

手形抗弁論の基礎

川村正幸

序論

権利對抗弁の觀念と手形法上の諸問題。

その概念構成的な解決とこの觀念の關係。問題提起

民法上の債権讓渡にあつては、債権はその同一性を失ふことなく移転する。したがつて、債権（とりわけ指名債権）の讓渡にあつては、その債権に附着していた抗弁は債権讓渡があつても存続し、讓受人に対しても債務者はその抗弁を對抗できる。このことはローマ法上の *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*（だれも自分の有する以上の権利を移転することはできない）の原則⁽¹⁾の妥当として表現される⁽²⁾。

しかし、手形法に於ては、その第一七条の規定する人的抗弁の制限により、善意の第三取得者はその抗弁の對抗を免れた手形上の権利を取得することができる。それは、手形法上に於ける *nemo plus...* 原則の排除として觀念される⁽³⁾。

この抗弁の制限の現象に關して手形法學上で一般に認められている觀念によれば、手形上の権利に附着している抗

弁は、本来的には手形の譲受人に対しても對抗されるべきものだが、抗弁の制限の原則の機能により、善意の譲受人には、抗弁の除去されたいわけばきれいな権利が移転する。他方、譲受人が悪意（第一七条の意味での悪意）の場合には、この抗弁が付着したまま、手形上の権利は譲受人へ移転する。⁽⁴⁾

この一般的観念は更に手形法上のいくつかの問題に関して展開されており、場合によってはそれ自身が困難な問題を生み出している。たとえば、第一に、手形が遡求に於て遡求義務者である裏書人に受戻された場合に、この裏書人の再遡求に際して、債務者が以前この裏書人に対して有していた人的抗弁を再び對抗できるのか、という問題に関してである。前述の一般的観念によれば、この裏書人から手形上の権利を悪意なしに取得した被裏書人（遡求者）は抗弁の除去されたきれいな権利を有しており、その権利が受戻によって裏書人に移転するのだから、この権利に基づく再遡求に於て、裏書人は自己の裏書以前に対抗された抗弁を對抗されることはないことになる。この結果の不適當の故に、ドイツの学説、判例は、理論構成によってこの結果を回避しようとしたが成功しなかった。

第二は、戻裏書により裏書人が手形上の権利を再取得した場合に、この裏書人に以前對抗されえた人的抗弁が再對抗されるのか、という問題に関してである。この問題は第一のものと実質的に類似する。

第三は、善意の中間者に次いで手形を取得する、抗弁の存在に関する悪意者に対して、債務者は人的抗弁を對抗できないのか、という問題に関してである。前述の一般的観念にしたがえば、善意の前者が有するきれいな権利を悪意の後者は取得するのだから、当然にこの抗弁を對抗されることはない。⁽⁵⁾

例として挙げたこれらの諸問題に関しては、手形法研究者一般に共通する観念として、抗弁制限の原則により人的

抗弁の除去された権利が後者に移転するという觀念が存在している。すなわち、後者は付着していた抗弁を拭かれた権利を取得し、以後は、このきれいな権利があたかも有体物のように移転していくという觀念が存在している。たしかに *nemo plus……* の原則は、譲受人への抗弁の付着した権利の移転を意味するものであろう。けれども、この *nemo plus……* の原則の排除（抗弁制限の原則の妥当）が意味するものは、このようなきれいな権利の有体物的な移転なのであろうか。私はこの点に関しては、この原則に基づいてその自明性を直ちに認めることはできないのではないかと考えるのである。ある命題の否定によってどのような命題が真なるものとみなされるべきかは一義的には確定できないからである。

以上に挙げたいいくつかの問題点、更には他の点に於ても、前述したような一般的觀念を純粹に保持して、理論的かつ構成的に論じている様子は、ドイツの学説に於て明瞭にうかがうことができる。このような概念的な理論構成は無用な議論を生み出すとして *Jacobi* は批判的である。⁽⁶⁾ 上述したような抗弁制限の原則と *nemo plus……* の原則との関連性の排除を、手形法の特有性に依拠させる見解も存在する。⁽⁷⁾ しかし、この一般的觀念の存在は否定できない事実である。

私は、この一般的觀念の成立の根源は、抗弁制限の原則の作用に於ての、手形上の権利「対」抗弁の觀念の手形法學上の承認に求められる、と考える。以下の検討で明らかにされるように、権利對抗弁の觀念は、手形法上に於てもさまざまな場で認められるが、抗弁の制限に於ける権利對抗弁の觀念は、実在的に存在する完全な権利に抗弁が對抗され、この抗弁が手形上の権利の裏書譲渡の際に抗弁制限の原則の作用によって除去され、既に存在しているこの実

在的な完全な権利のみが後者に移転するという観念を生み出す。この手形法研究者一般の有する権利對抗弁の観念の意味の再検討こそが本論文の目的である。

前述した手形法学上の一般的観念は、近時、我国に於ては、必ずしもその純粹性を保持されているわけではない。場合によっては、この一般的法観念は明白な理由付けなしに——この伝統的な法観念の排除にとり十分な説得力をもった理由付けなしに——排除されることがある。戻裏書に関する属人性理論や、受戻後の再遡求に於ける抗弁の再対抗に関する近時の有力説がその例である。⁽⁸⁾

そこで、以下に於ては、この一般的観念が最も明瞭に現出しており、かつ我国の手形法に関する理論に大きな影響を与えてきたドイツの学説を念頭におきつつ議論を進めていくことにする。

- (1) Ulp. D. 50. 17, 54. nemo plus……の原則は、本来的には債権譲渡に関するものではなかった。この原則に関して
 U. von Lübtow, „Hand wahre Hand“, in *Festschrift der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin zum 41. Deutschen Juristentag in Berlin 1955*, S. 144 ff.; M. Kaser, *Das Römische Privatrecht, Erster Abschnitt*, 1971, S. 413; 船田幸二『ローマ法』第二巻、一九六九年、三四—三四二頁。原田慶吉『ローマ法(改訂)』一九五五年、九七頁。

この原則は、ローマ法上では所有権の移転に関するものであった(公信力の否定)。ローマ法上では債権の譲渡は許容されず、それに代わる方法(委任など)をとるときには当然に抗弁が引き継がれたという事実及び、*Digesta* 中にこの原則が権利に関する一般の規定として取り込まれていたことが、後代の債権譲渡の許容と共に、この原則の債権譲渡への妥当性を

生み出したのであろうか。

(2) 日本民法第四六八条の「債務者の異議を留めない承諾による抗弁の制限」は、「特異な規定とされている（明石三郎、『注釈民法（11）』三八七頁）。

(3) *nemo plus*……の原則と手形抗弁の制限の原則との矛盾、対立は、既に Einert に於ても明確に意識されてくる（K. Einert, *Das Wechselrecht nach dem Bedürfnis des Wechselgeschäfts im 19. Jahrhundert*, 1839, Neudruck, 1969, § 18; 更に cf. G. Friedel, *De l'impossibilité des exceptions en matière d'effets de commerce*, 1951, p. 20.)。

(4) 悪意の抗弁の成立する場合に *nemo plus*……の原則が復活する、という觀念もまた一般に認められている。この点に関しては後述第四章第二節参照。

(5) 第一七条の悪意の意味内容の理解がどのようなものであっても、このことは形式論的に認められる。

(6) Vgl. E. Jacobi, *Wechsel- und Scheckrecht*, 1956, S. 32 ff.

(7) G. De Semo の見解 (*Trattato di diritto cambiario*, 1963, n. 171 e 172, n. 437, 452 e 461) 及び L. Mossa の見解 (*Trattato della cambiale*, 3ed. 1956, n. 439 e 442) は、このように評価できると考えている。

De Semo は次のように説く。即ち、「手形上の権利は証券に化体されており、この化体に基づいて抗弁は制限される。裏書は証券の移転であり、被裏書人はこの証券に基づく文言的権利を原始的に取得するのであり、固有の独立的な権利を取得するのである。」

他方、Mossa は次のように説く。即ち、「裏書は手形証券の譲渡であり、裏書人の権利の消滅及び被裏書人の権利の取得を生ずるが、被裏書人は前者たる裏書人の有する権利を取得するのではない。しかし、多数の権利も債務も存在するのではなく、一般人のための債務が存在するのみである（承継取得の否定である）。Mossa の手形理論に関しては、拙稿「手形法に

おけるレヒツシャイン法理に関する若干の考察」『一論』、第七一卷第六号、六九六頁以下参照。

(8) *nemo plus*……の原則を前提とする以上は、この点に関してはより詳細な(また論理的な)理由付けが要求されねばならないと考える(後述第四章参照)。他面において、その排除のされ方は、前述の一般的観念の存在を示していると思われる。

第一章 権利對抗弁の観念の成立

第一節 その定義

手形法上の諸議論に於て、我々手形法研究者が権利對抗弁の観念に出会うケースとしては、二つのケースを指摘でき(1)る。手形法学上では、研究者はこれらのケースに於て、権利對抗弁の観念を用いることによって、それぞれのケースでの手形法上の諸関係を理論的に説明することをなしているのである。

そこで、その観念の認められるのは、第一に、手形授受の直接の当事者間に於てである。手形債務者は手形所持人(相手方)に対して(または、この所持人の有する権利に対して)その有する抗弁を對抗できる。手形債権が原因債権に対して無因性を有すること、より正確に言えば、手形債権が原因債権に対してそれと区別される別個独立のものとしての独立性を有し、原因関係の不存在、消滅等は *Einrede* として對抗されるとい(2)う観念にしたがえば、手形債務

者が直接の相手方に対して両者の原因關係に基づくならかの抗弁を有している場合にも、この相手方の有する手形上の権利は完全に有効に成立している。そして、手形債務者は当該の所持人（受取人）に対して、この原因關係に基づいて抗弁を對抗できるのに止まるのである。即ち、受取人は手形上の権利を有し、手形債務者は抗弁を有する、という觀念が成立している。

第二のケースは、手形上の権利の裏書讓渡に際して生ずる。即ち、抗弁の制限の原則の作用がそれを生み出す。前者の有する手形上の権利を後者が裏書によって取得する場合に、原則として、人的抗弁の除去された権利が後者に移転する。即ち、後者は、前者の有していた完全に成立しているものとみなされるが抗弁の付着している権利を、³⁾抗弁を除去した上で、完全な権利として取得できるわけである。この場合に、讓渡人の有する権利と手形債務者の有する抗弁の關係は、「完全な権利」対「抗弁」の觀念によって把握されている、と言える。それ故に、抗弁の制限の原則によって抗弁の除去された前者の有する完全な手形上の権利を後者が取得できるわけである（即ち、権利対抗弁の觀念は、讓渡人の有する権利に関して成立する）。

第一のケースに於ては、人々が抗弁を除外して権利を語る場合にも、その権利は権利者である所持人のものと觀念されており、当事者間の關係を完全に排除して考察がなされることはありえない。それに対して、第二のケースに於ては、なんびととの關係にもない独立した権利の觀念が容易に生み出される。

現在の手形法学の底流として共通的に存在している觀念によれば、この独立的かつ十全的な権利が裏書によって、順次、後者の手中に移転していくのである。あたかも、その権利は一定の時点に於て（それは手形理論によって定ま

る時点である) 有体物の如くに成立し、そしてまた有体物の如くに移転するかのようである。

私には、この第二のケースの権利対抗弁の觀念が、手形法上のいくつかの問題を不必要に困難なものにしていると思われる。そこで本論文では、この権利対抗弁の觀念の本来の意味を説明することを試みている。

私法上に於ては、我々は更に第三のケースの権利対抗弁の觀念を知っている。それは実体法上の *Einrede* の觀念である。それは、第一のケースと同じように、直接的当事者間に於ける、相手方の有する請求権の成立に關しては容認した上での、債務者が有する抗弁事由の對抗の觀念である。手形法上の抗弁制限の原則と *Einrede* の概念とは本来的には全く関連性がない。*Einrede* の概念の成立とは全くかかわりなく抗弁制限の原則は成立しているのである。しかし、この *Einrede* の概念は二つの意味に於て手形法上重要性を有する。第一は、前述の第一のケースに於ける無因性の機能が、原因關係に基づく抗弁事由(たとえば、原因關係の消滅、無効)を、*Einrede* として作用せしめる⁽⁴⁾、ということに基づく。即ち、無因性の機能と *Einrede* の機能との同一性をこの限りで認めることができるのである。勿論、*Einrede* は原因關係の消滅、無効をも包含できるものではない⁽⁵⁾。しかし、無因性の機能がこれらの事由をも *Einrede* と化する⁽⁶⁾のであり、ここに無因性の意義を見出すことができる。

第二は、手形法學上に於ては、抗弁の制限に關して *Einrede* と *Einwendung* の區別は全くなされてはおらず、人的抗弁(制限されうる抗弁という意味での人的抗弁)は、*Einrede* に限られてはいないが、他方では、手形上の権利の存在を前提とする点に於て、人的抗弁は *Einrede* 的に取り扱われる⁽⁷⁾、ということに基づく。*Einrede* の本質的効力である抗弁の援用の必要性和その援用後の放棄可能性を、手形法に於ても肯定できるのである。⁽⁸⁾⁽⁹⁾

第二節 本論文の対象としての権利対抗弁

私が本論文で論じようとするのは、上述の第二のケースの権利対抗弁の観念である。即ち、手形上の権利が前者の元ではじめから完全に、十全的に成立したものととして——また、交付欠缺の場合には、権利外観理論に依拠すれば、善意の第三者の元ではじめて成立する時点から¹⁰⁾——裏書譲渡に際して抗弁を除去されて移転するという観念、つまり、あたかも一個の有体物の如くに（ここで言おうとしている有体物性は、手形上の権利に固有な、その「証券性」のもつ限定された意義のものではない）移転する、という観念である。前述したように（序論）、手形法上のさまざまな問題が、この観念それ自体から発生してきている。

