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

Title	善意取得と取得行為の瑕疵：その効果を中心として
Sub Title	Der gutegläubige Wechselerwerb und die Mängel des Übertragungstatbestands
Author	黄, 清溪(Koh, Sei-Kei)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1987
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.60, No.12 (1987. 12) ,p.229- 249
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	高鳥正夫教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19871228-0229

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.

善意取得と取得行為の瑕疵

——その効果を中心として——

黄　清　溪

一　はしがき
二　従来の論争
三　適用上の問題点
　1　無権代理
　2　無能力
　3　意思表示の瑕疵
　4　同一性の欠缺
四　私　見
五　あとがき

一　はしがき

手形取引において欠かせない高度の流通性は、手形取得者の強力な保護によって維持される。そしてそれについて、

もっとも重要な役割りを演じるものの一つがいわゆる善意取得制度であることは異論のないところである。ところで、手形取引は種々の瑕疵によって阻害される。そして、その流通性もそれだけ破壊されることになるのである。では善意取得制度はそれらの瑕疵をすべて治癒できるのであろうか、このことはしかし善意取得の規定である手形法一六条二項・小切手法二一条の法文自体からは明白でない。すなわち、当該条文においては、「事由ノ何タルヲ問ハズ」手形・小切手の占有を失った者がある場合、裏書連続によって権利を証明した善意の所持人は原所有者に返還する義務を負わないとのみ規定しているからである。

それゆえ、この問題をめぐっては、古くから解釈上の論争が展開されてきたのである。すなわち、善意取得制度の適用によって治癒される瑕疵の範囲を譲渡人たる裏書人の無権利に限定する限定説[1]と、これに限る必要はなく、無能力者の行為、無権代理、意思表示の瑕疵、同一性の欠缺など広く譲渡行為の瑕疵にまで認める拡張説[2]、大別してこの二つの立場の対立である[3]。日本の通説は、前者の見解を妥当とするのであるが、しかし、近時に至って後者の見解を妥当とする学説が著しく増加し、むしろ、後者の方が通説の地位を得たのであるともいわれるようになってきている[4]。

論争の内容は、制度の沿革、立法例、現行法たる統一法の立法経緯、法文解釈、利益衡量など幅広くに渡って展開されてきたが、しかし、決着がつくまでには至っていない。むしろ、議論は激しく対立したまま、行き詰まっているのが現状である。そして、判例もまたそれに引きずられて、態度が定まらないといった状態である[5]。

本稿は直接に従来の論争に加わることを避けて、着目点を制度適用の問題に移し、善意取得制度を瑕疵ある取得行為に適用させ、その実際の適用過程、特に効果面に関して、理論的考察を通し適用の妥当範囲について新たな論拠を模索してみよう、と試みるものである。

本論に入る前に、従来の論争において、限定説、拡張説双方それぞれの言分、そして相互の批判点を概観してみることとする。

二　従来の論争

まず、沿革についてである、限定説は当初から次のように主張している。すなわち、動産の即時取得制度（民法一九二条）は、沿革上、ゲルマン法の「Hand wahre Hand の原則」に由来するものであり、それによれば、無権利者からの取得の場合にかぎって適用が認められる。[6] 手形法一六条二項の善意取得は民法の即時取得と同一の根源に立脚するものであるから、善意取得もその適用範囲は同様に解すべきことになる。[7]

これに対し、拡張説は次のように反論する。手形の善意取得は動産のそれを沿革にしてできたものであることは否定できない。しかし、手形のような高度の流通性を要する流通証券はその特殊性に応じて、新しい理念に基づいて、沿革を修正した制度というべきであるから、沿革的事由に固執し制限的な解釈をすべき理由はない。[8] さらに、統一手形法制定経過において、一六条二項の規定に対し直接には何ら基準となるべきものが与えられておらず、従って、立法理由からも一六条二項の善意を狭く解すべき根拠は見出せない。[9] むしろ、ドイツ手形法上の通説[10]と同様に、手形の流通性の確保を強調して、取得者の善意はあらゆる瑕疵を治癒できると解したほうが妥当である。

次に、理論的展開は、それぞれ次の通りである。

限定説は、民法における動産の即時取得制度上、譲受人が保護を受けるのは、そのものを無権利者から譲受けた場合に限られるが、それは動産の占有の持つ公信力に根拠を持つからであり、手形法における善意取得についても、一六条一項は裏書の連続ある手形の占有者を権利者として推定し、二項は、その占有に基づいて、その者を権利者と信じた手形譲受人は、悪意または重過失のない限り、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、両者の善意取得を比較すると、基本的な構想そのものにおいては、殆んど同様なものといえると説く。[11] この説はさらに次のことを主張する。すなわち、ここでいう公信力は所持人の形式的資格にほかならない。所持人の形式的資格と

は、裏書の連続という外形的実質的効果であり、その形式的資格は、所持人に権利者らしい外観を与えるが、能力・代理権等の外観も与えるものではない。手形の流通力を高めるために、能力・代理権等の外観を信頼した者を保護すべきであるとしても、それは決して裏書の連続という外形的事実の効果としてではありえない。手形法一六条二項が裏書の連続の効果に関する規定であることは文言的に明らかである以上、この規定によって治癒されるものが裏書人の実質的無権利の一点であることもまた自明である。(12)

