HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	証券義務者の免責に関する一考察
Author(s)	関根, 洋
Citation	北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル, 4, 199-215
Issue Date	1997-10
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/22286
Type	departmental bulletin paper
File Information	4_P199-215.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

証券義務者の免責に関する一考察

関根（せきね）　洋（ひろし）

目　次

第１章　免責制度の特徴と法律上の根拠 …… 200
第２章　形式的資格概念を以て民法 478 条を説明できるか …… 201
第３章　派生する問題 …… 202

第1章　免責制度の特徴と法律上の根拠

1．有価証券義務者の免責は，所謂形式的資格の概念によって説明される。厳密に言えば，証券所持人に対する法律上の権利推定（形式的資格）による一応の保護のみならず，一定の主観的要件を備えることにより，所持人が実質的資格を欠く場合（権利者ではない場合）にもなお法律上の権利推定に基づく処理が維持されるという形で，義務者は一層保護されている(1)。即ち裏書の連続する為替手形の所持人には法律上の権利推定が認められ（手形法16条1項），たとえ右推定が覆された場合でも，善意無重過失の義務者は，真の権利者に対して免責される（手形法40条3項）。約束手形についても同様である（手形法77条1項1号)(2)。ところが，株券，船荷証券等の，商法上のその他の有価証券については，法律上の権利推定は明文を以て定められているが(商法205条2項，519条，小切手法21条)，義務者の免責に関する規定は置かれていない。それでは，持参人払証券及び手形に非ざる指図証券の義務者の免責は，一体どうなっているのか。本則に戻って，これらの証券については，債権者以外の者に対する弁済は無効であると解するのが最も素直ではある。しかし義務者の容易な免責即ち迅速な決済の確保は，要するに証券の普及流通を促進するための制度である。この点について手形と船荷証券とで取扱を異にするべき理由は見当らないし，まして指図証券についてこれが認められながら，持参人払証券ではこれが認められないというのでは権衡を欠く(3)。商法に規定を欠く以上，問題は，一般私法である民法に従って解決されるべきである(4)。

通説を代表する鳩山博士は，次のように説明する。即ち，民法470条に所謂「其証書ノ所持人及ヒ其署名，捺印」は，「その証書の所持人及び全ての裏書人の署名捺印」を意味する。従って指図証券の債務者は，証券所持人が真正の権利者であるか否かを調査せずに弁済しても，同条により原則として免責される(5)。他方，持参人払証券の所持人は，債権の準占有者であるから，この者に対する善意の弁済は民法478条によって有効とされる(6)。これに対して松本博士は，所持人の実質的資格の有無に関する証券義務者の免責は，証券が指図式であると持参人払式であるとを問わず民法478条によるべきであり，文理上の困難を冒してまで指図証券義務者の免責を民法470条で処理する必要のない旨を主張する(7)。即ち，民法478条は旧民法財産編457条(8)に由来し，その趣旨は全く同じである(9)。そして旧民法財産編457条が指図証券債務者の免責を企図していたことは，旧民法財産編347条(10)及びボアソナアド博士の草案理由書(11)より明らかである。更に，旧民法財産編457条の母法であるフランス民法1240条は，解釈上指図証券の弁済の場合に及ぶべきものとされている(12)ことが，その理由である。このように解すると，民法470条の存在意義が問題となる(13)が，同条は証券所持人の真偽，同一性の調査を免除する趣旨の規定であるというのが松本博士の見解である(14)。民法470条に所謂「其証書ノ所持人及ヒ其署名，捺印ノ真偽ヲ調査スル……義務」とは，文字通り，所持人が真の所持人であるか否か及び所持人の署名捺印(15)が真正な署名捺印であるか否かを調査する義務，換言すれば，現に証券を呈示して弁済を求めている者が証券の受取人又は最終の被裏書人として指定されている者と同一人であるか否かを調査する義務である(16)。具体的に言えば，最終の被裏書人として甲が指定されている証券を所持する乙が，自らを甲或いは甲の代理人と称して証券を呈示した場合，調査をせずに乙に支払ってしまった債務者をも民法470条は原則として免責する，ということである。

2．民法470条を松本説に従って解する(17)ためには，所持人が実質的資格を欠いていた場合の証券義務者の免責が，一括して民法478条によって処理されることが前提となる。沿革に照らして(18)，持参人払証券の所持人に弁済した義務者の免責が，民法478条によって処理されることに議論の余地はない(19)。そうとすれば，現在我が国でも行われている有価証券理論(20)を前提とする限り，裏書の連続する指図証券の所持人に対する弁済も，民法478条の勿論解釈として当然に有効と

されなければならない(21)。もっとも現在の有価証券理論は，ドイツ法の強い影響の下にあるジュネーブ統一条約を基礎としているから，その形式的資格の概念によって，フランス法に由来する我が国の民法478条を説明し得るものと俄に断定することはできない。鳩山博士が松本説に同調しなかったのも，結局この懸念が原因ではないかと推測される(22)。それでは，証券義務者の免責をフランス民商法はどのように説明していたのか。証券所持人に対して法律上の権利推定を働かせ，義務者の主観的事情を考慮した上で，その推定に基づく弁済の効力を維持するという制度になっていたのだろうか。

第2章　形式的資格概念を以て民法478条を説明できるか

1．先に述べた通り，我が国の民法478条の直接の母法は，フランス民法1240条である。従って当面する問題を解決するためには，フランス民法1240条が，我が国の手形法40条3項に相当するところのフランス商法137条3項と趣旨を同じくすることが明らかになればよい。しかし，ジュネーブ統一条約に基づく改正法(23)以後は勿論，統一条約以前の商法旧規定にも，関連する規定(24)が置かれていたためか，証券義務者を免責するための規定としてフランス民法1240条が引用される例は，若干の例外(25)を除き殆ど見当らない(26)。そこでフランス民法1240条の趣旨を体して証券義務者の免責を定めていたとされる(27)フランス商法旧145条が，法律上の権利推定に従った弁済の効力を維持する趣旨の規定であったか否かを検討すれば，所期の目的は達せられるであろう。もっとも，フランス商法137条が商法旧145条と軌を一にする旨の直截の言明も殆ど見当らない(28)が，この問題の手掛りは，実定法の法文自体に見出される。というのは，フランス小切手法35条1項が，商法旧145条と殆ど同じ文言を用いているからである(29)。フランス法上，これは証券義務者の免責を論ずるに際して重要な規定であると考えられる。

フランス小切手法35条1項に相当する規定は，ジュネーブ統一条約（従って我が国の小切手法）に存在しない(30)。そもそも証券義務者に非ざる小切手の支払人が「免責」を推定されるというのが奇妙である。支払人の免責が観念されるとすれば，それは振出人に対する関係に於てであるが，これは内部小切手契約上の問題に過ぎず，如何なる義務も負うものではない所持人に対する関係では，義務がないのだから「免責」されることもない，というのが我が国でも行われている一般の考え方であろう(31)。しかし，「受取人或いは所持人は，支払人に対する振出人の権利を授与されて，『資金の所有者』になる」(32)との説明が行われるフランスでは，未だ引受けられざる為替手形に於てもこの点同様であるが，真の権利者である所持人に対する免責が，問題になり得ると考えられる(33)。

2．ところでフランス小切手法は，一般的な支払免責規定（35条）を持つこととは対照的に，善意取得に関する21条の適用が指図式小切手に限定されている(34)。形式的資格に関する直接の規定であるところの小切手法19条は，指図式小切手のみを規律の対象としているから，持参人払式小切手の所持人に形式的資格を認めるための実定法上の根拠が問題とならざるを得ない(35)。この問題を解決するために援用され得ると考えられるのが，フランス小切手法35条1項である。もっとも法文を率然と読む限りでは，この規定が，証券所持人に形式的資格を認めるための規定であると考えられないではない。しかし，指図式小切手の支払人が形式的資格による「一応の保護」を既に小切手法19条により享受していることは，法文上明らかである。従ってフランス小切手法35条1項は，指図式小切手に関する限り，法律上の権利推定を前提とした上で更に弁済の効力を維持しようとする趣旨の規定であると考えられよう。そしてまさに，その小切手法35条1項が小切手の指図式であると持参人払式であるとを区別していない以上，持参人払式小切手も義務者の免責に関して法律上の権利推定を前提とする制度の下にあることになる。このように，フランス小切手法35条1項を商法137条3項と同旨に解することにより，小切手

