慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	権利外観理論の現代的意義
Sub Title	"Die Rechtsscheintheorie" von Ernst JACOBI und ihre Bedeutung in der Gegenwart
Author	大賀, 祥充(Oga, Yoshimitsu)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2000
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.73, No.12 (2000. 12) ,p.163- 196
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	髙鳥正夫先生追悼論文集
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20001228-0163

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

権利外観理論の現代的意義

大賀祥充

一　はじめに
二　手形理論における各学派の状況
三　権利外観理論の概要
四　権利外観理論に対する批判とその検討
五　権利外観理論と創造説学派との比較

一　はじめに

手形・小切手・株券のような「有価証券」[1]は、財産的な価値を有する私法上の権利（または法律上の地位・資格。以下では、それらを纏めて単に権利と記す。）を表章する証券であるから、その発行（振出）のためには、私法上の権利の内容をまず書面に記載してこれを証券上に表章することが必要であり、次いで、その証券を相手方に引渡すことが要求される。かくして、証券の所持人は、権利を行使し、または権利を譲渡しうることになる。つまり、有価証券にあっては、証券の作成署名によって、本来目に見えない（invisual）無形の権利が目に見える

(visual) 有形の証券に表章・具象化（verkörperm）されると同時に、その権利の行使には証券の呈示[2]が、また権利の移転には証券の引渡し（占有移転）が法律上の効力要件として要求されることになる。

手形・小切手の場合、実定法によれば、振出、裏書、保証、為替手形の引受・参加引受、小切手の支払保証については、いずれも、法定の必要記載事項を原則として記載し、行為者が必ず署名（記名捺印を含む。以下では、単に署名と記す。）することを要するから、これらの行為はいずれも署名を要素とする要式の書面作成とその証券の引渡しがなされることになる。

問題はこの証券の作成署名と証券の引渡しとの両者の関係を法律的にどのように理解するか、言い替えれば、手形上の義務がいつ如何にして成立し、また効力をもつにいたるかの理論構成である。この点については、従来、主として手形の、しかもその振出を中心に議論がなされてきた。いわゆる「手形理論」がそれである。

その議論における各学派の概要については、後に略説するが、ここに取り上げる「権利外観理論」は、手形証券が作成された後署名者の意思に基づかないで流通におかれたとき、これを善意で取得した者が手形上の権利を取得しうるかの問題において、「契約説」学派の立場を論理的に貫徹した場合、証券の作成署名者の保護には厚くても、証券上明らかではないその交付欠缺の事実を全く知らずに（しかも知らないことにつき重大な過失もなく）取得したいわゆる善意（かつ無重過失）の取得者の保護に欠け、ひいては手形取引の安全を損なうという結果の不当性を排除し、契約説の限界を補うために、これに付加して主張される考え方であって、もともと、ドイツの学者・故 Dr. *Ernst* JACOBI [Ex-professor der Westfälischen WilhelmsUniversität in Münster] が契約説の立場から提唱したものであるが、わが国では、契約説学派のみならず発行説学派の立場からもこれが援用されているものである。

以下では、手形理論の法律学における有用性が、必ずしも手形の、しかも振出の法理の究明に留まるものでは

なく、他の手形行為はもちろん、ひろく有価証券に係わる証券的行為一般にも妥当しうることを留意しながらも、ここでは手形の振出に限定する形で、まず「手形理論における各学派および判例の状況」を概観し、次いで、「権利外観理論」の内容を略述し、その考え方を付加した上での各学派の比較検討をし、最後に「権利外観理論」の効能と限界、従ってその現代的意義について私見を述べてみたい

(1) *Heinrich* BRUNNER: "Die Wertpapiere" in Endemanns Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, Bd.II (1882) S. 147 によれば、「私権を表章する証券であって、その利用 (Verwertung) ……主として権利行使を意味するが、権利の移転をも含む……が証券の所持 (Innehabung) によって私法上条件づけられているもの」とされる。

わが国における多数の見解は、「財産的価値を有する私法上の権利 (または地位) を表章する証券であって、その権利 (または地位に基づく権能) の発生・行使・移転の全部または一部がその証券によってなされることを必要とするもの」と解しているが、この外、「権利の移転または行使が証券によってなされることを要する」点を強調する見解や、「権利の移転」に重点をおく見解も有力に主張されている。

(2) ただし、株券については、新規の株式取得者からの最初の株主名簿への登録請求に際しては、その呈示が必要とされるが、一旦株主名簿上に株主として登録された限りでは、以後、権利行使の都度、株券の呈示をする必要はない。これは株主名簿の効力 (商法二〇六条) の問題であるが、有価証券の概念規定上これをいかに理解するかで見解が岐れている。

二　手形理論における各学派の状況

1　法律行為としての手形振出

約束手形の法定的記載要件には、一定金額の支払約束文句が含まれているから、約手の振出を法律的にみたときには、振出人の手形上の債務負担の意思表示を不可欠の要素とする、全体として一個の法律行為と構成することができ、この点に特に争いはない。

これに対して、為替手形の法定的記載要件には、一定金額の支払委託文句があるから、振出人の法律効果意思をいかに捉えるかについて、見解が岐れる。

一説は、為手振出の本質を支払指図（Anweisung）とみて、支払人に対しては振出人の計算において自己の名をもって支払をする権限を与えると同時に、受取人に対しては自己の名をもって手形金額の取立をする権限を与えると解し、いわば「二重の授権」が為手振出人の法律効果意思とみているが、他説は、受取人に対する支払受領権限の付与を為手振出人の意思表示の内容とみており、いずれにしても、権限授与を意思表示の内容とする一つの法律行為と解されている。そして、為手振出人は、引受および支払を担保する義務を負うが（手九）、これは振出人の意思表示に基づく効果ではなくて、手形の支払を確実にし、証券の流通を円滑にするため法が特に認めた・いわば法定的な効果であると一般に解されている。

このように、同じく「手形振出」と云っても、約束手形のそれと為替手形のそれとでは、その内容とその法理は必ずしも同一ではないが、以下では、主として約束手形（以下では、単に手形と記す。）を対象に、その手形債務の発生の法律関係を考察することとする。

手形の振出は、このように、手形債務負担の意思表示を要素とする、全体として一個の法律行為であると構成できるが、問題は、それがいかなる性質を有する法律行為であるかにある。殊に、手形の振出は、前述のように、手形法の定める要件その他を記載した証券を作成して行為者（振出人）がこれに署名し、その証券を相手方（受取人）に引渡す形で一般に行われる。従って、手形の振出は、手形証券の作成署名と、その証券の相手方への引

渡し（占有の移転）との、いわば二つの動作から成っているとみることができるから、これら二つの動作の相互関係を法律的にいかに捉えるか、また手形振出なる行為を全体として法律的にいかなる性質のものとみるかが問われることになる。

この手形振出の法理については、「手形理論」として従来から広く論議がなされ、学説が鋭く対立しているが、この議論は、証券が正常に相手方に引き渡される状況の説明においてよりも、むしろ証券の作成署名者の意思に基づかないで流通におかれた・いわゆる「交付欠缺」という特別の場合の理論構成において鋭く対立する。

以下、手形理論における学説・判例の状況を概観する。

2　契約説学派（Vertragstheorie）

まず、「契約説」の学派によれば、手形の振出は証券授受の当事者たる振出人と受取人との間の証券交付契約（Begebungsvertrag）であるとみる。従って、手形署名者による証券作成署名だけではまだ振出の意思表示の一要素を構成する事実行為がなされたに過ぎず、その証券を相手方たる受取人に交付・到達（民九七Ⅰ）することによって、手形債務負担の申込みの意思表示が成立すると共に、受取人の受領能力（民九八）および承諾の意思表示をも必要とし（ただし、承諾の意思表示は相手方が受領した手形を保持することによって認定しうる（民五二六Ⅱ参照）とされるから（小橋一郎『手形行為論』一三〇）、この点がまた承諾の意思を擬制するものとも批判されうる）、両者の合意により手形振出が効力を生ずるものとみる。

