

平成 24 年 3 月 27 日

法制審議会 民法（債権関係）部会 御中

大阪弁護士会 民法改正問題特別委員会 有志

辰野久夫	林 功	田仲美穂	橋田 浩
林 邦彦	安部将規	野村剛司	稲田正毅
赫 高規	徳田 琢	山形康郎	辻村和彦
橋本芳則	阿部宗成	高尾慎一郎	福井俊一

保証の主要論点についての条文提案

保証制度のあり方に関する主要論点について、主として保証人保護の観点から、以下のとおり条文提案を行う。

なお、以下において「日弁意見書」とあるのは、日本弁護士連合会が 2012 年（平成 24 年）1 月 20 日付けで発表した「保証制度の抜本的改正を求める意見書」をいう。我々は、日弁意見書に示されている意見を支持するものである。本提案は、保証人保護のための法改正の議論のさらなる充実の一助となることを願って、その別案ないし追加案を提示するものである。

第 1 個人保証の原則禁止

1 個人保証の原則禁止と例外範囲の設定

【甲案】信用供与等の概念を用いて例外範囲を設定する案

（個人保証の禁止）

第 1001 条 個人（自己の事業として又は自己の事業のために契約の当事者となり又は債務を負担する場合における個人を除く。以下本章において同じ。）を保証人とする保証契約のうち次の各号に掲げるものは、無効とする。

- 一 個人が事業者から金銭の貸付けその他信用の供与を受けることによって負担する金銭債務を主たる債務とする保証契約。
- 二 事業者が負担する債務を主たる債務とする保証契約。ただし、保証人が次に掲げるいずれかの者であるときは、この限りでない。
 - イ 事業者が法人その他の団体である場合の当該団体を代表する権限がある者
 - ロ 事業者が法人その他の団体である場合の当該団体の総社員又は総株主の議決権の過半数を有する者
 - ハ イ又はロに掲げる者に準ずる者

- 2 個人が契約によって主として 1 か月以内の期間の使用収益又は継続的給付の対価として当該期間の末日以前に履行すべき金銭債務を負担する場合における、当該契約によって負担する債務を主たる債務とする保証契約は、前項第 1 号に定める保証契約に含まれないものとする。

【乙案】日常家事債務等の概念を用いて例外範囲を設定する案

(個人保証の禁止)

第 1001 条 個人（自己の事業として又は自己の事業のために契約の当事者となり又は債務を負担する場合におけるものを除く。以下本章において同じ。）を保証人とする保証契約は、次の各号に掲げるものを除き、無効とする。

- 一 個人が個人との契約によって負担する債務を主たる債務とする保証契約
- 二 個人が日常の家事に関する契約（金銭消費貸借契約を除く。）によって負担する債務を主たる債務とする保証契約
- 三 事業者が負担する債務を主たる債務とする保証契約であって、保証人が当該事業者の経営者であるもの
- 四 この法律その他の法律において特別の定めのある保証契約

2 前項第 3 号に定める経営者とは、次の各号に掲げるいずれかの者をいう。

- 一 事業者が法人その他の団体である場合の当該団体を代表する権限がある者
- 二 事業者が法人その他の団体である場合の当該団体の総社員又は総株主の議決権の過半数を有する者
- 三 前各号に掲げる者に準ずる者

【丙案】個別列挙による案

(個人保証の禁止)

第 1001 条 個人（自己の事業として又は自己の事業のために契約の当事者となり又は債務を負担する場合におけるものを除く。以下本章において同じ。）を保証人とする保証契約は、次の各号に掲げるものを除き、無効とする。

- 一 個人である賃借人が居住の用に供する目的で締結する建物賃貸借契約に基づき負担する債務を主たる債務とする保証契約
- 二 身元保証ニ関スル法律（昭和 8 年法律第 42 号）に規定する身元保証契約
- 三 個人が負担する債務を主たる債務とする保証契約であって債権者が個人であるもの
- 四 事業者が負担する債務を主たる債務とする保証契約であって保証人が当該事業者の経営者であるもの
- 五 この法律その他の法律において特別の定めのある保証契約

2 前項第 4 号に定める経営者とは、次に掲げるいずれかの者をいう。

- 一 事業者が法人その他の団体である場合の当該団体を代表する権限がある者

- 二 事業者が法人その他の団体である場合の当該団体の総社員又は総株主の議決権の過半数を有する者
- 三 前各号に掲げる者に準ずる者

【参考―日弁意見書案】

次の各号に定める場合を除き、自然人は保証人となることができない。

- 一 主債務者が事業者である保証契約において、保証人が当該事業者の業務を執行しているものである場合
- 二 主債務者及び債権者が自然人であり、いずれも事業として又は事業のために契約の当事者となるものではない場合
- 三 賃借人が居住用建物を目的とする賃貸借契約に基づき負担する債務を主たる債務とする場合
- 四 自然人の保証人を付すことを許容することが相当であるとして特に法令が認めた場合

1 個人保証を原則無効とすべきことについて

- (1) 個人が保証人となる保証契約は、原則無効とすることを提案している（1001条）。

個人の行なう保証は、無償行為としてなされかつ過酷な責任を伴うことが多いにもかかわらず、軽率になされやすく、結果として保証人の生活が破綻する事態が後を絶たず、また自殺にまで追い込まれることが少なくない実情に鑑み、これを無効とすることによって、個人の保証人の保護の徹底を図るべきことが、その提案の趣旨である。

保証が軽率になされやすい理由としては、自らの利益を得るための行為であれば自らの意思で断念することも容易であるが、保証については、困っている主債務者から「決して迷惑をかけない」として依頼を受けると断りにくいということ（利他性、情誼性）、保証行為の時点では書面によってその意思表示をなすことのほか財産の抛出等の目に見えた負担は求められず（無償性）、また実際にも迷惑は及ばずに保証債務履行請求がなされることなく済むこともあり得ること（未必性）などがあげられる。実際にも、個人による過大な保証は、もっぱら主債務者の「決して迷惑をかけない」との誓約に対する信頼に依拠して、主債務の弁済計画の合理性や保証債務の内容、保証債務履行請求がなされた場合の方策等について十分に吟味されることなく、保証債務履行請求がなされることはないであろうという前提のもとなされることが多いのではないかと考えられる。

