

商法教授方法に関する研究手帖 (16)

浅 木 慎 一

第1帖「商」の概念

- 第1章 商法の意義
- 第2章 商法の法源 (以上、金沢法学 51 巻 1 号)
- 第3章 商人の概念
- 第4章 会社の概念 (以上、金沢法学 51 巻 2 号)
- 第5章 株式の概念

第2帖「商」への参入

- 第1章 企業形態の選択
- 第2章 企業の立上げ 総論 (以上、金沢法学 52 巻 1 号)
- 第3章 株式会社の設立 (以上、金沢法学 52 巻 2 号)
- 第4章 持分会社の設立
- 第5章 企業施設の整備
- 第6章 企業情報の公示

第3帖「商」の管理・運営

- 第1章 会社を除く商人の営業の管理・運営 (以上、名城法学 60 巻 1 ~ 4 号)
- 第2章 株式会社による株式・株主の管理 (以上、名城法学 61 巻 1 号)
- 第3章 会社の機関 総説
- 第4章 株主総会および株主による会社運営の監視
(以上、名城法学 61 巻 2 ~ 4 号)
- 第5章 株式会社 (委員会設置会社を除く) の業務執行およびその自浄化の体制
(以上、名城法学 62 巻 1 号)
- 第6章 株式会社 (委員会設置会社を除く) の社内監査の体制
- 第7章 株式会社の計算数値の正確性を期する体制 (以上、名城法学 62 巻 2 号)
- 第8章 委員会設置会社の体制

研究ノート

第9章 株式会社の計算

第10章 持分会社・外国会社の管理・運営（以上、名城法学 62 巻 3 号）

第4帖「商」の取引・上の巻～商行為編

第1章 商行為法総論

第2章 商事売買の規整

第3章 交互計算という決済制度

第4章 物の流れ・人の流れ

第5章 場屋営業者の責任（以上、名城法学 62 巻 4 号）

第4帖「商」の取引・下の巻～有価証券編

第1章 有価証券序論

第2章 商行為編各論および会社法上の有価証券（以上、名城法学 63 巻 1 号）

第3章 手形法序説

1. 欧州における手形発生史

1 - 1. 塙浩によるドウ・ローフェル説の紹介

1 - 2. 前提知識

1 - 3. 第1期

1 - 3 - 1. 3当事者が登場する為替契約

1 - 3 - 2. 為替相場中への利息の隠蔽

1 - 3 - 3. 4当事者が登場する為替契約

1 - 3 - 4. 支払命令状の登場

1 - 4. 第2期（中世為替手形の時代）

1 - 5. 第3期（裏書の発見）

1 - 5 - 1. 流通化への抵抗

1 - 5 - 1 - 1. 証券流通の環境

1 - 5 - 1 - 2. 商人および銀行業者の抵抗

1 - 5 - 1 - 3. 法律家の抵抗

1 - 5 - 2. 債務証券の流通証券化

1 - 5 - 3. 持参人払式借用証の為替手形への応用

1 - 5 - 4. 裏書の起源

1 - 6. 為替手形と為替契約との断絶

1 - 7. 付言

2. 手形・小切手の概要および機能

2 - 1. 広義の手形

- 2 - 2 . わが国の手形・小切手法制
 - 2 - 2 - 1 . 為替手形約束手形条例
 - 2 - 2 - 2 . 旧商法
 - 2 - 2 - 3 . 商法手形編
 - 2 - 2 - 4 . 現行手形法および小切手法
 - 2 - 2 - 5 . 小括
 - 2 - 3 . 手形・小切手の経済的機能
 - 2 - 3 - 1 . 信用創造機能 (約束手形・為替手形)
 - 2 - 3 - 2 . 送金的手段たる機能 (為替手形)
 - 2 - 3 - 3 . 取立手段たる機能 (為替手形)
 - 2 - 3 - 4 . 支払手段たる機能 (小切手)
 - 2 - 4 . 有価証券としての手形の特色
- 第4章 手形行為および手形理論
- 1 . 手形行為
 - 1 - 1 . 手形行為の意義
 - 1 - 2 . 手形行為論の展開
 - 1 - 3 . 手形行為の特質
 - 1 - 3 - 1 . 書面行為
 - 1 - 3 - 2 . 要式行為
 - 1 - 3 - 3 . 無因性
 - 1 - 3 - 4 . 文言性
 - 1 - 3 - 5 . 独立性 (手形行為独立の原則)
 - 1 - 3 - 5 - 1 . 意義
 - 1 - 3 - 5 - 2 . 理論的根拠
 - 1 - 3 - 5 - 3 . 裏書と手形行為独立の原則
 - 1 - 3 - 5 - 4 . 悪意の手形取得者と手形行為独立の原則
 - 1 - 3 - 5 - 5 . 補遺
 - 1 - 3 - 6 . 商行為性
 - 1 - 4 . 手形行為の解釈
 - 2 . 手形理論
 - 2 - 1 . 緒言
 - 2 - 2 . わが国における手形理論の概観
 - 2 - 3 . わが国における手形理論の展開

研究ノート

- 2 - 3 - 1. 大正期まで
- 2 - 3 - 2. 昭和期以降
 - 2 - 3 - 2 - 1. 田中耕太郎説の登場
 - 2 - 3 - 2 - 2. 権利外觀説の登場
 - 2 - 3 - 2 - 3. 権利外觀説の定着 (伊澤孝平説)
 - 2 - 3 - 2 - 4. 発行説の系譜 (田中誠二説)
 - 2 - 3 - 2 - 5. 二段階行為論 (鈴木竹雄創造説) の登場
 - 2 - 3 - 2 - 6. 鈴木説の後継者達 (権利移転有因論)
 - 2 - 3 - 2 - 7. その他の有力説
- 2 - 4. 手形理論関連判例
- 2 - 5. 考究
- 3. 手形行為への民法の諸規定の適用 能力および意思表示の瑕疵について
 - 3 - 1. 手形能力
 - 3 - 1 - 1. 意義
 - 3 - 1 - 2. 手形権利能力
 - 3 - 1 - 2 - 1. 自然人
 - 3 - 1 - 2 - 2. 法人
 - 3 - 1 - 2 - 3. 組合等
 - 3 - 1 - 3. 手形行為能力
 - 3 - 1 - 3 - 1. 意思能力を欠く者
 - 3 - 1 - 3 - 2. 未成年者
 - 3 - 1 - 3 - 3. 成年被後見人
 - 3 - 1 - 3 - 4. 被保佐人
 - 3 - 1 - 3 - 5. 被補助人
 - 3 - 1 - 3 - 6. 取消しの相手方等
 - 3 - 2. 意思表示の瑕疵
 - 3 - 2 - 1. 考究の意義
 - 3 - 2 - 2. 民法適用肯定説
 - 3 - 2 - 3. 民法修正適用説
 - 3 - 2 - 4. 民法適用否定説
 - 3 - 2 - 5. 判例
 - 3 - 2 - 6. 管見

第3章 手形法序説

1. 欧州における手形発生史

1-1. 埴浩によるドゥ・ローフェル説の紹介

手形法を記述するにあたっては、その対象たる手形の発生史から始めた。そうするのが、この分野の理解を早めることに繋がると思うからである。

手形制度に関しては、わが国においても独自にこれと類似の制度の萌芽を見たが¹、現在流通している手形は、これを規整する手形法と同様、わが国で発達した原初的な制度とは、その系譜上断絶している。

すでに述べたように（第1帖第1章1-4-4）、わが商法は、制定の当初、その第4編に手形編を設けたが、その後、1930年（昭和5年）および1931年（昭和6年）のいわゆるジュネーブ統一手形法小切手法条約に準拠して、単行法としての手形法・小切手法を制定するに至った。結局、これらの規整の対象となる手形制度の源泉は、中世欧州の為替取引に遡らなければならないのである。

周知のように、欧州における手形制度発生史の研究は、18世紀に始まるといわれるが、決定的にこれを解明した成果は、現在に至るまで現われていないといわれている。ところが、ここに1編の論稿がある。すなわち、埴浩（1925～2002）が昭和58年（1983年）に有斐閣から出版された『野田良之先生古稀記念・東西法文化の比較と交流』の中に寄せた、「為替手形史に関する一説——R・ドゥ・ローフェル説の紹介——」と題する論稿である²。表題が示すとおり、中世欧州経済史研究の泰斗であったレ

1 興味深く読める書物として、谷啓輔『小切手・手形の話』（日本評論社・1979年）を挙げる事ができる。随所に、わが国独自の制度の平易な解説が付されている。

2 この論稿は、『埴浩著作集：西洋法史研究7 ヨーロッパ商法史』（信山社・1992年）621頁以下に所収されている。以下、引用はこの著作集による。

イモンド・ドゥ・ローフェル (Raymond de Roover, 1904~1972) の学説を、法的側面に重点を置いて、解題のうえ叙述したものである。この学説は、1953年(昭和28年)に公表されたものであるが(この点では、少々古いものである)、埒によって、「殆ど近代に到るまでの為替(手形)の変遷を(副次的には、他種の信用証券の変遷をも)諸側面から従来見られない程鮮かに解明している...(本書に比肩するものが以後にあることを私は知らない)³」との評価が付されている。わが国の商法研究者は、川村正幸(1945~)がこの説に着目している⁴が目立つ程度であって、これにあまり関心を示さないようであるが、この説は、埒の評価するとおり、手形制度の発生史に関し、過去のいずれの説よりも、説得性に富むものであると思われる。以下、この説の概要を追ってみよう。

なお付言すれば、今日の我々が、わが商法の母国たる欧州における商法上の諸制度のルーツ (roots) を日本語で読むことができるという利益を享受できるのは、的確な資料を発掘してこれを精力的に紹介した埒浩の膨大な業績に負うところが大きい。

1 - 2. 前提知識

『旧約聖書 (OLD TESTAMENT)』の「申命記 (Deuteronomy)」24 20 に、以下の文言が記されている。すなわち、「同胞には利子を付けて貸してはならない。銀の利子も、食物の利子も、その他利子が付くいかなるものの利子も付けてはならない (財団法人日本聖書協会『聖書』より引用)。」中世の欧州教会法 (ius ecclesiasticum, Canon law) が、利息付消費貸借を禁じた根拠を遡れば、ここに帰着する。これ程までに、利息付消費貸借の禁止は、教会法にとって重いものであった。

これをふまえ、埒浩の論稿の次の1節を読みたい。「為替取引は実は、仮面に掩われているとはいえ、一種の利息付消費貸借なのであるが、これ

3 同前 624 頁。

4 川村正幸『手形・小切手法(第3版)』(新世社・2005年)22頁。

は利息禁止のカノン準則に反するものであるために、この関係につき一言しておく。教会法上、利貸契約、即ち、有償の消費貸借契約は、総て禁止される。契約が秘密か公然か、契約中で利息が陰蔽されているか明白であるのかを問わない。しかし、神学および教会法の「博士衆」は、為替契約の本質を見抜きえず、或は貨幣交換（即ち、両替）と或は売買と或はローマ法に未知の特別種の合意と見ており、結局、「現実の、善意での、一地域から他地への為替契約」は抑々消費貸借契約ではない（「為替は消費貸借にあらず」。但し、擬制の為替は別である）との共通した見解を採って、それを正当視し、このため、銀行業者に対する非難を別段投じていない⁵。」

金銭消費貸借が無利息であれば、そもそも商人による投資（投機）行動あるいは金融業が成り立ちえないこと、明白であろう。上の文章から、為替取引は、元来が、付利を禁じた教会法の脱法行為として生じたものであることが示唆されていることが理解できよう。

なお、わが民法 587 条が消費貸借契約を要物契約としているのは、ローマ法以来の伝統であって、もともと無利息の消費貸借を想定しつつ、無償である以上、いったん貸すことを約束してもその後都合が悪くなったときに、訴えてまで履行を迫るのは穏当でないとされたためである⁶とされている。

為替手形がほぼ現在の姿に至るまでには、以下の 3 つの期間を経なければならなかった。第 1 期（ほぼ 1275 年ないし 1350 年で終了）は、ローマ法には知られていない新種の 1 契約すなわち為替契約の起源とその緩慢な仕上げの時期であり、公正証書が用いられている。第 2 期（1350 年ないし 16 世紀中葉）は、中世的な為替手形の時代であり、この期には、従来の公正証書に代わって、商人により彼の他地在の駐在員に宛てられる私文書たる急送商用状が現われる。そして、この書状が、為替契約の証拠書面

5 同前 626 - 627 頁。

6 内田貴『民法 〔第 3 版〕』（東京大学出版会・2011 年）249 - 250 頁参照。

であるとともに、支払命令書たる性格を持つに至る（ここから『為替』に関する書状、letter de change）= 為替手形なる語が生まれた）。第3期（16世紀末ないし18世紀）には、裏書の商慣行が普及し、為替手形は、漸次為替契約との接着性を失い、流通可能でさらにまた遂に割引可能な証券に変質したのである⁷。

1-3. 第1期

1-3-1. 3 当事者が登場する為替契約

埴浩は、ドウ・ローフェルが発掘した「為替を原因とする契約証書」として、以下の例を取り上げている。その前に、通貨単位を掲げておくと、以下のとおりである。すなわち、(ア) 1リーブル=20スー、(イ) 1スー=12ドゥニエ、である。

[例1]

1206年4月28日ジェノヴァで作成の公正証書。Aは、BおよびB から、ジェノヴァ貨幣1不明額を消費貸借でしかし為替を理由として受領した旨を認め、かつ、Aは、30プロヴァン・リーブルを、次回のプロヴァン大市の際に、BおよびB にであれ、両名中の1名にであれ、または両名中の1名の正当な使者にであれ、返済する旨を約する。[中略] また、Aは、「金銭不受領の抗弁」を放棄する旨、および、返済に際しては、BおよびB に一切の費用および損害の賠償を為す旨を約し、最後に、Aは、全財産を担保にして自身を拘束している⁸。

上の契約で着目すべきは、以下の2点である。すなわち、シャンパニユの大市 (Les grandes Foires de Champagne) で返済されるべき資本の貸付がジェノヴァ (Genova) で行われている。この貸付は、ジェノヴァ

7 以上、埴・注(2)前掲626頁参照。

8 同前630頁参照(一部改変)。

貨幣をプロヴァン貨幣に転換するという為替操作により複雑にされている⁹。ジェノヴァは、今日のイタリア地中海に面した港湾都市であり、大市が開催されるプロヴァン (Provins) は、今日のフランス北東部に位置する。

移動商人 (隊商的商業を営む者) たる A は、ジェノヴァで商品仕入れのための借入れを上記証書をもって契約し、この借入金を、プロヴァンで開催されるシャンパニユの大市における売上金をもって返済する計画を立て、大市においてその費用および利息に充てる価値の取得を見績っていたものと推測される。他方、B・B の両債権者のうち、1名はジェノヴァに留まり、他はプロヴァンの大市に赴くものと思われるが、両名ともにジェノヴァに留まる場合には、プロヴァンに信用に足る代理人があり、この者が彼らの債権の取立てと回収後のジェノヴァへの送付の義務を負っていたものと推測される。この者は、債権者から送付された上記の債務証書すなわち公正証書を所持し、提示後の弁済受領と引換えに、これを債務者に返却するのを常としたものと推測される¹⁰。

なお、上の事例は、貸付金額の特定を避けていることにも、金銭不受領の抗弁の放棄の文言とあわせて、注意を要する¹¹。

移動商人の便宜のために発生した契約とはいえ、借り入れた資本を遠隔地で返済すること、借り入れた貨幣と別の貨幣で返済すること、の2つを融合させることは、貨幣換算率の操作によって、この中に利息を隠蔽することが可能となる。このことには、誰しもが思い至るであろう。上の例では、貸付金額を特定せず、きわめて慎重に事が運ばれている。

1-3-2. 為替相場中への利息の隠蔽

利息が、為替相場の中に隠された例証として挙げられているのは、以下

9 同前参照。

10 同前 630 - 631 頁参照。

11 同前 631 頁。

の証書である。

[例 2]

1252 年 10 月 31 日付ジェノヴァで作成の公正証書。A は、B から、ジェノヴァ貨幣で 1,416 リーブル 13 スー 4 ドウニエの金額を「為替を理由として」受領した旨認め、それと等価即ち 1,000 リーブルのプロヴァン貨幣をトロアの次回の大市 [シャンパニュ諸大市のひとつ] で 12 月 3 日以前に返済する旨、また、もしそうでない場合には、ジェノヴァで翌年 2 月 2 日以前に、プロヴァン貨幣 1,000 リーブルを 1 プロヴァン・スーにつき 19 ジェノヴァ・ドウニエの率でジェノヴァ貨幣をもって返済する旨、また、上記契約違反に際しては 2 倍額賠償する旨、そして、上記契約の遵守を全財産をもって約する旨、が述べられている¹²。

上の例で、A は B からジェノヴァ・ドウニエでいくら借り入れたのかといえば、計 340,000 ドウニエである ($\{(1,416 \times 20) + 13\} \times 12 + 4$)。大市においてプロヴァン・スーでいくら返済すべきかといえば、計 20,000 スーである ($1,000 \times 20$)。よって、この両貨幣の換算率は、1 プロヴァン・スー = 17 ジェノヴァ・ドウニエである。

この証書には、トロア (Troyes) の大市のためにするジェノヴァ貨幣のプロヴァン貨幣への転換、プロヴァン貨幣のジェノヴァ貨幣への戻転換 (戻為替) という 2 つの約定が盛り込まれている。混乱を避けるため、表を作成すると、以下のようになる。

借入地・借入額

(ジェノヴァ) 340,000 ジ・ドウニエ

返済地・返済額

(トロア) 20,000 プ・スー (換算率: 1 プ・スー = 17 ジ・ドウニエ)

12 同前 633 頁参照 (一部改変)。

返済地・返済額

(ジェノヴァ) 380,000 ジ・ドゥニエ (換算率: 1 プ・スー = 19 ジ・ドゥニエ)

Aが借り入れたのは、あくまで 20,000 プロヴァン・スーに相当する額であり、返済するのも 20,000 プロヴァン・スーに相当する額である。しかし、上の表から分かるように、債権者Bから観れば、元の 17 ジェノヴァ・ドゥニエが転換と戻転換の操作を受けて 19 ジェノヴァ・ドゥニエとなるから、1 プロヴァン・スーにつき、2 ジェノヴァ・ドゥニエ分の為替差益を利得できることになっている。

借入時の正規相場、今日の外国為替相場でいうところの仲値は、おそらく、1 プロヴァン・スー = 18 ジェノヴァ・ドゥニエであったろう。そうすると、 の換算率は、あらかじめ 1 プロヴァン・スーにつき 1 ジェノヴァ・ドゥニエ分の利息が天引きされていたことになる。また、 の換算率は、1 プロヴァン・スーにつき 1 ジェノヴァ・ドゥニエ分の利息が上乘せされていたことになる。見方を変えると、 と の操作を通じて、Bは、Aに 340,000 ジェノヴァ・ドゥニエを支払って、Aから 20,000 プロヴァン・スーを買い、その 20,000 プロヴァン・スーをAに支払って、Aから 380,000 ジェノヴァ・ドゥニエを買ったことになる。つまり、債権者Bにとって、1 プロヴァン・スー = 17 ジェノヴァ・ドゥニエというのは、今日の外国為替でいえば、買相場 (Buying Rate) に相当し、1 プロヴァン・スー = 19 ジェノヴァ・ドゥニエというのは、同じく、売相場 (Selling Rate) に相当するものである。よって、たとえトロアで 20,000 プロヴァン・スーの返済を受けたとしても、売相場によってこれを売却すれば、Bは、1 プロヴァン・スーにつき 2 ジェノヴァ・ドゥニエ分の為替差益を得ることは、ジェノヴァで返済を受けるときと同様である。

[例 2] の解説は、埒の論稿ひいてはドウ・ローフェルの考証を相当逸脱するものであるが、今日の外国為替取引を勘案して観察すれば、上で述べた不佞の解説のほうが、より適切であろうと考える。

ともかく、利息を為替相場の中に隠す「からくり」は、以上のとおりである。

1 - 3 - 3. 4 当事者が登場する為替契約

為替を原因とする契約証書に戻ろう。

上述の [例 1] では、債権者の側にのみ、代理人たる受取人が登場している。しかし、やがて、債務者の側にも、支払いのための代理人を他地に設ける例が現われるに至る。すなわち、[例 1] の頃以降、公正証書中に、頻りに次のような方式文句が現われ始める。「吾は、吾によりまたは吾の使者により、汝へまたは汝の正当なる使者へ、返済することを約す¹³。」

このような証書は、まさに為替手形の原型であるが、まだ、[吾の使者に対する] 支払命令文句（支払指図文言）をともなう債務諾認証書の形態を採るに至っていないから、為替手形とはいえない¹⁴。そこに記された文句は、債務者の受任者による支払い、および、債権者の受任者による受取り、がともに有効である旨のそれにすぎない。

為替契約の債権者・債務者の双方に他地に代理人を設ける傾向は、シャンパニュ諸大市が 13 世紀末葉から衰退しはじめ（1325 年に衰退完了）、移動商人（隊商的商業）が「一地滞在的」商人となるにともない、加速する。すなわち、商人は、移動することなく、欧州主要都市にその代理をする常設的駐在員（支店または代理店）を置き、自身の帳場（本店）から諸業務を指揮するようになる。その結果、相互連絡のための急送商用状の使用頻度が増大することとなった¹⁵。

1 - 3 - 4. 支払命令状の登場

上の時期に達すると、為替証書に関連して、これとは別に、債務者が直接

13 同前 631 頁。

14 同前参照。

15 以上、同前 634 - 635 頁参照。

に代理人に宛てて送付する支払命令を記した急送商用状の需要が増大したものと推測される。この傾向は、13世紀中葉から確たる姿で現われ始める¹⁶。

[例3]

1259年に1個の為替契約に関し、ジェノヴァで同一日付で同一公証人により2つの異種の公正証書が作成される。1通は、債権者に渡される前例の形式での債務認諾証書すなわち為替契約証書である。他は、同一債務者が、直接にシャンパニュ在の彼の駐在員に対し、ランディの大市で当該等価金額をある方法で債権者側に支払うべき旨の命令状である¹⁷。

上の例でわかるように、支払命令状は、為替契約の公正証書とは、個別の公正証書によって作成されている。

上の公正証書をもってする支払命令状は、やがて私文書たる信書に取って代わられる。

[例4]

1330年にジェノヴァで作成された債務認諾の公正証書には、これの紛失を恐れて同状を支払地たるプリュージュには送付しない約款が挿入されており、これはジェノヴァ在の債権者Bの手許に留め置かれる。他方、これとは別に、債務者Aからプリュージュ在のAの代理人Dに宛てて直接送付された通知書が存し、これには、上述の旨、および、Bのプリュージュ在の駐在員Cへの支払いを、Cの受領証と引換えになすべき旨、ならびに、Bをして原本公正証書を破棄せしめるため、支払済みたることをジェノヴァのAへ通知すべき旨の諸指示が記載されている¹⁸。

16 同前 635 頁参照。

17 同前参照（一部改変）。

18 同前参照（一部改変）。

〔例4〕の支払命令状は、為替手形の機能に似ているが、同状とは別に為替契約の公正証書が存するのみならず、その支払命令状は、債権者Aおよびその他地代理人を迂回せずに、直接振出人から支払人に送付された通知状にすぎないために、「為替を原因とする契約証書」から「為替手形」の誕生という歴史を結合させる鎖の最後の環が、まだ欠けていることになる¹⁹。この最後の環が入るためには、結果としては、一方、上述の為替契約の公正証書の私文書化、他方、私文書化されたこの証書への支払命令状の「添付」ないしは、さらに両者の「融合」という変身が残されていることになる²⁰。

1 - 4. 第2期（中世的為替手形の時代）

14、15世紀にあつては、為替契約証書と支払命令状は、すでに1個の私文書に融合している（第1期と第2期を連結する資料はまだ明確でないとされているが²¹）。この証券は、支払命令書であるとともに、為替契約の確認と履行のための借用書とを兼ねるものである。そして、為替契約とは、貸与者（債権者）が一金額を借用者（債務者＝振出人）に供与し、かつ、これが一定日に返済されるべき旨の（信用機能）、しかし、他地において他種の正貨をもって支払われるべき旨の（両替機能）契約書を、債務者から受領するとの結果を生ぜしめるひとつの合意であるとされる²²。それゆえ、この契約は、信用機能・両替機能に加えて、資金移転の効果をも帯有する。加えて、為替契約にはすべて資金の貸付と返済という2度の支払いをとともうが、この時期においては、原則として、4当事者（債権者・債務者（振出人）・支払人・受取人）が頭名をもって登場することが要求されている。前2者は、契約の締結に、後2者は、契約の履行に係る²³。

19 同前 635 - 636 頁。

20 同前 636 頁。

21 同前参照。

22 同前 637 頁。

23 同前参照。

上の典型例として、ドゥ・ローフェルが発掘した資料を、埒は、以下のようで紹介している。Aが債務者（振出人）、Bが債権者、Cが受取人（提示者）、Dが支払人である。A・Bはブルージュ (Bruges) 在住、C・Dは、バルセロナ (Barcelona) 在住である。下は、Bから資金の貸与を受けたAが、Dに宛て、Cに支払いをなすよう指図する書面である。

[例 5]

神の御名において。1399年12月18日。C会社へ、本第1手形と引換えに、定期に、バルセロナ貨幣472リーヴル10スーを、即ち、1エキユにつき10スー6ドゥニエの率にて900エキユの金額に相当する、B会社によりて今支払われたる472リーヴル10スーを、支払われ度し。上宜敷く支払われ度く、しかして、吾の勘定に記入せられ度し。神が貴殿を加護し給わむことを。

A

ブルージュより挨拶を送る。

1400年1月12日引受済 [上と異なる筆蹟]

バルセロナ在D会社殿

第1手形²⁴

上記証券に「定期に」とあるが、当時、ブルージュとバルセロナとの間の手形の満期は、一覽後30日払いであって、(Dによる)引受けが1400年1月12日になされているから、同年2月11日に満期になるとの意である。この証券は、この日にDからCに支払われたものである²⁵。この証券は、A B C Dと移転した。

[例 5] の証券から分かるように、「B会社によりて今支払われたる金額」と、中世的為替手形には、金額受領済みの旨が一定の方式文句で明記されるが、この債務認諾は、黙示的に返済約束を含む。この債務認諾文句が契

