

ドイツ法における指図引受け(Annahme der Anweisung)の受容

隅 谷 史 人

一 はじめに

II1 ザルビウス以前——手形引受け (Wechselakzept) の関係

(1) ロイニス (Johann Michael Leuchs)

(11) キュンター (Carl Friedrich Günther)

(111) シントリック (Carl Friedrich Ferdinand Sintenis)

(IV) ハーネ (Heinrich Thöle)

(V) ルドルフ・シレスinger (Rudolph Schlesinger)

(六) 小括

II1 ザルビウスおもどりわれ云降——テレガチオとの関係

(1) ザルビウス (Botho von Salpius)

(11) テルントルク (Heinrich Dernburg)

(111) ヴィヘルハヤヘム (Bernhard Windscheid)

(IV) オットー・ワント (Otto Wendl)

四 むやろこ

一 はじめに

指図 (delegatio, assignatio, délégation, Anweisung) は、クレジットカードや銀行振込などの資金移動取引に法的基礎を与えるものとして、その理論に近年関心が寄せられている。⁽¹⁾しかし、指図研究はわが国ではほぼ未開拓のテーマである。その最も大きな理由は、法典中に指図規定が欠如していることにあるといわれている。⁽²⁾本稿で取り扱う、ドイツ法における指図 (Anweisung) (以下、「アンヴァイズング」) についても、決して先行研究が充実しているとはいえないのが現状である。⁽³⁾また、これらの先行研究も、主としてアンヴァイズングそれ自体を対象としたものであり、アンヴァイズングの引受、いわゆる指図引受 (Annahme der Anweisung, Anweisungskzept) を対象としたものではない。

そこで本稿では、アンヴァイズングのドイツ法への集成過程を解明するため、指図引受を検討対象の基軸に据えることにする。本論に入る前に、まずアンヴァイズングに関する一般的事項を確認しておこう。

アンヴァイズングの淵源は、一九世紀後半まで、一二、三世紀の商業実務のなかから誕生した assignatio (以下、「アシグナチオ」)⁽⁴⁾ であると考えられていたが、現在では古くローマ法上の指図 (delegatio) (以下、「デレガチオ」)⁽⁵⁾ であると解されている。デレガチオはアシグナチオをも包含する非常に広範な理論であることが明らかになつたからである。⁽⁶⁾

アンヴァイズングの法的性質は、現在では、二重授権 (Doppelermächtigung)、つまり、指図人による、受取人に対する授権および被指図人に対する授権であると理解されている。⁽⁷⁾かかる授権は、それ 자체からは当事者にいかなる義務も基礎づけることはない。被指図人は、受取人に対して給付をなすよう義務づけられることなく、同様に、受取人は、被指図人から給付を取り立てるよう義務づけられる」とはないのである。

そのため、アンヴァイズングが実行されるか否かは、少なくとも被指図人の意思に従属することがらである。したがって、受取人は、早急に被指図人が自分に対して債務を負担することに多大なる関心を払うのである。これは指図引受を通じて実現されることになる。

指図引受は、ドイツ民法典七八四条⁽⁸⁾に規定されている。本条によると、指図引受は、指図証券にもとづく被指図人による書面上の記載を通じてなされ、ここから、被指図人の受取人に対する独立の拘束力が基礎づけられる。これにより、被指図人と受取人との間に給付関係が形成され、被指図人の受取人に対する義務は、指図人と被指図人との間の原因関係（資金関係）、および指図人と受取人との間の原因関係（対価関係）に存する原因から切り離された無因的（abstrakt）効力を有するのである。⁽⁹⁾

さて、このような指図引受の有効性は、当初より一貫して認められていたわけではなく、一九世紀ドイツ普通法学のなかで徐々に承認されてきたものである。指図引受にはいかなる理論的問題があり、学説はこれをどのよう超克したのか。本稿では、指図引受の有効性に関する学説の論争を概観し、その受容過程を明らかにすることを目的とする。

なお、この論争については、後述のザルピウスによる著作が大きなターニングポイントになつていると考へられる。そのため、以下ではザルピウスの以前と以後に区別して学説の変遷を辿つてみよう。

二 ザルピウス以前——手形引受 (Wechselakzept) との関係

一九世紀前半には、為替手形の引受すなわち手形引受の有効性はすでに承認されていた。⁽¹⁰⁾ これに対して、ドイツ普通法学説上、商業取引および非商業取引における指図引受の有効性を認めるべきであるかに関しては見解の

一致をみていない。

一九世紀中葉までのドイツ普通法学說において、アンヴァイズング（アシグナチオ）の法的性質は、指図人の二つの委任の結合によつて特徴づけられると解されていた。⁽¹⁾ すなわち、アシグナチオの本質は、一方では、被指図人に、受取人に対して何らかのもの（たいていは金銭）を与えるための、他方では、受取人に対して、指図されたものを被指図人から受領するための、指図人の二重委任 (doppelter Auftrag) にある、というのである。それゆえ、被指図人の指図の引受は、沿革的には、まず被指図人の指図人に対する委任を承諾する意思表示ということになる。これに対して、ドイツ民法典七八四条に結実した現在の意味における引受は、被指図人が受取人に対して独立に債務負担を基礎づける。

この引受によつて、たしかに被指図人は受取人に対して義務づけられるのであるが、これは特殊な債務関係となる。なぜなら、被指図人は、受取人に対しては、独立して義務を負うなんらのカウザ (causa) も有していないからである。

そして、被指図人が受取人に負担する債務は、前述のとおり、原因との効力的牽連性が切断された無因的効力を有するものと解されている。このような効力は、当時、手形引受には認められていたが、非常に例外的なものであつたため、指図引受の有効性それ自体が争われたのである。

(一) ロイヒス (Johann Michael Leuchs)

ロイヒスは、引受による厳格な拘束力は手形引受としては有効であるとしながら、商人および非商人の指図引受については、その拘束力を認めていない。

他地で支払うべく定められているアンヴァイズングは、たしかに、振出された手形証書のごとく機能する。た

だし、手形法が要求する手形引受人および手形呈示人の厳格な拘束力はここでは適用されない。⁽¹²⁾

われわれがアンヴァイズングを振出すのは、われわれが自己の債権の取立てを銀行に依頼する場合であるといふ。この場合、われわれは、銀行に厳格な取立期日の遵守を促したいわけではなく、われわれの債務者に厳密な支払いを遵守させたいわけでもない。そのような場合には、手形証券の代わりにアシグナチオが選ばれるというのである。というのも、アンヴァイズングは通常、手形法の規制には服さないからである。

