

保証制度の見直しに関する要綱中間試案補足説明

はじめに

1 保証の機能とその問題点

保証は、主たる債務者がその債務を履行しない場合に、保証人となった者が代わりにその履行の責任を負うことによって、主たる債務を担保する制度である。自己資本に乏しい中小企業が資金調達のために借入れを行う場合、経営者、役員、その親族、知人等が保証人になることが融資慣行として定着しているが、保証契約の内容については、法律上特段の制限が設けられていないため、保証人が過大な責任を追及される場面も多々生じているといわれている。継続的に発生する一切の債権を保証の対象とする根保証契約がその典型であり、とりわけ、保証金額や保証期間に制限のない包括根保証契約が締結されている場合には、ひとたび主たる債務者が経済的破綻に至れば、主たる債務と同額の保証債務、場合によっては、契約締結時には予測できないほど多額の保証債務の履行を求められる結果となり、保証人自身も破産に至るなどの過酷な事態を招いているという指摘がある。

保証に関しては、直接的対価を得ることなく一方的に責任のみを負うという意味での無償性、責任の内容を十分に理解しないまま個人的な情義から安易に保証人を引き受ける場合が多いという意味での未必性・情義性等の特殊性があるといわれており、それゆえに、従前から保証人保護の必要性が意識され、個々の紛争の場面でこれを具体化する判例法理が展開されている。すなわち、裁判例においては、根保証契約によって保証人が過大な責任を負うことのないよう、当事者の意思解釈等を通じて、保証人が責任を負う保証債務の額について事後的に一定の限定を加えているものが数多くみられるほか、信義則や事情変更の原則等の一般法理を媒介にして、一定の事由が生じた場合又は一定の年限が経過した場合には、当然に元本確定の効果を認めたり、あるいは保証人に保証の対象となる債務の元本確定請求権を付与するものとして、妥当な解決を導いている。しかし、このような救済は、紛争化して裁判に至った個別事案においてのみ実現可能なものであり、当事者の予測可能性・法的安定性という面でその機能には大きな限界があることは否定できない。

2 経営者保証特有の問題

他方で、1において述べた保証に関する特殊性は、主として保証人が第三者的な立

場にある場合を念頭に置いた議論であって、主たる債務者が中小企業であり、その経営・意思決定に直接関与する立場の経営者・代表者が保証人となる場合は、いささか利益状況を異にしている。

また、中小企業にあっては、信頼の置ける財務諸表が備えられておらず、家計と経営、個人資産と企業資産との混同も起こりがちであることから、その経営者・代表者がする保証には、企業の信用補完・モニタリングの機能や、経営者としての自覚を促すなど、経営に対する規律付け・経営責任の明確化の機能といった副次的機能があることも指摘されている。

しかし、中小企業の経営者・代表者に対し一律に包括根保証を求めるなどして企業と同一の責任を負わせる融資実務に対しては、株式会社・有限会社における有限責任の原則を有名無実化するものであるという批判がある。さらに、中小企業では、保証責任の追及を恐れるあまり 経営不振に陥った場合でも問題を先送りにしがちあって、事業価値の減損が進んだ末に法的倒産処理手続にようやく着手するなど、事業再生の機会を逸する場合が少なくないとして、昨今、過度の個人保証への依存が早期の事業再生の阻害要因になっているという指摘もされている。

3 保証制度に関する関係省庁の取組み

1, 2 で述べた問題点の指摘を踏まえて、これまでも、政府において、保証に過度に依存した融資慣行の是正、そこから生ずる弊害の除去に向けた積極的な取組みが行われている。

まず、内閣府に設置された経済財政諮問会議は、平成14年6月に閣議決定された「経済財政運営と構造改革における基本方針(2002)」の中で、起業の促進・廃業における障害除去という目的実現の観点から個人保証の在り方の検討、見直しを進めることを求めている。

これを受けて、関係省庁では、金融実務上の改善策、無保証の政策金融の拡充、個人保証に代わる新たな担保手段に関する制度整備等を検討・実施してきたところであるが、企業倒産が多発し、保証人への責任追及が現実化する現下の経済情勢にあっては、保証契約の内容を適正化するためのより直接的な措置を講ずる必要があり、その制度面での検討が強く求められているといえることができる。

平成15年12月に開催された産業金融機能強化関係閣僚等の会合でも、そこで取りまとめられた「経済活性化のための産業金融機能強化策」の中で、担保・保証に過

度に依存しない資金調達を実現するために、人的保証の合理化・適正化について検討を進めること、個人保証、特に根保証の在り方については、円滑な金融を阻害しないよう留意しつつ、融資の際の実務運用の適正化のみならず、法的措置をも含め必要な見直しを行うこと等が求められているところである。

4 保証制度の見直しと法制審議会における検討

そこで、民事基本法を所管する法務省民事局では、その弊害が顕著なものと目される根保証契約を中心に、その内容の適正化を図るべく、保証制度について所要の見直しをすることになった。なお、改めて言うまでもないが、保証制度は中小企業金融における担保手段として重要な地位を占めていることから、その効力を著しく減じるなど、保証人保護に偏した一方的な措置を講ずれば、かえって中小企業への金融閉塞や貸し渋りなどの本末転倒の結果を招きかねない。このため、今回の見直しにあたっては、保証人保護の視点に立った問題意識のほか、円滑な金融の維持・促進という視点も忘れてはならず、両者のバランスを保つことを特に意識しつつ、具体的な検討を進める必要があるというべきである。

