手形偽造と表見代理等 (二)

庄 政 志

目 次

四 判例・学説の検討

すでに述べたように手形偽造における被偽造者の責任をめぐる判例・学説[1]は複雑、多岐に分かれ、それぞれ一長一短があるように考える。次に、判例・学説をめぐる問題点について検討してみる。

①表見代理類推適用説[2]をめぐる問題点

(a)まず、表見代理の類推ができるのは、行為者に代理権（あるいは代行権）ありと誤信した場合に限定され、

「第三者」は直接の相手方に限るとされる見解がある。

この説の長所は、実定法に依拠すること、要件が比較的明確であることである。[3] しかし、次の点に検討の余地が残されていると考える。

第一点は、適用範囲がやや狭すぎるのではないかということである。この説は、他の多くの説同様、相手方が偽造者を本人自身と誤信したり、[4] 本人が真正に発行したものと信じている場合を除かれているが、代理方式より記名捺印の代行が広く行われている手形実務では狭すぎて善意の取得者を救済できない場合が少なくないのではなかろうか。もっとも、このような場合は権利外観法理で救済を図られる説もあるが、表見代理の規定自体、禁反言の原則あるいは、権利外観法理を基盤としているのであるから、立法趣旨を考慮して類推あるいは拡張により、これらを含めることは必ずしも不可能ではないように考える。[5] 商法学者では反対説が多いが、民法学者の通説[6]ならびに判例[7]は、一一〇条の解釈に関し代理人であることを明示せず、本人の名を冒用して法律行為をした者を本人自身と誤認した場合をも含める。さらに、判例[8]は、本人が真正に発行したと信じた場合を含めており、同旨の有力説[9]もある。このように本人側がその客観的要件を充たしており（例・代理権踰越行為がある以上）、そして、相手方がその外観を信じて取引に入った以上、それが代理権（あるいは代行権）について誤信している場合に限る必要はないのではなかろうか。条文の趣旨よりみて、より直接的に本人が責任を負うと誤信している場合に、類推あるいは拡張までを否定することがはたして理論的に妥当なのか疑問である。いずれも本人が責任を負うと誤信している訳だから法の保護に値する点においては異ならないからである。

第二点は、判例[10]ならびに民法学者の通説[11]となっているが、「第三者」に転得者（第三取得者）を含めておられないことである。これは、後述するように理論構成が至難なためとも考えられるが、転得者がいかに善意、無過失であっても、直接の相手方が悪意の場合は物的抗弁となり、手形上の権利が成立せず救済されないのでは、手形の流

通性を害するので問題と考える。このような場合、転得者の保護は、民法七一五条によったり、権利外観法理によって救済すればよいとされる見解もあるが、前者は、本来不法行為責任を定めたものであり、これのみにて表見責任をカバーすることは必ずしも適当でなく、若干の問題もある。[12][13] 後者は、実定法に依拠しないため、若干要件に曖昧な面が残されており、表見代理との関係をどう扱うか検討の余地が残されているように考える。

疑問の第三点は、他の多数説と同様であるが、第三者は善意かつ無過失で、はじめて保護されるとされていることである。手形取引においては流通性の保護が強く要請されるので、相手方は、善意かつ無重過失で保護されるべきではないかという疑問である（手形法一〇条、一七条、一六条二項参照）。つまり、一般民事取引と同じ扱いでよいのかという疑問が残る。転得者については権利外観法理で救済されると解する説にしても、仮に善意・無過失を要求されるとすれば同じ問題を生ずる。また、第三者が直接の相手方の場合でも、代理権（あるいは代行権）について誤信していれば、表見代理規定を類推する結果、善意・無過失を要求し、本人の真正な署名であると誤信している場合は権利外観法理で善意・無重過失を要求するとすれば調和がとれない。

(b)なお、表見代理類推適用説の中には、条文の趣旨を尊重し、前説より若干類推の枠を広げ、偽造者に代理権（あるいは代行権）があると誤信した場合だけでなく、単に本人が真正に振り出したと信じた場合も含められる見解があり、[14] 判例[15]もこの立場をとる。

これらの学説の中には、「第三者」に転得者を含められる見解が多い（ただし、単に本人が真正に振り出したと信じた場合を除かれる説もある）。表見代理の適用範囲が広げられる点、手形取引の特殊性を考慮し転得者を含めた点、より一貫した取扱いができる点、等に長所があると考える。しかし、やはり検討すべき問題が残されているように考える。第一点は、すでに述べた所であるが、第三者、特に転得者にも善意・無過失を要求される点であり、第二点は、転得者を含む場合の理論構成、特に、権利移転の面からみた場合の理論構成が必ずしも十分とはい

えない感がすることである。単に、手形は流通証券であるから保護の必要があるというのみでは不十分と思われ、反対説に対する反論にも若干説得力を欠く嫌があるように感じられる。

これに対し、最高裁は、第三者が直接の相手方の場合には、本人が真正に発行したと信じたときにも類推を許しながら、第三取得者（転得者）の場合には、たとえ、善意・無過失であっても類推を認めない[16]という態度をとる。不特定多数人に対する書面行為という手形行為の特殊性を考慮した上での再検討が必要なのではなかろうか。

