カール・アイネルト『十九世紀における手形取引の需要に応ずる手形法』（一）

庄子良男訳

【訳者まえがき】以下に訳出するのは、カール・アイネルトの『十九世紀における手形取引の需要に応ずる手形法』（一八三九年）（全六五三頁）である。この作品は、紙幣説の思想に基づいて手形の法律関係を無因的・独立的に構成するアイネルトの思想を徹底的に展開した、近代手形法学の真の出発点をなす記念碑的な著作である。本書は、一八四一年に公表されたアイネルトの『ザクセン手形条例草案』と密接な関連にあり、アイネルト自身によって、右草案を準備するものであるとともにその注釈としての意味をもつものであることが明らかにされている。この本を最初に手にして感銘を受けたのは約三〇年前のことになるが、今読み返してみてその感銘は少しも薄れないのみか、アイネルトの学問的情熱が前にも増して切々と伝わってくるのが感じられる。彼の学説を以前よりもいくらかよく理解できるようになった私の現在の立場から改めて精読し、忠実な直訳をして、原著の香気を損なわないように努めたい。今回を初めとして『筑波法政』に毎号掲載させていただき、なるべく早くこの本の全訳を完成したいと思う。【まえがき終り】

カール・アイネルト『十九世紀における手形取引の需要に応ずる手形法』
一八三九年ライプチッヒ版の復刻・アーレンのスキエンチア出版・一九六九年
(KARL EINERT, DAS WECHSELRECHT NACH DEM BEDÜRFNIS DES WECHSELGESCHÄFTS IM 19. JAHRHUNDERT. NEUDRUCK DER AUSGABE LEIPZIG 1839, SCIENTIA VERLAG AALEN 1969.)

十九世紀における手形取引の需要に応ずる手形法。
ザクセン王国枢密司法顧問官カール・アイネルト博士による。
一八三九年。ライプチッヒ。
フリードリッヒ・クリスティアン・ウィルヘルム・フォーゲル出版。
(Das Wechselrecht nach dem Bedürfnis des Wechselgeschäfts im neunzehnten Jahrhundert.
Von Dr. Carl Einert, Königlich Sächsischem geheimen Justizrathe.
Leipzig 1839
bei Friedrich Christian Wilhelm Vogel.)
君主にして最も高貴なる国王であるザクセン公ヨハン陛下に畏敬を込めて著者によって捧げられる(Sr. Königlichen Hoheit dem Durchlauftigsten Fürsten und Herrn Herrn Johann Herzoge zu Sachsen ehrfurchtsvoll gewidmet vom Verfasser.)。

『前書き（Vorrede）』。

私が二〇年前または二五年前に手形法の体系を執筆する機会をもったとしても、私は主たる作品において、私が現在、公衆にもたらそうと敢えてしているところのものと確かに何ら異ならないものを提供したことであろう。しかし、私は私の見解を公刊する決心には至りえず、ただたんに私の理論の個々の断片を、その執筆を私がライプチッヒ〔大学〕における法学部の構成員として要求されたところの、いくつかの小さな学術論文の中で、そのような臨時の論文に注意を払う小規模な読書界に〔私の〕見解として提出することだけに私を制限したのであった。私は、私の論文を、いわばそれによって私が私の見解についての法学者たちの判断を誘発しようとする試みとみなしていた。これらの小さな仕事の中の若干のものが、後に学者たちの論文の中で言及されているのを、私は見出した。そこここで私の見解の承認と賛成を見出すことは、私を喜ばせたのである。しかしこれらの経験よりも多く、これらのまったく関連性のない小論文（Programme）が多くの私の読者たちによって誤解されたことと、二三の尊敬すべき人々が私の諸原則の熱心な議論を残念ながらしていないように見えたこととの観察が、とくに高く尊敬されているミューレンブルッフ（Mühlenbruch）の私の小論文の一つに対する好意的な答弁が、私の理論を系統的に提出し、とくにその実際的な適用可能性を示すことへと決定づけえたのであった。なぜ私が私の理論の広範な議論をもって立場を明ら

かにしなければならないと信じたかということの理由は、私自身に対する或る不信のせいであった。私は、私の理論について考えたことを公に確認することを欲する。私は、私の体系が手形法を別の立場のうえにもたらすこと、そして、私がそれによって旧派に対して明白に対立するであろうことを、見出した。私は、私が旧派の主たる理論を揺さぶることを狙ったことを自らに隠すことができなかった。そして私の本が、まったく真面目なものとしてではなく、センセーションを引き起こす軽率な試みとして無視されるか、または、私の本を厳格な検討に服せしめる労苦を引き受けるかも知れない有力な反対者が、その権限をもたない改革者の傲慢さを懲らしめることを自己の義務とみなすかも知れない、という心配に襲われたのである。私は――なぜ私はこのことを言明すべきではないであろうか?――確かに十分に感じたのである。すなわち、私の構想の中に最初の一瞥で心をひく何かが存在することを。しかし著者の着想あるいは明敏さに対して寛大な批評家が与えるかも知れない小さな称讃は、私にとっては、私が私の生涯の最も美しい数年を通じて特別の愛着をもって研究した構造を破壊するのを見ることになるであろうところの心痛に対する埋め合わせとは思われなかった。一言でいえば、旧派が旧派の力強い闘士に導かれて私に対して挑戦に応じるかも知れない場合に、私がしなければならないかも知れない全面的な撤退に対する恐れが、既に、その範囲において著者の真面目さを誇示することになる比較的大きな著作をもって登場することを私に妨げたのである。私が理論を把握して以来、二〇年から二五年が過ぎ去った。そして私の理論は、私の精神の中でそれがその当時そうであったように〔変わらずに〕存立している。しかしそれ以来老人となった私は、私の理論をもって現在、異なる地盤の上に立っている。私は、数十年間を通じて私の体系を検討し、常に新たに修正し、そして私はかつてよりも熱心に文献を利用し、そしてとくにフランスの著者たちの著作を調べた。私は一定の立場に捉われない目で、この専門分野で何が現れているかを観察し、とくにナポレオンの立法が惹起した議論を追求した。そして、いまや私は、私の中で私の熱心な勉強が真実性の意識を呼び起こしたことの地点に立っている。それ以来、私は書く義務を認識している。私は、私がそこに立ち止まるときに、この私の愛好する学問において〈たとえ私が私の理論の主たる諸点において何ものも変更しないであろうとしても〉ただ私自身とだけ交渉し続けることを生き生きと感じ、そしてそれゆえ、私はことばを言語としてもたらす義務を負わされたものとみなしているのである。なぜなら私は、私の理論自体が改善への前進であるべきではないとしても、それに対する力強い反論が、私が現在著作者としての私の名誉より以上に愛しそ

