

Title	保証規定の改正をめぐるいくつかの問題点
Sub Title	Une observation sur la réforme du droit de cautionnement
Author	平野, 裕之(Hirano, Hiroyuki)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2011
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.19 (2011. 3) ,p.31- 65
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	豊泉貫太郎教授, マキロイロバート教授, 退職記念号 = Essays Commemorating the Retirement of PROFESSOR TOYOIZUMI KANTARO, PROFESSOR ROBERT MCILROY Presented by Their Colleagues and Former Students テーマ企画 : 民法(債権法)改正へ向けて(その1)
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20110325-0031

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

保証規定の改正をめぐる いくつかの問題点

平野 裕之

- 1 はじめに
- 2 保証法総論——個人保証など多様な保証法理
 - (1) 保証人に応じた多様な保証法理の必要性
 - (2) 保証人の類型化
 - (a) 純粋な個人保証人(消費者保証人)
 - (b) 自分の利益獲得のための保証(無償保証)
 - (c) 有償保証人
 - (d) 保証人の類型に応じた規律の必要性
- 3 個人保証人保護についてのいくつかの総論的検討
 - (1) 個人保証を禁止すべきか
 - (2) 個人保証人のクーリング・オフの権利(解除権)
 - (a) クーリング・オフの権利を認める提案
 - (b) 契約締結に際する主債務者の支払能力確認義務・保証人への情報提供義務
 - (3) 過剰保証の禁止
 - (a) 貸金業法は過剰融資のみを規制
 - (b) 過剰保証についての一般的規制
- 4 損害担保契約及び経営指導念書
- 5 保証の範囲及び保証人ないし主債務者に生じた事由をめぐる問題点
 - (1) 保証の範囲
 - (a) 一部保証
 - (b) その他の問題
 - (2) 主債務者または保証人に生じた事由
 - (a) 確定債権化
 - (b) 保証人による主債務者の相殺権の行使
 - (c) 主債務を発生させた契約の取消権
 - (d) 連帯保証人への請求の絶対効

- 6 事前求償権
 - (1) 2つの対立する立法論
 - (a) 維持する提案
 - (b) 廃止の提案
 - (2) 本稿の立場
- 7 根保証について
 - (1) 2004年改正による継続的保証と根保証の混在——確定前の保証人への請求
 - (2) 根保証の規律について例外を認めるか?
 - (a) 債務について——賃貸保証をどうするか
 - (b) 債務者について——個人会社の経営者をどうするか
 - (3) 信義則による限定根保証人の責任制限を明文化すべきか
 - (a) 限定根保証人についても信義則上の責任制限は認められるべき
 - (b) 信義則による保証人の責任制限の前提としての債権者の義務
 - (4) 確定前の被保証債権の譲渡(随伴性)
 - (5) 確定事由について
 - (a) 任意解約権
 - (b) 特別解約権
 - (c) 債権者からの確定請求権

1 はじめに

本稿は、2010年11月21日に慶應義塾大学において行われた「民法改正シンポジウム」(法務研究科、法学部及び三田法曹会主催)において筆者が行った報告をまとめたものであり、保証法改正についてのこれまでの提案を分析しつつ、筆者なりの立法提案を提示しようとするものである。但し、シンポジウムでの報告では、「保証」規定の改正については岡信浩弁護士と2人でテーマを割り振り担当し、シンポジウムの成果をそれぞれ本誌に掲載することになっているので、保証をめぐるすべてのテーマをここで扱うものではない。シンポジウムの報告で筆者が扱ったないし扱う予定であった問題点のみを対象としていることをお断りしておく。

保証という制度が、義理人情に基づいた助け合い¹⁾の精神に基づいた制度で

1) フランスでは、事業者相互の個人的な助け合いに止まらず、業者団体が互助的な保証機関を創設しそれによる保証制度が19世紀後半に創設され、現在も機能している(拙稿「フランスにおける法人保証」椿寿夫・伊藤進編『法人保証の研究』(2005年)198頁参照)

あり、担保に供する適切な財産を有しない者が融資を得られたり、取引とりわけ継続的取引を受けられる手段として実際に機能していることを無視することはできない。しかし、保証が適切に運用されない限り、保証人をめぐる悲劇は繰り返されることになり²⁾、合理的な歯止めが必要になる。他方で、保証にはそのような非合理的な個人保証ばかりではなく、本来の担保という本質から債権者保護を先ず念頭において制度設計がされて然るべきものも存在しており、近時、そのような類型につき「法人保証」といった観点から研究がされるようになって³⁾。このように、保証の類型に応じたそれにふさわしい法的処遇を考えることも必要である（個人保証人の保護にばかり目を奪われるべきではない⁴⁾）。

従って、立法の方向としては、①一方で、近時、法人保証といった観点から分析されている合理的な保証制度の推進（私法規定の充実、政府系保証機関の充実等）、②他方で、不合理な保証制度についての抑止的な規律の2つを考えることが必要になる。

保証の立法案もこのような観点から考察がされるべきである。以下では、これまで出された立法提案を検討し、筆者なりの見解を提示したい。なお、これまで学者の有志団体が作成した立法提案以外の提案や意見は、多くは消費者側

2) 辰己裕規「民法（債権法）改正を機に『保証人保護のための保証制度』の実現を」消費者法ニュース85号（2010年）327頁によると、日弁連の破産・再生記録調査（2008年）では、自己破産の原因の約25%、個人再生の約16%が「保証・第三者の肩代わり」であるという。日弁連により、2010年11月11日に、シンポジウム「保証制度を考える～保証被害のない社会を目指して～」が開催されている。なお、保証に限らず、個人による物上保証、債務引受などについても、何らかの規制をすべきかは問題である。

3) 法人保証については、椿寿夫ほか「法人保証をめぐる実態と法理<シンポジウム>」金融法研究17号（2000年）29頁以下、椿寿夫編『法人保証の現状と課題（別冊NBL 61号）』（2000年）1頁以下、椿・伊藤編前掲注1）書、椿寿夫・堀龍兒・河野玄逸編『法人保証・法人根保証の法理』（2010年）参照。

4) 更にいえば、業界団体主導で合理的な保証制度の創設を促したり（互助的な保証機関）、また公的な有償の保証制度をより充実させることが必要であり、債権者側に対する配慮は、経済発展のためには不可欠である。

弁護士と金融関係者という対極から出されており、それ以外にも中立的な学者による提案が若干行われているといった状況にある。しかし、数としては「個人保証保護立法」型の立法提案が多いように思われる。

【略語表】 本稿では、民法(債権法)改正検討委員会「債権法改正の基本方針」を委員会案、民法改正研究会「日本民法典財産法改正 国民・法曹・学界有志案(仮案)」を研究会案、2003年の日弁連「統一消費者信用法要綱案」を日弁連・要綱案、大阪弁護士会『実務家からみた民法改正(別冊NBL131号)』(2010年)の提案を大阪弁護士会案と略称することにする。

2 保証法総論——個人保証など多様な保証法理

(1) 保証人に応じた多様な保証法理の必要性

保証というと、軽率に保証人になって生活の破綻を招く悲劇の主人公を想起しがちであるが、保証人といっても多様であり、保証人の多様性に応じて多様な保証法理が構築されるべきことは既に一般に認知されるようになってきているといつてよいであろう。筆者もこの点は既に幾度となく強調してきたし⁵⁾、民法でも保証人が法人か自然人かという区別をするようになってきている(465条の2第1項⁶⁾)。更に、消費者契約法が、商品・サービスの「消費」をする者に限定せず、すべて「個人」を「消費者」と定義したため(消費者契約法2条1項)、個人として保証する場合の保証人も消費者となり、消費者契約法の適用を受けることになった。

後述の立法論においても、もちろん保証人が誰かということは大きく考慮さ

5) 拙著『保証人保護の判例総合解説[第2版]』(2005年)5頁以下参照。

6) 465条の2第1項において、保証人が「法人」である場合を適用除外としているだけで、消費者立法ではなく(消費者の定義とされる「個人」に限定されない)、事業者でも自然人ならば保証人になる場合に465条の2以下の適用が認められる。自然人であれば、有償で行う場合も、経営者であろうと、事業活動として行おうと(有償でない場合に考えられるかは疑問)、適用除外になっていない。