法19条との関係及び持参人払式小切手所持人の形式的資格を説明することができる。

もっとも，たとえフランス小切手法35条1項が右の趣旨に解されるとしても，或いはそれは，ジュネーブ統一条約の影響によるもので，条約以前（つまり商法旧145条）は別異に解釈されていたかも知れない。又，仮に条約の前後で解釈が異ならない(36)としても，形式的資格を前提とする証券義務者の免責が無条件のものであるとすれば，即ち，弁済の効力を覆す余地が真の権利者に全く残されていないとすれば，手形法と比較して不均衡の感を免れない。「有効に免責されるものと推定される」と定められている以上，免責が絶対的ではないことは推知されるが，免責の推定を覆すための反対事実が法文上は明らかではない。従ってやはり，フランス商法旧145条の立法趣旨も参照する必要があると考えられる。立法資料によれば(37)，盗取者と支払人との共謀，結託を回避するために，「満期に且つ異義を申出でられることなく為替手形を支払う者は，事件の個別事情により弁済が悪意又は共謀によって(38)なされたのではない限り，有効に免責される」との規定が提案され，これが支払人の免責を推定するという形に修正されたが，何れにせよ次のように了解されていた。即ち，「この推定は，支払人が悪意であるという場合にしか覆されない。支払人は常に善意を推定されなければならないので，支払人の悪意の立証は，喪失盗取された為替手形の所有者に帰する」(39)が，「そこには推定があるだけであり，支払人の悪意又は重大な過失(40)が立証され得る場合には，誤ってなされた弁済の危険は支払人に帰する」(41)。「このように，為替手形に関する（小切手に類推適用されるが）商法145条は，満期になされた弁済が常に免責的である旨を，絶対的な方法で定めているわけではなく，支払人が，勿論悪意ではなく，重大な過失(42)も犯していない場合に享受することができるところの，純然たる推定を定めたものである」(43)。

右の通りであるから，フランス小切手法35条1項及び商法旧145条を，証券所持人の法律上の権利推定の上に，更に弁済者の善意の推定を重ねて弁済の効力を維持しようとする趣旨の規定として理解し得ると考えられる。

第3章　派生する問題

1．フランス法に於て民法1240条を基礎とするとされる商法の規定の趣旨に鑑みるとき，我が国の民法478条が指図式も含めて証券所持人の実質的資格の調査を，従って民法470条が証券所持人の真偽，同一性の調査を，各々免除する趣旨の規定であると解して妨げないと考えられる(44)。そうであるならば，所謂詐称代理人に対する弁済を民法478条によって有効とするべきか否か(45)，民法480条に所謂受取証書に偽造証書が含まれるか否か(46)，手形法16条2項によって代理権の欠缺が治癒されるか否か(47)，等の問題について各々消極に解すべきことが，少なくとも文理上は明らかになると考えられる。もっとも現在では，民法478条について弁済者の善意無過失を要求するのが一般の解釈であり，これを前提とした場合に手形法40条3項との関係が問題となる(48)。例えば船荷証券（民法478条で善意無過失）と国際条約の下にある為替手形（手形法40条3項で善意無重過失）との間に多少の不斉合があるのはやむを得ない，と説明することも或いは可能であろうが，無記名証券（例えば株券，民法478条）の方が指図証券たる為替手形（手形法40条3項）より要件が厳格であるというのでは権衡を欠く。これを理由に民法478条で証券義務者を免責することを諦める(49)というのでは，本末を転倒するの感を免れない。

確かに，条文通りに過失の有無を一切問題にしないと考えることについては，立法論的批判は当然あり得る(50)。又民法の利益較量を実質的に修正する解釈が行われることも例のないことではなく，民法478条に於ける弁済者の主観的要件を絞ろうとする解釈努力も理解できないではない。しかし，ただ「権利外観法理の一環であるから，弁済者が保護を受けるためには善意無過失でなければならない」というのでは，説得力のある議論で

あるとは思われない(51)し，まして「率直に立法技術上のミスというべきであろう」(52)と俄に断定することは避けるべきではないか。民法478条を素直に読めば，財産の取得と，徒に拒絶して敗訴すれば遅延利息を取られるばかりの債務の履行との相違に着目して，相手方が無権利者である場合に，買主よりも弁済者（多くは債務者）を断固として（重過失すら不問に付して）保護しようとする民法の利益較量が推知されるのではないか(53)。同条を適用して証券義務者を免責するという要請を前提にすると，弁済者の善意無重過失までが民法の利益較量を修正し得る限界ではないかと考えられるが，これは寧ろ民法解釈の問題である(54)(55)。

2．そこで，証券義務者の免責の問題からはやや離れるが，民法478条で保護されるべき弁済者に無過失を要求する確定判例について，若干の疑問を最後に述べておきたい。最判昭37・8・21民集16・9・1809は，詐称代理人も民法478条に所謂債権の準占有者に該る（大判昭10・8・8民集14・1541を変更）と解した上で，同条により弁済が有効とされるためには弁済者が善意且つ無過失であることを要する（大判明38・6・7民録11・898を変更）と判示した。弁済者に善意無過失を要求する理由は判文上必ずしも明らかではないが，準占有者概念の拡張に伴う一種の均衡論であると考えられる(56)。

しかし，民法470条と478条との関係で検討したように，表見弁済受領権者(57)と債権の準占有者が截然と区別されるべきことは，夙に指摘されている(58)。判例によれば，前者が後者に包摂されることになるが，これを認めれば，（表見代理はともかく）弁済に関する規定であるところの民法470条，480条を適用する余地が失われる。実質的に考えても，弁済者の保護がどれほど厚くなるのか疑問なきを得ない(59)。また，「本人と名乗るか代理人と称するかは偶然の事情であって，取扱を異にするべき理由とはならない」(60)とも言われるが，この立論は正鵠を射るものとは考え難い。債権の準占有者とは，本人を名乗る者でも代理人と称する者でもないからである(61)。右の通りであるから，この問題に関する確定判例には遺憾ながら賛成することはできない。仮に表見弁済受領権者を民法478条で処理するとしても，寧ろ弁済者は善意で足りるとした方が，（理論的な問題はさて措き）弁済者の保護を厚くしようとした当初の狙いを維持できるのではないかとさえ思われる。

註

(1) 証券所持人の形式的資格，実質的資格，真偽同一性の諸概念については，松本烝治「民法第四百七十条と第四百七十八条との関係」『商法解釈の諸問題』（昭和30年）498頁（初出大正元年法律評論1巻6号及び7号）参照。なお，形式的資格を前提とする義務者の免責については大塚龍児・林竧・福瀧博之『商法Ⅲ手形・小切手』（平成元年）267頁（大塚執筆）以下に詳しい。要約すれば次の通りである。

法律上の権利推定を覆すためには，これを争う者が反対事実（要するに「所持人は権利者たり得ない」ということ。例えば「所持人の占有取得は，適法な取引に基づくものではない」，「権原の性質上，所持人には所有の意思がない」，「所持人への占有移転行為が，前占有者の法律行為として有効ではない」等の事実）の本証に成功しなければならないから，その意味で証券義務者は，たとえ手形法40条3項のような特別の免責規定がなくても一応の保護を既に享受している。「一応」とは，義務者の免責が，これを基礎付ける法律上の権利推定を覆そうとする者の立証の巧拙にかかっているという意味である。具体的に言えば，AがXに振出した為替手形をBが盗んでBに宛てたXの裏書を偽造し，Bから裏書譲渡を受けたCの請求に応じて引受人Yが手形を支払った場合，法律上の権利推定を受けるCが実は権利者ではあり得ないこと，即ちXB間の譲渡は不存在であり，無権利者であるBは何物もCに譲渡することができないこと及びCに於て善意取得が成立していないことの本証にXが成功しない限りで，Yは二重弁済を免れる。

