

手形の裏書

— 信用制度と法理論 (一) —

鷹 巢 信 孝

- 一 はしがき
- 二 裏書の歴史と裏書の論理
- 三 債権の視点と債務の視点
- 四 むすび

一 はしがき

一 中世イタリアの両替商により、遠隔地への送金手段として生み出された手形は、商取引の発展に伴い支払手段としても利用されるようになり、資本制社会においては、商業信用を表章する手形を基礎とした信用通貨制度が展開されている。このような手形の経済機能の変化に対応して、手形法理も変遷しており、次のような三つの時期を経て今日に至っている。即ち、手形関係をローマ法の概念で説明した第一期。証券に重点を置いて、ローマ法的説明から脱皮せんと試みながらも、結局は契約説が定着した第二期。契約説を超越えんと試みた第三期、である。第一期と第二期においては、手形取引の直接当事者間の権利関係を説明する「静的理論」が中心をなしたのに対し、手形が信用手段として機能する段階に相当する第三期には、手形債務者と第三取得者との権利関係を説明する「動的理論」の建設に努力が払われ、手形の流通・債権の流動化を促進するにふさわしい理論を目指したのである。このような発展の跡を受けた今日の

手形理論は「静的理論」と「動的理論」を、即ち法律行為論に立脚する民法的な手形理論と証券の特殊性を重視する証券法的な手形理論を、綜合止揚することが課題だといわれている。⁽²⁾

二 手形上の権利が第三取得者の手に入る通常のルートは、裏書を介してである。手形の裏書は、民法やコモン・ローあるいはエクイティ上の債権譲渡と比較すれば明らかなように、⁽³⁾「債権の流動化」にとつて極めて好都合な制度である。しかも、この裏書制度こそは、中世の手形制度を近代的なものへと架橋したモメントである。したがって、裏書制度の解明は、手形理論を形成するための要石をなすものといえよう。それだからこそ、裏書の歴史的研究や理論的考察に、数多くの努力が払われて来たのであろうし、今日の手形法解釈学は、これらの研究成果に立脚するものと思われる。

さて、我国の手形法解釈学によれば、裏書には権利移転の効力・担保的効力・資格授与的効力の三つの効果があるとされ、通説は権利移転の効力をもって裏書の本質的効力と解している。手形現象の表面を見る限りでは、この通説の見解は妥当なようであるが、果して裏書現象の本質にまで肉迫しているか疑わしい。というのは、裏書をして一般の債権譲渡から際立たせ、「手形の流通」を支えているのは裏書の担保的効力や人的抗弁切断の効果である。とすれば、裏書理論はこの効果をこそ解明すべきであつて、裏書に伴う権利移転現象を捉えるだけでは十分と言えまい。このような疑問に端を発する小稿は、裏書Ⅱ債権譲渡と解する通説を検討対象として、その方法的難点を探り、資本制社会における手形法現象を把握し直す途が見出せればと願うものである。

(1) 経済学(貨幣論・金融論)の分野で手形を支払手段と云う場合、手形が支払手段としての貨幣を節約する側面を指しており信用手段(信用通貨)という意味で用いられるが、法学において支払手段と云う場合、支払確保の手段・取立手段という意味で用いられ、信用という側面は前面に出て来ないことに注意されたい。

(2) 野津「手形法の変遷(一)」法協五四卷一〇五九頁以下、一四六七頁以下。

(3) コモン・ロー、エクイティさらには一九二五年財産法上の債権譲渡につき、伊藤編・英米法概論三三四頁以下、大浜「流通

証券に就て」早法一三卷（創立五十周年記念論文集）七八頁以下、Anson, Law of Contract, 14th ed., p. 284 et seq. Jacobs, A Short Treatise on the Law of Bills of Exchange, Cheques, Promissory Notes and Negotiable Instruments generally, 3rd ed., p. 2 et seq.

英法上の流通証券については、伊藤編・前掲書三二六頁以下、大浜・前掲論文八頁以下、Anson, op. cit., p. 293 et seq. Jacobs, op. cit., p. 11 et seq. Holdsworth, A History of English Law, vol. III, p. 113 et seq.

二 裏書の歴史と裏書の論理

一 これまでの歴史的⁽¹⁾研究によれば、手形の裏書制度は為替手形に關して、一六世紀の末葉、イタリアにおいて発生したものとされている。他地払約束手形に付隨して發行された支払委託書が分離・獨立して發展した初期の為替手形には、振出人・受取人・支払人の他に呈示人が記載され、呈示人は受取人の受任者として手形金の支払を受けるのが通例であった。しかし、呈示人自ら取立をなしない場合の不都合を避けるために、古来より各種の証書に慣用されていた「指図文句」を手形にも転用することになり、取立のための受任者を指定する慣習が生じ、ここに裏書制度の萌芽があるとされる。即ち、呈示人は、支払人に対して呈示人の指定した受任者に支払うよう委託するとともに、呈示人が手形金を受領せる旨を記載して、右受任者の資格証明に代える慣行がイタリアに生じ、これがフランスにおいて發展し、ヨーロッパ全土に拡まった。しかも、フランスでは、右の手形金受領文句を記載した委託が、手形の裏面になされたことが、「裏書」なる名称の起源となつたわけである。

このように、被裏書人の支払受領資格を証明する手段として生み出された裏書制度は、一七―一八世紀に至る間に、手形上の権利を讓渡する手段としても利用されるようになり、指図文句の他に被裏書人より対価を受領せる旨の記載の有無によつて、完全裏書と取立委任裏書とに分化して行つた。それに伴い呈示人を記載する必要がなくなり、為替手形は四当事者の關係を表示するものから三当事者の關係を表示するものへと變遷することになる。しかし、このような裏

書制度も平坦な途を歩み続けたわけではなく、両替商の反対に遭遇したり、あるいは指図文句の性質上、一回限りの裏書しか認められなかったというような障害を白地裏書という方法で回避しながら、商取引の要求は今日のような裏書制度を創り上げて行ったのである。

二 手形の裏書が認められるようになるの間もなく、裏書人の遡求義務も認められるようになり、跳躍遡求や人的抗弁の切断が商人間の慣習として、あるいは制定法によって制度化されて行った。そして、このような裏書制度の定着とともに、裏書の法的性質を理論化する試みも企てられるようになった。即ち、一七世紀後半のイタリアでは、裏書の法的性質は振出行為と同様に、その基礎となった原因関係に依じて、売買・贈与あるいは交換であるとする素朴な見解が展開されていたが、裏書の発展に伴い、裏書行為は委任と解されるようになり、被裏書人は後で付加された受任者と同じに至った。しかし、かつて呈示人がローマ法における「弁済のための受任者」にすぎないか否か争われたと同様の議論が、受任者たる被裏書人についても再燃し、ここでも呈示人の法的地位と同様に、通常の委任と「自己のためにする委任」とがありうることに落着し、「自己のためにする委任」たる裏書が今日の債権譲渡説の先駆的理論となったのである。なお、イタリアやドイツでは、右の委任説ないし債権譲渡説の他にも、裏書をもって、裏書人が被裏書人のために新たな手形を振出すと見る手形説や、被裏書人に対する裏書人の債務を支払人が負担するよう委託すると見る債権転付説なども展開されたが、これらの見解は裏書の沿革に合わないとか、裏書人の遡求義務を説明しえないということ、支配的になりえなかった模様である。

ところで、完全裏書の法的性質を債権譲渡と構成する場合、裏書人の遡求義務や裏書に伴う人的抗弁切断をどのような理論で根拠づけるかにつき、当時のイタリアやドイツの学説が苦勞したことは、今日と変わりがないようである。例えば、イタリアでは裏書の担保的効力を説くために、裏書はローマ法上の債権譲渡とは異なった新たな種類の債権譲渡、即ち「弁済が従う限り」とか「弁済が従わないならば債権が残る」という条件付の債権譲渡としたり、あるいは煩雑で

費用の崇む順次の遡求を避け跳躍遡求を根拠づけるために、指図式で振出した者や裏書した者は、彼の直接の相手方のみならず、その後者に対しても償還責任を引受ける旨の表示をなすものと見る商慣習に依り拠を求めた。この説明を見る限りでは、裏書の担保的効力の根拠は裏書人の意思に帰するようにも採れるが、それは説明のための便宜にすぎず、その実は商人的衡平の観念に基づいて裏書人の償還約束を導き出し、被裏書人を保護することによって手形の流通を促進させる狙いだったのでないかと言われている。また、人的抗弁の切断については、一八世紀前半のドイツ各邦の立法（ことに一七二四年ザクセン民事訴訟条例解説附録一五條）によって完成されたという。しかし、それは手形の本質を考察することによって基礎づけられたというよりも、抗弁の制限なしには商取引の円滑を期し難いという實際上の経験に根差したものでしかなかったようである。⁽³⁾

三 右に概観したところから判るように、一七―一八世紀にかけて、既に現在の手形制度に相応するほどのものが形成されていた。のみならず、今日の学説が裏書を債権譲渡と構成するために、裏書の担保的効力や人的抗弁切断の根拠づけに窮し、結局は手形流通保護のために法が特別に認めた制度だとする説明の仕方は、裏書制度生成期の学説と同じ発想であり、裏書に関する限りで言えば、当時の水準からさほど発展していないと評しても過言ではなからう。勿論、初期の裏書理論に言う債権譲渡がローマ法に擬した構成であったことを思えば、今日の債権譲渡説は「権利と証券の結合」に着目しており、民法上の債権譲渡とは異なった側面を強調する点で、違いのあることは認めなければならない。しかも、初期の理論と今日の理論の中間期には、法律行為論を基礎とした手形理論が展開されており、裏書の諸効果についても手形行為論の枠内で根拠づけんと試みていた。だが、この中間期の理論は法解釈学的論理一貫性を求めるあまり、手形の経済的機能を軽視するという欠陥を孕むに至った。それ故にこそ、今日のような説明の仕方が台頭して来たのである。とすれば、今日の学説は、理論的發展の一段階に位置づけて、それなりに評価しなければなるまい。にも拘らず、一七―一八世紀と同様の解決を試みているのは何故であろうか。この点の反省こそが、手形理論を發展させる上