これに対して、拡張説は次のような対立見解を示す。民法一九二条の構成が、動産における譲渡人の権利取得と譲渡行為が独立してなされるとされているのに反し、手形法一六条二項では連続した譲渡という構成をとるので、二つの規定を同一に解すべき理由はない。(13) そして、形式資格に関しこの説は、手形法一六条二項の裏書の連続の効果規定は、前者の手形上の資格だけに対するものでなく、取得者の手形上の資格にも結びついていると主張する。その理由として、一六条二項は現在の所持人たる取得者が自己の権利を証明する手段として裏書の連続を援用できるといっているのであり、所持人の前者が裏書の連続した手形を所持していた場合にのみ、善意取得が成立するとはいっていないという点を挙げ、現在の所持人が善意の形式的資格であることに重点をおいて、取得行為に瑕疵ある場合にも、現在の所持人の形式的資格を認め、善意取得の成立要件を構成するのであるとする。(14) すなわち、善意取得は、取得行為の瑕疵につき善意と裏書が連続する手形を所持する、という二つ要件を具備する所持人たる取得者を保護する制度であるから、前者の形式資格たる権利外観の信頼を要件から解除するから、当然、あらゆる瑕疵について善意取得の成立を妨げないことになる。しかし、拡張説のこの考え方に対して、限定説からの再批評がなされている。これは、公信の原則に対する次のような理解から生ずるものである。すなわち権利の存在についての外形的徴表を信頼した場合にとどまるべきではなく、あらゆる実体的事由につきその外形的徴表を信頼した場合にも及ぼされるとの理解は伝統的な公信原則をこえた理論といわざるを得ないとの指摘である。(15)

そして、制度に関する利益較量の点についても、両説の共通点は殆んど見うけられない。限定説は、手形取得者に譲渡人の権利の有無の確認を要求することは、さかのぼってすべての譲渡行為の有効性の調査を要求することに帰着し、その結果手形取引の安全が害されるにいたるのみならず、取得者にとっても過酷な要求であると主張する。このことを考慮して、手形法はこのような調査を取得者に要求しなかったのであり[16]、従って、取得者が享受しうる法的利益は、直接の前者に至るまでのすべての譲渡行為の有効性調査の免除だけである。ところで、直接の取得行為における瑕疵は、本来、譲渡人にいたる流通の過程で生じてくる危険ではなく、取得者自身の負担でたしかめなくてはならない危険であり、また、直接の譲渡行為以前の事情とくらべて、調査も容易であることなどを考慮して[17]、取得行為について取得者に調査免除の法的利益は認められない。このようなことを考慮せず、拡張説のごとく、善意取得は無能力、瑕疵ある意思表示などまでカバーすることを認めると、無能力者や意思表示者の保護を全く無にする結果になる。これらの者の取引安全の静的利益に対し逆に、不当な侵害となるおそれがある以上、拡張説の立場は採用できないとする[18]。

これに対し、拡張説の側からはたとえ善意取得によって無能力や瑕疵ある意思表示をカバーしたとしても、それらの者に責任を負わしめることにはならない[19]、とかあるいはそれらの者は抗弁権によって義務を免れ得る[20]、とかあるいは、無能力等に関する規定はそれらの者のみの保護ではない[21]などの理由をあげ、利益較量論としても、無能力者や無権代理の本人にとって不当に荷酷なものではないと説明される[22]。これに加えて、この立場は、手形法四〇条三項においては所持人の無権利のほか人違い等についても債務者が免責されるものと解される以上、取得者と債務者との利益情況の衡量において、取得者も債務者と同様の範囲において保護されるべきであると主張する[23]。しかし、この点について、限定説からは次のような批判がなされる。善意取得における取得者か権利を取得するか否かは、取得行為の時点における外形的事実の有無に影響される。すなわち、裏書の時点において、裏書人が形式的資格を有していたか否

かが問題なのである。これに対して、所持人の権利推定および債務者の善意支払による免責という効果の成否は、権利行使の時点における形式的資格の有無にかかっている。従って、両者を同一に論ずることは適当ではない。[24]

最後に、一六条二項の法文上、善意取得の適用範囲については明記されていないから、そこに決め手を求めることが不可能であることは上述の通りである。しかし、両説ともそれぞれに有利な法文解釈を展開している。例えば、「事由ノ何タルヲ問ハズ」の文言について、限定説は、民法の即時取得は盗品・遺失物に関し適用の制限があるが、手形法の善意取得は、盗品・遺失物に関しても区別せず、譲渡人の前者につき占有を失った事由がその意思に基づくと否とを問わないという趣旨から、「事由ノ何タルヲ問ハズ」をもって表現したものと解釈するのに対し、[25] 拡張説は、前者の無権利のみならず、裏書行為の実質的瑕疵はすべて治癒されたという、まさにこのことを指して法文は「事由ノ何タルヲ問ハズ」という表現を用いているものと解するのである。[26]

以上、両説の主な論点を概観してきたが、平行する議論が多くみうけられる。それは両者それぞれの立場の基礎となっている思想の間に差異があることを物語るものである。これは、例えば、公信原則についても、あるいは利益較量のところでも随所にあらわれている。従ってこのままでは、両説の対立を解消し、意見の統一を望むことは困難であろう。