しかし，Yの与り知らぬ事情に関するXの立

証の巧拙に専ら依存するのでは，Yを保護する制度としては不十分である。弁済は債権者に対してなされなければならないという民法上の原則を修正するか，或いはこの原則を維持しつつ，所持人の実質的資格の調査に必要な期間弁済を拒んでも遅滞の責を負わないとするかして，二重弁済の危険を除去しなければ，例えば為替手形を引受ける者は誰もいなくなるだろう。そこで法律は，迅速な決済の確保という点をも更に考慮して，前者を採用する。Cに於ける実質的資格の欠如を「与り知る」Yを保護する必要はないから，一定の主観的要件（善意無重過失とされるのが通例である）が要求されるが，これについてさえ挙証責任を負うのはXである（XはYの悪意又は重過失の本証を強いられる)。Yとしては反証でこれを真偽不明に陥れればよい。

要するに，法律上の権利推定があるといっても，推定である以上は覆される可能性がある。そして反対事実の本証で右の推定を覆されれば，義務者としては最早防禦手段は残されていない筈である。しかして覆されてもなお，自らの主観的事情に関する反証に成功すれば法律上の権利推定に従った処理（弁済の効力）を維持し得るとすることで二重の保護を認める点が，有価証券義務者の免責の重要な特色であると言える。

(2) 約束手形の支払担当者，小切手の支払人，未だ引受を為さざる為替手形の支払人等は差当り除外して，本稿では専ら証券「義務者の免責」について検討する。

なお，竹田省『手形法・小切手法』(昭和30年) 144頁に依れば，「この資格調査義務に関する法則は引受人についてのみ適用せられ，引受を為さざる支払人については適用なしとする有力なる説あり，規定の文字上も債務者の支払に関することはこれを認めざるを得ないが（その責を免るとは債務の存在を前提とし，小切手法三五条にも免責の規定はない)，解釈としては所謂免責は支払委託たる手形に対する正当なる支払たる意味に解することも必ずしも不当ではなく，又かく解するに非ざれば，支払人の支払により償還義務者は総てその義務を免れることを説明することは困難であり，統一的に解すべき必要がある」。

また，「支払担当者は振出人の手形上の義務の履行補助者であるから，その支払が振出人をして，真の手形権利者に対して免責を得させるものであればよい。結局，振出人自身がなす場合と同じ要件のもとで，支払を振出人の計算に帰しうる」（大塚・前掲註〔1〕176頁)。

(3) 法律上の権利推定による一応の保護だけでは，証券義務者が二重弁済を回避しようとすれば，結局，履行遅滞の危険を冒して所持人の実質的資格を徹底的に調査しなければならないので，決済の迅速（権利者にとって利益である）を図れないばかりか，証券の利用，取引自体が閉塞しかねないことは先に指摘した通りである（前掲註〔1〕参照)。たとえ，証券の弁済一般に危険が伴うことはやむを得ないのであって，証券義務者は所持人の実質的資格を調査するべきである，と割切るとしても，流通経路すら殆ど判らない株券の義務者が「一応の保護」に放置されながら，ともかく「裏書の連続」という形で調査の手掛りは残されていることがある手形については「二重の保護」が認められるというのでは，如何にも不均衡の感を免れない。

(4) 手形法40条3項を，有価証券義務者の免責に関する一般理論を顕しているものと解した上で，持参人払証券及び手形に非ざる指図証券に類推適用することが可能であるならば，問題は差当り解決される。しかし，その場合は，類推適用を可能ならしめる理由がまさに問われなければならない。所謂「取引の安全の保護は，結果であって理論ではな」く（竹田省博士の言葉として，小橋一郎『手形法・小切手法』(平成7年）の「はしがき」で紹介されている)，これだけでは何も説明したことにはならない。仮に，証券義務者の免責に関する民法の態度が手形法40条3項と軌を一にするのであれば，或いは民

法を直接に適用し，(何等かの事情でそれが叶わないときは) 或いは民法の趣旨を体して手形法40条3項を類推適用し，問題を解決することができる。従って，この問題に関する民法の態度を検討することは，あながち実益がないとは言えないと考えられる。

なお株主名簿の名義書換における会社の免責について，森本滋『会社法〔第二版〕』(平成7年，初版平成5年)151頁は，「手形法40条3項の趣旨の類推適用を基礎とする」旨を明らかにするが，鈴木竹雄『新版会社法全訂三版』(平成3年，初版昭和29年) 117頁は，何等法律上の根拠を示していない。北沢正啓『会社法〔第三版〕』(平成3年，初版昭和54年)230頁は，「株券の占有者が適法の所持人と推定されることの当然の結果である」とするが，所持人に対する法律上の権利推定（商法205条2項）が覆されてもなお会社が保護される余地があるということは，法律上の権利推定の「当然の結果」では全くない（前掲註〔1〕参照)。また船荷証券義務者の免責について，竹田省『商行為法』(昭和6年) 45頁は，手形法施行前の商法旧282条が同464条を準用することを以て法律上の根拠とするが，商法旧464条は現行手形法16条1項と概ね同趣旨であり，これだけでは「現行商法519条が現行小切手法19条を準用している」旨を述べているのと何等変らない。そして，この言明によって基礎付けられ得るのは「裏書の連続する指図式船荷証券の所持人に対して法律上の権利推定が働く」ということだけである。江頭憲治郎『商取引法』(平成8年，初版平成2年)250頁も，国際海上物品運送法20条1項，商法519条，小切手法19条を挙げているが，同様の理由から疑問なきを得ない（国際海上物品運送法20条1項を引用しているのは，商法776条〔船荷証券に貨物引換証の規定を準用する〕を経て574条〔法律上当然の指図証券性〕を準用する趣旨か。しかし指図証券であるからといって，所持人の形式的資格が破られた後の弁済者保護が保障されているわけではないことは，繰返し述べている通りである)。海運実務界では手形法40条3項を根拠条文としているかのようである。大木一男『船荷証券の実務的解説』(昭和52年) 153頁参照。

(5) 鳩山秀夫『増訂改版日本債権法総論』(昭和2年，初版大正5年)369頁。現在，この問題は余り議論されていない。『注釈民法(11)』(昭和40年) 414頁以下（沢井裕執筆）参照。多くの学説も，通説への支持を簡単に表明するにとどまる。於保不二雄『債権総論』(新版昭和47年，初版昭和34年)325頁，奥田昌道『債権総論(下)』(昭和62年) 463頁など。

(6) 鳩山・前掲註(5)374頁は，「無記名債権ハ動産ト看做サルルガ故ニ無記名証券ノ占有者ハ無記名債権ノ占有者ナリ従ツテ第四百七十八条謂フ所ノ債権ノ準占有者ニハ之ヲ包含セシムルヲ要ス」と説明する。

(7) 松本・前掲註(1)498頁。

(8) 旧民法財産編457条　真ノ債権者ニ非サルモ債権ヲ占有セル者ニ為シタル弁済ハ債務者ノ善意ニ出テタルトキハ（筆者註；si le débiteur l'a fait de bonne foi）有効ナリ

表見ナル相続人其他ノ包括承継人，記名債権ノ表見ナル譲受人及ヒ無記名証券ノ占有者ハ之ヲ債権ノ占有者ト看做ス

(9) 旧民法財産編457条2項に相当する規定が現行民法で削除されたのは，その趣旨を改廃したのではなく，債権の準占有者を必ずしも網羅していないこの例示が，限定列挙と誤解される虞を考慮してのことであるとされている。第63回法典調査会（明治28年2月15日）における穂積陳重委員発言参照，法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書3法典調査会民法議事速記録三』262頁。