して尊敬している、学問についての功績であることを意識しているからである。

私はむろん私の研究の結果に確信をもっている。ただたんに真理に誠実に没頭したという意識に基づく確信のみではない。私の研究がその下にこの世に現れる有利な前兆と私がみなした外部的諸事情もまた、つけ加わるのである。まず最初に、私は、ここで主たる理念の把握において私に先行した学者たちに言及する。なぜなら本来的に私の研究は、しかし主として、私が序論の中で書き留めたように、既にシュマルツ（Schmarz）とワグナー（Wagner）がそれをもって現れたところの理念の詳論とその一貫した遵守に捧げられているからである。手形の本質についての両者の見解は、私の見解と完全に一致している。本書〔原著〕三二頁に引用されるシュマルツの小論文は、なるほどこの見解を私において惹起したのではなかった。私は、その見解を既に本が私の手に入る以前につかんでいたのである。しかしこの見解が、この才気溢れる人として一般に認められている人によって確認されているのを見出すことは、私にはそれだけ一層喜ばしいことであった。この主たる理念の遵守と形成の際には何が研究のために期待されるか、そして、その理念が体系の中心に置かれるためにどこまで十分であるかを、我々はかの論文が充たす数頁の中に、なるほど単に暗示されているのを見出す。そして私は、それが真実に対するいかなる請求をもつかを決定せずにおこうと思う。しかし彼の文献上の名声において、やはり確かに、それの保持について彼が慎重にふるまわなければならなかったところの宝物を保持していた祝福されたシュマルツは、彼がその見解を新鮮に生き生きと公衆にもたらし、そして、彼がそれをもって彼の多くの弟子たちや崇拝者たちにもたらした興奮において何の非難も見出さなかったので、成功したものとしてのこの見解に喜んだことを観察することは、私には既に喜びであった。しかしそれ以上に、さらに私は、私が第一級の実務家と評価するワグナー（Wagner）との一致に喜んでいる。このような学者から、ひとは彼が円熟した取引の知識と経験の立場からの学問の真面目な熟視において真実と認めた判断以外の何ものも期待することはできない。ワグナーが教えるところは、ただ独創性というしるしを備えているばかりではない。ひとは、その中に偏見のない深い熟考と透徹した批判の結論を認めるのである。

私が私の著書をそれをもってこの世に導く有利な前兆のもとに、私は、私の学術論文に彼らの注目を向けたほうぼうの学者が私を喜ばせたところの二三の記述に言及しようとは思わない。他のすべて以上に重要で喜ばしかったことは、私に私の書物の完成後、私がその修正に従事していたときに初めて、新たに我々の時代の第一級のそして最も祝福された著作

者の一人である、学識がありかつ才気あふれるミッテルマイアー（Mittermaier）がシーベの商法教科書（Schiebens Lehrbuch des Handelsrechts）に対する彼の内容豊かな序文の中で表明した今日における手形法研究の必要性についての見解と、同様にこの我々の尊敬に値する同国人が、〈私が疑いなく商法に関する最近のフランスの文献の最も公益的な才気あふれる知識豊かな産物として評価し、私のためにある程度模範として選びだしたところの作品〉すなわち、フレムリの『商法あるいは商人たちの世界的な慣習によって基礎づけられた法の研究』（Fremery, études de droit commercial, ou du droit fondé par la coutume universelle des commerçans, Paris 1833）という書物に与えた讃辞とが入手したことであった。

何によって私の仕事が手形法に関する他の古い書物および最近の書物から最も多く区別されるかについて弁明するとすれば、私は、私の成果の特徴を〈それを私はむろん、たとえそれが推奨に値するものであるとしても、とくに功績として評価してよいものではなく、私はある程度私の生活関係をとおしてそれに対する要求と指図を手に入れたのであったところの〉研究方法の遵守の中に見出すものと信じる。手形法の研究に対する喜びを燃え上がらせたものは、私の場合、文献や、弟子たちの学問に対する関心を目ざめさせる稀な技巧を私に対して施した優秀な教師の大学の講義ではなく、この喜びは、私においては実務をとおして生み出され、活気づけられ新たにされたのである。手形法は、私が大学の講義を聞かなかった実定法の唯一の部門であった。私は、すべての私の同級生が手形法のコレギウムを聴く機会を見出したことを考慮に入れていたのであったが、我々が法律実務のまっ只中において行わざるをえない独学へと指示されたのである。私のいっそう真剣な手形法の研究が始まったとき、私は既にライプチッヒにおいて弁護士であった。私が手形法の知られたハンドブッフから汲み尽くした教示が私を決して満足させなかったということでは足りず、私は、また同時にさらに一つの別の観察をした。すなわち、実務が私をそれらとの接触にもたらしたところの、思索しよく教育された商人たちの諸見解が、きわめて多くの点において法学の著作者たちの見解から隔たっている、という観察をしたのである。そして私は、まったくあからさまに、私がまさに分別ある商人たちとの交流において、私が確かに法学者たちの書物からは認識しなかったような制度の関連に対して注意を喚起されたことを告白する。私は、しばしば商人の意識において一つであるものが、学派において区分され切り離されているのを見た。そればかりではなくしばしば学識ある体系家が、名称からまたはその他の偶然から、商人が目的と仕組みにおいて完全に相容

れないものと認めたところのものを一つの概念のもとに総括すべく空しく努力するのを見たのである。私が既に弁護士として従事した独習はこのようなものであり、そしてそれを私は、その後、商事裁判所の陪席裁判官として、最後には裁判長として、まったくもっぱら法理論と商人の決疑論が相互に対立したところのものの和解において継続したのである。そして私は、このようにして極めてしばしば何がこの分離を生み出し、そして二つの部分を合一させることを妨げたのかについての明瞭な認識へと到達したのであった。

もしミッテルマイアーが熱心に推奨している商人の慣習法と商慣行の研究のもとに彼が理解するところのものが、私に私じしんの研究のこれらの運命と方向に従ってそれ自体明瞭ではなかったとしても、私は、彼がフレムリの商法研究（Fremery, études de droit commercial）について下している判断から、私が従来私が自負しているように利益なしには従わなかった〔＝従うことで利益を得てきた〕ところの研究方法の承認を既に推定することができたであろう。フレムリは、確かに商法に関するすべてのフランスの著作者たちの中で最も独立した最も公平な著作者である。彼は、率直さをもって、フランス商法典においてすら極めて多種多様な不適当なるものをこっそり持ち込んだ学派を相手として、彼が必要をとおして支配される生き生きとした取引の用語を理解し、そしてこの用語に〈なぜ手形取引について真剣に熟考しなければならないかの動機をやはりもっているところの商人階級の催告から目をそらし、彼の先輩の権威を引き続き頼りとし、そしてとくにサヴァリ（Savary）、ポチエ（Pothier）、ジュース（Jousse）がペンを手放して以来、新たな法と新たな理論を生み出さなければならないところの無限に多くの新たなものが商人の諸関係において生起したということについての何らの予感ももたなかったところの〉解釈学者の理論よりも功績ある優越性を認めるゆえに、闘っているのである。

ミッテルマイアーの序文の中で、フレムリの功績についてのこの私の見解が確証されているように見えることは、私には極めて興味深かった。そして既にそのことを通して、私は、私の研究へと強められるのを感じた。そして新たにペルジルの『為替手形および約束手形について』（Persil, de la lettre de change et du billet à ordre, Paris 1837）によって増加されたが決して豊かにされてはいない、新しいフランスの文献のその他の点での性格づけもまた、私はその点にいずれにせよ彼の判断との私の判断の一致を見出したゆえに、私を非常に喜ばせたのである。

さらに私が予め述べておかなければならないと信ずる一つの点が残っている。私の読者の多くは、私の著書の形式に同意しないであろう。私が手形法の批判（Kritik des Wechsel-

rechts）という私の試みにおいて必ずしも厳格な体系という形式を守らず、一連の個々のそれぞれが必ずしも関連しない論文を与えることを選んだことを、ひとは適当ではないと考えるであろう。ひとはさらに、私が本書で編成している個々の章について、取扱の一定の不揃いや、おそらくはまたスタイルや文体の無視をも見出すであろう。とくに学識ある読者は、私がいくつかの理論を読者にとって好ましくない拡がりをもって取り扱ったことを咎めるであろう。私はこれらの非難を理由のないものとは思わないが、これらに対しては、しかし私は、それを心にとめてくださることを私が願うところの一つの指摘をもって向かうことにする。

