

〈書評〉安達三季生著「手形・小切手法の一般理論」について

レーベ, ベルント / REBE, Bernd / 安達, 三季生[訳] / 前田, 重行[訳] / ADACHI, Mikio [ed.] / MAEDA, Shigeyuki [ed.]

(出版者 / Publisher)

法学志林協会

(雑誌名 / Journal or Publication Title)

法学志林 / Review of law and political sciences

(巻 / Volume)

75

(号 / Number)

3・4

(開始ページ / Start Page)

99

(終了ページ / End Page)

107

(発行年 / Year)

1978-03

安達三季生著「手形・小切手法の一般理論」について

ハノーバー大学教授 ベルント・レーベ

前田重行・安達三季生 訳

〔編集委員会はしがき——本学部の安達教授がドイツで出版された独文の著書「手形・小切手法の一般理論」(Mikio Adachi, Allgemeine Theorie des Wechsel- und Scheckrechts, Europäische Hochschriften, Reihe II (Rechtswissenschaft), Bd. 109, Verlag Herbert Lang, Bern, Peter Lang, Frankfurt a. M., 1975, broschiert, 172 s., DM 36, 80.)にこうして「ハノーバー大学のベルント・レーベ教授 (Prof. Dr. Bernd Rebe) による書評が西ドイツの法律雑誌である WERTPAPIER-MITTEL=LUNGEN Nr. 42 vom 16. Oktober 1976 (有価証券時報・一九七六年十月十六日号) に掲載されている。わが国では目にふれる機会が少ないため、レーベ教授の承諾を得て、安達教授と前田重行助教授によって共訳していただき、同時に安達教授のコメントをもつけて本誌に掲載することにした。〕

ドイツ連邦共和国における、手形債務の発生行為の法的性質をめぐる論議については、現在、圧倒的に受け容れられている次のような修正契約説——すなわち形式上有効な手形の善意の取得者は、たとい純然たる契約説からすれば有効な交付契約が欠けているために手形債務が発生しえない場合でも、手形に化体された権利を取得する、という修正を伴った契約説が定説となるに至っている(sich einpendeln)。手形の流通性の要求にしたがったこの解決で吾人はさしたる不足を感じていない(Entleben)。というのは、とりわけこの構成は大体において納得のゆく抗弁切斷の制度によって補充されているからである。本書の著者である安達三季生教授は、その故国である日本で既に一九六〇年代の初頭以降、有価証券によって化体される権利の基礎づけに関する彼の新しい理論についていくつかの個別的な論文を発表し、それによって日本の法律学において活発な論争を惹き起こして来たが、此の度ドイツ語で彼の手形・小切手法の

理論をはじめて包括的な叙述の形で提示した。

安達理論の中心的命題——彼はこれによって手形・小切手債務の発生を説明するのみならず、指図(Anweisung)、商人債務証券(kaufmännischer Verpflichtungsschein)持参人払債券をも統一的に説明するのであるが——を彼は「仮定的債権の譲渡に対する仮定的債務者の処分授權」という概念で表現する(九頁その他)。この概念は部分的には田中耕太郎博士(1881-1956)の先駆的業績に依拠するものであるが、この概念によって、例えば手形債務の成立の過程は次のように表現される。手形の引受人は振出人に対して、仮定的(原因)債権の譲渡をなしうる権限を授權する(傍点は訳者による。以下同じ)。この授權と受取人への仮定的債権の譲渡とが結合することにより、債権は現実的に発生する(五頁その他)。すなわち振出人が支払人に対して有するところの、法的現実においては単に仮定的であるにすぎない債権(例えば売買契約上の原因債権)が——支払人がその引受を通してこの仮定的債権の処分(「譲渡」)に対して授權したときは——法的に実在する債権にまで強められる。法的構成においてはこのことはとりわけ次のことを意味する。すなわち手形の交付により新たな抽象的な手形債権が原因債権と並んで成立するに至ることはなく、むしろ手形の交付は単にそれによって原因債権の存在が書面により立証されうることへと導くにすぎない

