

手形行為の有因・無因をめぐる諸問題

——特に、取得者保護の主観的要件の
あり方、および、二段階説の適否——

伊 沢 和 平

- 一 序
- 二 有因・無因をめぐる諸問題
- 三 手形法一六条二項と一七条の適用関係
- 四 二段階説の適否
- 五 結 び

一 序

手形行為は有因か無因か、すなわち、原因関係の影響を受ける行為か否か⁽¹⁾、については、近時、主としていわゆる「後者の抗弁の援用の可否」の問題をめぐる、理論的争いを生じている。そこでは、従来の無因性理論を貫いて後者の抗弁の援用を認めない立場や、後者の抗弁の援用を認めるのと同じ結論は認めるが、それを導く理論としては、一応従来の無因性理論の枠内で問題を処理する立場（いわゆる「権利濫用論」）に対して、後者の抗弁の援用を認めるのと同じ結論を認めることを前提に、その結論を導くにあたっての理論として、手形行為を債務負担行為たる証券作成行為と権利移転行為たる交付行為に分け（いわゆる「二段階説」）、前者については従来通り無因性を

維持するが、後者は有因であるとする立場（いわゆる「有因説」）が有力に主張されている。

この手形行為の有因・無因の概念は、後述の種々の問題に関係してくるのであるが、従来は、それらの問題の具体的結論を説明するための概念であつたと思われるのであるが、「後者の抗弁の援用の可否」の問題では、具体的結論を導く道具として機能しはじめているのが特徴的である。このような状況において、手形行為を有因・無因のいずれと理論構成すべきかは、それら諸問題の具体的結論につき、どちらが誤った結論を導く可能性がより少ないかの観点が最も重要視されるべきであるように思われる。というのは、理論に例外はつきものであるから、例外的場合にいかに柔軟に対処しうかが理論にとつて最も肝要なことなのではないかと考えるからである。このような観点から、後述の諸問題を検討していきたいが、結論からいえば、私は、手形行為は有因（債務負担の面も含めて）と理論構成した方がよいのではないかと考えている。すなわち、事実としてみたとき、手形行為は、まずは、手形授受の当事者間でなされるのであり、そして、その当事者間においては、手形行為は原因関係を含めた手形取引の一環としてなされるものであるから、原因関係の影響を受ける有因な行為であると理論構成する方が素直であろう。このように素直に理論構成しておくことによって、後述の諸問題に柔軟に対処できるように思われるのである。手形授受の当事者間では原因関係上の人的抗弁を對抗できるが、その理由づけはともかく（不当利得の抗弁等の理由づけもなされるが）、對抗できるということ自体が、端的に有因との理論構成をすべきことを示しているように思われる。

このように有因と理論構成すべきであると考えるが、その場合に解決をせまられる重要な問題として、原因関係上の人的抗弁を對抗される者から手形を譲り受ける転得者保護のための主観的要件如何の問題がある。すなわち、この問題は、従来は、手形法一七条の問題として転得者は重過失があつても保護されると一応されていたのに対して、有因と理論構成すると、転得者は無権利者からの手形譲受にあたり、手形法一六条二項により重過失がある場

合は保護されないということに理論的にはなりそうであり、この手形法一六条二項と一七条の適用関係をどのように考えるかという問題が生ずる。また、手形行為を有因と解するにあたっては、前述のような二段階説を前提とする「有因説」（以下では、私の考え方と区別して、この説を「交付行為有因説」と呼びたい）を採用すべきか否かも問題となろう。

そこで、本稿では、手形行為の有因・無因をめぐる諸問題、その中でも特に、手形法一六条二項と一七条の適用関係、および、「交付行為有因説」の適否について検討したい。⁽²⁾

（１）手形行為の「無因性」というとき、それは異なる観点からする種々の意味合いの異なる言葉として用いられ、例えば、手形上の権利義務関係は原因関係上の権利義務関係とは別個独立の関係であることを意味するものとして用いられることもある。しかし、ここで手形行為の有因・無因を問題とするとき、そこでは、手形上の権利義務関係は原因関係上の権利義務関係とは別個独立のものであることは当然の前提としながら、原因関係の影響を受ける行為か否かを問題とする言葉として用いていきたい。なお、「無因性」という言葉の多義性については、小橋一郎「手形の無因性」手形法・小切手法講座一四二頁以下（一九六四）参照。

（２）手形法一六条二項と一七条の適用関係、および、二段階説の適否についての私の考え方の大筋については、既に、伊沢和平「手形行為と善意者保護のあり方」法学教室一四二号七〇頁（一九九二）にて述べたものがある。

二 有因・無因をめぐる諸問題

手形行為の有因・無因をめぐる議論がなされている問題としては、次のようなものがある。AがBを受取人として約束手形を振出し、これが、 $B \rightarrow C \rightarrow D$ と裏書により譲渡されるものとする。

(1)(i) 原因関係の当事者間であるAとBとの間において、BがAに対して手形金の支払請求をした場合、AはBに対して原因関係上の人的抗弁を対抗できることをどう説明するか。

(ii) (i)に関連して、人的抗弁の存在不存在をめぐるの立証責任は誰が負うか。

(iii) 同じく(i)に関連して、原因関係上の債権が時効消滅した場合、これは手形金の支払請求に対する人的抗弁事由となりうるか。

(2) CがAに対して手形金の支払請求をした場合、A・B間の原因関係上の人的抗弁の存在について善意のCに対して、Aは人的抗弁を対抗できないこと（人的抗弁の切断）をどう説明するか。

(3) (2)と異なり、Cが悪意の場合は、AはCに対して人的抗弁を対抗できること（悪意の抗弁）をどう説明するか。

(4) 前述の「後者の抗弁援用の可否」の問題、すなわち、例えば、BがCに対して原因関係上の人的抗弁を有する場合、CのAに対する手形金支払請求に対して、AはBがCに対して有する人的抗弁を援用することができるかの問題、をどう解すべきか。

(5) (4)に関連して、Cから手形を取得するDを保護するための主観的要件として、BがCに対して有する人的抗弁事由の知不知につき、Dに無重過失を要求すべきか否か。

(6) 同じく(4)に関連して、前述の「交付行為有因説」のような理論構成がはたして適切か否か。

以上のような諸問題のうち、(5)は三、(6)は四において詳しく検討することとして、ここでは、まず、(1)～(4)について順次検討する。

(1) 原因関係の当事者間

(i) 原因関係の当事者間において、原因関係上の抗弁を対抗できるという結論については従来から異論はない。そして、手形行為を有因と理論構成する場合は、この結論は素直に導かれる。しかし、手形行為を無因と理論構成する場合は、なぜ原因関係上の事由が抗弁として提出できるのかの説明が必要となる。

これにつき無因説の論者からは、不当利得の抗弁で説明がなされるのが普通である。すなわち、前記の例で、仮

に、Bの手形金請求に対してAが支払わなければならないとすると、Aは支払をなした後、原因関係上の事由を主張して不当利得による返還請求をBに対してなすこととなり、二重手間となるのであって、したがって、Aは、はじめからBの手形金請求に対して不当利得の抗弁を対抗できなければならない。しかしながら、前記の結論を導くための説明としては、無因説のこの説明は迂遠であることは否定できない。

(ii) このように、原因関係の当事者間の法律関係は、手形行為を有因と理論構成する方が説明しやすいように思われるが、ただ、A・B間においても、Aの方が原因関係上の抗弁事由が存在することの立証責任を負うから、このことを説明するにはやはり無因と理論構成する方がよいとの考えもありうる。⁽³⁾

しかし、Aの方が立証責任を負うとしても、それは、A・B間に手形が授受された以上、有効な原因関係が存在するであろうとの蓋然性が高いことに基づくものと考えらるべきであって、手形行為の無因性といった理論で導くべき結論ではなからう。⁽⁴⁾

これに関連して、無因説の論者から、原因関係欠缺の抗弁につき、手形行為の無因性を理由として、Aは一切の原因関係のないことの立証責任を負うといった議論がなされることがある。すなわち、「手形債権が抽象無因の債権であって、原因関係から独立して発生し移転するものであれば、手形債権者としてはその原因関係の主張を必要としないで手形上の権利の請求をなし得、却って右原因関係不存在の事由が人的抗弁としてのみ手形債務者において主張立証すべきものである。……手形債務者の主張すべき主要事実の原因関係の不存在であって、通常は特定の原因を指定し、その原因の不発生ないし消滅をいうであろうが、このような特定の事実の不存在は右主要事実を理由あらしめる基礎となるべき一の事実であり、手形債権の無因性から手形債務者としては右主要事実の立証を尽くすためには、当該当事者間における手形を授受すべき原因の不存在ないし消滅の一切を立証しなければならないといふべく……」⁽⁵⁾との主張がなされる。この主張は、無因説を前提に、かつ、立証責任を法規の形式・論理的構造によ

り分配する従来の通説の立場を非常に形式的に適用しようとするものであろうが、実質的にみて、あまりにAに酷となるのではないか。たとえば、この主張によれば、Aが特定の原因関係を指定して、その不存在ないしは消滅を主張し、それに対して、Bがそれとは他の原因関係の存在を思いつくまま次から次にあげたような場合、Aは、自分の主張する原因関係の不存在ないしは消滅だけではなく、Bの主張する他の原因関係の不存在ないしは消滅をすべてについて立証しなければならぬといったようなことになる。

思うに、この原因関係欠缺の抗弁の問題は、初めから原因関係が不存在の場合と、初めは一応原因関係が存在したが、後に消滅等により欠缺するに至った場合とを分けて考察した方がよいであろう。後に消滅等の場合（原因関係上発生すべきであった債権債務が手形行為の後に不発生に終った場合を含む）は、Aがある特定の原因関係を示した上で、消滅等の事実を立証すれば、原因関係が二つ以上あることは通常ないから、Aは一応立証責任を尽したとすべきであり、⁽⁶⁾他の原因関係も存在するというのなら、Bの方でその事実の立証責任を負うとすべきであろう。これに対して、当初から原因関係が不存在の場合というのは、そもそもこれがどういう場合をさすのかわかりにくい。

手形行為をなす場合に、原因関係がないということは通常ありえないはずであつて、少なくとも、手形行為者は何らかの法律関係を原因関係と考えて手形行為をなしているはずであるからである。⁽⁷⁾そこで、この当初から原因関係が不存在の場合というのがあるとすれば、Aが原因関係と考えていた法律関係が客観的には存在しなかった場合をさすということになるかと思われる。そうすると、Aはある特定の法律関係を原因関係と考えていた旨の事実とそれが客観的には存在しなかった旨の事実を立証すべきこととなり、Aがこれらの事実の立証に成功したときは、後に消滅等の場合と同様にして、手形行為者が二つ以上の法律関係を原因関係と考えて手形行為をなすことは通常ないから、今度はBの方で、Aが他の法律関係も原因関係と考えて手形行為をし、その法律関係は原因関係として存在している旨の事実の立証責任を負うということになるのではないかと思われる。⁽⁸⁾

いずれにせよ、Aが一切の原因関係の不存在いしは消滅を立証しなければならぬということにはならず、無因性理論を採った場合の論理的帰結通りにはならないと考えるべきである。

以上のように考えると、立証責任の問題に関連して原因関係の当事者間に手形行為の無因性を認める必要性はないと思われる。

(iii) 次に、やはり当事者間の有因・無因の問題に関連して、原因関係上の債権が時効消滅してしまった場合、これが手形債権の支払請求に対する人的抗弁事由となりうるかの問題がある。この問題について、判例・多数説は、原因債権が弁済等によって消滅した場合と同じく、人的抗弁事由となると解している。⁽⁹⁾これに対して、最近では、原因債権の時効消滅は人的抗弁事由にはならないとする説が有力である。そして、その理由としては、①手形債務が負担されるときは、原因債務の時効には煩わされないというのが当事者の意図であること、②原因債権が時効消滅したときは、弁済により消滅した場合と異なつて、債権者が手形金の支払を受けても、不当利得があるとはいえないこと、などがあげられる。⁽¹⁰⁾

ところで、これを手形行為の有因・無因との関連でみれば、人的抗弁事由となるという判例・多数説の結論は、手形行為を有因とした方が導きやすいし、人的抗弁事由とはならないという最近の有力説の結論は、無因との立場からの方が導きやすいといえよう。

しかしながら、私は、この問題の結論としては、人的抗弁事由にならないと考えるべきであるが、その結論を導くにあたっては、手形行為を無因とする必要はないと考える。すなわち、手形行為の無因性によりこの結論を導く立場は、通常の原因関係上の人的抗弁を(1)(i)で前述した不当利得の抗弁で説明し、原因債権の時効消滅の場合には不当利得が生じないから、無因性によりストレートにこの結論が導かれるといった説明をするのであるが（前記①の理由もさることながら、②の理由を重視する）、これはむしろ、当事者間の通常の意味解釈（前記①の理由）から導か

