

手 形 の 振 出

田 中 種 一

目 次

1. は し が き
2. これまでの手形学説概観
 - (一) 初期の学説
 - (二) 中期の学説
 - (三) ドイツ現代の学説
3. 振出に関するわが国の学説
 - (一) 振出を単独行為と解する説
 - (二) 振出を単独行為と契約との併合されたものと解する説
 - (三) 為替手形と約束手形で区別する説
4. 創造説の主張
5. む す び

1. は し が き

手形理論または手形学説とよばれるものは、すでに14世紀のころにあらわれており、その後手形制度の発展にともない、多くの変遷を経て現在に至っている。一般私法上の債権債務関係にくらべて著しい特色を有している手形上の権利義務について、その発生原因を総合的・統一的に理論構成しようとするのが手形理論である。しかし、それらの学説のなかには、あまりにも技巧に走り、概念をもてあそぶにすぎないかの観を呈するものもあったので、手形理論そのものの価値が疑われてきた。ところで、実際からかけはなれた概念法学的手形理論は排斥されなければならないのであるが、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理論的に究明することは、手形法研究において最も重要な問題であると考ええる。また過去の手形理論においては、手形行為全般について総合的・統一的に考察しようとしたのであるが、手形行為のなかにも性質の異なるものがあるので、その間に無理を露呈してきていた。したがって、個々の手形行為それぞれについて各別に観察するのが、より妥当であると考ええる。本稿では、手形の振出によって、どのような権利義務が発生するのであるか、また、それがいつ発生するのであるかについて考えてみたいと思う。まず、過去の手形学説に一応ふれておく。

註 (1) 石井照久・改訂商法下巻（保険法・有価証券法）（勁草書房）PP.163～164
田中誠二・新版手形小切手法（三全訂版）（千倉書房）P. 41参照

2. これまでの手形学説概観

（一）初期の学説

(1) 諾成契約説 手形関係が未だ両替の性質を有していた時代の説であって手形行為をもって諾成契約であるとし、したがって手形上の債務は単に口頭契

約によって成立するものであり、手形の交付を必要とせず、手形は単なる証拠証券にすぎないものとされた。

(2) 要書契約説 裏書制度の出現にともなって発生した説であって、手形上の法律関係は、証券上の文言によって定まるとするものである。すなわち、手形を単に引き渡すことによって、原因あるいは受取人の反対給付とは関係なしに振出人に手形債務を負担させるとする。19世紀中葉には、この説のみが主張され諾成契約説は姿を消した。

(二) 中期の学説

手形が、その支払取引的機能のほかに信用取引的機能をも兼有するに至り、その流通証券性が重視されるに及んで、つぎの三つの主要学説がドイツにあらわれ、これが次期の学説に最も多くの影響を与えた。

(1) 紙幣説 19世紀の中ごろに Einert がとなえた説である。彼は手形の経済的機能から出発して、そのすべての法律構成の重点を証券そのものにおいた。すなわち、従来の契約概念による説明を排斥して、手形の振出は、国家の紙幣発行行為と同様に、直接の相手方のみならず後者全員に対する一方的支払約束であるとした。国家が紙幣（その占有者において任意に固有の貨幣とひきかえることのできる貨幣の代用物）を発行することができるのと同様に、名士ことに商人階級の名士もまた、一定の時に現金へのひきかえがなされることを保証さえすれば紙幣を創造することができるとし、手形を「商人の紙幣」とみとめたのである。この説は手形の流通性を明らかにし、これを助長する点に貢献するところが多かったが、紙幣と債務との差異を看過したところに欠点がある。

(2) 要式行為説 Liebe のとなえた説である。この説は、手形の経済的機能からはなれて、もっぱら手形の法律的性質ことにその方式性に重きをおき、振出人が一定の形式を備えた行為をした以上当事者間に当然に権利義務を生ずるものであるとする。すなわち、形式が履行されることにより、その法律上の結果として一定の法律関係を生ずるのであって、当事者において、その効力を期待し、またはその結果を意欲したか否かは問わないとする。この説は、手形行為を不要因的要式行為とした点と、手形の価値を、その紙幣的性質に求めない

で債権債務の関係におき、私法的な説明を試みた点に特色を有する。

(3) 定額約束説 Thöl のとなえた説であって、初期の契約説とはことなった意味において契約説を主張する。すなわち、手形約束は債務約束ではなく、原因関係とは無関係な単純なる金額支払の約束である。しかして手形債権者が手形より生ずる権利を取得するためには手形を有することが必要であるから、手形の授受がなければ手形約束は不可能である。したがってそれは当事者の意思をとまう手形の授受という契約方式、すなわち交付契約によって完成するものであるとする（この点から交付契約説ともいわれる）。この説は手形債務を無因的なものとして、手形の流通をはかった点に長所を有する。

(三) ドイツ現代の学説

二つに大別すれば契約説と単独行為説とになるが、このほかにも折衷説・権利表象説をあげることができる。契約説は手形上の権利義務の発生原因を契約に求めるものであり、単独行為説は手形行為者の一方行為（相手方との合意不要）にその発生原因を求めるものである。しかし、これらのなかにあっても種々の説がなされており、説明方法を異にしている。

(1) 契約説 定額約束説の影響を受け、手形債務は要式行為である契約から発生すると説く。しかし、この説は手形行為の直接の当事者間における法律関係を説明することはできるが、債務者が直接の相手方以外の後者に対して手形債務を負担する理由を説明することが困難である。そこでこの点を克服するためにいろいろと考えられているが、単数契約説と複数契約説とに大別することができる。

(i) 単数契約説 この説は、手形債務者の行為をもって一個の契約と解し、これより手形上の権利義務が発生すると説く。しかし、手形債務者が直接の相手方以外の後者に対して手形上の責任を負う理由については、その説が分かれる。

(a) 債権譲渡説 手形債務者の相手方、たとえば受取人は、その契約により取得した権利を、裏書契約により後者に譲渡することができる。とすれば、その後者は手形上の権利者となり、手形債務者との間に関係を生ずることにな

とする。この説は、後者が前者よりも強い権利を有することのできる事実を説明することができない。そのうえ、引受もまた契約であるとするならば、引受人が引受当時の所持人に対してのみならず、その後者に対してはもとより、その前者に対しても支払いの義務を負担する理由を説明することができない、という非難が加えられる。

(b) 一種特別の承継説 Renaud のとなえるところで、非債権譲渡的承継説ともいわれる。すなわち、裏書によって一種特別の権利承継がおこなわれるが、これは譲渡ではないから、前者に対する抗弁をもって後者に対抗することができないとする。この説は単に特別の承継というのみであって、このような承継の本質を明らかにしない欠点がある。

(c) 第三者のためにする契約説 Pappenheim, O. Gierke, Brunner などの説くところであるとされている。受取人の有している権利が裏書によって後者に移転するものでないとする考えから、振出人は受取人と契約をするにあたり、同時に受取人の後者のために、第三者のためにする契約をもあわせて締結するものであるとする。したがって、この契約にもとづき、受取人の後者は受取人の権利から独立した手形上の権利を取得するものであるとする。この説は当事者の意思をあまりにも擬制するものであるということができ、また、受取人と振出人との間の契約が無効な場合でも、なお善意の後者が手形上の権利を取得する理由を説明することが困難である、という非難が可能である。

(b) 懸揺説（呈示説）Förster, Riesser などの説くところであって、不定状態説ともいわれる。振出人と手形の間取得者との間には権利承継がおこなわれるものではない。手形を呈示する最後の所持人と振出人との間に一個の契約が締結されるのであって、手形の最後の所持人のみが権利者である。したがって最後の所持人が手形を呈示するまでは、すべての法律関係は不定の状態にあるとする。この説は全く事実と反する説であるということができる。

(c) 複数契約説 手形債務者が多数のものに対して債務を負担する理由はその多数の手形債権者の個々のものと契約を締結するからである、とする説である。しかし、直接の相手方以外のものとの間に、どのようにして契約が成立

するのかという点については、その説くところが分かれている。

(a) 裏書人媒介説 Thöl の説くところであって、裏書というものををもって、一方においては新手持の振出であるとして一個の契約が成立すると解するとともに、他方においては、裏書人が前者の使者または受任者として前者と後者との間の媒介者となり、よって多数の契約が成立するものであるとする。しかし、これは事実を無視した擬制であって、なんら説明にはなっていないと非難されている。

(b) 不特定人との契約説 Sohm の説くところであって、手形行為者は不特定人に対して契約の申込をするものであり、この申込は手形になわれている。そして手形を取得すれば、これによってその申込に対する承諾を表明するものであるとする。しかし、不特定人との間に契約が成立するということをみとめるのは、これもまた事実の擬制であり、こうなると契約というよりもむしろ単独行為と解さなければならない、と非難されている。

(c) 更改説 Unger の説くところであって、裏書をもって更改の一種と考え、これによって前者と後者との間に契約関係を生ずるものであるとする。しかし、この説では、前者が正当な権利者でない場合でも後者が手形上の権利を取得する、という現象を説明することができないという欠点がある。

(2) 単独行為説 手形行為をもって債務者の単独行為であるとし、手形債務はこの単独行為によって発生し相手方の承諾を必要としないとするものである。その内容をどのようなものとするかによって説が分かれている。

(i) 創造説 手形債務は手形行為者の署名を要件とする単独行為によって成立する。したがって手形行為者の意思に反して手形が流通におかれた場合であっても、それに署名がなされている以上は手形債務は発生し、手形行為者は責を負わなければならないとする。しかしこれでは債権者となるべきものの要件がはっきりしない。契約説にあっては、手形行為の相手方として、債務者の申込に対して承諾を与えるものが債権者となるのであるが、創造説ではこの点が明確でない。そこで手形債権者となりうべきものの資格について種々の説がなされている。

(a) 純正創造説 Kuntze がとなえ Dernburg などが承継する説である。手形債権者として指定されたものがその手形の占有を取得すれば、その善意悪意を問わず手形債権を取得する。だから極端な場合を考えると、AがBを受取人とする手形に署名したことを知り、Bがこれを窃取してもなお手形債権者となることができるとする。しかしこの考え方に対しては、手形が振出人と受取人との間の関係としてとどまっているかぎりにおいては、振出人を犠牲にして受取人をして権利を取得させる理由はない、という批判がなされている。

(b) 善意説 Grünhut のとなえる説である。この説によれば、手形債権者として指定されたものが、善意でその手形の占有を取得するときに手形債権を取得する。すなわち債権者となるための要件としては、単なる手形の授受ではなくて手形の善意取得が必要であるとするのである。しかし、この結果は妥当ではあるが、手形債権の成立ならびにその取得の一般原則としては賛成することができない、との批判がなされている。

(c) 所有権取得説 Goldschmidt, Randa, Carlin, Canstein, Adler などのとなえる説である。手形債権者として指定されたものが手形所有権を取得したときに手形債権を取得するとする。しかしこの説に対しては、署名という事実行為の終了によって直ちに債務が発生するということはみとめることができないとともに、手形上の権利を取得するのに手形所有権の取得を要するかは疑問である、との批判がなされている。

(d) 一方的約束説（所持説）Siegel のとなえるところであって、手形債務者が債務を負担する原因となるのは証券上の記載のみによるのであり、したがって単純な一方的な約束によるのであるが、この約束が効力を発生するためには、証券が振出人以外のものの所持に帰することを要するとする。この説は結果においては前掲の純正創造説とことにならないのであるが、ただ債務の効力発生要件として、債権者の側において証券を所持しているという事実が必要である、とする点のみがことになっているといわれている。

(e) 擬人説（人格説）Volkmar-Löwy のとなえるところであって、振出人が署名することによって手形債務は完全に発生し、手形そのものがその本

来の債権者であり所持人は手形の代表者であるとする。この説は債務の創造ということを前述の創造説よりもなお一層強調するものであるが、債権債務というものが対人的関係であるということを見失っている点において誤りがあるといえることができる。

(v) 発行説 Stobbe, Jolly, Unger などの説くところであって、手形債務は手形行為者の一方的行為によって成立するのであるが、単に署名をするだけでは足りないものであって、手形を任意に授与することが必要である、すなわち振出人が任意に証券を放棄することを要するのであるが、盗難の場合などは除外されるとする。O. Lehmann の所有権授与説は、この説を多少変容したものといわれているが、彼は、債務者が署名をするほかに手形所有権の移転を目的とする行為をすることが必要である、したがって手形権利者となるべきものは手形所有権を取得することを要するものであるとする。Stobbe などの説については、路上に手形を遺棄した場合のように故意に手形を放棄したときにおいても、なお手形上の法律関係が発生することになって不当であると批判されており、また、Lehmann の説については、手形所有権説を肯認しない以上は採ることができないと評されている。

