

## 民法 446 条 2 項の保証の書面性について (下)

山本宣之

### 目次

- I はじめに
- II 保証の書面
- III 書面性と解釈 (以上、47 巻 3・4 号)
- IV 書面性と代理 (および白紙保証)
- V 書面性違反の効果
- VI 今後の課題 (以上、本号)

### IV 書面性と代理 (および白紙保証)

#### 1 問題の所在

保証が代理の方法による場合、保証契約は代理人と債権者の間で締結され、その保証契約につき書面を要するのは 446 条 2 項から当然であると考えられる。しかし、このとき書面性による警告機能が及ぶのは代理人までであり、本人である保証人自身に及ぶことは (実際上はともかく) 理論上は確保されるわけではない。書面性の主たる目的である軽率な保証の防止 (前述 II 1 参照) が達成されるかどうかは、代理人の思慮・判断に依存し、本人である保証人はその結果を受容するだけの立場となる。しかも、主たる債務者が代理人である場合や、債権者が代理人として有効に自己契約する場合も十分に想定しうるが、これらの場合は代理人自身に保証契約を成立させる積極的利益があるため、警告機能が働くことは期待できず、軽率な保証の防止という目的の達成は大きく阻害されることになる。こうした事態を無条件に容認することは書面性の意義を損なうものであり、代理による保証と書面性の関係をどのように理解すべきかを問題にする必要があ

ると考えられる。<sup>(82) (83)</sup>

## 2 代理による保証と書面性

(1) この問題はまだほとんど議論されていないが、<sup>(84)</sup>2つの立場を考えることができる。1つは、代理による保証においても、保証契約だけが書面性に服し、保証人となる者の代理権授与は無方式で行うことができるとするものである。もう1つは、保証契約だけでなく、それに関する代理権授与（の全部または一部）も書面性の適用を受けるとするものである。ドイツ法についていえば、前者はかつての通説の立場であり、後者は現在の判例・通説の立場である。<sup>(85)</sup>

446条2項において前者の立場の根拠となるのは、まず条文の文言であろう。446条2項は保証契約を書面であることを要求するのみであり、代理権授与については規定していない。民法が要式行為を定めるのは例外であり、保証契約と代理権授与が全く別個の行為であることを重視すれば、代理権授与に書面は不要であるという解釈が導かれるであろう。さらに、<sup>(86)</sup>101条1項の趣旨を根拠とすることも考えられる。<sup>(87)</sup>つまり、代理行為の瑕疵は原則として代理人を基準に決せられることから、書面の警告機能による軽率な保証の防止という目的の達成も、代理人を基準にすればよいとの理解である。

しかし、この101条1項に依拠する理解は、代理法の必然的帰結であるわけではなく、むしろ、保証人が代理の方法を選択したときは、書面性による保護も代理人に託した（代理人を通じて間接的にのみ享受することを覚悟した）という評価が先行して導かれるものであり、書面性の要件の観点からその評価の妥当性を問う必要がある。結局、前者の立場によると、代理という決して特殊ではない方法が選択されただけで、軽率な保証の防止からの保証人の保護が空洞化される可能性が積極的に許容されることになる。代理権が授与された後は、代理人は自らの意思決定によって保証契約を締結することができ、本人である保証人が保証の書面を面前にしてその責任の内容を認識する機会は、制度的にはもはや存在しないからである。

保証人にとっては、代理権授与の意思表示をする時が、そうした機会を理論上確保できる最終時点である。保証人が何ら書面を見ないまま口頭で（そのためしばしば安易に）代理を委ねる旨の応答をすることにより、その機会が終局的に失われるという事態は決して望ましくない。そして、446条2項は要式行為を定めた例外的な規定ではあるが、そのことはむしろ書面性を保証の要件とした民法の特別な意図を示すものとみることができ、保証の意思表示に密接に関連する意思表示にも446条2項の趣旨を及ぼす根拠になりうるものと考えらるべきである。

したがって、後者の立場のように、代理権授与も書面性に服すると解するのが妥当である。つまり、保証人となる者が保証契約の締結について代理権を授与する行為にも446条2項の適用があり、この結果、書面によらない代理権授与は無効であり、それにもとづく保証契約は無権代理行為となると解せられる。この根拠は446条2項の主たる目的に求めることができ、保証人自身が保証契約を締結する場合と同じ程度に軽率な保証の防止を図るには、代理権授与にも書面性の要件を及ぼすことが不可欠だからであるといえる。ドイツ法の現在の判例・通説が、要式行為の代理権授与には方式を要しないとすする明文の規定（BGB167条2項）があるにもかかわらず、それに反して保証の代理権授与について書面を要求しているのも、こうした考慮にもとづくものである<sup>(88)</sup>。

(2) 後者の立場による代理権授与の書面性については、代理人がどのような利害関係に立つ者かによる例外はないと解すべきであろう。代理権授与について書面を要求する必要性が高いのは、代理人が保証人と利害の相反しうる主たる債務者や債権者、またそれらの者の被備者の場合である。逆に、代理人が保証人の被備者や保証人の選任した第三者の場合は、保証人の意向を受けてその利害を尊重しつつ代理が進められると見込まれるから、書面の必要性は低くなる<sup>(89)</sup>ともいえる。しかし、それは相対的な傾向にすぎず、保証人と代理人の利害関係や代理の進め方は現実には多様であり、代理人が保証人の被備者や保証人の選任した第三者であることだけから、保証人自身への書面性による警告機能が一般的に不要となるわけではない

と考えられる。<sup>(90)</sup>

代理権授与のための書面（以下、授権書面とよぶ）の内容、形式、交付については、保証の書面（前述Ⅱ 1～3 参照）に準ずることになる。授権書面に記載すべき内容は、保証契約の締結についての代理権を授与する意思（以下、授権意思とよぶ）と主たる債務である。授権意思は、保証の書面における保証意思に相当し、実際には、保証契約の締結を委託する委任契約の意思表示として示されることが多いであろう。また、主たる債務は、これによって代理権の範囲として締結可能な保証契約の内容が決まり、保証人が代理による保証契約にもとづいて負うべき責任の基本的内容を認識するために不可欠である。このため、保証の書面におけるのと同様に、その発生原因ないし種類および債務額（根保証では主たる債務の範囲、極度額ないし極度額がない旨）を記述することが必要となる。たしかに、代理権授与の時点では、主たる債務者と債権者の契約が交渉途上であるなど、主たる債務の詳細が不確定であることも考えられる。しかし、その場合においても、書面の記載によって保証人として負うことになりうる責任の内容を合理的に予測できる機会が確保されなければならない。したがって、主たる債務がいまだ不確定であるときでも、単に保証契約に関する一切の代理権を授与する旨の記述では不十分であり、保証する意思のある主たる債務の範囲の記載が求められると解すべきである。そうすると、主たる債務の発生原因ないし種類の範囲（または制限がない旨）および債務額の範囲（または制限がない旨）の記述が必要となるが、これは、根保証における主たる債務の記述と外形的に類似し（前述Ⅱ 1(3)参照）、また、将来生じる債務の保証においても主たる債務はそうした範囲を示した記述となりうするため、特殊な記載を強いるものではないといえる。

(3) 以上のように代理権授与も書面性に服すると解し、授権書面に授権意思と主たる債務の記載を要求する場合、代理による保証の利害状況に一定の影響が及ぶことは否定できない。まず、一方で、保証人となる本人が代理権を授与するときに保証の主要な内容について自ら意思決定することが必要になる。他方で、代理人は自らの裁量でそうした内容を形成する余

地が著しく狭められ、保証契約を締結するかどうかの最終決定だけがその重要な役割として残ることとなる。<sup>(91)</sup>また、従来は、本人があらかじめ保証契約の一切について口頭で代理権を授与し、その後は代理人のみが債権者と主たる債務者の契約交渉の内容等を把握し、その交渉の妥結とともに保証契約を締結することも可能であった。この状況と比較すると、保証に関する代理の利便性は明らかに低下する（また、代理人が債権者や主たる債務者であるときはかなり低下する）と思われる。しかし、もともとその利便性は、保証人となる者自身が、代理権授与においても保証契約の締結においても、責任の基本的内容を認識する機会を保障されないという犠牲のうえに成り立っていたものである。保証が要式契約とされた現在においては、代理による軽率な保証のより効果的な防止を図るために、そうした従来の状況は維持されるべきではなく、それに支えられていた利便性は譲歩を強いられると解すべきである。

代理権授与の書面性を認めることにより、実務上授權書面が必要となるという負担が生じるが、これは委任状を交付する慣行がある領域では緩和されると考えられる。委任状は、一般に本人のみが署名押印等をして代理人に交付するものであるため、代理権を授与する委任契約等の書面ではなく、代理権を授与した証拠にとどまると解されている。<sup>(92)</sup>しかし、通常、委任状には、代理権の内容となる委任事項とそれを委任する旨が記述されるから、保証契約の締結が委任事項として示されていれば、保証に関する授權意思の記載があるといえる。このため、委任状が代理権授与の意思表示と同時または短時日のうちに交付されたときは、授權書面として代理権授与の書面性をみたま可能性があると考えられる。もっとも、授權書面に該当するには、主たる債務（その発生原因ないし種類と債務額など）が記述されていることも必要である（前述(2)参照）。委任状にそうした主たる債務の詳細を記述することが通例ではないとすると、本人と代理人は委任状の交付に当たり注意が必要となり、またそうした記述が可能ないように保証する主たる債務の詳細を確定しておく必要がある。債権者としても、保証契約の締結に当たり代理人に委任状の呈示を積極的に求め、主たる債務の

