

手形學說に関する若干の考察

曾我部

豊

## 序

手形行為がどのような性質のものであるか、すなわち手形による権利の発生をどのような方法で理解したらよいか、また何時その効力が発生するか等については我国でも手形理論として古くから種々論ぜられ、またそれに関する前世紀以来の外国の学説も種々紹介されてきた。ここでは現在の手形法を考えるにあたって必要と思われる手形理論を中心として、我国で積極的に主張された種々の学説のうちの主なものと考えられるものをあげて説明し、あわせてドイツにおける現状についてものべることによって、特に我国の手形理論を考察することを試みた。

## 一 契約説

契約説は手形上の権利義務の発生を契約に求めるものであり、我国においても古くから種々の学説があり、青木博士説によれば、手形契約は手形の授与(Geben)と受領(Nehmen)によって締結されるものであり、その際の契約について、凡そ債務関係は反対に解すべき規定のない限りは契約によるものと解すべきであり、手形理論として特別な障害のない限り契約が効力発生原因であると解すべきであり、ただ各種の手形行為はみな同一の実質を持っている訳ではないので、その契約の性質はすべて同一であると解することはできないとし、松波博士説では、契約説は手形債権は振出人が受取人と手形上の権利義務を生ぜしめることを約することによって成立すると解するが、その成立時期は振出人が手形を受取人に交付した時であり、とくに交付契約説を採用する理由について、手形上の権利者義務者を生ず

るには債務者となるべき者が手形に署名する外に債権者の存することを要し、債権者たるには手形を占有することを要し、その占有のための適法の原因は交付を受けることより他にないので、交付によって手形上の権利は成立すると説く。<sup>(2)</sup> 契約説は我国でかつて相当行われたがその後は少数説となっていた。しかし最近では次第に復活してきたようである。

小橋説によれば、手形法は一般私法たる民法を前提として手形関係について特に規律するものであり、手形上の法律関係は手形行為によって手形行為者とその直接の相手方の間に成立し、手形が裏書譲渡されると手形行為者と第三取得者の間にも成立する。まず手形行為の直接の当事者間では手形上の意思表示が相手方に達するために証券の交付が必要であり、交付欠缺の場合には手形上の法律関係は生じないのであり、したがって手形上の義務の発生は一応ないことになる。

次に手形上に表示された手形行為者の意思が裏書を介して第三取得者に達することによる手形上の法律関係の成立は、手形法が特に定めるところによるものであって手形法の解釈によって決せられる。すなわち手形行為者は手形への署名によって手形の流通に伴って第三取得者との間に手形上の法律関係を生ぜしめる意思を表明しているのであり、手形が第三取得者に達すれば手形行為者と第三取得者との間に手形上の法律関係が成立し、したがって権利義務の発生がある。その場合に手形が手形署名者の手中にとどまっている段階では署名に基づく法律関係は生じない。かくのごとく裏書は手形上の権利の譲渡であり、被裏書人は手形上の権利を伝来的に取得すると説く。<sup>(3)</sup>

田辺説では手形の振出および裏書が行われる正常な場合を念頭において基本となる手形理論を構成しようとする立場より、振出においては振出人が手形要件を記載して署名したのちにその手形を交付し、また裏書においては裏書人が裏書署名をしたうえでこれを被裏書人へ交付するのが通常であり、そのさいに署名の時点では手形債務はまだ完成しておらず、手形が受取人に交付された時点で初めて手形関係が成立し、受取人が手形を取得したときに振出人の受

取人に対する債務が成立し、また受取人が手形を裏書譲渡することによって受取人の権利が被裏書人に移転し、かくのごとく書面行為プラス交付行為によって手形債務は完成するが、交付行為に単なる意思表示の到達以上の意義をもたせ、手形上の権利義務は手形の交付者と受領者の間の契約すなわち交付契約に基づいて発生すると解し、これが妥当な説であるとしている。なぜかというところの考え方が通常の手形授受関係者の意思に最も沿い、かつ一般私法理論に最も適合しているからであると説く。<sup>(4)</sup>

本内説によると、契約説は財産法上債権関係を生ぜしめる法律行為は原則として契約であるという伝統的な立場から、手形行為もまた契約として把握構成すべきであるとするが、企業法を支配する取引優先の原則にもとづいて確立されてきた権利外観理論で契約説あるいは発行説を補完すべきであり、ただ契約は元来一般の法律行為論に沿ったものであるのでその意味では原則的なものと考えられるとしている。<sup>(5)</sup>

以上の如く契約説とは一般に、手形行為者と相手方との間の手形の交付を要件とする契約、すなわち交付契約によって手形上の義務が発生するとする説のことである。

手形理論についていづれの説をとるかによって、手形が署名者の意思に反して流通に置かれた場合の責任について処理の仕方が異なってくる。青木説によれば、手形の振出人、裏書人が手形に署名した後、その手形がその意思に反してまたは無効な交付によって流通におかれた場合に、善意の取得者に対して創造説によれば責任を負担するが契約説によれば手形上の責任を負担しないとしている。<sup>(6)</sup>

小橋説によれば署名者の第三取得者に対する手形上の責任を認めることにおいて創造説や権利外観説と結果的にはほとんど異ならないが、創造説のごとく署名によってすでに権利義務の発生を認めるという構成をさけ、また権利外観説のように権利外観の惹起に帰責事由を認めるのではなく、署名による手形上の法律関係の成立は署名者の意思にもとづいているとの立場をとり、そのうえで交付欠缺の抗弁や意思の欠缺、瑕疵に基づく無効取消の抗弁は手形行為者

と直接の相手方の間の人的抗弁として(手形法一七条)第三取得者には対抗できないとし、さらに例えば約束手形に振出人として署名したがこれを交付しない間に窃取され裏書によって第三者が取得した場合に、所持人は手形署名者の意思を受領し得べき地位を善意取得したと解して善意取得(手形法一六条二項)を認め、署名者は第三取得者の悪意・重過失を証明してその権利を争う(手形法一六条二項但書、七七条一項一号)こともできるし、または第三取得者の害意を証明して交付欠缺の抗弁(手形法一七条但書、七七条一項一号)を対抗することも出来るとしている。

