

## 柴崎暁氏博士学位申請論文審査報告書

早稲田大学ファイナンス研究科助教授柴崎暁氏は、2002年11月26日、その論文『手形法理と抽象債務』を早稲田大学大学院法学研究科に提出して、博士（法学・早稲田大学）の学位を申請した。後記の委員は、右研究科の委嘱を受け、この論文を審査してきたが、2004年5月18日に審査を終了したので、ここにその結果を報告する。

### 1 本論文の構成と内容

本論文は、序章と結論とのほかに、全体が 部に分かれ、その各部はそれぞれAおよびBに分かれ、A Bはさらに2章に分かれている。以下、それぞれの内容につき、簡単な検討を加える。なお、文中の [ ] 内の数字は本論文の paragraph 番号である。

1 著者は、「序章」において、本論文の課題と構成について簡単に示している。すなわち、抽象行為は、原因を要素とする法律行為の体系（仏民 1108 条、旧日民財 304 条）において例外をなす。それは法律が許容する場合にのみ存在が認められる（SIMLER 教授）。しかし、これらの体系において法律が明文の規定をもって許容しているとはいえないような場合においても、一定の範囲で抽象行為と同じ帰結を作り出すことは不可能ではない。その構造は、抽象が問題になる場面が二者関係か三者関係かによって異なる。本研究で扱う、主として一定金額の支払を単純に約束する抽象的債務負担行為についていえば、裁判上の権利の行使において、裁判外の自白である承認の表示の存在に与えられた挙証の便宜（やがてそれは権利としての独立性＝手形であれば設権証券性として知られる帰結を意味するものへと発展する）である「証拠（法）的抽象性」（具体例が、債務承認、単純約束、原因不記載証書）と、複数の社会的機能（出捐の目的をなす基本関係）に同時に関与する者が、これらを同時に実現する一個の出捐（とりわけ一定金額の支払）を指示し、右の複数の社会的機能のいずれかの原始的・後発的欠缺にも拘わらず指示された出捐の実行自体は効力を維持することを意味する「実体（法）的抽象性」（具体例が、指図、為替手形、信用状）とに分類することができる。

本論文は、右のような抽象性に関する議論を、手形の性質を説明するために用いようと試みている。欧州における本来の「無因論」によると、原因関係に基づく抗弁の制限は、抽象的な権利の成立そのものに基礎付けられている。ところが統一手形法の体系は、必ずしもそのような思考に基づいていない。手形法 17 条は、裏書の効果として手形抗弁制限を規定しているし、期限後裏書・禁転手形の譲渡などにおいても人的抗弁の承継がある。原因関係不法の抗弁が権利抗弁ではないことは各国の実務においても理論としても認められている。これらはみな、原理的に「無因論」を突き詰めた帰結ではない。

この問題は既に 1953 年に、上柳克郎教授が「手形債権の無因性」において指摘されたところである。本論文は「債務負担行為有因論」を標榜しつつも、通説の転覆ではなく、通説の支持する帰結を正当化するのに適切な法律構成の探求を目的としている。手形授受当事者間および第三者との関係における手形債務の抽象性の意義を把握し直すためには、証拠法的抽象性と実体法的抽象性の区分、さらには一般私法における抽象債務行為の可能性およびその意義について検討しなければならない。それゆえ、著者は、一見すると手形法の文献であり触れられていない主題から本論文を始めるのである。

他方、手形抗弁制限の根拠付けに、「無因論」を選ばない道をとると、有価証券の公信力が必要になるといわれている。しかし、公信力・権利外観理論というものだけに責任の根拠を求

めるとするならば、人が自由に振る舞うことを許された領域にあって、自らの意思によって債務の負担を意欲している過程をも、自由に振る舞うことを禁止された領域における注意義務違反、帰責性ある行為ゆえの責任と構成することになりかねない（小橋一郎教授）。

この点、指図の概念を用いた説明は、著者によれば、右の公信力説の不自然さに代わる回答を示唆することになる。専ら行為者の意思に手形行為の効力の究極的な基礎を置く手形法理こそ、最も近代的であり、合理的である。ただし、指図法理で説明しうる原理は、原因関係に基づく抗弁の制限に関してである。それ以外の抗弁の制限が生じる場面（たとえば交付欠缺の抗弁）は、別の原理に基づくものである。著者は、別の原理に根拠付けられるべき事柄を、現象が類似するというだけで一元的に説明することは、理論的に不透明な部分を増加させる結果となるという。

2 第 部「手形授受の直接当事者間における抽象（無因）性の内容と単純約束 - 証拠法的抽象性論の試み - 」の第 部A「証拠法的抽象性概念の形成」は、まず、フランス民法典 1 1 3 2 条の原因不記載証書を検討する。