(3) 外観説（権利表象説） Jacobi のとなえるところであって、一定の署名をともなう事実上の手形行為に公信力をみとめるものである。すなわち、振出その他の手形行為が事実上存在する以上は、手形行為者の意思いかんを問わず一種の権利の外形が存在するのであるから、これを信頼した善意取得者を保護しなければならないものである。そしてこれは抗弁の排除や善意取得者保護の精神より生ずる帰結であるとする。この説は手形債務の発生原因を善意取得者の保護に求めている点で、上述の契約説および単独行為説がこれを手形債務者の意思に求めているのとことになっている。この説については、自己の意思にもとづかないで手形を喪失したものに対して、明文の規定がないにもかかわらず手形上の責任をみとめることはできない、という反対がなされている。そして、その論拠となっている善意取得者保護の規定は、善意取得者をして手形所有権を取得させるにすぎないものであって、手形喪失者の義務をみとめる規定

ではない。また、抗弁排除の規定は、単なる外観の保護をこえて、悪意の手形取得者も害意を有しないかぎり抗弁切断の利益を取得するとするものであって、いずれも手形喪失者の責任をみとめる根拠とすることのできる規定ではない、と反論されている。しかし外観信頼の保護は手形取引上きわめて必要なことであり、その根拠を明らかにする意味においてこの説の価値はみとめられるべきであるが、外観をつくりだしたことをもって手形債務発生的一般要件とすることは賛成できないと評されている。

(4) 折衷説 手形債務の発生原因を、契約あるいは単独行為のいずれか一つにきめてしまわずに、手形債務は、あるいは契約により、あるいは単独行為により、あるいは法律の規定によって発生すると説く。すなわち手形行為の種類によって契約であるとし、または単独行為であるとするものである。⁽⁴⁾

註 (1) 伊沢孝平・手形法小切手法（有斐閣）PP.97～106 小町谷操三・商法講義巻4（手形小切手）（有斐閣）PP.25～28参照

3. 振出に関するわが国の学説

以上過去における手形学説を概観したのであるが、つぎに振出についてのわが国の学説をすこし詳細にみてゆこうと思う。

振出の本質についての学説は大きく分ければ、これを単独行為とする説と単独行為と契約とが併合されていると解する説とになる。しかしてその各々においてニュアンスのことなる多くの説に分かれている。

(一) 振出を単独行為と解する説

(1) 発行説に所有権説を加味する説

岡野博士の説かれるところであって、つぎのとおりである。

「余ハ証券ノ物権的關係ノ一方面ノミヲ觀察セス債務負担ノ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者ノ發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コレヲ發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能力ノ有無代理權ノ存否即チ然リ所有權取得ノ時ヲ標準ニスルニ非サルナリ」⁽⁴⁾

鳥賀陽博士も同じ立場に立たれると思われる。すなわち、振出人の負担する責任の前提としてその署名があることが必要である。このほかに、振出人が手形を交付することを要するかの問題は、手形理論の見地に立って学説の分岐するところであるが、原則として振出人は任意に手形を交付することを要するとの見解をもって正当と信ずる。……署名のみにより振出人に責任を生ずるとの学説（創造説）は、手形の不任意なる占有喪失によってその責任を負担しなければならないという背理を生ずる、⁽⁴⁾としておられる。

しかし振出に所有權の觀念を入れることは適當ではないといえることができる。

(2) 発行説に所持説を加味する説

この説は、債権者が所有權を取得することを必要とするのではなくして、手形が受取人に到達することを要とするものである。石井教授はつぎのように説かれる。すなわち、振出行為の意義については、手形債務（償還義務）の負担を目的とする単独行為とみる説もすくなくないが、債務負担の単独行為である手形債権行為と手形所有權の譲渡契約である物権行為とから成るとみるもの（松本）、いわゆる支払指図とみるもの（小町谷・伊沢・大森）、手形を作成する行為と作成された手形を譲渡する契約との二行為から成るとみるもの（田中）など、多数の見解が対立している。これを実質的にみれば、振出は支払指

図的な関係であり、所持人に自己の名をもって「支払を受領しうる権限」を付与するとともに、支払人に対しては「他人の計算において支払をなしうる権限」を付与するものであって、これを債務負担行為とみることは妥当でない。ただそれは当然に証券と結合した行為であり、しかも証券上効力を有するものは「支払を受領しうる権限」の付与のみであるという、証券的行為の特質に着眼するとき、手形債権行為と物権行為の分離的考察は、もとより、指図説も必ずしも適切でない。この意味においては、手形作成行為と交付行為とから成るとみる見解が、有価証券一般にも共通な構成として注目すべきである。しかし、交付行為を譲渡契約とみることは擬制的なきらいがある。したがって振出とは、手形作成行為と交付行為とから成る単独行為であると考えべきであり、振出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ものであるところに、特殊な証券的行為としての特色がある。(イ) 手形作成行為 振出人が法定要件を具備する証券に署名するとき、支払を受領しうる権限を表彰する有価証券が、いわば潜在的に成立する。(ロ) 交付行為 振出人が、この証券を受取人に交付するとき、ここに振出の意思表示の効力が発生し、振出行為が完成する。すなわち、手形の交付をう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受けるものではなく、手形の交付そのもの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、したがって、また、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、⁽⁴⁾とされている。

さらに野津博士も同じ立場であるが、つぎのように詳細に説明しておられる。すなわち、手形行為が統一的に手形債務負担行為であると説明できるとして、その行為は契約であるか単独行為であるかの形態論をとりあげる。まず第一に、手形の署名または記名捺印を要素とする手形行為の形態は、これをどのように考えればよいか。振出は手形創造の行為であり、受取人との意思の合致を要しないものであるから、いうまでもなく一方的の行為である。引受、保証参加引受についても、その各国の意義を異にするが、その形態は一方的行為で

あること明白である。第二に手形の交付行為の形態は、これをどのように解すればよいか。手形の振出および裏書が、通常、手形の交付を伴うことは、一般にみとめられているところである。引受、保証、参加引受においても、これを求めるものが一旦手形を引渡したときには手形の交付を伴うことになる。法律もまた、これを予想し、たとえば引受の場合につき「為替手形ニ引受ヲ記載シタル支払人が其ノ手形ノ返還前ニ之ヲ抹消シタルトキハ引受ヲ拒ミタルモノト看做ス抹消ハ証券ノ返還前ニ之ヲ為シタルモノト推定ス」と規定している（手形法 29 条 1 項）。このように手形行為において交付行為を伴うところから、Thöl 以来いわゆる「交付契約説」（Theorie des Begebungsvertrags）がとなえられ、今日においても法学者中にこれを信奉するものがある。手形の交付行為は、いうまでもなく、手形の占有の移転行為である。そうして学者は、この行為をもって契約であるとする。契約であるとする以上、手形の授者と受者との間において双方向的に意思の合致がなければならないことになる。Thöl および彼の多くの後継者が盛んに交付契約説をとなえた時代には、個人意思の探求がきわめて重要視され、占有についても、いわゆる心素と体素とを要するものとされたのであった。今日においても占有が「自己ノ為メニスル意思」と「所持」とを要素とすることは、なんら疑いがない（民法180条）。しかし、その心素は、占有者の具体的な現実の意思でないとされる。民法学者は占有の社会的作用を全うするために占有意思をゆるやかに解し、したがって占有をみとめる範囲を広くしようとし、占有を生ぜしめた原因または権限が通常占有意思を伴う種類のものである場合に、この意思があると認定されるのである。したがって、このような認定された意思は実際において所持者の現実の有する意思と合致しない場合がありうる。それは法律の目的から、妥当な結果に達しようとするために「作られた意思」でありうることになる。所持者が真に占有意思を有していたか否かは、ここに至ってもはや問題でない。してみれば、占有の移転について、当事者間の意思の合致ということに重きをおく必要はなく、前主の事実的支配が後主の事実的支配と同一であるとみとめることができる場合でさえあれば、前主と後主との合意がなくとも、占有は移転したものと考え

てよいわけである。民法学者のなかには、占有権の譲渡を契約と解するものもある。なるほど、民法第182条は「占有権ノ譲渡」といつている。しかし「譲渡」の語に拘泥する必要はない。占有物の事実的支配が甲から乙に移ったものと社会的にみとめることができるならば、占有の移転があり、したがって占有権の移転があるものとしなければならない。そうすれば、手形の交付行為は、授者から受者に手形の占有を移転する行為であり、それはなんら契約ではなく、意思の合致を必要としないといわなければならない。外観説が、手形の創造は権利を創造せずして、外観 (Rechtsschein) を創造するものとし、これにより手形の善意取得者は自己に既存の権利を譲渡すべき譲渡人の処分権限の欠缺を補充することができるのみならず、本来未だ成立していない権利が原始的に成立するに至ることができ、外観上の権利者 (Scheinberechtigter) の手形取得が債権創造の効力を有することができるものとするに対し、創造説は権利取得の要素にのみ権利創造の効果を附与することができることを理由として、振出人の手中に存する手形については、潜在的な権利が成立するものとするのであるが、このように解するならば、受取人が悪意で手形を振出人の意思にもとづかずして占有するに至った場合にも、受取人が手形上の権利者となることをみとめなければならなくなる。この点は、創造説に賛意を表することができないところである。したがって、通常、手形行為に交付行為を伴うことをみとめなければならないのであるが、それ故に、その交付行為を契約と解さなければならないことにはならない。創造説は手形行為が単独行為であるとの構成をとろうとするために、しいて交付行為の観念を排除しようとしたわけであるが、上來說べてきた見解によるならば、交付行為を除外する必要はすこしもないといわなければならない。以上述べてきたところのように観察するならば、手形行為は、そのそれぞれの実質的内容の本質を異にするにかかわらず、その法律的形式においては、すべて単独行為であって、一方的行為という統一観念をもって、これを形態づけることができる。そうして、その形態が統一的に単独行為として構成することができるということは、上に述べた私法生活における基本的観念の変遷および手形債権関係における債務者の地位から考え

て、正当な結果であると思う、⁽⁴⁾とされている。

この説は、手形の振出をもって、内部的な手形の作成署名と外部的な交付が結合することによって成立する単独行為であるとするのであるが、手形行為が証券的行為であるとする以上、未だ不徹底であると考ええる。

(3) 修正発行説（発行説に手形の手放しを加味する説）

最近田中誠二教授がとられている説であって、発行説を多少修正して、手形の振出は手形を受取人に交付することによってはじめて完成するものではなく振出人がその意思にもとづいて他人に交付するために手形の占有を手放すことによって、すでに完成すると説かれるのである。その詳細はつぎのとおりである。

「私は、約束手形の振出の法律構成を最も合理的に説明するのに適當するのは、発行説を多少修正し発行の意義をわが国の通常発行説よりも広義に解する説であると考ええる。すなわち私は通常発行説よりも、さらに流通性保護の方に一步を進め、約束手形の振出は、通常発行説のように手形を受取人への交付によって始めて完成するのではなく、振出人がその意思に基づいて他人に交付するために、手形の占有を手放すというだけによって、すでに完成すると解する。ドイツでは発行説の意義を広く解し、受取人への交付を要件として説かない見解もあるが（Baumbach-Hefermehl, S. 14）、わが国の通常発行説は受取人への交付すなわち到達を要件としている。私は、創造説のように振出人がその署名した手形を、きょう（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、手形を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、振出行為が完成すると解するのが正当と思う。私は、わが国で一般に認められている発行説をこのように、修正することを提唱するもので、これを修正発行説（または

広義発行説)と称することとする(その詳細については、拙稿・「修正発行説の提唱」,手研1967年10月号参照)。通常の発行説は、手形行為に一般の意思表示に関する原則を適用し、振出行為は、相手方ある単独行為と解するから、特定の相手方(受取人)への意思表示の到達を効力発生時点と解することになる。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条)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、その証券の占有を手放した時と解する。

元来単独行為には、相手方のあるものと相手方のないものとがあり、後者の例としては、通常、寄付行為や遺言があげられ、そして、意思表示自由の原則に基づき、単独行為の特殊なものの自由を認め、寄付行為や遺言などの自由を認める(我妻・「新訂民法総則」244頁)。私は、前述したように、手形振出行為も、手形の流通証券たる性質に基づき不特定多数の人に対する単独行為と解するのが正当であり(同説、高窪・週判69号15頁)、相手のない単独行為として、寄付行為や遺言と同様に考えることになるが、相手方のない単独行為の効力発生時期については、民法第97条のような一般的な規定はなく、法に特別規定がない限り、他の効力発生要件さえ備われば、効力を生ずると解せられる(我妻・「新訂民法総則」317頁)。手形振出行為の場合は、その表示行為が完成したときで、これは私見によると振出人が手形を作成し、その意思に基づいて振出人以外の者に交付するために手形の占有を手放した時と解すべきものと思うのである。すなわち、相手方ある単独行為のように、相手方に対する到達を効力発生時期と解する代りに、署名者がその意思に基づいて手形の占有を手放した時つまり、手形の占有を手放すという発信の時を効力発生時期と解するのが正当と思うのである。

