

## 民法（債権関係）の改正に関する要綱案の取りまとめに向けた検討(12)

### 目 次

第1	保証	1
1	主たる債務の履行状況に関する情報提供義務	1
2	保証人の責任の制限	3
3	根保証における元本確定前の履行請求の可否及び随伴性の有無	9
第2	贈与	11
1	贈与者の責任等（民法第551条関係）	11

## 第1 保証

### 1 主たる債務の履行状況に関する情報提供義務

主たる債務の履行状況に関する保証人に対する情報提供義務に関して次のような規定を新たに設けることについて、どのように考えるか。

(1) 主たる債務者が分割払の定めによる期限の利益を有する場合において、主たる債務者がその利益を失ったときは、債権者は、保証人（法人を除く。以下この項目において同じ。）に対し、2週間以内に、その旨を通知しなければならない。

(2) 債権者は、上記(1)の通知をしなかったときは、保証人に対し、主たる債務者が期限の利益を失った旨の通知をするまでは、主たる債務者が期限の利益を喪失したことをもって保証人に対抗することができない。

(3) 期限の利益の喪失が支払を怠ったことによるものである場合において、保証人が、上記(1)又は(2)の通知を受けた日から1箇月以内に、次に掲げる額の合計額を支払ったときは、保証人との関係においては、主たる債務者は期限の利益を失わなかったものとみなす。

ア 支払日までに弁済期が到来する主たる債務の元本（主たる債務者が期限の利益を喪失しなかったとすれば弁済期が到来しないものを除く。）

イ 上記アに対する支払日までに生じた利息

ウ 上記アに対する支払日までに生じた遅延損害金

#### ○中間試案第17、6「(3) 主たる債務の履行状況に関する情報提供義務」

事業者である債権者が、個人を保証人とする保証契約を締結した場合には、保証人に対し、以下のような説明義務を負うものとし、債権者がこれを怠ったときは、その義務を怠っている間に発生した遅延損害金に係る保証債務の履行を請求することができないものとするかどうかについて、引き続き検討する。

ア (略)

イ 債権者は、主たる債務の履行が遅延したときは、保証人に対し、遅滞なくその事実を通知しなければならないものとする。

(説明)

- 1 部会資料70Aにおいては、①主債務者が期限の利益を失ったときは、債権者に保証人に対する通知義務を課し、一定期間内に通知をしなければ債権者は主債務者が期限の利益を失ったことを保証人に対抗できない、②通知後、保証人が履行されていない額を支払った場合には、保証人との関係では主債務の期限の利益が回復するという考え方が示されていた。いずれの場合でも、期限の利益の有無は、主債務者に対する関係と保証人に対する関係とで扱いを異にすることになる。これについて、第80回会議における審議結果をも踏まえて改めて検討すると、このような制度の下では、次のような問題が生ずることが指摘できる。

(1) 再度の期限の利益喪失の方法

主債務者に対する関係で期限の利益が失われたが保証人との関係では期限の利益が維持される場合に、保証人との関係でも期限の利益を喪失させるためにはどのような方法によることが必要となるかが問題になる。部会資料70Aでは、主債務者について再度期限の利益を喪失させる事由が生じた場合に、期限の利益を喪失させるために必要な行為を改めて行う（例えば、喪失させる意思表示が必要であればその意思表示を主債務者に対して行い、主債務者が期限の利益を失ったことを保証人に通知する。）ことによって保証人との関係でも主債務者の期限の利益を失わせることができるという考え方が採られていたが、これに対して複雑であるとの指摘があった。

(2) 一部弁済がされた場合の充当関係

保証人との関係でのみ期限の利益が失われないとすると、その後、主債務者との関係では遅延損害金が発生するが、保証人との関係ではその後も引き続き利息が発生することになる。この段階で一部弁済がされるとどのように充当されるかが問題になる。部会資料70Aにおいては、主債務者が弁済した額が遅延損害金と利息との差額を超えると、その超える額は保証人の利息債務、更には元本債務の弁済にも充てられることになり、保証人が一部弁済するとその額は保証人の債務に対してだけでなく主債務者の債務の弁済にも充てられるという考え方が採られていた。