24 同前 637 - 638 頁。

25 同前 638 頁。

約不履行時に、Aに対する償還請求をBに認める法的根拠となるが、中世には、この権はBにのみ帰属し、まだ独立の債権者ではない受取人には帰属していない²⁶。

結果的に、教会法の博士衆は、為替相場の変動を統べる諸要因を分析する能力を欠いていたがゆえに、為替市場での正当価格を外れる取引または人為的な相場操作を仮借なく非難はしたが、相場自体の中に隠された利息の存在を見破りえなかったのであった²⁷。

1 - 5. 第3期（裏書の発見）

上の過程を経て出現した中世的為替手形は、まだまったく流通性を得るに至っていない。しかし、商人は、やがて裏書という新しい手段を発見し、これによって、それを流通証券へと仕立て上げる。しかし、裏書の起源は、為替手形史上、最も不明瞭で争いの多い問題である²⁸。

1 - 5 - 1. 流通化への抵抗

1 - 5 - 1 - 1. 証券流通の環境

ドゥ・ローフェルは、証券が流通可能であるためには、以下の3要件を必要とすると説いている。すなわち、当該金額の取立権が、当該書面の表面脚部または裏面に記載された単なる指図（裏書）により簡易に譲渡されうること、したがってまた、為替契約の債権者はもはや支払人に対し支払いの停止ないし撤回をなしえないこと（これは中世には可能であった）、

この裏書が、譲受人に、譲渡人や振出人を含む署名者全員に対する遡求権を付与すること（合同担保責任）、債務者が最初の債権者に対して申し立てうる抗弁は、爾後の善意の所持人に対しては申立不能であること（人的抗弁の制限）、である。そして、これらの前提として、一般には、支

26 同前 639 頁。

27 同前参照。

28 同前 642 頁。

払人も受取人も、もはやそれぞれ債務者および債権者の駐在員ではなく、独立の債務者および債権者であるということが存在する²⁹。これらの指摘は、今日的観点からも、首肯しうるに足るであろう。

1-5-1-2. 商人および銀行業者の抵抗

中世的為替手形に馴染んだ商人にとっては、来たるべき流通証券化について、以下のような点で反発を感じるものであったと、ドウ・ローフェルは纏めている。このような商人達は、次のような意識をなかなか払拭できなかったのである。為替手形は為替契約の履行のための手段にすぎないのであって、契約の当事者はあくまでも振出人（債務者）と出資者（債権者）であり、支払人と受取人とは執行上の代行者に他ならない。したがって、振出人に対する償還請求権を持つのは、当然に契約当事者たる出資者であり、受取人ではない。為替手形中の支払命令は出資者によって受取人（たとえば、破産するに至った受取人）への支払いを禁止撤回しうる性格のものでもあるが、これが流通証券化によって失われる。支払人の駐在員と受取人のそれとの結合に、信頼が重大な役割を果たしている取引界では、第三者の介入はこの信頼関係を乱すもので好ましくない。契約の当事者さえ持たない諸権利（たとえば、抗弁の負担なき債権）を第三者に装備させるのは不快である³⁰。

1-5-1-3. 法律家の抵抗

この点については、西洋法制史家の手を煩わせる必要はない。指名債権譲渡が当然の制度として認知されるに至るのは、19世紀を待たなければならなかったことは、私法研究者にとって周知の事実である。我妻栄の古典的名著『近代法における債権の優越的地位』（有斐閣・1953年）の以下の1節を引けば十分であろう。奇しくも、ドウ・ローフェル説の公表と同年の著作である。すなわち、「元来、ローマ法においては、最初、債権の譲渡は絶対に認められず、後に、訴訟委任の制度等を利用して僅かにその

29 以上、同前 642 - 643 頁。

30 以上、同前 643 頁参照。

不便を補つて、漸くユスチニアン大帝の時代において一般の譲渡契約を認められたものである。而して、その認められた後においても、債権そのものの移転なりや、訴権のみの移転なりやの議論を残したのであつた。殊にその制度の運用においては、有名なるアナスタシウスの勅法 (lex Anastasiana) による制限があつて、譲受人は債権取得のために給付する代金額以上は債務者より請求し得ないこととせられる結果、債権の譲渡可能といふ法律的性質も実際には極めて限られた意義を有するものであつたといはねばならない³¹。」

於保不二雄も次のように解説している。すなわち、「元来、ローマ法においては、債権は特定人間の法鎖とみる法観念並びに契約制限主義の上から、債権の要素に変更が生ずれば債権はその同一性を失うと考えられていた。したがって、契約によって債権の要素を変更する場合には、旧債権を消滅せしめて新債権を成立せしめる更改契約によらねばならなかつた³²。」

つまり、法律家は、債権譲渡に関して、上のようなローマ法の消極的態度に縛られていたわけである。当時の法律家は、流通証券の出現という現象を、旧来の法思想で正当化しえなかつたのであつた。

1 - 5 - 2. 債務証券の流通証券化

為替手形ではない債務証券については、為替手形よりも早い時期に、債権の可譲性が実務上成立しつつあつた。

「何某へまたはその正当なる使者へ」という為替証券の文句は、駐在員網の発達とともに消え、14・15世紀の為替手形には稀にしか見られない。ところが、この両世紀には、為替手形以外の債務証券には頻繁に「何某へまたは持参人へ支払うべき云々」という種の文句が現われる³³。

上の「持参人」というのは、証券所持人なら誰たるを問わないという近

31 我妻栄『近代法における債権の優越的地位』(有斐閣・1953年) 31頁。

32 於保不二雄『債権総論 [新版]』(有斐閣・1972年) 291頁。

33 堀・注(2) 前掲 644頁。

代的意味ではなく、実務上はかつての「正当なる使者」にきわめて近い意味であるのを常とした³⁴。

上の文句が記載された証書に、債権者が調製した委任状が別に添付され、これらの証書を債権者が第三者に交付するという慣習が生じた。債務証書に上述の文句の挿入と委任証書とが備っておれば、債務者による持参人への支払いは無効であり、法律家は、この持参人を、ローマ法の「弁済のため付加せられたる者」に擬したのであった。争いがある場合には、さらに授權状があれば、持参人による訴訟さえ許された³⁵。

この段階から、持参人が、自己の固有の権利に基づいて、委任状なしに訴訟をもなす「自己のためにする委託事務管理人」に擬せられるまでに徐々にたどり着くのは、中世末以後のことである³⁶。持参人の権能をこれから更に拡大することを説明できる法律家による理説は、まだ受容される状態にはなかった。商慣習が先行していたのである。

上述のような委任証書付債務証書に、約束手形の原型を見出すことは、容易であると思われる。

1 - 5 - 3. 持参人払式借用証の為替手形への応用

上で述べた持参人払いの借用証を当時愛用していたのは北部商人すなわちイギリスおよびハンザ (Hanse) の商人であって、おそらく彼らが、保守的な、主としてイタリアや南ドイツの商人兼銀行業者の反対に抗しつつ、上の持参人払いの文句の使用を為替手形にも拡大しようと努めたものと思われる³⁷。これには、北部商人の特性に係わる問題があったからである。以下のとおりである。

北部商人は、諸大市に金銭ではなく商品を持参し、大市が終わると急

34 同前参照。

35 同前 644 - 645 頁。

36 同前 645 頁。

37 同前 646 頁。

ぎ自国に帰るという移動式を採る未成熟な段階にあったため、代理人を常駐させることは稀であった。したがって、大市での債権を持参人払式証券の形態で流通させることが早期の換金に好都合であった。北部では、為替手形は、16世紀末まで、支払約束書すなわち借用証の形態（商人が、一定金額の受領を認める旨、および、その等価を他地で、しかも異なる正貨をもって返済する旨の、さらに往々「何某へまたは持参人へ支払う」旨の選択的文句を記載した約束書）を採っていて、為替手形と借用証との間の区別はさして著しくなかった。北部では、両替商的銀行業者が存在しなかった、または、時に禁止されさえしたため、銀行外での振替えによる支払方法が好まれ、為替手形の債権者たる者は、彼自身の債務の弁済の手段として、この手形を彼自身の債権者に引き渡す必要が生まれざるをえなかった³⁸。

の点に関していえば、[例1]で示した為替を原因とする契約証書にその源流を遡ることができようから、為替手形と約束手形の起源は、突き詰めれば、同根であると評価しえなくもないと思われる。

さて、の場合に、手形が流通し始めると、債権者（手形の譲受人）は、そのままでは、支払人の不払いの場合に前者が知られないことが生じうるため、これに備えて、手形の最初の債権者本人に対する償還請求権を依然として留保すること（最初の手形債権者本人のみが支払いがあるまで拘束され、債務者に対する償還請求権を保存する）を余儀なくされたのであるが、この不都合な1点は、裏書の発見によって解決を見ることになる。

1-5-4. 裏書の起源

最も古い裏書を示す資料は、1940年代にイタリアのフィレンツェ国立古文書館で発見されている。欧州北部における裏書を示す資料は、発見されていない。下のA・Bはナポリ（Napule）人、Cはフィレンツェ

38 同前 646 - 647 頁。

(Firenze) 人、「定期に」は9月3日である。

[例6]

イエス・キリストおよび聖母マリアの御名において、1919年8月6日

貴殿は、この第一為替手形と引換に定期にCへ、吾がB会社より受領せる金額50金ドゥカートを支払われ度く、かつ、通知書に従いて勘定に記入せられ度し。神が貴殿を見守り給わむことを。

ナポリ在A

上述の如くに支払われ度し。

引受済 [異なる筆蹟で]

フィレンツェ右D殿宛

第一手形

吾Cに代りてそれをEへ支払われ度し³⁹。

この為替手形は、AがBから一定金額を受領した旨、および、Dに宛てて、Cに対し、その金額の支払いを委託したものであるが、Dがこれを引き受けている。最後の「吾Cに代りてそれをEに支払われ度し」という文句が、現在資料で確認しうる最古の裏書である。

ドゥ・ローフェルは、イタリアでも、為替手形の裏書は信用証明書（南イタリアで用いられた一種の預金証明書で、この中で銀行業者は、ある預金者が一定金額の債権者である旨証明し、そして、通常は、この証書の提示があればそれを払い戻す旨の約束文句を記載する）の可譲性、そして、これにともなう裏書がまず生じて、これに倣う形で、誕生し普及した可能性があると推測している⁴⁰。顧客が自身の預金につき他人への支払いのために両替商の銀行業者に対して行う振替指図「汝、吾へに代りて何某へ支払え」は、すでに14世紀以来存在し、この指図は、初めの間は銀行にお

39 同前 648 頁。

40 同前参照。

いて口頭でなされていたが、次いで、この文句を記す書面とする形態が生まれた。小切手の誕生である。小切手も信用証明書も、とくに16世紀以来、手渡しにより、または裏書によって流通するに至った⁴¹。これが為替手形に応用されたと、ドゥ・ローフェルは推測しているわけである。

為替手形に指図文句が記され、第三裏書（手形の表面脚部になされたもの）までなされた資料が、紹介されている。

[例7]

ピサにて、1601年6月30日付

金額 80 ドゥカート也。

貴殿に申す。吾がB殿より受領したる1ドゥカートにつきクリラの率にて80ドゥカートの金額を、C殿が本状の脚部にて貴殿に指図せむ者へ、何卒お支払い下され度く、しかして、貴殿に通知せられる如くに吾の勘定に記入せられ度し。神が汝を見守り給わむことを。

A

しかして、吾Cへ代りて、本状の脚部にてE殿が貴殿に指図せむ者へ、何卒支払われ度し。

しかして、吾Eへ代りて、Fの相続人衆が貴殿に指図せむ者へ、支払われ度し。

吾らFの相続人共へ代りて、G会社殿へ本状引換に支払われ度し。
フィレンツェ在D殿宛⁴²

この為替手形は、AがDに宛て、Cまたはその指図人へ支払うよう委託するものである。CからEへ、EからF相続人へ、F相続人からGへの裏書がなされている。

41 同前。

42 同前 649 頁。

1 - 6. 為替手形と為替契約との断絶

(ア) 埴浩は、ドゥ・ローフェル説の文脈を追い、スペイン、イギリス等の為替手形の裏書の起源に係る資料を紹介し、フランス、ドイツにおける状況をも紹介しているが、ここでは割愛する。ともかくも、ドゥ・ローフェル説は、「裏書の起源および形態には地方により大きな多様性があるが、為替手形は、他の信用証券に早くに認められた可譲性がこれに拡大されるという形で、一般には17世紀初頭に初めて流通証券となった⁴³」というものである。この説が、おそらく手形制度の起源を最も明快に説いたものといえると思われる。

(イ) とところで、裏書による流通性を獲得した新しい為替手形は、中世的為替手形の観念と少なからぬ抵触を生じる。すなわち、原初の中世的為替手形では、4当事者以外の第三者の関与はまったく予想されておらず、不渡の場合には、振出人がもっぱら出資者に対して責任を負う。ところが、新しい為替手形では、第1に、受取人はその権利を第三者に自由に譲渡する権能を持ち、第2に、不渡の場合、振出人、受取人および継時的な諸々の裏書人を含む署名者全員が合同して、所持人に対し責任を負う。かくて、流通性の登場により、「出資者の権利は所持人のための犠牲に成った」。換言すれば、「為替手形の主」は、出資者から所持人に移ってしまったのである。17・18世紀の法律家は、上記両原理を妥協させるための理論付に努めるが、結局は不成功に終わり、為替手形は為替契約との接触を失う⁴⁴。

この結果、3つの変化が生じた。

(ウ) まず、中世的為替手形は、4当事者を登場せしめ、A（借用者）がB（出資者）から受領した金額につき、D（支払人）によりC（受取人）に支払いがなされるべき旨を定めていた。この形態は、16世紀中続き、17世紀中葉にあっても通常のことであったが、以後、次第に消えて遂に廃棄され、18世紀にはほとんど見出しえなくなる。すなわち、上の形式に代

43 同前 654 頁。

44 同前 654 - 655 頁。

わって「Bまたはその指図人へ」または、「Cまたはその指図人に」支払いがなされるべき旨のみを表示する形（従って、債務認諾文句は記載されない）が出現する。このため、誰が出資者であるかの暗示は手形面から姿を消す。このようにして、指図文句と裏書との慣用により、従来の4当事者のうち、出資者は隠されてしまう結果が生じた⁴⁵。

（エ）第2に、債務認諾文句の消滅の結果、用語上の変容が生じる。すなわち、イタリア語の「Prenditore」；フランス語の「Preneur」（ともに受領者の意）は、17世紀初頭まではAつまり貸付金受領者＝借用者を指称する用語であったが、以後はCつまり従来の「受取人（提示人）」を指称する用語に転じ、Aは「振出人」と称せられることになる⁴⁶。（このため、一時期、錯誤と混乱を生じた）。

（オ）第3に、為替手形は、すでに中世に貨幣の代用品としての機能を果たしていたが、裏書の慣用により、これが一種の信用貨幣に転化したのであった⁴⁷。

1-7. 付言

不佞は、かつて昭和57年（1982年）に、ここで参照した埴浩の論稿の草稿に基づき、直接に埴から為替手形発生史を教授された者である（同年名古屋大学法学研究科集中講義）。その際、英米の手形券面にしばしば見られる「value received」といういわゆる対価受領文句は、かつての債務認諾文句の名残りとは考えられないかとの質問をした記憶がある。埴からは、そのような想像をすることは大切であるけれども、それを肯定するだけの文献的裏づけはまだ存在しないし、何よりも、英米法史を広範に学ぶ必要があるとの教示があった。不佞は、恥ずべきことに、いまだこの教示を実践することなく、今日に至っている。

45 同前 655 頁。

46 同前参照。

47 同前参照。

2. 手形・小切手の概要および機能

2-1. 広義の手形

わが国において、「手形」というのは、最広義には、商法 501 条 4 号にいうそれであって、為替手形、約束手形および小切手を指す（第 1 帖第 3 章 2-1-5）。

為替手形は、その作成者（振出人）が、券面記載の一定金額の支払いを、第三者（支払人）に委託する証券（支払委託証券）である。手形上に支払人として指定された者は、そのみでは支払義務を負わない。支払人は、支払いを引き受ける旨の署名（引受署名）をするまでは手形上の支払義務を負わない。為替手形の振出交付を受けた者（受取人）または爾後の譲受人は、満期の前日までに、支払人に対し、引受けの意思を確認すべく、引受けのための提示（呈示）をなすことができる。一般に、振出人と支払人との間には、何らかの資金関係が存するのが通常であるが、かかる資金関係の存否とは無関係に、支払人は引受けをなすと否との自由を有する（引受自由の原則）。支払人が、手形の引受けをなせば、この者は、引受人と呼ばれ、手形の第 1 次の支払義務者となる。引受けが拒絶されれば、引受拒絶による遡求が開始される。

約束手形は、その作成者（振出人）が、自ら、券面記載の一定金額の支払いを、満期において支払うことを約束する証券（支払約束証券）である。振出交付を受ける最初の権利者（受取人）は、手形を満期まで所持してその支払いを請求しうるが、多くはこれを他人に譲渡（裏書譲渡）する。振出人が満期に支払いをなさなかったときは、支払拒絶による遡求が開始される。

小切手は、振出人が支払人に一定金額の支払いを委託する証券（支払委託証券）である。この点に限れば、為替手形と同様である。しかし、小切手は、もっぱら支払いの手段として利用される。支払人は常に銀行であり、振出人が支払人たる銀行に当座預金として預けてある預金をもって、銀行に支払事務を委託すべく利用することが予定されている。

2 - 2. わが国の手形・小切手法制

2 - 2 - 1. 為替手形約束手形条例

わが国において、真に株式会社の名に値する組織のために最初に立法されたのは、周知のように、明治5年(1872年)に公布された国立銀行条例(同年太政官布告第349号)であった。すみやかに銀行を開業せしめ、明治維新の混乱で疲弊していたわが国の金融財政の建直しを図ることは、明治新政府の最優先課題だったのである。銀行をして、商業社会の血液たる資金を還流させることが、さしあたっての急務であった。

銀行による融資は、当然に、銀行の発足当時から行われていたが、今日の商業手形の割引に相当する取引は、まだ手形法制の整わない明治12年(1879年)から始まったようである。すなわち、第一銀行(現みずほ銀行の最古の前身)は、明治10年(1877年)に、大蔵卿に対し、「売掛け代価割引手形の法」を開始したい旨の伺書を提出し、明治11年(1878年)にその許可を得た。そこで、同行では、明治12年(1879年)に割引手形取扱規則を定めて、この制度の運用を開始したのである。当然に当時の手形の様式は現在と異なり、その様式が定まるまでには曲折があったものの、結局、買主が売掛け代価を将来一定時期に支払うことを約束した証書に売主である割引依頼人が裏書して銀行に差し入れ、これに対し銀行が、「相当ノ割引ヲ為シテ代価ヲ払フ」という形が採られることになった。この制度が、現在の手形割引へと発展することになるわけであるが、これは同行の創案であり、これを契機に、手形の流通が盛んになったとされている⁴⁸。

手形の流通量が増大すると、商業社会にとっては、明確な手形法の制定こそが、疑義を避け、愁眉を開くため、必要となる。おそらく、このような事情が、商法典の制定に遥かに先行して、わが国における手形に関する最初の立法である明治15年(1882年)の為替手形約束手形条例(同年太政官布告第57号)を産んだのであろう。

48 以上、吉原省三『銀行取引法の諸問題(第2集)』(金融財政事情研究会・1975年)14-15頁参照。

為替手形約束手形条例は、主としてフランス法に倣った単行法であった⁴⁹。全 47 条から成り、第 1 章為替手形 (1 条ないし 42 条)、第 2 章約束手形 (43 条ないし 45 条)、第 3 章通則 (46 条および 47 条) という構成であった。小切手に関する規定は設けられていない。

2 - 2 - 2. 旧商法

明治 23 年 (1890 年) の旧商法は、第 1 編商ノ通則中に、第 12 章手形及ヒ小切手という章を設けた。旧商法の手形に関する規定は、半ばフランス法系に属し、半ばドイツ法系に属し、かつ、英米法系の痕跡をとどめたものであった⁵⁰。

総則 (699 条ないし 715 条) に続けて、第 1 節為替手形 (716 条ないし 810 条)、第 2 節約束手形 (811 条ないし 815 条)、第 3 節小切手 (816 条ないし 823 条) という構成であった。

形式上、為替手形と小切手とは同一章中に規定されてはいるが、両者の条文に直接の連繋はなく、両者は別異に扱われている。

2 - 2 - 3. 商法手形編

明治 32 年 (1899 年) の商法は、その第 4 編として、手形編を設けた。明治 44 年 (1911 年) 改正に際し、若干の修正を受けた。商法手形編の規定は、旧商法の規定の中からフランス法の臭味を除去したものであって、その実質においてドイツ法系に属するものであったが、小切手の部分については、多少イギリス法の痕跡をとどめていた⁵¹。

手形編は、第 1 章総則 (434 条ないし 444 条)、第 2 章為替手形 (445 条ないし 524 条)、第 3 章約束手形 (525 条ないし 529 条)、第 4 章小切手 (530 条ないし 537 条) という構成であった。小切手に係る当時の商法 537

49 松本丞治『手形法 (第 13 版)』(中央大学・1923 年) 30 頁。

50 同前 31 頁。

51 同前参照。

条は準用規定であって、為替手形に関する多くの規定を小切手に準用するという体裁を採っていた。

2 - 2 - 4. 現行手形法および小切手法

現行法の立法経緯については、すでに述べたとおりである（第1帖第1章1-4-4）。

現在のわが法制は、為替手形と約束手形とを「手形」として、手形法に規定し、小切手を手形と分離して、単行法たる小切手法として規定している。

2 - 2 - 5. 小括

以上、概観すれば、旧商法は、実質的には、小切手を為替手形（および約束手形）と分離して規定する、いわゆる分離主義に立脚して立法されたものと評価できる。他方、商法手形編は、小切手を手形中に含め（昭和7年（1932年）改正前商434）、為替手形（および約束手形）とともに包括的に規定する、いわゆる包括主義に立脚して立法されたものと観察しえよう。そして、ジュネーブ統一手形法小切手法条約の批准と、これに依拠した現行法の立法により、再び分離主義に復帰したものと観ることができる。

このように、小切手は、立法主義によって、あるいは手形に包括され、あるいは手形から分離されるが、それは両者の経済的機能の相違を重視するか、法律的性質の類似に着目するかの場合の差異に基づくものにすぎず、経済的機能からいえば、手形が主として信用の用具である（本章2-3-1）のに対し、小切手はもっぱら支払いの用具（本章2-3-4）なので、分離主義が妥当となるが、法律的性質から観れば、小切手もまた為替手形と同様、第三者に宛てた一定金額の支払いを委託する証券であり、しかも支払いの確保を図り、流通を促進するために手形法の制度を多分に摂取しているので、包括主義が是認されることになる⁵²。

52 以上、鈴木竹雄『手形法・小切手法』（有斐閣・1957年）39頁。

手形と小切手とは、すでに概観したように、その沿革をまったく異にするが、歴史的には、互いに影響を与え合って発達したものである。その意味では、今日にあって、実質的に3者を包括的に考究しても差し支えないといえよう。

2 - 3. 手形・小切手の経済的機能

2 - 3 - 1. 信用創造機能 (約束手形・為替手形)

企業間の取引、就中商事売買は、一定期間代金の支払いを猶予するいわゆる信用取引が主流である。すなわち、売主は、買主の支払いを猶予したうえで、先に商品供給という履行をなす。このとき、代金の支払期限を満期とする約束手形が買主から売主に交付され、この手形が、いわゆる延払い、信用決済の手段として用いられるのである。先に安く買って後で高く売り、この代金(販売代金)をもって先の代金(購入代金)に充てる信用取引は、手形を利用することによって円滑に行われる⁵³。企業間で商取引が行われ、その代金支払いに関して交付された手形を「商業手形」という。商業手形は、上のように、買主(振出人)が商品を転売して代金を入手し、その資金をもって手形を満期に支払うことを予定するものであり、決済率が高い。それゆえ、商業手形には自動決済力があるといわれる⁵⁴。

売主が、満期よりも早く現金を入手したいときは、手形を他に譲渡して、その対価を取得することもできる。とくに、金融機関に手形を譲渡し、手形券面額から満期までの利息その他の費用(割引料)を控除した金額(割引代金)を受領する例が多い。これがすなわち「手形割引」である。売主は、商品を信用で買主に供給しながら、受取手形を金融機関に譲渡して、手形の満期前に割引代金を入手しうる。手形割引によって、売主が買主に与えた商業信用を金融機関へ転換することができる⁵⁵。

53 福瀧博之『手形法概要(第2版)』(法律文化社・2007年)17頁。

54 田邊光政『最新手形法小切手法(5訂版)』(中央経済社・2007年)5頁。

55 以上、同前。

企業が金融機関から金融を受ける場合に、借用証書に代えて借主が貸主を受取人として約束手形を振り出し、これを担保として貸主に交付することも広く行われている。これが「手形貸付」である。手形貸付のうち、商業手形を担保として金融機関に差し入れる形態を、「商業手形担保貸付」という。さらに、将来発生すべき債務（たとえば、金融機関が取引先の依頼によって保証をするときに、将来、保証債務を履行して求償する場合の取引先の債務）の履行を確保するために、手形の振出しを受けておくこともある⁵⁶。

上のような約束手形の信用創造機能に鑑みて、約束手形は、「信用証券」であると位置づけられる。

為替手形は、国内取引に限っていえば、約束手形ほどに利用されていない。しかし、企業間でたとえば売買が行われたとき、買主が、振出人として、かつ、自己を支払人として為替手形を作成し（自己宛手形、手3 参照）、あらかじめ引受人としてこれに署名したうえで、これを受取人たる売主に交付することにより、為替手形を約束手形の代用として利用しうる。また、売主が、振出人となって、自己を受取人とする為替手形を作成し（自己指図手形、自己受手形、手3 参照）、支払人として指定した買主に引受けを求めることにより、振出人兼受取人たる売主は、引受人たる買主に対する手形債権を取得することができる。

為替手形もまた信用証券である。

2-3-2. 送金的手段たる機能（為替手形）

今や国内取引において為替手形を送金手段として利用することは、皆無であるといってよい。運輸交通網が未整備であった過去においては、債権者が遠隔地にいる場合、債務者は、債権者の所在地における自己の代理人または支店を支払人とし、債権者を受取人とする為替手形を振り出し、こ