保証制度の見直しに関するこれまでの法制審議会における審議の経緯は次のとおりである。まず、本年2月10日に開催された法制審議会において、法務大臣から、「保証人が過大な責任を負いがちな保証契約について、その内容を適正化するという観点から、根保証契約を締結する場合に限度額や期間を定めるものとするなど、保証制度について見直しを行う必要があると思われるので、その要綱を示されたい。」との諮問がされた（諮問第66号）。この諮問に基づいて法制審議会に保証制度部会が設けられ、3月29日、4月19日にそれぞれ第1回、第2回会議を開催して、審議を行い、5月24日の第3回会議において、それまでの検討に基づき、「保証制度の見直しに関する要綱中間試案」が決定された。また、法務省民事局参事官室の責任において、この試案の補足説明を作成し、試案と合わせて公表し、関係各界からの意見募集・意見照会（パブリック・コメント）の手續に付することについても、同会議において了承が得られた。

保証制度部会は、上記手續により関係各界から徴した意見等も参考にしつつ、本年9月を目途に保証制度の見直しに関する要綱案を取りまとめるため、今後も引き続き審議を行い、検討を進めることを予定している。

5 中間試案の全体的構成

この中間試案は、「貸金債務の根保証についての個人保証人の保護の方策」(第1)と「適用範囲」(第2)という二つの部分から構成されている。

保証制度部会では、現在の社会・経済情勢の下で保証人保護の措置を講ずべき必要性が特に指摘されているのは、中小企業等が融資を受ける際のいわゆる個人保証のように、保証人が貸金債務について、根保証をした、個人である場合であるという認識の下に、限られた審議時間の中で最大限の成果を得るための工夫として、まず、この から までの場合を念頭において具体的な保証人保護の方策を検討し、その後、そこで検討された保護の方策を から まで以外の場合にも及ぼすべきかどうかを検討するという枠組みで、これまでの審議が行われてきた。そこで、この中間試案の取りまとめに当たっても、(前注)に記載されているように、このような構成が採られたものである。

第1 貸金債務の根保証についての個人保証人の保護の方策

1 要式行為

現行法は、根保証契約を含む保証契約一般につき特段の方式によることを要件とはしていないが、保証契約が無償で情義に基づいて行われる場合が多いことや、保証契約の際には保証人に対し現実に履行を求められることとなるかどうか不確定であり、保証人において自己の責任を十分に認識していない場合が少なくないことを考慮すると、保証を慎重ならしめるため、保証意思が外部的にも明らかになっている場合に限り法的拘束力を認めるものとするのが相当であると考えられる。また、諸外国の法制においても、保証を要式行為としている例が少なくないとの指摘もされている。

そこで、第1の1では、根保証契約につき、これを要式行為とし、書面でしなければその効力を生じないものとするのが提案されている。

ところで、現行民法の財産編においては、贈与契約についてのみ、書面の作成の有無により異なる取扱いをしているところであるが、贈与契約については、要式行為とはされておらず、その履行前に限り事後的に取り消すことができるものとされている(民法第550条)。これに対し、保証は、贈与と同様に無償契約であるものの、贈与とは異なり、保証契約の存在を前提として債権者から主たる債務者に対し金銭の交付等の出捐がされるものであることから、これを事後的に取り消し得るものとするとは法律関係を不安定にし、債権者に不測の損害を与えるおそれがあるため適当ではな

いと考えられる。そこで、保証契約については、これを要式行為とすることが提案されたものである。

なお、保証意思が明確であることを要するという趣旨から書面によるべきことを要求するとすれば、書面によらない保証の合意がされた場合であっても、その合意に基づいて現実に履行がされた後は、保証契約の無効を主張することを制限すべきではないかという考え方があり得るところである。しかしながら、このような無効主張を制限する明文規定を設けることは、書面によらない保証合意に基づく強引な取立てを助長するおそれがあり、政策的な観点から問題があるように思われる。もっとも、この点については、保証契約の無効を主張することができるものとしても、保証人が現実の履行をすれば、任意の第三者弁済としては有効となり得るのであるから、強引な取立てを助長するおそれを強調すべきではないとして、やはり保証契約の無効主張を制限すべきであるという意見も出された。

(注)は、根保証契約につき、後記2のように限度額を定めるものとしたり、後記3のように保証期間を制限する措置を講ずることとする場合には、この限度額及び保証期間についての合意の重要性にかんがみ、書面に記載しなければその合意の効力を生じないものとすることを提案するものである。限度額についての合意の効力が否定された場合には、根保証契約も無効となり(後記2参照)、保証期間についての合意の効力が否定された場合には、保証期間の定めがないものとして後記3(2)の規律に従うことになるという意味である。もっとも、これらの合意につき書面性を要求する理由を専ら保証人保護に求めるのであれば、保証人に有利な合意(後記3(2)における〔3年〕よりも短い保証期間の合意)には適用しないものとするべきであるという考え方もあり得るところである。