- (2) 保証人保護の方策としては、保証契約を手書きによるべきものとする、公正証書によるべきものにするなど、軽率な保証がなされないように締結時の手続的要件を厳しくする方法、過大な保証債務を負う場合に限って保証人の責任を軽減する方法等も必要であるが、保証被害を可及的に防止し、保証人保護の徹底を図るために、個人が保証人となる保証契約の効力を原則として否定するのが妥当である。

もつとも、個人保証が無効とされることにより、債権者が保証という簡便な信用補完手段を失い主債務者に対する債権の保全をしにくくなるという不利益や、そもそも信用の不足する主債務者が主債務を発生させる契約関係に入れなくなるという不利益等が生じうるところであり、保証制度が現状において社会的必要性、有用性を有する一定の場面が存することも否定できないところである。

(3) そこで個人保証の弊害に鑑み、まずは以下のとおりとすべきである。

I 個人保証（個人が保証人となること）を原則として禁止する（無効とする）。

II 主債務者が事業者である場合には、I の例外として、経営者保証を認める。

III 主債務者が個人である場合には、I の例外として、居住用建物に関する賃貸借契約締結時に求められる保証（賃貸人が法人である場合を含む。）や、消費者間の金銭消費貸借の保証等を認める。しかし、消費者金融からの借入れに関する保証は全面的に禁止し、クレジット取引、割賦販売取引に関する保証も全面的に（または原則として）禁止する。

(4) さらに、上記III（主債務者が個人である場合の上記Iの例外）に関しては、居住用建物に関する賃貸借契約締結時に求められる保証以外にも個人保証が認められるべき類型が一定程度認められ得る。

例えば、人の入院時に求められる保証、高齢者や障害者が施設に入居する際に求められる保証などについては、社会的な必要性は高く、これらの場面についてまで保証を禁止することとなれば、かえって社会的な混乱を来し、また社会的弱者の生活に支障を来すとの評価もあり得る。

そこで、以下においては、個人保証禁止のあり方について、甲案、乙案及び丙案を示すこととする。現時点では、いずれの案がもっとも適切かを明らかにするものではなく、さらには他の考えによる規律も否定するものではないが、今後の議論における検討に用いるため、これらの案を示すものである。

なお、各案からの帰結は以下のとおりである。

	甲案	乙案	丙案	日弁意見書
家賃（賃貸借）保証	○	○	○	○
老人ホーム、障害者施設の入所の保証	○	○	×	×
入院時の病院に対する保証	○	○	×	×
事業者からの借金の保証	×	×	×	×
住宅ローンの保証	×	×	×	×
物品購入（割賦販売）の保証	×	△	×	×

奨学金	○ (法律の定め あるため)	○ (法律の定め あるため)	○ (法律の定め あるため)	○ (法律の定めあ るため)
修習生の貸与制度	○ (法律の定め あるため)	○ (法律の定め あるため)	○ (法律の定め あるため)	○ (法律の定めあ るため)

2 個人保証禁止の例外範囲に関する各案の解説

(1) 甲案について

(7) 主債務者が個人（非事業のために契約当事者となる場合等に限る）である場合、主債務者が信用供与契約に基づき金融の利益を受けようとするときの保証については基本的に無効とするのが妥当であり、それ以外の場合の保証については例外として有効と扱うべきである。

(4) 主債務者たる個人が信用供与契約に基づき金融の利益を受けようとする場面においては、個人保証の効力を否定して第三者による信用補完方法を制限し、主債務者自身の信用力を超えた与信に対して否定的な立法態度をとることがむしろ望ましい。

すなわち個人が、日常生活のために商品やサービスを購入する場合、その対価たる金銭の支払は、同時履行または先履行によりしなければならないのが一般的であるから、当該個人としてはそれらの購入に当たり自己資金を手元に確保しなければならないのが通常である。もっともそのような個人は、事業者から金銭の貸付け、代金についての期限の利益、その他信用の供与を受けて、自己の将来の収入を引当てとした金融の利益を得ることにより、自己資金を手元に確保するのに先行して、商品やサービスによる利益を享受できるようになる。

しかし、そのような個人がかかる金融の利益を受けるにあたり、当該個人自身の信用が不足する場合には、与信業者から第三者による信用補完を求められることになる。

この第三者による信用補完の方法として、保証は、書面でその旨の意思表示をするだけで保証人のすべての財産及び収入が被担保債権の引当てとなるものであり、極めて簡便かつ包括的でその意味で強力な信用補完方法であるが、それゆえに過大な負担を軽率に負ってしまう保証被害が後を絶たないことからすれば、この際、政策的見地から、かかる信用補完手段は認められないものとすべきである。保証が認められないとしても、当該第三者としては、物的担保を提供する、当該与信者に代わって自ら金融の利益を提供するなど、当該第三者が現実には有する資産・収入に裏打ちされた信用補完をすることが可能であり、保証が上記のように軽率になされやすいことからすれば、かかる制限を課すのがむしろ妥当である。また、与信を受けようとする者としては、現実には資産を提供できるような信用補完者を確保できない

限り、自らの信用力を超えた金融の利益を受けられないことになるが、そもそも保証人の人的な信用を当てにして、自己の信用を超えた与信がなされる結果、保証人をも経済的に破綻させる事態につながっている現実からすれば、かかる与信がそもそもなされないようにすることがあるべき方向であり、その結果、個人が、資金確保に先行して、商品やサービスの利益を享受しにくくなることはやむを得ないと考えられる。この点は、住宅ローンに関しても妥当するものとする。

- (ウ) もっとも、主債務者たる個人が金融の利益を受ける場面であっても、与信者もまた個人である場合には、簡便な信用補完手段である保証を認めないことは与信者に対して酷であるし、かかる場面において過酷な保証被害が生じる蓋然性も低いと考えられることから、例外的に個人保証が認められるものとするべきである。