そして、私は、それらの諸問題は、この権利対抗弁の観念の本来の意味、意義、機能を理解するときには、理論が生み出した本来的には不必要な問題であることを知ることができると考えるのである。

第三節 その原初的成立。その萌芽は Einct の理論に見られること

我々は、この観念の萌芽を、近代的手形理論の祖である Einct に於て認めることができる。

Einct⁽¹¹⁾ は、手形（為替手形）は商人の紙幣であるとする。そして、その紙幣であるための要件として、手形が公衆に対する一方的債務約束であること、それが原因関係から切り離されたものであること、及び、手形上の権利が証券に化体されることを挙げ、更に、手形の紙幣であるという性格を実効あるものにするためには、第三取得者は手形

授受の当事者間に存する抗弁に対して保護されねばならないとする。Einert は、裏書を特殊な債権譲渡と考えるときは、この抗弁制限が、*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet* の原則と矛盾することを指摘して⁽²⁾ する。

Einert が、紙幣としての手形が裏書によって後者に移転すると解する点に於ては、既にして、権利對抗弁の觀念の成立を認めることができる。

Einert に於ては、この権利對抗弁の觀念は、手形の紙幣性に根拠を有している。Einert の見解によれば、紙幣たる手形は振出の時点に於て既にして完成しており（商人が大商人の振り出した為替手形を購入して利用するという觀念は明確にこのことを示している）、手形上の権利は原因関係から独立し、切り離された完全な権利であり、手形という証券によって有体化されている。人的抗弁は、手形授受の当事者間に於ても手形上の権利（手形）と切り離されており、手形上の権利に手形外に於て対立するものであり、それは、裏書による手形上の権利（手形）の移転によつても変わる所はない。この権利對抗弁は、当事者間での手形上の権利の原因関係からの独立性（無因性）に基づくものではなく、それは、手形の紙幣性にその根拠を有している。

Einert に於ては、このように、第一節での第一のケースとしての権利對抗弁の觀念が認められる。しかし、この第一のケースの権利對抗弁の觀念は、第二のケースでの権利對抗弁の觀念とは後述（第三章）のように本質的に相違している。また、第一のケースのものは、第二のケースのものの根拠をなしてはいない。

このように Einert の見解では、権利對抗弁の觀念は手形の紙幣性に基づくことみられるが、今日、Einert の紙幣説

はその手形と紙幣との過度の同一視の故に排除されている。しかし、それによって権利対抗弁の觀念はその根拠を失いはせず、今日では別の根拠の下で存続しているのである。

第四節 その根拠、基盤、裏書の債権譲渡効力の認容と抗弁の制限の原則

Einort の見解を離れての権利対抗弁の觀念の基盤は、裏書の債権譲渡効力を認容した上での抗弁制限の原則の妥当の承認にある。

裏書の債権譲渡効力を否定する見解、たとえば、Reichsoberhandelsgericht の判決において確立された Offerten-theorie⁽¹³⁾によれば、裏書によって手形債務者の裏書人（受取人）の後者に対する債務負担の申込が媒介伝達され、それにより、被裏書人は自己に固有な手形上の権利を手形債務者に対して有するに至る。手形のすべての取得者はその各々に固有な手形上の権利を手形債務者に対して有するわけである。したがって、ここで成立しうる権利対抗弁の觀念は第一のケースのもの（第一節参照）であって、第二のケースのものではない。各々の手形取得者が自己に固有な手形上の権利を裏書によって取得するという觀念にあっては、第二のケースでの権利対抗弁の觀念は成立しないのである。⁽¹⁴⁾

しかし、裏書の効力に関しては、Einort に於ても、それを特殊な債権譲渡であるとはみなす見解が学説上主流であったことは周知の通りである。立法上も、ドイツ手形条例（WeO）第一〇条、ジュネーヴ統一手形法第一四条は裏書に債権譲渡効力を認めていると解されてきた。⁽¹⁵⁾ 他方、ドイツでは、抗弁の制限の原則は、古くから、学説上、更

に立法上も承認されてきたものである。したがって、ここに於ては、債権譲渡に関する *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet* の原則と抗弁の制限の原則との衝突が生じ、それ故に、さまざまな抗弁制限の原則の根拠付けの理論が生み出されてきたのである。⁽¹⁶⁾ ドイツでは、十九世紀に於ては、手形の無因性が抗弁制限を根拠付けるものとして有力であったが、今日では、一般に、外観の観念及び善意(信頼)の観念が抗弁制限の原則を基礎付けるとされている。

この問題の解決をなに見出すべきなのはさておき、権利對抗弁の観念は、裏書により前者の有している手形上の権利が後者へ移転し、その移転に際しては抗弁の制限の原則が作用する、という点に於て成立した。裏書譲渡に際して、抗弁制限の原則によって人的抗弁の除去された前者(裏書人)の手形上の権利が後者(被裏書人)に取得される場合に、前者は、既に成立している完全な手形上の権利を有し、その場合に債務者は、この前者の有する手形上の権利に対して對抗できる抗弁を有していると観念される。即ち、権利對抗弁の観念が成立する。そして、抗弁の制限の原則の作用によって、この完全な手形上の権利のみがそれに付着していた抗弁を除去されて後者に移転すると観念される。即ち、それに対して抗弁の対抗される権利だけが清められて移転され、そして、この清められた権利がそれ以後は、再び裏書によって移転していくのである。

要約すれば、抗弁の制限にあっては、権利的抗弁の観念は、十全的な権利の移転の観念、即ち、抗弁とは切り離された権利の有体物的移転の観念を生み出すのである。

以上のように、この権利對抗弁の観念は、裏書の債権譲渡効力と抗弁制限の原則を認める所に成立するのである。

この法的観念の基盤を無因性に求めることは一見容易に思われるが、後述のように、それは無因性とは全くかわりをもたない（後述、第五節、第三章）。第一のケースの権利対抗弁と、第二のケースの権利対抗弁とは区別されねばならない。したがって、この法的観念は、有因性を認めるとされるフランスに於てもまた当然に成立している普遍的な法的観念なのである。

第五節 諸観念との分別

(A) 無因性と権利対抗弁

無因性は特殊ドイツ法的法概念であるが、それは多様な形で用いられている。我々は四通りの無因性の使用を認める。第一は、手形上の行為、権利の性格付けとしての無因的手形行為、無因的手形債権の表現（それは、手形関係の原因関係からの独立、無因の効果及び抗弁制限の原則の効果前提としている）であり、第二は、原因関係、原因債権からの手形関係、手形債権の分離性、独立性としての無因性であり、第三は、抗弁制限の原則によって第三取得者の取得する手形上の権利の性質としての無因性であり、そして第四は、直接当事者間に於ても原因関係の不存在、無効という瑕疵がEinrede的に取り扱われるという意味としての、即ち、手形関係の原因関係からの独立性とEinredeの対抗というメカニズムの意味としての無因性である。第二のものは、第四のもの前提をなしている。そして、第一、第三のものは無因性概念にとり本質的意義を有さない用法である。それは単なる別のものの機能による結果の表

現にしかすぎない。第二、第四のものが無因性の概念にとって本質的意義を有している。

ここでの権利対抗弁の観念は、既にして、手形債権の原因債権からの独立性に於て認められる。しかし、これは本論文の主題である権利対抗弁の観念(第二のケース)ではなく、第一のケースとして示した直接的当事者間に於けるものであり、この権利対抗弁の観念は、結局は、直接的当事者間の具体的な権利関係の確定の図式としての意義を有しているに止まる。そこでは後述するような第二のケースの権利対抗弁の観念の特殊性は示されてはおらず、手形の受取人は原因関係上の瑕疵の存在にも拘らず、既に成立せる完全な手形上の権利を有すると観念され、手形債務者は受取人に対して原因関係上の瑕疵を抗弁としてのみ対抗できるのである。⁽¹⁸⁾

この無因性、独立性は第二のケースの権利対抗弁に対して意義を有するのだろうか。ここでは、抗弁の制限の原則の根拠付けとして現在では無因性は不十分なものと解されている、という点を指摘するだけに止めておく。⁽¹⁹⁾ 後述のように無因性の観念によりこの第二のケースの権利対抗弁を根拠付けるといふ考え方には誤解が潜んでいる。無因性についてのこの誤解が手形法上に於ける無因性、有因性の対立視、無因性理論の過大視の理由であったように思われる。⁽²⁰⁾ 今日に於ては、無因性の観念よりも、手形債権の原因債権からの独立性の観念を重視すべきであると私は考えている。⁽²¹⁾

(B) 手形上の権利の証券への化体、手形所有権理論と権利対抗弁

手形上の権利が手形証券に化体されるという観念は、手形証券と手形上の権利との同一視という Einert の紙幣説にその典型を見ることが出来る。この観念は、手形上の権利と当事者間の具体的関係(抗弁事由)とを切り離して把

握するという觀念に導く。ここに於ては、權利對抗弁の觀念の素地を認めることができる。更に、手形上の權利の帰屬は手形証券の帰屬にしたがうとする所有權理論と結合すれば、そのことは一層強化される。所有權理論によれば、手形上の權利は証券に化体されることよつて有体物化される。⁽²²⁾

手形法上に於ては、原則的に、手形上の權利の帰屬は手形証券の帰屬に一致する。また、手形上の權利の内容は証券上の記載により定まり、その權利行使には証券の所持が不可欠であるといった諸点は確かに指摘できる。しかし、手形上の權利と証券との結合關係は、もっぱら手形制度の目的の実現のためのものであつて、その有する意義もこの範圍でのものに止まる。

(C) 創造説と權利對抗弁

創造説によれば、手形の作成(署名)と共に手形上の權利は成立する。したがつて、この作成に関して瑕疵がなければ、手形上の權利は成立したことになる、それ以外の瑕疵は抗弁としてのみ主張できることになる。したがつて、ここでは第一のケースでの權利對抗弁の觀念の成立を生ずる。しかし、第二のケースでの權利對抗弁の觀念の発生にはそれはかわりを持たない。裏書による手形上の權利の移転に際して抗弁制限の原則の作用を必要とすることには変わりがないからである。

(1) 我々手形法研究者が手形抗弁一般を抽象的に語る場合にも、權利に対する抗弁という觀念を、明確に意識しないとしても一般的に有している。しかし、この觀念は、手形抗弁の概念そのものに内在するものである(後述第四章第一節)。

(2) 参照、拙稿「無因性と手形資金」『一論』、第七〇巻第六号、五九二頁以下。

(3) 交付欠缺の抗弁に関しては、私見のように権利外観理論をとる場合には、この点は微妙である。第一七条が適用されず権利外観理論によってはじめて治癒される抗弁事由に関しては、権利外観理論によって善意の第三取得者の元ではじめて手形上の権利が有効に成立すると考えられるからである（手形理論は債務負担の根拠を探索する）。しかし、交付欠缺の抗弁は、「制限されうる抗弁」として人的抗弁とみなされている。この制限されうる抗弁の観念から、権利と抗弁の分離、対立が生じ、権利對抗弁の観念が成立すると考えることができる。したがって、この権利對抗弁の観念は、抗弁制限の原則の働くすべての抗弁に関して認めることができるものである。

ところで、交付欠缺の抗弁の成立する場合に、手形上の権利は善意の第三取得者の手中に達する迄は成立しないという結論を認める権利外観理論の立場には、異論をもつ見解もあろう。即ち、権利は最初から成立しているべきであるとすると創造説の如き見解である。我々は成立していない権利をどうして移転できるのかという反論がなされるであろう。しかし、このような考え方は、不必要な法学的争いを生ずるだけのものである。権利は物ではない。それは、手形上の権利のように強度に証券化された権利にあっても同様である。権利の取得が証券を通してなされ、権利の内容が証券によって確定するとしても、手形上の権利は物と化するわけではない。我々は往々にして法的思考の産物を実在物として取り扱う傾向がある。法的観念、法的概念の正しい把握の必要な理由である。Vgl. Jacobi, a. a. O. S. 32ff.

(4) ここでは請求権対 Einrede の図式が認められる。権利（債権）と請求権とは別個の法概念である。請求権は権利を基礎として存在し、特に債権にとつてはその本質的内容をなす。勿論、債権は請求権であることに尽きないが、債務者に対する債権の行使（主張）という、ここでの手形権利（債権）の意義に於ては、請求権と一致する。請求権と権利に関しては、民事法學辞典下、一〇八七—一〇八八頁（奥田昌道）。

(5) 拙稿「無因性と手形資金」『一論』第七〇卷第六号、五九三頁。

(6) 後述、第二章。

(7) Vgl. Baumbach-Hefermehl, *Wechselgesetz und Scheckgesetz*, 12. Aufl., 1978, Art. 17 WG Anm. 1. 後述、第二章。

(8) 手形法上は、立証の必要性は手形債権の証券性から大幅に手形債務者に負わされているが、しかし、それをもって Einrede との共通性とみなすことはできない。

(9) 第一七条の対象とする人的抗弁の範囲の確定に関して、手形債務の存在性にかかわる抗弁（有効な手形債務が存在しない、または、もはや存在しないという抗弁）と、所持人との直接的人的関係に基づく抗弁とを区別する、¹⁾ かわば、Einrede と Einwendung の区別をなす見解がある（Baumbach-Hefermehl, a. a. O. Art. 17 WG Anm. 9, 30 ff. 河本「手形法における悪意の抗弁」『民商』、第三六卷第四号、五三七頁、田辺「手形交付契約欠缺の抗弁に関する一考察」『阪南論集』、第四卷一・二号、五二七頁。参照、拙稿「レヒツシャイン法理」『一論』、第七一卷第六号、七〇四頁）。

しかし、私はこの見解を支持していない（拙稿、前掲、七〇四頁註（7）、（8））。

(10) したがって、原因関係に基づく抗弁と交付欠缺の抗弁とは相違が認められる。即ち、抗弁制限の原則の作用により、前者の抗弁にあつては、権利は前者（譲渡人）の元で既に実在的に成立しているものとみなされるが、後者の抗弁にあつては、第三取得者の元ではじめて実在的に成立するものとみなされる。第一のケースとして示した権利對抗弁の観念は、前者の抗弁については認められるが、後者の抗弁については認められないことになる。

(11) Einert, a. a. O. § 15, § 18, § 19, § 20, § 21.

