

## 【書評】

田邊宏康 著

### 『有価証券法理の深化と進化』

(A5判・288頁 成文堂, 2019年)

高木正則 (明治大学法学部)

## 1. 序説

2019年3月に、田邊宏康教授(以下、教授と記す)の『有価証券法理の深化と進化』(以下、本書と記す)が公刊された。本書は、教授が一貫して取り組まれている有価証券法に関する研究の最近の成果がまとめられたものであって<sup>1)</sup>、近時における有価証券の電子化の動き(たとえば、手形に代わりうる支払決済の用具たる電子記録債権についてなど)にも論及されており、きわめて注目に値する。

教授は、先行研究を咀嚼され、外国法(おもにドイツ法)を参照されつつ、新しい問題にも勇猛果敢に取り組まれておられ、研究スタイルとしても後に続く者にとって大いに参考になると思われる。

## 2. 本書の構成

本書で扱われる対象は、改正民法における有価証券、手形・小切手、電子記録債権、物品証券(船荷証券・倉荷証券)、株券・株式と多岐にわたっている。本書の構成は次のようになっている。

第1章 改正民法における有価証券法理

第2章 有価証券における無因性の法理

第1節 手形債務負担行為の無因性と「原因」関係に基づく抗弁

第2節 有価証券譲渡行為の無因性

第3章 手形と電子記録債権の法理

第1節 善意取得の適用範囲

---

1) 教授が公刊された論文集としては、本書は『有価証券と権利の結合法理』(成文堂, 2002年)に次ぐ2点目である。

## 第2節 支払と相殺の抗弁

### 第3節 河本フォーミュラ検証

## 第4章 物品証券の法理

### 第1節 船荷証券に関する債権的効力

### 第2節 物権的効力に関する新しい法律構成

### 第3節 処分証券性に関する効力発生要件説と対抗要件制限説

## 第5章 株券と振替株式の法理

以下においては、この章立ての順番にしたがって私なりに内容をご紹介します、コメントさせていただくこととする。教授の力作にもかかわらず、本稿には思わぬ誤りもあると思われるし、全体的に叙述の精粗があるが、いずれも私の能力不足に基づくものであり、ご宥恕をお願い申し上げます。

### 3. 本書の内容とそれについてのコメント

#### (1) 第1章 改正民法における有価証券法理

本章では、2020年4月施行の改正民法において新設された有価証券の規定群（同法520条の2ないし520条の20）についての検討がなされている。本章の初出は、「改正民法における有価証券について」<sup>2)</sup>という2017年に教授が公表された論説であるが、これをもとに同年の日本私法学会のワークショップで教授が報告を担当され質疑応答がなされており<sup>3)</sup>、学問的価値も高いと思われる。本章の要点は、おおよそ①有価証券に関する規定が民法におかれたことについて、②民法に有価証券の定義規定が設けられていないことについて、③民法の有価証券規定の内容についての3つに大別されるように思われるが、ここでは2つの事柄について述べるにとどめる。

まず、①について、実質的意義における商法に関する議論が関わってくる。すなわち、教授によれば、商法は企業関係に特有な法であるというこんにちの通説である商法企業法論<sup>4)</sup>にしたがえば、たとえば、有価証券の振出などの行為は——商法501条4号により絶対的商行為であるにもかかわらず——企業ではない者もなしうることから、手形法は商法に属さず、①の問題は肯定されてよいとされる（本書7頁）。しかし、

---

2) 田邊宏康「改正民法における有価証券について」『専修法学論集』130号（専修大学法学会，2017年）145－174頁。

3) 田邊宏康「改正民法における有価証券について」『私法』80号（日本私法学会，2018年）108－110頁。

4) 商法企業法論が通説であることについては、最近の文献ではたとえば青竹正一『商法総則・商行為法』（信山社，2019年）7頁を参照。

商的色彩論によれば、行為の属性として極めて商的色彩が強い事柄が民法に規定されてよいかについては、教授は疑問であるとされる（本書7頁）。実質的意義における商法という問題を考える上で、改めて考えるべき問題提起であると思われる。

次に、③について、教授は、個別的にそれぞれの規定を扱われているが、中でも平成29年改正前商法516条2項が削除され改正民法520条の8（指図証券の弁済の場所）の規定が設けられたことについてどのように考えるかは一考に値する。すなわち、前者は「指図債権及び無記名債権の弁済は、債務者の現在の営業所（営業所がない場合にあっては、その住所）においてしなければならない。」と規定していたのに対し、後者は「指図証券の弁済は、債務者の現在の住所においてしなければならない。」と規定している。そこで、たとえば、営業所と住所が別々である個人商人が振出した約束手形について第三者方払文句が記載されていない場合、その取立はどこでなされるかということが問題となるが、改正民法520条の8の規定では営業所での取立はなされえなくなりそうである（本書16頁注41）。この点に関しては、私法学会のワークショップでは、民法改正において「営業所」なる文言を民法典に含むことは許されず、解釈で補うという説明が民法改正に参画した参加者からなされたという<sup>5)</sup>。また実際、改正民法公布後の手形法のテキストでもそれに沿うような記述が見られる<sup>6)</sup>。しかし、教授はこの問題について解釈で補うことは疑問であるとされる（本書17頁注41）。営業所なる文言のある明文規定を商法から削除し、その文言を欠く規定が民法に新設されたという事実を前に、教授が抱かれる疑問は傾聴に値すると考える。

## （2）第2章 有価証券における無因性の法理

本章は2つの節からなるが、いずれも手形法理の中心的な事柄についてのものであり、教授は手形利用の漸減の傾向を指摘しつつも、電子記録債権の法理を探求するに際しては有意義であると指摘されている（本書33頁，61頁）。私も同感である。

### （ア）第1節 手形債務負担行為の無因性と「原因」関係に基づく抗弁

たとえば、Aを買主としBを売主とする商品の売買契約がなされたとき、買掛代金債務の支払手段としてAがBを受取人とする約束手形を振出したとする。売買契約においてAのBに対する解除権があったり、AがBに同時履行の抗弁権を主張できる関係にあるとき、BのAに対する手形上の権利行使があった場合、Aは売買契約上の解

5) 田邊・前掲注3)109-110頁。

6) 弥永真生『リーガルマインド手形法・小切手法【第3版】』（有斐閣，2018年）183頁脚注3）。

除権や同時履行の抗弁権をもって対抗することができることは当然に認められている。従来一般に、AB間の手形授受(AのBへの約束手形の振出)の原因関係(AB間の売買契約)上の抗弁を、Bからの手形権利行使に対してAは人的抗弁(手形法17条)として対抗することができるということ自体には、とりたてて異論はなかった。しかし、このことを手形の無因性という観点からどのように説明すべきかはひとつの問題であり、わが国では1990年代頃から、ドイツのいわゆる交付合意論を踏まえた文献が見られるようになった<sup>7)</sup>。

