

有価証券とは、どのような証券か（九・完）

——取引の電子化・ペーパーレス化を理解するためにも——

鷹 巢 信 孝

- 一 はじめに
- 二 従来の有価証券の捉え方に対する疑問と、その解決方法―手形・株券・物品証券の論理構造に手懸りを求めて―
..... 以上・四二巻五号
- 三 有価証券の論理構造と公示催告・除権決定制度 以上・四二巻六号
- 四 有価証券の分類や性質論の見直し(一)―総論― 以上・四三巻一号
- 五 有価証券の分類や性質論の見直し(二)―物品証券・社債券を中心に― 以上・四三巻二号
- 六 物品証券の処分証券性と引渡証券性―債権的効力と物権的効力の区別・連関性― 以上・四三巻三号
- 七 有価証券か否か議論のある証券・カードの検討(一)―記名証券― 以上・四三巻四号
- 八 有価証券か否か議論のある証券・カードの検討(二)―ゴルフ会員権証・保険証券・荷渡指図書― 以上・四三巻五号
- 九 有価証券か否か議論のある証券・カードの検討(三)―普通乗車券・回数乗車券・商品券・プリペイドカード―
..... 以上・四三巻六号
- 一〇 むすび 以上・本号

一〇 むすび

一 有価証券の説明をする際には、財産的価値のある私権を表彰している証券、あるいは財産的価値のある私権を化体している証券であるという前置きがなされ、証券と権利が結合しているというような比喩的表現が用いられている。

このような説明は、「設立中の会社」を人間の胎児に喩えて説明するのと同じように、^(四九八)抽象的な法律関係を具象化して説明しているので、極めて分かり易く、会社の設立過程や有価証券について何となく理解できたような気にさせてくれる。しかし、喩えは喩えでしかありえず、表面的な説明しかすることは出来ない。証券と権利が結合するとか、証券が権利を表彰したり、化体するというのは、どのような法現象なのであろうか。果たして、紙きれと権利が結合したり、紙きれが権利を表彰ないし化体することが出来るのであろうか。比喩的説明では、このようなところまで考察することは出来ないのである。

有価証券とされる証券には実質的な発行者の広い意味での債務負担意思^(四九九)が表示されており、この証券を取得すると、右の広い意味での債務負担意思を受領することになり、その結果として権利を取得するに至るのではあるまいか。通説の説明は途中経過を省略して、右の結果の部分だけを捉えているのではないだろうか。

有価証券の発行者は、証券の「正当な」所持人に対してだけ債務を負担する意思で証券を発行しており、証券の「正当な」所持人でなければ権利を取得し、行使することは出来ない。ということは、有価証券は権利行使資格があることを証明する唯一の手段となっていることを意味しており、この点が証拠証券や免責証券と決定的に違うところである。

かくして、有価証券とは、①発行者の債務負担意思を表示した証券で、②「正当な」所持人の権利行使資格証明書

ということになる。このような有価証券を譲渡する行為は、証券から生じる権利(例えば手形債権)を譲渡しているのではなく、①②の作用をする証券に対する所有権(場合によっては占有権のみ)を譲渡しているのであるが、証券の譲受人は証券所有権(ないし占有権)を取得するだけでは、「正当な」所持人となることは出来ない。

証券の譲受人が「正当な」所持人として権利を取得し、行使するためには、①証券の譲渡人から権利行使資格を授与してもらおう、即ち譲受人に固有の新しい資格を証券の譲渡人から付与してもらおうか、証券の譲渡人が有している権利行使資格を譲与してもらおう必要がある、しかも、②証券発行者が指定している手続に従って証券を譲受ける必要がある。つまり、指図証券・無記名証券・記名証券という証券の種類に応じて必要とされる証券譲渡の手続を履践しなければならぬ。この手続は、指図証券や無記名証券を善意取得して、証券からの権利を原始取得する際に必要とされている。

このような手続を経て証券を承継取得、あるいは善意取得することで「正当な」所持人となり、証券に表示されている発行者の債務負担意思を受領することにより権利を原始取得するのである。したがって、裏書禁止手形でもないのに、これを指名債権の譲渡手続に従って取得しても、振出人の同意がない限り、権利を取得することは出来ないのである。というのは、手形の振出人は指図証券として裏書交付することを要求しているからである。しかし、取引社会は白地式裏書という方法を考えついて、指図証券を無記名証券化している。