れるべきものであろう。つまり、原因関係の当事者間の手形授受の通常の意味からすれば、手形を授受しながら手形債権の消滅時効前に結局手形債権を時効にかけてしまったのと同様な法律効果が生ずるなどということは予想外のことであり、したがって、たとえ原因債権が時効にかかった場合でも、それは人的抗弁事由とはならないと解すべきである。

ところで、一般的にいつて、手形行為が原因関係によりどのような影響を受けるかの問題は、ちょうど原因関係が手形の授受によりどのような影響を受けるかの問題が当事者間の意思解釈の問題であるのと同じように、これも当事者間の意思解釈の問題であると私は考える。したがって、私は、前述一のように、原因関係の当事者間においては、手形行為も原因関係と一体となった手形取引の一環をなすものである以上、一般に原因関係上の事由は手形行為に影響を及ぼすというのが当事者間の通常の意味であるという意味において、手形行為は有因と解すべきであると考えてるのである。そして、本問の場合は、その当事者の意思が特殊な場合に該当するのであり、有因との一般的理論の例外をなす場合ということになるう。

(2) 善意の第三者との関係

AはBに対抗しえた原因関係上の人的抗弁を善意のCには対抗できない（人的抗弁の切断）という現象は、手形に特徴的なことであり、それ故に手形行為は無因であるという説明がなされてきた。確かに、この手形に特徴的な現象を説明するためには、手形行為は無因であると理論構成した方がうまく説明はできる。しかしながら、特徴的といっても、善意の第三者との法律関係を基本にして手形行為の性質を理論構成すべきものであろうか。前述一のように、Aの手形行為のなされる状況を事実としてみた場合、まずAB間の原因関係に基づいてAB間で手形が授受されるのであり、Cは次に登場する人物にすぎない。とすれば、やはり手形行為についての理論構成は、このAB間での法律関係を出発点とすべきであり、基本に据えるべきではないか。そうすると、(1)で論じたように、手形

行為は有因と理論構成すべきことになる。ただし、善意の第三者Cとの関係でも有因との理論を貫くと手形取引の安全を害し手形の流通性を阻害する。そこで、手形取引の安全の必要性からこの理論を修正せざるをえなくなるが、「手形取引の安全」という納得のいく修正理由がついている以上、この修正にはそれほど問題は生じないように思われる（なお、後述四(1)のように、私は、この修正は「権利外観理論」によればよいと考える）。一般にこのような修正に対しては、その基準がはつきりせず法的安定性を害するといった批判がなされるが、本問題の場合、その修正理由自体は「手形取引の安全」というのはつきりとしたものであるし、また他面、このような修正の仕方をするこ
とによって、「手形取引の安全」の必要性の範囲内においてのみ修正すればよいとの処理ができ、柔軟に対応できる点においてはむしろすぐれているところもあるのである。

以上、善意の第三者との関係では、無因と理論構成した方が説明しやすいことは認めざるをえないが、有因と理論構成しても、きちんとした理由での修正により対応できるのであり、この修正はそれほど大きな欠点であるとは思われない。

(3) 悪意の第三者との関係

第三者CがA B間の原因関係上の人的抗弁の存在につき悪意で手形を取得した場合は抗弁は切断されない（悪意の抗弁）。この結論は、私のように手形行為を有因と解する立場からすれば、Cが善意でない以上A B間で有因であったAの手形行為の効力を修正する必要がない（抗弁を承継する）からであるとの説明で十分ということになる。これに対して、手形行為を無因と解する立場では何らかの修正をする必要があるが、A C間であるから、(1)で前述したような不当利得の抗弁は用いることができず、Cの権利行使の不当性に着目して、権利の濫用にあたる、⁽¹²⁾あるいは、Aから一般悪意の抗弁の對抗を受けるといった理由で修正がなされている。

しかし、手形行為の無因性を前提とした場合、何故にCの権利行使が不当なのか。単に「悪意取得者」というこ

とだけでは意味をなさず、結局は、悪意といってもA B間の原因関係上の人的抗弁につき悪意で取得したことが不当性の理由となるのであろうから、源にまで遡ればA B間の原因関係に行き着いてしまう。このようにA B間の原因関係上の理由を不当性の根拠とすることは、手形行為を無因としていったんは原因関係を無視する理論構成をしながら何故にこのような理由が復活するのか、その根拠が問われるように思われる。

(4) 後者の抗弁の援用の可否⁽¹³⁾

B C間に原因関係上の人的抗弁が存在する場合、AはCの支払請求に対して、BがCに対して有する人的抗弁を援用できるか、について、従来の伝統的な考え方においては、手形行為の無因性および人的抗弁の個別性の故にこれを否定していた。⁽¹⁴⁾すなわち、B C間に原因関係上の瑕疵があっても手形行為は無因であるからCは手形上の権利者である（無因性）。この権利者であるCの請求に対して、原因関係の直接の当事者であるBは人的抗弁を対抗しうるが、人的抗弁はBが自己の原因関係に基づいて主張しうるものであるから、AはBの有する人的抗弁を援用することは許されない（人的抗弁の個別性）というわけである。

これに対して、原因関係の無効・消滅の場合、CはBに手形を返還しなければならぬにもかかわらず、Cがその手形でもってAに対して支払請求をする不当性に着目して、Cの権利行使は権利の濫用にあたり許されないとの説が有力に主張されるに至り、⁽¹⁵⁾現在の判例はこの立場を採用している⁽¹⁶⁾（権利濫用論）。この立場は、Cを一応手形上の権利者とはしながらも、その権利行使を権利濫用とするものであるから、手形行為は無因としながらも、人的抗弁の個別性に関しては後者の抗弁の援用を認めるのと同様の結論を認めるものといえよう。

同じく同様の結論を認めるものとして、手形行為を債務負担行為たる証券作成行為と権利移転行為たる交付行為に分け、前者は無因であるが、後者は有因であるとし、有因である交付行為が原因関係の影響を受けるので、Cは無権利者であり、Aから無権利の抗弁の対抗を受けると理論構成する立場（交付行為有因説）も有力に主張されて

いる。⁽¹⁷⁾

思うに、原因関係の無効・消滅の場合、通常CはBに手形を返還せねばならない立場にあるのであるから、Aに對して支払請求することは許されないとすべきである。CのAに對する請求が認められるとすれば、Cは不当な利得を得ることになる。後者の抗弁の援用は許されないとする従来の立場に立つ反對説は、Cが不当に利得しても、BからCに對する不当利得返還請求により解決すればよいとするが、Cの不当性に着目したとき、一時的にせよなぜわざわざCに不当に利得させる必要があるのか疑問である。この問題を、Bが遡求義務に基づき、手形の受戻なしにCに支払をなした場合と比較してみると、受戻なき支払の場合、Bによる支払の結果Cは手形上の権利者ではなくなるから、Aに對して支払請求することはできないと解すべきことになろうが、このようにCの手形債権が消滅した場合と比べたとき、Cの原因関係上の債権が消滅した場合も、実質的には異なるところはないのではない⁽¹⁸⁾か。

以上のように、AはCの支払請求を拒める（BC間の原因関係上の人的抗弁を援用できる）と解すべきであるが、AがCに對して支払をなそうとするのであれば、その支払免責については、手形法四〇条三項所定の悪意がAに存在しない限り、Aは支払免責を得られると解される⁽¹⁹⁾。このようにAは広く支払免責を得られるので、Aにそれほど負担をかけるとは思われないが、反對説からは、AがCに支払えば一切免責されるのとくらべれば、Aにとって迷惑であることは否定できないし、また、BC間の原因関係の無効・消滅に関して争いがある場合、AC間の訴訟でそれを争わせるよりも、AにはCに對して支払をなさせておいて、真の紛争の存するBC間の訴訟で決着をつけさせた方が適切であるとの主張がなされる⁽²⁰⁾。しかし、Aは、本来、Cが支払を受けるにふさわしい者である場合にのみ、Cに支払をなすべきなのであるから、この程度の負担はやむをえないのではないか。また、Aのこのような負担は、BC間の裏書行為自体に意思表示の瑕疵があった場合や盗難・紛失等によりBの裏書行為の交付が欠缺して

いる場合等には、当然認められていることであつて、原因関係の無効・消滅の場合にのみ生じうる問題ではない。

ところで、B C間の原因関係が無効・消滅の場合であつても、Cの立場を特に保護すべき理由があつて、CはBに手形を返還する必要のないような場合は、CのAに対する請求が許されることもありえよう。例えば、CがBに對して、原因関係上の債務の履行として目的物を引渡していた場合、原因関係の無効・消滅によりCはBからこの目的物の返還を受けうるはずであるが、その返還（履行の提供）をいまだ受けていないときは、この返還請求権を担保する趣旨でCはこの手形を利用することができ、Aに對して支払請求することができる⁽²¹⁾と解すべきである。すなわち、Cは、Bから目的物の返還について履行の提供を受けるまではBに手形を返還する必要はないが、その間は、あえて手形と引換えにBに對して目的物の返還を求めないで、Aに對して手形の支払請求をすることが許されると解すべきである。これは、B C間の原因関係が無効・消滅の結果、B C間の裏書行為はその当初の目的を失つたので、Cは一応はBに對して手形の返還義務を負う（したがって、Bから目的物の返還の履行の提供を受けたときは、Cは手形の返還をしなければならない）のではあるが、Bが目的物を返還しようとしな⁽²²⁾い等、Cが保護されない可能性があるので、特に、手元に残っている手形を利用する権利をCに与える必要があるのと理解することができよう。同じく、例えば、CがBの原因債務を免除したことにより原因債務が消滅したような場合、CはBの手形債務も免除するというのが通常の意味であろうが、Aの手形債務は免除しない趣旨であることは十分考えられる。このような場合は、CはBに手形を返還する必要はなく、Aに對して支払請求ができると解される⁽²²⁾。

さて、以上のように、B C間の原因関係が無効・消滅の場合、基本的にはAはCの請求を拒めると解すると、この結論は、手形行為は有因と理論構成する方が導きやすいことは明らかであろう。手形行為を無因と理論構成すると、同じ結論を導くためには、権利の濫用という理由での修正をしなければならないし、また、従来の立場のように、人的抗弁の個別性を貫いて、AはCの請求を拒めないという誤った結論を導く可能性もある。

ただ、Cが原因債務の履行として引渡しした目的物の返還をいまだBから受けていない等の場合AはCの請求を拒めないことを有因の立場からどのように説明するかであるが、Cを特に保護すべき理由がある場合には、有因との理論構成も修正されるというほかないであろう。この修正であるが、原因関係の当事者間においてさえも、二(1)(iii)で前述した場合(原因債権が時効消滅した場合)のように修正すべき場合が生じうるのであるから、CB間で生じた原因関係上の事由が、CA間の手形関係に影響を与えるか否かという本問題においては、法律関係の相対性ということもあり、むしろ修正すべき場合が生じうるというのは当然ともいえるかもしれない。ただし、このような修正をしなければならないからといって、原則は有因という理論構成を逆転させなければならないことはあるまい。すなわち、CがBに対して原因債務を履行していない場合は、CはAに対して請求できないし、原因債務を履行済の場合でも、Bから目的物の返還(履行の提供)を受けた後は、やはりCはAに対して請求できないのであり、原則としてBC間の原因関係の無効・消滅の影響を受けるということについては、これを否定できないように思われる⁽²³⁾⁽²⁴⁾⁽²⁵⁾からである。

(3) 手形行為の無因性は、原因関係の当事者間でも準証責任の転換となって表われるものとして、伊沢孝平・手形法・小切手法二四八頁(一九四九)、大野実雄「振出人と受取人との関係」手形法・小切手法講座二二四頁(一九六五)、等。

(4) 立証責任については、その分配基準をめぐって、近時の民事訴訟法学会の論争が存在する。ここでは、事実の存否不明の場合をいかに処理するかを議論の出発点にして立証責任の分配を論ずる(結果責任的証明責任)立場(その中で、従来の通説は、法規の形式・論理的構造を基本として立証責任の分配をすべしとするのに対して、近時の有力説は、法規の形式にとらわれず、証拠との距離・立証の難易・蓋然性等の実質的要因による利益衡量により立証責任を分配すべしとする)に対して、事実の存否不明の場合の処理の必要性からの分配という観点はやめ、立証責任も行為規範としての実体法規範を反映すべきものとの観点から、一定の事実の証明について、自ら主導権をとり、行為責任を尽さなければならぬという不利益・負担として立証責任を捉える(行為責任的証明責任)立場が主張されている。私は、行為責任から立証責任を捉える立場をとりたいが、その場合、「立証責任」という言葉は、従来の「結果責任的証明責任」の立場よりは通常広い意味で用いることになる。というのは、従来は、主要事実といわれるものだけについて立証責任を問題としていたが、「行為責任的証明責任」の立場からは、もっと細かい事実についての立証についても、それを区別することなく立証責任の問題として考えればよいからである(従来は、それは「立証の必要」の問題

