

## 手形保証 (avallo) に関する比較法的考察

—— イタリア手形法と民法典 ——

今 井 薫

### I. はじめに

手形に関する規定は、イタリア法でも、1930年のジュネーヴ条約 (*le convenzioni sulla cambiale ed il vaglia cambiario, stipulate a Ginevra il 7 giugno 1930*) に基づいている。すなわち、1933年12月14日の為替手形および約束手形の規定に対する修正に関する勅令 (regio decreto) 第1669号が、わが国の手形法に相当するもので、イタリア旧商法の手形に関する規定にとって代わったのである。

ところで、その中で手形保証 (avallo) に関する規定は、イタリア手形法でもわが国同様同勅令の第4章に置かれているが、条文上はその35条以下に規定される。これは、第1章の「為替手形の振出および方式」に関する規定中に、わが国のそれとは別に、「手形署名の方式」(同8条)、「親権解除未成年者<sup>(1)</sup> (minore emancipato) および準禁治産者 (inabilitato) の手形行為」(同9条)、「未成年者および禁治産者 (interdetto) の手形行為」(同10条)、そして「代理と手形行為の特則」に関する条項が置かれ、また第2章の「裏書 (girata)」の規定群中に、「支払拒絶および拒絶証書作成期間経過後等の裏書の効力」(同25条)に関する条項が、べつに定められているためである<sup>(2)</sup>。ちなみに、わが国では被保佐人の手形行為について、民法13条1項に列挙する保佐人の同意を要する行為に含まれるかについて議論がある。判例通説によれば、手形行為は13条1項2号に規定する「借財」に該当し、同意なしになされた行為は取消し得るものとされ<sup>(3)</sup>るが、これに異を唱えるものもあるようである。すなわち、この少数説に

よれば、被保佐人の原因行為（たとえば、自動車の売買契約）に基づき、代金支払いのため手形が振り出されたとすれば、手形行為は「行為者が一定の経済的目的を到達せんが為の中性的なる手段である故に、それ自体としては法文列挙の何れにも該当せざる故に同意を要せざる行為」とどまるので、保佐人の同意が得られなくても、原因関係上の人的抗弁事由にとどまるということになる。これは、「そもそも、被保佐人は原則として法律行為を単独でなしえる<sup>(4)</sup>」という基本認識の下に、たまたま民法13条の列挙項目について制限を受けているに過ぎないとするところにあるようである<sup>(5)</sup>。

これに対して、前述のようにイタリア手形法9条で、「商取引する権限のない親権解除未成年者（*minore emancipato*）、および準禁治産者（*inabilitato*）は、その署名が『補助のため』または他の同旨の文言による保佐人（*curatore*）の署名とともになされなるときは、手形上の債務を負わない。上述の、またはそれと同旨の文言が欠けるときは、保佐人は、自ら義務を負う（*è obbligato personalmente*）」との明文の規定を置くため、イタリアでは被保佐人に該当する準禁治産者が手形上の責任を負担すると解する余地はない。イタリア法では、準禁治産者の行為能力については、民法典においても前述の親権解除未成年者と同列に扱われているが、この親権解除未成年者は営業する権限を付与されている場合が少なくなく、この場合は、手形行為能力が認められる<sup>(6)</sup>。しかし、営業権限のない親権解除未成年者および準禁治産者には、後見裁判官（*giudice tutelare*）により権限を付与された保佐人の「補助（*assistenza*）」なしに手形債務を負担する能力がない。すなわち、取消云々の問題とは、そもそもならないのである。もっとも、学説の一部には、手形行為の補助行為については、黙示の授權で十分であるとするものもあるようである<sup>(7)</sup>。

ところで、一般的に禁治産者や準禁治産者によりなされた行為は、イタリア法上どのような取り扱いがなされているのであろうか。そこで、イタリア民法典を見ると、427条に「禁治産者および準禁治産者の行為」の規定を置いている。すなわち、その第1項前段で、「禁治産宣告（*sentenza*

d'interdizione) 後に禁治産者が行った行為は、禁治産者の後見人、またはその相続人もしくは権利承継人の請求により取り消すことができる」とされ、同第2項では、「準禁治産者または、制限行為能力がその指名に後続するときは暫定保佐人 (curatore provvisorio) の指名後に、定められた手続きによらず準禁治産者が行った日常の管理 (ordinaria amministrazione) を超える行為は、準禁治産者またはその相続人もしくは権利承継人の請求により取り消すことができる」と規律されている。ここでは、取消権者が準禁治産者自身であることがわかるが、日常の管理行為については取消し得ないので、手形法9条の規定がなければイタリアにおいても争われたことであろうと思われる<sup>(8)</sup>。

もっとも、イタリア手形法9条後段では、準禁治産者により同意なく手形が振出された場合、保佐人が文言通り準禁治産者に代わって責任を負うのかという問題を生じる。しかし判例は、保佐人の同意なく準禁治産者や親権解除未成年者によって引受けられた手形債務は、民法原則通り一貫して取消し得るものと解して、これを否定している<sup>(9)</sup>。

以上、イタリア手形法に固有に挿入されたこれらの規定は、ある意味オリジナリティを有するものであった。また、これらは、その後に成立することになったイタリア民法典にも影響した。そこで、以下では、手形保証と民事保証の関係を、わが国で生じた議論を導きの糸として考察していくことにする。

## 注

- (1) イタリア民法典は、その第1編「人および家族」の第10章に「後見 (tutela) および親権解除 (emancipazione)」の規定を置く。同章には、第1節として「未成年者の後見」が、第2節に親権解除が規定され、390条以下がここでいう「親権解除」の規定である。Pietro Rescigno (a cura di), *Codice civile*, Milano 1992, pag. 509 e segg. ちなみに、禁治産者の後見と準禁治産者の保佐については、民法典424条1項で未成年者の後見と親権解除未成年者の保佐 (curatela) の規定が準用される。なお、親権解除が可能なのは16歳以上に限られる。

