

Title	裏書以外の方法による手形の譲渡
Sub Title	Transfer of bills and notes by means of other than indorsement
Author	倉沢, 康一郎(Kurasawa, Kōichirō)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1972
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.45, No.10 (1972. 10) ,p.24- 45
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19721015-0024

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.

裏書以外の方法による手形の譲渡

倉 沢 康 一 郎

- 一、問題提起
- 二、譲渡方法
- 三、對抗要件
- 四、結論

一

手形はいわゆる法律上当然の指図証券である（手形法二一条一項）。そしてそれゆえに、手形上に表彰されている金銭債権は、法律上当然の指図債権であるものといえる。というのは、指図債権とは、特定の人またはその指図人に弁済すべき証券的債権をいうものとされているから、指図証券と指図債権との両者は、概念的にはんらい関連性を有すべきものであるからである。

債権において特定人に対する権利という側面が原則的に強調され、その同一性につきある特定の主体との結びつきが重要

なファクターとされている時代にあるとすれば、指図によりそれが流通されるべきものであるということは、本質的に他の一般的債権に対する指図債権の特殊性を示すことがらであるということになる。これに対して、今日、債権自体が客観的な一個の財貨として商品適格性を有し、譲渡可能性が債権一般についての原則となつてゐる（民法四六六条）以上、指図によりそれが流通されるものであるということは、これを債権としての本質における特殊性と見るべきではなく、むしろ、たまたま付与された属性におけるいわば量的な特殊性と見るべきものである。端的にいえば、指図債権という類別は、今日では、その譲渡方法における特殊性を基準として成立するものであつて、わが民法が、法典上の概念として「指図債権」という文言を用いるのも、まさに債権の譲渡方法に関連してである（民法四六九条、同四七〇条、同四七二条）。問題となるのは、そこに規定される指図債権の譲渡方法と、典型的な指図債権とされている手形上の権利の譲渡方法とが異なることである。すなわち、民法四六九条は証書の裏書・交付を指図債権譲渡の對抗要件と定めており、当事者間においては、債権譲渡の準物権的意思表示のみによつてその効力が生ずるものと解されているのに対して、手形上の権利の譲渡にあつては、裏書は単なる對抗要件にとどまるものではなく、当事者間における権利移転の効力もまたそれにより生ずるものと定められているのである（手形法一四条一項）。したがつて、今日、譲渡方法を基準として法典上の債権の類別が成立するものであるとするならば、民法にいう指図債権という範疇は、手形上の権利——裏書により移転する他の有価証券上の権利をも含めて——についてはこれを包摂しないものというべきことになる⁽⁴⁾。

概念におけるこのような齟齬に遭遇した場合に、債権譲渡に関する法の体系をどのようなものとして理解すべきであろうか。一つの考え方は、法の文言に誤りがあるものとし、民法上の指図債権の場合においても裏書・交付を譲渡の効力発生要件と解して、体系の一体化をはかろうとする⁽⁵⁾。しかし、ここにはすでに立法論への飛躍があるものと解さざるをえない。解積論の枠内でこの間の理論的整合をはかろうとすれば、一方には、民法は有価証券的権利の譲渡についてはそもそもその適

用がないものと解し、商品としての債権の流通について、民法の守備範囲を限定する——したがって、手形上の権利の譲渡に関しては手形法の内部で完結的に規制されるべきであり、民法は有価証券上の権利ではない債権についてのみに規制するものとする——⁽⁶⁾ 考え方があり、他方には、普通法・特別法の原則にのつとつて、民法は債権一般につきその譲渡を規制しており、有価証券上の権利といえどもほんらいはその性質に応じて民法の適用を受けるべきものであるが、手形上の権利については、手形法が特殊の規制をなしているかぎりにおいてその適用が排除されるものとする伝統的な考え方がありえよう。いずれにしても、手形上の権利が手形法的方法で譲渡されるかぎりにおいては、それが民法のいう指図債権に該当するものであるといつたところで、あるいは、そうではないといつたところで、結果においてまったく差異はなく、そのような議論自体が無意味であるというほかないことになる。しかし、手形上の権利の移転につき、手形法の規定の予想していない現象を問題とするときには、それに対する法的規制のあり方をめぐつて、右の議論がかなり重要な意味をもつて来るものとおもわれる。

手形上の権利の移転につき、手形法の規定の予想していない現象といえは、とりも直さず、裏書以外の権利移転事由がそれである。例えば、権利者の意思にもとづく譲渡以外の権利移転事由——すなわち、相続・会社の合併というような包括承継の場合、強制執行法上の処分としての競売・転付命令等の場合、あるいは代位権による代位の場合、なお、権利者の意思にもとづくものではあるが、一方的行為でありかつ行為者の死亡によつて効果の生ずるものである遺贈の場合もこれに含ましめえよう——が手形上の権利について発生した場合には、それぞれ法定の要件・効果にしたがつて、手形法の規定からは独立にその移転を認めざるをえない。

問題となるのは、手形法上の法定方式である裏書以外の方法による権利譲渡に関してである。すなわち、第一に、裏書以外の方法による手形上の権利の譲渡が可能であるか否という点と、第二に、それが可能であるとした場合に、その方式はい

かなるものでありうるかという点とである。

- (1) 梅「民法要義」卷之三債権編二二三頁、鳩山「増訂改版日本債権法総論」三六五頁、小池「債権法総論」二四九頁、我妻「新訂債権総論」五五八頁、於保「債権総論」二九二頁。
- (2) この点に関しては、特に我妻「近代法における債権の優越的地位」参照。
- (3) 梅・前掲二二五頁、鳩山・前掲三六七頁、小池・前掲二五〇―一頁。なお、証券の交付との関連については次節参照。
- (4) 沢井「注釈民法」(11)四一〇頁。
- (5) 嘉山「債権総論」四〇九頁。なお、我妻・前掲「債総」五五九頁では、「民法の右の規定も、修正して解釈するか、少なくとも、当事者の意思は証券の交付によつて効力を生じさせる趣旨とみるべきであろう」とされている。
- (6) 沢井・前掲。
- (7) Lescot et Roblot, Les effets de commerce. t. I, n° 327.

