

## 保証契約の成立に関する裁判例の総合的研究

—保証契約の要式性の意義—

石川 正美

## 目次

- 一 はじめに
- 二 ある東京地裁判決
- 三 本人確認の困難性
- 四 電話確認業務の実際
- 五 電話確認の所要時間
- 六 杜撰な確認の具体例
- 七 要式行為化の必要性
- 八 おわりに

## 一 はじめに

一 「無告の民」とは自分の苦しみを告げ知らせるところのない人たちのことである。ものいわぬ民衆のことであり、訴えるすべを知らぬよるべない小民のことを指す。

これは、谷川健一「無告の民」の冒頭の記述である。<sup>①</sup>

二 消費者被害の実態にふれようとすると、いわれない苦しみを告げ知らせるところのない人たちの存在を知ることもし少なくない。(かつては個品割賦購入あつせんと呼ばれていた)クレジット取引の世界において、業者が杜撰な与信業務と回収業務を続けた結果として、全く身に覚えのない保証債務の履行を求められ、被告として法廷に立たされた人々たちも、また、訴えられた不条理を訴えるすべを知らない。<sup>②</sup>

三 私は、別稿において、平成一六年一二月一日に公布された「民法の一部を改正する法律」（平成一六年法律第一四七号。以下「改正法」という。）によって行われた保証契約の要式行為化の意義を正当に評価するために有益と思われるミクロ的な資料を提供するべく、全く身に覚えのない人を被告として保証債務の履行を求める訴訟が提起され、第一審において、それらの人たちが敗訴判決を受けた（すなわち、身に覚えのない保証債務の履行を命じる判決が言い渡された）事例を詳しく紹介するとともに、クレジット業者の訴訟提起が不法行為にあたるとする判決を勝ち取った女性が受けた苦しみの一端を紹介した。

四 本稿においては、右の別稿（以下「前稿」という。）に続き、保証契約の要式行為化がなされるまでの裁判実務において、裁判所がクレジット取引における保証契約の成立の認定について、どのような問題に直面し、それらにどのように対応し、どのような指摘をしてきたかをみておきたい。このような作業によって、保証契約が要式行為とされていかなかったために、改正法施行前のクレジット取引の世界において、どれほど多くの人たちが不当な苦しみを味わわれていたかも明らかとなるであろう。本稿は、保証契約の要式行為化の意義を正当に評価するためのマクロ的な資料を提供することを試みようとするものである。

なお、以下においては、必要に応じて、被告がクレジット取引の購入者であるとされた事案に関する裁判例も検討の対象とする。

する。改正法施行前のクレジット取引における契約の成立の認定の問題、具体的に言えば電話による契約意思の確認の問題については、被告が保証人であるとされた事案と、被告が購入者であるとされた事案には、共通する点がすこぶる多く、購入者であるとされた事案を参照することによって、保証人であるとされた事案の実態を理解することが容易になるからである。

(1) 『谷川健一全集第二巻（評論二）』（二〇一〇年）三頁（初出は、「解説・負の前衛」谷川健一ほか編『ドキュメント日本人第七巻無告の民』（一九六九年）二九六頁）。

(2) もっとも、極めて稀な例であるが、全く身に覚えのない保証債務の履行を求められ、被告として法廷に立たされた女性が（身に覚えがない以上は当然の）勝訴判決を獲得した後に、「今でなければいつ」の想いから、自ら原告となってクレジット会社を訴え、不法行為による損害賠償の請求を認容する判決を勝ち取った事件も存在する（仙台高判平成元年二月二七日判時一三一七号八五頁）。この女性は、クレジット会社からいわれのない厳しい督促を受けた当時は妊娠中でもあり、並大抵でない苦しみを受けた（拙稿・後掲注（3）一六九頁参照）。

私は、この事件の存在をその控訴審係属中に教えられたが、そこには、「的をまっすぐに撃ち抜いたゲッターの雌羊」の姿が存在すると思う。

(3) 拙稿「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四号〔河野信夫教授退職記念号〕(二〇  
 一〇年)二〇〇頁。

(4) 前稿および本稿は、前稿冒頭において述べたように、保証  
 契約の要式行為化によつては「保証人保護には何も前進はな  
 いとさえいってよい」という評価(平野裕之「保証制度の見  
 直し」消費者法ニュース六五号(二〇〇五年)一四三頁)に  
 対して反証を挙げようとするものである。

なお、本稿においても、資料紹介中の個人名は、裁判官を  
 除き仮名とした。

## 二 ある東京地裁判決

一 クレジット取引に関する裁判例の検討に入るに先立っ  
 て、(同じ信用供与取引である)リース取引における保証契約  
 締結の事実の認定に関する最近のある裁判例をみておきたい。  
 このような判決が改正法の施行後六年以上を経過した時点に  
 おいて出されているということは、保証契約の要式行為化の意  
 義を正当に評価する必要性が依然として極めて大きいことを雄  
 弁に物語っていると思われるからである。

二 まず、その判決を紹介しよう。東京地方裁判所が平成二  
 三年六月六日に言い渡した判決である(平成二二年(ワ)第二一六  
 〇〇号保証債務請求事件(判例集未登載))。

(1) 原告(三井住友ファイナンス&リース株式会社)が吸収  
 合併した訴外会社は、訴外官部との間で、(改正法が施行され  
 た直後の)平成一七年四月五日、電話機一台を目的物件とする  
 リース契約を締結し、官部に対し、右物件を引き渡したが、官  
 部は、平成二一年二月二六日に支払うべき月額リース料の支払  
 を怠った。

そこで、原告は、「被告は、本件リース契約について書面によ  
 り連帯保証をした」と主張して(請求の原因2)、被告に対し、  
 残りリース料二四万九三七五円と遅延損害金の支払を求めた。

これに対し、被告は、「本件リース契約について連帯保証し  
 たとの点は否認する。」と述べて(請求の原因に対する認否2)、「  
 被告は、本件リース契約について連帯保証する意思がなかつ  
 ただけでなく、連帯保証人の署名欄に署名もしていない。」と主  
 張した(被告の主張1)。

(2) 東京地方裁判所民事第二六部(前澤功裁判官)は、次の  
 ように述べて、本件保証契約締結の事実を認めて原告の請求を  
 認容した(引用にあたり、日時・金額等の表記に係る算用数字  
 を漢数字に置き換えた)。

### 〔資料①〕

事 実 及 び 理 由

第1 請求

主 文 同 旨

## 第2 事案の概要

## 《中 略》

## 第3 裁判所の判断

1 掲記の証拠及び弁論の全趣旨によれば、以下の事実が認められる。

ア 訴外会社は、平成一七年三月二九日午後五時四七分ころ、訴外宮部との間の本件リース契約及び被告との間の本件保証契約を担当した従業員（太田良枝）ではなく、意思確認を担当する従業員（派遣社員である白井良男）をして、被告の保証意思を確認するために、被告の自宅に宛てて電話を架け、受話者の名前、生年月日、性別が被告と一致するのを確認したうえで、受話者の保証意思（本件リース契約についての本件保証契約を締結する意思）があることを確認した。（甲2ないし4、証人佐野俊治（以下「佐野証人」という。））

イ 平成一七年三月ないし同年四月当時、被告は、訴外宮部と同居し、同居する自宅の間取りは六畳二間である。被告は、その当時、週に五日程度清掃の仕事に出かけており、午後六時過ぎころに帰宅していた。（乙4、被告）  
 2ア 上記1イで認定した自宅の構造、被告の勤務状況に照らすと、同アで認定した保証意思確認の電話の際に、被告以外の女性が架電先である訴外宮部と被告の自宅に在宅して、その電話を受けて、保証意思がある旨を応答す

るとは考え難い。被告も、当時、自宅に被告以外の女性が入りしていたことはないし、そのような女性を訴外宮部が自宅に連れてくることは難しい旨供述する。

そうすると、上記1アの電話の受話者は被告であり、被告は、平成一七年三月二九日、自宅に電話を架けてきた訴外会社の従業員に対し、本件リース契約について連帯保証をする意思がある旨を回答したと認められる。これに対し、被告は、電話確認記録（甲2）について作成経過が不明で、正確性も担保されていないと主張するが、証拠（甲2）の体裁や佐野証人の尋問の結果によっても、直ちに同記録の内容の正確性を疑わせる事情は見当たらない。

被告が主張ないし供述する当時の訴外宮部との生活状況等も、上記認定を左右するに足りるものとはいえず、採用することができない。

イ そして、本件保証契約の契約書（甲1）の連帯保証人欄の署名押印については、それが被告の自署であるとか、被告の印章を押し印したものであると認めるに足りる証拠はなく、かえって、証拠（乙3）によれば、上記押印は、訴外宮部が同人の印章を用いたものと窺われるものの、証拠（甲1ないし甲3）によれば、本件リース契約ないし本件保証契約の契約書（甲1）が作成されたのは、平成一七年四月五日のことであり、被告は、これに先立

ち、上記アで認定したとおり、訴外会社従業員に対し、本件リース契約について連帯保証をする意思がある旨を回答しているから、訴外官部による同契約書の連帯保証人欄への押印は、被告の意思に基づいて訴外官部がしたものと推認でき、そうすると、契約書(甲1)は、同欄への署名押印を被告以外の者がしたのであつても、被告の保証意思が現れた書面であるといふことができる。被告は、上記のとおり同欄への署名押印を否定し、同署名押印が被告の意思に基づくものでもない旨を主張し、これに沿う供述もするが、上記認定を左右するに足りるものとはいえず、採用できない。

ウ 以上によれば、被告が書面をもつて本件保証契約を締結した旨の原告の主張は、理由がある。

3 よつて、本件請求は、理由があるから認容することとし、主文のとおり判決する。

三 右にみたように、この判決は、本件保証契約の契約書の連帯保証人欄の署名押印について、それが被告の自署であるとか、被告の印章を押印したものであると認められるに足りる証拠はない、としながらも、被告は右契約書が作成されるのに先立ち、訴外会社従業員に対し、連帯保証をする意思がある旨を回答しているから、右契約書は被告の保証意思が現れた書面であるといふことができる、という驚くべき判断をしている。

しかし、前稿において明らかにしたように、保証契約が要式行為とされたのは、「電話による保証意思の確認という方法は、後日訴訟で争われることが少なくなく、その確実性の担保が充分とはいえない」ことから、「何人の目にも明らかな書証が揃っているような事案」についてのみ保証契約が締結されたものと認めようとする意図によるものであると考えるべきである。

したがつて、保証契約書に保証人とされた者が署名押印していないことを認定しながら、電話による保証意思の確認が行われたか否かの検討に立ち返り、それが肯定された場合には保証契約が締結されたことは、保証契約の要式行為化の意義を完全に没却するものであるといわざるをえない。

四 控訴審が右の判決を(僅か七か月ほどの審理の後に)取り消して、原告の請求を棄却したのは、当然のことである。

この控訴審判決で注目されるのは、「被控訴人の従業員(保証意思確認担当)が作成した電話記録(甲2、3)には、平成一七年三月二十九日午後五時四七分に控訴人の自宅に電話をかけ、電話に出た女性に対し、氏名、生年月日、保証意思を確認したことなどが記載されている」としながら、「電話記録に上記のような記載があつても、控訴人が……本件契約書を作成することを承諾していたとの事実を認めるに足りない」としている点である。控訴審判決のこのような判断の前提には、電話による保証意思の確認という方法は確実性の担保が充分ではないとの認識が存在していたと思われる。

その認識が的確なものであることは、本稿によって明らかとなるであろう。

(5) 右の判決を不服として、被告が控訴を提起した(平成二三年(ネ)第四六三三号保証債務請求控訴事件)。控訴審の東京高等裁判所第八民事部(高世三郎裁判長)は、平成二四年一月一九日、原判決を取り消して、被控訴人(原告)の請求を棄却した。

控訴審判決は、裁判所判例検索システムに収録されているので、ここには引用しない(新潟県弁護士会編『保証の実務』【新版】(二〇二二年)一九頁は本判決を「クレジット契約、リース契約の保証をめぐる消費者被害の救済への道を大きく拓ける注目すべき裁判例である」と評価している)。

### 三 本人確認の困難性

一 電話による契約意思の確認という方法を探る場合に最も問題となるのは、「なりすまし」や「替え玉」による対応が可能なことである。クレジット業者が電話によって契約意思の確認をしたとしても、電話に出ているのが契約の相手方でなければ、何の意味もない。

ところが、実際の訴訟において、電話に出ているのは自分ではないという被告の主張が認められ、クレジット契約またはこ

れに伴う保証契約締結の事実が認められなかった例は稀ではない。

二 まず、ある座談会での発言を引用する。平成五年(一九九三年)刊行の書籍に収録された保証意思確認の実情をテーマとする金融機関顧問弁護士座談会のやり取りである。

A 電話の確認というのは、信販が最初にやり出したことだと聞いていますね。郵便代より電話代の方が安いということ。

委員 実際ノンバンクのクレジット、信販なんかの関係は、いちいち郵便で出したり、印鑑証明を用意するということはとっても大変なんです。だから電話で意思確認する担当者がその部門にいて、かたっぱしから約定書が上がってきた段階で確認するんですよ。大量処理なんです。電話確認で集団処理するしかないですよ。A先生とやっている事件は、その典型ですよ。しかも県内ではなくて県外ですから。

司会 一〇年位前にある信販会社と契約を争ったんですが、その時には、電話確認の書類とかメモとかいうものは残ってなかったですよ。

委員 残していますよ。

司会 最近そうしたんでしょうかね。

委員 約定書の裏に印判を押して保証意思確認、日付だとか

P・M・A・M とういうものが印判になっていて、そこに担当者が判子を押してそこで電話して、何時くらいに出て、女性で、いくつ位の人かとかそれ位はメモしてあるような、保証確認カードまではいかないけれども、そんな形式で管理するようなケースはありますね。今、あるノンバンクの仕事をしているけれども、そういうカードとか保証意思確認の付記書というかこれすらもないというケースはないと思います。

F ノンバンクの記録というのは、発信側、ノンバンク側としては事実そのままを書いていると思いますが、ただ、受ける側の方が本当に本人が出たかどうかという問題があると思います。

