

流通證券に就て

ON NEGOTIABLE INSTRUMENTS

教 授

大 濱 信 泉

PROF. N. OHAMA

1932

目 次

緒 言	1
第一節 流通証券の要件	8
第一 總説	8
第二 金錢証券性	13
第三 証券の引渡に依る讓渡可能性	19
第四 抗辯洗滌性	23
第五 抗辯洗滌の前提要件	29
(一) 証券讓渡の方式を完備せること	30
(二) 証券が外觀上完全且つ正常なること	34
(三) 讓受人が善意なりしこと	37
(四) 有償的に取得せしこと	46
第二節 流通証券の定義の再検討	49
第一 總説	49
第二 讓渡手續の特異性を根據とせる定義	53
第三 抗辯洗滌性を根據とせる定義	55
第四 兩特質に立脚せる定義	58
第三節 流通性の根據及び流通証券の種類	60
第一 總説	60
第二 制定法に基く流通性	61

第三	商慣習法に基く流通性	63
(一)	商慣習法上の流通証券の種類	63
(二)	商慣習法の進展性	63
(三)	新慣習の司法的確認過程	67
(四)	商慣習の立證	69
(五)	外國証券の流通性に関する慣習	70
第四	禁反言に基く流通性	71
第五	半流通証券	75
第四節	流通証券の特殊性(債權法的地位)	76
第一	總説	76
第二	普通法上の債權讓渡	78
第三	衡平法上の債權讓渡	80
第四	一般債權讓渡手續の流通証券に對する適用	82

流通證券に就て

大 濱 信 泉

緒 言

(一) 一定の權利關係が證券に依りて表彰せらるる場合に於て、證券が單に權利關係の證明方法たる（單純證據證券）に止らず、更に一步を進めて證券上の權利の變動、即ち權利の發生、移轉又は行使等に付ての實體法的の要件と爲さるる場合（要件證券）もある。尤も此の種の要件證券と雖も、其の法律的關係を分析的に考究すれば、結局は證券それ自體を對象とする權利關係と、證券に依りて表彰せらる權利關係との二系列に、之を解體することが出来る。而して證券を對象とする權利は、證券所有權又は占有權の如き物權となり、從つて此の側面に於ては要件證券も亦、一般物權法の支配を受けねばならぬ。又證券に依りて表彰せらるる權利は、證券の種類に依り必ずしも一様ではなく、或は債權たることあり、或は物權たることあり、又は株主權の如き所謂團體法上の權利たることもあるが、是等の權利も亦法の體系上の夫々の分野に屬し、其の固有の法域内の諸法則に服すべきものであつて、權利が證券に依りて表彰せらる

るの故を以て、全然其の固有の法域を脱すべき理由はない。併し要件証券に於ける証券の使命は、單に權利の立證方法たるに止らず、証券自體が權利の變動に付ての實體法的要件をなすものであるから、權利の歸屬、行使の方法、移轉の方式、效力又は義務の履行等に就き、証券の占有又は証券の外形(文言)等により制約を受くる程度が深刻強烈とならざるを得ぬ。その結果要件証券に付ての法律關係は夫々の權利に付ての一般法則の適用のみに依りては、到底之を理解することの出來ぬ特殊現象を生ずるに至るものである。

抑々要件証券に付ての權利關係の特殊性は、証券に對する權利又は証券上の權利そのものの内在的の性質に由來するものではない。是等二系列の權利關係は、上述の如く、夫々の分野に於て各々の法域内に於ける諸法則に服すべきものである。然るに一般的の性質を有する是等二系列の權利が、一度証券を介して結合せられると、權利自體の性質には何等の變質を來すことなきに拘らず、之に適用せらるべき法則には、多少の歪曲を免れない。而して適用法則上の歪曲は専ら權利が証券に結合せらることを契機とするものであるから、要件証券上の法律關係の特殊相は、証券を媒介とし証券の側面より觀察することに依りてのみ、之を合理的に把握することを得るものと謂はねばならぬ。即ち權利の証券化技術の本質及び機能を確認し、之を出發點として証券に付ての法律關係を検討する企てが必要である。

而して此の方法に依りて各種の證券に關する實定法上の諸法則を分析批判し、更に之に綜合統一を施すならば、茲に證券法理てふ独自の法域が建設せられることになる。又斯くの如くにして把握せられたる證券法理の體系は、決して單なる物權法又は債權法と謂ふが如き、證券を對象とする權利の系列と、證券上の權利の系列とに付ての、各法域内に於ける一般的法則の單純なる總和から成るものではない。それは何れの分野にも還元し盡すことの出來ぬ独自の體系であつて、證券法とも名付くべき、獨立の法域たる所謂第三帝國であらねばならぬ。

(二) 證券法理の統一的研究に當り、基礎概念として、如何なるものを取り上げべきか。獨逸法學界に於ては、有價證券(Weltpapier)が、證券法上の王座を占め、而して之が證券法探究の中心概念となされてゐることに付ては、殆んど異論の余地はないであらう。又我國に於ても其の遺録を受け、證券法と言へば有價證券法を以て答ふるが通例である。而して有價證券概念を如何に規定すべきかに付ては、多少の異説がない譯ではないが、證券上の權利の行使又は移轉に付き、證券の占有を伴ふことを實體法的要件となすこと、即ち權利の行使又は移轉に關する行爲が、證券の占有を離れては完成することが不可能なる程度に、證券と證券上の權利との間に實體法的結合性を有することを以て、有價證券の資格要件となすべきことに通説は落ちてゐるやうに思はれる。

更に眼を轉じて英米法學界を見るに、日獨法制の上に於ける前述の有價證券に該當すべき用語又は概念は、之を見出すことは出来ぬ。併し流通證券なるものが認められ、之が證券法研究の基礎概念とせられ、殆ど日獨法制の下に於ける有價證券概念と同様の役割を演じてゐる。又亞米利加の諸州に於ては、流通證券法 (Negotiable Instrument Law) と稱する法典が存する位である。

今有價證券と流通證券とを比較するに、流通證券は後に明白にせらるるであらうやうに、有價證券よりは遙かに狹隘なる觀念である。英米法上の流通證券は、其の要件として種々の屬性を具有することを要するものであるが、先づ證券と證券上の權利との關係に付て言へば、少くとも證券上の權利が證券の引渡に依りて、完全に移轉せられ得ること、即ち證券上の權利の移轉に付き證券の引渡を要件と爲すものである。斯くの如く英米法上の流通證券は、權利の移轉に付き證券の占有の移轉を以て實體法的の要件となすものであるから、日獨法上の有價證券としての要件を完備せることを前提とするものと謂はねばならぬ。即ち流通證券は、有價證券中の特殊の部門を構成するものであつて、有價證券を以て類概念 (generic concept) とするならば、流通證券は其の下級概念たる種概念 (specific concept) に該當する。

(三) 有價證券と流通證券とは、上述の如く相互の間に類種

の關係を有し、論理的體系の上に上級下級の區別はあるが、決して兩者は排他的の概念ではない。従つて證券法理の研究上兩者を併せ用ふることは、毫も支障なきところである。又既に一言し置きたる如く、單純證據證券に對比するものとして、吾々は要件證券なる極めて廣汎なる概念を立てることが出来る。而して證券を證據證券と要件證券とに分類することは、證券の機能的觀察の上から極めて重要なることであつて、證券法理の統一的研究上是非とも採用せねばならぬ最高位の分類である。今此の分類方法を採用する場合に於ては、有價證券は其の下位に位するものとして、當然要件證券の中に包攝せられて終はねばならぬ。従つて今要件證券、有價證券及び流通證券の三概念に付き、其の論理的の體系付を行ふならば、先づ要件證券が有價證券と非有價證券との二大分野に分たれ、而して其の一半たる有價證券が又更に流通證券と非流通證券との二部門に分たるることになるのである。

そこで私は、一つの疑問を提起してみたく思ふ。證券法理の探究に當り、我々は有價證券と流通證券との中、其の何れの概念を以て出發點と爲すべきか。換言すれば證券法理の探究又は實定法の解釋運用上、果して其の何れが最も多く寄與するであらうか。私の臆測するところによれば、證券法上の殆ど總ての特殊現象は、證券の流通性を前提としてのみ、重要性があり、又流通性に關聯せしむるに非ざれば、到底之を合理的に理解す

ることが不可能ではないかと思ふ。例へば従來有價證券についての特殊現象として指摘せらるるものに、取立債務の原則（商二七八條二項）、履行請求に付ての證券呈示の必要性（商二七九條）、證券喪失の場合の特別救済（民施五七條、商二八一條）、證券の原始的取得性（商二八二條、四四一條）、證券の文言に依る權利範圍の確定作用（民四七二條、商三三四條、三六二條、四三五條等）履行の要件としての證券の受戻性（商三三四條、三七九條、四八三條等）等がある。而して是等の特則は、何れも證券の流通性を前提とするに非ざれば、到底合理的に理解することの困難なるもののみである。尙其他の證券法上の個々の法則も亦、一々取上げ來つて其の根據を吟味するならば、總ての特殊性は窮極に於て證券の流通性に由來するか、然らずんば要件證券概念によつて説明し盡すことを得ることとなり、後には有價證券概念の助力を仰ぐべき、何物も残らぬ様になつて終ふのではないかとの疑念をさへ生ずる位である。若し此の臆測が誤りないものとすれば、有價證券概念は、結局無用の長物となり終らざるを得ぬであらう。又全然之を排棄せざるまでも、少くとも従來の如く之を以て證券法理研究の出發點又は主要概念たらしむることは、之を避けねばならぬかと思ふ。併し此點に付ては、他日稿を改めて検討を遂ぐることとし、本稿に於ては私が將來證券法上最も重要な役割を演せしめんと意圖して居る流通證券に付き、先づ英米法の業蹟の一端を窺ふに止めたいと

思ふ。

(四) 流通証券 (negotiable instrument) とは、如何なる性質を有する証券を指すか。流通証券又は証券の所謂流通性 (negotiability) の概念規定の仕方に付ては、英國の學者間に在りても、未だに甲論乙駁の状態で、定説を得て居らぬ。併し私の見る所に依れば、流通証券の定義に付ての論争は、其の提案せられたる定義が流通証券の諸々の特質を遺漏なく指摘包攝して居るかどうかの定義の仕方の巧拙に關する論争か、さもなければ定義に用ひられてゐる用語の妥當性に付ての揚足的論争に過ぎないやうである。斯く言へばとて、私は決して定義の精確の重要性や用語の周到なることの必要を、無視又は輕視せんとするものではない。後にも詳述するであらうやうに、苟も定義を持つことの必要なる限りに於ては、其の完璧を期さねばならぬことは、單に學徒の論理的欲求を満足せしむるが爲めのみならず、實際的にも極めて重要なことではある。併し流通証券たるが爲めに、証券が具有せねばならぬ諸特質をさへ、的確に把握し得たる場合に於ては、之を組み合せたるに過ぎざる定義の如きは、第二義的の意義しか持たぬことになる。又英米に於ても種々の定義が提唱せられ、花々しき論争が試みられて居るに拘らず、流通証券が具備せねばならぬ具體的要件に付ては學說判例共に其の歸趨を一にして居る。従つて本稿に於ても劈頭より定義に就ての論争に突入することを避け、先づ流通証券の諸屬

性を検討したる上で、諸家の定義を再吟味することにする。

尙茲に商業證券 (commercial paper) なる用語に付て一言する必要がある。commercial paper なる語は、米國の學者が好んで用ふる語であるが之は流通證券 (negotiable instrument と全く同義語 (synonymous term) として用ひられるのが普通である (Eaton & Gilbert, On Commercial Paper, p. 2. Tiedelman, On Commercial Paper, p. 1)。併し時としては倉庫證券 (warehouse receipts) 船荷證券 (bills of lading) の如き、非流通證券を含めて、廣義に用ひられることもある。

第一節 流通證券の要件

第一 總 說

流通證券の要件的屬性として、三個の特質を指摘することが出来る。而して其の一は證券の内容に關するものであり、其の二は讓渡手續に關し、其の三は讓渡の效力に關するものである。流通證券は其の證券の内容が、金錢の支拂又は金錢證券の給付を目的とすること、即ち金錢又は金錢證券の給付約束を表彰する證券たることを要する。今之を要約して、金錢證券性と名付くことにする。流通證券の第二の特質は、證券上の權利が證券の單純引渡 (mere delivery) 又は裏書を伴ふ引渡 (delivery with indorsement) に依りて、完全に讓渡せられ得ることである。而して此の權利讓渡手續の簡易性を、證券の引渡に依る讓

渡可能性 (transferability or assignability by delivery) と略稱することにす。更に流通證券の第三の特質は、證券讓渡の效力の特異なること、即ち證券の讓渡人の權原 (title) が欠缺し、又は權原に瑕疵 (defect) 若しくは抗辯 (equities) が附着せる場合に於ても、讓受人が讓渡人の權原上の故障に影響せらるることなく、完全なる權利を取得し得ることである。而して此の第三の特質は、抗辯洗滌性 (free from equities) と名附くべきものであらう。而して此の抗辯洗滌の作用こそは、流通證券の三特質中最も重要なるものである。

上述の如く流通證券に在りては、其の讓渡の結果讓渡人の權原に付いての一切の瑕疵が洗滌せられ、讓受人に於て之を承繼し又は權利取得の妨害とならざるものであるが、併し此の所謂抗辯洗滌の作用は、無條件的のものではなく、四個の要件が必要と爲される。即ち(1)證券の讓渡方式を完備せること、(2)證券の形式が完全にして且つ外觀上異様ならざること、(3)讓受人が善意なること (4)有償的に取得したることの四要件を具備せることを前提とし、若し是等の四個の要件中何れか其の一を欠缺せる場合に於ては、假令流通證券と雖も、抗辯洗滌の作用を伴はず、其の讓渡の效力は債權一般の原則に従ふべきものである。

有價證券を以て證券法の基礎概念とする日獨法制の下に於ても、流通證券なる語は法規の解釋運用の便宜上一般に用ひらるるところである。而して學者の所謂流通證券は、専ら讓渡手續

の簡易性、即ち證券上の権利が證券の裏書又は交付に依りて完全に譲渡せられ得ることを以て、概念構成の契機と爲すものである。要するに日獨學者の所謂流通證券は、英米法に於て最も重大視されて居る抗辯洗滌性を其の要件に數へざるものであつて、従つて英米法上に於ける流通證券よりは遙かに廣汎なる概念である。尤も茲に所謂抗辯洗滌の作用は、證券上の権利が、證券の引渡又は裏書手續のみに依りて輾轉せられ得ることの、必然の結果ではないかとの疑を生ずる餘地が十分ある。何故ならば證券が引渡に依りて輾轉せらるる場合に於ては、證券取引は結局證券の外觀を信賴して營まるることとなり、従つて法律上も亦證券の外觀を信賴して之を取得せるものを保護する必要を生じ、而して此の場合に於ける證券取得者の保護は、茲に所謂抗辯洗滌の作用てふ法的技術に依るの外はないからである。而して此のことは我法制の下に於ては、單なる疑たるに止らず、吾々は何等の躊躇を要せずして、肯定的に論斷することを得る。

抑々英米法に於ける流通證券の抗辯洗滌作用は、我法制に之を照せば、二個の法則に依りて代當せられ得る。即ち其の一は證券の即時取得又は原始取得と稱せらるる商法第四四一條の法則が之に該當し、其の二は證券の債權的效力又は形式權性と稱せらるるもの、即ち證券取得者の権利の範圍は専ら證券の文言に依りて之を決定すべきものとせられ（商三三四條、四三五條

