

手形保証の付従性・独立性・有因性

柴 崎 暁

はじめに

I 手形保証の付従性と独立性

A 手形法三二条と七条との関係——手形保証の特殊性

B 手形保証の付従性とその限界

(1) フランス法における *aval* の法的取扱

(2) 付従性の限界づけとその根拠——請合の法理

II 手形保証の有因性

A 「保証」「請合」「手形保証」の客観的原因 (cause)

B *Lempereur* 判決と人的担保の客観的原因

おわりに

はじめに

手形保証に関する手形法三二条は、一項において「手形保証人ハ主タル手形債務者ト同一ノ責任ヲ負フ」としておきながら、二項においては、「方式ノ瑕疵ヲ除クノ外主タル債務ニ無効ノ原因」があつても手形保証人はこれを用できないとしている。一項の規定に手形保証の付従性の名が、二項には手形保証の独立性の名が与えられている。本稿の目的は、あたかも相矛盾するこのふたつの原理の調整はいかにしておこなわれるべきかを探求することである。この問題を考える上で参考になる事案が、昭和四五年の最高裁判決である。

最判昭和四五年三月三十一日は、主たる手形債務者(A)が実質関係上負担することのあるべき請負契約不履行に基づく損害賠償義務を担保すべく注文主(X)に差入れた約束手形に、振出人のためにする手形保証人(Y)が署名し、請負の履行が完了して、損害賠償債務が発生に確定したにもかかわらず、受取人Xが言を左右にして手形を返還せず、手形保証人Yに手形金支払を請求したという事例に関するものである。裁判所は、損害賠償義務不発生という事情(原因債権の不発生)を手形保証人が手形抗弁として援用することを許した。⁽¹⁾

学説は、大別すれば、最判昭和四三年一月二五日(いわゆる「後者の抗弁」の事例)とのアナロジーによってこの事案を捉え、手形所持人による「権利濫用」の事例とするか、「二段階創造説」を前提に「無権利の抗弁」⁽²⁾が対抗される事例であるとみる立場(いずれも昭和四三年と四五年とを同一の原理で説明する)と、手形保証の構造の特殊性を捉え、いずれかといえはそれは付従性を本質とするものであると解する立場とが主張されてきた(河本一郎⁽³⁾上柳克郎説)。本稿は後説に立脚しつつ、さらなる手形保証の法律行為論的構造の解明をはかろうとするも

のである。

I 手形保証の付従性と独立性

手形法三二条一項は、手形保証人が主たる債務者と「同一ノ責任」を負うものとし、二項では「方式ノ瑕疵ニ依ルモノヲ除ク」無効原因⁽⁴⁾の援用ができないものと規定している。主たる債務者の原因関係に基づく抗弁が対抗される場面は、手形行為の無因性を通説のように肯定するならば、原因関係に基づく抗弁が成立しているという事情は無効原因ではないから一項の問題となろう。保証人は主債務者と責任が同一であるからこの事由をもって対抗できる。かく解するならば、最判昭和四五年は三二条の文理とは一致していることになるはずであるが、通説はそのようには解していない。

それどころか、通説の無因論⁽⁵⁾は、手形保証は無因行為であって、もともと原因関係に基づく抗弁を援用できないものであるとする。かつての判例はこの立場であり、手形保証人は手形保証という手形行為によって独立に手形上の債務を負担するものであるから、約束手形振出人のために手形保証した者は、振出人が受取人に対して有する人の抗弁をもって受取人に対抗することはできないとしていた(最判昭和三〇年九月二二日)⁽⁶⁾。最高裁は、昭和四五年三月三一日判決によって、みぎ三〇年判決を変更して手形保証人に「権利濫用の抗弁」の対抗を許したものである。手形保証は実質的手形厳正を帯びた制度ではあるが、「手形保証に限って『無用の利得循環』を『不経済』であるとして排除すべきでない」とする⁽⁷⁾。

ところで、権利濫用の抗弁とは、実質関係の欠缺から自動的に導かれる抗弁なのでなく、それ以外の特段の事情

の証明を要求している。⁽⁹⁾ところが、四五年の事例は、主たる債務者である請負人により工事が相手方に引き渡され、請負人が免責された場合であって、被保証手形債務の原因関係である損害賠償債権の不発生という事実から直ちに、他に何らかの事情の証明を要求することなく権利濫用を対抗できるという結論が正当化されているのである。この点が、最判四三年の事案における権利濫用と、四五年の権利濫用とは、一見類似するものの、その本質において異なった原理に基礎付けられるのではないかとの疑いを抱かせる。

A 手形法三二条と七条との関係——手形保証の特殊性

通説は、三二条一項の「同一ノ責任」を、実質的に同一という意味ではなくて、手形保証人の債務は主たる債務者のそれと同一の手形上の記載の形式を利用した債務負担であるという意味に解しているようである。したがって、主たる債務者が、例えば手形行為の実質的な有効性を欠くことや、人的抗弁を対抗し得る地位にあるにとどまり、方式の瑕疵を援用し得るのではない場合には抗弁の援用ができないと解していることになる。また、実質的に同一たることを要求しないということは、三二条二項における抗弁の援用不能は、手形法七条の規定する手形行為独立の原則を単に確認する規定であって、本来は無用の規定であると理解することになるであろう。⁽¹⁰⁾ 実際、手形法統一運動の過程の一八八八年ブリュッセル万国商法会議決議においては、独立の原則の適用の結果として手形保証も当然に主たる債務から独立的であるという発言が確認されている。⁽¹¹⁾

しかしながら、七条と三二条とは、「一般原則—確認規定」の関係ではなく、むしろ、ある部分では抵触しあう規定と読める余地がある。七条で定めた独立の原則が、手形保証には適用されないのではないかという疑念が残るのである(「一般原則—例外規定」)。というのも、七条では、手形上に「偽造」の署名があっても、他の署名の効力が

害されないとの原理が確認されているのに対し、三二条二項では、「方式ノ瑕疵」による無効に関しては、手形保証人はこれを援用できるとしている。ところで「方式ノ瑕疵」による無効の最も重大なものは、手形署名の偽造である。三二条が七条を破る特別法と解されるならば、主たる手形行為の偽造を手形保証人は援用できることになり、三二条二項の文理と合致するのではないか。

我が国の議論は、基本手形に⁽¹²⁾関し、「振出された基本手形が方式を欠く場合には、振出のみならず、それになされるすべての手形行為を無効とする⁽¹³⁾」とする。ここにいう「方式を欠く場合」には、基本手形の振出人の署名の偽造を含めると考えるのが自然であるように思われる(手形小切手を振出す者の署名は手形小切手要件である。手一、手七五、小一参照)。ところが、統一手形法七条による「手形行為独立の原則」が、これに人工的な制限を加える。振出が偽造であるような場合でも、後行行為が無効とはならない。このような規定が存する一方で、三二条二項ではことさらに、方式の瑕疵によるものを除いて主たる債務の無効原因を援用できないとのみ規定しており、偽造については言及がない。そこで偽造を素直に方式の瑕疵と考えるならば、七条の存在にもかかわらず、これは手形保証人の援用し得る事由とならう。

ところが、論者によれば「三二条二項は保証につき、その主たる債務が方式の瑕疵以外のいかなる事由により無効な場合にも保証はこれを有効とすると定めているが、それらはこのような手形行為独立の原則を表明したものである⁽¹⁴⁾」とされているのである。三二条が単純に七条の反復であるとすれば、手形保証人が偽造を援用できないことになってしま⁽¹⁵⁾う。しかし、ことさらに違った文言を用いて規定していることを考慮せず、手形行為における「方式」という語に十分な吟味をしないままに、漫然三二条二項の趣旨が七条の反復確認に過ぎないと見ることが本当に正しいのであらうか。ある手形保証人が、第一裏書人を被保証人として手形保証を行っているときに、振出署名

の偽造との関係で独立の原則が作用するとしても、少なくとも三二条二項の文理からいっても、また、手形保証があくまで「保証」の一つであるという觀念によっても、被保証人である裏書人の署名の偽造あるときは、これを援用し得べきものと解する余地があり、またかく解さなければ、再遡求の可能性を前提に債務負担する保証人の地位を危うくすることにはならないであろうか。

田中耕・手形法小切手法概論(一九四〇年)は、「各種の手形行為に通じて法の要求する所のものは署名(Unterschrift, signature, signature)である。手形行為は通常は署名以外に他の意思表示が爲さるること(例えば裏書とか引受とかに付て)を要するのであるが、然し法が其の意思表示が特に爲さるるを要せずとも他の事情よりして其れが推知し得らるるものと認むる場合又は意思表示の相手方に多少自由の範圍を與ふる必要ありと認むる場合に於ては、署名のみを以て當該手形行為が爲され得ることを規定してゐる」と述べ、手形行為の種類によっては他の記載を伴うことなく署名しか要求されない場合があることを喚起する。このように手形行為の最小限の要素ともいべき署名は「氏名又は商號の自署」という形式を要求されている。⁽¹⁸⁾しかし署名という行動は、かかる形式の充足自体をさすのではなく、署名者において自己に署名の法律効果を発生させるという意思を外部に表示する行動であるところ、偽造は、外形としては署名らしき像の顯出を伴うものの、当該名義人は一切行為しておらず、他方外形顯出行動をなしたる者は自己にも本人にも手形上の権利義務に関する法律効果を発生させるという意思を持っていない。偽造とは、手形行為の方式のなかでも最も本質的な部分である署名を欠く現象であつて、最も重い方式の瑕疵による無効といふべきなわけではなからうか。

統一法によって初めて「手形行為独立の原則」を導入した締約国法の一であるフランス法においては、偽造を方式の瑕疵の場合に同視しうるかという問題に付き、破毀院は、統一手形法導入以前より、一見矛盾した態度をとつ

てきた。一八八二年三月二〇日(審理部¹⁹)をはじめ、「振出人の署名のみを担保するために約束手形上になされた手形保証は、主たる債務者の身元をいつわる偽造によって、瑕疵を帯びる」とする一九〇九年六月一四日(合同部²⁰)など、援用肯定説判決があらわれる一方で、これを否定する判決も見られた。²¹ある論者(GEISENBERGER)は、「統一法採用後は、前説を維持することは困難であるかと思われる」としつつも、結論としては、現在のフランス通説である「偽造Ⅱ方式の瑕疵一説を是とする」²²——このような解釈を採用しても、偽造概念が著しく無権代理に接近している法のものでは、方式の瑕疵として扱われる場面は限定されるといえるであろう——。

B 手形保証の付従性とその限界

このように三二条の存在を意識して考察すると、手形保証²³は、引受・裏書といった他の付属的手形行為と比較して、性質を異にする手形行為であると考えないわけにゆかないのである。²⁴

そこで次に、いましばらく、民法保証と手形保証との法的取扱の関連付けを、我が国のそれと比較すれば大きく配慮しているといえるであろうフランス法の思考を辿ってみたい。

(1) フランス法におけるavalの法的取扱

手形保証は、統一手形法の表現ではフランス語でavalと呼ばれる。同じくフランス語で民法上の保証をcautionnementと呼ぶことに照らして、一見するとことさらに両者を区別しているかのようにも思われるが、この用語法は、そのような趣旨に出でたものではない。むしろ、フランス法の文献を参照すると、古来avalとは即ちcautionnementの一種であると定義されている。²⁵²⁶問題は単なる用語の異同にとどまらない。制度の取扱、即ち民法

規定の手形保証への適用の可否という価値判断の基礎でもある。現代でも、手形保証に民法の保証に関する取扱及ぼす解釈が支配的(判例・学説)⁽²⁷⁾である(ベルギー法は反対)⁽²⁸⁾。フランスの手形保証は、例えばディマンド・ギャランティーなどよりは民法保証に近く、付従性ある人的担保と考えられている。

商法典起草関係者の発言はこのことを裏付けるとともに、手形保証の付従性を、民法の保証に関する規定に直接根拠付けようとする。

LOCRE (1807)は、一八〇七年商法典一四二条の解釈として、主たる債務者である為替手形の振出人や裏書人が享受する、拒絶証書の作成を懈怠した所持人における失権の利益を、手形保証人が援用できることを述べるパッセージで、その根拠を民法典二〇三六条に求めている(dette に附着した抗弁)。

De là suit encore que le donneur profite de la déchéance acquise au tireur et aux endosseurs, faute par le porteur d'avoir fait le protêt à temps utile; car la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette. なおまたしたがって、保証人は、所持人が適切な期間内に拒絶証書を作成しなかったことよって振出人裏書人が得る失権の効果を受益する、保証人は債権者に対して主たる債務者に属する抗弁および債務に付着した抗弁を對抗し得るものなればなり(日本語訳は柴崎による。原文中イタリックは出典どおり)⁽³⁰⁾。

一九世紀には、手形保証に付いても付従性を強力に主張する思考が支配的であった。GEISENBERGERによれば、ポー控訴院判決一八五四年一月一日は、⁽³¹⁾「手形保証人は、為替手形の構成要素ではなく、取引に加入してい

るといふ状況によって構成要素となっているにとどまり、いかなる場合においても自らが担保する署名者の写像 (images) としてしか考慮されない」と述べている。³²⁾ 主たる債務の存在は保証債務存立の第一の要件であるといえる。GEISENBERGERは、ドイツ法の理論が付従性を否定する点でフランス法との対立を来すものとして紹介している。かかる対立の結果、一九三〇年手形法統一条約の成立に際しても、同じ三二条の文言が、それぞれの理解から違った読まれ方をするという。ドイツ法的理解によれば、同条が制定された理由は、手形保証の付従性の作用する範囲を、方式に瑕疵ある場合に限定するためであり、三二条二項は当然の事柄を、一項は手形保証の方式が主たる債務の方式を借りるといふことの帰結として捉える。他方、フランス法的理解によれば、同条が制定された理由は、手形保証の独立性を、方式の瑕疵以外の主たる債務の成立の瑕疵ある場合に限定するためだということになるのであるから、一項が原則で二項は例外ということになる。なお、統一法の形成過程では、別証保証 (aval *par l'acte séparé*)³³⁾ の許容の問題を除いては、あまり議論は豊富ではないが、手形行為の独立性の当然の帰結として手形保証も独立的であると考えられていたようである。³⁴⁾ しかし、起草過程において十分に抗弁の類型毎に考察を加えていけるようには見受けられず、付従性否定説の決定的な論拠としては不十分というべきであろう。