そこで甲案では、主債務者が個人である場合の個人保証の禁止の範囲を、債権者が事業者である場合に限定することとしている（1001 条 1 項 1 号）。

- (エ) 他方、主債務者が信用供与契約に基づき金融の利益を受けるものではない場面においても保証が求められる場合がある。例えば、賃料前払の賃貸借契約における賃借人に対する保証や雇用契約における身元保証などであり、継続的契約における主債務者の債務不履行の事態等に備えるためのものが多いものと思われる。かかる場面で保証が一律に禁止されれば、主債務者は、十分な物的担保の提供者を確保できない限り、債権者と契約関係に入れないということにもなりかねず、主債務者の社会生活に及ぼす影響は無視できないものとする。かかる場面の保証においても、保証人に過大な負担が及ぶこともありうるところであるが、当該保証の社会的必要性が一概に否定し得ないことに鑑みると、一律に無効とするのは妥当でないものとする。この場面の保証人保護は別途の手段で達成されるべきものであるとする。

そこで甲案では、個人が主債務者となる場合の個人保証の禁止の範囲を、主債務者が、金銭の貸付けその他信用の供与を受けることによって負担する金銭債務である場合に限定し（1001 条 1 項 1 号）、それ以外の場面における保証を禁止の対象外とすることとしている。

なお、賃料や施設利用料のように、使用収益や継続的給付の対価である金銭債務については、当該債務についての支払期の定め方によっては、かかる債務を発生させる契約が信用供与契約に該当する場合もありうる所であり、1001 条 1 項 1 号の該当性の判断が困難な場合も生じうる。この点、例えば当月分賃料を当月末日に支払うべき場合のように、最大で 1 か月の与信が生じるにすぎない賃料等の取引は、同時履行取引と同視しうるものとして信用供与契約に該当しないものとするべきである。そこで、かかる趣旨を明らかにするため 1001 条 2 項を設けるものとする。

(2) 乙案について

- (イ) 日常家事に関する取引の高度の必要性が認められる場合まで個人保証を禁止し、その結果主債務者の社会生活に支障を来すことは妥当ではない。

また、日常家事に関する契約による債務に限定されれば、保証債務も過大なものにならない。

そこで乙案として、日常家事概念を基軸とする規定を提案する。なお金銭消費貸借契約については、その保証を認めるべきではないことから、日常家事に関する契約にあたる場合においてもこれを認めないものとしている。

かかる提案は、シンプルであり、趣旨も理論的に説明しやすい。

- (イ) ただし、この提案に対しては、日常家事に関する契約に該当するか否かの判断は、必ずしも明確に行えるものではない、との批判があり得る。

上記において金銭消費貸借契約による債務を明文で除外することとした趣旨は、住宅ローンは含まれない可能性が高いが、消費者金融からの借入債務については、生活費のためのものであれば、日常家事債務に含まれる可能性があるからである。

また、家庭生活の便宜のための機器や子どものための教材などの割賦代金債務、クレジット債務などについては、日常家事に関する契約による債務に含まれる可能性があるが、日常家事にあたる場合の必要性に鑑み、これらについては除外しないものとした。

他方、居住用建物の賃料債務については日常家事に関する契約による債務に含まれると考えるが、民法 761 条の日常家事債務に関する議論と同様に考えると賃貸借終了後明渡しまでの損害金や原状回復義務については含まれない可能性もある。この点において批判があり得るところであって、この問題に鑑みて別の用語を用いることも考えられる。

- (ウ) なお、本案 2 号については、別案として、

ア 「個人がその生命身体にかかわる、または日常の家事に欠くことができない給付もしくは役務の提供を受けることを対価とする契約（ただし、金銭消費貸借契約を除く）によって負担する債務を主たる債務とするもの」

イ 「日常の家事に関する契約によって負担する債務を主たる債務とする保証契約であって、保証人が主たる債務者の親族〔配偶者、父母、子、祖父又は同居の兄弟姉妹〕であるもの」

とする考え方もあり得る。ア案は、人の生命身体に関わる給付もしくは役務の提供の対価とする契約（病院への入院、高齢者施設への入所、居住用建物に関する賃貸借契約等）については社会的にこれを認める必要性があることから、日常家事債務の概念の限界が不明確であるとの批判に対し、人の生命身体に関わる給付もしくは役務の提供の対価とする契約については、これを認める高度の必要性があることから、これを阻害しないことを明確にするために提案されるものである。

イ案は、本案と基本的に同趣旨であるが、日常家事債務の保証人となることを全くの第三者にまで認める必要はないとの考えから、その範囲を制限するものとして提案されたものである。

(3) 丙案について

丙案は、個別に例外を認める場合を列挙する見解であり、日弁意見書も発想の趣旨は同様と思われる。規定はシンプルであるし、該当性判断も明確に行なうことができる点で適切な規定であるとして提案するものである。

もっとも、なにゆえ個人保証禁止の例外が、列挙されたものに限定されるのかの理論的説明は困難であり、実務的に必要であるということ以上に理由付けが困難であるとの批判がありうる。

民法規定が、政策色の濃いものとなることについても議論があり得る。また、必要な保証をすべて列挙することも困難であるが、これを補うため、乙案の日常家事債務概念を併用する案とすることも考えられる。

なお、住宅ローンについても個人保証は禁止されるべきと考えるが、仮に乙案を採用したうえ、住宅ローンに対する個人保証を認めることとする場合、

「○ 住宅（個人である債務者が所有し、自己の居住の用に供する建物であつて、その床面積の2分の1以上に相当する部分が専ら自己の居住の用に供されるものをいう。以下本号において同じ）の建設若しくは購入に必要な資金（住宅の用に供する土地又は借地権の取得に必要な資金を含む。）又は住宅の改良に必要な資金の借入に係る分割払の定めのある債務又は当該債務に係る債務の保証人（保証を業とする者に限る。）の主たる債務者に対する求償権を主たる債務とする保証契約」
を例外として認めることが考えられる。

3 経営者保証について

- (1) 主債務者が事業者である場合には、保証人の資産・収入に照らして保証債務が過大になりがちであり、保証被害を生じやすく、個人保証を規制すべき要請は強い。また、主債務者が事業者である場合には、個人の賃借人のための賃料保証や身元保証等の場合のように、個人の保証人による信用補完を許容すべきニーズも存在しないから、主債務の内容を問わずに個人保証を無効とすべきである。