私の著述において私は、徹底して学問的な仕事を提供することを決して意図しなかった。学識の栄光、引用の博学は、そのことを私は良く知っているが、私の最大の尊敬に値し、そして私がまさに心から私の著作を調べそしてそれを検討に服させることを促すところの読者の階層にとって、何か正しく魅惑的なものをもっている。我々の時代においてひとが学者と交わろうとするときは、この外面が良い語調に属している。しかし私は、学問的な仕事の形式が、それらに対して、まさに手形法が問題となるときに、〈私がこの書物の極めて多くの場所で《我々に対し、商人の世界においては学者の書物において何らの報告もなされていない極めて多くの現象と慣習が生起するゆえに》彼らにとりわけそしてほとんどもっぱら知られており、そして知られうるところの諸事実と諸関係を援用したゆえに〉私がまったく主として判断の資格を授け、そして私が私のために私の書物に導きたいところの、その他の多数の読者をおじけさせることを注意したと思う。私は、商人もまた私の書物を彼らの注目に値するものとなすかも知れないことを強く希望している。しかしまた、商人だけのために必ずしもつねに私の書物の叙述と節約が狙って工夫されたというわけではない。

私は立憲国家の市民であり、現在、民法的諸法律の修正に従事し、そしてそこにおいてはとくに商法の編纂のゆえにもまた刺激が生み出されている。立憲国家においては、民衆の代表者、すなわち全住民の各階層からの人々が会する。そして彼らを代表者として国会のもとに召喚する国民の声が、これらの人々に対して区別なしに、立法の対象についてともに議論しそしてその効果においてさらに途方もなく高く置かれていることであるが投票する、という任務を与える。私には、商人または学者の階級に属することなしに、新たな商法的諸法律の諸草案に賛成しまたは反対して言葉または行為で何らかの決定的なことを行うという彼らの重大な任務の予感にあるところのひとびとが、私の諸論文をこの目的についての更なる熟考への動機として、そしてある程度まで知識のた

めの導きとして利用するかも知れないという望みが、遠くにあるということはできない。この期待をもって私は、とくに学者や商人が不必要なあるいはおそらくまったく価値のない添えものとして苦笑するであろういくつかの広範に及ぶ詳論をお詫びする。ひとは私に、最小限いずれにせよ、ほとんどの場合において極めてばらばらな利益に対する共通の顧慮に基づくところの取扱いの不平等を許すであろう。

このようにして私は、私の書物を私の手から良きものを作り出そうとする切なる望みをもって、むろん私の書物に対して資格ある裁判官によってなされるかも知れない承認または非難に対して必ずしも無感覚にではなく、しかし一般的な賛成に対する期待からは遠く隔たって、むしろ真面目な批判を求める願いをもって、それに関するすべての判断を聞く準備をして、そして私が今まで論争の余地なく確かに信じた諸点を放棄することを最後の戦士が私に強要する場合にも自ら安んじて、手放すことにする。なぜなら私は、真理をして勝たしめよ（vincat veritas）という私のモットーに、すべての事情のもとで忠実に留まることを約束してきているからである。

【前書き・終】

【内容目次】

序　論　原著一頁ないし三六頁

第一章　商業の進歩に基づく紙幣（papiernes Geld）の観念と必要の発展
　第一節ないし第二七節
　　原著三七頁ないし一二二頁

第二章　手形の交付と裏書について
　第二八節ないし第三二節
　　原著一二三頁ないし一四九頁

第三章　引受について
　第三三節ないし第四〇節
　　原著一五〇頁ないし二〇〇頁

第四章　手形的遡求について
　第四一節ないし第六二節
　　原著二〇一頁ないし三二〇頁

第五章　手形的参加について
　第六三節ないし第七五節
　　原著三二一頁ないし三七五頁

第六章　遅滞された手形的厳格性の際の遡求の許容に向けられた、手形の呈示がそれによって遅延される、恩恵日について、および、不可抗力の影響について
　第七六節ないし第七九節
　　原著三七六頁ないし三九九頁

第七章　手形の複数作成された交付について

第八〇節ないし第九二節
原著四〇〇頁ないし四六四頁
第八章　約束（乾いた）手形と商人指図について
第九三節ないし第一〇七節
原著四六五頁ないし五七二頁
第九章　消滅時効について
第一〇八節ないし第一一四節
原著五七三頁ないし六五三頁

序論

手形法ほどその学問的研究および教育がゆるがせにされてきている実定法の他の分野は存在しない。ひとはおそらく、手形取引が既に三〇〇年以上の年月をとおしてドイツにおいて存在してきていることを認めてよいであろう。しかしいまだドイツには、他の諸国民にと同様に、〈そこにひとが制度の真の目的、そこに生ずる現象の統一性と一致、明らかに手形のために存在する諸制度との結びつきと関連をも、確実性をもって認識することができたところの〉手形法の支持できる満足すべき体系は存在しない。法研究に対するドイツ人の活発な熱意のゆえに、そしてこの研究が民事法に向けられて生み出した偉大な諸帰結のゆえに、この欠落は不審の念を起こさせるのである。この欠落は、しかしながら、ひとがどのようにその他の民事実定法の研究が行われてきたのかを観察し、そしてひとが民事法において従う研究方法が極めてきれいな諸帰結を保証することが本来どのように生じてくるかを明らかにする場合に、ひとがそれによってまさにこの研究方法が手形法において生ずるのとは全く別の事態、全く異なる諸関係、観察の全く異なる対象を前提とするという確信に到達することによって極めて明らかである。

とくにドイツ国民が偉大な進歩を遂げたのは、法のいわゆる歴史的研究である。むろんその研究においては、既に以前に設定された諸理論の叙述が意図されたのであり、新しい体系の創造が意図されたのではない。この研究は、手形制度の本質をそのもとにそれが発明されたところの諸関係から認識すること、そしていまや手形制度の形成をすべての時代の理論と立法をとおして起こったことの絶えざる顧慮のもとに一歩一歩追求すること、また、制度をその開花以来あらゆる時代に役立ててきたところのもの、および、制度の採用と適用のために大部分のものを寄与してきたものの注意深い観察から最も最近の時代がそれについてしなければならないところの諸要求の明確な意識に到達することを、自らの課題としている。これはドイツの法学者が、いずれにせよ外部的な諸関係か、または、若干の解釈者の大胆な感覚、または、最近の

立法の特別の方向から、それに形をつけたいと欲しているところの制度を、可能な限り〈制度の形成の際に従われたか、または、制度のその後の形成において学派または立法をとおして首尾一貫して導入されたところの〉基本原則に再び立ち返らせること、〔そして〕、ひとが批判と解釈というすべての補助手段をもって促進することに努めるところの古いもののこの再生によって、ひとがとくにローマの法学者の仕事から汲みつくすべきであるところの結論の最も完全な理解を獲得すること、という密かな望みをもって行っているところの研究である。