従来のがわ国の多数説である通常の発行説に対し、右のような意思表示の発信主義に基づく修正を加えて私が修正発行説を提唱する理論的理由は、右に述べたとおりであるが、その目的論的理由は、それが権利外觀説という適用範囲

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、これに対し運送保険を付するときに、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、その関係者の利益を十分に保護できることになるということである。これらの点は、修正発行説が通常発行説にまさる実際上の長所ということができる。あるいは、このように解するならば、創造説と差異がないのではないかとの疑問があるかも知れないが、基本手形を作成して作成者のきょう（筐）中に蔵していて、作成者はいつでも、これを破毀変更できるのに、すでに手形行為は完成し、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として承認し難いと思うので、修正発行説は、手形を作成した後に作成者がその意思に基づいて作成者以外の者に交付するために手形の占有を手放した時に手形行為の確定的な表示行為が完成し、手形の効力が生ずると解するので、この場合には作成者による破毀や変更は、もはやできないことになるので、創造説のような不自然かつ不合理なことは避けられると思う。

以上の理由によって、私は、手形行為のうち、少なくとも、約束手形の振出行為（裏書行為についても同様）については、修正発行説を正当とする。⁽⁴⁾

この説は、手形の流通性保護のために、(2)の発行説に所持説を加味する説をさらに一步進めた説であるが、前述の批判と同様、手形行為が証券的行為である以上、なお徹底しないうらみがある。

(4) 創造説に所有権説を加味する説

手形上の権利は手形行為に起因するのではあるが、他面手形に化体された権利として、手形の取得者がその権利者となる関係にあるので、この関係を法律的にどう説明するかが困難な問題となる。手形行為者と手形取得者との間に手

手形債債務発生に関する契約が締結されたとすることは、手形授受の直接事当者だけなら考えることであるが、間接の当事者間、たとえば、振出人と数次の裏書を経て手形を取得した者との間にも、手形債権債務関係の発生することを考えれば、いかにも不似合であり、擬制にすぎて賛成することができない。いきおい、手形行為者は一方的に、手形面の記載をとおして不特定多数人に手形債務負担の表意をなしたものであり、手形取得人はこれに応じて手形面記載どおりの手形債権を取得するものとしなければならない。しかも、手形行為者に具体的に債務負担の意思があったかどうかに関せず、手形であることを認識してこれに署名すれば、手形面どおりの表意をしたものとみなされるものである。そして、また、手形行為者の表意は署名によって完成し、意思表示として成立するのであるが、直ちにその効力が発生するわけではなく、手形取得者が手形を取得したときにその効力が発生し、そのため手形取得者が手形債権者となるものとみななければならない。すなわち、手形行為の効力は、手形が移動し取得者がかかるたびに、その取得者のために発生することとなる。手形上の権利が手形証券に化体しており、証券取得者が化体権利を取得する関係は、結局において、手形行為者の証券化された手形債務負担の一方的意思表示が、証券取得者のためその取得を期として効力を発生する結果であるということになる、⁽⁶⁾ とする考え方であって、升本教授はさらに詳細につきのよう に 説かれてい

「右多数手形学説中、私は大体創造説中の所有権取得説に拠るものである。既に本章第三節に於て詳述したる如く、私は手形行為を以て特殊なる形式的書面行為と解し、意思中心の一般法律行為と同視すべきに非ずと為すものなるが故に、純契約理論を以って手形関係を考察せんとする契約説には其理論構成の巧拙如何に拘らず、既に此点に於て賛成し得ざる所であり、又単独行為説にありても、手形行為なる一方的債務負担約束は署名によりては未だ完成せず、署名後之を第三者に交付し、又は尠なくとも他人に取得せしむる意思を以て其所持を抛棄するによりて始めて成立すと観る発行説にも亦賛し難い。手形行為の成立過程中に、交付又は之と同視せらる可き行為者の意思行動の存在を要求す

ることは、それが契約説によりて説明せらるると、単独行為説によりて説明せらるるとを問はず、結果に於て第三者の犠牲に於て行為者を保護することとなり、敏活安全を旨とする手形取引の理想には添はざることとなる。此点に於て創造説は、手形行為は署名によりて完了すと為すものにして、証券的行為の實質に最も適合したる観点に立つものと云ふを得る。只創造説中純正創造説は不当に悪意取得者を保護することとなる可く、又善意説は斯る批難を受くる余地無きも、理論的説明方法として徹底せざる嫌あるが故に、善意取得の觀念に代ふるに、上述所有権説を背景とする所有権取得の觀念を以てする、所有権取得説を以て最も理想的と考ふる。所有権取得説に立脚する私見の詳細に付ては、多少断片的乍ら既に本章第二節『手形行為』・第三節『手形上の権利』の節下に夫々記述したる処なるを以て、茲に再説することをせざれども、大観の便宜上手形理論を構成すべき要点を摘出せば大様左の如くなる。(1)二元要素。手形債権債務の発生には、一面債務者側に手形行為あることを要し、他面債権者側に於て手形所有権を取得したることを要し、各手形行為者と手形所有権者との間に夫々手形関係を生ぜしむる。(2)手形行為の成立。手形行為は形式的書面行為にして、概念的には無担保裏書・取立委任裏書・質入裏書・期限後裏書等の如き二三例外の場合を除きては、手形債務負担を目的とする単独行為と観られ得べきも、具体的に債務負担の意思を以て為さるることを要するものに非ず、具体意思如何に関せず、法定の形式を具備して手形的認識の下に手形に署名するによりて有効に成立する。又手形行為は書面行為にして署名によりて完成し、署名後交付又は発行ありたることを要せざるが故に、署名者の意思に基かずして手形が流通に置かれたる場合と雖も、署名が有効に為されたるものなる限り手形責任を免るるを得ない。更に又手形行為は署名によりて成立するが故に、手形能力の有無・代理人による手形行為の場合の代理権の有無等は署名の時を標準として決せらるる。但し署名の時無能力・代理権欠缺等あるも、交付の時能力者たり代理権存する限り、手形行為は此時に更新せられたるものと観察し得べく有効となる。(3)手形行為の効力発生。手形行為は署名によりて完成し、之により手形責任発生の基礎確立するも、手形が尚署名者の手中に

存し其支配圏内に存する限り未だ手形責任発生せず、其支配圏内を離れ第三者の所有に帰するによりて茲に始めて手形行為の効力発生し（振出及裏書の場合）、署名者は手形債務を負ひ、署名後の最初の所有権取得者が此署名に対する第一次債権者となり、其後の所有権取得者が第二次・第三次の債権者となる。手形行為後未だ第三者が所有権を取得せざる限り、即ち行為の効力発生せざる間は、行為者は自己の署名を抹消し又は自己の記載したる文言を抹消・変更することにより、行為を取消し又は内容を変更するを得る。但し手形行為中引受・保証・参加引受は、他人の所有手形上に為さるるものにして、署名者は手形所有者ならざるを常とするが故に、署名により手形行為成立すると同時に効力も亦発生し、従って又取消・変更し得るの機会無きに似たれども、此等の場合は引受撤回に関する第29条の規定に照らし、署名者が署名後尚手形を所持し其事実上の支配権を有する限り、所有権の帰属如何に拘らず、例外的に手形行為の効力未だ発生せず、従て又其間は取消・変更し得るものと解せらる。

(4)手形所有権の取得。手形所有権を取得し得るものは、手形面上指定せられ又は予定せられたる者、又は之に準ずる者（受取人・被裏書人・遡求義務者・保証人・参加支払人・白地裏書による又は白地裏書後の取得者等）に限らる。此等の者は承継的に又は原始的に手形所有権を取得し得る。承継的取得は前所有者より所有権譲渡を目的とする物権契約により交付を受くる場合であり、原始的取得は無権利者より善意無過失に譲受くる場合に起り得る。⁷⁾」

この説については、手形債権債務の発生につき創造説をもって説く部分は妥当であるが、債権者側において手形所有権の取得を要するとする部分が適当でないといえることができる。このことは、さきに(1)の批判として述べたところと同様である。

(5) 創造説に善意取得説を加味する説

この説は手形上の債務の発生には債務者の署名行為と債権者の手形の善意取得とを要するとするものであって、毛戸博士はつぎのように説かれている。

「余輩ハ非契約説ヲ執ラサルヘカラス。然レトモ余輩ハ彼ノ交付説ニ於ケルカ如ク手形ノ交付ヲ必要トスルモノニアラス。抑モ債務者カ手形ヲ交付シタリ

ヤ否ヤハ手形面ヨリ之ヲ知ルコトヲ得ス。故ニ交付ナキカ為メ手形ヲ無効トセハ大ニ手形取引ヲ阻害スヘシ。又他方ヨリ見レハ入用ナキニ手形ニ署名シテ之ヲ其手許ニ置クカ如キハ商慣習ニ反スルモノナレハ之カ為メ生シタル損害ハ罪ナキ善意ノ取得者ニ之ヲ蒙ラシムルコトヲ得ス。又商法ノ何レノ部分ニモ手形上ノ債務ノ発生ニ交付ヲ要スル旨ヲ規定セサルノミナラス 第435条（手形法47条1項参照一筆者）ノ規定ニヨレハ手形ニ署名シタル者ハ手形ノ文言ニ従ヒテ其責ニ任セサルヘカラス。故ニ若シ交付ヲ以テ要件トセハ 第438条（手形法7条参照一筆者）ニハ『手形カ交付以外ノ事由ニ因リテ署名者ノ手ヲ放レタルトキ』ナル文字ヲ加ヘサルヘカラス。何トナレハ手形ノ取得者ヲ保護スル点ニ於テハ無能力者カ手形ヨリ生シタル債務ヲ取消シタルトキト手形カ交付以外ノ事由ニ因リテ署名者ノ手ヲ放レタルトキトヲ區別スヘキ理由ナケレハナリ。以上述ヘタル所ヲ以テ見レハ手形上ノ債務ノ発生ニハ手形ノ交付ヲ要セサルヤ明カナリ。然レトモ手形上ノ債務ハ単ニ債務者ノ行為ニ因リテ発生スルモノニアラス。何トナレハ債権者ナクシテ債務ノ発生スル理由ナク又債権者ハ自己ノ意思ニ反シテ債権ヲ取得セサルヘカラサルノ理由ナケレハナリ。故ニ手形上ノ債務ノ発生ニハ債務者ノ行為ノ外ニ債権者ノ行為ヲ要ス。而シテ債権者ハ単ニ手形ノ所持又ハ占有ヲ以テ足レリトセス。何トナレハ 第441条（手形法16条2項参照一筆者）ノ規定ニヨレハ手形ノ取得ニ際シ惡意又ハ重大ナル過失アリタル者ハ手形上ノ權利ヲ取得スルコトナケレハナリ。故ニ債権者ハ善意ニテ手形ヲ取得スルコトヲ要ス（重大ナル過失ハ手形法上惡意ト同視セラレタルヲ以テ余ハ簡ヲ尊ヒ善意ニシテ重大ナル過失ナキト云フ代リニ単ニ善意ト云フヘシ）。故ニ被裏書人ハ其裏書カ連続スルニ非サレハ手形上ノ權利ヲ取得スルコトヲ得ス。何トナレハ受取人ニ非サル者カ手形上ノ權利ヲ取得スルニハ裏書ニ依ルヲ要スルヲ以テ裏書ノ連続ノ欠ケルコトヲ知りテ手形ヲ取得スルハ惡意ニシテ之ヲ知ラスシテ取得スルハ重大ナル過失ナレハナリ。之ヲ要スルニ手形上ノ債務ノ発生ニハ債務者ノ署名行為ト債権者ノ手形ノ善意ノ取得トヲ要ス。此二ノ行為ハ手形上ノ債務ノ発生ニ必要ナリト雖モ其何レカ先ニ在リタルヤヲ問ハサルナリ。⁽⁸⁾」