(10) 旧民法財産編457条2項が，記名債権と無記名証券に言及するのみであることから，指図証券債務者の免責を考慮していないのではないかという疑問も生ずる。しかし，「記名証券」の譲渡に関する同347条が，その5項として「裏書ヲ以テスル商証券ノ譲渡ニ特別ナル規則ハ商法

ヲ以テ之ヲ規定ス」る旨を定めており，旧民法に所謂「記名証券」には，「裏書ヲ以テ」譲渡すべきもの，即ち指図証券が含まれることが推知される。

(11) ボアソナアド博士は，「記名債権ノ表見ナル譲受人（le cessionaire apparent d'une creance nominative）」の説明の中で次のように述べる。「依然として記名であるが，単なる裏書（以下原註；裏書とは，文字通り証券の裏面に記載された譲渡であり，それは，譲受人の名前，譲渡の原因，日付及び『裏書人』と呼ばれる譲渡人の署名を記載するものである）によって譲渡される『商業証券』（為替手形，約束手形，小切手）に関する場合でも，結論は同じであって，裏書が偽造者によってなされたときであっても，表見なる譲受人に対してなされた弁済は，満期前になされなかったものである限り債務者を免責する（筆者註；libérera le débiteur）（フランス商法144条及び145条）。」Boissonade, Projet de code civil pour l'empiere du Japon, accompagné d'un commentaire, tome II, 1890, n° 463

(12) Planiol, Traité élémentaire de droit civil, tome II, 7^e éd, 1917, Paris, n°416は，フランス商法旧145条（後掲註〔24〕参照）を引用しつつ，「証券所持人は，偽造の裏書により弁済を受けることができる。そして善意で且つ満期に支払いさえすれば，義務者は免責される（筆者註；le débiteur est libéré）」として，指図証券義務者の免責に言及する。

フランス民法1240条　債権占有の状態にある者に対して善意でなされる弁済は，後に占有者が債権を追奪されても，有効である（筆者註；Le payement……est valable）。

(13) 松波仁一郎『改正日本手形法』（大正4年）894頁は，「若シ本問ニ準占有ノ規定ヲ援用シテ此如キ支払ヲ有効トシ得ルモノトセハ手形ノ支払ノ有効無効ヲ決スルニハ凡テ此規定ノミニテ足リ他ノ規定ヲ要セサラン即チ民法第四七〇條ハ無益ト為ラン何トナレハ指名，指図及ヒ無記名ノ債権ノ準占有者ニ支払ヲ為ス者カ善意ナルトキハ支払ハ常ニ有効ト為ルトセハ別ニ指図債権ヲ善意ニ支払フトキハ其支払ハ有効ナリト規定スルニ及ハサレハナリ」と主張する。

(14) 岡野敬二郎『日本手形法』（明治38年）292頁が，ドイツの学説を引用しつつ，民法470条の趣旨が所持人真偽の調査にあることを既に指摘している。もっとも民法470条と478条の関係でこれを論じたのは，松本博士の論文を嚆矢とすると見做して差支えないであろう。

(15) 大塚・前掲註(1) 327頁によれば，所持人は証券に裏書をしているわけではないから，これは結局，受取証を作ったときの署名捺印或いは代理人に弁済を受けさせる場合の委任状の署名捺印ということになる。「受取証ヲ記シタル指図証券」については旧商法399条参照。

(16) この解釈を支持する論拠について，松本博士は大要以下の通り指摘する。

(a) 民法470条に所謂「其証書ノ所持人及ヒ其署名，捺印ノ真偽」とは，所持人の真偽及び所持人の署名捺印の真偽と解するのが，文理上穏当である。仮に通説を維持しようとすれば，次の何れかの解釈を採用しなければならない筈であるが，

α) 通説としても，指図証券債務者保護の観点から，所持人真偽の調査について何等かの手当を用意せざるを得ない。そこで「所持人……ノ真偽」の文言に，所持人の実質的資格の有無及び所持人真偽の2種類の調査対象を読込もうとすると，直後の「其（所持人の）署名，捺印ノ真偽」は，所持人の実質的資格の問題とは無関係に単に所持人真偽の調査を意味するに過ぎないから，「真偽ヲ調査」という同一の文言を斉合的に解し得ない。

β) の不都合を回避するため，「其署名，捺印」をして，単に所持人の署名捺印にとどまらず，証書中全ての署名捺印を含むものと解し，「其署名，捺印ノ真偽ヲ調査スル……義務ヲ負フコトナシ」の文言を以て，

裏書人の署名捺印の調査義務なき旨をも定めているものと解することは，明らかに文理に反する。日本語の問題として，「其証書ノ所持人及ヒ其署名，捺印」とある中で，2回目の「其」が「所持人」ではなく「証書」を承けているものと考えるのは困難である。のみならず，α）で「所持人……ノ真偽」を拡張解釈して，所持人が真正の権利者であるか否かの調査もこれに含まれていると解する以上，裏書の真偽調査は当然その中に包含されているから，改めてこれに言及する必要はない。

γ） この重複を防ぐために，「其署名，捺印ノ真偽」の文言に全ての裏書人の署名捺印を包含させると同時に，「所持人……ノ真偽」は，単なる所持人の真偽，同一性のみを指すものと解すれば，裏書偽造以外の理由による効力の有無（筆者註；例えば無能力による取消等）の調査は民法470条に規定されていないことになって，実質的資格の調査義務を免除しようとする法律の趣旨に脱漏を来すことになる。

(b) 民法470条は，旧民法には相当する規定はなく，旧商法400条に由来するものであるとされている（第73回法典調査会〔明治28年3月26日〕における梅謙次郎委員発言参照，前掲註〔9〕555頁）。同条は，「指図証券ノ発行人ハ呈示人ノ真偽ヲ調査スル権利アルモ其義務ナシ然レトモ悪意又ハ甚タシキ怠慢ニ付テハ此カ為損害ヲ受ケタル者ニ対シテ其責ヲ負フ」と定められていた。同条の原案であるところのロエスレル草案459条に関する註釈（司法省『ロエスレル氏起稿商法草案上巻』〔明治17年？〕677頁）によれば，「発行者ハ証券所持人ノ実ニ其券面記入ノ人ナル乎本人ノナセル署名ナル乎其権利アル代理人又ハ使人トナツテ代理スルモノナル乎ノ事情ヲ審査スルニ及ハス何トナレハ自ラ其人ヲ取調フルノ義務ナケレハナリ」という。

(c) 通説に従えば，実質的資格の調査義務について民法は二つの規定（470条，478条）を持つことになる。指図証券を前者で，持参人払証券を後者で各々処理すると解するのが一般のようであるが，両者の関係を厳密に考えると以下の不都合を生ずる。即ち，民法470条は，指図債権の「債務者」に調査義務のないことをを定めるのみであるから，債務者以外の者が弁済する場合に規定を欠き，その者は所持人の実質的資格につき危険を負わされることになる。これを回避するためには（債務者でもない者が弁済する場合には実質的資格の調査を強いられてもやむを得ない，と割切ってしまえば別だが，未だ引受をしていない支払人は全く保護される必要はないのか〔旧商法399条参照〕。まして指図式の小切手は一体どうなるのか，とわたくしも考える。なお前掲註〔2〕参照）民法478条に拠るの外ない。それなら何故指図証券一般について民法478条の適用を認めないのか，という根本的疑問は暫く措くとしても，実質的資格の有無につき重過失ある者が弁済したという場合，弁済者が債務者であれば無効（民法470条）であるが，第三者であれば有効（民法478条）ということになる。しかし，仮に弁済者が債務者であるか第三者であるかによって区別を設ける必要があるとすれば，寧ろ立法上は反対に定められなければならない筈である。

