慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	有價證券の取得行爲の瑕疵
Sub Title	Faults in the acquisition of valuable papers
Author	高鳥, 正夫(Takatori, Masao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1955
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.28, No.6 (1955. 6) ,p.16- 29
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論說
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19550615-0016

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

有價證券の取得行爲の瑕疵

高鳥正夫

一

高度の流通性をもつ有價證券の取引においては、いわゆる善意取得の制度を徹底强化して、取得者の保護をはかる必要が大であることはいうまでもないが、我國の法律制度も、この要請に應えて、まず有價證券法の中心をなす手形法、小切手法において、民法の動產取引における善意取得の制度を更に擴充した規定を設けると共に、これらの規定を商法において、株券並びに金錢その他の物又は有價證券の給付を目的とする有價證券の取得の場合に準用するという形式を採用している。すなわち、手形法第十六條、小切手法第十九條、第二十一條などにおいては、事由の何たるを問わず、手形、小切手の占有を失つた者がある場合に、一定の形式的資格を備えた者から、惡意又は重大な過失なくして手形、小切手を取得した讓受人としては、直ちにそれらの證券を取得し、原所有者に返還する義務を負わないとのみ規定し、民法第百九十三條以下に見られるような善意取得に關する例外的、制限的な規定を設けてはいない。それ故、民法の一般動產の善意取得の場合とは異つて、手形、小切手その他前述した有價證券が盜難、遺失などの事故によつて原所有者の手を離れたものであり、從つて、その讓

渡人が無權利者の場合であつても、有効にそれらの證券を取得できるという點では、まさに善意取得者の保護を一歩進めたものであることは明らかである。それならば、有價證券の善意取得に關するこれらの規定は、證券の讓渡人が無權利者である場合にのみ適用されるものであろうか、いゝかえれば、例えば無能力者を能力者と信じて證券を取得し、或は、讓渡人の錯誤を知らず又はその代理權の欠缺を知らずして讓受けた場合などにおいても、讓受人に重大な過失がなければ、これらの規定の保護を受けうるかという點が次に問題となつてくるが、この點になると、法文も必ずしも明瞭でなく、また、學者の見解も一致していない。

有價證券の取得者の立場を厚く保護しようとすれば、證券の讓渡人が無權利者である場合のみでなく、無能力者、無權代理人などの場合においても、その證券を善意取得できるとすると同時に、讓渡人に錯誤の主張も認めないことが妥當であろう。反對に、喪失者の側に立つて考えてみると、例えば無能力者を保護する必要というものは、このような有價證券讓渡の場合に最も強く現われるものであるから、假りに、無能力者からも證券を善意取得できるとするならば、無能力者の保護に關する規定はその實効性の大部分を失うに至るし、同樣の事柄は、意思表示の瑕疵、無權代理などに關する規定についてもいゝうるわけであるから、前者の議論に對しては簡單に納得できないであろう。從つて、立法論を展開するということになると、おそらく、これらの點の對立を完全に克服することは困難であろうが、我國の現行法の解釋としては、いずれの立場が妥當であるかという點に問題を限定すれば、その範圍での解決は可能のように思われる。そこで、これらの問題について、現行有價證券法はどのような立場を採用しているかという點に關して、若干の考察を加えようとするのが本稿の目的である。もちろん、この善意取得という制度そのものの起源は古く、しかも、それは動產取引についてまず發生したものであり、そのような沿革的な事情を反映して、我國の民法にも、動產物權の善意取得に關するかなり詳細な規定が設けられている。從つて、民法解釋上の種々の議論も、この問題の解決に大いに意義があるわけである。更に、我國の手形法、小切手法

は統一條約に基づいて制定されたものであるから、統一條約の制定當時において、この點の問題がどのように把握されていたかということも輕視できない。そのため、證券の善意取得者はいかなる瑕疵を治癒できるかという問題を檢討するに當つては、當然、それらの範圍にまで考察が及ばなければならないわけである。