詳細が記述されているかどうかを確認すべきといえる。これらの点は、代理権授与の書面性に伴う要請であるだけでなく、法律関係を透明化するものそれ自体として有益であり、委任状に関する慣行として定着することが望まれる。

### 3 書面によらない代理権授与にもとづく保証

(1) 保証人となる者が書面によらずに代理権を授与した場合、その代理権授与は446条2項により成立せず無効であり、それにもとづく保証契約は代理権を欠くものとして無権代理行為となる。本人たる保証人となる者が追認すれば遡及的に有効となりうるが、この追認の意思表示も書面性に服すると解すべきである。追認は、それ自体の効果として直接的に保証人としての責任を発生させる点で、保証契約の意思表示（とくに承諾の意思表示）と同等の法的拘束力があり、また、保証契約の締結という段階が残る代理権授与の意思表示を上回るリスクがあるといえる。したがって、書面性の警告機能による軽率な保証の防止という目的は、無権代理の追認にも及ぶと考えるべきである。たしかに追認の場合は、すでに無権代理行為として保証契約が締結されているから、保証人として負うことになる責任の内容を具体的に認識し判断する機会があると捉えて、書面を不要とするという立場も考えられる。しかし、現実にはそうした機会があるかどうかは不確実であり、また、その立場は結局、保証人がその責任の内容を認識し判断する機会があれば自らの意思を表示するための書面は不要であるとの理解に行き着くことになり、446条2項の趣旨に合致しないと解すべきである。<sup>(95)</sup>

(2) 代理権授与が書面性に服することにより、表見代理の成否にも影響が及ぶことが考えられる。とくに、保証契約の代理権が存在すると相手方が信じたことにつき、授權書面の存否が必然的に関係するであろう。

まず、109条の表見代理において、保証契約に関する代理権授与の表示として認められるには、代理権を書面によって授与したかのような表示（書面性をみだす代理権授与の表示）でなければならないと解する余地も

ある。本人が委任状等の授権書面を交付してその書面が相手方に提示された場合が典型例であり、また、本人が授権書面を交付して代理権を授与した旨を相手方に通知した場合も該当するであろう。しかし、本人が授権書面の交付や言及をせず代理権授与の表示をした場合であっても、授権書面が精巧に偽造されて相手方に提示されたケースなどでは、相手方が正当な信頼を寄せたと評価すべきときもあると考えられる。したがって、109条の要件として書面性をみだす代理権授与の表示であることまでは不要であり、授権書面の交付や言及については相手方の善意・無過失の要件で考慮するのが妥当であろう。そして、善意・無過失の判断においては、保証契約以外に関する通常の109条の適用のときよりも、授権書面に関する諸事情が重要な意味をもつと考えられる。具体的には、現実に授権書面が存在したか、授権書面として適式であったか、真正の授権書面であったか（偽造のときはどの程度の外形的真正さを備えていたか）、相手方に授権書面が提示されたり言及されたか、本人に授権書面の存否や真否を確認したかなどの全部または一部の事情が、具体的事案の特徴に応じて判断に影響することになる。

なお、109条の表見代理は、現実には代理権を授与していないにもかかわらず代理権を授与した旨の表示をした場合に問題となるが、保証契約に関する代理権授与が書面性に違反して無効である場合も、現実の代理権授与がないことになるため、109条を適用する可能性が生まれるであろう。一般に109条の代理権授与の表示がなされるのは、やや特殊な事実経過においてであるが、書面によらずに有効に代理権を授与したものと当事者が誤解し、本人が相手方に対する事前説明などの趣旨でその授与について積極的に通知するというケースは、（少なくとも保証契約に関する代理権授与に書面を要することが広く認識されるまでの間は）十分に起こりうるのではないかと推測される。その結果、意図せず代理権授与の表示がなされることとなり、<sup>(96)</sup>109条の事件類型の1つになる可能性があると思われる。

次に、110条の表見代理においても、権限外の行為となるのが保証契約であることから、基本代理権として認められるには、書面によって授与さ



れた代理権でなければならないと解することも考えられる。しかし、保証契約以外の行為について代理権が授与されていたケースでは、もともとその代理権は書面によらずに有効に授与できるのであるから、そうした解釈は110条の成立可能性を不当に狭めるものといえる。むしろ、書面によらずに授与されたものであっても基本代理権として承認したうえ、正当理由の要件に110条の成否を委ねるのが妥当である。そして、正当理由の判断においては、保証契約以外に関する通常の110条の適用のときよりも、授権書面に関する諸事情（109条に関して前述）が重要な意味をもつことになろう。

これと異なり、保証契約の代理権が授与され、それを逸脱する権限外の保証契約が締結されるケースもありうる。このケースでは、基本代理権として認められるには書面によって授与されたことが必要であると解せられる。110条は有効な基本代理権の存在を前提としつつ、その権限外の行為につき表見代理の可能性を認めるものである<sup>(97)</sup>。その意味で代理権の無効や不存在を補完するものではないため、保証契約に関する代理権が書面性に違反して無効である場合は、その適用の前提を欠くことになると考えられる<sup>(98)</sup>。そして、書面性をみたま基本代理権の存在が認められた場合は、当該授権書面に関する諸事情が正当理由の判断において重要な意味をもつことになろう。ただし、次の2点を確認しておく必要がある。1つは、保証契約の代理権の授与が書面性に違反する場合であっても、それに付随して他の法律行為に関する代理権や（有力説によれば）<sup>(99)</sup>対外的関係を予定した事実行為の代行権限が有効に授与されている可能性があり、これらを基本代理権として110条を適用することが理論上可能であるという点である。もう1つは、書面によらずに保証契約に関する代理権が授与された場合において、その授与した旨が相手方に通知され109条の代理権授与の表示として認められたときは、それを基本代理権として110条を重疊的に適用することが可能であるという点である。どちらの解釈も既存の理論であり特別なものではないが、保証契約に関する基本代理権が書面性の制約を受けるため、その役割が増す可能性があると思われる。



さらに、112条の表見代理において、過去に保証契約に関する代理権が授与されたと認められるためには、当然であるが、書面性をみたま有効な代理権授与であったことが必要である。善意・無過失の判断においては、過去および現在の授権書面に関する諸事情が重要な意味をもつことになろう。

(3) 以上によれば、代理権授与が書面性に服する結果、表見代理においては、各規定で意味合い（と立証責任は）異なるものの、授権書面に関する諸事情が善意・無過失の判断に大きく影響するとみられる（この点は、無権代理人の責任を追及するための要件である相手方の善意・無過失についても同様であろう）。その無過失の判断としては、保証契約の代理権を有効に授与するには書面が必要であるから、相手方は原則として授権書面の存在・内容等を確認すべきであり、それを怠った以上は過失があるとの解釈も考えられる。授権書面について確認すれば、通常、無権代理であることが発覚して相手方は契約を回避するはずであり、相手方が無権代理による保証契約の締結に応じながら無過失であることは稀といえる。このため、その解釈に従えば、表見代理の成立はほとんど排除されることになるとであろう（もっとも、授権書面が精巧に偽造されたケースや、特殊な事情のもとで授権書面の確認が困難であったり妨げられたケースでは、無過失が認められる可能性は残る）。

しかし、無過失の前提として相手方が払うべき注意は、取引通念上必要とされる注意であり、また、代理権授与の書面性は、明文で規定される保証契約自体の書面性と異なり、解釈によって導かれるものである。そのため、保証契約に関する代理権を書面によって授与する必要があるとの認識が取引社会で一定の広がりを見るまでは、授権書面の存在・内容等の確認を原則的に要求するのは適切ではないと思われる。現段階においては、相手方が授権書面に関する確認を怠ったことから直ちに過失があると判断するのではなく、現実に授権書面が提示された場合や授権書面について確認する具体的契機があった場合に、過失に関する有力な諸事情として考慮するにとどめるのが妥当であろう。もっとも、取引通念は取引の領域や主体によって異なるため、こうした暫定的な取扱いは、相手方（主たる債務の

債権者)が保証の取引経験の少ない個人であるときに必要性が高く、相手方が金融取引を業とするか保証を利用する頻度の多い事業者であるときは、相対的により早い時期に不要になると解することができる。

#### 4 白紙保証

(1) 保証人となる者が、書面によって保証の意思表示をする(書面によって保証契約を締結する)場合に、記載すべき内容(前述Ⅱ 1 参照)の全部または一部が空白のままの書面(以下、白紙書面とよぶことがある)を他人に交付し、空白の補充を委ねることが考えられる。他人がその空白を補充して債権者に書面を交付すると、書面により保証の意思表示がなされる(それを通じて保証契約の締結に至る)ことになるが、こうした経緯の保証を「白紙保証」とよぶことにする。その代表例は、保証を引き受ける意思はあるが、主たる債務、その債務額、債権者などがまだ特定できないため、それを記入せずに保証人欄に署名押印してあらかじめ書面を交付する場合であろう。実際には、主たる債務者や債権者の用意した保証条項付きの金銭消費貸借等の契約書や保証契約書に署名押印がなされ、それらの方に交付されるケースが多いのではないかと推測される。<sup>(100)</sup>