注(四九九) このような比喩が不適切であることにつき、拙著「社団法人(株式会社)の法的構造―企業と団体の基礎法理Ⅱ―」(成文堂・二〇〇四年)一四五頁。

(四九九) 発行者とは形式的な発行者ではなく実質的な発行者であり、債務者という表現は広い意味で用いている(前掲・注(九四) (九五)参照)。

二 私の独特の方法論を用いて分析した有価証券という概念を精確に規定すると、有価証券とは、①正当な所持人に対して一定の債務を負担する意思表示された証券で(本質)、②権利行使資格を証明する唯一の手段であり(実体)、③指図証券・無記名証券・記名証券という姿をとって取引社会に登場するもの(現象形態)をいう。

この定義に比べると、従来の通説の定義は大雑把に有価証券の機能を結果の側から、表面的に捉えているにすぎない。そのために、通説の説明は簡潔で分かり易くはあるが、有価証券の内部に入り込んで、その構造を精密に掴まえていないという難点が、次のような形で現われざるを得ない。

まず、Wertpapierという表現、そしてこれを翻訳した有価証券という表現は、取引社会における証券の実態、即ち経済現象としての有価証券を捉えてはいるが、法的観点から見ればこれが誤解の元になる。というのは、有価証券は財産的価値のある私権を表彰・化体してはいないからである。にも拘わらず、有価証券は私権を表彰・化体していると説明しているために、公示催告後の証券無効宣言は証券と権利を切り離すとか、権利を証券から解き放すというような説明をすることになり、「除権」決定という名称を付して、更なる誤解を招くことになる。証券無効宣言は証券から権利を取り除くのではなく、証券に表示されていた①発行者の債務負担意思の拘束力と、②権利行使資格証明力を奪い、権利行使資格を証明する唯一の手段であるという有価証券に不可欠の実体を取り除くのである。さらに、有価証券は私権を表彰していると捉え方は、手形の裏書を金銭債権の譲渡とする捉え方を誘発する。というのは、通説の有価証券の捉え方からすれば、手形は金銭債権を表彰しているのであるから、手形の裏書譲渡は証券に表彰されている金銭債権を譲渡するために証券を引渡すという捉え方に結びつくことになる。そして、この表面的な捉え方のほうが理解し易いので、支配的な見解となる。

手形の裏書譲渡は金銭債権を譲渡するための一つの形態であると解されると、手形債権を指名債権譲渡の方法で譲渡することも出来ると解されるようになる。手形の裏書譲渡と指名債権譲渡の違いは、債権を譲渡する方法の違い

いにすぎず、裏書の連続に形式的資格が認められ、善意取得が認められるか否かの違い、そして人的抗弁の切断が認められるか否かの違いにすぎないことになる。

かくして、裏書は指図証券の「正当な」所持人となるために必要とされる手続であり、証券の発行者が指図禁止の記名証券としていない限り、裏書をしなければならないということ(有価証券の現象形態の違い)は無視されてしまう。ということとは、証券発行者の「この証券の正当な所持人に対してのみ債務を負担する」という意思(有価証券の本質が無視され、証券発行者の指示に従って証券を取得しなければ証券の権利行使資格証明力(有価証券の実体)を發揮しえないということも無視されることになる。

さらに、善意取得は、①証券(動産)の所有権を善意取得することにより、②権利行使資格を取得して、証券の「正当な」所持人となる結果、③証券上に表示されている発行者の債務負担意思を受領して、債権を原始取得するというプロセスは無視されて、③の結論の一部分だけが重視されることになる。そして、人的抗弁の切断は、指図証券や無記名証券にあつては、証券の「正当な」所持人となることで、自己固有の権利行使資格を原始取得することにより、証券に記載されている発行者の債務負担意思を受領して権利を原始取得することの当然の結果であるということ、つまり文言証券を取得した効果であることも無視されて、証券を流通させるための法定の政策的効果とされることになる(以上、第二章・三章・四章)。

三 「有価証券とは、どのような証券か」という問題を考える上で、一定金額のみが記載された普通乗車券や回数乗車券・商品券、そして、これらの証券が進化した自家発行型のプリカを分析することは、有意義である。

というのは、これらの証券は、その所持人が権利を行使する際に証券の呈示ないし引渡を必要とするが故に、有価証券のようにも見える。しかし、証券発行者が負担する債務の内容、したがって証券所持人が取得する権利の内

容が、証券に具体的に表示されているわけではない。さらに、この証券の所持人に対してのみ債務を履行するといふこと、つまり証券の所持人でなければ権利を行使することは出来ないという、権利行使資格を証明しているわけではない。