このような歴史的研究は、手形法に関しては適用されるべきではない。手形の性質と法律関係に関する諸教示を、それが発明された時代の歴史から汲み取るという意図は、既に手形行為の起源が不可解な闇におおわれているゆえに成果をもちえない。手形の発明を探り出すすべての試みは、これまで空しいものであった。それらはむろん大部分必ずしも必要な真剣さをもって行われてきてはいない。ひとはまったくしばしば用語法の一致やあらゆる種類の歴史的覚書の利用に基づいた推測を立てるために、ただ遊戯をしたにすぎない。しかしより熱心な歴史的研究もまた、手形の発明に関する教示と情報を与える代わりに、むしろ非常に注意深い研究もまたただある程度信頼しうるというだけの結果ををすら与えることができなかったという確信へと導いたのである。ゲオルク・フリードリッヒ・フォン・マルテンス（Georg Friedrich von Martens）（手形法の真の起源の歴史的叙述の試論 Versuch einer historischen Entwickelung des wahren Ursprungs des Wechselrechts, Göttingen, 1797）の知られている貴重な作品は、本来、手形の最初の発明の探索ではなく、むしろ、ひとが手形においていわゆる手形厳正を導入したことがどのようにしてなされたの証明を対象としており、もし彼がこの研究をもって真に制度の発明に関する教示を意図したのだとしても、著者に対しては、彼はここで時代の偏見によって導かれたのであるという非難がおそらく当たるかも知れない。しかしそれでも彼の研究は、古文書研究の方法で手形の痕跡を一二世紀の時代まで追求し、そして我々にその時代から手形の名称と形式を見せてくれたところの、はじめてのそして唯一の研究であるという限りにおいて、特別に否定しえない功績を有するのである。しかしまさにそのゆえに、すなわち、我々がこの時代から、まだ制度の一定の形成の刻印をさらにそれ自体にになうところの手形のしるしを我々の前に有しているゆえに、そしてフォン・マルテンスの努力は行為の起源まで遡るのではなく、既に推し進められた制度の発達と形成の時代にまで遡るものであることを確実に推定することができるゆえに、ひとは、〈全く予想しない偶然が《それに関す

るより根本的な教示がそこから汲み尽くされるような〉資料を明らかにするのではないならば〉このような収穫物の観察において手形の発明の際に支配的であった諸事情に関する信頼できる情報を得る望みを全くあきらめなければならないのである。

極めて高い程度においてありそうであるのは、手形行為はただ〈ひそかな営業取引において、初めは合意した少数のひとびとの間で、手形を彼らの特別の目的のために用い、後にはしかし模倣と採用を見出した〉私人たちによる発明であること、そして、手形取引はたぶん、手形がおおやけに人気を博し、司法、立法および学問の対象とみなされ、政府に対する要求を形成する以前に、何十年もずっと存在し、そして発達と拡張を見出してきたということ、である。我々が、商人の民事取引から、そしてそもそも文化、産業、および商業の運命と進歩から彼らの時代に対する貢献を入手した個々人から、ただせいぜい不完全で偶然的な情報を有するにすぎない時代に遡るところの、これらのひそかな作業を追跡しようとすることは、学問的研究の思い上がりのように思われる。加えるに、この研究が向けられる発見は、ひとがその点に真に有用で賞揚すべきものを認識すべきであるとしても、ひとが求める対象の単なる熟視の中にではなく、求められたもののために発見されたものの明瞭な完全な認識の中にあるのである。そしてこの明瞭で完全な意識に到達すること、それがまさにここでは課題の困難さであり、まさしく及び難さなのである。

それならば手形の起源を見出すために、ひとは本来何を求めるべきであるか?――それは、この発見を目指して出発するだれもが立てなければならない問題であり、いかに様々な方法で人間の制度が成立し行われるようになったのかをひとが考えるときに、その困難性をひとが判断する前提問題である。

すべての発明は、イデーの把握とその実行への最初の準備の中にある。しかしただまれにのみかつ例外的にのみ、ひとはイデーがその形式と同時に成立してくるのを見るのである。通常、イデーは、その真の必要に応じる形式を、そしてそこからイデーが外的に認識されるところの形式を、後になってはじめて作り出すのである。しかし新しいイデーが自己を古い別の目的のために導入された形式と結びつけ、この形式をそれらの必要に適合させるという、第三の場合が生ずることが稀ではない。このような観察は、ひとが手形の起源を追跡するときに、疑わしい隘路へと導き、そして、学者にその注意深い労苦の有用な諸帰結に対するすべての見込を減少させるのである。手形のイデーと形式が同時に出現し、イデーの受入れが直ちに外形的な標識によって認識可能となっ

たということは、ほとんど前提されるべきではない。いまや手形において、発明のあるプロセスが生じたか、別のプロセスが生じたかに従って、ひとは自ら認識した真実を見失う危険がある。ひとは手形の存在をその幼年時代のごく早い時期において手形が現在の形式を欠いているゆえに見過ごすか、または、ひとは手形の年代を手形的意味を欠いているが現在の手形と一致する形式を見出す時代に遡って決定するのである。

この点において、過ぎ去った数世紀の諸学者がそこにおいて優れていたところの、そして、ことがらの本質に関するその教示をその成立の際に存在した事情から汲み尽くすことを意図したところの、あの歴史的研究は、手形法においては、既に資料の不確実さと不十分さのゆえに排除されるのである。

しかしながら手形の起源に関する非常に完全な解明すら、真に実際的な利益を有するかどうか、そして単に古書的な価値以上に高められるかどうかは、〈それについて中断されない連続において手形のその後の完成の歴史が、手形行為の拡張と伝幡に関する情報、商業の運命に与えた手形の影響に関する情報が、並べられるのでないならば〉なお極めて問題である。

手形法において歴史的研究を実定法の他の分野において行われうるような方向において行うことの明白な不可能性は、学者をして別の道をとることを強いるのである。ひとが手形法を実定法の構成部分としてみることから出発する限りでは、その総括と比較から、手形の存在の様々な時期において制度の継続的形成に関する見解を獲得するために現行の手形法に指示されていることを自ら認めざるを得ない。手形諸条例の研究は、間違いなく、そこから実際的な法律家が手形取引に関して起こってくる争いの際に法律的な決定の規範を受け取らなければならないところの源泉である。しかし学者に手形法の体系を発見しそれを首尾一貫して主張することが問題となる限り、手形法の包括的な理論の基礎として書かれた手形法を適用することには、重大な疑問が対立する。

手形法は実定法の構成部分である。この法の対象である手形は、人間の発明したものである。しかし手形法は、明らかに立法者から出発したものではない。反対に書かれた手形法については、体系の基礎としてのそれの利用をまったく排除する全く独特の事情が存在する。いかなる状態において書かれた手形法が存在したかは、一部分、既にシェーラー（Scherer）（『手形法ハンドブッフ』Handbuch des Wechselrechts. Frankfurt a. M., 1800 und folgende Jahre）、および、これとは比較にならぬほど才気溢れるそして整然としたトライチュケ（Treitschke）（『手形諸法と手形諸法律のアル

ファベット順の百科事典』alphabetische Encyclopädie der Wechselrechte und Wechselgesetze. Leipzig, 1831）が配慮したところの集成から明らかにされる。ひとは、これらの書物を読むと、シェーラーが既に標題で告知したところのもの、すなわち、手形諸法律の限りなく多くの差異に、そしてしかもたんにことの性質に従って自由に決めてよく、特別の地方的諸関係によって支配されてよい諸規定が問題になる場所でばかりではなく、ひとが制度の本質的な特徴を固定させるという意図を必然的に前提としなければならない諸点においてもまた、たえずぶつかるのである。