れている。この点は、各論点について述べることにして、ここでは、どのような保証人類型を考えればよいのかの指針を総論的に提示しておこう。

(2) 保証人の類型化

(a) 純粋な個人保証人（消費者保証人）

「保証主体の多様化」ということから、まず保証人保護を議論する場合に観念してきた主体として、知人、親戚、同業者などの義理人情により頼まれてこれを断れずに保証人になってしまった「お人良し」の保証人の類型が考えられるが、この類型も多種多様なものがある。即ち、夫婦や親子のように、主債務者の事業により何らかの事実上の利益を受けていたり、同業者のように相互に保証をし合って助け合ってそれぞれの事業上の利益獲得を狙っている者から、他方、知人、友人程度で、主債務者の取引により利益を受けることなく、また、主債務者の事業について把握していないという者ではない場合まである。このような類型化の際に生じる問題は、ここだけの問題ではなく、立法において避けることはできない。では、どういう基準でこの類型を括ったらいだろうか。先ず、個人保証人から除外すべき類型を確認しておこう。

(b) 自分の利益獲得のための保証（無償保証）

(ア) 個人会社の経営者による個人保証　　個人事業者が事業を法人化したため、経営者個人の財産と会社の財産とが分離され、有限責任により経営者個人の責任が制限される場合に、金融機関が経営者に会社の債務につき包括根保証をさせるのは普通である。これは、法人格否認と実質的に同じ結論を実現するための債権者による自衛措置であり、合理的なものである。以下の3つの事情から、いわば主債務者＝保証人と一体化することが正当化されるからである。それは、①先ず自己責任ということである。会社の経営者による会社債務の個人保証は、第三者による個人保証とは異なって、会社と経営者との情義的關係に基づいて保証がされるわけではなく、保証人として経営者が責任を取らされても、それは“経営についての自己責任”の追及である。②また、主債務者についての情報を把握していることがある。自ら主債務者たる会社を経営してい

るのであり、主債務者についての情報を債権者より提供を受けるといった必要性はなく、債権者の保証人に対する説明義務といったことは問題にならない。③更には、主債務者である会社により自分も利益を受けるということもある。主債務者と債権者との取引は要するに“自分の経営する会社のため”=“自分の利益のため”であり、他人のための慈善的な行為では全くない。“利益の帰する所損失も帰する”といった原則が当てはまるどころである。

以上のような事情から、経営者保証人には責任を全面的に負担させても酷ではなく、根保証人の特別の保護は必要ではない⁷⁾。また、501条の弁済者代位についても、他の無関係な担保負担者と公平に損失を分担することが認められるものではなく、主債務者に準じて代位権者間においても全面的に損失を負担すべきである。

(イ) 親会社などグループ企業による保証　また、保証人保護の必要性がない別の類型として、親会社やグループ企業が保証人となる場合が考えられる。①この場合には、子会社の経営に影響を及ぼしうるのであり、主債務者が倒産する点についてはある程度は自己責任であるといった側面が妥当する。②そして、関連企業であり、主債務者についての情報は債権者以上に把握しており、債権者の保証人の信用状態についての説明義務なども無縁である。③更には、支援している会社とその融資や取引を受けられ収益をあげることは、保証をする関連会社や親会社の利益にもつながっている。以上のように、経営者のように一体化し主債務者と実質的に等しいという状況にまではないが、親会社などの保証の場合にはそれに準ずる関係が認められることになる。

7) 林良平・石田喜久夫・高木多喜男『債権総論(第三版)』(1996年)462頁[高木]。伊藤進「保証の法的効力について②」銀行法務626号(2003年)22頁は、経営者個人の保証は、「経営責任保証」であり「債務の保証」とは異なる保証であるという認識から、責任の範囲を検討すべきことを提言する。なお、あくまでも経営者個人=会社と見られるような場合に限定しての話であり、日本に特有な企業との取引について代表取締役または取締役には保証人になってもらうという事例は、原則として従業員の保証に準じて、個人保証の類型として考えてよい(取締役保証については、拙稿「経営者保証、ホステス保証及び取締役保証」『現代民事法の課題(新美育文先生還暦記念論文集)』(2009年)121頁参照)。

以上の2つの類型は、確かに無償で保証が行われているが、情義的保証人の場合とは異なり、義理人情で断れずに軽率に保証を引き受けてしまった者ではなく、営利活動の一環として行われており、また、慈善的な行為ではなく自分の利益を目的としているという決定的な差がある。

(c) 有償保証人

有償で保証料をとって銀行更には銀行の子会社である保証会社、また、信用保証協会が保証する場合には、合理的計算の上に保証料を計算しているであろうから、根保証人保護の要請を強調する必要はない⁸⁾。有償で業者が行う賃貸保証等も同様に考えてよいであろう。また、個人が有償で保証をする場合にも、それを業として行う場合か否かを問わず、射幸契約の一種である取引として、情義的保証のような保護を考える必要はない。即ち、保証債務を履行しないまま保証料を利得できることもあれば、保証人としての責任を取らされて損失を受けることもある射幸契約であり、効力を否定する理由はない。確かに、保証契約自体において債権者から対価を受けるわけではなく、保証契約が射幸契約ではないが、主債務者との保証委託契約において保証料を得るものであり、これは射幸契約たる有償取引として、取引の一般原則によって律せられるものとしても酷ではないであろう。但し、有償保証といっても、信用保証協会といった公的保証については、民間の保証料を徴収して保証をすることを業とする事業者と同列には論じ得ないし、また、債権者である銀行の設立した保証会社などは、債権者との関係からいって更に特別の規律がされてよい⁹⁾。そして、個人保証人保護規定のうち、どのような規定を対象外とするのかは、個別に検討が必要であろう。

(d) 保証人の類型に応じた規律の必要性

以上のように、保証人の保護が配慮されるべき類型と、債権者保護が確保されるべく運用がされるべき類型とに保証人の類型を分けることができ、立法に際してもこのことを考慮して規定が置かれるべきである。1つの試みとしては、

8) 松本雄雄「根保証の内容と効力」『担保法大系第5巻』（1984年）248-9頁など。

9) 松本・前掲論文248-9頁など多数の論文などで述べられている。

「個人」保証人であり、「有償」ではなく、かつ、「法人と同一視される経営者」ではないことを要件とする、独自の保証人類型を設けて特別の規律をすることを提案しよう。では、個人保証とそれ以外の法人保証を代表とする非個人保証についての規律の構造はどうすべきであろうか。どちらかを原則規定とし他方を例外規定とすべきか、それとも並列的に規定すべきか。この点、結局は民法に消費者法を取り込む法技術一般の問題であり他と足並みをそろえることが必要である。やはり市民法(民法)を原則法とする限りは、平等な者同士を前提とした法律関係に忠実で単純な補充規定として非個人保証を念頭に置いた原則規定を置き、その後、特別規定として、強行的な性格を持った個人保証人についての規律を例外として規定すべきである。

3 個人保証人保護についてのいくつかの総論的検討

すべての問題が関係してくるが、ここで特に総論的に個人保証人について考慮が必要な点について前倒しをして説明をしておきたい。

(1) 個人保証を禁止すべきか

冒頭に、保証に対する温度差を示すのにちょうどよい2つの主張を紹介しておこう。

弁護士の辰己氏は、「保証に頼らない社会、『脱保証』への発想の転換が求められている」と述べている¹⁰⁾。他方、銀行関係者である堂園氏は、銀行取引においては、保証は単に信用を補完するためだけではなく、さらに様々な効果が期待できることも重要であるという点を強調する¹¹⁾。金融機関側には、保証の廃止は眼中にないといってよい。この点、研究会案も委員会案も、いずれも個人保証の禁止といった過激な提案はしていない。

10) 辰己・前掲注2) 論文329頁。但し、全ての保証について述べているのではなく、恐らく「個人保証」についての話であり、合理的な制度設計された有償保証などまで否定する趣旨ではあるまい。

学説には、「従来の保証契約は、衡平・正義・公序のすべてに違反する」とまで言い切る主張がある¹²⁾。勿論、これは個人保証についての言及として理解すべきであるが、このような相互の助け合いにより担保に供する財産を有しない者が融資を受けられたり、取引をすることが可能になるので、全く合理性のない制度と言い切ることはできず、禁止までするのは行き過ぎの印象を受ける。後述のような適切な限界づけがされれば存続させてもよいであろう。

ところが、この点、弁護士側からはかなり過激な提案がされている。大阪弁護士会案は、「自然人の事業者に対する保証は、これを無効とする」、「ただし、法人の代表者が当該法人のために保証をする場合はこの限りでない」という提案をしている¹³⁾。恐らくそのベースとなったであろう、日弁連・要綱案は、「1適用範囲」と題して次のような大胆な立法提案をしている。

「(1)与信業者が、消費者信用取引によって生じた債務について、消費者と保証契約を締結することを禁止する。」

「(2)与信業者が、事業者信用取引によって生じた債務について、消費者（主債務者たる法人の代表者及びその共同事業主、主債務者たる個人事業者の共同事業主以外の者）と保証契約を締結する場合には、本章2ないし9の規定を適用する。」