交付合意論に至る流れはおおよそ次のようなものである<sup>8)</sup>。まず、手形債権は無因債権であって、その原因関係上、相手方の請求権の成立を否定する事実の主張・その消滅の事実の主張を含む抗弁(Einwendung)と、相手方の請求権の存在は承認するもその効力を排除する抗弁(Einrede)で継続的なものがある場合、無因債権たる手形債権に対してはドイツ民法上の不当利得の抗弁(BGB812条および813条)をもって対抗できるものとされている。つまり、約束手形の振出人と受取人の原因関係上これらの抗弁が存在する場合、受取人の手形債権の行使に対して振出人は不当利得の抗弁をもって対抗することができる。これに対し、同時履行の抗弁のような継続的でないEinredeが原因関係に存在する場合においてはこの理は当てはまらないとされてきた。ところが、1970年代以降のドイツのBGHの一連の判決によって、手形授受の当事者間の原因関係に継続的でない抗弁がある場合にもその対抗が認められるようになった。当初は、信義則違反や権利濫用論によって制限的に対抗が認められるにすぎなかったが、その後一般的に対抗が認められるようになり、ついにはその理由づけとして手形授受の際にその当事者間でなされる交付の合意という概念が用いられるに至った。本書でも言及されているが、BGH「の見解は、不当利得法における『法律上の原因』に関する主観説を前提とし、本来『もっぱら(給付と)給付約束のための法律上の原因を確定することに奉仕する』はずの給付目的の合意に、『契約当事者は、手形債権者としても原因取引に基づく以上の権利を自分自身のために請求し(てはなら)ない』という意味をもたせ、……『原因』関係に基づく抗弁を給付目的の合意から導くものといえよう」(本書52頁)。

教授は、本節において交付合意論を踏まえたわが国の手形法の解釈に関する議論は

---

7) 本書35頁注6)に掲げられている文献群など。

8) ここでの叙述に関しては、高木正則「手形授受の当事者間における原因関係上の抗弁」『法学研究論集』8号(明治大学大学院, 1998年)188頁以下を参照されたい。

必ずしも十分ではないとの意識をもたれつつ(本書34頁)、先行文献として福瀧博之教授のテキスト<sup>9)</sup>を手掛かりとし、また、ドイツの文献として主にSchnauderの論文<sup>10)</sup>を参照され、わが国における交付合意論の位置付けを考察されている。教授の検証は細部にわたっており、そのすべてをここで取り上げることは差し控えるが、日本法には明文上ドイツ法のような不当利得の抗弁という概念がないという点に関する教授のスタンスが特徴的であると思われる。交付合意論を採用するとしても、たとえば、上記の例でAがBに対して手形の支払を拒みうるということを、AB間の交付合意から直接に説明する考え方と、交付合意を経由して不当利得の抗弁という構成をする考え方とに大別されると思われる<sup>11)</sup>。後者の代表的な見解<sup>12)</sup>によれば、上記の例では、AB間で、手形債務の負担という出捐の目的として売買代金債務の弁済という目的と反対給付の獲得という目的が合意されており、Bが満期までにAに目的物を引渡さずにAに対して手形金を請求してきた場合、手形債務の負担によってAが達成しようとした反対給付の獲得目的が挫折するので手形債務負担の原因が欠缺するため、Bからの手形金請求に対してAは不当利得の抗弁により手形の支払を拒めるということになる。

交付合意論の理解に関して問題となるのは、たとえば約束手形振出人Aと受取人Bの間の原因債権が時効にかかった場合、Bからの手形金請求をAは拒めるかということである。ドイツ法では不当利得法上この問題は否定されそうであるし(BGB214条によって原因債権の時効の抗弁は継続的な抗弁であるが、同813条1項後段によって不当利得の抗弁とは扱われないことになると思われる)、同国の判例でも人的抗弁とは解していないという(本書52頁)。これに対し、わが国の判例(最判昭和53年1月23日民集32巻1号1頁、最判昭和62年10月16日民集41巻7号1497頁)は、「特に理由を明らかにせずに『原因』債務の時効消滅が人的抗弁となるものと解する」(本書57頁)。この判例に反対する見解においては、AがBに手形金を支払ってBがこれを受け取ったとしても、そこには不当利得の抗弁が主張されうるような給付目的の挫折は存在しないという主張が見ら

---

9) 福瀧博之『手形法概要(第2版)』(法律文化社、2007年)77頁以下。

10) Franz Schnauder, Einreden aus dem Grundverhältnis gegen den ersten Wechsel- und Scheckgläubiger, JZ 1990, S.1046 ff.教授は本書38頁注38)において、同論文を、交付合意論に関する他の論文よりも遅い時期のものであることもあり、内容的に優れていると評されている。

11) 高木・前掲注8)195-196頁。

12) 渋谷光義「手形の無因性と原因契約未履行の抗弁」『法学政治学論究』31号(慶應義塾大学大学院、1996年)570-571頁。

れる<sup>13)</sup>。これに対し、教授はこの場合にAに人的抗弁の対抗を認めないと、消滅時効にかかった原因債務の履行を強制させるのと同じであって、債務者が時効制度から享受する保護を無視することになることを理由に、人的抗弁の対抗を認めるべきであるとされる(本書57-58頁)。その結果、原因債権の消滅時効の場合は不当利得制度の趣旨を離れて解釈すべきであり(本書57頁)、原因契約当事者の衡平は原因関係に基づく抗弁をすべて人定抗弁と解することにより実現されるものと解され、「契約当事者は、手形債権者としても原因取引に基づく以上の権利を自分自身のために請求し(てはならない)」という原則は、わが国においては例外を認めないものとなる(本書58頁)と結論付けられる。本節では、交付合意論の理解の仕方として、教授は詳細な検討の結果、不当利得法を経由せずに原因関係に基づく抗弁を交付合意から直接導くという見解に立たれることを明確にされている(本書54頁)という点が注目に値するであろう。

#### (イ) 第2節 有価証券譲渡行為の無因性

本節では、有価証券譲渡行為がその原因関係の消長によって影響を受けるかどうかを丹念に検討されている。その際、教授は有価証券を金融商品としてのそれ(たとえば株券)と支払手段としてのそれ(たとえば約束手形)とに分けて考察されている。また、ドイツ法の物権行為の無因性も考慮に入れて、比較法的な検討もなされている。

まず、株券などの金融商品としての有価証券の譲渡行為の無因性に関して、教授は物権行為の独自性と無因性に関する民法学の議論を参照される。すなわち、ドイツ法で物権行為の独自性が認められる理由は物権行為は形式を必要とし、物権行為の原因となる売買などの債権行為と合体して存在できないからであるのに対して、日本法のように物権行為に形式を必要としない法制ではこのことは妥当せず、物権行為の独自性を認めない立場では債権行為に対する物権行為の無因性は問題にならないという我妻榮教授の叙述を引き合いに出される(本書66頁)。その上で、株券発行会社の株式の譲渡については会社法128条1項により株券の交付なしにはその効力が生じないから、形式を必要とするものと解されるとされ、独自性と無因性が妥当することにもなりそうであると述べられる(本書67頁)。これと異なる見解として原島重義教授や山本進一教授の見解をまとめられ、物権行為の無因性についてはその原因となる売買などの債権行為の当事者の通常の意味ないし意識を重視して、これを否定するという点で異論はなかりうとされた上で、株券などの譲渡の場合にも当事者の意図は同じであろう

---

13) 渋谷光義「批判」『早稲田法学』72巻1号(早稲田大学法学会、1996年)169頁。

とされる(本書68-69頁)。

この問題について、教授はドイツにおいても物権行為の無因性は無制限ではない(債権行為と物権行為の瑕疵の同一性および良俗違反による無効の論理を事例として挙げられている)とされつつ(本書69-70頁)、さらに、株券などの譲渡行為について無因性と有因性のいずれを採用したところで取引の安全には大きな相違は生じないことを、株券発行会社の株式の売買契約の解除を例として論証される(本書70-71頁)。結論として、教授は、金融商品としての有価証券の譲渡行為については、当事者の意思に反してまで無因行為とは解すべきではなく、当事者間でその譲渡行為を無因とする特約がある場合を除き有因行為と解すべきであるとされ、その意味でこれを「相対的有因行為」と呼称される(本書71-72頁)。

