神戸学院法学第52巻第４号（2026年９月）

ラーバントの船荷証券論

藤　川　直　樹

1. ラーバント『船荷証券論』とその位置

パウル・ラーバント（Paul Laband, 1838–1918）は1855年に故郷ブレスラウで法学・官房学の学修を始め（1855年夏学期[1]），ハイデルベルク（1855／56年冬学期，1856年夏学期[2]），ベルリーン（1856／57年冬学期，1857年夏学期[3]）で過ごした後，ブレスラウに帰郷し，20歳の誕生日の前に博士論文『嫁資抵当特権』（1858年[4]）を完成させ，口述試験（1858年３月23日）を経て，法学博士号を授与された（1858年５月１日）。もっとも，後にラーバントは自身の最初の作品を回顧して，これを「学問的に無価値（wertlos）」なものと評価することになる[5]。

（１） Paul Laband, Lebenserinnerungen, 1918, S. 22ff.

（２） Laband, Lebenserinnerungen（Fn. 1）, S. 26ff.

（３） Laband, Lebenserinnerungen（Fn. 1）, S. 35ff.

（４） Paulus Laband, Privilegii dotalis hypothecarii. Origo, historia atque Indoles, Breslau 1858.

（５） Laband, Lebenserinnerungen（Fn. 1）, S. 38.――なお，この博士論文のテーマはTh・モムゼン（Theodor Mommsen）の「ローマ法史及びローマ法提要」講義に倦んでハイデルベルクに転地した（S. 23f.）ばかりのラーバントに法学への真の関心を呼び覚ましたファンゲロウの「パンデクテン」講義（S. 27f.）の刺激のもとに既に1856／57年冬学期に選択されたものであり（S. 38），ベルリーン滞在中，特に1857年夏学期にパリ広場に面した下宿に移った後は，窓越しの隣人ヴランゲル元帥に励まされながら執筆されたものである（S. 37）。

ところで，この博士審査の討論（Disputation）において，ラーバントが選択した論題（These）は「船荷証券の法学的性質」であった。まさにこの論題を巡って，討論者として立った同郷の学友O・ビューロウ（Osker Bülow, 1837-1907）と鋭く見解を対立させたことが，ラーバントをして，この問題を更に深く攻究せしめる契機となった。かくして「実におっかなびっくり（mit großer Schüchternheit）」『ドイツ法雑誌（Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtsgeschichte）』編集部に送付され，目出度く掲載された彼の「最初の解釈学的試論（erster dogmatischer Versuch）」が[6]，若きラーバントの作品，「船荷証券の理論について」（1859年）（以下，『船荷証券論』）である[7]。

船荷証券（Konnossement）とは，海上運送において運送品の船積みに際して荷送人の請求に基づいて海上運送人によって発行され，それとの引換によってのみ運送品の受領をなしうるところの証券をいい，裏書譲渡による流通性を備えた証券である。現在，船荷証券は運送品の引渡請求権を表章する有価証券であるとされる[8]。しかし，船荷証券の法的性

（6） Laband, Lebenserinnerungen（Fn. 1）, S. 42 f.; siehe auch Reinhard Mußgnug, Paul Laband（1838-1918）, in : Peter Häberle/Michael Kilian/Heinrich Wolff（Hg.）, Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts, Berlin/Boston 2015, S. 8.

（7） Paul Laband, Zur Lehre vom Connossement, in : Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtsgeschichte 19（1859）, S. 121 ff.

（8） 岡田豊基『現代保険法・海商法』（中央経済社，2020年）171頁；石井照久『海商法』（有斐閣，1964年）268頁；重田晴生ほか『海商法』（青林書院，1994年）182頁〔伊藤敦司執筆箇所〕；相原隆「運送証券」落合誠一・江頭憲治郎編『海法大系』（商事法務，2003年）344頁。――「物品債権証券（物品証券）」一般について平出慶道『商行為法〔第2版〕』（青林書院，1989年）181頁。――「運送証券」一般について落合誠一・大塚龍児・山下友信『商法Ⅰ　総則・商行為（第6版）』（有斐閣，2019年）250頁〔落合誠一執筆箇所〕。――貨物引換証について西原寛一『商行為法』（有斐閣，1960年）320頁；田邊光政『商法総則・商行為法〔第4版〕』（新世社，2016年）293頁。――その他，「運送品ヲ引渡スコトノ義務負担（Auslieferungs-

質に関するこうした理解は歴史的には必ずしも自明ではない。船荷証券と同様の機能を果たす貨物引換証や倉庫証券と纏めてこれらを「物品証券（Warenpapiere）」または「引渡証券（Traditionspapiere）」と呼ぶ，現在では周知の用法も，基本的にはそれぞれL・ゴルトシュミット『商法便覧・第一巻第二部』（1868年[9]）とH・ブルンナー『有価証券』（1882年[10]）に由来するものと思われるが，ここに論じるラーバントの論攷はそれ以前に著されたものである。また，船荷証券には債権的効力と物権的効力があるとされ，後者の法学的構成について，これを占有や引渡など市民法体系の枠内において構成する「相対説」（relative Theorie：市民法と関連する，の意。）と，市民法から独立した商法固有の物権変動形式として観念する「絶対説」（absolute Theorie：市民法から切り離された，の意。）との論争が知られるが[11]，「相対説」の源流と目されるのが前記のゴルトシュミット『商法便覧・第一巻第二部』（1868年）であり，対する「絶対説」の先蹤がA・エクスナー『引渡による権利取得』（1867年[12]）であるとするならば，これまたラーバント『船荷証券論』の公表よりも後の議論状況なのである。

とはいえ，船荷証券の学説史において，ラーバントの論攷は決して知

---

verpflichtung）ヲ承認シタル証券」（加藤正治『海商法講義』（有斐閣，1925年）314頁）と説明されることもある（同種の表現として西原寛一・前掲書317頁以下；鈴木竹雄『商行為法・保険法・海商法（全訂第2版）』（弘文堂，1993年）149頁；江頭憲治郎『商取引法〔第9版〕』（弘文堂，2022年）316頁）。

（9） Levin Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts I, 2, Erlangen 1868.

（10） Heinrich Brunner, Die Wertpapiere, in: Wilhelm Endemann (Hg.), Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts II, Leipzig 1882.

（11） Vgl. Ernst Heymann, Die dingliche Wirkung der handelsrechtlichen Traditionspapiere (Konnossement, Ladeschein, Lagerschein), in: Festgabe für Felix Dahn III, Breslau 1905, S. 146f.

（12） Adolf Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österreichischem und gemeinem Recht, Wien 1867.

られていないわけではない。即ち――実務において物品占有移転と同等の意義を認められてきた船荷証券の移転について，古くは所謂「象徴的引渡（symbolische Tradition）」の理論による説明が行われ，船荷証券は運送品の象徴ないし記号であると理解されたのに対し，サヴィニーの『占有法論』（1803年）によって占有が現実的支配可能性と不可分に結合され，単なる象徴の移転による運送品自体の占有移転の観念が排除されるや，一転，船荷証券は専ら債権的効力を有する証券として理解されるようになる（「債権説」）。しかし，実務上の要請も強く，1860年代にはエクスナーとゴルトシュミットによって再び船荷証券の物権的効力が基礎付けられ，その構成を巡ってその後の学説が展開する――という概略的な学説史の見通しのなかで，1850年代まで支配的であった債権説の末尾を飾るのがラーバント『船荷証券論』である，というのが，一般的なラーバント学説の位置づけであろう(13)。

しかし，これまでの研究においては，ラーバント学説に言及される場合であっても，その具体的な内容について立ち入った論及がなされることは稀であった。例えば比較的最近の文献のうち簡潔かつ文献史的情報の面でも有益な小山賢一「引渡証券の物権的効力の序説」（1990年）においては，ラーバントの『船荷証券論』はただ書誌的に言及されるに止まる(14)。戦前の文献で，当時の学説布置に関する優れた概観を提供する竹田省「引渡証券ノ物権的効力ニ就テ」（1917年）も「商人間に於て物権的効力あるが如く考ふるは証券の債権効力の反射に過ぎずとするもの多きに至れり」として，テールやブルンチュリらとともにラーバントを挙げつつ，「多少の差異を以て債権説に帰す」と総括する(15)。戦後，物権的

（13）　以下に掲げる文献を参照のこと。

（14）　小山賢一「引渡証券の物権的効力の序説」加藤勝郎・柿崎榮治・新山雄三編『商法学における論争と省察』（商事法務研究会，1990年）154頁。

（15）　竹田省「引渡証券ノ物権的効力ニ就テ」（1917年）同『商法の理論と解釈』（有斐閣，1959年）513頁（論文集より引用）。なお，同「所謂引渡証券の物権的効力に就て」（1911年）（同上所収）ではラーバントに言及さ

効力否認論を主唱した谷川久「船荷証券の物権的効力理論に関する反省」（1957年）も，結論においてテールやラーバントの名を挙げつつ債権説への回帰を主張するだけに本稿の関心からも興味深いが，ラーバントの議論に特段立ち入った検討を加えているわけではない。(16)