で、先決問題ではなからうか。

この点について私なりの結論を先取りすれば、今日の手形学説も初期の学説と同様に、手形取引の安全確保を目的として、既成の法規範を解釈するにすぎず、手形を資本制信用制度の一環に位置づけた上で、手形の法現象を把握しようとはしないところに問題がありそうである。資本主義の準備段階に当る初期の手形理論・裏書理論は、送金手段ないし取立手段として商人間で利用された手形を対象に、その機能を發揮させるための理屈づけをなせば十分であつたらう。しかし、今日では、手形は単なる貨幣取扱上の技術を越えて貨幣節約の機能を担っており、商業手形が基礎となつて銀行券を生み出し、全社会的規模で信用制度を展開するに至っている。つまり、単なる支払約束証(ないし支払委託証)にすぎなかつた手形が、「信用通貨」として流通しているのである。しかも、手形や小切手・銀行券が流通する事態は最終的には国家によって保障されるとはいえ、その基盤そのものは経済社会の手で作りに出したものである。とすれば、手形現象の法理的説明は、手形法を基準にして手形行為の法的構成をしたり、手形をめぐる紛争解決の指針を与えれば足るものではなく、手形が商業信用の連鎖を反映して貨幣節約機能を担うに至る過程や、その結果生ずる諸々の意識現象について理解しておかねば、一般の債権譲渡とは異なつた手形の裏書について深い考察も出来ないであらう。そのためは、貨幣論・金融論の成果を吸収しなければならぬが、このような迂回作業を経ることによつてこそ、第一期・第二期の「静的理論」と、これを含め越えんとした第三期の「動的理論」を綜合し揚することもあるのではあるまいか。なお、この課題を果すためには、商業信用を表章する簡素な形態たる約束手形を対象とするのが妥当と思われる。⁽⁵⁾

したがって、本稿で単に手形という場合、約束手形のことである。

四 商業信用を広義に解すると商品の掛売り、即ち代金の支払を後日まで猶予する取引關係を指すが、狹義には、販売すべき商品を所有しているけれども、その販売がまだ実現していないために、購買手段たる貨幣を有しない買手に対する信用取引のことである。商品経済の下では、自己の所有する商品は自分にとって何らの使用価値はなく、自分にと

って使用価値ある他人の商品を入手するには、自己の所有する商品を販売して得た貨幣をもって、その欲する他人の商品を購入しなければならぬ。しかし、自分の所有する商品の販売を実現するには流通期間を要し、他人の商品を購入したいときに貨幣を入手できるとは限らない。したがって、自己の所有する商品は販売が実現されない限り、これを如何に大量に所有しようとも、所有しないも同然である。このように、商品所有権に特有な形で現われる「所有と利用の矛盾」を、私的所有の枠内で解決するために生み出されたのが商業信用である。

商業信用は、商品生産・商品流通がある程度発達した社会に見られるものであるが、社会の物質的代謝過程が私的資本によって担われるようになると、右の「所有と利用の矛盾」はこの資本にとってシヴィアーなものと感じられる。というのは、営利を目的とする資本にとっては、商品の流通期間中も生産を続行したいのであるが、そのためには、その分だけの資本を準備しておかねばならない。しかし、資本のすべてに利潤を生ませようとする個別資本家にとって、生産続行に要する資本を準備しておくことは、利潤に対する死重^{死重}と空費と感ぜられ、ここにこの空費節約の衝動が生じるわけである。つまり、追加資本を節約するために、商品の流通期間中、他の資本家から商品（原材料）を掛売りしてもらうことにより（商業信用を利用することにより）、生産を続行できればそれに越したことはない。他方、信用供与者としても、自己にとって使用価値のない商品を所有しておくことが目的ではなく、販売することが目的なのであるから、同業者との競争や商品保管費用を考へるならば、信用を供与する方が得である。けだし、その相手方は貨幣を現有していないとはいへ、貨幣に転化する商品は所有しているのであり、いずれは貨幣を入手するからである。ここに、商業信用の授受につき、売手と買手の利害が一致する基盤がある。

さて、右のような契機によって二当事者間に商業信用が授受されるとしても、それは貨幣による決済を不要とするものではなく、貨幣の登場が後に延期されたにすぎず、社会的には何ら貨幣節約をもたらすものではない。それどころか、信用供与者が生産を続行するためには、信用供与期間中の追加資本を準備しなければならず、彼の側に死重が転嫁

されるにすぎない。したがって、信用供与者がこの死重から解放されるためには、彼もまた原材料の需要者として信用を受ける他はないが、彼はすでに信用供与者として金銭債権（代金支払請求権）を有しており、貨幣を入手する可能性は一層強まっているが故に、信用を受け易くなっている。このようにして、信用の連鎖が形成されるに至れば、貨幣節約の基盤が生れてくる。というのは、この場合にもいずれば貨幣が登場しなければならぬとしても、 $A \rightarrow B \rightarrow C \rightarrow D \dots N$ という信用の連鎖が形成されている場合、 A によって弁済された貨幣が $B \rightarrow C \rightarrow D \dots N$ へと流れ、各自の債務弁済に充当されるならば、一単位の貨幣が N マイナス一単位の働きをするわけで、ここに貨幣節約が可能となる。しかも、貨幣の節約は信用の連鎖が長く、各債務の弁済期が同一で、貨幣授受が時間的に短縮されるほど、効果的でありこのような要請を満たすべく利用されているのが手形制度である。手形は裏書の連続によって信用の連鎖を具象化し、手形の現所持人が振出人（為替手形の引受人）のところに取立に行くことで、一連の信用取引は決済されることになる。⁽⁶⁾⁽⁷⁾

五 右の考察から明らかなように、手形は商業信用を表章する証券であり、信用の連鎖を媒介するのが裏書制度である。したがって、裏書の本質を説明するためには、商品売買の当事者間における信用関係を基礎に置かねばならない。というのは、社会的規模における貨幣節約の衝動が信用取引の決済技術を合理化し、手形所持人をして「主たる債務者」のところへ取立に行かしめるが、この結果の側から裏書を考察するならば、振出人に対する受取人の債権が裏書によって譲渡されたと理解しがちだからである。 $A \rightarrow B \rightarrow C \rightarrow D$ という手形流通現象の表面のみを見て、これを法的に構成する前に、この信用の連鎖を形成している個々の関係、即ち A と B 、 B と C 、 C と D の関係を理解しておかねば、裏書の本質に肉迫しえないであろう。われわれのような観点からすれば、 B は A に対して信用を与え、 C は B に対して信用を与えている。したがって、 C の債務者は直接の相手方たる B である。その場合、 B は既に A に対して掛売りしていることが、 C の B に対する信用の担保となっているにすぎない。同様に、 D の債務者は直接の相手方たる C であり、 C が B に対して債権を有し、 B が A に対して債権を有している事実は、 D の C に対する信用を強化するにすぎず、 D と A の

間に直接の債権債務関係が存在するわけではない。このように、一つ一つの信用関係は個々の関係でしかないのに、これらが如何にして一枚の証券に表章されて、簡便に決済される手形制度へと発展して行くのであろうか。この過程を追うことは、手形法理の主要課題の一部を成すものと思う。なお、このような考察方法は、中世商人の遺産たる手形制度を受継がなかったものと仮定した上で、資本制社会が自らの手で貨幣節約の手段を生み出さねばならないとすれば、どのような過程を経てこれを発生せしめるであろうかと考え、この過程を理論化する作業であり、中世からの歴史的発展の事実を追えば足りるものではない。

さて、このような作業を開始するに当り、われわれは取引の際に証券を作成するのが慣行化しているものとして出発しよう。とすれば、右の信用取引において、AはBに支払約束証を差出し、BはCに支払約束証を提出することになる。ところで、BがAの支払約束証を有していることは、A・B間に信用取引のあったことを示す証拠とはなるが、CにとってはBの信用を強める上で必ずしも十分なものではない。というのは、BがAの支払約束証を有している事実だけでは、Aから弁済を受けたBが、その貨幣でCに弁済する確証とはならず、Bは他の債権者に弁済するかも知れないし、彼の生活費に当てるかも知れないからである。そこでBが、B自身のCに対する支払約束証に添えて、Aから受領した支払約束証をも差出すならば、Aに対するBの債権はCに対するBの債務の担保となり、Bの信用を強化することが出来る。同様に、Cは彼自身のDに対する支払約束証に添えて、BおよびAの支払約束証をも差出すことで、信用を強化することが出来る。とはいえ、BやCが受領した支払約束証を提出し、債権を担保に入れるならば、今度は彼らがAやBから弁済を受け、その貨幣でCやDに対する債務の弁済をすることが出来なくなる。しかし、もともとAの弁済した貨幣でBやCの債務も弁済されるのであれば、一層のことDがAから弁済を受ける方が簡便であり、貨幣節約効果をあげることも出来る。しかも、Aとしては二重払の危険さえないならば、非個人的な金銭債務のことであり、誰に弁済するかは問題ではない。他方、BやCにしてみれば、Aの支払によって彼らの債務は消滅するのであるから、彼ら

の作成した支払約束証を廃棄してもらわねばならない。そこで、このような諸要請を同時に満たすためには、Aの作成した証書にBC間の信用関係、CD間の信用関係をも記載することにより、現在、誰がAB間の債権の担保権者であるかを証書上明白ならしめ、Aが現在の担保権者に対し証書と引換に弁済すれば彼は免責され、同時にBやCの債務も消滅するようにしておけば十分である。また、証書の譲受人にとっては、担保権設定の對抗要件を踏んだり、担保となる債権の存在を確認したりという面倒な手続を採ることなしに、証書記載どおりの条件で弁済を受けうれば、これに越したことはない。このようにして、Aの作成した証書がAB間の金銭債務のみならず、BC間・CD間の金銭債務の支払に関する規準となり、しかも証書作成者たるA(為替手形の場合は引受人)が第一次の債務者Ⅱ「主たる債務者」と化し、Cに対する本来の債務者であったBや、Dに対する本来の債務者であったCは、「償還義務者」へと転化するところに、手形制度は成立するものといえよう。それでは、このように転化した姿を、従来の学説はどのように理解しているのか、われわれはどのように把握すべきなのか、これが次の課題である。

(1) 大隅「手形裏書の史的概観(一)(二)」法学論叢二四卷三八七頁以下、五七六頁以下、平田・有価証券法史論三〇二頁以下、Holdsworth, *op. cit.*, p. 136 et seq.