- (2) そのほかにも挿入された規定は多く、したがって約束手形 (vaglia cambiario) に関する第2編の規定は同法の100条以下(～103条)となる。
- (3) 大判明治39・5・17によれば、「民法第十二条(現行13条)第一項第二号ニ謂フ借財トハ独リ消費貸借ノミヲ指称シタルモノニアラス約束手形ヲ振出ス行為ノ如キモ亦タ右借財ナル文詞中ニ包含シタルモノト解スヘキヲ至当トス何トナレハ約束手形ノ振出人ハ其振出行為ニ因リ一定ノ金額ヲ支払フヘキ債務ヲ負担スルモノニシテ其行為者カ金銭支払ノ債務ヲ負担スル点ニ於テハ金銭ノ消費貸借ト異ナル所ナク共ニ重大ナル行為ナレハ同意ヲ得ヘキ点ニ於テ二者ノ間規定ヲ異ニスヘキ理由存セサレハナリ」として、取消得る行為としている。
- (4) 同じ制限行為能力者でも、後见人、未成年者の法定代理人および後見人は、本人に代わって法律行為をすることができるが、保佐人には代理権がないことから明らかである。星野英一(1971)『民法概説I(序論・総則)』(良書普及会)108-110頁、内田貴(1994)『民法I(総則・物件総論)』(東大出版会)100頁。
- (5) 手形行為を単なる支払いをなす手段であるとして、それ自体は取消し得る行為には該当しないとする。田中耕太郎(1935)『手形法小切手法概論』(有斐閣)151頁、伊沢孝平(1949)『手形法・小切手法』(有斐閣)123頁。
- (6) Antonio Segreto & Aldo Carrato, *La cambiale*, 2a ediz., 2000 Milano, 92.
- (7) Giovanni Luigi Pellizzi, *Principi di diritto cartolare*, 1967 Padova, pag. 73.
- (8) 判例では、第三者のためにする契約で、受益者たる準禁治産者が、当該権利を放棄する行為は日常の管理行為ではないと判示され、取消が認められている。CC. 14 dicembre 1978/5975, *Rivista del natariato*, 1979, pag. 534.
- (9) Trib. Roma 21 settembre 1961, in *Diritto fallimentare* 1962, II, pagg. 433 e segg. など。

## II. 手形保証と民事保証 —— 基本問題 ——

### (1) はじめに

手形保証に関しては、それ自体が手形行為である限りにおいて手形行為独立の原則 (principio dell'autonomia delle obbligazioni cambiarie) が当然に妥当する。すなわち、手形法32条2項(イタリア手形法では37条2項)<sup>(10)</sup>では、原因関係債務がいかなる理由であれ無効となる場合であっても、手形保証債務は有効であると規律されているので、保証債務本来の附従性

(accessorietà) との関係が問題となる。たしかに、わが国の古い判例では、原因関係債権が債務者の不履行により解除された場合、その解除に遡及効が伴う場合は、解除の結果として生じる原状回復債務（民法 545 条 1 項）や損害賠償債務（同 545 条 3 項）は、当初の契約上の債務との同一性がなく、したがって民法上の保証人は、原因関係消滅により責任を負わないと解してきた。<sup>(11)</sup> それゆえ、上述の手形保証の独立性に関する規定の実益はあったのである。

ところが、最高裁昭和 40 年 6 月 30 日の大法廷判決により、これまでの判例態度は覆った。<sup>(12)</sup> この事案はつぎのようなものである。すなわち、 $Y_1$  所有の畳建具一式を X が買受けるにつき、 $Y_2$  を保証人としたが、履行期が到来しても  $Y_1$  が履行しないので、X は本件契約を解除するとともに、原状回復義務の履行を保証人  $Y_2$  にも求めたものである。X の訴は、もとより  $Y_1$  に対しては勝訴したものの、過去の判例から、 $Y_2$  に対する請求については第 1 審、原審とも敗訴した。しかし、本件のような特定物売買の場合、それでは保証人の保証債務とはいったい何であるかが問われることになるため、判決を不服として X が上告したものである。これに対して最高裁は、<sup>(13)</sup> 「特定物の売買における売主のための保証においては、通常、その契約から直接に生ずる売主の債務につき保証人が自ら履行の責に任ずるというよりも、むしろ、売主の債務不履行に基因して売主が買主に対し負担することあるべき債務につき責に任ずる趣旨でなされるものと解するのが相当であるから、保証人は、債務不履行により売主が買主に対し負担する損害賠償義務についてはもちろん、特に反対の意思表示のないかぎり、売主の債務不履行により契約が解除された場合における原状回復義務についても保証の責に任ずるものと認めるのを相当とする。したがって、前示判例は、右の趣旨においてこれを変更すべきものと認める」（下線筆者）と判示して、原審に差戻した。さらに、最高裁昭和 47 年 3 月 23 日判決でも、ホテルの建築請負契約における保証債務について、前渡金を受領していた請負人の債務不履行に基づく合意解除であれば、その保証人は責任を負うべきとされた。<sup>(14)</sup>

ここに至れば、手形法 32 条 2 項を別に定めることで、原因関係について手形保証をした者の責任を、とくに独立に扱う実益は相対的に低下したものであるといえる。

## (2) 原因関係不存在と手形保証

上述の旧判例にみるような、契約の解除により民事保証債権も消滅するという債権者にとって不利な状況下では、「手形保証独立の原則」により、債権者が手形保証人に権利行使できるシステムは、確かに意味があったといえる。しかし、原因関係の消滅が、被保証債務者の責に帰すべき事由とは無関係である場合にまで拡張し得るかは問題である。