この契約説の学派は、手形取引における当事者間の合意を前提として手形上の債権債務の発生および帰属の関係を構成するため、一般私法理論によく適合するとされる（河本一郎「有価証券におけるレヒツシャイン」神戸法学論集二―四―七二五、田辺光政「最新手形小切手法」六六、同「手形債務の存在に対する人的抗弁」民商法六七―二―三

五）。何故なら、当事者間にそれぞれ債権債務を発生させる法律行為は、各当事者の意思表示の合致によって成立する契約であることが原則であるからである。従ってまた、この説によるときは、通常の手形取引における当事者の意思の実態に即し、それ故振出行為の直接の当事者間の法律関係の説明にはよく適合すると云うことができる。しかし、この契約説は、反面、振出人と、それから受取人に次いで将来相次ぎ生ずるであろう後者すなわち証券所持人との間の法律関係の説明には必ずしも便宜でない面をもつ。そこで、この点を説明するために、契約説は更に「単数契約説」と「複数契約説」との二つの系統に岐れるに至った。

(1) 「単数契約説」によれば、振出人は受取人との間に一個の契約を締結するに過ぎないとみる。

そして、振出人とその後の第三取得者との間の法律関係については、まず、「譲渡説」によれば、その後の第三取得者は受取人のなす裏書によって手形債権を譲受けるものであるとみる。しかし、この譲渡説によるときは、人的抗弁の制限によって（手一七）受取人が振出人に対して有していた権利とは異なる権利を、被裏書人が振出人に対して取得する関係の説明が困難であると云われている（倉沢康一郎「手形行為の無因性と人的抗弁」同『手形法の判例と論理』一八七所収）。

これに対して、振出人と受取人との間の契約には、自己のためにする契約の側面と、「第三者のためにする契約」（民五三七）の側面との両方が同時に含まれているとみる立場もある。しかし、この説によるときは、当事者の意思を甚だしく擬制するものであるばかりか、振出人と受取人との間の契約が無効な場合でも善意取得（手一六Ⅱ）のありうることの説明ができないとされている。

(2) 「複数契約説」によれば、振出人は、単にその直接の相手方たる受取人との間にのみならず、その後の第三取得者との間にもそれぞれ契約を締結するものとみる。

このうち、「裏書人媒介説」によれば、振出人と第三取得者との間の契約締結は裏書人が使者または受任者と

して媒介するものとみるし、また、「対不特定人契約説」によれば、振出は直接の相手方たる受取人のみならずその後の第三取得者をも含めた・不特定多数人に対する契約申込みの意思表示であるとみるし、更に、「更改説」によれば、振出人と受取人との間の契約関係が裏書人によって振出人と被裏書人との間のそれに更改（民五一三）されるとみる。しかし、右の構成では、振出人の申込みの意思表示は手形の授受によって被裏書人に到達するとしても、被裏書人の承諾の意思表示が振出人には到達しないことになるし、総じて、当事者の意思とかけ離れた擬制に過ぎる構成であると批判されている（なお、小橋・一二八は、手形行為としての交付契約においては、手形の交付を受けた者に承諾の意思がありさえすれば、承諾の意思表示がなくとも契約は成立するものとされるが、これは承諾の意思表示を擬制するものと批判される）。

ともかく、右の契約説の学派に従えば、交付欠缺の場合においては、契約が欠けているから、論理必然的に、手形署名者は手形上の債務を負担することはない。それ故、この立場に立てば、手形署名者の利益は重視されることにはなるが、反面善意の取得者の保護に欠けるため、後述の「権利外観理論」によりその結果の妥当性を図ろうとするのが一般的な傾向である。

もっとも、同じ交付欠缺の場合であっても、手形取引上、手形の流通が当然予期せらるべき危険があるにも拘らず、それを冒して手形を他人に引渡したときは、手形上の意思表示があったものとして取り扱おうとする・いわば「修正契約説」の立場（小橋・一六三、一八七。田辺「最新手形法小切手法」六五、木内宣彦「特別講義手形小切手法」三三）がある。近時、小橋教授は、手形の作成・交付によって成立する振出人と受取人との間の法律関係は、民法の法律行為として律しうるが、受取人がこの手形を第三取得者に裏書交付することによって、振出人と第三取得者との間に成立する手形上の法律関係は、もはや民法の律するところではないとされる（小橋一郎「手形理論と手形抗弁」民商法八三―一―一二）。

しかし、手形法の適用がある限りで民法の適用は排除される（同・一四）とされるその論拠は必ずしも明確ではない。仮に、「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。それは一つの意思行為（Willensakt）である」とされる（同・一四）ところから推察すれば、それは、少なくとも振出人・第三取得者間においては、振出人の署名を通常の意思表示・法律行為としては構成されてはいないことになる。しかし、これは、交付欠缺の場合の第三取得者の保護を「権利外観理論」をもって図ろうとする立場が、契約説ないし発行説における意思表示理論とは次元の異なる理論構成によっているのと内容的に異ならない。

また、この修正契約説によれば、手形を任意に手放した場合には、署名者は善意の取得者に対して手形上の責任を負うが、任意の交付を欠く盗難手形の場合には、手形取引において当然予期すべき危険ではないから、責任は負わないことになるが、手形を慢然と放置しておくのは、他にその手形の保管を託した場合と比べて、流通の危険を予期すべき取引上の義務違反の程度はむしろ高いから、任意に託したときしか責任を負わないというのは疑問であるし（竹内・ジュリスト三〇三―八六）、また、署名者の意思による占有離脱の証券かどうかで、署名者の責任の有無を決するのは適切かどうか疑わしいし（今井・講座Ⅰ一一七、竹内・判例商法Ⅱ一二二、喜多・演習商法（手形小切手）八三、菅原「新商法演習」一二一、蓮井・商法の争点Ⅱ三三五、三枝一雄「被盗取手形の振出署名者の責任」河本編「商法Ⅱ（判例と学説Ⅵ）」一九六）、結局は署名者と善意の第三取得者との利益衡量によって決すべき問題である等の批判がなされている（本間「手形抗弁」伊沢記念「判例手形法小切手法」三一二）。

いずれにしても、ともかく手形振出を基本的に「契約」と解する以上、手形能力のあること、および意思表示の瑕疵・欠缺のないことが、手形振出人のみならず受取人についても要求されることになる。従って、場合によっては相手方の法律行為制限能力（民四、九、一二）または意思の欠缺（民九三以下）等によって完全な承諾が得

られない場合もありうるし、手形証券の交付欠缺の場合等、後に述べる「単独行為説」に比べれば、当然に手形署名者の責任が否定され、善意取得者の保護に欠ける可能性はそれだけ多くなりうる。

それだけに、証券流通の観点から云えば、この契約説学派による解釈の具体的妥当性が問われることになり、ここに、後に詳述する「権利外観理論」が提唱される背景がある。

3　単独行為説学派

次に、「単独行為説」によれば、手形振出は振出人による手形債務負担の一方的な意思表示によって完成するものと構成される。従って、契約説における承諾の意思表示というような相手方たる受取人の協力は必要ないことになる。

もっとも、その単独行為がいかなる態様をとるべきか、言い替えれば、証券の作成署名によって完成するとみるか、それとも証券の交付（到達）まで必要とみるか等については、更に立場が岐れる。

(1)　創造説（Kreationstheorie）

「創造説」によれば、証券の作成署名という振出人の一方的行為によって証券上の権利が発生するものとみる。それ故、振出行為は証券作成署名のみによって完成することとなるから、従って証券の交付は、この立場によれば、誰が証券上の権利を行使しうるかその権利者を確定すると同時に、その権利の行使の手段を与える意味をもつに過ぎないことになる。そうなると、証券の作成署名の段階において、既に権利が発生しているにも拘らず、権利者が確定していないという不自然な状態を認めることになりかねない（田辺光政「最新手形法小切手法」六五）。

