

譲渡法からみた証券の流通性

野 口 明 宏

はじめに

流通性の形式要件は、通貨の不足に苦しみながら通貨を重視する市場取引を志向した、米国社会の力が反映しており、それらは支配的解釈理論が命じる要件でなかった¹⁾。証券が貨幣の代用として機能するには、その価値が証券の外観に反映することを要すると考えられた。これは、証券上最低でも、支払うべき金額と支払期限、そして無条件に支払うべき債務が確定的に明示されることを意味した²⁾。流通証券法と世界中に普及した市場経済は、ともに成熟状態に達した。

流通証券法の特徴は、形式に対する強い執着とという。今日、流通証券の形式要件は、統一商事法典（U.C.C.）第三編が定めている³⁾。それら基本的要件は、コモン・ローが発展させ、若干の変更はあっても、後に1896年の流通証券法が受け入れたものと同じである。これについては、時間が停止し、何の変化もなかったようであり、二〇世紀後半の流通証券法は、依然として大型帆船と、インド諸国からの外来貨物のための法律と評されている⁴⁾。

第三編の起草者が想定していなかったのは、その後の電子的通信技術を使用した発達である。現代は、大型帆船が海を移動する紙にもとづく世界から、情報が電子的な言葉に組織、体系化される社会へと発展した。流通証券法の伝統的な形式行為は、電子商取引への容赦のない商業実務の発展に調和しうるか否かの問題に直面している。既存の紙にもとづく法的要件の能力を、技術の変化に適合させるために評価する際に、多くの困難な問題が発生する。とくに困難な論点は、電子的な言葉を書面の定義の範囲内

で用いうるか否か、そしてその文言は、署名の定義を満たしうるか否かである⁵⁾。一部の研究者は、これら困難な論点に取り組んだものの、妥当な結論にほとんど達していない。裁判所は、理論にもとづく解決よりも、その場しのぎの判決をくり返している⁶⁾。それゆえ、第三編の要式性とその根拠を検討することは、無意味でない。前提条件に対する議論を再び行うには、今日でも最初の流通性理論を再度観察することが必要であろう。それは、化体理論である。化体とは、抽象的で無形の財産形態が、明白な物理的存在の有形の紙片に変化するという考えである⁷⁾。このような変化の結果、紙に表章された権利が、紙それ自体の移転によって譲渡されうることになる。

本稿においては、譲渡法の歴史的発展を述べ、同法が物理的財産の観念から離れた、より一般的な法の転換に対応することを考察する。さらに、流通証券法の特徴を概観し、それを譲渡法と比較する。そして、善意取得理論の結果が、流通性制度の範囲外で説明できる範囲を明らかにすることにしよう。

1. 譲渡法はどのように発展したか

コモン・ローの伝統的立場は、一定金額の支払を請求する契約上の権利を、契約当初は当事者でなかった者に譲渡しえないとしていた⁸⁾。これに対して、今日契約上の権利は、自由に譲渡できる。法律は実際に、譲渡する権利に対する契約上の禁止範囲を制限するところまで進んだ。譲渡性に反対するルールについて、伝統的につぎのような説明が提唱された。

まず、譲渡の制限は、法的権利がより影響力のある、もしくは有力な者、または新しく取得した権利を違法に強行する地位を利用しうる者に譲渡された場合に、起こりうる潜在的濫用に対する裁判上の懸念にもとづくことが広く強調された。つまり、訴訟幫助に関する懸念の強調である。訴訟幫助の懸念が実際、譲渡性に反対するルールの理由であったか否かは、疑問

の余地がある。なぜなら、譲渡を禁止するルールは、訴訟幫助に関する法以前から存在したことが明白といえるからである。それでも、訴訟幫助の懸念が、契約の譲渡に関する法律の発展を減速させたことは明らかであろう⁹⁾。それは、コモン・ロー手続の専門的方法、法的手続の費用、陪審員や他の法の執行官を威嚇しうる容易さと結合して、訴訟幫助に都合のよいすべての実務を繰り返し禁止するように、裁判所を仕向けた。

初期のコモン・ローに関与する弁護士は、抽象的概念で困難な考え方をしたので、無形の契約上の権利譲渡を理解できないことが示唆された。現代の研究者は、初期の弁護士に無形のことを発展させる能力が欠如していたことを過度に強調した。しかし、中世の法律家は、目に見えない利害関係の権利、つまり職務の所有権、家庭や畑における労働や、サービスの提供を受ける権利、もしくは年金受給権、通行人からの通行料徴収権を完全に視覚化する能力を備えていた¹⁰⁾。

