

諸外国における保証法制及び実務運用 についての調査研究業務報告書

平成 2 4 年 3 月

株式会社 商事法務

目 次

諸外国の保証制度—概要と総括—	1
第1 概要	1
1. 保証制度の内容 1	
(1) はじめに 1	
(2) 保証の成立 1	
(3) 保証の内容—単純保証と連帯保証 4	
(4) 保証人の事前求償権 7	
(5) 各種の保証 8	
2. 保証制度の運用 12	
(1) 消費者信用・不動産信用 12	
(2) 経営者保証 13	
(3) 賃貸借の保証（家賃債務保証） 14	
(4) 身元保証 16	
(5) 法人保証・機関保証 16	
3. 保証人の保護法制	
(1) フランス 18	
(2) ドイツ 19	
(3) イングランド 19	
(4) アメリカ 20	
第2 総括	21
1. 保証の有用性 21	
2. 保証人の保護のあり方 22	

フランスの保証制度 25

第1 総説－保証制度の概要 25

1. 保証の意義 25
2. 保証の沿革 26
 - (1) 保証の形成 26
 - (2) 物的担保の優位－1970年代以前 26
 - (3) 保証の復権－1970年代以降 27
3. 現代社会における保証の特質 28
 - (1) 担保権設定の容易さ 28
 - (2) 債権回収の確実性 28
 - (3) 心理的な強制力 29
 - (4) 経営者保証・法人保証（機関保証）の発展 29
 - (5) 保証の多様性 31
4. 保証の規定 32
 - (1) 保証の類型化 32
 - (2) 民法典・特別法の規定 32

第2 民法典における保証 34

1. はじめに 34
2. 保証の意義・性質 34
 - (1) 付従性 34
 - (2) 補充性－単純保証(cautionnement simple)と連帯保証(cautionnement solidaire) 39
3. 保証の成立 44
 - (1) 保証の合意 44
 - (2) 保証契約の有効性 46
4. 保証の内容・範囲 48
 - (1) 内容における付従性 48
 - (2) 無制限保証（包括的保証） 49
5. 保証人の求償権 50

(1) 求償の相手方	50
(2) 支払後の求償	51
(3) 支払前の求償（事前求償権）	52
6．保証の消滅	53
(1) 通常消滅事由－付従性による消滅	53
(2) 特別な消滅事由	54
第3 消費法典・特別法における保証人の保護	55
1．特別法による保証人の保護	55
2．保証契約の締結時における保証人の保護	56
(1) 手書きの記載	56
(2) 事前の情報提供	59
3．債権者の権利の失効－情報提供義務・比例原則	60
(1) 債権者の情報提供義務	60
(2) 過大な保証の禁止－比例原則	64
4．その他	65
(1) 保証人の必要最低限の生活費の保障	65
(2) 経営者と離婚した保証人の保護	66
(3) 保証人の相続人の保護	66
第4 結語	68
1．保証人の保護法制	68
(1) 特別法の展開	68
(2) 保証人の保護法制における問題点	69
2．民法典の保証	69
 ドイツの保証制度	 71
第1 保証制度の概要	71
1．保証契約の当事者と内容	71
2．保証の意思表示の書面性	72
(1) 保証の意思表示の書面性	72

(2) 併存的債務引受との区別	72
3. 保証契約の良俗違反(付:オーストリア法および DCFR における取り扱い)	73
(1) ドイツにおける判例法理の概要	73
(2) オーストリアの状況	74
(3) ヨーロッパ私法共通参照枠組草案 (DCFR)	75
4. クーリングオフの可能性	76
(1) 訪問取引を理由とする撤回権	76
(2) 通信取引を理由とする撤回権	77
(3) 消費者信用を理由とする撤回権	77
5. 付従性	78
(1) 成立の付従性	78
(2) 内容上の付従性	78
(3) 随伴性	78
(4) 主たる債務者が有する抗弁権の行使	78
(5) 消滅の付従性	79
6. 補充性と連帯保証	79
7. 免責請求権と担保保存義務	80
(1) 主たる債務者に対する免責請求権	81
(2) 債権者の担保保存義務	81
8. 保証人から主たる債務者への求償	81
(1) 法律による債権の移転 (BGB774 条)	82
(2) 保証引受の基礎となっている法律関係に基づく費用償還請求権	82
第2 保証の諸形態	84
1. 共同保証 (Mitbürgschaft)	84
2. 期間保証 (Bürgschaft auf Zeit)	84
3. 包括根保証 (Globalbürgschaft)	85
4. 最終不足額支払保証 (Ausfallbürgschaft)	85
5. 副保証 (Nachbürgschaft)	85
6. 再保証 (求償保証 Rückbürgschaft)	86

7. 請求即払い保証 (Bürgschaft auf erstes Anfordern)	86
第3 保証類似の人的担保	88
1. 併存的債務引受 (Schuldbeitritt)	88
2. 損害担保契約 (Garantievertrag)	88
3. 信用委任 (Kreditauftrag)	89
4. 支援表明 (Patronatserklärung)	89
第4 保証制度の利用実態	91
1. 個人ローン (消費者ローンや住宅ローン) の実情	91
2. 経営者保証の実情	92
3. 保証会社の実情	92
4. 家賃債務保証の実情	92
5. 就職の際などにおける身元保証の実情	92
6. 保証銀行による保証	92

イングランドの保証制度..... 95

第1 保証制度の概要	95
1. 保証契約の成立	95
(1) 保証契約成立の合意	95
(2) 約因との関係	96
(3) 書面	96
(4) 保証人の能力、錯誤	96
(5) 錯誤・不実表示	96
(6) 不当威圧の法理	97
2. 保証契約の解釈と保証人の責任	99
(1) 解釈の基本原則	99
(2) 二次的責任	99
(3) 主たる債務の範囲	99
(4) 継続的保証における制限の有無	100
(5) 条件付き保証	101

(6) 共同保証	102
3. 保証人の免責	102
(1) 主債務の消滅	102
(2) 主債務にかかる契約の変更等	102
(3) 債権者の義務違反	103
(4) その他	103
第2 保証契約における消費者保護	104
1. 消費者信用法における保証人保護	104
(1) 消費者信用法の適用がある契約	104
(2) 消費者信用法の適用除外	105
(3) 消費者信用法における担保規制	106
2. 不公正条項規制	108
第3 保証実務・個人保証の利用実態	109
1. 概説	109
2. 個人保証	109
(1) 配偶者間の保証	110
(2) 経営者保証	110
(3) 消費者信用における保証	110
(4) 賃料保証(rent guarantee)	111
(5) 身元保証(fidelity guarantee; fidelity bond)	111
アメリカの保証制度	113
第1 はじめに	113
第2 アメリカの保証法制	114
1. 保証法リステイトメント	114
(1) 保証の定義	115
(2) 保証契約の成立	118
(3) 保証人の権利義務	123
(4) 共同保証	135

2. 州の保証法	136
(1) カリフォルニア州法	136
(2) ニューヨーク州法	139
3. その他の法	141
(1) 有価証券の場合	141
(2) 信用状の場合	141
(3) 物上保証の場合	142
(4) 一定の証書 (bond) の場合	142
(5) 身元保証の場合	143
第3 アメリカにおける保証実務	144
1. 個人保証の実情	144
2. 経営者保証について	144
(1) 融資における経営者保証	144
(2) その他の経営者保証	152
3. 賃貸借における保証について	153
4. 消費者信用における保証について	153
(1) 消費者信用における保証の利用	153
(2) 消費者信用の規制	154
5. 身元保証について	155
 欧米における保証人制度の利用状況	
—消費者信用を中心に—	157
1. 海外における消費者信用における保証制度の利用	157
2. ADRでの状況	159
3. リスクと審査	159
 実務面からの総括およびコメント	 161
1. はじめに	161
2. 保証債務の成立	162

(1) 書面の要求	162
(2) 保証引受契約による保証債務の成立	163
(3) 文言および解釈原則	163
3. 連帯保証	164
(1) 連帯保証制度	164
(2) 催告の抗弁権と検索の抗弁権	164
(3) 適時執行義務	165
4. 保証人の事前求償権	165
5. 各種の保証	166
(1) 根保証	166
(2) 経営者保証	167
(3) 身元保証	167
(4) 法人保証・機関保証	167
(5) 支援表明 (comfort letter)	168
6. 契約締結の際における保証人保護の方策	168
(1) 説明や情報提供義務	169
(2) 過大な保証の禁止	170
7. 保証契約締結後の保証人保護の在り方	171
(1) 債権者の主債務者の返済状況通知義務	171
(2) 主債務者の支払い事故に関する情報提供義務	172
8. おわりに	172
保証制度研究メンバー一覧	175

諸外国の保証制度

—概要と総括—

第 1 概要

1. 保証制度の内容

(1) はじめに

現行の日本民法典の「保証債務」に関する規定（446 条～465 条。なお、465 条の 2～465 条の 5 に、「貸金等根保証契約」の規定がある。）とほぼ同じ構造を有しているのは、フランス民法典の規定（2288 条～2320 条）であり、保証に関しては日本民法の母法であると考えられる。また、ドイツ民法典（BGB）の保証も、やや異なる制度も見受けられるものの、基本的には、日本民法の保証と同じ規定を有している。

以下では、フランスとドイツを中心に、アメリカとイングランドの保証制度にも触れつつ、保証制度の内容を、現行の日本民法との対比において概観する。

(2) 保証の成立

(a) 日本

民法 446 条は、かつては、保証契約について特段の方式によることは要件とされていなかった。しかし、保証人は、主たる債務者の親族や友人であるなど、主たる債務者との人的な関係によって無償で保証契約を結ぶことが多く、しかも、必ずしも自己の責任を十分

に認識していないことも少なくなかった。そこで、保証人となる者の保証意思が明確である場合に限って保証契約の効力を認めるために、平成 16 年の民法改正では、保証契約は、書面でしなければ、その効力を生じないとした（446 条 2 項）。また、保証契約がその内容を記録した電磁的記録によってなされた場合には、これを書面によってされたものとみなす旨も規定されている（同 3 項）。したがって、書面によらない保証契約は、たとえ合意に基づいて現実の履行がなされたとしても、無効であることになる。

（b）ドイツ

このような保証契約における書面の要件は、諸外国にも見られるものである。例えば、ドイツでは、保証人からする保証の意思表示は、書面によることを要する（BGB766 条 1 文）。ただし、電子的方式（BGB126a 条参照）では、その書面の要件は満たされない（BGB766 条 2 文）。また、書面による保証の意思表示は、保証人によって行われなければならない、主たる債務者が保証人から権限を与えられてこれを行った場合にも、書面の要件は満たされない。そして、書面の要件が満たされない場合には、保証契約は無効である（BGB125 条 1 項）。BGB766 条が書面を要件とする趣旨は、軽率に保証を引き受ける保証人に対し、警告を与えることにある。それゆえ、この趣旨から、書面による意思表示には、債権者、主たる債務者、保証の意思、主たる債務の表示、限度額があればその額などの、保証の本質的事情が含まれていなければならないとされている。

（c）イングランド・アメリカ

イングランドでは、保証契約には、1677 年の詐欺防止法（Statute of Frauds 1677 s.4）の適用があり、書面による証拠がない限り、裁判所が救済を与えることができないとされている。とりわけ、事業者間の取引において、このような要式性は、実務的要請に合わないとの批判があるものの、契約締結時には債権者側が保証契約書を注意深く作成し、その責任範囲を明確にしておくことの重要性が実務的観点からは強調されている。

また、個人が保証人となる保証契約で、1974 年の消費者信用法（Consumer Credit Act）の適用がある保証については、保証人を保護するために、その契約の締結に際して、より厳格な書面の要件が課されている。すなわち、同法の規制を受ける契約に対して第三者が供与する担保の全てが、書面によらなければならない（CCA 1974, s.105(1),(6)）、書面（担保証券 security instrument）によらない、あるいは担保証券が適切に作成されていない担保供与については、裁判所の命令によらなければ、保証人に対して強制することができない（CCR 1983 s.3(7)）。

イギリスにおける 1677 年の詐欺防止法を継受して、アメリカにおいても、保証契約は書面でしなければならない、この書面を欠く場合には、法的救済を受けることができないとされている。

(d) フランス

以上に対して、フランスでは、民法典における保証は諾成契約であり、民法上は、保証契約の成立にはいかなる形式も必要とされない。すなわち、保証人は、主たる債務者に代わって弁済する義務を負う旨の意思を何らかの方法で表示すればよく、これに対して、債権者がその申込みを承諾すれば、たとえ黙示であっても、保証契約は成立する。ただし、保証は片務契約であり、公正証書（公署証書）ではなく、私署証書(acte sous seing privé)によってなされることが多い。そして、民法典 1326 条は、私署証書による片務契約について、その内容を手書きすることを要求している。すなわち、「一方の当事者のみが他方に対して一定額の金銭を支払い、又は代替物(bien fongible)を引き渡すことを義務づけられる法律行為は、この義務を引き受ける者の署名並びにその者みずからの(par lui-même)手書き(écrite)による全文字及び数字で書いた金額又は数量の記載を含む証書において認定されなければならない。差異がある場合には、その私署証書は、全文字で手書きされた金額について効力を生じる」とする。

この規定は、1980 年 7 月 12 日の法律第 525 号によって民法典に挿入されたものである。その趣旨は、保証人の保護が署名を要求するだけでは充分でなく、保証人自らがその義務と金額とを文字と数字によって手書きすることにより、注意を喚起し、かつ、決意を固めさせることにある。しかし、民法典 1326 条の手書きによる記載の要件は、保証の形式的要件(règle de forme)ではなく、証明準則(règle de preuve)にすぎない。すなわち、形式的要件であるとすれば、その形式を欠く場合には契約が無効となるが、証明準則は、契約上の債務の存否ないし範囲に関する紛争の解決に資するものであって、契約の効力とは関係ない。それゆえ、「手書きの記載が遵守されなかったとしても、保証契約は無効となることは」なかった。

しかし、その後の特別法により、限られた領域（①消費者信用・不動産信用〔住宅ローン〕の保証と、②居住用賃貸借の保証）ではあるが、手書きの記載が保証の形式的要件とされ、それを欠く場合には、保証契約が無効とされるようになった。そして、2003 年 8 月 1 日のデュトレイユ法は、より一般的に、自然人である保証人と事業者である債権者との間の保証契約には、手書きの記載要件を課したため、現在では、法人保証ないし機関保証

のほかは、厳格な形式的要件が要求されている。

（３）保証の内容－単純保証と連帯保証

保証の内容が保証契約の解釈と保証の付従性によって定まるとは、日本を含めて、諸外国においても同様である。そして、単純保証においては、付従性のほかに、保証債務の二次的な性質から、その補充性が認められる。すなわち、検索の利益ないし抗弁である。この利益を排除するのが連帯保証であり、諸外国においても現実には、単純保証ではなく連帯保証が多いとされている。

（a）フランス

民法典 2298 条に規定される検索の利益(bénéfice de discussion)は、債権者による第 1 回目の保証債務の履行請求に対する抗弁(exception)として、保証人によって主張されるものであり（2299 条）、債権者にとっては危険である。というのも、検索の利益は、保証債務の履行を遅らせ、それを面倒にするものだからである。それゆえ、検索の利益を排除することが認められ、その多くは、次のように民法典に規定されている。

第 1 に、検索の利益は、これを放棄した保証人および連帯保証人には認められない（民 2298 条）。この検索の利益の放棄は、保証契約の締結に際して行われることが多い。ただし、個人事業主の職業上の契約から生じた債務を担保するために、自然人によって保証がなされた場合には、連帯の約定および検索の利益の放棄の約定は、保証の総額が制限されている場合にしか有効ではないとされている（1994 年 2 月 11 日のマデラン〔Madelin〕法 47 条 2 項）。

第 2 に、判決によって保証人を立てることが強制される場合（裁判上の保証人＝caution judiciaire）には、その保証人は、検索の利益を主張することができない（民 2319 条、2320 条）。この場合における保証人に検索の利益を認めると、その抗弁が判決の効力の延期(dilatoire)のために悪用されるおそれがあるからである。

第 3 に、物上保証人(caution réel)にも検索の利益が認められない。物上保証人は、保証人と異なり、その責任財産のすべてを担保の目的とする者ではなく、特定の財産について担保を設定する者である。その利益状況は、抵当不動産の第三取得者に近く、民法典は、第三取得者には検索の利益を認めている（2465 条）。しかし、物上保証人は、たとえ抵当権の設定者であっても、反対の特約がない限り、検索の利益を主張することはできない。すなわち、民法典 2466 条は、「検索の抗弁は、不動産上に先取特権又は特別の抵当権を有

する債権者に対しては、申し立てることができない」として、物上保証人の検索の利益を明確に否定している。その理由は、①合意による抵当権は、常に「特別の」抵当権であるとともに、②抵当不動産の第三取得者と異なり、物上保証人は、任意の意思に基づいて、債権者との合意によって抵当権を設定するのであり、検索の利益を認める必要がないからである。

以上の３つのうち、今日のフランスでは、多くの保証が連帯保証とされている。この連帯保証には、次の３つの類型がある。

①保証連帯 共同保証人間における連帯の合意である保証連帯は、実務ではほとんどない。その目的は、分別の利益を排除するだけであり、検索の利益は認められる。

②連帯保証 最も多いのは、保証に連帯を加える連帯保証の合意である。

③主たる債務者と保証人との連帯保証であるが、保証人間には連帯のない保証 この類型の合意は、共同保証人の各自が主たる債務者との間で、それぞれ連帯の合意をする場合に認められる。この場合には、主たる債務者と各保証人との間には連帯関係があるため、各保証人には検索の利益が認められない。

連帯保証の成立について、民法典 1202 条 1 項は、「連帯関係はなんら推定されない。連帯関係は、明示的に約定しなければならない」と規定する。この「明示的」であるためには、厳格な形式は必要ないが、意思の積極的な表明がなければならず、あいまいなものであってはならない。

連帯保証には、主要な効果と二次的な効果がある。まず、主要な効果は、債権者が連帯保証人に対して債務の全額の請求をすることができ、検索の利益も分別の利益も対抗されないことである。これに対して、保証人は、債権者に対して、主たる債務者の有するすべての抗弁（純粹に人的な抗弁は除く）を対抗することができる。また、連帯保証の二次的な効果（絶対的効力）は、連帯債務者間における相互代理の考えに基づく。そして、この効果は、債権者の追及（履行の請求）を容易にする。すなわち、保証人または主たる債務者に対する履行の請求は、両者に対して効力を生じ、一方に対する時効の中断も他方に対して時効中断の効力を生じる。また、一方に対する判決の効力も他方に及ぶ。とりわけ、連帯保証人と債権者との間の判決の効力が、主たる債務者にも及ぶこととなる。

（b）ドイツ

ドイツにおいても、保証人は補充的にしか責任を負わず、検索の抗弁に対応する先訴の抗弁が認められる。すなわち、BGB771 条 1 項によれば、保証人は、債権者が主たる債務

者に対して試みた強制執行がその目的を達しなくなるまでは、債権者の満足を拒絶することができる（先訴の抗弁。金銭債権についての保証の場合の強制執行の試みについてはBGB772条が詳細を定める）。ただし、強制執行が不首尾に終わった場合には、その費用は保証人が負担する（BGB767条2項）。また、保証人が先訴の抗弁を援用した場合には、債権者が主たる債務者に対して試みた強制執行が目的を達しなくなるまで、保証人に対する債権者の請求権の時効は停止する（BGB771条2項）。

ただし、先訴の抗弁は、放棄することができる（BGB773条1項1号。連帯保証）。保証人がこの抗弁を放棄するには、BGB766条の書面の方式が必要である。特に銀行は、保証人に先訴の抗弁権を初めから放棄させるのが通常である。先訴の抗弁を排除する法定の事由としては、主たる債務者の住所や営業所の変更によって主たる債務者に対する訴追が著しく困難になった場合、主たる債務者についての破産の開始、主たる債務者に対する強制執行により満足の得られないことが明らかな場合が定められている（BGB773条1項2号から4号）。また、保証人が商人であり、彼にとって保証が商行為である場合には、先訴の抗弁は排除される（ドイツ商法349条1文）。

（c） イングランド・アメリカ

大陸法の検索の利益・先訴の抗弁に相当する規定はなく、保証契約においてその旨を定めない限り、このような条件は認められない。すなわち、イングランドでは、保証人の責任は、主たる債務者の不履行について責任を負う点で、損失補償（indemnity）と区別されており、その意味において二次的（secondary）な責任であるとされる。しかし、その二次的な責任の意味は、保証人の責任が、主たる債務者の責任を超えず、主たる債務の発生がなければ保証を生じない、という付従性に相当する。それゆえ、この保証の二次的性質から、まず主たる債務者に請求するという条件が当然に生じるものではない。そして、保証債務の履行に一定の条件（conditional guarantee）を付すこともでき、保証人への責任追及の手続前に、債権者から保証人に主たる債務者の不履行を通知することや、保証人自身や主たる債務者への請求をすること、あるいは主たる債務者への訴訟提起をすることを条件とする場合もある。ただし、契約書にそのような条件が明記されていない場合は、債権者はこれらの義務を負わない。

アメリカでも、保証法リステイトメント51条は、原則として、債権者は、保証人に対して強制執行をする前に、主たる債務者に対して強制執行を行っている必要はないとしている。ただし、債権者が主たる債務者からの回収に失敗したことが、保証債務の履行の条件

になっている場合は、この限りではない。また、債権者が主たる債務者の財産上に担保権を有しており、その担保権を実行しないことが保証人に特別な困難を生じさせ、他方、担保権実行が債権者に対して、重大な損害または負担とならない場合には、保証人には、まず、担保権実行を行うべきことを主張することができる。

このように、英米法では、原則としては検索の抗弁が認められず、これを条件として、保証契約において定めることができるものとしている。

（４）保証人の事前求償権

（a）フランス

日本民法 460 条は、主たる債務者の委託を受けて保証をした保証人に、事前求償権を認めている。この事前求償権については、フランス民法典 2309 条がこれを定める。すなわち、「保証人は、（以下の場合には、その保証債務を）支払う前であっても、債務者に補償させるために請求することができる」とし、以下の 5 つの事由を規定する。

- 1 保証人が支払について裁判上追行されるとき
- 2 債務者が破産(faillite)し、又は支払不能(déconfiture)にあるとき
- 3 債務者が一定期間内に保証人に免責を与える義務を負うとき
- 4 債務が、締結された期限の経過によって請求可能となったとき

5 主たる債務が定まった履行期限を有しない場合において、10 年を経過したとき。ただし、主たる債務が、後見のように一定の時期前には消滅することができない性質のものである場合には、その限りでない。

ただし、この事前求償権は、例外的なものである。というのも、リスクは保証にとって本質的なものであり、かつ、保証人は何ら支払をしていないからである。それゆえ、事前求償は、2309 条の規定された 5 つの場合に限って認められる。しかし、このうち、今日において重要なのは、債務者が破産した場合（2309 条 2 号）のみであり、他の事由は、実務ではほとんど用いられていない。

（b）ドイツ

ドイツにおいて、保証人の事前求償権に相当するのは、免責請求権である。すなわち、保証人と主たる債務者の間に、委任、事務管理または事務処理契約が存在する場合には、委任に関する規定によれば、受任者は委任者に対して費用前払請求権（BGB669 条）および費用償還請求権（BGB670 条）を有する。このとき、債権法の一般規定である BGB257

条によると、償還請求権者は、償還義務者に対して無制限の免責請求権を取得しうる。しかし、免責請求を受けた主たる債務者がこれを履行するには、主たる債務を弁済する等しなくてはならず、当初保証人を立てることによって得られた信用を結局失うことになる。そこで、BGB775 条は、保証の場合に免責請求権を制限して、主たる債務者の財産関係が著しく悪化した場合（1 項 1 号）、主たる債務者の住所や営業所の変更によって主たる債務者に対する訴追が著しく困難になった場合（1 項 2 号）、主たる債務の遅滞の場合（1 項 3 号）、債権者が保証人に対して履行につき執行力ある判決の言い渡しを受けた場合（1 項 4 号）に限り、保証人に免責請求権を与えることにした。

この BGB775 条は任意規定であるので、免責請求権は、放棄することができる。その際には、BGB766 条の書面の様式は必要ない。そして、実務においては、免責請求権が問題となることはないとされている。

（c）イングランド・アメリカ

事前求償権に関する制度は、特に存在しない。ただし、一定の場合には、保証人が免責される。たとえば、アメリカでは、判例により、保証契約の当初における保証人のリスクを変更するような行為があった場合には、当然に、保証人が免責されるというルールを採用している。そして、同様のルールは、イングランドにおいても採用されている。

（５）各種の保証

（a）共同保証における分別の利益

日本民法 456 条は、共同保証の場合における分別の利益を規定する。この分別の利益を規定するのは、フランスである。

フランスでは、分別の利益(bénéfice de division)は、同一の債務者の同一の債務に対して複数の保証人が存在する場合（共同保証）にしか認められない。もっとも、民法典は、この場合には原則として、各保証人がそれぞれ債務のすべてについて義務を負うとする(2302 条)。すなわち、「数人の者が同一の債務について同一の債務者の保証人となったときは、それらの者はそれぞれ、債務のすべてについて義務を負う」と規定する。この状況は、連帯債務(solidaire)に近似する。しかし、連帯債務におけると異なり、共同保証では、上記の原則の例外として、民法典 2303 条の分別の利益が認められる。

分別の利益は、保証人に対して、その負担部分についてしか、債権者から追及されないことを認めるものである。もっとも、分別は、債権者から履行を請求された時に支払能力

のある共同保証人間にしか認められない（2303 条 2 項前段）。換言すれば、その時までの支払不能のリスクは、他の保証人が負うこととなる。なぜなら、保証は、債権者の債権を担保するものだからである。これに対して、当然のことではあるが、分別以降に生じた支払不能については、他の共同保証人がそのリスクを負うことはない（同後段）。その結果、分別の利益は、債権者にとっては不利益となる。それゆえ、フランスにおいても、実務では、分別の利益が認められることは稀であり、債権者は、通常は、連帯保証を要求するから、少なくとも、保証人による分別の利益の放棄を要求する。

ドイツにおいても、共同保証とは、同一の主たる債務について数人が保証債務を負担することをいう。この共同保証人は、保証人が互いに無関係に、さらには互いのことを知っていても知らなくても、連帯債務者として責任を負う（保証連帯。BGB769 条）とされ、分別の利益は規定されていない。ただし、共同保証人間の求償については BGB426 条が適用され（BGB774 条 2 項）、共同保証人は、別段の定めがない限り、等しい割合で義務を負う。

このほか、イングランドにおいても、分別の利益については特に定めがなく、契約によって定めることとなる。すなわち、保証人が複数いる場合には、その責任は個別に (severally) 負うことも、共同で (jointly) にすることも、また各自連帯して (jointly and severally) 負うこともできる。ただし、共同責任は訴権が 1 つであるとされ、債権者は、保証人全員を被告として訴えなければならず、通常の実務では、連带的に責任を負うとされている。

（b）包括的保証（根保証）

（i）フランス

フランス民法典は、無制限(indéfini)の保証（2293 条 1 項）と、主たる債務の一部のみに制限された保証（2290 条 2 項）とを区別する。このうちの無制限の保証は、主たる債務と全く同じ範囲の、それに制限を加えない保証である。これに対して、制限された保証は、主たる債務の一部またはそれより重くない条件によって締結された保証である。この区別は、伝統的な民法典上の区別であるが、判例は、この区別に代えて、限度額の定めのある保証と限度額のない保証とを区別する。

無制限の保証（包括的保証）は、主たる債務者と同じ期間、その債務について無制限に保証するものであり、主たる債務者の現存する債務および将来の債務の全てを含むことになる。そして、1998 年 7 月 29 日の法律（「疎外に対する戦いに関する方針についての法

律」) 第 657 号 101 条は、2293 条に第 2 項を付け加えた。

2293 条 ② 保証契約が自然人によって締結される場合には、その保証人は、少なくとも年に 1 度、当事者間において合意された日、又はこの合意がないときは契約より 1 年後の日に、被担保債権及びその従たる債務の総額の推移を、債権者によって通知される。この通知がない場合には、債権者は、従たる債務、費用及び違約金についてのすべての権利を失う。

この規定は、1984 年 3 月 1 日の法律第 148 号の 48 条（通貨・金融法典 L.313-22 条）が定めた金融機関の保証人に対する通知義務（情報提供義務）を、包括的な保証契約に関して一般化する目的で定められたものである。しかも、その主体は、金融機関ではなく「債権者」であり、また、その違反に対する罰則も、上記 48 条が金利の喪失であったのに対して、「従たる債務、費用及び違約金についてのすべての権利を失う」ものである。その意味では、民法典 2293 条 2 項は、無制限の保証に関して、保証人をより一般的に保護した規定である。

（ii）ドイツ

実務上、銀行は、一定の取引関係から生ずる主たる債務者の現在および将来のすべての債務について、限度額なしに保証することを求めることがある。このような保証も、主たる債務の特定性を欠くことはないが、包括根保証を定める約款条項が、約款規制において不意打ち（BGB305c 条 1 項）とされる可能性はある。さらに、約款における包括根保証条項が、BGB767 条 1 項 3 文（保証の引受け後に主たる債務者が行った法律行為によって保証人の義務を拡張することはできない）の法思想と結びついて、不当に不利益（BGB307 条 2 項 1 号）なものであるとして、保証人の責任が保証の引き受けの誘因（Anlass）となった債権に制限されうることとも判例上認められている。したがって、包括根保証を有効に行うには、個別合意が必要である。

（iii）イングランド

将来発生する債務を継続的に保証する保証契約（根保証に対応）においては、次のように解されている。まず、保証の期間については、保証契約によって制限を設けることも可能であるが、そうした期間を設けない契約も有効である。ただし、主たる債務を発生させる契約の期間を参照するなどして、黙示的な保証期限の存在が認定される場合がある。た

例えば、不動産賃借人の債務を保証した場合には、その保証契約は賃貸借契約の当初の合意期間の経過をもって終了するのが原則である。そして、賃貸借契約が法定更新された場合には、更新後の契約については保証人の責任が及ばないのが原則であり、責任の延長が認められるのは、そのことが保証契約に明記されている場合に限られる。

保証の金額についても、保証契約によって上限を設けることは可能であるが、必須ではない。銀行などが債権者となる保証契約書では、保証人が主たる債務の「全額 whole amount」あるいは、「すべての金銭 all monies」について保証をするといった文言が用いられるのが通常であり、この文言が用いられた場合には、一般に責任額の上限がないものと解されている。ただし、判例上は、夫の事業上の債務について、妻が無制限の保証責任を負わされたことを不当威圧の判断の重要な事情としており、個人保証については、そうした観点から保証金額の上限が問題とされることがある。

また、主たる債務を特定の取引から生じたものに限ることも可能であるが、これも必須ではない。しかし、契約の解釈によって制限が認められることもあり、たとえば「主たる債務者に対する銀行の援助を約因として (in consideration of your providing banking facilities to the principal)」といった文言が保証契約書に記載されている場合について、保証人の責任を当該銀行からの融資により生じた債務に限るものとした判例が存在する。

(iv) アメリカ

保証法リステイトメントは、根保証契約の成立に関して、いくつかの特則を設けている。

(ア) 根保証 (continuing guaranty) の定義

保証法リステイトメントは、根保証を、次のように定義している。すなわち、根保証契約とは、主債務者が債権者に対して負う、将来の全ての債務につき、保証人となることを約する契約である（保証法リステイトメント 16 条参照）。その保証債務の範囲は、一定の範囲に特定されている場合もあるが、不特定の将来の債務をカバーすることも可能である。

根保証は、保証人が債権者に通知を行うことによって終了する。なお、契約によって、予め別の合意がなされていた場合には、それに従うことになる。また、保証人が自然人の場合には、保証人の死亡によって根保証も当然に終了する。根保証契約が終了した場合には、保証人は、既に発生していた主たる債務につき、通常の保証人となる。また、根保証契約終了前に締結されていた契約をもとにしてなされた融資については、根保証契約成立

後に発生した主たる債務についても、保証人となる。

なお、根保証契約については、不実告知との関係で、特則が置かれている。すなわち、不実告知との関係では、債権者から主たる債務者に対して、新たに融資がなされる都度、根保証人の合意があるとみなされる。つまり、新たな融資がなされる際に、主たる債務者の資力等についての情報提供義務が存することとなり、債権者がこの義務を果たさなかった場合には、重大事項につき不実告知があったものとみなされ、以後の融資については、保証債務の範囲には含まれないことになる。

2. 保証制度の運用

(1) 消費者信用・不動産信用

(a) フランス

消費者信用および不動産信用に保証人を立てることは一般的であり、フランスでは、この場合における保証人の保護がいち早く図られた。すなわち、1989年12月31日の法律（個人と家族の過剰債務についての困難の予防及び解消に関する法律＝ネイエルク法）第1010号は、第1次オイルショック以降の不況下における消費者信用の増大を背景として、その消費者の保護を図るものであり、消費者信用と不動産信用における自然人である保証人にも適用された。具体的な規制としては、手書きの記載を要件とし（現・消費法典 L.313-7条）、また、比例原則を導入した（現・消費法典 L.313-10条）。

その後、この2つの手法は、2003年8月1日の法律（デュトレイク法）によって、消費者信用と不動産信用における保証のみならず、自然人と事業者である債権者との間で私署証書によって締結されるすべての保証に一般化されている。

(b) ドイツ

ドイツでは、住宅ローンと消費者ローンは、主に銀行や貯蓄銀行（Sparkasse。州立の金融機関）において取り扱われている。そして、銀行や貯蓄銀行からローンを組む場合は、担保または保証が求められる。ただし、少額の場合には、長年の取引状況、一定額の預金残高や一定の収入などがあるときには、無担保でローンが認められることもある。また、住宅ローンによって住宅を購入する場合には、住宅と土地に抵当権（Hypothek）を設定するだけのことが多く、購入した住宅で店舗や居酒屋（Kneipe）を開くなど、抵当権で足りないときに、保証人を求められる。

(c) イングランド

保証が消費者信用との関係で利用される場面には、2つのものがある。1つは、買取権付賃貸借(hire-purchase agreement)において、ディーラーが債権者に対して顧客の返済を保証するものであり、これは法人保証である。もう1つは、顧客が債権者から個人(自然人)の保証人を要求される場合がある。そして、個人保証人の保護という観点からは、消費者信用法が重要な役割を果たしている。同法は、1974年消費者信用法(Consumer Credit Act 1974)として成立し、2006年消費者信用法(Consumer Credit Act 2006)によって大幅な改正が行われている。この1974年消費者信用法第8章は「担保(security)」について規定を置いている。ここでの担保とは、「現在あるいは将来の消費者信用契約又は消費者賃貸借契約、又はそれに関連する取引に関する、債務者や賃借人によるか、あるいは彼らの(明示又は黙示の)要請により提供される、モーゲージ、チャージ、質、ボンド、債務証書、損失補償、保証、手形、小切手など、債務者又は賃借人の債務の履行を担保するための合意」をいう(CCA 1974 s.189, "security")。つまり、消費者信用契約または消費者賃貸借契約から生じる債務について保証契約が締結された場合には、第8章の規制が適用されることになる。

(2) 経営者保証

経営者個人がその会社の債務を保証することも、諸外国においては一般的である。この経営者保証も、個人(自然人)が保証人となるものであり、その保護が要請される。

(a) フランス・ドイツ

会社の経営者、大株主(associé majoritaire)、または親会社(société mère)が、会社または子会社が銀行から信用を受けるに際して担保を供する場合であり、その担保として保証が用いられる。フランスでは、小規模の会社または有限会社が多く、銀行がこれらの会社に信用を供与する場合には、常に経営者による保証を要求している。というのも、会社の経営者は、原則として会社の債務については個人的責任を負うことがない(有限責任)ため、銀行は、経営者を保証人とすることによって、この有限責任の利益を奪うのである。そして、銀行は、経営者による資産隠しに対処するため、経営者を保証人とするだけでなく、その家族も保証人としてとることがあるとされる。また、会社について、次の銀行保証がなされる場合には、銀行の会社に対する求償権を確保するために、経営者が保証人となることもある(求償保証=sous-cautionnement)。このような経営者保証のほかに、親会社の子会

社の債務を保証することも多い。これも経営者保証と同じく、「会社を独立させることにより財産が分離されることに対処するためである」とされている。

また、ドイツにおいても、大規模ではない会社の債務の保証人として、その経営者が保証契約を締結することは、一般的である。

(b) イングランド

銀行が企業に対して融資をする際に、有限責任会社の代表に個人保証を求めることは、一般的に行われている。もっとも、このような経営者保証には、代表に個人的な責任の引き受けを求めることにより、会社経営の健全性を証明させるという狙いがある。また、銀行が個人事業者に融資をする際に、その配偶者を保証人とすることも一般に行われている。

(c) アメリカ

経営者保証が利用される典型的な場面は、銀行等から企業が融資を受ける場面である。とりわけ、中小企業に対する融資においては、経営者保証が利用されることが通常である。融資以外の場面においても、企業の債務について経営者保証が付される事例がある。たとえば、企業がテナントとして不動産賃貸借の賃借人となる場合には、企業の経営者が家賃の支払等についての個人保証人となる例がある。また、フランチャイズ契約やクレジットカード加盟店契約においても、経営者保証が行われる。

(3) 賃貸借の保証（家賃債務保証）

賃借人の賃料支払義務を担保するための保証も、一般に見受けられる。

(a) フランス

フランスでは、アパートマンなどの賃貸借においては、賃借人の収入が賃料の3倍に満たない場合には、賃借人に保証人を立てさせることが一般的である。例えば、学生がアパートマンを借りる場合には、保証人が必要となる。しかし、賃借人の保証人となる者の多くは、賃借人の友人や両親などの近親者であり、保証契約の内容を熟知して保証人となるわけではなく、紛争も多く生じていた。そこで、1994年7月21日の法律（住居に関する法律）第624号23条は、1989年7月6日の法律（賃貸借関係の改善を目的とする法律）第462号に22-1条を追加して、次のように規定した。

22-1条 1 本編の適用に関して締結される賃貸借契約から生じる債務の保証契約がいかなる期間の表記も含んでいない場合、又は保証契約の期間が期間の定めのないものとさ

れている場合には、保証人は、その保証契約を一方的に解約することができる。この解約は、当初の契約であるか又は更新、すなわち継続された契約であるかにかかわらず、貸主が解約の通知を受けたときの賃貸借契約の期間の満了時に、その効力を生じる。

2 保証人となる者は、賃貸借契約に記載されている賃料の総額及び更新の条件を手書きで転記し、明白かつ一義的に定まる方法で、自己の契約した債務の性質及び範囲を認識していることを手書きで記載し、かつ、前号を手書きで転記して署名しなければならない。賃貸人は、保証人に対して、賃貸借契約の写しを一部交付しなければならない。これらの方式が示されない場合には、その保証契約は無効となる。

なお、同条は、2009 年 3 月 25 日の法律によって改正され、保証は、賃借人の債務を担保する保険に加入した賃貸人によってしか、その履行を請求されないとされている。

(b) ドイツ

ドイツでは、一般の借主については、部屋を借りる際に、敷金 (Kaution) に加えて保証人を求められることはない。ただし、敷金を納めない場合には、銀行による保証を求められる。また、例は少ないが、過去 3 か月分の給与証明のコピーなどの提出を求める貸主もいる。これに対して、学生が部屋を借りる場合には、敷金に加えて、父などが連帯保証人になることを求められる場合がある。

(c) イングランド

不動産賃貸借契約において、賃借人の賃料の支払を確保するためにも保証が利用される。この賃料保証においては、①特別法により賃貸借の更新が認められた場合に保証契約も更新するか、②保証契約の撤回が認められるか、③賃貸借の譲渡がなされた場合の保証人の責任は存続するか、④不動産の譲渡がなされた場合の保証人の責任などが問題となる。

(d) アメリカ

企業がビジネス目的でテナントとして不動産賃貸借の賃借人となる場合には、賃料債務や各種の損害賠償債務の支払について、賃借人以外の個人保証をとることがある。特に中小企業の場合、または、ニューヨークなど不動産賃料の高いエリアでは、このような慣行が一般的である。

（４）身元保証

フランスとドイツでは、身元保証の制度は存在しない。しかし、イングランドでは、身元保証が用いられている。すなわち、身元保証とは、従業員の不誠実な行為により生じた損害の填補をする保証であり、使用者が従業員の労働契約違反を発見後も解雇しなかったという場合には、保証人は免責されるとする判例がある。また、保証契約の締結時において、使用者が雇用中に気付いた従業員の不誠実や不業績を、保証人に伝えなかった場合に、開示義務違反により保証人の免責を認めるという判例が存在する。19世紀に形成されたこれらの判例法理によれば、身元保証は、一般の保証よりも保証人保護に厚い。しかし、2010年のノースショアーベンチャー対アンステッドホールディングス事件の判決では、身元保証と他の保証を区別することには合理的な理由がないとして、特別な開示義務の存在を否定している。ただし、この事件における主たる債務者は法人であり、2名の個人保証人はその法人の借入債務を保証したものであることに注意を要する。

（５）法人保証・機関保証

（a）フランス

（i）銀行保証

銀行が、その顧客に信用を受けさせるために、自らが保証人となる場合である（銀行保証）。この場合における銀行の利益は、主たる債務者によって支払われる保証料であり、その保証料には、通常は銀行のリスクも含まれている。

このような、銀行などによる機関保証は、銀行をはじめとする金融機関の重要な事業分野の1つであり、企業の多くもこの与信を利用している。例えば、やや古いデータではあるが、1962年に140億フランしかなかった銀行による保証の総額が、1974年には1310億フランとなり、1982年には8000億フラン、さらに1989年6月末には約1兆フランになって、与信の4分の1から5分の1を占めたとされている。

（ii）銀行以外の機関保証

互助保証と公的機関による保証がある。まず、互助保証(cautionnement mutuel)は、19世紀半ばから発達したものであり、当初は、同業者の団体がその構成員の債務を保証することによって、構成員が融資を受けられるように手助けすることを目的としていた。そして、1917年3月13日の法律によって法制度として承認され、2つの大戦を経て、1970年代には、各業界における互助保証会社が飛躍的に増加したとされる。その機能は、各分野の事

業者に対し、管理費を得ることと引き替えに、銀行からの借入れを保証することによって、通常よりも安い利率で融資を受けることができるようにするとともに、場合によっては物的担保を提供することもある。その意味では、業界の互助的・共済的な機能を有するものであった。しかし、1990年代における中小企業の危機により、互助保証会社も危機に瀕し、多くの業界でその互助保証会社が失われるに至った。そして、今日では、国家の介入にもかかわらず、その活動は危機的状況にあり、ごく限られた分野（建築と美容業界）を除いては、ほとんど機能していない。

互助保証会社に代わって中小企業の信用を保証する役割は、今日では、公的機関が担っている。すなわち、1981年の社会党政権の誕生による政策転換により、中小企業の信用保証制度として公的支援がなされ、それが今日に至っている。

（b）ドイツ

（i）保証銀行による保証

保証銀行（Bürgschaftbank）は、金融機関からの中小企業向け貸付けを保証することにより、経営が健全でありながら金融機関にとって受け入れ可能な担保をもたない中小企業の資金調達を支援することを目的とする。保証銀行の前身は信用保証協会（Kreditgarantiegemeinschaft）であり、かつては多数存在したが、統合され、現在は各州に少なくとも一つの保証銀行が存在する。

保証銀行による保証の対象となるのは、創業資金、事業の譲渡および承継に必要な資金、設備資金および運転資金、フランチャイズおよびリースにかかる資金などである。保証限度額は100万ユーロ、保証期間は通常分については15年まで、保証割合は80%までとなっており、企業は保証料を支払って保証を引き受けてもらう。通常は、融資した金融機関を通して保証が申し込まれるが、20万ユーロ（ただし州により異なる）までの借入れを希望する小規模企業については、直接申し込みも受け付けられている。