統一法が導入されてからは、フランス法においてさえ、事情が異なってくる。GEISENBERGERによれば、一九五〇年代になって、一時的ながらフランスの判例には、ドイツ法・イタリア法の影響の下、付従性を制限しようとする新たな傾向が現れたものとされている。³⁵⁾ 即ち、保証の付従性は手形保証に適用されず、同様に、保証における取扱のすべてが手形保証に適用されるのではないとしたのである。例えば、民法典二〇三七条所定の「訴権譲渡の利益」³⁷⁾は、手形保証には適用されないとする理解が採用され、そのことが手形保証の本質を反映した帰結と考えられたのである。³⁸⁾

パリ控訴院判決一九五〇年一月三十一日は、伝統的なフランス法にしたがい、手形保証人は、商法典九三条の商事共同連帯債務者としての地位と、民法典二〇三七条の訴権譲渡の利益を認められる民法上の保証人としての地位とを兼ね備え持つとの理解をとっていた。ところが、その僅か二年後、この理解を変更して、破毀院判決一九五二年一月二八日は、商法典一四九条の償還請求の規定が民法典の規定を排除するものと解して、訴権譲渡の利益の援用を拒んだ。⁽³⁹⁾ 学説は可能な限り抵抗した。GEISENBERGERは、破毀院のこの変更の理由付けが商法一四九条の存在することにもとめられる以上、手形保証の取扱の変更は、その他の問題には拡張されるべきでないと見ていた。

「民法典二〇三七条は、債権者に過怠ある場合に保証人の完全な免責を規定しているのに対し、商法典一四九条は、第三所持人の過怠の被害者である手形保証人には、所持人に対する損害賠償請求権しか認めていない」⁽⁴⁰⁾。

右賠償金額は係争手形の額面金額を限度とする。しかし、このことを確認したからといって、この処理が他の事由に拡張されるのではない、と。

結局、状況は再び一転し、破毀院は一九五七年一月五日の判決で、右の判例を変更し、民法典二〇七三条が手形保証にも適用があることを認めるに至った。⁽⁴¹⁾ そして、これは学説からも支持され、下級審もこれにしたがっている。⁽⁴²⁾ したがって、今日では次のような考察が可能である。

「事実、手形保証と民法上の連帯保証との間には相違が存在している。その相違のいくつかは純粹に形式上の

ものである。いくつかは実質的に債務負担行為の効果を修正するものである。しかし、これらの相違は手形保証が行われる手形法的枠組みの帰結である。これらの相違は本質的なものとは考えられず、債務負担行為の本質を変更するものではない。⁽⁴³⁾

こうした経緯で獲得された現代フランス手形法の学説・判例の説くところを要するに次の通りとなる。手形保証人は、被保証人のあらゆる抗弁⁽⁴⁴⁾、とりわけ、主たる手形債務者の時効完成、倒産手続における債権の届出懈怠による失権を援用できる⁽⁴⁶⁾。また、主たる債務が手形上遡求義務者の債務であるとき、拒絶証書作成手続懈怠も援用可能である。さらに、弁済・更改・相殺など債務一般の消滅原因に関しては、広く援用を認めることで争いが無い。主たる手形債務者の時効完成については、主たる債務者が責任を負わない（自然債務化する）だけであるから、保証人は義務を依然負うものであるが、手形保証においては、手形時効が固有の制度として規定され、主たる債務者の時効期間そのものに基⁽⁴⁵⁾づいて手形保証人はこれを援用できる⁽⁴⁷⁾。

最後に、被保証手形債務の原因原因⁽⁴⁸⁾に関する抗弁は、手形保証人においても援用し得る抗弁として認められている（破毀院商事部判決一九七一年一月二六日⁽⁴⁹⁾）。他の主たる署名の実質的無効原因の援用が認められていないにも拘わらず⁽⁵⁰⁾、被保証債務の cause 不法による無効の援用⁽⁵¹⁾、cause 欠缺による無効・後発的失効の援用が認められている⁽⁵²⁾。それは被保証手形債務の原因の欠缺が同時に手形保証債務の原因の欠缺であるという手形保証の構造の帰結であると考え⁽⁵³⁾るべきであろう。これは項目を改めて後述しよう。

他方、統一法三二条二項所定のとおり、方式の瑕疵以外の無効（取消）原因は援用を禁じられる⁽⁵⁴⁾。これに加え、主たる債務者の責任を解除するにとどまり債務そのものを破壊しない制度に関しては、保証人による援用は許され

ない。たとえば強制和議⁽⁵⁵⁾がこれである。

さらに、判例は、このような無効(取消)原因不対抗原理の適用を、善意の所持人に限定している⁽⁵⁶⁾。したがって、保証の受益者である所持人自身が主たる債務者を強迫したり詐欺を用いて意思表示させたという場合には、この所持人において保証の独立性を援用できない。手形が善意者に流通してしまった場合には別である。他方、手形保証人が瑕疵について認識があるかどうかは問題でない。

(2) 付従性の限界づけとその根拠—請合の法理

このようにして、少なくともフランス法においては、手形保証の本質は、「保証」であると考えられてきた。しかし、筆者は、このような観察から直ちに統一法の手形保証を民法保証と同視し、最判昭和四五年の処理を正当化できるとは考えていない。

それは、以上のような考察にもかかわらず、手形保証は、現行手形法の規定を前提にする限り、精密に言えば、現在の日本民法の定義する「保証」のような完全なる付従性を持った債務負担行為ではないからである。拒絶証書、恩恵日の禁止、抗弁制限、手形訴訟制度の利用など、特殊な制度が許容される点では、手形保証も他の手形行為と変わるところはない。

しかし、かといって、他方、手形保証は約束手形の振出に見られるような完全に抽象化された債務負担である、という主張にも賛同できない。それはある一定の範囲で、担保という機能に拘束を受けている。

実質的な効力構造に着目すれば、むしろその本質は、例えば民法四四九条の「独立ノ債務」⁽⁵⁷⁾に見られるような損害担保契約ともいうべき、付従性なき人的担保であるというべきではなからうか。フランス理論のように、*aval*を

付従的な債務と見たところで、統一法三二条二項の文言が無効原因の援用不能を規定していることには変りがなく、四五年判決と三二条二項との矛盾はまだ解決されていない。⁽⁵⁸⁾ いましばらく、統一法三二条二項の無効原因援用不能の基礎付けを考えてみたい。

民法四四九条⁽⁵⁹⁾では、主たる債務者の「行為無能力」⁽⁶⁰⁾を知りつつことさらにこれを保証する者は、「独立ノ債務」⁽⁶¹⁾を負うものと推定されるとの制度が用意されている。本条は系譜を迎ればフランス民法典に由来する制度であり、現在のフランス法学説によれば、かかる制度の本質は固有の意味での「保証」(cautionnement)すなわち他人の資力を担保する行為のみにとどまるものではなく、フランス民法典一一二〇条に規定された「請合」(promesse de porter fort)⁽⁶²⁾と呼ばれる一種の損害担保契約すなわち他人の債務の存在を担保する行為との複合的な行為であると⁽⁶³⁾いわれている。

ところで、右四四九条の前身である旧民法債権担保編九条および二五⁽⁶⁴⁾条の、さらに原型であるフランス民法典二〇一二条⁽⁶⁶⁾・二〇三六⁽⁶⁷⁾条の、一九世紀注釈学派による解釈では、この種の損害担保契約も「保証」(ただし、自然債務の保証)と呼ばれていた。⁽⁶⁸⁾ 古典的な自然債務の保証説によると、フランス民法典では、二〇三六条に「detteに固有の抗弁」と「純粹に人的な抗弁」との区分が規定され、保証人とは、主たる債務者が負っているdette(債務)と同じdetteを、自己のobligation(責任)を以て担う者であると考えられ、⁽⁶⁹⁾ 自然債務とはdetteの種類ではなくobligationの種類であると考えられていたようである。担われる客体であるdetteに基き主債務者が主張し得る事由は、保証人もまた主張できて当然である(例えば、金額)。他方において、担う主体である主債務者の人の属性等に根拠をおく事由はobligationの部分にのみ影響を与えるにとどまり保証人の援用し得べきものではないことになる(典型が行為無能力)。基本的にはBOISSONNADEも同様の思想に立脚していた。⁽⁷⁰⁾

ところが、日本新民法成立の過程で、自然債務の観念が廃棄されてしまい、かつ、体様における付従性を規定する四四六条が導入されたため、「自然債務の保証」という説明は不可能になってしまふ。したがって、旧財産編九条・二五条の改正法たる四四九条は新たな理論的基礎を別の観念に求めなければならなかつた。⁽⁷¹⁾

その頃、フランス法でも同様の問題につき「自然債務の保証」という理解を改め、「保証と請合 (porte-fort) の並存」という観念による説明が普及しはじめる。⁽⁷²⁾ 請合とは、請合人が、相手方に申込の意思表示をなさしめ、第三者(本人)による承諾を促す取引である。もし本人の承諾が得られなければ自らが契約当事者となって履行の責めに任ずるというものである。二〇一二条の場合には、保証人は、無能力者が追認し取消をしないときには本人の資力を担保し、追認せず取消しをなすときには自ら義務を負う。ここには保証人としての地位と請合人としての地位が並存するというのである。そのような契約は、不法の目的を持たぬ限り有効なものとして扱われてよいであろう。

このようにして理論の変遷が要請されたのは、このような「保証」人は、保証人一般が負う無資力のリスク以上に、本人による取消のリスクという別のリスクを負うことが強く意識されたからであろう。フランスではともかく、日本ではこれに加えて、民法四四六条の規定と自然債務の保証の観念が抵触するところにも根拠づけられるであろう。主たる債務に訴権が伴わず、従たる債務に訴権が伴うということは許されず、その体様は主たる債務にあわせて「縮減」されるべきである。即ち自然債務の保証は自然債務でしかありえないのである。

このようにして民法四四九条においては、「無能力者の保証」は、主たる債務者による取消がなかった場合には保証、取消があつた場合には「独立の債務」を負担する混合契約として構成されるに至つた。

そこで翻ってかんがみるに、手形保証が、ある面で付従的な人的担保でありながら、それは一定の限度において

であったのは、手形保証という意思表示の定型的な内容が、右の混合契約と同様に、主たる債務者の資力ならびに方式の瑕疵を除く無効原因により債務そのものが存在しないことの危険を担保するという趣旨にあるから、と説明することはできないであろうか。⁽⁷⁴⁾しかし、手形保証の独立性は、これ以上のものではない。手形保証人は、主たる手形行為の偽造を援用できるだけでなく、担保という目的のなかに依然としてその存在理由を見出す。その点が純粹な単純約束と異なる点なのである。

II 手形保証の有因性

以上のように、手形保証を、民法四四九条の構造に準え、主たる債務者の資力ならびに方式の瑕疵を除く無効原因により債務そのものが存在しないことの危険を担保するという趣旨を定型的な内容とする法律行為と考えると、手形保証の独立性を抽象(無因)性に基礎付ける必要はなくなる。⁽⁷⁵⁾日本民法四四九条やフランス民法にいう「請合」が、民法における付従性の強い制度である狭義の保証と区別されるのは、前者の制度が抽象(無因)債務であるからということではない。⁽⁷⁶⁾付従性のない人的担保にも「原因cause」があり、原因の実在性や合法性が債務負担行為の有効性に影響し、原因の後発的消失は債務負担行為の失効をもたらす。⁽⁷⁷⁾

手形保証についても同様に考える。通説の説くように手形保証も実体法的な意味における抽象債務であり、手形保証に手形法七条が当然のこととして適用され、債務負担行為の効力は手形外の事情から影響を受けないものとすれば、そこには何らかの過剰行為が許されることになってしまふ。通説はそれゆえに権利濫用という、一見不明確な内容の手形抗弁を想定しなければならなくなる。⁽⁷⁸⁾しかし、手形保証をそのようにとらえず、日本民法四四

九条やフランス民法にいう「請合」と同様に捉えれば、四五年判決の事案は権利濫用ではなく、別の根拠で説明しうる余地が開かれることになるであろう。

フランス手形法の理解によると、手形の振出人と受取人との間では、手形債務は実質的に無因のものではないから、原因関係欠缺の場合には、無効原因の對抗の如何という問題になるはずであり、三二条二項がいう実質的無効原因に、原因の欠缺も含められるとするならば、それは援用不能ということになってしまふ(日本法の通説的見解では、原因の欠缺は人的抗弁事由となるにとどまるから、三二条の文言からはいずれとも言い難いことになるが、おそらくは無効原因以上に援用できないと考えるのが通説の立場からいえば、合理的であろう)。しかし、振出人と受取人との間における原因関係の欠缺が、手形保証そのものにとっても同時に原因の欠缺を意味するならば、それは手形保証人自身の抗弁として援用し得るところである。フランス法でも破産院の態度は統一法採用直後およびその後の二回にわたって転変しているもの⁽⁷⁹⁾、手形保証人は、主たる債務者と相手方との原因関係については、それが同時に手形保証人にとっても原因であるとの理解をとって抗弁の援用を認める⁽⁸⁰⁾。この議論に示唆を得るにしても、ではそこで何が手形保証人の義務の原因にあたるのか、そもそも定型的に手形保証の原因を確定しうるのかを明かにしておくべきであろう⁽⁸²⁾。

債務負担行為の原因(ここでは客観的causeにあたるもの)をいかに定義するかについては、狭義の「保証」、「請合」、「手形保証」を、共通の性質をもつものとして考えることができる⁽⁸³⁾。フランスの判例は、民法保証 cautionnementに付いては、一九七二年のLempereur判決が、原因causeとは、主債務者・債権者間の取引への「考慮」である⁽⁸⁴⁾⁽⁸⁵⁾として以来この「考慮」説を採る。手形保証にとっても原因causeとは、主債務者・債権者間の取引への「考慮」である⁽⁸⁶⁾。

A 「保証」「請合」「手形保証」の原因 (cause)

ある金銭給付義務を負担する行為を締結するにおいて、当事者には、この約束が、外部の事象に依存しない性質を獲得せしめうる自由がある。しかし、この「自由」は無制約なものではない。例えば、人的担保と称して用いられる債務負担が、担保義務者と債権者との間の関係以外に生じたすべての事由（主たる債務者との間で相殺や免除、果ては弁済があつても）から影響を受けないことになつたとすれば、そのような債務負担は、もはや人的担保の名に値せず、別の性質決定を、別の法的取扱を、要求するのではあるまいか。人的担保は、多くの場合、それが締結されることを条件に被担保関係における一方の当事者が、担保の受益者になる相手方から与信を受けるための手段として用いられる。与信を受けられないはずの者をして与信を受けることを可能にする手段としての機能⁽⁸⁷⁾が、人的担保には存在する。そのような状態を「給付」することは、その動機のレベルにあっては様々でありうる（主たる債務者の親族であるがゆえに、友人であるがゆえに、保証委託料を支払ってもらつたがために）が、その目的 (object) および原因 (cause) においては一定のカテゴリーを持っているといつていい。右の分析は、たとえ主たる債務者が強制力のある債務負担をしていない場合（無能力者の債務）にも妥当する。即ち、請合の場合にも、そしてまた、ここまで論じてきた手形保証の場合にも、妥当するのではなからうか。