(2) 大隅・前掲論文四〇六頁以下、納富「手形理論の発展」法学論叢三八卷一一六五頁以下。

(3) 大隅・前掲論文五七六頁以下、平田・前掲書三三三頁以下。

(4) 金融資本段階には商業手形の流通は減退するが(川合・資本と信用一四三頁以下、生川・イギリス金融資本の成立三六三頁以下)、産業資本段階における内国商業手形の機能を理解しておくことが、手形法現象解明の基本である。

(5) 歴史的には、手形制度の発展は為替手形に関して展開されることは、大陸でもイギリスでも同様である。因に、イギリスでは約束手形を内国為替手形と同様に取扱って来たのに対して、一七〇〇年から一七〇三年に至る間の四つの判決の中で、ホルト判事は約束手形を為替手形と同様に扱うことは「ロンドンボード街がウエストミンスター・ホールに法律を与える」こととなるが故に許されないとして、両者を区別するに至った。にも拘らず、この判決は商人達の反対運動に遭遇し、一七〇四年の条例

で約束手形の流通性は確認されるに至り、「ロンバード街がウエストミンスター・ホールに法律を与えた」のである(平田・前掲書三七四頁以下、上柳「イギリス手形法成立史の概観」法学論叢五七卷七九頁以下、Holdsworth, *op. cit.*, p. 170 et seq.)。なお、ホールズワースは、ホルト判事が為替手形を捺印契約と解して、単純契約にすぎない約束手形と区別した点は誤りであるが、歴史も浅く、しかも為替手形とは性質の異なる約束手形を区別したこと自体については評価している (*op. cit.*, p. 175)。イギリスにおける近代手形法史を理解する上で、為替手形と約束手形の歴史や性質の違いもさることながらこの当時に手形が送金手段・取立手段から信用手段へと、機能転化していた点を見落してはなるまい。現に、ホールズワースによれば一六九七年の判決で振出地と支払地の隔地性は不要とされ、手形は紙券通貨 *paper currency* としての機能を發揮することになるが (*op. cit.*, p. 169)、一七〇四年の条例もこのような背景の下に理解されるべきであろう。なお、一六九四年のイングランド銀行設立以前における手形の流通状態については、小野・イギリス信用体系史論第三章・第四章、長「信用制度の発達」大塚ほか編著「西洋経済史講座」(一)三二一頁以下。cf. Holden, *History of Negotiable Instruments in English Law*, 1955, Chap. 3 and 4.

(6) さらに手形交換制度が生み出されると、決済の合理化は一段と進み、貨幣節約も効果的になる。勿論、銀行の信用創造(小切手・銀行券)による貨幣節約機能は商業手形の比ではないが、本稿では商業手形のみを対象とし、小切手や銀行券をめぐる法現象に合いては別稿に譲りたい。

(7) 以上の考察は、川合・資本と信用第一篇第一章、第二篇第一章、深町・所有と信用第二篇第二章に負うところが多い。

三 債権の視点と債務の視点

一 手形の裏書を債権譲渡とする通説によれば、裏書人の償還義務は、手形流通保護のために法がとくに認めたものとされている。この見解は、手形不渡の場合をひとまず除外して裏書行為の法的構成をなし、次に、不渡となった場合の裏書人の償還義務の根拠づけを求めるといふ思考順序をとり、両者を統一的に把握しないところに生れたものと思われる。このように、不渡の場合をひとまず除外すればこそ、裏書人債権譲渡という構成も可能となり、手形を「信用通貨」と見る取引社会の意識に合致することも出来よう。何故ならば、手形が転々流通し、裏書人のみならず被裏書人の

側にも、裏書¹⁾債権譲渡とする意識が生ずるには、手形の支払が確實であることが前提だからである。しかし、通説のように、説明しにくい効果をすべて法の規定に帰するのは余りにも安易な態度だとして、償還義務の根拠を裏書人の債務負担意思に求める見解が、少数ながらも有力に主張されている。¹⁾この少数説の通説批判には正しい視点を含んでいるが、通説と同様に裏書²⁾債権譲渡とする限り、次のような反批判に遭遇せざるをえないであろう。即ち、債権の譲渡人(裏書人)は特別の意思表示をしない限り、債権の存在について担保しても、債務者の資力についてまで担保しないのではないか、との反論が成り立ちうる。また、裏書制度の沿革に照らすとき、裏書人の償還義務は商慣習に基づくものであって、これを裏書人の意思表示に帰することは出来ない、とも言われている。²⁾勿論、資本制経済における信用制度の一環たる手形の裏書を説明する際に、中世の沿革を引合に出すことの不適当なことは、改めて言うまでもない。だが、裏書を債権譲渡とした上で、償還義務の根拠を裏書人の意思に求める少数説も、よくよく検討して見れば、結局は取引社会の意思に帰するのであって、通説との違いは表現上の差にすぎないように思われる。

というのは、この少数説によると、裏書人は引受や支払を担保する意思を有するのが通常の事態であるが故に、法はこの意思を基礎にして償還義務を規定したのであり、裏書人に償還義務を負う意思がたまたま存しない場合でも、その意思があるものとして取扱われるのだ、と説明している。なるほど、この説の言うように、実定法の基盤は個々人の意思にある。とはいえ、個々人の意思が直ちに実定法として結実するのではなく、個々人の意思が社会的意思となり、ここに社会規範が形成され、この社会規範を参考にしながら実定法(国家規範)は形成されるのではなからうか。だとすれば、右の少数説の場合にも、裏書人が引受や支払を担保する意思を表示していなくとも償還義務を負担させる手形法の規定は、そのような社会的意識が形成されていることに基礎を持つと言うにすぎず、この説が裏書人の個々の意思表示の効果として償還義務を根拠づけているかは疑わしい。要するに、少数説の発想は裏書人の意思という側面を重視することにより、償還義務をも統一的に把握せんとする点において、通説の発想を一步抜け出んとしている。にも拘

らず、この説は個人意思と社会意思、社会意思と国家意思（実定法³||国家規範に結実する）の区別・連関を見落すと
るに、法理的難点があるといえよう。のみならず、手形の授受を債権譲渡と見る取引社会の意識は、手形が正常に支払
われることを前提にして生れると思われるが、この場合、裏書人の側では償還義務の負担とか、さらには原因債務の併
存など考えても見ないのでなからうか。とすれば、少数説のように裏書を債権譲渡と構成しながら、不渡の場合の償
還義務についても、裏書人の意思によって統一的に把握せんとする試みは、債権譲渡説を支える前提と両立しないこと
にならう。

二 手形の裏書をどのように理解するにせよ、この行為によって被裏書人は振出人に対する債権を有することにな
る。そして、裏書人は被裏書人に対し何らかの原因債務を負担していればこそ受取手形を裏書交付し、被裏書人を手形
上の権利者とするのである。しかも、被裏書人は振出人の支払能力を軽視するものではないが、裏書人に対する信用が
根柢をなしており、通常の場合、裏書人は手形の裏書交付によって原因債務を免れるわけではない（銀行が振出人とな
ったり、独占の大企業が振出人の場合には、振出人の信用だけでも流通するであろうが、商業手形を原理的に解明する次
元では、銀行券や独占の大企業を考える必要はない）。このように、裏書人の原因債務を根柢にして、振出人の債務負担
意思を客観化した手形が裏書され、被裏書人に手形上の権利が生じ、しかも裏書人の原因債務と振出人の手形上の「主
たる債務」が併存する事態は、併存的債務引受を想起させるものがある。しかし、手形裏書の場合、民法上の債務引受
とは異なり、振出人・裏書人・被裏書人間で、あるいは振出人・被裏書人もしくは振出人・裏書人間で契約がなされる
というよりも、振出人は正当所持人に対する金銭支払意思（債務負担意思）を予じめ書面に表示しており、裏書人がこ
れを裏書交付することによって、振出人の意思は被裏書人に伝達され、被裏書人がこの証書の受領を拒まない限り、裏
書人の被裏書人に対する金銭債務は、この証書に記載されたところに従って、振出人が負担することになる。とすれば
手形の裏書は、振出人の債務負担意思を被裏書人に伝達することにより、特殊な債務引受を惹起するもの、と見ること

が出来そうである。

だが、それでは裏書人に担保責任が生じる事態をどのように考えればよいのであろうか。手形裏書を特殊な債務引受の一過程と見るならば、この観点からは、債権譲渡説のように裏書人の償還義務を振出人の支払能力に対する担保責任と見ることは出来ない。というのは、併存的債務引受は担保機能を有して⁽⁵⁾おり、また信用手段としての手形発生⁽⁵⁾の論理として述べたように、裏書人の支払能力を振出人が担保しているのであって、この振出人の支払能力をさらに裏書人が担保するというのはナンセンスである。もし手形が不渡となった場合、被裏書人は裏書人に対して原因債務の履行を求めれば足りるであろう。とはいえ、信用の連鎖が一通の証書に表章されている場合、各被裏書人は同一額の手形債権を有したのであるから、原因関係に基づいて順次的に請求して行くよりも、その一定額についてはどの裏書人に対してでも請求しうろ方が(いわゆる跳躍遡求)、貨幣節約という手形の機能に合することになる。のみならず、自己の裏書人が無資力である場合、その前者に請求しうるとすれば、手形所持人にとり安心である。この後者の意味において、裏書人は担保的効力を有するといえよう。つまり、裏書人は振出人の支払能力を担保するのではなく、彼の債権者たる被裏書人の支払能力を担保するものである。しかし、被裏書人の再被裏書人に対する金銭債務は、振出人が手形の「主たる債務者」として第一次的に引受けており、したがって裏書人の担保責任は手形が不渡となって振出人の信用が失墜し、遡求の段階に入って具体化する。そのために、裏書人は振出人の支払能力を担保しているように見えるにすぎまい。