結局、古代の文書に見られる契約上の権利は、本来個人的であるため譲渡できないことが示唆された。契約上の権利の譲渡は、無体動産の一種である。無体動産は、請求したり、物理的所持を取得して強行しえない、一身専属権、つまり実体のない財産である。無体動産は歴史的に、支払命令書、不法占有、もしくは侵害行為から生じる、債務にもとづく一身専属の請求権であった¹¹⁾。その文書は、限定的に解釈され、それによって請求しうる権利は一身専属権とみなされた。それゆえ、その権利は、その文書を作成した者が所有するにすぎなかった。訴訟が、契約上の債務、もしくは不法行為に分類しうるものから生じたか否かは、重要でなかった。コモン・ローは訴権について、売却され、もしくは譲渡された当事者間の個人的問題と捉えた。

その理由は何であれ、譲渡に対する一般的禁止は、1800年代まで続いた。しかし、コモン・ローはかなり早くから、限られた法的権利の自由譲渡性を求める圧力に屈し始めていた。たとえば、十四世紀という早期に、商人

は、コモン・ローの専門的表現の巧妙な適用によって、権利譲渡の禁止を回避し始めた¹²⁾。商人は一般的に、彼が債務について訴えを起こすため、弁護士に任命する譲受人に、金額を受け取る権利を譲渡するであろう。債権者の任命には、弁護士がその訴訟について受け取る金額を保管すべしという合意を含んでいた¹³⁾。

また、十五世紀までに、実際に一身専属権に関係する無体動産であった、一定の請求権は、財産を回復させる訴訟、つまり、人的訴訟や無形財産とはまったく異なる、物的訴訟に分類された。一身専属権の訴訟とは異なる、物的訴訟の役割が認められた。それゆえ、夫は、あらかじめ受託者に委託した財産に対する彼の妻の権利を譲渡しうる。その場合、この売買契約は、すでに占有する財産の所有権を移転する権利の明白で正確な記述をせずに、受領する権利を付与するものとみなされた。この請求権は、財産権に分類されたため、それは自由に譲渡しうることになった¹⁴⁾。

十七世紀に、譲受人はその請求権の訴えを、衡平法裁判所に提起し始めた。コモン・ロー裁判所と同じく、譲渡に対して嫌悪感を持たない衡平法裁判所は、譲受人を譲渡人の代理人でなく、請求権者と認めた。コモン・ロー裁判所は、その領域の侵害に無関心でなかった。そのため、コモン・ロー裁判所による譲渡の容認は、間もなく実現した¹⁵⁾。にもかかわらず、債務譲渡の禁止を回避する最も強力な法的手段は、流通証券の発展であった。

流通証券の重要性が増大したのは、急速かつ必然的であった。産業革命は、慢性的に金属貨幣の不足する経済のもとで、大量の商品に金銭を支払う手段の必要性を生みだした、多数の商取引を劇的に増加させた。これに対応して、銀行業者と商人は、為替手形と他の流通証券を使用した¹⁶⁾。

流通証券の広範囲な使用とその有用性のため、同じ商業上の結果を獲得するために、基本的な契約譲渡の理論を適用する必要性は、詳しく検討されなかった。それでも、契約譲渡の権利禁止を正当化する、形式主義的理

由が何であろうとも、法律は、その理由の反対の方向に発展した。それゆえ、商業上の目標が、流通証券法によって当事者に与えられる保護のように、確立した契約譲渡の理論によって達成しようと求めた場合に、その方法は、その目標達成のための法的代替物と考えるべきである。その上、より重要なのは、流通証券の法律が当事者にもたらす同じ保護が、契約法によって達成しうるならば、流通証券法が現在要求するような、証券による取引の形式要件は、不要になることであろう。このように、現行法は、当事者の保護を縮小させることなく、電子的譲渡に対応できる。

さらに、現代契約法は、実際の金銭支払とは異なり、金銭支払の権利譲渡の完全な手段に発展した。しかし、流通証券の法律は、金銭支払に対する権利の法的承認以外の何物でもないので、流通証券と契約の法領域は広く重複する。これは、流通証券に関する商事法が、金銭支払の権利譲渡のための商業手段を提供するために発展しており、同時に契約に関する法律も、一般に有形の財産権の強調から、抽象的な契約上の債務の承認へ移行していたからである¹⁷⁾。