等) 證券の債務者は、證券の性質より生ずる當然の結果又は證券に記載ある事項以外の事由を以て、證券取得者に對抗することを不得ざる(民四七二條)の法則がそれである。而して是等二個の法則は、證券上の権利が證券の裏書又は引渡のみに依りて完全に譲渡せられ得る場合即ち指圖證券、無記名證券及び選擇無記名證券に付ての通則だと解されてゐる。従つて證券の引渡に依る譲渡可能性を具有する場合に於ては、所謂抗辯洗滌性が必然的に之に隨伴するものと謂はねばならぬ。斯くの如きが故に、證券の引渡に依る譲渡可能性のみを基礎として構成せられたる我國學者の所謂流通證券も亦、結果に於ては英米法上の流通證券と其の内容を一にするものと言ふことを得るが如くである。然るに英米法に在りては、抗辯洗滌作用は證券の引渡に依る譲渡可能性に、必然的に隨伴するものとは限らない。引渡に依る譲渡可能性を有するに拘らず、抗辯洗滌性を有せざる證券も其の例に乏しくない。従つて抗辯洗滌性を流通證券の要件と爲す限りに於ては、必ずや其の定義中に引渡に依る譲渡可能性と同格的に之を指摘することを要するのみならず、又彼の所謂流通證券は、我國の學者の所謂流通證券よりは遙かに其の範圍の狹隘なることを知らねばならぬ。

更に金錢證券性を流通證券の要件の一に數ふことも亦、抗辯洗滌性を以て流通證券の重用要件と爲すことの結果であると謂ふことが出来る。このことは後に詳述するであらうやうに、

沿革上の理由と立法政策上の理由に由來するものであるが、兎に角抗辯の洗滌といふが如き重大なる效力は、證券が金銭の代用作用を有するものに限らるべきものとせられてゐる。即ち金銭證券以外の證券については、金銭證券ほどに其の取得者の地位を保護し、證券取引の動的安全を保護するの必要を認めてゐないのである(註一)。

(註一) 我商法の下に於ても、抗辯洗滌作用の一部たる原始的取得性(商四四一條)は、所謂流通證券一般に適用せられずして、金銭給付證券、物品給付證券及び有價證券給付證券のみに限定せられてゐる。

上述の如く英米法上の流通證券は、金銭證券にして證券の引渡に依る讓渡可能性と抗辯洗滌性とを兼備することを要し、而して抗辯洗滌性に特に重點を置くものであるから、negotiability(流通性)又はnegotiate(流通する)等の語を用ふる場合に於ても、單に裏書又は交付による讓渡のみを指すに非ずして、其の讓渡の效力たる抗辯洗滌の作用をも、當然に包まれてゐるものと解せねばならぬ。換言すれば assignability or transferability by delivery と negotiability とは全然區別せらるべきものであつて、前者は讓渡手續のみに關する觀念なるに反し、後者は更に讓渡の效力に關する觀念をも包含するものである。即ち之を公式を以て表示すれば「negotiability=assignability by delivery+freedom from equities」である。然るに實際に於ては negotiability なる語が、恰も assignability by delivery と同義語なるが如くに用ひらるることあり、又法典の上に於てすら、

かかる用例を見出すことが出来る(註二)。併し之は negotiate 又は negotiability なる語の濫用として、英國學者が非難し且つ警戒を怠らざるところである。

(註二) 一八八二年の Bill of Exchange Act 第三一條は、裏書又は證券の引渡による譲渡を negotiate 又は negotiability なる語を以て表現してゐる。

抗辯の洗滌作用は上述の如く流通證券の不可缺的の要件であるが、此の作用が、單に部分的にのみ認めらるる場合がある。而して抗辯洗滌作用を全面的に有せず、單に一部分に付てのみ認めらるるに過ぎざる證券は、半流通證券 (semi-negotiable instrument) と稱せられる。船荷證券は其の最も顯著なる例である。この點については後に詳述する機會がある。

第二 金錢證券性

(一) 流通證券が契約債權 (contractual obligation) を表彰し、且つ其の債權が金錢の支拂 (payment of money) 又は金錢證券の給付を目的とする (delivery of securities for money) 證券たることを要することに於ては、殆ど異論を聞かない。寧ろ此點は當然のこととして、流通證券の定義中に特に之を示さざるが普通である。斯くの如く流通證券は、金錢の給付又は金錢證券の給付を目的とする證券のみに限定せらるるものであるから、假令其の他の點に於て流通證券と共通の特質を具有する場合と雖も、物品の給付を目的とする證券の如きは、流通證券として取扱ふことを得ざるものである (Goodwin v. Robarts, 1876)。從

つて貨物引換證、船荷證券 (bill of lading) 又は倉庫證券 (warehouse receipt) の如きは、既に此の點に於ても流通證券たるの資格なきものである。

流通証券が金銭給付の約束証券に限定せらるる結果、株券の流通証券性に付いては疑ひなきを得ない。蓋し株券の表彰する株主權は、單純なる金銭債權と言ふことを得ぬからである。又一八九一年 Simmons 對 London Joint Stock Bank 事件に於ても同趣旨の疑問が Lord Bowen に依つて提起せられたることがある (Jacobs', p. 19. footnote 參照) (註一)。併し株券の表彰する株主權は、會社存續中に於ける利益配當請求權及び解散の場合に於ける殘餘財産の分配請求權を包含し、又此の金銭債權を包含すればこそ、株券は取引の客體としての重要性を有するものであるから、金銭給付證券の一種として取扱はるべきものである。而して判例も亦無記名株券 (share warrant) (註二) を流通証券としてゐる。

(註一) 茲に Jacobs' と引用せるは A Short Treatise on The Law of Bills of Exchange, Cheques, Promissory Notes and Negotiable Instruments Generally を指すものである。以下之に準ずる。

(註二) 無記名證券を流通証券とせる判例としては、Webb, Hale & Co. v. Alexandria Water Co. 1905 を掲ぐべきであらう。

尙記名株券が流通証券たらざるは、其の讓渡の手續に付き流通証券たるの要件を具備せざること、即ち證券の引渡のみに依りて株主權の完全なる移轉を生ぜざるに依るものであつて、金銭證券たらざるが爲めではない。尙此の點に付ては後に之を詳述する。

(二) 流通證券には金錢の支拂を目的とする證券の外、金錢債權を表彰する證券の給付を目的とする證券がある。而して金錢證券の給付を目的とする證券とは、假株券 (scrip certificate for shares) と假公債證券 (scrip for bonds) の如きものである。假株券は、株金を割賦にて拂込ましむる場合に於て、第一回の割賦を拂込みたる者に、交付せらるる證券であつて、其の證券の所持人が殘餘の割賦の全額を拂込みたる場合、本株券を交付すべき趣旨を記載せるものである、此の種の假株券が無記名式にて發行せられたる場合に於ては、證券の引渡のみによりて輾轉讓渡せられ、其の所持人は未拂割賦の支拂と引換に本株券を受くるの權利を取得することを得るものである。而して假株券と引換に、其の所持人に交付せらるべき本株券は、無記名株券 (share warrant) たることあり、又は記名株券 (share certificate) たることもある。其の何れたるを問はず、假株券は金錢證券の給付を目的とする證券として、流通證券たることを得るものである (Rumball v. Metropolitan Bank, 1877. Jacobs', p. 19)。元來記名株券は其れ自體流通證券たることを得ないが、記名株券の給付を目的とする假株券は、それが持參人式なる限り、流通證券と爲される。

假公債とは、公債の募集が分割拂込の方法に依る場合に於て、第一回の割賦支拂者に先づ假券を交付し、而して殘額の拂込が完了せられたるときに、其の所持人に公債證書の本證券を交付

する仕組のものである。此の種の假公債證書にして、英國の判例上流通証券たることの確認を得たるものに、露國政府の假公債 (Scrip of Russian Government for bonds payable to bearer) (Goodwin v. Robarts 1875) とオーストリー、ハンガリーの假公債 (Austro-Hungarian scrip) とがある。

(三) 尙流通證券上の債權は金錢の支拂又は金錢證券の給付を目的とする外、其の債權が契約に基き (of contractual nature) 且つ證券自體が其の給付約束を表彰することを要する。従つて金錢の支拂約束を包含せず、單に債務の存在を承認せるに過ぎざる債務承認書 (acknowledgement of debt) 又は計算書 (account stated) の如き、所謂 I. O. U. は流通證券たることを得ざるものである (註三)。但し I. O. U. と雖も其の記載金額に付き、單純なる支拂約束文言 (unconditional promise of payment) を附記せる場合に於ては、約束手形的一種として流通證券たることを得るものである (Brooks v. Elkins, 1836. Jacobs', p. 47) (註四)。

(註三) I. O. U. は To Mr. A. I. O. U. £ 250. (Signed) B. の如き體裁の證書である。

(註四) I. O. U. £ 250. の後に to be paid on the 22nd inst. の如き文言を追加したる場合に於ては、單純なる支拂約束を包含することとなり、約束手形たる性質を有するに至るものである。

米國に於ても Due bill が流通證券なるか否かに付き、論争がある。Due bill は Due A. \$ 250 payable to his order (signed) B

の如き形式の證券であつて、前述の I. O. U. と同じく、其の實質は債務承認書である。併し之も亦單純なる支拂約束を包含する場合に於ては、約束手形の一種として流通證券とせられる (Eaton & Gilbert, On Commercial Paper pp. 25. 26)。

英國法に従へば、英國裁判所に於て外國の政府を訴ふことは許されない。従つて外國政府の發行せる公債の所持人は、外國政府が支拂を怠りたる場合に於ても、其の支拂を強制するの途はない。故に外國公債は、一定金額の支拂約束を表彰するものではあるが、其の約束たるや單なる道德上の約束 (engagement of honour) たる性質を有するものと見るの外はない (Twyeross v. Dreyfus 1877. Chalmers', p. 377) (註五)。即ち所持人は外國政府に對して、支拂を求め得べき権利はあるが、其の保護を求むる爲めの訴權を有しない。別言すれば、此場合法律上強制し得べき (enforceable) 契約が存在せぬのである (Willis's p.44) (註六)。従つて流通證券上の支拂約束は必ずしも所持人が其の契約に基きて訴ふことを得るものたることを要するものと解してはならぬ。Blackburn が流通證券を定義して習慣上證券が金錢の如く引渡のみに依りて輾轉し、且つ其の所持人が單に所持人たる資格に於て訴ふことを得る證券を謂ふと爲せるに對し、Chalmers は外國政府の公債證書に對する通用を顧慮して、Blackburn の定義は所持人に依りて訴ふことを得る云々の部分に付き、修正の必要あるものとしてゐる (同氏前掲 p. 372)。

(註五) 本稿に於て Chalmers' と引照せるは、其の Bill of Exchange, 9th edition を指すものである。

(註六) 又 Willis' とは、Willis' Law of Negotiable Instruments, 5th edition を指すものである。

(四) 上述の如く流通證券は、直接又は間接に金銭の給付を目的とする證券に限らるるものであるが、然らば何故に金銭證券に限りて流通性を認むるか。私の臆測する所に依れば、此の制限は流通證券の沿革と、其の經濟的の機能とに由來するもの様に思はれる。

抑々債權の讓渡性並に其の抗辯の洗滌作用と言ふが如き現象は、英國普通法の認めざりし所であつて、唯中世紀に於ける商人間の慣習に基き、僅かに手形に付てのみ之を認めたるに過ぎない。従つて手形は流通證券の元祖たるのみならず、現今に於ても最も典型的の流通證券として、其の王座に位するものである。而して手形に付き例外的に認められたる流通性の理論は、其の後商慣習の發展に依りて漸次に手形外の證券にも適用せられ、茲に流通證券の範圍が擴大せらるるに至つた。併し手形外の證券に付て流通性を認むるに當つても、英國の裁判所は極めて控目的の態度を持し、常に其の證券が慣習上手形と同様の取扱を受くることの立證を必要とした。而して流通證券の擴張過程が漸次的にして且つ躊躇的なりしことは、其れ自體新種の流通證券が有せざるべからざる性質を、暗示するものと言ふことが出来る。即ち新種の證券が慣習上手形と同様の流通性を獲得

するに付ては、其の證券が手形に近似せる性質又は機能を有するか、又は少くとも手形と相去る遠からざるものたらねばならぬ。而して手形の證券としての特質は、其れが金銭支拂證券であり、且つ金銭の代用たる作用を有する點に存する。従つて手形以外の證券が流通證券として取扱はるに付ても、手形を同じく金銭の支拂を目的とし、且つ取引上金銭の代用たる機能を有するものに限られねばならぬ。

尙流通證券の最も重要なる特長は、引渡に依つて輾轉し得ること及び讓渡人が無權利者なる場合に於ても、讓受人が完全なる權利者たることを得る點に存するのであるが、斯くの如き強度の流通性は、英國法の下に於ては獨り貨幣 (money) のみが之を有するに過ぎない (Willis' p. 46)。而して流通證券に付き、斯くの如き強度の流通性を認め、全く金銭と同一の法則に服せしむるに至れる理由は、結局流通證券が商取引界に於て金銭類似の機能を營むが爲めに外ならぬ。而して證券が金銭類似の作用を有すとは、其れが金銭の代用物として授受せらるることを指すものであつて、此の點よりするも金銭證券に非れば、流通證券たることを得ざるものと謂はねばならぬ。Jacobs は證券の金銭の代用作用を指して流通證券の商的機能 (commercial function) と謂つて居る (Jacobs', p. 18)。

第三 證券の引渡に依る讓渡可能性 (transferability by delivery)

(一) 流通証券の第二の特質は、証券上の権利の移轉手續が極めて簡易なる點に存する。即ち流通証券上の権利が、証券の引渡に依りて法律上完全に移轉し、債務者に對する讓渡の通知 (notice of assignment) の如き手續を要せずして、讓受人は單に証券の所持人たる資格に基き、自己の名を以て証券上の権利を行使することを得るものである。後に詳述する如く、普通法 (Common Law) の傳統の見地よりすれば、債權の讓渡性を認むる點に於て、既に一大變則たるを失はぬ。然るに流通証券上の債權は、其の讓渡が極めて簡易に行はれ、債務者に對する何等の手續を要せずして、單に証券の引渡のみに依りて、之を讓渡することが可能とせられる。従つて債權關係は、証券の引渡に依りて輾轉移動し、債務者は常に未知の債權者に對して債務を負擔すべき運命に服するものであつて、此の點は實に傳統の債權理論に關する變則中の變則とも稱すべきものである。

(二) 流通証券は上述の如く証券の引渡に依りて、証券上の債權の完全なる移轉を行ふことを得るものであるが、茲に所謂証券の引渡なる語に付ては、附言を要するものがある。即ち指圖証券の場合に於ては、証券の單純引渡のみに依りては、証券上の権利の完全なる移轉を生ずるものではない。此の場合に於ては、裏書の手續を履踐することを要する。従つて正確を期するが爲めには、指圖証券に付ては、裏書を伴へる引渡と言ふべきである。併し証券上の權利者指定の方式が、無記名即ち持參

人拂式 (payable to bearer) 又は權利者の記載欄が白地なる場合 (in blank) (註一) に於ては、證券上の權利は證券の單純引渡 (a mere delivery of the instrument) に依りて移轉せられ、指圖式の場合に於ける如く裏書を必要としない。

(註一) 記名式なるべき證券が、權利者を記載せず白地の儘にて發行せらるることがある。而して此の種の證券は白地を補充して權利者の氏名を記入せざる間は、恰も無記名式と同様に證券の引渡のみに依りて流通することを得る。併し一旦其の白地が補充せられ、氏名の記入ありたる後に於ては、單に證券の引渡に依りて讓渡することを得ざることとなり、流通性を失ふに至るものである (Willis, p. 45)。