この説についても、手形行為が証券的行為である以上、徹底していないと評することができる。

(二) 振出を単独行為と契約との併合されたものと解する説

(1) 手形債権行為と手形物権行為との併合説（松本説）

「余ハ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從來ノ學說ノ誤謬又ハ欠点ハ此區別ヲ看過セルカ又ハ其間ノ關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著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其結果手形ノ振出又ハ裏書ノ説明ヲ為スコトヲ得タルモ同一理論ニ依リテ引受、参加引受又ハ保証ノ説明ヲ為スコトヲ得サリシナリ又単独行為説ノ論者ハ債権的ノ手形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其結果十分ニ振出又ハ裏書ノ法律現象ヲ解決スルコトヲ得サリシナリ余ノ解スル所ニ依レハ振出又ハ裏書ノ場合ニ於テハ原則トシテ物権的ノ手形交付契約ト債権的ノ手形債務負担行為トヲ併存スルモ引受、参加引受又ハ保証ノ場合ニ於テハ原則トシテ単ニ手形債務負担行為ヲ存スルノミ從來ノ學者ノ手形行為ヲ論スルモノ多クハ主カテ振出又ハ裏書ニ用フ其一方的ノ手形債務負担行為ヲ搜出シタル者ハ之ヲ引受、保証等ニ応用シテ議論ノ一貫ヲ得タルモ然モ振出及ヒ裏書ノ説明ニ至リテハ足ラサル所アリ其手形交付契約ヲ索得シタル者ハ振出及ヒ裏書ヲ説尽シテ余蘊ナキニ近キモ然モ引受保証等ノ解釈ニ至リテハ尽ササル所アリ若シ夫レ手形債権行為ト手形物権行為トノ區別ヲ認識シ之ヲ分析シテ説明スルトキハ統一的ノ解決ヲ得ルニ難カラサルナリ手形物権行為ハ手形所有權ノ移轉ヲ目的トスル行為ナリ手形ハ完全有価証券ニシテ手形上ノ權利ト手形所有權トハ之ヲ分離シテ觀察スヘカラス手形所有權ヲ取得シタル者ニ非サレハ手形上ノ權利ヲ有スルコトヲ得ヘカラス手形上ノ權利ヲ取得シタル者ニ非サレハ手形所有權ヲ得ヘカラス此点ニ於テハ所有權説ハ正ナル學說ト謂ハサルヘカラス而シテ手形所有權ノ移轉ヲ目的トスル物権行為ハ他ノ一般の物権行為ト同シク物権契約タラサルヘカラス又手形ニ関スル物権契約カ手形ノ引渡ヲ要件トスヘキハ完全有価証券ノ性質上当然生スヘキ結論タリ何トナ

レハ手形上ノ權利ハ手形ノ所持ナクシテ之ヲ行使スルコトヲ得ヘカラサルモノナレハナリ（457条2項参照（手形法14条2項3号参照一筆者）） 近世ノ契約説論者ノ所謂手形交付契約ノ觀念ハ之ヲ手形物權行為ノ説明ニ転用スレハ恠ニ當ヲ得タルモノタリ上述セル如ク手形所有權ノ移轉ハ手形ノ引渡ヲ要件トスル物權契約ニ依ルコトヲ必要トシ振出ノ場合ニ於テハ被裏書人ハ之ニ因リテ承継的ニ手形所有權ヲ取得シ其結果トシテ原始的ニ手形上ノ權利ヲ取得スヘキモノナレトモ例外トシテハ商法第441条（手形法16条2項参照一筆者）ノ規定ニ依リ手形ノ善意ニシテ且重大ナル過失ナキ占有ニ因リテ原始的ニ手形所有權ヲ取得シ其結果トシテ原始的ニ手形上ノ權利ヲ取得スルコトアルヘキナリ此例外ノ場合ニ付テハ既ニ詳述セルヲ以テ其説明ヲ省略スヘシ手形債權行為ハ手形債務ノ負擔ヲ目的トスル行為ニシテ之ヲ單獨行為ト觀察セサルヘカラス何トナレハ手形債務者ハ不特定ナル手形所有者ノ何人ニ對シテモ其債務ヲ負擔スヘキ意思ヲ表示スルモノニ外ナラサレハナリ振出人又ハ裏書人ハ單ニ直接ノ受取人又ハ被裏書人ニ對スルノミナラス将来ニ於ケル不特定ナル手形取得者ノ全員ニ對シテ其債務ヲ負擔スルコトヲ知リテ其意思ヲ表示スルモノタリ引受人、參加引受人又ハ保証人ニ至リテハ單ニ行為當時ニ於ケル手形所持人ニ對スルノミナラス其前者及ヒ将来ニ於ケル不特定ナル手形取得者全員ニ對シテ其債務ヲ負擔スルコトヲ知リテ其意思ヲ表示スルモノタリ之ヲ契約ト稱スルハ實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單獨行為タル手形債權行為ハ形式ニ於テ完全ナル手形又ハ其謄本若クハ補箋ニ署名スルコトヲ要件トス 手形ニ署名シタル者ニ非サレハ手形債務ヲ負フコトナキハ既ニ説明シタル所ナリ然レトモ手形行為ハ手形ニ署名スルコトニ因リテ成立スルモノト謂フヘカラス意思表示ノ成立ニハ相手方ニ對スル到達ノ必要（Empfangsbedürftigkeit）ナシト雖モ少ナクトモ他人ニ對シテ其意思ヲ發表スルノ必要（Richtungsbedürftigkeit）アリ單ニ自己ノ書齋ニ於テ手形ニ署名シ之ヲ筐中ニ藏置スト雖モ未タ以テ手形行為ノ成立アリト謂フヘカラス必スヤ之ヲ他人ニ交付シ又ハ郵便ニ付スル等ノ行為ニ依リテ手形債務負擔ノ意思表示ヲ完了セサルヘカラス此点ニ於テハ發行説ハ大体ニ於テ當ヲ得タルモノト謂ハサルヘカラス手形債權行為即チ狹義ニ於

ケル手形行為ハ手形ノ発行ニ因リテ成立スルモノナレトモ其行為ノ効力ハ必スシモ之ニ因リテ直チニ發生スルモノト謂フコトヲ得ス手形行為ノ効力ノ發生ハ手形債務ノ發生ナリ手形債務ノ成立アル為ニハ債權者ノ存在ヲ必要トスルハ言ヲ俟タス然ルニ手形債權者ハ手形所有權者タルヲ要スルヲ以テ振出又ハ裏書ノ場合ニ於テハ他人カ手形物權契約ニ因ルカ又ハ商法第441条（手形法16条2項参照一筆者）ノ規定ニ依リテ手形所有權ヲ取得セルトキニ於テ始メテコソニ手形債權者ヲ生シ手形債權行為ハ其効力ヲ發スヘキモノタリシカシテ法律行為ハ其成立後ト雖モ其効力ノ發生前ニ於テハ之ヲ撤回スルコトヲ得ヘキモノナルカ故ニ手形發行後ト雖モ其手形債權者トシテ指定セラレタル者カ手形所有權ヲ取得スルマテハ手形行為ヲ撤回スルコトヲ得ヘキモノタリ但通常ノ意思表示ハ形式ヲ要セス且特定ノ相手方ノミニ對スルモノナルカ故ニ反對ノ意思表示ヲ以テ自由ニ之ヲ撤回スルコトヲ得ヘシト雖モ有効ニ手形行為ヲ撤回スルタメニハ手形自体ヲ回収シ其署名ヲ抹消スルコトヲ要スヘシ又引受、參加引受又ハ保証ノ如キ手形行為ハ他人カ既ニ手形所有者タル場合ニ於テ其手形ニ為サルヘキモノナルカ故ニ此種ノ手形行為ハ署名シタル手形ノ発行ニ因リテ成立スルト同時ニ其効力ヲ發生シ復之ヲ撤回スルコトヲ得ヘカラサルナリ以上ニ叙述シタル所ヲ要スルニ手形ニツイテハ手形債權行為ト手形物權行為トヲ區別スルコトヲ要ス手形債權行為ハ單獨行為ニシテ手形ヲ發行スルニ因リテ完全ニ成立ス然レトモ振出又ハ裏書ノ場合ニ於テハ他人ニ手形所有權ヲ与フルコトヲ要スルヲ以テ手形物權契約ニ因ルカ又ハ商法第441条（手形法16条2項参照一筆者）ノ規定ニ依リテ他人カ手形所有權ヲ取得スルマテハ手形行為ノ効力ヲ生セサルモノタリ而シテ手形所有權ノ取得者ハ其取得ニ因リ手形行為者ノ意思ニ基キ各自獨立シテ手形上ノ權利ヲ取得スルモノタリ⁽⁹⁾」

この説は、わが国の手形理論中において、最も詳細・明快な説明を与えるものであり、かつ判例に対しても多くの影響を与えたものであるが、単一の行為である振出行為を二つの行為に分割するという点と、手形所有權の觀念を使用する点において適當でないといふことができる。

（2）發行説に所有權説を加味する説

手形行為者が、その行為の拘束を受けるためには、どのような階段の工作を
みずからなしたことを要するかについて、意思表示一般の原則にしたがえば発
行説または交付契約説によるほかはなく、また手形流通の円滑を期するため
には署名説がすぐれている。およそ一般的の法則は、事物の常態を基礎として論
定しなければならないのであるが、異常特例の場合において、もし一般原則が
著しく不当の結果を生ずるときは、その必要に応じて一般原則を歪曲し、例
外的法則を樹立しなければならない。この見地より、手形行為の完成過程につ
いては、原則として発行説および交付契約説に左袒する。ただし交付契約説は、
振出および裏書行為についてのみ妥当するにすぎない。しかして交付契約は、
手形所有権移転の物権契約を指すものであるが、手形所有権の取得は、占有の
取得を要件とするものである。したがって結局ここにいわゆる交付契約は、手
形が相手方の占有に帰したときに成立するものと解さなければならない。ひる
がえって交付契約説および発行説の適用の結果をみると、もし手形が署名者
によって発行される前に、または相手方に到達する前に、窃取されて流通にお
かれたような場合においては、善意取得者の地位を不安定にし、ひいては手形
の流通の円滑を害する欠点がある。というのは、この場合においては、手形行為
は成立要件を完備しないこととなり、したがって署名者は手形上責任を負わな
いこととなるからである。したがって手形の善意取得者を保護するために、か
つその限度において例外的に、署名説によることが必要である。要するにこれ
は発行説、交付契約説および署名説の折衷に帰着するが、さらにこれを概括す
れば、手形が署名者の手を離れて第三者の占有に属するときは、手形行為は適
法に成立したものと推定し、しかして署名者において、みずからこれを発行ま
たは交付したのでないこと、および所持人が悪意であることを立証した場合に
は、手形行為不成立の人的抗弁をみとめようとするものである。手形行為の効
力である手形債務につき、債権者となるためには、必ず手形所有権を取得する
ことが必要であるが、しかしこれは、手形債権が証券に化体した当然の結果と
みななければならないものであって、特に手形行為の効力発生要件として論ず
るにはあたらない。したがって、手形行為の効力発生の時期または要件として特

に論及しなければならないのは、むしろ手形行為の非撤回性すなわち拘束力の発生時期についてである、⁴⁰⁾とするのがこの説である。

この説に対して、振出の性質に所有権の観念を入れることは適当でないと批判が可能である。

(3) 創造説に所持説を加味する説

田中耕太郎博士の説かれるところで、つぎのとおりである。

「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ってゐると考へる。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依り発生するものと為すこと、人格説が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。卑見を披瀝するに先ち注意を要する点は、私が従来一般に認められた『手形行為は債務負担行為なり』と云ふ立場を採ることを得ないことである。此のことは振出及び裏書の性質を述ぶるに当り一言した所であつて、私見に依れば引受、参加引受及び保証のみが債務負担行為であり、裏書人及び為替手形の振出人の義務は法の規定に因る担保義務となる。若し振出人及び裏書人の義務を斯くの如く解するならば、其れが単独行為に因りて生ずるや將た契約に因りて生ずるやの問題は生ぜずして、単に何時より此の義務が始まるやの問題を残存するに過ぎない。如何にして手形法の債務が成立するや又何時より其れが効力を生ずるやは別問題である。以下振出及び裏書の場合に付て卑見を述ぶる。(近時此の見解は我が国に於て新しい手形法の敘述中に多く採用せらるるに至つてゐる。)(1)振出に就て 振出は一個の行為でなくて、手形を作成する行為と作成せられたる手形を譲渡す行為との二つから成り立ってゐる。

(イ)手形の作成 手形は先づ振出人の手に依り一方的に作成せられる。此の場合に於て何人が権利者なるか手形面に予定せられてゐる場合があるし(指名式・指図式)然らざる場合がある(小切手の場合に認められたる無記名式)。署名が為さるる曉には手形は取引に置かるるに適する一種の活力を持つに至る。此