こうした白紙保証が書面性の要件をみたすかどうかは、検討を要するところである。<sup>(101)</sup> たしかに白紙保証では、記載すべき内容について空白が補充されると適式の保証の書面が完成するため、最後まで保証の書面が作成されない場合や記載すべき内容を欠く場合とは異なるといえる。しかし、他方で、保証人となる者がそれに署名押印して交付する段階では現に空白があるため、書面性による保証のリスクに関する警告機能が不十分にしか働かないのは明らかである。とくに、主たる債務の債務額が空白であり、主たる債務者や債権者にその補充が委ねられる場合は、書面性の要件はほとんど無意味になるおそれがある。<sup>(102)</sup>

(2) 白紙保証と書面性の関係を検討するには、白紙書面の補充に関する法律関係を明らかにする必要があると考えられる。ドイツ法においては、書面による意思表示の空白の補充について、白紙保証の場合も含めて、

「使者」でもなく「代理」でもない独自の「補充権限」の問題という法律構成がとられている。<sup>(103)</sup>以下では、その3種類の法律構成を参考にしつつ、保証人となる者（交付者）が保証の意思表示のための書面に空白を残したまま署名押印して交付し、その交付を受けた者（補充者）が空白を補充し、相手方がその補充された書面の交付を受けて意思表示を受領した、というケースを念頭において検討する。

白紙保証の法律関係において、補充者を交付者の単なる使者として理解することは困難であろう。<sup>(104)</sup>補充者は、単に交付者が決定した効果意思を表示したり、交付者が完成した意思表示を伝達するのではなく、交付者の書面上の不完全な意思表示を自ら補充して完成させる役割を担っているからである。補充者が交付者の使者として意思表示を伝達するという側面があるとしても、その法律構成は交付者と補充者の法律関係全体の把握としては不十分であると考えられる。

これに対し、補充者を交付者の代理人として法律構成することは、可能なようにみえる。<sup>(105)</sup>これによれば、交付者は補充者に対し、白紙書面の補充によって完成される内容の意思表示をする代理権を授与し、補充者は交付者の代理人として相手方に書面を交付して意思表示をするものと理解できる。とくに、補充者が相手方の面前で白紙書面の空白を補充する場合（以下、顕かな補充とよぶ）は、補充者が交付者を代理して行為するものと捉えやすいところがある。また、補充者があらかじめ白紙書面の空白を補充して持参し相手方に交付する場合（以下、隠れた補充とよぶ）も、署名代理の一種と捉える立場もみられる。<sup>(106)</sup>しかし、代理であるためには補充者による顕名が必要である。たしかに、補充者がその言動等により交付者のためにする代理意思を相手方に示す（示したと解釈できる）場合もあろうが、そうでない場合は、補充者が書面にすでにある交付者の署名押印を「自らしたものとして援用した」などと解して、署名代理の変則的な一種による顕名をやや強引に認めるほかないように思われる。<sup>(107)</sup>

さらに、顕名以上に問題があるのは、そもそも補充者は代理により本人に効果が帰属することになる意思表示を自らしたといえるのかどうかであ

る。補充者が交付者の署名押印によって意思表示の主体が示されているはずの書面を交付しつつ、自らその書面上の意思表示をすると理解するのは、いかにも不自然である。むしろ、補充者自身は効果意思をもたず、自ら意思表示をするつもりもなく<sup>(108)</sup>、書面にあるのは交付者の意思表示であると認識しているのが通常であると考えられる<sup>(109)</sup>。実際のケースでは、補充者は主たる債務者やその債権者であることが多いとみられるが、保証人となる者から白紙書面を入手する場合、保証人となる者自身の意思表示を事前に確保しようとする意図であり、自ら代理人として意思表示をする意図は全くないように思われる。こうした点は隠れた補充ではより明白であり、補充者はあたかも交付者自身がすべての内容を記載して書面を完成させ、自分はそれを預かったにすぎないかのように相手方に対応するであろう。そこでの補充者の意図は、書面を交付して相手方に交付者の意思表示を伝達し、交付者と相手方の間の意思表示の合致を導くことであり、自らが書面による意思表示をして合意することでないはずである。顕かな補充と隠れた補充のどちらにおいても、通常、補充者自身の意思表示は存在せず、それを交付者のためにする代理意思もないと解すべきであり、白紙保証の法律関係について代理という理解を原則とすることは妥当でないと考えられる<sup>(110)</sup><sup>(111)</sup><sup>(112)</sup>。

以上をふまえると、白紙保証の法律構成は、事態の自然な経過に即して、交付者は補充者に対し書面の空白を補充する権限を授与するものであるとの理解を中心にすべきである。また、あわせて、その必然的延長として、交付者は補充者に対し補充によって完成された書面による意思表示を伝達する権限も授与するものと理解すべきである。そして、この結果、補充され伝達された意思表示は、交付者自身の書面による保証の意思表示として効力を持ち、保証契約はその意思表示にもとづき交付者と相手方の間で直接に成立することとなる。補充権限は、空白の補充により交付者の書面による意思表示を完成させる権限であり、一方で、意思表示の内容の一部を補充者自身が最終決定できる点で代理権に類似するが、他方で、それはあくまで交付者の意思表示である点で代理権と相違するといえる。また、伝達権限は、一方で、完成した意思表示を相手方に伝達する点で使者に類似

するが、他方で、相手方に伝達するかどうかの判断自体も可能である点で使者と異なるといえる。したがって、補充権限（および伝達権限）は、使者でも代理でもない、書面による意思表示に特徴的な独自の概念として位置づけることができる<sup>(113)</sup>。たしかに、補充者が交付者の使者にすぎないと解しうる場合（交付者の意図に従った内容の隠れた補充のときにその可能性があろう）や、補充者が交付者の代理人であると解しうる場合（交付者・補充者・相手方間の事情や経緯次第で、顕かな補充のときにその可能性があろう）があることは否定できない。しかし、それらはやはり例外的なケースであり、白紙保証の法律関係において原則的に補充権限（および伝達権限）を観念することは、顕かな補充であるか隠れた補充であるかの違いや、補充者が第三者であるか主たる債務者やその債権者であるかの違いを問わずに、また交付者・補充者・相手方間の個別的な事情や経緯の小異に左右されずに、統一的・安定的な理解を可能にするものであると考えられる。

(3) 白紙保証と書面性の関係については、代理による保証の場合に類似して（前述 2(1) 参照）、2つの立場を考えることができる。1つは、白紙保証であっても保証契約だけが書面性に服するとするものであり、もう1つは、白紙保証においては保証契約だけでなく、補充権限の授与にも書面性の適用があるとするものである。前者によれば、保証の意思表示につき記載すべき内容の補充された保証書面が最終的に存在することになる以上、白紙保証は書面性の要件をみたすと解されるが、後者によれば、保証の意思表示だけでなく、補充権限の授与も書面によってする必要がなくなることになる。ドイツ法についていえば、前者はかつての通説の立場であり、後者は現在の判例・通説の立場に相当する<sup>(114)</sup>。

前者の立場の根拠となるのは、まず、446 条 2 項の文言が保証契約について書面を要求しているにすぎず、補充権限の授与については規定していないことであろう（この点は代理による保証の場合と同じである。前述 2(1) 参照）。また、白紙保証の場合は、もとは空白があるとはいえ、保証人自身の意思表示について 446 条 2 項に適合する書面が完成するという事情がある（この点は代理による保証の場合と異なる）。そして、保証人自身

が空白の存在を認識しそれに伴うリスクを承知のうえで、自らの意思表示について白紙書面を交付していると解しうることから、保証のリスクに関する警告を受けたとみる余地がある。

この前者の立場によると、結局、白紙保証においては、保証人が保証の意思表示として一部分しか記載のない書面に署名押印して交付し、残りの主要な部分について口頭で補充を委ねさえすれば、書面性の要件がみたされることになる。しかし、保証について例外的に要件とされた書面性が、そうした明らかに未完成な状態の書面によっても充足されると解することは疑問であり、446条2項の意図を空洞化するものであると考えられる。<sup>(115)</sup> また、とくに書面の空白が主たる債務の発生原因ないし種類とその債務額に及ぶ場合は、保証人は書面の記載によって自分の責任の基本的内容を具体的に認識することは不可能であり、保証のリスクについて警告を受けたと評価することは難しいであろう。たしかに、白紙書面に署名押印して補充を委ねるときにはリスクを感受するはずであるが、責任の基本的内容が目前に示されているときに比べて保証のリスクの実感は薄いと思われる。白紙保証はまさにそういう曖昧なリスクの認識と結びついた軽率な行為であり、こうした軽率な白紙保証の防止が446条2項の目的の1つであると理解すべきである。