二

動産の善意取得に關する民法第百九十二條の規定が、相手方の占有を信用して、その者から動産を取得した讓受人の立場を保護するために、眞正の所有者の追及權を制限しようとするものであることは明らかであるが、沿革的に見ると、この點の問題については、ローマ法とゲルマン法とは全く對立的な立場をとつていたといわれている。すなわち、ローマ法においては、「何人も自己の有する以上の權利を他人に與えることはできない」という原則が動産についても貫かれており、讓渡人が權利者でない場合には、たとえ讓受人がその者を權利者と信じても、それによつて權利を取得することはないし、反對に、眞正の所有者は、その動産が何人の手にあつたとしても、それを追及して取戻すことができるものとされていた。これに對して、ゲルマン法においては、不動産物權と動産物權とについて、それ〴〵その支配する原則を異にしていたが、動産については、「所有者が任意に他人に占有を與えた場合には、その者に對してのみ返還を請求できる」という原則が行われていた。それ故、所有者がその意思に基づかずして動産の占有を失つた場合、ことに盜品、遺失物などの場合には、それが何人の手に占有されていても、返還を請求することが認められたが、反對に、所有者が任意に占有を失つた場合、例えば貸與、寄託、質入などのため相手方に占有を與えた場合には、その相手方に對してのみ返還を請求できるに止まり、更にその相手方から讓受けた第三者に對しては請求できないものとされていた。

このように、動産取引における當事者保護の態樣に關しては、古くから異つた二つの立場が見られたが、中世において

は、ローマ法の廣汎かつ強力な影響を受けて、ドイツ及びフランスにおいても、この點に關するローマ法の原則が行われるようになつてきた。けれども、このローマ法の立場をあまりに徹底すると、動產取引の安全を脅かすおそれがあるため、既にその當時においても、例えば所有者の回復請求權の時効期間を短縮するなどの方法によつて、ローマ法の原則から生ずる弊害を少くする工夫がなされていたことに注目しなければならない。更に、取引の安全を重視する近世法においては、次第にローマ法の原則に代えてゲルマン法の原則が採用されたが、まず、フランス民法典の編さんに當つて、その第二千二百七十九條に、動產に關しては占有は權原として妥當するとの規定が設けられるに至つた。この第二千二百七十九條の解釋論としては、學說に多少の爭いはあるが、一般にはこれを制限的に理解し、無權利者からの取得の場合にのみこの規定を適用すべきものと解しているようである。次いでこのゲルマン法の立場は、ドイツ舊商法及びドイツ民法にも繼承され、例えばドイツ民法第九百三十二條以下においては、動產の讓受人が善意取得の保護を受けうるのは、無權利者から取得した場合に限る旨を明文をもつて規定すると共に、そのものが盜品、遺失物などのように、所有者の意思によらないでその占有を離れたものである場合には、讓受人は善意取得の保護を受けえないことを明らかにしている。(1) 從つて、これらの立法例の强力な影響のもとに制定された我國の民法の規定が、盜品及び遺失物の場合の特則を定めた第百九十三條及び第百九十四條の規定をもつということは、その制度の沿革に忠實であることを示すものであると同時に、第百九十二條の規定も、無權利者からの動產の取得の場合に限つて適用されるものと解すのが妥當のように思われる。(2)

民法第百九十二條による善意取得の保護を受けるためには、この規定の沿革上、その前提として、取得者が無權利者から讓受けたということが要求されているとしても、果して、そのように理解することが善意取得制度の本質に照して妥當なものであるか、或は我國の民法を例にとつた場合、他の規定ないしは他の制度と矛盾しないかどうかという點を次に檢討してみよう。前述したように、動產物權に關して善意取得の制度を認めたのは、動產取引の安全をはかる趣旨に基づくことはい