い、ということ。手形の交付はしたがって担保のためおよび支払のためになされる。だから、原因関係と区別される手形債権に対して原因関係上の抗弁を對抗することが出来るか否かの問題は、安達理論においてはそもそも生じない。彼の理論によると、物的抗弁も人的抗弁もいずれも処分授權の有効性の問題となり、または、授權が無効な場合に善意の譲受人の信頼がいかん保護されるかの問題となる。

ドイツの法的思考にとつて大層近付き難い「仮定的債権の譲渡に対する仮定的債務者の処分授權」という構成は、その基本的觀念を日本民法典の四六八条一項に依拠している。この規定によると債務者(一)は、従来の債権者が彼に対して有する債権を新たな債権者へ譲渡することを承認することが出来る。彼が異議を留めずに譲渡を承認すると、彼は新たな債権者に対して、譲渡の当時に従前の債権者に対抗しえた抗弁を対抗しえなくなる。債権譲渡に対する債務者の承認は一種の抽象的債務約束の性質を有する(そして曾つて日本の法律学における支配的見解はさように解していた。二三頁註一参照)。かように債権譲渡の当時に抗弁の附着せる債権、もしくは、例えば有効な取消の結果として全く存在しなくなった債権は、債務者の承認により譲受人のところで完全に有効なものとなるのである!! ドイツ法によればこのことは不可能である。譲受人が善意で取得した場合でもそ

うである（独民法四〇五条）。安達教授はこれについて反対の見解を述べ、これを独民法四三七条によって基礎づけようと試みている（二六頁）。しかしこの根拠づけの試みは説得的ではない。

逆にそれは、反対のことを証明している。というのは、もしも存在しない債権についての買主ないし譲受人が債権を取得しうるのであれば、債権の存在についての担保責任を明文で（訳者註）独民法四三七条を指す規定する必要はないはずだからである。

ドイツ法の立場からする安達理論に対する以上のような反論は、しかしながら、本書の背後に横たわっている龐大な思考の成果（immense Gedankenleistung）やその構想の獨創性や、さらに詳細な点における、また、推論の帰結の叙述における精密さ（Akribie）と比べるならば、とるに足りないものである。

〔コメント——安達三季生〕

昭和四八年から四九年にかけて一年余の間、法政大学在外研究員として西ドイツのフライブルクに滞在した際、同大学で有価証券法の講座を担当されているF・リットナー教授の支持を受けて、私がかねてから研究テーマとしていた手形・小切手法の基礎理論（より具体的にいふと、私の独特な手形理論としての授權説による手形・小切手法の再構成）について、これを独文でまとめるこ

とができた。そして幸いにもリットナー教授の尽力によりベルンのヘルベルト・ラング社とフランクフルトのペーター・ラング社が共同で出版しているオイロペイッシェ・ホッホシュリフテン（ヨーロッパ大学叢書）の一冊として発表することができた（その間のいきさつについては、ジュリスト昭和四九年十二月一日号の随想欄に拙文を草したことがある）。私が少なからぬ困難を冒してもドイツで私の論文を発表したいと考えたのは、私の手形理論が極めて独特であり、他方で、日本の手形理論が伝統的にドイツのそのの影響を強く受けていることにかんがみて、私の手形理論が学界における地位を確保するためにも、これを日本で発表するだけでは不十分であり、いわば本家ともいふべきドイツで発表し、そこでの批判ないし評価を受けることが必要だと考えたからである。したがってこの論文は、いうまでもなく日本の手形法や手形理論の紹介ではなく、ドイツ法を素材とし、ドイツの手形・小切手法——もっとも日独の両手形法は基本的には共通する所が多いのだが——の体系の再構成を試みるものがあり、ドイツの手形・小切手法学ひいては私法学に対するひとつのチャレンジである。右拙著の日本語版を出版する計画は残念ながらもまだ実現していない。しかし右拙著の最も基礎的な部分（すなわち仮定的債務者の処分授權の概念の根拠づけを論じた節）は十五年前に法学志林に発表した拙稿「指名債權譲渡における債