このような理解は、債権譲渡説にとって不可解なことに感じられるかも知れないが、信用手段としての手形の発生過程(手形の歴史的沿革ではない)を想起するならば、容易に納得のいくところであろう。何故ならば、その初期段階においては、他人の債務証書が担保として譲渡され、証書の所持人にとっては自己の債務者よりも前の債務者は、自己の債務者の支払能力を担保する地位にあるからである。しかし、貨幣節約効果を挙げるために最初の債務者に支払請求するようになり、そして一通の証書に信用関係が表章されるようになると、最初の債務者(証書作成者)が「主たる債務

者」と化し、通常の場合、裏書人はこの証書を「支払のために」譲渡するようになり、被裏書人が将来負担する債務を担保する意識は毛頭ないであろう。にも拘らず、手形が不渡となり、手形本来の機能を果しえなくなったとき、跳躍遡求という形で担保責任が甦ってくる。では、裏書人に担保意思がないのに、何故、担保責任が生ずるのであろうか。それは、裏書人が振出人の作成した債務証書を利用して、彼が被裏書人に対する本来の債務者であること、そしてこの債務を振出人に支払わせることを公表したからに他ならない。というのは、振出人の作成した債務証書は、^(5a) 転々流通することを予定して作成されたものであり、単に当事者間における原因債務の証拠証書に止まるものではなく、原因債務のうち金銭支払に関する部分を抽象化し独立化して、この証書の正当な所持人（受取人またはその指図人）に金銭を支払う旨表明したものである。したがって、このような証書に裏書し、自らが被裏書人に対する本来の債務者たることを公表した者もまた、彼の原因債務を抽象化独立化した債務を被裏書人やその指図人に対して負担するのであり、この証書所持人は手形行為者全員に対し債権を有することになる。しかし、裏書人は振出人に支払わせる旨を表明し、振出人は裏書人の指図人に支払う旨を表明しているのであるから、この抽象的な債務に関しては振出人が「主たる債務者」となり、裏書人は第二次的な手形債務者として、手形不渡の場合に「償還義務」を負担することになる。とすれば、裏書人の被裏書人に対する「償還義務」は彼の原因債務を抽象化・独立化したものであり、振出人の債務引受によって第二次的な債務へ転化したにすぎない。そして、裏書人の再被裏書人に対する「償還義務」こそが裏書の担保的効力というにふさわしいものであり、被裏書人の再被裏書人に対する手形債務を、第二次的に（振出人に次いで）引受けたことによるものである。したがって、裏書人が跳躍遡求を避けんと欲するならば、「裏書禁止」文句を記して、その旨を表示しなければならぬ。なお、裏書人は「無担保」文句を記載することにより、手形債務を免れることが出来るが、このことは裏書人は本来ならば手形債務を負担することを示すものである。

三 以上のことを踏まえながら、裏書の規範的構造を説くならば、裏書人の行為は受取手形を利用して自らも手形債務を負担する一方、振出人の債務負担意思を被裏書人に伝達することにより、特殊な債務引受を惹起する。そして、再

裏書の場合には、再裏書人自身の手形債務負担と、振出人および第一の裏書人の債務負担意思の伝達により、特殊な債権引受が生じることになる。⁽⁶⁾このように、手形の裏書を特殊な債権引受の一過程に位置づけて見るならば、債権譲渡説からは特殊なものと映ずる裏書の諸効果も、単に表面的な特殊性の指摘に止まらず、その特殊性の根源から把握しうるのではなからうか。つまり、信用手段としての手形制度は債権の担保化に始まりながら、その完成された姿においては債務の引受(債務負担)制度に転化しており、そのために債権担保化の段階には見られない特殊性が出てくることを理解しうるのである。例えば、裏書の「担保的効力」の特殊性は、「主たる債務者」と「従たる債務者」が、債権担保化の場合とは逆転してしまうことに由来するものであるが、手形の裏書を債権譲渡と見るために、この転倒性が見抜けなくなつたにすぎない。前章からの展開を要約しながら、この点を敷衍すれば、次のようなことである。

今日の完成した手形制度は一通の証書の上に信用の連鎖を表章しているが、もとはといえば個々の信用関係の証書でしかなかった。しかし、空費を節約せんとする資本の衝動は、これら個々の信用関係を一通の証書に表章して、信用の連鎖を具象化せしめ、振出人をこの社会的信用の第一次的担い手とすることにより、社会的な貨幣節約の基礎を築いたのであった。だが、手形が不渡となつて「主たる債務者」の信用が失墜した場合、手形は「信用通貨」として流通しえなくなり、それが裏書人の債務負担証書でもあることが想起される。つまり、手形所持人は彼の本来の債務者である裏書人に対して支払請求をなす。これが遡求制度の本質であり、裏書人の償還義務の真の姿である。それは、裏書人が「償還債務負担の意思表示」をしたからでもなければ、法律が裏書に担保的効力を認めたからでもなく、裏書人が被裏書人から信用買をしたことの反面として金銭債務を負担し、その履行に関して受取手形に裏書をなすことにより、振出人の債務負担証書を利用して、自分が本来の債務者であることを表明したからに他ならない。⁽⁷⁾白地式裏書による手形は無記名式小切手(を引渡した場合)とはいえ、裏書行為は振出人に対して「被裏書人に支払うよう」依頼する文句を記載するのが通例であり、裏書人は固有の手形債務を負担するのだという意識はないであろう。というのも、流通する手形にあっては、

振出人の支払能力が一応の信頼を得ており、それだからこそ裏書人は手形を受取っているからに他ならない。そのため、手形の裏書は振出人に対する債権の譲渡とされ、本来ならば裏書人こそが被裏書人の主たる債務者で、振出人は裏書人の債務の引受人に担保者であるにも拘らず、原因債務との関連を断って手形のみを見るならば、逆に裏書人の方が振出人の債務を担保し、振出人の信用を補充するという具合に、転倒した意識が形成されてくる。裏書の「担保的効力」とか裏書人の「償還義務」という概念は、まさにこの転倒した意識の反映に他ならない。だが、手形の不渡こそは右の転倒した意識を強制的に再転倒せしめ、振出人の債務負担意思の蔭に隠れていた裏書人固有の債務を前面に押し出し、裏書人こそが被裏書人の本来の債務者であったこと、したがって被裏書人の後者は裏書人の資力をたのみにしていること、を思い知らせる契機である。

にも拘らず、信用手段としての手形の発生過程を無視して、手形の完成された姿を捉える従来の学説は、右の転倒した意識をそのままに反映した手形法を基準にして、その枠の中で発想しているにすぎない。そのために、手形の裏書を債権譲渡とし、裏書人の原因債務を抽象化して手形上の第二次的債務に転化した「償還義務」を、その転化したままに国家意思や個人意思に帰している。法規範として結実する以前の、取引社会における規範構造にまで立返って法現象を解明しようとしないうちに、従来の法学の難点があるわけだが、手形の裏書についても、その現象形態を追い、「償還義務」の根拠は「法規範か法律行為か」と問うところに、法実証主義の伝統を読みとることが出来よう。

四 裏書の「担保的効力」にもまして、転々流通する手形に際立った特徴を与えるのが、人的抗弁の切断である。この抗弁切断の効果は、手形が信用通貨として流通する上で不可欠のものであり、その根拠を探ることは手形理論の試金石とも言えよう。しかしながら、裏書を債権譲渡とする説の多くは、この効果を手形流通保護のために、法がとくに認めたものとし、手形法一七条但書は本則に立返るものと見ている。たしかに、信用手段としての手形発生論に照らして考えるとき、Aに対するBの債権がBのCに対する債務の担保に入れられ、Bに対するCの債権がCのDに対する

債務の担保とされるにすぎない段階では、人的抗弁の切断は不可欠のものではない。しかし、一通の証書に信用の連鎖が具象化され、これが転々流通するようになると、人的抗弁の切断は不可欠のものとなる。その限りでは、人的抗弁の切断は手形流通を保護するためのものといえよう。けれども、それは国家の政策的配慮を持出さねば根拠づけえないというものではなく、取引社会における証書の機能変化に根差すものと考えられることも可能である。というのは、一通の証書が転々流通し、そこに信用の連鎖が表章されるようになって、振出人が「主たる債務者」に転化した段階では、振出人は「主たる債務者」となる意思で証書を作成しており、したがってこの証書は振出人・受取人間の原因債務の証拠たりし最初の機能を転じて、社会的な信用関係を規律する規準へと変質し、この信用関係に関与する者すべてを拘束する社会規範として作用するからである。勿論、通常の債務証書も当事者間における社会規範(例えば契約)を書面化したものではあるが、手形は具体的・個別的な取引関係のうち金銭支払に関する部分を抽象した証書であり、直接的な取引関係のない人々の間でも妥当する社会規範である。例えば、振出人が一定内容の金銭債務負担意思を書面に表示して、これを受取人に交付すると、この書面に表示されたところに従って受取人の手形債権が発生し、さらにこの書面が裏書交付されると、被裏書人は振出人の債務負担意思の受領者となり、書面どおりの債権を有することになる。とすれば、被裏書人の振出人に対する権利は、裏書人の権利を譲受けたものではなく、裏書人が媒介となって振出人の意思を伝達した結果、被裏書人と振出人の間で新たに発生したものである。したがって、裏書人と振出人間に存在した人的抗弁が被裏書人の権利に附着する余地はなく、手形法一七条本文は手形関係にとって当然のことを述べたに止まり、同条但書は、手形当事者の意思を越えた取引社会の一般意思(衡平と呼ばれる市民道徳)に照らして認められる抗弁の主張を反映したことになる。

