

Title	島田志帆君学位請求論文審査報告
Sub Title	
Author	
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2010
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.83, No.10 (2010. 10) ,p.142- 156
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	特別記事
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20101028-0142">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20101028-0142</a>

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.

いうまでもなく、これらの課題はもとより本論文の先駆的な意義をいささかも失うものではない。こうした点については、いずれ鈴木君の今後の研究のなかで十分に展開されるものと確信している。鈴木君はそれだけの力量を備えている。

以上のことから、審査員一同は、本論文が中国共産党的な政治的支配の構造に関する世界的にも優れた学術研究であると判断し、ここで示された鈴木隆君の業績が博士学位（法学、慶應義塾大学）を授与するに値する十分な学識を示した内容であると高く評価するものである。

二〇一〇年七月七日

主査	慶應義塾大学法学部教授	國分 良成
副査	慶應義塾大学法学部教授	横手 慎二
副査	慶應義塾大学法学部教授	高橋 伸夫
副査	慶應義塾大学法学部教授	法学研究科委員 法学博士
		法学研究科委員 法学博士

### 一 はじめに

島田志帆君が提出した学位請求論文『支払免責制度の研究』（法律文化社、二〇〇九年）は、債務者保護としての取引安全のあり方に関する問題意識を背景に、手形法における支払免責制度の基本理論を追究したものであり、これを踏まえて民法分野における預金者保護に係る問題にも取り組んだ、きわめて意欲的な試みである。

提出論文の主たる内容となる、手形法の支払免責制度に関する第1章、第2章、第3章は、それぞれ大学院在籍時に公表された三つの論文（「手形債務者の免責の法的構造—手形法四〇条三項の意義と適用範囲—」法学政治学論究四七号（二〇〇〇年）、「民法四七〇条の法的構造—民法上の指図債権における『形式的資格』—」法学政治学論究五〇号（二〇〇一年）、「週求権保全の要件としての支払呈示に関する一考察—ドイツの支払拒絶証書論を参考に—」法学政治学論究五三号（二〇〇二年））を大幅に加筆・修正

## 島田志帆君学位請求論文審査報告

- したものである。また、付論1「預金者と銀行の利害調整基準に関する一試論—払戻請求書の免責的効力を基礎に—」は京都学園法学二〇〇八年二・三号に、付論2「預金払戻しに関する免責約款の効力」は『慶應の法律学 商事法—慶應義塾創立一五〇年記念法学部論集』(慶應義塾大学出版会、二〇〇八年)に、付論3「判例研究】盜難通帳による不正な預金払戻しと預金者の過失」は旬刊金融法表されたものであり、以上を所収した著書として公刊されている。
- ## 二 本論文の構成
- 本論文の構成は以下の通りである。
- 序章
  - 第1節 問題意識
  - 第2節 本書の課題と構成
  - 第1節 支払免責制度の法的構造
    - はじめに
  - 第2節 手形債務者の支払免責と所持人の形式的資格の関係
    - 手形債務者の支払免責と所持人の形式的資格の関係
    - ドイツにおける支払拒絶証書の作成に関する学説の展開
  - 第3節 還済権保全と所持人の形式的資格
    - 終章
  - 第4節 小括
  - 第5節 小括
  - 第6節 手形法四〇条三項の意義と適用範囲
  - 第7節 小括
  - 第2章 民法上の指図債権における債務者の支払免責
    - 第1節 はじめに
  - 第3節 民法四七〇条の起草趣旨
  - 第4節 民法四七〇条の法的構造と所持人の同一性についての調査義務
  - 第5節 小括
  - 第3章 手形法における裏書の連続の意義
    - 第1節 はじめに
    - 第2節 ドイツにおける支払拒絶証書の作成に関する学説の展開
  - 第3節 還済権保全と所持人の形式的資格
    - 終章
  - 第4節 小括
  - 第5節 統一手形法の受容と現行ドイツ手形法における支払免責制度
  - 第4節 有価証券理論としての支払免責