保証銀行の保証割合は最高で融資額の80%であり、残り20%は融資した金融機関がリスクを負担する。80%のうち一定割合を連邦政府および州政府が再保証する。

（ii）保証会社による保証

上記の保証銀行以外には、一般の銀行が保証を引き受ける場面を除き、保証を専門とする会社は、一般的ではない。

3. 保証人の保護法制

保証人の保護の手法は、諸外国によって異なっている。

(1) フランス

フランスにおける保証人を保護するための一般的な法技術は、①保証契約の締結に際して、保証人による手書きの記載を要件とすること、②債権者に保証人に対する情報提供義務を課すこと、および、③保証人に過大な保証債務を負わせることを禁止すること（比例原則〔*principe de proportionnalité*〕の導入）である。このうち、③の比例原則とは、債権者が保証人と保証契約を締結した場合において、その保証債務と保証人が有する資産および将来発生しうる収入の総和との間に著しい不均衡があるときは、債権者は、その保証契約を主張することができない、というものである。この比例原則を具体化するのは、次の消費法典 L.341-4 条（2003 年のデュトレイユ法による）の規定である。

L.341-4 条 事業者である債権者は、自然人によってなされた保証契約の締結時に、保証債務が保証人の資産及び収入と明らかに不均衡であった場合には、当該保証契約を主張することができない。ただし、保証人が請求を受けた時点で、保証人の資産が自己の保証債務の履行を可能とするものである場合は除く。

また、①の手書きの記載は、保証契約の締結に際してのみ問題となる要件である。これに対して、②の情報提供義務は、保証契約の締結に際してのものと、その締結後に問題となる場合とがある。そして、③は、主に保証契約の締結後に問題となるものである。

ところで、2003 年 8 月 1 日の法律（デュトレイユ法）以前のフランスでは、保証の類型に応じて、自然人である保証人の保護を図るという手法が採られていた。すなわち、（i）消費者信用・不動産信用、（ii）賃貸借の保証、および、（iii）企業に対する財政支援のための保証の領域に限定して、その保護が図られていた。より具体的には、1989 年 12 月 31 日の法律（ネイエルツ法）により、（i）について、①手書きの記載が要求され、②主たる債務者の支払事故に関する債権者の情報提供義務が課され、かつ、③比例原則が導入された。そして、（ii）については、1994 年 7 月 21 日の法律が①手書きの記載を要件とした。また、1984 年 3 月 1 日の法律は、（iii）について、②債権者に被担保債務の増加に

関する情報提供義務を課している。

これに対して、2003 年のデュトレイユ法は、（i）ないし（iii）の領域を区別せず、「事業者である債権者」と「自然人である保証人」の間のすべての保証契約に対し、①ないし③の保証人を保護するための規定を適用した。このデュトレイユ法が、保証人の保護を厚く図っていることは確かである。しかし、フランスでは、それが過剰な保護法制であることが指摘されている。

（２）ドイツ

ドイツにおける保証人の保護も、一方では、保証契約の形式的要件として書面を要求するとともに、他方では、保証人による巨額の保証債務を公序良俗違反（BGB138 条）として無効とする判例法理が形成されている。このうち、書面の要件については前述したため、公序良俗違反について簡単に触れることとする。

この判例法理は、1994 年以降に形成されたものであり、次の場合に保証契約が公序良俗に反して無効であるとされる。すなわち、①主たる債務者と保証人の間に特に密接な人的関係があり、かつ、引き受けた義務によって保証人が経済的に極端に過剰な負担を負う場合には、保証人が主たる債務者との感情的な結びつきや取引無経験のみに基づいて行動し、債権者がこれを非難すべき仕方を利用したことが推定される。また、②経済的に極端に過剰な負担は、保証人が差押え可能な財産や収入を用いても、発生する利息すら支払えないことが明らかなほどに、保証人の義務の範囲と支払能力の不均衡が著しい場合に肯定される。結局、この判例法理が適用される基準としては、保証人の義務の範囲と支払能力の不均衡の程度が決定的であり、実質的には、フランスにおける比例原則と同様の機能を営むものである。

（３）イングランド

前述のように、消費者信用法では、保証契約を書面で締結することを要件とする。また、債権者の保証人に対する情報提供義務を課している。すなわち、消費者信用法の規制を受ける契約の債権者は、保証人からの書面による請求と 1 ポンドの手数料支払に応じて、情報を提供する義務を負う。その内容は、契約書の写し、および、その中で引用されている文書の写しであり、これに加えて、債務者または貸借人の履行状況に関する情報を提供する必要がある。また、債権者は、債務不履行等の通知の写しを保証人に与える義務

を負う(CCA 1974 s.111)。

ところで、フランスの比例原則やドイツの公序良俗違反による保証契約の無効に相当する制度は、イングランドでは存在しない。しかし、不当威圧の法理や不公正条項の規制によって、部分的にはあるが、保証人の保護が図られている。

(4) アメリカ

前述のように、アメリカにおいても、保証契約は、原則として書面によってしなければならない。また、債権者の保証人に対する情報提供義務も認められている。すなわち、保証法リステイトメントは、債権者が一定の情報を保証人に告げなかったことは、重要事項に関する不実告知に該当し、保証人は、保証契約を取り消すことができるとする。その要件は、次の3つである。①保証人が想定しているリスクを大幅に上回るリスクを発生させる事実を、保証人は知らず、債権者が知っていること、②債権者は、その事実を保証人が知らないということを知り、または知ることができたこと、および、③債権者が保証人に、その事実を知らせる合理的な機会があったことである。

なお、アメリカにおいても、フランスの比例原則やドイツの公序良俗違反による保証契約の無効に相当する制度は存在しない。この点では、不実告知による保証契約の取消しが、その役割を部分的に担っていると考えられる。

第2 総括

1. 保証の有用性

フランスの項で詳説するように、1970年代以降は、人的担保、とりわけ保証が、少なくとも物的担保と同程度にその重要性を認められている。その要因としては、さまざまなものが考えられるが、次の2つを指摘することができる。

第1に、伝統的な近親者や友人による無償契約としての保証に加えて、新たに多様な保証が発展してきたことが挙げられる。すなわち、銀行保証や互助保証(cautionnement mutuel)の展開であり、これらは債権者にほぼ確実に満足を与えるため、その重要性を否定することはできない。

第2に、物的担保が相対的に機能しなくなったことも、保証の発展の重要な要因として指摘することができる。すなわち、諸外国の倒産法制では、債務者が倒産した場合には、物的担保の設定を受けている債権者は、他の先取特権者や租税に対する最優先の先取特権によって、その優先弁済権を奪われることが多い。しかし、債権者の保証人に対する権利は、このような他の債権者の先取特権による制約を受けない。また、物的担保権の行使による強制執行、とりわけ不動産の強制執行は、債権者にとって時間と費用がかかりすぎるうえに、今日では、インフレーションの後退と不動産市況の冷え込みによって、債権の回収にとって不確実な手段となっている。

この2つの事情は、フランスのみならず、日本も含めた諸外国に共通するものであるといえよう。これらに加えて、保証制度の発展の背景には、以下のような保証の特質があることも忘れてはならない。すなわち、担保権設定の容易さと債権回収の確実性である。

まず、現代社会では、企業、商人および消費者に対する信用の供与が増加し、必然的に担保が要求されることになる。しかし、物的担保の設定には費用がかかるうえに、そもそも担保に供する財産を有していないと信用を受けることができない。これに対して、保証は、その設定に特に形式が要求されず、契約書を作成するだけでよい。ほとんど費用がかからず、容易である。それゆえ、保証は、信用を供与する金融機関にとっても重要で

あり、今日では、債務者に保証人を立てさせる債権者または保証人の多くが銀行であるとされている。もっとも、近親者や友人による伝統的な保証もなくなるわけではなく、これらも常に機能している。

また、物的担保は、上述のように、不動産の強制執行が十分に機能しないのみならず、債務者が倒産すると、他の先取特権者に優先されるおそれがある。これに対して、債権者の保証人に対する保証債務の履行請求は、他の債権者と競合することなく、先取特権に優先されることもない。

ところで、現代社会では、機関保証・法人保証が発達するとともに、自然人による保証（個人保証）も、なお重要な役割を担っている。しかし、担保権設定の容易さと債権回収の確実性という保証の特質は、個人保証の保証人には過酷な結果をもたらすおそれもあり、その保護をどのように図るか、という点が肝要である。

2. 保証人の保護のあり方

諸外国における保証人の保護法制としては、①保証契約の締結に際して、書面を要件とすること、②債権者に保証人に対する情報提供義務を課すこと、および、③保証人に過大な保証債務を負わせることを禁止すること、の3つが一般的である。ただし、①の書面の要件については、フランスは手書きの記載を要求する。その手法は、フランス法においては伝統的なものではあるが、むしろフランス法に特有のものであり、一般的ではない。そして、日本民法においても、保証契約の締結については、すでに書面が要求されている（446条2項）。しかし、ドイツにおけるように、保証契約書の記載事項を法定することは、検討に値しよう。

また、②債権者の情報提供義務も、諸外国に共通する制度である。この制度によって、債権者は、保証契約の締結前のみならず、その履行過程においても、被担保債務の増加や主たる債務者の支払事故に関する情報などを保証人に提供する義務を負うこととなる。

これに対して、③保証人に過大な保証債務を負わせることを禁止する手法は、フランスの比例原則やドイツの公序良俗違反に見られるものではあるが、必ずしも一般的ではない。その要因としては、公序良俗違反による保証契約の無効は、その要件が厳格にならざるをえず、容易に認められないことや、比例原則もその適用基準が必ずしも明確ではないことなどが挙げられよう。

ところで、フランスについて述べたように、保証法においては、信用供与の必要性和保証債務の厳しさに対する保証人の保護という 2 つの相反する要請がある。すなわち、保証人の運命の過酷さを和らげることは、信用の供与を妨げ、その結果、より厳格な人的担保の登場をもたらすこととなる。商取引における即時的担保（請求払無因保証＝*garanties à première demande*）の発展は、その典型例である。また、すべての保証人が同様に保護されるべきである、という要請もない。すなわち、保証契約においては、事業としての保証人（機関保証・法人保証など）と「素人の」保証人の区別が存在する。

したがって、保証法制においては、保証人を保護すべきであるとの要請は強い。しかし、諸外国の保証法制の検討からは、すべての保証人を一律に保護する必要はなく、また、保証人を過剰に保護することは、金融の道を閉ざすとともに、より厳格な人的担保を発展させることにもなる、ということを指摘することができる。

野 澤 正 充（のざわ・まさみち）

フランスの保証制度

第1 総説－保証制度の概要

1. 保証の意義

保証とは、主たる債務者が債務を履行しない場合に、保証人(caution)がその債務を債権者に対して履行する旨の片務契約(contrat unilatéral)である¹。民法典 2288 条は、これを次のように規定する。すなわち、「ある債務を保証する者は、その債務者自らが債権者に対して債務の満足を与えられない場合に、債権者に対して、その債務を満足させる義務を負う」。この保証の意義からは、①保証人のみが債務を負う片務契約であること、②保証人がこの契約によって、債権者に対して直接に義務を負うこと、および、③主たる債務者の債務を履行するために保証債務が存在することが導かれる。とりわけ、③からは、保証の付従性が基礎づけられる。そして、この保証の付従性によって、一方では、保証が、損害担保契約などの自主的担保(garantie autonome)や即時的担保(garantie à première demande)²と区別される。また他方では、保証の付従性が、保証債務を履行した保証人の主たる債務者に対する求償権を説明する³。

¹ L.Aynès et P.Crocq, Les sûretés, la publicité foncière, Defrénois, 5e éd., 2011, n° 101, p.19.

² 自主的担保(garantie autonome)は、付従性がなく、主たる債務とは別に担保義務者が債務を負担するものである。また、即時的担保(garantie à première demande)は、「請求払無因保証」とも訳されるが、担保義務者に抗弁がなく、債権者から請求されれば直ちに弁済しなければならない人的担保である。用語の訳については、山口俊夫『フランス法辞典』（東京大学出版会、2002 年）246 頁による。

³ Aynès et Crocq, op.cit., n° 101, pp.19-20.

さらに、保証人は、原則として補充的な債務を負うものであり、主たる債務者がその債務を履行しない場合にしか、保証債務を履行しない。しかし、この補充性は、保証の本質的な要素ではなく、今日のフランスでは、債権者が保証人に対し、保証契約の締結に際して、連帯保証または検索の抗弁の放棄を求めることが多い⁴、とされている。

2. 保証の沿革

(1) 保証の形成

フランス民法典の制定以降、長い間、保証は、農業社会における「穏やかな」(paisible)担保手段として、二次的な役割しか有していなかった。すなわち、保証は、友人や近親者の情義に基づく無償契約(民 1105 条)であり、経済社会とは無縁のものであると考えられていた。なぜなら、保証は、保証人個人の利益を全く追及しないからである。それゆえ、19 世紀の学者は、保証を、売買や賃貸借などの「大きな契約」類型に対する、「小さな契約」として位置づけてきた⁵。

なお、シムレー教授(Ph.Simler)によれば、そもそも人的担保は、原始的社会に特有の性質である、部族や家族という集団の構成員の責任にその淵源を有し、法的責任よりもむしろ、その集団の連帯や名誉に基礎づけられるものであったとされる⁶。また、フランスでは、日本におけるような身元保証制度は存在しない。その理由は、フランス人によれば、身元保証が、家族の連帯責任という、上記のような古い観念に基づくものであり、個人主義の発達したフランスでは受け容れられないことにある。

(2) 物的担保の優位－1970 年代以前

フランスでは、1970 年代までは、担保手段としては物的担保、とりわけ抵当権が支配的であり、保証は重要な役割を有していなかった。その理由としては、一方では、不動産などの重要な財産が、公示手段の発達を背景として、容易に担保として利用できる半面、個人主義と核家族化の進展により、保証人となる第三者を探すのが困難となったという事情が挙げられる。また、他方では、人的担保が債務者の数を増やすことによって、その支払

⁴ Aynès et Crocq, op.cit., n° 101, p.20.

⁵ Aynès et Crocq, op.cit., n° 105, p.22.

⁶ Ph.Simler et Ph. Delebecque, Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière, Dalloz, 3éd., 2000, n° 4, p.7. 平野裕之「外国の法人保証－フランス法における法人保証」椿寿夫・伊藤進編『法人保証の研究』(有斐閣、2005 年) 198 頁。

不能のリスクを軽減できるとしても、近親者を相互に義務づけるだけでは、支払不能のリスクを完全に払拭することができない。これに対して、物的担保は、その目的となる財産、ことに抵当権の目的となる不動産の価値が安定していたため、債権者に十分な満足を与えることができたことが挙げられる⁷。

（３）保証の復権－1970 年代以降

1970 年代以降は、人的担保、とりわけ保証が、少なくとも物的担保と同程度にその重要性を認められる。その要因としては、さまざまなものが考えられるが、さしあたり次の 2 つを指摘することができる⁸。

第 1 に、伝統的な近親者や友人による無償契約としての保証に加えて、新たに多様な保証が発展してきたことが挙げられる。すなわち、銀行保証や互助保証(cautionnement mutuel)の展開であり、これらは債権者にほぼ確実に満足を与えるため、その重要性を否定することはできない。例えば、非常に多くの小規模会社の経営者は、その営業資金の貸主（＝銀行）によって、ほぼ自動的に保証人となることを要求される。また、機関保証や国・公共団体による保証も飛躍的に増加している。

第 2 に、物的担保が相対的に機能しなくなったことも、保証の発展の重要な要因として指摘することができる。すなわち、1967 年 7 月 13 日の法律と 1985 年 1 月 25 日の法律による倒産法の改正により、債務者が倒産した場合には、物的担保の設定を受けている債権者は、他の先取特権者や租税に対する最優先の先取特権(super-privilégiés－40 条先取特権)によって、その優先弁済権を奪われることとなった。これに対して、債権者の保証人に対する権利は、このような他の債権者の先取特権による制約を受けることがない。また、物的担保権の行使による強制執行、とりわけ不動産の強制執行は、債権者にとって時間と費用がかかりすぎるうえに、今日では、インフレーションの後退と不動産市況の冷え込みによって、債権の回収にとって不確実な手段となっている。

⁷ Simler et Delebecque, op.cit., p.8. 平野・前掲注(6)198－199 頁。

⁸ Simler et Delebecque, op.cit., pp.8－9.

3. 現代社会における保証の特質

上記の点とも関連するが、今日における保証制度の発展の背景には、以下のような保証の特質がある⁹。

(1) 担保権設定の容易さ

現代社会では、企業、商人および消費者に対する信用の供与が増加し、必然的に担保が要求されることになる。しかし、物的担保の設定には費用がかかるうえに、そもそも担保に供する財産を有していないと信用を受けることができない。これに対して、保証は、その設定に特に形式が要求されず、私署証書を作成するだけでよいため、ほとんど費用がかからず、容易である。それゆえ、保証は、信用を供与する金融機関にとっても重要であり、今日では、債務者に保証人を立てさせる債権者または保証人の多くが銀行であるとされている。もともと、近親者や友人による伝統的な保証もなくなるわけではなく、これらも常に機能している¹⁰。

(2) 債権回収の確実性

物的担保は、すでに触れたように、不動産の強制執行が十分に機能しないのみならず、債務者が倒産すると、現行のフランス倒産法の下では、他の先取特権者に優先されるおそれがある。換言すれば、物的担保の優先弁済権は確保されない。これに対して、債権者の保証人に対する保証債務の履行請求は、他の債権者と競合することなく、先取特権に優先されることもない。ただし、後に触れるように、1994年6月10日の法律による倒産法の改正によって、債権者は、主たる債務者に裁判上の更生手続開始決定がなされた後は、自然人である保証人に対して、保証債務の履行を請求できないとされた（1985年法55条2項－現・商法典L.622－28条）。しかし、保証人が法人である場合には、同規定は適用されず、債権者はなお、保証債務の履行を請求することができる¹¹。

⁹ Aynès et Crocq, *op.cit.*, n° 106 et suiv., pp.22－23.

¹⁰ Simler et Ph. Delebecque, *op.cit.*, n° 4, p.8.

¹¹ 能登真規子「フランス倒産法における保証人の法的地位(2)」彦根論叢 352号 85頁（2005年）参照。

（３）心理的な強制力

保証は、保証人を主たる債務者とともに債務者とし、その責任財産のすべてを引当てとするものである。そこで、その副次的な効果として、債権者は、保証が主たる債務者に弁済を促す圧力となることを期待している。例えば、保証人が近親者である場合には、主たる債務者は、その保証人が弁済しなければならない状況となることを避けるために、弁済をしようとするであろう。この心理的な要因が、近親者や友人が保証人となるのではない企業間の関係においても、決定的なものとなりうることがある。すなわち、経営者による会社の債務の保証は、実質的には、その会社の健全な運営を担保とするものである。

（４）経営者保証・法人保証（機関保証）の発展

今日では、近親者や友人による情義的な保証とは異なる、企業による、または企業間における保証が飛躍的に発展している。この企業の保証にも、いくつかの類型がある。

（ア）経営者保証・親会社の保証

会社の経営者、大株主(*associé majoritaire*)、または親会社(*société mère*)が、会社または子会社が銀行から信用を受けるに際して担保を供する場合であり、その担保として保証が用いられる。フランスでは、小規模の会社または有限会社が多く、銀行がこれらの会社に信用を供与する場合には、常に経営者による保証を要求している。というのも、会社の経営者は、原則として会社の債務については個人的責任を負うことがない（有限責任）ため、銀行は、経営者を保証人とすることによって、この有限責任の利益を奪うのである。そして、銀行は、経営者による資産隠しに対処するため、経営者を保証人とするだけでなく、その家族も保証人としてとることがあるとされる¹²。また、会社について、次の銀行保証がなされる場合には、銀行の会社に対する求償権を確保するために、経営者が保証人となることもある（求償保証=*sous-cautionnement*）。このような経営者保証のほかに、親会社が子会社の債務を保証することも多い。これも経営者保証と同じく、「会社を独立させることにより財産が分離されることに対処するためである」¹³とされている。

¹² 平野・前掲注(6)205 頁。

¹³ 平野・前掲注(6)205 頁。

（イ）銀行保証

銀行が、その顧客に信用を受けさせるために、自らが保証人となる場合である（銀行保証）。この場合における銀行の利益は、主たる債務者によって支払われる保証料であり、その保証料には、通常は銀行のリスクも含まれている。

このような、銀行などによる機関保証は、銀行をはじめとする金融機関の重要な事業分野の 1 つであり、企業の多くもこの与信を利用している。例えば、やや古いデータではあるが、1962 年に 140 億フランしかなかった銀行による保証の総額が、1974 年には 1310 億フランとなり、1982 年には 8000 億フラン、さらに 1989 年 6 月末には約 1 兆フランになって、与信の 4 分の 1 から 5 分の 1 を占めたとされている¹⁴。

なお、1984 年 1 月 24 日の法律第 3 条によれば、金融機関による保証は、依頼者である主たる債務者との関係では有償であるものの、このような有償の保証をすることができるのは、同法の規定する金融機関に限られている。また、法律によって銀行保証を付することが義務づけられている場合がある。例えば、租税や関税の支払に猶予期間を付与してもらう場合には、銀行保証または物的担保の設定が要求される（租税法典 1692 条・関税法典 112 条・114 条）¹⁵。

（ウ）銀行以外の機関保証¹⁶

銀行以外の機関保証としては、互助保証と公的機関による保証がある。

互助保証(cautionnement mutuel)¹⁷は、19 世紀半ばから発達したものであり、当初は、同業者の団体がその構成員の債務を保証することによって、構成員が融資を受けられるように手助けすることを目的としていた。そして、1917 年 3 月 13 日の法律によって法制度として承認され、2 つの大戦を経て、1970 年代には、各業界における互助保証会社が飛躍的に増加したとされる。その機能は、各分野の事業者に対し、管理費を得ることと引き替えに、銀行からの借り入れを保証することによって、通常よりも安い利率で融資を受けることができるようにするとともに、場合によっては物的担保を提供することもある。その意味では、業界の互助的・共済的な機能を有するものであった。

しかし、1990 年代における中小企業の危機により、互助保証会社も危機に瀕し、多くの

¹⁴ 平野・前掲注(6)202 頁。

¹⁵ 平野・前掲注(6)201 頁。

¹⁶ 平野・前掲注(6)202－205 頁参照。

¹⁷ M.Cabrillac et Ch.Mouly, Droit des sûretés, Litec, 6e éd., 2002, n° 356, p.341 et suiv.

業界でその互助保証会社が失われるに至った。そして、今日では、国家の介入にもかかわらず、その活動は危機的状況にあり、ごく限られた分野（建築と美容業界）を除いては、ほとんど機能していないとされている¹⁸。

互助保証会社に代わって中小企業の信用を保証する役割は、今日では、公的機関が担っている。すなわち、1981年の社会党政権の誕生による政策転換により、中小企業の信用保証制度として公的支援がなされ、それが今日に至っているとされる。そして、そのような公的機関としては、以下のものが挙げられる。

①Le CEPME (Le crédit d'équipement des petits et moyennes entreprises＝中小企業投資与信) 国が51%、民間銀行が36%を出資して設立された機関であり、かつては、中小企業に対する融資において重要な役割を営んでいた。すなわち、中期の事業融資を行う銀行に手形保証をするものである。しかし、後述④のSOFARISによる信用保証事業の展開により、現在は、中小企業への信用保証業務は停止しているとされる。

②SDR (Les sociétés de développement régional＝地方開発公社) 特定の地域の企業に独自の基金を供給するために設立されたものであり、①の CEPME が中小企業の融資を保証した場合に、その求償権を担保（保証）する。

③BFCE (la Banque française pour le commerce extérieur＝フランス輸出取引銀行) 輸出業者の債権を流動化し、または外国の買主のために融資をする銀行に対して保証をする機関である。

④SOFARIS (Société française d'assurance du capital risque des PME＝フランス中小企業リスク投資保険会社) 1982年に設立された機関であり、中小企業の間接的支援策としての信用保証を重点政策とする。現在では、このSOFARISが中小企業のための信用保証事業の核心であり、その展開が、互助保証会社の重要性の低下の一因となったことは否定できない。

（５）保証の多様性

現代社会では、さまざまな類型の保証が混在している。すなわち、一方では、上記（４）のような、銀行・金融機関・相互会社および公的機関による機関保証・法人保証が存在する。また他方では、近親者や友人による保証も存在する。さらに、グループ企業内における保証や不動産開発プロジェクトのための保証のような、大規模な取引のための保証が存在する半面、消費者信用や賃借人の保証など、日常的な保証も存在する。そして、これら

¹⁸ Cabrillac et Mouly, op.cit., p.344.

の保証には、原則として同じ保証の規定が適用されてきた。しかし、実質的には、これらは同じではなく、近親者や友人による保証は、金融機関による保証やグループ企業内における親会社の保証に比較すると、保証人がより危険にさらされているといえよう。

4. 保証の規定

(1) 保証の類型化

上記のように、保証には多様な類型があり、その内容も実質的に異なるため、これを類型化し、その適用すべき法律を区別することが考えられる。しかし、保証の類型化は困難であり、さまざまな提案が示されている¹⁹ものの、共通の理解は得られていない。もっとも、判例は、保証を次の3つに類型化していることがうかがわれる²⁰。

①事業者による保証、すなわち、信用保証機関による機関保証は、保証人に対して報酬が支払われるものであり、特に問題は生じない。

②一般の民事保証は、①とは異なり、親族関係、友情または愛情によって保証人を主たる債務者に結びつけるものであり、保証人には報酬が支払われず、主たる債務者の取引とも無関係である。

③上記の2つの中間に位置するのが、主たる債務者と利害関係を有する者による保証である。例えば、経営者保証であり、経営者は、その経営する会社が融資を受けるために保証人となる。この類型の保証人に関する判例は多い。

(2) 民法典・特別法の規定

立法者は、判例による上記の保証人の3類型を区別しない。ただし、大きな区別としては、保証人が自然人である場合と法人である場合とを区別する。例えば、2005年7月26日の法律（事業救済に関する法律第845号）と2008年のオルドナンスでは、法人よりも、保証人である自然人をより保護している。もっとも、これは、次のような政策的理由による。すなわち、保証人である自然人の多くは、会社更生法の適用を受ける当該会社の経営者であり、その者に損害を与えないことによって、できる限り早い時期に更生手続を開始させ、それに協力させることを目的とするものである。

¹⁹ 学説による保証の類型化の提案については、平野・前掲注(6)205－208頁参照。

²⁰ Aynès et Crocq, op.cit., n° 111, p.24.

このような、保証人が自然人と法人のいずれであるか、という区別に加えて、2003 年 8 月 1 日の法律第 721 号（Loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique＝経営主導のための法律。その推進者の名をとってデュトレイユ法（loi Dutreil）と呼ばれる）は、すべての「事業者である債権者」（créancier professionnel）に対して、自然人である保証人を保護した（消費 L.341-2 条～L.341-6 条）。それゆえ、現在では、保証人が法人であるか否かであるのみならず、自然人である保証人と「事業者である債権者」という類型が存在する。

ところで、フランスでは、2006 年 3 月 23 日のオルドナンスにより、民法典における担保法の改正が行われた。すなわち、この改正によって、それ以前は、民法典の異なる箇所に規定されていた保証と物的担保に関するすべての規定が、新しい第 4 編に集められた。しかし、保証に関しては、その改正を国会が政府に授権しなかったため、実質的な改正は行われていない。それゆえ、民法典における保証の規定とは別に、保証人の保護に関する規定の多くは、消費法典に置かれたままである²¹。

そこで以下では、フランスにおける保証法制を、民法典の規定（第 2）と消費法典その他の特別法による規定（第 3）とに分けて検討する予定である。

²¹ ピエール・クロック（野澤正充訳）「フランスにおける担保法改正の評価－成功か失敗か？」ジュリスト 1365 号 95 頁（2008 年）。

第2 民法典における保証

1. はじめに

民法典は、保証に関して 32 条の規定を置いている（2288 条～2320 条）。この規定は、基本的には、1804 年の民法典の編纂以降、改正されていない。しかし、多くの判例法によって、今日では、その内容が大きく修正されている。そして、判例による修正は、特別法によって立法化され、その多くは消費法典や商法典などに編入されている。それゆえ、フランスにおける保証法制の全体像を知るうえでは、民法典を検討するだけでは十分ではなく、消費法典や商法典に散見される規定も含めて検討する必要がある。また、これらの法典に編入されていない特別法の規定も検討しなければならない。

ところで、2006 年 3 月 23 日のオルドナンスによる担保法の改正に際して、同担保法改正委員会（groupe de travail）は、規定を簡素化するために、上記の規定の重要な部分を民法典に編入することを提案した。しかし、先にも触れたように、政府が政令（オルドナンス）によって民法典の保証の規定を改正することは認められず、国会の権限に委ねられた²²。ただし、現在のところ、国会が保証の規定を改正する動きは見られない。

本項では、民法典における保証の規定を概観する²³。その内容は、日本民法の規定とほぼ同じであり、現行の日本民法における保証の規定は、フランス民法典を継受したものであると解される。

2. 保証の意義・性質

（1）付従性

（ア）民法典の規定

保証の意義は、本項の冒頭で述べたように、民法典 2288 条に規定されている。それに続

²² Aynès et Crocq, op.cit., n° 102, p.21.

²³ フランス民法典における保証制度を概観するものとして、上井長久「フランス法における保証制度の概略」手形研究 334 号 25 頁以下（1982 年）がある。

く規定は、保証債務の付従性に関するものである。すなわち、民法典は、保証債務の付従性に関して、以下の3つの規定を設けている²⁴。

2289 条 保証は、有効な債務についてでなければ、成立することができない。

② ただし、債務が債務者にとって純粋に人的な抗弁によって無効とされることがある場合であっても、債務を有効に保証することができる。たとえば、未成年の場合である。

2290 条 保証は、債務者が支払うべきものを超えることも、より重い条件のもとで締結することもできない。

② 保証は、負債の一部についてのみ、及びより重くない条件のもとで締結することができる。

③ 負債を超え、又はより重い条件のもとで締結される保証は、なんら無効ではない。この保証は、主たる債務の範囲に減縮されるのみである。

2313 条 保証人は、主たる債務者に属し、かつ、負債に固有のすべての抗弁を債権者に申し立てることができる。

② ただし、保証人は、債務者にとって純粋に個人的な抗弁を申し立てることができない。

この保証債務の付従性は、保証の本質的な要素であり、「代金額の定めのない売買が売買ではないように、付従性のない保証は保証ではない」とされる²⁵。

（イ）成立における付従性

上記の3つの条文のうち、2289 条は、成立における付従性である。そして、主たる債務が不存在または絶対無効である場合には、保証債務も成立しない。問題となるのは、主たる債務に相対無効（日本民法の取消しに相当する）原因や解除原因がある場合である²⁶。

まず、相対無効原因は、詐欺・錯誤・強迫・レジオン（給付の不均衡）であり、主たる債務者が相対無効であることを主張した場合（＝取消権の行使）には、保証人が相対無効を債権者に対して主張しうることは問題がない。なぜなら、相対無効は、2289 条 2 項・2313

²⁴ 規定の訳は、法務大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典－物権・債権関係（法務資料 441 号）』による。

²⁵ Aynès et Crocq, op.cit., n° 122, p.28.

²⁶ フランス法における絶対無効と相対無効の区別については、野澤正充『民法学と消費者法学の軌跡』

条3項にいう「債務者にとって純粋に人的な抗弁」ではないからである。そして、この「純粋に人的抗弁」は、2289条2項に例示される「未成年である場合」に限定される（判例・通説）²⁷。

これに対して、保証人が主たる債務の相対無効原因を知った場合において、主たる債務者が相対無効を主張しないときも、保証人がその相対無効原因を援用できるか否かが問題となる。判例は、例えば詐欺を原因とする相対無効は詐欺を受けた主たる債務者を保護する制度であるから、主たる債務者の人的な抗弁であり、保証人がこれを援用することはできないとする²⁸。しかし、学説は、保証人が、2289条2項の未成年の抗弁を除いて、主たる債務者に生じたすべて相対無効原因を援用することができるとする。ただし、保証人は、主たる債務者の締結した契約に介入することはできず、また、その者の相対無効を援用しない権利を奪うことはできない。それゆえ、保証人は、相対無効原因を援用することによって自らの保証債務の履行を拒絶することができるにすぎない。そのように解さないと、保証人は、債権者に保証債務を履行した後に主たる債務者に求償権を行使すると、主たる債務者の相対無効の抗弁によってその求償を拒絶される危険があるからである²⁹。このことは、解除原因についても同様である。すなわち、主たる債務者が解除権を行使した場合にはもちろん、それを行使していない場合においても、保証人は、債権者によるその債務の不履行があるときは、債権者に対して解除の抗弁を主張することができるという解されている³⁰。

（ウ）消滅における付従性

主たる債務が弁済、更改、相殺、混同その他の事由によって消滅した場合には、保証債務も当然に消滅する。この消滅における付従性は、明文の規定はないが、保証の付従性の1つとして認められる³¹。

（エ）内容における付従性

上記の2290条は、保証債務の内容における付従性を規定する。すなわち、同条によれば、

（信山社、2009年）8頁参照。

²⁷ Aynès et Crocq, op.cit., n° 129, p.32.

²⁸ 破毀院混合部 2007年6月8日判決（D.2007, 2201, note. D.Houtcieff）。

²⁹ Aynès et Crocq, op.cit., n° 129, p.33.

³⁰ Aynès et Crocq, op.cit., n° 129, p.33.

³¹ Aynès et Crocq, op.cit., n° 131, p.34.

主たる債務が上限であり、保証人は主たる債務者よりも重い義務を負うことはない。

この内容における付従性に関して問題となるのは、主たる債務者に倒産手続が開始され、債権者による利息の支払または履行の請求が停止された後にも、債権者は、保証人に対して、利息の支払または保証債務の履行を請求することができるか否かである。

（a）利息の支払

主たる債務者に会社更生手続が開始された場合には、その主たる債務者の債務については、「法定利息ならびに約定利息、およびすべての遅延利息」の発生が停止する（1985年1月25日の倒産法55条1項、旧商L.621-48条1項前段）。そこで、保証人が、この主たる債務者についての利息の停止を援用しうるかが問題となった。

この問題について、破毀院商事部1990年11月13日判決（Bull.civ.IV, n° 277）は、多くの学説の反対にもかかわらず³²、保証の付従性を根拠に、保証人が利息の停止を援用することができるとした。そして、1994年6月10日の法律（企業の窮境の予防と処理に関する法律）は、この破毀院判決を無視して、「保証人及び共同債務者は、本項前段の規定を主張することはできない」（旧商L.621-48条1項後段）と規定し、保証人は利息の停止を援用することはできないとした。

ところで、フランスにおける倒産法は、2005年7月26日の法律（前掲）によって抜本的に改正され、従来の倒産処理手続である裁判上の更生手続（redressement judiciaire）および裁判上の清算手続（liquidation judiciaire）に加えて、事業救済（sauvegarde）制度が設けられた。その趣旨は、次の点にある。すなわち、フランス法の伝統的な倒産手続開始原因は「債務者の支払停止」であり、再建型の手続である会社更生手続にもこの開始原因が適用されてきた。しかし、「債務者の支払停止」では、再建のための更生手続の開始原因としては遅すぎたため、「事業救済手続というもっぱら再建を目指す倒産処理手続を新設し、ここで初めて支払停止（という倒産処理手続開始原因となる事実）を生じる『おそれ』がある場合にも、倒産処理手続を開始することができる」³³としたのである。そして、この2005年法は、事業救済手続をできる限り早期に開始させるために、保証人が自然人である場合と法人である場合とを区別して、自然人である保証人が主たる債務についての利息の停止を援用することができるとした。すなわち、2005年改正後の商法典L.622-28条1項後段は、「自然人である保証人、共同債務者、又は独立担保（garantie autonome）を供した者は、本項

³² Aynès et Crocq, op.cit., n° 133, p.37.

³³ 小梁吉章『フランス倒産法』（信山社、2005年）7-9頁。

前段の規定を主張することができる」とし、法人である保証人のみを排除した。その趣旨は、自然人である保証人等は、先にも触れたように、更生手続の対象となる会社の経営者であることが多く、その者に事業救済手続を開始することによる利益（＝利息の停止）を与えることによって、できる限り早くに事業救済手続を開始させることにある。それゆえ、事業救済手続の開始が遅れ、当該会社が支払停止となり、更生手続が開始された場合には、もはや保証人は上記の利益を失うことになる³⁴。すなわち、商法典の更生手続を定める第3編の L.631-14 条は、その第2項において、「自然人である共同債務者、又は保証ないし独立担保を供した者は、L.622-28 条第1項に定められた規定を主張することができない」とした。

（b）保証債務の履行の請求

1807 年の商法典破産編は、債権者が保証人からの支払額を控除した金額をもって債権者団に加わり、代位弁済した保証人もその限度で債権者団に加わる旨を規定していた（538 条）³⁵。すなわち、債権者は、裁判上の更生手続が開始された（主たる）債務者に対しては、その権利を行使することが停止される（商 L.622-21 条、旧商 L.621-40）ものの、保証人に対する権利の行使は妨げられなかった。このことは、「単純保証であろうと連帯保証であろうと」³⁶同様であり、保証が本来、主たる債務者がその債務を支払うことができなくなった場合における債権保全手段である³⁷ことからすれば、当然のことであると解されてきた。

しかし、1994 年 6 月 10 日の法律により、1985 年の倒産法 55 条（旧商 L.621-48 条）が改正され、会社更生手続の開始決定の後には、債権者は、主たる債務者のみならず、自然人である保証人に対しても、その権利行使をすることができなくなった。すなわち、旧商法典 L.621-48 条 2 項は、「裁判上の更生手続の開始により、更生計画を確定する判決又は清算を宣告する判決までは、自然人である保証人に対するすべての権利が停止される」とした。同規定は、2005 年の改正によっても維持されている。すなわち、事業救済手続の開始決定により、債権者は、自然人の保証人に対する権利の行使を停止され（商 L.622-28 条 2 項前段）、また、裁判所は、自然人である保証人に対しては、2 年を限度としてその支払の猶予期限を付すことができる（同 2 項後段）。そして、この保証人の利益は、利息

³⁴ Aynès et Crocq, op.cit., n° 133, p.37.

³⁵ 小梁・前掲注(33)73 頁。

³⁶ 能登・前掲注(11)84 頁。

³⁷ 小梁・前掲注(33)74 頁。

の停止と異なり、裁判上の更生手続が開始されても奪われることはない（商 L.631-14 条 2 項は、L.622-28 条第 2 項を除外している）。この改正の趣旨も、上述のように、自然人である保証人の多くが会社の経営者であり、この者に利益を与えることによって、できる限り早くに、事業救済手続ないし裁判上の更生手続を開始させようとするにある³⁸。

したがって、現行のフランス倒産法においては、主たる債務者に倒産手続が開始された後には、債権者は、自然人である保証人（法人を除く）に対して、保証債務の履行を請求することはできない。

（２）補充性－単純保証(cautionnement simple)と連帯保証(cautionnement solidaire)

（ア）２つの保証の区別

フランスにおいても、単純保証のほかに連帯保証があり、「今日では、ほとんどの保証が連帯保証である」³⁹とされている。両者の区別は、付従性の有無ではなく、債権者による保証人に対する権利行使の方法の相違である。すなわち、保証人は、主たる債務者「自らが債権者に対して債務の満足を与えられない場合に、債権者に対して、その債務を満足させる義務を負う」者（民 2288 条）であるため、債権者は、まず主たる債務者にその債務の履行を請求した後でなければ、保証債務の履行を求めることができない（単純保証）。しかし、一定の要件があれば、債権者は、直ちに保証人に対してその債務の履行を求めることができる（連帯保証）。この相違が、単純保証と連帯保証の区別である。そして、民法上は、単純保証が原則であり（民 2298 条以下）、連帯保証が例外であるが、上記のように、実際には、連帯保証が多い。なぜなら、単純保証は、検索の利益(bénéfice de discussion)と分別の利益(bénéfice de division)が認められる点において、債権者に不利だからである⁴⁰。

以下では、まず、単純保証における 2 つの利益を検討し、次いで、連帯保証を検討する。

（イ）単純保証

（a）検索の利益(bénéfice de discussion)

検索の利益は、保証債務の付従性ではなく、その二次的な性質（補充性）から認められる。民法典は、検索の利益を以下のように規定する。

³⁸ 能登・前掲注(11)85 頁、小梁・前掲注(33)74 頁。

³⁹ Aynès et Crocq, op.cit., p.48.

⁴⁰ Aynès et Crocq, op.cit., p.46.

2298 条 保証人は、債務者の支払がない場合にのみ債権者に対して支払う義務を負う。その場合には、債務者は、その財産をあらかじめ検索されなければならない。ただし、保証人が検索の利益を放棄し、又は保証人が債務者と連帯して義務を負う場合には、この限りでない。この場合には、その約束の効果は、連帯債務について定めた原則によって規律される。

2299 条 債権者は、保証人になされた最初の履行の請求に対して保証人が検索を要求した場合にしか、主たる債務者を検索する義務を負わない。

2300 条 検索を要求する保証人は、主たる債務者の財産を債権者に表示し、かつ、検索を行うために十分な金銭を前払いしなければならない。

② 保証人は、支払がなされるべき地の国王裁判所（控訴院）の管轄区域外に所在する主たる債務者の財産も、係争中の財産も、債務について抵当権を設定された財産であつてもはや債務者の占有にないものも、表示してはならない。

2301 条 保証人が前条によって許される財産の表示を行い、かつ、検索のために十分な金銭を供与した場合にはすべて、債権者は、保証人に対して、表示された財産の限度で、追及の欠如 (*défaut de poursuite*) によって生じた主たる債務者の支払不能について責任を負う。（省略）

この検索の利益は、債権者による第 1 回目の保証債務の履行請求に対する抗弁(*exception*)として、保証人によって主張されるものであり（2299 条）、債権者にとっては危険である。というのも、検索の利益は、保証債務の履行を遅らせ、それを面倒にするものだからである⁴¹。それゆえ、検索の利益を排除することが認められ、その多くは、次のように民法典に規定されている。

第 1 に、検索の利益は、これを放棄した保証人および連帯保証人には認められない（2298 条）。検索の利益の放棄は、保証契約の締結に際して行われることが多い。ただし、個人事業主の職業上の契約から生じた債務を担保するために、自然人によって保証がなされた場合には、連帯の約定および検索の利益の放棄の約定は、保証の総額が制限されている場合にしか有効ではないとされている（1994 年 2 月 11 日のマデラン〔*Madelin*〕法 47 条 2 項）⁴²。

⁴¹ Aynès et Crocq, *op.cit.*, n° 143, p.46.

⁴² Aynès et Crocq, *op.cit.*, n° 143, p.47. マデラン法 47 条については、大沢慎太郎「フランスにおける保証人の保護に関する法律の生成と展開（2・完）」比較法学 42 巻 3 号 28 頁（2009 年）参照。

第 2 に、判決によって保証人を立てることが強制される場合（裁判上の保証人＝*caution judiciaire*）には、その保証人は、検索の利益を主張することができない（民 2319 条、2320 条）。

2319 条 裁判上の保証人は、主たる債務者の検索をなんら請求することができない。

2320 条 裁判上の保証人を単に保証した者は、主たる債務者及び保証人の検索を請求することができない。

この例外は、判決の実効性によって説明される。すなわち、この場合における保証人に検索の利益を認めると、その抗弁が判決の効力の延期(*dilatoire*)のために悪用されるおそれがあるからである⁴³。

第 3 に、物上保証人(*caution réel*)にも検索の利益が認められない。物上保証人は、保証人と異なり、その責任財産のすべてを担保の目的とする者ではなく、特定の財産について担保を設定する者である。その利益状況は、抵当不動産の第三取得者に近く、民法典は、第三取得者には検索の利益を認めている（2465 条）。しかし、物上保証人は、たとえ抵当権の設定者であっても、反対の特約がない限り、検索の利益を主張することはできない。すなわち、民法典 2466 条は、「検索の抗弁は、不動産上に先取特権又は特別の抵当権を有する債権者に対しては、申し立てることができない」として、物上保証人の検索の利益を明確に否定している。その理由は、①合意による抵当権は、常に「特別の」抵当権であるとともに、②抵当不動産の第三取得者と異なり、物上保証人は、任意の意思に基づいて、債権者との合意によって抵当権を設定するのであり⁴⁴、検索の利益を認める必要がないからである。

（b）分別の利益(*bénéfice de division*)

分別の利益は、同一の債務者の同一の債務に対して複数の保証人が存在する場合（共同保証）にしか認められない。もっとも、民法典は、この場合には原則として、各保証人がそれぞれ債務のすべてについて義務を負うとする（2302 条）。すなわち、「数人の者が同一の債務について同一の債務者の保証人となったときは、それらの者はそれぞれ、債務のすべてについて義務を負う」と規定する。この状況は、連帯債務(*solidarité*)に近似する。し

⁴³ Aynès et Crocq, *op.cit.*, n° 143, p.47.