ところで、通説によれば、戻裏書の場合、その中間に善意者が介在していたとしても、手形を再取得した者に対して以前主張しえた人的抗弁は切断されることなく存続するといわれる。しかし、戻裏書といえども裏書に変わりはなく、債

権譲渡説の立場からすれば、善意者のところで抗弁が切斷された以上、戻裏書による再取得者は以前の抗弁が洗滌された権利を承継するはずである。にも拘らず、この結論は妥当でないためか、「人的抗弁の属人性」を根拠にして、抗弁の存続を導き出している。⁽⁸⁾しかし、このような構成が、抗弁の切斷を政策的例外とし、裏書人に対する抗弁がそのまま被裏書人に移転するのを原則と見る、通説の前提と相容れるのか疑問である。というのは、人的抗弁に「属人性」があるとなれば、裏書人に対する抗弁は当該裏書人限りのものであって、被裏書人には移転しないはずである。したがって、たとえ債権譲渡説に立とうとも、抗弁切斷は例外ではないことになる。一方では人的抗弁切斷を例外としながら、他方では人的抗弁の属人性を主張する通説は、裏書によって「譲渡される」手形債権と原因債権の区別と連関を再検討する必要があるのでなからうか。なお、われわれのように、裏書を媒介として振出人と被裏書人の間に新たな権利関係が生ずるが故に、裏書人に対する抗弁は裏書人限りのものであって、被裏書人に附着しないのは当然だと見れば、「人的抗弁の属人性」とは右の原則を述べたにすぎない。また、われわれのように裏書を特殊な債務引受の一過程に位置づけ、振出人は裏書人の被裏書人に対する手形債務を引受けるとの把握が妥当なものとすれば、この理解からは、裏書人と被裏書人間の手形行為に瑕疵がある場合、振出人の引受ける債務には瑕疵が附着することになる。また、裏書人と被裏書人間の原因関係に瑕疵ある場合、その手形関係はこの瑕疵の影響を受け、振出人はそのような手形債務を引受けたことになる。したがって、これらの場合、被裏書人が手形金の支払を求めて来たとき、振出人は裏書人が主張しうる諸事由をもって對抗することが出来る。ところで、この後者の場合につき、債権譲渡説の立場からは、権利濫用や信義則に基づく抗弁によって、振出人の支払拒絶を根拠づけんとしており、最高裁判所も担保権の実行によって原因債務が消滅していた事件や、原因規範たる実用新案権実施許諾契約が錯誤により無効な場合に關して、同様の見解を採っている。⁽⁹⁾しかし、ここに言う抗弁は手形法一七条に想定する抗弁とは逆の關係にあり、権利濫用とか信義則を引合いに出さねばならぬところに、裏書を債権譲渡と構成し、原因關係から切離した通説の無理が発露しているといえよう。

なお、期限後裏書の場合、人的抗弁の切断は生じないといわれるが、その理由として、この場合には手形流通保護の必要がなくなることが挙げられている。したがって、このような手形の裏書には担保的効力もなく、資格授与的効力があるのみとされている。しかし、振出人は相変らずこの手形の「主たる債務者」であり、しかもこの手形が表章する「償還請求権」も手形上の権利とされながら、何故、期限後裏書には裏書特有の効果たる担保的効力や人的抗弁切断の効果が生じないのであるか。このような手形は流通保護の必要がない、というだけでは十分な説明とはいえない。拒絶証書が作成されるべきまでの期間というのは、手形上に表示された債務負担意思が拘束力を有し、手形という社会規範が社会的信用関係を規制する期間（経済的にいえば、手形が「信用通貨」として転々流通しうる期間）であり、この期間内に手形を取得した者でなければ手形関係者になりえないことが、その根拠なのではなからうか。つまり、右の期間経過後、あるいは経過前でも既に振出人の信用が失墜しそれが公証された場合、手形規範は失効してしまい（経済的にいえば「信用通貨」として機能しえなくなり）、この時以後の「手形」は振出人や裏書人の債務負担意思を表明するものではなく、既に発生した債務の証書（振出人の金銭債務、および「償還義務」という形に転倒した裏書人の金銭債務の証書）にすぎない。とすれば、このような「手形」に裏書を受けても、特殊な債務引受は生ぜず、この証書に記載された金銭債権を譲渡されるのみであり、したがって裏書の担保的効力や人的抗弁の切断は生じない。とはいえず、期限前に（手形規範として効力を有していた時期に）手形を取得していた者は、この証書なしに権利の行使は出来ないのであるから、彼の権利を譲受けるには証書の交付が必要であり、したがって期限後裏書にも資格授与的効力だけは認められるのであろう。

要するに、裏書人に対する人的抗弁は被裏書人の権利に附着しないのが当然だとするわれわれの理解も、手形が転々流通することに基づいてはいるが、手形の流通性から無媒介的に導き出さるものではなく、手形に表明された債務負担意思が手形関係者に共通の規範となることを把握してこそ、導き出さるのではなからうか。人的抗弁の切断は手形

流通保護のために法がとくに認めたとする捉え方は、社会の意思を媒介することなく、いきなり国家意思を持出す国家法万能の発想に通じるが、それというのも個別的な原因規範と抽象的な手形規範の区別・連関をつけずに、手形流通の表面のみを見て、裏書を債権譲渡としたことに伴う欠陥といえよう。なお、裏書を債権譲渡と構成した上で、人的抗弁の切断を自然に説明しようとの見解もあるが(鈴木・前掲書二三三、この説は「手形の無因性」を前提とすることにより、右の結論に到達するものといえよう。ドイツやわが通説の説く「手形の無因性」とは、手形債権の存在は原因関係の影響を全く受けず、ただ原因関係の当事者が手形債権を行使する場合に限り、原因関係上の抗弁を主張しうる、とするものである。したがって、「手形の無因性」を前提とする限り、裏書によって譲渡される手形債権には、原因関係上の抗弁は附着しないのが当然だということになる。しかし、この発想では、説明さるべき事態を前提としており、人的抗弁の切断と「手形の無因性」の関連性を説かない限り、十分な説明とはいえない。つまり、債権譲渡説に立つ場合、単に個別的な債務証書にすぎなかったものが、どのようにして無因の手形へと転化して行くのか、その論理を説明しない限り人的抗弁切断の説明になりえないであろう。⁽¹²⁾^(12a)

五 ところで、「手形の無因性」なる観念は特殊ドイツ的なものであり、「物権行為の無因性」⁽¹³⁾に連なる発想ではないかと思われる。というのは、物権行為を無因的に構成しないイギリスやフランスでは、ドイツの構成とはかなり異なつた手形法理が形成されているからである。

例えばイギリスでは、手形行為は単純契約とされており、裁判所の力を借りて手形債権を実現するには、手形関係の当事者間に約因が存在しなければならぬ。とはいへ、手形行為に関しては、単純契約に関する約因法理が大幅に修正されている。即ち、(1)既存の金銭債務は有効な約因と看做される。(2)約因の提供は所持人自身がなす必要はなく、何時・何人が提供してもよい。(3)反証あるまでは約因の存在が推定される(英国手形法二七条以下)、という具合にである。このように既成の契約法理の修正によって構成されたイギリス手形法理は、ドイツのそれと可成り異なつたものであり、その背後

にはイギリス特有の救済方法の変遷が横たわっている。一六世紀の前半、商取引の発展に伴い従来の金銭債務訴訟 Debt に代えて、不法行為上の訴であつた引受訴訟 Assumpsit が利用されるようになり、しかも債務の弁済を明示的に引受けた場合のみならず、黙示的に引受けた場合、即ち弁済の引受が既存の債務により擬制される場合にも、この訴訟が認められるようになり、手形事件の解決にもこの方法が利用された。そして、一七世紀にはコモンロー裁判所が商慣習をコモンローの一部と認め、手形事件は慣習に基づく場合訴訟 Action on the Case により解決されるに至り、先に見たような約因法理の修正も遂げられたのである。そして、この世紀の末葉、為替手形の引受によって、引受人と現所持人またはその指図人との間に、手形金支払契約が成立し、したがって引受人は現所持人に主張しえた抗弁をその指図人に主張しえない、とする判例 (Hussy v. Jacob, 1697) も見られるようになり、手形に特有な善意有償取得原理への足がかりを与えたわけである。⁽¹⁴⁾しかし、イギリスにおいても手形の流通性は商慣習に基づく特殊な制度とされ(一八八二年の手形法制定以後は、この法律に基づく特殊な制度とされ)、手形の裏書は手形上に表章された金銭債権の特殊な譲渡方法とされるにすぎない。そして、流通証券に特有な善意有償取得原理も、手形が貨幣と同様に転々流通するが故に認められたものとされて⁽¹⁵⁾おり、ここには我が通説と一脈通じる発想が見られる。なお、近代初期のイギリス手形法理において、裏書は新たな手形の振出とされ、裏書人は振出人と同様に、担保責任を負うのが当然であり、この責任は手形が不渡となつたから生じるものではないとされていた。そして一八世紀に入ると、為替手形振出人の償還義務の根拠づけに関して、振出行為には手形金支払の担保 Warranty を含むと構成する判決 (Starke v. Cheeseman, 1700) が現われる。⁽¹⁶⁾この判決では、ホールズワースが指摘するように、財産譲渡に関する概念が転用されており、手形が契約上の権利と財産譲渡との両側面をもつことが認識され始めている (Holdsworth, op. cit., p. 162 et seq.)。と云うことは、手形関係を物化した姿で捉え始めた、つまり意識の転倒が生じ始めたことを意味するであらう。