だが，ラーバント学説が単なる「債権説」に止まるものでないことも，既に戦前から指摘されてきた。例えば，西島彌太郎『船荷証券論』（1930年）は「次いでサビニーの占有論の影響を受けて，一時独逸の学説は船荷証券の物権性を否認し，所謂債権説に移つた。この債権説も人によりて異り，漸次物権的色彩の濃厚さを加ふる傾向となつて，殊に Laband は其の最たるものであつた…」としている。(17) そして，恐らく最も詳細にラーバント学説を紹介しているのは，烏賀陽然良「船荷証券ノ引渡ニ就テ」（1923年）の次の一節ではないかと思われる。曰く，「既ニ其以前ニ於テモ所謂「ラーバンド」学説存シ，船荷証券ニ其債権的効果ト物権的効果ヲ競合セシメ，荷送人ハ船積ニ依リテ運送品ヲ証券化シ，之ニ依リテ運送品ヲ移転セントスルノ意思（animus tradendi）ヲ表示シ，此意思ハ船長ニ対スル人的債権ニ依リテ確保セラレ，船長ヲシテ荷送人ノ命ズル以外ノ処分ニ従フコト能ハザラシメ，従テ之ガ為メニ，荷受人ニ必要的返還請求権（rei vindicatio utilis）ナル訴権ヲ与ヘタルモノナリト説明セリ。斯ノ如ク，債権的効果ニ物権的効果ヲ競合セシメ，船積事実ト運送品ヲ引渡スベキ船長ノ責任トヲ重要視シテ，運送品ノ事実上ノ引渡ト同視スベキ効果ヲ生ズト説明シタル点ハ，確ニ債権説中一光彩ヲ放チタル卓見ト称シ得ベキナリ。然レドモ，船荷証券ノ引渡ハ同時ニ常ニ運送品ヲ移転セントスル意思ヲ表示スルモノナリヤ疑ナキ能ハザルナリ。時

れていない。

（16） 谷川久「船荷証券の物権的効力理論に関する反省」海法会誌５号（1957年）74頁，103頁。

（17） 西島彌太郎『船荷証券論』（弘文堂，1930年）382頁以下（戦後の版（巌松堂書店，1954年）では274頁）。

ニ或ハ，荷送人自身ニ占有者又ハ所有者タラシメントスル意思アルベキコトヲ否認スベカラズ。未ダ直ニ採用スベキニ非ザルモノト謂フベシ[(18)]」。

かかる「債権説中一光彩ヲ放チタル卓見」が如何なる学説状況において成立したのか，それはどのような方法ないし概念操作によるものなのか，純粋債権説が物権的効力説（絶対説および相対説）によって克服されたとして，その際にラーバントの学説に対してはどのような批判が加えられたのか，そしてラーバントの側は批判に対してどのように応答したのか。――以上の疑問に対する応答は邦語文献においてもこれを十分に見ないが，本稿はひとまずこれらの問いに答えることを目的とする。一般に法学者の初期の業績がその後の研究の方向性をある程度において規定するとすれば，『船荷証券論』がラーバントの「最初の解釈学的試論」である以上，その後のラーバント法学の原点として，その性格と位置を確認しておくことが，法学者ラーバントの軌跡を辿るうえでも不可欠の作業であるように思われる。なお，本稿はラーバントに対する法学的バイオグラフィー研究の一部である。従って，本稿は船荷証券を始めとする有価証券法理論史の再構成を狙うものでも，ましてや有価証券法理論それ自体の再構築を狙うものでもなく，却って理論史のなかにラーバントの初期の業績を位置づけて，これを理解しようとするに過ぎない。

2. ラーバント『船荷証券論』の内容

(1) イェーリングの所有物取戻請求権譲渡説批判

ラーバントは彼の論攷を次の一節から始める。曰く，「船荷証券（Connossement）を通じた占有移転の法学的構成（juristische Construction）は，既に多くの法学者によって試みられるも支持を獲得していないが，最近イェーリングによって『私法教義学年報』第１巻176頁以下において機知に充ちた仕方で再び試みられた。しかし，イェーリングの怜悧な

（18）　烏賀陽然良「船荷証券ノ引渡ニ就テ」（1923年）同『商法研究・第三巻』（有斐閣，1936年）132頁以下。

説明が感銘を与えるものであるとしても，彼の説明は法学の謎を解き明かすのに十分ではない[19]」。ここでは冒頭から「法学的構成」が主題とされるが，まさに構成的法学を主唱するR・イェーリング（Rudolf von Jhering, 1818-1892[20]）に対して，同じ「法学的構成」の土俵のうえで対抗しようとする若きラーバントの堂々たる野心が窺われる。

イェーリングは荷送人から荷受人に対する船荷証券の譲渡を所有物取戻請求権の譲渡（Zession der Vindikation）であると論じる[21]。これに対し，ラーバントは次のように批判する。第一に，「この理論では海上運送人（Schiffer）の地位が法学的に極めて不明瞭である」。即ち，イェーリングの理論によれば海上運送人に対する船荷証券の呈示は運送品を荷受人に引渡すべきことを海上運送人に対して義務付けるところの譲渡通知（Denunziation）であるとされる。確かに，運送契約当事者たる荷送人の債権としての運送品引渡請求権を荷受人に譲渡し，それを海上運送人に通知することはできる。しかし，特定債権者ではなく物的権利を承認しない全ての者に対して向けられる所有物取戻請求権の発生を説明することは出来ないし，勿論，占有移転とも関係がない。第二に，荷送人は依然として運送品の所有者であり，海上運送人は荷送人のために占有するのであるから，所有物取戻請求権の譲渡通知に余り実益はなく，少

（19） Laband, Zur Lehre vom Connossement（Fn. 7）, S. 121.

（20） Rudolf Jhering, Unsere Aufgabe, in: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts 1（1857）, jetzt in: ders., Gesammelte Aufsätze I, Jena 1881, S. 1 ff.［8 ff.］; siehe auch Ralf Seinecke, Rudolf von Jhering anno 1858, in: ZRG GA 130（2013）, S. 238 ff.; Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft, Frankfurt am Main 1958, S. 88 ff.

（21） Rudolf Jhering, Uebertragung der Reivindicatio auf Nichteigenthümer（Cession derselben, reiv. utilis, Connossement）, in: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts 1（1857）, jetzt in: ders., Gesammelte Aufsätze I, Jena 1881, S. 47 ff.［insb. 112 ff.］

なくとも荷送人と荷受人は同じ権利をもって競合することになる。第三に，海上運送人の発行する証券が荷送人と荷受人との法律行為を含むこともありえない。普通法上，訴権の譲渡は無方式なのであるから，信書・電報など船荷証券以外の手段で譲渡の意思表示を行うことも可能であるはずだが，商人がそれに船荷証券と同等の効力を認めたり，海上運送人がそれによって被譲渡人に運送品を引渡したりするとは考えられない。寧ろ，船荷証券には海上運送人の署名など形式的要素が要求されるのであって，それは所有物取戻請求権とは関係がない。「従って，イェーリングがこの法制度について定立する法学的構成は，当該法制度の実践的構造とは決して調和しないことが理解される」のである(22)。

(2) 引渡意思（animus tradendi）による基礎づけ

これに対し，ラーバントは「運送品の船積みと船荷証券の発送における事実的関係を虚心坦懐に評価すれば，実際にも，この法関係の全く別の観照に至るのであり，船荷証券の独特の諸効果を説明するために占有移転（Besitzübergang）や所有権訴権の移転を想定することは全く必要ではない」と論じる(23)。

荷送人が債務として引渡（Lieferung）義務を負う通常のケースを想定する場合，「運送品の船積み（Verladung）によって債務に本質的な変更が生じる」。即ち，運送品を船舶に積載する行為は，普通法上の動産所有権移転に必要とされる「現実の引渡」と同じ効果をもつ局面がある（物品の特定及び危険負担の移転）。この効果を説明するために「ローマ法にとっても現代法にとっても全く馴染みのない象徴的引渡（symbolische Tradition）や海上運送人に黙示的に附与された委任（Mandat）に助けを求める必要はなく，この効果は事物の本性から（aus der Natur der Sache）生じる」（傍点筆者）(24)。しかし，だからといって船積みが直

（22） Laband, Zur Lehre vom Connossement (Fn. 7), S. 121-123.
（23） Laband, Zur Lehre vom Connossement (Fn. 7), S. 123.

