

| | |
|------------------|---|
| Title | 民法(債権法)改正における保証をめぐる考察 |
| Sub Title | My opinion of guarantee under the amendment of (the Chapter of Claims) of the civil code of Japan |
| Author | 岡, 伸浩(Oka, Nobuhiro) |
| 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.20 (2011. 8) ,p.31- 67 |
| JaLC DOI | |
| Abstract | |
| Notes | テーマ企画：民法（債権法）改正へ向けて（その2） |
| Genre | Departmental Bulletin Paper |
| URL | https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20110825-0031 |

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.

民法(債権法)改正における 保証をめぐる考察

岡 伸 浩

- 1 はじめに
- 2 法制審議会における保証規定の検討と本稿のテーマ
- 3 基本的視座
- 4 保証引受契約の導入の可否
- 5 保証契約締結の際における保証人保護の方策
- 6 保証契約締結後の保証人保護の方策
- 7 適時執行義務の導入の可否
- 8 おわりに

1 はじめに

平成22年11月27日、慶應義塾大学大学院法務研究科、慶應義塾大学法学部、三田法曹会主催にて民法(債権法)改正シンポジウム(民法改正シンポジウム：民法(債権法)改正へ向けて—実務と学理の協働)が行われた。

シンポジウムでは、実務と学理の協働という観点から、現在、民法(債権法)改正に向けて法制審議会に取り上げられているテーマについて研究者と実務家が相互に発表し、個別のテーマについて討論を行った¹⁾。筆者は、平野裕

1) 鹿野菜穂子教授による「本テーマ企画にあたって」慶應法学第19号1頁以下参照。

之教授とともに保証をめぐる問題についてのパートを担当する機会を与えていただいた(「保証—債権者保護と保証人保護の調整」)。

本稿は、シンポジウムにおける報告を踏まえて、民法(債権法)改正における保証をめぐるいくつかの問題について考察することを目的とするものである。

2 法制審議会における保証規定の検討と本稿のテーマ

法制審議会は、民法(債権法)改正に関して保証をめぐる諸問題を広く検討の対象としている。参考までに、公表された民法(債権関係)の改正に関する検討事項(以下、「検討事項」という。)のうち、保証債務に関する項目を列挙すると次のとおりとなる²⁾。

第2 保証債務

1 総論

2 保証債務の成立

- (1) 債務者と保証人との間の契約による保証債務の成立
- (2) 保証契約締結の際における保証人保護の方策

3 保証債務の付従性(民法第448条)

4 保証人の抗弁等

- (1) 保証人固有の抗弁—催告・検索の抗弁
 - ア 催告の抗弁の制度の要否(民法第452条)
 - イ 催告・検索の抗弁の効果(民法第455条)
- (2) 主たる債務者に生じた事由に基づく抗弁(民法第457条)

5 保証人の求償権

- (1) 委託を受けた保証人の事後求償権(民法第459条)
- (2) 委託を受けた保証人の事前求償権(民法第460条、第461条)

2) 民事法研究会編集部編「民法(債権関係)の改正に関する検討事項」民事法研究会。民法(債権関係)部会資料8-2民法(債権関係)の改正に関する検討事項(3)詳細版参照。

- (3) 委託を受けた保証人の通知義務（民法第463条）
- (4) 委託を受けない保証人の通知義務（民法第463条）
- 6 共同保証—分別の利益
- 7 連帯保証
 - (1) 連帯保証制度の在り方
 - (2) 連帯保証人に生じた事由の効力—履行の請求
- 8 根保証

本稿は、このうちシンポジウム当日の発表項目を中心とした以下の4項目を検討の対象とする。

- (1) 保証引受契約の導入の可否³⁾
- (2) 保証契約締結の際における保証人保護の方策⁴⁾
- (3) 保証契約締結後における保証人保護の方策⁵⁾
- (4) 適時執行義務の導入の可否⁶⁾

3 基本的視座

これらの事項を検討するに際して、シンポジウムにおける保証パートの副題として掲げたように、債権者保護と保証人保護の要請について調和ある立法を実現することを基本的視座とすることが肝要であると考えられる。

民法（債権法）改正における保証をめぐる議論では、消費者、金融機関、弁護士会といった異なる立場からそれぞれの利益を代表して、様々な要請や提案が行われている。

このような中で、まず、第一義的には、保証人保護の要請を踏まえた検討が

3) 検討事項(3)第2・2・(1)。部会資料8-2。

4) 検討事項(3)第2・2・(2)。部会資料8-2。

5) 検討事項(3)第2・2・(2)、第2・2・(2)3(関連論点)。部会資料8-2。

6) 検討事項(3)第2・4・(1)・イ。部会資料8-2。

なされるべきであると考え。なぜなら、実務上、個人の保証人が債権者から多額の保証債務履行請求を受け、それによって生活の破綻を余儀なくされる現実があることが認識され⁷⁾、このこと自体は否定できない事実として存在するからである⁸⁾。

しかし、保証制度が実務の現場において、いかなる役割を期待され、これを現実に担っているかという保証制度自体の役割や機能に立脚した議論を踏まえた改正が実現されることが重要である。本来、保証は、物的担保を有しない債務者が自己の信用を補う手段としての人的担保として取引社会において重要な役割を担い、これによって円滑な商取引、金融取引を実現するという機能を果たすものである。

保証人保護の要請が不可欠であることは当然のことながら、現実の商取引や金融取引において、保証制度自体があまりに使い勝手の悪い法制度となれば、保証制度に対する信頼や期待を失い、実務における商取引や金融取引の停滞を招くおそれも否定できない。このような観点から、市民法の根幹をなす民法(債権法)における保証をめぐる改正は、保証人保護の要請を重視したうえで、債権者保護の要請にも配慮しつつ⁹⁾、両者を調和して実現することを基本的視座として、実務に有用な法制度を実現すべきであると考え。

7) このような指摘は、多数存在するが、たとえば、第二東京弁護士会民法改正問題検討プロジェクトチームによる「民法(債権法)改正に関する意見書(2010年4月8日)」96頁は、個人保証について、「保証人自身がその責任の内容を理解しないまま、安易に契約締結されることが多いにもかかわらず、一旦主債務者が破綻すれば、突然に過大な責任を負われ、保証人自身が経済的破綻に至る等のトラブルが問題視されていた」と指摘する。

8) 日本弁護士連合会消費者問題ニュース141号(2011年3月)は、2010年11月11日に実施されたシンポジウム「保証制度を考える～保証被害のない社会を目指して」をレポートしている(荏司円香)。シンポジウムでは、会員から、多額の債務を負担して自殺してしまった保証人の例や、過剰な債務が保証人に健康被害を及ぼしている例等の報告がなされ、保証人保護のための法整備が急務であるとの提言がなされている。

9) 保証人保護と債権者保護の要請の調和という観点に関し、平野裕之教授が、「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」と指摘するが賛成である。平野裕之「保証規定の改正をめぐるいくつかの問題点」慶應法学第19号33頁注4)参照。

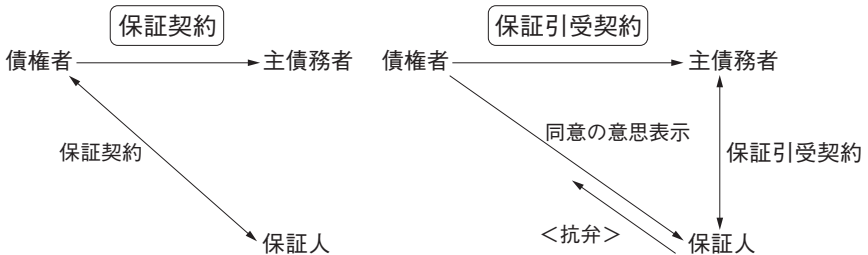
4 保証引受契約の導入の可否

民法(債権法)改正に向けての議論では、保証債務の成立に関して、従来の債権者と保証人との間で締結する保証契約による保証以外に、債務者と保証人との間で締結する保証引受契約による保証を導入することの可否が検討されている。このことは、いわば保証の概念の拡大という観点から捉えることができよう。

(1) 保証引受契約の意義

現行民法における保証債務は、債権者と保証人となるべき者との間の保証契約によって成立する。保証引受契約による保証の成立は、このような債権者と保証人との間での保証契約の締結による場合のほか、主債務者と保証人との間の契約(保証引受契約)を締結することによっても保証債務が成立することを意味する¹⁰⁾。

保証引受契約を関係人を踏まえて図示すると、以下のとおりとなる。



10) 保証引受契約の例としては、多数の保有者が存在する有価証券に対する銀行保証が挙げられるが、それ以外にはあまり例が見当たらず、一般的な制度とする必要性が薄いとの指摘がある。堂園昇平「銀行取引からみる債権法改正⑧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 No. 723 18頁以下参照。

(2) 問題の所在

保証引受契約の導入に関して、検討事項¹¹⁾は、以下のとおり問題を提起している。

現行民法の下では、保証債務が成立するには基本的に債権者と保証人との間で保証契約が締結される必要があるが、実際には、保証契約の締結に先立って、債務者が保証人に保証することを委託し、債務者と保証人との間で保証委託契約が締結される場合が多いとされている。