地位の善意取得という概念に疑問があるとの批判がなされている。<sup>(8)</sup> 交付欠缺の場合、所持人の権利を保護するためには、手形署名者の意思を受領しうべき地位が善意取得されただけでは十分ではなく、所持人の取引におけるかやうの信頼ないし信念が結果において、手形署名者に帰責事由の認められる限りにおいて、取引上保護されなければならぬのであるから、この論法をおしすすめるならばむしろ手形法一六条二項または一〇条の法意の類推によった方が妥当なのではないかと考えられるのであり、結論においてほぼ同じこととなるけれども、やはり権利外観説によって所持人の権利を保護することが必要なのではないかと思うのである。

田辺説によれば署名後その手形が盗難・紛失など署名者の意思に反して流通におかれた場合には交付契約が存在しないので、手形債務は発生しないことになる。しかしその場合に善意の手形取得者を保護するために権利外観理論で契約説を補完することが通常であるとする。<sup>(9)</sup> 一般的にのべるならば、交付契約説と結びついた権利外観説においては手形の交付契約にもとづいて手形上の権利が取得されるが、交付欠缺の場合に第三者はこの契約が不成立でもその成立を信じるのが普通であり、他方において手形作成者は通常、手形作成によって手形債務を有効に負担したかのような外観を作出したのであるから、善意で重過失のない第三取得者に対して、かかる信頼を惹起した作成者はかかる権利外観の作出に有責的である限り、責任を負担しなければならないのである。

契約説において受取人より後の手形の取得者に対して振出人の負担する債務の説明について種々の学説があるが、

手形行為者と直接の相手方との間の契約によって手形上の権利が発生し、これが裏書によって第三取得者に譲渡された結果手形行為者が第三取得者に対して債務を負担するという考え方が一般的である。<sup>(10)</sup>

契約説においては手形法の規整に服すると共に、手形交付の欠缺、無能力、意思の欠缺・瑕疵による無効・取消に服し、一方において交付欠缺の場合に権利外観説による補強が可能である。<sup>(11)</sup>

また手形行為には手形の交付が必要であると同時に相手方の承諾の意思表示をも必要とするが、相手方が証券を受領するときは承諾の意思表示があったものとして契約の成立を認めうる人が多いであろう。<sup>(12)</sup>（民法五二六条二項）

手形学説はドイツでは一般に有価証券学説として論ぜられ、現行私法の一般的体系の中でその理論的あり方および実際問題の解決の可能性が検討されている。ドイツでは今日では契約説が圧倒的である。何故かというところ創造説は理論上誤っているのみならず、交付欠缺、手形行為の瑕疵の場合等実際上の重要な問題の解決のために不適當とされているからである。契約説によれば手形上の権利の発生のためには契約が必要であり、契約は原則として証券の交付によって締結されるので、交付契約説ということは我国に紹介されている通りである。契約説についてより詳細にのべるならば、

(1) 契約説は無傷でドイツ私法の体系に適應している。何となれば私法体系は、権利の発生には契約が必要であるとの原則にもとづいているからである。<sup>(13)</sup>（ドイツ民法四三〇五条） 契約説には休止した債権といった構成上の破格もなく、当事者意思および行動上の実際をとまなっており、また手形上の権利創設の意思は証券の交付によって初めて明らかとなり、かくして初めてその手形行為を法律行為と認めることができるのである。なお交付欠缺の場合に必要な取引保護のためには権利外観説による補完を必要とし、この点は創造説の場合も同様である。無記名債権証券が盗まれた等発行人の意思によらないで流通に置かれた場合でも所持人に対して責任を負担するとのドイツ民法七九四条は、創造説のみならず契約説を補完する権利外観説と調和するので問題はない。すなわち同条が善意の法律行為による取得に制限され

ていると解すべきことは、規定の文面からは読みとれないが妥当性の面から解釈上自明のことであるからである。<sup>(13)</sup>

(2) 交付契約の内容と法的性質は設定しようとする権利の種類によって異なる。交付契約には物権的処分的側面と債権的側面があるが、処分契約を常に必要とする訳ではない。例えば手形の引受は、たいていの場合に純粹の義務負担契約であつて処分的要素は含まれない、何となれば債権者は引受の前に既に手形の所有権者であり、それゆえその手形の処分の余地はなく、しかもその引受の有効なためには原則として手形の交付を要することは、手形法二九条により明らかであるからである。これに反して手形の譲渡は純粹の処分契約である。その際に発生する裏書人の義務は法によって発生するのであつて法律行為によって発生するのではなく、それゆえ交付契約の内容に影響を及ぼさない。為替手形や小切手の振出人の責任についても同様である。交付契約はかくして義務および処分契約の混合、純粹の義務契約、および純粹の処分契約たりうる。<sup>(14)</sup>

そのさいに書面行為はむしろ拘束力なき準備的事実行為であり、そのさいの署名は責任の一つの事実上の準備であり、署名ではなくて交付があつて初めて拘束が生じる。<sup>(15)</sup>

交付契約の要件は原則として、すなわち証券の所有権譲渡が同時に行われる場合は別として、一般に物権法的な引渡 (Delivery) の要件の意義に解することはできない。例えば引受や保証の場合に、署名のために呈示された証券の単なる交付およびその返還が行われても、反復的に占有の変更を来さない場合があるので、かような場合には引渡は無いと解すべきことがありうる。かような場合でも交付契約が存在するものと解せられる。何となれば交付の機能は究極の意思形成が交付によって表明されることにあるからである。<sup>(16)</sup>