この他にも，民法470条によって指図証券の債務者が実質的資格の調査権を有することになれば，調査に名を借りた履行の引延しが行なわれ，迅速な決済を確保しようとした元来の趣旨（前掲註〔1〕参照）が失われる虞がある，との指摘がある（手形法40条3項は，「調査スル義務ナシ」と定めるのみ。民法478条も調査権があるとはしていないから，松本説によれば，義務者による調査は自己の危険で行うものであり，場合によっては遅滞の責に任ずる。大塚・前掲註〔1〕329頁）。更に，通説に従う限り，選択持参人払証券についても実質的資格の調査

義務が免除されていることになるが（民法 471 条），裏書の予定されていない証券で，一体何を調査するのだろうか。

(17) 我が国の立法当局者は，遺憾ながらこの点を正解していたとは言い難い。司法省民事局編纂『手形法案説明書』（昭和 7 年）67 頁は，手形法 40 条について「第三項ニ於テ規定スルトコロハ現行法（筆者註；商法）ニ明文ナキモ民法第四百七十條ト同趣旨ナリ」と説明する。

右のような誤解が生じたのは，現行商法典に手形法 40 条 3 項に相当する明文規定がなかったことも原因の一つであろう。ところが旧商法 760 条は，「債務者ハ満期ノ時又ハ後ニ所持人ニ支払ヲ為スヲ以テ其責ヲ免ル但其際甚シキ怠慢アリタルトキハ此限ニ在ラス」と定めており，起草者の説明によれば「負債者ハ……期日ニ至リ所持人ニ支払ヲ為シタルトキハ自己ニ太過アルニ非サレハ此支払ヲ以テ再ヒ支払フノ義務ヲ全脱ス太過トハ効力アル裏書ヲ有セサル人ニ支払……（第七百九十三条）……フ等ノ如キ是ナリ」（旧商法草案 821 条の註釈，司法省『ロエスレル氏起稿商法草案下巻』〔明治 17 年？〕394 頁）とのことである。そして旧商法 732 条（体裁はやや異なるが草案 793 条）は，その前段で「裏書譲渡ハ各裏書譲渡人ノ順序カ裏書譲受人ニ至ルマテ間断ナキトキニ限リ裏書譲受人ノ為メ効力アリ」と定めていた。現行商法に旧商法 760 条の趣旨を受継ぐ規定が置かれなかった理由は不明である。

(18) 前掲註(8)(9)参照。

(19) 但し，我妻栄『新訂債権総論』（昭和 39 年，初版昭和 15 年）798 段は，この点に関する民法の態度について「おそらく，無記名債権証券の所持人は，一般に，その無記名債権の準占有者とみられ……，従って（筆者註；無記名債権の債務者の弁済は）準占有者に対する弁済として保護される（四七八条），という趣旨であろう」としながらも，債権の準占有者への弁済が保護されるためには弁済者の善意無過失を要するとの前提に立った上で，指図証券に関する民法 470 条との不均衡を指摘する。そして「解釈としては ── 準占有者に対する弁済の保護に関する第四七八条は，無記名債権に適用される場合には無過失であることを要しない，と解する余地もあろうが，むしろ ── 指図債権に関する第四七〇条を類推して，所持人の真偽を調査する権利を有するも義務を負わず，ただ悪意または重大な過失がある場合にだけ保護を受けないと解するのが妥当であろう」と結論する。

しかし，この解釈は疑問である。仮に民法 470 条と 478 条に不均衡が生ずるならば，先ず疑われるべきは，民法 478 条で善意無過失を要求することの正当性ではないか。条文にない要件を付加して民法の利益較量を崩しておきながら，「適用すれば不均衡を生ずる」と言って民法 478 条を論難するのは，やや不適切の憾みを免れないのではないか。

(20) 前掲註(1)参照。

(21) 旧民法財産編 457 条 2 項が，「裏書ノ連続スル指図証券ノ所持人」の文言を，たとえ立法の過誤で脱漏していたとしても，そうでなければならないという意味である。立法の過誤ではなかったと考えられることにつき，前掲註(10)(11)(12)参照。

(22) 鳩山・前掲註(5) 370 頁。博士は，民法 470 条の解釈としては松本説が文理上正当であることを認めながら，「指図債権ノ証書ノ所持人ガ正当ノ権利者ナリヤ否ヤヲ審査スルニ付テハ所持人自身ノ署名捺印ヲ審査スルノミヲ以テハ足ラザルコト明ナルヲ以テ通説ニ従フ」とし，その理由として「指図債権ノ証書ノ所持人ヲ以テ当然債権ノ準占有者トナシ得ベキヤ否ヤハ一ノ疑問ナリ」と指摘する。

(23) Décret-loi du 30 octobre 1935., 為替手形及び約束手形については商法改正法，小切手については単行法の形になっている。

(24) フランス商法旧 144 条　満期前に為替手形を支払う者は，弁済の有効性につき責を負う。

同 145 条　満期に且つ異義を申出でられることなく（筆者註；sans opposition，喪失盗難等

の届出がないことなど)為替手形を支払う者は，有効に免責されるものと推定される（筆者註；est présumé valablement libéré)。

(25) Bouteron, La jurisprudence du chèque, 1865-1937 concordance avec la nouvelle loi française et international sur la chèque, 1937, Paris, n°307 は，ジュネーブ統一条約以前の(フランス商法旧145条が類推適用されていた）小切手の支払について，次のように説明する。「この要件の下では，支払人は，呈示人が証券について振出人（筆者註；原文はtireurとなっており，受取人の誤りではないかとも思われたが，原文通りで正しいことにつき後掲註〔32〕〔33〕参照）の権利承継人及びその相続人であるか否かを調査する必要はない。そして支払人は，商業証券の用語法に従えば，小切手の適法の所持人に小切手を支払うとき免責される（筆者註；il est libéré lorsqu'il paie le chèque à celui qui ……en est le porteur légitime)。実際，小切手による満期の給付については，適法の所持人は，債権の占有者に対してなされる弁済について民法1239条の恩典を拡張するところの，民法1240条に所謂債権者である。……民法1240条は，表見相続人や，裏書の連続する指図証券の第三の所持人（筆者註；le tiers porteur）のように，人々が債権者と信じるところの，推定上の債権者を対象とする。」もしこの記述の通りなら，本稿に必要な情報は全てここに集約されていると言って差支えない。

フランス民法1239条　弁済は，債権者，或いは債権者としての権限を有する者，或いは裁判又は法律によって債権者のために受領する権限を与えられた者に対してなされなければならない。

債権者のために受領する権限を持たない者に対してなされた弁済は，債権者が追認し，或いは弁済により債権者が利益を得る場合には，有効である。

(26) Ripert-Boulanger, Traité de droit civil, tome II, 1957, Paris, n°1524 は，債権の占有者に対する弁済（Paiement au possesseur de la créance)の例として，偽造裏書のある証券所持人に対する弁済を挙げ，善意の債務者が免責されるとしている。もっともこの文献は，前掲註(12)のそれと，この部分の記述に関する限り逐語的に同一であり，別途の検討も必要であると思われた(なお，この原文ではフランス商法136条が引用されているが，これは137条の誤植ではないか)。

(27) 前掲註(12)(25)参照。

(28) 強いて言えば，フランス民法1240条を媒介として，前掲註(12)と註(26)の文献がこれを示唆していることになる。

(29) フランス小切手法35条　異義を申出でられることなく小切手を支払う者は，有効に免責されるものと推定される。

裏書し得べき小切手を支払う支払人は，裏書の連続の整否を調査する義務を負うが，裏書人の署名を調査する義務を負わない。

フランス旧商法145条と本条との相違は，「満期に（à l'échéance)」の文言の有無のみである。そしてこれは，小切手の一覧払性（日仏小切手法28条1項）の然らしむるところであるから，両者を同一視する妨げにはならないと考えられる。