付論 3 「判例研究」 盗難通帳による不正な預金払戻しと預金者の過失

### 三 本論文の内容

(1) 序章では、支払免責制度を研究対象とする意義が説かれている。支払免責に関する議論は昭和四〇年代に一つの到達点に達したもの、昭和の時代に論争を主導した論者が、平成に入つても「再論」と題する論文を相次いで公表するなど（喜多了佑「手形支払者の調査義務再論」（一九九〇年）、手塚尚男「手形法四〇条三項における弁済受領者の範囲再論」（一九九六年）、支払免責の理論構造の解説は今なお基本的問題である。したがつて、筆者の主たる関心事もこの我が国における支払免責制度の理論構造の解説にあり、論文の構成はその解説に向けてゆるぎなく進行することとなるが、そのうえで、その眼は現代的な課題の解説にも向けられている。すなわち、近時の預金の不正な払戻しに係る銀行の免責の問題も、規律する法文は異なるものの、通帳や届出印の所持人（窃盜者）といった無権限者に対して支払つても免責されるという点で、支払免責と類似した法的構造を持つため、現代的課題である預金の不正な払戻しと銀行の免責についても手形法からの示唆を

与えうると見るのである。その背後には、これまで私法学において、債務者保護としての取引安全保護が過度に強調されてきたのではないかという問題意識がある。

そのことからして、筆者の主たる関心は、支払免責制度を規定する手形法四〇条三項において、所持人の無権利という点だけではなく、所持人の能力・権限や同一性の欠缺の場合にも支払免責の効果が及ぶとする多数説の批判的検討に向けられることとなる。筆者は、いわば「善意者保護」という理由づけだけで広い保護範囲が認められてきたともいえる同条について、所持人の形式的資格概念が支払免責の理論的根拠を提供しうる可能性を指摘する。そして、我が国の手形法学が立法と解釈の両面においてドイツ有価証券法学から強力な影響を受けてきたことを踏まえて、我が国とドイツ法との関わりを根本から解説することによって、その解答を見出そうと試みている。なかでも筆者の特徴は、ドイツあるいは我が国それぞれの立法の沿革史や学説の分析にとどまらず、ドイツのそれが日本にどのように受容され、我が国独自の法事情のもと、どのように展開されたのかという点に主眼を置き、これを丹念に分析していく点にある。この点を考察することで、我が国にあるべき支払免責制度というものが明らかになりうるとする。

(2) 第1章「支払免責制度の法的構造」は、本論文の総論をなす章として位置づけられ、我が国における支払免責に関するこれまでの議論を振り返ることで問題提起を行い（第2節）、ドイツにおける支払免責制度の生成と展開（第3節及び第4節）、ジュネーブ統一手形法における手形法四〇条三項の成立過程、現行ドイツ手形法四〇条三項の解釈に関する議論を検討したうえで（第5節）、総括として、我が国にあるべき支払免責制度の法的構造を探究している（第6節）。

第2節では、手形法四〇条三項のような明文の規定が存在しなかつた我が国の旧法においても、所持人の資格なし形式的資格概念のもとに支払免責の効果が語られていた点に着目し、所持人の資格なし形式的資格概念が支払免責の効果を導き出すうえで理論的根拠となるのではないかと考えるのである。ところが、所持人の資格なし形式的資格概念は、旧法と現行法とではその意味内容が変容しており、善意取得制度との関連でも、形式的資格に基づく効果と理解するか否かの点で違いがある。そこで、筆者が参考するのがドイツにおける支払免責制度に関する議論であり、資格概念がドイツ法に由来することから、この概念の

ルーツを探るべく、ドイツ法における立法史及び学説史の分析を行うこととなる。

第3節では、ドイツ支払免責制度の淵源を求めて一九世纪手形法学まで遡り、一八四七年プロイセン手形条例草案三六条の立法理由を紐解く。所持人の資格調査を前提に、資格者に対して支払って免責されるという趣旨で、「裏書された手形の所持人は、自己まで続く一連の裏書によって手形の所有権者として資格づけられる。」こと、そして「債務者は裏書の真正を調査する義務はない。」ことが規定されたとする。筆者は、ここに、資格調査という一定の調査義務の実践のもとに支払免責の効果を理解するドイツ支払免責制度の基本形が確立されたと見る。