以上のごとくドイツにおいて契約説は手形に関する義務の発生のために統一的な根拠を提供していることが一般的に認められている。

我国の契約説について考察すると、まず第一に手形行為が成立するためには相手方の承諾の意思表示を必要とする

ので、これを欠く場合に手形行為の効力が発生しないことになり、ひいては手形の流通をさまたげる結果になるのではないかとの懸念が云々されているが、このことについては今日では、相手方が手形を受領するときには一般的に承諾の意思表示があったものと認めて契約の成立を認めることができると思われ、またそのような見解が多いのでこれについての疑義は解決したものと考えられる（民法五二六条二項参照）。次に手形上の法律関係が手形行為者とその相手方の間に成立することを前提として、手形行為者と第三取得者との間にも成立することについては、今日では大筋において手形行為によってその直接の相手方が手形上の権利者となり、その権利が裏書により第三者に譲渡されることによると一般的に理解されており、これは証券法の特質からくるものであり、つまり手形法的な特殊の債権譲渡として一般債権法の特則として理解することが出来るので、この点の疑義も解消しうると考える。さらに手形に署名後保管中に紛失した場合等、手形の交付欠缺の場合にその手形の善意の第三取得者の権利の保護が契約説では出来ないとの批判が従来は強かったが、契約説を権利外観説によって補強することが次第に認められてきていると思うのである。このことを認めることによって、契約説に対する最も大きい疑義は解決しうと思うのである。元来私的自治における個人の創意や自由が承認され、権利意識が高揚している現代において、契約は基礎的な法的手段として重要な使命と作用を有することは否定できない事実である。そう考えると契約説にそった以上のような見方は、現実にとった自然な解釈であって、技巧的に過ぎた説明であるとも考えられないのであり、権利外観説によって補完された契約説は妥当な説であると考えられる。発行説については後述する。

- (1) 青木、改正手形法論二五〇、二五七、二五九頁。
- (2) 松波、改正日本商法八〇九、八一〇頁。
- (3) 小橋、新版手形法小切手法講義四四—四六頁。
- (4) 田辺(光)、最新手形法小切手法六五、六六頁。



- (5) 木内、手形法小切手法第二版四八、五六頁。
- (6) 青木、前掲二五七、二五八頁。
- (7) 小橋、前掲四六一四八頁。
- (8) 田辺(光)、前掲七二頁。
- (9) 田辺(光)、前掲六六頁。
- (10) 菱田、手形小切手法二四頁。小橋、前掲四二頁。
- (11) 小橋、前掲四二頁。大賀、現代手形法小切手法八七、八九頁。
- (12) 大賀、前掲八七頁。小橋、前掲四二頁。菱田、前掲二八頁。
- (13) Hueck/Canaris, Recht der Wertpapiere 12 Aufl., 1986, S. 31.
- (14) Hueck/Canaris, a. a. O., S. 31f.; Baumbach/Hefermehl, Wechselgesetz und Scheckgesetz, 15 Aufl., 1985, S. 15f.
- (15) Hueck/Canaris, a. a. O., S. 32; Meyer-Cording, Wertpapierrecht, 1980, S. 43.
- (16) Hueck/Canaris, a. a. O., S. 32f.

## 二 創 造 説

創造説は手形債務は手形行為者の署名を要件とする単独行為によって発生すると説明するが、手形署名の段階においてすでに手形上の権利義務が発生するものと理解するので、手形行為者が手形の第三取得者に対して手形債務を負担する理由を、不特定多数の者に対する一方的意思表示の結果であると説明する。

毛戸説によれば、手形上の債務の発生には手形の交付を必要とせず、交付のないため手形を無効とすれば大いに手形取引を阻害することとなる。用のないのに手形に署名して手許に置くことは良いこととは云えないので、盗難その

他のため生じた損害は罪なき善意の取得者に被らしめることはできない。しかし手形上の債務は単に債務者の行為によって発生するものではなく、さらに債権者の行為を要し、しかも債権者は手形の所持または占有をしているだけでなく、手形の取得に際して悪意または重大な過失があつてはならないとする<sup>(1)</sup>。

升本説によれば、手形行為は署名によって完成し、手形責任発生の基礎が確立するが、手形が署名者の手中に存する限り手形責任は未だ発生せず、振出および裏書の場合にその支配圏内を離れて第三者の所有に帰して初めて手形行為の効力が発生するとする<sup>(2)</sup>。

田中(耕)説によれば手形がまず振出人によって作成され署名が為されると、手形は取引に置かれるに適する一種の活力を持つに至り、つまり振出人は一方的に手形を創造する者であり、この場合に既に手形なる有価証券が成立し、この証券に化体した権利の権利者は振出人であり、義務者は振出人自身または仮定的に支払人であり、振出人は自己または仮定的義務者に対する債権者のごとき地位に立つ。振出人が権利者であるというのは、支払人に対して請求をなしうるというのではなくて、単に手形を取引に置くことができるという意味である。有価証券としての活動は未だ開始されず、手形の作成は純然たる対立的行為であり、振出の一段階としての手形なる有価証券の創造という一種の行為にすぎない。つぎに第二段に振出人は自己の作成した手形を契約により受取人に譲渡することによって手形は取引に置かれ、受取人は外部的債権者となる。つまり債権の発生は既に振出人の単独行為によるのであり、その潜在的に存在する債権が受取人に譲渡されるとする<sup>(3)</sup>。

鈴木説によると、権利と証券との結合関係について権利が存在するにいたる面と、その権利の所屬が変動する面を区別して考察する立場から、第一段の手形の作成は振出人の単独行為によって一方的に行われて振出人が手形債務を負担するため、これに対応する権利が成立し、同時にその権利は証券と結合するにいたる。手形の所持人たる振出人はこのような権利の主体であると共に義務者でもあるため、現実には権利を行使することはできないが、権利者として

その権利を処分することはできる。次に第二段の手形の交付は、以上のように証券の作成によって成立するにいたった権利を移転する行為であって、これは署名者たる振出人と受取人の間の契約であると考えられるとする。<sup>(4)</sup>

手形が署名者の意思に反して流通におかれた場合の効力について升本説は、手形行為は書面行為であって署名によって完成しているので、署名者の意思に基づかないで手形が流通に置かれた場合でも、署名が有効になされたものである限り手形責任を免れないとする。<sup>(5)</sup>

田中(耕)説では振出人の意に反して手形が流通した場合に、権利外観理論により第三者に対する振出人の責任を認めている。すなわち手形がいかなる理由で流通におかれたかは第三者は知り得ないから、盗取遺失等手形署名者の意思に基づかずして手形が流通におかれた場合には、手形法を支配する外観主義の精神により、振出人は責任を負担するとする。<sup>(6)</sup>