うまでもない。すなわち、通常、動產はその所在を轉々とし易く、しかも、その占有の存するところに必ずしも所有權ありとはいゝえないから、取引の相手方に實質的權利の存否をさかのぼつて調査させるとなると、動產取引が圓滑に行われなくなつてしまうからである。そこで民法の規定を見ると、一方においては、動產の占有者を權利者として推定する第百八十八條の規定を設けると共に、その者を權利者と信じて取引した讓受人を保護する第百九十二條の規定を定め、他方、盜品及び遺失物に關する特則を定めた第百九十三條及び第百九十四條の規定を設けているから、これらを綜合的に考察すると、結局、我が民法における動產の善意取得の制度は、讓渡人のもとに存する占有を中心に、眞正の所有者がそこに任意に占有を與えたということと、その讓渡人の占有に基づいて、その者を權利者と信じて取引した讓受人を保護するという構想のもとに、動產取引の要求に應えているものといえるであろう。このように理解するならば、動產の善意取得者がいかなる瑕疵を治癒できるかという問題の解答は、むしろ、善意取得の基礎となる讓渡人の占有に、どのような外觀が附與されるかという點から見出されるように思われる。この點について一部の學者は、民法第百九十二條の法文が單に讓受人の善意無過失を要求するのみで、讓渡人の側の處分能力若しくは讓渡行爲の瑕疵などについては制限を設けていないから、取得時効に關する民法第百六十二條の場合と比較しても、讓渡人が無權利者である場合のみでなく、無能力者、無權代理人などの場合にも善意取得できると解すべきことを主張している。もちろん、そのように理解するということは、結果的には取引の安全を保護することとなり、一層妥當な解釋のようにも見えるが、たゞ、そのためには、法文の字句上の問題や取引の動的安全の保護の必要ということのほかに、更に明確で合理的な基礎づけが必要のようである。いゝかえれば、これらの主張を基礎づけるに當つて、例えば讓渡人のもとに存する動產の占有が、無權利者を權利者たらしめる外觀を附與すると同樣の意味において、それを占有していること自體から、直ちに、その者が能力者であり又は代理權を有する者であるとの外觀が生ずるという程度の說明でもあれば、このような主張を納得し易いように思われる。けれども、この點を合理的に說明することは困難であろ

うし、また、前述した點以外には的確な根據も存在していないようであるから、やはり動產の占有に公信力の生ずるのは、讓渡行爲の成立に必要な條件を一應全部備えてはいるが、讓渡人が無權利者のために、その取得が無効とされるという場合に限ると理解するのが正當であろう。

これに對して、民法第百九十二條が無權利者から動產を讓受けた場合にのみ適用されるとすると、その他の場合、例えば無能力者、無權代理人などから動產を取得した場合には、取得時効に關する第百六十二條の第一項と第二項との關係からいつて、二十年の取得時効によることとなり、一面において、同樣に善意無過失で動產の占有を始めながら、無權利者から取得した場合には卽時に、それ以外の場合には二十年の經過により所有權を取得するという結果となつて、兩者の間の差があまりにも大きいように思われる。のみならず、善意無過失で不動產の占有を始めた場合にも、第百六十二條第二項によつて十年で所有權を取得するわけであるから、動產上の權利取得にかえつて長年月を要するということになり、その點も非難の對象となるかも知れない。(3) けれども、前述したように、善意取得の問題は、動產の占有に附與される外觀に對する信賴を保護しようとする制度であるのに對し、取得時効の問題は、取得者自身の占有から生ずる外觀そのものを保護しようとするものであつて、嚴密にいえば兩者は無關係のものであるから、一方の規定を根據として他方を批判するということは、それ自體、やゝ見當はずれの感じがないでもない。もつとも、期間の經過による權利取得という點だけをとりあげて、兩者の規定を比較しようというのであれば、そのこと自體は無意味であるというわけでもないが、現行民法典の立案關係者は、實は、この點で若干の誤りをおかしているようである。すなわち、民法第百六十二條第二項は不動產についてだけ規定し動產の場合を排斥しているが、このような規定が設けられたということは、その前提として、當時の立案關係者のなかには、善意無過失の動產の占有はすべて第百九十二條で解決され、この第百六十二條第二項を適用する餘地はないと考えたものがあつたためであろうが、(4) この點は誤解に基づく立法といわなければならない。民法第百九十二條の規定は、法文上は明らかでない

