

カール・ヴィーラント『手形とその民事法的基礎』(四・完)

(二九〇一年刊)

庄子良男

C. 法律上の原因からの手形的請求権

(1) 法律上の原因と手形約束

第十七章 導入的概観

以上において我々は、いかにして法律上の原因が訴訟において通用を獲得し、そして形式という欺瞞的なカバーを粉砕するかを示すことを試みてきた。いまや手形的に追求可能な原因関係からの請求権の私法的な状態が研究されるべきである。

手形は、直接の受取人のためにカウザから独立した新しい請求権を基礎づけるものではないが、しかしおそらく一つの内容的に変更された請求権を基礎づけるのである。すなわち

債権者は、手形をもって手形的に手続をとるべきである。彼は基礎にある債権を手形的な満期の時期に、そして手形的な支払場所で行使しなければならない。それから手形約束は、法律上の原因に、新たな、従来まだその中には含まれなかった権限を付加する。すなわち、最初の受取人の請求権は、有効な原因関係を前提とする。その従来姿における原因関係は、しかしながらただ手形金額への請求権だけを生じさせる。なぜなら手形金額は、通常、原因関係に基づいて既に債務負担された額だからである。手形法によれば、しかしながら原因関係に立つ受取人に対して、第三取得者に対するのと同様に遡求請求権が生ずる。なぜならただ基礎にある法律行為からの抗弁権の実りある実行だけが、原告の棄却を結果として持つからである(WO八二条)。たとえ手形被告に原告に対する原因関係の証明が成功したとしても、それにも拘らずカウザの欠缺が存在しない限りで、遡求金額の弁済へと判決さ

れるのである。

基礎にある法律行為からの最初の受取人の請求権は、それゆえ手形の振出または交付をとおして修正されてしまっている。我々はその請求権を、それゆえ法律上の原因からの手形的請求権と称する。

まず第一に、原因関係が手形をとおしてこおむる拡大がいに説明されなければならないかの問いが生ずる。これについては引き続き二つの章において話題とされることになる。それから法律上の原因からの手形的請求権の実体的な諸条件が總括的に叙述されるべきである。

既にこれまで述べたところから、最初の受取人への手形の交付が、一方的な創造の視点の下に入るのではなく、契約の視点の下に入ることが明らかにされた。

さらに言葉と意思の評価のために、普通民事法の諸原則が妥当する。ただ証書の善意の第三取得者が持ち出してよいところの信頼の顧慮においてのみ、重点を外部的な表示へと置き換えることが正当化されるように思われる。

それゆえ最初の受取人への手形の交付は、法律上の原因を修正する付随的合意を含んでいる。なるほど付随的契約の想定は、厳格に受け止められるならば、ただ原因関係と手形振出が時間的に別々に行われる場合にのみ許される。両者が同時に効力を生ずるときは、手形において与えられた約束をそ

のカウザから切り離すことは問題とはならない。ここでは、手形交付は契約の統合的な構成部分をなす。それにも拘らず手形とカウザの時間的な前後関係は法的に重要ではない。

我々の課題は、それゆえ手形振出の基礎に存する付随的契約の内容をより詳細に決定し、そして手形約束を原因関係に編入することである。この付随的契約の状態からは、その場合、原因関係の内部での手形請求権の条件と内容に関する手形法の諸規定に帰属する意味が生ずる。

法律上の原因からの手形的に修正された請求権は、我々を、ここでただ、それが「基礎にある請求権からの抗弁権」に依存し、そして手形金請求訴訟との関連において裁判上追求可能である限りでのみ、従事せしめるのである。法律上の原因は手形の振出をとおしてさらにかなる種類の影響に服するか、とくにいかなる請求権が原因関係の債権者に手形の崩壊後に残るかという問いは、第二部において研究されなければならない。それゆえ前提とされるのは、形式的に無疵の手形である。なぜならそのような手形だけが手形金請求訴訟の方法での行使のために適切であるからである。

事柄を単純にするために手形債務者は、直接の承継者と原因関係において立ち、間接の承継者と抽象的な関係において立つことが仮定される。それに従って我々は、引受人に対する関係で振出人を、振出人に対する関係で受取人を、原因関

係上権利者であるなどと考える。――

我々は、まず第一に、手形によって惹起された付随的契約に関する手短かな概観を先に行うことにする。

手形約束は、直接給付約束 (*Versprechen direkter Leistung*) と間接給付約束 (*Versprechen indirekter Leistung*) に分けられる。後者は、第三者への給付の約束 (*Versprechen der Leistung an einen Dritten*) であるか、第三者をとおしての給付の約束 (*Versprechen der Leistung durch einen Dritten*) であるかである。

直接給付約束の下に理解されなければならないのは、債権者 (原因関係の債権者) に對し自らそして自己の人格において履行するという債務者 (原因関係の債務者) の約束である。第三者への給付の約束は、原因関係からの彼の債務を第三者への給付をとおして消滅させるという債務者の約束である。第三者は、手形においては資格を与えられた所持人である。第三者をとおしての給付の約束は、債権者自身への給付の約束をとおしてであれ、第三者への給付をとおしてであれ、第三者の人格をとおして履行するという債務者の約束である。すべての手形的請求権は、上述の三つの約束カテゴリーの一つに帰着させられる。さらに最後のものから、民事法的な〈ここでは必ずしも詳細には触れられるべきではない〉請求権、例えば、第三者への履行を求める請求権 (*Anspruch auf*

Erfüllung an den Dritten) が導出されうる。

I. 直接給付約束に基づくのは、

1. 手形金額の支払に向けられた請求権である。これに数えられるのは、次のものである。すなわち、

(a) 約束手形の受取人の請求権。

(b) 交付前の、引受の付与の際の引受人に対する振出人の請求権。

(c) 引受人が受取人の民事法的な債務者である場合の、引受人に対する受取人の請求権。

これは、通常、自己指図手形ならびに自己宛手形において、さらに引受人が原因関係からの共同債務者、保証人または主たる債務者である場合に、あてはまるであろう。

2. 遡求金額の支払に向けられた請求権。これに属するのは、とりわけ、約束手形受取人、為替手形振出人ならびに自己宛為替手形における受取人の遡求請求権である。

II. 第三者への給付の約束に基づくのは、実行した受戻し後に所持人に帰属するすべての遡求請求権である。もっぱら第三者への給付のための約束に遡られなければならないのは、約束手形受取人ならびに為替手形振出人の遡求請求権である。その他の遡求請求権の基礎には、第三者への給付の約束も、第三者をとおしての給付の約束もある。

直接給付と間接給付という選択的約束は、約束手形の振出

人によつても引受人によつても与えられる。彼らの約束は、第一債権者への支払または資格を与えられた所持人への支払に向けられる。

III. 第三者をとおしての給付の約束に基づくのは、為替手形振出人に対する受取人の、裏書人に対する被裏書人の、指名された支払担当者が存在する限りで第三者方払約束手形の受取人ならびに第三者方払為替手形の振出人の、遡求請求権である。為替手形振出人は支払人による支払を約束し、裏書人は支払人による支払または約束手形振出人による支払を約束する。第三者方払約束手形の振出人ならびに第三者方払為替手形の引受人は、支払担当者による支払を約束する。上述の人々の遡求請求権は、彼らが満期における最終所持人である限りで、もつぱら第三者をとおしての給付の約束に基づく。彼らが実行した受戻後に手形を主張する限りで、第三者への給付の約束と結合された第三者をとおしての給付のための約束に基づく。

第十七章の注

(38) Degenkolb, Civ.Archiv 71 S.69を参照せよ。[彼は次のように言う。]「手形は、その抽象的表現においては、ただ「手形がそこから手形のカウザを引き出すところの」別の行為の（挿入された）一部、それゆゑ先行する手形予約（*pactum de cambiando*）手

形を振出すことの合意）においては、原因となる手形予約行為の、あるいは、抽象的に表現された手形予約（*Wechselstuf*）の基礎にあるカウザの、挿入されるべき部分であるにすぎない。」

(39) Degenkolb.a.a.O.S.68を参照せよ。

第十八章 直接給付約束

I. 手形金額を求める請求権。通常、約束手形からの手形金額約束は、最初の受取人に対しては既に債務負担された給付の約束である。原因関係の基礎づけが手形の振出に時間的に先行するときは、手形金額は、カウザから既に債務負担された額と一致する。

それにも拘わらず約束手形の約束は、例えば、抽象的表現において既に与えられた約束の単なる繰返しではない。

すなわち、手形が支払のために交付されるときは、債権者は、まず最初に手形によつて支払を受けるべく拘束される。すなわち、債権者は手形的な支払時期に初めてそして手形的な支払地で手形の返還と引換に満足を受けるべきである。法律上の原因からの債権は、呈示債務でかつ取立債務となつてしまつてゐる。支払のための交付は、それゆゑ、カウザを手形書面の標準に従つて修正した付随的合意である。

手形が担保のために交付される場合（寄託手形）は、事情が異なる。寄託手形の振出は、もつぱら手形と結合された民

事訴訟のおよび執行訴訟的利益、すなわち、手形金請求訴訟の提起のための資格、手続における抗弁権の排除、という利益への顧慮において行われている。債権者は、手形によって彼に未回収の資金の遅滞なき入金を保証するところの執行手段を獲得しようとする。それゆえ原因関係は、いかなる種類の制限的な条件にも服さない。債権者は、彼の民事債権を手形を顧慮せずに行使しうる。債権者が彼の民事債権を利用しようとするかどうかは、彼の自由な裁量にまかされたままである。手形の振出において存する付随的契約は、これに対して原因関係に新たな権限、すなわち、手形の利用のための権利を付加する。それにも拘らず書面内容は、最初の受取人のためには、必ずしも直ちに標準とはならない。とくに手形的な満期の時期は、彼のために決定的ではない。おそらく彼は、手形を前もっては行使してはならない。彼が手形をしかしながら手形の中に表示された支払時期に利用してよいかどうかは、カウザからの債務が既に満期到来しているか、例えば、保証された資金請求権が既に支払義務があるかどうかに依存する。書面の内容は、寄託手形においては、もっぱら善意の第三取得者の宛名に向けられる。

為替手形振出人に対する引受人の直接の支払約束は、約束手形約束からだその形式をとおして区別される。したがってたつた今述べられたことは、引受にもまた適用される。

II. 遡求請求権。直接給付の約束からは、約束手形受取人、為替手形振出人ならびに自己宛為替手形の受取人の遡求請求権が、これらの人々が満期時に最終所持人である限りで、起因する。

善意の第三取得者のためには、遡求金額が第一次的の、そしてもっぱらの給付目的物である。呈示と拒絶証書作成とは、ただ抽象的遡求請求権が、それに結び付けられるところの条件の発生を惹起するにすぎない。

最初の受取人による呈示は、これに対して原因関係からの債務の行使である。効を奏しなかった呈示は、債務者を遅滞に陥らせる。遡求金額は、それゆえ法律的に固定された遅延利息である。このことは既に、債権者が、彼が手形法的方式性の履行後に基礎にある債権へと遡る場合、すなわち、彼の請求権を直ちに、それに先立って手形金請求訴訟を提起することなしに、カウザの上に支える場合にもまた、遡求金額を要求しなければならぬことから生ずる。それゆえ法律的に評価された利益が個別の損害の算定の代わりに登場する。その代わり賠償権利者は、損害の存在と高の証明から解放されている。

第一章の注

(30) さらにいつそうデーゲンコルプ理論の意味における「契約の再

現”ではない。契約的な約束の繰返しは、完全な契約をその内容全体に従って採用する再現ではない。Degenkolb, aa.O.S.161 ff. このためには、手形は、その抽象的な表現のゆえに初めから適していない。

(371) シュタウプ (Staub) によれば、約束手形を支払のために受け取った債権者は、直ちにもこの債権に遡ることができる (§ 27 ad Art.83)。なぜならなるのかは、明らかではない。Grühut II S.296 ff., bes.S.304を参照せよ。支払のための約束手形の交付と為替手形の交付との間の対立は、ここではただ我々に関わりのない呈示解怠の効果に關係するにすぎない。

(372) いく人かの人々は、為替手形振出人にただ引受人に向かつての遡求請求権だけを与えている。Thöl, S.285; Lehmann, S.450を参照せよ。これは反対に Staub ad Art.23 § 2; Grünhut II S.16 ff., Rg.F.X XI S.401を参照せよ。

(373) 支配的見解によれば、完全な手形法的遡求請求権（とくに資金を求める請求権）は、さうなる遡求義務者たる前者の存在に依存せず。Thöl S.282 ff.; Lehmann, S.451 Ann.8; S.545 Ann.7; Dernburg, b.R.S.296; Staub ad Art.50 § § 11-17; Rg.F. XLI S.127; Seuffert 56 Nr.204を参照せよ。つれに反対に Grünhut II S.443を参照せよ。支配的解釈は、八一条の文言、ならびに、資料 (Prot. S.100 § 456) に基づく。それにも拘らず、資料は標準とはならない。法律の文言も、内的な理由も、この種の制限のためには引用されない。

(374) Thöl S.327 ff.を参照せよ。

(375) パーセントの利息は遅延利息である。これに対してグリューンフーナー (II S.422) は、利息は既に満期日から、したがって遡求

義務者が遡求の方法において請求されることについて認識をもつ以前に発生する、と異論を述べている。これらの理由は少なくとも約束手形振出人ならびに引受人にとっては適切ではない。手形が確定日払で振出されているときは、³⁷⁶ 時は人に代わって催告する (dies interpellat pro homine) という命題が妥当する。一覽払手形は、これに対して支払義務者の許での呈示の際に初めて満期に陥る。パーセントの利息が固有の意味での (proprio sensu) 遅延利息であるということを、支配的解釈は、間接的に、それが約束手形の受取人に民事法によつてパーセントの利息を約束することをとおして承認している。レーマン (Lehmann) とデルンブルヒ (Dernburg)、上述注 (373) を参照せよ。

(376) 上述本文 (原著 S.43) を見よ。

(377) Goldschmidt, Universalgeschichte S.311.

第一九章 第三者への給付の約束と第三者をとおしての給付の約束

受戻をする約束手形受取人または為替手形振出人の遡求請求権は、振出人 (引受人) が満期に資格づけられた最終所持人への支払をしなかったという事実をとおして条件づけられている。原因關係は、しかしながら振出人 (引受人) を、ただ受取人 (為替手形振出人) その人に向かつて債務を負った金額の支払をすることへと義務づけるだけである。それゆえ、

手形の交付によって、債務者がそれによって資格を与えられた所持人への給付をとおして履行する義務を負うところの、付随的合意が成立している。約束手形の交付は、それゆえ、為替手形振出人への引受ずみ為替手形の引渡と全く同様に、第三者への給付のための約束を含む。

したがってW O五〇条から流出する為替手形振出人に対する受取人の遡求請求権、ならびに、裏書人に対する被裏書人の遡求請求権は、第三者をとおしての給付のための約束に遡られなければならないであろう。なぜなら、受取人に対して原因関係は、ただ支払義務ある契約の債務者自身すなわち為替手形振出人をとおしての給付を要求するという権利のみを与えるのに対して、受取人の遡求請求権は、受取人が第三者たる為替手形支払人から支払を受け取らなかったという事実の上に基礎づけられるからである。同様に、裏書人に対する被裏書人の遡求請求権は、第三者、支払人または約束手形振出人の給付が怠られていることを前提とする。

最後に、さらに残る全ての遡求請求権は、上述の二つの約束形式の結合から導出されなければならないであろう。これらは受取人または被裏書人に実行された受戻の後に、帰属する遡求請求権である(W O五一一条)。なぜならそれらは第三者すなわち満期における所持人への第三者(為替手形支払人、約束手形振出人)の給付が実行されていないという事実に

よって条件づけられているからである。

第三者への給付の約束のための手形の利用は、いかなる種類の困難も生み出さない。ここでは民事法学が道を開拓してきている。第三者への給付の約束という概念は、一般に認められている。長い間、確かにいかなる条件の下で第三者が給付を求める独立の権利を取得するか問いが、関心をもつばら集めてきている。ヘルヴィツヒ(Hellwig)の根本的な研究によつて、いまや単なる「権限を与える」V.Z.L.d. [Versprechen zur Leistung an Dritten 第三者への給付のための約束]、すなわち、受約束者のためにのみ第三者への給付を求める請求権を基礎づけるところの「約束が、それに相應しい注目を集めてきている」。

これに対して第三者への給付の約束の相關概念、すなわち、第三者をとおしての給付の約束は、民法の教義の中で市民権を獲得してきていない。

ひとは為替手形振出人の約束を損害担保約束(Garantie-versprechen)として、すなわち第三者の給付の約束(Versprechen der Leistung eines Dritten)として、正しく整理してきている。為替手形振出人は、支払人が手形的な支払場所での為替手形振出人によつて命じられた支払を実行するであろうことを担保する。^(註)

それにも拘らず損害担保約束がその実行を目指している

給付は、約束者（Promittent）自身の給付ではなく、そして、そのようなものとしては妥当しえない。損害担保約束からの約束者は、第三者が実行すべきであるところの給付の債務を、約束される者（Promissar）に対して負わされてはいない。むしろ約束者は、第三者の給付の実行のために配慮するか、または、給付の結果のために債務を負わされている。為替手形振出人は、これに対して原因関係で結合された受取人に対し、支払人が行うべき給付について債務を負わされている。為替手形受取人に対する支払人の給付は、原因関係からの振出人の債務の履行である。それは為替手形振出人の受取人への間接的な給付である。原因関係へと組み込まれた為替手形振出人の約束は、それゆえ第三者の給付の約束ではありえない。

我々は、むしろ「為替手形振出人は、私は支払人をおして、支払うであろうことを約束する」というアイネルト（Einert）の定式化に遡らなければならない。

アイネルトの解釈はトエール（Thol）によって争われ、そしてそれ以来、再び取り上げられることはなかった。それにも拘らずトエールの攻撃は、ただ抽象的、遡求約束のためのアイネルトの定式化の利用可能性に対して向けられているにすぎない。トエールの主たる議論は、対価関係が正当とされない方法で手形当事者の関係の中へと引き込まれていること

に帰着する。しかしながら課題はまさに遡求約束を対価関係に挿入することである。

おそらくしかし、と思われるのであるが、アイネルトの解釈に対しては、「第三者をおして給付するという約束の概念は、自己自身の中に溶解する」という異論が提起される。このことは最もはつきりと、第三者への給付の約束との比較から明らかになる。

第三者への給付の約束は、約束の受取人（Verechthehabender）のために、彼すなわち受取人自身に対する給付ではなく、第三者への給付を要求する権利を基礎づける。約束受取人は、約束をおしての権利は第三者に帰属するという十分に理由づけられた利益を有する。それゆえ彼の請求権は、訴えによって追求可能である。債権者は、第三者への給付のための債務者の敗訴判決を獲得することができ。また、そのような判決の執行は、基礎づけられた疑いに服さない。

我々がこれについて第三者をおしての給付の約束への適用を疑うときは、我々は以下のように定式化しなければならぬであろう。すなわち、約束される者は、約束者ではなく第三者が彼への給付を実行するという権利を有する。約束される者は、彼に約束者によって提供された給付を拒絶する権限が与えられるであろう、と。

このような請求権は、しかしながら保護に値する利益を欠く。債権者には、もしかすると彼に債務負担された給付が第三者の住所または営業所でもたらされることは重要ではありえない。彼にしかしながら住所で給付が、第三者によって提供されるかそれとも債務者自身によって提供されるかは、彼にとつて重要ではない。それゆゑ第三者をおとしての給付のための敗訴判決は、考えられないように思われる。そのような判決の執行は、完全に問題となりえない。

第三者をおとしての給付の約束をこの異論に対する關係で正当づけるために、そして、この約束の意味と内容を確定するために、我々はさらに詳しく論じなければならぬ。我々是我々の出発点を、その実行を約束が目指しているところの給付から、すなわち間接給付 (indirekte Leistung) から取らなければならない。

まず最初に間接給付の概念と条件が研究されなければならぬ。その後何の間接給付を求める権利の下に理解されなければならぬかが、示されなければならぬであろう。この場合、とりわけ第三の受取人ならびに給付の実行者の法的地位を正しく決定することが問題となるであろう。

1. 間接給付の概念と諸条件

間接給付は、他人への給付か、または、他人をおとしての

給付である。CへのBの給付(実行給付 Vollzugsleistung)は、AへのBの給付またはCへのAの給付(原因給付 Grundleistung)とみなされる。

間接給付の理論は、民事法的な支払指図 (Zahlungsanweisung) によつて基礎づけられてきている。大部分の著者たちもまた、支払指図に自己を制限してきている。そのための理由は、民事法的な指図はもつぱら間接給付を目指し、したがつて当該の法的な経過を最も単純な姿において提示している、という事情の中にある。それにも拘らず我々は、この場所、手形と指図の關係を自らのために援用させよう。なぜなら手形支払が二つの方向に向けての間接給付を自己の中に包含していることは疑問の余地がないからである。何びとも引受人の実行給付が、為替手形振出人への引受人の原因給付でもあり、受取人への為替手形振出人の原因給付でもあることを疑わないであろう。全く同様に、約束手形債務者の実行給付は、受取人への振出人の原因給付でも、手形金額の受領者への裏書人の原因給付でもある。しかし目的が同一であるならば、手段もまた同一でなければならない。

間接給付は様々な内容を持ちうる。我々にとつて重要であるのは、もつぱら一定の金額についての所有権の調達である。それは様々な目的、すなわち債務關係の基礎づけまたは解消、贈与などを追求しうる。我々は債務消滅の目的で行われる給

付に限ることにする。なぜならそれが間接給付の約束のためにもつばら考慮されるからである。

我々が間接給付の要件を決定する前に、我々はその正しくない解答が誤った諸帰結へと導いてきているところの前提問題へと立ち入らなければならない。給付は、第三者への給付であるためには、第三者をとおしての給付またはその逆でなければならない、というように、両者は不可分の関連に立っているか？、が問われるのである。このことは、事実、たった今引用された著者たちによって受け容れられているように思われる。すなわちヴィントシャイト (Windscheid) は、あらゆる制限なしに〔次のように〕説明している。すなわち、¹「（指図受取人への指図人の給付）の諸場合においては、指図の実行をとおして指図人への被指図人の給付もまた成立する (S.1)。」と。ヴェント (Wendt) は、指図の任務を次のように特徴づけている。すなわち、ひとつの給付をとおしてへさまなければならないとしてそれ自体としてなされなければならないであろう。二つの別の給付が節約され回避されるべきである。ひとつの実行給付をとおして二つの別々の給付が代替され、そしてそれらの法律効果が惹起される。」と。最後にレーネル (Lenel) によれば、指図は徹底して指図受取人の代理権である。このことは、しかしながら、被指図人の支払がそれだけでそしてすべての事情の下で指図人への被

指図人の間接給付であることを前提とする。それにも拘らずやはりおそらく私が私の代理人にへ私の債務者から支払を受領したまたは私の債権者に支払うこと」を命ずる場合に、真正の支払指図が存在する。² いずれの場合にも、それぞれ一つの間接給付が実行される。すなわち、第一の場合には、第三者への給付が、第二の場合には、第三者をとおしての給付が（実行される）。私の代理人は、いずれの場合にも厳格に技術的意味における受任者、すなわち取立受任者または支払受任者である。取立受任者による支払の受領が彼自身への間接給付を含まないことは、さらなる説明を必要としない。これとは反対に、支払受任者は、むしろ手形振出人に対する義務の履行において行動する。しかしながら彼は——そしてそれが問題となるのであるが——法律上振出人の人格へと支払われなければならないところの給付を実行するのではない。

それゆえ必ずしもあらゆる第三者をとおしての給付が、同様に第三者への給付であるわけではない。むしろ以下の三つの場合が考えられる。すなわち

1. 為替手形支払人は、振出人への支払人の間接給付をも、受取人への振出人の間接給付をも、実行する。
2. 為替手形支払人は、振出人の受任者として、受取人への振出人の間接給付を実行する。
3. 為替手形支払人は、振出人への支払人の間接給付を振

出人の受任者への支払をとおして実行する。

支払の委任と取立ての委任の累積は、考慮の外にある。おそらくしかし上述の三つの可能性が顧慮されなければならぬ。それゆえ正しい問題提起は次のようになる。すなわち、債務者以外の他人へと、または、債務者以外の他人をとおして惹起された実行給付が債務者を解放するためには、いかなる諸条件が存在しなければならないか？

(a) 第三者への給付の要件。債務者は法律上債権者への履行へと直接に債務を負わされている。債権者の同意なき第三者への給付は、彼を免責しない。それゆえとりわけ、債務者が債権者自身への給付をする代わりに、第三者へと給付するという、債権者の追認(Genehmigung)を必要とする(授權 autorisation、ザルピウス Salpius⁽¹⁾によつて認められた意味におけるユッスス Jussus)。ユッススは、「私は第三者への支払を私自身への支払として妥当させよう。」という内容の債務者への債権者の一方的な受領を要する表示である。第三者は、それゆえ、受領における、債権者の代理人である。ユッススは、それをとおして本人が代理人の行為、すなわち給付の受領をそれ自体標準となるものとして承認するところの、代理権(Vollmacht)以外の何ものでもない。第三者へ支払うという権利を債務者に与えることと、債務者から支払を取立てるという代理権を第三者に与えることは、同一物である。

一般の指図にとつて妥当することは、まさにユッススが間接給付の不可欠の要件であるゆえに、第三者への給付の全ての諸場合に適用を見出す。為替手形の通知または呈示をとおして支払人は、原因関係からの彼の債務を資格を与えられた手形所持人へと支払う権利が与えられる。手形所持人は、手形の呈示をとおして為替手形振出人のユッススを媒介する。約束手形の受取人は、彼の追認を手形の受領をとおして与える。

代理権だけでは、しかしながら意図された効果はまだもたらされない。すなわち債務者が第三者にはもしかすると知られていない追認に基づいて支払うとすれば、この第三者は、支払者への自己の債権に対する支払として計算する権利を与えられるであろう。為替手形支払人の支払は、それゆえ振出人への支払の給付ではありえないであろう。その結果として何が代理権の補充のためにつけ加わらなければならないかという問いに対して、レーネルは、受取人は振出人の名において受取らなければならないことを回答として与えている。なるほど支払人は、とレーネルは考える、それに関して彼が振出人を代理するところの原因関係について知る必要はない。彼がそもそも振出人を何らかの原因関係において代理することを知ることで足りる。支払の受領の際の受取人の表示は、それゆえ、たとえいかなる目的で振出人に対して給