引き続き行われた一八四八年普通ドイツ手形条例の成立過程では、裏書に偽造などの明らかな瑕疵がある場合でも、債務者は裏書の連続した所持人に支払うべきとされ、迅速・円滑な決済の実現による手形取引の安全が、真の債務者の保護より優先すべきものと考えられていた。ところが、善意取得制度が普通ドイツ手形条例七四条として採用されるに至ると、債務者に資格者に対する絶対的な支払義務を認める上述の考え方は、これと衝突する——悪意で手形を取得した裏書連続手形の所持人にも、債務者は支払を義務

づけられてしまう——。この問題は、一八六一年ニユルンベルク改正法の成立によつて解釈上の決着が付けられ、所持人が善意取得していない場合には、債務者はその権利行使に対し手形条例八二条の抗弁権を主張し、支払を拒絶することができるものとされた。ただ、支払拒絶ができるというだけでは、債務者は、悪意で手形を取得した所持人に支払つてもよく、支払えば有効といわざるをえないため、判例・学説において、債務者が所持人の無権利についての確実な証明手段を有している場合には、信義則上、債務者は支払拒絶すべきと解されるようになった。かくして筆者は、債務者の資格者に対する絶対的な支払義務として生成された支払免責が、善意取得制度の確立に伴い、債務者は、所持人の無権利についての証明手段を確保している場合に、所持人の無権利についての証明手段を有している場合には、信義則上、債務者は支払拒絶すべきと解されるに至つたことをもつて、発生史的に、支払免責は善意の債務者保護の制度ではないとの結論を導く。

第4節では、以上の発生史的沿革にもかかわらず、近代において支払免責制度が善意者保護の制度として理解されしていく過程を学説史の中に読み取る。まず Brunner は、債務者の資格調査という伝統的な免責理論に基づいて支払免責の効果を理解するものの、債務者による悪意 (mala fides) の支払には免責の効果が排除されると説いた。また、von Gierke は、支払免責と善意取得とを資格力 (Legitimationskraft) に基づく効果であるとしたが、信義則に反する支払——所持人の無権利を知り、かつそれを証明できるにもかかわらず支払うような場合——には免責の効果が排除されるとした。Jacobi は、資格とは権利外觀即ち権利者たる蓋然性に過ぎないと説き、権利外觀の作用として、支払免責、立証責任の転換 (権利推定)、善意取得の効力が認められるとした。筆者は、資格が権利証明という意味を離れ、権利外觀——権利者たる蓋然性——と理解されるようになつたという点で、支払免責の理論は新たな一步を踏み出したとする。

第5節では、二〇世紀における手形・小切手法の国際的統一が、ドイツの支払免責制度にいかなる影響を与えたのかという問題が扱われる。まずハーベ会議では、手形法四〇条三項の起草に際して、資格調査のもとに支払免責の効果を理解するドイツ法系と、債務者の支払に有効性を推定するフランス法系との対立があり、現行手形法四〇条三項の前段は、フランス法系の影響が、後段はドイツ法系の影響が見られるとする。もつとも、前段にいう「悪意 (fraud)」が規定されるまでには変遷があり、専門家委員

会草案で提案されていた「bad faith」との表現がジュネーブ会議の時点で再び「fraud」に戻されたという。筆者はジュネーブ会議の議事録を紐解き、ここで「fraud」に戻されたのは、所持人の無権利についての確実な証拠方法を確保せずに支払えば敗訴の危険を負うという意味での債務者の支払強制の地位を考慮したためであったと分析する。筆者が次に検討している点は、統一手形法を受容して以後、ドイツ法が手形法四〇条三項についてどのような解釈を与えたかについてである。結論的には、新法下の多数説は、理論的には権利外觀理論に依拠しつつ、四〇条三項は、無権利の所持人への支払のみならず、处分権限や行為能力を欠く所持人、最後の被裏書人との同一性を欠く所持人への支払にも適用されるものと解しているとする。さらに、現在の多数説は、債務者は善意取得者と異なり、支払を強制される地位にあるということを理由に、支払免責は善意取得より保護範囲を広くするものと解しているが、これに対する対しては、支払強制の地位ということは、手形法一六条一項により権利推定された所持人からの支払請求に対して、所持人の無権利を立証しなければ敗訴する危険を負うという地位を意味するものであり、善意取得と保護範囲の違いを理由づけるものではないという批判も有力となっている