それゆえ、所持人がこれを呈示し、所持人に取り立てさせる必要がある場合でも、彼はそのために責任を負うことではない。同様に、支払人が満期に支払いをなすようアンヴァイズングを引き受け、そのため所持人がアンヴァイズングを振出してもらった場合でさえ、支払人はアンヴァイズングを引き受けけるよう義務づけられる」とはない。これもアンヴァイズングが手形法の適用を受けないからであるといふ。⁽¹³⁾

このように、ロイヒスは、アンヴァイズングの場合には支払人がこれを引き受ける義務を負うことではなく、これがを受けたとしても、手形法が要求する手形引受の厳格な拘束力は生じないとある。

(II) ギュンター (Carl Friedrich Günther)

つまに、当時の文献のなかで多くの引用がある、ヴァイスケ (Julius Weiske) の法律辞典におけるギュンターの見解をみてみるべ。ギュンターは、ロイヒスの見解とは対照的に、指図引受の有効性を例外的に承認している。

本来の意味における引受 (Acceptation) は、為替手形 (Tratte) の場合においてのみ、すなわち、商人指図 (kaufmännischen Anweisung)⁽¹⁴⁾、およびアンヴァイズングを基礎に置く手形 (Wechsel)、つまり為替手形 (Wechseltratte) の場合にのみおこなわれる。引受は、そのような場合に、事柄の性質に基づかれた行為の完全性のための必要条件であるといふ。

そして、引受は、支那人（または予備支那人などの支那人の代わりに支払いに参加する者）の意思表示であり、これによって、彼は自分宛てに振出されたアンヴァイズングまたは為替手形を支払うよう義務づけられる。この者が引受の意思表示を与えるかぎり、この者は引受人と呼ばれるという。⁽¹⁵⁾

商業取引以外の通常の取引に用いられるアンヴァイズングでは、例外的にではあるが被指団人の受取人に対する支払義務が生ずる場合として、以下のような事例が挙げられている。

受取人が指団人に対して既存債権を有しており、指団人が、被指団人にに対するアンヴァイズング（証券）を受取人に与えた場合に、被指団人からの支払いの履行をもって、指団人の債務が消滅するべきであつたところ、受取人がこのアンヴァイズングを適時に呈示することなく、受取人が指団人に対して、原因関係上の既存債権を行使しようとしている。

このような場合において、指団人の側では、受取人のかかる遅滞により損失が生じた場合、たとえば、被指団人が指団人の債務者であり、満期時には支払能力を有しており、支払準備が完了していたにもかかわらず、後に支払不能に陥ってしまった場合に、指団人がこのことを引き合いに出して受取人の既存債権の行使を拒みうるかという問題が生じる。

被指団人の側では、受取人は被指団人を訴えることはできず、アンヴァイズングの引受および支払いを強制することもできない。それにもかかわらず、被指団人が、受取人に委任の履行を約束した場合、これによつて被指団人は受取人に對して独立した拘束力を負担するというのである。⁽¹⁶⁾

引受 (Acceptation) については、前述のとおり、為替手形についてなされるものであり、アンヴァイズングの引受は異例であるとされている。⁽¹⁷⁾しかし、ギュンターはつぎのようにも述べている。アシグナチオが引受のために呈示されなければならないことについて、地域特別法はどこにも定めていないが、引受をなすことは可能であ

り、書面的引受 (schriftliche Acceptation) によってのみ支払いをなすよう義務づけられることが、おそらくは前提とされているというのである。⁽¹⁸⁾

それゆえ、引受のなかには、一方では、為替手形振出人から為替手形支払人に与えられた、為替手形の支払いのための委任の引受が、他方では、引受人が少なくとも手形の所持人またはアンヴァイズングの所持人に、引き受けられた金額を支払うよう義務を負う独立した約束が存在する。そして、それゆえに引受は、為替手形に存する委任が、振出人の手形能力欠缺のため、または、為替手形の要式に誤りがあつたため、無効となつた場合であつてもまた、引受人を義務づけるといふ。

このように、ギュンターは引受を通じた、被指図人の受取人に対する独立した拘束力については肯定している。

(III) ジンテニス (Carl Friedrich Ferdinand Sintenis)

ギュンターと同じく当時の文献にたびたび引用のあるジンテニスは、被指図人と受取人との関係、および指図引受について以下のように結論づけている。

被指図人が受取人に特殊な支払約束を与えることは、自明のことである。これによつて、被指図人は受取人と特殊な関係性をもつに至り、たとえば、被指図人と指図人との間に存する債務関係が解消される。それゆえ、かかる支払約束の後では、被指図人は二人の連帯債権者 (Correalgläubiger) をかかえることになる。指図人は、恣意的に撤回権を行使することによつて、原因債権をふたたび行使しうるようになるためである。

なお、ジンテニスによると、被指図人が受取人に対して義務づけられるよう、指図人から指図されていた場合には、被指図人と受取人との関係はまったく変わった関係になるという。すなわち、その場合には、デレガチオ、除約 (Exemption)⁽²⁰⁾ あるいは何か類似する別の行為に変わるというのである。

しかし、受取人がアシグナチオにもとづいて被指団人に照会して支払いをなすよう彼に要求し、そして、被指団人がこれに賛同して、場合によつては給付の種類や時期などについて商議がなされる場合に、つねに、そのような被指団人の受取人に対する特殊な支払約束が生じうるということはできない。有効に債務関係が形成されているといえるかどうかは、個々の特殊事情が第一の決定要因になりうる。そのため、委任のなかに、かかるカウザが探し求められなければならないという。

このように、ジンテニスは、被指団人の受取人に対する支払約束を場合によつては有効であるとし、その根拠に指団人の委任を挙げるのであるが、彼はこれを裏付けるローマ法文の確実な例を見つけられてはいないという。さらに、ジンテニスによると、いまではアシグナチオの行為の基礎は完全に民法に置かれているとい⁽²¹⁾う。商法上の利用は、これに加えてさらに書面的形式を必要とする。これには、指団証券、書面的引受、振出通知書などが付け加えられる。そして、引受を通じて被指団人と受取人との間の固有の債務関係が発生するという本質的変更が採り入れられているという。