としても、それは動産取引の安全を保護するためのものであるから、取引行爲のないところに卽時取得を規定した同條を適用する餘地はなく、結局、それ以外の場合には、不動産の取得時効に關する第百六十二條第二項に倣つて、動産についても十年の取得時効を認めるのでなければ、兩者の間の權衡は保たれないわけである。從つて、現在の多くの民法學者は、この第百六十二條第二項の規定を、善意取得の保護を受けえない動産の占有にも類推適用すべしと主張している。(5) けれども、その點が解釋上落着いてきたとしても、同じく善意無過失に動産の占有を始めた場合でありながら、無權利者から取得した場合には卽時に、その他の場合には十年の經過によつて權利を取得するほかはないという點の開きは、なお、これを否定することはできないが、前者の場合には讓渡行爲が一應有効になされているのに對し、後者の場合は讓渡行爲そのものに瑕疵ある場合であるから、立法論的には問題があるとしても、解釋論としては止むをえないように思われる。

動産の讓受人が善意取得の保護を受けうるのは、無權利者から取得した場合に限ると理解することは、また、民法が無能力者の保護、意思表示の瑕疵、無權代理などに關する規定を設けた趣旨とも一致するものである。もつとも、無能力者の場合を例にとつてみても、無能力者の利益のために取消を認めなければならない行爲というものは、何も動産に關する物權行爲のみでなく、不動産に關する物權行爲、債權行爲などが考えられるから、取引の相手方を保護するために、そのうちで比較的安易に行われる動産に關する物權行爲についてのみ取消を認めないとしても、必ずしも無能力者の保護に缺けるものではないという意見も成り立ちそうである。けれども、この點は根本的な考え方の相違であつて、法律が無能力者を保護するために規定を設ける以上は、最もひんぱんに行われる動産に關する取引について取消を認めるのでなければ、その規定の狙いの大半は失われるわけであり、その意味において前者の意見には納得することができない。そこで、この立場をおし進めてゆくならば、動産の讓渡人について無權利と無能力との瑕疵が併存する場合には、たとえ讓受人がそれぞれの瑕疵について善意無過失であつたとしても、第百九十二條による善意取得の保護を受けえないものと解すのが妥當である。これに對し

て、無能力者から動産を譲受けた者が更にそれを善意の第三者に譲渡した場合を考えてみると、なるほど第一の關係はまさに無能力者からの取得であり、從つて、最初の譲受人については善意取得の問題はおこりえないが、第二の關係、すなわち最初の譲受人とその第三者との關係は無權利者からの譲渡の場合にほかならないから、そこでは原所有者の無能力という瑕疵は問題にならず、その第三者は善意取得の保護を受けうるものといわなければならない。このように理解するならば、前述したドイツ民法の規定と同様に、我國の民法においても、善意取得に關する第百九十二條の適用があるのは、譲受人が無權利者から動産を取得した場合に限る旨を明らかにすることが、立法論としては望ましかつたように思われる。

(1) Kommentar zum BGB, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, Anm. 1 zu Art. 932.

(2) Ripert et Boulanger, Traité élémentaire de Droit Civil de Planiol, nos 3389 et suiv. 石坂音四郎「民法第百九十二條」論(民法研究第一卷)六〇二—六〇六、六一二頁、我妻 榮「物權法」(民法講義Ⅱ)三九、一三五頁。

(3) 乾 政彦「民法第百九十二條ノ解釋ニ就テ」(法學協會雜誌第三一卷第八號)二六頁。

(4) 「民法修正案理由書」第百六十二條理由。

(5) 我妻 榮「民法總則」(民法講義Ⅰ)三六五—三六六頁、小池隆一「日本民法總論」四二一頁。

三

動産の譲受人が善意取得の保護を受けるのは、そのものを無權利者から譲受けた場合に限るという解釋は、沿革的にも理論的にも妥當なものであるが、民法第百九十二條の法文上は必ずしもその趣旨が明瞭でないということについては既に述べてきた。このことは、有價證券の善意取得の問題を規定した手形法第十六條、小切手法第十九條、第二十一條などにおいても同様であつて、やはりこの點の表現は明確でなく、そのため、解釋上に若干の疑義を殘している。もちろん、手形、小切手、株券などの有價證券の流通は、動産の取引に比較すれば、一層迅速かつひんぱんに行われているから、善意取得者の保