これは、財産に関する現代法の概念と、財産に関する十八世紀の見解との比較に見られる。財産は、有体物に存在しうるし、すべての財産は、独立している。現在は明らかに、いずれの側面も確実とはいえない。裁判所が見いだした最善の方策は、関係する利益を財産と称することであった¹⁸⁾。このように、米国の財産の法的概念は、歴史的に有体財産に与えられたのと同じ権利と保護を、一般に無体財産に与えた。この点で、流通証券が、単純契約法の行わない方法で、無形財産権の移転を認める範囲について、このような流通証券法の状況は、契約譲渡の法によって容易に達成しうる。

2. 流通証券法と譲渡法の比較

契約の譲渡に関する法を、流通証券に置換えることは可能であろうか。ここでは、流通証券と契約の譲渡に関する法の内容を簡単に検討し、その

基本的類似点と相違点を考察する。

流通証券の特性をなす理論は、つぎようになる。証券は、自由に譲渡しうる。債務は、請求権を表章する証券に化体される。譲渡は、譲渡人の移転をなす意思の証拠となる、証券の物理的の交付によって、なしうるにすぎない。債務の履行は、証券を所持する者への支払によってなしうるにすぎない。債権者は、その請求を法律上の占有を得ることにより、主張しうるにすぎない。そして債務の所在する場所は、証券が物理的に存在する場所である。流通証券法の付与する主要な法的利益は、原因関係上の取引で生じうる抗弁を免れた、正当な所持人の保護をもたらすことである¹⁹⁾。このような、基本的流通性とという保護、つまり契約上の権利の譲受人に自動的に与えられない保護は、流通証券法と契約法の譲渡の主要でしかも重要な区別である。正当な所持人は、流通証券を大抵の請求や抗弁を免れて取得して強行しうる、有償の善意取得者のように、有利な法的地位を保有する²⁰⁾。つまり、正当な所持人の法的地位は、取引を促進し、迅速でスムーズな資金の流れを助長する。

対照的に、契約上の権利の譲渡は、譲受人を譲渡人と同じ法的地位に置く。債務者は、正当な所持人とは異なり、譲渡人に対して主張しうるいかなる請求や抗弁も、譲受人に主張しうる。その場合、譲受人が譲渡の時点でその請求の存在を知っていたか否か、もしくはその請求が譲渡時に存在したか否かを問わない。

流通証券と契約譲渡には、他の差異が存在するが、その違いは本質的なものではない。流通証券と契約譲渡の最も明白な違いは、法的権利を創設する形式である。流通証券の形式は、厳格で、通則的である²¹⁾。これに対して、契約譲渡はその形式が欠缺する。別段の法令もしくは契約条項がなければ、有効な譲渡を行う所定の方法は存在しない。譲渡人は、自分の権利を譲受人に譲渡するために、文言、行為、またはその双方によって、自己の意思を明示しなければならない²²⁾。

しかし、この違いは形式的なものにすぎない。流通証券の要件は、金額、支払時期、そして当事者が合意した表示の明確性の問題となる。契約譲渡が、特定性について同じ水準になく、同時に、流通証券の必須の要件を要求しえない理由は存在しない。それは、有形の書面である。そのため、流通証券の譲渡と、流通証券の代用として、譲渡契約の法の適用を否定する効果を有する契約譲渡との実質的区別は、存在しない²³⁾。その上、疑いなく譲渡性は、流通証券の不可欠な特質であった時期がある。単純契約上の権利は、譲渡できなかつたので、譲渡性は、二つの制度の間の特徴的要素であった。契約上の権利の譲渡禁止は、廃止されたため、このような流通証券の状態は、特別に現代的意味はない。

正当な所持人と契約上の権利の譲受人と間には、他の大きい区別がある。流通証券の所持人は自動的に、以前の譲渡人の黙示の保証だけでなく、不渡によって証券を支払うべき裏書人の契約上の利益を取得する。契約上の譲受人は、一般にそれらの利益を有しない²⁴⁾。さらに、簡単な強行の方法についても、流通証券の所持人と契約の譲受人を区別しうる。流通証券を強行するために、所持人は証券を呈示するだけで、一応有利な立場を立証することになる²⁵⁾。契約上の権利の譲受人は、より煩雑な契約訴訟を提起しなければならない。