- (2) もっとも、いわゆる経営者保証については検討を要する。

事業者の資産と経営者の個人資産との分別が徹底されていないことが少なくない実情及び経営者のモラルハザードを防ぐ必要があるとの実務上の要請を踏まえると、経営者による事業者財産の混同や隠匿等に債権者が対応するための手段として、経営者に事業債務の個人保証をさせることの社会的必要性、有用性は、現状では一概に否定し得ない。

また、経営者保証がなされる場合については、経営者たる保証人は、主債務者の経営状況を熟知したうえで保証契約を締結しているのだし、また、当該保証人が主債務者である事業者を、経営者として適切にコントロールしうる立場・権限を有していることからすれば、保証契約に基づき、主債務者の債務不履行に基づく責任を経営者個

人が負う結果となったとしても、直ちにこれを無効とすべきほどには不当であるとはいえない。

確かに、経営者保証も、自殺の原因となっており、また、事業再建可能な早期の段階で民事再生等の再建型法的倒産手続申立てをすることを躊躇させ、中小企業の再チャレンジの阻害要因となっているとの指摘もあるところであって、将来的に見直すことの検討は必要であるが、ひとまず現状では、経営者による個人保証は認められるべきものとする。

(3) そこで、ここにおける経営者の範囲が問題となる。

この点、立法例として「経営者」の定義を置かない法律も、税法などの場面においてみられることから、定義を設けずに解釈に委ねるとの考えもある。

しかし、分かりやすい民法とするとの考えからすれば、安易に定義を条文化することを放棄すべきではない。

このため、提案においては、破産法 161 条 2 項を参考として、保証をなすことができる「経営者」の範囲を明確にすることを提案した。

なお、この点については、「経営者」として、主債務者の経営に携わっている代表者等の親族を認めるべきと考える場合、

「ニ 事業者に雇用されている者であって、イ、ロ若しくはハに掲げる者と生計を一にする同居の親族」

を、「経営者」に追加することも考えられる。

第 2 自署等による保証契約の成立

(保証契約成立の要件)

第 1002 条 保証契約は、書面でしなければ、その効力を生じない。

2 保証契約がその内容を記録した電磁的記録（電子的方式、磁気的方式その他人の知覚によっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう。）によってされたときは、その保証契約は、書面によってされたものとみなして、前項の規定を適用する。

3 前二項にかかわらず、保証人となる者が個人であるときは、保証人となる者が、【債権者及び主たる債務者の氏名又は名称、金額その他主たる債務を特定するに足りる事項、保証人が保証する旨、日付並びに氏名】を保証契約をする書面に自署し、これに印を押す方法または公正証書による方法によらなければ、その効力を生じない。

4 保証引受契約についても、前三項と同様とする。【保証引受契約による保証債務の成立を個人についても認める場合】

民法 446 条において、保証契約の成立には書面要件が課せられているが、書面の作成に

あたっては、保証人が自署することまでは求められていない。

保証契約に関するトラブルの中では、安易に保証契約書に署名したために後日保証債務履行請求を受ける事案や、主債務者等保証人以外の者が勝手に保証人名を保証書に記載した結果、保証契約成立の有無が争われる事案も多い。

かかる紛争防止の観点からは、保証人が保証契約を締結しようとするときは契約書に自署を要求することが役立つと思われる。

ただし、保証人となることが許容される場合で、保証人となる意思にも問題がないにもかかわらず、身体的理由等により自署が困難な者も存在すると考えられるところ、そのような場合にまで、本提案にかかる規定により保証契約の成立が認められないとするのは妥当でないこと、また、同等以上に慎重な手続と評しうることから、別途公正証書による保証契約成立も認めることも認めるべきと思われる。

そこで、本提案は、民法 446 条 2 項及び 3 項に加え、遺言の方式に関する民法 967 条、968 条を参考として提案するものである。

自署を要求すべき内容として、本提案では、日付及び氏名のほか、保証契約の重要な要素である、債権者及び主たる債務者の氏名又は名称、金額その他主たる債務を特定するに足りる事項、保証人が保証する旨について自署を求めることを提案する。

第 3 契約締結時の説明義務、情報提供義務

(契約締結時の義務)

第 1003 条 保証人となる者が個人である場合は、事業者である債権者は、保証契約の締結にあたって、当該個人に対し、次の各号に掲げる義務を負う。

一 主たる債務の内容、主たる債務者の信用状況その他保証人となる者の判断に影響を及ぼすこととなる重要な事項につき、当該保証人となる者に正確な認識を形成するに足りる情報（ただし、債権者が有する情報に限る。）を提供する義務

二 その保証契約に伴う危険と負担を、保証人となる者の知識、経験及び財産の状況に照らして、当該保証人となる者に理解されるために必要な方法及び程度により、前号の義務に基づき提供した情報を踏まえ説明する義務

2 前項に反し保証契約が締結された場合には、保証人は、その保証契約を取消することができる。

3 前二項の規定は、保証人となる者が個人である場合における保証引受契約を締結する債務者について準用する。【保証引受契約による保証債務の成立を個人についても認める場合】

【参考 日弁意見書案】

事業者である債権者は、保証人となるものが自然人である場合には、保証契約を締

結するに際して、当該自然人に対して、以下の各号に掲げる事項を説明しなければならない。

- 一 保証人は、主たる債務者がその債務を履行しないときに、その履行をする責任を負うこと
- 二 主たる債務の目的、元本、利息及び遅延損害金の定め
- 三 主たる債務に条件や期限の定めがある場合は、その内容
- 四 当該保証契約に連帯保証の定めがある場合は、第○条（催告の抗弁）、第○条（検索の抗弁）、第○条（催告、検索の抗弁の効果）及び第○条（分別の利益）の適用がないこと
- 五 保証人が主たる債務者の委託を受けて保証する場合は、事業者である債権者が、保証契約を締結する時点で把握している主債務者の支払能力や信用状態に関する事情のうち、保証人にとって特に重要と認められる事項
- 六 他の法令に定められた事項