この構造は、さらに、保険と右の人的担保とを区別する基準をも提供する。請合は、保険契約などとともに「損害担保契約」と総称することができるかもしれない。しかし、保険と異なり、請合が填補する損害は、つねに、「本人」の作為不作為によつて生じた事実である。「本人」と関係のない天災や、第三者の行為による損害を含めず、「本人」による法律行為の取消、取消すべき行為の不追認、契約の不締結など、「本人」の利益において生じた債権

者の不利益について、「本人」に帰責性がないために「本人」には賠償請求できない場面が想定されている。したがって、そこには仮設的かつ倫理的には「本人」の dette が存するともいえるであろう。このような仮設的 dette に仮託して語られている事柄とは、要するに、債務負担行為が果たす「担保というはたらき」そのものを指している。請合にしても手形保証にしても、この点において、単純な支払約束と異なる。「本人」がいない天災や第三者の行為から生じた損害の填補を目的とする損害保険契約の場合には、保険料と危険負担との交換という構造を有し、本人の dette を想定し得ない状況を前提にしている。本人の信用増強という機能を担うことを類型的に必須としないので、損害保険⁽⁸⁸⁾や、何らこうといった機能と無関係に成立する抽象(無因)債務を負担する単純約束のごときものは、人的担保とはいえない⁽⁸⁹⁾。

ここにいう機能こそが、フランス私法学においては、客観的原因 (cause objective) の名で語られる法律行為の有効性に必要な条件である。人的担保で、右の機能と無縁に成立するものは存在しない。ここで想定される保証の客観的 cause は、主たる債務の存在そのものではなくて、主たる債務者が、担保の存在によって債権者から引き出し得る有利な地位に対する、担保義務者の貢献への意思ということができるであろう。

客観的 cause が、数個の契約類型を範疇に括る基準として作用するとき、それは cause catégorique (範疇的原因) の名で呼ばれる。cause catégorique は、典型契約・有名契約の一個の契約類型に共通して定義づけられており、それはしばしば cause finale (目的因) として合意の有効性の要素となっている cause objective (客観的原因) と定義上かさなりあい(範疇を決定する基準になる cause が、有効性を条件付ける cause とズレる場合もあると考えられているようであるが)、同時にそれは訴の原因たりうる cause efficiente (債務発生原因・充足因) の名と同じ数だけ存在することになる。この三種の(範疇的・目的的・充足的) cause は、同じ概念を、その働きや視点を変え

て定義しただけのものといえるであろう。⁽⁹⁰⁾ この cause は、とりわけ片務契約においては、その債務負担行為がいかなる機能を担うかを決する基準となり、機能の喪失がその効力を奪うとの帰結をもたらす。債務負担行為がそれ自体に瑕疵がなくとも(法律行為の成立時に判断される)、債務の内容自体にとっては外部的な、後発的な事情で債務負担行為が失効し、しかも、その失効という帰結が当該契約類型の常態であるとき、それはもはや、契約自由によって千差万別であり得る「目的物(object)」や「条件(condition)」の作用ではなく、定型的な cause の作用以外に根拠を求めることができない。

おそらく、われわれは、狭義の保証と、請合や手形保証とを総合する人的担保制度の cause objective を想定することができ⁽⁹¹⁾る。

cause objective の作用は、この研究の最終到達地である最判昭和四五年の事例における、主たる手形債務者の原因関係に基づく抗弁の援用の可否に大きな示唆を与える。結論的にいえば、主たる手形債務者の原因関係は、同時に手形保証人の債務にとっても、cause objective たる、債務負担の前提的事実の心理的反射物(目的)を作り出す。したがって、その後発的欠缺は、手形保証人固有の抗弁事由を提供することになる。わが国の河本教授、上柳教授らが、JACOBIに範をとり、あくまで手形保証の付従性を根拠に最判の結論を正当化しようとしたのに対して、この見解に因れば、手形保証の有因性を根拠に最判の結論が正当化されるのである。⁽⁹²⁾ 付従性の大小は連帯保証人による抗弁権放棄にみられる如く、時として担保義務者の意思にゆだねられ、契約自由の領域に属する。しかし cause の定義づけは契約自由の領域に属さない。ひとたび性質決定がなされれば、法は当該行為の法的取扱を決定する。手形法三二条にもとづいて定義される手形保証人の意思のうちには、主たる債務の無効原因が保証人の義務に影響を与えないとの決断が含まれているが、それを超えた独立性を付与するものでない。

B Lempereur判決と人的担保の客観的原因⁽⁹³⁾

フランスの判例は、保証の cause を、主たる債務者に対する債権者からの与信開設のように、「債権者が相関的に引き受ける義務についての考慮 (la considération de l'obligation prise corrélativement par le créancier)」にもとめている。

この定義を宣言した破産院商事部判決一九七二年一月八日 (Lempereur 夫妻対 Société générale 事件)⁽⁹⁴⁾ は、保証人の名をとって Lempereur 判決と呼ばれている。この保証人は、主たる債務者である法人 Lempereur 社の業務執行者であったときに同社の債務について保証人となったが、後に業務執行者としての地位を失った。業務執行者でなくなった以上、保証は cause を失い、保証人として義務を負うものではなくなったと主張。原審は保証の cause を主たる債務者と保証人との関係にもとめず、主たる債務者と債権者との関係に存するとし、もって保証債務の履行を求める請求を認容したのであるが、これを正当であるとして上告を棄却したものである。⁽⁹⁵⁾

この判決に対しては、まず、

①客観的 cause が主たる債務者と債権者との関係にもとめられ、その消滅が保証人の義務の消滅をもたらすとすれば、付従性の原理と同じ事柄を示す結果となり、あえて cause と呼ぶまでもないのではないか、との批判⁽⁹⁶⁾がある。⁽⁹⁷⁾ この批判に対しては、弁済約束のような付従性なき人的担保の場合でも、保証における同様の cause の作用が依然として認められ、cause の作用を付従性の原理に還元できないといえるから、なお依然として cause の語を用いる実益はあり、批判は正当でないとの反論をなしうる。⁽⁹⁸⁾ また、「担保が担保であるということ」だけを抽象的に人的担保の cause の定義とすることは必ずしも正しくない。それは、cur debetur? (何故に汝債務を負いたるや)とい

う問に対する答としてのcauseとしては、殆ど「保証債務を負ったからだ」と答えるようなものだからである。「保証人によって追求される目的は、実際には、担保ではない。担保は、手段でしかない。保証人が債務を負うのは、通常、債務者の要請にしたがってである」とすれば、それは、債務者に債権者からの信用またはその他の利益を得せしめるためである」(SIMLER)⁽⁹⁹⁾⁽¹⁰⁰⁾。

②第二の批判として、判旨は、双務契約に認められている客観的causeの定義をそのまま片務契約に押し付けたもので、必要的に動機に言及せざるを得ず、この事実によって客観的cause(契約の種類ごとに一定の債務負担の理由をいい、その实在性が無い場合に合意の無効原因になる)と主観的cause(契約ごとに千差万別の債務負担の理由をいい——合意の内容に採り込まれることによって動機からcauseにひきあげられる——、その適法性がない場合に合意の無効原因になる)との区別を破壊する、というものである。この立場を採るものにANCELがいる。ANCELによれば、保証においては、主債務者と保証人との間の関係に着目するのではなく、ひとは、保証人が「なぜ」保証人になったのかを理解し得ないとし、場合によりそれは債権者の知り得べからざる事情である、というのである。CHESTINは、破産院が、主債務者に提供される対価を「考慮」と呼んだが、保証人に直接提供される対価ではないことを指摘し、ここで採用されているのは主観的causeの概念であるとしている。これらの批判については次のような反論がある。

「事実、人的担保のcauseを把握することが問題である場合に、担保義務者が個人的な立場で取引から引き出すことのできる利益を考慮にいれることに、何ら妨げはない。しかし、債務者に有利な地位(avantage)を獲得させようとすべく担保義務者を導く理由に目をむけることも、何ら強いられるものではない。担保の経済的社會

的目的 (finale) は、結局、担保義務者と債務者との間の交換でも、担保義務者と債権者との間の交換でもなく、債権者と債務者との交換にある。しかるに、担保義務者が、債務者の期待する有利な地位を債権者に欲しかつ債権者から獲得する時点で、それは充足される。すなわち、ひとは、causeを有する。ひとは、債務負担の合理のかつ有効なる説明を有する。ひとは、「配慮のある」《attentif》(そういつてよいなら「分別のある」《sensible》) 行為をしているのである。担保義務者が追求した事実、一層個人的な目標 (un objectif plus personnel) は、担保のための債務負担行為の有効性にとっては、どうでもよい事柄である。⁽⁴⁰⁾

客観的 cause は、一般的に、債務負担意思の正当性のコントロールの手段にすぎない。双務契約であれば、このコントロールは、その契約が、債務を負った者にとっても何らかの利益をもたらすことを確認すれば論理的当然におこなわれたことになる。しかし、片務契約である担保契約の場合には、かかるコントロールは同様の形式では作動しない。確かに、保証人自身の利益、たとえば保証料の支払が合意されている場合があることは否定できない。しかし、保証委託の際に、報酬が同意されるかどうかは、場合により区々であり、したがって、保証人の受ける自分自身の利益は、担保たる債務負担行為の直接の目的 (le but immédiat) とされることはありえない。

保証人による債務負担行為から、もっと直接にもたらされる帰結、すなわち、保証の設定を条件として得られる、主たる債務者が債権者から与信を開設してもらおうという利益を享受する、この有利な地位 (avantage) の獲得、これが保証の cause である。

何が保証の cause であるかの定義は、したがって、「保証人が、いかなる考慮の対象である有利な地位を獲得せしめたか？」との問いに対する解であって、「いかなる理由によって保証人が自分以外の者のためにこの有利な地位

を得せしめようと追求しているのであろうか?」「保証人にとっての自分自身の利益はいずこに存するか?」との問に対する解ではない。後者の定義による場合には、保証人の「自分自身の利益」が、保証人に、直接に保証契約の相手方から提供されるのではなく、第三者である被保証人との間の関係より生じることから、保証の cause は主観的である、との結論を不可避とするが、これは正しくない。

そして、JACOB は、右の事柄を、民法典に規定する保証契約だけではなく、他の人的担保についてもいいうることであるとして議論を展開している。

CABRILLAC et MOULY は、イギリス法上の約因に対して与えられた定義を援用しながら問題解決の手がかりとしようとする。論者らは、約因を「債務負担またはその他すべての出捐をなす者によって受領され、債権者によって同意されるすべての利益」とし、⁽¹⁰⁾ 保証の存在を理由として債権者が供与する信用は、十分な約因と看做されていることを指摘する。

同様にフランスでも、債権者が保証の存在を理由に同意する与信ないし有利な地位が客観的 cause と看做される。この与信ないし有利な地位が、直接に、債務を負う保証人の財産圏域 *patrimoine* に収まるかどうかは、問題ではない。この与信ないし有利な地位が、保証人が同意する出捐にとって十分な理由を提供するからである。

③このような展開に対して、さらなる批判が加えられる。担保を前提に得られる利益(与信を受けること)が、担保の cause であるということは、論理的な順序として逆ではないのか(因果律からいえば、結果から原因を導くかのようにあるから)。この批判は、⁽¹¹⁾ PLANIOL が双務契約のアポリアを捉えて *causalisme* に加えた批判と同じ種類の批判であって、同様の反論によって斥けうる。すなわち、ここでの cause とは、債権者が与える利益そのもの実現をさしているのではなく、かかる利益を実現しようとする目的という心理的要素である。

「cause は、利益 (avantage) そのものというよりも、かかる利益の、知的心理的表象物 (représentation intellectuelle, psychologique) 』 しからずば、受益することが期待される利益についての考慮 (consideration) (Lempereur 判決において破毀院自身が用いた用語としての) である」⁽¹⁶⁾。

④最後に、客観的 cause の作用は、合意の締結時点で判定され、原始的に目的が不能であったが、それが可能と錯誤しあるいはその不能を知りつつ虚偽の意思表示をしたような場合だけが対象であって、後発的事情で cause が欠けるといふのは cause の定義からして正当でないとの批判がある。しかし、片務契約の場合には、cause の後発的消滅による失効 (caducité) を、客観的 cause の作用の一つとして承認すべきであるとの理解が主張され、右の批判に反論を企てている⁽¹⁶⁾。

本来、合意の cause とは、合意の拘束力が方式から解放されてゆく歴史的過程において方式に代置されうべきあらたな客観的要素として、法律行為の有効性の要件に取り込まれていったという事情がある。だから締約時においてしか作用を考えることはできないかにおもわれる。しかし、このような近世教会法の教義を離れ、契約の拘束力が合意そのもののなかにもとめられるようになった現代においては、cause の作用を締約時におし留めておくことには批判がなされつつある⁽¹⁷⁾。双務契約の解除に関して、CAPITANT は cause による説明を試みたが、現代においては bonne foi の名前で、cause の作用が承認されている。保証についても同様であって、主たる債務を生じる契約の解除や取消をはじめとする、後発的な効力喪失の場合の保証債務の付従的消失について説明するためには「失効」を認めなければならない。その主唱者のひとり MOULY は、こう。

「主たる債務の無効が保証の無効をもたらすと述べるのは誤りである。……」主たる債務の消滅は、単なる帰結として、保証からその「有用性 *utile* を奪う。主たる債務の効力喪失は、したがって、付従的契約の存在理由を消滅させ、かかる契約を不必要にするのである。」⁽¹⁰⁾

MOULYは、必ずしもこの帰結をcauseの作用だと明言しているわけではないが、既にみたような債務負担行為の機能がここにいう *utile* に相当することは、論者の記述からもあきらかであり、また、そのように解しているのが大勢とみてよいであろう。⁽¹⁰⁾

同様にして、手形保証も、被保証人が得る、相手方からの信用供与をもって、その原因とみることができよう。

おわりに

以上のように、手形保証もまた、人的担保である。その付従性も独立性も、手形保証が主たる債務者の資力のみならず方式の瑕疵を除く無効原因により債務そのものが存在しないことの危険を担保するという趣旨を定型的な内容とする法律行為であるために生じる帰結として考えることができる。したがって、手形保証を純粹な抽象(無因)債務であるがゆえに独立的であると考える必要はなくなり、最判昭和四五年の判旨は、その原因(cause)の作用の帰結として説明することができる。