そこで、証券の占有者が権利者になるのだと解すれば、証券の盗取者または拾得者も権利者になるという不当

な結果になるし、また、善意の占有者が権利者になるのだと解すれば、手形上の権利取得をすべて善意取得によって説明することになって妥当ではないため、証券所有権を取得した者が権利者となると解されることがある（高窪利一「手形法小切手法」一四は、手形所持人による手形所有権の契約上の取得または善意取得を手形行為の効力要件と解されている。なお、田辺光政「手形所有権説の新展開…新手形所有権説への指向…」関西大学法学論集一九―一・二・三合併号七六）。しかし、その場合でも、創造説の立場では、証券上の義務を生ぜしめる証券の作成署名は行為者の単独行為とされるのであるから、民法の法律行為・意思表示に関する規定が適用されることになり、従って場合によっては錯誤・詐欺・強迫を理由とする無効・取消を認めざるをえず、それ故証券作成者の義務を否定するという不当な結果を認めざるをえないことになりそうである。

そこで、最近では、手形行為が成立するためには、それが手形であることを認識しまたは認識すべくしてその上に署名したことを要すると共に、それをもって足り、錯誤・強迫などにより手形債務を負担する具体的な意思がなかったと主張しても、手形債務自体を否定することはできないとする立場が説かれている（鈴木竹雄「手形法・小切手法」一三九）。この立場によれば、証券の作成署名によって手形行為が成立すると共に発効し、手形上の権利が発生して証券と結合するに至り、債務者たる振出人が同時に債権者となって、その手形債権が証券の交付によって相手方に移転すると解することになる（鈴木・一四三）。こうした考え方は、更に、振出行為を証券の作成行為と証券の交付行為との二段階に分け、前者を手形債務負担の無因的な単独行為、後者を手形債権移転の有因的な契約と解する「二段階説」に展開され（前田庸「手形法・小切手法入門」二二、二六、三一、なお、浜田道代「手形行為論に関する覚書（1）」法政論集八八―五二は、第二段の交付行為を交付契約ではなく、相手方のある単独行為とされる。）、あるいはまた、証券の作成行為のみならず交付行為をも無因的な行為と解する「無因的創造説」の立場も主張されている（高窪利一「現代手形・小切手法（改訂版）」一三八。なお、同一三五は、証券の作成署名に

よって流通しうる価値物（手形の制度的利用権ないし価値権）がつくられるとされる）。

従って、創造説学派によれば、証券の作成署名のみによって既に手形債務負担行為が成立しているとみるが、それに続いて、署名者の意思に基づく債権移転行為がなされていない場合、盗取者または拾得者はあくまで無権利者であるに過ぎないが、しかし、証券作成による債務負担行為により、それに対応する債権が既に成立し証券と結合しているとみる以上、第三取得者は手形上の債権を善意取得（手一六II）するものとみることになる。

しかし、これら創造説の学派に対しては、いくつかの疑問が呈されている。

その第一は、手形取引の通常の経過は、作成署名された手形は署名者から受取人など特定の相手方に引渡されるものであり、従って署名者もまた相手方を予定しているものであるにも拘らず、証券の作成署名だけで果して債務負担の意思が表示されたことになるものと認めうるか[1]という点である。そもそも私法秩序において法律行為が適法な法律要件とされる所以は、その内容が強行法または公序良俗に反しない限り、当事者の意思をそのまま尊重しようとするところにあるが、その法律効果を決定する効果意思の内容は、表示行為から判断されるものである（木内宣彦「プレップ手形法」八五）。従って、なんらかの効果意思を相手方に知らせようとする表示行為がない限り、相手方はその内容を知ることはできない筈である（小橋・論集II二〇一）。それ故、手形上の意思表示が効力をもつためにはその意思表示が相手方に到達することが必要と考えられるから、例えば、証券の作成署名後それを金庫の中に保管し、交付を留保しているような場合は、効果意思の表示行為を認めえないのではないか[2]と思われる。

それにも拘らず、手形行為が成立するためには、それが手形であることを認識しまたは認識すべくしてその上に署名したことを要すると共に、それをもって足りると解するとすれば（鈴木・一三九）、「結局そのような認識の下における署名に対して、署名者自身を権利者とする債務の発生という効果が認められることになるが、これ

はもはや普通にいわれる意思表示、すなわち行為者の意欲に従って法律効果が付与されるとする一般の意思表示の概念を超えるもの」と云わざるを得ない（今井・一〇五。JACOBI: Forderungspapiere in der Hand des Ausstellers ZHR. Bd. 91 (1928) S. 256f. は、作成者が署名とともに自身に対する債権を取得する意思を有するとすることは最も甚だしい擬制である。証券作成の意思は存在するとしても、法律効果の発生に向けられていないそのような意思のみでは意思表示として十分ではないという。）。

近時の創造説は、署名行為には意思の欠缺や意思表示の瑕疵による無効・取消に関する民法の規定の適用がないとするが（鈴木・一三九）、このことは、逆にいえば、単なる署名行為は意思表示ではないことを自ら認めることになるのではなかろうか。何故なら、意思表示・法律行為として理解しながら、民法のそれらに関する規定の適用を認めないことの根拠は必ずしも明らかにされていないからである。

第二に、創造説によるときは、証券作成後その証券が振出人の意思に基づかないで流通におかれた場合にも振出人は当然責任を負わなければならなくなるが、その責任は果して意思表示に基づくものとみるべきものであるか、つまり自らの意思による証券の交付がなくても証券を作成した以上債務負担の意思が振出人の通常の意思として表示されたものと認められるか[3]（今井・一〇二、JACOBI: S. 96）、この点を認めるというのは、あまりに擬制に過ぎるのではないかという点である（田辺・民商法六七―一―一六〇、JACOBI: ZHR Bd. 99 S. 1、倉沢・法研四三―五―一〇四、高鳥正夫・判例評論一六〇―三五、小橋・一六三、今井・一〇二、喜多・演習商法（手形小切手）八〇、田中誠二・詳論八二）。

第三に、義務者が常に同時に権利者となるというような説明（鈴木・一〇七、前田・一六三）は、素直な観察からは無理ではないか（今井・一〇五、田中誠二・八二。もっとも、土橋正（共著）「論点法律学・手形・小切手法三〇講」二七によれば、「不自然であるか否かは主観に帰着するであろう。」とされる。）、殊に混同の法理を定める民法五

二〇条との関わりから考えると、戻裏書（手一一Ⅲ）、自己株式取得（商二一〇、二一〇ノ二、二一〇ノ三、二〇四ノ三ノ二参照）等承継取得の場合はともかくとして、権利の原始的発生の場合にも右の構成を認めうるものであろうか。創造説の立場では、約手振出における手形債務負担の意思表示を自らが自らに対してすることになるが、自己約束は果して約束になるのであろうか（土橋・二七）という点である。

なお、二段階説の立場から、手形行為は、無因の手形債務負担の単独行為と有因の手形権利移転契約とから成る法律行為であると定義する見解があるが（前田・三二）、同時に、一方で引受や保証は債務負担行為から成る法律行為とされ、他方で無担保裏書は手形権利移転行為だけから成る法律行為とされることは、手形行為の定義規定としては不完全であるといわざるをえないように思われる（土橋・二二）。

結局、創造説の学派は、証券を作成署名した後、盗取されるなど、署名者の意思に基づかずに証券が流通におかれた場合のような極めて例外的な現象から立論して通常のための一般論を構成するところに無理があると云えるのではなかろうか（田辺・民商法六七―一―一六〇）。

(2) 発行説（Emissionstheorie）

「発行説」によれば、振出人が証券の作成署名をし、その証券を振出人の意思に基づいて受取人に交付したときに振出行為は成立するとみる。従って、手形振出の要件に、証券の作成署名のみならず、証券の交付（占有移転）まで要求する点で、創造説と異なるが、他面、振出人の一方的な意思表示のみによって手形振出行為の成立を認め、相手方たる受取人の承諾の意思表示を必要としない点で、契約説とも異なる。つまり、この発行説にあっては、相手方の承諾は不要とされるが、振出人の意思に基づいて証券の占有が受取人に移転されることが必要とされるから、手形振出は相手方のある単独行為であり、従って、証券の交付・到達（民九七参照）によって手形振出の効力発生が認められることになる。