- 2 事業者である債権者が、前項の説明を怠った場合には、保証人は保証契約を取り消すことができる。

- 1 保証に関する紛争では、保証人が保証の意味を知らなかった、あるいは主債務者の資力は十分であって保証履行することはない旨誤信していたなどが背景となっていることが多く、個人保証を認める場合、保証契約締結時にこれら義務が尽くされていれば、保証被害及び保証をめぐる紛争は大幅に減少することとなると思われることから、保証契約締結にあたり、債権者は、保証人となる者に対し、説明義務及び情報提供義務を負うとすべきである。

- 2 説明義務及び情報提供義務を負う主体について

提案では、これら義務を負う主体を事業者である債権者に限定することとする。

これは、事業者にあたらぬ者（個人）が債権者となる場合において、このような債権者にまで説明義務及び情報提供義務を負担させることは実務上困難であり、他方、事業者が債権者となる場合においては、これら義務を負担させることはさほど困難ではないと考えられるからである。

なお、全ての事業者に対し、これら義務を負担させることが困難であるとすれば、義務を負う主体を、現行法における貸金等債務の債権者のみに限定し、「主たる債務の範囲に金銭の貸渡し又は手形の割引を受けることによって負担する債務（以下「貸金等債務」という。）が含まれるときにおける債権者」とすることも考えられる。

また保証人が信用保証協会や銀行である場合など、保証人が法人であって説明等を要しない場合には、義務を課さないこととすることが考えられる。

- 3 説明義務及び情報提供義務の内容について

保証人となる者は、主債務者がいかなる信用状態にあるかを、できる限り正確に認識

して保証契約を締結するのが望ましいのであって、債権者は、自らが有する債務者に関する情報を事前に提供する義務があるものとすべきである。

また、保証人となる者は、保証契約締結により、自らがどのような場合にどのような義務を負担することとなるのか正確に理解する必要がある。そこで、債権者は、保証人となる者に対し、保証人が保証債務を負担することに伴い負担することとなる危険と負担について、当該保証人の状況に応じて説明する義務があるものとすべきである。なお、連帯保証契約を締結しようとする債権者には、通常保証との相違点についてもここで当然説明義務が課せられることとなる。

4 保証引受契約の場合の説明義務及び情報提供義務について

説明義務及び情報提供義務について、仮に保証人に対する説明義務及び情報提供義務を負う主体を債務者とし、かつ、同義務違反の効果として、保証人が保証引受契約を当然に取消しできるものとし、説明義務・情報提供義務の内容をいかに充実させても実質的には保証人保護がほとんど図られず、安易に保証債務の成立が認められてしまう。

したがって、保証引受契約における説明義務及び情報提供義務の主体が債務者であることを前提とする場合、その義務は法的義務であり、かつこれに違反があった場合には保証人は保証引受契約を取り消しできる制度とするものでない限り、かかる類型による保証債務の成立は絶対に認められるべきではない。

なお、この場合の説明義務及び情報提供義務は、事業者であるか否かを問わず、全ての債務者が負うものとし、例外として、保証人が法人である場合にのみ適用されないものとするべきである。

5 保証契約締結時における説明義務及び情報提供義務違反の効果について

説明義務もしくは情報提供義務に違反があった場合の効果について、債権者が負う情報提供義務を努力規定として定めることにとどめ、義務違反により直ちに保証が無効となるものではないとする立法提案も存する。

しかし、義務違反があった場合にどのような効果が生じるのか不明確であり、保証の無効、あるいは取消の効果認めないとすれば、かかる規定を設けたとしても実効性に乏しいといわざるを得ない。

したがって、説明義務または情報提供義務については、いずれも法的義務とし、これらに違反があった場合、義務違反の効果として、意思表示の瑕疵の有無にかかわらず、保証人に対し取消権を認めるべきである。

6 公正証書作成の義務づけについて

以上のほか、個人保証を原則無効とする本提案の立場（1001条参照）が採用されない場合には、本条の説明義務や情報提供義務が、個人保証人を保護するために果たすべき役割が一層重要となる。そこで、個人保証人と、一定額を超える保証契約を締結する際には、これら説明内容を公正証書に残すことを義務づけるものとするべきである。

第4 契約締結後の情報提供義務

提案（日弁意見書のとおり）

（契約締結後の情報提供義務）

第1005条 事業者である債権者は、主たる債務の履行が遅滞した場合には、直ちにその旨を保証人に通知しなければならない。

- 2 前項の通知を怠った場合には、債権者は、保証人に対し、当該通知が遅滞した期間について遅延損害金を請求することができない。
- 3 第一項の通知を怠った場合には、債権者は、保証人に対し、期限の利益の喪失を主張することができない。
- 4 事業者である債権者は、保証人の請求があるときは、保証人に対して、主たる債務及び他の保証人の保証債務が履行された状況を通知しなければならない。

日弁意見書の提案と同様である。

現行法においては、主債務が履行遅滞となった場合、債権者は保証人に対しても、当然に遅延損害金や期限の利益喪失を主張できる。

しかし、これでは保証人にとって不意打ちとなり、予期せぬ不利益を生じさせることになる。そこで、保証人に主債務の遅滞情報を与え、これに対する対応を可能にするために、債権者に上記のような保証人への通知催告の義務を課し、これを怠った債権者は、保証人に対し遅延損害金や期限の利益喪失を主張できないものとするべきである。

また保証人は、主たる債務者が経済的に破綻したときにはじめて突然の請求を受けることが多い。そのような場合、保証人は、突然の請求に困惑し、結果として生活基盤を脅かされることが多い。

そこで、保証人のそのような不安定な地位を解消するために、債権者に対し一定期間ごとに主債務者の返済状況等についての報告義務を課すべきとも考えられる。

しかし、金融機関はともかく、一般事業者である債権者にまでかかる義務を課すことは実務上困難であると考えられることから、本提案においては、債権者は、保証人の請求があるときは、これに応じて債務の履行状況に関する情報を提供することを義務づけるものとしている。

以上の義務を債権者に課したとしても、債権者にとっては債権管理上格別の負担を課すものではなく、むしろ現行法の下ではこれら通知をすることが債権者にとって個人情報保護法違反あるいは守秘義務違反とならないかとの懸念が呈されることがあることからして、これらを明記することによりこれらの情報開示は法的義務によることが明らかとなって個人情報保護法あるいは守秘義務違反とならないと考えられ、債権者にとっても明確化の観点から利益があると思われる。