次に、手形譲渡行為の無因性が検討されている。手形の場合、手形行為は無因行為であるという理解が多いが、手形行為を債務負担行為と権利移転行為とに分けるいわゆる二段階の創造説とよばれる見解を前提にして、前者は無因行為であるが後者は有因行為であるという手形権利移転行為有因論<sup>14)</sup>が有力に唱えられている。無因論と有因論のいずれによるかについては、いわゆる後者の抗弁を素材として最近の手形法のテキストでも論じられている<sup>15)</sup>。たとえば、AがBを受取人として約束手形を振出し、BがCにこれを裏書譲渡したがBC間の裏書の原因関係が取消や解除によって消滅した場合、伝統的な無因論によればCは依然として手形権利者であるのに対し権利移転行為有因論によれば無権利者である(BはCに手形の返還を請求できる)。後者によればAはCからの手形金請求を常に無権利の抗弁により拒めるのに対して、無因論ではCは権利者であるのでこのような結論は出てこない。教授が整理されているように(本書75頁以下)、判例は無因論に立ちつつ権利濫用論によりCの権利行使を否定するが(最大判昭和43年12月25日民集22巻13号3548頁)、権利移転行為有因論からは、Cを権利者としつつBC間の裏書の原因関係が消滅した場合に常にCの権利行使を否定するのは無因性の否定にほかならないとの批判がある。これに対して、Aは手形債務者である以上、弁済をなすについて正当な利益を有することを理由にCのAに対する権利行使を不当であるとは解しない見解もある。さらに教授は、林靖教授の見解を引き合いに出され、Cから手形を譲受けたDの保護をどうすべきかという問題にも言及される。

---

14) 前田庸『手形法・小切手法入門』(有斐閣, 1983年)46頁以下。このほかに、相対的有因論という見解がある(平出慶道『手形法小切手法』(有斐閣, 1990年)127-129頁)。

15) たとえば、弥永・前掲注6)176頁以下。

上記の例で、Cは本来Bに手形を返還すべき義務を負っているが返さずにAに権利行使をするのは不当である、また、Aから手形金を受け取ったCがそれをBに返還することは期待できないという手形権利移転行為有因論の無因論に対する批判について、教授は疑問視される(本書78頁)。また、Cから手形を譲受けるDについて、手形取引の安全が重要であるとし、有因論をとるとDは善意取得による保護(手形法16条2項)しか受けられないので、手形譲渡行為については無因論をとる実益があると主張される(本書79頁。よって、BはDに手形の返還を請求することはできない)。原則として無因論に立たれるわけである。ただし、この例外として、①BがCへの不信から、Cへの代金支払いの手段としてする裏書の権利移転的効力の全部を売買契約の効力に係らせておりDがかかるBの意思について悪意である場合や、②手形割引のうち手形の売買の実質を有するものについて、譲渡行為の取消・解除の場合には、取引の安全を犠牲にして裏書譲渡を有因としてもよいと主張される(本書80頁)。教授は「手形譲渡行為の無因性を相対的なものとする」とされており、オリジナリティのある注目すべき見解であると思われる。その際、①の点について、裏書の単純性に関する手形法12条1項の規定との関係が問題となるが、教授は同条同項について、単に裏書の記載に条件を付しえないことを規定しているに過ぎないという見解に賛成されることを論じておられる(本書62-65頁)ため、これを前提とすれば違和感はないように思われる。

### (3) 第3章 手形と電子記録債権の法理

本章では電子記録債権法の解釈について手形法に関する議論と関連付けながら詳細に論じられている。電子記録債権はITの進展に伴い必要とされてきた手形に代わりうる電子的な支払決済手段であり、それを規律する法律が電子記録債権法である。電子記録債権は有体物ではないことから手形と異なる点がある。すなわち、たとえばAが債務者でBが債権者である電子記録債権を発生させるには、電子債権記録機関に対して発生記録請求が行われ(電子記録債権法5条1項)、それを受けて同機関が発生記録を行わねばならず(同法15条)、また、BがCにこれを譲渡するには譲渡記録の請求が同機関に対してなされそれを受けて同機関が譲渡記録を行わねばならない(同法17条)。発生記録により債務者はAで債権者はBであること、譲渡記録によりCが債権者になったことが電子債権記録原簿の記録(債権記録)上明瞭となる。一方で、譲渡などには同法には手形法と同じような善意取得(同法19条)や人的抗弁の切断(同法20条)という制度が存在するが、これらについて手形法の場合と同様に解釈上の諸問題

が存在するところである<sup>16)</sup>。教授は本章において、善意取得（第1節）、支払（第2節）、悪意の抗弁（第3節）についてそれぞれ手形法の議論を参照されつつ詳細に論じられている。

#### （ア）第1節 善意取得の適用範囲

手形法16条2項で規定される手形の善意取得の適用範囲については、教授が述べられているように（本書86頁）、①譲渡人が無権利者である場合に限定されるという見解（教授は「限定説」と呼称される）と、②そのみならず譲渡人が制限能力者の場合や無権代理人の場合（譲渡行為の瑕疵の場合）にも適用されるという見解（同じく「非限定説」と呼称される）とに見解が大別される。手形法の場合、手形法16条2項が同1項の資格授与の効力を前提としているところから、限定説が成り立ちうるのに対して、教授は、電子記録債権法の場合には、原則として譲受人は電子債権記録機関から直接に譲渡人の記録事項の開示を受けることができないとされている（同法87条）点に着目し、手形法の場合の非限定説をとることが自然であるとされつつ、限定説も論理的に不可能であるとはいえないとされる（本書86-87頁）。そこで、教授はこの膠着気味の問題についての新たなアプローチとして、手形の善意取得について非限定説をとる場合に裏書人が原因関係の不当利得に基づいて善意取得者に対して手形の返還を請求しうる場合があるという主張に着眼し、不当利得論と交付合意論を手掛かりとして考察を進められている。手形の善意取得の適用範囲をめぐる議論に関して、一石を投じる貴重な論考というべきである。

教授は、手形の善意取得の適用範囲に関する判例を概観され（本書88-94頁）、制限行為能力者乙の丙に対する裏書の場合について、善意取得を認めても乙が譲渡行為を取消せば乙丙間では不当利得の関係になり、それを理由として乙は丙に手形の返還を請求できることにならないかという上柳克郎教授による指摘<sup>17)</sup>に着目される（本書94頁。便宜上、この事例では、乙の丙に対する裏書が丙への代金支払のためになされたとする）。その一方で、四宮和夫教授の給付不当利得に関する見解を前提として、手形行為の原因行為は手形行為を義務づけるものでなくてはならないとされ、この事例では売

16) これらについて、私も手形法の解釈と照らし合わせながら考えたことがある。詳細は、高木正則「電子記録債権の善意取得」『法律論叢』89巻2・3合併号（明治大学法律研究所、2017年）149-179頁、「電子記録債権法における人的抗弁」同91巻4・5合併号（2019年）119-164頁、「電子記録債権法における人的抗弁の切断」同92巻6号（2020年）97-135頁を参照されたい。

17) 上柳克郎『会社法・手形法論集』（有斐閣、1980年）490頁。

買契約そのものは手形行為を義務づけるものではないから裏書の原因行為とはなりえず、乙丙両者による手形の裏書は代金支払いのためにするという交付合意に求めざるをえないとされる(本書95頁)。そして、教授は、乙の法定代理人が売買契約に関しては同意したが手形の裏書については同意していない場合には、原因行為を売買契約そのものに求めるならば(売買契約が手形行為を義務づけると構成すれば)乙から丙への手形上の権利の移転は法律上の原因を欠くことにならず不当利得の関係にはならないのに対し、原因行為を交付合意に求めれば(交付合意には法定代理人の同意はないので)、これとは異なる結論となるとされる(本書96頁)。