指圖證券を裏書を爲さずして單に證券を引渡したる場合に於ては、其の讓渡は必ずしも全然無効に歸して終ふ譯ではなく、衡平法上の讓渡 (equitable assignment) たるの效力は認められる。即ち讓受人は讓渡人に對して裏書を爲さしめ得る權利を取得する外、讓渡人を名義上の原告 (nominal plaintiff) として債務者に對して訴を提起することに付き讓渡人に助力を求むる權利が認められ、而して讓渡人が助力を拒絶したる場合に於ては、讓渡人と債務者とを共同被告として訴ふことを得るものである。併し此の場合、讓受人は證券所持人たる資格に於て自ら債權者として單獨に權利を行使することは出來ぬ。従つて法律上完全なる權利の移轉ありと言ふことを得ざるのみならず、流通證券の第三の要件たる抗辯洗滌の效力を生じない。要するに指圖證券にありては、其の流通性を完全に發揮するが爲めには、

證券の單純引渡を以て足れりとせず、裏書を記載せることを以て絶對的の要件と爲すものである。

上述の如く指圖證券は、裏書を記載せざる限り流通證券の本質的效力を生ぜざるものであるから、指圖證券は裏書を記載するに依りて始めて流通證券たるに至るものであつて、裏書を記載せざる間は之を以て流通證券と謂ふことを得ずと解する學者もある (Willis p. 7)。而して此見解は流通證券の要件たる證券の引渡に依る讓渡可能性を以て、證券が既に具體的に引渡し得べき状態を具現せることを必要となすものである。併し引渡に依る讓渡可能なる要件は、證券の性質上潜在的に存するを以て足り、必ずしも證券の形式が既に之を具現せることを要せざるものと解するが通説である。而して指圖證券は所持人が何時にても裏書を記入するに依りて、引渡に依て讓渡を可能ならしめ得るものであるから、當初より引渡に依る讓渡性を潜在的に保有するものと謂はねばならぬ。若し Willis の謂ふが如くんば、指圖證券は其の所持人が裏書を記載したるときは、流通證券となり、一旦之を被裏書人に引渡したるときは、其の流通證券たるの性質を喪失し、同一證券が時々刻々に其の性質を變ずるが如き奇觀を呈せざるを得ぬ。尙此點に付ては次節に於て Willis の定義を批判するに當り、詳論する機會がある。

尙茲に所謂指圖證券とは、必ずしも證券自體に指圖文句を包含する場合即ち形式上の指圖證券を指すに止らず、法の規定に

依りて裏書に依る讓渡性を附與せられたる場合、即ち法律上當然の指圖證券をも包含するものである。而して手形は法定の指圖證券の最も顯著なる例である。即ち手形法第八條第四項に依れば、手形は記名式なる場合 (payable to a particular person) と雖も、讓渡禁止文言の記載なき限り (not containing words prohibiting transfer or indicating an intention that it should not be transferable) 指圖證券と看做さるるものである。

(三) 記名株券が流通證券たることを得るや否やに付き、嘗て争はれたことがある。併し記名株券は、單に株券の引渡のみに依りて、株主權の完全なる移轉を生ずることなく、會社の帳簿上の名義書換手續を必要とするものであるから、流通證券に非すと判示せられて居る。而して此の點に付ての authority としては、London and County Bank v. River Plate Bank, 1887 を擧ぐることが出来る。同事件に於ける係争の記名株券には、株券名義人の署名せる白地式の讓渡證 (transfer in blank) が添付せられ居りしのみならず、又此の種の讓渡書を添付せる株券は、實際取引界に於ては、引渡のみに依りて輾轉流通する旨の慣習の在することが主張せられたのであつたが、裁判所は其の流通性を認めなかつた。

第四 抗辯洗滌性 (free from equities)

(一) 流通證券の第三要件は、讓受人が讓渡人の權原に付て存する瑕疵の影響を受くることなく、其の證券に付き完全なる

權利を取得することを得る點に存する。即ち讓渡人が無權利者たる場合に於ても、讓受人は其の證券上の權利を取得することを得、又證券の債務者が讓渡人に對して對抗することを得べかりし事由と雖も、讓受人は之を以て對抗せらるることなきものである。而して流通證券の讓渡に伴ふ此の特殊の效力を便宜上、抗辯の洗滌と名付くるに過ぎない。

抑々何人と雖も自己の有せざる權利を他人に與ふことを得ず (*nemo dat quod non habet*) とは、法律上の一般的公理である。従つて此の原則に従へば、讓渡人が無權利者たる場合に於ては、讓受人も亦何等の權利をも取得することを得ざるべく、又債務者より債權者に對して對抗することを得べき抗辯事由は、總て讓受人に對しても對抗することを得べき理である。若し債權の讓渡に依り、讓渡人に對して對抗することを得べかりし事由が、讓受人に承繼せられざるときは、讓渡人は自己の有せし權利よりも、より強大なる權利を與ふこととなり、前述の公理に反せざるを得ない。併し流通證券は、前述の如き所謂抗辯洗滌の作用を有するものであるから、此の *nemo dat quod non habet* の原理に對する一大特例を爲すものと謂はねばならぬ。

(二) 尙此の原理に對する例外として、流通證券の外に三個の場合が指摘され得る(註一)。其の第一は *sale in market overt* の原則である。即ち動産を公開市場 (*market overt*) に於て其の市場の慣習に従つて買受けたる場合に於て、若し其の買受人が

善意なる限りは、賣主の權原の欠缺又は瑕疵 (want or defect of title) に依りて何等影響を被ることなく、買主は完全なる權利を取得することを得る。第二は詐欺に基く賣買に付き、買主が契約を取消す以前に賣主が目的物を他に轉賣したる場合に於ては、善意の轉得者は轉賣者と所有者との間の賣買の取消に依り何等影響を被ることなく、完全に目的物の所有權を取得することを得ることである。第三は船荷證券 (bill of lading) の讓渡に依り、其の荷送人の有せし運送差止權 (right of stoppage in transitu) が消滅する場合である。即ち船荷證券の讓渡ありたる場合に於て、讓受人は讓渡人たる荷受人の如く荷送人の運送差止權に依つて、對抗せらるることなきに至るものであるから、讓渡人たる荷受人よりも其の讓受人は、より強大なる地位を獲得することを得るものである。

(註一) 茲に掲げる三個の例外は、Justice Willes が *Fuentes v. Montes* 事件の判決中に指摘せるものである (Willis, p. 50)。

今上述の三例外と流通證券の抗辯洗滌作用とを比較するに、其の間に重大なる差異の存することが看取される。第一及び第二の例外は其の結果に於て流通證券に於ける抗辯洗滌の作用と殆ど同一に歸着するが、併しそれは取引の目的物の性質自體に由來する現象ではなく、單に之を取得せる事情の特殊的なるに依りて、偶々抗辯洗滌の效力を生じたるに過ぎない。併し流通證券の抗辯洗滌の效力は、此の種の特殊の場合のみに限定せら

ることなく、總ての有償取得に伴ふものである。第三の例外たる船荷證券の讓渡に依る運送差止權の消滅作用は、證券其れ自體の性質から由來するものと看ることを得べきものであつて、此の點に於て流通證券の抗辯作用と何等相違ぶところはない。併し船荷證券にありては、單に運送差止權の消滅を來すに止るに反し、流通證券にありては其の抗辯洗滌の作用は、全面的に生ずるものであつて、此の點に於て兩者は相異なるものである。而して流通證券の如く其の讓渡の結果、全面的且つ一般的に抗辯洗滌作用を伴ふ財産は、單に貨幣あるのみである。其の他の財産は假令讓渡人の權原の欠缺又は瑕疵に拘らず、讓受人が完全を取得することを得ることがあつても、其れは單に其の取得の特殊事情に由來するものであつて、流通證券又は貨幣の如く目的物自體の通有性の結果と看るべきものではない。従つて嚴格なる意味に於て、negotiability 又は negotiable なる語に妥當する財産は、流通證券と貨幣のみに限定せらるべきである (Willis', p. 46)。

(三) 流通證券に於ける抗辯洗滌作用は、既に一言し置きたる如く、嚴密に之を分析すれば、二種の法則を包含するものである。即ち無權利者より權利を取得することを得るの法則が、其の一であり、讓受人が讓渡人の權原に付て存せし抗辯事由を承繼することなく、證券の債務者は讓渡人に對抗すべかりし抗辯と雖も、讓受人に對抗することを得ざるの法則、即ち抗辯の

制限が其の二である。而して讓渡人が無權利者なるに拘らず、讓受人が流通證券に付き完全なる權利を取得する場合に於ては、其の權利取得の性質は承繼的取得を以て論すべきものではない。此の場合、讓受人は流通證券の性質に基いて、原始的に證券に付ての權利を取得するものと謂ふの外はない。従つて此の點に於て流通證券の抗辯洗滌作用は、我商法四四一條の適用と全く同一に歸着する。又抗辯の制限作用は、證券讓受人の權利を證券の記載文言に依りて確定することの要請である。即ち證券に記載なき事由又は證券の性質上當然之に附着する事由（所謂物的抗辯）を除き、單に讓渡人と證券の債務者との主觀的關係に由來する抗辯事由（所謂人的抗辯）は、債務者より證券の讓受人に對して主張することを禁止することに外ならぬ。従つて此點に於て流通證券の所謂抗辯の洗滌作用は、證券の文言性又は形式權性と稱せらるるものであり、結局我民法第四七二條、商法第四三五條、四四〇條又は第三三四條と同一の系統に屬する法則である。

（四） 上述の如く流通證券の讓受人は、讓渡人の權原の欠缺又は瑕疵に拘らず、獨立的に證券に付ての權利を取得することを得るものであるが、然らば讓受人が取得することを得る權利とは、如何なる權利を指すか。流通證券に付ては、證券に對する權利と證券の表彰する權利との二種あるものであるから、讓受人の權利に付ても此の二方面から觀察せねばならぬ。而して

譲受人が証券所有權又は証券を留置するを得るの權利(right-to retain the document)を取得し、何人と雖も之に對して其の証券の返還を求むることを得ざるに至るべきことは敢て言ふまでもない。

更に証券上の權利に付て見るに、譲受人の取得すべき權利の性質は、証券處分行爲の内容如何に依りて自ら異らざるを得ない。即ち証券處分行爲が賣買の如く証券其れ自體の讓渡なる場合に於ては、譲受人は証券の表彰する債權を全部的に取得することを得る。之に反し處分行爲が權利の讓渡に非ずして單に擔保の設定なる場合に於ては、譲受人は証券上の權利を全部的に取得することなく、單に其の處分行爲に依りて定められたる種類及び範圍の擔保權を取得するに過ぎない。

處分權原を有せざるものが、他人所有の流通証券を自己の債務擔保の爲めに、之を債權者に提供したる場合に於て、其の債權者が其の証券の所有者に對し、對抗することを得る擔保權を取得し得るや否やに付て、嘗つて争はれたることがある。併し此の點に付ては、既に一八二〇年の *Wookey v. Pole* 事件に於て肯定的に判示せられてゐる。又一八九一年 *Simmons v. London Joint Stock Bank* 事件に於ても、抗辯洗滌の法則は擔保設定の場合には、之を適用すべきに非ずとの主張が試みられたが、裁判所は此の主張を斥け、此の點に付ては、特に判例(authority)の引照を待つまでもなく肯定的に斷すべきものとせられた (*Willis'*

p. 29)。

第五 抗辯洗滌の前提要件

上來說述したるが如く、流通証券の處分ありたる場合に於ては、處分者の權原に付ての一切の瑕疵又は欠缺は、洗滌し去られ証券取得者は其の証券上の權利を完全に取得することを得るものであるが、併し此の抗辯洗滌の作用は、一定の要件を完備せることを前提とする。若し其の前提要件の一部たりとも之を欠缺せる場合に於ては、前述の如き抗辯洗滌の效力を生じない。若し讓渡人の權原が欠缺せる場合に於ては、讓受人は其の証券に付き何等の權利をも取得せざることとなり、又讓渡人の權原に瑕疵又は抗辯が附着せる場合に於ては、讓受人は其の瑕疵及び抗辯を承繼し、結局一般債權の讓渡と同一の效力を生ずるに過ぎない。而して抗辯洗滌の要件には四つある。即ち (1) 証券上の讓渡方式を完備せること、(2) 証券が外觀上完全に於て且つ正常なること、(3) 讓受人が善意なりしこと、(4) 有償取得なることがそれである。而して是等の要件を具備せる証券取得者を正當所持人 (holder in due course) と謂ふ (註二)。以下是等の要件に付て細説することにする。

(註二) 手形法に所謂正當所持人は、前述の四要件を具備せる外更に所持人が満期日前に於て手形を取得せることを必要とし、又満期前と雖も不渡となりたる手形 (dishonoured bill) にありては、其の手形取得者が不渡の事實を知らざりしことを必要とする (Bill of Exchang Act, 第八條四項)。即ち期間經過後の手形 (overdue bill) は、假令取得者が前記の四要件を具備せる場合

に於ても、前者に付て存せしすべての抗辯に服すべきものである（同法三六條二項）。又不渡手形の取得者が悪意なる場合に於ては不渡當時存せし瑕疵又は抗辯に服すべきものである（同條五項）。即ち是等二種の場合に於て、抗辯洗滌の作用を生じないのである。

（一） 證券讓渡の方式を完備せること

（1） 證券讓渡の方式とは、證券を引渡すことに依りて證券上の権利の完全なる移轉を生ずるが爲めの形式的要件の謂に外ならぬ。換言すれ證券を引渡すために證券の外觀を引渡可能状態（deliverable state）に置くことである。而して茲に所謂引渡可能状態は、證券自體の形式に依り、自ら異らざるを得ない。即ち證券が持參人拂なる場合に於ては、證券の引渡に付き何等の手續を必要としない。従つて此の種の證券は、茲に所謂可能状態を證券自體が當初より具備せるものと謂はねばならぬ。又既に一言し置きたる如く、権利者の氏名を記載せず、白地（in blank）の儘にて發行せられたる證券は、其白地が補充せらるるまでは、無記名證券と同様に證券の引渡のみに依りて讓渡することを得る。又指圖式の證券と雖も、白地裏書が爲されたる場合に於ては、被裏書人の氏名を補充記入せられざる限り、無記名式證券と同じく引渡に依りて讓渡することを得るものである（Bill of Exchange Act, 三二條一項參照）。要するに上述の形式の證券は、證券自體が既に引渡可能状態にあるものであるから、抗辯洗滌の前提要件たる茲に所謂讓渡の方式は、自ら之を完備せるものであると謂ふべきである。

(2) 指圖證券は、讓渡の引渡のみに依りては、既に一言し置きたる如く、單に衡平法上の讓渡たる效力を生ずるに止り、普通法上の權利移轉を生じない。此の種の證券は、裏書を記載したる場合に限り、完全なる權利移轉を生じ、又抗辯洗滌の效力を伴ふものである。即ち指圖證券は所持人の署名に依る裏書の記入ある場合に於て、始めて讓渡の方式を完備し、前述の所謂引渡可能状態を具現するものであつて、而して此の引渡可能状態を具現せざる限り、流通證券の特質たる抗辯洗滌作用を伴ふことはない。此の點に付ては、一八六三年の Whistler v. Forster 事件を引照すべきであらう。

同事件に於ては、原告が指圖人拂の小切手を受取人から裏書を記載せしむることなしに買受けた。尤も原告は後日に至り、裏書を記載せしめたのであるが、併し其以前に於て振出人から原告に對して、其の小切手の振出が詐欺に基く旨の通知が爲され、且つ其の振出行爲は取消さるに至つた。そこで原告は結局無權原告より小切手を讓受けたることに歸着せざるを得ない。要するに本件に於ては讓渡人の權原が欠缺せるに拘らず、其の讓受人たる原告が完全に權利を取得することを得るかが、争點となるものである。此の點に付き裁判所は、小切手讓渡の方式を完備せるとき、即ち裏書を記入せしめたる當時、讓受人たる原告は、裏書人の權原上の瑕疵を了知せるものであるから、原告は裏書人よりもよりよき權原 (better title) を取得することを