のことから、ジンテニスは、ギュンターと同様に、被指団人が受取人に対する義務を負担する場合があるとし、これを特殊な支払約束であるといふ。ただし、そもそも指団人が被指団人に對して、受取人に義務を負担するよう指団していた場合には、その行為はデレガチオその他の別の行為になると解している。つまり、ジンテニスはいわゆる義務設定指団 (delegatio obligandi vel delegatio promittendi)⁽²²⁾ についてはデレガチオ、支払指団についてはアシグナチオという住み分けをおこなつてゐるものと考えられる。

さらに、ジンテニスは、今ではアシグナチオの基礎が民法に置かれており、商法上の利用の場合には書面的形式を要するとしており、被指団人の受取人に対する特殊な支払約束は書面によらずに有効であると解しているようである。

(四) テール (Heinrich Thöl)

テールによると、受取人が、指図人の助力なく、自己の権限にもとづいて被指図人から支払いを取り立てようとする場合、商業取引においては、受取人が独自に約束を得ようとする引受のための呈示がつねに必要であり、被指図人が引受によつて、独自に自己の指図人に対する関係に依存しない支払約束を受取人に与えることが必要である。⁽²³⁾

しかしながら、普通法上では、この約束の有効性は非常に疑わしい、むしろ確実に無効であるといえる。なぜなら、引受のなかに含まれている被指図人の受取人に対するこの約束は、純粹金銭支払約束 (reines Summenversprechen) であるからである。⁽²⁴⁾

テールによれば、このような約束は、手形 (Wechsel) の場合には有効である。すなわち、手形約束 (Wechselvesprechens) の場合には明らかに有効な約束である。それゆえ、その約束が金銭支払約束であり、かの手形にもとづいてなされている場合に有効であることは当然である。しかし、これは法令の規定による例外である。

金銭支払約束は、本来は、つまり特別な例外を除けば、明らかに無効である。なぜなら、かかる約束は、金銭支払以外何もなく、かつあらゆる既存関係とは無関係に約束されるため、債務原因 (causa debendi) が欠如しているのであるが (原因不記載証書 (cautio indiscreta) は同様の約束を含む)、現行法上、そのような約束は無効となるのが原則であるからである。

自己の債務であれ他者の債務であれ、債務を支払う約束は有効である。債務額を支払う約束もまた有効である。しかし、単に金銭を支払う約束、すなわち、純粹な金銭支払約束は無効であり、例外的に、この約束が手形上で

与えられる場合には有効になるというのである。⁽²⁵⁾

テールは、この例外を「手形法のアンヴァイズングへの適用」というタイトルのもと、商人指図へと拡張しているが⁽²⁶⁾、前述のとおり、手形法的特徴を備えた商業取引以外の取引に用いられる場合において、テールはこのような約束の有効性を承認していない。

なお、テールの前記見解は、アンヴァイズングとデレガチオとの理論的区別にも関係している。

テールは、アンヴァイズングの法的性質を指図人の二重委任であると解している。すなわち、アンヴァイズングをおこなう場合、ある者（指図人）は、他者（被指図人）が第三者（受取人）に支払いをなし、第三者がそれを受領するための委任を与える。すなわち、指図人は、被指図人および受取人に、支払委任（Zahlungsmandat）および取立委任（Einkassierungsmandat）という二重の委任を与えるのである。⁽²⁷⁾

その一方で、テールは、デレガチオの法的性質もまた、二重の委任であると解している。すなわち、デレガチオによつて、ある者（指図人）が他者（被指図人）に、第三者あるいはその代わりの者（受取人）に対して約束をなすよう委任し、多くの場合、指図人が受取人にこの約束を引き受けるよう委任する。

また、既存の債務関係はデレガチオの要素ではなく、デレガチオによつて新債務者が旧債務者と交替する、あるいは新債権者が旧債権者と交替する関係と見るのは不適切であるといふ。⁽²⁸⁾ デレガチオは、指図人と被指図人との間の約束をするための委任、指図人と受取との間の約束を受けさせる委任、被指図人と受取との間の約束という関係三者の同意によつて形成されるのである。⁽²⁹⁾

さらにテールによると、デレガチオにおけるこの二つの委任が、ローマ法にしたがえば、口頭でも書面でも、明示的にでも默示的にでも与えられ、承諾されうるといふ。今日では、被指図人と受取との間の約束についても同様のこと�이えるといふ。⁽³⁰⁾

このように、テールは、デレガチオは更改の一種であるとする従来の見解を否定し、アンヴァイズングとデレガチオとは、二重の委任であるという点で共通していると解している。そのうえで、両者の峻別は、被指団人の受取人に対する債務負担を認めるのか否かにあると解しているようである。

(五) シュレーディンガー (Rudolph Schlesinger)

これらの見解に対し、シュレーディンガーは、商業取引以外の取引に用いられる場合においてもまた、指団引受の有効性を承認する。

すなわち、今では為替手形およびアンヴァイズングは、証券上に定められた書面上の支払または被指団人の引受が、形式的契約 (Formalkontrakt)⁽³¹⁾ を含んでいるという点で一致している。

それによつて、支払または被指団人が、手形受取人または受取人に對して、それどころか振出人に対してもまた、手形またはアンヴァイズングを満期に呈示した当事者のもとで、委任にしたがい、当該金額の支払いをなすよう義務づけられるという。⁽³²⁾ シュレーディンガーは、手形法の規定が、類推的にアンヴァイズングにも適用されうるというのである。⁽³³⁾

シュレーディンガーは、振出人または指団人の支払委任は、従来の解釈にしたがえば、引受を通じて義務づけられるための委任としても締結されうることは、これによつて引受の義務的効力が当然に生ずるわけではないとしつつも、疑う余地がないように見えるという。⁽³⁴⁾

さらに、指団引受の形式的性質は、手形引受との類推に達しているかぎりでのみ、つまり、慣習的形式で作成された受取人に手渡された書面的なアンヴァイズングで、かつアンヴァイズング自体にもとづいた書面的引受としてのみ認められうことになる。⁽³⁵⁾

