

民法 446 条 2 項の保証の書面性について (上)

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、本号)
- 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

I はじめに

前稿では、民法 446 条 2 項の保証の書面とは何かという問題意識から、ドイツ法における保証の書面性について検討し、またそれにもとづいて 446 条 2 項の定める保証の書面性の特徴を概括した。⁽¹⁾ 本稿はその続稿である。

ドイツ民法典 (BGB) は、その制定当初から保証を書面の方式を要する要式契約として定め (BGB766 条)、また、総則に他の要式行為・要式契約にも適用のある書面の方式に関する一般的規定を設けていた (BGB125~130 条)。この結果、ドイツ法では、書面の方式の種類と機能について理解が進み、それにもとづいて保証の書面に要求される形式や記載すべき内容が解明され、また各種の解釈論的問題についても学説・判例による議論が蓄積されてきた。これに対し、民法の一部改正 (2004 年) によって追加された 446 条 2 項は、書面性を契約の成立要件とする最初の⁽²⁾ (その意味で孤立した) 規定であるため、体系的見地から得られる解釈上の指針が少なく、また条文自体が簡潔であり、立法過程の審議も決して充

実したものではなかったことから、法的問題の認識やその検討の手がかりが全体として不足している状態にある。そのため、保証の書面に関しては、基礎的なものも含めて未解決の問題やそもそも十分に認識されていない問題が存在すると考えられる。⁽³⁾

本稿は、そうした理論的空白を多少でも埋めるべく、前稿で得られた比較法的理解（ドイツ法に限られているが）をふまえて、446条2項の書面性に関してある程度網羅的な解釈論的検討を行うものである。⁽⁴⁾

注

- (1) 拙稿「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巻2号63頁以下（2011年）。
- (2) 贈与契約における書面（550条）は有効に成立した契約の撤回可能性に関するものにとどまるなど、保証契約の書面とは大きな相違がある。これにつき、拙稿・前掲注（1）64頁、後述Ⅱ1参照。
- (3) 拙稿・前掲注（1）65-69頁。
- (4) まだ多くはないが、446条2項の保証の書面性に関する論稿として、木納敏和「保証契約の書面性（民法446条2項）をめぐる実務的問題に関する一考察」小林一俊ほか編『債権法の近未来像』133頁以下（2010年、酒井書店）、石川正美「保証契約の要式行為化の意義に関する一考察」白鷗大学法科大学院紀要4号200頁以下（2010年）がある。

Ⅱ 保証の書面

1 書面に記載すべき内容

(1) 446条2項により保証契約は書面であることが求められるが、そこという保証の書面に該当するには、何を記載しなければならないかが、まず問題となる。記載すべき内容を欠くときは、書面が存在しても446条2項の書面性を充足しないという意味で、何が書面の必要的記載事項であるかの問題といえる。しかし、この検討に当たっては、まず446条2項の書面性の目的を明らかにする必要がある。保証の書面に記載すべき内容が何であるかについては、それを記載すればその書面性の目的を達成できると

いうことが重要な基準になると考えられるからである。⁽⁵⁾

446条2項の立法趣旨は、「保証人において自己の責任を十分に認識していない場合が少なくないことを考慮すると、保証を慎重ならしめるため、保証意思が外部的にも明らかになっている場合に限りその法的拘束力を認めるものとする⁽⁶⁾」にあるとされる。これによれば、書面性の主たる目的は、保証人による軽率な保証の防止であると考えられる。⁽⁷⁾つまり、保証人に保証意思を書面で外部的に表明させることによって、保証人として負うことになる責任を認識する機会を与えて警告し、保証について慎重な意思決定を促すことである。またあわせて、書面によって保証意思の存在を明確化すること、それを通じて保証意思の存否をめぐる将来の紛争を予防することも、書面性の目的に含まれるとみられる。⁽⁸⁾もっとも、当事者意思の明確化と紛争予防は、書面を求めること一般に共通する目的であり、⁽⁹⁾書面がないときに契約の効力を直ちに否定するほどの根拠ではないであろう。したがって、これらは書面性の従たる目的にとどまり、保証の書面性の直接的な根拠となっているのは、軽率な保証の防止という目的であると考えられる。⁽¹⁰⁾

(2) 446条2項は、「保証契約は、書面でしなければ」ならないと規定する。この文言に従えば、保証契約を締結するための保証人と債権者の意思表示を書面に記載する必要があるというのが、素直な理解といえる。⁽¹¹⁾しかし、立法過程の審議においては、書面に保証人の保証意思を記載することを求める趣旨であると説明され、⁽¹²⁾改正後の立法担当者の解説もそれに従っている。⁽¹³⁾これに依拠すると、第一に、債権者の意思は書面に記載する必要がないことになる。書面性の主たる目的は軽率な保証の防止による保証人の保護であり、債権者に書面で意思を表明させる必要性は少ないため、この点は是認することができる。⁽¹⁴⁾第二に、保証人についても「意思表示」ではなく「保証意思」の記載だけが求められることになる。しかし、保証意思という概念の意義は必ずしも明らかではなく、立法過程の審議や立法担当者の解説からも、その定義や具体的な記述方法を知ることができず、むしろ保証人の保証する意思という抽象的な認識しかうかがうことができ

ない。⁽¹⁵⁾おそらくは、贈与の書面には贈与の意思（贈与意思、出捐意思）を示せば足りるとされていることの類比から、⁽¹⁶⁾保証の書面には保証意思を示せばよいと説明されたのではないか（またそれにとどまる）のではないかと推測される。

しかし、贈与と保証では、書面の法的意義に重大な違いがあり、契約成立後の撤回可能性を奪うための要件にすぎない書面と、契約が成立すること自体の要件である書面で、記載すべき内容が同等でよいか疑問である。⁽¹⁷⁾また、贈与と保証では、契約締結時の事情にも大きな差があると考えられる。つまり、贈与者は何が目的物であるかを自ら認識し、かつ贈与者の負担はその目的物の価値が限度となるため、贈与意思の確認こそが重要という見方は成り立ちうる。これに対し、保証において贈与の目的物に当たるのは主たる債務であるが、保証人は他人の債務である主たる債務の内容を十分に把握しているとはかぎらず、また保証人の負担は主たる債務の内容と履行状況次第で全財産に及ぶ可能性があるため、単に保証意思が確認できればよいわけではない。しかも、そもそも保証意思は何を主たる債務とするかの観念を伴うはずであり、そうした観念と無関係に抽象的な保証意思の記載さえあれば足りるとみるのは困難であろう。⁽¹⁸⁾したがって、保証の書面には、保証人の保証意思にとどまらず、主たる債務の記載も必須である⁽¹⁹⁾と解すべきであり、それが446条2項の目的にも合致するはずである。保証人の責任の大きさは、第一次的に主たる債務の内容（とくに債務額）によって決まり、それが書面に明記されて保証人の面前にあればこそ、書面は保証のリスクについての警告として機能し、軽率な保証の防止という役割を担いうるからである。^{(20) (21)}

(3) 以上によれば、保証の書面には、保証人の保証意思と主たる債務を記載しなければならないと解せられる。保証人は、「主たる債務者がその債務を履行しないときに、その履行をする責任を負う」（446条1項）のであるから、「保証意思」としてはそうした他人の債務について責任を負う意思を記述することが必要である。また、主たる債務の内容によって保証人の責任の基本的内容が決まるのであるから、「主たる債務」としては、

その発生原因ないし種類（貸金債務、代金債務など⁽²²⁾）および債務額を記述することを要すると解すべきである。ただし、根保証においては、不特定の債務を保証するという特徴から、それらに代えて、主たる債務の範囲と極度額を記述すべきことになる（極度額の定めがないときは、極度額がない旨を記述すべきであろう）（なお、貸金等根保証については、465条の2第2項、第3項により極度額の記述が要求されている⁽²³⁾）。また、主たる債務を記述するには、その当事者である主たる債務者と債権者を記述することも必要となるはずである。そうすると、結局、保証の書面には、保証意思、主たる債務、主たる債務者、債権者を記述すべきこととなり⁽²⁴⁾、保証人の意思表示をするための要素と一致することになる。実際にも、まさにその書面によって保証人の意思表示（さらには保証契約の合意）がなされるのが通常であろう。しかし、保証人の意思表示が口頭でなされた後、短時日のうちに念書や確認書等として書面が作成されることも考えられ、意思表示と書面の時間的間隔が短時日である場合にかぎり、書面性の充足を認めてよいと思われる⁽²⁵⁾。例外的なケースではあるが、この場合を視野に入れると、保証の書面には保証人の保証意思と主たる債務を記載しなければならないが、その記載は必ずしも保証契約の合意のための保証人の意思表示そのものである必要はないと考えられる。