このことから、これらの証券は有価証券ではないと判断することが出来る。そして、これらの証券は権利を行使するために呈示したり、引渡すのではなく、代金支払債務を履行する手段として、つまり弁済の手段として呈示したり、引渡している。したがって、これらの証券は権利行使資格を証明する唯一の手段としての有価証券ではなく、現金支払いの代用手段としての金額券と見るべきである。

要するに、証券発行者が、その証券の「正当な」所持人に対して一定の債務を負担する意思を表示し、かつ、この証券を呈示することによって権利行使資格を証明しなければならぬのが有価証券である。これに対して、代金支払債務を履行するために、貨幣代用物として呈示ないし引渡すのが金額券である。

とはいえ、経済現象として見れば商業手形も信用貨幣として貨幣代用機能を果たすが、それは満期に手形金が支払われるという信用に基づいて流通しているにすぎない。これに対して、回数乗車券などの金額券は代金の前払いの対価として発行されていて、現金に代わる弁済力を有するものとして授受されるのであり、債務者の信用に基づいて授受されるのではなく、文字どおり貨幣に裏づけられた貨幣代用物なのである。

四 普通乗車券や回数乗車券は原則として譲渡可能である。商品券やビール券・ギフトカードや図書カードなどは、贈物として譲渡されることを目的として発行されているし、金券ショップで売買の対象になっている。

したがって、証券の流通性を有価証券の本来的特質とし、ここに着目して有価証券概念を規定し、有価証券理論を構成する試みは有価証券に固有の特質を捉えているとはいえないことになる。というのは、記名証券のように流

通性のない有価証券がある反面、金額券のように流通性はあるものの、有価証券でないものも存在しているからである。証券の流通性のみを重視して有価証券とするのは一面的とする所以である。

有価証券において、権利を移転するために(正確に言えば、権利者が交代するために)、証券の引渡が必要とされるのは、権利を行使する際に証券が必要とされることと密接な関連性を有している。

それでは、権利を行使する際に「なぜ」証券を呈示する必要があるのだろうか。それは、証券の発行者が、この証券の「正当な」所持人に対してのみ、債務を履行する旨、あるいは権利者として取扱う旨を表示しており、この証券を所持していなければ権利行使資格実質的資格があることを証明することが出来ず、したがって権利を行使することが出来ないからである。

この点が、有価証券が単なる証拠証券や、債務者のための資格証券である免責証券とは決定的に違うところである。そして、記名証券も権利行使資格を証明する唯一の手段であるが故に有価証券であり、したがって「安全機能」を有するのである。多数説がいうように、記名証券も「安全機能」を有するという点だけで有価証券なのではない。なお、今日では記名株券は無記名証券として流通しているが、株主の重要な権利である株主総会への出席や配当金を受け取る権利を行使する際に証券の呈示を必要とされない。にも拘わらず有価証券とされるのは、株主名簿の名義を書換える際に、記名株券を呈示して名義書換請求権を有することを証明しなければならず、有価証券としての機能を果たしているからである。この点において、記名株券も株主として取扱ってもらふ資格を証明する唯一の手段だからである。

五 有価証券は権利行使資格(実質的資格)を証明しうる唯一の手段であるから、これを喪失した場合には、権利を行使することが出来ないことになる。

そこで、このような事態に陥った者を救済するために設けられたのが、公示催告に基づく除権決定制度や株券喪失登録制度である。金額券を喪失した場合、公示催告手続を利用することが出来ないのは、金額券は貨幣額を表示した貨幣代用物であり、まさに価値を化体していて、金額券を喪失すれば価値を喪失するからである。つまり、有価証券のように、証券から取り除くべき権利行使資格証明力を有していないのである。

しかし、有価証券であれば、総ての証券が公示催告手続を利用できるわけではなく、二ヶ月という公示催告期間を過ぎても、なお権利の行使ができる証券でなければ、これを利用する意味はないし、証券からの権利の方が裁判所に納付する手数料よりも高額でなければ利用する意味はない。そして、喪失した証券の同一性を認識できなければ、この手続を利用することが出来ない。

さらに、民法施行法五七条は記名証券を挙げていない。したがって、記名証券については公示催告手続を利用できないとする見解がある。除権決定は有価証券を無効として、その善意取得が生じること防止すること（除権決定の消極的効力）を考えると、善意取得が認められない記名証券について、公示催告手続を利用させる必要はないように見える。