56 以上、福瀧・注（53）前掲18-19頁。

れを債権者に送付することによって、送金手段としていた。

為替手形の送金手段たる機能は、今日なお、国際取引において、その命脈を保っている。たとえば、わが国の居住者たる買主（輸入者）が、外国居住者たる売主（輸出者）に輸入代金を支払うために為替手形が利用される。買主は、わが国の外国為替取扱銀行に、円貨をもって輸入代金相当額を出捐し、当該銀行を振出人とし、売主居住の当該銀行の外国支店または外国取引銀行を支払人として、外貨建為替手形を作成せしめる（一覽払い (at sight) 手形が通常である）。買主は、この手形を売主に送付することにより、送金の目的を達するわけである。

為替手形には、このような送金手段たる機能がある。

2 - 3 - 3. 取立手段たる機能（為替手形）

国内取引においては、為替手形を取立手段として利用することは、皆無に等しくなっている。為替手形のこの機能は、やはり国際取引において、その命脈を保っている。

たとえば、わが国の居住者たる売主（輸出者）が、外国居住者たる買主（輸入者）から輸出代金を回収すべく、為替手形を利用するのである。すなわち、売主は、輸出代金相当額を手形金額として、買主を支払人とし、自己を受取人とする外貨建為替手形を振り出し、これをわが国の外国為替取扱銀行に取立委任する。取立委任を受けた銀行は、該手形を、買主居住の外国支店または外国取引銀行に取立てのため送付し、外国支店等をして、買主に提示して引受署名を求めさせ、満期に支払いを受けさせる。取立代金は、わが国において、円貨をもって売主に交付される。

2 - 3 - 4. 支払手段たる機能（小切手）

企業間決済を、すべて現金で行うとすれば、現金の保管、送付に危険をとまなうばかりでなく、計算相違等も生じうる（計算相違が生じても、「現金その場限りの原則」が働くため、過払いの返還請求等は困難となる）。

したがって、大量反復して日々決済に追われる企業は、あらかじめ支払

資金を当座預金として銀行に預入しおき、決済に要する金額を記載した小切手を取引先に交付のうえ、銀行で支払いを受けてもらうのが便宜である。

小切手は、このようにもっぱら支払いの用具として利用される。ただし、今後、紙媒体を利用した支払いは、徐々に衰退して行くであろうことが予想される。

2 - 4. 有価証券としての手形の特徴

手形は、いうまでもなく有価証券であり、しかも、権利の証券化が最も徹底したものである。加えて、歴史的にも他の有価証券に^{さきが}魁けて発達の先駆をなしたもので、「有価証券の父」と呼ばれている⁵⁷。

金銭債権的債権

手形は、金銭債権的証券である。債権を化体させた証券であるという点において、物権的有価証券または社員権的有価証券と区別される（第1章4 - 2 参照）。

債権的有価証券のうちでも、金銭証券である点において、物品の引渡請求権を化体する貨物引換証、倉庫証券等と異なる。もっとも、証券上には、確定的債権とはいえない権利もまた化体されているが、これは、それぞれの箇所で触れることとする。

法律上当然の指図証券

手形は、その券面上に指図文句を欠いても、指図禁止またはこれと同一の意義を有する文言の記載のない限り、法律上当然の指図証券として扱われる（手11・、77）。記名式小切手もまた然りである（小14・）。すなわち、裏書によって輾転流通することが当初から予定されている。

要式証券

手形は、最も厳格な要式証券である。すなわち、その効力要件としての方式が法定され（手1、75、小1）、法定記載事項（手形要件）の1個でも

57 鈴木・注(52)前掲40頁。

欠缺があれば、かかる記載の欠缺についての救済がとくに法定されている場合を除いて、手形としての効力を有しえない(手 2、76、小 2)。加えて、手形要件のすべてを具備しておろうと、記載してはならない事項(有害的記載事項)が記載されれば、手形としての効力を有しえないものであって、いわば、記載すべき事項の最小限度と最大限度が厳格に画されている⁵⁸。

無因証券

手形に化体される権利は、これを生ぜしむるに至った原因関係とは、別個独立した、抽象的権利である。まったく無個性な権利を表章しており、手形は典型的な無因証券である。手形の無因性は、信用証券・支払証券として、誰しものが安心してこれを譲り受けることに資するものである。

文言証券

手形は、文言証券である。証券上の権利の内容およびその範囲は、ひとつに証券の記載文言のみによって定まる。手形は、当初より流通することが予定されているから、その取得者にとって、いかなる内容の権利を取得するか、その文言を信頼するより他ないからである。手形文言は、一種の公信力を有すると評価しえよう。

設権証券

手形に化体される抽象的権利は、原因関係と完全に切断されているから、証券の作成行為(書面行為)が有効であれば、これによって、手形上の権利の創設をみる。化体されるべき権利の発生に、証券の作成が不可欠であるがゆえに、手形は設権証券である。

提示証券・受戻証券

手形は、証券の提示によって、権利行使の要件ひいては付遅滞の要件を充足するから(手 38、77、小 28、31)、提示証券である。

手形の支払いをなす者は、手形と引換えにこれをなすことを請求しうから(手 39、50、77、小 34、46)、手形は受戻証券である。

58 平出慶道『手形法小切手法』(有斐閣・1990年)89頁参照。

第4章 手形行為および手形理論

1. 手形行為

1-1. 手形行為の意義

わが国の商法研究者は、「手形行為」という概念が存することを認めている。手形行為が、手形という有価証券上になされる法律行為であるという点には、異論を見ない¹。

約束手形については、「振出し」「裏書」「保証」という3種類の行為が、為替手形については、「振出し」「裏書」「引受け」「参加引受け」「保証」という5種類の行為が、それぞれ手形行為であるとされている。なお、小切手については、「振出し」「裏書」「保証」「支払保証」という4種類の行為が、小切手行為といわれる。これ以外に、手形行為・小切手行為は存在しない。

以上のうち、「振出し」は、手形という有価証券（基本手形）を創り出す行為であるから、「基本的手形行為」と称され、他の行為は、既存の基本手形上になされる行為であるから、「附屬的手形行為」と称される²。附屬的手形行為は、基本手形の存在を前提になされるものであるが、その存在は、単に形式的存在をもって足る³。

1-2. 手形行為論の展開

手形行為は、純形式的に観れば、自署または記名押印（記名捺印）を要件とし、一定の形式に従った書面行為であるということになる。しかし、手形行為を実質的に定義づけようとする試みがなされた。

1 川村正幸『手形法・小切手法（第3版）』（新世社・2005年）41頁、福瀧博之『手形法概要（第2版）』（法律文化社・2007年）31頁。
2 田中耕太郎『手形法小切手法概論（訂正第4版）』（有斐閣・1937年）113頁。
3 同前。

松本丞治は、「手形行為トハ手形上ノ債務ノ負担ヲ目的トスル要式ノ法律行為ヲ謂フ⁴」という定義を立てた。もっとも、すでに言及したように(第3帖第5章5-3-2-3(ア))、松本は、単独行為たる手形債権行為と手形所有権の移転を目的とする手形物権行為という概念を認めるから、彼によれば、「狭義ニ於テ手形行為トハ手形上ノ債務ノ負担ヲ目的トスル行為即チ手形債権行為ヲ謂フ⁵」と説かれている。いずれにせよ、この考え方は、手形行為を債務負担行為として把握しようとする試みである。

かつては、手形行為は、これを実質的に考察するとき、すべての手形行為に共通な性格として、それが「手形上の債務負担に関する行為」であることに着目すべきである⁶との視座から、この面に着目して、実質的な手形行為論の構築を試みるという手法が採られた⁷。この手法は、わが国における手形行為論のひとつの流れを形成した。後に言及する鈴木竹雄の見解も、この系譜に属する。

上のような試みに批判を加えたのが田中耕太郎であった。以下のように述べている。「若し総ての手形行為を債務負担行為として一元的に観察し得るものとするならば格別、私は此の見観に左袒せざるを以て、手形行為を若し定義するにしても単に形式的方面よりする外に途なしと考ふるものである。何故に之れを一元的に観察し得ざるか。何となれば学者が手形行為の定義に於て意見が岐れて居るに拘らず、以て手形行為と為すに一致する振出、裏書、引受、参加引受及び保証は、内容的には動的なる手形関係の各異なる部分であり、相互に他と異なる特殊の目的を有するものであるからである。蓋し其等は結局全部債務負担に関するものであるが、然し必ずしも債務負担を目的とする行為に尽くるもののみではなく、又債務負担は当事者が意欲したる為めでなく、単に法が行為に付与する特別の効果たる

4 松本丞治『手形法(第13版)』(中央大学・1923年)43-44頁。

5 同前44頁。

6 石井照久・鴻常夫『手形法・小切手法(商法)』(第2版)』(勁草書房・1972年)77頁。

7 その構成の概略は、同前参照。

場合があるのである。此の故に私は内容的方面よりしては手形行為に共通の概念を得るを得ずして、従つて手形行為を形式的に手形への署名（又は記名捺印）及び其他の方式を要件とする法律行為なりと定義する外に途はないと考ふる⁸。」

田中耕太郎の見解には、少なからぬ研究者の追隨を見る。たとえば、伊澤孝平がそうである⁹。しかし、上のような考え方は、結果的には、形式論への復歸にすぎないと評価しえよう。小橋一郎は、「五種の手形行為がそれぞれ異なった目的を有することから、ただちに形式的な把握をもって満足しなければならないと結論することは、飛躍であつて、手形行為における当事者の意思はすべて手形上の法律關係の發生に向けられており、その点において共通の内容を有する¹⁰」との再反論を展開している。

小橋は、さらに、鈴木竹雄の以下の見解についても、反駁を加えている。鈴木竹雄は、手形行為はそれが手形上の債務の發生原因であればこそ手形關係における根本的な問題とされているのであつて、手形行為が他の効果を發生させ、しかもそれがその行為の本質的なものであろうとも、手形行為としては手形上の債務が發生する面を問題とすれば足りるとして、手形行為をもって、手形上の債務の負担を生ずる行為となす見解は、方向性としては正しいと説く¹¹。そして、「広く手形上の法律關係の發生・變動の原因たる法律行為を広義において手形行為と呼ぶことは妨げないとしても、固有の意義における手形行為はこれを手形上の債務の發生原因たる法律行為と定義すべきこととなる。手形上の債務が、償還義務をも含めて、すべて行為者の意思に基くものと考え、さらに進んで、手形上の債務負担を目的とする行為としてもよいように思われるが、裏書や為替手形の振出のように債務負担を本来の目的とはしない行為が存する以上、そのような

8 田中・注(2)前掲112-113頁。

9 伊澤孝平『手形法・小切手法』(有斐閣・1949年)61-62頁参照。

10 小橋一郎『新版手形法小切手法講義』(有信堂・1982年)22頁。

11 鈴木竹雄『手形法・小切手法』(有斐閣・1957年)115頁。

定義は避ける方が無難であろう。なお、裏書のうちには、無担保裏書（手 15）、後裏書（手 20）、取立委任裏書（手 18）のように、手形上の法律関係に変動を生ぜしめるが、債務負担の効力を伴わないものがある。しかも、このようなものは、裏書であっても、固有の意味の手形行為には属しないわけである¹²」と述べている。小橋は、上のような鈴木の見解に対し、「手形行為の概念は、行為体系における手形行為の位置を知り、手形行為の特性を明らかにすることにその意義を有するのであり、手形上の債務の発生原因である点が問題とされることが事実上多いからといって、その面だけで手形行為を問題とすれば足りるとはいえない。手形行為は、手形上の法律関係を発生させる点に本質があり、固有の意義における手形行為と広義における手形行為とを区別すべき理由はないと思う¹³」と反論しているのである。

小橋一郎の手形行為論の特徴は、為替手形の振出人や裏書人の償還義務を、法が付与する特別の効果と観察せず、窮極的には、当事者の意思に基づくものであるとの見解を採る点にあるといえよう（田中の見解、鈴木の見解と読み比べれば、明らかである）。彼は、これらの償還義務が法定されている意味を、当事者の意思がまったく存在しないところに特別の責任を認めようとするのではなくて、むしろ裏書人や為替手形の振出人が、引受けないし支払いを担保する意思を有するのが手形取引において通常であることを前提として、これを法定したものと捉えているのである¹⁴。彼の手形行為論の核は、次の 1 節に集約されている。すなわち、「ある行為の効果が法定されているからといって、ただちにそれを行為者の意思に基づかないものとし、行為の内容からはずしてしまうことは、適当でなく、その法律規定が行為者の意思を根拠としている限りは、たとえ法律に定められていても、これを行為の内容としてその行為の性質を決定すべきであ

12 同前。

13 小橋・注 (10) 前掲 22 頁。

14 同前。

る¹⁵。」

小橋一郎の見解が表明されて以降は、彼の見解を受容した（少なくとも意識した）と評価しうる見解が主流を占めていると思われる。たとえば、田邊光政は、「手形行為とは、手形上に債務を負担することを目的とする行為とか、あるいは債務の負担を生ずる行為というように実質的に定義するのは適当ではなく、形式的な定義ではあるが、手形（小切手）行為とは、手形上の法律関係の発生または変動を目的とする行為であって、署名を要件とする行為をいうとするのが適当である¹⁶」と述べている。また、福瀧博之（1946～ ）も、無担保裏書（手 15 ）を手形行為に含まない定義は妥当でないとして、手形行為を手形債務の成立（発生）に限定することなく、手形行為とは、「手形上の法律関係の発生または変動の原因である法律行為であって、手形上になされる書面行為である¹⁷」と、大隅健一郎の見解¹⁸を引きつつ、定義づけている。

1 - 3. 手形行為の特質

1 - 3 - 1. 書面行為

手形行為は、書面上になされるべき書面行為である。すなわち、書面による意思表示を要素とする法律行為たる特質を有する。書面行為性は、ひとり手形のみにとどまるものではなく、あらゆる有価証券行為に共通する特質である。

1 - 3 - 2. 要式行為

書面行為性と密接な関連を有するが、手形行為は、手形上に、一定の法定の要件を満たしてなされるべき、要式行為である。すなわち、手形行為に関しては、私的自治の範囲（方式自由の原則）がはなはだ限局せられる。

15 同前。

16 田邊光政『最新手形法小切手法（5訂版）』（中央経済社・2007年）28頁。

17 福瀧・注（1）前掲32頁。

18 大隅健一郎『新版手形法小切手法講義』（有斐閣・1989年）23頁。

この特質は、もっぱら手形関係の特殊性に基因するものであって、私法上の他の私的自治の制限、たとえば公序良俗のごときものに由来するのではない¹⁹。

要式性がわけても厳格に要求されるのは、基本手形行為である振出しについてであり、手形法自体が救済する事項(手 2、76)を除いては、手形法所定の要件のいずれを欠いても、手形としての効力を生じないものとされている²⁰。

すでに述べたように(第 3 章 2 - 4)、手形の要式証券性は、あらゆる有価証券中、最も厳格なものである。

1 - 3 - 3. 無因性

手形行為がなされるには、何らかの目的(原因)が存在する。通常、原因の不存在または無効は、法律行為の無効をもたらすのが原則であるが、手形行為は、その原因から抽離されて、その行為をなしたこと自体によって効力を生じ、これをなすに至った原因の存否および有効無効により影響を受けることなく、ただ原因関係は直接の当事者および悪意の手形取得者に対する関係においてのみ抗弁事由となるものとされている²¹(手 17、77)。

手形債務が無因的に発生することについては、異論を見ない。手形債務が無因であることについて、手形法は直接明文で定めているわけではないが、無因性の根拠は、「単純なる支払約束」または「単純なる支払委託」(手 1、75)が手形上に記載されなければならないとされる点に求められている²²。

19 田中・注(2)前掲 114 頁。

20 田邊・注(16)前掲 30 頁。

21 大隅・注(18)前掲 26 頁。

22 田邊・注(16)前掲 31 頁。

1-3-4. 文言性

手形上の法律関係は、もっぱら手形上の記載によって決せられる。手形行為者は、証券の記載に従い、その文言どおりの責任を負担しなければならない。手形に記載された内容が手形外の実質関係と異なる場合であっても、手形上の法律関係は、実質関係による修正を受ける余地がない。

手形の文言性は、貨物引換証や倉庫証券のそれと異なり、手形債務者とその第三取得者の関係においてにとどまらず（商 572、602 対照、なお第 1 章 4-4 参照）、手形授受の直接の当事者間においても妥当し、手形上の記載と矛盾する当事者間の合意は、直接当事者間においても手形外の人的抗弁事由となるにとどまる²³。

手形の無因性は手形債務の成否ないし存否について作用する性質であり、無因性を前提として、手形の文言性は、手形債務の内容ないし範囲について作用するものと解される²⁴。

1-3-5. 独立性（手形行為独立の原則）

1-3-5-1. 意義

手形にあっては、1 通の手形上に、手形行為が重疊的に行われる。これらの手形行為の中には、観念上、先の手形行為の存在を前提とするものがありえる（ここに「観念上」と述べるのは、基本的手形行為とこれを前提とする附属的手形行為とが、必ずしも時の流れに沿ってなされるとは限らないからである）。引受け、裏書、保証等の多くの手形行為は、いずれも振出しその他の手形行為を前提になされるものである。このような場合には、先行の行為が無効であれば、それを前提になされた後行の行為もまた無効になると考えられようが、形式上瑕疵のない同一手形上になされた各個の手形行為は、他の行為の実質的効力の有無に影響されることなく、各々独立してその効力を生じる。これを、手形行為の独立性またはより一般的

23 川村・注 (1) 前掲 43 頁。

24 田邊・注 (16) 前掲 32 頁。

に「手形行為独立の原則」と称する。典型的には、約束手形の振出しが、たとえば未成年者または成年被後見人といった制限行為能力者によってなされ、後にこれが取り消された場合であっても、当該手形に形式上の瑕疵がない限り、当該手形上になされた保証あるいは裏書は有効であって、保証人・裏書人は、当該手形の文言に従って手形上の義務を負担しなければならない。

手形法 7 条 (77 条 2 項) は、手形に制限行為能力者の署名・偽造の署名・仮設人の署名またはその他の事由により署名者もしくはその本人に義務を負わせることのできない署名 (手形行為時に意思能力を欠いていた者または無権代理人の署名等) がある場合といえども、他の署名者の債務はその効力を妨げられないと定めているが、これが手形行為独立の原則を声明したものと解されている。また、手形法 32 条 2 項 (77 条 3 項) も、手形保証の附従性にもかかわらず、この原則が手形保証に及ぶ旨を明らかにしており、この他にも、手形法 65 条 (複本各通の引受人および裏書人の責任)、同 69 条 (77 条 1 項 7 号) (変造手形の署名者の責任) 等においても、この原則を伺うことができる²⁵。

1-3-5-2. 理論的根拠

手形行為独立の原則を認める理論的根拠は、2つの見解がある。第1のものは、これを手形取引の安全保護ないし流通促進のために法が政策的に認めた特殊の法則であると解するものであり、主たる提唱者は大橋光雄である²⁶。この説の要諦は、ある法律行為の無効が、これを前提とする法律行為の効力に影響を及ぼすという一般的な法則を貫けば、手形の流通を害するがゆえに、手形行為独立の原則は、このような一般原則に対し、手形取引の安全のため、法がとくに認めた特則であるというものである²⁷。このような考え方を「政策説」と称する。これに対し、第2のものは、1通

25 大隅・注 (18) 前掲 28 頁。

26 大橋光雄『手形法』(弘文堂・1937年) 96頁。

27 大隅健一郎：戸田修三：河本一郎編『判例コンメンタール12 商法 手形法小切手法』(三省堂・1977年) 103頁 [北澤正啓]。

の手形の上に複数の手形行為がなされても、それぞれの手形行為は、他の手形行為と関係なく、行為者が手形上の記載を内容とする債務を負担することになる文言的行為であって、手形行為独立の原則は、このことから生じる当然の結果であると解するものであり、これが多数説である²⁸。このような考え方を「当然説」と称する。小橋一郎は、当然説の立場から、政策説の説明は、この原則の機能の説明たりうるかもしれないが、法理上の根拠の説明たりえないと述べている²⁹。

独自の理論を展開するのが伊澤孝平である。彼は、手形行為の中には他の手形行為が有効であることを前提とするものとこれを前提としないものがあり、前者の種類については、この原則は、例外的原則としての意味を持ち、後者の行為については当然の事理として認められるものと考えたと説く³⁰。この考え方によれば、たとえば裏書は、その先行行為が有効であることを前提とする行為であるから、本来必要要件であるはずの先行行為が有効たることを例外的に不必要であるとする特則を定めたものであると構成することになる。田中誠二もこの見解を支持している³¹。しかし、手形行為独立の原則は、そもそも觀念上先行の行為を前提として考えられる行為についてなお先行の行為から独立して効力を決せられる点で問題になるのであり、もともと先行の行為を前提としないような行為については、このような法則は問題にならず、それは当然の事理であるというよりはむしろ無意味である³²。手形行為の種類による区分といったことを考慮する必要はない。

1-3-5-3. 裏書と手形行為独立の原則

田中耕太郎は、手形行為独立の原則を当然説に即して理解しつつ³³、「然

28 石井：鴻・注(6)前掲84-85頁、小橋・注(10)前掲24頁、鈴木・注(11)前掲123頁、大隅・注(18)前掲28頁。

29 小橋・同前25頁。

30 伊澤・注(9)前掲91頁。

31 田中誠二『新版手形・小切手法(3全訂版)』(千倉書房・1969年)106頁。

32 小橋・注(10)前掲25頁。

33 田中・注(2)前掲122頁参照。

し私は裏書に関しては之れを手形に化体せる手形債権の譲渡と解するを以て、後の裏書は前の裏書が法律上有効なることを前提とすることになる。即ち裏書に関しては連鎖性が要求せられ其の移転の効力に関する限り独立性が存在せぬ³⁴」と説き、手形行為独立の原則は裏書には適用がないと解している。田中のように、裏書を手形債権の譲渡であると捉えると、これによって譲渡すべき債権が存在していなければならないことになる。したがって、田中は、裏書は観念的先行行為が有効であることを前提として考えているわけである。ただし、田中は、前の裏書の無効によって後の裏書が無効にならないのは、手形の善意取得の法則(手16)によると解している³⁵。田中耕太郎の構成によれば、たとえばAが振り出したBを受取人とする約束手形につき、BからCへの裏書が偽造であって、この手形がCからDへ裏書されたと仮定すると、Cは無権利者であるから、CからDへの裏書は権利移転の効果を生ぜず、その意味においてCのなした裏書は無効であるから、Dは、手形行為独立の原則によっては、Cに対する遡求権を根拠づけることができず、DがCに遡求できるのは、Dが手形を善意取得するからであるということになる。しかし、この構成は、明らかにおかしいと攻撃されている。すなわち、善意取得は、「手形ノ占有ヲ失ヒタル者」すなわちBが、Aに対する手形債権を喪失すると同時に、これと同様の権利(Aに対する手形債権)を善意の手形譲受人が取得するという制度であって、Bが有していなかった裏書人Cに対する遡求権までが善意取得の対象であると考えすることはできないからである³⁶とされている。

田中耕太郎による構成の是非はともかく、かつては、手形行為独立の原則は、(少なくともそのままの形では)、裏書には適用がないとする説が見受けられたことは事実である。

34 同前 123 頁。

35 同前。

36 上柳克郎「手形行為の取消」鈴木竹雄：大隅健一郎：上柳克郎：鴻常夫：竹内昭夫編『新商法演習 3』(有斐閣・1974年)53頁。

上柳克郎は、手形行為独立の原則が裏書には適用されないという見解は、この原則を、各手形行為がそれぞれ手形上の記載に従って手形債務を負担するという意思表示によって構成される当然の原則である、と解すること、および、裏書は債権（手形上の権利）譲渡の意思表示によって構成される法律行為であって、裏書の担保的効力（手15）は意思表示の効果ではなく法定の効果であると解すること、を前提として、先行する手形行為が無効であるため裏書人が無権利者である場合には、裏書は債権譲渡として無効であるから、この場合の裏書人の責任を手形行為独立の原則によるものと解することはできないと考えるものである³⁷と分析した。続けて、したがって、この見解に反対するためには、(a) は肯定するが、を否定して、手形行為独立の原則を少なくとも裏書については、手形法が政策的に認めた特則と解するか、または、(b) は肯定するが、を否定して、裏書人の担保義務を意思表示の効果であると解するか、いずれかの途を選ばなければならないであろう³⁸と整理したのである。結果、上柳は、困難な問題ではあるが、(a) の説が妥当であるとする³⁹と結論づけている。なお、上の (b) 説を採用する代表格は、鈴木竹雄である⁴⁰。上記 (a) 説は、どちらかといえば政策説に、(b) 説は同じく当然説に、それぞれ親和的であると評価しようか。

いずれにせよ、手形行為独立の原則は、裏書にも適用があると解するのが、完全に今日の趨勢であるといえよう。ただし、注意すべきは、ここで問題となっているのは、債務負担行為としての裏書である⁴¹。裏書には、権利移転行為としての側面と債務負担行為としての側面があるが、権利移転行為としての裏書は、裏書人が譲渡すべき権利を有していなければならず、したがって、その者の裏書が有効であるためには前提となる前の裏書

37 同前 53 - 54 頁。

38 同前 54 頁。

39 同前。

40 鈴木・注 (11) 前掲 125 頁。

41 福瀧・注 (1) 前掲 88 頁参照、田邊・注 (16) 前掲 225 頁参照。

が有効であることが必要である⁴²。

1-3-5-4. 悪意の手形取得者と手形行為独立の原則

手形行為独立の原則は、手形取得者が、その前提となる行為の無効について、悪意であるときにも適用されるか。

たとえば、振出人をA、受取人をBとする約束手形があり、Aの署名が偽造であるがゆえに、振出しが無効であるとする。BがCに対して、この手形を裏書譲渡した場合を例に考える。Cが偽造につき善意者であれば、Bの善意悪意如何に係わらず、Cは、手形行為独立の原則により、Bに対する遡求権の行使が可能である。この点に異論はない。たとえBが悪意であろうと、Cは、Bに対する遡求権と偽造者に対する権利（手77 8類推）を承継取得しうる。