付すべく動機づけられているのを自認するとしても、私は彼の名において受領する。」ということに帰着する。

このことは、しかしながら、支払人が単にそして全ての場合において振出人へと給付するという意図を有する場合にのみ適切であろう。これについては、しかしながら既に言及されたように問題とはなりえない。支払人は、場合によつては、振出人の支払受任者である。彼はその場合、振出人へではなく、振出人のために支払うのである。受取人は、またもやこの場合においては、代理人ではない。彼は、それゆえ、振出人の代理人と自称すること、すなわち振出人の名において行爲することは、できない。なぜならさらに受取人は、振出人と支払人の間に存在する法律関係について常に不知にあるのであるから、ひとは指図受取人の表示に決してレーネルによつてそれに与えられた意味を付与しないのである。

おそろくかし——そしてこの点において我々はレーネルと一致するのであるが——受取人は指図に従つて受領しなければならぬ。それはしかしながら、振出人の名で受領されるのではない。指図受取人は指図に従つて受領し、そして自分は支払を指図人がそれを決定したところのものとして通用させることを宣言する、というように意味させようとする。受取人は、自分には知られていない（支払に指図人の側から付与された）意味を自分のものとしている。彼はこのことを

彼が指図証書を呈示し、またはその他の方法で自分を指図受取人として認識させることによつて、理解させるのである。

指図に従う受領は、さらに指図受取人が支払を——被指図人の出捐としてではなく——指図人の出捐として自己自身へと受領する場合に、存在する。指図受取人がただ単に自己のために受け取ろうとすることは、もちろんたつた今述べられた諸理由から十分ではないであらう。おそろくしかし、彼が指図人から自己のために受け取ろうとすることで足りる。このことが起きるときは、受領は必然的に被指図人の免責をもまた結果として持つ。なぜなら債権者（振出人 Assignant）は債務者（支払人 Assignee）の第三者への支払をとおして、この者に出捐をし、彼に贈与し、あるいは、彼の債務を消滅させようとするからである。一方が他方を導出するのである。第三者への債権者の給付が行われるときは、それによつて債権者への債務者の給付もまた実行される。第三者への債権者の給付の成立は、ただ第三者が債権者から受領し、債務者が債権者に支払おうとすることだけを要求する。それゆえ第三者が債権者によつて熱望された主たる効果を援用することを表示することによつて、すなわち、彼が被指図人から自己のために、しかし指図人の計算で受け取るることによつて、彼はそれを欲することなしに債権者が彼の債権の実現のために決定したところの手段——すなわち債務者の間接的な支払を発

動させるのである。それゆえ第三者が本人のために行為する意思を表示することができないのみではなく、彼はそれを表示する必要があるのである。彼は債権者の代理人である。それにも拘らず、彼は債権者の名において登場しない。それは間接給付約束の理論にとって基本的な意味を有する事情である。

(b) 第三者を、おいての給付の要件。第三者Bの給付によつて債務者Aは債権者Cに対して免責されるべきである。

第三者の給付がこの効果を持つためには、債務者の追認を必要とするか？。いかなる意図において第三者が給付するかが問題となる。

彼が債権者への債務者の債務を消滅させようと欲することを表示するときは、債務者の同意を必要としない。彼がこの場合に自己の衝動から行為するか（狭義における他人の債務の支払）、[※]それとも債務者と予めなされた合意に基づいて行為するかは、重要ではない。二つの場合とも、支払者がそれを欲したゆえに、消滅の効果が生ずる。

これに対して第三者が債務者への自己の債務を支払うという意図で支払うか、債務者に出捐をなす意図で支払うときは、支払は必ずしも消滅的には効果しえない。なぜなら債務者が支払ったのではなく、第三者が債権者に対してではなく債務者に支払うことを欲したからである。原因なしに (sine causa)

支払われた金額は、それゆえ不当利得として返還請求されるであらう。それゆえ債務者が第三者の支払を自己のために通用させることを承認するところの「債権者に向けられた」債務者の意思表示が、必要とされるのである。その意思表示の意味は、「君は私が君に支払わせたところのものを保持し、私が君に対して有する債務へと充当すべきである。」ということである。

指図により、または、手形により、支払へと命令された第三者は、自己の名において給付する。指図支払人（為替手形支払人）は指図振出人（為替手形振出人）への債務から自らを免れさせるために支払う。引受人は受取人に、受取人および為替手形振出人への彼の債務から解放されんがために支払う。それにも拘らず被指図人および為替手形支払人（引受人）の支払は、指図または手形の基礎に存する全ての法律行為の履行を結果として有する。それゆえ指図は、指図振出人の先に言及された追認を含まなければならない。同じことは、手形の交付または裏書について妥当する。為替手形振出人は受取人に、支払人の支払を原因関係からの彼の債権に充当する権利を与える。まったく同様に、裏書人は、被裏書人が為替手形支払人または約束手形債務者の支払を自己のために保持することの追認を付与する。

保持することの追認は、同時に支払うことの代理権である。

債務者は第三者に給付の実行について権限を与え、その者の支払をそれ自体として標準的なものとみなすことを表示する。支払を行う第三者は、それゆえ、支払における債務者の代理人である。

それにも拘らず保持するというユッスス (Jussus 命令) は、債権者への第三者の給付を惹起するためには十分ではない。追認について知ることなしに債権者に給付する第三者は、善なる誠実において彼の支払を受取人への自己の債務に充当する権利が与えられるであらう。

それゆえ被指図人が自己のために支払うと表示することでは足りない。彼は指図に従つて支払わなければならない。指図に従う支払は、さらに指図人の名における支払ではない。なぜなら被指図人は指図人と指図受取人の間に存する関係を知らないからである。決して彼には、彼がそもそも指図人の代理のために任務が与えられているかどうかは、知られていない。指図受取人はまさに単に指図人の取立権限を与えられた者であるかも知れない。被指図人は、それゆえ代理人と自称することはできない。指図に従つて支払うということは、むしろ指図人の命令に基づいて支払うことを意味する。すなわち被指図人（為替手形支払人、手形債務者）は、そのために支払を指図人（為替手形振出人、裏書人）が指図受取人と彼の関係において決定したところのものとして通用させる

ことを表示する。この表示は、第三者が指図証書または手形証書の呈示に基づいて支払うことの中にある。

さらに指図に従う支払は、被指図人が自己を——指図受取人に対する債務からではなく——指図人に対する債務から免責させることを欲することをとおして成立する。二つの給付の連鎖によつて、彼はこれをとおして既に指図受取人への給付を実行する。AはBが、彼自身（A）への債務の履行をとおして、CへのAの債務を履行することゝを意欲する。一つのものが他のものを導くのである。それゆえBが手段を意欲することによつて、彼は彼のなすべきことを彼に知られない目的を実現するために役立てるのである。

第三者への給付と第三者をとおしての給付は、それゆえ一致する経過を示す。第三者は、一方では、受領における代理人であり、他方では、支払における代理人である。受領することの代理権には、支払うことの代理権が対応する。第一の場合において指図による受領が行われるように、第二の場合には、指図による支払が行われなければならない。他人の名における行為は、いずれの場合にも必要ではない。

支配的見解は、ただ指図受取人においてのみ代理人を認めようとしている。すなわち指図は、と教えられるのであるが、単に代理権、すなわち、受領のための授權であるにすぎず、支払うことの授權ではない。レーネル (Lénel) は、彼によつ

て正当にも争われた二重委任 (Doppelmandat) の理論の意味における指図を二重代理権 (Doppelvollmacht) へと分解しようとするに對して警告している。ヘルヴィツヒ (Hellwig) は、このことを彼の最大の功績として数えている。支払指図は二重代理権ではない、あるいはとヘルヴィツヒは文字どおり追加している。ひとがしばしば言うように、二重委任ではない。と。同じ理由からグリーンフート (Grünhut) はアイネルト (Einert) の解釈を非難している。すなわち、為替手形振出人は支払人をおして支払うのではない。なぜなら支払人は自己の名において支払うのであり、それゆゑ振出人の代理人として支払うのではないからである。と。

まず最初に、我々の議論は、二重委任という克服された理論を再生させること以上に我々から遠いものはないことを明らかにしたといつてよいであろう。二重代理権と二重委任は、とひとは考えるべきであろうが、基本的には異なるものである。そうすると、レーネルをへ支払をする被指図人にこの者が本人の名で行為するのではないゆゑに代理人の特性を拒否する。人々の数の中に見出すことは、奇異の念を抱かせるものといえるであろう。なぜならまさにレーネルは、他人の名における行為 (Handeln in fremdem Namen) がそれによれば代理にとつて概念上本質的であるところのドグマを、説

得的な理由をもつて争い、そして代理と他人の名における行為の對立的關係を正しい光の中へと置いたからである。代理の本質は、他人のための行為 (Handeln für einen Anderen) すなわち他人のための効果を伴う行為 (Handeln mit Wirkung für einen Anderen) の中にある。代理は法律効果を示す。本人の名における行為は、この効果の創出のために適切な構成要件の一要素であるが、しかしレーネルが考えるように、単にそして例外なく不可欠の要件ではない。他人の名における行為のない代理が存在するのである。

ところでもちろんレーネルは、彼によつて特殊的に名指された例外の場合において、立ち止まろうと欲している。それは、すなわち、占有、物権および無体財産の取得と引渡における代理である。それにも拘らずレーネルの理論は、もつと先に進んでいる。それは我々を、他人の名における行為のない代理をへ他人のための効果を伴う行為が行われるが、しかしながら代理人は何らかの理由からそのような者(代理人)と自称する必要があるところまで認めることへと正当づける。このことが間接給付にあてはまることを、我々は以上のところで証明したものと信じる。

(c) 第三者の決定。第三者を、おし、の支払は、おそらく直接にすなわち個人的に決定された第三者による支払以外のものとしては、考えられない。債権者は、初めから彼が誰

から支払を取立てなければならぬことを知っていなければならぬ。給付者の人格の間接的な決定は、それゆえ排除される。

おそろくしかし^{第三者への給付の約束は、債権者によってさらに決定されるべき受領の代理権を与えられた者の利益のために付与される。}第三者の決定は、直接または間接でありうる。すなわち債務者は、私はCへのまたは債権者によってさらに指名されるべきDへの支払を約束する^{と表示する。}あるいはしかし、彼は指図証書または債務証書の担い手に給付することを約束する。間接的決定を含むのは、無記名指図と指図式指図、無記名証券、民事法上および商法上の指図証券である。受領授權（Empfangsermächtigung）は、ここでは至るところで証書の所持をとおして条件づけられている。指図証券においては、とくに資格を与えられた所持人が受領の権限を与えられる。

証書の交付の結果、その決済が同一の給付をとおして結果すべき一連の新しい原因関係がつけ加わる。実行給付は、単なる二つの原因給付以上に代替する。拘束的部分は、資格証書（Legitimationsurkunde）である。給付は、証書の呈示と引換に、そして証書の関連のもとに行われなければならない。証書は、それが民事法上の指図の下では単に単純化と容易化に寄与するにすぎないのに対して、私法上本質

的な構成要件標識となっている。

これらすべてをとおして、支払うことおよび保持することのユッス（命令）も、指図に従う支払と指図に従う受領も、変化された方向を受け取るのである。第三者の間接的決定の際に支払がどのように給付され受領されなければならないかの種類と方向を、以上において主張された解釈が確認している。

α. ユッス。為替手形振出人によって支払人へと付与されたユッスは、資格を与えられた所持人への給付に向けられる。当然に包含されている指図文句によって、資格を与えられた所持人は、取立代理権を与えられる。代理文句（Substitutionsklausel）を備えた代理権を与えることによって、振出人は、第三者の給付をへ新たに付加されるべき原因関係の結果において必要とされる^{すべての原因給付の実行のためのものとして決定する。}

指図証券ならびに為替手形の交付の際には、補償関係は同一のものにとどまる。債務者（被指図人、為替手形支払人）は、常に彼に彼の債権者によって付与された債権者によって間接的に決定された名宛人（Destinatär）への^{追認に基づいて支払うのである。}おそろくしかし指図証券または手形のさらなる交付の基礎には新たな対価関係がある。第三者（被指図人、為替手形支払人）の支払をとおして第二受領者（第

二指図受取人、被裏書人へ第一受領者(第一指図受取人、受取人)の債務は消滅させられるべきである。

その結果において受領することのユッススが更新される。

第二受領者は、給付を第一受領者の計算で受領すべきである。第二受領者が受領された金額を自己のために保持してよいが、それとも第一受領者にその者の取立受任者として返済しなければならぬかは、彼らの間に存在する原因関係に従う。受領のためのユッススの更新をとおして、支払をなす第三者は、支払うことの新たな代理権を受け取る。なぜなら保持することの追認と支払うことの代理権は、同一物であるからである。新たな代理権は、しかしながらもとの代理権の代わりではなく、もとの代理権と並んで生ずる。第三者は第一債権者の代理人に留まる。実行給付は、いまやさらなる原因給付を補充する。そのことには、第三者(為替手形支払人)がさらなる交付について不知にとどまっていることは、対立しない。なぜなら代理人が代理権についての知を受け取ったか否かは、代理権の有効性のためには重要でないからである。

β・指図に従う受領と指図に従う支払。実行給付をとおして第三者への支払も第三者をとおしての支払の多数性も成立するためには、どのように第二またはそれに続く指図受取人が給付を受け取らなければならないのか、どのように被指図人が給付を実行しなければならないのか?という問いが生ずる。

る。

指図受取人は、指図に従って受け取らなければならない。指図に従う受領の下に、他人の名における受領が理解されてはならないことは、第三者の間接的な決定の場合にはいっそう明瞭である。指図人の名における行為は、なるほど第一のそして唯一の指図受取人が指図人の取立受任者である場合には、認められなければならない。なぜならこの場合においては、彼は指図人への被指図人の出捐を媒介しなければならぬことを知っているからである。これに対して第二受領者が第一指図受取人の取立受任者であるときは、彼は指図人の名においてではなく、第一受領者の名において受け取るであろう。なぜなら、彼はただ彼の委任者の利益においてのみ行為するからである。そのうえ彼には指図人と被指図人の間に存する関係は全く知られていない。本人の名における行為が必要であるならば、第二受取人へと実行された給付は、指図人への被指図人の給付ではありえないであろう。

おそろくしかし第二、第三の受取人は、証書への関連をとおして、彼が取立受任者の地位においてであれ、彼が自己の権利により行為するのであれ、指図に従って受領するのである。振出人は、(証書に手形の交付の結果において新たに付け加わる)すべての原因関係の決済を惹起するという決定を与えている。証書の呈示によって資格を与えられた所持人は、

へその実行へと振出人が証書を決定したところの全部の支払の充当に向けて受け取ることを欲することを表示する。証書への関連をおとして、解消されるべき原因関係は十分に個別化されている。さらに最終の受取人が指図に従つて受け取るという意味を認識しうる方法において表示することである。そしてそのことは、証書の呈示をおとして生ずることである。彼の内的意図はどうでもよい。そのようにして、何故に証書の占有を不正の方法で獲得した資格ある所持人への支払もまた（債務）消滅的效果を導くのが、説明されるのである。

同じ方法において、指図に従う支払が行われる。第三者が証書の呈示に基づいて支払うことをおとして、彼は指図に従つて支払うことを表示する。彼の表示はこうである。すなわち、私は振出人への債務から免れようとするのみならず、その実行へと振出人が証書を決定したところのすべての給付を惹起しようと欲する。と。これをおとして彼は、手形の紐帯をおとして結びつけられたすべての原因関係の当事者の代理人として認識させるべく現れるのである。

(d) ユッスス (jussu) の内容と範囲

α. 第三者への給付。債務者は第三者へと給付するようにという債権者の側から付与された追認は、あらゆる代理権と同様に、一方的な受領を必要とする表示である。債権者は第

三者への債務者の給付を自己自身への支払として妥当させることを承認する。契約上の約束^(B)ではなく、それ（追認に、債権者と債務者の間に存在する原因関係のための支払の消滅的效果に基づくのである。他方では、ユッススには、ただこの効果だけが帰属する。すなわち、債務者が第三者へと給付する場合には、第三者への給付は債権者への給付とみなされる。これに対してユッススは、債務者にも債権者にも、第三者への支払を求める権利を与えない。為替手形は、支払人に対してユッススの成立を惹起するが、しかし為替手形は、振出人に対する支払人の権利または義務を基礎づけない。両者〔権利と義務〕は、契約的な確約を必要とする。我々は、それゆえ債務者に付与された追認を、後に言及されるべき第三者への給付の約束からの区別のために第三者への給付のための授權またはより短く支払授權 (Zahlungsermächtigung) と名づける。ここに理解された意味における支払授權は、受領代理権 (Empfangsvollmacht) と同じ意味である。

β. 第三者をおとしての給付の場合。債務者から債権者に与えられたへそれをおとして第三者をおとしての給付が可能とされるところの保持することの追認は、あらゆる点において支払授權の相關概念である。我々はそれを、それゆえ、受領授權 (Empfangsermächtigung) と称する。受領授權は支払うことの代理権と同義である。

受領授權は、一方的な受領を要する（債権者への債務者の）表示である。契約上の約束ではなく、それ（「受領授權」）に（受領されたものを彼の借方への充当において保持する）という債権者の役割に基づいている。さもなくば受取人は、取り立てた金額を債務者の執行者（Ceston）として債務者に返還する債務を負わされるであろう。他方、受領授權は、それが第三者の給付に、債権者と債務者の間に存在する原因関係のための消滅的效果を与えることに尽くされる。第三者をとおしての給付を求める権利を、債権者も債務者も単なる授權から導くことはできない。

支払代理権または受領代理権の撤回可能性は、この関連において詳論されるべきではない。

2. 間接給付を求める権利

I. 間接給付を求める権利は、つけ加わる約束をとおして成立する。まず最初に、第三者への給付の約束が、これに続いて、第三者をとおしての給付の約束が、一般的に言及されなければならぬであろう（I）。その後、二つの約束形態の手形的遡求権への適用が研究されなければならないであろう（II）。

（a）第三者への給付の約束。契約上の約束をとおして、単なる授權は第三者への給付を求める権利へと拡大される。

約束は、契約当事者の一人のために働く。あるいは、債権者も債務者も、第三者への履行を求める請求権を有する。

第三者への給付の約束は、第三者が約束者に対する自己の権利を取得するという効果をもちうる。しかしそれは不可欠ではない。むしろ単に第三者への給付を求める受領者の権利のみが基礎づけられることもありうる。ヘルヴィツヒは、第一の場合における約束を、第三者への給付の「権利を与える約束（berechtigendes Versprechen）」と名づけ、後の場合における約束を、第三者への給付の「権限を与える約束（ermächtigendes Versprechen）」と名づけている。ただ第三者への給付の権限を与える約束のみが我々の目的のために顧慮される。なるほど手形からは第三者の権利が成立する。しかし第三の手形所持人の権利は、独立の基礎を有する。それは振出人と第一受取人の間に結ばれる契約に基づくものではない。

第三者への給付の約束は、そのカウザを自己自身ではとらない。それは付随的合意ならびに非独立的な契約の構成部分である。なぜなら（それは債権者に対する代わりに第三者へと給付されるべきである）という合意は、単にもととの履行方式の変更を惹起するにすぎないからである。それは債権者の代わりに別の受取人をおくものである。これと、場合によっては、最初に合意された支払時期または最初に合意され

た支払場所の変更が結びつけられる。

第三者への給付を求める約束は、強制執行可能である。⁽⁸⁾それは履行を求める請求権を許す。それゆえ現実の履行を求める請求権が、ただ給付の不可能の場合においてのみ利益を求める請求権へと転換されるという一般原則が行われるであろう。それにも拘らずあの一般原則の適用がそこでは極めて非合目的である諸場合が考えられる。第三者への給付の約束は、ひとが履行請求権から目をそらす場合にもまた、良い意味を獲得する。それはすなわち、第三者をと、おしての給付の約束に關しても、手形のための二つの約束形式の利用に關しても、重要であるところの事情である。第三者への給付の約束の本質的な内容を決定するためには、我々は支払授權（追認）から出発して、契約的な約束をとおして何が新たにつけ加わるかを研究しなければならない。

ただ債務者が第三者に給付するという追認だけが存在するときは、第三者は、単に支払の受領における代理人であるにすぎない。これに対して債務者に第三者への給付を行う権限を与える約束が加わるときは、第三者はさらに、提供の受領、ならびに、提供を実行しようにするために債権者に課される準備行為の実施、呈示証券の場合には証券の呈示、における代理人となる。第三者の側の受領の拒絶は、債権者を受領遅滞におく。なぜなら債務者が第三者への給付をとおして

免脱される権利を与えられるべきであるとすれば、第三者へと行われる提供には、債権者自身へと行われる提供と同一の効果が帰属しなければならないからである。これに対して第三者の催告は、約束がもつばら債務者の利益のために付与されている場合には、債務者を遅滞におくことはできない。なぜなら第三者の催告は、ただ彼への、すなわち第三者への支払を求めて行われうるのであるからである。しかしながら債務者は、第三者への支払について、権利を与えられるだけで義務を負わされているわけではない。

これに対して第三者への給付の約束が「債権者が第三者への給付を要求する権利を与えられるべきである」という意味において与えられるときは、逆に第三者は、給付の請求との関連において債権者の代理人である。第三者の奏効しない請求は、債務者を支払遅滞におく。なぜなら債権者は、満期において第三者へと支払われることを要求する権利が与えられているからである。債務者の給付義務が証書の先行する呈示をとおして条件づけられているときは、第三者によって行われた呈示は、債権者の呈示を補充する。債権者が第三者への給付を求める権利を有することは、それゆえ債権者は彼の債権を第三者をとおして行使する権利が与えられていることとを意味する。第三者への非給付は、債権者への非給付として作用する。

第三者への給付を求める債権者の権利は、とくに債権者自身が第三者に債務者をおしよりの支払のために責任を負わされ、そしてこのことが債務者に約束の引受の際に知られていた場合に認められなければならないであろう。給付の遅滞は、その後、債権者が第三者の遡求請求権にさらされることを結果として有する。債権者によって債務を負わされたかまたは既に支払われた遡求金額は、債権者に、第三者への給付の約束の履行の欠缺によって生ずるところの損害である。債権者は、それゆえ彼をおびやかす遡求を債務者へと転嫁する権限を与えられる。その者の賠償について債務者が債務を負わされる損害は、債権者の固有の損害であり、債権者がそのため賠償しなければならぬ第三者の損害でもある。

先に言及された一般原則が、債権者が第三者に遡求義務を負わされている諸場合においてもまた適用されると仮定すると、債権者は、債務者の拒絶の場合においては、まず第一に適時に行われなかつた履行のゆえの損害賠償、すなわち遅延利息、と並んで、履行だけをもつことになるであろう。これに対して彼は、履行に代わる損害賠償を要求することはできないであろう。なぜなら単なる拒絶は、履行の不能ではないからである。債権者の遅延利息は、我々の場合においては、第三者の遅延利息と一致する。それゆえ債権者は、債務者を（債務を負わされた金額を、第三者の遅延利息だけ増加され

て、この者〔第三者〕自身へと給付することへと）拘束する権利が与えられるであろう。

債権者には、しかしながらこの場合において、履行請求権をもつてはほとんど役立たないであろう。なぜなら遡求権を与えられた第三者が、約束受領者が約束者をして彼〔第三者〕への給付を惹起させることに成功するに至るまで、じっと待つということとは、推測されるべきではないからである。むしろ彼は、債権者に対する彼の遡求請求権を遅滞なく、すなわち債務者の給付が適切に行われた呈示にも拘らず遅滞された後に、直接的に行使するであろう。それゆえ債権者には、履行の代わりに直ちに損害賠償を要求する権利が与えられなければならない。このことは、それによつては債務者の地位がいかなる方法においても悪化されないだけに、それだけいっそう起こりうるのである。なぜなら債権者は、彼自身に生ずる不利益として、債務者がさもなくば第三者へと給付しなければならなかつたであろうところのものを要求するからである。約束は、それゆえここでは（第三者への給付を求める請求権は、既に生じた債務者の拒絶後は、損害賠償を求める請求権へと変化させられる）という意味において、与えられているのである。

（b）第三者をおしよりの給付の約束、第三者をとおしよりの給付の約束の可能性は、既に言及され

たように、そのような約束は初めから現実の履行を求める請求権を生じさせる能力がないという事情に衝突して座礁する。第三者をとおしての給付を求める約束は、執行可能ではない。強制の基準の適用は、既に給付義務のない第三者の財産は他人の債務の満足のために引当てとはされえないゆえに、許されないであろう。加えるに、債務を負担された給付を債務者の手からの代わりにその代理人から受け取るという約束受取人のあらゆる利益は欠けるのである。

おそらくしかし彼は、事情によつては彼の約束者に対する債権を第三者に対して行使することに利益を有する。その限りで第三者をとおしての給付の約束を承認することは、合理的な意味を獲得する。約束受取人が約束者に対する関係で第三者をとおしての給付を求める権利を有するということは、「次のことを」意味する。すなわち第三者に対する債権の行使が、約束者に対する関係で行使として働く。約束受取人が第三者によつて満足させられないときは、このことの結果は、約束者にあたかも彼自身が履行を拒絶したかのように帰するのである。

第三者をとおしての給付の約束は、第三者への給付の約束の相関概念である。第三者をとおしての給付の約束の中に存する付随的合意の内容は、我々がたつた今述べたのと同じ行路をとる場合に明らかになる。すなわち我々は、我々の出発

点を再び受領授權からとるのである。

債権者が第三者の給付を債務者への彼の債権に充当する権利を与えられるところの受領授權により、第三者は、給付との関連における代理人である。第三者の支払は、それが第三者によつて適切に提供され、そして約束受取人によつて実際に受領される場合には、債務者の支払とみなされる。

単なる授權に、第三者をとおしての給付の契約的な約束が加わるときは、第三者は、それをとおして債務者の給付義務が条件づけられている準備行為の受領における代理人である。第三者は、支払うことの催告の名宛人となる。指図証書または債権証書の呈示は、彼に対して行われうる。いかなる約束を第三者のもとの呈示の懈怠ならびに第三者の給付拒絶が導くかは、約束が債務者のためになされたか、それとも契約の両当事者のためになされたかに、かかっている。

α. 第三者をとおしての給付の約束は、もっぱらそれが、債務者が彼自身の人格においてする代わりに代理人をとおして給付することの権利だけを与えられるべきであつて義務を負わされるべきではないという意図において与えられる場合に、債務者の利益のために働く。そうすると債権者は、彼に第三者によつて提供された給付を拒絶する場合に、債権者が債権者に負わされる準備行為を怠りまたは適時に行わない場合とまったく同様に、受領遅滞に陥る。債務者の給付義務が