しかし、記名証券も権利行使資格を証明する唯一の手段であり、証券を喪失すれば権利の行使をすることは出来ないことになる。したがって、除権決定の積極的効力、つまり除権決定により権利行使資格証明書である証券を所持していた地位、即ち形式的資格を回復させて、除権決定の正本により権利を行使する途を開く必要がある。

六 そのためには、記名証券について公示催告手続の利用を認めていない民法施行法五七条を改正する必要がある。のみならず、民法は指図証券や無記名証券について、有価証券という側面から規定するのではなく、債権という側面を重視している。しかも、債権譲渡の一形態として、つまり原則形態である指名債権の譲渡に対して、特殊な債

権譲渡の形態をなすものとして規定しているにすぎない。したがって、民法四六九条以下の規定は有価証券に関する規定として全面的に、しかも根底から作り直す必要がある。

その際、指図債権・無記名債権という表現を用いている商法五一六条二項や五一七条も合わせて改正する必要があるし、「金銭その他の物又は有価証券の給付を目的とする有価証券」に限定している商法五一八条や五一九条の限定を外して、可能な限り有価証券一般に拡張の必要がある。

要するに、民商法に跨って散在している有価証券に関する規定を纏めて、有価証券一般に関する原則規定と記名証券などに関する特別規定を整備する必要がある。^(五〇〇)そして、有価証券に関する原理は、手形・小切手や株券・社債券・物品証券のみならず、振替社債・振替株式・電子記録債権・プリカ・電子マネーなどを理解する基礎となるものである。したがって、有価証券の一般規定は民法典に債権譲渡と関連させながらも、これとは区別して規定する方が、商法典の商行為編に規定するよりも適切であろう。

さらに、民法施行法や会社法・抵当証券法・資産流動化法などの実体法が有価証券の公示催告手続を指定する際に、非訟法一四二条や一四八条一項と一五六条以下とに分裂している点も理解に苦しむところである。有価証券の公示催告手続を許容する実体法の規定は、民法施行法五七条を民法本体に取り込んだ条文の下に一元化した上で、非訟法一四二条ではなく、一五六条以下の規定を指定するように改正するべきである。

なお、これらの改正をする際には、有価証券や除権決定という経済的・即物的な表現に代えて、権利行使資格証券・資格証明力排除決定という表現にし、名は体を表わすようにする必要がある。

注(五〇〇) 私の思いつき程度の考えについて、拙稿・注(二一)佐賀三九卷三号八九頁、同・注(二二)佐賀四〇卷一号一四九頁。

なお、前掲・注(二七a)の民法(債権法)改正検討委員会案は私見に近いし、商法学者や民法学者の協力を得ている点で

も「前掲・注(一二七a)NBL九〇三号一頁・二三頁」妥当である。しかし、記名証券について規定を設けない「前掲・注(一二七a)別冊NBL一二六号二三二頁」で済むのか疑問である。つまり、有価証券としての記名証券について十分に理解しているのかという疑問がある。

七 ところで、有価証券の概念定義に、それほど重大な意義があるとは思えないとする見解がある(第一章五節)。この説がいうように、記名証券を有価証券に含ませる説は、それに相応しい有価証券概念を立てるであろうし、記名証券を有価証券に含ませない説は、それに相応しい有価証券概念を立てるであろう。そうなると、有価証券の概念定義は便宜性ないし適当性の問題となり「前掲・注(一三三参照)、理論的には何ら意味のないことになる。しかし、その結果として、有価証券の概念が濫立して收拾がつかなくなってしまうであろう。それだからこそ、「有価証券とは、どのような証券か」ということを決める客観的な基準が必要になる。

だからといって、個々の証券とは関係なしに、一般的・抽象的に「有価証券とは何か」という基準を立てた上で、有価証券には一定の効果が認められると決めつけるのでは、概念法学に陥つてしまい、理論的にも実務的にも意義のあることではない。それどころか、有害である。

そのような抽象的思考をするよりも、有価証券であることの効果の方から発想して、個々の証券を有価証券として取扱う必要があるか否か、有価証券として取扱う意味があるか否かという判断をする方が、実務的には有意義であろう「前掲・注(四〇〇)参照」。

そして、このようにプラグマティックな発想方法は、後に有価証券として分類されるようになる特殊な証券について、その特殊性を考察し始めた初期の段階において採用されたであろう。つまり、一つ一つの証券について、それが何のために発行された証券なのか、その証券はどのような作用をしているのか、というようなことを具体的に