「(3)与信業者が、事業者信用取引によって生じた債務について、与信業者が消費者と、抵当権設定契約、根抵当権設定契約又はその他の担保権設定契約を締結する場合も、上記(2)と同様とする。」

11) 堂園昇平「債権法改正の論点と銀行取引における保証実務」銀行法務21 723号（2010年）18頁。例えば、経営者に保証させるのは経営責任の確保を図るため、物上保証人に保証をさせるのは、抵当権の目的物についてその毀損を防ぎ価値を維持するべく管理を適正に行う義務を実効あらしめることと、抵当権消滅請求権の行使を防ぐ、第三者が預金を担保に差し出す場合には、保証人になってもらい相殺により簡便に事実上担保権を実行することができるようにするため等である。

12) 加賀山茂『契約法講義』（2007年）387頁、同『担保法』（2010年）158頁。

13) 大阪弁護士会『実務家からみた民法改正（別冊NBL131号）』（2010年）161頁。

日弁連・要綱案は、①与信業者による消費者信用取引についての消費者保証は禁止(⇒(1)項)、②与信業者による事業信用取引についての消費者保証は禁止せず許容した上で、特別の規制に服せしめる(⇒(2)項)という2段階の規律をしようというものである(しかも、「主債務者たる法人の代表者及びその共同事業主、主債務者たる個人事業者の共同事業主以外の者」についてはこの規制をしない⇒(3)項)。消費者信用法の立法提案なので、与信業者以外が債権者となる事例についての規定の提案はされていない。これに対して、大阪弁護士会案は、「自然人の事業者に対する保証」を全て禁止し無効とし、ただし、「法人の代表者が当該法人のために保証」する場合は、自然人による保証でも有効としたのである。

先に述べたように、個人保証を全面的に禁止するのは無理であろう。合理的な範囲の保証であれば認めてよい。なお、個人会社の経営者保証に限って、特別の保護をしないのみならず、共同保証における保証人間の求償(465条参照)や弁済者代位(501条後段参照)において、主債務者=自己経営する個人会社からの求償不能のリスクを全面的に負担させて然るべきである。この点について、大阪弁護士会案は、「法人の代表者」と表記しているが、大企業の代表取締役と個人会社の経営者とを同じに扱うことには違和感を覚える。フランスでは、個人会社については債権者が個人財産を分離することに対処するものとして経営者に会社債務を保証させることは合理的なものと考えられているが、大企業の代表取締役に会社の債務について保証をさせるなどということは考えられないところである¹⁴⁾。なお、日弁連・要綱案は消費者信用法なので消費者以外についての特別規定を置いていない。

(2) 個人保証人のクーリング・オフの権利(解除権)

(a) クーリング・オフの権利を認める提案

日弁連・要綱案は、与信期間による事業者信用取引についての消費者保証は

14) 日本では経営者保証は当然視されているようである。金融機関だけでなく、「危機管理センター」なる会社のホームページにおいても、「個人保証」の見出しの下に、「返済を延ばすときは社長の個人保証を取り付ける」と題して、経営者保証を奨励している。

これを有効としつつも、「6 保証契約の解除」と題して保証人に解除権（クーリング・オフの権利）を認める提案をしている（枠内のような条文である）。また、全国クレサラ商工ローンヤミ金被害者交流集会IN北九州「保証被害をなくするための保証制度の抜本改正を求める決議」（2009年11月28日¹⁵⁾）も契約締結後相当期間の解約権を認める提案をしている。

「(1)保証人は、前条の書面を受領した日から起算して8日を経過するまでの間は、当該保証契約を解除することができる。」

「(2)上記(1)の保証契約の解除は、保証人が契約を解除する旨の意思表示を発したときに、その効力を生ずる。」

「(3)上記(1)、(2)の規定に反する特約で保証人に不利なものは、無効とする。」

保証人のクーリング・オフの権利については、いくつかの問題点がある。① 先ず、事業者の不意打ち的な勧誘によって熟慮する間もなく契約をしてしまった場合に、消費者に再度熟慮期間を与えるというのが本来のその制度趣旨である（イギリスにはじまり、日本も導入したが、アジアではむしろこの制度を導入しない国が多い）。保証の場合には、事業者の勧誘ではなく、保証人は主債務者に懇願されて断れずに保証人になることが多い。熟慮しないという点は類似しているが、訪問販売のように不意をつかれて事業者の口車に乗るというのではなく、主債務者の依頼に義理人情で断れないというものであり、随分状況は異なっている。②保証人がうかつに保証をして後悔するのは、後日、責任を追及された時点において、うかつに保証人になってしまったことを悔いるというものであり、保証契約をしても代金を支払うわけでもなく（よく考えれば必要のない商品やサービスに代金を払うということの後悔するというものではない）、保証契約をした後すぐに後悔し解除をすることは期待できない（責任を取らされることはないとうかつに信じているからである）。③また、實際上、解除権を行使しようとする保証人がいたとしても、行使することを事実上期待できない場合が少

15) http://www.cresara.net/data/pdf/p4b2cd5df_133fl.pdf#search='保証被害'。消費者法ニュース85号（2010年）329頁にも掲載がされている。

なくない。というのは、取締役等では(経営者保証以外でも)、その保証が会社と取引を開始するための必須の条件とされていて、保証をした後に解除することは会社の取引が受けられなくなるため、期待しうるはずはない。また、いわゆる情義的保証では、債権者側が保証人のクーリング・オフ期間内の解除がないことを確認してから融資を実行するという対応策をとることは必至であり、そうすると、主債務者にお願いだから解除しないでくれと懇願されて、実際上保証人は解除などできる状況にはないであろう。

こう考えると、消費者保証人の解除権(クーリング・オフの権利)を導入しても、実効性が乏しいといわざるをえない。後述の情報提供義務違反による保証人の取消権、過剰保証の禁止、任意確定請求権等によって、保証人保護は図ることができるので、それで十分であろう。

(b) 契約締結に際する主債務者の支払能力確認義務・保証人への情報提供義務

① 債権者の保証人への主債務者の信用状況についての説明義務 むしろ、クーリング・オフの権利よりも、債権者に、保証人に対して、保証契約の締結に際する主債務者の支払能力確認義務及び主債務者の信用状態についての保証人への情報提供義務を認める規定が必要である。日弁連・要綱案はクーリング・オフの権利を規定したため、それで十分と考えたためか、このような義務は規定せず、保証内容の説明義務だけしか規定していない。繰り返すが、保証人は主債務者を信用しているからお人よしにも保証人になるのであり、主債務者の信用不安を知って初めてその時点で後悔するのである。契約をして8日以内のクーリング・オフの権利を認めても実効性はない。むしろ事前に保証契約の締結を回避できるように、債権者に主債務者の信用調査義務・保証人へ主債務者の信用状態についての説明義務を認めるほうが、実際の状況にはマッチしているものと思われる。

② ①の義務違反の場合における保証人の取消権 債権者に、主債務者の信用状態についての調査義務及びその保証人への説明義務に違反があった場合には、主債務者の信用不安が債権者としての高度な調査をしても知りえなかったことを証明しない限り、保証人がその信用不安を知っていたならば保証契

約をしなかったと思われる場合には、保証人に取消権が認められるべきである。

実際に、経営の破綻した主債務者に融資をする際に、支払不能となる可能性が非常に高いにもかかわらず、保証人から回収すればよいと考えて、あえて主債務者への融資または取引を行うということがまま見られるところである。但し、正にそのような場合にも主債務者が融資を受けられるまたは取引を受けられることを可能にするための担保であるから、この場合の保証が禁止されるべきではない。しかし、そのようなリスクを覚悟で主債務者を援助しようとするほどの特別関係がある場合であれば（親子など）、それでよいが（証明責任は債権者が負う）、もしそのような事実を知っていたならば保証人にはならなかったであろう者については、その事実を知らないのに保証人にされて責任を取らされても当然というわけにはいかない。保証も他の担保と同様にいざというときのための担保であり、いざというときに使えないのでは仕方ないという、債権者寄りの評価から無償で義理人情で行われる保証人に、債権者が無条件でそのようなリスクを保証人に転嫁できるというべきではない。債権者は保証人に主債務者の信用不安を知らしめて、それでも保証をするかどうかの意思確認をさせるべきであり、それを怠ったならば本来自分の負担すべきリスクを保証人に転嫁することは許されないとすべきである。

取消期間については、民法126条の改正と歩調を合わせるべきであり、もし126条の5年の取消期間が1年や2年になるのであれば、それに合わせるべきである。起算点は主債務者が既に契約当時から信用不安の状態にあったことを保証人が知った時であり、また、詐欺や強迫とは異なるので、債権者に保証人に対して取消しをするか否かの催告権を認めてもよい。