鈴木説においては、証券の作成によってすでに権利が成立し、その成立した権利が証券に結合されて、それを作成者自身が権利者として有するものと認められるので、作成者の意思に反して手形が流通におかれた場合に、第三者が善意取得することを認め、その場合に第三者に対して責任を負担することを認めている。<sup>(7)</sup>

創造説を提唱する者は種々の理由に基づいているが特に条文を根拠として、例えば戻裏書(手形法二条三項)の場合にもみられる通り、義務者が同時に権利者となると構成しても、有価証券上の現象として怪しむに足りないこととか、白地手形(手形法二〇条)において、後日の白地補充によって完成手形としての効力発生を認めることは、振出行為の成立とその効力発生を区別して把握することの理解に役立<sup>(8)</sup>つといった説明もあるが、なお創造説に対しては次のような種々の批判が行われている。

(1)証券の作成のみで手形債務負担の意思が法的に存在するものと認めているが、証券の交付のない場合には表示行為がないので、債務負担の意思表示があったことを認めることは困難である。<sup>(10)</sup>

(2) とくに証券の作成のみでその交付のないのに意思表示の成立および効力発生があると理解することは困難である。<sup>(11)</sup>  
(3) 義務者が手形作成の最初から常に同時に権利者となるという構成は擬制に過ぎている。すなわち他の者との法律關係が成立していないのに権利義務の発生を認めることは妥当でなく、ことに債権の混同消滅に関する民法五二〇条本文との関連を考えても、戻裏書の場合は別として一般的には無理ではないかとの疑問がある。<sup>(12)</sup>

(4) 為替手形の引受について、引受人が引受によってまず引受による権利を取得し、次にこれを手形所持人に譲渡すると理解することは、当事者の意思に合致しないのではないかという疑問がある。<sup>(13)</sup>

(5) 通常法律行為論から出発せずに、私法体系の中で必ずしも十分に是認されない特別な行為として把握することとなり、これは果して妥当であるかとの疑問がある。<sup>(14)</sup>

(6) 交付欠缺という手形行為上正常でない場合には、一般的取引過程の場合と同一に取扱う代りにむしろ、権利外観理論によって補完する方が妥当なのではなからうか。<sup>(15)</sup>

ドイツでも創造説は古くから論ぜられてきた。その創造説によれば、証券化された権利の発生は、証券の創造 (Kreation) すなわちその振出 (Ausstellung) に基づいている。しかも振出は単独で受領を要しない意思表示であるとされている。この説は以前にはかなりさかんに主張され、しかも創造説の中にも種々の学説が主張されたが、今日ではこのような説を取る者は稀であると云われている。論者は、証券の振出が有価証券法の基礎的な特色をなし、且つ振出を証券化された権利の発生の出発点と見ることは容易に理解しうることであり、さらにまたなかならず証券が振出の後紛失した場合に、契約説によれば証券化された権利は交付契約の欠缺のために原則として発生しないのに反して、創造説にあっては創造行為がすでに有効に存在するために難なく解決できることは創造説の実際上の長所であるとしている。<sup>(16)</sup>

元來交付欠缺の証券の第三取得者が振出人に対して請求権を有するかは古くから争われていたのである。ドイツの

立法院がこの問題を解決しない以前から、その問題は証券による債務の発生をどう考えるかにかかっていた。振出すなわち創造、つまり一方的法律行為としての証券の創造によって債務が発生しているのなら、善意の第三取得者は証券と結合した請求権を証券と共に獲得していることになり、これに反して請求権が振出人から受取人への契約による証券の引渡によって発生し得るのであれば、第三取得者は意義なき紙片・非証券を得たに過ぎなく、したがって請求権は存在しないことになる。そして後者の解釈の場合には実際上の取引になじまないこととなる。何となれば善意の第三者は、債務の前提となる交付契約の欠缺を見抜くことが出来なかったのであり、したがってその際には、振出人が作成した証券を喪失するかも知れないという危険を第三取得者が負担することになるのか否かという問題があり、これに反して前者の解釈の場合には、無記名証券を盗んだ者が所持人として振出人に対して請求権を行使することができ、振出人は悪意の抗弁によってこれを防衛しなければならないということもまた不合理であると考えられた。そこで創造説は修正されて、証券の所有権取得または証券の善意の所有権取得のみが創造された請求権をも移転すると所有権説または善意説が主張されることとなり、他方において契約説における不都合な結果が、権利外観説との連接によって除去されることとなり、かくして善意の第三取得者は、証券によって引き起こされた権利外観を信頼した上記のような場合に保護されなければならないとされ、また振出人は権利外観をひき起こしているのだからその損害は振出人が負担しなければならないとされた。<sup>(17)</sup>

そうこうするうちに立法院は無記名証券に関してドイツ民法七九四条により第三取得者に有利な定めをした。すなわち同条第一項は、発行人は無記名債権証書が盗まれ、喪失しまたは発行人の意思によらないで流通に置かれた場合でも、所持人に対してその責任を負担すると定めた。民法起草者はこの規定を作るにあたって善意説と結んだ創造説から出発したとされており、しかも他の証券とくに手形については類似の規定は定められていなく、また民法七九四条は契約説および権利外観説の立場からも説明されているのである。<sup>(18)</sup>

創造説が結論として支持されない理由が種々あげられている。

(1) 創造行為の際に証券化された権利の所持人が全然確定していないとの批判がある。そこで出発命題の修正が行われて、いわゆる二重要件を主張する論者は、権利は創造によって発生するがなお交付を条件とし、すなわち二段階要件は、証券行為および契約によるその交付から合成される複数法律行為であると主張する。しかし手形が交付されるまでは手形行為者は自分自身に対する債権を有するかまたは休止した債権を有することになり、このような権利態様の構成は出来るだけ避けなければならない妥当ならざる便宜であり、さらにこの説は契約説へ強く接近したこととなり、創造説の正しい意義は認められないと主張する。<sup>(19)</sup>