注

(1) 最三判昭和四五年三月三十一日民集二四卷三号一八二頁。被保証手形債務は、解建造請負人が建造不履行の場合の損害賠償請求権を担保するために振り出した約束手形の振出人としての債務であった。右損害賠償債権は不発生に確定し、右振出人の債務は存在しない債務の *bona fide possessor* において負担されている。(発注者⇨受取人は事情を知った者に裏書をしているが、悪意の抗弁が成立する関係にある。所持人側は、受取人が振出人に対する別口の債権を有していると主張したが論旨は採用されず)以上、原因に基づく抗弁を對抗しうる関係にある。所持人の手形保証人への請求につき原審は「手形を所持することを奇貨として手形金を請求することは権利濫用である」とし、請求棄却、上告されたが、同じ理由付けで上告棄却となった。

(2) 権利移転行為有因論のうち、一部の論者は手形保証には権利移転行為が伴わないとしている。手形保証人は署名により自己に対して一定金額を支払う義務を負うことになるが、したがって権利が誰に対しても移転されることがなく、所持人は手形保証人への権利を取得することが出来ないことになる。保証人の債務負担をする相手方は、実質的には所持人であって、被保証人への証券の返戻は権利移転行為の趣旨で行われるのではない。権利が誰にも取得されていないとすれば所持人による権利取得の様態は善意取得しかりえないことになるが、所持人はそれが「権利移転行為を伴わない手形保証」という手形行為であるを知っているから善意取得もできないことになってしまう。

(3) 河本一郎「手形保証と人的抗弁」神法九卷一・二号は主として「JACOBIの学説に拠りつつ、手形保証人による、被担保手形債務の原因関係に基づく抗弁の援用を正当化し、他方において方式の瑕疵以外の無効原因を援用できないことを説く。「原因債務は有効に存在しているが、その支払に関して振出された手形債務自体につき、その成立に瑕疵があったとしても、それは形式的要素に瑕疵があるにすぎないのであるから、その手形の受取人が手形保証人に請求することを許したとしても、別に不都合はない。これに対し、手形の原因関係に瑕疵があるが故に、主たる手形債務者に対しては請求できない所持人が、手形保証人には請求し得るとすることは納得できず、またこれを認めると、右所持人は、その得たものを、結局は、不当利得として、引渡さねばならず、事態を複雑にするだけである」(一八六頁)。また、右三〇年判決の評釈である上柳克郎「手形保証の独立性」ジュリ・手形百選〔新版〕(一九六九年、有斐閣)二二六―二二七頁。

(4) とくに、本研究では、被保証債務の無効(取消)原因を中心に考察する。ところで、手形法三二条二項の文言にいう方式

の瑕疵を除いた無効原因とは、手形行為の実質的効力要件が、少なくとも日本民法との関係でいうかぎり、かつ、日本民法の法律行為一般の有効性の要件と本質的には同様であると解するかぎり——この問題については、手形行為に民法の適用がないとするか、適用があっても修正を施すというのが多数の学説であり、判例も同様であると解されている。このような考え方には疑問もあるが、多数説への批判の詳細は、第三取得者の保護の問題を扱わないこの研究では省き、方法上、全面的に適用されるという前提を探る——、次のような事由が列挙されるであろう。目的の不法・社会的不相当・内容の不確定・実現不能、意思欠缺(錯誤・虚偽表示)、商法二六五条違反など機関による意思表示に課せられた特殊な要件の不遵守。瑕疵ある意思表示(詐欺・強迫)、行為無能力については、取消権が行使された場合、である(無権代理は、厳密な意味で「無効」原因といえるか疑問な点もあるので、ここでは除外して考察する)。

(5) 石井照久∥鴻常夫・手形法・小切手法〔商法Ⅳ〕(勅草書房、一九七四年)を念頭におく。

(6) 最一判昭和三〇年九月二二日民集九卷一〇号一三三三頁。

(7) 鴻常夫「手形保証」新商法演習Ⅲ手形・小切手(一九七四年、有斐閣)二一七—二一八頁。同旨の論説として、堀井智明

「手形保証の人的抗弁について」法学政治学論究三五号四五—四八二頁。

(8) 判決例にしばしば登場する「自己の手裡に証券を有するのを奇貨として」という表現はそのことを反映したものといえないであろうか。

(9) 同じく裏書の原因関係が欠如する場合の権利濫用について、昭和四三年の最高裁判決は、被裏書人が手形金を受領すれば、裏書人は被裏書人に不当利得返還請求によって代わり金を取り戻すのが本来の原則であると考えている。おそらく、このような取り戻しが可能である限り、後者の抗弁を原的に排斥しても不都合はない。ただ、裏書人は被裏書人の無資力の危険を負担させられるのであり、その無資力の状態をつくりだすことに支払人がことさらに寄与している場合、例えば、裏書人による代わり金の回収が不可能になることを承知の上で、倒産直前状態の所持人に、支払人が取立て支払をなし、受領した所持人からリベートをもらった上逃亡に助力したといったような事情のあるときは、前者を害することを知って支払うことになってしまう支払人において権利濫用による履行拒絶はむしろ義務であって、そのような場面では濫用を對抗できないと具合が悪い。指図型の構造を持つスタンドバイ信用状またはディマンド・ギャランティーにおいて、金銭を受領した受益者である国家が主権免除で不当利得訴訟自体が不可能になってしまうような場合も同様であろう。

- (10) 庄子良男「手形行為獨立の原則の再考察」菅原菊志先生古希記念論集・現代企業法の理論(一九九八年、信山社)二八一頁以下、二八三頁の注(2)。「手形法三二条」は、主たる債務者の手形債務が形式を備えている限り実質的に無効であっても、手形保証人はこれとは独立に手形債務を負うことを規定しており、七条と同性質の規定である」としており、このような理解は多数説とみてよいであろうか。しかし、私見では、手形保証には手形行為獨立の原則の適用がなく、手形保証が担保している手形行為(主たる行為)の獨立性の結果、主たる行為が前提する別の行為からの獨立性が認められることはあっても、手形保証自体が他の総ての行為から完全に獨立的ではありえないとの趣旨に解する。これがことさらに三二条二項が置かれている趣旨である。三二条二項が、七条の結果当然となるべきことがらをあらためて確認したわけではなく、特段の必要があるからこそ規定されていると読むのが文言との関係からいって自然である。特別法は一般法を破る。三二条二項が七条と抵触しあう場合には、特別法である三二条二項の原理が適用されるのではない。また、本研究で検証するように、歴史的考察からいいうることであるが、手形保証の獨立性は、「無能力者の債務の保証」の理論が手形法に取り込まれて敷衍された結果であって、唯に手形の信用強化という政策との関係だけで説明されるべきではない。最判昭和四五年はこの理を敷衍して説明することができる。
- (11) 後掲注(34) 参照。
- (12) 一例として、石井照久Ⅱ鴻常夫・手形法・小切手法(商法Ⅳ) 第二版(一九七二年) 七八―七九頁。
- (13) 同右・七八頁。
- (14) 鈴木竹雄Ⅱ前田庸・手形法・小切手法(新版)(一九九二年、有斐閣法律学全集) 一一三頁。
- (15) スイス法の論者で、実質的な手形債務の抽象を支持する流派の代表的な文献 ARMINJON (P.) et CARRY (P.), La lettre de change et le billet à ordre. Notion générales, Questions non réglées dans la Loi uniforme, Loi uniforme-Confit de Lois, Paris, 1938, n° 267, p.302. は、「手形保証については、主たる債務の有効性が必要なく、形式的に存在すれば足り、偽造の署名または仮設人の署名がある場合には」「あきらかに統一法七条の場合を意味している」、主たる債務の実質的無効 nullité matérielle は手形保証の有効性に無影響、indifférente であるとしている。この理解は偽造を、三二条二項にいう方式の瑕疵 vice de forme (ARMINJON et CARRY の ibid. のおける統一法の条文は、「三二条四項」となっているが、誤植と推測する——柴崎) に含めることを意味する。

- (16) 私見は、本文のように「方式の瑕疵」という用語は偽造を含めると解すべきものと考え。偽造を方式の瑕疵から排除しようとする思想は、おそらくは、いわゆる「機関方式」の無権限署名について、無権代理の原理をあてはめ、本人による遡及効ある追認のほか、表見代理による本人責任の発生を可能にするという企図があつてのことであらう。しかし、私見によれば、追認可能な無権限署名はもはや偽造と呼ぶべきではなく、直接に本人名義を顕出することで本人のためにする意思を示した、代理人による文字どおりの顕名主義代理といふべきである。遡及効ある追認・表見代理の適用がありうる場合は、行為者において、名義人に法律効果を帰属させようとする意思が存するか否かによって決定される。事実上は判別が難しいが、概念として区別しておかなければ手形法の規整を調和的に説明し得ないであらう。
- (17) 田中耕太郎・手形法小切手法概論・訂正四版(昭和十五年、有斐閣)一三六頁。
- (18) 田中耕・同前一三七頁。
- (19) D. 1882. I. 244; S. 1882. I. 169.
- (20) D. 1910. I. 147.
- (21) 一八九五年七月一〇日(審理部)(S. 1899. I. 460; D. 1896. I. 570), citée par GEISENBERGER (Bernard), *L'aval des effets de commerce*, 1955, p.214.
- (22) 「手形保証人の債務負担行為は手形上のものであるが、それでもなお付従的であるから、今度は、被担保債務者が義務を負わず、さらには、義務を負っていたこともないにもかかわらず、いかにして手形保証人が義務を負いうるのかが問われることになる。被担保債務者の署名に瑕疵を与える偽造は、被担保債務者の債務負担行為の無効・不存在を引き起こす。債務がその消滅の結果として存在を止めた場合には、手形保証人が抗弁を受益したであらう一方で、存在が始まっていない場合にこれを拒否されるというのは考え難い。商法典一一四条「統一手形法七条」は、逆の結論を認めさせるには不十分なように思われる。そこで用いられる『署名』という語の一般性にもかかわらず、じっさい、同条は、商業証券上の主たる共同債務者を対象としているのであつて、手形保証人のような付従的債務者を対象にしているのではない。／＼それ以上に、では、主たる債務者の署名を害する偽造を方式の瑕疵と同視しうるであらうか? 私見では、この点、FRIEDEL氏が採用した立場は、特に、示唆的であると思われる。同論者は、抗弁對抗の原則を可能なかぎり最大に拡張する立場を強力に主張する一方で、それにもかかわらず、わが設例においては、手形保証人による偽造の抗弁の享受を認めることに躊躇ない。筆

者もこの意見に与したい。」GEISENBERGER, op. cit. p.215—216.

(23) また、小切手の支払保証や為替手形の参加引受についても、これに類する行為として本論が妥当する可能性がないでもない。後日の検討に委ねたい。

(24) 手形保証人が合同責任を負うという手形法四七条の規定も、必ずしも右のような考え方の障害になるわけではないと思われる。伊澤孝平・手形法・小切手法(一六版・一九六二年、有斐閣)四六九頁。「遡求義務者は引受人と共に所持人に對して合同して手形金支拂の責に任ずる(手四七條同旨中九三條一項)。合同しては、統一手形法の *solidairement, jointly and severally* をかく翻譯したのであって、我が民商法上に合同責任なるものに就いての一般規定がある譯ではないから、その責任内容に至っては、其の性質の許す限り民法の連帯責任に關する規定を準用すべきものである。但し連帯責任とは種々の點に於て異なるところがあるので、手形法が合同責任なる文句を使用したことを忘れてはならない。」とされる。しかし、合同責任であることの内容が、直ちに手形保証人の責任の厳正性へと直結するわけではない。右伊澤引用部分の最後に付せられた注は次のように説く。「ス氏 [STAUB/STRANTZ, Wechselgesetz, 1934] 四七條註六一—三は連帯責任と合同責任との差異を詳述している。両者はその責任の發生原因において異なっている。連帯責任はその發生原因が全債務者にとり同一であり又その責任の範圍も亦等しいが、合同責任においては責任原因も責任範圍も各債務者によって異なる。」手形保証人の責任が付従性を持つことも、合同責任であることによって排除されてしまうわけではない。

(25) 伝統的に、立法者は必ずしも *aval* の定義に *cautionnement* の文字を使っているわけではない。しかしながら、これらの法文の注釈は、次注に示すように、*aval* の本質を *cautionnement* と把握しているようである。まず法文からご覧頂きたい。

一六七三年商事オールドナハス三三三條 *Ceux qui auront mis leur aval sur des lettres de change, sur des promesses de n fournir, sur des ordres ou des acceptations, sur des billets de change, ou autres actes de pareille qualité, concernant le commerce, seront tenus, solidairement avec les tireurs, prometteurs, endosseurs et accepteurs, encore qu'il n'en soit pas fait mention dans l'aval. 為替手形について、為替手形提供の約束について、指図もしくは引受について、または、為替状もしくは商事に關する同様の地位のある証券類について、手形保証を行った者は、その旨が手形保証の記載に含まれていない場合であっても振出人、裏書人および引受人と連帯して責を負う。*

MIROSMENIL 草案三四條 *Ceux qui auront mis leur aval sur des lettres de change, sur des promesses d'en*

fournir, sur des ordres ou des acceptations, sur des billets de change, ou autres actes de pareille qualité, concernant le commerce, seront tenus, solidairement avec les tireurs, prometteurs, endosseurs et accepteurs, du paiement ou acquit dedits engagements, encore que la solidarité ne soit pas exprimée dans l'aval. 為替手形について、為替金提供の約束について、指図もしくは引受について、または、為替上もしくは商事に関する同様の地位のあるすべての証券類について、手形保証を行った者は、連帯が手形保証に記載されていない場合であっても振出人、諸約者、裏書人および引受人と連帯して、前記債務負担の支払につき責を負う。

商法典(一八〇七年原始規定) 一四〇条 Tous ceux qui ont singe, accepté ou endossé une lettre de change, sont tenus à la garantie solidaire envers le porteur. 為替手形に署名し裏書をしたるすべての者は、所持人に対し連帯して担保義務を負う。

一四一条 Le paiement d'une lettre de change, indépendamment de l'acceptation et de l'endossement, peut être garanti par un aval. 為替手形の支払は、引受及び裏書とは独立して手形保証の方法によつてこれを担保し得る。