しかしながら、シユレージンガーは、商人のもとでの商人指図と、それ以外の者のもとでのアンヴァイズングとの間で、前者にのみ引受が形式的契約を基礎づけるということを区別することについて、実際上アンヴァイズングが商業取引において非常によく用いられるものであるとしながらも、その根拠は明らかではないという。⁽³⁶⁾

(六) 小括

アンヴァイズングには指図人を起点とする三当事者が介在する。被指図人は指図人との資金関係にもとづいて、受取人は指図人との対価関係にもとづいて、それぞれ行動するのである。

この場合、指図引受の当事者である被指図人と受取人の関係において、被指図人は受取人に独立して債務を負担する原因を有しておらず、受取人もまた独自に被指図人から債権を取得する原因を有していないことになる。このような当事者間で、債務関係を形成することはできるのか、これが争点となり、一九世紀中葉までのドイツ普通法学説は、かかる約束は（原則）無効と解するのが支配的であった。これを貫徹すれば、商人が用いようとそれ以外の者が用いようと、口頭であろうと書面であろうと、指図引受の効力は生じないと結論づけられる。ロイヒスはこのように解していたと考えられる。

これに対して、引受の効力が例外的に認められていたのが手形引受である。為替手形の支払人が、受取人その他の手形の呈示をなした者に対して書面的引受をなすと、それ以後、支払人（引受人）は、その者に対して手形債務を負担する。当時、このような例外は、手形に関する法令によって認められた特殊例外的な効果であると解されていた。それゆえ、引受とは、そもそも法令上の具体的制度、とりわけ為替手形に固有の制度であると位置づけられていたようである。

指図引受は、当然ながら手形法令の適用対象にはなっていない。しかし、商業取引において書面的なアンヴァ

インズングがなされるようになると、手形引受のことくこれに効力を認めるべきであるという見解が登場するようになる。つまり、この時代の共通認識として、指図引受という制度の起源は、商業実務のなかで誕生した書面的アンヴァイズングのなかに見出され、これを前提として、為替手形との類似性から、手形引受の有効性を書面的指図引受にまで及ぼしうるかが論じられていたのである。

こうして多くの文献では、商業取引で用いられる書面的アンヴァイズングについては、指図引受の有効性が積極的に顧慮されるようになつた。そのなかでシュレーディンガーは、商業取引以外であつても指図引受の有効性を否定していらない点で異色である。

ところで、一九世紀も中葉に至ると、ローマ法のデレガチオに関する研究が新たな局面を迎えることになった。すなわち、近世以降、デレガチオは更改の一種であるとの理解が多世紀に亘つて支配的であった。たとえば一六世紀の学説によると、デレガチオは、指図人が被指図人の債権者であり、同時に受取人の債務者でなければならぬという。その後、被指図人が受取人に、問答契約を通して義務づけられることにより、債務者の交替と債権者の交替という二重の更改が生ずると解されていた。このような解釈から、近世初頭において「デレガチオはつなに更改をともなう (In delegatione semper inest novatio)」といふ規範が打ち立てられた。⁽³⁷⁾

このデレガチオの解釈は、一九世紀初頭においてもいまだ健在であり、通説は、デレガチオには、被指図人の指図人に対する既存債務か、指図人の受取人に対する既存債務かのいずれかの更改を要した。

このような従来の解釈に対し、その後の学説形成に大きな影響を及ぼしたテールは、既存の債務関係、延いては更改がデレガチオにとって本質的ではないことを証明しており、デレガチオが更改の一種ではないことはその後の学説の賛同を得るに至つた。

ところが、これにより思いがけず新たな問題が生じることになった。これまでアンヴァイズングとデレガチオ

は更改の有無という点で明確に区別されていたが、デレガチオにとって更改が本質的ではないという場合、これらを隔てる基準が曖昧なものとなってきたのである。

この点、ジンテニスは、指図により被指図人が受取人に義務づけられる場合に、指図人によつて与えられる委任が、被指図人の受取人に対する債務負担に向けられていた場合にはデレガチオ、そうでない場合にはアンヴァイズングという区別をなしているようである。

テールも、デレガチオの法的性質をアンヴァイズングと同じく二重の委任であると解しつつも、デレガチオは約束に向けられた委任であるとして、指図人による委任が約束に向けられているかどうかが区別の基準であると解しているようである。さらにそのうえで、アンヴァイズングの場合には、手形引受に類似するほんのわずかな例外を除いて、指図引受の有効性を原則として認めないことによつて、テールはこの区別をいつそう際立たせているのである。

このように、指図引受の有効性については、手形引受との関係に加えて、一九世紀中葉以降はデレガチオとの関係でも問題となつてくるのである。これらの議論は、前述のとおり、ザルピウスの新理論によつて新たな局面を迎えることになる。そこで、つぎにザルピウスの見解を概観しつつ、その後の議論の変遷を辿ることにしよう。

三 ザルピウスおよびそれ以降——デレガチオとの関係

(一) ザルピウス (*Boetho von Salpius*)

一九世紀後半の指図引受の有効性に関する議論は、ザルピウスの著作を通じて、新たな刺激を受けた。ザルピウスは、一八六四年に刊行した著作において、ローマ法のデレガチオが更改とは別個独立であること、そして、

アンヴァイズング (アシグナチオ) が、中世ドイツの創作物なのではなく、デレガチオに包摶される概念であるとし、アンヴァイズングの理論がローマ法と連続性を有する」とを証明した。

ザルピウスによれば、広義のデレガチオは、給付がアシグナチオ (iussus) にめぐらして任意の性質を生ぜしめるすべての場合を包摶する。そして、狭義のデレガチオは、信用指図 (Creditanweisung)⁽³⁹⁾、すなわち、権利の創設を給付の本旨とする特殊な場合であるといふのである。