三　適用上の問題点

次に、無権代理、無能力、意思表示の瑕疵、同一性の欠缺の順で、いわゆる取得行為の瑕疵の代表的なものを取り上げて、逐次手形法一六条二項の善意取得制度の実際適用において、拡張説の主張が支障なく実現できるかどうかを、実質的検証を通じて、その正当性を判断してみたい。本来、欠かせない研究作業であるにもかかわらず、拡張説を主

張する論者のこの点についての考察はまだ不明である。

ここにおける重点は、適用の展開する場面において、善意の要件の構成・善意による治癒の対象、法的効果の内容などについて、従来理解されてきた善意取得制度の内容で十分説明できるか否かについての検討である。

1　無権代理

代理権の欠缺と善意取得の問題として論じられているのは、裏書の連続する手形に被裏書人として指示されている者の代理人が――実際には無権代理人であった場合――手形を譲渡したときに、重大な過失のない善意の取得者にも、一六条二項の適用がありによって保護されるのかどうかという問題である。

ところで、この問題の基礎となっている取得者の善意を分析してみると、二つの場面が設定できる。一つは取得者が無権代理人に代理権あると信じて手形を取得した場合と、一つは取得者は無権代理の存在を意識せず、真正な手形であることを信じて手形を取得した場合である。[27] 拡張説の見解によると、二つの場面とも無権代理の問題と解し、善意取得の適用になるかどうかは不明であるが、理論上、後者の場合は含まれないように思われる。けだし、代理人の代理権の存否という実体的事由については、取得者の危険負担とされているのが、私法上の大前提であり、代理行為であるのに全く代理関係を意識せずに取得した場合、善意と構成できるとするのは、大いに疑問があるからである。すなわち、取得者は手形の取得行為において、代理関係を意識していないから、取得者は代理の法的効果を意思内容とせず、意思自治原則から、代理の問題として論述することは行き過ぎのように思われるからである。従って、ここでの問題は前者の場合に限定すべきといえる。また、前者の場合にもさらに、無権代理人は機関方式により裏書を代行した場合と、代理方式により裏書を代理した場合に区別できる。後者の場合は無権代理の問題そのものであるから、説明を要するところはない、これに対して機関方式の場合は、代理関係は手形上の記載から発現していないが、取得者の信頼内容としては代理権の存在であるから、代理の問題として論述することも可能である。この点について、学

説上は裏書偽造と解されているものであるが、表見代理の規定は適用されるとするのが一般的見解である。[28] その意味でこのように内容的には二つに区別されうるが、ここでは同一問題として論述することができると思われる。

代理人として、手形行為をなした者が全然代理権を有しない場合には、本人に手形上の責任を生じないのが原則である。ただし、相手方たる取得者が無権代理であることにつき善意の場合、無権代理行為の相手方の利益を保護するために、民法は表見代理の制度を置いている（民法一〇九条、一一〇条、一一二条）。これが手形行為に対しても適用されることについてはまったく異論がない。[29]

ところで、拡張説はこのような従来の考え方の存在を認めながらも、さらに流通を目的とした手形の取引の特殊性を前面に押し出して、手形取引の利益のために、所持人たる取得者から代理権を有する証明の負担を取除かなければならないとの考えから、手形の譲渡に際して、代理権の欠缺の場合にも一六条二項によって取引が保護されるとするのである。[30] これは現存の法制度以外に、もう一つ適用できる法制度を提供するものであるといえよう。すなわち、代理権の欠缺につき善意者の保護には民法表見代理制度の適用を認めながら、他方、手形法一六条二項の善意取得制度にも適用できるとすると、制度重複の問題が生じるから、拡張説の下では当然にこの両制度の関係はいかなるものであるかとの疏明が必要になる。

無権代理において、相手方が表見代理によって保護されるためには、一般的にいえば、相手方において、無権代理人に代理権があると信じ、それを信じたことに正当な理由があることと、そのような事情を生ぜしめたことについて、本人に責任があるという要件が必要である。

ところで、拡張説のいうように善意取得制度が適用されると、単純に代理権につき善意である限り、取得者は保護される。つまり、一方で手形の占有を失った者があり、しかもその占有喪失事由は何ら問わず、他方では、善意かつ無重過失で手形の占有を取得した者がある場合には、取得者に手形が帰属するという構造であり、表見代理制度の要

件と異って、善意に正当な理由があるかどうか、また本人に帰責事由があるかどうかを問わず、すべて本人の責任を認めることになる。[31] 両者とも代理権についてのことであるから、重畳関係になるが、表見代理の要件が厳格であるために、表見代理によって保護されるものはすべて善意取得に吸収され、善意取得一本化との結果になろう。

しかし、この場合は二通りの解釈が可能である。一つは実質内容は代理関係でありながら、善意取得の問題で解決するとすることであり、一つは代理関係は表見代理の問題で解決するが要件は善意取得化するとすることである。前者の場合は、法的性質が異る問題を善意取得の問題として解決するものであるから、法理論上は可能であろうか疑問である。[32] もう少し詳細にいうと、上述のように、取得者はここでは代理権について信頼を有するものである。つまり、取得者は無権代理の事実を有権代理と信頼したのであるから、法律事実は代理権の有無に限定すべきである。従って、法律事実から法律要件、法律要件から法的効果を形成する基本原則に従えば、当該取得者に対する善意保護の法的効果は、有権代理の効力を取得者に附与することに限定される。そうなると、これは代理行為の効力に関する問題であるが、権利取得に関する善意取得制度との接合性はないこととなり、前者が成立する可能性は存しない。