第三者への先行する催告または呈示にかかつており、そして呈示が一定の期間内になされなければならないときは、懈怠した債権者は、彼の請求権を投げ捨てるのである。他方では、ただ受領遅滞だけが生ずる。第三者へと向けられた支払うことの催告は、債務者を支払遅滞におくことはできない。なぜなら債務者は、彼の代理人をとおして履行することの債務を負っていないからである。同様に、第三者に対して行われた呈示は、債務者の人格において適時でない履行という法律的结果を発生させるためには足りない。なぜなら債務者は代理人をとおしての支払を可能にするために、いかなる種類の準備も行う必要はないからである。債権者は、それゆえ、新たな支払催告を行わせなければならず、彼はもう一度、それも債務者に対して呈示しなければならないのである。

β・約束が、債権者が第三者をとおしての給付を要求する権利が与えられるべきであるという意図において与えられているときは、第三者に対する関係で行われた奏効しなかった催告は、債務者を支払遅滞におく。第三者が適時に行われた催告または呈示に対して支払を給付しないときは、結果は直接債務者に帰する。現実の履行を求める請求権は、考慮の外にある。それゆえ第三者をとおしての給付を求める権利は、既に第三者のなされた拒絶後に履行利益を求める請求権へと解消される。そしてそれも債権者は、彼に合意された支払場

所での、そして合意された支払期限での、給付の遅滞をとおして生じたすべての不利益の賠償を要求することができる。⁽⁵⁾とくに債権者は、彼が第三者への給付の遅滞の結果において弁済しなければならぬ弁償の賠償を求める請求権を有する。

第三者をとおしての給付の約束が、もっぱら債権者の利益において与えられていることは、必ずしも十分には認められるべきではない。なぜなら債権者は、債務者からの代わりに、債務者の代理人から受け取ることにいて、利益をもたないからである。むしろ自己の人格においてする代わりに第三者をとおして履行しうることをもつては、第一次的には、ただ債務者にのみ奉仕されるのである。

おそらくしかし債権者の利益は、第三者をとおしての給付の約束が同時に債務者の利益のために与えられている場合に、存在する。なぜならこの場合においては、債権者は、既に言及されたように、まず最初に第三者に対して〔請求を〕行わなければならない、そして、第三者のもとの請求が奏効しないままである場合には、彼は請求を債務者のもとで繰り返さなければならないであろうからである。債権者は、さらに満期の期限の到来後にもう一度呈示することを強いられるであろう。なぜなら満期前の呈示は、第三者に対する関係でもまた許されないであろうからである。彼は、それによつて

は、直接、満期において満足させられる権利を失うことになるであろう。

それゆえ通常、約束は両方の側の利益のために働くことが認められなければならないであろう。

γ. 民法の法典編纂においては、実務的意義についてはるかに及ばないある、第三者の給付の約束が明文で言及されている。これに対して我々は、第三者をとおしての給付の約束をただ個別的な適用事例からのみ知るのである。それゆえ前者〔第三者の給付の約束〕を、実際には第三者をとおしての給付の約束が存在する諸場合において、認めるべきことは明らかである。矛盾は、以上において詳細に述べられたことをとおして、さらに明瞭になったといつてよいであろう。

ある、第三者の給付の約束をとおして、債務者は、第三者が何らかの性質をもつ裁判上または裁判外の行為（給付、約束、追認）、を行わない場合に、損害賠償を給付する債務を負う。第三者の給付は、債務において（in obligation）ではなく、支払において（in solutione）ある。第三者は債務者ではない。そして債務者は、第三者の給付に責任がない。債務者は、第三者が行うべき給付を実行してはならないし、実行することができない。これに対してある第三者をとおしての給付を約束する者は、自ら第三者の人格において給付することを約束する。そのうえ彼は、給付を彼の代理人の代わりに実行す

ることができ、実行してよい。

第三者をとおしての給付の約束においては、第三者は、約束者を給付の実行においてのみならず、給付の提供と債務の主張に関してもまた代理する。第三者の給付の約束においては、債務者の給付義務がそれをとおして条件づけられ、または、拡張されるところの行為（催告、付遅滞）は、債務者自身に対する関係で行われなければならない。

二つの約束の形式は、第三者の給付が遅滞する場合には、約束者を賠償へと義務づける。しかしある、第三者の給付の約束の場合には、賠償義務は、特殊な契約上の約束に基づく。賠償義務は、もともとのそして唯一の債務客体である。これに対して第三者をとおして給付することを約束する者は、法律によって契約の不履行に関する民事法的な諸原則の標準に従つて責任を負う。損害賠償義務は、ただ二次的な効果である。

δ. 債務者は、第三者をとおしての給付の約束から危険ならしめられた法律上の地位へとおもむく。給付の実行は、彼の作用領域から遠ざけられている。債務者は、彼が第三者に補償金額を手渡したか、または、第三者の債務に関する約束が与えられている場合に、第三者を給付の実行へと誘導するために、彼が必要な予防手段を講じた場合ですら、彼が第三者の善なる意思に身を任せるのを見る。なるほど彼は、遡求

を第三者に転嫁する権利がある。しかしながら彼は、債権者の懈怠の場合には、第三者の支払無能力の結果におけるまたはその他の原因からの彼の遡求請求権を、もはや成果をもつて実現しえないことを予期する。このことに対して、約束者は保護されなければならない。このことは、約束受取人に帰属する賠償請求権の行使が法律的に規定されたかまたは裁判所の裁量に従つて決定されるべき期間と結びつけられることをおとして生ずる。彼の債権を第三者に対する関係で適時に行使用することを約束受取人が懈怠するときは、彼は、約束者に向けての彼の遡求請求権を失ひ、そして遡求請求権は、ただなお彼の約束者の損害なしに行使されうる限りでのみ、正当に存在する。

指図受取人または手形受領者の勤勉義務は、それゆえ單に遡求権の条件であるにすぎない。それらは注意深い事務処理への契約上の債務に基づくものではない。勤勉義務の懈怠が遡求請求権をどこまで失効させまたは修正するかは、ここでは研究されるべきではない。

II. (a) 手形上の、第三者への給付の約束。手形上の遡求請求権の多数は、第三者をとおしての給付の約束との第三者への給付の約束の結合に基づいている。ただ第三者への給付の約束だけが、受戻を行う約束手形受領者ならびに為替手形振出人の遡求請求権の基礎にある。

a. 約束、手形約束。約束手形の交付をとおして、まず第一に、支払うことのユツスが行われる。振出人は、資格を与えられた所持人への給付をとおして最初の受領者に対する彼の民事債務を支払う権限を与えられる。そのうえ交付は第三者への給付の約束を含む。なぜなら受領者は、給付の遅滞の場合には、第三者の極めて強度に形成された直ちに効力を発生する遡求請求権にさらされるからである。それゆえ振出人が支払うであろうという期待は欺かれてはならず、そして同様に非常な強度に高められた遡求請求権の形式において与えられなければならない。

第三の所持人への遡求金額の支払をとおして、振出人は、まず最初に彼の抽象的な手形債務を消滅させる。同時に、彼は、最初の受領者に第三者への給付の約束の不履行による損害賠償を給付する。なぜなら遡求金額は、第三者が手形金額の支払の遅滞をとおしてこおむつたところの、そしてそれについて約束受取人は責任を負わなければならないところの、損害を代理するからである。これに対して約束受取人（約束手形受領者）が手形を任意にまたは強制されて受戻したときは、彼に直接生じた損害の賠償を求める請求権が彼に生ずる。彼は第三者へと給付された賠償金額を遅延利息とならんで要求しなければならぬ（WO五一一条）。いずれの場合も約束受取人の損害賠償請求権は、債務者の単なる拒絶をとおして

条件づけられている。

遡求金額は手形法的に固定された損害額である。法律的に査定された利息がさらに個別的な損害算定の代わりに生ずる。これに対して約束受取人は、損害の存在も高も証明する必要がない。全く同様に、約束者に落ち度が存するかどうかは、何ら問題とはならない。

β・引受。指図の呈示は、被指図人のために指図受取人への給付をとおして免脱される権利を基礎づける。しかし被指図人が指図人に指図の引受を約束したときは、第三者への給付を目的とする約束が存在する。個々の立法においては、指図人は、被指図人が指図人の債務者であり、そして彼の状態が（彼が指図受取人に給付すべきであることとおして）いかなる方法でも悪化されない限りで、法律により指図の引受（Honoring）を求める権利を取得する。

同様に、為替手形支払人は、手形の外部で引受へと義務づけられうる。そのような約束は、ただ単に民事法的な効果のみを基礎づける。指図人が支払の欠缺によってこおむる損害の測定は、契約の不履行に関する一般原則の標準に従って行われる。

加えるに、為替手形の支払人は、手形上の表示によつてすなわち引受（Accept）をとおして第三者への給付を約束しうる。我々は、民事法的な指図の引受が、同様に指図人の利

益のために働かないのかどうかを詳論せずにおくことにしよう。為替手形に関していえば、為替手形は普通ドイツ手形条例の領域においては決定的である。為替手形振出人は、引受から、受領者に対する関係で約束手形の振出人に帰属する請求権を獲得する。引受は、それゆえ為替手形振出人に対する関係で、第三者への給付の約束を含んでいる。約束は振出人に直接与えられうる。すなわち、引受人は為替手形を振出人へと交付する。通常、約束は、間接的に、すなわち、引受のために呈示する所持人の仲立ちをとおして与えられる。呈示人は、この場合において引受を自己自身のためならびに振出人のために受領する。彼は、支払の受領の際におけるのと類似して、代理人としてかつ独立の権利者たる当事者として行動する。内容的には、振出人の遡求請求権は、約束手形受領者の遡求請求権と一致する。

（b）手形上の、第三者をとおしての給付の約束。既に二二世紀および一三世紀の公証人作成の約束手形は、受取人への振出人の約束に（私は私自身かまたは私の代理人をとおしての支払を約束する）という消極的指図文句によつて意味に忠実な表現を付与した。支払人のもとでの呈示は、振出人を遅滞におく。受取人が満期における最終所持人であるときは、彼は、彼自身に合意された支払時期と合意された支払場所での不履行の結果において生じた不利益の賠償を求める請求権を

有する(WO五〇条)。同じことは、為替手形または約束手形の最終被裏書人の遡求請求権について妥当する。為替手形の裏書人は支払人による支払を、約束手形の裏書人は振出人による支払を、約束する。

受取人(被裏書人)が手形を遡求の方法で自らに導いたときは、彼はさらに彼が支払拒絶によつて第三所持人に補償しなければならなかったところのものの賠償を求める請求権を有する。なぜなら為替手形の交付は、さらに第三者への給付の約束を含んでいるからである。

第三者をとおしての給付の約束から遡求請求権が生ずるためには、約束は、約束受取人の利益において与えられていなければならない。受領者の利益は、支払のための交付の場合には問題とならない。なぜなら支払のために交付された手形の受領者は、約束者とへまず最初に手形によつて支払人のもとで支払を求める」という合意に入るからである。彼は、それゆえ、約束がただ約束者のためだけに与えられている場合には、もう一度振出人のもとで呈示することを強いられるであろう。これに対して担保のための交付は、疑いを惹起させる。なぜならここでは、手形によつて支払人のもとで、または、手形なしに約束者のもとで、支払を求めることは、約束受取人には自由に与えられているからである。それにも拘らず再び、担保のために交付された手形の受領者には、もっぱ

ら手形金請求訴訟(Wechselklage)と手形訴訟(Wechselprozess)の訴訟的な特権が問題となるが、顧慮されなければならない。これらの特権を獲得するためには、彼は、手形で先行しなければならない、すなわち、彼はまず初めに支払人のもとで支払を求めなければならない。

第一章の注

(325) K.Hellwig, die Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig, 1899 S.42 ff.

(376) Dernburg, preußPrivatrecht II S.65 und 846; derselbe: bürgerl.Recht, Schuldverhältnisse II S.299を参照せよ。デルンブルヒは、なるほど第三者をとおしての給付の約束(V.d.L.durch einen Dritten)について語っているが、しかし考えられているのは損害担保約束(Garantieverprechen)である。

(386) Grünhut II S.6を参照せよ。

(387) Dernburg, aa.O.S.65.さらに「第三者の行為の約束(promissio facti alieni)」に關してStammier civ.Archiv 69 S.42 ff.を参照せよ。

(388) Wechselrecht S.204.

(389) S.328 ff.

(394) トュール(Thöl Lcit.)によつて着用されたもう一つの論議は、所有権の取得における代理と債務法的原因関係の結合または解消との関連における代理の混同に基づいている。これについては、Le-nel.dogm.Jahrbücher 36 S.61 ff.; Hellwig aa.O.S.99.を参照せよ。

ダリューンノート (Grünhut Band II § 72 Anm.7) がそれに基づいてアイネットの解釈を争うところの諸理由は、以下の詳論に留保されたままである。

(38) v. Tuhr in Grünhut Zeitschr. 25 S. 533; Hellwig S. 77 ff.

(39) Salpus, Novation und Delegation S. 37 ff.; Windscheid, die indirekte Vermögensleistung, in Festgabe der Leipziger Juristentakultät für O. Müller (1892) S. 1 ff.; Wendt, allg. Anweisungsrecht S. 21 ff.; Lenel, Stellvertretung und Vollmacht, dogm. Jahrbücher 36 S. 1 ff.; Hellwig, a.a.O. S. 72 ff.

(40) B. C.; *原因給付*と*実行給付*の関係については、
§ 4 Windscheid, a.a.O. S. 4 を参照せよ。

(41) a.a.O. S. 23.

(42) a.a.O. S. 113.

(43) Salpus S. 70 を参照せよ。

(44) Windscheid S. 5.

(45) Gide, étude sur la novation (ニール「更改の研究」) S. 459.

(46) a.a.O. S. 51 ff., S. 475 ff.

(47) Lenel S. 14 ff., 63, 114 ff.; Hellwig S. 96 ff.

(48) Lenel S. 114; Hellwig S. 93.

(49) Örtmann, civ. Archiv 82 S. 369 ff.; derselbe: Komm. z. Bürgerl. Gesetzb. § 267 を参照せよ。

(50) Hellwig S. 139 ff.

(51) Hellwig S. 134.

(52) Bürgerl. Gesetzb. § 366 Abs. 1; Schweiz. Obligationenrecht Art. 101, Abs. 1 を参照せよ。

(53) ただし被指図人が技術的意味における指図人の支払の受領者で

あるときはこの限りではない。なぜならその場合には、彼は彼が彼の支払をとおして指図受取人への指図人の出捐を実行すべきであることを知っているからである。指図受取人は、この場合には、必ずしも同様に指図人の受任者ではありえない（上述、原著本文一九八頁をみよ）。

(41) 同註、コールマン (Biermann zur Lehre von der Vertretung und Vollmacht (1900) S. 4) 他人のための処分の法的有効性のためには、一支払と支払受領もまたそれに数えられる一他人の名における行為は必要ではない。と。他方では、ビールマンは、単なる追認では十分でないことを見過している。

(42) S. 116.

(43) S. 100 支払をする債務者は、ヘルウィット (Hellwig S. 130) によれば、代理人が必ずしも同時に自己のためにおよび他人のために行動しうるわけではないゆえにもまた、債権者の代理人ではありえない。このことが適切であるとすれば、ひとは指図受取人を指図人の代理人と称することはできないであろう。同様に、自己のためおよびその他の組合員のために契約を行う組合員 (socius) 自己のためと妻のために契約する夫は代理人ではないであろう！。

(44) Wechselrecht II, § 72 Anm. 7.

(45) ビールマン (l.cit.) は、同様に、ただ代理人が本人の名において行為する場合にのみ代理について語られるのを知ろうと欲している。彼は、しかしながら代理と処分の間を区別する。代理は処分ではないところの法律行為の締結である。このことは民法典の用語法に対応するであろう。代理と他人のための処分の間の内的に基礎づけられた区別は、それにも拘らず存在しない。

(46) S. 10 ff.

(407) Helwig S.215 ff.を参照せよ。

(408) 民事法的な指図証券については、Helwig S.230 ff.を参照せよ。

(409) しかしながら為替手形支払人は、資格を与えられた所持人の実質的権利について善意でなければならない。WO三六条。Sraub, Art.36 § 1 ff., § 19; Canstein S.236 Anm.31; Grünhut II S.111,257.

(410) Lenel S.121.を参照せよ。

(411) Lenel S.116 ff.

(412) Lenel S.14 ff.を参照せよ。

(413) そのようにHelwig S.44(は言う)」。すなわち「約束者が約束するところの給付を彼はステイプラント(Stipulant)に約束する。彼は給付を第三者に行うことによって、このことは、その人々の関係においては、まさにあたかも彼が給付をステイプラントに行ったかのごとくに、効果する。」と。これによつては、ただ後者がユッススを包含する限りで、第三者への給付の約束の効果が指摘されているのである。即目的かつ対目的に、そのためには、彼の契約的な約束を必要とする。

(414) 第三者への給付のための権利と義務は、しかし直接に法律にもまた基づきうる。すなわち、例えば、スイス債務法四一〇条一項によれば、被指図人は、法律上、彼が指図人の債務者である限りで、指図の名譽のために債務を負わされる(BGB七八七条二項とは異なる)。

(415) Helwig S.72 ff.を参照せよ。

(416) S.42.

(417) Helwig S.227 ff. S.233.を参照せよ。正当にもヘルウィッチは、商法上の指図証券ではなく、民事法上の指図証券のみを、第三者へ

の給付の権利を、与える約束の概念に服せしめている。

(418) Helwig S.44 ff.我々は、それゆえヘルウィッチ(S.47)のように、第三者への給付の約束の更改的機能の可能性を承認することはできない。債務者は、彼が第三者に何らかの理由から給付する必要がある場合には、何らそれ以上の債務を負わされるべきではないこと、が合意された場合にもまた、債務者は、もともとの債務から免責されない。むしろもともとの債務は存続する。しかしながらその債務が第三者への給付の約束をとおして受け取ったところの(先に)言及された修正を伴つてではあるが。

(419) Helwig S.78 ff.

(420) ドイツ民法典二八〇条一項との関連における同三三五条、スイス債務法一一〇条と比較した同二二八条一項、を参照せよ。

(421) Helwig S.111 ff.を参照せよ。

(422) 「第三者へとなされるべき給付が、目的物、履行場所との関係でも、何か別の方法でも、債権者へとなされるべき給付から区別されない場合にもまた、(遅滞におくことはでき)ない(そのように、Helwig S.110)。しかしながらヘルウィッチは、第三者がそれにも拘らず債権の行使における資格を与えられた代理人ではないことを見過ごしている。

(423) Helwig S.85 ff.; Tuhra a.O.S.537 ff.; Regelsberger dogm. Jahrbücher 41.S.273.

(424) 第三者への給付の約束の欠缺の場合には、債権者は(第三者が彼の名で(suo nomine)支払を提供する場合)は(第三者の支払を受領すべく拘束されないであらう。これに対して彼は、債務者の名において提供された給付を関係する合意がなくてもまた受領しなければならぬ。Helwig S.134 Anm.276.を参照せよ。

(42) これをもつてそもそもしてどこまで指図受取人が過求請求権を与えられるかの間いが解釈される。確かに指図は、それ自身からは過求権を発生させるのではなく、基礎にある関係が決定的である (R.O.H.G. X III S.316; Seuffert 29 Nr.260.34 Nr.322. 47 Nr.215; Wendt a.O.S.116)。⁴³⁾ しかしながら指図は、それが指図受取人と債権者に権利を与える被指図人をおとしての給付の約束を包含する限りで拘束的な構成部分を形成する。

(43) *Preuß. a. Landrecht* I 5 § 40 ff.; dazu *Dernburg, preuß. Privatrecht* II § 27; *Schweiz. Obligationenrecht* Art.127を参照せよ。

(44) 例えば、指図の b.G. § 789, 790; *Schweiz. O. Art.* 407, 411, 412 L.1.

(45) 138 § 24, 181 pr.D.de verborum obligatione [文言債務に57] 45. 1.

(46) 1112 eodem, 114 § 2 D.de pec.constituta [準備された金銭に57] 135.

(47) 113, 118, 19, rem ratam [有効な事件を] 46.8.

(48) なるほど第三者の行為の約束 (promissio facti alieni) もまた、独立の契約ではなく、非独立的な契約の構成部分である。⁴⁹⁾ *Stammler, a.O.S.43*を参照せよ。

(49) 以下については、*Einert* § 44 und 45)を参照せよ。

(50) *Wendt* S.112.

(51) *フ・ン・ト・マール* (v. Tuhr a.O.537, 538) は、被約束者の絶対的責任利益と相対的責任利益の間を区別している。手形においては、被約束者の責任利益は絶対的責任利益である。なぜなら被約束者は、第三者に約束者の支払のために自己の落ち度への顧慮なしに責任を

負わなければならないからである。

(52) *Helwig* S.100.

(53) *Preuß. a. Landrecht* I 16 § 226 ff.; *Schweiz. Oblig. Art.* 410 L.1.

(54) 拒否的であるのは、*Wendt* S.102; *Helwig* S.147. 比較的最近の法典編纂は、ただ指図受取人の権利だけに言及するか (ドイツ民法 § 784⁴⁾ スイス債務法 Art.409⁵⁾ または、それらは引受の有効性を後者 (指図受取人) に対する関係に制限しつつ (A.D.H.G. § 301を参照せよ。これと反対、新しい表現の § 363を参照せよ)。一それにも拘らず指図人は被指図人が支払うであろうことを信頼する。それゆえ善なる誠実は、引受が同様に彼のために働くことを要求する。⁽⁵⁵⁾ 適切なウェントは、引受を履行の開始として性格づけている (S.151)。

(56) 「私かまたは私の一定の使者によつて与えることおよび支払う」ことを私は約束する (Dare et solvere promitto per me vel meum certum nuntium)。ある第三者の給付の約束という定式は、上記のものとは鋭い対照をなす。後者の一例は、*Archde l'orient latin* II Nr.108 にみられる。すなわち、約束者は彼女の係を奉公させ、そして誠実な勤務について保証する。「そして私は、あなたに、前述の孫があなたとあなたの使用人に向かつてなすことの責任を負うとおり、行ふことおよび配慮することを一上述のすべての人々が責任を負うことを約束したように——〇〇の二倍の賠償に従つて、約束する (et promitto tibi facere et curare ito et sic, quod dictus nepos stabit tecum ad tua servicia faciendum—quae omnia promiserunt dicte partes—sub pena biss centum)」。これに対して、同じ公証人 (Lamberto die Sanbuceto in Fannagusta) の文書にお

ける消極的指図文句を、同所 Nr. 5, 6, 7, 12, 37, 49, 56, 64, 92, 100 などに参照せよ。

(44) 手形所持人が W O 五〇条一条によってその請求権を有するところの六パーセントの利息は、それゆえ遅延利息である。これに反対してグリュンフト (Grünhüt II S. 422; R O H G V S. 157 und x IV S. 328 をもた参照せよ) は「逡求義務者は、満期の時点においては、まだ彼の逡求義務の認識をもたない。彼は、それゆえ遅滞には陥りえない」と指摘している。しかしながら代理人の行為は、本人に対する関係で本人がこれについて認識をもつ必要があることなしに有効である。言及された諸条文の「法定」利息を別に説明する困難を、グリュンフトは、彼がそれを「不当の利得 (ungerechtfertigtes Haben)」のうえに基礎づけることをとおして、除去することを試みている。すなわち、為替手形振出人は受領された対価からの利息を利得する。これらの利息は、経済的には、手形受領者のために対価支払の日から満期に至るまで割引料として予め控除されるところの利息と同一の意味を有する。^①と。しかしグリュンフトは、対価を受け取っておらず、原因関係に基づいて請求しなければならぬわけでもない逡求義務者の利息義務をどのように自ら説明するのであろうか？。

(44) 上述、原著本文二二頁以下を参照せよ。

第二〇章 (2) 法律上の原因からの手形的請求権の諸条件

法律上の原因からの手形的請求権の諸条件は、法律上の原

因そのものの状態から (I)、そして手形の振出に随伴する付随的合意の内容から (II)、明らかになる。

I. 手形債務者が最初の受領者に「原因関係の分離された行使の際に債務者に帰属するであろうすべての抗弁」を対抗しうるといふ事情から、「次のことが」結果する。すなわち、

1. 手形的な請求権は、原因関係からの債務を前提とする。それは主たる契約または付随的契約から生じうる。後者の場合には、手形の支払は付随的契約の履行をも主たる契約からの債務関係の基礎づけをも惹起する。例えば、振出人は、「手形」受領者から消費貸借を受領するために手形を交付する。

交付は「与えられるべき消費貸借の合意」(pactum de mutuo dando) に基づいて結果する。手形の支払をもって予約が履行され、そして消費貸借が成立している。「手形」受領者が手形を割引き、そして後に受け戻すときは、彼は逡求金額を要求してよい。なぜなら逡求金額は、彼が「与えられるべき消費貸借の合意」の不履行の結果において被ったところの、そしてその賠償のために彼に振出人が第三者への給付のための約束から債務を負わされているところの、損害だからである。^②

交付が条件つき債務に関して行われるときは、条件の発生とともに手形請求権が成立する。例えば、手形は、受領者が手形を流通させ、そして売得金を振出人に消費貸借として手

渡すために交付される。ここではなるほど振出人は、へ受け取られるべき消費貸借の合意（*factum de cambiando accipiendo*）から、手形を受領者に委ねるべき債務を負わされる。手形金額の支払の義務は、しかしながら、振出人が割引の対価を受取り、それゆえ消費貸借債務者となった瞬間をもつて初めて発生する。

2・手形請求権の有効性は、原因関係の有効性に依存する。カウザの瑕疵（無効、取消可能性、訴求不可能性）は、手形からの請求権の有効性を妨げる。

3・手形の文言ではなく原因関係が、手形請求権の満期にとつて標準となる。そのことは、手形の振出が、同時にカウザの満期を修正することを排除しない。そのことは、支払のための交付の際に原則であることであるが。

4・原因関係が双務的法律行為であるときは、原告は、反対給付または先給付を実行したのでなければならぬ。

有効でかつ訴求可能な債務負担関係の存在は、それにも拘らず十分ではない。最初の受領者は、手形を、手形金請求訴訟の提起の際に満期が到来する振出人との任意の債務関係に關して、行使してはならない。むしろさらに〔次のことが〕必要である。すなわち、

5・手形振出が訴求された原因関係に關して生じていること。手形は、その法律上の原因、すなわちその特定の法

律上の原因に従う。⁽¹⁸⁾ 手形受領者は、それゆえ振出を惹起するカウザの脱落後、同一の手形に基づいて別の多分同種類の原因関係を解決する権利を与えられていない。⁽¹⁹⁾ 裁判官は、そのような場合においては、原告を訴え変更の禁止に対する違反のゆえに、裁判の開始へと（*la limite judiciaire*）指示しなければならぬであろう。