詳述すると、デレガチオ (アンヴァイズング、Delegare aliquem) は、与えるいと (dare) を目的としているが、約束するいと (promittere) を目的としているか、で区別するといふことである。前者の主要な場面は、金銭の支払いであり、支払指図 (Zahlungsanweisung) に関してデレガチオという言葉が用いられるのは前者の主要事例である。後者は、通常問答契約を通じてなされる義務の引受であり、これは信用指図と呼ばれる。⁽⁴⁰⁾ ザルピウスは、被指図人が問答契約により受取人に義務づけられるか否かで、支払指図と信用指図とを区別しているのである（無論、指図引受に関係があるのであるのは、信用指図である）⁽⁴¹⁾。

さらに、信用指図の場合には、被指図人の受取人に対する債務が、資金関係または対価関係に依存する指定問答契約 (titulierte Stipulation) 方式であるか、原因関係上の債権へ何らの関係づけもなく存在しうる無因問答契約 (abstrakte Stipulation) 方式であるかによって、指定指図 (titulierten Delegation) と純粹指図 (reine Delegation)⁽⁴²⁾ とが区別されなければならないといふ。

このよべな前提のうえで、ザルピウスは、指図引受を無制限に有効であるとみなした。

ザルピウスによると、従来、引受は、ローマ法との有機的関連性がまったくない普通法上の制度であるアンヴァイズングに人工的に継ぎ足された異国的成果物であると考えられており、同制度に関する難解な問題は解消されておらず、むしろ解決は断念されているといふ。なぜなら、主要な基本概念が欠けており、例外的に引受が

許容される慣習法に関するざらざらな疑問もなおざりにされているからである。

引受は、手形形式でなされるアンヴァイズングに制限されるべきであるのか。この問い合わせに対し、ザルピウスは、先のシユレージンガーの見解を引用しながら、これを否定する。なぜなら、指図引受とは、（原因関係の）消滅的効果を奪われた、ローマの指図問答契約 (Delegationsstipulation) にほかならないからであるという。

ザルピウスはこの指図問答契約の例として、確定額 (certa pecunia) の支払いに向けた純粋な（つまり無因的な reine) 形式における指図問答契約の例を挙げる。すなわち、AはBに対して、彼の計算で、Cに100を約束するよう指図する (iubeo)。それと同時に、AはCに、Bから問答契約を通じて100の債権を取得する可能性を開く。これにより、BとCとの間で問答契約が締結される。Cは「汝は100を与えると誓約するか? (Centum dari spondes?)」と要約し、Bは「予は誓約する (spondeo)」と諾約する。

現行法が、あらゆる約束について、このようなローマの方式ではなく無方式の（方式自由な）約束を代替させようとする場合に、われわれはまさに現在の指図引受を想起することになるのである。

このような指図問答契約には、二つの主要な特性があるという。第一の特性は、アンヴァイズングの実体的な基礎、すなわち資金関係および対価関係への影響である。指図問答契約の結果として生じた債務は、現金 (bares Geld) (決済) の⁽⁴⁴⁾とく評価される。しかし、指図問答契約の消滅効は、通例として挙げられたにすぎない。⁽⁴⁵⁾この特性は、現行法のアンヴァイズングでは失われており、受容されていないという。

これに対して、第二の特性は、契約当事者の間での指図問答契約の効力、すなわち、新たに基礎づけられる債務の性質に關係する。指図問答契約は、その実体的基礎（原因関係）にもとづいて取消すことができない。被指図人は、指図人と受取人との関係より生ずる抗弁を受取人に対抗することはできないのである。この特性は、現在の指図引受にも受け継がれてい⁽⁴⁶⁾る。

ザルピウスによれば、引受人が指図人より生ずる抗弁を援用することができないというこの第二の特性は、近代法の発明品なのではなく、学説彙纂四六巻二章一九法文（パウルス 告示註解第六九巻）において定められた原則にもとづいているという。⁽⁴⁸⁾ それゆえ、ザルピウスは、普通法の原則上、相容れないと考えられてきた指図引受の（無因的）側面は、まさしくローマ法上の制度的基礎と完全な連続性を有しているというのである。⁽⁴⁹⁾

テールによる、指図引受が純粹な金銭支払約束として無効であり、第三者の委任にもとづいていてもなお、有効にはなりえないとの主張は、ザルピウスによれば、かならずしも正確とはいえない債務原因の解釈に基礎を置く誤った推論であり、被指図人の約束は、十分に債務原因を基礎づけうるものであるという。⁽⁵⁰⁾

このように、ザルピウスは、これまで近代ドイツ法における発明品であると考えられていた引受制度の淵源が、じつはローマ法の指図問答契約に遡るものであると主張した。そして、これまで手形法の例外規定の類推適用という視点で捉えていた指図引受の有効性をローマ法に立脚するものとして完全に承認したのである。

ザルピウス以降、指図引受の有効性に関する論争は、指図問答契約が無因的になされうるのか否かということを主な争点とするようになる。

(II) デルンブルク (Heinrich Demburg)

デルンブルクは、ザルピウスの見解を踏襲している。

デルンブルクによると、被指図人は受取人に対して、いわゆる指図引受を通じて支払いを約束しうるという。それ以後、被指図人は、引受約束 (Annahmeverversprechen) にしたがつて拘束される。⁽⁵¹⁾

この引受は、二つの異なる意味において生じうる。第一に、被指図人が当該金額を支払うよう絶対的に義務づけられる場合である。この場合には、被指図人は、指図人に対する関係から生じた抗弁を受取人に対抗すること

ができないように義務づけられる。

第二に、被指図人が受取人に対して、被指図人が指図人に義務づけられているものを約束する場合である。この場合には、被指図人は、引受をしたにもかかわらず、指図人に対して有していたあらゆる抗弁をもつて受取人に対抗することができる。⁽³²⁾

このように、デルンブルクは、指図引受には無因的なものとそうでないものとの二種類があるとして、ザルピウスと同じく無因的指図引受を認めている。そのうえ、いじいで述べられている無因的指図引受は、為替手形における引受制度の類推などではなく、まさにローマ法との連続性のなかで独自に有効性が承認されているのである。

(III) ヴィハイトシャイド (Bernhard Windscheid)

ヴィントシャイトは、無因的指図引受が、普通法上の取引において有効性を有するべきであるかどうかという問題に、明確には答えていない。

ヴィントシャイトは、被指図人が受取人に対して約束をなしたのと同時に、指図人がもはやアンヴァイズングを撤回することができなくなるという法原則の説明に関連して以下のように述べている。

