

手形振出についての創造説

—— 手形作成後の手形上の権利の 状態ほか ——

田 中 種 一

目 次

1. はじめに	1
2. 権利の存在と権利の所属	1
3. 私 見	5
4. 手形上の意思表示	15
5. 判 例	20
6. おわりに	29

1. は じ め に

さきに小稿⁽¹⁾において、手形振出の際、手形上の権利義務がどのようにして発生するのか、また、いつ発生すべきものであるかについて考察し、純粹の創造説を展開したのであるが、その際手形作成後の手形上の権利の状態ないし所属関係については、多少はふれているものの充分ではなかったので、ここでふたたび考えてみたいと思う。一応、対象を約束手形に限定して論述する。

註(1) 「手形の振出」第一經大論集第2巻第1号P. 83 ff.

2. 権利の存在と権利の所属

鈴木教授は、手形理論において手形上の債務負担ならびに権利取得を総合的

に法律構成しようとする試み自体の学問的意義は没却されるべきではないが、その方法論については重大な疑問をいだとされ、その最たるものは多くの手形理論が通常法律行為論から出発して手形上の義務者の意思表示が、どのようにして相手方との間に手形上の権利義務を生ぜしめるかということの問題にしていることであるとされ、つぎのように述べられる。手形はいうまでもなく有価証券であって権利と証券とが密接に結合しているので、このような結合関係を切りはなして理論構成をすることは許されない。もちろん多くの手形理論においても手形行為の書面性が全く忘却されているわけではないが、その場合にも主座を与えられているのは意思表示であって、書面には単なる媒体的な役割が与えられているにすぎないようである。しかし手形における権利と証券との結合関係は、そのような不徹底なものではなく、正しい手形理論は手形の有価証券性に即して手形上の義務負担および権利取得の法律関係を理論構成したものでなければならない。その場合における第一の問題は、手形における権利と証券との結合関係を、どのようなものとして理解するかということである。この点につき本体をなすものはやはり権利であって、証券はその手段的なものであり、金銭債権にできるかぎりの安全かつ円滑な流通性を付与するために工夫された法的技術が証券を利用するという方法である。したがって権利が本体であって証券はその手段であるという両者の関係を出発点としつつ、その手段である証券が本体である権利といかに結びつくかを究めて行くことが、手形法の理論の課題であるが、その場合、権利の存在の問題と権利の所属の問題とを分けて、それぞれにつき権利と証券との結びつきを検討して行くことが適切である。前者は、権利が存在するか否か、また存在するとして、それはいかなる内容の権利かという問題であるのに対し、後者は、このような内容の権利が存在していることを前提として、その権利者は誰かという問題であって、手形法上の問題は以上のいずれの問題に属するかによって、そのあり方ないし解決の方法が全く異なる。⁽¹⁾ まず第一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。つぎに第二段階において、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。手形の振出は正規的にはこのような二段の行為から成り立つが、例外的に、振出人の作成した手形がその意思によらないで流通におかれた場合にも、第一段階において書面の作成により権利が存在するにいたった以上、あとは、その権利の所属の問題にすぎないので、第三者がそれを無権利者から取得した場合にも、善意取得がみとめられる。裏書においては権利移転の効力と担保的効力とが生ずるが、後者は、その裏書人に対する権利が成立存在するにいたる問題であって振出と同様であり、移転的効力は権利の所属が変動する問題であって、証券の交付によって以前からすでに存在して証券に表彰されている権利のほか、その裏書の記載によって新たに成立するにいたった当該裏書人に対する権利もまた移転する。手形要件のうち受取人の記載は、他の要件が権利の内容に関する問題であるのに対して、権利者の指定すなわち権利の所属に関する問題である。小切手の場合に、これを欠く無記名式のものがみとめられるなど、これにつき他の要件と異なる点が生ずるのも、それが権利の存在に関する問題でないからである。また善意者保護の制度として併立する抗弁の制限と善意取得とは、前者が権利の存在の面の問題であるのに対して、後者は権利の所属の面の問題である。したがって、前者はむしろ手形に特有なものといえるのに対して、後者は広く各種の有価証券にみとめられ、その意味で跛行的でありうるのみならず、善意者保護の主観的要件がそれぞれ異なるのもそのためである、とされる。⁽²⁾

一般に、ある法律関係を考察する場合に、思考方法の一つとして、権利が存在するかどうかという問題と、権利者が誰であるかという問題とを分けて考えることはありうる。権利が存在するかどうかという問題においては、権利の帰属者も当然問題になるのであるが、一応権利の帰属者があるものと前提して考えるのであり、権利者が誰であるかという問題においては、権利の存在を前提として権利の帰属者を考えるのである。このことと、現実に権利の帰属者が問題にならない権利が存在し、のちにその権利の帰属がきまるといふ法律関係の

存在をみとめることとは同じでない。上掲の所論は、この点を混同したもののようと思われる。すなわち、権利が存在するにいたる面とし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するとされるが、ここですでに振出人が最初の権利者であるという権利の所属の面の決定がなされており、また、なされざるをえないことになる。およそ私法上の権利義務は、原則として人の法律行為にもとづき発生するものであるから、権利の帰属者が問題にならない権利というものは存在しえないと考えなければならない。これに対して、手形上の権利は証券と結合して転々流通する性質のものであるため、証券に結合した客観的な権利として、いわば1箇の財貨のごとく考えることが妥当視されるのであって、これを固定的な通常の権利の頭で考えるのは誤りではないかと反論されるが、⁽³⁾ 手形上の権利は、その流通性のため証券に結合した客観的な権利として、1箇の財貨のごとく考えることは妥当であるにしても、だからといって私法上の権利であるからには、権利の帰属者を問題にしなくてもよいということにはならない。この点については固定的な通常の権利と同一であると考え。手形法第75条も、その第5号をもって、権利の帰属者であるべき受取人の名称を手形要件の一つとして規定している。裏書における権利移転的効力と担保的効力とを権利の所属と権利の存在に関連づけているのは、別個の観点からなされていることである。その所論を一貫すれば、たとえば担保的効力自体においても、権利の所属と権利の存在とが問題になるわけであり、両効力をそれぞれ権利の所属と権利の存在とに関連づけるというのは、むしろ裏書における意思内容の問題であって、別問題である。⁽⁴⁾ 受取人の記載は、他の手形要件が権利の内容に関する問題であるのに対して、権利者の指定すなわち権利の所属に関する問題であるとされるが、前述のとおり、およそ権利者のない権利というものはありえないと考えるべきであるから、受取人の記載は権利者の指定として他の手形要件と同様に、権利の内容に関する問題と考えるべきではなかろうか。小切手の場合には無記名式のもののみとめられているが、これは小切手が金銭同様に流通すべき支払証券の性質を有するからであり、もとよ

り記名式・指図式のものもみとめられており、権利者のない小切手上の権利というものは考えられない。これに対して手形は流通性はあるものの小切手とは異なり、その性質が信用証券であるため記名式または指図式であることを要求されるのである。また抗弁の制限が権利の存在の面の問題であるのに対して、善意取得は権利の所属の面の問題であるとされるが、抗弁の制限は誰が権利者であるかを抜きにしては考えることのできない問題であり、したがって権利の所属の面の問題と全然関係がないとはいえない。また抗弁の制限は手形に特有なものとするが、手形以外の有価証券であって文言証券であるものについては当然にみとめられなければならないものである。

このように権利の存在に関する面と権利の所属に関する面とを分けるということは、手形理論になんら有効な解決手段を供するものではなく、むしろ権利があればその権利者が存在する、すなわち権利が存在すれば常に必ずその権利の帰属者が存在するというように、形影相伴うものとして考察しなければならないものとする。

註(1) 鈴木・手形法の基礎理論(手形法・小切手法講座1総論P.3f.)