たとえば、最判昭和 30・9・22 がこれに該当しよう。<sup>(15)</sup>この事案は、Y が訴外 A 公団からの繊維類買受代金について X 銀行が Y のために手形保証したものであるが、X は Y が A に対して原因関係上の人的抗弁（当該取引の無効を主張している）を有していたことを知りながら A に弁済をなし、あらためて Y に手形金の支払いを求めた事例である。これに対して最高裁は、「仮に Y が……振出人としてその受取人である A に対し、所論売買の無効を理由としてその売買代金支払のため振出された手形金支払の義務なき旨の人的抗弁権を有するとしても、手形保証人である X は、手形保証という手形行為をすることによつて独立に手形上の債務を負担するに至るものであるから（手形の振出自体に方式上の瑕疵がない限り）、被保証人である Y が手形所持人である A に対する関係において有する前記人的抗弁を援用することは許されないとしたものである。そして、これは民法上の保証の理論と異なる（マ）手形保証独立の原理を示したものであつて、被上告人は前記人的抗弁を知る場合においてもこれを援用することを得ないとしたのは、もとより正当な見解である」と判示して、手形保証独立の原則に基づき Y の上告を棄却した。これは、手形保証債務は被保証人の原因債務とは別個独立であり、手形保証人は被保証人の人的抗弁を援用できないとする立場を敷衍するものといえよう。<sup>(16)</sup>しかし、これでは手形保証人があまりに酷であるため、その後わが国ではこれを否定するた

め、各種の理論が登場した<sup>(17)</sup>。いわく、①手形保証人も受取人と直接の人的関係に立つから振出人の受取人に対する抗弁を対抗できるとする説<sup>(18)</sup>、②手形保証独立の原則を、原因関係に瑕疵がなく手形行為に瑕疵があるため弁済を受け得ない所持人を保護するにとどまるとする説<sup>(19)</sup>、③権利移転行為有因論の立場から手形所持人无権利の抗弁は、手形保証人も行使し得るとする説<sup>(20)</sup>、④悪意の抗弁に類する不当利得の抗弁が成立する場合には、手形保証人はこれを援用できるとする説<sup>(21)</sup>、⑤原因関係上の債務不発生が確定した場合、手形保証人より弁済を受けることは信義則違反であり権利濫用となる、などの説がそれである<sup>(22)</sup>。

最高裁昭和45年3月31日判決は、まさに上述の権利濫用説である<sup>(23)</sup>。事案は、船の建造を請け負ったA社が、発注元のB社より前渡金を得ていたが、当該建造を履行できない場合に備えてB社あてに約束手形を振出し、これにYが手形保証をしていた。その後船の建造は完了したのでAがBに手形の返還を求めたが、Bがこれに応じず、かえってBの親会社で事情を知るX社に裏書し、その間Aは倒産していたので、Xは手形保証人であるYに当該手形金の支払いを求めたという事案である。原審では、「手形保証は民法上の保証とは異なり手形上の債務を保証するものであり、右手形保証独立の原則に照らしても……手形保証人が主債務者の有する人的抗弁を援用して手形保証債務の履行を拒絶することは許されない」としつつも、「実質的には保証債務が弁済等により消滅した場合と異なるものというべく、たまたま受取人が振出人に返還すべき手形を返還せずに所持していることを奇貨として保証人に請求することは明らかに不当であつて、保証人において振出人の有する人的抗弁の援用を云々するまでもなく、受取人の請求は権利濫用として許されない」としてXの主張を斥けた<sup>(24)</sup>。そして、最高裁もまた、「将来発生することあるべき債務の担保のために振り出され、振出人のために手形保証のなされた約束手形の受取人は、……原因関係上の債務の不発生が確定したときは、特別の事情のないかぎり、爾後手形振出人に対してのみならず手形保証人に対しても手形上の権利を行使すべき実質的理由を失つたものである。しかるに、手

形を返還せず手形が自己の手裡に存するのを奇貨として手形保証人から手形金の支払を求めようとするが如きは、信義誠実の原則に反して明らかに不当であり、権利の濫用に該当し、手形保証人は受取人に対し手形金の支払を拒むことができるものと解するのが相当である」として、悪意の所持人に対してもまた権利濫用で対抗できると判示して、Xの上告を棄却している。最高裁は、本件判決以後現在まで一貫して権利濫用説をとるものと評価することができる。

### (3) イタリアにおける原因関係不存在の手形保証

そこで、イタリアにおける手形行為理論について、まず概観しておく。すなわち、手形債務の根拠であるが、これは一方的法律行為 (negozio unilaterale) であると解されている。これは、手形法や民法典規定中に、どこにも「契約」への言及がないことを理由に、一方的意思表示による単独行為と解されているようである<sup>(25)</sup>。もとより、イタリアでも当初は「契約説 (teoria contrattuale)」からの批判はあったが、現在は学説上「単独行為説」に異論がないとされる<sup>(26)</sup>。判例については、異論がある。すなわち、破毀院 1995 年 3 月 8 日判決<sup>(27)</sup>において、不特定人に向けられた単独の意思表示とは構成することができないとし、そこで表示される給付請求権は、振出人による当初の受取人に対する意思表示として生じるのではなかったかと解している。

### (4) 一方的意思表示の効力

ところで、一方的意思表示の効力については、イタリア民法典にはこれに類似する規定がある。すなわち、同法典第 4 編 (債務) 第 4 章は「一方的約束 (promesse unilaterali)」についての規律で、1987 条から 1991 条の 5 か条である。冒頭の 1987 条は効力要件を定めるもので、「一方的給付約束 (la promessa unilaterale di una prestazione) は、法律により認められる場合のほかは、債務的效果を生じない」とされている。「支払約束および債務承認」に関する 1988 条は、「ある者のためにする弁済約束または

債務承認は、この者が基本関係の証明責任を負う。この存在は、反対の証明までは推定される」との規律を置く。これは、その性質および効果についても、イタリアでは債務承認による時効中断効を規定（イ民 2944 条）するところと類似するといわれている<sup>(28)</sup>。

