

動産即時取得における正権原

——フランス法における仮想権原論——

柴 崎 暁

- 一 はじめに
- 二 無権利者からの (a non domino) 取得
- 三 正権原 (juste titre) による取得
 - 1 旧民法証拠編一四四条とフランス学説の推移
 - 2 フランス法における仮想権原論
 - 3 日本民法現行一九二条の解釈と富井説の再評価
 - 4 商法旧手形編四四一条における手形善意取得の議論
- 四 おわりに

一 はじめに

民法一九二以下に定める動産即時取得の制度は、動産取引の安全を図るために動産の占有に公信力を与えたもの

動産即時取得における正権原——柴崎

と解されている。では、右制度適用の要件として、「正権原」(juste titre)、すなわち、それ自体に瑕疵はなく、ただに処分者が無権利であるために効力が生じない、動産の占有を開始する原因たる法律行為に基づく占有であることは必要か否か。一九二条以下の規定が、取引行為ではない、無主物先占のような非取引行為による占有開始の場合に適用がないことについては、今日争いはなく、取引行為に基づく占有開始に適用があることだけは否定したが^①、当該取引行為自体の有効性を要するかどうかは、これと別に問題とされなければならない。現在の多数説は、正権原を「取引行為がそれ自体有効なこと」と呼び、これを要件とするが、理論的にいって、他人に属する動産の譲渡行為は、それ自体が原始的不能による無効に該当する疑いがある^②。そして、取引行為自体に行爲無能力・錯誤・詐欺強迫・代理権欠缺などの事情がないことを要求する立場を認めたとしても、前主のことを所有者であると信じたとした場合のように、その誤信の対象が前主の人格の同一性(真実の所有者と同名同姓の別人から譲渡を受けようとした場合など——このような場面では当事者についての同一性の錯誤により譲渡行為は無効になる場合も考えられる。詳細は後掲註(52b)参照——)について生じている場合には、適用があるのだろうか。それとも、このような場合は除外され、占有者において、前主の人格について誤りはないが、前主を権利者と誤信した場合に保護が限定されるのかは、定かではない^③。

他方、一九二条の改正前の明治二三年民法証拠編一四四条(但し「瞬間取得時効」の構成)は正権原要件説を採用していた。この主義は、同条が母法とするフランス民法典二二七九条の解釈として一九世紀中期に有力に主張されていた理論によるものであった。二二七九条一項の本則の適用される場合は *désaisissement volontaire* (意思に基づく占有の放手) と呼ばれ、この場合には動産の返還請求権は原則として認められず、悪意の取得者についてのみ、これを認めるものである。その特則として意思に基づかない占有の離脱 (*dépossession involontaire*) の場合

は、同条二項⁽⁷⁾および二二八〇条一項⁽⁸⁾が適用される。

右二二七九条二項が適用されるには、「(1) 右にいう「意思に基づく占有の手放し」があった(すなわち占有の喪失が *perte ou vol* によらぬこと。前主の占有は容仮占有・質権者の占有、受寄者の占有などとなる)こと・(2) 有体の動産(*meuble corporel* たること)につき、取得者が、自己の所有のためにする意思をもってする占有(*la possession a titre de propriétaire*)・(3) 現実の占有(*la possession réelle*)・(4) かつ瑕疵のない占有(*la possession exempte de vices*)、平穩・公然の占有)を開始し・(5) しかもこの時点で、占有者が善意(*bonne foi*)であり・(6) 前主は無権利者であったこと(*a non domino*)の取得。返還請求権者が直接の前主 *auteur* でないこと。直接の前主が対人訴権—例えば無効訴権(*action en nullité*)—によって請求してきた場合には二二七九条一項は全く適用がなく、対物訴権である *revendication* をもって返還を請求する場合には二二七九条一項の、覆し得る権利取得原因の推定のみを援用でき、同条項の覆し得ない即時取得のほうは援用できない)が要件となる。現代フランス法の通説によれば、「正権原」とは、それ自体独立の要件ではないにせよ、このうちの、取得者側の善意性の要素として考えられている(この点不動産の取得時効では独立の要件である)。

一九世紀の学説の多くは、「正権原」は、民法典二二六五条の取得時効の場合と同じく、二二七九条の場合にも要件であると考えていた。しかし一九世紀も末になると、フランスの通説は、正権原を独立の要件とせず、取得者の善意の一要素として解するようになっていった。非要件説を採る場合には、取引行為によらない占有開始、または、全くの無権原取得は悪意の取得と同視されると解する。取得時効では、正権原は独立の要件であるが、動産の即時取得の場合には、制度自体がもはや時効の一種ではなく、取引の安全を保護する制度であるから、取得時効の場合と別の立論をすることが認められているようである。現在の民法体系書も、前主の無権利を適用の要件としつつ、

他方正権原を独立の要件としない一九世紀末の通説を踏襲している⁹⁾のである。これによれば、所有者本人を詐称する者からの取得の場合、無権代理人による処分の場合で相手方がこれを代理人ではなく本人そのものと誤信した場合のいずれにおいても、取得即時取得が成立する可能性は否定されない¹⁰⁾。

(1) 乾政彦「民法第百九十二条ノ解釋ニ就テ」法協三二巻九号一八頁以下は、逃亡した家畜動物の先占の例(二四頁参照)を一九二条の適用の典型とする異説である。

(2) さしあたり舟橋諄一・物権法(一九六〇年・有斐閣)二四〇頁。

(3) 処分権が欠缺していることが、原始不能無効をもたらすか、それとも処分権を具備すれば効果帰属がありうる、停止条件付法律行為とみるかは、当該譲渡行為自体の性質にもよるであろう。フランス民法典一五九九条も他人物売買を無効としている。わが民法五六〇条は、買主の信頼利益保護のためにこれを当然に無効とはしなかつた。柚木馨編、注釈民法14債権5(一九六六年)一三二—一三四頁参照。この主題を扱うことは本稿の目的を越えるものであるが、他人物売買の効果に関するものとして、柚木編・前掲書・一二七頁所掲の文献のほか、於保不二雄・財産管理権論序説(一九五四年)二四三頁以下「追完(Konvaleszenz)について」、二八一頁以下「将来の権利の処分」。極めて近時の文献として平野裕之「非権利者処分無効」法時六七巻一—二号六一頁以下。

(4) この問題は、前主の無権利の場合にのみ即時取得が適用可能であるか、行為無能力の場合などにもこれを認めるのかという問題を争うことを意味しない。前主無権利の要件を認めた上で、なおかつ正権原が要件であることを再検討しようとするものである。筆者は既に、「手形法一六条二項の適用範囲——とりわけ裏書人の同一性欠缺の場合について——」小室金之助教授還暦記念論文集・現代企業法の諸問題(一九九六年刊行予定・成文堂)、「手形善意取得法理の基礎——フランス破毀院判例を素材として——」山形大学法政論叢六号四五頁以下において、手形の善意取得が裏書人の同一性欠缺の場合に可能であるかどうか検討する機会を持った。本稿は、これらの検討の基礎として、動産の議論を援用しようとするものである。

(5) 「正権原且善意ニテ有体動産ノ占有ヲ取得スル者ハ即時ニ時効ノ利益ヲ得但第百三十四条及ヒ第百三十五条ニ記載シタルモノヲ妨ケス」②此場合ニ於テ反対カ証セラレサルトキハ占有者ハ正権原且善意ニテ占有スルモノトノ推定ヲ受ク」。BOISSONNADE, *Projet de code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire*, tom. 5^{ème}, Des preuves et de la prescription, 2^{ed.}, 1889, p. 1481. *Le bénéfice de la prescription appartient instantanément à celui qui a acquis par juste titre et de bonne*

foi la possession d'un objet mobilier corporel; sans préjudice de ce qui est dit aux articles 1470 et 1471./ Dans ce cas, le possesseur est présumé posséder à juste titre et de bonne foi, si le contraire n'est prouvé.”¹⁾

(6) フランス民法典二七九条一項 動産については占有が権原に値する。
art. 2279 En fait de meubles, la possession vaut titre.

二二七九条一項の表現自体はゲヴェーレ体系における動産追及訴権の不存在を述べるかのようにであるが、今日ゲヴェーレ体系と即時取得とを関連付ける解釈(田島順「佛民法二二七九条一項の成立」法学論叢二八巻四号五四一頁以下など)は採られず、両者の切斷が強調されている(川島武宜・所有権法の理論 一九四九年)。

現実の所持を離れて物を支配する必要が稀である自足經濟の古代で通用した、Hand wahre Handの原則は、ゲヴェーレ体系における無訴権の反射的帰結であり、この枠組みが、後代になって別の目的である取引安全のために使用されたのが二二七九条である、というに過ぎない(安永正昭「動産の善意取得制度についての一考察——いわゆる占有の権利外観効を中心として——」法学論叢八八巻四・五・六号二七二頁以下、二八四頁)。仏民法二二七九条一項は、「体裁こそ占有を離れた物権的権原を認めないかのよう古いゲヴェーレ的構成をとってはいるものの、その現実にもつ意味と役割は、動産所有権に基づく追及効の承認を前提としつつ、取引安全のためにこれを制限・拒否するものにほかならず、その趣旨に即して、それは一般に第三者に譲渡された動産について追及を許さない趣旨のもの」と理解され(「したがって二二七九条は無権利者からの取得を対象とする「引用者」、そこでの占有取得者の善意(「その内容についてはこの歴史的構造からは必ずしも自明でないが「引用者」は当然のこととされている」(槇梯次「即時取得」民法講座第2巻物権(一)三〇二頁)のである。本文中、ボードリーーラカンチヌリ/ティシエの学説が取引の相手方ではない第三者のみを念頭に議論していることは右のような即時取得制度理解を敷衍したものと見えようか。権利者からの瑕疵ある取得は問題にならない。だからこそ、手形法一六条二項・小切手法二二条の解釈として主張されているように一挙に譲渡人の無権利以外の事由から譲受人を保護するとの結論が導かれることにならないのである。