(2) 鈴木・手形法・小切手法(法律学全集32)P.107f.

(3) 鈴木・前掲手形法の基礎理論P.4

(4) 小橋・手形行為論P.116f.参照

3. 私 見

上述のように原則として権利が存在すれば必ずその権利者が存在する、すなわち帰属者のない権利は存在しないと解するのが妥当であるとすれば、手形作成後における手形上の権利の状態はどのようなものであるか、あるいは、その所属関係はどのようなものであるかについても、その権利の存在と権利の所属とは結びつけて、ともに考えなければならないことになる。

ところが創造説においても、手形証券の作成により発生するとされる手形上の権利はどのような状態にあるのか、ということについては従来種々の説明が

なされている。まず、手形証券の作成により作成者の手形上の拘束(Bindung)を生じ、手形証券がなんらかの方法で所持人の所有に帰したとき、この拘束から義務(Verpflichtung)が発生するとするものがある。⁽¹⁾しかし、これでは手形上の拘束状態という概念が不明確であるし、手形証券の作成によっては手形上の義務は発生せず、したがってまた手形上の権利も発生しないことになるので適当ではない。つぎに、手形証券の作成により直ちに手形上の権利が発生するが、手形証券が作成者の手中にある間は権利者のない不完全なものであって、その権利は休止状態にあるとするものがある。⁽²⁾しかし、休止状態にある権利という概念が不明確であるばかりでなく、そもそも手形上の権利であって権利者のないものはありえないと考えなければならないので、この見解も適当ではない。また田中耕太郎博士は、手形証券の作成者自身が証券上の権利者であるが、証券がその手中にある間はその権利は休止する、あるいは潜勢的なものであるとされ、つぎのように説かれる。⁽³⁾振出は1個の行為ではなくて、手形を作成する行為と作成された手形を譲り渡す行為との二つから成り立っている。手形は、まず振出人の手により一方的に作成される。この場合に何人が権利者であるか、手形面に予定されている場合があるし(指名式・指図式)、また、そうでない場合がある(小切手の場合にみとめられる無記名式)。署名がなされると、手形は取引におかれるに適する一種の活力を持つに至る。この手形が振出人の意思に反して、たとえば盗難によって転輾した場合に振出人が責を負うかどうかは別問題として、いやしくも、この手形が形式において間然するところがなければ、この手形に、たとえば裏書人として署名したものは手形の内容にしたがって責任を負わなければならない。すなわち振出人は一方的に手形を創造するものである。この場合にすでに手形という有価証券が成立する。この有価証券に化体された権利の義務者は、約束手形においては振出人自身である。この有価証券についての権利者は何人であるかという、証券面に権利者が予定されているか否かを問わず、当初においてはその作成者である振出人自身である。振出人は自己に対する債権者のような地位に立つ。これは不合理

のように思われるが、有価証券の特性よりくるのであって、類似の現象は他の場合にもみとめることができる、として株主の失権に際し株式が一時会社に帰属する事実や、会社が自己の社債を取得する事実をあげられる。ところで手形上の権利について義務者が同時に自己に対する権利者となりうるということは問題である。これは不合理のようであるが有価証券の特性に由来するものであるとし、類似の現象として失権株が一時会社に帰属することや会社の自己社債の取得などをあげておられるが、しかし、これらは、すでに正規に発行されて株主権または社債権を表彰するにいたった有価証券が、一個の客観的財産として発行会社（債務者）によって保有することができるということを示すにとどまり、債務者自身が自己に対する債権を発生させるということ、すなわち会社が自己株式を引き受け、あるいは自己社債を引き受けるということとは、必ずしも同一の理論にもとづく同様の現象とはいえないのではないかと思う。前者は、いったん成立するにいたった権利の帰属の問題であるのに対し、後者は権利の発生の問題であるので、この両者は異なった面より理論づけをする必要があると思われる。博士は続けていわれる。だから受取人が記載されていても、それは振出人の次に権利者となるべきものと予定されているものにすぎない。振出人は当初の権利者として、その手形につき処分権を有し、それを自由に抹消・破毀することができる。そして、この場合振出人が権利者であるというのは、振出人が自己に対して請求することができるというのではなく、単に、その手形を取引におくことができるという意味である。振出人に対して請求することができるのは、手形によって権利者であるものでなければならない。それは振出人が手形を取引におくか、または、その手形が振出人の意に反して、その手を離れ流通する場合において定まる。上述の手形の作成は純対内的行為であって、振出人が自己の手形を保有する間は、なんら外界との交渉は開始されない。それを第三者が正当に取得した場合に、その証券上の権利も同時に取得する潜勢力を具備している状態にある。この場合に振出人は、まだ、なんら義務を負担しないから、その行為能力の存在を必要としない。有価証券の形式と

内容は備えているが、有価証券としての活動は、まだ開始されない。手形の作成は純然たる対内的行為である。振出の一段階として手形という有価証券の創造という一種の行為が存在する、と。しかし、ここで、受取人が記載されていても、それは振出人のつぎに権利者となるべきものと予定されているものであるというのは、振出人を当初の権利者とする考え方に基づくものであろうが、これは、われわれの通常の意味に合わないものではなかろうか。そして、この振出人が当初の権利者として、その手形につき処分権を有し、それを自由に抹消・破毀することができるといわれるが、これは振出人が当初の権利者として処分権をもっているからではなく、意思表示をしたものが、その意思表示を撤回するという法律関係になるのではなかろうか。そして、この場合、振出人が権利者であるというのは、振出人が自己に対して請求することができるというのではなく、単に、その手形を取引にしておくことができるという意味であるとされるが、これは前の立論の受取人は振出人に次ぎ権利者となるべきものと予定されているという場合の受取人の権利とは内容の異なるものであって、単に手形の占有者としての権利を有しているにすぎないということになる。これでは手形作成時における手形上の権利の状態ないし所属関係は、なんら解明されていないといえることができる。さらに続けて博士は、振出人は振出行為の第二段階として自己の作成し、かつ所有する手形を受取人その他の者に譲渡するとされ、振出人は自己の作成した手形を、その化体された権利とともに受取人に譲渡するのであって、その権利は承継取得されると説かれる。ここでは手形上の権利の主体が振出人であり、これを受取人が承継取得するように読める。そうでなければ受取人が承継取得するものは手形の占有権だけということになり不合理となる。とにかく博士の所説においては権利者の語義の混淆があるといえることができる。