(3) 過剰保証の禁止

(a) 貸金業法は過剰融資のみを規制

改正貸金業法は、「この法律において「貸付けの契約」とは、貸付けに係る契約又は当該契約に係る保証契約をいう」（2条3項）、「この法律において「顧客等」とは、資金需要者である顧客又は保証人となろうとする者をいう」（同4項）、

「この法律において『債務者等』とは、債務者又は保証人をいう」(同5項)、「この法律において『資金需要者等』とは、顧客等又は債務者等をいう」(同6項)と規定し、貸金業法の規制が保証人にも適用されている。そのため、禁止される取立て行為(21条)は、保証人にも適用される。返済能力の調査義務(13条1項。「貸金業者は、貸付けの契約を締結しようとする場合には、顧客等の収入又は収益その他の資力、信用、借入れの状況、返済計画その他の返済能力に関する事項を調査しなければならない」)、返済能力を超える契約の禁止(13条の2第1項。「貸金業者は、貸付けの契約を締結しようとする場合において、前条第1項の規定による調査により、当該貸付けの契約が個人過剰貸付契約その他顧客等の返済能力を超える貸付けの契約と認められるときは、当該貸付けの契約を締結してはならない」)。但し、これに違反しても業法上の規制を受けるだけで、保証契約や保証人の責任が制限される点については規定がされていない。

契約締結前の書面の交付義務(16条の2第3項)、契約締結時の書面交付義務(17条3項～6項)も、保証契約について独自の規定が置かれている。更には、「貸金業者は、その貸金業の業務に関し、次に掲げる行為をしてはならない」(12条6本文)とし、「保証人となろうとする者に対し、主たる債務者が弁済することが確実であると誤解させるおそれのあることを告げる行為」(12条の6第3号)が規定されている。

しかし、13条の2第2項のいわゆる総量規制(3分の1ルール)については、「個人顧客[顧客等になっていない]を相手方とする貸付けに係る契約」につき、「個人顧客合算額が当該個人顧客に係る基準額(その年間の給与及びこれに類する定期的な収入の金額として内閣府令で定めるものを合算した額に3分の1を乗じて得た額をいう。次条第5項において同じ。)を超えることとなるもの」とされ、保証人の収入との関係での総量規制はされていない。主債務者との関係で総量規制がかけられているので、保証人に迷惑が及ぶことはめったな場合でなければ考えられないということが理由であろうが、貸付については「個人顧客」だけが対象であり、法人への貸付の場合には主債務者への総量規制は適用されないので、別個に保証人について独自に規制をする必要がある。

(b) 過剰保証についての一般的規制

上記のように貸金業法では、借主である主債務者のみならず保証人の返済能力の調査義務は規定されているが、返済能力を超える貸付けのみが禁止され、保証人の支払能力を超えた過剰保証は禁止されておらず、保証人の支払能力の調査義務が活かされていない。貸金業以外にも、過剰保証についての業法的な行政的規制法規はなく、過剰保証を禁止しその効力を規制する私法法規も存在していない¹⁶⁾。

(ア) これまでの提案 過剰保証の規制の必要性はつとに主張されてきたものであり、これまで過剰保証の規制をめぐるは種々の提案がされている。

① 単なる努力規定とする提案 委員会案【3.1.7.02】²⁾は、「債権者は、保証契約の締結にあたって、次に定めるところに努めなければならない」とし、債権者の保証人に対する説明義務と共に、「保証人の資力に比して過大な責任を負わせないこと」を努力義務としているにすぎず、違反の効果について何ら規定がされていない。敢えて努力義務として規定がされている¹⁷⁾、義務違反に対して、説明義務違反の場合の取消し（【1.5.16】）、情報提供義務違反の損害賠償義務（【3.1.1.10】）の一般規定が適用されるのか明らかではなく、恐らくは適用しないことを示すために義務にはしなかったのだと思われる。しかし、義務ではなく遵守しなくても保証契約の効力に影響がないのでは、あまり意味のある規定とはいえない（限定根保証で責任を制限する1つの要因としては意味がある）。この規定については、佐瀬正俊ほか『民法（債権法）改正の要点』254頁〔荒

16) フランスでは、市民法典（民法）とは別に消費者法典というものがあり、その313条の10は、消費者法典に規定された消費者と信についての保証契約に限っているが、保証人の収入及び財産に不釣り合いな保証である場合には、保証人に対して保証の主張をすることができないものと規定している。いわゆる根保証の場合には、債務額が確定していないため、保証を主張する時が基準とされている。

17) 近時の立法では、敢えて義務と明記しない立法があり、消費者契約法4条1項（「……努めなければならない」）、同2項（「……努めるものとする」）、労働契約法4条（「……できる限り書面により確認するものとする」）、同5条（「……必要な配慮をするものとする」）——同3条1項、2項の「……締結し、又は変更すべきものとする」とは異なっている——等がある。

木理江] が基本的に支持している。

② 保証契約を無効とする提案

③ 過剰な部分のみ無効とする提案 大阪弁護士会案は、個人保証が認められるとしても、過剰な保証責任とならないようにする義務を債権者に認め、また、保証人の返済能力の調査義務を認め、その義務違反につき、過剰となる部分を無効とするという規定を提案する(大阪弁護士会『前掲書』161頁)。全部無効ということにして抑止機能を期待することもありえようが、一部無効に留めている。これもやはり、日弁連・要綱案に従うものであり、日弁連・要綱案は「4 保証人の支払能力を超える保証契約締結の禁止」と題して、次のような条文提案をしている。

「(1)与信業者は、保証人になろうとする者の資力及び信用等について調査し、その者の支払能力を超えると認められる保証契約を締結してはならない。」

「(2)保証人の支払能力を超えた与信部分については、与信業者は保証人に請求することができない。」

全国クレサラ商工ローンヤミ金被害者交流集会IN北九州「保証被害をなくすための保証制度の抜本改正を求める決議」も、保証人の返済能力に比して重大な責任を負わせない法的義務を債権者に認め、その違反に無効、損害賠償といった効果を認めることを提案する¹⁸⁾。先述のように日弁連・要綱案は消費者信用法の立法提案なので与信業者に債権者が限定されているが、大阪弁護士会案やこの決議も債権者一般を問題としている。

④ 全部無効とする提案 小杉教授は、保証の有効要件として保証債務全部の弁済をする資力を有することを要件とすべきであるという(そうでなければ無効)¹⁹⁾。保証契約において書面を要求しただけでは保証人の保護として

18) 全国クレジット・サラ金問題対策協議会による「保証被害をなくすための民法(保証制度)改正を求める決議」(2009年4月11日)は、「保証人の支払能力を超えると認められる保証契約を締結してはならないこと」を提案するのみで、違反の効果については言及していなかった。

十分ではなく、保証人に対する後見的な救済が必要であるというのがその理由である。

(イ) 本稿の立法提案 過剰保証の禁止は、必ずしも業法として業者に対する行政的取締法規上の義務に止まるべきものではなく、違反に対して私法上の効果を結び付ける私法法規とすることは可能であり、またそうすべきである。

❶ 過剰保証の判断基準 立法に際しては、「過剰」の判断基準をどう規定すべきかが問題になる。

① 先ず保証される債権額については、特定保証は主債務の金額でよいとして、根保証の場合には、極度額を基本にするのか、また、貸金等債権以外は包括根保証を認めるとするのならば基準額はどうするのか、を問題にできる。②次に、①で基準とされた金額に対して過剰かどうかは、保証人の所有の財産を基準にするのか、それともその収入か更にはその両者かが問題になる。③そして、①と②との比較で、どの程度ならば過剰とすべきかが最後に検討されなければならない。

先ず、①については、過剰保証禁止の前提として包括根保証を個人保証については禁止して必ず保証限度額が約束されていることを必要とし、根保証(限定根保証)について、確定時の債務額ではなく契約時の極度額を基本とすべきである。もし賃貸保証に包括根保証を認めるならば(筆者は反対)賃料債務の保証についても、1年分の支払金額を基準とすべきであろう。

次に、その金額と何を対比して過剰と評価すべきかという②の点については、返済能力(支払能力)ではなく収入を基礎とすべきであろう。返済能力(支払能力)を基準としたのでは、保証人の資産が考慮されるが、情義的保証という性質上、その収入から余裕ある限度での弁済に限定されるべきであり、収入(保証した年の前年度の収入)を基礎とすべきである。個人保証人に、自分の資産を切り崩してまで責任を負わせるべきではない。