(30) 1931年のジュネーブ会議では，「振出人或いは所持人が，支払人に対して，小切手が喪われたこと或いは詐欺の結果第三者によって取得されたことを通知した場合には，小切手の占有者が，適法な手段によって小切手を取得したことを証明した場合にしか，小切手を支払う支払人は免責されない」という内容の1912年ハーグ案に対して，デンマーク，フィンランド，オランダ，ノルウェー，スウェーデンが，為替手形統一法40条3項に着想を得た共同修正案を第1読会（3月5日第18回会議）で提出した。League of Nations, C.294, M137, Geneva, May 30th, 1931, Records of international conference for the unification of laws on bills of exchange, promissory notes and cheques,

Second session（以下「議事録」で引用）には，その具体的内容は顕れていないが，Bouteron, Le statut international du chèque, 1934, Paris, p.456によれば，次の通りである。

小切手を支払う者は，その者に害意（筆者註；fraude）又は重大な過失がない限り有効に免責される（筆者註；est valablement libéré）。その者は，裏書の連続の整否を調査する義務を負うが，裏書人の署名を調査する義務を負わない。

オランダ（第2文が指図式小切手に関する規定であることを明らかにするべきである）とチェコスロバキア（小切手の支払人は債務者ではないから，「有効に免責される」の文言を「有効に支払う」に変更するべきである）の修正案を容れて得られた第一読会の成案は，次の通りである（Bouteron, p.457による。議事録252頁には，「為替手形統一法40条3項を，必要な修正を施した上で小切手統一法に採入れるというオランダの修正提案は，可決された」とあるのみで，具体的内容は詳らかではない）。

小切手を支払う支払人は，その者に害意又は重大な過失がない限り，有効に支払う（筆者註；paie valablement）。小切手が裏書し得べきものであるときは（筆者註；Si le chèque est endossable），その者は，裏書の連続の整否を調査する義務を負うが，裏書人の署名を調査する義務を負わない。

第2読会（3月14日第31回会議）に於てもこれが可決された（議事録355頁）が，第3読会（3月18日第35回会議）で，「本条は資格（Bouteron, p.459によれば“la légitimation”だが，議事録377頁では何故か“the identification of the holder”となっている）の調査のみを対象とするので，偽造変造された小切手の支払の場合についての支払人の責任に関して，締約国が規定を置くことを禁ずるものではない」との説明を起草委員会報告書に挿入することをチェコスロバキアが要求し（イタリア，ユーゴスラビアが同調），これを事実上の留保要求であるとフランスが指摘しため議論が紛糾した。

それというのも，これに先立つ第25回会議において，チェコスロバキアが，「偽造又は変造小切手の支払に由来する損害については，その偽造又は変造に関して振出人に過失があった場合，或いはその偽造又は変造が小切手を取扱わしめられた振出人の被用者により行われた場合には，振出人がこれを負担し，その他の場合には支払人がこれを負担する。これと異なる合意は，法律上効力を有しない」という規定（1906年オーストリア小切手法20条4号に由来するとされる）を置くことを提案し（議事録306頁），イタリア，ユーゴスラビアも概ね同旨を提案したが，イギリス（取引先の署名の偽造の場合に銀行が責を負うべきことは全く明白であって，このような場合の損害を顧客に負わせるべきではないかというような議論は，イギリスでは未だかつて聞いたこともない。議事録311頁），ドイツ（この問題は，振出人と支払人との間の内部小切手契約上の問題であって，小切手法に規定を置くべき事柄ではない。議事録309頁）等による反対論も強力で，その提案は既に退けられていた（議事録312頁）からである。

結局，「この規定は，……例えば盗難の結果小切手が喪われたという場合を規律することのみを目的として容れられたものである。それにも拘らず，規定の用語に従えば，支払人が偽造変造小切手を支払ったという場合，即ち，それによっては振出人が全く或いは限定的にしか責を負わないところの小切手をも対象とすることになる。この場合にも条文を適用することは，しかし，起草者の意図を越えるものであり，……偽造変造小切手の支払によって振出人に対抗することを支払人に許す結果となる。起草委員会報告書でこの旨言及するだけでは，この規定の適用を当初想定された範囲に制限することは不可能であろうから，第1文は削除し」たほうがよい，というスウェーデンの打開案が採用され（議事録379頁），35条は現在の形になった。Bouteron, p.458は，この結果を「条文の最も重

要な部分の削除」と評し，「残余の部分は，条文全体を削除することの，或る意味で実際的な不可能性によって（par suite de l'impossibilité, en quelque sorte matérielle）存続したようにしか思われない」と述べているが，"matérielle"の具体的内容は示唆されていない。支払免責の問題を，専ら振出人と支払人の間の内部小切手契約の問題ととらえるならば，全面削除が適当ということになるだろう。しかし，Bouteron 氏が遺憾の意を表すだけの事情がフランス法にはあると言える。この点については後掲註(33)(34)参照。

(31) 前掲註(2)参照。

(32) Vasseur et Marin, Le chèque, tome II, 1969, Paris, n°143., なお，統一条約第 2 付属書 16 条 1 項 b を援用して統一法 32 条の施行を留保し，「支払人は，呈示期間経過後といえども支払わなければならない」（フランス小切手法 32 条 1 項 1 文）と定めて支払委託の取消を禁じていることからも，資金上の権利が所持人へ移転することを認めるフランス法の態度を推知することができる。

統一条約第 2 付属書 16 条 1 項　条約の各締約当事国は，その領土内において支払われるべき小切手について，統一法 32 条に反して次の事項を行う権限を留保する。

(a) 呈示期間経過前であっても，小切手の支払委託の撤回を認めること。

(b) 呈示期間経過後であっても，小切手の支払委託の撤回を禁止すること。

(33) 最終的に発表された起草委員会報告書は，次のように述べる。「或る代表団の提案によって，当会議は，為替手形統一法 40 条 3 項に含まれている規則と同種の規則が条約に挿入されるべきか否かについて検討した。……この提案の目的は，裏書し得べき小切手の支払人及び持参人払式小切手を支払う支払人の地位を定義することであった。この提案を審議する過程で，支払人の危険について，振出人と支払人の関係を確定することは不適切ではないのかという問題も浮上した。当会議は，この問題は統一法に於て扱われるべきではないと考えた。当会議は，最初の問題については，明快な規定を（一旦）可決した後で，結局，ハーグ案や専門家会議案の例に続き，その問題を統一法の埒外に残すことを決定した。従って 35 条は，単に，裏書し得べき小切手を支払う支払人の，裏書人の署名ではなく，裏書の連続の整否を確認するべき義務を定める。結果的に，裏書し得べき小切手又は持参人払式小切手を支払う支払人の危険の問題及び支払の危険に関する振出人と支払人の関係の問題は，統一法ではなく各国法に委ねられた。それにも拘らず，当会議の意見としては，為替手形統一法（40 条 3 項）類似の規定を，小切手の特性が類推適用を許す範囲で，所持人及び所持人の承継人から見て，支払人が有効に小切手を支払い得るか否かを決するために，この問題に適用することは可能であろう」（下線筆者，議事録・前掲註〔30〕104 頁）。この最後の件を考慮すれば，フランス小切手法 35 条 1 項は，ジュネーブ条約違反であるとまでは言えないと考えられる。

小切手法 35 条については，「（筆者註；我が国の）小切手法に於ても『免責サル』の規定は不可欠であり之を補足せねばならぬ」のであって，「支払人が支払を為して小切手を受領することは一種の取得に外ならない」から，「支払人が……悪意又は重大なる過失によつて正当ならざる所持人に支払つた時は真の所持人より小切手の追奪を受くるを免れない」（大橋光雄「小切手支払人の調査義務」民商法雑誌 1 巻 2 号 225 頁〔昭和 10 年〕）との理解もある。しかし，「支払人ニ対シテ為シタル裏書ハ受取証書タル効力ノミヲ有ス」（小切手法 15 条 5 項本文）るのであるから，指図式小切手の支払は善意取得と同視し得ず，この点で指図式と持参人払式を区別する理由はないから，一般的にはこのように言うことはできないだろう。寧ろフランス小切手法 35 条 1 項は，フランス法の構成の下に於て初めて必要且つ可能であると考えられる。