6・最初の受領者に、なるほど振出の決定原因ではないが、おそらくしかしそれと関連する請求権の追求のために、手形を行使する権利が帰属するかどうかという問いが、成立する。問いの答えは、振出を惹起する原因関係以外の関係のための手形のもしかするとあるかも知れない利用が意図され、そして客觀的に正当づけられるようにみえるかどうかに依存する。

我々は、明確化のために、いく人かの組合員が手形を組合債務に關して、例えば、組合によつて借入れられた消費貸借に關して振出す場合を選ぶことにする。ここで受戻をする後者は、手形を組合関係からの彼の請求権の追求のために前者に向かつて行使することが許されるか？

ライヒ上級商事裁判所とライヒスグリヒトの実務は、問いを直ちに肯定し、そして原告によつて提起された組合訴権（*actio pro socio*）を是認し⁽²⁰⁾または否認してきている。⁽²¹⁾ すべての判決された諸場合においては、しかしながら手形は、組合

契約からの請求権に關してではなく組合の共同債務に關して、第三者に向かつて振出されていた。組合關係は、手形金請求訴訟の提起の際には満期未到来であつたという事実から、裁判官は、組合請求権のための手形の利用については、全く考えられていないという結論を導くべきであつたであらう。それゆゑ裁判官は、請求棄却(Klagabweisung)ではなく、訴え却下(Prozeßabweisung)を判決すべきであつたであらう。

なるほど手形が訴訟当事者の共通の債務に關して振出されているという事情は、即自的・対自的には決定的ではない。そのことは、同時にそして場合によつては、彼らの相互的な請求権の追求が意圖されることを排除しない。ひとはこの意圖が、例えば、手形の振出の際に「ある組合員が受戻をとおして満期到来した遡求請求権を獲得するであらうこと」が予期されなければならない場合、⁽⁴⁾「例えば、組合の支出のためにまず最初に登場しなければならない共有財産が存在せず、そして受戻しをする組合員が手形の支払をとおして、例えば、彼の払込義務を実行したのではない場合には」、認められるべきではないのかどうかを自問しうであらう。このことに對しては、しかしながら手形上の遡求請求権は、ただ後者(Nachmann)として資格を与えられた組合員の利益のためにのみ生じうるであらうことが對立する。この点において、ま

さに彼の手形法的地位によつて当初から手形の利用について排除されているであらう前者(Vormann)に対する不公平が存在することになるであらう。そしてそれでも両者の組合員たち(Genossen)は、同じ程度において第三の手形所持人の遡求にさらされている。後者(Nachmann)が手形を受戻すべきであることを組合員たちが合意し、そして受戻が自発的な結果において生じているときは、事情は異なるであらう。こゝでは、手形的な承継關係が、受戻しをする組合員に手形の利用のために資格を与えるために、意圖的に選択されていることが認められてよい。

したがつて被告が、手形が訴訟当事者の共同債務に關して振出されているという証明を行うときは、とくに原告に手形の行使の權利を与える特別の事情を明らかにすることは原告の問題であり、そうでない場合には、裁判官は訴の却下へと判決しなければならない。なぜなら被告は、原告によつて提起された請求権の正当性について熟考する動機をもたなかったからである。

振出が、まず第一に、訴訟当事者の相互的な債務關係の顧慮において行われているのではないゆゑに、手形の利用を求める權利がそこでは疑問にとどまるところの、さらなる諸場合が指摘される。

ひとは手形交付の目的の詳論の際に、支払のための交付、

支払に代えての交付、そして担保のための交付、という周知の三分法から出発するのが常である。この場合、ただ交付がその基礎をもつばら最初の当事者間に存在する関係から引き出す諸場合が、眼中におかれている。

ところであるほど、あらゆる手形行為は、上述の諸目的の一方または他者の実現をめざしていることは、承認されねばならない。支払のため（ならびに支払に代えての交付において、手形は信用手段としての正常な機能を履行する。それに、迅速化された手続における追求可能性を可能にするところの反射効として、担保のための交付がつけ加わる。それにも拘らずいく人かの人々は、同一の信用目的または担保目的の実現のために共働しうる。すなわち手形対価は、すべての署名者たちの利益になるべきである。あるいは手形対価は、その他の人々は手形の信用能力の強化のためにつけ加わっているのに対して、ただ彼らの間のひとりにだけ利益となるべきである。共同署名の形式は、この場合まれにしか選択されないのが常である。当事者は、基礎にある法律行為的關係を蔽い隠そうとする。むしろあらゆる者は、独立に署名する。ここでは至るところで問われる。すなわち手形を同一の信用目的または担保目的への顧慮をもって自己の利益のためであれ、他人の利益のためであれ、署名した人々には、交付が第三者たる名宛人（信用供与者または担保受領者）への債務に関して

行われているにも拘らず、相互に遡求権が帰属するのか？

(a) 既に言及された理由から、場合によっては起こりうる手形的請求権の基礎づけに向けられた意図は、いく人かの信用受領者（組合員）が手形を共同でしかし独立の形式において署名した場合には認められてはならない。いく人かの信用供与者が前者と後者として対向する場合に、同じ考慮が行われる。例えば、Aは組合員BとCから消費貸借貸付金を受け取った。これについて振出された手形はBに受け取られ、Cに裏書されている。Cは手形をBに対しては行使しえない。

(b) 信用供与者への信用受領者の債務について責任を負うために、いく人かの人々が手形に署名した。すなわちC（振出人）とB（受取人）は、D（被裏書人）のためにA（引受人）の共同保証人として署名する。いく人かの保証人が共同で振出された手形を彼らの共同保証の求償権の追求のために利用する権利が与えられるかどうかの問いは、以下に共同保証の論評の際に詳論されるべきである。

(c) 前者は信用受取人（Kreditempfänger）、後者は信用の媒介者（Vermittler des Kredits）（保証人または受任者）である。例えば、受取人Bは手形を為替手形振出人Aの委託において割引き、そして後に遡求の過程で自らに取得している。あるいは、Bは手形を手形保証人としての彼の特性において受戻をしている。ここには、手形的遡求請求権の全

条件が存在している。⁽⁸⁾ 受戻をする後者が取得する民事法的請求権(委任反対訴権 *actio mandati contraria*、保証人の求償権)は、手形交付の基本目的と直接の関連に立つ。他方では、前者および対価受取人の対応する遡求権は、問題の外にとどまる。後者の側での手形の行使は、それゆえ、前者に対する関係でいかなる種類の不公平も含まない。それゆえ後者に彼の民事法的遡求権の手形的追求を保証するために手形的承継関係が意図的に選択されていることが認められてよい。

(d) 逆に信用媒介者(保証人、受任者)に向かつての信用受領者の手形的請求権は、完全に排除される。基礎にある原因関係は、信用受取人のためにいかなる種類の請求権も生み出さない。別の請求権の手形的な追求のためには、信用受領者は、彼が後者である場合にもまた、権利を有しない。なぜなら実現されるべき信用目的とのあらゆる直接の関連は欠けるからである。

(e) 後者は信用授与者であり、前者はその者の受託者である。これに属するのは、取次業者が委託者に対して委託者の委託において買われた手形、または、取次商品に関して振出された手形から、責任を負わされるかどうか(ドイツ商法典三九五条)の問いである。旧ドイツ商法典三七三条の審議の際には、取次業者が手形の裏書をとおして支払保証に(*del credere*) 責任をもつかどうかの問いが投げられたが、

しかし決定されなかった。⁽⁹⁾ ライヒスゲリヒトは、正当にも、裏書そのものをおして取次業者の支払保証債務が生み出されるという意図を拒否した。しかしライヒスゲリヒトもまた、それが取次業者を彼が手形の購入の際に必要な注意を払わなかったというケースのために、手形的に責任ありと判示する場合に、まだ行き過ぎている。取次業者は、取立委任裏書の形式または譲渡のその他の原則的な形式を選ぶことができたであろう。彼がこのことを怠るという事情から、しかしながら委託者に対する関係での手形的な拘束の意図が結論されてはならない。むしろ無制限の完全裏書の付与義務は、その十分な説明を、*„無担保 (ohne Obligo)“* および類似の文句の付加によつては、取次業者が手形の信用を失わせることになるということの中に見出すのである。取次業者は、それゆえ委託者に対する関係で手形的に債務を負われないのである。

II. 原因で結ばれた当事者の関係においては、手形交付は、付随的契約であり、そして契約の非独立的な構成部分である。付随的契約は、一般に主たる契約の法律的運命を分かちもつ。付随的契約は、形式的にも実質的にも主たる契約に依存する。この一般原則の手形への適用においては、しかしながら、手形契約は振出人と最初の受領者との間の付随的契約の創造の中には汲みつくされないことが、顧慮されなければならない。

手形の流通能力を顧慮するとき、手形は、単に原因関係に自己を合わせることを手形に対して不可能ならしめるところの特別の要件を備えていなければならない。

1. まず第一に、付随的契約の形式的従属性から〔次のことが〕生ずる。すなわち、

（a）付随的契約は、主たる契約が形式的に瑕疵を有する限りで有効ではない。それゆえ原因関係が法律的に規定された裁判上の形式または公証の形式の不遵守のゆえに有効でない場合には、手形からの請求権は発生しない。これに対して単に書面の形式が規定されるかまたは合意されているときは、その瑕疵は、手形をとおして補充されうる。さらにここから〔次のことが〕結果するであろう。

（b）付随的契約は、それ自身が主たる契約のために必要形式の遵守の下に行われていない場合には、有効ではない。この原則の手形への適用については、しかしながら問題とはならない。この原則の適用は、手形そのものが主たる行為のために規定された公証の形式または裁判上の形式の不遵守のゆえに有効ではないことを結果として有することになるであろう。上述の原則は、しかしながら付随的契約のために選択が開かれては限りでのみ、問題となりうるが、そのことは手形にはあてはまらない。

（c）主たる契約と付随的契約の形式的従属性は、付随的

契約が特別の形式に服させられることを排除しない。それゆえ手形は、手形的方式の遵守の欠缺により債務を基礎づけないのである。

2. 実的には、非独立の契約の構成部分としての手形交付の性質から、契約上の合意ならびに意思と表示の一致という要件が結果する。意思と表示の意図的または非意図的な不一致、合意の欠缺、そして最後に不正な動機からの行為は、原因関係のために妥当する一般原則に服する。

手形の取得は、手形法に従って、有価証券的な取得でなければならぬ。それゆえ手形契約の効力発生は、受領者の所有権取得をもつて初めて発生する。最初の受領者の手形権利は、交付契約のうえに基礎づけられる。

3. 契約的合意の要件から、最初の受領者は、振出人の意思に反して占有を離脱した手形からは権利を取得しないことが結果する。逆に振出人は、最初の受領者に対する関係では、彼が彼から占有離脱した手形を善意の第三者へと支払った場合には、免責されない。なぜなら交付欠缺によって振出人は、資格を与えられた所持人への給付の権限を与えられなかったからである。

それにも拘らず受戻した受領者には、振出人が手形の占有を離脱について落ち度がある場合には、振出人に対する遡求権が帰属する。なるほど第三者への給付の約束は、喪失者と最

4. 第三者をとおしての給付の約束からの遡求請求権の成立は、受領者が彼の債権を適時に証書の呈示をとおして第三者に対して行使することを前提とする。呈示は、給付の遅滞と同様に、受領者によつて証明されなければならない。受領者にとつては、手形法的な勤勉規定を遵守することで十分である。手形法的な勤勉規定の履行が端的に必要であるのか、それとも直接の当事者の関係においてはそれが無視されうるのかは、ここでは研究されるべきではない。

債権者は、それゆえ彼が手形を資格を与えられていない所
 持人から受戻した場合に、彼の遡求請求権を失う。⁽⁵⁾同様に彼

く、ただ遡求義務者（振出人）だけがこの種の瑕疵について認識を有する。遡求権者は、それゆゑ彼の遡求請求権が彼に全く知られない事情の結果において失われるという危険が生ずる。なぜなら彼が手形を受け戻すときは、彼に対しては、振出人は彼が正当にも実体的には権利を与えられていない所持人への支払を拒絶していたことを対抗しうるであらうからである。抽象的手形債権者は、これに向かつて保護されえない。ことからは、原因で結ばれた当事者のためには、別である。

拘らず責任を負うのである。

同様に最初の受領者は、彼が手形をなるほど資格を与えられた再逡求権者から受戻したが、しかしながら最終所持人または中間に存する逡求権者が資格を与えられてはいなかった場合には、逡求請求権を獲得しない。なぜなら振出人は、彼に資格を与えられない最終所持人によって満期に呈示された手形を支払つてはならなかったからである。ところで中間者の請求をとおして支払を獲得することが、この者に、それにも拘らず成功するときは、不正に支払われた逡求金額は、間接的な方法で振出人へと転嫁されてはならない。同様に、逡求権を喪失したかまたは時効消滅した手形を受戻した者は、逡求権がない。なぜなら振出人は、その手形の最終所持人への支払について権利も義務も与えられていなかったからである。

逡求義務者であることなしに、手形を資格を与えられた所持人から受戻した再逡求権者 (Renboursé) がいかなる権利を取得するかは、疑いがある（例えば、裏書人が手形を、無担保 (ohne Obligo) で裏書し、そして事後的に受戻した。ひとは、ただ逡求義務ある裏書人のみがWO五一条を援用することが許されることを認めている。それゆえ、その債務を負わされていることなしに手形を受戻した裏書人は、ただ最終所持人に帰属する逡求権のみを行使するこ

とができるであろう (WO五〇条)。なぜなら彼は、いづれにせよ彼自身の裏書と彼の後者の裏書を抹消し、そしてそれをおして最終所持人としての彼の形式的資格を作り出す権利を有するであろうからである (WO五五条)。我々の考えでは、五一条をこの制限された意味において解釈する理由は存在しない。決定的な第一項は、逡求義務の存在を再逡求請求権の要件の下に数えていない。第二項からは、ただ編集者たちが逡求義務者による受戻という正常な場合を眼前に置いていたことは引き出されるが、しかし決して、逡求権はそれに制限されるべきであることは、引き出されない。

しかしながらそれがどうあるにせよ、受戻した裏書人は、直接の（すなわち原因関係で結ばれた）前者に対する関係で、第三者への給付の約束に基づいて完全な損害賠償を求める逡求権を有する。なぜなら振出人は最初の受領者に対して資格を与えられたあらゆる所持人への給付の義務を負わされているからである。資格を与えられた所持人は、手形が無担保で裏書されている被裏書人でもある。振出人は、それゆえ最初の受領者に対して、この者が第三者への支払の欠缺により被った損害について責任を負わなければならない。受戻が任意に生じたか、それとも強制されて生じたかは、再逡求権者と最終所持人の間の、振出人には関わりのない、内的な事情である。同じことは、白地式裏書がなされた手形をさらに

交付し、最終所持人の間の、振出人には関わりのない、内的な事情である。同じことは、白地式裏書がなされた手形をさらに交付し、そして後に受戻した所持人のためにも妥当する。彼は、受戻へと手形的には義務づけられていなかったにも拘らず、彼もまた、第三者へと支払われた金額の賠償を求める請求権を有する。

第二〇章の注

- (42) Bolze IV Nr.543.
- (43) Bolze X IV Nr.323 b und c.
- (44) Krall 72; Czel 89.
- (45) R.O.H.G.II, Okt.1870 i.Z.f.H.16 S.206.
- (46) Bolze I Nr.838 und 937; W Nr.319; O.L.G. Rostock vom 6. April 1895; Seuffert 51 Nr.130 手形が直接、組合請求権に関して振出されている場合には、疑いなく原告には組合の請求権の手形的追求が帰属する。Krall 125,145; Czel 380.を参照せよ。
- (47) 前注において引用されたロストック上級地方裁判所の判決の理由づけにおいては、なるほど正当な視点が強調される。その視点は、しかしながら徹底することができなかった。理由づけは言う(S.200)。すなわち、当事者は、原告の為替手形上の被告の引受は、被告が原告に手形の金額の債務を負ったゆえではなく、ただ手形の交付をとおして組合のある債権者に補償が——二人の組合員によって債務を負わされた金額の獲得のために、与えられるためという——目的でなされることについて、合意していた。——さらに以下のように言う。すなわち、原告には、彼が被告に向かって支払われた手形金額の半分の弁済を求めて有するかも知れない請求権を、彼がそれをなしたとき方法において行使する権利は承認されない。”と。それにも拘らず裁判所は、組合的な遡求請求権は目下まだ基礎づけられていなかったゆえに、訴えを実体的に棄却した。
- (48) この見解をライヒスゲリヒトは、Bolze I Nr.937 (S. gegen W) において、主張する。すなわち、これに対して S と W は 手形の双方の記載をとおして彼らによって惹起されるべき前払給付のための支払をしようと欲し、そして彼らの負担部分は疑わしい場合には同じであったゆえに、原告は受戻された手形によって、彼の半分以上を超えて支払われたもののゆえに求償を求めることが許されることが主張されてよいであろう。”。
- (49) 被告が任意の応訴をとおして訴え変更の抗弁権を放棄したときは、係争事件は、実体的判決に熟する。被告は、しかしながら、遡求金額の支払へと責任を負わされるのではなく、彼が組合訴権 (ac tio pro socio) の独立の行使の際に支払わなければならないかつたであらうところの額の支払へと責任を負わさる。なぜなら手形が原告への被告の債務について振出されているときは、原告の請求権は、法律上の原因からの“手形的”請求権ではないからである。手形的請求権は、それゆえ法律上の原因が手形の振出の結果においてこうむる拡大には服さない。
- (50) Peller S.155 u.319.を参照せよ。
- (51) Protokolle der Nürnberger Konferenz S.56-98; dazu Grünhut bei Endemann III S.267—ひととはここから「取次業者は、疑いある場合には、委託者に対する関係で手形的に債務を負わされること」を結論してきている。O.L.G. Karlsruhe v.22.März 1882:

Seuffert 38 Nr.253 を参照せよ。それは、さらに間違つた立証責任規律が決定的であつたものの判決である。

(22) RGE. X X S.112.

(23) Staub, Comm.zallg.D.H.G.(V.Aufl.)ad Art.373 § 1 und 4.

(24) R.O.H.G.W. S.203; XI S.214; X W S.145; Rg.E.XI S.1; X V

S.21; Bolze X W Nr.323 b und c.

(25) Bolze I Nr.694; Czel S.201.

(26) Staub ad Art.36 § 19 a.F.

(27) Staub ad Art.51 § 1; Bernstein ad Art.51 § 2.1 a; Reg.E. X

L VII S.126.

(28) 異説' Bernstein ad Art.51 § 2.1 a.

(29) 異説' Bernstein Leit.; Staub Art.51 § 1.

(30) Staub, Bernstein Leit.; Lehmann S.546 Anm.11; Canstein

357; Grünhut II S.428; R.O.H.G. I S.225.

D. 手形保証 (Wechselbürgschaft)

第二章 出発点。保証または手形債務負担

我々は、手形保証を独立した言及へと留保してきた。なぜならそれには、手形債権債務の発生原因の中で、実体的な観点においても訴訟的な観点においても、独特な地位が帰するからである。手形形式における保証へと、さらに目下まだ争

われている主たる問いの回答に全面的に依存している一連の問いが結びついている。すなわち実体的に他人の債務について責任を負うという意図においてなされた手形の署名をとおして、真の保証債務負担が成立するか？。この点にまず立ち入らなければならない。

フランスの教義は、問いを肯定している。同様に確定的に、その問いをドイツの著者たちの圧倒的多数は、否定している。たとえ実的に利用においては好まれないものであるとしても、最も多く言及されている手形保証の形式である「アヴァル (Aval)」は、ドイツにおいて支配的な解釈によれば、形式的には非独立的であるが、実体的には、独立の債務負担を基礎づける。すなわち自ら保証するという意図において手形を共同で署名する者は、それにも拘らず主たる債務者の債務負担とは独立に責任を負う。⁽²⁸⁾ 手形保証のために言及されていることは、強化された程度において、手形からは認識しえない保証(いわゆる隠れた保証)にも適用されなければならない。手形保証は、それゆえ、独立の利益において署名する手形債務者がもつぱら責任を負われるか否かに従つて、重疊の債務引受または免責的債務引受の適用事例であろう。⁽²⁹⁾ ライヒスゲリヒトは、この点についてその一八九七年十一月一三日の判決の中で、その事例においては (in causa) 保証関係は公然と行われており、そして保証の抗弁権が直接の債権者に対抗され

たにも拘らず、保証人に対して主たる債務者の抗弁権の援用を拒絶することによって、考えうる限りで最も厳しい結論を導いている。⁽⁸⁶⁾

支配的学説の信奉者たちが援用する主たる論議、すなわちWO八一条本文は、もちろん弱い支えを提供している。『アヴァリストまたは手形保証人は』とレーマン(Jehmann)は文字どおり言う、『先訴検索の利益(beneficium excussionis)と分別の利益(Divisionis)なしに、完全に独立に責任を負う。彼らはそれゆえ、そのアヴァリストとして彼らが署名するところの者の債権債務が』あたかも言及された法的救済手続が保証債務のために概念上本質的であり、そして補助的保証とならんで連帯保証が成立しないかのように！(BG七五九条、七七三条一項)『何らかの理由から全く成立しなかったとする場合にもまた債務を負わされる。』と。

決定的な考慮は、それゆえ別のところに求められなければならない。我々はそれを実際上重要な個別問題の詳論の際に挙げられるのが常であるところの論議からそれを学び知るのである。ドイツの裁判所の確固とした実務によれば、すなわち、手形保証人の責任は、疑いある場合には、手形の生存期間に制限される。手形の失効遡求権喪失または時効後は、例えば、民事法的な保証は残らない。⁽⁸⁷⁾

この場合、純粹な解釈上の問いが問題になるとひとは考え

るべきであろう。それが通常立てられているように、保証か手形債務負担かという二者択一ではなく、手形において引受けられた保証の範囲が、判決の対象となっている。言及された実務のために、例えば、以下の諸理由が引合いに出される。すなわち、手形を他人の利益において署名する者は、ただ手形の信用を強化しその流通を高めることだけを目的としている。通常、ひとはこの場合、いわゆる好意署名の形式を用いる。後者の場合、実質的に他人の債務のために責任を負うという意図は、信用供与者には知られないままにとどまるので、保証人は独立に、しかしながらただ手形債務の枠内においてのみ、責任を負う。彼が、これに対してこの意図を信用供与者に与えるときは、このことは、なるほど単に補助的な債務負担の引受けを結論させるが、決して手形の有効期間を超える責任の拡大を結論させない。推測されうる当事者意図から引き出されるそのような考慮の代わりに、しかしながら理由づけとして(次のように)述べられている。すなわち、『原則的に手形の形式における保証は、もっぱら手形債務負担である。保証は、ただ手形債務の動機と目的としてのみ、その限りでもそもも債権債務のカウザとして考慮されるが、手形債務とならぶ第二の独立した債権債務として考慮されるのではない。⁽⁸⁸⁾』と。ここからつい先に言及されたライヒスグリヒトの判決は、保証目的は法的には重要でない、という帰結を

導いている。

その議論の方法の弱さは、既に一八七二年五月二九日のラ
イヒ上級商事裁判所のある判決において、当然の評価を受け
た。それにも拘らず通説には、別の選択は残っていない。通
説は、すなわち、保証をカウザの債権債務的契約に数えてい
る。さらに通説は、手形のカウザとへ独立に手形債権債務と
並んで現れる「債務負担関係の觀念を結びつけている。それ
ゆえ真の保証が成立すべきであるならば、このことは、ただ
手形債務負担と並んで特別の民事法的なそれゆえ從属的な保
証債務が効力を発生するという方法においてのみ考えられ
る。しかし手形が更改的には働かないゆえに、手形の外に基
礎づけられた保証は、手形の失効後もまたさらに存続しなけ
ればならないであろう。それゆえ通説は、事実、民事法的な
保証が抽象的な手形債務かという、二者択一の前に立たされ
るのをみるのである。手形保証人は、なるほど手形の有効期
間の経過をもつて彼の免脱を獲得する。しかし彼は、このア
ルゴス人の贈り物（「トロイの木馬」）を、ただ保証人として
の彼の権利の放棄と引換えにのみ受け取るのである。

手形の原因関係が、手形債権債務から切り離された債務を
生み出す必要がないことは、既に別のところで叙述されてい
る。我々は、手形割引を想起すればよい。そこから全く目を
転じて、保証の中に売買、消費貸借などのような独立の力

ウザを認識する解釈方法は、まさに手形保証を瞥見するとき、
誤った諸結論へと到達しないわけにはいかない。保証の歴史
は、我々に、保証人になること（Bürge stehen）はもともと
責任を負うこと（Haften）以外の何ものも意味しなかったこ
とを教えている。保証人は、債務者ではなく、もっぱら拘束
に服する者（Unterwerfener）、責任代理者（Einsatander）
であった。今日の保証人は、なるほどローマ法上の fidejus-
sor（保証人）のように、主たる債務者と並んで債務を負わ
される。それにも拘らず責任代理者の視点は、保証のために
もまた、その今日の姿において決定的に残存している。保証
の目的は、いまなお常に、債権者にさらなる人的責任を彼の
保証のために付加することである。責任が主であつて、債権
債務は從である。たんに責任の実現のためにのみ存する債権
債務は、それにも拘らずその評価のために標準となる実質
的な考量の基礎をそれ自体の中に担うことはできない。むし
ろ保証はそのカウザを、債権者に対する主たる債務者の関係
からも、主たる債務者に対する保証人の関係からも引き出す
のである。

主たる債務のカウザは、債権者に対する関係での保証人の
債務負担の内容を決定する。主たる債務が原因に条件づけら
れているときは、それは保証人の債務でもある。主たる債務
がカウザから切り離されているときは、保証債務は抽象的な

債務となる。すなわち保証人の債務負担は、そのようなものとしてカウザを必要としない。なぜなら保証人になることは、債権者との関係においては、從屬的に債務を負わされていること以外の何ものも意味しないが、從屬性からは、しかしながら、ただ保証人が主たる債務の範圍において責任を負うことのみが結果するからである。

保証人と主たる債務者の間に存在する関係は、保証人の給付という法的効果を決定する。法律関係の状態に従つて、保証人の給付は、實質的な当事者への債務の支払、贈与あるいは有益な投資である。主たる債務者に対する関係が保証人の求償権を決定する。求償権は、債権者に対する保証人 (Intercedent) の関係から独立している。保証人が債権者に從屬的に債務を負っているか、独立に債務を負っているかに拘りなく、求償関係は同一に留まっている。

それゆゑ保証人の債務負担は、指図引受と類似して、ある第三者、すなわち實質的な当事者に対する、約束の契約相手方 (保証人、債権者) の関係において、その経済的および法的な支柱を見出すのである。保証人の債務負担は、それゆゑ、主たる当事者の債務から独立に形成されうる。保証の原因関係はカウザによつて条件づけられているにも拘らず、それは指図引受のように抽象的な債務負担でありうる。