教授は次いで、譲渡行為の瑕疵について個別的に検討されている。第1に、譲渡人が制限行為能力者である場合について、制限行為能力者が裏書を取消した場合は裏書に関する交付合意をも取消したと考えるのが自然であるとされ(本書97-98頁)、電子記録債権の場合にも妥当するとされる(本書99頁)。第2に、譲渡の意思表示に瑕疵がある場合も、不当利得論と交付合意論を踏まえ譲受人の善意取得を否定される(本書100頁)。第3に、譲渡が無権代理の場合も、手形の裏書が無権代理であるなら交付合意も無権代理であるはずだとされ、本人から相手方への手形債権の移転は法律上の原因を欠くことになるのであり、善意取得を認める実益はないとされる(本書101頁)。以下、譲渡人の処分権限の欠缺の場合および譲渡人が他人になりすました場合についても、手形と電子記録債権の両方を取り上げられ、丹念に検討されている(本書102-108頁)。このうち、譲渡人が他人になりすました場合というのは、手形でいえば最後の被裏書人(A)とは別の者(B)がAになりすました場合、AになりすましたBから裏書されたCに善意取得による救済を認めるかという問題である。この場合にはB・C間の裏書の原因行為たる交付合意は有効であることが多く、不当利得論と交付合意論を踏まえたとしても善意取得を認めないという結論は出てこないとされる(本書106頁)。しかし、教授は、記名式裏書と白地式裏書との制度上の区別という観点から、善意取得を否定されている(本書108頁)。

結論として、譲渡行為の瑕疵の場合には善意取得を否定すべきであるとされるが、その理由づけは瑕疵の種類によって異なり、一般的には不当利得論を踏まえた交付合意論を理由とされるのに対し、譲渡人が他人になりすました場合は法制度等を理由としておられる。

#### (イ) 第2節 支払と相殺の抗弁

手形債権も電子記録債権も支払によって消滅するが、手形の場合、手形法39条1項

により支払をなした手形債務者は手形の受戻を請求することができるのに対し、電子記録債権の場合は債権記録において支払等記録がなされる。電子記録債権においては、口座間送金決済という方法で支払がなされるのが大半であり、この場合支払がなされるとタイムラグなく支払等記録が電子債権記録機関によりなされる（いわゆる同期的管理。なお、口座間送金決済については電子記録債権法62条以下参照）が、電子記録債権の債務者が債権者に対して直接支払う場合には、支払を受けた債権者が電子債権記録機関に対して支払等記録請求をなすのが原則である（同法25条1項1号）。また、電子記録債権の場合、手形法における遡求に相当する制度はないが、譲渡人が電子記録保証人となれば、手形の遡求に類似した責任を負う。手形と電子記録債権とはかかる相違があるが、教授は本節において支払・相殺の抗弁が手形法上どのように取り扱われるべきかを考察された上で、電子記録債権についても考察される。

手形の支払については、まず手形の受戻が支払の効力要件であるか否かが問題となる。教授は判例・通説は効力要件でないとするのに対し、受戻のない支払を無効とする学説もあると見解を整理された上で、BGB362条・わが国の改正民法473条に照らし手形の受戻のない支払も負担した給付を債権者に対して実現したことを意味するにほかならないこと、手形法39条1項は手形の受戻を支払の効力要件と定めていないことから、判例・通説に賛成される（本書114-115頁）。そこで、手形の受戻を支払の効力要件ではないと解すると、手形の受戻のない支払の抗弁の位置付けが問題となる。取引安全の観点からこれを物的抗弁と扱うことはできないが（本書115頁）、教授の整理によると、学説は手形法17条の人的抗弁と解するものと、権利外観理論に依拠して有効性の抗弁に位置づける（この見解では受戻なき支払済みの抗弁は善意・無重過失の第三者には対抗できないことになる）ものと大別される（本書116頁）。そして、教授は後者に賛成されるが、その際、権利外観理論の実定法上の根拠を、権利の存否にかかわることを理由に手形法10条の類推適用に求められ、外観理論を適用するための有責性については、有効性の抗弁に立つ学説は支払に際して手形を受戻することができるのに受戻さなかったことに求める学説が一般的であると指摘される（本書118頁）。しかし、主たる債務者が手形の受戻なく支払った場合に遡求義務者の債務も消滅するが、遡求義務者は支払時に手形を受戻さなかったことに何ら関与していないという指摘があることに着目される。そこで、教授は、有責性を受戻をしなかったことではなく手形に署名してさらに意思に基づいてその占有を移転していることに求め、支払をなした主たる債務者と遡求義務者の権利外観責任を統一的に説明するという結論を導いておら

れる(本書118-119頁)。教授は手形の受戻のない支払の問題についての権利外観理論に立ちつつも、その適用要件の一つである帰責性について、新たな観点から切り込んでおられ、この問題についての今後の議論の展開が注目される。

次に、手形債務は相殺によって消滅するが、手形の交付のない相殺について、教授は手形債権を受動債権としてする場合と自動債権としてする場合とに区別して論じられる。前者について、教授は上記の受戻のない支払と同様に、受戻のない相殺も有効であるがその相殺の抗弁は有効性の抗弁となり善意無重過失の取得者に対抗しえないとされる(本書128-129頁)。これに対して、後者について、教授はかなり詳細に論じられ、判例は交付のない相殺を無効と解するが、学説には相殺は本来意思表示のみに基づいてなされることから手形の交付は相殺の効力発生要件ではないとする見解が有力であるとされる(本書129-130頁)。教授は、手形の交付を要件と解すべきであるという河本一郎教授の見解に賛成され、手形債権者が手形債権を自動債権として相殺する場合、手形債務者は、関与しない事実により手形債務を免れるとともに、反対債権を確定的に喪失するという危険から、手形債務者を防衛すべきであるとして、原則として手形の交付を要件とせざるをえないと主張される(本書131頁)。

以上の手形に関する教授の論究にもまして、以下の電子記録債権の支払等記録のない支払と相殺については、他に論文という形ではこれまで正面から論じられてこなかったように思われ、教授の見解はこのテーマにおける先駆的なものとして高く評価されるべきである。

電子記録債権の支払がなされたが支払等記録がなされない場合、教授は電子記録債権法の立案担当者の見解を紹介され、それによればその場合の支払済みの抗弁は同法20条1項(これは手形法17条と類似している)の狭義の人的抗弁であるとされるという(本書139頁)。これについて、教授は、電子記録債権に関する意思表示に瑕疵がある場合、同法12条1項が民法の瑕疵ある意思表示の規定群の適用があることを前提としつつも、民法95条1項または96条1項もしくは2項による取消の場合表意者は善意無重過失の第三者に対して取消を以て対抗することができないと規定していることを引き合いに出され、電子記録債権が遡及的に(取消により)無効となる場合と後発的に(支払により)消滅する場合とで第三者の保護要件に差をつけることを疑問視される(本書140頁。重過失の有無による第三者の保護の有無に違いがあってよいかという問題)。そして、電子記録債権の支払等記録のない支払による消滅も、電子記録債権の発生によって作出された権利外観を消滅させない不完全な支払であるとされ、支払により消滅したは