ちに引渡と全く同一の効果をもつわけではない。ラーバントによれば，「荷送人は船積みによって，個として（in specie）特定された物品を発送し引渡すという彼の意思（animus）を文書化しており，この引渡意思（animus tradendi）の実行は，彼が荷受人と遠隔であるという事実上の障害に阻まれるに過ぎない」。その意味で，海上運送人は「引き伸ばされた荷送人の腕」である。しかし，あくまで海上運送人が荷受人に運送品を手交する陸揚げ（Ausladung）の時点において初めて荷受人が運送品の所持（Detention）を受領し，引渡が完了するのであり，その時点までの運送品の所有者・占有者は荷送人に他ならない。従って，それ以前まで荷送人は引渡を阻止することが可能であり，その点で発送（Verfrachtung）は現実の引渡と本質的に異なるものであり，引渡と同一の効力を有するものではない(25)。

まさに「この欠点を除去すること，これこそ船荷証券の本質的課題に他ならない」。即ち，「船荷証券において海上運送人は独立に（selbstständig），荷送人から受領した運送品を船荷証券に記載された人（または認証された（legitimi[e]rt）船荷証券所持人）に引渡す義務を負い，この約束の履行について自らの財産，特にそのために特に質権設定された船舶によって責任を負う。それ故，船荷証券所持人は海上運送人に責任追及（sich haften）することができ，海上運送人はその帰結として，彼によって作成された船荷証券の内容に反する場合には，運送品に関する荷送人の指示（Anordnungen）に従わなくても許される…」。こうして海上運送人が独立に権利・義務を負うことによって，荷送人は船荷証券発送後に運送品に対する処分を行い得ない状態に置かれ，自らの「引渡意思（animus zu tradi[e]ren）」の撤回・変更・移転ができなくなるのである。ラーバントはここで海上運送人の地位を手形引受人（Acceptant）に比している。荷受人への引渡を禁ずる旨の荷送人の指図が無効

（24） Laband, Zur Lehre vom Connossement (Fn. 7), S. 123-124.
（25） Laband, Zur Lehre vom Connossement (Fn. 7), S. 124-125.

であることは，手形所持人への支払を禁じる旨の手形振出人の指図が無効であるのと同様であり，「海上運送人と手形引受人のいずれも彼らの署名によって独立に（selbstständig）義務付けられている」のである(26)。

こうして船荷証券の発行によって海上運送人が独立の債務を負うことによって，「海上運送人への引渡の瞬間から運送品の陸揚げ（Löschung）までの運送品の引渡は，それによって分離できない一体的なもの，いわば一つの法学的瞬間になる」。運送品の発送は引渡の開始に過ぎないが，これを巻き戻すことはもはや不可能となり，荷受人は運送品に対する「排他的」権利を有するに至る。「占有が不法行為によって他の者の手に渡った場合には荷受人には準所有物取戻請求権（rei vindicatio utilis）が認められなければならない，何故なら荷送人は運送品それ自体を荷受人に引渡そうとしたのであるから，荷送人は荷受人に対してこれらの運送品を現実に要求することのできる訴権をも引渡そうとしたと想定することができ，また想定されなければならないからである」。但し，ラーバントによれば，この場合の訴権は船荷証券によって譲渡されるのではなく，運送品の船積み時に文書化された引渡意思（animus tradendi）から生じるに過ぎない。こうして「荷送人の側の発送と，これらの運送品を現実に引渡すという海上運送人の付加的義務付けの協働を通じて，本来の引渡（Tradition）と事実上同様（factisch gleich）の諸効果が生ぜしめられる」のである（傍点原文隔字強調(27)）。

以上のラーバントの議論を要約すれば，次のとおりである。第一に，船積み後も荷送人が運送品に対する占有を保持しており，陸揚げ後の実際の受領があって初めて荷受人が占有を取得する（現実的引渡の完了）ことが前提とされ，ここでは象徴的引渡の観念は否定される。その上で，第二に，海上運送人が船積み時に発行する船荷証券において船荷証券所持人に対して運送品を引渡すことを自ら独立に義務づけることによって

（26）　Laband, Zur Lehre vom Connossement (Fn. 7), S. 125-126.
（27）　Laband, Zur Lehre vom Connossement (Fn. 7), S. 126.

運送品はもはや荷送人の処分から引き離されるとすることで，船積みと現実の引渡までの時間的間隙は「一つの法学的瞬間」として構成され，それによって運送品に対する荷受人の「排他的」権利が説明される。第三に，この権利は海上運送人に対する債務履行請求権に止まるものではなく，第三者（ここでは不法行為による占有者）に対して主張されうる物権的請求権（準所有物取戻請求権 rei vindicatio utilis）とされるが，それは船荷証券の譲渡を通じた訴権譲渡によってではなく，引渡意思から生じるものとされる。こうして，第四に，これらの構成によって，運送品自体の現実の引渡と「事実上同様」の諸効果が発生するというわけである。言い換えれば，運送品の占有移転をもはや前提とすることなく，船荷証券の引渡を受けた荷受人の物権的保護が基礎づけられるのである。

(3) 証券を通じた債権の所有・占有

次の問題は船荷証券の譲渡性をどのように考えるかである。船荷証券の固有性は譲渡性に存し，認証された船荷証券所持人は独立の債権者となり，第一所持人について生じた人的抗弁は切断される。しかし，船荷証券を運送品の表章と見做す象徴的移転の理論はもはや採りえない[28]。然

(28) Laband, Zur Lehre vom Connossement (Fn. 7), S. 126-127. ラーバントは異説として Georg Beseler, System des deutschen Privatrechts II, Berlin 1853, §87 (S. 70f.); III, Berlin 1855, §224 (S. 314). §252 (S. 479) を挙げている。ベーゼラーは §87 において次のように述べている。「ローマ法において象徴的占有移転が可能であったという旧理論の見解は，今日では克服されたものと看ることができる。…しかし動産所有権の象徴的移転が旧い占有理論と矛盾したのだということもまた示されてはいない。何故なら，このケースに対して象徴が通用することは一般的法原則に反するものではないからであり，従って，今日の慣習法においてそうした移転のいくつかの例が存在するとすれば〔筆者注：ベーゼラーは直後に船荷証券の例を挙げる〕，そこにはローマ主義 (Romanismus) に対するドイツの法形成の自律性が表現されているのである」。

らば如何にしてこれを説明すべきか。

ラーバントによれば，「近代的流通（moderner Verkehr）の偉大性はローマ法が譲渡（Cession）において行ったような限定的な債務譲渡の可能性によっては満足に説明されえない。債務譲渡は常に原始的契約当事者に立ち戻るが，近代的流通は債務の財産法的内容と原始的契約者の人格を分離し，財産法的内容をそれ自体として客体化する必要を感受している」。民事上の取引（流通）においては債権譲渡によって充足されうるとしても，商事上の取引（流通）においては「債務の実質的内容（materieller Inhalt der Obligation）」に対しても質権設定・売買・用益権設定等が可能であることが要請される。「しかし，流通の簡易性を提供するのは有体物のみであり，債務者の給付を求める権利に過ぎない債務はそれ自体としては便利に或る者の手から他の者の手に移行するには余りに実体を欠いている（zu wenig substantiell）」。そこで債務を「有体的基体（ein körperliches Substrat）」と結び付けて「一種の有体物（res corporalis）」とするという関心が高まり，それは証書（Urkunde）その他の記号（Zeichen）を債権的権利の表章（Repräsentant）とするという巧みな方法によって行われた。(29)

ラーバントによれば，かかる発展はまず手形債務に，次いで無記名証券に見られた。特に後者においては単に債務が簡易に譲渡されうるのみならず，債権に対する他の権利設定が可能とされた。こうして原始的債権者は債権譲渡（Cession）によらずとも，恰も動産のように債務の表象を売買することで債務を譲渡することが可能となり，原始的債権者は債務関係から完全に分離し，買主は「準原始的（quasiprimitiv）」債権者として債務をトータルに取得し，「有体物所有権と同様に債権所有権を任意に譲渡する能力を取得する」。「無論，これはローマ法の諸原則からすれば債務においてありうることではない。何故なら，これらの債務は

（29）　Laband, Zur Lehre vom Connossement (Fn. 7), S. 127-128.

握取可能な実体的要素をおよそ欠いているからである。しかし，その権利内容全体が有体的表象によって象徴的に表現されるところの，近代法によって創設された債務においてはありうるのである。かかる表象を有効かつ適法に取得した者は債権的権利を有効に取得し，それによって債権的な給付の履行を求める有効な請求権を取得する」（傍点原文隔字強調）。証券に化体された債務は単なる占有ではなく適法な占有によってのみ真正に取得されるが，証券占有は適法な占有の法定推定を受ける。それ故，「債務者は証券占有によって債権の占有者として自らの資格認証を示す（sich legitimi[e]ren）者に対して支払う権限を有する（berechtigt）」が，悪意占有者に対して悪意で弁済しても真正の債権者に対して免責されない。無記名債権が所有物取戻請求権によって返還される場合には債権それ自体が返還されるのであり，ただゲルマン法の「手は手を守れ」の原則によって善意占有者に対して制約を蒙るに過ぎない。証券占有が失われれば権利放棄を推定されるが，放棄の意思の欠如や除権手続がなされたことを証明できれば権利を失うことはない。こうした債権移転が債権譲渡ではない以上，レークス・アナスタシアーナや債務者に対する通知などは全く問題とならない。かかる原則は国債や抵当証券から日常的な無記名証券に至る様々な証券に当て嵌まり，その究極形態が紙幣である。(30)

まさに船荷証券についても同様に解することができるというのがラー

(30) Laband, Zur Lehre vom Connossement (Fn. 7), S. 128-131. 行論においてラーバントは特に参照を指示していないが，無記名証券を例として債権取得のために証券所有権を要求しているのは，基本的にサヴィニーの学説を前提としているものと考えられる。Vgl. Carl Friedrich von Savigny, Das Obligationenrecht II, Berlin 1853, S. 130ff.; 河本一郎「物としての有価証券」（1954年）同『有価証券法研究』（成文堂，2000年）242頁以下。なお，無記名証券については Johannes Emil Kuntze, Die Lehre von den Inhaberpapieren, Leipzig 1857 が現れていたが，ラーバントの『船荷証券論』では言及されていない。

バントの結論に他ならない。「我々は船荷証券に類似の近代債務法思想を再発見する。船荷証券が手形同様，無記名証券ではないにも関わらず，である。船荷証券と手形の類似性については既にホルティウスとテールによって示唆されている。手形については一定の諸要件がフォーマルな契約としての性格を得るために不可避的に必要であるが，低い程度においてであるとはいえ，船荷証券についても同様である。更に，手形において，元来，手形振出人の支払委託（Zahlungsauftrag）が手形支払人に対して附与され，後者によって引き受けられる，つまり，この両者の間においてのみ〔法律〕行為が締結され，而してそれにも関わらず手形受取人（Remittent）が優先的権利者として立ち現れるのと同様に，荷送人と海上運送人との間で行われた船荷証券によって荷受人が主たる権利者となるのである」（傍点原文隔字強調）[31]。ここで引用されているテール[32]とホルティウス[33]，そして『船荷証券論』冒頭に参考文献として挙げられているミッターマイアー[34]やヴィルダ[35]によって，手形との類似性は既に指摘

（31） Laband, Zur Lehre vom Connossement（Fn. 7）, S. 131.