他方、保証意思と主たる債務以外に書面に記載すべき事項はないと解しておきたい。理論上の可能性としては、保証人に保証のリスクを警告するという観点から、保証人の責任を加重するような不利な付随的合意は、すべて書面に記載しなければならないとすることも考えられる（ドイツの通説・判例の立場である⁽²⁶⁾）。たとえば、連帯保証とする特約、保証人の抗弁権の制限・放棄の特約、保証人の弁済による代位の制限・放棄の特約である。しかし、これらはあくまで保証人の責任発生を前提にした合意にとどまり、保証人の責任発生それ自体と責任の基本的内容を警告するために記載すべき保証意思や主たる債務と、直ちに同列に扱うことはできないであろう。また、446条2項は、書面の形式について特別な要求がない点で緩やかな規律であり（次述2参照）、その一方で、書面の内容について広汎

な記載を一律に要求して効力否定の根拠とすることは、条文の方向性として一貫性を欠くと思われる。そして、446 条 2 項は書面性を成立要件とする要式契約の最初のかつ唯一の規定であり、書面の内容の範囲を決めるために、ドイツ法のように要式契約の規律に関する歴史的蓄積や他の要式契約との体系的比較を手がかりとすることもできない。⁽²⁷⁾ こうした点から、少なくとも現時点では、書面に記載すべき内容は保証意思と主たる債務に限られると解するのが妥当であると考えられる。

2 書面の形式

446 条 2 項の保証の書面に該当するには、どのような形式の書面を作成する必要があるかが、次に問題となる。446 条 2 項は単に「書面」と定めるにすぎず、また別に書面の形式を定める条文も用意されていない。立法過程の審議では、保証人による文面の自書（手書き）を求めるべきかがしばしば議論されたが、形式のなかでも最も厳格といえる自書を一律に強制することへの懸念などから、採用されるに至らなかった。⁽²⁸⁾ その反面、保証人の署名または記名・押印を求めるといった現実⁽²⁹⁾に選択可能な形式については、自覚的な議論がなされなかった。結局、そうした立法過程から得られる指針としては、同札形式（主たる債務者・債権者間の契約書等に保証人が加わる方法）の書面でも、別札形式（保証人・債権者間で別に書面を作成する方法）や差入れ方式（保証人が保証する旨の書面を債権者に差し入れる方法）⁽²⁹⁾の書面でもよいという点にとどまる。

こうした状況からは、保証の書面に特定の形式を要求するための十分な根拠は見出せないと考えられる。たしかに、たとえば保証人の署名または記名・押印のある書面を求めることは、文書作成に関する実務慣行と合致し、軽率な保証の防止という目的にとっても効果的であるが、そのためには明文の根拠が少なくとも具体的な解釈指針が必要であると思われる。また、この点については、446 条 3 項の存在も無視することができない。446 条 3 項は、保証契約の内容の電磁的記録が保証の書面の代替となることを認めているが、電子署名等の電子認証手段などの形式は一切求めてい

ない。⁽³⁰⁾ しかも、キーボードやマウスによる操作の簡便性や心理的障壁の低さから、電磁的記録にはもともと書面と同等の警告機能は見込めないと⁽³¹⁾いう特徴もある。そうすると、特別な形式が不要な電磁的記録によって書面性が充足されるにもかかわらず、書面についてのみ特定の形式を求めることは、整合的な説明が難しいであろう。446条3項は、電磁的記録に関する他の法律と横並びで設けられ、保証の書面性との関係では実質的な審議を経ていない疑いがあるが、⁽³²⁾保証に関する現行法の一部であることは否定しようがない。

したがって、保証の書面は、理論上、特定の形式に従って作成する必要はないと解せられる。そして、保証人の署名および記名・押印が必須ではないことから、それを現実⁽³³⁾に備えた原本であることも不要となり、コピー、ファックスの受信文書、カーボン複写された文書なども、書面に該当することになる。また、保証人による文面の自書も不要であることから、印刷された文書、プリントアウトされたワープロ文書でもよいことになり、そうするとさらに、文書の物理的な作成者が保証人であるか債権者等の他の者であるかも問われないことになる。もともと、こうした書面の形式の任意性は、書面の交付の問題（次述3参照）において少なからず制約を受ける⁽³⁴⁾と考えられる。

3 書面の交付（ないし書面への保証人の関与）

保証の書面を債権者に交付する必要があるかどうかは、446条2項の文言や立法過程の審議からは明らかではない。⁽³⁵⁾ しかし、書面が作成されさえすれば書面性が充足されると考えられたわけではなく、保証人にその意思を外部的に表明させて軽率な保証を防止するという目的に照らすと、書面の内容が適切な方法で外部に示されるべきことは当然の前提になっていたと思われる。そして、書面には保証人の保証意思と主たる債務が記載されなければならない（前述1参照）、その書面上の保証意思と主たる債務が自らの意思表示に関するものとして外部に表明されたというためには、書面の交付によってそれらが相手方に伝達され、かつ、書面が相手方の事実

支配に委ねられる必要があると考えられる。その段階を経てこそ保証のリスクを警告するプロセスが完了すると解すべきである。⁽³⁶⁾ また、実際には、書面によって保証人の意思表示そのものがなされるのが通常であろうから、⁽³⁷⁾ この場合に書面上の意思表示の発信と到達が生じるためには、相手方への書面の交付が端的に必要なといえる。そして、以上によると、保証人が書面に関する協議や作成などの過程に関与した内容や程度ではなく、保証人が自らの意思表示に関するものとして書面を交付したかどうかが重要であり、それが書面に関して保証人に求められる必須の関与であると理解すべきである。そこに至るまでの過程に保証人がどのようにどの程度関与したかは、各種の事情を丁寧に斟酌しようとする観点から考慮される可能性があるが、⁽³⁸⁾ それらは書面が交付されたかどうかを判断するための間接的な事情にとどまると考える必要がある。

書面の交付は、通常は保証人からの手渡しや送付によって物理的に実現されるであろう。これに対し、保証人がその作成した書面を債権者に呈示したり、読み上げるだけではならず、また債権者がその作成した書面を保証人に読み聞かせるだけでは足りないといえる。他方、書面の形式として保証人の署名や記名・押印が不要であり（前述 2 参照）、それを備えた原本を交付する必要がないため、書面をファックスによって送信する方法でもよいことになる。⁽³⁹⁾ また、保証人が書面の物理的な作成者である必要がないため（前述 2 参照）、保証人が債権者の作成した書面を受け取ったうえ、債権者に手渡しして戻す場合でも、理論上は書面の交付として認められる可能性がある。しかし、このとき、保証人が書面の内容を自分の意思表示に関するものとして伝達する趣旨でなければ交付には当たらないと考えられるが、その趣旨を債権者が立証するのは容易ではないであろう。そうすると、書面について特定の形式を要せず、物理的な作成者を問わないとはいえ、保証人が債権者に書面を交付したと認められるためには、保証人が書面の物理的な作成者であるか、保証人の署名または記名・押印があることなどが、事実上必要になると思われる。この結果、書面の形式の任意性（前述 2 参照）は、書面が手渡しされるときは交付があったことの立証の

観点から実質的に大きく制約され、また書面が送付・送信されるときも、封筒・送信状の作成・記述が書面の交付の認定を支えることがあるにせよ、単純に貫徹されるわけではないと考えられる。