なお、第三者に転得者を含む説に対しては、手形の所持人が代理ないし、代行の事実さえ知らない場合は表見代理を問題にする基礎が欠けているとの批判が多いが、転得者が偽造手形を譲り受ける場合には、少なくとも本人が真正に署名したと信じているか、正当な代行権限者により署名がなされていると信じているか、あるいは右のいずれかであると信じているのではなかろうか。そして、表見代理の類推適用ができるかに関しては、一方で本人側が客観的要件を充たしており、他方で相手側がそれぞれ右のように信じ、それに過失がなければ、「正当の理由」ありといってよいのではなかろうか（後述参照）。つまり、本人側がその客観的要件を充たしていれば、相手方が代行の事実を知らなくとも、より直接的に本人が責任を負うと誤信しておれば、類推の条件としては足りるのではなかろうか。法の趣旨は相手方が代理権を信じた結果、本人が責任を負うと誤信することになるから保護しようとするのである。とすれば、いずれについて誤信していても保護に値すると考える。適用ではなく類推まで否定するのが妥当か、再検討が必要であろう。ただし、この場合権利移転の問題も解決する必要があろう。

③権利外観法理[17][18]説をめぐる問題点

この説は、諸々の事案を同じ法理で広くカバーできる点、偽造に対し直接の相手方であろうと転得者であろうと一貫した態度がとれる点、外観を信じた相手方は善意・無重過失ならば保護されるので取引の安全・迅速化が要求

される商取引とか流通性の確保を理念とする手形取引に適し、妥当な結論が得られるという長所がある。

反面、この説の短所としては、実定法に依拠しないこと、帰責事由の内容や限界がやや曖昧であることが挙げられる。したがって、後述するように表見代理規定で処理できる場合まで含めてすべてを権利外観法理で扱ってよいのかという疑問を生ずる。また、いずれを適用するにしても、第三者は、善意・無過失でないと保護されないとすると、手形の流通性確保からみて妥当でないのではという疑問を生ずる。

なお、この権利外観法理説に対しては、最初の取得者に対しても責任を生ずるか疑問であるとか、少なくとも署名又は記名捺印自体は有効に行なわれたことを前提としているので、署名又は記名捺印自体が偽造の場合まで、権利外観理論に善意の取得者の保護をみとめるところまでは進んでいないとの反論がある。しかし、外観理論により責任を負わされるのは必ずしも本人が真正な署名をしたが、その意思にもづかないで流通におかれた場合[19]だけでなく、偽造された表示が流通におかれるのを特別の努力なしに阻止したり、証券を取り戻すことができたのにかかわらず、不注意でしなかった場合とか[20]、署名の真正性についての問合せに対して肯認したり沈黙している場合にも責任を負わされるのであるからこの批判は当らないのではないかと思う。特に、外国と異なり、自署が殆んど行われず、記名捺印が慣行化しているわが国の場合、本人の記名判、銀行届出印（あるいは実印）を使った偽造によっても法的信憑性ある外観を作出しているといえる場合が多いのではないかと考える。[21]

また、この説は、偽造のように相手方が代理ないし代行の事実を知らない場合には表見代理を問題にする基礎が欠けていることを根拠にされているが、直接の相手方の場合には、例外的ケースかも知れないが、偽造者が相手方の面前で記名捺印をした場合のように代理、あるいは代行の事実を知っている場合もありうる。仮に、相手方がそのような事実を知らず、本人が真正に振出したもの、あるいは偽造者を本人自身と誤信したような場合は、表見代理規定の類推ができないとすると、同じように本人側が客観的要件を充しているにもかかわらず、相手方が代理権

あるいは代行権の存在する結果本人が責任を負うと誤信している場合は適用され、より直接的に本人が責任を負うと誤信している場合は適用されないという不合理を生ずるのではないかという疑問もある。民法第一一〇条の解釈論も絡まって検討の余地が残されているように考える。

(1) 判例ならびに各学説の詳細については、拙稿「手形偽造と表見代理等(一)」成城法学第二十二号一三三頁以下を参照されたい。

(2) これらの説が「適用」といわないで「類推適用」といわれるのは、形式的に代理方式をとっていないことと、第三者の信頼が偽造者の代理資格にだけではなく、たんなる代行資格や署名の真正性についてある場合にも適用されるためであろう(木内・手形法小切手法《企業法学Ⅲ》九四頁参照)。

(3) ただし、表見代理についても、見解の分かれている点がかなりある。たとえば、民法一一〇条は法定代理についても適用できるか、基本代理権は法律行為の代理権に限定されるか、「第三者」に転得者を含むか等。

(4) このようなケースは手形偽造では比較的少ないと考えられるが、実務上はありうるケースである。たとえば、代理人に記名判と銀行届印とを預けておいた所、当該代理人がそれを冒用して手形を偽造し、面識のない第三者に黙って交付したような場合である。

(5) 我妻・民法総則(民法講義Ⅰ)三六四頁では、表見代理の規定は取引の安全のため適当に拡張をはかるべきといわれる。

(6) 四宮・民法総則(第三版)二七五頁、幾代・民法総則(第二版)(現代法律学全集5)三八四頁、川島・民法総則(法律学全集17)三八三頁、森泉(章)・民法総則講義(改訂版)一三八頁、椿・注釈民法(4)一二九頁等、民法学者では通説である。

(7) 大判昭和八・八・七民集一二巻二二号二二七九頁、最判昭和四四・一二・一九民集二三巻一二号二五三九頁(ただし、いずれも手形取引ではない)。

(8) 最判昭和三九・九・一五民集一八巻七号一四三五頁。

(9) 四宮・前掲書二七五頁。ただし、商法学者では、少数説である。多数説は、表見代理規定を類推できるのは、偽造者が代行者としてあらわれている場合で、相手方が代行者であることを認識できず、本人自身の手形行為と観念している