保証について、ひとは周知のように、保証人の債務負担が

從屬的債務負担である場合だけを語っている。このことは、實質的に他人の債務について責任を負うという意思は、債権者に対する関係で表現へと到達することを前提とする。別の場合においては、保証することの原因 (causa intercedendi) は、ただ保証人と實質的な当事者との間の関係においてのみ有効となる。

上述のところから、手形は様々な方法において保証 (Intercession) の目的に役立ちうるものとなりうる事が明らかとなる。

1. 實質的に他人の債務のための登場は、保証人 (Intercedent) が独立に抽象的な手形債務者として債務を負わされるという方法において生じうる。

2. 他方では、眞の保証 (wahre Verbürgung) は、手形の形式において、そしてそれも一定の債権者に対してのみならず、あらゆる善意の第三取得者に対してもまた、可能である。

それゆゑ手形的保証 (wechselseitige Intercession) の三つの形式が区別される。そのうち二つが保証 (Bürgschaft) の名に値する。

1. 好意署名 (Gefälligkeitsunterzeichnung)。この下に取引の用語は、ただ内部に向かつて、すなわち實質的な当事者に対する関係でのみ、表現される保証関係 (Intercessions-

verhältni^(a)を理解している。好意署名者は、他人の債務のために責任を負うという意図を債権者に認識させない。彼は、その結果において、債権者と実質的な当事者の間に存する法律関係から独立にそして非從属的に責任を負う。文献においては、「隠れたまたは衣をまとった手形保証 (verdeckte oder verkleidete Wechselbürgschaft)」という呼び名が慣用的である^(b)。我々は「手形的保証 (wechselsmäßige Intercession)」という呼び名を選ぶ。なぜなら真正の、すなわち從属的な保証債務は、ここでは問題とはならないからである。

2. これに対してある他人の債務のために責任を負うという意図が債権者に対して表明される場合には、真正な保証の債務負担 (echte Bürgschaftsverpflichtung) が成立する。手形の形式も手形法の規範も、この意図の実現に対立しない。むしろ単に從属的な債務負担の基礎づけは、短期間に拘束された、迅速な決済を必要とする手形債権債務の本質とは調和し難いであろう。これに対して何ゆえに共同署名者の債務が主たる債務者の債務に、為替手形振出人の債務が引受人の債務に、從属的と考えられるのかは、無視されるべきではない。

(a) 保証の表示が手形外で特定の債権者に対して行われるときは、それは、そのようなものとしては、ただ特定の債権者ならびにその権利承継人に対する関係でのみ働く。善意の

第三取得者に対して署名者は、独立に抽象的な手形債権債務から責任を負う。保証の、実務において非常に頻繁なこの形式のために、「隠れたまたは衣をまとった手形保証」という呼び名が適切であることが分かる。

(b) しかしながら保証表示が対応する付加部分、例えば、「アヴァルにより (per aval)」、保証人として、という文句の採用をとおして証券上表示されるときは、それは手形のすべての承継的所持人に対する関係で効果する(公然の手形保証またはアヴァル)。アヴァリストは、善意の第三者に対してもまた、ただ保証人としてそしてそれも主たる債務のその時々^(c)の範囲において責任を負う。

第二章の注

(a) Swoboda, Siebenharts Archiv 17 S.24 ff.; 27: Thöl S.392; Goldschmidt, Grundriß S.231; Lehmann S.9, 253, 476; Canstein S.314; Cosack S.305; Derenburg, R.R. II §259; Rehben ad Art.81 Nr.4; Staub ad Art.81 §6.6 a.; Bernstein S.304 Ziff.3.; O.Geb.; zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts (1894) S.147; Regelsberger in Endemanns Handbuch II S.521, 314 ff.; Grubhut II S.29; Vidari, Corso 7 Nr.7050 ff.; C.Friedrich, zur Lehre vom Wechselaval (1897) を参照せよ。

(b) Derenburg, preu. Privatr. II S.161; v.Tuhr actio de in rem verso (フオン・トゥール「利益転用物訴権」) S.61 Anm.87.

- (43) E. XL S. 60.
- (44) S. 9.
- (45) R. O. H. G. II S. 366; Reg. E. W. S. 10 III S. 46; XL S. 60; Bolze I Nr. 845, v. Nr. 491. X v. Nr. 254; Seuffert 33 Nr. 25, 40 Nr. 310.
- (46) 例えは Danz. Auslegung der Rechtsgeschäfte (1897) S. 169. を参照せよ。
- (47) すべて R. O. H. G. II S. 366; Reg. E. XL S. 60. を参照せよ。
- (48) R. O. H. G. W. S. 205: 「手形の非有効性のゆえに、手形振出の基礎にもしかするとあるかも知れない保証の給付の有効性が考慮へと導き入れられなかったこと」から、「手形の有効性の場合においてまた、それによって意図された保証給付の証明された非有効性が顧慮されずにとどまらなければならない」という結論を導く議論が不当であることは、さらなる叙述を必要としない。」と。
- (49) Thöl S. 592; Lehmann S. 447; Swoboda a. O. S. 27.
- (50) Amira. nordgermanisches Obligationenrecht I (1892) § 91; O. Geib a. O. S. 8; Puntschart, Schuldvertr. und Treueglaubnis (1896) S. 162 ff., 173 ff. を参照せよ。
- (51) 適切に Fr. Endemann: Einführung in das Studium des bürgerl. Gesetzbuchs (N. Aufl.) S. 859. によって強調されている。
- (52) Geib a. O. S. 84. を参照せよ。彼は、しかしながらただ債権者に對する保証人の關係だけを保証のカウザとみなそうとしている。
- (53) Goldschmidt, Grundriß S. 232; Canstein S. 73; Grünhut II S. 23 Anm. 7.
- (54) 手形のすべての取得者に対してそのようなものとして有効な連帶保証は、手形外でもまた基礎づけられうる。Reg. E. XL I S. 172. を参照せよ。後者の場合に、ライヒスグリーヒトが認めているように不

特定の第三者に向けられた契約の申込みが存するかどうかは、未決定におかれたままでよい。アヴァリストの債務は、この補助的構成を必要としない。それはあらゆる手形債務のように、一方的な署名行為をとおして成立する。このことは、從属的な債務の基礎づけの妨げとはならない。

第二章 手形保証人と手形債権者の法律關係

I. アヴァル。その今日の姿におけるアヴァルは、フランス商法典 (code de commerce) に根ざしており、その諸規定はさらに緊密に商事勅令 (ordonnance du commerce) と結びついている。フランス商法典の手形保証は、手形的な連帶保証である。手形能力あるアヴァリストは手形債務者となる。そのような者として、彼は、再び身体拘束 (Personalarrest) に服した。彼は、主たる債務者と連帯して責任を負う。それにも拘らずアヴァルは、フランス商法典の編集者の考えによれば、真正の保証 (wahre Bürgschaft, cautionnement) を基礎づける。そのようにしてただ第三者だけがアヴァリストであるという規定ならびに手形外で引受けられた保証 (aval par acte séparé) の手形それ自体のうえに表示された保証との同列化が説明される。

このことは、引き続き時代においてもまた、理論と実務の

立場に留まつてきている。アヴァリストの債務負担は、それゆえ形式的に有効なそして実質的に債務を負わせる第一署名を前提とする。アヴァリストには、主たる債務から導出される抗弁権が帰属するが、しかしながら主たる債務者の極めて人的な抗弁権を例外としてである。これにはとくに主たる債務者の行為能力欠缺の抗弁権が数えられる。

これに対してフランスの理論と実務には、アヴァルの従属性を善意取得の保護に向かつて立てられる諸要求と調和させることは、成功してきていない。第三者による署名という法律的に確定された要件は、このためにはひとつの適切な口実を提供したかも知れない。その代わりに第三者の概念は、拡張解釈の影響のもとに益々多く消え去った。第三者でない者(Nicht=Dritter)は、手形の受益者で、手形から実質的に利益を引き出す者であり、第三者は、手形をいかなる形式においてであるかを問わず、他人の利益において署名するあらゆる者である。それゆえもっぱら個々の場合の諸事情から導出されるべき当事者意思が保証の存在を決定する。ただ一人署名する振出人または裏書人は、手形のすべての取得者に対する関係で、彼が彼の署名を保証意思において付与した限りで保証人である。共同署名は、単なる推定を基礎づける。善意取得者は、それゆえいつでも、被告が彼の保証人たる地位の援用のもとに手形的な拘束可能性から逃れることを、保証

人たる地位は証書からは認識しえないにも拘らず、覚悟するのである。

それゆえフランス手形法の諸国における手形保証の形成は、我々に利用可能な基礎を与えない。いずれにせよフランス商法典が、アヴァルの従属的性格を維持してきているという事情は、ドイツ手形条例八一条の解釈のために重要である。そこからドイツにおいて支配的な方向の信奉者が同条の制定史を援用していることは、正当ではないことが明らかになる。一八三六年のブロイセン草案の二六条は、すなわち、アヴァリストをブロイセンラント法との関連において単に補充的に拘束可能であるにすぎないと表明していた。このことはその後の草案において変更された。八一条と一致する一八四七年草案の七四条の理由書は、ひとはそれによってフランス商法典の諸原則に優越を与えようと欲していた、と述べている。ここからは、しかしながら編集者がアヴァリストの債務からその保証的内容を取り去ろうと欲したという結論は容易には導かれえない。ひとはむしろフランス商法典によって採用された連帯性の原則をブロイセンラント法の体系と交換し、その他の点においてはしかしフランス商法典の実質的な保証法を受け入れてきている。

同様にドイツ手形条例の支配のもとで、アヴァルの独立化に向けられた取引の慣習(usus fori)は形成されてこなかっ

た。なるほど一連の判決は、少なくとも支配的見解の理由づけにおいて有利ではある。ここからは、しかしながら、ただ単に手形の失効後には民事法的な保証は残存していないとい(86)う命題だけを確定する判決は、評価の外におかれる。そうするとその数は、比較的最近の時代のライヒスゲリヒトの二つの判決に減少する。その一つである一八八六年七月一三日の判決は主たる債権債務の無効にも拘らずアヴァリストを義務づけるものとして判決している。他の判決は、既に言及された一八九七年一月一〇日の判決である。

これに対する直接の対立に立つのは、一八八五年七月一〇日の判決である。こ(87)こでは、アヴァルは、真正のそしてそれゆえに特殊民法的規範に服する保証の明示的な引受として定立されている。それからドイツおよびオーストリアの裁判が、〔原著〕本文二五一頁で言及された意味における隠れた保証を保証とみなしていることは注目に値する。それゆえ、例えば、一八九二年一月一六日のライヒスゲリヒトの判決は、引受人の売買債務のために保証した振出人に、売買の無効の援用を許した。一八九六年一〇月一〇日の判決の基礎には、以下の事実があつた。すなわち、合名会社の社員は、自己の名において訴権なき差額取引について振り出された手形を商會の名で引受けた。裁判所は、会社が手形受領者に対する關係で保証人の地位を占めており、それゆえ引受に基づく債務

は、主たる債務の無効のゆえに効果がないという結論に到達している。(88)

我々は、さらに、普通法上の保証の制限が手形保証に適用可能であると判決されている非常に多数の判決を指示する。そのうち二三のものは、明示的に、ここでは地方特別法的な保証法から導出される抗弁が問題となつていることを強調している。(89)その後も繰り返し、手形保証人の債務の範囲と期間(90)は保証法に従つて評価されなければならないと言明されている。最後に、ライヒ上級商事裁判所とライヒスゲリヒトは、支払をする手形保証人に、保証人の求償権を再び保証法の援用のもとに与えている。とくにそれらの判決は、手形保証人に、訴権譲与の利益 (Beneficium cedendarum actionum) から流出する前者および共同保証人に対する債権者の請求権を与えている。(91)

それにも拘らずドイツの裁判所の実務は、手形保証の從屬性に固執し、そして通説によつてはただ小さな部分すらも感(92)わされてきていないことが生じている。

もちろん実務は、この場合、道の途中に立ち止まったまま(93)でいる。公然の手形保証と隠れた手形保証の純粹な分離には、それは到達していない。とりわけ我々は、保証の表示がそれが証書上認識しうる形式において登場する限りで直接の当事者の範囲を超えて及ぶ、という命題の承認がないことに気づ

く。たしかにアヴァルは、今日の証書法の基礎命題に、証書から認識しえない抗弁権は善意取得者には對抗しえないことを挿入しなければならぬ。これとは、主たる署名者と第一受領者の間に存する原因関係の援用は、調和しえないであろう。同様にアヴァリストには、原告の前者に対する主たる署名者の人的な法的地位から導出される抗弁権は役立たない。これとは反対に、アヴァリストが第三取得者に対する関係で主たる債務のその時々、範囲において義務を負わされるということは、善意の保護とは決して矛盾しない。なぜなら主たる署名者自身が善意の第三取得者に対する彼の人的な法的地位からの抗弁権を利用してよいと同様に、主たる署名者の債務に証書上認識しうる方法において付け加わっているアヴァリストは、これを行うことが許される。

これらの導人的な覚書の後に、我々はアヴァルの条件と効果に個別的に立ち入っていくことにする。

(a) アヴァル債務の形式的前提

1. 支配的解釈によれば、アヴァリストの債務は、内容的に独立した、形式的に従属する共同署名によって基礎づけられる債務である。アヴァルは、ただ形式的に有効な署名だけを前提とする。それゆえアヴァルは、その形式的に非独立な性格が手形から現れるところの、あらゆる共同署名である。アヴァルによって (per aval)、保証人として (als

Bürge) のような明示的な付加部分は、必ずしも必要ではない。当該署名行為の付与を任務としないひとの側からの手形の署名で足りる。支払人でない者の共同引受、裏書人でない者の共同裏書は、アヴァルである。なぜならただ支払人だけが引受することの任務があり、ただ受取人または被裏書人だけが裏書することの任務があるからである。

以上に詳しく述べられたところに従えば、アヴァルは、あらゆる所持人に対する関係でそれ自体として有効な従属的な債務負担である。それゆえアヴァリストの書面行為は、保証するという署名者の意図を証書上認識させる明示的な付加部分を必要とする。アヴァリストは、それゆえただ手形に保証を暗示する付加部分の下に署名する者だけである。

2. アヴァルは、とさらに支配的解釈は教える、ほんらい共同署名 (Mitunterzeichnung) である。ただ一人で署名する振出人または裏書人は、アヴァリストではありえない。なぜならアヴァリストは、手形についての所有権 (Eigentum am Wechsel) を譲渡しえないからである。それゆえ一人または数人の振出人により、アヴァルによってと記載された手形は、形式的に無効である。

ひとは、このためにドイツ手形条例八一一条と七条を援用する。八一一条から我々は、それにも拘らず、ただ共同署名されたアヴァリストもまた連帯して責任を負うことのみを知って

いる。同様に我々は、七条からは、あらゆる他の手形債務者のように、アヴァリストの債務は法律上の形式要件の欠缺の場合には無効であるということ以上には、読み取ることとはできない。編集者が、ただフランス商法典またはプロイセンラント法の共同署名によって基礎づけられたアヴァルについてのみ考えたということは、ありそうなことである。しかしながら事前の審議をする官庁の見解は、我々のために標準とはならない。それゆえ我々が、法律の二義的でない本文をとおして拘束されないとすれば、ここでもまた「法律を当事者意思を支え意欲された結果を実現する意味において解釈する」とは、裁判官の高貴な職務 (*nobile officium*) である。⁽⁸⁾

ところであるほどただ一人の署名者のアヴァルには、共同署名者のアヴァルの同一の効果は帰属しえない。主として債務を負わされた主たる手形債務者との関係が証書上認識可能とされているところのみ、アヴァルは善意の第三取得者に対する関係で従属的債務負担を基礎づける。なぜなら第三取得者は、手形から誰の利益のためにアヴァリストが保証しようとするのかを認識することができなければならないからである。

任務あるただ一人の署名者のアヴァルは、それにも拘らず合理的意味を獲得し、そして決して手形の無効を導く必要がないことを、隠れた手形保証が我々に教えている。隠れた保

証人は、任務ある署名者、すなわち振出人または引受人である。彼は手形についての所有権を譲渡する。隠れた保証人は、それにも拘らず、彼が第三者の債務への彼の責任負担を表示しているところの債権者に対して、従属的にのみ責任を負う。何ゆえに彼には手形外でなされた合意を手形そのものにおいて表現することが禁止されるべきであるのか？。ここから「次のことが」明らかになる。すなわち、ただ一人の署名者であるアヴァリストは、隠れた保証人の法的地位を獲得する。彼は、直接の債権者に対しては保証人として、第三取得者に対しては独立に、債務を負わされるのである。

善意の第三取得者に対する関係でもまた有効な真正のアヴァルは、これに対して、支払人がアヴァルによって (*per alium*) 引受け、支払人でない者が純粹に (*pure*) 引受ける場合に、存在する。なぜなら隠れた保証が教えるように、任務ある署名者とおしての署名は、その者のただ従属的であるだけの債務の発生を排除しないからである。手形保証人は、振出人、引受人または裏書人以外の者ではない。アヴァリストの引受は真の引受であり、アヴァリストの裏書は真の裏書である。支払人によりアヴァルによって (*per alium*) という付加部分を伴って与えられた引受は、完全に有効である。そしてそれによって支払人でない共同引受人の債務の有効性をもまた惹起する。純粹に (*pure*) 署名する共同引受人は主た

る債務者として、アヴァリストは保証人として責任を負う。形式的には、なるほど支払人でない者の引受は、支払人の引受に依存する。このことは、しかしながら、主たる署名者の債務負担が実質的に付随的署名者の債務負担とおして条件づけられることを排除するものではない。

我々は（以上において）言われたことを総括する。

アヴァリストは、手形に保証を告げる付加部分を伴って署名する者である（広義におけるアヴァル）。ただ一人で署名するアヴァリストは隠れた保証人であり、すなわち彼はただ直接の債権者にのみ從属的に責任を負う。

共同で他人と共に署名するアヴァリストは、あらゆる第三取得者に対する関係で保証人である（狭義におけるアヴァル）。アヴァリストが同時に任務ある署名者であるか否かは、重要ではない。

(b) アヴァルの効果

1. アヴァリストは、主たる署名者のすべての後者に対する関係で保証人である。それゆえ彼の債務の範囲にとつては、その時々³の状態が標準となる。主たる署名者の債務が原因に条件づけられているか否かによつて、アヴァリストの債務もまたそうである。アヴァリストは、その時々³の所持人に対する関係で主たる債務者に帰属する抗弁権を利用しうる。主たる債務は、アヴァリストの書面行為が証書上認識可能な方法

においてそれへと関係する、主たる署名者または付随的署名者の債務である。我々は、彼を簡略に主たる署名者と名づける。

主たる署名者に対する関係では、形式的資格を有するあらゆる所持人が、善意の第三取得者とみなされる。それゆえアヴァリストもまた、彼が抗弁権をそこから導出しようと欲する限りで、手形原告と主たる署名者の間に存する原因関係を暴かなければならない。そうでない場合には、彼は原告の請求権を抽象的手形請求権として自己に対して妥当させなければならぬ。彼は、その後は、手形金請求訴訟に対してただ抽象的手形請求権の存在を排除する抗弁権のみを對抗することができ⁴る。その下には、（以下の抗弁権が）入る。すなわち、

(1) 主たる署名者に対する手形的請求権の成立そのものを端的に、すなわち、あらゆる所持人のために排除する事実、例えば、手形無能力、主たる署名者の署名の偽造⁵。

(2) 原告の人的な法的地位から導出される抽象的な請求権に向けられた抗弁権。このカテゴリーに属するのは（次のものである。）すなわち、

(a) 手形法的な抗弁権。アヴァリストは、主たる債務者に対する関係で発生した遡求権喪失または消滅時効を援用することができる。

(b) 民事法的な抗弁権。アヴァリストは、主たる債務者が原告に支払を給付したこと、主たる債務が差引決済、免除などにより消滅していることを主張することができる。

これに対してアヴァリストが原告と主たる署名者の間に存する原因関係を暴露しているときは、彼はただ原因関係の範囲においてのみ債務を負担させられる。さらに原告は、彼にカウザに基づいて主たる署名者に対する請求権が生じていることを証明しなければならぬ。アヴァリストは、原因関係から導出されるべきすべての抗弁権を援用することができる。

2. 手形法的勤勉行為は、ただ主たる債務者に対する関係でとり行われなければならない。引受人のアヴァリストに遡求義務を負わせるためには、引受人のもとでの提示および拒絶証書作成で足りる。通知(Notifikation)は、ただ為替手形振出人、裏書人に対してのみなされなければならないが、しかしそれらの者のアヴァリストに対してはなされる必要はない。この命題の保証法的な根拠は、主たる当事者がカウザをとおして相互に結ばれているのか、それとも手形をとおして相互に結ばれているのかに従って、異なる。カウザで結ばれた手形当事者の関係においては、遡求金額はカウザから債務を負わされた金額を法律による遅延の効果の分だけ増大させられて包含する。原告とカウザの関係に立つ主たる署名者の

アヴァリストは、彼が保証人として主たる債務のすべての、大のために責任を負わなければならないゆえに共同で責任を負わされる。善意の第三取得者に対しては、主たる署名者は、遡求金額そのものの債務を負う。アヴァリストは、主たる債務の満期が保証債務の満期をもたらずゆえに、共同で責任を負わされる。

3. アヴァリストは、時間的に制限された債務負担を伴う連帯保証である。彼は、主たる債務者の前にまたはこれと同時に請求されうる。しかしながら彼の拘束可能性は、上述の理由から、手形の存続期間に制限される。彼は、手形が彼に対する関係で失権するかまたは時効にかかるや否や免責される。これによつていかなる影響を主たる債務の支払猶予がアヴァリストの債務負担へと及ぼすかの問いが答えられる。主たる債務者に人的に与えられた支払猶予(人的無方式免除契約 *pacum de non petendo in personam*)をアヴァリストは援用することができる。このことはアヴァリストの連帯的な責任から結果する。これに対して主たる債務の満期の時期の移動は、アヴァリストの利益のために作用する。主たる債務の延期(*Prolongation*)は、アヴァリストに二つの方法において役立つ。すなわち、

(a) アヴァリストは、主たる債務が手形のもともとの内容の標準に従つて失権しまたは時効消滅するや否や免責され

る。なぜなら時間的に制限されて拘束可能な保証人の債務負担の期間は、保証人の同意なしには変更されえないからである。

(b) 主たる手形債務者のアヴァリストは、手形の失権にも拘らず、三年の消滅時効期間の経過に至るまでは手形金額の支払へと義務づけられる。しかしながらアヴァリストは、支払延期の期限前には請求されえない。なぜなら主たる債務の支払猶予は、保証人のために物的抗弁(exceptio in rem)を基礎づけるからである。

II. 隠れた手形保証(verdeckte Wechselbürgschaft)と手形的な保証(wechselmäßige Intercession)。実質的に他人の債務に責任を負う意思を手形において表現へともたらさなかつた者は、資格を与えられた所持人に対する関係では独立に債務を負わされた手形債務者とみなされる。しかしながら被告には、彼が原告に対する関係で手形に保証人として署名したという証明は自由である。しかしながら原告の単なる意思では十分でない。むしろ被告は「被告が保証するという意思を原告に対して表示し、そして原告はこの留保において同意したこと」を証明しなければならぬ。そのような隠れた保証人は、直接の債権者に対してアヴァリストとして責任を負う。直接の債権者は、通常、主たる債務者と原因関係に立つ手形所持人である。

隠れた保証と手形的な保証の境界は、実際には、しばしば決定することが困難である。明示的な協議は必要ではない。債権者の同意は〔次のような〕推測を可能にする事実から推論される。例えば、原告と被告は既に手形の振出前に債権者と保証人の関係に立っていた、事後になって初めて主たる債務と保証債務が手形の形式へともたらされた、あるいは、被告が原告と主たる債務者の間に行われた交渉の際に同席していた、など。

第二章の注

- (16) code de comm. Art. 141, 142; それの制定史に関しては, Loaré, *Legislation civile et commerciale* eccl. 18 S. 65 ff. 126 ff.; Nougier Nr. 841 ff.; Lyon-Caen Nr. 230 ff. を参照せよ。
- (17) 手形無能力者のアヴァルは「民事法的な従属的な保証債務を基礎づける。Lyon-Caen Nr. 232; D. 94. 2. 455. を参照せよ。
- (18) 身体拘束にリオン・カーン(Lyon-Caen)は「一四二条などにおける。まさに同じ手段によつて (par les mêmes voies)」という語を関係づけている(S. 190 Ann. 1)。他の人々は「それからアヴァルの従属性を導出している。すなわち、Nougier Nr. 877; Fuzier-Herman, *répertoire général v. "aval"* Nr. 202。
- (19) 既に商事勅令(ordonnance du commerce)は連帯拘束(Solidarität)を規定した。Art. 33「為替手形上に彼らのアヴァルを置くであろう者は、連帯的に拘束されるであろう(Ceux qui auront mis leur aval sur des lettres de change seront tenus

solidairement.)^{*)} を見よ。

- (四) Locré cit.: Pothier: traité du contrat de change Nr. 26, 30, 122; Savary: le parfait négociant; parere 57; Nougier Nr. 822; Lyon-Caen Nr. 250.

(五) Douvergier bei Locré S. 158; Fuzier-Herman Nr. 81.

- (六) 規定は勅令に於ける關係に革新を與へ、之によつて實務に多數の困難を生ずる。Nougier Nr. 841 ff.; Lyon-Caen Nr. 258 ff.; D. 67.1.490; 69.1.315; 75.2.128 を参照せよ。

(七) Nougier Nr. 877; Lyon-Caen Nr. 263; Fuzier-Herman Nr. 240 ff.; D. 82.1.244 におけるものなる証。

- (八) 人的抗弁 (exceptions personnelles)^{*)} すなわち流布されたロー法的解釈によれば、例えは、これに主たる債務者に与えられた支払猶予の抗弁権が数えられる。Fuzier-Herman Nr. 240, 242, 246 を参照せよ。同様に、主たる債務者の行為能力欠缺の抗弁権 (参入) : Fuzier Nr. 245; Zachariae = Crome Handbuch des franz. Civilrechts II S. 723 及び S. Ann. 11 に引用されたもの。

(九) D. 96.1.70 (山地式賣書); 88.1.69; Boistel, précis du droit commercial Nr. 796.

(一〇) D. 47.1.103; 49.2.208; Lyon-Caen Nr. 256, 257; Nougier Nr. 850.