被指図人は、約束を支払いに先行させ、支払いの不可避性を独自に形成することにより、被指図人が、彼に与えられた委任の本旨においてなさなければならない何らかのものをなす。

被指図人は、アンヴァイズングの所持人に対し、彼がアンヴァイズングを引き受ける (annimmt, acceptirt) ことによって義務を負う。この被指図人の約束は純粹約束 (reines Versprechen)、いわゆる形式的契約 (Formalvertrag) であるのか。この問い合わせに対し、ヴィントシャイトは、前述したザルピウスの見解とテー

ルの見解とを引用するにとどめているが、その有効性は、ドイツ商法典 (HGB) のなかでは明確に承認されて
いるという。⁽⁵³⁾

(四) ヴュンデ (Otto Wendt)

ヴェントもまた、ザルピウスの見解を踏襲し、指図引受がローマ法に基盤づけられていると主張する。

ヴェントによれば、ローマのデレガチオは、あらゆる点において今日のアンヴァイズングと符合する。今日の生活のなかでアンヴァイズングを研究する者が、これを後世におけるデレガチオの代替物であるかのように評価するのは正当ではなく、むしろ実際にはこれと同一物と評価されなければならないという。

今日の判例のなかにデレガチオの事例を見出さなかった者は、たんにデレガチオという言葉のみを探し求めただけなのであって、その実体を探し求めたわけではない。中世以降新たに発生したアシグナチオという言葉もまた、かの法的定義⁽⁵⁴⁾に誇張された重要性を置いた証拠であるにすぎないというのである。

ヴェントによれば、指図人の指図が約束に向けられていない、いわゆる支払指図がなされた後、被指図人が受取人と問答契約を締結したとしても、まるでそれが約束することに向けられたアンヴァイズング（いわゆる信用指図）にもとづいて生じたかのように、通常の問答契約となんら異なる意義および法的効果も有さないという。

ヴェントは、アンヴァイズングがもともと支払いに向けられていたが、被指図人が支払いの代わりにたんに将来の給付を約束した場合について、ローマ法大全 (Corpus Iuris) 上の典拠には事欠かないとし、その一例として、学説彙纂一六巻一章一九法文五項（アフリカヌス 質疑録第四巻）における「手元に金銭を有していなかつたため (quia ad manum nummos non habebam)」という箇所を引用している。⁽⁵⁵⁾

グにもとづいて生ずる問答契約とは法的に統合されうるというのである。つづけて、ヴェントは、指図引受を非商人指図において普通法上無効であると解していたテールの理論的根拠について、以下のように批判している。

第一に、テールの見解は矛盾しているという。すなわち、テールは、受取人に約束を与える、指図人の被指図人に対する委任としてデレガチオを定義する。その際に、デレガチオは、一定の（既存の）債務関係は本質的ではないという。ここでテールは、デレガチオの場合には、さらなる詳論なく、被指図人の約束が有効であるということから出発している。これに対し、アシグナチオ、すなわち、給付に向けたアンヴァイズングの場合には、テールは、被指図人から受取人に与えられた支払約束を、純粹な金銭約束として、無効であるとみなしている。⁽⁵⁷⁾

第二に、指図引受は、テールの見解にもかかわらず、非常によく債務原因を基礎づけている。すなわち、指図引受が債務原因を欠いていることはまったく根拠がないことである。もちろん、無因債権が引受人とアンヴァイズングの所持人との間の関係から生じ、事実としてそれらの関係に原因関係は存在していない。両者は経済的には他人であり、相互に何らの関係もない。しかし、それにもかかわらず、引受、ローマ法では指図問答契約は、債務原因をその背後に有しているというのである。

アンヴァイズングの本質に徴すれば、この債務原因是、被指図人と受取人との関係において見出されるのではなく、両当事者の第三者、すなわち指図人に対する関係で見出される。資金関係および対価関係は、給付についてと同様、被指図人の約束 (promissio) についても経済的な基礎 (Grundlage) を与えており、それゆえに、テールのいう被指図人の義務に関する十分な法的正当性をも与えているのである。⁽⁵⁸⁾

具体的には、被指図人の受取人に対する給付は、二つの異なる給付に分解することができる。その二つの給付とは、被指図人の指図人に対する給付と、指図人の受取人に対する給付であり、被指図人の受取人に対する給付は、経済的にも法的にもこれら二つの給付に相当するのであるという。⁽⁵⁹⁾

四 むすびに

一九世紀ドイツ普通法学説を振り返ると、中葉までは指図引受の有効性について無効と解する見解が優勢であった。有効性の理論的障碍となっていたのは、何ら原因関係の存しない被指図人と受取人との関係において、債務関係を生ぜしめる債務原因が見出せないことである。これに対し、その当時から、為替手形の引受は有効であるとされていたが、これは手形法令の力による政策的効果であると解されていた。

このような状況のなかで、アンヴァイズングが商業取引に用いられ、かつ被指図人が手形引受と同様に受取人に書面的支払約束をするようになると、これに効力を認めようとする見解が生じてきた。そこで、一九世紀中葉までの学説は、指図引受が書面的かつ商業取引に用いられる限りにおいて、手形法を類推するという方法で、限定的にその効力を認めるという解釈を開いていた。

ところが、一八六四年にザルピウスが上梓した論文によつて、これまでの議論状況が大きく変容することになつた。彼はまず、アンヴァイズングが中世ドイツの創作物であるとする従来の考え方を根底から覆し、ローマ法上のデレガチオにその淵源があることを証明した。

そのうえで、指図引受の理論的基礎が、指図問答契約により被指図人が義務を負うデレガチオにあるとし、障碍となつていていた被指図人と受取人との債務関係については、ローマ法上、指図人との間の各原因関係により債務原因が基礎づけられているというのである。この見解にしたがえば、指図引受の有効性は、手形法とは関係なく（それゆえ、商業取引に限らず）ローマ法から直截に、理論的問題なく承認されることになる。