つぎの 1989 条は、わが国の「懸賞広告（promessa al pubblico）」の規定である。同条第 1 項は、「不特定人に向けてある特定の状況にある、または特定の行為を行なう者のために給付を約束する者は、当該事実が公知となれば直ちにその約束に拘束される」と規定される。さらに、第 2 項では、「その約束に期間の定めがなく、またはそれが当該約束の性質もしくは目的により定まらないときは、要約者の義務は、約束から 1 年以内に、当該約束の中であらかじめ定めた、その状況の成就（l'avveramento della situazione）または行為の履行がこの者に通知されなかったときは、消滅する」と規律している。

前述の 1995 年破毀院判決は、まさにこの規定を引用しつつ、「手形証券は、当該証券中に表示されている給付請求権が、懸賞広告におけるように、意思表示において予め示される特殊な状況に遭遇するであろう一連の不特定の主体に対して明示（民法典 1989 条）されていず、むしろ手形要件としてその氏名の特定が求められ、かつまたその譲渡によってのみその他の主体による請求が可能となる当初の受取人のために生じるので、不特定人<sup>(29)</sup>に向けられた一方的意思表示と構成することはできない」と判示している。このことから明らかなように、イタリアでは、判例ははまだ契約説をとるものもあると思われるが、同時に、懸賞広告も含め一方的意思表示（ただし、特定人に対する）による法律効果については、一般に容認されている。他方、学説的には、まさに 1987 条により、手形法はその規律されるところにより、手形上の権利義務を生じると解することになるように思われる。

#### 注

- (10) 原文は、「La sua obbligazione è valida ancorché l'obbligazione garantita sia nulla per qualsiasi altra causa che un vizio di forma」である。訳語は、「その

(手形保証) 債務は、形式の瑕疵を除くいかなる原因により被担保債務が無効であるときも、有効である」となる。

- (11) 大判大正6・10・27(法律新聞1360号30頁)。この事案は、建築依頼主Xが訴外Aに請負債務を負わせるとともに、Aに前払い金を支払い、他方、Yがこの請負債務の履行をXに保証したところ、Aの経営が破たんしたため請負債務を履行できなかつたので、Xが契約を解除してYに保証債務の履行を求めたもの。これに対して、大審院は、「保証人カ主タル債務以外ニ当然負担スヘキモノハ主タル債務ニ関スル利息違約金損害賠償其他ノ総テ其債務ニ従タルモノニ限ルハ民法第四百四十七条第一項ノ規定スル所ナリ原状回復ノ義務ハ主タル債務カ契約解除ニ因リ消滅シタルノ結果生スル所ノ別箇独立ノ法律上ノ義務ニシテ主タル債務ニ従タルモノニ非サレハ保証人ハ特約ノ存セサル限りノヲ履行スルノ責ニ任スヘキモノニ非ス契約ノ解除ハ契約上ノ債務関係ヲ遡及的ニ消滅セシムルモノニシテ原状回復ノ義務ハ既ニ履行セラレタル給付カ其原因タル債務関係ノ消滅ニ因リ法律上ノ原因ナキニ至リタルヲ以テ之ヲ返還セシムルヲ目的トスルモノナレハ其原理ニ於テ不当利得返還ノ義務ニ外ナラス」として、主契約の解除により保証債務も消滅するとした。
- (12) 最大判昭和40・6・30(判時412号6頁)。
- (13) 判例は、損害賠償については、従来から保証人に責任が及ぶとしているのは、債務の同一性が維持されているからとしてきた。その意味で、原状回復については同一性がなく、従来の債務にも付従しないと解された。寺田正春「判例解説」民法判例百選(債権)[第5版]58頁、淡路剛久「判例評釈」法協83巻2号326頁。
- (14) 「本件合意解除は請負人である被上告人Y<sub>1</sub>の債務不履行に基づくものというべきであり、また請負契約上工事代金……は前払されることが定められているのであるから、……Y<sub>1</sub>が本件約定により注文主に対し負担するに至つた前払金……の返還債務は、実質的にみて、Y<sub>1</sub>の債務不履行に基づく解除権の行使によりY<sub>1</sub>の負担すべき前払金返還債務の範囲内のものと認めることができ、したがつて……(保証人の)Y<sub>2</sub>らにおいてその責に任ずべきはずのものである」として、原審判決を破棄差戻している。
- (15) 判例タイムズ53号33頁。
- (16) 田中耕太郎・前掲注(5)510頁、伊沢孝平・前掲注(5)442頁など参照。
- (17) 各説については、塩田親文「手形保証の独立性の限界」北沢正啓・浜田道代(編)『商法の争点II(ジュリスト増刊)』有斐閣(1993)376頁。
- (18) 鈴木竹雄=前田庸補訂『手形法・小切手法』有斐閣(新版、1992)330頁。
- (19) 上柳克郎「手形保証の独立性」法学論叢63巻4号102頁。
- (20) 前田庸『手形法・小切手法(法律学大系)』有斐閣(1999)482頁以下。

- (21) 服部栄三＝加藤勝郎『手形法・小切手法（演習商法）』法学書院（1966）179頁。なお、下記の最判昭和45・3・31判決の事案における第1審（高松地判昭和43・1・24）は、「(Xは)悪意の手形取得者であるから、手形法第17条但書によつて、Y等は原Xに対しても右抗弁を主張することが出来るものであつて、Y等には本件手形金の支払義務はない」としているのので、この説を採用したものと思われる。
- (22) 高松高判昭和44・7・30（判例タイムス247号180頁）。
- (23) 判例時報589号68頁。
- (24) 高松高判昭和44・7・30（判例タイムス240号268頁）。
- (25) たとえば、前述のイタリア手形法9条の規定は、親権解除未成年者の単独行為を前提としているように読めるし、裏書に関する15条（わが国の11条）、32条（わが国の27条）などは、そもそも相手方の意思表示を予定していないという。A. Segreto & A. Carrato（2000），pag. 68.
- (26) Gian Franco Campobasso (a cura di), *La cambiale*, 1998 Milano, pag. 5. なお、カンポバッソ教授は Università degli Studi di Napoli Federico II（神聖ローマ皇帝フリードリヒ2世自身が1224年に創設したため、欧州最古の世俗の国立大学とされる）で長く教鞭をとった商法・金融法の若手の大家であったが、2003年に60歳で亡くなっている。彼はまた、ナポリ第2大学法学部の創設委員であり、その遺徳をしのいで、商法・銀行法学振興のためのカンポバッソ協会が設立されている。
- (27) Cass. 8 marzo 1995, n. 2707, in *Massimario ufficiale*, 490993.
- (28) Giuseppe Ferri, *La promesse unilaterali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*（diretto da）Giuseppe Grosso e Francesco Santoro-Passarelli, 1972, pagg. 14-17. なお、2944条は、「時効は、権利が行使される側が当該権利を承認することにより中断される」と規定される。
- (29) 注（26）参照。