注

- (5) ドイツ法において、BGB766 条の保証の書面性の立法目的は保証人に対する警告機能にあるとされ、その書面性の要件は保証人に対する十分な警告となるかどうかを重要な基準として解釈されている。これにつき、拙稿・前掲注 (1) 70-71 頁。
- (6) 吉田徹ほか「保証制度の見直し等に関する民法改正の概要 (中)」金法 1729 号 48 頁 (2005 年)。
- (7) たとえば、内田貴『民法Ⅲ (第 3 版)』339 頁 (2005 年、東京大学出版会)、加藤雅信『新民法大系Ⅰ (第 2 版)』199 頁 (2005 年、有斐閣)、潮見佳男『債権総論 (第 4 版)』603 頁 (2012 年、信山社)、中田裕康『債権総論 (第三版)』483 頁 (2013 年、岩波書店)。
- (8) 贈与の書面については、むしろこの目的が最初に説明される。たとえば、星野栄一『民法概論Ⅳ』102 頁 (1986 年、良書普及会)、内田貴『民法Ⅱ (第 3 版)』166 頁 (2011 年、東京大学出版会)。
- (9) 要式行為の目的につき、四宮和夫・能見善久『民法総則 (第 8 版)』180 頁 (2010 年、弘文堂)、幾代通『民法総則 (第 2 版)』190 頁 (1984 年、青林書院新社)。ドイツ法における理解として、Larenz/M. Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl.(2004), § 27 Rn. 4-5.
- (10) 山本敬三「保証契約の適正化と契約規制の法理」新井誠・山本敬三編『ドイツ法の継受と現代日本法』421 頁 (2009 年、日本評論社) も、保証の要式契約化においては、真意性の確証 (本当に契約する意思があることが確証でき、軽率な契約締結を防止できる) という趣旨が重視されているとする。吉田ほか・前掲注 (6) 48-49 頁は、保証意思が「外部的に明らかになっている」場合に限り保証契約は拘束力をもつという説明が繰り返すが、保証を慎重ならしめるためにそうした場合に限るという前提であるため、理解は大きく異ならないといえる。また、保証意思の存在を明確化して紛争を予防することは、とくに債権者にとって有益であろうが、その目的が達成されないことを理由に保証契約を不成立とすると、その債権者が担保を失うという大きな不利益を負うことになり、目的と効果が対応しないと考えられる。
- (11) 吉田ほか・前掲注 (6) 48 頁は、文理上はこの理解が原則であろうとする。加藤雅信『新民法大系Ⅲ』467 頁 (2005 年、有斐閣) は、申込・承諾ともに

- 書面でしなければならないとする（ただし、後出注（14）も参照）。
- (12) 法制審議会保証制度部会の議事録については、http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi_hoshouseido_index.htmlに公開されている。
- (13) 吉田ほか・前掲注（6）48頁。
- (14) 加藤・前掲注（7）199頁は、保証人による申込または承諾の意思表示が書面でなされればよいとする。また、木納・前掲注（4）135-137頁は、保証人の意思表示を書面によってすることが必要であるとする。一般に、保証人の保証意思が記載されているかどうか書面性の判断において問題にされることから、こうした理解をうかがうことができるであろう。
- (15) 立法過程の審議において、保証意思さえ記載すればよいのかという疑問がしばしば出されていたことも含め、拙稿・前掲注（1）66頁、100-101頁。
- (16) 柚木馨・高木多喜男編『新版注釈民法（14）』38-44頁〔柚木・松川正毅〕（1993年、有斐閣）
- (17) 拙稿・前掲注（1）100-101頁。また、書面が撤回可能性を奪う要件にすぎないか契約の成立要件であるかの違いは、贈与意思と保証意思のそれぞれの記載として要求される明確さの水準にも影響すると考えられる。すでに贈与の書面と保証の書面の違いを指摘する見解は多数あり、小賀野晶一・原田真希「新しい個人保証制度について」金判1204号4-5頁（2004年）、野村豊弘ほか「座談会・保証制度の改正」ジュリ1283号55頁〔平野裕之〕（2005年）、岡本雅弘ほか「座談会・新しい保証制度と金融実務（下）」金法1736号12-13頁〔松本恒雄〕（2005年）、北居功「判批」金判1336号142頁（2010年）、椿久美子「判批」リマークス40号40頁（2010年）。
- (18) 贈与においても、何を贈与するかという目的物の記載を不要とする判例は知られていないとみられる。柚木ほか編・前掲注（16）42頁〔柚木・松川〕。
- (19) 主たる債務ないしそれを特定する記述を要求するものとして、木納・前掲注（4）137-138頁、我妻栄ほか『我妻・有泉コンメンタール民法（第3版）』828頁（2013年、日本評論社）。
- (20) 北居・前掲注（17）143頁が、保証人に「法的な効力を意識させることも当該要式性の意義と考えられよう」とするもの、同様の理解であると考えられる。
- (21) 貸金等根保証においては、書面によって極度額の定めをしなければならず（465条の2第3項）、それに反する場合は極度額の定めが無効となり、貸金等根保証契約自体が不成立となる（465条の2第2項）。これは、極度額の定めが保証人保護のためにとくに重要な事項であると考えられるからであり（吉田ほか・前掲注（6）（下）金法1728号19頁（2005年））、保証人にその責任の範囲を決める極度額を認識させる必要性が重視されたものといえる。また、貸金業法によれば、貸金業者は貸付けに係る契約について保証契約を

締結するまでに、保証人に保証期間、保証金額などを明らかにし、保証契約の内容を説明する書面を交付しなければならないとされる（同法 16 条の 2 第 3 項）。制度の性格は異なるが、これも保証人にその責任の内容を認識させる必要性を考慮したものといえる。

- (22) 最判平成 14 年 7 月 11 日判時 1805 号 56 頁は、売買代金に関するクレジット契約上の立替払金返還債務を主たる債務として保証契約が締結されたが、売買は実在せず（いわゆる空クレジット）、主たる債務の実質は貸金債務であった事例について、「保証人にとって、主債務がどちらの態様のものであるかにより、その負うべきリスクが異なってくるはずであり、看過し得ない重要な相違があるといわざるをえない」とし、保証契約は要素の錯誤により無効であるとした。これは、保証人に主たる債務の種類を認識させることの重要性を示すものであり、それを書面に記載すべき内容とすることはこの判例とも整合するであろう。
- (23) 副保証と求償保証においては、必ずしも事前に主たる債務の額を確定できるわけではないため、その額の算出の基礎となる事項（通常は、求償保証の債権者、副保証の主たる債務者がともに保証している主たる債務の額）を記載することになろう。
- (24) 中田・前掲注（7）484 頁も参照。
- (25) 446 条 2 項の「保証契約は、書面でしなければ」と規定し、意思表示と書面の同時性を要求しているとみられるが、意思表示と書面の間隔が短時日であるときにかぎりそれに反しないと思われる。ただし、保証契約が成立するのは、あくまで書面性が充足された時になろう。しかし、それは例外であり、一般に、保証人の意思表示が口頭でなされた後に時日をおいて書面が作成された場合、後日の書面によって保証契約が合意時に遡及して有効に成立することはなく（119 条本文参照）、保証人が新たな意思表示をしたと認められることがあるにすぎないと解せられる。この点でも贈与の書面とは異なるといえる。贈与の書面は、単純に書面の作成時から撤回可能性を失うという効果を認めればよい（またそれで足りる）（柚木・高木・前掲注（16）39 頁〔松川〕）からである。
- (26) 拙稿・前掲注（1）72 頁。
- (27) ドイツ法の要式契約については、熊谷芝青「ドイツ民法における『方式無効』について」高知短期大学社会科学論集 67 号 8-11 頁（1994 年）。Vgl. Larenz/M. Wolf(N.9), § 27 Rn. 4-13.
- (28) この点につき、拙稿・前掲注（1）66-67 頁。
- (29) 拙稿・前掲注（1）66 頁。また、吉田ほか・前掲注（6）48-49 頁。
- (30) 野村ほか・前掲注（17）56 頁〔野村〕
- (31) ドイツ法は、一般には電子方式（電子署名を要する）（BGB126 条 a）が