金山直樹「フランス民法典制定前の時効理論(上)(中)(下)——一七、一八世紀におけるフランス普通法学の展開——」判例タイムズ五四三号五一頁以下、五五二号一八六頁以下、五五八号一三六頁以下——後に『時効理論展開の軌跡』(一九九四年)に所収によれば、フランス民法典二二七九条自体は「BOURON, Le droit commun de la France et la coutume de Paris, 1747, に由来する」というのが支配的な見解のようであるが、ブルジョワの発言は彼の独創的なものではなく(PLANIOL, Traité élémentaire de droit civil, tom. 1, 7^e éme éd. (1915), n.2473)「パリのシャトレ裁判所の判例を分析するなかから抽出された原理であり、同時代に多くの支持者を得て

いる。右の「動産占有の原則」は、証拠法から実体的権利取得への発達を基礎におく即時取得観をもつものとされ、「一七七八世紀における取引・金融の発展拡大を背景に、シャートルという世俗の要求に直面した裁判所における判例として」提示された原則である(カルボニエ)。即時取得制度史を詳細に研究した「JOBBE-DUYVAL, Etude historique sur la revendication des meubles en droit français, 1881, も、即時取得が証明の問題から発達した制度である立場を取るものであって、「動産占有の原則」が直接に古ザルマン法に由来する、あるいはこれに代わるもの」とはいえないとしている。また、van BEMMELLEN, Le système de la propriété mobilière, 1887. に至っては返還請求権を制限するザルマン法諺の存在自体を否定しようとするのである(以上金山・前掲書二二七頁以下)。

(7) 民法典二二七九条二項 前項の規定にもかかわらず、物を遺失しまたは盗取された者は、当該盗難または遺失の日より三年の間、これを手中に有する者に対して返還請求しうる。但し、取得者がこれを取得した相手方への償還を妨げない。

Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient.

(8) 民法典二二八〇条 盗難・遺失された物の現在の占有者が、これを定期市もしくは市場において、あるいは公然により、あるいは同種の商品を販売する商人から、購入した場合には、原所有者は、占有者における物の取得価額を占有者に償還するのなければ、これを取戻すことができない。

二項 (一八九二年七月二日の法律)同意なく移動され、かつ、前条と同様の条件で購入されている動産の返還を二二〇二条に基づいて請求している賃貸人は、右と同様に、買主に対して、動産の取得価額を償還する義務を負う。

art. 2280 Si le possesseur actuel de la chose volée ou perdue l'a achetée dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses parcellées, le propriétaire originaire ne peut se la faire rendre qu'en remboursant au possesseur le prix qu'elle lui a coûté.

(L.11 juillet 1892) Le bailleur qui revendique, en vertu de l'article 2102, les meubles déplacés sans son consentement et qui ont été achetés dans les mêmes conditions, doit également rembourser à l'acheteur le prix qu'ils lui ont coûté.

(9) WEILL, TERRE et SIMLER, Droit civil, Les biens (coll. « Précis Dalloz »), 3^{ème} éd. (1985), nos 418, 420, 421, 422, 423, 426 et 436.

(10) 注(4)で述べた手形法一六条二項・小切手法二二条の問題との関連を敷衍すれば、動産の受寄者でも外形上本権推定されるべき占有者ではある。いま、真実の所有者が甲であり、乙がその寄託を受けた動産を丙に譲渡し、丙は乙を所有者と誤信した場合、この占有

が自己の（本権の）ためにするもの a titre de propriétaire であるのか、容假に a titre précaire 占有するものであるのかは、外形上判別しえないから、丙による即時取得の可能性がある。これを手形の場合と比較すると、手形の受寄者（Cとする）が権利者を装おうと思えば、最終の被裏書人欄に前主（Bとする）の名義が頭出されている限り、Bの形式的資格が、Cの証券占有の容假性を推定させてしまう。そこで、①Cは自己を被裏書人とする、B名義の偽造または無権代理の裏書をする、②Bの名義の書かれている被裏書人欄を抹消する、③同じく被裏書人欄を変造してC名義に書き換える、④自らを「B」と名乗る、のいずれかの方法が考えられる。①②③は証券上の記載そのものに手を加えて形式的資格を自己の同一性に合致させる術策である点で共通するが、④においても、その後の取引の相手方Dとの関係でいえば、Dが形式的資格者と現実証券を占有している者との同一性に疑いを正当に抱き得ない場合には、両者は権利者らしき外觀に公信力を与える基礎があるという意味で何ら変わるところはあるまい。①②③の事例でCがさらに自己の裏書によってこれを第三者Dに譲渡すれば、Dが善意取得しうる。然らば、④の方法でCがBと名乗り、B名義でDを被裏書人とする裏書を行った場合だけなぞDの善意取得の可能性を否定できようか。偽造には行為者の法律関係の変動を意欲する意思が存在しない以上行為が存在しないこと（正権原取得がないこと）を理由として通説は善意取得を否定するものと推察されるが、正権原による取得も善意の一要素に過ぎないとの——後述の、富井政章による日本民法一九二条解釈のように——前提を採れば、同一性欠缺につき善意なる取得者が保護されてよいのではなからうか。また、この立場は、善意取得の制度が「無権利者からの取得」を適用範囲とする前提は否定しない（次の「二」を参照）以上、手形法一六条二項・小切手法二二条を権利者からの無効裏書による取得をも救済するという拡張説を意味しない。

二 無権利者からの (a non domino) 取得

無権利者から取得する場合に限って即時取得が適用されることは争いはない。正権原問題と混同を招き易いので、こちらの点から明らかにしておこう。

前主無権利の要件性についてわが民法一九二条の解釈論は要件説をとる。^①権利者からの、無効行為による動産の

取得は、当該行為の効力に関する規制に委ねられることは、いうまでもない。また、一九二条は、先占のような権利取得原因には適用がない。あくまで、取引行為による取得（その効力がどのようなものであるかは別として）の場合に限定されて適用される。この点についても争いはない。

母法として以下に検討するフランス法の解釈も、同様である。

説明の便宜のため、三つの例を挙げておく。

(α) まず、債務が不存在であるのおこなわれた動産の給付は、弁済者の錯誤の要件のもとに、非債弁済による *action personnelle en répétition*（取戻の人的訴権）による取戻の対象になる。この場合には、訴権の性質から二二七九条の問題は起こらない。

(β) 次に、所有権移転を伴う占有移転を行う契約（例えば売買）が無効であり、これが既に履行されているとき、目的物の返戻を無効訴権によつて主張する場合。これは物を対象にする返戻請求 (*restitution*) であることから、「返還請求 (*revendication*) を規律するもの」と同一の原則に服する^(註)。しかば、無効な売買の買主である占有者が「善意」であるとき、民法典二二七九条が適用されるのであろうか？ この問題については、以下に引用するポードリー＝ラカンチヌリおよびティシエの説明と、破毀院判決のフォーミュラをもつてその回答とすべきであろう。すなわち、このような場合には第三者による物の追及ではないから、二二七九条の適用場面ではないのである。権利取得効果を生じる規定としての二二七九条は、*acquisition a domino* の場合には適用がないのである。

(γ) 最後に、所有権移転を伴わない占有の移転を行う契約（例えば寄託）の場合で当該移転の基礎にある契約が無効の場合にはどうか。この場合には *action en revendication* が認められることになるであろう。しかし、受寄者のような容仮占有者 *possesseur précaire* は、時効によつて追及を免れることはできない。このことは民法典二二

三六条・二二三七条の定めるところである。¹²⁾即時取得が時効制度の一種と考えれば、当然のこと、そう考えなくとも、取得時効よりも効力の強い即時取得制度が、この条文によって排除されることはじゅうぶんに合理的である。

しかしながら、右のような問題は、伝統的には、次のように説明されてきた。すなわち、契約関係で結び付けられた直接取引当事者間での、契約の無効等の事由による給付物の取戻は、もっぱら、対人訴権の一種である非償弁済による取戻訴権 (*action en répétition de l'indu*) によるものとされる。¹³⁾即時取得とは対物訴権を制限する制度であるから、対人訴権による目的物の取戻にはもともと関係がない、と。しかし、右の説明は、右に挙げた設例のうち、(α) についてのものであるに過ぎない。他方、(γ) に関しては、二二七九条の権利取得効果を時効の一種と考えれば、説明が可能である。では、右 (β) に関してはどうか。二〇世紀初頭の学説であるが、ボードリー¹⁴⁾ ラカンチヌリおよびテイシエは、無権利者からの (*à non domino*) 取得要件を明瞭には掲げてはいないが、「対人訴権の存する当事者間では即時取得は認められない」(「対人訴権の行使されている場面では」でないことに注意) としてこの問題に言及している。説明の便宜上、若干引用すれば、次のような記述である。