ザルピウスの見解は後の学説の賛同を受け、それ以降、アンヴァイズングの理論的基礎がデレガチオに置かれ、

指図引受も指図問答契約に濫觴をなすものであるとの考え方が浸透するようになつた。

このような変遷を経て、指図引受は、制度自体は中世以降の商業実務のなかから発展したものであるにもかかわらず、理論的には手形法の類推ではなく、ローマ法上の指図問答契約のドイツ法的発現と捉えられるようになり、商業取引に限らずその一般的有効性が受容されるに至つたのである。

現在の指図引受と手形引受の関係および商法典上の商人指図との関係等が残された課題となるが、これらについては他日を期さざるを得ない。

(1) 事実、平成二二年一月九日の法制審議会民法（債権関係）部会第一八回会議において、資金移動取引が指図という法律行為を基礎とするものであると指摘したうえで、資金移動取引の法的構造を明らかにするために、民法に指図に関する規定を設けるべきであるとの提案がなされている。指図規定の導入については肯定的な意見が多く、資金移動取引をめぐる法律関係の不明確さは、個別の問題に関する判例の集積によって解決することは困難であり、体系的な立法をすることによつて解決することが必要であるとも指摘されていた。しかし、具体的な立法提案が示されることではなく、現実的な立法課題とするほどには指図に関する議論が進んでいないとの理由で本提案は採用されるに至らなかつた。

(2) ただし、当事者の交替による更改規定は、沿革的には指図の命脈をつなぐ規定である（拙稿「ボアソナードの指図論—わが国における指図（délégation）の継承」法学政治学論究九二号（二〇一二））。

(3) 代表的なものとして、大西耕三「指図に就て」論叢一七巻五号（一九二七）七六〇頁、伊澤孝平「指図（Anweisung）の本質（一）」法協四八卷一二号（一九三〇）一頁など。

(4) 「アッシーゲナーチオー」と表記するのが正確ではあるが、本稿ではこのように表記する。

(5) 「デーレーガーチオー」との表記が正確であるが、本稿ではこのように表記する。

(6) 詳細は、拙稿「ドイツ法における指図（Anweisung）の歴史的展開」帝京一九巻二号（一〇一五）。

(7)

Wolfgang Fikentscher, Andreas Heinemann, Schuldrecht, 10 Aufl., Berlin, 2006, §99, Rn.1380, S.685.

(8) ニイシ民法典七八四条「被指圖人が指圖ヲ引受ケタルトキハ、指圖證書受取人ニ對シテ給付ヲ爲ス義務ヲ負フ。被指圖人ハ受取人ニ對シ、引受ノ效力ニ關スル異議又ハ指圖ノ内容若ハ引受ノ内容ヨリ當然生ズル異議又ハ被指圖人が直接指圖證書受取人ニ對シテ有スル異議ノミヲ對抗セシムルコトヲ得。引受ハ指圖證書上ノ記載ヲ以テ之ヲ爲ス。證書上ノ記載ガ指圖證書受取人ニ對スル交付前ニ爲サレタルトキハ、引受ハ受取人ニ對シテハ交付ノ時ヨリ其ノ效力ヲ生ズ。」訳は、柚木馨・上村明廣『現代外国法典叢書(1) 獨逸民法[II]債務法』(有斐閣・一九五五) 七七一頁。

(9) Fikentscher, Heinemann, a. a. O. (Fn.7), §99, Rn.1381, S.685.

(10) 納富義光『手形法に於ける基本理論』(新青出版・復刻版・一九九六) 一〇一一頁以下。

(11) 摂稿・前掲注 (6) 参照。

(12) Johann Michael Leuchs, Vollständiges Handelsrecht, Nürnberg, 1822, S.17f.

(13) Leuchs, a. a. O. (Fn.12), S.172.

(14) 商人指図又はトハガハイドハグの一種やあつ、ニイシ商法典(HGB) 111K111条に規定されてる証書を用いたトハヤトイズハグのりふじある。

(15) Carl Friedrich Günther, in: Weiskes Rechtslexikon für Juristen aller deutschen Staaten enthaltend die gesammte Rechtswissenschaft, Bd.1, Leipzig, 1844, Acceptation der Wechsel und Anweisungen, S.2.

(16) Günther, a. a. O. (Fn.15), Anweisung, S.329f.

(17) Günther, a. a. O. (Fn.15), Anweisung, S.334f.

(18) Günther, a. a. O. (Fn.15), Anweisung, S.336.

(19) Günther, a. a. O. (Fn.15), Acceptation der Wechsel und Anweisungen, S.2.

(20) 「除約」云ば、新旧債務者の間に当事者の交替が生じる際に、旧債務者が何ら干渉するまいとなく、新債務者が自発的に債権者に対して義務を負担する行為のりふじある。「除約」の訳語については、わが国の旧民法典を参照した。摂稿・前掲注 (2)。

(21) Carl Friedrich Ferdinand Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht, Bd.2, Das Obligationenrecht, Leipzig,

1847, §113 Das Mandat, S.581 Ann.72.

(22) 義務設定指図とは、テルガチオが問答契約を通じてなされた場合、すなわち、被指団人と受取人との間に直接の債権債務関係を生じやせた指団類型のリムドある。

- (23) Heinrich Thöl, Das Handelsrecht, Bd.1, 3 vermehrte Aufl., Göttingen, 1854, §125, S.468.
- (24) Thöl, a. a. O. (Fn.23), §125, S.468 Ann.2b.
- (25) Heinrich Thöl, Das Handelsrecht, Bd.2, Göttingen, 1847, §181, S.120f.
- (26) Thöl, a. a. O. (Fn.23), §127, S.471ff.
- (27) Thöl, a. a. O. (Fn.23), §121, S.461.
- (28) Thöl, a. a. O. (Fn.23), §128, S.478.
- (29) Thöl, a. a. O. (Fn.23), §129, S.480.
- (30) Thöl, a. a. O. (Fn.23), §129, S.480f.
- (31) ハムーハンガードによれば、形式的契約は、問答契約のように、何らかの実定法上の単純な方式で締結されるか^{アカ}、単純な約束を意味する。テールの叙述にあたた、金銭支払約束とは、一定金額の取得に向けられた形式的契約^{シノハツアラスル} (Rudolph Schlesinger, Zur Lehre von den Formalkontrakten und der Querela non numerata pecuniae, Zwei Abhandlungen, Leipzig, 1858, §1, S.10.)。
- (32) Schlesinger, a. a. O. (Fn.31), §12, S.168f.
- (33) Schlesinger, a. a. O. (Fn.31), §12, S.168 Ann.9.
- (34) Schlesinger, a. a. O. (Fn.31), §12, S.169.
- (35) Schlesinger, a. a. O. (Fn.31), §12, S.170.
- (36) Schlesinger, a. a. O. (Fn.31), §12, S.171.
- (37) リ^シノハツアラスルはイタリアの註釈学派に淵源を有する (Botho von Salpius, Novation und Delegation nach römischem Recht, Berlin, 1864, §2, S.8)。
- (38) たゞ一トランガチオが更改やしめんなこ場合があふりやせ、一八三五年に、ヤドジマトーハルムスハ