そして、後者の場合は、本来、それは代理の問題であり、表見代理によって処理されるべきことを、そのまま否定はしないが、しかし、より広範囲の保護を可能にするために、表見代理の要件を緩和し、善意取得の要件と同一化する、つまり、要件の善意取得制度化になる。これの可能性は理論的には成立できるが、しかし、性質上は依然として表見代理の問題であるから、善意取得とはいえない。或いは、拡張説の立場からは、これは一六条二項拡大適用の結果であるから、これも善意取得と解して差しつかえないと主張することも想像しうる。しかし、そのためには、もう一つ難題がある。それは、この場合の法的効果として、無権代理行為を有効化した結果、取得者は譲渡人から権利を承継取得することになり、善意取得における権利の原始取得効果[33]は、ここでは生じないことになるから、効果の面からいっても、善意取得とはいえない。

結局、拡張説は無権代理の問題について、表見代理制度の適用を排除し、善意取得の制度を導入しようとしているが、結果として、無権代理の問題について善意取得制度の適用は不可能であるといえる。民法上の表見代理の成立要件を緩和して善意取得の要件に合せることは、理論的には可能かもしれないが、しかし、制度論上は許せるかどうか、多いに検討すべき課題である。

2　無能力

無能力者による裏書行為[34]にも善意取得の適用を認めていくためには、無能力行為についての善意の意義が、まず問題になる。拡張説はそれについて明言していないが、次のような場合が予想される。すなわち、とりあえず、取得者は、裏書人が無能力者であるか否か、初めから全く意識せず、裏書人に手形権利が存在することを信頼して、手形を取得した場合である。この場合にも二種類の善意が考えられる。一つは裏書人の無能力について全く意識していないという意味での善意であり、もう一つは裏書人の手形権利の存在についての善意である。しかし、この二つともここでは問題にならない。なぜならば、まず前者についてであるが裏書人は無能力者であるかどうか、取得者たる被裏書人にとって、直接当事者間に存する実体的事由であって、手形に記載すべき事項ではないから、前項において述べた通り、取得者にとって、つねに自己危険負担として、事由の存否について調査を要するのである。[35]これは私法たる民法の基本原則である。手形行為についても例外ではない。裏書人が無能力者であるのに意識せず、調査を怠った場合はすでに危険負担が現実化していることになる。従って、ここでは善意の概念は形成しえない。後者については、手形権利の存在についての善意は設定しうる。しかし、もともとこの場合の裏書人は権利者であるから、かような善意を認めても余計であり、無意味のことである。

従って、問題となるのは、取得者は無能力の可能性を意識し、注意義務を払って調査したが、裏書人は無能力者であることを発見できなかった場合に限定される。しかし、これはいわゆる行為無能力者または行為能力の制限された

者による法律行為の問題である。かかる問題については、民法に一般的な規定が存在する。それによると、意思無能力者の法律行為はつねに無効であり、また、行為無能力者の行為は取消しうるものとされている。

民法の規定そのまま手形行為に適用すると、行為無能力はいわゆる物的抗弁事由であって、無能力者たる手形行為者は善意の取得者に対しても無効または、無能力による取消をもって対抗し、手形上の債務の負担を拒みうるのであり、従来からこのように考えるのが通説的見解である。(36)

ところが、手形の流通促進のためには、手形取引の安全を犠牲にしてまで、無能力者を保護するのは行き過ぎであるとして、裏書人は無能力者であることを知らないが、その知らないことについて重大な過失のない取得者を善意と評価し、善意取得を認めるべきであるとするのが拡張説の立場である。

しかし、この場合、取得者は実体的事由――無能力の存否の事由――につきその外形的徴表を信頼したのであり、権利の存在について外形的徴表を信頼した場合と異なるから、信頼によって治癒できるものは権利そのものではなく、実体的事由ということになる。従って、実際は無能力者である裏書人の裏書行為も取得者の信頼通りに治癒されて、能力者による裏書行為として扱われ、その結果、裏書人と取得者間において、裏書人は善意の取得者に対し、取消・無効の主張は不可能となり、裏書譲渡行為は有効と解されるのである。そうだとすると、これは、民法の無能力者行為の規定を手形法的に修正し、取得者は無能力につき善意を要件として、無能力者の裏書行為を有効化することであって、決して、善意取得の問題ではないように思われる。

さらに、ここでも、拡張説の立場には効果上においても、もう一つの難点がある。すなわち、善意取得制度の効果は取得者に手形権利を原始取得させるとなっているが、この場合、無能力者の譲渡行為を有効化するために、善意の取得者は有効な裏書行為により手形権利を取得するのであるから、裏書人たる無能力者から権利を包括的に承継取得することになる。従って、効果上からみても、善意取得ではないという結論にならざるを得ない。

この問題に対する、従来の論争は、無能力者に対する制度利益の対立論である。すなわち、限定説側は、手形譲渡人の行為能力も取得者の善意によって補完されるものとすれば、無能力者を保護する制度の趣旨が没却されるとし、[37] 拡張説側は、取得者の善意に行為能力の欠缺を治癒する力を認めても、無能力者制度の趣旨を没却することはないと反論するのである。[38] しかし、以上の検討で、行為能力の欠缺の問題と善意取得制度は異質のもので、相容れられないことが立証された。従って、上述の論争に入るより前に、問題の決着はすでについたものと考えられよう。