⁴⁴ Aynès et Crocq, *op.cit.*, n° 143, p.47.

かし、共同保証と連帯債務は、次の2つの点において異なる⁴⁵。

第1に、連帯債務は、債務者間の相互代理の観念に基づく二次的効果(*effets secondaires*)が認められる。例えば、連帯債務者の1人に対する履行の請求は、すべての債務者に対して時効を中断する(民1206条)⁴⁶。これに対して、共同保証においては、このような二次的効果は認められない。

第2に、共同保証では、上記の原則の例外として、民法典2303条の分別の利益が認められる。

2303条 ただし、共同保証人のそれぞれは、分別の利益を放棄していない場合に限り、債権者があらかじめその訴権(請求権)を分別し、それぞれの保証人の負担部分に縮減することを要求することができる。

② 保証人の一人が分別を言い渡された時に保証人のうちに支払不能の者があった場合には、その保証人は、その支払不能について按分して義務を負う。保証人に対してはもはや、分別以降に生じる支払不能を理由として追及することができない。

2304条 債権者は、みずから任意にその訴権を分別した場合には、分別に同意した時以前に支払不能の保証人があるときであっても、その分別を争うことができない。

分別の利益は、保証人に対して、その負担部分についてしか、債権者から追及されないことを認めるものである。もっとも、分別は、債権者から履行を請求された時に支払能力のある共同保証人間にしか認められない(2303条2項前段)。換言すれば、その時までの支払不能のリスクは、他の保証人が負うこととなる。なぜなら、保証は、債権者の債権を担保するものだからである⁴⁷。これに対して、当然のことではあるが、分別以降に生じた支払不能については、他の共同保証人がそのリスクを負うことはない(同後段)。その結果、分別の利益は、債権者にとっては不利益となる。それゆえ、フランスにおいても、実務では、分別の利益が認められることは稀であり、債権者は、通常は、連帯保証を要求するから、少なくとも、保証人による分別の利益の放棄を要求する⁴⁸。

なお、破毀院第1民事部1979年3月6日判決(JCP G, 79. II, 19140, concl. Gulphe)は、物

⁴⁵ Aynès et Crocq, *op.cit.*, p.47.

⁴⁶ 山口俊夫『フランス債権法』(東京大学出版会、1986年)253頁。連帯債務の二次的効果とは、日本民法にいう連帯債務の絶対的効力に相当しよう。

⁴⁷ Aynès et Crocq, *op.cit.*, n° 144, p.47.

上保証人には、反対の特約がない限り、検索の利益も分別の利益も認められないとする。また、共同保証人のうちの1人が分別の利益を援用しないで債務の全部を弁済した場合には、その保証人は、他の保証人に対して、それぞれの負担部分について求償権を有する(2310条1項)。この求償権は、債務の支払後にしか認められず、事前求償は認められない。ただし、共同保証人に対する求償権は、主たる債務者に対する事前求償が認められる場合(2309条1号～5号)のいずれかに該当するときでないと、発生しない(2310条2項)。

(ウ) 連帯保証

繰り返しになるが、今日のフランスでは、ほとんどの保証が連帯保証である。というのも、債権者は、連帯保証によって保証のメリットと連帯のメリットの両者を手に入れることができるからである。

(a) 連帯保証の3つの類型

連帯保証には、次の3つの類型がある。

①保証連帯 共同保証人間における連帯の合意である保証連帯は、実務ではほとんどない。その目的は、分別の利益を排除するだけであり、検索の利益は認められる。

②連帯保証 最も多いのは、保証に連帯を加える連帯保証の合意である。

③主たる債務者と保証人との連帯保証であるが、保証人間には連帯のない保証 この類型の合意は、共同保証人の各自が主たる債務者との間で、それぞれ連帯の合意をする場合に認められる。この場合には、主たる債務者と各保証人との間には連帯関係があるため、各保証人には検索の利益が認められない。しかし、支払能力のある保証人間では、分別の利益が認められる(破毀院第1民事部1984年6月27日判決〔Bull.civ., I, n° 213〕)。

(b) 連帯保証の成立

民法典1202条1項は、「連帯関係はなんら推定されない。連帯関係は、明示的に約定しなければならない」と規定する。この「明示的」であるためには、厳格な形式は必要ないが、意思の積極的な表明がなければならず、あいまいなものであってはならない⁴⁹(49)。もともと、1202条1項は、民事保証に関する規定であって、判例は、商事保証(例えば、手形保証)については、連帯を原則としている。しかし、実務では、商事保証であっても、連帯には明示の合意が必要であるとしている⁵⁰。

⁴⁸ Aynès et Crocq, op.cit., n° 145, p.48.

⁴⁹ Aynès et Crocq, op.cit., n° 147, p.50.

⁵⁰ Aynès et Crocq, op.cit., n° 147, p.50. なお、保証は、主たる債務が商事上のものでも、また、当事者

（c）連帯保証の効果

②の連帯保証が最も多い。この連帯保証により、債権者は、その主要な効果と二次的な効果を受けることができる。

まず、連帯保証の主要な効果は、債権者が連帯保証人に対して債務の全額の請求をすることができ、検索の利益も分別の利益も対抗されないことである。これに対して、保証人は、債権者に対して、主たる債務者の有するすべての抗弁（純粹に人的な抗弁は除く）を対抗することができる。

また、連帯保証の二次的な効果（絶対的効力）は、連帯債務者間における相互代理の考えに基づく。そして、この効果は、債権者の追及（履行の請求）を容易にする。すなわち、保証人または主たる債務者に対する履行の請求は、両者に対して効力を生じ、一方に対する時効の中断も他方に対して時効中断の効力を生じる。また、一方に対する判決の効力も他方に及ぶ。とりわけ、連帯保証人と債権者との間の判決の効力が、主たる債務者にも及ぶこととなる（この点において、単純保証と異なる）⁵¹。

3. 保証の成立

（1）保証の合意

すべての契約におけると同じく、保証契約も、契約の一般的な有効要件を備えていなければならない。すなわち、民法典 1108 条に規定する、①保証人の同意(*consentement*)、②契約を締結する能力(*capacité*)、③債務の内容を形成する確定した目的(*objet*)、および、④債務における適法な原因(*cause*)である。以下では、①の保証の合意に焦点を当てる。

民法典における保証は諾成契約であり、民法上は、保証契約の成立にはいかなる形式も必要とされない⁵²。すなわち、保証人は、主たる債務者に代わって弁済する義務を負う旨の意思を何らかの方法で表示すればよく、これに対して、債権者がその申込みを承諾すれば、たとえ黙示であっても、保証契約は成立する⁵³。

しかし、売買や賃貸借などの、経済生活および日常生活に必要不可欠な契約とは異なり、

が商人であっても、民事の性質を有する（民事保証）。しかし、保証が、保証人に利潤をもたらす商取引に属する場合や銀行保証、または、為替手形を手形保証の形式で供与するなど、その性質上商行為(*acte de commerce*)を構成するときは、商事性を有する（商事保証）とされる（上井・前掲注(23)26 頁参照）。性質上の商行為については、フランス商法典 L.110-1 条参照。

⁵¹ Aynès et Crocq, *op.cit.*, n° 148, p.51.

⁵² 上井・前掲注(23)25 頁。

保証は、当然のもの(naturel)ではない。すなわち、保証は、債権者の利益と主たる債務者の利益のためになされるものであり、保証人にとっては、何ら利益となるものではない。のみならず、保証人が保証契約に合意すれば、その運命は、主たる債務者の運命と結合されるため、非常に重大な結果が生じうる。そこで、民法典 2292 条は、「保証はなんら推定されない。保証は、明示的でなければならず、それが締結された限度を超えて拡大することはない」と規定する。この規定は、保証人の合意が明確であることと、保証契約の解釈と適用が厳格になされなければならないことを要求する⁵⁴。

ところで、保証は片務契約であり、公正証書(公署証書)ではなく、私署証書(acte sous seing privé)によってなされることが多い。そして、民法典 1326 条は、私署証書による片務契約について、その内容を手書きすることを要求している。すなわち、「一方の当事者のみが他方に対して一定額の金銭を支払い、又は代替物(bien fongible)を引き渡すことを義務づけられる法律行為は、この義務を引き受ける者の署名並びにその者みずからの(par lui-même)手書き(écrite)による全文字及び数字で書いた金額又は数量の記載を含む証書において認定されなければならない。差異がある場合には、その私署証書は、全文字で手書きされた金額について効力を生じる」とする。

この規定は、1980 年 7 月 12 日の法律第 525 号によって民法典に挿入されたものである。その趣旨は、保証人の保護が署名を要求するだけでは充分でなく、保証人自らがその義務と金額とを文字と数字によって手書きすることにより、注意を喚起し、かつ、決意を固めさせることにある⁵⁵。

しかし、民法典 1326 条の手書きによる記載の要件は、保証の形式的要件(règle de forme)ではなく、証明準則(règle de preuve)にすぎない。すなわち、形式的要件であるとすれば、その形式を欠く場合には契約が無効となるが、証明準則は、契約上の債務の存否ないし範囲に関する紛争の解決に資するものであって、契約の効力とは関係ない。それゆえ、「手書きの記載が遵守されなかったとしても、保証契約は無効となることは」なかった⁵⁶。もっとも、1980 年代に破毀院第 1 民事部は、保証人を保護するために、同条が単なる証明準則ではなく、手書きの記載を欠いたり、その記載が誤っていた場合には、保証契約が無効であると判示していた(1987 年 6 月 30 日判決[Bull.civ. I ,n° 210] , 1988 年 5 月 31 日判

⁵³ Aynès et Crocq, op.cit., n° 202, p.68.

⁵⁴ Aynès et Crocq, op.cit., n° 202, p.68.

⁵⁵ Aynès et Crocq, op.cit., n° 207, p.71.

⁵⁶ ピエール・クロック(平野裕之訳)「フランス法における保証人に対する情報提供—近時の状況及

決〔Bull.civ. I ,n° 163〕）。これに対して、破毀院商事部は、民法典 1326 条が証明準則にすぎないとし、議論の的となった。そして、最終的には、同条が「保証人を保護する目的を有する証明準則」であり、それを欠く場合にも保証が無効となることはないとされた（破毀院第 1 民事部 1992 年 10 月 20 日判決〔Bull.civ. I ,n° 259〕、同 2000 年 2 月 29 日判決〔Bull.civ. I ,n° 68〕）。

ところで、後述のように、特別法により、限られた領域（①消費者信用・不動産信用〔住宅ローン〕の保証と、②居住用賃貸借の保証）ではあるが、手書きの記載が保証の形式的要件とされ、それを欠く場合には、保証契約が無効とされていた。しかし、2003 年 8 月 1 日のデュトレイユ法は、より一般的に、事業者である債権者に対して義務づけられる、自然人である保証人を保護するための、重大な形式的要件を規定するに至った。その結果、保証人の保護に関する「シーソーゲームは続いている」⁵⁷。

（２）保証契約の有効性

事業者でない保証人が、保証契約の締結の後に、その合意の瑕疵を主張することがある。具体的には、錯誤(erreur)と詐欺(dol)であり、強迫(violence)が援用されることはほとんどない。

（ア）錯誤

錯誤は、合意の目的物の本質(substance)、すなわち、本質的な品質に関するものでなければ、無効原因とはならない（民 1110 条）。

1110 条 錯誤は、合意の目的物の本質そのものにかかわるときでなければ、その無効の事由ではない。

② 錯誤は、契約を締結しようとする相手方のみにかかわるときは、なんら無効原因でない。ただし、その者についての考慮が合意の主たる原因である場合には、その限りでない。

保証において錯誤が争われるのは、主たる債務者の支払能力についての錯誤である。

び将来の改革の展望」慶應法学 2 号 203 頁（2005 年）。

⁵⁷ Aynès et Crocq, op.cit., n° 207, p.71.

まず、主たる債務者の将来における資力が増加すると考えて保証人となったが、そうならず保証債務の履行を請求された場合には、保証人は、錯誤無効を主張することはできない。なぜなら、保証契約は、主たる債務者の支払不能に備えて締結されるものであり、その支払能力は、本質的な錯誤とはならないからである（破毀院第1民事部1990年11月13日判決〔Bull.civ., I, n° 242〕）。

より問題となるのは、保証人が保証契約の締結時において、主たる債務者の支払能力に関する判断を誤った場合である。現在の判例法理は、保証人がその動機を保証契約の条件としない限り、錯誤無効を主張しえない、というものである（破毀院第1民事部1977年10月25日判決〔Bull.civ., I, n° 388〕、破毀院商事部1982年3月2日判決〔Bull.civ., IV, n° 79〕ほか多数）。ただし、主たる債務者が支払能力を有することを黙示の条件として保証契約が締結されたことが認められる場合もある。例えば、破毀院商事部2002年10月1日判決（〔Bull.civ., IV, n° 131〕）は、主たる債務者である会社について、保証契約の直後に裁判上の更生手続が開始され、保証人がその契約の締結から4ヶ月後に債権者である銀行から保証債務の履行を請求された事案において、「保証人は、主たる債務者の支払能力をその担保の黙示の条件としていたことが認められる」とした⁵⁸。

（イ）詐欺

民法典1116条の詐欺は、錯誤よりも容易に認められる。というのも、この場合には、事業者ではない保証人を保護する必要性が高いからである。ただし、原則として、詐欺は、契約の相手方当事者によってなされ、かつ、被害者の合意を決定づけるものしか無効原因にならない⁵⁹。

1116条 詐欺は、当事者の一方が行った術策(*manceuvres*)が、それがなければ他方当事者が契約を締結しなかったであろうことが明らかであるような場合には、合意の無効原因である。

② 詐欺は、推定されず、証明されなければならない。

裁判例は、債権者（その多くは、銀行である）による詐欺を認める傾向にある。詐欺に

⁵⁸ Aynès et Crocq, *op.cit.*, n° 214, pp.78–79. なお、クロック・前掲注(56)195頁は、同判決について、「保証人が金銭的に窮している会社の再建を支援しようとしているのであり、絶対に再建不可能な状況にある会社のために保証人になろうとしたのではないことを証明したならば、錯誤無効が認められる」とする。

⁵⁹ Aynès et Crocq, *op.cit.*, p.79.

における詐術(*mancœuvre dolosive*)は、積極的な行為である場合はもちろん、債権者による沈黙（詐欺的沈黙－*réticence dolosive*）によっても認められる⁶⁰。ただし、判例は、詐欺的沈黙によって保証契約の無効（相対無効）が認められるためには、次の4つの要件が必要であるとする。すなわち、①保証契約締結時における主たる債務者の再建不能、②債権者の悪意、③債権者の沈黙によって保証契約が締結されたこと、および、④保証人が主たる債務者の財産状況を知ることができなかったことである⁶¹。そして、沈黙による詐欺を容易に認めることは、保証契約の締結に先立って、銀行や金融機関に、保証人に対する情報提供義務が課されることを意味するものである⁶²。この情報提供義務は、債権者が銀行のような事業者である場合には、広く認められる。そして、詐欺の立証責任は、被害者である保証人の側にあるが、判例はその立証責任を緩和する。すなわち、事業者が情報提供義務を負う場合には、その義務を尽くしたことを証明するのは事業者の責任であるとする（破毀院第1民事部2002年5月15日判決〔JCP G, I, 184, n° 1 et suiv., obs. F.Labarthé〕）。それゆえ、例えば、農業共同信用組合(*Crédit Agricole*)が、主たる債務者の負債がすでに増大していることについて保証人に全く知らせなかった場合には、同組合による沈黙の詐欺的性質を否定することはできないとした（破毀院第1民事部1989年5月10日判決〔*Bull.civ.*, I, n° 187〕）。

しかし、判例は、詐術が、債権者ではなく、主たる債務者または第三者によってなされた場合には、詐欺の要件を厳格に解し、保証契約の無効を否定する。これに対し、学説は批判的であり、少なくとも、保証人が被害者であり、その錯誤は詐欺によって惹き起こされたものであることを考慮すべきであるとする⁶³。

4. 保証の内容・範囲

（1）内容における付従性

付従性の原則は、存在に関するものだけではなく、保証債務の範囲をも制限する。すなわち、前述した民法典2290条は、保証債務の内容における付従性を規定する。それゆえ、保証人は、特に契約したとしても、主たる債務よりも重い、あるいは広範な債務を負うこ

⁶⁰ Aynès et Crocq, *op.cit.*, n° 215, p.79.

⁶¹ クロック・前掲注(56)196－197頁。

⁶² Aynès et Crocq, *op.cit.*, n° 215, p.79.

⁶³ Aynès et Crocq, *op.cit.*, n° 215, pp.80－81.

とはない。その意味では、主たる債務が保証債務の限度である。しかし、その限界の範囲内であれば、保証人の債務の範囲は、契約自由の原則に基づき、保証契約によって定められる。それゆえ、保証の範囲を明確にするためには、契約自由の原則に加えて、保証債務の内容における付従性（民 2290 条）と保証債務の厳格な解釈（民 2292 条）を考慮しなければならない⁶⁴。

ところで、民法典は、無制限(*indéfini*)の保証（2293 条 1 項）と、主たる債務の一部のみに制限された保証（2290 条 2 項）とを区別する。このうちの無制限の保証は、主たる債務と全く同じ範囲の、それに制限を加えない保証である。これに対して、制限された保証は、主たる債務の一部またはそれより重くない条件によって締結された保証である。この区別は、伝統的な民法典上の区別であるが、判例は、この区別に代えて、限度額の定めのある保証と限度額のない保証とを区別する⁶⁵。

以下では、無制限の保証（包括的保証）のみを検討する。

（２）無制限保証（包括的保証）

民法典 2293 条 1 項の「無制限」(*indéfini*)は、保証債務の範囲が「不確定」(*indéterminé*)ないし「不確実」(*incertain*)なものではない。すなわち、「無制限」の保証は、その内容が主たる債務と全く同じであり、不確定（民 1129 条 1 項によって無効となる）ではなく、また、不確実なものでもない。無制限の保証は、主たる債務者と同じ期間、その債務について無制限に保証するものであり、主たる債務者の現存する債務および将来の債務の全てを含むことになる⁶⁶。

2293 条 主たる債務についての無制限の保証は、その債務のすべての従たる債務に及ぶ。最初の請求の費用及び保証人に対して行う最初の請求の通知後のすべての費用についても同様である。

ところで、1998 年 7 月 29 日の法律（「疎外に対する戦いに関する方針についての法律」）第 657 号 101 条は、同条に第 2 項を付け加えた。

⁶⁴ Aynès et Crocq, *op.cit.*, n° 242, p.97.

⁶⁵ Aynès et Crocq, *op.cit.*, n° 242, p.98.

⁶⁶ Aynès et Crocq, *op.cit.*, n° 243, p.98.

2293 条 ② 保証契約が自然人によって締結される場合には、その保証人は、少なくとも年に 1 度、当事者間において合意された日、又はこの合意がないときは契約より 1 年後の日に、被担保債権及びその従たる債務の総額の推移を、債権者によって通知される。この通知がない場合には、債権者は、従たる債務、費用及び違約金についてのすべての権利を失う。

この規定は、1984 年 3 月 1 日の法律第 148 号の 48 条（通貨・金融法典 L.313-22 条）が定めた金融機関の保証人に対する通知義務（情報提供義務）を、「根保証契約に関して一般化する目的で定められたものである」。しかも、その主体は、金融機関ではなく「債権者」であり、また、その違反に対する罰則も、上記 48 条が金利の喪失であったのに対して、「従たる債務、費用及び違約金についてのすべての権利を失う」ものである⁶⁷。その意味では、民法典 2293 条 2 項は、無制限の保証に関して、保証人をより一般的に保護した規定であるといえよう⁶⁸。

5. 保証人の求償権

（1）求償の相手方

保証人は、主たる債務者に対する求償権のほか、共同保証の場合には、他の共同保証人 (cofidéjusseurs) に対しても求償権を取得する。この共同保証における求償権については前述したため、以下では、主たる債務者に対する求償権を検討する。

保証人の主たる債務者に対する求償権は、民法典 2305 条以下（2309 条まで）に規定されている。その求償権は、原則として、保証人が保証債務を支払った後に、例外的には、それを支払う前に認められる⁶⁹。

また、保証人は、主たる債務者に対する求償権を確保するために、その求償権のための保証人を立てることを主たる債務者に要求することがある。この求償のための保証を、「下位保証」 (sous-cautionnement) という⁷⁰。下位保証は、「副保証」 (certificat de caution) と異なる。すなわち、副保証は、保証人の保証債務を、さらに第三者が保証するものであり、その第三者を副保証人 (certificateur) という。この副保証人は、主たる債務者の債務ではなく、

⁶⁷ 大沢・前掲注(42)39 頁。

⁶⁸ クロック・前掲注(56)222-223 頁。

⁶⁹ Aynès et Crocq, op.cit., p.55.

⁷⁰ Aynès et Crocq, op.cit., n° 152, p.55.

保証人の債務を保証人が支払わない場合に支払うことを約束する者であり、民法典 2312 条に規定される⁷¹。

2312 条 主たる債務者とその保証人のうちの一方が他方の相続人となる場合において、それらの者の間で生じる混同は、保証人の保証人となった者に対する債権者の訴権をなんら消滅させない。

これに対して、下位保証人は、主たる債務者の債務を、「主たる」保証人に対して担保する者である。それゆえ、「主たる」保証人は、下位保証人にとっては債権者となる。

この下位保証の概念は、近年、銀行や互助会社などの機関保証において用いられたものであり、債権者は、下位保証人に対して直接の請求権(action directe)を有さず、債権者に弁済した主たる保証人が、その求償権を確保するため、下位保証人に対して保証債務の履行を求めることができる⁷²。その意味では、下位保証は、保証人（機関保証）の求償権を確保するために設定されるものである。

なお、判例は、主たる債務者の下位保証人に対する事前求償を否定する（破毀院商事部 1980 年 3 月 24 日判決〔Bull.civ.IV, n° 141〕）。

（２）支払後の求償

民法典は、保証債務を履行した保証人に対して、2つの求償権を認めている。1つは、個人求償権（2305 条）であり、もう 1 つは、代位求償権（2306 条）である。このうち、個人求償権は、保証人と主たる債務者との間の個人的な関係に基づいて認められるものであり、保証人による弁済の結果として生じるものである。これに対して、代位求償権は、法定代位（民 1251 条 3 号）の結果として生じるものであり、主たる債務者のために支払をした保証人が、その債務者に対して、債権者の有していたすべての権利を行使するものである⁷³。

2305 条 支払った保証人は、債務者が知って保証が行われたか、債務者が知らずに保証が行われたかを問わず、主たる債務者に対して求償権を有する。

② この求償権は、元本並びに利息及び費用について生じる。ただし、保証人は、自己

⁷¹ 上井・前掲注(23)29 頁。

⁷² Aynès et Crocq, op.cit., n° 152, p.55.

⁷³ Aynès et Crocq, op.cit., n° 153, p.56.

に対する追行を主たる債務者に通知した後に支出した費用についてでなければ、求償権を有しない。

③ 保証人はまた、必要がある場合には、損害賠償について求償権を有する。

2306 条 債務を支払った保証人は、債権者が債務者に対して有していたすべての権利について代位する。

この 2 つの求償権の内容は、同じではない。すなわち、代位求償権は、個人求償権の対象となる費用や損害賠償を担保するものではない。ただし、保証人は、どちらか一方を選択して行使しなければならないわけではなく、2 つの求償権を同時に行使することもできる（破毀院商事部 2008 年 12 月 9 日判決〔JCP G, 2009, I, 136, n° 11, obs. M.Cabrillac〕）。

なお、保証人は、2 つの求償権を放棄することもできる。また、民法典 2308 条は、この 2 つの求償権に共通して、それが失われる場合を規定している。

2308 条 最初に支払った保証人は、その者が行った支払を債務者になんら知らせなかったときは、2 度目に支払った主たる債務者に対して、なんら求償権を有しない。ただし、債権者に対するその返還請求を妨げない。

② 保証人が追行されることなく、かつ、主たる債務者に知らせることなく支払った場合において、支払の時にその債務者が債務の消滅を宣言させる手段を有したときは、保証人は、主たる債務者に対する返還の請求を妨げない。

（３）支払前の求償（事前求償権）

保証人が未だその保証債務を履行していない場合には、保証人は何ら損失を被ってはいない。にもかかわらず、事前の求償が認められるのはなぜか。実際には、保証人のリスクは、主たる債務者に求償権を行使しても意味がないにもかかわらず、その保証債務を支払わなければならない点にある。このリスクは、とりわけ、次の 2 つの場合に大きい。1 つは、主たる債務者の支払不能が明らかとなった場合であり、もう 1 つは、主たる債務が、保証人の予定していた期間よりも長くなった場合である。すなわち、「時間が経てば経つほど、リスクも増大する」ことになる。そこで、衡平の観点から、民法典 2309 条と 2316 条は、主たる債務者の支払不能から保証人を保護するために、その予防的な請求権を認め

た。この事前求償権は、債権者による債権の行使と同時に行使されうるものである⁷⁴。

2309 条 保証人は、（以下の場合には、その保証債務を）支払う前であっても、債務者に補償させるために請求することができる。

- 1 保証人が支払について裁判上追行されるとき
- 2 債務者が破産(faillite)し、又は支払不能(déconfiture)にあるとき
- 3 債務者が一定期間内に保証人に免責を与える義務を負うとき
- 4 債務が、締結された期限の経過によって請求可能となったとき

5 主たる債務が定まった履行期限を有しない場合において、10 年を経過したとき。ただし、主たる債務が、後見のように一定の時期前には消滅することができない性質のものである場合には、その限りでない。

2316 条 債権者が主たる債務者に対して付与する期限の単なる延長は、保証人をなんら免責しない。この場合には、保証人は、支払を強制するために、債務者に対してその履行を請求することができる。

この事前求償権は、例外的なものである。というのも、リスクは保証にとっては本質的なものであり、かつ、保証人は何ら支払をしていないからである。それゆえ、事前求償は、2309 条の規定された 5 つの場合に限って認められる（2316 条は、2309 条 4 号に対応する）。ただし、このうち、今日において重要なのは、債務者が破産した場合（2309 条 2 号）のみであり、他の事由は、実務ではほとんど用いられていない⁷⁵。

6. 保証の消滅

（1）通常の消滅事由－付従性による消滅

民法典は、2311 条から 2316 条までを「保証の消滅」としている。この消滅事由としては、保証契約も契約の 1 つであるから、保証債務も、「その他の債務と同一の原因によって消滅する」（2311 条）ほか、保証が担保であることから、その付従性による消滅が認められる。以下では、付従性による消滅を検討し、次いで、例外的な消滅事由を検討する。

⁷⁴ Aynès et Crocq, op.cit., n° 161, p.60.

⁷⁵ Aynès et Crocq, op.cit., n° 161, p.60.

上記のように、保証は担保であるから、主たる債務の消滅に付従して消滅するのが通常である。そして、主たる債務の消滅事由としては、弁済、代物弁済、更改、免除、相殺、混同、時効消滅などが挙げられる。このうち、代物弁済に関して民法典 2315 条は、債権者がその受領した物件を追奪されても、その代物弁済に任意に承諾していたときは、保証人が免責されるとする。

（２）特別な消滅事由

民法典 2314 条は、債権者の担保保存義務を規定し、そのフォート（過失）によって担保が失われたときは、保証人が免責される旨を規定する。すなわち、「保証人は、債権者の行為によって、債権者の権利、抵当権及び先取特権への代位が保証人のためにもはや生じえないときは、免責される」とする。その趣旨は、保証人が債権者に代位することを期待していたにもかかわらず、その期待が債権者のフォートによって裏切られたことによる保証人の免責にある⁷⁶。しかし、その法理論的根拠は明らかでなく、①債権者の保証人に対する契約責任であるとする見解、②保証契約における条件であるとする見解、③法律による失権（＝債権者に対するサンクション）であるとする見解などが主張されている⁷⁷。

ところで、同条は、かつては任意規定であるとされ、これを排除する特約も有効であると解されていた。しかし、1984 年 3 月 1 日の法律第 148 号 49 条は、民法典 2314 条に次の 1 文を追加した。すなわち、「これに反するすべての条項は書かれないものとみなす」とした。この規定により、同条は強行法規となり、主に金融機関によって定められていた債権者の担保保存義務免除特約は、排除されることとなった。もっとも、同条は、金融機関のみならず、すべての債権者に適用されるものであり、これによって保証人に不利な特約が広範に排除されることとなった⁷⁸⁷⁹。

以上のほか、保証人を保護するための特別法の規定により、保証人が免責されることがある。この点については、次節（第 3）において検討する。

⁷⁶ Aynès et Crocq, op.cit., n° 280, p.119.

⁷⁷ Aynès et Crocq, op.cit., n° 281, p.120.

⁷⁸ 1984 年 3 月 1 日の法律による民法典 2314 条の改正については、大沢慎太郎「フランスにおける保証人の保護に関する法律の生成と展開(1)」比較法学 42 巻 2 号 69-70 頁（2009 年）参照。

⁷⁹ 担保保存義務については、大沢慎太郎「フランス担保保存義務の法的構造(1)～(3・完)」法研論集 123 号 73 頁、124 号 27 頁（2007 年）、125 号 1 頁（2008 年）参照。

第3 消費法典・特別法における保証人の保護

1. 特別法による保証人の保護

1980年代における保証人を保護する判例法の形成が、多くの法律の原動力となる。それらの法律の対象となる保証の多くは、主たる債務者の近親者である自然人によって契約されたものである。そして、保証法制の展開は、消費者法と保証人の保護のための法技術を発展させることとなる⁸⁰。

フランス法における保証人を保護するための一般的な法技術は、①保証契約の締結に際して、保証人による手書きの記載を要件とすること、②債権者に保証人に対する情報提供義務を課すこと、および、③保証人に過大な保証債務を負わせることを禁止すること（比例原則〔*principe de proportionnalité*〕の導入）である。

ところで、①の手書きの記載は、保証契約の締結に際してのみ問題となる要件である。これに対して、②の情報提供義務は、保証契約の締結に際してのものと、その締結後に問題となる場合とがある。また、③は、主に保証契約の締結後に問題となるものである。そこで、以下では、保証契約の締結時における保証人の保護（2）と、その締結後において、債権者の保証人に対する権利の失効による保証人の保護（3）とを区別する。

なお、フランスにおける保証人の保護法制については、大きく2003年8月1日の法律（経営主導のための法律）第721号の制定前とその後で区分するのが一般的である。例えば、ピエール・クロック(Pierre Crocq)教授は、保証法の発展を次の4つの時期に分けている⁸¹。すなわち、①1804年の民法典の制定から1984年までが保証人に厳しい時期であり、②1984年3月1日の法律から1998年7月29日の法律までは、保証人の保護に厚く、債権者に過度に不利な制度になるとする。そして、③2002年には、判例が債権者に過度に不利な状況を緩和し、保証人保護との調整を図るが、④2003年の法律は、2002年の判例の展開を覆し、債権者の利益と保証人の保護のバランスが脅かされるとした。また、2003年法の制定前に

⁸⁰ Aynès et Crocq, *op.cit.*, n° 210, p.75.

⁸¹ クロック・前掲注(56)192-193頁。

における保証人の保護は、契約の性質に応じて、規制の内容およびその違反に対するサンクションが区別されていたが、2003 年法は、このような区別をせずに、「ほぼすべての保証契約を一律に規制」し、「保証制度に再び過度な拘束をもたらした」との評価もなされている⁸²。

以下では、このような時期区分をも念頭に置きつつ、保証人の保護に関する特別法の規定を横断的に概観する。

2. 保証契約の締結時における保証人の保護

(1) 手書きの記載

(ア) 2003 年法以前－1989 年のネイエルトツ法

手書きの記載に関しては、1989 年 12 月 31 日の法律（個人と家族の過剰債務についての困難の予防及び解消に関する法律＝ネイエルトツ法〔loi Neiertz〕）第 1010 号にはじまる。同法は、第 1 次オイルショック以降の不況下における消費者信用の増大を背景として、その消費者の保護を図るものであった⁸³。すなわち、同法は、消費者信用と不動産信用における自然人である保証人にのみ適用されるもの⁸⁴であり、手書きの記載については、次のように規定している（現・消費法典 L.313－7 条）⁸⁵。

L.313－7 条 本編第 1 章（消費者信用）及び第 2 章（不動産信用）に関する取引のいずれかのために保証人として私署証書により債務を負担した自然人は、次に掲げる、かつ唯一この方式でなければならない、手書きによる記載をして、自己の署名をしなければならず、これを遵守しない場合には、その債務負担を無効とする。

《金額…を上限として、元本、利息、及び万一の場合には遅延賠償金又は遅延利息の支払を被担保債権として、…の期間、X の保証人となることによって、わたくしは、X が自らこれを満足させない限り、わたくしの収入及び財産に基づいて、支払われるべき金額を、貸主に返済することをお約束いたします》。

⁸² 大沢・前掲注(78)49－50 頁。

⁸³ 大沢・前掲注(78)73－76 頁。

⁸⁴ Aynès et Crocq, *op.cit.*, n° 210, p.75.

⁸⁵ 消費法典の規定の訳は、後藤卷則＝野澤正充ほか訳「フランス消費法典」クレジット研究 28 号 61

この規定は、私署証書によって契約をする、自然人である保証人にのみ適用される。それゆえ、公正証書による保証契約には適用されない。そして、保証人は、条文に明記された記載を手書きすることによって、保証契約の内容を意識的に知ることができるとともに、とりわけ、保証の総額と期間を明示することにより、包括根保証契約が禁じられた⁸⁶。なお、この手書きの記載が遵守されていなければ、保証契約は無効である。ただし、判例は、軽微な記載の欠落を保証契約の無効原因とはせず、例えば、その文言において「等位接続詞」(conjonction de coordination)が省略されていても、保証契約が有効であるとした（破毀院第1民事部2004年11月9日判決〔RTDC 2005, p.403, obs. D.Houtcieff〕）。しかし、保証契約の上限の記載は必要であり、これがないと保証契約は無効となる（破毀院第1民事部1998年7月7日判決〔Bull.civ. I, n° 241〕）。

また、保証が連帯保証である場合には、さらに次の追加の記載が要求される。

L.313-8 条 本編第1章及び第2章に関する取引のいずれかのために、債権者が連帯保証を求める場合には、保証人となる自然人は、次に掲げる手書きによる記載をして署名しなければならない、これを遵守しないときは、その債務負担を無効とする。

《民法典2298条所定の検索の利益を放棄し、Xと連帯して債務を負うことによって、わたくしは、あらかじめXに請求することを主張せずに、債権者に返済する義務を負います》。

（イ）2003年法—デュトレイユ法

上記の2つの規定においては、厳格な形式主義が採用され、それを欠く場合には、保証債務の負担が無効とされた。2003年8月1日の法律（前掲デュトレイユ法）は、この規定を、消費者信用と不動産信用における保証のみならず、自然人と事業者である債権者との間で私署証書によって締結されるすべての保証に一般化する。すなわち、同法を規定した消費法典の条文は、次のようである。

L.341-2 事業者である債権者に対して、私署証書により保証人として契約したすべての自然人は、次に掲げる、かつ唯一この方式でなければならない、手書きによる記載をして、自己の署名をしなければならない、これを遵守しない場合には、その債務負担を無効とする。

頁以下（2002年）による。

⁸⁶ Aynès et Crocq, op.cit., n° 210, p.75. なお、大沢・前掲注(78)77頁参照。

《金額…を上限として、元本、利息、及び万一の場合には遅延賠償金又は遅延利息の支払を被担保債権として、…の期間、X の保証人となることによって、わたくしは、X が自らこれを満足させない限り、わたくしの収入及び財産に基づいて、支払われるべき金額を、貸主に返済することをお約束いたします》。

L.341-3 事業者である債権者が連帯保証を求める場合には、保証人となる自然人は、次に掲げる手書きによる記載をして署名しなければならず、これを遵守しないときは、その債務負担を無効とする。

《民法典 2298 条所定の検索の利益を放棄し、X と連帯して債務を負うことによって、わたくしは、あらかじめ X に請求することを主張せずに、債権者に返済する義務を負います》。

そして、破産院は、これら 2 つの規定における「事業者である債権者」を、次のように広く定義する。すなわち、「その職業の遂行において生じた債権、または、その職業活動の 1 つであって、必ずしも主要な職業活動でなくても、その活動と直接の関係を有する債権」の債権者であるとした（破産院第 1 民事部 2009 年 7 月 9 日判決 [Bull.civ. I, n° 173]）。

この消費法典の掲げる記載の文言は、保証人によって忠実に再現されなければならない、記載の間違ひはすべて、保証を無効とする。ただし、保証人の契約締結時における形式主義は、保証人が専門家の助言を受けている場合には適用されない。すなわち、保証契約が公証人による公正証書によって締結された場合、および、私署証書ではあるが弁護士による（副）署名がある場合には、上記の消費法典の規定が適用されない（1971 年 12 月 31 日の法律第 1130 号）⁸⁷。

（ウ）賃貸借の保証

フランスでは、アパルトマンなどの賃貸借においては、賃借人の収入が賃料の 3 倍に満たない場合には、賃借人に保証人を立てさせることが一般的である。例えば、学生がアパルトマンを借りる場合には、保証人が必要となる。しかし、賃借人の保証人となる者の多くは、賃借人の友人や両親などの近親者であり、保証契約の内容を熟知して保証人となるわけではなく、紛争も多く生じていた。そこで、1994 年 7 月 21 日の法律（住居に関する法律）第 624 号 23 条は、1989 年 7 月 6 日の法律（賃貸借関係の改善を目的とする法律）

⁸⁷ Aynès et Crocq, op.cit., n° 210, pp.75-76.

第 462 号に 22-1 条を追加して、次のように規定した⁸⁸。

22-1 条 1 本編の適用に関して締結される賃貸借契約から生じる債務の保証契約がいかなる期間の表記も含んでいない場合、又は保証契約の期間が期間の定めのないものとされている場合には、保証人は、その保証契約を一方的に解約することができる。この解約は、当初の契約であるか又は更新、すなわち継続された契約であるかにかかわらず、貸主が解約の通知を受けたときの賃貸借契約の期間の満了時に、その効力を生じる。

2 保証人となる者は、賃貸借契約に記載されている賃料の総額及び更新の条件を手書きで転記し、明白かつ一義的に定まる方法で、自己の契約した債務の性質及び範囲を認識していることを手書きで記載し、かつ、前号を手書きで転記して署名しなければならない。賃貸人は、保証人に対して、賃貸借契約の写しを一部交付しなければならない。これらの方式が示されない場合には、その保証契約は無効となる。

なお、同条は、2009 年 3 月 25 日の法律によって改正され、保証は、賃借人の債務を担保する保険に加入した賃貸人によってしか、その履行を請求されないとされている。

ところで、上記の規定によって、賃貸借の保証契約は、電子書面によることはできない。すなわち、記載は手書きでなければならず、紙媒体に記載することが前提とされている。また、保証契約が公正証書による場合、および、弁護士の副署のある私署証書による場合には、同条の適用はない⁸⁹。

（２）事前の情報提供

1994 年 2 月 11 日の法律（前掲マデラン法）47 条 1 項（現・通過金融法典 L.313-21 条 1 項）は、個人経営者を保護するために、その保証契約の締結に先立って、金融機関に対し、書面による情報提供義務を課している。すなわち、事業に不可欠ではない財産に対する物的担保の設定、または自然人による人的担保の提供を要求する金融機関は、書面によって、経営者に対し、経営者の希望する融資の額を考慮して、金融機関が取得したい担保の総額を通知しなければならない旨を規定する（同 1 項 1 文）。そして、保証契約は、この通知から 15 日間が経過した後に、経営者が返答しない場合または経営者によって提供された担保を金融機関が拒否した場合にしか、締結することができないとされる（同 1 項 2 文）。

⁸⁸ 規定の訳は、大沢・前掲注(42)32-33 頁による。

⁸⁹ Aynès et Crocq, *op.cit.*, n° 211, p.77.

この規定が、金融機関による過剰な担保の要求から、個人経営者を保護する者であることは明らかである。そして、この通知をしない場合における金融機関に対するサンクションとしては、金融機関は、「個人経営者との関係においては」、その取得した担保を主張しえない旨が規定されている（同 2 項）。

3. 債権者の権利の失効－情報提供義務・比例原則

近時の立法は、債権者に多くの義務を課すことによって、保証人の保護を図っている。そのような債権者の義務は、保証契約の締結時において課されるとともに、保証の履行に際しても課されるものであり、その違反に対しては罰金が科されることとなる。また、債権者は、保証人に対する権利の全部または一部を失うこととなる。

このような債権者の法律上の義務としては、保証人に対する情報の提供と、過大な保証の禁止とがある⁹⁰。

（1）債権者の情報提供義務

保証契約の締結時における、債権者の保証人への情報提供義務・警告義務に加えて、立法者は、順次に 2 つの、異なる情報提供義務を付加した。1 つは、被担保債務の増加についての情報提供義務であり、もう 1 つは、主たる債務者の支払事故 (*survenance de la défaillance*) に関する情報提供義務である。

（ア）被担保債務の増加に関する情報

保証における問題点の 1 つは、保証人がその内容を失念することである。というのも、保証の内容を記載した契約書は 1 通しか作成されず、しかも、債権者（多くは金融機関）がこれを保有していることが多いからである⁹¹。そして、保証人は、仮に適切な時期に介入していれば、その保証債務の増加を防ぐことができ、また、可能であれば保証契約を解約することによって、その危険から離脱できたにもかかわらず、その担保する債務の額の大きさを後に知り、手遅れとなる。そこで、立法者は、保証人による失念に対処するため、債権者に対して、毎年、保証人に保証債務の存在、その法的な内容、および、被担保債務

⁹⁰ Aynès et Crocq, *op.cit.*, p.122.

⁹¹ 大沢・前掲注(78)67－68 頁。

の総額を知らせることを義務づけた。ただし、その規定は、多くの法典や法典化されていない法律に分散し、規定を単純化することが喫緊の課題であるとされている⁹²。

(a) 1984 年 3 月 1 日の法律

この問題に関する最初の規定は、1984 年 3 月 1 日の法律（企業の経営難の予防及び同意整理に関する法律）第 148 号 48 条（現・通貨金融法典 L.313-22 条）である。すなわち、同条は、金融機関に対し、毎年、遅くとも 3 月 31 日より前に、保証人ないしその相続人への、保証の存在、その任意解約の可能性、および、前年の 12 月 31 日における被担保債務額を通知することを義務づけた。

L.313-22 条 自然人又は法人による保証契約を条件として、企業に対する融資に同意した金融機関は、毎年遅くとも 3 月 31 日までに、保証人によって利益を受けることに対する義務として、前年 12 月 31 日時点で存在する、主たる債務、利息、手数料、費用及び付従する債務の総額、並びに当該保証契約の期間を、保証人に対して通知しなければならない。当該保証契約が期間の定めのないものである場合には、何時にても、解約する権利があること、及びその行使の条件を通知しなければならない。

② 前項に定める方式がなされなかった場合には、当該保証人及びこの方式を義務づけられている金融機関との関係において、前回の通知から新たになされる通知の日までの間に発生した利息を受け取る権利を失う⁹³。

この情報提供義務は、企業に対する「財政的支援」(concours financier)から生じた債務に限られる。すなわち、消費者信用などの保証契約は、その対象ではない。ただし、企業概念は広く捉えられ、同条は、「経済活動」を援助するためのすべての与信に適用される⁹⁴。また、金融機関が同条に違反した場合のサンクションは、前回の通知から次の通知までの間に生じた利息を受け取る権利の失効(déchéance)であり⁹⁵、「あまりに過度な規制は、保証契約のメリットを失わせる恐れがあるため、軽微な制裁にとどめた」という立法の経緯が指摘されている⁹⁶。

なお、この情報提供義務は、強行規定であり、金融機関はこれを保証人との合意によっ

⁹² Aynès et Crocq, op.cit., n° 292, p.128.

⁹³ 規定の訳は、大沢・前掲注(78)67 頁による。

⁹⁴ Aynès et Crocq, op.cit., n° 292, p.128.

⁹⁵ Aynès et Crocq, op.cit., n° 292, p.129.