したがって、後者の立場に従い、白紙保証における空白の補充権限の授与も、保証の意思表示に密接に関連する行為として、446条2項の書面性の適用を受けると解するのが妥当である。このため、書面によらない補充権限の授与は無効であり（代理権授与と同様の解釈である）、それにもとづいて保証の書面に記載すべき内容が補充されたときは、その書面は保証の意思表示として効力をもたず、保証契約は成立しないものと解せられる。<sup>(116)</sup> 補充権限を授与するための書面（以下、補充権限の授権書面とよぶ）の内容・形式・交付については、代理権授与のための授権書面に準ずることになる（このため、以下の詳細は前述2(2)参照）。補充権限の授権書面に記載すべき内容は、保証の意思表示に関する補充権限を授与する意思（以下、補充権限の授権意思とよぶ）と主たる債務である。主たる債務につい

ては、これによって補充権限の範囲として補充可能な保証の意思表示の内容が決まり、保証人が保証契約にもとづく責任の基本的内容を認識するために不可欠であることから、その発生原因ないし種類および債務額の記述が必要である。そして、主たる債務の詳細をいまだ特定できない場合においても、保証人が責任の基本的内容を合理的に予測できるよう、発生原因ないし種類の範囲（または制限がない旨）および債務額の範囲（または制限がない旨）を記述することが必要であると解すべきである。

(4) 保証人となる者が書面によらずに補充権限を授与した場合、それにもとづいて補充された保証の意思表示には効力がなく、保証契約は不成立となる。このとき、そもそも書面に空白のある意思表示は未完成であるため、その存在しない意思表示（またそれにもとづく保証契約）を事後的に有効としたり、有効に存在すると信じた第三者を保護する制度は、本来、民法上用意されていないと考えられる。しかし、補充権限は、それにもとづいて補充者が補充（および伝達）をすることによって、それを授与する者と相手方との間で意思表示の効力を生じさせる法的権限であり、この点において代理権や処分授権と類似するといえる<sup>(117)</sup>。したがって、代理法の一部の規定が処分授権に類推適用されるように<sup>(118)</sup>、少なくとも意思表示の効力に関する代理法の規定は補充権限に関しても類推適用するのが妥当であると考えられる。

これによれば、まず、書面性に反するため無効な補充権限にもとづいて補充（および伝達）された保証の意思表示を、保証人となる者が自らの意思表示として追認した場合は、116条の類推適用により遡及的に有効に存在することになると認めてよいであろう。ただし、直接的に保証人としての責任を根拠づける効果が発生するため、この追認の意思表示も書面性に服すると解すべきである（書面によらない代理権授与の場合の追認と同様である。前述Ⅱ3(1)参照）。

また、保証の意思表示が有効な補充権限にもとづいて補充されたものであると相手方が信じた場合は、表見代理の類推適用が可能であると考えられる。実際に問題になるのは、109条の表見代理であろう。具体的には、



保証人となる者が白紙書面に署名押印して交付し、その交付を受けた者が相手方の面前で顕かな補充をする場合などである<sup>(119)</sup>。白紙書面が交付されたときは、通常、その者に補充が委ねられたと解しうるから、補充権限を授与した旨の表示があったと認められることになろう。そして、相手方の善意・無過失の判断においては、補充権限の授権書面に関する諸事情（授権書面の存否、適式・不適式、真正さないし外形的真正さ、授権書面の提示や言及、保証人となる者への確認など）が、重要な意味をもつであろう（書面によらない代理権授与における 109 条の適用の場合と同様である。前述 II 3(2)参照）。

これに対し、隠れた補充の場合は事情が異なる。具体的には、保証人となる者が白紙書面に署名押印して交付し、その交付を受けた者があらかじめ空白を補充して持参する場合である。このとき、通常、相手方は空白の存在や補充の事実を知らないため<sup>(120)</sup>、相手方が信じるのは、有効な補充権限が授与されたことやそれにもとづいて補充されたことではなく、保証人となる者自身のもので書面による保証の意思表示が完成されたことである。したがって、隠れた補充においては、109 条の類推適用により相手方を保護するための基礎を欠くといえる。しかし、相手方からみると、隠れた補充のときは、もともと完成済みの書面による意思表示が使用者によって単純に伝達された場合と区別がつかず、面前で顕かな補充がされるときよりもその信頼はむしろ保護に値すると思われる。また、保証人となる者が白紙書面を交付した後に、顕かな補充と隠れた補充のどちらがなされるかは個別的経緯に左右され、隠れた補充のときも相手方が何らかの経緯から補充の事実を知ることがあろうが、そうした差異によって相手方の保護の可否や法理が大きく異なるのは適切ではないと考えられる。むしろ、隠れた補充の場合も、顕かな補充の場合と同様に、保証人となる者が白紙書面を交付して補充権限を授与したことに、問題の発端という意味での帰責性を指摘することができ、それに即した解決が望ましいであろう。

このため、特殊な法適用となるが、顕かな補充における 109 条の類推適用という法理を、隠れた補充においてさらに類推適用するという解釈が、

書面によらずに補充権限が授与された場合の問題全体の把握としても、相手方保護の基準（要件と立証責任）の設定としても、妥当であると考えられる。<sup>(122)</sup> もっとも、隠れた補充においては、相手方の善意・無過失は、書面上の意思表示が保証人となる者による有効な意思表示であることについて問題となり、またそのため、その判断において補充権限の授権書面に関する諸事情が直接的な意味をもつことは少ないであろう。<sup>(123)</sup> 隠れた補充の場合の109条の（二重の）類推適用は、顕かな補充の場合を媒介としてのみ109条と接点があり、条文の借用という性格が強いことは否定できない。<sup>(124)(125)</sup>

(5) 保証を要式契約とする改正後の事案はみられないが、改正前には白紙保証と解することのできる事案が存在する。以上をふまえ、それらに446条2項の適用があると仮定した場合に、どのような解決になるかを検討したい。

まず、大審院昭和2年判決<sup>(126)</sup>は、借主から200円の債務につき連帯保証することを依頼された者が、金額の記載のない借用証書に連帯保証人として署名押印し交付したが、その後、借主はさらに200円を借りることになり、連帯保証人に相談せず借金額を400円と記入し、貸主に借用証書を交付したという事案である。昭和2年判決は、連帯保証人が借主に対し200円の債務について連帯保証をする旨の代理権を授与し、金額を記入して貸主に交付することを一任したと解したうえ、借主がその代理権の権限外の行為をしたものとして、貸主について110条の正当理由の有無を判断すべきであるとした。この事案は、保証人となる者が主たる債務の額が空白の保証書面に署名押印して主たる債務者に交付し、その空白の補充を委ねたものであり、白紙保証に該当するといえる。そして、主たる債務者があらかじめ主たる債務の額を記入し、その書面を貸主に交付したものとみられ、隠れた補充のケースであると考えられる。昭和2年判決は、これを代理の法律関係として理解したが、これまでの検討によれば（前述(2)参照）、借主が自ら保証の意思表示をしたわけではなく（また、代理意思もなく顕名もないであろう）、連帯保証人が借主に200円を限度として主たる債務の額を記入する補充権限（および連帯保証人の書面による意思表示を伝達す

る権限)を授与したものと理解すべきである。

ここで、仮に446条2項の適用がある事案として考えた場合、保証の意思表示そのものは形式的には書面性をみだが、書面によらずに補充権限が授与されたとみられるため、それにもとづいて補充された意思表示も効力がなく、連帯保証は成立しないことになる。そのため、表見代理の類推適用が問題になるが、この事案では補充権限の範囲に属さない400円の記入がされるという「空白の濫用」があった点が特徴的である。<sup>(128)</sup> こうした場合は、109条の類推適用と110条の類推適用の競合によって解決すべきであると考えられる。つまり、白紙書面の交付の結果、保証の意思表示に関する補充権限を授与した旨が表示されたものとして109条を類推適用し、その補充権限の権限外の補充がなされたことにつき110条を類推適用するということである。昭和2年判決が「仮に」顕かな補充の事案であったとして考えると、連帯保証人が主たる債務の額となる借用金額が空白である書面に署名押印して借主に交付し、借主がそれを貸主に提示することにより、連帯保証人は借主に(200円を限度に金額を記入する)補充権限を授与した旨を表示したものと解され、その補充権限が有効に存在するかどうかにつき貸主の善意・無過失が問われ(109条の類推適用)、かつ、その補充権限の範囲が400円のコ額を記入することに及ぶかどうかにつき貸主の正当理由の有無が問われることになる(110条の類推適用)。もっとも、貸主からみれば、連帯保証人が借主に400円のコ額を記入する補充権限を授与したかのような外観が存在するだけであるから、その善意・無過失の判断と正当理由の判断は事実上区別しづらいといえる。<sup>(129)</sup> そして、「実際の」昭和2年判決は隠れた補充の事案であるから、そのような顕かな補充に関する法理を援用して(前述(4)参照)、109条の(二重の)類推適用と110条の類推適用を重疊的に行うことになる。前者における貸主の善意・無過失は、書面上の意思表示が連帯保証人の有効な意思表示であるかどうかにつき問われ(前述(4)参照)、後者における貸主の正当理由は、連帯保証人の意思表示が400円のコ額の主たる債務にも及ぶかどうかにつき問われる。ここでも、貸主からみれば、連帯保証人が400円のコ額のコ額の債務につ