(一一) Swoboda a. a. O. S. 23; けれど反對 Friedrich a. a. O. S. 37 を参照せよ。

(一二) 上巻原著 S. 246 Ann. 1 (附釋 注 (46)) を見よ。

(一三) Bolze III Nr. 546.

(一四) Bolze II Nr. 814.

(一五) Bolze X V Nr. 223 d.

(一六) Rg. E. X X X Ⅲ S. 252; 亦ら D. Czel S. 108 und 201 における發見、これによるケース・ストーリー・最高裁判所の判決を参照せよ。

(一七) R. O. H. G. XI S. 214; X V S. 145; Rg. E. X V S. 21; Seuffert 41 Nr. 132.

(一八) R. O. H. G. W S. 203; Bolze II Nr. 814.

(一九) Peitler S. 220; R. O. H. G. X Ⅲ S. 304.

(二〇) R. O. H. G. W S. 325; W S. 114; Bolze V Nr. 721; Rg. E. III S. 219.

(二一) 裏書人のアヴァールのみが付加部分が必要とする。Lehmann S. 476; Canstein S. 320; Grubhut II S. 22 Note 4; Dernburg, b. R. II S. 268 Ziff. 2; Rehbein ad Art. 81 Ziff. 2; Staub § 3; Bernstein S. 302 b. / S. 303 b. を参照せよ。

(二二) Lehmann S. 253; S. 476 und 477 Note 5 a; Canstein S. 315; Staub Art. 81 § 5; Bernstein S. 304, 3 a; Rg. E. X S. 1 を参照せよ。

(二三) Danz, Auslegung S. 76 und 120 ff. によつて、適切にも、形式的法律行為の解釈においてもまた書面にならざる確定されていることとの事情へと避けられつゝ、と詳論されている。

(二四) Vidart Nr. 7046 を参照せよ。何ゆゑにグリーニンフント (Grubhut, II S. 25) が、彼がアヴァリストにその他の点においては主たる債務者の抗弁権の援用を保証している (S. 29 a Ende) にも拘らず、アヴァリストに主たる署名者の無能力およびその他の者の署名の偽造にも拘らず、責任を負わせるのかは、理解できない。

(二五) Grubhut II S. 29 異議。Vidart Nr. 7071.

(二六) Grubhut II S. 28; Staub Art. 81 § 6; Rehbein Art. 81 Ziff. 4; Bernstein S. 304, 3 a, Abs. 4; Dailoz 88.1.69; Nougier Nr. 874; Fuzier-Herman Nr. 252 ff.

(二七) D. B. G. § 767; Scheitz Obl. Art. 499 L. 1.

- (38) Rg.E. Ⅷ S.68.
- (39) Grtinhut II S.30 Anm.23を参照せよ⁴⁶。
- (40) D.B.G. § 423を参照せよ⁴⁷。それによつて Örtmann (Recht der Schuldverhältnisse) Ziff.1.
- (41) R.O.H.G. X V S.26.
- (42) R.O.H.G. X Ⅳ S.304; Peitler 220.
- (43) 異説⁴⁸ Lehmann S.475 Anm.2; Staub Art 81 § 6 a.不当にも上述の著者たちは、たった今引用されたライヒ上級商事裁判所の判決を援用している。両者は、たゞどこまで支払延期が保証人を免責するかの問いだけを問題にしているにすぎない⁴⁹。
- (44) Czel 108; R.O.H.G. X W S.145; Rg.E. X X X Ⅳ S.251.を参照せよ⁵⁰。
- (45) Bolze X IV Nr.323 d.

第二章 手形保証人と主たる債務者の間の法律関係

手形保証人には、保証人の民事法的な求償権 (Regressanspruch⁽³⁸⁾) が帰属する。そもそもそしていかなる条件のもとに保証人が主たる債務者に対する関係で求償権が与えられるのかは、彼らの間に存する原因関係の標準に従つて決定される⁽³⁹⁾。

通常、保証には、保証人と主たる債務者の間の合意が先行する。他人のために保証することを欲する約束は、独立の契

約であるか、または、從属的な契約の構成部分でありうる。後者の場合においては、保証人の求償権は、保証人の給付に主たる行為の内部で帰属する意味に依存する。支払うことの、与えることの、または、信用を与えることの原因 (solventii, donanti oder credenti causa) で給付する者は、第三者への給付の約束を与えるのである。保証人の給付が主たる債務者への債務の消滅または贈与を惹起するときは、保証人は求償権を取得しない。保証が主たる債務者に給付されたものを信用として与えるという目的で行われるときは、彼の求償権は、疑いあるときは、消費貸借の原則に従つて決定される。保証が独立の契約内容であるときは、委任の原則が適用される。当事者間に合意がなされていない場合には、保証人の求償権は特別の法律的な規律に基づく。二つの最後に言及された諸場合においては、支払をなす保証人は、直ちに満期の到来する求償権を、そしてそれも、彼が自己の財産を他人の利益において費やしたという事実に基づいて取得する (保証 Intercession)。

最近の民事諸法律は、推定を求償権のために設定している。求償権者は、それゆえ、ただ彼が保証人として支払ったことだけを証明する必要があるのみである。原告が基礎にある原因関係の標準に従つて、ならびに目下求償権を与えられていないことを証明することは、被告の問題である⁽⁴⁰⁾。

求償権が有益な利用の事実のうえへと基礎づけられるときは、保証人は給付したものの償還および解放（補償）を求める請求権を受け取る。⁽⁴¹⁾

償還請求権（Erstaltungsanspruch）は、保証人の主たる債務者に対する手形的な請求権および主たる債務者の前者に対する手形的な請求権の基礎を構成する。手形的に追求可能な請求権は、〔次の場合に〕保証人に帰属する。すなわち、

1. 保証人が訴え提起のときに主たる債務者の手形的に資格を与えられた後者である場合。

2. 民法が満足させられた債権者の権利への代位を規定する場合。

前者の場合においては、保証人は手形請求権を自己の権利により獲得する。後者の場合においては、彼は導出された権利を行使する。一方は、手形上、手形金請求訴訟の提起の資格を与えられる。他方は、彼は彼の積極的資格を保証の關係の証明とおして創らなければならない。

1. 我々は、まず最初に、手形上資格を与えられた保証人の法的地位を述べる。保証人は〔次の場合に〕資格を与えられた手形所持人となる。すなわち、

1. 彼が手形に主たる債務者の後者として署名し、そして遡求の過程で入手している場合。

2. 彼が彼の署名を主たる債務者の前者としてか、または、

共同署名者として与え、そして手形を自己に裏書させている場合。

主たる署名者と共同署名した保証人の間の法律關係は、以下の章において共同保証との関連において言及されるべきである。

保証人が手形に主たる債務者の後者として署名したときは、彼は、生じた受戻後に手形的請求権を獲得する。手形的請求権は、彼の民事法的な求償権に依存する。⁽⁴²⁾ いちおう（prima facie）しかしながら手形的に資格を与えられた保証人は、善意の第三者とみなされる。それゆえ主たる債務者が、保証人との彼の關係から彼に帰属する抗弁権を利用することを欲するときは、〔次のことを〕証明しなければならない。すなわち、

1. 原告が手形を保証の目的で署名したこと。

2. 原因關係が求償権を発生させないこと。なぜなら民事法によれば、その存在は推定されるからである。

保証人が手形に前者として署名し、後に裏書によつて自己へ入手した場合には、事情は異なる。この場合においては、原告がその時に手形を保証の目的で署名したことの証明では足りない。彼は、手形をまさに保証とはいかなる種類の関連にも立たない特別の原因關係に基づいて取得していることがありえた。決定的であるのは、むしろ手形の事後の取得が保

証へのま、な、ざ、し、と顧慮において行われているかどうかである。ただこの前提の下でのみ、原告は、彼の手形請求権のための保証関係を決定的なものとみなさなければならぬ。後者は、保証人が手形を提起されたプロテスト（「拒絶証書作成」）の後に支払い、そして彼の名へと裏書させた場合に、認められなければならない。ここでは、彼が手形を、彼の遡求義務を履行するために、そして彼の求償権を保証人として行使するために受戻したことが認められてよい。受戻が強制されて生じているときは、新しい独立の法律上の原因は初めから問題とはなりえない。

保証人が手形を満期前に裏書によって入手したときは、関係は、訴えられた主たる債務者のためには、より不利に形成される。ここでは疑いがある場合には、交付の基礎には保証とのすべての関連の外に立つ裏書人との新しい原因関係が存在することが認められなければならない。なぜなら保証人は満期前には手形を受け戻す動機をもたなかったからである。彼は、通常、支払が正常の経過において行われるであろうことを信頼するであろう。

II. 民法によれば、支払をする保証人は、彼が求償権者である限りでは、満足させられる債権者の請求権を獲得する。ここから直ちに、支払をする手形保証人が「主たる債務者自身ならびに共同保証人に対する」所持人の手形請求権に代位

することが結果する。^(註) 同様に彼は手形の引渡を求める請求権を有する。これに対してひとは、手形保証人が満足させられた債権者のすべての手形権利へと代位するのか、すなわち保証といかなる種類の関連にも立たない前者に対する権利へと代位するのかは、疑わしくありうるであろう。

いく人かの連帯債務者のうちの一人がそれによってその他の債務者に対する債権者の請求権を取得するところの、民法の諸規定は適用しえない。なぜなら手形債務者は連帯債務者ではないからである。おそらくしかし手形保証人は、民法が同時に主たる債権とともに付随的権利を移転させていることを援用してよい。なぜならたとえ前者に対する権利が厳格にとられるとき付随的権利の視点の下に服さないとしても、それでもやはり債権者のすべての補助手段は、それらが彼のために無用のものとなっている限りでは、保証人に帰属すべきであることは、あの規定の意味するところであるからである。加えるに、保証人が手形を手形の支払後に自己に裏書させることは、取引慣行において基礎づけられている。何ゆえに裏書することによって達成されるべき結果が直接法律をとおして創出されるべきでないのかは、無視されるべきではない。なぜなら民事法的な *cessio in bonis*（法律による移転）は、正常な手形法的承継の形態としての裏書の効果を伴った債権の移転に対応するからである。

支払をする手形保証人は、しかしながら手形からの権利を原始的に取得するのではなく、それが債権者に帰属していたように取得するのである。それゆえ訴えられた前者には、満足させられた債権者に対するすべての基礎づけられた抗弁権が帰属する。彼は、それらの抗弁権をさらに民事法的な権利移転によつて取得する。このことは彼の訴訟的な法律的地位にとつて決定的である。手形保証人は、手形債権の〔民法的な〕債権譲受人と同様に、手形的に資格を与えられていない。むしろ手形金請求訴訟の提起のための資格は、保証関係ならびに行われた満足の証明をとおして創出されなければならない。訴えられた前者は、保証の事実を否定しうる。彼は、さらに抗弁権の方法で、原告は求償権ある保証人ではないことを主張しうる。

しかしながら保証人は、債権者から、手形の裏書することとを要求する権利がある。それとおして彼は、手形的に資格を与えられた所持人の法的地位を獲得する。このことは、債権者は存在する債務証書を保証人へと譲渡することを義務づけられるという規定の類推適用から結果する⁽¹⁶⁾。

第二章の注

(11) Grünhut II S.30; Staub § 7; Bernstein S.306 β; 90に S.257 Anm.1で引用された判決を参照せよ。異説¹⁾ Lehmann S.478.

(16) O.L.G.Kiel Z.f.H.38 S.567.

(17) D.B.G. § 774 Satz 3; dazu Örtmann Ziff.4; Schweiz.Obl. Art.168 L.I, Art.504.

(18) v.Tuhrde in rem verso [フォン・トゥール『利益転用物について』] S.94 ff.

(19) 上述原著二二六頁cを参照せよ。主たる債務者の前者に対して、受戻をする保証人は抽象的な手形権利を獲得する。同じことは、受戻をするアウァリストによつて妥当する。Staub Art.81 § 7; Canstein S.316; a.M.Cosack S.305 Ziff.4; Bernstein S.306 da.; Grünhut S.30 (「は言ぐ。すなわち」) ひとはこのことをアウァリストが任務ある署名者 (berufener Unterzeichner) でないことから結論している。我々は、これに反対して再びへしとしたしかに行われた受戻後に彼の前者に対する求償権を取得する。隠れた保証人の法律関係を指示する〔c〕²⁾。

(16) 異説¹⁾ Goldschmidt Grundr. S.231; Lehmann S.478; Canstein S.316; Rehbein Art.81 Nr.7; Staub Art.81 § 7; 反対²⁾ [次のものを] 参照せよ。Grünhut S.30; Bernstein S.306 lit.d am Ende; R.O.H.G.W S.325; W S.114; Bolze v Nr.721; D.B.G. § § 426, 774, Schweiz.Obl. Art.168, 504.

(15) arg.D.B.G. § 402; Schweiz.Obl. Art.507.

(18) Bolze X v Nr.270.

(16) D.B.G. § § 412, 402; Schweiz.Obl. 507; けれど反対¹⁾ [次のものを] 参照せよ。Strag in Siebenhaars Archiv 9 S.233; Grünhut II S.31 Note 28.両者は、受戻をする共同振出人は、裏書することをおして手形をさらに裏書する地位に置かれることになるであろう²⁾と異論を述べている。しかしながら被裏書人は、満期後はただ導出

された権利のみを取得するので、主たる債務者ならびに共同署名者の地位は、さらなる裏書にも拘らず悪化されないのである。

第二章 複数の手形保証人の間の法律関係

ここで特別の困難を提供するのは、手形に最初から共同保証人の後者として署名した手形保証人の地位である。たつた今展開された諸原則は、必ずしも直ちに共同保証へと転用されるわけではない。疑わしく思われるのは、ここではとりわけ、そもそも訴える保証人が共同保証関係を自己のために標準となるものとみなさなければならぬのかどうか、あるいは、彼は例えば手形からの権利をあらゆる民事法的な関係から独立に取得するのだろうか、である。

I. 我々は、まず最初に、共同署名する保証人の法的地位を眼中に置き、そしてしかも我々はこの関連において複数の共同署名者の関係一般を論ずる。

いかなる権利を裏書によって資格を与えられた共同署名者がその他の者に対して獲得するかの問いは、以前にはしばしば論じられた。⁽⁵⁾ 争いは主として、手形を事後に自己へと裏書させた共同署名者は、疑いある場合において、完全な遡求金額を請求しなければならぬか、それともそれのただ一部だ

けを請求しなければならないか、をめぐるのであった。ライヒ上級商事裁判所の実務は、当初の動揺の後に前者の立場で判決してきている。そしてまた、この見解は、現在一般に支持されている。⁽⁶⁾ その見解は通説に対応しており、それによれば資格を与えられた所持人は直ちに手形からの形式的権利を獲得するのである。

我々にとつて問いは、次のように立てられる。すなわち、裏書によって資格を与えられた共同署名者は、その他の共同署名者に対する関係で善意の第三取得者であり、それゆえ共同署名を惹起させた民事的法律関係は重要でないままにとどまるのか、それとも彼（共同署名者）は少なくとも第一次的には *prima facie* そのようなもの（共同署名者）としてみなされるのか？である。

二つの問いは、原告が手形を満期後はじめて入手した限りで否定されなければならない。いく人かの人々が同じ場所にそして一個で同一の書面行為において手形に署名したという事情は、同一の債務の計画的かつ故意の引受を暗示する。ある共同署名者が保証人（*Bürge*）か共同保証人（*Mitbürge*）か、それとも他人の共同債務者（*Gemeinschuldner*）かを、手形はもちろん認識させない。おそらくしかし共同保証の事実そのものが、その関係の一つが存在し、それゆえ原告は被告と直接の関係に立つことを明らかにする。さらに受戻と裏書は、満

期後初めて行われているので、原告が手形を彼の民事法的な求償権の行使のために取得したことが認められなければならない。彼は、それゆえ、彼と被告の間に存する原因関係を自らに対して通用させなければならない。資格を与えられた所持人が善意の第三取得者であるという推定は、ここでは手形自体によって反駁される。共同署名者によって提起された訴訟は、手形金請求訴訟ではなく、法律上の原因からの訴訟である。

ここから、彼がただ手形に基づいてまたは共同署名そのものの援用のもとに訴える場合には、共同署名者には完全な求償権もその一部も与えられるべきではないことが、結果する。むしろ彼は、彼が保証人または共同保証人または共同債務者として請求権者であることを証明しなければならない。しかし共同署名の形式から、基礎にある法律行為のための推定が導出される。訴訟当事者が手形にさらなる付加部分なしに署名しているときは、蓋然性は通常の連帯債務関係を物語る。いく人かのアヴァリストは共同保証人とみなされる。そのうちのある者がアヴァルによって (per aval) 署名し、他の者が純粹に (pure) 署名したいく人かの共同署名者のうち、前者は保証人とみなされ、後者は主たる債務者とみなされる。

これに対して満期前の裏書をとおして資格を与えられた共

同署名者は、疑いある場合には、善意の第三取得者である。推定は、ここでは反対に、彼が手形を新しい原因関係に基づいて取得してきていることを物語る。

II. 共同保証人間の関係は、あらゆる者が手形に独立に署名した場合、例えば、一人の保証人が為替手形振出人または引受人として署名し、他の保証人が受取人または被裏書人として署名した場合には、たった今言及された場合から本質的に異なつて形成されている。第一に、前者と後者の間の実質的關係は、手形からはいかなる方法においても認識できない。その場合、その關係は、手形からの権利に対して必ずしも同一の直接の影響をもつわけではない。手形を保証人として共同署名する者は、少なくとも、その他の共同署名者が同一の債務を引き受けるつもりであることを知っている。通常、前もって行われた合意が基礎におかれなければならないであろう。これに対して後者は、場合によっては、前者が同様に保証人であることについての認識を獲得しなかったであろう。そしてまた彼は、主たる債務者に対する彼の前者の關係について調査を行う必要はない。

受戻をする保証人は、それゆえ共同保証人および前者に対して単に一見して (prima facie) 第三取得者であるだけではない。問題となるのは、彼がそもそも共同保証の關係を自己に対して妥当させなければならないかどうかである。四つの

判決が考えうる。すなわち、

1. 被告に、原告との共同保証の關係の援用を許すためには、訴訟当事者が実際に手形に保証の意図において署名したことで足りる。

2. 原告には、被告が手形を同一の主たる債務者のために保証したことが知られていなければならぬ。

3. いく人かの共同保証人の間には、共同の合意がなされていなければならない。

4. 共同保証の關係は、手形からの權利のためには端的に重要ではない。

1と4の下に言及された立場は、実務において主張者を見出してきていない。いくつかの判決は、共同保証關係の援用をただ双方向的合意の場合にのみ許している。ライヒスゲリヒトのある判決は、原告が被告の意図について知っていることだけを問題としているのに対して。

問いの回答の際に標準となる考慮を、我々はオーストリア最高裁判所のある判決の理由づけから学び知る。理由づけは、次のように詳論している。すなわち、被告は、被告と原告の間にD（主たる債務者）のための保証の引受に關して、保証の共同給付に關する、そしてそこから、彼らの間に成立する法律關係に關する、何らかの合意が行われてきていることを、そもそも主張しなかった。と。

判決は、それにも拘らず共同保証の法律關係は先立つ合意を前提としないことを見過している。共同保証の存在に關しては、いく人かの人々が同一の債權者の下での同一の債務者の同一の債務を保証したという客觀的な事実が決定する。

さらに手形当事者間の原因關係の存在は、先立つ合意がなくともまた可能である。例えば、保証人は基礎にある主たる債務者との關係を彼が主たる債務者と意思の疎通がなかった場合にもまた、自己に対して妥当させなければならない。

むしろ問われるのは、そもそも共同保証が手形の原因關係とみなされなければならないかどうかである。この問いは否定されなければならない。手形的保証の決定理由は、もっぱら主たる債務者との保証人の關係において探求されなければならない。保証人は、手形を主たる債務者の利益への顧慮において、主たる債務者のために尽してその者への債務を消滅させるため、または、その者に贈与をするために、署名する。原因關係の任務は、当事者間の究極的で正当な調整のために配慮を行い、そしてそのようにして当事者の經濟的利益に法的な支えを提供することである。この任務は、保証人と主たる債務者の間に存する原因關係に歸する。

手形的に資格を与えられた保証人は、それゆえその他の前者に向かつてと同様に、共同保証人に向かつて抽象的な手形權利を獲得する。彼が手形外で民事法的な償權を有すると

いう事情は、彼の法的地位を損なうことはできない。なぜなら民事法的求償権は、手形の交付のために決定的ではないからである。さらに保証人が手形を主たる債務者から取得したか、それとも直接に共同保証人から取得したか、保証人がその者の間接的な手形の承継者であるか、それとも直接的な手形の承継者であるかは、重要ではない。同様に、共同保証人が同一の債務者のために保証するという前者の意図について知っていたか否かは、問題にならない。

おそらくしかし実務は、後者は、彼が前者と共同保証に関して合意している限りで、共同保証関係を自己に向かつて妥当させなければならないことを、正しい拍子をもって認識してきている。そのような場合においては、すべての共同保証人が同一の信用目的の実現のために結合したのである。共同署名は、ここでは所与の形式であつたであろう。彼らがその代わりに手形的な後続関係を選択したときは、そのことは真の実質関係を隠蔽し、そしてそのようにして手形の信用価値を高めるためにのみ行われるのであつて、相互に権利を認め合うために行われるのではない。彼らは手形に、あたかも手形が既に正常な経過においていく人かの手とおして動いてきているかのような外見を与えた。いく人かの保証人のうちの誰が前者または後者として署名するかは、通常、偶然の問題である。

ここからまず第一に、原告は共同保証の関係を自己のために標準となるものとみなさなければならぬことが帰結する。しかしながらいまや、彼がそもそも手形を彼の民事的な求償権の追求のために共同保証人に向かつて行使する権利が与えられるかどうか、そしていかなる範囲において彼はこのために権利を与えられるか、というさらなる問いが提起される。

この点に關してもまた、実務において見解は分かれている。一八七一年一〇月七日のライヒ上級商事裁判所の判決は、被告たる共同保証人に、何ゆえに共同振出人のために妥当する諸原則が他の手形関与者——裏書人および被裏書人——の法律関係のためにもまた適用をみるべきであるのか³⁰は明らかではない、という理由づけをもって、ただ負担部分について (Uro part) のみ責任があると判決している。その後の判決は、³¹「手形的な形式は単に持分に從う責任に向けられた意図に對立するゆえに³²」として、保証人に完全な求償金額を与えている。これに反對してライヒスゲリヒトは、原告たる共同保証人に手形からのあらゆる請求権を拒んでゐる。³³

一瞥して、最後に言及された判決が正鵠を得ているように思われる。偶然に後者の立場を占める者が彼の請求権を手形によつて行使することができ、受戻をする前者はこれとは反對（に行使できない）とすれば、それは不公平であらうと思

われる。これに対してはしかしながら、手形所持人によって請求された前者は容易な労力をもって手形の裏書（*Girating*）を獲得するであろうことが顧慮される。それによって彼は、満期後の裏書をとおして資格を与えられた共同振出人が保持すると同一の権利を保持する。それゆえ反対に、ひとが裏書を求めることに動機をもたないところの受戻をする後者に手形の行使を拒否しようとするならば、不公平が存在するであろう。いずれにせよ彼はこのことを、ただ彼の民事法的な求償権の範囲においてのみ行つてよい。このことは、ライヒ上級商事裁判所によつてその初期の判決の中で表明された、承継的な署名の場合と共同の署名の場合は同一に取扱われなければならないという見解へと導く。いずれの場合も、共同保証人は負担部分について（*pro parte*）権利を与えられる。しかしながら原告たる後者には、彼に前者に対して全部を求める求償を可能にするために承継関係が意図的に選ばれている、という証明が開かれている。この証明は、例えば、原告が彼の署名をただ、手形が被告によつて先に署名されているという条件の下でのみ承諾した場合には、提出されたものとみなされなければならない。

後者ではなく前者が手形を満期後に受戻し、そして自己に裏書させた場合には、同じ方法において判決されなければならない。彼が、これとは反対に、満期前の裏書をとおして資

格を与えられているときは、推定は再び、彼が手形を新しい原因関係に基づいて取得していることのために働く。

第二四章の注

(10) 比較的古い文献は Böhlau i. Z. L.H. 18 S. 404 ff. において参照せよ。

(11) R.O.H.G. X IV S. 405; X VII S. 368; Seuffert 32 Nr. 174; Czel 522; Lehmann S. 478 Anm. 10; Canstein S. 316; Grünhut S. 31, 32; Strab ad Art. 81 § 7; Bernstein S. 306, 307 (ケルンシュタインによれば、しかしながら共同署名者は、彼の手形を満期後に初めて受戻したときは、請求権を獲得しない)。R.O.H.G.の比較的古い判決は、共同振出人を疑いある場合には、ただ比例的（*pro rata*）にのみ拘束可能と判決している。R.O.H.G. I S. 102.

(12) Demburg, preuß. Privatrecht II S. 117 Anm. 5, S. 125 Anm. 2; 異説、Lehmann S. 478 を参照せよ。

(13) 上述、原著二六九頁参照。

(14) R.O.H.G. III S. 184; Czel 573; Seuffert 33 Nr. 128; o.ö. Gerichtshof vom 11. Nov. 1893 und vom 25. Mai 1899; Seuffert 50 Nr. 268 und 56 Nr. 34.

(15) Bolze II Nr. 815; 同様、Bernstein S. 306 d. a.

(16) o.ö. G. 11. Nov. 93; Seuffert 50 Nr. 268.

(17) Hasenbalg, die Bürgschaft des gemeinen Rechts S. 474; R.O. H. G. W. S. 329 を参照せよ。

(18) R.O.H.G. III S. 185; Bernstein I ctt.

(19) R.O.H.G. XI S. 354 Ziff. 4.