とする。

かくして、第6節においては、これまでの研究を総括する形で、我が国にあるべき支払免責制度の法的構造が探究される。そこでは、我が国の沿革を重んじて、所持人の形式的資格に支払免責の理論的根拠を求めるべきとしたうえで、その意義は権利の証明にあり、これをもとに支払免責制度の理論枠組みが構築されるとの結論が導かれる。

その理由づけとして、まずは我が国の通説を俎上に載せる。我が国の通説は、理論的には形式的資格の効果として支払免責を理解しながらも、所持人が権利者と推定されるということをもつて「形式的資格」と解している。しかし、この概念の母法であるドイツ法に目を向ければ、手形所持人の形式的資格が手形の記載上において裏書が連続することにより成立するという点に争いはないのであるから、通説の考え方は我が国オリジナルの理解である。しかも、通説では、裏書の連続を欠く所持人が、裏書連続の欠缺部分について実質関係を証明すれば、これに対して善意無過失で支払う債務者は免責されることになるが、このように解すると、欠缺部分の実質関係に関する証明の成否についての判断は債務者が裁判外で行わなければならないことになる。これでは、債務者が支払遅延や支払っても免責され

ないリスクを一身に負うことになるうえ、結果的に支払免責制度が目的とするところの迅速な決済も阻害されることになってしまい、結論の妥当性に問題がある。

統いて筆者は、資格が権利の証明から権利外觀へと理解してきたことは認めつつも、支払免責の理論的根拠を権利外觀に求めることを否定する。まず、民法四七〇条等の善意弁済の一般規定のある我が国は、手形法四〇条三項をもつて免責の範囲を広く解さなければ、とりわけ被裏書人との同一性を欠く所持人への支払には保護が与えられなくなってしまうドイツとは、異なる法状況にあるとする。さらに、既に紹介したように、支払免責制度は善意者保護の制度として成立したものではないこと、そして債務者の支払強制の地位ということも、ジュネーブ会議では、立証責任を負担しながら支払を拒む債務者の地位という意味で問題とされていたのであって、善意取得より保護範囲を広くする理由づけにはならないということを強調する。

結論的に筆者は、形式的資格を権利証明と理解したうえで、手形法四〇条三項の射程としても、手形法一六条一項に基づき裏書連続によつて証明された範囲、すなわち手形上の権利のみが対象となるとの結論を導く。もつとも、このような結論は、支払免責制度の理論的根拠を権利外觀に

求めて、そこで外觀を裏書連続による外觀と理解する限りで、同様の結論が導かれる点で説得力を欠いている。そこで、筆者は、権利行使の側から見て、裏書の連続する所持人の形式的資格には権利外觀ではない特別な意味が求められており、それゆえ、所持人の形式的資格の意味内容を権利の証明に求めることに意義があるとする。

(3) 第2章は「民法上の指図債権における債務者の支払免責」と題されていて、手形法四〇条三項にとつて一般法にあたる民法四七〇条が扱われている。同条に関しては、一見して難解な法文のもとに、適用範囲や債務者の調査権の意義を巡つて民商学説の対立がある。筆者は、その対立の根本には、所持人の形式的資格概念を中心としたように債務者の支払免責の理論を構築するかという問題があると見て、それゆえ、この概念を追究することで民法四七〇条の法的構造を解明し、ひいては同条の適用範囲と調査権・調査義務の意義について一定の解答を得ようとする。民法四七〇条は、沿革的には「提示人ノ正否 (Legitimation)」について定めたロエスレル商法草案四五九条に由来する。そこで、序論でも述べたように、当時のドイツにおける議論が日本にどのように受容され、どのように展開

されたのかという視点から分析が行われることとなる。

まず、第2節において民法四七〇条の立法趣旨が検討され、立法者が民法四七〇条は債務者の支払免責の効果の規定であると理解していたことが明らかにされた後、第3節では、ロエスレル商法草案四五九条について、当時のドイツの議論状況を指針にして法的構造の検討を行っている。結論的には、同条のもとに所持人の資格概念に基づく支