第5 責任制限

(責任の減縮)

第1006条 裁判所は、保証人が個人である場合に、債権者が保証人に対し保証債務履行請求を行うに至った事情、保証人が保証をなすに至った事由及びこれをなすにあたり用いた注意の程度、保証人と主たる債務者との関係の変化、保証人の収入及び資産の状況その他一切の事情を斟酌して保証人の責任の額を減縮又は免除することができる。

【参考 日弁意見書案】

(責任制限)

前項各号の場合【個人保証を例外的に認める場合】において、裁判所は、主たる債務の性質、主たる債務が継続的取引から発生する債務であるか否か、保証契約の期間、保証人の支払能力や属性、保証契約の締結時や締結後の経過その他一切の事情を考慮して、保証人の責任を減免することができる。

個人保証は、前記のとおり、原則として禁止されるべきものとするが、実務上の必要性から賃貸住宅に関する賃貸借契約に基づく債務の保証や、経営者による保証など、現時点では、例外として個人保証を認めるべき類型も認められる。

しかし、これらの場合においても保証人となった者は、主債務者が破綻した場合、理由の如何を問わず、自らの生活基盤を破壊され、最終的に自己破産申立をせざるを得なくなったり、あるいは自殺に追い込まれるなどは明らかに妥当ではない。

この点については、フランス消費法典 L.313-10 条・L341-4 条を参考とした比例原則を定めることも適当であるとするが、我が国に明文規定としてこれまでになかった比例原則の制度を新たに設けることには強い批判も想定される。

そこで、ここでは、身元保証法5条を参考として、裁判所が保証人の責任を制限するものとするを提案する（なお、日弁意見書においては、比例原則の制度と本条類似の責任制限の制度の両制度が提案されている）。

本条が設けられた場合には、実務においては、裁判所が実際に減免の判断をするまでもなく、債権者が本条に記載した事由を考慮のうえ保証人に対する請求を行うこととなると思われる。

(参考)

身元保証法5条

「裁判所ハ身元保証人ノ損害賠償ノ責任及其ノ金額ヲ定ムルニ付被用者ノ監督ニ関スル使用者ノ過失ノ有無、身元保証人ガ身元保証ヲ為スニ至リタル事由及之ヲ為スニ当リ用キタル注意ノ程度、被用者ノ任務又ハ身上ノ変化其ノ他一切ノ事情ヲ斟酌ス」

第6 連帯保証の成立要件

(連帯保証の場合の特則)

第1007条 保証人は、主たる債務者と連帯して債務を負担したときは、第○条（検索の抗弁）の権利を有しない。

2 個人が保証人となる場合において、保証契約をする書面に、保証人が第○条（検索の抗弁）の権利を有しないことの記載がないときは、債権者は、保証人に対し、保証人が主たる債務者と連帯して債務を負担することを主張できない。

3 前二項の規定は、保証引受契約を締結する債務者について準用する。【保証引受契約による保証債務の成立を個人についても認める場合】

1 連帯保証債務の成立要件

現行法上、連帯保証債務は、保証契約において、単に、保証人が債務者と連帯して責任を負うと定めることにより成立しうる。

連帯保証債務においては、現行法上、分別の利益はなく（456条）、催告の抗弁・検索の抗弁が認められず（454条）、また連帯保証人に対する請求は主たる債務者に対しても効力を有する（458条）とされている。

しかしながら、かかる連帯保証の効果は、必ずしも「連帯」という語から容易に認識しうるものではない。

したがって、債権者は、保証人との間で連帯保証契約を締結する場合、単に「連帯」保証とするだけではなく、その具体的な効果を説明し、かつこれを契約書に規定することが必要とすべきである。

そのうえで仮にかかる規定がない場合、債権者は、保証人に対し、当該保証人の負う債務が連帯保証債務であることを主張できないことを明文化すべきと考える。

2 連帯保証契約書に記載すべき事項

保証の規定の見直しにあたり、保証人が数人ある場合には、各保証人は、債権者との間に別段の合意がない限り、各自連帯して保証債務を負担する（保証連帯）を認めるべきと考えることから、分別の利益に関しては、通常保証と連帯保証において何らの相違はなく、この点を契約書に記載する必要はない。

次に、連帯保証における保証人に対する請求の絶対効は否定すべきと考えるところ、この点も契約書に記載する必要はない。

さらに、通常保証においても催告の抗弁を廃止することに反対しないことから、この点も契約書に記載する必要はない。

このように考えると、通常保証と連帯保証の相違点は、本提案においては、検索の抗弁の有無のみとなるところ、連帯保証契約においては、この点を明記する必要があると

考える。

ただし、仮に分別の利益、催告の抗弁、請求の絶対効を維持する場合には、連帯保証契約書にこれらが無いことを明記し、また説明義務があるものとすべきである。

第7 根保証

1 平成16年改正法による規律の拡大

(根保証契約の保証人の責任等)

第1008条 一定の範囲に属する不特定の債務を主たる債務とする保証契約（以下「根保証契約」という。）の保証人は、主たる債務の元本、主たる債務に関する利息、違約金、損害賠償その他その債務に従たるすべてのもの及びその保証債務について約定された違約金又は損害賠償の額について、その全部に係る極度額を限度として、その履行をする責任を負う。

2 根保証契約は、前項に規定する極度額を定めなければ、その効力を生じない。

3 第1002条の規定は、根保証契約における第一項に規定する極度額の定めについて準用する。

(根保証契約の元本確定期日)

第1009条 根保証契約において主たる債務の元本の確定すべき期日（以下「元本確定期日」という。）の定めがある場合において、その元本確定期日とその根保証契約の締結の日から五年を経過する日より後の日と定められているときは、その元本確定期日の定めは、その効力を生じない。

2 根保証契約において元本確定期日の定めがない場合（前項の規定により元本確定期日の定めがその効力を生じない場合を含む。）には、その元本確定期日は、その根保証契約の締結の日から三年を経過する日とする。