以上に対し、B・Cが共に悪意である場合はどうか。

上記当然説から論理必然的に導かれるところによれば、当該手形の内容をなしている記載が、その行為固有の記載であろうと、直接には前提行為の内容として記載されているものでであろうと、実質的理由により無効であって、相手方がそれを知っていたとしても、その行為の効力に変わりがあるべきはずがない⁴³のであるから、例におけるCは、Bに対する遡求権を行使できることになる。最高裁も、適法な代表者でない者が振り出した約束手形でないことを知りながら、受取人から裏書譲渡を受けた所持人に、裏書人に対する手形責任の追及を許している（最判昭和33年（1958年）3月20日民集12巻4号583頁）。

伊澤孝平は、「本原則は単に善意取得者の保護と云ふことよりも更に数歩を進めて、手形行為の确实性を昂揚し手形所持人の権利を保護して手形の信用を増進せんとする制度であると思ふ⁴⁴」と説き、手形行為独立の原則の本来の趣旨から、前提行為の無効原因が何であろうと一律に、例の

42 各同前。

43 鈴木・注(11)前掲125-126頁。

44 伊澤・注(9)前掲95頁。

CはBに対する遡求権を行使できるのであるとの見解を採る。

他方、悪意者Cは、Bに対する遡求権を行使できないと解する説も有力である。代表格は、河本一郎である。およそ、以下のように述べる。すなわち、上記の例において、振出人Aは、手形を取り戻して自己の前者にさらに請求するという利益こそ有していないが、この状態をそのまま放置しておく、自己名義の偽造手形が輻転して、事実上、第三取得者から手形金の支払請求を受けるという面倒なことになるおそれがある。これを防止するためには、Cから手形を取り上げておく必要がある。この場合に、Aが上述の点について有している利益と比較すれば、悪意のCがこの手形に関して有している利害関係は、無視されるべきものであり、結局、この場合には、悪意のCは、手形行為独立の原則によって保護されないというべきである⁴⁵。同様に、河本によれば、Aの署名が制限行為能力を理由に取り消され、無効となったときは、Bはまさに無権利者であり、悪意で取得したCも無権利者であるから、AはCから手形を取り戻すことができ、CはBに対し遡求権を取得することはできない。この場合には、Aは、手形法16条2項ただし書によって、Cに対する手形返還請求権を根拠づけることができる⁴⁶されている。そして、Aの署名が偽造で、B・C悪意であるときも、Aの署名が無権代理で、Bについて表見代理が成立せず、Cが悪意であるときも、手形法16条2項ただし書を類推適用できるであろうと結んでいる⁴⁷。これについては、Aの上記例のような利益は事実上のものにすぎず、法的に保護されなくてもやむをえないと割り切る他ないのではあるまいか⁴⁸という前田庸の反論があるが、果たしてそこまで割り切つてよいものであろうか。

河本説を支持・補強するものとして、田邊光政の以下の見解がある。手

45 河本一郎「手形行為独立の原則と被裏書人の悪意」北澤正啓：浜田道代編『商法の争点』（有斐閣・1993年）337頁。

46 同前。

47 同前。

48 前田庸『手形法・小切手法入門』（有斐閣・1983年）212 - 213頁。

刑法 8 条の解釈を引合いにして、次のように述べる。「偽造者や無権代理人のように犯罪的行為をした者は、取得者の善意・悪意にかかわらずつねに手形上の責任を負担せしめてもかまわないようにも考えられるが、これらの者の責任が担保責任であることを根拠に、善意の取得者に対してのみ負担すればよいことと比較考量すると、A 名義の振出が偽造であることを知っている B が、同じく悪意の C に裏書するときには、C は B に対し遡求権を取得しない（この場合には独立原則の適用がない）と解する立場に賛成すべきである⁴⁹。」

河本・田邊説に従えば、A 振出人・B 受取人の約束手形を、C が盗取し、B の第 1 裏書を偽造のうえ、これを D に裏書譲渡したとき、D が、C の無権利につき悪意であれば、善意取得（手 77 16）が成立しないから、手形は B のものであって、D は B からの手形返還請求に応じなければならない。そうであるからには、D が悪意のときには、D は C に対しても手形上の権利を取得しないというべきである。以上のように説明されることになる。

他方、当然説によれば、例 の場合に、D は悪意であっても、C に対し遡求権を取得するという解釈になるはずである。が、当然説に立ちつつ、例 の場合に、D が手形上の権利を善意取得できなければ、C は、D が無権利者であるという抗弁をもって D の請求を拒みうるとい見解が表明されている⁵⁰。すなわち、D は、手形上の権利を有していなければ、どの手形債務者に対しても請求できないとして、善意取得が成立しない場合の D の権利を否定するのである。それならば、例 の場合の悪意者 C も、手形の主債務者と同様の義務を負う偽造者に対する権利を善意取得していないのであるから、B に対する請求ができないと解するのが筋ではなからうか。

いずれにせよ、手形行為独立の原則は、手形取得者が、その前提となる行為の無効について、悪意であるときにも適用されるという結論は、当然

49 田邊・注 (16) 前掲 226 頁。

50 小橋・注 (10) 前掲 26 頁参照。

説から論理必然的に導かれるものであり、他方、この原則は、手形の善意取得者またはこれに準じて取り扱われるべき所持人についてのみ認められるべきであるという結論は、政策説により親和的であると評価しうる⁵¹。

両説を比較した場合、無理なく受容しうるのは、政策説に立脚した説明、すなわち河本・田邊説ではなかろうか。そもそも、河本・田邊説の根底には、上柳克郎が説く以下のような判断が存在する。すなわち「手形行為独立の原則の適用により、手形取得者が手形行為者に対し、その手形行為の先行行為が無効であるにもかかわらず、権利を取得することを認めるならば、その反面において、手形行為が無効であるため、本来手形の返還を請求できる筈の者から、手形の返還請求権を剥奪することになる。従つて、本来手形の返還を請求できる筈の者にこのような犠牲を負担させてまで、手形行為独立の原則によつて手形取得者を保護するためには、手形取得者の側に、右のような保護に値するだけの理由がなければならぬと解すべきではなかろうか⁵²」この判断に照らせば、上記例におけるDはもとより、例における悪意者Cに、そのような合理的理由は存在しないというべきである。

河本・田邊および上柳の考え方によれば、手形法 16 条 2 項ただし書が手形法 7 条に優先することの根拠づけも、自然と導きうることになる⁵³。このような考え方は、裏書の担保責任が、裏書により被裏書人が取得する手形の第 1 次的義務者または支払人に対する権利ないし権限を補強するものであることに鑑みても、正当であろう⁵⁴と思われる。

以上に鑑みれば、手形行為独立の原則の依って立つ理論的根拠も、当然説ではなく、政策説を是とすべきであろうか。

なお、例 において、A が架設人である場合には、悪意者 C に手形の返

51 この点は、川村・注 (1) 前掲 48 - 49 頁の説明が簡明であろう。

52 上柳克郎「手形法第七條による署名者の責任と取得者の悪意」法学論叢 65 巻 5 号 (1959 年) 99 頁。

53 同前 100 頁参照。

54 同前 100 - 101 頁参照。

還を請求する者は不存在であるということになるが、政策説に立てば、手形法理に依拠して、CのBに対する請求を認める理由は何もないのであるから、やはりかかる請求は否定されるべきことになる。CがBに対する手形訴訟によって簡易迅速に債権取立ての実現を図ろうとするなら、それは手形訴訟の濫用である。Aが架設人である場合に、B・Cが共に悪意であれば、第1次的義務者が存在しないBC間の手形授受は通謀虚偽表示の当事者間の行為(民94)として無効というべきであろう。BC間の法律関係の清算は、当事者の原因関係に依拠して、手形外で結着すべきものである。

1-3-5-5. 補遺

手形行為独立の原則が認められるためには、当該手形行為が法定の方式を具備していなければならないのは当然のこと、その前提となる行為も必要な方式を具備していなければならない(手32参照)。手形行為独立の原則は、当該手形行為が方式上完全であることを前提にすると考えられるが、前提たる行為の方式の瑕疵は、当該後続行為自体の方式の瑕疵を招来すると解されるからである⁵⁵。

1-3-6. 商行為性

手形行為は絶対的商行為である(商501)。それゆえ、行為の主体を問わず、誰がなした手形行為であれ、商行為となるから、商行為法の通則は、手形の性質と背反しない限り、当然にこれに適用される。

すでに言及したように(本帖・上の巻第1章5-2)、商法511条1項は、共同手形行為に適用がないものと解されている。

1-4. 手形行為の解釈

ここに「手形行為の解釈」というのは、「手形上の意思表示の解釈」とい

55 福瀧・注(1)前掲92頁。

う意味である。手形行為は、手形上の記載をもって、行為者の意思表示の内容とする法律行為であるから、その解釈は、手形の外觀すなわち手形の記載（文言）のみを判断の資料とすべきである。すなわち、手形上に表われていない事情をもって当事者の意思を推知しまたは補充変更することを許されない⁵⁶。これを、「手形外觀解釈の原則（法則）」という。これは、手形が不特定多数人の間に流通し、未知の当事者間に法律関係を生ぜしめるものであることに基づく当然の要請である⁵⁷。

なお、手形はとくに厳格に解釈すべしとする「手形厳格解釈の法則」がいわれることがあるが、手形であるがゆえにとくに厳格に解釈すべき理由はなく、手形の記載のみを資料とするけれども、解釈自体は一般信義則に従ってなされるべきであり、慣習もまた顧慮されることを要する⁵⁸。すなわち、文字の末に拘泥して、いたずらな形式主義に墮してはならない。たとえば、誤字・脱字・文法上の誤り等があっても、その意味が明らかである限り問題とすべきではない⁵⁹。手形の流通に区域や人の制限がないから、顧慮されるべき慣習は一般的なものでなければならず、地域的・職業的に特殊なものは顧慮されるべきではない⁶⁰。

また、奸悪な債務者が手形の厳格な要式性を悪用して自己の債務を免れることを妨ぐために、手形は無効と解するよりもなるべく有効に解すべしという「手形有効解釈の法則」がいわれることがあるが、これは、畢竟、手形行為の要式性の範囲内において、取引の慣習を顧慮し信義誠実の要求するところに従って解釈すべしという意味に他ならず⁶¹、これ以外に特殊な解釈が要求されるわけではない。

56 大隅・注(18)前掲30頁。

57 同前。

58 小橋・注(10)前掲28頁。

59 大隅・注(18)前掲30頁。

60 同前、小橋・注(10)前掲28頁。

61 大隅・同前。

2. 手形理論

2-1. 緒言

手形理論は、手形学説とも呼ばれる。手形上の権利義務の発生原因を、統一的に理論構成しようとする試みである⁶²。手形上の法律関係は、手形行為者とその直接の相手方との間において生じるのみならず、第三取得者との間にも生じ、第三取得者が直接の当事者よりも大きな権利を取得するといった特徴を有する。これらの現象を説明しようとする概念構成上の議論であるといわれる。

すでに概観したように（第3章1）、手形制度は、元来がカノン準則の脱法行為から始まったものであり、常に慣習先行型で発達した制度であった。法律家は、この新たな現象に追いつくことができなかつたのである。欧州のこの辺りの事情を田中耕太郎は以下のように鋭く指摘している。すなわち、「而して其の研究方法には論理的の誤謬が存在してゐた。是れ即ち新に発生した所の特有なる法律現象を既存の概念の範疇に強制してあて嵌めんとしたこと、換言すれば間断なく発達する経済現象の所産である手形制度を依然として羅馬法的契約的の概念で取扱はんとしたことである。斯くの如くにして発生したる手形理論は時代の推移と共に変化したのであるが、手形現象の間断なき発達に対し理論は之れに追従することを得ずして両者間に常に大なる懸隔が観取せられるのである⁶³。」

手形理論は、わけても19世紀後半のドイツ概念法学時代における最も華やかな論争の題目となり⁶⁴、これが少なからずわが国の学説の展開に影響を与えることになった。

もっとも、ドイツで展開された学説の中には、あまりにも技巧に過ぎ、概念の遊戯以上に何らの意味をももたらさないごとき説も混るに至つた⁶⁵。

62 伊澤・注 (9) 前掲 97 頁。

63 田中・注 (2) 前掲 624 頁。

64 鈴木・注 (11) 前掲 91 頁。

65 伊澤・注 (9) 前掲 97 頁。

わが国においても似たような現象を生じたことは否定しえない。手形理論の林立という現象は、ドイツおよびわが国において突出しているということが出来る。再び、田中耕太郎の言を引く。「我々が手形理論存在の由来及び独、墺並びに我が国以外の諸国に於て、^{たとい}仮令手形制度自体が大同小異なるも手形理論の林立と云ふ現象を見ない奇異なる事実^{たとい}に想到するならば、手形理論が其の従来占めてゐた重要性を失ひ単なる頭脳の訓練、概念的遊戯三昧の地位に墮したことを認めざるを得ぬのである⁶⁶。」きわめて厳しい意見であるが、他方、伊澤孝平の以下の言にも耳を傾けなければならない。すなわち、「然し乍ら排斥せらるべきは、実際と懸隔した思弁的手形理論であつて、手形理論自体ではない。手形上の権利義務は如何にして、又何時発生すべきかを、理論上明かにすることは手形法研究上軽視することの出来ぬ問題である⁶⁷。」

わが国における手形理論は、手形の交付欠缺という病理的な現象が生じた場合に、手形責任の帰趨がどうなるかを解明することを中心に展開されたと観察してよいものと思われる。

2 - 2. わが国における手形理論の概観

手形理論には諸学説があるが、手形行為の成立要件という観点からいえば、大きく分けると、以下の3説が鼎立していると観察してよい。

契約説

手形行為は、手形の授受という方式によってなされる契約であり、手形行為が成立するには、証券を作成することに加え、手形行為の相手方（振出しであれば受取人、裏書であれば被裏書人）への手形の交付が必要であると解するものである。この説に従えば、約束手形の場合に、振出人が約束手形要件を記載しかつ署名をし終えた段階では、手形債務はまだ未完成であつて、手形が受取人に交付された時点で、手形関係が成立することに

66 田中・注(2) 前掲 625頁。

67 伊澤・注(9) 前掲 97頁。

なる。すなわち、手形上の権利義務は、手形を交付する者と交付を受ける者との間の契約（交付契約）に基づいて発生すると解するわけである。

発行説

手形行為の成立には、書面の作成だけでは足りない点では、契約説と軌を一にするが、この説は、手形行為を相手方のある契約と観るのではなく、単独行為と解するものである。したがって、手形行為が成立するためには、手形の交付が必要であるが、当該交付は必ずしも行為の相手方に対するものであることを要せず、任意に手形を流通に置く意思で手放せば足りるとするものである。

この説は、さらに細分すると、手形の発行があった後に手形関係が成立するものの、任意にこれを手放しただけでは、いわゆる意思表示の発信にすぎず、相手方の承諾を要しないけれども、民法の一般原則（民97）に従って、手形上の意思表示が相手方に到達しなければならないと解するもの⁶⁸、および、作成者以外の者に交付するため手形の占有を手放せば足りると解するもの⁶⁹とに分かれる。上の段落で纏めたように、今日、通常発行説と称されるのは、後者の構成である（修正発行説）。主たる提唱者は、田中誠二である。

創造説

この説は、手形行為を単独行為であると構成する点で、発行説と同様であるが、しかし、手形行為は、証券の作成によって成立するものであり、手形の交付を待たなくてよいと解するものである。

わが国で通常創造説と呼ばれるものは、鈴木竹雄の首唱に係る系譜に属するものであり、約束手形の振出しについて観ると、まず、第1段階において、振出人が書面を作成すると、それによって手形上の権利が成立し、それとともにその成立した権利が証券に結合する（ゆえに、この段階では、署名者自身が債務者であると同時に債権者である）。次に、第2段階にお

68 同前 115 頁。

69 田中（誠）・注（31）前掲 73 頁。

いて、その最初の権利者たる振出人から受取人にその権利が証券とともに移転される⁷⁰。以上のような構成である（二段階行為論）。

2 - 3. わが国における手形理論の展開

わが国の手形理論について、その歴史的展開を最も鮮やかに描写した先行業績は、平成 8 年（1996 年）に日本評論社から出版された『昭和商法学史』に寄せられた、福瀧博之の「手形理論 昭和期の手形理論の潮流と特徴」と題される論稿であることに異論はあるまい。これには、相当数の文献が網羅されており、これを凌駕する論稿を知らない。

2 - 3 - 1. 大正期まで

商法手形編時代における手形法学説史に遡る手掛かりとして、松本丞治および伊澤孝平の体系書（本章脚注（4）および（9）参照）を繙けば、初期の学説の展開を纏めたものとして、須賀喜三郎（1874～没年不詳）の『手形法論』（参照しえたものは、第 5 版である。巖松堂書店・1921 年、初版は、1916 年）に言及がなされている。須賀は、手形行為は一方的行為（単独行為）であるとの観方を採り、手形債権の成立には、手形行為者の意思如何を問わず、第三者が法定形式を具備した手形の所有権を取得するに至ったときに、手形関係が生じると解している⁷¹。原典は参照しえなかったが、毛戸勝元（1874～1945）もまた単独行為説に立ち、手形債権者として指定された者が善意でその手形の占有を取得するときは、手形債権を取得する、換言すれば、債権者たる要件は、手形の善意取得であって、手形の授受ではないと説く⁷²（いわゆる善意説）。これらは、創造説の系譜に属する考え方であると位置づけられる。

岡野敬次郎は、次のように説いている。すなわち、「余八…債務負担ノ

70 鈴木・注（11）前掲 107 頁。

71 須賀喜三郎『手形法論（第 5 版）』（巖松堂書店・1921 年）58 - 59 頁。

72 松本・注（4）前掲 163 頁参照、伊澤・注（9）前掲 103 頁参照。

意思ヲ以テスル債務者ノ一方的行為ヲ債務成立ノ要件ナリト説明セント欲ス、一方的行為トハ債務者カ債務ヲ負担スルノ意思ヲ以テ手形ヲ交付スルノ謂ナリ、苟モ其意思ヲ以テ手形ヲ交付シタルトキハ債務者ノ一方ニ於テハ債務成立ノ要件ハ既ニ備ハレリト云フヘキナリ、然レトモ債務ノ成立ニハ人ノ複数ヲ必要トスルカ故ニ債権者タルヘキ者ノ対立ヲ待テ始メテ法律關係ノ設定ヲ説クヲ得、債権ノ発生トハ所有權ノ取得ヲ云フ、他ノ辞ヲ以テ言ヘハ手形上ノ法律關係ハ手形ナル証券カ善意ノ取得者ニ歸シタル時ニ於テ完成スルナリ、然レトモ債務者ハ債務負担ノ意思ヲ以テ既ニ其為スヘキ所ヲ尽シタリ、債務負担ノ意思ハ確定的ニ之ヲ発表シタリ、其行為ノ時ニ於テ債務ヲ負担スルノ意思ヲ有シタリ、故ニ此時ヲ標準トシテ債務成立ノ条件ノ具備セルヤ否ヤヲ決スヘキナリ⁷³ (適宜、読点を付した)」。岡野敬次郎は、同時に所有權説を採用して、手形債権の発生には債権者が手形所有權を取得することを要するとの立場を採っているが⁷⁴、上述の彼の考え方は、基本的に、発行説に分類することができるように思われる。商法起草委員であった者の見解として、影響力があったであろうことは、想像に難くない。

商法手形編時代に交付契約説を支持した代表的研究者は、松波仁一郎である。以下のように述べている。「[交付契約] 説ハ最も穩健ニシテ且ツヨリ實際ノ多クノ狀況ニ叶フ、手形ノ振出其他ノ行為ハ当事者間ノ契約テ之ニヨリテ手形債権ハ成立スルナリ、手形ニ依リテ当事者ノ意思ノ合致ナキニ私法ノ權利義務ヲ生セシムヘキ真理ナシ、少クトモ原則トシテカクスヘキ道理ナシ、又手形ハ呈示証券ニシテ手形債権ヲ行使スルニハ証券ヲ呈示スルコトヲ要シ、同時ニ証券ヲ所持スルニ非サレハ手形上ノ權利ヲ有スルコトナシトスレハ其ノ成立ニハ振出人ヨリ交付スルヲ要スルハ当然ナリ、殊ニ手形ノ振出ソノ他ノ行為ニハ手形ノ交付ハ殆ント例外ナキ各国ノ慣習ナレハ法ハコノ慣習ヲ其ノ儘ニ採用セリト思ハルヘキナリ、手形ノ成立ニ

73 岡野敬次郎『日本手形法(第6版)』(有斐閣・1910年)93-94頁。

74 同前92頁。

交付ヲ要スルトキニハ後ノ取引者ハ一々振出ノ場合ニ於ケル交付ノ有無ヲ調査セサルヘカラス、ト云フモ實際ニハソノ必要ナシ、恰モ善意取得説ヲトルモ後ノ取引者カ必スシモ一々手形ノ始メテ成立スル場合ノ取得者ノ善意悪意ヲ調査スルヲ要セスシテ唯自ラ善意取得スレハ足ルト等シク手形行為ハ各自独立ナリトノ原理ヨリ取引者ニハ多クノ損害ヲ醸スコトナシ、^{この}斯如クシテ振出其他ノ手形行為ノ成立ニハ当事者間ノ契約ト証券ノ交付トヲ要スルモノトシ、交付ニヨリテ契約成立スルトシ、交付契約ナル一種特別ノ法律行為ニヨリテ手形ノ根本的ノ原理ヲトクナリ⁷⁵。さらに加えて、「振出人ハ手形ナル証券ニヨリテ之ヲ取得スルモノニ対シテハ何人タリトモ手形上ノ債務ヲ負フヘシト申込ミ、取得者ハ証券ヲ受取ルコトニ依テ承諾ノ意ヲ表シ、契約ハソノ間ニ直接ニ成立スルト解ス⁷⁶」と述べている。松波の交付契約説は、対不特定人契約説とも称すべきものである。

福瀧博之は、商法手形編の時代においてすでに、わが国においては手形理論の基本的なカタログは一応出尽くしていたと小括しているが⁷⁷、上述のごとく、一部の文献を検証しただけで、この小括が正しいことが理解できよう。上述以外の必要な文献は、彼の論稿に網羅されているので⁷⁸、これに譲る。

商法手形編時代、わけても大正期における手形理論の展開は、やや単独行為説が優勢であったように思われる。事実、須賀喜三郎は、「一方行為説ハ手形受者ノ積極的ノ意思表示ヲ要セス手形行為者一方ノ意思表示ノミニ因テ手形上ノ権利関係発生スト謂フニ在ルカ故ニ契約説ノ如ク手形行為者ハ将来ノ手形取得者タル未定ノ相手方ト契約ヲ締結スルモノナリトノ窮セル説明ヲ為スノ要ナク又手形行為独立ノ原則ニ抵触スルコトナク手形関

75 松波仁一郎口述『商法総則及手形法（大正十年度東大講義）』（稿集発行所：石田正七・1921年）手形法17-19頁。

76 同前20-21頁。

77 福瀧博之「手形理論 - 昭和期の手形理論の潮流と特徴」倉沢康一郎：奥島孝康編『昭和商法学史』（日本評論社・1996年）709頁。

78 同前709-710頁。

係ヲ説明シ得ヘキカ故ニ現今契約説ヲ庄シテ普通一般ニ唱道セラルルニ至レリ⁷⁹⁾」と学界の状況を評しているのである。

この時代の交付契約説の劣勢の原因を、福瀧博之は、当時のわが国の手形理論は、権利外観説を知らなかったから、契約説を採用する場合には、交付欠缺の事案において手形を取得した第三者の保護を認めることが困難であった⁸⁰⁾点に求めているようである。このような分析は、これを是とすべきであると思われる。

大正期に提唱された手形理論で、必ず言及しなければならないものが松本丞治説である。伊澤孝平は、「我国の手形理論中、最も精緻明晰な説明を与へ、我が判例に対して多大の影響を与へて居るものは、松本博士の学説である⁸¹⁾」と述べて、とくにその独自性を指摘している。松本説の一端は、すでに若干の言及をなしているが(第3帖第5章5-3-2-3(ア))、ここで改めて整理しておきたい。次のように述べている。

まず、彼の基本的視座を示すところから始めてみよう。「余八手形ニ関スル法律行為ヲ債権的行為ト物権的行為トニ區別シテ觀察セムト欲ス、従来ノ学説ノ誤謬又ハ欠缺ハ此區別ヲ看過セルカ又ハ其間ノ関連ヲ精査セサルコトニ座ス、契約説論者ハ物権的ノ手形交付契約ニ着眼セルモ債権的ノ債務負担行為ヲ之ヨリ搜出分離セサリシ点ニ誤謬ヲ有スルモノタリ、…又単独行為説ノ論者ハ債権的ノ債務負担行為ニ囑目セルモ物権的ノ手形交付契約ヲ無視又ハ閑却セル点ニ誤謬ヲ有スルモノタリ⁸²⁾(適宜、読点を付した)」。

松本は、手形行為を2分して、手形債権行為と手形物権行為とする。手形債権行為は、手形債務の負担を目的とする行為であって、これを単独行為であると観察する。その理由を、この行為は、手形債務者が不特定の手

79 須賀・注(71)前掲58頁。

80 福瀧・注(77)前掲708頁。

81 伊澤・注(9)前掲109頁。

82 松本・注(4)前掲170-171頁。

形所有者の何人に対してもその債務を負担すべき意思を表示するものであることに求めている⁸³。そして、このような手形債権行為を「契約ト称スルハ実ニ当事者ノ意思ニ反スル擬制的空想ト謂ハサルヘカラス」⁸⁴と断じている。他方、手形物権行為は、手形所有権の移転を目的とする行為であって、この行為は他の一般的物権行為と同様に、物権契約であると観察している。手形所有権の移転は、手形の引渡しを要件とする物権契約によることを必要とし、手形所有権はこの契約により承継的に譲受人がこれを取得し、その結果、手形上の権利を原始取得することになるが、例外として、[昭和7年(1932年)改正前]商法441条[手形の善意取得の規定、現在の手16]によって、手形の善意無重過失の占有により原始的に手形所有権を取得し、結果、原始的に手形上の権利を取得することがありうると構成している⁸⁵。田中耕太郎は、松本説を評して、岡野説の発展型であるという観察をしている⁸⁶という点を付言しておこう。