て排除することはできない（破毀院商事部 1993 年 12 月 14 日判決〔Bull.civ.IV, n° 467〕）。

（b）1994 年以降の展開

金融機関、とりわけ銀行に課された上記の情報提供義務は、以下の 3 つの段階を経て、より一般化された⁹⁷。

① 1994 年 2 月 11 日の法律（前掲マデラン法）47 条 2 項は、「個人経営者の職業上の債務を担保するために自然人によって合意された期間の定めのない保証契約の場合には、債権者は」、上記の通貨金融法典 L.313-22 条に規定された条項を遵守しなければならないとした。この規定は、期間の定めのない保証契約が自然人によって締結された場合に限られるが、金融機関だけではなく、すべての債権者に、上記の情報提供義務を課すものである。

② さらに述べたように、1998 年 7 月 29 日の法律 101 条は、民法典 2293 条に第 2 項を付け加え、情報提供義務に反した罰則を、利息に対する権利の失効ではなく、「従たる債務、費用及び違約金についてのすべての権利を失う」とした。

③ 2003 年 7 月 21 日の法律（前掲デュトレイユ法）は、通過金融法典 L.313-22 条に規定する情報提供義務を、「自然人である保証人」のために、すべての「事業者である債権者」に課した。なお、これに違反した場合のサンクションとしては、保証人が、「前回の通知から新たになされる通知の日までの間に発生した遅延賠償金又は遅延利息を支払う義務を負わない」とする（消費法典 L.341-6 条）。

（イ）主たる債務者の支払事故に関する情報

すでに触れたように、前掲 1984 年 3 月 1 日の法律は、消費者信用や不動産信用による債務を担保するための保証を対象としていなかった。これに対して、1989 年 12 月 31 日の法律（前掲ネイエルク法）19 条 6 項（現・消費法典 L.313-9 条）は、消費者信用および不動産信用における保証人の保護を目的とするものであり、手書きの記載要件に加えて、金融機関の保証人に対する、主たる債務者の支払事故に関する情報提供義務を課している⁹⁸。

L.313-9 条 本編第 1 章（消費者信用）及び第 2 章（不動産信用）における信用供与取引に関して保証人となったすべての自然人は、…第 1 回目の支払事故があれば直ちに、主

⁹⁶ 大沢・前掲注(78)68-69 頁。

⁹⁷ Aynès et Crocq, op.cit., n° 292, p.130.

⁹⁸ Aynès et Crocq, op.cit., n° 293, p.130.

たる債務者の不履行について、貸付機関から情報を提供されなければならない。貸付機関が当該義務に従わない場合には、当該保証人は、最初の支払事故の日から保証人が支払事故についての情報を通知された日までに発生する遅延賠償金又は遅延利息の支払義務を負わない⁹⁹。

1998年7月29日の法律102条は、この情報提供義務を、自然人である保証人に対する、すべての事業者である債権者の義務として拡張する。すなわち、同条は、消費法典に、次のL.341-1条を付加した。

L.341-1条 特段の規定のない限り、保証人となったすべての自然人は、主たる債務の弁済を請求することができる月において、弁済されない第1回目の支払事故があれば直ちに、主たる債務者の不履行について事業者である債権者から情報の提供を受けなければならない。債権者がこの義務を遵守しない場合には、保証人は、最初の支払事故の日から保証人が支払事故についての情報を通知された日までに発生する遅延賠償金又は遅延利息を支払う義務を負わない¹⁰⁰。

さらに、1998年法100条は、個人の過剰債務状態の処理に当たる過剰債務委員会の処理手続に関して、消費法典L.331-3条3項を修正し、次のように規定した¹⁰¹。

L.331-3条 ③ 委員会は、主たる債務者の1つ又は複数の債務の返済を担保する保証人が存することを確認したときは、保証人に手続の開始を通知する。保証人は、委員会に対して、書面により、自らの所見を述べることができる。

この規定は、過剰債務委員会が、保証人に対して、主たる債務者についての過剰債務手続の開始を知らせなければならないとしたものである¹⁰²。

⁹⁹ 規定の訳は、大沢・前掲注(78)82頁による。

¹⁰⁰ 規定の訳は、大沢・前掲注(42)40頁による。

¹⁰¹ 規定の訳は、後藤＝野澤ほか・前掲注(85)88-89頁による。

¹⁰² Aynès et Crocq, op.cit., n° 293, p.131.

（２）過大な保証の禁止－比例原則

消費者信用の保証人を保護する多くの手法のうち、1989年12月31日法（前掲ネイエルトツ法）によって採用された比例原則は、独自のサンクションを形成する¹⁰³。この比例原則とは、債権者が保証人と保証契約を締結した場合において、その保証債務と保証人が有する資産および将来発生しうる収入の総和との間に著しい不均衡があるときは、債権者は、その保証契約を主張することができない、というものである¹⁰⁴。

この比例原則は、1989年法によって導入され、現在では、消費法典 L.313-10 条に規定されている¹⁰⁵。

L.313-10 条 金融機関は、自然人である保証人によってなされた本編第1章及び第2章の範囲に属する信用供与取引に関する保証契約の締結時に、保証債務が保証人の資産及び収入と明らかに不均衡であった場合には、当該保証契約を主張することができない。ただし、保証人が請求を受けた時点で、保証人の資産が自己の保証債務の履行を可能とするものである場合は除く。

この規定は、金融機関と自然人である保証人との間の保証契約に適用される。しかも、その保証契約は、消費者信用または不動産信用の債務を担保するものに限られ、職業活動に対する財政支援を目的とした融資についての保証契約には、本条は適用されない¹⁰⁶。また、比例原則は、保証債務と保証人の支払能力の間に「明らか」な不均衡がある場合に適用される。この明らかな不均衡に関して、裁判例は、保証債務の額が1ヶ月あたりの保証人の収入の約42%を占める場合にこれを認めたものがあるとされる¹⁰⁷。

消費法典 L.313-10 条の効果は、「無効」ではなく、金融機関が「保証契約を主張することができない」というものである。その意味は、保証の「無効」(nullité)ではなく、「権利の失効」(déchéance)である。それゆえ、保証契約の締結時に明白な不均衡があるとしても、その後に保証人の資力が改善し、保証契約の履行時にその履行が可能であることを金融機関が証明すれば、当該金融機関は、保証人に対して、その保証債務の履行を請求する

¹⁰³ Aynès et Crocq, *op.cit.*, n° 294, p.131.

¹⁰⁴ 大沢・前掲注(78)83頁。

¹⁰⁵ 規定の訳は、大沢・前掲注(78)84頁による。

¹⁰⁶ 大沢・前掲注(78)85頁。

¹⁰⁷ 大沢・前掲注(78)85頁。

ことができることになる¹⁰⁸。

1989 年法によって採用された比例原則は、2003 年 8 月 1 日の法律(前掲デュトレイユ法) 11 条 2 項 3 号により、事業者である債権者のために自然人によって合意された保証に一般的に適用されることとなる。すなわち、同法による消費法典 L.341-4 条は、次のように規定する¹⁰⁹。

L.341-4 条 事業者である債権者は、自然人によってなされた保証契約の締結時に、保証債務が保証人の資産及び収入と明らかに不均衡であった場合には、当該保証契約を主張することができない。ただし、保証人が請求を受けた時点で、保証人の資産が自己の保証債務の履行を可能とするものである場合は除く。

この規定によって、現在では、「事業者である債権者」と「自然人である保証人」との間のすべての保証契約に比例原則が適用される。それゆえ、保証人が主観的に思慮深いかな否か、あるいは保証人が主たる債務者である会社の経営者であるかな否かは関係なく、保証債務と保証人の資力とが客観的に明白に不均衡であれば、等しく比例原則が適用されることとなる¹¹⁰。

なお、上記の規定は、物上保証人には適用されない。なぜなら、破毀院は、物的担保が、その物上保証人の資力と「必然的に均衡している」ものとみなすからである（破毀院第 1 民事部 2008 年 5 月 7 日判決〔Bull.civ. I , n° 125〕）。

4. その他

近年、保証人の保護に関して、以下の法政策が採られている。

(1) 保証人の必要最低限の生活費の保障

1998 年 7 月 29 日の法律は、民法典 2301 条に次の 1 文を付加した。すなわち、「いかなる場合においても、保証契約から生じる債務の総額は、消費法典 L.331-2 条において定められた最低限の資産を、保証人となった自然人から奪う結果をもたらすことはできない」。

¹⁰⁸ 大沢・前掲注(78)86-87 頁。

¹⁰⁹ 規定の訳は、大沢・前掲注(42)50 頁による。

¹¹⁰ Aynès et Crocq, op.cit., n° 294, p.131.

この規定は、保証人の最低限度の生活が脅かされないようにするためのもの¹¹¹であり、保証を有効のままにしつつ、その履行について、保証人に支払猶予期間を与えるものである¹¹²。

（２）経営者と離婚した保証人の保護

2005 年 8 月 2 日の法律第 882 号 13 条は、民法典 1387-1 条を付加した。この規定は、企業活動の範囲内で配偶者が債務を負い、または担保の設定に合意した場合において、その配偶者が離婚をしたときは、大審裁判所(tribunal de grande instance)が事業用財産を維持している元配偶者のみに、その債務ないし責任を負わせるものである。その趣旨は、離婚後に、元配偶者の受けた事業のための信用の供与を弁済する責任を負わないことにある¹¹³。しかし、その趣旨は適切ではあるものの、同条は明確でなく、その解釈は 2 つに分かれる。

1 つは、同条によって、裁判所が離婚した配偶者の債務および責任を免れさせ、その負担を依然として事業を営んでいる元配偶者に帰せしめる、というものである。この解釈は、同条の立法趣旨に合致する。しかし、債権者は、離婚した配偶者に対する権利を、何の補償を得ることもなく失うことになり、その基本的な財産権を侵害されることとなる。

そこで、もう 1 つの解釈は、同条が離婚した配偶者に対する債権者の権利を問題とすることなく、その行使を認めた後に、離婚した配偶者間において最終的な精算（求償関係）を認めるものである。この解釈は、多くの学説によって支持されているものの、事業を継続している元配偶者の支払能力がない場合には、離婚した配偶者が不利益を被り、その保護が図れないという問題がある¹¹⁴。

（３）保証人の相続人の保護

2006 年の相続法の改正前における保証人の相続人の保護は、相続人に限定承認(acceptation sous bénéfice d'inventaire)が認められるほかは、保証人の死亡によって保証が終了することしかなかった。しかし、2006 年 6 月 23 日の法律による民法典 786 条 2 項の改正は、保証人の相続人の保護を強化している。すなわち、同条によれば、単純承認をした相続人は、その承認の時に被相続人の債務を知らなかったことにつき正当事由があり、か

¹¹¹ 大沢・前掲注(42)40-41 頁。

¹¹² Aynès et Crocq, op.cit., n° 301, p.138.

¹¹³ Aynès et Crocq, op.cit., n° 303, p.139.

¹¹⁴ Aynès et Crocq, op.cit., n° 303, pp.139-140.

つ、その債務を負うと相続人の固有の財産に著しい負担となる場合には、その債務の全部または一部を免れることを裁判所に請求することができるとされる。ただし、この請求権は、相続人が債務の存在を知った日から5ヶ月以内に行使されなければならない。

この規定は、単純承認をした後に明らかになった被相続人の保証債務から、相続人を保護するための規定である¹¹⁵。

¹¹⁵ Aynès et Crocq, *op.cit.*, n° 304, p.140.

第4 結語

1. 保証人の保護法制

(1) 特別法の展開

日本に紹介されているように¹¹⁶、フランス法においては、保証人を保護するためのさまざまな制度が存在している。その具体的な制度としては、①自然人である保証人に保証契約の手書きの記載を要求すること、②債権者に、保証契約の締結前またはその締結後に、保証人に対して情報を提供する義務を課すこと、および、③過大な保証を禁じる比例原則の導入である。

しかし、2003年8月1日の法律（デュトレイユ法）以前のフランスでは、保証の類型に応じて、自然人である保証人の保護を図るという手法が採られていた。すなわち、（i）消費者信用・不動産信用、（ii）賃貸借の保証、および、（iii）企業に対する財政支援のための保証の領域に限定して、その保護が図られていた。より具体的には、1989年12月31日の法律（ネイエルク法）により、（i）について、①手書きの記載が要求され、②主たる債務者の支払事故に関する債権者の情報提供義務が課され、かつ、③比例原則が導入された。そして、（ii）については、1994年7月21日の法律が①手書きの記載を要件とした。また、1984年3月1日の法律は、（iii）について、②債権者に被担保債務の増加に関する情報提供義務を課している。

これに対して、2003年のデュトレイユ法は、（i）ないし（iii）の領域を区別せず、「事業者である債権者」と「自然人である保証人」の間のすべての保証契約に対し、①ないし③の保証人を保護するための規定を適用した。このデュトレイユ法が、保証人の保護を厚く図っていることは確かである。しかし、フランスでは、それが「過度の」ないし「過剰な」保護法制であることが指摘されている。

¹¹⁶ 例えば、高橋敏信「フランスにおける保証人保護制度について－金銭消費貸借における自然人保証の場面において」消費者法ニュース 87号 16頁（2011年）。

（２）保証人の保護法制における問題点

保証法においては、信用供与の必要性和保証債務の厳しさに対する保証人の保護という２つの相反する要請がある。すなわち、「保証人の運命の過酷さを和らげることは、信用の供与を妨げ、その結果、より厳格な人的担保の登場をもたらす」こととなる¹¹⁷。商取引における即時的担保（請求払無因保証＝*garanties à première demande*）の発展は、その典型例である。

また、「すべての保証人が同様に保護されるべきである、という要請はない」¹¹⁸。すなわち、消費貸借や売買などの他の契約類型と同じく、保証契約においても、事業としての保証人（機関保証・法人保証など）と「素人の」(*profane*)保証人の区別が明らかである。そして、法律によって保護されるのは、債権者であることもあれば、保証人であることもある。時々刻々と状況は変化し、保証も、その当初から、「弁証法的」(*dialectique*)に発展してきている¹¹⁹。

しかし、現時点におけるフランスの保証法制は、必ずしも満足すべき状況にはない。その要因の１つは、2003年のデュトレイユ法が、「事業者である債権者」と「自然人である保証人」との間のすべての保証契約に対し、一律に保証人の保護を図ったことにある。同法による保護が過剰であることは、多くの見解が指摘するところである¹²⁰。

もう１つの要因としては、保証の規定の散在が挙げられる。すなわち、保証の規定は、民法典の2288条から2320条までのほか、消費法典に脈絡なく散見され、さらには、法典化されていない多くのものが存在する¹²¹。この保証の規定を民法典に統合し、その適用関係を明確にすることが、フランスにおける保証法制の課題であるといえよう。

２．民法典の保証

フランスにおいては、保証人の保護に関して多くの特別法が制定され、その内容が変更

¹¹⁷ Aynès et Crocq, *op.cit.*, n° 102, pp.20–21.

¹¹⁸ Aynès et Crocq, *op.cit.*, n° 102, p.21.

¹¹⁹ Aynès et Crocq, *op.cit.*, n° 102, p.21.

¹²⁰ Aynès et Crocq, *op.cit.*, n° 210, p.76. なお、クロック・前掲注(56)192–193頁、大沢・前掲注(78)49–50頁も参照。

¹²¹ Aynès et Crocq, *op.cit.*, n° 102, p.21. なお、大沢・前掲注(78)50頁は、2003年のデュトレイユ法が、「従来の各種法規を廃止することなく、同様の規律内容を有し、かつ、適用範囲が拡大された条文を、新たに制定するというものであったため、条文の適用関係などが不明確となり、フランスの保証制度に大きな混乱をも生じさせている」と指摘する。

されている。にもかかわらず、民法典の保証の規定は、2006年の担保法改正によって条文番号が変わったのみで、その制定（1804年）以来、ほとんど改正されていない。しかし、その背後には、多くの判例法理が存在し、判例が実質的には保証法制を形成してきた。このことは、法的安定性と予見可能性とを損なうこととなる半面、多様な保証に対して柔軟に対応し、かつ、その導入を可能にした、と評価することができる¹²²。そして、フランスの社会においては、機関保証・法人保証が発達するとともに、民法典に依拠する自然人による保証も、なお重要な役割を担っている。すなわち、消費者信用や不動産信用、賃貸借の保証や経営者保証などの多くは、自然人によってなされる保証である。そして、信用の供与に際して、「保証」という人的担保の簡便性は無視できない。したがって、フランスにおいては、自然人による保証が、危険な契約類型であることは強く認識されているものの、社会経済的には有用であることを否定することはできない。

野 澤 正 充（のざわ・まさみち）

¹²² Aynès et Crocq, op.cit., n° 102, p.20.

ドイツの保証制度

第 1 保証制度の概要

1. 保証契約の当事者と内容

保証は、保証人と債権者の間の契約によって成立する契約である。主たる債務者は保証契約の当事者ではない。したがって、債権者が、主たる債務者の財産状態について誤った報告をした場合や、保証の範囲について悪意で黙秘した場合には、ドイツ民法（Bürgerliches Gesetzbuch。以下 BGB）123 条 1 項により詐欺取消しが問題になる。これに対して、主たる債務者が保証人を欺罔した場合には、BGB123 条 2 項の第三者となり、債権者がそのことを知りまたは知らなければならなかった場合に限り、保証人は保証契約を取消することができる。

保証人は、保証契約により、債権者に対して、主債務の履行を保証する（einstehen）義務を負う（765 条 1 項）。保証契約は保証人のみが義務を負う片務契約である。したがって、債権者が主たる給付義務を負うことは原則としてない。また、債権者が保証人のために説明義務を負うことも原則としてないが、保証人が低年齢、無経験または感情的に近い関係にあり、責任リスクが高い場合や、保証人が義務の範囲について明らかに錯誤に陥っている場合には、保証契約締結にあたって、債権者は保証人に対して説明する義務を負うとするのが判例である。なお、高額な保証の引受の場合の説明義務に関する DCFR の取り扱いについては、第 1 の 3（3）も参照。

2. 保証の意思表示の書面性

(1) 保証の意思表示の書面性

保証の意思表示——保証人からする意思表示のみを意味し、債権者の承諾の意思表示には書面は要求されない——は書面によることを要する（BGB766 条 1 文）。電子的方式（BGB126a 条参照）では本条の書面性は満たされない（BGB766 条 2 文）。書面による保証の意思表示は、保証人によって行われなければならない、主たる債務者が保証人から権限を与えられてこれを行った場合には、本条の要請は満たされない。書面性が満たされない場合、保証契約は無効である（BGB125 条 1 項）。BGB766 条の趣旨は、「主たる債務者が支払ってくれるから、自分は支払う必要がない」という軽率な期待から保証が引き受けられることがしばしばであるため、そのような性急さから保証人を保護し、警告することにある。この趣旨から、書面による意思表示には、債権者、主たる債務者、保証の意思、主たる債務の表示、限度額があればその額などの、保証の本質的事情が含まれていなければならないとされる。本条の趣旨から、連邦通常裁判所（以下 BGH）は、保証人によって行われた白地での保証の意思表示を債権者が後に補充することは——BGB766 条の方式に従って補充権限が付与されたのでない限り——認められないとした¹。

保証人が保証債務を履行した場合には、書面性が満たされないために保証契約が無効であるにもかかわらず、保証人が有効に債務を負うものと誤信していた場合であっても、書面性の瑕疵は治癒される（BGB766 条 3 文）。

保証の引受が、保証人にとって商行為である場合には、766 条は適用されない（ドイツ商法 350 条）。この場合には、性急な保証の引き受けからの保護は必要ないし、保証リスクを考慮に入れて対価（保証料）がとられているからである。

保証の意思表示が書面性を満たしていることの証明責任は債権者が負担するが、書面性を満たした保証の意思表示について、合意に反した白地補充が行われたことの証明責任は、保証人が負担する。

(2) 併存的債務引受との区別

意思表示の書面性に関連して、同じく人的担保として用いられるが、方式は不要とされ

¹ BGH, Urt. v. 29. 2. 1996, BGHZ132, 119.

る併存的債務引受（Sculdbeitritt）との区別が問題となる。これについて、通説判例は、併存的債務引受を認めるためには、従来の債務と併存するがそれに従属しない債務を生じさせる意思を認めるに足りる明確な手がかりがなければならないとしており、債務の履行に対して引受人が経済的利益を有する場合に、そのような事情が肯定されている。しかし、このような観点から決められない場合には、当事者によって選択された文言を考慮せずに、単なる保証が行われたものとされる。

3. 保証契約の良俗違反（付：オーストリア法および DCFR における取り扱い）

主たる債務者の近親による巨額の保証については、1994 年以来、これを良俗違反（BGB138 条）とする判例法理が形成されている。この判例法理においては、保証人の義務の範囲と支払い能力の不均衡の程度が決定的である。

（1） ドイツにおける判例法理の概要

まず、主たる債務者と保証人の間に特に密接な人的関係があり、かつ、引き受けた義務によって保証人が経済的に極端に過剰な負担を負う場合には、保証人が主たる債務者との感情的な結びつきや取引無経験のみに基づいて行動し、債権者がこれを非難すべき仕方でも利用したことが推定される。

特に密接な人的関係としては、とくに、親と子、配偶者間、婚姻類似の生活関係にある者の間、およびそれらと同様の密接な人的関係にある者の間の関係が問題となる。

また、経済的に極端に過剰な負担は、保証人が差押え可能な財産や収入を用いても発生する利息すら支払えないことが明らかなほどに、保証人の義務の範囲と支払い能力の不均衡が著しい場合に肯定される。この判断に際しては、保証人の支払い能力のみを考慮し、主たる債務者の支払い能力は考慮しない。また、保証以外にも担保がある場合、その担保によって、支払い能力と全く不釣り合いな請求を受けることから保証人が保護されているときには、極端に過剰な負担は存在しない。また、ドイツ倒産法（InsO）286 条以下による免責の可能性が存在することは、巨額の保証に対する BGB138 条の適用を排除しない²。

² BGH, Urt. v. 16. 6. 2009, NJW 2009, 2671. 本判決はその理由として、経済的に過剰な負担を負う配偶者や婚姻同様の共同生活者の明らかな意思の弱さを自己の利益のために利用しようとする金融機関を、138 条 1 項による無効というサンクションから守ることは、何年もかかり複雑でもある免責手続きの目的ではない、と述べる。

これに対して、保証人が保証に対して自らの経済的利益をもつ場合には、上記の推定は排除される。たとえば、保証人が融資によって得られた物の共有者となる場合である。しかし、融資を受けて建てられた家に保証人も住むというだけでは、上記の推定を排除するには足りない。

他方、債権者は、主たる債務者に弁済を促すという動機のほか、（とくに夫婦間で）主たる債務者から近親への詐害的な財産移転を防止する、あるいは予測できる将来において保証人が取得すべき相続財産を把握することに、近親による保証に対する利益を有するが、それだけで極端に過大な負担を課する保証が良俗に反しないとされることはない。債権者がこれらのことを期待する場合には、保証契約においてそのことが明確にされなければならない。そして、夫婦である主たる債務者と保証人が離婚し、財産の移転の可能性がなくなった場合には行為基礎が脱落し（BGB313条）、あるいは、相続開始以前の債権者による請求は権利濫用（BGB242条）とされる。

上記の推定が働かない、あるいは推定が排除された場合でも、保証人により引き受けられるべき義務やリスクを債権者が小さく見せかけた、あるいは、保証人の主たる債務者との感情的に密接な結びつきや取引無経験を債権者が反道徳的な仕方で利用し、そのために保証人の意思決定の自由が著しく制限されまたは排除された³などの事情を保証人が主張立証した場合には、保証契約は良俗違反により無効となる⁴。

その他、包括根保証の場合の保証人保護については、第2の3を参照。

（２） オーストリアの状況

オーストリアでも、暴利行為規定（オーストリア民法 879 条 2 項 4 号）を用いて、ドイ

³ たとえば、金融機関が、保証の必要性を知らず、融資交渉の際に主たる債務者の妻が保証をしないと述べたことには異議を述べず、貸付金の大部分を交付し、主たる債務者がそれを用いて事業活動を始め、貸付けが解約されれば事業をやめなければならない状態になって初めて、保証をしなければ貸付けを解約すると主たる債務者の妻に述べて保証をさせた事例がある（BGH, Urt. 2. 11. 1995, NJW 1996, 513）。

⁴ 判例の展開も含め、詳しくは、原田昌和「巨額な共同責任の反良俗性（一、二・完）——ドイツ良俗則の最近の展開——」法学論叢一四七巻一号二四頁、同一四八巻一号八五頁（以上二〇〇〇年）、原田昌和「極端に巨額な共同責任の反良俗性（一、二・完）——ドイツ良俗則の最近の展開・その二——」法学論叢一四八巻二号（二〇〇〇年）一八頁、同一四九巻五号（二〇〇一年）四六頁、齋藤由起「近親者保障の実質的機能と保証人の保護（一から三・完）——ドイツ法の分析を中心に——」北法五五巻一号一三頁、同五五巻二号六五七頁、同五五巻三号一一九頁（以上二〇〇四年）を参照。また、ドイツ語による BGH 判例のまとめとして、*Nobbe/Kirchhof, Bürgschaften und Mithaftungsübernahmen finanziell überforderter Personen*, BKR 2001, 5.を参照。なお、四1で述べるように、ドイツでは、サラ金やノンバンクに相当するものは普及していない。巨額な保証の良俗違反に関する諸判例で問題となった金融機関も銀行や貯蓄銀行であり、判例の展開の背後に、サラ金規制のような政策的な目的は存在しない。このようなが国との状況の相違にも注意されたい。

ツ法と類似の判例法理が展開していたが、1997年に以下のような定めが置かれるに至っている。本条と従来の判例法理は併存するものとされている⁵。

オーストリア消費者保護法 (KSchG) 25d 条 [減額権]

① 裁判官は、すべての諸事情を考慮して、共同責任負担者 (Interzedent) (25c 条) の義務がその支払能力と不当に不均衡である場合は、消費者が単なる共同責任負担者であるという事実およびかかる不均衡を基礎付けまたは引き起こした諸事情が債権者にとって認識可能であったときに限り、共同責任負担者の義務を減額しまたは完全に免除することができる。

② 1 項の判断に際しては、とくに以下の諸事情を顧慮しなければならない。

- 一 共同責任負担者が責任を引き受けることに対して債権者が有する利益
- 二 1 項に挙げた不均衡を基礎付けまたは引き起こした諸事情に対する共同責任負担者の過責
- 三 債権者の給付からの共同責任負担者の利益
- 四 軽率、強制状態、無経験、感情の興奮、義務を引き受ける際における共同責任負担者の債務者への依存性

(3) ヨーロッパ私法共通参照枠組草案 (DCFR)

ヨーロッパ私法共通参照枠組草案 (DCFR) は、消費者による近親者保証について、以下のような規定を定めている⁶。基本的にはイギリス法にならい、説明義務や独立の助言を受けさせる義務で対応しようとしている点が、特徴的である。

DCFR IV.G -4:103 条

- ① 債権者は、保証が引き受けられる前に、保証を引き受けようとする者に対して、以下のことを説明する義務を負う。
- (a) 引き受けられた保証の一般的効果、および
 - (b) 債権者に入手可能な情報によれば、主たる債務者の財産状況から考えて、保証人がさらされるかもしれない特別なリスク
- ② 主たる債務者と保証人の間の信頼 (trust and confidence) 関係のために、保証人が自

⁵ 齋藤由起「過大な責任からの保証人の保護」ジュリスト 1417 号 82 頁注 (30)。Vgl. auch Peterlunger, Angehörigenbürgschaft, Sittenwidrigkeit von Haftungsvereinbarungen, 2009.

⁶ von Bar / Clive / Schulte-Nölke (Hg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition 2009.

由にまたは適切な情報を備えて行動していない重大なリスクがあることを、債権者が知り、または知る理由がある場合には、債権者は、保証人が独立の助言を受けたことを確認する義務を負う。

- ③ 前二項の定める情報または独立の助言が、保証人が保証の申込みまたは保証契約に署名する少なくとも 5 日前までに与えられなかった場合には、保証人は、情報または独立の助言の受領後合理的な期間内に、申込みを撤回し（revoke）または契約を取消す（avoid）ことができる。
- ④ 1 項および 2 項に反して、情報または独立の助言が与えられなかった場合には、保証人は、いつでも、申込みを撤回し（revoke）または契約を取消す（avoid）ことができる。
- ⑤ 前二項の定めるところに従い、保証人が申込みを撤回し（revoke）または契約を取消した（avoid）場合には、当事者によって取得された利得の返還は Book VII（不当利得）の定めるところによる。

4. クーリングオフの可能性

（1） 訪問取引を理由とする撤回権

保証契約が BGB312 条 1 項の訪問取引に該当する場合には、BGB355 条に基づき、保証人には撤回権（いわゆるクーリング・オフ権）が与えられる。この問題は、かつて激しく争われたものである。まず問題となったのが、保証契約は「有償の給付を目的とし」（BGB312 条 1 項⁷参照）ているのかという点であったが、欧州司法裁判所（EuGH）は、訪問取引撤回指令の保証への適用に関して、債権者が主たる債務者に対して貸付金を交付し即時の返還を求めないこととしている点に有償の給付は存在するとした。しかし、欧州司法裁判所は、同時に、付従性を理由に、訪問取引撤回指令を保証に適用するためには、

⁷ BGB312 条（訪問取引の場合の撤回権） ① 反対給付に対する有償の給付を目的とし、かつ消費者が、

1. その者の労働の場所または私的住居の領域内での口頭による交渉により、
2. 事業者または第三者によって、少なくとも事業者の利益のためにも実施された余暇時間の催しに際して、または、
3. 交通機関または公けに通行可能な場所（道路、公園、ショッピングモールなど——訳者注）の領域の中での不意打ち的な話しかけに引き続いて、
締結することを決めた、事業者と消費者の間の契約（訪問取引）の場合には、消費者には、BGB355 条に基づく撤回権が帰属する。〔2 項以下略〕

保証人が訪問取引の枠内で消費者として保証を引き受けただけでなく、消費者が訪問取引の枠内で引き受けた主たる債務を保証が担保することも必要であるとした⁸。これに対して、BGH は、訪問取引指令は加盟国に最低限平準化（各加盟国は指令の定める保護水準を下回することはできないが、上回ることはできる）を求めているにすぎないとして、主たる債務がどのような法的性質のものであろうとも（たとえば事業向け融資であつても）、保証人が訪問取引の枠内で消費者として保証を引き受けた場合には、BGB312 条 1 項は保証契約に適用されるとした⁹。

（２） 通信取引を理由とする撤回権

消費者たる保証人には、通信取引を理由とする撤回権（BGB312 条 d）は認められない。なぜなら、BGB312 条 b¹⁰によれば、通信取引は事業者による商品供給または役務提供に関する契約でなければならないところ、保証契約の場合、役務を提供するのは消費者たる保証人だからである。

（３） 消費者信用を理由とする撤回権

保証人は借主ではないので、保証契約は、BGB491 条¹¹の消費者信用契約ではない。したがって、保証人には、BGB495 条、BGB355 条に基づく撤回権は認められない。2002 年 1 月 1 日施行の債務法現代化法に関して、立法者は、消費者信用法を廃止して、消費者消費貸借に関する規律（BGB491 条以下）を BGB に取り入れたが、保証については述べられておらず、消費者信用の規律を保証契約に適用しない判断をしたものとみられる。したがって、ここには規律欠缺は存在せず、消費者信用に関する規律を類推適用することは認められない¹²。

⁸ EuGH Urt. v. 17. 3. 1998, NJW 1998, 1295.

⁹ BGH Urt. v. 10. 1. 2006, BGHZ 165, 363.

¹⁰ BGB312b 条（通信取引契約） ① 通信取引契約とは、もっぱら遠隔通信手段を用いて、事業者と消費者の間で締結される商品の引渡し、または金融サービス給付を含む役務の提供に関する契約をいう。
〔以下略〕

¹¹ BGB491 条（消費者消費貸借契約） ① 貸主である事業者と借主である消費者との間の有償の消費貸借契約（消費者消費貸借契約）には、本条 2 項または 3 項もしくは BGB503 条から BGB505 条に別段の定めがない限り、本節の規定が適用される。〔2 項以下略〕

¹² EuGH Urt. v. 23. 3. 2000, NJW 2000, 1323 も、保証は消費者信用指令の対象ではないとする

5. 付従性

(1) 成立の付従性

保証債務は、主たる債務に付従する。まず、成立の付従性の結果として、有効な主たる債務がなければ、保証債務も成立しない。将来債務ないし停止条件付債務の場合には、保証人は、主たる債務発生後にしか義務を負わない。たとえば、消費貸借が無効であったなどの理由により主たる債務が無効の場合には、保証債務も発生しない。この例で、債権者が主たる債務者に対して不当利得返還請求権を有する場合に、保証人がこれについて責任を負うかどうかについては見解が分かれる。結局は契約解釈の問題であるが、BGHは、保証人が保証を好意から引き受けたのか、それとも、保証人が商人として自らの経済的利益を追求したのかで区別し、後者について、保証債務は不当利得返還請求権をも担保するとした (BGH NJW 1987, 2076)。

(2) 内容上の付従性

保証債務は、主たる債務に内容上も付従する。これにつき、767条1項1文は、「保証人の債務については、主たる債務のそのときの現状を基準とする」と定める。たとえば、BGB280条以下に定める主たる債務者の責めに帰すべき義務違反を理由とする損害賠償義務について、保証人は責任を負わなければならない (BGB767条1項2文)。また保証人は、主たる債務者に対する解約告知費用ならびに訴追費用についても、責任を負わなければならない (BGB767条2項)。ただし、付従性の制限として、保証人の債務は、主たる債務者が債権者との間で保証の引受後に行った行為によっては拡張しない (BGB767条1項3文)。

(3) 随伴性

付従性の一内容として随伴性が認められる。債権者が主たる債務を譲渡した場合には、保証債務もまた新債権者に移転する (BGB401条1項)。これに対して、独立的債務引受 (414条以下) による主たる債務者の交代の後には、保証債務は通常存続しない。

(4) 主たる債務者が有する抗弁権の行使

保証人は、主たる債務者が有する抗弁権を行使することができる (BGB768条1項1文)。

本条の抗弁権としては、とくに主たる債務の支払猶予、債権時効（BGB214 条 1 項）、留置権（BGB273 条）がこれにあたる。

主たる債務者がこれらの抗弁権を放棄した場合でも、保証人はその抗弁権を失わない（BGB768 条 2 項）。その趣旨は、BGB767 条 1 項 3 項におけると同様に、主たる債務者の計算不可能な行為から保証人を保護するという点にある。

BGB768 条は、主たる債務者の有する取消権や相殺権のような形成権には適用されない。しかし、主たる債務者がその債務の基礎となる法律行為を取消す権利を有する場合（BGB770 条 1 項）、および、債権者が期限の到来した主たる債務者の債権に対する相殺によって満足を受けることができる場合（BGB770 条 2 項）は、これら権利が主たる債務者に帰属している間、保証人は給付拒絶権を主張することができる。BGB770 条 1 項は、解除（Rücktritt）や減額（Minderung）のような他の形成権にも類推適用される。また、たとえば、主たる債務者が債権者に対して故意不法行為に基づく損害賠償債権を有する場合には、BGB393 条により主たる債務者からしか相殺ができないため、BGB770 条 2 項は適用されないが、保証人は同条 1 項または 2 項の類推適用により給付拒絶権を有する（同様の例として BGB394 条も参照。Looschelders, SR BT Rn.973; Jauernig/Stadtler, § 770 Rn. 7）。

主たる債務者が死亡した場合、保証人は、1975 条以下により相続人がその債務につき限定的にのみ責任を負うことを援用できない（BGB768 条 1 項 2 文）。この規定の根拠は、保証の担保目的にあり、倒産計画による主たる債務の減額の場合にも妥当する（ドイツ倒産法 [Insolvenzordnung] 254 条 2 項 1 文）。

（５） 消滅の付従性

保証債務は、主たる債務の消滅とともに消滅する（BGB765 条 1 項。BGB767 条 1 項 1 文）。主たる債務の消滅原因としては、弁済（BGB362 条）、代物弁済（BGB364 条）、相殺（BGB387 条以下）などがこれにあたる。

6. 補充性と連帯保証

保証人は通常、補充的にしか責任を負わない。BGB771 条 1 項によれば、保証人は、債権者が主たる債務者に対して試みた強制執行がその目的を達しなくなるまでは、債権者の満足を拒絶することができる（先訴の抗弁。金銭債権についての保証の場合の強制執行の

試みについては BGB772 条が詳細を定める¹³⁾。ただし、強制執行が不首尾に終わった場合には、その費用は保証人が負担する (BGB767 条 2 項)。また、保証人が先訴の抗弁を援用した場合には、債権者が主たる債務者に対して試みた強制執行が目的を達しなくなるまで、保証人に対する債権者の請求権の時効は停止する (BGB771 条 2 項)。

先訴の抗弁は、放棄することができる (BGB773 条 1 項 1 号。連帯保証)。保証人がこの抗弁を放棄するには、BGB766 条の書面の方式が必要である。特に銀行は、保証人に先訴の抗弁権を初めから放棄させるのが通常である。先訴の抗弁を排除する法定の事由としては、主たる債務者の住所や営業所の変更によって主たる債務者に対する訴追が著しく困難になった場合、主たる債務者についての破産の開始、主たる債務者に対する強制執行により満足の得られないことが明らかな場合が定められている (BGB773 条 1 項 2 号から 4 号)。また、保証人が商人であり、彼にとって保証が商行為である場合には、先訴の抗弁は排除される (ドイツ商法 349 条 1 文)。

7. 免責請求権と担保保存義務

(1) 主たる債務者に対する免責請求権

保証人と主たる債務者の間に、委任、事務管理または事務処理契約が存在する場合、委任に関する規定によれば、受任者は委任者に対して費用前払請求権 (BGB669 条) および費用償還請求権 (BGB670 条) を有する。このとき、債権法の一般規定である BGB257 条によると、償還請求権者は、償還義務者に対して無制限の免責請求権を取得しうる。しかし、免責請求を受けた主たる債務者がこれを履行するには、主たる債務を弁済する等しなければならず、当初保証人を立てることによって得られた信用を結局失うことになる。そこで、BGB775 条は、保証の場合に免責請求権を制限して、主たる債務者の財産関係が著しく悪化した場合 (1 項 1 号)、主たる債務者の住所や営業所の変更によって主たる債務者に対する訴追が著しく困難になった場合 (1 項 2 号)、主たる債務の遅滞の場合 (1 項 3 号)、

¹³⁾ BGB772 条 (債権者の執行義務と換価義務)

① 金銭債権について保証が存在する場合は、強制執行は、主たる債務者の動産に対して、その住所において、かつ、主たる債務者が他の場所に営業所を有するときはその場所においても、住所および営業所がないときはその居所において、試みられなければならない。

② 債権者が主たる債務者の動産のうえに質権または留置権を有する場合は、債権者は、その物からも満足を試みなければならない。債権者が他の債権のためにもその者のうえにこれらの権利を有する場合は、その物の価額によって両債権が満たされる場合に限り、第 1 文の規定を適用する。

債権者が保証人に対して履行につき執行力ある判決の言い渡しを受けた場合（1 項 4 号）に限り、保証人に免責請求権を与えることにした。

免責請求を受けた主たる債務者がこれを履行するには、主たる債務を弁済するか、別の保証人や担保を提供する等しなければならないが、主たる債務者がまだ弁済期に達していないときは、主たる債務者は、保証人に対して担保を提供することで足りる（BGB775 条 2 項）。

BGB775 条は任意規定であるので、免責請求権は、放棄することができる。その際には、BGB766 条の書面の様式は必要ない。なお、実務においては、たいていの場合、免責請求権が実際に問題となることはない。

（２） 債権者の担保保存義務

保証人が債権者を満足させた場合には、主たる債務とともに、主たる債務を担保する従たる権利（抵当権、質権、共同保証人等）も保証人に移転する（BGB774 条、412 条、401 条 1 項）。債権者が主たる債務者に対して有するこれらの権利を放棄すると、保証人はそれらの移転を受けられなくなってしまい、不利益を受ける。そこで、債権者がこれら担保権を放棄することによって保証人の求償権を害した場合には、担保権の成立時期を問わず（担保権が保証の引受の後に成立したものであっても）、保証人は、それらの担保権から償還を受けることができたであろう限度で、責任を免れる（BGB776 条）。

本条の放棄は、故意かつ積極的なものでなければならず、過失によるものを含まない。たとえば、担保財産の価値が低下するまで目的物の換価を行わなかったなどのように、債権者の過失によって担保物の価値が低下した場合には、本条の適用はない。ただし、この場合、債権者の行為が主たる債務者に対する義務違反（BGB276 条）となる可能性があり、そのときは、保証人は、BGB768 条 1 項 1 文（相殺済みの抗弁）または BGB770 条 2 項（相殺可能性に基づく履行拒絶権）に基づく抗弁権を主張することができる。

8. 保証人から主たる債務者への求償

保証は債権者の債権担保であって、主たる債務者を給付から解放するためのものではないから、保証人が債権者を満足させた場合には、保証人は主たる債務者に対して求償することができる。その際の請求権としては、以下の 2 つのものが問題になる。

（１） 法律による債権の移転（BGB774 条）

BGB774 条によれば、保証人が債権者を満足させた場合には、その限度で、主たる債務者に対する債権者の債権が消滅せずに保証人に移転する。以上の債権の移転は保証法によるものであり、主たる債務者と保証人の間に特別の法律関係があるかどうかにかかわらない。この債権の移転とともに、BGB412 条、401 条によって、債権者の債権について存在する付従的な担保権（抵当権、船舶抵当権、質権）も保証人に移転する。これに対して、土地債務、譲渡担保あるいは所有権留保のような付従的でない担保は、法律によって保証人に移転しないが、保証人は、774 条・412 条・401 条の類推適用により、これらを保証人に移転するように求める債務法上の請求権を債権者に対して有する。

また、774 条 1 項 2 文によれば、この債権の移転は、債権者の不利益に主張することはできない。たとえば、債権者 G が主たる債務者 S に対して、質権によって担保された 1000 ユーロの債権を有しており、保証人 B が 700 ユーロを支払った場合には、700 ユーロの限度で、G の質権が B に移転する。この場合、質物が 400 ユーロで競売された場合には、G が 300 ユーロを取得し、B が 100 ユーロを取得する。

債権の移転によって主たる債務者の法的地位が悪くされるべきではないため、主たる債務者は、債権者に対して有していた抗弁権を、保証人に対しても主張できる（BGB774 条 1 項、BGB412 条、BGB404 条）。とくに時効期間は債権移転によって影響を受けないため、事案によっては、保証人への移転後すぐに時効が完成することもありえ、この点に、法律による債権の移転という構成による求償権の短所がある。また、主たる債務者は、主たる債務者と保証人の間の法律関係に基づく抗弁権も主張することができる（BGB774 条 1 項 3 文）。

（２） 保証引受の基礎となっている法律関係に基づく費用償還請求権

次に、保証人が債権者に満足を与えた場合、保証人と主たる債務者の間の債務関係——委任（BGB662 条以下）、有償事務処理契約（BGB675 条 1 項）、事務管理（BGB677 条以下、BGB683 条）——からも、保証人に費用償還請求権が生じうる。この請求権は債権者に由来せず、保証人の給付によって始めて発生するから、保証人の請求に対して、主たる債務者は債権者に対して有する抗弁権を主張できないし、時効も、債権者の債権とは別個に計算される。主たる債務者は、保証人の請求に対して、主たる債務者と保証人の間の内部関

係に基づく抗弁権しか主張できない（たとえば、主たる債務者による相殺や取消しの可能性に基づく履行拒絶権を、保証人が債権者に対して主張しなかったことを理由とする、損害賠償請求）。もっとも、この費用償還請求権は、BGB412条、BGB401条によっては担保されない。

保証人が、自己に移転された債権のほかに、この費用償還請求権を持つ場合、保証人は、主たる債務者に対して、内容の異なる二つの請求権を有する。保証人は、主たる債務者に対する求償権を行使するときには、この債権のどちらかを選択することができる。

第 2 保証の諸形態

1. 共同保証 (Mitbürgschaft)

共同保証とは、同一の主たる債務について数人が保証債務を負担することをいう。共同保証人は、427 条と異なり、保証人が互いに無関係に、さらには互いのことを知っていても知らなくても、連帯債務者として責任を負う（保証連帯。BGB769 条）。よって、債権者と外部関係においては BGB421 条から BGB425 条が適用される。