場合は、代理権の存在範囲についての信頼を保護する表見代理規定は類推の基盤を欠くといわれている（大塚「有価証券の偽造・変造」現代企業法講座5有価証券《竹内・龍田編》二一〇頁等参照）。

(10) 大判大正一四・三・一二民集四巻一二〇頁、最判昭和三六・一二・一二民集一五巻一一号二七五六頁。

(11) これに対して、商法学者では、判例支持者は少数説である（竹田・手形法小切手法二八頁、服部「手形行為の代理」《手形法・小切手法講座(1)》一九一頁、小橋・判時二九二号一四頁、加藤(勝)「手形行為の表見代理」判例手形法小切手法《伊沢先生還暦記念》八四頁等）。

(12) 上柳・民商五九巻二号六六頁、淡路・法協八六巻三号九一頁、蓮井・ジュリ四八二号七八頁、長谷川・手形法理の研究一二四頁等参照。

(13) 表見代理と不法行為責任との関係については、加藤・民法ノート(上)二四頁以下に詳細に述べられている。他に、松岡「手形の偽造に関する表見責任と使用者責任」商事法の諸問題（石井先生追悼論文集）五一九頁以下を参照。

(14) 吉川「手形偽造の表見代理と使用者責任(一)」民商六五巻一号八四頁以下、加美・手形小切手法入門三八頁、平出・ジュリ二六二号一〇六頁等、少数説である。偽造者を本人自身と誤認した場合まで含められている見解は、民法学者では通説となっているが、商法学者には殆どみあたらない。

(15) 最判昭和三九・九・一五民集一八巻七号一四三五頁。

(16) 最判昭和三六・一二・一二民集一五巻一一号二七五六頁等。ただし、判例は、直接の相手方にあたるか否かは、記載により形式的に判断せず、実質関係にもとづいて判断すべきとしている（最判昭和四五・三・二六判時五八七号七五頁）。

(17) なお、権利外観法理説による場合の要件は大体次のようである。

(イ)法的信憑性のある外観が存在すること（外観と真相が一致しておらず、その外観は一般に信頼するのが当然であると法律上認められること）。

(ロ)本人側に、外観作出について故意または過失があること、あるいは少なくとも外観作出に原因を与えていること。

(ハ)権利外観への信頼があること、つまり主張者は重過失なく《商取引の場合》、外観を信頼したこと。

なお、(ロ)については、本人の故意または過失のない場合でも本人の与因行為があればよいとか、与因行為もなくても本人に責を帰することが合理的または公平であると考えられる場合を含めてよいとかいわれている。要件に曖昧さが残

されているといわれる所以である。

(18) 権利外観法理に関するわが国の文献としては、納富・手形法における基礎理論二九七頁以下、喜多「レヒッシャイン法理の課題」商学討究・二巻三号三七一頁以下、加藤(勝)「レヒツシャイン法理について」法学会論集五巻三〇頁以下、小橋「ヤコビの手形理論(権利外観説)について」私法一四号一〇二頁以下、河本「有価証券におけるレヒツシャイン—ヤコビを中心として—」神戸法学雑誌二巻四号七二五頁以下、川村「手形法におけるレヒツシャイン法理に関する若干の考察」一橋論叢七一巻六号五一頁以下、岡川「表示の公信力」法商研究一巻二号七九頁以下、田辺(光)・手形流通の法解釈二一頁以下、木内・手形法小切手法(企業法学Ⅲ)六五頁以下、長谷川・手形抗弁の研究一三六頁、前田・手形法小切手法入門二三頁以下等があるが、喜多・外観優越の法理が特に詳しい。

なお、ドイツの文献としては次のようなものがある。

1. Wellspacher, Das Vertrauen auf äußere Tatbestande in burgerlichen Rechte (1906).
2. Jacobi, Die Theorie der Willenserklärungen, (1910).
3. Jacobi, Wechsel-und Scheckrecht (1956), S. 99ff., S. 105f.
4. Baumbach/Hefermehl, Wechselgesetz und Scheckgesetz, 14. Auf., S. 38.
5. Hueck/Canaris, Recht der Wertpapiere, 11. Aufl. (1977), S. 30.
6. Rehfeldt/Zöllner, Wertpapierrecht, 12. Aufl. (1978), S. 28f.

(19) いわゆる「交付欠缺の抗弁」の場合である。なお、最判昭和四六・一一・一六民集二五巻八号一一七三頁は、本人が振出人としての署名をしたが、たまたま盗難のため、本人の意思によらずに流通におかれ、善意・無重過失の第三者により取得された事案に対し、振出人としての手形債務を肯定したものであるが、その理論的根拠は示されておらず、創造説によったものか、権利外観法理によったものか定かでない。

(20) Jacobi, Wechsel-und Scheckrecht, 1956, S. 256.

(21) Hueck/Canaris a. a. O., S. 142.