(12) Einert, a. a. O. § 18.

(13) ROHG 24, 1 ff. に於てこの理論は確立された。この判決に關しては、Vgl. H.-J. Phug, *Der Rücklaufende Wechsel*, 1967, S. 6 ff.

(14) Tho. の手形理論にあつても、手形の引渡により取得者が前者の権利にかかわりのない固有の権利を取得するという点に同様のことが言える (H. Tho, *Wechselrecht*, 1878, § 122)。

(15) *Offertentheorie* は、ドイツ手形条例第一〇条 (ジュネーヴ統一手形法第一四条) の文言との調和のために、裏書により後者に対する申込及び使者としての資格を授与する権限が移転される、と解している。

(16) 所持人に固有の手形上の権利を付与しようとする Tho の手形理論、裏書に關する理論により取得者に固有の手形上の権利を付与しようとする *Offertentheorie* は、抗弁制限の原則の説明、根拠付けとしての意義を有していた。

(17) 以下参照、拙稿「無因性と手形資金」『一論』、第七〇卷第六号、五九二頁以下。

(18) この抗弁に關しては、拙稿「無因性と手形資金」、五九三頁。

(19) この点に關しては後述、第三章。

(20) 権利對抗弁の觀念との關係に於ける無因性と有因性の対立は、第一のケースの権利對抗弁の觀念が後者にあつては成立しない点に求められる。法的表現としては、「原因關係の消滅、不存在等の總ての抗弁は對抗され、手形債務は成立しないものとなる」と表現されるが (拙稿「無因性と手形資金」、五九五頁)、その表現は権利の不存在と同義である。したがつて、そこでは、権利對抗弁の觀念の成立の余地はない。

しかし、この有因性にあつても、これらの抗弁が第三取得者に対しては制限されるべきことから、第二のケースの権利對抗弁の觀念の成立が認められる。

(21) 拙稿「無因性と手形資金」、五九二頁以下参照。

私は、手形償権の原因償権からの分離、獨立性は、總ての原因關係に基づく抗弁の制限の一つの前提をなすものとして認められる、と考えることができるのではないかと思つてゐる。この点に關しては後日の研究を期したい。

(22) 勿論、手形上の権利の手形証券への化体の觀念は、裏書による手形上の権利の有体物的移轉の觀念を生み出す土壤をなしている。しかし、それ自体では、手形上の権利の有体物化の觀念は生じてこない。手形証券と手形上の権利との同視を徹底させ、手形上の権利は眞に紙幣と同一であるという定義を採用することによつて、この権利の証券への化体を意味付けるのではない限りはそうである。

第二章 私法に於ける Einrede の概念

——權利對抗弁の一つの場合——

第一節 Einrede の検討は我々の研究にとりどのような意義を有しているのか

第一章に於て明確にしたように、權利對抗弁の觀念の非本質的な形態として、第一のケース及び第三のケースとしての Einrede の概念を認めることができる。

この Einrede の概念の検討は本論文での検討にとりどのような意義を有しているのだろうか。この Einrede の概念の形成は、時期的には BGB の制定（一九〇〇年）前後であり、本論文で論じている權利對抗弁の觀念が、第一章で示したように抗弁制限の原則に根拠付けられるべきものである以上、この原則の成立が時期的に先行するもので

あることから、Eimede の概念と権利対抗弁の概念とを理論的に結び付けることはできない。また、手形法上に於ては、第一のケースとしてみたように、無因性の機能の結果として、Eimede の概念が再び現われてくるが、それは無因性という概念自体から派生してくる結果であるにしかすぎない。更に、一般的に、手形法上に於て、善意の第三取得者の手形取得により制限される抗弁は Eimede に限定されるものではない、と指摘されている。

しかし、以上のような事情にも拘らず、本論文での権利対抗弁の概念の研究にとり Eimede 概念の検討は有益であると言える。なぜなら、第一に、Eimede の概念は、それ自体が請求権に対立するものであるという本質を有するが故に、ここでの権利対抗弁の概念と近似した性格を有しており、この一般私法（民法）上に於て確立された概念が、特別法たる手形法上の概念に影響をもたないわけではないからである。したがって、また、この Eimede の概念の正しい把握は、手形法上の権利対抗弁の概念の不適切な取り扱いを排除することを可能にすると考えらるからである。この Eimede の概念の手形法中への影響は、既にして無因性の概念中に認めることができる。

第二に、既に述べたように、手形法上に於ける権利対抗弁の概念は手形法学上普遍的なものと考えられる。特に、ドイツ、日本に於てはその概念は固持され、そして展開されていると考えられるのである。したがって、この権利対抗弁の概念の一つの例を、この類似物である Eimede の概念に見るのであれば、それは、我々が権利対抗弁として何を観念するのか、の一例を示すことになり、その概念の検討の有益性が認められるからである。しかし、手形法上に於けるこの Eimede の概念の必要以上の重視はまた誤まった見解に我々を導く恐れがある。それは、特殊ドイツ的法概念だからである。⁽²⁾

第二節 Einrede の概念⁽³⁾の成立

Savigny-Windscheid に於ける成立と Holder 等によるその本質上の批判

この Einrede の概念は、Savigny 及び Windscheid に於て確立された。ローマ法上では、exceptio は actio に対立するものとして觀念され、それは actio の存在を認めた上で、ただその効力だけを阻止するものであった。十九世紀に於ける実体法と訴訟法との二分化に伴い、actio から請求権 (Anspruch) が独立し、exceptio は請求権に対立するものとなり、ここに至って、Einrede の概念が成立した。Einrede はその本質に於て、請求権の存在を認めた上で、その効力 (請求力) を排除するものとされた⁽⁴⁾。この本質は、Einrede がローマ法上の exceptio を歴史的前身とするという事情に専ら依拠するものであった。それは理論的根拠を有してはいなかった。そして、この Einrede の概念は二つの効果を有する。第一は、Einrede は被告 (債務者) の援用がなければ、その請求権を拒絶するという効力を発生せしめられないということである。第二は、Einrede を一度主張 (援用) した後でこの Einrede を放棄する場合には、その一度否定された請求権の効力は再び発生するということである。この放棄は、取消による消滅後の場合に於けるように新たな請求権を生み出すのではなく、一度は排除されていた効力が再び生じるだけにしかすぎない⁽⁵⁾。

この Einrede の概念は、BGB の導入する所となり、今日でも確立されているものと解されている。しかし、BGB の制定前後に於ては、このローマ法的概念の容認に関して批判も強かった。その批判は、ローマ法上に於ける exceptio の理解に関する Savigny 的見解に対する疑問に基づくものであったし、また、当時の法の中に Einrede の概念を導

入することの必要性に関する疑問に基づくものでもあった。⁽⁶⁾更に、理論的に言って、Einredeの對抗の生み出す、存在するが無効な請求権という観念を承認できるのか、という疑問が提示された。⁽⁷⁾これらの疑問は、Einrede概念の BGBへの導入という事実により消滅せしめられ、⁽⁸⁾特に、最後の批判点に関しては、法律学上の観念として、請求権の存在することとその効力が欠けるということとを分けて考えるという思考方法、即ち、請求権の存在と効力を分けて考えるという思考方法が有益なものであり、現行法上もいくつかの点にその類似例を見出すことができる、⁽⁹⁾という反論がなされている。

この Einrede の概念の本質の定義に関連して、次のような歴史的な由来を指摘しておく必要がある。それは、Savignyによれば、Einredeの前身である *exceptio* が、方式書訴訟⁽¹⁰⁾に於ける衡平の理念の実現のためのものであった、という事実である。⁽¹¹⁾この点は、また、Gainsの説く所でもある。⁽¹²⁾即ち、*actio* に対して *exceptio* が対立するという構成により、当事者間での具体的な権利義務関係は衡平に適合したものととして処理されることができるのである。

第三節 Einrede の本質、意義

——特に請求権の実在性の観念——

Einrede は前述したように、請求権の存在を前提とした上で、その効力を無にするものとしての本質を有する。そして、Einrede の概念はその効果として、抗弁権者の援用の必要性和、その放棄されたときの請求権の再生という観念を有する。これら二つの効果は、前述の Einrede の本質と結合しているように思われる。即ち、それらは、援用の

ない限り請求権が存在するという観念、及び請求権が再び効力をもつに至る以上は請求権が存在しているはずであるという観念を必然的に導くように思われたのである。このような思考方法は、Einrede は実在する請求権に対抗されるといふ観念に容易に導かれた。したがって、Holder 等は、実在するが無効力な請求権という観念は自己矛盾であるといふ批判をなしたのである。この批判に関しては既に述べたように、請求権の存在と効力とを分けて考えることができる、といふ反論がなされている。このような根拠付けによってこの批判を排除することは確かに可能であろう。

しかし、私見によれば、これらの議論には Einrede の本質的意義に關しての見落しを認めることができる。

確かに、Einrede はその先験的定義に於て請求権に対立するものである。したがって、この限りでの請求権対 Einrede は、実在的請求権対 Einrede と解してさしつかえない。しかし、これは、Einrede の定義以外のなにもでもない。けれども、我々はこの Einrede の定義付けの場合と、Einrede が請求権者の請求権の行使に対して対抗される場合とを区別して考えねばならない。Einrede が当該の具体的請求権に対抗されるときには、この請求権と Einrede との対立によって、その当該の当事者間の具体的な権利義務関係が確定されるわけである。即ち、当該の請求権者が有する請求権の内容は、Einrede の対抗がある場合には、この請求権対 Einrede の観念に於て確定されるわけである。この Einrede の観念が具体的権利義務関係の確定のためのものであるといふことは、Savigny が exceptio は普遍的な法理念として認容される衡平の実現のために認められた、と語っていること(B)の真の意味ではないだろうか。

他方に於て、Savigny は、Einrede の概念に基づいて認められるべき効果として、一旦主張された Einrede が放棄された場合に、なんらの法律行為も要せず直ちに請求権が再び効力を有するに至ることを挙げ、それに関連して、

真に否定されたものの再生の不可能性は自明のことだ、という趣旨の事柄を述べている。⁽¹⁴⁾ このような考え方が実は上述の Einrede の本来的意義を曇らせたのである。Einrede の本質的性格とされる援用の必要性と援用後の放棄に際しての効果とが、請求権の实在性を当然に導き出すのであるとしても、前述したような具体的権利義務関係の確定にあっては、この Einrede は請求権の行使に対して對抗されているのである。それに対して、Einrede が援用されない限り、請求権は完全に十全的にその効力を発揮できるといふ事柄にあっては、明らかに、Einrede の對抗という前提は除外されている。したがって、この場合に、請求権を實在的なものとみなすことができるのである。他方、一旦主張された Einrede を後になって放棄する場合に、この請求権は再び完全な十全的な効力を再び有するに至るといふ觀念にあつても、この請求権の十全的な効力の再発生に関しては、Einrede の對抗は前提とされてはいないのである。したがって、これらの場合に於ては、専ら Einrede の定義的側面のみが問題になっているのであつて、Einrede の有する本来的機能（その機能は、對抗されるときにはじめて示される）とはかかわりを有してはいないのである。⁽¹⁵⁾

第四節 Einrede に関する見解の問題点

——請求権の实在性の觀念に対する批判の続き——

第三節に於て確定した所によれば、一般的に、請求権対 Einrede の觀念を、Einrede の對抗というケースと、Einrede の抽象的な定義的把握のケースとで區別することがないので、それ故に、この觀念にあっては、請求権は實在的な完全な有効な十全的な請求権であると解され、この請求権に対して Einrede が對抗されるときには、この請求

権はその効力を阻止され停止されると解されると。そこで、存在するが無効な請求権の觀念の是非をめぐって議論がなされたわけである。

しかし、請求権に対して *Einrede* が對抗されるというこの具体的なケースに於てもなお、請求権Ⅱ實在的請求権とみなすことが正當なのであろうか。この請求権対 *Einrede* の觀念が既に述べたように、具体的な当事者間の權利義務關係の確定のための觀念を示すものであると解するのであれば、ここでは、請求権は、請求権者がその *Einrede* の對抗がなければ本來的に有しているべきはずのものである、と解することができるのではあるまいか。そうであれば、請求権の存在と請求権の効力の無力化の觀念は、なんら矛盾するものではない。

他方、*Einrede* の定義として、實在的請求権に対して *Einrede* が對抗されるという觀念を維持すべき必要性はあるのであろうか。援用がない場合にも、また放棄される場合にも、*Einrede* が對抗されないが故に、この本來的に有しているべきはずの請求権がその実効性を有するのにすぎないのではないだろうか。我々は、あまりに請求権の存在を有体物的存在のように考え、それがあたかも有体物の如くに生成し、消滅させられ、再び生成する、という觀念に固執することになってはいないだろうか。