文書方式（署名を要する。保証契約等に適用される）(BGB125 条 3 項) の代替となることを認めているが、保証契約については保証人に対する警告機能が不十分であるとの理由から、例外的に電子方式の代替性を否定している（BGB766 条 2 文）。この点につき、拙稿・前掲注（1） 69 頁、86 頁。

- (32) 拙稿・前掲注（1） 67 頁。
- (33) 木納・前掲注（4） 140-141 頁は、保証人またはその使者や代理人によって書面が作成される必要があるとする。
- (34) 文書の成立の真正に関するいわゆる二段の推定の観点からも、署名や押印という形式が備わっていることが、事実上必要とされるであろう。
- (35) ドイツ法の BGB766 条は、保証の意思表示を書面により交付しなければならぬと定めている。拙稿・前掲注（1） 87 頁。
- (36) なお、書面の交付が必要であることは、書面に記載すべき内容は保証意思だけであると解する立場においても異ならないと考えられる。
- (37) 前述 1 参照。
- (38) 判例において書面性が問題になる場合には、保証契約における当事者意思の解釈の問題（後述Ⅲ 3(1) 参照）とも関連して、こうした可能性が想定されるであろう。
- (39) 文書をスキャナで読み取って作成した PDF 等のコンピュータファイルを保証人が電子メール等で送信する場合は、466 条 3 項の問題になるであろう。

Ⅲ 書面性と解釈

1 問題の所在

保証の書面に記載すべき内容が明確かつ一義的に表現されている場合、書面性が充足されることに疑いはない。実際の保証の大半は、こうした場合に該当するであろう。しかし、書面に不完全な表現がなされる場合も考えられる。たとえば、保証意思の表明が不明確である、主たる債務が漠然としている、主たる債務の発生原因が事実と異なる、主たる債務の債務額や根保証の極度額に誤りがあるなどのケースである。こうした表現が紛れ込む事態は、完全には避けられないと思われる。このとき、保証は書面性を充足せず当然に不成立となるのか、あるいは、どのような場合であれば書面性を充足し、どのような内容で保証は成立するのかが問題になる。これらは稀なケースとはいえ、個別的な事例判断に委ねるべきではなく、理

論的に一貫した解決基準を明らかにしておく必要がある。

2 保証契約における当事者意思の解釈

まず、前提問題として、要式契約である保証契約における当事者意思の解釈方法を探ることが必要である。保証の書面は、書面性の判断の直接的な根拠資料となるだけでなく、保証の当事者意思（それにもとづく契約内容）の解釈の重要な根拠資料でもあり、2つの作業の関係が書面性の判断方法に影響する可能性があるからである。

これに関するドイツ法の議論に依拠すれば、保証契約における当事者意思の解釈には2種類の方法が考えられる⁽⁴⁰⁾。1つは、書面の記載だけに依拠して解釈を行う方法である。このとき、書面から導かれた当事者意思が書面性を充足するのは当然であり、解釈と書面性の判断が同時に進められる（書面性の制約の枠内で解釈がなされる）という意味で、1段階の方法といえる。これに対し、もう1つは、書面の記載だけでなく書面外の事情にも依拠して解釈を行う方法である。解釈によって当事者意思を導いたうえで、その当事者意思が書面性を充足するかどうかを判断するものであり、解釈と書面性の判断を分離して行うという意味で、2段階の方法といえる。

このうち、446条2項においては2段階の方法によるべきであると考えられる。一般に不要式契約では、書面が存在すればその記載は重視されるものの、それに厳格に拘束されることなく、書面外のすべての事情を考慮に入れて解釈が行われる⁽⁴¹⁾。また、保証の書面に記載を要するのは保証人の保証意思と主たる債務であり、債権者の意思表示や付随的合意は書面に記載を要しないため（前述1参照）、これらも不要式契約と同じ方法で解釈が行われることになる。したがって、仮に1段階の方法をとるとした場合、それは数ある契約のなかの保証契約にのみ妥当する方法であり、かつ、全体として共通の事情から成る1個の保証契約の限られた要素にのみ妥当する方法であることになる。こうした特殊な使い分けは、過度の複雑さを強いるものと考えられる。また、1段階の方法には論理上の問題もあると思われる。つまり、その方法を適用するには、まず当該契約が書面性に服す

る保証契約であると性質決定する必要があるが、この段階では書面外の事情を考慮に入れて当事者意思を解釈せざるをえず、書面の記載だけに依拠して解釈を行うという方法では対処できないからである。さらに、1段階の方法では、当事者意思の解明のための解釈と軽率な保証を防止するための書面性の判断という、異なる目的をもつ2種類の法的作業が混在し、作業の方法や基準が不明確になるおそれが強い。実際に最近の下級審判決には、書面によって保証契約が締結されたかどうかを（おそらく1段階で）判断しようとする結果、もともと保証人の意思表示（ないし保証契約の合意）ありと解釈・認定できないとみられる事案においても、書面によらないことが保証契約を不成立とする決定的理由であるかのように扱い、しかもその書面によらないという判断を従来の当事者意思の解釈と同一の作業によって導いていると思われるものがある。⁽⁴⁴⁾1段階の方法には、契約の基本的要素である意思表示と追加的な要件である書面性との判断上の区別を不明瞭にし、また、書面性の判断の方法や基準の探究を妨げる懸念があると考えられる。

むしろ、要式契約である保証契約においても通常の解釈方法を取り、書面の記載だけでなく書面外の事情も考慮に入れて当事者意思を解明するのが、理論的に明快である。この結果、そもそも保証契約を締結するという当事者意思（保証人の意思表示ないし保証契約の合意）が認定できない場合は、書面性の判断に入るまでもなく、その段階で保証契約の成立を否定すべきである。そして、解釈によって導かれた当事者意思について書面性の充足を問うのが、判断方法として簡明であり適切であると考えられる。⁽⁴⁵⁾たしかに書面は当事者意思の解釈の重要な資料であり、とくに書面が最も有力な資料といえる多くの事案では、当事者意思の解釈と書面性の判断はどちらも書面の記載を中心に行われ、2つの作業の外形が重なることも予想される。しかし、2つの作業の目的は明確に区別することができ、作業の方法や基準も異なるはずであるから、2段階の作業を行うべきことに十分に留意して、新たな要件である書面性の判断の確立を目指すべきである。

3 書面性の判断

(1) 書面性を充足するかどうかの判断は、保証契約の解釈にもとづく当事者意思（そのうち、書面に記載すべき内容である保証人の保証意思と主たる債務）について、書面に十分な記載があるかどうかの判断によって行う。書面にそれらの明確かつ一義的な表現がある場合は、当然に書面性の充足を認めることができる。問題となるのは、当事者意思について不完全な表現しかない場合である。

この場合の書面性の判断について検討する手がかりとして、書面に主たる債務の明確な記述がなく、「保証人になる件を承諾する」という漠然とした記述しか存在しないという、やや特殊なケースを仮定したい。このケースでは、「保証人になる件」から、保証人との間で何らかの契約交渉が行われ、誰のどのような債務の保証人になるかも明らかにされていたと推測される。このため、「保証人になる件」という記述は、その交渉過程における債務が主たる債務であるという趣旨を含むと解せられ、書面に十分な記載があると判断される可能性がある。もしそれが、「A氏の保証人になる件を承諾する」という記述であれば、その趣旨はより明確なものと評価されるであろう。このような可能性を推し進めると、「保証人になる」という記述だけでも、交渉過程において主たる債務が明確になっていればそうした趣旨を含むとされ、書面に十分な記載があると認められる可能性もある。

しかし、そもそも次の前提に注意する必要がある。つまり、保証契約の解釈（前述2参照）によって当事者意思の合致があることとその内容は解明ずみであり、かつ、通常の場合、保証人はその意思表示にもとづく自らの当事者意思を認識しているということである⁽⁴⁶⁾。そのため、いかに不明確ないし多義的な表現しかない書面であっても、保証人の主観的な認識を追及していけば、当事者意思はそこに含意されていると評価できる可能性が常にあり、書面性の充足が原則的に肯定されることになりかねない。それは、保証人が認識している当事者意思が書面に記載されているかどうかの問いに、保証人が認識していたから記載されていると答えているにすぎず、