務者の異議なき承諾(三)」「(同六一巻二号)に依拠している。また、右拙著発表後の一昨年、法学志林に掲載した拙稿「新白地手形法論(二・完)」(同七四巻一号)の中で右拙著の総論的部分を約八十頁にわたって要約して叙述している(なお、ごく最近に私の手形理論を具体的問題について敷衍した論文として安達「線引小切手の効果と本質」薬師寺米寿記念論文集(昭和五二年)二二七頁以下、および手形を受戻した者の地位を論じた最判昭和五一・六・一七の判例評釈(判例評論昭和五三・一・一号一三七頁以下がある)。

ところで右拙著に関し、私は屢々私の同僚や知友から「ドイツでどんな反響があったか」と質問されることがあった。すでにリットナー教授は、右拙著に寄せられた序文の中でその評価を書かれている(これについては前掲拙稿「新白地手形法論(三)」の中でその一部を訳出している。志林七四巻一号一五九頁註一〇参照)。その後、ハノーバー大学のレーベ教授が西ドイツの法律雑誌「有価証券時報」に書評を書いてくれた。そこで、前述の質問にこたえるためにもその邦訳を発表することにしたらどうかと考えていたが、今回、本誌編集委員会の特別の配慮によって、ここに前田助教の協力を得て邦訳し、その発表の機会を与えられることになった次第である。以下に右書評について私の立場から若干のコメントをつけ加えることにする。

1 右書評の冒頭で、ドイツでは——曾って百年以上もの間

手形理論に関して契約説、創造説、発行説がたがいに対立したが——現在では表見法理によって修正された契約説が圧倒的に支配的な見解だと述べられている。この点、近時のわが国の学界では、鈴木竹雄教授の主張される、徹底した創造説の立場が有力になりつつあることと比べて興味深い。

2 右書評の中で私の手形理論を紹介している部分については、私から見て若干の誤解がある。勿論、私の手形・小切手法の体系が(また指図や商人債務証券や持参人私債券が)「仮定的債務者の処分授權」の概念で組み立てられていることを指摘することは正しい。しかしこの概念による手形法の構成の説明にあたって、書評の文章によると、原因債権自体が仮定的債権となるかの如くに書いている部分があるがこれは誤解である。私見では、為替手形の振出を通して譲渡される仮定的債権は原因債権とは全然別個の存在として扱えられるからである。結局、右書評の文章のうち訳者が傍点を附した部分(括弧内の二ヶ所)は削除するのが正しい(それによって全体としては正しい紹介になる)。

3 わが民法四六八条一項に定める、債権譲渡に対する債務者の異議を留めぬ承諾の規定は、外国に立法例のないわが民法典独特の規定であるが(この規定の立法の沿革とその比較法的考察については前掲拙稿「指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾」(志林五九巻三・四合併号五三頁以下および九三頁以下参照)、右書評の