ずの同債権の譲受人たる第三者の保護は権利外観理論を基礎とする電子記録債権法12条により図られるべきで、その保護要件は善意無重過失であると主張される（本書141頁）。電子記録債権の支払等記録のない相殺についても、相殺によって電子記録債権は消滅するが、支払等記録のない支払と同様に、第三者は電子記録債権法12条1項の類推適用により、善意無重過失であれば保護されると主張される（本書141頁以下）。私を知る限り、教授がなされるような主張は電子記録債権の概説書等でも見られず、手形法に関する議論が参考とされる電子記録債権法の研究の「深化と進化」にとり無視しえない重要な見解であると考え<sup>18)</sup>。

#### （ウ）第3節 河本フォーミュラ検証

電子記録債権法20条1項但書は手形法17条但書と同様に、人的抗弁切断の原則に対する例外としていわゆる「悪意の抗弁」を規定している。悪意の抗弁に関しては、手形法17条但書の「債務者ヲ害スルコトヲ知リテ」というのはどのような意味であるかということが争われてきたのは夙に知られているが、一般に通説と位置づけられているのはいわゆる「河本フォーミュラ」である。これは、本書でも引用されているとおり（本書150頁）、「債務者ヲ害スルコトヲ知リテ」とは「手形を取得するにあたり、手形の満期において、手形債務者が所持人の直接の前者に対し、抗弁を主張して手形の支払を拒むことは確実であるという認識をもっていた」ということを意味するという、河本一郎教授による定式化である。

これをめぐる争いは多岐にわたるが、電子記録債権法においてもこの悪意の抗弁が「生き残っている」と河本教授ご自身が著書のはしがきの中で言及されている<sup>19)</sup>。もっとも、手形法17条における「所持人ノ前者ニ対スル人的関係ニ基ク抗弁」という文言から、手形債務者が人的抗弁を對抗することができる者が手形取得者の直接の前者との関係を意味するのかどうかは文言上明確ではないのに対し、電子記録債権法20条1

---

18) もっとも、債務者が持参債務として電子記録債権の支払をするケース（このような支払は実際にはあまり考えられないと思われるが）において、支払等記録を債権者がなさない場合、①債務者が支払等記録をするように債権者に請求したのに債権者がこれに応じなかったときと、②債務者がそのような請求すらせずにいたときで、第三者の保護要件を同じであると解してよいかという疑問もありうる。この点については、教授が受戻のない手形の支払に関して本書で論じられるように、手形を受戻さなかったことが債務者の帰責性ではなく手形に署名してさらにその意思に基づいてその占有を移転していることに求められていることと平仄をあわせ、電子記録債権の場合も、債務者が発生記録請求によって電子記録債権を発生させたこと自体が帰責性であるとすれば、かかる疑問は解消されるように思われる。

19) 河本一郎『手形法における悪意の抗弁』（成文堂、2016年）のはしがきの2頁。

項ではそれは取得者の直接の前者に対する債務者の人的抗弁であることが明確であるという相違があるように思われる（「電子記録債権の債権者に当該電子記録債権を譲渡した者に対する人的関係に基づく抗弁」という文言になっている）。手形法17条の解釈として、教授は河本フォーミュラが所持人の直接の前者に対する抗弁の認識の有無を問題としている点について結論として賛成されておられるが（本書171頁）、電子記録債権法20条1項についてはそのような結論がなおさら当てはまるとお考えになるということになるか<sup>20)</sup>。

#### （4）第4章 物品証券の法理

本章の対象となるのは、商法典上の倉荷証券、船荷証券であり、国際海上物品運送法上の船荷証券についても、同法15条により商法上の船荷証券に関する規定が適用されるので、これも含まれる。教授はこれらを物品証券と称され、従来の貨物引換証（これは平成30年の商法改正により廃止された）や船荷証券に関する議論を素材にして、物品証券の債権的効力、物権的効力および処分証券性について考察されている。

##### （ア）第1節 船荷証券に関する債権的効力

平成30年改正前商法572条は「貨物引換証ヲ作りタルトキハ運送ニ関スル事項ハ運送人ト所持人トノ間ニ於テハ貨物引換証ノ定ムル所ニ依ル」と規定し、これが船荷証券に準用され（同776条。倉庫証券についても同様の規定が存在していた（同602条、627条2項参照））ていたが、これは証券の文言証券性ないしは債権的効力といわれるものである。

債権的効力をめぐっては、主に証券上の不実記載の効力についての議論（たとえば空券や品違いの場合、証券発行者の責任はどうなるのかという問題についての議論）がなされてきた。判例・通説は物品証券の要因証券性を肯定している<sup>21)</sup>が、要因証券性を認めるならば証券の文言性に関する規定との関係はどうなるのかという問題が生じるこ

---

20) これに関しては、たとえば手形法上、人的抗弁について善意者が介在した後の悪意の取得者の問題について、人的抗弁が善意者のところで切断されると捉えるか否かの問題は所持人の前者を「直接の前者」という意味に捉えるか否かという問題ともかかわってくると思われる。弥永・前掲注6)161頁脚注8)および168頁以下を参照。また、電子記録債権法においても、人的抗弁について善意者介在後の悪意の取得者の問題が生じることについては、池田真朗・太田穰『解説電子記録債権法』（弘文堂、2010年）130頁。

21) 田邊光政『商法総則・商行為法（第4版）』（新世社、2016年）296頁は貨物引換証について、大判昭和13年12月27日民集17巻2848頁が、運送人が運送品の受取がないのに貨物引換証を発行した場合（空券の場合）、貨物引換証は原因を具備せず目的物が欠陥するゆえに無効であるとしていることを取り上げられ、判例は貨物引換証を要因証券であると解しており、通説も同様であると指摘されている。

ととなった。見解は多岐にわたっており<sup>22)</sup>、第1に、要因証券性を徹底する見解(判例・かつての通説)によれば、実質的な運送契約が存在しない限り文言証券性は認められず、空券の場合は証券は無効であるため運送人は運送品を引渡す義務を負わず、品違いの場合は運送人は実際に受領した物品を引渡せば足りるところ、証券所持人の運送人への責任追及は不実記載の証券を発行した運送人への不法行為責任の追及ということになる。第2に、要因証券性は認めるが証券所持人の保護のために禁反言則を付加する見解によれば、空券の場合は要因証券性により証券は無効であるが、運送人は自らなした証券上の記載に従って債務不履行を負い、禁反言則により証券の無効を主張できず、品違いの場合は運送人の責任は禁反言則により補完され、善意の証券取得者に対しては運送人は証券に記載したところにより責任を負うことになる。第3に、証券権利説とよばれる見解の中で要因性を極度に形式化した解釈によれば、要因性の意味は証券の文言にその原因が記載されていれば足り、空券の場合でも運送品を受領した旨の記載がある限りそれは証券として有効であるから、運送人は文言性により証券に記載された物品を引渡す義務を負い、品違いの場合は運送人は証券の記載に従って物品を引渡す義務を負うことになる。第4に、中間説は空券と品違いを区別する見解であり、空券の場合証券は無効であるが、品違いの場合は運送品の受取によって要因性が充足され運送人は証券の記載に従って債務を履行する責任を負うと解する。第5に、契約締結上の過失説は、証券の性質論からのアプローチに加え、証券所持人の救済を実現するために運送人がいかなる責任を負うべきかを検討し、契約締結上の過失の法理により証券発行者の証券不実記載発行責任を構成するものである。

以上の諸説に対して、教授は近年では外観法理を適用する見解<sup>23)</sup>が支持者を増やしていると指摘され、外観法理を適用するためには設権証券性が前提となると指摘される(本書174頁)。