最後に、証券の作成と同時に手形上の権利が確定的に発生し、第三者に手形が交付されるまでは作成者自身が第一次的権利者であるという見解にふれる。これはEckhardtなどが主張したものであるが、⁽⁴⁾ 最近、鈴木教授が、この立

場をさらに徹底し、一層明確に展開しておられる。すなわち証券の作成と証券の交付とを、ともに問題にしなが、しかも二段に分けて、両者を別々にみる立場が考えられるとされ、つぎのように説かれる。まず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おこなわれ、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、同時にこ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であ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。つぎに第二段の証券の交付は、以上のように証券の作成によって成立するにいたった権利を移転する行為であって、それは振出および裏書の場合には当事者間の契約と考えられる。そして、このように考えると、署名者による証券の交付がなければ権利は移転しないから、このような手形を盗んだものや預ったにすぎないものは、もとより無権利者であるが、形式的資格がそなわっていれば、それから裏書を受けたものは善意取得することが可能である。すなわち第一段の証券の作成によって、前述のように、すでに権利が存在するにいたっているため、第二段において、その存在するにいたった権利が、正統的には証券の交付により移転するとともに、例外的には善意取得によって取得される。このような考え方は、有価証券における権利の存在と所属との関係に関する理論を適用したものであって、有価証券の本質に最もふさわしい見解と考える、と。⁽⁵⁾

権利の存在と所属との関係に関する問題については前に述べたところにゆずるとして、ここでは、田中耕太郎博士の所説に対すると同様に、手形上の権利について義務者が同時に自己に対する権利者となりうるかということが問題となる。これについては、このような現象は、たとえば戻裏書（手11条3項）の場合にもみられるように、有価証券上の現象としては怪しむに足りないと思われるかのようであるが、⁽⁶⁾ しかし、正規に発行されて権利を表彰するにいたった有価証券が、一個の客観的財産として債務者に保有されうるということと、債務者自身が自己に対する債権を発生させることができるということとは、必ずし

も同一の理論にもとづく同様の現象とはいえないのではなかろうかということである。⁽⁷⁾⁽⁸⁾ 前者は、いったん存在するにいたった権利の帰属の問題であるが、後者は権利の発生の問題であり、しかも普通の意味における権利義務関係の発生に関する問題であるから、この両者については、ことなった面からの理論づけが必要であると考えられる。⁽⁹⁾

以上、手形の振出において、手形証券の作成により手形上の権利が発生するとする創造説について、その証券の作成により発生するとされる手形上の権利は、どのような状態にあるのかという問題につき、いくつかの見解をとりあげたが、それらは、いずれも休止状態にある権利とか拘束状態などという不明確な概念を用いたり、あるいは手形証券の作成者自身が第一次的権利者であるという説明をしており、これらが十分に納得できないことは上に批判したとおりである。それでは、この問題につきどのように考えればよいのであろうか。つぎに私見を述べる。

手形は証券をもってなされる法律関係であり、手形上の権利は手形証券上になされた意思表示の結果発生する権利である。あるものが手形要件を記載し振出人として署名することによって手形証券を作成すれば、手形上の意思表示は完成し、ここに手形上の権利義務が発生し、これが証券に化体され则认为なければならない。ここで手形上の義務者は振出人であるが、手形上の権利者が何人であるかが、上來みてきたとおり種々の見解に分かれているのである。しかし、この手形上の権利者は受取人あるいは受取人と予定されているものとしなければならない。というのは前述のとおり手形上の義務者である振出人が権利者であるということはできず、また権利者のない権利をみとめることができないからには、振出人が手形上の意思表示をしているところに素直にしたがって、その手形の受取人あるいは受取人として予定されているものが、手形上の権利者であるとしなければならないからである。およそ現代の商取引において信用授受手段として大いに利用されている手形を振り出すには、権利者となるべき受取人を目の前において、義務者となるべき振出人が手形証券を作成する

と同時に、受取人に交付するのが最も好ましいあり方であるが、あるいは、あらかじめ手形証券を作成しておいて、あとから受取人に交付することもあるであろうし、あるいは手形証券の作成後しばらくの間机の引出し、または金庫などに保管することもあるであろうが、いずれにしても権利者としては同様に考えなければならない。

このように、権利者となるべき受取人の目前で手形を作成・交付する場合はよいとして、そうでなく、あらかじめ振出人が手形証券を作成しておき、受取人がこれを知らないときでも、なお手形証券の作成と同時に、これを権利者といえることができるかということが問題であるが、私見では、この場合でも、このものを権利者としなければならないと考えるものである。これは、いかにも不合理のように見えるが、手形の有価証券としての特性に由来するものであって、これに似た法律関係は他にも存在しないことはない。

その一つは民法の相続権である。これには抽象的な相続権と具体的な相続権との二義がある。人は全くの孤児ででもないかぎり、親族関係につつまれて種々の相続権をもっている。しかし、この意味の相続権は一種の期待権（条件付権利）ともいうべきものであって、人は生まれおちるとともに親族関係に包摂され、そのなかの誰と誰とを相続する地位にあるという抽象的な法律関係によって結ばれるのであるが、ここでいう相続権も抽象的な相続権ということになる。ところが、その抽象的な相続関係で結ばれた親族の一員（被相続人）が死亡すれば相続が開始され、この抽象的な法律上の地位が具体化されて現実の相続権となる。この現実が発生した具体的な相続権を有する相続人が、たまたま外国に行っており、音信不通であり所在不明であるとすれば、どうなるであろうか。この相続人は被相続人の死亡を知らない。したがって自分が現実の相続人であること、具体的な相続権を有することを知らない。知らないにもかかわらず、この人は現実の相続人であり、具体的な相続権を有することは、争うことのできない事実である。したがって相続関係を確定するために相続人の捜索ということが考えられている（民 958 条参照）。

同様なことは遺贈についてもいうことができる。遺贈とは遺言による財産の無償譲与であって、遺言であるから、もとより単独行為であり、その効力は遺贈者が死亡したときに発生する。ここで受遺者が遺贈者の死亡を知らない、すなわち自分が受遺者であることを知らない場合はどうなるか。知らない場合でも、この者は受遺者としての権利を取得することになるのである。