て保証の意思表示をしたかのような外観が存在するだけであり、善意・無過失の判断と正当理由の判断はより一層区別しづらいのはたしかである。昭和2年判決の事案では、判決が示唆するように、貸主がそうした外観に疑念を抱くべき事情はなかったとみられるため、109条の（二重の）類推適用と110条の類推適用にもとづき、連帯保証人はその責任を負うとの結論になると考えられる。

また、大阪地裁昭和63年判決<sup>(130)</sup>は、貸主、借主、連帯保証人が同席して、借用証書、保証条項付きの基本取引約定書、委任状が同時に作成され、借用証書には150万円の金額の記載があったが、基本取引約定書の貸付限度額と委任状の金額は空白であり、その状態ですべての書面に連帯保証人としての署名押印がなされ、その場で貸主が借主に150万円を貸し渡したという事案である。その後、基本取引約定書に限度額として800万円、委任状に450万円の金額が記入され、そして、貸主は借主にさらに計800万円を貸し渡したが弁済されないため、基本取引約定書による根保証にもとづいて連帯保証人に対し請求するに至ったものである。この事案は、150万円の個別保証については問題がないが、根保証については、連帯保証人が限度額が空白のまま基本取引約定書に署名押印して交付していることから、白紙保証に該当するといえる。そして、連帯保証人は保証書面に当たる基本取引約定書を貸主に交付して空白の補充を委ね、貸主自らが空白を補充したとみられるため、顕かな補充の一種であると考えられる。ここでも、貸主は連帯保証人の代理人として自らに向けて意思表示をしたわけではなく、連帯保証人からその意思表示を完成させる補充権限を授与されたものと理解すべきである。

昭和63年判決の事案に仮に446条2項以下の適用があるとした場合、その根保証は貸金等根保証に当たるため、極度額の定めを書面によってする必要がある（465条の2第2項、第3項）。この事案では、最終的に極度額を800万円とする書面が完成しているが、もともと書面の極度額は空白であり、連帯保証人はその補充権限を書面によらずに貸主に授与したとみられるため、それにもとづいて極度額が補充された貸金等根保証は成立

しないと考えられる。また、委任状の趣旨は必ずしも明らかではないが、仮に補充権限の授権書面と解する余地があったとしても、連帯保証人が署名押印した当時、記載を要する金額が空白であり書面性に反するといえる。このため、いずれにせよ表見代理の類推適用が問題となる。昭和63年判決によれば、連帯保証人は当初から150万円の債務につき保証する意図であり、800万円の保証であるとの説明は受けなかったとされるから、実際には極度額を150万円とする合意しかなかったとみられ、補充権限の範囲もそれに従うと解される。そうすると、この事案でも、昭和2年判決と同様に、貸主は「空白の濫用」によって極度額を800万円とする権限外の補充を行ったものと考えられる。そこで、109条の類推適用と110条の類推適用の競合に依拠すべきことになるが、相手方である貸主が自ら権限外の補充をしているため、補充権限が800万円の記入に及ぶかどうかにつき正当理由が認められる余地はないといえる。その結果、109条の類推適用において、貸主が有効に補充権限の授与を受けたかどうかにつき善意・無過失であるとされる場合に、極度額を150万円とする貸金等根保証の成立が認められるにとどまると解される。

(6) 以上のように、白紙保証について、保証人となる者による補充権限の授与が書面性に服すると解し、その授権書面に補充権限の授権意思と主たる債務の記載を要求する場合、白紙保証の利便性は大きく低下すると思われる。とくに主たる債務者や債権者が白紙保証を主導しようとするとき、主たる債務の詳細が不確定の時点で保証人となる者の署名押印を得ておく場合や、実際に担保が必要となるときに備えて念のため署名押印を得ておく場合<sup>(131)</sup>が考えられるが、このときも補充権限の授権書面に主たる債務や範囲を定めて記載する（または、それらに制限がない旨を記載する）必要があることになる。そうした白紙保証では、むしろ保証の詳細が曖昧な状態で署名押印を確保することにメリットがあるとみられ、補充権限の授権書面の書面性はそれと対立するものといえる。しかし、そのメリットは裏を返せば、保証人となる者に責任の基本的内容を認識する機会を与えないことを意味し、446条2項の書面性の趣旨に整合しないと解すべきである

(保証に関する代理の利便性と同様である。前述 2(3)参照)。

また、補充権限の授与が書面性に反する場合、それにもとづいて補充された保証の意思表示には効力が認められず、とくに相手方である債権者の立場に視点を移すと、債権者は保証という担保を失うリスクを負うことになる。顕かな補充の場合は、債権者には空白が補充されるときに補充権限の授権書面の存否等を確認する具体的契機があるため、そのリスクを避けることが一応可能である。他方、隠れた補充の場合は、債権者は空白の存在や補充の事実を知らず、そうした確認の契機がないのが通常であろう。保証人となる者以外の他人が保証の意思表示の記載された書面を交付しようとする場合としては、隠れた補充の場合のほかに、その他人が単なる使者であって意思表示の効力に何ら問題がない場合も考えられるが、2つの場合を外見上区別することは困難である。そうすると、債権者としては、保証が不成立となるリスクを避けるには、そのように他人が保証書面を交付しようとする場合全般において、その他人や保証人となる者に対し、補充の事実の有無と補充権限の授権書面の存否等を確認するという対応が必要になるといえる。もちろん、顕かな補充であれ隠れた補充であれ、そうした確認をしなくても、保証人となる者の追認（116条の類推適用）によって保証が成立する可能性もあるが、当然ながら不確実である。また、表見代理（109条）の類推適用によっても同様の可能性があり、とくに補充権限の授与に書面を要するとの認識が取引社会において一定の広がりを見るまでは、補充権限の授権書面の存否等を確認しなくても、債権者は善意・無過失であると認められる余地があると考えられる（代理権授与が書面性に反するときの表見代理の場合と同様である。前述 3(3)参照）。しかし、これも確実ではなく、また、そうした認識が取引通念となった後は、確認を怠れば過失があると評価されるのがむしろ原則になるであろうことに留意する必要がある。

#### 注

(82) 債権者が代理により保証契約を締結する場合は、債権者の意思表示が書面

- 性に服しないことの帰結として、代理と書面性の関係を問題にする必要がないと解することができる。前述Ⅱ1(1)参照。
- (83) 書面による贈与が贈与者の代理人によってなされる場合も、代理と書面性の関係が問題になりうるが、こうした議論はないようである。代理の方法により贈与するというケースが少ないからであろうか。
- (84) 木納・前掲注(4)140-141頁、144-145頁が一部について検討し、代理人の作成によるものでも保証の書面に該当すること、無権代理による保証のときに追認の意思表示に書面を要すると解すべきことを指摘する。また、平成25年度司法試験論文式試験問題〔民事系科目第1問〕に、無権代理により書面で保証がなされ、その追認が口頭でなされた場合に、書面性をみたまかどうかを検討させる設問があり、代理と書面性の問題の存在が広く認識された可能性がある。
- (85) ドイツ法に関する詳細は、拙稿・前掲注(1)82-86頁。
- (86) ドイツ法のかつての通説の根拠である。ドイツ法のかつての通説は、直接的にはBGB167条2項（要式行為に関する代理権の授与について方式は不要であると定める）を根拠とし、そして、そのBGB167条2項は、代理権授与行為と代理行為が独立の行為であることを立法理由とすると解されている。以上につき、Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts 2. Band, 4. Aufl.(1979), S. 861; Keim, Das Ende der Blankobürgerschaft?, NJW 1996, 2774, 2775; Leptien, in: Bürgerliches Gesetzbuch (Soergel Kommentar) Bd. 2, 13. Aufl.(1999), § 167 Rn. 8.
- (87) BGB166条1項も同趣旨の規定であるが、ドイツ法のかつての通説はこの規定を根拠とはしていなかった。
- (88) 拙稿・前掲注(1)83-86頁。
- (89) ドイツ法には、こうした場合には書面性による保証人の保護をBGB167条2項より優先させる必要はないとする学説もある。拙稿・前掲注(1)85-86頁。
- (90) ただし、商法21条の支配人のように代理権の範囲が法定され、その範囲が保証契約の締結にも及ぶ場合は、保証に関する代理権授与を別に書面でする必要はないと考えられる。
- (91) Keim, NJW 1996, 2774, 2775. とくにドイツ法では保証人に不利な付随的合意もすべて書面性に服するため（拙稿・前掲注(1)72頁）、代理人の裁量の余地はほとんどないことになろう。
- (92) 四宮・能見・前掲注(9)300頁、内田・前掲注(41)137頁、佐久間・前掲注(58)237頁。
- (93) 短時日のうちでもよいとする趣旨につき、前述Ⅱ1(3)、前出注(25)参照。
- (94) この点は、すでに書面の交付、書面性と解釈の関係についても問題視したところである。前述Ⅱ3、Ⅲ3(1)参照。