この規定に触れた部分を読むと、ドイツ法の立場から見るとこの規定の内容が極めて奇異に受け取られていることがよくわかる。

4 右書評はドイツ法上、譲受人が善意でもわが民法四六八条一項に相当する抗弁切断の關係が認められないとして、独民法四〇五条を援用している。同条は「債務者が債務ニ関スル証書ヲ交付シタル場合ニ於テ債權ガ其証書ヲ呈示シテ譲渡セラレタルトキハ、債務者ハ新債權者ニ対シ債務關係ノ締結又ハ承認ガ仮装的ニ為サレタルコト又ハ旧債權者トノ合意ニヨリ譲渡ヲ禁止シタルコトヲ主張スルコトヲ得ズ。但シ新債權者ガ譲渡ノ當時其ノ事情ヲ知り又ハ知ルコトヲ得ベカリシトキハ此ノ限りニアラズ」と規定する。わが民法典にはこれに該当する規定はないが、民法九四条に定める通謀虚偽表示の規定の適用によって同様な結果が認められている（ちなみに独民法典にはわが民法九四条に相当する規定はない）。ところで独民法四〇五条は、債務者が積極的に譲渡を承諾ないし承認した場合については何も言っていない。また、同条は、債權の譲受人が抗弁の切断された債權を取得するのは同条の規定する場合に限ると述べているわけではない。だからわが民法四六八条一項の定めると同じ關係がドイツ法上は認できないとして右四〇五条を援用するのは正当ではない。なお、拙著でも右四〇五条を問題にするが、それ

は次のような意味においてである。すなわち私は同条の趣旨を、存在しない債權に関して、それが存在するかのような外形が存する場合に（しかもその作出について債務者に帰責事由がある場合に）それを信頼して譲受けた者を保護する規定であり、その意味で債權の存在に関する善意取得の規定であるとしてとらえる。そしてこれは、通常の善意取得、すなわち債權の帰屬者に非ざる者が帰屬者らしい外形を有する場合に（しかもその外形の作出について債權の帰屬者に帰責事由がある場合に）その外形を信頼して譲受けた者を保護するという趣旨の制度（債權の帰屬に関する善意取得）と対応するものである。ところで他面において、後者の善意取得（通常の善意取得）に対応するものとしては、独民法一八五条の処分授權の制度（債權の帰屬者に非ざる者がその債權を自己に帰屬する債權として他に譲渡したときに、債權の帰屬者の承認によって譲受人は期待した通りに債權を取得する關係が存在する。あたかもこれと同じように、前者の善意取得（債權の存在に関する善意取得）に関しても、これと対応するものとして、理論上、仮定的債務者の処分授權の法理（存在しない債權が存在するとして譲渡されたとき、その債務者すなわち仮定的債務者の承認によって、譲受人はその期待した通りの現実の債權を取得する關係）が認められるべきであり、そしてわが民法四六八条一項の定める、債務者の異議なき承諾の制度はまさにこれを明文で規定したものと見るべきであり、

明文の規定のないドイツでも理論上同じ關係が承認さるべきである。かようにして、仮定的債務者の処分授權の概念はドイツ法にとっては「これによって民法の体系における欠缺が補完されることになる」(拙著一九頁)という意味を有するのである(詳細については前掲拙稿志林六一卷二号六頁以下参照)。

5 右書評は、ドイツ法上、わが民法四六八条一項に相当する關係が承認されるかの問題に關連してドイツ民法四三七条を引用している。同条は「債權其ノ他ノ權利ノ売主ハカカル權利ノ法律上ノ存在ヲ担保ス」と規定する。この規定と同趣旨の規定はわが民法典には存在しないが、フランス民法典やスイス債務法イタリー民法典など大多數の民法典には存在する。この規定の適用の結果、例えば甲の乙に対する債權が弁済によって既に消滅した後に、甲がその債權がまだ存在すると称して丙に売ったとき、その売買契約は無効とならず(だから独民法三〇六条「不能ノ給付ヲ目的トスル契約ハ無効トス」との規定は適用されない、と解されている)、売主は買主に対して履行利益の賠償義務を負う。したがって右の場合の売主の地位は、あたかも他人に帰属する權利を自己に帰属する權利と称して売った売主の地位と同じである。ところで他人に属する權利の売主が買主に対して、かかる担保責任を負う關係に対応する關係として、次の關係すなわち真実の權利者が非權利者の売買ないし譲渡を承認(追認