手形債権行為と手形物権行為とを分かち観察するという松本説の影響を感じさせる判例を挙げれば、大審院大正12年(1923年)7月11日判決民集2巻477頁がある。当時の商法176条[現在の会356]の規定に違反してなした為替手形の振出しおよび引受けの効力につき、絶対無効であると判示するものである。判旨中に、以下のような表現がある。「株式会社ノ取締役力会社ヲ代表シテ他ノ取締役ニ宛テ手形ヲ振出シタル場合ニ於テハ商法第七十六条ノ規定ニ依リ監査役ノ承認ヲ得ルコトヲ要シ其ノ承認ヲ得サルトキハ振出ハ無効ニシテ従テ手形交付行為ノミナラス手形債務負担行為モ亦無効ナリト謂ハサルヘカラス...上告人ハ手形債務負担行為ハ商法第七十六条ノ取引ニ該当セスト論スレトモ同条ノ趣旨ハ株式会社ノ取締役力監査役ノ承認ヲ得スシテ其ノ会社ト取引ヲ為スハ会社ノ不利益ヲ

83 以上、同前174頁。

84 同前。

85 以上、同前172-173頁参照。

86 田中・注(2)前掲639頁参照。

生スルノ虞アリト為シ其ノ取引ヲ無効ト為スニアルヲ以テ株式会社カ其ノ取締役ニ対シテ手形ノ振出ニ依リ手形債務ヲ負担スル行為モ亦同様ノ取引ニ包含スルモノト解スヘキコト疑ヲ容レサルヲ以テ其ノ所論八当ヲ得ス」。この判例は、正確に評価すれば、松本説の否定である。松本説に従えば、手形物権行為は監査役承認を得ていないので無効であるが、手形債権行為は一方的行為として有効に成立しているから、善意の第三取得者は、当時の商法 441 条 [現在の手 16] の規定によって、手形を善意取得しうることになる⁸⁷。松本説に忠実なのは、上告人の側であったといえよう。

ともかくも、時代は昭和へと進み、単行法としての手形法の下で、手形理論はさらなる展開を見せることになる。

2 - 3 - 2. 昭和期以降

2 - 3 - 2 - 1. 田中耕太郎説の登場

新しい手形法の下で、手形理論に関して、昭和劈頭を飾るに相応しいのは、田中耕太郎の主張であろう。大正期までの議論展開を小括して、田中は、以下のように述べる。「私の臆測に依れば契約説及び単独行為説共に手形関係の真相の一面に触れた所を持つてみると考へる。是れ即ち契約説が債務負担に関し交付に重きを置くこと、契約説中の債権譲渡説⁸⁸が直接の相手方ならざる第三者との関係を債権譲渡の観念で説明せんとすること、単独行為説が手形債務は署名により発生するものと為すこと、人格説⁸⁹が

87 松本丞治『商法解釈の諸問題』（有斐閣・1955年）465頁参照。

88 交付契約説の範疇に属する1説であって、債務者と直接の相手方との間の契約によって生じた手形上の権利が裏書により後者に譲渡されるものであり、裏書をもって債権譲渡と解する説である。青木徹二（1874～1930）がこの立場を採るとされる（伊澤・注（9）前掲100頁参照）。

89 創造説を徹底したものである。手形は本来の債権者であり、所持人は手形の代表者であり代理人であるとする。振出人は最初の所持人であって、手形を作成することにより債務を創造するものであると解する。野津務（1894～1983）がこの説を紹介しているが（野津務『手形法変遷論』（有斐閣・1937年）138頁参照）、わが国におけるこの説の支持者は明らかでない（単に理論上言及されただけにすぎなかったのかも知れない）。

証券を債権者と認むることは極端に馳せてゐるが然し債権者なくとも証券自体が独立の生活力を有することを認めたこと、の如き諸点である⁹⁰。」以上が田中耕太郎の立ち位置である。

田中によれば、為替手形に関し、引受け、参加引受けおよび保証のみが債務負担の単独行為であり、裏書人および為替手形の振出人の義務は、法の規定による担保義務であるとされている⁹¹。こう解すれば、振出人および裏書人の義務については、それが単独行為によって生じるか契約によって生じるかの問題は生起することなく、単に何時からこの義務が始まるかという点を問題にすればよいことになるとする⁹²。田中に従えば、振出しは1個の行為ではなく、手形作成行為と手形交付行為との2つから成り立つと構成される⁹³。手形はまず、振出人の手によって一方的に作成され、署名がなされた暁には、手形は取引に置かれるに適する1種の「活力」を持つに至る。すなわち、振出人が一方的に手形を創造することによって、手形という有価証券が成立する。この有価証券の権利者は振出人自身であり、義務者もまた、為替手形の場合は仮定的義務者たる支払人であり、約束手形の場合は自身である。この場合、振出人が権利者であるというのは、振出人が（為替手形の）支払人に対して請求をなしえるというのではなく、単に「手形を取引に置くことができる」という意味である⁹⁴。このように、手形の作成は純対内的行為であって、これだけでは、振出人は自ら手形上の権利を行使しえないとともに、何らの義務をも負担しない。ただ、この証券を第三者が正当に取得した場合においては、その証券上の権利をも同時に取得する潜勢力を具備している状態にある⁹⁵。

振出人は、第2段階として、自己が作成しかつ所有する手形を受取人そ

90 田中・注(2)前掲641頁。

91 同前641-642頁。

92 同前642頁。

93 同前。

94 以上、同前643-644頁。

95 同前644頁。

他の者に譲渡する。ここに至って手形は初めて取引に置かれ、証券上の義務者に対し手形金を請求しうる外部的債権者を生じる。債権の発生はすでに振出人の単独行為により完成しており、その潜勢的に存在する債権が受取人に譲渡せられるのであるから、いわば振出人と受取人との間の債権譲渡である⁹⁶。この点、振出人が契約によって受取人に対する債務を負担するとの構成によるものではないから、契約説とは一線を画するものであると述べられている⁹⁷。(為替手形の) 振出人が受取人に対して債権譲渡をなすがゆえに、振出人は担保責任を負担しなければならないが、振出人が相手方である受取人およびその後者に対して担保責任を負担するのは法の規定の効果である⁹⁸。

田中は、約束手形の振出しについて、とくに纏めて以下のように記している。「約束手形の振出の場合に於ては、自己が債務者と為れる有価証券を振出人が作成し、之れを受取人に譲渡するのである。振出人は一方譲渡人であるが、他方証券上の確定的債務者であるため、此の二資格の競合の結果として振出人の担保責任は無意味となり存在することがない。振出人が受取人に手形を譲渡するのは契約に因る。之れを交付契約と称するも支障なく、所謂物権契約の範疇に属し抽象的(不要因的)性質のものである。尚ほ斯く云ふことに依りて私は振出人の意に反して手形が流通したる場合に第三者に責任を負担せしむることを否定するものではない⁹⁹。」

裏書について、田中は、松本説を批判して以下のように述べる。「松本博士は裏書の場合に手形の所有権に付ては承継取得、手形上の権利に付ては原始取得を認められるが、手形上の権利と手形の紙片の所有権とを分離して考ふる此の説明は手形化体の觀念に反するのみならず、当事者の意思との懸隔が余りに甚しい¹⁰⁰。」そして、田中は、裏書は債務負担行為では

96 以上、同前 645 頁。

97 同前 646 頁。

98 同前。

99 同前 647 頁。

100 同前 648 頁。

なく単なる有価証券の譲渡行為であると観察する。抗弁の有無は権利の同一性を害するものではなく、善意者保護のため、後者の権利取得が前者に対する抗弁を免れることは制度上考えうるものであるし、無効の裏書が介在してもなお後者が権利者たることも善意者保護の特別の制度と解せばよい。かくして、裏書は、手形に化体した手形上の権利の譲渡であり、その行為は抽象的な物権契約であって、これを交付契約と称しても差し支えないことは振出しの場合と同様である。裏書の本質が手形上の権利の移転にあるとすれば、裏書人の責任は、法が認めた担保責任であるといわなければならない。裏書によって手形上の権利は承継取得されるが、手形すなわち手形上の権利は商法 441 条 [現在の手 16] の規定により原始的に取得されることもありうる¹⁰¹。およそ以上のように説かれている。

このように、田中耕太郎説は、手形の振出行為について、特色のある説明を付すとともに（とくに振出しの第 2 段階において振出人と受取人との間の債権譲渡を認める点）、裏書については、債務負担行為ではなく、単なる手形債権譲渡行為と解する点に特徴を有するものである。わけても、田中耕太郎説の特徴は、岡野敬次郎や松本丞治（すでに付言したように、田中は、松本説を岡野説の延長線上にあるものと捉えている）が観念した、手形所有権というそれを否定した点にある。手形所有権概念を否定しつつ、振出行為にあっては、外部的手形関係（手形債権）の発生には、手形譲渡行為（債権譲渡）を要するものと構成したがゆえに、手形譲渡行為に先行して、振出人の単独行為に係る潜勢的な債権を発生させる必要があったものと思われる。振出人の単独行為によって、潜勢的な債権を発生させるという点だけを切り取って発展させると、後に鈴木竹雄が主張することになった今日的な創造説に繋がるように観察しえなくもない。もっとも、田中耕太郎は、交付欠缺の処理に関しては、手形取引にあっては、不用意な手形行為者のために毫も非難される点のない手形取得者が犠牲にされるべきではないから、手形取引の一般的安全のために、その形式に勝利を占めさせ、

101 以上、同前 648 - 649 頁参照。

表示主義を徹底せしめて善意の取得者を保護すべきであると説いている¹⁰²。田中説中に、創造説的発想・思想を觀て取ることは可能であるが、交付欠缺の処理の不徹底さから（肝心の問題の不徹底さゆえに）、これを創造説に分類するのは妥当ではない。

福瀧博之も、田中説は、「手形書面の作成によりすでに手形債務（手形債権）の成立を認める創造説に赴くことが充分あり得たはずである¹⁰³」と評価しつつも、彼の見解が交付欠缺の処理に関しては手形法 16 条 2 項によらないで「表示主義」を理由として手形を善意で取得した者の保護を図っている点を捉え、田中の見解は、その創造説的な表現にもかかわらず、依然として発行説に止まっていると觀察している¹⁰⁴。きわめて穏当な評価・觀察であろう。

2-3-2-2. 権利外觀説の登場

(ア) 山尾時三説

調べた限りでは、権利外觀説に依拠して手形法の体系書を著した最も初期の研究者は、山尾時三（生年不詳～1933）であろうと思われる。

山尾は、当時の学界の状況を評して、契約説と創造説との相剋は有名であるが、修正の加味によって、実際の主張（結論）には大きな差はなく、結局問題は、手形権利発生のためには、その手形署名者の任意の交付を必要とするものであるか否かの点に帰着するのである¹⁰⁵としている。加えて、手形学説が^{そくせい}簇生する理由は、「主として正規的現象と例外的現象とを一元的に法律構成せんとし、而してその際孰れかを^{いず}決定的ならしめるに存するもの¹⁰⁶と考える」と説いている。

山尾は、手形債権の発生には、正規的現象、および、変則的現象、とが基底しうるものと考えるところから出発する。は、手形行為が存在

102 同前 143 - 144 頁参照。

103 福瀧・注 (77) 前掲 712 頁。

104 同前。

105 山尾時三『新手形法論』（岩波書店・1935年）16頁。

106 同前。

し、その効果（直接あるいは間接）として手形債権が発生する場合である。他方、¹⁰⁷は、債務者たるべき者の側において行為的要素として手形署名という事実行為（手形証券またはそれになるべきものであることの認識をもってする、あるいはその認識をとまなう署名）が存在し、債権者たるべき者が、権利者あるいは権利を処分する権限を有する者から、あるいは手形法16条2項によって救済されうる範囲において手形を取得した事実が存在するときは、この2つの事実の無機的結合から手形債権の発生を見る場合である¹⁰⁷。

の場合を認める理由を、山尾は以下のように説く。すなわち、「私は、外観（署名者の任意交付ありたるが如き流行程における外観）が真実（手形行為の欠缺）を克服するものであり、それを然らしむる理由は、手形の如き流通証券に於ては外観を信じて信義則に合する方法により手形を取得した者よりも、原因に多少とも支配力を有せる者（署名者は最後の保障たる署名により外観に一原因を与へる）に損害を負担せしむるのが衡平であり、且つ法律秩序は全取引の不安よりも寧ろ個人の損害が堪へ忍ぶるべきであると云ふことから出発すべきである、との思想に源泉すると考へる。即ち、……人的抗弁の切断と同一の目的を有し、同一の理論を以て説明し得らるべき現象と解する。上述の如く、債務者たるべき者の行為的要素として要求せらるるのは、事実的行為としての署名に過ぎないのであるから、苟くも手形に署名する觀念と意思とを有しそれに応ずる表現をとつた以上、債務負担の意思或はその表示の欠缺を以て善意取得者に対する抗弁と為しえない¹⁰⁸。」

山尾は、上の記述について、ドイツ商法研究者のエルンスト・ヤコビ（Ernst Jacobi、1884～1965）およびヘルベルト・マイヤー（Herbert Meyer、1875～1941）の説を引いている¹⁰⁹。福瀧博之によれば、権利外観

107 以上、同前17頁。

108 同前18頁。

109 同前19頁脚注(6)参照。

理論はドイツの手形法学に由来するものであり、この理論は上の両者によって提唱されたと説明するのが普通である¹¹⁰とされているが、山尾は、上の両者の説をわが国で継受した最も初期の研究者の1人と位置づけうると思われる。

なお、山尾は、¹¹⁰の場合に関し、裏書は手形債権の手形法的譲渡を目的とする行為であるが、法によって、これに担保責任が結びつけられているのであり、手形債権は必ずしも意思表示の法律行為的効果として発生するものではないと説き、他方、保証および引受けは債務負担を目的とする行為であって、債権の発生はその行為の直接の行為に他ならないと纏めている¹¹¹。

権利外観説の基本的なスタンス (stance) は、上の山尾の記述から明らかであろう。すなわち、彼の言を借りれば、あくまでも「正規的現象」を素直に評価し、「変則的現象」に権利外観理論をもって対処するというものである。

(イ) 納富義光説

山尾に続き、ヤコビおよびマイヤーの権利外観説を詳細にわが国に紹介したのが、納富義光 (1905～1996) であった。昭和15年 (1940年) に有斐閣から出版された『手形法に於ける基本理論』中で、ドイツ手形理論学説史を相当詳細に分析しているが、権利外観説にかなりの紙幅を割いている¹¹²。加えて、権利外観法理の意義および現行法上の重要性につき、とくに1章を割いて詳述している¹¹³。

納富は、以下のように述べている。「振出、裏書に於ても受取人、被裏書人に対する手形交付は行為の効力発生に不可欠なる要件である。従つて受取人又は被裏書人によつて振出又は裏書署名ある手形が占有せらるるときは、この占有によつて振出人又は裏書人よりの有効なる手形交付が推定

110 福瀧・注 (77) 前掲 707 頁。

111 山尾・注 (105) 前掲 19 - 20 頁参照。

112 納富義光 『手形法に於ける基本理論』 (有斐閣・1940年) 186 - 204 頁参照。

113 同前 261 頁以下。

せらるべきである。即ちこれ等の者の手形占有は手形交付の顕現形式であり、善意者との間に於て交付の Rechtsschein を顕現し得べき客観的信頼の基礎なりと云ひ得る¹¹⁴。」いわば、この1節が彼の立ち位置を声明したものと見える。

交付欠缺の抗弁に関しては、以下のように説かれている。「法の承認せる信頼の客観的基礎への取得者の信頼は保護せられねばならない。而も手形の取得者の信頼はあくまで保護せねばならぬことは手形法の根本的要請である。それ故に直接ならざる前者の振出署名、裏書署名を信頼し有効に手形が之等の者より交付せられたりと信じて手形を取得したる者の善意は、手形法も保護せらるべき価値を承認するものと謂はねばならない。然しこれのみによつて交付せざりし振出署名者、裏書署名者の責任が直ちに発生するものとなすことを得ない。振出署名者、裏書署名者等が責任を負担するや否やは、之等の者が果して自己の意思に基きて外観の顕現に原因を付与したるや否やによつて定めらるべきである。唯この場合に果して原因を付与したるや否やは具体的に各場合につき判断せらるべき問題であり、手形が振出人、裏書人等の意思に基かずして流通したる場合の一々に付いて考察せねばならない¹¹⁵。」こう述べたうえで、彼は、手形署名行為者たる意思と認識とを有し、さらに、将来手形債務の負担その他の手形行為をなすべき予見を有していた者、すでに振出署名・裏書署名がなされた手形を事実上の誤認により交付した者、等については、自己の意思に基づき少なくとも真正な手形署名をなし、手形を流通に置こうとする意思を有していたのであるから、外観の顕現に原因を認め、後に手形が善意者の取得するところとなった場合に、署名者は、責任を負担しなければならず、これらの署名者は交付欠缺の抗弁をもって善意の手形取得者に対抗することができない¹¹⁶と説いている。ただし、手形法は一般に重過失が善意を排除

114 同前 544 頁。

115 同前 545 頁。

116 同前 545 - 547 頁。

するものとしているから、取得者に重過失があれば保護されない¹¹⁷。

なお、納富は、山尾時三説に一定の評価を与えつつも、山尾が、彼のいういわゆる「変則的現象」の場合の手形債権発生の実定法的基礎を手形署名という事実行為と手形法 16 条 2 項との結合に求めた点を批判し、山尾説の外観法理の理解にはいわゆる信頼の客観的基礎の考慮が忘却されていると述べている¹¹⁸。権利外観説の骨子を確立したのは、この点に鑑みれば、納富義光であると評価してよいものと思われる。

(ウ) その他

山尾、納富と同時期に著わされた体系書の中で、交付契約説を採るものに烏賀陽然良うがやしかよし (生年不詳～1946) がいる。「原則トシテ振出人八任意二手形ヲ交付スルコトヲ要ストノ見解ヲ以テ正当ナリト信ズ、然レドモ仮令交付契約ニ欠アルモ、手形ガ善意ノ所持人ニ移リタル場合ニ於テハ、振出人八此ノ所持人ニ対シテ何等ノ抗弁ヲ有スルコトナク、引受及支払ニ付、担保ノ責任ヲ負ハザルベカラズ¹¹⁹」と述べているが、その根拠については何らの言及がない。ただ、創造説を批判して、創造説は「手形ノ不任意ナル占有喪失ニヨリテ其ノ責任ヲ負擔セザルベカラザルノ背理ヲ生ズ¹²⁰」とのみ記されているにすぎない。

2-3-2-3. 権利外観説の定着 (伊澤孝平説)

第 2 次大戦後、昭和 24 年 (1949 年) には、伊澤孝平が、その体系書の中で、新たな手形理論を公表している。彼が手形行為について一元的な捉え方をしないことは、先に言及した。伊澤は、手形理論の中心問題は、手形が作成者の意思に基づくことなく流通に置かれた場合にあり、手形上の義務の発生時期如何の問題であるとする¹²¹。その上で、手形上の債務の発生原因に関する考察と、手形債務の発生時期の問題を分割して考えている。

117 同前 547 頁。

118 同前 548 - 550 頁参照。

119 烏賀陽然良 『手形法』(弘文堂書房・1934 年) 116 頁。

120 同前脚注 (8)。

121 伊澤・注 (9) 前掲 112 頁。

手形債務の発生原因をすべて契約または単独行為のいずれかに帰することは正当ではなく、またこれをすべて手形行為者の意思表示上の効力として理解することも正当でない¹²²と彼は説く。そして、為替手形の振出行為は、単にいわゆる支払いの指図にすぎない要物的単独行為であり、約束手形の振出行為は債務負担の意思をもってする要物的単独行為であると観る¹²³。裏書は、当事者の意思に基づく債権譲渡を目的とする要物契約であり、抗弁制限効は善意者保護のために法がとくに設けた制度であると観ている¹²⁴。引受け・参加引受け・保証は、債務負担を目的とする単独行為である¹²⁵。為替手形の振出人および裏書人の担保責任は、当事者の意思に基づくものではなく、手形の流通を助長するため法がとくに認めた義務であると解する¹²⁶。

手形債務の発生時期については、以下のように述べる。すなわち、「手形行為は法律行為であるから、其の効力の発生時期に就いては、意思表示の効力発生時期に関する一般原則の適用があるものと解する。従つて意思表示が相手方に到達したときに効力を生ずる¹²⁷。」これが大前提である。続けて、「事実行為に過ぎない署名が終つたのみで何等対外的の表白なき行為を以て意思表示と見ることは不当であるから、意思表示として成立すべき時期如何の問題に就いては、発行ありたる後とするのが正当であると思ふ。併し手形が任意に交付せられただけでは、所謂発信にすぎぬのであつて、この意思表示は未だその効果を発生し得ないのである。即ち民法の一般原則（民 97）に従つてこの意思表示の、相手方への到達を必要とする。右に云つた手形の交付は、相手方に対する手形上の意思表示の成立及びその送達方法として必要なのであつて、相手方に手形所有権を取得せしめるために必要なのではない。故に手形所有権の移転を目的とする交付契

122 同前 113 頁。

123 同前参照。

124 同前 113 - 114 頁参照。

125 同前 114 頁参照。

126 同前参照。

127 同前。

約の存在は之を必要としない¹²⁸。」

伊澤もまた手形所有権概念を否定している。田中耕太郎以降、わが国においては、手形所有権概念を否定する見解が主流となった。

「振出及び裏書は要物契約であるから、これ等の手形行為において相手方をして手形上の権利を取得せしめるためには、これに手形証券の所持を得せしめねばならないから、手形の交付は単に意思表示の送達方法としてでなく、これ等の行為の成立要件として必要となる。従つて相手方への手形の到達即ち相手方に手形の所持を得せしめることは、之等の行為の成立要件であると同時にその効力の発生要件である¹²⁹。」

この記述は、明らかに、先の記述と矛盾している。彼は、振出行為を要物的単独行為と解したはずであるのに、ここでは要物契約にすり変わっている。

「裏書は前述した如く債権譲渡たる要物契約と解すから、其の効力の発生には被裏書人の承諾を要する。併しこの承諾は、特に其の通知を為すことを必要としない。裏書は民法第五二六条二項の定むる『取引上ノ慣習ニ依リ承諾ノ通知ヲ必要トセサル場合』に該当するのであつて、手形の受領が即ち同項に所謂『承諾ノ意思表示ト認ムヘキ事実』として承諾の通知と同一の効果を有するのである¹³⁰。」

伊澤説においてとくに評価すべきは、「仮令手形は理論上成立していなくても、手形署名者が一方において署名を為すことによつて、手形債務成立の外観作成に原因を与へ、他方においてこの外観に信賴して、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、署名者は自己の手形行為の成立せざることを主張し得ないものとする¹³¹」との1点にある。権利外観理論が、わが国に受容され、一般化したことの証左となる1節である。

128 同前 115 頁。

129 同前。

130 同前 116 頁。

131 同前。

2-3-2-4. 発行説の系譜（田中誠二説）

創造説がわが国において独自に華々しい展開を見せる過程を概観する前に、第2次大戦後における発行説の系譜を先に纏めておこう。

ここで取り上げるのは、田中誠二が自ら「修正発行説」と名付けた説である。約束手形の振出しの場面に例に、次のように述べている。

「私は、創造説のように振出人がその署名した手形を筐底深く、保管しているうちに、手形行為が完成し、手形上の権利が発生すると解することについては、この時点では振出人の振出の表示行為が完成したとは認め得ないと思うが、他方においてわが国の通常発行説が、約束手形の振出は、手形の受取人への交付によって始めて完成すると解するのは、手形の流通性の強化に害を与えるおそれがあると思うので、振出人の受取人への交付でなく、それ以外の者に交付しても、差支えなく、また、到達を要しないので振出人の意思に基づいて振出人以外の者に交付するために、振出人が手形の占有を手放すことさえあれば、振出行為は完成すると解するのが正当と思う。……私は、手形行為にも原則として一般の意思表示に関する原則の適用を認めるが、ただ手形の流通証券たる性質に基づき振出行為は不特定多数の人に対する単独行為、すなわち相手方のない単独行為と解し、その効力発生時点は、受取人という特定の相手方に到達した時（民97）ではなく、署名者が、その意思に基づき、署名者以外の者に交付するために、その証券を手放した時と解する¹³²。」

田中誠二は、修正発行説を提唱する目的論的理由を次のように説く。すなわち、この説が「権利外観説という適用範囲が必ずしも明白でない理論によらないで、流通におかれた手形その他の有価証券の善意取得者の権利を保護し、その流通性の強化に著しく役立つということである。また、手形その他の有価証券（株券および債券はその著しいもの）を発行者がこれを発行者以外の者に送るために、郵便その他の運送方法を使用する場合に、先方に到達する以前に生ずべき滅失毀損または喪失に備えて、これに対し

132 田中（誠）・注（31）前掲48-49頁。

運送保険を付するとき、その保険価額として、すでに成立した手形その他の有価証券としての全価額（手形ならば手形金額）と算定することができて、その関係者の利益を十分に保護できるということである¹³³。」

権利外觀説への批判として、その適用範囲が曖昧であるとの指摘は、今日までつとに行われてきたところであるが、田中誠二もやはり外觀説へ向けてこの批判を放っている。さらに田中誠二は、創造説についても「作成者が自己に対する権利を取得し手形の効力が生ずるということは、作成者の意思に合しない不自然な理論¹³⁴」であるという、通常、創造説に向けられる批判を展開している。

ともあれ、田中誠二説は、発行説の進化の到達点と評されるべきものであるが、手形行為者の書面行為が完成した後、「自己の意思に基づかないで」、これが流通に置かれた場合の善意の取得者保護については、沈黙している。これが発行説の限界であるともいえよう。

2-3-2-5. 二段階行為論（鈴木竹雄創造説）の登場

昭和32年（1957年）、鈴木竹雄は、満を持して、手形法の体系書（本章脚注（11））を公表した。この書において、彼は、「二段階行為論」と呼ばれるわが国独自の創造説を展開することとなった。彼は、証券の作成と交付とを一体として捉えるのではなく、これを2つの段階に分解して法律構成しようとした。約束手形の振出しの場面を例に、以下のように説いたのである。

「即ち、第一段の証券の作成は署名者の単独行為によって一方的に行われ、これにより署名者が債務を負担するため、この債務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。そしてそのような権利の主体は証券の所持人たる署名者自身であって、彼は他方において義務者でもあるため現実に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もちろんできるのである。次に、第二段の証券の