この点に関しては、第三章に於て、更に手形法上の權利對抗の觀念に関して検討する。

(1) ローマ法継受によるローマ法の復活により、抗弁の制限と *numo plus*……の原則との対立視が生じ、学説上では対立もあつたが、ドイツの学説、立法は抗弁の制限の原則を一般的に認めていた。抗弁の制限は實際上の要請に基づき必要なものだったのである。そこで、一八世紀以来、抗弁制限の原則の根拠付けが学説上の中心的争点となった。

抗弁の制限の原則の歴史に関しては、Friedel, op. cit., n. 5 et suiv.; 平田央「有価証券法史論」一九六八年、三三三頁以下。

普通ドイツ手形条例 (Allgemeine Deutsche Wechselordnung, ADWO, 1848. 後の WO) の八二条は「手形債務者は、手形法自体に基づいて抗弁 (Einreden) として訴求者に対して有する抗弁を対抗できる」と規定している。この Einreden は、現在の実体法上の Einrede 概念ではなから。これらの Einrede が何を示すのかに関しては「それ以後に制定された BGB 七九六条 (一九〇〇年)」、HGB 三六四条二項 (一九〇〇年)」、DSchG 一八条二項 (一九〇八年) によって理解すべきだと解された (Jacobi, Die Wertpapiere im bürgerlichen Recht, 1917, S. 242-243; R. Gähler, Die Einwendungen des Schuldners nach dem neuen Wechsel- und Scheckrecht, 1935, S. 8-10)」。これらの規定によれば「証券債務者が対抗できる抗弁は、1 表示 (振出) の有効性にかかわる抗弁、2 証券自体から生ずる抗弁、3 所持人に対して直接的に有する抗弁である。即ち、WO 八二条の Einreden は「実体法上の Einrede と Einwendung を含む、実体法上の Einwendungen がその中に含まれている。更に「Jacobi によれば「訴訟法上の否認も含まれる。即ち「訴訟法上の Einwendungen と同義とらうことになら (Gähler, a. a. O. S. 1-2; Jacobi, Wertpapiere, S. 242.)」。現在のドイツ手形法第一七条は「Einwendungen の語を用いる」。

また、現行のドイツ手形法第一七条は「人的関係 (personal relations) に基づく」というジュネーブ統一手形法の用語を「直接的関係 (unmittelbaren Beziehungen) に基づく」として翻訳している。このことは「WO 時代の「直接的抗弁」として「債務の有効性にかかわる抗弁」の対立視 (即ち「Einrede 的抗弁と Einwendung 的抗弁の区別) をそのまま現行手形法の解釈中に持ち込み、第一七条は Einrede 的抗弁のみを規定するという観念を生みやすい。しかし、「国際的統一法の解釈にとって一加盟国で従来適用していた法的観念は、特殊例外を除いては、全く意義を持ちえないので、ジュネ

一ツ統一手形法第一七条の解釈にとつて、ドイツ W.O. 上の解釈は何らの価値をも有してはいない。

(2) この権利對抗弁の観念は、たとえばフランス手形法学に於ても勿論存在している。したがって、この観念と Einrede の概念との結び付きは過大評価されるべきではない。もっとも、フランスに於ては、ドイツ、日本に於けるほど、この観念は拡大されてはいない(例えば、遡求と受戻による手形の移転過程(Rücklauf)に関する問題についての解答を見よ。Lescot et Roblot, *Les effets de commerce*, 1953, t. 2 n° 685; Pfing, a. a. O. S. 123 ff.)。この一面に於て、この観念のドイツ的展開への疑問を根拠付けし(理論の貫徹は本当に価値を有していることなのか)、他面に於て、フランス法的特殊事情の検討を必要とする。この点は後日を期したい。

(3) ここで Einrede として示してゐるのは、実体法上の Einrede である。訴訟法上の Einrede の概念とは、実体法上の Einrede の概念に一致しない(Maizeu zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd 1, 1888, S. 357 ff. S. 359)。

ドイツ法上の観念によれば、実体法上の Einrede は請求権の効力を阻止するものであるのに対して、実体法上の Einwendung には、請求権の成立を否定する事実の主張、その消滅の事実の主張を含む。両者の区別は、訴訟に於て、Einrede が主張者の援用を必要とするのに対し、Einwendung は職権で参酌せられる点にある。両者を合わせて Einwendungen とも表示される。他方、訴訟法上は、Einrede は、否認(Leugnen)と区別される、主張者が証明責任を負担する事実の主張を指す。したがって、実体法上の Einwendung も含まれる。また、訴訟法上の Einwendungen は、否認と訴訟法上の Einrede とを含めた、訴求に対する総ての防禦手段の主張を意味することになる。

Einrede に関する我国の研究としては、永田真三郎「抗弁権概念について」、『関西大学法学論集』、第二二巻第四・五・六合併号、一一一頁以下。山崎敏彦「ドイツ法における「抗弁権の永久性」について」、『福島大学商学論集』、第四三巻第二号、

一頁以下、第四四卷第二号、三七頁以下、第四四卷第四号、一六四頁以下。坂田裕英「サヴィニーおよびヴィントシャイトの抗弁に関する理論について——「抗弁権」と「抗弁」の分化——」『名城法学』第一五卷第一・二号、七六頁以下。

(4) F. v. Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 5, 1841, § 225-229; B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandekten Rechts*, Bd. 1, 7. Aufl., 1891, § 47; Windscheid-Kipp, 9. Aufl., 1906, § 47.

(5) Savigny a. a. O. § 225; Windscheid, a. a. O.; *Motive*, a. a. O.

(6) 今日「*Einrede*」現在の法に「*Einrede*」概念が必要なるのなかに関しては争われざる。Vgl. G. Jahr, „Die Einrede des bürgerlichen Rechts“, *Jus*, 1964, S. 125 ff.; P. Schlosser, „Selbständige peremptorische Einrede und Gestaltungsrecht im deutschen Zivilrecht“, *Jus*, 1966, S. 257 ff.

(7) たゞ「*Einrede*」に「*Holder*」, „Über Ansprüche und Einrede“, *Aep*, 93-2, S. 74 ff.

(8) BGB 自体は「*Einrede*」概念の定義を定める規定を含まない。その定義は *Motive* 中になされている (a. a. O.)。

(9) A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Bd. 1, 1910, § 17. 例として「取消行為は無効せられるにも拘らず、権利は存在し、相殺により消却せられるにも拘らず、債権は存在する」ということを挙げている。

(10) 方式訴訟制度に於ては、「法務官により *exceptio* が方式書中へ挿入された。

(11) Savigny, a. a. O. § 227, § 228

(12) ガイウス「*給田亭二訳「法学提要」*」一九六七年、4-116 a, 116 b, 117, 117 a.

(13) 前述「Savigny, a. a. O. § 227, § 228.

(14) Savigny, a. a. O. § 225

(15) Einredeの有する、請求権の存在を前提とするという本質と、採用の必要性及び放棄に際しての効果という特質は、いずれも、Einredeの定義付けにかかわるものであって、それらは、必然的な理論的根拠を有しているとは思われない。

第三章 手形法上の権利對抗弁の觀念と権利のイデア的スペチエス性

第一節 手形法に於ける第二のケースの権利對抗弁の觀念(第一章)とその問題点。 権利を實在的権利とみなす一般の見解

現在の一般の見解によれば、裏書は特殊な債権譲渡であり、この裏書により前者の手形上の権利は後者に移転する。この債権譲渡に関しては、ローマ法上の原則である *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet* の原則が妥当し、手形上の権利にこの前者に対して債務者が有する抗弁が付着していると觀念されており、この付着している抗弁が、抗弁制限の原則の適用により除去されて、後者は抗弁の付着していない、前者の有していた手形上の権利を取得する、と解するのが手形法學上の一般的な考え方である。このことは、ドイツの文獻上明確に論じられていないとも言える。しかし、このような觀念は、遡求と受戻による手形の移転過程(Rücklauf)に関する諸學說、善意の間者の介入する場合に抗弁制限を認める見解などの中に明確に示されている。これらの点に関しては、第四章に於てやや詳しく論ずることとする。

このような手形法研究者の有している一般的觀念に依れば、前者の有する手形上の権利には、債務者の有する抗弁が対立しているわけである。ここに於ては、権利對抗弁の觀念が成立している。そして更に、一般的觀念に關して明白な点は、この場合の権利を實在的權利とみなしていることである。即ち、讓渡裏書により、後者は前者の有している實在的權利を抗弁を除去された上で取得する（取得者である後者が悪意の場合には、抗弁の付着したままの實在的權利を取得する）。そして、この後者は以後の取得者に対して（以後の後者の善意、悪意にかかわらず）、このきれいな權利を移轉することになる。あたかもこの關係は、權利という有体物に抗弁が付着していて、それが善意の後者に取得されることにより、この「よごれ」を洗い落され、きれいになった有体物として、それ以後転々流通するかの如くである。私は、このような觀念を手形上の權利の「物化」の現象と呼ぼう。この物化の現象こそ、手形法上でさまざまな不必要な難問を産み出し、不要な理論的争いを生じてきたもの⁽¹⁾と考える。現在まで、この難問を解決しようとする試みは、第一に、裏書の債權讓渡効力を否定することにより、第二に、抗弁（人的抗弁）の手形債權への付着を否定することにより、第三に、理論的な矛盾はその理論の根底にある思想に立ち戻ることによって解決されるべきだ、とする利益衡量的な発想に基づき、試みられてきたが、いずれも説得力を欠いている⁽²⁾。

この一般的觀念の根底をなしているのは、この権利對抗弁の觀念に於ける、權利の實在性の觀念である。

ところで、我々が手形抗弁を語る場合に、手形抗弁の取り扱いと、民法上の *Binde* との類似性が指摘されること⁽⁴⁾がある。それは、手形抗弁、とりわけ人的抗弁が抗弁権者（手形債務者）の援用を必要とするという点、及び、一旦援用した後で放棄するときには、*Einnrede* の場合と同様の効果が認められるという点⁽⁵⁾に於てであろう。これらの点は、

Einrede の場合と同じ様に、手形法上の権利対抗弁の觀念に於ける権利を實在的権利とみなすことに導きやすい。しかし、Einrede に關して既に述べたように、これらの点は、権利対抗弁の觀念の發生を認めるべき抗弁の対抗という前提条件を除外して考察されるべき事柄であつて、本論文の主題である権利対抗弁の觀念とは次元を異にした問題である。権利対抗弁の觀念は、抗弁の対抗が前提にされてはじめて發生するものであり、抗弁の対抗の前提を除外して権利対抗弁を觀念することは、不要な議論に導く恐れがある。

そして、抗弁の対抗が觀念されるべき場合に関しては、抗弁の制限との關係上では、手形法上は二つのケースが重要な意義をもつ。

第一は、手形抗弁は元來その定義の前提としてその対抗を内含するが故に、我々がたとへば、「……の抗弁」は總ての人に対して対抗されうる（物的抗弁）とか、善意の第三者に対しては制限される（人的抗弁）とか觀念するケースである。このケースは手形法学上の有用性を認めることができる。ここでは、手形關係は抽象的に觀念されており、当事者も仮定的（抽象的）人物であるし、一当事者の有する手形上の権利も、手形債務者の有する抗弁も抽象的なものである。即ち、抽象的権利対抗弁の觀念が成立している。このような觀念作用は手形法学にとって不可欠なものである。そして嚴密に言えば、この場合にも、我々は、手形抗弁を人的抗弁、物的抗弁の如くに表示することができるので、そこでは、しばしば、この権利対抗弁の觀念、抗弁の対抗の觀念は欠落することがあるのである。⁽⁶⁾

第二の重要なケースは、手形法学にとり本來的な権利対抗弁の觀念の成立するケースである。即ち、具体的当事者である手形所持人に対して、具体的債務者が具体的抗弁を有し、この所持人から第三者が裏書により手形上の権利を

取得する場合である。このケースこそが、前述したように、権利が実在的な権利として認識され、権利の物化現象を生ずるものなのである。⁽⁷⁾

ところで、この第二のケースにあっては、当該の手形所持人が手形債務者に対して有する手形法上の権利関係は、手形上の権利対抗弁の図式によって確定されている。即ち、この両者の間の具体的権利義務関係は、この権利対抗弁によって確定されている。この権利対抗弁の観念は、具体的権利義務関係確定の図式とみなすことができる。⁽⁸⁾

第二節 権利対抗弁の観念に於ける権利のイデア的スペチエス性。

実在的権利の観念の誤解

この第二のケースに於て、権利対抗弁の観念が当事者の具体的な権利関係を確定するのであれば、そこでは、この権利対抗弁の観念を分割しないで、その全体にこの意義を付与すべきである。即ち、この「権利対抗弁」によって表示されるのが、譲渡人である所持人の有する手形上の権利の具体的な内容なのである。手形上の権利の第三者への移転に際して、抗弁制限の原則が働く場合に、この第三者が、所持人の有する手形上の権利を抗弁から免れて取得するのであるから、この前者たる所持人の有する権利は、権利対抗弁の観念に於て把握される必要があった。この観念は容易に、手形債務者と手形所持人との間の権利関係を確定するために用いられるに至り、その時、この所持人は、完全に成立した十全的な権利を有するものと観念されたのである。⁽⁹⁾このことは、第一節で述べたように、法律学上學問的意義を有する観念ではあるが、その本来的意義は見落されやすいのである。そして、まさに、この観念にあっては、