共同保証人間の求償については BGB426 条が適用され（BGB774 条 2 項）、共同保証人は、別段の定めがない限り、等しい割合で義務を負う。

2. 期間保証 (Bürgschaft auf Zeit)

期間保証とは、既存の債務について一定の期間（終期）を定めて保証することをいう。将来の債務や条件付の債務について、主たる債務者が債権者に対して一定期間内に負担した債務についてのみ保証した場合（下記包括根保証の項を参照）とは異なる。期間保証の場合、終期の到来によって、保証人の義務は消滅する。BGB777 条はこれを防ぐ手段を定める。

すなわち、保証人が 771 条の定める先訴の抗弁権を有する場合には、債権者は、BGB772 条にしたがい主たる債務者に対して遅滞なく債権の取立てを行い、その手続きを著しい遅滞なく継続し、かつ、手続きの終了後遅滞なく、保証人に請求する旨を保証人に通知しなければならない（BGB777 条 1 項 1 文）。この通知が適時に行われた場合には、保証人は、手続きが終了した当時における主たる債務の範囲で責任を負う（BGB777 条 2 項前段）。保証人が先訴の抗弁権を有しない場合には、債権者は、終期の到来後遅滞なく、保証人に請求する旨を保証人に通知しなければならない（BGB777 条 1 項 2 文）。この通知が適時に行われた場合には、保証人は、その期間が経過した当時における主たる債務の範囲で責任を負う（BGB777 条 2 項後段）。

3. 包括根保証 (Globalbürgschaft)

実務上、銀行は、しばしば、一定の取引関係から生ずる主たる債務者の現在および将来のすべての債務について、限度額なしに保証することを求めることがある。このような保証も、主たる債務の特定性を欠くことはないが、包括根保証を定める約款条項が、約款規制において不意打ち (BGB305c 条 1 項) とされる可能性はある。さらに、約款における包括根保証条項が、BGB767 条 1 項 3 文 (保証の引受け後に主たる債務者が行った法律行為によって保証人の義務を拡張することはできない) の法思想と結びついて不当に不利益 (BGB307 条 2 項 1 号) なものとして、約款規制により、保証人の責任が、保証の引き受けの誘因 (Anlass) となった債権に制限されうることとも判例上認められている¹⁴。したがって、包括根保証を有効に行うには、個別合意が必要である。

4. 最終不足額支払保証 (Ausfallbürgschaft)

最終不足額支払保証とは、債権者が相当な注意を払い、債務者の財産に対する適時の強制執行や他の担保の換価によってもなお満足を受けられない最終不足額があることを債権者が主張立証した場合に、その額についてのみ保証人が責任を負うというものである。保証債務の補充性をより強化したものといえることができる。

5. 副保証 (Nachbürgschaft)

副保証とは、共同保証とは異なり、主たる債務ではなく、(主たる) 保証人の保証債務をさらに保証するものである。したがって、保証事故の際に (主たる) 保証人が債権者を満足させることができなかった場合に、副保証人は債権者に対して責任を負う。副保証人が債権者を満足させた場合、主たる債務者に対する債権者の債権とともに (BGB774 条 1 項 1 文類推による)、(主たる) 保証人に対して債権者が有する保証上の請求権も (BGB412 条、BGB401 条による)、副保証人に移転する。

¹⁴ BGH 18. 5. 1995, BGHZ 130, 19. 川地宏行「根保証人の責任減免に関するドイツの判例法理」クレジット研究 33 号 165 頁以下 (2005 年)。この判例法理は限度額根保証にも妥当する。

6. 再保証（求償保証。Rückbürgschaft）

再保証とは、債権者の債権ではなく、主たる債務者に対する（主たる）保証人の将来の求償債権を担保するものである。再保証人が（主たる）保証人に満足を与えた場合には、再保証人は BGB774 条 1 項類推適用に基づき主たる債務者に対する求償権を取得する。

7. 請求即払い保証（Bürgschaft auf erstes Anfordern）¹⁵

通常の保証において、主たる債務が存在しない場合、付従性により、保証人は保証債務を履行する必要はない。これに対して、請求即払い保証が合意された場合、債権者が保証事故の発生を主張して保証債務の履行を主張したときには、保証人はこれを履行しなければならない、付従性に基づく抗弁を主張することはできない。ただし例外的に、付従性に基づく抗弁に理由があることが明白か、少なくとも確実に証明できる場合には、保証人は、債権者からの請求に対して権利濫用の抗弁（BGB242 条）を主張することができる。請求即払い保証においては、付従性は排除されているのではなく、緩和されているにすぎず、保証人がいったん保証債務を履行したあとで、あらためて、以下のように、保証人—債権者間、主たる債務者—債権者間で付従性に基づく調整が問題となる。

まず、主たる債務が存在しない場合は、保証人は、保証債務をいったん履行したあとで、債権者に対して、付従性を理由とする不当利得返還請求（BGB812 条 1 項 1 文前段）を行うことができる。ただし、主張立証責任については、通常的不当利得返還請求と異なり、債権者の側が、主たる債務の存在や保証事故の発生に関する主張立証責任を負う。

また、債権者からの請求を受けて保証債務を履行した保証人が主たる債務者に求償した場合、請求即払い保証委託契約の趣旨から、主たる債務者は、主たる債務の不存在を理由として保証人への支払いを拒絶することはできない。この場合、求償に応じた主たる債務者は、主たる債務者と債権者の間の担保提供に関する合意に基づき、債権者に対して返還請求を行うことができる。

請求即払い保証・請求即払い損害担保の利用は、国際取引・建設工事請負契約において

¹⁵ 以下の記述は主に、潮見佳男「ドイツにおける請求即払保証・損害担保の法理」法学論叢 154 巻 4・5・6 号 207 頁以下（2004 年）を参照した。

のものが中心であるが、契約の自由により、請求即払い保証を引き受けることができる人的資格は、これらの者に限られない。ただし、以下のような制限がある。まず、銀行取引について経験をもたず、請求即払い保証の法的制度に精通しているわけでもない者が個別交渉を経て（約款によらずに）請求即払い保証を引き受けた場合、信義則に照らすと、保証人となるべき者が民法上の保証との違いや請求即払い保証から生じるリスクを明確に認識することとなるような教示を期待してよいときには、債権者には、保証人に対する特別の指示・説明義務が課され、この義務の違反があった場合には、単純な保証契約しか成立しない。また、約款によって請求即払い保証が引き受けられた場合において、当該取引領域において請求即払い保証の引き受けが取引慣行になっていないとき、すなわち、このような条項の存在することが典型的に予定されておらず、かつ債権者にとってこのような資金確保の必要性も存在しないときには、約款規制において、請求即払い条項は不意打ちとなる（BGB305c 条）。さらに、約款規制に関する BGH によれば、請求即払い保証は上記のように付従性の原則を保証人に極めて不利に制限するものであるから、BGB307 条 2 項 1 号（法律上の規律の本質的原則と合致しない条項を、相手方に不当に不利益を与えるものとする）に基づき、約款によって請求即払い保証を引き受けることは、原則として金融機関にしかできない。BGB768 条（付従性に基づく抗弁権）および BGB770 条（取消、相殺可能性に基づく抗弁権）に基づく抗弁権を書面によって完全に放棄することは、債権者に対する事後の返還請求の可能性が残されている場合であっても、約款規制の観点から、307 条 2 項 2 号（契約の性質から生じる権利義務を著しく制限する条項を、相手方に不当に不利益を与えるものとする）により、一般的に（すなわち金融機関が保証を引き受ける場合でも）無効とされる。

第3 保証類似の人的担保

1. 併存的債務引受 (Schuldbeitritt)¹⁶

保証が他人の債務について保証するにすぎないのに対して、併存的債務引受には付従性がなく、引受人は固有の債務を負う。引受人の債務は、引受当時における従来の債務を基準とし、引受当時存在する抗弁権を主張することができるが、引受後の存続については、従来債務と独立する。引受人は従来債務者とともに連帯債務者の地位に着き、BGB422条からBGB424条により絶対的効力が生じる場合を除き、債務者の1人について引受後に生じた事由（消滅時効など）は相対的効力しか生じない（BGB425条）。併存的債務引受と保証との区別については、第1の2（2）を参照。

2. 損害担保契約 (Garantievertrag)

損害担保は、法律上明示的に規定されていない人的担保手段である。損害担保契約は、担保引受人 (Garant) が債権者 (Garantienehmer) に対して、担保した結果の不発生あるいは危険の実現によって生じた損害を補償することを約束する契約である。担保引受人の債務は、損害担保事故が発生したときに生じ、有効な主たる債務が存在するかどうか、どのくらいの額かに左右されない。保証の場合と異なり、担保引受人の責任に付従性はない。

損害担保契約は、保証契約よりも広範な責任を生じるが、通説によれば、BGB766条の書面の方式は適用されない。ある者が第三者の負う債務の履行を担保した場合、損害担保契約と補償契約の区別が問題になるが、損害担保を引き受けるについては、通常、担保引受人の強い（経済的）利益が必要とされ——ただし、あくまで区別の手がかりにすぎない——、はっきりしない場合には、保証と考えるべきであるとされている。

¹⁶ 以下の記述は、椿寿夫・右近健男『ドイツ債権法総論』（日本評論社、1988年）383頁以下も参考にした。

3. 信用委任 (Kreditauftrag)

信用委任とは、受任者が委任者に対して、自己の名においてかつ自己の計算をもって第三者に信用を与える義務を負い、受任者が第三者に信用供与をした後は、委任者が信用供与によって生ずる第三者の債務につき BGB765 条以下の意味での保証人として責任を負う契約である (BGB778 条)。保証契約の場合の債権者と異なり、受任者は信用供与義務を負う。契約当事者間の関係は、信用供与までは、委任 (BGB662 条以下) または有償事務処理に関する諸規定 (BGB675 条 1 項) のみによって規律される (ただし、受任者の費用前払請求権に関する BGB669 条は適用されない)。したがって、BGB766 条の書面の方式に関する規定は適用されない。信用供与後は、778 条により、委任者は受任者に対して、信用供与によって生ずる第三者の債務につき BGB765 条以下に基づき保証人として責任を負う。そのため、委任の場合の費用償還請求権に関する一般規定である BGB670 条は適用されない。

保証と信用委任の区別基準としては以下のようにいわれている (とくに書面の要否との関係で重要である)。委任者の保証人としての責任は、778 条により、法律に基づいて生じるものであるが、そうであるとしても、委任者の側に、保証人としての義務を負担する意思が存在していなければならない。このことの徴表と考えられているのが、信用供与に対する委任者自身の経済的利益の存在である。ただし、銀行は通常、委任者と別個に保証契約を締結しているため、778 条の実務上の意義は大きくない。

4. 支援表明 (Patronatserklärung)

支援表明とは、第三者 (銀行) の債務者である企業 (被支援者、Protegé) の信用能力をよくする目的をもって、その企業に資金を供与する、あるいは影響を及ぼす旨の、支援者 (Patron) の第三者に対する表明である。コンツェルンの親会社の子会社のために行う場合が多い。わが国でいう経営指導念書に相当する。

支援表明には大きく分けて、法的拘束力がなく、原則として損害賠償義務も基礎付けない「弱い支援表明」と、支援者が被支援者に対して貸付金の返済に必要な資金を供与する義務を負う「強い支援表明」とがある。

強い支援表明の場合、支援者は債権者に対して、被支援者に資金を供与する義務を負う

が、債権者に対して直接に支払義務を負うことはない。ただし、支援者が資金供与義務を履行しない場合には、債権者に対して損害賠償義務を負う。また、主たる債務が存在しない場合には、支援者の資金供与義務も存在しない。したがって、支援表明は、保証と同様に、付従的な担保であるといえることができる。

なお、支援表明が行われる目的として、保証の場合には、これを貸借対照表に注記しなければならない（ドイツ商法 251 条 1 項）のに対して、この義務を免れるために支援表明が行われるといわれるが、強い支援表明の場合には、注記義務を免れることはできないと解するのが一般的見解である¹⁷。

¹⁷ 支援表明については、椿久美子「保証予約および経営指導念書の法的効力」椿寿夫・伊藤進編著『法人保証の研究』（有斐閣、2005 年）140 頁以下、同「外国の法人保証（4）——ドイツ法における法人保証」同書 252 頁以下を参照。

第4 保証制度の利用実態

本節の記述は、主に筆者の個人的な知り合いを通じて尋ねてもらったものをまとめたものである。残念ながら、銀行の融資担当者の話を聞くことはできなかったが、一般的な運用実態をある程度把握することは可能と思われる。

1. 個人ローン（消費者ローンや住宅ローン）の実情

ドイツでは、住宅ローン、消費者ローンは、主に銀行や貯蓄銀行（Sparkasse。州立の金融機関）が取り扱っている。日本でよく見られるノンバンクやサラ金は、存在しないわけではないようだが、普及しておらず、消費者は質屋を利用することが多いようである。

銀行や貯蓄銀行からローンを組む場合は、担保または保証が求められる。ただ、小額の場合は、長年の取引状況、一定額の預金残高や一定の収入などがあるときには、無担保で認められる場合もある。

住宅ローンで住宅を購入する場合には、住宅と土地に抵当権（Hypothek）を設定するだけのことが多く、購入した住宅で店舗や居酒屋（Kneipe）を開くなど、抵当権で足りない場合に、保証人が求められているようである。

なお、ドイツでは、Creditreform という保証調査会社の信用調査が広く用いられており、銀行や弁護士、あるいは申請が認められると一般企業もその信用調査を請求することができる。そのため、多重債務者や企業が、その信用調査にネガティブな結果が掲載されると、ローンの申込み、クレジットカードの発行、携帯電話の申込みなどが一挙に難しくなってしまう。

また、企業保険の分野では、取引信用保険もある程度普及しており、その保険に申し込むことで、当該企業に関する取引信用保険会社の独自のデータを利用することもあるそうである。

2. 経営者保証の実情

銀行の融資担当者の話を聞けなかったため、実際の運用については不明だが、過剰な保証が良俗違反とされた判例を調査した範囲では、少なくとも、それほど大きくない企業への融資について経営者の保証を求めることはしばしばあるようである。

3. 保証会社の実情

ドイツには、保証銀行（後述6）というものがあり、中小企業向け融資について保証を引き受けている。しかしそれ以外には、銀行が保証を引き受ける場面を除き、保証を専門とする会社の存在は少なくとも一般的ではないようである。

4. 家賃債務保証の実情

ドイツでは、一般の借主については、部屋を借りる際に、敷金（Kaution）に加えて保証人を求められることはない。ただ、敷金を納めない場合には、銀行による保証を求められるとのことである。また、例は少ないが、過去3か月分の給与証明のコピーなどの提出を求める貸主もいるようである。

これに対して、学生が部屋を借りる場合には、敷金に加えて、父などが連帯保証人になることを求められる場合がしばしばあるとのことである。

5. 就職の際などにおける身元保証の実情

ドイツには、わが国における身元保証のようなものはみられないようである。

6. 保証銀行による保証¹⁸

¹⁸ 以下の記述は、中小企業総合事業団調査国際部「ヨーロッパの信用保証制度～ドイツ～」信用保険月報2001年11月号46頁以下、ウルリッヒ・シュトゥンプ（田原宏訳）「ドイツの保証銀行～中小企業の金融面のパートナー～」信用保険月報2004年10月号9頁以下に拠ったほか、保証銀行のインターネットサイトを参照した。

保証銀行（Bürgschaftbank）¹⁹は、金融機関からの中小企業向け貸付けを保証することにより、経営が健全でありながら金融機関にとって受け入れ可能な担保をもたない中小企業の資金調達を支援することを目的とする。保証銀行の前身は信用保証協会（Kreditgarantiegemeinschaft）であり、かつては多数存在したが、統合され、現在は各州に少なくとも一つの保証銀行が存在する。

保証銀行の創設者および株主は、手工業会議所、商工会議所、同業者組合、各種業者団体、金融機関および保険会社であるが、事業活動の結果として得られた剰余金を株主に配当することは許されない。連邦や州による出資はないが、非営利法人としての性格から所得に対する課税を免除し、また、保証銀行に再保証を与えることにより保証銀行の活動を支援している。

保証銀行による保証の対象となるのは、創業資金、事業の譲渡および承継に必要な資金、設備資金および運転資金、フランチャイズおよびリースにかかる資金などである。保証限度額は 100 万ユーロ、保証期間は通常分については 15 年まで、保証割合は 80% までとなっており、企業は保証料を支払って保証を引き受けてもらう。通常は、融資した金融機関を通して保証が申し込まれるが、20 万ユーロ（ただし州により異なる）までの借入れを希望する小規模企業については、直接申し込みも受け付けられている。

保証銀行が企業に対して（再）保証人を提供させることはない。物的担保についても、保証銀行による保証のそもそもの目的が、金融機関にとって受け入れ可能な担保がないために融資を受けられない企業の支援であるため、提供が求められることはない。

保証銀行の保証割合は最高で融資額の 80% であり、残り 20% は融資した金融機関がリスクを負担する。80% のうち一定割合を連邦政府および州政府が再保証する。上記のように、保証人や物的担保が求められないため、保証事故が起きた際の回収は小額にとどまり、結局、未回収のリスクは、金融機関、保証銀行、連邦政府および州政府で分担することになる。そのためもあって、保証銀行の審査は厳しいとのことである。

〈後注〉

第 1 から第 3 の記述は、主に、Medicus / Lorenz, Schuldrecht II Besonder Teil, 15. Aufl., 2010, S. 327ff.; Looschelders, Schuldrecht Besonder Teil, 5. Aufl., 2010, S. 333ff.; Brox / Walker, Besonderes

¹⁹ Bank とあるが、直接に貸付を行っているわけではない。ドイツでは、保証機関も、金融制度法（日本の銀行法に相当）による規制を受けている。

Schuldrecht, 34. Aufl., 2010, S. 388ff.; Jauernig / Stadler, BGB, 13. Aufl., 2009, S. 1055ff.; 右近健男編『注釈ドイツ契約法』（三省堂、1995 年）650 頁以下；椿久美子「外国の法人保証（4）——ドイツ法における法人保証」椿寿夫・伊藤進編著『法人保証の研究』（有斐閣、2005 年）252 頁以下を参考にした。

原 田 昌 和（はらだ・まさかず）

イングランドの保証制度

第 1 保証制度の概要¹

1. 保証契約の成立

保証契約成立の主な要件としては、①合意、②約因があげられ、③書面があげられる。保証契約の取消し事由として、④能力の欠如、⑤錯誤・不実表示、⑥強迫・不当威圧法理などがあげられる。

(1) 保証契約成立の合意

申込みと承諾の意思表示の合致により合意が成立するという点は、日本法と同じである。契約上の引受文言について、それが十分約束的 (sufficiently promissory) であることが要件とされており、親会社の子会社には債務の支払能力があることを示唆したコンフォート・レターだけでは、保証は強制力のあるものとはならないとされる²。

¹ イングランドの保証制度に関する邦語文献として、田井義信「英米法における保証制度の概要」手形研究 334 号 (1982) 22 頁以下、山根眞文「英国法における保証(Suretyship)」金融法務事情 1129 号 (1986) 41 頁以下がある。

² *Kleinwort Benson Ltd v. Malaysia Mining Corp Bhd* [1989] 1 All ER 785.

（２）約因との関係

英米法の契約成立に関する一般法理に従い、契約は捺印証書(deed)によりなされるか、約因（約束者に生じる利益、受約者が受ける損失）の存在がないと強制力を有しない。保証契約においては、債権者が保証される取引に入ることが約因とみなされる。ただし、過去の約因は強制力の根拠とならないため、保証される取引に遅れて保証契約が締結された場合は、その保証契約は拘束力を有しない³。そこで、約因の問題が生じないように、捺印証書による契約締結や、名目上の対価を債権者が保証人に支払うといったことが行われる。裁判所は、保証契約における約因の存在については柔軟に認める判例法理を形成している⁴。

（３）書面

保証契約には、1677年詐欺防止法の適用があり(Statute of Frauds 1677 s.4)、書面による証拠がない限り、裁判所が救済を与えることができない。この点は、損失補償 indemnityとの違いとされる（詐欺防止法は、他人の不履行責任により二次的責任を負う契約にのみ適用されるため）⁵。特に事業者間の取引において、このような広範な要式性は、現代の実務的要請に合わないという批判もあるが、契約締結時には債権者側が保証契約書を注意深く作成し、その責任範囲を明確にしておくことの重要性が実務的観点から強調されている⁶。

また、個人が保証人となる保証契約で、1974年消費者信用法(Consumer Credit Act)の適用がある保証については、保証人保護の観点から、契約締結に際して、より厳格な書面要件が要求されている。これについては後述する。

（４）保証人の能力、錯誤

保証人が未成年者、精神病者などの場合、保証契約は取消しうる。

（５）錯誤・不実表示

錯誤により契約の取消しが認められる範囲は狭いが、保証の目的について、両当事者が錯誤に陥っていた場合について、取消しを認めたケースがある⁷。

³ *Astley Industrial Trust Ltd. v. Grimston Electric Tools* (1965) 109 SJ 149.

⁴ 詳しくは山根前掲 42-44 頁参照。

⁵ 山根前掲 44 頁。

⁶ R. Calnan, *Taking Security - Law and Practice* (2nd ed. 2011) pp.9, 449-450).

⁷ *Associated Japanese Bank (International) Ltd. v. Crédit du Nord SA* [1989] 1 WLR 255. 動産のリース契約について履行を保証したところ、動産が不存在であったというケースである。

また、保証契約は保険契約などと異なり、一般には契約締結時に説明義務が存在しないものとされているが、契約関係についての特別な事情が存在するような場合には、開示義務を認める傾向にある⁸。また、保証契約締結の際に不実表示がある場合にも保証契約の取消しが認められる。この場合、債権者から保証人に対して、不実表示がなされる必要があり、主債務者から保証人に対する不実表示では不十分とされる⁹。

（６）不当威圧の法理

保証契約は保証人が強迫(duress)を受けたことによっても取り消されるが、イングランドにおいて保証契約の取消し原因として、もっとも判例の蓄積があるのが、不当威圧の法理(undue influence)である。不当威圧の法理は、伝統的にはエクイティ法上の詐欺として発展した法理で、当事者の一方が相手方の不当な影響ないし非良心的な強迫を受け、そのために自由な判断を行使できなかった場合をいう¹⁰。

不当威圧を理由として契約の取消しを主張する場合には、不当威圧を主張する者がその存在を立証しなければならない場合と、当事者間の特別な関係から不当威圧の存在が推定される場合があるとされる。このうち、後者の不当威圧の存在が推定される場合については、法律上の推定が生じる場合（受託者受益者間の取引など）と、事実上の推定にとどまる場合に分けられる¹¹。判例は、この不当威圧の法理を、保証契約の締結に際しての保証人保護の手段として積極的に活用している。すなわち、債権者や主たる債務者から、保証人に対して不当威圧があったことについて、事実上の推定が行われる場合が非常に多いのである。

第一に、債権者から保証人に対する不当威圧としては、債権者と保証人との間に信頼関係が存在し、保証人が債権者の助言に依存しているような関係においては、債権者がその信頼関係を利用し、公平無私の助言を勧告せずに不利な保証契約を締結させた場合に不当

⁸ J.O'Donovan and J.C.Phillips, *The Modern Contract of Guarantee*, (2nd eng.ed., 2010) p.172-189 ; cf. *Royal Bank of Scotland plc. v. Etridge* [2002] 2 AC 773.

⁹ J.O'Donovan and J.C.Phillips, *The Modern Contract of Guarantee*, (2nd eng.ed., 2010) p.192.

¹⁰ 田中英夫『英米法辞典』874頁。イングランド法における不当威圧の法理の紹介として、木下毅『英米契約法の理論』（1985）354-365頁、及川光明「イギリス契約法における不当威圧の法理に関する若干の動向—Scarman 卿の判決を中心として—」早稲田法学 61 卷 3・4 号（1986）171 頁、植田淳『英米法における信認関係の法理』（1995）183-190 頁、木村仁「保証契約締結における保証人の保護と不当威圧の法理 —イギリス判例法を中心に—（１）（２・完）」民商法雑誌 114 卷（1996）2 号 255 頁、3 号 454 頁がある。

¹¹ 木村「(一)」前掲 259-269 頁。

威圧が推定されるとして保証契約の取消しが認められた判例がある¹²。

第二に、主たる債務者から保証人に対する不当威圧については、不当威圧が行われただけでは足りず、債権者が不当威圧を認識しているか、認識していたと擬制されるときに初めて保証契約は取り消しうるものとなる。後者の、不当威圧を認識していたと擬制されるとき要件については、1993年のバークレー銀行対オブライアン事件で、明らかに不当威圧が推定されるような事情を実際に確知している必要ではなく、不当威圧が推定される危険があることを知っていれば十分であるとして擬制成立の範囲を拡張した¹³。さらに、2002年のスコットランド銀行対エトリッジ事件は、主たる債務者から保証人に対して不当威圧が成立する場合の基準を明確にしたものとして注目されている¹⁴。

バークレー銀行対オブライアン事件も、スコットランド銀行対エトリッジ事件も、夫の事業上の債務を妻が保証したことが、夫の妻に対する不当威圧によるものではないかが問題となったケースである。これらの判例により明らかになった判断基準は、夫の債務の保証をしたというだけでは、不当威圧の法律上の推定は働かないが、それが当事者間で「説明のつく explicable」ものではなく、保証人となった妻にとって「明白な不利益 manifestly disadvantageous」であるような場合には、不当威圧の推定が働く。そしてそうした場合には、債権者にも不当威圧自体への認識があったとされるということである。この、配偶者間における保証が、保証人となった側に「明白な不利益」であるような場合という判断基準の具体例としては、妻の保証に限度額がない場合や¹⁵、夫の借入が投機的で過大であるなどの事情があげられるという¹⁶。

以上の判例法理は夫の債務を妻が保証した場合のものであるが、スコットランド銀行対エトリッジ事件の判決では、主債務者の配偶者が保証人として保証契約を締結する行動は、主債務者の借入から直接間接に利益を受ける可能性があるため、それだけでは不当威圧の推定に不十分であるとの説明が見られ、全くの第三者が保証人になる場合は、不当威圧の推定がより働きやすいものと考えられる。この点で、これらの判例法理は、個人が保証人となる場合全般について重要な意味を持つと考えられる¹⁷。

¹² *Lloyds v. Bundy* [1974] 3 All E.R. 757 (C.A.). 事案と判決の詳細については、木村前掲 455-457 頁。

¹³ *Barclays Bank Plc. v. O'Brien* [1993] 3 W.L.R. 786. 事案と判決の詳細については、木村「(二・完)」前掲 460-464 頁。

¹⁴ *Royal Bank of Scotland plc. v. Etridge* [2002] 2 AC 773.

¹⁵ *Dunbar plc v. Nadeem* [1997] 2 All ER 253 at 265.

¹⁶ E.P. Ellinger, E. Lominicka and C.V.M. Hare, *Ellinger's Modern Banking Law* (5th ed., 2011) p.909.

¹⁷ なお、保証人が法人の場合に、不当威圧法理とよく似た機能を果たすものとしては、主たる債務者の信託義務違反があげられる。たとえば法人代表個人の債務について、代表権を濫用し、法人に保証さ

この、不当威圧の推定が働く場合について、債権者側から推定を覆すもっとも有効な手段は、保証人に対して、ソリシターからの公平無私な法的助言を受けるようにアドバイスをするというものである。これによって、保証人が独立した判断によって保証契約を締結したことを証明することができれば、不当威圧の推定が覆される¹⁸。

2. 保証契約の解釈と保証人の責任

保証についての一般的成文法を有しないイングランドにおいては、保証人の責任内容は、保証契約の解釈によって決まるのが原則である。以下では、①保証契約の解釈、②責任内容、それと関連して③保証の形態の問題をまとめて取り扱う。

(1) 解釈の基本原則

保証契約の解釈の基本原則に付いては、かつては、あいまいな部分は保証人に有利に補充するという原則が存在した¹⁹。しかし、現在では、保証契約の解釈についても、一般の商事的な文書や商事の契約と同様に、合理的なビジネス上の意味をもって解釈するという方向の判例が増えてきている。このため、二つの契約解釈の方向性にどのように折り合いをつけるかということが問題となっている。この点については、一般的な原則に従った解釈がまずなされ、それでもあいまいな部分が残る場合の「最後の手段」として、保証人に有利な補充という原則が適用されるとする判例が存在する²⁰。

(2) 二次的責任

保証人の責任は、主債務者の不履行について責任を負う点で、損失補償 indemnity と区別されており、その意味において二次的 secondary な責任であるとされる。すなわち、保証人の責任は、主たる債務者の責任を超えず、主たる債務の発生がなければ保証は生じない²¹。また、保証の二次的性質から、先ず主債務者に請求するという条件が当然に生じる

せるといった場合である。このような場合も、信認義務違反の存在があると、債権者の認識が擬制され、保証契約が取り消されることがある(R. Calnan, *Taking Security - Law and Practice* (2nd ed. 2011) p.450-1)。

¹⁸ 木村「(二・完)」466頁)

¹⁹ cf. *Eastern Countries Building Society v. Russell* [1947] 1 All E.R. 500.

²⁰ *Estates Gazette Ltd. v. Benjamin Restatement Ltd* [1994] 1 WLR 1528 at 1533.

²¹ *Lakeman v. Mountstephen* (1874) LR 7HL 17 at 24-25.

ものではない²²。以上の説明でわかるように、ここでの二次的という意味は、日本における保証の付従性に近い性質であり、催告の抗弁や検索の抗弁のようなものが認められるということではない。ただし、後述のように保証人の責任には、発生に条件を付すことができる。

なお、主債務者が契約時に未成年者の場合、当該契約は債務の履行を強制しえないが、1987年未成年者契約法(Minors' Contracts Act 1987)により、保証人の責任は残ることになっている。

(3) 主たる債務の範囲

保証人の責任は、合意によって自由に決定できる範囲が広い。合意内容によって、保証人の既発生の債務を保証することも(retrospective guarantee)、将来発生する債務を保証することも(prospective guarantee)可能である。現在の保証実務においては、主債務者が既に負っている債務と、将来に発生する債務を双方保証する文言が用いられるのが一般的であり、「保証人は、債権者の請求に応じて、現在もしくはこれ以降において、随時負担するもしくは未払いとなっている全ての金銭を支払います」などの文言が用いられる²³。

また、特定の債務を主たる債務とする保証(specific guarantee)も、継続的に生じる債務を主たる債務とする保証(continuing guarantee)も可能である。前者の典型例としては、買取選択権付賃貸借(hire-purchase)や信用売買(credit sales)における保証、家屋や船舶の譲渡抵当(mortgage)における分割払い債務の保証などがあげられる。継続的に生じる債務を主たる債務とした保証の例としては、継続的な商品の売買や銀行と顧客との間から随時発生する債務の保証が典型例とされる²⁴。

(4) 継続的保証における制限の有無

将来発生する債務を継続的に保証する保証契約（日本の根保証に対応するタイプ）においては、保証人の責任の期間と金額について期間制限や上限額の定めがあるか、主債務に限定を設ける必要があるかが重要な点であると考えるので、この点について言及しておく。

保証の期間について、保証契約によって制限を設けることも可能であるが、そうした期

²² cf. *Amott v. Holden* (1852) 18 Q.B. 593 at 607, 608; *Richard White v. William Corbett* (1859) 1 E. & E. 692.

²³ G.Andrews and R. Millett, *Law of Guarantees* (6th ed., 2011), p.145; J.O'Donovan and J.C.Phillips, *The Modern Contract of Guarantee*, (2nd eng.ed., 2010) p.290.

²⁴ G.Andrews and R. Millett, *Law of Guarantees* (6th ed., 2011), p.147.

間を設けない契約も有効である。ただし、主債務を発生させる契約の期間を参照するなどして、黙示的な保証期限の存在が認定される場合がある。たとえば、不動産賃借人の債務を保証した場合、その保証契約は賃貸借契約の当初の合意期間の経過をもって終了するのが原則である。賃貸借契約が法定更新された場合、更新後の契約については保証人の責任が及ばないのが原則であり、責任の延長が認められるのは、そのことが保証契約に明記されている場合に限られる²⁵。

保証の金額についても、保証契約によって上限を設けることは可能であるが、必須ではない。銀行などが債権者となる保証契約書では、保証人が主債務の「全額 whole amount」あるいは、「すべての金銭 all monies」について保証をするといった文言が用いられるのが通常であり、この文言が用いられた場合には、一般に責任額の上限がないものと解釈されている。ただし、不当威圧の法理の説明で紹介したスコットランド銀行対エトリッジ事件は、夫の事業上の債務について、妻が無制限の保証責任を負わされたことを不当威圧の判断の重要な事情としており、個人保証については、そうした観点から保証金額の上限が問題とされることがあることには注意すべきである。

また、主債務を特定の取引から生じたものに限ることも可能であるが、これも必須ではない。ただし、契約解釈によってそうした制限が認められる場合があり、たとえば「主債務者に対する銀行の援助を約因として(in consideration of your providing banking facilities to the principal)」といった文言が保証契約書に記載されている場合について、保証人の責任を当該銀行からの融資により生じた債務に限るものとした判例などが存在する²⁶。

（５）条件付き保証

また、保証債務の履行に一定の条件を付すこともできる(conditional guarantee)。良くあるのは、共同保証人の保証契約締結を条件とするものである。また、保証人への責任追及の手続前に、債権者から保証人に主債務者の不履行を通知することや、保証人自身や主債務者への請求をすること、あるいは主債務者への訴訟提起をすることを条件とする場合もある。ただし契約書にそのような条件が明記されていない場合は、保証人はそうした義務を負わない²⁷。

²⁵ G.Andrews and R. Millett, *Law of Guarantees* (6th ed., 2011), p.151.

²⁶ G.Andrews and R. Millett, *Law of Guarantees* (6th ed., 2011), p.153.

²⁷ G.Andrews and R. Millett, *Law of Guarantees* (6th ed., 2011), p.157.

（６）共同保証

保証人が複数いる場合、その責任は個別に(severally)負うことも、共同で(jointly)することも、また各自連帯して(jointly and severally)負うこともできる。共同責任は訴権が一つとされ、債権者は保証人全員を被告として訴える必要がある。このため、通常の実務では、連帯的に責任を負うようである²⁸。

３．保証人の免責

保証契約成立後に、一定の事由により保証人の責任が免除される場合についてまとめて論じる。あわせて、必要な範囲で保証人の権利や、債権者の義務などを論じる。

（１）主債務の消滅

当然であるが、主たる債務者が弁済をすると、保証人は免責される。保証人は主債務者の有する相殺権あるいは反対債権の行使が可能であり、これらの権利行使によっても免責される。

主債務の弁済がなくとも、債権者が主たる債務者の免責に合意した場合は、保証人は原則として免責される。ただし、保証人の責任を留保することは可能であり、放棄時に主たる債務者と債権者で合意する方法、保証契約に明記する方法、放棄時に保証人の同意をとる方法がある。また、主債務について、更改がなされた場合、主債務に係る契約が期間満了等により終了した場合にも、保証人の免責が生じる²⁹。

（２）主債務にかかる契約の変更等

保証人の責任は保証した債務に限られるという理由から、主たる債務者と債権者との間の契約が、保証人の承諾なく変更された場合、保証人は免責される³⁰。同じ理由から、債権者が主たる債務について履行期を延期した場合にも、保証人は免責される³¹。

また、主債務にかかる契約を、債権者が適切に終了しなかったことによって免責が生じ

²⁸ 山根眞文「英国法における保証 (Suretyship)」金融法務事情 1129 号 (1986) 46 頁。

²⁹ J.O'Donovan and J.C.Phillips, *The Modern Contract of Guarantee*, (2nd eng.ed., 2010) pp.382-419.

³⁰ J.O'Donovan and J.C.Phillips, *The Modern Contract of Guarantee*, (2nd eng.ed., 2010) pp.432-461.

³¹ J.O'Donovan and J.C.Phillips, *The Modern Contract of Guarantee*, (2nd eng.ed., 2010) pp.462-474.

る場合がある。いわゆる身元保証の文脈においては、使用者が、従業員の労働契約違反を発見後も解雇しなかったという場合には、保証人は免責される³²。

（３）債権者の義務違反

保証契約に付された条件について、あるいは債権者が保証人に対して約した事項について、債権者が違反をした場合に保証人が免責される³³。また、共同保証人の一人を免責することで、他の保証人との関係でも免責がなされる場合がある³⁴。また、債権者の有する他の担保を放棄した場合にも、それは主債務に係る契約の変更、あるいは債権者の負う契約上あるいはエクイティ上の担保保存義務違反として、保証人は免責される³⁵。

（４）その他

そのほかに、保証契約の解除(revocation)が認められる場合がある。約因を欠いていて契約が拘束力を有さない段階での解除、保証契約において告知解除が定められている場合、継続的保証において約因が分割可能な場合である。そのほかに、保証人の死亡、精神病等によって解除が認められる³⁶。

³² J.O'Donovan and J.C.Phillips, *The Modern Contract of Guarantee*, (2nd eng.ed., 2010) p.474.

³³ J.O'Donovan and J.C.Phillips, *The Modern Contract of Guarantee*, (2nd eng.ed., 2010)pp.480-487.

³⁴ J.O'Donovan and J.C.Phillips, *The Modern Contract of Guarantee*, (2nd eng.ed., 2010) pp.488-493. この点についての邦語文献として、辻博明「共同保証と免除効果（二・完）—日本民法と英米法を中心として—」大阪市立大学法学雑誌 31 巻 2 号（1984）498-511 頁。

³⁵ J.O'Donovan and J.C.Phillips, *The Modern Contract of Guarantee*, (2nd eng.ed., 2010)pp.497-502.

³⁶ J.O'Donovan and J.C.Phillips, *The Modern Contract of Guarantee*, (2nd eng.ed., 2010) pp.545-554.

第2 保証契約における消費者保護

1. 消費者信用法³⁷における保証人保護³⁸

個人保証人の保護という観点からは、イングランド法では、消費者信用法が重要な役割を果たす。同法は1974年消費者信用法(Consumer Credit Act 1974)として成立し、2006年消費者信用法(Consumer Credit Act 2006)によって大幅な改正が行われている。この、1974年消費者信用法第8章は「担保(security)」について規定を置いている。ここでの担保とは、「現在あるいは将来の消費者信用契約又は消費者貸借契約、又はそれに関連する取引に関する、債務者や貸借人によるか、あるいは彼らの（明示又は黙示の）要請により提供される、モーゲージ、チャージ、質、ボンド、債務証書、損失補償、保証、手形、小切手など、債務者又は貸借人の債務の履行を担保するための合意」をいう(CCA 1974 s.189, “security”)。つまり、消費者信用契約又は消費者貸借契約から生じる債務について保証契約が締結された場合、第8章の規制が適用される。

（1）消費者信用法の適用がある契約

消費者信用法の適用がある消費者信用契約とは、個人債務者と債権者との間の契約であって、債権者が債務者に信用を供与するものであり、免除契約(exempt agreement)に当たらないものである(CCA 1974, s.8)。

消費者信用法の適用がある消費者貸借契約とは、ある者が個人貸借人との間で、貸借人に対する物品の寄託又は（スコットランドにおいては）貸借のためにする契約であっ

³⁷ 以下の記述では、条文引用の際などは、Consumer Credit Act 1974 を CCA 1974、Consumer Credit Act 2006 を CCA 2006、The Consumer Credit (Guarantees and Indemnities) Regulations 1983 を CCR1983 と略す。

³⁸ 消費者信用法に関する邦語文献としては、鹿野菜穂子「消費者信用取引における提携貸主の責任 — 英国消費者信用法をめぐる議論の展開」立命館法学 271-272 号 270 頁、野村美明「イギリス消費者信用法制の改革」クレジット研究 34 号 6 頁、尾島茂樹「イギリス消費者信用法の現在」クレジット研究 34 号 12 頁、藤沢尚江監修・小林圭他著「1974 年消費者信用法関連判例」クレジット研究 34 号 47 頁。小出篤「英国における消費者信用法制改革—2006 年消費者信用法を中心に」ジュリスト 1372 号 138 頁など。なお、本文における条文訳にあたっては、小林・藤沢他「1974 年消費者信用法翻訳」クレジット研究 34 号 73 頁を参考にした。

て、①買取権付賃貸借に当たらず、②3 か月以上の存続期間があるものであり、かつ免除契約に当たらないものである(CCA 1974, s.15)。なお、我が国のファイナンス・リースに近い買取権付賃貸借契約(hire-purchase agreement)は、定義上、消費者信用契約に分類されるため、消費者賃貸借からは除外されている³⁹。

なお、消費者信用法における個人 individual の中には、①2 名又は 3 名の法人ではない者を含むパートナーシップ、②全てが法人によって構成されているわけではない権利能力のない社団でパートナーシップでないもの、が含まれる(CCA 1974 189(1), (CCA 2006 で追加))。

(2) 消費者信用法の適用除外

消費者信用契約、消費者賃貸借契約であっても、適用除外となるものがある(CCA 1974, ss.16-16C)。適用除外となる契約は広範であるため、重要なものを紹介する。なお、2006 年改正により、適用除外となる契約の範囲に変更があったことに留意すべきである。

第一に、債権者の種別による適用除外としては、債権者が地方公共団体や住宅供給当局の場合の他、主務大臣の命令中にその名前もしくは種類が明記されている一定の団体が債権者となり、土地や住宅の購入のために融資する場合も適用除外を受ける。そのような団体としては、保険者、友愛共済組合、使用者団体又は労働者団体、慈善団体(charity)、土地開発会社、一般的公法のなかで指名され又は明示的に指定されている団体、建築金融組合(building society)、預金の受け入れの許可を有する者(deposit-taker)が含まれる(CCA 1974 s.16)。

第二に、高額所得者が主債務者や賃借人となった場合についての例外が存在する(CCA1974 s.16A)。2006 年消費者信用法による改正前は、25000 ポンドを超える信用が債務者に供与される信用契約は消費者信用契約の定義から外され、25000 ポンドを超える支払いを賃借人に要求する賃貸借契約は消費者賃貸借契約の定義から外されていた。この定義規定が外された代わりに、高額所得が消費者となる消費者信用契約、消費者賃貸借契約について、消費者側の同意のもとで消費者信用法の適用除外を認める要件を整備した。

第三に、ビジネスローンについての適用除外がある(CCA 1974 s.16B)。これも 2006 年消費者信用法による改正であり、ビジネスローンに限定して、25000 ポンドという消費者信用法の適用の上限額を残している。すなわち、25000 ポンドを超える信用が債務者に供

³⁹ R.J.Kelsall, *Consumer Credit - Law, Practice and Precedents* (2012) p.9.