(530) Bolze II Nr.815 ライヒスゲリヒトは、ここではさらに、別々の保証の引受の際にはあらゆる求償権は脱落するというプロイセンラント法 (Preuß Landrecht I 14 § 373 ff.) を目指している。
(531) なぜなら彼は保証人として債権者から自己自身への裏書とその後、の裏書の抹消をドイツ手形条例五五条の標準に従って要求する權利を与えられるからである。上述、原著二七一頁を参照せよ。

E. 取立目的のための完全裏書

第二章 代理および權利承継一般

原因關係は、原因で結ばれた当事者自身の法的地位だけを支配するものではない。その者の民事法的な權利承継人と代理人のためにもまた、それは直接にかつ非間接的に決定的である。これらの人々によって提起された請求權は、最初の〔手形〕受領者の原因關係に基づく請求權である。所持人または代理人が手形からの權利を行使する地位へと置かれるためには、彼に手形が手渡されなければならない。

譲渡と授權は、様々な形式において生じうる。

1. 手形書面行為をとおして、拒絶証書作成後の期限後裏書、代理裏書 (Prokurandossament) には、法律により、債權譲渡または代理權授与の効果が帰属する。ここでは、所

持人は、手形的に權利承継人または代理人として、および、ただ所持人として、資格を与えられる。それゆえ被告は、裏書人の人格からの抗弁權の利用のために直ちに權利を与えられる。彼は裏書人との彼の原因關係を援用しうる。

2. 譲渡または授權は、民事法的方法で行われる。受取人に手形からの權利を自己または他人の利益において行使する權利を与える合意は、手形そのものからは明らかではない。実体的には、ここでは、上述したところと同じ代理關係または承継關係が基礎づけられる。しかしながら受取人の形式的な法的地位は、彼が資格を与えられた所持人であるかそれとも委任者 (債權譲渡人) が資格を与えられた所持人であるかに従って、異なつて形成される。

(a) 最終裏書が委任者または債權譲渡人の名を示すときは、受取人は初めからただ他人の權利または導出された權利 (abgeleitete Rechte) だけを行使することができる。手形金請求訴訟の提起のための積極的資格は、民事法的な債權譲渡ならびに授權行為の証明をとおして作り出されなければならない。

(b) その者に白地式裏書を備えた手形が手渡されているところの受任者または債權譲受人は、資格を与えられた所持人である。彼が白地引渡人 (Blankotradent) の受任者であるときは、疑いある場合においては、彼に手形所有權が譲渡

されているとすることは、推定されるべきではない。彼は、しかしながら手形金請求訴訟を自己の名において提起することができるとしていちおう善意の第三取得者とみなされる。被告は、それゆえ、原告が裏書人で行われた合意により単に債権譲受人または代理人である、ということを証明しなければならぬ。彼にこの証明が成功するときは、原告が訴訟を白地引渡人の名において追行する権利が与えられるかどうか、あるいは、この点において禁止された訴え変更が存するかどうか、問われる。問いは、我々をして後に信託裏書（*fiduciäres Indossament*）の詳論の際に取り組まなければならないであろう。

3. 譲渡または授權は、手形的に行われる。そしてしかも手形からの権利を原始的に基礎づけるために法律によって決定されている形式のもとに（行われる）。誰かが、受取人または被裏書人が手形を彼の利益において行使せんがために、手形を返送しまたは裏書する。債権譲渡の意図においてする完全裏書の付与は、なるほど実務においては（*in praxi*）生じない。また、そうするためにはいかなる種類の動機も存在しない。おそらくしかし、それについて以下において立ち入って取り扱われるべき取立目的のための完全裏書は、頻繁な現象である。

ここでは受取人は、ただ手形的に資格を与えられるのみで

はない。完全裏書の法律的に意欲された正常な効果を当事者の合意をとおして排除することがそもそも問題となるかどうかは、周知のように争われている。

二つの基本的見解が相互に対立している。

一つの見解は、被裏書人の中に裏書人の代理人を認めている。完全裏書は、隠れた代理裏書である。被裏書人は、自己の権利ではなく、他人の権利を行使する。裏書人が訴訟当事者であつて、被裏書人は訴訟当事者ではない。被裏書人によって獲得された判決は、裏書人の有利および不利に既判力を有する。裏書人と被告が直接の關係に立つときは、訴訟的關係は、この見解および先に述べられたことに基いて、以下のように形成されることになるであろう。すなわち、被告が裏書人に対する彼の原因關係も（裏書人と原告の間に存する委任關係）も説明しているときは、原告の委任者に原因關係からの請求権が帰属することを証明することは、原告の問題である、と。さらに原因關係は、既判力をもつて裏書人に対する關係で判決されることになるであろう。

反対の見解によれば、手形を単に取立のために受け取った完全被裏書人の法的地位は、悪意取得の類推によつて判断される。被裏書人は手形からの権利を独立に取得する。彼は債権者であり、その結果として訴訟当事者である。なるほど被裏書人は、彼が裏書人の人格からの抗弁権（*Einreden ex*

persona indosantiss) に関係しようとしなない場合には、不誠実に行動している。被告には、それゆゑ裏書人との彼の関係を援用する権利が帰属する。しかしこの権利は、一般悪意の抗弁 (exceptio doli generalis) の視点の下に帰する。それゆゑ被告は原告の形式的権利を排除するすべての事実を証明しなければならぬ。棄却判決は、ただ被裏書人は手形債権者となつていないことだけを確定する。それは裏書人に対する関係では既判力をもたない。

これまで設定された様々な見解は、一つは事実的な性質の、もう一つは法的な性質の、二つの前提を基礎として有する。

前者は、被裏書人に与えられた委任は、ただ取立だけを意味することにおもむく。この場合、ひとは、委任関係が、手形的な関係の基礎として考えられ、非常に豊かな形成の能力があること、そして、個別的な適用事例における正常な判決の獲得のためには類似の諸現象が合わせて顧慮されなければならないこと、を見過ごしている。

第二の前提は、所有権と債権者性は不可分的に結合しており、手形についての所有権はそれゆゑ例外なく債権者権をもたらず、という命題である。再び硬直したドグマが理論全体の要点となつてきている。手形を他人の利益において受け取つてゐる者は、と一方の人々は説明する、債権者とはなりえない、と。したがつて彼は、同様に所有権を取得しない。

取立目的の完全裏書は、たんに代理裏書であるにすぎない。完全裏書は、と反対者は反論する、ドイツ手形条例の内部では、所有権取得を不可避的に結果として有する。それゆゑ完全裏書をとおして資格を与えられた受任者は、法律上当然に (von Gesetzeswegen) 債権者となる。もちろん選択された手段は、当事者の目的を超えて及ぶ。信託的な法律行為が存在するのである。

二つの解釈が裁判所の実務において承認を見出してきている。隠れた代理裏書の理論は、かつてのドイツの判例ならびにオーストリア最高裁判所の判例を支配している。対立する理論——我々はそれを信託的裏書の理論と名づける——は、ドイツのライヒスゲリヒトによって主張されている。

我々は、以下において、まず最初に、取立裏書 (Inkas-soglio) の理論が二つの領域の内部で進行してきた発展段階に関する概観を行う。この場合、なるほど理論は実務に影響を与えてきたが、しかしながら実務に決定的な方向を与えてきてはいないことが明らかとなる。出発点も目標も、ここでは抗弁権の確保、そこでは抗弁権の排除という相争う解釈の対立に従つて、期待されなければならない結論に即応していない。むしろ我々は、二つの地域において並行する発展の系列に出会ふのである。当初、手形において存在しないことは世界において存在しない (quod non est in cambio, non

est in mundo)、という命題に可能な限り無制限な支配を確保することが、まだ妥当していたときに、ひとは兩陣営において取立裏書の抗弁権に対して拒絶的な態度をとった。後にひとは抗弁を一般に許した。既にかなり長い間以来、実務的に非常に重要な問いへのまなざしにおいて、被告は裏書人の人格からの抗弁権を被裏書人に対して用いてよい、という合意が達成されてきている。ライヒスグリーヒトの実務においては、この命題の承認をもつて従来確保されてきた基本的解釈からの離反が実行されている。それゆえ対立は、目下のところほとんど調整されてきている。

第五章の注

(532) これとは、白地式で裏書された手形の受取人が委任関係にも拘らず、所有権者となるべきであるというケースは、区別されなければならない。ここでは信託的裏書が存在する。Staub ad Art.17, § 15を参照せよ。

(533) 以下、第三〇章を見よ。

(534) 豊富な文献に関しては、我々は、Grünhut II S.143 Anm.I.における報告を指示する。さらに、Hellwig,civ.Archiv 64 S.375 ff.; Lang,civ.Archiv 83 S.336 ff.; Dreyer, in Rassow und Kuntzels Beiträgen 40 S.233 ff.; S.461 ff.; E.Mayer,krit.Vierteljahrschrift 36 S.405 ff.; Fuß,die Rechtsnatur des Vollgiros zu Inkassozwecken,Kiel 1899 (Inauguraldissertation); Lehmann S.485

Anm.12 S.488 ff.; Canstein S.112,218,410; Cosack S.290; Dernburg,b.R.S.283,284; A.Schulze, Treuhändler im geltenden bürgerlichen Recht (1901) S.46 ff.; K.Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft (1901) S.39 ff.,289 ff.; Vidari S.694; Lyon-Caen et Renault Nr.145 ff.; Nougier I Nr.726 ff.; 11)で立ち入らるべきではない個々の点における多数の教説と「エプシス」が、Werthauer in Grünhuts Zeitschr.13 S.586 ff.; Fuß,a.a.O.S.1-83.において総括されているのが見られる。

第二十六章 隠れた代理裏書 (verdecktes Prokuratindossament)の理論

ドイツの上級地方裁判所のかつての実務は、まだ圧倒的にこの理論の地盤の上に立っている。⁽⁵³⁵⁾ その実務は、手形がただ取立のために交付されているという抗弁権を、仮装の抗弁(Einwand der Simulation)と名づけている。しかしながらたいいていの場合、⁽⁵³⁶⁾ 仮装の援用は、原告の不誠実な態度が存在する場合にのみ許される。

オーストリア最高裁判所の実務は、ここでもまた統一的なものではない。いづれにせよ古い解釈とより新しい解釈が区別される。より古い実務は取立裏書(Inkassogiro)の抗弁、または、慣用的な表現が示すような「表見裏書(Scheingiro)」の抗弁には、同様に有利ではない。たいいてい

の場合、宣誓による証明が許されないと判決されることであ
れ、提出された間接事実が決定的とはみなされないことであ
れ、不十分な証明のゆえに棄却がなされている。しかしなが
ら被告に裏書がただ取立のために与えられているという証明
が成功するときは、原告は、彼が自己の名において提起した
請求権を同一の手続において裏書人の名で追求する権利を与
えられていないゆえに、棄却される。

最近の実務は、二つの点においてひとつの変化した方向を
とっている。それは宣誓による証明を許し、そして間接証拠
の評価においていつそう遠慮がちな態度をとっている。その
場合、実務は、へ被裏書人はなるほど裏書人の名をもつてす
る手形金請求権の実行のために資格が与えられているように
みえるが、しかしながら裏書人の人格からの抗弁権を自己に
帰せしめなければならない」という効果を伴う抗弁に余地を
与えている。

反対者たちによつて精力的に争われているにも拘らず、隠
れた代理裏書の理論はいまな著名な著者たちによつて主張
されている。右理論は、このことをそれが本質的には正義の
要求に合致する正当な諸結論に導くという事情に負つてい
る。とくにそれは、委任と債権者性の間を不安定に行きつ戻
りつ動揺する反対の見解よりも、明確性と首尾一貫性という
長所をより多く持つている。

反対者たちによつて提起された異論は、三つのグループに
分かれる。形式が、とある者によつて主張される、もつぱら
決定する。なぜなら手形法は形式的な法だからである、と。
それゆえ完全裏書の形式が選択されるや否や、形式と結合さ
れた効果が、それらが当事者たちによつて意欲されているか
どうかを顧慮せずに、生み出される。完全裏書の法律行為そ
のものが意欲されていることで足りる、と他の人々は説明す
る。すなわち、それによつてその法律効果が法律上当然に生
じる。なぜなら当事者意思は法律行為の法的効果へと拡大さ
れる必要はないからである。

二つの異論は、完全裏書の歴史的発展が「誤りである」と
証明する一つの前提、すなわち、完全裏書は必然的に所有権
取得と債権者性を結果としてもつという前提を予想する。普
通ドイツ手形条例の先駆者であるプロイセンラント法および
フランス商法典は、完全裏書とただ債権者性の反証可能な推
定だけを結びつけている。手形条例の制定史も本文も、ひと
がこの点から離れようと欲したことを明らかにしていない。

第三の見解は、最後に「次のように」主張している。すな
わち、当事者は法律行為そのものをその効果をも欲してい
る、と。当事者はそれらをもちろんへ被裏書人は彼の債権者
地位をただ一定の目的のためにのみ行使するであろう」とい
う条件において欲している。債権の譲渡は、ただへ被裏書人

に手形金額の取立を非常に容易かつ確実な方法で可能ならしめる手段であるにすぎない。

これに対して、しかし生活の解釈は反対を物語る。取立目的の完全裏書は、取引上の便宜から生じるものであり、そして代理裏書の形式は慣用的ではなくまた好まれていないゆえに決してしかし被裏書人を債権者とすることを目的としていない。加えるに、被裏書人に自己の名における手形請求権の追求を可能にする意思が法的保護に値するかどうかは、疑わしいままである。取立受任者は、彼が債権者として裏書する場合に、不誠実を犯すものであることが、正当にも主張されうる。

しかしながら隠れた代理裏書の詳論は、それが被裏書人に債権者性のみならず所有権をもまた拒否する場合には、行き過ぎている。ひとは、取立被裏書人（Inkassindossatar）は受任者であるゆえに所有権者でありえないことを認めている。この場合、しかし既に事実的諸関係の評価における非難された一面性が現れる。純粹な取立委任（Inkassomandat）は、委任関係の中にその決定理由をもつところの手形行為の唯一の適用事例ではない。ひとがその他の適用事例を合わせて顧慮へと導くときは、所有権取得と委任とは決して和解しえない対立物ではないこと、そして、とくに取立受任者（Inkassomandatar）は事情によつては手形についての所

有権を必要とすることが、明らかになる。受任者が手形を最初から自己の利益において、例えば、将来の資金請求権の担保のために受け取るときは、彼は疑いなく所有権者とも債権者ともなる。手形が委任者の利益において振出され、そして委任者が、つばら取立を示すときは、もちろん所有権の取得は必要ではないであろう。我々は、委任のこの制限は、手形はたいてい満期の直前になって初めて取立のために権限を与えられた被裏書人の手へと入ることによって、原則であることを認める。しかしながら委任の間接的な履行もまた合意されうる。すなわち、委任は「受任者は手形を割引き、そして代り金を委任者に交付すべきである」という内容である。さらに「受任者たる完全被裏書人が直接の履行と間接の履行との選択権を与えられる」ことが考えられる。すなわち彼には、手形そのものを支払のために呈示するか、それともそれを割引くかが、自由に置かれたままである。最後の道は、とくに有効な相場事情の際には、委任者にとつていつそう有利なものとして推奨されるであろう。

委任された完全被裏書人が、裏書人の利益において割引いた手形を遡求の過程で再び入手しているときは、彼には手形的に追求可能な立替えられたものの賠償を求める請求権が生ずる。これはしかし、彼が手形の所有権者となっており、しかも行われた受戻の後に初めてではなく、交付の時点におい

て〔手形の所有権者と〕なっていることを前提とする。なぜなら受戻をする前者は、新たな所有権を取得するのではなく、既に前に取得した所有権に入るからである。同様に、被裏書人の所有権は、割引の時点において初めて生じることではない。所有権取得と所有権譲渡は必ずしも時間的に一致することはできない。しかしながら割引のために授権されたそのような受任者がへ手形を交付したことなしにへ手形を行使するときは、彼は債務者ならびに裏書人に対してちょうど狭義における取立受任者と同じ地位を受け取る。彼もまた手形を、彼は所有権者であるにも拘らず、一時的にまだ自己の利益においてではなく他人の利益において保有している。裏書人と被裏書人の間には、目下、代理裏書におけるの同一の法律関係が存在する。ここから任務の解消は、取立被裏書人に所有権を拒否する理論の地盤の上においては獲得されるべきではないことが明らかになる。所有権の代わりをする表見裏書とおして、事情によつては、単なる所持または質物占有が基礎づけられる、⁽³⁵⁾という証明は、我々を一步も先に導かないのである。

第二章の注

(35) 最初から後にライヒ上級商事裁判所によって採用される立場を主張しているペルリンの上級地方裁判所という唯一の例外を伴つ

て。Seuffert 9 Nr.68.22 Nr.163⁷ 及び Werthauer a.O.S.605 Anm.74において引用された判決⁷を参照せよ。

(36) 判決理由は、個々の点においては相互に異なっている。三つの解釈が主張されている。すなわち、

1. 手形債権者は資格を与えられた所持人である。それゆえ被告は、原告の所有権欠缺を援用することができない。しかしながら故意の態度は原告の利益になるべきではない。O.A.G.Lübeck; Seuffert 23 Nr.61; O.A.G.Celle; Seuffert 22 Nr.162; Obertrib. Stuttgart; Seuffert 12 Nr.190.

2. 仮装は故意の存在の際にのみ証明されたものとみなされる。O.A.G.Dresden; Seuffert 21 Nr.189; anders b.Seuffert 12 Nr.170 und Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung X VI S.460.

3. 故意の態度を例外として、第三者に対しては、意欲されたことではなく、表示されたことが妥当する。O.A.G.Rostock; Seuffert 22 Nr.165.

(37) Peitler 161.183; Krall 18.22.23; ならびに Czel 563.586 をも見よ。

(38) Czel 9.156; 散発的に判決は、原告が所有権者および債権者となつていふという見解を主張している。例えば Peitler 56.55.86.127. はるかに圧倒的な多数は、しかしながら対立する理論の地盤の上に立っている。

(39) Peitler 120; Krall 6.75; Czel 22; 参照せよ。Werthauer S.603 Anm.66.71 の見解は、⁷ ならびに カンスタイン (Canstein S.410) によつて弁護されている。

(40) Czel 207.393.574.596. Czel 595 において報告された判決は、まったく散発的に存在している。それによれば、被裏書人は所有権者として資格を与えられるのであり、それゆえ既に表見裏書の抗弁

(Einwand des Scheingiro) は許されない。

(51) この点に、とくにカンスタイン(Canstein)とマイヤー(Meyer)が数えられる。上述、原著二八二頁注一(前掲注(50))を見よ。

(52) Werthauer, a.O.S. 617 ff.

(53) Kohler, dogm. Jahrbücher 16 S. 105 ff.

(54) 適切にもマイヤー(Mayer, a.O.S. 406)によって明らかにされている。これとは反対に所有権の帰属に関しては、我々はマイヤーの詳論に組することはできない。以下、第二十八章を見よ。

(55) この見解の主唱者は、Regelsberger, civ. Archiv 63 S. 180 ff. である。

(56) Rg. 25. Mai 1881; Zf. H. 31 S. 393; R. O. H. G. X III S. 167; Czel 209; Petter 350; Rg. E. X L S. 158 を参照せよ。

(57) Petter 155, 319; Bolze X Nr. 365 b.

(58) Fu. S. 83.

第二十七章 信託裏書 (fiduciarisches Indossament) の理論

ドイツのライヒ上級商事裁判所は、確立した実務において、反対の見解を主張してきている。すなわち、取立被裏書人は、完全裏書をとおして手形についての所有権を獲得し、そしてそれによって手形から債権的権利をもた獲得する⁽⁵⁹⁾と。ライヒ上級商事裁判所自身ならびに同一の地盤の上に立

つより古い教義⁽⁶⁰⁾は、少なくとも外部に向かつては、すなわち、債務者との被裏書人の関係においては、首尾一貫性をすべての面であつ完全に導いてきている。すなわち、被裏書人は原始的な債権者である。それゆえ彼に対しては裏書人の人格からの抗弁権は對抗されない⁽⁶¹⁾。ただし彼が既に取得の時点において彼に知られた抗弁権の確実性について確信していた場合には、この限りではない⁽⁶²⁾。この例外においては、まだ決して裏書人の人格からの抗弁権 (Einreden ex persona indossantis) の不許容性に関する一般原則の破壊は存在しない。それはむしろ特殊悪意の抗弁権 (exceptio doli specialis) に関する諸原則の適用から結果する。彼の債権者としての特性においては、被裏書人は訴訟当事者である。彼は必要な宣誓をしなければならぬ。ただ彼にのみ判決の既判力は拡大される⁽⁶³⁾。

これに反対して、この理解が最初からそれに悩むところの矛盾は、内部関係の形成から明らかになる。被裏書人は裏書人に対する関係でもまた債権者とみなされる。裏書人は債権者であることをやめてしまっている。被裏書人は、それにも拘らず受任者に留まる。彼は、手形を裏書人の利益において行使すべきである。委任関係からひととは、被裏書人はへ取立てられたか、または、裁判所で認容された⁽⁶⁴⁾代り金を裏書人に手渡さなければならぬことを結論する。所有権者および

債権者として、被裏書人は反対に手形の所持に対する撤回不能の権利を獲得する。裏書人は、被裏書人が受任者としての権利を与えられているにも拘らず、手形の返還を要求してはならない。⁽⁵⁵⁾とくに裏書人には、被裏書人の破産においては別除権も取立てられた代り金の引渡を要求する権利も帰属しない。彼は通常の破産債権をもつて満足しなければならぬ。理論の主張者たちは、この結論そのものの不満足さを承認している。⁽⁵⁶⁾

ライヒスグリヒトは、対外的関係にもまた矛盾を持ち込んでいる。まず最初にライヒスグリヒトは、特別に重要な個別事例の機会に、偶然の悪意 (unala fides superveniens) は取得の時の認識 (Wissen) と同等である、と判決している。⁽⁵⁷⁾さなる歩みは、債務者は、そもそも被裏書人がそれについての認識を獲得していたかどうかを顧慮せずに、裏書人の人格からの抗弁権 (Einreden ex persona indossantis) を利用する権利が与えられるという命題の承認へと導いた。⁽⁵⁸⁾故意 (Dolus) は、いまや、信託的被裏書人が、彼の形式的権利の援用をもって裏書人の人格から導出される抗弁権を對抗されることを拒絶し、それによつて法的に是認できないことの下にある結果へと共働している、⁽⁵⁹⁾という事実において、基礎づけられているのが見出される。

この変更された見解が、それ以来、支配説となつてきてい

⁽⁶⁰⁾。ここで悪意の抗弁権 (exceptio doli) が見出している利用は、悪意の抗弁権の起源を、すなわち、ローマの法務官 (praetor) が市民法 (ius civile) に対する闘争を行ったことき種類と方法を、想起させる。完全に素朴な方法において悪意の抗弁権は、客観的な権利秩序の一見して存在する瑕疵を個々人の負担として置くという傾向に隷属させられている。ひとは、被裏書人が客観的な法規範によつて原始的な手形債権者である限りで、彼は不誠実であること (Unredlichkeit) の非難を彼の十分な権利の援用の下に自ら却下してよい、と考えるべきであるとされるのである。とくに被裏書人に対しては、彼が彼の委任者の利益において、彼が善なる誠実さにおいて基礎づけられないものとみなすところの抗弁権を妥当させようとしない場合に、何らの非難もなされないのである。⁽⁶¹⁾

ライヒスグリヒトは、この理論がそのようなものとして現れる移行段階のもとに長くは留まらなかった。さらに悪意の抗弁権というしなやかな道具は、新しい、今回はしかしながら従来からの解釈方法と完全に対立する解釈方法へと移行するための手段を提供した。ライヒスグリヒトは、その最近の諸判決において、不誠実であることの非難を維持しているが、しかしながらそれに変化された方向を与えている。それ〔非難〕はいまや次のように言う。すなわち、きみは、きみがきみの

債権者権利を債務者の損害へと濫用する（「濫用して債務者に損害をもたらす」ゆえにではなく、きみが真に債権者であることなしに債権者として振る舞っているゆえに、不誠実に行為している^⑤）と。

既に一八九四年三月三日の判決^⑥において、従来確保されてきた立場の移動が、たとえまだいくらかこじつた形においてはあとしても、表現を見出す。そこでは、我々は判決理由の中に（次のことを）読む。すなわち、「原告（被裏書人）らは、彼らが不誠実であることに對して自らに責任を負わせようと欲しない場合には、手形を自己の利益なしにただへ引受人がその者に對して何らの債務を負っていないところのJ（裏書人）の計算でのみ取立てることができることになるであろう。」と。

決定的な破壊を実行しているのは、被裏書人の不利に出された判決に裏書人のための既判力の効果を付与している、最も最近のいくつかの判決である^⑦。

一八九五年の最初に引用された判決の理由づけは、まだ債権者性のドグマとの結合的な架け橋を破壊しない誠実な努力を示している。原告たる被裏書人が固有の権利をもつかどうかの問いは、未解決にされている。しかしながら、*McCabe v. Jud* (421) [ディゲスタ四二卷一章、裁判について、第六三法文]の援用の下に「次のように」述べられている結論の

個所は特徴的である。すなわち、「彼自身が裁判所の判決のために提出する任務がある事件を他人にその者の事件として判決のために提出させる者、したがって實際上この他人をとおして代理させる者は、事件における判決を彼に對してもまた言い渡されたこととして承認することを拒否することはできない。」と。既に一八八〇年二月二日のある判決の中でライヒスグーリヒトは、完全裏書をとおして資格を与えられた被裏書人を明示的に、「實際上」という言葉を加することなしに、代理人であるとした。そして一八九八年の最新の判決は、まさに取立被裏書人は取立委任者の権利だけを行使する、と判決している^⑧。

それによってライヒスグーリヒトは、その従来の解釈に背を向け、そしてそれが取立被裏書人に所有権を認めるという唯一の留保をもつて反対者の陣営へと移行している。同時に、ライヒスグーリヒトは、二つの対立する見解の主張者たちに共通の支点として奉仕してきたドグマを放棄したのである。

〔信託裏書の〕理論は、ライヒスグーリヒトの実務の最新の状態に對して、債権者性は所有権のために犠牲にされなければならないという異論を提起するであろう。理論がそれによって傾聴に値するものとなっているかどうかは、以下の章において研究されるべきである。

第二十七章の注

- (第) ところわけユーラムシトツミシの提案の上で宣告せられた一八二〇年四月九日の原則的な判決を参照せよ。R.O.H.G. W. S.54 und Seuffert 27 Nr.252; 又 R.O.H.G. I S.172; V S.36; X S.156,323; XI S.110; X III S.301; X XI S.118; X XII S.176 (を参照せよ)
- (第) 判決を述べた R.O.H.G. I S.82; Römer Z. f.H.20 S.48 ff.; Wulff, das Vollindossament zu Inkassozwecken 1892; Werthauer a.a.O.S.606 ff.; Lehmann S.485 Anm.12; Vidari S.694.
- (第) 被裏書人が委任関係を承認する場合にのみ当てあふ。R.O.H.G. X III S.301.
- (第) R.O.H.G. W. S.123,246; W. S.333; X S.323; XI S.111; X III S.261.
- (第) 蓋説⁵ Werthauer S.639 ff.
- (第) R.O.H.G. I S.277; X S.156.
- (第) 可能に賛成する。例え⁶ Werthauer S.657を参照せよ。他の者はこれに反対する。Grünhut II S.244を参照せよ。
- (第) Werthauer S.658; Goldschmidt a.a.O.S.83; Regelsberger a.a.O.S.187 ff.; Wulff S.82; Grünhut II S.144 Anm.5; L.Seuffert, deutsches Konkursprozeßrecht § 16 Anm.10; 異説⁷ Kohler a.a.O.S.348; Dungs in Rassow und Künzels Beiträgen 32 S.11.
- (第) Rg.E. IV S.100; Z.f.H.31 S.378.
- (第) Rg.E. XI S.9; Z.f.H.31 S.381; Rg.E. X X VII S.129; Rg.7.März 1885; Z.f.H.31 S.382; Rg.E. X X VIII S.128; Bolze X VIII Nr.314; O.L. G.Rostock; Seuffert 45 Nr.119.
- (第) Regelsberger a.a.O.S.192.
- (第) 以下(イ)のものを参照せよ。Regelsberger cit.; Kohler, a.a.O.S.151; Cosack S.290; Brachmann b.Endemann W. S.324; Grünhut II S.147; K.Hellwig, Wesen der Rechtskraft S.39 Anm.17; A.Schultze a.a.O.; しかしながら被裏書人は「この著者 [シュルツェ] の見解によれば」ただ解除条件つき所有権を獲得するべきである(S.55を参照せよ)。異説⁸ Dernburg b.R.S.284.
- (第) 同⁹ Werthauer S.648; Dungs a.a.O.S.39; Staub § 8 ad Art.17; Lang a.a.O.S.340.
- (第) 事実¹⁰ 被裏書人の不誠実は、シュルツェ(Schultze a.a.O.S.47)がまだ認めているように、彼が被告の抗弁権に対して異論を提出する点にあるのではない。それはむしろ、被裏書人が被告を訴訟上、自己の名における訴え提起において、彼にそれ自体正当づけられる抗弁権の行使が初めから切斷される状態へとせよすることにある。正当にもシュルツェは「シカーネの視点がここであてはまる」とを強調している(B.G.B.226)。シカーネは、しかし被裏書人が債権者として登場し、そしてそれによって被告をして委任関係の解明へと強いる場合にやうである。
- (第) Rg.E. X X XII S.129.
- (第) 明らかに「ライヒスゲリヒトの念頭に浮かんでいたように」、裏書人の名において、というべきであった。なぜなら、不誠実な被裏書人もまた「手形を自己の計算で行使することを考えていないからである」。
- (第) Rg.23.Nov.1895; E. X X X VII S.54 und Seuffert 51 Nr.228; 10. Dez.1898; E. XLIII S.42; 又以下を引用せよ。一八九七年六月一四日の判決を参照せよ。異説¹¹ Grünhut II S.144 Anm.6;

Staub § 13 ad Art.17: Dreyer a.O. S.464; Regisberger a.O. S.188 < ルヴィッヒ (Helwig) は、最近のライヒスゲリヒトの実務を被裏書人の債権者性と調和しうるものとみなしている。なぜなら既判力の拡張は、裏書人の権利承継に基づくからである (a.O. S.289 ff.; bes.S.301 ff.)。彼は彼の解釈を、裏書または受戻による権利取得は実質的に有効な付随的契約を、それゆえ裏書人ならびに被裏書人の処分権および行為能力を、前提とする、という事情の上に基礎づけている (S.291 und 298)。ヘルヴィッヒ自身は、しかしながら、処分権は手形条例七四条に直面すると善意の被裏書人にとっては重要ではないことを認めている (S.291 Anm.6)。被裏書人の処分権は、受戻をする裏書人の権利の行使のためには、いっそう必要でない。ヘルヴィッヒによって引用された、放棄された物の先占 (Okkupation deringekuerter Sachen) とのアナロジーは、それゆえいかなる方法においても適切ではない。

(通) Z.H.31 S.377.