（32） Heinrich Thöl, Handelsrecht I, 3. Aufl., Göttingen 1854, §80, S. 335 Fn. 17a:「海上運送人は船荷証券または指図式船荷証券の裏書によって荷受人として記載されている者に対して独立に，かつ，抗弁なく，為替手形（Trassi[e]rten）の引受人（Acceptant）または自己手形（eigener Wechsel）振出人が第一取得者ないし被裏書人に対するのと同様に，義務付けられており，また，荷送人に対しては，彼によって署名された全ての船荷証券の受領（Einlieferung）と引換えに運送品を引渡す（ausliefern）べく義務付けられている，という理由によるものである」。船荷証券による海上運送人の独立の義務付けという構成はラーバントの『船荷証券論』においても受容されている。また，テールは，「指図式船荷証券の裏書は債権譲渡（Cession）ではなく（これは343頁に対して述べるものである。），予め海上運送人に受領された指図である」と述べ，（指図式）船荷証券による移転は債権譲渡ではないことを既に指摘していた。

（33） Adrianus Catharinus Holtius（übersetzt von Sutro）, Abhandlungen civilistischen und handelsrechtlichen Inhalts, 1852, S. 165.

（34） Karl Joseph Anton Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts II, Regensburg 1847, S. 766f.

されていた。これに対し，更に無記名証券とも通底することを近代的流通の全体的発展傾向に即して指摘することによって，船荷証券の法的性質を有価証券一般の法関係に還元して理解したことに，ラーバントの構成の独自性が存すると評することができよう。(36)

このように論じたうえで，ラーバントは続ける。「運送品に対する荷受人の債務法上の債権は，船荷証券の発送（Zufertigung）によって厳密に規定される。この債権は特定物（res in specie）に向けられており，荷受人は，ありうる限り最良の状態を保障され，引渡（Ablieferung）の場所と時間を定められた運送品の受領を求める排他的権利を有する。要するに，債務はその実質的内容において完全に確定されている。従って，この債権は運送品それ自体と同様に流通の対象としても適しており，譲

（35） Wilhelm Eduard Wilda, Connossement, in: Julius Weiske (Hg.), Rechtslexikon III, Leipzig 1841, S. 31ff.［35］.

（36） 既にハイマンは，「これ〔イェーリング〕に対し，ラーバントは，依然として単に債務的な効果に固執していたにも関わらず，ロマニスト的理解に対抗して船荷証券の有価証券としての性格を強調することによって理論を発展させた」と指摘している（Heymann, Die dingliche Wirkung der handelsrechtlichen Traditionspapiere (Fn. 11), S. 139)。もっとも，ラーバント論文には未だ「有価証券」の概念は現れないが，この時期はまさに一般的概念としての有価証券の概念が学問的に形成途上だったことに留意を要する。例えばJ・C・ブルンチュリ『ドイツ私法・第2巻』（初版，1854年）では債権証券（Schuldschein）を指して「無記名有価証券（Werthpapiere au porteur)」という語が現れるに過ぎないのに対し（Johann Caspar Bluntschli, Deutsches Privatrecht II, München 1854, S. 21ff.)，1860年の第2版では「最近になって初めて，法学は有価証券の2つの主要な類型である指図証券と無記名証券を一つに纏め始めた。しかし流通においてはすでに久しく，全ての（純粋に人的なそれを含めて）有価証券が単なる証拠名義（Beweistitel）から区別されており，法学的にも全ての種類の有価証券の共通の性質について理解を得ることが必要である」と指摘し，また，「有価証券一般および特に無記名証券について」という章および「有価証券」という節を新たに設けている（Johann Caspar Bluntschli, Deutsches Privatrecht, 2. Aufl., München 1860, S. 315)。

渡や質権設定などの対象となる能力を有するのである。しかしこのことを有効に達成するためには，…債務にとっての何らかの有体的基体が必要であり，このサービスを提供するものこそが船荷証券なのである。金銭債権の表象としての手形が殆ど金銭と同じように流通するのと同様，船荷証券はその内容をなす運送品と同様にそれ自体として流通の対象である。しかし船荷証券は通常そのように表現されるような運送品の表章ではなく，債権的権利の表象である。船荷証券が流通において果たすこのような機能によって，多くの場所で船荷証券の占有者を運送品の占有者と見做す慣行が形成されていることが説明できる」。こうした自然な観照は判例・学説における一般的な見方ではないが，「運送品に対する占有は普通法において法学的に構成することはできない」。そうではなく，「〔証券〕所持人は債務を占有するに過ぎない。これはロマニストの耳には逆説的に響くかもしれないが，近代ドイツ法においてはそうではないのである」（傍点隔字強調）[37]。こうして船荷証券論における占有の問題は，ラーバントにおいては債権に対する占有として構成されるのである[38]。

（37）　Laband, Zur Lehre vom Connossement (Fn. 7), S. 131-132.

（38）　ラーバントは，以上の船荷証券の性質から①船荷証券質権者の地位，②債務権原に関する抗弁の排除（文言証券性），③同時に成立した他の債務関係からの独立性（人的抗弁の切断）が説明されるとする（Laband, Zur Lehre vom Connossement (Fn. 7), S. 132-133）。また，有体的所持を受領する以前に荷受人が破産した場合について，①各国商法規範が引渡の拒絶ないし運送品の留置を認めているのは，破産者に対する一般的仮差押（allgemeiner Arrest）の効果として荷送人の引渡（traditio）と海上運送人の弁済（solutio）を想定することが妨げられるからであるとし，破産管財人が売掛代金の支払を宣言している場合には引渡義務あるものとする。②破産以前に荷受人が船荷証券を裏書譲渡していた場合には原始的荷受人において成立した人的抗弁は成立せず，③運送品が破産荷受人に現実に引渡された場合には，traditio が完了している以上，荷送人は取戻請求することはできず，売掛金に対する債権的請求権が残るに過ぎないとする（S. 133-134）。

(4) 引渡意思が脱落する場合

なお，ラーバントの構成に対して，烏賀陽然良が「船荷証券ノ引渡ハ同時ニ常ニ運送品ヲ移転セントスル意思ヲ表示スルモノナリヤ疑ナキ能ハザルナリ。時ニ或ハ，荷送人自身ニ占有者又ハ所有者タラシメントスル意思アルベキコトヲ否認スベカラズ」と指摘したことは既にみた。この点，ラーバントもまた，以上の議論において，荷受人ないし被裏書人に運送品引渡に対する債権的権利があるような事例を前提していることを認める。では荷受人が荷送人の委託販売人（Commissionair）である場合はどうか。この場合，「運送品を荷受人に所有のために引渡す荷送人の意思は脱落（hinwegfallen）し，荷受人は荷送人の人身から生じる運送品に対する権利以外の何ものをも有しない。この場合，船荷証券はただ二つの目的をもつ。第一に，荷受人に運送品の受領を認証すること，そして特に第二に，委託販売人をして運送品を実際に受領する以前に時宜に応じて船荷証券を媒介として当該運送品を譲渡することを可能にすることである。しかし，これ〔船荷証券の譲渡〕が行われると船荷証券所持人の運送品に対する債権的権利が成立するのであり，被裏書人にとって最初の荷受人が当該運送品に対して債権的権利を有していたか否かはどちらでもよい。何故なら，荷受人は荷送人の委託販売人として運送品を売却する権限，即ち当該運送品に対する債権的権利を創設する（constitui[e]ren）権限をもつ（befugt）からである(39)」。前述の烏賀陽はラーバントの構成が取り込みえた船荷証券の物権的効力について指摘しているものと考えられるが，この点，ラーバントは，荷受人が委託販売人である場合において運送品が不法に海上運送人の占有を離れた場合については論じていない。この場合にも原始的に引渡意思が認められないとして船荷証券転得者には準所有物取戻請求権は成立しないとするのか，そうではなく単に船荷証券の第一取得者に対する関係においてのみ引渡

(39) Laband, Zur Lehre vom Connossement (Fn. 7), S. 134.