手形の振出が、通常、振出人による証券の作成署名と、その証券の受取人への交付・引渡しによってなされることから考えると、この発行説は極めて自然な観察による理論構成ということができそうである（伊沢・一一五、高窪・手形法小切手法一四、大隅・講義七六、石井・手形法小切手法七四、今井・講座Ⅰ一一〇）。しかし、例えば、手形署名者が名宛人に送付するために従業員に託したところその者がこれを紛失した場合、あるいは、郵送途中で盗取された場合等、いわゆる証券の交付欠缺といった特別の場合には、右の理論を徹底させる限り、署名者は手形債務を負担することはない理であるが、これでは、交付欠缺の事情は手形証券上明らかではないから、善意の取得者の保護に欠けることになる。

そのため、「修正発行説」と呼ばれる立場は、振出人が証券の作成署名をし、その証券を相手方に交付するため自らの意思に基づいて証券の占有を手放したときに振出行為は完成するとみる。従って、振出人の意思に基づいて証券の占有が相手方に移転され受取人に到達することを必ずしも必要としない点で、「発行説」と異なる。この修正発行説にあっては、証券の交付・到達を手形振出の効力発生要件とはみないのであるから、手形振出を相手方のない単独行為と解していることになる。

この修正発行説に対しては、いくつかの疑問が呈されている。

その第一は、振出人がその意思に基づいて証券の占有を手放した時手形振出の効力が発生し、証券上の権利が発生することとなるが、その時点における権利者は誰であるかが必ずしも明白ではない。この点について、その立場からは、「通常は、手形を交付する直接の相手方（受取人の場合が通常であるが、それ以外の第三者の場合もある）であって、この者は、手形が到達していない前にも、手形の効力発生と同時に、手形上の権利を取得すると解」されているが（田中誠二「詳論」上八五）、証券がなければ権利の行使も移転もできない手形の有価証券性から考えるならば、証券が未到達の段階で証券上の権利を取得すると云ってみても、法的に意味のある議論とは思

われない。

第二に、この説の主張者は、「もし、それが直接の相手方に到達しないで」何者かの手中に入り、それが「流通におかれ、善意の第三者により手形の占有が取得されたときは、それ以後は、この善意の占有者が手形上の権利を取得する」ものとされているが、この場合振出人の負う責任は果して意思表示に基づく責任と云えるのであろうか、つまり、証券の占有を手放した以上誰に対しても債務を負担するという意思が振出人の通常の意思として認められるか、仮にこれを認めるとすれば、あまりに技巧的な構成に過ぎないかということである。

第三に、証券を作成署名した後他人に預けておいた手形が勝手に流通に置かれた場合の第三取得者の保護は善意取得（手一六II）によるとするが（田中誠二・四二八以下）、この場合のみを振出行為の範囲に入れて無理に善意取得の問題とみるのは妥当でない（喜多了祐「演習商法（手形小切手）」八一、菅原・新商法演習二二）のではないか。

第四に、例えば融通手形の振出の場合、この立場では、周旋人に手形を手渡ししたとたんに手形債務が確定的に成立することとなるが、少なくとも当事者の意思に反するのではないか等である（田辺・民商法六七―二―三五）。

この「修正発行説」によるときは、「発行説」によるときよりも相対的に、善意取得者の保護が図れる一面はあるが、それにしても、署名者による任意の証券の手放しがない限り、例えば、証券の作成署名後保管中に、盗難・紛失などにより、署名者の意思によらないでその証券が流通におかれた場合には、署名者に手形債務を負担させることはできない理であるから、その限りではやはり善意取得者の保護に欠けることになる。

かくして、「発行説」ないし「修正発行説」によるときは、署名者の意思に基づく証券の交付が欠缺しているような特別の場合の善意取得者の保護のための補完理論として「権利外観理論」が提唱されることになる。

4　判例の状況

わが国の判例は、古くは、契約説ないし発行説の立場に立っていたと思われるが、その後、手形理論におけるどの立場であるかは必ずしも明らかにしないまま、昭和四六年一一月一六日の最高判以来、盗難等交付欠缺の事例に対しては、「流通におく意思で署名」した限り署名者は善意の取得者に対して手形上の債務を負担すべきものとしており、この解釈はほぼ確立された判例の立場と理解しうる（昭和四七・三・一六、大阪高判・金融法務事情六五〇―二九、昭和四七・四・一四、東京高判・判時六六八―八二、昭和五一・五・九、大阪地判・金融・商事判例五〇七―三八、昭和五六・二・一九、最高判・金融法務事情九七一―三九、昭和六〇・一・三〇、判時一一四六―一四二もほぼ同旨）。しかし、手形用紙に署名したとき一応「流通におく意思」があったと云えるとしても、それを金庫に厳重に保管しているような場合には、流通におく意思はむしろ留保されているのであり、机上または机の引出しに入れておいたような場合にも、同様に解すべきであろう。手形の経済的機能から考えると、手形の作成署名者は、原因関係における金銭債務を決済するために直接の相手方に手形を引き渡すのでなければ、自らの意思に基づいて手形を流通においたとは云えないからである。判例が、手形の作成署名後机上または机の引出しに入れておいたような場合署名者に責任を課しているのは、保管に注意すべき義務を怠った過失を重視しているものとみることができるし、また、証券の作成署名後保管または金融の斡旋等の目的で一旦他に託した場合に、受託者の悪用により流通におかれたときの署名者の責任は、他に託した目的に反しないよう監視すべき義務を怠った署名者の過失を問題としているものとみることができよう。そうであるとすれば、交付欠缺の場合、善意の第三取得者の保護を図るべく、手形の保管に過失のある署名者の責任を認めることは公平の原則にかなうものと云えるように思う。

（1）今井・講座Ⅰ一〇一は、「民法の一般原則によれば、意思表示が成立するためには意思が外部に発表されること、すなわち外部からみて一定の意思を推知せしめるに十分な表示行為が存することが必要である。このことは相手方のない・受領を要しない一方的意思表示であっても変わりはないが、証券の作成が常にこのような表示価値を有するとは認めえないであろう。」とされる（同旨：小橋「手形行為論」一一〇）。現実の行為者の意思から離れた、過度の擬制に基づいて理論構成がなされているように思われる（龍田・判例百選八四）。田辺・民商法六七―二―三三。

（2）JACOBI: S. 96 は、作成した証券を金庫の中にしまっているようなときは債務負担の意思が表示されているとはいえず、むしろ反対に交付契約によりはじめて義務を負うとの意思が表示されているという。

（3）また、田辺・最新手形法小切手法六五によれば、「署名後保管中の手形が抗拒不能な状況下で、例えば刃物やピストルを突き付けられるなど強奪された場合でも、署名者は善意取得者に対して責任を免れないこととなって、署名者に酷な結果を強いることになる」とされる。

三　権利外観理論の概要

「権利外観理論」というのは、前にも少し触れたように、エルンスト・ヤコビが手形理論においては基本的に「契約説」の立場に立って、手形署名者の利益を重視しながら、証券取得者の保護に必ずしも十分ではないというその説の限界を補うために、これに付け加えて提唱した考え方である。

ヤコビは、この「権利外観理論」の考え方を既にその著作“Recht der Wertpapiere” in Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts, 1917 において明らかにしたが[1]、後にその没後刊行された大著 ”Wechsel- und Scheckrecht unter Berücksichtigung des ausländischen Rechts”（1956）において、その理論を集大成した[2]。