として、異なるレベルの問題であるとされていた)。本稿の立証責任に関する私の論述は、このような立場に立った上でのものであることをお断わりしておきたい(立証責任に関する私の立場については、伊沢和平「手形金請求における立証責任」立教法学二四号一頁以下(一九八五)参照)。

(5) 松山地西条支判昭和四九・一〇・三二判時七六六号一〇五頁。同旨、坂井芳雄・裁判手形法六四頁(一九六八)、田辺光政・手形流通の法解釈一二四頁(一九七六)、京都地判昭和六一・六・一九判タ六二五号二二三頁、等。

(6) 結果同旨、綿引末男「原因関係欠缺の手形関係に及ぼす影響」判タ二二三号四五頁(一九六八)、小林秀之・ジュリスト六四八号一三四頁(一九七七)、石原全・手形小切手判例百選(第四版)二二一頁(一九九〇)、等。

(7) 原因関係が当初から不存在という場合、手形債務者が手形行為の相手方を全く権利者とする意思のない場合に、このような不存在の主張が手形債務者によってなされることがある。例えば、相手方に手形の割引先を斡旋してもらう趣旨で、相手方を単なる仲介者とする意思で手形を裏書交付した場合に、相手方からの手形金の支払請求に対して抗弁として主張される場合である。このような場合は、原因関係を問題とするまでもなく相手方は無権利者なのであるから、手形債務者はその事実を主張立証すればよいのであって、一応相手方を権利者とする意思での手形行為の存在を前提とした上での原因関係の欠缺の主張立証の問題とは区別すべきであろう。手形行為者に一応相手方を権利者とする意思がある場合ということを前提とすれば、このような意思がある以上、少なくとも何らかの法律関係を原因関係と考えているはずである。

(8) Aの立証は、結局、手形行為をなすにつき、原因関係の存否に関連して錯誤があったとの主張立証となるのであり、これに対し、Bの立証は、Aの手形行為のなされた状況を総合的にみて、錯誤はなかったとの主張立証となる(なお、綿引・前掲注(6)四五頁も、手形を授受すべき原因が当初から存在しないとの抗弁の問題は、手形債務負担の意思表示の欠缺・瑕疵ないしは交付契約の欠缺の問題であるとする)。

(9) 最判昭和四三・一二・一二判時五四五号七八頁、等。

(10) 木内宜彦「手形の原因関係と手形抗弁(本論一)」法学新報(中央大)八〇巻一二号一二頁(一九七三)、同・手形研究四一〇号八頁以下(一九八八)、大塚龍児・民商法雑誌七九巻六号八四六頁(一九七九)、同「原因関係の時効消滅は人的抗弁となりうるか」北大法学論集三八巻五・六号一六七五頁以下(一九八八)、林靖「期限後裏書と手形抗弁」北大法学論集三一巻三・四号一八一〇頁(一九八一)、浜田惟道・手形小切手判例百選(第四版)一六七頁(一九九〇)、等。

(11) 不当利得の抗弁の承継と構成すると、このような構成は抗弁の承継を認めるのであるから、ひるがえって、(2)の抗弁切断の場合の理由づけが、無因ということだけでは済まなくて、結局「手形取引の安全」ということになってしまおうであろう。

(12) 小橋・前掲注(1)五六頁等。

(13) この問題を論じたものは非常に多い。次の文献等参照。河本一郎「手形抗弁」手形法・小切手法講座3一六二頁(一九六五)、大塚龍児「裏書の原因関係が無効・消滅の場合の被裏書人の地位」商事法の諸問題(石井照久先生追悼論文集)四三頁(一九七四)、平出慶道「手形債権移転行為の相対的有因性」商事法の諸問題(石井照久先生追悼論文集)四二九頁(一九七四)、前田 庸「手形権利移転行為有因論」現代商法学の課題(鈴木竹雄先生古稀記念)中八八五頁(一九七五)、浜田道代「手形行為に関する覚書(一)、(二)」法政論集(名古屋大)八八号三一八

頁、九〇号二五〇頁（一九八一、一九八二）、梶山 純「手形権利移転行為有因論攷（一）、（二）」八幡大学論集三三卷一・二二二頁、三三〇頁（一九八二）、早川 徹「手形法における『権利濫用論』について」法学論集（関西大）三六卷三・四四五号七二七頁（一九八六）、伊藤壽英「後者の原因関係にもとづく抗弁について」法学新報（中央大）九六卷三・四四七号七七頁（一九九〇）。

（14）大判昭和一六・一・二七民集二〇巻二五頁。従来のこの立場を原則として承認する学説として、大塚・前掲注（13）五四頁以下、浜田（道）・前掲注（13）九〇号二五五頁以下、等。

（15）河本・前掲注（13）一九六頁以下、等。

（16）最判昭和四三・一二・二五民集二二巻一三三三五四八頁、等。

（17）前田 庸・ジュリスト二四四号八二頁（一九六二）、同・前掲注（13）八八七頁以下、小西 勝「手形裏書の原因が消滅・無効のときの被裏書人の権利行使」金融法務事情三三五号二〇頁以下（一九六三）、平出・前掲注（13）四三五頁以下、等。

（18）河本・前掲注（13）一八六頁以下、一九七頁。これに対して、浜田（道）・前掲注（13）九〇号二九五頁は、受戻なき支払の場合も、原因債権が消滅した場合も、ともにCは依然として手形上の権利者であるとする。

（19）河本・前掲注（13）二〇二頁以下、等。

（20）大塚・前掲注（13）五八頁、浜田（道）・前掲注（13）九〇号二六八頁以下、等。

（21）河本・前掲注（13）二〇二頁、前田・前掲注（13）九一〇頁、等。

（22）河本・前掲注（13）一九六頁、渋谷光子「手形と権利濫用」演習商法（手形小切手）一一三頁（一九七二）、前田・前掲注（13）九〇九頁、等。

（23）CがBに対して履行した目的物の返還を受けていない場合は、CはAに対して請求ができることも含めて、統一的基準により「後者の抗弁の援用の可否」の問題を解決しようとするものとして、伊藤・前掲注（13）九七頁以下がある。この立場によると、手形は手形当事者間の原因関係上の取引の財貨転換・対価給付の均衡を目的とするものであり、後者の原因関係において、無効・取消・消滅・合意解除などの事由があっても、それ自体では抗弁を構成せず、手形金の支払が手形当事者間の対価給付の不均衡を生ぜしめる場合にのみ抗弁事由となる（一〇五頁以下）。すなわち、無因性の立場に立ちつつ、対価給付の不均衡を生ぜしめるか否かを基準に、抗弁援用の可否を決めようとするものである。

確かに、対価給付の均衡ということは非常に重要な観点であると私も考えるが、対価給付の均衡という基準だけでいくと、CB間において、履行された目的物が返還されていない場合でも、CはBに対して手形金の支払請求ができないのはなぜなのか、等の問題が生じ、CA間についてはともかく、CB間も含めての統一的基準とはなりえないと思われる、それはなぜなのかは、やはり気になるところである（この立場自身、問題を「後者の抗弁の援用の可否」に差し限り限定しているのではあるが（一〇九頁））。

（24）「後者の抗弁の援用の可否」の問題と同様、手形行為の有因・無因が関係する問題として、手形保証において、保証人は被保証人が所持人に對して有する原因関係上の人的抗弁を援用できるかの問題がある。手形行為を有因と解すると、原則として所持人は無権利者であり、保証人は支払を拒めるということになるであろうが、無因と解すると結論は分れる。手形保証独立の原則（手形法三二条二項）ないしは人的抗弁の個別性の故に抗弁の援用は許されないと立場（最判昭和三〇・九・二二民集九卷一〇号一三三三頁）もあるが、現在の判例の立場は、所持人の保

証人に対する請求は権利の濫用にあたる（権利濫用論）として、保証人が抗弁を援用しようと同様の結論を認める立場をとるものと解されている（最判昭和四五・三・三一民集二四卷三号一八二頁）。「後者の抗弁の援用の可否」の問題と対比したとき、新たに、抗弁の援用を認めない場合は求償の循環を生じてしまうといった理由も加わるが、ほぼ同様な利益状況が認められることからして、結論としては、同じく抗弁の援用を認めるのと同様の解決がなされるべきであろう。この結論を導くには、やはり手形行為は有因と理論構成した方が説明が容易である。

なお、これに対して、江頭憲治郎「手形保証とスタンドバイ信用状」現代企業法の展開（竹内昭夫先生還暦記念）一二三頁、一五〇頁以下（一九九〇）は、手形保証とスタンドバイ信用状との類似性を指摘して、手形所持人に可及的速やかに流動資産を提供する機能（流動性機能）を手形保証の制度に持たせるべきであるとの政策判断に基づき、原則として、手形保証人は被保証人の原因関係上の抗弁を援用できないとすべきであると主張する。しかし、このような政策判断をすべき必要性については、いまだ十分な説得力があるようには思われない。

（25） 私は、以前、「後者の抗弁の援用の可否」の問題と似た問題、すなわち、本文の例で、AとCが原因関係の当事者であつて、AC間の原因関係が無効・消滅等の場合、Cの償還請求に対し、BはAがCに対して有する原因関係上の抗弁を援用しうるか（「前者の抗弁の援用の可否」）の問題について、一応手形行為は無因であるとの前提に立つて、Cは手形上の権利を行使すべき実質的理由を失っているから、BはAがCに対して有する抗弁の援用ができるとした（権利濫用論）（伊沢和平「手形の遡求における償還者の地位（二）」法学協会雑誌九五卷一〇号一六一四頁（一九七八））。しかし、「後者の抗弁の濫用の可否」の問題において論じたように、手形行為は有因と考えるべきであるから、この問題においても、理論構成としては、基本的には原因関係の影響を受けてCは無権利者となるが故に、Bからこの旨の抗弁の對抗を受けるのであるとした方がよいと考えるので、このような理論構成に立場を改めたい。また、このような場合にBはCの償還請求を拒めるかについて、以前は、「Cが実質的に無権利と同視されるべき地位に立つことになる場合か否か」が基準となるとした（同・一六一四頁）が、中味は異なるものの、表現としては、「CがAに手形を返還しなければならない場合か否か」が基準となると改めたい。

三 手形法一六条二項と一七条の適用関係

二において議論したように、手形行為は有因と解した方がよいと考えるが、その際なお理論的に解決すべき重要な問題として、一でも触れたように、原因関係上の人的抗弁の對抗を受ける者から手形を譲受ける転得者の保護の要件如何の問題がある。この問題は、主として、二(4)の「後者の抗弁の援用の可否」の問題に付随して議論されており、二の例に従つていうと、BC間の原因関係が無効・消滅の場合、手形行為は有因とすると、Cは無権利者となり、転得者D保護のための規定は理論的には善意取得に関する手形法一六条二項になるはずであるが、従来原因関

係上の人的抗弁の切斷については同一七条の規定によるというのが通常の理解であったから、D保護の要件が、従来は重過失を問うていなかったのに対して、無重過失が要件となるのは不都合ではないかということである。

この問題について、私の結論から先に述べれば、そもそも一七条の解釈において、文言通り重過失を問わない解釈をすること自体が疑問であり、また、従来も一七条について実質的には重過失を問うてきたと考えられることからして、手形行為を有因として、適用条文が一六条二項となったからといって、実質的には従来と比べて要件が異なることになるわけではなく、この点について特に不都合は生じないと考える。

以下、一七条の解釈のあり方、および、判例などでの従来の一七条の解釈のされ方について検討する。

(1) 善意者保護のあり方

一七条は、一六条二項と同じく、手形取引の安全をはかる趣旨で設けられている規定であるが、手形取引の安全をはかるという場合、手形取得者の過失を一切問わないというのは正しいあり方といえるであろうか。

そこで、重過失を問うということを具体的に考えてみるに、同じく手形取引の安全をはかる趣旨の規定で、かつ、文言上重過失を問うている一六条二項において、どのようにして重過失が認定されているかが参考になる。そこでは、手形を取得するにあたって、譲渡人は無権利者ではないかとの疑いを強く懐かせる事情、すなわち、譲渡人の手形の入手経路が不自然ないしは定かでない、そもそも譲渡人の身許を知らない、譲渡人が無資力であることを知っているがその割には手形金額が高額である、手形面上の記載が改ざんされている等通常でない、等のことが複合しているような事情、が存在するにもかかわらず、その疑惑を解消するための調査、すなわち、譲渡人の手形の入手先の調査、譲渡人の身許の調査、振出人、裏書人、支払担当銀行への照会、等の調査、を怠ったことをもって重過失とされているといえる。⁽²⁶⁾