与されるか、もしくは 25000 ポンドを超える支払いを賃借人に要求する賃貸借であって、その契約が完全にあるいは主として、債務者あるいは賃借人による事業のためになされる場合について、消費者信用法の適用は除外される(CCA 1974 s.16B(1))。この点について、債務者あるいは賃借人による宣言が契約に含まれる場合、その契約は当該目的のためになされたものと推定される(CCA 1974 s.16B(2))。この宣言は主務大臣の命令により、形式、内容、署名等の要件が決められている(CCA 1974 s.16B(4))。

第四に、不動産投資に関する融資契約の除外を定めている(CCA 1974 s. 16C)。詳細は省略する。

(3) 消費者信用法における担保規制

次に、消費者信用法の適用がある担保供与契約について、どのような規制がなされているかを、1974 年消費者信用法第 8 章の規定から概観する。

(i) 担保証書の作成

消費者信用法の規制を受ける契約に対して第三者が供与する担保の全てが、書面によらなければならない(CCA 1974, s.105(1),(6))。この書面（担保証書 security instrument）によらない、あるいは担保証書が適切に作成されていない担保供与については、裁判所の命令によらなければ保証人に対して強制することができない(CCR 1983 s.3(7))。

担保証書は、規則により方式及び内容を定めることが可能である(CCA 1974 s.105(2))。また規則では特に、文書中に特定の情報を所定の方法で含めること、他の特定の事項を含めないことを要求したり、特定の情報が保証人の注意を引くようにするための要件や、文書の一部が目立たないあるいは目立ちすぎることをのしないための要件を定めることができる(CCA 1974 s.105(3))。

現在、担保証書の方式・内容を定める規則としては、1983 年消費者信用（保証・損失補償）規制（The Consumer Credit (Guarantees and Indemnities) Regulations 1983）がある。それによると、担保証書に含まれる内容としては、以下のものが規定される(CCR 1983 s.3(1))。

①「1974 年消費者信用法に従った保証」；「1974 年消費者信用法に従った損失補償」；「1974 年消費者信用法に従った保証及び損失補償のいずれかの文言の見出しが、最初のページに目立つように書かれていること。

②債権者あるいは賃貸人の氏名と住所；債務者あるいは賃借人の氏名と住所；担保供与者

の氏名と住所;保証人によって供与される担保に関する目的(subject-matter)に関する情報。

③所定の形式による担保供与者の権利についての記述

④所定の形式による署名欄

この規制によって定められた所定の形式については、担保証書に記載する際に原則として用語の変更や付加を禁じられている(CCR 1983 s.3(2))

担保証書が「適切に作成された」とされるためには、上記の規則に従うほか、その文書が担保に関する（黙示的条項 **implied term** 以外の）すべての条項を含んでおり、保証人又はその代理人の署名を求めるための呈示又は送付がされる時点で条項が判読可能(**legible**)であり、かつ、その文書の写しも一緒に呈示又は送付がされる必要がある(CCR 1983 s.3(4))。

また、担保供与の対象となる消費者信用法の規制を受ける契約（主債務を発生させる契約）の契約書の写し及びその中で引用される文書の写しが、契約締結後に担保供与される場合には担保供与時に、契約締結前に担保供与される場合には契約締結後 7 日以内に、保証人に公布されない場合にも、担保証書が「適切に作成された」とはされなかったものとみなされる(CCR 1983 s.3(5))。

(ii) 債権者の保証人に対する情報提供義務

消費者信用法の規制を受ける契約の債権者は、保証人からの書面による請求と 1 ポンドの手数料支払いに応じて、情報を提供する義務を負う。提供すべき情報の内容は、契約書の写し及びその中で引用されている文書の写し；担保証書の写しは共通である。これに加えて、③債務者又は賃借人の履行状況に関する情報を提供する必要がある。すなわち、①規制対象となる契約が定額信用契約(**fixed-sum credit agreement**)の場合は債務者の既払い額、不履行額、及び将来支払うべき合計額とその内訳及び支払い期日、②継続勘定信用契約(**running-account credit agreement**)の場合は現在の勘定、債務者が現在支払うべき額、信用供与が終了していれば将来支払うべき額及び支払い期日、③消費者賃貸借契約であれば、賃借人が支払わなければならないが未払いになっている合計額とその内訳、それぞれの支払期日である。この義務に違反した場合、義務違反継続中は担保の強制ができない。(CCA 1974 ss.107-109)。

(iii) 債務不履行等の通知の写しを保証人に与える義務

債務者又は所有者に、債務不履行の通知（もしくは期限の利益喪失、解約告知の通知など）が送達された場合、債権者又は賃貸人は、当該通知の写しを保証人にも送達する義務がある。この義務を怠ると、その担保は裁判所の命令によってしか強制できなくなる(CCA 1974 s.111)。

2. 不公正条項規制

保証契約との関係での不公正条項規制としては、1977 年不公正契約条項法(Unfair Contract Terms Act 1977)と、1999 年消費者契約における不公正条項規制(Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999)が重要である⁴⁰。ただし、前者は免責条項など特定の条項にのみ適用があるものであり、保証契約への適用は限られている。

後者の 1999 年消費者契約における不公正条項規制は、E C 指令(EC Directive 93/13/EEC)に基づくものであり、事業上の動産売主や役務提供者と、消費者との間の契約について(UTCCR 1999 s.4)、個別交渉を経ていない契約条項について、消費者にとって不公正な内容の契約条項を規制する(UTCCR 1999 s.5)。この規制が、「事業上の売主や役務提供者と、消費者との間の契約」を対象としていることから、保証契約への適用があるのかはそれ自体が論点となっている。保証契約には一切適用がないという見解もあるようだが、動産売主や役務提供者と消費者との間の契約に関係する保証には適用があるという見解もある。また（文言解釈としては苦しいが）、消費者が保証人となる保証契約すべてに適用があるとする見解もある⁴¹。

同規制が広く適用されると考えた場合の、不公正な条項かどうか問題となりそうな条項としては、①担保保存義務免除の条項、②保証人の代位を排除する条項、③保証人の相殺権及び反対債権の行使を排除する条項、④主債務を免除した後も保証人の責任を存続させる条項（ただし、損失補償と解される場合は除く）、⑤主債務に関する契約の変更後に保証人の責任を存続させる条項、⑥責任の上限を定める継続的保証、⑥いわゆる「確定証拠」条項、⑦保証人を主債務者とみなす条項、⑧共同保証人を免責した場合に保証人の責任を存続させる条項、などがあげられている⁴²。

⁴⁰ 以下では条文引用の際、Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 について、UTCCR 1999 で引用する。

⁴¹ J.O'Donovan and J.C.Phillips, *The Modern Contract of Guarantee*, (2nd eng.ed., 2010) pp.247-249.

⁴² J.O'Donovan and J.C.Phillips, *The Modern Contract of Guarantee*, (2nd eng.ed., 2010) pp.250-252.

第3 保証実務・個人保証の利用実態

1. 概説

イングランドの実務において、どのような保証が行われているかについての詳しい文献はあまり見当たらなかった。しかし、教科書、体系書における保証についての説明から、ある程度の利用形態について推測することができる。

一般論としては、保証（あるいはそれに機能的に類似する損失補償）は、様々な場面で利用されている。たとえば、①夫婦の一方が他方の債務を保証する場合、②会社の債務を経営者が保証する場合、③法人格のない社団や組合における取引において代表者が保証する場合、また、契約上の債務について保証が利用される例としては、④銀行と顧客、⑤譲渡抵当権者と設定者、⑥不動産賃貸人と賃借人、⑦不動産売買、⑧動産売買や買取権付賃貸借、⑨建築契約、⑩契約履行保証(performance bond)、⑪身元保証(fidelity bond)などがあるとされている⁴³。

また、イングランドにおいては、銀行の企業に対する融資などで保証が良く利用されている。近時、保証利用の拡大要因として指摘されているのが、グループ企業の増加である。銀行などの債権者が、信用供与に際して、グループ内企業同士で互いの債務を保証させることにより、グループ全体の資産を把握しようとするものが多くなっているためであると指摘されている⁴⁴。

2. 個人保証

個人による保証がどの程度行われているかについて、十分なデータは得られなかった。以下では、個人保証に関する文献の記述を中心に紹介する。

⁴³ J.O'Donovan and J.C.Phillips, *The Modern Contract of Guarantee*, (2nd eng.ed., 2010) p.20.

⁴⁴ R. Calnan, *Taking Security - Law and Practice* (2nd ed. 2011) p.449.

（１）配偶者間の保証

不当威圧の法理に関する記述の際に紹介した 2002 年のスコットランド銀行対エトリッジ事件に代表されるように、銀行が個人事業者に融資をする際に、その配偶者を保証人とすることは、現在でも一般に行われているようである。

（２） 経営者保証

銀行が企業に対して融資をする際に、有限責任会社の代表に個人保証を求めることは、一般的に行われているようである。もっとも代表的な商法の教科書における記述でも、このような保証には、代表に個人的な責任の引き受けを求めることにより、会社経営の健全性を証明させるという狙いがあると説明されている⁴⁵。

（３）消費者信用における保証

消費者信用法に関する説明のところで述べたように、消費者信用法は「担保」に関する規定を置いているが、これは、物上保証や、債務者や賃借人自身が提供する物的担保なども含む概念である。

保証という制度が消費者信用との関係で利用される場面というのは、２種類ある。第一に、買取権付賃貸借(hire-purchase agreement)において、ディーラーが債権者に対して顧客の返済を保証するといった使われ方であり、法人保証の利用である。第二に、顧客が債権者から個人保証人を要求されることがある⁴⁶。

後者は、買主（買取権付賃貸借の賃借人）が未成年者の場合に利用されることが多いようである⁴⁷。保証人の二次的責任の説明の箇所ですら既に述べたように、1987 年未成年者契約法は、主債務者が未成年者である場合であっても、保証人が免責されないことを定めている。また、1974 年消費者信用法は、50 条において未成年者に対する広告文書の送付を禁止しているが、113 条 1 項及び 7 項は、その際の保証人は、「主債務者が完全な能力者であれば強制しえたはずの程度」までは責任を負うことを明言しており(Consumer Credit Act s.131(1), (7))、未成年者への信用供与自体は行われているようである⁴⁸。

⁴⁵ E. McKendrick, *Goode on Commercial Law* (4th ed.2010) p.877.

⁴⁶ E. McKendrick, *Goode on Commercial Law* (4th ed.2010) p.877.

⁴⁷ J.O'Donovan and J.C.Phillips, *The Modern Contract of Guarantee*, (2nd eng.ed., 2010) p.20.

⁴⁸ 市民相談協会(Citizen Advice Bureau)のサイトには未成年者が信用供与を受ける際の注意点が記されている

(http://www.adviceguide.org.uk/index/your_world/consumer_affairs/young_people_money_and_consumer_right)

(4) 賃料保証(rent guarantee)

不動産賃貸借契約において、賃借人の賃料支払いを確保するためにも保証は利用される。これが実務でそれなりに使われている間接的な証拠として、代表的な保証契約に関する体系書、実務書において、「賃貸人と賃借人(Landlord and Tenant)」という独立の章を設け、それなりのページ数を割いて説明を行っていること、そうした説明の中では比較的最近の判例が取り上げられていることがあげられる⁴⁹。

イングランドにおける賃料保証は、保証人の責任範囲との関係で、しばしば取り上げられる。たとえば、①特別法により賃貸借の更新が認められた場合に保証契約も更新するか、②保証契約の撤回が認められるか、③賃貸借の譲渡がなされた場合の保証人の責任は存続するか、④不動産の譲渡がなされた場合の保証人の責任などである。

(5) 身元保証(fidelity guarantee; fidelity bond)

もともとは、従業員の不誠実な行為により生じた損害の填補を保証する保証をいう。身元保証については多少特殊な判例法理の形成がある。すなわち、既に紹介したように、使用者が、従業員の労働契約違反を発見後も解雇しなかったという場合には、保証人は免責されるとする判例が存在する⁵⁰。また、それと重複するが、身元保証は開示義務や不実表示との関係でも論じられる。すなわち、保証契約締結時において、使用者が雇用中に気付いた従業員の不誠実や不業績を、保証人に伝えなかった場合に、開示義務違反により保証人の免責を認めるという判例が存在する⁵¹。19世紀に形成されたこれらの判例法理によれば、身元保証は、一般の保証よりも保証人保護に厚いように見える。

しかし、2010年のノースショアーベンチャー対アンステッドホールディングス事件の判決では、身元保証と他の保証を区別することには合理的な理由がないとして、特別な開示義務の存在を否定している⁵²。ただし、この事件における主債務者は法人であり、二人の個人保証人はその法人の借入債務を保証したものであるから、わが国でいうところの身元保証とは若干異なるものが含まれている点には注意が必要である⁵³。

[s.htm](#))。

⁴⁹ D. Marks and G. Moss, *Rowlatt on Principal and Surety* (6th ed. 2011) Chap.14.

⁵⁰ *Phillip v Foxall* (1872) L.R.7 QB 666.

⁵¹ *Railton v Mathews* (1844) 10 Cl.& Fin. 934,

⁵² *North Shore Ventures Ltd. v Anstead Holdings Inc.* [2010] EWHC 1485 (Ch.).

⁵³ ノースショアーベンチャー対アンステッドホールディングス事件は、ノースショアー社が、アンス

山 下 純 司 (やました・よしかず)

テッド社に融資する際、アンステッド社の代表がスイス当局の捜査対象となっていた事実を開示しないまま、二人の個人保証人と保証契約を締結している。その後、スイス当局によってアンステッド社の口座が差し押さえられ、ノースショア社は個人保証人に保証責任の履行を求めたため、上記事実の開示義務違反を主張したのである。

アメリカの保証制度

第1 はじめに

本報告書は、アメリカにおける保証制度の内容とその実際の運用についての調査研究内容をまとめたものである。なお、ニューヨーク州とカリフォルニア州については、それぞれの州における特徴的な判例法につき、紹介を行う。

まず、第2において、アメリカにおける保証制度の内容を概観する。

次に、第3では、文献などで調査できた範囲において、保証制度の実際の運用についてまとめる。①経営者保証、②消費者信用における保証、③家賃債務保証、④身元保証など、実際に使われる場面を列挙した上で、それぞれの場面に特有な法的論点などについても簡単に概観する。

第2 アメリカの保証法制

アメリカは、連邦および 50 州プラス α の法域 (jurisdiction) を有しており、日本における契約法は、州法に属する。保証についても同様であって、保証に関するルールが多くが州法である。

また、保証に関する制定法を有する州は多くはなく、保証法は、判例法 (common law) の形で存在している。

そこで、以下では、1. で保証に関するリステイトメントを紹介した上で、2. で州毎の判例法に触れる。なお、全ての州法を網羅的に紹介することは、時間的にも紙幅の関係からも不可能であり、代表的な州の特徴的な判例法を取り上げることとする。最後に、3. では、特殊な保証を規律するルールをいくつか紹介する。

1. 保証法リステイトメント

リステイトメント (Restatement) とは、アメリカにおける判例法を条文の形にまとめ、説明 (comment) と例 (illustration) を付したものである。ALI (アメリカ法律協会、American Law Institute) により作成されたものであり、法源としての拘束力があるわけではないが、実際に当事者、裁判所によってしばしば引用され、アメリカ法の統一に一定の役割を果たしている¹。

保証法は、1941 年に刊行された担保法リステイトメント (Restatement of Security) の主なトピックの一つであった。ところが、このリステイトメントにおいて、保証法は、「担保法」というタイトルの下に他のルールと併せて編纂されていたこともあり、実際には、あまり参照されることがなかったという²。

そこで、これを書き改める形で、第三次リステイトメント編纂作業の一つとして、保証法リステイトメント (Restatement of Suretyship and Guaranty) が 1995 年に発表され

¹ 田中英夫編『英米法辞典』(東京大学出版会, 1991 年) 参照。

² Restatement of the Law, Suretyship and Guaranty (1996), p.IX

た。その序文に示されている通り、このリスティットメントは、様々なタイプの保証をカバーする広範な射程を有するものである。

そこで、本報告書では、まず、保証法リスティットメントを紹介した上で、州法や特別法に触れることとする。

原則として、リスティットメントの条文の順に従って、保証の定義（１）、保証契約の成立（２）、保証人の権利義務（３）、共同保証（４）について紹介を行う。

（１）保証の定義

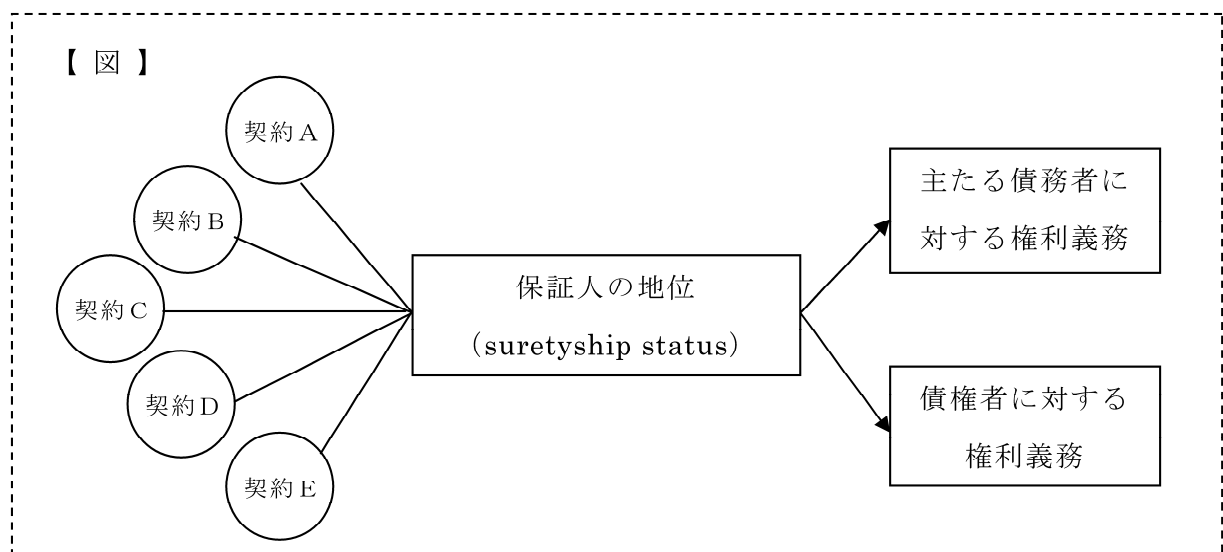
ア．保証法リスティットメントの構造

まず、保証法リスティットメントにおける「保証」とは何かについて紹介を行うが、その前提として、ここでは、保証法リスティットメントの構造を指摘しておく。

保証法リスティットメントは、リスティットメントの規律が適用される基礎として、「保証人の地位（suretyship status）」という概念を用いている。ある者が、保証人の地位を有するとされれば、そこから、債権者や主たる債務者に対する種々の権利義務が導かれることになるのである（【図】参照）³。

特に重要なのは、一体どのような場合に、保証人の地位が発生するかについてのルールである。リスティットメントは、当事者が、どのような文言を用いて契約を行ったかを問題としない（保証法リスティットメント 1 条参照）。当事者間の契約等によって、ある者が他人のために債権者に対して義務・責任を負うことになる場合、原則として、それが保証人の地位であるとされている。従って、保証法リスティットメントは、日本法上の保証の場面だけではなく、より広い場面をカバーしていると言えよう。

³ *Id.* at p.5



イ．用語法

次に、日本法にいう「保証人」に対応する用語について指摘しておく。

「保証人」に対応する用語として主なものには、「surety」と「guarantor」とがある。リスティメントの解説によれば、「surety」は、典型的には、主たる債務者と保証人とが共同してそれぞれ 1 つの債務を負っている場合を指す。日本法でいう連帯保証人に近いものである。これに対して、「guarantor」は、典型的には、主たる債務者の債務不履行(default)の場合に、履行する義務を負う者を指す。日本法でいう、通常の保証人に近いものと考えられる⁴。

しかし、両者の違いは、あいまいなものであるという。そこで、リスティメントは、両者を用語によって区別することなく、規律することとしている⁵。その上で、補充性がある場合か否か等は、個々の保証契約の内容の問題として処理されることになる（後述）。

ウ．保証人の地位が生じる要件

では、どのような場面で、保証人の地位が生じることとされているのであろうか。リスティメントは、三つの要件を挙げている。

第一に、債権者が、主たる債務者（principal obligor）の債務のために、他の者（保証人、secondary obligor）又はその財産に請求することが認められていること。第二に、債権者は、主債務（underlying obligation）又は保証債務（secondary obligation）の一方

⁴ *Id.* at p.6

⁵ *Id.* at p.7

が履行される限り、他方を請求することができないこと。第三に、主たる債務者と保証人との間では、主たる債務者が、履行の費用を負担すること。以上の三つの要件が満たされた場合、保証人の地位が生じるとされている（保証法リステイトメント 1 条参照）。

エ．具体例

上記の要件からすれば、以下のような場面が保証法によって規律されることになる⁶。日本法と比較すると、連帯債務の場面、物上保証の場面をも保証法に包含する点などが特徴的である。

- ・ 通常の保証の場面

D が C から借入れを行うために、S が C に対して、D が支払いをしなかったときに、自らが支払うことを合意する場合。D が主たる債務者、S が保証人ということになり、S は、保証人の地位を有することになる。

- ・ 連帯債務、連帯保証の場面

D が C から借入れを行うために、S が D とともに債務の責任を負うことに合意する場合。この合意は、D および S が、共同で署名した金銭消費貸借契約（loan agreement）によってなされている。この場面でも、D が主たる債務者、S が保証人ということになり、S は、保証人の地位を有することになる。

- ・ 物上保証の場面

D が C から借入れを行うために、S が自らの財産を、借入れの担保とした場合。この場面でも、D が主たる債務者、S が保証人ということになり、S は、保証人の地位を有することになる。

- ・ 債権譲渡の場面

S は、D に対して、貸金債権又は売掛代金債権を有している。S は、これを C に譲渡したが、その際に、D が債権の弁済を行わなかった場合には、債権を買い戻すことを約束していた。この場面でも、D が主たる債務者、S が保証人ということになり、S は、保証人

⁶ *Id.* at p.10-11

の地位を有することになる。

- ・ その他の場面

D が C から借入れを行う際に、約束手形を振り出した。S は、別の契約書において、約束手形が期日に支払われなかった場合に、手形を C から買い取ることを約束した。この場面でも、D が主たる債務者、S が保証人ということになり、S は、保証人の地位を有することになる。

オ．証書による保証

なお、アメリカにおける保証において重要な役割を果たしているのが、「保証証書(surety bond)」である。

保証証書とは、債権者、主たる債務者、保証人の三者の関係を表した証書である。主たる債務者と保証人とが、債権者に対して、債務の履行を約することによって保証を実現するのが保証証書である。建築請負契約に関連して用いられる代金保証証書(payment bond)などが、保証証書の代表例である。この保証証書も、保証法リスティメントによって規律されることになる⁷。

また、被用者の行為によって雇用者が損失を被った場合に、その損失を保証する身元保証も、証書によって行われる(fidelity bond)のが通常である。この身元保証も、リスティメントが定める要件に合致する限りで、保証法リスティメントによって規律されることになる。

(2) 保証契約の成立

ア．保証人の地位を発生させる契約

リスティメントは、保証人の地位を発生させるには、当事者の合意が必要であるとしている。従って、法律によって、ある者が従たる債務を負うことになったような場合は、保証の場面ではないことになる。

では、保証人の地位を発生させる契約には、どのようなものがあるのでしょうか。実は、この点も日本法と大きく異なっている。

上述のとおり、当事者がある契約にどのような名称を付したかは、その契約が保証人の

⁷ *Id.* at p.7

地位を発生させる契約か否かを定める際の決定的な要素とはならない。

リスティメントによれば、保証人の地位を発生させる契約には、①債権者と保証人との間の契約だけではなく、②債権者、主たる債務者、保証人の三者間での契約、③主たる債務者と保証人との間の契約も含まれる。また、④併存的債務引受も、保証人の地位を発生させる契約に含まれる。担保物権法との関係では、⑤物上保証人の財産上に担保権を設定する行為、⑥担保目的物の第三取得者が債務を引き受ける契約も、保証人の地位を発生させる契約となる（保証法リスティメント 2 条参照）。

これらの契約により、上記の要素（（1）ウ参照）が定められている場合、保証人の地位が生じることになるのである。本報告書では、これらの契約を便宜上「保証契約」と呼ぶ。

イ．保証契約の成立に関するルール

保証契約の成立に関しては、原則として、契約法が妥当する（保証法リスティメント 5 条及び 7 条参照）。但し、保証契約に関する特則がいくつか存在し、それが保証法リスティメントに規定されている。

例えば、通常の契約と同様、保証契約の成立にも約因（*consideration*）が必要である。但し、保証契約においては、主債務を支える約因が保証債務をも支えることになり、保証契約には、独立の約因は必要ではない（リスティメント 9 条参照）。

また、例えば、保証契約を締結するためには、当事者は、通常の契約をするのと同様の能力（*capacity*）を有していなければならない。但し、併存的債務引受によって、当初の債務者が保証人の地位を有することになるような場面では、契約締結に必要とされる能力は不要である（リスティメント 10 条参照）。

ウ．保証契約の書面要件

日本法においては、平成 16 年の民法改正に際して 416 条に 2 項が付け加えられ、保証契約は、書面でしなければその効力を生じないこととされている。

アメリカ法においても、原則として、保証契約は書面でしなければならない。但し、契約を書面により行わなくてはならないのは、保証契約に限ったことではないため、保証契約を特別扱いする日本法とは、このルールの趣旨が異なっている点には注意が必要である。

なお、「保証契約は書面でなければならない」というルールは、判例法ではなく、制

定法によるものであり、法源が分かりづらくなっているため、ここで、若干の説明を行う。

アメリカ法における書面要件は、詐欺防止法（statute of frauds）から導かれる。詐欺防止法とは、一定の種類の契約は、書面がない限り、契約に基づく法的救済が得られない（unenforceable）ことを定めた制定法である。イギリスにおいて 1677 年に制定された詐欺防止法を継受したものであるが、イギリスでは、既に大幅な法改正がなされ、その適用範囲は大きく限定されたものとなった。これに対して、アメリカでは、依然として、比較的多くの契約に書面を要求するルールが各州法レベルで存在している⁸。

例えば、ニューヨーク州では、ニューヨーク州法典（New York Code）の一般債権債務法（General Obligations、GOB）第 5 編（契約によって発生する債務の成立、定義、強制力）の 701 条が、書面が必要とされる契約類型を列挙している。また、カリフォルニア州では、カリフォルニア民法典（California Civil Code）1624 条が、契約に際して書面が要求される場合を規定している。

これらの法律では、「他人の責任を負う契約（contract to answer for the duty of another）」を締結する場合には、書面が必要であるとされている。保証契約は、この「他人の責任を負う契約」に該当するとされ、従って、保証契約には書面が必要である、ということになる。

そして、保証法リステイトメントは、「他人の責任を負う契約」に当たる契約が、一体どのようなものかを整理する役割を担っている（保証法リステイトメント 11 条参照）。

なお、どうすれば書面要件が満たされるかについての判例の整理は、契約法リステイトメントに委ねられている。

エ．保証契約締結時の詐欺又は不実告知

「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」は、「…個人の保証人が想定外の高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など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

⁸ 樋口範雄『アメリカ契約法〔第 2 版〕』（弘文堂、2008 年）131 頁

務や情報提供義務との関係や、主債務者の信用情報に関する債権者の守秘義務などにも留意しつつ、更に検討してはどうか。」としている⁹。

アメリカでは、保証契約の締結に際して、詐欺又は不実告知があった場合、保証人は、保証契約を取り消すことができる。また、一定の情報が提供されなかった場合に、同様の効果が認められることもある。但し、このルールは、結果として保証人保護を実現しているものの、契約一般に関するルールを保証に適用したものに過ぎない点には、注意が必要である。

以下では、このルールの概要を紹介する。

（ア）債権者による詐欺又は不実告知

保証法リステイトメントによれば、まず、①債権者により、詐欺又は重要事項に関する不実告知があり、②それによって、保証人が保証契約に合意し、③保証人が虚偽の情報を信じるにつき正当な理由があった場合には、保証人は、保証契約を取り消すことができる（保証法リステイトメント 12 条 1 項参照。なお、この点に関しては、契約法リステイトメントも参照のこと）。

なお、詐欺の場合には、不実告知の内容は問われないが、詐欺的ではない不実告知の場合には、重要事項についての不実告知であることが必要とされている。

（イ）主債務者又は第三者による詐欺又は不実告知

また、①主債務者又は第三者により、詐欺又は重要事項に関する不実告知があり、②それによって、保証人が保証契約に合意し、③保証人が虚偽の情報を信じるにつき正当な理由があった場合には、保証人は、保証契約を取り消すことができる。但し、債権者が保証契約に対価を支払った場合、又は、債権者の判断に保証契約の存在が重要な影響を及ぼしていた場合、債権者が不実告知の存在につき善意無過失であれば、保証人は保証契約を取り消すことはできない（保証法リステイトメント 12 条 2 項参照）。

（ウ）情報提供義務違反

では、保証人に対して虚偽の情報が積極的に伝えられた場合ではなく、重要な情報が伝えられていなかった場合の保証契約の効力はどうか。

⁹ 『民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明』（商事法務，2011 年）98-99 頁

保証法リステイトメントは、債権者が、一定の情報を保証人に告げなかったことは、(ア)のルールにおける重要事項に関する不実告知に該当するという。つまり、一定の情報の不告知があった場合には、保証人は、保証契約を取り消すことができる。

事実の不告知が重要事項に関する不実告知として扱われることになる要件は、以下の三つである。第一に、保証人が想定しているリスクを大幅に上回るリスクを発生させる事実を、保証人は知らず、債権者が知っていること。第二に、債権者は、その事実を保証人が知らないということを知り又は知ることができたこと。第三に、債権者が保証人に、その事実を知らせる合理的な機会があったこと、である（保証法リステイトメント 12 条 3 項参照）。

但し、このルールは、保証人のために債務者の資力等を調査する義務を債権者に課すものではないという点には、注意が必要である。また、保証人が一定の情報を知っているか否かについて、債権者に確認義務を課すものでもない¹⁰。

さらに、保証人が、主債務者に関する情報につき、独自の入手方法を有している場合には、主債務者に関する事実の不告知によって、保証契約が取消可能なものとなることはない（保証法リステイトメント 12 条 4 項参照）。

オ．根保証に関する特則

なお、保証法リステイトメントは、根保証契約の成立に関して、いくつかの特則を設けている。

（ア）根保証（continuing guaranty）の定義

保証法リステイトメントは、根保証を以下のように定義している。根保証契約とは、主債務者が債権者に対して負う、将来の全ての債務につき、保証人となることを約する契約である（保証法リステイトメント 16 条参照）。

保証債務の範囲は、一定の範囲に特定されている場合もあるが、不特定の将来の債務をカバーすることも可能である¹¹。

日本の民法 465 条の 2 第 2 項は、貸金等根保証契約につき、極度額の定めを置くべきことを規定しているが、保証法リステイトメントには、「極度額」といった概念は登場しない。

¹⁰ Restatement, *supra* note 2, p.59

¹¹ *Id.* at p.75

もちろん、当事者の合意により、極度額のようなものが定められることはあると考えられる。

（イ）根保証の終了

根保証は、保証人が債権者に通知を行うことによって終了するとされている。なお、契約によって、予め別の合意がなされていた場合には、それに従うことになる。また、保証人が自然人の場合には、保証人の死亡によって根保証も当然に終了する。

根保証契約が終了した場合には、保証人は、既に発生していた主債務につき、通常の保証人となる。また、根保証契約終了前に締結されていた契約をもとにしてなされた融資については、根保証契約成立後に発生した主債務についても、保証人となる（保証法リステイトメント 16 条参照）。

（ウ）不実告知と追加融資

根保証契約については、不実告知との関係で、特則が置かれている。

不実告知との関係では、債権者から主債務者に対して、新たに融資がなされる都度、根保証人の合意があるとみなされる。つまり、新たな融資がなされる際に、主債務者の資力等についての情報提供義務が存することになるのである。これを果たさなかった場合には、重大事項につき不実告知があったものとみなされ、以後の融資については、保証債務の範囲には含まれないことになる（保証法リステイトメント 12 条 6 項参照）。

（３）保証人の権利義務

ア．概要

保証契約が成立すると、保証人は、「保証人の地位」を有することとなる。そして、その保証人の地位からは、保証人と主たる債務者との間に、また、保証人と債権者との間に、一定の権利義務が発生することになる。

より正確に言えば、保証人が主たる債務者に対して有する権利義務は、保証人と主たる債務者との間に契約がある場合には、その契約から発生し、また、保証人の地位から当然に発生するものもある。また、保証人が債権者に対して有する権利義務は、保証人と主たる債務者との間に契約がある場合には、その契約から発生するが、保証人の地位から当然に発生する保証人の抗弁によって制限される、ということになる（保証法リステイトメン

ト 17 条参照)。

そこで、以下では、保証人と主たる債務者との関係、保証人と債権者との関係の順で、具体的なルールを紹介する。

イ．保証人と主債務者との関係

保証の定義からしても明らかな通り、主債務者と保証人との間では、最終的に債務の履行の負担を負うのは主債務者である。これを実現するために、保証人には 4 つの権利が認められている。①保証人から主債務者への履行請求権 (exoneration)、②求償権 (reimbursement)、③不当利得返還請求権 (restitution)、④弁済代位 (subrogation) である (保証法リステイトメント 18 条参照)。

以下では、これら 4 つを順に紹介する。なお、これらの権利は、当事者の合意により、補強されたり制限されたりすることがあり得る (保証法リステイトメント 6 条参照)¹²。

(ア) 保証人から主債務者への履行請求権

日本民法 460 条は、委託を受けた保証人の事前求償権について規定しており、民法 (債権関係) の改正に関する中間的な論点整理は、この規定を維持するか否かにつき問題提起を行っている¹³。アメリカ法には、事前求償権という制度はないようであるが、保証人から主債務者に対して、主債務を履行するよう請求する権利が認められている。

保証法リステイトメントは、主債務者が保証人の存在につき通知を受けていた場合には、主債務者は、保証人に対して、主債務を履行する義務を負うとしている。なお、この義務は、保証人が保証債務を履行した場合に、保証人から主債務者に対して求償することができる範囲に限られる。また、主債務者は、主債務者が債務を履行することに対する保証人の期待を害する行為を行わない義務を負う (保証法リステイトメント 21 条)。

主債務者が、このような義務に違反した場合、保証人には、救済が与えられることになる。この救済が、「保証人から主債務者への履行請求権 (exoneration)」である。具体的には、裁判により、主債務者が、直接債権者に履行すること、裁判所を通して債権者に履行すること、又は、保証人に対して適切な担保を供与することを求められることになる¹⁴。

¹² *Id.* at p.81

¹³ 『民法 (債権関係) の改正に関する中間的な論点整理の補足説明』, 前掲注 9, 103 頁

¹⁴ Restatement, *supra* note 2, p.90

（イ）求償権

a．求償権行使の要件

保証法リスティメントは、保証人が保証債務を履行した場合、又は、債権者との和解により主債務を全部又は一部消滅させた場合、その範囲で、保証人は主債務者に対して求償することができる（保証法リスティメント 22 条参照）。なお、保証人が求償権を行使できるのは、保証人の存在につき通知を受けた主債務者に対してだけであり、保証人の存在を知らない主債務者との関係では、次項で述べる不当利得返還請求権が問題となる。

保証人が求償権を行使することができるのは、主債務の履行期が到来した時である。従って、保証人が履行期より前に保証債務を履行したとしても、求償が可能になるのは、主債務の履行期到来後ということになる。

b．求償が認められる範囲

保証人による求償が認められる範囲は、付随的な出費も含めた、保証債務の合理的な履行費用である（保証法リスティメント 23 条参照）。

合理的な履行費用には、金銭債務の場合には、元本だけではなく、利息、違約金なども含まれる。また、非金銭債務の場合には、それを履行するためにかかった費用が含まれる。なお、付随的な出費としては、保証人の抗弁の有無の調査にかかった費用や、債務の履行のために要した弁護士費用なども含まれる¹⁵。

なお、主債務がノンリコースローンである場合、求償の範囲も、一定の範囲に限られることになる。

c．求償権行使が認められない場合

以上のような要件及び範囲において、保証人に求償権が認められているが、保証法リスティメントは、一定の場合に、求償権の発生を認めないこととしている（保証法リスティメント 24 条参照）。

①倒産手続きにより主債務者が免責を受けていた場合、②主債務者が行為能力を欠き主債務につき責任を負わない場合、③保証契約の定めにより保証人が援用することができない抗弁を主債務者が有している場合、④債権者による主債務者の免責が求償権をも免責する性質のものである場合、⑤保証債務の履行の時点で、保証人が援用することができる主

¹⁵ *Id.* at p.97

債務の抗弁の存在を知っていたにもかかわらず保証債務の履行を行ったとき、その選択が合理的なものでなかった場合、⑥保証債務の履行の時点で、保証債務に抗弁が存在することを知っていたにもかかわらず保証債務の履行を行ったとき、その選択が合理的なものでなかった場合などである。

（ウ）不当利得返還請求権

a. 不当利得返還請求権行使の要件

（イ）で紹介した通り、保証人が保証債務を履行すると、保証人は、主債務者に対して求償権を有することになる。しかし、上述のように一定の場面では、保証人は求償を認められない。このとき、主債務者は、保証人の保証債務の履行によって主債務が減ぜられた分だけ、利得をしていることになる。そこで、このような場合に、保証人には、不当利得返還請求権が認められる（保証法リステイトメント 26 条参照）。

但し、主債務者が、倒産手続きにおいて免責を受けていた場合のように、そもそも、主債務者が何らの債務を負っていない状態になっている場合には、主債務者には利得はないので、不当利得返還請求権は認められないことになる。従って、実際に不当利得返還請求権が意味を持つのは、主債務者が保証人の存在につき通知を受けていなかった場合や、保証債務につき抗弁が存在していた場合などである¹⁶。

b. 不当利得返還請求権と求償権の違い

保証人が、求償権行使により主債務者から受け取ることができる金額と、不当利得返還請求権行使により受け取ることができる金額との間には、大きな差異はない。では、両者を区別する実益は、どこにあるのであろうか。

先述の通り、求償権を行使する場合は、保証人は、合理的な費用も主債務者に請求することができる。これに対して、不当利得返還請求権を行使する場合は、保証人は、主債務者の利得の範囲でしか、返還を求めることができない¹⁷。

なお、主債務がノンリコースローンである場合、不当利得返還請求権の範囲も、一定の範囲に限られることになる。その範囲でしか、主債務者が利益を得ていないと考えられるからであるという。

¹⁶ *Id.* at p.109

¹⁷ *Id.* at p.110

（エ）弁済代位

日本法は、保証人が主債務者に代わって弁済を行った場合、当然に債権者に代位することを規定しているが、これと同様の規定が、保証法リステイトメントにも存在している。

債権全部を弁済した場合には、保証人は、債権者が主債務に関して有する権利の全てについて、債権者に代位する（保証法リステイトメント 27 条参照）。

ウ．保証人と債権者との関係

（ア）原則

次に、保証人と債権者との関係について、紹介を行う。先述の通り、保証人と債権者との間に生じる権利義務は、当事者間の契約および「保証人の地位」から導かれるいくつかのルールによって規律される。

（イ）保証の補充性

民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理によれば、保証債務の性質について、新たな規定を置くことが検討されている¹⁸。他方、保証債務の補充性に関するルールの一つである民法 452 条（催告の抗弁）については、その廃止も検討されているという¹⁹。

では、アメリカ法において、保証債務の補充性は、どのように規定されているのであろうか。

a．催告の抗弁

保証法リステイトメントによれば、当事者が別段の合意をしない限り、債権者は、主債務者と保証人のどちらに対しても、債務の履行を求めることができる。

従って、日本民法 452 条に対応するようなルールは存在しないことが分かる。但し、当然のことではあるが、当事者が、主債務者に先に請求すべきことなどを予め合意していれば、その合意の効力が否定されるわけではない。日本民法は、452 条で検索の抗弁を規定しており、454 条で連帯保証の場合についての例外を置いているが、保証法リステイトメントでは、原則と例外が逆になっている。

¹⁸ 『民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明』、前掲注 9、100 頁

¹⁹ 『民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明』、前掲注 9、101 頁

b. 検索の抗弁

保証法リステイトメント 51 条は、原則として、債権者は、保証人に対して強制執行をする前に、主債務者に対して強制執行を行っている必要はないとしている。

但し、債権者が主債務者からの回収に失敗したことが、保証債務の履行の条件になっている場合は、この限りではない。

また、債権者が主債務者の財産上に担保権を有しており、その担保権を実行しないことが保証人に特別な困難を生じさせ、他方、担保権実行が債権者に対して、重大な損害又は負担とならない場合には、保証人には、まず、担保権実行を行うべきことを主張することができる。例えば、主債務者の不履行の後、債権者が、保証人に対して、強制執行を行ったとする。保証人の有する唯一の財産は農場であり、競売により市場価格での売却を実現することは困難である。他方、債権者は、主債務者が有する有価証券上に担保権を有しており、それを実行したとしても、債権者に対して重大な損害又は負担が生じるわけではない。このような場合には、保証人は、まず、主債務者の財産上の担保権実行を行うべきことを主張することができる。

日本民法は、453 条で検索の抗弁を規定しており、454 条で連帯保証の場合についての例外を置いているが、保証法リステイトメントでは、原則と例外が逆になっている。

c. 適時執行義務

日本民法 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している。そして、民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理は、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、との提案を行っている²⁰。

実は、保証法リステイトメントにも、適時執行義務に関するルールが存在している。但

²⁰ 『民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明』、前掲注 9、101 頁

し、先述の通り、アメリカ法では、保証人から主債務者への履行請求権が認められている。従って、債権者が、主債務者への請求・執行を怠っていたとしても、そのことが直ちに、保証人の免責へとつながるわけではない点には注意が必要である。

但し、制定法により定められている場合、当事者の合意により定められている場合、保証法リステイトメント 43 条に定められている場合（主債務につき出訴期限を過ぎた場合）については、債権者の請求・執行の遅れ又は不行使があった場合には、保証人は免責される（保証法リステイトメント 50 条参照）。

また、債権者が主債務者からの回収に失敗したことが保証債務の履行の条件になっている場合には、もし債権者が迅速に行動していたら回収できたであろう金額について、保証人は免責される。

つまり、検索の抗弁のある保証に関しては、適時執行義務が課されているのに対して、連帯保証のような場面では、適時執行義務の有無は、当事者の合意等に委ねられていることが分かる。

（ウ）主債務者の有する抗弁

日本民法 457 条 2 項は、保証人が主債務者の債権による相殺をもって債権者に対抗することができる旨を規定している。ところが、主債務者がその他の抗弁を有している場合については、何らの規定も置かれていない。そこで、民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理は、主債務者の有する抗弁について、新たな規定を設けるべきか否かを検討課題として挙げている²¹。

保証法リステイトメントは、主債務者の有する抗弁一般についての規定を有しており、その上で、若干の例外を定めている。

a. 原則

まず、原則として、保証人は、主債務者が主債務に関して有するいかなる抗弁も、保証債務の抗弁として、債権者に主張することができる（保証法リステイトメント 34 条参照）。

但し、この原則には、いくつかの例外がある。そこで、以下では、これらの例外を紹介する。

²¹ 『民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明』、前掲注 9、102 頁

b. 倒産手続による免責の場合

倒産手続において、主債務が免責された場合、保証人は、これを保証債務の抗弁として主張することはできない。

c. 主債務者の無能力の場合

主債務者に行為能力が欠けていたことを理由として、主債務の強制可能性が否定される場合、保証人は、これを保証債務の抗弁として主張することはできない。

但し、主債務者が行為能力の欠如を理由として、契約を取り消し、その対価を返還した場合には、保証人は、保証債務につき免責される。また、返還された対価が、主債務の額に満たない場合は、残額につき、保証債務を負うことになる。

例えば、未成年者 P が 15000 ドルのローンで自動車を購入し、S が保証人となったとする。未成年者 P は、半年間自動車を使用したものの、その後、契約を取り消し、自動車を債権者 C に返還した。このとき、自動車の価値は 10000 ドルになっていた。ここで、保証人 S は、5000 ドルについてだけ、責任を負うことになる。

d. 相殺の場合

保証法リステイトメントは、主債務者が債権者に対して何らかの債権を有しており、主債務について相殺を主張できる場合、保証人は、保証債務を縮減するために、相殺の主張を行うことができるとしている（保証法リステイトメント 35 条参照）。

この点は、日本民法 457 条 2 項と類似しているが、実は、アメリカの判例法は、歴史的に見れば、保証人による相殺の抗弁の主張につき、否定的な態度をとり続けてきた。自働債権の存否に争いがあるような場合に、保証人がこれを行使するとすれば、保証債務の額を超える部分についてまで、真摯に争うインセンティブがなく、主債務者が害される可能性があるからであるという²²。

このような問題意識から、保証法リステイトメントは、保証人が相殺の抗弁を主張することができる場面に、いくつかの制限を加えており、この点が日本法と大きく異なっている。具体的には、以下の要件のどれかを満たした場合に、保証人が相殺の抗弁を主張することができる。

まず、債権者が、自働債権の額を争わない場合である。この場合には、保証人の不熱心

²² Restatement, *supra* note 2, p.148

な訴訟により、主債務者が害される心配がないからである。

次に、債権者が、自働債権の額を争う場合が問題となる。この場合には、保証人の不熱心な訴訟により、主債務者が害されるおそれがあるため、以下の場合にのみ、保証人による相殺の抗弁が認められることになる。第一に、主債務者が相殺の抗弁の主張を認めた場合である。第二に、主債務者も、相殺の抗弁が主張される訴訟に当事者として参加している場合である。これらの場面では、主債務者が害されるおそれがないため、相殺の抗弁の主張が認められるのである。