二

手形上の権利を、手形法上の法定方式である裏書以外の方法によつて譲渡しうるものと解するか否かは、今日、手形上の権利に対して実定法的にかなる性質が付与されているものと見るか――すなわち、現行手形法の解釈――の問題であるはずであるが、この点につき現行手形法の文言自体はなんら決め手となるような表現を含んではいないので、結局は、いわゆる目的論的解釈によつて、それぞれの論者の、手形制度に対する制度観が表面に出て来ることになる。

すなわち、裏書以外の方法による手形の譲渡を否定する論者は、手形上の権利というものは流通力増大のために法定的に証券化されており、したがつてその譲渡方法もまた法定的に定型化され、裏書以外の譲渡方法を認めないことが法の趣旨であるものと述べる。⁽¹⁾ もし、手形上の権利を単なる意思表示のみによつて譲渡しうるものとすれば、証券の帰属と権利の帰属との間に乖離が生じえ、そのことによつて手形取引の安全は大きく阻害されることになるのである。

裏書以外の方法による手形の譲渡

これに対して、わが国の多数学説・判例および諸外国の通説・判例は、手形法はなんら裏書以外の方法による手形上の権利の譲渡を禁ずる趣旨ではないものと解している。手形法上の裏書という簡易な方式を当事者が採らないことに実際の利益は乏しいとしても、すくなくとも理論的には、これを無効としなければならないとする理由はないものとする⁽²⁾。また、わが国の多数説は、裏書以外の方法による譲渡の場合にも、手形の有価証券性・受戻証券性を根拠として、意思表示以外に証券の交付をその成立要件と解することにより、証券の帰属と権利の帰属との間に乖離が生ずることはないものと主張する⁽³⁾。

先に述べたように、現行手形法の規定の表現からは、裏書以外の方法による手形上の権利の譲渡を禁止する趣旨を読みとることはできない。そうだとすれば、問題は、裏書以外の具体的な譲渡方法によつた場合の効果⁽⁴⁾が、手形上の権利の本来の性質ないしは手形制度の目的に反するものであるか否かの検討にかかるべきことになる。換言すれば、問題は、手形上の権利の本来の性質に反することのない譲渡方法が、裏書の他に存在するかどうかということである。この場合に、論者が恣意的にあらたな譲渡方法を案出するなどということは意味をなさない。債権の譲渡は、債務者にとつて給付の履行の相手方が交代することを意味するが、右のような恣意的な方式をもとにして、債務者がその意に反して権利者の交代に服さなければならぬという理由はいささかもない。債権譲渡の方式が類型化され、法定されていることの理由もまたそこにあるのである。そこで、裏書以外の方法として考えられるのは、民法上の方式であるが、わが民法は、債権の譲渡は意思表示のみによつてその効力が生ずるものとすることを前提とし、ただ、これを債務者その他の第三者に対抗するためには、無記名債権については証券の引渡(民法八六条三項、同一七八条、指名債権については譲渡人の債務者への通知または債務者の承諾(民法四六七条、指図債権については証券の裏書・交付(民法四六九条)を要するものとしている。すなわち、わが民法は、譲渡の成立要件についてはすべての債権を同一に扱い、その對抗要件については各種の債権を区別して扱つてゐるわけである。そこで、これを手形上の権利の譲渡に適用した場合に、その本来の性質に反する結果をもたらすものであるか否かの検討を進め

るべきこととなる。

先ず、手形上の権利につき、意思表示のみによりその譲渡の効力が生ずることを認めることは可能であろうか。この点については、わが国およびドイツの多数説は、前述のように、単なる意思表示のほかに手形証券の交付を要するものと解している。このことは、論者みずから認めているように、なんら実定法的根拠によるというものではなく、手形の有価証券性、なかならずその受戻証券性から生ずる理論的帰結であるとされている。⁴⁴⁾

しかしながら、民法は、譲渡行為の成立要件については、すべての債権を同一に扱っているのである。したがつて、有価証券上の権利については民法の適用がないものと解さないかぎりには、有価証券上の権利であると否とを問わず、民法上は、債権譲渡は単なる意思表示のみにより成立するものとしてるのであるから、手形上の権利をあえて民法上の方式により譲渡することを認める場合に、それが有価証券上の権利であるからということをもつてしては成立要件を修正する理由にはならないものといふべきである。もちろん、有価証券上の権利について、たとえ当事者間の関係にすぎぬにしろ、証券と権利とが分属することは変則的であるとはいえる。しかし、もともと手形上の権利の譲渡については、そのほんらいのあり方として手形法が特別な方式を法定し、民法上の方式を排除しているのである。それにもかかわらず、民法上の方式による譲渡を認めることが可能であるとする立場は、そもそもその変則性は許容しうるものとする立場ではなかつたのか。かりに、権利の性質上変則となるものは修正すべきであるとすれば、法律上当然の指図証券である手形上の権利の譲渡につき、裏書を要しないとすることもまた一種の変則である。なにゆえに、指図式有価証券上の権利の譲渡につき、常に証券の交付を要するとする主張には理由があり、常に裏書を要するものとする主張には理由がないことになるのであろうか。手形が有価証券であることからの当然の帰結といつたり、あるいは有価証券という事物の本質によるといつただけでは、指図証券である手形のほんらいの譲渡方法によらずに、その権利を民法上の方式によつて譲渡することを問題としているのであるから、この