検討した上で、単なる証拠証券や免責証券とどのように違うのかを分析する作業が行われて来たであろう。

しかし、有価証券として分類される証券群が形成され、それらの証券に共通する特別の理論や制度が創られる段階になると、これらの証券に共通する特質なり機能を整理した上で、有価証券という概念を明確にすることにより、逆に有価証券に分類する基準を見直したり、一般的・抽象的な有価証券の法理論を構築することが必要になつてくる。

八 というのは、明確な有価証券概念や一般的・抽象的な有価証券の法理論を抜きにして、個々の証券の法的性質や法的効果につき個別的な判断を行つても、統一的で整合性のある結論に到達するという保障はないからである。

例えば、証券の文言性や有因性・無因性、さらには設権性という概念につき、論者により定義が異なり、その根拠づけも異なっているだけでなく、これらの諸性質の関連づけも異なっている。そのために、有価証券であることに争いのない証券についてさえ、細部の説明が混乱・錯綜して、有価証券理論は難解なものになつている。

にも拘わらず、証券の文言性の捉え方が多義的であることや、物品証券の無因証券化・設権証券化現象につき、例^(五〇二)によつて、言葉の問題・表現の問題として片づける傾向にあり「前掲・注(一四四)(二二)参照」、右の混迷状況から脱却する試みはなされていない。

あるいは、指図式の船舶積荷保険証券や荷渡指図書・ゴルフ会員権証のような新しい証券が登場して来たときに、これを有価証券として取扱うべきか否かを判断する基準を欠き、無用な論争を招くことになる。

さらに、振替社債・振替株式や電子記録債権・プリカ・電子マネーのように新しい制度が登場して来たときに、これと旧来の制度との間に、どのような区別・連関性(異質性と同質性)を見出し、それをどのように位置づけ、どのように理論化して行けばよいのか、その手懸りを欠くことになる。^(五〇二)

注(五〇二) 社員権や社員たる地位という概念に関する見解の相異につき、言葉の問題・表現の問題として片づけていることに関して、拙稿・注(一四四)佐賀四一卷五号一五七頁・一五八頁。

(五〇二) 株券と振替株式との区別・連関性につき、拙稿・注(一六)佐賀四二巻二号一〇五頁以下。

九 社債や株式の口座簿振替が行われる場合には、社債券や株券という有価証券は不要になる。しかし、証券を利用することなしに社債や株式そのものの譲渡が行われるにしても、社債や株式の善意取得を認める根底には、有価証券の善意取得法理が生かされている。そして、振替口座簿への記載(記録)によって社債や株式の帰属が決まる点において設権化されており、宣言証券とされていた社債券や株券には見られなかった発展がある。

新しい型の金銭債権を創設する電子記録債権制度の導入により、手形という有価証券を利用しないでも、人的抗弁の付着しない金銭債権の譲渡が行われ、善意取得も認められるようになったが、その根底には有価証券法理が生かされている。手形制度のメリットを生かし、デメリットを止揚した電子記録債権が、「ペイパールの手形のようなもの」という矛盾した形容をもって表現される所以である。

第三者発行型のプリカが有価証券としての性質を有し、オープンループ型のポストペイドカードが小切手乗り越える働きをするようになれば、電子マネーに関する研究は有価証券法理を通して、有価証券法理を越えた理論を作り出すであろう。かと思うと、船荷証券の電子化のように、有価証券が指名債権譲渡(民四六七条一項・二項)と指図による占有移転(民一八)の問題に分解されることになれば、これらの民法上の制度は有価証券(物品証券)と関連性を有していたことが判明するであろう。(五〇四)

要するに、ペイパレス化現象を理解するためにも、有価証券法理の理解は欠かせないが、ペイパレス化時代といわれても、完全にペイパレス化して、有価証券が消えてしまうわけではない。したがって、有価証券の研究

が不要になるわけではないが、従来のように、商法学者だけが行えば足るものではなく、民法学者と協働することにより研究のレベルを引揚げる必要がある。つまり、民法と商法・物権法と債権法の総合的研究としての有価証券法の研究をする必要がある。

注(五〇三) 始関正光「高橋康文」電子記録債権法の概説(1)金融法務事情一八一〇号二〇〇七年六〇頁、同「電子記録債権法の解

説(1)」NBL八六三号(二〇〇七年)一二頁、同「電子記録債権法の概要」ジュリスト一三四五号(二〇〇七年)四頁。

(五〇四) 拙著・注(六六)所有権二三一頁以下。

一〇 有価証券に関する基礎理論の研究、即ち判例や法解釈学説を客観的に分析して、一定の法制度や法的概念の全体像「内部構造を論理的に明確にすることにより、実用法学の理論的な基盤」原理・原則となることを目差すメタ実用法学としての理論法学の対象として有価証券を取り上げる作業は、商法学の専門領域とするのではなく、民法と商法学が私法学として一体化して行わなければならない。