払免責が理解されるが、同条に規定された「調査権」とい

う概念は、調査して支払を拒むことができるということを意味するに過ぎず、形式的資格者に対して債務者は絶対的な支払義務を負うとする初期の免責理論が近時の免責理論（所持人の無権利についての確実な証明手段を有する債務者は支払を拒絶すべきであり、そのような悪意の支払には免責の効果は認められないとする）へ是正されるまでの、いわば媒介としての役割を果たした概念であるとする。

筆者の結論は、民法四七〇条は、形式的資格を備えた所持人に対して支払えば、たとえ所持人が実質的資格や被書人との同一性を欠く場合に支払っても免責され、受取の記載された所持人に対して支払えば、たとえ所持人が弁済受領資格を欠く場合に支払っても免責されるという法的構造を有する、というものである。つまり、民法四七〇条は、

手形法四〇条三項より広く、被書人と所持人とが同一性を欠く場合、受取の記載された所持人が弁済受領権限を欠く場合についても免責の効果を認める規定となる。支払免責制度の理論的根拠を所持人の形式的資格に求める筆者の考え方からは、民法四七〇条は、支払免責の本則を定めた手形法四〇条三項に対する特別という帰結が導かれるのである。

(4) 第3章は、「手形法における裏書の連続の意義」と題されている。第1章において筆者は、支払免責の理論的根拠を所持人の形式的資格に求め、その意味内容を権利証明に求めるべきとの結論を導いたが、その理由が明らかにされるのが本章である。

第1節は、ドイツにおける判例・学説との比較を通じて、我が国における裏書連続の意義の変容とその妥当性が検討される。我が国では、裏書不連続手形に関して、欠缺部分を所持人の側で証明すれば裏書の連続が架橋され、もつて所持人は権利行使が可能となり、さらにはこのような所持人に対して支払う債務者の支払免責も認められると主張されているが、このような考え方には、債務者が裁判外で所持人による証明の成否を判断しなければならない点で妥当性

を欠く。これに対し、ドイツでは、裏書の連続とは記載上の連続を意味し、裏書不連続手形の所持人も欠缺部分を証明して権利行使できるとはいへ、欠缺部分が証明されても裏書の連続が復活するというわけではなく、債務者に支払免責が認められることにもならない。しかも、ドイツにおいては現在も、判例・多数説によつて、所持人の支払拒絶証書作成のための資格というものが認められている。筆者は、ここに裏書連続の意義を解明する鍵があると見るわけである。

そこで第2節では、一九世紀まで遡つて、ドイツ法で展開された所持人の支払拒絶証書作成のための資格の意味内容が明らかにされる。結論的には、支払拒絶証書作成のための資格とは、支払拒絶証書作成時に支払呈示する所持人ないし公証人が裏書の連続によつて自己の権利を証明しなければならないということを意味しているとする。これを踏まえて第3節では、この概念が現在のドイツ法で果たしている役割、それが我が国に当てはめられるか否かの検討が行われる。

まず、現在のドイツ法における支払拒絶証書作成の資格とは、一つには、訴訟前の拒絶証書作成という段階で、所持人に裏書の連続による権利証明を要求することで、訴訟

遂行が迅速・安全に図られるという意味を持つものと理解されているという。さらに、この資格が要求されるのは、実体法上の理由がある。すなわち、裏書不連続手形によつても週求権が保全されてしまうとすると、主債務者が支払不能ではなく、裏書不連続、すなわち手形法四〇条三項によつて免責されないことを理由に支払拒絶した場合にも週求が行われることになり、手形法が予定する週求制度——主債務者による支払がないときにはじめて第二次的な週求義務が追及される——が正しく実現されなくなってしまうという。かくして筆者によれば、支払拒絶証書作成の資格とは、訴訟以前の段階で、所持人にとってはそれが唯一の権利証明手段としての意味をもつものである。その限りで、裏書の連続、すなわち所持人の形式的資格は、裁判外において所持人の権利行使要件としての意味を有し、権利の証明という意味を与えるにふさわしいと結論づける。そして、支払拒絶証書作成免除が通常である我が国ではむしろ、拒絶証書作成免除の場合にも裏書連続手形による支払呈示によつてのみ週求権が保全されると解さなければ、手形法が予定する週求制度の実現が図られないということを理由に、裏書の連続にドイツ法における支払拒絶証書作成の資格と同様の意義を見いだすべきであるとする。