場合の説明にはならない。⁽⁶⁾ 換言すれば、手形において権利と証券とが有価証券的に結合しているということは、その表彰する権利が手形法的流通を保障されているからいえるのであつて、しかるに、当面の問題は、民法的にこれを流通せしめる場合になお右のような意味での権利と証券との結合が認められるか否かということなのである。

指図債権よりも権利の所在と証券の所在との結びつきが強いものであるべき無記名債権においても、権利と証券との法的な結合は民法八六条三項の「みなし」規定によるものである。右条項が当然の事理を定めたにすぎないとしても、その規定からは、証券についての物権的な効果に権利が追隨するものとする特別の効果が出て来る。したがつて、わが民法においては、無記名債権の移転は意思表示のみによつてその効力が生じ(民法一七六条)、証券の交付¹¹引渡は、譲渡の對抗要件とされるにすぎないものである(民法一七八条)。無記名債権に対するこのような法の規制のあり方と対比しても、指図債権の譲渡につき、権利のほんらいの性質からの帰結として証券の交付をその成立要件とすることには、わが民法のもとでは大いな問題がありはしないか。

この点、ドイツにおいては民法の規制のあり方が根本的に異なる。すなわちドイツ民法九二九条は、動産に対する所有権の譲渡については、合意のほかに物の引渡をその成立要件としている。そして、ドイツの多数説は、このような民法の規制のもとで、「権利行使のために必要でありかつ権利のための物的・具体的なシンボルとされている証券については」、動産についてと同様の規制を妥当なものと解しているのである。⁽⁶⁾

また、フランス民法典一六八九条は、「債権、第三者に対する権利の譲渡においては、引渡は、譲渡人と譲受人との間では、証券の交付によつて生ずる」ものと規定するが、この規定は決して債権譲渡行為の効力を定めているものではない。すなわち、同条は民法典第六編売買中の規定であつて、物権行為に独自性を認めないフランス民法の体系の中で、債権売買契約における債務の履行方法に関するものなのである。周知のように、フランス民法においては、権利自体は債務の効果と

して移転し（フランス民法典七一一条、そしてその債務は契約当事者の合意のみによつて完成されるものとされている（フランス民法典一一三八条）。債権譲渡契約の場合もまったく同様であつて、その効力が意思表示のみによつて生ずることにつき疑いはない。⁽⁷⁾

たしかに、有価証券上の権利とは、権利とその手段たる証券とが法定的に一定の関係を有する点に着目されて分類づけられ、右の關係によつて無形の権利が高度の商品適格性を得るところに制度目的を有するものであるが、債務者その他の第三者との關係を抜きにすれば、譲渡の直接当事者間の關係で証券と権利とが分属することは、格別その制度目的に反するものともおもえない。かりに、単なる意思表示のみにより手形上の権利を譲渡した者が、さらにその手形を他に裏書した場合、その被裏書人の権利保護の点で今日の法規・理論に欠けるところのあることは決してないであらう。⁽⁸⁾手形上の権利を民法的に譲渡することを認めて置きながら、この場合に、手形の交付のないことを理由に当事者間においても契約の効果を主張しえないとするのは、かえつて無益である。ただ、手形の受戻証券性は当事者の採る譲渡方法とは無關係なものであり、したがつて民法上の譲渡方式によつたとしてもその固有の性質としてのこるものであるから、譲受人が権利を行使するために手形証券の引渡を請求しうるものとしなければならぬ。⁽⁹⁾この場合の、手形証券引渡請求権の根拠としては、譲渡行為の当事者の合理的意思の中にこれをもとめる立場と、手形上の権利の取得にもとづく一種の物権的請求権として構成する立場とが考えられよう。私は、右のうち後者の立場に賛成である。けだし、証券は権利のための手段であり、したがつて、手段たる証券に対する所有権の帰属は、権利の帰属に当然に附随すべきものと考えるからである。⁽¹⁰⁾

この点については、次のような反論が予想される。すなわち、民法上の方式により単なる意思表示のみで譲渡されるのは手形上の権利であつて、手形証券に対する所有権ではない。それゆえ、手形上の権利の譲受人に手形証券引渡の物権的請求権を認める根拠はなく、したがつて、手形証券の交付を権利譲渡の成立要件と構成しないかぎり譲受人は権利行使が不可能

になる、と。しかしながら、私は、受戻証券は、その性質上、証券上の権利とはなれて独立に所有権の目的となるべきものではなく、証券上の権利者は、権利取得行為の当然の効果として証券に対する所有権を取得すると解するものである(ドイツ民法九五二条は、証券所有権が債権者に属すべき旨を明定する)。したがつて、証券に対する所有権を取得するためには、法定の証券上の権利取得行為以外の格別の行為は一切これが必要としないのであつて、民法上の方式による場合には、当事者間においては、単なる証券上の権利譲渡の意思表示のみにより、たとえ証券の交付を受けなくとも、証券に対する所有権はこれを取得することになる。