また、保証と同様の人的担保としての性質を有する併存的(重畳的)債務引受けについては、債務者と引受人との間の第三者のためにする契約(民法第537条)によって成立するとされている。

こうした事情を踏まえ、債務者と保証人との間の契約(保証引受契約)によっても保証債務が成立することを認めるべきとする考え方があるが、どのように考えるか。

また、民法(債権法)改正検討委員会による「債権法改正の基本方針」(以下、「基本方針」という。)は、以下のとおり検討している¹²⁾。

【3.1.7.01】(保証の意義)

- ① 本章において「保証」とは、保証人が債権者に対して、債務者の負う債務につき、その履行(損害の賠償を含む。)をする義務を負うことをいう。
- ② 保証は、次に掲げる方法のいずれかによってする。
 - ㉞ 債権者と保証人との間で契約(以下、「保証契約」という。)を締結すること
 - ㉟ 債務者と保証人との間で契約(以下、「保証引受契約」という。)を締結すること

11) 検討事項(3)第2・2・(1)。部会資料8-2。

12) 民法(債権法)改正検討委員会編「債権法改正の基本方針」別冊NBL No. 126。

- (3) (2)(イ)による保証引受契約においては、債権者の権利は、債権者が保証人に対して同意の意思を表示した時に発生する。ただし、保証引受契約の存在を債権者に対して表示した時に発生する旨の慣習があるときは、それに従う。
- (4) (3)により債権者の権利が発生した後は、債務者または保証人は、これを変更し、または、消滅させることができない。
- (5) (2)(イ)による保証引受契約によって債務を負担した保証人は、債務者との間の契約に基づき債務者に対して主張しうる抗弁をもって、債権者に対抗することができる。

さらに「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」（以下、「中間的な論点整理」という。）では、保証契約の成立に関して、「主債務者と保証人との間の契約による保証債務の成立」として、保証引受契約を取り上げ、以下のように整理している。

主債務者と保証人との間の契約による保証債務の成立

債権者と保証人との間の契約（保証契約）のほか、主債務者と保証人との間の契約（保証引受契約）によっても、保証債務が成立することを認めるものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第2、2(1) [42頁]】

(3) 保証引受契約の必要性

保証引受契約による保証債務の成立が、従来の保証契約による場合とは別に必要とされる理由として、概ね次の2点が指摘されている¹³⁾。

(a) 併存的（重疊的）債務引受けとの均衡¹⁴⁾

まず第一に、併存的債務引受けとの均衡が挙げられている。

一般に併存的債務引受けとは、従来の債務者が債務を負いながら、引受人も

13) 検討事項(3)第2・2・(1)(補足説明)。部会資料8-2。

14) 検討事項(3)第2・2・(1)(補足説明) 2・(1)。部会資料8-2。

債務を負担するという債務の引受けをいう¹⁵⁾。これによって、引受人は債務者と併存して債務を負担することとなる。

実務上、併存的債務引受けは、債権者の側からみれば主債務者のほかに債務を負担する者が増加することを意味し、保証と同様の人的担保としての機能を有するといえる。この意味で併存的債務引受けは、実質上、保証と同様の人的担保として機能していると指摘されている¹⁶⁾。

併存的債務引受けは、いくつかの契約の形態によって発生するが¹⁷⁾、債務者と引受人による契約によって成立する場合が認められている。この場合、債権者側からみれば、主債務者のほかに債務を負担する者が増加することを意味し、第三者である債権者に利益をもたらすと位置づけることができる¹⁸⁾。そこで、この点が債権者に有利であるとして、併存的債務引受けは、債務者と引受人の合意によっても成立すると解されている¹⁹⁾。その法的構成としては、債権者を受益者とする引受人と債務者との間の第三者のためにする契約(民法537条)と解されている²⁰⁾。このように保証と実質的に同様の機能²¹⁾を有する併存的債務引受けが、債務者と引受人との間の第三者のためにする契約によって成立すると解されている以上、これとの均衡上²²⁾、端的に債務者と保証人との間の契約(保証引受契約)によって保証債務の発生を認めるべきであると

15) 我妻榮『新訂債権総論(民法講義Ⅳ)』(岩波書店)513頁以下、川井健『民法概論3(債権総論)』[第2版補訂版] (有斐閣)277頁以下等。

16) 近江幸治『民法講義Ⅳ債権総論』[第3版補訂] (成文堂)297頁は、端的に「実質的な保証」と指摘する。

17) 一般に併存的債務引受けが成立する形態としては、①債権者・債務者・引受人の三者による三面契約、②債権者・引受人による契約、③債務者・引受人による契約の各場合が存在する(前掲・近江298頁等)。このうち③は、保証引受契約による保証債務と類似性を有する。

18) 債権者に引受人に対する債権を取得させるといふ利益を与える契約といえる(池田真朗『スタートライン債権法(第5版)』(日本評論社)280頁)。

19) 大審院大正6年11月1日判決(民録23輯1715頁)。

20) 第三者のためにする契約であると解すると、民法537条2項に基づく債権者の受益の意思表示が必要となるが、債権者から引受人に対する請求でよいと解されている(内田貴『民法Ⅲ(第3版)債権総論・担保物権』(東京大学出版会)243頁)。

いう主張である²³⁾。

(b) 実務的な必要性

第二に、実務的な必要性が根拠として挙げられている²⁴⁾。

保証債務は、債権者と保証人となるべき者との間の保証契約によって成立するが、たとえば、社債に銀行保証が付される場合や電子記録債権に保証が付される場合については、債権者と保証人との間の契約によって保証債務が成立するというよりも、債務者と保証人との間の契約によって保証債務が成立するとした方が、実態に即した構成であるという指摘である²⁵⁾。また、保証委託契約による保証の場合等、実際には主債務者の委任によって保証債務が成立することも多いといえる²⁶⁾。このような実務を踏まえれば、端的に、主債務者と保証人との間の保証引受契約による保証債務の成立を認めるべきであるというのである。

21) 単なる併存的債務引受けの場合との関係について、内田貴『債権法の新時代—「債権法改正の基本方針」の概要』(商事法務)176頁は、「保証の場合に債権者が取得するのは、単なる金銭債権ではなく、保証人に対して主たる債務者の債務を代わって弁済することを求める債権であり、担保の機能を果たす債権である。それゆえに主たる債務と分離して譲渡などはできない。このような特殊性を考慮して、第三者のためにする契約とは一応区別して規律することとし」たと説明する。

22) なお、基本方針【3.1.4.11】(3)は、債務引受けの合意によって引受人が負う債務が債務者の負う債務を保証する目的によるものであるときは、保証の規定を準用することを提案している。

23) 改正によって新たな保証形式として、保証引受契約を導入することについては、併存的債務引受けによって保証と同様の結果を導くこととの均衡を図り、さらに保証人保護の脱法を許さないという機能を営むことを期待できるという指摘がある(法制審議会第6回議事録・道垣内幹事発言)。

24) 検討事項(3)第2・2・(1)(補足説明)2(2)。部会資料8-2。

25) 前掲・内田『債権法の新時代』176頁は、「これは、社債保証や電子記録債権での利用という実務での有用性を考慮しての提案である。」とする。なお、NBL編集部編「インタビュー『債権法改正の基本方針』のポイント—企業法務における関心事を中心に」(別冊NBL133号67頁以下)[道垣内弘人発言]参照。

26) 前掲・川井208頁。

(4) 保証引受契約をめぐる問題点と検討

本稿は、上記の理由を踏まえ、実務における保証形式の拡大の要請から保証引受契約を導入することについて、特段異議を述べるものではない²⁷⁾。

もっとも、導入にあたっては、以下に指摘する種々の問題を検討したうえで、後に本稿でも検討の対象とするように、保証人となろうとする者に対する説明義務および情報提供義務を法的義務と位置づけたうえで導入し、これらの義務違反の場合に、法定の効果として保証人に取消権を付与することが不可欠の前提であると解する。

保証引受契約をめぐるのは、主に以下の問題点が存在する。

(a) 成立時期

保証引受契約の成立時期をいつと考えるか、という問題がある。

保証引受契約の成立時期について、基本方針は、保証引受契約における債権者の権利は、債権者が保証人に対して同意の意思を表示した時点で発生するとする²⁸⁾。さらに保証引受契約の存在を債権者に対して表示した時に発生する旨の慣習があるときは、それに従うとする²⁹⁾。

しかし、前者の考え方に従って、保証引受契約における債権者の権利の発生を債権者の意思表示に依拠させると、たとえば、長期間にわたって債権者が同意の意思表示を行わない場合、結果として、いつまでも保証引受契約が成立しないこととなる。このように解すると、保証人となろうとする者の法的地位が不安定となり妥当でないといえよう。

そこで、一定の制度上の手当が必要となると考える。たとえば、債務者または保証人となろうとする者が債権者に対して、相当の期間を踏まえた催告を発し、債権者が催告期間内に確答しない場合には、保証人の地位が確定するといった方策が考えられる³⁰⁾。このような制度を用意したうえで、保証引受契約