G そこなんですよ。

A それで辻褃があわないと足をひっぱられると。

G というのは、販売会社で連絡をしておいて、ちゃんと何時頃電話が行くというふうには、それで身代わりを使うというわけです。本当かどうかわかりませんが……。

このように、電話による契約意思の確認という方法が債権者にとって極めて危険なものであることは、誰よりも与信業者サイドの人々が良く認識していることである。

三 次に、そのような危険が現実化した事案に関する裁判例を五件紹介しよう。

最初の判決は、原告（株式会社オリエントファイナンス）が被告に対して一〇四万円余の立替金等の支払を求めた事案に関するものである（札幌地方裁判所昭和六〇年（ワ）第七七九号立替金等請求事件（判例集未登載））。原告は、被告がクレジット契約を締結したと主張した。札幌地方裁判所民事第三部（北澤品裁判官）は、昭和六一年九月二六日、次のように判示して、原告の請求を棄却した。

#### （資料②）

#### 理 由

一 まず、原告主張の立替払契約（請求原因一）の成否について検討する。

証人浜田紀子の証言によつて真正に成立したと認められる甲第三号証及び同証言によれば、原告の従業員である浜田紀子は昭和五九年二月一六日午後二時六分ころ被告の自宅の電話番号である〇一一三八の七の××××番に架電し、電話に出た人の名前を聞いてその者が被告であることを確認したうえで、同人に対し請求原因一の立替払契約の内容を詳細に伝え、右契約を締結する意思があることの確認をとつたことが認められる。しかしながら、原本の存在及びその成立に争いのない乙第一、二号証及び被告本人尋問の結果によれば、被告は昭和五九年二月一六日ころ転居したが、〇一一三八の七の××××番の電話は転居後も一週間ほどは元の住居に置いてい

たこと、元の住居は転居後もしばらくの間は人の出入りが可能であったことが認められ、また、前掲甲第三号証及び証人浜田紀子の証言によれば、浜田紀子は販売店から被告が自宅にいる旨の連絡を受け前記の確認の電話をしたことが認められるのであつて、これらの事実及び被告が前記の確認の電話は受けたことがない旨供述していることに鑑みると、前記の確認の電話を受けたのは被告ではなかつたのではないかとこの疑いが残る。

#### 《中略》

そして、甲第一号証が真正に成立したと認めるに足りる証拠もなく、また、他に原告主張の立替払契約が成立したと認めるに足りる証拠もない。

二 よつて、その余の点について判断するまでもなく、原告の本訴請求は理由がないから棄却し、訴訟費用の負担について民事訴訟法第八九条を適用して、主文のとおり判決する。

この裁判例においては、先に紹介した座談会での発言に「販売会社が連絡をしておいて、ちゃんと何時頃電話が行くというふうに」とあるのと同じ構造で、クレジット業者の確認担当者が「販売店から被告が自宅にいる旨の連絡を受け……確認の電話をした」との事実が認定されている。クレジット業者が販売業者の希望を容れて、このような取扱いを行っている場合には、「なりすまし」や「替え玉」による対応がすこぶる容易にな

るので、電話による意思確認の確実性は大幅に低下する。それにもかかわらず、クレジット業者は、(この事案がまさにそうであるように)電話によって契約意思を確認した事実があると、名義人に債務の履行を強く迫り、訴訟提起にまで至るのである。

四 次に、仙台地方裁判所および仙台簡易裁判所において言い渡された判決を併せて三件紹介しよう。

(1) 第一の判決は、原告(株式会社オリエントファイナンス)が被告に対して三五万円余の求償金等の支払を求めた事案に関するものである(仙台地方裁判所昭和五七年(ワ)第一二五五号求償金請求事件(判例集未登載))。原告は、被告がクレジット契約を締結したと主張した。仙台地方裁判所第三民事部(武田平次郎裁判官)は、昭和五八年二月二五日、次のように判示して、原告の請求を棄却した。

#### 〔資料③〕

#### 理 由

被告が佐藤商事から購入した自動車の代金に宛てるため、日本生命相互会社から金銭を借り受け、原告に右貸金債務の保証を委託した事実については、証人山田健の証言およびこれにより真正に成立したものと認められる甲第二号証によつてはまだこれを認めるに足りないし、他にこれを認めるに足りる証拠はない。

すなわち、被告本人尋問の結果によれば、これらの契約は被告の子の小沢宏一が被告に無断で被告の氏名を使用して締結したものであることが認められる。甲第一号証（オートローン契約書）の被告作成部分は被告が自ら作成したものであることについてはこれを認めるに足りる証拠がない。

証人山田健は、被告に対し電話をもつてこれらの契約を締結したか否かを確認した旨の証言をしているけれども、これを否定する趣旨の供述をしている被告本人尋問の結果に照らしてそれだけでは直ちにこれを信用することができない。

よつて、原告の被告に対する請求は理由がないからこれを棄却し、訴訟費用の負担につき民事訴訟法八九条を適用して、主文のとおり判決する。

この裁判例は、被告の子が被告の名義を冒用してクレジット契約を締結した事案に関するものである。原告の確認担当者からの電話に應對したのは、被告の子またはその意を受けた者であったと推測される。「なりすまし」の典型的な例である。

(2) 第二の判決は、原告（株式会社オリエントファイナンス）が被告に対して五五万円余の求償金等の支払を求めた事案に関するものである（仙台簡易裁判所昭和五七年（ハ）第一四〇八号の（二）求償金請求事件（判例集未登載））。原告は、前記（1）で紹介した事案と同じ販売業者から同じ自動車を購入した者の原告に對する求償債務につき、被告が連帯保証したと主張した（請求

原因3）。仙台簡易裁判所（鈴木秀一裁判官）は、昭和五八年一月一四日、次のように判示して、原告の請求を棄却した。

#### 〔資料④〕

#### 理 由

一 請求原因3（連帯保証契約）の事實は、本件全証拠によるもこれを認めることができない。すなわち、オートローン契約書（甲第一号証）の連帯保証人欄には「小沢宏樹」の記載及び押印があるが、右被告作成部分が被告自らの作成によるものであることを認めるに足りる証拠がないので、甲第一号証をもつて原告の右主張事實を認定する資料とはなしたがたく、他に右連帯保証契約の成立を認めるに足りる証拠はない。

二 よつて、原告の本訴請求は、その余の点を判断するまでもなく失当であるから、これを棄却することとし、訴訟費用につき民事訴訟法八九条を適用して、主文のとおり判決する。

この裁判例においても、原告は電話によつて保証意思の確認を行ったと主張したと考えられるが、判決はこれについて言及していない。

(3) 第三の判決は、原告（株式会社オリエントファイナンス）が被告に対して四五万円余の求償金等の支払を求めた事案に関するものである（仙台地方裁判所昭和五七年（ワ）第一二五六号求償金請求事件（判例集未登載））。原告は、被告がクレジット契

約を締結したと主張した。仙台地方裁判所第一民事部（三浦宏一裁判官）は、昭和五八年三月三〇日、次のように判示して、原告の請求を棄却した。

〔資料⑤〕

理 由

一 (一) 証人佐藤康雄の証言及びこれにより真正に成立したものと認められる甲第二号証、甲第一号証の存在及び記載自体

によると、本件契約書（本件の金銭消費貸借兼保証委託（以下「本件ローン契約」という）の契約書・甲第一号証）の申込者欄であるご本人欄には被告名義の署名押印が存在すること及び原告においては販売店を通じてローン契約の申込があつた旨の連絡を受けた場合電話で申込者に対し確認する体制をとつているところ、原告の担当者佐藤康雄が昭和五六年一月二四日（木）午前九時三七分ころ確認のため被告方に電話をしたところ、応対した者は被告を名乗り、本件契約の申込を肯定する返事をしたことが認められ、これに反する証拠はない。

(二) 成立につき当事者間に争いのない乙第二ないし第六号証、被告本人尋問の結果及びこれにより真正に成立したものと認められる乙第一号証によると、甲第一号証に存在する被告名義の署名押印のうち、署名は被告の自署ではなく、また押印はかつて被告が使用していたが縁が欠損したので昭

和五四年一〇月以降使用を廃止していたところ、いつのまにか紛失した印章により顕出されたものであること、被告は自動車免許を有せず、このため自ら自動車を使用する意思を有しないこと、被告は〇〇陶業に勤務し、平日は午前七時二〇分ころ勤務のため自宅を出る習慣であること、被告の長男宏一は本件以外に数件被告の署名押印を冒用して信販会社とローン契約を締結した経歴を有することが認められ、この認定に反する証拠はない。

(三) 考察

1 右(一)、(二)認定の事実を基礎として考察すると、次のとおりとなる。

(1) 原告の担当者は電話で被告と名乗る者と応対したのであるが、この方法は、相手方の姿を見分せず、しかも電話を通しての音声のみで応接するのであるから、電話の相手方が被告以外の者であることを看過する可能性を否定することができない。それゆえ、電話の相手方が被告を名乗り、かつ、本件ローン契約の申込を肯定したとしても、この事實は、被告が本件ローン契約の申込をしたことを明白に裏づける性質のものではない。

(2) 右の(一)の点に加え、(二)認定の本件印章の持出の可能性や被告の長男宏一の経歴等から考えると、甲第一号証により本件ローン契約の申込をしたのは、右宏一で

あり、また原告担当者と電話で応対したのは右宏一ないしその意を受けた第三者ではないかとの疑問を生ぜしめる。

2 しかし、本件全証拠によるも、右の疑問を解消することができないから、被告が本件ローン契約の申込をしたものと認定することはできないといわざるをえない。

二 そうすると、その余の点について判断するまでもなく、原告の本訴請求は失当である。

よつて、これを棄却することとし、訴訟費用につき民法八九条を適用して、主文のとおり判決する。

この裁判例も、「原告担当者」と電話で応対したのは「被告の子である」右宏一ないしその意を受けた第三者ではないかとの疑問を生ぜしめる」と判示している。

五 実、右に紹介した三つの事案は、原告および被告が同一である。契約が締結されたとされるのは、(1)の事案においては昭和五六年一月一日、(2)の事案においては同年一月二八日、(3)の事案においては翌五七年一月二八日である。わずかに二か月あまりの間に、同一のクレジット業者との間で締結される契約において、自動車二台の購入について購入者となり、一台の購入について連帯保証人となるという場合でも、「なりすまし」や「替え玉」による対応が可能なような契約締結手続が行われていたということは、記憶されて良い。

クレジット業者は、電話による意思確認の際には本人確認のために、本人でないと答えられないこと（例えば、誕生日）を聞くなどとしているが、これらの事例のように家族が購入者本人や保証人本人になりますような場合には、何の歯止めにもならないことは明らかである。

六 さらに、「替え玉」による対応がなされる様子が資料から明らかな裁判例を一つ紹介しよう。最後に紹介する判決は、原告（日本信販株式会社）が被告に対して一〇三万円余の求償金等の支払を求めた事案に関するものである（静岡地方裁判所平成元年(ワ)第四〇九号求償金請求事件（判例集未登載））。原告は、被告がクレジット契約を締結したと主張した。静岡地方裁判所民事第二部（河本誠之裁判官）は、平成二年九月一九日、次のように判示して、原告の請求を棄却した。

#### 〔資料⑥〕

#### 理 由

一 請求原因1の事実は、当事者間に争いが無い。  
 二 甲第一号証は、オートサービスローンと題する金銭消費貸借契約書兼保証委託契約書であり、被告が請求原因2のとおり太陽生命から金員を借り受け、同3のとおり原告に保証を委託し、事前求償権に関する合意をすることなどが記載され、契約者本人の欄に、被告の記名捺印があり、住所・勤務先等の記入がされている。

そこで、甲第一号証の右被告作成部分の成立について検討するに、右捺印の印影が被告の印章によるものであることは、被告の認めるところであるが、被告本人尋問の結果によれば、当時被告は大川庄吉と被告方で同棲しており、同人及びその知人の倉吉俊一から信販会社を利用して物品を購入するについて名義を貸して欲しいと頼まれ、これを断ったことがあること、被告の記名捺印、住所・勤務先等の記載は被告がしたものであること、被告の印章は被告方に格別嚴重な保管方法を講ずることなく置いてあったものであり、大川庄吉がこれを容易に冒用することのできるような状況であったことが認められる。そして、被告本人は、大川庄吉が倉吉俊一と相談の上、被告に無断で、右記名捺印をし、住所・勤務先等を記載したものであると供述しており、これらをあわせ考えると、右捺印の印影が被告の印章によるものであるからといって甲第一号証の右被告作成部分が被告の意思に基づいて成立したものであるとたやすく認定することはできない。

証人岡本智恵子の証言により成立の認められる甲第二号証の一及び右証言によれば、原告の社員が昭和六一年六月二二日甲第一号証に記載された電話番号により被告方に電話をかけ、電話に出た被告と称する女性に甲第一号証の記載内容の概要について確認を求め、右女性が異議を述べなかつたことが認められるが、被告本人尋問の結果に照らし右女性が被告本人であったかについて疑問の余地があるうえ、それが被告

本人であったとしても、証人岡本智恵子の証言によつては、その際被告が甲第一号証の契約内容等を理解してこれを確認したとはにわかに認め難く、右認定事実から直ちに被告が請求原因2、3の金員の借受け等をしたものと認めることはできない。また、前記甲第二号証の一、証人北見潤一郎の証言及び弁論の全趣旨により成立の認められる甲第二、三号証の各二並びに右証言中、被告が原告の債権回収担当社員との交渉において倉吉俊一に頼まれて名義を貸したと述べていたとある部分も、被告本人尋問の結果に照らしにわかに採用することができず、そのほかに被告本人尋問の結果を覆して請求原因2、3の各事実を認定するに足りる証拠はない。

三 そうすると、その余の点について判断するまでもなく、原告の本訴請求は理由がないからこれを棄却することとし、訴訟費用の負担につき民事訴訟法八九条を適用して、主文のとおり判決する。

ここに紹介した裁判例の場合には、幸いにして、被告の「不在証明」が可能な事案であった。静岡地裁判決は、「電話に出た被告と称する女性……が異議を述べなかつたことが認められるが、被告本人尋問の結果に照らし右女性が被告本人であったかについて疑問の余地がある」と述べているので、この事件の被告本人調書の一部を引用しておこう。