- (95) ドイツ法において、無権代理行為の追認の意思表示も書面性に服すると解されていること、およびそれに関する議論につき、拙稿・前掲注(1)70-71頁および注(34)。
- (96) なお、本人が白紙委任状を交付した場合は、授權書面として記載すべき内容にも空白があるのが通常であろうから、書面性をみたくないとイえる。このため、保証契約の締結につき白紙委任状が交付された場合は、その空白が濫用されて補充されたかどうかにかかわらず、一般的に109条の表見代理が問題になりうるであろう。
- (97) 一般に前提にされていると考えられるが、この点を明言するものとして、幾代・前掲注(9)379頁。
- (98) 仮に書面性に反して無効な代理権が基本代理権となることを認めると、その無効な代理権の範囲を逸脱する保証契約について110条表見代理が成立しうることになる。そうすると、その無効な代理権の範囲に属する保証契約が締結されたときは、なおさら本人に効果が帰属することを認めるべきだといえるであろう。しかし、これは、代理権が無効や不存在である場合一般に適用される包括的な表見代理を意味するものであり、民法にはそれを可能にする直接の規定は用意されていないと思われる。
- (99) 四宮・能見・前掲注(9)334-335頁、幾代・前掲注(9)381頁、内田・前掲注(41)188-190頁。
- (100) たとえば、大判昭和2年3月23日法律新聞2677号7頁、大阪地判昭和63年3月24日判タ667号131頁は、白紙保証の事例といえる。事案の詳細につき、後述(5)参照。
- (101) ドイツ法に関する詳細は、拙稿・前掲注(1)82-86頁。
- (102) 保証を要式契約とした民法の一部改正(2004年)に関する法制審議会でも、白紙保証によって書面性の要件が「尻抜けになってしまうのではなかろうか」と懸念する意見があった。保証制度部会の審議ではこの点の議論が一切なかったことも含め、拙稿・前掲注(1)101頁。
- (103) 拙稿・前掲注(1)82-83頁。これは、白紙保証に限らず、書面による意思表示一般に関する理解である。
- (104) 後出注(127)参照。
- (105) 契約一般に関するものとして、滝澤孝臣「書面による意思表示と錯誤論の成否」銀法638号26-27頁(2004年)、滝沢昌彦「契約書の真正の推定の実体法的意義」潮見佳男ほか編『特別法と民法法理』90-91頁(2006年、有斐閣)。白紙保証に関するものとして、我妻栄『新訂債権総論』456頁(1964年、岩波書店)、林良平ほか『債権総論(第三版)』432頁(1996年、青林書院新社)。
- (106) 滝澤孝臣「契約書の真正の推定とその作成主体」銀法640号24-25頁

- (2004年)。代理人が本人の名で署名押印する代わりに、本人自身に署名押印させたものと捉える余地があるのではないかとの理解である。滝沢・前掲注(105)90頁は、その理解を不自然な感は免れないとしながら、消極的に是認する。
- (107) このような理解は顕かな補充の場合でも無理を伴うが、隠れた補充の場合は、補充者は相手方に書面を交付するだけであるから、さらに強引な感がある。
- (108) 補充者自身が書面とは別に自ら意思表示をすることもありうるが、それが口頭による意思表示であるかぎり、446条2項の書面性をみたまさないことになる。
- (109) ドイツ法において、空白の補充について代理という法律構成が否定される理由は、まさに代理人としての意思表示がないことに求められている。Larenz/M. Wolf (N.9), § 48 Rn. 34; Bork (N.42), Rn. 1646 und Rn. 1650; Schramm, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 1, 6. Aufl.(2012), § 172 Rn. 14.
- (110) 相手方についてみると、顕かな補充では代理と認識していることもあろうが、隠れた補充では代理と認識していることは稀であろう。
- (111) 補充者が例外的に単なる使者にすぎない場合や代理人として行為する(代理意思を示して自ら意思表示をする)場合が、およそ否定されるわけではない。最終的には、事案の個別的事情によって決まるであろう。奥田昌道『債権総論(増補版)』384頁(悠々社、1992年)参照。
- (112) 白紙保証(ないし白紙書面の補充)と署名代理の関係は理解が難しい。基本的には、書面の「名義人本人が」署名押印した場合は白紙書面の問題となり、「名義人以外の者が」本人名義で署名押印した場合は署名代理の問題となるものと思われる。理論的には、書面に署名押印する者が効果意思をもち意思表示の主体となるという理解である。名義人以外の者が相手方の面前ではなく事前に「隠れて」本人名義の署名押印をして書面を作成した場合も、署名代理の一種と解されているが(最判昭和51年6月25日民集30巻6号665頁、668頁)、たしかに上の理解に従って隠れた補充の場合と一応区別することができるであろう。しかし、どちらの場合も客観的には書面の名義人の意思表示(だけ)が存在するという点で同じであり、両者の関係ないし区別についてはなお検討が必要であると思われる。
- (113) 口頭による意思表示においても空白とその補充(および伝達)ということが考えられなくはないが、稀なケースであろう。
- (114) 拙稿・前掲注(1)82-83頁参照。
- (115) 前出注(102)参照
- (116) 代理による保証の場合と同様に(前述2(2)参照)、補充者が保証人の被

- 備者や保証人の選任した第三者であっても異ならないと考えるべきであろう。
- (117) Canaris, Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht (1971), S. 56.
- (118) 処分授權を受けずになされた他人物売買につき無権代理行為の追認に関する 116 条を類推適用するものとして、最判昭和 37 年 8 月 10 日民集 16 巻 1700 頁。
- (119) 隠れた補充の場合でも、相手方が交付者や補充者との応答などの何らかの経緯から、白紙書面が交付され補充されたことを知った場合も、同様に 109 条の表見代理を問題にすることができる。
- (120) 前注参照。
- (121) Canaris (N. 117), S. 65 が、補充権限の濫用に関して提示する解釈である。これは補充権限の授与に書面を要しない場合（当時は白紙保証に関してもそのように解されていた）に、意思表示の効力が問題になるのは補充権限が濫用されその権限外の補充がされたときであったからである。そして、補充権限の授与に書面を要すると解される現在においては、書面によらずに授与されたときも意思表示の効力が問題になるため、同様の解釈が妥当するといえるであろう。ドイツの判例が、書面性に反する補充権限の授与のときに、BGB172 条の表見代理の類推適用を認めることにつき、拙稿・前掲注(1) 83-85 頁。
- (122) なお、保証人が書面によらずに補充権限を授与して白紙書面を交付したことにより、保証の意思表示をしたかのような虚偽の外観を作出したものと捉えて、94 条 2 項を類推適用するのは、難しいと思われる。相手方は補充者について存在する権利の外観を信頼してその者との間で新たな利害関係に入るわけではなく、保証人との間で保証契約を締結するのであり、94 条 2 項（の類推適用）の枠組みから外れるであろう。
- (123) 相手方が書面の空白の存在や補充の事実を知ることができたと評価される場合にのみ、意味をもつと考えられる。
- (124) 最高裁昭和 51 判決（前出注(112)参照）は、名義人以外の者が「隠れて」本人名義の署名押印し書面を作成した場合を署名代理の一種と捉えたうえ、「相手方において右契約書の作成及び右契約の締結が本人の意思に基づくものであると信じたときは、代理人の代理権限を信じたものというには適切ではないが、その信頼が取引上保護に値する点においては代理人の代理権限を信じた場合と異なるところはない」とし、110 条の類推適用を認める。相手方の面前で署名押印がされる署名代理の場合は、単純に 110 条が適用されるはずであるが、この事案は、一方で、署名代理の場合であることは同じであるものの、他方で、相手方が代理権を信頼したとはいえないため、110 条の類推適用という法適用になったと考えられる。この関係は、顕かな補充の場合の 109 条の類推適用と、隠れた補充の場合の 109 条の（二重の）類推適用

という法適用に類似するようと思われる。

- (125) 以上と異なり、補充権限が書面によって有効に授与された場合、その補充権限に属さない権限外の補充がされたときは、110条を類推適用することになり、また、過去の補充権限にもとづいて補充されたときは、112条を類推適用することになると考えられる。どちらにおいても、顕かな補充の場合は、相手方の善意・無過失の判断において、補充権限の授権書面に関する諸事情が重要な意味をもつであろうが、隠れた補充の場合は、相手方の善意・無過失は有効な意思表示であるかどうかについて問われるであろう。
- (126) 前出注(100)参照。
- (127) これに対し、四宮和夫『民法総則（第四版）』226頁（1987年、弘文堂）は、この判決を使用者が権限を不当行使した場合と捉えたうえで、表見代理の規定の適用を肯定している。
- (128) ドイツ法では補充権限の濫用について議論が盛んである。契約一般につき、Canaris (N. 117), S. 54-66; Larenz/M. Wolf (N. 9), § 48 Rn. 34-40; Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl. (2006), Rn. 913 f.; Bork (N. 42), Rn. 1650 f. また、保証契約につき、Horn, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Buch 2, 13. Aufl. (1997), § 766 Rn. 46; Habersack, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 5, 6. Aufl. (2012), § 766 Rn. 23; Reinicke/Tiedtke, Bürgschaftsrecht, 3. Aufl. (2008), Rn. 113-122.
- (129) ただし、相手方が何らかの経緯で保証人が授与した補充権限の範囲を推測しうるケースでは、区別することが可能でありまた必要であろう。
- (130) 前出注(100)参照。
- (131) 白紙保証に関する法制審議会での懸念（前出注(102)参照）は、こうした場合を念頭においていた。拙稿・前掲注(1)103頁。