最後に、債権者が自働債権の額を争い、しかも、主債務者が相殺の抗弁の主張に同意しておらず、訴訟にも参加していない場合に、主債務者が害されるという問題が、最も顕在化してくる。但し、このような場面であっても、保証法リスティメントは、保証人が主債務者に対して債権者との訴訟の存在及び相殺権行使の意思を通知しており、主債務者に訴訟参加の合理的な機会が与えられていた場合には、裁判所が不適切であるとの判断を下さない限り、相殺の抗弁の主張が認められるとしている。相殺の抗弁の主張を認めなかったとしても、求償の循環が起こるだけであるという考慮が、このルールの背景にある²³。

（エ）保証人の抗弁権（defense）

a. 概要

保証人の抗弁権（defense）とは、日本法で言えば、保証の付従性に関わる問題である。

日本法においては、民法 448 条が、「保証人の負担が債務の目的又は態様において主たる債務より重いときは、これを主たる債務の限度に減縮する」と規定しており、ここには、保証債務の付従性が定められていると解されている。

これに対して、アメリカでは、債権者によって、事後的に主債務の内容が変更された場合に、それが保証債務にどのような影響を与えるかが、保証人の抗弁権（defense）の問題として扱われている。例えば、債権者が、主債務者に対して債務を免除した場合に、それが保証債務にいかなる影響を与えるか、という問題である。

保証法リスティメントによれば、保証人の抗弁権に関するルールは、法域ごとに全く異なっており、複雑を極めるという²⁴。これらのルールの最大公約数が、以下に述べる保証法リスティメントのルールである。

²³ *Id.* at p.151

²⁴ *Id.* at p.156

b. 抗弁権の構造

(a) 保証人の地位の毀損

まず、保証人の抗弁権の前提となるのが、「保証人の地位の毀損 (impairment of suretyship status)」という概念である。債権者が、保証人が損失を被るリスクを増加させるような行為を行った場合、それが、「保証人の地位の毀損」であるとされる（保証法リステイトメント 37 条参照）。

具体的には、主債務の全部又は一部の免除、主債務につき弁済の猶予を与えること、主債務の内容を変更することなどが、保証人の地位の毀損にあたる。

(b) 免責

このような行為は、保証契約当初の保証人のリスク評価を裏切ることになるものであるため、かつての判例は、これに厳格な態度を示していた。保証人のリスクを変更するような行為があった場合には、当然に、保証人が免責されるというルールを採用していたのである。

かつての判例の態度は、確かに、保証人保護には資するものであった。情誼に基づき保証を行う個人保証などを念頭におけば、一律に免責というルールも説明可能であったかもしれない。

しかし、保証会社のように、ビジネスとして保証を行う主体との関係では、軽微な主債務の内容変更により、保証人が免責されるというルールは、不都合なものとなっていくた。保証会社等により、免責のルールが抜け道として利用されることがあったためである。

そこで、免責のルールは、より柔軟なものへと変化していくた。重大なリスクの変更の場合には、全部の免責が認められるが、そうでない場合には、保証人が受ける損失の範囲でのみ、免責が認められるのである²⁵。

ここで、保証人が免責を主張することができる点を指して、保証人の抗弁権という。

(c) 求償権の維持

求償権の維持とは、主債務が免責された場合等に、保証人から主債務者への求償権が、どのような影響を受けるかに関する問題である。

²⁵ *Id.* at p.159-160

原則として、主債務が免責された場合には、それに伴って、保証人から主債務者への求償権も免責される。そうでなければ、主債務者が免責を受けた実益がないからであるという。

しかし、債権者が、主債務の免責に際して、一定の意思を表示した場合には、求償権が消滅することなく、維持される。これが、求償権の維持である。

では、いかなる意思表示が必要なのであろうか。保証法リステイトメントは、債権者が、保証人に対して保証債務の履行を求める権利を保持し続けること、及び、保証人が主債務者に対して求償権を保持し続けることを明確な文言で示すことが必要であるとしている（保証法リステイトメント 38 条参照）。

この求償権の維持は、保証人の抗弁権と密接な関係を有している。というのも、保証人の求償権が存続する場合には、保証人は、主債務の免責等があったとしても、主債務者に対して求償を行うことが可能である。そこで、この場合には、保証人保護の観点から、保証債務が免除される必要性が低くなるのである。

c. 具体的なルール

以上のような基本的な考え方をもとにして、保証法リステイトメントは、保証人の抗弁権に関する具体的なルールを定めている。

（a）主債務の免除の場合

債権者が、主債務を免除した場合、主債務者は、保証人からの求償権からも免責されることになる。但し、求償権の維持の場合は、この限りではない。

債権者が、主債務を免除した場合、保証債務も免責される。但し、免除の文言から、求償権の維持がなされた場合は、この限りではない。また、免除の文言や状況からして、債権者の保証債務を免除しない意思が明らかである場合は、この限りではない。

上記のルールによって保証債務が免責されない場合であっても、保証債務は、①免除の対価（例えば、主債務者が免除の対価として、一定の金銭を支払っていた場合は、それが一部弁済とみなされ、その限りで、保証債務が減額される）、②免除によって保証人が受ける損害、③免除されたのが非金銭債務の場合は、非金銭債務の部分全部について、免責を受ける（保証法リステイトメント 39 条参照）。

例えば、DがCから 10000 ドルの借り入れを行い、これをSが保証していたとする。その後、Dが無資力となったため、Cは、100 ドルと引き換えに、Dの債務を免除した。こ

のとき、Sは、100ドルにつき免責される。ここで、仮に免除がなかったとしても、Sは、無資力のDに求償して得られるものはなかったと考えられるので、免除によりSに損害があったとは解されない。従って、Sは、残額については、責任を負い続けることになる。

（b）弁済の猶予の場合

債権者が、主債務につき弁済の猶予を行った場合、主債務者は、保証人からの求償権についても、弁済の猶予を受けたことになる。但し、求償権の維持の場合は、この限りではない。

債権者が、主債務につき弁済の猶予を行った場合、保証人は、それによって損害を受ける範囲で、免責を受ける。

また、保証人が免責を受けない場合、保証人は当初の履行期に保証債務を履行することもできる。他方、求償権の維持がない場合には、保証債務についても、弁済の猶予があったものとすることもできる（保証法リステイトメント 40 条参照）。

（c）主債務の変更の場合

履行期の変更の場合、債務の一部又は全部の免除の場合以外で、主債務の内容が変更された場合、保証人の求償権の内容も、それと同様に変更される。

主債務の内容の変更によって、新たな契約が生じ、又は、当初保証人が引き受けたリスクとは本質的に異なるリスクが生じた場合、保証人は免責される。また、主債務の内容の変更によって、保証人が損害を受ける場合には、その損害の範囲で、保証人は免責される。

保証人が免責されない場合、主債務の変更に伴って、保証債務の内容も変更される。但し、主債務が金銭債務であり、主債務の変更が、金額や履行期に関するものである場合には、保証人は、当初の内容通りに、保証債務の履行をすることもできる（保証法リステイトメント 41 条参照）。

d．抗弁権の放棄

なお、保証人の抗弁権は、保証契約や保証人の同意によって、排除することができる。これを、抗弁権の放棄という。

抗弁権の放棄は、明示の文言によってなされる場合もあるが、黙示のものでも足りるとされている（保証法リステイトメント 48 条）。このことは、保証人保護の観点から問題とされ、複雑な判例法理が形成されるに至っている。この点は、次節で扱うカリフォルニア州法との関係で紹介する。

（４）共同保証

ア．共同保証（cosuretyship）と復保証（subsuretyship）の区別

保証法リステイトメントは、保証人が複数存在する場面についての規律も置いている。日本法においては、連帯保証か否かが、複数保証人が存在する場面のルールに重要な影響を及ぼすが、アメリカでは、別の区別が存在している。

保証法リステイトメントによれば、保証人が複数存在する場面は、二つに分けることができる。共同保証（cosuretyship）と復保証（subsuretyship）である。

当事者の合意によって、複数の保証人のうちの一部の保証人だけが、保証債務の履行のコストを負担すべきことが定められていた場合、その保証は、復保証である。反対に、保証人全員が、履行のコストを負担すべきことが定められていた場合、その保証は、共同保証であるということになる。なお、この合意は、明示のものである場合もあるが、状況から推測される場合もある。

なお、当事者間の合意が存在しない場合で、複数の保証人が存在する場合、その保証は、復保証であるとの立証がない限り、共同保証であるとされる（保証法リステイトメント 53 条参照）。

イ．債権者との関係

このように、保証人が複数の場合には、共同保証の場合と復保証の場合とがあるが、債権者との関係で、両者に差異はない。保証契約の内容によって、債権者がどのような請求を行うことができるかが決まるのである（保証法リステイトメント 52 条参照）。

但し、複数の保証人から回収したものの総計が、主債務の範囲及び保証契約で定められた範囲を超えることはできないとされている。

ウ．内部関係

（ア）共同保証の場合

a．負担部分

特段の定めがない限り、共同保証人の負担部分は、主債務を保証人の人数で按分したものになる（保証法リステイトメント 57 条参照）。

b. 共同保証人間の権利義務

共同保証人の中では、それぞれが、負担部分については主たる債務者であり、残余部分については、保証人の立場になる。従って、残余部分については、保証人が主たる債務者に対して有する権利を、共同保証人が他の共同保証人に対して有することになる（保証法リステイトメント 55 条参照）。

c. 主債務者との関係

共同保証人が、他の共同保証人の負担部分まで履行を行った場合、他の共同保証人は、自らが履行したのと同様に、主たる債務者に対して求償権等を行行使することができる。

このことの反射として、履行した共同保証人の主債務者に対する権利は、自らの負担部分に縮減されることになる（保証法リステイトメント 58 条参照）。

（イ）復保証の場合

a. 保証人間の権利義務

復保証の場面における保証人間では、主たる保証人が主債務者の立場に立ち、従たる保証人が保証人の立場に立つ。従って、従たる保証人から主たる保証人に対して、求償権等が認められることになる（保証法リステイトメント 59 条参照）。

b. 主債務者との関係

主たる保証人が、保証法リステイトメント 59 条に従って、従たる保証人の求償等を受けた場合、主たる保証人は、自らが履行した場合と同様に、主債務者に対して求償権等を行行使することができる。

その反射として、従たる保証人の求償権等は、縮減されることになる（保証法リステイトメント 61 条参照）。

2. 州の保証法

（1）カリフォルニア州法

ア. カリフォルニア民法典

カリフォルニア州は、人・物・債務の編からなる民法典を有している。民事実体法につ

いては、コモンローが法源であることが多いアメリカにおいては、特殊な州である。このカリフォルニア民法典のなかには、保証の規定も存在するため、カリフォルニア州においては、保証が制定法によって規律される。

カリフォルニア民法典における保証の規律は、①保証の定義、②保証契約の成立、③保証契約の解釈、④保証人の責任、⑤根保証、⑥保証人の免責、⑦保証人の地位の 7 項目からなる。

その内容の多くは、保証法リステイトメントと重なっている。

イ．抗弁権の放棄に関する制定法・判例法

（ア）抗弁権に関する規定

カリフォルニア民法典の中には、保証人が債権者からの請求に対して主張することができる抗弁や権利について、いくつかの条文が存在する。①保証債務を主債務の範囲に縮減することを定めた 2809 条、②債権者が主債務の内容を変更した場合等に保証人の免責を認める 2819 条、③債権者が主債務者に対して権利行使を行わず、また、保証人の代位の権利を害した場合に、保証人の免責を認める 2845 条、④保証人が債務を履行した場合に、債権者に代位することができることを定める 2848 条、⑤主債務が無効である場合等に、保証債務も免責されることを定める 2810 条である。

（イ）抗弁権の放棄に関する判例

ところが、債権者側としては、主債務者からも保証人からも履行を受けられないという事態を嫌い、これらの権利や抗弁を放棄させるのが通常であるという。実際、カリフォルニアで行われる保証のほとんどが、抗弁権の放棄の条項を含んでいるという²⁶。

これに対して、カリフォルニア州の裁判所は、抗弁権の放棄の条項の解釈を厳格に行うという判断を下してきた。例えば、*Union Bank v. Gradsky*, 71 Cal. Rptr. 64 (Ct. App. 1968) においては、債権者が主債務者の有する不動産上に担保物権の設定を受け、さらに、保証人（*Gradsky*）との間に保証契約を締結していた事案が問題となった。この保証契約においては、全ての抗弁権の包括的な放棄がなされていた。しかし、裁判所は、債権者が保証人の事後的な代位権行使に対して回復不可能な損害を与えていたとして、抗弁権の放

²⁶ David E. HACKETT, *Guaranteed Confusion: The Uncertain Validity of Suretyship Defense Waivers in California*, 41 Loy. L.A. L. Rev. 1097 [2008], p.1098

棄にもかかわらず、保証人の免責を認めた。この判例が認めた保証人の主張は、*Gradsky defense* と呼ばれる。

この判例を受けて、実務上は、より特定した形で抗弁権の放棄が行われるようになった。

ところが、判例は、このような形での抗弁権の放棄にも厳格な態度を示した。*Cathay Bank v. Lee*, 18 Cal. Rptr. 2d 420 (Ct. App. 1993)では、*Union Bank v. Gradsky* と類似の事案が問題になったが、この事件では、当事者は、*Gradsky defense* を意識し、具体的にこの抗弁を放棄する契約条項に合意していた。ところが、裁判所は、この契約条項が、*Gradsky defense* を放棄したものとは読めないとして、保証人の免責を認めたのである。

(ウ) 民法典改正

これらの判例は、カリフォルニア州における抗弁権の放棄について、大きな混乱をもたらした。将来の判例が予測不能であり、信頼できる保証契約を起草することができないといった批判が、判例に対して寄せられることになったのである²⁷。

こうした貸し手側からの批判を受けて、民法典に新たな条文が付け加えられることになった。1994年に、カリフォルニア民法典 2856 条が加えられたのである。

2856 条(a)項は、*Gradsky defense* やその他の民法典に規定された保証人の抗弁・権利は、放棄することができることを規定している。また、2856 条(b)項は、(a)項に定められた権利・抗弁の包括的な放棄は、有効であると推定されることを規定している。

この条文によって、抗弁権の放棄の効果は有効であることが確認されたかに見えたが、近時の判例は、貸し手の立場を不安定にする新たな判断を示した。

(エ) 近時の判例

WRI Opportunity Loans II, LLC v. Cooper, 65 Cal. Rptr. 3d 205 (Ct. App. 2007) においては、主債務の利率が高利であり、違法であることが問題となった。カリフォルニア民法典 2810 条によれば、主債務が無効である場合は、保証債務も無効になるはずであるが、当事者は、抗弁の放棄を合意していた。そこで、保証人からの高利の抗弁が認められるか否かが問題になったのが、この事件であった。

裁判所は、違法な取引についての抗弁は、違法な取引に関するコモンローのルールから導かれるものであり、カリフォルニア民法典に基礎づけられたものではないという。従っ

²⁷ *Id.* at p.1106

て、高利の抗弁は、カリフォルニア民法典 2810 条とは独立に存在しており、当事者が 2810 条の抗弁を放棄していたとしても、高利の抗弁は主張できるとする。結論として、裁判所は、保証人の免責を認めた。

この判例は、民法典 2856 条によって確立されたかに見えた抗弁権の放棄の有効性に疑問を抱かせるものであり、基本的には保証契約の設計を当事者に委ねるアメリカ法にあっても、保証人保護の要請が判例により実現されることがある一つの例と考えられる。

（２）ニューヨーク州法

次に、保証契約の解釈に関するニューヨーク州の判例法を紹介する。

保証法リステイトメントは、一般の契約解釈の基準が、保証契約にも妥当するとしている。

これに対して、ニューヨーク州法は、個人保証に関する注目すべき判例法を形成してきた。判例は、保証契約の解釈は、特に個人保証との関係では厳格になすべきであるというのである。

665-75 Eleventh Ave. Realty Corp. v Schlanger, 265 A.D.2d 270 [1999] においては、以下のような事案が問題となった。A社は、家族所有の閉鎖会社であったが、1987年10月頃に、原告であるX不動産会社（*665-75 Eleventh Ave. Realty Corp.*）と、書面による不動産賃貸借契約を締結した。その際、不動産賃貸借契約を締結したのは、A社の代表者であるY（*Schlanger*）であったが、これと同時に、Yは、X社との間に、Y個人がA社の賃貸借の保証人となる契約も締結した。この保証契約には、「保証の効力は、賃貸借の更新、変更、延長の場合にも及ぶ」との文言が存在していた。その後、1992年10月に、当初の賃貸借契約の期間が満了したものの、XとA社との間では、賃貸借が25回、書面により延長され、それが1995年6月まで続いた。それ以降、賃貸借は、書面によらないまま事実上継続したが、1995年10月には、A社が賃料の不払いを起こしてしまった。そこで、Xは、A社に賃料の支払いを求めるとともに、保証人Yにも賃料の支払いを求めて訴えた。

ニューヨーク州の裁判所は、「保証契約の文言は、個人保証人に有利なように、厳格に解釈されるべきである」とする。その上で、最後に書面により賃貸借の延長がなされた1995年6月より後の賃料に関しては、「賃貸借の更新、変更、延長」の場合に当たらず、Yの保証の効果が及ばないとの判断を下した。

また、*Lo-Ho LLC. V Batista*, 62 A.D.3d 558 [2009] においても、同様の判断が下された。事案は、以下のようなものである。原告 X (*Lo-Ho LLC.*) は、2000 年に、被告 Y 1 (*Santiago Batista*) と商用不動産の賃貸借契約を締結した。このとき、Y 1 のいとこである Y 2 (*Jose DeLeon*) が、賃貸借契約の保証人となった。賃貸借契約の期間は、5 年で、賃料は、賃貸借契約初年は月 1950 ドル、最後の年には月 2714 ドルになることが定められていた。また、Y 1 は、不動産税の 35 パーセントを賃料として支払うことも取り決められていた。保証契約には、「保証の効力は、賃貸借の更新、変更、延長の場合にも及ぶ」との文言が存在していた。賃貸借契約は、2005 年に終了し、次の月には、X と Y 1 は、「賃貸借の延長」の名のもとに、新たな賃貸借契約を締結した。2005 年の賃貸借契約も、期間は 5 年であったが、賃料は、初年には月 2500 ドル、最終年には月 3400 ドルとなることが定められていた。また、2000 年の賃貸借契約と同様に、不動産税の一部を Y 1 が負担することも取り決められていた。Y 1 が賃料を支払わなくなったため、X は、Y 1 と Y 2 に賃料の支払いを求めて訴えたのが本件である。

ニューヨーク州の裁判所は、「保証契約は、特に個人保証人に有利になるように、厳格に解釈されなくてはならず、保証人の同意なくして変更することはできない」とする。その上で、2005 年の賃貸借契約は、新たな賃貸借契約であって、賃貸借の延長ではないから、保証の効力は及ばないとの判断を下した。なぜなら、2000 年の賃貸借契約には、更新や延長に関わる条項がなく、また、2005 年の賃貸借契約は、より高い賃料を設定していたからであるという。

以上のように、ニューヨーク州の裁判所は、「保証契約の文言は、個人保証人に有利なように、厳格に解釈されるべきである」との原則を用いて、保証人の責任を限定する判断を下している。

これらの判例によって、個人保証については、保証人の責任が当初予定されていたものに限定され、保証人が思いもよらない負担を負うことが避けられている。他方、ニューヨーク州の判例は、賃貸人の側からは、保証に対する信頼を裏切るものであると評されることもある。

3. その他の法

1. で述べたように、アメリカにおける「保証」概念は、非常に広いため、様々な取引が、「保証」の範疇に含まれることになる。ところが、一定の特殊な場面については、それを規律するルールがあり、保証の一般法であるリステイトメントとの適用関係が問題となる。

(1) 有価証券の場合

まず、手形の裏書きのような場面も、リステイトメントの定義によれば、保証に含まれることになる。保証人自身が手形を振り出すというタイプの保証もありうる。

ところが、有価証券は、統一商事法典（UCC）第3編が規律しており、そこにはいわゆる「融通署名者（accommodation parties）」に関する規定が存在する（UCC3-419条, 3-605条参照）。

そこで、UCCが採択されている州においては、UCCが優先的に適用される。UCCに規定がない部分についてはコモンローが適用される（保証法リステイトメント4条参照）。

(2) 信用状の場合

また、信用状も、とりわけいわゆるスタンバイ信用状²⁸については保証と類似の²⁹機能を果たすと考えられるため、保証法リステイトメントの適用対象に含まれそうである。しかし、信用状については、原則として保証法リステイトメントの適用対象からは外れる

²⁸ アメリカにおいては、不動産開発、いわゆる履行保証、会社の商業証券の売買、証券私募、地方公共債等の公募、タックスシェルター、ソブリン債、クラスアクションによる裁判手続、金利スワップ、仲裁手続、外国居住の離婚した親による子どもとの面会権、などにおけるさまざまな種類の権利を実現するために、スタンバイ信用状が用いられているという。See, Avery W. Katz, *An Economic Analysis of the Guaranty Contract*, 66 U. Chi. L. Rev 47, 103 (1999). 信用状の文言性（それに伴う支払請求の手続きの容易性）と、その支払いの条件としてさまざまなことを書けるフレキシブルさ、そして（銀行法上保証を行うことが禁じられている）商業銀行がスタンバイ信用状を用いることで実質的に保証類似の行為ができるという点が、スタンバイ信用状のこうした幅広い利用につながっていると指摘されている。Id. at 103-104.

²⁹ スタンバイ信用状と保証との実質的な一番の違いは、後者の場合、債権者が保証人に対して保証債務履行を請求するためには債務者が債務不履行したことをなければならないが、スタンバイ信用状を用いれば、その信用状を呈示するだけでよいという点である。この形式性から、コモンローによって規律される保証とは異なり、より形式性・文言性を重視した別の法によってスタンバイ信用状は規律されることになる。Id. at 103. また、スタンバイ信用状は、保証と異なり原因関係との独立性が存在する。すなわち原因関係となる取引と、スタンバイ信用状発行者の債務とは、独立しており、前者の帰趨や前者に関する抗弁が後者に影響を与えない。この点から、スタンバイ信用状は、保証とは機能的に類似しているところもあるが、保証ではなく、保証に関するコモンローの適用外であると説明される。Id. at 105.

とされている（保証法リステイトメント 4 条参照）。リステイトメントは、主として実務的な観点から、既に確立した信用状に関するルールを尊重するという³⁰。ここまで説明してきたような保証に関するさまざまなルール（保証人の **defense** などの余地を認めることや、注意義務、妥当性等の衡平的な観念（これを認めることは、その判定について当事者以外の裁判所の介入を認めることになる））をスタンバイ信用状について適用することは、スタンバイ信用状のメリット（独立性）を大きく損ねることになるのである³¹。

そこで、信用状の一部については、UCC 第 5 編³²によって規律され、国際信用状の場合は、国際商業会議所（ICC）による信用状統一規則のルールにも服することになる。こうしたルールが存在しない部分については、コモンローが適用される³³。

（３）物上保証の場合

物上保証人による担保提供がなされる場合は、担保権の設定、実行等について、UCC 第 9 編が適用される。

（４）一定の証書（bond）の場合

一定の場面では、法律により保証証書が義務付けられることがある。例えば、政府と建築請負契約を締結する場合には、請負契約の履行を保証するため、そして、そのための必要経費、人件費の支払いを保証するために、契約相手方に保証を提供することが義務付けられている。また、例えば、公務員や裁判所によって任命される管財人等が、誠実に職務を執行することを保証するために、保証証書が用いられることもある。

³⁰ Restatement, *supra* note 2, p.26

³¹ See, Katz, *supra* note 28 at 106.

³² UCC§5-103 およびそのコメントにおいても、信用状は商業的な特別なものであって、一般契約法上のルールや保証のルールには服しないと明言され、その理由は信用状では独立性の原則と、支払いの確実性・迅速性が要求されるからであると説明されている。

³³ もっとも、スタンバイ信用状に関する独立性・抽象性を根幹とした規律と、保証に関するコモンローのルールは、形式ほどは異ならないという指摘もある。信用状についても、「重大な詐欺(material fraud)」の抗弁は認められるし、当事者が文言上の条件として原因関係の取引に関することを書くことも自由であるため、「独立性」はそこまで徹底したものではないからである（See, Peter A. Alces, *An Essay on Independence, Interdependence, and the Suretyship Principle*, 1993 U. Ill. L. Rev. 447, 479-482.）また、「独立性」があるとしても、たとえば債務者のデフォルトがないにもかかわらず債権者がスタンバイ信用状発行者に対して信用状を呈示して支払いを受けたような場合、債権者は不当に取得した資金を返還するとともに、債権者に生じた損害を填補する必要もある。結局、スタンバイ信用状と保証との違いは、手続的な面、すなわち誰が原因関係の取引に関して提訴する負担を負うか（保証であれば、債権者が原因関係の取引について債務不履行があったことを主張して保証債務の履行請求の訴訟を提起しなければならないが、信用状であれば債権者（受益者）はとりあえずは信用状の呈示のみで支払請求は可能であり、原因関係上の取引を理由とする訴えは信用状発行者あるいは債務者の側が提起しなければならない）の違いにすぎないという指摘もある（see, Katz, *supra* note 28 at 107-108）。

これらの保証証書の内容等については、法律に定めがあれば、それに従うことになる（保証法リスティメント 71 条参照）。

（５）身元保証の場合

身元保証証書（fidelity bond）とは、従業員の不誠実又は詐欺的な行為により生じた損害の填補を保証する保証契約又はそのための証書をいう。この身元保証の実質は、包括的な保険であることから、保証法リスティメントの適用の有無が問題となる。保証法リスティメントは、1 条が定める定義に当てはまる限りで、リスティメントの射程が及ぶとしている。

第3 アメリカにおける保証実務

1. 個人保証の実情

第2で紹介したように、アメリカ法においても、保証人保護のルールには様々なものがある。他方、保証の主体が個人であることに着目し、保証を規制しようという議論は、多くはなかった。

では、個人保証の実情は、どのようになっているのであろうか。以下では、経営者保証について、賃貸借における保証について、消費者信用における保証について、身元保証について、現時点で調査できた限りで、簡単に報告する。

2. 経営者保証について

米国においても、企業の債務についてその経営者・オーナーが個人保証人となる慣行（経営者保証³⁴）は一般的なものである。経営者保証がつけられる具体的な場面はさまざまなものがある。以下にいくつかの例を列挙する。

（1）融資における経営者保証

ア．経営者保証の利用実態について

経営者保証が利用されるもっとも典型的な場面は、銀行等から企業が融資を受ける場面である。とりわけ、中小企業に対する融資においては、経営者保証が利用されることが通常であるといわれる。

そうした慣行が一般的であることを示唆する文献は少なくないが³⁵、詳細なデータとし

³⁴ Director や officer といったいわゆる経営者のみならず、主要株主などその企業の支配権を有している者が保証人となる例もアメリカでは少なくない（むしろオーナー保証のほうが一般的といえる）が、本稿ではそれも含めて「経営者保証」と呼ぶ。

³⁵ E.g., Lynn M. LoPucki, The Death of Liability, 106 Yale L. J. 1, 7 (1996); Lawrence Gardner, Protecting the Small Business Owner's Personal Assets – Borrower's Viewpoint, J. Lending & Credit Risk Mgmt., Dec. 1996, 48, 48

てこれを示すものは少ない（アメリカにおいては、中小企業融資に関する全国的なデータが乏しいということがその一因と考えられる）。数少ない研究として、以下の２つが挙げられる。

第一に、中小企業金融について、オーナーのコミットメント（企業の負債についてオーナーが個人資産を担保とする、あるいはオーナーが人的保証をつける）が金融を受ける上でどのように関係しているかの実証研究³⁶がある。この研究では、1987年及び1993年のNational Survey of Small Business Finance（NSSBF）³⁷と1989年、1992年、1995年のSurvey of Consumer Finances（SCF）³⁸を基礎データとして分析を行っている。この研究では、NSSBFのデータから、①経営者による担保差し入れよりも経営者保証の形でのコミットメントのほうが多く用いられており、経営者保証がアメリカの中小企業金融における保全手段のもっともメインの形態であること、②会社形態の中小企業への融資においては、それ以外（パートナーシップや個人企業）の形態の中小企業への融資よりもさらに頻繁に経営者保証が用いられていること、③クレジットライン、モーゲージローン、設備ローンにおいては、自動車ローンよりも頻繁に経営者保証が用いられていること、④銀行による融資においてはそれ以外の主体による融資に比べてより経営者保証が用いられていること、⑤経営者保証の利用は増加傾向にあること、などが明らかにされている³⁹。具体的にはたとえば、全体のローンのうち、1987年は23.9%、1993年には40.9%のローンが経営者保証を付されていた（担保については、1987年は5.4%、1993年は11.1%であった）。もっとも、この数字は、当然にオーナー個人の責任を伴うパートナーシップおよび個人企業形態の企業（したがってこれらの企業については経営者保証を別途とる意味が薄い）をも母集団に含めているものであり、有限責任である会社形態に限定すると、1987

³⁶ Robert B. Avery, Raphael W. Bostic and Katherine A. Samolyk, The role of personal wealth in small business finance, 22 J. Bank. Fin. 1019 (1998)

³⁷ 連邦準備制度理事会（FRB）と米国中小企業庁の後援によって行われたアンケート調査であり、1987年には3224社、1993年には4637社が対象となっている。なお、この調査は、1993年以後も1998年、2003年に行われたが、それ以後は財政面などの理由から、調査は行われていない。

³⁸ FRBほかによって行われる、主に家計の動向の調査であるが、個人オーナーによって所有されている中小企業についても調査がされており、1989年は1164社、1992年は1708社、1995年は1745社が対象となっている。

³⁹ なお、SCFのデータでも、経営者保証が頻繁に用いられていることは明らかにされているが、その割合はNSSBFのデータよりも低く、また、SCFのデータでは経年的には経営者保証の用いられる割合は減少傾向にあるとの結果が生じており、NSSBFのデータとは一部で矛盾する結果となっている。ただし、SCFのデータについては、もともと家計対象の調査であり、中小企業金融を対象にとられたデータではないということに注意が必要である。SCFについては、質問票の内容等も含め、NSSBFのデータに比べると、経営者保証の実態を表すデータとしてはやや疑問があるとの評価をするものとして、see, Ronald J. Mann, Comment on Avery, Bostic and Samolyk, 22 J. Bank. Fin. 1062 at 1064-1065 (1998).

年には 37.8%、1993 年には 59.5%のローンに経営者保証が付されていた。銀行が融資する場合には 1987 年には 33.9%、1993 年には 56.1%のローンに経営者保証が付されている（銀行以外によるローンについては、1987 年には 20.3%、1993 年には 38.4%）。ローン形態については、クレジットラインで 1987 年に 38.0%、1993 年に 56.0%、モーゲージローンで 1987 年に 28.1%、1993 年に 49.6%、設備ローンで 1987 年に 23.8%、1993 年に 45.9%、自動車ローンで 1987 年に 14.2%、1993 年に 16.8%について経営者保証が付されている。会社形態の企業に対するクレジットラインでは、1993 年には 65.7%のローンに経営者保証が付されている（銀行による融資ではさらに高い割合である可能性がある）。

第二に、銀行実務家に対する集中的なインタビューをもとに、中小企業金融における保全手段の実態について分析した研究⁴⁰がある。この研究では、1996 年および 1997 年に行われた 12 の銀行担当者へのインタビューが基礎データとなっている⁴¹。

この研究では、中小企業融資の現場において経営者保証がよほどの例外を除いては要求されているという実態が明らかにされている。具体的に各行担当者のコメントとしてあげられているのは以下の通りである⁴²。

「経営者保証は当行が融資を承認する「最低条件」である」(SouthTrust Corporation 担当者)

「当行では 100%保証を要求している」(The Boatmen's National Bank of St. Louis 担当者)

「我々が保証なしで融資をした例は一つも思い浮かばない」(東海岸の某銀行（匿名）の担当者)

「債務者が株式会社または有限責任の会社である場合には保証を要求しており、担保よりも重要と認識している」(Home Savings of America 担当者)

「当行では 99%保証を要求している」(WellsFargo 担当者)

「保証を要求する割合は 90-100%である」(First Security Corporation 担当者)

⁴⁰ Ronald J. Mann, Secured Credit in Small-Business Lending, 86 Georgetown L. J. 1 (1997)

⁴¹ 中小企業融資マーケットは比較的シェアの集中が見られるため、このインタビューの対象となった銀行で全米の 1996 年の中小企業融資の 9.9%に相当する。12 行の内訳については、いわゆる大銀行から比較的小規模な銀行までを含み、また、全国区の銀行から広域地方銀行、小規模地方銀行のいずれをも含んでいる。地域についてもカリフォルニア、南西部地区、中西部地区、南東部地区、北東部地区のいずれの銀行をも含んでいる。なお、参考資料として、これ以外に中堅企業融資（中小企業よりもやや大規模な企業への融資）をメインマーケットとする 2 つの銀行の担当者にもインタビューが行われている。

⁴² See, Mann, *supra* note 40 at 23.

「閉鎖会社の経営者には個人的に債務に「サイン」⁴³してもらうことをポリシーとしている」(1st Source Bank 担当者)

「ほとんどのケース、ほぼ 99%といってもいいと思うが、保証を要求している」(Chase Manhattan 担当者)

「当行では 90%について保証を要求している」(KeyBank 担当者)

「個人保証をとらないのは極めて稀である」(BankAmerica 担当者)

これら 2 つの研究は、この分野において重要な研究であるが、すでに 10 年以上が経過しており、やや古いものであることは否めない。しかしながら、中小企業金融において人的保証が極めて頻繁に用いられているということは、現在でも変わっていないようである⁴⁴。

イ. 中小企業向け融資における人的保証の機能について

米国においては、人的保証が要求される理由についての理論的検討も行われている。これらの研究は、必ずしも米国における保証実務に限定して議論が行われているわけではなく、その意味ではわが国を含め、保証という仕組み一般について共通する理論を構築しているものであるが、米国の学界において保証がいかにとらえられているかを示すものとして、簡単に紹介しておく。

この分野でもっとも有名な研究である Katz による研究⁴⁵においては、①なぜ債権者は保証なしの融資よりも保証付きの融資を好むのか、②保証人となることは債務者のデフォルトリスクを負担することを意味するが、そうであればなぜ保証人自身が債務者に対して自

⁴³ 保証に限らず、連帯債務の形式をとることもあるという趣旨か。

⁴⁴ たとえば、米国中小企業庁 (SBA) による中小企業向け公的金融プログラムについては、「20%以上のオーナーは企業が SBA 融資を受ける際に個人的に保証をすることが求められています」とされている (See, U.S. Small Business Administration, FAQ: Financing A Business, Question 2, available at <http://web.sba.gov/faqs/faqindex.cfm?areaID=19>)。同様の条件は、各民間銀行の中小企業向け融資商品の注意書きにもしばしば見ることができる (E.g., Wells Fargo Small Business Advantage® Line of Credit, available at https://www.wellsfargo.com/biz/loans_lines/advantage/)。また、アトランタ連邦準備銀行 (Federal Reserve Bank of Atlanta) が 2011 年 10 月に発表した 2011 年第三四半期中小企業調査 (Third Quarter 2011 Small Business Survey, available at http://www.frbatlanta.org/documents/research/smallbusiness/sbresearch/11q3_survey.pdf) では、調査対象企業からの典型的コメントとして、「すべての規模の銀行が 100%の個人保証を要求している」「中小企業庁 (SBA) によるローンについても個人保証が必ず要求される」といったものが挙げられている (Id at 2. ただし、これらは債務者側からの否定的な意味でのコメントであり、米国においても債務者会社の経営者にとって個人保証が重すぎる負担を課しているのではないかという問題意識はあることはうかがえる)。

⁴⁵ Katz, *supra* note 28. なお、この研究をわが国で紹介するものとして、小出篤「中小企業金融における人的保証の機能」黒沼悦郎＝藤田友敬編『江頭憲治郎先生還暦記念 企業法の理論 下巻』501 頁以下 (2007 年) 参照。

ら貸付を行わないのか、③なぜ債権者の債務者に対する融資に対する保証という形をとるのか、言い換えれば、なぜ債権者が保証人に対して貸付を行い、それを保証人が債務者に対して貸し付けるという形式をとらないのか、といった問題意識から理論的検討が行われている。結論的にいえば、①については、保証人は債権者よりもより安価に債務者のモニタリングができるために保証つき債務のほうが効率的といえるからであり、②については保証人よりも銀行などの債権者のほうが流動性のある資金をより安価に調達できる（保証人が貸し付けのための資金を準備するのはコストがかかる）からであり、③については、銀行などの債権者は保証人よりも（債務者のモニタリングのコストとは逆に）債権回収などのコストが安く、また、債権者自身も債務者に対して一定のモニタリングは行うから、である、とされる。

Katzの研究では、融資に伴う貸し手のコストを資金調達コスト、取引コスト（事務コスト、借り手の信用力を審査するコスト、期中のモニタリングコストなど）、デフォルト時のコスト（回収不能額、回収事務のコストなど）、の3つに分ける。保証をつけることで、これらのコストのうち、取引コストとデフォルト時のコストを削減することができる場合がある。

第一に取引コストについては、貸し手よりも保証人のほうが、債務者との情報の非対称性が小さく、コントロールが容易である場合には保証をつけることで削減することができる。この場合、保証人が債務者のリスクの負担者となるため、債務者が借り手を審査（スクリーニング）し、また、期中に債務者が機会主義的行動をしないかどうかモニタリングすることになるが、上記のように保証人が貸し手よりも債務者に近い立場にある場合は、保証人が債務者を審査・モニタリングするために負担するコストは保証人なしの融資で債権者が負担するこれらのコストよりも安価となるからである。

第二に、デフォルト時のコストは、債務者のデフォルトの確率とデフォルト発生時に生ずる回収不能額・回収事務コストを掛け合わせることで求められるが、これについても、保証人と債務者との情報の非対称性が貸し手よりも小さく、コントロールが容易である場合には、削減されることになる。まず、保証人と債務者との情報の非対称性が小さければ、デフォルトが起きないためのモニタリングがより実効的に行われることでデフォルトの確率を減少させることができる上、仮にデフォルトが生じても、保証人が債務者をよく把握しているために、保証人がいない場合よりも債務者からの回収額を増加させたり回収事務コストを削減することも可能となるからである。

他方で、保証をつけることは、本来は債権者と債務者との間の二者関係である融資取引が、債権者と債務者との間の融資契約に加えて債務者と保証人との保証契約の締結も必要となるため、取引コストの増大要因ともなりうる。

結局、保証人をつけることでのコスト削減効果と増大効果をトータルで考えて、コストが削減される場合には、保証をつけることが効率的となりうるということになる。

米国において中小企業融資において保証がつけられる場合、上記の取引コスト削減が目的となっていることが多いといわれる。

たとえば、ア．で紹介した Mann による銀行実務家へのインタビューにおいても、経営者保証をつける目的は、経営者が企業をきちんと経営していくことを確保することにあるとの指摘がなされている⁴⁶。たとえば以下のようなコメントがなされている。

「私は、経営者がその事業とつながっていることを求めている。一般的に言って、ある個人が私と同程度に事業について経済的にコミットすることをしようとしなかった場合、あるいは彼らが彼らの持っている何でもいいが何かをかけようとしなかった場合、私は彼らをやや疑わしく思う」(BankAmerica 担当者)

「オーナーには「私はこのビジネスに注力するつもりだし、このビジネスの背後に居続けるつもりである」と言ってほしいし、もしそうするのがいやなら、私にとって彼らに安心して融資をすることはかなり難しい、というのが私の方針である」)(Wells Fargo, 担当者)

「保証の目的は、心理的な手段でもあり、経済的な手段でもある。保証があることで「私の人生がかかっているから、私はこの事業を放り出したりはしない」ということを確保できる」(Magna Bank 担当者)

実際、米国においては、保証人たる経営者に個人資産がなくとも、保証は求められているとされる⁴⁷。このことは、保証の目的が、保証人からの回収によって債権者の損失を回復するという直接の保証の機能よりも、保証人が債務者をモニタリングすることを確保することにあることを示しているといえる。

ウ．保証についての規制

(ア) 配偶者保証について

⁴⁶ See, Mann, *supra* note 40 at 24.

⁴⁷ *Ibid.* (「保証人に資産があまりないことは、保証を要求せずに融資をするという「例外」の理由とはならない」(BankAmerica 担当者))。

なお、以上はいわゆる経営者（オーナー）保証についての米国の実態および研究状況についての記述であるが、実務においては、経営者以外が中小企業融資において保証をつけるという慣行もあるとされる。経営者以外が保証をつける場合としては、まず経営者の配偶者が考えられる（spousal guaranty という）。

配偶者保証については、銀行監督法において一定の規制が存在する。すなわち、**Equal Credit Opportunity Act (Regulation B)**⁴⁸は、債権者（対象者は主に銀行）の与信基準の下で、債務者以外の者（経営者やオーナー、その他第三者など）が債務の共同署名者となる、あるいは保証人となることを要求することを原則として認めつつ、債務者・保証人の配偶者を共同署名者・追加の保証人として求めることは原則として禁じている（債権者からの要求を禁じているので、配偶者保証自体は禁じられていない）⁴⁹。

この法律は、人種・肌の色・宗教・出身国・性・婚姻の有無・年齢によって、金融へのアクセスに差別があることを防ぐことを目的としており⁵⁰、配偶者保証が規制される根拠は、それを銀行が要求することは、性別、あるいは配偶者の有無によって金融へのアクセスに差をつけることを意味するからである（たとえば、女性が融資を受ける場合、夫の保証が要求されるなどの実務慣行が存在した）。そうした意味で、この規制はいわゆる保証人保護を目的とした規制ではないが、実務上は銀行が保証人を徴求する際に考慮すべき重要な規制である。なお、この規制があってもなお、配偶者保証の慣行は頻繁に見られるようである（銀行から要求をしなければ **Regulation B** 違反にはならない）。そのため、債務者・保証人が、**Equal Credit Opportunity Act** 違反を理由として、保証債務の無効や免責を求める裁判も多く起きている。ただし、**Equal Credit Opportunity Act** 違反が保証債務の無効・免責の効果につながるかについては、判例が分かれているようである⁵¹。

（イ）債務者保護一般の規制について

米国においては、**Fair Debt Collection Practices Act**⁵²が債務者からの回収についての債務者保護規制を置いている。しかし、この法律はビジネスに基づく債務には適用されず、個人保証人についても同様に適用されない⁵³。

⁴⁸ 12 C.F.R. Part 1002. この法律ができたのは 1974 年である。

⁴⁹ 12 C.F.R. §1002.7

⁵⁰ 12 C.F.R. §1002.1

⁵¹ See, Andrea Michele Farley, The Spousal Defense: A Ploy to Escape Payment or Simple Application of the Equal Credit Opportunity Act?, 49 Vand. L. Rev. 1287 (1996). この論文後も判例は分かれているようである。

⁵² 15 U.S.C. §§1692-1692p

⁵³ 15 U.S.C. §1692a(5). この法律における「債務」は、個人・家族・家産目的の債務に限定されている。

エ．特殊なタイプの経営者保証について

近年見られる特殊なタイプの経営者保証として、“springing guarantee”および“exploding guarantee”と呼ばれるものがある。

“springing guarantee”とは、将来、ある特定された事象（たとえば債務者による破産申立）が生じた場合に限り保証債務が発生するというタイプの保証である。“exploding guarantee”とは、逆に、はじめから保証債務は発生しているが、将来ある特定された事象（たとえば担保権実行が成功したことや債務者が債権者による回収に協力したこと）が生じた場合は保証人の保証債務は消滅するというタイプの保証である。

これらの保証は、とりわけノンリコースのローンなどにおいて用いられる。すなわち、ノンリコースローンにおける倒産隔離（債務者の倒産リスクを防ぐ）を実現するために、債務者が破産申請をした場合には、特に経営者である保証人に責任を負わせる（あるいは債務者が破産申請をせずに担保権実行が成功すれば保証債務を消滅させる）こととして、債務者の破産申請をなるべくさせないようにしようとするとともに、破産申請などをしない限りは保証人に責任を負わせることをしないことで、事実上のノンリコース性を確保しようとする仕組みであるとされる。

類似の仕組みとして、“bad boy guarantee”と呼ばれる仕組みもある。これは、詐欺、家賃収入の流用、破産申請など、ノンリコースローンにおいて債務者が債権者を害するような行為が行われた際に、保証人の保証債務が発生する（事実上フルリコースとなる）という仕組みである。

これらの仕組みがあることで、債務者会社の経営者は、債権者との一種の利益相反的立場に立つ。すなわち、経営者は会社が支払不能時になった場合は会社の債権者に対して信託義務を負うこととなり、適切に破産申請を行って債権者の利益を図る必要があるところ、これらの保証の仕組みがあることで、経営者は不当に破産の申請をしないようなインセンティブが生ずるからである。したがって、破産申請と保証債務の発生（消滅）をリンクさせたこれらの保証形態は、実務においては見られたものの、学説上は破産法の基本的なポリシーに反するとして強制不能(unenforceable)であるとの見解もあった⁵⁴。

しかし、近年の判例は、これらの保証形態の強制可能性を認める立場に立っている⁵⁵。

⁵⁴ E.g., Marshall E. Tracht, Will Exploding Guaranties Bomb, 117 Banking L. J. 129, 132(2000).