また契約についてみれば、保険契約において同様な法律関係を指摘することができる。まず損害保険についていえば、保険契約は他人のためにもすることができる（商 647 条前段）のであって、たとえば運送人・倉庫業者・問屋・請負人などのように他人の物を保管するものが、その義務履行の一環として、物の所有者を被保険者として運送保険・海上保険・火災保険などの契約を締結する場合や、家屋の賃借人が、その所有者のために火災保険契約を締結する場合などがこれにあたる。この契約においては、上例の運送人・倉庫業者・問屋・請負人あるいは家屋の賃借人である保険契約者は、自己の名において契約を締結するものであり、保険の目的である物または家屋の所有者である被保険者は、その契約締結の効果として直接に損害填補請求権を取得する、すなわち保険契約者が自己の名において保険契約を締結し、その効果が直接被保険者に帰することになる。これは民法第 537 条にいう「第三者のためにする契約」の一種と解することができる。民法における第三者のためにする契約においては、この第三者が受益の意思表示をすることにより、はじめて第三者の権利が発生する（民 537 条 2 項）のであるから、この第三者が、その契約の締結を知らない間も、これを知って受益の意思表示をすれば債務者に対する権利を取得することができるという一種の条件付権利を、すでに取得していることになる。これに反して他人のためにする保険契約においては、被保険者のこのような受益の意思表示を要しない（商 648 条）ので、契約締結と同時に、これを知らない被保険者も保険者に対して直接の損害填補請求権を確定的に取得することになる。つぎに他人のためにする生命保険契約であるが、これは保険契約者が自己ならびに被保険者以外のものを保険金受取人とする生命保険契約である。この場合

保険契約者が別段の意思を表示しないかぎり、その保険金受取人は当然に保険契約の利益を享受し、上述した民法の原則（民 537 条）のような受益の意思表示を要しない（商 675 条 1 項）。すなわち、この保険金受取人は、自己を保険金受取人とする生命保険契約が締結されると同時に、これを知らない場合でも、当然に、その保険契約にもとづく保険金請求権を取得するのである。

手形の振出における受取人の地位も、これと同様に考えてよいのであって、振出人が手形証券を作成すると同時に、受取人はその権利者として手形上の権利を取得すると考えるべきである。前例の相続の場合には、相続権とはいうものの、このなかには権利のみならず義務をも包含しているものであり、また遺贈にも負担付遺贈というものがあって、権利のほかには義務をも包含するものもあるが、手形の受取人は権利を取得するのみであって、なんらの義務をも負担するものではない。およそ手形上の義務を負担するものは、それが手形であることを認識し、その内容を十分に知ったうえで、みずからその義務を負担する意思で署名したもののみであって、他人によって単に名称を手形面上に表示されたからといって、手形上の義務を負担することは絶対にありえない。たとえば為替手形の支払人として手形面上に表示されているものも、ただこのことだけでは手形上の義務はなんら負うことはないのであって、みずから引受署名をしてはじめて手形上の主たる義務者となるのである。

上述のように、振出人が手形証券を作成すると同時に受取人が権利者として手形上の権利を取得すると考えるべきであるが、手形証券が作成者の手中にある間は、作成者はいつでも、これを破毀・変更することができるし、実際上も破毀・変更することがあるであろう。これは手形作成者が、いったんなした受取人に対する手形債務負担の意思表示を撤回ないし変更することであって、受取人である権利者は未だ手形証券の交付を受ける前であり、その権利を現実に行使できない状態にあるのであるから、手形証券そのものについては、権利者である受取人の関知しないところで破毀・変更がなされても、さしつかえないということができる。この場合、手形上の権利者の権利は、いったん発生した

ものの、作成者の破毀・変更により、その権利が消滅ないし変更されるということになる。⁽¹⁰⁾そして手形証券の作成により発生し、または変動した法律関係（原因関係への影響）が、破毀・変更により旧に復し、または変更されるということになる。この手形外の原因関係について問題が発生すれば、これはこれとして手形外において解決すべき問題ということになる。

これに類する法律関係は生命保険契約における保険金受取人の変更にもみることができる。生命保険契約における保険契約者は、いったん指定した保険金受取人を変更することができるのであるが、この変更は、これを保険者に通知しなければ保険者に対抗することができない（商 677 条 1 項）が、旧保険金受取人はもとより新保険金受取人に対する通知は必要とされていない。ということは、保険金受取人に指定されたものは、指定と同時に一種の条件付権利を取得するのであるが、これが、保険契約者の一存で、すなわち保険金受取人の知らない間に他のものに変更されて、みずからの権利は消滅させられるということである。

振出人が手形証券を作成しただけでは、受取人は手形上の権利者だといっても、その権利を行使することはできない。なんとなれば手形は有価証券（Wertpapier）であり、手形上の権利は証券的権利であるので、権利行使のためには手形証券の所持が必要であるからである。そこで振出人である手形作成者は、受取人である手形上の権利者が、その権利を行使することができるようにするために、手形証券を受取人に交付しなければならないことになる。通常の商取引においては、手形証券を作成して受取人に交付せずに長い間机中に保有するなどということは考えられないことであり、可及的早急に受取人に交付されていると思われるが、もしこれを交付しない場合には、受取人は手形上の権利者でありながら手形上の権利を行使することができないことになるので、手形予約があれば、それにもとづき、あるいは手形上の権利者として、振出人に対し、その交付を請求することができると解する。しかし、これは手形外の問題である。

- 註(1) Langen, Kreationstheorie im heutigen Reichsrecht, 1906, S.46 f.
- (2) J. v. Gierke, Das Recht der Wertpapiere, 1954, S.17
- (3) 田中耕太郎, 手形法小切手法概論 P.642 f. 参照
- (4) Eckhardt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd.89, S.267 f.
同旨 Affolter, ZHR., Bd.39, SS.392 f. 423; Oertzen, ZHR., Bd.75, S.91 Anm.4
- (5) 鈴木, 前掲手形法・小切手法 P.142 f.
- (6) 鈴木, 全上 P.143 註(六)
- (7) 鈴木教授も、株式について、会社が設立または新株発行の際、自己株式を引き受けることは理論上当然にみとめられないが、有価証券としてすでに成立している株式を取得することは、それが自己の株式であっても、理論上不可能ではない、とされる(鈴木, 会社法(法律学講座)改訂版 P.94)。
- (8) Jacobi も Eckhardt の見解に対して批判を加えている。すなわち、意思表示というときの意思は法が結合させている効果を追求するものでなければならないが、作成者が署名とともに自己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ような意思だけでは意思表示として充分ではない。もしそれでも充分であるとするならば、通知や Rechtsschein の創造行為などどのような点で区別するか。Eckhardt は、債権は意思表示がなくても発生しうるものであること(これが権利外観説の主張するところ)を看過している、という(Jacobi, ZHR., Bd.91, S.256 f.)。
- (9) 今井, 手形行為と手形の交付(手形法・小切手法講座Ⅰ総論) P.105 参照
- (10) 鈴木, 前掲手形法・小切手法 P.146 参照

4. 手形上の意思表示

以下本稿の主題からはそれるが、本稿を補足する意味合いをもちかねて、今少し創造説について述べてみたいと思う。小橋教授は、創造説には、手形行為者ないし証券行為者が証券を作成しただけで、これを相手方に交付しない間に証券を失い、この証券が流通して善意の第三者の手中に帰した場合に、行為者に証券上の義務を負わしめるべきことを、一般的な理論をもって説明しようとする動機が多かれ少なかれ存したと考えられる。しかし証券の交付がなされないときには、本