得ずと判示するに至つた。此の判決は、二つの重要な法則を宣言せるものと見るべきである。即ち其の一は流通證券に於ける抗辯洗滌の作用は、證券讓渡の方式を完備せることを要すとの法則であり、其の二は抗辯洗滌の要件の一たる證券取得者の善意の事實も亦、讓渡方式を完成せる時期を以て之を決定すべしとの法則である。

(3) 流通證券の讓渡に依る抗辯洗滌作用が、證券上の讓渡方式を完備せることを前提と爲さざるべからざることは抗辯洗滌の法則が商慣習法 (Law Merchant) 上の特有現象たるに基く必然の結果だと謂ふことが出来る。即ち讓渡人の權原の瑕疵又は欠缺に拘らず、讓受人をして完全なる權利を取得せしむことは、普通法上の法則と全く相背馳する現象であつて、證券取引の安全を保護するために、特殊の商業證券に限り、商慣習法が極めて例外的に之を認め來れるものである。而して商慣習法は抗辯の洗滌と謂ふが如き特殊の現象を認めたるに止らず、證券讓渡の方法に付ても亦、特殊の法則を確立するに到れるものである。即ち證券の裏書又は引渡に依る權利移轉の方式は、決して普通法又は衡平法上のものではなく、商慣習法上の特有現象である。従つて抗辯洗滌作用と證券の引渡及び裏書に依る讓渡とは、互に不可分的關係を有するものであつて、抗辯の洗滌てう商慣習法上の特則は、證券の讓渡が商慣習法上の讓渡手續に依りたる場合に限り適用せらるべきもである。

債權の讓渡に付ては、普通法上の讓渡 (assignment at Common Law) と衡平法上の讓渡 (assignment in Equity) とがある。而して是等二種の讓渡手續も亦、流通證券に適用することを得るものであるから、結局流通證券に付ては、商慣習法上の讓渡と共に三種の讓渡方法が存するものと謂はねばならぬ。而して是等三種の讓渡方法は、其の手續を異にするのみならず、讓渡の效力に付ても亦夫々相異なるものがある。従つて普通法上の讓渡手續に依りたる場合に於ては、其の效力も亦普通法上の法則に服し、又衡平法上の讓渡手續に依りたる場合に於ては、其の效力も亦衡平法上の法則に従はねばならぬ。要するに讓渡の手續と其の效力とは其系列を同一にすべきものであつて、従つて商慣習法上の特殊法則たる抗辯洗滌の作用は、其の讓渡の手續が商慣習法上の讓渡方式を前提とするものと謂はねばならぬ。而して前述の Whistler v. Forster 事件に付き之を見るに、係争の小切手は指圖式の證券であるから、商慣習法上の讓渡としては、裏書を必要とするものであつて、單に證券を引渡したるのみにては衡平法上の讓渡たるに過ぎない。従つて此の場合商慣習法上の讓渡の效力たる抗辯洗滌の作用を伴はざるは、當然のことと謂はねばならぬ。而して後に至りて裏書を記載するに至り、始めて商慣習法上の讓渡たることを得るに至りしものであるが、此の時は既に讓受人が讓渡人の權原上の瑕疵を知るに至り、抗辯洗滌の前提要件たる善意の要件を缺如し、之が爲めに讓受

人たる原告は、遂に権利を取得することを得ざりしものである。

(二) 證券の外観が完全且正常なること (complete and regular on the face of the document)

(1) 抗辯洗滌の効力は、證券取得の當時證券が外観上完全にして且つ正常なりしことを要する。従て白地手形の如く證券が、其重要部分を欠缺せる場合 (wanting in material particulars) 又は證券の表面に抹消の痕跡を止め異様の外観を呈する場合に於ては、抗辯洗滌の効力を生じない。而して證券が重要な記載を欠缺し、又は外観上異様の點を有する場合に於ては、其のこゝと自體證券取得者をして、特別の警戒を爲さしむるに足るものと謂はねばならぬ (註一)。従つて此の要件は後述の善意の要件の一表現と見ることも出来る (Jacobs, p. 31)。

(註一) Chalmers は此の要件を以て caveat emptor (let the purchaser beware) の原則の一適用としてゐる (同氏 Bill of Exchange, p.109)。

英國手形法第二〇條に依れば、未完成證券即ち白地手形の補充前の署名者は、補充前の取得者に對しては、其の補充が相當の期間内に、且つ補充權の範圍を嚴格に遵守して行はれたる場合に限りて、責任を負ふものである。又補充後の取得者と雖も補充の事實を知りて其の手形を取得したる者は、補充前の取得者と同一の地位に置かるるものである。従つて白地手形にありては、補充前の取得者及び補充後の惡意の取得者に付いては、抗辯洗滌の効力を生ぜざるものと謂はねばならぬ。白地手形に

關する此の法則を明白にする爲めに、二三の判例を引照することにする。

Bが白地引受を爲し自分の爲めに金錢の融通を圖らしむる目的を以て、之をAに交付した。然るにAはBの死後其の白地手形をCの面前に於て補充して、之をCに讓渡した。此の事案に於てCはBの遺産に對して手形上の權利を行使することを得ずと判示せられた (Hatch v. Searles, 1854)。蓋しBの死後に於ては、Aは最早白地手形を補充して之を他人に讓渡する權原なく、而して其の讓受人たるCは、白地手形を補充せし事實を認知せる惡意の取得者だからである。AとBとが白地引受を爲し、而してBは其の白地手形に振出の要件を補充して之に依りてAの爲めに金融を圖るべき旨を合意した。所がBはAとの約束に反して、而も白地のままにて其の手形をCに賣渡した。Cは自ら振出の要件を補充したのであるが、此の事案に於ては、CはAに對して手形上の權利を取得することを得ざるものと判示せられた。蓋しCは白地手形の補充前の取得者であるから、讓渡人たるBよりも、大なる權原を取得することを得ざるものであり、而してBは其の手形を自己の利益の爲めに、之を讓渡する權原を有しないからである (Watkin v. Lamb, 1901)。

(2) 證券の外觀が正常ならざる場合とは、切斷せられたる證券を繼合したる場合又は證券上の記載に付き抹殺せられたる痕跡の存する場合の如き、證券自體が異様の體裁を備へたる場

合を謂ふのである。若し一度引裂かれたる證券を裏貼りしたる場合に於て、其の引裂かれた方が證券廢毀の意思に基いたと思慮せられ得る場合に於ては、假令他の要件を完備せる場合に於ても、其の取得者に付ては茲に所謂抗辯洗滌の效力を生ぜざるものと解すべきである(註二)。

(註二) 但し此の點に付ては反對の趣旨の判例もある (Ingham v. Primrose 1859)

尙證券上に抹殺の痕跡ある證券に付ては、アメリカに興味ある判例がある (Colson v. Arnot, 1874)。受取人の白地裏書 (indorsement in blank by the payee) を伴へる公債證書 (county bonds) を窃取せる者が、其の裏書の部分を抹消したる上、自ら受取人と詐稱して、之を善意の第三者に讓渡した。併し其の抹消の痕跡が取得者をして疑ひを抱かしむるに十分であつたので、讓受人は其の證券に付き權利を取得することを得ずと判示せられた。而して其の判決理由に曰く、讓受人は證券面を信賴して取引を爲せるものではなく、單に窃盜の言ふことのみを信賴して、遂に欺罔せられたるものである。元來流通證券に於ける抗辯洗滌の法則は、證券の流通を圓滑ならしむる爲めに (to facilitate the circulation of paper)、證券の外觀を信賴して取引を爲せる善意の取得者を保護する爲めに、認められたる商慣習法上の特則たるに過ぎざるものであつて、本件取得者の如く證券の表面上、讓渡人が正當の權利者ならざることを推知し得る

に拘らず、單に讓渡人の言のみを信賴して取引を爲せる者に適用すべきに非ずと附言してゐる (Chalmers' p. 110)。

(三) 讓受人が善意 (bona fide) なりしこと

(1) 抗辯洗滌作用の第三の前提要件は、證券取得が善意 (bona fide, in good faith, without notice) なりしことである。而して茲に所謂善意とは、讓渡人の權原の欠缺又は瑕疵に付き、全然認識を缺き (absence of knowledge of any defect in the title) 且つ何等の疑念 (suspicion) を挿まざる心的状態を指すものである(註一)。而して善意惡意の問題は、専ら證券取得者の心的状態に付ての事實問題であるから、個々の場合に於ける狀況に従つて決定せらるべきものであつて、茲に一般的論定を爲すことは困難である。又善意惡意の問題は、證券取得當時に於ける證券取得者の心裡に關することであるから、極めて微妙なるものであり、疑義を生じ易い。

(註一) It may be stated generally that the words 'good faith' have no technical legal signification, but are to be taken in their ordinary Signification and mean simply honesty in belief, purpose or conduct. (Encyclopaedia of English Law)

茲に所謂善意は、單に認識の欠缺即ち不知のみを指すのではなく、更に何等の疑を挿むことなかりしことを必要とする。従つて茲に所謂善意は正直なる善意を指すものと謂はねばならぬ。若し讓渡人の權原の欠缺又は瑕疵を認識せざりし場合に於ても、讓渡人の權原に付き何等かの欠陥が存するなるべしとの

疑念 (suspicion that something is wrong) を挿みたる場合に於ては、茲に所謂善意の取得者と謂ふことは出来ぬ。疑念の存在するに拘らず、何等の詮議 (inquiry) もなさざりし場合に於ては、其の者は正直に行動したりと謂ふことは出来ぬ。此の種の場合に於ては疑念を闡明するために、相當の調査をなすべきものであつて、而して相當の調査を爲したる結果、事實上其の疑念を一掃し得たる場合に於て、始めて其の者は正直なる善意の取得者と謂ふことを得るものである。之に反し或種の疑惑を生じたるに拘らず若し調査すれば「其の疑點が眞實となるかも知れぬ」とか、「讓渡人の權原に瑕疵の存することが愈々明白となるかも知れぬ」と言つた様な懸念から、故意に調査を差控へたる場合に於ては、讓渡人の權原上の瑕疵を確認せるものとは謂ひ得ざるまでも、正直なる善意者と謂ふことは出来ぬ (Jones v. Gordon 1877. Jacobs' p. 34)。併し茲に注意を要するは、讓渡人の權原に關する瑕疵を推知せしめ、又は疑念を起さしむるに足る事實を認識せしこと (the knowledge of facts from which defects might have been inferred or which should have excited suspicion) を以て直ちに讓受人の惡意又は不正直に該當するものと速斷してはならぬことである。問題は現に瑕疵を認識し又は少くとも疑念を抱いてゐたか否かに存するのであつて、決して認識し又は疑念を抱くべかりしか否かにあるのではない。他の人ならば其の事情の下に於ては、當然認識することを得、

又は少くとも疑念を起したるなるべしと思料せらるる場合に於ても、譲受人自身が事實上之を認識せず、且つ何等の疑念をも起さざりし場合に於ては、其の者は善意且つ正直の證券取得者と謂ふを妨げぬ。又現に或種の疑念を挿みたる場合に於ても其の者が適當と信する詮議をなし、而して事實上疑惑を一掃し得たる場合に於ては、其の詮議の仕方が不十分と思料せられ、又は他の者ならば其れだけの調査にても瑕疵を發見し得たるなるべしとか、又は疑念を一掃し得ざりしなるべしと思料せらるる場合と雖も、善意にして且つ正直の證券取得者たるを失はぬ。要するに證券取得者の善意悪意の認定は、當人に付て専ら主觀的に判斷すべきものであつて、客觀的の標準を用ひて推論的の認定を爲すべきものでない (Jacobs,' p. 34. Willis,' p. 15) (註一)。

(註一) 此の點を一層明瞭ならしむる爲めに、*Simmons v. London Joint Stock Bank* 事件の判決の一部を原語の儘引照することにする。In considering whether a man is a bona fide holder you are to determine what knowledge he had, not what knowledge he might or ought to have had, or what inquiries he ought to have made. You are to determine what was the state of his mind, not what would have been under the circumstances the state of another person's mind, or what course another person would have pursued.

(2) 解釋的又は推定的悪意と稱する法則 (doctrine of constructive notice) がある。ある事實を認識せしことを周圍の状況より推論し得る場合に於て、現實に其の者が認識せるや否やを問はず法律上悪意者として取扱ふべしとの法則である。元

來解釋的惡意の原則は、衡平法に淵源するものであるが、流通證券取得者の善意惡意の認定に當りては、此の種の衡平的法則を適用すべきものではない(註三)。Willis は著名なる法律家にして往々此の解釋的惡意の原則が流通證券にも適用すべきものなるが如き、口吻を漏す例のあることを歎き、同時に其の誤りなることを指摘して大いに警戒すべきことを強調してゐる(Willis, p. 14. Jacobs, p. 34)。

(註三) 解釋的惡意の原則は、純商取引(purely commercial transactions)には、之を適用すべきに非ずと解されてゐる (Greer v. Downs Supply Co., 1827)

抑々流通證券取引は、其の性質上極めて迅速を尊ぶものであるから、證券取得者に讓渡人の權原を調査すべき義務を課し調査の懈怠又は調査不十分等の過失を以て、證券取得者の地位を左右せしむべきものではない。過失と惡意とは、劃然區別すべきものであつて、如何に重大の過失 (gross negligence) ある場合と雖も、認識を缺如せる限りは、善意と爲すべきものである。若し證券取得者に讓渡人の權原調査の義務を課し、調査の懈怠又は不十分を以て權利取得の障礙と爲すに於ては、證券取引の迅速を害し、延いては證券に對する信用をも失墜するの結果とならざるを得ない。此の點に付き、極めて興味と暗示に富める實例がある (Raphael v. Bank of England, 1885)。

英蘭銀行の額面五百磅の銀行券 (bank-note) 二通を窃取せられたる者より盜難の届出があつたので、同銀行は早速其の銀行

券の支拂を停止すると共に、總ての銀行及び兩替商にも盜難通牒を發した。而して巴里の兩替商たる Victor St. Paul & Co. も亦、其の通牒を受けたる一人であつた。同店では慣例に従つて英蘭銀行よりの右通牒を、店内の最も目に着き易い箇所に掲げて居た。所が或日未知の男が問題の銀行券の一通の兩替を求めた。店主は自分の頭上に掲げてある前記の通牒に全然氣付かず、當日の爲替相場に従つて即座に兩替を爲して、其の銀行券を取得し、之を倫敦の取引先たる Raphael に送付して、英蘭銀行に對して支拂を求めしめた。然るに英蘭銀行は所持人は惡意の取得者なりとの理由で、其の支拂を拒絶したので、遂に訴訟の提起となるに至つた。

審理の結果前記兩替店の店主が、兩替の當時盜難通牒を點檢せざりしこと及び其の通牒を念頭にさへ浮べて居なかつたことが明白となつた。併し店主が通牒に氣付き、之を一瞥したりとせば其の取得したる銀行券が、盜品なること及び兩替を求めし男が無權限者なることは、容易に之を發見し得べかりしことは、争ふの餘地はない。従つて本件に於ける争點は、證券取得者が讓渡人の權原の欠缺を認識すべき適當の手段を有せしに拘らず偶々證券取得の瞬間に於て、之を失念したる場合に於ても、尙善意且つ正直の證券所持人と謂ふことを得るかの疑問とならざるを得ぬ。而して此の事件に於て、陪審員の半數は本件兩替商の如き不注意極まる證券取得者を保護するを好まず、英蘭銀