(2) 創造説は手形行為を単独行為として現行私法に組入れている。法律行為上の義務は原則として契約により発生し、一方的意思表示によるのではないことを定めるドイツ民法三〇五条は現行の全私法を支配している原則であるが、それと矛盾している。有価証券上の義務の発生についてこの原則から外れる理由はない。<sup>(20)</sup>

(3) 有価証券の単なる作成は通常いまだ法律行為の効果を生ぜしめてはいないのであり、証券の交付の前には手形行為者は手形行為を差控えることが出来ることは、あたかも書状による売買申込の文書作成の場合と同じである。かかる場合には、法律行為の客観的構成要件にとって不可欠である意思形成の最後の表明が欠缺している。<sup>(21)</sup>

(4) 実際上の観点から不都合を生じる場合がある。すなわち単独行為としての性質が不利な結果を生む。例えば無能力者または無権代理人による振出は、創造説の立場からは単独行為となるのでドイツ民法一一一条ないし一八〇条によって不合法的に無効であるが、これに反して契約説によれば双務的交付契約があるので、民法一〇八条ないし一七七条による追認が可能である。<sup>(22)</sup>

(5) 創造説は純粹な形においては、証券の紛失の場合等、手形行為者の意に反して流通におかれた手形の善意の取得者に対して、抗弁が禁止されることについて、実際に即した妥当な処理が出来ない。その結果証券の拾得者でも一応

証券上の権利を取得することとなり、拾得者が保護されることとなる。何となれば有効な創造行為が存在するからである。そこで純粹創造説は善意説または所有権説に発展してきているが、それによれば証券の単なる創造だけでなくして所持人が証券の所有権を獲得していることを要する。しかしながらこの説においても不都合なことが生じる、例えば手形の所持人が引受のために呈示し、しかも署名されてはいるが未だ交付されていない証券を横領した場合に、手形は引受の呈示の前に既に彼の所有に属しているので、彼の権利取得は所有権欠缺のために否認され得ないこととなり妥当を欠く結果となる。<sup>(23)</sup>

(6) 創造行為そのものに瑕疵があつて法律行為の規定によつて無効または取消しうる場合に創造説は不都合な結果をきたす。例えば手形が錯誤または強迫によつて振出された場合に、一般的見解によれば善意取得者は無条件に保護されなければならないが、創造説によれば創造行為がそのような理由で取消しうるので、善意取得者に保護を与えることが出来ない。<sup>(24)</sup>

創造説はかくのごとく、實際上の運用にあたつて、あるいは悪意の債権者、拾得者等を保護することにより行過ぎた結果をきたし、さらにまた手形行為の瑕疵の場合に保護を与えることが出来ない結果となつて不都合な場合があり、さらに理論的にも誤つているとの見解が多数である。<sup>(25)</sup>

創造説に対する以上のような批判を綜合して我国における創造説について考察すると、創造説はとくに、手形の作成をすでに自己拘束であると構成している。しかしながら自己拘束であるかに見えて實際は手形を発行するか否かが問題なのであり、したがつて手形の作成は権利創造・自己拘束というよりはむしろ外部的な外觀作出、つまり権利義務の可能性に過ぎないものであると考える。創造説の説くところを理解することはできるが、創造説がそのような可能性を一気に一般的な権利義務の期待権にまで高めている点に問題があると思うのである。しかも通常の法律行為論から出発せずに、到つて商法的な見方から出発して、全体として技巧的に過ぎ、法的擬制が度を越す結果、理論が現

実と合わなくなっているのではないかと思うのである。さらに交付欠缺の場合に善意取得により、善意の取得者に対する手形債務者の責任負担を説明することには結果的に役立つが、そのような目的のためにはむしろ権利外觀説によった方が、現実と合っていて妥当なのではないかと思うのである。

- (1) 毛戸、改訂統一手形法論五〇—五二頁。
- (2) 升本、手形小切手法論一二頁以下。
- (3) 田中(耕)、手形法小切手法概論六四—六四七頁。
- (4) 鈴木、手形法小切手法一〇七、一四三頁。
- (5) 升本、前掲一二三、一二四頁。
- (6) 田中(耕)、前掲三二〇、六四七頁。
- (7) 鈴木、前掲一四四頁。
- (8) 鈴木、前掲一四三、一四四頁。
- (9) 大賀、現代手形法小切手法九五頁。
- (10) 今井、手形法小切手法講座一〇二頁。青木、手形法小切手法一六頁。小橋、手形行為論五一頁。
- (11) 伊沢、手形法小切手法一一五頁。高窪、現代手形小切手法一〇五頁。
- (12) 田中(誠)、手形法小切手法詳論上八二頁。大賀、前掲九〇頁。
- (13) 田中(誠)、前掲八二頁。
- (14)(15) 木内、手形法小切手法第二版五六頁。土肥、田村編手形法小切手法四一頁。
- (16) Hueck/Canaris, Recht der Wertpapiere, 12 Aufl., 1986, S. 28f.
- (17)(18) B. Rehfeldt, Wertpapierrecht, 8 Aufl., 1966, S. 16 249°。
- (19) Hueck/Canaris, a. a. O., S. 29; B. Rehfeldt, a. a. O., S. 17 211重要件説を、交付を条件とする創造説と呼んでゐる。
- (20) Hueck/Canaris, a. a. O., S. 29; Baumbach/Helermehl, Wechselgesetz und Scheckgesetz, 15 Aufl., 1985, S. 15.



- (21) Hueck/Canaris, a. a. O., S. 30.  
(22) ドイツ民法 BGB 一一一条一文「未成年者が法定代理人による必要な同意を得ないでなした単独行為は無効である」。同  
一八〇条一文「単独行為に付いては代理権なき代理は許されな<sup>(1)</sup>」。Hueck/Canaris, a. a. O., S. 30.  
(23) Hueck/Canaris, a. a. O., S. 30.  
(24) Hueck/Canaris, a. a. O., S. 30; Meyer-Cording, Wertpapierrecht, 1980, S. 44.  
(25) Hueck/Canaris, a. a. O., S. 30f.