来は行為者の証券上の意思表示がないのであり、したがって、この場合になお行為者に証券上の義務を負わしめようとするならば、別個の観点からその根拠を求めるべきである。証券上の行為という点からみれば異常のことに属するかかる場合の義務負担の現象を、一般的な理論にふくめて立論しようとするところに、創造説の拭い難い不自然さがみられる、といわれる。⁽¹⁾ 手形行為者が証券を作成しただけで、これを相手方に交付しない間に証券を失い、この証券が流通して善意の第三者の手中に帰した場合は、通常の商取引からいえば正常でないかもしれない。しかし、この場合に、手形行為者に証券上の義務を負わしめるべきことは「証券上の行為」である以上なら異常のものではなく、手形の有価証券としての本質からくるところのものである。換言すれば、通常の商取引からは正常ではないかもしれないが、手形証券の作成後交付前に盗難・遺失などにより善意の第三者の手中に帰した場合にも、なお手形行為者が証券上の義務を負わなければならないということは、手形の有価証券としての本質を表わしたものであり、創造説は、この本質について一般的な理論を構成しようとするものである。

なお教授は、証券の交付がなされないときには、本来は行為者の証券上の意思表示がない、といわれるが、手形行為は証券的行為であるから、手形証券の作成により直ちに当然証券上の意思表示は完成するものと考えなければならない。証券の交付は証券上の権利者をして権利行使を可能ならしめるためになされるものである。教授が、証券の交付がなされないときには行為者の証券上の意思表示がないといわれるのは、教授の次の考え方にもとづく。すなわち、意思表示は相手方との意思関係を惹起すべき行為であって、表示はその点に本質的な意味をもつ。したがって、意思表示は相手方との意思関係にはいるとき、すなわち相手方の意思の中に受け入れられるときに完成するものである。⁽²⁾ 意思表示は表意者が自己の意思を相手方に伝える行為であり、それによって表意者と相手方との間に意思関係を生ぜしめるものである。意思表示は、表意者の行為であると同時に相手方の存在を前提とし、相手方との意思交渉であること

にその本質を有する。表意者の意思が相手方に伝わることによって、表意者と相手方との間に意思関係が生ずるということは、社会生活における、きわめて素朴な、しかし本質的なことであって、法も、また意思表示を、かかる意思関係を生ずるものとしてとりあげると考えなければならない。表意者の意思が相手方の意思に伝わる以前に、すでに両者の意思関係が生ずるということは、表意者と相手方との間に予め特殊な関係がある場合は別として、一般の関係においては理解しえないことである。意思表示は、表意者の意思が相手方に伝わることによって、相手方の意思の中に受け入れられることによって、その意味において相手方が表示を了知することによって、はじめて成立し完成する。それ以前に、意思表示の本質である表意者と相手方との意思関係が生ずるはずはなく、したがって意思表示が成立することはない。⁽³⁾ 意思表示が表意者の意思を表示する行為であり、表意者と相手方との間に意思関係を生ぜしめるものであることは、手形上の意思表示についてもそのまま妥当する。それは意思表示の本質であり、手形上の意思表示がいかに特性を有しようとも、意思表示であるかぎり欠くことのできない本質である。そして意思表示が相手方の意思によって受け取られることにより、すなわち相手方の了知により完成するということも、手形上の意思表示のいかなる特性をもってしても、これを変更する必要をみない。⁽⁴⁾ 手形上の意思表示は書面によってなされる意思表示である。書面による意思表示は、意思表示を記載した書面が相手方によって受領され読まれるのでなければ、相手方の意思によって受け取られることはありえない。この意味において、手形上の意思表示の成立には証券の交付が必要であることは当然である。⁽⁵⁾ 意思表示が相手方に受け入れられて、相手方との間に意思関係を生ぜしめるものであることは、社会生活における現実の素朴な本質的なことであるということは、みとめるにやぶさかではない。しかし、意思表示が相手方に受け入れられて相手方との間に意思関係を生ぜしめるに至らなければ、意思表示は成立しないというのはゆきすぎではなからうか。やはり通説のいうように、意思表示は、表意者が一定の効果を欲する意思（効果意思）を決定し、この意

思を發表しようとする意思（表示意思）を有し、その意思の發表としての価値ある行為（表示行為）をおこなうことによって成立すると考えるべきではなかろうか。このときに意思表示は意思表示として客観的に成立しているとみるべきで、意思表示の客観的存在というものが考えられないであろうか。⁽⁶⁾ この意思表示が客観的に成立しているというだけでは、原則として意思表示の目的は達せられないのであって、これが相手方に到達することによって両者の間に意思関係が生ずることにより、意思表示は、その目的を達し、その効力が発生すると考えなければならない。教授のいわれるように、相手方の了知により意思表示が完成し成立するが、その意思表示の効力発生時点は、表示が相手方に到達した時点すなわち相手方が通常了知しうべき時点に遡る、⁽⁷⁾ と考える必要はなく、この考え方にしがえば思考の順序が逆になり、論理自然の性質に反するように思われる。したがって表示行為により意思表示は客観的に成立し、これが相手方に受け入れられ意思関係が生ずることによって意思表示の目的を達するが、相手方の了知ということが不明確であるため、画一的に到達によって了知されるべき状態が生じたとみて、到達をもって意思表示の効力発生時期としたとするのが素直な考え方ではなかろうか。教授の理論を手形行為にあてはめた場合、手形の証券面上になされた債務負担の意思表示は、その証券が相手方である受取人に交付されて、その意思表示が相手方に達しなければ、その効力を生じないことになる。しかし、手形は有価証券であり、手形行為は証券的行為であるから、手形における意思表示については、民法における一般的な意思表示理論は、そのままに適用されるべきではなく、手形的に変容されて適用されなければならない。したがって上來述べてきたように、手形証券の作成により作成者が手形債務負担の意思表示をすると同時に、これに対する手形上の権利が発生し、この権利の主体すなわち権利者は受取人であるとしなければならないと思う。ただ受取人である手形上の権利者は、権利者であるといっても手形証券を所持していなければ、その権利を行使することができないので、手形の作成者は、権利者の権利行使を可能ならしめるために手形証券を交付しな

ければならないのであって、これによって手形上の債務者も債権者も、ともに手形振出に関する目的を達することになる。

つづけて教授は、創造説は証券の作成のみに義務負担意思の固定をみとめるから、法律関係の基礎である意思関係の分断を招来し、しかも交付とか所有権取得とかによって結局意思の継続性という事実を、なんらか処理せざるをえないため、事実にも副わない技巧的説明を余儀なくされる、といわれる。⁽⁸⁾ しかし証券の作成のみに義務負担意思の固定をみとめるのは、手形が有価証券であるからであり、手形が完全なWertpapierであり、文言証券であるからである。手形証券面における意思表示以外に手形上の債権債務に関する意思表示はありえない。また手形上の債権債務の発生に手形証券の交付を要する旨の規定は手形法には存在しない。したがって手形行為における意思表示には、上述のように民法的一般的な意思表示理論を有価証券的に変容して適用しなければならないのであって、民法的一般的な意思表示理論からすれば、創造説の理論では、法律関係の基礎である意思関係の分断を招来し、しかも交付とか所有権取得とかにより結局意思の継続性という事実を処理せざるをえないため、事実にも副わない技巧的説明を余儀なくさせられるということができるであろうが、意思表示は法律行為の要素として重要なものではあるが、手形はWertpapierであるから意思表示理論も有価証券的に変容して適用すべきであり、そうとすれば多少技巧的とみえる点もやむをえないことであり、手形を完全な有価証券とし文言証券とする以上は、このことは不自然なことではないと思われる。

註(1) 小橋・前掲 P. 110

(2) 小橋・前掲 P. 45

(3) 小橋・前掲 P. 51 f.