明ルニムニレニヨ (Franz Wilhelm Ludwig von Meyerfeld, Die Lehre von den Schenkungen nach römischem

Recht, Bd.1, Marburg, 1835, §15f, S.24ff.)。

(39) Botho von Salpius, Novation und Delegation nach römischem Recht, Berlin, 1864, §4, S.25.

(40) Salpius, a. a. O. (Fn.39), §7, S.39.
(41) 現在ドセ、トヘガチオは講學上、ホタルヒテノミツシキ義務認定指図ヒツシキニリ凶罪キヨウスイナレトニ。義務認定指図ヒツシキニリキニルナベ
シラバ信用指図を意味する (Wolfgang Endemann, Der Begriff der Delegatio im Klassischen Römischen Recht, Marburg, 1959, S.7 Ann.7)。

(42) シヌ、titulierte Delegation, reine Delegation リ「有因指図」、「無因指図」 トシハ詔語を宛てるニヤ (石坂和四郎『債権總論』(有斐閣・1丸1バ) 1478頁)、titulierte Delegation リ「權原指図」の詔語を宛てるニ
シヌ (紫崎曉『手形法理と抽象債務』(新書出版・10011) 111五頁)。

(43) Salpius, a. a. O. (Fn.39), §14, S.75ff.

(44) Salpius, a. a. O. (Fn.39), §75, S.48I.

(45) Salpius, a. a. O. (Fn.39), §75, S.48II.

(46) Salpius, a. a. O. (Fn.39), §75, S.482.

(47) Paul (69 ad ed.) D.46, 2, 19. Doli exceptio, quae poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris, cui quis
delegatus est. idemque est et in ceteris similibus exceptionibus, immo et in ea, quae ex senatus consulto filio
familias datur: nam adversus creditorem, cui delegatus est ab eo, qui mutuam pecuniam contra senatus consultum
dederat, non utetur exceptione, quia nihil in ea promissione contra senatus consultum fit: tanto magis, quod hic
nec solutum repete potest. diversum est in muliere, quae contra senatus consultum promisit: nam et in secunda
promissione intercessio est. idemque est in minore, qui circumscriptus delegatur, quia, si etiamnunc minor est,
rursum circumvenitur: diversum, si iam excessit aetatem viginti quinque annorum, quamvis adhuc possit restituiri
adversus priorem creditorem. ideo autem denegantur exceptions adversus secundum creditorem, quia in privatis
contractibus et pactiōibus non facile scire petitor potest, quid inter eum qui delegatus est et debitorem actum est

aut, etiamsi sciat, dissimulare debet, ne curiosus videatur: et ideo merito denegandum est adversus eum exceptionem ex persona debtoris.

「指図する者に對置されり」といふが、やむを得ない惡意の抗弁は、この者に或者が指図された債権者の人格に於いて行われない。そしてその他類似の抗弁に於いても同一であり、實に元老院決議に基づいて、家子に賦与されるそれに於いても同一である。何故なら金錢を元老院決議に反して消費貸与した者由りの者に指図された債権者に向つて抗弁を使用しないからである。蓋しその確約に於いては何事も元老院決議に反して為されないからである。寧ろ「」では弁済されたものを返済請求する」とが、やむを得ないだけである。元老院決議に反して確約した婦人に於いては異なる。何故なら第二の確約に於いても介入があるからである。欺かれて指図された未成年者に於いても同一である。蓋し更に今未成年であるときは、再び欺かれるからである。仮令依然として第一の債権者に向つて回復に求められることが、やむとしても、二十五歳の年齢を超えたときには異なる。しかしながらそれ故に第二の債権者に向つて抗弁が拒絶される。蓋し私的契約及び約束に於いては、指図された者と負債者の間で如何なる意図で行われるか請求者が容易に知ることができないからである。更にもし知るとしても無遠慮と見られないようにするために、秘さねばならない。そしてそれが故に負債者の人格に基づく抗弁はその者に向かつて拒絶されるべきである。」訳は、江南義之『学説彙纂』の日本語への翻訳（注）（信山社・一九九一）六四二—六四四頁。

- (48) Salpius, a. a. O. (Fn.39), §75, S.484.
- (49) Salpius, a. a. O. (Fn.39), §75, S.482.
- (50) Salpius, a. a. O. (Fn.39), §75, S.483.
- (51) Heinrich Dernburg, Pandekten, Bd.2, 3 verbesserte Aufl., Berlin, 1892, §119, S.320.
- (52) Dernburg, a. a. O. (Fn.51), §119, S.320 Anm.9.
- (53) Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd.2, 7 durchgesehene und vermehrte Aufl. Frankfurt, 1891, §412, S.497 Anm.16.
- (54) 学説彙纂四六巻一章一法文序項（ウルピアヌス告示註解第一七巻）(Ulp. (27 ad ed) D.46, 2, 11 pr.) のウルピアヌスによる定義のリードである。

ドイツ法における指図引受 (Annahme der Anweisung) の受容

「トムガチオは、自己の代わりに他の債務者を債権者あらばは彼が命令した者に与えられんとする (Delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui iusserit)」^o

- (55) Otto Wendt, *Das allgemeine Anweisungsrecht*, Jena 1895, §17, S.149f.
- (56) Wendt, a. a. O. (Fn.55), §17, S.149.
- (57) Wendt, a. a. O. (Fn.55), §19, S.168f.
- (58) Wendt, a. a. O. (Fn.55), §19, S.170.
- (59) Wendt, a. a. O. (Fn.55), §19, S.171.