意思が脱落（hinwegfallen）するに過ぎないとするのか，は必ずしも明らかではない。

(5) 複数の船荷証券の競合

最後に，複数の船荷証券が発行された場合に，それぞれ別の者に所持されて競合する場合についてはどのように理解されるべきか。ラーバントは曰う，海上運送人に対する関係においては全ての船荷証券が一つのものとして妥当し，海上運送人は運送品の引渡の際に全ての返還を要求することができる。しかし，然るべく認証された（gehörig legitimi[e]rt）一通の船荷証券所持人が他の通については受領していないと申し立てたならば，これと引換えに運送品を引渡す必要があり，しかし受領証が発行されてしまえば他の船荷証券から解放される。従って，海上運送人は適法な裏書を経た船荷証券を所持して最初に運送品の引渡を求めてきた者に引渡す権利をもつ。しかし，然るべく認証された船荷証券所持人が同時に複数現れた場合には，海上運送人には選択権はなく，暫定的に全員に対して引渡しを拒絶し，異議を提起せしめ，その間，運送品を保管しなければならない[(40)]。――ラーバントはこの前提を当時制定作業中であったドイツ一般商法典のプロイセン草案に基づいて説明したうえで，この場合の優先順位の決定について次のように説明する。

第一に，海上運送人が一人の荷受人に宛てた複数の船荷証券を発行していた場合には，荷受人が最初に裏書譲渡した被譲渡人が優先する。何故なら，船荷証券は同一の債権的権利を表章するものであり，一通の裏書と譲渡によって権利全体が譲渡され，それ以降はもはや有効に処分しえない。受領者は有体物を正当な原因による引渡によって所有のために受領するが如く，この債権的権利の「所有者」となる。それ故，裏書に日付を附することが重要である。

（40）　Laband, Zur Lehre vom Connossement (Fn. 7), S. 134-135.

第二に，海上運送人が「荷送人の指図による」ことを内容とした場合，(1) 船荷証券受領者が荷送人の受任者に過ぎない場合には，船荷証券は運送品の受領または売却のための委任を意味するものであり，最後に作成された船荷証券によってそれ以前の船荷証券は黙示的に廃止される（委任の撤回）。しかし，受任者が委任の撤回以前に bona fides に基づいて船荷証券を裏書した場合には，被裏書人は荷送人の他の受任者または他の船荷証券の買主に優越する。(2) 荷送人が特定の者に対する特定された物品の引渡義務を既に負っている場合には，荷送人は重ねてその売却を委任する権限を有さず，それにも関らず他の船荷証券を附与された販売受任者およびその買主は債権的権利をもつ者に劣後する。但し，販売受任者からの転得者が先に占有を取得した場合には，買主の優越的な債権的権利のために占有・所有を剥奪されることはない。

第三に，何らかの詐欺の結果として，または詐欺的動機によって，相異なる荷受人に宛てた複数の船荷証券が発行される場合には，各通がそれぞれそれ自体として別の債務を表章することとなり，荷受人は平等に権利をもつ。従って，この場合には運送品の分割が行われるか，海上運送人または荷送人に対する損害賠償請求権が発生する。(41)

但し，「そもそも複数の認証された船荷証券所持人が存在しうることは，通常，すべての船荷証券を最後に占有していた者が違法に（widerrechtlich）それぞれ異なる船荷証券を異なる被裏書人に与えることによってしか生じえない」。従って，「複数の船荷証券所持人の競合が生じ

(41) Laband, Zur Lehre vom Connossement (Fn. 7), S. 135-137. ラーバントは，以上の原則が修正される場合として，劣後者が保証金の提供その他何らかの信用供与によって質権を取得する場合を挙げる。また，ラーバントは，オランダ商法典が，自己名義の船荷証券所持人が所持人ないし指図人を名義とする船荷証券所持人に優越するとしているのは法学的根拠を欠くと指摘し，「一般的に，事物の本性に基づかない特異な優先権は拒絶されるべきである。かかる優先権は多くの混乱をもたらし，流通の信用（Credit）と簡便さを損なう」と指弾する（S. 138）。

ることを避けるための最良の方法は，先に述べた詐欺的手口を刑法典に登載することであろう」。普通刑法においては準偽造（Quasifalsis）（D. 48.10.21）または詐欺罪（crimen stellionatus）（D. 47.20.3.1）に含められるであろうが，無論，近代刑法においては法典の文言が決定的である。ここでラーバントはプロイセン法の不備を指摘する。即ち詐欺を扱うプロイセン刑法241条では十分に捕捉されない事例が想像され，またフランス刑法典の詐欺罪（escroquerie）（405条）に相当する規定はプロイセン刑法には存在しない，というのである(42)。

かくしてラーバントは本論を終えるが，附記として，脱稿後に出版されたG・A・ハイゼ（Georg Arnold Heise, 1778–1851）の遺稿『商法』（1858年(43)）に言及している。ラーバントは，「船荷証券を扱う章（175節，356–360頁）には，船荷証券の発行を通じた海上運送人の独立の義務付けという正当な観方も357頁に示唆にされているものの，全体としてなお象徴的引渡の観念が下敷きになっている」と批判したうえで，複数の船荷証券の競合事例について「彼はこれらの問題を単に衡平の観点から決しているに過ぎず，しかもそれらの観点は立法論としても左袒しうるか否か疑わしいものであろう」と述べている。要するに「これらの問題を判断するに際しては船荷証券送付の基礎になっている債務関係に立ち戻らなければならないという正当な原理は，ハイゼにおいても全く示唆されていない(44)」。

3.『船荷証券論』以後の展開――批判と応答

(1) C・F・v・ゲルバーとW・エンデマン

ラーバントの『船荷証券論』は，その直後に刊行されたC・F・v・ゲルバー（Carl Friedrich von Gerber, 1823–1891）『ドイツ私法体系』の

(42) Laband, Zur Lehre vom Connossement (Fn. 7), S. 138–139.
(43) Georg Arnold Heise, Handelsrecht, Frankfurt am Main1858.
(44) Laband, Zur Lehre vom Connossement (Fn. 7), S. 139.

最新版（第７版，1860年）において，船荷証券の移転が運送品の引渡と「事実上同一」の効果を生じるという件が好意的に引用された[45]。このことはラーバントに「歓びと自信を与えた」という[46]。

ところで，ラーバントが船荷証券理論を研究していた1858年にはＬ・ゴルトシュミット（Levin Goldschmidt, 1829–1897）が『総合商法雑誌（Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, ZHR）』の刊行を開始するなど，俄かに商法学が活気づいてきた。ラーバントも第８巻（1865年）からゲルマニストを代表して同誌の編集者に加わっていることは周知の通りである[47]。そうしたなかで，商法学の新しい体系書が現れた。それがゴルトシュミット『商法便覧』（1864年／1868年）であり，Ｗ・エンデマン（Wilhelm Endemann, 1825–1899）『ドイツ商法』（1865年）である。エンデマンもまた船荷証券の移転によって所有権や占有が移転するという理論を謬見として退け，次のように論じている。曰く，「船荷証券の移転は差し当たり証券の移転に過ぎない。…しかし，証券の移転は，裏書の形式において，証券に記載された給付の現実化を請求する権限を与えることによって，船荷証券の移転は，発行者の義務付けが絶対的であればあるほど確実に，海上運送中の，または少なくとも現に目の前にあるわけではない財物について処分する可能性を与えるものである。この現実化が証券の適法な所持の直接的効果として立ち現れることによって，船荷証券所持人は縦令彼が運送品を物理的に（sinnlich）占有していないとしても，価値においては（dem Werthe nach），運送品について処分することができる[48]」。

このエンデマンの著作に対しては，『総合商法雑誌』編集委員に加わっ

（45） Carl Friedrich von Gerber, System des deutschen Privatrechts, 7. Aufl., Jena 1860, S. 455 Fn. 4.

（46） Laband, Lebenserinnerungen（Fn. 1）, S. 42 f.

（47） Laband, Lebenserinnerungen（Fn. 1）, S. 59.

（48） Wilhelm Endemann, Das deutsche Handelsrecht, Heidelberg 1865, S. 384.