このほか、根保証契約を要式行為とすることに関連して、一定の重要な事項については保証人が自書(手書き)しなければならないものとするべきであるという意見があった。また、特に後記2の限度額について、根保証契約の際にはその記載欄を白地にしておき、債権者が事後的に補充するという取扱いがされることを防止するためにも、保証人が自書するものとするべきであるという意見もあった。

2 保証の限度額の定め

第1の2から4までは、いわゆる包括根保証契約に関する問題を取り上げたものである。

保証すべき期間や金額に限定のない包括根保証契約については、保証人において、将来どの程度の額の保証責任を負うことになるのか予測可能性がなく、過大な責任を負う結果となりがちであるとの指摘がある。このような指摘等を踏まえ、まず、第1の2では、保証人の予測可能性を確保するとともに、根保証契約の締結時において、保証の要否及びその必要な範囲について慎重な判断を求めるという観点から、根保証契約は、保証の限度額を定めなければ効力を生じないものとするのが提案されている。

ここで「限度額を定める」としているのは、保証人が責任を負うべき範囲について、債権者と保証人との間における合意により、金額的な上限を定めるという意味である。したがって、例えば、主たる債務の額に対する割合をもって保証人の責任の範囲を限定したとしても、この限度額を定めたことにはならない。

具体的な限度額の定め方については、主たる債務者の資金需要、保証人の資力その他の諸事情を勘案してこれを定めることとなろうが、この点について、法律上特段の制限を設けることは、想定されていない。これは、限度額を定める上で考慮すべき事情は、事案ごとに様々であり、具体的な限度額の定め方について法律上の制限を設けることは円滑な金融を阻害するおそれがあると考えられるからである。

(注1)は、保証の限度額は、貸付けの元本のほか、利息・損害金をも含むものとして定めなければならないものとするを提案するものである。貸付元本のみの限度額とすることは、保証人にとって、その責任の範囲に関する予測が困難となりがちであることから、根抵当の極度額についての取扱い(民法第398条ノ3第1項)と同様に利息・損害金をも含むものとするにより、保証人の保護を図ろうという趣旨である。

(注2)は、保証人が法人である主たる債務者の代表者である場合には、それ以外の場合とは異なり、限度額の定めのない根保証契約も有効とすべきであるという考え方を取り上げたものである。

中小企業においては、家計と経営との分離が必ずしも十分でなく、財務諸表に十分な信頼性を置くことのできない場合もあるとの指摘がされているところ、このような中小企業にあっては、企業の信用補完や経営に対する規律付け等の観点から、融資を受けの際にしばしば経営者の個人保証が行われており、この個人保証においては包括根保証が用いられることが多いといわれている。このような経営者の個人保証につい

ては、保証人自身が主たる債務者の資金調達に關与し、返済状況も把握していることから、特に限度額の定めを義務付けるまでもなく保証人にとっての予測可能性は一応確保されているとも考えられる一方、主たる債務者の資金需要が根保証の限度額を上回る事となった際には限度額を変更する手続が必要となるため、金融実務上の事務的負担が重くなり、コスト増につながる等の問題が指摘されている。このような観点から、経営者の個人保証については、限度額の定めのない根保証契約も有効とすべきであるという考え方が示されているところである。

この点について、経営者が保証人となる場合には、それ以外の第三者が保証人となる場合よりも、保証人を保護すべき必要性が相対的に低いことは、保証制度部会においても異論のなかったところである。しかしながら、社会的な実情としては、経営者が保証人となる場合であっても、企業が破綻に至ったときに保証人が多額の保証責任の追及を受け、過酷な結果となりがちであるという問題が指摘されているほか、保証人への責任追及を恐れるあまり早期に法的倒産処理手続を執ることをちゅうちょさせ、事業再生の機会を逸する結果となったり、経営者の再挑戦を妨げる要因となる等の問題も指摘されているところである。そこで、経営者による個人保証についても、それが真に必要とされる場合に、必要な範囲に限って行うようにすることが望ましいと考えられる。このような観点からは、根保証契約の締結時において、個人保証の必要性の有無及び必要とされる範囲についての慎重な判断を求めるため、経営者による個人保証の場合をも含めて、保証の限度額を定めることを一般的に義務付けることには、相応の理由があると考えられる。

そこで、第1の2では、その本文において、保証人が経営者であるかそれ以外の第三者であるかを問わず、一般的に、根保証契約は保証の限度額を定めなければ効力を生じないものとするを提案し、(注2)において、保証人の地位・属性によって異なる取扱いをするという考え方を取り上げることとしているのである。

なお、保証人の地位・属性によって異なる取扱いをするという考え方による場合には、どのような基準をもってその地位・属性を区別をするかという問題があるが、(注2)においては、保証人が主たる債務者の代表者であるか否かという基準によって区別する案が掲げられている。

経営者が保証人となる場合に異なる取扱いをするという考え方の主要な根拠は、法人である主たる債務者の資金調達について保証人自身が關与しているのであるから、

限度額の定めを義務付けなくても保証人にとっての予測可能性は確保されているという点にあると考えられるところ、このような区別の根拠に照らすと、仮に保証人の地位・属性によって取扱いに区別を設ける考え方を採るとすれば、その区別の基準としては、法人の債務等の財産を職務として管理するとともに適時に所要の措置を講ずべき（講じ得る）立場にある法人の代表者であるか否かという基準が合理的なものと考えられる。また、限度額の定めを義務付けることの要否は、契約の有効・無効という取引上の規律となるとともに、契約の有効・無効が争われた場合の裁判規範となるものであるから、一義的に明確であることが強く要請される。このような観点からも、代表者であるか否かという基準は、基準として明確であるというメリットがある。このような考慮に基づき、（注2）においては、代表者であるか否かで区別するという案が掲げられているのである。