(通) むろんライヒスゲリヒトは、その最近の判決においてもまた、まだ完全にはその従来の解釈の地盤から自らを解放することができなかった。ヘルヴィッヒ (Helwig S.303 Anm.17) によって非難された反論を参照せよ。さらに、以下、第三章で最後に引用された判決を（参照せよ）。

第二章 所有権と債権者性、フランス商法典の領域における裏書

手形債権は、と教えられている、物的負担が物に結びつけ

られるのと同じ方法において証券の所有権に結びつけられる、と。資格を与えられた所有権者は、そのような者として債権者である。ひとはこのことを、より多き正当性をもって有価証券性から流出する議論の余地のない公理として設定されるへただ、所有権者だけが債権者である」という命題から帰結している。所有権は、とひとは言う、ただ債権のためにのみ譲渡される。それゆえもし債権が移転すべきでない場合には、所有権が移転しないことは、いづれにせよ当事者の意図でもある、と。

この反対解釈 (argumentum a contrario) がいかに僅かしか妥当しないかは、所有権譲渡は、所有権者のために既に交付の時点においてではなく、後になって初めて債権的権利を基礎づけるために、行われうるという、既に言及された事実から明らかになる。手形を割引の目的で受取っている被裏書人は、彼に目下債権的権利は帰属しないにも拘らず、所有権を取得する。

我々は、さらに好意署名または保証人の権利関係を指示する。受取人および実質的な当事者は、振出人と保証人に対する関係では、債権者ではない。しかしおそらく彼は、所有権保護を求める理由づけられた請求権を有する。何ゆえに彼に手形を所有物返還請求する権利が、彼が債権者となっていないゆえをもって拒絶されるべきであるのかは、理解されるべ

きではない。債権者性から独立した、手形の所有権帰属についての独立の利益が、存在するのである。

同様に、所有権と債権者性の兄弟同盟というドグマは、歴史的発展をとおして確証されるわけではない。なるほどここで争われた見解は、普通ドイツ手形条例の先駆者、とくにフランス商法典の法においては、ひとつの支持を、ひとがただ法律の文言⁽⁵⁴⁾または一般化された教義だけをめざす限りで、見出すことは認められなければならない。フランス商法典の領域においてもまた、受任者⁽⁵⁵⁾ (mandataire)と所有者⁽⁵⁶⁾ (propriétaire)は対立物と考えられている。しかし現行法がこの解釈方法に即応しているということは、資格を与えられた所有権者がそのような者としてすべての署名者に対する関係で債権の権利をあたえられることが確定される場合に初めて、証明されたものとみなされなければならない。このことがいかにもほとんどあてはまらないかを、我々は教義と実務が一致していわゆる不規則裏書と結びつけている独特の効果から導出するのである。

フランスの法律学は、形式に従って規則裏書 (endossement régulier) と不規則裏書 (e. irrégulier) を区別し、効果に従って所有権譲渡裏書 (e. translatif de propriété) と代理権裏書 (e. à titre de procuration) を区別している。規則裏書、すなわち、日付、対価の表示および被裏書人の名指し

の記載を備えた裏書は、債権者性の推定を生み出す。この推定は、被裏書人は手形を裏書人の受任者として取得しているという証明をとおして失効させられうる。不規則裏書、すなわち、上述の諸条件の一つを欠く裏書、とくに白地式裏書は、反対の推定を基礎づける⁽⁵⁷⁾。この推定は、同様に、反証をとおして失効させられうる。どこまでかに関しては、見解が対立している。破棄院によつて与せられた支配的解釈は、不規則裏書に、所持人が債務者と間接的關係に立つか直接的關係に立つかに従つて様々な意味を与えている。手形をなるほど不規則裏書をとおして、しかし対価と引換に取得した者は、直接の前者対価受領者に対する關係で債権の権利を与えられ、それゆえ手形の所有権者にもなる。第三債務者に対する關係では、彼は、それにも拘らず裏書人の代理人たる法的地位を受け取る。なぜなら第三者は、と対立命題は説明される、外形的形式を目指してよい。しかしこの外形的形式は代理關係を帰結させるからである、と⁽⁵⁸⁾。

フランス法は、それゆえ債権者性と結合されない手形所有権を知らない。教義は、その一般化的表現方法にも拘らず、一度もこの結論に不同意ではなかった。そして既に不規則裏書が手形についての所有権を譲渡するとすれば、このことはそれだけいっそう多くそして例外なしにすべての形式的条件を備えた正規の裏書について妥当しなければならない。規則

裏書は、このことは不規則裏書との比較から明らかになるのであるが、所有権取得を端的に効果として有する。おそらくしかし所有権者は、彼が手形を他人の利益において受取りそして行使すべきである場合には、債権の権利を与えられない。それゆえ教義が受任者を所有者に対立させる場合、このことは、受任者がまさに通常委任者によつて彼に委託された目的物の所有権者とはならず、そして、実務は我々の事例においては所有権そのものについて判決しなければならぬわけではない限りでのみ、理解しうるにすぎない不正確な表現方法である。

ドイツ手形条例は、規則裏書と不規則裏書の対立に、完全裏書（*Volindossament*）と代理裏書（*Procuraindossament*）の対立を置き換えてきている。同条例は、代理裏書に法律により単なる代理権の効果のみを付与している。そして同条例は、明示的に、代理被裏書人は所有権者にはならないと規定した。正当にもマイヤー（Mayer）は、ここから導かれる〈完全裏書の被裏書人はすべての事情の下で所有権者になる〉という反対解釈（*argumentum a contrario*）は論理的にきわめて抗論の余地のあるものであることを指摘している。しかしここからは、さらにいっそう、被裏書人は彼が所有権者となっている場合にもまた、そのような者としてかつ利益状態と当事者意図を顧慮することなく手形からの債権的

権利を取得するということは、結果しない。何ゆえに取立目的の完全裏書の被裏書人が債権者とはならないかの理由は、所有権の欠缺においてではなく、それなくしては抽象的債権者権もまた成立することができないところの保護に値する利益の欠缺の中にある。

取立受任者は、それゆえ完全裏書または白地式裏書をとおして所有権者となる。彼が手形を他人の利益において所有する限りで、彼は債権者ではなく裏書人の代理人である。彼は、しかしながら彼が手形の利用についての保護に値する利益を彼のために基礎づけるところの種類と方法において委任を実行する場合には、後に債権者の権利を取得することができる。我々は、たった今言及された、被裏書人が手形を割引きそして後に受戻した場合を想起すればよい。

第二十八章の注

- (568) E. Mayer a. O. S. 408; K. Adler in Grünhuts Zeitschr. 26 S. 36.
 対 E. Jacobi, die Wertpapiere im bürgerlichen Recht des deutschen Reichs (1901) S. 179, を参照せよ。
- (569) Mayer S. 409.
- (570) code de commerce Art. 136-138.
- (571) 例えは, Lyon-Caen Nr. 112, 143, を参照せよ。
- (572) Nougier Nr. 726 ff.; Lyon-Caen Nr. 145; Boistel, précis de

droit commercial S.508 ; D.59,1416 ; 77,1,312 ; 93,2,271 を参照せよ。比較的古い判例は *„Nouguier“* Dalloz, répertoire 20 Nr.438 ff. を参照せよ。

(123) Nouguier Nr.766 ff. ; Lyon-Caen Nr.147 ; Boistel, cit. ; Sirey 77,1,349 ; Dalloz, répertoire 20 Nr.382, Nr.451 ff.

(124) Dalloz, répertoire 20 Nr.454-459 ; D.70,1,364 ; 72,1,125 ; 82,1,340 ; 84,1,224 ; Lyon-Caen Nr.148 ; Nouguier Nr.767 ff. ; Bédarride, lettre de change Nr.320,321 ; Boistel, cours de droit commercial 4 ed. Nr.766,767 ; Alauzet, cours du Code de commercial II, t.3 Nr.1369 ff. ; Fremery, études de droit commercial S.126.しかしながら不規則裏書 (endossement irrégulier) の所持人は、彼が手形を遡求の過程でその者から受戻したところの者の権利を代位をとおして取得する。D.47,4,182 ; 80,1,344 を参照せよ。

(125) a.a.O.S.406 ff.

(126) 債権者の主観的利益は、なるほど要求されない。v. Tuh. in Grunhuts Zeitschr. 25 S.530. を参照せよ。被裏書人ではなく裏書人が利害関係を有するという事情は、被裏書人の人格における債権の成立を妨げないであろう。おそらくしかし我々の事例においては、被裏書人が債権の権利者になるということは、被裏書人のと同様に、裏書人のあらゆる正当な利益を欠くものである。

第二章 代理、関係としての取立、目的のための完全裏書。代理裏書との対立

独特のそして機智豊かな方法においてシュタウプ (Staub) は、二つの争いあう基本的解釈の間に和解をもたらすことを試みてきている。そのうちの一つの解釈から、彼は被裏書人の固有の権利の欠缺を導出し、他の解釈から対外的な独立の地位を導出する。取立目的のための完全裏書の被裏書人は、とシュタウプは教える、自己の名における手形の行使の権利を有する、と。被裏書人は債権者ではない。しかしながら彼は債務者に対する関係では債権者として振る舞ってよい。そしてしかも彼は、彼の委任により、すなわち裏書人との彼の関係に基づいて債権者として振る舞ってよいのである。問屋が委託者を名指しする義務があることなしに、取立目的物についての権利を主張するように、取立委任の被裏書人は、彼の委任者の氏名を黙秘してよい。したがって被裏書人は債権者の役割を有する。彼は訴訟当事者である。ただ彼のみが判決の既判力を受ける。被裏書人は、それにも拘らず自己の権利ではなく、他人の権利を行使するのである。ここから債務者が裏書人の人格からの抗弁権 (Einreden ex persona indossantis) を被裏書人に対抗してよいことが結果する。シュタウプの理論もまた、それにも拘らず信託裏書説がそ

ここで座礁するところの矛盾を片付けることができなかった。被裏書人が債権者の役割を有するとすれば、彼は前者の人格からの抗弁を、自己の権利を与えられる手形所持人と同様に、自己に帰せしめないことを必要とするであろう。裏書人との自己の關係および被告の關係に関わりあうという要求を、彼は次の説明をもつて斥けることができるであろう。すなわち、むろん私は自己の権利ではなく他人の権利を行使している。しかし誰の権利を私が行使するか、裏書人の権利か第三者の権利かは、きみには問題とならない。そして同様に裏書人に対するきみの關係は、私には何ら問題とはならない、と。

たしかに完全裏書の被裏書人は自己の名において登場し、そして自己の名において訴えることができる。しかしこれが可能であることは、彼の権利ではなく単なる反射的効力である。このことはシュタウプによつても見過ごされている。このための権限は、彼に彼の委任によつて与えられるのではなく、彼が資格を与えられた所持人であるゆえに与えられるのである。彼と裏書人の間に存在する委任關係の証明は、この推定を除去する。それによつてその時まで存在している権利の外観もまた崩壊するのである。ライヒスグリヒトは、取立委任の被裏書人に対して自己の名における登場を不誠実な態度として、完全な正当性をもつて解釈している。なぜなら取立委任の被裏書人は、彼には与えられていない保護手段の濫

用について自己を責任があるものとなしているからである。取立委任の被裏書人に対する關係で代理關係を暴露することは、それゆえ原因關係の債権者に対して原因關係を暴露することと同じ効果を有する。それゆえ二つの場合における訴訟のさらなる経過は、類似のものである。書面からの推定の破壊後は、実質的権利が前面に現れる。この実質的権利は、我々の場合においては、裏書人の名で訴訟を進行するという原告の権限の中にある。それゆえいまや既判力ある判決は、裏書人の利益・不利益に働くのである。

しかしながら取立目的のための完全裏書は、独特の種類の代理關係である。その中に隠されている代理裏書を認める者は、二つの制度を相互に区別するところの深い割れ目を見過ぎている。代理裏書は、書面による代理権である。それは、自己を既にその外部的な形式をとおして、そのようなものとして表している。完全裏書の被裏書人は、自己の債権者性の外観を自己のために有する。その形式的資格のゆえに、彼は、債権者がそれを行う権限を与えられているところのすべての行為を行うことができる。彼は、手形をさらに裏書きし、支払を受領し、自己の名において和解を締結し、支払猶予をすることができ。彼は最後に、彼自身に債権者性を与えまたは承認する既判力ある判決を得ることができる。

被裏書人が、彼によつて自己の名において行われた行為を

自己に対して妥当させなければならぬことは、すべての側から承認されている。しかしながらさらにどこまで裏書人が、被裏書人が自己の名において行った被裏書人の行為を自己に対して妥当させなければならないか？、という問いが提起される。問いは、どこまで被裏書人は裏書人を代理するために権限が与えられるか、そして、どこまで彼はこのために権利を与えられるか、という二つの下位の問いへと分かれる。もし代理の何らかの形式であるときは、信託裏書は内部関係と外部関係の間の、委任と代理の間の、厳格な区別を要求する。両者がそこで重なりあう代理裏書とは反対に、ここでは、代理権の範囲は委任の範囲よりも著しく広い。我々がそれにも拘らず信託裏書の民事法的地位を二つの方向に向かって研究する前に、我々は我々の注目を諸関係の訴訟的側面に向けることにしよう。なぜなら訴訟において初めて外観と真実が分かれるからである。

第二九章の注

(註) ad Art.17 § 5-14. 本質的に一致して、Dreyer a.a.O. 516 ff.:

Bernstein ad Art.17 § 3; Jacobia a.O. § 11.

(添) シュタウプは、なるほど取次との類推に対して用心している。

それにも拘らず取次目的物についての権利の行使の問題に関しては、類推があてはまる。

第三〇章 訴訟と抗弁権

被裏書人は、通常、彼が決して彼の形式的権利を被告の損害のために利用することを意図しなかった場合にもまた、自己の名において訴える。後者の場合においては、彼は、彼が単なる取立受任者であるという被告の主張に異議を提出しないであろう。実務は、この点について多数の実例を提出している。

訴えは、提起されているように、原告の利益のために与えられた抽象的約束からの訴えとして性格づけられる。訴えの原因は、被裏書人の手形債権である。それゆえ被告は、その委任関係が原告自身によって承認されない限りで、まず第一に、裏書人と被裏書人の間に存在する委任関係を暴露しなければならぬ(取立裏書の抗弁権 *Einrede des Inkassopro.*)。

1. このことを被告が怠るか、または、被告がそのための証明を提出することができないときは、最初の訴えの原因がさらなる経過の中で訴訟の対象となる。裁判官は、被裏書人の抽象的債権が基礎づけられず、事後に脱落し、または、目下行使されえないことがそこから現れるところの事実だけを、顧慮してよい。

訴訟当事者は被裏書人である。裏書人は訴訟の進行の中へと干渉することができない。当事者宣誓は、被裏書人によつ

て行われなければならない。終局判決は、もつぱら被裏書人の抽象的手形請求権の存在または不存在について宣告される。

2. 被告が、原告は裏書人の取立受任者であるという証明を提出するか、このことを原告自身が承認するときは、それまで主張された請求権から基礎が奪い取られる。手続は、それにも拘らずその進行を続ける。そしてそれがいまや裏書人の人格からの抗弁権 (*Einreden ex persona indossantis*) が許される。それゆえ請求権の交替も当事者の交代も行われたのである。訴訟の客体は、その後は、被告に対する裏書人の手形請求権である。すなわち、被裏書人の代わりに裏書人が訴訟当事者となっている。終局判決は、既判力において裏書人の利益かつ不利益に生ずる。被裏書人は裏書人の代理人である。裏書人は、それゆえいつでも訴訟行為を行い、訴訟をさらに追行することを自ら引受ける権限を与えられる。当事者宣誓を裏書人は行わなければならない。

許されない訴え変更は、訴え変更の禁止によって保護され、いかなるものも侵害されていないゆえに、存在せず、⁽⁵⁷⁹⁾ もともと提起された請求権の既判力ある判決への利益は、終局判決が黙示的に原告の固有の権利の不存在を宣言するゆえに、存在せず、同様に、熟慮の利益または防御の利益も、被告には自己の権利の外観をとおして隠蔽された真実の事実関係が知られているゆえに、存在しない。

a. 委任関係の解明後は、裏書人はいちおう (*prima facie*) 善意の第三取得者とみなされる。それゆえ被告が、原告が取立受任者であるという事実だけを援用するときは、裏書人の抽象的請求権が訴訟対象となる。ただ抽象的請求権の存在に対して向けられた抗弁権のみが許される。

b. 被告は、さらに彼が裏書人に対して原因関係に立つという証明を提出したときは、被裏書人は裏書人の名で原因関係からの訴求しうる請求権の前提条件を証明しなければならぬ。原因関係は、既判力をもつて判決される。

原告のみならず被告もまた、変更された請求権への彼の関与をとおして、右請求権の既判力ある判決を求める権利を取得している。なぜならそれに従って請求権の主張と防御の努力が測られるからである。⁽⁵⁸⁰⁾ それによつて裏書人もまた、事後的に訴訟から退くことは許されない。別の言葉で言えば、裏書人は、彼の受任者によつて自己の名において行われた訴え提起ならびにその訴訟の結果を自己に向かつて妥当させなければならない。

第三〇章の注

(579) 上述、原著一七頁以下、を参照せよ。

(580) しかしながら、以下、第三章、2を参照せよ。

(581) 別の解釈、ライヒスゲリヒト。Reichsgericht E.N. S.9; X VII X

S.129; Sauffert 22 Nr.268; 45 Nr.119.)に反対、原著本文二九五頁Anm.2.(前掲注(58))を参照せよ。委任関係の暴露は、即目的かつ対目的にはまだ、委任者はその後は当事者とみなされなければならないことを惹起しないということは、正しい。Hollwieser, OS.40 Anm.21を参照せよ。取立目的の完全被裏書人は、しかしながら問屋と同様に訴求された請求権の主体ではない。委任関係の暴露からは、同時に、被裏書人は積極的に資格を与えられておらず、それゆえ彼の訴訟追行権限をただ代理関係からのみ導出しようといふことが明らかとなる。

(59) 上述、原著一五七頁以下を参照せよ。

(60) 上述、原著一六七頁を見よ。

第三章 内部関係と外部関係

1. 内部関係。裏書人の権利と義務は、基礎にあるカウザである委任、雇用契約、組合の標準に従って決定される。

被裏書人は、彼の形式的資格により手形からの権利を自己の名において行使することができる。しかし彼は、裏書人に対する関係では、このために権利も与えられていないし、義務も負わされていない。なぜなら被裏書人は、彼が自己の名において訴える場合、被告の訴訟的地位を善良な誠実に反して困難にすることになるであろうからである。不誠実な態度は、しかしながら契約上引き受けられた義務の対象ではありえない。

被裏書人が手形を完全裏書によって譲渡する権限を与えられているかどうかは、契約の内容に依存する。委任がもっぱら取立を内容とするときは、彼にはさらなる裏書の権利は帰属しない。被裏書人に手形金額を割引をとおして取り立てることが自由にされたままであるときは、別である。彼に手形が満期の直前に初めて手渡されている場合には、前者が推定されなければならない。

被裏書人はいつでも裏書人への手形の返還のために拘束される。裏書人は手形を完全裏書の抹消後、自らさらに裏書するか、または、被裏書人をしてそのようにさせることができる。

被裏書人の破産においては、裏書人は取戻権を有する。(61)この権利は、彼が手形の所有権者であるゆえにではなく、彼が債権の権利者であるゆえに彼に帰属する。(62)同様に、裏書人は、取立てられた金額を求める請求権を、取立が破産開始後に生じている限りで有する。

2. 外部関係。被裏書人は債権者であることの外觀を自己のためにもつ。彼は彼の形式的資格により、すべての裁判上および裁判外の行為を自己の名において行うことができる。ここから彼自身のみならず裏書人もまた、これらの行為を自己に向かつて妥当させなければならないことが結果する。もし彼がこのことを欲しないときは、彼は代理裏書の形式を選

扱することができたであろう。また、第三者が委任関係について認識をもったか、それとも適切な注意を払ったならば認識をもちえたであろうかは、まったく問題とならない。むしろ第三者は、委任者が完全裏書の形式を、〈受任者に、例えば、手形のさらなる交付および割引という代理裏書の範囲を超える処分権限を与える〉という意図において、選択したと認めることを、正当づけられる。

被裏書人は、それゆえ裏書人の代理のために、他人の名においても自己の名においても、完全な範囲において権限を与えられる。この原則の適用に我々は、既にたつた今訴訟的關係の言及の際に出会っている。すなわち、被裏書人によって自己の名において開始された訴訟追行は、裏書人にとって拘束的である、と。ライヒスゲリヒトは、さらに一步を踏み出している。ライヒスゲリヒトは、被裏書人に向かって行われた判決を、訴訟において彼の側から委任関係へと関連づけがなされ、それゆえただ被裏書人の債権に関してのみ判決されてしまっている場合にもまた、裏書人のために既判力があるとして⁽⁵⁸⁾いる。

裏書人は、さらに手形を完全裏書をとおして譲渡⁽⁵⁹⁾し、訴訟の内部でおよび外部で和解し、そして免除契約を締結し、債務者に支払を延期または猶予し、訴えの取下げをとおして請求権を放棄するなどの権限を与えられる。

委任と代理権は、既に手形の所有権者であるところの誰かに対してもまた与えられる。例えば、後者（Nachmann）が支払をした前者（Vormann）の側から手形を前者の計算で行使する権限を与えられる（「というように」）。〔この場合、〕後者は支払（を受けたこと）をとおして手形からの彼のすべての請求権のために満足を与えられている。彼は手形債権者であることをやめてしまっている。彼の代わりに支払をした前者が手形債権者となっている。後者は、なるほど手形の所有権者に留まる。しかしながら彼は手形を、ただ信託被裏書人と同様に、前者の委託において行使しうるのみである。⁽⁶⁰⁾

第三章の注

(58) 同説 Canstein S.451.

(59) Seifert, deutsches Konkursprozedrecht S.93. oben. を参照せよ。いく人かの人々は、問屋委託者の取戻権との類推をドイツ商法典三九二条二項の授用のもとに指示している。Dunsa a.O.S.11. を参照せよ。しかしながら裏書人は利害関係人であるのみならず債権者でもあるから、そのことは不必要である。シュルツェ (A. Schulze a.O.S.55 ff.) によれば、被裏書人の解除条件付きの所有権は、その者の破産の場合には失効する。

(60) Deutsche Konkursordnung § 46; Canstein S.451. を参照せよ。

(87) Staub § 12; Grünhut S.146; R.O.H.G. x XI S.118; Rg.E. x x VI S.129.

(88) Rg.E. XLIII S.40.における事案は、そのようなものであった。

とくにS.42を参照せよ。手形を第三者Kの計算でしかし自己の名で行使したE・Tは、資格の欠缺によって棄却されている。〈既判力をもって判決された事実の抗弁権〉は、棄却された原告E・Tに対しても、彼の取立受任者Kに対しても、對抗される。

(89) R.O.H.G. x III S.254.

(90) 何ゆえにライヒスゲリヒトが、債権者性を信託裏書において脱落させた後に、その一八九八年二月二日の判決 (Monatschrift für Handelsrecht, VI Jahrg. S.170) において、まだ債権者性という擬制に固執しているのかは、明らかではない。

【ヴィーラント『手形とその民事法的基礎』完】