### 三 発行説

発行説についても古くより種々の説があり、岡野説によれば、債務者が債務負担の意思をもって手形を交付するところが一方的債務の成立要件であり、また同時に債務の成立には人の複数を必要とする故に債権者を必要とし、債権の発生は所有権の取得によって成立するのであり、換言すると手形が善意の取得者に取得された時に成立するとする<sup>(1)</sup>。  
水口説によれば、手形行為を単独行為として理解するとともに、手形上の債務発生要件として、手形債務者が手形債務を負担する意思をもって手形に署名して、その手形が相手方に到達したことを要するものとした<sup>(2)</sup>。伊沢教授はこの説を正当であるとしている<sup>(3)</sup>。

伊沢説によると手形の交付は、手形上の意思表示の成立のため及びその送達方法として必要なものであり、手形所有権の移転を目的とする交付契約は必要でない。手形の交付によって、成立し発信された手形上の意思表示は手形に担われて相手方に到達する。したがって手形が権利者として予定されているものに到達するまでは、手形行為者は何時でもその手形行為を撤回することができる<sup>(4)</sup>とする。かかる考えが通常の発行説である。

石井説によると、振出は手形行為者の一方的行為であるが、手形の内部的な作成署名とその手形の交付によって成立する。すなわちまず署名によって、支払を受領しうる権限を表彰する手形がいわば潜在的に成立する。次にこの手形の受取人への交付によって振出の意思表示の効力が発生し、振出行為が完成する。受取人はかくして手形上の権利者となるがこれはすでに発生した手形上の権利を譲渡契約によって譲受けるのではなくて、手形の作成と交付が一体をなして手形上の権利を発生せしめると説く。<sup>(5)</sup>

以上のような発行説に対して、発行の意義をわが国の通常の発行説よりも広く解する広義発行説がある。手形の流通証券としての性質に鑑みて、署名者がその意思に基づいて流通におかれる可能性を予期して他人に交付するためにその手形の所持を手放した時に、手形行為の効力が発生すると説く。すなわち手形行為を不特定多数の人に対する単独行為として把握し、したがって意思表示に関して到達主義<sup>(民法九七条)</sup>をとらないのであり、また特定の相手方に到達する必要はないとする。これによれば署名者が手形を受取人以外の者に交付して手形が流通におかれたような場合にも、それによって振出行為は完成しているので、その者から手形を善意取得した第三者は保護されることとなる。<sup>(6)</sup> なお引受については、引受の記載と署名、および所持人または単なる占有者へ手形を反還するために任意に手形を手放すことによって成立すると説く。<sup>(7)</sup>

次に完成した手形が署名者の意思に基づかないで流通に置かれた場合の解決方法について、伊沢説によると手形行為はかかる場合に理論上は成立していないが、署名者の署名によって手形債務が成立したかの如き外觀作成に原因を与え、他方においてかかる外觀を信頼して手形を取得した者があれば、手形の流通保護の要請の結果として、署名者は手形行為の成立しないことを主張し得ないとして権利外觀説を採用した。<sup>(8)</sup>

石井説によると手形の作成後交付前に盗難遺失等により、作成者の意に反して手形が流通におかれた場合には特別の規定はなく、振出が完了していないから、振出人は原則として手形責任を負担すべきではない。しかし善意の第三

取得者に対しては、第三者においてなんら責むべき事由もなく、また振出人は手形を作成し署名して振出行為の一段階を終えているのだから、手形流通保護の要請にもとづく外觀主義の精神から振出人の担保責任を認むべきであると<sup>(9)</sup>している。

田中(誠)説によれば広義の発行説により、手形振出人がその意思に基づいて手形の占有を手放した時に手形行為は成立し、その手形が相手方に到達しない以前に相手方は手形上の権利を取得するので、例えば郵送中の手形が盗難または紛失した場合のように、その手形が直接の相手方に到達しないで流通におかれて第三者によって善意取得された場合には、この善意の占有者が手形上の権利を取得する<sup>(10)</sup>。しかしながら、占有離脱以前における手形の盗難・紛失の場合には、善意の第三取得者を保護するためには創造説をとらない限りにおいて、善意取得を理由とすることは困難であり、やはり権利外觀説によらざるを得ないこととなる<sup>(11)</sup>。

発行説のうち広義発行説は、創造説のところでのべたような不自然かつ不合理なところがなく、取引を保護し、当事者の意思に合致していて妥当であるとされ、一応我国の有力多数説であるといわれている<sup>(12)</sup>。

ドイツにおいても発行説は創造説と契約説の中間的な学説として少数説にとどまっている。すなわち創造説において、振出に際して証券が振出人の意思に反して流通におかれたような場合に、振出人としては、拘束される意思がなかったと解せられるにもかかわらず、その署名によって直ちに有効に拘束されることとなる真の理由を見出すことができないとの批判があり、そこで発行説においては、振出は責任要件の一部に過ぎなく、義務負担の意思を有効ならしめるためには振出以外に振出人の意思にもとづく流通化を必要とすると説く。そして振出人のこの意思に責任発生<sup>(13)</sup>の根拠を認めるのである。

しかしながら義務は原則として契約によって発生することはドイツ民法三〇五条の規定する通りであり、有価証券上の義務の発生についてこの原則からそれる理由はなく、署名のある証券の交付に契約の明らかな表現を認めるべき

であるとの批判がある。<sup>(14)</sup>さらに、日本とは法的規整の事情が異なるが、単独行為としての性質が不利な結果を生む場合があり、例えば未成年者による振出はドイツ民法一一一条によって不治的に無効である等の批判があることは、創造説のところでも述べた通りである。

以上考察したところからふたたび我国の発行説についてのべると、手形行為の成立について、手形の作成署名の後、手形行為者の意思に基づいて手形が流通におかれた時に手形行為が成立するとの広義発行説は、手形の運用の實際に合っており、しかも交付欠缺の場合の善意の第三取得者については、権利外觀説による補完を認めているので、取引にそつたその保護も可能である。この説は日本の諸学説によって承認されるのみならず、判例でも直接間接に発行説によっていると見得る場合が多く、我国に一応定着している理論であると思うのである。

- (1) 岡野、日本手形法九三、九四頁。
- (2) 水口、手形法論一六〇頁下。
- (3) 伊沢、手形法小切手法一〇五頁。
- (4) 伊沢、前掲一一五、一一六頁。
- (5) 石井、商法下二〇六、二〇七頁。
- (6) 田中(誠)、手形法小切手法詳論上八四―八七頁。木内、手形法小切手法第二版五一頁。小山、蓮井酒卷志村編講義手形法小切手法五八、五九頁。小橋、新版手形法小切手法講義四〇頁。
- (7) 田中(誠)、前掲下七三八頁。
- (8) 伊沢、前掲一一六頁。
- (9) 石井、前掲二〇八頁。
- (10) 田中(誠)、前掲八六、八七頁。
- (11) 田中(誠)、前掲四二八頁。

(12) 田中(誠)、前掲八七頁。菅原、手形法小切手法入門三一頁。

(13) Hueck, Recht der Wertpapiere 10 Aufl., 1967, S. 45; Meyer-Cording, Wertpapierrecht, 1980, S. 43.