27) 民法（債権法）改正検討委員会編「シンポジウム『債権法改正の基本方針』」別冊NBL No. 127 48頁以下参照。

28) 基本方針【3.1.7.01】。

29) 基本方針【3.1.7.01】(3)。

は、債権者の同意の意思表示により効力が発生することを認めるべきと考える。

さらに、基本方針は「慣習」によって保証引受契約の成立時期を規律する場合を認めているが、この点は疑問である。なぜなら、何をもって慣習として位置づけるかによって、保証引受契約の成立時期が不明確となり法的安定性を欠くからである。具体的場面に応じた取扱いを可能とするのであれば、むしろ端的に保証引受契約の成立時期について、当事者間の特約によることを認めれば足りるであろう³¹⁾。

(b) 意思表示の瑕疵との関係

保証引受契約における保証の場合に、契約当事者は主債務者と保証人となる。そこで、保証引受契約の締結に際して、主債務者か保証人かのいずれかに意思表示の瑕疵があった場合、一旦、保証引受契約に債権者が同意し、保証引受契約が成立した後も主債務者または保証人が保証引受契約の無効や取消しを主張することができるかという点が問題となる。

この問題は、保証契約や保証引受契約の締結に際して、保証人保護の要請のもと、説明義務や情報提供義務を導入するか否かの問題と密接に関連する。結論としては、説明義務や情報提供義務を導入したうえで、保証引受契約の場合における債権者を保護するため、保証人による取消権の行使が認められた場合は、債権者から主債務者に対する増担保請求を認めるという規律を導入すべきであると考ええる。

(c) 抗弁の対抗

基本方針は、保証引受契約によって債務を負担した保証人は、主債務者との間の契約に基づいて主債務者に対して主張しうる抗弁をもって債権者に対抗で

30) 同じく一定の期間に催告権を付与して、期間内に確答しない場合に契約の帰趨を決着させる規定として、民法20条、114条、547条、556条や破産法53条2項、民事再生法49条2項、会社更生法61条2項等がある。

31) 前掲・第二東京弁護士会意見書95頁は、「『慣習』という曖昧な概念を保証の成立時期という具体的規定に持ち込むことは、解釈を徒に不明確にするおそれがある」と指摘するが賛成である。

きるとしている³²⁾。

しかし、債権者は主債務者と保証人との間の抗弁事実の存否およびその内容を知ることができないのが通常である。そのため、このような抗弁の対抗を認めると、実務上、債権者が同意するか否かに際して、保証人となろうとする者が主債務者との関係でいかなる抗弁権を主張できるかについて、事実上調査が必要となるという事態を招くことを意味するといえる。

上記(a)で検討したように保証引受契約の成立には、債権者の同意の意思表示が必要であるとして、同意の判断に際し、抗弁権の有無を考慮する機会を付与することとなろう。結果として、債権者に一定の負担が生じる場面がありうることは否定できないと考える。

(d) 説明義務・情報提供義務との関係

たとえば、主債務者の保証人に対する説明義務の不履行を理由に保証引受契約が取消しや無効となると、債権者が保証人に対して保証債務履行請求権を行使できなくなるという事態が生じ、不利益を被る。保証人に対する説明義務や情報提供義務に違反したのは、あくまでも主債務者であるにも拘わらず、結果として債権者が保証人に対して保証債務の履行を請求できなくなり、不合理であると指摘できる。そこで、債権者の不利益を回避する方策として、増担保請求を認めるといった規律を導入する必要があると考える。

(e) その他

実際上の問題点として、たとえば、反社会的勢力が保証人となって債務者に求償権を行使するという事態が起きやすくなるのではないかという問題意識も指摘されている³³⁾。

また、保証契約において大きな問題が生じるのは、個人保証であるとして、個人保証の場面では、主債務者と保証人との間の契約に基づく保証引受契約を真正面から保証概念に取り込むことは慎重に検討すべきであるという指摘もある³⁴⁾。これも保証人保護の観点を重視するという意味で、同様の文脈で理解で

32) 基本方針【3.1.7.01】(5)。

33) 法制審議会第6回議事録〔藤本関係官発言〕。

きよう。

5 保証契約締結の際における保証人保護の方策

(1) 問題の所在

(a) 次に、保証契約締結の際における保証人保護の方策として、保証契約締結の際に債権者に対して、保証人が保証の意味を理解するのに十分な説明をすることを義務づけること(説明義務)や、債務者の資力に関する情報を保証人に提供することを義務づけること(情報提供義務)を認めるべきか否かが検討されている³⁵⁾。

(b) 保証契約締結時における保証人に対する説明義務および情報提供義務について、検討事項は、以下のとおり問題を提起している³⁶⁾。

保証契約については、平成16年の民法改正によって、書面でなければ効力を生じないものとされている(民法第446条第2項)。これは、保証人保護の観点から、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のが相当であると考えられたことによる。

このような保証契約締結の際における保証人保護の方策については、これをより一層充実する観点から、保証契約締結の際に、債権者に対して、保証人が保証の意味を理解するのに十分な説明をすることを義務付けたり、主債務者の

34) 前掲・第二東京弁護士会意見書95頁。

35) なお、上記の検討事項にもあるとおり、保証契約については、平成16年の民法改正によって、書面でなければ効力を生じないものとされている(民法446条2項)。これは、保証を慎重ならしめ保証意思が外部に明確になっている場合にのみ保証の法的拘束力を認めようとする趣旨に基づく。この平成16年改正に際しては、保証人に対する説明義務は、参議院法務委員会において「……保証契約の締結に際し、銀行を始めとする融資機関の保証人への説明責任が十分果たされるよう必要な措置を講ずること。」との附帯決議がされている。検討事項(3)第2・2・(2)補足説明。部会資料8-2参照。

36) 検討事項(3)第2・2・(2)。部会資料8-2。

資力に関する情報を保証人に提供することを義務付けたりすることなどを提案する見解がある。

こうした提案を踏まえ、保証契約締結の際における保証人保護の方策について、どのように考えるか。

さらに、「中間的な論点整理」では、同様の視点から「保証契約締結の際における保証人保護の方策」について、以下のとおり論点整理を行っている。

保証契約締結の際における保証人保護の方策

保証は、不動産等の物的担保の対象となる財産を持たない債務者が自己の信用を補う手段として、実務上重要な意義を有しているが、他方で、個人の保証人が想定外の多額の保証債務の履行を求められ、生活の破綻に追い込まれるような事例が後を絶たないこともあって、より一層の保証人保護の拡充を求める意見がある。このような事情を踏まえ、保証契約締結の際における保証人保護を拡充する観点から、保証契約締結の際に、債権者に対して、保証人がその知識や経験に照らして保証の意味を理解するのに十分な説明をすることを義務付けたり、主債務者の資力に関する情報を保証人に提供することを義務付けたりする等の方策を採用するかどうかについて、保証に限られない一般的な説明義務や情報提供義務（後記第23、2）との関係や、主債務者の信用情報に関する債権者の守秘義務等にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、より具体的な提案として、一定額を超える保証契約の締結には保証人に対して説明した内容を公正証書に残すことや、保証契約書における一定の重要部分について保証人による手書きを要求すること、過大な保証の禁止を導入すること、事業者である債権者が上記の説明義務等に違反した場合において保証人が個人であるときは、保証人に取消権を与えることなどの方策が示されていることから、これらの方策の当否についても、検討してはどうか。

【部会資料8-2第2、2(2) [44頁]】

(2) 保証契約締結時における説明義務および情報提供義務³⁷⁾

(a) 必要性

たとえば、個人保証の場合には、保証人となろうとする個人が保証の内容や危険性を十分に理解し、認識することなく保証契約を締結する場合が実務上、往々にして存在する。

保証人保護という観点からは、保証契約の締結に際して、保証人に対して内容を十分に説明したうえで、必要な情報を提供し、保証意思を適切に確認する機会を確保する必要がある。そこで、保証契約の締結に際しての債権者の保証人に対する説明義務や情報提供義務を認めるべきか否かが検討されている。このような説明義務や情報提供義務は、保証人保護のために一定の役割を果たすことを期待されている³⁸⁾。

(b) 限界——保証の情義性との関係

しかし、このような説明義務や情報提供義務を認めることによって、保証人保護を貫徹できるのか、という点が指摘されている。いわゆる保証の情義性をめぐる議論である。

情義とは、人情と義理を意味し、特に個人保証の多くの場面では、情義性が保証契約を締結するか否かの意思決定に際して重要な要素となっているのが実情である。保証、とりわけ個人保証の場面では、結局は、頼まれたら嫌とはいえ、情義に基づき保証せざるを得ないという実態があるといえるのである³⁹⁾。

そうだとすれば、説明義務や情報提供義務を認めて、いかに保証契約の締結

37) 平野裕之教授は、『保証人保護の判例総合解説〔第2版〕』（信人社）において、保証人保護に関する裁判例を網羅的に検討したうえで、保証契約締結に際しての債権者の保証人保護義務として、説明義務について分析する。