五　私　見

以上、判例・学説の長所、短所ならびに主要疑問点を簡単に指摘してきたが、次に、主としてこれらの論点を中心に考察し結論を出してみたい。

①表見代理規定と権利外観法理との関係について

表見代理の規定も、本来禁反言の原則ないし権利外観法理を理論的基盤として制度化されている[1]ので、両者の関係、特に権利外観法理との関係が問題となる。後述するように、前者には適用範囲が限定されてくるという欠点がある反面、実定法に基づくため、要件、限界が比較的明確であるという長所がある。後者には、要件をどのように解するかとも絡まるが、適用範囲が広く取引の安全に資し、かつ、すべての偽造につき統一した取扱いができるという長所がある反面、実定法に基づかない点、要件、限界が曖昧という点に欠点がある[2]。

したがって、偽造の場合でも可能な限り表見代理の類推か拡張により、それが不能な場合に外観法理で（要件を充たす限り）、救済するのが妥当と考える。

②表見代理規定を手形取引に類推する場合の問題点について

問題点の第一は、第三者は善意・無過失を要求されるかという点である。表見代理の規定は、一般民事取引を対象にしたものであり、そのため相手方は善意・無過失（通説・判例）でないと保護されないのに対し、手形取引では、流通性の確保が強く要求され、取引の相手方は善意か（手形法一七条参照）、あるいは善意かつ無重過失で保護されているからである（手形法一〇条、一六条二項）。その他の商取引の分野でも取引の安全・迅速化の理念から相手方は善意か、善意かつ無重過失で保護されているのが一般である（商法一四条、二三条、三八条三項、四二条、四三条二項等）。つまり、手形取引ならびに商取引の分野においては、静的安全を多少犠牲にしても動的安全

の保護が強く要請されているのである。したがって、手形偽造において民法の表見代理規定を類推するにしても、手形法的思考を取り入れて相手方は善意・無重過失で保護するのが妥当と考える。[3] 手形行為も商行為であることを考えれば、直接の相手方も含めて善意・無重過失で保護すべきで、とくに転得者については、手形の流通性保護のためその必要性が強い。しかし、単なる善意で保護したのでは本人にとって不利にすぎると考える。

たとえば、実際は代理権を授与していないのに本人が代理権授与の表示をしている場合、取得者が行為者に代理権がないことを軽過失により知らなかったなら常に保護されないとすると、手形取引の分野では流通性を害し妥当でない場合が多いと考える。そのため、表見代理の類推の場合は手形法的手法で修正解釈をする必要があると考える。商法、手形法には類推に適する条文がないからである。

問題点の第二は、表見代理の類推ですべてをカバーできるかという点である。表見代理の規定は、権利外観法理が適用されるべき場合のうち、無権代理人（あるいは越権代理人）と本人との間に一定の緊密な関係のある場合、すなわち、代理権存在の外観作出に関し本人側に一定の帰責事由がある場合に限定した形をとっており、真正な手形であるとの外観作出につき本人側に帰責事由のある場合をすべてを網羅したものではないということである。前者は、たとえ類推、拡張をしても後者のすべてをカバーできるものではなく、権利外観法理で救済せざるを得ない場合がありうる。つまり、表見代理は、(i)本人が、現実の授権がないのに他人に代理権を与えたと表示した場合（民法一〇九条）、(ii)代理人がその権限を踰越した場合（民法一一〇条）、(iii)代理権が消滅したにもかかわらず、そのままにしていた場合（民法一一二条）、に限定した規定となっている。いずれも本人側に代理権授与の外観作出に関して一定の帰責事由あるいは与因行為があり、相手方に誤信するに足りる正当理由がある場合（善意かつ無過失の場合）に限り第三者は保護される（通説・判例）。

仮に、表見代理の規定を可能な限り広く解するにしても、手形の偽造は代理権に関係なく行われることがある。

たとえば、作業員が本人の作成した手形を窃取して手形を交付する場合、あるいは、単なる記名判、届出印の保管者、あるいは記名捺印の単なる機械的代行者が冒用して手形を偽造する場合等である。このような場合には、たとえ本人に過失があっても表見代理による救済はむづかしい。このような場合には、権利外観法理による救済を検討すべきであろう。

問題点の第三は、偽造に表見代理の規定を類推するにしても、その要件に関しては、対外的事務行為をも重視すべきではなかろうかということである。つまり、偽造者に代理権を伴わない単なる代行（機械的代行）をさせている場合、民法一一〇条との関係で基本代理権があるといえるか問題となる。判例[4]・多数説は、基本代理権の存在を要求し（やや緩和の傾向にはあるが）、法律行為に関する代理権でなければならぬという建前をとり、単なる経理事務の処理や金員借入の勧誘のような事実行為を代行する権限は、基本代理権とはならないとする。したがって、この立場にしたがえば、単なる記名捺印の代行者（機械的代行者）が偽造した場合には、表見代理の類推は困難で権利外観法理あるいは民法七一五条で救済せざるを得ないことになる。しかし、このような場合でも、偽造者が対外的活動をしている以上相手方あるいは第三取得者が、偽造者に代理権（代理的代行権）があると誤信したり、本人の指示により単なる代行（機械的代行）をしたものと誤信して手形を受取り、しかも、そう信ずることに正当理由のあることはありうる。このような場合、手形取引の安全を図る趣旨から要件を緩やかに解し、対外的事実行為まで「権限」の中に含めるのが妥当と考える。[5]

しかし、右のいずれの説によっても、もっぱら、対内的な事務活動として記名捺印の代行を行なっている者がたまたま偽造したような場合は、たとえ、本人に過失があり相手方に正当理由があっても、表見代理の類推は困難となる。ここにも表見代理類推の限界があるように考える。