これに対し、金融実務においては、経営者と第三者との区別は、代表権の有無ばかりでなく、企業の支配や企業経営に対する影響力などの実質的要素を考慮して行われていることから、代表者であるか否かという形式的な基準のみで区別すると、例えば、代表権はないが会社経営に多大な影響力を行使している者であっても、第三者と同じ取扱いをしなければならないこととなるという問題点が指摘されている。また、このような問題意識を踏まえた区別の基準として、主たる債務者の代表者に加えて、主たる債務者の総株主・総社員の議決権の過半数を有する者等についても、代表者と同様の取扱いをすることとすべきであるという意見もあった。

3 保証期間の制限

根保証契約につき、前記2により必ず限度額を定めなければならないものとした場合であっても、保証期間に何らの制限も設けないとすれば、保証人は、主たる債務者への融資が継続している限り保証債務の負担から逃れることができず、不当に長期にわたり拘束を受けることとなるおそれがある。そこで、3においては、根保証契約につき保証期間の面からも制限を加えることが提案されている。

なお、ここで保証期間といっているのは、その期間が経過した後は保証債務が消滅して保証人は一切の責任を負わなくなるという意味ではなく、（3関係後注）の1に記載されているとおり、その期間内に主たる債務の元本が発生したものに限り保証債務を負う（保証期間の経過後は、確定した元本とこれに対する利息・損害金についてのみ保証債務を負う）という意味であり、根保証契約の締結の日から元本の確定すべ

き期日までの期間と同義であって、保証期間の末日が元本の確定すべき期日（民法第398条ノ6参照）となる。

(1) 合意により保証期間を定める場合

債権者と保証人との合意により保証期間が定められる場合であっても、その期間の定め方につき何らの制限も設けないとすれば、保証人が不当に長期にわたり拘束を受けることとなるおそれがある。そこで、(1)においては、合意により保証期間を定める場合には、その期間は、根保証契約の締結時から〔5年〕を超えてはならないものとするを提案している。法定の期間を超えるような保証期間が定められた場合の取扱いについては、法律上許されている最長期間を定めたものとしてその効力を認めることが想定されているが（身元保証ニ関スル法律第2条第1項後段参照）、この点については、その保証期間の定めを無効とする（保証期間の定めがないものとして後記(2)の規律に従うものとする）という考え方もあり得るところである。

また、債権者と保証人との合意により根保証契約を更新する場合についても、更新後の保証期間につき同様の制限を設けることが提案されている。更新後の保証期間は更新の合意の時から〔5年〕を超えてはならないものとするという意味である（身元保証ニ関スル法律第2条第2項ただし書、民法第398条ノ6第3項参照）。なお、特段の申入れがない限り期間満了時に更新する旨をあらかじめ合意しておくこと（いわゆる自動更新）は、以上のような保証期間の制限の趣旨に反することから、これを無効と解すべきことが想定されている。

(1)の（注）は、合意により保証期間を定める場合の上限を〔5年〕という比較的長い期間とするのであれば、法人である主たる債務者の代表者以外の第三者の保証人については、〔3年〕を経過した後は元本確定請求権を付与することとして、第三者の保証人の保護をより充実させるべきであるという考え方を取り上げたものである。この考え方は、合意により〔3年〕を超える保証期間を定めた場合であっても、〔3年〕を経過した後は、元本確定請求権を行使することにより合意で定めた時期よりも前に保証期間を終了させることができるという点で、本文に掲げた案よりも保証人保護を手厚くしようとするものである。なお、保証人が法人である主たる債務者の代表者であるか否かを区別の基準としている点は、前記2の（注2）と同様である。

(2) 合意による保証期間の定めがない場合

保証期間の定めのない根保証契約については、現行法の下でも、判例上、相当の期

間が経過した後は保証人は解約の意思表示をすることができるものとされている（大審院昭和7年12月17日判決・民集11巻2334頁）ところであるが、(2)においては、このような判例法理を踏まえつつ、保証人の保護をより一層確かなものとするために保証期間を制限する措置を講ずることが検討されている。

ところで、判例上は、上記のとおり保証人の解約権（いわゆる任意解約権）が認められており、また、根抵当においては、元本確定期日の定めがない場合には、根抵当権設定の時より3年を経過した後、根抵当権設定者は元本確定請求権を有するものとされている（民法第398条ノ19第1項、第3項）。そこで、これらを参考として、根保証契約についても、根保証契約の締結時から〔3年〕を経過した後は、保証人が元本確定請求権を有するものとし、元本確定請求権を行使した場合に初めて保証人の責任の及ぶ主たる債務の範囲が確定するものとしておけば、その範囲の確定はとりもなおさず保証人の意思に委ねられることとなり、保証人の保護としては足りるという考え方もあり得るところである。