### Ⅲ. 手形保証と民事保証（fideiussione）

#### (1) イタリア法における民事保証

手形保証と民事保証については、わが国ではともに「保証」の語を用いて、特段の区別を定めているわけではないが、イタリアではそうではない。すなわち、前述の民法典第4編第3章（契約各論）<sup>(30)</sup>第22節に「民事保証（fideiussione）」という用語で、1936条から1957条まで22か条にわたる

規定が存在する<sup>(31)</sup>。民法典におけるその定義は、冒頭の第 1936 条第 1 項で、「民事保証人 (fideiussore) とは、債権者に対して人的に義務を負い、他人の債務の履行を担保する者 (colui che, …garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui) をいう」と「民事保証人」を規律し、同第 2 項ではまた、「債務者が当該保証を認識しない場合も有効である」と、民事保証の態様を規律している。なお、保証関係は、従来からイタリア法上、契約、「一方的法律行為」または法律により生じるとされてきた<sup>(32)</sup>。ここでいう、一方的法律行為とは、前述のように一方当事者による明示または黙示の意思表示によりなる法律行為であるとされるが、民法典には直接的な言及がなく、学説上の概念である。わずかに、同法典第 1324 条では「一方的行為への適用規定」として、「法律によるこれと異なる規定ある場合を除き、契約を規律する規定は、可能な限り、財産的内容を有する自然人間の一方的行為にも適用される」とされており、相手方のある意思表示の効果について、契約規定を適用する可能性についてこれを肯定している<sup>(33)</sup>。なお、民事保証については、現在の学説は、もっぱら保証人の一方的意思表示によるものと解している<sup>(34)</sup>。

ところで、問題の「附従性」であるが、イタリア民法典の第 1939 条 (民事保証の効力) において、「民事保証は、主たる債務が無効であるときは、効力を生じない。ただし、無能力者により引受けられた債務のために供与されるときはこの限りでない」と規律され、さらに第 1945 条 (附従性) では、「民事保証人は、主たる債務者に帰属する一切の抗弁を、債権者に対して対抗できる。ただし、無能力から生じる抗弁はこの限りでない」と規律されている。イタリアでは、このいずれもが「附従性」の規定とされており、民事保証人は、被担保債務に関して主たる債務者に帰属するすべての抗弁権を「債務者と債権者間の既判力の目的を構成する関係に対しても対抗する固有の権利」として有している<sup>(35)</sup>。しかしながら、ここで例外とされるのは、無能力者により引受けられた債務の保証である。若干の学者は、「被担保債務不存在のために、そこには担保機能が生じないことを容認しているので、当該保証債務は存続しないのではないか」とするものも

あるが、これを債権者の保有する債権の完全性を担保することを目的とする、保証とは異なる非典型の法律行為 (negozio atipico) ではないかとする学者もいるようである。また、保証人が無能力を対抗する権限をあえて放棄する合意もまた有効であるとされている。

なお、わが国でいう「隠れた手形保証」についてであるが、かかる裏書の効力について、「これは、手形法 19 条 (わが国の 15 条) の規定で、この者が、直接の被裏書人 (giratario immediato) に対してのみならず、爾後の裏書人に対しても引受または支払いを担保する。この担保的効力 (いわゆる形成的効果) については、それが指図証券に関する、民法典 (民法典 2012 条)<sup>(36)</sup> によってこれと異なる内容が明示的に定められているので、それが 19 条の明文規定の効果により生じることを要する」と<sup>(37)</sup>されている。

したがって裏書は、手形証券を流通させる手段のみならず証券所持人のために、それ自体、振出人 (約束手形の場合) が支払うであろうことあるいは、もし支払われなければ支払債務はその裏書人により引受けられるものと約することに向けられた意思表示 (dichiarazione negoziale) をも含んでいる。それゆえ、裏書人は、当該証券所持人に対して実際に手形に化体された債務の履行についてつねに責任があると判示されてきている (Cass. 16 luglio 1976, n. 2827, in *Giur. It. Mass.* 1976, 700)。もっとも、明らかかなように、それはあくまでも手形債権についての話であることは論をまたない。

## (2) 民事保証と手形保証の交錯—最判平成 2・9・27<sup>(38)</sup>

さて、以上のような民事保証であるが、これと手形保証の関係について、わが国では古くから興味深い判例が少なくない。たとえば、近時では最高裁平成 2 年 9 月 27 日判決がそれである。

この事件は、Y (被告、被控訴人、被上告人) が、かねて取引のあった訴外甲会社の代表者 A による融資の依頼に対して、以前から知り合いであった X (原告、控訴人、上告人) 方に A とともに出向き、昭和 59 年 9 月と同年 12 月に 2 回にわたり甲会社への金融を依頼し、また担保のため