たばかりのラーバントが長大な書評を物している。この書評はラーバントの方法的立場形成を検討するうえでも重要な素材を提供しているが，船荷証券との関係では，エンデマンが経済学的な「価値」の観点に重点を置くがために法学的理解が後背に退いてしまうことが指摘されている点が重要である。曰く，「…著者は，それ故，有体的な物品に対する権利が証券に結び付けられ，物品が証券を通じて価値において移転される全てのケースについて物品の移転を承認している（S. 381）。…以上が第二編の最も本質的な諸命題である。それらが国民経済学的に正当であるかを審査することは国民経済学者に委ねるが，われわれはその正当性を疑うことはないし，実際，国民経済は，それらがどのような有体的に知覚される形式で現れるものであろうとも，諸々の価値に関わるものではある。これに対し，法学は価値を権利客体として承認することはできない。法学にとって価値は問題ではなく，或る権利客体と他の権利客体，とりわけ一般的価値計測器としての貨幣との関係に関する判断のみが重要である。船荷証券や倉庫証券は経済的には確かに物品が物的に含むのと同一の価値を表章し，銀行券は流通において鋳造貨幣と全く等価であるかもしれない。〔しかし〕法学的には船荷証券は穀類とは全く別の存在物であり，銀行券はターラー銀貨とは別のものである。即ち，一方は表章された債権であり，他方は有体物である。債権と有体物は相互に代替可能かもしれないが，だからといって未だ同じ法的性質を有するわけではない。権利客体の理論の頂点に価値の概念を置くことは，物権と債権との区別，個別の物的権利と債務との区別を突き崩すことを意味する。かかる基礎のうえでは法構造物のあらゆる技術的・法学的区分が消滅する。商学の論及においては商人にとって個別の価値媒体〔それ自体〕よりも重要性をもつ価値を強調することは…全くその場を得ていよう。我々もこうした理念的価値の経済的意義が商法の少なからぬ部分に重大な影響を及ぼすことは全く否定するものではない。しかし，さればとて，著者が商取引における一定の現象や一定の個別的法命題の経済的動機を

法学的原理に高めていることには，承服することができない」（傍点原文隔字強調）[49]。このように，ラーバントは経済学的価値を前面に出すことによって法学の基本的な概念構造が融解することを危惧したわけである。

(2) A・エクスナー

エンデマンが経済的価値を強調することによって船荷証券に関する法学的構成を迂回しようとしたとすれば，ラーバントに至る債権説に対抗して再び船荷証券の物権的効力の法学的構成を試みたのが，A・エクスナー（Adolf Exner, 1841–1894）とゴルトシュミットであった。

エクスナーは『引渡による権利取得』（1867年）において船荷証券の物権的効力に関する所謂「絶対説」の先駆となる学説を提唱するが，立論に際してはラーバントに至る諸学説が詳細に批判されており，ラーバント理論に対しても紙幅を割いて立ち入った検討が行われている。

エクスナーのラーバント批判は，運送品の船積みの法的効果と「引渡意思」による準所有物取戻請求権の基礎づけに関わる。第一に，ラーバントは運送品の船積みによって種類債権は特定債権に転換するとするが，エクスナーによれば船積み後も荷送人は当該運送品を交換したり，運送契約を解除して発送を取りやめたりすることが可能である。運送品の船積みではなく，荷受人による船荷証券の受領によって特定物に対する債権が発生する。従って，船荷証券の発送は，ラーバントが論じたような，船積みに基づく権利発生の通知（Notifikation）ではない。第二に，船積みによって危険負担の移転が生じるとするラーバントの前提は，売買契約によって既に買主に危険負担が移転することを原則とする普通法においては基礎づけられるものではなく，運送人への物品移転を俟って初めて危険負担が移転するとする地方法の規定がある場合にしか認められな

（49） Paul Laband, Rezension zu Wilhelm Endemann, Das deutsche Handelsrecht, Erste Abtheilung, 1865, in: ZHR 8 (1865), S. 648f.

い。第三に，荷受人の準所有物取戻請求権については，船荷証券による将来的な所有物取戻請求権の譲渡と構成するか，または運送品引渡を内容とする荷送人と荷受人との間の債務関係に将来的な訴権引渡義務を含めて理解するかの二つの方法があると考えられるところ，ラーバントはいずれもこれを採らず，専らラーバントの称するところの船積みの効力と荷送人の一方的な引渡意思によって基礎づけようとする。しかし，荷送人の一方的意思によって準所有物取戻請求権が成立するとする根拠は十分ではない。いずれ引渡すつもりで従僕に物品を預ける行為がなされたとしても，訴権をいまこの瞬間に引渡そうとしているかどうかは多分に疑わしい。そうではなく，「引渡が失敗した場合に物品自体に代えてその追及に用いられうる訴権を保証するというこの種の内容の義務は，荷送人と荷受人との間の債務的関係からのみ成立しうるものであり，決して何らかの一方的意思表示から成立するものではない。孤立した引渡意思（animus tradendi）は，それがどのような形式において表示されようとも，それ自体として決して法的効力を生ぜしめない」。而して運送品の発送はこうした一方的意思を事実上表示するものに過ぎないのであるから，運送品の船積みによって何らかの権利が発生することはない。それ故に，「ラーバントが荷受人の法的地位について，船積みの事実から導こうとしている諸々の帰結は否定されなければならない」。そうすると，船荷証券の効果としては既にテールによって論じられた指図債権に関する原則によって移転可能な海上運送人に対する債権的権利だけが残ることになるが，それでは近代的流通によって形成されてきた法制度の意義はいまだ尽くされない(50)。

そこで，エクスナーは続ける。これまでの構成の試みから論理的に導かれる船荷証券移転の法的効力は近代的流通の需要によって形成されてきた慣習法的諸ルールと一致していないが，それらは市民法的理解から

（50）　Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb （Fn. 12）, S. 198-203.

法学的に是認される方法で導出されてもいない。この事実は，これらの試みが予め正当なものとして認識された結論に技巧的な構成によって到達しようとしてきたことの証左であり，そのことはラーバント理論にも旧来の引渡理論にも当て嵌まる。しかし，取引生活における一般的な法的確信を基礎とする点では引渡理論の方に分がある。それ故に，まさにこの基礎に回帰する必要があるのであり，船荷証券の受領によって荷受人に運送品それ自体に対する直接的な支配力，即ち譲渡・質権設定などをすることができる排他的処分権ないし所有権が生じるということを所与の基礎としなければならない。而して旧来の引渡理論の誤りは，これをローマ法の原則と一致させるために，これを真正の引渡または象徴的引渡として構成したことであった。しかし，そうすると船荷証券の移転を常に占有移転とせざるをえないし，他方で船荷証券行為（Connossementgeschäft）を無方式の引渡として説明することは船荷証券の形式的性質と両立しない(51)。

それではどのように考えるべきか。エクスナーによれば船荷証券行為には債権的要素と物権的要素が存在する。即ち，船荷証券の発行と荷受人への移転によって運送人と荷受人（及び承継的権利者）との間には運送原因（causa）によって左右されない運送品引渡請求権が成立するとともに（債権的要素），荷送人と荷受人との間には直接的に物権に関する合意が成立しうる。即ち，「両当事者の意思が物品に関する権利に向けられている場合には常に船荷証券の移転に物権的効力を認めなければならない」のであり，「当該物品輸送が物権契約を実行する両当事者の意思を推認せしめる原因に基づいて行われる場合には，このことが常に前提されるべきである」。例えば海上運送の原因が売買であれば，売買対象物は船荷証券を受領した瞬間に荷受人の所有に帰す。要するに，「船荷証券の引渡は近代的商事流通によって生成された物権契約の新し

（51） Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb（Fn. 12）, S. 203-207.

い形式である」。ここでは「受領意思と移転意思（animus accipiendi et transferendi）の合致によって与えられる物権契約」が船荷証券移転行為において立ち現れることによって，それは法的効果を欠く裸の合意ではなくなる。また，船荷証券による物権移転制度の発展は，確かに譲渡可能な指図証券・無記名証券の発展とパラレルであるが，船荷証券が物的権利の担い手（Träger einer dinglichen Berechtigung）（ないし物権が化体（inkorpori[e]ren）されたもの）である限り，ラーバントのようにこれを債権的証券と完全に同一化することはできないのである(52)。――このように，エクスナーは，荷送人の一方的な引渡意思によって準所有物取戻請求権を基礎づけたラーバントに批判を加えたうえで，荷送人の移転意思と荷受人の受領意思を想定することでこれを物権的合意として構成し，船荷証券の移転を運送品引渡に代わる物権契約の独立の形式として打ち出したのである。

(3) L・ゴルトシュミット

ゴルトシュミット『商法便覧・第一巻第二部』は物品占有論において船荷証券を論じるにあたり，「積荷に対する船荷証券所持人の占有と物権」という節を設け（第73節），次のように論じる。即ち，船荷証券取得と結びつく権利が包括的であれば，それだけ「商業的物品流通の道具としての経済的目的に適う」が，船荷証券所持人は記載された物品が実際に引渡されることだけでなく，運送中の事情によって侵害されないような権利をもつことを期待している。そうした期待に応える権利保護のあり方は様々であるが，「少なからぬケースにおいて専ら債権的な権利では少なくとも十分な保護を与えないところ，しかし物権と対物訴権が可能であり，かつ目的に即しているという場合がある。もし物権および対物訴権がなければ，船荷証券所持人は海上運送人の背信または義務違

（52） Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb (Fn. 12), S. 207-210.