フランス民法典 1 1 0 8 条は原因を合意の有効要件とし（[1001]）、したがって、債務承認にドイツ民法のような実体法的な抽象性を認めないことになるが、訴訟上の取扱において同様の利益を確保する制度を有している。それが民法典 1 1 3 2 条の原因不記載証書（billet non causé）である。一定金額の債務を支払う約束を記載した証書で、そこに発生原因が売買であるのか消費貸借であるのかといった事柄を記載しないものは、原告において、当該証書が作成されている事実のみを証明すれば足り、それがあつた取引のために作成されたが当該取引が存在していなかったといった事情は、被告の側において証明しなければならないことになる。

中世から近世にかけて、原因が法律行為の有効性の要素とされてゆくと同時に、他方、原因を記載しない証書が作成された場合でも原告は原因の存在を証明しなければならないとの原則が採られていた（[1103]）。しかし、17・18世紀にかけて、当初は、債権が発生する蓋然性の高い者の間（外科医と患者など）でのみ、次いで商人の間で、原因の推定が認められるようになる（[1105]）。1650年、パリ高等法院は無記名式の原因不記載証書を有害なものとして禁圧する拳に出るが（[1104]）、金融取引の発展は、ついに民法典をしてその法認を許したのである。

この推定の理論的な根拠は、原因不記載証書のなかに、債務者が自己の債務の存在についての自白をしているという解釈であつた（コンセイユ・データにおける審議。[1106]）。当時の証拠法の理解として、裁判外の自白は、強力な証拠方法の一つであつたことがこの解釈の基礎にあつた。

その後、具体的にどのような文言があると、自己の債務の存在についての自白に該当するか（支払約束と債務承認とのいずれが該当するか）、1 1 3 2 条の「convention」の語が無形の観念である「合意」を意味するのか、「証書」を意味するのかについて争いはあつたが、前者については、いずれの場合も該当するとし（DEMOLOMBE など。[1107]）、後者については「証書」と解するのが現代の通説となっている。また、この証書が記載するものは、片務契約と解される（SIMLER による。[1102]）ので、それは独自の債務発生原因（cause efficiente）として観念しうるものであり、ここに設権証券性を認めることができる。しかし、著者によれば、そのことは原因不記載証書を実体法的な抽象行為と解することを余儀なくするものではなく、あくまでも実体法上の法律行為有因主義と抵触しない、証拠法の準則としての抽象性として説明されるという。

著者は、次いで、スイス債務法典17条の債務承認について検討する。すなわち、スイス債務法典17条([1202])は、債務承認に関する規定であり、しばしばドイツ民法典780・781条と対比されて議論されている。スイス法の通説はここに実体法的な抽象性を認めるドイツ主義(BAHRの理論)を採らず、証拠法的抽象(abstraction probante)の観念を以って説明している([1202])。この主義はフランス民法典1132条の理解と同様である。著者は、ここで、その証拠法説をもって後の論者に大きく影響を与えたYUNGの学説を中心に、証拠法的抽象性概念のより正確な把握を試みている。

BAHRが実体法的抽象の理論を構築しなければならなかったのは、ドイツ普通法が、ユスティニアヌス帝の原因不記載証書(cautio indiscreta)禁止の原則を継受してしまっていたため、原因不記載証書を正当化する手段として、フランス法のような証拠法上の観念に依ることができなかったからである([1205])。スイス連邦債務法典成立前、連邦に属する諸州の民法典はこの問題について分裂していた。概ね、アレマン地区はドイツ普通法学による原因不記載証書禁止原則を、ロマンド地区はフランス民法典の原因推定主義を、それぞれ採用していた([1212])。債務法典成立後の解釈論で、BAHR説を採る民法学者として知られるvon TUHRは、YUNGの同時代人であり、その債権総論の体系書は仏語にも訳され、現代にも強い影響を残しているが、現代の学説(ENGEL教授)は、17条に関する部分だけ、慎重にもvon TUHR説を排除する([1202])という。

著者によれば、YUNGが実体法的な抽象債務行為を受け入れがたいとしている根拠のいくつかを挙げるならば、

- 実体法上の問題として、不法の目的のために発生している既存債務について債務承認が行われても、債務承認自体は有効であるというのは実定法のとるところでなく、ドイツ民法典762条でさえ賭博債務についての債務承認は無効であるとしている([1208])。また、既存債務が弁済されても債務承認から生じた義務が残存し、不当利得の抗弁が対抗できるとどまることになり、債務者としてはその法的地位を安定させるためには免責判決が必要になる([1209])、

- 訴訟法上の問題として、訴の変更や既判力に関連して実体法的抽象債務の観念は問題が多く([1210])、原因不法の抗弁が権利抗弁になってしまう([1211])といった点でも受け入れがたい、などである。そして、著者によれば、YUNGは、スイス債務法典の解釈としても、立法過程の分析から([1213])、訴訟法説を以って是とする([1214]-[1218])という。

3 第 部B「日本私法と証拠法的抽象性」は、第1章a「日本私法における抽象(無因)債務契約の可否」および第1章b「与信取引と無因債務契約執行証書」と、第2章ab「手形法における抽象(無因)性」(1)と(2)に分けて検討されている。