38) 前掲・堂園20頁は、銀行実務上、①いわゆる経営者以外の第三者保証は抑制的に運営されていること、②保証の内容についても、通常、理解できるような平易・明確な文言により締結され、契約内容の説明を行うこと、③特定債務の保証や確定期限・債権極度のある根保証など、どのような債務の保証を行っているか、あるいは④限度については認識できるようなものとなっているなど、すでに一定の方策によって保証人の保護が図られている旨説明し、銀行としては、将来も適正な運営に不断に努める必要がある旨指摘する。

に際して保証人に十分な説明を行い、必要な情報を提供したとしても、最後は、情義によって決断する面が大きく、これらの義務を導入するという方策によって保証人保護を図るとしても、そこには限界があるのではないか、という指摘がある。

たしかに、個人保証の場面では、説明義務や情報提供義務を導入することによる個人の保証人の保護には一定の限界があるといわざるを得ない。しかし、保証の本質が一面において債務者と保証人との間の頼まれたら断れないという情義性にあるとしても、保証契約の締結に際して保証人にリスクの内容を含めて十分に説明し、保証意思を適切に確認する機会を確保する必要がある点は、否定できない。

(c) 検討

本稿は、説明義務や情報提供義務を認めることに基本的に賛成する。もっとも、これらの義務を導入するためには、以下の各問題点をさらに検討する必要があると考える。

(ア) 契約一般に関する規律との関係

まず、契約一般に説明義務や情報提供義務に関する規律を設けた場合、そもそも保証契約の締結に際して認められる説明義務や情報提供義務は、これらの契約一般についての説明義務や情報提供義務といかなる関係にたつと理解するのか、という問題がある。

つまり、民法(債権法)改正では、契約成立に至るまでの契約締結過程における説明義務や情報提供義務に関する規律とその効果が議論されている⁴⁰⁾。そこで、このような契約締結過程における一般的な規律として説明義務や情報提供義務を設けた場合、保証における説明義務や情報提供義務の規律との関係をどのように捉えるべきかという問題である。

39) 法制審議会第6回会議事録[中井委員発言]参照。また保証制度が義理人情や助け合いの精神に基づいた制度であるとの指摘について、前掲・平野「保証規定の改正をめぐるいくつかの問題点」32頁。

40) 検討事項(6)。部会資料11-1。

契約締結過程に関する一般的な説明義務や情報提供義務をめぐる諸問題については、従来から議論のあるところである⁴¹⁾。多くの裁判例は、これらの義務を信義則に基づく保護義務や付随義務として位置づけ、これに違反した場合には、損害賠償という効果を認めている⁴²⁾。

これらは、いわば契約一般についての規律であり、保証における保証人保護の要請は典型的にみて契約一般の場面よりも強く働くものといえることができる。その意味で、保証に関する規定は、契約一般との対比で検討すれば、いわば特別法的に位置づけることができるといえよう。保証人に対する説明義務や情報提供義務は、契約一般の場合の規律に優先して適用されると考えるべきであろう⁴³⁾。

(イ) 説明義務および情報提供義務の内容

次に、説明義務や情報提供義務の内容をどのように捉えるかを検討する必要

41) なお、説明義務一般に関し、主に実務的観点から網羅的に整理した文献として、長野県弁護士会編『説明責任—その理論と実務』(ぎょうせい)がある。

42) 契約交渉過程における説明義務・情報提供義務をめぐる裁判例は、多く存在する。たとえば、売主から委託を受けてマンションの専有部分の販売に関する一切の事務を行っていた宅地建物取引業者に防火炉の操作方法等についての買主に対する説明義務を認めた最高裁平成17年9月16日判決(判例時報1912号8頁)、建築基準法にかかわる問題について建設会社の担当者に顧客に対する説明義務違反があると判断された最高裁平成18年6月12日判決(判例時報1941号94頁)等がある。さらに、契約締結に際しての説明義務の法的性質について、最高裁平成23年4月22日第二小法廷判決は、「契約の一方当事者が、当該契約の締結に先立ち、信義則上の説明義務に違反して、当該契約を締結するか否かに関する判断に影響を及ぼすべき情報を相手方に提供しなかった場合には、上記一方当事者は、相手方が当該契約を締結したことにより被った損害につき、不法行為による賠償責任を負うことがあるのは格別、当該契約上の債務の不履行による賠償責任を負うことはないというべきである。」と判示する。なお、千葉勝美裁判官による補足意見がある。この判例に関する分析として、平野裕之「契約締結に際する信義則上の説明義務違反に基づく責任の法的性質—最二判平成23・4・22の債務不履行責任論へのインパクト」(NBL955号15頁以下)がある。

43) 東京弁護士会法友全期会債権法改正プロジェクトチーム編『債権法改正を考える～弁護士からの提言』(第一法規)338頁は、保証人保護の観点から、「保証人はいずれも主張し得るという解釈が成り立つというべきである。」とする。

がある。一口に説明義務や情報提供義務といっても、説明すべき内容は何か、提供すべき情報は何を意味するかを明らかにする必要がある。

本稿では、説明義務とは、一般的な意味で保証契約締結自体の持つ法的意味は当然のこと、当該保証契約に内在する固有のリスクの内容やその程度、期限の利益や損害金に関する内容等のその他保証人となろうとする者の判断に影響を及ぼす事項を広く包含する幅のある内容として捉えるべきであると考え。また、主債務者の資力等保証人に影響を及ぼすおそれのある情報は、広く情報提供義務の対象とすべきであると解する。なぜなら、保証契約に関して、これらの義務が議論される意味は、保証人となろうとする者が保証契約を締結するかどうかを、当該保証のリスクを踏まえて適切に判断することができるようにするためであるからであり、そうである以上、このような当該保証のリスクも含めて説明義務や情報提供義務の対象とする必要があるからである⁴⁴⁾。

具体的な条文化にあたっては、たとえば、「保証契約を締結するか否かについて保証人となろうとする者の判断に影響を及ぼす諸事項」等として抽象的文言を用意したうえで、説明義務や情報提供義務の有無の判断にあたり考慮すべき要素の代表的な事項を列挙して、考慮要素の明確化を図るべきであると考え。

(ウ) 説明の相手方

説明義務や情報提供義務の相手方は、誰と解すべきかが問題となる。

44) 道垣内弘人「保証契約の成立にともなう説明義務」民事研修523号3頁以下は、保証人に対する説明義務の内容を6つに分けて分析している。なかでも、保証人に提供すべきリスクの内容に関して、「②保証契約においては、具体的に発生しうるリスクについて、保証人に正当な認識を形成するに足る情報を提供しなければならない」、「③保証契約によって発生するリスクが、保証人にとって過大となるときは、以上に加え、明確かつ詳細に最悪の場合にどのような事態になるかを説明し、その事態についての十分な理解をえさせた上、それを承知の上でお取引するのかを確認しなければならない」、「④事態が急激に好転する特段の事情がなければ保証人に損失の発生することがほぼ確実であるような場合には、保証人にとってのリスク発生の危険が既に現実化しているわけであるから、客観的事実を明確に認識させなければならない」とする点は、保証人に対するリスクの説明の基準として有益であると考え。なお、前掲・平野『保証人保護の判例総合解説〔第2版〕〕19頁以下。

ここでは、特に個人保証や機関保証といった類型ごとに区別して扱うべきか、という点の検討が必要である。

たとえば、代位弁済のリスクを承知のうえで保証人の立場に立つ信用保証協会といったいわゆる事業者による機関保証の場合と、法的知識をほとんど有しない個人保証の場合は、保護の要請が異なる面は否定できない。両者の属性は大きく異なり、当然のことながらリスクに対する認識には差異が存在する。そこで、個人保証の場合と機関保証の場合を区別し⁴⁵⁾、個人保証の場合のみをこれらの義務の適用対象とし⁴⁶⁾、機関保証の場合は、説明義務や情報提供義務の対象から除外するという方策もあり得る⁴⁷⁾であろう⁴⁸⁾。

しかし、たとえ事業者による機関保証の場合であっても、保証契約の締結に

45) 前掲・東京弁護士会法友全期会債権法改正プロジェクトチーム336頁は、「保証人の性質に応じて、説明義務について異なる規律を設けるべきである。」とする。

46) 第一東京弁護士会「法制審議会民法（債権関係）部会における中間論点整理への対応に関する意見照会に対する意見書〔2010（平成22）年11月1日〕」は、「個人保証について、債権者に対して、保証人が保証の意味を理解するのに十分な説明をすることを義務付けたり、主債務者の資力に関する情報を保証人に提供することを義務付けたりすることに賛成する。」として、個人保証について説明義務・情報提供義務を認める意見を述べる。また、同意見書では、「説明義務または情報提供義務に違反した場合には、保証契約の取消または無効事由になると解すべきである。」とするが、取消しか無効か、いずれの規律を妥当とするかには言及していない。