では、保証人の収入を基礎とするとしても、③の点につき「どのように」過

19) 小杉茂雄「保証の改正をどのように考えるか」椿寿夫ほか編『民法改正を考える』(2008年)233頁以下。

剰かを評価すべきであろうか。収入が多くあれば、収入の10分の1で生活に十分ということもあろうし、収入が少なければ収入全てが生活に必要ということもあろう。また、借金の返済がある者はこれから返済額を更に差し引かなければ、余裕のある資金は算定できない。100万円の債務の保証は、年収10億円のスポーツ選手にとって過剰ではないが、年収200万円のフリーターにとっては過剰であろう。そのため、この点は形式的に決めざるを得ず、貸金業法についての金融庁の事務ガイドラインのように年収の3分の1以上といったような数値を設定せざるを得ない。他方で、保証債務や借金がある場合にはその分余裕がないはずであり、債権者に保証契約前に保証人の収入・借金、クレジットの支払、他の保証債務などの債務についての調査義務を認めれば²⁰⁾、これらの保証契約時に存在した——保証契約時を基準時とするので、その後に負担した債務は含まない——債務の1年間の支払予定金額を①の金額に加えて、年収の2分の1以上の場合には過剰保証とするといった二重の基準によることが考えられる²¹⁾。

② 過剰保証の効果 さて、保証人を過剰保証からどう保護するかという過剰保証の効果論については、上記のように全部無効と過剰部分のみ無効という2つの提案がされているのを参考にして、折衷案を提案したい。あまりにも過度な場合には、債権者に対して積極的な制裁を認めてもよく、①まず、余りにも過剰な保証の場合には、保証契約自体を無効とし、②次に、収入との均衡を欠くが①ほど過剰ではない場合には、保証人の責任を過剰とされる額を超える部分を無効とする処理を提案したい。その基準も形式的に決めるしかなく、①は年収を超える金額を基準とし、②年収の3分の1を超えるが年収を超えな

20) 債権者の調査に保証人が虚偽の回答をした、債務を債権者に知らなかった場合には、これを差し引いてよい。

21) 貸金業者だけでなく金融機関全てに保証債権の情報機関への登録を義務づけるのは困難であるし、これをもし実現したとしても、賃貸保証や継続的供給関係上の債務の根保証、代金債権の個別保証など種々の保証類型があるので、全ての保証の情報を情報機関から入手することはできない。しかし、保証人に対する確認義務を債権者に認めて、前注のような効果を認めれば、本文のような二重の過剰保証の基準を設定することも不都合はない。

い過剰保証の場合には、年収の3分の1を保証責任の限度とするという責任制限を認める解決が考えられる²²⁾。裁判所の負担軽減の必要のため、数値的な基準を設定することは必要である。②については、後述の一部保証の規制が適用される。

4 損害担保契約及び経営指導念書

委員会案では、保証契約以外に、主債務者と保証人との「保証引受契約」（第三者のためにする契約）により保証債務が成立することを規定する（【3.1.7.01】(2)）。併存的債務引受（付従性なし）と保証との区別ができないということが理由とされている。そのような契約を、付従性のある併存的債務引受とは別に認めることを否定する必要はないが、敢えて規定を置かなくても有効である。規定を置くことの意味が不明である。この点は、次号の岡弁護士論文で扱われるのでここでは検討しないことにしよう。

民法には規定がないが、損害担保契約やいわゆる経営指導念書が日本においても議論されているが²³⁾、これらの契約を民法に規定を置くべきことについては検討委員会も改正研究会でも提案はされていない。これに対して、損害担保契約は実務において多用されており、その根拠として明文規定を置くことの意味は実務上決して小さくないという評価が、実務家によりされている²⁴⁾。但し、実際にその形態は多岐にわたり、専ら契約によってその内容は決まるので、あまり詳細な規定を民法中に置くのは妥当ではないという。そして、「担保人の填補義務の履行は独立した自らの債務の履行であるから、担保人の求償権や代

22) 過剰保証を規制すれば、根保証について包括根保証を禁止しなくても裁判官により適切な額を責任として認めればよいということも考えられるが、これは適切ではない。先ず、保証契約が無効になるかどうかについての過剰か否かを保証限度額を基準にして判断すべきであり、保証限度額は必須である。また、保証限度額があることは、保証人としても意思決定の際に有意義であると思われる。更に、過剰保証そのものを禁止しないと、過剰保証により無効になるかもしれないがダメ元で行えば、実際には過剰保証の規制を知らない保証人が支払に応じてしまう可能性がある。

位権を認めることは、損害担保契約は主債務から独立して成立するという性質や、損害を填補するという損害担保契約の本質と相いれない。したがって、担保人の求償権は否定されるべきである」ともいわれる²⁵⁾。

フランスにおいて民法担保法の大改正(2006年)に際して、経営指導念書と損害担保契約の規定が導入されたが、各地の弁護士会から、實際上多様な合意があるので規定を設けず、これまでどおり契約自由の原則また判例による運用に任せるべきことが主張された。そのため、民法も定義規定を置くだけに止めている。わが国においても、やはり判例法を先行させて、その積み重ねができた時に改めて立法をしたほうがよいであろう。

5 保証の範囲及び保証人ないし主債務者に生じた事由をめぐる問題点

(1) 保証の範囲

(a) 一部保証

一部保証については、2つの研究会の案には特に明文規定を設ける提案はない。恐らく、一部保証がされることが実際にはほとんど見られないためであろう。日弁連・要綱案も何も規定していない。

これに対し、小杉教授は、限定根保証において債権が確定した場合に一部保

23) 但し、損害担保契約については、このような付従性のない特殊な人的担保契約を認めることに異論はないが、経営指導念書については、実際に特殊な担保契約として認めた判決はない(損害担保契約についても最高裁判決はないが、下級審判決としては、大阪高判平11・2・26金判1068号45頁がある)。学説によって、経営指導念書の説明が試みられているが、その法的分析については学説は一致していないが、内容にも多様なものがあるという点では学説も一致しているものといえよう(滝川宜信『経営指導念書の理論と実際』(2001年)、森下哲朗「経営指導念書の将来」ジュリスト1230号(2002年)88頁、椿久美子「損害担保契約の多様性と指導念書、請求払無因保証(上)」NBL778号(2004年)63頁、拙稿「経営指導念書——その法的効力」『担保制度の現代的展開(伊藤進先生古稀記念論文集)』(2006年)226頁参照)。

24) 中原利明「保証」金法1874号(2009年)61頁以下。

25) 中原・前掲論文63頁。

証と同じ結果になることから、規定を置いておくことを提案する。小杉教授は、一部保証の場合の保証人の責任について、割合的に考えることを提案する²⁶⁾。100万円の債務について50万円の保証というのは、50%の保証ということであり、50万円を主債務者が弁済した後は、残り50万円について25万円の責任を保証人は負うということを提案する。そして、これを限定根保証にも適用し、例えば極度額300万円の限定根保証で、債務が600万円で確定した場合にはその50%の責任となり、主債務者が300万円弁済した場合に（共同保証人が弁済した場合など代位弁済は含まないのであろう）、残り300万円について150万円のみ保証人は責任を負うことになる。そして、これを片面的強行規定とし、保証人に有利に変更する合意の効力のみを認める。

解釈論としてはこれまでになかった提案であり、限定根保証や過剰保証において過剰部分のみの量的免責により一部保証と同じ結果になるため、その規律をしておくことを見越した提案として高く評価したい。更に立法論としていうのであれば、情義的保証人に限り特別の保護を与えることも考えられる。主債務者からの弁済があった額は全て保証人を免責するという立法を考えてみてもよい。例えば、極度額300万円の限定根保証において、確定した債権が600万円の場合に、主債務者が300万円弁済した場合（免除を受けたのは含まれない）には、上記の小杉案とは異なり、保証債務は消滅することになる。

(b) その他の問題

① 金銭債務を負担する契約当事者以外についての保証 金銭債務以外の債務の保証も可能であるが、金銭債務以外の契約上の債務を保証した場合、判例では、売主の債務や請負人の債務の保証の場合には、債務不履行により生じる損害賠償義務や解除による原状回復義務といった金銭債務の保証と理解されている（最大判昭40・6・30民集19巻4号1143頁、最判昭47・3・23民集26巻2号274頁）。この点、判例の成果を取り入れて明文化する提案はされていない。所詮、任意規定であり解釈規定に過ぎないのであり、当事者が異なる合意をし

26) 小杉茂雄「保証の改正をどのように考えるか」『法律時報増刊民法改正を考える』（2008年）235頁。

たければ合意により自由に約束ができるので、規定を置くことにあえて反対する必要はない。ただ、問題となるのは細かい規定が置かれあまりにも条文が増え、条文を探すのが困難になるし、また、現行民法のなるべく包括的な規定にして裁判所による柔軟な解釈運用に任せるという方針を維持するのであれば、条文化すべきものと今までどおり判例に委ねるべきものを振り分ける必要がある。