その上、流通証券の所持人は、証券を所持することのみによって、特別の利益を受ける。証券を所持する者だけが、原因関係上の債務を免責される²⁶⁾。この利益は、譲受人に平等に与えられない。譲渡の通知以前の譲渡人に対する支払は、債務者の義務を免除する。その上、権利者は債務者に対する差押を求めて、請求権を主張しうる。そして、譲渡人と債務者は譲渡後にその債務を再編成しうるか否かという、再三発生し、決して解決しない問題がある²⁷⁾。

要するに、一般に契約上の権利の譲受人に与えられず、流通証券の当事者に認められる利益は、原因関係の取引上の抗弁の免除、支払を受ける権

利の立証の簡易化、そして単なる証券の所持にもとづく支払を受ける権利の確実性である。最も重要な流通性という利益は、債務者・譲渡人間で注意深くなされる合意で、譲受人のために創出しうる。

3. 債務者の抗弁制限

最初のうち、裁判所の抗弁の制限条項への反応は、決して好意的でなかった。抗弁を放棄しようとするこうした試みは結局、証券を契約によって譲渡しようようにする、当事者の能力が問題になることは必然的であった。実際に、抗弁制限条項が、新形態の流通証券を創設して、流通証券法の強行性を回避しようとする考えは、一部の法域で裁判所の承認を得た²⁸⁾。こうした初期の抵抗にもかかわらず、1930年から1940年の間に形勢は変化し、大多数の裁判所は最終的に、流通証券に表章された抗弁放棄条項の有効性を尊重した。

ところが、抗弁制限条項に対する契約の攻撃による非流通性の余波で、裁判所は時々、詐欺の抗弁が放棄しえないと述べた²⁹⁾。対照的に、契約上の放棄は、担保違反の抗弁を排除するために効果的であった。金融会社は少なくとも、流通証券を好んだであろうが、金融会社が抗弁制限条項から得る保護は、おそらく大多数の事件でその会社が必要とした保護のすべてであったことは、明らかと思われる。

おそらく今日、契約により抗弁を放棄しようとする当事者能力に関する最も説得力のある証拠は、明白な統一商事法典9-206条であろう。9-206条によって、つぎのような条件を満たせば、その者は正当な所持人の権利を与えられる。すなわち、売主に対して有する請求権か抗弁を譲受人に主張しえない買主、あるいは賃借人による契約が、有償で善意、かつ請求権、もしくは抗弁を知らずに取得した譲受人によって強行しうる場合である。ただし、流通証券に関する第三編による証券の正当な所持人に対して、主張しうる種類の抗弁は除外される³⁰⁾。

たしかに抗弁の放棄条項は、流通証券を構築しない。しかし、条項が用いられる場合、流通性という最も基本的属性の獲得を可能ならしめるであろう。他方で、譲受人が正当な所持人の資格を得る場合、その者は人的抗弁を免れて取得するが、物的抗弁は免れない。

この方法は、大いに好意的に評しうるであろう。とりわけ、譲受人が、原因関係上の債務を表章する書面が存在しない状態で、抗弁を免れて取得することは、もっともらしい方法である。抗弁の放棄、もしくは抗弁の切斷条項について述べるのは、一般的方法であるけれども、それが書面でなければならぬという要件は存在しない³¹⁾。そのため、書面で立証される必要がなければ、その合意は、口頭で証明しうるか、もしくは、商慣習、取引過程、そして、統一商事法典が現在示すように、おそらく履行の過程を含む、他の関連する状況に由来しうる³²⁾。

しかし、この方法については問題がある。それは、この分野の現実性の要請から、債務者が実際に、抗弁を放棄したか否かを確認する、簡単な方法を必要とするであろう。書面の放棄がない場合に、それはどのようになし遂げうるのか。この問題の解決は、現代の通信と記憶装置技術の理解を必要とするであろう。それらは、磁気媒体、光ディスク、デジタル音声通信、電子メール、そして写真媒体、ならびに紙を含んでいる。それゆえ、債務者の合意は、書面であるか否かを問わず、その記録が存在しうるであろう³³⁾。

この問題を解決する他の方法は、抗弁の放棄を取引相手との合意に反映させることであろう³⁴⁾。この合意は、債務者と最初の債権者の関係を構築し、利害関係のある第三者の情報源として作用するであろう。もちろん、別々に交渉する取引相手との合意という考えは、最初の当事者が、多少一定のペースで取引を行うことを意図した場合に、意味をなすにすぎない。