かえつて、有価証券上の権利譲渡については、事物の本質上、権利に関する行為のほかに、なんらかの証券に関する行為を要するものとすれば、それは、有価証券上の権利につき民法の適用を否定する——民法上の方式によりえない——結果を招来することではないのか。たとえば、有価証券理論としていわゆる所有権理論を採られる岡松参太郎博士は、つとに、「我民法々典ハ債権篇ノ第四節ヲ債権ノ譲渡ト題シ而シテ四六六乃至四六八ニ於テ債権ノ譲渡ヲ規定シ四六九乃至四七二ニ於テ有価証券殊ニ指図債権及無記名債権ノ移転ニ付キ規定セリ。忌憚ナク之ヲ云へハ是甚シキ誤謬トセサル可ラス。蓋元來有価証券殊ニ指図債権及無記名債権ノ移転ノ場合ニハ債権ノ譲渡アルニ非ス。有価証券ノ譲渡ハ証券其物ノ譲渡即証券上ニ於ケル物権ノ移転ニシテ(中略)我民法カ証券ノ譲渡又ハ移転ナル言語ニ眩惑セラレ之ヲ債権譲渡ノ中ニ収メ以テ此重大ナル誤謬ヲ為セルヲ惜マスンハアラス」と嘆いておられる。もともと、旧民法財産編三四七条五項は、「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」と明定しており、さらに指図債権の譲渡方法につき規定を有する現行法の解釈論においても、近時、有価証券についてはその適用を排除すべきものとする主張があらわれるにいたつてゐる。この立場により、有価証券上の権利は証券的行為のみによつて譲渡されるものであるとすれば、指図証券上の権利の譲渡を目的とする証券的行為は裏書であつて、決して単なる交付ではありえないのである。

- (1) 本間・法学志林三七卷二二号一六八九頁、伊沢「手形法小切手法」三七〇頁、石井「手形法小切手法」上卷四一頁、同中卷二一六頁。
- (2) 青木「手形法論」四三五頁、竹田「手形法小切手法」九八頁、鈴木「手形法小切手法」二二八頁、田中誠「手形・小切手法詳論」下卷五四七頁、佐藤・手形法小切手法講座3巻四頁、大判昭七・二二・二民集一一卷三三六七頁、同昭二一・六・一四民集一六卷七九三頁、Staub-Stranz, Komm. zum W. G., Ann. 16 zu Art. 11; Lescot et Rohlot, op. cit., n° 376.
- (3) 田中誠・前掲五四八頁、佐藤・前掲、西原・手形小切手判例百選(新版)一七七頁、なお、この点はドイツにならうても多数説——Vgl. Stranz, W. G., Ann. 10 zu Art. 11; Jacobi, W. und Sch.-recht, SS. 666-7.
- (4) Jacobi, a. a. O., S. 666. 田中誠・前掲。
- (5) 竹田・前掲九九頁。
- (6) Jacobi, a. a. O., S. 667.
- (7) Ripert et Boulanger, Traité de droit civil, t. II, n° 1665.
- (8) cf. Lescot et Rohlot, op. cit., n° 326.
- (9) 竹田・前掲九九頁。
- (10) 「反対ノ意思表示アラサル限りハ譲渡人ハ譲受人ニ其債權証書ヲ引渡ス義務アリ」とする大判明三八・一〇・二四民録一一輯一三八三頁はこの趣旨か。
- (11) 石田「債權総論」二二一頁、Ulmer, Das Recht der Wertpapiere, S. 212.
- (12) 拙稿「拾得株券と株式」(判批)本誌三四卷二二号一〇一頁。
- (13) 岡松「債權ノ譲渡ニ就テ」内外論叢一卷三号三二一頁。

三

手形上の権利を民法上の債權譲渡の方式すなわち単なる意思表示のみによつて譲渡した場合、債務者その他の第三者にこれを対抗するにはいかなる方式によるべきであろうか。この点につき、手形上の権利の性質が指図債權であることから、民法四六九条の適用があるとすれば、対抗要件として裏書・交付を必要とすることになるから、裏書以外の譲渡方法をもとめ、民法によつたところで、結局は裏書という方式を履踐せざるをえないことになる。このことをつよく主張されるのは本間

喜一教授である。すなわち、同教授は、「我民法の下に於ては指名債権と指図債権とは其譲渡行為の對抗要件を異にする(民四六七、四六九)。對抗要件に関する規定は強行法と解すべきが故に、指図債権譲渡の場合に指名債権譲渡の對抗要件たる債務者への債権譲渡の通知又は債務者の債権譲渡の承認の事実あるも未だ以て指図債権譲渡を第三者に對抗するを得ない。必ず裏書なる對抗要件を踏まなければならない。然るに商法上の指図証券、手形、小切手に付いては民法の特別法として特に其譲渡方法たる裏書を規定するに至つた。此論理を推せば手形の譲渡は裏書を以て之をなすを要し、民法の指名債権譲渡の方法を以て譲渡することは許さざるものと解さねばならぬ」(傍点部分原ゴチック)ものと主張される。