しかしながら、まず、法人である主たる債務者の経営者以外の第三者が保証人である場合を想定すると、保証人は、主たる債務の額やその返済状況等につき十分な情報を有するとは限らないので、一般に、保証人において適切な時期に元本確定請求権を行使することは期待できないように思われる。このような保証人に対し単に元本確定請求権を付与するのみでは、例えば、主たる債務者の経営状況の悪化等が生じた後に発生した主たる債務についても、これを知らず、元本確定請求権を行使しなかった結果として、保証人としての責任を免れることができず、不測の損害を被ることが避けられないように思われる。そこで、少なくとも法人である主たる債務者の経営者以外の第三者が保証人である場合については、保証人が特段の意思表示をしなくても、一定の期間の経過により当然に保証すべき主たる債務の元本が確定するものとするのが相当であると考えられる。

(2)のB案は、以上のような観点から、法人である主たる債務者の代表者以外の者が保証人である場合には、保証期間を根保証契約の締結時から〔3年〕に限定することとし、その一方で、法人である主たる債務者の代表者が保証人であるときは、保証人は、根保証契約の締結時から〔3年〕を経過した後は元本確定請求権を有するものとする（元本確定請求権を行使しない限り保証期間が継続する）という区別をすることを提案するものである。

なお、B案において法人である主たる債務者の代表者であるか否かという点で区別をしているのは、前記2の(注2)と同様の考慮によるものであり、法人の代表者は、法人の債務等の財産を職務として管理するとともに適時に所要の法律行為等の措置を講ずべき(講じ得る)立場にある法人の機関としての地位・属性に照らし、法人の主たる債務について適時に元本確定請求権を行使することが典型的に期待し得るとするものである。これに対しては、前述のとおり、金融実務における経営者と第三者との区別は、代表権の有無ばかりでなく、企業の支配や企業経営に対する影響力などの実質的要素を考慮して行われていること等を指摘して、主たる債務者の代表者に加えて、主たる債務者の総株主・総社員の議決権の過半数を有する者等についても、代表者と同様の取扱いをすることとすべきであるという意見もあるところである。

他方で、A案は、すべての保証人につき、保証期間を根保証契約の締結時から〔3年〕に限定することを提案するものである。B案との相違点は、法人である主たる債務者の代表者が保証人である場合であっても、特段の意思表示を要しないで、根保証契約の締結時から〔3年〕を経過した時に保証すべき主たる債務の元本が確定するという点にある。その理由としては、法人である主たる債務者の経営者が保証人となる場合であっても、保証人において元本確定請求権の行使につき常に合理的な判断を期待することができるとは限らないこと、一定の期間を経過するごとに必要に応じて保証契約の更新等をするものとするにより、経営者の個人保証を継続する必要性の有無及び必要な範囲につき慎重に判断する機会を設けるのが相当であることが指摘されている。

以上のように、A案とB案とは、保証期間を制限する場面において、法人である主たる債務者の代表者が保証人である場合にも、それ以外の第三者が保証人である場合と同様の保護を及ぼすべきかどうかという点において対立する考え方である。B案においては、法人である主たる債務者の代表者は、元本確定請求権を付与されるにすぎないことから、その者が引き続き代表者の地位にあり、かつ、主たる債務者に対する融資が継続している間は、實際上、元本確定請求権を行使することは少ないであろうと予測する見方があるのに対し、A案においては、法人である主たる債務者の代表者が保証人である場合であっても、法定期間の経過により当然に元本確定の効果が生じることになることから、引き続き代表者による保証を得るためには、必ず保証契約の更新等の手続を執る必要があることとなる。A案は、保証の要否及び必要な範囲につ

いての慎重な判断を求めるには、代表者についても、定期的に保証契約の更新等の手続を要するものとすべきであるとするのに対し、B案は、定期的な保証契約の更新等の手続は、金融機関にとっての事務的な負担が重い上に、保証契約の更新等がされないリスクが生ずるために、これが金利等の融資の条件に反映せざるを得ない等の問題を指摘し、さらに、代表者の側においても、そのような手間をかけることを望んでいないのではないかと指摘して、法人である主たる債務者の代表者であるという保証人の地位・属性に応じて、それ以外の第三者と異なる取扱いをすべきであると主張するものである。なお、B案を採る場合には、根保証契約の締結後、保証人が代表権を失った場合の取扱いについて検討を加える必要があるとの指摘もあった。

次に、(3関係後注)の1は、前述のとおり、保証期間という用語の意味を説明したものであり、根保証契約の締結の日から元本の確定すべき期日までの期間と同義であって、保証期間の末日が元本の確定すべき期日(民法第398条ノ6参照)となる。保証期間という用語は、これまで講学上用いられていたものであるが、その期間が経過した後は一切保証債務を負わなくなるという意味に誤解されるおそれがあるとの指摘もあることから、特に用語の意味が注記されたものである。

また、(3関係後注)の2は、3関係の本文及び(注)において〔3年〕〔5年〕として示している具体的な期間につき、それぞれどの程度とするかについて、なお検討することとしている。なお、3(1)本文における〔5年〕は身元保証二関スル法律第2条第1項及び民法第398条ノ6第3項を参考としたものであり、3(2)における〔3年〕は身元保証二関スル法律第1条本文並びに民法第398条ノ19第1項及び第3項を参考としたものである。