「…(二二七九条の) 原則は、動産占有者が、目的物返戻の対人訴権 (*une action personnelle en restitution*) によって攻撃されている場合には適用がない。このような場合に当たるのは、とりわけ、寄託または貸借から生じる対人訴権によって追及されている受寄者または使用貸借借主である。また、売却済の物の占有を継続している売主の場合がそうである。債務なくして物を受領した者は、例え善意であっても、これもまた(「非償弁済による」)取戻請求訴権 (*l'action en répétition*) を免れることはありえない。所有者が、窃盗から生じる不法行為に基づく対人訴権 (*l'action personnelle née du vol, ex delicto*) によって盗品の取戻を求めている相手である窃盗行為者の地位は、なおのことこれに該当する。／われわれがここで検討している、占有者が占有物を対人的に返戻する義務を負

つていような事例にあつては、民法典二二七九条は適用がないのは、そこに存在しているのが対人訴権であるからというだけではなく、（所有権に基づく）返還請求（*la revendication*）もまた可能であるという点でも同様なのである。われわれがもつと後に見るように、容假性のある事例においても、事柄は同様である。正に、返還請求者（*revendiquant*）の利益となり占有者の負担として存在している、同じ数の対人的な返戻義務（*obligation personnelle de restitution*）の事例についても同様であるといわなければならない。ここでも完全に二二七九条は排除されなければならない⁽¹⁵⁾」

この論者は、取引行為無効の場合の直接当事者間で、*action en revendication* が最初から排除されるとの前提はとつていない。例えば、無効な寄託契約による容假占有者のような場合には、*revendication* による目的物の返還を請求しうるからである。ただ、容假占有者の二二七九条による権利取得が否定されることは右に述べたとおり（γの問題）、民法典が規定している。この論旨は、これに加えて、先の設例のうち（β）に関する問題を、自覚的に記述している点で、注目すべきであろう。

ところで、右のボードリールカンチヌリおよびティシエは、二二七九条一項における即時取得の利益を受ける者の善意の要件につき、現に取引の相手になつて直前の占有者と自己との間に存在した取得行為の瑕疵に関する認識があつても、取得者が悪意になるわけではないという。すなわち、二二七九条の善意は、専ら前主が所有者であるという信頼を意味するものであつて、それ以外の場合は何を知つていても悪意にならないからであると説いている⁽¹⁶⁾。この説明では、取引の瑕疵によつて生じた給付物返戻の關係は対人訴権で処理すべきだから、二二七九条による追及権制限の問題は關係ないという趣旨であらうか。この点については沈黙しているのである。この記述のなかで、論者が引用する破毀院判例は同様の説明を採用している。判旨は、次のようなものである。

「二二七九条は、動産占有者を、第三者から提起された返還請求訴訟 (une revendication) から保護するものであって、自らが、または、その前主が占有の原因に該当する行為の当事者であった者であり、かつ、この行為を攻撃する者、または、占有者が対人的債務によって当該動産の返戻義務を負っていることを主張する者により提起された訴訟からこれを保護することを目的とするものではない⁽¹⁷⁾」

右の判示から推測すると、裁判所で適用されるフランス法は、対人訴権に関しては、(即時取得を意味する)二二七九条の適用はない(覆しうる推定の原則としての二二七九条はもちろん適用される)というのみならず、第三者ならぬ直接の相手方からの対物訴権にも適用がないといっているのではなからうか。そうだとすれば、ここで裁判所の立てている公式の意味は、当事者の如何によって適用範囲を区別し、二二七九条による保護は無権利者からの取得の場合(第三者から返還請求 revendication がなされようとする場面)に限定するという趣旨とも思われる。

破毀院はさらに、一八九三年二月五日判決⁽¹⁸⁾で、次のように述べて、直接の取引行為の相手方への返戻請求について二二七九条が、即時取得ではなく、覆しうる権利推定の根拠規定として適用される旨判示した。

「原則として、二二七九条の第一の規定が動産占有者を、占有者が人的に返還を義務付けられている場合には、返戻請求訴権 (action en restitution) からの保護のもとに置かないというのが真実であるとしても、当該訴権を基礎付ける人的関係の証明の負担は、このような訴権を行使する者の側で、これをなしえないと、被告の側では、自己の占有の原因として援用することの現実贈与に関して証明する義務を負うまでもなく、占有の対象にしている動産を保持しかつ所持するべき地位を有することになる。」

この判旨は、二二七九条による即時取得の法理の適用は人的訴権による請求のなされうる直接当事者間にはない

けれども、動産占有による本権の單純推定のみはみとめられる、という趣旨のものと理解されている⁽¹⁹⁾。他方、対物訴権についてこの原理を適用しうるかどうかはこの時点では明らかではないが、(注(1))所掲の一八七八年破毀院判決の公式によるかぎり) 少なくとも二二七九条があるために取引当事者間での *action en revendication* が排除されるわけではなく、二二三六条・二二三七条によってこれが保存されるのである——そして、一九一五年になつて、一八七八年判決の原理は対物訴訟に関しても適用があることが明らかになつた⁽²⁰⁾。この他に、二二三六条・二二三七条の規定が二二七九条との関係も含めた時効制度にかかわるものとして作られたと推測せしめる条文がある。動産の寄託につき、受寄者が行為無能力者であつて契約が取消される場合に、民法典一九二六条は明示的に「寄託者が、当該寄託物が受寄者の手中にあるかぎりにおいて、*l'action en revendication* を有する」旨定めている⁽²¹⁾。右民法典一九二六条の文言から、直接当事者間の対物返還請求訴権の存在する場面の存在することは分かる⁽²²⁾。「権利取得機能」規定としての二二七九条は善意占有者を第^三者から提起された *action en revendication* から保護するものであり、占有者が善意でも、権利者たる前主からは即時取得ができず、取引当事者間にも対物訴権の余地を残すという実益(注(2))参照)も期待できるわけである。

なお、近時の学説は、初めから *acquisition a non domino* (無権利者からの取得) が二二七九条の適用範囲であるとして、*acquisition a domino* (権利者からの取得) の問題と区別しつつ論じる傾向にあるようである⁽²³⁾。

(11) 石坂音四郎「民法第九十二條論」改算民法研究（一九一九年）四五九頁、霜島精一・物権法第一部（一九一九年）一二五頁、中島玉吉・民法釈義卷之二物権編上（一九二〇年・訂正九版）一八五頁、三潯信三・全訂物権法提要上卷（一九三〇年）二九三頁、田島順・物権法（一九三五年）一三〇頁、沼義雄・総合日本民法論別卷第二物権法（一九四〇年）一四七頁、石田文次郎・物権法論（一

六版・一九四七年) 三三〇頁、柚木馨・判例物権法総論(一九五五年) 三四五頁、末川博・物権法(一九五六年) 一三五頁、於保不二雄・物権法(上)(一九六六年) 二二二頁、鈴木祿弥・物権法の研究(一九七六年) 二六三頁、舟橋諄一・物権法(法律学全集・一九六〇年) 二三八頁、川島武宜編・注釈民法(7) 物権(2)(一九六八年) §一九二(好美) 一二六〜二八頁、広中俊雄・物権法(第二版増補)(一九八七年) 一八六頁。反対説として乾・前掲「百九十二條」。なお、多数説でも即時取得者が裁判上前主の無権利を主張する必要があるわけではない。鈴木祿・前掲書二六六頁。

(11) MALAURIE (Philippe) et AYNES (Laurent), Cours de droit civil, Tome VI, Les obligations, 5 ed., 1994, no 586, p.320. 引用箇所は、合意の無効の効果に関する記述であり、既履行契約の無効の効果に関するカルボニエの説(「逆向きの双務契約」*un "contrat synallagmatique renversé"* 論)にコメントを加えている部分である。なお、訳語は「返戻」/ *répétition* を「取戻」/ *revendication* を「返還」として区別した。このうち *restitution* はより広義に用いられる。*répétition* は非債弁済の場合に限定され、*revendication* は対物訴権による場合に限定された用語である。

(12) フランス民法典二二三六条 他人の為に占有をなす者は、いかなるものであれ、時間の経過によって時効を享受することがない。二項 したがって、小作人、受寄者、用益権者、および、この他所有者のある物を容假的に所持するすべての人は、これについて時効を享受することができない。

二二三七条 前条に掲げる権原により、何人かの物を所持する者の相続人についても、同様に時効を享受することができない。
art. 2236 *Ceux qui possèdent pour autrui ne prescrivent jamais par quelque laps de temps que ce soit.*

Ainsi, le fermier, le dépositaire, l'usufruitier, et tous autres qui détiennent précairement la chose du propriétaire, ne peuvent la prescrire.

art. 2237 *Les héritiers de ceux qui tenaient la chose à quelqu'un des titres désignés par l'article précédent ne peuvent non plus prescrire.*

二二七九条も、時効の一種であると考えれば、この二箇条が適用され、寄託者の受寄者に対する *revendication* がなお認められることになる。しかるに右の場面では、即時取得が起ころうかのようにも思われる。しかし、即時取得の要件のなかには、*a titre de propriétaire* (所有者権原) による占有が含まれているから、この点での疑義はない。しかるに真に問題なのは、本文中の設例(β)の問題であるといえるであろう。

(13) 破毀院審理部一八七八年八月五日判決(Sirey 1880. I. 294.) のほか破毀院審理部一九二二年四月一〇日判決(D. P. 1923. I. 176.)

なるが知らざる。著述上つては AUBRY et RAU, Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae, 4^{ème} éd. (1869), tom.12, § 183, (p.117) ; MARCADE, Explication théorique et pratique du code civil contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence, 7^{ème} éd. (1874), tom.12, n.304 (p.362) ; LAURENT, Principes de droit civil, 3^{ème} éd. (1878), tom.32, nos.544, 551, 576 (pp.560, 572, 594).