というのは、前節で述べたように、①電子記録債権のような「民法の商法化」現象が生じていること、②これとは逆に、船荷証券の電子化のような「商法の民法化」が生じているということがある。しかし、それ以前に、③有価証券は債権を紙という動産に化体・表彰して「債権の物権化」を図り、動産所有権や占有権に関する法理を応用した制度として構築され、理論化されて来たこと、④貨物引換証などの物品証券の「物権的効力」は、ドイツ商法に倣って設けられた商法五七五条の引渡証券性に関する規定によって基礎づけられ、さらに、物権変動につき形式主義を採用ドイツ法の下では必要とされなかった商法五七三条の処分証券性に関する規定によって確立されるに至っている、という事情を挙げなければならない。

この最後の点は、民法の物権変動についてはフランス法に倣って、意思主義と對抗要件主義を採ったにも拘わらず、商法はドイツ法に倣ったという、わが国の私法制度に特有の歴史的背景が絡んでいる。したがって、物品証券の「物権的効力」について理解を深めるためには、物権変動に関する民法の意思主義・對抗要件主義との関係をどうするかという問題、即ち民法と商法を別の法体系として捉えるのか、それとも両者を一体として統一的に捉えるのかという問題のほかに、民法一八四条の指図による占有移転や民法四六七条の指名債権譲渡に関する規定との関係をも考慮しなければならない。

しかも、民法四六七条はフランス法に倣っているために、ここでもドイツ法の考え方をそのまま移入できないことになる。そして、有価証券について理解するためには、民法四六九条以下の指図債権や無記名債権の譲渡に関する規定や民法八六条三項、さらには占有権に関する規定を理解しておくことが不可欠な基礎作業となる。

このように、有価証券という制度の基盤は物権法と債権法に跨っている上に、わが国の私法制度はフランス法とドイツ法に跨っているという複雑な構造になっている。

一 民法典や商法典をはじめとして、わが国の裁判規範は日本という風土に自生した固有のものではなく、不平等条約を改正するために欧米の複数の法制度を模倣・継受して作られた雑種（ハイブリッド）法である。したがって、日本法を理解するためには外国法を研究することも必要ではあるが、それはあくまでも日本法を理解するための補助作業にすぎない。

つまり、外国の法理論をそのまま日本に持ち込んで、日本法の理論にはなりえないのであって、雑種法としての日本法そのものを対象にした理論を作り、体系化する必要がある。その際、日本法に影響を与えた外国の法規範や法理論を参考にしなければならぬが、外国の法理論を鵜呑みにするのではなく、批判的に摂取しないと、奇妙

な学説が輸入されることになる。

例えば、財団法人について、権利の客体でしかありえない目的財産が権利の主体(財団法人になると説くのは、その典型であるが)、有価証券や除権決定に関する説明も、ドイツ法学の理論を無批判的に輸入して、その不合理なことに気付いていないのである。^(五〇六)

このような思考停止どころか、知的隷属状態を脱却して、これまで無反省・無批判のまま参考にして来た外国の法理論を総合・止揚した、日本に特有の、しかし「ガラパゴス化」するのではなく、江戸時代の浮世絵や現代のアニメ、ゲーム・ソフトなどのように、外国から参考にされるような法理論を構築する必要がある。^(五〇六b)

わが国の高度経済成長期に交通事故による死傷者が増加し、さらには公害による被害者が続出するという事態を前にして、西原道夫博士は不法行為による損害賠償に関し、従来の損害概念や賠償額の算定方法に疑問を呈し、新しい概念・算定方法を提案された。博士の独創的で大胆な提案は容易に受容されることはなく、「外国には、そのような学説がない」という拒絶反応さえ出る始末であつた。^(五〇七)

これに対して、西原博士は「外国にすでに例があれば独自の学説としての価値はない。むしろ日本の法律学で世界をリードするくらいの気構えがほしい」と反論されているが、このような気構えを持ち、自分の頭で考える学者が多数、輩出して来るならば、日本の法律学も雑種法としての日本法に固有の理論を構築し、さらには世界をリードする理論や個性・独自性のある法典を生み出すであろう。^(五〇九)

そのような状況になれば、「日本の法学も国際的な場での試練を経験するとともに日本の法学からの発言が期待され、またその機会が増大している」と主張された北川善太郎博士の意に添うことになるであろう。^(五一〇)