47) 保証の多様化と類型化したうえで検討することの必要性については、前掲・平野「保証規定の改正をめぐるいくつかの問題点」34頁以下参照。特に類型に応じた規律の必要性については、同37頁以下参照。また、個人保証・経営保証といったいくつかの類型に分けて検討すべきであるとの指摘について、法制審議会第6回議事録・〔鹿野幹事発言〕参照。同様に前掲・第二東京弁護士会意見書96頁は、「代位弁済のリスクを熟知している信用保証協会等の機関保証人が行う場合には、情報提供義務を除き債権者に本改正案のような努力義務を課すことまでは不要であると思われる。」とし、機関保証と保護の必要な個人保証とを分離して規定することが望ましいとする。

48) 民法改正研究会編「民法改正 国民・法曹・学会有志案 仮案の提示」法律時報増刊2009 184頁研究会試案436条1項は、「保証契約を締結しようとする債権者は、その保証契約に伴う危険と負担を保証人が理解できるよう説明する義務を負う。」としたうえで、「ただし、その保証人の特性がこのような説明を要しないときは、この限りでない。」とする。しかし、いかなる場合に当該「特性」があるか否かという別個の問題を生じうるであろう。

際して、当該保証契約に伴うリスクに関する説明が必要である点や保証に影響を及ぼす可能性のある情報自体の提供を行うべき必要性は異ならないといえよう。よって、説明義務や情報提供義務の有無という次元で、あえて両者に差異を設ける合理的理由は存在しないと考える。これらの保証人となろうとする者の属性の違いは、具体的場面において説明義務や情報提供義務の不履行となるか否かの判断に際して考慮されるべき事項であると解する。

よって、本稿では、保証契約締結に際しての説明義務および情報提供義務は、個人保証と事業者による機関保証を特に区別することなく、保証一般についての規律として位置づけるべきであると考ええる。

なお、基本方針は、説明義務および情報提供義務について、次のように整理する。

【3.1.7.02】 (保証契約等の締結)

- ① **【3.1.7.01】** ②^アおよび④の契約は、書面でしなければ、その効力を生じない。
- ② 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。保証引受契約を締結する債務者も同様である。
 - ⑦ 契約条項は、明確かつ平易な言葉で表現されること
 - ④ 保証人に、その責任の内容につき、正確な認識を形成するに足りる情報を提供すること
 - ⑤ 保証人の資力に比して、過大な責任を負わせないこと
- ③ 保証引受契約を締結する債務者についても、②と同様とする。

上記基本方針②の⑦では「契約条項は、明確かつ平易な言葉で表現されること」と求めたうえ、④で「保証人に、その責任の内容につき、正確な認識を形成するに足りる情報」の提供を求めている。説明の対象として取り上げられた④の内容は、単なる保証契約の意味のみならず保証契約締結における個別的なリスクを含む概念であると捉えることが可能であり、本稿は、説明義務等の内容としては、基本的に、この立場に賛成する。基本方針は、これを努力義務と

している⁴⁹⁾。しかし、この点は、後述のとおり法的義務と位置づけるべきであり、賛成できない。

(エ) 説明内容を記載した書面交付義務の要否

基本方針では、書面交付義務を認めただうえで、さらに保証契約ないし保証引受契約の効力発生要件として位置づけている。

そこで、このような説明内容を記載した書面交付義務を認めるべきかを検討する必要がある。本稿では、後日の紛争を予防するという観点から、保証人となろうとする者に対する書面交付義務を認めるべきであると考えている。もっとも、このように解することに対しては、書面を交付すべきとされた債権者側の負担や労力が重過ぎるという意見も予想される。

しかし、この労力や負担の問題は、ここにいう「書面」の概念を広く捉え、実務上の契約書等を含むものと解すれば、一定程度回避でき、過度の負担を課すことにはならないといえよう。

さらに、保証人保護の観点から、書面交付義務の実効性を担保するため、書面の交付は保証契約ないし保証引受契約の効力発生要件として位置づけるべきであろう⁵⁰⁾。上記のとおり基本方針も同様に、書面による説明を求め、効力

49) 基本方針が努力義務にとどめたことにつき、基本方針【3.1.7.02】提案要旨は、契約締結に当たっての説明義務一般の規定との関係、保証引受契約の場合、債務者の説明義務不履行によって債権者が不利益を被るのはおかしいのではないか、という問題意識を理由として挙げている。

50) なお、小杉茂雄「保証の改正をどのように考えるか」(椿寿夫他編『民法改正を考える』(日本評論社)233頁)は、保証契約の成立要件として、書面のほかに、保証人の資格について「弁済をする資力を有すること」を要件に加えるべきであると提案する。「保証契約の締結を、保証人に、いっそう慎重ならしめるためにも、保証債務の危険性を気づかせるためにも、保証契約の効力自体に、主たる債務全額の弁済資力を有することを組み入れ、保証人は、主たる債務全額の弁済資力を有することを保証の効力要件」とし、「保証人が主たる債務の全額を弁済する資力を有しない場合は、当該保証契約は、無効になる、と考える」と主張する。たしかに保証人保護を徹底すれば、このような提案も傾聴に値するが、仮に保証契約締結時には、保証人の資力が満たない場合でも、その後、相応な資力を有するに至った場合の保証の効力まで無効とすることになりかねず、保証制度の実効性との関係で疑問が残る。

発生要件として位置づけており、賛成できる。

なお、日本弁護士連合会の統一消費者信用法要綱案⁵¹⁾は、以下のとおり、保証契約締結前の書面交付義務を認めている⁵²⁾。

2 契約締結前の書面交付義務

- (1) 与信業者は、保証契約を締結しようとする場合には、保証人になろうとする者に対し以下の書面を交付しなければならない。
 - ① 主たる債務の契約内容及び保証契約の内容を説明する書面
 - ② 主たる債務者に関する信用調査の結果を記載した書面
- (2) 上記(1)に違反した場合には、その保証契約を無効とするほか、与信業者に刑事罰を科する。

ここでは、与信業者に、①主たる債務の契約内容および保証契約の内容を説明する書面、②主たる債務者に関する信用調査の結果を記載した書面の交付を要求している。

定義規定によれば、ここにいう「与信業者」とは、業として、信用供与取引、そのあっせん、保証を行う者をいう⁵³⁾。ここでは、保証人保護の要請を強調し、書面交付義務を認めただうえで、上記の①と②を内容として記載すべきであるとしている。もっとも、上記②は、事実上、信用調査の義務を負わせるものであり、さらに守秘義務契約上の守秘義務、プライバシーや個人情報保護法との関係もあり、現実的ではないであろう。

(オ) 説明義務および情報提供義務の法的性質

説明義務や情報提供義務は、努力義務として位置づけることで足りるかとい

51) 2003(平成15)年8月。

52) 同要綱案・第11・保証・2・契約締結前の書面交付義務。現行法上も貸金業者には、契約締結前に保証内容を説明する書面の交付義務が認められているが(貸金業法17条2項)、本項は、この趣旨を貸金業のみではなく、消費者信用全般に関する保証契約に拡大するものであると説明されている。

う点が問題となる。この問題は、説明義務や情報提供義務に違反した場合の効果をいかに解するかという問題とも関連する⁵⁴⁾。

しかし、単なる努力義務であれば、違反の効果との関係で保証契約や保証引受契約の効力に影響を及ぼすことは困難であり、保証人保護の方策として説明義務や情報提供義務を認める意義が希薄化されてしまい妥当でない。そこで、保証人保護の要請を徹底すれば、これらの義務は努力義務にとどめるべきではない。これらの義務は、一定の私法上の法的効果を導く法的義務規定として位置づけるべきであると考えられる。

(カ) 説明義務違反および情報提供義務違反の効果

では、保証契約締結に際し、債権者が説明義務や情報提供義務に違反した場合、保証契約や保証引受契約の効果は、いかなる影響を受けるであろうか。

保証人の保護を重視すれば、債権者が説明義務ないし情報提供義務に違反した場合、保証契約や保証引受契約の無効や取消しの効果を認め、保証契約（関係）から解放することによって、保証人を救済するべきとする価値判断と親和性を有するといえよう⁵⁵⁾。もっとも、このように解するためには、理論上、以下の点を検討する必要がある。

① 民法の伝統的意思表示理論との整合性

まず、伝統的意思表示理論との整合性に留意する必要がある⁵⁶⁾。

53) 同要綱案・第1・1・定義参照。

54) 消費者契約法3条は、「事業者は、消費者契約の条項を定めるに当たっては、消費者の権利義務その他の消費者契約の内容が消費者にとって明確かつ平易なものになるよう配慮するとともに、消費者契約の締結について勧誘をするに際しては、消費者の理解を深めるために、消費者の権利義務その他の消費者契約の内容についての必要な情報を提供するよう努めなければならない。」(1項)、「消費者は、消費者契約を締結するに際しては、事業者から提供された情報を活用し、消費者の権利義務その他の消費者契約の内容について理解するよう努めるものとする。」(2項)と規定し、情報提供義務を努力義務としている。

55) 説明義務の効果との関係では、説明義務を努力義務とするもの、保証契約の取消原因とするもの、保証契約を無効とするもの等、様々な提案がなされていることにつき、検討事項(3)第2・2・(2)(補足説明)。部会資料8-2参照。