(17) BAUDRY-LACANTINERIE et TISSIER, Traité théorique et pratique de droit civil, De la prescription, 3^{ème} éd. (1905), n.837 (p.668).

(18) BAUDRY-LACANTINERIE et TISSIER, op. cit., n.873.

(19) ホーシューリマン・スミス著、判決年月日を著述上つてなる、破毀院審理部一八七八年八月五日判決 (Sirey 1880. I. 294.) に推測せざる。BEUDANT (Ch.), BEUDANT (R.) et LEREBOURS-PIGEONNIERE, Cours de droit civil français, 2^{ème} éd., tom.

IV, Les biens, avec la collaboration de VOIRIN, 1938, n.747, p. 824-825, 同文の引用せざる。

(20) S. 1880. I. 294.

(21) D. P. 1894. I. 48.

(61) BEUDANT (Ch.), BEUDANT (R.) et LEREBOURS-PIGEONNIERE, op. cit., loc. cit., p. 825, 其、即時取得を「独自の権利取得機能」(une fonction acquiescive autonome)と「単純推定を」(une fonction simplement probatoire)とを区別す。

(20) WEILL, TERRE et SIMLER, op. cit., n.439, note 137 其、直接の前主と占有者との間での訴訟におきて、占有者の援用する権利推定が覆された場合には、直接の前主からの revendication が認められるべきことを判決したものととして破毀院民事部一九一五年三月二四日判決 (D. P. 1920, I. 143.) を援用してなる。

(21) 民法典一九二六条 寄託が、行為能力ある者により、行為能力のない者に対して行われている場合、寄託者は、寄託物が受寄者の手中にあるかぎり、寄託物の返還請求権を有するか、または、受寄者の利益に變じた部分の相当額におよぶ返戻請求権を有するべしとある。

art. 1926 Si le dépôt a été fait par une personne capable à une personne quine l'est pas, la personne qui a fait le dépôt n'a que l'action en revendication de la chose déposée, tant qu'elle existe dans la main du dépositaire, ou une action en restitution jusqu'à concurrence de ce qui a tourné au profit de ce dernier.

二二二六条・二二二七条については、注(2)参照。

(22) CARBONNIER, Droit civil 3, Les biens: Meubles, immeubles, meubles (Coll. « THEMIS »), 12^e éme éd. (1988), n.76. WEILL, TERRE et SIMLER, supra. (注21) ; RIPPERT et BOULANGER, Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, tom. 2 (1957), n.2867 は、直接の前主が現占有者の容反性 précaire を証明して返還請求する場合に revendication が、action personnelle と同時に認められる実益を他に競合する一般債権者に優先して目的物を取り戻せることにあるとしたうえ、寄託者の寄託物品がまだ受寄者の手中にあるうちは、寄託者からの返還請求は他の債権者との競合を来さない、という趣旨を規定するパリ慣習法一八二条を援引する。

(23) MAZEAUD et CHABAS, Leçons de droit civil, tom.2, vol.2, Biens: Droit de propriété et ses démembrements, 8^e éme éd. (1994), cpr. nos.1525 et 1541. ちよび WEILL, TERRE et SIMLER, op. cit., 3^e éme éd. (1985), no 436, ちよび 判例法理を説明して、直接の前主からの返戻請求においては、対人訴権についてはそもそも二二七九条は適用がないが、対物訴権については二二七九条の適用が完全に排除されるものではなく、二二七九条の占有の権利推定機能のほうだけが(取得契約の証明方法に代替する)したがって当該契約の不存在を原告側で証明しなければならぬ(適用されるという)前提として、取引当事者間でも、対物訴権による返還請求が認容される余地はないわけではない)。かくて「権利者からの無効行為による即時取得」は原理的に否定される。破毀院審理部一八九三年一月五日(注18)参照。また、邦文文献として、上野芳昭「法律行為の無効取消の効果について―当事者間における目的物の返還をめぐる―」鈴木・徳本編・幾代通先生献呈論集・財産法学の新展開(一九九三年)一一三頁参照。

三 正権原 (juste titre) による取得

1 旧民法証拠編一四四条とフランス学説の推移

明治二三年民法証拠編一四四条は、

「正権原且善意ニテ有体動産物ノ占有ヲ取得スル者ハ即時ニ時効ノ利益ヲ得但第百三十四条(配偶者間の動産取得時効)三ヶ月引用

動産即時取得における正権原——柴崎

(一五)

者註)及ヒ第百三十五条(財産管理人本人人間の動産取得時効)ニケケ月引用者註)ニ記載シタルモノヲ妨ゲズ 此場合ニ於テ反对ガ註セラレザルトキハ占有者ハ正権原且善意ニテ占有スルモノト推定ヲ受ク

と定める。「正権原 *juste titre*」⁽²⁴⁾が規定されたのは、フランス民法典二二六五条が、正権原かつ善意の占有を不動産の取得時効の要件としており、瞬間時効も短期の時効の一種である以上は正権原の存在が要請されるから、二二七九条にも同様の要件があるものとする、フランスにおける即時取得ニ時効説の解釈を反映したものである(例えば、マルカデは代表的な瞬間的取得時効説であり、それゆえに正権原を要件とする立場である)。

フランス法における議論を若干敷衍しておけば、この立場に対しては、民法典二二七九条の体裁が、「占有が権原に値する」といっているから、効果であるはずの「権原」の問題が要件として要求されるのはおかしいという批判があったが、これに対して、当時の有力な正権原要件説の論者であるマルカデが反論している箇所⁽²⁵⁾を讀むと、時効によって補われるほうの権原は、*le titre efficace, et conférant effectivement le droit de propriété* (所有権を現実に与える、有効権原)、すなわち、*le titre même de propriétaire* であり、即時時効制度適用の要件としての権原は、*le titre inefficace* (所有権を与えることのない、無効権原)、すなわち、*le simple titre d'acheteur, d'échangiste...* であつて、両者は区別されるといふ。要件のほうの権原は「それ自体に瑕疵のない取引行為」をさし、効果のほうの権原は権利の取得という事柄自体を意味するものと説くかのようにある。

しかし一九世紀後半以降、時効構成は放棄され、即時取得を取得時効の一種として考えない理解が次第に定着する。正権原を、独立した一つの要件としてではなく、占有を開始した者の善意の一要素として把握する学説が台頭する。二二七九条に定式を提供したものと知られる、アンシャン・レジーム期のパリ・シャトレ裁判所判事の

ブルジョアが、「動産に関しては、時効は全然考慮されず (La prescription n'est d'aucune consideration)、使用され得ない (elle ne peut être d'aucun usage)」。なぜならば、この種の財産に関しては、単なる占有は、完全権原の効果を十分生じるからである」と述べていたことをあげ、このフォーミュラ自体が時効構成を排除しているとみるわけである。さらに、「時間の経過なき時効」が時効の定義に矛盾すること、二二七九条自体が、権原を要件でなく効果にしていること、二二七九条二項の三年間の追及可能期間は中断も停止もない除斥期間であつて時効ではないこと、などを根拠に法律上の権利推定ないし特殊法定権利取得方法説が主張される。

この時代に敢えてボワソナードが時効構成を採つたのは、配偶者間、財産管理人本人間で瞬間時効が進行しないこと、瞬間時効による権利推定は、証拠編七六条の「公益ニ関スル完全ナル法律上ノ推定」の一つと考えられるがゆえに、⁽³⁵⁾ 告白・宣誓によつて覆らないことから説明されること、⁽³⁶⁾ この觀念の原理は日本の裁判所でも受け入れられていること、⁽³⁷⁾ を理由とする。このような理解は、時効以外に即時取得という公益に関する完全なる推定を想定することができなかつた時代の所産であり、証拠法体系に制約された帰結といえる。仮に時効構成が捨て去るべきものではないとの判断が正しければ、正権原が要件となることは、ボワソナードにおいては、当然のことといえよう。

その後、明治三二年民法（現行法）一九二条は文言上「正権原」を削除した。現行一八九条の果実取得効に関する起草過程を参照すると、正権原なき取得が直ちに悪意取得ではない趣旨が読みとれる。⁽³⁸⁾ 右の証拠編一四四条に比較すると、現行一九二条は文言上「正権原」を即時取得の要件とはしていない。「正権原」の代わりに「無過失」が要求されるようになった。

この経緯は、単なるフランス法の動向の模倣ではないようである。現行民法の審議過程を見ると、現行一八九条の果実取得効の規定に関して、法典調査会での議事によると、本条には、占有者の善意は要求されているが、無過

失とは書いていないため、「善意であるけれども正権原がない場合」と「善意ではないけれども正権原がある場合」も考えられるではないか、との立場から、善意悪意をどう決するかとの質問が土方委員より示され、これに答えて穂積委員が「善意」とだけ書いてある場合には過失のないことは必要ではなく、「正権原がないことにつき」その事を知らなずとも善意でありさえすればよい、という解釈を示した。ここでは、正権原の存在が「善意」の一要素ではなく、「無過失」の一要素になっているということになる。その結果、一九二条にいう、無過失という占有者の調査義務懈怠における調査の対象たる事実の中には、自己の取引行為の効力も含められているのではないかという疑いが生じるのである。結局のところ、正権原概念の具体的内容いかんによっては、旧証拠編一四四条と事柄は何も変わっていないとも考えられるのである。対照すべき素材として、次に、フランス法の理論の推移を検討する。