注(五〇五) 不平等条約改正については、井上 清・条約改正―明治の民族問題―「岩波書店・一九五五年」。

(五〇六) この点については、拙稿・注(一六)佐賀四二巻一号一三三頁、拙著・注(四九八)社団法人四七頁・五二頁。

(五〇六a) 末弘厳太郎「無効の時効」民法雑誌「日本評論新社・一九五三年」一九二頁以下は、法律行為の無効を主張する権利が永久に存続するとする通説の考え方は「ドイツ普通法の時代に成立したドイツ法学上の無効概念を無批判に受け入れたために発生したもののよう考えられる」という見解を述べておられる。

(五〇六b) 因に、渋沢栄一・論語と算盤「角川学芸出版・二〇〇八年」二五五頁以下は生産物に関して、「模倣物に別れよ」というテーマで外国品偏重・自国軽視の悪風に警告を発している。

(五〇七) この点については、拙稿「不法行為とは、どのような法現象か(下)―一般不法行為(民法七〇九条)の論理構造」佐賀三七巻二号(二〇〇四年)二二頁以下。

(五〇八) 西原道夫「新潟水俣病訴訟における一律請求」判例時報六四二号(一九七一年)八八頁。

なお、森田 修「民法典」という問題の性格「債務法改正作業の『文脈化』のために」ジュリスト一三一九号(二〇〇六年)三八頁以下は、債務法の再法典化にあたり外国の理論やモデルに「二辺倒」の心性や呪縛から脱することが出来るのか、危惧されている。

(五〇九) 他人の物真似ばかりするのではなく、自分の頭で考えたいと願っている人は、外山滋比古・思考の整理学「筑摩書房・一九八六年」、中山 茂・大学生になるきみへ―知的空間入門「岩波書店・二〇〇三年」、ティナ・シーリング「高遠裕子訳」・20歳のときを知っておきたかったこと―スタンフォード大学 集中講義「阪急コミュニケーションズ・二〇一〇年」を一読されることを薦める。

自分の頭で考える研究者を育てたい人には、柘植俊一・反秀才論「岩波書店・二〇〇〇年」を一読されることを薦めたい。なお、小野 泉「古野康一・いい会社」とは何か「講談社・二〇一〇年」八七頁以下に紹介されている米国の心理学者、アブラハム・マズローのZ理論も参考になる。

(五〇九a) 内田・注(二四)ジュリ一三〇七号一〇四頁、同・注(二二七a)NBL九〇三号二二頁。

(五一〇) 北川善太郎「大学・法学部・法律学―私の危機論と好機論」ジュリスト九七二号(一九九一年)一一四頁。

一一 取引の電子化・ペーパーレス化は今後、増ます進展して行くと思われる。したがって、有価証券や金額券が利用されることは激減するであろう。しかし、これらの証券や証票が利用される限り、紛争の発生は避けることは出

来ない。したがって、紛争予防や紛争解決のための法律知識・法情報は必要とされ、そのようなニーズに応じるための実用法学としての研究も細々と続けられると思われるが、大学における証券法の研究はそのような次元に止まっているのでは十分とはいえない。

というのは、紛争の予防や紛争処理という実用性が前面に出て、実務の役に立つということだけが目的とされる、と、①紛争予防・紛争処理に都合が良いか否かということを基準にして学説の捨捨選択が行われ、「有価証券とは、どのような証券か」「金額券とは、どのような証券か」という基礎的で純理論的な考察は蔑ろにされる可能性が高い。②そのようなことになれば、思考の結果だけが重視されて、思考のプロセスは無視ないし軽視され、③紛争が生じている部分を見るが、有価証券や金額券の正常な姿を全体として捉えることをせず、④有価証券や金額券の表面だけを撫でて、何となく理解したような気になり、これらの証券の奥の奥に潜在している本質を見透した理論を創ろうとはしなくなってしまうからである。つまり、目に見えないものを把握しようという学問の任務は放棄されてしまうことになる。

そのような態度が、結局のところ①の難点を増幅させ、利益衡量による結論の先取りと、この結論を正当化し、辻褄を合わせるための理屈づけをする技術としての法学を繁栄させ、小理屈をこねる法律屋や官僚を育成することになる。このようなことでは法学の衰退をもたらし、大きな志の下に、大所高所から判断した上で、きちんと筋の通った論理展開をして、国際社会で堂々と渡り合う能力をもった法律家や官僚・政治家を育てることは出来ないであろう。^(五二)