この所持人の有する権利は実在的な権利としてみなされてきたのであった。⁽¹⁰⁾

しかし、私は、この権利を実在的なものとみなすべきことに対しては疑問を持つ。この権利を実在的なものとみなす時には、手形上の権利は、証券と一体とされた有体物と化してしまふ。それは、手形上の権利を有体物のように取り扱うという議論に導き、その觀念が抗弁の制限の原則と結び付くことにより、不必要な議論を生み出すのである。抗弁の制限の原則は、善意の第三者の抗弁を免れた権利の取得を可能にするものだが、それが、本質的に誤まった觀念と結び付けられることによって、不適当な意義付けを付与されていると考える。

手形上の権利は、本来的には債権の性格を有するものであり、それは、人と人（たとえば約束手形の振出人と受取人）との間の関係であり、それが、手形という証券に化体されることにより特殊な性格を有することになったのである。したがって、二人の当事者、即ち、手形債務者と手形所持人との間に於ては、やはり手形債権債務関係が見出される。そして、その債権債務関係の内容を確定するのが、手形法研究者の有する権利對抗弁の觀念である。

そこで、私は、従来見落されてきた、また、全く認識されることがなかった点を指摘したい。それは、この権利對抗弁の觀念に於ける権利は、実在的権利ではない、ということである。この権利は、手形上の権利たるものが有すべき、手形上の権利としての十全的な効力を具備した、即ち、すべての手形上の権利が有する手形上の権利としての本質を備えた権利、いわばあるべき権利としてのイデア的な権利であり、また他方、当該の手形証券に基づき当該の手形所持人が有すべきスペチエス的な権利（具体的な当事者間の関係を反映した個々の具体的な手形上の権利ではなく、当該の証券内容に関する普遍者としての意味での手形上の権利）なのである。⁽¹¹⁾ このイデア的スペチエス的な権利は、わ

かりやすく言えば、当該の所持人が抗弁の対抗が全くなければ有すべき権利と言ってよい。それは、当該の手形証券の内容に完全に対応した（誰がその所持人であろうとも有しているような）手形上の権利であり、そのような内容をもった手形上の権利として、手形上の権利の有すべき効力を十全的に有している権利なのである。

この権利をこのように理解するのであれば、権利對抗弁の観念は、この所持人と手形債務者との間の具体的な権利関係を確定するための観念として把握される。

他方、手形上の権利の移転と、抗弁の制限との関係ではどうだろうか。一般的見解が、権利の移転と抗弁の制限とを分かち難いものとして理解しているのに対して、ここでは、問題は二分される。即ち、一方では、手形上の権利（所持人の有する権利）は、裏書によって後者に移転される。他方では、抗弁の制限の原則の作用により、この善意の後者は、イデア的スペチエスの権利對抗弁の図式に於て表示されるこのイデア的スペチエスの権利に一致する、前者の有する権利を取得するのである。これが抗弁制限の原則の効果なのである。⁽¹²⁾

このイデア的スペチエスの権利の取得の観念を、権利外観理論に於て認められる、「権利の外観」(Rechtsschein)に対応した権利の取得の観念と同一視することは不適當である。この二つの観念は、抗弁制限の法現象という対象に向かう主体の相違に基づいて区別されねばならないからである。⁽¹³⁾

第三節 権利のイデア的スペチエス性と第一章に於ける

第一、第三のケースの権利對抗弁の観念

既に第一章に於て、抗弁制限に際しての権利對抗弁の観念以外の、権利對抗弁の観念のケース、即ち、そこで第一のケースとして示された無因性の作用に於ける権利對抗弁の観念及び、第三のケースとして示された *Einrede* に於ける請求権對抗弁の観念を指摘した。そこで、前述の結論である権利のイデオリスティックな性質が、これら二つの権利對抗弁の観念に關しても認められるべきではないか、ということを検討しておこう。結論を言えば、私は、いずれのケースにあつても権利のイデオリスティックな性質は肯定されるべきであると考ええる。

A 無因性に於ける権利對抗弁の観念とイデオリスティックな権利

一方で、無因性が、直接当事者間に於ける手形債権の原因債権からの分離、独立を生み出し、そして原因關係上の抗弁が *Einrede* として對抗されるといふ事柄を生み出し、他方で、この当事者間に於ける具体的権利義務關係の確定の観念として、権利對抗弁の観念を理解する限りでは、この権利を實在的権利として観念することによって不都合は生じない。けれども厳密に言えば、ここでの権利もまた、イデオリスティックな権利である。この点の認識の欠落が手形法上の無因性に關する不要な議論を生み出していることは否定できない。とりわけ、無因性が抗弁制限（特に原因關係に基づく抗弁の制限）の根拠として機能しうると考える見解に於ては、この権利が實在的権利として捉えられていることが明白である。抗弁を発生させる關係（原因關係）から切り離された、前者の有する實在的な手形上の権利が裏書によつて後者に移転されるのであるから、当然に抗弁の切断を生ずる、と考えるのである。

私見によれば、無因性の本來的意義は、直接当事者間に於ても、原因關係上の瑕疵が抗弁として、即ち、権利對抗

弁の觀念にしたがって作用する、という点に求められるのである。

B Einrede の作用と請求権のイデア的スペチエス性

既に第二章の検討に於て、Einrede に関しては、その請求権対Einredeの觀念が、当事者間の具体的権利義務關係を確定すべきものとして認識された。既にその検討に際して示唆したように、この場合の請求権はイデア的スペチエス的なものである。もっとも、このEinredeが当事者間のみにかかわっている限りに於ては、即ち、Einredeの本来的意義にかかわる限りに於ては、この請求権のイデア的スペチエス性は、なんらの実質的意義を有してはおらず、また、この請求権を實在的請求権とみなすことにより不都合は生じないのである。

- (1) 手形上の権利の発生、消滅、再生、移転、その効力の休止、阻止などに関して、権利を感覺的に知覚できる有体物であるかのように取り扱う、手形法学上の諸理論の傾向を「Jacob」は既に指摘している（*Wechsel- und Scheckrecht*, S. 32）。
- (2) Pfug, a. a. O. S. 89 ff. 我国に於ける風人性理論もその一つと言える。しかし、この理論は、後述するようにその根拠が不明確である。後述第四章参照。

- (3) BGH 判決 (BGH 7. 1. 1971 II ZR 28/70, JR, 1971, 295; WM, 1971, 376) 'Hefernehl 説 (Baumbach-Hefernehl, a. a. O. 11. Aufl., Art 14 WG, Ann 2, 4)' D. Gogos 説 („Der Einlösungsrückgriff Remboursregress des Indossanten im Wechselrecht," ZHR Beihft 15, 1938)' 参照 'Jacobi 説 („Das Problem der Neuheit und Identität in Bezug auf die Frage, ob der Vormann der den Wechsel zurückerworben hat, sein altes Wechselrecht

oder das Wechselrecht des Abgelösten gegen den Wechselschuldner geltend macht, zugleich ein Beitrag zur Konstruktionsmethode," ZHR 72, S. 337 ff.)。後述第四章参照。

(4) Baumbach-Helferich, a. a. O. 12. Aufl., Art. 17 WG. Ann. 1.

(5) この点は明確に述べられてはいないようだが、手形法上の抗弁に関しては、原則的に(例外は、証券上明白な抗弁など)この効果は認められるべきである。

(6) このケースに関しては、第四章第一節参照。

(7) 既に述べたように、交付欠缺の抗弁に関しては、第三取得者の善意の取得によって、はじめて実在的な権利の成立が生ずると観念される。しかし、原因関係に基づく抗弁にあっても、ここでの権利對抗弁の観念と、権利の実在性の観念は、抗弁の制限の原則の作用に基づくものであり、両者の場合は本質的に異なるものではない。これら二つの場合は、第一のケースの権利對抗弁の観念に関しては区別されるが、第二のケースの権利對抗弁の観念に関してはこの区別は当てはまらない。

(8) 勿論、第一章に於て示したように、更に、第一のケースとしての、直接的当事者間の権利義務関係の確定のための権利對抗弁の観念が認められる。しかし、それは抗弁制限にとっては重要性をもたない。そこでは、手形債権の原因債権からの無因性、独立性が支配的な意義を有している。

(9) したがって、手形法上の第二のケースの権利對抗弁の観念は、専ら、抗弁の制限の現象に依拠している。それ故、交付欠缺の抗弁等に関しても、それが「制限される」という限りに於て、この権利對抗弁の観念によって捉えることができるわけである。これに対して、Eindeute に関する請求権對抗弁の観念は、Eindeute の定義付けそのものに依拠している。

(10) 手形債務の成立に関する抗弁のうち、交付欠缺の抗弁等については、前者の有する権利の実在性の容認には困難があることは否定できない。しかし、第三取得者の善意の手形取得によってそれ以後はこの実在性は認められることになる。した

がって、総ての人的抗弁に関して、物化現象を肯定できる。

(11) 「イデア」及び「スペチエス」に関しては、エドムント・フッサール、立松弘孝訳「論理学研究」、第一巻、第二巻、一九六八年、参照。

ここでのスペチエスは、フッサールの述べているものよりはより限定されているものであり、「スペチエス的」と言うべきである。本来、スペチエスとしての手形上の権利は、手形金額とはかわりのない普遍者としての「手形上の権利」を意味すべきである。即ち、それは、イデア的スペチエスとしての手形上の権利を意味する。

(12) この点に関しては、更に、第四章で詳しく論じられる。

(13) 「権利の外観」の観念は、権利外観理論と結び付けられているが、ここでのイデア的スペチエスの権利の観念は、抗弁制限の原則の作用に結び付けられた、権利對抗弁という普遍的な法観念に於けるものであり、それは普遍的な性格を有している。

抗弁の制限にあって、第三取得者が外観に対応した権利を取得するという観念は、それが完全に正当な意味を付与されて理解されるのであれば、ここでのイデア的スペチエスの権利の取得の観念との同一性も認められようであろう。しかし、この二つの観念には本質的相違がある。

抗弁の制限にあって「権利の外観」が直接的に働きかけるのは、その外観(Schein)に直接的に意識が向かっている者である第三取得者である。この外観に向かう意識を有する者としての第三取得者は、この「権利の外観」のリアルな存在を認識することができ、また、この外観に信頼することができる。それに対して、手形法研究者は、この権利の外観の働きを一つの法現象として観察し、分析し、その作用構造を説明する。勿論、研究者は、これらの作業のために、手形関係中に身を置き換えて外観に対峙することができる。しかし、この外観は、結局、研究者にとってはリアルなものではない。本論文の

指摘するイデア的スペチエスの権利の観念は、この抗弁の制限という法現象を研究者の立場から観察する時に認められる、権利對抗弁の観念に於けるものなのである。

従来、権利外観理論には、この対象に向かう主体の区別が意識されていなかったために、研究者の見地からの取得される権利の分析が不十分であったように思われる。抗弁制限による権利の外観にしたがった権利の取得が、付着している抗弁の除去された上での権利の取得というに止まらず、イデア的スペチエスの権利の取得であるということが認識されていなかった (Vgl. Jacobi, ZHR 72, S. 352-353; Wechsel- und Scheinrecht, S. 92 f., S. 598) ように思われる。

第四章 権利對抗弁の観念の真の意味と手形抗弁に関する諸問題

第一節 権利對抗弁の観念と人的抗弁、物的抗弁の区分

第三章の検討によって確定したことは、権利對抗弁の観念にあっては、権利はイデア的スペチエス的なものであって、この点の見落しが権利の実在性の観念を生み出し、手形上の権利の有体物化という現象を生み出した、ということである。この権利對抗弁という観念は、前述した所から窺えるように、手形法學上不可欠な観念である。

この観念の使用は、既に述べたように、二つの面に於て認められる。第一は、具体的な当事者間の権利義務関係を確定する場合に於てである。ここにあっては、イデア的スペチエスの権利に對峙される抗弁は、この具体的権利者の

有する手形債権の内容の制約（それはその債権の全部的排除にまで及びうる）の根拠を示すものとしての意義を有する。この場合は、第一章で示した第一のケースの権利対抗弁の觀念と、第二のケースの権利対抗弁の觀念の兩者を含むが、第二のケースとしての権利対抗弁の觀念の使用は、権利の物化現象を生ずる。

第二は、手形抗弁に関する研究の場に於てである。第一の場合に於ても前提とされていたわけであるが、手形抗弁はその本質的定義上、手形債権に対抗されるべきものであって、常に、手形債権に対抗されるべきものとしての意味を有する（それは、援用、主張の必要性という意味に於てではない）。したがって、我々が、手形抗弁の内容、分類、制限の有無などに関して検討する場合には、常に、暗黙のうちに、この権利対抗弁の觀念に依っているのである。

手形抗弁に関する重要な区分は、人的抗弁と物的抗弁の区分である。この兩者のいずれに關しても、我々は、権利対抗弁の觀念を有している。したがって、第一章で示した、第一のケースの権利対抗弁の觀念及び、第二のケースの権利対抗弁の觀念の使用に於ては、人的抗弁、物的抗弁の兩者は全く共通性を有しており、この点での取り扱い上の相違は認められない。この人的抗弁と物的抗弁の区分の本質は、それが善意の第三取得者に対して制限されるかどうかにかかっているわけであるが、この人的抗弁に關しては、前述したように、権利対抗弁の觀念のここでの第一の使用が抗弁の制限の原則的作用と結合する場合に、権利対抗弁（人的抗弁）の觀念が権利の有体物化という觀念に結び付く。人的抗弁と物的抗弁に關する権利対抗弁の觀念の作用の相違はまさにこの点に於て認めることができる。⁽²⁾

第二節 人的抗弁の制限と権利對抗弁の觀念。特に、手形法第一七条との關係。

イデア的スペチエス的権利のもつ意義

一般の見解は、裏書によって前者の有する手形上の権利が後者に移転され、その際に、手形法第一七条の抗弁制限の原則の作用によって *nemo plus*……の原則が排除されて、後者は抗弁の除去された前者の権利を取得する、と解している。そこで、この手形法第一七条、更には *nemo plus*……の原則と、私が第三章で指摘した、権利對抗弁の觀念に於ける権利のイデア的スペチエス性との關係はどのようなものなのか、という疑問が出てこよう。そこでまず、手形法上の抗弁の制限の法現象を再検討することにする。