ところで、平成30年改正前商法とは異なり、平成30年改正商法760条(倉荷証券について同604条参照)は「運送人は、船荷証券の記載が事実と異なることをもって善意の所持人に対抗することができない。」と規定しており(善意の証券所持人に対する運送人の抗弁制限)、改正前国際海上物品運送法9条に倣ったものである。教授は物品証券に

---

22) 債権的効力に関する判例・学説を紹介するものとして、たとえば、相原隆「運送証券」落合誠一・江頭憲治郎編『海法大系』(商事法務、2003年)359頁以下がある。ここでの各説の概観についても同論文に全面的に依拠しており、各説の主張者や文献を明記していないことをお断りしておく。

23) たとえば、田邊・前掲注21)297頁。

ついでに債権的効力を考察する上でも、国際船荷証券のそれに関する研究が一層重要となったと指摘された上で（本書174頁）、①物品証券に関する文言性と抗弁制限の関係および②その設権証券性について考察し、③改正前国際海上物品運送法9条の成立と改正の経緯を概観され、さらに④船荷証券における抗弁制限に関する諸問題とその要因・無因性と理論的相克について考察される。

このうち、①については、従来の竹田省教授と谷川久教授の見解を整理し、それらが文言性の理論的な基礎を抗弁制限に求めていたとされるが（本書177頁）、教授は、物品証券に関する限り文言性と抗弁制限は本質的に同じものに関する異なる表現であって、物品証券の債権的効力としての文言性と記載事項に関する抗弁制限とは相互に理論的な基礎となりうるものではないとされる（本書178頁）。②については、設権証券である手形が無因証券であり、非設権証券である株券は要因証券であると構成されるどころ、物品証券はいかに解すべきかが論じられている。この問題は、上記の物品証券における債権的効力をめぐる問題について外観法理を適用するには設権証券性が前提となるということと関わる。教授は、無因証券は設権証券としか解しようがなく、非設権・無因証券という組み合わせはないとされる一方、設権・要因証券という組み合わせの可否について検証される。教授は、株券が非設権証券であるのは表章されている権利に排他性（ある権利が存在すると、それと相容れない内容の権利が同時に存在しえないこと）があるからだとされるのに対し（本書179頁）、要因証券であるとしてもそこに表章されている権利に排他性がなければ、設権証券と構成することも可能であると説かれ、物品証券を設権証券であると解しようと示唆される（本書180頁）。③では、国際海上物品運送法の制定・改正の経緯が概観されている。④では、船荷証券を要因証券と解する場合、これを設権証券と解すれば外観法理を適用して抗弁制限を説明することは可能であるが、要因証券である以上は、原因契約（運送契約）の不存在、無効、取消の場合には抗弁制限を認めることはできないと指摘される（本書193頁）。これに対し、船荷証券を無因証券と解する場合、運送人が原則として運送契約に関する規定から生じる抗弁を主張することができることを理論的にどのように説明するかが問題となるとされる。教授は、この問題をCanarisの論稿に着想を得て、無因性と類型性という概念の区別によって説明されている。すなわち、船荷証券の場合、表彰される権利が内容と効力において基礎にある運送契約から独立しているという意味で無因であるのに対し、無因の債務約束のように無色な（非典型的な）給付が約束されているわけではなく、運送契約の法律的類型によって類型化されているという意味で船荷証券

は典型的であるという Canaris の見解をあてはめ、次のように整理される。まず、無因証券性から証券上のすべての記載事項のほか、原因契約の不存在、無効、取消等の場合に抗弁制限が認められる。次に、類型性から、運送人は原則として運送契約に関する規定から生じる抗弁を主張することができる、と(本書194頁以下)。そして、船荷証券を要因証券と無因証券のいずれであると解すべきかについて、抗弁制限が認められる両者の相違についてみれば、前者の場合は運送契約の不存在、無効、取消の場合に抗弁制限は認められないのに対して後者の場合は認められるということとなる。教授は、結論として、1992年国際海上物品運送法改正により国際船荷証券の流通証券としての性格が明確にされたことに鑑み、商法上の船荷証券についても、船荷証券を無因証券であると解すべきであるとされる。

以上のような教授の分析・検討は、物品証券の債権的効力に関して従来から続いていた錯綜した議論について、新たな視点から独自の結論を導くものとして高く評価されるべきであると考えられる。

#### (イ) 第2節 物権的効力に関する新しい法律構成

物品証券については、いわゆる物権的効力の問題も古くから議論されてきた。物権的効力とは、教授も述べられるように(本書200頁)、証券の引渡が物品の引渡と同一の効力を有するということである(倉荷証券につき商法607条、船荷証券につき同763条(国際海上物品運送法15条で国際船荷証券に準用))。動産物権変動に関する民法の原則によれば、物権変動は当事者の意思表示のみで効力を生じるが(同法176条)、それを第三者に対抗するためには引渡が必要である(同178条)。これをたとえば海上運送に貫いた場合、運送中の物品の所有権は当事者の合意で移転するが、所有権移転を第三者に対抗するには引渡が必要となるところ、荷送人は物品の直接占有を失っているから占有の移転が困難となるため、商法は船荷証券の引渡が運送品自体の引渡と同一の効力を有すると規定したのである<sup>24)</sup>。

物品証券の物権的効力をどのように法律構成すべきかについては、民法における物権変動に関する原則との関係で古くから争われてきたが<sup>25)</sup>、それは大別して、次のように分類される。まず、物権的効力を肯定する見解には相対説と絶対説とがあり、前者は厳正相対説と代表説とに分けられる。相対説は、運送中の物品の直接占有は運送

24) 相原・前掲注22)366頁。

25) 物権的効力についての見解の概観は、債権的効力についてと同様に、相原・前掲注22)367-369頁に全面的に依拠し、それぞれの見解の主張者や文献は本稿では明記していない。

人にあるが、その間接占有は証券の引渡によって移転すると解しており、同説では証券の引渡は民法に対する関係で相対的な占有移転原因であると把握される。この相対説のうち、厳正相対説は、証券の引渡によって運送品の間接占有が移転するにはさらに民法の指図による占有移転が必要であるとする。これに対して代表説は、証券には物品を代表する力があり、運送人が物品を直接占有している限り証券の引渡によって間接占有が移転するという。絶対説は、証券の物権的効力を民法が定める占有移転の原則と関連付けることなく、証券の引渡を、商法の規定に基づく物品の特殊な占有移転原因であるとし、同説によれば、運送品の直接占有が運送人にあるか否かを問わず証券の移転により運送品の占有が移転することになる。以上に対し、物権的効力を否定する見解もある。同説は、一般に物権的効力といわれるものは、証券本来の債権的効力と売買や質入れなどに関する民法の一般原則から導かれる効力にすぎず、物権的効力は処分証券性と受戻証券性によって実質的に保証されるものにすぎないという。

教授は、上記の諸見解のうち、わが国では厳正相対説に立つ者はおらず、代表説がかつての判例・通説であったが、最近では絶対説がむしろ有力であるとされる（本書201頁）。そして、近年の海上運送の実態について、船舶の高速化などにより運送品が船荷証券よりも早く陸揚港に到着するため運送品の引渡のために無用な時間の空費があることから、船荷証券の電子化の試みが見られるところ、上記の代表説や絶対説の法律構成は必ずしも電子化された船荷証券にはなじむものではなく、物権的効力の代替手段として指図による占有移転が検討されていると指摘される（本書201頁）。教授は、かかる物権法への回帰が唯一の途であろうかと問題提起され（本書201頁）、ドイツにおける見解をも参照しながら、検討を進められている。