の手形が振出人の意思に反して例へば盗難に因りて転輾した場合に於て振出人が責を負ふや否やは別問題として（私が此の問題を積極的に解したことに就ては上述した）、苟も此の手形が形式に於て間然する所がなければ此の手形に、例へば裏書人又は引受人として署名したる者は手形の内容に従って責任を負はなければならぬ。即ち振出人は一方的に手形を創造する者である。此の場合に既に手形なる有価証券が成立する。此の有価証券に化体せる権利の義務者は約束手形に於ては振出人自身、為替手形に於ては仮定的に支払人、小切手に於ては義務者なく之れに代るに事実上支払を為す者が定められてゐるに過ぎない。此の有価証券に付ての権利者は何人であるかと云ふに、証券面に権利者が予定せられてゐると否とを問はず当初に於ては其の作成者たる振出人自身である。振出人は自身仮定の義務者（為替手形の場合）又は自己（約束手形の場合）に対する債権者の如き地位に立つ。此の後の場合は不合理の如く思はるも、是れ有価証券の特性より来るのであって、類似の現象は他の場合にも認められ得る（株主の失権に際し株式が一時会社に帰属する事実、商153条（現行法では削除一筆者）及び会社が自己の社債を取得する事実参照）。此の故に受取人が記載されてゐても其れは振出人に次ぎ権利者たるべきものと予定せられてゐる者に過ぎぬ。振出人は当初の権利者として其の手形に付き処分権を有し其れを自由に抹消破毀し得る。而して此の場合振出人が権利者であると云ふのは振出人が支払人に対して請求を為し得ると云ふのではなく、単に其の手形を取引に置くことを得ると云ふ意味である。支払人又は引受人に対して請求を為し得るのは手形に依りて権利者たる者でなければならぬ。其れは振出人が自己を受取人とするか、振出人が手形を取引に置くか又は其の手形が振出人の意に反して其の手を離れ流通する場合に於て定まるのである。上述の手形の作成は純対内的行為であつて、振出人が自己の手形を保有する間は何等外界との交渉は開始せられぬ。其れを第三者が正当に取得したる場合に於ては、其の証券上の権利も同時に取得する潜勢力を具備してゐる状態にある。此の場合に振出人は未だ何等義務を負担しない故に、其の行為能力の存在を必要としない。有価証券の形式及び内容は備へてゐるが、有価証券としての活動は未だ開始せられない。手形の

作成は純然たる 対内的の行為である。振出の一段階として手形なる 有価証券の創造と云ふ一種の行為が存在するのである。(ロ)作成せられたる手形の譲渡

振出人は振出行為の第二の段階として自己の作成し且つ所有する手形を受取人其の他の者に譲渡する。是に於て手形は始めて取引に置かるるに至り、手形に付て証券上の義務者に対し手形金額を請求することを得る外部的債権者が生ずる。第441条(新法16条2項)に依り手形が取得せらるる場合に於ても同様である。振出人は或は自己の作成に係る手形を其の化体せる権利と共に受取人に譲渡するものである。其の権利は承継取得せらるる。上述の契約説中の債権譲渡説に依れば、振出人と受取人との間に契約に因りて生じたる権利が被裏書人に譲渡せらるることを認むるも、受取人は振出人との間の契約に因り権利を取得するものとする。然るに私は債権の発生は既に振出人の単独の行為に因るものであり、其の潜勢的に存在する債権が受取人に譲渡せらるるものと認むる。此の故に私は振出人と受取人との間に於ても債権譲渡を認め、振出人が受取人に対して契約に因り債務を負担するものと解しないのである。此の点に於て私は普通の契約説と見解を異にするのである。振出人が受取人に対して債権譲渡を為す故に、従って振出人は担保責任を負担しなければならぬ。振出人が相手方である受取人及び其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と認むる点に於て私は岡野博士の説に従ふものである。海牙統一法第9条第1項(新法9条第1項)が『振出人ハ引受及ヒ支払ヲ担保ス』と規定してゐるのは此の説を確かむるものである。振出人が受取人の後者に対しても義務を負担するは法の規定を以てしなければ説明が困難である。債権譲渡説は担保義務に対応する受取人の債権が裏書に依り後者に譲渡せられ振出人は受取人の後者にも義務を負担するものと為すのであるが、其れは後者に移転せらるる支払人又は引受人に対する手形の本来の請求権であって担保義務に対応する権利ではない。斯くの如く解するは当事者の意思に反すること甚しきものである。振出人が受取人の後者に対しても義務を負担するは法の規定の結果に外ならない。上述の所よりして私は従來の単独行為説の主張即ち振出人が一方に於

て債務負担の一方的意思表示を為し、他方手形の所有権を取得したる者（或は所持或は善意占有者）が手形上の権利を取得すると為す見解に反対するものである。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為め、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。⁴⁴」

鈴木教授も基本的には田中耕太郎博士の説と立場を同じくされるが、これをさらに進展させた見解をとられる。すなわち、近時の通説が、手形行為の概念につき、あるいは実質的な定義を放棄し、あるいは二元的定義をとっているのは、手形行為という概念が問題とされる実質的な目的を忘れて、自説をひたすらに貫こうとしたものではないかと考えられる。手形行為は、それが手形上の債務の発生原因であればこそ手形関係における根本的な問題とされているのであって、手形行為が他の効果を発生させ、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発生する面を問題とすれば足りる。裏書について考えると、裏書は実質的な効力として権利移転的効力と担保的効力を有するが、その効力の発生要件は必ずしも一同ではないのであって、手形行為の概念につき二元的立場をとるものも、手形行為につき説明するところは債務負担の面をとりあげているにすぎない。このように考えると、手形行為をもって、手形上の債務の負担を生ずる行為とする見解は、以上を正確に意識しているか否かは別として、正しい方向をとっているものということができる。以上によれば、広く手形上の法律関係の発生・変動の原因であ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発生原因である法律行為と定義しなけ

ればならない。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づくものと考え、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であるが、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、そのような定義は避ける方が無難である。なお裏書のうちには、無担保裏書（手15条1項）、後裏書（手20条）、取立委任裏書（手18条）のように、手形上の法律関係に変動を生ぜしめるが、債務負担の効力をともなわないものがある。しかし、このようなものは、裏書にあっては、固有の意味の手形行為には属しないわけである。⁴³ 約束手形の振出は手形行為の一種である。それは手続的には、基本手形を作成してこれを受取人に交付する行為であって、その基本手形が全手形関係の発展の基礎となるものであるため、振出は基本的手形行為と呼ばれる。そして実質的にみれば、それは手形金額の支払義務の負担を目的とする行為である。⁴⁴ 為替手形の振出も、その成立の経過をみれば、約束手形の振出と同様、基本手形（ただし、その記載事項には差異がある）を作成してこれを受取人に交付する行為であるが、行為の実質は約束手形の振出とことなり、本質的には支払の委託を目的とする行為であって、附随的には担保責任を負担する行為である。⁴⁵ 手形・小切手においても、本体となるものは権利であって、証券は本体である権利のための手段にすぎないが、この本来手段にすぎない証券に独立の法的意義をみとめ、これによって本体である権利の実効性と流通性を強めようとするところに、権利と証券とを結合させる特別の意義がある。そこでこのような権利と証券との結合関係をさらに進んで考えてみると、そこに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ることができる。すなわち、前者は権利が存在するかどうか、また、存在するとしてそれはどのような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る。そしてこれを区別することによって、つぎのような実益がもたらされると考えられる。すなわち手形債務の発生原因については多数の手形理論が対立しているが、この点についても、権利が存在する

にいたる面と、その権利の所属が変動する面とを分けて、理論を構成するのが妥当ではないかということが考えられる。まず、第一段階において、振出人が書面を作成すると、こ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、その最初の権利者であ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。手形の振出は正格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。⁹⁹ 創造説は証券の作成のみを問題とするのに対し、契約説は証券の作成と交付とを一体としてとらえるが、これらに対し、証券の作成（附属的手形行為については証券の記載）と証券の交付とをともに問題にしながら、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。すなわち、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できる。つぎに、第二段の証券の交付は、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（したがってそのものがまだ手形を所持していれば、これに対しその返還を求めることができるのはもちろんである）、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（手77条1項1号・16条2項）。すなわち、第一段の証券の作成によって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、正規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のである。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られる。⁹⁹ 「田中耕太郎博士は振出につき証券を作成する行為と作成された手形を譲渡する行為の二段に分ち、前者を単独行為、後者を契約と認める（田中耕・321頁642頁）。私の説はこれに負うのであるが、ただ、博士は証券の作成は絶対内的な行為で、それにより生ず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考えるようである。手形が振出人の意思によらないで流通におかれた場合に、手形法16条2項によらず、外観理論によって振出人の責任を認めているのは、まさにそのためと思われる。しかし、博士は義務者自身が同時に権利者であることは、例えば戻裏書（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」と云っている。私は博士の考えを一步進め、すでに証券の作成によって権利が成立し、その成立した権利が証券に結合され、そしてそれを作成者自身が権利者として有するものと認め、従って、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のである。要するに、それは創造説をとるとともに、その権利の移転につき正規的な場合と例外的な場合とを分けて考えるにすぎぬのである。¹⁰⁰」 為替手形の引受等については、それによる権利は手形の所持人に帰さなければならないうえに、手形を返還する相手方が手形の所持人でない場合にもその効力が生ずるものとみとめなければならないので、この場合における手形の交付は契約ではなく、一方的行為とみとめるほかない。したがって、交付契約説をとるものも、この場合には一方的行為とみとめるのが普通である。しかし、この場合でも、引受人自身に対する権利はやはり署名によって当然発生し、手形が一方的に返還されるまでは、それがその引受人に留保されているものと考えなければならない¹⁰¹。「松本博士は、手形行為につき債務負担行為と物権行為とを

分ち、前者は手形債務者が不特定な手形所有者に対して債務を負担すべき一方的な意思表示であり、これに対し、後者は手形所有権の移転を目的とする契約である。そして、債務負担行為は手形の発行によって成立するが、手形所有権が、原則としては物権契約により、例外的には善意取得により取得されると、その手形所有権を取得した者が前記の債務負担行為に基いて手形上の権利を原始的に取得すると説明している（松本・170頁以下）。この説が私の説と根本的に違うのは、手形上の権利と手形所有権とを峻別していることであるが、手形上の権利から切り離された手形所有権なるものは全く観念的なものにすぎなく、権利と証券とが結合し、それが一体として移転するのが有価証券の本質の要請するところと考える。しかし、債務負担行為が単独行為であり、そして権利は契約又は善意取得によって取得されるところは私の説と相通ずるものがあるが、しかも、私は、債務負担行為が、発行をまたず、証券の作成によって成立し、それとともにその債務に対応する権利が証券に表章され、そしてそのような権利が証券の交付又は善意取得によって取得されると考えるのである。⁹⁹」

この説については、手形の振出を証券的行為とすれば、振出の性質の解明にいますこしの不十分さがあると考えられ、したがってまた創造説をとる点はよいとして、振出人が権利者であるとする考え方には疑問が存する。

（三）為替手形と約束手形で区別する説

為替手形の振出は支払指図であり、約束手形の振出は債務負担の単独行為であるとするもので、つぎのように説く。

「(a) 為替手形の振出 この行為は債務負担の単独行為でも、又有価証券の作成行為と其の有価証券の譲渡行為との結合せるものでもなく、所謂支払の指図（Anweisung）である（2章1節9参照）。而して手形証券の作成交付を必要とする点に於て一種の要物的単独行為である。振出人が債務負担の意思表示をして居ると云ふことが、振出行為なる法律事実を如実に観察して居ない誤である如く、振出人は証券に化体せる権利又は権限を譲渡するものであると云ふ

のも振出人の意思を擬制するものだと思ふ。振出人は單純に、支払人には、支払人の名に於て振出人の計算に於て支払うべき権限を与ふると共に、受取人には受取人の名に於て振出人の計算に於て支払を受け得べき権能を与へむとする意思を表示して居るに過ぎない。為替手形振出の効果に関する詳説は後に譲る（3章1節2款参照）。(b)約束手形の振出 多数説は債務負担の単独行為として居るが、之に賛成する。振出人は手形持所人たる後者全員に対して支払義務を負担せむとする意思を表示して居るからである。手形に化体せる自己に対する債権を譲渡する行為であると云ふのは、為替手形の振出に就いて述べた通り、振出人の通常有すべき意思に合しない技巧的構成であると思ふ。約束手形の振出も、手形の作成交付を要する点に於て要物的単独行為である。……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。従って意思表示が相手方に到達したときに効力を生ずる。然らば、手形行為にあっては何時その意思表示が到達したものと見らるべきであるかと云ふに、意思表示として到達せむが為めには、其の前提として先づ意思表示自体が成立しなければならぬ。意思表示として未だ成立せざるものが、仮令相手方に到達したからとて、何等の効力をも発生し得ないことは明かである。手形上への署名の終了を以て既に意思表示の成立あるものとする立場が創造説であり、更にこの手形の任意交付あることを必要とするものが発行説的立場である。事実行為に過ぎない署名が終了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って、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条）に従ってこの意思表示の、相手方への到達を必要とする。右に云った手形の交付は、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ものであって、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約