このような場合には、補完的に外観法理を適用すべきであり、相手方は善意かつ無重過失で保護すべきである。

③表見代理の適用か類推かについて

次に、表見代理の適用か類推かという問題がある。判例は、代理人が代理資格を表示しないで直接本人名義の署名（記名捺印）をする場合も代理の一方式として有効と解していた。[6] したがって、無権限で本人名義の署名（記名捺印）をする場合にも、本人のためにする意思があれば、無権代理として表見代理の適用や追認ができるとしていた。[7]

しかし、手形は文言証券であり、手形行為の場合、書面行為たる特質を重視すべきであるから、行為者が代理人として表示されていない以上手形法上は偽造と解すべきで無権代理ということはできない。したがって、表見代理の適用とはいえない。[8] しかし、それは手形の流通性保護のため明確化を図ったにすぎなく、表見代理の類推ができるかについては書面行為以外の具体的事情も考慮すべきであるから別の問題であり、前述のごとく一定の条件のもとに類推（あるいは拡張）は認められると解する。

なお、交付契約説を前提とされ、交付行為を基準にして表見代理を適用すべきとされる有力説もある。傾聴に値する見解ではあるが、交付契約説を前提とされていること（卑見は修正発行説をとる）、記名捺印行為者と交付者とは必ずしも同一人とは限らないこと、手形行為の本質は署名または記名捺印とみるべきこと、また、手形を受取る側からみれば、誰が交付者かより誰が手形債務を負うかを重視すると考えられること等から賛成は控えたい。[9]

④本人が真正に発行したと誤信している場合、ならびに偽造者を本人自身と誤信している場合の類推について

なお、学説（商法学者）には、相手方が代理権（あるいは代行権）について誤信している場合は表見代理の類推を認めるが、[10] 本人が真正に振出したものと誤信している場合は表見代理による救済は無理として権利外観法理によるとされる見解が少なくない。[11] また、偽造者を本人と誤信した場合はいずれによっても救済できないとされる見解

がほとんどである。

しかし、卑見は、本人側が表見代理の客観的要件を充たしており、それに対し相手方が善意・無重過失でそれぞれを信ずるに足りる正当理由を有するときは（例・偽造者を本人と誤信した場合は、そう信じたことに正当理由を有するときは）、本人が真正に発行したと信じた場合であろうと、あるいは偽造者を本人自身と誤信した場合であろうと表見代理を類推してよいのではないかと考える。その理由は、まず、本人側が表見代理の客観的要件を充している点、それに対し相手方が本人が責任を負うと誤信している点に実態上の類似性があると考えられるからである。次は、本人側で同じ表見代理の客観的要件を充たしておりながら、相手方の誤信状態の相違、しかも代理権ありと誤信したか、本人の真正な署名と誤信したかによって異なった取扱いをすべき合理的理由はないと考えられるからである。代理権ありと誤信している場合には保護を受けられ、より直接的に本人が責任を負うと誤信している場合には保護を受けられないのは理論的根拠に欠けると考える。重要なことは代理権の存在を信じていることより、代理権がある結果本人が責任を負うと誤信していることではなかろうか。条文の保護せんとしているのはこの信頼なのである。権利外観法理を基盤として善意の取得者を保護しようとする条文の趣旨からみても、より直接的に本人が責任を負うと誤信している場合の類推（適用ではない）までも否定する理由はないのではなかろうか。

因みに、判例ならびに民法学者の通説は、無権代理人が本人の名において権限外の行為をした場合、相手方がその行為を本人自身の行為と信じたときは、その信頼が取引上保護に値する点において代理人の代理権限を信頼した場合と異なるところはないから、本人自身の行為であると信じたことについて正当な理由がある場合にかぎり、民法一一〇条の規定を類推適用して本人がその責に任ずるものと解するのが相当と解しており、代理人あるいは代行者によりなされたとの認識を類推の要件としてはいないのである。

仮に、反対説のように解しても、表見代理が類推される場合には民法の規定がそのまま適用され善意・無過失が

要求され、権利外観法理では、善意・無重過失で保護されると解すると、取扱上のアンバランスを生ずる。さらに権利外観法理の適用も認めない説では、より不均衡を生ずる。

また、相手方が偽造者を本人と誤信した場合には、本人には外観作出の責を負わせる基盤がないともいわれているが、必ずしもそうとはいえない場合がある。たとえば、本人が代理人に実印（あるいは届印）と記名判を預けていた所、その代理人がそれを冒用して本人名義の手形を偽造し、相手方に代理人であることを明示しないまま交付したような場合である。このような場合、相手方は、偽造者を本人と誤信することもあれば、代理権（代行権）を有する代理人と誤信することもありうる。同じ本人の客観的行為がありながら、前者の場合は本人に帰責性がなくて後者の場合はあるというのもおかしい。

相手方がこの偽造者を本人と誤信している場合であっても、本人が代理人の選択を誤っていることもある。また、本人に過失がなくとも、少くとも原因を作っているといえるからである。

このような、相手方の誤信状態の相違は、相手方に正当事由があったか否かの判断に影響を与えるにすぎない。つまり、偽造者を本人と誤信したのであれば、それについての正当理由が、偽造者に代理権ありと誤信したのであれば、それについての正当理由があったかが問題となってくるにすぎないのではなかろうか。

多数説のように、手形の流通証券性を重視し、「第三者」に転得者を含むと解するのならば（後述参照）、それは手形法的思考により修正された訳であるから類推の枠を広げ、「第三者」（転得者を含む）の「正当理由」に関しても手形法的思考にしたがって解釈をするのが合理的ではないかと考える。