に甲振出しの手形に裏書をし、さらに第1回目弁済にもYはAに同道した。また第2回目の借入（金額500万円、利息月1割、弁済期を1か月後とする金銭消費貸借）の申込み、およびその貸付の際にもYはAとともにX方を訪問して、甲振出しの約束手形に保証目的の裏書をした。この弁済は期日までに履行されなかったため、利息を支払って借増しすることとし、Xは利息天引きの上金額700万円Aに貸与するものとした。ところが、昭和60年1月頃に甲は倒産したため、第1審（神戸地裁姫路支部）では、Xは、本件消費貸借契約はYとの間に締結されたものとしてYに弁済を求めたが、裁判所は、本件消費貸借はあくまでもXが甲に貸与したもので、Xの主張は認められないとしてXの請求を<sup>(39)</sup>斥けた。そこでXは、控訴審における予備的請求として、本件貸金債務につき保証をなす意思表示があったとして、Yに保証人としての債務の履行を求めた。しかし、控訴審（大阪高裁昭和63・7・13判決）でも、「何人も他人の債務を保証するにあたっては、特段の事情のない限り、その保証によって生ずる自己の責任をなるべく狭い範囲にとどめるのが通常の意味であると考えられること（最三判昭和五二年十一月五日民集三一卷六号九〇〇頁）にかんがみ、前認定の事実関係によっても本件のように貸主であり、右裏書を求めたXがどのような意思であったかは別として、裏書をするYの立場からみるときは、せいぜい、紹介者としての立場上、保証の趣旨で裏書をしたというだけにとどまり右裏書により、いわゆるかくれた手形保証の趣旨で裏書をなし手形上の債務を負担する意思をこえて、さらに利率、時効期間等で右手形上の債務より不利であることが明らかな右振出の原因となった本件貸借上の債務まで保証する意思であったと推認することは到底でき<sup>(40)</sup>ないとしてXの控訴を斥けた。

そこで、Xは上告したが、最高裁はつぎのように述べて原審の予備的請求を棄却した部分を破棄し、大阪高裁に差し戻した。

すなわち、「金銭を借用するに当たり、借主が貸主あてに担保のため振出した約束手形に保証の趣旨で裏書をした者が、貸主に対し手形上の債務のみを負担したのか、あるいは更に進んで手形振出の原因となった消費

貸借上の債務までも保証したものは、具体的な場合における当事者の意思解釈によって定まるものである。前示事実によれば、本件貸金は、Xとは旧知のYの紹介により始まったX・A間の金銭消費貸借のうち三回目のものであって、Yは、右貸借の都度、Aの代表者であるBに同行してXと直接会い、その場において、Xの求めに応じ、A振出の約束手形に保証の趣旨で裏書をしてXに交付し、Aの支払拒絶後は、本件貸金の弁済を求めるXの強い意向に沿う行動をとったことが明らかである。また、記録によれば、XとAとの間で右各手形とは別に借用証書等が授受されたことはなく、XとYとの間においても同様であることが窺われる。以上の事実関係の下においては、Xとすれば、当初からYの信用を殊更に重視し、本件手形に裏書を求めた際も、手形振出の原因である本件貸金債務までも保証することを求める意思を有し、Yも、Xのかかる意思及び右債務の内容を認識しながら裏書を応諾したことを推知させる余地が十分にあるというべきである。そうとすれば、他に特段の事情がない限り、XとYとの間において、本件貸金債務につき民法上の保証契約が成立したものと推認するのが相当である。……したがって、原判決には、法令違背、ひいては審理不尽、理由不備の違法があるものというべく、論旨は、この趣旨をいうものとして理由がある<sup>(41)</sup>として、当該Yの行為は黙示の民事保証にあたるというのである。

### (3) 民事保証の成立を認めないとされた判決

ところで、単なる手形保証なのか、あるいは原因関係債務まで保証したのかについては、古くから議論のあるところではあるが、これについて裁判所は、大判昭和10・10・15が、「手形貸付ニ於ケル所謂保証手形ノ裏書人ハ或ハ手形上ノ償還義務ヲ負担シ又ハ手形上ノ債務ノ保証人タル義務ヲ負担スルニ過キサル場合（隠クレタル保証裏書ノ場合）アリ或ハ更ニ進テ消費貸借上ノ債務ノ保証責任ヲモ負担スル場合アルヘシ其孰レノ場合ニ属スルヤハ各具体的ノ場合ニ於テ当事者ノ意思解釈ニ依リ定マル問題ナリトス<sup>(42)</sup>」として、そのいずれかは当事者の意思解釈によるとしている。この

スタンスは、現在においても維持されているように思われる。

そこで、前掲注(38)の古瀬村邦夫博士の論稿が、金銭消費貸借の連帯保証債務の成立を否定したのとして、以下の最高裁昭和35・9・9判決などを挙げておられるので、まずこれらについて見てみることにする。

まず昭和35年の事案であるが、被告Yが訴外Aと共同して振出した2通の受取人白地の手形について、手形所持人であるXが支払いを求めたものである。第1審の高知地裁は、2通目の手形がもっぱらAの偽造によるものとしてYの責任を認めなかった。そこで、Xは控訴する際に、予備的請求として、AがXより金銭借受けるため、Aの懇願によりYが、当該債務を保証する目的で手形を振出すことを容認したとして、連帯保証人としての責任を負うべきと主張した。これに対して、控訴審は「YはAが他より金融を受けるにつきYの信用を利用させる意味で……Aと共同して金六十万円の手形金債務を負担することを承諾した事実を認め得るに止まり、……X主張の如くYがAに対し同人をしてYを代理して貸主との間に連帯保証債務負担契約を締結する権限を与えた事実を認めるに十分な証拠がない」としてXの控訴を<sup>(43)</sup>斥けた。そこで、Xは上告したのであるが、最高裁も、「Yが、訴外Aにおいて他から金融を受けるについて自己の信用を利用させる意味で所論約束手形につきAと共同振出人となつた事実があるからといつて、右手形関係とは別にAの金員借受債務につき連帯保証債務を負担すべきことを約諾し且つその意思を自己に代つて表示する権限をAに与えたものと推認しなければならぬものではない」として、この上告を<sup>(44)</sup>棄却した。