3　意思表示の瑕疵

拡張説によると手形裏書譲渡における意思表示に瑕疵がある場合も、相手方が善意であるときは一六条二項の善意取得の適用が認められる。[39] その理由づけは以下の通りである。すなわち、意思表示の瑕疵について、民法の規定は、表意者、相手方、第三者の利益衡量をそれぞれの場合につき個別的に判断し、善意の相手方をあるときは保護し（民法九三・九六条二項）、あるときは保護しない（民九五条）、のみならず、保護する場合でも要件を異にしている。しかも、各国法の意思表示の瑕疵に関する規整はまちまちである。さらに、手形行為の意思表示は要式性、文言性が存することによって、極度に定型化され、画一化されており、これに対し、個別的、ばらばらの状態を呈している民法の意思表示の瑕疵に関する規定を手形行為に適用することは、いかにも不都合である。[40] そうした理由から、これらの意思表示の瑕疵に関する問題を統一的に取扱うために、意思表示の瑕疵も善意取得の対象とする。

しかし、理由の立て方はともかく、拡張説がこの点についてどのような理論構成をもっているか明確ではない。[41] 特に、意思表示の瑕疵に関する民法の規定を手形意思表示に適用すべきかどうかという段階ですでに議論が存在している。拡張説は従来のこれらの議論に対し、どのように調和させようとするか、という点にも言及していない。ここにも拡張説の問題点が存するのである。

瑕疵ある意思表示に関する民法の一般規定が、手形意思表示に適用できるかどうか、また特に、第三者に対する関

係においては論争が多く、学説も多岐に渡っている。しかし、当事者間では、ほぼ一致して、民法の規定がそのまま適用され、無効・取消の主張が可能であり、取得者はいかなる場合でもこの主張によって対抗されることになる、いわゆる物的抗弁として理解される。(42)

ところが、手形行為にあっては、民法の規定をそのまま適用すると、善意取得者の保護に欠けることとなり妥当ではないとして、そのような意思表示の瑕疵につき善意で手形を取得した被裏書人を保護する必要があり、これについてさらに善意取得の適用を認めると拡張説はいう。ここには明らかに前述の矛盾が生じている。それをどう説明するか大問題であるが、仮にこれを容認しても、次の点も問題である。すなわち、取得者にとって、意思表示の欠缺・瑕疵という実体的事由によって生じてきた効力上の欠陥は、意思表示の無効・取消の主張がなされることであり、従って、取得者保護は本来この効力上の欠陥を修補すれば済むことである。そして、取得者も意思表示の瑕疵につき善意であるために、すなわち、瑕疵がない完全有効な意思表示であると信頼し、手形を譲り受けるものであるために、信頼の内容に応じて、効果を附与すべきことになり、それが表意者の無効・取消の主張を認めないというものなのである。その結果、取得者は有効な意思表示に基づいて、手形権利を取得することになる。これが瑕疵ある意思表示について善意取得者保護の只一つの方法である。

一方、権利譲渡の直接当事者間に関しては、取得者は権利を取得し、譲渡人は権利を喪失するという結果を持たせられると拡張説がいうが、それは、両者間の権利移転が有効に成立したことを意味するのである。従って、善意取得制度の適用といっても、性質上実は権利移転行為に関する効力の問題であって、権利帰属に関する善意取得の問題ではない。もともと、移転行為の治癒それは善意取得制度の機能に含まれないからである。

このように意思表示の瑕疵の場合に善意取得を適用することは、前述の無能力、無権代理の場合と同様、理論構成上問題があるのみならず、効果上にも問題がある。

4　同一性の欠缺

取得行為の瑕疵の問題の一つとして、同一性欠缺の問題が取り上げられているのは、裏書譲渡行為において、譲渡人と直前の裏書の被裏書人とが同一人でない場合に、取得者が取得の際にそのことについて善意であれば、善意取得が成立するか否かという点である。但し、白地式裏書による譲渡の場合には、同一性を問題にする余地はない、この場合は無権利者からの取得の問題になる。(43)

すなわち、例えば、A振出の手形をBが受取人として受取り、BがCを被裏書人としてCに裏書譲渡した後、Cと別人であるC′がこの手形を裏書して、Dに交付したとき、DがC′とCは同一人であることを信頼して、手形を取得した場合である。(44) この場合にもDに善意取得を認めるのが拡張説の主張である。

この場合の取得者の善意では、実際は別人であるのに知らないで同一人と信頼し、その不知について重大な過失がなかった場合である。これの法的状況を分析してみると、Cは権利者であるが、裏書行為は行なっておらず、裏書行為は、C′が行なったが、権利者ではないゆえにDは権利取得できないということである。ところで、DはC′の裏書をCの裏書行為と信じている。従って、同一性欠缺につき善意の取得者を保護するか否かの問題は、取得者の信頼通りに法的効果を与えられるかどうかという点にある。与えられるとすれば、形式的に存在するC′の裏書行為によりC、D間に裏書行為の実質的効果が生じる。Dはその裏書の効力によって権利を取得することになる。