第1章では、まず、日本法における実体法的抽象性批判論の系譜が検討される。いわゆる証拠法的抽象性の観念は、日本私法の法律行為体系にも適合するか否かが問われなければならない。旧民法(1890=明治23年制定、施行延期のまま廃止)は、その財産編304条で、フランス民法典1108条を参考にして「合法且實在ノ原因」を合意の「成立」に必要なものとして規定した([12102])。その一方で財産編326条([12102])では、どの原因に基づいて原告が請求しているかの特定を催告する権利を被告に与えた上で、原因の不法ないし欠缺の証明責任を被告に負わせた。結果的にフランス民法典1132条の原因不記載証書は認められていることになるのである。これと適合するように、旧商法(1890=明治23年公布、1893=26年施行、1899=32年廃止)は、その699条([12102])で、手形を「合法ノ原因ヲ當然含有スルモノタリ」と定義した。手形においては合法かつ實在の原因が推定されることが解説書によって指摘されていた(梅謙次郎=高根義人)。

しかし、新民法に改正される過程で、anti-causalisme（原因概念不要論）が日本の学説にも浸透し、法律行為の要素として原因の語を列挙しない主義が採られることとなった。見かけ上原因の観念は死滅したかに思われたが、起草者らは、法典上の用語の変更にも関わらず、原因観念に相当する意思と事実との関係は、依然として法律行為の構成要素であることを強調していた（梅謙次郎、岡松参太郎。[2103]）。その後、1900年前後より、ドイツ民法からの学説継受のため、契約自由の延長上に、債務承認や単純支払約束のような行為を実体法的な抽象債務契約として承認する意思教説型の実体法的抽象債務契約肯定論が主張され（石坂音四郎。[2013]）、それがしばしば民法学を支配した。1930年頃までには、物権変動論のなかでは、独自性否定説が主流となるものの、他方手形行為は抽象（無因）行為であるとの認識が定着する。著者はこの過程を丹念に追っている。

確かに、手形行為と同様に、債務承認や単純支払約束は、それ自体としては出捐の目的を内蔵しない特殊な行為であると解されているが、論理的には、当事者がこの行為を通じて達成すべき目的に従属した手段であるに過ぎず、何らかの形で目的（それが前記の原因に相当するものを意味する）の存在を前提にしなければ成立し得ないはずのものである（CAPITANT。[2105]）。この意味における原因の必要性を、完全に不当利得法理に委ねてしまえるほど現行民法の不当利得規定は充実していない。そこで、著者は、法典が用語のうえで原因の観念を廃棄しても、依然として抽象債務契約自由主義が採られていたとは限らず、証拠法的抽象性の観念を援用して単純約束を正当化しうる道が残されているのではないかと問う。著者は、特に、このことを、準消費貸借という制度を通じて説明することができないかを検討する。

旧民法財産編はその489条（[2107]）において、原因の交替する更改という観念を認めていたが、原因を法律行為の要素として掲げないという主義が採られた結果、原因の交替による更改という規定のしかたは削除されたものの、法典調査会審議の結果、準消費貸借という形で現行民法典に類似の行為が規定されることになった（法典調査会では、磯部四郎委員がその必要性を説いていた。[2108]）。そこで、著者が注目するのは、準消費貸借にとって、その成立によって、弁済に代えて消滅すべき既存債務の存在が、準消費貸借の有効性の前提になっていること（有因性）と、なお既存債務の不存在は、被告の側において証明すべきもの（証拠法的抽象性）と判例が解している（最判昭和43・2・16）という点である（[2109]）。

次いで、無因債務契約執行証書の検討に移る。著者によれば、日本私法が上記のように単純約束の実体法的抽象性を否定していることのもう一つの論拠は、金融実務で用いられている「無因債務契約執行証書」の慣行の法的取扱であるとする。根抵当制度の導入より以前、戦前の金融実務、とりわけ限度貸付・極度貸付といった与信契約では、契約開始時点で、貸付債権の履行確保のため、予め極度額・限度額を金額とした準消費貸借証書ないし単純支払約束証書を、執行証書形式で作成させ、不履行があった場合には直ちに満額の強制執行が可能になるように準備するという慣行が行われていた（[2203]）。このような証書が作成されていても、実際に融資の実行された額が、極度額の一部であるに過ぎないというような事態はまれではないが、当時は、一旦全額にわたり強制執行をしたあとで、不当利得で過払金を返戻すればよい、と解されていた。この理解にそって、公証人の団体が約款を考案し、制度の利用の便宜をはかっていた（[2204]）。

しかし、戦後になり、学説は、「超過差押以上の弊害」を生じるとしてこのような執行証書に対して非難を加え、裁判所もその執行力を否定する判断を繰り返した（[2205]）。1980（昭和55）年の民事執行法改正の過程でも、公証人団体は執行証書の範囲の拡張、とりわけ将来債権執行証書の執行力を明文の規定によって認めるように強く求めたが、結局採用されなかった（[2206]）。抽象（無因）債務契約自由主義の観点からは、その原因関係が未発生なだけで、「現