筆者が着目するのは、ドイツ法においては、裁判上で、

裏書の連続した所持人が権利推定の効果を与えられる段階と、裏書不連続手形の所持人も立証責任を負担して権利行使できる段階との間に、裁判外で権利行使する段階、すなわち有効な支払拒絶証書を作成する段階が存在していると、いう点である。これに対して、我が国では、裁判上も裁判外でも、裏書不連続手形の所持人は欠缺部分の実質関係を証明して権利行使でき、支払免責の効果も享受できることとされている。我が国においては、裁判外での権利行使要件という視点が抜けている、という指摘を行う。

(5) 終章では、第1章から第3章までの考察の結論が導かれる。すでに今までの紹介からも明らかのように、筆者は、現在の通説の理解する支払免責の適用範囲、その前提としての裏書連続の意義について懷疑的な態度をとつていい。そこで、筆者の研究成果の一つとして、ドイツ法に由来する支払免責制度をその発生史的観点から見ると、かならずしも善意の債務者保護という制度から出発したわけではない、という点に力点が置かれる。手形法四〇条三項の制度趣旨を善意者保護とともに、それゆえその射程を拡張するという多数説の考え方とは、取引安全保護を重視した解

釈の一つに過ぎないと見る。

そして筆者は、我が国においても支払免責制度の理論的根拠とされた所持人の「形式的資格」概念に特別の意味を見いだすことになる。我が国の通説のいう形式的資格——権利者として推定されること——は我が国独自の理解であつて、結論的妥当性も欠くことから、支払免責の要件としての裏書の連続は、記載上の裏書の連続と理解されなければならない。そのとき、所持人の形式的資格——形式的な裏書の連続——の意義は、権利外観ではなく、権利の証明 (Nachweis) にある。そして、このように考える積極的な意義は、手形法においては、所持人の形式的資格は裁判外では未だ所持人の権利行使要件——裁判外では所持人は裏書連続以外の方法で自己の権利を証明することは許されない——としての意味を有しているという点にあるとする。このように解することによって、裁判外においても、債務者側は裏書の連続による権利証明の有無のみを考慮すればよいことになる結果、迅速・円滑な手形関係の処理が実現されるとする。

さらに筆者によれば、支払免責の要件を所持人の権利行使要件の側から把握し、それを権利証明たる外形的事実に求める具体的な意味は、債務者の調査義務の対象が、所持

人の形式的資格の有無、すなわち権利を証明する外形的事実に限定されることにあるという。これによつて、債務者の調査義務が軽減・免除される結果、迅速な決済が実現されるとする。ここで、筆者の関心は、筆者が追究したところの理論が手形法以外にも展開可能かという点に移る。そして、付論と題される補章において、預金の不正な払戻しと銀行の免責に関する問題が扱われることになる。

(6) 付論1は、払戻請求書の免責的効力を基礎とした預金者と銀行の利害調整基準のあり方を検討するものである。周知の通り、預金の不正な払戻しと銀行の免責に関しては、民法四七八条ないし同趣旨の免責約款が適用されることが判例法理として確立しているわけであるが、これに対し筆者は、民法四七八条適用という判例法理を離れて、民法四八〇条を取り上げるのは、これまでの筆者の研究を踏まえて、同条を証券・証書の推定力を基礎とする弁済者の免責規定と見るためである。結論的には、同条の母法であるドイツ民法三七〇条のもとに成立している、真正の受取証書の場合には同条により免責され、偽造の場合には過失ある債権者に対する損害賠償請求権との相殺という形で債務者は免

責されるという考え方がある。我が国においても、偽造という違法行為についての責任分担のあり方を示すとともに、債権者と債務者との双方の過失の度合いに応じた責任分担を実現するうえで示唆を与えるとする。