もしくは事前の同意)することによって、買主は期待した通りの權利を取得しようという關係(独民法一八五条の処分授權の關係)が存在する。つまり、かような真実の權利者の処分授權によって、買主は期待した通りの權利を取得しよう可能性があるからこそ、非權利者のなした売買契約は原始的に無効な契約となることなく有効な契約とされ、そうして売主は担保責任を負担することになる、と解しよう。かように解するならば、實際には存在しない債權の売買においても、あたかも右と同じように、独民法四三七条に対応する關係として、仮定的債務者の処分授權の關係、すなわち譲渡の対象となっている實際には存在しない債權についての債務者が、かかる債權の譲渡を追認もしくは事前に承認することによって、譲受人はその期待した通りに、その債權が有効に存在するものとして現実の債權を取得しよう、という關係が認められるべきである(かような關係が存在することを前提にしてこそ独民法四三七条の規定が成り立っていると解しよう)。そして私見によればこの關係がまさしくわが民法四六八条一項の定める債務者の承諾の關係であり、かようにしてドイツ民法のもとも、わが民法同条の規定すると同じ關係が是認さるべきである(逆にわが民法にはドイツ民法四三七条に相当する規定はないが——そのため、わが国の通説は、存在しない債權についての売買契約は原始的に不能な給付を目的とする契約だから無効だと解し、売主は契

約締結上の過失による責任のみを負うと解している——しかしわが民法四六八条一項との関係からも、右四三七条の定めるのと同じく売主の担保責任を是認すべきであると考ええる。右のような私見(その詳細については前掲拙稿・志林六一巻二号五四頁以下および拙稿「債権の売買・有斐閣」契約法大系(Ⅱ)二二八頁以下参照)に対して、右書評は批判を加え、もし独民法上、日本民法四六八条一項と同じ関係が是認されるならば、独民法上、同四三七条に定める関係は当然に承認されうはずであり、従って同条を明文で規定する必要はなかったはずである、だから独民法四三七条が明文で規定されていることは、日本民法四六八条一項の規定に該当する関係がドイツ法上は認められないことの証明となるのだ、という。おもうに、右書評のような推論を行うことも、前述した私見のような推論を行うことも、形式的な法的推論の方法としてはいずれも可能である。それはあたかも、ある規定についてこれを制限的规定だと解釈することも例示的な規定だと解釈することも、いずれも文理解釈としては可能であるのと同じである。そして右のいずれの解釈方法をとるべきかは、結局、法の全体的な体系を顧慮し、また、実質的な妥当性を斟酌して決すべきであるのと同様に、書評のとする推論と私のとする推論のいずれをとるべきかの決定も、結局は、体系的な顧慮と実質的な妥当性の斟酌によってなさるべきであり、法規の文言だけからこれを決すること

とはできない。この点についていへば、そもそも拙著で独民法四三七条をとりあげて論じた目的は、仮定的債務者の処分授權の概念(私見によればわが民法四六八条一項はこれを端的に表現する規定である)を一個の法概念としては認さるべきことを主張し、これを確立せんとすることにあるのであり、その目的のためには独民法四三七条を援用するほかに代理の法理、将来の權利(債権)の譲渡ないし処分に関する法理、善意取得制度、信託の譲渡の法理をも援用し、かような体系的な考察を通して論証を試みている(詳細は前掲拙稿・志林六一巻二号参照)。また、債権譲渡に関するドイツの判例が、少くともその動向として、わが民法四六八条一項と同様な関係を承認する方向に向っていることも指摘した(拙著二六頁註³)。

このようにして、私見の立場からすれば、四三七条をめぐる右書評の批判は法律の個々の条文のみにとらわれ、法の全体的、体系的な把握の重要性を見失っている、と反論せざるをえないことになる。

6 以上のように、右書評について、私の立場からすると異論がないわけではないが、ともかく、拙著がその内容において従来の手形理論と全く異った理論を主張しているために理解することが困難であつたろうにも拘らず、また、文章の点でも独文に不慣れた外国人の書いたものとして理解しにくかったであ