在の」「確定した」債権を証書にして執行力を与えているだけであるから、ことさらに拡張立法を待つまでもなく、「無因債務契約執行証書」には当然に執行力があるはずであるが、この立法経緯の意味するところは、かような実務を排斥する趣旨であるとされてきた(石川明教授。[2206])。著書は、抽象(無因)債務契約自由主義は日本私法の体系からは採用されていないものと解さない限り、このような解釈は成立の余地がない([2209])と主張する。また、現行民事執行法の解釈論としては、違約金賠償文句の形式を用いることでこれらの証書の代用とすることができると考えられているが、そのような理論でさえ、金額が本体の金額よりも極めて小さい場合にのみ認めるという制約をつけている(竹下守夫教授。[2208])という。

第2章では、まず、手形債務の実体法的抽象性批判論の系譜が検討される。すなわち、ここでは、上記のような、二当事者間における単純約束の実体法的抽象性を否定する理論を、手形行為(特に約束手形の振出)にも及ぼそうとするものである。手形行為の抽象(無因)性という語は、時に多義的に用いられている。そこで、著者は、本論文では、証券上の記載が原因を含まないことや、手形上の法律関係が実質関係と別個のものであること(設権性)に、実体法的抽象(無因)性の語を用いず、専ら、手形行為の実質的有効性が、原因の影響を受けないことを示すために用いることとし、最後の意味における抽象(無因)性が日本法において全面的に認められているわけではないことを明らかにしようとする([2301])。

新商法(1899=明治32年)手形編時代の文献は、おおむね、二当事者間における手形行為の実体法的抽象(無因)性を承認する理解を採っていた([2302])。これは、前記のように、民法学におけるドイツ法学説継受と軌を一にするものにほかならない。しかし、既に大審院の判断のなかには、これに異を唱えるが如きものも見られ(大判大正3・4・14。[2307])、学説もまた、1930年代から50年代にかけて、事情は若干変わってくる。すなわち、手形債務は、手形の交付が行われる直接当事者間においては、原因が当該行為の効力を支える要素として作用し、裏書を受けた第三所持人との間において初めて実体法的な抽象性を獲得するという理解である(野津務教授、赤木暁判事、上柳克郎教授。[2303]-[2304])。このうち上柳教授の理論は、WIELANDの学説を敷衍したものであり、手形行為と原因関係との接合をはかったものとして知られている。さらに、物権変動をめぐる日本の主義が無因的物権行為の觀念に依らないことなどから、むしろ日本私法としては直接の当事者間では有因・第三者との関係は無因と捉えることのほうが整合性があるように思われる(大塚龍児教授。[2304])などの指摘がその後もなされてきた。

さらに、判例でも、毒物売買代金の支払のための手形振出に関して原因不法の抗弁が権利抗弁ではないこと(最判39・1・23。[2307])、賭博債務の弁済の目的による小切手振出が無効であること(最判46・4・9。[2307])、等が判示されているし、原因関係に基づく抗弁が対抗される手形が請求異議の訴えの対象となっていること、期限後裏書において原因関係に基づく抗弁が承継されてしまうことも、著者は無因論を徹底した結果としては認められない取扱ではないかと主張する。

続いて、手形資金制度と民法513条2項後段における「為替手形」の検討に移る。すなわち、民法513条2項は、既存債務の履行に代えてする為替手形の発行を更改と看做す規定であるが([2402])、この法条は手形債務の実体法的抽象性を肯定する立場からは、手形の性質への誤解に基づく規定であるとして攻撃されている。しかし、著者によれば、右法条は、実体法的抽象性の肯定否定のいずれの根拠にもならない、別の考慮に基礎づけられた制度であるという。すなわち、明治29年、右法条の成立時点での「為替手形」の語が示しているのは、明治26年施行商法の、手形資金制度([2406]-[2414])を有する為替手形を意味し、したがって、既存

債務の履行に代えて為替手形が発行されることは、債権者にとって、経済的満足にあたる蓋然性が相対的に高く、それゆえに更改と「看做」されたのである。起草者はこれを、条件付の、債務者の交替する更改に準え([2403])、大審院の判例は書面という要素の交替する更改と解した([2402])。そこで、著者は、支払に代えてする手形授受が更改か代物弁済であるかはさておいても、民法513条2項を手形の性質に関する誤解に基づく法条であるという通説の説明は受け入れがたいとする。

4 第 部「署名者と第三所持人との関係における抽象(無因)性の内容と指図—三角取引における実体法的抽象性の理論とその応用」は、第 部A「実体法的抽象性の基礎=指図法理」とB「商事決済制度への応用」とに分けて検討される。そして、第 部Aの第1章では「フランス法における指図」が検討される。