従って、拡張説は同一性欠缺も善意取得適用の対象にすべきと主張するが、それは同一性の欠缺につき善意の取得者を保護し、保護される取得者の要件は一六条二項の「善意」と同一にするのことだけであって、善意取得制度がそのままに適用されたものではない。例え取得者が保護されるとしても、権利者から権利を包括的に承継取得したのであって、原始取得ではないからである。さらに、同一性欠缺につき善意取得を適用する場合には、直接関与する実体的事由たる同一性欠缺について善意が成立する余地があるかなどの問題、すなわち、他の取得行為の瑕疵とほぼ同様

な問題が生じてくる。従って、結論的にも、他の場合と同様に、この問題も善意取得の適用は認められないといわざるを得ないのである。

四　私　見

拡張説は、善意取得制度を以って、前者の無権利のみならず、直接当事者間の取得行為の瑕疵をも含めて、広くこれを治癒できるとの主張である。しかし、以上のように無権代理、無能力、意思表示の瑕疵及び同一性の欠缺などの具体的な適用における、問題の所在、性質、取得者の善意の対象、治癒すべき内容などの検討を通じて、取得行為の瑕疵についての善意取得制度の適用の可否、従来の保護制度との関係といったことが明らかにされてきた。

綜合すると、取得行為の瑕疵は裏書譲渡行為の直接当事者間において生じる問題である。取得者が直接参与する法律関係であるから、厳格にいうと、取得者にとって、手形流通過程上の問題ではない[45]ゆえに、流通保護制度の利益は享受できない。さらにもう一方の理由として、自分自身が直接干与する実体的事由については、自己危険負担として、調査義務が要請されている。その事由の判明ができないときはつねに責任問題が問われるのに、逆に「善意」を認めるのはかなり飛躍があるように思われる。以上のことから取得行為の瑕疵について善意取得制度を導入することが認め難いことは明白である。

無理に善意取得制度を持ち込んで適用させても、瑕疵ある取引行為も有効化する法的機能しか生じないから、善意取得といっても、従来の善意取得と異なる性質のものである[46]。逆に、論者の主張の通り、権利の原始取得という善意取得の効果をここで与えることを認めると、取得行為の成否の法律事実から、権利の原始取得の効力が生じることになる。それは、従来の法理論体系との整合性からみても、容認できないものである。

なお、論者が主張する、取得者が善意であれば、権利の原始取得は認められるという点も問題である。けだし、この立場は善意取得の基礎づけは公信力であることを否定するが、しかし、かわりの合理的な基礎づけが明示されていない、あるいは、厳格にいうと提示できないゆえに[47]、取得者の保護は善意の単一要件だけで十分ということにしてしまっている[48]。しかし、これを容認すると、手形法制度全体は善意悪意の単純な理論によって支配されてしまい、私法たる民法上の法理論、法制度を導入する余地がないことになる。当然、手形取引において、動的安全のみが保護され、静的安全の保護はすべて没却されてしまうのである[49]。

以上の理由から、取得行為の瑕疵に善意取得の適用はできず、取得行為の瑕疵の問題は、それに関する民法の個々の規定の解釈の問題として民法に委ねられると解するのが正当である[50]、という結論にならざるを得ないのである。

それでは、善意取得制度はなぜ前者の無権利一点のみ治癒するか、限定説の基礎説明を検討してみるとしよう。

前者の無権利は前者の身上の問題であって、当事者間の問題ではない、その無権利は前者間において、何らかの事由によって生じた効果である。取得者にとって、手形流通過程上の問題であり、自分はそれに直接参与しないし、またすることもできない問題である。従って、その無権利をそのまま取得者に引き継いでいくと、取得者にとって過酷であるし、手形の流通も促進できない。しかし、取得者が手形取得の際に、前者の無権利について知っていたり、或いは不知であったがその知らないことについて重大な過失があった場合は、前述の取得者に対する同情心が静められる。ところで、前者の無権利を知らないで、権利あると信じて、手形を取得した場合、情況はさらに複雑になる。取得者の善意は構成できるだけでなく、その善意の形成について法が加担しているから、善意取得者の立場の擁護は一層当然になってくる。すなわち、手形一六条一項において、裏書連続手形の所持人に形式資格たる権利者の推定的効力が与えられている。法は譲渡人の前者たる権利者とともに信頼外観の提供者であり、法的公信力にかけて信頼者を保護せざるを得なくなるのである。

他方、譲渡人の前者たる権利者はかような外観作出という帰責性[51]のもとで権利の喪失が強制されるから、権利者は根拠なしに、犠牲を強いられるものではないということもいえるのである。

このように善意取得制度は、手形流通段階においての無権利の問題であって、その無権利につき善意であり、その善意の形成は公信力たる権利外観法則の裏づけができるという制限のもとで成立する[52]。さらに、効果面においても、取得者の信頼を内容として取得行為の瑕疵を治癒し、有効化するものではなく、手形権利の原始取得を生ぜしめるものなのである。

取得行為の瑕疵の諸問題について、民法にはそれぞれの一般規定が存在する。ところが、手形法にはこれに関する規定は欠如しているから、民法の規定が適用されるかどうか、問題となる。一般には、民法の規定がそのまま適用されるとすると、手形流通性と相容れない部分が多いから、否定的な立場をとるのが通説である[53]。