付論2では、預金払戻しに関する免責約款の効力が扱われている。付論1では、民法四七八条と免責約款の判例法理から離れて「試論」を行つたわけであるが、解釈論としてはこの問題を無視することはできない。つまり、免責約款があるにもかかわらず、判例では主として民法四七八条の適用が問題とされ、免責約款がいかなる意義・効力を有するものと解されているかは明確ではない。そこで、筆者は、偽造手形・小切手に関する同内容の免責約款に関する判例法理の展開を追うことによつて、預金払戻しに関する免責約款の効力を明らかにする。結論的には、偽造手形・小切手の支払については損失負担特約としての免責約款が問題とされてきたのに対し、預金の払戻しに関しては、民法四七八条の解釈の方があるべき免責約款の解釈に近づけられてきたと分析したうえ、問題の解決にとつては、約款による規律に求めるのが正しい方向性であるとする。

付論3は、盜難通帳を用いた預金の不正な払戻しと銀行の免責に関して、預金者の過失を扱つた近年の判例を研究

している。筆者がこれを取り上げたのは、筆者が付論1や付論2で得た基本姿勢——債権者と債務者との過失の度合に応じた責任分担——との関連でこれを分析するためである。筆者によれば、預金者の過失を巡っては、預金者に過失がある場合にのみ銀行は免責されるべきとする議論と、預金者に過失がある場合には、過失があつて銀行が民法四七八条によつて免責されない場合にも、銀行の責任は軽減されるべきとする議論とがある。結論として、前者に關しては、約款上、補てん請求権制度が成立したことによつて一応の解決を見ており、後者に關しては、預金払戻請求権に損害賠償責任に関する過失相殺規定を類推適用することは理論的に困難であることを指摘する。

最終的に筆者は、筆者の追究した支払免責の法理が預金の不正な払戻しに係る銀行の免責の問題にも展開できるかという問題に明示的に答えてはいない。しかし、付論1から付論3までの考察において筆者が得た結論から推察すると、この問題は、少なくとも偽造の場合には善意弁済の問題とはならず、むしろ損失負担契約の問題として、それゆえ免責約款による解決をみるべきと理解されるのであろう。

冒頭にも述べたように、本論文は、取引安全保護の重視という考え方を再び見直すという観点からとりまとめられたものとして、大きな意義を有するものである。筆者も指摘するように、支払免責に關しては、昭和四〇年代頃までに、先駆的な業績が積み重ねられている（河本一郎「免責証券について」（一九五三年）、喜多良佑「支払人の調査義務」（一九六五年）等）。これらの先行研究は、当時として最も注目すべき理論としての権利外觀理論をもつて支払免責制度を分析しようとするものであった。ところが、近年、私法学一般の問題として、取引安全の見直しの機運も少なからず高まつてきている。また、善意取得制度についても、その適用範囲については支払免責制度と同様の争いがあり、従来我が国ではその射程を広く解するいわゆる無制限説が有力であるが、これに対し、近年は制限説を主張する者も少くない。このような風潮に対し、筆者は、現在の多数説の理解する支払免責の適用範囲、その前提としての裏書連続の意義について批判的な態度をとることから出発する。それゆえ、筆者としては、ドイツ法に由来する支払免責制度を發生史的觀点から見ると、必ずしも善意の債務者保護という制度から出発したわけではない、という点に力点が

#### 四 本論文の評価

置かることになる。結論への賛否は別として、債務者保護としての取引安全保護に関する見直しの機運に一つの素材を提供したものとして、その寄与するところは大である。

本論文の最終的な結論として、筆者は、我が国でも講学上説かれてきたところの所持人の形式的資格概念の意義を再び検証しつつ、権利行使要件との関係で支払免責の要件を見いだすことによって、一つの支払免責制度の理論を構築している。筆者によれば、支払免責の要件は、裁判外の権利行使要件であり、権利証明たる外形的事実、すなわち裏書の連続である。もつとも、資格を権利外觀とつなぐことに批判的な学説も主張されてきたところであり（小橋一郎「手形行為論」（一九六四年）、遡求権保全効の形式的要件として、裏書連続としての「形式的資格」を要求するという見解も目新しいものではない（倉澤康一郎「手形所持人の形式的資格」（一九八一年））。また、手形法四〇条三項の適用範囲を広く解する多数説に対する批判として筆者が挙げた論拠も、既に少数説の論者によって指摘されていたものであり、必ずしも独特のものであるとはいえない。しかしながら、裁判上の権利行使の段階と裁判外での権利行使の段階という視点を得、裏書の連続は「裁判外での」所持人の権利行使要件としての意義を有するとした理論の