このことを参考にして、従来一七条の典型問題と考えられてきた、原因関係たる契約が解除されたとの人的抗弁

の切断の有無の問題を考えてみよう。例えば、前記の例で、DがCから手形を取得する際、Dは、BC間の原因関係たる売買契約がCの不履行により解除されることがほぼ確実であるとの事情（例えば、売主たるCはBに提供すべき商品を他から入手しなければならぬが、Cは無資力であり、満期までに商品を他から入手することはほぼ不可能であること等の事情⁽²⁷⁾）を知っていたとする。この場合、Dは、売買契約が解除されたとの事実を知って取得したわけではないから、人的抗弁事由を知って取得したというわけにはいかないであろう。しかし、Dはこのような事情を知っていた以上、非常に問題のある手形を取得することになるはずであり、そのような場合、もっと調査をして、解除に至らないかもしれないとの事情を確認しなければ手形を取得すべきではないといえよう。したがって、Dがこのような調査をしないで手形を取得したのであれば、人的抗弁は切断されない、すなわち、DはBからいわゆる「悪意の抗弁」の対抗を受けるとしなければならぬ（勿論、仮に、契約が解除されなかった場合は、そもそも人的抗弁が生じなかったわけであり、Dは「悪意の抗弁」の対抗を受けるいわれはない）。もしこのような結論を肯定するとすれば、これは、先程の一六条二項において重過失が認定されるのと同じ手法でもってDは保護されないとの価値判断が下されているのであって、一七条においても、やはり重過失は問われるべきであることを示しているように思われる。このような例などから考えて、私は、手形取引の安全をはかるといっても、手形取得者の過失を一切問わないというのは正しいあり方とはいえず、一七条の解釈のあり方としても、重過失を問う解釈を正面からすべきであると考えるのである。

(2) 従来の判例の処理

次に、判例などでの従来の一七条の解釈のされ方であるが、まず、一七条においては手形取得者の重過失は問わないというのが通説であり、判例も表現上はそのような立場をとってきた。⁽²⁸⁾しかし、一七条のいわゆる「悪意の抗弁」の成否につき、判例がどのような処理をしてきたかは検討してみる必要がある。私は、次に述べるように、判

例は、悪意ではなく重過失のみが存在するような事案であつても、悪意自体が存在するとして「悪意の抗弁」の成立を肯定する処理をしてきたと考える。以下、検討してみよう（以下に引用する判例では、B C間の原因関係上の人的抗弁につき、Dに対して「悪意の抗弁」が成立するか、という形で当事者についての符号を用いる）。

まず、先程の⁽²⁸⁾、重過失は問わないとの判示をした最判昭和三五・一〇・二五であるが、重過失にあたるべき事実が認定されているにもかかわらず、このような判示をしたものではなく、手形債務者たるBの主張に答えてこのような判示をしたにすぎないから、事案との関係では傍論である。そして、また、私の調査した範囲内においては、はつきりと重過失を認定しながら、悪意はないからとの理由で「悪意の抗弁」の成立を否定した下級審判決は見当らない。⁽²⁹⁾ せいぜい、過失は存在するかもしれないが、いまだ「悪意の抗弁」は成立しないとの趣旨の判示をするものがみられる程度である。⁽³⁰⁾ このことから、まず、判例がその事案において、所持人たるDにつき、重過失にあたる悪性を認めたときは、悪意自体が存在するとして、次に紹介する「悪意の抗弁」を肯定する判例となつてしまつてゐるのではないかということが一応想像されるのである。

次に、「悪意の抗弁」の成立を肯定した判例の中で、実際は重過失しか存在しなかったのではないかと思われるものが存在するからであるが、まず、最判昭和三〇・五・三一民集九卷六号八一頁をあげることができる。この事案を要約すると、BはCから木材を買受ける契約を結び、この売買契約を確証する意味を含めてCにあてて約束手形を振出した。Cはこの手形の割引の仲介をDに依頼し、その際、CがBに履行すべき木材は、他から入手しなければならず、その入手資金はこの手形の割引を受けることによつて金融を得るほかに方法がない事情にあることを述べた。他方、その数カ月前に、DはCから木材を買受ける契約を結び、内金を交付したが、Cの不履行によつて契約は解除され、内金の返還も得られなかったということがあった。このような情況で、Dはこの手形の割引のため奔走したが、目的を果せず、結局、自己のCに対する債権の弁済を受けるため本件手形を裏書によつて取得した

というものである。このような場合につき、最高裁は、「本件手形はBがCに対する木材売買代金債務の支払確保のため、同人に対し交付したものであるが、Dは右売買がCの不履行により結局解消されるに至るべきことを熟知しながら、敢えてCより右手形の裏書譲渡を受けたという趣旨に帰着すること明白であり」として、Dの本件手形取得は、一七条但書の場合に該当するとし、「悪意の抗弁」の成立を肯定した。

この事案のような場合、一七条の解釈のあり方との関連で前述した例のように、いまだBC間の売買契約が解除されていない段階でDは取得したのであるから、人的抗弁事由を知って取得したというわけにはいかず、むしろ、解除に至らないかもしれないとの事実を確認するための調査を怠ったという調査義務違反が問われていると捉えるべきであり、悪意ではなく、重過失のみが存在するとみられる場合につき、「悪意の抗弁」の成立を肯定した判例といえるように思われる。⁽³¹⁾

これと同じく、いまだBC間において人的抗弁事由が存在するには至っていない段階での取得につき、「悪意の抗弁」の成立を肯定する判例として、同じくBC間の売買契約に基づき手形が授受された場合につき、Cの不履行により売買契約が解除されるに至るべきことを知っていたことを理由とするもの、⁽³²⁾ 請負代金の前渡金として手形が授受された場合につき、請負人たるCの財産状態が悪化して仕事の完成が期待しえないことを知っていたことを理由とするもの、⁽³³⁾ BC間で融通手形を交換し合い、お互いにその振出手形を支払うが、他方が支払をしなかったときは、一方もそれに見合う金額の支払をしないことを約した（いわゆる交換手形）場合につき、当該手形の見合いとしてCが振出した手形が満期に至っても到底支払の見込がなく、従って、Bが当該手形の支払を拒みうる関係にあることを知っていたことを理由とするもの、⁽³⁴⁾ BC間で、C自身が割引くか、他で割引いて割引金をBに渡す趣旨で手形が授受された場合につき、Dが、Cに割引金を交付することなく、自己のCに対する債権の返済にあてるために取得し、かつ、Cの当時の経済状態を知っていたことから、手形の割引金相当額がCからBに交付される見込み

は全くないことを知って取得したことを理由とするもの、⁽³⁵⁾ などがある。⁽³⁶⁾

以上は、認定された事実自体が、「悪意」ではなく「重過失」にすぎなかったのではないかとの判例であるが、「悪意」の認定の仕方の方からみた場合に、明確には「悪意」を認定していないにもかかわらず「悪意の抗弁」の成立を肯定する判例も多くみられる。たとえば、東京地判昭和六二・六・二三判時一二三八号三一頁をみると、この判決は、原告が共通で被告がそれぞれ異なる三つの事件(①②③)につき、同日にまとめて下されたものであるが、原告Dの「悪意」を認定するにあたり、「Dは、本件各手形をCから取得するときに、既にCが右各手形を詐取してきたのではないかと疑うに足る十分な知識と情報を得ていたにも拘らず、常識では理解がたいほどに敢えて確認調査行為を怠っており、しかもそれを合理的に説明し得るような事情は存しないのであるから、Dは、本件各手形取得当時、右手形がCによって詐取されたものであること及び右行為が将来B₁の利益を害することを認識していたものと判断するのが相当である」(①事件)、「Dは、特段の事情がない限り、B₂振出手形及び小切手の割引に關与した最初から、CがB₂に対して虚言を弄して本件書換前の手形及び小切手を騙取したものであることを認識していたものと推認するのが相当であり、右特段の事情が存在するとの証拠は本件全証拠を精査しても認め難い。従って、Dは、本件書換前手形及び小切手の取得時には、それが騙取手形であることを認識していたものと判断するのが合理的である」(②事件。③事件もほぼ同旨)との認定の仕方をしている。

①事件において、判旨は、正面からDの「悪意」を認定してはならず、非常に疑惑のもたれる手形をその疑惑を解消しようとせずにあえて取得したことをもって、「悪意」で取得したにちがいないとの認定に結びつけているといえよう。この認定の仕方は、前述の一六条二項の「重過失」を認定する際の手法に非常に類似しており、この事案の場合、実は、「悪意」は認定しづらく、「重過失」しか認定しえない事案であつたのではないか。⁽³⁷⁾ 同じく「重過失」を認定する手法と類似の手法でもって「悪意」を認定する判例として、東京地判昭和二三・八・一九(判時一六

二号三〇頁）は、金融業者たるDが手形を割引く場合には振出人や支払場所である振出人の取引銀行に一応の調査をするのが通例であるのにDはこうした調査を全然していないこと等を指摘し、「悪意なればこそ通常なすべき調査手続をとらなかったものと推認するのが相当である」との認定の仕方をする⁽³⁸⁾。

また、②、③事件においても、「特段の事情がない限り」悪意を認定するのが合理的であるとするのであって、正面から「悪意」を認定できていないことは明らかである。この他にも、正面から明確には「悪意」を認定しえていない判例がみられ⁽³⁹⁾、これらの判例の事案は、実際には、「悪意」は認定しづらく、せいぜい「重過失」しか認定できなかった場合であつたのではないかとの推測をしうるように思われる。その他、「悪意」を認定するにあつて、「推認する」という形で認定している判例も多く⁽⁴⁰⁾、これは、これらの事案が、「重過失」しか存在しない可能性を秘めていることを表わしているのではなからうか。

このように「悪意」の認定の仕方からみても、「悪意の抗弁」の成立を肯定する判例の中に、実際は、「悪意」ではなく、「重過失」であつたとみられる事案が多く存在すると考えられるのである。

以上みてきたように、従来の判例は、悪意ではなく、重過失のみが存在するような場合であつても、「悪意の抗弁」の成立を肯定する処理をしてきたといえよう。

ちなみに、以上のような、「悪意の抗弁」の成立要件についての従来の判例の検討結果を、同じく判例の分析を基にして一般的表式を導く、いわゆる「河本フォーミュラ」と対照してみよう。「河本フォーミュラ」の大枠としての基準の有用性は、現在通説的支持を得ているとみてよい。「河本フォーミュラ」は、「取得者が手形を取得するに当り、その満期において、手形債務者が、取得者の直接の前者に対し、抗弁を主張することは確実だという認識を有していた場合」には、「悪意の抗弁」が成立するとする⁽⁴¹⁾。この基準による場合、取得当時はいまだ抗弁事由が存在せず、満期までに存在するに至ることが確実であるとの事情を認識しているだけで「悪意」の抗弁は成立しう

るということになる。これは、前記最判昭和三〇・五・三一の事案のように、原因関係上の契約がまだ解除に至っていない段階での取得、つまり、まだ調査の余地のある段階での取得につき「悪意の抗弁」の成立の可能性を認めるものであり、やはり「重過失」を問う解釈論といえることができる。

これに対しては、いまだ解除に至っていない場合でも、解除に至ることが確実であるとの事情を認識していれば、その確実であるとの事情自体が抗弁事由であり、それは「重過失」ではなく、「悪意」であるにほかならないといった反論もありうるかと思われる。しかし、「抗弁事由」という言葉の問題となってくるが、「抗弁事由」という以上、支払を拒める事由との意味で用いるべきであり、いまだ解除に至っていない場合は、いまだ支払を拒める事由は存在していないのであるから、いまだ「抗弁事由」は存在していないとすべきであり、したがって、それについての「悪意」ということも、その時点ではありえないと考えるべきである。

なお、同じく私の立場への反論として、「抗弁事由」という言葉をこのような意味のものとして用いるのであれば、支払を拒めるというのは、満期において債務者がその旨の抗弁を主張してはじめて拒めるわけであるから、取得時においては債務者が満期に抗弁を主張するか否かは確定しておらず、したがって、私のような考えをとると、解除が既になされた後にそれを知って取得した場合でも、抗弁を主張するか否かがわからないという意味で「悪意」とすることができず、「悪意」の場合はなくなってしまうといった奇妙なことになるのではないかとの議論も考えられる。確かに、抗弁を提出するか否かは満期にならないと確定せず、それ以前に手形を取得する以上、「抗弁事由」を知って取得するということはありえないとの議論も成り立ちえないわけではなく、たとえ解除がなされた後にそれを知って取得しても、いったんなされた解除をその後取り消す等により満期において手形を支払う可能性が皆無ではない以上、その可能性を調査して取得しなかったという「重過失」のみが問題となるとの問題の立て方もありうると思う。私は、「重過失」を問うべきであるとの立場であるから、このような問題の立て方をしても