4 期間の経過以外の事由による元本の確定等

(1) 元本確定事由

根保証をした個人保証人の保護の方策としては、前記1から3までにおいて提案されているもののほか、後記(2)の(注1)で取り上げられているように、著しい事情の変更があった場合等の一定の特別な事情がある場合には保証人が元本確定請求をすることができるようにすることが考えられるところであるが、このような特別の元本確定請求権については、同(注1)に記載されているように、立法技術的な面からの問題も指摘されているところである。そこで、(1)では、このような特別の元本確定請求によるまでもなく、法律上当然に元本確定の効果を生じさせることが相当である

と考えられる事由を個別的に列挙することにより、これらの事由が生じた場合における保証人の保護を図ることが提案されている。

まず、(1) では、債権者が主たる債務者又は保証人の財産に対する強制執行の申立てをしたことをもって、元本確定事由とすることが提案されている。

この強制執行の申立ての主体である「債権者」とは、保証契約における当該債権者を意味している。また、その強制執行において履行を求める債務については、保証契約の目的である主たる債務や当該保証債務には限定されておらず、(注1)に記載されているように、当該債権者が主たる債務者や保証人に対して有する他の債権に基づき強制執行の申立てをした場合も含まれるという趣旨である。

このような強制執行の申立てがされた場合には、まず、主たる債務者との関係では、債権者が主たる債務以外の債務の履行を求めるときであっても、その強制執行の申立てにより、主たる債務者の資産状態が悪化しているという債権者の認識が表示されたと見ることができることから、その後には債権者があえて主たる債務者に対する融資を行った場合に、保証人に対し、強制執行の申立て後に行われた融資の分まで保証債務の履行を求めるのは、衡平に反すると考えられる。また、保証人との関係でも、債権者が保証債務以外の債務の履行を求めるときであっても、その強制執行の申立てにより、保証人の資産状態が悪化しているという債権者の認識が表示されたと見ることができることから、その後には債権者が主たる債務者に対する融資を行った場合には、その融資は、保証人の資力を当てにしないで行われたものと考えることができる。このような考慮を根拠として、(1) では、債権者による強制執行の申立てがあったことを元本確定事由とすることが提案されているのである。

なお、このような根拠により、債権者による強制執行の申立てがあったことを元本確定事由とするとすれば、(注)に記載されているように、債権者が主たる債務者又は保証人の財産について有する担保権の実行の申立てをした場合や、債権者が主たる債務者又は保証人の財産に対する仮差押えの申立てをした場合についても、同様に元本確定事由とするかどうかの問題となり得るところであるが、これらの点については、金融実務の実情等を踏まえつつ、なお検討することとされている。

次に、(1) では、主たる債務者又は保証人につき破産宣告(破産手続開始の決定)があったことをもって、元本確定事由とすることが提案されている。これは、根抵当における民法第398条ノ20第1項第4号を参考としたものである。

さらに、(1) では、主たる債務者又は保証人が死亡したことをもって、元本確定事由とすることが提案されている。

現行法の下でも、包括根保証における保証人が死亡したという事案について、判例は、特段の事由がない限り、相続人は、その後が生じた主たる債務については保証債務を承継負担しないという考え方を示している（最高裁昭和37年11月9日判決・民集16巻11号2270頁）が、この判例において示されているように、根保証が人的信用関係を基礎とするものであるという考え方をさらに推し進めれば、限度額や期間の定めのある限定根保証の場合であっても、保証人の死亡により元本が確定するものとする立法措置を講ずることには、合理性があると考えられる。また、この点は、主たる債務者が死亡した場合についても、同様に考えることができると思われる。このような考慮を根拠として、(1) では、主たる債務者又は保証人が死亡したことを元本確定事由とすることが提案されているのである。

(2) その他

(2)では、貸金債務について根保証をした個人である保証人を保護するためのその他の方策について、なお検討することとされている。その他の方策として、保証制度部会において検討された具体的な項目は、(注1)から(注3)までに記載されているものである。

まず、(注1)は、現行法の下でも、根保証契約の時には予期し得なかった著しい事情の変更が生じた場合等には、判例・学説上、保証人は解約権（いわゆる特別解約権）を有するものとされている点について、これを法律上明文化するかどうかという問題を取り上げたものである。なお、ここでは、いわゆる特別解約権が行使された場合の法律上の効果を明確にするため、元本の確定を請求することができるという表現が用いられている（特別の元本確定請求権）。

(注1)では、著しい事情変更の例として から までが掲げられている。（主たる債務者と保証人との関係）は、例えば、企業の経営者が、経営者であるがゆえに企業の債務につき個人保証をしたという場合において、その後経営者の地位を退いて全くの第三者となったときを想定したものであり、（債権者と主たる債務者との関係（取引態様））は、例えば、比較的少ない額の融資が行われていたところ、主たる債務者の事業拡大に伴い、融資の額が著しく多くなったという場合を想定したものであり、（主たる債務者の資産状態）は、主たる債務者が経済的な破綻に至った場

合等を想定したものである。このうち、 に関しては、前記3(1)において、債権者が主たる債務者の財産に対する強制執行の申立てをしたこと(同)及び主たる債務者につき破産宣告(破産手続開始の決定)があったこと(同)をもって、法律上当然に元本が確定する事由とすることが提案されているところである。