(4) 小橋・前掲 P. 64

(5) 小橋・前掲 P. 65

(6) 小橋教授も表意者の意思の客観化について述べられる。前掲 p. 55

(7) 小橋・前掲 P. 54 f.

(8) 小橋・前掲 p. 111

5. 判 例

ここで従来の判例の態度をふりかえてみる。

最初、判例は交付契約説をとっていた。明治44年12月25日の大審院判決⁽¹⁾における事案は次のとおりである。甲振出の約束手形につき乙が裏書譲渡を受け、乙はこれに裏書署名をしてA銀行に持参し割引を求めたところ、A銀行は手形面の金額中に不明の文字があるため割引に応じなかった。そこで乙は自己の店員を振出人甲方へやり、甲の雇人丙に手形を交付し訂正を求めた。丙は新たに金額・満期日・振出人等その手形と同一である手形を作成して乙の店員に交付したので、この店員はこれを受け取り、旧手形は廃棄されるものと信じてそのままにしておいた。ところが丙が悪意を生じて、この旧手形を丁に譲渡し、丁は善意無過失でこれを取得した。丁が乙に対し裏書人としての責任を問うた、というものである。この事実について判決は、手形の裏書には、裏書記載だけでなく譲渡の意思をもってその手形を他人に交付することを要するのに、乙が裏書記載のある手形を振出人甲の雇人に交付させたのは、譲渡の意思をもってなされたものではないから、乙に裏書人としての責任はない、としたのである。⁽²⁾ところが昭和10年12月24日の大審院判決⁽³⁾が出るにおよんで、それまで純粹の交付契約説をとっていた判例が、その立場を改め発行説をとるようになったといえることができる。その事案はつぎのとおりである。Aは自分の振り出した約束手形にB・C・Yの裏書を受け、それをDに割り引いてもらった。数回書換をした後、本件手形の書換にあたりAはまずYに裏書を求めた。Yは旧手形の返還とB・Cの裏書をさきに要求したが、Aが重ねて懇請するので、やむなく第三裏書欄に一応署名し、B・Cの裏書を得て持参すれば捺印のうえ改めて交付するといって手形用紙をAに渡した。AはB・Cの裏書を偽造し、Yの名下にY印を盗捺してDに交付した。Dから裏書譲渡を受けたXがYに対し償還義務の履行を請求した、というのである。判決は、手形行為は署名をもって足り捺印を必要としないものであるが、Yの署名は本来の裏書

の目的をもってなされたものであることはもとより、これをAに交付した以上は、たとえその交付が被裏書人に対してなされたものでなくても、裏書人が単に署名のみをして、これを筐底に蔵し、これを流通におくかどうかは、なお熟考中である場合に、なにびとかがこれを他に交付したような場合と趣を異にし、全然手形を流通におく意思がなかったものと断じ去るべきでなく、むしろ一種の危険をおかして他に交付したものにほかならないから、Yは善意の手形取得者に対しては手形上の義務を免れることはできない、としたものである。

その後、最高裁判所は、要件未完成の手形を他人に交付した署名者に振出人としての責任をみとめ、この判決の立場を踏襲しているようである。昭和31年7月20日の最高裁判所判決⁽⁴⁾における事案はつぎのとおりである。甲株式会社を振出人とする約束手形による金融依頼のため、手形用紙に同会社取締役が会社のために振出署名をしたが、受取人・金額・満期等の手形要件は白地とし、金融をえられることがきまれば、会社監査役においてこれをすべて補充する約束で乙に交付したところ、乙が約束に反して、この手形を他に譲渡し転々流通するにいたった。判決は、この手形は金融依頼の目的をもって乙に交付されたのであり、甲会社の意思にもとづいて流通におかれたものと解すべきであるとして、甲会社の手形上の責任をみとめた。そのほか、受取人が代理権を僭称して約束手形を詐取した場合に、善意取得者に対して振出人は手形上の責任を負うとし、⁽⁵⁾ また、振出人として署名した約束手形が寄託の趣旨に反して流通におかれた場合にも、物的抗弁として手形債務の発生を否定することは許されない、⁽⁶⁾ とするように、同じ傾向の判決がある。下級審判決中には、特に注目すべきものとして昭和35年6月29日の大阪高等裁判所判決⁽⁷⁾がある。

この判決は、資金調達のために発行する目的で手形用紙に受取人以外の手形要件の記載を完了したうえ、これを事務所の机の引出に保管していたところ、当時人夫兼小使として雇われていたものが、これを窃取し流通せしめた事案であるが、これについて署名者の手形上の責任をみとめたものである。その理由は、いやしくも取引通念上手形の外観を有する書面に振出人として署名することに

よって手形流通の素地を作り出したものは、たとえ、それが誤って流通におかれた場合においても、それが自己の意思によるものでないことを主張立証して手形上の責任を免れることはできないものであり、手形のような文言的無因証券においては、その流通取引は、もっぱら形式的に認識される署名と所持に信頼してなされるのであって、これ以外に手形取引の安全を保障するものはないから、署名者が署名したことによって手形の振出行為があったものと信頼した第三者が、この信頼にもとづいて流通過程において手形を取得した後に至って、先の署名者が、その流通は自己の意思によるものでないことを主張して、第三者の権利取得をくつがえすことができることは、一方においては禁反言の原則に反するとともに、手形取引において署名に与えられる信頼、これにもとづく保障的機能を破壊するものであるから、このような場合には、手形取得者の悪意等の特段の事由がないかぎり、手形理論のいかににかかわらず、手形取得者の利益を保護しなければならない取引上の要請があるものと考えられるのであり、また、署名者は、他に特段の事由がないかぎり、相当の注意することによって、自己の意思によらない手形の流通を防止することができる立場にあるのに反し、署名を信頼して手形を取得する第三者には、一般的には、その危険を防止することのできる方法はないのであるから、いわゆる企業責任の観点からしても、また公平の原則からしても、手形取得者を保護するのが妥当である、とするものである。この判決は権利外観説にしたがって署名者の手形上の責任をみとめたもののようであるが、署名者が手形用紙に受取人以外の手形要件の記載を完了した時点において署名者の手形上の義務が発生し、他方受取人として予定されているものに手形上の権利が発生し、この権利が手形証券に結合されるものと解すべきである。したがって、その手形が盗取された後流通におかれて善意の第三者の手中に帰すれば、この第三者に対して署名者に手形上の責任があることは当然のことである。そのほか、郵送中に紛失した手形についても、信頼の基礎を作り出したとの理由から振出人の責任をみとめるものがあり、⁽⁸⁾ また、盗取された手形についても振出人の責任を肯定するもの