② 法人が解散した場合 主債務者が破産免責を受けた場合については、破産法253条2項に規定があり、保証債務には「影響を及ぼさない」ことが明記されている。付従性との関係で問題になるものとして、主債務者が法人であり解散して清算後消滅した場合にどうなるかという問題がある。このようなどきのための保証なのであるから、個人保証人には酷であるが、主債務がなくなっても保証人の責任はなくならないことを明記してよい。更にいえば、破産免責の影響を受けないことも含めて、民法で一般的に規定するということも考えてよいであろう。

(2) 主債務者または保証人に生じた事由

(a) 確定債権化

主債務が確定債権化(174条の2)した場合については、保証債務についてもその効力が及ぶことは肯定されているが(最判昭43・10・18判時540号43頁。最判昭46・7・23判時641号62頁も同様)、保証債務の確定債権化が主債務に効力を及ぼすことは否定されている(大判昭20・9・10民集24巻82頁。その後、東京高判平5・11・15金法1393号35頁、東京地判平8・8・5金法1481号61頁など)。この点について、改正提案はない。議論に終止符を打つためにも、判例を明文化することを考えてもよいであろう。場所は時効のところではなく、保証の規定でよいであろう。

(b) 保証人による主債務者の相殺権の行使

現行法では、457条2項により保証人は主債務者の相殺を債権者に「対抗することができる」ことになっている。この意味については、相殺を実行してし

まうこと、即ち相殺権を保証人にも拡大する規定なのか、それとも、単に抗弁権を認める規定に過ぎないのかは議論のあるところである。この点、①研究会案は、抗弁権を認めるに過ぎない旨明記し（441条2項）、②委員会案も同様である（【3.1.7.07】〈2〉）。それで不都合はないであろうが、結局は保証人からの債権回収ができないということを容認するのであれば、相対的な時効援用権同様に相対的な相殺権を認めても不都合はないように思われる。そもそも、主債務者は保証人に迷惑をかけて自分の債務について責任を負ってもらっているのであり、保証人に対してその責任を軽減する義務を認めるべきであり、相殺するかどうかの自由を保証人との関係で保障する必要はないのであり、法律関係の明確性の要請も考慮すれば、絶対的な相殺権さえ認めてもよいのではないだろうか。

(c) 主債務を発生させた契約の取消権

主債務の時効完成により、保証人にも固有の時効援用権を認めるのが判例・通説であるが、主債務を生じさせた契約につき主債務者がこれを取り消して主債務を消滅させることができる場合については、周知のように議論がある（判例は否定⇒大判昭20・5・21民集24巻9頁）。この点につき、①研究会案は、抗弁権のみを認めることを明記し（441条2項）、②委員会案も同様である（【3.1.7.07】〈3〉）。学説としては、肯定説も有力であり、主債務者に保証人の責任を軽減すべき義務を認めれば、これに対応する請求権を保証人に主債務者に対して認めることも考えられ、債権者代位権を転用して、保証人に主債務者の取消権を代位行使することを認める余地がある。そう考えると、先に述べたように直截に保証人に取消権を認める立法も考えられて良いように思われる（相対的取消権というよりも、保証契約の取消しを認めるべきか）。

(d) 連帯保証人への請求の絶対効

現行法では458条による、連帯債務規定の連帯保証への準用により、連帯保証に限り保証人への請求が主債務者にもその効力が生じることになっている（434条）。①改正研究会444条は現行法と同様であるが、②委員会案では、【3.1.7.13】〈5〉で効力を否定する。連帯保証とする実益には、補充性を排除するこ

とだけでなく、保証人への請求が主債務者にも及ぶという点に求められているが、後者ではこの点が奪われてしまうことになる。そのため、銀行実務家によって、実務の混乱を回避するためにも、現行法を維持すべきであると主張されている²⁷⁾。

6 事前求償権

(1) 2つの対立する立法論

保証人が債権者に弁済(相殺、代物弁済、更改等も)をしていないのに、主債務者に求償権を認めるという不可思議な制度として、その合理性がつとに疑問視されてきた制度に、委託を受けた保証人の事前求償権がある(460条)。主債務者が保証人に支払うのであれば、債権者に支払えばよいので、保証人には、主債務者に対して債権者に弁済して自分を免責する免責請求権を認めれば十分なはずである(461条1項の抗弁権により不都合が回避されると考えられている)。事前求償権については、立法論として廃止・存置の2つの意見が対立している。

(a) 維持する提案

研究会案は、事前求償権を維持するが(446条)、銀行関係者だけでなく、弁護士会の意見においてもこの問題については存置が提案されている。大阪弁護士会案(前掲書164頁)は、現在、事前求償権が存することを前提として実務上活用されている実態があり、再検討が必要だとする²⁸⁾。また、銀行実務家によっても、委託を受けた保証人の事前求償権には、例えば保証会社が事前求償権を行使することによって債権者である銀行の回収業務を手助けし、その結果として、保証会社も保証債務の履行を免れることができるなどの実務上のメリットがあるとの指摘をしている²⁹⁾。

27) 中原・前掲注24)論文65頁。

28) 大阪弁護士会・前掲注13)書164頁。神尾有香、永沼光「判批」みんけん644号(2011年)29頁もこれに賛成する。

(b) 廃止の提案

他方、委員会案は事前求償権規定の削除を提案する（【3.1.7.11】）。廃止の前提として、債権者の適時執行義務を認めるということがあり（【3.1.7.06】）、保証人の保護はこれでまかなえばよいというのである³⁰⁾。債務者の破産財団の配当に加入しないときは、適時執行義務の懈怠に準ずるものと規定されている（【3.1.7.06】）。しかし、連帯保証では、適時執行義務が認められないので、説明としては必ずしも十分ではない。

(2) 本稿の立場

主債務者について破産手続きが開始した場合に、弁済前に破産手続きに保証人が主債務額全額について配当加入を認めるということに事前求償権の利点があるかのようであるが、債権者が配当加入しなかった場合には、保証人が主債務者に対する免責請求権——保証人の主債務者に対する債権者への弁済をするよう求める請求権——により配当加入することを認めればよい。即ち、保証人が配当加入をして、債権者に配当金を支払うよう請求できればよい。そのため、筆者としては、解釈論としてまた立法論として、事前求償得権を免責請求権と構成した上で（免責請求に対しては、461条1項の抗弁権は認められない）これを維持することを提案したい。

29) 沖野眞已ほか「債権者代位権、詐害行為取消権、多数当事者の債権および債務の関係、債権譲渡(中)」NBL908号(2010年)58頁[吉元利行発言]。堂園・前掲注11)論文23頁も、実務では事前求償権が重要な制度であることを強調する。

30) 民法(債権法)改正検討委員会編『詳解債権法改正の基本方針Ⅲ』(2010年)454頁。但し、契約自由の原則に従い、保証委託契約または保証引受契約において、合意により事前求償権を約束することは自由と認められている(同455頁)。そのため、事前求償権制度が廃止されても、約定に基づく事前求償権が引き続き利用されるであろうと予想されている(神尾・永沼・前掲注28)判批29頁)。

7 根保証について

(1) 2004年改正による継続的保証と根保証の混在——確定前の保証人への請求

2004年の民法改正により、それまで判例による解釈に任されていた分野において、民法の条文に初めて根保証という概念が導入され、また、確定という根抵当権についての法理が導入された。それ以前に根抵当権について確定という法理を導入する学説の提案もあったが、継続的保証といわれていたことから分かるように、継続的契約関係として理解され、解約(特別・任意の解約権)により終了するといったように継続的契約関係の終了が考えられていた。根保証法理を明文で採用し継続的保証法理を一新したというのであればよいが、根保証法理が規定されたのは貸金等債務だけであり、それ以外については依然として解約が問題となる継続的保証の判例法のままである(貸金等債務についても、法人には適用されず、法人根保証については判例の蓄積もない)。

このような理論的な不整合性のみならず、その規律が貸金等債務にしか適用されないという不合理があり、改正により全ての債務を根保証の規律の対象とすべきである。特別・任意の解約権ではなく確定事由へ、根保証人の死亡による継続的保証契約の終了ではなく、根保証の確定へ、残された継続的保証も根保証規定により一律に規律がされるべきである³¹⁾。即ち、根抵当権規定とは異なり、現行根保証規定は、法人による保証を除外し、根保証についての一般規定は設けられておらず、個人根保証保護立法に止まっているが、根保証についての包括的規定を設け、その中で、個人根保証保護についての特別規定を置くという立法に移行すべきである。