行に有利なる評決をなさんと努力したけれども、裁判所の指圖に依つて結局本件兩替商の過失は認めざるを得ざるも、之を以て惡意の取得者と爲すべきに非ずとの理由で、遂に英蘭銀行に敗訴の評決を與ふるに至つた。併し他の一通の銀行券に關する訴訟に於ては——結局當事者間の和解に依つて解決を見るに至つたが——證券所持人敗訴の判決が爲された。

是等の訴訟の金融界に及ぼせる影響については、注目に價するものがある。殊に後の訴訟の結果は、當時巴里の銀行界に異狀の衝擊を與へたのであつた。當時巴里の總ての銀行及び兩替商は、將來英蘭銀行の銀行券は其の兩替に應せざる旨を店頭に掲示するに至つた位で、これは明らかに英蘭銀行の銀行券に對する不信用の表白に外ならぬ (Smith's The Law of Banker and Customer, p. 93)。此の一事を以ても流通證券の取得者に讓渡人の權原調査の義務を課し、此の調査義務の懈怠即ち過失を以て惡意と同列に取扱ふことの如何に危險なるかが十分理解せらるるであらう。

今假りに證券取得者が、讓渡人の權原を調査するの義務を負ひ、而して其の違背が權利取得の障礙となるべきものと假定して、果たして如何なる結果を招來すべきかを想像して見よ。流通證券の所持人は、假令其の者が正當權利者なる場合と雖も、迅速に證券を處分し、又は之に依りて金融を受くることが、困難となるであらうことは火を踏るよりは明である。蓋し何人と雖

も證券所持人が、果たして正當の權利者なりやを十分調査し、而して相當の確信を得ざる限り、其の證券の取得を避くるであらうからである。併し斯くては流通證券の商的機能は、殆ど破壊し去られねばならぬ。商人の金融は寸時を争ふ場合が多い。金融の一刻の遅延が商人をして破産の悲境に突き落すが如き事例は決して稀でない。斯くの如く金融は最も迅速に行はるを尊ぶものであるから、金融的機能を以て主要任務とする流通證券にありても、迅速に之を處分し得るの道が開かれねばならぬ。而して證券取引の迅速は證券處分手續の簡易化と證券取得者の地位の確保とに依らずんば到底之を期待し得るものではない (Willis, p. 18)。

上述の如く證券取得者に讓渡人の權原調査の義務を認めざる結果、若し無權原者に依りて證券が處分せられたる場合に於ては、過失に依りて證券を取得したるものと雖も完全なる權利者となり、其の反面に於て正當の所有者權利を失ふこととならざるを得ぬ。かくては重大過失者が、正當の權利者よりも却つて法律上厚き保護を受くることとなり、其の間著しく均衡を失せざるやの疑を生せざるを得ぬ。併し分量的に之を考察すれば、證券取引は正當の權利者に依りて行はるるが通例であり、無權原者が證券を處分する事例は、寧ろ稀である。従つて此の例外的なる一部の場合を考慮し、前述の如き調査義務を認むるに於ては、却つて正當權利者に依る一般取引の圓滑を害するの矛盾

に陥り (Willis, p. 15)、遂に角を矯めて牛を殺すの愚を演ずることとならざるを得ぬ。

(3) 上述する所に依つて、抗辯洗滌作用の前提要件たる證券取得者の善意の意義を明確にすることを得たと思ふが、更に善意と悪意との限界に付ても言及する必要がある。抑々證券取得者の善意とは、讓渡人の權原の欠缺又は瑕疵につき、全然認識を缺き又は少くとも何等の疑惑をも抱かざりし心的状態を指すものであり、之に反して證券取得者が、讓渡人の權原上の瑕疵又は欠缺を認識し、又は認識せざるまでも疑念を抱きたる状態が悪意である。然らば證券取得者が存在すと信じ又は存するやも知れずと疑ひし瑕疵が、現に存せし瑕疵と合致せざる場合に於ては、如何に取扱ふべきか。若し兩者の一致を要するとせば、此の場合證券取得者は讓渡人の權原が完全ならずとの意識を有せしに拘らず、善意の取得者として取扱はねばならぬ。併し認識の上に錯誤ありとは謂へ、既に讓渡人の權原の完全ならざることを意識せしものを保護すべき理由はないから、此の種の證券取得者は悪意者として取扱ふべきである。即ち悪意とは必ずしも特定の瑕疵を的確に認識せしことを必要とするものではなく、苟も讓渡人の權原に或種の缺點が存し、且つ證券取得者が讓渡人の權原に付いて何等か完全ならずとの認識を有し、又は疑惑を抱きし場合に於ては、其の者は悪意者と謂ふを妨げぬ (Jones v. Gordon, 1877. Jacobs, p. 36)。

(4) 流通証券の取得者に前述の如き悪意存する場合に於て、如何なる結果を生ずるかは、専ら証券取得行爲の性質及び証券處分者の權原に付て存する瑕疵の性質に依りて決定せらるべき問題である。併し悪意の証券取得者の地位は、包括的に之を要約すれば、「悪意の証券取得者は、其の讓渡人よりもよりよき又はより大なる權原 (better or larger title) を取得することを得ず」との命題に歸着する。即ち處分者が無權利者なる場合に於ては、處分行爲が証券自體の讓渡たると擔保の設定たるを問はず、証券取得者は其の証券に付き何等の權利をも取得することは出来ない。併し處分者が其の証券に付き、或種の權利を有する場合に於て、其の權利の範圍を超えて處分を爲したるときは、証券取得者は處分者の有せし權利の範圍内に於て、自ら權利者たることを得ることもある。例へば擔保の爲めに流通証券を取得したる者が、其の証券を自己の債務擔保のために、更に之を債權者に提供したる場合に於ては、後者は其の証券につき、前者の有せし擔保權の範圍内に於て、權利を取得することを得る (Sheffield v. London Joint Stock Bank 1888)。

尙最後に注意を要するは、悪意が權利取得の妨害となるのは讓渡人自身の權原に付て存する瑕疵に關する悪意に限らるることである。讓渡人の前者に付て存せし瑕疵は、假令讓受人が之を認知せし場合に於ても、讓受人自ら其の瑕疵の關與者 (particeps criminis) に非る限り、其の讓受人の權利取得に付ての妨害と

はならぬ。例へばBがA所有の證券を窃取し、之を善意のCに譲渡し、Cは又更に之をDに譲渡したりとせんに、假令Dが其の證券がAよりBに依つて窃取せられたることを知りたりとするも、彼自ら窃取についての加擔者に非る限りは、Dは完全に其の證券上の権利を取得することが出来る。

(四) 有償的 (for value) に取得せしこと

(1) 抗辯洗滌作用の第四要件は、有償 (for value) にて證券を取得せることである。流通證券と雖も、無償取得の可能なことは謂ふまでもないが、無償取得の場合に於ては、其の取得者は常に譲渡人の權原上の瑕疵の影響を受くべきものであつて、茲に所謂抗辯洗滌作用を伴はない。流通證券の特質たる抗辯の洗滌作用は、専ら對價を支拂ひて證券を取得したる場合に限らるるものである。

茲に所謂對價とは、證券の取得に對する約因 (consideration) を指すものである。而して其の約因は單純契約 (simple contract) の要件たる約因を以て足るものである。尤も單純契約の場合に於ては、過去約因 (past consideration) は無効たるを原則とするが、手形にありては過去約因と雖も手形の對價として有效であり、従つて又抗辯洗滌の前提たることを得る (Bill of Exchange Act. 二條)。此の點は他の流通證券に付ても、同様に解すべきものである。尙約因の意義性質及び要件に關しては、論及すべき點が尠なくないが、此の種の研究は、一般契約法の論著に讓

るべきものであつて、本稿の範圍に屬しない。唯茲には過去約因に付き、興味深き事例を紹述するに止める。

甲(被告)の支配人乙が、主人所有の流通證券を盗み出して丙に譲渡したる後、支配人乙は更に丙より之を詐取して、主人の知らぬ間に元通りに藏つて置いた。そこで丙は、甲に對して其の證券の返還を求めたのであつたが、遂に敗訴するに至つた(London and County Banking Co. v. London River Plate Bank. 1888)。此の事案に於て、先づ乙と丙との間の譲渡契約に因り其の證券が一旦丙の所有に歸屬せしことは、疑ひなきところである。従つて甲が丙の返還請求を拒絶し得るものとすれば、甲は自ら乙より有償的に取得せしことを必要とする。即ち乙が甲に其の證券返還せしことに付き、約因が存するか否かが疑問とならざるを得ぬ。裁判所は、先づ乙が甲に對して證券を回復すべき義務 (obligation to restore the instrument) を負擔せることを認め、而して甲は此の義務の履行として證券を取得するに至れるものとなし、甲は有償取得者に外ならずと判示した。即ち證券回復義務が、甲の證券取得に對する約因を構成するものと爲されたのである。

(2) 約因と證券の價格との間の釣合問題に付いても、論及する必要がある。元來約因の多寡は、約因自體の效力に何等關係なきものである。苟も約因が存在し且つ其れが法律上有價值 (of legal value) のものなるに於ては、必ずしも證券の對價と

して十分 (full or adequate consideration) なることを要しない。有價値の約因なる限りは、假令證券の價格に比して如何に寡少なる場合と雖も、讓渡契約の要件を満し且つ抗辯洗滌の前提たることを得るものである。

斯くの如く約因の寡少なることは、其れ自體必ずしも流通證券取得者の地位に消長を來すものではないが、併し證券取得者の善意惡意を判斷するに付て、重要なる要素たるを失はぬ。證券の價格に比し、對價即ち約因が著しく寡少 (considerable under value) なるときは其の不釣合 (disproportion) は其れ自體證券取得者の惡意を認定するの基礎となり、又約因が證券の價格に對して十分なるときは、其れ自體證券取得者の善意を物語るものと言つても差支へない。(Willis, p. 21. Jacobs, p. 32. Jones v. Gordon 1877)。蓋し何等疾しき所なき限り、取引は互ひに相當の對價を以て行はるるが常理だからである。正當なる權利者なる限りは、捨値を以て處分する理由なく、従つて若し著しく不釣合の對價を得て證券を處分せんとする者ある場合に於ては、何人と雖も其の者の行動に付き疑惑を抱くべきである。又證券讓渡者の權原に付き不正の存することを知り、又は疑念を抱ける場合に於ては、苟も正直なる限りは何人と雖も後難を虞れて其の證券を讓受けざるを普通とすべく、假令讓受くるにしても之に對して十分の對價を支拂ふべき筈がない。従つて十分の對價を支拂へる場合に於ては、其の取得者は善意なりしも

のと認むるも、決して不合理でない。既に詳述せる *Raphael v. Bank of England* 事件に於ては、額面五百磅の英蘭銀行の銀行券に對し、兩替當時の爲替相場に従ひ全額を支拂へる事實を基礎として、盜難通牒を店頭に掲げありしに拘らず、其の店主は善意の取得者と認定せられたるものである (*Willis' p. 21*)。

第二節 流通證券の定義の再検討

第一 總 說

(一) 前節に於て、流通證券の要件即ち證券が法律上流通證券として取扱はるが爲めに、具有せねばならぬ諸屬性を明にすることを得た。そこで本節に於ては、既に把握し得たる是等の三要素を適當に配劑して、完全なる概念規定を試みることにする。

既に流通證券の不可缺的屬性が明瞭となれるに拘らず、殊更らに節を更めて、定義の仕方に付きて論議を試みることは、徒に銜學的に失すとの誹りがあるかも知れぬ。それにも拘らず、私が敢て之を試みんと爲すに付ては、特別の理由がある。抑々流通證券の特質として指摘せる前述三個の要件が、同格的のものなりや否やが既に疑問であつて、此の點に關する見解に依つて概念規定の形式が自ら異らざるを得ぬ。即ち證券の引渡に依る讓渡性と抗辯洗滌性とは、論理的に同格的要素と見るべきか、或は其の何れか一方が他方より高次の屬性であつて、他方は其

の高次の屬性より必然的に演繹せらるべき派生的の現象に過ぎざるかの疑問が存する。具體的に言へば抗辯の洗滌作用は、證券の引渡に依る讓渡可能性 (transferability by delivery) の結果と見るべきか、或は反對に抗辯洗滌の特質こそ重要なるものであつて、此の特質を具有すれば其の證券は、必然的に證券の引渡のみに依りて、讓渡が可能なるものと解すべきか。此の點に付ては、學者の見解は必ずしも一致して居らず、又諸家の示せる定義が、何れか一方のみの特長を示し、全然他に觸れざるもの多いのは、半ばは此の點に關する見解の相違に由來するものである。従つて諸家の示せる定義に付き、茲に再検討を試みんとするのは、決して徒らに概念構成の技術の巧拙に關する揚足取的の論争の爲めにではない。寧ろ流通證券の本質の根本的探究のためにであつて、之に依りて流通證券の本質的的確なる把握の可能なることを、確信するが爲めに外ならぬ。

更に流通證券の一面のみを強調せる不完全なる定義は、人をして——殊に諸學者又は實際家——誤解に導く恐れあるのみならず、Willis が指摘せる如く、學者又は裁判官が流通證券に付て爲せる不用意の用語又は定義が、實際上無用の訴訟を誘發し、又は不必要乃至不合理なる訴訟手續遲延の原因となつてゐることさへ尠くない。従つて流通證券の定義に付ての論争は、決して學徒の論理的欲求を満足せしむる爲めの空論として、斥けられてはならない。此の點に付て Willis は極めて示唆に富める

警句を吐いて居る。彼曰く「若し法律概念即ち法律術語の内容が、手に觸ることの出来るものであるならば、定義などは左程重要なものでないかも知れない。併し法律概念は、感覺の對象物 (object of sense) ではなく、純粹に知的 (intellectual) のものであり、單に人の心裡 (in mind) にのみ存在し得るに過ぎない。従つて正確なる定義の把握こそ最も重要であらねばならぬ。一幅の山水畫をものせんと欲する藝術家に採つては、或景色に付ての一般的印象 (general impression) だけでもこと足りるであらう。併し或る法律概念に付ての漠然たる印象と言つた様なものは、法律の世界では極力排斥せねばならぬ。法律家に採つて缺くべからざるものは、寧ろ絶對的知識 (absolute knowledge) と、精確なる思想 (exact thought) である。

(二) 前節に於て詳述し置きたるが如く、流通證券は (1) 金錢の支拂又は金錢證券の給付を目的とする契約債權を表彰する證券にして、(2) 證券上の債權が證券の引渡のみに依りて讓渡せられ (3) 而して其の讓渡の結果讓渡人の權原上の瑕疵が洗滌せらるることの三個の特質を具備することを必要とした。従つて流通證券の定義中には必ずや是等三個の特質が織込まれねばならぬ。

今諸家の定義を見るに第一の要件たる證券の表彰する權利が金錢給付又は金錢證券の給付を目的とすべきことに付ては、寧ろ當然のこととして之に觸れざるが普通である。證券上の權利

に付き、特に其の給付の内容を指示せる定義は、殆ど之を見出すことは出来ない。而して證券上の権利の表現の仕方に付ても、學者の用語は必ずしも一定して居ない。right of action, legal right to the property secured by the instrument, property in the instrument, contract or engagement contained in the instrument, promise in writing, benefit of promise, title to the debt or other right secured by the instrument, obligation evidenced by the document 等は、其の主要なる例である。併し用語こそ區々に互つて居るが、窮極に於てそれが金銭の給付又は金銭證券の給付を目的とする契約債権を指すものなることに付ては、疑を容るるの餘地はない。又金銭債権性は流通證券の缺くべからざる要件ではあるが、併し此の特質を有すれば其の證券は必ず流通證券となるとは限らぬ。従つて金銭證券性は、流通證券と然ざる證券とを識別する爲めの決定的(decisive)の要件と謂ふことは出来ない。諸家の定義が、特に此の要件に觸れざるも恐らくは之が爲めであらう。