裏書によって前者の有する手形上の権利が後者に移転すること、及び、手形法第一七条の効力として、後者が、前者の権利行使に対して手形債務者が對抗できた抗弁を免れた手形上の権利を取得すること、したがって、手形法に於ては *nemo plus*……の原則は排除されていることは、議論の前提としてここでも認められねばならない。一般の見解は、この権利の移転（前者の有する権利の後者への移転）と抗弁制限との考察に際して、権利對抗弁の觀念に於ける権利を實在的権利とみなしているために、*nemo plus*……の原則に基づき、本来的には抗弁は権利に付着して移転するが、手形法第一七条によってこの元々完全な権利から権利の外的事物である抗弁が除去されて移転するという、いわば権利を有体的に考ふる觀念に陥入ったのである。抗弁の制限にあっては、善意の后者は、前者の有しているはずのイデア的スペチエス的権利を取得できるのである。前者の有する権利に関して権利對抗弁が觀念され、後者は抗

弁の制限の原則により、前者の有するイデア的スペチエスの権利を取得するのである。この取得は、手形債権の裏書による前者から後者への移転、譲渡であつて、後者へ移転されるのは、前者の有する権利なのである。この権利の移転に関して、後者によるイデア的スペチエスの権利の取得を理解するときには、この移転される権利の同一性という問題は発生してはこない。確かに、権利は前者から後者へ移転する。しかし、後者の取得する権利の内容は、イデア的スペチエスの権利の内容なのである。この場合に、前者の有すると同一の権利がそれに付着する抗弁を除去されて移転する、という観念は排除される。⁽³⁾⁽⁴⁾

また、反対に、後者がイデア的スペチエスの権利に対応した権利を取得できる、ということが、ここでの権利対抗弁の観念の存在意義を生み出すのであり、たとえ前者がその抗弁によって全く権利を有していないのと同視される場合にも、前者の権利に関して権利対抗弁の観念を認めることができることの根拠なのである。

第三節 手形上の権利の存在を否定する抗弁、

とりわけ交付欠缺の抗弁と、権利のイデア的スペチエス性

第二節では第一七条による抗弁の制限を検討したが、手形法上で、第三取得者に対して制限されうる抗弁（これらを人的抗弁の名称で呼ぶことができる）としては、更に、所謂交付欠缺の抗弁、手形署名に関する錯誤、詐欺、強迫の抗弁、受戻なき支払の抗弁などの、手形債務の存在またはその有効性を否定する抗弁が挙げられている。一般的に、これらの抗弁に関しては、交付欠缺の抗弁は手形理論によって治癒され、手形署名に関する瑕疵は民法上の意思表示

理論の修正によって治癒⁽⁵⁾され、そして、受戻なき支払の抗弁は第一七条によって治癒されると認められている。前二者に關しては、権利對抗弁の觀念に於ける權利を實在的權利とみなす限りでは、手形法第一七条に服する典型的な人的抗弁が Einrede 的なものであるために、この Einrede 的的抗弁とは対比的に捉えられる。そして、第三者に対して制限されうるといふ意味での人的抗弁として、前二者のものがこの人的抗弁と共通的に取り扱われる、ということと考えられない。確かに、これら前二者にあっては、權利の有効な存在それ自身が争われており、いわば、Einwendungs 的な性格を有している。

しかし、第一七条の対象とする抗弁が總て Einrede 的な抗弁のみであるかに關しては疑問がある。上述の受戻なき支払済の抗弁はその適例である。⁽⁶⁾手形法上で有用な抗弁の区分は、制限されうる抗弁と制限されえない抗弁の区分であり、その上で、制限されうる抗弁に關して、その制限の法的根拠が明らかにされる必要があると考える。

交付欠缺の抗弁等の手形債務の成立、存在にかかわる抗弁に關しても、権利對抗弁の觀念は認められるのであろうか。それはとりわけ、これらの抗弁の制限の根拠を權利外觀理論に求める場合に問題になる。交付欠缺等の瑕疵の治癒によって、善意の第三取得者の元ではじめて完全な權利が成立することになるのではないかと考えられるからである。⁽⁷⁾したがって、権利對抗弁の觀念にあって、權利を實在的權利とみなす限りでは、このような抗弁に關しては、前者の有する權利についての権利對抗弁の觀念の成立は否定されねばならないであろう。しかし、権利對抗弁の觀念は抗弁の制限と結び付けられた事柄を意味するものにはすぎず、また、その場合の權利はイデア的スペチエス的權利である。他方、交付欠缺の抗弁は、「制限されうる抗弁」として人的抗弁の一例とみなされており、この見地に於ては、

権利と抗弁の分離が生じ、権利と抗弁の対立視が生まれてくる。したがって、この場合にも、権利対抗弁の觀念の成立を認めることができる。⁽⁸⁾⁽⁹⁾

私が本論文で論じてきた権利対抗弁の觀念は、抗弁の制限の法現象に際して成立するものであって、それは、当該の抗弁が Einrede 的性格を有するかどうかとはかわりを有していない觀念なのである。したがって、交付欠缺の抗弁等を含めた総ての人的抗弁に関して、権利対抗弁の觀念についての同一の事柄を認めることができるのである。このように考えれば、手形法第一七条の対象範囲に関して Einrede と Einwendung の対比に基づいて議論することに⁽¹⁰⁾は、根拠が欠けていることになる。また、他方、ドイツ及び我国に於けるように、交付欠缺の抗弁が絶対的に第一七条に服しないと考えることの妥当性に関して、再検討の余地がないわけではないだろう。⁽¹¹⁾

第四節 手形抗弁に関する諸問題と、イデア的スペチエス的権利

次に、権利対抗弁の觀念に於ける権利の実在性という誤った觀念及び、それに伴う手形上の権利の有体物視という誤った觀念が生み出す、手形法上のいくつかの難問に関する若干の検討をなそう。

そのような問題として、ここでは、無権利者の抗弁の概念、遡求に於て受戻した裏書人に対する抗弁の再對抗の根拠の問題、戻裏書による再取得者に対する抗弁の再對抗の根拠の問題、及び、善意の取得者が中間に介在する場合に、悪意の後者に対して抗弁の制限される根拠の問題をとり上げておく。⁽¹²⁾

A 無権利者の抗弁

当該の手形所持人が無権利者であるという抗弁は、さまざまな原因に依拠しうる。盗取、拾得によって手形を所持する者、無効な裏書によって取得する者は無権利者であり、更には、利害の比較衡量に照らして、当該所持人に対してこの抗弁の成立を認めるべきかどうかにかんして依拠している場合もある（たとえば、いわゆる「後者の抗弁」に関する議論を見よ）。この無権利者の抗弁は人的抗弁であると解されている。

この抗弁の一例として、遡求義務者である裏書人が、手形を受戻すことなく遡求義務を履行した場合に、この手元に残っている手形証券の所持人がそれを利用して、約束手形の振出人に対して再度請求するときに、振出人がこの所持人に対して無権利者の抗弁を対抗するというケースを挙げることができる。手形所持人（債権者）たる者は、唯一度だけ支払を受けるべき権利を有していることは明らかだから、当然に、振出人はこの支払請求を拒むことができ、この抗弁事由は総ての手形債務者が当該所持人に対して対抗できると解されている。⁽¹³⁾

勿論、この場合に、遡求義務者による支払によっては、その他の前者たる手形債務者の手形債務自体は消滅してはいない。けれども手形債務者による受戻なき支払も有効な支払であることは認められ、そして、この裏書人による支払の場合には、手形上の権利は、支払と共に、この裏書人へ法により移転されている。⁽¹⁴⁾したがって、この所持人は全く無権利者である。

通説は、この無権利者の抗弁を人的抗弁中に含めているが、この点に関しては注意が必要である。通常、人的抗弁

と言う場合には、特定のまたはすべての手形債務者からある特定の手形所持人に対してのみ對抗しうる抗弁を指す、とされているが、⁽¹⁵⁾これは、抗弁の制限の原則を前提としなければ、全く無意味な定義である。なぜなら、当該所持人に対して手形債務者が直接的に有する抗弁は総て對抗できるものだからである。⁽¹⁶⁾したがって、このような抗弁の制限を伴う手形上の権利の譲渡の考えられない無権利者の抗弁を人的抗弁として示すことは、手形抗弁の分類のあいまいさに基づいている。⁽¹⁷⁾この抗弁は、当該の手形所持人に対しては、総ての手形債務者が、對抗できるものとして直接的に有するものにすぎない。⁽¹⁸⁾

しかし、無権利者の抗弁であっても、その所持人が手形を盗取した者であるとか、無効な裏書によって（形式上は有効だが）手形を取得した者であるという場合には、善意の第三取得者がこの抗弁を除去されて、有効に権利を取得することができ、人的抗弁として分類することができる。しかし、この場合に、この抗弁の制限を生ずるのは、手形法第一七条ではなく第一六条第二項である。この規定による抗弁の制限をも含めて人的抗弁を考えれば、この抗弁を人的抗弁と呼ぶことができる。⁽¹⁹⁾そして、この抗弁に関しても、権利對抗弁の觀念を認めることができるわけであるが、その場合にも、権利を実在的権利とみなすという誤りが容易に生ぜしめられている。このような無権利者の抗弁の成立する場合には、本来的には、この所持人に対しては支払を拒絶すれば十分なのであり、⁽²⁰⁾この事柄を（人的）抗弁として構成することは、論理的には矛盾している。権利を有しているがその権利の行使を許容されない権利濫用の場合と異なり、この場合には、所持人は権利を有してはいないのである。

この事由の存する場合に、それを人的抗弁とみなし、権利對抗弁の觀念によって把握することのできる理由は、こ

の觀念に於ける権利がイデア的スペチエス的權利であることにのみ求めることができるのである。⁽²¹⁾

B 遡求に於ける受戻と再遡求

(a) 問題

ここで私のとり上げるのは、遡求に於ける受戻による手形債権の移転過程 (Rücklauf) に関する手形抗弁の二つの問題のうちの一つである。それは、裏書人が遡求に於て手形を受戻した場合に、この裏書人による再遡求に當って、手形債務者は、この裏書人に対して以前對抗できた人的抗弁を再び對抗できるのか、という問題である。この抗弁は裏書人の後者である善意者に対しては對抗できなかつたものである。⁽²²⁾

この問題の解答は、再對抗を認めるといふ結論では完全に一致をみているが、その理由付けが争われてきた。

ドイツに於ては、古くは、判例は申込説 (Offerentheorie) をとり、⁽²³⁾ 学説は条件説 (Bedingungsstheorie) をとつていた。前説は、譲渡裏書により後者 (被裏書人) は固有の手形上の権利を取得すると構成することにより、後説は、裏書により後者 (被裏書人) は解除条件付きの権利を取得し、前者 (裏書人) は停止条件付きの権利を保有すると構成することにより、いずれの説も、受戻により裏書人は自己の古い権利に基づいて再遡求することになるので、抗弁の再對抗は当然であるとする。それらは、いずれも、受戻によって裏書人が後者から新たに権利を取得するという結果を避けようとしたのである。即ち、抗弁の制限 (除去) を伴う、権利の完全な移転という觀念を避けている。いわば、後者の有するきれいな権利を、裏書人が受戻によって取得することを避けようとしたのである。

これらの説の理論的問題性の故に、Gogosは、理論的な整合性を捨てて、権利の移転と抗弁の切断とを利益衡量によって調和させようとした⁽²⁵⁾。この立場は、最近のBGHの判決⁽²⁶⁾及び、Hefermehlの見解⁽²⁷⁾にも共通している。

これらの見解に対して、Jacobiは、古い権利を受戻によって取得するかどうかを争うことの誤りを指摘している⁽²⁸⁾。

以上の諸見解は、Jacobiの見解を除いて、いずれも、裏書により抗弁の除去された手形上の権利が後者に移転し、そのいわば「きれいな」権利を裏書人が受戻によって再取得することの生み出す不合理な結果を避けようとしていることで共通している⁽²⁹⁾。これらの見解の根底にあるのは、抗弁の除去された権利は、それ以後は、あたかも有体物のように、そして有体物の移転のように、人の手から手へ移転するという観念である。

我国では、かつては、Offertentheorie, Bedingungslehreがとられていたが、近時の有力な立場は、「受戻者自身に対する人的抗弁は彼自身に付着する瑕疵であるから」、受戻によって当然に復活する、とする見解である⁽³⁰⁾。この所謂「属人性理論」は、一般に認められている、抗弁の手形債権への付着という観念をどのような理由によって排除するのが不明確である。このような観念は、最近の手形法學上では比較的有力であり、Cで取り上げる戻裏書の場合、Dで取り上げる善意の中間者の介在の場合にも、有力に唱えられている。そこで、ここで一応検討を加えることにする。

(b) 属人性理論に対する批判

この「人的抗弁は手形債権者自身に付着する個人的なもの」と考える立場は、理論的には矛盾点を内含すると言わざるをえない。

第一に、どのような根拠によって、伝統的な、裏書による前者の権利の後者への移転 (nemo plus... 原則) と、その際の付着する抗弁の除去されての権利の移転の観念から離れるのであろうか。この観念は今日でも一般に認められているものである (後述D参照)。この観念を一方で認め、他方で、それをいくつかの問題に關して否定するかの如き見解をとることは、矛盾的事である。少くとも、ドイツ理論がその理論構成の前提としてきた法的観念を、明確な根拠なしに簡単に離れることには、学問上の理論としては疑問を感ずる。