(34) フランス小切手法21条　事由の何たるを問わず，指図式小切手の占有を或る者が奪われた場合，19条に定められた方法でその権利を証明する受益者（筆者註；le bénéficiaire）は，小切手を悪意で取得した場合，或いは取得時に重大な過失を犯していた場合にしか，小切手を放棄する義務を負わない。

ジュネーブ統一条約第1付属書21条　事由の何たるを問わず，或る者が小切手の占有を奪われた場合，小切手を取得した所持人（筆者註；le porteur entre les mains duquel le chèque est parvenu，「その手中に小切手を届けられた所持人」）は，――持参人払式小切手が問題とされているにせよ，19条に定められた方法によって，それについての自らの権利を所持人が証明するところの裏書し得べき小切手が問題とされているにせよ――小切手を悪意で取得した場合，或いは取得時に重大な過失を犯していた場合にしか，小切手を放棄する義務を負わない。

同第2付属書12条　条約の各締約当事国は，持参人払式小切手に関しては，統一法21条を施行しない権限を留保する。

この規定は，ハーグ案10条に「為替手形及び約束手形に関する規則案の12条乃至17条（筆者註；15条が現行手形法16条に相当する）の規定は，引受に関する部分を除き，小切手に適用される」と定められていたことを承けて指図式のみを想定していた原案に対し，オランダによって提出された修正案が容れられたものである（3月5日第17回会議，議事録・前掲註〔30〕250頁）。これに対して，指図証券と持参人払証券を律するのに同じ制度を以てする法制もあれば，フランスやポーランドのように別の制度を用意する法制もある，というポーランドの意見により，前掲の留保が認められた（議事録・前掲註〔30〕250頁）。なお，フランスの商法学説は，持参人払式小切手の通則が適用されるとし（Percerou et Bouteron, La nouvelle législation française et international de la lettre de change, du billet a ordre et du chèque avec un exposé sommaire de principales législation étrangères, tome II, 1951, Paris, n°66），フランス民法2279条2項（動産の即時取得に関する規定）の管轄であるとする（Vasseur et Marin, 前掲註〔32〕n°292., Jean Van Ryn-Jacques Heenen, Princip de droit commercial, tome IV, 1965, Bruxelles, n°3053）。

(35) 持参人払証券には裏書の制度がないから，小切手法19条と同じ体裁で所持人の形式的資格を定めることはできない。我が国では，義務者の免責と同じく所持人の形式的資格を前提とする制度であるところの善意取得に関する小切手法21条が，持参人払式小切手の所持を，裏書の連続する指図式小切手の所持と同列に扱っていることを以て実定法上の根拠とする説がある。大塚・前掲註(1) 295頁。

(36) Percerou et Bouteron・前掲註(34) n°107。

(37) Procès-verbaux du Conseil d'Etat, tome I, la dix-septième séance du 29 janvier 1807, p. 270

(38) de mauvaise foi et de connivence

(39) Bouteron, Le chèque théorie et pratique, 1924, Paris, p.411

(40) sa mauvaise foi ou une négligence excessive

(41) Bouteron・前掲註(39) p.412。

(42) fautes graves

(43) Bouteron・前掲註(39) p.414。同旨，Lyon-Caen et Renault, Traité de droit commercial, tome IV, 4e édition, 1907, Paris, n°297., Lacour et Bouteron, Précis de droit commercial, tome II, 3e édition, 1925, Paris, n°1315., なお，Lescot et Roblot, Les effets de commerce, tome II, Paris, 1953, n°598 は，フランス商法137条3項について，如何なる場合も弁済者の善意は推定されなければならず，挙証責任を負うのは，証券の弁済を得るために害意（fraude）や重過失（faute lourde）を援用する者であるとした上で，旧145条に言及し，「次のように解することに異論はなかった。即ち問題なのは，支

払人の悪意又は過失の証拠の前に消滅する可能性があるところの，反証を許す推定である」と述べる。

(44) 但し，来栖三郎「債権の準占有者と免責証券」民商法雑誌33巻4号（昭和31年）は，「証券の免責的効力は債権の準占有者への弁済のこともあり，表見弁済受領権者への弁済のこともある。しかし，それにも拘らず，二つの問題を区別することは可能であり，また区別しなければならない」（483頁）し，松本博士が「二つの問題を区別されたのは鋭いといわねばならない。兎も角所持人の真偽の調査は表見弁済受領権者の問題である」（505頁）としながらも，「指図債権証書の所持人への弁済が四七〇条のみでゆくべきか四七八条の適用も認むべきかについてはなお疑問があ(り)，……すなわち二つの問題のいずれについても四七一（ママ四七〇？）条により善意にして重大な過失がないことを必要とする旨を規定しているのだと解すべきではないかという疑問は残る」と留保する。

(45) 民法470条が，弁済受領者の代理権の存否について，指図証券債務者を特に保護する規定であるとすれば，原則的には，受領者の権限の調査を債務者に要求するのが民法の態度であると解さざるをえない。

(46) 偽造の受取証であっても，民法470条によって例外的に指図証券義務者が保護されているとすれば，通則としては如何に解すべきであるか。まして偽造受取証の場合を民法478条で賄うとすれば，民法480条はその意義を失い，愈々おかしなことになる。

(47) 「反証ヲ挙クルノ確信ナクシテ支払ヲ拒絶スルハ己ノ負担ヲ重カラシムルノ結果ヲ生ス」（岡野・前掲註〔14〕284頁）る地位にある者と，証券を取得するか否かを任意に決し得る譲受人とを，同列に扱うことは不適切ではないか。証券義務者と証券取得者との相違は，保護の主観的要件について夙に指摘されているところであるが（League of Nations, C.360, M.151, Geneva, November 28th, 1930, Records of the international conference for the unification of laws on bills of exchange, promissory notes and cheques, First session, p.139），この利益較量は，証券所持人が代理人を僭称した場合の処理についても推及されて然るべきではないだろうか。

(48) この他にも，民法470条との関係で，「真実の債権者ではないが，手形或いは株券の上で権利者として指定されている者が弁済受領のために現われる場合と，それ以外の者が現われる場合に……，前者，即ち債権の準占有者に対する弁済の場合を，一層軽い要件で免責するのが妥当である」と言われることがある（高鳥正夫「証券所持人の同一性に関する調査義務」私法12号〔昭和29年〕68頁）。もっとも，実質的資格の調査義務と所持人真偽の調査義務を単純に比較してその軽重を論ずることが適切であるか否か，若干の疑問なきを得ない。「事実Aの調査には重過失なきことを要する」「事実Bの調査には軽過失もなきことを要する」という言明から，前者の方がより容易な免責を認めるものであると俄に断定することはできない（抽象的に言えば，軽過失免責の点で前者の方が軽いようにも見えるが，対象が異なる以上，調査の内容が違うのであるから，両者を単純には比較できない筈である）。このことは，例えばAに「裏書の連続の整否」，Bに「証券所持人の実質的資格の有無」を代入してみれば明らかである。たとえ所持人が実質的資格を欠いていても，後者に依っても殆どの場合で免責が肯定されるであろうし，裏書の連続が券面上欠けていれば，前者に依っても常に重過失が認定されるであろう。

(49) 前掲註(19)参照。

(50) 石坂音四郎『日本民法第三編債権第四巻』（大正7年，初版大正3年）1424頁は，「此規定ハ広キニ失シ弁済者ヲ保護スルコト厚キニ過ク果シテ実際取引上ノ必要ニ合スルヤ否ヤ疑ナキ能ハス」とする。