抽象債務契約一般を承認しない法体系でも、それに代わる制度を、三者取引について認めることがある。それが指図(délégation)である。指図とは、ある者(指図人)が他の者(被指図人)に、第三者(指図受取人)を受益者とする債務負担を依頼する取引であり、給付過程を省略する私法上の取引である。これにより、被指図人が指図人に対して行う給付と、指図人が指図受取人に対して行う給付とが同時に実現され、それぞれの当事者の間では、既存債務の弁済・与信取引の成立・贈与の実現が行われ、出捐者である被指図人と受益者である指図受取人とがそれぞれ別の目的を追求している点で特殊な性質を有する。被指図人と指図人との間の実質関係を「資金関係」と呼び、指図人と指図受取人との間の実質関係を「対価関係」と呼び、それぞれの実質関係の存否は被指図人から指図受取人に対して行われた債務負担の効力を破壊しない(抗弁の制限。ただし、実質関係が両方とも存しない場合には、二重欠缺という。実質関係のいずれか一方の欠缺の場合には、出捐はなお一つの社会的機能を持つものに対して、二重欠缺の場合の出捐には社会的機能が一つも存在しないことになる。この場合には債務負担の効力は失われる)([3103][3108])。

このようにして、著者は、抗弁の制限が生じる指図型の債務負担行為には、実体法的な抽象性を認めてよいと解する。

フランス民法典1275条([3101])の規定のあり方から、19世紀の学説は、概ね、指図を更改の一種であると考え、更改の効果が伴う指図のことを「完全指図」、伴わない指図を「不完全指図」と呼んでいた。しかし、19世紀末、HUBERTの学説が指図と更改とを完全に分離した。この学説以降、指図にとって、更改としての効果が生じることは、指図の態様の一つであるに過ぎないとされ、現代の理論は、「単純指図」と「更改指図」といった区分を用いている。単純指図はさらに二分され、実質関係の存否に給付関係の効力を条件づける「不確実指図」と、給付関係が完全な独立性を持つ「確実指図」とに分類される([3110])。

指図の観念は、実体法的抽象債務契約一般を承認しないフランス法において、手形裏書によって形成される法律関係や、為替手形の引受人の受取人に対する義務などの、三者取引における抗弁制限の一般民事法的基礎として援用された。無論、フランス法にも違った法理論は存在するが、そのいずれもが、実体法的抽象債務や単独行為といった一般私法上認められていない特殊な概念を導入しようとするものであり、これに対する違和感から、論者をして指図の援用に向かわせたものと考えられる。

指図と類似の制度とは、以下のように区別される。指図は、受益者が同意を与える前に、既に権利が発生する第三者のためにする契約と異なり、三者の意思表示が行われるまでは、申込の段階にあるにとどまる。指図は、それが未完成であったとしても、委任と異なり、他の当事

者の利益がある限り、随時撤回権がない。債権譲渡と異なり、同一の債権をそのまま受益者に承継させるのではなく、指図は新たな債権を設定する効果を生じる。民法典1690条の對抗要件は指図には適用されないというのが通説である（[3105]）。

指図は、指図人・被指図人・指図受取人三者の意思表示を要件とし（[3104]）、前述のとおり、資金関係と対価関係とのそれぞれにおいて、弁済・恵与・与信のいずれかの目的を実現する取引である（[3103]）。指図が行われると、資金関係上、被指図人が指図人に対する関係で免責され（どの時点で免責されるかについては議論がある）、資金債権は処分不可能になる（なお、資金債権を差押えた指図人の債権者と、指図受取人との地位の優劣について議論があるが、HUBERTは手形資金に関する商法判例を指図にも類推できると考える。[3108]）。対価関係については、完全指図の場合には指図の成立の時点で、不完全指図の場合には被指図人による弁済の時点で、指図人が免責を受ける。被指図人と指図人とは、指図受取人に対する全部義務者となる（なお、日本旧民法財産編では、連帯とされていた）が、完全指図の場合における遡求権は、既存債権の留保の意思表示によるものではなく、法定のものとして解される（[3107]）。被指図人に対して指図受取人が負担する債務は、二組の実質関係から効力上切断されており、指図そのものが有効であるかぎり、被指図人には支払を拒む権利がないことになる（抗弁制限。[3108]）。債権譲渡、第三者のためにする契約などの制度の各々が制限を受けていた時代には、指図はその代用手段となってきたが、現代において指図が果たす最も重要な機能は、信用の手段である。そして、著者は、その法的な表現こそ、抗弁の制限に他ならないという。

続いて、第2章では、明治23年日本民法における「嘱託」が検討される。すなわち、日本私法においても、フランス法の指図が法定されようとしたことがある。それが旧民法財産編における「嘱託」である（フランス語の *délégation* は現在講学上「指図」と訳されているが、旧民法においては「嘱託」が用いられた）。それは、フランス民法典の構成に倣って更改の一種として規定された（[3201]）。さらに、フランス法学説で用いられていた用語に倣って、完全嘱託・不完全嘱託という種類が規定され（[3202]）、その要件・効果もほぼ当時のフランス法と同様に解されていた。目に付く相違点といえば、不完全嘱託において嘱託人と被嘱託人とが全部義務者ではなく連帯債務者とされた点だけである（[3204]）。しかし、他の立法例（例えば1942年イタリア民法典）のように、抗弁制限を正面から規定するようなことはしていない。