⑤「第三者」に転得者（第三取得者）を含むか

次に、大きな問題は「第三者」に転得者（第三取得者）を含むかということである。判例[12]は一貫して否定説をと

るが、商法学者の多くは肯定説をとる。[13]

否定説の論拠とする所は、[14]①代理に関する規定は、本人・代理人に対する第三者の意味で手形の第三取得者のような者を予定していない、②表見代理規定にいう正当理由の有無は、無権代理人が代理行為をなす際の具体的事情により決定されるが、手形の転得者がそのような直接の当事者間に存する具体的事情を信頼して手形を取得することはほとんど考えられない、③特定の手形債務の成否は手形法上物的抗弁とされ、善意の所持人に対しても対抗することができるが、これとの権衡上、表見代理に関する規定が本来予定している範囲以上に保護を拡張することは許されない、④第三取得者自身につき表見代理の要件がそなわることは稀である、⑤直接の相手方が悪意の場合にも、第三取得者に表見代理が成立することとなると、裏書を権利移転行為と解する通説の立場と矛盾する、⑥直接の相手方につき表見代理が肯定されても、第三取得者につき表見代理の要件がそなわらなければ第三取得者は権利を取得しないはずであるが、多数説はこの場合、第三取得者は裏書により直接の相手方の権利を承継取得することを認めており、首尾一貫しない、等である。

これに対し、肯定説は、流通証券である手形の場合には、直接の相手方だけでなく、その後の取得者についても表見代理による救済を認める必要があると一般にいわれる。

また右の批判に対しては、無権代理の場合には、一種の潜在的なものが存在し、表見代理での条件をそなえる者が取得すれば本人が責任を負うに至るのであり、それが裏書により移転される、[15]人的抗弁がいったん切断されると、それ以後の悪意者も有効に権利を取得することとの均衡上、多数説の結論には矛盾はない、[16]等の反論がなされている。

卑見も肯定説をとる。否定説の論拠とする①に対しては次のようなことがいえるのではなかろうか。手形は一般の民事取引と異なり不特定多数の間を輾転と流通するものであり、しかも手形行為者は、直接の相手方でなくとも

適法な所持人に対し、主たる債務者（例・約束手形の振出人とか為替手形の引受人）、あるいは担保責任を負う者（例・為替手形の振出人とか裏書人）として、債務負担の面においては所持人と直接の法律関係を生ずる（手形法七条九条一項、一五条一項、二八条一項、七八条一項等）。しかも、手形法に、民法の表見代理に相当する規定のない以上、手形取引の特殊性を考慮し手形法的手法により解釈をすることも止むを得ない。②の批判も、手形行為の書面行為性、文言性を考慮すれば当らないといえよう。また、判例のように表見代理の規定が「本人が真正に振出した」と誤信した場合にまで類推できるとすれば、手形取引の場合には、偽造者が本人の記名判、銀行への届印を押捺しており、しかも、転得者がいつも本人の振出した手形を割引いているといった関係にあれば正当理由のあることがありうる。代理権消滅後（民法一一二条）においても、本人が記名判と届印の回収ならびに取引銀行に対する通知を怠っているため、転得者が支払銀行に問合せた所、大丈夫との返事を貰うことはありうる。このように要件がそなわることは必ずしも稀ではないように考える。因みに、前述の最判昭和三九年九月一五日の事案は、相手方が偽造者に代理権（あるいは代行権）があり振出したと誤信していたものではなく、本人が真正に振出した手形を偽造者が従来通り割引依頼に来たと誤信していたものである。このような誤信は、同じ記名判、届印を使用していれば、転得者たる第二次割引人にも生じうるのである（たとえば、従来から本人振出の手形を割引いているといった関係がある場合）。③についても、最近では、手形が不特定人間を輾転する流通証券であるという特性を考慮し、民法の原則を一部修正して適用される説（個別修正説）[17]や表示主義を徹底して、手形であることを認識し、または、認識すべくして署名すれば足り、意思の欠缺または意思表示の瑕疵は人的抗弁事由となるにとどまるとされる説（不適用説）[18]も多く必ずしも当らないのである。したがって、表見代理の規定に関しても手形の特殊性を考慮し手形法的手法による修正が必要なのではなかろうか。④に対する批判も、判例のように「本人が真正に振出した」と信じた場合（最判昭和三九・九・一五民集一八巻七号一四三五頁）、あるいは第三者においてその「他人が記名

捺印の代行権限を有する」と信じた場合（最判昭和四三・一二・二四民集二二巻一三号三三八二頁）をも含むことができるとすれば、民法一一〇条との関係で充分ありうるのではなかろうか。⑤、⑥の問題についても、無権代理あるいは無権代行の場合は、全く何もないものが譲渡されているのではなく一種の潜在的なものが存在していると考える。すなわち、本人側が表見代理の客観的要件を充たしている場合は、正当理由のある善意、無重過失者に取得されたならば権利が具体化するということになるのであるから、そのようなことを法定の条件とする一種の停止条件付き権利、あるいはそれに類似した権利が譲渡されていると考える余地があるのではなかろうか。[19] 反対に直接の相手方に対し表見代理が成立すれば、第三取得者は、たとえ悪意であっても前者が取得した完全な権利を裏書により譲渡を受けることになるので矛盾はないことになる。なお、判例は手形偽造に、表見代理を類推するに際しては第三取得者を含めないが（最判昭和三六・一二・一六民集一五巻一一号二七五六頁等）、民法七一五条を適用する際には外形理論をとりながら、第三取得者が善意・無重過失ならば、直接の相手が悪意であっても請求を認める（最判昭和四三・一・三〇民集二二巻一号六三頁等）が、調和を失しているともいえる。[20]