書面性の判断として意味を成さないといえる。⁽⁴⁷⁾したがって、保証人の主観的な認識を書面性の判断の根拠とすることには大きな問題があると考えられる。むしろ、保証人が保証契約の内容を明確に認識し、保証債務を負う意思を固めている場合でも、書面上で保証にもとづく責任を確認させる最終の機会を確保し、慎重な意思決定を促すのが書面性の趣旨であると解すべきである。言い換えれば、書面性の核心は、保証人の認識を高めることではなく、保証人に書面を面前にしたときの心理的障壁を乗り越えるだけの慎重な意思決定を求めることにありと解すべきである。そのためには、書面に保証人の責任の基本的な内容が記載されていることが必須であり、それを保証人の主観的な認識によって置き換えることはできないといえる。以上のことは、書面性の判断において、契約の交渉過程や書面の作成過程など書面外の事情を幅広く考慮しようとする場合にも、⁽⁴⁸⁾同じように妥当すると考えられる。保証契約の解釈による当事者意思は、書面だけでなく書面外の事情にも依拠して導かれたものであり、書面外の事情を幅広く考慮して書面の記載を評価すれば、当事者意思はそこに含意されているという判断に流れ、やはり書面性の充足が原則的に肯定されるおそれがある。それは、書面外の事情を考慮して解明した当事者意思が書面に記載されているかどうかの問いに、書面外の事情を考慮すれば記載されていると答えているにすぎず、やはり書面性の判断として意味を成さないといえる。各種の事情を丁寧に斟酌しようとする観点から書面外の事情に目を向けることは、書面性の判断の基準をもたないままでは危険であり、書面性が要件とされた意味を損なうおそれが強いと考えられる。⁽⁵⁰⁾

したがって、たとえ保証人の認識という実質や書面外の事情という背景が存在しても、書面という形式に不備があるときは、書面性に違反すると判断することが基本でなければならないといえる。

(2) 書面に不完全な表現がある場合の書面性の判断に関しては、ドイツ法では示唆理論と誤表は害さず原則の2つの方法により対処されている。⁽⁵¹⁾示唆理論によれば、書面に不明確ないし多義的な表現しかない場合でも、直ちに書面性に違反すると判断されるわけではなく、当事者意思が書面に

示唆されているときは、書面性の目的である警告機能が達成されたと認められ、書面性をみたと判断される。また、要式契約にも誤表は害さず原則（*falsa demonstratio non nocet* 誤った表示は害さない）の適用があり、書面上に誤った表示がなされた場合でも、当事者の現実の意思が合致していたときは、その意思が当事者意思として解釈されるとともに、書面性にも反しないと判断される。誤表であったとはいえ、当事者は現実合致した意思の表現としてその表示を行ったのであり、書面性の目的は達成されたと解されるからである。もっとも、以上の立場に対しては批判もある。示唆理論において当事者意思の示唆があると認められるための基準が不明確であり、また、誤表は害さず原則はそうした示唆の存否を問わないものであるため、示唆理論の重要な例外となり、理論の一貫性を欠くとされるのである。

(3) 書面の不完全な表現は、種類を分けて検討すべきであろう。代表例は、不明確ないし多義的な表現であるが、ほかに誤った表現（次述（4）参照）、過大な表現⁽⁵²⁾を挙げることができ、書面性の判断において考慮すべき特徴が異なると思われる。

まず、書面に不明確ないし多義的な表現があるときは、示唆理論に従うのが妥当である。つまり、当事者意思が書面に示唆されているかぎり、書面性の充足が認められてよいと考えられる。一方で、書面の記載に制約されずに真の当事者意思を解明してできるかぎりそれを尊重すべきであり、他方で、書面性により軽率な保証の防止を図らなければならず、示唆理論はこの双方の要請を調和させる枠組みとして有益だからである。

示唆理論を採用するとした場合、最も重要なのは、当事者意思の示唆があるかどうかの判断基準である。この基準を定めるうえでは、当然の前提として、書面に完全な記載をすることにより書面性を充足するのが原則であり、示唆理論による書面性の充足はあくまで例外であることに留意すべきである。しかも、書面に記載が求められるのは保証意思と主たる債務のみであり（前述1参照）、これらは書面性による警告機能の達成に不可欠な要素であるだけでなく（前述1参照）、事項として専門性が高いわけ

も複雑というわけでもない。保証意思の記載は、保証人として責任を負う意思を表明することそのものであり、また、主たる債務の記載は、どのような債務につき責任を負うかを示すものにすぎない。したがって、示唆理論においても書面に完全な記載があるべきことから出発し、不明確ないし多義的な表現を救済するのは限定的でなければならない。このため、示唆の基準においても書面の記載を重視し、書面の記載自体から当事者意思を導ける具体的可能性があるかどうかを問うべきであり、それが肯定できる場合にかぎり保証人は軽率な保証の防止のための警告を受けたと考えるべきである。

この基準によれば、保証意思や主たる債務が示唆されていると認められるためには、書面の不明確ないし多義的な表現が単にそれらと関連性があるというだけではならず、それらを現実に取り得る可能性があることが必要である。たとえば、A が債務の存在を認めて弁済を確約する旨の書面を作成し、B がその債務を保証する趣旨で連名で署名だけをしたという場合を考えると、それはBの保証意思の表現として不明確であり、また、Bの保証意思と無関係ではないものの、Bの主観的な意図を前提とすることなしに書面だけからBの保証意思を具体的に導くことは困難であろう⁽⁵⁵⁾。これに対し、Aが同日発生の同額の2個の貸金債務を負い、Bがその1個の貸金債務を保証することになり、別札形式の保証書面に発生年月日と金額のみを示して貸金債務が記述された場合は、どちらの貸金債務も主たる債務に該当しうる多義的な表現であるが、書面自体から正しい主たる債務を読み取れる具体的可能性が存在するといえる⁽⁵⁶⁾。また、AがBに保証を委託するときに書面を作成し、Cが求償保証をする趣旨で、「CはBが保証人として責任を負っても損失は一切生じさせない」旨、あるいは「CがBの保証書面について裏保証する」旨⁽⁵⁷⁾が記述された場合、その意味するところは一義的に明確とはいえないものの、Cの当事者意思（Aの求償債務を主たる債務として保証する意思）を具体的に導くことは可能であり、示唆理論による当事者意思の示唆があるとして書面性の充足を認めてよいと考えられる。

(4) 次に、書面に誤った表現があるときは、誤表は害さず原則が妥当し書面性の充足が認められるかどうかが問題になる。誤表は害さず原則は、誤った表示よりも現実に合致した当事者の意思を尊重するものであり、意思表示の解釈方法として定着しつつある⁽⁵⁸⁾。しかし、そのことから当然に誤った表示でも書面性をみたすことが帰結されるわけではない。誤表は害さず原則等により確定された当事者意思が書面性をみたすかどうかは、書面性それ自体の観点から判断する必要がある⁽⁵⁹⁾。そして、ここでも書面に完全な記載がなされるべきことから出発し、誤った表現は示唆理論によって限定的に救済するという立場を基本とすべきである。つまり、誤った表現を含めた書面の記載自体から当事者意思を導ける具体的可能性がある場合に、当事者意思の示唆を理由に書面性の充足が認められることになる。