上述の如きが故に流通證券の定義は、證券上の権利讓渡手續の特異性即ち證券の引渡に依る讓渡可能性と、讓渡の效力に付ての特異性即ち抗辯洗滌作用との二個の特質の上に、其の重點が置かれねばならぬ。而して諸家の定義を見るに、是等二個の特質中何れか其の一方のみを基礎とせるものと、兩特質を同格的に取扱へるものがある。

第二 讓渡手續の特異性を根據とせる定義

Wharton の Law Lexicon は、流通證券を定義して、證券上の訴權 (right of action) が普通法の原則に對する例外として (by exception from the Common Law rule)、自由に輾轉讓渡せられ得る (freely assignable from one to another) ものを謂ふとしてゐる。此の定義は、證券上の權利が自由に讓渡せられ得ることを以て、流通證券の特質と爲し、然も其一點のみを指摘して居るに過ぎぬ。今抗辯洗滌性に何等觸るる所なき缺點は、暫く惜いて之を問はずとするも、證券上の權利の讓渡可能性のみを以て、流通證券の特質となせることは、粗笨も甚しきものと謂はねばならぬ。蓋し現今に於ては殆ど總ての債權が讓渡性を有するからである。

Smith の Mercantile Law に依れば、證券上の權利 (legal right to the property secured by the instrument) が、證券の引渡に依りて一人から他人へ移轉せられ得る (transferred from man to another) ものを謂ふ、と定義せられて居る。此の定義は、讓渡手續の特異性即ち證券の引渡に依る權利の移轉性を指摘せる點に於て、前述の Wharton の定義に比すれば一段精密である。又 Halsbury の Law of England は、流通證券を定義して、證券が商慣習に基き (by custom of trade) 現金の如く (like cash) 引渡に依りて讓渡せられ、當座の所持人 (the person holding it pro tempore) が、其の證券に基いて訴を提起するこ

とを得るものを謂ふとして居る。此の定義も亦、立言の體裁こそ異れ前述 Smith の定義と實質的には何等異なる所はない。即ち證券の引渡のみに依りて、證券上の権利の移轉が行はれ得ることを、重點となすものである。

前掲の諸定義は何れも流通證券の概念を規定するに當り、専ら證券の引渡に依る讓渡可能性に立脚し、抗辯洗滌性に何等觸るる所なき點に於て、互に共通的の特徴を有するものである。而して是等諸定義が、抗辯洗滌の特質を指摘して居らぬのは、恐らくは抗辯洗滌の作用を以て、引渡に依る讓渡可能性の必然の結果と解するが爲めであらう。併し證券の引渡のみに依りて讓渡することを得る證券は、常に抗辯洗滌の作用を伴ふものとは限らない。例へば、流通禁止文句の記載ある線引小切手 (crossed cheque with the words 'not negotiable') は、證券の引渡に依りて讓渡することを得るものではあるが、讓受人は讓渡人の有せし権利のみを取得し所謂抗辯洗滌の效力を生じない (Bill of Exchange Act 81 條)。斯くの如く抗辯洗滌性は、引渡に依る讓渡可能性に必然的に隨伴するものではないから、抗辯洗滌性が流通證券の要件たる以上、此の特質を逸脱せる定義は、到底不完全たるを免れぬ。従つて negotiability なる語も亦、assignability by delivery と free from equities の兩特質を具有する場合でなければ、之を用ひてはならぬ。然るに assignability by delivery と negotiability とが、同義語なるが如くに混用

せらるることがあり、又手形法が其の法文の上に此の過を犯して居ることは、既に指摘し置きたる所である。

斯くの如く一面に於ては、不完全なる定義が流布し、他面に於ては negotiability なる語が濫用せらるる結果、証券の引渡に依り証券上の権利の移轉し得る性質だにあらば、流通証券であると誤解するものが少くない。又特定の証券が争となれる場合に於て、引渡に依る譲渡性の商慣習のみを立證して、流通性の立證を爲し得たるが如くに速斷するが如き輕卒は、著名の法律家に於てすら往々見る所である (Willis', pp. 9-12)

第三 抗辯洗滌性を根據とせる定義

抗辯洗滌の特質を指摘せざる定義が、不完全にして弊害を伴ふことあるに鑑み、又此の點のみに重點を置いて定義を試みんとする學者もある。即ち Willis は、流通証券を証券上の権利が譲渡人の權原上の瑕疵に拘らず、証券の善意且つ有償取得者に依りて獲得せられ得るものを謂ふ (A negotiable instrument is one the property in which is acquired by any one who takes it bona fide and for value, notwithstanding any defect of title in the person from whom he took it) と定義して居る。尤も Willis は此定義に、「但し其証券は所有者が、証券上の契約を証券の單純引渡に依りて、譲渡することを得る状態にあることを要す」 (provided that it is such and in such a state, that the true owner could transfer the contract or

engagement contained therein by simple delivery of the instrument) と附加して居る。併し Willis は此の但書は誤解を避くる爲めに附言せるに過ぎるものであつて、其の定義の前段を嚴密に検討すれば、但書の部分は當然其中に包含せられて居ることが發見せられるであらうと謂ひ、又何れの部分が重要かと問はるれば、前段こそ眼目であると答ふべきものだとも謂つて居る。

Willis は、抗辯洗滌性は引渡に依る讓渡可能性の必然の結果であるが如くに解するものであるが、併し引渡に依る讓渡可能性を有せざるに拘らず、抗辯洗滌の效力を生ずる證券もあり得るのみならず、又保險證券の如く證券の引渡に依りて讓渡が可能なるに拘らず、抗辯洗滌の效力を生ぜざる證券もある。従つて抗辯洗滌性のみを重點を置ける定義も亦、決して完全とは謂へぬ。

尙 Willis の定義の但書の部分を檢するに證券の眞の所有者が證券の單純引渡に依りて證券上の權利を移轉し得べき證券 (it is such that...) と、斯る状態にある證券 (it is in such a state that...) とを區別して居る。持參人拂證券は當初より證券の單純引渡に依りて讓渡することを得る證券であつて、Willis が such that... と謂へるは之を指すものである。又 in such a state that... と謂へるは、指圖證券に付き、所持人が裏書を記入せる状態を指するのである。蓋し指圖證券にありては、其

の所有者たる所持人が裏書を記載するに依りて、始めて單純引渡に依りて讓渡し得べき状態を現出するからである。要するに Willis は証券が單純引渡に依りて讓渡し得べきことの要件を嚴格に解し、此の状態を具體的に備ふるに依りて始めて流通証券たることを得るものとなすものである(註一)。

(註一) 手形は一般に流通証券と稱せられて居るが、正確に謂へば裏書の記載に依りて始めて流通証券となるに過ぎぬと Willis は明言して居る((Willis', p. 7.)

Willis の解する如く、指圖証券は既に引渡可能状態を具現するに依りて、始めて流通証券たることを得るものとなすときは、指圖証券は結局其の所有者が裏書を記入してより、之を被裏書人に交付する迄の間だけ流通証券となり、而して一旦被裏書人が交付を受けるときは、直ちに流通証券性を喪ふこととならざるを得ぬ。蓋し一旦交付ありたる時は、最早被裏書人が所有者となるものであるから、更に其の者が裏書を記入せざれば、Willis の所謂引渡可能状態を再現せぬからである。斯くては同一証券が、單に其の所有者に依る裏書の記載の有無に依り、或は流通証券となり、而して次の瞬間に於ては其の流通証券たる性質を失ひ、時々刻々に其の性質を變ずるが如き奇觀を呈せざるを得ない。元來裏書は指圖証券の讓渡及び抗辯洗滌の具體的要件たることは素より之を否み難いが、併し裏書は所持人が何時にても之を記載し得るものであり、又流通証券なる概念は、証券の一般的通有性に立脚して構成せらるべきものであつて、特定の

瞬間に於ける証券の状態に立脚して、其の性質を定むべきものではない。換言すれば、流通証券の諸特質は、証券が潜在的に之を具有すること、即ち其の具現の可能的 (potential) なるを以て足るものと解すべきである (Jacobs, p. 14)。

Anson の定義も亦茲に紹介すべきであらう。彼曰く「流通証券とは書面契約の一種にして (a class of promises in writing)、而して其の契約上の利益 (the benefit of the promise) が、約束者 (債務者) に對する事前の通知を要せず、且つ譲渡人に對して成立すべかりし抗辯を以て對抗せらるるの危険を伴はずして強制することを得るが如くに、譲渡の可能なるものを謂ふ」(is assignable in such a way that the promise may be enforced by the assignee of the benefit without previous notice to the promisor, and without the risk of being met by defences which would have been good against the assignor of the promise.)。此の定義は、証券上の権利譲渡手續の特異性と抗辯洗滌性を指摘せるものであるが、併し権利譲渡手續に於ける特異性を、証券の引渡に依る譲渡可能性と爲さずに、債務者に對する譲渡通知の必要ならざることを指摘せるものである。併し債務者に對する譲渡通知の省略は、必ずしも証券の引渡に依る譲渡可能と同一なるものではない。此の點に於て Anson の定義も亦非難を免れぬ (Jacobs, p. 13)

第四 兩特質に立脚せる定義

上述するところに依りて流通證券の概念規定に當り、其の定義中に包攝せらるべき各項目及び其の配列の仕方に付ての理論を、明白にすることを得たと思ふ。而して是等の諸點に、最も周到なる注意を用ひて試みられたるは、Jacobs の次の定義である。氏曰く流通證券とは債權を表彰する證券にして、證券の單純引渡が證券及び證券上の債權の法律上完全なる移轉を生じ、且つ其の讓渡の結果たる證券の占有が、讓渡人の權原に付て存する瑕疵、制限又は抗辯に拘らず讓受人をして證券を保有し、且つ證券に依りて表彰せらるる債權を行使することを得しむる性質を有するものを謂ふと——A negotiable instrument is a document evidencing an obligation, of such a nature that the mere delivery of it may operate as a complete legal transfer of both document and obligation, and the possession of which, upon such transfer, may enable the transferee to hold the document and enforce the obligation evidenced by it notwithstanding any defect in, and free from any limitation of or equity attaching to, the title of the transferor. (Jacobs', p. 14)

Jacobs の前記定義は、殆ど完全に近いものであるが、併し嚴密に之を検討すれば、此の定義にも矢張り言ひ足りぬ點があり、隴を得て蜀を望むの感を禁じ得ない。即ち前節に於て詳述し置きたる流通證券の諸要件と之を對比するときは、金錢證券性を指摘せざることと、抗辯洗滌の要件即ち證券の外觀の完全且つ

正常なること、譲受人の善意なること及び有償取得たること等に、全然觸れて居らぬところに、不備の恨みがある。依つて Jacobs の定義に、逸脱せられたる是等の諸點に取入れて、適當の修正を施すならば、茲に始めて完全なる定義を得るであらう。此の見地よりして私は、流通證券を次の如くに定義せんとするものである。流通證券とは、金銭の支拂又は金銭證券の給付を目的とする契約債權を表彰する證券にして、證券の單純引渡に依りて證券上の權利の完全なる移轉を生じ、且つ證券の外觀が完全且つ正常なる限り、善意有償の譲受人は、譲渡人の權原の欠缺又は瑕疵に依りて影響を受くることなく、證券上の權利を取得することを得る證券を謂ふ。

第三節 流通性の根據及び流通證券の種類

第一 總 說

前二節に於て、流通證券の一般概念を明白にすることを得たから本節に於ては更に進んで、流通性の根據を探究せねばならぬ。既に詳述し置きたる如く、流通證券には金銭證券性、引渡に依る譲渡可能性及び抗辯洗滌性等の三個の要件存し、而して是等の特質は同格的要素であつて、一方より他方を演繹的に推知することは不可能である。従つて是等三個の要件に付き、夫々其の根據を探究せねばならぬ。併し金銭證券性は、證券自體

が之を物語るものであるから、別に問題を生じない。又引渡に依る譲渡可能性も、證券の権利者指定の方式に依りて、自ら決定せらるるものである。即ち持參人拂證券、権利者の記載なき白地證券及び指圖證券（法定の指圖證券を含む）に非ざれば、引渡に依る譲渡可能性を有せざることは明白であり、而して此の種の形式の證券の發行を禁止すべき一般的規定は存しないから、引渡に依る譲渡可能性に付き、特に其の法的の根據を詮鑿する必要を感じない。

斯くの如く流通證券たるの要件中、金錢證券性及び引渡に依る譲渡可能性は、證券の外観上一目瞭然にして問題を生ずるの餘地なきに反し、抗辯洗滌性に至りては、證券の外観的觀察に依りては、到底之を知ることが得ざるものである。而して抗辯洗滌を定めたる一般的法規も存在しないから、個々の證券に付き其の法規的根據を、確めねばならぬ。従つて實際上證券の流通性が争となる場合に於ては、結局論點は抗辯洗滌性を認むべきや否やに、存するものと謂はねばならぬ。斯くの如きが故に、Willis が流通證券の概念を論ずるに當り、抗辯洗滌作用に重點を置き、専ら此の點を強調せることは、實際的の見地よりすれば、必ずしも不當とは謂へぬ。

第二 制定法に基づく流通性 (negotiability by statute)

證券の流通性は前にも一言し置きたる如く、中世紀の商人間の慣習に其の端を發するものである。而して此の慣習が漸次普

通法裁判所の確認を得て、一般法化するに至つた。従つて沿革的には流通證券は商慣習法に其の根據を求めねばならぬ。併し特種の證券に付ては、商慣習法が既に法典化され居るものもある。爲替手形、約束手形及小切手は、其の顯著なる例である。即ち手形は昔時は兎も角、現今に於ては其流通性を一八八二年の手形條令 (Bill of Exchange Act) に、之を享くるものと謂ふべきである。(Jacobs', p. 15)

手形外に、制定法に依りて流通證券性を附與せられたるものに、東印度會社社債券 (East India Company's bonds) 國債利拂證券 (divident warrant) 及び紙幣 (currency note) 等がある。東印度會社社債券は従前は流通性を有せざりしものであるが、一八一一年の東印度會社社債條令 (East India Company Bonds Act) に依りて、始めて流通證券と爲さるに至つた。(Glyn v. Baker, 1811)。併し同法は引渡に依る讓渡可能性を明定したるに止るものであるから、抗辯洗滌性は同法の精神解釋に基くものだとなされて居る (Willis', p. 39. Jacobs', p. 15)

國債利拂證券 (divident warrants) は、一八八八年の國債條令 (National Debt (Conversion) Act) に基づき、英蘭銀行宛に發行せらるる證券であつて、同法第三〇條第五項に依りて、手形條令に所謂小切手と看做すべきものとされて居る。紙幣 (currency notes) は、一九一四年の紙幣並に銀行券條令 (Currency and Bank Notes Act) に基き、大藏省 (Treasury) の發行する證券

である。

第三 商慣習法に基づく流通性 (negotiability by usage)

(一) 商慣習法上の流通證券の種類

前項に於て指摘し置きたる三種の證券を除き、其の他の證券は總て商慣習法に基きて、流通證券たることを得るに過ぎない。而して商慣習法上の流通證券として、既に判例上確認を得たるものとしては、左記の證券を揚ぐべきであらう。

(A) Bank Notes (Miller v Race, 1758)

(B) Exchequer Bills (Wookey v. Pole, 1820)

(C) Share Warrants (Webb, Hale & Co. v. Alexandria Water Co. 1905)

(D) Scrip Certificates (Rumball v. Metropolitan Bank, 1877)

(E) Circular Notes (Conflans Quarry Co. v. Parker, 1867)

(F) Debentures (Bechuanaland Exploration Co. v. London Trading Bank, 1898)

(G) Treasury Bills

(H) Colonial Bonds.