これに対して、わが国の指導的判例は、「手形上の権利は裏書又ハ交付ニ依リテ譲渡シ得ルモノナルカ故ニ裏書及交付カ右譲渡ノ對抗要件ニ非サルコト明ナリ而シテ右法条(旧商法四五五條、同四五七條二項——現手形法二一條、同一三條二項、同一四條二項三號)ハ裏書又ハ交付ニ依ラサル譲渡ヲ禁シタルモノト解スヘキ根拠ナキカ故ニ約束手形ノ所持人カ其裏書人ニ対シテ有スル償還請求權ハ指名債権譲渡ノ方法ニ依リテモ亦之ヲ譲渡スコトヲ得ヘク譲渡人カ之ヲ債務者ニ通知シタルトキハ其譲渡ヲ以テ債務者ニ対抗シ得ルモノト解スルヲ相当トス」(傍点倉沢)として、手形上の権利を裏書以外の方法により取得した当事者が、指名債権譲渡の對抗要件を履践することによつてもまた、これを債務者その他の第三者に對抗することを認めている。この判決の事案の特殊性は、譲渡の目的がすでに適法な手続によつて保全された遡求権であること、および、この判決理由の問題点の一つは、当事者間では手形を交付した事実が認定されているが、そのことが譲渡の効力についての法的理由としては採り上げられていないこと、にあるが、それはさておき、判決の論理としては、第一に、商法(手形法)の規定が裏書以外の方法による手形上の権利の譲渡を禁じてはいないこと、第二に、商法(手形法)上の裏書・交付が手形上の権利譲渡についての對抗要件ではないこと、をそれぞれ前提として、手形上の権利の譲渡に関し民法上の指名債権に関する對抗要件によりうるという結論を導いているわけである。

右の前提のうち、第一の点については、これが右結論の論理的な前提となりうることに對して異論の余地はないであらう。しかしながら、第二の点については、これが右結論の論理的な前提となりうるためには、手形の裏書には二種類（手形法上の裏書と民法上の裏書・交付とはありえぬこと、換言すれば、手形上の権利については、手形法の規定により民法四六九条の適用が排除されるものであること、がさらに前提とならなければならない。なぜなら、先に挙げた本間教授の主張の中にあきらかなように、この判決に反対の立場からすれば、手形上の権利を民法的に譲渡する場合にも、それが指図債権たる性質を有するものである以上、民法四六九条により対抗要件として裏書・交付をなさなければならないことになるものとされるからである。

さらに、手形法の規定により手形上の権利については民法四六九条の適用が排除されるものと解した場合にも、そのことから導き出される結論は一つではない。すなわち、手形上の権利につき民法四六九条の適用がないということは、当事者間におけるその民法的な譲渡に関して、民法は債務者その他の第三者にそれを対抗する方法を直接には用意していないということの意味するに留まるものであつて、指名債権譲渡のために用意された対抗方法をこの場合に転用しうるといわんがためには、特にそのことについての積極的な論証が必要である。

この点については、通説の側からは、例えば西原寛一教授によつて次のように主張される。すなわち、「民法四六九条の規定は、指図債権としての譲渡について、すなわち、指図債権の債務者および譲受人の保護に関する同法四七〇条および四七二条との関連において、譲渡の対抗要件を定めたものである。ところが、手形を指名債権譲渡の方法によつて譲渡する場合には、指図債権としての効力の保持を要求するものではなくて、ただ指名債権としての効力を要求するにとどまる。それゆえ、指名債権譲渡の対抗要件（民四六七条）を履むだけでよいのである。」³⁾（傍点倉沢）

しかし、右の主張には、わが民法の解釈に関連して、重大な難点があるものとおもわれる。すなわち、当事者の行為のみ

により、なんら債務者の協力を必要とせず⁴に債権の譲渡性を認める法制をとる場合には、債権譲渡行為を知りえない債務者その他の第三者の利益を保護するために、右の譲渡が第三者に対しても効力を生ずるための条件を、当事者間の譲渡行為のほかに定めざるをえない。この条件の定め方は各国の立法政策のいかんによるものであるが、近世の立法例を大きく分けて、債務者への通知を對抗要件とするフランス型と、単に善意の第三者には対抗しえないものとするドイツ型とに二分してとらえることができるであろう。わが国においては、この点につき、旧民法以来フランス型の對抗要件主義による立法をして来ているが、現行民法のきわ立つた特殊性は、その對抗要件を、指名債権・指図債権という債権の種類によつて別異に定めていることである(旧民法三四七条一項は、「記名証券ノ譲受人ハ債務者ニ其譲受ヲ合式ニ告知シ又ハ債務者カ公正証券書若クハ私署証券ヲ以テ之ヲ承諾シタル後ニ非サレハ自己ノ権利ヲ以テ譲渡人ノ承継人及ヒ債務者ニ対抗スルコトヲ得ス」と定めており、現民法四六七条が文言的にこれを修正して承継したことはあきらかである。しかしながら、そこでいう「記名証券」とは無記名債権を除いた一切の債権を包摂する概念であつて、民法上において指図債権と対比されるものではなかつた。ポアンナードの説明を引用すれば、以下のとうりである。「法律ハ前条ニ於テ所持人ニ支払フヘキ債権ヲ有躰ノ物ニ同視スレトモ本条ハ記名ノ債権ノ事ノミヲ云ヘリ然レトモ記名ノ債権中二三ノモノハ尚ホ他ノ規則ニ依リ支配セラル、アリ其三三ノモノハ裏書ノ方法ニテ譲渡スヘキモノニシテ一般ニ商業融通切手ノ名ヲ以テ知ラル、債権ナリトス。商法ニ於テ此事ヲ規定スヘク而シテ該法ヲ看レハ裏書ハ証券上ニ債権ノ譲渡ヲ知ラセ充分ニ関係人ニ公告ヲ為スモノト知ル(ヘシ)」。以下(5)。

この結果、裏書以外の方法による手形上の権利の譲渡の問題に関して、諸外国とわが国とにおいて、法制上次のような重大な相違が生ずる点がみのがされてはならない。すなわち、フランスにおいてもドイツにおいても、民法上の債権譲渡の方式に関するかぎり、譲渡の目的が指名債権であると指図債権であると⁵その種類による差異がないのであるから、この場合に生ずる問題は、当事者が、手形法の規定にもかかわらず、民法上の譲渡方式を選択しうるかどうかということだけである。そして、両国における通説・判例は、ともにそのような選択を可能であるものとしている。ところが、わが国においては、