2 フランス法における仮想権原論

フランス法の多数説・判例は、取得者が前者を所有者と信じれば善意であり、実在しない・占有者の想像上の取得行為であっても、正権原に等しく (*titre putatif*)⁽⁴⁾、権原が主観的にも不存在であれば悪意になるのみ、と説く。

フランスにおける要件説への批判は右に述べている通りであるが、特に重要であると考えられるのは次の二点であろう。すなわち、第一に、二二七九条の文言が「権原」を要件にせず、逆に効果にしているという、フランス民法典の文言上の制約のために発生した批判である。ただし、ここで二二七九条の効果として語られる「権原に値う」の意義は、二二七九条の訴訟法的推定機能に付いて述べたにすぎないのであって、実体的権利取得機能のほうについては、「正権原要件」があっても（二二七九条の文言の問題としては）、矛盾しないともいえようか。二二七九条の文言自体のいう「権原」とは、即時取得の利益を受ける現在の占有者の前主がさらにその前々主との間で権利を

取得するための「権原」であると考えれば、前主の占有が前主の権利取得権原に値する効果を利用して現在の占有者が即時取得することから矛盾しない(少なくとも、ポフソナードはこれに類する記述を残している⁴³)。この点は問題を決する決め手にならない。

第二に非要件説によれば、要件説が理論的坳り所とする時効構成に根拠がないこと(これはそのまま、権利推定説や法定取得方法説からの主張となる)が問題とされうる。すなわち、時効制度として理解する限り正権原に拘泥しなければならぬというのみであつて、権利推定説や法定取得方法説に立てば、正権原は不要であるというものである。そして、少なくとも、無権原は善意と相容れないであろうから、善意の一要素として、権原が存在していればよいということになつたのである。

以上のような説明のもと、一九世紀末頃までには、非要件説が主流となつたと見てよいであろう⁴³。判例も同様であるといわれている。マゾーおよびシヤバス⁴⁴によれば、取得者が前者を所有者と信じれば善意であるのだから、取得行為自体が現実には存在しなくてもよく、占有者の想像の中のみ存在するものであつてもそれは正権原(に等しいものというべきか)である。これを仮想権原(titre putatif)と呼ぶ。さらに、無効の権原について、マゾーおよびシヤバスが二二六五条に関していうところによれば、相対無効(取消)の場合には無効主張者が行為の当事者に限定されており、無効行為との関係で言えば第三者に該当する返還請求者は、権原たる行為の無効をいえず、取得時効の要件である正権原は欠けることはない⁴⁵という。そして、絶対無効の場合には、主張者を問わない性質があるので、第三者であつても無効を援用できるのであつて、占有者側の正権原欠如を攻撃できることになる。かくて動産の譲渡人の同一性欠缺の事例においては、取引行為が相手方の錯誤によつて無効であるとはいへ、相手方を所有者であると信じて譲受人が取引している以上は、無権利者からの取得であり、かつ、titre putatifの存在により取

得者は悪意とならず、即時取得が可能である。権原の不存在ないし絶対無効の場合には、適法権原の不存在という事実自体が「悪意」に該当すると理解されている⁽⁴⁷⁾。

この理論に関連する破毀院判決を若干検討しよう。

破毀院民事部一八六八年二月七日判決は、所有者ではなく使用人の地位を有する自称受任者 Dauber から、他人物と知って鋼材の引渡を受け、委任がなければ受任者の占有の適法性はない（代理権の欠缺の問題）ことを認識している買主 Dantony は、一二七九条の定める推定（即時取得のこと）を援用する立場にない、と判示した原審を支持した⁽⁴⁸⁾。

「原審（メス控訴院）によれば、…Dantony（上告人）は、自己が他人の物を購入したことを知っており、この者が信頼をおいていた自称受任者から、かかる物の引渡を受けており、この者（上告人）の認識においては、かかる受任者の占有の適法性は、合意を成立せしむる委任の存在次第であると考えていたところ、原審が、右事情にてらして、Dantony は、かかる事実を知っており、所有者ではなく使用人としての地位を有する Dauber（自称代理人）と取引をしており、このこと自体から、ナポレオン法典一二七九条の定める推定（ここでは即時取得のこと）を援用する立場に在る者ではないと判示したのは正当である」

同判決は非要件説を確認したものとしてベルギーのロランによって引用されている⁽⁴⁹⁾。本件では所有の意思に基づく占有の開始はあるけれども、善意がない。相手方が他人の物を売ったことを知っているからである。これを敷衍すると、相手方のことを代理人ではなくて、所有者本人と信じていれば、取得者は善意になるといえよう。つまり、この事案で、讓受人 Dantony が、Dauber から無権代理行為によって鋼材を取得していることについて不知で、所有

者本人から取得しているものと誤信していれば二二七九条が適用されることになるのである。厳密に独立した要件としての正権原要件説にたつと、本件の Datar を、鋼材の所有者自身であると誤信(同一性についての誤信)した場合でも、取引行為がそれ自体として無効になる(相手方の錯誤)ので正権原を欠き、二二七九条の適用はないとの結論に至るかもしれない。しかし、正権原をロランのように解するかぎり、すくなくとも同一性欠缺については、取得者が保護の対象でありうる。

他方、代理権の存在についての誤信がある場合については、この判決は何ら判示していない。本件のような事案は善意要件の欠缺と解しうると同時に、権利者である本人から、無権代理人を通じて取得する事例であるため効果が本人に帰属しない行為による取得の場合に該当し、事実をいかに解釈するかによっては、前主無権利要件(acquisition a non domino)⁵⁰⁾の欠缺事例と解することができなくもない。しかし、代理権欠缺の治癒は表見代理法理に委ねるべきものであつて、破毀院の判示の趣旨も前主の無権利について買主が不知ではなかつたことに力点を置いているように読める。

取得者の保護が否定されるための要件である取得者の悪意の対象は、前主が無権利者であつた事実、また、権限ある代理人からの取得については本人が無権利者であつた事実、自己の名において他人物を処分する権限があると称する者に関してはその処分権限の欠缺、に関する認識が含まれる。破毀院民事部一八八六年七月六日判決は、自己の名において他人物(雇主が顧客から寄託されたイタリア国債)を処分する権限があると称する公認仲買人の従業員に処分権がない事例で、処分権欠缺への認識が悪意に該る旨確認している。⁵¹⁾

「占有者が、物を取得するにあつて、この物が、当該占有者に対して、この物の所有者ではない者、または、この物の所有権を彼に

移転する資格 (qualité pour lui en transférer la propriété) のない者から譲渡されたことを知っていたことの証明がなされた場合のみ、二二七九条一項の絶対的原則は、法律により権原たる法的効力を付与される占有が、占有者の悪意によって害される場合における、例外を許すのである。」

また、破毀院審理部一九三七年一月二一日の判決は、

「動産については占有が権原に値するの原則は、動産の取得者が占有を開始する時点で、自らが当該動産の正当な所有者 (legitime propriétaire) からこれを交付されたことを信頼していなかった場合、および、この時点で、かかる占有が隠秘なるもの (equivoque) ならには、不審な由来を持つ (d'origine obscure) ものであった場合には、この取得者を保護しない。」⁽¹²⁾

と述べ、善意・平穩公然の占有の要件を語っている。

加之、相手方の同一性欠缺に関する認識を付加することができるのであろう。本人のためにすることを示す無権代理においては、取得する者としては代理権の照会が容易であるが、本人になり済ましての行為の場合、同一性の確認は困難が予想される。したがって無過失での同一性欠缺の不知に該当するケースは、社会学的には、多いといえるかもしれない。それゆえ、同一性欠缺につき善意であると自ら主張する取得者、一八六八年の事例で言えば Dantony が取引上相当の注意をもってしても無権利である単なる占有者たる Dauter のことを、原告である真の所有者その人 (Dantony とは別の) であると誤認していた場合には、Dantony が保護される余地があるのではないか。⁽¹³⁾

3 日本民法現行一九二条の解釈と富井説の再評価

さて、ひるがえって現行日本民法一九二条における正権原の要否についてみると、法文の文言自体からは、直ちに決し難いように思われる。右のようなフランス法の展開にも拘らず、わが国の学説は正権原の要否について分裂の歴史を辿ってきた。⁽⁵³⁾ 時として問題は無権利者からの取得の要件と一括して議論の対象となってきたかの観がある。⁽⁵⁴⁾ 初期の学説では取引行為によらない取得さえも含めて理解がなされており、取引行為の存在に対する関心のない傾向が続いたともいわれている。⁽⁵⁵⁾ 例えば「現行民法典の一九五条（家畜外動物の取得）が、一九三・一九四条と同様に、一九二条の例外として置かれた」という説明が前提にするような、表見的無主動産（例・隣家から逃げた鳥）の先占のような取引行為によらない取得も一九二条の対象とする理解では、⁽⁵⁶⁾ 正権原取得は論じるまでもなく不要であろう。が、ここでの非要件説はそういう議論に立脚するのではない。右フランス法の議論と同様、即時取得は取引安全のための制度であり、主観的誤信であれ、占有者の信頼の対象として取引行為は不存在であってはならず（全くの無権原は「悪意」と評価される）、ただその「効力」については民法典二二五六条のような意味での正権原である必要はなく、「仮想権原 (le titre putatif) で足る」と説くものである。