学説の中で民法の規定を修正適用する説は勿論、適用排除説をとったものも、いずれも従来の制度の枠内で、要件の面或いは適用範囲の面について工夫していることが多い。ところで、拡張説はこの枠を越えて、全く別制度を取り入れて解決をはかろうとするものであるから、問題が大きい。それは新たな法制度の構築ともいうべきものであるから、その法的構成の全容、法理論の根拠を明示する義務があるように思われる。しかし、拡張説においては、法文の字句上の問題や取引の動的安全保護の必要ということについてはまだしも、明確な基礎づけという点についての説明は皆無のように思われる。この点について、拡張説の明快化が期待されるところである。

善意取得の制度により手形の流通性を促進するためには、手形の所持を失った権利者が犠牲にならざるを得ないのは周知の結論である。しかし、かかる権利者の利益が理由なしに、或いはやすやすと剝ぎとられることが可能とされるとしても確固たる根拠が必要であるように思われる。

五　あとがき

手形法一六条二項の善意取得に関する最も重要な問題は、善意で手形の占有を取得した者がどのような理由で手形上の実質的資格もしくは、手形上の権利を取得しうるものかということと、善意が譲渡行為のどのような瑕疵を治癒しうるものかという二点である。本稿は後者の問題の論証のみで終始した。前者の問題も当然徹底的に論及する義務があると自覚しつつ、近い機会に期待されたい。

(1)　田中耕太郎・手形法小切手法概論一六九頁、納富義光・手形法小切手法論一五三頁、竹田省三・手形法小切手法三九頁、伊沢孝平「無権代理と善意取得」法学論集一〇巻三号六七頁以下、田中誠二・手形法・小切手法詳論(上)二二八頁、高鳥正夫「有価証券の取得行為の瑕疵」法学研究二八巻六号一六頁、同「手形の善意取得の要件」法学演習講座一〇九頁、倉沢康一郎・シンポジューム手形・小切手法二三五頁、同・分析と展開商法Ⅱ一四一頁、木内宜彦・手形法小切手法(第二版)二〇〇頁。長谷川雄一・手形法理の基本問題三八九頁。

(2)　鈴木竹雄・手形法・小切手法二五一頁、豊崎光衛「善意取得」手形法・小切手法講座三巻一四九頁、小橋一郎・手形行為論二三五頁、高窪利一・手形・小切手法通論二〇二頁、竹内照夫・判例商法Ⅱ一一四頁、田辺光政・手形流通の法解釈六四頁以下、前田庸・手形法・小切手法入門一九八頁以下。民法学者として我妻栄・近代法における債権の優越的地位五六頁以下。

(3)　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は少数であるが存在する。例えば、升本喜兵衛・有価証券法六四頁、庄子良男・シンポジューム手形・小切手法二三六頁などがある。

(4)　田辺光政前掲六四頁、前田庸前掲一九九頁。

(5)　一、二の例外（例えば東京地判明四二・三・二〇新聞五六五号九頁）以外、戦前の判例は一律に無権利者からの取得に限定していた。ところが近時において最高裁は相次いで、二つの態度不明瞭な判例（最判昭三五・一・一五民集一四巻一号一頁以下、最判昭三六・一一・二四民集一五巻一〇号二五一九頁以下）を下したため論争が喚起されている。詳細は上柳克郎・会社法・手形法論集四六五頁以下参照。

(6)　現在は異論はない、好美清光・注釈民法(7)物権(2)一二六頁以下参照。

(7) 田中誠二前掲二二九頁。
(8) 我妻栄前掲五七頁。豊崎光衛前掲一四九頁。
(9) 田辺光政前掲八二頁以下。
(10) ドイツ手形条例（一八四八年）第七四条が初めて善意取得を定めたが、すでに当時から、取得者の善意は取得行為の瑕疵をも治癒するとする解釈が行なわれており（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」法と政治一一巻一号、藤井「手形善意取得問題序説」和歌山大学経済理論五三号）、後にこれがドイツにおける通説となった。上柳克郎前掲四八一頁以下参照。林竣「手形法一六条二項にいわゆる「善意」について(一)」北法二四号六九四頁以下。
(11) 高鳥正夫前掲論文二六頁。
(12) 倉沢康一郎前掲シンポジューム手形・小切手法二三五頁。Jacobi, a. a. O. (Anm. 22), S. 60. 長谷川雄三前掲三九六頁以下。
(13) 小橋一郎・全訂手形法小切手法講義五五頁。
(14) 高窪利一「手形の善意取得」商法の判例（第二版）一四五頁。
(15) 倉沢康一郎前掲シンポジューム手形・小切手法二三三頁。
(16) 伊沢孝平前掲三〇九頁。
(17) 納富義光・手形法に於ける基本理論六一一頁、河原一郎・神戸法学二巻四号七二五頁以下。
(18) 田中耕太郎前掲一六九頁、松本蒸治・手形法六二頁、伊沢孝平前掲一八三頁、大隅健一郎・改訂手形法小切手法講義五一頁。
(19) 豊崎光衛前掲一四六頁。
(20) 鈴木竹雄前掲二五二頁。
(21) 我妻栄前掲五六頁以下、小橋一郎「手形行為論」二三五頁。
(22) 竹内照夫前掲一一四頁。田辺光政前掲九二頁以下。
(23) 鈴木竹雄前掲二五二頁。
(24) 倉沢康一郎前掲シンポジューム手形・小切手法二三五頁、林竣「善意取得」現代企業法講座五巻（有価証券）一三八頁。
(25) 田中誠二前掲二二七頁。
(26) 竹内昭夫「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」法協七八巻五号五七六頁参照。