(1) 四宮・前掲書二六九頁、伊藤(進)・民法総則（青林双書）（山本ほか編）二五六頁、森泉(章)・前掲書一三五頁等。なお、両者の関係につき、無権限者による代行の事実を知らない第三者が本人自身により手形行為がなされたと信じたときは一般の権利外観理論の適用の問題に帰し、証券外の表見的代行権限の存在を信頼して取得した場合は表見代理の類推が問題となるとされる説も有力である（長谷川・前掲書一二四頁等）。

(2) 前章（注17）参照。他に、利益衡量の困難性を指摘される見解もある（蓮井・前掲書二四五頁）。したがって、将来、権利外観法理の研究がより進み、その要件、限界等がより明確化、統一化されてくれれば、このような態度は変更を検討せざるを得ないということになろう。

(3) 同旨、喜多・新版判例教室商法二六八頁。なお、権利外観法理説も手形取引あるいは商取引を対象とする場合には、善意・無重過失で足りるとされるのが一般である。

(4) 最判昭和三四・七・二四民集一三巻八号一一七六頁、最判昭和三五・二・一九民集一四巻二号二五〇頁。

(5) 加藤・前掲書四〇頁、四宮・前掲書二七四頁、幾代・前掲書三八一頁、椿・前掲書一四〇頁参照。

(6) 大判大正四・九・一五民録二一輯一四六五頁、大判大正四・一〇・三〇民録二一輯一七九九頁等（ただし、代理権の他に本人名義の署名についての授権が必要であるとしていた）。

(7) 最判昭和三二・二・七民集一一巻二号二二七頁、大判昭和八・九・二八法律新聞三六四〇号七頁等。

(8) なお前掲、前章（注2）参照。

(9) 大森「手形行為と表見代理」手形小切手判例百選（新版・増補）五一頁、小橋、民商五二巻四号六一四頁参照。

(10) 判例も、他人が本人名義で手形を振り出す権限があると信ずるについて正当な理由がある場合に民法一一〇条の類推適用を認めていることは、すでに述べた通りである（最判昭和四三・一二・二四民集二二巻一三号三三八二頁）。ただし、この事案は、代理人が権限を踰越して手形を振り出したものであり（代理的代行）、単なる機械的代行者が振り出したものではない。

(11) 最判昭和三九・九・一五民集一八巻七号一四三五頁は、相手方が手形は真正に本人が発行したものと誤信した事案である。学説上、特に問題となるのは、偽造者がすでに署名した手形を黙って交付した場合である。反対説は、このような場合は、署名が代行者によりなされたことの認識およびその者が権限を有したと信じていたという事情が所持人側に存在しないから表見代理の前提要件を欠くといわれる（加藤（勝）・手形小切手判例百選（第三版）三五頁等参照）。しかし、類推解釈とは当該規定の立法理由を検討し、その合理性を明らかにした上で、それと同じ合理性のある他の類似の事項に及ぼすものといわれる（我妻・新版民法案内Ⅰ一二七頁、田中（誠）・新版法学通論（再全訂版）一三三頁、林（修）・法令解釈の常識一三二頁等参照）。とすれば、本人側が表見代理の客観的要件を充たしており、相手方が善意・無（重）過失で取得していれば、それが、代理権についての誤信であろうと、本人の真正な署名との誤信であろうと、行為者を本人と誤信していようと、いずれも最終的には本人が責任を負うと誤信している訳であり、類推するに充分な合理性があるのではなかろうか。

(12) 大判大正一四・三・一二民集四巻一二〇頁、同昭和八・一一・二一新聞三六九八号一五頁、最判昭和三六・一二・一二民集一五巻一一号二七五六頁等。もっとも、すでに述べた通り判例は直接の相手方とは形式的記載によらず実質上の関係に基づいて判断するとする（最判昭和四五・三・二六判時五八七号七五頁）。

(13) 民法学者では否定説が通説となっている。ただし、川井・民法講義Ⅰ総則（改訂版）（五十嵐ほか編）二六四頁、三

和・演習民法（総則物権）（川井ほか編）一八四頁等は手形行為については問題であるとされ、星野・民法概論Ⅰ二二八頁も疑問であるが特別の考慮を要するとされる。これに対し、商法学者の多数は手形法的思考をとって肯定する。なお、商法学者の否定説も（竹田・前掲書二八頁、小橋・手形法、小切手法四〇頁、服部・前掲書一九一頁、加藤（勝）・前掲書八四頁等）大半は権利外観法理で救済されようとする。

肯定説（鈴木《竹》・手形法小切手法一六〇頁、田中《誠》・手形・小切手法詳論（上）一六三頁、石井＝鴻・手形法小切手法一〇二頁、大隅・改訂手形法小切手法講義三八頁、米沢・演習商法《手形・小切手》六六頁）の中にも、実際上適用の余地が余りない、等の理由から転得者には権利外観法理での責任追及を認めるものが少なくない。

（14）否定説の詳細については、金沢（理）「手形行為の表見代理における第三者」手形小切手判例百選（第三版）ジュリ七二号三七頁、服部・前掲書一九一頁、加藤（勝）・前掲書三七頁等参照。