の存在は之を必要としない。手形の任意交付によって成立し且つ発信せられた手形上の意思表示は、手形に担はれ、相手方への手形の到達によって、到達する。即ち手形証券到達の形式によって、手形上の意思表示は到達するのである。而して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。

従っ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。⁸⁰⁾」

しかし支払指図をもって為替手形振出の本質と解することには疑問がある。すなわち、本来資金関係に属する手形外の関係を純手形関係中に混入するおそれがあるからである。

- 註 (1) 岡野敬次郎・日本手形法（中央大学）PP.93～94
- (2) 鳥賀陽然良・手形法（弘文堂）PP.115～116・P.116註(8)参照
- (3) 石井・前掲PP.206～207参照
- (4) 野津務・手形法変遷論（有斐閣）PP.225～234参照
- (5) 田中（誠）・前掲PP.48～50
- (6) 升本喜兵衛・有価証券法（評論社）PP.123～124参照
- (7) 升本・手形法小切手法論（巖松堂）PP.121～124
- (8) 毛戸勝元・改訂統一手形法論（有斐閣）PP.50～52
- (9) 松本烝治・手形法（中央大学）PP.170～178
- (10) 大浜信泉・手形及小切手法（巖松堂）PP.250～253参照 同旨、矢部克己・手形法（松華堂）P.58
- (11) 田中耕太郎・手形法小切手法概論（有斐閣）PP.641～642
- (12) 鈴木竹雄・手形法・小切手法（法律学全集第32巻）（有斐閣）PP.114～115参照
- (13) 鈴木・前掲PP.215～216参照

- (14) 鈴木・前掲P.322参照
- (15) 鈴木・前掲PP.106~108参照
- (16) 鈴木・前掲PP.142~143参照
- (17) 鈴木・前掲P.143註㉞
- (18) 鈴木・前掲P.144註㉟参照
- (19) 鈴木・前掲P.144註㊱
- (20) 伊沢・前掲PP.113~115 同旨, 本間喜一・手形小切手法(早稲田大学)P.237
大隅健一郎・手形法小切手法講義(有斐閣)PP.97~98

4. 創造説の主張

以上手形の振出に関する学説を概観してきたが、現在手形学説として対立しているのは契約説と単独行為説である。契約説は手形振出の直接の当事者間の手形債権債務成立についても、その手形行為の成立には相手方の承諾の意思表示を要するために、もしその要件を欠く場合ことに相手方の無能力または意思の欠缺により完全な承諾がなされないときには手形債権は発生しないこととなつて、手形の流通性強化のためには適当ではなく取引上有害となる。また間接の当事者間の手形関係を説明するために、単数契約説と複数契約説とが考えられ多くの見解が示されているが、これらの説明はあまりにも擬制にすぎるものであつて、現在ではドイツおよびわが国では契約説は少数説となっている（しかし、イギリス・アメリカでは一般に契約説であり、フランスでも大体契約説である）⁽⁴⁾。

そうすると残るのは単独行為説であるが、手形行為をもって債務者の単独行為であるとし、手形債務はこれによって発生するとする単独行為説を妥当とする。そして単独行為説は、手形という証券が、いつ権利を化体するかという点に関して創造説と発行説とに分かれているのであるが、手形行為が証券的行為であり、手形上の権利が証券的権利であるという基本的性格を重視して、創造説とくに純粹の創造説をとりたいと思う。

そもそも手形行為とはどのような行為をいうのであろうか。この点については、そのとるところの手形理論の相異に応じて区々に分かれている。あるいは自署または記名捺印を要件とする一定の方式をとまなう書面行為であるとの説があるが、⁽⁵⁾ これでは手形行為の実質を全然表現していないことになり、手形行為と手形行為以外の要式行為との区別の標準を示していないことになる。あるいは手形上の法律関係の発生・変動を生じさせる法律要件である手形法上特

有の法律行為と解する説もあるが、⁽³⁾ これは署名を必要とする一定の方式を要件とする点を明らかにしていないので妥当でない。また、あるいは手形上の債務の負担を目的とする要式の法律行為と解する説もあるが、⁽⁴⁾ これは裏書のように直接には権利の譲渡を目的とし、債務の負担を直接の目的としない行為、または為替手形の振出のように直ちに主たる債務を生ずるものでない行為にはあたらない。ところで、振出または裏書がなされると、この手形行為の結果の一つとして手形上の債務、すなわち遡求義務の負担を生ずるのであり、また手形行為に署名もしくは記名捺印を要する理由の一部は、このためにほかならないのであるから、手形行為とは署名を要件とする一定の方式を要する書面行為であって、原則としてその結果として手形上の債務の負担を生ずる法律行為であるといえることができる。⁽⁵⁾

手形の振出は手形を創造する基本的手形行為であって、約束手形の振出は為替手形の引受と同じく、手形金額支払債務の負担を目的とする単独行為である(通説)。また為替手形の振出は、社会観念としては、為替手形であることを認識してこれに署名することであり、法律的には受取人に一種の期待権を与える意思をもってするところの単独行為である一種独自の法律行為といえることができる。したがって為替手形は、引受を法定条件とするところの支払人に対する支払請求権、および引受拒絶または支払拒絶のときの償還請求権、という択一的な権利を表彰すると解することができる。⁽⁶⁾

手形振出成立の形式的要件として証券の作成および署名が必要であるが、この振り出された手形が表彰する権利すなわち手形上の権利の設権性につれてふれておく。

手形に表彰される権利は振出(あるいは裏書・引受など)という証券的行為(手形行為)によって創造されたものであって、このような証券的行為がなされないかぎり、手形上の権利は成立することがない。したがって手形はいわゆる設権証券に属し、また権利の移転・行使のみならず、その発生も証券によりなされることが必要であるから完全有価証券ともいわれる。⁽⁷⁾

遺言や会社の定款などは設権証券といわれるものである。この場合には書面

ことに要式の書面の作成が実体法上法律関係が成立するための要件とされ、したがって証書が作成されないかぎり法律関係は成立しない（民960条・967条以下、商62条・63条・166条など）。しかし、これは単に法律行為の方式として書面の作成が要求されているにすぎないのであり、これに対して有価証券の場合には書面が権利を表彰し、したがって権利の移転や行使に書面が必要とされている。もっとも通説によれば、有価証券は権利の発生・移転・行使の一部が証券によってなされることを要すれば足りると説かれているが、この通説にあっても、権利の発生のみについて証券を必要とするにすぎないものを有価証券と考えてはいないと思われる。⁽⁶⁾

各手形行為については、それぞれ固有の方式が定められているが、そのすべてを通じて、その行為者を表示することは必ず必要であり、しかもそれは、他の事項がどのような方法で記載されてもよいのに対し、必ず署名一本来の署名のほか記名捺印をもふくむ(手82条)一の方法によってなされなければならない。⁽⁶⁾

署名とは、自己の氏名もしくは商号その他自己を表示するに足る名称を自署すること、または、このような名称を記載して捺印することをいう。⁽⁶⁾

この署名の法的性質は、どのように考えればよいであろうか。通説はつぎのようにいっている。すなわち、署名は事実行為であって法律行為ではない。すなわち法律行為である手形行為の形式であって、署名以外にはなんらの記載をも必要としない手形行為(手13条2項後段・25条1項後段)があっても、署名行為自体は事実行為であって法律行為ではない。したがって署名のみの代理はありえない。というのは代理は法律行為についてのみ存するものだからである。また署名は手形行為の絶対的必要条件であって、他の行為または方法をもってこれに代用することはゆるされない⁽⁶⁾、と。

しかし、署名は事実行為であり、法律行為であるところの手形行為の形式であることにはちがいはないが、さきに述べたとおり、手形上の権利を証券的権利であるとし、手形行為を証券的行為であるとするならば、署名の意味は、ある一定の内容の手形行為をする意思表示について、その表示行為を完結するものであると考えなければならないのではなかろうか。

約束手形の振出についていえば、いくら金額を、いつ、どこで支払うということを約束するのであるが、この約束は自分がするのである、自分がその手形の主たる債務者となるのである、ということを表示するものと考えなければならぬのではなからうか。手形行為が証券的行為である以上、口頭でもってどのように約束手形の振出を約束し、また手形上の主たる債務者となることを約したとしても、これでは手形予約にはなるかも知れないが、手形上の権利は発生することなく、また、手形上の主たる義務者となることもない。手形上に一定の記載をするとともに、これにみずから署名してはじめて手形が振出され手形上の主たる債務者となるのである。

ここで手形行為になぜ署名が要求されているか、という問題をとりあげるがその理由について三つのことになった見解がある。まず第一は、客観的理由とならんで主観的理由をもあげる説であって、多数説であり、つぎのようにいう。すなわち、主観的理由とは、手形行為者をして手形上の責任を負担すべきことを自覚せしめるため、特に慎重な手続である署名をさせるべきものとしたことをいい、客観的理由とは、手形行為者に固有な筆蹟または印影を手形面に顕出させて、手形取得者をして手形行為者がなにびとであるかを確知させるとともに、手形行為の偽造を防止する目的のもとに署名を要求したことをいう、¹⁰⁰と

つぎは客観的理由のみをあげる説であって、つぎのとおりである。すなわち署名または記名捺印は行為者を確認する方法として最も確実なものなので、法は手形行為につきこれを要求した。ところで法が署名を要求した理由については、署名が行為者の同一性を確認する方法として適当であるという客観的理由のほか、行為者を慎重にさせるという主観的理由が掲げられ（伊沢 p.65, 石井 p.166 など）、後者をより重視するものもある。しかし、手形行為の代理の場合に代理権の授与が無方式でなされうのことを考えれば、主観的理由をそれほど重視することはできないのに対し、手形面上の記載によって行為者を確認することができなければ手形取引は混乱に陥らざるをえないから、客観的理由こそ重視されなければならない、¹⁰¹と。

第三は主観的理由のみをあげる説であって、つぎのとおりである。すなわち

自筆的署名の目的は、手形署名者をして手形上の責任を負担すべきことを自覚させるため、特にこの慎重な手続を必要としたことと（主観的理由）、今一つには、筆者に固有な筆跡を手形面に顕出させて、社会をして署名者がなにびとであるかを確認させ、もって他人の手形偽造を困難にし、手形取得者を保護することによって手形流通の安全に役立てようとするにある（客観的理由）。

しかし「手形ノ署名ニ付キ各個ノ人ノ書風ヲ緻密ニ知悉スルコトハ甚タ狭キ範囲ノ人ニ限ラルルヲ当然トシ現時ノ如ク取引ノ範囲カ無限ニ拡張セラレ手形ノ如キ流通証券ニアリテハ常ニ無数不特定人ノ間ニ輾転セラルル情況ノ下ニ於テ各人カ各人ノ手跡ノ特徴ヲ知ランコトハ到底実行シ難キコトナリト謂フヘク従ツテ現時取引上ニ於テモ手跡ニヨリ真正ノ保証ヲ求メンコトハ多クノ価値アルコトト謂フ」べきでない（東京地・大正3.2.14商判集435条16）。したがって手形流通圏が著しく拡大された現時においては、自筆的署名の意義は専らこれを主観的理由に求めなければならないのであって、その客観的理由は、すでにその価値を失ったものと解するのが相当である、⁹⁴と。

以上手形行為に署名を要する理由について、行為者をして慎重ならしめるためであるとか、あるいは手形債権者をして手形行為者がなにびとであるかを確認させるためであるとか、あるいはまた、この両者の理由を併有するものであるという説をかかげたのであるが、手形行為を証券的行為であるとするならば、前述のとおり、この手形行為をしたものはだれであるか、手形上の責任を負うものはなにびとであるか、たとえば、この約束手形を振り出したものはだれであるか、この約束手形の主たる債務者はなにびとであるか、を明確に表示するために署名が要求されているものと考える。約束手形に振出人として署名したからこそ振出人としての責任を負うのであり、約束手形に振出人として署名したもののみが振出人としての責任を負うのであって、約束手形の要件をそなえない文書に署名をしてももとより約束手形の振出とはならず、また振出人としての責任を負うこともない。ましていわんや、口頭で約束手形の振出を約したのみでは、なんら手形上の権利義務は発生しないのである。