この文脈からすれば、富井政章・民法原論第二卷（一九一四年）が取引安全を念頭に置いた上で非要件説に立つのは正鵠を射たものといえよう。⁽⁵⁷⁾ 富井・原論は、独立要件としての「正権原」を不要としつつ、無権原取得者は悪意者として扱われる旨を述べて、フランス通説に歩調を合わせている。富井が非要件説を採る理由は、（*a*）改正時に正権原の語を削除したこと、（*b*）フランスの「近世ノ」（―近時の？）通説であること、（*c*）「権原ニ瑕疵アルヤ否ヤハ讓渡行為ノ当事者ニ於ケル問題ニシテ其行為ニ関与セザル所有者ノ争フベキ事項ニ非」ざること、（*d*）正権原を善意の一要素として眼中に置くことはできること、の四点である。⁽⁵⁸⁾ しかも、富井・原論がこの箇所て援用

するサレーユの論文にも指摘があるとおり、非要件説においても、絶対無効の無効権原については、第三者である所有者といえどもこれを攻撃できるという可能性が示唆されうるのである⁵⁹。よって、保護に値しない取得行為まで保護するという危惧は、それほど大きなものではないと考えられていたのであろう。

当時の反対説として、石坂音四郎「百九十二條論」は物権行為の独自性を認めたくて「正権原」が物権行為を意味することを前提に正権原は要件であるとしているが、富井・原論は石坂「百九十二條論」の引照に続けて、この立場は同条の適用範囲を狭くするから採用できない、⁶⁰といつてこれを退けている⁶¹。なお注意すべきことと思われるのは、石坂説は、物権行為が強行法的に独自性（および無因性）を帯びている前提をとり、即時取得には物権行為の実質的有効性が必要であると説く、という意味で正権原要件説なのであって、原因契約の実質的有効性までも要求しているわけではない。後世の意思主義的物権行為独自性論を前提に正権原要件説をとっているという論者との間には大きな違いがあることに注意すべきである。当事者の契約自由の原則の帰結として物権行為が独自のものでありうるとの理解では、当事者が物権の移転に無因意思を帶有させない取引行為の場合にもなお正権原を要求することに、売買・信託・贈与などのような実質的な契約の効力さえ即時取得の要件になる場合がありうるから、その結果一九二条の適用範囲が狭まり、富井・原論の危惧が生じるわけである。

4 商法旧手形編四四一条における手形善意取得の議論

最後に、右の議論が手形裏書による善意取得の場合に応用しうるかを、ジュネーブ統一手形法導入以前の商法旧手形編の規定を中心に考察したい。手形行為は無因行為であるから、右の石坂説が妥当すると考えることはたやすい。しかし、無因行為であるということと、善意の対象の範囲の問題の間には、必然的な結びつきがあるわけでは

ない。むしろ、往時の商法体系書等で伝統的に指摘されてきた偽造裏書による取得、すなわち裏書人の同一性が欠ける場合には、最終所持人の直前の裏書は偽造であるがゆえにそれ自体としての効力はなく、「正権原裏書」にならない。しかしこの場合でも直前の前主が無権利者である事例であることには変わりはない。また、体系書類はこの場合での善意取得を肯定する（後掲、岡野敬次郎、青木徹二等、注(60)参照）。したがって、正権原非要件説が、手形の善意取得の場合にも妥当するといえるのではないだろうか（善意の一要素としての“*endorsement putatif*”）。

この点、明治商法典が形成される過程での議論は必ずしも豊富ではない。正権原そのものに言及した規定と思われる明治二三年商法七一〇条にいう「正当ノ取得」は、明治三二年のいわゆる新商法への移行に際して「規定する必要もないこと」と判断され、明治三〇年商法委員会の修正案で削除されて新商法四四一条に至るといふ経緯を辿っている。以下若干敷衍する。

明治一九年一〇月、法律取調委員会商法第一読会に提出された商法典原案「第一編第一二巻 為替手形及支払切手」七七二条は、

「正当ノ方法ニ依リ又太過ニ出テスシテ為替及ヒ支払切手ヲ得タル現所有者ニ其返却又ハ其支払金ノ返却ヲ要求シ得ルハ現所有者ニ於テ為替返却ノ要求ヲ為ストキ之ニ対シ故障ヲ述ヘ得ヘキ事実アルトキニ限ル」⁽⁶²⁾

と定めており、翌二〇年四月、同委員会第二読会では、「第一編第三章 手形及切手」七七二条

「手形又ハ切手ノ現所有者ハ正当ノ方法ニ依テ（ママ）ス若クハ大過ニ出テテ之ヲ所得シタルトキ又ハ自己ノ為シタル手形返却ノ訴訟ニ対シ故障ヲ述ヘ得ヘキ事実アルトキニ限り其返却ヲ為スノ義務アルモノトス」⁶³

と修正されている。そして、最後に、右の規定の確定案である明治二三年に公布された（法三二）商法七一〇条は、

「手形又ハ小切手ノ占有者ニシテ正当ノ方法ニ依リ且甚シキ怠慢ニ出テスシテ之ヲ取得シタル者ハ其手形又ハ小切手若クハ其代金ノ引渡ノ請求ニ応スル義務ナシ但占有者カ手形又ハ小切手ノ引渡ヲ求ムル訴ヲ起シタル場合アルニ当リ之ニ対シ抗弁ヲ為シ得ヘキ事実ト同一ノ事実ニ因リテ請求セラルトキハ此限ニ在ラス」⁶⁴

と定められた。「正当ノ方法」による取得は、常に権利取得の要件となっている。この規定が公布された後の注釈書である高根義人⁶⁵・梅謙次郎⁶⁶・手形法綱要（明治二六―一八九三年）によれば、「手形ハ債権証書ニシテ一般ニ之ヲ一種ノ動産ト為ス。然ルニ善意ナル手形ノ譲受主ハ常ニ完全ナル権利ヲ取得ス。而シテ反証ナキ限りハ手形ノ所持人ハ善意且正権原ナリト推定セラル」⁶⁵とあるから、手形善意取得は正権原要件説に立つて理解されていたことになる。当時は未だ旧民法証拠編一四四条の存在していた時点であるから、民法の即時時効の要件に合わせた解釈と推測して誤りではなからう。

ところが、明治三〇年、法典調査会の議論では、「正当ナル方法ニ因リ」の文言を削除し、正権原取得の要件を文言上は取り外した。それが商法委員会の席上提案された修正案、「第四編手形第一章為替手形」三四〇条丙である。

「何人ト雖モ悪意又ハ重大ナル過失ナクシテ為替手形ヲ取得シタル者ニ対シ其手形ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ズ」⁶⁶

この規定はまったく修正を受けずに結局新商法四四一条となつて成立する。「商法修正案参考書」によれば、「(明治二三年の) 現行商法」は①占有者の側から規定し、②但書、すなわち占有の原因が消滅した場合に例外を設け、③法文の体裁が「頗ル不可ナル」ものであるとして、あらたに④返還請求者の側から規定し、⑤但書を削除、⑥明言する必要はないことであるから「正当ナル方法ニ因リ」の文言を削除した(「手形ヲ取得シ」の語に正当なる方法による取得の意味が込められているからである)。ここで「正当ナル方法」とは、「手形上ノ権利ヲ取得スベキ性質ノ法律行為ニ因リテ手形ヲ取得シタル場合即チ所謂正権原ニ基クコト」である。⁶⁷

ここで用いられている正権原という用語は、寄託のためにする交付や、取立委任裏書ではなく、譲渡裏書による取得を示しているだけに読める。つまり、権原の種類の問題であつて権原の効力の問題ではないかのように見える。このことはあたかも動産即時取得において動産占有が *titre précaire* ではなく *titre a propriétaire* において開始されることを要求する(本権のために占有する意思)のと同様に、この譲渡裏書が偽造の裏書・無効または取消しうべき意思表示によるものだった場合の問題を決しあるいは悪意の内容を確定する性質の概念ではなく、単に記載されている裏書が譲渡裏書の形式をもつことを示す用語として権原の語を用いた疑いもある。

右のとおり、修正理由を読むと、そこで問題になつている権原とは、単に容仮占有を与える種類の行為ではないという、権原の種類のことなのか、それとも、権原が有効な法律行為であるべきだということなのかについてはいづれにも読める。だが、明治三二年商法手形編のもとの有力な解釈論として、偽造裏書による善意取得を認めるものも存在したことは注目しておいてよいであろう。⁶⁸ 右のような有力な解釈論は、正権原非要件説に立脚したも

のとして説明可能である。もし、正権原を独立の要件であると言葉の上で考えたとしても、それが *a titre de propriétaire* の裏書、即ち形式において譲渡裏書を意味するに過ぎないとするならば、結論において径庭なきものといえよう。

(24) 前主の無権利のみを取疵とするそれを除けば有効な法律行為が正権原である。ボワソナードによれば、フランス民法典は、正権原を *acte translatif de propriété* と定義しているが、そもそも無権利者による処分は権利移転の効果を生じてないわけであるから、厳密にいうと *translatif* ではない。BOISSONADE, *Projet de code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire*, tom. 1er, 2^{ed.}, 1882, art. 194, 2^o 及び 財産編一八一条一項(第四章占有・第一節占有ノ種類及び占有スルコトヲ得ルキ物) により、次のように定義された。「法定ノ占有ガ占有ノ権利ヲ授付ス可キ性質アル権利行為ニ基クトキハ譲渡人ニ授付ノ分限ナキヲ以テ其効力ヲ生ズル能ハザルトキヲ雖モ其占有ハ正権原ノ占有ナリ」(濁点筆者)——BOISSONADE, *op. cit.*, loc. cit. p.342 における草案の仏語文は、「La possession civile est dite à juste titre ou à juste cause, lorsqu'elle est fondée sur un acte juridique destiné par sa nature à conférer le droit possédé, encore que, faute de qualité chez le cédant, elle n'ait pu produire cet effet.」(art. 194) (法定の占有は、占有の對象である権利を付与すべき性質を与えられた法律行為として、譲渡人における資格の欠如故にこの効果を生じて得ないものに基づく場合には、これを正権原または正原因とする占有と称する)——。同じく「法定ノ占有 possession civile」とは「容假占有 possession précaire・自然占有 possession naturelle」とともに占有の三類型をなし、自己のためにする意思を以てする有体物の所持または権利の行使である——田中整爾・自主占有・他主占有(一九九〇年)七二頁以下参照。そして、「その性質上、正権原たる性格を有する法律行為には、売買、交換、会社の」とく有償のものもしくは、贈与、遺贈または遺言の」とく無償のものがある。」BOISSONADE, *op. cit.*, loc. cit.