この注目すべき立法の不和は、ひとがそのもとに我々が目の前に有する手形諸法律が成立したところの諸関係を顧慮する場合に、明らかとなる。ひとが、〈いかに異常なそして今日ほとんど考えられない方法で、むろんきわめて不完全な裁判所の組織と司法に対する監督のもとで、助力なしに、それどころか諸政府の予備知識もなしに、手形がドイツに移植され、そしてその場所で法律的な援助に対する大きな要求を伴ってその地のものとなってきたかということ〉、〈手形行為は、それの採用と承認を帝国法と個々の国々の諸国の諸法律がいまだ承認する以前に、既に普通法の大きな例外を、すなわちいわば法と訴訟の特権的な状態を浸透させ獲得したこと〉および〈手形取引をイタリアからドイツへと導き、ドイツの土地に親しませたのは、ただ商階級のみであったこと〉を考えるならば、諸政府がドイツの手形を承認したのちに、諸政府が決定しなければならなかった手形問題における立法のための諸制度においてもまた、商階級が大きな役割を果たし、そして書かれた法の形成に対してまったく特別の影響を現わしたことをひとは容易に理解しうるのである。既に以前にイタリアで観察されなければならなかったことが、ドイツにおいて繰り返された。イタリアのとくにより古い制定法は、その出現以前に用いられ成立していた慣習の形成物以外の何ものでもない。これらの様々な点でまさに興味ある集成は、しかしそれらが我々に理解しうる限りですら、ただ極めて制限された利用を保証するにすぎない。それらは、ただ個々の手形行為において起こる諸関係についての、たいていはただ場所的な関係をもつことを欲した諸点についてだけ規定を与えるという目的を有するにすぎない。それらは、その時代の歴史に対する寄与としては価値を有する。しかしひとは、もしひとがそれらから手形法の学問の痕跡をかの時代において探求しようと欲するならば、それらを明らかに過大評価することになるであろう。それらは、ワグナー（Wagner）（Vincenz August,『オーストリア・ドイツ諸国において妥当する手形法の批判的ハンドブッフ』kritisches Handbuch des in den österreichisch deutschen Staaten geltenden Wech-

selrechts. Wien, 1823, S. 13）がきわめて適切に指摘しているように、〝まとまった全体を構成するものではなく、個々の争いとなった法律問題についての決定であった〟。後になって形式的な手形諸条例が、外見上手形行為に関して一般的規定を与え、そして手形問題における法的判断のすべての機会において規範として役立つという意図をもって起草されて出現した。包括的な立法がやはり本来その公布の時代に存した体系から出発しなければならなかったこと、または、立法じたいがその作業を体系の設定と訂正によって開始したこと、を承認すべきである限りで、学者の研究は、この資料（Quelle）へと指示されているようにみえる。しかし古い時代の既存の手形諸法律の見解は、きわめてすぐに、立法は十分には学派によって準備されなかったし、立法は体系を求める立法者の努力によって導かれてもいなかったことを、納得させるのである。

もしこのようにより広範な手形諸法律をある場所のためにまたは国全体のために起草することが行われたときは、それへの衝動は、商階級から出発したのみならず、法律の制度についてすら、商人の声を聞くことが不可避的に不可欠であり、そして商人の声がたいていの場合に決定的であった。その場合、大きな商業地にある商館が、彼らが他の関係において享受したところの一定の貴族支配を行使した。彼らが彼らの富と彼らから出発する商取引の大量性によって商品と貨幣の相場を支配したように、彼らは、手形諸法律および手形において登場する公的諸制度に関する審議の際にもまた、尊敬すべき役割を果たしたのである。その場合、このことは自ずから理解されるように、彼らは彼ら自身の企業の特別の利益を視野の外に見失うということはなかった。多くのことが、しばしば真の需要の承認からまたはその合目的性のためにというよりも、むしろ、ひとがこれらの場所との一致の中に取引の一定の容易化を見出すと信じたゆえに、そしてひとがそれによって一時的な利益を約束される結びつきを失わないかまたは妨げないために、他の場所の手形諸法律から引き継がれた。古い手形諸法律への法律家たちの関与は、一部は、法律家たちが、決定的な言葉をあえて述べるためには、決して学問的に基礎づけられていなかったゆえに、一部は、それを確保することが商階級にとって重要であった商業上の取引と一緒に導入されたものについての合意をひとが前提とすることができた場合には、より良い知識と認識に反してすらこれを採用することが時代の真の要求であったかも知れないゆえに、たしかに極めて制限されたものであった。ひとはときおり、商階級がそれを浸透させたいくつかの諸規定において、法律家は短い所見において反対の確信を表明することにより故意に反対の態度をとろうとした、という覚書すら行っている。そ

れゆえひとは、例えば、ライプチッヒ手形条例の作成の際に、手形の中に受領された対価の承認（Bekenntniß der empfangenen Valuta）が含まれていないときでも手形は有効でなければならない、という正当な見解を既に把握していたのである。商人には、ひとが手形の対価という付加〔文言〕を用いることなしに手形によって取引しうることに、疑いは伴いえなかった。これに対して立法機関の法律部門は、受領の省略に反対の態度を〈その態度を今日もなお「それは――フランス商法典一一〇条における現金で商品で掛けでまたはすべての他の方法で供給された価値――を表明する（elle en-once――la valeur fournie en espèces en marchandises en compte ou de toute autre manière in art. 110 des Code de Commerce）」という言葉によって、商業を営む公衆に対して明白な反対の立場に立っているすべてのフランスの法律家たちがとっているように〉とらなければならなかったことは、極めて明白である。ここでは商人は賛成票をもって突き進み、法律家はしかしライプチッヒ手形条例三条を〝なるほど彼自身について公平であるごとくに（wie zwar an ihm selbst billig wäre）〟という追加文言をもって、法律家の名誉を救いそしてある程度その精神に（animam）敬意を払ったということは、極めてありそうなことである。

それゆえ、手形法において一つの体系を手形問題における既存の立法の状態のうえに基礎づけようと欲することは、あらゆる点において疑わしいように思われる。法律の研究は、教義が立法者によって発明されたか、または、そうでないとしてもひとが立法者自身がよく整序された体系を遵守したという期待から出発しうる場合に、間違いなく体系の認識と訂正に導くことができる。そして、いくつかの法律を総括することは、ひとが個々の諸法律においてその後の立法がそこから派生したところの一つの主たる法律との関連を見出す場合に、真理の認識へと導きうるのである。既にこれらの観察は、学者が既存の手形法の比較から支持しうる体系の創設のために引き出しうるところの便益を正当に評価するために十分であろう。それゆえ手形法の理論と取り組む学者には、〈しばしば手形諸法律の個別の諸規定から、そしてまさにひとが少なくともそれを推定するところで、真のそして一般的な必要の示唆が引き出されるということは否認されないにもかかわらず〉、他の諸学科においてならば学者が確実性をもってその基礎のうえに増築するところの、歴史的研究という基礎は欠落するのである。ひとはとくに手形法の若干の個所において、商階級の眼前に浮かんだような需要というあるぼんやりとした感情が、この感情が欠けていた法律家たちの公然たる反対の中で、ひとが従来その意義を説明することができなかった個別の諸規定を実現させてきた、という指摘を行って

いる。しかしそのような注意の合目的な利用は、別の予備研究をとおして準備された体系の作業がそれの理解へと導いた場合にのみ起こりうるのである。

手形法の純粋に歴史的な研究の不十分さと不毛さとは、学者たちによって十分に認識されている。そして既存の諸法律から目を転じて、手形行為・その範囲・その活動という観点から、取引に対するその影響から、手形の形式とその多様な変形物から、ならびに、その他のその際に登場する諸現象から、商人の実務における一致から、手形の本質についての正当な観念に到達するという課題を自らに設定するという人々は、いないわけではない。これらの努力が、従来、手形法の信頼できる体系という成果をもっていないとすれば、その責任は、確かにこれらの研究の計画の中にあるのではなく、ひとがその実行のために行った準備の中に、そしてその際に生じた様々な誤りの中にある。最近においてミッテルマイアーは、シーベの教科書の序文(Vorrede zu Schiebes Lehrbuch)の中で、真剣にこのような研究の必要性を指示した。ひとがフランス商法典において必ずしも完全には商人の慣習法に注意を払わなかったというフランスの立法者の欠点は、残念ながら極めて根拠のあるものである。そして、立法者は商取引の十分な認識なしに計画を立てたというフランスにおける商階級の訴えは正しい。責任は、フランスにおいて我々におけるよりも古い著者たちの既存の権威に対する比較にならぬほど大きな服従をもって営まれている研究にある。もしひとが、手形の制度が文明世界の全領域に存し、そして諸国民を結合させそして至る所で商業と取引を媒介する結合手段であることを観察するときは、ひとは、その本質とその性格が手形を利用する様々な国民すべてが等しく追求するところのものの中にある、という確信へと指示される。ひとは、すべてのこれらの様々な国民が手形の取扱の際に共同の利益を意図しているということから出発しなければならない。そしてこのことは、ことがらとその法的な諸需要を認識することへの鍵を与えるに違いない。