## 〔資料⑦〕

## 陳述の要領

被告代理人

## 《中略》

19 あなたは、昭和六一年頃に、原告会社の岡本という人から電話をもらったことはありませんか。

ありません。

20 その人があなたに電話をかけたという昭和六一年六月二二日は日曜日なのですが、その日にあなたがうちにいた可能性は高いのですか。

私は昭和六一年の四月頃から昨年の一二月まで〇〇〇〇という釜飯屋に勤めていたのですが、そこは気が向いたら来てくれということでしたので、日曜日にいったのです。そして、その勤務時間は午前一〇時半から夜の一〇時頃まででしたので、その日はうちにいた可能性は少ないと思います。

21 原告会社の方では、あなたに午前一一時頃電話をしたらあなたが出て「はい、はい。」と返事をしたというのですが、その記憶はありませんか。

ありません。

22 では、その時誰かがあなたのうちにいた可能性もあるのですか。

先程言いましたように、大川はうちに自由に出入り

きましたので大川が友達を連れて来ていた可能性があると 생각합니다。

## 《後略》

七 右にみた裁判例のような「不在証明」が可能である場合には、被告が敗訴する可能性は少ないであろう。しかしながら、実際の訴訟においては、被告が電話で応対していないにもかかわらず、敗訴判決を受けた（すなわち、身に覚えのない保証債務の履行を命じる判決が言い渡された）事例も存在することは、前稿においてみたとおりである。

（6）新湯弁護士会編「保証の実務」（一九九三年）一五頁。

## 四 電話確認業務の実際

一 クレジット取引においては、クレジットカード契約書は加盟店の店頭や訪問販売業者が訪問した消費者の自宅等において作成されることが一般的であり、クレジットカード契約書の作成にクレジット業者の従業員が関わることは稀である。したがって、電話による契約意思の確認業務は、クレジット業者と購入者または保証人が契約締結前に接触するほぼ唯一の機会である。しかも、その業務によって得られた情報に基いて与信の可否が判断される。

ここでは、そのような重要な業務をどのような従業員が担当し、電話によってどのようなことを聞き取っていたかを見ておこう。

二 前稿において紹介した福岡高等裁判所昭和五八年(ネ)第三三二号立替金請求控訴事件(判例集未登載)の審理においては、確認担当者として証言したクレジット業者の従業員が右の点についてかなり詳細に供述しているので、控訴審における証人調書を見ておこう(「東野さん」といわれているのが本件のクレジット契約書の連帯保証人欄の名義人であり、原告によって保証債務の履行を求められた被告である)。

〔資料⑧〕

陳述の要領

控訴代理人

1 証人は現在オリエントファイナンス株式会社で仕事をしていますか。  
はい。

2 いつ会社に入ったのですか。  
昭和五四年一二月です。

3 どういう仕事をしたのですか。  
営業事務係の仕事です。具体的には受付、審査の仕事です。

4 東野さんの確認をしましたね、そのときはどういう係だったのですか。

たのですか。

調査確認係です。その係になったのは昭和五五年一月からです。

5 調査確認というのはどういう仕事をするのですか。  
加盟店から調査確認の申込みがあるので、内容をチェックした上、可否をきめるのです。

6 毎日同じ仕事をするのですか。  
はい。

7 一か月に何名位の契約者、保証人の確認をするのですか。  
約三〇〇〇件です。

8 契約書がくるのですか。  
内容をチェックする調査票がきます。

甲第一号証〔契約書〕を示す

9 この契約書には調査票が添付されてくるのですか。  
先に調査して、加盟店に対し、可否を連絡した後、契約書がきます。

申込みの内容、過去に利用したことがあるかどうか、過去に支払を遅滞したことがあるかどうか、又金額によって、信用を与えるのが可か否かを連絡するのですか。品物を販売する所を調査するのですか。

10 あなたの立替える本人に対して調査するのですか、品物を販売する所を調査するのですか。  
購入者に対しての信用調査です。

11 その調査が終ってから契約書が回ってくるのですか。

- 12 調査の内容は、あなたの方のコンピューターにデータとして入っているのですか。  
はい。
- 13 確認はどの段階ですのですか。  
調査をした後確認するのです。  
あなたが確認するのは日にどれ位ありますか。  
二〇件から三〇件です。
- 14 一件当りの確認にどれ位時間がかかりますか。  
三分から四分です。電話の応対だけです。  
電話の応対だけで、契約者本人、連帯保証人に会って内容を確認しないのですか。  
電話だけで、会うことはありません。  
本件でも会っていませんね。  
はい。
- 16 甲第二号証〔調査票〕を示す  
《中 略》
- 20 まず〔購入者の〕山田商會に確認したのですね。  
はい。
- 21 どういうやりとりをしたのですか。  
当時の電話内容まで覚えていませんが、一般には当人を呼出し、当人から名前、生年月日、住所等を書いてもらい、こちらから具体的契約内容を説明して同意を得ます。
- 22 これに六月二十七日七時一四分と書いてありますね。それは夕方の七時一四分ですか。  
はい。
- 23 《中 略》
- 24 東野に対しては、六月二十九日九時一四分に確認したのですか。  
はい。
- 25 東野さんのやりとりを記憶していますか。  
一言一句まで覚えていません。  
しかし、確認するパターンがきまっています、それに従ってするので大体分ります。
- 26 東野さんから確認するときに意見なり話はありませんでしたか。  
覚えていません。
- 27 連帯保証人になっている人から当初想定しているのと違ったことを言われた場合どう対処するのですか。  
そのときは一たん確認をやめて、販売店に連絡します。  
《中 略》
- 37 被控訴代理人  
一か月〔原文のまま〕のあなたの確認件数は二〇件から三〇件ということですが、勤務時間は何時から何時までですか。

午前九時から午後五時までです。業務量が多いときは夜九時頃まで残ることがあります。

38 確認件数は昼と夜では違いがありますか。  
殆ど夜やります。

39 昼間確認しないというのはどうしてですか。

外に女子社員がいますので、私はしません。

40 あなたが昼間午前中に確認するのはどういう場合ですか。

本件のような高額の契約の場合です。

41 それは一日に何件位ですか。

多くて一、二件です。

《中 略》

裁判長

62 東野さんに電話したときのことですが、何かを見ながら電話をかけるのですか。

調査票を見てかけます。

甲第二号証〔調査票〕を示す

《中 略》

66 東野さんの氏名、自宅の電話番号、生年月日こういうのは、あなたが書き込んだのではなく、あなたの手元に回ってきたのですか。

はい。

《中 略》

70 このとき勤務先で本人に確認した内容というのはどういう

ことですか。

勤務先に電話をかけて本人を呼出し、名前、生年月日、住所を確認したうえで内容を話し、保証人になっているかどうか確認し、東野さんの了解を得たうえで記録を残したのです。

《中 略》

72 こういう取引の保証人だが、ご承知なんですかと聞くのですか。

はい。

73 そんなことは知らんと言われて、あなたの方で無理に承認したことにする必要はありませんね。

はい。

74 無理に承認させたりすると、オリエントファイナンスの不利益になりますね。

はい。

75 あなたの責任問題もありますね。

はい。

76 こういうことに敏感でなければならぬわけですね。

はい。トラブルが起ったりしたらいけません。

77 そういう業務について現在までどれ位になりますか。

約三年になります。

78 オリエントファイナンスに入ったのは昭和五四年一二月と

いうことでしたが、一年位は外の仕事をしたのですか。

87 営業の方をやりまして、外回りをしました。  
86 その前は何をしていましたか。  
85 別の会社に勤めていました。  
84 この事件の確認の仕事をしたのは、入社してどれ位たったときですか。  
83 一年半位たったときです。

控訴代理人

甲第一号証を示す

82 確認するとき、これはあなたの手元にありますか。

いいえ、ありません。

81 確認するときには何か外に心掛けていることはありませんか。

別の話をすることはありません。あくまで契約内容の確認と、了解しているかどうかの意思の確認です。

80 契約書にあなたが署名したかという質問を發しますか。

いいえ、その質問はしません。

79 ゴム印を押しているような場合、印鑑が本人によって押されたか、権限があつて押したのかは大事ですが、その質問を發しますか。

いいえ。

78 東野さんの場合印鑑はあなたが押したものですかという質問を發しましたか。

いいえ。

77 東野さんの場合印鑑はあなたが押したものですかという質問を發しましたか。

いいえ。

76 東野さんの場合印鑑はあなたが押したものですかという質問を發しましたか。

いいえ。

裁判長

86 この買物はちょっと値がはりますがよろしいですかという  
85 ようなことは聞かないのですか。  
84 契約の金額を言つて確認します。  
83 お客様に失礼な言い方は商売ですからしません。

三 前節において紹介した静岡地方裁判所平成元年(ワ)第四〇九号求償金請求事件の審判においても、契約意思の確認を担当したというクレジット業者の従業員が契約締結の手續についてかなり詳細に供述しているので、その証人調書をみておこう(先にみたように、被告は本件のクレジット契約書のご本人欄の名義人であり、原告によつて求償債務の履行を求められている。なお、本件の陳述の要領には、発問の内容は全く記載されていない)。

#### 〔資料⑨〕

陳述の要領

原告代理人

1 私は、昭和五四年から現在まで原告会社〔日本信販株式会社〕静岡中央支店に勤務しています。

甲第二号証の一(決裁票)を示す

2 この内、私を書いた所は、真ん中の右側の意思確認の欄で、調査内容、確認内容とある所です。この被告に対する意思確認は、私が被告に電話をかけてやったの

3  
ですが、その結果は確認内容の欄にあるとおりです。確認内容の欄を説明すると、時刻の2は午前中ということ、六月二二日の午前十一時に確認をしたということ、確認先の2は、自宅・家族の内自宅ということ、確認相手の1は、本人に確認したということ、確認相手の1は、本人に確認したということ、不一致の欄の1は、一致したということ、印象の欄の2は印象としては普通だったということです。そして、意思の所に丸がしてあるのは、確認をしたということ、

4  
その時の確認内容ですが、被告には保証人がついていてその人には確認ができていましたので、今回の契約内容、住所・氏名、生年月日、勤務先について偽りがないかを確認し、その後加盟店、商品名、金額、支払回数、銀行の普通預金口座を確認しました。その上で確認の丸をつけました。なお、この確認の電話には被告本人ができました。

5  
その確認は六月二二日午前一時で、普通の人はその時間にはいないと思われるかもしれませんが、その日は土曜日だったと思います。私は、土、日に確認をやる担当でしたから、その日に電話で被告に確認したのです。

6  
被告代理人  
私が確認の業務を行うようになったのは昭和五四年か

7  
らで、途中で業務は営業に変わりましたが、その後も土、日には当番で確認の業務をやっていました。

8  
本件の確認をした日は日曜日ということですが、今言いましたように私は土、日に出勤して確認をやっていたのです。

9  
一日の確認数は一〇件から二〇件位になります。

10  
甲第二号証の一を示す  
本件の確認は、昭和六一年になされていますので、その時をしっかりと覚えていてるわけではないかもしれませんが、これには確認をした上で問題がないということを書いたと思います。

11  
確認をやる時には、この書類が私の所にくるのですが、その時には左上の氏名、住所、性別、電話番号、勤務先、その住所、電話番号、保証人の名前、性別、住所、電話番号、勤務先、その電話番号、それと保証人の意思確認、在籍の確認の部分です。そして右上の加盟店、電話番号、分割回数、商品名、価格の部分が記載されています。なお、本人の在籍の確認は、六月二二日に宮津がとっていますし、太い赤字で書かれた字と丸は、私が確認をした後に担当の上村が書いたと思います。

12  
ただ、確認内容の欄の本人と意思の丸は、私が確認をする前に担当者が分るようになっていること、先に書かれていたと思います。

- 11 本人の住所の下に赤線を引いて、その横に五・五・四七と書かれています。これも上村が書いたと思います。被告の実際の住所は上村が書いた所ようですが、私はこれに書かれていた住所で確認をしました。
- 12 その横に名義貸しということが書いてありますが、これは私の所にこの書類が回って来た時にはなかったと思います。こういう記載のある物は会社の方針として貸付けをすることはありません。
- 13 私が確認の際、本人かどうかを確認するのは住所、氏名、生年月日、勤務先の四つです。その四つを私の方で相手に聞いて間違いのないかどうかを確認します。
- 14 契約内容の確認の仕方は、本件については保証人がついていますから、その保証人の名前、生年月日、住所、電話番号、勤務先、その住所、電話番号を被告に聞きます。そして、次に被告の生年月日、電話番号、勤務先、その電話番号、住所を確認し、その後で加盟店名、車の申し込みを受けたという事で分割回数、金額、支払方法、銀行口座の確認をして、これから手続きをしますが宜しく願いますと言います。
- 15 本件では、私は保証人と被告の関係については確認をしていますが、7ということですから親戚ということになっていません。
- 16 私の確認に対し、被告は「はい、はい」という返事を
- 17 して、違いますとは言いませんでした。契約書に本人が自分で署名捺印をしたかどうかという事は確認しません。
- 四 右に紹介した二つの事件における証人の供述は、改正法施行前のクレジット取引の世界における確認業務のあり方について、ある意味で多くのことを明らかにしている。この二つの事件の原告は当時のクレジット業界を代表する企業でもあるので、当時の業務の実態に関する証言の内容をまとめてみよう(以下、福岡高裁の事件の担当者を「オリエントの担当者」、静岡地裁の事件の担当者を「日本信販の担当者」という)。
- ア クレジット業者は、入社後何年程度の経験を有する社員を確認業務に配置していたか。オリエントの担当者は入社後一か月から確認業務を行っていたと証言し(第2項、第4項)、日本信販の担当者は入社した年から確認業務を行っていたと証言している(第1項、第6項)。
- イ クレジット業者は、新入社員にも確認業務を行わせていたということがある。
- ウ 確認すべき事項について、オリエントの担当者は、購
- イ 確認担当者は、一件の契約意思の確認を電話で行うのどのくらいの時間を掛けていたか。オリエントの担当者は、「三分から四分です」(第15項)と証言している(電話確認の所要時間については、次節において改めて検討する)。

入者に対しては、「名前、生年月日、住所等を言ってもらい、こちらから具体的契約内容を説明して同意を得ます」(第21項)、保証人に対しては、「名前、生年月日、住所を確認したうえで内容を話し、保証人になっているかどうか確認」(第70項)すると証言し、日本信販の担当者は、購入者に対して、「今回の契約内容、住所・氏名、生年月日、勤務先について偽りがないかを確認し、その後加盟店、商品名、金額、支払回数、銀行の普通預金口座を確認し」(第4項)、さらに、「保証人の名前、生年月日、住所、電話番号、勤務先、その住所、電話番号」(第14項)についても購入者に聞くと証言している。