第二に、この人的抗弁の権利への付着の否定、即ち、手形債権者へのその付着の観念は、人的抗弁の性質論に依拠しているようである。しかし、人的抗弁という概念が抗弁制限の原則に基づいて成立しているものである (少くとも、この原則から離れては意義を有さない) なら、⁽³¹⁾ この権利への抗弁の付着の否定は、抗弁制限の原則に依拠しなければならぬはずである。人的抗弁の性質論に依拠しようとすることは、実体法上の Einrede の概念と異なつて、手形法上では、人的抗弁の概念が抗弁制限の原則に基づいて成立してきていることと矛盾し、不合理な思考方法と言ふべきである。

第三に、抗弁の性質論に依ろうとするために、この理論の主張者は、前述の一般的前提との調和を、Einrede と Einwendung との區別によつてなそうとしている。人的抗弁を Einred. 的なものと、Einwendung 的なものとの區別している。即ち、風人性は、当事者間の原因關係に存する瑕疵についての抗弁に關してのみ (または、手形法第一

七条の規定する「人的關係に基づく抗弁」及び「悪意の抗弁」についてのみ認められ、手形上の権利自体の存在に關する抗弁には認められないとする⁽³²⁾。後者の抗弁は、手形債權に付着して移轉され、善意の取得者の元で除去されて、この手形債權はきれいな権利となる、とするのである⁽³³⁾。

しかし、このような區別は、手形法上では認められていない。どちらも制限されうる抗弁としての共通性を有するものである。同じ様に制限されうる抗弁について、このような相違がどうして認められるのか。特に、このような *Einrede* と *Einwendung* の區別が、この付着の有無の區別の根拠となりうるのは何故であろうか。 *Einrede* の性質論として、このことはまずもって疑問であるが、結局、このような區別が可能であるとすると根拠は、この議論が、權利抗弁の觀念に於ける權利を實在的權利とみなしていることに基づいているように思われる。

しかしながら、この區別は、結果的には不当であろう。この區別によれば、裏書人の再取得に當って、 *Einrede* 的抗弁は再対抗されうるが、 *Einwendung* 的抗弁は再対抗されえないことになる。このような結果上の相違を生み出す理論が正当なものなのだろうか。また、後者の種類の人的抗弁として、たとえば、交付欠缺の抗弁が含まれるとしたら、このような前者の種類の抗弁よりも取得者保護の要件の厳格な、いわば、債務者の保護が比較的強度な抗弁についてのみ再対抗を認めない、というのは利益衡量上も疑問ではないだろうか。

Einrede 的抗弁についてのみ風人性を認めるという立場は、このように、人的抗弁の性質論に依拠しているわけだが、手形法がこのような人的抗弁の区分を前提としていることは、手形法の解釈上も認めたいと考えられるし、また、その結果に於ても不合理であると言わざるをえない。この風人性の議論の誤りは、その出発点として、

人的抗弁の性質論という手形法にとり不要な議論を定立したことに基づくのである。人的抗弁に関するこのような属人性的結果は、抗弁制限の原則の機能によって生み出されるものであると考へるべきなのである。

結局、属人性理論というものが、過去の手形法学の諸理論を無視した所に成り立っているが故に、以上のような欠陥が内在することになるのである。

(c) 私 見

この問題の検討に際して、私見が前提とすべきは以下の諸点である。

第一に、被裏書人（後者）が有していた権利は、受戻した裏書人が裏書以前に有していたと同一の権利ではなく、それはイデア的スペチエスの権利であるということである。後者たる被裏書人は、裏書人の有していたと同一の権利を、抗弁を除去された上で有体的に取得するという観念は排除されねばならない。他方、第二に、受戻した裏書人は後者たる被裏書人に対して権利を譲渡しているのだから、この受戻した裏書人の元に権利がなんらかの形で残存しているという意味を持った観念は、排除されねばならないということである。

このような前提の下では、一般的に観念されているような、有体的な権利から抗弁が除去され、きれいな権利として後者に移転し、特にその抗弁は後者の取得によって消滅してしまっているという観念は、その自明性を失ってしまふ。そして、ここに於ては、受戻した裏書人の以前の権利の譲渡にも拘らず、この抗弁が手形債務者とこの裏書人との間には残存している、または、その抗弁は裏書人の再取得に当っては復活しうる、と観念することができる余地

が生まれてくる。そこで、手形法上このような觀念の成立しうる可能性を探求すべきことになるのだが、この点に関しては、手形法第一七条が有益な命題を示している。

第一七条の本文は、抗弁の制限を第三者と債務者との間に於て認めている。即ち、それは、前者から手形を譲受けた所持人との関係での「前者に対する人的関係に基づく抗弁」の制限を規定している。したがって、第一七条は、前者に対してはその抗弁が對抗されることを前提としている。更に進んで、第一七条の反対解釈として、第一七条は直接当事者間では總ての抗弁を對抗できると規定していると解すべきである。⁽³⁵⁾

そして、前述したように、手形の裏書譲渡に際して抗弁が手形債権に付着して移転し、抗弁の制限によって除去される、という觀念を捨て去るべきであるならば、抗弁の制限の原則が作用する場合にも、この直接的な抗弁が直接当事者間では存在し続けることを認めることができる。ある者に対して直接的に対抗できる抗弁が、その者が一度手形を手放したら対抗できなくなるのかどうかという問題は、それ自体、手形抗弁が手形債権に付着して移転し、そして抗弁の制限が作用するとそれ以後は、「抗弁を除去されたきれいな権利」が移転する、という觀念に依拠したものである。この場合の権利対抗弁の觀念に於ての権利の實在性の誤解を避ければ、即ち、この権利のイデア的スベチエス性を認識すれば、抗弁が債権に付着して移転し、抗弁制限の原則により抗弁の除去されたきれいな権利を取得する、という觀念に拘泥するという危険を回避することができるのである。そうであれば、この直接的に対抗される抗弁に関しては、善意の第三取得者が抗弁の対抗されない権利を有することになっても、そのことはこの抗弁には全く無関係であり、この抗弁は当事者間では存在し続けるものと考えることができる。即ち、この直接的抗弁は当事

者間では常に対抗されることができるとあり、このことは第一七条の規定する所であると考えることができるのである。

この結果は実際的にも妥当性を有する。手形法に於ける、直接当事者間での権利対抗の観念は、既に述べたように、その具体的な権利義務関係の確定を目ざすものであるが、この具体的な権利義務関係は、再取得の場合には再度意義を持つべきなのである。なぜなら、手形上の権利にあっては、紙幣と異なり、人と人との権利義務関係がその本体であって、その意味で、手形債権は特定人間では特定性を有している。したがって、手形上の権利の関係に於ては、当事者間の抗弁事由は消滅していない限りは、再び対抗できるべきだからである。⁽³⁶⁾このことに反対するためには、手形債権を紙幣と同視することが必要である。それは、しかし、強度の流通性をもつものとして作り上げられた手形の制度の目的を逸脱することである。他方、再取得に於て以前の抗弁が対抗されえないことが手形抗弁の制限の原則の目的に適うのであれば、また、そのことが手形制度の目的に適うのであれば、抗弁制限の原則のレヒツシャイン信頼の保護と手形流通の促進という目的をも逸脱してしまうことになる。

この抗弁は、手形債権が第三者に移転されても、潜在的なものとして前者の手中に残存するが、この抗弁の実際的有效性は、裏書人が手形を再取得する迄は失われている。したがって、Rickaufに於て、裏書人が手形を受戻して再遡求する場合には、債務者はこの抗弁を対抗できることになる。

C 戻裏書の場合

戻裏書に於ても、手形取得者（被裏書人）に対して以前に対抗された人的抗弁が再び対抗されうるのかに關する問題が存在する。戻裏書にあっては、取得者は、前者である戻裏書人の有していた手形上の権利を取得する。したがって、取得者は善意の前者の有している瑕疵の付着しない完全な権利を取得するという前提の下では、何故にその抗弁が再び対抗されうるのかは、Bに於けると同様に、困難な問題を形成している。現在の日本の有力説は、前述した人的抗弁の屬人性に依拠して理由付けをしている。⁽³⁷⁾ この屬人性に關しては、前述したようにそれに依ることはできない。

この問題は、Bで述べたと同様に、直接的抗弁の存続性に基づいて解決されうるであろう。

D 善意の中間者の介在による抗弁の制限

手形所持人の前者が善意であるために手形債務者がこの前者に対して人的抗弁を対抗できなかった場合に於て、手形所持人がこの人的抗弁の存在を知っていて取得したのであれば、手形債務者は所持人に対してこの人的抗弁を対抗できるのかの問題に關しては、この抗弁の対抗を認めないのが通説、判例——とりわけ日本の——のとる所である。⁽³⁸⁾

手形所持人（被裏書人）の前者が抗弁を除去された権利を取得し、それを所持人が取得するという前提に立てば、所持人は「きれいな」抗弁の付着しない権利を取得するのだから、当然に、抗弁について善意、悪意にかかわらず、所

持人は全く抗弁を對抗されないことになる。⁽³⁹⁾

この通説に対しては、所持人に対して抗弁を對抗できるためには、所持人の前者総ての悪意を立証しなければならぬから、悪意の主張、立証は極めて困難となってしまう、という批判がなされている。⁽⁴⁰⁾

けれども、所持人が抗弁の存在を取得時に知る場合に、所持人に対して悪意の抗弁の成立を認めることは、別の面から不当と言うべきだろう。なぜなら、善意の前者は抗弁を免れて権利を取得しているのだから、その権利の完全な有効な迅速な利用のためには、誰に対しても有効に譲渡できなければならぬが、抗弁の存在を知る者には譲渡できないということとは、その自由な利用を阻害することになるからである。⁽⁴¹⁾この善意の取得者に十全的な保護を与えるために、この悪意の取得者の有効な手形償権取得が認められる。

そこで、これらの点を考慮した上でこの問題を検討することにする。

議論の前提とされるべきなのは、第一に、手形上の権利は譲渡裏書によって有体物的に移転するものではないという点であり、第二に、前者は、その善意の取得によりイデア的スペチエス的権利に対応した権利を取得しており、そして、後者は善意の前者の有する権利を取得するという点である。

結局、前者に関しては、抗弁の切断によって、イデア的スペチエス的権利の取得が観念されているが、問題になるのは、このイデア的スペチエス的権利に対応する、善意で取得された権利の再度の移転である。前述したように、私見が、権利の有体物的移転の観念を排除するのであれば、ここでも、この前者の有する手形上の権利が有体物的に後者に移転するという点を観念することはできない。この前者の有する手形上の権利は、この前者たる所持人の手形

債務者に対する具体的権利関係を示すものである。したがって、この善意の前者の取得以後は、取得者はその手形に
 関するイデア的スペチエスの権利を取得すると観念されるべきである。⁽⁴²⁾

したがって、この問題に於ては、後者は前者の有する抗弁の除去されたきれいな権利を取得するという観念に依拠
 して、抗弁の絶対的制限を主張するという見地は排除されている。そこで、後者の手形取得が保護されないケースが
 あるのが次に検討されねばならない。その際に、私見によれば、この後者の手形取得が有体物的な取得であるとい
 う観念が全く排除されているために、この後者が取得の際に、債務者を「害する意識」を有するかどうか、後者の
 保護の有無の、即ち、悪意の抗弁の成立の有無にとり決定的である。

私見によれば、手形法第一七条但書の悪意の抗弁は、取得者が債務者を「害する意識」を有している場合に成立す
 る。この意識は、原則的に抗弁の存在を知る時に成立するが、この害する意識の存在の認定の要件は、具体的事情に
 応じて異なる。ここでのケースでは、抗弁の存在を知るも害する意識が存在しない場合を認めうるのであって、それ
 は、取得者が前者の善意の取得を信頼しており、その有している意識が信義誠実に反していない場合である。⁽⁴³⁾

前提によれば、後者は抗弁の存在を知っており、他方、前者は善意である。この前者が事実的に善意であることは、
 後者の保護にとり不可欠な要件である。それは後者が前者の善意に関して信頼を有する場合にも同様である。前者が
 事実上悪意である場合には、前者はイデア的スペチエスの権利を取得してはいないから、後者の保護の可能性は全く
 欠けている。そこで、前者が事実として善意であり、かつ後者がそれに関して信頼を有している場合には、この後者
 の主観にとり前者は善意者なのだから、後者は保護されることになる。後者がこの信頼を有していない場合（前者が

善意者であることの後者の信頼は、前者が悪意であったという認識（意識）を有している場合を除いて存在すると考えられる（¹⁴）には、この後者の主観にとって、前者は悪意者であることになり、後者に対して悪意の抗弁の成立が認められる。

そこで、手形債務者は、この後者に対して抗弁を對抗するためには、この後者が抗弁の存在を知っていたこと、及びその前者の善意に対する後者の信頼の欠けていたことを、主張、立証せねばならない。

(1) 同説、C—W. Canaris, „Der Einwendungsausschluss im Wertpapierrecht“, *JuS*, 1971, S. 441 ff.