それゆえ計画は正しい。しかしその実行は、様々な偏見をとおして、すなわち、観察の一面性をとおして、および、そのためにひとがとくに形式性の過大評価を予期しなければならないところの示される諸現象の利用の際におけるある軽率さをとおして、失敗させられた。ひとは、この分析をしようとした学者たちが、大部分ローマ法の学派において彼らの教育を獲得した法律家たちであったことをよく考えてみなければならない。この法学教育は、この案件の取扱に対して非常に大きな、しかし多くの点で極めて不利な影響をもったのである。すなわち、ひとは手形法において登場する形式、とくに手形行為における用語法の一致をとおして、同じ形式と言

葉から、それらが民事法において登場するところのものに対応するところで性急に事柄の一致を推論すべく迷わされ、そしてそれによってひとはいまや問題の法律関係の判断の基準を見出したと信じた。ひとは自らを容易に――まさにそこから体系化における非常に大きな錯誤と誤った進行が生じたのであるが――手形行為の特徴は、その形式とその用語法がローマ民事法を想起させるところで求められるべきではなく、まさに普通法のすべての先駆者なしに手形において存在するように見えるものの中に求められなければならないと納得させた。それゆえひとは、しばしば、一方においてことがらの真の諸関係についての研究をあまりにも早く中止し、他方においてひとは別の諸現象にあまりにも重すぎるウェイトをおいたのである。

手形法の体系を求める法学者たちのこれらの誤解は、彼らがこれまで担ってきた成果をひとが顧慮するときに証明される。すなわち、手形行為がドイツの地に入ったのち、手形行為の一つの特異性が体系家たちの注目を引いた。それへの原因は、本来、立法者から出発した。そこにおいて最初に手形に言及されたところの帝国諸法律および個々の国々の諸法律は、手形事件において適用されるべき、遅滞にある手形支払人に対する短期の強力な手続きの承認を表明することに自らを制限している。一六五四年の帝国議会決議一〇七条（Der Reichsabschied vom Jahre 1654. §. 107）（ジーゲル Siegel によって Corpus Juris cambialis の中で〝神聖ローマ帝国の手形法 das Wechselgesetz des heiligen Römischen Reichs〟と呼ばれている）は、次のような注目すべき規定を含んでいる。すなわち、〝商業諸都市においてもまた、市日その他において不渡事故が起きるときは、商人慣習のみならずすべての法学者たちの見解に従っても、準備された執行が直ちに行われるべきであり、それも二四時間内または若干の僅かな日数内に行われるのがつねであるので、債権者たちが必ずしもしばしば債務者たちのたんなる抗弁主張に基づいて、債務それ自体のみならず、すべての信用、名誉ならびに生計を奪われないためにもまた、我々は、そのような手形事件においては、第一審の裁判官に、起りうべき控訴や移送手続きに妨げられずに、事件の状態や難易により債権者の担保提供を伴いまたは伴わずに、執行を行うこと、および、債務者を債務のために拘留することが、許される、というままにしておくものとする（Als auch bei den Handelsstädten in Wechselsachen zu Meßzeiten und sonsten casus vorfallen, da nicht allein nach aller Rechtsgelehrten Meinung die parata executio stracks Platz haben solle, und innerhalb 24 Stunden oder etlich wenigen Tagen zu geschehen pflegt, so lassen wir es auch, damit die Creditores

nicht öfters aus bloßer Wiedersetzlichkeit der Schuldner nicht allein um die Schuld selbsten, sondern um allen Credit, Ehre und Nahrung gebracht werden, dabei dergestalt verbleiben, daß in solchen Wechselfällen dem Richter ersten Instanz unbenommen sein solle, ungehindert einiger Appellation, oder Provocation, nach der Sache Befindung und Ermäßigung entweder mit oder ohne Caution der Gläubiger die Execution zu vorziehen und die Debitores zur Schuldigkeit anzuhalten.)〟と。類似の規定を一六二一年七月二五日およびそれに続く一六六〇年七月二一日のザクセン選帝侯国の市場勅令（das Churfürstlich sächsische Marktrescript）もまた、含んでいる。上記ザクセンの諸法律のみが民事的な監禁所の適用を規定しているところのこの強力な手続きは、いまやむろん学者たちにもまた、そこに他の取引からの手形の特徴的な区別を見出すために十分に重要であると思われた。そしてひとは一般的に手形をいわゆる手形厳正のもとへの服従が生じたことによって認識したのである。

手形厳正が手形の本質をなすという観念は広く行われ、そして手形法のすべての古い教科書の中で極端にまで推し進められたのであり、まさにその理念は、今日に至るまで決して放棄されていない。それは、それによってドイツで至る所で行われている約束手形（乾いた手形）の本質、慣習および規定が明らかにされるように見えるという利益を保証した。それにもかかわらず、ひとは、この理念の解釈により、そしてこの理念を手形法全体の基礎として適用することにより、明らかな誤解を犯したのである。

手形厳正（rigor cambialis）が、それによってひとが手形をすべての事情のもとで認識すべき特徴として認められるとすれば、ひとはすべてに先立って、この手形厳正が手形が登場するすべての事情のもとで、手形取引が及ぶすべての場所で、等しく用いられそして取り扱われる何ものかであることを前提としなければならない。既にこのことは決して問題とはならないのである。トライチュケ（Treitschke）は、いわゆる手形厳正（Wechselstrenge）の三つの異なる段階と形式、すなわち、その間に第三の形式が存在するところの強い厳正と弱い厳正を確定している。そしてこの段階づけが真実であることは容易に証明されるのであり、そしてトライチュケ自身によって明らかにされてきている。遅滞にある支払人が彼によって惹起された署名の承認に基づいて支払へと身体拘束（Personalarrest）をとおして促されるという手形における手続きは、ドイツにおいては必ずしも至る所に存在するわけではなく、ドイツを超えてはさらに少なく存在するにすぎない。多くの国々では、他の債務事件における手続きとほ

とんど異ならない手形訴訟（Wechselprozeß）が存在している。そして身体拘束の制度は、少なくとも執行の第一および第二の方策ではなく、他のことが試みられたが不奏功であった場合に初めて行われるのである。それゆえ手形厳正は、それが現れる至る所で、ひとがそれについて至る所で同一の名称を与えたということによっては統一性へともたらされないところの、個々の場所に存在する様々な法律の基準に従って多様に異なる何ものかを指称している。反対に、ひとは、もし手形の本質が手形厳正にあり、そしてこの厳正が国境を越えて至る所で異なる形式と意味を受け取るならば、個々の国々の手形制度は、真の多様性において現れなければならないことを結論することができるであろう。しかしながらこのことは、手形の本質がいわゆる手形債務者に向かっての特別の厳正（Rigor）の観察に基づくというかの承認に反対する最もわずかな論議でしかない。〈たとえ徹底して同一ではないとしても、しかしすべてのその他の民法的な法律関係においていずれにせよ適用されるべき手続きに対して例外的である〉すべての手形事件における一般原則としてのより厳格な手続きの観察が、〈たとえ手形債務が、そもそもそしてあらゆる国において、すべてのその他の普通の債務よりもより厳格にかつより不寛容に〔厳しく〕取り立てられなければならない限りでのみ確認されるとしても〉やはりなお手形の一般的な特徴を与えうることを、ひとは認めることができるかも知れない。しかしながらこのことは決して問題とはならないのである。最も厳格な厳正（Rigor）は間違いなく我々のもとで行われているものである（フランスの身体拘束 Contrainte par corps）。たとえ手形厳正（rigor cambialis）が至る所でいわゆる手形債務者に対する手形拘束の適用において存するとしても、なおひとは、それに従って手形の概念を決定するという考えを捨てなければならないであろう。これを行う〔手形厳正に従って手形の概念を決定する〕ためには、いずれにせよ、手形が、手形において登場する手形厳正のゆえに、それによって特権を与えられた制度であることから出発されなければならない。それゆえひとは、民法的な債務連関（Schuldnexus）が認識されるその他の諸関係を前にするとき、この手形の特異性がもっぱら手形に帰属していることを確信しているに違いない。