(14) Baumbach/Hefermehl, Wechselgesetz und Scheckgesetz, 15 Aufl., 1985, S. 15.

#### 四 権利外観説

手形行為者による書面行為は完了したが、その意思にもとづく手形の相手方への交付または手放しの無い間にその手形が流通におかれて第三者によって取得された場合に、手形行為が完了していないので、善意の第三取得者が手形上の権利を取得できないこととなると、手形取引上不首尾、不当な結果となる。このような第三取得者を保護する理論が種々行われてきた。

契約説においては、権利外観説によって第三者の保護を図ろうとする見解が一般的であり、その他善意取得の理論によってその保護を図ろうとするものもあるが少数説である。創造説においては、署名による責任を認めるとか、あるいは善意取得の理論によって第三者の保護を図ろうとする有力な見解もあり、外観主義の精神により署名者は責任を負担するとの見解もある。発行説においては一般に権利外観説による補完を図っている。とくに広義発行説は、手形行為者の意思に基づいて流通におかれた手形の善意取得者の権利の保護を図ることに役立っているが、なお署名後手形行為者の意思によって流通におかれる以前における盗難紛失の場合には、権利外観説によらなければ善意の第三者の保護を図ることができないのである。

小島説によれば、契約説を基礎として権利外観説でこれを補完しようとする。まず手形上の効力発生のためには証券の作成とその交付契約が必要であるが、その交付契約が無効の場合にも振出人は手形に表彰された権利が有効に発

生したという權利外觀を、手形を作成することによって歸責的に惹起したのであり、他方においてそのために被裏書人はかかる權利外觀を信賴したのである。したがって善意の被裏書人の利益と振出人の利益を衡量すると、被裏書人は保護すべきこととなる。そしてこれによって契約説の不都合な結果が回避されて、手形の流通が高められるとする。<sup>(1)</sup>

そして權利外觀理論は決して特殊な理論ではなく、むしろ契約一般に共通の理論であり、民法および商法を一瞥しても、表見代理、即時取得、債權の準占有等々、ならびに登記の効力<sup>(商法二條一)</sup>、名板貸の責任<sup>(商法三條二)</sup>、表見支配人<sup>(商法四條二)</sup>、表見代表取締役<sup>(商法六二條二)</sup>等々の制度は契約法上のものであつてしかも權利外觀説を基礎としており、手形法もまた企業法の一部として權利外觀説によって補完されることに意義を有するのであり、外觀信賴を保護することは手形取引上も十分認められるべきであるとの見解は多い。<sup>(2)</sup>

權利外觀理論は手形行為が有効に成立しない場合、すなわち交付行為に欠缺がある場合のみを補完し、つまり善意の第三者の權利を保護すべき場合にのみその効力を發揮するものであり、かつ原則的には契約説に立っている。<sup>(3)</sup>

署名者に対する歸責事由の限界については、偽造や絶対的強制による作成の場合には、惹起された權利外觀について責任能力を欠くので、本人は手形作成者としての責任を負担しない。<sup>(4)</sup>

取得者の側の主観的要件として、權利外觀説の具体的ならわれと見うる手形法一六條二項とか、一〇條の規定に準拠して、またはその類推適用により、取得者は善意でかつ重大な過失のないことを要するものと解されている。<sup>(5)</sup>

広義発行説も交付欠缺の場合に權利外觀説によって補完するが、その要件は契約説と同様である。即ち、(一)手形上の責任を負担する本人の意思によって手形が作成されたことを要し、偽造や絶対的強制による場合には責任を負担しない。(二)手形の取得者は善意で重過失がないことを要する。なお悪意または重過失の準証責任は手形の署名者が負担するものと解する。<sup>(6)</sup>

ドイツにおいては、有効な交付契約が欠缺する場合に權利の発生を説明することが出来なく、創造説をとる場合に

も、創造行為したがつて証券の振出が欠缺することとなる場合には同様に権利発生を説明できないことが認められている。このような場合に手形の善意の取得者を保護せずにおくことは、ひいては有価証券の取得が、たえられない危険を負担することとなり法的に妥当を欠く結果となる。何となれば手形の取得者は一般に証券化された権利が真実存在するか否かを知ってはなく、また検査することすら出来ないからである。かくては証券の流通が妨げられる。それゆえに取引保護の精神が解決の展開を強くとりなすこととなる。この目的にそうのが権利外観説である。<sup>(7)</sup>

権利外観説による責任の法的基礎は、それゆえ流通可能な有価証券の振出によって作出された信託事実にあるのであり、振出人が義務負担の意思を有したことや責任を負担して行為したことでない。そしてそれに帰責要因が加わらなければならない。振出人はその署名によって、善意の第三者が信託するに十分な表明された事実を作出しているとの考えに基づいている。それゆえに権利外観原理と責任原理に基づいているのである。すなわち署名された証券は、それが欠陥なく発生したとの権利外観に根拠を与え、しかも振出人はその権利外観を有責の方法で引起したので、それに対して責任を負担しなければならないこととなる。権利外観説はかくしてその根底にある正義の視点を明らかに構成することができるのであり、さらに取引保護の重要な方法であり、このことは善意取得や表見代理の場合と同様である。<sup>(8)</sup>