また、一九世紀のフランスにおいては、手形は既存の債務を表章するにすぎず、ただ既存債務が手形に表章されるこ

とよつて債権者の地位が一層強化され、債権の高度の流通性が与えられるとする見解が支配的であつた。だが、この見解では人的抗弁の制限を理論的に導き出せないために、最近ではドイツ的構成を導入しながらフランス的構成を維持せんとする試みがなされている。この試みによると、手形行為により既存債務とは別個の債務が生ずるが、手形授受の当事者間においては既存債務を原因とした有因契約によつて債務を負担するのに対し、将来の手形所持人となる者に対しては一方の無因行為によつて債務を負担するとしている。つまり、振出人と受取人間や裏書人と被裏書人間においては原因関係の瑕疵が手形関係に影響を及ぼすが、振出人と被裏書人や裏書人と第二の被裏書人の間には直接の法律関係が生ずるが故に、他人間の原因関係上の瑕疵が抗弁として主張されないのは当然ということになる。ここでわれわれの目をひく点は、右の構成が裏書を債権譲渡とはしていない点である。のみならず、為替手形の振出人は受取人に対して不渡の場合に自ら支払う旨を約し、裏書人は被裏書人に対して満期に手形金額を取得させる旨を約束すると構成すること、為替手形の振出人や裏書人の遡求義務をも考慮している⁽¹⁷⁾。そのために、原因関係の当事者間における場合とそうでない場合の手形債権の内容が異なり、やや複雑な構成となっているが、訴訟の場面をも考えるとき、手形債権者を必要以上に保護する無因的構成よりも優れた面をもつとされている⁽¹⁸⁾。

なるほど、通常の場合を考えてみると、有効な原因関係が存在していると思えばこそ、手形の授受もなされるのであり、原因関係に瑕疵あることが判明しておれば、手形は授受されないのである。したがつて、この説が試みたように、手形債権を原因債権とは別個の、しかし有因のものとする構成も成立しそうである。だが、この試みによれば、振出人と被裏書人や裏書人と再被裏書人の間には直接的な手形関係が生じるとするが、銀行券や無記名式手形⁽¹⁹⁾と異なり、指図式手形の場合、裏書行為を媒介にして右のような手形関係も生じている。とすれば、その媒介のプロセスを理論化する必要がある。つまり、裏書人と被裏書人の間では有因契約がなされたのに、どうして振出人と被裏書人の間には一方的な無因債務が生じるのであろうか。振出人は裏書人に対する人的抗弁を被裏書人に主張しえないとしても

裏書人・被裏書人間の原因関係上の抗弁はどうか。この点についてまで明らかにするのでなければ、ドイツ的構成を継木して、振出人・被裏書人間に一方的な無因債務が生じるとしてみても、抗弁切断の問題を解決したことにはなるまい。さらに、原因関係の当事者間に有因契約がなされ、償還約束が結ばれるとの理解は妥当であろうか。というのは手形の場合、債務者の意思が問題なのであって、債権者は手形証券に表示された債務者の意思を受領するという消極的役割しか演じないからである。しかも、手形は原因関係当事者間における債務の証拠証書に止まるものでもなければ、原因債務履行の細則として作成されるに止まるものでもなく、第三者の手に渡ることを予定して、金銭支払に関する部分を抽象化・独立化したものである。それだからこそ、手形は原因債務とは別個の債務を表章するものとして転々し、そこに表示された債務者の意思に従った新しい権利関係が発生するのではなからうか。にも拘らず、当事者間では原因債務の「弁済のために」手形は授受されている。とすれば、原因関係の当事者間における原因規範（例えば契約規範）やその履行に関する手形予約と手形行為そのものは区別した上で、連関づけるべきであろう。つまり、原因関係と手形関係の牽連性は、権利の存在とか行使といった表面的な次元における牽連性ではなく、権利義務関係の基盤となる社会規範、即ち原因規範と手形規範の牽連性について考えねばなるまい。とすれば、原因関係の当事者間においては、原因規範が根柢にあるのだから、たとえ手形行為そのものは有効になされても、原因関係に瑕疵ある場合、手形規範の効力は制約されざるをえない。つまり、手形債権は存在しないことになり、したがってこれを行使することは出来ないことになる。この事態を、無因的構成は手形債権の存在を認めた上で人的抗弁として処理するのに対し、有因的構成では手形債権の存在そのものについて直接的に反映させんとするわけである。だが、手形を原因規範とは別個の、しかし当事者間では下位の社会規範として捉えるならば、無因的構成のように手形債権は存在するが行使することは出来ない⁽²⁰⁾。としたり、有因的構成のように一個の手形行為が相手方の違いによって性質を変えらるゝとして、複雑な理解をしなくてはなからうか。

(1) 鈴木・手形法小切手法九七頁、一一三頁以下、二四二頁、同「手形法の基礎理論」手形法小切手法講座(1)二頁以下。小橋・手形行為論一〇頁以下、二五二頁以下。

(2) 大隅・前掲論文五八〇頁、五八一頁。

(3) 法律行為論に立脚した小橋教授の手形行為論は、法は究局において意思に連がるとの視点で貫かれているが、個別意思がどのような過程を経た上で法規範となつて現象するのかを、原理的に問うことなく、法と意思を直結されている。しかも、社会規範と国家規範の区別・連関づけをされないために、私法を行為規範とし、さらにこれを解釈の対象とされている。なお、社会規範と国家規範の区別・連関に関する私見の理解については、「社会規範と法規範」本誌六卷一号、「法と裁判」同七卷二号、「法律行為論」再検討の動き」同八卷一・二合併号で、不十分ながら述べてみた。

(4) 因に、支払約束証を「信用通貨」とする意識は、銀行券において一層強まっている。銀行券の場合、社会的遊休貨幣のプールのたる銀行が信用の担い手となるために、裏書は不要となり、しかも貨幣代用機能を發揮するにふさわしい一覽払証券を發行するところから、購買手段となつてくる。つまり、銀行券を引渡すと、売買は完了したものと意識されるようになる。なお、小切手を授受する場合にも、取引は完了したとの意識が生ずるのであるが、この信用の担い手は銀行ではないところが決定的に異なる。

(5) 民法上の債務引受については、注釈民法(1)四二六頁以下(椿解説)。

(5a) 手形の裏書欄には振出人に対する支払委託文句が記されており、この文面のみを見ると振出人に対して指図しただけのこととて、被裏書人に対する意思表示ではないように見えるが、裏書人が本来の債務者であることの表明が含まれているが故に、被裏書人は単なる取立受任者としてではなく、自己固有の資格において手形金を請求しうるのではなからうか。ここに「対価受領文句」を記載していた沿革と連がるものを見出すことも出来よう。

(6) 為替手形の引受も特殊な債務引受であり、振出人の作成した証書の上になされる一方的な債務負担意思の表明である。なお引受前の為替手形や引受制度のない小切手には「主たる債務者」がないといわれている。たしかに、「主たる債務者」と「従たる債務者」の転化が完了した手形制度を基準にして考察すれば、このようにもいえるが、この転倒した観点からすれば、これらの証券は振出人や裏書人の「償還義務」を表章するものとなり、裏書によって「償還請求権」が譲渡されることとなる。しかし、未だ不渡となつていないのに、「償還請求権」が譲渡されるとするのは取引社会の常識に反すること明白であり「償還義務」を法定責任とする説では如何とも説明し難い。したがって、引受前の為替手形は償還請求の「期待権」を表章す

るとされるのであろう。だが、引受前の為替手形や小切手も振出人や裏書人の信用に基づいて流通しているのであり、これらの証券において振出人や裏書人は、自分が受取人や被裏書人の債務者であること、そしてこの債務を第三者に支払せることを表明しており、約束手形の裏書と変りない。ただ、引受がないために、第二次的手形債務者に転化していないが、この手形が不渡となれば、自己固有の手形債務として「償還義務」を負うのである。とすれば、為替手形の振出を支払権限と支払受領権限の付与行為とするのは、疑問である。

(7) この発想は、トエールの裏書人媒介説に通じるものがある (Thor, Das Handelsrecht, Bd. 1, 6 Aufl., 1879, S. 652f. und 659ff.)。

(8) 諸説については、新版手形小切手判例百選三九事件 (連井解説)。なお、戻裏書により被裏書人は旧来の地位に戻るとの構想もあるが、これは債権譲渡説と矛盾する。

(9) 最高裁 (大法廷) 昭四三・一二・二五判決・判時五四二号二一頁、新版手形小切手判例百選四六事件 (鈴木解説)。最高裁 (第二小法廷) 昭四八・三・一六判決・手形研究二二四号二二頁 (秦解説)。なお、河本「手形抗弁—手形法小切手法講座」(3) 一九六頁以下。

(10) 一般的流通手段と化した銀行券には呈示期間も時効もなく、還流と兌換が行われるにすぎない。因に、イギリス手形法三六条二項・三項は、満期を経過した手形、あるいは不相当に長期間流通した一覽払手形を *overdue bill* として扱う (Jacobs, *op. cit.*, p. 124)。なお、支払呈示期間内に支払呈示をしておかぬは裏書人に対して遡求できなくなり、あるいは右期間経過後の支払呈示場所の問題 (最高裁・大法廷・昭四二・一一・八判決・民集二卷九号二三〇〇頁) が生じるのも、手形が社会規範たることと関連していると思われる。

(11) 鈴木・前掲書二〇頁以下、同「記名株券の特異性」株式会社法理論と実際八九頁。なお、ドイツにもこのような発想が存在したことにつき、納富「有価証券に於ける抗弁制限の一省察」法学論叢三五卷三七〇頁以下。

(12) この説が「手形の無因性」を手形流通保護に求めているとすれば、通説の変形にすぎないことになる。

(12a) アイネルトやトエールの手形理論においては、裏書は債権譲渡とされおらず、人的抗弁の切断は「手形の無因性」から導き出したものではない (河本「有価証券制度」現代法(9)二二九頁)。なお、ドイツ手形法理論史上、アイネルトからリーベを経てトエールによって、今日のような「手形の無因性」理論が確立された背景につき、上柳「手形債権の無因性」法学論叢五九卷五号三頁以下、Wieland, *Der Wechsel und seine civilrechtlichen Grundlagen*, 1901, S. 63ff.