新民法に「改正」される過程で、嘱託関係規定は削除されてしまったが、起草者によって、嘱託に相当する制度自体を廃止する趣旨ではなく、更改を付款とする一種の無名契約としてこれを為し得ることが説かれ、抗弁の制限については、民法125条の法定追認が規定されているからそれで十分であるとの理解が採られていた（[3207]）。嘱託は、債権譲渡に類似した取引行為であるが、民法467条の對抗要件を要求しないまま、その効果は嘱託人の差押債権者に優越することになる点で注意しなければならない（ただし現行民法515条では債権者の交替する更改にあたる場合には對抗要件を要求する）。なお、著者は、嘱託の抗弁制限効については、民法468条の規定する無留保承諾の伴う債権譲渡と類似することになるが、系譜的には、むしろこれこそ嘱託の効果として説明されるべきものであったとする。

5 第部Bは、その第1章ab「手形裏書より生じる法律関係」（1）（2）と、第2章ab「銀行取引契約における指図法理の応用」（1）（2）に分かれる。

第1章では、まず、フランス商法学における指図と裏書について検討する。これまでに説明した指図の観念が、為替手形・小切手の振出ならびに、手形小切手の裏書に適用されるとしたのがフランスのTHALLER（1906年の論文「信用証券の法的性質」）であった。統一手形

法を導入する1935年のデクレロワ以前は、フランス商法典には手形抗弁制限を規定する条文がなく、問題は理論に委ねられていた([4102])。THALLERの理論は、為替手形の振出を、振出人・引受人・受取人の三者を当事者とする「約束を与える指図」であるとした上、引受はその中に振出人の信用を強化するための民法上の保証(cautonnement)の意思表示を含むものと解し、これによって抗弁の制限がおこるとみたのである(当時の民法学説で、保証は抽象債務であると考えられていた)([4103])。裏書は裏書人・手形署名者・被裏書人を当事者とする指図であり、指図が反復されるたびに、同様に抗弁の制限が生じるという理解が採られた。THALLER説は、引受が民法保証であるとする等の点で批判されている([4104])。むしろ民法保証と呼ぶまでもなく、指図に認められた抽象性そのものを根拠として手形抗弁制限を承認すれば足りると解されよう([4107])。批判者であるBRETHERの学説は、為替手形と小切手の振出を指図と解するが([4106][4107])、裏書はsui generisな行為であるとしている([4110])。しかし、著者は、BRETHERの見解では裏書の要件・効果が却って不明瞭になるとの批判が可能であるとし、むしろTHALLERを継承したGHELEMEGEANUのように裏書を一つの指図として捉えるほうが合理的に裏書の効果を説明できると考えられる([4112])と解する。

次いで、無方式の合意による手形債権の「譲渡」と裏書の競合に移る。すなわち、統一手形法の規定する通常裏書は、対抗要件主義をとる民法上の指図債権の裏書と異なり、権利移転の効果の成立要件である。対抗要件を法が強制する趣旨に鑑みて、指図禁止手形の場合を除き、手形を単なる意思表示(指名債権譲渡の方法)で譲渡することはできないと解されている([4204])。さらに、著者によれば、仮にそれを許容したところで、手形裏書は、特殊な効果を有し、「譲渡」の一種として指名債権譲渡の方法と同一平面で競合しあう関係にない。そして、そのことは、裏書の本質を指図と見る立場によって正当化される([4206])というのである。

第2章は、まず、ダイヤモンド・ギャランティーの抽象(無因)性、濫用の抗弁と抗弁援用義務について検討する。著者によれば、指図により発生する実体法的抽象債務は、この他にも各種の銀行取引契約に応用されているという。著者はそこで、ダイヤモンド・ギャランティーを取り上げる。これは、1970年代の国際取引実務が生み出した(実体法的な)抽象的債務負担行為である([4301])。国際商業会議所1992年請求払保証統一規則、1995年国連独立ギャランティーおよびスタンバイ信用状条約、1998年国際スタンバイ規則、またその性質に反しない限り荷為替信用状統一規則(UCP500)も適用がある。その構造は、既述の指図に類似し、発行委託者・発行銀行・受益者の三者の意思表示により構成される、二組の実質関係を同時に実現する取引行為である([4303])。発行銀行の受益者に対する債務負担行為が行われることにより、発行銀行の発行委託者に対する与信取引と、発行委託者と受益者との間の取引行為より生じる損害を填補するという二つの目的が達成されるからである([4308])。したがって、債務負担行為本体に責任終了の日付なり条件が約定されていない場合には、発行委託者と受益者との間の取引関係の終結のみをもって、その後の請求をすべて拒絶し得るというものではない([4309])。依然として発行銀行の発行委託者に対する与信取引が残存しているからである。それゆえ、受益者が発行委託者との実質関係上、一切金銭の給付を受けるべき権原がなく、その支払が、発行委託者に(主権免除など国際取引固有の理由で)取戻不可能な不当利得を発生させるような場合に限り、しかもそれらの事情が明白である場合に限り、「濫用の抗弁」が認められる([4304])。このような抗弁は、権利として援用し得るといふにとどまらず、発行委託者との関係で、発行銀行が義務として援用しなければならない抗弁である([4311][4312])。濫用の抗弁の明白性が要求されるのは、このように、三者取引として行