ヤコビは、「権利外観」について概略次のように述べて、その意味をかなり広く用いられているようである。

すなわち、手形は、特に高度の流通を目的としている。その譲渡・流通に際しては、まず第一に、その譲渡人と取得者とが利害関係をもっているから、当事者間の法律関係だけであるならば彼らの自治で決めてよい筈であろうが、手形の流通にあっては、その外に、現在の取得者から権利を取得することあるべき不特定多数の第三者が存在する。しかし、これらの者との法律関係において、一般私法が適用されるとすれば、債務者は何人が真の権利者であるかにつき十分な調査を要求されることになるが、手形は流通証券であって、過去の移転には彼らは直接には係わっていないのであるから、そのことを要求することはできない。

それ故彼らに対しては、第一に、真実の債権者に対する給付によってのみ債務者はその債務を免れ得るという一般原則は適合せず、満期において支払をなす者は裏書の連続によって適法の所持人と見做され、従って正当な権利者と推定された者に対して支払う以上は、その者がたとえ真の権利者でなかったとしても、悪意または重大な過失のない限りその責を免れることが認められる（手四〇条参照）。これをヤコビは、「債務者および支払人のための権利外観」（Rechtsschein zugunsten der Schuldner und des Bezogenen）として捉えている。

第二に、ただ権利者だけが権利を譲渡しうるという一般原則は流通証券には適合しないとする。仮にこの一般原則によるとすれば、取得者は事実上不可能な調査を強制されることになるからである。それ故、手形の占有者が裏書の連続によってその権利を証明するときはその者が適法の所持人と見做され、従って正当な権利者と推定されることが認められる（手一六Ⅰ参照）。このことによって、手形の取得者は裏書の連続によって正当な権利者と推定される者との間に、たとえその者が真の権利者でなかったとしても、有効な取引をすることができることになる。ヤコビはこの状態を「権利者の人（Person）に関する権利外観」（Rechtsschein hinsichtlich der Person des Gläubigers）と呼び、そして、この権利外観を信頼して手形を善意でしかも重大な過失なく取得した者は、事由の如何を問わず、その手形を返還する義務を負わないことを認めている（手一六Ⅱ参照）。これらをヤコビは、

「譲渡する所持人が権利者であることの権利外観」(Der Rechtsschein, daß der veräußernde inhaber der Berechtigte sei) として捉えている。

次に、右の第二に関連して、債権者はその権利およびそれを創設する事実を主張し且つ争のある場合にはこれを証明することを要求する訴訟法上の一般原則は、流通証券の場合には、債権者のためにも適合せず、裏書の連続によってその権利を証明する者が適法な所持人と見做され、従って正当な権利者と推定されることが認められている(手一六I参照)。その結果、彼は正当な権利者と推定されているという主張かまたは権利創設事実によって権利を有するという主張に基づいて要求をなすことができることになる。相手は所持人が権利者でないことを主張し、その主張を事実によって裏付け、争のある場合にはその事実を証明しなければならないことになる。

更に、右と関連して、手形権利者に負わされている負担および義務(手三八、四五、四六、五三参照)は、単に正当な権利者と推定された所持人によってもまた、真の権利者と同一の効力をもって、履行されえなければならない。これら単に正当な権利者と推定された所持人にとって利益となる権利外観は殆ど常に真の権利者のためにも敏速な取立に役立つであろう、何故なら権利外観を争うことによって債権の取立を引延すことはできないからである。もちろん債務者は無権利者に対して支払うことを余儀なくされることはありうるが、これは彼にとって損害とはならない、何故なら債務者は正当な権利者と推定された所持人に対する支払その他の取引によって自らの債務を免れうるからである(手四〇条参照)。

次に、ヤコビは、「証券から生ずる以外の抗弁を受けないこと」(frei von Einreden, die sich nicht aus dem Papier ergeben) として、手形法一七条にいわゆる「人的抗弁」について触れている。すなわち、手形を取得する者はその手形の記載事項を信頼してこれを取得することができるのであって、裏書人は債務者から抗弁を対抗される事由があっても、善意の被裏書人は裏書人が手形面に記載した権利を有するとの権利外観があるとする。

次に、ヤコビは、「契約欠缺の抗弁を受けないこと」(insbesondere frei von der Einrede des mangelnden Vertragsschlußes) を「第三取得者のための権利外観」(Rechtsschein zugunsten von Dritterwerbern) として捉えている。すなわち、適法な所持人と見做され、従って正当な権利者と推定された手形所持人との間に、権利の取得について法律行為をする第三者もまた権利外観を信頼しうるとする。つまり正当な権利者と推定された所持人が真の権利者でなかった場合にも取引の相手方は権利を取得し、かつ証券の内容を信頼しうるのであって、仮に所持人が証券に記載されているものよりも少ない権利を有する場合であっても、その取引の相手方は、証券に記載されている権利を取得するのである。もちろん悪意の権利者および悪意の第三者は保護されない。

有価証券によって書面化されない単純な債権の場合には、債権者から債務者に対してなす債権譲渡の通知が認められているが、それは手形および小切手では他の流通証券と同様に不十分である。何故なら、権利の行使に証券の占有を必要とする証券では譲渡人は証券を呈示しえないから、彼はもはや権利者でなく、その場合には債務者は譲渡人を債権者として取扱うことができない。従って債権譲渡の通知は不要である。

これに対して、流通証券の場合、証券から生ずる権利外観は、債務者および第三取得者に対し権利を行使する事実上の可能性を、正当な権利者として推定された所持人に附与する。しかし正当な権利者と推定された所持人は、そのために外観の示すとおりの権利を有するのではなくて、ただ仮にそのように取り扱われているだけである。従って、決定的な判断は別に生じうる。例えば正当な権利者と推定された所持人の訴訟において、その者の不法が証明され、または彼が決して正当に権利を取得しえない方法によって権利外観を得たことが証明されたときは、権利の外観が覆えされることになる。権利外観によって仮に利益を得た所持人はこれを返還しなければならないことになる。

ヤコビのいうこの「契約欠缺の抗弁を受けないこと」は、前述のそれ以外の権利外観の場合とは全く異質のも

のである。後者すなわち具体的に云えば、「権利者の人に関する権利外観」は手形法一六条一項を説明するものであり、「譲渡する所持人が権利者であることの権利外観」は手形法一六条二項を説明するものであり、さらに「証券から生ずる以外の抗弁を受けないこと」は手形法一七条を説明するものであり、「債務者および支払人のための権利外観」は手形法四〇条を説明するものであって、いわば実定法の解釈とその説明のための表現に過ぎず、権利外観と名付けようとそうでなかろうと、そのことによって法律上特別の効力を生ずるものではない。

しかし、前者の「契約欠缺の抗弁を受けないこと」は、手形理論において激しい議論の対象となっている「交付欠缺」等特別の問題点そのものに係わるものに外ならない。それ故、ヤコビのいわゆる「権利外観理論」の中核をなすものは、まさにこの「契約欠缺の抗弁を受けないこと」にあると云ってよいように思われる。

「権利外観理論」によれば、手形署名者は、手形の作成署名という行為によって手形債務を負担したような権利外観（Rechtsschein）を作り出した場合、証券の記載上裏書の連続があれば適法な所持人として見做され、従って正当な権利者として推定されると期待できるから、それらのことを信頼して証券を取得した者は、交付行為欠缺の事実を知らず（善意）しかも知らないことについて重大な過失のない（無重過失）限り、証券上の権利者として保護されるべきであるとするものである。契約説を前提とする限り、証券の作成署名ということ自体は事実行為であって、決して意思表示そのものではないが、それにも拘らず、その作成署名者が負うものとされる責任の根拠は、第三者のために信頼の基礎となるべき権利外観すなわち流通に向けられた証券を自己の危険において作り出したという作成署名者の行為にあるとされるのである。言い換えれば、手形証券の作成署名をした者は、その作成署名に帰責的（verantwortlich）である限り善意の第三取得者に対し手形契約の無効を主張できないとする。ヤコビは、このような考え方を取引の必要、従って証券の流通目的の観点から主張した（S. 105f.）。