本節で議論のポイントとなるのは、まず、物権的効力の観念の要否という点である。教授はこれについて、物権的効力の観念を否認する見解について検討されている（本書205頁以下）。教授は、同説によると、証券を善意取得した者が運送品自体の所有権を善意取得するのは、証券を取得した時ではなく物品の引渡を受けたときと解さざるを得ず、そうである以上は、証券の引渡の時点で善意無過失であっても物品の引渡の時に善意無過失でなければ、証券の善意取得者は運送品自体の善意取得をなしえないという批判を重視され、物権的効力の観念は必要であるとされている（本書219頁）。

そこで、わが国において主張者がいない厳正相対説以外の、代表説と絶対説が取り上げられる。教授は、両者の対立は、証券債務者が物品の直接占有を失った場合に証

券の物権的効力が認められるか否かという点に集約的にあらわれているとされ、代表説はこれを理論的観点から否定するのに対し、絶対説は実際の観点から肯定するとされる(本書204頁)。そして、運送品が船荷証券よりも早く陸揚港に到着するときに証券債務者が相当の担保を取って物品を証券と引換でなしに引渡すという保証渡しの場合に、物品受領者が無権利者であった場合に証券所持人を保護するという観点から絶対説が支持されているという(本書204頁)<sup>26)</sup>。

さらに、比較法の観点から教授はドイツにおける新しい見解を丹念に分析・検討されている(本書210頁以下)。まず、近年の改正ドイツ商法448条が「貨物引換証に記載された荷受人に対する貨物引換証の交付は、運送人が物品を占有する限りにおいて、物品に対する権利の取得に関して物品の引渡しと同じ効力を有する。第三者に対する貨物引換証の譲渡に関しても同様である。」と規定するに至ったことを挙げ、絶対説が排斥されていることを除けば日本の商法の規定と同趣旨であると指摘され(本書210頁)、さらに、ドイツ民法(BGB)と日本の民法の動産物権変動に関する規定の相違を指摘される(本書210-211頁)。ドイツ民法では動産の引渡が所有権移転の効力要件であり、BGB870条では間接占有が物の返還請求権の譲渡により譲渡可能であり、さらに同931条では物の返還請求権の譲渡は引渡請求権の代用となると規定していることを紹介され、その結果、ドイツ法では、物品証券の引渡は相対説の理解の下で、BGBの規定に従った物品の返還請求権の譲渡そのものであると指摘される。また、ドイツでは代表説が通説であり、厳正相対説は少数説であるとされる(本書211頁)。そして、Canaris, Zöllner, Karsten Schmidt, Schnauderの論稿を詳細に読み解かれた上で、これらの学者の見解の共通点は、物品証券の物権的効力の本質的根拠を証券に表章された物品返還請求権の取得に求めることにあると指摘される(本書217頁)。すなわち、ドイツの新しい見解では、物品返還請求権は有価証券に表章されることによって可視的となり、証券を呈示することなしには行使しえないものとなり、このことから、有価証券に表章された物品返還請求権の取得は必ずしも間接占有の取得という観念をはさまず、直接的に物品の引渡の効果を生じさせると指摘される(本書217頁)。

教授は、絶対説を支持される浅木慎一教授が挙げておられる具体例について検証し、同教授の見解には賛成できないとされつつ(本書220-221頁)、絶対説と代表説の相違

---

26) これに関して、教授は本書205頁において、具体例を挙げながら検証する例として、浅木慎一教授の見解(浅木慎一「貨物引換証の物権的効力に関する掌論——絶対説支持の立場から」『神戸学院法学』24巻3・4号(神戸学院大学法学会、1994年)6-9頁参照)を紹介されている。

は、物品証券の処分証券性（教授は次節で論じられている）に関して「効力発生要件説」に従う場合、物品に対する間接占有が失われた場合に無権利者から証券を善意取得した者が物品の所有権を即時取得しうるか否かに尽きるとされ、絶対説はこれを肯定するのに対し代表説は否定すると指摘される（本書221頁）。教授はこの問題に関して、物品に対する間接占有が失われた場合を、①証券債務者が物品に対する直接占有を失ったことが原因である場合と、②証券債務者が自主占有者となったことが原因である場合とに区別される。そして、教授は、ドイツの新しい見解とわが国の見解を踏まえたうえで以下のように主張される。すなわち、①の場合には物品証券は物品返還請求権を表章しえず、その場合には証券を善意取得した者は物品返還請求権を取得しえないのであり、この者が物品の所有権を即時取得するということが不自然であるとされ、絶対説を批判される（本書222頁）。次いで、②の場合については、民法204条1項2号により、証券債務者が第三者のために占有物を所持する意思表示した場合には、間接占有は消滅するが、物品返還請求権は履行不能になるわけではなく、物品証券はなお物品返還請求権を表章し続けることになることとされ、かかる場合に無権利者から証券を善意取得した者は物品の所有権を即時取得しうるという結論は、絶対説に立たなくとも賛成を得られるのではないかとされる（本書222-223頁）。

教授は、以上のような細部にわたる検証を通して、絶対説と代表説のいずれでもなく、ドイツにおける新しい見解を参考にして、物品証券の物権的効力の本質的根拠を、証券という有体物の引渡ではなく、有価証券に表章された物品返還請求権の取得に求められるとされ、物権的効力を規定する商法607条等は民法192条の特別法でもあることとなろうと、大胆な結論を導かれている（本書223頁）。そして、物権的効力のこのような構成は、電子化された船荷証券にもなじまなくはないとされている（本書224頁）。教授の見解は、債権的効力に関する議論と同様に錯綜した物権的効力に関する議論について、わが国とドイツにおける学説状況を丹念に検証し、かつ膠着気味であった議論に新しい視座を提供するものでもあって、今後の議論においても決して無視しえない重要な見解であると評価されるべきである。

### （ウ）第3節 処分証券性に関する効力発生要件説と対抗要件制限説

商法は、証券が発行されたときは、物品に関する処分は、証券によってなされなければならないという規定を設けており（倉荷証券について同法605条、船荷証券について同761条（同条は複合運送について同769条2項により準用され、国際海上物品運送について国際海上物品運送法15条により適用される））、この規定が定める効力を一般に物品証券

の処分証券性と称する。

処分証券性については、効力発生要件説と対抗要件説とでその理解を異にする<sup>27)</sup>。効力発生要件説は、物品証券を作成したときは、物品に関する所有権の移転、質権設定等の物権的処分は、物品証券の裏書または引渡をしなければ効力を生じないと解する学説であり、教授は同説の主張者として小島孝教授を挙げつつ現在における有力説であるが通説には至っていないとされる(本書225頁)。これに対して、対抗要件制限説は、商法の処分証券性に関する規定は物品の譲渡等の物権的処分の対抗要件であるにすぎないと解する立場であり、教授は同説の主張者として上柳克郎教授を挙げておられる(本書225頁)。両説の差異は、民法上の動産物権変動の意思主義の原則と、商法の処分証券性に関する規定との関係をどのように捉えるかという点にあらわれる。教授は本節において、小島教授と上柳教授の論争を検証され、対抗要件制限説に立つ江頭憲治郎教授の見解および判例・裁判例を参考に、両説の優劣を検討されている<sup>28)</sup>。