原因関係上の請求の全額を回収する能力が、ここでは重要であるから、譲受人の地位は、その譲渡人から受け取ったという担保責任によって、か

なり強化される。譲渡人は、譲渡された権利が、譲渡人に対する有効な抗弁、もしくは請求権に支配されないことを言外に保証する。その上、譲受人は法律による権利に加えて、担保責任を必要とするであろう。たとえば、譲受人は、債務者に支払能力があり、その債務を履行する明示的担保責任を請求しうる³⁵⁾。

要するに、請求権の譲受人は、譲渡人の付与する、明示、あるいは黙示の担保責任を利用して、不渡の危険を最小限に抑えることができる。債務者が支払をうまく阻止しえたとしても、譲渡人は、手形金回収の代替関係者の地位にある。このような方法は、流通性の合理的代替といえよう。

4. 競合する所有権にもとづく請求

競合する請求権の問題は、二つの側面がある。すなわち、譲渡によって債務を取得する者は、(1) 譲渡前に生じた事実にもとづく所有権の請求から、保護されねばならず、また (2) 譲渡後に生じた事実にもとづく所有権の請求から、保護されねばならない。流通証券の無形の請求権の移転は一般に、問題の二つの側面に対処する原則的手段と考えられている³⁶⁾。しかし、既述のように、第九編のファイリングシステムの存在とともに、現在の財産と契約の概念は、少なくとも流通性制度と同じく、他人の干渉を免れて大抵の支払請求の権利を取得し、保持することを認めて、譲受人の期待を保護する。

(1) 既存の所有権にもとづく請求

伝統的な善意取得理論によれば、流通証券の譲渡のみが、譲受人に存在する所有権にもとづく請求を免れて証券を取得することを保証する³⁷⁾。それでも、この明白な長所にもかかわらず、流通性制度は一般に、この問題を扱うのに適さない。一部の学説を除き、誰もこの点を重視しない³⁸⁾。ロジャーズは、正当な所持人の地位の利点が、証券の譲受人が最初に所持人にならない限り入手できない、かなり明白な事実を明示する。つまり、証券

が適法に譲渡されない限り、正当な所持人に付与される重要な利益は喪失される³⁹⁾。

指図式証券は適法な裏書によって譲渡されるので、問題が生ずる。すなわち、指図式証券が盗取され、もしくは真の所有者の代理人がその権限を超えて裏書した場合に、その後の譲受人は所持人となりえない。これはつぎのことを意味する。つまり、相反する所有権の請求に関する多くの争いにおいて、流通証券の移転ルールの効果は、通常的主張によって想定されることのままに反対である。流通性のルールは、善意取得者でさえ、その後の当事者は、以前の所有権の請求に支配されて取得することを保証する⁴⁰⁾。

しかし、債務が流通証券に表章されていないと仮定してみよう。譲受人の危険は、債務がすでに盗取されたことではなく、それは盗むべき有形のものが存在しないので、明らかに不可能であろう。むしろ適法な権限のない者によって、譲渡がなされているという危険が、存在するであろう。しかし、この危険は、債務を取得する形態に影響されない⁴¹⁾。結局、皮肉にも、債務が流通証券に変形された場合に、裁判所は実際に他の事件より、譲渡しうる権利を進んで認めないであろう。これは最終的に、保護のために流通性制度に依存する譲受人が、不利な立場にあることに気づかされることになる。

対照的に、所有権にもとづく衡平法上の請求を考えてみよう。正当な所持人は疑いなく、それらの請求を免れて取得するであろう⁴²⁾。しかしこの場合、流通性の必要性を理解して評価するために、流通証券が関係していなければ、譲受人がそれらの請求に支配されて取得するか否かに、注意を集中させる必要がある。確かに、善意取得者の利益が潜在的に衡平法に従属する時代はあったものの、それはもはや正しくない⁴³⁾。

二つの一般的結論が、これまでの議論から明らかになる。第一に、流通証券の譲受人でさえ、所有権にもとづく競合する請求の影響を受けやすいであろう。その際、原因関係上の債務がとる形態は無関係である。第二に、

正当な所持人の地位は、譲受人を潜在的衡平法から保護する唯一の盾ではない。善意取得理論は、譲受人に同じ程度の保護を与えるであろう。

(2) 所有権にもとづく将来の請求

金銭債務が一度流通証券に表章されると、原因関係上の請求を扱う唯一の効果的方法が、証券の処理を必要とするのは明らかであろう。つまり、請求権を移転する唯一の方法は、証券を譲渡することになる⁴⁴⁾。このことは、若干の例外を除き、証券の所持人がその権利を有する唯一の者で、かつ債務の支払を強行しうる唯一の者になる理由を説明している⁴⁵⁾。所持人となるためには、証券を占有しなければならない⁴⁶⁾。証券の正当な所持は、同じ請求権の以前のまたはその後の譲受人に対する優先権を保証する。証券を取得して占有することにより、所持人が効果的に確保しうるのは、競合しない請求者が優先権を獲得することである⁴⁷⁾。