133 同前 49 - 50 頁。

134 同前 50 頁。

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、それは振出及び裏書の場合には当事者間の契約によると考えられる¹³⁵。」次いで、署名者による交付欠缺の場合には、権利の移転がないから、手形の盗取者等は無権利者であるが、この者が裏書の偽造などによって形式的資格を備えたときに、この者から手形法的譲渡方法によって当該手形を譲り受けた者は、当該手形を善意取得することが可能である(手77 16)と構成した¹³⁶。第一段階において書面の作成により権利が存在するに至った以上、後はその権利の所在の問題に帰着するという発想である¹³⁷。

鈴木創造説が田中耕太郎説に触発されて完成されたことは、鈴木自身が認めているが¹³⁸、この点は、福瀧博之の以下の纏めが最も正鵠を射て明快であるため、これを引く。すなわち、「この見解が、田中(耕)説の影響のもとに成立したことは明らかである。すなわち、この見解は、田中(耕)説が「証券の作成により成立する法律関係はまだ潜在的なものにすぎなく、従って、振出人はまだ義務を負担せず、証券の交付によって始めて義務を負担するにいたる」とする点にあきたらず、これを「一歩進め」、証券の作成によって権利が成立するものと認め、「作成者の意思によらないで手形が流通におかれた場合にも、手形法16条2項によって処理しうる」と考えるべきであるというのである¹³⁹。」

手形所有権という概念を否定するという点では、これまた田中耕太郎説と同様である。

2-3-2-6. 鈴木説の後継者達(権利移転有因論)

(ア) 前田庸説

前田は、手形行為を「手形債務を負担し、その成立した権利を手形に結

135 鈴木・注(11)前掲143頁。

136 同前参照。

137 同前108頁参照。

138 同前143-144頁脚注(6)参照。

139 福瀧・注(77)前掲713頁。

合することを目的とする手形債務負担行為と、手形上の権利を移転することを目的とする手形権利移転行為との2つからなる法律行為」である¹⁴⁰と定義した。

手形債務負担行為は、手形を作成する行為者の意思表示のみによって成立する単独行為であり、手形交付の相手方の事情の影響を一切受けない。その行為は、単に手形債務を負担することを目的とするだけでなく、その債務に対応する権利を書面に結合することをも目的としており、この行為によって有価証券としての手形が完成する。手形債務負担行為は、手形外の法律関係（原因関係）の影響を受けない無因行為である。手形債務負担行為を無因行為と構成するのは、手形法 17 条の人的抗弁切断の効果を説明するためである¹⁴¹。

他方、手形権利移転行為は手形授受の当事者間の契約であり、当事者間の意思表示の合致により成立する¹⁴²。

前田説の特徴は、この手形権利移転行為は有因行為であると解する点にある。次のような例を挙げて考察している。すなわち、A が B を受取人として約束手形を振り出し、B はこれを C に裏書譲渡したが、B C 間の原因関係が消滅した（したがって、B は C に対して手形金の支払いを拒みうるだけでなく、手形の返還を請求できる）にもかかわらず、C が当該手形を返還せずに A に対して手形金の支払いを請求したとき、A は B C 間の原因関係が消滅したことを理由に、C に対して手形金の支払いを拒みうるかという問題（いわゆる「後者の抗弁」と称される問題）である¹⁴³。

前田は、B C 間の原因関係が消滅した場合に、A が C に対して手形金の支払いを拒むことができるという結論を理論的に説明するためには、C を無権利者であると構成するのが明快であると説く。彼の構成は、手形権利移転行為は、原因関係の消滅・不存在等による影響を受ける有因行為であっ

140 前田・注 (48) 前掲 32 - 33 頁。

141 以上、同前 33、36 - 37、38 頁参照。

142 同前 46 頁。

143 同前 47 頁。

て、BC間の原因関係が消滅すれば、その手形権利移転行為もその効力を失い、手形上の権利はBに復帰するから、Cは無権利者となるというものである¹⁴⁴。

この構成を補強すべく、彼は、上の例において、Cがこの手形を自ら廃棄した場合に、Cを権利者と観れば、Cによる手形の廃棄は、自己の権利の放棄とみなされ、Aは手形金の支払いを免れると共に、Bは、Cに対する損害賠償請求しかなしえないが、Cが無権利者でありBを権利者であると観れば、Bは自ら公示催告手続により除権決定を得て、Aに手形金請求をなしうると説いている¹⁴⁵。

(イ) 平出慶道説

平出は、創造説の特質が、すべての手形行為を手形債務負担行為と手形債権移転行為とに分解することにあるのではなくて、書面の作成・追加的記載によってなされる手形債務負担行為のみによって手形債権等が成立することにある¹⁴⁶と説く。したがって、無担保裏書および期限後裏書のごときは、書面行為と交付行為との両者がなされていても、手形債権移転行為のみからなる手形行為であって、手形債務負担行為は存在しない¹⁴⁷。他方、無権利者の譲渡裏書は、手形債権移転行為としての効力を有しえないが、手形債務負担行為としての効力を有しうるものであって、その手形の善意取得者は、既存の手形債権のみならず、無権利者に対する手形債権も原始取得することになる¹⁴⁸。上記の点は、前田説の輪郭をより詳細に述べたものであり、おそらく前田説に従ってもこう解することになる。

手形債務負担行為を特定の相手方のいない単独行為であって¹⁴⁹、無因行為である¹⁵⁰とする点も前田説と同様である。また、手形債権移転行為は、

144 同前 51 頁参照。

145 同前 52 頁参照。

146 平出慶道『手形法小切手法』（有斐閣・1990年）109頁。

147 同前 110 頁。

148 同前 109 頁。

149 同前 111 頁。

150 同前 113 頁。

特定の相手方との間でなされる手形の授受を要件とする契約であると解する¹⁵¹点も前田説と同様である。

前田が挙げた例において、B C間の原因関係が消滅した場合、Cから手形を譲り受けたDの保護如何。仮に、手形債権移転行為が誰に対する関係でも常に絶対的に有因行為であるとすれば、Cは無権利者であるから、Dの保護は、善意取得(手77 16)によらざるをえない。どのように構成しようと、絶対的有因論によれば、Cは誰に対する関係でも無権利者なのであるから、Dの保護は善意取得以外にありえず、結果、手形取得者たるDに悪意重過失のないことが要求される¹⁵²。換言すれば、絶対的有因論では純理論上、Dの手形法17条本文(手形法77条1項1号)による保護ということはありません。

平出によれば、有効な原因関係は存しないが、有効な手形債権移転行為が存する場合には、手形債権の承継的取得が認められるべきであり、Dは、Cを相手方とするB C間の既往の原因関係の瑕疵に注意することを要せず、善意である限り(手77 17本文)、Cから手形債権を承継取得すると解する。すなわち、BがCに証券上の権利を移転せしめる手形行為が有効である限り、Dは当然にこれを信頼しうるものと構成する¹⁵³。

上のように構成することと、問題となる原因関係の当事者(上のBとC)およびその前者(上のA)に対する関係で手形行為を有因的に構成することとは矛盾するものではないと平出は説く¹⁵⁴。彼は、B C間の原因関係が消滅した場合の抗弁は、手形上の権利がCに帰属することを前提とするものではなく、当該権利がCに帰属することを否定するものであるから、BのみならずAも、Cが無権利者であると主張しうると解するわけである¹⁵⁵。彼によれば、手形行為の無因性は、手形債務負担行為には常に適用される

151 同前 120 頁。

152 同前 127 - 128 頁参照。

153 同前 128 頁参照。

154 同前参照。

155 同前。

のに対し、手形債権移転行為にあつては、流通過程における後者に対する関係（上の例ではCのDおよび事後の取得者に対する関係）においてのみ適用されるべきものであり、換言すれば、逆に有因性の理論は、手形債権移転行為について絶対的に妥当するものではなく、その適用範囲は流通過程における前者（上の例では、Cの前者すなわちBおよびA）に対する関係に限定されなければならないとされる¹⁵⁶。いわば、手形債権移転行為の有因性を相対的に捉えるわけである。

2-3-2-7. その他の有力説

手形理論にやや踏み込んで自己の見解を記述したと評価できる体系書として、共に昭和57年（1982年）に公開された、小橋一郎および高窪利一のそれを挙げることができる。

（ア）小橋一郎説

小橋一郎は、手形法は一般私法である民法を前提として、手形関係についてとくに規律しなければならない点だけを規定するものであるとの見方から出発する¹⁵⁷。そして、手形行為と直接の相手方の間の手形上の法律関係の成立は、民法が承認する行為の型である意思表示・法律行為によるものであって、ここでは、手形法に特別の規定（たとえば方式に関する手1、75や無権代理人の責任に関する手8）がない限り、民法の規定が適用される¹⁵⁸。他方、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、もはや民法が承認する行為によるものではなく、手形法がとくに承認する行為の型によるべきものであって、ここでは、手形法が民法に委ねていると解される点を除き、他の点は手形法の解釈によって解決されるべきである¹⁵⁹。このように、小橋説は、 の関係と の関係をとを区別して考究する点で特異であるといえる。

156 同前 129 頁参照。

157 小橋・注（10）前掲 44 頁参照。

158 同前 44 - 45 頁。

159 同前 45 頁参照。

に関しては、両当事者の関係は民法に服するから、手形の交付を欠くときは、両者間に手形上の法律関係は成立しないことになる¹⁶⁰（手形上の意思表示が相手方に不到達であるから）。しかし、この関係については、「手形法の認めるところにより」、手形行為者が手形に署名した以上、手形の交付がなくても、手形が第三取得者の手に至ったときは、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する¹⁶¹。上述の「手形法の認めるところにより」というのは、次のように導かれる。すなわち、「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するためには、手形行為者のどのような行為が必要であるかは、手形法が定めるところである。手形法は、各手形行為について、手形行為者の署名を要求している。その署名が手形行為者の意思に基づくものでなければならぬことは、手形法7条が署名者に義務を負わせることができない場合として偽造の署名などを挙げていることから明らかである。これに反し、手形法は、手形の交付になんら言及していず、このことは、手形行為者と第三取得者との間の手形上の法律関係の成立について、手形行為者による手形の交付が要件とされていないことを意味すると解することができる。手形法は、手形行為者が流通証券である手形に署名することによって、手形の流通に伴い第三取得者との間に手形上の法律関係を生ぜしめるべき意思を表明しているものと認めるのである¹⁶²。」

小橋の構成によれば、たと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、窃取者の裏書によって第三者がこれを取得した場合、振出人の署名によってすでに手形上の権利が発生していると観るのでない限り、善意取得すべき権利自体が存在せず、第三取得者の善意取得はありえないとの反論の可能性が残される。しかし、彼は、このような場合でも、第三取得者が取得するのは、手形署名者の意思を受領しうべ

160 同前 47 頁。

161 同前。

162 同前 45 - 46 頁。

き地位であると考えれば、善意取得を認めることができる¹⁶³と説いている。彼によれば、手形行為者は、署名によって、いずれの証券占有者との間にも手形上の法律関係を成立させようとするのではなく、手形法的流通方法によって手形上の権利、すなわち手形行為者の意思を受領しうる地位を取得する者との間に手形上の法律関係を成立せしめようとの意思をもって署名するからであると解されることになる¹⁶⁴。かくして、交付欠缺の抗弁は、手形行為者と直接の相手方との間における抗弁であって、第三取得者には対抗できないことになる¹⁶⁵。

小橋の構成によれば、手形行為者が、手形に署名し終えた段階で、手形法が適法な所持人と認めるであろう第三取得者との間で手形関係を成立せしめる、という内容の意思表示は完成していなければならないことになると思われる。この意思表示を基礎に、手形が第三取得者に達すれば、手形行為者（署名者）と第三取得者との間で初めて手形関係が成立すると解することになるのであろう。そうであるとすれば、手形授受の直接当事者間においても、手形行為者が自己の意思に基づいて手形に署名をし終えた段階で、相手方との間に手形関係を成立せしめるとの意思表示が完成し、その到達を待って、手形が相手方に達すれば、この意思表示を基礎に、手形行為者と相手方との間で初めて手形関係が成立することになると観ることもできようから、必ずしも と を区別せずともよさそうにも思われる。

（イ）高窪利一説

高窪利一の基本的な立ち位置は創造説である。手形行為を単独行為と観る意義は、「これを、特定せる相手方との契約とみずに、将来所持人となる不特定人に対する債務負担行為とみるところにある。手形の作成および署名のみによって意思表示が成立すると解する説（創造説）は、要するに、署名のみによって手形としての価値が創設されると解するのである。そし

163 同前 48 頁。

164 同前 47 頁。

165 同前。

て、有効で裏書連続の認められる手形を占有する所持人は、無権利または悪意重過失ある取得を立証されない限り、証券のいわゆる善意取得者として処遇され、交付欠缺の場合にも、証券上に表示された意思表示の効果として署名者に対する権利を原始取得すると解するのである。創造説は、証券の物的支配を債権発生要件としている点が特異であるが、物としての証券の法的評価を無視するのはわが国のみみられる独特の弊風であり（ドイツ法も、英米法も、一貫して、証券の物的支配者が同時に権利者となると解している）、証券の占有者（物的支配者）が反証なき限り署名者に対して手形小切手債務を問うるのはむしろ当然の帰結と解すべきである¹⁶⁶。」

手形所有権概念をもって創造説を根拠づけるものと観察しうる。手形の作成（基本的手形行為としての署名）によって手形所有権が創設されると解するものと思われる。

調べた限りでは、おそらく彼が、手形所有権理論に依拠したわが国最後の研究者であろう（この点に関しては、不佞の誤解があるやも知れない）。

2 - 4. 手形理論関連判例

(ア) 大審院明治 44 年 (1911 年) 12 月 25 日判決民録 17 輯 904 頁

A が振り出した本件約束手形上に裏書署名を済ませた Y（上告人）が、B 銀行に割引の依頼をしたところ、券面額が不明瞭であるとの理由で、これを拒否された。そこで Y は、A の雇用人から、本件手形と引換えに、新たな手形を入手した。Y は、本件手形が廃棄されたものと信じていたところ、A の雇用人が無断でこれを流通に置いた。この手形が支払拒絶され、X（被上告人）は、Y に対して償還請求を行ったものである。X は、善意無過失で手形を取得したのであるが、Y は、裏書署名こそ済ませたものの、A の雇用人への交付は、手形を流通させる意思ではなかったと争った。

166 高窪利一『手形・小切手法通論』（三嶺書房・1982 年）111 頁。

大審院は以下のように判示して、Xの請求を退けた。すなわち、「手形権利八証券の権利ノ一属シ証券ト離レテ成立スルコトヲ得サルモノナレハ手形ノ裏書譲渡ヲ為スニハ裏書人カ譲渡ノ意思ヲ以テ裏書記載ヲ為スコトヲ要スルハ勿論ナルモ其裏書記載ニ因リテ譲渡ノ効カヲ生スルニハ之ノミヲ以テ足レリトセス尚ホ譲渡ノ意思ヲ以テ其手形ヲ他人ニ交付シ^こ愛ニ裏書行為ハ完成シ譲渡ノ効カヲ生シ又裏書人ハ被裏書人其他ノ所持人ニ対シ手形債務ヲ負担スヘキモノトス」

明らかに契約説を採っている。

(イ) 大審院昭和10年(1935年)12月24日判決民集14巻2105頁
現行手形法施行後、最初の大審院判例である。

本件で主たる問題となっているのは、第3裏書人の責任であるので、これに焦点を合わせて事実を述べれば、以下のごとくである。約束手形の振出人Aは、これをDに割り引いてもらって営業資金を得ていたが、これには共同事業者Bおよび他にCの裏書を得るとともに、Y(被上告人)の裏書をも得たうえで、Dに割引を依頼するのを常としていた。この割引手形は、数次の書換えを経ていた。この間、Dは、書換済みの旧手形をAに返還することがなかった。Aは、今回もDに交付する書換手形を用意するため、本件約束手形を作成し、Yに第3裏書欄に裏書を求めたが、Yは、従来書換手形の返還がなされないのみならず、BおよびCの裏書がないとの理由で、いったんはこの申出を拒絶したものの、遂にAの懇請に折れて、第3裏書欄に一応署名だけ済ませ、BおよびCの裏書を得た後に再び持参すれば、これに押印して改めて交付する旨を約して、この手形をAに託した。ところが、Aは、BおよびCの第1・第2裏書を偽造し、Yの印鑑を盗んで押印のうえ、この手形をDに交付した。Dから裏書譲渡を受けたX(上告人)は、満期にこれをAに提示したが支払拒絶されたので、拒絶証書を作成のうえ、Yの裏書人としての責任を追及するものである。原審は、Yの裏書欄への署名は、そのままこれを流通に置く意思をもってなされたものでないとの理由でXの請求を退けた。

大審院は、以下のように述べて、破毀差戻しとしている。すなわち、

「手形行為ハ署名ヲ以テ足り捺印ヲ必要トセス而シテ右ノ署名ハ本来裏書ノ目的ヲ以テ為サレタルモノナルコト勿論ナルノミナラス之ヲAニ交付シタルコト上叙ノ如クナル以上縦令其ノ交付力被裏書人ニ対シテ為サレタルモノニアラサレハトテ裏書人カ単ニ手形ニ署名ノミヲ為シテ之ヲ筐底ニ蔵シ之ヲ流通ニ置クヤ否ヤハ尚ホ熟考中ナル場合ニ何人カカ之ヲ他ニ交付シタルカ如キ場合ト趣ヲ異ニシ全然手形ヲ流通ニ置ク意思ナカリシモノト断シ去ルヘキニアラス寧ロ一種ノ危険ヲ冒シテ他ニ交付シタルモノニ外ナサルカ故ニ善意ノ手形取得者ニ対シテハ其ノ義務ヲ免ルルニ由^{よし}無キハ当然ナリ」

この判例は、発行説に依拠していると読み解きうることに、明らかである。最高裁判所も、ともかくも署名者の任意交付がある場合には、この判例を踏襲しているといえよう（最判昭和40年（1965年）6月1日金法416号6頁、最判昭和42年（1967年）2月3日民集21巻1号103頁）。

（ウ）最高裁昭和46年（1971年）11月16日判決民集25巻8号1173頁
 Y₁会社、同代表取締役Y₂および同取締役Y₃（共に上告人）は、Y₁会社の取引先たるAに対する買掛金代金支払いのため、本件約束手形用紙に、受取人欄のみを白地として、共同振出人として署名または記名押印のうえ、Y₁会社の使用人に保管させている間に、何者かにこれを盗取された。その後輾転した本件手形はX（被上告人）がこれを取得するに至った。同手形は、受取人欄が補充され、裏書の連続も整っている。XによるY₁らへの請求について、原審は、権利外觀理論によって、Y₁らの振出人としての責任を肯定した。

最高裁は、以下のように述べて上告を棄却している。すなわち、「手形の流通証券としての特質にかんがみれば、流通におく意思で約束手形に振出人としての署名または記名押印をした者は、たまたま右手形が盗難・紛失等のため、その意思によらずに流通におかれた場合でも、連続した裏書のある右手形の所持人に対しては、悪意または重大な過失によつて同人がこれを取得したことを主張・立証しないかぎり、振出人としての手形債務を負うものと解するのが相当である。」

上記（イ）群の判例は、手形署名者が、いずれ手形として利用されるとの認識を有しつつ、しかしこれを流通に置くとの（明確な）主観的意思を欠いて署名をしたが、曲がりなりにも他者への交付はあった、そして、このような手形が署名者にとって不本位な流通に置かれた、という例を扱ったものである。これに対し、本件は、手形署名者が、いずれ手形として利用されるとの認識を有しつつ、しかもこれを流通に置くとの主観的意思の下に（上記傍点参照）署名をしたが、他者への交付をまったく欠いていた、そして、このような手形が署名者にとって不本位な流通に置かれた、という例を扱ったものである。署名者の という基盤は共通するが、 および における事情はまったく異なる。

このように観れば、本件判例は、上記（イ）群のような例を射程に含まないものと評価しえようか。

そうではあるが、本件判例が、どのような手形理論に依拠して、署名者の責任を認めるものであるかは明らかではない。なお、本件判例によれば、署名者には、 の「手形を流通に置くとの主観的意思」が必要なのであるから、いわゆる「見せ手形」や「見本手形」については、たとえ不正常的な流通が生じたとしても、署名者の責任はないことになるが、これではいかどうかは疑問である。

（工）最高裁昭和 56 年（1981 年）2 月 19 日判決金法 971 号 39 頁

Y（上告人）は、A が B から融資されている借入金債務につき、A が差入れを求められている約束手形を振り出すべく、A の懇請を受けて、Y 名義の当座預金口座を開設した。A は、Y から交付を受けた約束手形用紙に自ら調製した Y の記名印および印章を押捺して約束手形を作成し、これを Y に示して、B への差入れの承諾を求めた。Y は、B からの詳細な説明を受けたいと欲し、A と共に B の許を訪れたが、当日、B が不在であったため、本件手形をそのまま A に預け置いた。その翌々日、A は、B から手形差入れを強く催促され、Y に連絡することなく、これを B に交付した。手形所持人 X（被上告人）が、Y の手形責任を追及したものである。

最高裁は、以下のように判示して X の請求を容認した。すなわち、「Y

は流通におく意思で本件手形に振出人として記名捺印をしたものというべきであるから、右手形のBに対する現実の交付がYの意思に基づくものであつたかどうかにかかわらず、Yは、連続した裏書のある右手形の所持人に対しては、同人が悪意又は重大な過失によつてこれを取得したことを主張・立証しない限り、振出人としての責任を免れ得ないものと解される(最高裁昭和41年(オ)第568号同46年11月16日第3小法廷判決・民集25巻8号1173頁参照)。」

本件は、上記(ウ)をそのまま踏襲するものである。同様に、いかなる手形理論に依拠するものであるか、明らかではない。(ウ)(エ)は、手形交付欠缺の場合の最高裁独自の見解と評する他ない。

2-5. 考究

(ア) 手形理論につき、どのように構成すべきか。

この解を考えるにあたっては、まず第1に、すべての有価証券に共通な理論を立てるべきであるとする。ここでは、基本的手形行為である振出しと、附属的手形行為のうち最も典型的な行為である裏書を取り上げて考えてみたい。

(イ) 上に掲げた諸理論のうち、創造説の系譜に属する考え方は、手形についてのみ、他の有価証券と異なる理論構成を採ろうとするものである。この点を含め、創造説に対して、石井照久・鴻常夫は、以下のように批判を加えている。「第1に、[創造説]は、証券の交付ということを除いて、証券の発行を考えるものであって、権利と証券との結合そのものを重視しすぎるものであり、そしてまた証券上の意思表示につき、その表示が外部からみて一定の意思表示と判断されうような外部への発表がないのに、これに表示価値を認めて、証券上の権利の成立を認めることは妥当でないといえよう。第2には、手形についてだけ、他の有価証券と異なる特有の理論構成をなしているものであり、その点に理論上の欠陥をもっている¹⁶⁷」。

167 石井：鴻・注(6)前掲31頁。

上記第1点につき、角度を変えて、創造説の考え方に無理があると指摘するのが小橋一郎である。「創造説は、手形署名の段階においてすでに手形上の権利・義務が発生するとするが、他の者との法律関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、手形上の権利・義務が債権・債務であるだけに、無主の債権とか手形署名者の自己に対する債権という無理な構成をとらざるをえない。あるいは、権利の存在に関する面と権利の所在に関する面とを分け、第1段階において、書面の作成によって手形上の権利が成立し、第2段階において、その権利が移転されると説明されるが、第1段階においてすでに、成立した権利がだれに所属するかが問題となるのであって、手形署名者が同時に最初の権利者とされるから、この説明によっても、債権と債務が同一人に属するという構成を避けることはできない¹⁶⁸。」

上に示した小橋の見解は、創造説批判の最もポピュラー (popular) なものであるが、今は、石井・鴻が指摘した第2点を追いたい。この点については、木内宜彦も次のように述べている。「創造説 (2段階説を含めて) は、たしかに、交付欠缺の場合の第三者の保護をも、手形行為の枠の中で構成することができる。しかし、手形行為だけを、全体の私法体系の中で必ずしも十分に是認されない特別な法律行為として把握することはたして説得的なのであろうか。正常な過程にない場合を正常な場合とともに一つの法律構成で説明するよりも、むしろ特別な理論をもって救済をはかっていくほうが、その特徴をより鮮明に我々の前に明らかにしてくれるであろう——その意味で、部分的に修正をはかろうとする修正発行説もまたかえって中途半端な構成になってしまう——¹⁶⁹。」

(ウ) 石井・鴻そして木内の立ち位置をまず考慮しなければならない。手形を含め、流通のために認められた有価証券の発行行為として、どのような構成を採り、しかもその構成が取引の安全に真に資するものであるか

168 小橋・注 (10) 前掲 43 頁。

169 木内宜彦『手形法小切手法 (企業法学) (第2版)』(勁草書房・1982年) 56頁。

否かを考えるという姿勢が、彼らに共通するものである。

石井・鴻の言葉を借りれば、株券に関して考えるとき、会社法 215 条にいわゆる「株券の発行」とは、会社が株券という有価証券を作成し、これを株主に「交付」することを意味するものである。また、貨物引換証・倉庫証券・船荷証券などの有価証券を運送人などが「交付」することを要するとされているのも（商 571、598、627、767）、有価証券の発行として、証券の作成と交付とを合一して（一元的に捉えて）考えているものと解される。そして、このことは、これを実質的に考察しても、株券や貨物引換証などの場合につき、証券の作成行為だけによって有価証券が成立していると解することは、いかにも不合理かつ不自然であること、自明である¹⁷⁰。

(工) なお、有価証券一般と整合性のある手形理論の構築へと筆を進める前に、手形権利移転行為有因論批判について言及しておく、この点を詳細に検討した論稿として、浜田道代が昭和 56 年（1981 年）から昭和 57 年（1982 年）にかけて公表した「手形行為論に関する覚書 手形権利移転有因論批判の立場から」がある¹⁷¹。この中で浜田は、先に述べた（本章 2-3-2-6 (ア)）前田庸の挙げた例に関し、A B C 間の利害関係は、もう少し冷静に、換言すれば、人々の経済生活の実情に即して利益衡量すべきであると説いている¹⁷²。そして、この観点からすれば、前田の挙げた例において、C があえて手形を B に返還することなく留め置き、自ら A に訴訟まで提起しようとするには、何らかの特別な事情があることが容易に推測されうるはずであると述べている¹⁷³。C がこのような行動をとるのは、まさに C が実質的にも利得を保有したいがためであるとして、彼女は、た