31) 更にいえば、経営者保証の場合など、根保証についての個人保証人保護規定の適用が排除されている者については、従前の継続的保証法理により規律するままなのかという問題は残される。包括根保証禁止等は別として、根保証についての総論規定を設けることも考えてよい(根抵当権は個人が設定した場合についての条文ではない)。

(2) 根保証の規律について例外を認めるか？

(a) 債務について——賃貸保証をどうするか

継続的供給契約上の債務については、貸金債務と区別する必要がないという点で異論はなく、問題は賃貸保証である。定期的に発生する定額の賃料債務が殆ど問題になるだけであり、また、不履行により蓄積することはありうるが、それが長期にわたるといことは考えられず、債権者が適時に解除をしなければ保証人の責任を制限することにより保証人の保護が図られ、包括根保証の禁止といった制限をかける必要はないのではないかといった疑問があるからである。

しかし、①研究会案は、賃貸保証を例外とするようなことはなく、全ての種類の根保証を区別することなくその対象とし（452条1項）、また、②委員会案も同様である（【3.1.7.14】）。後者は賃貸保証も規制する意図によることが解説で明示的に説明されている³²⁾。その他、このような区別をしない提案に対して賛意が評されている³³⁾。筆者もこれに賛成する。賃貸保証に関して例外を認める必要があるかどうか、情義的保証人保護規定毎に個別に検討し、例えば、確定事由について必要に応じて適用除外規定を置けばよいであろう（また、制限解釈によりある確定事由につき賃貸保証に適用しないという運用もありうるので、解釈に委ねる余地もある）。

(b) 債務者について——個人会社の経営者をどうするか

2004年改正民法では、根保証の規定は、括弧書きで「法人」への適用が排除されているのみで、自然人であれば無制限に適用がされることになっている。しかし、問題になるのは、①有償で保証人になった場合、及び、②個人会社の経営者が会社の債務の保証人になった場合である。(1)に述べたように根保証総論を規定することを提案するため、個人保証人保護のための特別規定の適用要件をどう設定するかという問題である。

32) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注30）書454頁。

33) 佐瀬正俊ほか『民法（債権法）改正の要点』（2010年）265頁〔宮岡孝之〕も賛成し、椿寿夫『「債権法改正の基本方針」についての差し当たっての所感(下)」NBL909号（2010年）70頁もまったく問題はないという。

(ア) これまでの提案 いくつかの立法提案がされている。

① 法人のみを除外する提案——自然人にすべて適用する(現行法維持) 先ず、現行法と同様に、根保証についての特別の規律を、法人を適用除外とするのみで、自然人については適用を制限しない提案がされている。研究会案は、「自然人」とするだけで、何ら制限をしていない(452条1項)。また、委員会案([3.1.7.14](1))も「法人」を除くというだけで、現行法と同じであり、自然人について制限しない。

② 法人を除外するだけでなく一定の個人保証を除外する提案 これに対して、椿教授は企業オーナー社長による会社の債務の保証を個人保証と扱ってよいのかについて疑問提起をしている³⁴⁾。また、日弁連・要綱案は、「10 根保証」と題して、次のようなかなり詳細な規定を提案している。

「(1)与信業者が、主債務者の経営に直接関与している者(主債務者たる法人の代表者及びその共同事業主、主債務者たる個人事業者の共同事業主等)以外の者との間で、根保証契約(主たる債務者との間で発生する不特定の債権を担保するための保証契約)を締結することを禁止する。」

「(2)与信業者が、主債務者の経営に直接関与している者との間で、根保証契約を締結する場合には、保証期間及び保証限度額を定めなければならない。」

「(3)上記(2)の保証期間は、根保証契約締結の日から起算して3年を超えてはならない。」

「(4)上記(3)の保証期間内であっても、主たる債務者の資産状態が急激に悪化する等、根保証契約締結の際に予測しえなかった特別の事情が生じた場合、及び主たる債務者の経営から離れた場合には、保証人は将来に向かって根保証契約を解除できる。なお、与信業者は、この保証人の解除を理由に、主債務者に不利益を与えてはならない。」

「(5)上記(2)ないし(4)の規定に反する特約で保証人に不利なものは、無効とする。」

34) 椿・前掲注33)論文70頁。

(イ) 本稿の提案——保証人保護規定の適用除外一般論を兼ねて——この問題は根保証のみに係わる問題ではない——現行法では根保証規定についてのみ個人保証人を専ら念頭に置いて規定された条文があるため、根保証において議論されているだけ——。そのため、冒頭に保証人の類型化をしたのをうけて、根保証規定に限らず、他の個人保証人保護規定についても含めて、ここで一般論として再度確認をしておきたい。

また、根保証については、逆に個人保証人保護規定のみに限定する必要はなく、筆者としては、(1)に述べたように根保証についての一般規定と根保証における保証人保護のための特別規定とをあわせて規定することを提案したい。個人保証人にも適用される特別規定を明示しておけばよいと思われる。

① 有償保証 まず、有償の場合には、リスクを計算した上で保証料を計算していないしすべきであるので、個人による保証であっても、情義的な個人保証と同様の保護を与える必要がないことは異論がないであろう。しかし、だからといって、包括根保証が認められてよいのか、主債務者の支払遅滞等についての情報提供を不要としてよいのかは疑問が残される。やはりこれらの規制は、有償でも個人保証には認めてよいであろう。また、有償であれば個人でも包括根保証を認めてよいのかは微妙である。

② 経営者保証 次に、個人会社の経営者保証であるが、冒頭に述べた個人経営の薬局が税金対策で会社になった場合のような典型例については、主債務者と等しい扱いを保証という形式で実現することを認めてよいであろう。実質的に法人格否認の法理を保証という形で実現することを可能にすることになる。法人による財産分離について、当然に法人格否認を認めるのではなく債権者側が対抗措置として講ずることを認めるにすぎない。また、立ち直り可能性を奪うということについては、他の保証人や物上保証人との関係では第三者を犠牲にしてまで立ち直りを認める必要はなく、個人破産手続きにおける免責という破産法の一般法理でそれは対応すべき問題である。

問題はこのような典型事例ではなく、雇われ取締役更には名目的な取締役である。先ず、家族、知人等が名目的に取締役になり取締役として保証人となる

よう迫られこれに応じた場合には、個人保証人と同じ保護を与えてよいであろう。これに対して、名目的ではないが、雇われ取締役については、役員報酬以上の利益は基本的には受けないので、経営者である取締役とは異なる扱いをしてよいであろう。そもそも個人会社以外にまで取締役を当然に保証人にとることは疑問であり、会社の経営責任を自覚させる意義は認めてよいが、会社法上の経営責任を超えて保証人として会社の債務に当然に責任を負わせることは合理的ではない。経営者保証かそうでない取締役保証かは事実上区別が微妙なことが多いであろうが、後者については個人保証人と同様の保護を原則的に認めてよい(但し、主債務者の経営状況等についての説明義務等は否定してよい)。

(3) 信義則による限定根保証人の責任制限を明文化すべきか

(a) 限定根保証人についても信義則上の責任制限は認められるべき

個人保証人については包括根保証が禁止されるとしても、これまで信義則による責任制限が認められているのは、包括根保証だけではない。最高裁判決はないが、限定根保証においても、信義則上保証人の責任制限を認めた下級審判決はある³⁵⁾。根保証の場合に、保証限度額さえ定めれば、債権者は何をしても許されるというわけではない。保証人をとっているのが、主債務者に信用不安が生じているのにそれを知りながら保証人からの債権回収を考えて取引を継続したり、保証人からの回収を考えて、債権回収を怠って主債務者からの債権回収ができなくなった場合、信義則上保証人の責任制限がされてよい。借地借家法の正当事由のように様々な事由が考慮される要件であり、立法化は困難であろうが、判例は一定の基準を示しているところであり、正当事由程度の立法はできないわけではない。

このような信義則上の責任制限については、2つの研究会では特に立法提案はされていない。上甲弁護士は、具体的判断基準を明文化するなどの検討もなされるべきであるという³⁶⁾。包括根保証の禁止、また、過剰保証の禁止で問題

35) 例えば、東京地判平12・1・27判時1725号148頁・判タ1074号193頁、広島高判平15・7・29裁判所HP、名古屋高判平18・12・20判タ1246号199頁等。

が解決されたという評価もありえようが、やはり最後の保護として、債権者の保証人に対する種々の情報提供義務の違反の効果として、信義則上の責任制限の余地を残しておく必要性はあろう。適時執行義務も連帯保証では認められないのであり、連帯保証であろうと信義則上上記のような義務、いわば保証人の責任を可能な限り軽減するよう配慮すべき義務を認めるべきであり、それとセットになった信義則上の責任制限は依然として存在意義は残されていると思われる。