(27) 論者により、善意とは、取得者が「譲渡人の権利」を信じること――すなわち、譲渡人の無権利を知らないこと――ではなく、「自己の権利」を信ずること――すなわち、不正をおかしていないことを確信すること――を主張するものもいる（林竜前掲現代企業法講座5巻一四三頁注(115)参照）。しかし、取得行為の過程において、権利の取得の目標に向って行動している最中に、自己が権利者であることを信じる、ということをどのように構成するか不明である。考えられる可能性としては、自己は権利を取得しうるとの信頼であるが、もしそうであればそれは取得行為の有効性を信頼するか、前者の権利を信頼するか、の二つの内容になる。結局はここで挙げた内容と同一になる。

(28) 田中誠二前掲一九三頁以下、高鳥正夫・手形法小切手法八三頁。

(29) 倉沢康一郎・手形法の判例と法理四九頁以下参照。

(30) 田辺光政前掲九四頁以下参照。

(31) 田辺光政・シンポジューム手形・小切手法二三八頁。

(32) 林竜前掲現代企業法講座5巻一三八頁。

(33) 善意取得の法的効果は、原始取得であると一般に解されている。豊崎光衛前掲一六〇頁。

(34) 手形行為について、行為無能力の問題は生じない、行為無能力の問題は、原因関係における人的抗弁事由に止めるべきである（高窪利一・手形・小切手法論八一頁）とかあるいは、裏書行為の二段論をとり、権利移転の有因行為は無能力の問題は生じるが、債務負担の無因行為には無能力の問題はない（平出慶道「手形の善意取得と原因関係の瑕疵」現代商法学の課題中八〇六頁以下）との見解もなされている。しかし、手形権利移転行為であろうと債務負担行為であろうとそれは法律行為であって、意思表示を要素とするものであれば、無能力の問題は回避できないように思われる。

(35) 高鳥正夫前掲著書六七頁。つまり、手形能力があったことについて、誰が立証責任を負うかについては、民法の一般原則によるべきであって、これによれば、行為能力がなかったことを主張する側において、立証責任を負う。

(36) 鈴木竹雄前掲一三三頁以下。

(37) 田中誠二前掲二二九頁、大森忠夫・手形法小切手法講義一二〇頁など。

(38) 豊崎光衛前掲一四六頁、鈴木竹雄前掲二五六頁、田辺光政前掲九八頁以下。

(39) この説のなかに、意思表示の瑕疵の種類の中、虚偽表示（民法九四条）、詐欺強迫（民法九五条）を適用から除外するものもある（田辺光政前掲一〇四頁）。理由は、それらの瑕疵については善意の第三者保護規定が存在し（民法九四条二項、九六条三項）、そして、それらも、手形法一六条二項と同様に、善意かつ無重過失を要件としているから、最初から問題にしな

くても済むからである、とされる。

(40) 田辺光政前掲一〇四頁以下。

(41) 例えば、「手形法は単に悪意又は重大な過失なくして手形を取得したるものは返還の義務なしと広く規定している以上、これを進展せしめて広く手形能力や意思表示の瑕疵をも補修せしめんとする」と述べるだけ（鈴木竹雄前掲二五一頁、我妻栄前掲五七頁）。

(42) 田中誠二前掲一二〇頁以下、高鳥正夫前掲著書六七頁以下、平出慶道「手形行為と思思表示の瑕疵」講座Ⅰ八一頁以下・鈴木竹雄前掲一四五頁。

(43) 石井照久・手形法・小切手法四九頁、Jacobi, a. a. O. (Anm. 22), S. 86f.

(44) 平出慶道前掲現代商法学の課題中八一九頁参照。

(45) 手形の特徴が実際上現われてくるのは手形の流通過程である。取得者にとって手形流通段階のことは、本人の意思の自治が及ばない前者間のことである。しかし、それが本人の権利義務に影響するから、保護が必要になる。

(46) 「有力説（拡張説）の解釈は、理論的に異質の複数の問題を善意取得の問題として解決するものであり、善意取得の意義を不明確にする解釈ではないのかという疑問がないではない」と同旨の指摘がなされている（林竜前掲現代企業法講座5巻有価証券一三八頁）。

(47) 高鳥正夫前掲論文二〇頁。

(48) この立場をとるものから、次のような基礎づけもなされている。すなわち、善意取得の法則は、取得者の権利取得意思を法が承認するのである。善意であれば、その取得意思が正当なものと認められ、権利を取得する（小橋一郎・手形法小切手法講義八一頁）。

(49) 田中耕太郎前掲一六九頁、伊沢孝平前掲一八三頁。

(50) 林竜前掲現代企業法講座5巻一三九頁。

(51) 長谷川雄三前掲三九〇頁、武久征治「善意取得制度における帰責理論の一考察」彦根論叢一七一号二九頁以下。ここでは危険負担理論によって帰責性を構成しうる。

(52) 高鳥正夫前掲論文二六頁、倉沢康一郎前掲シンポジューム手形・小切手法二三二頁。

(53) 近時これに反対する説は極く稀れである。例えば瑕疵ある意思表示の問題について、全面適用説をとるものとして、倉沢教授の主張があるのみである（倉沢康一郎・手形法の判例と理論一二頁）。