署名は手形行為（ここでは約束手形の振出）の意思表示における表示行為で

あるからこそ、行為者をして慎重ならしめることになるのであり、また、その裏返しとして、この手形行為者（約束手形の振出人）はなにびとであるかということが手形取得者によって確知されうることになるのである。

ところで、ここで考えなければならないことは、手形行為の実質的要件としての意思表示に関してである。手形行為が有効に成立するためには、その実質的要件として、意思表示が有効に成立したことを必要とする。そのためには、行為者が手形能力をそなえていることが必要であることはもとよりであるが、さらに、意思表示について瑕疵がないということが必要である。⁶⁴⁾

それで、その意思表示に意思の欠缺や瑕疵があった場合に、手形行為の効力がどのような影響を受けるかが問題となる。手形行為に意思表示の瑕疵に関する民法の規定が、そのまま全面的に適用されるということは、近時の学説上はみとめられていないのであって、手形行為における表示主義の強化の必要から一定程度の修正を加えた適用または適用排除がみとめられている。これについての学説を大別すればつぎの三つとなる。

第一説は個別的修正説であって、手形行為についての表示主義の優越の必要にもとづき、意思表示の瑕疵に関する規定の適用の個別的修正を説き、善意者を保護しようとする説であって、その理由とするところは学説により若干の差異はあるが多数説とされている。⁶⁵⁾

第二説は交付行為についてのみ適用する説であって、意思表示の瑕疵に関する民法の規定の適用があることはみとめるが、手形の振出行為を署名行為と交付行為とに分け、相手方のない署名行為により手形債務は成立し、相手手のある交付行為により手形債権者は権利を取得するという手形理論をとるので、交付行為についてだけ意思表示の瑕疵に関する民法の規定が適用され、したがって手形債務が成立しないことがおこりうるが、この場合にあっては表意者は表見責任を負うとする。⁶⁶⁾

第三説は全面的不適用説（形式的行為説）であって、手形行為は行為者が手形であることを認識して、これに法定形式を具備した署名をすることによって法定の効果を生ずる形式的書面行為であるところから、行為者が内面的にどの

ような意思ないし目的をもってこれをしたかを問わないものであり、民法の一般意思表示理論は適用がないとする。⁽⁹⁹⁾⁽¹⁰⁰⁾

思うに手形行為についても、意思表示に関する民法の一般原則（民93条ないし96条）の適用が考えられるが、元来民法の意思表示の規定は、売買だとか、貸借だとかというような、固定しかつ特定した当事者の間の法律関係を予定して、その間における当事者間の公平妥当な解決をはかっているのであるから、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、表示行為に重きをおく表示主義をいくらか導入しているにすぎない。

ところが手形行為は、本来不特定かつ多数のものの間を転々流通する証券に関する行為であって、その流通性を強化するために善意の手形取得者の保護を第一義とし、そのつぎに手形行為者の保護を考えなければならないので、民法の立場以上に表示主義を重視する必要がある。それで原則として民法の原則の適用をみとめながら、手形の流通性強化を要する特殊性により、表示主義にもとづく相当大きな修正（錯誤・強迫のように意思主義によっている場合に対する）をみとめるのが正当である⁽¹⁰¹⁾，とするのが多数説である。⁽¹⁰²⁾ この考え方は手形行為の特殊性をとらえた妥当なものであると考えられるが、なお一步を進めて、手形行為が証券的行為であるとする点を徹底すれば、未だ不充分であるという批判を免れることができない。

手形行為は証券的行為であるから、その行為は手形面上になされなければならないのであり、したがって手形外においてなされ手形面上に表現されていない行為は、手形行為としてはならん考慮されないのである。かりに手形行為をするにあたって、実質的に意思の欠缺あるいは瑕疵があったとしても、この手形行為は心裡留保による、または虚偽表示による、または錯誤による、あるいはまた詐欺・強迫によるものであるということは、手形面上に表示されるものではなく、通常の正常な手形行為がなされるだけである。

手形上の権利義務の関係は手形証券上の記載によってのみ判断すべきものであり、証券上の表示が唯一絶対的な意思表示であると考えなければならない。このように手形行為を証券的行為であるとする以上は、手形行為には原則とし

て民法の意思の欠缺や瑕疵に関する規定は適用がないとしなければならない。しかし、これはあくまでも原則であって、例外として考慮しなければならない場合がないではない。それは、実質的に意思の欠缺または瑕疵があったということを知っている相手方、または直接の当事者間においては民法の当該規定が適用されるということである。

さて、つぎに、いよいよ、手形の振出とはどのような状態になったことをいうのか、ひいては手形証券はいつ手形上の権利を化体するのかという問題にはいる。

この問題については、創造説と発行説とにわかれており、それぞれ考え方が異なるのであるが、私見は、前にもふれたように、純粹の創造説をとりたいと思う。すなわち、手形であることを認識して、これに振出人としての署名をすることによって手形の振出が完成すると解する。この意味においては、毛戸博士がいわれるように、交付説におけるように手形の交付を必要とするものではない。そもそも債務者が手形を交付したか否かは手形面より知ることができない。故に交付がないために手形を無効とすれば大いに手形取引を阻害するであろう。また他方よりみれば、入用がないのに手形に署名して、これを手許におくようなことは商慣習に反するものであるから、このために生じた損害は、罪のない善意の取得者にこうむらせることができない。また商法のいずれの部分にも、手形上の債務の発生に交付を要する旨を規定していないのみならず、手形に署名したものは手形の文言にしたがってその責に任じなければならない。故に、もし交付をもって一条件とするならば、手形が交付以外の事由によって署名者の手をはなれたときにも、署名者は責任を負うということを規定しなければならないことになる。何となれば、手形の取得者を保護する点においては、無能力者が手形より生じた債務を取り消したときと、手形が交付以外の事由によって署名者の手をはなれたときとを区別しなければならない理由はないからである。したがって手形上の債務の発生には手形の交付を必要としないことは明らかである、ということはいふまでもない。

この私見に対しては、証券の作成だけで意思表示の成立要件である表示行為

があったとみとめることはできない、ことに作成者の意思にもとづかないで手形が流通におかれた場合にも、証券にもとづく債務を負担する意思が作成者の通常の意味として存在するということは考えられない、という批判が考えられる。²⁹

しかし、手形行為を証券的行為であるとするならば、その手形行為は証券面上に表示されれば足りるのであって、証券外のいかなる行為をも必要とするものではない。手形であることを認識して、手形を振り出す意思をもって、振出人として署名することによって、手形振出の表示行為は完成するものと考えなければならないのであって、振出行為については、そのほかにはなんらの行為をも必要とするものではないと考える。

この場合、手形上の権利者、すなわち受取人の立場はどうなるであろうか。通常の商取引においては、手形を振り出す場合には原則として受取人は確定しているか、あるいは選択的に予定されているのが普通であって、なにびとに交付するか、あてなしの手形振出はほとんどないと考えられる。それでは通常の場合は手形予約が存在するであろうか。存在する場合が多いであろうが、もちろん存在しない場合もあるであろう。手形振出の形式としては、受取人の名称が表示されている場合と白地の場合とがあるであろう。白地の場合でも一応は受取人は予定されているはずである。故に手形上の権利者はこの受取人ということになる。ところで手形の作成をもって手形振出行為の完了とすれば、この受取人は手形がいつ作成されたかわからず、したがって、いつ自分が権利者となったかわからないことになる。これはいかにも不合理のようにみえる。

しかし、このようなことは他にも存在しないことはないのである。たとえば民法の相続権についても、これと同じ法律関係が発生する。

相続権には二つの意義があり、全くの孤児ででもないかぎり、人は親族関係のなかにあって種々の相続権を有している。しかし、この意味の相続権は一種の期待権（条件付権利）ともいべきものであって、そういう地位にあるという抽象的な法律関係にすぎない。ところが、その親族の一員（被相続人）が死亡すれば、そ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いて、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搜索ということが考えられている（民958条参照）（遺言や遺贈についても同じことがいえる）。

手形振出における受取人の地位も、これと同様に考えてよい。のみならず、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る。ところが、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、その内容を充分に知ったうえで、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はないのである。たとえば為替手形の支払人として手形面上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義務者となるのである。

しかし振出人が手形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。なんとすれば手形上の権利は証券的権利であるから、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。そこで振出人は、受取人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。もし、これを交付しないときは、受取人は手形予約にもとづき、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ものと解する。しかし、これは手形外の問題である。

前述の批判の後段、すなわち、作成者の意思にもとづかないで手形が流通におかれた場合にも、証券にもとづく債務を負担する意思が作成者の通常の意味として存在するということは考えられない、ということは、手形行為が証券的

行為であるということを見做した考え方であると思う。手形行為は証券的行為であるから、手形の作成をもって手形振出と見え、それと同時に、証券にもとづく債務を負担する意思を表示したものとしなければならない。これは、かりに作成者の意思にもとづかないで手形が流通におかれた場合でもことならない。作成者の意思にもとづかないで流通においたものと作成者との直接の関係では、作成者は債務負担を拒否することができるであろうが、手形が流通して善意の第三者に取得されている以上は、作成者は証券上の債務負担を拒絶することはできない。この場合、証券にもとづく債務を負担する意思が作成者の通常の意味として存在するということは考えられない、というのは手形外の問題である。

また卑見に対する批判として、振出人がその署名した手形を篋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、この時点ではまだ振出人の振出の表示行為が完成したとはみとめられない、⁸⁹ということが考えられる。しかし、この場合でも前述したところと理論的にはことならないのであって、手形行為が証券的行為である以上、手形を作成すれば、たとえそれが篋底深く蔵されているとしても、振出の表示行為は完成しているのであり、したがって手形上の権利義務は発生するものと考えなければならない。しかし現在の実際の商取引から考えると、手形を作成して篋底に長く保管するということは通常考えられないことである。

さらに同様な批判として、基本手形を作成して作成者の篋中に蔵していて、作成者はいつでもこれを破毀変更できるのに、すでに手形行為は完成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として承認しがたい、⁹⁰ということが考えられる。しかし手形行為は証券的行為であるから、手形を作成した以上、その交付以前に作成者がいつでもこれを破毀変更できるからといって、手形行為は完成していないとはいえない。手形の交付前に作成者によって破毀された場合は、証券行為によっていったん成立するにいたった権利が、書面ないし方式の破毀によって消滅するにいたると考えるべきで

ある。⁽²⁾

この場合権利者である受取人の立場はどのように考えればよいか。手形上の権利は証券的権利であるから、手形の破毀によって手形上の権利も消滅する。したがって権利者としては、手形予約にもとづき、あるいは権利者として、手形の振出を請求することができ、また損害が発生すれば、その賠償を請求することができるかと解する。しかし、これは手形外の問題である。

つぎに、主な学説を批判しながら卑見を敷延してゆく。

まず、発行説に所持説を加味する説についてであるが、この説は手形の振出をもって手形作成行為と手形交付行為とより成るものであるとし、この二つの行為を分けて考えるものである。そして、手形作成行為によって手形という有価証券が潜在的に成立し、手形交付行為によって振出の意思表示の効力が発生し振出行為が完成するとする。手形作成行為によって手形が潜在的に成立するというが、これはどういう意味であろうか。手形が交付される前、すなわち未だ流通に乗せられていないところから、潜在的に成立するというのであろうか。しかし、それにもかかわらず、手形証券は完全に成立しているのではなかろうか。手形行為を証券的行為であるとし、手形上の権利を証券上の権利であるとするならば、手形は完成しているのであって、潜在的に成立するという意味がわからない。また、潜在的な手形という制度も存在しない。そして他面、交付行為をもって振出行為の一要素とするのであるが、しばしば述べたとおり、手形行為をもって証券的行為であるとするならば、手形であることを認識してその手形を振り出す意思をもって署名することで手形振出は完成すると考えなければならないのであって、手形上の権利は証券的権利であるところから、権利者をしてその権利を行使し処分することを可能ならしめるために権利者に交付されなければならないものである。

ところで、振出人が手形を作成してその手中に持っている間に、受取人が悪意で手形を振出人の意思にもとづかずに占有するにいたった場合はどう考えればよいであろうか。もちろん受取人は権利者であるから、その手形を占有することについては問題はないはずである。振出人としても、受取人に交付するこ

とは当然のことで問題はない。ただ受取人の占有取得の方法において瑕疵が存するのであって、振出人にとって不利な時期に占有を取得されたということになるのが通常であろうが、よって損害が発生したとすれば、振出人はその賠償を請求することができるものと思う。しかし、この点は手形外の問題である。要するに、この説は手形行為を証券的行為であるとするならば、不可解な説であるといわなければならない。

