)。

(12) [1][3] 判決を所有権欠缺の例とする Michaelis と Stanzl

の批判、さらに [2][3] 判決を所有権欠缺の例とする Ulmer の見解である。