結論に影響があるわけではなく、それでもよいと思うが、言葉の用い方としては、債務者が抗弁事由を主張しさえすれば支払を拒めるとの事実が生じていれば、「抗弁事由」は存在しているとすべきであり、この事実を知って取得した場合は「悪意」の取得とすべきであろう。

以上、言葉の用い方の問題もあるが、「河本フォーミュラ」においても、支払を拒絶できる事由がいまだ存在せず、調査の余地がまだある段階での取得の場合でも、「悪意の抗弁」の成立を認めているということからして、やはり「重過失」を問うているというべきである。

以上(三)(1)・(2)、人的抗弁事由(無権利の抗弁を含めて)自体でなくとも、それにつながる周辺的事情を知っていることにより調査義務が生じ、その調査を怠ったことが非難されるという構造は、一六条二項、一七条ともに共通であつたと思われること、そして、それは共通であるべきであると考えられることから、両者ともに「重過失を問うべし」との解釈論の正当性が肯定されるように思われる。

(3) 債務者の帰責事由の重さにより区別する説

一六条二項と一七条の適用関係については、一七条においては「重過失は問わない」との理解を前提に、一六条二項は無権利者からの取得の場合、一七条は権利者ではあるが人的抗弁の対抗を受ける者からの取得の場合、と理論的に理解するのが普通である。これに対して、一七条で「重過失を問わない」のは当然の前提の下に、それは、一七条が適用される場面の方が、一六条二項が適用される場面よりも、債務者の帰責事由がより重い故であるとの発想の下に、両者の適用関係を論ずる説がある。すなわち、どの程度の帰責事由の重さを境にして両者の適用関係が分れるかについては論者により多少の差異があるものの、ほぼ、債務者の意思に反して債務者から占有が離脱した場合か否かを基準に、前者には一六条二項が、後者には一七条が適用されるとする。⁽⁴²⁾たとえば、署名後、盗難・紛失により手形が流通におかれてしまった場合は前者の問題であり、預けていた手形が預け主の意思に反して

流通してしまったような場合は、預け主の意思に基づいて預けていたのであるから、後者の問題となる。したがって、原因関係に由来する人的抗弁の切斷の有無の問題は、当然、後者の問題であるし、また、交付行為に意思表示の瑕疵（錯誤、詐欺、強迫等）があつた場合の善意者保護の問題も、瑕疵があるとはいへ、一応意思に基づいて交付したのであるからとして、後者の問題とされる傾向がある。⁽⁴³⁾

この説は、手形債務者と第三取得者との利益衡量から、両者の対応関係において第三取得者保護のための主観的要件を定めようとするものであつて、⁽⁴⁴⁾利益衡量の一つの形ではあろう。私も、利益衡量という指向自体には賛成なのであるが、このような形での利益衡量には反対である。まず、前述の私の立場からすれば、一七条において「重過失を問わない」こと自体が疑問であるが、仮に、一七条においては「重過失を問わない」として、手形債務者の立場に立つてこの説を考えた場合、この説は、ある意味では手形債務者に自己の意思（瑕疵があろうがなかろうが）に基づいた形では占有を失わないよう奨励しているのかもしれないが、手形債務者Bがたとえこのようなことに気をつけていたとしても、Bが署名した手形が結果的に流通してしまえば、第三取得者Dに重過失がなければBは責任を負わされてしまうのである。確かに、右のようなことに気をつけていた場合は、そうでない場合と比べ、後者の場合にはDが「悪意」でさえなければ責任を負わされる（一七条）のに対して、前者の場合はDに「重過失」があつた場合は責任を免れる（一六条二項）ということにはなろう。しかし、Bの力では如何ともしがたいDの主観的状況の相違によって多少責任を免れる場合が生じて、Bにとつては五十歩百歩である。このように、この説は、第三者的立場に立つて、BとDを利益衡量する場合には、ありうる一つの解釈論ではあるが、実際問題として当事者の立場に立つた場合、採るべき行動の指針としてはほとんど役に立たないという意味において疑問である。

私は、BとDを利益衡量するについては、手形取引の安全の観点から、Dが善意・無重過失の場合に、Bにどの程度の落ち度があれば責任を負わせるべきか、の形でなすべきであり、その「どの程度」が決まれば、あとは、そ

れを境に、責任を負う可能性のある場合（Dが善意・無重過失の場合）と責任を一切負わない場合とに二分すべきであると考ええる。そうすることによって、Bは採るべき行動の指針が立ちうるのである。

その他、この説のように、手形債務者の帰責事由の重さにより「重過失が問われるか否か」が分れるのであれば、手形法一〇条が白地手形の不当補充につき第三取得者保護の際の要件として「重過失を問うている」ことをどのように説明するかの問題がある。この場合、手形債務者の意思に基づいて交付され、なおかつ白地のままといい債務者の帰責事由は明らかに重いと考えられる場合であり、先の解釈論からすれば、第三取得者の重過失は問われないはずの場合である。これについては、白地手形署名者の負担する大きな危険性に対する埋め合わせである⁽⁴⁵⁾とか、署名者にとりリスクの予測計算が困難であるが故により保護に価する⁽⁴⁶⁾といった説明がなされるが、あまり説得的であるとは思われない。もつとも、この説を一貫するのであれば、一〇条において「重過失を問わない」との解釈論を展開する方法もありうるが。

(4) 一類型による処理

右のように、債務者の帰責事由の重さに対応して、重過失を問う場合と問わない場合に二分するのは適當でない⁽⁴⁷⁾と考えるが、同じく二分する従来の通常の立場、すなわち、一六条二項と一七条の適用関係について、前者は無権利者からの取得に関するものであり、後者は権利者ではあるが人的抗弁の対抗を受ける者からの取得に関するものと理解する場合、この立場によれば、一七条は権利者からの取得である以上重過失を問われるべきではないのであるとの説明になるであろうが、この説明は適當であろうか。この議論の根底には、手形は高度な流通証券として、取得者に調査義務を課すことは、とにかく望ましくないものであるという、手形法の解釈論に昔から存在する信念のようなものが横たわり、権利者からの取得において、重過失を問うのはとんでもないといった感覚が存在するように私には思われる。しかし、前述（三(1)）のように、いかに取引の安全をはかるといっても、一切の調査義務を課

さず、いかに怪しい事情が生じても知らぬ存ぜぬを通すことまでも肯定するわけにはいかないであろう。手形取引の安全は、他の一般の取引の安全とくらべより保護されるとしても、抽象的にいって、非常に怪しい事情が生じなければ調査義務は生ぜず、また、調査義務が生じた場合でも詳しい調査義務は課せられないという意味において、軽過失は問われず、重過失しか問われないという程度ではなからうか。手形における善意者保護の特殊性といっても、少なくとも取引の安全のためとの理由の下においては、私にはこの程度のことしか納得がいかないのである。このことは、権利者からの取得か否かにより変るべき性質の問題ではない。

このように、私は、第三取得者保護のための主観的要件を、重過失を問うものと問わないものの二類型に分けることには賛成できなく、重過失を問う一類型にすべきであると考えているのであるが、このことは、次のような「重過失を問う流れ」からも補強しうるように思われる。すなわち、従来、人的抗弁の切断の問題として一七条が適用されると考えられてきた、手形行為に意思表示の瑕疵があった場合の善意者保護の問題や原因関係の無効・消滅等の場合の善意者保護の問題について、近時、それらの問題の理論的分析もあって、規定の文言上「重過失を問う」ところの一六条二項ないしは一〇条の適用ないしは類推適用をすべきであるとの説がかなり増えつつあるというところである。前者の問題についていえば、たとえば、手形がB→C→Dと流れ、Bの手形行為に錯誤または強迫があった場合、民法の意思表示の瑕疵に関する規定（民法九五条、九六条）は善意者保護をはかっているが、手形行為については、この民法の一般原則には従わず、第三取得者Dを保護すべきであるとする点において学説は一致しており、近時の学説は、これを一六条二項ないしは一〇条で処理しようとするものが多い。すなわち、善意者保護のため権利外觀理論を提唱する学説は、錯誤・強迫によるものとはいえ、一応意思表示を為している以上は表意者Bに権利の外觀を惹起したという帰責事由があり、その外觀を信頼した取得者Dは保護されるべきであるとするが、この理論の根拠規定として一六条二項ないしは一〇条をあげ、その類推適用であるとする。⁽⁴⁷⁾ また、前述一の

「二段階説」によれば、債務負担行為たる証券作成行為の成立には、手形であることを認識または認識すべくして署名すればそれで足り、ここには民法の意思表示の瑕疵に関する規定の適用はなく、権利移転行為たる交付行為についてののみこれら民法の規定が適用になるので、まず、Bの債務負担行為は問題なく成立し、BC間の権利移転行為の瑕疵によりCが無権利者となるので、Dは一六条二項により保護される⁽⁴⁸⁾とする。

また、後者の問題についても、たとえば、BC間の原因関係が無効・消滅等の場合の転得者Dの保護について、前述二(4)の「交付行為有因説」によれば、Cは無権利者となるから、Dは一六条二項により保護される⁽⁴⁹⁾とする。

ところで、このように、「重過失を問う流れ」は見られるものの、現在の学説においては、「重過失を問うもの」と「重過失を問わないもの」の二類型で処理しようとするものが圧倒的多数であることも確かである。これは、少なくとも、たとえば、原因関係に由来する人的抗弁と盗難・紛失による交付欠缺の抗弁との間には、はっきりとした差異が認められるとの感覚の表われかとも思われる。しかし、私は、すべての人的抗弁（無権利の抗弁を含めて）について、調査義務が取得者に生じうるという点においては、一類型でよいと考えるのであり、その調査義務がどのような場合に生じ、どの程度の調査が必要かについては、むしろ、個々の人的抗弁ごとに異なると思うのである。つまり、たとえば、原因関係に由来する人的抗弁と盗難・紛失による交付欠缺の抗弁とを比較したとき、前者の方がより詳しい事情を知らなければ調査義務が生じないであろうことは容易に想像され、両者に差異があることは認めるが、それは程度の差であり、差異はあるものの一類型にまとめべきであるということである。

さて、私のように、一七条についても重過失を問うべしとして、一類型で処理しようという場合、一六条二項と一七条とはつきりとした要件の違いがなくなり、両者の適用関係をうんぬんする実益はほとんどなくなるのであるが、両規定が存在する以上、適用関係が区別できれば区別した方がよく、これについては、私も通常の理解と同じく、一六条二項は無権利者からの取得に関するもので、一七条は権利者ではあるが人的抗弁の対抗を受ける者

からの取得に関するものであると考える。区別する実益はといえば、B・C間に人的抗弁が存在し、Dがこれにつき悪意または重過失で取得した場合、一六条二項が適用される人的抗弁の場合は、DはBに対して手形の返還義務を負うのに対して、一七条が適用される人的抗弁の場合は、DはBに対して手形の返還義務までは負わないという違いが生ずることである。私は、手形行為を有因と解するので、原因関係上の人的抗弁を含めてほとんどの人的抗弁は一六条二項の問題となり、一七条の問題となるのは支払猶予の抗弁等ごく限られたものになる。

それでは、一六条二項または一七条で悪意・重過失が認められるのは、一般的にいつてどのような場合となるであろうか。前者についていえば、右の例で、DがCから手形を取得するにあたって認識または認識しうべきであった事情によれば、取得すべきではない手形を取得することになる場合ということになるが、これをもう少し具体化すると、少なくともCがDに手形を譲渡しようとするのであれば、BからCに対して手形の返還請求がなされるはず（既に返還請求がなされている場合も含む）である⁽⁵⁰⁾とみられるような事情を、Dが認識しまたは認識しうべき（軽過失は問わない）であった場合ということになる（ただし、結果として抗弁事由が生じなかったときは、前述三(1)のように、Dは抗弁の対抗を受けるいわれはない）。一六条二項は、無権利者からの取得の場合に適用されるといふとき、それは右のような意味においてCが無権利者と評価される場合ということである。

後者については、取得すべきではない手形とまではいかないが、Bによる抗弁の対抗を覚悟すべきであるとの事情を、認識しまたは認識しうべきであった場合⁽⁵¹⁾ということになる。