（15）鈴木・前掲書一六〇頁、田中（誠）・前掲書一六四頁。

（16）大隅＝河本・注釈手形法・小切手法一〇六頁。

（17）錯誤、強迫の場合の無効、取消の場合の主張も、手形行為の場合は、手形法的修正を行ない物的抗弁と解さず人的抗弁にとどまると説かれる。判例（最判昭和二六・一〇・一九民集五巻一一号六一二頁）、多数説（伊沢《孝》・手形法・小切手法一二七頁、大隅・前掲書三二頁、大森・新版手形法・小切手法講義四六頁、田中《誠》・前掲書一一九頁）である。

（18）鈴木・前掲書一三八頁、平出「手形行為と意思表示の瑕疵」手形法・小切手法講座Ⅰ九六頁、石井＝鴻・前掲書九五頁、谷川・手形小切手判例百選（第二版）三三頁、高窪・現代手形・小切手法一一〇頁、木村（映）「手形証券の流通性を中心とする意思表示規定の解釈」高崎経済大学論集一巻一号四八頁、小松（俊）「手形行為の瑕疵についての一考察」法律論叢三五巻四・五・六号一三一頁、並木「手形行為の瑕疵についての疑問と考察」日本法学二三巻四号六六頁。

（19）なお、この点に関し、無権代理における第三取得者の保護を別の理論構成で（表見代理の類推とか権利外観法理によらないで）図られる注目すべき見解がある。一つは、少なくとも表見代理の客観的要件が存在すれば、本人に責任を負わせてよい帰責事由）があるので、物的抗弁ではなく人的抗弁（手形法一七条）となり、本人は善意の第三取得者に対抗できなくなるとされる（服部・前掲書一九二頁）。他は、創造説を前提に、債務負担の面では、一定の条件に該当する場合は代理権を与えたとみなされるが、権利移転行為については、民法の一般原則の適用が認められるとされ、無権

代理についても善意取得（手形法一六条二項）が認められる立場を前提として善意取得の問題とされる（前田・前掲五〇一頁）。いずれも手形法的思考で修正されている点、本人の側で一定の要件を充せば、相手側の主観的事情に関係なく手形上の権利が発生したとみなされている点が共通している。ただ、前説が人的抗弁（手形法一七条）の問題と解されているのに対し、後説は、悪意の相手方は無権利者であると解され、その者から善意かつ無重過失で譲り受ける場合は善意取得すると構成される。

卑見も、本人側で表見代理の客観的要件を充たしておれば、相手方が主観的要件を充たしていない場合でも、一種の手形上の権利が発生していると解するが、それは、確定した権利ではなく、丁度補充前の白地手形のように、一種の法定の停止条件付き権利に類似したものであると考える。これは、第三取得者が主観的要件を充たして、つまり、善意かつ無重過失で取得するか、本人が追認してはじめて確定（具体化）するものである。したがって、本人は、悪意あるいは重過失ある取得者に対抗できると解する。これは、手形行為以外の法律関係、いわゆる原因関係に関するものではない点、また本人側の利益をも考慮した場合に、相手方は善意かつ無重過失で保護するのが妥当と考えられる点で十七条の人的抗弁とも異なるし、物的抗弁とも異なる。その意味では、丁度、白地補充権の濫用（手形法一〇条）とか善意取得（手形法一六条二項）の場合の抗弁と共通していると解する。

近時のドイツ学界では、物的抗弁でも、一七条の人的抗弁でもない第三の抗弁として、有効性の抗弁（Gültigkeitseinwendung）とか不誠実の抗弁（redlichkeits unbeständige Einwendung）が有力に主張されているが、その一種に相当するものと解される（Hueck/Canaris, a. a. O. S. 143., Rehfeldt/Zöller, a. a. O. S. 106 f., Baumbach/Hefermehl, Wechselgesets und Scheckgesets, a. a. O. S. 190 ff. なお、わが国の文献としては田辺(光)・前掲書一六三頁、長谷川・前掲書四八五頁、高窪・前掲書二七九頁参照）。

(20) 川井・前掲書二六四頁。

六　結　語

以上、主要論点についての考察を通じて得た結論を要約すれば次の通りである。

一、偽造については、まず実定法である表見代理規定を類推あるいは拡張すべきである。それが不可能か、困難な

場合に権利外観法理で救済を図るべきである。後者には、要件に若干曖昧な点が残されているからである。

二、右のいずれを適用するにしても手形法的手法をとり入れて第三者は、善意、無重過失で保護すべきである。手形取引においては流通性の確保が強く要請されるからである。

三、表見代理規定を類推するにしても、民法第一一〇条との関係では基本代理権を緩るく解して、事実行為にすぎない場合でも、対外的活動を予定していると認められれば含めて、取引の安全を図るべきである。

四、第三者が本人の真正な署名と誤信している場合、ならびに偽造者を本人自身と誤信している場合についても、表見代理の類推を認めるか拡張をはかるのが妥当と考える。条文の趣旨よりみて、より直接的に本人が責任を負うと誤信している場合は保護を受けられないのでは不合理であり、条文の趣旨からみても同じく法の保護に値するからである。

五、「第三者」に転得者（第三取得者）を含むべきである。手形の流通証券性よりみて、その必要性があるし、理論的にも手形行為の特殊性を考慮して手形法的解釈をすれば必ずしも不可能ではないように考える。

なお、被偽造者の責任に関しては、偽造の追認の問題ならびに被偽造者の使用者責任の問題等もあるが別の機会に譲る。

（しょう・まさし＝本学教授）