一四二条 Cette garantie est fournie par un tiers, sur la lettre même ou par acte séparé. Le donneur d'aval est tenu solidairement et par les mêmes voies que les tireurs et endosseurs, sauf les conventions différentes des parties. 〃の担保は、第三者が、手形上または別証にこれをなしうるものとす。手形保証人は当事者間の別段の合意なきかぎり、連帯しかつ振出人および裏書人と同じ態様で義務を負う。

(26) LEVY-BRÜHLは「一七一—一八世紀の手形法史を探索するその研究において「手形保証(aval)は、それによつてある人が為替手形の目的物にあたる債務の保証人(caution)となる書面に于る意思表示をうづ」(LEVY-BRÜHL (Henri), L'histoire de la lettre de change, 1933, p.79.)の総括である。また、LEVY-BRÜHLによれば、一七世紀のSAVARYは「手形保証(人)を「固有の意味における保証人(proprement une caution)」と呼んでゐたところ——なお、avalの語源については、アラビア語のhawala(信用)に由来するところ、GRASSHOPFの学説があり、HUEVELINもこれに言及するところが、SAYOUSによれば疑わしいといふ。商法典成立前の論者であるが、「為替手形表面下部に署名をなすことにより振出人のために、裏書の下部に署名をなすことにより裏書人のために、引受の下部に署名をなすことにより引受人のために、ある人が、負担する保証(cautionnement)を手形保証(aval)と呼ぶ」(POTHIER, Traité du contrat de

change, de la négociation qui se fait par la lettre de change, des billets de change, & autres billets de commerce, Paris/Orléans, 1763, p. 119—120.」 「手形保証 (aval) は、為替手形の支払または引受の担保である。保証 (cautionnement) 以外の何ものでもない。」 (LOCRIÉ J. G.), *Esprit du code de commerce ou commentaire puisé dans les Procès-verbaux du Conseil d'état, les Exposés de motifs et Discours, les Observations du Tribunal, celle des Cours d'appel, Tribunaux et Chambres de commerce, &c. &c.*, Paris, 1807, p. 146 [commentaire sous l'art. 141.]。商法典成立後「人がこれに手形保証 (aval) と同じ名を与えようとする商業証券に特殊な保証 (cautionnement) の一種」 (PARDESSUS J.-M.), *Cours de droit commercial, tome 1er*, 1814, p. 419. と定義される。その後も19世紀に入ると「手形保証 (aval) となぜ、為替手形の流通を容易化する目的で採られるべきなされる保証 (cautionnement) である」 (LYON-CAEN (Charles) et RENAULT (Louis), *Traité de droit commercial*, 3e éd., tome 4, Paris, 1901, no 250.) との定義を見る。遅くともこの時代になれば *sûreté personnelle* の表現が存在しているはずであるが、人的担保の低位概念として *cautionnement* と *aval* とを並列するのではなく、「avalをcautionnementの一種であるとしていることに注意しなければならない。同論者はさらに続ける。「手形保証人が干渉を与えた対象が何者であるかを知ることには実益がある。というのは、手形保証人はこの義務者と連帯して義務を負うからであり、同じ権利義務を有するからである」 (ibid.)。手形保証人は、約束手形の振出人と連帯債務者となるので、例えば、訴訟放棄 *retrait litigieux* のような、共同連帯債務者が援用しうる免責原因または債務の消滅原因 (les causes de libération ou d'extinction de la dette) を受ける」 (LYON-CAEN et RENAULT, op. cit., n° 263, p. 208.) と同じその特殊な付従性を語る。

(27) SIMLER (Philippe), *Cautionnement et garanties autonomes*, 2ème éd., 1991, Litec, no 104. 同書は「手形保証が手形法的制度であり商法的制度であることから修正を加えられているとはいえず、まったく民法保証と分離して論じることができない」とし、判例は民法保証と手形保証との間に本質における同一性をみているという。訴権譲渡の利益などがその代表的な論点である。

(28) VAN RYIN (Jean) et HEENEN (Jacques), *Principes de droit commercial, tome 2ème*, 1957, no 1545. 論者は「民法保証において無能力者の債務の保証が有効であることをアノマリー (異例の制度) であるとし、これと比較して手形保証は主たる債務が形式的に有効でありさえすれば存在しうる点で、本質において異なった制度であるとみなしている。

- (28) PUTMAN (Emmanuel), *Droit des affaires*, tome 4, *Moyens de paiement et de crédit*, [Thémis Droit Privé], 1995, PUF, no 52, p. 79; PRÜM (André), *Les garanties à première demande. Essai sur l'autonomie*, 1991, Litec, no 373, note 31.
- (29) LOCRIÉ (J. G.), *Esprit du Code de commerce ou commentaire puisé dans les Procès-verbaux du Conseil d'état...*, tome 2, Paris, 1807, p. 158. ヤコブ・Jの箇所とは「Code Napoléon, art. 2036.」の注記がある。
- (30) S. 1854. II. 184.40.45. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code. Du cautionnement et des transactions. Commentaires des titres XIV et XV, Livre III, Du Code civil*, tome 17, Paris, 1846, no 524 (pp. 456-457). も、民法典二〇三六条に定める主たる債務者の抗弁を援用する利益を手形保証人が享受できるかにつき、商法典一四二条の“par même voies”の文言を捉えて肯定に解している。
- (31) GEISENBERGER (Bernard), *L'aval des effets de commerce*, 1955, p.20.
- (32) 日本の理論では手形債務を主たる債務とするというだけでは手形保証ではなく、手形面上なされなければならない。ジュネーヴ統一条約は、別証保証(aval par l'acte séparé)を、締約国のオプションで採用できるようにしたが、日本法はこれを採用せず、フランス法はこれを採用した。手形面上手形保証がなされれば、被保証手形債務者の信用不安あるものと疑念を広めてしまう結果を生じかねない。そこで手形とは別の証書を作成して手形保証を行なうのである。しかし別証保証では、手形保証人に対して権利を行使しうるのは、被保証手形債務者の手形行為の相手方だけであって、裏書によって保証人への権利がともに移転するわけではなう。
- (33) 一八八八年ブリュッセル会議事録。Acte du congrès international de droit commercial de Bruxelles (1888), Séance du 5 octobre 1888, no 44. 「手形保証人が保証した者の債務負担の無効の場合にさえも義務を負う旨の規定をおく余地はあらんや? —提案された規定は不要と判断された、というのも、為替手形より生じる債務は相互に独立的なものであるとする一般の原理が既に認められているからである。」——なお当時のフランス民法学説の状況に言及しておく、註釈学派は、主たる債務者の無能力だけでなく、詐欺強迫錯誤のすべてについてこれを純粹に人的な抗弁と解し、保証人による援用を禁じ、詐欺強迫については主たる債務者による取消の後にのみ援用しうるのと理論をとっていた。これがそのまま手形保証に持ち込まれたものと考えれば、ひとまず現在の統一法三二条二項と矛盾しないかと思われ、この理論によれば、

手形行為独立の原則を持ち出すまでもない。

- (35) 統一手形法三二条一項・二項は一九三〇年ジュネーヴ条約仏語正文と同文のままそれぞれ一八〇七年商法典の一九三五年改正による一三〇条七項・八項となり、二〇〇〇年九月一八日のオールドナンスによる新商法典L・五一一―二一条七項・八項となっている。また、統一法七条は同様に同文のまま商法典一一四條二項、新商法典L・五一一―五條二項となった。本文中は混乱を避けるべく、フランス法の議論を紹介する場合にも商法典の条文番号ではなく統一法の条数で表記している。

- (36) GEISENBERGER, précité, pp. 23-28.

- (37) Art. 2037. La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. (債権者の抵当権および先取特権への地位が、債権者の行為のために、もはや保証人の利益において利用できなくなった場合には、保証人は免責される。)

なお、一九八四年三月一日の法律一四八号により二項が新設されている。Toute clause contraire est réputée non écrite. (これに反するすべての記載は書かれざるものと看做す。)

- (38) SIMLER, précité, no 105, p. 96 は、ある学説が「手形保証は、自律的ギャランティーの概念に含まれ、手形保証人は主たる債務者である」と解していることに言及する。この立論によると訴権譲渡の利益(民法典二〇三七条)が適用されない。SIMLERはこれに与しない。

- (39) Gazette du Palais, 1952, II, 411; J.C.P., 1953, 7588, note ROBLLOT. 「商業証券の手形保証が問題である場合には、当該証券の権利者たる債権者は手形保証人に、被担保債務の支払なきことを、商法典一四九条所定の場合にかつ同条所定の方法によつてのみ、通知する義務を負うにとどまり、かかる事例においては民法典の条文が適用される余地はない」。こうして民法典二〇三七条(訴権譲渡の利益)が排除された。すなわち、統一手形法の文言自体によって、この抗弁は排除されていくとみるのである。

- (40) GAISENBERGER, précité p.26.

- (41) Bull. civ., IV no 7, Gaz. Pal., 1957, I, 204; RTDCom., 1957, 437; 1958, 124; CABRILLAC, infra, p.112.

- (42) 例えば、パリ控訴院判決一九六六年一月五日。JCP, 1967, II, 15301, obs. LESCOT, cité par SIMLER, op. cit., no

104, note 338.

- (43) SIMLER, précité, no 104, p.83.
- (44) RIPERT (George) et ROBLOT (Rene), *Droit commercial*, tome 2, par DELEBECCQUE (Philippe) et GERMAIN (Mich-el), 15^{ed}, 1996 (LGDJ), no 2013.
- (45) 日本破産法二四二条相当。フランス一九八五年一月二五日企業更生・清算法五八条所定の債権の届出。
- (46) 破産院商事部判決一九九四年一〇月二五日。Bull. civ., IV, no 312. cité par DE JUGLART (Michel) et IPPOLITO (Benjamin), *Traité de droit commercial*, tome 2, Les effets de commerce, 3e éd., refondue par DUPICHOT (Jacques) et GUEVEL (Didier), 1996 (Montchrestien), no 190, p.136, note 190-2.
- (47) 大橋・後掲(次注) 新統一上三三一一-三三三三頁。
- (48) DE JUGLART (Michel) et IPPOLITO (Benjamin), *op. cit.*, no 190, p.136, note 190-2. 大橋光雄・新統一手形法論上(一九三二年)有斐閣 三三三三頁。
- (49) Bull. civ., IV, n° 27; RTDCom., 1971, 1050. obs. CABRILLAC et RIVES-LANGE; CABRILLAC (Michel), *Lettre de change dans la jurisprudence*, Litec, 1975, n° 35, p.120. 【事実】一九六五年九月 CASINOR兄弟はde MIRAS に対しトレットラック一台を売却、価格は当初一五万五〇〇〇フランスフランであったが後日値引きに依ることになり結局一四万六〇〇〇フランスフランとされた。同月、金融機関である欧州商工会社(CECICO)が MIRAS に右売買代金の支払のための資金として一百万フランを融資(立替払の意味か)、代金中三万六〇〇〇フランは現金で支払がなされるべきこと、残りは各分割払いの履行期を満期とする複数の為替手形を交付することで払い渡すことが約定され、他方、CECICO は de MIRAS を支払人とし、同人が引受をなしたる、各月を満期とする為替手形三六通を振出し、そのうえに、別証保証の形式で、旧姓 de MIRAS の Pascal MIRAILLES 未亡人および Oscar MIRAILLES による支払の担保がなされた。de MIRAS は裁判上の清算整理の手続に入り、CECICO の債権を担保すべき質権に基づいて右トレットラックは CECICO に売却され債権の一部は満足が得られ、残金七万四二二六フラン一二サンチームが未払いである。
- 振出人 CECICO は、手形金の支払を求めて手形保証人である Pascal MIRAILLES 未亡人および Oscar MIRAILLES を訴えたが、原審モンペリエ控訴院は、手形引受人の振出人に対する手形金支払債務の原因にあたる資金関係上の、割賦販

売契約の無効(主たる債務者である引受人の債務の cause の不法であり、保証人の債務にとっても cause である)を理由として請求を棄却した。割賦販売を規制する法律によれば、与信金額は、代金総額の四分の三以上であってはならないところ、本件では、値引き前の価格では一萬六二五〇フランが与信上限であったが、値引きによって与信可能な金額は一〇万九五〇〇フランとなったので、本件与信金額一萬フランは法定の上限金額を越えており、したがって、契約は無効となるからである。破毀院は原審を支持して、上告棄却とした。

【判旨】控訴院の認定によれば、トラックの代金が、実際上は一五万五〇〇〇フランスフランではなく、一四万六〇〇〇フランスフランであったことを、CECCO において認識していた。同様に、控訴院が明らかにしたところ、右金融機関が実行する与信は、右金額一四万六〇〇〇フランスフランの七五パーセントを超えるものであった。右部分「七五パーセント」は、当時効力を持っていた法文によって、許可されるべき与信の上限であった。これらの法文は、上限を遵守しているかどうかの判断をする権限のみを判事に与え、違反の重大性を評価する裁量を与えておらず、右の理由から原審は正当である。」

(50) SIMLER (Philippe), Cautionnement et garanties autonomes, 2eme ed., 1991, Litec, no 219, p.183. 主たる債務の無効が直ちに保証債務の無効をもたらすのではないから当然である。

(51) 前記破毀院商事部判決一九七一年一月二十六日(肯定) Bull. civ. 1971, IV, no 27; RTDCom, 1971, 1050, no 3, obs. CABRILLAC et RIVES-LANGE.

(52) 前記最判昭和四五年、破毀院判決一九四四年一月一〇日(肯定) J.C.P. 1944, II, 2586.