以上が、一六条二項と一七条に関する私の立場であるが、私と同じく一七条について「重過失を問うべし」とするものとして、一六条二項も一七条も、いずれも外観法理の現われであると理解すべきことを理由とするもの⁽⁵²⁾、人的抗弁の属人性を前提に、「悪意の抗弁」も手形債務者Bと第三取得者Dとの利益衡量による抗弁と解し、両当事者の利益衡量として「重過失」が問われるとするもの⁽⁵³⁾がある。前者は、私と同様な発想方法によるものであるが、

後者は、裏書による権利取得は原始取得であり、B D間の悪意の抗弁はB C間の人的抗弁とは全く別個の抗弁である⁽⁵⁴⁾との理論的前提の下に展開されるものであつて、このような理論でいくと、B D間の悪意の抗弁の成否はDが手形を取得する際の認識状況だけで決まるのであるから、結果としてB C間に人的抗弁が生じなかった場合にも、B D間に悪意の抗弁が成立してしまうのではないかといった疑問が生ずるのであり、その理論的前提において賛成できない。

(26) 詳しくは、伊沢和平「手形の善意取得と重大な過失」手形小切手判例百選〈第四版〉五〇頁以下（一九九〇）参照。

(27) 後掲三(2)の、最判昭和三〇・五・三一民集九卷六号八一頁の事案参照。

(28) 最判昭和三五・一〇・二五民集一四卷一二号二七二〇頁。これに対し、重過失を問うべしとするものとして、山尾時三・新手形法論四二頁（一九三五）、高窪利一「手形法上いわゆる悪意の抗弁」私法二〇号一一五頁（一九五八）、浜田一男・民商法雑誌四四卷五号八九五頁以下（一九六一）がある。

(29) 最高裁判決と同じく、重過失は問わない旨判示するものとして、東京地判昭和四四・八・二九金融商事判例一八八号一二頁があるが、これも重過失を認定してのものではなく、全くの傍論である。

(30) 東京地判昭和三六・二・二一判時二五三三六頁、静岡地沼津支判昭和五六・九・一判時一〇四七号一五一頁、東京高判平成元・四・一二金融法務事情一二三五号三五頁、等。この中であつて、東京地判昭和三六・二・二一は、BがCとの間の革手袋の売買代金支払のため振出した為替手形を、Dが昭和三三年二月一日にCから取得するにあたり、(イ)DはCと予てから取引関係にあり、Cに対して多額の売掛代金債権、工賃立替金債権を有していたこと、(ロ)Dは昭和三三年九月Cに対して約六〇〇〇〇双の革手袋を注文したが、右手袋は納期が延び少量ずつ納入されていたにすぎず、同年一二月当時においては未だ完納されていなかったこと、(ハ)Cは同年一〇月頃不渡手形を出したこと、(ニ)翌昭和三四年中にDがCの経営を管理するようになったこと、を認定するが、これだけでは、DがCの個々の取引について、しかもその将来の成行についてまで認識を有していたとは考えられないから、B C間の売買契約が結局不履行となる可能性なきにしもあらずとの認識は、あるいは有していたかもしれないが、右売買契約が結局不履行となり、必然の成行として解除されるであろうとの認識を有していたとは到底認めることができないとして、「悪意の抗弁」の成立を否定する。

この事案は、Dの調査義務をあるいは肯定すべき場合とも考えられなくもないが、B C間の手形振出の事情を必ずしもはつきりと知っていたわけではないし、CがBに対して革手袋の納入ができなくなる可能性が非常に高いかについても、少量にせよDに対しては納入していたこともあり、いまだ不履行の可能性が非常に高いとまでは言えないのではないかと思われる。そうだとすれば、手形流通の促進からして、取得者の調査義務はできるだけ軽減すべきであるから、Dに重過失はないとすべきであらう。

東京高判平成元・四・一二における所持人Dの認識も、この事案の場合に近い。

(31) この事案のような場合の「重過失」の立証責任はどうなるか。ここで「重過失」を認定するためには、調査義務違反の事実も認定してはじめてそれが可能となる。ところで、一般に、悪意・重過失の立証責任は、手形債務者たるBが負うとされているが、ここでは、まずBの方で、BC間の売買契約がCの不履行により解消されるに至るべき事情をDが知っていたことを立証すれば、一応立証責任を尽したとすべきであり、それが立証された場合、そのままでは調査義務違反が認定されるので、今度はDの方で、解除に至らないかもしれないとの事情を確認した（重過失はない）ことの立証責任を負うと解すべきであろう（なお、「立証責任」についての基本的考え方については、注（4）参照）。

(32) 東京地判昭和四五・一二・二六判時六二〇号七九頁。同旨、大阪高判昭和四四・八・八金融法務事情五六〇号二八頁。

(33) 最判昭和四八・三・二二判時七〇二号一〇一頁。

(34) 東京高判昭和四三・八・三〇判時五四四号八三頁。同旨、津地松坂支判昭和四〇・一二・七下級民集一六卷一二号一七五三頁。

(35) 大阪高判昭和五二・八・九判時八七六号一一八頁。

(36) なお、大判昭和一九・六・二三民集二三卷三七八頁は、BC間の原因関係たる売買契約が詐欺により取消しうべきものであったが、いまだ取消されていない段階で、Dがそのことを知って取得した場合につき、「悪意の抗弁」の成立を肯定する。この場合も、いまだ取消されていない段階での取得であるから、人的抗弁事由を知って取得したというわけにはいかず、一応「重過失」の事案ということになるかと思われる。ただし、本文に掲げた諸判例と比べると、本文の諸判例の事案では、Cの不履行について不確定要素を一応残している点と不履行になったとしてもBにより解除がなされるか否かの点において、調査の余地があるのに対し、この事案の場合は、既に取消事由はあるのであるから、あとは取消がなされるか否かの点だけであり、調査の余地はいちだんと狭い。

(37) この事案は、手形行為自体に詐欺が存在した場合であり、原因関係上の人的抗弁について「悪意の抗弁」の成立を肯定したものではない。しかしながら、ここでの検討対象は、判例の一七条における「悪意」の認定の仕方であり、この判決も一七条の問題としてこのような認定の仕方をしているものであつて、ここでの検討にあたつて十分参考となる判例といえよう。なお、原因関係に詐欺が存在する場合と手形行為自体に詐欺が存在する場合とで、理論的にはともかく、実際問題として両者を明確に区別しうるか、は疑問であろう。

(38) また、もともと「悪意」には「未必の悪意」も含まれるとの解釈論を前提に「重過失」を認定するのと類似の方法で「悪意」を認定する判例（東京地判昭和二三・一一・三〇下級民集八卷一一号二二六頁）もある。この判決の判旨は若干わかりにくいところもあるが、Dが手形を取得する際、BC間の裏書の事情については何も告げられていなかったことを認定しながらも、Dの手形取得が、対価を支払った取得でなかったこと、Cが不正直であることが明らかであること等から、Bを害するかもしれないとの疑いが強まっているにもかかわらず手形を取得していることをもって「未必の悪意」を認定している。ここに「未必の悪意」というのはわかりにくい概念であるが、「悪意」という以上「知っていた」場合に限定して言葉を用いるべきであり、この事案は、「悪意」ではなく、「重過失」が認定されているとみるべきであろう。

(39) 東京高判昭和四三・六・一八判タ二二七号二二〇頁は、BC間の原因関係が麻雀賭博によって生じた債務支払のためであつて無効であることにつき、Dがそのことを知って取得したことを認定するにあつて、「Dは本件手形が振出される以前から妹の夫であるCの自宅においてB

と面識があり、Cは麻雀好きでBがCらと麻雀をしていることを知っていたこと並びに本件手形の振出がBのCに対する債務支払のためであることを知っていたこと」などを総合的にみて、「悪意」との判断を下す。また、前掲注(32)の大阪高判昭和四四・八・八は、約束手形がBからCへ商品購入のための前渡金支払のために交付され、Cの倒産により、Cは右前渡金に対する債務を履行できなくなったが、このことを知ってDが取得したか否かにつき、判旨は、DがBC間の原因関係につき説明を受けずに取得したことを認定しながらも、取得当時既にCは倒産しており、DはCに対して回収不能の債権があったこと(本件手形の交付は右債権の弁済のためであった)、本件手形と同様の原因関係で以前にBからCに交付された、他の二通の約束手形は、いずれも満期当時契約不履行を理由にBが約束手形金の供託をし、Dは本件手形取得当時右事実を知っていたこと、等から総合判断して、Dの「悪意」を認定する。

(40) 先程の本文三(2)の東京地判昭和三三・八・一九、名古屋高判昭和三五・五・二五判時二三〇号三〇頁、前掲注(34)の津地松坂支判昭和四〇・一二・七および東京高判昭和四三・八・三〇、前掲注(35)の大阪高判昭和五二・八・九、先程の本文三(2)の東京地判昭和六二・六・二二の②事件および③事件、等。

(41) 河本一郎「手形法における悪意の抗弁」民商法雑誌三六卷四号五〇七頁(一九五八)。

(42) 鈴木竹雄・手形法・小切手法二五六頁注(三七)(一九五七)、河本・前掲注(41)五三七頁、浜田(道)・前掲注(13)九〇号二八〇頁以下、今泉恵子「手形理論と手形抗弁(三)」経営と経済(長崎大)一五〇頁以下(一九九一)、等。

(43) 浜田(道)・前掲注(13)九〇号二八〇頁以下、今泉・前掲注(42)一五〇頁以下。

(44) 今泉・前掲注(42)一四七頁以下。

(45) 河本・前掲注(41)五三八頁。

(46) 今泉・前掲注(42)一五〇頁。

(47) 伊沢(孝)・前掲注(3)一三三頁以下、田辺・前掲注(5)一九八頁以下、木内宜彦・手形法小切手法(第二版)六四頁以下(一九八二)、等。

(48) 鈴木・前掲注(42)一三七頁以下、一四五頁以下、一四六頁注(一一)、庄子良男「無権利の抗弁と抗弁制限」ロースクール一八号三三頁(一九八〇)、前田 庸・手形法・小切手法入門六〇頁以下、一九八頁(一九八三)、等。ただし、平出慶道「手形行為と意思表示の瑕疵」手形法・小切手法講座一九八頁(一九六四)、浜田(道)・前掲注(13)九〇号二八二頁は、「二段階説」を採りながらも、一七条で処理しようとする。

(49) 庄子・前掲注(48)三二頁以下、前田・前掲注(48)五〇頁以下、一九八頁、等。ただし、平出・前掲注(13)四三七頁以下は、「交付行為有因説」を採りながらも、一七条で処理しようとする。

(50) 「抗弁事由」と同義ではない。前述三(2)のように、「抗弁事由」という言葉は支払を拒める事由との意味で用いるべきであり、本文のような事情があっても、必ずしも「抗弁事由」は生じていないこともあるからである。たとえば、原因関係が解除されていない段階の取得においては、「抗弁事由」は生じていないが、この場合でも、CがDに手形を譲渡しようとするのであれば、BからCに対して手形の返還請求がなされるはずで、したがってDは手形を取得すべきではない場合は存在するのであり(前述三(1)参照)、このような事情を認識して取得しても、それは「抗弁事由」につき「悪意」で取得したことはならず、「重過失」に該当する。

(51) 従来、一七条にいわゆる「悪意の抗弁」がいかなる場合に對抗されるか（私の立場だと、そのほとんどが一六条二項にいう悪意・重過失はいかなる場合に對抗されるかの問題となる）の一般的基準については、前述三(2)の「河本フォーミュラ」や、高窪教授の、抗弁事実（私の用いる「抗弁事由」とは意味内容が異なる（高窪利一・現代手形・小切手法二八八頁注(9)（一九七九）参照））を知って取得しただけで「悪意の抗弁」が對抗される抗弁類型と、抗弁事実の認識だけでは要件を充足しえず、付加的事実がたしかに発生するであろうことを認識していた場合に「悪意の抗弁」が對抗される抗弁類型とに分けようとの基準（高窪・前掲注(28)一一四頁）などが提唱されているが、これらも一つの基準ではあると思うものの、非常に有用性を發揮しうる一般的基準が打ち立てられるかについては、私は、むしろ懐疑的である。というのも、私の立場に立った場合の、一六条二項・一七条の「重過失」は、各人的抗弁ごとに様々であり、それを単純な形で類型化することは、至難の業であるように思われるからである。本文で私の述べた一般的基準も、一応の基準を述べたにすぎない。