ただし、誤った表現に関しては、不明確ないし多義的な表現とは異なる特徴を指摘すべきケースもあると思われる。その1つは、広い意味での書き間違いのケースであり、当事者が過誤により当初から間違った記述をしたり、後日必要が生じた修正を怠った場合である。たとえば、貸金債務の保証において、金銭消費貸借契約の締結日の12月10日が11月10日と誤記された場合、また、根保証において、最終交渉時に極度額が600万円から500万円に変更されたが、作成途上の書面の600万円という記述が修正されずに残った場合などが考えられる⁽⁶⁰⁾。これらの場合においては真の当事者意思が解明されたとしても、書面に主たる債務や極度額が正確に記載されているとはいえず、書面性の充足を当然に認めることはできない。また、間違った記述の意味内容が明確であるだけに、示唆理論によっても、(書面に他に手がかりがないかぎり)正しい主たる債務や極度額が示唆されているとも評価できない。しかし、それらの場合には、書面に記載すべき主たる債務や極度額は、間違った内容であるとはいえ、それ自体として明確かつ一義的に記載されているため、記載すべき内容に欠落や不明確さがあるケースとは異なると考えられる。もう1つは、特殊な語法のケースであり、当事者が通常と異なる意味内容で記述することを了解し合っていた場合である。たとえば、貸金債務の保証において、債権者や保証人の事情か

ら売買契約上の代金債務の保証として記載された場合、また、貸金債務の保証において、借主として小規模な企業名を指す趣旨で経営者の個人名が記載された場合などが考えられる。これらの場合にも真の当事者意思は解明されうるであろうが、書面には主たる債務ではない代金債務や経営者個人の貸金債務の記述しかなく、特殊な意味によるその記述が正しい主たる債務の示唆となると解することも難しい。しかし、ここでも、通常とは異なる意味内容が与えられているものの、主たる債務それ自体は明確かつ一義的に記載されているといえる。

この2つのケースは、書面に記載すべき内容と外形的に一致する内容が記載され、必要とされる明確さと一義性を備えているという特徴がある。このため、書き間違いの部分や特殊な語法の部分を「訂正」しさえすれば、書面性をみたすことが十分に可能である。その意味で、真の当事者意思と整合しないという不備はあるが、記載そのものは書面性の趣旨に適合した水準にあり、その書面により軽率な保証の防止という目的は一応達成されたと評価することができる。したがって、書き間違いか特殊な語法の結果として書面に誤った表現があり、記載すべき内容と外形的に一致する内容が記載されている場合には、書面性の厳密な適用の例外として（また、示唆理論の適用をまたない例外として）、書面性の充足を認めてよいと考えられる⁽⁶¹⁾。そのかぎりでは、誤表は害さず原則が保証契約における書面性の判断にも妥当することになる。たしかに、書面に不完全な表現がある場合のうち、2つのケースを特別に扱うことには疑念も生じうる。しかし、不明確ないし多義的な表現がある場合は、その不完全さを除去するために、単に記載された語や表現を他に置き換えて「訂正」するだけではならず、記載のない語や表現を積極的に「補充」する必要がある。この点に2つのケースとの違いを指摘できると思われる。ただし、書面による保証のリスクの警告という観点からすると、保証人の責任の内容が真の当事者意思よりも過小に記述された場合（たとえば、主たる債務の額や根保証の極度額である500万円が400万円と誤記された場合など）は、書面性の例外的な充足は否定すべきであろう。

(5) 書面性の判断を、過去の判決例を手がかりにもう少し具体化したい。保証を要式契約とする改正後の事案は少ないが、⁽⁶²⁾改正前にも当事者意思が契約書等に不完全に表現された事案があり、446 条 2 項の適用があると仮定して検討する。

まず、最高裁昭和 43 年判決は、⁽⁶³⁾手形割引の方法による上限 120 万円の将来の貸金債務について連帯保証がなされ、その保証契約は、貸主たる銀行と借主の間の元本極度額を 120 万円とする手形割引根抵当約定書において結ばれたという事案である。約定書の保証に関する記載の詳細は明らかではないが、保証人欄に署名押印がなされたものと推測される。⁽⁶⁴⁾このため、根抵当権と同じ範囲の被担保債務について同じ極度額の根保証契約が結ばれたと解釈することができ、実際に貸主はそのよう主張していた。そうすると、将来の特定債務の保証について根保証の書面が作成されたことになり、仮に 446 条 2 項を適用すると書面性が充足されるかが問題になるといえる。たしかに、根保証の元本極度額が特定債務の額を下回らないかぎり、保証人の責任は根保証の方が重いとみることができ、根保証の書面があれば足りると考える余地もあろう。⁽⁶⁵⁾昭和 43 年判決の事案でも、根保証の書面による主たる債務の範囲は手形割引の方法による貸金債務を含み、その元本極度額は貸金債務の額と同じ 120 万円であり、保証人はその責任について必要な警告を受けたともいえる。しかし、特定債務の保証と根保証では、主たる債務が特定の債務であるか、契約所定の範囲・極度額内の不特定の債務であるかという大きな違いがある。また、書面に記述すべき内容も大きく異なり、特定債務の保証では主たる債務とする債務を具体的に発生原因等を示して記述し、根保証では主たる債務に属する債務の範囲と極度額を記述することになる（前述Ⅱ 1 参照）。書面に完全な記載があるべきことから出発すれば（前述（3）参照）、記述すべき内容がそのように基本的に一致しないにもかかわらず、後者の書面により前者の書面性の充足を認めるのは、便宜的にすぎる理解と思われる。^{(66) (67)}そのため、特定債務の保証の書面性が、根保証の書面によって充足されると解するのは難しいというべきである。そして、昭和 43 年判決の事案における書面の根保証の記

載は、その意味内容として明確であるだけに、特定の貸金債務の保証についての示唆とはなりえず、また、誤表は害さず原則が妥当するような書き間違いや特殊な語法ともいえない。したがって、446条2項を適用した場合、その貸金債務の保証は書面性に違反するものと考えられる。⁽⁶⁸⁾⁽⁶⁹⁾

次に、東京高裁昭和53年判決は、妻がその勤務先に対し損害賠償債務⁽⁷⁰⁾の存在を最終的に確認する旨の書面が作成され、妻とともに夫も署名押印したという事案である。そのとき、夫は「できる限りの責任をとらしてもらう」「自分が何でも努力して8月31日までに支払う」と発言していたが、妻の債務について単純保証ないし連帯保証を約したとまではいえないと解釈された。ここで、仮に夫が妻の債務を保証する意思であったと認められ、かつ446条2項の適用があるとした場合、書面性が充足されるかどうかの問題になるであろう。しかし、書面には、妻が弁済するものとする規定がある一方で、夫が保証する旨の規定など夫の法的地位や意図に関する記述はなく、その署名押印があるのみである。そうした書面の記載だけからは、夫が妻の債務の弁済に何らかの関与をする一般的可能性は導けるとしても、その保証意思を具体的に導ける可能性があるとはいえず、示唆理論による示唆の存在は否定されることになる。これに対し、もし書面に夫の発言やそれに準ずる内容が記述されていたときは、夫が妻の債務を保証する趣旨であると解することが有力な可能性の1つとなり、その保証意思の示唆があると認められてよいと思われる。

また、最高裁平成2年判決は、金銭消費貸借契約⁽⁷¹⁾の借主が貸主あてに担保のために振り出した約束手形に保証の趣旨で裏書がなされたという事案である。そして、裏書に至る過程や貸主との関係、手形以外に借用証書等の授受がないことなどの事情から、手形振出の原因債務についても保証する意思を推知させる余地が十分にあり、貸金債務につき保証契約が成立したと推認しうると判断された。ここで、仮に446条2項が適用されるとした場合、書面は約束手形のみであり、その記載は裏書だけであるから、貸金債務を主たる債務とすること、貸金債務を保証する意思であることは、どちらも書面に明確な表現はないといえる。そのため、手形の裏書が当事

者意思の示唆となりうるかが問われるが、しかし、手形の裏書から隠れた手形保証の趣旨であることを導くことが可能であるとしても、原因債務を保証するという当事者意思まで導ける具体的可能性があると解するのは難しく、示唆の存在は認められないと考えられる⁽⁷²⁾。たしかに、手形の裏書によって原因債務の保証を引き受けることが当該分野や地域の取引慣行に属するときは、示唆となる余地が残るようにも思われる。しかし、手形の裏書は手形上の責任を負うという特定の明確な法的意義をもつ記述形式であり、そこに何ら新たな事項が追記されることなく、その記述のまま原因債務の保証の示唆にもなる（その記述だけで裏書人は保証のリスクの警告を受けた）と解することは、疑問であると考えられる⁽⁷⁴⁾。