(13) 物権行為の無因性については、川島・所有権法の理論二二四頁以下、原島「無因性」概念の系譜について」九大法学部三〇周年記念論文集四五頁以下、同「無因性」確立の意義について」法政研究二四卷二号七二頁以下。なお、物権行為の無

因的構成は、取引安全を直接の目的としたものではなく、登記に公信力を認める結果、登記官吏の審査を物権関係に限定せんとする政策によるものであった点に注意。

(14) 約因法理の修正については、砂田「イギリス手形法上の Consideration」専修大学論集十号二六頁以下、Jacobs, op. cit., p. 112 et seq. Holden, op. cit., p. 102 et seq. and p. 133 et seq. なお、近代初期のイギリス手形法理については、平田・前掲書三六九頁以下、上柳「イギリス手形法成立史の概観」法学論叢五七卷一七九頁以下、蓮井「一七世紀英国手形法史」香川大学経済論叢二六卷二号六六頁以下、Holdsworth, op. cit., p. 159 et seq.

(15) 大浜・前掲論文八頁以下、cf. Jacobs, op. cit., p. 18 et seq.

(16) 但し、「担保」という新しい構成の仕方が定着するのは次の時代に至つてのことであり、その過渡期においては商慣習によつて根拠づけられた (Holdsworth, op. cit., p. 163)。

(17) 上柳「フランス手形理論の一考察」竹田古稀記念論文集四二二頁以下。

(18) 野津「融通手形に就て」法学志林三七卷一五七六頁以下。なお、上柳「手形債権の無因性」法学論叢五九卷五号二四頁以下。

(19) イギリス手形法七条は、持参人払式手形を認める。

(20) 運送証券や倉庫証券に関して、その文言性と要因性や物権的効力をめぐり、見解の対立が続いているが、これらの証券は特定物（運送品や寄託物）の引渡に関する社会規範として、運送人や倉庫業者の特定物引渡義務負担意思の側面から捉え直すことは出来ないであらうか。もし、このような接近の仕方が可能であれば、これらの証券に関して、金銭債務を表章する手形との間に異質性をもちながらも、原理的な同質性を見出せるのではなからうか。

四 七 三 び

一 手形は振出人や裏書人の金銭債務負担意思を表明した証券であるが、これを手形取得者の側から捉えるならば、手形は金銭債権を表章した証券である。したがって、手形の裏書は金銭債権の譲渡と構成してもよさそうに思われる。のみならず、このような理解の方が、裏書人の意思に合致するかも知れない。だが、裏書を債権譲渡としたのでは、振出人と被裏書人の債権関係は説明しえても、裏書人と被裏書人との信用関係を媒介として、振出人と被裏書人の間に債

権関係が生じるプロセスを、理論化しえない。そのために、債権譲渡説では手形現象の表面のみが把握され、取引社会における転倒した意識に乗りかかったままの手形法理を形成したのである(その典型は、本稿では扱わなかったが、手形取引を手形の売買としたり、原因債務を消滅させる手形授受を代物弁済とする構成に結実している)。

このような債権譲渡説の欠陥は、裏書の「担保的効力」や人的抗弁の「切断」に関して端的に示されているが(例えば、裏書人の「償還義務」は法規範によるものか意思表示に基づくものかと問う思考パターン、人的抗弁の「切断」と手形の「無因性」の論理的前後関係の無視など)、通説は裏書の「特殊な」効果を法定効果とすることで、債権譲渡説を保持せんとしている。しかし、このようにいきなり国家の政策を提出す発想では、手形の裏書と株式や社債の売買との違い(例えば、手形と同様に金銭債権を表章し、取引の客体に商品として流通化している社債に裏書制度がないのは何故か。かつての記名株券の裏書に、担保的効力や人的抗弁切断の効果がなかったのは何故か。社債や株式の無記名証券化によって、これらの流動化に商品化は一層強まっているのに、手形の場合、裏書には流通保護のための特殊効果がありながら、手形の取引人に手形を買ったという意識が薄いのは何故か、といった問題)を理論的に説明することは出来ないであろう。この問題を解くためには、社債や株式が資本集中の手段であるのに対し、手形は貨幣節約の手段であること(近代的「所有権に内在する矛盾」の発現に止揚形態の差、および資本主義の発展段階の差)を踏えて証券流通現象を把握しなければなるまい。

二 人と人の関係である債権が、証券に表章されて流動化し、あるいは担保権が証券化されて流動化する事態をフォローし、近代社会においては債権、ことに金銭債権が中心的財貨となつてゐることを解明された労作として、我妻博士『近代法における債権の優越的地位』がある。そこでは、債権の流動化に関する広範な考察がなされ、商品に内在する「価値と使用価値の矛盾」の法レベルにおける発現を把握する上で、教示を受けるところ大なるものがある。とはいえず債権の流動化に人間関係の物化に伴うイデオロギー的転倒現象については解明されておらず、逆に転倒したイデオロギ

一を基礎にして、「債権の財産化」や「動産・不動産の債権化」を促進する方向での提言さえなされている。というのも、博士の場合、商品所有権にあっては使用価値ではなくて交換価値の実現に主眼があることを、正しく見抜かれているにも拘らず、債権の優越性という現象にとらわれて、これらの現象を所有権の発展形態として論理的に追求されていないからであろう。このような難点は、博士が手形の裏書を当然の事態と見なし、「債権の財産化」に関して特にとりたてて云う必要はないとされる（前掲書三）ことに連がっていると思われる。その結果、博士は、商業手形こそが近代的な信用通貨の基盤であり、銀行券に連なることを説明されず、逆に土地負担証券を基礎にしたレンテンマルクに注目されたようである（前掲書一）。しかし、土地や倉庫寄託物を担保とした銀行券の発行は、イングランド銀行設立前後に企画されながら、失敗に帰したところであり（小野・前掲書）、商品生産・商品流通社会たる資本制社会にふさわしい銀行券は、商業信用を基盤として成立っているのである。

三 我妻博士の試みは我国における先駆的労作であり、博士の関心が「資本主義の発達に伴う私法の変遷」に置かれている（前掲書）ことを思えば、その認識が現象レベルに終ったとしても止むをえないところであり、この認識を深化させ、論理化することは後進に残された課題である。その点、川島博士『所有権法の理論』は、債権が所有権の転化形態であり、所有権こそは近代法の起点であることを把握し、「資本としての所有権」に内在する矛盾の発現形態として手形や株式会社制度をも説明せんとされた（前掲書）労作である。しかし、川島博士においても、手形関係は、ロマニスト的・単純商品交換的な個人的債権関係とは異なった、社会的な債権関係とし、手形証券に表章されて転々流通する金銭債権は、ロマニスト的債権関係と私的所有権の統一たる「財産としての債権」「所有権としての債権」に転化する、と把握されるにすぎず（前掲書三三）、資本制社会における手形の特殊な機能（信用通貨機能）やそれに伴う特殊な意識現象ことに手形の裏書を債権譲度と見ることに伴う諸混乱については、メスを入れられていないのである。

なお、川島博士が「商品としての所有権」を扱った後、手形や株式会社を「資本としての所有権」として展開された

ことに對して、富山教授は次のような疑問を提起されている。即ち、株式会社は資本集中の問題であるが、手形は商品・貨幣流通次元の問題であり、手形と株式会社とは商品所有権（近代的所有権）の論理と資本所有権（現代的所有権）の論理として明確に区別した上で、資本と法の発展の理論を説明しなければならぬのではないか、とされている。⁽¹⁾手形と株式会社の間には、歴史的にも論理的にも違いのあることは御指摘のとおりであるが、資本主義法を説明する一環として手形をとり上げるのであれば、手形は資本制社会における信用通貨制度の基盤をなすものとして説明すべきであつて、これを單なる商品・貨幣流通の問題に解消するならば一七・八世紀の手形理論と同水準の理解に甘んじなければならぬ⁽²⁾ことは、⁽³⁾小稿で強調したところである。のみならず、このような形で、商品所有権の論理と資本所有権の論理を区別するならば、單純商品交換社会と資本制社会を区別し、前者から後者への発展を説いたり、あるいはこれを基準にして民法と商法を区別したりする発想を払拭しきれないであらう。⁽⁴⁾

四 要するに、手形現象を資本主義法現象の一部分として説明するには、金銭債権を表章した証券が転々流通する事態を追いかけ、手形行為によって生ずる権利関係を整合的に構成すれば足るものではなく、手形をめぐるイデオロギーの転倒性やその基盤まで探らなければならぬ。手形が転々流通し、動産以上の流通保護を受ける事態の説明であれば、手形所有権なる概念⁽⁵⁾を用いて試みられたところである。我国でも、松本博士は手形行為を債権行為と物権行為に分け、手形行為者の債務負担意思の表示は一方的債権行為であるが、債務負担意思が表示された手形証券の交付行為は手形所有権を移転する物権契約とされ、手形の裏書は裏書人の債務負担行為たる面と、裏書人の手権所有権を移転する物権行為たる面をもち、被裏書人が手形所有権を承継取得すると、彼は振出人や裏書人の債務負担意思の表示に基づいて、手形債権を原始的に取得するとされる。⁽⁶⁾したがって、この見解では裏書人に対する人的抗弁が被裏書人の取得した権利に附着しないのは当然であり、裏書人の「償還義務」は彼の意思表示に基づくことになる。このような構成は、博士の論述からも明らかのように、手書裏書が債権譲渡とは本質的に異なることを意識してあり、^(前掲書四)振出人や裏書