(25) MARCADE, *op. cit.*, n.300, 308; ACCOLLAS, *Manuel de droit civil à l'usage des étudiants contenant l'exégèse du code napoléon et un exposé complet des systèmes juridiques*, tom. 3^eme, 1877, p.908, etc.

(26) MARCADE, *op. cit.*, n.303.

(27) BOURJON, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes*, 1770, liv. III, tit. XXII, ch. V, n. 1, citée par BAUDRY-LACANTINIERE et TISSIER, *op. cit.*, n.823. 金山・前掲書二七三頁参照。

(28) LAURENT, *op. cit.*, n. 541.

(29) この見解には次のような反批判が可能である。即時取得とは前主の権利取得権原推定効を利用して後続の占有者を保護する制度であるとの理解に立って考えれば、要件説は条文と矛盾しない。効果は動産占有を開始する取得者ではなくて、譲渡人の占有についての権原推定であるというわけである。これはボワソナードの理解でもある。BOISSONADE, op. cit., art. 1481, n. 355. 「契約の時点で所有者だったと推定されるのは譲渡人自身なのである。…したがって、ここに、占有者の有利にはたらく推定の連続が存在することになる」。だからといって、二二七九条にその機能しかなないとみることは前掲破毀院一八九三年判決(前掲注⑭参照)などの判例の原理と正面から対立することになる。

(30) WEILL, TERRE et SIMLER, op. cit., n.427, p.371, および同箇所 note 109 所掲の判例を参照。

(31) PLANIOL, Traité élémentaire de droit civil, 7^e éme éd., tom. 1^{er} ére. 1915, n.2496. 民法典一三五二条にさう覆し得ざる推定—自由・宣誓によつて覆えることなる。

(32) A. FOURNIER, De la possession des meubles en droit romain: De la règle en fait de meubles possession vaut titre en droit français, th. Paris, 1876, p.181. は民法典七一—および七二—条以外の権利取得方法もありうるとする。プラニオルの批判によれば、特殊法定権利取得方法説というのは、条文の結果を確認する以上のものではなく、事柄に命名するのみであつて理論ではない。事柄のメカニズムを何も説明したことにならない。PLANIOL, Traité élémentaire de droit civil, 7^e éme éd., tom. 1^{er}, n.2495. それだけでなく、二二七九条の持つ権利取得機能と権利推定機能とをまったく別々の原理で説明するところとなる誤りも指摘されている— WEILL, TERRE et SIMLER, op. cit., n.441.—。

(33) BOISSONADE, Projet de code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire, tom. 5^e éme. Des preuves et de la prescription, 2^e éd., 1889, art.1481, n.352. 母法であるフランス法においては、二二三六条—二二三七条の規定が二二七九条にも関連するといふためには、即時取得の原理を「時効」と考えたほうが都合がいいことは、すでに述べたとおりである(注⑭参照)。(34) 若林安雄「フランス法における立証責任(序説)」判例タイムズ三三四号—三三九号—一九頁以下、特に二四頁註三九に注目。時効による権利の取得の効果は、自由・宣誓によつてさへも覆らない。多数説の「覆らない権利推定」理論よりは、効果の面で正確に制度の本質を説明するものである。制度の名称および性質の問題は、説明の「自然さ」や体系美の問題ではなく、機能の問題として考えられていた。時効の他に自由・宣誓によつて覆らない推定も存在しうるならば、このような構成も不要なはずである。ボワソナードにおいて即時取得がすなわち瞬間時効であつたのは、それがもたらす推定の強さの問題を意味していたのであつて、フランス証拠法の体系がそれを要求したからではなからうか。

- (35) BOISSONNADE, op. cit. art.1481, n.353.
- (36) 前田達明＝松岡久和＝潮見佳男＝難波讓治＝鹿戸優子「入札」物権法(三)」判例タイムズ六一九号一二二頁(土方委員発言部分)。
- (37) 前注③參照。また、川島編・前掲注釈民法一〇四頁。
- (38) LAURENT, op. cit., n. 553; BAUDRY-LACANTINIERE et TISSIER, op. cit., n. 877; BEUDANT (Ch., R.) et LERBOURS-PIGEONNIERE avec col. de VOIRIN, op. cit., n.728; MAZEAUD et CHABAS, op.cit., n.1536; WEILL, TERRE et SIMLER, op.cit., n.423; AUBRY et RAU, op.cit., § 183.
- (39) ex: Cass. civ. 7 déc. 1868, D. 1869. I. 83 (後掲); Cass. civ. 16 juin 1971, D. 1971. 568.
- (40) MAZEAUD et CHABAS, op. cit., n. 1536. Titre putatif は「取得時効の正権原要件に代わるものとしてローヤ法源にも登場する概念」と知られる。MONNIER の「取得時効に関する法源」として考証するカギリ・インナルポフティヤフの「見込み権利」の概念。MONNIER, Manuel élémentaire de droit romain, tom. 1er, 6 éd., 1947, n. 305 bis, p.426.
- (41) BEUDANT (Ch., R.) et LERBOURS-PIGEONNIERE avec col. de VOIRIN, op. cit., n.728; AUBRY et RAU par ESMEN, Droit civil français, tom.2, Les biens, 7e éd., 1961, § 183, n.99; PLANIOL et RIPERT par PICARD, Traité pratique de droit civil français, tom.3, Les biens, 2 éd., 1952, n.382; Cass. civ. 1 ère 20 déc. 1955, J.C.P. 56, II, 9455. ここから「現占有者の権利取得を阻む原因が、前主の無権利であることもたゞ、取得行為の瑕疵があるような場合でも占有者が保護され、前主が権利者である場合には取得行為に瑕疵があつて「仮想権原」であつても保護されないのは背理であるかのようにも思われる。しかし、詐欺・強迫を行つて意思表示を相手方になさしめこの相手方から取消の意思表示を受けた者、通謀虚偽表示を行つている当事者等は、例え前主が所有者であると信頼していても、有効な権原の存在については「誤想」してはいないのであり、ここから「善意者」には該当しないであらう。
- (42) BOISSONNADE, op.cit., art. 1481, n. 355. 「私は、この瞬間時効が、時効の特徴である推定の性質に例外をなすものと考え、必要があるとは思わぬ。私が私自身に『善意で』申し立てた反論に回答しなければならぬので、これに答えるならば、ここでの推定は、占有の起点で存在した正原因に遡つてはたらくのである。譲受人が占有取得以前の事実によつて所有者になつたと推定されるわけではなく、「譲渡」契約の時点で所有者だつたと推定されるのは譲渡人自身なのである。そして、かかる推定は、いささかも過大なものではない。なぜなら、ここでは、その所有権の普通の証明が不可能であるような事例(動産)が問題になっているからである。譲

渡人はおそろしく彼自身、同様の瞬間時効を援用できる立場にあつたのであり、彼に先行する譲渡人たちも同様であつたであらう。したがつて「このたゞ占有者の有利にならうと推定の連続が存在することとなる。」(文中の「」内は引用者による)。

(42) LAURENT, op. cit., n. 553; AUBRY et RAU, op.cit., § 183; BAUDRY-LACANTINERIE et TISSIER, op. cit., n. 877; BEUDANT par VOIRIN, op. cit., n. 728; MAZEAUD et CHABAS, op.cit., n.1536; WEILL, TERRE et SIMLER, op.cit., n.423. このたゞのキーポイントはローは「正権原ばかりか善意も要求しない」。民法典二二七九条の与える権利推定は絶対的かつ不可転覆的(absolute et inéfrangible)な推定である。悪意の占有者に対しては、action en revendicationは認められることがない。悪意者に対しては民法典二二八二条及び二二八三条に基づいて action en restitutionが認められることになる。AUBRY et RAU, op. cit. (éd.1869), § 183, note 29 (p.116-117)。

(44) ex: Cass. civ. 7 déc. 1868, D. 1869. I. 83 (後掲); Cass. civ. 16 juin 1971, D. 1971. 566.

(45) MAZEAUD et CHABAS, op. cit., n. 1536.

(46) ibid.

(47) BEUDANT par VOIRIN, op. cit., n.728; AUBRY et RAU par ESMELIN, Droit civil français, tom.2, Les biens, 7e éd., 1961, § 183, n.99; PLANIOL et RIPERT par PICARD, Traité pratique de droit civil français, tom.3, Les biens, 2 éd.,1952, n.382; Cass. civ. I ère 20 déc. 1955, J.C.P. 56, II, 9455.