ろうにも拘らず、拙著をとりあげて書評を試みられたレーベ教授に対して深い感謝の意を表したい。

7 右書評と直接の関係はないが、この機会にリットナー教授の若い助手である P. Benhin 氏が——氏は拙著の執筆にあたり文章の訂正・推敲について精力的かつ献身的に協力してくれた——出版社からの要請に応じて European Doctoral Thesis Abstracts Journal に掲載するために、帰国後の私に代って拙著の内容を要約してくれた(そしてリットナー教授が校閲された)文章を邦訳して紹介しておきたい。この要約は私から見て驚くほど要領よく簡潔に書かれており、前記書評における拙著の紹介の不十分な点を補うことになるとともに、他面ではドイツ法学に特徴的な関心のもちかた、すなわち理論と体系性を愛好する性向がよく表われていると思われる点でも興味があるからである。以下はその逐語訳である。

「本書は、民法上の指図(Aufweisung)、商人指図証券、商人(債務証券、持参人払債券、手形および小切手を、同一の基礎的構成要素を用いて——したがって統一的な見方のもとに——単一の法的理論によって把握し、かつ体系的に秩序づけようと試みている。本書は従来の法理論(Rechtsdogmatik)とは非常に異なった新しい特色を、しかし同時に有価証券法を再び一般的な民法の体系に強く接続させるような新しい特色を示している。

その理論の礎石を形作っているのは、仮定的債務者の処分授權という概念である。それは、その構造においてドイツ民法一八五条による通常の処分授權に対応しており、したがってさようなものとして、現行私法の体系に完全に適合している。

この概念は、例えば、すべての手形行為の基礎と看做されるすなわち為替手形の振出は支払人(仮定的債務者)に対する仮定的債権の譲渡として理解される。引受人による引受はかかる仮定的債権の譲渡に対する授權(仮定的債務者の処分授權)——この授權により仮定的債権は現実的債権となる——として理解される。引受が予めなされるときは、事前の授權(同意 Einwilligung)が存在する。この新たな概念は前述の諸証券を、一方が他方の基礎の上に組み立てられているところの三つの類型グループに体系的に整理することを可能ならしめる。最も単純なグループ(すなわち日本民法四六八条一項およびドイツ民法上の指図)は、単に一個の処分授權から成り立っているのに対して、第二のグループの証券(商人指図証券・商人債務証券・持参人権債券)には、多数の授權——すなわち譲渡の度毎に、それを通してなされるところの、義務者に対する仮定的債権の譲渡に対する多数の授權——が結合している。さらに、最も複雑なグループの証券(為替手形・約束手形・小切手)にあつては、第二グループの証券が互に結合している。たとえば、為替手形においては商人指図証券

と商人債務証券とが結合されている。

このような、従来考えられていなかった、そして一見複雑そうに見えるけれども少数の明確な諸原理から組み立てられているところの新たな構成の助けによって、とりわけ手形、小切手のあらゆる法現象が説明され、そしてあらゆる諸問題が解決される。このことは本書で大抵の実際上の重要な諸問題について検証されている。とりわけ、種々の裏書の形式について、瑕疵あるもしくは偽造された手形について、抗弁の切断について、原因関係の有する意味について、手形法上の利得償還請求権について、検証されている。また、本書は従来の説に対する非常に異質な見解のために、従来の有価証券法の考え方の基礎について立ち入った検討をなすことを余儀なくされている。すなわち、なかんづく無因債務の概念について、あるいは「証券上の権利は証券に対する所有権に従う」という命題について、あるいは有価証券の概念について、検討がなされている。

おわりに本論文は、手形、小切手およびその他の証券の構造と機能に関して次のごとき理論を、すなわちモデル(Model)の演繹を通して手形・小切手法上の、またとりわけ法律実務上の諸問題を出来るだけ明確に、かつ首尾一貫して矛盾なく解決することを可能ならしめるとき理論を開発することを目指したものである。」

安達三季生著「手形・小切手法の一般理論について」(前田・安達)