当事者が手形上の権利につき民法上の譲渡方法を選択しうることを認めても、それだけでは、ここで提起されている問題はなんら解決しえないのである。すなわち、先に引用した西原教授の主張を是認するためには、当事者が、民法上の譲渡方法のうち、指図債権についても、指名債権譲渡のための方式を選択しうることを認めなければならない。そして、いうまでもなく、このようなことは、フランスおよびドイツの法制の下では問題とはされない点である。

ところで、指図債権・指名債権という類別は、当該債権に固有の属性であつて、その債権を譲渡しようとする当事者がこれを選擇するということがらに属するものではない。先に挙げた西原教授の主張においては、「指図債権としての譲渡」とか、「指名債権としての効力」とかの表現が見られ、そして、その表現の意味するかぎりのものについては、当事者に選擇が可能であるものと論者は主張するわけである。このようなことがいえるものとするためには、譲渡の目的たる債権の性質たる指図債権ということと、民法四六九条にいう「指図債権」という文言とが、概念的にはかならずしも一致するものではないことを前提としなければならない。換言すれば、民法四六九条にいう「指図債権ノ譲渡ハ」という文言の趣旨を、「民法四七〇条、同四七二条の効果を当事者が得ようとするときには」と解釈し、しかも、同条がかならずしも指図債権についての譲渡方法を法規的に限定するものではないと解することを前提としなければならない。

しかしながら、民法の解釈として右のような前提をとることに、規定の文言および立法の趣旨からして無理がある。すなわち、その立法論的適否は別にして、わが民法が譲渡の目的たる債権の種類により対抗要件を区別していることはあきらかであつて、債権の性質にかかわらず、当事者が民法四七〇条・同四七二条の効果を望むか否かにより、民法四六七条と同四六九条との譲渡方式を自由を選択しうるものと解することはできない。論者といえども、指名債権の譲渡に際して、いかに当事者が民法四七〇条等の効果を望んだからといつて、民法四六九条の方式を選択することが可能であるものと解することはとうていありえないであろう。そうだとすれば、その場合には、民法四六七条の「指名債権」という文言は、債権の性質

としての指名債権と概念的に一致せしめてこれを解釈し、したがって同条は債権の種類にもとづく譲渡方法を法定したものと解しているわけである。いつたい、民法四六七条は債権の種類にもとづいて譲渡方法を法定したものと解し、同四六九条は債権の種類にもとづいて譲渡方法が法定されているものではないものと解することが、解釈論として成り立ちうるものであろうか。

次に考えられるのは、指図債権の譲渡については、民法四六九条がその對抗要件を定めているものと解する立場に立ちながら、同条を任意法規と解して、当事者がこれとは異なる對抗要件を採用することを可能とする見解である。実は、この見解が、指名債権譲渡の方式による手形上の権利の譲渡を認める学説に共通するところのものである。⁽⁷⁾

しかし、對抗要件に関する規定を任意法規と解することと、債権譲渡の当事者がその法規を任意に排除しうることはどのようにして結びつくのか。当事者が對抗要件を履践しない場合にも、債務者または第三者の側から譲渡の効力を容認することはもとより自由であるが、このことは對抗要件に関する法規が任意に排除されうることはもとより異なる。對抗要件というものは、それを欠く当事者に対して実体的権利関係を否認しうべき権利（一種の反対権）を第三者に付与するものであつて、第三者が実体的権利関係を否認することもまたしないこともできるということこそ、對抗要件に関する法規の適用の結果なのである。⁽⁸⁾

もつとも、民法四六七条および同四六九条における「対抗スルコトヲ得ス」という規定の意味については、これをその文言にもかかわらず債権譲渡行為の成立要件と解する学説⁽⁹⁾のほかに、債務者その他の第三者に対する関係における相対的効力要件とする学説・判例もある⁽¹⁰⁾。そうだとすれば、右要件を履践しない債権譲渡行為の効力を債務者その他の第三者が容認することは、同条の規定をその意思により任意に排除することになるものといえよう。しかし、民法学上の通説は、債権は当事者の譲渡契約によつて移転し、右規定は単なる對抗要件を定めるにすぎないものと解している⁽¹¹⁾。したがって、右要件は譲受

人が債権を行使するための積極的要件ではなく、債務者においてその欠缺を抗弁し譲受人の権利行使を阻止しうるにすぎないものとされ、⁽¹²⁾ また、右要件の欠缺の場合にも、債務者の側からは債権譲渡の事実を主張しうるものとされているのである。⁽¹³⁾ 条文の規定のあり方および立法理由からして、民法学上の通説のごとく解すべきものであらうとおもわれる。すなわち、現行民法四六七条は、先に述べたように、旧民法財産編三四七条一項の規定を承けてこれを修正・採用したものであるが、ポアソナードはこれを不動産登記の場合と同様に彼のいうところの「公告」の問題と解していた。⁽¹⁴⁾ 現行民法の立法者は、指名債権の譲渡につき通知または承諾を「公示方法」とすることによつて右の立場を受け継ぎ、⁽¹⁵⁾ さらに、指図債権について、「此ノ場合ニ於ケル裏書及ビ交付ハ普通ノ債権ニ於ケル通知又ハ承諾ニ該当スルモノトス」としてこれもまた對抗要件であることをあきらかにしている。⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾ したがつて、債務者の側から譲渡の事実を承認することはほんらい可能なのである。