(b) 信義則による保証人の責任制限の前提としての債権者の義務

では、どのような場合に根保証人の責任が制限されるのか、一定の基準を示さなくてよいのであろうか。この点、債権者の根保証人に対する信義則上の義務をその前提として明記しておくことが好ましい。そしてこの義務は、場合によっては特定保証にも適用されるべきものであり、このことは特定保証においても信義則による保証人の責任制限が可能であることを意味しよう。

これまで、この点について提案をしたものとして日弁連・要綱案がある。「14 根保証契約締結後の信用供与及び信用状態の通知義務」と題して、次のような特別規定を提案している。

「(1)与信業者は、根保証契約締結後、主たる債務者に信用供与を行うときは予め根保証人に対し当該信用供与の内容及び主たる債務者の信用状態を通知しなければならない。」

「(2)主債務者に追加で信用供与したときは、与信業者は、根保証人に対し、遅滞なく書面で追加融資の内容を通知しなくてはならない。」

「(3)与信業者が、上記(1)、(2)のいずれかを欠いて主たる債務者に信用供与を行ったときは、当該信用供与から発生した債権は根保証契約によって担保されない」

何度も述べるように、日弁連・要綱案は消費者信用法についての提案なので

36) 上甲悌二「根保証に関する平成16年改正と残された問題点」『民法改正を考える』(2008年) 238頁。

与信業者のみが問題とされている。信用供与取引に限らず、賃貸借や継続的供給取引においても支払遅滞の通知義務は考えられるし、更には根保証に限らず、分割払いの場合の支払遅滞の通知義務を認める余地がある。また、信用供与ではなく、取引量の拡大についても、債権者の保証人への通知義務を認め、責任制限や次に述べる任意確定請求権の前提とすることも考えられる。

(4) 確定前の被保証債権の譲渡 (随伴性)

根抵当権では随伴性が明文で否定されているが(398条の7)、根保証については規定がされていない。確定概念を導入して根保証法理を採用したため、規定はなくても、確定の法理により問題は解決できることになる。即ち、確定前は未だ保証債務が成立していないので、保証人への請求はできない。また、未だ保証債務が成立していないので、確定前に主債務について債権譲渡があっても、随伴性は認められない。確定時に債権者が有する将来の債権が保証の対象になるからである。但し、根保証契約において(物権法定主義ではなく契約自由の原則が適用になる)、譲渡された債権も確定時に存在していれば保証の対象になるという合意は可能であろう(398条の7のような制限規定はない)。

この点、上甲弁護士は、根抵当権同様に随伴性を否定する規定を置くが、任意規定として当事者が反対の合意ができるようにすべきであるという³⁷⁾。また、銀行関係者により、法律関係の複雑化の回避等の理由から、随伴性を有しないものとするのを原則とすべきであるという主張がされている³⁸⁾。このように、随伴性を否定する規定を置きつつ、例外の特約も可能とするという立法を認めてよい。

(5) 確定事由について

2004年改正民法は、確定概念を導入し、解約権を問題にしていない。では、

37) 上甲・前掲論文237頁。

38) 中原・前掲注24)論文60頁。

それ以前に判例により認められていた任意また特別の解約権は、解釈論また立法論としてどう理解すべきであろうか。

(a) 任意解約権

現行法は任意解約権に代わる制度として、期間がないと3年で確定するという制度を導入している。恐らく保証限度額を定め限定根保証しか認められなくなったので、期間の定めがない場合には、3年の経過による当然の確定だけでよいという考えであろう。確かに解約権では、解約がされないままになってしまう危険があり、一定の期間の経過により当然に確定するという制度は意味のある制度である。しかし、それまで1年から2年程度で解約権が認められたのにそれを排除する必然性はない(過剰保証規制で補完される性質のものではない)。

確かに限定根保証については任意解約権を認めるべきかについては、学説においても議論されていたところである。この点、保証限度額が定まっても、取引に対して保証という利益を提供することは、これを継続的契約関係というかどうかは別としても債権者が期間に応じた利益を受け、また、保証人がそのような期間につきリスクに晒されるので、相当の期間に限定することは認められてよい。そこで、3年が経過する前でも任意解約権に匹敵する制度を認めてよいものと思われる³⁹⁾。但し、根保証理論によれば、解約権ではなく、任意確定請求権とでもいうべきものであるが、筆者もこれを認める立法提案を支持したい。ケースバイケースになることを避けるため、保証契約から1年を経過したら、根保証人は確定請求をすることができるといったように、期間を画一的に定めることも考えてよい。そして、この確定請求権を実効あらしめるために、1年経過する前の最後の債権者による保証人への取引経過などの通知義務に、確定請求権があることの注記を義務づけ、それを怠った場合には1年で確定するというサンクションを用意するということも考えられる。

(b) 特別解約権

現行民法465条の4の確定事由は例示的であり、規定されている以外の事由

39) 上甲・前掲注36)論文238頁も、任意解約権は排除されないとして、明文を設けることを提案している。

によっても判例による特別解約権が認められるべきものである。そのため、この規定では十分ではなく、何らかの補完が必要なことが主張されている⁴⁰⁾。筆者もこれに賛成であり、任意確定請求権同様に、解約権ではなく確定請求権、即ち特別確定請求権ということになるが、465条の4から漏れる事由を拾い上げる一般規定を置くべきであると考えます。

なお、日弁連・要綱案は、先の根保証についての特別規定の他に、特定保証を念頭に置いていると思われるがいくつかの注目される規定を提案している。まず、根保証では確定前は保証人に請求できないので、これは特定保証についての規定であると考えられるが、「9 主たる債務の履行遅滞による保証人の責任制限」と題して、次のような規定が提案されている。

「(1)与信業者は、主たる債務に分割払いの定めがある場合において、主たる債務の分割金の支払の遅滞が2回以上に達し、かつその旨を保証人に通知し、20日以上相当な期間を定めて保証債務の履行を書面で催告し、その期間内に保証債務が履行されないときでなければ、主たる債務の履行遅滞を理由とする当該契約の解除若しくは損害賠償の請求又は主たる債務者の期限の利益の喪失を保証人に対抗することができない。」

「(2)上記(1)に反する特約で保証人に不利なものは、無効とする。」

また、「7 取引経過明細書の送付義務」と題して、次のような提案をする。

「与信業者は、保証人に対し、主たる債務が日賦弁済債務の場合には、保証契約締結から1ヶ月毎に、月賦弁済債務の場合には3ヶ月毎に、年賦弁済債務の場合には1年毎に、主たる債務の返済状況、残高等を記載した取引経過明細書を送付しなければならない。」

40) 上甲・前掲注36)論文238頁は例示ととらえて、例示する事項を再検討すべきであるという。大阪弁護士会・前掲注13)書165頁も、特別解約権の規律を設ける必要がないか検討が必要であるという。

更に、「8 主たる債務の履行遅滞の通知義務」と題して、次のような提案もしている⁴¹⁾。

「(1)与信業者は、主たる債務の履行が遅滞した場合は、その旨を直ちに保証人に通知しなければならない。」

「(2)上記(1)の通知を怠った場合、与信業者は、保証人に対し、主債務者の履行遅滞の効果を主張できない。」

確定請求権を認めると、それを確実にしめるためにこのような制度が必要になろう。

(c) 債権者からの確定請求権

根抵当権では、設定者からだけでなく、債権者（根抵当権者）からも確定請求が可能である（398条の19第2項）。この点、2004年改正民法では、債権者側からの確定請求権は規定されていない。例えば、根保証期間を5年と約束したが、主債務者との取引を3年経過したところで打ち切る場合、主債務者に対して強制執行または担保権の実行手続きに入らない限り（465条の5第1項）、根保証は確定しないことになる。そうすると、根保証理論にもよるが、確定されるまで保証債務は潜在的であり成立していないことになり（根抵当権のように対抗力を問題とするために確定前に成立を認める必要はない）、根保証人に対して請求することができないことになってしまう。

この点、債権者に確定請求権を認めることが個人保証人保護を奪うことになるわけではなく、債権者保護の必要性もあるので、この導入に賛成してよいであろう。これまでの意見もこの導入に好意的である⁴²⁾。

41) 全国クレサラ商工ローンヤミ金被害者交流集会IN北九州「保証被害をなくすための保証制度の抜本改正を求める決議」も同様の報告義務を提案する。

42) 大阪弁護士会・前掲注13)書165頁は、この必要性がないか検討する必要があることを指摘する。中原・前掲注24)論文57頁は、実務の観点から、債権者に確定請求権を認める必要性があることと主張する。債権者と主債務者との取引が解消されたのに、5年経過するまで保証人に請求できないのは酷だと主張する。