譲渡しえない動産に関する競合する譲受人の優先権は、かなり複雑になる。この場合の問題は、裁判所が本件の形態を判決するためにとりうる、少なくとも三つのコモン・ローの方法があることである。裁判所が適用しうるのは、ニューヨークルール、イギリスルール、あるいは二者択一的にマサチューセッツルールとよばれるものである⁴⁸⁾。このような法的事情のもとで、譲受人は二つの困難に直面する。第一に、譲受人には、同じ請求権がすでに譲渡されたのか否かを知る、効果的方法が存在しないこと。第二に、事前に譲渡がない場合でも、譲受人は、その後の譲受人に従属した利益を見いだしうることである。このような制度であれば、私どもは流通性制度が、権利保証に関する唯一の効果的仕組みを提供しているか否か、疑問に思うであろう。

この問題については、つぎのように回答できる。統一商事法典第九編の公布によって、譲受人に必要な情報と保護を提供する、権利保証の制度が認められた。第九編の最も明白な適用は、動産の先取特権を合意することであるが、その範囲はあまり限定的でない。第九編は、口座の売買にも適

用されるので⁴⁹⁾、流通性制度より優れていなくても、不確実な費用を減少させる制度といえよう。

むすび

法は判例や法律とは無関係に、変動する実務に必要な対応を続けるであろう。法律が新しい営業方法に適合するには、時間の遅れをとまなう。しかし、時間の遅れがあっても、適合は比較的容易に、少ない費用でなしうる。あるいは、適合は無作法に、また訴訟という多額の費用をかけて行われる。法律の全体は、浮動する複合体で、必要な変更がより容易になされれば、逆に明白性を喪失するのが現実であろう⁵⁰⁾。このような考えは、半世紀以上も前に述べられた。これは、新しい統一商事法典の採択にとまなうて、商法が発展する商業実務に遅れないようにできるか否かを心配したものである。このような懸念は、今日も存在する。商業実務がより電子的になるにつれて、その挑戦は、伝統的な紙にもとづくルールを、この新しい商業実務の方法に遅れないように適合させるであろう。

流通証券作成の際に、満たさなければならない形式的要件が、電子的送信技術に対応しえないことは、疑う余地がない。しかし、問題は、伝統的な流通性と非流通性の全てか無かではないことを、認めねばならない。伝統的な流通性制度の範囲外で、不可決な流通性に対する障害は、その制度が最初に発展したため、かなり減少した。そのため、書面を構成するものに対する過大な関心は、その範囲を不明確にした。本稿で議論してきたのは、紙にもとづくルールを電子商取引に適合させる努力を、他方で別のコモン・ローや法律上の概念を受け入れつつ、取り下げる時期が来ているか否かの問題である。

本稿においては、紙にもとづく証券は実際にまだ必要であるが、流通証券法の手段を不明確にしない、理論的に正当な理由は存在しないと結論づけた。さらに、流通証券法の特性を譲渡法と比較検討すると、二つの制度

間の最も本質的違いは、善意取得の理論であることが判明する。それは、流通証券の善意取得者が、契約上の抗弁を含む、すべての未決済の請求権を免れて証券を取得する理論である。そして、善意取得理論の結果が、流通性制度の範囲外で説明できる範囲を明らかにした。この流通性の主な機能は、紙にもとづく法的環境だけでなく、電子的技術のもとでも容易に実現可能といえよう。