170 以上、石井・鴻・注 (6) 前掲 31 頁参照。

171 浜田道代「手形行為論に関する覚書 (1) - 手形権利移転有因論批判の立場から -」名古屋大学法政論集 88 号 (1981 年) 318 頁以下、同「(2・完)」名古屋大学法政論集 90 号 (1982 年) 250 頁以下。

172 同前 90 号 261 頁参照。

173 同前参照。

例えば、Bが無資力であり、かつCがBに対して反対債権を有する場合等の例を挙げて検証を試みている。このような場合、CがBに手形を返還してしまえば、後に取立不能の反対債権が残るのみであるが、Aから手形金の支払いを受ければ、Bの手形金返還請求権とその反対債権とを相殺することができるから、Cを手形上の権利者と構成し、Aに対する支払いを認めることは、かかる場合のCの相殺の利益を保護することに資する¹⁷⁴といった説得性に富む、論旨を展開している。

(オ) 話を、手形理論の構築に戻そう。

すべての有価証券上の行為について統一的把握に努めようとの姿勢をとりながら、石井照久・鴻常夫は、手形行為を単独行為と観る説に与している¹⁷⁵。この考え方は、石井照久が主導し、鴻常夫が承継したものであろう。石井は、手形振出行為について、以下のように説明している。すなわち、振出人が法定要件を具備する証券を作成して署名するとき、支払いを受領しうる権限を表章する有価証券が、いわば潜在的に成立する。振出人が、その証券を受取人に交付するとき、振出しの意思表示が発生し、振出行為が完成する。手形の交付を受けた受取人は手形上の権利者となるが、それは、すでに発生していた手形上の権利を譲渡契約によって譲り受けるものではなく、手形の交付が手形の作成と一体をなして（いわば意思表示をなす方法）、手形上の権利の発生（受取人の権利取得）をもたらすところの振出行為を構成すると考える¹⁷⁶。これを要約すれば、振出しは手形行為者の一方的行為であるが、内部的な手形の作成署名と外部的な交付とが結合することによって成立する特殊な証券行為としての法律行為であるということになる¹⁷⁷。続けて、石井は、交付欠缺の場合については、以下のように述べている。交付欠缺のときは、振出しが完成していないから、振出人は原則として手形上の責任を負担すべきではない。しかし、その手形の

174 同前 262 - 264 頁参照。

175 石井：鴻・注 (6) 前掲 30 頁。

176 石井照久『商法（改訂版）』（勤草書房・1959年）474頁。

177 同前参照。

善意の第三取得者に対する関係では、第三者には、何ら責むべき事由がなく、振出人としては、ともかくも形式的には整備された証券を作成し、これに署名して振出行為の1段階を終えているのであるから、手形法を支配する流通保護の要請に基づく外観主義の精神から、振出人の担保責任を認むべきである¹⁷⁸。

他方、同一の出発点に立ちながら、木内宜彦は、以下のように説いている。すなわち、「権利外観理論という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法原則をもって契約説あるいは発行説を補完することは、[正常な過程にない場合を正常な過程にある場合とは異なる特別な理論によって救済を図るといふ] 要請に十分に沿ったものといえるであろう¹⁷⁹」と。そして、契約説と発行説との間には重要な差異が生じるとは思われぬが、ここでも原則は契約と考えていくほうが一般の法律行為に沿ったものとなる¹⁸⁰と述べている。

(カ) 基本的手形行為たる振出しを単独行為と観るべきか、それとも契約と観るべきか。

周知のように、単独行為は相手方のあるもの(特定人に対してなされなければその効力を生じないもの)と相手方のないものとに区別されるが、上述の石井照久の構成は、振出しを相手方のある単独行為と観るようである。ところで、法律行為としての単独行為の意義に関しては、伝統的に、民法研究者は以下のように説いてきた。すなわち、「自らの単独の意思表示のみによって他人の権利義務を変動させる地位または資格を有することは法律上の利益または特権を享受していることを意味するから、そのような地位または資格は、一種の「権利」と観念される¹⁸¹。」加えて、相手方のある単独行為の場合には、1権利主体の意思表示によって他人の権利に

178 同前 475 頁。

179 木内・注 (169) 前掲 56 頁。

180 同前。

181 川島武宜：平井宜雄編『新版注釈民法 (3)』(有斐閣・2003 年) 50 頁 [平井宜雄]。

変動を及ぼすことになり、私的自治の原則に反する結果となる¹⁸²がゆえに、その認定は慎重でなければならない。

基本的有価証券行為をなす者、すなわち有価証券をこの世に誕生させる者の行為に、上のような「権利性」が認められるであろうか。たとえば、商法上、貨物引換証や倉庫証券の作成・交付に係るイニシアチブは、証券の発行を受ける荷送人や寄託者の側にある（商 570、598、627）。貨物引換証・倉庫証券の発行に関しては、物品運送契約・倉庫寄託契約の性質に鑑みて、運送人・倉庫営業者の役務・施設を利用する荷送人・寄託者側が、証券発行のイニシアチブを握るのは、妥当であるといえよう。ただ、基本的有価証券行為を単独行為と解せば、ここに、相手方の請求を待つてする単独行為という観念を認めなければならない。このような観念を認めるのは、単独行為に係る上述の意義に照らして、いかにも不自然であるとの感を否めないのではなからうか。そうであるとすれば、やはりこれらの証券の作成・交付は、契約に基づくものであると観察すべきであると考える。

(キ) 賢明な読者は、すでにお気付きのことと思うが、本帖・下の巻は、ある意味で相当に狡猾な筆の進め方をしている。すなわち、貨物引換証・倉庫証券の発行行為をすでに交付契約を前提に記述し、検証を後回しにして、この行為を交付契約の承諾であると位置づけてしまっているからである（第2章1-3、1-4、2-4-3-1（ア））。不佞は、この理論を、基本的有価証券行為ひいては基本的手形行為にも用いようと思う。

手形行為を、手形授受の当事者間においては、契約と観察しつつも、小橋一郎は、「相手方の承諾の意思表示は必要でないとしても、少なくとも承諾の意思は必要であるという意味で契約と解すべきものと思う¹⁸³」と説く。契約説を採る論者において、申込みの意思表示と承諾の意思表示を明確に区分して論じたものは少ない。ただ、手形債務者と第三取得者との間に法律関係を生じる現象を説明するために主張された不特定人との契約説

182 同前 [平井宜雄]。

183 小橋・注(10)前掲42頁。

では、基本的手形行為は不特定多数人に対する無数の契約の申込みであると解されている。基本的手形行為は、はたして申込みの意思表示と捉えるべきなのか。

程度の差こそあれ、基本的有価証券行為は、証券の作成者側において、将来、自己の見知らぬ権利者が出現する可能性を秘める行為であり、しかも、人的抗弁制限効をともなう厳格な義務の負担をも甘受すべき行為である。他方、証券の交付を受ける側においては、証券が他者に善意取得されるかも知れないという危険はあるものの、簡便な権利の処分（譲渡・質入れ）手段を取得しうるといって遥かに大きな利益を享受することになる。このような事情に鑑みれば、基本的有価証券行為は、発行行為者の側において、慎重さが要求されるべき行為であると評価されることになろう。換言すれば、基本的有価証券行為をなす者には、相応の覚悟が必要であるということになろうか。各種の有因証券たと手形たとを問わず、通常の経済生活関係の中で、有価証券が何ら前後の脈絡なく作成されることはありえない。既存の法律関係を有価証券化する場合であろうと、原因関係と独立した無因の権利義務を有価証券化する場合であろうと、同様である。いずれの場合にも、有価証券が誕生する際には、基本的有価証券行為者の熟慮を経て、そのような証券行為がなされるのである。そうであるとすれば、およそ基本的有価証券行為に係る証券的意思表示は、これを交付契約の承諾の意思表示と捉えるのが、有価証券法理に適うのではないかと考える。よって、たとえば、「今回の決済は、現金ではなく、約束手形の振出しにしたい」といった類の申出は、交付契約締結の申込みの誘因であると解されることになる。

約束手形の振出しの場合には、受取人からの約束手形交付契約の申込みを受けて、振出人がその承諾のために、約束手形を作成することになる。振出人が法定要件を具備した証券を作成して、これに署名すれば、石井照久の表現によれば、手形が「いわば潜在的に成立する¹⁸⁴」といわれるが、

184 石井・注 (176) 前掲 474 頁。

これは、承諾の意思表示が、効果意思・表示意思の完了段階に至ったことを意味することになる。こう解するならば、「潜在的成立」といった曖昧な表現を用いる必要はない。振出人が、その証券を受取人に交付するのは、表示行為と観察できよう。その意味では、上に述べたように、石井が、手形の交付を意思表示をなす方法である¹⁸⁵と述べているのは、正しい観察であるといえよう。かかる交付を待って、約束手形の振出人の絶対的支払義務が成立する。

為替手形の振出しの場合はどうか。為替手形の沿革は、第3章で概観したように、為替契約およびこれと接着した中世的為替手形にまで遡ることができる。原初の為替契約を視野に入れて構成すれば、元来の為替手形の振出行為というものは、裏書の発見前においては、振出人たる債務者が自己の債務を認諾するとともに、自己の計算において、自己の使者（商業使用人・代理商）に対して、債権者またはその正当な使者への、支払命令をなす、という形態から出発している。それゆえに、最終的には自己が償還義務を負担する、という法形式が取られたわけである。上記ないしの内容は、すべて振出人たる債務者の意思に基づくものである。今日の為替手形にあっては、これが無因証券化したため、上記は完全に消滅し、上記の部分は、「通常、何らかの資金関係の存在を前提として」と変容し、上記の部分は、「必ずしも自己と従属関係にない独立した権利主体に対して、受取人またはその指図人への、支払指図（支払委託）をなす」という形に変容した。そして、裏書の発見を主たる理由に、上記の部分は、「振出人は手形の引受けおよび支払いを担保する義務を負う」という形に変容したものといえよう。沿革をふまえて観察すれば、変容後の上記ないしの内容は、すべて振出人の意思に基づくものである。今日、振出人の義務は手形法9条1項に規定されているが、この義務（責任）は、元来が振出人の意思に基づくものであって、裏書人の担保責

185 同前。

任とはその性質を異にするものであると解する。すなわち、振出人の義務は、手形法が規定しているがゆえにとくに生じるものではなく、振出人の意思に基づく義務の存在を、法が追認してこれを条文化したものと解したい。為替手形の振出しは、書面による支払指図と解するのが多数説であり、疑問の余地がないではないが、二重授權と解するのが通説である¹⁸⁶。すなわち、為替手形の振出しにより、証券所持人は自己の名をもって手形金の支払いを受ける権限を有すると同時に、支払人は自己の名をもって振出人の計算において支払いをなす権限を取得する¹⁸⁷。上の見解に反対すべき理由は見出しえないが、為替手形の振出しには、上に加えて、なお振出人の意思に基づく引受けおよび支払いを担保する義務が当然に表章されている。大隅健一郎は、振出人の償還義務を手形の流通を確保するための法定義務であると断定しているが¹⁸⁸、この点には同意できない。手形法9条1項所定の義務の根拠を振出人の意思の効果と観て、これに重きを置くならば、為替手形の振出しもまた約束手形の振出しと同様、交付契約承諾の意思表示と解しうるのではないか。

なお、すでに述べたように(第2章1-4)、証券上の意思表示の効力は、証券を標準に考えるべきであるから、有価証券交付契約においては、民法526条1項の適用は排除されるものと解したい。

(ク) 基本的手形行為である振出しを、受取人との間の手形交付契約の承諾の意思表示であると構成すれば、完全な交付欠缺の場合には、繰り返す述べるように、振出人の意思表示は、表示行為を欠くがゆえに未完成であるから、手形としての効力を有さず、無効であるということになる。しかし、手形行為者が手形に署名をし終えて、自己の内心の意思を他者に推認せしめる状況を生んでしまったからには、不正に流出し、流通過程に置かれた当該証券の善意の取得者の保護を図る必要が生じる。この者の

186 大隅・注(18)前掲92頁。

187 同前、伊澤・注(9)前掲287頁、小橋・注(10)前掲129頁。

188 大隅・注(18)前掲93頁。

保護のためには、権利外観理論を用いるべきであると考える。

周知のように、権利外観理論を用いることに対しては、どのような場合に手形署名者に帰責事由があるとして責任が認められるかが明らかでなく、したがって手形取得者の保護される限界が明らかでない¹⁸⁹との批判が、主として創造説を採る研究者からなされている。しかしながら、創造説の論者も、言葉は悪いかも知れぬが、自己に都合の良いときには、外観主義的発想を手形法理中に持ち込んでいるのではないか。典型例が、白地手形と無効な手形との区別の場合である。彼らは、「書面の外形上」欠けている記載が将来補完を予定されているものと認められる場合には、このような書面であることを認識しまたは認識しうべくしてこれに署名した者は、それによって当然に白地補充権を与えたものと認められる¹⁹⁰と説き、このような外形を有する書面への署名者の責任を容認しつつ、そのような書面の外形について、何らその指標を示していないではないか。このような署名者の責任は、外観責任ではないというのか。

上の点はさておき、交付欠缺の場合の善意の手形取得者を保護すべく、権利外観理論を手形理論に応用するには、田邊光政が説くように、その理論の適用を画するための要件として、以下の2つが重要な要件となる。すなわち、第1に、真実らしい権利外観の存在に原因を与えた者が責任を負わされるのであるが、何を帰責原因というべきであるのか。第2に、外観に対する信頼者の主観的要件をどのように設定すべきであるのか。以上である¹⁹¹。

第1の点に関し、田邊は、不正常かつ意思に反する手形の流通を防止すべきことを署名者に期待しえたのに、署名者が相当な保管上の注意を欠いたことが帰責原因と解されるべきである¹⁹²と述べている。そして、帰責原

189 前田・注(48)前掲25頁、なお、鈴木・注(11)前掲141頁参照。

190 前田・同前127頁、鈴木・同前207頁。

191 田邊・注(16)前掲69頁。

192 同前70頁。

因をこのように、意思によらない流出防止に十分な注意を払ったかどうかに着眼する見解は、外観理論の適用の有無が画一的に定まらず、裁判官の合理的な判断に委ねる部分が広くなるが、そのことはこの立場の弱点とはいえ、むしろ弾力的な理論として残しておき、判例の積重ねにより自ずから帰責原因が抽出されるのを待つべきであろう¹⁹³と結んでいる。穏当な主張といえるであろう。

第2の点に関し、田邊は、手形法10条の類推適用を主張する。この主張は、同条が、合意違反の不当補充がなされた手形につき、債務を負担しないと署名者が争う場合に、悪意重過失のない取得者に対しては不当補充の抗弁を主張できないことを定めたもので、交付欠缺ゆえに債務不成立であると争う場合ときわめて類似する¹⁹⁴という論旨である。木内宜彦も、権利外観理論の具体的な現われと観られる手形法の規定、すなわち同法16条2項とか同10条に手掛かりを求めるとすれば、取得者は、有効な手形行為が行われていることにつき善意無重過失でこれを取得することが必要ということになる¹⁹⁵と述べている。手形法16条2項に準ずるべきであるというのは、善意取得の場合と交付欠缺の場合との利害状況の類似性に根拠を求める考え方である。すなわち、第1に、交付欠缺の場合にも、手形債務が存在しないために、権利を有効に譲渡できず、その限りで無権利者からの取得が問題になり、取得者に要求される主観的要件を善意取得者のそれと同一に解しうるし、第2に、有効な手形債務成立のためには手形交付が必要であるから、手形債務不存在の場合における手形取得者の信頼は、無権利者から取得する者の信頼と共通性を有する¹⁹⁶と解するわけである。いずれにせよ、外観を信頼して手形を取得した者に善意無重過失という主観的要件を求めるという結論において、変わりはない。

193 同前71頁。

194 同前。

195 木内・注(169)前掲66頁。

196 川村・注(1)前掲58-59頁参照。

(ケ) 次いで、典型的な附属の手形行為である裏書について述べたい。裏書の法的性質は、本来的に、手形上の権利の譲渡、すなわち債権譲渡であること、明らかである。一般法たる民法 469 条は、その文理に問題があるものの、指図（裏書）による指図債権の譲渡を民法第 3 編第 1 章第 4 節「債権の譲渡」の部分に配置している。手形の裏書譲渡に人的抗弁制限効があること（手 17 本文、77 ）は、裏書を債権譲渡と解することに何らの障壁とはならない。このことは、指名債権譲渡において、債務者が異議をとどめない承諾をした場合には、譲渡対象債権はその同一性を失うことなく譲受人に移転し、かつ、譲受人は、譲渡人よりも大きな権利を取得しうること（民 468 ）に想到すれば、明らかである。

わが民法上、債権譲渡は、債権を、その同一性を失わせることなく移転する旧債権者（譲渡人）と新債権者（譲受人）との間の契約である¹⁹⁷と解されている。指図債権の譲渡も例外ではない。それゆえに、手形の裏書譲渡をこれと別異に解すべき理由は何ら存在しない。手形の裏書譲渡は、その交付を効力要件とする債権譲渡契約である。この契約は、裏書人・被裏書人のいずれが申込者であれ、承諾者であれ、差し支えないと解する。たとえば、手形割引依頼のごときは、裏書人が申込者となる譲渡契約の典型例である。

裏書を、手形の交付を効力要件とする債権譲渡契約であると解するならば、いわゆる裏書の権利移転的効力（手 14 、77 ）は、この契約の当然の法律効果を、法が注意的に規定したものであると解すべきことになろう。裏書の資格授与的効力（手 16 、77 ）は、手形取得者にとっては権利の所在に対する不安を減殺するものであり、ひいては善意取得制度の基底をなすべきものである。同様にこの効力は、手形債務者にとっては善意弁済の保護の基底をなすべきものであるが、資格授与的効力は、手形の交付を前提として、法がとくに認めた効力であると解する。

197 西村信雄編『注釈民法（11）』（有斐閣・1965年）335頁 [甲斐道太郎]。

裏書の担保的効力(手 15、77)はどうか。裏書のこの効力は、欧州において、18世紀中に認められたものであるとされている。おそらく、為替手形の振出人の担保責任を、裏書人に応用するという発想の下、やはり慣習先行で発明された効力であったのであろう。手形の流通が盛んになるにともない、手形の信用の厚みを増すべく、為替手形の振出人の担保責任を参考に編み出された効力であったものと思われる。

不佞は、今日の裏書の担保的効力に係る規定は、法がこのような慣習を追認し、とくに政策的に裏書に付与した特別の効力であると解したいと思う。つまり、担保的効力は、裏書人の意思表示に基づく効果ではなく、法に基づく特別の効果であると解する。

法が政策的にとくに付与した効力であるがゆえに、担保的効力は、裏書人の意思表示と離れて、その効力の発生時期のみを問題とすれば足りると考える。担保的効力は、裏書人が法定事項を記載し、署名を終えた段階で、裏書人の意思と関係なく、発効するものと解したい(無論、無権利者は、この効力の恩恵に与ることができない)。すなわち、この効力のみは、交付と無関係に法律に基づいて発効するものである。このように解すれば、手形行為独立の原則の裏書への適用も、無理なく説明できるのではないかと考えるものである。

3. 手形行為への民法の諸規定の適用——能力および意思表示の瑕疵について

3-1. 手形能力

3-1-1. 意義

広義に「手形能力」というときは、「手形権利能力」および「手形行為能力」の双方を含む意で用いられる。前者は、手形上の権利義務の帰属主体たりうる能力を意味し、後者は、自己の行為により手形上の権利者または義務者となりうる能力を意味する。

いかなる者に手形能力を認めるかに関しては、手形法自体に規定が存在しないから、これは、もっぱら民法の定めるところに従う。ただ、1点だ

け付言しておけば、手形の流通を保護することは、一貫して手形法の重大な任務であるにもかかわらず、手形法は、手形取引の安全を犠牲にしても、制限行為能力者を保護すべきことを基調としている¹⁹⁸（手7参照）ということとは銘肝しておく必要がある。

3-1-2. 手形権利能力

3-1-2-1. 自然人

自然人はすべて権利能力を有しているから（民3）、誰しものが手形権利能力を有すること、疑いがない。

3-1-2-2. 法人

会社（当然の固有の商人（会5、商4））については、当然のこと、それ以外の法人にあっても、定款その他の基本約款で定められた目的（民34参照）がどうであれ、あらゆる法人が金銭取引をすることが当然に予定されており、かかる取引の手段として手形行為をなしえなければならぬがゆえに、手形権利能力が認められる¹⁹⁹と解して差し支えない。

考究の実益はまったく無いが、万が一、ある法人の定款または基本約款が、法人の名において手形行為をなすことを禁じておれば、相対的無効説で対処すればよい。また、万が一、手形行為の原因関係がある法人の定款または基本約款の目的の範囲外の行為であると判定されれば、当該手形行為に係る人的抗弁の問題となる。

3-1-2-3. 組合等

有限責任事業組合（第2帖第1章2-2-2）はもとより、民法に依拠して組織された商事組合（第2帖第1章2-2-1）は、その営業を遂行する上で、組合の名においてする、手形権利能力を認められなければ、相当に支障を来たすであろう。これら組合企業に、商人資格（商人能力）が認められるべきことは、すでに述べた（第2帖第1章2-2-1-6）。商人能力

198 伊澤・注(9)前掲118頁参照。

199 鈴木・注(11)前掲132頁、前田・注(48)前掲57-58頁。

を認めながら、手形権利能力を認めないというのは、整合性に欠けよう。したがって、これら組合企業は、組合の名において、その代表者が代表者たる資格を示して手形上に署名または記名押印することにより、手形行為が有効に成立する（いわゆる組合代理方式による手形行為）と解する。この場合、手形債務は、第1義的には組合財産を引当てに成立する。ただし、民法上の商事組合にあっては、各組合員は、所持人に対し合同責任を負うことになると思われる（手47、77 類推）。

無論、各組合員全員の署名・記名押印による共同手形行為を否定する理由は無い。あるいは、組合員の1人が、各組合員のためにすることを示して、全組合員の代理人たる資格で署名・記名押印する手形行為（いわゆる組合員代理方式）も認められよう。ただし、このような手形行為がなされた場合には、有限責任事業組合の組合員といえど、共同手形行為者として、合同責任を免れないと解されるのではなからうか。

なお、最高裁昭和36年（1961年）7月31日判決民集15巻7号1982頁は、ある漁業組合が同組合代表理事名義をもって振り出した約束手形について、「本件手形は、[民法上の] 組合の代表者が、その権限にもとずき、組合のために、その組合代表者名義をもって振出したものである以上、同組合の組合員は、手形上、各組合員の氏名が表示された場合と同様、右手形について共同振出人として、合同してその責を負うものと解するを相当とする」と判示している。組合代理方式による手形行為について述べたこの判例は、組合員の無限責任を前提とする民法上の組合には妥当しよう。しかし、有限責任事業組合にあっては、組合員の有限責任のゆえに、組合財産だけが手形債権の責任財産になると解される。そもそもこの判例が登場した時に、有限責任事業組合は存在していなかったのであるから、これを射程に含まないのは当然である。有限責任事業組合の組合員は、この判例に縛られない。

社団は組合の部分集合である（組合のうち一定の特色を備えたものを社団と呼ぶ）という理解が、今日の民法学説の趨勢であるということは、すでに述べた（第2帖第1章2-2-1-1）。そうであるとすれば、権利能力

のない社団の代表者が社団の名において手形行為をしたときは、組合代理の手形行為と同様に、第1義的には、手形債務は、その社団の財産を責任財産として成立し、各構成員は、所持人に対し合同責任を負う（手47、77類推）と解したい。権利能力のない財団も同様であろう。

3-1-3. 手形行為能力

3-1-3-1. 意思能力を欠く者

民法に明文の規定はないが、意思能力を欠く者の意思表示は、当然に無効であると解されている。近時は、無効を主張できるのは、本人だけであると解されているようである²⁰⁰。上の理は、手形行為にも適用される。手形行為者は、行為の時ににおいて意思能力を欠いていたことを立証できれば、その責任を免れる。しかし、この立証は、事実上容易ではなからう。

3-1-3-2. 未成年者

未成年者が法定代理人の同意を得ずにした手形行為は、原則として、取り消すことができる（民5・）。ただし、処分を許された財産に関しては、許された範囲内で、手形行為能力を有する（民5・）。

営業の許可を得た未成年者は、当該営業に関しては成年者と同一の行為能力を有する（民6・）から、当該営業に関して、手形行為能力を有する。しかし、この者が、営業の範囲外で手形行為をした場合には、取引の安全よりも未成年者の保護の精神を優先せしめて、当該手形行為の取消しを認めるのが通説である²⁰¹。すでに述べたように（第1帖第3章6-2-2-1）、民法上、営業許可に関する立証責任は、未成年者の行為が許可された営業に関するものであることを主張する側にあるとされているので、通説に従えば、このような手形を善意で取得した者は、不測の損害を被る可能性が大きい。せめて未成年者登記簿に登記をした者（商5参照）の手形行為には、民法21条を類推して、善意の手形取得者を保護すべきではなからう

200 内田貴『民法（第4版）』（東京大学出版会・2008年）103頁。

201 大隅健一郎・河本一郎『注釈手形法・小切手法』（有斐閣・1977年）4頁参照。

か。この程度の譲歩は、制限行為能力者保護の精神に抵触することはないと考える。

3-1-3-3. 成年被後見人

成年被後見人の行為は、日常生活に関する行為を除き、常に取り消すことができる(民9)。手形行為は、到底、日常生活に関する行為に該当するとはいえない²⁰²。よって、成年被後見人の手形行為は、成年被後見人の同意の有無に係わりなく、常に取り消すことができる。この者の手形行為は、法定代理人がなすより他ない。