がある。⁽⁹⁾しかし手形上の責任をみとめない例もある。昭和28年6月22日の東京高等裁判所判決⁽¹⁰⁾における事案は、つぎのとおりである。甲は単に将来必要があって振り出すための用意として、振出人欄に記名捺印し支払場所等を記載した手形用紙を入れた紙袋を、所用のため一時乙に預けた。乙は勝手にこの手形用紙を抜き出して利用し流通させた。判決は、このような手形用紙を他人に預けるときは、このように利用される危険があることは当然予知すべきものであるとしても、そのためにこれをみずから流通においたものと同視すべき理由がないとし、この場合を手形偽造の一態様として甲の手形上の責任をみとめなかった。また昭和35年2月27日の大阪地方裁判所判決⁽¹¹⁾は、署名者が手形を作成しようとして、まず手形用紙に署名捺印したのち、その他の手形記載事項の記入を取りやめ、この文書を玄関先の机の上に放置したまま他に所用中、この文書が窃取され手形として流通させられた事案であるが、この手形は署名者の任意にもとづかずに流通におかれた無効手形であるとして、署名者の手形上の責任をみとめなかった。しかし、これは署名者の任意にもとづかずに流通におかれた無効手形というよりも、既存の署名を利用してなされた偽造手形として署名者の手形上の責任を否定すべき事案ではないと思われる。また受取人欄白地の手形が詐取された場合に、任意の交付がなかったとして振出人の責任を否定した例⁽¹²⁾もある。

盗難・紛失により流通におかれた約束手形に振出人として署名したものの責任を肯定した最近の判例を三つ掲げておく。まず昭和46年4月7日の東京地方裁判所判決⁽¹³⁾の事案は、つぎのとおりである。Y会社の役員Aは、受取人および満期以外の手形要件が記載され、振出人としてYの記名押印のなされた手形を入れた鞆を国電の網棚にのせていたところ、なにびとかに、この鞆ごと手形を盗取された。その後手形は流通におかれX（金融業者）がこれを取得した。XからYに手形金を請求する。Yは交付行為を否認するのに対してXはいわゆる権利外觀理論を主張してYは責任を負うべきであるとする。判決は、本来約束手形の振出は手形に法定の要件を具備した記載がなされ、それが振出人の意

思によって授受されることを要件とするが、盗難・遺失等によりその意に反して流通におかれた場合には、手形作成者において当該手形が流通におかれた点につき負責原因が存するかぎり手形上の責任が発生し、手形作成者は善意無重大過失でこれを取得した第三者に対して、その支払の責に任ずべきものと解するを相当とする、とした。なお、この事案においては、YがXに悪意または重大な過失があったと主張しているが、これに対し判決は、金融業者であるXとしては手形を受領するにあたり相手方に対して、その手形の入手経路や取得原因等につき十分の調査をするのが当然であるというべきであり、また調査によりその事情は比較的たやすく判明したはずであることがうかがえるから、Xがその調査を怠ったことは重大な過失があるものとみるのを相当とする、としてYの抗弁を理由ありとした。この判決は権利外觀説にもとづき振出人の手形上の責任をみとめるもののようであるが、その要件事実として手形の作成と、流通についての負責原因の存在とを要求しており、また取得者の主観的要件である善意・無重大過失につき、これを争う振出人に悪意・重過失の立証責任を負わせる立場（抗弁説）を明確にしている点などにおいて注目し得る内容を含んでいる。

つぎに昭和46年11月16日の最高裁判所の判決⁽⁴⁾の事案は、つぎのとおりである。Yは甲に対する買掛代金支払のため約束手形用紙に受取人のみを白地としたうえ署名し、甲に交付するため使用人に保管させているうちに盗取され、その後転々としてXがこれを取得するにいたったが、この手形は、その受取人欄が補充されていて裏書の連続があり、YにおいてXがこれを悪意または重大な過失により取得したことについて主張・立証がない。判決は、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ものは、たまたま、その手形が盗難・紛失等のため、そのもの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、その手形の所持人に対しては、悪意または重大な過失によって同人がこれを取得したことを主張し立証しないかぎり、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、とした。この判決には多数意見のほかに松本裁判官の意見がある。それは多数意見が、Xがこの手形を悪意または重大な過失によって取得したことの主張・立証がないとの理由で、Yに手形債務をみとめたことの法理上の根拠についての意見であって、つぎのように述べられる。すなわち、約束手形の振出人が流通におく意思で手形要件の具備した手形に署名または記名押印したときは、その段階で振出人として手形債務を負担するための要件である手形行為が完成（ただし白地手形としてなされた場合は白地手形として完成）すると解するのが相当であり、この手形を受取人その他の第三者に交付することにより、はじめて手形行為が完成すると考える必要はない。したがって、このような手形が盗難・紛失等のために振出人の意思によらないで流通するようになったとしても、連続した裏書のある当該手形の所持人に対しては、手形法16条2項の適用により悪意または重大な過失によって同人がこれを取得したことを主張・立証しないかぎり、振出人としては手形上の債務を免れ得ないとする。大審院は上述の昭和10年12月24日の判決をもって従来の交付契約説から発行説に進み、最高裁判所は大審院の立場を踏襲したが、裏書に関する昭和42年2月3日の判決⁽¹⁵⁾において、創造説のようでもあるが、なお発行説と思われる判断を示した。従来判例は、発行の事情とか流通にいたる経緯の差によって、そのケースに応じた理論を苦慮して立ててきており、金融準備のために署名しておいたとか、不要になったため破棄しようとした手形であるという場合は、とにかく振出責任が否定されがちであったが、この事案は発行直前に盗取されたというものであって、責任をみとめるべき事案であることはもとよりである。ところで、その理論が問題となるのであるが、松本裁判官の意見は創造説を明快に示しておられるのに対して、多数意見は「流通証券としての特質」をあげるだけで必ずしも明確ではない。権利外観説とも創造説ともとれるが、判示の仕方および結論の立て方からみて創造説と受け取ってよいと思われる。いずれにしても従来の判例から一歩踏み出したものとして、この問題に重要な指針を与えるものであろう。そして判示のうち「流通におく意

思で」は、いろいろ考えられるが、そのとり方いかんに今後の判例の方向がかかってくると思われる。すなわち、これを手形債務負担の意思だと考えるにしても、いろいろの解釈がありうるし、発行して流通させる具体的意思をも含むとすれば、事案によっては一層問題となるであろう。