護の問題は、動產の場合よりも更に重要な意味をもつことは當然である。有價證券の善意取得に關するこれらの規定を見ると、小切手法第十九條、第二十一條は、その趣旨において手形法第十六條第一項、第二項の規定と全く同樣であり、しかも現行手形法、小切手法は、いずれも、昭和七、八年に統一條約に基づいて制定されたものであるから、こゝでは手形法第十六條の規定を中心に、まず、統一條約の成立以前從つて手形法制定以前において、この問題がどのように理解されていたかという點から考察してみよう。

昭和七年の手形法制定以前においては、手形に關する規定は商法第四編に設けられており、その善意取得の問題については、當時の商法第四百四十一條に、何人といえども、惡意又は重大な過失なくして手形を取得した者に對しては、その手形の返還を請求することはできない旨が規定されていた。そして、この第四百四十一條の規定がどのような場合に適用されるかという點をめぐつて、當時の學說、判例は必ずしも一致していなかつたが、通說はこれを民法第百九十二條の場合と同樣に解し、また、無能力者による手形行爲は取消しうることを前提とした商法第四百三十八條の規定をあげて、商法第四百四十一條もこの點に關する例外を定めるものではないとし、手形取得者の善意は讓渡人の無權利のみを治癒できると解していたようである。(1) また、この第四百四十一條の規定は、ドイツ手形條例第七十四條に倣つたものであるから、商法第四百四十一條がどのような場合に適用されるか、或は、この規定のもとにおいて、手形の善意取得者はいかなる瑕疵を治癒できるかという點については、ドイツ手形條例第七十四條の規定とそれに對する解釋論に注目することも必要であろう。けれども、ドイツ手形條例第七十四條も、單に、同條第三十六條の規定により資格を有する手形占有者は、惡意にて手形を取得し若しくは取得に際して重大な過失があつた場合にのみ、手形を返還する責に任ずと規定しているだけであるから、この手形條例第七十四條の規定の文言からは、手形の善意取得者はいかなる瑕疵を治癒できるかという問題の解答を見出すことは困難のようである。もつとも、前述したように、ドイツ民法第九百三十二條以下の規定においては、動產の讓受人は無權利者から

のみ善意取得しうると定められていること、並びに商人の營業範圍内における動産の讓渡、質入に關するドイツ商法第三百六十六條も、同様に、この點について明文をもつて規定していることなどと比較して、法文上に何らの制限を設けていないドイツ手形條例のもとにおいては、無權利者から善意取得できると同時に、無能力者、無權代理人などからの取得についても、また、善意取得の保護を受けうるという解釋も成り立たないではない。それ故、この點に關するドイツにおける諸學者の見解は對立し、やはり手形條例第七十四條並びにそれの準用されるドイツ商法第三百六十五條の場合においても、一定の外觀に對する信頼を保護しようとする制度の本質上、手形の善意取得者は讓渡人に存する所有權欠缺の瑕疵のみを治癒できるとする見解のほかに、[2] 有價證券のもつ高度の流通性に注目して、手形の善意取得の場合には動産の場合と異つて、取得者の善意はあらゆる實質的瑕疵を治癒できるとする見解が有力に主張されていたようである。[3]

次に、我國の現行手形法の直接の基礎となつた手形法統一條約においては、この問題がどのように理解されていたかという點を考察しなければならないが、その點について特に注目すべきでき事は、一九三〇年のジュネーブにおける手形法統一會議において、ドイツ側の委員から、いわゆる「惡意」の内容を明示的に規定することが提案されたことであろう。すなわちドイツ側の提案は、手形の取得者が、前主が正當な手形所持人でもなければその代理人でもないことを知り若しくは重過失によつて知らない場合には、これを惡意のものとしようとするものであつた。この主張は、前述したように、ドイツ手形條例の解釋上の有力說を反映したものであつたが、これを採擇すべきか否かという點については各國委員の見解は分れ、結局、統一會議の方針に從つて、それが各國國内法とも關連する問題であるため、各國の立法による解決に委讓され、このドイツ側委員からの提案は採擇されるに至らなかつた。[4] 從つて、手形の善意取得者はいかなる瑕疵を治癒できるかという問題の解答は、こゝにおいても與えられることなく、やはり、例えば能力、意思表示の瑕疵、無權代理などに關する民法の規定と關連させて、それぞれの國内法の問題として解決するほかはないわけである。それ故、ドイツ手形法に對するその後の解