(51) 林良平・石田喜久雄・高木多喜夫『債権総論〔改訂版〕』（昭和61年，初版昭和53年）240頁

（石田執筆）は，単に「無責の債権者の犠牲において有過失の弁済を保護するのは妥当ではない」と述べるのみであるが，これは要するに立法論である。

(52) 『注釈民法(12)』（昭和45年）93頁（沢井裕執筆）。

(53) 例えば民法94条2項についても，所謂権利外観法理の一環として第三者の無過失を要求する説がある一方で，通謀虚偽表示に対する制裁として過失ある第三者にも無効を対抗できないとする有力な見解があることも想起されるべきである。

(54) 商法解釈としては，手形法40条3項を類推適用することにより冒頭の問題を解決するのが穏当であろうか。かく解することにより，手形とそれ以外の指図証券の義務者の免責要件を揃えることができる。又かく解しても，動産買主と弁済者の相違及び指図式と持参人払式の均衡に関する実定法の利益較量は，なお維持され得る。手形以外の指図証券の義務者にとっては保護がやや後退することになるが，国際条約に基づく手形法との関係であるからやむを得ない。なお，手形債務者の免責については，ハーグ案の段階から善意無重過失を要求することで固まっているが（Deuxième conférence de la Haye, pour l'uification du droit en matierè de lettre de change, de billet à ordre et de chèque, 1912, Actes II, p.49, p.89），我が国の民法478条との関係で参考となるような議論は見当らなかった。

(55) 更に考えてみると，法律上の権利推定に従って行動した（支払に応じた）債務者に過失を認定できるのは，一体如何なる場合であろうか。通帳と届出印鑑の所持人或いは詐称代理人はいざ知らず，民法478条が本来予定していたのは，「全ての者の目に債権者として映るが債権者ではない者」（Planiol，前掲註〔12〕）に対する弁済であったからである。たとえ所持人の権利について義務者が疑念を抱いたとしても，支払を拒むのは容易ではない。前掲註(1)の例で，Yが

Cの請求を拒むためには，Bによる証券盗取等の事情（Bの無権利）とCの悪意又は重過失（Cに於ける善意取得の不成立）の立証，即ち実質的資格を欠く者の中証券を善意取得した者は1人もいないということを，自らの危険で立証しなければならない。指図証券ならばまだしも，持参人払証券では流通経路自体が不明であり（誰の悪意又は重過失を立証すればよいのかすら，直ちには判らない），義務者にとって事態は深刻である。結局，手形法40条3項で想定されているような例外的事情があった場合にしか，義務者の過失を認定することはできないだろう。そうであるならば，判例通説のように民法478条の弁済者に善意無過失を要求しつつ，同条の適用によって証券義務者を免責するとしても，特に問題は生じないようにも思われる（前掲註〔48〕参照）。

(56) 論者は，或いは「善意弁済者保護制度の趣旨」と言い，或いは表見代理や民法480条等との均衡を言う。前掲註(51)参照。

(57) 来栖・前掲註(44)478頁の用語に依る。

(58) 松本・前掲註(1)，来栖・前掲註(44)，高鳥・前掲註(48)。真の債権者は甲であるが，乙が（無効な指名債権譲渡，相続，裏書等により）乙として債権者らしい外観を備える場合が，債権の準占有者の問題（債権者は甲か乙かという問題）である。これに対して，真の債権者は甲であるが，乙が何等かの事情により甲（又は甲の代理人）らしい外観を備える場合は，厳密に言えば債権の準占有者の問題ではない（債権者が甲であることは明白で，ただ乙が甲らしく見えるというだけである）。有価証券で言えば，前者が証券所持人の実質的資格の問題（民法478条）であり，後者が証券所持人の真偽，同一性の問題（民法470条）である。後者の表見弁済受領権者に属する者としては，表見代理人，受取証書の持参人（民法480条），免責証券の所持人等が挙げられる。このように考えてくると，預金通帳と届出印鑑の持参人に払戻した銀行を民法478条で免責することも理論的には疑問があるが，

これ以上立入らない。

(59) 判例を支持する学説は，代理権授与表示や基本代理権（真の債権者側の帰責事由）の存否を考慮しなくて済む，弁済受領権の調査から債務者を解放できる，民法117条は余り実効的ではない（弁済を受領してしまった無権代理人は多く行方不明や無資力）ので弁済を有効にすることによって善意無過失の弁済者を保護できる，等の実益を挙げる。しかし，通説によれば弁済者は善意無過失であることを要し，しかも弁済者の過失要件の中で真の債権者の帰責事由までも考慮するというのであるから，前二者（つまり「表見代理よりも間口が広い」という主張）は疑わしい。結局，無権代理人に対する責任追及の事実上の困難を救済するという点が，判例を支持する唯一の積極的理由であろうか。

(60) 東京高判昭33・2・5高民11・1・51（前掲最判昭37・8・21の原審判決）がこの趣旨を述べる。上告審判決は「原判決説示の通り」と述べるにとどまる。同旨於保・前掲註(5) 357頁。

(61) 無権利者乙が真の債権者甲の債務者から弁済を受けるには，(イ)「私は権利者甲である」(ロ)「私は権利者甲の代理人乙である」(ハ)「私は権利者乙である」の何れかを騙らなければならない。言うまでもなく，(イ)(ロ)の乙は表見弁済受領権者であり，(ハ)の乙が債権の準占有者である。前掲註(58)参照。「本人と名乗るか代理人と称するかで区別するのはおかしい」という指摘は，「(イ)と(ロ)はどちらも取引相手の真偽，同一性に関する問題だから同じように取扱え」という意味であるならば全く正しい。しかし(ハ)の乙は，右の言明とは何の関係もない。

仮に(イ)(ロ)と(ハ)を同視せよと主張したいのであれば，「取引相手の真偽，同一性の問題と，取引相手の権利の有無の問題を区別するのはおかしい」と言わなければならない筈である。この主張は，「(ハ)について民法478条の文言通りに善意で弁済者を保護すると，(イ)(ロ)と(ハ)で主観的要件に不均衡を生ずる（(ハ)から区別された(イ)(ロ)が一般の表見代理制度に委ねられるから）。（先に筆者も指摘した）『徒に拒絶して敗訴すれば遅延利息を取られるばかり』という事情は共通する筈なのに，これはおかしいではないか」という疑問を基礎とするのであろう。しかし，(イ)(ロ)と(ハ)では，そもそも信頼，調査の対象が異なる（相手方の代理権か，権利自体か）のだから，主観的要件を単純に抽象的に比較してその軽重を論ずることは不適切である（前掲註〔48〕参照）。「表見代理と債権の準占有者に対する弁済を区別するのはおかしい」という主張は，「表見代理と善意取得を区別するのはおかしい」と言っているに等しいようにも思われる。信頼，調査の対象を同じくするところの，債権の準占有者に対する弁済と善意取得の各々の主観的要件を比較するときにして始めて，「徒に拒絶して〜」の観点が意味を持つのではないだろうか。

以上を前提とすれば，民法478条が(ハ)のみを対象とするべきであることは明白であり，かつて判例も，(ロ)への適用は正当にも否定したが（前掲大判昭10・8・8），(イ)についてはこれを肯定していた（大判昭2・6・22民集6・408）。この場合，「乙が甲と名乗るか甲代理人乙と称するかで区別するのはおかしい」という批判は，確かにその通りである。しかし学説の大勢は「区別するのはおかしいから(ロ)にも民法478条を適用せよ」と主張し，判例（前掲最判昭37・8・21）が結局これを容れたため，表見弁済受領権者の概念が消滅してしまった（債権の準占有者に呑込まれてしまった）のは遺憾というべきである。

（せきね　ひろし　北海道大学大学院法学研究科博士後期課程）