このことは、しかし徹底して誤った仮定であろう。モンテスキュウ（Montesquieu）（法の精神二〇章一四節 Esprit des loix. Liv. XX. Chap. 14.）は、「いわゆる身体拘束（Contrainte par corps）は、商業を営むすべての国々において司法の必要とするところであり、商業に起因する明瞭な債務関係においては、取引の堅実さの保持のために、商人階級の信用の確保のために必要である」という主張を提示している。この命

題のために、その他の権威者たちの引用を必要とはしない。信用は商業の魂（たましい）である。信用は大きな権能へと導き、そして信用を享受する者を大事業への非常に完全な準備状態におくのである。商階級は、商事事件における訴訟の迅速性と執行の厳しい厳格性をただ恩恵としてのみ考えることができ、そしてあらゆる個々の商人は、この厳正の下への彼自身の服従を商人がそれによって分け前にあずかるところの最も大きな利益に対する適切な犠牲としてのみ考えることができる。それゆえイギリスの諸法律がそれを採用している。一つの内容豊かな書物（ベイルームイヤール著『債務のための投獄について』Bayle-Mouillard sur l' emprisonnement pour dettes. Paris 1835）の中に、我々はフランス人のもとにおけるのみならず他の諸国民のもとにおけるいわゆる身体拘束の成立と導入に関する教示を見出す。彼がイギリス人のもとでの身体拘束について次のように述べていることは注目に値する。すなわち、「個人の自由が金銭上の利害関係によって最も容易に犠牲にされるのは、むしろひとが個人の自由に対する尊敬を明言している国においてである。債務者を投獄させるために判決すら必要ではなく、市民を法律の〔保護の〕外におくためには、何らかの仮装行為で足りるのである。かつてひとは民事事件において被告を留置しなかったのであり、被告はただ裁判所に出頭するための召喚を受けたにすぎない。そして欠席の場合ですら、ひとは彼の財産に対する差押えのためにしか彼を起訴しなかったのである。エドワード一世のもとで、ひとは初めて、貸借の訴訟において被告は出頭しないかまたは弁済できないときは逮捕される、と規定した。エドワード三世のもとでは、同様の規定が、預金からの債務ならびに損害賠償の訴訟のために導入された。ヘンリー八世のもとでは、ひとはその規定を場合訴訟のためにもまた拡張した。しかし法律により課されたすべての制限が、イギリスの法学者たちにとって耐えがたい制約であったに違いないように、イギリスの法学者たちは、その原則だけにしておくことはできず、さらに申合せにより一般規定と同様に、対人訴訟におけるすべての被告は、召喚という準備行為なしに、そして、彼の支払不能を証明することが必要であることなしに、逮捕される、と規定するに至ったのである。」

（C' est dans le pays où l' on professe le plus de respect pour la liberté individuelle, qu' elle est le plus facilement sacrifiée aux interêts pecuniaires. Il ne faut pas même un jugement pour faire incarcérer un débiteur, il suffit de quelques actes simulés, pour mettre un citoyen hors de la loi. Anciennement on n' arretait pas un defendeur dans les affaires civiles, il recevait seulement une citation pour comparaître en justice, et même en cas de défaut on ne

procédait contre lui, que par la saisie de ses biens. Sous Edouard 1er on statua pour la première fois, que pour les actions de compte le défendeur serait arrêté, lorspu' il ne comparaîtrait pas, ou lorsqu' il serait insolvable. Sous Edouard Ⅲ une disposition semblable fut introduite pour les actions de dettes et de restitution de dépôt. Sous Henri Ⅷ on l' étendit aussi aux actions d' après le cas. Mais comme si toute limite imposée par la loi avait dû être un frein insupportable pour les légistes anglais, ils ne purent même s' en tenir à ces principes, et au moyon des fictions ils finirent par établir comme régle générale que tout défendeur à une action personelle serait arrêté sans aucun préliminaire de citacion et sans, qu' il fut besoin de prouver son insolvabilité.) と。すべての商事事件における身体拘束（Contrainte par corps）の必要性については、（いわゆる商事債務 dettes commerciales、すなわち、当事者相互が合意するであろう商品に基づく商人間の合意において engagements de marchand à marchand, a raison de marchandises, dont les parties seront respectivement négoce）フランスの立法者たちもまた確信している（loi du 15. Germinal an 6., loi du 17 avril 1832）。ザクセンにおいてすら、ひとは立法において手形に対する最初の関係が生じたそもそもの初めから監獄の強制の執行を求める請求権を手形債権者の特別の特権とはみなさなかったのであり、一六二一年七月二五日の市場布告（Marktrescript vom 25. Juli 1621）は、次のように言っている。すなわち〝それゆえ我々は、さらに非常に恵み深く〈今後は、しばしば言及された商人間において、周知のまたは直ちに（in continenti）証明することができかつ確信しうる債務においては、債務者は、民法的またはザクセン法的な若干の期間の許容なしに、債権者の請願に対して、現金の支払を給付するか、または、受領しうる担保とかたちを提供しなければならない。のみならず債務者がそれをなしえない場合には、直ちに監獄に入り、そして債務者がその債権者に完済するまでそこに留まらなければならない〉とさせておくことができる。〟と。加えるに、手形法の起源について研究したフォン・マルテンス（von Martens）およびその他の著者たちは、取引のもとにおける手形厳正（rigor cambialis）の適用と導入を、大部分、彼らが〈ひとがいずれにせよ、商業に由来するかまたは市場取引から生じるすべての債務関係において適用したところの〉手続き、執行方法が手形に取り入れられたことを認めることによって、説明している。

もしある国の裁判所の組織がすべての債務関係において、我々が手形厳正（rigor cambialis, Wechselstrenge）と呼び

かつとくに手形において適用しているような手続きを採用するならば、あるいは、もし少なくともさらに手形を国内で利用するある国で、この種の執行が商人によってなされるあらゆる債務関係において適用されるならば、手形の本質を手形厳正の中に置く人々は、そのような国においては手形はその意義を失ったことを認めなければならない。それにもかかわらず、ひとは、その手続きが商事裁判所の慣習において長い間採用されてきており、商事裁判所におけるすべての債務訴訟において登場しているイギリス、フランス、ライプチッヒにおいて、手形を十分によく区別することを知っている。それゆえひとは、いまや、たとえフォン・マルテンスが手形法の起源についてもたらしたものに賛成する場合にもまた、手形が、すべての商人の訴訟において身体に対して執行を行うという慣習が消滅した後に初めて、その性格と意味を見出したか、または、そのほかには執行のそのような厳格主義が存在しなかったような国のもとで、手形行為として採用されたことを認めなければならないであろう。