しかしながら、このような著しい事情変更があった場合には、現行法の下でも、信義則等の一般条項により救済が図られていることから、特段の手当てをしなくても現在よりも保証人の保護が後退することにはならないと考えられる反面、法律上に明文規定を設けることに対しては、考慮すべき様々な要素を的確に表現することが極めて困難であり、裁判規範としてあまりにも不明確なものとなるおそれがあるという問題を指摘する意見などがあったことから、特別の元本確定請求権の明文化については、このような問題点があることを付記して、なお検討することとされている。

次に、(注2)は、根保証における保証人が主たる債務の額の変動等につき十分な情報を有しない場合があることを踏まえ、債権者に対し一定の事由につき保証人に通知すべき義務を課することとするかどうかという問題を取り上げたものである。

このような通知義務を課することとする場合には、その義務違反に対してどのような私法上の効果を付与するかという問題がある。この点について、身元保証二関スル法律では、同法第3条において使用者に対し一定の事由につき身元保証人に通知すべき義務を課する一方で、その義務違反があった場合には、裁判所が、そのことも1つの考慮要素としつつ諸事情を勘案して、保証人の責任の範囲を定めることとされている(同法第5条)。しかしながら、一般の金融取引に係る根保証において、これに類する制度を設けることは、当事者の予測可能性を損なうおそれがあり、適当ではないように思われる。また、前記3において、仮に、法人である主たる債務者の代表者以外の第三者が保証人である場合について保証人に対し期間の経過による元本確定請求権を付与するという考え方(3(1)(注))が採用される場合には、通知義務違反があったときは当然に元本が確定するという効果を生じさせるということも考えられるところであるが、この点は、前記3(1)に関する検討の結果によっては前提を欠くことになるので、(注3)において別途取り上げることとされている。このほか、通知義務違反の効果としては、主たる債務のうち利息分を保証人に請求することができなくなるという効果を生じさせている立法例があるという指摘もあったが、そのような効果の合理性等については、なお検討する必要があるように思われる。

また、通知義務を課することについては、債権者にとっての事務的な負担が相当に重いものとなること、保証人は、債権者からではなく主たる債務者から必要な情報を得ることも可能であること等を指摘して、そもそも通知義務を課することに反対する意見もある。

そこで、(注2)においては、債権者に対し保証人への通知義務を課するという考え方について、その義務違反に対してどのような私法上の効果を付与するかという問題があることを付記して、なお検討することとされている。

(注3)では、既に触れたように、仮に、法人である主たる債務者の代表者である保証人以外の保証人に対して期間の経過による元本確定請求権を付与するという考え方(3(1)(注))が採用される場合には、そのことを前提として債権者に対し通知義務を課することとするという考え方を取り上げて、なお検討することとしている。このような場合には、特に保証人に対する情報提供の必要性が認められるとともに、通知義務に違反したときは当然に元本が確定するという効果を結びつけることができることから、保証期間の制限に関する措置の内容によっては、通知義務に関する措置を組み合わせるといった一つの選択肢となり得るものと考えられる。

なお、保証制度部会においては、このほかにも、保証人保護の方策として、保証契約の締結時における適合性の原則や、保証契約の成立後における債権者の保証人に対する保護義務という考え方に基づき、債権者の故意又は懈怠によって保証人が不相当に重い責任を負うことになった場合には、その割合に応じて保証人の責任を減免すべきであるという考え方や、主たる債務者の破産等によって保証人が求償権についての満足を受けることができなくなった場合には、保証人は、主たる債務のうち利息・損害金の部分について責任を免れるという考え方についても検討すべきであるという意見があった。また、根抵当と根保証との関係について、同一人が根抵当権設定者かつ根保証の保証人となる場合もあることから、特に支障がなければ同一の規律とするなど、両者の異同に留意しながら検討を進めるべきであるとの指摘もあった。

第2 適用範囲

第2(適用範囲)は、第1において、保証人が貸金債務について、根保証をした、個人である場合を念頭において検討した保証人の保護の方策について、これからまで以外の場合にも適用すべきかどうかを検討するものである。

1 要式行為について

第1の1において根保証契約を要式行為とすることとしている点については、根保証であるかその他の保証であるか、保証人が個人であるか法人であるか、主たる債務が貸金債務であるかその他の債務であるかを問わないで、すべての保証契約について適用するものとするのが提案されている。

ここにおける「書面」に該当するかどうかは、基本的には、贈与契約における書面（民法第550条）と同様に、当該書面の記載につき保証人の保証意思が表示されていると見ることができるかどうかという基準により判断することが想定されており、必ずしも、書面の記載事項を網羅的に規定し、その記載が欠けている場合に常に保証契約を無効とすることが想定されているわけではないが、この点については、保証人保護の実効性を高める観点から、一定の重要な事項は必ず書面に記載しなければならないものとすべきであり、特に重要な事項は保証人の自書（手書き）によらなければならないものとすべきである等の意見も示されているところである（第1の1参照）。

2 根保証における限度額の定め、保証期間の制限等（第1・2から4まで）について

(1) 保証人の範囲

保証人の範囲に関しては、第1において検討の対象とされていたとおり、保証人が個人である場合に限り適用することとし、法人にまで適用範囲を拡張することはしないことが提案されている。