なお、右の点については、これほど詳細に確認をしていたのか否か、そもそも疑問であるが(後述八参照)、仮にしていたのだとしたら、前節でみたような「なりすまし」や「替え玉」がどうして可能だったのかという疑問も生じる。その一つの答えが、確認は決裁書に記載された事項を担当者が読み、それに対して、電話に出ている者が「はい、はい」という返事を(第16項)するかたちで行われたという日本信販の担当者の証言のうちにあることを付言しておく。

エ 電話によって契約意思を確認する時点で、契約書は担当者の手元にあつたかどうか。オリエントの担当者は、先に確認をし、契約書は可否を連絡した後に来ると証言し(第9項)、日本信販の担当者は、決裁票で確認をすると証言している(第10項)。日本信販の場合にも、契約書は確認担当者の手元には

なかつたとみて良いであろう。

オ 契約書が確認担当者の手元になくしても、担当者は、購入者または保証人が契約書に署名押印したか否かを確認していたかどうか。オリエントの担当者は、「契約書にあなたが発名したかという質問を發しますか」、「ゴム印を押しているような場合、印鑑が本人によって押されたか、権限があつて押したのかは大事ですが、その質問を發しますか」、「東野さんの場合印鑑はあなたが押したものですかと」と質問を發しましたか」という問のいずれに対しても、「いいえ」と回答しており(第83項ないし第85項)、日本信販の担当者は、「契約書に本人が自分で署名捺印をしたかどうかということは確認しません」(第17項)と証言している。

五 右にみた証言の内容から明らかとなる重要な点の一つは、改正法施行前のクレジット取引の世界においては、契約書は作成されるものの、クレジット業者はそれをクレジット契約またはそれに伴う保証契約を締結した事実を証明するものとして重視していなかったということである。実印の押捺や印鑑証明の添付を求めなかっただけでなく、「契約書に本人が自分で署名捺印をしたかどうか」の確認すらしていないのである。

六 そうであるとするれば、電話による契約意思の確認業務は、きわめて重要なものであると思われる。しかしながら、右にみたように、クレジット業者はそのような業務を新入社員に

も行わせていた。新入社員も電話による契約意思の確認業務を行っていたということは、マニュアルが存在するというところである。オリエントの担当者や日本信販の担当者が「確認すべき事項」としてあげているものは、そのマニュアルに掲げられているものであると思われる。

七 それでは、実際の確認業務は、そのマニュアルに沿って行われていたのであろうか。参考となる裁判例を二つ紹介する。

(1) 最初の判決は、浦和地方裁判所が昭和五七年一〇月二九日に言い渡したものである（昭和五七年(ワ)第五一一号立替金請求事件（判例集未登載））。

(一) 原告（株式会社オリエントファイナンス）は、昭和五六年七月二三日、被告との間で、被告が株式会社サイショウより購入したテラスの代金の六八万円を原告が同社に立替払することなどを内容とする立替払契約を締結したが、被告が支払をしない、と主張して、被告に対し、立替金等の残金九二万五五〇円と遅延損害金の支払を求めた。

(二) 浦和地方裁判所民事第二部（手代木進裁判官）は、次のように述べて、原告の請求を棄却した。

〔資料⑩〕  
理 由

一 まず、本件立替払契約の成否について判断する。

原告は右契約成立の証拠としてファミリローン契約書写（甲第一号証）を提出し、被告は同契約書写（乙第二号証）を偽造文書として提出するところ、被告本人尋問の結果によれば、同人は同契約書を作成したことも他人に作成を委任したこともなく、同契約書中に記載された同人の氏名は同人が署名したものでないし、押捺された渡辺の印影は同人の印鑑によるものではないことが認められ、他に右契約書が被告により作成されたことを証するに足りる証拠はないから、右契約書に基き本件契約の成立を認めることはできない。

証人岡真琴は、原告会社では本件のような立替払契約を締結するには、まず、顧客（申込者）が加盟店（販売会社）において契約書（原告宛のファミリローン契約書）を作成して契約の申込をなし、次いで加盟店はその内容を原告会社に連絡し、更に原告会社は申込者の信用調査をなした上申込者本人に対し電話等で契約意思及び契約内容を確認して申込を承諾することにより契約を成立させる方法をとっており、本件においても、原告会社は、加盟店である株式会社サイショウから被告の契約申込について連絡を受けたので、係員岡真琴が、昭和五六年七月二三日、電話により被告に対し契約意思及び契約内容の確認を行い、同日、本件契約を成立させたのであり、右電話の際、先方の言った生年月日と甲第二号証記載の被告の生年月日との一致をもつて被告本人確認の手段としたと供述し、同証人の証言により成立の認められる甲第

二号証には、同日岡が被告に対し確認を行ったこと及び被告の生年月日が昭和一七年三月二日であることが記載されている。しかし、被告本人尋問の結果によれば、被告は前同日頃原告会社から電話を受けたことはなく、同人の生年月日は昭和二〇年一月二五日であることが認められるのであつて、これらの事実を照らし、甲第二号証の記載は信用できず、また、証人岡真琴の証言も採用することができない。

《中略》

以上によれば、他に本件契約の成立を証するに足りる証拠の認められない本件においては、立替金契約は成立しなかつたと認定せざるを得ない。

二 よつて、本件立替金契約の成立を前提とする原告の請求は、その余の点を判断するまでもなく理由がないからこれを棄却することとし、訴訟費用の負担につき民法八九条を適用して主文のとおり判決する。

(2) 次に、もう一つの判決を紹介しよう。東京地方裁判所が平成六年五月一二日に言い渡したものである(平成五年(ワ)第一五四八八号立替金請求事件(判例集未登載))。

(一) 原告(日本信販株式会社)は、平成四年八月一〇日、被告との間で、被告が販売店訴外酒田淳一より購入した一絃琴一式および備品の代金の一〇〇万円を原告が右販売店に立替払することなどを内容とする立替払契約を締結したが、被告が支払

をしない、と主張して、被告に対し、立替金一〇〇万円と遅延損害金の支払を求めた。

(二) 東京地方裁判所民事第四〇部(田中俊次裁判官)は、次のように述べて、原告の請求を棄却した。

《資料⑪》

事実及び理由

第一 請求

《中略》

第二 事案の概要

《中略》

第三 争点

一 被告の本件立替払契約締結申込みが行われたか否か(原告の主張)

原告は、加盟店である酒田(看雲庵東京)を通じて被告から本件立替払契約締結の申込みを受けたので、被告の与信状況等を調査の上、右申込みを承諾したものであり、右契約は原告と被告との間で直接締結された。

《中略》

また、原告担当者田中真は、平成四年八月四日午後七時四分、被告の勤務先に電話をかけ、被告本人に対し、本件立替払契約の申込みをその意思に基づいて行ったことを確認した。

(被告の主張)

《中略》

なお、被告は、本件契約書作成の際、原告から契約意思の有無の確認の電話を受けたことはない。

二 仮に、被告に本件立替払契約締結の申込みの意思がなかったとしても、心裡留保により本件立替払契約が有効に成立したことになるのか

《中略》

第四 争点に対する判断

一 争点1 (被告の本件立替払契約の申込みの有無) について

《中略》

3 また、原告の担当者田中眞は、被告が右契約書用紙に氏名、住所等を記載して酒田に交付した日の後である平成四年八月四日午後七時四五分に、被告に直接電話を架けて前記契約内容を直接確認した旨を証言しており、右確認状況を記載した決裁表と称する書面(甲二)にも、これと同趣旨の記載がある。ところで、田中の証言は、被告に対して、本件契約書に被告の勤務先電話番号として記載されているところのみに従って電話を架けた(甲二には本件契約書のコピーが添付されている)のであり、電話が通じなくて電話帳で調べたり、N T Tに問い合わせるなど他の資料を見たことはない旨再三にわたり断言するものである。しかし、被告の勤務先電話番号は、実は××八九一八三九九であって、

本件契約書に記載されている電話番号(××三八一八三九九、右電話場合は酒田によって記載されたものと思われる)は、被告とは全く無関係の上場企業である日本〇〇株式会社のものであったことが認められる(乙八ないし一一)から、田中が本件契約書記載の被告勤務先電話番号に電話を架け、被告が右電話に出て契約内容の確認を行ったとは考えられないことである。

したがって、田中が真実被告に電話で契約内容を確認したというためには、田中が当時正確な被告の勤務先電話番号を把握しており、それに基づいて右電話を架けたと解するほかはない。この点について、原告は、田中が意思確認の電話をした平成四年八月四日の時点で、被告の契約申込時点で得られた他社の信用情報(甲五の2)により、正確な被告の勤務先電話番号を把握しており、田中やその他の原告担当者が右の正しい電話番号によって電話を架け、被告に契約締結の意思を確認したというべきである旨主張する。しかし、前記のように、田中は、当法廷において、もっぱら本件契約書記載の電話番号に基づいて電話を架けたものであり、他の資料を見たことはない旨再三にわたり断言しているのであって、いくら多量の同種事務を扱うとはいえ、契約者とは全く無関係のところから電話を架けてしまいい、他の資料を見て正しい電話番号が判明したという事態はそう頻繁にあるものではなく、かなり印象的な出来事と

いべきであるのに、尋問者から再三にわたる追及を受けてもその点の記憶が喚起されないのは不自然である。また、仮にその時点で本件契約書に記載された電話番号とは異なる正しい電話番号が判明していたら、そのコピーが添付されている前記決裁表にその旨の訂正ないしメモ書きをするのが通常であると考えられるのに（特に、甲二によれば、本件では田中が電話を架ける前に別の担当者が確認の電話を入れているのであり、そこに記載されている電話番号が違っているなら、同書面にその旨を明らかにして後の者にそのことを引き継いでおくのが当然の措置であろう）、そのような記載がなされていないのである。

そうすると、被告に対し直接契約内容の確認をとった旨の田中の証言には、右のような看過できない矛盾点や不自然な点があり、たやすく信用できないものといふべきである。

4 以上のとおり、被告が本件立替払契約のような内容の契約を原告との間で締結したとは未だ認め難いといふべきである。

#### 《中 略》

二 争点2（心裡留保）について

#### 《中 略》

三 よって、原告の請求は理由がない。

八 右にみた二つの裁判例は、いずれもクレジット業者の確証担当者の証言を採用していない。

被告の電話番号が実際のもとは異なっているにもかかわらず、大手クレジット業者が電話によって契約意思を確認したと頑強に主張した東京地裁判決（原告は日本信販）は、クレジット業者の従業員の証言の信用度が一般的に高くないことを示すものである。「本件契約書に被告の勤務先電話番号として記載されているところのみに従って電話を架けた……旨再三にわたる断言」しながらも、的確な反対尋問にさらされた結果として、「被告に対し直接契約内容の確認をとった旨の……証言には、……看過できない矛盾点や不自然な点があり、たやすく信用できない」と断定される事例は少なくない。二および三においてみたような証言の信用性を判断するにあたっては、このような事例が少なくないことを想起すべきであろう。

これに対し、「電話により被告に対し契約意思及び契約内容の確認を行い、……右電話の際、先方の言った生年月日と甲第二号証記載の被告の生年月日との一致をもつて被告本人確認の手段としたと供述し」ながらも、「甲第二号証には、……被告の生年月日が昭和一七年三月二日であることが記載されている。しかし、……同人の生年月日は昭和二〇年一月二五日であることが認められる」と判示した浦和地裁判決（原告はオリエンツファイナンス）は、クレジット業者の確認担当者が電話を掛けていたとしても、先にみた証言において「確認すべき事項」と

されているものについて、実際には確認が行われていないことが少なくないことを示唆するものである。<sup>10)</sup>

以上みてきたように、電話による契約意思および契約内容の確認は、実際には行われていない場合もあり、行われていたとしてもマニュアルとはほど遠いような内容のものであることが少なくないのである。それにもかかわらず、クレジット業者は、担当者が相手方の購入意思や保証意思を確認したと主張して、立替金の支払債務や保証債務の履行を迫り、応じない者に対しては訴訟を提起しているのである。

(7) 大阪簡易裁判所昭和五八年九月六日判決は、確認担当者は「入社したばかりであつて、なんらの教育、訓練も受けることなく本件のような確認の業務についたばかりであつて同人が被告に電話したという一〇月九日は入社後僅かに九日であるに過ぎず、従つてその確認事務に十分習熟していたとは考えにくい……」と判示している(吉原省三監修『判例信用供与取引法』(一九八五年)九六頁参照)。

(8) 日本消費生活コンサルタント協会関西支部訪販部会「信販会社(九八七年)は、当時の主要クレジット業者二社を対象にアンケート調査を行い、九社から得られた回答の結果を取りまとめた貴重な資料である。これによると、マニュアルの会社については、この質問に無回答の二社を除いて、全ての会社

が「ある」と回答しているとのことである(前掲書二頁)。

(9) 後に紹介する裁判例においても、被告の自宅や勤務先の電話番号が誤っている事実が認定されていることなどからすると、クレジット業者が実際には電話による意思確認を行っていなかった事例はかなり多数にのぼるものと思われる。

(10) 次節において紹介する大阪地裁判決も、契約書(甲第一号証)に記載された被告の生年月日が正しくないこと、住所として記載されているのは単に住民票上の住所にすぎないこと、被告の勤続年数として一〇年と記載されているけれども、正しくは五年であつたことなどを認定したうえで、「電話による連帯保証意思確認の際、何の問題もなく訴外(人)の本件契約上の債務を連帯保証する意思がある旨回答したとは到底考えられない」と判示している。

## 五 電話確認の所要時間

一 前節においては、購入者または保証人に対して契約意思の確認を行うのに、一件につき、どの程度の時間を掛けているかについて、確認担当者がどのように証言していたかをみた。本節においては、電話による契約意思の確認に要した時間についてふれている裁判例を二件紹介する。