ここにおいていまやさらに別の考察が行われる。ザクセンにおいては、手形上の債務を負う者は、彼が手形の支払の敗訴判決を受けうるときでも、決して厳正には服させられない、という事情が存在する。手形債務者の相続人は、手形債権に従いかつ支払を給付しなければならないが、しかし手形法による手続きは、彼に対しては行われない。本来の手形債務者の死亡をもって手形が消滅するとは、いかなる法律家も主張しないであろう。手形はさらに存続するのであり、相続人は手形上責任を負わされるが、ただ拘束だけが行われないのである。

ところでしかしいわゆる手形厳正が世界におけるすべての手形において等しく生ずる現象で、それ以外にはしかし民事法的な取引において生じない現象であるとしても、それによっては、手形の本質がそれ〔手形厳正〕に基づいており、それ〔手形厳正〕は手形の性質（naturale cambii）としてそのあらゆる面での採用と承認を見出しえたとは、つねに決定されないであろう。

ひとが不当にも手形厳正（rigor cambialis）の中に手形の本質を認めたことの最も強力な証明を、ひとは、〈体系に関してこの見解の設定が従来与えてきており、そして、ひとが一貫性をもって進もうとする場合に与えなければならないところの〉諸帰結を考察する場合に、行うのである。

手形法の体系を構想しようとする者は、手形の知られた形式、すなわち、約束手形と為替手形がそのもとに包含されるところの種概念を設定するという困難な課題を取り扱わなければならない。ひとが手形について本質的なものとみるべきところのものは、それ自体としてひとが手形の属性とみるべ

きもののすべてに、しかも同程度に確保されていなければならない。もしひとが手形の本質を手形厳正の中に置くならば、それには決して成功しないのである。この方法によって約束手形、すなわち乾いた手形の本質、規定、および、慣習に関する見解へと到達する以上に容易なものは、何もないように思われる。いかにしてひとが始めなければならないかについては、法律家たちもまた彼らの間で完全に意見が一致しており、そしてひとは、一瞥してこの論証をまさしく成功したものとみなしているようである。売買、消費貸借、取次行為、賃貸借あるいは金銭債務が生み出されるすべての種類と方法によって成立した一般の債務関係については、債務者の側から厳正への服従が生じる。債務者はそれについて書面による承認を交付する。そしてその本文の中でこの承認を、満期が到来するときは、支払の欠缺する場合に身体拘束が生ずるという警告のもとに、支払が給付されなければならないことを効果としてもつところの、手形と呼んでいる。それによって必然的に、その学派が以前から約束手形のもとに理解したところのものが、見出されてきている。ひとは、そのような手形において、主たる行為を補助的な行為から区別することへと到達する。そして補助的な、付加された性質の行為（das accessorische, das negotium adiectitiae qualitatis）、それをひとは本来の手形行為とみなしている。そしてひとがいまや、さらに何が確かに手形の利益であり実際的な慣習であり必要であるかを問うならば、たとえひとがこの付加物は何を生み出したのか、そしてどの程度においてそれによって債権者の状態が改善されるのかを疑うとしても、ひとはこれを容易に明らかにされて見出すのである。このような証券の所持人は、彼が支払の約束を違えない履行をそれによって予期するところの保証を得るのである。彼はかれの貸しに対する担保をもつ。ひとは、もしことがらのこの叙述が他の理由から誤りでないならば、そして、この叙述が側面から攻撃されないものであるならば、ひとは手形厳正（rigor cambialis）の観念をそのように形成された約束手形の概念の発展のゆえに無用のものとみなしうることを認めなければならない。しかしもしひとが手形の特異性としての手形厳正の認識において乾いた手形の本質、規定そして慣習を明らかにするための手がかりを見出したと信じるとすれば、反対に、ひとがこの観察から出発しようとするときに、為替手形の本質に関するすべての解明は欠落するのである。おそらく為替手形においても手形厳正（r. c.）が適用されるが、しかしそれはその場合まったく事件に対する別の関係および別の関連で生ずること、それゆえひとは問題の統一へ、あるいは、二つの手形形式を民事的な取引という種のもとに服させることへとは至りえないことは、おそらく真実である。約束手形と為替手形に

おける手形厳正の認識の助けによってこれら二つの種類の発生的な親近性を明らかにし証明する試みには、すべての体系家たちの努力がこれまで失敗してきている。約束手形において、我々は、我々が手形と名づけ、だいたい質契約または別の債権者にとり有用でかつ保証を与える事実が別の民事法的な債務に付け加わるように、別の取引に結びつくところのものを見る。為替手形においては、これに対して〈支払人に対する振出人の支払を給付することの委託を表明するごとき〉為替手形の形式をたいていの場合に援用しているすべての法律家たちの一致した思想によれば、手形それ自体によって、利害関係者の特別の取引に対する開始と、それに対して我々が手形厳正を適用することになる取引の本質とが生ずるのであるが、それは、その中に手形を認識するために、ひとが分析しなければならないところのものそれ自体なのである。そこに我々は、我々が法律的な名称をもって名づけるところの主たる行為（Hauptgeschäft）を認める。この主たる行為は、まったく確かに手形ではない。しかし付け加わるもの、それは手形であるが、あるいはひとが欲するならば、ひとは民事的に知られた行為、すなわち、消費貸借、売買、そしてその他のものが、付加をとおして手形の中へと、〈売買、消費貸借などに基づく債権が、抵当権の合意（pactum hypothecae）が加わることによって抵当権付債権となるのとだいたい同じように〉移行するのを見るのである。ところでしかし為替手形のもとでは事情は異なっている。ここでは手形厳正が適用されるところのものは、それ自体すでに手形であり、そして、たとえいまや法学者たちが、為替手形において観察される特別の行為は、ひとがそれを手形と呼びうるということがなかったとしても、同様に形成されたと主張するとしてもまた、そうである。手形は、しかし、それが振出人によって手形と名づけられ、それによって手形厳正（r. c.）が要求されることをとおして初めて手形となるのである。そこで、やはり結局ただ自由な意思（Willkür）をとおしてのみ惹起されているようにみえるところのこの識別は、つねにその行為（Geschäft）を、手形厳正から目を転じて、ひとが本来の為替手形の基礎とみなすべきであるところのそれ以外の本質に向かって、探求すべき義務から解放しないのである。

この必要性を手形法の教師たちもまた認識しており、そして、それ〔必要性〕にひとが一般に手形契約（Wechselcontract）と名づけている為替手形における特別の契約についてのさまざまな諸定理が基づいている。もしひとがここでまず第一に立ちどまるときは、〈手形の本質を手形厳正におこうと欲し、そしてとくに約束手形と為替手形という二つの形式における手形の発生的な一体性を二つの種類において登場する手形厳正の適用から導こうと欲するところの〉人々の思

想は、〈手形厳正（H.C.）の適用がたいていその手形の本質を明らかにするのに適切であり、しきたりと慣習ならびに、さらに後に明らかにされるように、商人階級全体の便宜を《本来の商業取引においてまったく行われておらず、それをひとが多くの場所においてまったく知らず、それをひとが手形を許している他の国々、例えばフランスにおいて、まったく別の名称で呼んでいるところの》利用から促進したという〉観察をとおして大きな衝撃を得るのである。フランスの法律家、すなわち、我々がさらに以下にみるであろうように、彼らが受け継いだ手形契約（Wechselcontract, contrat de change）という考え方から離れなかったところのフランスの法律家は、そこで我々のもとで普通に行われ、そして、手形として（たぶんとくに）認められた約束手形を代表する彼らのもとで生ずる証券を手形と呼ばないこと、そして、その証券を真の手形とは呼ばないこと、そして、その証券を真の手形とは発生的に別のものとみることに決定している。フランスの法律家は、どのようにして約束手形について彼らの手形契約を再び認識すべきであるかを知らないからである。【「序論」二五頁の中段まで。以下、次号に続く】