これに対して、譲渡行為の当事者間において、法定の對抗要件を履行しなくとも債務者または第三者に對抗できるものとする旨特約できるといふのでは、そもそも對抗要件として意味をなさない。對抗要件に関する法の定めは、譲渡行為の当事者の間でいかなる合意がなされようとも、法定の要件を履行しなかり債務者または第三者にはこれをもつて對抗できないということがそのほんらいの意味であつて、すなわち、譲渡行為の当事者にとつては、民法四六九条は強行法規であればこそその對抗要件としての意味をもちうるものなのである。

いまさらいうまでもないことであるが、任意法規というものは、意思自治の原則がその理念的根拠である。したがつて、当事者間の合意の効果が、その当事者間のみ及ぶ場合にかぎつてはじめて認められるものである。換言すれば、ある公序に關しない法規の効果を享受しうべき地位にあるもののみが、その意思によつて当該法規の適用を排除しうるのである。しかるに、この場合の對抗要件に関する法規の効果を享受しうべき地位にあるものは、債務者その他の第三者であつて、決して譲渡行為の当事者ではない。それゆえに、もし民法四六九条を任意法規であるものとした場合にも、⁽¹⁸⁾ その意味するところ

るは、譲渡行為の当事者の意思によるその適用排除ではなくて、債務者のあらかじめの意思によるその適用排除でなければならぬ⁽¹⁹⁾。今、手形上の権利の譲渡についてこの点を考えてみれば、手形上の債務者において、あらかじめ裏書以外の對抗要件をもつてしても手形上の権利の譲渡につき否認権を行使しないという意思が認められる場合にのみ、当該債務者に対して、民法四六九条を任意法規と解することが意味をもちうることになるわけである。しかし、このような意思は、特定当事者間の債権的約束は別にして、結局これを認めるわけにはいかないものである。なぜなら、一面において、このような意思は、転輾流通すべき手形の文言証券性からして明示的なものでなければならぬのに対し、他面において、次に述べる指図禁止手形の場合を除いて、このような文言を記載しても、手形の法律上当然の指図証券性に反するものとして記載自体が無効と解されるべきであるからである。しかも、かりにこのような文言を有益の記載事項として認めるとしても、その記載のない一般の手形については、依然として当事者は民法四六九条所定の對抗要件を履践しなければならない。

次に、通説の側から主張される点は、現行手形法上、手形上の権利は必ずしも常に指図債権とされているものではないことである。⁽²⁰⁾ すなわち、手形法一条二項は、振出人が手形上に「指図禁止」の趣旨の文言を記載することによつて、その証券が指名債権譲渡の方式と効力とにより譲渡されるべきものとなることを定める。手形上の権利は原則として指図債権であるが、振出人がこれを指名債権とすること、あるいは少なくとも指名債権と同一の扱いによるべきものとするに、法は道をひらいているものといえるわけである。このことから、通説においては、右の法定の場合すなわち「指図禁止」手形の場合以外にも、譲渡の当事者が同様に扱うことを認むべきであるとす。

しかし、右の主張には、黙過しえない論理の混同がある。第一に、文言証券たる手形に関して、手形法上の有益の記載事項の場合から単なる当事者間の合意の場合を推論することが一つの混同であるが、それにもまして、手形法一条二項の記載が「振出人」につき認められているものであるのに対して、このことから「譲渡当事者」にも同様の結果を認めようとする

ることは、何といつても筋ちがいである。あるいは、論者の中には、手形法一五条二項においていわゆる禁転裏書の認められていることをも挙げるものがあるが、しかし、いわゆる禁転裏書のなされた場合にも、手形上の権利が裏書により譲渡されることについては何の影響もなく、手形上の権利を当事者が指名債権として扱おうることの論拠としては右の例は不適切であろう。

そもそも、証券上の権利にある性質を付与するという点については、証券作成者とその譲渡人との間には決定的な役割の相違がある。手形上の権利に關していえば、振出人は基本手形作成者として当該手形上の権利の内容・性質を規定する者であり、それ以後の当事者は既成の権利に關する行為をなす者である。手形法一一条二項は、証券作成者たる振出人に対して、その証券上の権利を文言的に指名債権として扱われるべきものとする旨を認めているのであつて、このことは、基本手形を内容とする権利の譲渡の当事者に、これとは異なる性質を付与しようとする推論に何らの根拠を与えるものではないといわなければならない。

手形法が、手形上の権利の性質につき、裏書以外の譲渡方法を認めえないものとして性格づけているのではないものとするれば、ほんらい、手形上の権利の性質とその譲渡方法とは別個・無関係のことであるとはいえる。それゆえにこそ、当事者は単なる意思表示のみにより手形上の権利を譲渡しようものとされるわけである。しかし、その場合にも、民法が譲渡の對抗要件を債権の性質にもとづいて區別して規定している以上、債務者その他の第三者は、証券作成のとき付与された権利の性質に応じて法的効果を享受しうべきものである。したがつて、指図禁止手形以外の場合に、譲渡の当事者の側において、その意思により對抗要件に関する民法四六九条の規定の適用を排除するなどということはできない。