(2) 人的抗弁と物的抗弁の区分の根拠を、その抗弁が「人に対するものか」、「物（権利）に対するものか」の区別に求めるのは不適當である。この区分は単に、その抗弁が總ての取得者に対して對抗されるものかどうかの区別を述べているものすぎない。債権に對抗されるということは、債権者（所持人）に對抗されるということと同義である。

(3) 手形にとって、手形抗弁の制限は経済的必要性から生まれてきたものであり、債権の譲渡という側面からみれば、本来的には抗弁の承継があるべきであって、抗弁の制限は例外的な取得者保護と解されるべきであろう（同説、Jacobi, *ZHR* 72, S. 352）。したがって、抗弁の制限のない場合には、イデア的スペチエス的権利の取得はなく、前者の有するのと同じの内容、効力の権利を後者は取得するに止まる。この意味で、*memo plus*……の原則の復活をこの場合に認めることができる。この場合には、抗弁が債権に付着して移転すると観念される。

この *memo plus*……の原則を前提にした上で、抗弁の制限の作用を認める時には、債権が抗弁を除去されて移転すると観念することは、一見自明の事柄のように思われる。しかし、手形法に於ては、この原則の排除が第一七条によって規定されているわけであり、その排除に際しては、この *memo plus*……の原則が意義を有するとは断言できない。即ち、何故に、

抗弁の制限に關しては、「附着する抗弁の除去されての権利の移転」としてしか觀念されなかつたのであろうか。

また、統一手形法に於ては、第一七条の規定は、*nemo plus...*の原則に對する例外として位置付けられているのではない。このような考え方は、ローマ法的基本原则にしたがつた手形法解釈に外ならず、そのような特定の國の法的觀念に基づいた解釈の必要性、必然性は、統一手形法の有するその國際的統一性と矛盾するのではないか、という疑問がある。

- (4) 抗弁の制限の原則の根拠付けに關する議論中で認められる「権利の外観」(Rechtsschein)の觀念と、イデア的スベチエスの権利の觀念とは區別されねばならない(前述、第三章註(13))。「権利の外観」は、取得者の内心からみた、前者の有すると見える権利に關するものであり、それに対して、イデア的スベチエスの権利は、研究者が抗弁の制限の現象に關して認める、抗弁の制限の作用により前者の有するものとみなされるべき觀念的権利なのである。即ち、兩者の相違は、対象に向かう主体の相違に基づいている。

- (5) これらの抗弁は、権利外観理論にしたがえば、交付欠缺の抗弁と同視される。即ち、手形の作成(署名)から交付までの間のなんらかの瑕疵は、総て同一の法的根拠によって排除される。拙稿「レヒツシャイン法理」『一論』、第七一卷第六号、六九二頁以下。

- (6) 参照、拙稿「レヒツシャイン法理」、七〇三頁註(7)、七〇四頁註(8)。同「手形法第一七条の『悪意の抗弁』について」『一論』、第七六卷第四号、三九三頁註(12)。

- (7) 總ての「手形債務の成立に關する抗弁」について、このことが認められているわけではない。少くとも、交付欠缺の抗弁に關しては、権利外観理論によつてこの抗弁の制限を主張する立場に於ては、この觀念は認められているように思われる。

- (8) 交付欠缺の抗弁に關して、権利外観理論にしたがつて、善意の第三取得者の元ではじめて完全な権利が成立するとみなして、この事柄を貫徹させようとすると、この場合の裏書による権利の移転自体が、存在しない権利の移転としての性格を

有することになり、難問を生み出す。

- (9) 前述したように、権利対抗弁の觀念に関して、交付欠缺の抗弁と原因関係に基づく抗弁とは、後者の抗弁にあっては、権利の實在性の觀念が前者(裏書人)の手中に手形(假権)がある段階で認められるのに対して、前者の抗弁にあっては、後者(被裏書人)の取得の段階ではじめて認められる、という相違を指摘できる。しかし、この権利の實在性の觀念は、抗弁の制限の原則の作用に基づいて認められるものであるから、本質的には両者は異なりはしない。参照、第三章註(7)。
- (10) 河本「手形法における悪意の抗弁」『民商』第三六卷第四号、五三七頁。田辺「手形交付契約欠缺の抗弁に関する一考察」『阪南論集』第四卷第一・二号、五二七頁。Baunbach-Hefemehl, a. a. O. Art. 17 WG Anm. 9, 30 ff, 56; H. Henrichs, *Der Schutz des gutgläubigen Wechselwerbers nach dem einheitlichen Wechselgesetz der Genfer Verträge unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in den Vertragsstaaten*, 1962, S. 217-218. 参照、拙稿「ハインマンイン」『一論』第七一卷第六号、七〇三頁註(7)、七〇四頁註(8)。
- (11) 参照、拙稿「悪意の抗弁」『一論』第七六卷第四号、三九三頁註(12)。
- (12) 本論文の目的は、権利対抗弁の觀念の解明であるために、これらの諸問題に関する本論文の検討は概略的なものに止まっている。それは私見に基づく具体的諸問題に関する理論的考察であって、より詳細な検討は、後日の研究に委ねることにした。
- (13) Jacobi, *Wechsel- und Scheckrecht*, S. 39 Fn. 3; M. Stranz, *Wechselgesetz*, 14 Aufl., 1952, Art. 47 Anm. 8 Art. 17 Anm. 64 b. 河本『手形法・小切手法講座』第三卷、一八七頁。
- (14) 同説、Jacobi, a. a. O. S. 39; Baunbach-Hefemehl, a. a. O. Art. 50 WG Anm. 4; Stranz, a. a. O. Art. 50 Anm. 3 河本『講座』第三卷、一八六頁。

手形抗弁論の基礎

- (15) 河本『講座』第三卷、一六六頁。
- (16) 手形法第一七条は、直接当事者間では総ての抗弁の對抗できることを規定する。後述、本論文九二頁。
- (17) なぜなら、裏書譲渡しても、通常は期限後裏書となって、抗弁の切断を生じないからである。
- (18) 手形抗弁の分類に関しては、制限の可能性、何びとがその抗弁を主張できるか、その主張（援用）、立証の方法と責任負担などの面からの分類が可能である。
- (19) Henrichs, a. a. O. S. 144; Friedel, op. cit., n. 98
- (20) 主張、立証責任の問題を除いて考えれば、このように考えることができる。
- (21) 更に、一般に認められているように、権利が有効に成立していることが、手形法第一六条第二項による無権利者からの権利取得、即ち、無権利者の抗弁の制限の根拠をなしている。
- (22) Rückkauf に於ける手形抗弁の問題に関しては、最近では Phrug, a. a. O. が詳細な研究である。日本では、伊沢和平「手形の遡求における償還者の地位(1)」「(2)」「法協」第九四巻第五号、六〇七頁以下、九五巻第一〇号、一六〇九頁以下が新しい論文である。
- (23) ROHG 24. 1. 近時の判決とコメント Hans OLG Hamburg 5. 7. 1968 (MDR 1968, 1014)
- (24) Stranz, a. a. O Art. 14 Anm. 9; R. Michaels, Wechselrecht, 1932, Art. 10 Anm. 5, 6; C. S. Grünhut, Wechselrecht, 1897, Bd. 1, S. 292-293.
- (25) Gogos, a. a. O.
- (26) BGH 7. 1. 1971. Ⅱ Ⅴ BGH 19. 12. 1974 IIZR 108/73 (NJW 1975, 309; DB 1975, 245) の、いふ立場を踏襲してゐる。

(27) Baumbach-Hefermehl, a. a. O. 12. Aufl., Art. 14 WG Anm. 2, 4.

(28) Jacobi, ZHR 72

(29) Flug は、請求権と抗弁の關係の検討によって、手形法第一七条に依拠して、人的抗弁の手形債権への付着を否定しようとする (a. a. O. S. 51 ff., S. 83 f., S. 89 ff.)。

(30) 鈴木『手形法・小切手法』一九五七年、二九九頁註一六、二三四頁註三。大隅・河本『注釈手形法・小切手法』、一九七七年、三五〇頁。菅原『講座』、第五卷、五四頁。田中誠『手形法・小切手法詳論下』、一九六八年、六六二頁。田中誠・山村・堀口『コンメンタル手形法』、一九七一年、九〇七—九〇八頁。藤井「受戻裏書人の地位に関する若干の問題」『和歌山大学経済理論』、第四八号、三七頁以下。大阪地判昭和三五・一・二二下級民集一一卷一號九三頁。

この所謂風人性理論なるものは、この Rückkauf のケースに於けるよりも、戻裏書のケースに於てより一層明確に強く主張されており、一つの法理論としての意義を付与されつつある。

(31) 人的抗弁と物的抗弁の区分の基準を、その對抗可能性の人的範圍に求めようと、抗弁内容に求めようと、「人的抗弁」という概念が示しているものは、「制限されうる抗弁」であることに変わりはない。人的抗弁を内容的に一義的に確定することには困難がある。

一九一二年のハーグ草案では、所持人に対抗できる抗弁の列挙は、見落しが避けられないことから断念されて、否定的な表現がとられ(一九一二年草案第一六条)、その立場がジュネーブ手形法の第一七条に引き継がれた(一九一二年第二回海牙万国手形法統一会議事録』『司法資料』、第二〇〇号、一九九頁。「一九一二年海牙に於ける為替手形及約束手形に付ての審査委員会會議記録』『司法資料』、第二〇一号、二六〇—二六一頁。Henrichs, a. a. O. S. 31 ff.)。しかし、第一七条の示す抗弁だけが人的抗弁であるとは解されていない。手形法自体が手形抗弁をどのように分けているかが不明である以上、

第一七条の反対解釈として引き出されうる「人的關係に基づかない抗弁は制限されない」という命題は、真实性を欠いてい
 re。

(32) 石井『手形法・小切手法 商法IV』一九七〇年、二二九頁、二三九—二四〇頁。伊沢『民商』、第五三卷第六号、九八
 頁以下。前田『法協』、第八三卷第一号、八四頁以下。本間『判時』、第四二二号、九〇頁以下。蓮井『手形小切手判例百選
 (新版・増補)』、九二頁。安倍『法曹』、第一七卷第七号、一一二〇頁以下。同「手形所持人の前者の善意と人的抗弁—
 属人性理論の実務的再認識」『判タ』、第二七四号、四五頁以下。

(33) 伊沢『民商』、第五三卷第六号、九三六—九三七頁。本間『判時』、第六七〇号、一三六頁。

(34) Plügg, a. a. O. S. 85 ff. 44, 従属的 Einrede と独立的 Einrede の区分を指摘してらる。この区分に関しては、
 Ennecerus-Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 2, 1955, § 226, § 227; von Tuhr, a. a. O.
 817.

従属的抗弁権は、債務者の有する反対債権へのその従属性の故に、請求権から独立しており（この抗弁権は債権の譲受人
 に対してはその性質上對抗されえない、という結果を導く）、したがって、それが債権の譲受人に対して對抗されるのは、
 BGB 第四〇四条の規定に依ってらる。それに対して、独立的抗弁権が譲受人に対して對抗されるのは、直接的に *homo*
 plus……の原則に依ってらる。

(35) 同註' Lescot et Roblot, op. cit., t. 1, n° 316; L. Dabin, *Fondements du droit cambiaire allemand*, 1959, n°
 173; J. Cichon, *Der Einwendungsausschluss im Wechselrecht unter besonderer Berücksichtigung des französischen*
Rechts, Diss. München, 1960, S. 75.

(36) Offertentheorie, Bedingungsstheorie など各手形債権者（取得者）が固有の権利を有することを認める諸理論も、

少くとも、手形上の権利関係が人的関係であることを示していると考えられる。

(37) 田中誠・山村・堀口、前掲、五七七頁。石井、前掲、一一九頁、二三九—二四〇頁。伊沢『民商』、第五三卷第六号、九三〇頁以下。蓮井『手形小切手判例百選』、九二頁。前田『法協』、第八三卷第一号、八四頁以下。安倍『法曹』、第一七卷第七号、一一二〇頁。本間『判時』、四二二号、九〇頁以下。

(38) Jacobi, a. a. O. S. 90, S. 120; Cichon, a. a. O. S. 86; Staub-Stranz, *Wachselgesetz*, 1934, Art. 17 Ann. 4. 伊沢『手形法・小切手法』、一九四九年、一一六頁。鈴木、前掲、二四五頁、二四九頁註二六。田中誠・山村・堀口、前掲、五七〇—五七一頁。本間『伊沢先生還暦記念判例手形法小切手法』、一九六九年、三二七頁。大判昭和一一・一・二七民集二〇卷一号二五頁。最判昭和三七・五・一民集一六卷五号一、〇一三頁。最判昭和三七・九・七民集一六卷九号一八七〇頁。しかし、近時、この通説に反対の判例、学説が生じている。東京地判昭和四六・九・二九判時六四八号一〇三頁。安倍『判時』、第二七四号、四五頁以下。

(39) 参照、河本『民商』、第四八卷第六号、八九八頁。本間『伊沢還暦』、三二七頁。山口『手形小切手判例百選』、九四頁。

(40) 安倍『判時』、第二七四号、四六一—四七頁。同『法曹』、第一七卷第七号、一一二〇頁。賛成、本間『判時』、第六七〇号、一三六頁。

(41) Jacobi a. a. O. S. 120 Fn. 2; Cichon, a. a. O. S. 86.

(42) 勿論、このイデア的スベチエスの権利の取得の観念は、権利対抗弁の観念が発生している場合だからこそ認められるものであり、その問題発生以前に抽象的に認められるべき必要性を全く有してはいない。

(43) 参照、拙稿『悪意の抗弁』、『一論』、第七六卷第四号、三九八頁以下。

(44) ここで問題になっているのは、善意の前者よりも以前の者に対して手形債務者が対抗できた人的抗弁事由である。けれ

ども、手形債務者は少くとも、この以前の者には対抗できる抗弁を有しているのだから、存在しない抗弁についての後者の認識の問題ではなく（参照、拙稿「悪意の抗弁」、三九九頁）、この後者に信頼が欠けている時には、悪意の抗弁が成立する余地が認められる。

（昭和五四年一月五日 受理）