3 根保証契約における元本確定期日の変更をする場合において、変更後の元本確定期日とその変更をした日から五年を経過する日より後の日となるときは、その元本確定期日の変更は、その効力を生じない。ただし、元本確定期日の前二箇月以内に元本確定期日の変更をする場合において、変更後の元本確定期日が変更前の元本確定期日から五年以内の日となるときは、この限りでない。

4 第1002条の規定は、根保証契約における元本確定期日の定め及びその変更（その根保証契約の締結の日から三年以内の日を元本確定期日とする旨の定め及び元本確定期日より前の日を変更後の元本確定期日とする変更を除く。）について準用する。

1 個人根保証を一部規制した平成16年改正民法をもってしても、保証人の主債務者破綻に伴う自己破産なども依然見受けられ、保証人保護は未だ十分に図ることはできていな

い。

また極度額や保証期間を定めない包括根保証契約によって、保証人が予期しない過大な保証債務履行請求を受ける危険性については、貸金等根保証契約に限られない。

したがって、貸金等根保証契約に関する制限を根保証契約一般に拡大すべきである。ただし、取引上多くの場面に影響が生じる規定となることから、実際の施行にあたっては一定の周知期間が必要となろう。

- 2 なお、本提案については、一般の個人（事業者又は自己の事業のため契約の当事者となる者を除く）が債権者となる場合には、保証による弊害が生じる危険性は小さいことから、上記のものが債権者となる場合には適用しないとすることも考えられる。

また居住用建物に関する賃貸借契約に基づく債務に対する保証について例外とすべきことは後記のとおりである。

2 元本確定前の保証債務履行請求の追加

（確定前の根保証契約に基づく請求）

第 1010 条 債権者は、根保証契約における主たる債務の元本が確定しないときは、保証人に対し、根保証契約に基づく債務の請求をすることができない。

1011 条の解説においてあわせて述べる。

3 債権者による元本確定請求の追加

（根保証契約の元本の確定事由）

第 1011 条 次に掲げる場合には、根保証契約における主たる債務の元本は、確定する。

一 債権者が、主たる債務者又は保証人の財産について、金銭の支払を目的とする債権についての強制執行又は担保権の実行を申し立てたとき。ただし、強制執行又は担保権の実行の手続の開始があったときに限る。

二 主たる債務者又は保証人が破産手続開始の決定を受けたとき。

三 主たる債務者又は保証人が死亡したとき。

四 債権者が、保証人に対し元本の確定を請求したとき。

- 2 債権者が保証人に対し元本の確定前に根保証契約に基づく請求をしたときは、前項第四号に定める元本の確定の請求があったものとみなす。

- 1 保証契約の元本確定前に被保証債務の弁済期が到来した場合に、元本を確定させることなく、保証債務の履行を請求することができるかについて、現民法では、この点に関する何らの規律がないところ、補足説明にもあるとおり、理論的にこれを認めるか否か両方の見解が対立している。

- 2 この点、理論的な問題は別として、これを否定した場合、例えば主債務者が民事再生

手続開始決定を受ける等のデフォルトに至ったとしても、破産しない限り当然には元本は確定しないところ、現実の実務感覚からすれば、このような場合にも確定しないから保証債務履行請求できないというのは債権者に酷である。また債権者は、確定前は保証債務履行請求できないことから、保証人が債権者から確定期日後に保証債務履行請求を受けるまでの間に遅延損害金が拡大してしまうリスクもある。

他方、保証人となった者としては、根抵当権においてはこれを実行したときには元本が確定することとされていることとの比較からして、元本確定前の保証履行請求に応じることが当然であるとの認識を有していることが通常であるとも言い難い。

また、元本確定前の保証債務履行請求を認めた場合、主債務が複数有り、その合計が極度額を超える場合にどの範囲で保証が及ぶか、また元本確定前の保証履行請求に保証人が応じて弁済した額は極度額に影響を及ぼすか、などの問題も生じる。

- 3 これらの疑問を解消するためには、元本確定前の保証人に対する保証履行請求の規定をも明文で規定を設け、その場合に保証人が保証債務を履行したときは、その履行された額の限度で当該根保証契約の極度額が減少するとの明文の規定を設けることも考えられるが、端的に、元本確定前の保証債務履行請求は認めないものとしたうえで、債権者からの元本確定請求を認めれば足りると考えられる。

この場合、根保証の確定事由として、「債権者が根保証人に対し根保証の確定を請求したとき」に確定するものとし、「債権者が根保証人に対し保証債務の履行を請求したとき」には確定請求がなされたものと見なすこととすればよいと考える。

- 4 この考え方に対しては、保証債務履行を一度した後も、債権者は債務者との取引を継続することがあり、かかる取引による債務も被保証債務に加えるべきとの見解があり得る。

しかし、一旦保証債務履行請求をせざるを得なくなった後は、債権者は、賃貸借契約の場合を除き、資力が悪化した当該債務者との取引を控えると思われる。にもかかわらず、債権者が当該債務者との取引を継続する場合に、保証人との間で何らの合意等もなく、当然にその後に生じた債務が被保証債務に加わると考えることは妥当でない。

確定後も取引を継続したいと考える債権者は、改めて保証人との間で、保証契約を締結し、それに際し保証人に対し債務者の状況等を説明することにより、保証人により慎重な判断をなし得る機会を与えるべきである。

4 元本確定前の随伴性

(根保証の被保証債権の譲渡等)

第1012条 元本の確定前に債権者から根保証契約における主たる債務に係る債権を取得した者は、その債権について保証人に対し根保証契約に基づく請求をすることができない。元本の確定前に債務者のために又は債務者に代わって根保証契約における主たる債務を弁済をした者も、同様とする。