(52) 山尾・前掲注(28)四二頁、浜田(一)・前掲注(28)八九五頁以下。

(53) 高窪・前掲注(51)二九一頁、二九四頁注(13)、同・前掲注(28)一一五頁。

(54) 高窪・前掲注(51)二八二頁以下。

四 二段階説の適否

(1) 全体有因説

私は、一および二(1)(iii)で前述したように、手形行為も、まずは、手形授受当事者間の、原因関係を含めた手形取引の一環としてなされるものであることから、有因とした方がよいと考えるものであり、二・三においてその妥当性を論じた。このように有因と解するとしても、従来のいわゆる有因説（「交付行為有因説」）は、一で前述した「二段階説」を前提とするものであり、「二段階説」を採るべきか否かを検討する必要がある。結論としては、次に述べるように、私は「二段階説」には反対であるが、以下、まず、私の理論的立場を簡単に述べた後で、「二段階説」を検討したい。

私は、手形行為を証券作成行為と交付行為に分け、両者を性質の異なる行為とすることには反対であって、両者を一体として手形行為は有因と解すべきであると考えている（「全体有因説」）。このように理論構成した場合、たとえ

ば、BC間の原因関係が無効・消滅の場合、第三者Dの保護をどのような理論によりはかるべきかの問題が生ずるが、三(4)で前述した、手形行為に意思表示の瑕疵があった場合の第三者保護を「権利外觀理論」によりはかる立場をここでも採り、「権利外觀理論」で修正すればよいと考える。すなわち、Bの手形行為は原因関係の影響を受けて無効・消滅になるが、Bには原因関係に問題がないかのごとき手形行為の外觀を作出した帰責事由があり、また、Dはその外觀により原因関係に問題がないものと信じて手形を取得したのであるから、手形取引の安全の要請によりBはDに対して手形上の責任を負うとすればよい。そして、この権利外觀理論の根拠条文は、Dが無権利者ないしは無権利者となるはずのCから手形を取得しているのであるから、一六条二項ということになろう。この場合、手形行為全体を有因とする以上、Bの債務の成立にかかわるので、成立した権利の帰属のみの問題に適用されるべき一六条二項は適当でないとの考えもありうるが、私は、一六条二項をそれほど狭く限定して解する必要はなく、権利の成立にかかわる場合も含めて、無権利者からの取得の場合すべてに適用される規定と考えるべきであると解する。なお、このように解する結果、通常、一六条二項は、善意取得される結果不利益をこうむる者(真の権利者)の帰責事由を問わないと解されているが、権利外觀理論の根拠規定とされる場合のように、債務者の帰責事由を問う場合もあると解することになろう。

(2) 二段階説への疑問

二段階説の特徴は、手形行為のうち債務負担の面(手形債務負担行為)は、証券作成行為により完結しているところにある。こうして権利は成立していることによつて、あとは、権利移転行為たる交付行為に瑕疵があつても、善意の第三者は一六条二項により保護すればよいということになり、理論的には非常にすっきりしたものとなっている。しかし、私には、この説の理論化のしすぎによる欠点が目につくのである。以下、四点ばかりについて述べてみよう。

第一に、手形を交付する前に債務負担行為が完成、すなわち、手形上の権利義務関係が成立するというのは疑問である。手形においては、証券を所持しなければ権利行使できないこととの関係上、反面手形行為者は証券を手形上の権利者に対して交付しなければ債務を負わないというのが本来的な姿であるはずである。つまり、手形の授受がないところに権利義務関係が生じるはずはなく、手形行為も結局は人と人との権利義務関係の形式を目的とする行為であることを考えれば、手形を交付しない段階で手形行為（手形債務負担行為）が完成という原則を立てるのは疑問である。二段階説によれば、交付する前の権利者、つまり、債務負担行為で成立した債務に対応する権利者はその手形行為者自身であるとされるが、人と人との関係が生じていない段階で権利義務関係が生じているというのは無理な理論構成であろう。前記二(4)の「後者の抗弁の援用の可否」の問題において、二段階説を前提とする「交付行為有因説」の側からの「権利濫用論」に対する批判として、「権利濫用論」が、所持人たるCの権利行使がすべての手形債務者との関係で権利の濫用であるとするのなら、それは無権利ということではないか、との指摘がなされているが、この指摘は正当であり、この批判は、二段階説自身の自分が自分に対して権利を持つ（権利行使がありえない権利を肯定する）との理論構成にも同様に向けられるべきものではなからうか。

第二に、二段階説が、債務負担の面では、交付行為は関係がないとしていることは疑問である。たとえば、証券作成行為時には泥酔状態等で意思能力を欠いていたが、交付行為時には正常な状態で意思能力が認められる場合、結論的には意思能力を肯定しなければならないであろう。ところが、二段階説は、意思能力を欠く場合は債務負担行為は無効とすることに於いては他説と異なるから、この説によって証券作成時に存在した債務負担行為の瑕疵の治癒を認める必要と、この結論は導けない。そこで、交付行為時に、証券作成時に存在した債務負担行為の瑕疵の治癒を認める必要があり、この理論を修正しなければならないであろうが、これはこの理論の限界を示すものではないか。

これと関連するが、交付契約欠缺の場合につき、二段階説の側から、契約説プラス権利外觀理論を採る立場（後

述のように私もこの立場を採る）に対して、次のような批判がなされる。すなわち、証券作成時には行為能力者であった証券作成者が、その後行為能力を喪失した後証券を交付した場合と、その後行為能力を喪失した後証券を盗取された場合とを比較したとき、契約説プラス権利外観理論によれば、証券作成者は、前者の場合は責任を負わなくてよいのに対して、後者の場合は手形上の責任を負わされることになって、この結果は均衡を失するのではなからうかとされる⁽⁵⁸⁾。

しかし、そうはならないのではないか。私の考えでは、両事例とも、本来的な（瑕疵のない）手形行為がきちんとなされなかったという意味で、表見責任の成否（本来的な手形行為責任ではなく）が問題となるが、権利外観理論が成立するための要件である帰責事由は、証券の作成だけでは足りず、後述のように、作成した証券の管理義務違反が必要と解するので、両事例ともこの管理義務違反の成否が結論を分けることになる。すなわち、管理義務違反が原因で証券が流通におかれることが必要であるが、管理義務違反を問うためにはその時点で行為能力が存在することが必要であると考えから、右の両事例の場合は、ともに、行為能力を喪失した時点で、自ら交付または盗取されているのであり、管理義務違反を問うことは通常できないであろう（行為能力のある時点で管理義務違反があり、まさにそれが原因で証券が流通におかれた場合は別である。後者の事例の場合は、前者の事例とくらべ、このような場合が生じうることが考えやすいということはいえるであろう）。このように、両事例で均衡を失する結論にはならないと考える。

二段階説は、同説によれば、意思能力等行為能力の判断時点は証券作成時となるのに対して、契約説プラス外観理論の場合は、区々になることを批判する。しかし、二段階説を採っても、先程の場合のように、交付行為時に瑕疵の治癒を認めざるをえない（結果的には、交付行為時が判断の基準時となる）場合が生ずるし、また、契約説プラス外観理論を採った場合、本来的な手形行為責任を負う場合と表見責任を負う場合とで、判断時点が異なる場合が

生じても特に異とするには足りない。すなわち、本来的な手形行為責任を負うか否かについては、本来的には手形行為は証券作成行為と交付行為の両者が必要であり、かつ、交付行為の方が後の時点でなされるのであるから、交付行為時を基準とすべきである（ただし、民法五二五条による一部修正はありうる）が、表見責任を負うか否かについては、権利外観理論の要件たる帰責事由の有無を判断する時点を経済とすべきであるということになるのである。両者は責任の性格が異なるのであるから、判断時点が異なることがあってもそんなにおかしくはない。そして、表見責任が問題となる場合でも、先程の事例に関して前述したように、自ら交付するにせよ、盗取されるにせよ、基本的には自らの手元を離れるときが基準となるのであって、それ以外の時点で判断するのは例外である。

第三に、二段階説は、交付欠缺の場合、証券作成だけで債務負担行為は成立するとするが、これは証券作成だけで帰責事由としては十分との趣旨であろうが、このように割り切れるかは疑問である。すなわち、たとえば、手形を作成して嚴重な金庫の中にしまっていたが、金庫破りのプロが金庫を開け、手形が流通に置かれてしまったような場合、証券作成者に帰責事由はないとすべきではなからうか。二段階説がこのような場合も帰責事由として十分というのであれば、たとえば、署名だけを除いて他の手形要件は全部記載した手形用紙（証券作成行為はまだ完了していない）と手形振出に用いている印鑑とを、同じく、嚴重な金庫の中に一緒にしまっていたが、金庫破りのプロに金庫を開けられ、その手形用紙と印鑑とが用いられて手形に作成され、流通に置かれてしまったような場合はどう解するのであろうか。この場合は、二段階説の立場でも、証券作成行為は完了していないから責任は生じないとするのではないかと思われるが、そうすると、前者の場合と比較してこのような決定的差異が生ずるというのは疑問である。

私は、証券作成後であれ、作成前であれ、作成された手形の、ないしは、手形に作成される可能性のある手形用紙および印鑑の、管理責任こそが問われるべきであつて、⁽⁶⁰⁾それらを嚴重な金庫に保管していたのであれば帰責事由

なしとすべきであるし、机上に放置していたのであれば帰責事由ありとすべきであると考ええる。私と二段階説の論者とは、そもその価値判断自体が異なる可能性もあるが、いずれにせよ、このあたりの帰責事由の有無の判断は、きめ細かい考慮が必要と思われるのであり、その点、二段階説は、証券の作成完了か否かで帰責事由の有無を判断してしまう可能性があり、理論化のしすぎの欠点があるように思われる。

第四に、二段階説は、手形行為につき意思表示の瑕疵が問題となる場合において、手形債務負担行為については、手形であることを認識し、または認識すべくして手形の作成をすることを要するとともに、それをもつて足りるとするが、⁽⁶¹⁾「認識すべくして」の場合になおかつ手形行為としての「意思表示」が存在するというのは、無理ではないかとの疑問がある。「認識すべくして」にすぎない場合は、次に述べるように、意思表示ではなく、過失の問題として処理すべきではないか。

すなわち、私は、大きく帰責事由として括ることができるものも、三種に分けるべきではないかと考える。第一の場合は、手形行為をなすについての意思表示に瑕疵がない場合で、この場合は本来の手形行為がなされたわけで、当然のことながら権利外観理論で修正するまでもなく、手形行為者の責任が認められる。第二の場合は、手形行為をなすについての意思表示と認めうるものが一応存在するが、それに瑕疵がある場合で、この場合、帰責事由はありとしてよいが、瑕疵がある以上は本来の手形行為ではないのであるから、善意の手形取得者を保護するためには、権利外観理論で修正することが必要となる。二段階説の説くところと比較した場合、手形であることを認識していた場合は、ほとんどの場合、少なくともこのレベルの帰責事由は認められることになるうか（ただし、後述のように、手形であることを認識していても、意思表示と認めうるものがなく、帰責事由がない場合もありうる）。第三の場合は、手形行為をなすについての意思表示（瑕疵あるにせよ）と認めうるようなものが存在しない場合で、しかし、過失により有効な手形行為の存在の外観を作出してしまった場合であり、この場合は、過失があることによ

り、意思表示とは異なる次元で帰責事由ありとしてよく、第二の場合と同じく、善意の取得者保護のため権利外観理論で修正される。手形であることを認識しうべきであった場合は、通常この過失が認められるであろう。

以上、帰責事由といっても、この三種は区別して捉えられるべきで、特に、第二の場合と第三の場合とは、権利外観理論で修正されるという点では同じであっても、意思表示と過失とは、やはり区別した方がわかりやすいと思われる。

さらに、たとえば、行動の自由を奪われて拒否できない状態で手形に署名させられた場合（絶対的強迫）や、泥酔状態での署名の場合（意思無能力）のように、たとえ手形であることを認識していても、意思表示と認められるものが存在せず、かつ、過失により外観を作出したともいえない場合（前記、第二、第三の場合のような帰責事由がともにない場合）は、責任なしということが異論なく認められているが、この結論を導くにあたっては、「認識し、または認識すべくして」の基準よりは、前記、第二、第三の場合のような基準により帰責事由の有無を判断する方が説明しやすいのではなからうか。

その他、二段階説から契約説プラス外観理論に対する批判として、手形行為に意思表示の瑕疵があった場合等に、権利外観理論で修正すると、善意者のもとで初めて権利が発生することになり、有価証券理論としておかしいとの批判がありうる。⁽⁶²⁾すなわち、たとえば、AがBを受取人として約束手形を振出し、これがB↓C↓Dと裏書により譲渡されたとして、Aの振出行為に意思表示の瑕疵があった場合、二段階説によれば、Aが手形であることを認識または認識すべくして手形を作成すれば、AのA自身に対する権利がAのもとで発生するから、有価証券が作成された時点で証券に権利は載っていることになるのに対して、契約説プラス外観理論によると、Bは意思表示の直接の相手方として通常は保護されないから、Bのもとで権利は発生せず、Cが善意のとき初めてCのもとで、また、Cが悪意のときは、Dが善意のとき初めてDのもとで、権利が発生することになって、その間の、B↓Cの裏