⁵⁵ E.g., FDIC v. Prince George Corp., 58 F.3d 1041 (4th Cir. 1995).この保証実務があっても、破産申請ができなくなるわけではなく、破産法のポリシーとは反しないとする。このほか、最近の判例の動向について、David R. Kuney and Jeffrey E. Bjork, The Enforceability of Springing Guaranties, 2011 Emerging Issues

なお、これらの保証形態は、強制不能な損害賠償額の予定に該当するのではないかという論点もあるが、判例は損害賠償額の予定にも該当しないとする⁵⁶。

（２）その他の経営者保証

融資以外の場面においても、企業の債務について経営者保証が付される事例がある。以下、いくつか列挙する（なお、これらは網羅的な列挙ではなく、これ以外にも経営者保証が用いられる場面は存在する。たとえば、通常の売買契約においても、買主が会社である場合に売買代金支払について売主が買主の経営者を保証人とすることはある）。

ア．不動産賃貸借における経営者保証

企業がテナントとして不動産賃貸借の賃借人となる場合、企業の経営者が家賃支払い等についての個人保証人となる例がしばしば見られる。これについては、３．参照。

イ．フランチャイズ契約における経営者保証

フランチャイズ契約においては、フランチャイザーがフランチャイジーの経営者の個人保証を要求するのが一般的であるとされている⁵⁷。フランチャイズ契約においては、フランチャイジーによるロイヤルティーの支払いを確保するためという目的のほか、フランチャイズ契約内のさまざまなフランチャイジーの義務（競業禁止義務、フランチャイザーが第三者に対して責任を負った場合の補償義務、営業秘密等を開示しない義務、フランチャイザーのブランド価値を損なうような行為をしない義務など）の履行を確保するためにも、個人保証が使われるとされる⁵⁸。

ウ．クレジットカード加盟店契約における経営者保証

クレジットカード加盟店は、プロセッサーと呼ばれる事務処理会社に対して売り上げデータを提出し、プロセッサーはそれを集計してカード発行会社に提出して資金をまとめて

5615 (Apr. 2011)参照。

⁵⁶ E.g. In *Heller Financial, Inc v. Lee*, 2002 U.S. Dist. LEXIS 15183 (N.D. Ill.)

⁵⁷ See, Charles S. Modell, What Do Personal Guarantees Offer the Franchisor?: Don't Do Business Without One, 23 *Franchise L. J.* 138 (2004)（フランチャイジーについて個人保証をとるのはフランチャイザーにとって標準的な実務であるとする）；Andrew C. Selden, What Do Personal Guarantees Offer the Franchisor?: Be Careful What You Wish For, 23 *Franchise L. J.* 138 (2004)（フランチャイジーから個人保証をとるのはフランチャイズ契約を専門とする弁護士にとって自動的かつルーチンな行為であるとする）

⁵⁸ See, Modell, *supra* note 57 at 138-140.

受け取り、手数料を差し引いて各クレジットカード加盟店にその資金を支払う。しかし、その後、カード利用者がカード発行会社に対して支払いを拒否する場合がある。この場合、プロセッサ経由でクレジットカード加盟店は一度受け取った資金を返却する契約上の義務を有するが、この義務についてプロセッサはクレジットカード加盟店の経営者の個人保証をとることがあるという⁵⁹。

3. 賃貸借における保証について

企業がビジネス目的でテナントとして不動産賃貸借の賃借人となる場合、賃料債務や各種の損害賠償債務の支払いについて、賃借人以外の個人保証をとることがある。特に中小企業である場合⁶⁰、また、ニューヨークなど不動産賃料の高いエリアでこうした慣行は一般的であるとされる⁶¹。実際、第2の2で紹介したニューヨーク州の判例では、商業用不動産の賃貸借に関して、企業の経営者やその親族が保証人になっている場面が扱われ、個人保証人の保護が問題となっていた。判例が、個人保証人の保護につながる一定のルールを用いていることは、上述の通りである。

4. 消費者信用における保証について

(1) 消費者信用における保証の利用

米国における消費者信用はもっぱらクレジットヒストリーをベースに供与されている。十分なクレジットヒストリーを有さない消費者が金融を受ける際には、そうしたハイリスクの消費者専用の業者による高金利のローンを用いることになるが、十分なクレジットヒストリーを有している人に保証人になってもらうことで、より好条件での金利で融資を受けられるということがあるようである⁶²。

⁵⁹ See, Gary W. Marsh and David E. Gordon, Processing Credit Card Charges in Chapter 11, 82 Am. Bankr. L. J. 253, 261(2008).

⁶⁰ See, Modell, supra note 57 at 138.

⁶¹ 他方で、個人が住居目的で不動産賃貸借の賃借人となる場合に、どれほど個人保証が用いられているかは不明である。利用されるケースはあるようで、賃貸人向けに、住居目的での不動産賃貸借における保証契約の契約書ひな形を提供する書籍やインターネットサイトなどは多く見られるが、利用の実態については今回の調査では十分に把握できなかった。

⁶² See, Katz, supra note 28 at 54.

（２）消費者信用の規制

ア．保証人保護の規制

このような場面で、情誼にもとづき保証を行ってしまう（連帯債務を負担してしまう）個人保証人の保護のために、連邦法は、「連帯債務者への通知（notice to cosigner）」を債権者に義務付けている。

債権者は、以下のような定型の文言を用いて、保証人（連帯債務者）への通知を行わなくてはならないものとされている⁶³。

「あなたは、この債務につき、保証人となることを求められています。保証人になる前に、良く考えてください。債務者がこの債務を支払わない場合、あなたが支払いをしなくてはなりません。あなたに支払能力があるか、そして、あなたがその責任を受け入れたいか、確認してください。

債務者が支払いをしなかった場合、あなたは、この債務の全額を支払わなくてはなりません。また、遅延損害金や回収費用も支払わなくてはならず、支払金額はさらに増加してしまうかもしれません。

債権者は、最初に債務者からの回収を試みることなく、あなたからこの債務の回収を行うことができます。債権者は、債務者に対して用いることができる回収方法と同じものを、あなたに対しても用いることができます。例えば、あなたを訴えたり、賃金を差し押さえたりすることもできます。この債務が不履行となれば、その事実は、あなたのクレジットレコードに記録されてしまうかもしれません、

この通知は、この債務につき、あなたに責任を負わせる契約ではありません。」

イ．保証人の強制

他方で、一定の債務者が借入を行う場合に、保証人が必要であるとされる場面がある。2010 年に施行された Credit Card Accountability, Responsibility, and Disclosure Act（CARD Act）の第 3 章は、クレジットカードを利用する未成年を保護するためのルールを定めている。

その 301 条 B 項は、21 歳未満の者がクレジットカードを利用する場合には、保証人（連帯債務者）が必要であるとする。CARD Act によれば、21 歳未満の者がクレジットカード

⁶³ FTC（Federal Trade Commission）の消費者保護局のサイトに、定型文言の紹介がある（<http://www.ftc.gov/bcp/edu/pubs/consumer/credit/cre06.shtm>）。

ドのアカウントを開設する際には、両親、後見人、配偶者、又は、それ以外の個人で、21歳に達しており、アカウントの開設者が負った債務を弁済する手段を有する者が、連帯債務者としてサインをすることが必要であるとする。但し、アカウントの開設者が、単独で債務を返済する手段を有していることを示す財務情報を提出した場合には、連帯債務者のサインは必要ではない。

5. 身元保証について

アメリカにおける身元保証(fidelity)は、イギリスのそれと類似したものであるという。

先述したように、身元保証は、従業員の不誠実又は詐欺的な行為により生じた損害の填補を保証するものであるが、これに加えて、通常は、偽造・変造、窃盗・強盗・不法侵入などの犯罪による損害等もカバーする。つまり、企業が加入する一種の損害保険であり、専門の保険会社等により行われる。

日本における身元保証が通常個人保証を指すのに対して、アメリカにおける身元保証は、法人保証である点で、両者は大きく異なっている。

小 出 篤 (こいで・あつし)

藤 澤 治 奈 (ふじさわ・はるな)

欧米における保証人制度の利用状況

—消費者信用を中心に—

1. 海外における消費者信用における保証制度の利用

消費者信用とは、消費者の「信用」を最大の担保として行なわれる信用供与サービスであり、商品を後払いで販売する「販売信用（販売金融）」（sales credit ;sales finance）と、直接金銭を貸し付ける「消費者金融（consumer finance）」に大別される¹。いずれの場合も十分な資産を有しない消費者に対して金融機関が信用を供与するため、通常より貸倒れの可能性が高く、そのリスクを少しでも抑える目的で様々な工夫が行なわれてきた。

販売信用が最も早く行なわれたのは、アメリカといわれている。アメリカでいち早くミシンの割賦販売を採用し、販売を伸ばしていったのが、シンガーミシンである。同社は、①購入代金の全部または一部が割賦で払われる信用販売(Credit Sale)の方法か、あるいは②購入代金の全部または一部が割賦で払われる売買であるが契約で定める割賦支払その他の条件が成就するまで物品の所有権が売主に留保されるという特約のついた条件付販売(Conditional sale)の方法でミシンを販売していた²。その後同社は、1855年にイギリスなど海外に進出し、1867年にスコットランドのグラスゴーでミシンの製造を開始し、1883年にはグラスゴー郊外のクライドバンク市に巨大な製造工場を建設している³。また、日本には1901年に進出している。

¹ 西ヶ谷葉子編著『クレジット・金融用語辞典【改訂版】』（きんざい、2003年）105頁。

² Consumer Credit Act 2006 s. 189の定義による。わが国の後払式割賦販売（いわゆる「自社割賦」）に相当する。

³ ¹²<http://www.singerhappy.co.jp/sewing/naruhodo/index.html>。F.J.ラブリュイエール、R.M.ヘルピ共著・木下恭輔監修『消費者クレジットの世界史』（きんざい1997年）126頁。

当時割賦販売されていた自動車やピアノ、家具などの耐久消費財は、高価であり、またミシンは洋裁になど小規模な事業に需要があったので、主に条件付販売で販売し、割賦金の全額が返済されないときは、売主は販売した商品を引き揚げ、再販売することで代金回収していた。このように商品が担保的な機能を果たしていた。しかし、信用販売では、即時に所有権が移転し、販売商品の引き上げという方法が取れないため、その債務の支払を保証する保証人が要求されていた。

その後、イギリスでは、条件付販売における物件引き揚げに対し、裁判所が厳格な態度をとり、法律も整備された⁴ので、より確実に商品を確認するために、金融会社と提携して、金融会社が商品の所有権を保持したまま、買主（借主）に賃貸するという販売形式である買取権付賃貸借契約（hire-purchase agreement）が用いられるようになった。

しかし、この販売形式も、1938年買取権付賃貸借法(Hire- Purchase Act 1938)が制定され、賃料総額の3分の1を超える支払がされた以降は、裁判所の関与なしに借主から物品を引き上げることが禁止され（同法13条）⁵、保証人の活用がなされるようになる。なお、本法ではすでに第6条において顧客からの書面による通知を受け、所定の手数料を受領したときは、「支払済みの金額」「未払金の額」「支払期日と金額」を通知すべき義務が設けてあり、債権者が正当な理由なくこの通知義務を怠ったときは、顧客や保証人に対して債務不履行があっても契約の履行を強制できないとの規定が設けられており、保証人保護が図られていた。

その後もイギリスにおいて、販売信用として信用販売、条件付販売、買取権付賃貸借契約及びクレジットカードが用いられているが、少額取引の多いクレジットカード取引を除いて販売信用には保証人が要求されている⁶。

なお、その後1964年買取権付賃貸借法や1900年貸金業法、1893年物品販売法など40余りの法律を廃止、又は改訂して制定された1974年消費者信用法（Consumer Credit Act 1974）においても保証人保護の規定が盛り込まれている。例えば、債務者が延滞など契約違反をしたときは、期日前支払の請求、物品の占有の回収（賃貸物の引き上げ）を行なお

⁴ 1893年物品売買法(Sale of Goods Act 1893)や1889年問屋法(Factor Act 1889)の下では、条件付販売で購入した買主から商品を善意で購入した第三者は有効にその所有権を取得でき、所有権を留保した売主は第三者から商品を取戻すことができないとされた。

⁵ この規定は、その後 Consumer Credit Act 1974、Consumer Credit Act 2006 において引き継がれている。

⁶ 例えば Forthright Finance Ltd v Patel [Court of Appeal (Civil Division)] 3 April 1995 事件で買取権付賃貸借契約による自動車の購入者（借主）とともに、保証人が代金返済を求めて、金融会社から提訴されている。

う前に、所定の債務不履行通知を債務者に送達しなければならない（同法 87 条（1））が、その写しを保証人（surety）にも送らなければならない、これを怠ると裁判所の命令によってのみ保証人に請求できるに過ぎなくなる（同法 11 条（1）（2））などの規定がある。イギリス法の影響を受けるシンガポールにおいては、現在も Hire-Purchase Act が施行されており、自動車の買取権付賃貸借の利用では、個人保証で契約者の親や配偶者だけでなく、友人・知人や会社の上司などが保証人となるケースが多い⁷。

2. ADR の状況

イギリスでは、2000 年に金融サービス市場法(Financial Services and Market Act: FMSA)が制定され、紛争解決に関しては、それまで金融界において業界団体ごとに設けられていた自主規制に基づき各業態別に存在した 8 つの仲裁機関やオンブズマン制度を単一の金融 ADR 制度に統合し、個人と個別金融機関との紛争解決機関として金融オンブズマン機構(Financial Ombudsman Service)(以下「FOS」という)が設立されている⁸。この FOS は、消費者の銀行の預金や貸付、不動産抵当、個人年金、保険、投資、信用(クレジットカードやローン、レンタル)、決済サービスなど一定の範囲の金融サービスに関する苦情を受け付け、消費者の苦情を解決すべく消費者から相談料無料で対応している。

その FOS が製作している Ombudsman news を見ると保証人を含む紛争解決事例が多数掲載されており、金融サービスの提供契約において個人及び法人の保証契約が利用されていることが伺われるが、個人の場合は、保証契約の内容や範囲に対する理解の齟齬についての解決例などが紹介されている⁹。

3. リスクと審査

消費者クレジットが生まれたときは、3 つの C によって信用力の判定がなされていたと

⁷ シンガポール第二位のオートローン会社 Orient Consumer Credit(現 GE Money Singapore)の元 Managing Director 末永裕彦氏のコメント。

⁸ 2000 年 FMSA のパート 16 に「オンブズマン制度」の規定があり、225 条から 234 条まで、及び付属規定 17 に制度運営のための具体的な規定内容が記されている。日本証券経済研究所編集『外国証券関係法令集 イギリス 金融サービス市場法』367 頁以下参照。

⁹ Ombudsman news2001 年 3 月号 (3 号)、2004 年 5/6 月号 (37 号)、2004 年 9/10 月号 (40 号)、2010 年 11/12 月号 (91 号) に掲載されている。

<http://www.financial-ombudsman.org.uk/publications/ombudsman-news/91/91.htm>

いわれる。3つのCとは、character（性格）、capacity（能力）、collateral（担保）である。人的移動が少ない時代は、信用供与者がクレジット申込者を知っており、個人の資質や性格、所得の状況、返済能力の精度を知っており、担保が提供されており、その評価もできたというわけである¹⁰。

しかし、現在は、無担保でクレジットは供与されており、隔地者間の申込であるから、信用供与者は、唯一、信用情報機関に登録された過去の利用状況と現在の利用残高等の情報でしか返済「能力」を判定することしかできない。信用供与者は、この情報をもとに受容できる範囲内のリスクのある顧客を選別し、許容範囲を超える人とは取引をしない状態になっている。わが国では、金銭の融資と販売信用に関しては、リスク判定に加え、年収に基づく信用供与の禁止が法定されている状況である。

しかし、すでにクレジット利用が不可欠なアメリカなどでは、延滞などの理由で信用情報機関に高リスクな情報が登録されている場合は、社会生活を営めなくなってしまう。従って、アメリカなどでは「信用の大切さ」などの授業が高校生に座学と実習を通じて実施されている¹¹。

なお、現実には信用の供与を受けられない場合、その利用予定者のリスクを引き下げるためには、担保の提供が一般的でない消費者信用においては、保証人が用いられることになる。本人の返済能力を補う保証人がいないことには、社会生活に必要な与信を受けられないのである。

なお、現在アメリカにおいては、2009年クレジットカード法（credit card accountability responsibility and disclosure act of 2009）により、21歳未満の学生などがクレジットカードを申し込む場合には、親権者等の保証人（co-signer）が必要とされている。このようにアメリカでは、社会生活に必要な与信を受けるため、金銭教育、クレジット利用教育において、与信を受けられる信用の大切さの理解のもとで保証制度が運用されているともいえる。

吉 元 利 行（よしもと・としゆき）

¹⁰ E.M.ルイス著木下恭輔監修アコムプロジェクトチーム訳『クレジットスコアリング入門』（きんざい1997年）10頁。

¹¹ 西村隆男編著『クレジットカウンセリングー多重債務者の生活再建と消費者教育』（東洋経済新報社、1997年）73頁。

実務面からの総括およびコメント

1. はじめに

今回のフランス、ドイツ、アメリカ、イギリス¹の保証制度の調査により、これらの国における保証制度の内容、保証制度の運用、保証人の保護法制について比較することができた。これにより現在検討中の民法改正の議論に対して、有益な比較法資料を提供することができるだろう。各国の実際の運用状況などをより良く知るためには現地調査も必要であるが、今回はその時間的余裕もなかった。にも関わらず、短期間で各国の保証制度についての資料・文献を調べ、報告書の形でまとめられた立教大学野澤正充教授以下の報告者の方々に感謝申し上げたい。

本稿はこれらの報告書を読み、実務面から総括・コメントをすることを意図したものである。しかしながら、実務面といっても、立場が異なれば、利害が大きく反する。例えば、保証人の利益を代表する弁護士実務の場合、消費者のような個人保証人の利益を代表する場合と、信用保証協会のような機関保証人の利益を代表する場合とでは、関心もリスクも異なり、まして債権者となる金融機関の立場や、事業に関連して保証契約の当事者(債権者、主債務者、保証人)の全てになりうる企業の立場からでは、実務面から全く利害が相反する。従って、まず最初に本報告の実務上の立場を明らかにする必要がある。報告者は、現在、大学で国際取引法と企業法務を教えているが、それ以前は長年日本および欧州において、企業法務の実務に従事したこと、またイングランドの **Solicitor** としての経歴から、主として非金融機関のビジネス実務の立場からコメントしたい。一方、消費者関連の取引につい

¹ 英国は、連合王国(United Kingdom)といわれているように、法体系でもイングランド・ウェールズ、スコットランド、北アイルランドと大きく三つに分かれる。本稿でのイギリスはイングランドを指すことにする。

ては、日本の民法(債権法)改正に関連して、弁護士会から、保証制度の改正について実務上の提案が行われているが²、その分野の専門家でないので、コメントは最小限に止めたい。

2. 保証債務の成立

(1) 書面の要求

日本では平成 16 年の改正により、保証は書面でしなければ効力を生じないとされ(民法第 446 条 2 項)、電磁的記録も書面とみなすとされた(同条 3 項)。「債権法改正の基本方針」(以下基本方針という)においてもこれをそのまま踏襲する³。

理由は異なるものの、各国の法制でも保証に関して一様に書面での作成が義務付けられている(但し、フランスでは、私署証書による片務契約でない場合、書面は不要。またドイツも、商行為の場合、書面は不要という例外はある)。書面の内容についても一定の事項を規定することを要求する国がある(ドイツ、フランス)。保証契約が書面によらない場合の効果については、執行力がない(イギリス、アメリカ)、あるいは無効(日本、フランス、ドイツ)のいずれかである。電子的記録については、保証人保護の観点からフランス、ドイツでは書面として認めない。

保証が書面で作成されるべきことについては、合意を書面にするというビジネスの常識に沿うものであり、紛争予防・解決のために契約一般について書面が作成されるべきであるから、それ自身何ら問題とすることはない。また記載内容が法定されていることについても、予測可能性という観点から望ましい。しかしながら、フランス民法典 1326 条では、保証のように私書証書による片務契約の場合、内容を手書きすることが義務付けられている。それから逸脱した場合、一般的には無効ではないが、自然人と事業者である債権者との間の保証契約については 2003 年法(ディトレイユ法)により、無効となる。他の国では手書きすることまでは要求されていない。保証人の注意喚起と保証人の明確な保証意思の確認が書面化の目的であれば、必ずしもそこまで必要ないということであろう。また電子的記録についても、電子署名などの技術の発展により、本人確認が可能であり、現在これを排除する理由はないと思われる。

² 大阪弁護士会編『民法(債権法)改正の論点と実務<上>』(商事法務 2011)

³ 基本方針 3.1.7.02(1)

（２） 保証引受契約による保証債務の成立

保証契約は、債権者と保証人の間の契約であるが、主たる債務者と保証人との間の保証委託契約（保証引受契約）による保証の成立を認めるとすべきかということが日本で問題となっている。成立を認める場合、第三者のためにする契約と同様に、債権者の権利は、債権者が同意の意思表示をしたときに発生する。基本方針ではこれを認める⁴。

アメリカの 1995 年保証法リステートメント（以下リステートメントという）第 2 条においては、主たる債務者と保証人間の契約により、保証人の地位を発生させることが定められている。イギリスにおいても、従来は伝統的な契約当事者原則（Privity 原則）により、不可能であったが、Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999 の制定により、保証委託契約による保証債務の成立は可能となった。フランス、ドイツでも、保証契約は片務契約であるから、契約成立の形式要件、保証人の意思表示、債権者が同意という有効要件を充足する限り、保証契約が成立する。

実務では、委託をされた保証であること、保証料、求償の範囲、事前求償権などの定めをすることが可能となるため、保証委託契約が良く使われる。保証は片務契約であり、債権者の同意に書面は必要とされていない。否定する理由はない。

（３） 文言および解釈原則

基本方針では、保証契約は「明確かつ平易な言葉で表現」とされている⁵。欧州共同体理事会による消費者契約の不公平条項に関する指令(No.L95/29)第 5 条によると、消費者に書面で条項が提示される契約は明確で平易な言葉で表現することと、条項の意味に疑いがある場合、消費者に有利な解釈とする原則が規定されている。EU 各国ではこれを国内で施行する義務を負っており、事業者に対して消費者が保証人となる保証契約条項についてもそれが適用される。更にドイツでは、金融機関の約款により保証を引受ける場合など、不意打ち条項などが約款規制の対象となる。イギリスでも、1974 年消費者信用法の下で、保証契約について明確に表現すべきとする規定があり、また判例で最終的に保証人に有利な解釈をするべきとするものがある。アメリカでも ニューヨーク州の最高裁では、消費者に有利なように厳格に解釈するべきとする原則がある。

契約一般の問題であるが、契約条項のドラフティングに際しては、裁判所がそれをどの

⁴ 基本方針 3.1.7.01

⁵ 基本方針 3.1.7.02(2) (ア)

ように解釈するか留意する必要がある。またどの国においても、消費者相手の契約のドラフティングにあたっては、法律専門用語を使わず、明確で分かり易い表現を心がける必要がある。

3. 連帯保証

(1) 連帯保証制度

基本方針では、連帯保証制度を置くことと、同制度を現行法どおり保証の例外とすることを維持するとされている⁶。中間論点整理では、連帯保証人は通常の保証人より不利な立場にあり、このような連帯保証制度が存在することそのものについて、保証人保護の観点から問題があるという指摘があることから、連帯保証制度のあり方、見直しをすべき点は何かを検討している。

報告では、どの国でも単純保証と区別して、連帯保証制度は認められており、実務では連帯保証が一般的に用いられており、また自然人による連帯保証を廃止するという議論はないとされている。アメリカでは、伝統的に *surety* は連帯保証人を意味し、*guarantor* は単純保証人を表わす。しかしこのような区別を廃止した州も多い。またアメリカおよびイギリスでは、(2)で述べる通り、連帯保証が原則である。

国際取引などで使用する保証契約では、単なる保証人でなく、*not merely as surety but as principal obligor* と記載され、主債務者として債務を負うとされることが多い。保証のような二次的な債務でなく、付従性のない「併存的債務引受」とされることを意図している。しかしそれが認められるか否かが問題となる。イギリス、アメリカでは当事者の合意を尊重する傾向が強い。しかし、ドイツにおいては、通説・判例で、選択された文言を考慮せず、その意思を示す明確な手がかりとして、債務履行上で引受人が経済的利益を有する場合は肯定され、そうでない場合は否定し、単なる保証とみなしている。

(2) 催告の抗弁権と検索の抗弁権

基本方針では、催告の抗弁（民 452 条）を廃止し、検索の抗弁（民 453 条）を維持することが提案されている⁷。

⁶ 基本方針 3.1.7.13

⁷ 同 3.1.7.05

催告の抗弁権については、特に問題になっていない。検索の抗弁については、フランスでは、1994年2月11日法（マデラン法）の下で、個人事業主の職業上の契約から生じた債務担保のための自然人による保証の場合、検索の抗弁権の放棄は、保証の総額が制限されている場合に限り有効とされている。逸脱の場合、無効でなく、書かざるものとされている。限度額のない経営者保証などは、執行できないことになろう。更に連帯保証の成立について、明示的な約定が要求されている。ドイツでは、検索の抗弁にあたるのは先訴の抗弁といわれるが、放棄も可能だが、書面が必要とされている。しかし、実務では、初めから保証契約上放棄させるので問題とならない。更に日本と同様、保証人が商人で、保証が商行為の場合は、商法で抗弁権は排除される。アメリカおよびイギリスでは、連帯保証と単純保証の区別はなく、合意により保証人に検索の抗弁権が認めた場合を除き、主債務者の不履行の場合、直ちに保証人に保証債務の履行請求ができる。

（３） 適時執行義務

民法 455 条では催告・検索の抗弁権を行使された債権者が催告・執行を怠り、主債務者から全額弁済を受けられなかった場合の免責が規定されているが、基本方針ではこれを拡張して、債権者が主債務者の財産に対して適時に執行を怠ったために主債務者からの弁済額が減少した場合の保証人の免責を提案している⁸。

アメリカでは、債権者に適時執行義務がある。ただし保証人から主債務者に対する履行請求権から直ちに保証人免責につながらないとされる。しかし制定法や合意で定められている場合、債権者の請求・執行の遅れ又は不行使の場合、保証人免責が認められる。

損害軽減義務を連想させるが、これがある場合、債権者は保証人との関係で、主債務者への請求を厳格に管理しなければならないだろう。

4. 保証人の事前求償権

日本民法第 460 条は、フランス民法と同様に委託を受けた保証人の主債務者に対する事前求償権を定めた規定である。基本方針では、適時執行義務との関連で、これを廃止する提案がなされ⁹、わが国ではその是非について論議されている。

⁸ 基本方針 3.1.7.06

⁹ 同 3.1.7.11

フランスにおいては、日本民法が3つの事由を規定するに対して、5つの事由を規定し、これに限って保証人による事前求償権が認められるとするが、実際は、債務者の破産の場合のみ用いられているとされる。合意による追加は、保証人に有利なことから、可能と了解する。ドイツにおいては、保証人による免責請求権の形式で存在するが、任意規定であり、放棄もできるが、実務で免責請求が問題になることはないと言われる。イギリス、アメリカでは事前求償権については、特にないとされる。

実務において、主債務者と保証人との間で、保証委託契約が締結され、その中で事前求償権が規定されることが多い。その事前求償権は、法定の事前求償権よりも広範で、請求しやすいようになっている。しかしながら、実際それが簡単に行使されると保証の意味がなくなることもあり、ほとんど行使されることはない。しかし、保証人の立場からは、主債務者をモニタリングすることで、主債務者の主債務の履行能力の変化があった場合、他の債権者に先駆けて、いち早く求償権行使ができるようにできるような仕組みを有することは重要である。勿論法定の事前求償権である必要はない。

5. 各種の保証

(1) 根保証

基本方針では、法人を除き、貸金等債務に止まらず、すべての根保証について極度額のないものは無効とし、また特別解約権の規定は設けないという提案がなされている¹⁰。中間論点整理では、これについての是非が論議された。

フランスでは、保証債務の範囲が、被保証債務全部（無制限）の場合、債権者に対し定期的な被保証債務総額などの推移の報告義務を負わせ保証人をより強く保護している。ドイツでは根保証は有効であるが、約款合意に抵触しないためには個別合意が必要とされている。イギリスでは無制限の保証範囲も、期間制限のない保証も原則有効であるが、賃貸借契約の更新の場合や配偶者の保証の場合に注意が必要である。アメリカでも、不特定の将来の債務をカバーすることが可能である。このように、他国の例では、根保証は極度額を有効条件とするものではないが、個人の根保証の場合は、保証人をより強く保護する傾向がある。解約権については、アメリカのように一方的な通知による解約を認めている国があるが、合意が可能となっており、通常は別段の合意がなされていると思われる。

¹⁰ 同 3.1.7.12

（２） 経営者保証

中小企業の経営者がその企業の債務を個人保証することはよく行われている。これは会社の有限責任による責任回避を否定するものでもある。その際経営者による資産隠しに対応するためにその家族の保証も取り付けることがある。

フランス、ドイツ、イギリス、アメリカでも一般的に行われているとされる。会社への融資、事務所賃貸借、フランチャイズ契約、クレジットカード加盟など様々な場合に、経営者保証が行われる。経営者保証により、経営者に対し真剣に会社を経営させるという側面もある。経営者本人は、企業組織、事業についての内容を良く知る立場にあり、そうではない個人保証とは取り扱いを区別すべきである。しかし経営者と同じ財布を持つ家族の保証については支払い能力についてあまり期待できず、保証人を保護する必要性があるだろう。

（３） 身元保証

フランス、ドイツでは身元保証制度がなく、イギリスでは従業員の不誠実な行為により生じた損害填補を目的とする身元保証が用いられているとされているが、イギリスにおける報告者の個人的な経験によると、reference（推薦状）は要求するものの、身元保証を要求することはなかった。現況を調査する必要があるだろう。

（４） 法人保証・機関保証

実務では次のような場面で、法人保証・機関保証が一般的に行われている。

（a） 親会社保証（法人保証）

子会社またはグループ会社の借入れ、契約履行についての親会社保証

（b） 銀行保証

プラント契約やインフラ契約などでの入札保証（bid bond）、前渡金の返還保証（refund bond）、コントラクターによる履行保証（performance bond）、様々な損失填補保証（例えば、船荷証券との引き換えなしで貨物を買主に引渡す場合）

（c） 自己または関係会社の事業関連の損失補償¹¹

¹¹ 上記船荷証券との引き換えなしで貨物を買主に引渡す場合の船会社への損失填補について、銀行保証でなく、荷受人からの保証状という形式で出す場合（これをシングル保証状という）がある。これは

(d) 公的保証

公的な信用保証機関による保証という形式による支援制度

(e) その他

スタンバイ信用状、手形保証、Comfort letter など

上記のようなビジネス関連の保証においては、当事者間において情報格差はそれほど問題にならず、また弁護士などの専門家のアドバイスを容易に受けられることから、保証人保護の必要性は少ない。一般的に保証の場合も他の商事契約と同じように、契約自由の原則に基づき、保証契約文言に従い法的な効力が認められている。そのため債権者の実務上の関心は、法人保証の場合、保証の発行手続面で、企業が定款上の保証をする行為能力があるか、保証状署名者に保証契約締結権限があるかに向けられる¹²。そのため取締役会決議証明や弁護士意見書の取り付けや、署名者についての公証人又は商工会議所のサイン証明取り付けなどを行っている。

(5) 支援表明(comfort letter)

日本でも、他の国でも問題になることは少ないが、実務的に親会社の子会社にかわって履行することや、十分な資金を補助することを約束する支援表明はよく使われる。これは、法的な効果が発生することを予定してないため、保証のように財務諸表に注記する必要はなく、Off-balance sheet で処理が可能だからである。しかし、イギリスの 1989 年の *Keinwort Benson Ltd v Malaysia Mining Corp Bhd* 事件では、被告の子会社のための comfort letter の法的拘束力が問題となり、第一審でこれが認められ、当時日本でも話題となった。結局控訴審では否定されたが、表題とは無関係に、文言次第であることが確認された。

6. 契約締結の際における保証人保護の方策

基本方針では、書面義務に加え、保証契約を明確かつ平易な言葉で表現すること、保証

実務上保証(warranty という)という用語をつかうが、第三者の債務の履行を約束するのではなく、自己のなした表示や約束の確認であり、それに反した場合の損失を補償(indemnity という)するものであるから、「保証」ではない。実務では良く使われる。

¹² イギリス、アメリカなどコモンロー体系の国では CEO であっても融資や保証の場合に表見代理・代表が適用されないこともある。またタイなど定款で慣行的に取締役 2 名以上の署名を要するとなっている国がある。

人への情報提供や過大な責任を負わせないという努力義務を置いている¹³。各国における保証人保護の方策は異なる。その中で、特にフランスの 2003 年のデュトレイユ法の下での保証人保護が最も保証人に手厚く、①前述の保証人による手書きを要件、②債権者の保証人に対する情報提供義務、および③保証人に対する過大な保証債務を負わせることの禁止（比例原則）が認められている。違反の場合は、保証契約が無効となる。しかし、フランスでもこれは過剰な保護法制であるとの指摘もある。また日本の中間論点整理でも、保証人保護のための詳細な規定を設けると、制度全体が重くなり、企業金融に支障の恐れ、過大な保証を禁止すると保証契約の無効事由が増加し、取引の安全が害されるという問題が挙げられているように、少なくとも事業者保証に関しては制度化の必要があるか疑問である。むしろ当事者の合意に委ねるべきでないかと思われる。書面義務については、既述の通りであるので、説明・情報提供義務と比例原則について検討する。

（１） 説明や情報提供義務

基本方針では、契約締結時に保証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が要求されている¹⁴。中間論点整理でも指摘されているように、これは保証だけの問題でなく、契約締結一般に求められる問題と思われる。

各国の法制を見ると、フランスにおいては、1994 年法（マデラン法）の下で、保証契約締結時に、金融機関は個人経営者に対し、融資希望金額に対し、要求する担保総額を書面で通知する義務があるとされる¹⁵。ドイツにおいては、原則債権者が保証人のために説明義務を負うことはないが、判例で、保証人が低年齢、無経験または感情的に近い関係にあり、責任リスクが高い場合や、保証人が義務の範囲について明らかに錯誤の場合、債権者は締結時に保証人に対して説明義務を負うとされる。アメリカのリステートメントによると、債権者が一定の重要情報を伝えない場合は不実告知に該当するとされている。但し、債権者が保証人のために債務者の資力等の調査義務はない。イギリスでは、別段の合意をした場合を除き締結時における債権者による一般的な説明義務はないが、契約関係について特別な事情が存在するような場合、開示義務を認める傾向があるとされる。

債権者から保証人への情報提供に関しては、最近では債権者の内部システム管理の問題

¹³ 基本方針 3.1.7.02(2)

¹⁴ 基本方針 3.1.7.02(2)(イ)

¹⁵ 更に、通知から 15 日経営者から返答がないか、提供担保が受け入れられない場合に初めて保証契約が締結できるとされる。

と捉えられることから、債権者はそれ自身大きな負担とはならないかもしれないが、もし、それを逸脱した場合、無効や取消が認められるとなると、無視できない負担となろう。また金融機関や信用保証協会による保証のように、それを事業目的にしているような場合や、ビジネス関連の保証については、モニタリング手段やリスク分析能力もあり、また保証料などの経済的利益を有する。債権者に対して制裁を伴う情報提供義務は過剰と思われる。各国の例でも、特に個人保証の締結の場合に問題となっている。

（２） 過大な保証の禁止

基本方針では、保証人の資力に比して、過大な責任を負わせないとしているが¹⁶、効果について具体的提案はない。日本では、保証人の立場から、フランス担保法改正草案 2305 条の比例原則の考え方の導入が弁護士会などから提案されている¹⁷。フランスでは、1989 年 12 月 31 日法（ネイエルツ法）により消費者信用と不動産信用の保証する場合に限って導入されたが、2003 年 8 月 1 日法（デュトレイユ法）により事業者である債権者のため自然人が合意した保証一般に適用されることとなった。該当する場合無効でなく、権利の失効とされる。フランス担保法改正草案第 2305 条では、これを踏襲するものの、これに該当する場合、減額される。このようにフランスの比例原則は、自然人が保証人の場合に適用されるもので、事業者間の関係に適用されるものでない。他の国においては、同様の状況がある場合、制定法において正面からこれを取り上げるのではなく、判例によりそれぞれに独自の法理論を駆使して対応しようとしているようである¹⁸。

適用対象の保証はどこまでか、著しい不均衡とは何か、誰が立証するのか、その効果はどうか等、本問題に関しては、極めて定義困難な問題がある。保証締結の際に、専門知識やリスク分析力がなく、また弁護士などのアドバイザーの意見を求めることが期待できないような個人による保証人の場合には、保護する必要性は高いが、それ以外については、必ずしも必要なく、むしろ濫用の危険が高いと思われる。

¹⁶ 基本方針 3.1.7.02(2)（ウ）

¹⁷ 前掲大阪弁護士会編 327 頁。

¹⁸ ドイツでは公序良俗違反の法理を適用し、イギリスでは undue influence の法理や unfair contract に関する規制などを適用し、アメリカでは不実告知を適用する。

7. 保証契約締結後の保証人保護の在り方

(1) 債権者の主債務者の返済状況通知義務

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べきか、また分割払いの約定ある主債務について期限の利益を喪失させる場合に保証人にも期限の利益を維持する機会を与えるべきかという問題がある。基本方針には特に規定はない。

フランスでは、1984年3月1日法により、保証契約を条件に、企業に対する財政支援の融資をすることに同意した金融機関に限り、定期的な主債務者の返済状況等を保証人に通知する義務が導入された。その後その義務は一般化され、自然人である保証人のため、事業者であるすべての債権者に通知義務を科している。違反に対する制裁も、当初は遅れた期間の利息を受け取る権利を失うという軽微なものであったが、現在は、個人経営者の職業上の債務を担保するために個人が合意した期限のない保証契約については、利息のみならず、従たる債務費用、違約金についてすべての権利を失うと拡大している。イギリスにおいても、消費者信用法¹⁹で、保証人からの書面による請求と1ポンドの手数料の支払に応じて、契約書の写し（引用されている文書の写し）、保証契約の写し、および債務者（又は賃借人）支払金額、未払残額、今後の支払予定金額に関する情報提供義務が規定されている。アメリカでは根保証に関連して、債権者から主債務者に対して新たな融資がなされる都度、根保証人の合意があるとみなされ、債権者には主債務者の資力等について情報提供義務がある。それがない場合、不実告知とされ、以後の融資について、保証債務から外れる。

契約締結時の情報提供について述べた通り、債権者による提示の債務履行状況の通知義務についても、債権者によるシステムの問題であり、システム開発が発達して今日、債権者にとっては、そんなに大きな負担ではないかもしれないが、違反の効果があまりに過剰であると、バランスを欠き、債権者が財政支援の必要な企業への融資提供に躊躇することになる可能性がある。

(2) 主債務者の支払い事故に関する情報提供義務

基本方針には規定されていないが、実務界から、債権者の定期的な返済状況の通知義務以外にも、主たる債務の履行遅滞の場合の通知義務などを科すべきとの主張がなされてい

¹⁹ Consumer Credit Act 1974 Sec.107(1)

る²⁰。

フランスでは、前掲 1984 年 3 月 1 日法で金融機関に限定して、保証人に対するこの情報提供義務を科したが、これが 1989 年 12 月 31 日法（ネイエルツ法）により消費者信用と不動産信用供与をする債権者に拡大され、更に 1998 年 7 月 29 日法により、自然人である保証人に対するすべての事業者である債権者の義務として拡張された。違反の場合、遅れた期間の利息の権利を失う。イギリスでも、1974 年消費者信用法²¹により、債務不履行の通知の写しを保証人に送達する義務があり、義務違反の場合、裁判所命令によってしか強制できなくなるとされている。

国際取引で使用される保証状においては、保証債務の実行条件とならないように、このような通知を放棄させるのが通常であるが、ドイツの約款規制や EU の消費者契約における不公正条項指令の下で、それが認められるか必ずしも明確でない。

8. おわりに

信用供与や契約履行など、ビジネスおよび日常生活で非常に多様な保証が利用されている。このような保証をいかに規制するかは困難な問題である。各国の調査報告を検討すると、共通な制度と、国により異なる特殊な制度があることが分かる。

保証契約は書面で作成されるというのが、各国の共通の制度となっている。しかしどのような書面にするかについては各国の事情に応じて異なる。フランスでは保証人による手書きが要件となっていることが注目される。

個人保証の場合、国により保証人保護の制度が異なる。その中でフランスがやはり一番進んだ制度になっている。保証契約の締結に際し、保証人の手書きの記載を要件とする以外にも、債権者に保証人に対する情報提供義務を課し、更に保証人に過大な保証債務を負わせることを禁止している。これを遵守しない場合、基本的には保証債務は無効となる。日本での債権法改正においても参照されるべきであろう。しかし比較にあたっては、フランスでは我が国のようなサラ金やノンバンクという形の金融貸付は普及しておらず、社会的・経済的状況の相違も念頭におく必要がある。更に、あまりに厳しい保証人保護制度を導入すると、リスクが大きくなり過ぎて、債権者が信用供与を躊躇したり、コストが高額

²⁰ 日弁連「統一消費者信用法要綱案」（2003 年 8 月 21 日）第 11、8

²¹ Consumer Credit Act 1974 Sec.111

となり、企業金融などに支障が生じるといったマイナス面があることも指摘されている。債権者保護と保証人保護をうまくバランスをとる必要性がある。この点フランスでも、保証人保護が過剰であるという批判があることを留意する必要がある。

ビジネスに関連した法人保証については、様々な保証が利用されている。ここでは保証人保護ということはあまり問題にはならないことから、どの国でも原則一般法が適用される。基本的には、企業金融をスムーズに行うためには、契約自由の原則が広く認められるべきであろう。

今回の調査は、日本の保証制度に大きな影響を与えと考えられるフランス、ドイツ、イギリス、アメリカの保証制度についての調査であったが、アジアとの通商がさかんになってきている今日、更にアジアの主要国の制度も参考にする必要があるだろう。また欧州では欧州民法典や共通参照枠組み(Common Frame of Reference)などで、保証制度の統一化が進められていることも留意する必要がある。

杉 浦 保 友 (すぎうら・やすとも)

保証制度研究メンバー一覧（執筆順）

- 野 澤 正 充 立教大学大学院法務研究科教授
担当「諸外国の保証制度－概要と総括－」
「フランスの保証制度」
- 原 田 昌 和 立教大学教授 担当「ドイツの保証制度」
- 山 下 純 司 学習院大学教授 担当「イングランドの保証制度」
- 小 出 篤 学習院大学教授 担当「アメリカの保証制度」
- 藤 澤 治 奈 立教大学准教授 担当「アメリカの保証制度」
- 吉 元 利 行 株式会社オリエント総合研究所専務取締役 主席研究員
担当「欧米における保証人制度の利用状況
－消費者信用を中心に－」
- 杉 浦 保 友 日本大学大学院法務研究科教授
担当「実務面からの総括およびコメント」
- 北 島 敬 之 ユニリーバ・ジャパン・ホールディングス株式会社
取締役ジェネラルカウンセル