(53) したがって、手形が並びに裏書を経た場合には、原因関係に基づく抗弁は切断される。

(54) GORE (F.), Cours de droit commercial, Licence, 4e année, 1970-1971, Paris, p.135; MONTOUT - ROUSSY (N.), La situation juridique ambiguë du donneur d'aval, D. 1974, Chr., pp.197-202. (cités par MOULY (Christien), Les causes d'extinction du cautionnement, 1979, Litec, no 216, p.259, note 5) 厳格に援用不能な抗弁を行為無能力と偽造に限定されること説くが、その趣旨は、独立性についての定義を限定的に与える統一手形法七条の特別法として三二条二項があるとの理解を前提にしたものであるかどうかは詳らかでない。ちなみに、判例はしばしば無能力の援用不能を無権代理の事例に類推しているといわれる。

- (55) なお日破三二六Ⅱ。
- (56) 引受人のためにする手形保証人による資金欠缺の悪意所持人への援用の事例として同一九四四年一月一〇日(肯定) J.C.P. 1944. II. 2586. RIPERT et ROBLLOT 及び JUGLART et IPPOLITO 所持人の悪意の問題として言及。問題が悪意の抗弁であるなら、援用されている抗弁は署名の無効原因ではなく、三二条一項に基づく抗弁事由か。 RIPERT et ROBLLOT, loc. cit.(note 44)とは、同条項に関する箇所同判決が注記されている。 MOULY, précité, no 215, p. 258, note 57. GEISENBERGER の善意悪意を分けずに一律に扱うべきであるとの主張を批判している。 CABRILLAC (Michel), *La lettre de change dans la jurisprudence, 1975* (Librairie technique), p.120.
- (57) この問題につき、柴崎暁「民法四四九条の成立と付従性なき人的担保」(研究ノート)山形大学法政論叢(山形大学法学会)二四・二五合併号(二〇〇二年八月)五三―七九頁。
- (58) 四五年で援用されているのは、原因関係に基づく抗弁であって無効原因ではないという指摘はありうるが、原因を合意の有効性の要素として考慮する法体系にあつては、無効原因・失効原因となる。
- (59) 類似する立法例として、後述のフランス民法典のほか、イタリア民法典一九三九条が知られる。
Codice civile 1942 Articollo 1939. Validità della fideiussione. *La fideiussione non è valida se non è valida l'obbligazione principale, salvo che sia prestata per un'obbligazione assunta da un incapace.*
一九四二年イタリア民法典 一九三九条(保証の有効要件)保証は主たる債務関係が有効でない場合には有効ではない。但し無能力者によって負担された債務関係について提供されたものはこの限りでない。(風間・全訳イタリア民法典——民法・商法・労働法——一九七四年(一九七七年改版あり、本条について改訂なし)法律文化社)による)
- この規定から、人的担保における付従性は公序ではないという理解を示したのが一九六六年九月三日のイタリア破産院判決である。契約自由の原理に従い、人的担保における抗弁権放棄約款の有効性を認めた(2310.Giurisprudenza Italiana, 1968. I. 83)。このほか同院一九八四年八月三一日(4738)同院一九九二年八月二〇日(9719. II Foro Italiano, 1993. I. 2173)が知られている(RESCIGNO (Pietro, a cura di), Codice civile, 3 ed., Giuffrè, 1997, p. 2182)。これらの判例は現代の実務から発生したディマンド・ギャランティーのとき付従性なき人的担保の根拠を提供したものである。
- (60) 平成一一年民法改正による現行法の規定は「行為能力制限」「制限能力」という用語を用いる(「能力ノ制限ニ因リテ取消

スコトヲ得ヘキ債務ヲ保証シタル者カ保証契約ノ当時其取消ノ原因ヲ知リタルトキハ主タル債務者ノ不履行又ハ其債務ノ取消ノ場合ニ付キ同一ノ目的ヲ有スル独立ノ債務ヲ負担シタルモノト推定ス」が、これらを含めた講学上の概念として、行為能力に制限を加えられ取消権が生じる場合一般を、従来の用語法である「無能力」を用いて示すこととする。かかる用語を用いたからといって、民法新规定の趣旨をことさらに無視しようという意図はないことをお断りしておく。

(61) "obligation indépendante". Code civil pour l'Empire du Japon. tr. par MM. TOMII et MOTONO.

(62) Art. 1120 Néanmoins on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement. 神戸大學外國法研究會・現代外國法典叢書(二六)佛蘭西民法〔Ⅲ〕財産取得法(2)(一九五六年復刻、有斐閣)三二頁。「然レドモ人ハ第三者ノ爲ニ、此ノ者ノ行爲ヲ諾約シテ、受合ヲ爲スコトヲ得…但シ其ノ第三者ガ拘束ヲ保持スルコトヲ拒絶スルトキハ、受合ヲ爲シタル者又ハ追認セシムルコトヲ諾約シタル者ニ對スル賠償ヲ妨グズ」。本来の請合は無権代理人による契約の締結の場合の一種とも考えられるが、これを使用者による契約や、第三者による承諾の意思表示による成約のないことを停止条件とする賠償金の支払約束と見ることも可能である。

(63) しかも民法四四九条が規定しているのは、保証という名称を使用して行われる債務負担行為であっても、請合を成立させる意思が推定される場合である。したがって、請合である旨を明示して行われる債務負担行為であれば、填補対象たる受益者が被るべき損害は、主たる債務者となるべく予定された者の行為無能力を理由とする取消によるものだけであるとは限らない。例えば、主たる債務者となるべく予定された者が錯誤に陥ることで債務を負わなくなるリスクをも担保する趣旨で契約したならばそのような契約の効力を認めるのは一向に構わないはずである(なぜ詐欺・強迫の場合は駄目なのかは別稿前掲「民法四四九条の成立と付従性なき人的担保」山法、二四・二五合併号に譲ろう)。スイス債務法(一九一一年)は、その五〇二条一項において、錯誤無効の場合についても保証の独立性を規定する。

スイス債務法(一九一一年)五〇二条一項 「保証人は、債権者に対して、債務者またはその相続人に属し、かつ、債務者の支払能力より生じるものではない諸抗弁すべてを對抗する権利を有し義務を負う。錯誤もしくは契約無能力を理由として債務者をして義務を負わしめない債務、または、時効完成した債務の場合には、前項の例外とする。」La caution a le droit et l'obligation d'opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur ou à ses héritiers et

qui ne résultent pas de l'insolvabilité du débiteur. Est réservé le cas d'une dette qui n'oblige pas le débiteur par suite d'erreur ou d'incapacité de contracter, ou d'une dette prescrite.

この規定が請合意思の推定規定であるとは法文の表現からは伺えないところであるが、民法保証における付従性が一種の公理であるとするなら、これも同様で、保証の名を僭称する請合といえる。手形法三二条二項も、無効より生じる損害填補をしようとする手形保証人の請合意思が推定される場合にあたり、これに手形法的修正を企てて、かかる推定に対する反証と、瑕疵についての不知の抗弁とを政策的に許さず、他方において所持人悪意の場合を排除するという点のみが異なるにとどまり、立法の種類としては日民四四九条やスイス債務法五〇二条と同じ系譜に属する、という説明があったとしてもおかしくはない。

近時の文献であるが、CHAPUT et SCHÖDERMEIER, Effets de commerce, chèques et instruments de paiement (1992)は、商法典一三〇条八項(統一手形法三二条二項)を指して、「民法保証の分野における民法典二〇二二条の手形法的移植」(la transposition cambiaire de l'article 2012 du Code civil dans le domaine du cautionnement)と云々。ここにいう民法典二〇二二条とは、現行日民四四九条の前身と目されるべき旧民法債権担保編九条の母法であり、同様に無能力者の債務を保証した者が、無能力取消後に履行拒絶権を持たないことを規定したものである。

(64) 債権擔保篇第九條 總テ有效ナル義務ハ之ヲ保證スルコトヲ得。②無能力者ノ取消スコトヲ得ヘキ義務ト雖モ亦有效ニ之ヲ保證スルコトヲ得其義務ノ裁判上ニテ取消サレタル後ト雖モ保證ハ其效力ヲ存ス但保證人カ其保證ノ際債務者ノ無能力ヲ知リタルトキニ限ル

(原案) Article 1009. Toute obligation valable peut être cautionnée. / L'obligation annulable d'un incapable peut même être valablement cautionnée, et le cautionnement en conserve son effet, même après que l'obligation a été annulée en justice, pourvu que la caution ait connu ou dû connaître* l'incapacité du débiteur lors du cautionnement. [2012] / *Les autres cas de cautionnement civil de l'obligation naturelle d'un tiers sont réglés par les articles 588 et suivants.*** BOISSONADE (Gustave), *Projet de code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire*, Tome 4ème : *Des sûretés ou garanties des créances ou droits personnels*, Nouvelle éd., 1891 (ボワソナード民法典資料集成後期Ⅳ、一九九八年復刻、雄松堂出版)。イタリック(*)一八八九年版(一九八三年復刻、宗文館書店)に

ない部分。*)債権担保編では削除。

- (65) 債権擔保篇第二五條 保證人カ基本ニ付テ答辯スルトキハ主タル債務ノ組成又ハ其消滅ヨリ生スル抗辯ヲ以テ債權者ニ對抗スルコトヲ得。②保證人ハ債務ヲ保證スルニ當リ債務者ノ無能力又ハ其承諾ノ瑕疵ヲ知ラサリシトキハ此等ノ事項ヨリ生スル無効ノ理由ヲ以テモ對抗スルコトヲ得

(原案) Article 1025. Lorsque la caution se défend au fond, elle peut opposer au créancier les exceptions ou fin de non-recevoir tirées de la dette principale ou de son extinction. / Elle peut même opposer les moyens de nullité résultant de l'incapacité du débiteur ou des vices du consentement de celui-ci, lorsqu'elle les a ignorés en cautionnement la dette. [comp. 2038] BOISSONADE (Gustave), Projet de code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire, Tome 4ème : Des sûretés ou garanties des créances ou droits personnels, Nouvelle éd. 1891 (ボワソナード民法典資料集成後期Ⅳ、一九九八年復刻、雄松堂出版)

- (66) Article 2012. Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable. / On ne peut néanmoins cautionner une obligation, encore qu'elle pût être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé; par exemple, dans le cas de minorité. 「有效ナル義務ニ付テノシテ保證ヲ爲スコトヲ得。②前項ニ拘ラズ義務者ノ一身ニ專屬スル抗辯ニ因リテ義務ヲ取消シ得ヘキト雖モ、之ガ保證ヲ爲スコトヲ得。未成年ノ場合ニ於ケルガ如シ」。神戸大學外國法研究会・現代外國法典叢書(一八)佛蘭西民法〔Ⅴ〕財産取得法(4)(一九五六年復刻、有斐閣)一一九頁(川上太郎分担)。

- (67) Article 2036. La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette; / Mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur. 「保證人ハ主タル債務者ニ屬シ且債務ニ附著スル一切ノ抗辯ヲ以テ債權者ニ對抗スルコトヲ得。②前項ニ拘ラズ保證人ハ債務者ノ一身ニ專屬スル抗辯ヲ以テハ對抗スルコトヲ得ズ」。現代外國法典叢書(一八)佛蘭西民法〔Ⅴ〕財産取得法(4)一五〇頁(川上太郎分担)。

- (68) MOURLON (Frédéric), Répétitions écrites sur le troisième examen du code napoléon contenant l'exposé des principes généraux, 7 éd., tome 3, 1866, no 1125; MARCADE (Victor) et PONT (Paul), Explication théorique et pratique du Code Napoléon, tome 9, Des petits contrats, 1868, no 35, p. 23. 行為無能力に拠る取消の場合には自然債務は

残存するが、詐欺錯誤強迫の場合には取消によって自然債務も破壊される。これが、取消確定後の行為無能力とその他の意思表示の瑕疵との区別の根拠であった。しかし、何故そのような区別が可能であるのかについては、論者らは十分展開していない。

- (69) 現代の文献においても言及される思考である。「第三者が提供するあらゆる形態の担保 (sureté) またはギャランティー (garantie) と同様、保証 (cautionnement) もまた、それが履行を確保することを目的としている主債務への言及 (référence) によってしか意味 (sens) を持たない。しかしながら、付従性は、担保と被担保債務との間にある一見明白であるこのような関係よりも一層大きな効果を持ち、かつ、一層大いに精密な意味を有している。…保証は被担保債務に対する直接かつ緊密な依存によって特徴づけられる。即ち、保証の存在および有効性、保証の範囲、保証の履行および消滅の諸条件、これらは、右の関係によって定められるのである。保証人が支払を自らに義務付けるのは、主たる債務者の債務 (dette) それ自体であるという事実¹⁾に執着した説明がなされている (民法典二〇一一條)。この説明は、保証が支払う義務を負う対象は主たる債務者²⁾と同じ債務 (dette) であるという事実³⁾に起因する (民法典二〇一一條)。確かに、二つの債務負担行為 (engagement) が存在⁴⁾したがって、二つの債権債務関係 (liens d'obligation) が存在しているが、債務 (dette) は「⁵⁾しか存在していない」⁶⁾ SIMLER, précité, n°46, p.40. また、CORNIL (George), Debitum et Obligation. Recherche sur la formation de la Notion de l'Obligation romaine, in Mélanges P. F. GIRARD, tome I, 1912, p. 199 et s; POPA (A. Ervin), Les notions de "Debitum" (Schuld) et "Obligation" (Haftung) et leur application en droit français moderne, th. Paris, 1935. それが弁済約束 (Constitut) には妥当⁷⁾な⁸⁾ JACOB (François), Le constitut ou l'engagement autonome de payer la dette d'autrui à titre de garantie, th. Strasbourg III, 1995 (LGDJ, 1998), n° 67—68. は、弁済約束人 constituant における debitum は、主たる債務者の debitum そのものではなくて、同じ内容の debitum を負うに過ぎないとの見解を展開している。
- 現行の日本民法は、保証は、契約各則の一としてではなく、債権総論に、債務の種類の一として (第三節 多数当事者ノ債権 第四款 保証債務) 規定されている。これに対して、旧債権擔保編「第一部 對人擔保 第一章 保證」四条では、「保證ハ或人カ債務者ノ其義務ヲ履行セサルニ於テハ之ヲ履行スルコトヲ諾約スル契約ナリ」と定義する (同じ債務を違つた責任によって担保する契約)。