注

- 1) See Gilmore, *Formalism and the Law of Negotiable Instruments*, 13 CREIGHTON L. REV. 441, 447-448 (1979).
- 2) このことから、譲渡しうる証券は、手荷物を持たない添乗員にならねばならないという、著名な法諺が生みだされた。See *Overton v. Tyler*, 3 Pa. 346, 347 (1846).
- 3) 証券を統一商事法典第三編によって譲渡するには、証券につき記載がないといけない (U.C.C. § 3-103 (a) (6), (9), 3-104 (a))。振出人の署名、一定金額を金銭で支払うべき、無条件の約束、もしくは指図を含み、第三編が認める場合を除き、他のいかなる約束、指図、義務、あるいは権限も存在しないこと。請求があり次第、もしくは確定時に支払うべきであり、指図人払、もしくは持参人払であること (U.C.C. § 3-304 (a))。
- 4) 残念ながら、1896年流通証券法 (N.I.L.) の歴史は、その多くが謎に包まれている。ギルモアによれば、銀行が流通証券法を起草したか否かは不明である。真実は、同法の起草について誰も知らないことである。起草はほとんど秘密裏に行われたといわれる。See Gilmore, *supra* note 1, at 457.
- 5) 書面とは、印刷、タイプ打ち、もしくは有形物へのあらゆる意図的な還元を意味する (U.C.C. § 1-201 (43))。署名されたという術語は、文書が真正なものであることを証明する現在の意思をもってする当事者が記入、もしくは採用した符号を包含する (U.C.C. § 1-201 (37))。
- 6) See *Armstrong v. Executive Office of the President*, 1993 WL 304567 (D.C. Cir. 1993).
- 7) 化体理論の内容については、拙稿・権利の証券への化体について、敬愛大学経済文化研究所紀要12号 (平成19) 153頁以下参照。
- 8) 契約上の権利の譲渡禁止は、コモン・ローに特有でなかった。古代ローマ法、古代ゲルマン法も、債務や契約上の利益の譲渡について制限を認めていた。債務者に訴えを提起した譲受人は、譲受人に金銭を支払う義務はないと

- いう債務者の抗弁に直面するであろう。禁止の理由は、歴史の闇に包まれている。See MURRAY ON CONTRACTS 788 (3d ed. 1990).
- 9) See Frisch, *Much Ado About Nothing: Achieving Essential Negotiability in an Electronic Environment*, 31 IDAHO L. REV. 747-751 (1995).
- 10) See J. DAWSON, ET AL, CASES AND COMMENTS ON CONTRACTS 902 (5th ed. 1987).
- 11) See 2 W. HOLDSWORTH, HISTORY OF ENGLISH LAW 219-20 (5th ed. 1972).
- 12) 書面制度は、形式的行為という負担をともなった。契約訴訟の提起が可能である限り、その可能性は、適切な訴訟形態の存在に左右された。中世の法律家は、形式的書面制度に対応した債権の操作を要求された。See A. SIMPSON, A HISTORY OF THE COMMON LAW OF CONTRACT: THE RISE OF THE ACTION OF ASSUMPSIT 4 (1975).
- 13) See 2 POLLOCK AND MAITLAND, THE HISTORY OF THE COMMON LAW 226 (2d ed. 1978).
- 14) See 3 W. HOLDSWORTH, HISTORY OF ENGLISH LAW 282-84 (1925).
- 15) See *Winch v. Keely*, 99 Eng. Rep. 1284 (K.B. 1787).
- 16) See Gilmore, *supra* note 1, at 441, 447.
- 17) See Horwitz, *Historical Foundations of Modern Contract Law*, 87 HARV. L. REV. 917 (1974).
- 18) すべては、財産の観点、つまり評判、機密、家族関係から考えられ、保護を必要とする新しい利益と認められるか否かは、保護される財産の帯びる色彩に依存した。企業の暖簾、商標、営業上の秘訣などへの財産保護の拡大については、See Vandevelde, *The New Property of the Nineteenth Century: The Development of the Modern Concept of Property*, 29 BUFF. L. REV. 325 (1980).
- 19) 証券の所持人が正当な所持人となるには、所持人は証券を有償、善意で、かつ証券自体の抗弁を知らずに、取得しなければならない (U.C.C. § 3-302)。ただし、正当な所持人であっても、つぎの抗弁に支配される。すなわち、(i) それが無償契約に対する抗弁となる限度で、(ii) 他の法律により、債務者の債務を無効にする、債務者の未成年、強迫、行為能力の欠缺、もしくは取引の違法性、(iii) その性質もしくは本質的条項を知らず、またはそれを知る合理的の機会もなく、債務者に証券を署名させた詐欺、(iv) 倒産手続における債務者の免責、にもとづく債務者の抗弁である (U.C.C. § 3-305 (a) (1))。
- 20) それゆえ、たとえば、典型的な正当な所持人の場合、商品の買主が流通証券でその代金の支払をすれば、その結果が不完全で、決して認められない、もしくは製品の売買が詐欺的になされたか否かを問わず、流通証券の正当な所持人は、証券の完全な支払を請求する権利を与えられる。
- 21) See Frisch, *supra* note 9, at 758.