(I) Foreign Bonds

(二) 商慣習法の進展性

近代的起源の新證券が、商慣習法上の流通證券たることを得るかの疑問がある。蓋し所謂商慣習法 (Law Merchant) は、中

世紀の商人間の慣習を基礎とするものであり、而して英國の慣習法理論に従へば、慣習法は既に過去に於て完成の域に達し、其の範圍は最早固定的閉鎖的のものと、爲さるるからである。(Aske, *The Law relating to Custom and the Usages of Trade*, p. 28)。此の理論に従へば、流通證券の種類は既に過去に於て、判例上確認せられたるもののみに限定せらるべきであつて、近代的慣習に基きて新種の流通證券を認むることを得ざるが如くである。而して一八七三年の *Crouch v. Credit Foncier Company* 事件に於ては、此の問題が争點とせられた。

同事件に於ては、英國會社 (*Credit Foncier Company*) の社債券 (*debenture*) が問題となれるものであるが、*Lord Blackburn* は其の流通性を否認した。而して其の理由に曰く、抑々流通證券は抗辯洗滌の如き極めて例外的の特質を有するものであつて、而して此の種の例外的現象は制定法に基くか、然らずんば商慣習法に依りてのみ、之を認むることを得るに過ぎない。單に一私人が證券を持參人拂の形式を以て發行したること又は近代的の慣習に依りては、到底斯くの如き例外的特質を附與することを得ざるものである。即ち近代的の慣習は、流通性の根柢たる商慣習法の一部を構成することを得ざるものと解するのである。従つて此の見解に従へば、結局商慣習法上の流通證券の種類は、最早限定的にして、新種の證券は制定法に依るに非ずんば、流通證券たることを得ざることとなるのである (*Willis'*

pp. 31, 32.)

併し前述の Lord Blackburn の判旨は、一八七五年 (Goodwin v. Robart 事件) に於て嚴密なる検討を受けたる後、遂に廢棄せらるるに至つた。即ち此の事件に於ては、或種の證券に付き之を流通證券として取扱ふ一般慣習の存することが立證せられたる場合に於ては、假令其の慣習が近代的起原のものなる場合と雖も、之を基礎として證券の流通性を認むるに妨げなきものと判示せられた。換言すれば流通性の淵源たる商慣習法は Lord Blackburn の考ふるが如く、決して固定的又は閉鎖的なるものではなく、新慣習の成立に依つて漸次に其の範圍を擴大することを得るものである。即ち商慣習法は、既に過去に於て完成の域に達せるものと爲すべきものではなくして、今尙進化の途上にあるものと解すべきである。而して Goodwin v. Robart 事件の判旨は、其の後 Bechunaaland Exploration Co. v. London Trading Bank 事件(1898) 及び Edelstein v. Schuler 事件(1902) に於ても、踏襲せられて居るから、前述の Lord Blackburn の判旨は完全に破毀せられたるものと見るべきである (Willis, p. 35. Jacobs' p. 21.)。

尙茲に注意を要するは、前述の諸事件は何れも内國證券 (英國證券) に關するものであつて、而して内國證券に付ては斯くの如く其の流通性の根據たる商慣習の性質に付き、論争を生じたるに拘らず、外國證券に付ては既に一八二四年の Gorgier v.

Mieville 事件以來、殆ど疑問を挿むことなくして近代的慣習に基きて、其の流通性を認め來れることである。又一派の學者は外國證券と内國證券との間に區別を設け、外國證券に付ては假令それが近代的のものなる場合に於ても、新慣習に基いて流通證券と爲すことを得るに反し、内國證券にありては、近代慣習を以て流通性の基礎と爲すことを得ざるものと主張して居る。併し外國證券と内國證券との間に、斯くの如き區別を設くることは理論上全く理由なきのみならず、又前述の Goodwin v Robart 事件に依りて、かかる區別を設くべからざることが既に確定的になるに至れるものと解すべきである。

抑々英國の慣習法理論に従へば、慣習法は既に過去に於て完成せられたるものと解せられ、新慣習の成立に依つて其の範圍を擴張することを許さざるを原則とする。従つて若し慣習法に進展性ありとすれば、それは既に判例又は學說上容認せられたる諸法則の類推解釋の方法に依るの外はない。故に未だ嘗て裁判所に依つて判斷せらるる機會を有せざりし新規の事象と雖も、之に適用せらるべき法則は、既に確認せられたる法則の類推解釋によりて、之を發見すべきものであつて、單に新しき慣習の成立せることを根據として、新しき慣習法的法則を樹立することを得ざるものである (Askes', p. 28)。併し慣習法の上述の如き固定性又は閉鎖性に對し、商慣習法殊に證券の流通性の根據たる商慣習法は一大例外を爲すものである。即ち證券の流

通性の根據たる商慣習法は、他の一般慣習法の如く閉鎖的のものと爲されず、新慣習を立證することに依りて近代的の證券及び外國證券と雖も、其の流通性を認むることを許さるるものである。而して近代的起源の證券及び外國證券が、其の流通性を規定したる制定法なきに拘らず、流通證券たることを得るのは専ら商慣習法に、斯くの如き進展性を認むるからに外ならぬ。

(三) 新慣習の司法的確認過程

證券の流通性の基礎たる慣習は、其の性質上單なる事實慣習ではなく、法たる慣習即ち所謂慣習法たるべきである。而して慣習法は、法律であるから裁判所に於て之を熟知することを要し、又當事者の主張若しくは立證を待たずして裁判所は當然に之を適用すべき義務を負担すべきである。併し近代的の商慣習 (mercantile usage of recent origin) に基く流通性の認定過程は、慣習法の適用に關する一般原則とは著しく其の趣を異にするものである。或證券が商慣習に基いて流通證券と爲さるる場合に於ては、其れは當初より慣習法の適用として取扱はるべきものではなく、寧ろ事實慣習の主張即ち事實問題 (question of fact) として提起せらるべきものである。従つて其の慣習の存在は、當事者に於て之を立證することを必要とし、且つ又其の存否の認定は、専ら陪審員に依つて爲さるべきものである (Askes', p. 29)。而して斯くの如くにして證券の流通性に關する慣習の存在が確證せられ、且つ陪審員に依つて採擇せられたると

きは、裁判所は茲に始めて慣習法として之を取上げ、法律として之を適用することを要するものである。要するに新慣習の慣習法への醇化は、一應は事實問題として提起せらるべきものであつて、而して十分に確證せられたる後、裁判所に依りて既存の商慣習法の體系中に包攝せらるるに至るものである。而して或種の證券の流通性に關する慣習が、上述の過程を経て最早其の後の立證を必要とせざる程度に、裁判上の確認を得たる場合に於ては、其の慣習は司法的確認 (judicial notice) を得たと謂はれる。或る慣習が一度茲に所謂司法的確認を得たる場合に於ては、其の後は純然たる商慣習法として取扱はれ、裁判所は之を熟知するの義務を負ひ、又は當事者の主張を待たずして、當然適用すべきこととなさるるに至るものである (Askes', p. 30. Jacobs', p 21)。

然らば或慣習の存在が、如何なる程度に立證せられ又は裁判上確認を得たる場合に於て、茲に所謂司法的確認を得、商慣習法への包攝が完成せられたるものと謂ふことを得るか。此の限界に付ては、具體的の一般標準を示すことは困難である。併し抽象的には其の慣習の存在が全く争ひなき程度に立證せられ、且つ又判例上十分の確認を得たる場合に於て司法的確認を得たと謂ふべきである (Askes', p. 30. Jacobs', p. 21)。或證券に付き慣習に基く流通性を肯定したる一の判例が存する場合に於ても、單に其の單一の判例は必ずしも商慣習法の存在を、決定的

ならしむるものとは限らぬ。尤も判例の存することは其の事自體商慣習の存在を肯定する爲めの最も有力なる證據たることを得るものではあるが、單にそれのみを以て前述の如き司法的確認を得たりと速斷することを得ざるものである。而して本項

(二) に列擧せる證券は、何れも其の慣習に基づく流通性に付き、茲に所謂司法的確認を得たものである (Jacobs', p. 22)

(四) 商慣習の立證

上述の如く新種の證券と雖も、之を流通證券として取扱ふ慣習が成立せる場合に於ては、商慣習法上の流通證券と爲すことを得るものではあるが、併し其の慣習の存在は、未だ司法的確認を得ざる間は、當事者に於て之を立證せねばならぬ。而して證券の流通性を認定するに當り、如何なる程度の立證を必要とするかに付ては、特別の法則は存せず、一般證據法の原則に従ふべきである。但し慣習の存在に關する證據は、強力 (Compelling nature) のものたることを要し、若し流通性を肯定すべき證據と、否定的の證據とか相半ばせる場合に於て、流通性を否定すべきものと解されて居る (Jacobs', p. 20)。又流通性の慣習の立證は、係争の證券が取引上流通證券として取扱はるる慣行が、現實に行はるることを指すものであつて、斯かる慣行は存すべきものであるとか、或は存すであらうとかの單純なる信念であつてはならぬ。

尚流通性の基礎たる商慣習は一般慣習 (general custom) たる

ことを要し、單に一部地方或は一部の商人間の特別慣習 (particular custom) を基礎として証券の流通性を認むることを得ざるものである (Askes', p. 26)。併し此の種の一部慣習の立證のみに依りて、一般慣習の存在を認定することは、固より妨げなきところである。例へばロンドン市内 (in the city of London) の慣習又は株式取引所内の慣習の立證のみに依りて、其の一般性を認定せらるることは決して尠くない (Sheffield v. London Joint Stock Co., Askes', p. 30)。

特定の証券の流通性が争はるる場合に於ても、必ずしも其の特定の証券に關する慣習の立證を必要とするものではなく、同種の証券の流通性に關する慣習の立證を以て足りる。例へば或會社の發行せる証券の流通性が、争ひとなれる場合に於ても、他の會社の發行せる同種の証券に付き、流通証券となす慣習の存することが立證せられたる場合に於ては、之を基礎として係争の証券の流通性を認定するに何等妨ぐるところはない (Venables v. Barning Bros., 1892)。

(五) 外國証券の流通性に關する慣習

慣習に基く流通性に關し、内國証券と外國証券との間に區別を設くべからざることに付ては、既に詳述し置きたるころである。而して外國証券が英國法上流通証券として取扱はるるのは、其の証券發行國の慣習又は法律に基くものではなくして、専ら英國の國內慣習に基くべきものである。若し外國の証券が

英國の慣習上流通證券として取扱はるる場合に於ては、單に其れのみを根據として其の證券の流通性を認定すべきものである。而して此の場合證券發行國の法律又は慣習が、其の證券の流通性を認むるや否やの如きは、敢て之を問ふの必要なきものである (Pickers v. London and County Banking Co., 1887)。

第四 禁反言に基く流通性 (negotiability by estoppel)

(一) 證券取得者に對する關係に於て、禁反言法理(doctrine of estoppel) が適用せらるる結果、證券の債務者が原債權者に對抗することを得べかりし抗辯事由を、證券の善意の取得者に對して主張することを禁止せられ、又は證券の所有者が證券取得者に對して證券の返還の請求を爲すことを禁止せられ、之が爲め恰も流通證券の場合に於けると同じく、所謂抗辯洗滌の結果を齎らすことがある。此の場合其の抗辯洗滌の作用は、證券の性質に基いて當然に派生するものではなく、偶々證券取得者との關係に於て禁反言法理を適用すべき事情を伴へるため、其の結果に於て恰も證券が流通性を有したると同一の結果を招來せるに過ぎぬ。而して此の種の場合を禁反言に基く流通性又は禁反言流通證券と謂ふことがある。而して茲に所謂禁反言に基く流通性は、證券の體裁又は證券に付て其の所有者の爲したる行動が、禁反言の事由に該當するに由來するものである。即ち證券の體裁又は記載文言が、證券の作成者即ち債務者の反對主張の妨げとなり、又は證券所有者が證券に關して爲せる處置

が、第三者をして證券占有者を正當権利者と誤認せしめ之が爲め證券所有者は後日に至り、其の占有者の爲したる處分の效力を争ふことを禁止せらるるに至るものである。而して是等の禁反言法理の適用例としては、(Goodwin v. Robart (1876) Merchant Banking Co. v. Paenix Bessemer (1877). Re General Estate Co. (1868)等を掲ぐべきであらう。

(二) 先づ Goodwin v. Robart 事件に付て見るに、原告が本證券との引換を爲さしむるために、其の所有の無記名式の假公債 (Russian scips) を其の代理人に預けて置いた。所が其の代理人は其の證券を自己の債務の擔保として之を被告に提供したので、原告は其の返還を求むるため本訴を提起したのであつたが、遂に敗訴するに至つた。而して其の判決理由に曰く、此の證券が流通性を有することは措いて問はずとするも、其の證券の外観上の理由に基き (by reason of the form of the instrument)、原告の返還請求は之を禁止 (estop) せらるべきものと判示せられた。即ち原告が無記名式の證券を其の代理人に交付し置きたることは、結局證券面上其の證券を引渡に依りて譲渡し得べき趣旨の表示 (representation) を爲したることに該當するものであるから、其の表示に信頼して證券を取得せるものに對しては、表示と反對の主張を爲すことを得ざるものである (Willis', p. 42, Jacobs', p. 39)。

更に Merchant Banking Co. v. Phaenix Bessemer Co. 事件

を見るに、被告會社が S & Co. 宛に倉庫證券を發行し、而して同證券には證券面記載の物品 (steel rails) を、S & Co. 又は同人の裏書による譲受人に引渡すべきこと、並に證券所持人以外の何人に對しても引渡を爲さざる旨を明記してあつた。其の證券の善意有償の被裏書人たる原告は、證券の趣旨に従ひ記載物件の引渡を求めたのであつたが、證券の債務者たる被告は原債權者たる S & Co. との間の未拂代金に付ての所謂賣主の留置權 (unpaid vendors' lien) を主張して、其の引渡を拒絶した。併し此の種の證券の有償取得者に對しては、前者に對する留置權を以て對抗することを得ざる趣旨の鐵商間の慣習の存することが立證せられた。結局裁判所は、此の慣習と取引の仕方に依りて示されたる證券當事者の意思に基いて (by the intention as shown by their course of dealing)、證券の債務者は留置權を主張することを禁止せらるべきものと判示するに至つた (Jacobs', p. 40)。

Re General Estate 事件に於ては、或會社の發行せる證券面の指名人又は其の指圖人に對し、一定金額及び其の利息を支拂ふべき旨の約束文言を記載せる捺印證書 (document under seal) が争となつたが、流通性に關する立證なかりしに拘らず、證券の債務者は原債權者との間の抗辯事由を以て、善意有償の所持人に對抗することを得ずと判示せられた。尤も裁判所は係争の證券を約束手形の種類として取扱へるが如くであるが、若し然

らずとするも此の種の證券に關する從來の判例を綜合すれば、證券の發行者が證券面に被裏書人に對して支拂を爲すべき旨の明約を記載し、且つ世間一般に對し之を知り得べき狀況に置きたる場合に於ては、後日に至り其の證券の作成者は證券の直接當事者との間の事由を主張して、其の文言に基づく債務を否認することを得ざるものである (Jacobs', p. 41)