もともと、ヤコビは、手形上の義務の負担や手形上の権利の移転は、それが法律行為に基づく限り、契約によ

るものと前提するから、あくまで契約説をその基本的な立場とする。従って当然、当事者の行為能力を要求することになる。しかし、例えば、支払人が行為能力者であって、振出人との関係等を考慮して、引受人としての義務を負担する意思をもって引受署名をし、証券を呈示者に返還することによってその意思を決定的に表示したにも拘らず、呈示者が無能力者であるという理由でその引受の効力を否定することは（因みに、ドイツ民法一〇五条によれば行為無能力者の行為は無効とされる）、果して正当であろうか。しかも、その引受を有効としても、無能力者たる呈示者は何らの損害を受けるものではない。

このような状況において、引受契約の効力が否定されたときの不当性に対して、ヤコビは「権利外観理論」による補完をすることによって、手形法の実際的にもまた理論的にも適切な運用解釈をしようとする。すなわち、先の事例において引受の署名をした支払人は引受の署名という権利外観をつくるについて責任があったのであるから、善意の第三者に対してはその「権利外観理論」に従って責任を負わなければならないとする。しかし、右の支払人は相手方たる無能力者および前述の事情を知って手形を取得した者に対しては、責任を負わないとする。そして、この立場によれば、証券の作成署名による外観の惹起は、意思表示ではないから、民法の意思表示に関する原則には服するものではなく、従って錯誤・詐欺・強迫を理由とする無効・取消の対象にはならず、権利外観理論による善意の第三取得者に対する手形証券署名者の責任には影響がなく（S. 118）、この点が、証券の作成署名を手形振出なる法律行為とする以上意思表示に関する原則に服することにならざるをえない創造説よりすぐれているとされる。

ヤコビのこのような考え方は、従来の手形理論が契約説を採る者は契約をもって終始し、単独行為説を採る者は単独行為をもって一貫し、それがいかなる事情の下にいかなる形で行われたかを問わなかったのと異なって、契約説と権利外観理論との二つの基準を打ち出し、そしてひろく、契約が存在しないとき、あるいは無効または

取消されたときには、「権利外観理論」を採るべきことを主張するものである。

従って、ヤコビの基本的な立場は、あくまで契約説の立場を前提としつつ、権利外観理論はその限りで例外として取引の必要の観点から主張されるものであり、それ故、正常の振出の場合の契約説を前提に、交付欠缺等前記設例で述べたような異例の場合の「権利外観理論」による補完・併用はいわば「二元論」である。もともと、手形証券の作成署名後、保管中に盗取されたり、紛失したり、ただ預けていたに過ぎないにも拘らず、作成署名者の意思に基づかないで流通に置かれるということ自体が手形取引の中では極めて例外的なことであるから、これを例外は例外として受けとめて特別の理論構成をしようとするものに他ならない。

(1) この著作を中心としたヤコビの考え方については、河本一郎「有価証券におけるレヒツシャイン―ヤゴビを中心にして―」神戸法学雑誌二―四―七二五以下に詳しい。

(2) ヤコビの権利外観理論については、西本辰之助「ヤコビの権利表見説」同『私法学の諸問題』(慶應義塾大学法学研究会叢書一六号)五二七以下、小橋一郎「ヤコビの手形理論(権利外観説)について」私法一四―一〇二以下、小橋一郎「手形行為論」一四一等参照。

四　権利外観理論に対する批判とその検討

このように、手形振出の法理を、証券の作成署名と証券の引渡しという正常な事例と、交付欠缺等異常な事例とを分けて、これを二元的に理論構成するところに「権利外観理論」の特徴があり、また、この点で、創造説が交付欠缺等異例の自体をも含めてあらゆる場合を一元的にとらえて手形行為の構成をしようとするのと対比される。

それだけに、この権利外観理論に対しては、創造説の学派からは、次のような疑問が呈されている。すなわち、交付欠缺等の場合に、権利外観理論によって手形署名者としての責任が認められるための要件が明確でない。仮に、証券の作成署名をしたに留まらず、これにより作り出された権利外観を任意に他人の手中においたことにより帰責事由が認められるのだとすれば、善意取得者の保護に欠け、盗難・紛失等の場合に保管について過失があるときにのみ帰責事由が認められるのだとすれば、善意取得者の保護は不十分である。仮に証券の作成署名をしたことのみで帰責事由が認められるのだとすれば、証券の作成署名のみによって手形債権が成立すると解する創造説学派と変わらないことになり、契約説または発行説ないし修正発行説の基本的立場の前提が崩れることになる。また、権利外観理論による保護を受けるためには、取得者に悪意・重過失のないことも要件となろうが、取得者がこれらの要件を立証しなければならないのだとすれば、その保護は十分でない。仮に手形署名者が取得者の悪意・重過失を立証しえなければ、手形債務者としての責任を免れえないものだとすれば、証券の作成署名のみによって成立した手形債権の善意取得に外ならないのではないか。また、手形法の理論によって解決しうべき問題をいわば一般条項たる権利外観理論を直ちに援用して解決しようとするのは安易にすぎるとされている（平出・手形小切手法二四）。

そこで、手形理論における契約説または発行説ないし修正発行説を前提に、権利外観理論を採った場合、問題となりうるいくつかの点について、検討する。

まず「証券の作成署名者の帰責事由を何に求めるか」の問題点については、署名者がその意思によって証券を作成したことで足りるのか、それとも更に証券の流通についても何らかの原因を与えたことを要するかについて争いがある。

ヤコビは、手形を作成することを知りまたは知りうべくして作成したこと（S. 118）が外観の惹起になるとい

う。ヤコビによれば、手形は大抵契約によって取引の対象となるから、手形証券が振出人以外の者の手にあるときは、振出人が有効な意思表示によって振出し、契約により証券上義務を負ったという蓋然性（Wahrscheinlichkeit）が存する。従って、この権利外観を信頼した者に対して、振出人は、彼が権利外観の発生につき帰責的（verantwortlich）である限り、権利外観に従った責任を負うべきであるとするのであるから（S. 106）、それ故、証券の作成署名があっただけで、まだ署名者の手にある限り、まだ意思表示ではなく、債務負担の意思表示の外観を生じてはいないが、その外観発生に少なくとも関与したことになるとする（ヤコビによれば、権利外観に基づく責任は、行為者が帰責的（verantwortlich）に行為した場合にのみ認められるものであるから、例えば手形を偽造された者、絶対的強制の下に手形証券の作成署名をさせられた者、行為無能力者は責任を負わない。従って、手形証券を作成することを自ら知っておりまたは知りうべかりし行為能力者のみが帰責的ということになる（S. 117. 118））。このように証券の作成署名に権利外観作出の帰責性を認める見解はわが国においても多数を占めるようである（今井・I一一七、吉川義春・判タ二九九―一三、田中誠二・四二八、木内・五〇、六五、大隅・河本二〇〇、竹内・ジュリスト三〇三―八四、福滝博之・民商法八二―四―四三、同・関大法学論集三四―三・四・五―三二七、椎原国隆・ジュリスト三六九―一四二）。

これに対して、創造説からは、このように手形を作成署名したことに帰責事由を認めるというのであれば、結果的に手形の作成署名それ自体によって手形上の責任を負うことになるから、「結局は創造説を採用したことに帰着」する（前田・二五）。それ故、「そのような社会的評価が妥当だとすれば、むしろ率直に、手形的署名をなせば意思表示があると評価して、創造説をとるべきであろう」と批判されている（高窪・一二七頁）。

しかし、ヤコビのいう権利外観理論は、交付欠缺という極めて稀な例外現象についての理論構成であって、証券の作成署名および証券交付という通常の振出の現象を法律行為論として交付契約説の立場で論ずる場合とは区

別されており、両者は次元を異にするものであるから、例外現象を含めて理論構成を試みる創造説的学派とは一線を画しているものと云わざるをえない。創造説学派は、証券の作成署名を自己の自己に対する債権を成立させる法律行為と理解するのであるから、権利概念・法律行為概念の外延を伝統的な定義よりも拡張するものであり（上柳「手形の無因性についての覚書」大隅古稀記念「企業法の研究」三三九）、帰責性を証券の作成署名に求める場合の権利外観理論と創造説学派とを同一には捉えることはできない（龍田「判例百選（新版・増補）」八二、吉川義春・判例タ二九九―六、福滝・民商法八六―四―四四）。