56) 法制審議会第6回議事録。

本来、民法の一般原則に照らせば、意思の欠缺や意思表示の瑕疵がある場合に、これを理由に意思表示の無効や取消しを認める(民法93条以下)。しかし、説明義務や情報提供義務の不履行を理由に保証契約(または保証引受契約)自体の無効や取消しを導くことができるのか、という点が問題となる。

この点についての議論としては、2つの方向性が考えられるであろう。

まず、伝統的意思表示理論に忠実に、債権者(保証契約の場合)または主債務者(保証引受契約の場合)の説明義務違反もしくは情報提供義務違反によって、保証人の保証意思に瑕疵や欠缺が生じた場合に、はじめて保証契約や保証引受契約の無効や取消しを認めるべきであるという考え方である。具体的には、説明義務や情報提供義務の違反によって、保証人となろうとする者が誤認する等して⁵⁷⁾、これによって保証契約や保証引受契約を締結した場合には、当該保証契約や保証引受契約における意思表示の無効や取消しを主張できるという考え方である⁵⁸⁾。

しかし、そのように考えると従来の錯誤や詐欺の場合との違いはどこにあるのか、これらの意思表示に関する規定とは別に保証人保護として規律する意味がどこにあるのか、という点が改めて問題となる。

本稿は、保証人の保護という観点を重視して、端的に説明義務違反や情報提供義務違反の法定の効果として、当該条項や保証契約自体の無効や取消しを導くべきである⁵⁹⁾と考える。

そして、無効か取消しかといえ、保証人保護の観点から保証人に選択権を与える⁶⁰⁾という意味で取消しの規律が妥当であると解する⁶¹⁾。

なお、この点に関して、民法改正研究会「日本民法典財産法改正 国民・法曹・学会有志案」⁶²⁾は、説明がなかった場合、保証人はその保証契約の取

57) 保証の心裡留保(民法93条)、虚偽表示(民法94条)、錯誤無効(民法95条)、詐欺・強迫による取消し(民法96条)をめぐる裁判例と実務上の問題点については、大場民男『保証契約否認への対応』(新日本法規出版)参照。

58) 重要事項について事実と異なることを告知した場合に、消費者契約の申込みまたは承諾の意思表示の取消しを規律する消費者契約法4条の規定がある。

消しを裁判所に請求することができるという規律を提案しているが、本稿もこれに賛成する。

② 保証引受契約との関係

すでに述べたとおり、民法（債権法）改正の議論の中では、保証債務が成立する場合として、従来の債権者と保証人との間の保証契約のほか、主債務者と保証人との間の保証引受契約の導入が検討されている。保証引受契約における保証の場合には、契約当事者は主債務者と保証人になる以上、通常の場合、保証人となろうとする者に対して、説明義務や情報提供義務を負う主体は、主債務者ということになろう⁶³⁾。

そこで、主債務者が保証人に対する説明義務に違反し、これによって当該保証引受契約が無効や取消しとなり、その結果として、債権者が保証人とい

59) この点に関して、前掲・東京弁護士会法友全期会債権法改正プロジェクトチーム338頁は、「理論上の問題としては、保証人の意思表示の瑕疵を要件とせず、説明義務違反により直ちに取消し又は無効を認めることができるか、という法制審での指摘が重要である。」としたうえで、「保証が他人の債務について責任を負わされる特殊な契約類型であることから、説明義務が尽くされず、合理的な意思決定を行うことができない状況の中でなされた意思表示には瑕疵がある、と説明することも可能であろう。」とするが、保証の特殊性と意思表示の瑕疵との関係がやや不明であると考えられ、むしろ端的に法定の効果として取消権の発生を認めるべきであろう。

60) 前掲・東京弁護士会法友全期会債権法改正プロジェクトチーム337頁以下は、説明義務違反の効果としては、取消しとすべきとし、その理由として、「保証人に対する説明義務を定める目的が、保証人の保護にあることからすれば、説明義務に違反して締結された保証契約を維持するかどうかは、保証人に取消権を与えたうえで、その意思にゆだねるべきである。」という点を挙げるが本稿と同様の立場として賛成する。

61) 大阪弁護士会編『民法（債権法）改正の論点と実務〈上〉—法制審の検討事項に対する意見書』（商事法務）328頁は、「説明義務または情報提供義務については、いずれも法的義務とし、これらに違反があった場合、義務違反の効果として、保証人に対し取消権を認めるべきである。」とするが賛成である。

62) 前掲・民法改正研究会184頁研究会試案436条3項は、説明義務等に反し、「……保証契約が締結された場合には、保証人は、その保証契約の取消しを裁判所に請求することができる。」とする。

63) 基本方針【3.1.7.02】(2)柱書参照。

う人的担保を喪失するという帰結は、不合理ではないかという疑問が生じる。

保証に際して、説明義務や情報提供義務を認めるか否か、その違反の効果をいかに解すべきかを検討するにあたっては、従来からの債権者と保証人との間における保証契約のみならず、主債務者と保証人との間で締結する保証引受契約の場面をも視野に入れるべきである。

先に述べたように、本稿では、主債務者の保証人に対する説明義務違反や情報提供義務違反によって保証引受契約が取り消された場面では、保証引受契約における債権者の利益保護の観点から、債権者は主債務者に対して増担保を求めることができるといった手当を用意すべきであると考える。

6 保証契約締結後の保証人保護の方策

(1) 問題の所在

次に、保証契約締結後の保証人保護の方策としては、債権者に対して主債務者の返済状況を保証人に通知する義務を負わせること、期限の利益を喪失させる場合には保証人にも期限の利益を維持する機会を与えること等の規律を導入することの可否が議論されている。

検討事項は以下のとおり問題を提起している⁶⁴⁾。

保証契約締結後の保証人保護の方策についても、債権者に対して主債務者の返済状況を保証人に通知する義務を負わせること、分割払の約定がある主債務について期限の利益を喪失させる場合には保証人にも期限の利益を維持する機会を与えることなど、様々な提案がなされている。

これらの点について、どのように考えるか。

また、「中間的な論点整理」では、以下のように保証契約締結後の保証人保

64) 検討事項(3)第2・2・(2)(関連論点)。部会資料8-2参照。

護の在り方について、整理している。

保証契約締結後の保証人保護の在り方

保証契約締結後の保証人保護を拡充する観点から、債権者に対して主債務者の返済状況を保証人に通知する義務を負わせたり、分割払の約定がある主債務について期限の利益を喪失させる場合には保証人にも期限の利益を維持する機会を与えたりするなどの方策を採用するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料 8 - 2 第 2, 2(2)関連論点 [46頁]】

(2) 検討

(a) 通知義務を認めることの可否

たとえば、債権者に対して主債務者の返済状況を保証人に通知する義務（通知義務）を認めることが検討されている。このような通知義務を認める趣旨は、保証人が保証債務の履行を請求される前に、保証人の側から一定の手段を講じる機会を保証人に付与しようとする点にある⁶⁵⁾。債権者から保証人に対して、主債務者の返済状況を通知する義務を負わせることによって、保証人が突然に保証債務履行請求を受けることを避けることができるとか、債権者から保証人に対する通知を契機として、保証人と主債務者との間でやり取りが生じ、一定の手段を事前に講じる余地が生じるといった機能が期待されている⁶⁶⁾。

しかし、保証契約締結後の主債務者の資力は、日々変動することが常態である。これに関して債権者に通知義務を認めることは、コストの面でも事務手続

65) 日本弁護士連合会「法制審議会保証制度部会『保証制度の見直しに関する要綱中間試案』に対する意見書（2004年6月25日）」は、この通知義務について「……さらに、保証人は債務の履行状況について債権者や主たる債務者から蚊帳の外に置かれる場合が多く、主たる債務者が破綻したときに突然予想外の多額な保証債務の履行請求を受けるという事例が多数存在する。そこで、主債務者が履行遅滞となった場合、債権者が遅滞の事実を速やかに保証人に通知する等の通知義務を課すことが必要である。」と説明する。

の面でも、債権者に過大な負担を負わせることとなり現実的ではない⁶⁷⁾。しかも、この通知義務を単なる努力義務とするのであれば実効性に疑わしい。また、通知義務違反に保証契約や保証引受契約の効力自体に何らかの影響を及ぼす効果を認めるのは理論的根拠に乏しいといえ、通知義務違反に、たとえば保証契約や保証引受契約の効力自体に、あまりに過大な影響を与えることは債権者保護と保証人保護のバランスを失し、合理性を欠くものと考えられる。さらに、通知義務の導入には、実際上の実効性という点からも疑問がある。すなわち、仮に保証人がこのような通知を受領したとしても、保証人が現実的にいかなる対応をとり得るか、この通知を受けた保証人が自らのリスクを回避できる実効性ある対応をとり得るかは疑問であり、保証人保護として機能する実効性は疑わしい。

以上のとおり、通知義務違反の効果の点および実際上の実効性の点からして、保証契約締結後の主債務者の資力に関して、通知義務まで導入することは困難であると考えられる⁶⁸⁾。