二 次の判決は、原告(株式会社オリエントファイナンス)が被告に対して八六万円余の未払分割金等の支払を求めた事案

に関するものである（大阪地方裁判所昭和六〇年（ワ）第五四八七号保証債務履行請求事件（判例集未登載））。原告は、「被告は、昭和五九年二月五日原告に対し、訴外西田道子の本件契約上の債務を連帯保証する旨約した」と主張した（請求原因②）。大阪地方裁判所第五民事部（木村修治裁判官）は、昭和六一年一月二九日、次のように判示して、原告の請求を棄却した。

#### 〔資料⑫〕

#### 理 由

まず、被告が、原告主張（請求原因②）のように、訴外西田道子の本件契約上の債務（合計一一九万七〇〇〇円）を連帯保証したかどうかにつき判断する。

右事実に関し、証人柳井頼子（原告の調査担当員）は、昭和五八年一月二八日午後四時四〇分ころ、当時被告が勤務していた〇〇〇株式会社に架電し、被告に対し、右連帯保証意思の確認をしたところ、何の問題もなく右確認が得られ、その所要時間は一分足らずであつた、そして、甲第二号証は、その際同証人が右確認の内容等を記録した調査票である旨供述している。

然しながら、被告本人尋問の結果と甲第一号証によれば、本件契約は、訴外西田藍が娘の訴外西田道子の名義を使用して締結したものであること、被告は、クラブのホステスをしていた訴外西田藍の馴染み客であり、右訴外人とは面識があつたけれ

ども、右訴外人に娘がいること等は知らされていないところであつて、少なくとも本件契約が締結された昭和五九年二月五日当時、訴外西田道子とは面識がなく、その名前すらも知らなかつたこと、被告は、昭和五八年一月ころ、訴外西田藍から保証人になつて欲しい旨頼まれたことが何度かあつたけれども、明確にこれを断わつてゐること、本件契約締結にあたり、原告の加盟店である「岩崎ミンク」を通じて原告に提出された契約書（甲第一号証）の連帯保証人欄には、被告名の記載とその名下に印影が見られるけれども、右被告名の記載は被告の自署によるものではなく、右印影も被告の印章によるものではないこと、さらに、同欄には、被告の生年月日として昭和六年〇月一七日と記載されているけれども、正しくは同年〇月七日であり、住所として大阪府柏原市〇〇一丁目八「三九」と記載されているけれども、同所は単に住民票上の住所にすぎず（被告は、当時既に同所を転出して現在の肩書住所地に居住していた）、〇〇〇〇株式会社における被告の勤続年数として一〇年と記載されているけれども、正しくは五年であつたことが認められ、右認定を左右するに足る証拠はないところ、右事実によれば、訴外西田藍は、原告との間に本件契約を締結するにあたり、契約名義人を娘の訴外西田道子として本件契約を締結することを含め、被告を本件契約の連帯保証人とするについて、被告から明確な承諾を得ていなかったことが窺われるのである。

従つて、被告が、証人柳井頼子が供述するように、電話によ

る連帯保証意思確認の際、何の問題もなく訴外西田道子の本件契約上の債務を連帯保証する意思がある旨回答したとは到底考えられないところであつて、右柳井証言ひいては甲第二号証は、ともににわかには措信し難いものといわなければならず、他に原告の右主張事実を認めるに足る証拠はない。(甲第一号証の被告作成名義部分は、その成立を認めるに足る証拠がない。)

そうすると、原告の本訴請求は、その余の点について判断するまでもなく理由がないからこれを棄却することとし、訴訟費用の負担につき民事訴訟法八九条を適用して、主文のとおり判決する。

三 次の判決は、原告(株式会社大信販)が被告に対して六五一万円余の求償金等を請求した事案に関するものである(横浜地方裁判所昭和六一年(ワ)第二五八号求償金請求事件(判例集未登載)。原告は、「被告は、昭和五九年四月一八日、前項により、訴外人が原告に対し負担する求償債務につき連帯保証をした」と主張した(請求原因4)。横浜地方裁判所第八民事部(蘆原孟裁判官)は、昭和六二年九月二二日、次のように判示して、原告の請求を棄却した。

〈資料⑬〉

理由

《中略》

二 請求原因4項(求償連帯保証契約)について

1 まず、甲第一号証(契約書)及び甲第四号証の一(委任状(写))の各被告作成部分について、被告本人尋問の結果及びこれにより真正に成立したものと認められる乙第五、六号証及び乙第七号証の一、二によると、右甲号各証の被告作成部分は、いずれも、被告の知合いであり、本件金銭消費貸借契約の主たる債務者である訴外人が「○○○○」と刻した印鑑を偽造し、これを用い被告の氏名を冒用して作成したものであり、訴外人の偽造によるものであることが明らかであり、また、甲第三号証(公正証書正本)は右偽造された委任状に基づいて作成されたものであるから、これらの文書をもつて求償連帯保証契約の成立を認めることはできない。

2 なお、証人小幡淳一の証言及びこれにより真正に成立したものと認められる甲第二号証(決裁申請書)によると、当時原告会社川崎支店に勤務していた小幡淳一が昭和五九年四月三日午後六時三〇分ごろ被告の勤務先に電話し、被告本人に対し本件求償連帯保証の意思の有無を確認した事実が認められる。しかし、同証人の証言によると、被告に対する右連帯保証意思の確認は、同日午後五時ころから同八時ころまでの間に、電話により一五件ないし二〇件位処理されていたうちの一件であることが認められるうえ、右甲第二号証の該当欄の記載は極めて簡略(日時の数字の記

入のほかは該当欄に○印を付するのみ)であつて被告との応酬の具体的経緯が明らかでなく(証人小幡淳一は、この点に関する明確な記憶がない)、被告本人尋問の結果と対比しても、右甲第二号証をもつて被告が本件求償連帯保証をした事実を推認するに足りない。

他に請求原因4項の事実を認めるに足りる証拠はない。

#### 《後略》

四 右に紹介した大阪地裁判決は、「調査担当員」の証言から、同人が被告の勤務先に架電し、「連帯保証意思の確認をしたところ、何の問題もなく右確認が得られ、その所要時間は一分足らずであつた」との事実を認定している。

これに対し、横浜地裁判決は、同じく確認担当者の証言から、同人が被告の勤務先に電話し、被告本人に対し本件求償連帯保証の意思の有無を確認した事実を認定したうえで、「被告に対する右連帯保証意思の確認は、同日午後五時から同八時ころまでの間に、電話により一五件ないし二〇件位処理されたうちの一件であることが認められる」と述べている。この説示だけを見ると、「保証意思の確認」には一件あたり九分から一二分程度の時間が掛けられていたようにみえる(ただし、この時間には、架電の後に書類を作成する時間も含まれているはずである。また、五時頃から八時頃までの間に他の業務を行うことがなかつたか否かも定かではない)。

また、福岡高等裁判所昭和五八年(ネ)第三三二号立替金請求控訴事件の証人尋問においては、クレジット業者の従業員である証人が一件当りの確認には三分から四分を要する旨を証言していることは前項においてみたとおりである。

さらに、仙台簡易裁判所昭和六〇年(ハ)第一八〇五号立替金請求事件の証人尋問においては、原告の株式会社大信販の管理課で調査業務に従事している従業員が、「調査業務とは一般的にどのようなことをやるのですか」という原告代理人の発問に対し、「電話とかファックスでクレジット契約の申込みを販売店から受けて、申込みの内容をチェックするのです」と供述し、「調査業務を専門としているのは何人ですか」という被告代理人の発問に対し、「六名です。一日四、五〇件処理しています」と供述している。この証言からすると、一件あたりの時間は(加盟店からクレジット契約の申込みがあつた旨の連絡を受けて、その内容をチェックする時間を含めて)一〇分前後の時間が掛けられていたようである。

五 このように確認担当者の証言は、ばらばらにみえる。しかしながら、実際の所要時間は、大阪地裁判決が認定しているように、通常はせいぜい一分程度だつたのではないかと推測される。一件あたり三分を超える時間が掛けられていれば、先にみたような「成りすまし」や「替え玉」の横行はありえないと考えられるからである。

(11) なお、証人尋問において、クレジット業者の確認担当者が確認の電話を一日に「多いときで一五〇件位、平均すると一〇〇件位」すると供述している例もある（拙稿「クレジット取引における連帯保証契約の成立」ジュリスト九一四号（一九八八年）一八二頁参照）。

(12) 「なりすまし」や「替え玉」を防ぐ方法としては、単に生年月日を訊くだけではなく、購入者や保証人に自分の干支を言ってもらうなどの方法が知られている。それ相応の時間を掛けていれば、このような質問も可能であるはずである。

## 六 杜撰な手続の具体例

一 これまで、クレジット業者が購入者または保証人に対してどのように契約意思の確認を行っていたかについて、その実態の一端をみた。本節においては、杜撰な契約締結手続の実態が裁判所によって明らかにされた事例を改めてみておこう。

二 販売業者が架空のクレジットを組んでクレジット業者から立替金を詐取した事案に関する判決を一つ紹介しよう。千葉簡易裁判所が昭和六三年四月二日に言い渡した判決である（昭和六一年（ハ）第一五二〇号立替金請求事件（判例集未登載））。

(1) 原告（株式会社大信販）は、昭和五七年二月五日、被告との間で、被告が販売店有限会社岩上商会より購入した理容器具の代金の一部九〇万円を原告が右販売店に立替払すること

などを内容とする立替払契約を締結し、同年同月二〇日に一括立替払をしたが、被告が立替金と手数料の合計六四万九四〇〇円を支払ったのみで、その余の支払をしない、と主張して、被告に対し、立替金および手数料の残金から戻し手数料を差し引いた四六万四〇二〇円と遅延損害金の支払を求めた。

これに対し、被告は、本件立替払契約締結の事実を否認した。(2) 千葉簡易裁判所（保田文雄裁判官）は、次のように延べた。本件立替払契約締結の事実を認めず、原告の請求を棄却した。

### 〔資料⑭〕

#### 理 由

一 甲第一号証（契約書）の被告の署名及び名下の捺印が、被告によつて、被告の印章により、なされたこと認めるに足りる証拠はない。

二 被告本人尋問の結果によつて真正に成立したものと認められる乙第一号証、被告本人尋問の結果及び弁論の全趣旨によれば、甲第一号証（契約書）の記載事項は、被告によつて記入されていないこと、被告は販売店有限会社岩上商会（以下商会（原文のまま）という。）から、本件に関する商品の引渡を受けていないこと、被告は原告に対し、本件の分割金の支払をしていないこと（岩上商会が被告名義で支払い、その額は金六四万九四〇〇円であると推認される。）の各事実を認め

ることができる。

右認定を覆すに足りる証拠はない。

三一 証人木村良夫の証言によつて真正に成立したものと認められる甲第二号証及び右証言によれば、右甲第二号証には、原告において、被告が本件立替払契約締結の意思を有することを確認した旨の記載があること、原告において、立替金を販売店に対して支払う場合には、購入者に対し、立替払契約の意思確認の手続を経ることが一般であること、原告が岩上商会に対して立替金の支払をしていることの各事実が認められ、右事実によれば、本件において、原告が被告の本件立替払契約の意思確認をなしたと、一応の推認ができることである。

2 他方、前掲甲第二号証によれば、確認の電話は、被告の自宅になされていたとされているところ、その電話番号は(三二)の××××と記載されているが、被告の自宅の電話番号は(六一)××××である(被告本人尋問の結果によつて認める。)ので、電話番号に誤りがあること、前掲の甲第一号証及び甲第二号証によれば、記載の自動支払預金口座番号が共に千葉相互銀行松ヶ丘支店被告名義の一五五一〇九番となつているが、被告は千葉相互銀行松ヶ丘支店に取引があるも、右の番号と異なるものである(被告本人尋問の結果によつて認める)こと、

甲第一号証の契約書が被告によつて作成されてない本件に

において、契約の成立を根拠付けるものは契約締結の意思を有することの確認である。電話確認によつて契約を成立させることは契約成立一般からみて例外であることから、契約意思を有することの確認は厳格になされるべきである。しかして、右の誤りは原告の確認について疑問を持つところである。

甲第二号証(契約書)が被告によつて作成されたものとは認められないこと、被告が商品の交付を受けていないことは先に考察のとおりで、右の事実によれば被告と岩上商会との間で、本件に関する商品について、売買契約が成立したかについても疑いがある。

3 右1の事実と右2に事実を加えて考えると、原告において、被告が本件立替払契約の締結の意思を有することの確認をしたと、確信するに至らない。

(甲第四号証の存在は、右の認定を左右しない。)  
 四 以上の事実を総合するに本件立替払契約が原・被告間で締結されたと認められない。

従つて、その余の点を考察するまでもなく、原告の本訴請求は失当である。

五 よつて、原告の請求は理由がないので棄却することとし、訴訟費用の負担について、民事訴訟法八九条を適用して、主文のとおり判決する。

三 販売業者が架空のクレジットを組んだ事案に関する判決をもう一つ紹介しよう。木更津簡易裁判所が昭和六三年六月二十七日に言い渡した判決である（昭和六二年（ハ）第六号、七号立替金請求事件（判例集未登載））。

(1) 原告（株式会社大信販）は、昭和五八年二月一六日、被告川原良明との間で、同被告が販売店有限会社岩上商会より購入した理容器具の代金の一部五〇万円を原告が右販売店に立替払することなどを内容とする立替払契約を締結し、同年三月五日に一括立替払をしたが、同被告が立替金と手数料の合計三二万六三〇〇円を支払ったのみで、その余の支払をしない、などと主張して、同被告に対し、立替金および手数料の残金から戻し手数料を差し引いた二八万二三七〇円と遅延損害金の支払を求めた（第六号事件）。

また、原告は、昭和五七年八月一六日、被告川原千夏との間で、同被告が岩上商会より購入した理容器具の代金の一部九八万円を原告が右販売店に立替払することなどを内容とする立替払契約を締結し、同年九月五日に一括立替払をしたが、同被告が立替金と手数料の合計七八万三八〇〇円を支払ったのみで、その余の支払をしない、などと主張して、同被告に対し、立替金および手数料の残金から戻し手数料を差し引いた四五万七五一〇円と遅延損害金の支払を求めた（第七号事件）。