われるギャランティーの場合に限定され、自己の利益のためにするギャランティーについては、明白性の要件は必要がない（[4313]）。抗弁援用義務を負う対象がないからである。濫用の抗弁について規定をおいた国連条約19条の成立過程も、そのことを裏付けるとい（[4314][4315]）。

次に、振込取引における抗弁の制限を検討する。ここで著者は、指図法理が妥当すると思われる類型の取引として、銀行振込取引を検討している。日本では、平成8年の最高裁判決が、原因関係の存在しない場合における振込の効力を否定せず、その実体法的抽象性を承認している。振込取引も、（使者たる仕向銀行を通じて入金記帳を指図する意思表示を被仕向銀行に対して発する）振込依頼人・（銀行間決済システムを使って仕向銀行を介して指図の意思表示と資金とを受け取る）被仕向銀行・（預金規定への同意によって指図に同意する）受取人の三者からなる指図として説明することができる。そして、受取人の口座元帳への入金記帳が、指図の引受であり、それと同時に被指図人である被仕向銀行に対する受取人の債権が準消費寄託によって預金に振替えられる、と説明しうる（[4403]）。フランス法ではかつて完全指図説がとられていたが、現在では、文書貨幣（預金通貨）説が採られている（[4402]）。しかし、この説明は、法学的というよりは経済学的な説明である。そこで、著者によればより法的に事柄を表現すれば、現代において獲得された確実指図の観念が妥当するものと推測されるという。

最高裁平成8年判決は、著者によれば、振込取引の抽象性を承認したとされる判決例であり、学説からはそれが従来の下級審判例を無視したものと非難があるが、著者によれば、それは必ずしも正当ではない（[4405]）。また、この事例では錯誤が問題になっているが、表意者に帰責性ある錯誤とも考えられる（[4406]）という。さらに、預金の帰属に関する「出捐者説」による批判もあるが、著者は、出捐者を預金の帰属者と認めるための要件が本件では具備されていないこと（[4406]注716）、価値返還請求権の観念から第三者異議の訴えを認容せよとの批判があるが、第三者異議訴訟に関する近時の議論から見ても、本件事例においては第三者異議を認めがたいことは明らかである（[4406]注717）と主張する。

## 2 本論文の評価

1 本論文は、第 部において、手形法の議論としては、手形授受の直接当事者間における抽象（無因）とはいかなる内容をもつかを検討し、第 部において、手形法の議論としては、手形の第三所持人と手形署名者との関係における抽象（無因）性はいかなる内容をもつかを検討するものである。端的にいうと、主としてフランス法に拠りながら、第 部では証拠法的抽象の観念の形成を研究し、第 部では実体法的抽象性の理論を研究するものである。体系的によく整理された研究であると評してよい。

著者の研究は、フランス手形法に関するかぎり、わが国では久々のまとまった体系的な研究であるのみならず、この分野における優れた業績の一つと考えられる。わが国では、これまでフランス手形法の研究といえば、上柳克郎・大森忠夫・畑肇・梶山純各教授の研究に代表される若干の論説が知られるにとどまってきた。それだけでも著者の貢献は貴重であると言いうるのみならず、本論文は、手形法理の背後に存する抽象債務という一般民事法的制度に正面から挑んだ研究としては、吾妻光俊教授・赤木暁判事・吉川義春判事らの論説以来の本格的な研究であり、スイス債務法に関する議論を紹介した研究としてはわが国最初のものである。著者の研究対象は、単に難問であるということにとどまらず、ほとんど未開の分野といっても過言ではない。それゆえ、著者の研究は、この分野を研究しようとする後進にとって大きな導きの糸となるであろう。

2 著者は、本論文の結論（[5001]）として、5点を要約して示している。すなわち、第1に、法律行為の有効性（要件）に目的としての原因を要するかどうかについて、有因主義を採用するフランス法（民法典1131条）における単純約束による出捐行為について検討し、証拠法的抽象性の観念により実体的な抽象的出捐に準じる取扱が可能であるとする。そして、この立場からすれば、原因の欠缺・不法の場面での処理は、無効原因としての処理になるとする。また、第2に、日本私法についても、これが契約自由の延長上に抽象債務を可能とする法体系であるとは考えられないとする（著者は、このような理解に準拠して、執行証書による過剰な請求の危険性を理論的に封殺するような提言さえしている）。

では、著者のこうした前提は、手形法の具体的な解釈論に、いかなる影響を与えることになるであろうか。著者の結論の第3は、手形についても手形授受の直接当事者間においてまで実体法的な抽象性を認める必要はないとするものである。