組み立てに独自性があり、ここに筆者の長所を見ることができる。筆者は、ドイツ法の分析を経てこの着想に到達しているが、支払拒絶証書の作成が通常であるドイツ法の議論を、支払拒絶証書作成免除が通常である我が国にアナロジーとして当てはめるうえでの前提条件を検討し、場合分けをしたうえで結論を導いている。このような方法論はきわめて卓越したものであって、これにより筆者の結論はより説得力あるものとなっている。

本論文の価値は、以上に述べた点に認められるだけではない。筆者の研究手法として、所持人の資格ないし形式的資格概念に対して母法となるドイツ法について、一九世紀ドイツ法学にまで遡り、その立法史や判例・学説を丹念に紹介・検討している点については高く評価できる。ドイツ法における支払免責制度の研究としては、きわめて周到かつ詳細であり、特にドイツ法における支払拒絶証書作成の資格に関する議論は、これまで我が国において紹介されたものは見あたらないほどである。この意味において、本論文の持つ資料的価値も高いものがある。さらに筆者は、民法上の指図債権の支払免責規定である民法四七〇条を取り上げている。支払免責制度の研究といえば、商法の研究者は、手形法四〇条三項を重視して議論を展開する傾向にあ

り、民法四七〇条の立法の経緯や制度趣旨の分析については等閑に付されてきた。筆者は、明確な意識の下に商法と関連の深い民法四七〇条の立法の経緯を明らかにし、そのうえで形式的資格概念に基づく支払免責の理論構成を試みている。このような着想に基づく筆者の研究は、支払免責に関する研究に新たな材料を提供するものとして、ここにおいてもその研究を高く評価できる。

このように、島田君の提出した本論文は、一篇の独立した学位請求論文としてきわめて高い価値を有し、学界に大きな寄与を果たす研究であると考えるものであるが、島田君の研究のさらなる発展・展開のためにいくつかの希望を述べたいと思う。まず、筆者の主張の通り、支払免責制度は善意者保護の制度として発生したのではないというのをその通りであるにしても、さらなる研究の発展のためには、相対する善意取得制度や権利外観理論についての検討をいずれかの機会に行つてもらいたいという点である。もちろん、いざれも私法全般に通ずる最難関の課題であり、生涯かけても解明しえないほどのテーマであるが、島田君の才能と努力に期待して、あえて述べるものである。また、本論文は比較法をドイツ法として支払免責の基礎理論を追究したものであり、その比較法的・方法論的な価値は疑いな

いところであるが、さらなる研究の広がりという意味で言えば、フランス法における支払免責制度の研究にも及ぶことが必要であるのかもしれない。なぜなら、統一手形法の受容後の議論として我が国の解釈論を展開していく際に、ドイツ法を範とすべきかフランス法を範とすべきかについては、現実と理論との関係を含めて本質的な検討課題といえるからである。最後に、筆者の追究した理論を展開する試みとして、預金の不正な払戻しと銀行の免責の問題にも取り組んでいるが、これらの課題について本論文はあくまでも準備作業ともいえる位置づけであり、今後、島田君流の民法四七八条論や責任分担論（債権者・債務者双方の過失割合）のさらなる展開が期待されるところである。ただ、ここまで指摘してきたいくつかの点については島田君も十分に承知しており、本論文の随所にそうした配慮もうがわれることからして、安心して島田君の将来の研究に委ねることができる。

以上のように、われわれからの島田君の将来の研究に対するいくつかの希望はあるものの、本論文は支払免責の基礎理論を深く追究したすぐれたモノグラフィーであり、学界に寄与することが極めて大きい論文であるとの評価をな

し得るところから、島田君の研究者としての力量は十分であると考えられる。よって、審査員一同は、島田志帆君に博士（法学）の学位を授与することが適当であると判断する。

平成二二年九月一日

主査 慶應義塾大学法学部教授 宮島 司

副査 法学研究科委員 法学博士 宮島 司

副査 法学研究科委員 法学部教授 山本爲三郎

島原 宏明

副査 法学研究科委員 法学部教授 島原 宏明