これに対し、被告らは、いずれも本件立替払契約締結の事実を否認した。

(2) 木更津簡易裁判所（保田文雄裁判官）は、次のように述べて、本件各立替払契約締結の事実を認めず、原告の請求を棄却した。

〔資料⑮〕

理 由

第一 六号、七号事件の主たる請求について

一 六号事件甲第一号証（契約書）の川原良明の署名及び記載事項の記入が被告良明により、名下の印影が、被告良明の印章により、被告良明によつて顕出されたと、七号事件甲第一号証（契約書）の川原千夏の署名及び記載事項の記入が被告千夏により、名下の印影が被告千夏の印章により、被告千夏によつて顕出されたと、それぞれ、これを認めるに足りる証拠はない。

従つて、後記二の認定と併せ考え、右各契約書が真正に成立したとは認められない。

二 弁論の全趣旨によつて真正に成立したと認められる乙第五号証、第六号証、被告ら各本人尋問の結果及び弁論の全趣旨によれば、被告らは、それぞれの本件立替払契約（一）、（二）に基づく商品を、岩上商会から、引渡しを受けていないこと、被告らは、それぞれの賦払金の支払をしていないこと、岩上商会は六号事件につき、被告良明名義で金三二万六三〇〇円を、七号事件につき、被告千夏名義で金七八万

三八〇〇円を、各支払ったことが認められる。

三 1 成立に争いのない甲第八号証、第九号証、証人木村良夫の証言と、これによつて真正に成立したと認められる六号事件甲第二号証（決裁申請書）には、被告良明につき、昭和五八年二月一六日に、右証言によつて真正に成立したと認められる七号事件甲第二号証（決裁申請書）には、被告千夏につき、昭和五七年八月一七日に、本件立替払契約(一)、(二)の締結の意思を、原告において、それぞれ確認した旨の記載があること。

原告において、立替金を販売店に支払う場合には、購入者に対し、立替払契約の締結についての意思確認の手続を経ることが一般であること、原告は岩上商会对して、六号、七号事件の立替金の支払をしていることが認められる。

右の事実によれば、原告は右のそれぞれの日ころ、被告らに対し、本件立替払契約(一)、(二)の各意思確認のための電話をしたことが推認できる。

2 (一) 他方六号事件甲第一号証、第二号証には、被告良明の自動支払預金口座が、千葉相互銀行松ヶ丘支店口座番号一一五八九七一号と記載されているが、被告良明は右銀行に対し、右口座の開設をしていないこと、被告良明の自宅電話番号が××の三〇七三であるのに、××の三〇七二と記載されていること、被告良明の店

の名称が理容室カワハラであるのに、カワハラ理容又はカワハラ理容室と記載されていること、(正しい事実)は、被告良明本人尋問の結果によつて認める。

(二) 七号事件甲第一号証、第二号証には、被告千夏の自動支払預金口座が、千葉銀行君津支店一七三四四と記載されているが、被告千夏は、右銀行の右口座の開設をしていないこと、被告千夏の勤務先の名称は、七号事件甲第二号証によれば美容室カワハラとなつていて、理容室カワハラであること、(正しい事実)は、被告千夏本人尋問の結果によつて認める。

七号事件甲第一号証には購入商品プラスマンセット1金七三万円、プラスマン機械1金三〇万円合計一〇三万円となつているが、右甲第二号証ではプラス1のみで金一三〇万円と記載されていること、

3 電話確認によつて契約を成立させることは、契約成立一般からみて、例外であるところから、その確認は、名義人本人であるかどうかは当然として、その者が立替払契約の趣旨、内容を十分に理解できるように話し、この電話が契約意思確認のためのものであることを了知してもらうことが不可欠であると解する。

4 右の1の事実、右2の(一)、(二)の各事実(確認が適正になされていれば是正されているべきである。)を加え、

右3の考察をふまえて、考えると、右1の事実から原告主張の確認の事実を推認することはむずかしく、ほかにこれを認めるに足りる証拠はない。

従つて、原告において、本件立替払契約(一)、(二)の、被告良明同千夏の、各契約意思を確認したと確信するに至らない。

四 以上の各事実によれば、原告と被告良明間の本件立替払契約(一)及び原告と被告千夏間の本件立替払契約(二)が、それぞれ、直接又は代理人により(代理関係が認められないことは、後記五で考察する。)、締結されたとは認められない。五 「名義貸し」について(請求原因6、7項)

第二 六号、七号事件の予備的請求について

《中略》

第三 結 論

以上の次第であるから原告の被告らに対する各請求は、いずれも、理由がないからこれを棄却することとし、訴訟費用の負担につき、民事訴訟法八九条を適用して主文のとおり判決する。

四 右にみた二つの判決は、同一の販売業者によって引き起こされた架空クレジットに関するトラブルに関するものである。岩上商会事件と呼ばれるこのトラブルには、二八一人の理

美容業者が巻き込まれ、「覚えのない契約のために、被害者が信販会社から訴訟を起こされ……、離婚や離散、自殺者まででている」という。クレジット業者が相手方の契約意思を確認したとして訴訟を提起し、全く身に覚えのない多くの人たちが被告として法廷に立たせ、いわれのない苦しみを与えた事例の一つである。

五 これに対し、次に紹介する判決は、電話による契約意思の確認は、電話の相手方がどのような状況にあるかにかかわらず行われることから、確実性の担保に問題があることを教えるものとして、興味深い。石巻簡易裁判所が昭和六一年八月一日に言い渡した判決がそれである(昭和六〇年(八)第五三七号立替金請求事件(判例集未登載))。

(1) 原告(東京総合信用株式会社)は、昭和六〇年一月二三日、訴外佐々木孝との間で、同人が訴外佐々木呉服店から購入した呉服の代金四二万円を原告が右販売店に立替払することなどを内容とする立替払契約を締結し、被告は右佐々木の債務につき連帯保証した、と主張して、被告に対し、四三万七九〇〇円と遅延損害金の支払を求めた。

これに対し、被告は、本件連帯保証契約締結の事実を否認した。

(2) 石巻簡易裁判所(菅原倉夫裁判官)は、次のように述べて、原告の請求を棄却した。

〈資料⑬〉

理由

一 本件は被告が全面的に争う事件である。

二 証人高野正一の証言及び同証言により成立の認められる甲一ないし甲三号証、被告本人の供述、弁論の全趣旨を総合すると次の各事実を認めることができる。

1 本件立替金債務は訴外佐々木孝が、原告会社の加盟店佐々木呉服店から袋帯と付下げを四五万円で購入し、それをクレジット契約によつて原告会社が立替え、その求償債務を被告が連帯保証したことになること

2 原告会社は顧客とクレジット契約をする際その契約締結交渉はすべて加盟店に一任し、自らは電話による契約の確認をするだけで済ませていること

3 本件契約は右加盟店の経営者佐々木文子（以下加盟店という）が息子孝や被告名義を冒用して経営資金を捻出したものであり、実際の売買はなく、被告は本件の契約に全く関与していないこと

4 被告は甲第三号証の原録音テープの再生音をきいてその電話に出ているのは自分であるように思うがその時の事情は何も記憶していない、酒に酔つているときに突然電話がかかつてきたので内容を理解しないままそのような答をしてしまったのではないかと思うといつてゐること

5 右録音テープの再生によると一応被告が本件の連帯保証

を承諾したかのような返答をしているが被告は本件により何も利益を得ておらず、本件保証を承諾しなければならぬような事情はなかつたこと

6 右加盟店は昭和六〇年八、九月ころ倒産し現在は所在不明になつてゐること

右認定に反する証拠はない。右認定事実によつて検討するに被告は前記4、5の電話行為以外は本件契約に関与していない、一般的に契約責任を問うためにはその本人の自由な具体的意思行為を要するのであるが被告の右電話行為だけでは被告が自由な具体的意思で本件連帯保証を承認したとするには十分でない。原告会社は顧客との契約交渉を加盟店に一任し加盟店とは相互依存の關係で営業しているのであるから加盟店の不正行為によるリスクは原告会社が負担するのが公平であり、そのリスクを被告に負担させるのは相当でないと思料する。よつて本文のとおり判決する。

六 右の裁判例の事実認定について補足しておく。

この事件においては、原告が甲第一号証（クレジット契約書）、甲第二号証（電話申込受付票）、甲第三号証（録音テープの翻訳書）ほかを提出したほか、第四回口頭弁論期日に、本件保証契約について被告に対し電話で確認を取つたという原告の社員（高野正一）の証人尋問と被告本人尋問が行われている。

そして、被告本人尋問の最終段階で、「裁判官は、原告代理人

に対し、電話確認を録音したテープを再生するように指示し、原告代理人は、持参したテープレコーダーを用いて、同テープを再生した<sup>(13)</sup>（本人調書の陳述の要領の記載）。その後、裁判官が「テープを聞いてみて、思い出ませんか」と発問したのに対し、被告が「テープの声は、私のに似ているが、やはり契約のことも、電話に出たことも思い出しません」と供述し、さらに、裁判官が「あなたが電話に出たことは、全然ないということですか」と発問したのに対し、被告が「もしかすると、私が酒を飲んで酔ったときかもしれません。私は酒が好きなので飲むときには、記憶がとぎれたりするほど飲んだりします」と供述して、被告本人尋問は終了している。右の裁判例の事実認定は、この被告の供述を措信した結果である（ちなみに、高野証人は、一九時四二分に被告の自宅に架電して、契約内容を確認したと供述している）。

七 以上みてきたように、多くのクレジット業者がこのような杜撰な与信業務を行っていたこと、それにもかかわらず、多くのクレジット業者は、担当者が相手方の購入意思や保証意思を電話で確認したと主張して立替金の支払債務や保証債務の履行を迫り、応じない者に対しては訴訟を提起するという形で回収業務を行っていたことからするならば、保証契約の要式行為化は、クレジット取引の適正化のための貴重な一歩ということができるであろう。

(13) 全国クレジット・サラ金問題対策協議会・集団クレジット事件連絡センター準備会編『だまされやすい！クレジット契約・詐欺の手口』三一頁および三三頁参照。

(14) 杜撰な確認手続が行われた他の例については、拙稿・前掲注(11)に簡単に紹介しておいた。

## 七 要式行為化の必要性

一 以上みてきたように、改正法施行前のクレジット取引の世界においては、クレジット業者はクレジットに関する契約書の作成に重きを置かず、電話による契約意思の確認という確実性の担保が充分とはいえない方法を採用していた。そのため、裁判所は、クレジット契約およびそれに伴う保証契約が締結されたか否かの認定に多大な困難を感じざるをえないような状況におかれていた。

そのような状況の中で、クレジット契約とそれに伴う保証契約の要式性につながる興味深い説示をしている簡易裁判所判決もみられる。

二 まず、電話による契約意思の確認についてかなり詳細に事実を認定しているように感じられる判決を紹介しよう。

昭和六一年に中国地方中央部の日本海側海岸部に存する簡易裁判所に提起されたある訴訟は、原告（オリエントファイナンス）が被告に二〇万円余の立替金等の支払を求めた事案に関する

るものである(出雲簡易裁判所昭和六一年(ハ)第一九三号立替金請求事件(判例集未登載))。原告は、被告との間で、(一)原告は被告がエンチーム株式会社山陰営業所より購入した健康食品の代金の三〇万円を立替払する、(二)被告は原告に対し右立替金に手数料四万〇五〇〇円を加えた三四万〇五〇〇円を分割返済する、(三)遅延損害金は年二九・二パーセントの割合とすることなどを内容とする立替払契約を締結した(請求原因1項)などと主張した。これに対し、被告が右契約締結の事実を否認したうえで、「仮に原告主張の契約が成立したとしても、被告は江藤ミヨ子に依頼され、セントラルファイナンスと立替払契約をする意思で原告と契約をしたもので、契約の相手方を取違えており法律行為の要素に錯誤がある」と抗弁したところ、原告は、「被告は……、原告よりなした立替払契約申込みの確認に対し、承諾の返答しており、被告に重大な過失がある」と再抗弁した。出雲簡易裁判所(福村宏之助裁判官)は、昭和六二年三月一〇日、次のように判示して、原告の請求を一部認容した。

〔資料⑰〕

理由

一 請求原因1項について

1 証人沼尻千鶴の証言及び同人の証言により真正に成立したものと認められる甲第二号証によると原告主張の日時ころ(一)記載の約定がなされたことを認めることができ、これ

を左右するに足りる証拠はない。

2 (二)の事実について、手数料四万〇五〇〇円を加算して弁済する約定のなされたことを認めるに足りる証拠はなく、又(三)の事実(遅延損害金約定)を認めるに足りる証拠もない。(甲第一号証に遅延損害金約定の記載はあるが、これが真正に成立したものと認めるに足りる証拠がないからこの記載から右約定ありと認めることはできない。)

二 《略》

三 以上の事実によると被告は立替金三〇万円及びこれに対する……商事法定の年六分の割合による遅延損害金の支払義務がある。

四 抗弁及び再抗弁について

1 被告本人尋問の結果によると、被告は本件立替払契約の申込みにあたりセントラルファイナンスとオリエントファイナンス(原告)を取違えたことが認められる。

契約の相手方は法律行為の要素と言うべくこれを取違えることは要素の錯誤と考えられ、抗弁は理由がある。

2 しかしながら、証人沼尻千鶴の証言によると、原告よりその名を告げた上で契約申込みについての電話による確認照会に対し、被告は肯定の返答をなし、かつ割賦金の払込み方法をも指定していることも認められる。

右の事実、錯誤について被告に重大な過失があるものと云わざるをえず、従つて再抗弁も理由があり、結局にお

いて被告の抗弁は理由なきに帰する。  
五 弁論の全趣旨によると、本件立替金債務に対し、……まで

に一三万〇八〇〇円の弁済がなされたことが認められるところ、手数料支払いの約定のなされていないことは前記認定のとおりであるから全額元本に充当すべきもので、そうすると残元本は一六万九二〇〇円となる。

六 そうすると被告に対し一六万九二〇〇円及びこれに対する……年六分の割合による遅延損害金の支払いを求める限度で原告の請求は理由があり、これを超える部分は失当である。

七 よつて訴訟費用の負担については民事訴訟法八九条、九二条本文を適用して主文のとおり判決する。

この事件においては、原告が甲第一号証(クレジット契約書)および甲第二号証(調査票)を提出した(被告は、いずれについてもその成立は不知としている)ほか、原告の申出により原告の従業員である沼尻千鶴の証人尋問、職権により被告本人尋問が行われている。