最後に、昭和49年5月29日の東京高等裁判所の判決⁽⁶⁾の事案は、つぎのとおりである。Yは手形帳に綴られた支払地および支払場所のみが記載された手形用紙の振出地・住所地および振出人欄に自己の住所氏名印を押し、名下および控との間の切取線上に自己の印章を押しただけで他の手形要件を白地とし、収入印紙も貼用しないまま事務所の机の引出内に収納しておいたところ、何者かがこれを盗取した。Xは手形に受取人と記載されたものから裏書譲渡を受けた所持人であって、XからYに対し手形金請求をした。判決は、Yは土木事業を経営し、その事業のため月に約10通（1通の手形金額は100万円前後）の手形を振り出していたもので、前記のように記名押印をした手形を引出内に収納したのは、事業上必要とされる将来の手形作成に備え、その際の手形完成の手を少しでも省く便宜のためであり、またYは事務所の近くで理容業を営んでいた妻に対し、必要に応じてYの事業上の必要書類の作成整理、手形の作成、手形による支払等の事務を取り扱わせていたと認定し、以上の事実関係にもとづき、Yが数通の手形用紙の振出人欄に記名押印して机の引出内に収納しておいたのは、不在の場合は妻の手で前記通数・金額の範囲内で（この事案の手形金額は100万円）白地部分を補充して事業上の債務支払の手段に供することができるようにし、これによって時宜に応じて、そのまま取引社会におく意図であり、すでに流通においたのと同視すべきであり、結局Yは、この手形を流通におき、それによって振り出したのであるから振出人としての責任を免れない、とした。類似の事案につき前掲の昭和46年11月16日最高裁判所判決は、流通におく意思で約束手形に振出人として署名または記名押印したものは、たまたま、その手形が盗難等のため、そのものの意思によらずに流通におかれた場合でも、手形債務を負うとしている。この判決では、流通におく意思での署名

または記名押印が債務発生原因であるとしているように読めるのに対し、本判決は、手形に記名押印したものが、これを流通におくこと（もっとも本事案では引出への収納）が振出であり、それが債務発生原因であるというように読めるので、そこに若干の差があるように見える。しかし本判決は、手形用紙の振出人欄に記名押印して、いつでも白地部分を補充して事業上の債務支払の手段に供することができるようにしている以上は、その手形用紙を机の引出内に収納しておいたとしても、これは時宜に応じて、そのまま取引社会におく意図であるから、すでに流通においたのと同視すべきであるとして、振出人としての責任をみとめている。したがって本判決は創造説をとっているとみてよいと思われる。

以上、判例の変遷を概観してきたが、古くは交付契約説をとっていたものが昭和初期に発行説にかわり、最近は創造説をとっているものということができる。

註(1) 民録 17 輯 P. 904

(2) 同旨の判例として、大審院判決 明治 36 年 6 月 18 日 民録 9 輯 P. 754、大審院判決 明治 34 年 3 月 19 日 民録 7 輯 3 巻 P. 61、大審院判決 明治 38 年 2 月 27 日 刑録 11 輯 P. 277、下級審判例中には、これとことなる立場をとるものが若干存在していた。すなわち創造説中の善意説をとるものとして、大阪地方裁判所判決 明治 36 年 10 月 30 日 新聞 172 号 P. 10、発行説をとるものとして、大阪控訴院判決 明治 44 年 6 月 15 日 新聞 736 号 P. 23、創造説中の所有権説を強調するものとして、東京地方裁判所判決 大正 10 年 9 月 17 日 評論 12 巻商 P. 105

(3) 民集 14 巻 24 号 P. 2105

(4) 最高裁民集 10 巻 8 号 P. 1022

(5) 最高裁判所判決 昭和 35 年 1 月 12 日 民集 14 巻 1 号 P. 1、最高裁判所判決 昭和 36 年 11 月 24 日 民集 15 巻 10 号 P. 2519

(6) 最高裁判所判決 昭和 40 年 6 月 1 日 金融法務事情 416 号 P. 6

(7) 高裁民集 13 巻 5 号 P. 478

(8) 東京地方裁判所判決 昭和 40 年 8 月 25 日 下級民集 16 巻 8 号 P. 1330

(9) 大阪地方裁判所判決 昭和 39 年 12 月 10 日 下級民集 15 巻 12 号 P. 2918

(10) 下級民集 4 巻 6 号 P. 905

(11) 金融法務事情 240 号 P. 5

(12) 青森地方裁判所判決 昭和 40 年 10 月 25 日 判例タイムズ 187 号 P. 185

(13) 判例時報 638 号 P. 96

(14) 民集 25 巻 8 号 P. 1173

(15) 民集 21 巻 1 号 P. 103、本判決の事案は、手形の受取人乙が手形に白地式による裏書署名をした後、振出人甲との話し合いで、この手形を新手形と差しかえることになり、振出人甲に返戻した。その際、乙は自己の裏書署名を抹消することなく手形を返戻したところ、その手形が甲の手から、どのような経路をたどったかは明らかではないが、とにかく第三者である現所持人丙の入手するところとなり、丙が乙に対し手形の裏書人としての債務を請求するものである。判決は、乙はこの手形を他に裏書譲渡する意思で、これに署名したのであるから、この手形の適法な所持人である第三取得者丙に対して乙は手形債務を負担すると解すべきである、とした。この事案で問題となるのは、丙は裏書の連続による推定（手 16 条 1 項）を受けるから、結局、乙が手形債務を負担するに足るべき裏書行為をおこなったかどうか、ということであり、また乙は手形の被裏書人（本件では、白地であるから乙が手形を譲渡しようと思うもの）に手形を交付しないで用済み手形として振出人甲に返戻したのであるが、そのことによって手形債務を負担するのか、ということである。この点につき契約説によるときは乙は債務を負担せず、創造説によるときは債務を負担することは明らかである。発行説をとったとされる昭和 10 年 12 月 24 日の大審院判決（註（3）参照）は、裏書人が手形を書き換えるに際し、自己の裏書署名をした後、他の手形債務者の署名をもらうために手形を被裏書人以外のものに交付したという事案において、第三取得者に対し、この裏書署名者の債務負担をみとめたものであるが、本判決は、裏書署名後の手形を用済み手形として振出人に返戻した場合に、第三取得者に対する債務負担をみとめたものであって、大審院判決の立場を、さらに一歩進めたものといえる。

(16) 判例時報 743 号 P. 98

6. お わ り に

上述のように、手形上の権利の存在するところ、必ず、その帰属の主体があるのであって、権利の存在と所属とは一体として考えなければならない。そして手形証券作成と同時に手形上の権利が発生し、これが証券に結合され、その主体である権利者は受取人であると考えなければならない。

判例においても、上述のとおり、交付契約説から発行説を経て、現在は創造説をとるようになってきているが、これは創造説が手形の本質をついた理論であるから当然の傾向であると思われる。

(1975 . 9 . 5)