むしろ、保証契約締結後の保証人保護の方策としては、次に検討するように保証人に期限の利益を維持する機会を付与する、という規律の導入を検討すべきであると考えられる。

66) 前掲・第一東京弁護士会意見書は、個人保証についてのみ賛成するとして、通知義務の意義について、「保証契約締結後に、債権者に対して主債務者の返済状況を保証人に通知する義務を負わせることは、個人保証において特に、保証人に保証債務履行の可能性の有無を知らしめ、場合によっては保証人から主債務者に働きかけて主債務者の返済を促す等保証人の保護に資するものであり、賛成である。」とするが、実際上、このような「働きかけ」が資力の乏しくなった主債務者にいかなる効果を及ぼすか疑問であり、かえって主債務者と保証人の間の別の紛争を惹起する余地もあるのではなかろうか。

67) 前掲・大阪弁護士会意見書332頁は、「ただし、これらの義務については、債権者の負担を考えると、債権者が金融業者である場合は別として、賃貸借契約の保証の場合の家主あるいは一般の事業性取引債権の保証の場合の売掛債権者などの場合に債権者がそのような管理を行うことができるか、ということについては異論がありうるところである。かかる観点からすれば、上記の義務については貸金等債務にかかる債権者に対してのみ課すことも考えられる。」として、現実の実務上の観点から、通知義務の実務上の負担に配慮している。

(b) 保証人に期限の利益を維持する機会を付与することの可否

たとえば、分割払いの約定がある主債務について、期限の利益を喪失させる場合には、保証人に期限の利益を維持する機会を与えるという規律を導入することが検討されている。

このような規律は、主債務者が期限の利益を喪失したとしても保証人の負う保証債務については期限の利益を喪失しない余地を認めるものである⁶⁹⁾。

本稿は、このような規律の導入に賛成する。具体的には、主債務者の期限の利益を喪失させる場合には、債権者から保証人に対して催告を行い、保証人が従来の期限の利益を前提に分割払いで保証債務を履行する機会を付与するという規律を用意すべきである⁷⁰⁾。このような規律は債権者側の保証債務履行の機会を維持しつつ、保証人保護の要請に合致するといえる。とりわけ、以下のとおり倒産法制との関係で経営者保証における有用性があるといえよう。

すなわち、倒産法制との関係で検討すると、主債務者である事業会社が破産した場合、元代表者は同時に自己破産に至るか、民事再生の場合は、時期をず

68) 前掲・日本弁護士連合会統一消費者信用法要綱案は、保証における債権者の義務として、「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。」として、取引経過明細書の送付義務を規定する。また、「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。」として、主たる債務者の履行遅滞の通知義務を認め、さらにこの「……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。」と規定する。

69) 主債務者が期限の利益喪失条項に該当して、主債務者が期限の利益を喪失した場合と保証人の期限の利益との関係については、「期限の利益喪失条項に該当して、主債務者が期限の利益を失ったときは、保証人の期限の利益も当然に失われる。これは、弁済期の変更というよりも、むしろ弁済期の到来である。「当然喪失の場合」(銀行取引約定書旧ひな型5条1項)はもとより、請求による期限の利益喪失の場合(同条2項)も、その通知は主債務者に対するもので足り、これがそのまま保証人の期限の利益喪失をもたらすが、実務処理としては、どちらの場合も期限の利益が失われた旨を、保証人に通知すべきである。」と説明されている(阿部隆彦『新金融実務手引シリーズ保証実務』(金融財政事情研究会)95頁)。

らして個人再生や自己破産に至る場合が、実務上多いといえる⁷¹⁾。しかし、このことは、早期の再建型倒産手続開始の申立てへの決断を遅らせ、さらには経営者保証をした代表者がモチベーションをもって経営に関与しつつ、事業の再建を図るという道を事実上狭めていると指摘できる。

民事再生手続やDIP⁷²⁾型会社更生手続といった再建型倒産処理手続の実効性を確保するため、特に経営者保証の場面では保証人に期限の利益を維持する機会を与える要請は実務上強いと考える⁷³⁾。

特に、近時、実務に取り入れられているDIP型手続において有用であるといえる。

再建型倒産処理手続の一つである会社更生手続では、従来、開始決定があれば裁判所と管財人の厳格な管理のもと、原則として従前の経営者は一掃されていた。しかし、近時、東京地方裁判所民事第8部では、①現経営陣に不正行為等の違法な経営責任の問題がないこと、②主要債権者が現経営陣の経営関与に反対していないこと、③スポンサーとなるべき者がいる場合は、その了解があ

70) 前掲・第一東京弁護士会意見書は、個人保証に関してであるが、「分割払の約定がある主債務について期限の利益を喪失させる場合には保証人にも期限の利益を維持する機会を与える点も、個人保証において特に、保証人保護に資するものであり賛成であるが、さらに進んで、主債務について期限の利益が喪失した場合でも、保証債務については、依然として分割払いを認めるといったことも検討すべきである。」とするが、本稿と同様の立場にある主張であり賛成する。

71) 前掲・阿部87頁は、「主債務者が倒産状態に立ち至ったときは、ほぼ例外なく期限の利益を失っており(銀行取引約定書旧ひな型5条1項1号)、したがって保証債務も期限の利益を失っている。だから、債権者は保証人に対して直ちに行動を起こすことができる。」とする。

72) Debtor In Possessionの略。DIP型倒産処理手続の典型である民事再生手続においては、再生債務者は、再生手続が開始された後も再生手続開始決定前と同様に、自ら業務遂行権または財産処分権を行使することができる(民事再生法38条1項)。開始後は、再生手続の機関として、債権者に対して公平誠実義務を負い、これらの財産管理権等を行使しなければならない(同38条2項)。以上につき、伊藤眞『破産法・民事再生法(第2版)』(有斐閣)609頁以下参照。

73) これは、特に実務上の当然失期条項との関係で意味を有する。保証人にも期限の利益を維持する機会を与えることの意義につき、法制審議会第6回議事録[岡田委員発言]。

ること、④現経営陣の経営関与によって会社更生手続の適正な遂行が損なわれるような事情が認められないこと、の4つの要件を充足する場合には、調査委員の調査を経たうえで、従来の経営陣が経営者の地位にありながら会社更生手続の枠内で再建を目指すDIP型会社更生手続という運用を採用している⁷⁴⁾。

具体的にDIP型会社更生手続における更生会社には、クリード、日本総合地所、あおみ建設、日栄、武富士等がある。近時の実務の動向としては、現実の会社更生手続の多くがこのDIP型で処理されるに至っている。

また、中小企業の法的再建手続の中核である民事再生手続は、開始決定後も経営権を失わないDIP型が基本となっている。

これは、特に中小企業においては、従来からの経営者の個性や顧客とのつながりが経営の再建にとって不可欠な場面が往々にして存在することを配慮したためである。

このようなDIP型かつ再建型の倒産処理手続では、債権者は、保証人の期限の利益を喪失させる前に保証人に対して催告を行うことを要するとして、保証人に期限の利益を維持する機会を与えるという規律は、特に有用であると解する。

再建型倒産処理手続における実務では、スポンサーが依然として、従来の経営者による再建を望む場合には、DIPファイナンスによって、経営者である保証人に期限の利益を維持する機会を確保して、引き続き再建に向けて、経営に従事させることを希望する場合がある。

民法(債権法)改正における法制審議会では、主債務者が再建型の倒産処理手続(会社更生手続開始決定・民事再生手続開始決定)に入った場合、保証人に対する期限の猶予を認める内容の規律⁷⁵⁾を提案する意見もあるが、いずれも本稿と同様の方向性を持ち、検討に値すると考える。

このような手法が認められれば、スポンサーが保証人の分割払いの約定に基

74) 難波孝一他「会社更生事件の最近の実情と今後の新たな展開—債務者会社が会社更生手続を利用しやすくするための方策：DIP型会社更生手続の運用の導入を中心に」NBL895号10頁以下。DIP型会社更生手続の運用をするための要件については、特に15頁以下参照。

75) 法制審議会第6回議事録参照。

づく支払いの限度で融資を行い、保証人の破綻を回避する余地が認められ、その点で事業再生の幅を広げる機能を有するといえよう。

7 適時執行義務の導入の可否

次に、債権者が主債務者の財産に対して適時に執行をすることを怠ったために主債務者から全部の弁済を得られなかった場合、保証人は、債権者が適時に執行すれば弁済を得ることができた限度において、その義務を免れるという適時執行義務を導入することの可否が問題とされている。

なお、このような適時執行義務は、保証人が債権者に対して催告の抗弁、検索の抗弁を行使し、債権者が催告や執行を怠った場合に関する民法455条の一般法理化といえる。そのため、法制審議会では、もともとこれらの抗弁権のない連帯保証を除くとされ、さらに基本方針では任意規定として位置づけられている⁷⁶⁾。

検討事項は、次のように問題を提起している⁷⁷⁾。

民法第455条は、催告の抗弁又は検索の抗弁を行使された債権者が催告又は執行をすることを怠ったために主債務者から全部の弁済を得られなかった場合には、保証人は、債権者が直ちに催告又は執行をすれば弁済を得ることができた限度において、その義務を免れることを規定する。この規定の趣旨は、債権者の懈怠による弁済額の減少については、保証人の責任を免ずるべきであるということにある。