このうち、処分証書である甲第一号証については「これが真正に成立したものと認めるに足りる証拠がない」とされており、報告証書である甲第二号証についても証人沼尻千鶴の証言により真正に成立したものと認められているので、裁判所の事実認定は、結局は証人尋問および当事者尋問の結果によつていくということになる。

裁判所は、これらに基づき、確認担当者の沼尻が被告に対し、被告が申込みをするクレジット業者はオリエントファイナンスであること、原告が被告に代つて立替払をする金額は三〇万円であることを告げたが、被告に手数料および遅延損害金に関する約定については確認をしていないと判断したのである。

右の裁判例の事実認定の当否について判断することはもとより不可能である。しかしながら、これまでみてきた電話による契約意思の確認の実態からすると、また、争いのある事件での実際の事実認定にあつては、単一の直接証拠によつて係争事実が立証されるという例はきわめて少なく、多くの事件の事実認定はむしろ複数の間接証拠による総合判断や証明力の相互補強によつてなされるのが通例であると指摘されていることからすると、人証だけから証拠資料を得ることには一抹の不安を感じることも事実である<sup>16)</sup>。

その意味で、右の裁判例は、保証契約の要式行為化の必要性を示唆するものといふことができるであろう(なお、本判決については、その法律論に疑問があるが、ここではふれない)。

三 右に紹介した裁判例とは対照的に、電話による契約意思の確認がなされたか否かについて真偽が不明であるとして、クレジット業者の請求を棄却した判決もみられる。

同じく昭和六十一年に中国地方東部の山間部に存する簡易裁判所に同じ原告によつて提起されたある訴訟は、原告(株式会社オリエントファイナンス)が被告に四四万円余の立替金等の支

払を求めた事案に関するものである（勝山簡易裁判所昭和六一年（ハ）第三八号立替金請求事件（判例集未登載））。原告は、主位的請求原因として、「被告は原告に対し、……訴外人の原告に対する債務につき連帯保証した」と主張し、予備的請求原因として、「訴外人はその権限がないのに被告の代理人として右連帯保証契約をした」が、「被告は……本件割賦金一百万円を原告口座に振込み入金して、訴外人の右無権代理行為を追認した」と主張した。勝山簡易裁判所（浅利豊昭裁判官）は、昭和六二年三月二六日、次のように判示して、原告の請求を棄却した。

〔資料⑱〕

事実及び理由

一 請求の趣旨

《中略》

二 請求原因の要旨

《中略》

三 請求原因3の事実について

主位的請求原因につき

甲第一号証（オートローン契約書）の保証人欄には被告名の記載と押印があり、甲第二号証（生保ローン調査票）の被告名欄の確認欄には七時五五分自宅本人確認との記載が認められるけれども、右各証の成立の真正を認められる証拠はなく、他に主位的請求原因事実を認めるに足る証

拠はない。

予備的請求原因につき

弁論の全趣旨により成立を認めうる甲第三号証の一及び二と被告本人尋問の結果によれば、被告は原告に対し原告主張の日に金一百万円を第一勧業銀行の原告名義の普通預金口座に振込んだことが認められるけれども、他方被告本人尋問の結果によると、被告は原告会社から、期限が来ているが一百万円でも払って貰えば期限がつけられるからと言われて、保証人となつていふことも知らずに右支払をしたといふのであるから、右支払の事実をもつて追認の意思表示があつたものとみるのは相当でない。

四

以上の次第で、原告の請求は、その余について判断するまでもなく、理由がないからこれを棄却することとして、主文のとおり判決する。

右の裁判例は、保証契約締結の事実が存否不明であるとして、原告の請求を棄却したものである。私は、前稿において、「裁判所は、保証契約が締結されたことを認めるに足る証拠がないときは、躊躇することなく、原告であるクレジット業者の請求を棄却すれば良かったのである」と述べた<sup>17</sup>。その前提には、このような裁判例の存在がある。

ただし、この裁判例も、提訴から判決に至るまでに約一年程度の期間を要しているようであり、この事件においても、裁判

所は事実認定に呻吟させられたものと思われる。そのことを考へると、この裁判例も、保証契約の要式行為化の必要性を物語るものといふことができるであらう。

四 同じく昭和六一年に中国地方西部の海岸部に存する簡易裁判所に提起されたある訴訟は、右の二つの裁判例と同一の原告（株式会社オリエントファイナンス）が被告に対して三九万円余の立替金等の支払を求めた事案に関するものである（下関簡易裁判所昭和六一年（ハ）第六六〇号立替金請求事件（判例集未登載））。原告は、「甲第一号証（オートローン契約書）は被告が訴外（株）ライオンオートの依頼により押印したものである。また、原告は調査確認の担当者である北岡が被告に対し、電話で購入意思を確認している。（甲第二号証参照）」として、被告との間で立替払契約を締結したと主張した（請求原因第2項）。これに対し、被告は、「甲第一号証のうち被告作成部分の署名、押印、印影はすべて否認。……第二号証の成立は不知」として、「請求原因第2項の事実は否認する」と主張した。下関簡易裁判所（松田忠幸裁判官）は、昭和六二年四月二〇日、次のように判示して、原告の請求を棄却した。

#### 〈資料⑱〉

#### 理由

一 証人北岡良子の証言及びこれにより成立の認められる甲第一号証（調査票）によると、原告会社の担当者である右北岡

良子が昭和五九年四月二四日午後三時二分頃被告の勤務先に電話をして被告に対し、本人であることを確認したうえで本件契約を締結したか否か即ち購入意思等の確認をしたことが全く窺えない訳ではない。

二 しかしながら、被告本人尋問の結果によるとそのような確認の電話を受けたことはない旨供述している。ところで、右のような原告会社の電話による購入意思等の確認は直接面談していないため常に紛争が生ずる余地がありその確実性の担保が充分とは云えず、このことを参酌すると結局決め手のない水掛論のような状態となつてしまい、真実の正確な認定が要請される裁判においては他にこれを補充する証拠がない以上これだけのみでは右北岡証言は採用できない。また、他に被告が本件立替払契約を締結したとの事実を認めるに足りる証拠はない。

#### 〈中略〉

以上のとおりであり、請求原因第2項の事実（立替払契約の成立）は認めることができない。

三 よつて、本訴請求は理由がないから棄却することとし、訴訟費用の負担につき民事訴訟法八九条を適用して主文のとおり判決する。

この裁判例が（信用保証協会が保証人に対し電話で保証意思を確認したと主張して、求償金等の支払を求めた事案に関す

る)京都地方裁判所昭和六一年四月一日判決(判例タイムズ六〇三号(昭和六一年八月一四日号)六〇頁)の影響を受けていることは、明らかである。京都地裁判決は、電話による保証意思の確認という方法は「署名がありその名下に実印が押捺されている契約書が原告に送付されてきた場合に、これに加えて補充的な手段として……するのであれば、それはそれなりの合理性を有するといえるけれども」、それ以外の場合に、「現実性の担保の充分とはいえない(電話による保証意思)確認方法を用いるだけで足るものか疑問の余地があり……」と述べて、原告の主張する連帯保証契約締結の事実認められまいとしている。

ここに紹介した裁判例も、電話によって契約意思を確認したと主張、立証するだけでは現実性の担保が充分とはいえず、立替払契約締結の事実については真偽不明であるとするものであり、クレジット契約とそれに伴う保証契約が締結されたか否かについて争いのある事件においては、処分証書である契約書が提出される必要があると考えるものであろう。このような考えは多くの裁判官がいくつものであると思われるが、そのことを明言した点に本判決の意義がある。

五 右の判決の約半年後に、海峡を挟んだ地に存する簡易裁判所で、いま一つの興味深い判決が言い渡されている。その判決は、原告(株式会社大信販)が被告に対して六五万円余の立替金等の支払を求めた事案に関するものである(門司簡易裁判

所昭和六二年(八)第一二七号立替金請求事件(判例集未登載)。原告は、「被告は、前項の契約の日に、原告に対し、訴外人の債務について、連帯保証を約した」と主張した(請求原因3項)。これに対し、被告は「請求原因3項の事実を否認する」と主張した。門司簡易裁判所(福田精一裁判官)は、昭和六二年一月二三日、次のように判示して、原告の請求を棄却した。

#### 〈資料⑳〉

#### 理 由

一 請求原因1項2項の事実については、証人広田夏子の証言によつて真正に作成されたものと認められる甲第一号証契約書の島田高雄作成部分、右同証人の証言及び被告本人の供述を総合すると、これを認めることができ、その反証はない。

二 請求原因3項について判断する。

まず、その前後の事情を調べる。

被告本人の供述によると、以下の事実を認めることができる。即ち、島田高雄は、本件自動車の購入に先立ち、被告に連帯保証を頼んだ。島田は、その際、四〇万円ぐらいの自動車を月賦で買うのに連帯保証人がいるので、その保証人になつて貰いたいと説明した。被告は、島田の資力に疑問を抱き、即答しなかつたが、その後も島田が色々と言うので、一人は連帯保証を承諾した。その後、原告会社から被告に確認の電話があつた。被告は、島田の自動車購入について、同人の

連帯保証を承諾している旨返答した。引続きその電話で、原告会社の担当者は契約内容の説明をした。被告は、その説明で、債務額が約九〇万円であることを知って驚いたが、その時すぐに異議は言わなかった。その翌日、島田が契約書に被告の判を貰いに来た。被告は、契約書を手取る前に、自動車の代金額が、島田の説明と大きく違っていたことをなじり、連帯保証人になることを断つた。

従つて、甲第一号証の被告作成名義部分は、島田が有り合わせ印を用いて作成したものと推認される。

被告が、原告会社からの確認の電話の際に、即時に金額の違いを言わなかつたのは、同人の供述によると、契約書にまだ判を押していなかつたから、いづれ、その段階で明確に拒絶すればよいと思つていたためと認められる。

そこで、この様な場合に、連帯保証契約が成立したと認めべきかどうかを、以下検討する。

本来、契約の成立には、契約の申込と承諾があつて双方の契約意思が合致すればよいのであつて、意思表示の方法に特段の定めがあるわけではない。然し乍ら、不特定多数の者を相手に契約を締結する場合には、現実売買のように、即時双方の債務が履行されるときは別として、書面が作成されるのが通例である。その場合、当事者は、契約書の作成によつて契約が成立するものと考えていて、契約書の作成以前においては、口頭で契約の申込と承諾があつても、それは契約の予

備交渉と考へていると見るのが、一般の意識に最もよく合つた見方と考へる。信販会社が電話申込だけで契約が成立したのとして、契約書を取らずに立替払の実行することなど、当裁判所がこの種事件の審理で知り得た信販会社の事務処理方法から見ても、およそ有り得ないことと思われ。従つて、本件の様な立替払契約及びそれに伴う連帯保証契約の申込は、書面による申込だけが契約の申込として有効であるとするのが、当事者の意思に合致するものと解する。

そうすると、本件においては、島田が偽造した連帯保証契約の申込書が原告会社に到達しただけで、被告の連帯保証契約の申込の意思表示は存在しない。原告は、或は、電話確認の際に被告が承諾している旨答えた事実を指摘するかも知れないが、これは、契約申込の書面が原告会社の関与しない所で作成されるために、その真正を確認するという従たる措置で、それが契約申込の意思表示そのものではない。被告が電話確認の際に、金額が違うことを直ちに言わなかつたことは、望ましいことではないが、先に認定しような、予期せぬとつさの場合に、発信者側の話し方次第では、ためらい乍ら暫し迷つているうちに、話が先に進んで電話が切れてしまうといふことも、十分考へられることである。だから、この様に、被告が確認電話の受け手に立たされているとき、即時に的確な発言をしなかつたからと言つて、ただそれだけで九〇万円余の連帯保証責任を負担しなければならないわけではない。

従つて、さきに認定した事実から請求原因3項の連帯保証契約の成立を認めることはできず、他に的確な証拠もない。

三 以上の次第で、原告の本訴請求は、その余の点について判断するまでもなく、理由がない。よつて、原告の請求を棄却し、訴訟費用の負担につき民事訴訟法八九条を適用して、主文のとおり判決する。

この裁判例は、当事者の意思を根拠として、クレジット取引における購入者および連帯保証人の意思表示は書面によらなければならぬ、とするものである。民法典上は、諾成・不要式の契約である保証契約が要式行為であるとした注目すべき裁判例である。

六 ここに紹介した四つの裁判例は、クレジット業者が契約書の作成に重きを置かず、電話による契約意思の確認という確実性の担保が充分とはいえない方法を探りながら、自らが原告となった訴訟においてクレジット契約やそれに伴う保証契約を締結したと主張したことによつて、裁判所が事実認定に困難を感じることが少なくなかったこと、そして、保証契約の要式行為化がそのような困難から裁判所を解放する一つの有力な方策であることを雄弁に物語っている。

七 これまでみてきたように、下級審の裁判所は、昭和五〇年代から、クレジット契約に基づく購入者の債務につき連帯保証契約が締結されたか否かの事実認定に呻吟させられていた。

そして、特にこの種の訴訟を数多く取り扱った簡易裁判所の裁判官たちは、既に昭和六〇年代の初めには、クレジット取引において実際に行われている保証契約の締結のあり方の問題性を的確に認識したうえで、その解決の方向性を見出していた。

八 平成一六年一月二日に公布され、翌一七年四月一日から施行された「民法の一部を改正する法律」(平成一六年法律第一四七号)によつて、保証契約は要式行為とされた。

それでは、保証制度の見直しに関する諮問について答申した法制審議会は、書面によらない保証契約が実際の取引においてどのくらい存在し、どのような問題を引き起こしているかと認識していたのであろうか。

(1) まず、右の諮問事項について調査審議を行った法制審議会保証制度部会(野村豊弘部会長)での主な発言をみてみよう。

ア 同部会の第一回会議(平成一六年三月二九日開催)においては、保証契約の要式行為化について、以下のような発言が委員等によつてなされている。

まず、議論の素材として事務局から提示された部会資料について、次のような説明がなされている。

「まず、第2の1は、保証契約を要式行為といたしまして、書面によらない保証契約は効力を生じないものとすることを提案するものでございます。……保証契約の実情を見ましても、通常の保証契約につき書面を作成しないということは想