釋論を見ても、依然として、手形の流通性の確保を强調して、手形が裏書によつて流通している場合には、取得者の善意はあらゆる瑕疵を治癒できるという見解が有力に主張されていると共に、[5] 反對に、例えば無能力者の保護に關する規定の趣旨からいつて、讓渡人の無能力という瑕疵は治癒できないものと解すべきであるとの意見も唱えられ、[6] 兩者の意見の統一は殆んど望めない實情のようである。

我國の手形法に對する解釋としても、統一條約そのものにおいて、手形取得者の善意がいかなる瑕疵を治癒できるかという點の解答が與えられなかつた以上、やはりこの問題を民法の能力、意思表示の瑕疵、動產の善意取得制度などとの關係において檢討しなければならないわけである。そこで、まず、動產の善意取得との關連について考察してみると、民法が動產の占有者を權利者として推定すると共に、その占有に基づいて、その者を權利者と信じた讓受人を保護しようとする第百八十八條と第百九十二條との關係は、手形法についていうならば、第十六條第一項と第二項との關係である。すなわち、手形法第十六條第一項は、裏書の連續ある手形の占有者を權利者として推定し、第二項は、その占有に基づいて、その者を權利者と信じた手形の讓受人は、惡意又は重大な過失のない限り、もはや、その手形を返還する義務を負わないというのであるから、兩者の善意取得を比較すると、その主觀的要件においては若干の差異があるとしても、基本的な構想そのものにおいては、殆んど同樣なものといえるようである。從つて、前主の占有という外觀に信賴して、善意で動產又は手形を取得した場合には、その讓渡行爲が一應有効に存在する以上、前主の無權利という瑕疵は治癒できるという點も、また、同樣に理解するのが妥當である。これに對して、前述したように、手形の占有それ自體からは、その者が能力者であり又は代理權を有する者であるとの外觀は生じないから、假りに讓渡人に無能力、無權代理などの瑕疵がある場合には、その直接の相手方に對する關係においては、手形取引の確實性も讓步せしめられると解すべきであり、このように無權利の瑕疵とその他の瑕疵との間に區別を設けるということは、また、我國の私法制度において、無能力者の保護などに關する規定が設けられている

趣旨をも生かすことになるのである。[7] もつとも、そうなると、民法に規定された動産の善意取得と手形法における手形の善意取得の間には殆んど差異がなくなるように見えるが、後者の場合には、その手形が原所有者の手中から任意に離脱したものであるか否かによつて善意取得の効力は制限されないものと解すべきであるから、その點で、なお重要な區別が存在しているわけである。このように、手形の善意取得の場合には民法第百九十三條以下の適用が排除されるということは、いわゆる動的安全を一層重視しなければならない有價證券の取引には必然的な要求であろうし、また、固有の意味における善意取得制度に對するこの點からの擴張は、既にドイツ民法第九百三十五條第二項にも見られるものであつて、理論的にも納得できる範圍のものである。

もちろん、手形その他の有價證券について、取得者の保護を强調する立場をとるものは、動産の善意取得と有價證券のそれとの間に更に大きな差異を認めようと努力するであろう。そして、例えば手形法第十六條第二項が事由の何たるを問わずと規定している點に注目して、手形その他の有價證券の場合には、動産の善意取得の場合と異つて、取得者は前主の無權利という瑕疵のみでなく無能力の瑕疵をも治癒できる、たゞ、その結果、無能力者である前主に手形上の義務を負擔せしめることは酷であるから、その者は無能力の抗辯をもつて義務を免れうるという解釋を立てることも豫想される。けれども、同様に證券の所持人が無能力者の場合であつても、例えばその證券が手形などの場合には、一方においてその者の權利を喪失せしめても、他方においては義務の負擔をとり除くという方法もあるから、或は、無能力者からも證券を善意取得できるという考え方が成り立ちうるかも知れないが、反對に、その證券が株券などの場合には、最初からとり除くべき義務というものは存在しないから、結局、その者の權利喪失の面だけが問題となつてくるわけで、從つて、取得者は前主の無能力という瑕疵をも治癒できるという考え方を、有價證券の善意取得一般についても、なお、貫くことができるかという點には若干の疑問が殘るようである。のみならず、能力に關する民法の規定のもつ社會政策的な性格からいうならば、その者に讓渡能力