反もしくは偶然によって物品を取得した無権利の悪意の第三者に対して返還を請求することができないということになってしまう。こうして第三者が運送品の船積みと引渡の間の時間に占有改定または他の方法によって所有権または質権を取得することとなり，それがために，これまた第三者たる〔転得した〕船荷証券所持人に対する引渡を妨害することができるだけでなく，既履行の前払いや代金変更にも関わらず船荷証券所持人に対して既に引渡された運送品を要求することができることになってしまう。運送品の引渡完了前に出来した荷送人またはその委託者もしくは受領者の破産は，破産者は自らの債権者の不利益に占有の移転も取得もできないのであるから，第三者たる船荷証券受領者に対しても占有取得とそれと結びついた諸権利を妨げることになってしまう」。船荷証券の移転に物権的効力がないとすれば，このような様々な不都合があり，「船荷証券が純粋に債権的性質を有するとするならば，船荷証券からその商業的意義にとって不可欠の法的基礎が剥奪されることとなり，このように制限されることは商業上の需要に対して両立不可能な対立に立つこととなろう」[(53)]。

このように述べるゴルトシュミットが所謂「債権説」を批判することはいうまでもない。「純粋債権説では船荷証券所持人は海上運送人に対してのみ引渡しを求めて訴えを提起し，せいぜい無権利の受領者に対する非債弁済に因る不当利得請求（condictio indebiti）またはそれに類似する訴権の譲渡を海上運送人に強いることが出来るに過ぎない」。また，「占有理論なしに船荷証券所持人の対物訴権を構成しようとする試みは，全体的に貫徹することができない。譲渡された所有物取戻請求権の理論がそれであり，…ラーバント…によれば，この訴権は船荷証券からではなく，荷送人の引渡意思（animus tradendi）から生じる（？）とされる」[(54)]。ここでは荷送人の引渡意思から船荷証券所持人の対物訴権が基礎づけら

（53） Goldschmidt, Handbuch I, 2 (Fn. 9), S. 700-705.
（54） Goldschmidt, Handbuch I, 2 (Fn. 9), S. 701 Fn. 7.

れるとするラーバントの理論が疑問符一つで退けられている。

ゴルトシュミットは船荷証券の取得が運送品の直接的占有取得と同等の効果をもつことが慣習法命題として形成され，裁判所実務や立法においても確立していることを確認する。これを人口に膾炙した表現では「象徴的占有取得」，「船荷証券は運送品の表象なり」，「船荷証券の占有は運送品の占有なり」などというが，無論，「運送品の占有とは運送品それ自体の占有でしかないから」，これらの表現は誤っている。しかし，「正確に定式された慣習法命題の実在は…これを普通法の占有理論と一致させようとするこれまでの多数の試みが失敗であったからといって否定されえない。何故なら，一方で慣習法命題としての効力は，不要かつ失敗したとはいえ，それでも自然な試みではあった様々な学問的基礎づけの試みによって，これほどに多くの点で市民法とは異なる商法の一命題として価値を減ぜられることは決してないであろうし，他方でこの命題は，慣習法命題ではありながら，仔細に検討すれば既に市民法において基礎づけられている命題として明確に示されうるからである[(55)]」。この最後の一文は，彼が船荷証券の物権的効力を市民法によって基礎づけることが可能であるという見立てを持っていることを示している。実際，ゴルトシュミットは1861年に成立したドイツ一般商法典の規定について，指図式船荷証券の引渡が「運送品の引渡に依拠する諸権利の取得について，運送品の引渡と同様の法的効力を有する」こと，その命題の射程，そしてその構成の試みとして象徴的引渡や占有改定，委任や事務管理を用いて説明する議論が法学的に不可能または不十分であることを確認したうえで，次のように述べる。曰く，「それでもこれらの構成は，船荷証券発行後の海上運送人が荷送人自身のために所持（detini[e]ren）しているわけではないという，正しい考えを基礎としている。この考えは，しかし，それ自体として全く十分に，慣習法命題が市民法の占有理論と

（55）　Goldschmidt, Handbuch I, 2（Fn. 9）, S. 707-713.

完全に一致することを明らかにする[56]」。

ゴルトシュミットは続ける。海上運送人は船荷証券記載の荷受人に運送品を引渡すことを直接的に義務付けられている以上，船荷証券を発行した段階で，もはや船荷証券に依らなければ運送品を処分しえない荷送人との関係は後背に退き，彼の意思は引渡義務の相手方のために管理する（custodi[e]ren）ことに向けられる。荷送人の意思も，彼が船荷証券の全通を保持して自らのためにする所持を保っている場合と異なり，右の海上運送人の意思と反するものではない。「而して荷送人は一通の船荷証券を附与することによって，海上運送人が受領者のために行使している所持の取得を〔船荷証券〕受領者をして可能ならしめる。船荷証券受領者は…荷送人によってなされた船荷証券引渡によって運送品の所持人（Detentor）になるのである」。それ以上に占有や所有を取得するか否かは，両当事者の意思と船荷証券移転の前提になっている前提状況によるが，「荷送人は船荷証券所持人以外の何人にも，例えば占有改定によって，法学的占有を移転できない，何故なら彼が海上運送人を通じて所持しているのではなく，却って海上運送人が船荷証券所持人のために所持しているからである」。ここでは脚注において，「ラーバント（126頁）がいうように，荷送人が引渡意思を変更することができないから，ではない。何故変更できないのだろうか？」と注記されている。そして，ゴルトシュミットは船荷証券の転得によっても同様に所持が移転されるとして次のように結論する。曰く，「船荷証券の移動は運送品所持（Waarendetention）の移動であり，また，その移動に過ぎない。所持（場合によっては法学的占有と所有）の取得は，このようにして，海上運送品に対する債権取得と同様に証券の取得と結びついている。これは代理人による占有取得に関する市民法の諸原則からの逸脱ではなく，寧ろその論理的帰結である。何故なら法学的占有だけではなく，単なる事実的関係では

（56） Goldschmidt, Handbuch I, 2（Fn. 9）, S. 717-721.

なく幾つかの権利とその行使の前提になるような所持もまた，代理人によって取得および行使されうるからである。そして不確定人（incerta persona）に対して引渡（traditio）や事務管理が可能であるように，指図式ないし無記名船荷証券におけるそうした不確定人のためにする所持もまた，法的には差し支えない[57]」。以上は「相対説」・「所持説」として既によく知られたゴルトシュミット理論の概要であるが，このようにいくつかの箇所でラーバントの引渡意思論に対する批判が加えられているわけである[58]。

さて，ラーバントは『商法便覧・第一巻第二部』に対する書評を，他ならぬゴルトシュミットの依頼に基づいて執筆し，匿名書評雑誌『ドイツ文献中央紙（Literarisches Centralblatt für Deutschland, LCBl）』に投稿した[59]。ラーバントの書翰を辿る限り，特にリジェクトされた痕跡も見

（57）　Goldschmidt, Handbuch I, 2（Fn. 9）, S. 721-723.

（58）　本文に見た箇所の他，ラーバントが荷受人の破産のケースについて論じている箇所について，ゴルトシュミットは「全く正しくない」と批判する。運送品に関する売買代金未払いの場合であっても，破産した荷受人に対する一般的仮差押と海上運送人に対する破産管財人の運送品引渡請求権行使は矛盾しないからである（Goldschmidt, Handbuch II（Fn. 9）, S. 724 Fn. 61）。

（59）　Brief Paul Labands an Friedrich Zarncke am 20. Oktober 1868, Universitätsbibliothek Leipzig, NL 249/1/L, Bl. 32. ライプツィヒ大学図書館所蔵のフリードリヒ・ツァルンケ遺文集に収められているラーバント発信書翰からは，彼がLCBlに100件を超える匿名書評を執筆していたことが読み取れる。この書翰を含めて，翻刻および全体的分析は別の機会に譲りたいが，ここでは内容について簡単に紹介するに留める。この書翰によれば，ラーバントは編集者の依頼なく書評を執筆して原稿を送付しており，その背景には，（実際には同じくラーバントが完全匿名で執筆したと考えられる［Brief Paul Labands an Friedrich Zarncke am 28. Mai 1864, Universitätsbibliothek Leipzig, NL 249/1/L, Bl. 12］）第一巻第一部に対する書評（Anonym［wahrscheinlich: Paul Laband］, Rezension zu Levin Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts I, 1, 1864, in: LCBl1864, Sp. 801-803）がゴルトシュミットの意に沿わず，同氏がラーバントに書評を頼んだという事情

当たらず，実際に公表された完全匿名書評はラーバントの手によるものと考えられる。この書評はゴルトシュミットの商法学の性格を見事に言語化するものとしても注目される[60]が，ここでは船荷証券に関する次の一節が重要である。曰く，「占有取得を論じる章では所謂物品証券，特に船荷証券，運送状，貨物引換証，倉庫証券，積荷明細状（Factura），売買証書（Kaufbrief）が論じられている。そのうち最大の法学的関心の対象となるのは船荷証券であり，その理論は極めて詳細に展開されている。著者は船荷証券所持人の権利を専ら債務法の諸原則から導出する最近の試みに対して決然として対決を宣言する。著者は船荷証券の送付に占有引渡を見る旧い理論に回帰しつつ，而してこれを新しい手法（Art）で市民法的（civilistisch）に構成せんとしている。もっとも，この最新の

があるようである。ラーバントは印刷中に見本刷りを受け取っており，刊行時点で既に全体の研究を終えたというが，他の方面に書評依頼が回る前に原稿を送り付けたわけである。