(70) **BOISSONADE, Projet**における草案一〇九条の注釈「第一項に定める原則は困難を生じることはない。しかし、保証の理論をここで完全なものとするためには、「これを」法律に記しておくのが相当である。他方、第二項の前に、第二項が例外を設けようとしている原則を置かないとすれば奇妙なことであろう。／無能力者の「債務*de*」の保証が、当該債務の裁判上の取消の後にもなお有効であることには、疑念が生じるかもしれないからう。しかし、保証人は主たる債務者の無能力を知っていたのである。かかる事実の状況では、この保証人は、一般の場合についての法律上の推定にも拘らず、有効な「債務*obligation*」の正当なる諸原因を、「承認していた*avant reconnu*」ものと看做されるべきである。「結局、保証人が「市民法上*civilement*」保証したのは、「自然債務*obligation naturelle*」だったということである。／法律が特別にこの場合を規定したのは、日本でもフランスでも、この場合が間違いなく最も頻繁だろうからである。しかも、これは、フランス民法典の規定する唯一の場合でもある(二〇二条)。しかし、フランスにおいて疑われているように、自然債務の他の場合も同様に保証され得ることに疑いがあり得るために、法律はそのことを、この原則がなお広範囲に妥当し適用される場面である五八八条以下への参照によって明示する配慮をほこした」。BOISSONADE (Gustave), *Projet de code civil pour l'Empire du Japon / accompagné d'un commentaire, nouvelle éd., tome 4, 1891*, ボワソナード民法典資料集成 後期Ⅳ 一九九九年復刻、雄松堂), n. 25, pp. 23-24. この引用箇所次の段落では、保証人が主たる債務の取消すべき債務であることを知った時点は、保証契約締結の時点であることを要すること、その次々段落では、保証人が取消事由を知っていることのほか、知り得べきであった場合を含めた草案の修正を伝えている。なお、同箇所の新版*édition*が、BOISSONADE, *Projet, 1889* (宗文館書店復刻(一九八三年)版)と異なる点は、草案自体の文言が修正され、かかる修正についてのコメントが一段落だけ追加されている点である。前出草案一〇九条の第二項但書は、新版(一九九一年)では、「pourvu que la caution ait connu ou dû connaître l'incapacité du débiteur lors du cautionnement.」(但し保証人が主たる債務者の無能力を知りまたは知り得べきときに限る)であるが、一八八九年版は、「pourvu que la caution ait connu l'incapacité du débiteur lors du cautionnement.」(但し保証人が主たる債務者の無能力を知りたることに限る)である。そのコメントは述べる。「法律は保証人が債務者の無能力を知り得べかりし場合を、知っていた場合に同視した。ただし、保証人は、彼に無能力を隠蔽しようとする詐欺的策謀がみじんも行われていないならば、法的な無能力についての自らの不知の援用を容れられるべきではなからう」(ibid.)。

(71) 梅委員の起草趣旨説明(日本學術振興會・法典調査會民法議事速記録第二十一卷(六十五卷ノ内)二十一ノ百四十三丁以下)によれば、①債権担保編九条は、行為無能力により取消し得べき債務の保証を「自然義務」と考えていたが、「自然義務」を本案では認めないことにしたこと、さらに、②既成法典でも、取消得べき行為の迫認ができるなどの趣旨の規定はあつても、これを保証できるとする趣旨の規定はないこと、などから、「獨立ノ債務」とすることにした。③じじつ、行為無能力者の債務負担のなかには、確かに、事柄としては、典型的に自然義務とされる、たとえば消滅時効完成後の債務の如き場合が考えられるばかりでなく、後見人が無能力者にとって迷惑になるような債務負担行為をした場合のようなものも含まれ、後者にあつては自然義務さえ存在していない(前掲・民法議事速記録第二十一卷、二十一ノ百四十四丁表)。④保証人が、被担保債務者の行為無能力を知りつつ、「無能力者が取消しても私が義務を盡しましょう」という場合には、これは「獨立ノ債務」である(前掲・民法議事速記録第二十一卷、二十一ノ百四十四丁表裏)。⑤他方、債権担保編二五条では、行為無能力以外の取消しうべき債務に付いても同様に抗弁の援用不能が規定されている(前掲・民法議事速記録第二十一卷、二十一ノ百四十五丁表裏)。「錯誤」については取消し得べき場合に無能力と同様に扱うことで仏学説は一致するが、「詐欺又ハ強暴」については一致しないとし、これもまた援用不能とする説と、反対説とがあり、梅委員は反対説を相当地と考えて債権担保編二五条のごときものは削除したとしている。この解釈は、旧担保編に関して既に委員が主張していたところである(梅謙次郎・民法債権擔保論第一冊(明治二五—一八九二年)「詐欺及ヒ強暴ヲ成サシムルト謂フ其道徳ニ悖リ以テ間接ニ公安ヲ害スルト蓋シ甚少ニ非サルナリ故此契約ハ其原因不法ナルヲ以テ成立スルコト能ハサルモノナリ」—これにつづけて、旧債権担保編二五条の文言にも拘らず、詐欺強迫の場合を、保証人が抗弁援用不能になる場合と考へるべきではないと主張)。ところでもし、強迫された本人が取消権を放棄しこれを追認し、取消し得べきではない行為となつたとき、どうなるのであろうか。この場合には、不法は治癒されたものなるというべきであらう。なお、「錯誤」の場合と「詐欺又ハ強暴」の場合とで取り扱ひを異にすべきであるという根拠として、詐欺・強迫についての取消を被担保利益とする担保契約を利用した不法奨励の虞が主張されているが、そのみでなく、不法によりかような担保契約は無効であると言へておられる。「主たる債務者ノ負ヒタル債務カ詐欺又ハ強迫ニ因リタルモノナル場合ニ於テ保證人カ其事由ヲ知レルニ拘ラス主タル債務者カ期限ニ至リテ履行セサルカ又ハ取消権ヲ行ヒタルトキハ己レ必ス之ヲ履行スヘント約シタル如キハ是恰モ詐欺又ハ強迫ノ目的ヲ達セシムルニ等シ是レ許スヘカラサス事タリ蓋シ之ヲ許サンカ法律カ不法ト認メタ

ル詐欺又ハ強迫ニ因リテ債権者カ取得シタル債権ノ履行ヲ確保スルコトト爲ルニ至ルヘケレバナリ此ノ如キ契約ハ目的カ不法ナルヲ以テ成立スルコトヲ得サルナリ是レ第四百四十九條ニ於テ單ニ無能力ノ場合ノミニ就テ規定セル所以ナリ」(梅・前掲民法原理債権総則完・五四二頁)。この問題は、現在でも、為替規整のせいで満足を得られなかった受益者を保護するデマンド・ギランティーの有効性をめぐりしばしば論じられている。POULLET (Yves), La garantie à première demande: un acte unilatéral abstrait?, *Mélanges Jean Perdon (AEDBF)*, 1996, Bruxelles, no 29.)

以上のような考慮から、専ら、無能力者である主債務者が取消権を行使しても、その損害を填補する義務が残存することを規定した。「既成法典ニ於テモ自然義務ノ保證ト云フモノハ認メナイ」(前掲、民法議事速記録第二十一卷、二百一十四三十三頁、第六十九回)だけでなく、「丸デ知覺精神ナイ狂人杯ノ取結ンダ所ノ契約デモ矢張り此條ニ這入ッテ居ル」と思われるがこのような場合には自然義務さえ存在しないのだから、当事者は法律に暗いので保証という言葉を用いるかもしれないがこれは保証でなく、性質がまるで違うのである、という趣旨で「独立の債務」という用語を採用したとしよう。

- (72) 例えは、LAROMBIERE (L.), *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III&IV*, Livre III, du code napoléon, tome 3ème 1857, p. 61, Art. 1235, no 10. 「債務は民事債務として保証されるべきものであって、自然債務として保証されるというのではない。[二〇二二条は取消すべき債務の保証を認めているが、]固有の意味での自然債務と何らかの瑕疵により無効又は取消しようなき債務との間には確認してよくべき本質的な相違がある」。また、BAUDRY-LACANTINIERE (G.), *Traité pratique et théorique de droit civil*, Du cautionnement, par WAHL (Albert), 3ème éd., 1907, no 947-948; BARTIN (Etienne), *Cours de droit civil français d'après la méthode de ZACHARIAE par MM. AUBRY et RAU*, 5ème éd., tome 6, 1920, p. 219 (842d), note 5 「債務者の行為無能力のみを理由として宣言された無効のために純粹に自然債務となっている民事債務に関して二〇二二条二項の認める例外は、一般の自然債務に拡張されるべきではない」。この記述は *Cours de droit civil français traduit de l'allemand de M. ZACHARIAE par MM. AUBRY et RAU*, 2 éd., tome 3, 1844, p. 152 (§ 424) note 4 などの著者踏襲によって、BARTINが「」を用いてオmissionsから私見を区別し、右記述の直後に続け、ZACHARIAE 批判を行い、ZACHARIAE によれば、自然債務の保証とは「除約 *expromissio* にあたるという。しかし、「更改の成立は、推定されてはならない」との原則から言えは妥当でない」と。
- (73) 「保証人は、同意の瑕疵が無効原因である場合には、主たる債務者と同時に免責される。しかし、請合人は同意の瑕疵を

理由とする取消得べき債務を約した第三者のために債務負担し、この行為の追認に責任を持つことができる。債権者を、厳格に、偶発する無効の危険から担保しようとする保証人は、あるいは、債務者が追認をすることを、あるいは、債務者が無効訴権を行使しないであることを、約束することによって、請合人に成る。われわれはここに保証契約と請合約款との興味深い混合をみるのである。担保義務者は、主たる債務の存在する限りは、保証人として、かつ、主たる債務が存在しなくなった場合には請合人に成るのであり、損害賠償の支払義務を負いつづけるのであるが、保証人としては免責を受け、この地位においてそうであった抗弁も求償権もはや援用できなくなることになる」。BELLAMYRE (Michel de), La promesse de porte-fort, th. Paris, 1907, p. 45. 又は「CODREAU, La convention de porte-fort, th. Paris, 1932, p. 66 が、その二〇二条への言及はない。BEUDANT (Ch.), Cours de droit civil français, 2nd éd., par BEUDANT (Robert) et LEREBOURS-PIGEONNIERE (Paul), tome 8, Les sûretés personnelles et réelles avec coll. de VOIRIN (Pierre), Paris, 1948, n. 85, p. 90-91. 請合 (promesse de porte-fort) であることの説明を掲げつつ、同様に、請合説を採る。請合は、「無能力者がその無能力を援用した場合には債権者の損害を填補するべく担保義務者を拘束する」(qui engage le garant à indemniser le créancier si l'incapable souleve son incapacité.)」

(74) 「請合」と手形保証とは、保証人が援用しうる抗弁の範囲が違いすぎるのではないかという批判が想定されよう。確かに、手形保証人は、方式の瑕疵以外の主たる債務の無効原因を援用できず、これに対して民法四四九条にいう独立の債務を負う者は主たる債務の行為無能力の場合のみ抗弁援用を禁ぜられるにとどまる。

両者の相違を必要以上に強調すべきではなからう。保証と「独立ノ債務」と手形保証とは、次のように共通の構造を持つのである。請合人は主たる債務の無効原因を当然には援用できない。主たる法律行為の無効によって債権者が被る損害を填補するという目的の範囲を超える結果を生じるときに、自らの負う義務の内容としてこれを援用し得る結果となるにとどまる。詐欺・強迫による取消による損害がある場合にも、理論的には、填補範囲に含まれるであらう。しかし詐欺者強迫者を保護する担保は不法奨励行為であって禁じられるので、その結果請合自体が不法の目的を追求する結果となるので、無効になるのである。手形保証においても同様の理由で、その独立性を援用し得るのは、所持人が善意である場合にかぎられると解される。無能力・錯誤・虚偽表示については、これらを填補の対象とする意思が明示されれば、そのような人

的担保を無効とすべき理由もない。填補意思の不明な場合には、日本民法は無能力の場合に限ってこの填補意思の推定を認める(スイス債務法ではこれに錯誤も含める)。この推定を錯誤・虚偽表示についても拡張し、填補意思のないことの反対証明を禁止して制度化したのが手形保証であるといえないであらうか。手形保証は、(α)無能力などの瑕疵についての保証人による不知の抗弁を排斥し、(β)手形保証における請合意思の推定とその反証不可能を規定し、(γ)他方で所持人の善意性を要求し、(δ)請合意思の推定される範囲を方式の瑕疵に基くものを除いてすべての無効原因に拡張した、との四点で、民法四四九条と異なるのであるにすぎない。

(75) 繰り返しになるが、手形が裏書を経た場合には被裏書人との関係では、手形保証人は指図(Delegation)における被指図人として、原因関係への従属の弱められた義務を負担することになる。なお、柴崎・後掲書(注(77))第Ⅱ部参照。

(76) 純粹な請合では、そもそも主たる債務が存在せず、被担保債権なるものに対する従属性がなく、請合人の義務は、本人が相手方に契約の申込を承諾しないことのリスクについて発生する。したがって、このような担保について、他の債務との関係における付従性を語ることは意味がない。しかし、だからといってこの支払約束が無制限の抽象性を帯びるかと言えばそうではなからう。締結を予定された契約の不成立によって生じた損害(本人から相手方が受け得なかった給付の欠如)の担保がここでの義務の内容であるので、損害が発生しない場合(本人の承諾を得た場合、本人の給付が既になされていた場合、相手方が他の取引相手を見つけて満足を得ていた場合)には、請合人は責を免れる。

(77) 請合に限らず、付従性の制限された人的担保には一般に、被担保利益(前述の關係から明らかな通り「被担保債権」と呼ぶべきではない)とでもいべき何かが存在する。これが失われるとき、人的担保は失効する。そもそも民法保証にしても、原理的に、主たる債務に対して付従性を有するのがなぜかといえば、民法保証にとって、主たる債務の消滅はここにいる被担保利益の喪失であり、それゆえに付従性の帰結としての失効が認められる。人的担保と呼ばれる取引のなかでも、信用状やディマンドギャランティーのように発行者が発行委託者に対する与信を行い、受益者もまた発行委託者との間で決済や与信の目的があるように、複数の利益に奉仕するものは、時として抽象債務の名にふさわしいものであって、ここにいう人的担保とは構造が別である(詳細は柴崎・手形法理と抽象債務(新青出版、二〇〇二年)「第Ⅱ部B」「第2章a」参照)かもしれないが、他方、請合や身元保証、あるいは日本民法四四九条のような種類の人的担保は、本人への求償を予定しておらず、この点で民法保証とも信用状とも違うが、被担保利益への従属という点では、民法保証と同様にグループ

ングされてよい(なお、手形保証においては、主たる手形債務者への再遡求が可能であるが、裏書人が一回取得した権利の復活にあずかるのに対して、手形保証人の場合にはこれをはじめて取得する求償権と見ているようである)。このようにして、少なくとも保証・請合・身元保証・四四九条の独立債務・手形保証の類型の人的担保にはその類型に伴う被担保利益がつねに認められ、そのみのために債務負担行為が役立てられ、人的担保の存立は被担保利益の存否に依存する。このような債務の属性をとくに「社会的機能 (funzione sociale)」と呼ぶ(イタリア法の文献はこの表現を好む)。フランス法はこれに「原因 (cause)」の名を与える。

(78) 別の解釈として、手形保証人と受取人との間の「担保協定」なる合意を觀念し、これが手形保証の原因関係にあたり、この効力が主たる債務者と債権者との関係に条件づけられ、この条件の作用によって抗弁の援用が可能になるのではないかとする木内・手形法小切手法(第二版、新書出版復刻、一九九八年)一七八頁。なお、堀井・前掲論文四七三頁。

(79) 前出注(39)、(41)参照。

(80) 前出注(49)の CASINO 事件判決。

(81) その出捐行為の利用方法を捨象することこそが抽象行為の重要な属性であることを考えると、その利用方法に着目して手形行為を定義づけるのが誤りであるかにも思われるが、手形保証が手形保証としてわざわざ手形法において規定されていることは、単に慣例を尊重した結果に過ぎないとは思われない。もし手形保証さえもその利用目的の如何によって行為の性質に影響を受けない純粹な抽象債務行為であるというならば、手形保証は共同振出と性質を同じくするといえ足りるということなるうし、またしたがって手形保証という条文を置く意味もなからう。

(82) 債務負担給付の理由・目的をなす出捐の causa が主たる債務者との間の与信契約にあると考え、民法上の保証について説くのが CAPTANT, De la cause des obligations, 1922; DE PAGE, L'obligation abstraite, 1957; RIEG, Le rôle de la volonté dans les actes juridiques en droit français et en droit allemand, 1960. フランス法では後述のとおり一九七二年判決で排斥されるが、ベルギー法では依然として通説であり続けた。

(83) 「ディマンズ・キャランティ」の cause については、わたくしは別の考え方をとる。前出注(7)

(84) "La cause de l'obligation de l'empereur était la considération de l'obligation prise corrélativement par la société Générale, à savoir l'ouverture de crédit à la société L'empereur". Com. 8 nov. 1972, D. 73, 753, note MALAURIE.