これに続くものとして、最高裁昭和38・10・8判決がある。これは、訴外AがXに対する貸金債務の支払確保のため、AがY宛に振出した約束手形にYが裏書をしてXに交付した事実に基づいて、Yが原因関係債務についても保証したのが争われたものであるが、「YがXとの間に訴外AのXに対する貸金債務の保証若しくは連帯保証契約を締結する意思を表示したものと解釈することはできず、その他本件の全証拠に徴しても右事実をもつてそのように解釈すべき証拠がない旨の原判決の判断は、経験

法則に反するものではなく、これを違法とすることはできない」として最高裁は上告を棄却している。

これらは、いずれも資金の融通の担保を目的として手形に裏書をなしたもので、特段原因関係への論及や積極的な関与がないことが認められる。<sup>(45)</sup>そして、平成2年判決においても触れられている最高裁昭和52・11・15判決も、これと同一ラインにある。以下、事実を見てみるとつぎのようなものであった。すなわち、訴外Aは、かねて事業資金を融通してくれていた訴外Bに対して500万円の資金の貸付を申し込んだところ、従前に比して金額が大きいため、手形に保証のため、支払いが確実な者の裏書を求められたため、訴外Cが経営するY社に、担保のためにAが振出した受取人および振出日白地の約束手形の第一裏書人となることを求めたところ、Cが承諾したため、同手形と引き換えに500万円をBより借り受けた。Bは、この手形に裏書して、Xに交付して割引を得たが、Aは満期前に破たんして行方不明となった。手形そのものは呈示期間内に支払呈示されたが、白地部分の補充がなかったため遡求権が消滅したため、第1審においてはXによるYに対する手形金請求は棄却された。そこで、控訴審においてXは、予備的に、YはXより本件手形を借り受けてAの父親や妻のもとに赴いて、同人に手形金の支払いを請求した事実などを摘示して、これをAB間の500万円の原因関係債務を保証するものであるとして保証債務の履行を求めた。控訴審では、このXの追加主張を「Yの裏書は、右Aの右Bに対する右金銭債務を保証する趣旨でなされたいわゆる隠れたる保証であることが認められる。ところで他人の債務を保証する趣旨で約束手形の裏書をした裏書人は、手形上の債務の外、民法上の保証債務をも負担するかどうかは、具体的場合の当事者の意思解釈によって定まるが、右の者は反対の意思の認められない限り、原則として民法上の保証債務をも負担するものと解するところ、本件においては別段反対の意思が認められないから、Yは右Bに対し民法上の保証債務をも負担するものと認める」として、Xの請求を容認した。そこで、Yは上告したが、これについて最高裁は、「AがBから前示五〇〇万円を借り受けるにあた

り、なんぴとか確実な保証人の裏書をもらつてくるように要求されたため、Y 会社代表者 C に依頼して A 自身を振出人とする約束手形に Y の裏書を受け、A においてこれを B に手交して同人から五〇〇万円の貸渡しを受けたという、原審認定の事実関係があるというだけでは、原判示のように、Y 会社が右手形振出の原因となつた A の B に対する消費貸借上の債務を保証した事実を推認することは許されないものというべきである。ただし、なんぴとも他人の債務を保証するにあつては、特段の事情のない限り、その保証によつて生ずる自己の責任をなるべく狭い範囲にとどめようとするのがむしろ通常の意味であると考えられることにかんがみれば、本件のような場合においても、差入れを受けるべき手形に裏書を要求する貸主がどのような意思であつたかは別として、裏書をする者の立場からみるときは、他人が振り出す手形に保証の趣旨で裏書をしたというだけで、その裏書によりいわゆる隠れた手形保証として手形上の債務を負担する意思以上に、右手形振出の原因となつた消費貸借上の債務までも保証する意思があり、かつ、その際、右手形の振出人その他第三者に対して、貸主との間でその旨の保証契約を締結する代理権を与える意思があつたと推認することは、たとえ右手形が金融を得るために用いられることを認識していた場合であつても、必ずしも裏書をする者の通常の意味に合致するものとは認められないからである」として、原審判決を破棄差戻した。

#### (4) 民法 446 条 2 項

ところで、わが国は平成 16 年 12 月、法律第 147 号により、民法 446 条第 2 項に「保証契約は、書面でなければ、その効力を生じない」という規律が新たに設けられるところとなつた。この新規定について、ドイツ民法典を比較研究された山本宜之教授は、「民法が契約について要式性を本格的に採用した最初の例である」と述べておられるが、かかる民事保証のわが国における要式化により、前述の最判平成 2・9・27 や、それ以前に裏書人による民事保証の意思を推定し得るとされた諸事例も、この規律の導入によってほとんど認められない状況になりそうである（手形をして

「当該書面である」とされると困ったことになるが)。もっとも、山本教授は、「446条2項の書面には、署名捺印（968条、969条、970条参照）、署名または記名捺印（商法32条参照）が不要であるため、紙等に文字で表現された文章が記載されていれば足り、また原本でなくてもコピーや写しでよいことになる。これは、ドイツ法の最も簡便な形式であるテキスト方式…に近いと考えられるが、テキスト方式においてさえ記名と文末を示す記述が必要であるため（BGB126b条）、それよりさらに簡便な形式であるといえる」として、ドイツのそれよりも不徹底性を指摘される。<sup>(47)</sup>しかし、イタリアにもすでに存在した、イタリア民事保証の規律も、ドイツ法に比べればはるかに不徹底であったといわねばならない。そこで、最後に、イタリア法の立場をここで紹介して本稿のまとめとしたい。