さらに、現行法下の大阪高裁平成 20 年判決は、金銭消費貸借契約にもとづく貸金債務について連帯保証がなされたが、保証人が主たる債務者や債権者の求めに応じて、金銭消費貸借契約書の借主欄に署名押印したという事案である。そして、「主たる債務と同じ債務を連帯して負担する意思が明瞭に示されていることに違いはなく、保証意思が外部的に明らかにされているといえる」として、その金銭消費貸借契約書は 446 条 2 項の書面に該当するという判断が下された。まず、この平成 20 年判決は、保証契約における解釈と書面性の判断について、2 段階の方法（前述 2 参照）をとっていると考えられる。金銭消費貸借契約書それ自体の解釈として保証契約の当事者意思を導くことは不可能であるから、書面の記載のみに依拠するのではなく、（不要式契約の場合と同じように）交渉や署名押印の経緯などの書面外の事情も考慮して、連帯保証という解釈がなされたと理解できる。そして、その当事者意思を明らかにしたうえで、金銭消費貸借契約書の借主欄への署名押印によって書面性が充足されたかどうかが問われたものといえる。次に、平成 20 年判決は、その書面性の充足を肯定する根拠として、保証人が債務を保証する意思で借主欄に署名押印したことと、それによって主たる債務者と同じ債務を連帯して負担する意思が明瞭に示されたこと挙げているといえる。しかし、前者の理由づけは、そこでなされたのが保証の意思表示であったと解釈する根拠であり、それをさらに書

面性の判断の根拠として用いれば、当事者意思の解釈と書面性の判断の区別がないことになる。その結果、保証の認識ないし意図のもとで書面に関与しさえすれば、書面の記載内容に関係なく書面性の充足が認められることになりかねず、保証人の主観的な認識や意図を重視する理由づけは妥当でないと考えられる（前述（1）⁽⁷⁶⁾参照）。

これに対し、後者の理由づけについては、書面性の判断の根拠とする余地が一応あると思われる。保証債務には付従性があるため、主たる債務よりも責任が重くなることはなく、保証人が保証債務を弁済したときは、主たる債務者に対する求償権を取得し弁済による代位ができるのが通常である。そのため、主たる債務の負担は保証債務の負担と同等かそれ以上であり、借主として貸金債務を負う意思が書面で表明されれば、保証債務を負う意思を包含する記載がなされたとみて、書面性をみたと解しえないわけではない。しかし、貸金債務と保証債務では決定的に異なる点がある。つまり、借主は自ら借り受けた金銭を返還すべき当然の債務として貸金債務を負うのに対し、⁽⁷⁷⁾保証人は他人が借り受けた金銭の返還につき保証債務を負うという点である。これは保証が担保であるゆえんでもあり、たとえ貸金債務と保証債務が債務の量的比較において差がないとしても、保証人は他人の債務のために担保を提供するという全く質的に異なる負担を引き受けるものといえる。したがって、平成 20 年判決の後者の理由づけも妥当ではなく、書面性の充足のためには借主として債務を負担する意思の表明では足りず、あくまで保証人として債務を負担する保証意思の表明が必要であると解すべきである。そして、示唆理論によっても、金銭消費貸借契約書の借主欄の署名押印から、貸金債務につき保証債務を負う意思を導くことは困難であるから、結局、平成 20 年判決の保証は、書面性に違反していたと判断されるべきであったと考えられる。^{(78) (79)}

同じく、現行法下の東京地裁平成 23 年判決は、基本売買契約書の末尾に「保証人」という肩書で買主の顧問の住所氏名が印字され、顧問はその前面で売主が顧問名の押印をすることを了承したという事案である。この判決は、基本売買契約書の売主と買主のみが契約当事者と表示されている

こと、顧問が自ら署名押印していないこと、どの債務を保証するのか等の具体的な文言がないことなどから、書面に代金債務を主たる債務とする保証意思が明確に示されているとはいえず、書面によって保証契約が締結されたとは認められないとした。ここでは、保証契約における解釈と書面性の判断は1段階の方法（前述2参照）により一体的に行われているとみられ、結局、（この方法に起こりがちなように）保証人の意思表示（ないし保証契約の合意）が存在したかどうかは不明のままである。しかし、仮にその存在が認められ、基本売買契約にもとづく不特定の代金債務に関する根保証の意思表示があったとされるときは、基本売買契約書には保証する旨の文言等はないものの、保証人の肩書付きの記名・押印が存在することから、少なくとも基本売買契約上の不特定の代金債務を主たる債務の範囲として保証する意思を導ける具体的可能性があったと思われる（ただし、極度額に関する記述がないという問題は残る。前述Ⅱ(3)参照⁽⁸¹⁾）。

注

- (40) ドイツ法の議論の紹介として、滝沢昌彦「要式行為の解釈についての西ドイツの諸学説」一橋論叢 104 巻 1 号 69 頁以下（1990 年）、拙稿・前掲注（1）77-78 頁。
- (41) 積極的に明言されるわけではないが、法律行為ないし意思表示の解釈の根拠資料の範囲に制約があるとの指摘は一般にみられないところである。四宮・能見・前掲注（9）186-187 頁、内田貴『民法Ⅰ（第4版）』269-272 頁（2008 年、東京大学出版会）、山本敬三『民法講義Ⅰ（第3版）』136-137 頁（2011 年、有斐閣）など。
- (42) とくに損害担保契約や債務引受は、保証と同じく他人の債務につき責任を負うという機能を担うことができるが、446 条 2 項を準用する旨の規定はないため、当該契約がいずれであるかの性質決定は不可欠である。Vgl. Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl. (2011), Rn. 560.
- (43) また、1 段階の方法においても、当事者意思について書面に不完全な表現しかない場合（次述 3 参照）は示唆理論の適用が問題になりうるが、このときは一定の基準に従い書面外の事情を考慮に入れる必要があり、書面の記載だけに依拠するというその立場を純粹に維持できるわけではない。この点に関するドイツ法につき、拙稿・前掲注（1）78 頁。

- (44) 東京地判平成 23 年 1 月 20 日判タ 1350 号 195 頁、東京高判平成 24 年 1 月 19 日金法 1969 号 100 頁。とくに平成 24 年判決は、保証契約書が真正に成立したことを認めず、保証意思の確認電話を受けたのが本人かどうか疑念があるとするのだから、保証人の意思表示の存在自体を否定すれば足りたと考えられる。また、平成 23 年判決については、後出注 (81) 参照。
- (45) 中田・前掲注 (7) 484 頁も、保証の書面があるときの解釈は、①保証契約の合意があったのか、②書面要件を満たすのかの 2 段階の判断となると指摘する。
- (46) 錯誤による意思表示、詐欺による意思表示のように、保証人が錯誤に陥っている場合は異なることがあろう。
- (47) 保証人の認識やその程度から契約の成否や効力を問うのは、本来、意思表示が担う役割であり、それを書面性という方式の要件において行うという点にも疑問がある。また、書面性を充足するかどうかの判断が個別事情に大きく左右され、不安定になることは避けられないと思われる。
- (48) 山本敬三・前掲注 (10) 421 頁は、書面性は「保証契約を締結するという確定的な意思の形成を確保するための手続的規制として位置づけることができる」とするが、これも同方向の理解と思われる。
- (49) 中田・前掲注 (7) 484 頁参照。また、岡本ほか・前掲注 (17) 25 頁〔筒井健夫〕は、「保証文言がないとしても、書面外の事情を考慮に入れたならば書面の記載から保証意思が読み取れるということであれば、書面要件それ自体は充足すると考えてよいのではないか」とする。
- (50) 書面外の事情を考慮して解明した保証人の主観的な認識や当事者意思にもとづいて書面性を判断するのは、結局、当事者意思の解釈と書面性の判断で同じ作業を繰り返しているにすぎないと考えられる。
- (51) ドイツ法に関する詳細は、拙稿・前掲注 (1) 77-82 頁。また、ドイツ法と日本法における遺言の解釈と示唆理論の問題について、浦野由紀子「遺言の補充的解釈 (二・完)」民商 115 巻 2 号 229-237 頁 (1996 年)、堀川信一「遺言の解明的解釈の方法と限界について」大東法学 18 巻 2 号 81 頁以下 (2009 年)。
- (52) このうち、過大な表現については後出注 (67) の検討参照。
- (53) 書面に保証文言がない場合に書面性をみとめようかどうかしがしばしば問題にされるが (野村ほか・前掲注 (17) 56 頁〔平野〕、岡本ほか・前掲注 (17) 24-25 頁〔筒井〕、木納・前掲注 (4) 138-139 頁)、これも不明確ないし多義的な表現があるときの一種であろう。
- (54) この基準はドイツの判例の立場に近いと考えられる。連邦通常裁判所 (BGH) の 2000 年 2 月 17 日判決 (BGH ZIP 2000, 740 =WM 2000, 886) と 1989 年 2 月 2 日判決 (BGH NJW 1989, 1484) は、保証の書面性について示