(48) Recueil Dalloz, 1869. I. 83. 破毀院の判断は「原告棄却・原審メヌ控訴院一八六七年一月一〇日判決を支持した。なお、この判決の紹介として、田邊光政「手形法における善意保護の系譜」その(二)関西大学大学院法学ジャーナル五号一七頁。

(49) LAURENT, Principes de droit civil, tom.32 ème, 3 ème éd. (1878), n.560.

(50) MAZEAUD et CHABAS, Leçons de droit civil, tom.2, 2 ème vol., Biens: Droit de propriété et ses démembrements, 7 ème éd., n.1525.

(51) Recueil Dalloz, 1887. I. 26. 公認仲買人の従業員が、雇主に帰属するイタリア国債を、無許可で第三者に売却したので、当該国債の権利者が、取得者に対して対物的返還請求訴訟 (action en revendication) を提起した。原審オルレアン控訴院一八八三年二月二八日判決は請求認容。破毀院は本文引用のとおり、取得者の「従業員による横領の事実に関する知不知をを認定していなかったのたゞ、破毀差戻とした。

(52) Req. 11 janv. 1937, D. H. 1937, 97.

(52) 人の同一性の錯誤が直ちにすべて要素の錯誤になるわけではなからう。フランス民法典一一一〇条は、「錯誤が、契約をしようと意図する相手方の人についてにしか及ばない場合には、人に関する考慮が合意の主たる原因となっている場合を除き、無効原因たり得ない」と規定している。契約の性質が *intuitus personae* (誰が相手方であるかが重要な契約をいい、贈与などの惠与行為や、請負のように請負人の履行能力が適切であるかどうかが重要な要素になっているものがこれに該当する)である場合には、無効原因になり得る。TERRE (Francois), SHIMLER (Phippe) et LEQUETTE (Yves), *Droit civil, Les obligations* (Précis Dalloz), 5^e ed., 1993, no 211, p.170. また、信用売買のように、後履行義務者の支払能力が重要と考えられる種類の契約の場合にも、人の錯誤は無効原因と解されよう。幾代通・民法総則(第二版)(一九八四年)二七一頁。右鋼材の売買を例にとれば、目的物の引渡が先履行されるべき場合のような、与信関係が残存する種類の売買については、無効原因になると考えられ、仮想権原論の必要性は存在する。また、しからざる場合には無効原因にならず、当該売買が正権原となる可能性は、否定できない。

手形行為にあつては、右の民法解釈のように原因の性質・類型ごとに有効性が変わるといふ考え方は、無因行為論を前提にすれば、採用できない。与信者の保護のためには、当事者が実質関係上締結した契約の効力を否定すれば足り、手形行為そのものを問題としなくてもよいからである。また、このような考え方によらずとも、署名偽造者は、自己を表示する意思で他人の名義を用いて行為する者であるとす理解もあるから、この立論に依る限りは偽造署名も「正権原」たりうるという理解になる。私見によれば、偽造署名といわれる形式のうちには、自己のためにする意思があるとはいえない他人名義使用の場合もありうるから、この点区別を要すると考える。自己のためにする意思なき、無権限の他人名義の手形行為は、「偽造」である。偽造は法律行為としての有効性を欠くものとしかれない。ただし、これは相手方の同一性に関する錯誤による無効なものではなく、法律行為の不存在ともいふべき種類の「無効」なのではなからうか。

(53) 要件説——石坂・前掲四六五頁、末広巖太郎・物権法上巻(七版・一九三二年)二六九頁、近藤英吉・物権法論(一九三四年)五〇頁、田島・前掲物権法一二九頁―平穩・公然・善意・無過失の要件から、讓渡行為の有効性が要件であることまでもが当然の公理であるとまで断じるが、疑問である。石田文・前掲三二九頁、於保・前掲二二頁、舟橋・前掲二四〇頁―即時取得の要件に「善意取得者が前主と動産物権取得の有効な取引行為をすること」(三三九頁)が含まれ、この取引行為は、「無能力・錯誤・詐欺強迫・代理権欠缺などの事由により、取消され・無効となり・あるいは効力浮動の状態を生じて、完全な効力を有しない場合には、即時取得によつて保護されるはずの取引行為自体が、保護を受ける能力を失つてしまつたわけであるから、即時取得の適用を認めるべきではない」(二四〇頁。但割註省略)―川島編・前掲一〇六頁、広中・前掲一八七頁。

他方、非要件説として、富井政章、民法原論第二巻物権（一九一四年）六九五頁、中島・前掲一八二頁、霜島・前掲一二五頁、三瀨・前掲二九四頁、沼・前掲一四八頁。

(54) 舟橋・前掲二四〇頁は（処分権の有無を別とした）取引行為の有効性の要件性（すなわち正権原問題）に関して、我妻栄・物権法（民法講義Ⅱ）（一九五二年）一三五頁を注記する。しかし我妻・同所において述べられている事柄は、無能力・無権代理・錯誤などの事由のために（処分権は備わっているけれども）物権変動の効力を生じない場合を述べたもの、すなわち、無権利の前主からの取得という問題についての記述であるとも読めなくはない。

(55) 草野元己「取得時効と取引の安全——短期取得時効の存在理由と適用範囲——」松商短大論叢三三号五六頁によれば、たとえば法典調査会における梅謙次郎委員の説明には、取引安全保護を理解しつつも一九二条の存在理由がこれのみに限定されるのではないとする趣旨を読み取ることも不可能ではないという。

(56) 乾政彦「民法第九十二條ノ解釋ニ就テ」法協三二巻九号一八頁（通頁一四五〇）以下。

(57) 富井・前掲原論六八五頁。

(58) 富井・前掲原論六九五—六九六頁。同「民法百九十二條ノ適用範囲」法学協会雑誌三一巻二号一五頁（通頁一八九）以下も参照。

(59) SAELFLES, De la possession des meubles de droit allemand et de droit français, 1907, n.120.

(60) 石坂・前掲四六五頁。

(61) 富井・前掲原論六九五頁。

(62) 日本近代立法資料叢書一七巻・法律取調委員会商法第一説会會議筆記一六二頁。

(63) 同右・法律取調委員会商法第二説会會議筆記九七頁。

(64) 我妻栄編・旧法令集（一九六八年）二六〇頁。

(65) 高根義人・梅謙次郎・手形法綱要（一九九三年）一三五頁。

(66) 日本近代立法資料叢書一九巻・法典調査会第九八回商法委員会議事要録六〇五頁。

(67) 同二巻・法典調査会商法修正案参考書一八四頁、「第四百三十八條」。

(68) 青木徹二・商法全書第四編手形法論（訂正二版・一九二五年）一五二頁。岡野敬次郎・日本手形法（五版・一九〇八年）は、契約説を論駁するに際して（六五—六六頁）、「契約説では、偽造ノ裏書ニ因リテ手形ヲ取得スル者モ完全ナル債権者タルヲ得ルノ理ヲ説明スル能ハズ」〔従つて所有権説を採つて四四一條を説明すべきである、と説く〕と述べる。なお四四一條の拡張的解釈について

も、乾、前掲法協論文参照。同論文で、民法一九二条が盗難・遺失に例外を設け、商法四四一条がこれを持たないことを挙げて拡張説の論拠とするが、このこと自体は占有喪失者側の事由の問題であつて、いささかも、占有開始者側の事由の範囲の問題ではない。また、乾説に対する多数説側からのリプライについては富井・前掲法協論文、および石坂・前掲「百九十二條論」をそれぞれ参照。

なお、動産に関する議論とは異なつて、手形善意取得論への当時のフランス法の影響はまったくみられない。背景として、当時のフランス法にあつては、善意取得概念そのものが独立して論じられていなかったことも考慮する必要がある。手形善意取得に関するフランス法の理論状況についての詳細は、拙稿・前掲「手形善意取得法理の基礎」山法六号四五頁以下参照。また、一八四八年普通ドイッ手形条例の影響等について検討できなかったのは残念であるが、さしあたり林嶋「手形法一六条二項のいわゆる『善意』について」（一）北法二四卷四号六九五頁以下参照。

四 おわりに

民法一九二条の要件に「正権原」は含まれるかという、問題に対して、これを含まないとする立場から、動産即時取得制度を考察した。本研究の動機は、本来、偽造裏書による手形善意取得の可能性を探ることにあつたが、その前提を、本稿において論証したつもりである。

非要件説の理論においては、正権原問題は、取得時における善意無過失の要件のなかに吸収されているので、次に問題になるのは、善意無過失の具体的な範囲であろう。動産を取得するにあたり、相手方の身分の確認に過失があつて、⁽⁹⁹⁾ 第三者の権利を害する結果が引き起こされた場合、相手方の身分確認を怠つた者が当該第三者に対して何らかの責めを負ふことは自然なことに思われる。他方、同一性の確認義務とは、取引通念上、一定の範囲に限られるべきであろう。この要請の均衡のうえに過失の概念が立てられるべきであろう。

(69) 大橋光雄・新統一手形法論・上巻(一九三二年)二五六頁によれば、記名手形(指図禁止手形)については譲渡人について同一性の確認の注意義務なしとし、記名式裏書をもって最終の裏書とする指図手形については手形流通の確保の必要からこれも注意義務なしとし、無記名式裏書をもって最終の裏書とする指図手形については初めから同一性の調査の問題がないものとしている。この問題については、ハーグ統一手形法会議(一九一〇、一九一二年)およびジュネーブ統一手形法会議(一九三〇年)における立案過程の検討が必要であるので、別稿で論じたい。