2 元本の確定前に債務の引受けがあったときは、債権者は、引受人の債務について、保証人に対し根保証契約に基づく請求をすることができない。

1 元本確定前の被保証債権の譲渡と随伴性についても、現行法は明文の規定を欠いており、その結果、補足説明にあるとおり、これを認めるか否か見解が対立している。

この点、実務上、根保証契約の条項においても元本確定前の被保証債権の譲渡と随伴性に関し特段規定が設けられていないことが多く見受けられる。

しかし、元本確定前にも被保証債務の譲渡や代位弁済が起こりえることを考えると明文の規定を設け、デフォルトルールを定める必要性は高い。

また保証人となる者は、保証契約締結時において本問題について特段の問題意識を有していないことも多いと思われ、その観点からも明確なルールを定める意義はある。

2 随伴性の肯否については、難しい問題もあるが、民法全体の規定のわかりやすさ、整合性の観点からすれば、根抵当権に関する規律のあり方を参考として明文の規定を設けるべきである。

すなわち、根抵当権については、明文でこれを否定している（398条の7第1項）ところ、元本確定前の被保証債権の譲渡によっては当然に保証債権も移転しないとしたうえで、保証債権を譲渡したいと考える債権者が、被保証債権の元本を確定させたうえで、被保証債権を譲渡させた場合には、随伴性の原則により保証債権も移転するものとすべきである。

したがって、民法第398条の7を参考として、元本確定前の被保証債権の譲渡（債務引受けによる債権の移転も同様）による保証債権の移転は否定したうえで、前記の債権者からの元本確定制度を規定することにより、随伴性を肯定したいと考える債権者の要請にも応えるものとすべきである。

5 居住用建物の賃貸借についての適用除外

（適用除外）

第1013条 第1008条第2項及び第3項並びに前四条の規定は、個人である賃借人が居住の用に供するために締結する建物賃貸借契約に基づき負担する債務を主たる債務とする根保証契約には、適用しない。

1 居住用建物等に関する賃貸借契約における根保証契約については、根保証契約が確定したことのみに基づいて賃貸借契約を直ちに終了させることはできないと考えられるところ、かかる根保証についても極度額や保証期間の制限が設けられることによって、かえって例えば高齢者や学生などの社会的弱者に対する円滑な住宅の供給が妨げられる事態が生じることが指摘されている。

今後公的住宅の供給等他の施策によりそのような弊害が生じるおそれがなくなれば、

改めて居住用建物の賃貸借契約に関する債務についての根保証についても極度額及び確定期日等の規制を設けることも考えられるが、現時点においてはこれに対する規律は、現行法のままとし、極度額及び確定期日の規制を設けないものとするべきである。

- 2 また、居住用建物の賃貸借契約に関する根保証については、賃借人が家賃を滞納すれば、賃貸人としては元本確定を待つことなく保証人に保証債務履行請求をしたいと考えることは不合理ではない。

また一旦保証履行請求がなされた後に、賃借人あるいは保証人が滞納家賃を支払ったときは、その後も契約を解除することなく賃貸借契約が継続することもまれではないと考えられるところ、このような場合にまで保証債務が確定し、その後の賃料等に対する保証の効力が及ばないこととなってしまうのは不合理であるといえる。

したがって、居住用建物の賃貸借契約に関する根保証については、元本確定前の請求の可否及び確定事由について明文の規定を設けないことを提案する。

6 保証人による特別の元本確定請求（特別解約権）

（特別の元本の確定請求）

第 1014 条 根保証人は、根保証契約締結後に、次の各号に掲げる事項のいずれかに著しい事情の変更があった場合には、保証すべき債権の元本の確定を請求することができる。

- 一 主たる債務者と保証人との関係
- 二 主たる債務者と債権者との関係
- 三 主たる債務者の資産状態
- 四 前各号に掲げるもののほか、保証人が根保証契約を締結した基礎となった事情

- 1 確かに、特別の元本確定請求権（特別解約権）が認められるための要件となる著しい事情変更の考慮要素を根保証契約に即して明文化することは容易でない。

またこれを認めるとしても元本確定期日に関する制限が設けられている根保証契約のみを対象とするのかそれ以外も対象とするのかも検討する必要がある。

この点、平成 16 年改正法の施行によって、貸金等根保証契約については元本確定期日に関する制限が設けられ、保証人の責任が明確化された結果、従前と同様に特別解約権を認める必要はなくなったとする見解もある。

かかる見解は、補足説明にても紹介された参議員法務委員会での附帯決議にも反するものであり、かつ、従前認められるとされてきた特別解約権は信義則による事情変更の原則の表れとされるものであって、平成 16 年民法改正によって信義則が適用されることがなくなったとすることは不当であることから、受け入れることはできない。

ただし、上記のとおり、現状では、根保証人から根保証契約の事情変更による解除の申出がなされた場合に、そもそも特別解約権が認められるか否か、認められるとしてもその要件が不明確であることから、解除の申出が有効であるか否か判断に迷う場合も多

いことも確かである。

したがって、特別解約権を認めるか否か、またその要件を可能な限り明らかにすることは、債権者・保証人双方にとって予測可能性が確保されることとなり、国民にとって分かりやすい民法を作るとの観点からも、明文化することを安易に放棄すべきではない。

2 したがって、根保証人保護の観点から根保証人による特別解約権（元本確定請求権）の規律を設け、そのうえで、債権者の予測の観点からも特別解約権（元本確定請求権）が認められる場合の要件を明確化すべきであると考えられる。

3 まず、特別解約権を認める場合の範囲については、保証人となる者の主体、元本確定期日の有無等によって制限すべきではない。

次に、例えば夫婦であった主債務者と保証人が離婚した場合、あるいは法人の経営者であった保証人が主たる債務者である当該法人の経営から離れた場合等にまで、その後主たる債務者との間で発生する不特定の債権を保証しなければならないというのは酷であることから、このような場合には、将来に向かって根保証契約を解除することができる権利を認めるべきである。

このほか、法人が根保証を行う場合においても、当該保証した法人と借入人の関係が著しく変動した場合、例えば保証契約当時は資本関係があったものの、その後 M&A 等により両社の関係が変動した場合にまで将来主たる債務者との間で発生する不特定の債権を保証しなければならないというのは酷であることは、個人保証の場合と変わらない。

したがって、法人が保証人となる場合においても特別解約権を認めるべきと考える。

なお、信用保証協会等保証を業とする法人が保証人となる場合には、特別解約権を認める必要性はなく、またこれを認めることは不合理であるが、このような場合には、債務者と保証人の関係からして特別解約権が認められることはほとんどないと考えられる。

以 上