唆理論が適用された事案である。どちらも書面に示唆があると認められる余地があったとみられるが、前者でのみ書面性の充足が肯定された。これは、前者では、書面の記載自体から主たる債務が2個であるという当事者意思を導ける可能性があったのに対し、後者では、書面の記載は求償保証をするという当事者意思と矛盾しない内容であったものの、それを具体的に導くことまでは困難だったからであると考えられる。この点につき、拙稿・前掲注(1) 79-80頁。

- (55) Bの保証意思の示唆がある認められるためには、少なくとも「BはAの確約に責任を負う」などの記述が必要であろう。後述(4)の東京高裁昭和53年判決とその検討も参照。
- (56) また、同じ経営者の姓を冠した類似名の2社(CとD)があり、Cの債務を主たる債務とする保証の書面において、姓以下の部分が省略されてCの社名が記載された場合、書面の記載からはCとDのどちらの債務が主たる債務かは特定できないが、Cの債務であると正しく導ける可能性はあるであろう。
- (57) 裏保証という表現について、川井健『民法概論3(第2版補訂版)』208頁(2009年、有斐閣)参照。
- (58) 四宮・能見・前掲注(9) 186頁、石田喜久夫編『現代民法講義1』145頁、147頁〔磯村保〕(1985年、法律文化社)、内田・前掲注(41) 270頁、佐久間毅『民法の基礎1(第3版)』70-71頁(2009年、有斐閣)。
- (59) 保証契約における当事者意思の解釈と書面性の判断につき2段階の方法をとることから、当然であろう。このため、正確には、保証契約にも誤表は害さず原則が妥当するため、書面性の充足が認められるのではなく、書面性の充足が認められるため、保証契約に誤表は害さず原則が適用されたのと同じ結果になるにすぎないといえる。
- (60) 保証契約の交渉や締結に代理人や第三者が介在する場合は、こうした誤記が残りやすいであろうか。
- (61) ここでも単純に保証人の主観的な認識だけを根拠に書面性を判断することは、妥当ではない。誤表は害さず原則は当事者意思の現実の合致があることが前提であるから、そのような判断の仕方は書面性の要件を無意味にすることになると考えられる。この点につき、前述(1)参照。
- (62) 後出注(75)の判決のほか、前出注(44)の2判決がある。
- (63) 最判昭和43年6月21日判時522号28頁。
- (64) 前掲注(61)判時522号28頁のコメント参照。
- (65) 特定債務の保証は、その債務額以上の元本極度額の根保証という書面の記載の「集合」に完全に含まれる存在といえる。これに対し、根保証の極度額が債権極度額であるときは、同額の特定債務の保証の方が利息・遅延損害金

にも責任が及ぶため、根保証より責任が重くなる可能性がある。

- (66) 昭和 43 年判決の事案に関してはさらに微妙な点がある。この事案における保証は 120 万円を上限とする将来の特定の貸金債務につき責任を負うものであり、貸金債務は現実に発生しているわけではなかった。そのため、保証の書面に記載するとすれば貸金債務という種類と上限額であり、根保証の書面の記載にかなり接近するからである。
- (67) ここでの問題は、書面に当事者意思よりも「過大な表現」がなされた場合、保証人は当事者意思以上の負担について警告を受けたとして、示唆理論や誤表は害さず原則によらずに書面性の充足を認めるべきかという問題（いわば大は小を兼ねるか）としても把握できる。これについては、第一に、量的に過大ないし同等の負担の表現がなされたとしても質的にはそうでない場合は、保証人は十分な警告を受けたと評価することはできない。後述の平成 20 年判決は、こうした場合に当たるであろう。第二に、量的にも質的にも過大ないし同等の負担の表現がなされたともいう場合も、書面に記述すべき内容が基本的に一致しないときは、書面性の充足を認めるべきではないと考えられる。昭和 43 年判決はこうした場合に当たるであろう（この判決は、前出注(66)の事情もふまえると、限界事例といえる）。第三に、その第二の場合のうち、書面に記述すべき内容が基本的に一致しているとき（債務額や極度額について単純に過大な表現がなされたときなど）は、むしろ債務額や極度額について誤った表示がなされた場合として処理すればよいであろう（前述(4)参照）。以上によると、書面に過大な表現がなされた場合であることのみを根拠に書面性の充足が認められることはないと考えられる。
- (68) なお、現行法上、昭和 43 年判決の事案は貸金等根保証に当たるため、債権極度額の定めを要することになる。前出注(65)参照。
- (69) 昭和 43 年判決の類似事案として、東京地判昭和 38 年 6 月 3 日金法 349 号 121 頁がある。
- (70) 東京高判昭和 53 年 12 月 22 日金判 573 号 23 頁。
- (71) 最判平成 2 年 9 月 27 日民集 44 巻 6 号 1007 頁。
- (72) 安永正昭「判批」民商 104 巻 6 号 776 頁（1991 年）は、仮に保証が要式行為であったなら、裏書行為等以外にたとえ保証の合意を基礎づける事情が認定できたとしても、要式性の欠如ゆえ有効な保証とはならないであろうとしていた。
- (73) こうした取引慣行をもはや保護する必要がないことにつき、中田裕康「判批」法協 109 巻 1 号 180 頁（1992 年）。
- (74) 中田・前掲注（7）484 頁は、平成 2 年判決を念頭に、書面性の判断では書面に外在する要素（作成過程、作成後の書面の取扱い）も考慮されると述べる。しかし、書面外の事情に依拠することの問題性については、前述（1）

参照。

- (75) 大阪高判平成 20 年 12 月 10 日金法 1870 号 53 頁。
- (76) 前者の理由づけから平成 20 年判決を支持するものとして、木納・前掲注 (4) 139 頁がある。なお、一審判決の大阪地判平成 20 年 7 月 31 日金法 1870 号 55 頁では、前者の理由づけに関する事情は考慮されていない。
- (77) これは、主たる債務が貸金債務である場合に限られない。たとえば、売買契約の買主は、自ら買い受けて取得した目的物の対価としていわば当然に代金を支払うべき債務を負うからである。
- (78) 平成 20 年判決に反対するものとして、北居・前掲注 (17) 143 頁、椿・前掲注 (17) 41 頁。
- (79) 平成 20 年判決の事案は、誤表は害さず原則のケースとしてとらえる余地もある。金銭消費貸借契約書とその借主欄への署名押印は、当事者間で保証を指すために用いられた特殊な語法であるという理解である。しかし、この理解を前提にしても、前述の基準 ((4) 参照) に適合するには、保証意思と主たる債務に外形的に一致する記載がなければならず、やはり書面性を充足しないと判断すべきである。また、平成 20 年判決は、書面に過大な表現がなされた場合としてとらえる余地もあるが、これについては前出注 (67) 参照。
- (80) 前出注 (44) 参照。
- (81) 平成 23 年判決は、仮に保証契約が締結されていても書面によらないという結論は変わらないとするが、書面性の判断として疑問である。むしろ平成 23 年判決は、書面に一定の記載はあるものの、そこに至るまでの不明瞭な経緯に照らして、根保証について保証人の意思表示そのものがなかったと解すべき事案のように思われる。