## V 書面性違反の効果

### 1 保証契約の不成立とその帰結

(1) 446条2項は保証契約について書面性を成立要件とし、保証の意思表示が書面性に違反する場合、保証契約は成立せず無効である。そして、446条2項以下には、保証人の履行によって書面性違反の瑕疵が治癒される旨の規定は存在しない。そうした規定が債権者による強引な取立てを助長するおそれがあると懸念され、意図的に設けられなかったためであり、<sup>(132)</sup>

適切な判断であると評価できる。<sup>(133)</sup>したがって、保証人は債権者に対し保証債務の履行を拒むことができ、また、履行をした場合は法律上の原因を欠くため単純に不当利得となり、債権者に対し給付の返還を請求することができる。保証人が任意に履行したといえる場合も、原則として同様である（なお、次述(2)参照）。その任意の履行に当たり、保証人が書面性に反することを知りつつ追認をして新たな行為をしたとみなされる場合（119条）や、改めて保証の申込みないし承諾の意思表示をしたかのような場合でも、それらの意思表示も書面性に服するから、それを充足しないかぎり、新たな保証にもとづく履行としても効力を認めることはできないと考えられる。これらは、446条2項の基本的な帰結であるといえる。

もともと、次の点に注意する必要がある。保証人の履行は無効であるから、それによって主たる債務が消滅することはなく、この結果、主たる債務者に対する求償権を取得することも、求償権を確保するため弁済による代位（法定代位）によって債権者の権利を取得する余地もないということである。保証人が何らかの経緯で履行するに至った場合、その負担を法律上の根拠にもとづいて回復するには、債権者に対する不当利得返還請求に依拠せざるをえないことになる。書面性の主たる目的は保証人による軽率な保証の防止自体にあるが、その反面的な帰結として、保証が書面性に違反するときに保証人が履行した場合は、その回復方法が制約を受けるといえる。ただし、保証契約が無効であった場合、保証人は事後的に主たる債務についての第三者弁済とみなすことが可能であると解されている。<sup>(134)</sup>保証人が主たる債務を他人の債務として弁済する意思（第三者弁済の意思）を追完することにより、主たる債務の弁済効が生じるというものであり、書面性違反の場合にも当てはまるであろう。これにより、保証人は主たる債務者に対し求償権を取得し、弁済による代位も可能になる。このとき、求償権の性質については、書面性に違反するものであったとはいえ、主たる債務者の委託を受けて保証人が保証契約を締結した場合は、第三者弁済の追完をする時点で改めて弁済の委託を受けたかどうかにかかわらず、受任者の費用償還請求権として構成すべきであろう。<sup>(136)(137)</sup>しかし、弁済による代位

については、書面性に違反するものである以上、保証人は保証債務を負うことはないため、弁済をするについて正当な利益はないと解さざるをえず、債権者の承諾を得て任意代位をすることになると思われる。以上によれば、保証人が主たる債務者の窮状を救済する積極的な意図を有している場合は、当初から主たる債務について第三者弁済をするか（後述(2)参照）、履行した後に第三者弁済の追完をすることにより（どちらの方法をとるかは書面性違反の事実を知る時期によるであろう）、主たる債務を確定的に消滅させることになるものと考えられる。もちろん、保証人が改めて書面によって保証契約を締結し直したうえで、その保証債務を履行することも可能であり、この方が明快で安定的な解決をもたらすであろう。

(2) 446条2項以下において、保証人の履行による書面性違反の治癒は認められないため、債権者に対する不当利得返還請求は原則として確保される。しかし、例外的に債権者が保証人からの給付を保持できる場合も考えられ、そのかぎりでは債権者が強引な取立てを行う契機は残ることになる。<sup>(138)</sup> その1つは、狭義の非債弁済（705条）に該当するケースである。もっとも、弁済者が債務の不存在を知っていることが要件である。過失によって知らないときや債務の存在に疑念をもっていただけのときは要件をみたさないため、<sup>(139)</sup> 保証人が書面性違反により保証債務が成立しなかったことを積極的に知っている場合に限られるであろう。また、任意に弁済することも要件とされる。強要やそれに類する事情があったときのほか、債務不履行を追及されたり強制執行を受けることを危惧するなど、知って弁済したことを是認しうる事情があるときもその要件をみたさない<sup>(140)</sup>とされる。もともと保証は主たる債務者の支援という側面があり、保証人は自分だけでなく主たる債務者に関してもいわば二重にそうした危惧をもちがちであると考えられる。また、履行による治癒を認める規定が意図的に排除されたことで、債権者による強引な取立てを助長すべきでないことが消極的に規範目的になったと解することができ、債権者が給付を保持できる可能性を抑制することが求められる。したがって、債権者が書面性に違反する保証契約であることをあえて確認しつつ、保証人に対し強い言動とともに履行を

迫った場合はもちろん、言辞を弄して危惧をもたせ履行を促した場合や、保証人としての道義的観点をもちだして履行を懇請した場合なども、任意に弁済することという要件をみたさないと考えるべきである。<sup>(141)</sup>

もう1つは、保証人が主たる債務について第三者弁済をするケースであり（第三者弁済の追完のケースも含まれる。前述(1)参照）、立法過程の審議においてもこの可能性が指摘されていた。<sup>(142)</sup> 第三者弁済のためには、自分の債務ではなく他人の債務として弁済することが必要である。しかし、保証人が保証債務を負うときにあえて主たる債務の第三者弁済を選択する意味はないから、実際上は、書面性違反のために保証債務が存在しないことを知った場合でなければ、第三者弁済をする理由がないといえる。また、書面性違反を知った場合でも、保証人としては、保証債務が存在するものと自認してその履行をしようとする方が自然であり、わざわざ主たる債務の第三者弁済をしようとするのは特殊な選択といえる。したがって、債権者による強引な取立てを助長すべきでないとの規範目的も考慮すれば、保証人が書面性に違反する保証であることを知ったうえで、なおも自ら主たる債務を弁済して直接消滅させようとする明確な意図を有する場合にのみ、主たる債務についての第三者弁済の意思を認めることができると解すべきである。債権者が強く迫ったり言辞を弄するなどした結果、保証人が履行に応じたというだけでは、主たる債務の第三者弁済として認めるには足りないと考えられる。

## 2 信義則違反の問題

保証の書面性は446条2項に明記され、また書面性を充足するには最低でも保証人による書面の交付が不可欠であるから（前述Ⅱ3参照）、保証が書面性に違反する場合、保証人もそれに一定の関与をしたといえる。とくに、保証人自身が書面を作成して不十分な記載をしたときや、書面によらずに代理権や補充権限を授与したときは、むしろ保証人に主な原因があると評価することもできる。しかし、そうした書面への単純な関与があったことを理由に、保証人による書面性違反の主張を信義則違反として（た



たとえば先行矛盾行為に当たるとの理解が考えられる) 制限することは、446条2項による保証人の保護を無意味にするものである。また、そうした関与が認められる点において保証人に契約締結上の過失があるとして、保証契約の不成立につき損害賠償責任を負わせることも、同様の観点から否定されるべきである。<sup>(143)</sup> この意味で、446条2項の書面性は、保証契約の相手方である債権者側に適式の書面の確保に積極的に留意するよう要請していると理解することができる。

ただし、保証人の信義則違反が認められる場合も例外的には存在するであろう。保証人が書面の要否や記載すべき内容について意図的に債権者を誤認させたり、威圧により書面の作成や記載を債権者に断念させたため、書面性に違反することになった場合は、その可能性がある。やや問題があるのは、保証人自身が保証契約の締結を通じて利益を得ている場合である。たとえば、保証人が自らの経営する企業の債務について保証を引き受けることで、その企業が債権者からの融資や債権者との取引を獲得できたような場合が考えられる。このときも、保証人が書面性違反を根拠に保証債務の履行を拒絶することは、446条2項に沿うものであり、原則として信義則に違反しないと解すべきである。しかし、債権者が長期間にわたって保証が有効であると信じ、それを通じて保証人が間接的に多大な利益を得たといえる場合は、信義則違反が認められる余地が残ると思われる。これについては、事案の個別的事情に左右されるものと考えられる。<sup>(144)</sup>

## 注

- (132) 吉田ほか・前掲注(6)48頁。
- (133) この点につき、拙稿・前掲注(1)101-102頁。
- (134) 我妻榮『債権各論下巻一』1047頁(1972年、岩波書店)、四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為(上)』220頁(1981年、青林書院新社)、藤原正則『不当利得法』354頁(2002年、信山社)。
- (135) ほかに、不当利得返還請求権の放棄(不当利得返還義務の免除)という出捐をもって主たる債務の第三者弁済(代物弁済)に充てる構成も考えられる。四宮・前掲注(9)220頁に関する記述がある。