3-1-3-4. 被保佐人

被保佐人が民法13条1項各号所掲の行為をするには、日常生活に関する行為を除き、保佐人の同意を得なければならず、同意を得ずに行った行為は取り消すことができる(民13)。かつての準禁治産者制度の下では、手形行為そのものが平成11年(1999年)改正前民法12条1項2号[現在の民13に相当]にいう「借財」に含まれると解するのが、通説・判例であった²⁰³(大判明治39年(1906年)5月17日民録12輯837頁)。準禁治産者制度の後継制度たる被保佐人制度の下でも、同様に解してよいと思われる。手形の授受は、原因関係を決済するための手段として利用されることが多からうが、その場合であっても、原因債務よりもいっそう厳格な手形債務の負担について、被保佐人の保護を不要と解することは妥当でない²⁰⁴。手形保証は、民法13条1項2号の「保証」に含まれ、また、無担保裏書は、手形債務の負担こそ生じないものの、同条同項3号にいう「重要な財産に関する権利の得喪を目的とする行為」に該当すると解される²⁰⁵。したがって、民法13条は、手形行為にも適用される。よって、被保佐人が保佐人の同意またはこれに代わる家庭裁判所の許可を得ないでし

202 田邊・注(16)前掲63-64頁。

203 川村・注(1)前掲63頁。

204 平出・注(146)前掲140頁参照。

205 川村・注(1)前掲63頁、田邊・注(16)前掲64頁。

た手形行為は、取り消すことができる。

特定の手形に係る特定の手形行為に関して、その行為に限り、家庭裁判所の審判によって、保佐人に代理権を付与することが認められることは、ありうる（民 876 の 4 参照）。

3-1-3-5. 被補助人

民法 13 条 1 項所掲の行為の一部の特定の法律行為につき、家庭裁判所によって補助人の同意を得なければならない旨の審判をされた被補助人は、当該行為をするには被補助人の同意を必要とし、同意なしに行われた行為は取り消すことができる（民 17 参照）。

補助人の同意が必要とされた行為の中に、借財、保証または重要な財産に関する権利の得喪を目的とする行為が含まれているならば、その限りで、被補助人の手形行為能力は制限され、補助人の同意またはこれに代わる家庭裁判所の許可を得ないでした手形行為は、原則として、取り消すことができると解されよう。

もっとも、民法 17 条 1 項は、補助人の同意を要する行為を「特定の法律行為」に限定している（民 13 対照）。この立法趣旨は、被補助人が単独でなしえる法律行為の範囲を被保佐人のそれより広くするものであろうから、たとえば一定金額以上の借財・保証に補助人の同意を要するといった旨の審判も許されよう。そうであるとすれば、このような審判があった場合には、当該金額未満の手形行為については、被補助人に完全な手形行為能力を認めうると解したい。こう解すると、1,000 万円以上の借財に補助人の同意を有するときに、500 万円の手形を 2 通に分けて振り出せば、当該手形行為は有効となるわけであるが、そこまでの事理弁識能力のある補助人ならば、その自己決定は尊重されるべきであろう。ただし、これは机上の議論である。このような複雑な事情を有する制限行為能力者との当座勘定取引契約の締結は、銀行によって拒否されるであろうこと、ほぼ確実だからである。

3-1-3-6. 取消しの相手方等

古い判例は、制限行為能力者が手形行為の取消しをなす場合には、手形

行為の直接の相手方に対して取消しの意思表示をなさなければならないとしている (大判大正 11 年 (1922 年) 9 月 29 日民集 1 卷 564 頁)。しかし、手形はその本質上輻輳流通するものであることを理由に、直接の相手方に限られず、現在の手形所持人に対しても、取消しまたは追認をすることができる²⁰⁶。さらには、直接の相手方、現在の所持人だけでなく、中間の手形取得者を含めて、取消しまたは追認の意思表示をなしうると解する説がある²⁰⁷。手形の流通に關与した署名者は、すべて手形上の利害關係人であり、取消権者が、必ずしも現在の所持人が誰であるかを確知しえないから、最後の説が妥当であろうか。追認も同様に考えてよからう。

なお、手形行為能力は、手形行為の時に存すれば足り、行為の後に制限行為能力者になっても、当該手形行為の効力に影響がないこと、当然である。

また、約束手形の振出しが制限行為能力を理由に満期前に取り消された場合には、満期前遡求を認めるべきである。遡求義務者は、第 1 次的支払義務者による満期における支払いを担保したのであるが、その支払いがないことが確実になったからである²⁰⁸。

3 - 2. 意思表示の瑕疵

3 - 2 - 1. 考究の意義

繰り返し述べるように、手形行為は法律行為である。法律行為であるからには、意思表示をその要素とする。手形法自体には、意思表示に係る特別が設けられていないから、手形行為といえど、意思表示に関する民法の一般規定 (民 93 以下) をそのまま適用する他ないようにも思える。しかし、手形は、本来的に流通証券であるから、当初の法律行為の当事者の圏

206 川村・同前 63 - 64 頁、伊澤・注 (9) 前掲 126 頁、大隅・注 (18) 前掲 36 頁。

207 鈴木・注 (11) 前掲 135 頁、田邊・注 (16) 前掲 65 頁、平出・注 (146) 前掲 138 頁。

208 田邊・同前。

外へと輾転し、第三者との間の法律関係に発展することが予定されている。したがって、仮に民法の意思表示に関する規定をそのまま適用すれば、善意の第三取得者の保護が不十分となって、手形取引の安全を害する場面がありうる。それゆえ、手形行為に民法の意思表示に係る一般規定を適用すべきか、修正して適用すべきか、いっそ適用を否定すべきか、といった議論が錯綜している。

3 - 2 - 2. 民法適用肯定説

松本丞治は、「手形行為ハ法律行為ナルヲ以テ法律行為ノ無効又ハ取消ニ関スル民法上ノ一般規定ハ手形行為ニ関シテモ亦適用ナルヘカラス²⁰⁹」と説いた。とくに、民法が意思主義を採用する錯誤および強迫について、彼の見解を抽出すれば、以下のごとくである。まず、強迫について。「強迫ニ因ル手形行為ハ之ヲ取消スコトヲ得²¹⁰」。次いで、錯誤について。「要素ノ錯誤ニ因ル手形行為ハ無効トス但行為者ニ重大ナル過失アリタルトキハ自ラ其無効ヲ主張スルコトヲ得ス²¹¹」。

ただし、松本は続けて以下のように述べている。「手形行為ニハ民法ノ一般規定ノ適用アレトモ其適用ニ付テハ大ナル制限ナシトセス、即チ意思ノ欠缺又ハ瑕疵ニ基ク無効又ハ取消ノ場合ニ於テハ其意思ノ欠缺又ハ瑕疵カ手形行為ヲ為スコト自体ニ付テ存セサルヘカラス、手形ノ内容ニ付テ存スルニ過キサル場合ニ於テハ無効又ハ取消ヲ以テ手形ノ善意ノ取得者ニ對抗スルコトヲ得ヘカラス、例ヘハ手形行為ヲ為スノ意思ナクシテ錯誤ニ因リテ之ヲ為シタルトキハ無効ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘキモ、十円ノ手形ヲ振出ス意思ヲ以テ誤テ千円ノ手形ヲ振出シタル場合ニ於テハ無効ヲ以テ善意ノ取得者ニ對抗スルコトヲ得サルナリ、是レ手形ノ形式権の有価証券タルコトノ結果当然発生スヘキ制限タリ²¹²（適宜、読点を付し

209 松本・注(4)前掲48頁。

210 同前49頁。

211 同前50頁。

212 同前。

た)」。

上の記載から理解できるように、松本は、民法の一般規定の適用を認めつつも、手形の文言証券性に依拠して、意思表示の瑕疵が、手形の内容に存するにすぎないときは、無効・取消しを（善意の）取得者に対抗しえないとしている。

岡野敬次郎も、「余八何力故ニ法律行為ニ関スル一般ノ原則カ手形行為ニ其適用ナキカノ理由ヲ発見スルヲ得ス²¹³」と述べつつも、「余八我商法上ノ規定ノ上ニ於テ手形行為ヲ為スノ意思ノ欠缺セルト手形ニ記載セル文言ト行為者ノ意思ト符合セサルコトヲ区別スルノ正当ナルヲ信ス、前者ハ法律行為一般ノ原則ニ依リテ之ヲ定メ後者ハ商法第四百三十五條²¹⁴ノ定ムル所ニシテ即チ行為者ハ善意ノ取得者ニ対シテハ手形ノ文言ニ從ヒテ責任ヲ負担シ其真意ト符合セサルヲ理由トシテ債務ヲ否認スルヲ得サルナリ²¹⁵（適宜、読点を付した）」と説いている。

岡野の説くところは、松本よりも明快である。明らかに手形の文言証券性に依拠して、手形の内容に係る意思表示の瑕疵を手形の善意の取得者に対抗しえないものと解する立場である。したがって、実際には、民法の一般則の適用は大きな制限を受ける。

民法全面適用説は、烏賀陽然良によってもまた主張されている。以下のごとし。すなわち、「手形行為モ亦意思表示ナルガ故ニ、意思表示ニ関スル民法上ノ諸原則ニ從フベキヤ論ヲ待タズ、殊ニ手形行為トシテハ手形行為ヲ為スノ意思存セザルベカラズ、斯ノ意思存セザルトキハ手形行為存スルノ理ナク、從テ斯卡ル形式的外觀ハ仮令其ノ効カヲ有スルモ、其ノ行為者ハ何人ニモ対抗シ得ベキ抗弁ヲ生ズルモノトス²¹⁶」と述べている。しかして、手形行為をなす意思が存しない場合として、身体上の強制（絶対的

213 岡野・注 (73) 前掲 35 頁。

214 手形の文言証券性に関する規定である。

215 岡野・注 (73) 前掲 35 - 36 頁。

216 烏賀陽・注 (119) 前掲 47 頁。

強迫であろう) および手形行為を意識しない過失なき錯誤を挙げている²¹⁷。

以上はすべて商法手形編時代の諸論であるが、現行手形法の下では、倉沢康一郎(1932~)が、この立場を採っている。すなわち、「筆者は、手形行為が意思自治の原理を基礎とする法律行為である以上、その意思表示に瑕疵・欠缺がある場合には民法の規定の適用によって効果が決せられるべきは当然であると考えている。ただ、手形取引の特殊性は行為者の注意義務を加重すべきものであるから、手形行為の要素の錯誤の場合には行為者に重大な過失が認定されることが多く、したがって、相手方および第三者は民法95条但書によって、かつその限度で、保護されるべきものと解する。なお、この場合、相手方または第三者は善意であることを要するものと解されているが、さらに、相手方または第三者に重大な過失がある場合にも、行為者は無効を主張することができるものと解しえないだろうか。強迫による手形行為については、現行法上その取消をもって物的抗弁と解するほかないことは、無能力者の手形行為の場合と同様である。ただ、この場合にも、手形行為についての強迫の事実の認定は厳格になされるべきものであろう²¹⁸」と述べている。

結局、倉沢説は、手形行為の意思表示の瑕疵に民法の一般原則を適用しても、錯誤については民法95条ただし書の解釈を厳格化し、強迫については事実認定を厳格化することによって、意思主義の弊をなるべく排除しようとするものであると評価できる。

上で観たように、民法適用肯定説といえど、意思主義に立脚する錯誤・強迫に係る規定の適用に関しては、その弊の排除をまったく放置しているわけではない。

3-2-3. 民法修正適用説

修正適用説は、大きく2つに分かつことができる。いわゆる個別的修正

217 同前脚注(16)。

218 倉沢康一郎『手形法の判例と論理』(成文堂・1981年)12頁。

説と一般的修正説である。

「個別的修正説」というのは、民法の意思表示の瑕疵に係る規定を個別的に検討し、その適用の可否を決しようとするものである。首唱者は、田中耕太郎であろう。彼は、民法 93 条以下の規定を逐一検討している。心裡留保の手形行為については、民法 93 条をそのまま適用して差し支えないが、ただし心裡留保の手形行為が例外的に無効である場合に手形の善意の取得者に対し当事者間の無効をもって対抗できないことは手形法の要求するところであり、この場合には、民法 93 条の解釈として同 94 条 2 項を類推適用することを認めればよい²¹⁹。虚偽表示に関する民法 94 条の規定も、そのまま手形行為に適用して差し支えない²²⁰。手形行為における表示主義の優越からして、錯誤に関する民法 95 条は手形行為に適用がないものと解するのが正当である。錯誤に関する民法の規定を手形行為に適用せず、いやしくも手形に署名した者は絶対に手形上の責任を負うものと主張することを欲する。民法研究者の間においても、相手方および第三者の保護のため、錯誤の規定の適用の限界が考慮せられているのであるから、ことに相手方および第三者を保護すべき手形行為に関し、上述の結論が採られるのは当然の趨勢と認められなければならない²²¹。詐欺による手形行為に関しては、民法 96 条 3 項がその取消しをもって善意の第三者に対抗できない旨を規定しており、この一般原則をそのまま適用して差し支えない²²²。強迫による手形行為に関しては、詐欺の場合のような規定がないが、やはり善意の第三者の保護を図るべきである²²³（よって、民法の規定の適用を否定する）。およそ、以上のごとくである。

田中誠二もまた次のような骨子で個別的修正説を支持する。元來民法の意思表示の規定は、固定しかつ特定した当事者間の法律関係を予定して、

219 田中・注 (2) 前掲 145 頁。

220 同前。

221 以上、同前 146 - 147 頁参照。

222 同前 148 頁。

223 同前参照。

当事者間の公平妥当な解決を図るべく、当事者の意思を尊重する意思主義に立脚しつつ、相手方や第三者の利益を考えて、表示行為に重きを置く表示主義をも導入したものである。これに対し、手形行為は、本来不特定かつ多数の者の間を輻輳流通する証券的行為であって、その流通性を強化すべく、善意の手形取得者の保護を第1義とし、手形行為者の保護はこれに劣後するから、民法の立場以上に表示主義を重視しなければならない。それゆえ、手形の流通性強化を要する特殊性により、個別的修正説を正当とする²²⁴。「すなわち手形行為の意思の欠缺または瑕疵についても民法の原則によるのであるが、ただ、民法94条第2項のような明文があるかどうかを問わず、善意の第三者には対抗できず、手形上の債務負担を拒みえないと解すべきである。なぜなら、意思の欠缺があるかまたは瑕疵のある行為をした者は、自己名義の手形を偽造された者などとは異って、ともかく、手形に署名し、有効な手形の成立したような外観を生じさせており、かつ、手形法の理念は、流通力の強化にあって、この外観に正当に信頼した者は保護されると考えなければならないからである²²⁵。」およそ以上のように説かれている。個別的修正の根拠に、権利外観理論的考慮を持ち込んでい

る。

伊澤孝平の説も、個別的修正説に分類しうるであろう。錯誤による手形行為者は、少なくとも自ら署名をしており、この署名をしたという事実は、債務者を拘束する債務者側の因子となる。他方、錯誤という瑕疵をともなう手形を取得した所持人は、手形法16条2項の精神（窮極的には外観信頼の保護）を根拠として、手形上の権利を取得する。強迫による手形行為も同様に解される²²⁶。およそ以上のように説いて、意思主義に基づく民法の規定の適用を否定するのである。この考えの基底にも、やはり権利外観理論を垣間見て取れると評価しよう。

224 以上、田中（誠）・注（31）60頁参照。

225 同前60 - 61頁。

226 以上、伊澤・注（9）前掲133 - 134頁参照。

次いで、「一般的修正説」というのは、民法の意思表示に関する規定を、直接の当事者間では全面的に適用し、第三者に対する関係では、すべて手形法 17 条で処理しようとする考え方である。小橋一郎が採る考え方である。彼は、およそ次のように説く。すなわち、この問題は「民法の規定が直接の当事者間の関係を規律するものであることから解決されるべきである」と考える。すなわち民法の規定は、個別的な当事者間の法律関係に関するものであって、手形におけるように行為者の意思が直接の相手方を通じて第三取得者に達する場合に、行為者と第三取得者との間に生ずる関係は予定されていない、ここでは民法の適用はおのずから排除されていると考えるのである。したがって意思の欠缺および意思表示の瑕疵に関する規定は、手形上の意思表示の直接の相手方に対する関係においてのみ適用され、手形の第三取得者に対する関係では問題にならず、それらの規定による無効・取消は、直接の当事者間の人的抗弁事由にとどまる²²⁷。」それゆえ、錯誤による手形行為について、その無効は、直接の当事者間の人的抗弁事由になると解され²²⁸、強迫（絶対的強迫を除く——この場合には手形行為は存在せず、その無効は何人に対しても對抗しうる²²⁹）による手形行為についても、同様に解される。なお、虚偽表示の無効が善意の第三者に対抗しえないとされる場合（民 94 ）、ここに第三者というのは、手形のように表意者と第三取得者との間に当然意思関係が生じるべき場合を予定してのことではなく、虚偽表示と関連するもうひとつの個別的な民事取引がなされる場合を考慮したものにすぎないから、手形の第三取得者は、上の第三者には当たらない²³⁰。同様に、詐欺による取消しは善意の第三者に対抗しえないとされるが（民 96 ）、これは詐欺による意思表示を前提にして、さらに別個の行為がなされた場合に関するものであるから、やはり手形の第

227 小橋・注 (10) 前掲 53 頁。

228 同前 55 頁。

229 同前 56 頁。

230 同前 54 頁。

三取得者は、上の第三者には当たらない²³¹。

3 - 2 - 4. 民法適用否定説

高窪一は、手形行為の形式行為性から、以下のように説く。すなわち、手形関係は、信用利用の目的を最大限に達成せしめるために、所持人にきわめて有利で、署名者に著しく不利益な権利関係として法定されている。手形制度を利用しようと決意した者は、手形署名をなすことにより、当然に上のような計算済みの不利益を覚悟すべきである。したがって、手形たる外観を有する書面に、これを認識して署名すれば、署名者の主観的效果意思とは無関係に、常に有効な手形行為が成立するのである²³²。彼は、これを手形行為の「形式行為性」と呼んでいる²³³。この結果、個別的で具体的な効果意思の対立を前提としてこれを調整しようとする諸規定は、手形行為に適用の余地がなく、したがって、意思表示の瑕疵（民 93～96）の規定は、本来手形行為に適用の余地がない²³⁴と述べている。高窪によれば、これら意思表示の瑕疵は、形式的行為説に依りつつ、原因関係上の人的抗弁とすべきである²³⁵とされている。

主として創造説の系譜に属する研究者の採用する見解であるが、手形債務負担行為が成立するためには、手形であることを認識し、または認識すべくして手形の作成をすることを要するとともに、それをもって足りると解する説がある²³⁶。このようにして署名すれば、それで手形債務は完全に有効に成立し、意思表示の瑕疵は問題とならないから、この面において、民法の規定の適用の余地はないことになる。他方、権利移転行為については、民法の適用を認め、無効・取消事由があれば当事者間ではその事由を

231 同前 56 頁。

232 以上、高窪・注 (166) 前掲 25 頁参照。

233 同前参照。

234 同前。

235 同前 361 頁脚注 (2) (3) 参照。

236 鈴木・注 (11) 前掲 139 頁、前田・注 (48) 前掲 62 頁、平出・注 (146) 前掲 148 頁。

主張でき、また、無効・取消しのゆえに権利が移転していないことを理由に直接の相手方に対しては手形返還請求が可能であるが、第三者による手形の善意取得があれば、署名者は手形責任を負うことになる²³⁷。

石井照久・鴻常夫は、有価証券の発行行為につき創造説を採らず、証券の作成と交付とを一体的に捉え、これを単独行為と解する説に与するが²³⁸、手形行為の意思表示の瑕疵については、「表示主義を徹底して」手形であることを認識しつつ署名する意思をもって手形に署名した以上、このような意思の不存在・瑕疵ある意思表示は、人的抗弁事由であるに止まり、手形行為そのものは有効に成立すると解すべきであると説く²³⁹。こう解することと、手形行為の成立に証券の交付を要するとの見解は必ずしも両立しえないものではなく、「それは文言性が強く認められる手形についての法律行為として、表示主義が徹底される結果であり、手形行為理論の相違によって、本質的な相違をきたすべきことではないと考える²⁴⁰」と述べられている。

3 - 2 - 5. 判例

判例は、詐欺・強迫について、民法 96 条を手形行為に適用しつつ、漠然と、詐欺・強迫は人的抗弁（事由）になると述べるにすぎない（最判昭和 25 年（1950 年）2 月 10 日民集 4 卷 2 号 23 頁、最判昭和 26 年（1951 年）10 月 19 日民集 5 卷 11 号 612 頁）。この場合の人的抗弁（事由）という用法が手形法 17 条によって律せられる抗弁であるかどうか不明である²⁴¹。

上述の判例とほぼ同時期に、錯誤についても、漠然と人的抗弁であるとしたものがある（最判昭和 29 年（1952 年）3 月 9 日判タ 40 号 15 頁）。

237 前田・同前 62 - 64 頁。

238 石井：鴻・注 (6) 前掲 30 頁参照。

239 同前 95 頁参照。

240 同前。

241 田邊・注 (16) 前掲 77 頁。

その後、最高裁昭和 54 年（1979 年）9 月 6 日判決民集 33 卷 5 号は、手形金額に錯誤がある裏書について、以下のような判断を示した。すなわち、「手形の裏書は、裏書人が手形であることを認識してその裏書人欄に署名又は記名捺印した以上、裏書としては有効に成立するのであって、裏書人は、錯誤その他の事情によって手形債務負担の具体的な意思がなかった場合でも、手形の記載内容に応じた償還義務の負担を免れることはできないが、右手形債務の負担の意思がないことを知って手形を取得した悪意の取得者に対する関係においては、裏書人は人的抗弁として償還義務の履行を拒むことができるものと解するのが相当」である。

最高裁は、上の表現上、民法の意思表示論とは異なる、手形に特有の意思表示論を採用したものと捉えられようが、同時に直ちに創造説に立脚したと判断するのは早計であると思われる。また、判旨中の「錯誤その他の事情」中に、他の意思の不存在・瑕疵ある意思表示の類型を含むか否か、明確さに欠ける。ここでいう「人的抗弁」もまた、従来判例と同様、手形法 17 条によって律せられる抗弁であるのかも曖昧なままである。

3 - 2 - 6. 管見

(ア) 民法適用肯定説は、倉沢康一郎のような構成では、意思主義の弊を排除するには完全ではない。それゆえ、手形の流通性と相容れない部分が残る。

(イ) 民法適用否定説が、理論的な明快性や具体的妥当性の観点から、優れているとの評価²⁴²は、つとになされてきたところであるが、理論上、手形授受の直接の相手方に対してまで、手形意思表示の瑕疵を主張しえないことになろうし²⁴³、自由な意思で署名した後に保管中の手形が抗拒不能な絶対的強迫のもとに奪取された場合でも、署名者は悪意・重過失のない

242 同前 75 - 76 頁、木内・注 (169) 前掲 61 頁参照。

243 木内・同前 60 頁。

第三取得者には支払いを免れない結果になる²⁴⁴。民法適用否定説が、創造説を採る者の多くから表明されていることから、このような結果となる点を捉えて、田邊光政は、これを「創造説（二段階説）に潜む危険な結果²⁴⁵」と表現している。

（ウ）民法修正適用説は、手形行為を法律行為であると把握しつつ、法律行為一般の構成と同一基盤での構成を試みようとする点で素直である²⁴⁶。しかし、個別的修正説は、ある場合には民法の規定がそのまま適用され、別の場合にはその適用がないか修正適用されるという点で便宜的過ぎる²⁴⁷との批判がなされる。錯誤や強迫の場合に、ただちに民法 94 条 2 項や同 96 条 3 項を類推適用することのできる基礎があるかどうか問題がある²⁴⁸。一般的修正説は、繰り返し述べるように、当事者間では民法の規定をそのまま適用し、第三者に対する関係を手形法 17 条で処理しようとするもので、明快といえる。ただ、田邊光政が指摘するように、第三者に害意がなければ保護されることになるが、それでよいのかどうか、また手形債務の無効・取消しの問題にも手形法 17 条ただし書を適用してよいのか、疑問である²⁴⁹。

（エ）不佞のこの問題に対する考え方の出発点は、商法手形編時代の商法 435 条である。同条は、「手形ニ署名シタル者ハ其手形ノ文言ニ從ヒテ責任ヲ負フ」と規定していた。手形が文言証券たることを明定した規定である。

この規定について、竹田省は以下のような評価を下している。すなわち、商法旧 435 条は「第三者の善意といふが如きことを眼中に置かず、端的に、署名者はその署名により文言責任を負ふべきことを示し居るのであり、し

244 田邊・注 (16) 前掲 76 頁。

245 同前。

246 木内・注 (169) 前掲 61 - 62 頁参照。

247 田邊・注 (16) 前掲 75 頁。

248 木内・注 (169) 前掲 62 頁。

249 田邊・注 (16) 前掲 75 頁。

かもこの規定は、独り手形に関する変則を定めたものと見るべき理由は考えられず、一般に文言責任に関する基本的な思想を表はしたものだと思ふべきである²⁵⁰。」さらに、竹田は、文言責任について、以下のように述べている。「文言責任は、取得者の何人たるかに関係のない証券そのものの効力たることを示すものといふべきである。このことは、私の言葉を以てすることを許されるならば、かかる証券上の署名行為は証券の記載を内容とする意思表示であり、その故に、署名者は文言通りの義務を負ふことになる」といふわけである²⁵¹。」

竹田の考え方は、手形行為における意思表示とは、当初より当然に、手形証券の記載文言をそのままの内容とする意思表示であると解することに繋がるのではなからうか。このような考え方は、文言証券性を抗弁制限効と一線を画して捉えることになるものと思われる。

上の考え方を敷衍すれば、文言証券上に証券的意思表示をした者は、たとえその意思表示に瑕疵があろうとも、原則として一律に証券に記載されたところ、すなわち表示されたところに従って責任を負うべきことになる。つまり、文言証券上になされる証券的意思表示にあっては、当然に意思主義が排斥され、すべて表示主義が優先されるべきことになる。

上のように解すれば、手形授受の直接の当事者間においても、表意者（債務者）は一応文言責任を負うことになるが、相手方が悪意の場合には、意思表示の瑕疵による無効・取消しを人的抗弁として主張することを妨げられない（結果的に、民法の規定を適用するのと変わらない）。第三取得者に対する関係では、一律に表示主義が採用されるから、証券上の表意者は、意思表示の瑕疵による無効・取消しを善意の第三取得者に対抗しえない（民94、96類推）こととなる。実質的には、岡野敬次郎説を延長した考え方である。

250 竹田省「証券の文言性の限界」『商法の理論と解釈』（有斐閣・1959年）486頁。

251 同前。