教授は、対抗要件制限説における処分証券性は、主として動産譲渡の対抗要件である引渡に関わる物権的効力を補完するものと捉えられるのに対し、効力発生要件説ではそれは証券授受当事者間の物品の処分という法律行為の効力発生要件を規制するものと捉えられるとされ、後者では、証券に表章された引渡請求権の客体である物品は、引渡請求権と一体化して「有価証券化」されると整理される(本書242頁)。そして、教授は、前節において論じられた物品証券の物権的効力の問題をも引き合いに出されつつ、次の2つの例を挙げておられる(本書242頁)。すなわち、「①物品の所有者であり、物品証券の所持人であるAが、証券を交付することなくBに物品を譲渡する意思表示をし、その後、Cに証券を裏書譲渡し、その後、Bが証券債務者Dから物品の引渡しを受けたという事例」と「②Aが証券を交付することなくBに物品を譲渡する意思表示をし、その後、Bが証券債務者Dから物品の引渡しを受け、その後、AがCに証券を裏書譲渡したという事例」について、教授は、立法者が意図した証券所持人の物権的保

---

27) 両説のほか、教授は2つの見解(債権的処分限定説と処分権限定説)があるとされるが、いずれも妥当ではないとされる(本書226-227頁)。

28) このうち、対抗要件制限説では、意思表示による物品の所有権の移転という点では共通するところ、対抗要件について、民法上の対抗要件と証券の裏書または引渡という対抗要件の関連性が問題となりうるが、教授は上柳教授と江頭教授の見解を検証された上で、両者の相違について次のようにまとめておられる。すなわち、「……上柳教授の見解においては、物品証券が発行された場合には『現物につき民法の定める対抗要件を備えた者』の対抗力が完全に否定されることとなろうが、江頭教授は、これを完全に否定するものではないようである。」と(本書235頁)。

護を図るためには、①および②の事例のCのBに対する優先を認める必要があるとされた上で、Cの優先は①の事例においては効力発生要件説と対抗要件制限説のいずれによっても認められるのに対し、②の事例においてはそれは効力発生要件説では認められないものの、対抗要件制限説では物権の効力について絶対説を採用しない限り認められないとされる（本書242頁）。この点に関し、教授は前節で絶対説には賛成できないとされているので、処分証券性について対抗要件制限説に立たれないということになろう。また、効力発生要件説は民法176条の意思主義に反するという問題については、社団法人日本倉庫協会の見解が効力発生要件説に立っていることを挙げ、実務の意識としては意思主義に反するという点に関する抵抗は学者が思うほどには大きくはないのではないかと推断される（本書244頁）。さらに、効力発生要件説は商法の条文の文理に合致すると指摘され、同説が妥当であると結論付けられている（本書244頁）。

以上のような教授の検証は手堅く、かつ実務にも着眼されるものであり、非常に興味を惹かれる。また、本節の「むすび」（本書245頁）の記述には、簡潔ながらも処分証券性の問題に関する教授のいわば本音（と思われる）があらわれているように感じられてならない。

#### （5）第5章 株券と振替株式の法理

本章では、主に株券と振替株式の善意取得に関する問題が論じられている。第1に、教授は、株式については、その流通性の向上に格別の配慮が払われてきたのであり、現在でもとりわけ振替株式についてそれは変わらず、流通性の向上を支える柱は善意取得であることを指摘される（本書248頁）。

第2に、教授は株式の譲渡方法について、株券発行会社の株式、振替株式以外の株券不発行会社の株式および振替株式のそれぞれについて概観される（本書249頁以下）。

第3に、株式譲渡行為の原因行為とその独自性・無因性に言及される（本書255頁以下）。ここでは、たとえば株式が売買された場合は、株式は売買の目的物にほかならず、株式譲渡行為の原因行為は株式の売買契約そのものであり、これは、株券の場合であると振替株式の場合であると変わりはないとされる（本書255頁）。そして、株式譲渡行為の独自性・無因性については、教授は、手形譲渡行為について有因論が採用されるとき批判と対比されつつ、株式を譲渡する原因関係の大半は売買であって、原因関係が弁済によって消滅するという点はあまり考えられないとされ、株式譲渡行為の独自性・無因性を肯定することは妥当ではないとされる（本書256-257頁）。

第4に、本章の中心的なテーマである株式の善意取得について論じられている（本書258頁以下）。株券発行会社の場合は、株券の占有者は当該株券に対する権利者であるとの推定が働く（会社法131条1項）。そのことから、株券を譲受けようとする者は譲渡人が株券を占有していれば譲渡人が権利者であると信頼しうるのであり、たとえ譲渡人が実際には無権利者であっても当該株券を善意取得しうる（同条2項）と説明することができるので、善意取得によって治癒される瑕疵の範囲は、伝統的見解のように譲渡人が無権利者である場合に限られ（限定説）、譲渡人の譲渡行為の瑕疵の場合にも及ぶという見解（非限定説）は採用しえないと説明することが可能である。これに対して、振替株式の場合は、株券発行会社の株式の場合のような説明は難しい。すなわち、株券のような占有の客体である有体物がある場合とは異なり、有体物ではない振替株式の場合に、譲受人の信頼の対象は何であるかが問題となる。教授は、振替株式においては、株式を譲受けようとする者は口座管理機関から譲渡人の記録事項の開示を直接に受けることはできないがゆえに、信頼の対象が問題とならざるを得ないとされる（本書262頁）。この問題に関して、教授は、譲受人の信頼の対象は、自身の口座にきちりと株式が入っている、すなわち自分が譲受けの意思表示をして自分の口座に株式が入っていたことを信頼したことであるとされている（本書263頁）。つまり、譲渡人が権利者であるということは信頼の対象ではないとされるのである。次いで、善意取得の適用範囲については、株券発行会社はその多くが譲渡制限会社であろうということに鑑みれば株式の流通性に配慮は不要であるのに対し、振替株式の場合はその発行会社は上場会社でありその流通性に格別の配慮が必要であること、譲受人の信頼の対象は両者で異なることなどを理由として、株券発行会社の株式の場合は限定説を採用し、振替株式発行会社の株式の場合は非限定説を採用すべきであると結論づけられている（本書265頁）。教授自身、このような結論について「ドグマにこだわらず」と記されており（本書265頁）、かなり思い切った見解に立たれていると思われる。

なお、本章においては、ドイツ法に関してZöllnerの論稿<sup>29)</sup>が、また、フランス法を参照しておられる森田宏樹教授の論稿<sup>30)</sup>が参照されている。本章のテーマに関わる外国法の文献として、他にも（ドイツ語の文献であるが）いくつか存在するように思われる

---

29) Wolfgang Zöllner, Die Zurückdrängung des Verkörperungselements bei den Wertpapieren, in FS Raiser (1974).

30) 森田宏樹「有価証券のペーパーレス化の基礎理論」『金融研究』25巻法律特集号（日本銀行金融研究所、2006年）所収。

ので<sup>31)</sup>、私もそれらを参照しながら学ばせていただきたい。

#### 4. むすび

本稿の執筆の機会を得て、改めて本書を読むと、教授がさまざまな文献・資料に丹念に当たられ、深く考察され、独自の見解を得ようと奮闘された過程を追体験させていただいているような気がしてならなかった。研究の奥深さと厳しさを改めて教えられたように思う。本稿が本書の価値を貶めていないことを切に願い、搁筆させていただく。

---

31) たとえば、Dorothee Einsele, Wertpapierrecht als Schuldrecht: Funktionsverlust von Effektenurkunden im internationalen Rechtsverkehr (1995); Eva Micheler, Wertpapierrecht zwischen Schuld- und Sachenrecht: Zu einer kapitalmarktrechtlichen Theorie des Wertpapierrechts. Effekten nach österreichischem, deutschem, englischem und russischem Recht (2004) が挙げられるように思われる。