人の債務負担行為の側面を捉えて、裏書の担保的効力や人的抗弁切断を理解せんとされている。しかし、残念なことには、信用手段としての手形発生の論理が把握されていないために、不可視的な信用の連鎖を具象化した紙券を重視して、手形所有権なる概念を利用することにより、証券が転々と流通し、そこに表示された債務負担意思が伝達される過程を捉えんとされたようである。そのために、裏書人・被裏書人間の信用関係を媒介とした手形関係の形成が見落され、裏書人の債務負担行為は償還債務を負担する附属的手形行為として(前掲書四、八二頁)、転化した姿のままに理論化されている。

五 松本博士の手形理論には債権譲渡説を止揚する芽が含まれている。にも拘らず、手形所有権なる概念を排除し、手形物権行為と手形債権行為というドイツ的構成から脱却せんとされた田中耕博士は、手形証券の交付によって証券の所有権が移転するのではなく、証券に表章された金銭債権が移転するとして、債権譲渡説を展開されたのである。そして、さらに鈴木博士は、手形所有権と手形債権の区別に代えて、手形債権の存在と所屬を区別し、振出人や裏書人の債務負担行為によって生じた権利はまず行為者自身に帰属し、証券の交付によって受取人や被裏書人に譲渡されるとして、手形理論における物化の反映を一層押し進められたのである(前掲書一〇六頁以下、「手形法の基礎」理論「手形法小切手法講座(I)四頁以下)。

ところで、田中博士の狙いは、法律行為論に立脚した第二期の手形理論が「概念上の遊戯」と化し、手形の経済機能を反映しえなくなった点を反省して、新たな観点から手形関係を総合的に把握せんとするものであった。法律行為万能の発想を脱却せんとした試みは、理論的發展の一段階を画すものとして評価するに吝ではないが、博士の場合、手形の手段性・手形金支払の確保を強調した目的論的構成を主眼とし、結局は法律効果を意思表示に帰する見解へのアンチテーゼとして、裏書人の担保責任を法定責任とし、手形の抽象性を訴訟上および実体上の法律政策的考慮に出ずるものにとされたにすぎない(商法学特殊問題(中)二一三頁以下)。第二期の手形理論、ひいては法律行為論の欠陥が、契約や手形をその経済機能と関連づけて構成しないところにあることはたしかであるが、その根因は、契約や手形を実定法レベルでしか捉えず、これ

らが社会規範として市民相互の社会關係を秩序づけている平面にまで下降して考察しないところにあるといえよう。^(?)だが、このような欠陥は、手形の經濟機能を考慮したはずの債權讓渡説にも見られるところである。

六 とすれば、第二期の手形理論を乗り越えるには、単に手形の經濟機能を考慮すれば足りるものではない。例えば、金融論の川合教授は信用制度の一環として手形現象に言及し、手形裏書を債權讓渡とする意識や「遡求權」の転倒性を明確に指摘されているが^(前掲書五)、人的抗弁の切断や手形の無因性については、債權債務の連鎖の結成を容易にするために手形法で認められたものと説明され^(同五四)、通説と同様の見解を示されている。勿論、經濟学者に手形法理の難題解決を要求することが、過度の要求であることはいうまでもないが、この例は手形法理論を發展させるには、手形を信用制度の一環に位置づけて考察してもなお、問題が残ることを物語っている。この残された部分は、手形行為の意思的モメント^{||}社会規範たる側面を考察することによって補わねばならない。

手形は債務者の金銭支払約束を表明した証書であり、これが受取人や被裏書人に到達することによって社会規範となる。つまり、手形行為は相手方のある行為ではあるが、その主体は債務者である。したがって、手形現象を法的観点から捉える場合、債權の視点から債務の視点へと転換する必要がある。この視点の転換によってこそ、債權讓渡説によって排斥された手形説や債權転付説の長所を汲みとり、従来の転倒した手形理論を止揚することが出来よう。ところで、このような視点転換の必要性は、すでに野津博士の強調されたところであつたが、^(註9)残念なことに、博士は手形を信用手段として説明すべしと力説されるにも拘らず、手形と商業信用との関連性が十分に把握されていないために、博士の債權中心の発想は、債權中心のローマ法に対するゲルマン法や我國古来の法思想を手がかりとされており、アナクロニズムに陥ってしまった。

七 因に、手形裏書に関する法理論は、手形の經濟機能の変化に対応して変遷している。しかし、その対応は直接的なものではなく、既成の法理(例えば、ローマ法の委任や英法の約因法理)を修正しながら、經濟機能の変化に対応せ

んとしており、手形法の分野においても法的イデオロギーは経済過程に規定されつつ、なお独自の動きをとっている(法的イデオロギーの相対的独自性)。このような、手形の経済機能の変化と法理論変遷の相関性を指摘された野津博士は、手形法を説明するには論理的考察方法と並んで歴史的研究の必要なことを強調されている(前掲論文一〇)。手形法の説明に限らず、他の分野に関しても論理的考察方法と歴史的研究の必要なことはいうまでもないが、両研究方法の協働は、ただ単に中世以来の手形法史や学説史を追い、その成果を利用して現行手形法の解釈理論を構成することではあるまい。これまでも、手形法解釈学説は自説を正当化するために、手形の沿革を引合いに出しているが、手形の沿革を参照するだけでは、資本制経済における手形現象を説明しうるものではないし、また妥当な紛争解決策を提言する資料たりうるか疑わしい。それは、現行民法を理解するためにローマ法を引合いに出したところで、資本主義法としての解明をなしえないのと同様である。歴史的研究と論理的考察の協働とは、むしろ資本制社会において貨幣節約機能を担う手形制度が形成されるプロセスを論理的に把握する際、手形法史や学説史が参考になり、逆に手形法や学説の変遷を理解する際に、論理的考察の成果が指針となる、という具合のものではなからうか。

- (1) 富山・現代資本主義と法の理論第一章。なお、同書第二章、および「株式会社法と手形法」大隅還暦記念論文集二六五頁以下。
- (2) 教授が前掲書第二章で試みられているように、商業手形から銀行券への発展を法的側面から論理的に(歴史的にはない)追い、産業資本段階における政策として、国家規範により特定の銀行(中央銀行)の銀行券に強制通用力を認めるとともに、その発行制度を定め、古典的金本位制が確立する事態を把握する必要がある。この課題は、経済学者によってなされているが、国家や法のモメントを軽視する点に問題が残されているといえよう。
- (3) 富山教授は、「近代的手形法理が一七・八世紀に確立してもおかしくはない」とされる(前掲論文二七二頁)。
- (4) 尤も、富山教授は「民法対商法」という視角には大きな限界があり、民商法に規定されている各個の制度について、それが規制する社会関係の構造との関連において、資本主義経済の法である私法の体系における位置づけを明らかにすることが、とりあえず必要な作業ではないかとされている(大隅記念論集二二六頁以下)。

因に、契約を媒介にして所有権から債権へと展開する過程を論理的に扱う場合、承継取得した財産ではなくて原始取得した財産から出発しなければならない。というのは、ここでは契約の対象となる商品を所有していることが前提となるのであって、これを契約によって取得したとするのでは悪循環であり、論理展開をなさないからである。したがって、論理展開の上では単純な商品の所有権から上向するのであるが、これをもって単純商品交換社会からの歴史的過程と混同してはならない。

(5) この概念については、河本「物としての有価証券(一)」神法四卷二号二七九頁以下、小橋・前掲書一九二頁以下。なお、一九世紀前半のドイツでは、無記名債券に関して、「証券上の権利」と「証券からの権利」を区別し、前者については物権理論、後者については債権理論を適用する二元論が支配していた(我妻「無記名債権の動産性と債権性」田中還暦三八一頁以下)。また、ホールズワースは、証券の流通性は財産法と契約法上の原理の思慮深い混成物だとしている。即ち、証券の裏書または引渡による簡易な譲渡方法は財産法から、主たる債務者が契約に基づいて支払義務を負う点は契約法から、そして善意有償取得推定の法理は商慣習から借用したものであるとする(Op. cit., p. 145 et seq.)。

(6) 松本「手形裏書の本質を論ず」商法解釈の諸問題四六七頁以下。

(7) 法律行為論を社会規範論として捉え直す必要については、拙稿「『法律行為論』再検討の動き」本誌八卷一・二合併号。なお、手形の無因性や手形物権行為・債権行為の二元論に強い影響を与えたとと思われる、物権行為と債権行為の峻別化は、パンデクテン・システム形成期に、意思教説を基礎にして生み出されたとされており(原島「『無因性』概念の系譜について」九大法学部三十周年記念四七五頁)、手形理論と法律行為論の結びつきには根深いものがある。

(8) 野津・前掲論文・法協五四卷一四七〇頁以下、一九二七頁以下、二三一八頁。なお、深町・前掲書一六六頁註(3)は、商業信用論は債務者の立場を起点とすべきことを指摘している。

(9) 例えば、松本・前掲書四八九頁以下、田中・前掲書二五九頁以下、伊沢・手形法小切手法三七四頁、大隅・前掲論文・法学論叢二四卷三九〇頁、五八〇頁、鈴木・前掲書一一三頁、二四一頁。

なお、裏書の歴史的考察を基礎にして、手形裏書一般に通じる本質を実質的資格授与(支払受領権限の付与)に求め、債権譲渡説に疑問を呈する見解がある(長谷川「手形裏書の本質とその構成(上)(中)(下)」手形研究三二・三三・三四・三五号)。無記名証券と比較した場合、指図証券(手形)の裏書は被裏書人に資格授与するために不可欠のものであるが、問題は資格授与の背後に生じている事態の解明であって、裏書に伴う権利移転の効力と資格授与的効力のいずれが主でいずれが従かといったことではないように思われる。