ところで、近時、わが国では、契約説または発行説ないし修正発行説を前提に、権利外観理論を採用しながら、ただ証券の作成署名における帰責性のみならず、証券の流通についても原因を与えたことを要するとする見解が主張されている（大森・法学論叢三四―五―八六七、菅原「交付の欠缺」新商法演習Ⅲ一八、二三、田辺光政「手形流通の法解釈」一九五以下、同・民商法六七―一―一六〇、同・民商法六七―二・三―四二、小橋・一六三、一八七以下、同「手形交付の欠缺」金融法務事情二六一―一六、高鳥・判例評論一六〇―三五、戸塚登・判例評論一五七―二三、同・判タ二七六―五六、大塚龍司・商法の判例（三版）一四六、加藤勝郎・セミナー法学全集九―一三一、三枝一雄・河本一郎編「商法Ⅱ・判例と学説」一九八、丸山・三九、稲田俊信「手形署名後の盗難・遺失手形に対する手形署名者の責任」日本法学六一―二―一以下。なお、稲田殊に四一は、「契約説ないしは発行説を採る限り、手形上に署名する段階においては、直接的な相手方は存在せず、その手形署名自体を非難される謂れはない」とされる。東京地判・昭和四六・四・、判時六三八―九六）。この見解は、自己が作成した手形の保管義務は、他から取得した手形の保管義務と差異はないのであって（菱田政宏「手形の作成・署名と取得」関大法学論集三一―二・三・四―四九九）、署名者の意思によらない証券の流通を防止しえたのに、その過失により流通に原因を与えたことに帰責性を求めるべきであるとする（高鳥・三五）。従って、作成署名した証券の占有離脱の状況が、例えば不用意に放置していたか、それとも注意

深く保管していたにも拘らず盗取されたかによって署名者の責任の有無を判断すべきであるとする（もっとも、盗難の事例として判例上現れたケースは、実際上、盗まれるべくして盗まれたケースばかりで、厳重な保管中の盗難事例はないようである：田辺・最新手形法小切手法六九）。

この見解に対しては、まず「証券占有離脱の状況が何故に第三取得者の権利取得につながりうるのかの説明が求められることになろう」（小橋一郎「有価証券の基礎理論」九〇、竹内・商判研昭和三五年一八事件七二、本間輝雄「手形抗弁」伊沢記念「判例手形法小切手法」三一二）と指摘され、また、例えば作成署名した手形を保管することについて過失がある場合にだけ帰責事由が認められるのだと仮定すると、「手形署名者が手形債務を負担するかどうかの限界が曖昧になり、手形取得者の保護に欠けることになる」（前田・二六）として、帰責事由の限界が必ずしも明確でないと批判される（前田・二五以下、高窪・金融商事判例六九―五）。

確かに、もともと、両替商人間の金銭の交換用具として発生発達してきた手形が、近現代においてひろく支払・信用証券として機能するようになると、不特定多数人間の流通が盛んになり、従って、手形取引にあっては、証券の流通性を高めるために裏書の制度および証券の無因性に基づく抗弁制限の制度等が法的に整備され、また善意の取得者の証券に対する信頼ないし証券の公信力を根拠にするなどして、動的安全が重視されるようになる。しかし、それだからといって、第三者の保護は無条件に認められるべきものではなくて、他面において署名者の保護という静的安全もまたこれを無視または軽視すべきではない（稲田俊信・日本法学六一―二―六〇は、取引の安全の過度の保護は、手形利用者の責任を加重すると同時に、不正な手形取引関係人を結果的に保護することになるとされる）。

元来、手形債務の負担は、手形による金銭債務の決済という目的が達成される場合にのみ、手形行為者の意思にそい、その利益に奉仕するが、逆に、原因関係の欠缺または交付欠缺等の場合のように、手形を利用する本来

の目的に反するときにも、手形署名者に手形債務の負担を強いることは、その意思に反し、その利益に反する筈である（浜田惟道「手形責任と意思理論」法学新報七三・一〇・一一・一二合併号一一三）。従って、例えば、証券の作成署名後これを注意深く厳重に保管していたにも拘らず、盗取または強奪された場合のように、証券の流通に関して署名者に帰責的な原因惹起がないと考えられる場合にまでその者の責任を問うことは、利益衡量的観点からも、適切でなく、具体的な妥当性を欠くことになると云うべきであろう（稲田・六〇）。そうであるとすれば、署名者と取得者との利益衡量により、公平の原則にかなう妥当な結果を見いだすべく、署名者側の帰責原因と取得者側の主観的要件との両面の相関的な検討をすることによって、署名者の意思に反する事態におけるその者の手形責任を構成するための帰責原因の限界を明らかにすれば、それで必要かつ十分とみるべきであろう。そして、取得者の信頼する「権利外観」は、手形が有効に振り出されたという外観である筈であるから（因みに、Baumbach／Hefermehl: Wechselsgesetz und Scheckgesetz（12 Aufl. 1978）S. 24 によれば、証券の作成署名者が権利外観理論によって責任を負う法的根拠は、「証券の作成によって有責的に惹起された有効な交付の存在の外観（Rechtsschein einer gültigen Begebung）にある」とされる）、契約説または発行説ないし修正発行説の立場を前提とする限り、証券の作成署名のみならず証券の交付についても有責的であることを要求すべきではなかろうか。

特に、証券の作成署名後の交付欠缺の場合の署名者の責任に関する判例の多くは、要件の一部の記載を欠く手形に関するものである。そして、白地補充権の成立について主観説をとる限り、要件を完備していない署名者は、後日他人にその補充をさせる意思で手形を交付した場合に初めて責任を負うと解するのであるから、自らの意思による交付がない以上、署名者は責任を負わないとの結論にならざるをえない。しかし、そのような手形を善意で取得した者を保護すべき必要性は完成手形の場合と変わらない。それ故、要件不備の手形を一定内容の補充権のある有効な白地手形と信じて取得した者に対しても、権利外観理論を適用して、署名者の責任を認めるのが妥

当と考えられるが（今井・一一七）、そのためには、証券の作成署名のみならず証券の交付についても有責的であることを要求すべきであると思う（高鳥・評論一六〇―一四二は、補充委託の趣旨が証券の交付段階においていかに具現しているかという角度からも眺める必要性を指摘される。加藤・セミナー法学全集九―一三二、戸塚登・判例評論一五七―一二九、東京地判・昭和四六・四・七、判時六三八―九六）。

第二に、権利外観理論に対しては、無能力者の場合には、たとえ「手形に署名をして権利外観を作出した」としても、手形上の責任を負わないとされることからすれば、「手形上の責任は有効な法律行為（意思表示）によって成立すると解するのが自然」であると指摘されている（前田・二六）。

しかし、無能力者が権利外観を作出しても責任を負わないとされるのは（JACOBI: S. 118）、行為無能力者の保護が私法体系上重視されているからであって、問題の次元が異なることである（論点法律学・手形小切手法三〇講二六）。

第三に、証券取得者側が法律上保護されるに値するその主観的な要件を何に求めるかの点については、いわゆる善意取得の場合とパラレルに考えて（河本・手形法における悪意の抗弁・民商法三六―四―五八）、証券の記載上要件その他の記載と行為者の署名があり、裏書の連続があれば証券の占有者が適法な所持人として見做され、従って正当な権利者として推定されることを期待できるから、それらを信頼して証券を取得した者は、交付行為欠缺の事実を知らず（善意）しかも知らないことについて重大な過失のない（無重過失）ことが必要と考えられている［もっとも、これが手形法一六条の類推によるとみるべきか（今井・一二三、木内、菅原・一八、喜多・演習商法八五）、それとも一〇条のそれとみるべきか（田辺・民商法六七―二―四六、最新手形法小切手法六九、大塚・商法の判例II一四六）については、見解が岐れており、また、作成者自ら第三者に預けておいてそれが勝手に処分された場合には、取得者に重過失があってもこれを保護すべきであるとする見解（河本・民商法三六―四―五三二）もある］。