- (136) 藤原・前掲注(134)354頁は、こうした第三者弁済の追完に関して、主たる債務者に対する求償権の実現をその追認の条件とすることも承認されるとする。それが停止条件の趣旨だとすると、第三者弁済の追完によって初めて求償権が生じるはずであり、先に求償権を実現することを停止条件にはできないと考えられる。また、解除条件の趣旨だとすると、たしかに求償権が実現できないときは弁済効が消滅するが、保証人としてはそれが遡及することを合意しておく必要がある（127条3項）。
- (137) また、この場合、保証人は利害関係のある第三者として、主たる債務者の意思に反しても第三者弁済の追完ができると解すべきであろう。
- (138) 立法過程の審議においても、事実上履行を強要される可能性は残るのではないかと懸念されていた。保証制度部会第1回会議「ただ、そういうふうになると」で始まる発言参照。保証制度部会の議事録は、法務省のホームページ（[http://www.moj.go.jp/shingi\\_index.html](http://www.moj.go.jp/shingi_index.html) 「過去の審議会等」→「過去の審議会」→「終了済みの部会（民事法系）」→「保証制度部会」）で提供されている。
- (139) 四宮・前掲注(9)146頁は、積極的に知っていることを要するとする。藤原・前掲注(134)64頁も参照。
- (140) 我妻・前掲注(134)1125頁、四宮・前掲注(134)146-147頁、藤原・前掲注(134)64頁。
- (141) 705条の非債弁済が成立する場合は保証人の不当利得返還請求が否定され、債権者は給付を保持できることになる。そして、債権者は二重に主たる債務者にも請求できるわけではないから、主たる債務は目的到達によって消滅するものと考えられる。これにより、保証人は第三者弁済の追完をした場合と同様に、主たる債務者に対し求償権を取得し、弁済による代位をする余地が生じることになろう。
- (142) 前出注(102)の意見参照。
- (143) ドイツ法の状況につき、拙稿・前掲注(1)98頁。
- (144) ドイツ法の状況につき、拙稿・前掲注(1)89-90頁。

## VI 今後の課題

### 1 債権法改正との関係

現在、債権法改正作業が継続中であり、最新の成果として「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案」<sup>(145)</sup>（平成26年8月26日決定）が公表されている。これによれば、446条2項の書面性は、保証契約に共通して適用さ

れる一般規定という位置づけのまま、直接的な改正の対象となっていないようである。このため、書面に記載すべき内容、書面の形式、保証人がどのように書面に関与する必要があるかなど（前述Ⅱ 1～3 参照）は、引き続き解釈論に委ねられることになる。

ただし、個人保証（保証人が法人でない保証）については、根保証を中心に、書面性にも関わる実質的な改正が検討されている。まず、現行法の貸金等根保証（465 条の 2 以下）は、主たる債務の範囲に貸金等債務を含む場合に限られるが、この制約が取り払われ、個人根保証一般にその規律を及ぼすことが示されている。これにより、すべての個人根保証について極度額を定めることが要件となり、かつ、書面によってその定めをすることが必要となる。根保証において極度額は保証人の責任の基本的内容を決める主要な要素の 1 つであり（前述Ⅱ 1(2)(3)参照）、書面に記載すべき内容として明文化されることで、保証のリスクを警告する書面性の機能が一定程度高められるものといえる。

また、現行法は貸金等債務の個人保証について、貸金等根保証の規定をおくのみであるのに対し、事業のために負担する貸金等債務を主たる債務とする個人保証、およびそれを主たる債務の範囲に含む個人根保証について、新たな特別の規律が用意されている。それによると、保証契約の締結前の 1 か月以内に公正証書によって保証人が保証債務を履行する意思を表示することが、そうした保証の要件とされる<sup>(147)</sup>。そして、公正証書の内容として、債権者、主たる債務者、主たる債務の元本とその利息・違約金・遅延損害金等の定め（根保証のときは極度額と元本確定期日の定め）、保証債務を履行する意思（連帯保証のときはその旨を含む）などの記載が求められる。さらに、公正証書の作成方法として、保証人がそれらの内容を公証人に口授し、公証人がその口述を筆記し、公証人が保証人に筆記を読み聞かせるか閲覧させ、保証人が筆記を承認して署名押印し、かつ、公証人が以上に従って作成したことを付記し署名押印することが必要とされる。このように、事業のために負担する貸金等債務の個人保証・個人根保証については、保証契約の書面に加えて、最も厳格な書面の形式である公正証

書の作成が要求され、しかも、その公正証書の内容と作成方法につき詳細な（つまり意図的に煩雑にする）規律が構想されているといえる。書面に記載すべき内容の充実、書面の形式の厳格化、保証人の書面への関与の実質化を図るものであり、書面性による警告機能がほぼ最高水準となり、軽率な保証の防止が大いに促進されるだけでなく、保証の書面に関する解釈論の問題も少なからず解消されるとみられる。もっとも、これは対象となる保証を限定した規定であり、<sup>(148)</sup>事業のために負担する貸金等債務以外の債務の個人保証・個人根保証、事業以外で負担する債務の個人保証・個人根保証については、保証の一般規定や個人根保証の規定とそれらの解釈論に委ねられることになる。<sup>(149)</sup>

## 2 問題の存続

本稿は、446条2項による保証の書面性に関して、未解決の問題や十分に認識されていない問題も存在するのではないかとの推測もふまえて、ある程度網羅的に解釈論的検討を行い、一定の理解を提示してきたものである。実際のところ、保証の書面自体に関しても、書面性の主たる目的が軽率な保証の防止にあり、警告機能がそれを支援すると捉えるとき、そもそも記載すべき内容は何かという最も基礎的な点から明らかにしなければならず、それを確固とした解釈論へと練り上げることが必要といえる。また、どのような形式で書面を作成すべきか、保証人はどのように書面に関与する必要があるのかの点も、条文上の手がかりなしには議論しづらいものの、解釈論を展開する余地がないわけではないであろう。そして、書面性違反の効果についても、保証契約が成立せず無効であり、履行によって治癒されないことは明らかであるが、第三者弁済（ないしその追完）や求償権・弁済による代位の問題を視野に入れるとき、その条文の趣旨をどこまで・どのように貫徹すべきであるのか、なお丁寧な検討が必要であると考えられる。

さらに、446条2項は書面性を契約の成立要件とする最初の規定であり、その書面性の導入が法律行為法ないし契約法に及ぼす影響として3つの問

題（各問題ごとに影響の意味は異なるが）を指摘することができる。1つは、書面性と解釈の関係であり、書面性をもたらす不可避の問題である（前述Ⅲ参照）。書面性が要件でなければ、書面は当事者意思の解釈のための重要ではあるが基本的には数ある資料の1つにすぎず、特別な意味をもつことはない。しかし、書面性が要件であるときは、書面は単に資料の1つであるだけでなく、そこに当事者意思が記載されなければ契約が不成立となるという特別な意味を有することになる。このため、真の当事者意思を導くために書面外の事情を考慮に入れる必要がある場合は、書面性と解釈の緊張関係を問題にせざるをえないといえる。また1つは、書面性と代理の問題である（前述Ⅳ1～3参照）。もっとも、代理権授与が書面性に服するかどうかを検討することまでは必須であるが、それを肯定に解する場合にのみ、無権代理・表見代理を含む代理の規律や適用に一定の配慮が必要となるため、その限りで条件付きの影響であるといえる。もう1つは、書面性と白紙保証の問題であり（前述Ⅳ4参照）、これも書面の空白の補充を委ねることが書面性に服すると解する場合にのみ、代理法（の類推適用）の規律と適用に一定の影響を及ぼすものである。ただし、この問題においては、空白の補充を委ねる行為や空白を補充する行為をどのように法律構成するかが先決問題となり、その法律構成に即して書面性に服するかどうかを考察する必要がある。白紙保証に限らず契約書の空白の補充の問題は従来から存在しているといえるが、書面性の要件に注意を払う必要がなかったためか、署名代理や契約書の真正さなど、書面の名義人に契約の効力を帰せしめられるかどうかの観点に限って比較的緩やかに検討されていたように思われる。白紙保証の問題が、そのように契約書の空白の補充について法律構成を再検討すべき重要な契機となりうる点も、書面性が法律行為法ないし契約法にもたらす影響の1つとして理解できるであろう。

#### 注

(145) <http://www.moj.go.jp/content/001127038.pdf>

(146) 「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案」26-27頁。

- (147) 以下につき、前掲注(146)28-29頁。
- (148) 事業のために負担する貸金等債務の個人保証・個人根保証が、経営者、共同経営者、現に事業に従事する配偶者によるときも適用外である。前掲注(146)29頁。
- (149) なお、事業のために負担する債務の個人保証・個人根保証においては、主たる債務者が保証人に委託するときに、財産等の状況、他の債務の額や履行状況、他に供する担保について情報提供義務を負うとすることが示されている（前掲注(146)29頁）。そして、主たる債務者がそれに違反したことにつき債権者が悪意または善意・有過失の場合、保証人は保証契約を取り消すことができるものとされる。この規律は書面性に直接関係するものではないが、保証人がその責任の内容とリスクをより正確に把握できる可能性を高め、慎重な判断を促すことになる点で、書面性の目的と重なるところがある。このような書面性と情報提供義務の協働関係は、今後さらにその充実を図るべきであろう。