つぎに修正発行説について考えてみる。この説は通常の発行説を、流通性保護の方に一步を進め、さらに広義な意味に解するものであって、手形が流通証券であるところから、振出行為は相手方のない単独行為であるとし、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とき（民97条）ではなく、署名者がその意思にもとづき、署名者以外のものに交付するために、その証券の占有を手放したときと解するのである。⁸⁴

その説は、通常の発行説が、約束手形の振出は手形の受取人への交付によってはじ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、それ以外のものに交付してもさしつかえなく、また到達を要しないので、振出人の意思にもとづいて振出人以外のもの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⁸⁵とするのであるが、とにかく手形の占有を手放さなければ振出行為は完成しないとすると、いまだ手形行為が証券的行為であるということに徹底しないうみがある。おまけに相手をえらばず手放すということは、どういう解釈をすればよいのであろうか。手形取引の正常のルートからいえば、受取人に交付しなければならないのであり、受取人に到達しなければならないのであるが、受取人以外のものに交付してもよい、到達しなくてもよいというのは、どうしたことであろうか。この説は実際の理由としても流通性の強化に著しく役立つ⁸⁶というのであるが、流通性の強化に役立つという点からいえば、純粹の創造説にまさるものはないと思う。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ものに送るために、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そなえて、これに対し運送保険を付するときに、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）を算定することができ、その関係者の利益を十分に保護することができるのであって、この点は修正発行説が通常発行説にまさる実際上の長所ということができる⁸⁹ といふ。しかし、この点は純粹の創造説からいうと当然のことである。この説の創造説に対する批判、すなわち手形に署名したのみでは振出行為は完成しないということ、ならびに、手形がその作成者の手中に存して、作成者がいつでも破毀変更できるのに、手形行為は完成したとすることは作成者の意思に合しない不自然な理論であるということについては、さきに述べたところであるので、ここでは再びくりかえさない。この説に対しても、要するに、手形行為は証券的行為であり、手形上の権利は証券的権利である、したがって、民法の意思表示理論も証券的に変容されなければならない、ということにおいて徹底しないと評することができる。

つぎに、創造説に所持説を加味する田中耕太郎博士の説について述べる。田中耕太郎博士も、手形の振り出しは一個の行為ではなくて、手形作成行為と手形譲渡行為との二つから成立するとされる。そして手形の作成については、手形はまず振出人の手により一方的に作成されるとするのであるが、この場合の手形の権利者についての説明に疑問がある。

博士は、さきに引用したように、この手形についての権利者はなにびとであるかという、証券面に権利者が予定されていると否とを問わず、当初においてはその作成者である振出人自身である。振出人は自身、仮定的義務者（為替手形の場合）または自己（約束手形の場合）に対する債権者の如き地位に立つ。この後の場合は不合理のように思われるが、これは有価証券の特性より来るのであって、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、会社が自己の社債を取得する事実などをあげておられる。しかし、証券面に権利者が予定されていなくても、当初は作成者である振出人が権利者であり、振出人は仮定的義務者また

は自己に対する債権者のような地位に立つ、というのはおかしいのではないか。手形上の権利を証券的権利であるとするならば、権利者が確定されておれば、このものが当然権利者となるのであり、予定されておれば、そのものがやはり権利者と考えられなければならないのであって、作成者である振出人自身が手形上の権利者であるということは原則として考えられない。また、手形を振り出す場合は流通のためであるから、権利者が予定されていないといってもいずれは自己以外の第三者を権利者として指定することは考えられることであるから（約束手形の場合）、この場合も前述と同様に考えてよい。

博士はつづけて、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といわれる。しかし、振出人は手形上の権利者ではないから、手形の処分権は有しないはずである。振出人は手形上の権利者である受取人に手形証券を交付しなければならない。にもかかわらず、その作成した手形証券を手元においている場合には、作成者としてこれを抹消破毀することも、あるいは任意にできるかも知れない。この場合に、あるいはおこるであろう法律上の問題は、手形外において解決されなければならないことになるのであって、このことは既述したところである。

博士はさらにつづけて、この場合振出人が権利者であるというのは、振出人が支払人に対して請求を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、とされる。このことは、振出人が権利者であるという意味は、手形上の権利者というのではなくて、単なる手形証券の占有者としての権利を有するにすぎない、ということを示すものと解する。そうとすれば、博士の用いられる権利者という概念には、この両者の語義の混同があるということになり、理論的でなくなる。

そして、博士は第二段の行為として、作成された手形の譲渡が必要であるとされるのであって、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り、その権利は承継取得されるといわれるのであるが、この考え方は誤りであると思われる。というのは、振出人は手形の作成

者として手形証券の占有者ではあるが、手形上の権利者ではないからである。根本的には、振出行為を手形の作成と、その譲渡との二段の行為に分割することに賛成することができないのであって⁸⁹、手形の振出は振出人が手形を作成し、これに振出の意思をもって署名することによって完成すると思えなければならないと思う。

つぎに、同じ立場に立たれる鈴木教授の説について検討してみる。さきに引用した文中に含まれているように、教授は手形債務の発生原因について、まず第一段階において振出人の書面作成により手形上の権利が成立し、その権利が証券に結合する。つぎに、第二段階において、その最初の権利者であ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。手形の振出は正格的にはこのような二段の行為から成り立つ、とされ、また、この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、そ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、こ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のである、としておられる。しかし、この考え方については、さきに田中耕太郎博士の所説について述べたと同様に、手形の作成により手形上の権利者となるのは権利者と確定されたもの、予定されたもの、あるいは原則として作成者以外の第三者であって、手形が流通される目的のものであるかぎり、原則として作成者自身が権利者となるものではないといえることができる。だから、この説は、手形作成の最初から、かつ例外なく一般的に義務者が同時に権利者になることをとめるもので、無理な説明と考えられる、⁹⁰ という批判がなされるのである。しかし前述したとおり、署名者は手形上の権利者ということはできないが手形の占有者としての権利は、これを有するものと考えなければならない。

また、この説についても、振出という単一の行為を、二つに分割して説くことには基本的に賛成できないということは、さきに田中耕太郎博士の説について述べたとおりである。ここで田中説と鈴木説とのことなるところをみている

と、それは、田中説にあっては、証券の作成は純対内的な行為で、それにより生ずる法律関係は、まだ潜在的なものにすぎないのであり、したがって、振出人はまだ義務を負担せず、証券の交付によってはじめて義務を負担するにいたるとするのに対して、鈴木説は、すでに証券の作成によって権利が成立し、その成立した権利が証券に結合され、そしてこれを作成者自身が権利者として有するとする点である。したがって、また、手形が振出人の意思によらないで流通におかれた場合に、前者にあっては手形法第16条第2項によらず、外觀理論によって振出人の責任をみとめるのに対して、後者にあっては、手形法第16条第2項によって、すなわち権利の所属の理論によって処理することができると考える点である。なお、振出の問題からはなれるが、鈴木教授は、為替手形の引受行為の法律構成として、振出の場合と同じように、引受署名によって引受人が債務を負担し、これに対応する権利が書面に表章されることとなるが、この段階では、その権利はなお引受人に留保され、それが返還されたとき、手形所持人に帰属するものと考えなければならない⁸⁹⁾としておられるが、これに対しては、通常の場合の当事者の意思に著しく反すると思われるとの批判がなされている。⁹⁰⁾ 卑見によれば、この場合は、引受人が為替手形であることを認識して、引受の意思でもって署名したときに、手形所持人について確定的な手形金支払請求権が発生すると解することになる。このことは手形の振出の場合となんらことならない。

わが国多くの有力学説は権利外觀説の存在価値をみとめ、手形債務発生の一一般的原因とはみとめられないのであるが、振出人の交付行為がないのに手形が流通におかれ善意の第三者に取得された場合に、手形作成者の責任をみとめる場合の責任原因としてのみみとめるべきものとして、この権利外觀説を援用している。⁹¹⁾

権利外觀説は、証券作成者は証券作成という行為によって、手形債務を負担したような外觀を作り出して第三者の信頼を生ぜしめたのであるから、その作成者は権利外觀を作り出したことにつき責任のある原因を与えたかぎり、その

外観にもとづく責任を負わなければならないとする。しかし、完全な手形を作成しておりながら、なお手形上の債務を負担したような外観を作り出したにすぎないということは理解に苦しむ。

手形であるということを認識して、これを振り出す意思のもとに、みずから振出人として署名すればこそ、手形が振り出されたことになり、振出人としての手形上の債務を負担することになるのであり、だからこそ、かりに振出人の意思にもとづかずに手形が流通におかれた場合に、これが善意の第三者に取得されたならば、この善意の第三者に対しては手形作成者は責任を負わなければならないことになるのである。したがって卑見をもってすれば、この権利外観説は不要の説ということができる。

- 註 (1) 田中(誠)・前掲PP.43~44参照
(2) 田中(耕)・前掲改訂版P.112 石井・前掲P.164 伊沢・前掲P.61 大隅・前掲改訂版手形法小切手法講義P.23
(3) 大森忠夫・手形法小切手法(三和書房)P.39
(4) 松本・前掲P.43
(5) 田中(誠)・前掲PP.40~41参照
(6) 田中(誠)・前掲P.407参照
(7) 鈴木・前掲P.46参照
(8) 鈴木・前掲P.6参照
(9) 鈴木・前掲P.128参照
(10) 伊沢・前掲P.63参照, 通説
(11) 伊沢・前掲P.65参照
(12) 伊沢・前掲P.65参照, 同旨, 石井・前掲P.166 田中(誠)・前掲PP.65~66 納富義光・手形法小切手法論(有斐閣)P.107 鴻常夫・手形法小切手法講座1巻(有斐閣)PP.126~128
(13) 鈴木・前掲P.129, P.130註㉙参照
(14) 薬師寺志光・法学志林37巻P.392参照
(15) 田中(誠)・前掲P.56参照
(16) 田中(耕)・前掲P.145ff. 伊沢・前掲P.127ff. 大隅・前掲P.31ff. など
(17) 竹田省・手形法小切手法(有斐閣)P.44
(18) 升本・手形法小切手法論P.76 同・有価証券法P.114 大体同説, 鈴木・前掲P.139 石井・手形小切手法上巻(弘文堂)P.95

- ⑪ 田中（誠）・前掲PP.59～60参照
- ⑫ 田中（耕）・前掲P.143ff. 伊沢・前掲P.128ff. 大隅・前掲P.31 大森・前掲P.44など
- ⑬ 田中（誠）・前掲P.60参照
- ⑭ 田中（誠）・前掲P.45 今井宏・手形法小切手法講座1巻P.102 小橋一郎・手形行為論（有信堂）P.110 伊沢・前掲P.115 高窪利一・手形法小切手法（文久書林）P.48など参照
- ⑮ 田中（誠）・前掲P.48参照
- ⑯ 田中（誠）・前掲P.50参照
- ⑰ 鈴木・前掲P.146参照
- ⑱ 田中（誠）・前掲PP.48～49参照
- ⑲ 田中（誠）・前掲P.48参照
- ⑳ 田中（誠）・前掲P.49参照
- ㉑ 田中（誠）・前掲PP.49～50参照
- ㉒ 田中（誠）・前掲P.45参照
- ㉓ 田中（誠）・前掲P.45参照
- ㉔ 鈴木・前掲P.337参照
- ㉕ 田中（誠）・前掲P.45参照
- ㉖ 田中（誠）・前掲P.47参照

5. む す び

現時の手形振出に関する中心問題は、手形の振出が、いつの時点で完成すると考えるか、すなわち手形上の権利が、いつ手形証券に化体されるか、したがって振出人が、いつから手形上の義務を負うかという問題である。

ここで注意しなければならないことは手形行為というものの性質である。手形行為は手形証券上になされる証券的行為であり、したがって手形上の権利義務というものは手形証券上に表示された権利義務、すなわち証券的権利義務であるということであって、それ以外のなにものでもないということを忘れてはならない。したがって、意思表示理論も、民法上の一般原則がそのまま適用さ

れるのではなく、証券的に変容して適用されなければならないことになる。

したがって、手形の振出も、振出人が手形を作成し、これに振り出す意思をもって署名することによって、その意思表示が完成し、この手形を受取人に交付することは必須的事後処理であると考えなければならない。

この点において、従来の学説は、いたずらに民法上の一般的な意思表示理論にこだわりすぎているともいえるし、また手形行為が証券的行為であるということを開却したうらみがあると評することができる。

なお、本稿は、主として約束手形を眼中において論じたのであるが、約束手形と為替手形とについては、その間に性質の差異は存するものの、振出に関する理論的法律構成においては、ことなるところがないものとする。

(1972. 9 .27)