書、ないしは、 $B \rightarrow C$ 、 $C \rightarrow D$ の裏書は、発生もしていない権利の譲渡を目的とする行為となってしまうといった批判である。

確かに、有価証券理論からすれば、証券作成の時点から権利が載っていることが望ましいであろうが、手形上に載っている権利は債権なのであるから、権利の発生時点が区々になってもやむをえなく、むしろその方が素直なのではないか。また、たとえば、先程の例で、Aの振出行為が甲による無権代理によってなされたとき（意思表示の瑕疵はないとする）、Bのところだけでなく、CまたはDのところでも表見代理の成立を認めうるというのが学説では通説であるが、この結論に従った場合、CまたはDのもとで権利が発生するとせざるをえないのではないか。この問題につき、二段階説の側からは、無権代理の場合であっても、一種の潜在的な権利が発生しており、それが裏書により移転されるとの考え方や、Aが甲の代理権を内部的に制限していた場合やAが甲に手形行為に関連して権限を与えていたところ甲がその権限を越えて手形行為をしたというような場合は、Aの手形債務はBないしC、Dの側の事情と無関係に発生するとの理論構成⁽⁶⁴⁾も試みられているが、前者は説明の便宜にすぎないと思われるし、後者も、仮にこのような場合まではAのところでの債務発生を認めたとしても、後者の説自身、たとえば、Aが甲に対して手形行為と関係のない代理権を与えた場合でも、甲に権限があると信ずべき「正当な理由」がBまたはC、Dにあるときは、AはBまたはC、Dに対して責任を負うべきであることを認め、このAの責任は権利外観理論によって認められるとするのであり、Aのもとでの権利の発生を徹底することはできないのである。⁽⁶⁵⁾

二段階説は、手形行為をなすに際しては、証券作成行為と交付行為が存在することに着目し、両行為を性格の異なる手形行為として位置づけたものであるが、証券作成行為は、手形は書面でなければならぬことから要求されているものであり、交付行為は、手形を所持しなければ権利行使できないことから要求されているのであって、それぞれの行為が、債務負担の面と権利移転の面に対応しなければならないものではない。このような対応関係が認

められるかについて、債務負担の面に関する二段階説への疑問は前述したが、権利移転の面に関しても、理論的には若干の疑義がないわけではない。すなわち、AがBを受取人として約束手形を振出し、BがこれをCに裏書譲渡した場合、二段階説のように権利移転は交付行為のみで成立するとすると、BのAに対する権利は、Bが裏書署名⁽⁶⁶⁾しなくても、Cに手形を交付するだけで移転するはずである。しかし、二段階説も、この場合、Bの裏書署名（証券作成行為）は当然必要との前提に立っているはずであり、そうであれば、権利の移転の面に証券作成行為がかかわってくることを認めることになり、債務負担行為は証券作成行為によって成立、権利移転行為は交付行為によって成立、という対応関係はやや崩れることになるであろう。

以上のようにみてくると、手形行為を証券作成行為と交付行為に分けて、前者は債務負担行為、後者は権利移転行為とするのは疑問であり、私は、両者は一体となって手形行為を構成すべきもので、交付行為がなければ債務負担は生じないと解すべきである⁽⁶⁷⁾と考える。そして、その交付行為も、手形上の権利者たるべき相手方に瑕疵なく交付されなくてはならず（契約説）、その過程に何らかの瑕疵があつた場合は、本来的な手形行為がなされていないという意味で、一応無効と考えるべきである。ただし、ある者の有効な手形行為としてその瑕疵がないかのごとき外観が生じ、その外観が生ずるにつきその者に帰責事由があり、その外観を信じた取得者が現われた場合は、その者は手形上の責任を負うとしなければならない（権利外観理論）。しかし、これはあくまでも表見責任の問題であつて、瑕疵があつた以上、本来的な有効な手形行為がなされたものとみるべきではない。

手形における善意者保護、取引の安全をはかるにあつて、二段階説は、証券作成だけで債務負担行為は完了との理論を打ち立て、これにより、善意者保護をはかるべき各種の問題に理論的に対応できるとする。確かに、この理論により説明しようとする⁽⁶⁸⁾と説明しやすい問題は多いのではあるが、私は、むしろ、この説明しやすさ故の見かけの美しさが災いして、それだけ理論を修正しづらくなり、結果として、具体的に妥当な結論を誤ま

る可能性が多いのではないかとの危惧を抱くのである。その点、権利外観理論で修正する立場の方が柔軟であつて、具体的妥当性を誤まる可能性が少ないように思われる。二段階説の側から、権利外観理論に対して、どのような場合に帰責事由が認められるのか等、修正基準があいまいであるとの批判がなされるが、無原則に修正しているわけではなく、修正原理は手形取引の安全のためであり、この原理に基づき、手形債務者たるべき者にどの程度の行為があれば帰責事由が認められるかを、善意の取得者との関係で利益衡量しているのであつて、それほどあいまいであるとは思われない。むしろ、手形取引の安全のためというわかりやすい説明に基づいて利益衡量を示される方が、証券作成行為だけで債務負担行為は完了といった理論的説明をされるよりも、納得がいくのではないか。

また、理論的側面からみても、契約説プラス外観理論は十分説得力をもつ理論であると私は考える。まず、手形行為も人と人との権利義務関係の設定を目的とする行為であると捉えるべきであるから、その典型形態たる契約の一種と解するのが一番素直であろう。そして、手形授受の当事者間でこのような契約が有効に成立すれば（これを本来的な手形行為がなされた場合とする）、あとは、その成立した債権が譲渡されていくとすればよい。これに対して、契約が有効に成立するにつき何らかの瑕疵があつた場合は、手形行為は一応無効であり、善意者保護のために権利外観理論による修正が必要となる。このように、本来的な手形行為がなされた場合と、何らかの瑕疵が存在して権利外観理論で修正せざるをえない場合とに二分することは、前者の場合には、取得者の主観的事情を問わず、責任が肯定される（本来的な手形行為責任）のに対して、後者の場合は、取得者の善意が要件となる（表見責任）⁽⁶⁷⁾という意味において、法律効果の分かれ目にそつた分類になるのであり、理論的意義を十分持つと考える。

(55) 鈴木・前掲注(42)一四三頁、前田・前掲注(48)二三頁、三二頁以下、等。

(56) 竹内昭夫「手形金請求と権利の濫用」新商法演習3手形・小切手一五五頁（二九七四）、同・判例商法Ⅱ一九五頁、一九七頁（一九七六）。また、前田・前掲注(48)五二頁参照。

(57) 鈴木・前掲注(42)一四七頁、前田・前掲注(13)九二六頁注(18)、平出慶道・手形法小切手法一三六頁以下（二九九〇）、等。

- (58) 前田・前掲注(13)九二三頁。
 - (59) 鈴木・前掲注(42)一四三頁、前田・前掲注(48)三二頁以下、等。
 - (60) 高島正夫・判例評論一六〇号(判時六六四号)三五頁(一九七二)、田辺・前掲注(5)一九五頁以下、等。
 - (61) 鈴木・前掲注(42)一三九頁、平出・前掲注(48)九六頁以下、前田・前掲注(48)六二頁、等。
 - (62) 鈴木・前掲注(42)一三八頁注(二三)、一六〇頁注(二二)参照、平出・前掲注(48)九一頁、九四頁参照。
 - (63) 鈴木・前掲注(42)一六〇頁注(二二)。
 - (64) 前田・前掲注(48)七六頁以下。
 - (65) 前田・前掲注(48)八〇頁。
 - (66) 前田・前掲注(48)三三頁参照。
 - (67) 前田・前掲注(13)九二二頁は、契約説プラス外觀理論を批判して、この説は、交付契約欠缺の場合、権利外觀理論で修正するが、その場合手形債務者たるべき者の意思表示なしで手形上の責任を認める。しかるに、帰責事由の有無を判断するにつき、行為能力の有無を問題とするが、行為能力は有効な法律行為をなしうるか否かに関するものであり、なぜ、帰責事由の有無の判断基準に用いられるのか、その根拠が十分でないとする。
- 確かに、本文で述べたように、本来的な手形行為責任と表見責任とは、責任を負うに至る理由において性格を異にするが、責任が認められた場合には、両者ともに同じ手形上の責任を負うのであり、そのような責任を負わせることのできる限界として、同様な手形行為能力は必要と判断されるのであって、表見責任の場合も手形行為能力を参考とすることに合理性はあると思われる。

五 結 び

手形行為は有因と理論構成するか、無因と理論構成するかについては、有因と理論構成する方が、二に掲げた諸問題についての具体的結論を誤まる可能性がより少ないといえるであろう。そして、有因と理論構成した場合の最大の問題点である、手形法一六条二項と一七条の適用関係(三)については、手形取引の安全のあり方として両者ともに重過失を問うべきであること、また、一七条の「悪意の抗弁」の成否についての従来の判例等の処理の仕方は、実質的には重過失を問うてきたと考えられること、から、有因と理論構成して、原因関係上の人的抗弁のうちのほとんどのものについての抗弁切断の問題が一六条二項の問題と理論的にはなつたとしても、特に不都合が生ず

ることになるわけではないといえよう。

ちなみに、善意取得の成立要件および人的抗弁切断の成立要件については、両者ともに手形取引の安全をはかる制度であることを理由に、非常に似た取扱いがなされてきた。すなわち、両者ともに、裏書による譲渡の場合でなければ適用されないこと、期限後裏書の場合は成立しないこと、取立委任裏書の場合は成立しないこと、質入裏書の場合は成立しうること、被裏書人に固有の経済的利益がない場合は成立しないこと、等である。⁽⁶⁸⁾このことは、両者を実質的には一類型のものとして捉えるべきであることを示唆しているのではなからうか。

また、有因と理論構成するとして、四で述べたように、二段階説を前提とする「交付行為有因説」は適当でなく、誤った結論を導く可能性のより少ない理論構成として、証券作成行為も交付行為も両者一体として有因とすべきであると考える（「全体有因説」）。そうすると、原因関係の瑕疵が手形行為の成立に影響を及ぼすが、善意の手形取得者との関係では、手形取引の安全の必要性からの理由で、権利外観理論で修正すればよい。⁽⁶⁹⁾

(68) その他、同じく、両者ともに、善意者の後の転得者は悪意であつても保護されると通常解されており、したがって、立証責任関係においても、たとえば、Y振出の約束手形が $A \rightarrow B \rightarrow C \rightarrow X$ と裏書譲渡されたが、A B間の裏書が偽造であつた（裏書の連続はある）、ないしは、Y A間の原因関係に瑕疵があつたという場合、YがXの支払請求を拒もうと思えば、善意取得関係では、Yは、A B間の裏書が偽造であることにつき、Xが悪意・重過失で取得したことを立証しただけでは足りず、Cも悪意・重過失で取得したことの立証をしなければならないと通常は考えられており、また、人的抗弁の切断関係では、Yは、同じく、B、CおよびXの「悪意」を立証しなければならないと通常考えられていることも指摘できるであろう。なお、立証責任関係においてのこのような結論は、善意取得関係および人的抗弁切断関係の両者ともにについて、修正されるべきであることにつき、伊沢（和）・前掲注（4）一三頁注（10）参照。

(69) 手形行為を有因と理論構成するか、無因と理論構成するか、について、原因関係の当事者間と対第三者間を分けて、前者は有因であるが、後者は無因とする立場もある（武久征治「原因関係の取消・解除と手形上の法律関係」龍谷法学二五巻四号三六一頁以下（一九九三）。同じく、相対的に有因・無因を考える立場として、渋谷・前掲注（22）一二二頁以下、平出・前掲注（13）四三八頁、深見芳文「手形関係の相対性について」企業法の研究（大隅健一郎先生古稀記念）三四三頁以下（一九七七）等がある（ただし、相対性のとり方は様々であるが）。

しかし、これらの説は、理論構成としてすっきりしないという問題点があるだけでなく、二（2）で前述したように、事実としてみたとき、手形行為は、まずは原因関係の当事者間でなされるのであり、転得者等の第三者は次に登場する人物にすぎないということを無視しているという問

題点がある。すなわち、法律関係は相対的に考えるべきであることは認めるとしても、事実としては、手形行為者と転得者の間にいきなり法律関係が生ずるような行為がなされるのではない以上、原因関係の当事者間の法律関係を踏まえた上で、転得者がその影響を受けないのであればその説明をするという順序にならざるをえないのではないか。そうだとすれば、当事者間では有因であったものが善意の第三者との関係では権利外観理論で修正されるという理論構成にならざるをえないように思われる。