- 22) 有効な譲渡を行うために、法律上の形式は必要でない。ただし、将来ではなく、現在の利益を譲渡する意思がなければならない。譲渡は、譲受人に現在の権利を帰属させる意思を有する当事者間で、完成した取引にならなければならない。
- 23) ギルモアが述べるように、譲渡法は、契約上の債務者に、自らの危険で、彼に対する請求権の移転の有効性を確定させることを強く要求する。See Gilmore, *The Assignee of Contract Rights and his Precarious Security*, 74 YALE L. J. 217, 227 (1964).
- 24) See Northern Trust Co. v. E.T. Clancy Export Co., 612 F. Supp. 712, 715-16 (N.D. Ill. 1985).
- 25) See U.C.C. § 3-305.
- 26) See Gilmore, *supra* note 1, at 449-50.
- 27) See Gilmore, *supra* note 23, at 243-249.
- 28) See American Nat'l Bank v. Sommerville, Inc., 216 P.376 (Cal. 1923); Motor Contract Co. v. Van Der Volgen, 298 P.705 (Wash. 1931).
- 29) See Gilmore, *The Commercial Doctrine of Good Faith Purchase*, 63 YALE L. J. 1057, 1096 (1954).
- 30) See U.C.C. § 9-206. ただし消費者取引においては、悪質な売主からの保護の必要性が認められてきた。そのため、州議会の多くは、消費者の抗弁放棄を禁止する法律を制定した。さらに、連邦取引委員会は、1975年、消費者から抗弁を奪おうとする、不公正な取引慣行のルールをめぐる争いに介入した。See 16 C.F.R. § 433 (1994). この問題については、拙稿・流通証券と注意書きの記載、法学新報107号11・12号（平成13）437頁以下参照。
- 31) その上、その条項が書面に記載されていれば、それは目立つ必要がないとされる。See Chase Manhattan Bank, N.A. v. Coleman, 496 A.2d 935 (R.I. 1985).
- 32) See U.C.C. § 1-201 (3).
- 33) 記録という術語は、信用状に関する第五編に見られる。See U.C.C. § 5-102 (14).
- 34) See Boss, *Electronic Data Interchange Agreements: Private Contracting Toward a Global Environment*, 13 NW. J. INT'L. & BUS. 31 (1992).
- 35) See U.C.C. § 3-415 (a).
- 36) See Frisch, *supra* note 9, at 768.
- 37) See Willier, *Nonnegotiable Instruments*, 11 SYRACUSE L. REV. 13, 24 (1959).
- 38) See Rogers, *Negotiability as a System of Title Recognition*, 48 OHIO ST. L. J. 197 (1987).
- 39) 証券の譲渡方法は、それが持参人払形態か、指図形態かに左右される。証

券が指図形態であれば、その譲渡は、証券の占有移転と、所持人による裏書を必要とする。証券が持参人払形態であれば、それは占有の移転のみによって譲渡しうる (U.C.C. § 3-201 (b))。所持人という術語の定義については、See § U.C.C.1-201 (20)。

- 40) Rogers, *supra* note 38, at 213.
- 41) See *id.* at 212.
- 42) See U.C.C. § 3-306.
- 43) もともと譲受人は、衡平法上の権利を取得するにすぎないと考えられた。これは、譲受人の権利が過去の衡平法上の権利に支配されることを意味した。See 1 J. POMEROY, EQUITY JURISPRUDENCE SEC. 413-415 (1st ed. 1881)。今日、その権利は、法律上のものと考えられるので、譲受人に関する過去の衡平法に支配されない。
- 44) これは、譲渡が任意であるか否かを問わず、要求される。債権者が原因関係上の金額の受取を希望する場合、まず証券の占有を取得しなければならない。
- 45) 証券を強行しうる者の定義については、See U.C.C. § 3-301.
- 46) 流通証券の所持人とは、証券が持参人に支払うべきであれば、もしくは、特定の者に支払うべき証券の場合に、特定の者が占有していれば、占有者を意味する (U.C.C. § 1-201 (20))。
- 47) 流通証券上の権利が証券の占有のみによって実現しうるルールは、権利を保証する簡潔な仕組みと評価されている。Rogers, *supra* note 38, at 205.
- 48) See Frisch, *supra* note 9, at 771.
- 49) 第九編は、動産に担保権を設定しようとする取引、および担保証券の売買にも適用される。See U.C.C. § 9-101 com. 4.
- 50) Gilmore, *supra* note 29, at 1107.