この規定については、その趣旨を拡大して、債権者が主債務者の財産に対して適時に執行をすることを怠ったために主債務者からの弁済額が減少した場合一般に適用される規定に改めるべきとする見解もあるが、どのように考えるか。

76) 基本方針【3.1.7.06】。

77) 検討事項(3)第2・4・(1)イ。部会資料8-2。

また、基本方針は、以下のように提案する⁷⁸⁾。

【3.1.7.06】(適時執行義務)

債権者が、主たる債務者の財産について適時に執行をすることを怠ったために主たる債務者から全部の弁済を得られなかったときは、保証人は、債権者が適時に執行すれば弁済を得ることができた限度において、その義務を免れる。主たる債務者が破産手続開始の決定を受け、かつ、債権者がその破産財団の配当に加入しないときも同様である。ただし、別段の定めのあるときは、この限りでない。

「中間的な論点整理」は、以下のとおり論点整理を行っている。

適時執行義務

民法455条は、催告の抗弁又は検索の抗弁を行使された債権者が催告又は執行をすることを怠ったために主債務者から全部の弁済を得られなかった場合には、保証人は、債権者が直ちに催告又は執行をすれば弁済を得ることができた限度において、その義務を免れることを規定する。この規定について、その趣旨を拡張して、債権者が主債務者の財産に対して適時に執行をすることを怠ったために主債務者からの弁済額が減少した場合一般に適用される規定に改めるかどうか、更に検討してはどうか。

また、仮に適時執行義務に関する規定を設ける場合には、これが連帯保証にも適用されるものとするかどうかについても、検討してはどうか。

【部会資料8-2第2、4(1)イ [48頁]】

(1) 適時執行義務をめぐる問題点と検討

本稿は、適時執行義務を法定の義務として導入することに反対する⁷⁹⁾。

78) 基本方針【3.1.7.06】。

適時執行義務の導入をめぐるっては、以下のような諸問題があるためである。

(a) 「適時」の解釈をめぐる問題

まず、適時の解釈が曖昧であるという点を指摘できる。

具体的には、適時に執行しなかったから弁済を受けられなかったという場合の適時とは、誰にとっての、いつを意味するのか、どのような観点から適時か否かを判断するのか、その内容は何か、という点が曖昧である。

たとえば、債権者がリスケジュールに応じて、資力の回復を待っている間に主債務者の信用悪化が生じた場合に適時執行義務に違反することになるのか不明確である⁸⁰⁾。

(b) 効果との関係

仮に適時執行義務を導入すると、結果として、保証人保護のため期待される機能と逆の効果を生じるおそれがある⁸¹⁾。

すなわち、適時執行義務を導入する趣旨は、これによって保証人の保護を図ろうとする点にある。しかし、実際に機能する場面を考えると、債権者の側は適時執行義務違反となることをおそれて、主債務者に債務不履行があれば、早期に債務者および保証人に対して訴訟を提起し、執行することになりかねない。その結果、過剰な取立て等を誘引し、保証人保護のために期待された機能と逆の効果を招くこととなり、かえって保証人の保護の要請に反することにな

79) 前掲・民法改正研究会185頁研究会試案440条は、検索の抗弁を維持し、適時執行義務を明文化していない。

80) 前掲・大阪弁護士会意見書339頁以下は、「適時執行義務を明文で規定すると、債務者のリスケの要請に応じた場合に本条違反となることをおそれ、債権者が必要以上にリスケに応じることに消極的となり、債権者債務者双方にとって硬直した運用がなされてしまうおそれがあると考えられる。」と指摘するが賛成である。

81) 前掲・NBL編集部編「インタビュー『債権法改正の基本方針』のポイント—企業法務における関心事を中心に」68頁〔片岡発言〕は、適時執行義務について「債権者の側で適時執行義務違反になることを恐れて、債務不履行があれば早期に債務者および保証人に請求して執行をしていくことになりかねないのではないかという危惧があります。」としたうえで、「保証人保護は検討すべき重要課題ですけれども、機能としては逆効果になると心配しています。」と指摘するが賛成である。

るのではないかという疑問が生じる⁸²⁾。

(c) 連帯保証を除くとされていること⁸³⁾

適時執行義務は、催告の抗弁、検索の抗弁の存在を前提として民法455条を一般法理化するという役割を果たすものである。しかし、連帯保証では、これらの抗弁が認められていない。連帯保証においては、債権者は、主債務者および連帯保証人のいずれか回収しやすい方から債権を回収する利益を有すると考えられるため、適時執行義務は課されないことが前提として議論されている⁸⁴⁾。

しかし、実務上最も多用され、事実上の原則形態といえる連帯保証について適用しないのであれば、それでは実務上あまり意味がなく⁸⁵⁾、実効性に乏しいといえよう⁸⁶⁾。

(d) 任意規定とされていることとの関係

適時執行義務は当事者の特約によって排除し得る任意規定であることを前提に検討されている。しかし、たとえ適時執行義務を導入したとしても、これが特約によって排除できるとすると、債権者からの要望を聞き入れざるを得ない

82) 前掲・第二東京弁護士会意見書96頁は、「(適時執行義務を)明文化した場合、債務者からの債務返済繰り延べ要請に対し、債権者が本条違反をおそれて慎重になり、結局返済繰り延べが困難になるのではないかと、また、債権者は、債務者に不履行があれば本条違反をおそれて早期に執行することになり、債権者の執行時期の判断が硬直化するのではないかと懸念もある。」と指摘するが賛成である。

83) なお、この点について「中間的な論点整理」では、前述したように、「仮に適時執行義務を導入する場合は、連帯保証にも適用されるものとするかどうかについて、さらに検討」することを求めている。しかし、連帯保証にも適用があるとすると民法455条の趣旨を拡張したという適時執行義務の性質との関係で疑問が生じる。

84) 基本方針【3.1.7.13】。

85) 前掲・大阪弁護士会意見書340頁は、「基本方針は、適時執行義務は連帯保証では適用されないとしていることから、実務上、本条を規定する実益は乏しいとも考えられる。」と指摘する。

86) 前掲・第二東京弁護士会意見書96頁は、連帯保証の場合には、適時執行義務の適用がない以上、「実務上の影響は少ないものと考えられる」とする。また、このように連帯保証に適用がないとしても、単純保証に適用があり、実務上、単純保証を利用する債権者は、取引法務に精通していない者であることが多く、債権回収等に不慣れであるから、適時執行義務は相当の負担となるとの指摘がある(前掲・堂園20頁)。

立場に立たされることの多い保証人の立場に照らし、実効性に疑問が生じる。特に、債務者との個人的関係に基づいて保証人となった場合では、債務者を通じて債権者から適時執行義務を排除する旨の特約の申入れがあれば、事実上、これを拒絶することは困難であるといえよう。適時執行義務を任意規定とすると、実務上ほとんどが排除されることが予想され、導入による保証人保護の機能を期待することは困難となろう。

(2) 適時執行義務を明文化して導入することの可否

以上から本稿では、適時執行義務をあえて法律上の義務として導入することには反対である。

もっとも、この適時執行義務の背後には、債権者には保証人の負担を不当に重くしないように配慮する義務があるという法理が存在するものといえる。保証人保護の要請に照らせば、このような考え方自体には賛成できる。過去の裁判例でも具体的事案のもとで、信義則に基づく担保保存義務を認めたくえて保証人の保護を図っており、あえて明文化する必要はなく、具体的事案のもとで信義則に基づく担保保存義務を柔軟に認めて具体的事情を踏まえた対応を実現すべきと考える⁸⁷⁾ 88)。

87) 前掲・堂園21頁も同様に「現在のような、担保保存義務の類推適用における、信義則上の問題として個別に判断されるほうが適当と考えられる。」とし、仮に導入するとしても任意規定とすることが望ましいと指摘する。

88) 大審院昭和8年9月29日判決(民集12巻23号2443頁)、大審院昭和10年12月28日判決(民集14巻24号2183頁)等。判例として、現行民法504条の担保保存義務に関して、債権者が弁済期が到来して、抵当権の実行ができる状態にありながら久しく実行しない間に抵当権の目的物の価額が著しく下落し信義則に違反する事情があった場合に、保証人はその受けるべき不利益の限度でその責任を免責されるとしたものがある。民法455条の趣旨を拡大したものと理解できよう。

8 おわりに

すでに本稿の基本的視座として述べたように、保証規定の改正にあたっては、保証人保護の要請を重視したうえで、債権者保護の要請とのバランスをはかり、保証本来のもつ機能を踏まえ、現代社会に対応できる内容を実現することを強く期待するものである。本稿が、現時点における改正をめぐる議論に際し、問題提起の一助となれば、幸甚である。

最後にこの場をお借りし、本シンポジウムに際し、このような機会を与えていただいた慶應義塾大学大学院法務研究科、慶應義塾大学法学部、そして、三田法曹会の関係者の皆様に、心より感謝を申し上げる次第である。