定しにくいところがございますので、書面性を要求すること  
といたしましても、特段の不都合が生ずるとは考えにくいと  
ころでございます。

《中略》

まず、第3の1の「要式行為」という項目についてですが、  
この項目については、すべての保証契約を対象として適用す  
るものとすることを提案しております。要式行為とすること  
は、書面によらない保証合意の効力を認めないという重大な  
効果を伴うものではございますが、およそ経済取引として現  
実に行われている保証は、そのほとんどが書面により行われ  
ていると考えられることを考慮いたしますと、この点につい  
ては広く保証契約一般に適用することといたしましても、特  
段の弊害はないのではないかと考えた次第でございます。」

これに続く議論においては、次のような発言がみられる。

「……1の要式行為についてなんですけれども、〇〇幹事  
の方から、現状においてもほとんどの保証契約は書面で行わ  
れているので、このようなものをつくったとしても余り大き  
な支障は生じないだろうというお話がございましたけれども  
も、逆に言いますと、しかしそれでは規定を置いたからとい  
って余り意味はないというか、何か実効的な意味が生じする  
〔原文のまま〕わけではないということでもあるわけですね。

にもかかわらず、この規定を置くということの積極的な理由  
というのがどこにあるのかなど。もしこの種の規定を置くな  
らば、単に要式行為とするだけではなくて、書面に記載すべ  
き事柄について何か規定を置く必要はないのだろうかという  
ふうに思うのですけれども、いかがでしょうか。」

右に発言に対し、おそらくは部会長からの回答がなされたの  
に続き、次のような発言がなされている。

「訴訟の実務をやっておりますと、口頭の合意で保証があ  
ったというようなことが出てくることはまずほとんどござい  
ません……要式行為性については現実に非要式のもの、口  
頭によるものがほとんどございせんが、ここで要式性を要  
求しておいて、慎重な判断を求めるといふことと、その他の  
制限、それと結びつけていくことは極めて有益じゃないかな  
と思っておりますので、私は要式行為の点については、立法  
事実としては十分あり得ると考えております。」

続いて、しばらく別の議論が続いた後に、次のような発言が  
なされている。

「話は、先ほど〇〇幹事が問題提起なさった要式行為のと  
ころですけれども、現実には書面であつていのであるなら

ば、別にあえて要式行為にしなければいけないことはないのではないかとすることを私も考えました。……あえて定めなくても、従来は書面でやっている以上はそんなに不都合はない……。」

イ その後も、同部会においては再三にわたり要式行為化に関する発言がなされているが、第六回会議（平成一六年八月三日開催）においても、次のような確認的な発言がなされている。

「今の書面性のところで……およそ今後は保証契約は書面がまず出てくると。これは既に現在普通にありますので、新たなことだとは思いませんが、あると。」

ウ 右にみたように、保証制度部会においては、事務局から「現実に行われている保証は、そのほとんどが書面により行われている」との説明がなされ、委員からもこれと異なる認識は示されていない。

(2) そして、保証制度部会から報告された「保証制度の見直しに関する要綱案」のとおり答申するか否かが審議された法制審議会の第一四三回会議（平成一六年九月八日開催）においても、次のような質疑と応答がなされている。

「基礎知識が不足しておりまして、それでお教えを受けたいのでございますけれども、従来、外部的な保証意思の明確な証拠みたいなものがなかった、だからそれを書面をもっていたすことにしたという御説明があったのですけれども、それでよろしゅうございますか。」

「従来も、現実にはほとんど書面化されているということでございます。」

ただ、民法の規定では特に保証契約の様式については規定がありませんので、合意だけでも、単なる口約束だけでも保証の効果が生ずるということにはなっております。」

(3) 以上みてきたように、法制審議会は、保証契約は従来もほとんど書面化されているとの実態認識に立っていた。<sup>(20)</sup>換言するならば、実際には書面によらない保証契約が数多く存在し、<sup>(21)</sup>保証契約が締結されたか否かの事実認定に裁判官が呻吟させられる事例を数多く発生させているという事実、そして、そのことが多くの人たちにいわれない苦しみを与えているという事実についての認識を有してはいなかった<sup>(22)</sup>のである。

(15) 河野信夫「民事訴訟における証人及び当事者尋問に関する二、三の問題」司法研修所論集七九号（一九八八年）二〇二頁。

(16) 「二つの相反する内容の証言が、それぞれ特段に矛盾、不自

然なところがなく、一応の筋が通っている場合（あたかも二つの物語が併存可能な場合）の真偽の判断、取捨選択は困難を極める」との指摘がある（河野信夫・前掲注（15）一九四頁）。

(17) 拙稿・前掲注（3）一六五頁。

(18) 学説としては、平井宜雄博士が昭和六〇年一〇月に発行された著書において、保証契約の成立の認定は慎重になすべきであり、「原則として、書面がある場合のみ合意の存在を認定すべきであろう」と主張していた（同『債権総論』（一九八五年）二二二頁）。

その後の注目すべき裁判例としては、札幌高等裁判所平成九年四月二四日判決（金融・商事判例一〇二九号二三頁）があり、連帯保証人欄の名義人が「電話確認を受けてこれを了解したことが認められる」が、割賦販売法所定の個品割賦購入あつせんに係る連帯保証契約については「契約書の作成をもって確定的に契約締結の合意がされたものと考えるのが自然である」などとして、保証契約の成立を認めなかった。

なお、門司簡裁判決は、「信販会社が電話申込だけで契約が成立したものととして、契約書を取らずに立替払の実行をすることなど、当裁判所がこの種事件の審理で知り得た信販会社の事務処理方法から見ても、およそ有り得ないことと思われる」と述べているが、取られていた契約書が契約書としての実質を備えた書面であるか否かは、別の問題である。

(19) 保証制度の見直しに関する諮問第六六号は「保証人が過大な責任を負いがちな保証契約について、その内容を適正化するという観点から、根保証契約を締結する場合に限度額や期間を定めるものとするなど、保証制度について見直しを行う必要があると思われるので、その要綱を示されたい」というものであった。

(20) 保証制度部会の部会長を務めた野村豊弘教授も、「座談会・保証制度の改正」において、「実務では大体、書面が存在するというように言われています」と発言している（ジュリスト一三三八号（二〇〇五年）五四頁）。

もっとも、本文のようにいうことは、書面によらない保証契約が多少の問題を発生させていることを法務省の担当者等が認識していた可能性までも否定するものではない。

(21) 前項および本稿で取り上げた裁判例における保証契約も、連帯保証人欄に被告の氏名が記載され、被告名の印影のあるクレジット契約書が存在しているのであるから、書面によらない保証契約ではないと考える向きもあるかも知れない。しかしながら、事実認定論の領域において、そのような契約を「書面のある場合」として取り扱うこと（加藤新太郎編『民事事実認定と立証活動』第二卷（二〇〇九年）二〇五頁以下はその例である）は格別、保証契約を要式行為とすることが適当か否かを検討する場面においては、契約書としての実質を備えた書面が作成されているか否かこそが問題であり、成立

の真正が裁判所によって否定されるような契約書しか存在しないケースは、書面によらない保証契約であると考えるのが当然であろう。

(22) 辻博明教授は、法務省による保証制度の見直しの背景には、保証人保護の視点に立った問題意識のほか、事業再生の視点があり、「今回の保証法の改正は円滑な金融維持・促進を出発点とするものであったことが窺える」と指摘している(同「新しい保証法の位置付けと課題」名城法学五五巻二号(二〇〇五年)一〇八頁)。

## 八 おわりに

一 末弘厳太郎博士は、『物権法(上巻)』でいわれている。「ある法律」は実生活の中に内在する。実生活の中にこれを求めずしていずこにこれを得ることができようぞ」と<sup>23</sup>。そして、「ある法律」を知ることがまた「あるべき法律」を説くことの前提であらねばならぬ」とも<sup>24</sup>。

私は、これまでも、法律が「実際に行われつつあるところを実質的にリヤリストチックに観察」<sup>25</sup>するための一つの方法として、判例集に未だ登載されていない裁判例(さらに必要性和可能性があれば、その書証ならびに証人および当事者尋問調査等)をできるかぎり収集し、それらを分析することによって、「ある法律」に接近することを試みてきた。本稿もまた、このよ

うな方法による作業の乏しい成果の一つである。

二 前稿および本稿においてみてきたように、改正法施行前のクレジット取引においては、保証人自身がクレジット契約書の連帯保証人欄に署名および押印をしたか否かには重きをおかず、もっぱら「電話確認」と呼ばれる方法で連帯保証契約を締結する業者が一般的であり、しかもそのような業者が連帯保証人欄の名義人に対し、保証債務の履行を強く求め、これに応じない者を被告とする訴訟を大量に提起していたために、いわれない苦しみ味わわれる人たちが多数存在した。そして、裁判所は保証契約締結の事実の認定に呻吟させられており、簡易裁判所判決のなかには保証契約を要式行為化する必要性があることを示唆するものもみられたのである。

このような実態認識に立てば、保証契約を要式行為としたことは、保証人保護に一定の前進をもたらすものと評価することができる。

三 もっとも、要式行為化の内容については、すでに批判がなされている<sup>27</sup>。そのような批判を招いた原因の一つは、前節においてみたように、保証契約一般について書面によらない契約の効力を認めないとする要綱案を決定した法制審議会保証制度部会が右のような実態認識を欠いていたことにあると思われる。

四 福田アジオ『日本の民俗学』は、第三章「民俗学の萌芽」の劈頭において、「全国民事慣例類集」を取り上げている<sup>28</sup>。

明治新政府は欧米諸国に倣い法制度の整備をすることを急いだ。さまざまな法のなかでもっとも問題が多かったのは、周知のように、人々の生活に深く関わる民法である。欧米法の直輸入翻訳では民法として不十分であることを政府も認識していた。政府は、家族制度、相続、契約売買などについて全国規模で調査を行い、一八七七年（明治十）に『民事慣例類集』を刊行した。そして、それに追加調査を行い、増補版を一八八〇年に『全国民事慣例類集』として刊行した。《中略》この調査は、もちろん民俗調査ではないし、また『慣例類集』は民俗の資料集でもない。しかし、全国へ調査員を派遣し、地元の人から聞き書きを行って、記録を作成していることは注目すべきことである。しかも、その内容は後の民俗調査の内容と共通しており、明治初年ということもあって注目すべき事象が記録されている。

福田先生は、右のように述べて、『慣例類集』は「民俗への関心を強める内容であり、法と民俗の関係を考えさせるものであった」と評価している。<sup>(26)</sup>現在進行中の民法（債権関係）の規定の見直し作業の基礎には、『慣例類集』が志向したような実証的研究がどのくらい存在しているのであろう。

(23) 末弘巖太郎『物権法（上巻）』（一九二一年）自序四頁（ただし、引用は戒能通孝博士の「まえがき」が付された一粒社版（一九六〇年）によった（同自序四頁））。

(24) 末弘・前掲注（23）自序六頁（一粒社版自序五頁）。

(25) 末弘・前掲注（23）自序四頁（一粒社版自序四頁）。

(26) このような方法に理解を示された同僚の一人が川田昇先生であった。先生からは、特に（順孝一博士を中心とする研究グループの一連の研究に示唆を受けて）クレジット取引における抗弁の接続を原則的に否定した最高裁判所平成二年二月二〇日判決の事案についての实在事実の探求を試みた作業の結果の公表（拙稿「抗弁の接続を否定した最高裁判決の周辺事例」NBL五一三三号・五一四号・五一五号（一九九三年））にあたって、多大な激励をいただいた。

(27) 山本宣之教授は、「四四六条二項の定める書面性は、保証人に対して保証のリスクを警告し、保証人による軽率な保証を防止するという目的にとつて不十分であり、その意味で薄められた書面性にとどまる」、「書面の形式としてどのような種類が考えられ、それぞれの種類でどのような機能がどの程度が期待できるかという考察は不可避であると思われるが、四四六条二項の立法過程で行われたとはいいがたい」と指摘している（山本宣之「ドイツ法における保証の書面性と民法四四六条二項」産大法学四五巻二号（二〇一一年）九八頁、一〇〇頁）。

前節においてみたように、「この種の規定を置くならば、単に要式行為とするだけではなくて、書面に記載すべき事柄について何か規定を置く必要はないのだろうか」との意見が保証制度部会において出されていたことからすると、右の指摘は正鵠を射たものと思われる。

ちなみに、冒頭に紹介した事件において、リース業者は、保証制度部会の第一回会議から再三にわたり右のような問題提起がなされていたにもかかわらず、最終的に「書面から保証の趣旨が分かればという以上の要式性までは要求しないという趣旨」の答申が取り纏められたことを根拠に、保証契約の効力発生要件として要求されているのは保証意思を看取し得る程度の書面が作成されることであり、保証人自身が書面によって意思表示をすることや保証人自身が書面に署名、押印することまでは要求されていないと主張している。

不十分な立法が後日に紛争の種を残すことの教訓として、記憶されるべきであろう(木納敏和判事は「実際のところ、この規定〔四四六条二項〕には、解釈論上種々の問題を生ずる余地があり、今後、その問題点が争点として浮上してくるような紛争が生ずることは十分に考えられるところである」と述べている(同「保証契約の書面性」(民法四四六条二項)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」〔下森定先生傘寿記念論文集〕(二〇一〇年)一四六頁)。

(28) 福田アジオ『日本の民俗学』(二〇〇九年)四九頁以下。福田先生は、本学大学院歴史民俗資料科学研究科においても教鞭を取られた。

(29) これらの慣行調査の結果は、「民法典の編纂過程では、……わずかながらも参考にされた」(河上正二「民法学入門」(二〇〇四年)一一九頁)程度であるといわれている。しかし、そのことは、このような調査の必要性を否定するものではないであろう。

(30) 滝沢幸代博士は、民法改正作業について、「何か新しいものが出されなければならないという意欲が先行するために、現実にも求められているものは何か、という地道な考察が色あせているのではないと危惧される」と指摘している(同「変動する法社会と法学教育」(二〇一三年)一五六頁)。その根底には、「立法者の責任の重さは人をたじろがせるのに十分のはずであり、そこでの提案は、……社会の現実に深くコミットした政策であることが求められるはずである」(上掲書一一〇頁)、「法改正は新しさのためにではなく、社会の平凡な現実をどう動かすかという重くかつ地味な判断の集約として行われるべきものであろう」(上掲書一二三頁)という極めて正当な主張がある。