根保証における保証人が個人である場合には、人的無限責任を負うことに伴う保証人の経済生活の破綻という問題を考慮する必要があるのに対し、法人である場合には、そのような考慮が不要である上に、機関保証に代表されるように、保証の要否や必要な範囲について特段の規制を設けなくても保証人において合理的な判断をすることが期待できると考えられるからである。

(2) 主たる債務の種類

根保証には、第1において想定されているような銀行取引その他の継続的な金銭の貸付け等に係る債務を主たる債務とするもののほか、(注)に記載されているように、主たる債務が、継続的な商品売買に係る代金債務であるもの、不動産賃貸借に係る賃借人の債務であるものなど、様々なものが存在するところ、そのような根保証についても、保証人保護の必要性があること自体は、異論のないところであろう。

しかしながら、例えば、不動産賃貸借の根保証においては、保証すべき賃料債務の不履行の額は、時間の経過とともに一定の割合で増加するにとどまり、最大額の予測が不可能なものではないことから、その保証人について、現行法の下では、合意による保証期間の定めがない場合であっても、いわゆる任意解約権（第1の3(2)参照）はないと解されている。また、銀行取引の根保証においては、保証期間の満了時に保証契約が更新されずに保証人がいない状態になったとしても、債権者は、他の担保の有無その他の契約条件を勘案しつつ、場合によっては、それ以降の融資をしないという対抗手段をとることが可能であるのに対して、不動産賃貸借の根保証においては、同様の場合に、保証人がいない状態になったからといって賃貸人の解約申入れの正当事由があるとは考えがたいことから、賃貸人は、賃貸借契約を終了させることができず、採り得る対抗手段がないという問題がある。このような不動産賃貸借の根保証について、第1において検討されている保護の方策をそのまま及ぼしていくことが適当であるかどうかは、なお検討を要するところであるように思われる。

このほか、根保証は、様々な経済取引において利用されていることから、多種多様な経済取引に対し、例えば、一律に保証の限度額を定めるべきことを義務付けることとした場合に、實際上どのような影響があるかを把握することは、必ずしも容易ではないという問題も指摘されている。

そこで、(2)においては、基本的な方向性としては、第1において想定されているような銀行取引その他の継続的な金銭の貸付け等に係る債務を主たる債務とする場合について適用するという考え方が採られ、主たる債務が継続的な商品売買に係る代金債務である場合や、不動産賃貸借に係る賃借人の債務である場合等については、（注）において、金銭の貸付け等との違いを踏まえながら、なお検討することとされている。

次に、このような基本的な方向性を前提とした上で、適用範囲を画する具体的な基準をどのように定めるかという問題がある。

この点については、例えば、銀行取引には、金銭の貸付けのほか種々のものが含まれていることから、そのすべてを法文上に列挙することには技術的な困難が伴う上、今後新たな形態の取引が現れるたびに逐次これを法文上に追加していくことも困難であるという問題がある。一方、第1においては、主たる債務が貸金債務である場合を念頭において保証人保護の方策を検討しているところ、主たる債務が貸金債務である

場合に保証人の保護が必要であるとすれば、根保証契約の性質上、主たる債務として貸金債務とともにそれ以外の債務が含まれている場合にも、同様に根保証債務の全体について保証人保護の必要性があると考えられる。

そこで、(2)においては、銀行取引、信用金庫取引その他の金融取引が適用対象に含まれるようにすることを想定して、根保証契約において定められる主たる債務の範囲に貸金債務が含まれているか否かという基準が提示されている。

ところで、このような基準による場合には、まず、金融関係の業態において、金銭の貸付けを全く行わず、それ以外の方法による資金の融通のみを行っているものが、適用対象外となるおそれがあるという問題がある。このような問題意識から、金銭の貸付けのほか手形の割引についても、適用対象として明示すべきであるとの指摘がされているところである。

また、このような基準による場合には、金融関係以外の業態において、例外的に金銭の貸付けを行う場合があるために主たる債務の範囲につき貸金債務が含まれるように定めているものが、適用対象となることの適否が問題となる。例えば、継続的な商品売買に係る代金債務のほか、当該売買における買主の売主に対する貸金債務についても主たる債務の範囲に含まれるように定めている根保証契約などが問題となる。しかしながら、このような場合には、主たる債務の範囲に貸金債務が含まれている以上、第1において検討されている保証人保護の措置が根保証債務の全体について適用されることはやむを得ないと考えられるし、また、金銭の貸付けがごく例外的に行われるのでありとすれば、主たる債務の範囲には貸金債務が含まれないものとした上で、個別の金銭の貸付けをすることにより特定債務の保証を求めるという対策を講ずることも実務上可能であると考えられるところである。

(後注)は、例えば、銀行取引に係る主たる債務につき保証を業とする法人が根保証をし、保証人の主たる債務者に対する求償権につき個人が保証するという場合の問題を取り上げたものである。この場合には、求償権についての個人保証人は、保証すべき金額及び期間につき予測が困難な状況に置かれることになるにもかかわらず、前記(1)により法人が適用対象外とされており、かつ、求償権についての保証は一般に根保証ではないと考えられることから、第1の2から4までで検討されている保護の方策の適用対象外となってしまうという問題が指摘されている。そこで、(後注)においては、このような場合における求償権の個人保証人についても、当該個人が直接

に根保証をした場合と同様の保護を受けられるようにする措置を講ずる方向で、なお検討することとされている。