- (85) Com. 8 nov. 1972の事案は、業務執行者役員が退職時に、自己の勤めていた会社のためにした、オムニバス保証 *cautionnement "omnibus"* の解約を失念し、後に履行請求を受けたが、保証の終期の約定がなかったことによる紛争である。この種の紛争は頻発したのであるが、この判決で *cause* の消滅による保証失効の抗弁は決定的に使えなくなってしまう。こうした経緯で金融機関に関する一九八四年法および一九八五年企業更生法は、債権者の側からの年次通知義務(怠ると失権する)を課するに至った。が、他に失念保証人の救済はなく(SIMLER, *Le cautionnement, précité*, no 179, p. 154.)。
- (86) CABRILLAC (Michel), *La lettre de change dans la jurisprudence*, 1975 (Librairie technique), p. 120. 被保証債務の原因不法による無効の援用の事例として破毀院商事部判決一九七一年一月二六日(肯定) *Bull. civ., IV, no 27, RTDCom, 1971, 1050, no 3, obs. CABRILLAC et RIVES-LANGE.*
- (87) 債務負担状態を給付するという表現はとらないものの、金山直樹「与える給付と担保する給付」日本民法典と西欧法伝統——日本民法典百年記念国際シンポジウム——(九州大学出版会、二〇〇〇年)三三七—三七〇頁は、MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement, précité*, に準拠して、「担保給付」を給付概念に導入し、担保給付の具体的内容として「保証の要素 obligation de couverture」とともに潜在的には「支払の要素 obligation de règlement」とが把握されるという学説を提唱している。この理論は、MOULY の追悼論文集所収の「KANAYAMA (Naoki), *De l'obligation de "couverture" à la prestation de "garantir" - donner, faire ne pas faire ... et garantir? in Mélanges Christien MOULY, tome 2, 1998, p. 375-399.*で最初に展開された。なおこの主張への、みぎシンポジウムにおけるリプライを含むフィリップ・シムレール 柳春一郎「債務「給付」の分類に関する省察——与える、為す、為さぬる(dare, facere, non facere)……そして付け加える(alien)」前掲日本民法典と西欧法伝統三七—四〇〇頁。
- (88) 一見類似する信用保険さえ、保険金支払の危険負担と保険料支払とが双務契約上の牽連的交換的給付であって、「主たる債務者」に相当する加入者の信用増強のためにそれが用いられるのは、当該取引に伴う反射的利益を利用したまでであって、本来の損害保険の契約法的構造に内在する機能ではない。
- (89) このほか、ディマンド・ギャランティーまたはスタンダードバイ信用状は、その社会的経済的機能が、発行者から発行委託者への与信取引の実行と、発行者からのギャランティー金を受領できるということを通じて債権者に担保を得せしめる、

という二方向に分裂した複数の目的に存しているので、被担保債権の存在を欠く場合でも与信取引の効力を安定化すべきであるとの要請があり、与信取引に瑕疵があっても担保としての機能を維持することに当事者の利益がある (vice versa)。また、指図と呼ばれる制度のなかには、この類型に含まれる二組の基本関係からの独立性を認めるものが含まれている。

この独立性によって、ギャランティーは、手形保証を含めた右の「人的担保」と同じ構造を持たないといえる (柴崎・前掲書手形法理と抽象債務(注⑦)第Ⅱ部B第2章)。スイスのDESSEMONTETは、HUBERTの議論を援引しつつ、ディマンド・ギャランティーのなかに、三角関係における cause の二重化を見る思想を示唆している (あくまで「示唆」しているだけ)。ディマンド・ギャランティーは、むしろフランス法の指図 delegation の制度に接近する。ディマンド・ギャランティーと手形保証に付き、主たる債務者の行為無能力・意思表示の瑕疵を援用可能とする異説 CABRILLAC (Michel) et MOULY (Christien), *Droit des Sûretés*, 3ème éd., 1995, *Litac*, no 436-1, がある。学説の多数はこの説を支持していない。ディマンド・ギャランティーに関しては、無能力と訴権譲渡抗弁との援用可能については、他の点で右学説を支持する者からも批判がある。このような点で、手形保証は、ディマンド・ギャランティーよりもはるかに民法保証に近いと評される。PUTMAN, *op. cit.*, *loc. cit.* (note 29); PRÜM, *op. cit.* (note 29), no 373.

- (90) これと反対に、主観的 cause は、契約類型に従属しない。当事者が不法な目的を追求するときにこれを禁圧する作用しなく、目的因としての意義は有するかもしれないが、範疇的でもなければ充足的でもない。なお、フランス民法学における契約の cause・債務の cause については、小淵太郎「フランス契約法におけるコーズの理論」早法七〇巻三号一頁、特に七三頁以下を参照せよ。

- (91) この問題に理論的な分析を加えようとした CAPITANT, *De la cause des obligations*, 1922 の「保証契約の、主たる債務者に対する与信の目的によって行われる抽象債務負担行為」という理解は、一時期の BUEFNOIR, THALLER の有力説を継承したものであるが、むしろベルギー法の論者に影響を与え、支持を受ける反面、フランス法の論者からは支持されなかった。

- (92) 昭和四五判決に加えられた批評のひとつは、次のように述べる。「手形行為にはつねに原因関係がある。手形保証の場合だって、そのことは変わらない。ふつう、手形保証が行われるときは、被保証人である手形債務者が手形保証人に依頼し、この依頼を承諾して手形保証人が手形保証を行うことになるが、この手形保証依頼契約は、手形保証にとって、単なる動

- 機であって、決してその原因関係ではない。手形保証の原因関係としてとらえなければならないものは、債権者と保証人「中略」との間の実質的な関係である。というのは、手形理論として交付契約説に立った場合、手形保証という契約の当事者は債権者と保証人だからである。／最も典型的な例として考えられるのは、受取人と手形保証人との間に明示または黙示の保証契約が結ばれ、それを原因関係として手形保証が行われる場合である。そして、その保証契約は、多くの場合には被保証人(振出人)と受取人との間の原因債権を被保証債権とするものであろう。そのような場合には、手形保証の原因関係である保証契約は当然に被保証債権に附従するものであるから、振出人と受取人との間の原因関係が無効・不存在であれば、手形保証の原因関係もまた無効・不存在だということになる」(倉澤康一郎「手形保証」(最三小判昭四五・三・三一民集二四卷三号一八二頁、法律学基本講座・手形判例の基礎第一七講)「法セ四一七号(一九八九年九月)八九頁)。そのうえで、イギリス法の「三者契約」の観念を当てはめて、「手形保証の原因関係もまた、被保証人が行った原因取引だということにとらえることができる。その場合には、振出人と受取人との間の原因関係は無効・不存在が、それ自体として手形保証人の受取人に対する人的抗弁事由とされることになるわけである」(同所)とする。イギリス法における保証の *consideration* については、後掲 (note 102) の CABRILLAC (Michel) et MOULY (Christien), *Droit des Sûretés*, 3ème éd., 1995, *Litec* も援引する。また、倉澤康一郎「保証保険・信用保険・ボンド」現代契約法大系第六卷担保・保証・保険契約(一九八四年、有斐閣)二七六―二九三頁は、二九三頁において、*Three-party Contract* に言及している。
- (93) JACOB (François), *Le constitut ou l'engagement autonome de payer la dette d'autrui à titre de garantie*, 1998, LGDJ, nos 293-299.
- (94) D. S. 1973, 753, note MALAURIE; G. P., 1973, I, 143, note MARTIN.
- (95) 「論旨三點 trois branches からなる唯」の「破毀申立の」理由 *moyen unique* にうつて。
 原審認容判決(ディジョン控訴院判決一九七一年二月二三日)「の認定」によれば、一九六七年二月二三日、与信条項を伴う交互計算「当座勘定取引」の合意が、その業務執行社員 Lempereur によって代表される Lempereur et Cie 合資会社と Société Générale「銀行」との間に締結され、Lempereur は一三万フランスフランを上限として連帯保証人となり、担保として Lempereur 夫妻の夫婦財産に属する不動産に抵当権を設定した。一九六七年三月三十一日、「同合資会社の」特別総会は合資会社から株式会社への組織変更を決議、同時に増資が承認されたが、これによって Lempereur の持分の過半数に

よる支配 *contrôle de la majorité* を失わせる結果となったが、Lempereur は依然取締役会副会長兼代表取締役 *vice président du conseil et directeur* に留任。一九六七年二月十四日、Lempereur 株式会社の強制清算 *réglement judiciaire* の開始が宣告され、Société générale は、Lempereur に対して当座貸越金額を請求する一方で、不動産差押手続を執り行った。Lempereur 夫妻は、保証の *cause* の消滅を援用したが、差押命令への異議を却下された。

控訴院は、保証の *cause* が与信の獲得に存し、かつ、銀行に供せられた担保は、会社の組織変更にもかかわらず依然として銀行に得られたままである、という理由をもってかく判示したために、非難されている。破毀申立によれば、一方で、契約の *cause* が、目的物と混同されており、判決を正当に理由付けるためにはあまりに一般的な文言で定義されており、他方で、Lempereur は、保証契約の *cause* の消滅を援用するにあたって、会社の組織変更ではなく、控訴院により無視された申立趣意書 *conclusion* 中において、会社の指揮の喪失を拠り所としているのであり、最後に、控訴院により最後段で *in fine* 表明されている疑いを示す理由は、その判決を正当に理由付けるものとはいえない、という。

しかし、控訴院は、正当にも Lempereur の債務の *cause* は、Société générale によって相關的に引受けられる義務についての考慮 *consideration* である、すなわち Lempereur 社に対する与信であると判示したのであって、*cause* と目的物を混同するとは到底いえない。控訴院は、破毀申立人の主張するところ無視されたという申立趣意書に応答して、Lempereur が会社の指揮を喪失したことが、Lempereur をして保証人となるように誘引した動機に影響し得たものであったとしても、契約締結時に確定した債務負担行為の *cause* についてはこれを依然不変のものとしており、後の合資会社から株式会社への組織変更は、新たな法人人格の創設をもたらさないもので、当事者の契約関係に更改を生じるものでもないから、*cause* は変更されるものではない。「破毀申立」理由中論旨第三において検討されている余分な理由付けから抽出される趣旨にてらして、控訴院は、その判決を正当化しうる。破毀申立理由は、いずれの論旨においてもこれを採用することができない。

以上の理由により破毀申立棄却。

一九七二年十一月八日破毀院商事部、裁判官 MONGLIAN、裁判官裁判長 MALLET、報告者総弁護士 LAMBERT、弁護士 CHAREYRE および弁護士 CELICE。』

(96) REMOND-GOULLLOUD, no 23, JCP 1977, ed. G. I. 2850.

- (97) ANCEL もまた、付従性及有因性の同義性を肯定する。客観的原因という「意味での原因の観念は、保証の経済的機能を定義することや可能にするものである。問題なのは担保契約であるから、その機能は、主たる債務 obligation の支払を確実にすることである。したがって、担保すべき債務がないときには、保証は原因を欠くものということができる。」ANCEL (Pascal), *Droit des sûretés*, Litec, 1998, p.36.
- (98) JACOB, *op. cit.*, no 295.
- (99) SIMLER (Philippe), *Cautionnement et garanties autonomes*, 2 éd., 1991, Litec, n° 172, p.149.
- (100) この構成で問題があるとすれば、主たる債務者が期限の利益を喪失するような事例では、将来に向けて cause が欠缺して保証が失効するのではないかという点である。それゆえ、例えば、保証人が期限の利益喪失約款の存在を知られずに保証をした場合には、失効を認めてもよいように思われる。
- (101) JACOB, *op. cit.*, no 297.
- (102) CABRILLAC et MOULY, *op. cit.*(note 92), no 101, 以下論者は保証の consideration と同じで ROWLATTT, *Principal and Surety*, p. 9-18 (最新のものを引用) Moss (Q. C., Gabriel) and Marks (David), *Rowlatt on principal and surety*, 5th ed., London, Sweet & Maxwell, 1993がある) に拠ることを明らかにしている。また、CABRILLAC et MOULY, *loc. cit.*と言及されている GORLA, *Il contratto*, tome 1, Guffrè, Milano, 1955, §14f, p.183 は、債権者が与える期限の利益を consideration としての causa に数える。
- (103) 「その責任を主たる債務者以外の者が主たる債務者のために引受ける場合も含めて、債務負担またはその他すべての出捐をなすまたはその計算の最終的な帰属者である主たる債務者によって受領され、債権者によって同意されるすべての利益」と解するべきか。
- (104) JACOB, *op. cit.*, no 298.
- (105) *ibid.*
- (106) 目的物または原因の遡及的喪失による債務の失効。MOULY, no 201, pp. 239-240. 主たる債務の無効が保証の無効をもたらしのではない。主たる債務の無効は保証の用途を剝奪し、これを「失効」(caduité)させる。そのような用語を用いる実益は、MOULY, no 201, p. 240. によれば、保証人が保証をしたのちに受領した手数料を主たる債務者に返還する義務がない

この要旨は、本稿の要旨を要旨として要旨とする。

- (17) JACOB, op. cit., nos 301 et s.
- (18) MOULY (Christien), Les causes d'extinction du cautionnement, 1979, Litec, no 201, pp.239-240.
- (19) SIMLER, précité, no 178-182.