がないということは、單に裏書人としての義務負擔をとり除くということよりも、より強力に、讓渡そのものの効力を奪うことまでを要求していると解すのが妥當である。[8] また、これを證券取引の實情についてあてはめて考えた場合にも、なるほど、盛んに流通する有價證券の取引においては、いわゆる動的安全を十分に保護しなければならないとしても、既に述べてきたように、讓渡人の錯誤、無能力、無權代理などという瑕疵は、その證券が更に善意の第三者に取得された場合には、もはや問題となりえないものであるから、その意味においては、取得者の善意も讓渡人の無權利という瑕疵のみを治癒するものであると理解しても、實際上はそれほど大きな不都合を生じないであろう。

（1）松本烝治「手形法」六二頁、竹田　省「手形の善意取得」（二完）（京都法學會雜誌第一一卷第一二號）七七、七八頁、大審院明治四十三年三月十五日判決（民錄第一六輯二一五頁）、同大正六年三月二十三日判決（民錄第二三輯三九二頁）、東京地方裁判所昭和五年七月二十一日判決（新聞三一五七號一三頁）。
　反對說、西本辰之助「商法概論」六一六頁、東京地方裁判所明治四十二年三月二十日判決（新聞五六五號一〇頁）。

（2）Ritter, Kommentar zum HGB, Anm. 7 zu Art. 365; Düringer-Hachenburg, HGB, Bd. IV, Anm. 9, 10 zu Art. 365.

（3）Staub-Stranz, Wechselordnung, Anm. 3 zu Art. 74; Michaelis, Wechselrecht, Anm. 4 zu Art. 74; Bernstein; Wechselordnung, S. 280.

（4）Hupka, Das einheitliche Wechselrecht der Genfer Verträge, S. 49 f.

（5）Staub-Stranz, Wechselgesetz, Anm. 27 zu Art. 16; Quassowski-Albrecht, Wechselgesetz, Anm. 22 zu Art. 16; Stranz, Wechselrecht, Anm. 18, 19 zu Art. 16.

（6）Hueck, Recht der Wertpapiere, S. 48; Locher, Recht der Wertpapiere, S. 110.

（7）納富義光「手形法に於ける基本理論」六〇七頁以下、山尾時三「新手形法論」二九—三〇頁、伊澤孝平「手形法・小切手法」一八三頁。
　反對說、鈴木竹雄「會社法」一〇三—一〇四頁。

（8）Hupka, a. a. O. S. 50.

四

これまで述べてきたところを要約すると、證券の讓受人が善意取得の保護を受けるのは、讓渡行爲が一應有効になされてはいるものの、讓渡人に無權利の瑕疵があつたという場合だけであつて、その者が無能力者であつたとか或は代理權を有しなかつたという場合には、もはや、善意取得に關する規定の適用を受けえないということである。このような結論は、我國においては既に多數說によつて支持されているものであるが、反對に、前主が無能力者であつたとか無權代理人であつた場合にも、やはり讓受人に善意取得の機會を與えるという方が、有價證券の流通性からいつて妥當であるという見解も若干行われているようである。そこで、この點に關する立法例を中心に、豫想される兩說の主張について檢討を加えてきたわけであるが、率直にいえば、これらの兩說共に互いに他を滿足させるに十分な說得力をもたないようである。もちろん、有價證券の流通の確保という點から見るならば、このような反對說にも興味を覺えるものであるが、同時に、それだけの理由で、證券の善意取得者はあらゆる瑕疵を治癒できると主張するのも、理論的にはやゝその根據が薄弱のように思われる。從つて、その意味においては、法律の他の規定ないしは制度との關連においても比較的無理のない通說の立場が、やはり妥當なものといわなければならないようである。