その結果権利外観説は創造説とは違って、法律行為的取得者のみ保護されるので手形の拾得者は保護されなく、善意信託者のみ保護され、悪意者は保護されないこととなる。振出行為が例えば重要な錯誤または強迫の如き瑕疵の影響を受けた場合にも、創造説とは違って、権利外観説は信託事実の作出、実際上の行動から演繹するために、法律行為の諸規定、特に意思表示に関するドイツ民法一一六条以下は原則として適用することはない。<sup>(9)</sup>

契約説は権利外観説を早くより認めたが、創造説はすでにのべた通り権利外観説とは対立するものと考えられた。しかしながら創造説等も権利外観説による補完を認めるにいたり、今日では権利外観説はこれらの説のために必要な

補充をすることが認められている。<sup>(10)</sup>

権利外観説による保護は原則として瑕疵が以前の行為に関する場合のみであり、これに反して関係当事者そのものの間に締結され、その法律関係から発生している場合の直接の抗弁については善意信頼の保護はない。<sup>(11)</sup>

債務者が責任を負担する場合の権利外観は、証券にこそあるものであり、交付契約にあるのではないから、交付の欠缺は権利外観責任を妨げない。交付の単なる欠缺は注目すべきことではなく、その際の交付の外観は交付そのものの代りとなるように処理されなければならない。<sup>(12)</sup> 証券喪失の場合も、権利外観責任によって克服されることは、ドイツ民法七九四条から、また手形法一六条二項等の場合の法思考から認められるが、それは権利外観の帰責的創造は、すでに証券の振出の際に認めうることであって、証券が流通する場合に初めて認められるのではないからである。<sup>(13)</sup>

ドイツ民法一一六条以下の意思表示の規定の適用は、振出の瑕疵の場合には、原則として適当でない。何となれば流通証券の法においては取引保護の必要のために、瑕疵の出来るだけ大幅な制限が必要であるからである。<sup>(14)</sup> しかしながら振出のどの瑕疵も考慮しなくてよいというのではなくて、帰責除外理由はもっと考慮されるべきである。何となれば権利外観原則は帰責思考と結びついて適用できるからである。一般的に絶対力、無権代理、偽造、行為能力の欠缺および制限の諸場合においては原則として権利外観責任における帰責性は除外されるものと解されている。<sup>(15)</sup>

ひるがえって我国の権利外観説について考えると、手形に署名したがまだ交付しないうちに手形行為者の意に反して流通におかれた場合、すなわち交付欠缺の場合に、善意でその手形を取得した第三者を何らかの方法で保護する必要があることは勿論のことであるが、手形法の場合に明確に適用すべき実定法はないというのが一般の見解である。ところで権利外観を信頼した第三者を保護する規定は、例えば民法一九二条等々、商法二三条等々、民法商法を通じてその現れと見うる規定は非常に多くあり、さらに手形法においても一〇条、一六条二項、一七条、四〇条三項等々、権利外観法理の現れと見うる規定が各所に見られる。かくのごとく権利外観法理はとくに手形法の理念に深く根ざし



たものと考えられる。さらに適用すべき明文の規定のない場合に、相対立する権利主体間の利益を調整することはかなり困難なことであるかも知れないが、権利外観説は深い省察の下で一定の理論的規準に基づいて、かような善意の第三取得者の保護を図ろうとするものであり、ひいては手形の流通力が確保されることに意義を有すると思うのである。

- (1) 小島、新手形法小切手法読本八一、八二頁。田辺(光)、最新手形法小切手法七六、七七頁。
- (2) 小島、前掲八一、八二頁。木内、手形法小切手法第二版五六、二二五頁。伊沢、手形法小切手法一〇六頁。
- (3) 今井、手形法小切手法講座一一六頁。田中(誠)、手形法小切手法詳論上八四頁。小橋、新版手形法小切手法講義三九頁。
- (4) 田中(誠)、前掲四二八頁。木内、前掲六五頁。
- (5) 今井、前掲一二二、一二三頁。木内、前掲六六頁。田辺(光)、前掲六九頁。菅原、手形法小切手法入門三二頁。
- (6) 田中(誠)、前掲四二八、四二九頁。今井、前掲一二三頁。
- (7) Hueck/Canaris, Recht der Wertpapiere 12 Aufl., 1986, S. 33 以下<sup>16</sup>。
- (8) Hueck/Canaris, a. a. O., S. 33 以下<sup>16</sup>。な<sup>17</sup> Baumbach/Hefermehl, Wechselgesetz und Scheckgesetz, 15 Aufl., 1985, S. 16.
- (9) Hueck/Canaris, a. a. O., S. 33f 以下<sup>16</sup>。
- (10) Hueck/Canaris, a. a. O., S. 34.
- (11) Hueck/Canaris, a. a. O., S. 34f 以下<sup>16</sup>。
- (12) B. Rehfeldt, Wertpapierrecht, 8 Aufl., 1966, S. 17.
- (13) Hueck/Canaris, a. a. O., S. 35.
- (14) Hueck/Canaris, a. a. O., S. 35; B. Rehfeldt, a. a. O., S. 18.
- (15) Hueck/Canaris, a. a. O., S. 35 以下<sup>16</sup>。Baumbach/Hefermehl, a. a. O., S. 17. 木内、前掲六五頁。

## 五 結びにかえて

手形法理論について契約説をとる場合に、すでにのべたごとく権利外観法理による補完は、当然これを認めることができる、しかもそうすることが最も合理的であると思うのである。何となれば権利外観法理は契約説に最もよく連接するからである。かくして契約説はまた、債権発生を契約で説明しようとする契約的思考と一致する。なお広義発行説をとる場合にも同様の補完をなすべきことは、判例や有力多数説の認める通りである。契約説または広義発行説を権利外観説によって補完することが必要であると思うのである。<sup>(1)</sup>内外の手形理論に関する諸見解およびその実際上の問題の解決について考察し、併せて試論としてとくに我国における手形理論のあり方について、若干の所見をのべた次第である。（平成元年三月二〇日稿）

（1） 木内、手形法小切手法第二版五六頁。菅原、手形法小切手法入門三一頁。小山、蓮井酒巻志村編講義手形法小切手法六〇頁。