（60）「本便覧の卓越した価値は著者の独自の方法に基づいており，然るにこの方法の独自性は法学に成功裡に縫い留められた諸々の方法全ての或る種の結合に存している。著者は一方で歴史的に，それも極めて包括的な意味において，仕事をしており，ローマ法，ゲルマン法，中世商業都市諸法，最近の立法，そして特に商法典の準備作業における諸々の法制度の発展を跡付けている。他方で著者は極めて詳細に法命題の経済的基礎や法と国民経済の連関を明らかにしている。更に著者は，一方では欧州圏外を含む全ての文明国民の商法を考慮することで比較の方法を利用し，他方では定立された法規範の諸々の帰結を極めてきめ細かい詳細な決疑論（Casuistik）に至るまで論及している。著者は教義学的手法によって法理論を支配する諸々の基本概念と最高原理を発展せしめ，しかしそれと同時に，必要に応じて関連する法律の規定を釈義的にも論じている。かかる同時に普遍史的，特殊史的，国民経済的，比較的，決疑論的，教義学的＝構成的，釈義的であるような論究手法は，この便覧をして殆どモノグラフ的叙述の集成にしている。かように広範な基礎に基づく商法に関する著作は類を見ず，かように包括的な学識に基づいて書かれた商法文献は存在しない」（Anonym［wahrscheinlich: Paul Laband］, Rezension zu Levin Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts I, 2, 1868, in: LCBl 1868, Sp. 1275）。

試みが法学的問題の解決に本当に成功しているのか否かは措かざるを得ない」[61]。ラーバント発ツァルンケ宛書翰によれば，「彼〔ゴルトシュミット〕は，彼の著作が誰か学者によって，著作の欠陥を指摘して，そこに一般読者の注意を喚起する意図で書評されることがないことに，至極尤もな関心をもっています。それ故，私は喜んで彼の希望に応えることにしたのです」といい[62]，紙幅の都合も相俟って立ち入った批判は控えられているが，それにも関わらず，ラーバントがゴルトシュミットの理論を旧理論への回帰と形容し，更には成否の判断を留保する旨の一文が加えられたことには，実際にはラーバントがゴルトシュミットの船荷証券論を疑問なしとはしなかったことが窺えるであろう。

4. エピローグ――近代法における認証の問題

ラーバント，エクスナー，ゴルトシュミットは，いずれもF・C・v・サヴィニー（Friedrich Carl von Savigny, 1779–1861）の占有論や債権行為と物権行為の区別といった枠組を前提としつつ，船荷証券の法学的構成を試みなければならなかった。伝統的な象徴的引渡への回帰はもはや問題外であった。ラーバントは債権説の見地に立ったうえでイェーリングの譲渡説を批判して不可逆的な引渡意思を想定することによって準訴権を基礎づけ，エクスナーは荷送人と荷受人の物権的合意を前提に船荷証券の引渡を現実の引渡に代わる物権契約の新しい形式と位置づけ，ゴ

（61） Ebd., Sp. 1275.

（62） Brief Paul Labands an Friedrich Zarncke am 20. Oktober 1868 (Fn. 59): „[…] Natürlich kömmt es Goldschmidt auf keine Lobhudelei an und die umstehende Anzeige ist, wie Sie Sich überzeugen werde, keine Beweihräucherung ; aber er hat das sehr begreifliche Interesse, daß sein Buch nicht von einem Gelehrten in der Tendenz besprochen wird, die Mängel desselben aufzusehen und das Publicum auf dieselben aufmerksam zu machen. Daher habe ich mich der Erfüllung seines Wunsches gern unterzogen und hoffe bei Ihnen keine Fehlbitte zu thun, wenn ich Sie um den Abdruck der beifolgenden Recension ersuche. […]“

ルトシュミットは法学的占有以前の所持と証券を結びつけることで解決を図り，爾後，占有論の再編制を試みた。(63)

ラーバントは『船荷証券論』以降，エンデマンに対する書評を除いて，この問題に纏まったかたちで再び取り組むことはなかったようである。しかし，ラーバントの『ドイツ一般商法典における法律行為の締結における代理』（1866年）の末尾の叙述は，彼の関心を多少なりとも語るところがある。周知のように，この論文は代理権を本人と代理人との間に存在する代理権授与の原因となる委任等の法関係から無因的に構成するものであるが，(64) ラーバントはこのように専ら形式的に判断される代理権限に近代取引法の本質的特徴を見るのである。曰く，「代理権（Vollmacht）が委任から，代理権限（Stellvertretungsbefugnis）が代理人と本人との間に具体的に存在する法関係から分離されることによって，独立の流通認証（Verkehrslegitimation）の可能性が与えられている」のであるが，まさに「証券的債権（Scriptur-Obligationen）の成立はこれに関わる」。「「誠実なる所持者」条項は本来，証券の所持人は支払の受領を認証されていること，即ち代理権を与えられた者と見做されるべきであるということの確認に他ならない。Endossement という言葉は手形流通においては，当初，単に手形に附せられた白地受領証（Blanco-Quittung）を意味し，それは所持人に支払受領の認証を与えるものであった。それ〔裏書〕は，かかる認証を手形受取人（Remittent）と手形所持人（Wechsel-

（63） Levin Goldschmidt, Miscellen zur Theorie der Werthpapiere（1882）, in : ders., Vermischte Schriften II, Berlin 1901, S. 73 ff.; ders., Grundlagen der Besitzlehre（1884）, in : ders., Vermischte Schriften I, Berlin1901, S. 23 ff.; ders., Studien zum Besitzrecht, Berlin 1888.

（64） 簡潔な紹介として海老原明夫「有権代理・表見代理・無権代理……その一」ジュリスト988号（1991年）9頁。Siehe auch Dörte Diemert, Paul Laband und die Abstraktheit der Vollmacht vom Kausalverhältnis oder „Der Meister des Staatsrechts auf Abwegen“, in : Thomas Hoeren（Hg.）, Zivilrechtliche Entdecker, München 2001, S. 151 ff.

inhaber）との法関係から解放することを通じて，債権の移転のために用いられえたのである。こうした注記をするからといって，それによって無記名証券・指図証券の循環の法学的本質が尽くされるかのように考えているのではない。そうではなく，専ら形式的な認証が，無記名証券・指図証券の歴史的形成にとっても，現代法における裏書の正当な概念にとっても，特別に重要性をもつ契機である，ということを指摘せんがためである」。この指摘が船荷証券にも当て嵌まることは，明示されずとも明らかであろう。こうした実質的権利からの形式的認証の分離は債権法のみならず，土地登記簿・抵当登記簿制度など物権法にも見出されると述べたうえで，ラーバントは次のように述べて締め括る。曰く，「今日の経済生活において形成されてきたところの流通〔取引〕にとって，こうした実質的権限の審査は形式的基準に置き換えられなければならない。認証（Legitimation）は権利（Berechtigung）に取って代わる。その概念に関しても，その個別的な区分と形態に関しても，現代法の形式的代理権限はこうした根幹から生起しているのである[65]」。

いうまでもなく，船荷証券に見える「動産の債権化[66]」や流通経済における認証（ないし免責）（Legitimation[67]）の問題は，近代法における債権法の発展全体を貫く大きなテーマの一角をなす。商法学者としてのラーバントがこの問題にどのような展望をもっていたかを明らかにすること

（65） Paul Laband, Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, in: ZHR 10（1866）, S. 240f.

（66） 我妻榮『近代法における債権の優越的地位』（有斐閣，1953年）114頁以下，特に129頁。

（67） 我妻榮「無記名債権の動産性と債権性」（1952年）同『民法研究Ⅱ』（有斐閣，1966年）85頁以下；河本一郎「免責証券について」（1953年）同『有価証券法研究』（成文堂，2000年）121頁以下；来栖三郎「債権の準占有と免責証券」（1956年）同『来栖三郎著作集Ⅰ』（信山社，2004年）407頁以下；小橋一郎「トェールと無記名証券」（1958年）同『商法論集Ⅱ』（成文堂，1983年）62頁以下。

は，更に仲立営業[68]や商人質権・留置権[69]など他の主題に関する彼の議論の分析を通じて徐々に遂行されるべき課題であるが，『船荷証券論』は民商法に関する全ドイツ的法典編纂が未だ完了していない時期において，近代社会における流通認証ないし信用の問題に対して占有論を始めとする普通法およびドイツ法の諸概念を基礎とする「法学的構成」によって切り込もうとした，初期ラーバントの初発の関心をよく示すものといえよう。

後記

本稿は論説とは銘打つものの，その実質は研究ノート，しかも乱雑な部類のそれ，に止まる。およそ分析も結論も欠くからである。かつて岡田豊基教授はイタリアに滞在された折，カーニバルのパレードで一心不乱に踊る男を見て “Io sono io.” の覚悟に達したと述懐されているが（岡田豊基『請求権代位の法理』（日本評論社，2007年）ii 頁），本稿はそのように嘯いて居直ることが許される水準にすらないであろう。ただ，本学法学部における研究・教育・学内行政に長く携わって来られた大山弘・岡田豊基両教授のご退職を記念するにあたって，後進の一人としては，この期に蛮勇を振って新しい研究領域に踏み入り，今後の研究の方向性を模索することで，以て両先生への餞としたいと考えた次第である。

なお，本稿は「ドイツ第二帝政期におけるラーバントの法学と実践的活動に関する個人史的研究」（科学研究費基盤研究 C：22K01129）の成果である。

（68） Paul Laband, Die Lehre von den Mäklern, mit besonderer Berücksichtigung des Entwurfs zum deutschen Handelsgesetzbuche, in: Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtsgeschichte 20 (1861), S. 1ff.

（69） Paul Laband, Das kaufmännische Pfand- und Retenionsrecht, in: ZHR 9 (1866), S. 225ff.。