原因関係不法の手形抗弁は、被告の援用を要する権利抗弁ではなく、いわゆる事実抗弁であると構成することは、判例上の取扱と合致するが、そのような説明は、無因論の構造と調和しないことが指摘されている。この点、原因不法をもって、少なくとも原因関係で結合された二当事者間に関するかぎり、債務負担行為そのものの無効原因であると捉える立場を採用する著者の理論は、原因不法の抗弁に関する事実抗弁説を基礎づけるものであり、評価に値する。

この他、商法265条違反の取締役会社間の手形行為は、無因論を原理主義的に展開すれば、もっぱら原因関係上の問題であるにとどまり、手形行為の有効性には関係がないものと考えべきであるが（手段性説）、判例は手形行為自体を無効であるとした上で、第三取得者の保護については別の理論を用いるという立場を採っている。そして、利益相反取引に該当するか否かは、原因関係も含めて考察されるべきであるという。無因論によれば、動機のレベルに落ちてしまう行為の目的・理由は、ここでは行為の要素として考察されている。

法人の手形行為における代表権濫用の理論においても、判例は民法93条但書を類推適用し、手形を利用する目的が専ら機関の個人的な利益をはかることにある場合に、そのことを知る者との関係では手形行為を無効であるとしている。この場合においても、手形行為の無因性からいえば、機関の動機に属する手形を利用する目的は、手形行為の有効性を左右する要素ではありえないはずである。この点でも著者の主張は十分説得的である。

3 著者の結論の第4は、裏書によって形成される抗弁の制限の効果が生じる場面の説明は、「指図」の観念によって正当化できるとする。すなわち、指図によって形成される2辺の基本関係（対価関係と資金関係）は、それぞれが指図給付の片方の基本関係に故障が生じても、残存している方の基本関係の実現は依然として当事者にとって利益であるから、その効力は維持されなければならない、というものである。

こうした基本法理を前提に、著者は、原因関係にもとづく抗弁の制限の効果を伴う手形裏書を「譲渡」の一種としてではなく、指図に類する行為と解することにより、所持人における手形上の権利の原始取得として構成すべき一般民事法的根拠を提示する。なぜならば、手形上の権利が無因性を帯びていて、その権利が「単純」な裏書によって移転されていることに抗弁制限の効果の根拠を求めるのであるならば、期限内裏書に抗弁制限の効果があり、期限後裏書にその効果がなく抗弁が承継されることは、説明がつかないからである。それゆえ、著者によれば、期限内裏書は指図に類する権利移転の要件であり、期限後裏書は、形式は裏書であるものの、本質としては、指名債権譲渡同様に権利の承継の効果をもたらす行為であるとの理解をとる。傾聴すべき見解である。著者はその立論を、手形法統一会議議事録における手形法20条の成立過程によって裏付けられるとしている。

4 著者の結論の第5は、国際取引におけるディマンド・ギャランティー（スタンドバイ信用状）にも、指図に見られるような実体法的抽象性を認めることができるとしている。

5 以上の「2」「3」のように本論文の一部を取り上げただけでも、著者がいかに大胆に（むしろ果敢に）現在の支配的学説ないし有力説に疑問ないし反論を主張しているかが判ろう。それだけに、本論文に対する批判も少なくないことが推測される。手形行為の二者関係と三者関係とを区別するという思考は、権利外観法理か創造説かという二者択一的思考に傾斜してしまった日本の商法学説で多数の支持を得ることは必ずしも容易なことではなかろう。また、本論文の文体が呈する特有の難解さも指摘できよう。膨大な脚注に説明を譲り、本文を抽象化し過ぎている箇所もいくつか見られる。

それにもかかわらず、博引旁証ともいえるべきその圧倒的な引用文献は、一種の威圧感ともいえる無言の迫力をもっており、著者の主張に賛成であるか反対であるかを問わず、読む者をして否応なく本論文に学術的価値を認めさせるものである。理論的・歴史的な探究に裏付けられた実際的な提言こそが説得的であるということの好例であろう。引用文献は、主としてフランス法・日本法の比較であるが、フランス民法典、スイス債務法典、日本旧民法・新民法・旧商法、統一手形法などの立法資料をも含めた膨大な件数に及び、また、その引用はきわめて適切妥当と思われるだけに本論文の説得力を強めている。

### 3 結 論

以上の審査の結果、後掲の審査委員は、本論文の提出者が博士（法学・早稲田大学）の学位を受けるに値するものと認める。

2004年5月18日

|     |    |         |             |    |    |
|-----|----|---------|-------------|----|----|
| 審査員 | 主査 | 早稲田大学教授 | 法学博士（早稲田大学） | 奥島 | 孝康 |
|     |    | 早稲田大学教授 |             | 上村 | 達男 |
|     |    | 早稲田大学教授 |             | 尾崎 | 安央 |
|     |    | 早稲田大学教授 |             | 大塚 | 英明 |
|     |    | 早稲田大学教授 |             | 鳥山 | 恭一 |