上述の諸事例に於ては、禁反言の事由に基きて恰も其の證券が流通證券たると同じく抗辯洗滌の作用を生じ、之がため禁反言に基く流通性又は禁反言流通證券なる觀念を生ずるに至れるものであるが、併し之を以て禁反言流通證券なる特別の流通證券が存するが如くに、誤解してはならぬ。元來證券が其の本質上流通性を有する場合に於ては、當然に抗辯洗滌作用を伴ふものであつて、特に禁反言の適用を必要としない。抗辯洗滌の效力を生ずる爲めに、禁反言の適用を必要とするのは、結局其の證券が本質的に流通性を有せず、流通證券に非ざるがために外ならぬ。従つて禁反言に基く流通性なる語は、それ自體觀念の混淆を包含し、流通性なる語の正當なる用法と謂ふことは出來ぬ。そこで Jacobs は此の場合、negotiability by estoppel の代りに、準流通性 (quasi-negotiability) なる語を用ふることが穩當であると謂ひ (Jacobs', p. 41)、又 Willis は、此の場合 negotiability なる語を用ふることが抑々誤りであつて、寧ろ禁反言に基く權原 (title by estoppel) と稱すべきものとして

居る (Willis', p. 13)。

第五 半流通證券 (Semi-negotiable instruments)

流通證券は引渡に依る讓渡可能性と抗辯洗滌性とを兼備せることを必要とするものであるが、或る種の證券にして是等の要件の一部のみを具備するに止るものがある。殊に流通證券に於ける抗辯洗滌の作用は、讓渡人の權原に附着する總ての抗辯事由に付いて全面的に生ずるものであるが、單に部分的に抗辯洗滌作用を伴ふ證券がある。而して流通證券の特質を部分的に有する證券を半流通證券 (semi-negotiable instrument) と謂ふ。船荷證券 (bill of lading) は顯著なる例である。

船荷證券は、證券の裏書交付に依りて、證券上の權利の完全なる移轉を爲すことが出来る。従つて此の點に於て船荷證券は、流通證券の要件の一たる引渡に依る讓渡可能性を具有するものである。更に抗辯洗滌作用に付て見るに、船荷證券の讓受人は荷受人の權原上の瑕疵を承繼すべきものであつて、流通證券に於けるが如く證券の讓渡に依りて全面的に抗辯の洗滌を生じない。従つて此の方面より見れば、船荷證券は、最早流通性なる形容詞を冠するに、價せざるものと謂はねばならぬ。併し此の點に關して船荷證券に付ても一つの例外が存する。即ち荷受人に對抗することを得べかりし荷送人の運送差止權は、荷受人に依りて證券が讓渡せられたる後は、荷送人より證券取得者に對して主張することを得ざることとなり、結局證券の取得者は讓

渡人よりもより強大なる權原を取得することとなるのである。即ち此の點は部分的にはあるが、流通證券に於けると同じく、抗辯洗滌作用を伴ふものと謂ふことが出来る。而して船荷證券が半流通證券と謂はれるのは之れが爲めであつて、尙船荷證券の如く引渡に依る讓渡可能性と部分的の抗辯洗滌性を有し、茲に所謂半流通證券に屬するものに倉庫證券(dock warrant, warehouse-keeper's certificate) 物品引渡指圖證券(warrant or order for the delivery of goods) 等の所謂物品權原證券(document of title to goods) がある(The Sale of Goods Act, 1893, 47條、62條、The Factors' Act, 1889, 4條)。

第四節 流通證券の特殊性 (債權法的地位)

第一 總 說

流通證券は債權を表彰する證券であるから、證券上の權利に關する側面に於ては一般債權法理論に服せねばならぬことは、敢て架説を要せざるところである。而して上來説述し來れる所に依りて明白なるが如く流通證券の債權法的特色は、證券上の債權の讓渡手續の簡易なること及び其の讓渡の效力の特異なる點に存するものである。即ち證券上の債權が證券の裏書交付に依りて、輾轉讓渡せられ得ることと、其の讓渡に依りて讓渡人の權原に付て存せし瑕疵又は抗辯が完全に洗滌し去られること

とは、實に流通證券に付いてのみ認めらるる極めて特有の現象である。而し此の特殊的債權法理は、沿革的に之を見れば中世紀の商慣習に其の端を發し、且つ當初に於ては一部の證券に付てのみ之を認めたるに過ぎない。尤も後世に至り此の特殊法理の適用は、漸次其の範圍を擴大せらるるに至れるものであるが、併し現今と雖も債權讓渡に關する一般法たるの地位にまで向上せるものではなく、單に一部の證券のみに其の適用を限定せらるるに過ぎない。従つて流通證券法理は、債權讓渡に關する法の全體系に之を照してみれば、極めて例外的の一法域を構成するものと謂はねばならぬ。

流通證券法理は、上述の如く債權讓渡に關する特殊的法理の一小體系たるに過ぎざるものであるから、其全貌を一層明確ならしむるがためには、吾々は更に進んで債權讓渡に關する一般法則を把握し、之と流通證券法理との比較を爲し、以て流通證券法理の特異性を明らかならしむる必要がある。抑々流通證券法は、傳統的の法律分類法に従へば所謂商法の領域に屬するものである。元より流通證券と雖も、商事債權の全部を包含し又は代表するものではないが、債權法理論としては商法的特色の最も濃厚なるものであり、商法的精神の結晶とさへ謂ふことが出来る。而して商法に對して英國法の體系に於ては、普通法(Common Law)と衡平法(Equity)とが存するものであるから、先づ是等の法域内に於ける債權讓渡に關する一般原則に一

警を加へねばならぬ。

第二 普通法上の債權讓渡 (assignment of choses in action at Common Law)

普通法は種々の政策的理由と債權又は契約の本質に關する純理論的の見地から、其の當初より債權の讓渡性を認めざるの態度を採つた(註一)。而して普通法の債權讓渡禁止の方針は、其の後部分的に多少の緩和が行はれたことはあるけれども、大體に於て十九世紀の後半に至るまで、終始一貫してゐたと謂ふことが出来る。従つて實際に於ては、債權讓渡の必要なる場合に於ては、或は代理制度 (power of attorney) を利用することに依り、又は更改 (novation) の方法に依りて僅かに讓渡に近い効果を收むることを得たるに過ぎない。併し是等の方法は、本質的には何れも債權自體の讓渡に非るのみならず、更改にありては三面契約 (tripartite agreement) たることを要する結果、債務者の承諾を得ざる限り、之を利用することを得ざるの不便がある。又事實上の讓受人をして讓渡人の名に於て債權を行使することを得しむる代理權授與の方法にも、讓受人に取りて種々の不便を伴はざるを得ぬ。即ち代理權は本人の死亡又は能力の喪失等に依りて當然消滅するものであるから、讓受人の地位は極めて不安定なるのみならず、又讓受人は單に讓渡人の代理人として其の名に於て權利を行使する資格を有するに過ぎないから、讓受人は債務者と讓渡人との間のすべての抗辯事由を以て

對抗せらるるの不利益を伴ふものである (Jacobs', p. 3)。

(註一) 普通法が債權の讓渡性を認めざりし理由に付いて Warrens' Choses in Action, Bk. I. Chapt. I. Jenkes, A Short History of English Law, p. 300. 参照。

普通法が上述の如く債權の讓渡に關して全く我不關焉の態度を採れる反し、商慣習法が既に中世紀の昔に於て、流通證券債權に付き其の讓渡性を認め、而も其の讓渡手續を極めて簡易化し、且つ抗辯洗滌作用の如き特殊的效力を認めたることは、實に異例中の異例と謂はねばならぬ。

普通法の債權讓渡禁止の原則は、遂に一八七三年に至り制定法に依りて、原則的に廢棄せらるるに至つた。即ち一八七三年の司法條令 (Judicature Act) は、債權は讓渡性あるを原則と爲し、而して其の讓渡の手續に付ても亦、詳細の規定を設くるに至れるものである (同法二五條六項)。更に此の規定は、一九二五年の新財産法 (Law of Property Act, 1925) 中に踏襲せられ現今に在りては、一般債權の讓渡は同法第一三六條に依りて、律せらるべきものである。而して同規定に依れば、債權の讓渡には、三個の要件を必要とする。即ち (1) 其の讓渡は絶對的讓渡 (absolute assignment) たることを要し、單に擔保の爲め (by way of charge only) のものであつてはならぬ。 (2) 又讓渡人の署名を伴ふ讓渡證の作成を必要とし、 (3) 且つ債務者に對する讓渡の通知 (notice of assignment) を爲すことを要するものである。而して此の手續に依りて債權を讓受けたる者は、

自ら債権者として單獨に権利を行使することを得るものではあるが、併し流通証券の固有の譲渡手續に依りたる場合に於けるが如く、抗辯洗滌の效力を生ずることなく、債務者は譲渡人に對抗することを得べき抗辯事由を以て、譲受人にも對抗することを得るものである。

第三 衡平法上の債權讓渡 (assignment of choses in Equity)

普通法が極端に債權の譲渡性を嫌忌せるに拘らず、衡平法は之に拮抗して當初より何等躊躇するところなくして、債權の譲渡性を認め、而して譲受人をして債權讓受の實を舉げしむる爲めに、種々の援助を惜まざりしものである。斯くの如く衡平法が、債權の譲渡に關して進出し來れる結果、一七世紀の中葉に於ては普通法の債權讓渡禁止の法則には實質的に殆ど無意義に歸するに至れる程である (Jenks, A Short History of English Law, p. 301)

債權の譲受人をして其の讓受の實を舉げしむるために、衡平法が採用するに至れる方法は、之を要約すれば譲渡人に對して二種の衡平法的拘束を加ふることであつた。即ち衡平法裁判所は、先づ譲受人が譲渡人の名を以て普通法裁判所に於て債務者に對し訴へを提起するの權利を認め、而して譲渡人に對して譲受人の此の訴へに付き、協力を爲すべき旨を命令する。若し譲渡人が此の命令に服せざる場合に於ては、譲受人をして債務者及び譲渡人を共同被告として衡平法裁判所に於て訴へを提起

することを得しむるものである。尤も一八七五年裁判所の整理統一が行はれたる後は、最早上述の如き普通法裁判所と衡平法裁判所との對立は存せぬから、債權の衡平法的讓受人は、讓渡人の同意を得て自己と讓渡人とが共同原告となりて、債務者に對し相當裁判所に訴へを提起し、若し讓渡人の同意なき場合に於ては、讓渡人を債務者と共同被告として訴ふることが出来る。

上述するところは衡平法上の債權讓渡に於ける讓渡人の權利行使の方法に關するものであるが、更に其の讓渡の手續及び效力に付いても、特殊的なるものがある。衡平法は債權の讓渡手續に付き何等特別の方式を必要としない。債權讓渡の意思さへ明白であるならば、其れが如何なる方法に依りたるかは全然之を問はざるものである。此の點に於て他の讓渡方法と相異なるのみならず、流通證券の固有の讓渡手續よりも遙かに簡易なるものと謂はねばならぬ。併し衡平法上の債權讓渡手續の簡易なることは、其の半面に於て、讓受人の地位を不安定ならしむる不便を伴ふものである。蓋し讓渡人は二重に衡平法的讓渡を爲すことが可能となり、而して後の讓受人と雖も、讓渡の通知を先に發したるときは、第一の讓受人に優先することを得るからである。併し流通證券の固有の讓渡手續は、證券の裏書交付を絶對的要件と爲すものであるから、斯くの如き二重讓渡を生ずる餘地は絶對にない。

尙衡平法上の讓渡にありては、流通證券の讓渡に於けるが如く、抗辯洗滌の作用を伴ふことはない。債務者は讓渡の通知を受くるときまでに原債權者即ち讓渡人との間に生じたる抗辯事由を以て讓受人に對抗することを得るものである (Jacobs' p. 56.)。要するに衡平法上の讓渡は、讓受人をして單獨にて、權利を行使する資格を與へざるのみならず、其の地位も亦流通證券の固有の讓渡手續に依りたる場合の如く強力なることを得ざるものである。

第四 一般債權讓渡手續の流通證券に對する適用

上述の如く債權の讓渡に關しては制定法上の讓渡、又は衡平法上の讓渡方法等が存するものであるが、然らば是等の方法も亦、流通證券債權に之を適用することを得るか。或は流通證券債權は固有の讓渡方法即ち商慣習法上の讓渡方法のみに依るの外なきものと解すべきか。法の體系的の系列を異にする是等の債權讓渡方法は互ひに相排他的のものではなくして、寧ろ補充的關係にあるものと解されてゐる。即ち流通證券と雖も制定法又は衡平法上の債權讓渡手續に依りて、之を讓渡することを得るものである (Jacobs', p. 10. Chalmers' pp. 145—156)。

併し是等の各分野に於ける讓渡は、各々其の手續を異にするのみならず效力の點に於ても相異なるものである。而して其の手續と效力とは不可分的の系統を構成すべきものであつて、例へば制定法上の讓渡手續に依りて流通證券債權を讓渡したる場合

に於ては、單に制定法の定むる一般債權の讓渡としての效力を生ずるに止まり、全然系列を異にする商慣習法又は衡平法上の讓渡としての效力を生ずるが如きことは絶對にあり得ざることである。

上述の如く流通証券債權と雖も、其の固有獨特の讓渡方法に依るの外一般債權に關する讓渡方法に依りても之を讓渡することを得るものであるが、然らば同一流通証券に付き、是等の讓渡手續が競合的に履踐せられたる場合にありては、其の效力は如何に之を定むべきか。而して此の問題を解決するに當りては、先づ流通証券債權が證券自體に結合せることと、是等の讓渡方法中商慣習法の讓渡が其の效力の點に於て最も強力なることを念頭に置いてかからねばならぬ。

今同一當事者間に、二重に前述の如き系統を異にせる讓渡手續が履踐せられたりと假定せよ。例へば甲が其の所有の流通証券に付き、乙に對して衡平法的の讓渡を爲したりとせよ(註一)。此の場合に於ては、單に衡平法的の讓渡の效力を生ずるに過ぎざることとは謂ふまでもない。然らば甲が更に重ねて商慣習法上の讓渡手續、即ち證券の裏書交付を爲したる場合に於て、二重の效力を認むることを得るか。元來商慣習法上の讓渡は最も強力なるものであり、自己の名に於て證券所持人たる資格に基きて權利を行使することを得るものであるから、此の場合讓受人の地位をして微弱ならしむる衡平法上の讓渡としての效力を認

むるの餘地なきものと謂はねばならぬ。即ち商慣習法上の讓渡ありたる場合に於ては、衡平法上の讓渡は、其の中に吸収せられてしまふものと謂ふべきである。

(註一) 裏書を要する流通證券に付き、裏書を爲さずして單に證券を交付したるに止るときは、衡平法上の讓渡としての效力を生ずるに過ぎぬ (Bill of Exchange Act, 31條4項)

制定法上又は衡平法上の讓渡手續を履踐したる後、更に他の者に對して、商慣習法上の讓渡手續を履踐したる場合に於ては、證券自體の交付を受けたる商慣習法上の讓受人の權利が優先するものと解すべきである。例へば、甲が其の所有の流通證券を乙に對して制定法上又は衡平法上の讓渡を爲したる後、偶々其の手に證券の存することを奇貨として、更に丙に裏書交付したりとせんに、假令其裏書交付が第一の讓渡に付き讓渡の通知を發したる後に於て爲されたる場合と雖も、證券の裏書交付を受けたる丙の權利が、乙の權利に優先すべきものである (Jacobs', p. 128, Chalmers', p. 154)。併し既に制定法又は衡平法上の讓渡を爲したることは、甲の權原に關する所謂瑕疵となるべきものであるから、丙が證券上の權利を取得するに付ては、抗辯洗滌の要件即ち善意有償の取得者たることを要するは、敢へて説明するまでもないことである。