問題は、この要件の挙証責任は取得者と債務者とのいずれの側にあると解すべきかである。この点に関しては、仮に証券の取得者がその要件を立証しなければならないと解するのだとすれば、その保護は十分ではないし、また、署名者が所持人の悪意・重過失を立証したとき初めて責任を免れうるにすぎないと解するのだとすれば、証券の交付を要するとする契約説または発行説の前提が崩れるとして、権利外観理論では処理できないという創造説からの指摘がなされている（鈴木一四一以下）。

この点については、権利主張をする証券取得者の側で交付欠缺の事実につき善意かつ無重過失を立証すべきが本来であろうが、証券交付の有無は通常所持人の知りえないところであるから、その者に立証責任を負わせるのは酷であり（坂井芳雄「約束手形金請求訴訟における要件事実とその立証責任」司法研究報告一四―二―三八、四三、今井・一二三、根本久・判タ二一五―六五）、また、形式を整えた手形が流通するときは有効な交付を経たものであるとの外観を有すると考えるならば、善意取得の場合と同様に取得者の善意を推定することも不可能ではないから（今井・一二三）署名者が取得者の悪意または重過失の立証責任を負うものと解するのが相当であろう（今井・一二三）。また、前述のように、証券作成署名後の手形の保管・管理に十分な注意を払うべきであると解する以上、その事の主張・立証をすることによって署名者は初めてその責任を免れると解すべきものであろう（稲田）。

そして、このように署名者に所持人の悪意・重過失の立証責任を課すとすれば、創造説学派からは「証券の交付を要するとする権利外観理論の前提が崩れる」との批判がなされているが、前述のように権利外観理論は、交付欠缺という例外現象における動的安全の保護という要請に応えようとするものであって、通常現象においては証券の交付を要するとするその手形理論とは別の次元の事柄であり、いわば法律行為ではないところの「権利外観の存在とそれに対する信頼および外観作出の帰責性」がその理論の適用要件であるから、右の批判は当たらな

い（論点法律学・手形小切手法三〇講二六）。

第四に、権利外観理論に対しては、より基本的な疑問として、「一方に証券作成者による外観の惹起があり、他方にこの外観に対する第三取得者の信頼があるというだけで、どうして証券作成者と第三取得者との間に証券上の法律関係が成立しうるのか」が問われている（小橋九〇、同・民商法八三―一―一八）。この点に関して、ヤコビは、取引の必要、従って証券の流通目的の観点を根拠として挙げている点（S. 105f.）については前述した（大阪高判・昭和三五・六・二九、金融法務二四九―六参照）。今日の手形取引においては、統一手形用紙への署名者は、金銭に対するのと同程度の注意義務をもってその不法な流通を防止すべきであり、反対に、手形が有効に振出されているような外観を信頼した第三取得者は、実質的な調査義務をもたない点から考えても、善意・無重過失の手形取得者を保護することが自己責任や公平原則にも合致するとみるべきである。

五　権利外観理論と創造説学派との比較

以上、手形理論における各学派および権利外観理論の概略をみたが、そのうち現在多くの支持を得ている有力な見解は、契約説または発行説を前提に「権利外観理論」を援用する学派と、二段階説を含む「創造説学派」との二つに集約できよう。

これら二つの学派は、いずれも、手形取引における証券流通、つまり動的安全を重視するものであって、交付欠缺等の場合においても、善意の証券取得者を保護すべきものとする結論において差異はない。それ故、両者の一番大きな違いは、結局、交付欠缺という極めて例外的な特殊の事案について、通常の法律行為論とは別個に「権利外観」という特別の理論構成をして第三者の保護を図ろうとするか、それとも、法律行為としての手形行

為論の枠内で第三者の保護を構成しようとするか、の違いにあると考えられる。

前者の場合、証券の作成署名および証券の引渡し（占有移転）という通常の手形振出の過程を説明するに際し、手形行為を法律行為と構成するについて一般の法律行為論をそのまま前提とできる反面、権利外観理論における手形署名者の帰責原因の内容につき限界が曖昧とされる。

これに対して、後者の場合、交付欠缺という極めて稀な異例の事案を含めて手形行為論を展開しようとするため、手形行為における意思表示の理解が私法体系全般における法律行為論、従って意思表示の一般的理解からはかなり隔たっていることになる（小橋・一六三、今井・一〇四、倉沢・法研四三―五―一〇四、喜多・演習商法八〇、高鳥・三五、田辺・民商法六七―一―一六〇）。創造説学派は、手形の有価証券性・手形行為の書面行為性を重視して、証券作成署名により手形債務負担の意思が表示されるとみるが、手形債権の発生という法律効果は債務者の意思表示が権利を行使すべき相手方に到達しない限り発生しえず、権利行使もできない理屈であるのに、それにも拘らず、証券の作成署名により、自らの意思表示が自らに向けてなされ、自らがこれを受け、その結果自らが債務を負担すると同時に、自らが権利者になるとする構成は、一般の意思表示論からみれば、真に不自然であり、意思の表示の擬制に外ならないように思われる。もっとも、素直な観察から「不自然」であるとみるか否かは確かに受け止める側の主観の問題に帰着する（土橋・二七）が、要は、法律行為・意思表示論を手形行為について特別に構成するか、手形振出における交付欠缺という異例の事案における第三者の保護を権利外観理論という特別の理論によって図ろうとするか、いずれを採るかの価値判断にかかるものである。私としては、私法体系における一般の意思表示・法律行為論を前提に、交付欠缺という異例で特別な場合は、特別の理論構成によって解決を図る方が、事態の把握とその特徴の理解に役立つように思う。

また、交付欠缺の場合以外の、例えば意思の欠缺や瑕疵ある意思表示の場合の解釈においても、創造説学派は、

書面行為としての手形行為には法律行為の一般理論は適用がないとするが、他方で手形行為は法律行為であることを前提にしているのであるから、その理論的な根拠が示されなければならない筈である。これに対して、権利外観理論によれば、これらの場合にも、法律行為に関する一般原則を適用するとともに、第三者の保護に欠ける部分を、権利外観理論をもって補完・修正しようとするものであるから、交付欠缺の場合も含めて異例の事態を統一的に理論構成することができる。

そして、正常な手形行為については、本来個人の尊厳・私的自治を基本として、ひろく一般に認められている私法体系における「法律行為・意思表示論」を前提に理論構成すると同時に、交付欠缺や意思の欠缺ないし瑕疵ある意思表示等異例の事態については、一定の権利外観の存在とそれに対する帰責的な原因惹起（Veranlassung）と取得者の信頼とを前提に権利外観理論をもって第三者の保護を図ることが、取引の安全を重視する手形法の解釈原理によく適合すると云えるのではなかろうか。

創造説学派が、手形理論において、手形の有価証券性・手形行為の書面行為性を重視して、手形の作成署名で手形債務の発生を認め、交付欠缺等異例の場合も含めて、統一的な意思表示論を展開し、もって証券の流通・取引の安全・第三者保護に奉仕する理論構成を試みた功績は大きいが、しかし、それと同時に他方で、権利外観理論が、金銭の支払を目的として、自らの意思にもとづいて証券を作成署名し、証券を引き渡すという正常な手形行為については、私法体系における法律行為・意思表示の一般理論を尊重するとともに、交付欠缺等異例の事態を、意思表示論によらない、特別の「権利外観理論」をもって補完することにより第三者の保護を図るという、いわば二元論を提唱したことにも高い評価が払われるべきである。

問題は、殆ど同じ結論にいたるにしても、いずれの学派がより自然な理論構成と認めうるか、いずれが手形に、あるいはその他の有価証券に関する様々な問題を統一的に説明しうるかに係ってくる。手形理論におけるこれら

両学派の対立は、現代の手形法学ないし有価証券法学において極めて重要な役割を果たしているのである。