時代の要請や技術の進化に伴って古い制度は消滅したり、変化をして行き、従来の理論は新しい理論に取って代わられたり、新しい理論の中に受け継がれたり、そのまま存続したりする。有価証券や金額券に関する法理論も帳簿による振替決済制度やブリカ・電子マネーの出現によって、見直す契機を与えられてはいるものの、これらの証券

が消滅してしまわない限り、その法理論も死滅することはない。だとすれば、電子的決済技術の進展、そして、それに対応する法理論の形成に合わせながら、有価証券や金額券の法理論を見直して行くことが、この分野における今後の課題となる。

注(五一) このことは、二〇一〇年九月に起きた尖閣諸島の領海侵犯事件をめぐる対中外交の弱腰の姿勢が如実に示している。

そして、このような日本の姿を見るにつけ、朝日新聞二〇〇七年三月一日の「著者に会いたい」という欄における、一橋大学法学部を卒業した後、数理理論学者になられた国立情報学研究所および東京工業大学の教授・新井紀子さんの次のような発言を思い出す。即ち、日本人は「〜とは何であるか」なぜ、そうなのか」ということを考える力、論理能力を鍛えていないので、国際交渉能力においても見劣りがする旨の発言である。なお、朝日新聞二〇一〇年一〇月一七日の教育面における新井教授の発言も参考になる。

猪木武徳・大学の反省「NITT出版・二〇〇九年」一七二頁以下は、大学の使命の一つとして、教養教育と並んで、幅広い専門性を身につけた専門家を養成して、国際的な論戦の場で日本の立場を適切に説明しうる知的なリーダー、国際的な言葉の戦いを勝ち抜いて行ける人材の養成を挙げている。そのためには、受験予備校になっている進学校や、大衆化し、就職予備校化している現在の大学とは別に、単なる優等性・秀才を育てるのではなく、本当の「エリート」、即ち他の追従を許さぬほどの卓越性を有し、社会の役に立つ指導性を有する人物を養成する特別な高校や大学を設ける必要がある。

因に、本当の「エリート」を養成する米国のボーディングスクール(全寮制学校)の魅力に迫る著作として、「石角完爾・アメリカのスーパーエリート教育・改訂版「ジャパンタイムズ・二〇一〇年」がある。なお、京都大学は五年一貫の全寮制大学院を新設して英語で授業を行い、専門性と幅広い教養を備えた次世代リーダーの育成を目標とする計画を立てている。そうであるが(朝日新聞・二〇一〇年二月二十八日)、「本当のエリート」とは、どういう人間かということが明確になっていなければならない。さもないと、韓国のエリート養成高校制度の負の側面のようなもの(朝日新聞・二〇一一年一月九日・教育面)を生み出しかねない。

〔完〕

追記

本稿の出来の良し悪しは別にして、この論文には、私がこれまで続けて来た民法や商法に関する研究成果の大半が結集している。民法と商法に跨り、物権法と債権法に跨っている有価証券法理の研究を、頭の「速い」「駿足の人」である秀才は「前掲・注(五〇九)柘植・四頁以下」、二〇代、三〇代で為し遂げている方もある。しかし、私のように愚鈍な者は「拙著・前掲・注(六六)所
有権 序 ii 頁参照」、古稀を前にして、ようやく自分の考えを纏めることが出来た。私の、この例のように、こつこつと研究を続けていれば、鈍才でも、それなりの成果に辿り着くという見本になるとすれば、これが本稿の最大の功績であろう。

「継続は力なり」とか「急がば回れ」という諺があるように、秀才でない人は、じっくりと腰を据えて研究を続けて頂きたい。「早く学ぶことができる」ということは必ずしも理解が深いことを示すわけではないし、将来、その分野で優れた研究者となつていい仕事をすることを意味しない」前掲・注(五一)猪木・一九二頁」という見解や、「失敗らしき成功」という物の見方
い。「前掲・注(五〇六 a)渋沢・二九九頁以下」は、秀才でない人や、地道な努力を続けている人にとつて励ましの言葉となるに違いない。

「学問に王道なし」。その歩みは亀のように遅くても、いつかはゴールに到着するのだ。諦めるな。自分の道を切り拓きながら、一歩一歩、前に進め。大器晩成・晩期大成。「三〇年育つた木で建てた家は三〇年しかもたないが、一〇〇年育つた木で建てた家は一〇〇年もつ」というし、「都会の秀才よりも、田舎の鈍才」というではないか。鈍才諸子の健闘を祈る。