(1) 本間・前掲一二二頁。

(2) 大判昭七・一一・二二前掲。

裏書以外の方法による手形の譲渡

- (3) 西原・前掲一七七頁。
- (4) この点に関しては、岡松・前掲四八頁以下がくわしい。
- (5) 「ボワソナード氏起稿再閣修正民法草案註釈」第一編人權ノ部上卷三九六―七丁。
- (6) 梅・前掲二二―三頁。
- (7) 田中誠・前掲五四八頁、鈴木・前掲二九頁、佐藤・前掲四頁。
- (8) 鳩山・前掲三五四頁註五。
- (9) 嘉山・前掲、山中「債権総論」一三三頁。
- (10) 川名「債権法要論」四五七頁、大判大八・二〇・一五民録二五輯一八七一頁。
- (11) 明石「注釈民法」(11)三七八頁參照。
- (12) 大判昭二・一・二八新聞二六六号一六頁。
- (13) 大判明三八・一〇・七民録二一輯一三〇〇頁。
- (14) ボワソナード氏起稿・前掲三八六丁以下。
- (15) 梅・前掲二〇四頁。
- (16) 同二五頁。
- (17) かつては、この對抗要件の意義については、民法一七七条と同義と解されていた——富井「民法論綱」人權之部上卷三〇二―三頁、鳩山・前掲三五頁——が、債務者に対する関係では、第三者に対する関係のような二重譲渡の問題が生ずるわけではないから、厳密な意味での公示の問題とは異なる。要は、債権譲渡の事実を債務者に対して主張するための要件という意味である——我妻・前掲「債総」五二八―九頁。
- (18) 今日民法学上の通説は、債務者との関係では、對抗要件の規定を任意法規と見ている——明石・前掲三七一頁。
- (19) 同三七六頁。
- (20) 田中誠・前掲五四八頁。

四

以上の検討を総合すれば、裏書によらない手形上の権利の譲渡についての理論的帰結は次のようになるであろう。すなわち、現行手形法の規定は、手形上の権利の譲渡方法を裏書に限定する趣旨とは解されないから、民法上の方式による譲渡も

ずることを認めているのである以上、ほんらい流通性の高い指図債権についてはなおさら、債務者が同様にその譲渡を認識するならば、たとえ裏書・交付がなくとも同様に権利移転の効果の生ずることを認めるべきであるとするのである。

しかしながら、右のような考え方には、基本的な観点が一つ欠けているものといわざるをえない。というのは、債権の流通性を法的に増大せしめる場合には、その反面において、常にそれに応じた債務者の安全の観点からする法制度が必要である。債権譲渡につき對抗要件が定められるのは、そのような債務者の安全のための法制度と結びついて、債務者の享受する利益としてである。具体的には債務者の弁済における免責との関連性である。例えば、指名債権譲渡についても、わが民法は通知または承諾というものを對抗要件として法定している。その結果、通知または承諾がなければ、債務者が譲渡の事実を知ついても、譲渡人への弁済は有効であり、反対に譲受人は債務者に対して債権の譲受を主張しえないこととなる。そして、その理由として、「債務者をして債権譲渡に関する危険を負担させないで画一的に取扱うのが妥当だからである」とものとされている。⁽¹⁾

指図債権の場合にも、右と同様の理由があるはずである。この場合の免責に関する規定は民法四七〇条であるが、指図債権の債務者は、同条により、単に形式的な裏書連続の整合によつて免責の効果享受しうる地位が法定されているわけである。そして、このような効果を享受しうるためには、裏書連続が権利移転の蓋然性を示さなければならず、したがつて債権譲渡の方式が裏書として法定されることが前提である。すでに引用したように、通説を代表される西原教授は、民法四六九条が同四七〇条および四七二条との関連において對抗要件を定めたものである点を正しく指摘しておられる。しかしながら、それに続けて、「ところが、手形を指名債権譲渡の方法によつて譲渡する場合には、指図債権としての効力の保持を要求するものではなくて、ただ指名債権としての効力を要求するにとどまる。それゆえ、指名債権譲渡の對抗要件(民四六七条)を履むだけでよいのである」⁽²⁾とされる点がまさに問題であろう。指名債権としての効力を要求するにとどまるものは譲

渡の当事者であるが、人的抗弁切断という譲受人の利益を定める民法四七二条についてはともかく、免責という債務者の保護を定める同四七〇条について譲渡の当事者がこれを排斥し、そのことを債務者に主張しうるとすることはまづたく納得が行かない（ぐりかえしていうが、對抗要件を履践しなくとも、債務者の側からその譲渡を認めることはできる。けれども、そのことは、譲渡の当事者が對抗要件の履践を要しないこととは異なる。当事者間の譲渡を債務者が否認したときどうなるかが對抗要件の問題なのである）。

指図債権については、そのほんらいの高度の流通性に対応して、債務者は証券上の形式的調査のみによつて免責されるものとされている。このことにより弁済の迅速性がはかられ、そのことはさらに流通力を増すことにもなるのである。これに対して、指名債権については、譲渡人からの通知には、譲渡が真実になされたものとの推定的効力が与えられるものと解されている。⁽³⁾ここでは、問題はあくまでも事実の立証責任に関することになる。この場合の債務者の保護のためには、通知された譲受人が債権準占有者にあたるものと考えられることもできるであろうが、その場合にも、民法四七〇条と同四七八条とでは免責の要件を異にするのである。手形が指図禁止手形としてでなく振り出された場合には、そこに表彰された権利は指図債権であり、債務者は指図債権を設定したものであるから、それが民法上の方式により譲渡される場合であつても、指図債権の債務者として民法上享受しうる地位が保障されなければならない。そのためには、手形の裏書・交付という對抗要件の履践されていないかぎり、債務者は権利の譲渡を否認することができるものと解すべきである。

(1) 明石・前掲三七七―八頁。

(2) 西原・前掲。

(3) 最判昭三四・七・一四民集一三卷九九〇頁。

(4) 我妻・前掲「債総」五三七頁。なお、我妻氏は、弁済者保護の根拠として民法一〇九条の趣旨をも挙げられる。