## 注

- (30) イタリア民法典における「契約」は、第1321条に、「契約とは、二またはそれ以上の当事者による、これら当事者間の財産に関する法律関係を形成、規律または消滅させるための合意である」と定められている。民事保証も契約各論に規律されている以上、この範疇に属する。
- (31) イタリア民法典中では、第1款「総則」（1936条～43条）、第2款「債権者と民事保証人間の関係」（1944条～48条）、第3款「民事保証人と主債務者間の関係」（1949条～53条）、第4款「多数民事保証人間の関係」（1954条）、第5款「民事保証の消滅」（1955条～57条）の構成となっている。
- (32) あるいは、民事保証の法源は、保証人（要約者）と債務者または利益を有する第三者（諾約者）間で締結された「第三者のためにする契約」であると解されている。Giuseppe Bozzi, *La fideiussione, Le figure affini e l'anticresi, Trattato di diritto private*, diretto da Pietro Rescigno, 13, t. IV, Torino 1985, pag. 210.
- (33) 民法典1334条にも、「一方的行為の効果（申込なら申込、承諾なら承諾という意思表示の）」として、「一方的行為は、名宛人である者の知るところとなるときから効力を生じる」という規律がある。これは、知り得る状態になれば足りる趣旨である。Massimo C. Bianca, *Diritto civile*, vol. III, Milano 2000, pag. 221. なお、著者のBiancaは、目下ローマ大学サンタ・カテリナ法学センター長で、民法学主任教授。
- (34) Pietro Rescigno (a cura di), *Codice Civile*, Milano 1992, pag. 2085.

- (35) Pietro Rescigno (1992), pag. 2098.
- (36) 民法典 2012 条（裏書人の義務）法律のこれと異なる規定、または証券によるこれに反する約定がないときは、振出人側による給付の不履行について義務を負わない。
- (37) Luigi Conti, Cambiali, cessione di crediti inesistenti, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino 1988, pag. 21.
- (38) 民集 44 卷 6 号 1007 頁、判時 1388 号 137 頁。古瀬村邦夫「保証の趣旨の手形裏書と原因関係債務の保証」私法判例リマークス 1992 年〈上〉123 頁。
- (39) 前掲民集 44 卷 6 号 1014 頁。
- (40) 前掲民集 44 卷 6 号 1017 頁。
- (41) 注 (38) 参照。
- (42) 法学 5 卷 495 頁。
- (43) 高松高判昭和 32・7・24
- (44) 民集 14 卷 11 号 2114 頁。
- (45) 民事保証を認めた事例として最判昭和 33・2・25 がある。これは原因関係である漁網の売買契約が解除されて、代金の返還義務を負った者がただちに返済できないため、約束手形を振出して、これを担保する目的で 3 名の者が裏書したもので、最高裁は「他に特段の事情のない限り、右裏書人 3 名において訴外 A の X に対する前示代金返還債務を保証する趣旨で手形の裏書をなしたものと認めるのが相当である」として、原因関係にある程度関与して手形保証をなした場合には、民事保証の成立を認めた。民集 30 卷 555 頁。
- (46) 山本宜之「ドイツ法における保証の書面性と民法 446 条 2 項」産大法学 45 卷 2 号 64 頁。
- (47) 前掲注 (43) 山本 98 頁。

#### IV. イタリアにおける解決 —— むすびに代えて ——

手形保証と民事保証の交錯問題は、少なくともわが国民法の 446 条 2 項挿入までは、ある意味主観に左右される非常に微妙な問題を含んでいた。前田庸博士も、この点について、手形保証と民事保証が併存している場合でも、原因関係債務に解除権を有している場合、あるいは反対債権を有している場合など、附従性の効力により手形保証のみがなされている場合より不利になるケースもあり、両者の利害関係は重大で、それゆえかかる問題は慎重でなければならないと主張されている<sup>(48)</sup>。

そこで、かかる問題についてイタリア民法典の立場であるが、同法典1937条は、「民事保証を提供する意思は、明瞭に表示されなければならない」と規定している。もっとも、そこではドイツ民法典（BGB）766条およびわが国民法の446条2項のように書面の形式を要求するものではないのではあるが、判例・学説によれば、その民事保証を供する意思はあいまいさを許さない形で表示され、かつ債権者に疑いの余地がないように知覚されねばならない、とされている。本条が定める原則を明確にするために、判例が用いている表現はさまざまではあるが、保証人の意思（volontà del garante）を直ちに、かつ直接に「表白し得る表現（espressioni atte a esteriorizzare）の必要性」が求められているようである。<sup>(49)</sup>

ところで、意思が明白であれば、当該保証を推測可能な行為（fatti concludenti）により、ただちに生じさせることができるか否かについては学説上も議論がある。しかし、通説的には、確実な意思を明示するために直ちに向けられているならば、身振り手振りで意思表示することでも十分であるとされているので、少なくとも現在ではわが国よりさらに明瞭ではないことは認めない。<sup>(50)</sup>とはいえ、従来からイタリアで問題とされていたのは、前述の「保証を提供する明白な意思」である。学説では、主債務者のために貸付を要請または推奨する行為、換言すれば、債務者の事業状態、生活態度あるいはその履行状況について漠然と請け合う行為などは、保証したことにはならない。であるとすれば、わが国で従来一般に民事保証の成立を認めてきたような事例については、民事保証の成立を認めないこととなりそうである。けだし、厳格な方式を要しないとはいえ、その意思は明示的に表示されなければならない、不確実だったり、あいまいであってはならないというのが判例の立場である。<sup>(51)</sup>

以上のことからすると、手形保証との交錯に関するふさわしい判例をイタリアにおいて見出しているわけではないが、どうも、わが国の過去の民事保証ありとする手形保証判例については、イタリア民法典の規律の下でも、これを認めない結論が導かれることになりそうである。<sup>(52)</sup>

## 注

- (48) 前田庸・前掲注 (20) 488 頁。
- (49) Pietro Rescigno (1992), pag. 2090.
- (50) Michele Fragali, Della fideiussione, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, 1964 Milano, pag. 184.
- (51) Cassazione civile 15 dic. 1975/4132. [www.italgiure.giustizia.it/](http://www.italgiure.giustizia.it/)
- (52) 保証合意の立証については、あらゆる合意手段によることができるとされ、判例では、遺言による証明でも、推定によるものでもよいいとされている (学説は反対している)。R. Miccio, in *Commentario del codice civile* (I singolo contratti, vol. V), Torino 1966, pag. 527.