(3) 消滅時効

主債務者が期限の利益を失った部分についての消滅時効期間は期限の利益を失った時から起算されることになるが、主債務者について消滅時効が完成した場合に、保証債務も付従性によって消滅するかどうか問題になる。仮に保証債務も消滅するとすれば、債権者が保証人に履行を請求することができないうちに保証債務も消滅することになって不当である。この点については次のように考えられる。すなわち、保証人との関係では主債務者は期限の利益を失っていないことになるため、主債務のうち期限の利益が失われなければ支払期限が到来していない部分については、保証人との関係では、時効期間が起算されていないことになる。その結果、主債務者との関係では消滅時効が完成しても、保証人に対する関係では主債務の消滅時効は完成しておらず、まだ存在しているものと扱われることになるから、保証債務が付従性によって消滅するというものもない。

- 2 本文で提示した案は、特にこの説明の1①が制度を不相当に複雑にしているという指摘を受けて修正したものである。すなわち、部会資料70Aでは、債権者が一定期間以内に通知をしなかった場合には保証人との関係で期限の利益を喪失させることはできず、その後保証人との関係で期限の利益を喪失させるには、再度期限の利益喪失事由が生ずる必要があることとされていたが、本文(2)では、2週間以内に通知しなかった場合でも、その後に通知すればその時から保証人に対して期限の利益の喪失を対抗することができることとし、期限の利益喪失から通知までの遅延損害金を請求することができないにとどまる（2週間以内に通知すれば期限の利益の喪失の時から遅延損害金を請求することができるので、本文(1)の通知を期間内に行ったかどうかによって、期限の利益喪失から通知までの遅延損害金を請求することができるかどうかで差が生ずることになる。）。

もっとも、本文のように修正したとしても、債権者が通知を怠っている間は期限の利益の有無が主債務者と保証人との間で異なることになるし、保証人の弁済による期限の利益の回復（本文(3)）がされた場合にも同様の状態が生ずるため、この説明の1(2)及び(3)の問題は生ずることになる。この説明の1(2)の問題の一つの解決方法としては、部会資料70Aにおいて示された考え方があり得るところであり、この問題は、現在でも、連帯債務者のうちの一人が期限の利益を失い、他の連帯債務者が期限の利益を失っていない場合にも生ずる問題ではある。しかし、保証債務について本文のような改正が行われると、同様の状況がより頻繁に生ずることになると考えられ、理屈の上では解決することができるとしても、現実運用しようとする計算方法が複雑に過ぎて運用が困難であることも予想される。また、この説明の1(3)の問題については、同じ債権の消滅時効期間が主債務者との関係では進行しており、保証人との関係では進行していないという理解が技巧的に過ぎるのではないかという議論があり得る。

- 3 本文のような規定が現実の事案に適用するには複雑過ぎて相当でないとする、その複雑さは期限の利益の有無を相対的に捉えるところからきているため、保証人に対する関係でのみ期限の利益が回復するという制度を断念し、この点に関しては現状を維持せざるを得ないとも考えられる。もっとも、期限の利益の喪失について現状を維持するとしても、期限の利益を喪失したことが通知されず、請求された時点では利率よりも高い割合で計算された遅延損害金が積み重なっているという事態は保証人に酷なものであるから、主債務者が期限の利益を失ったことを債権者が一定期間内に保証人に通知しなかった場合には、通知の懈怠に対するサンクションとして、主債務者が期限の利益を失った時から通知の時までに生じた遅延損害金を請求することができないこととすることが考えられる。これは、期限の利益の有無を相対的に捉えるのではなく、主債務者が期限の利益を失ったときは、保証人に対する関係でも主債務の期限の利益は失われることとしつつ、保証人に対しては遅延損害金を請求することができないという効果のみを規定するものであり、この説明の1(2)及び(3)の問題は生じない。このような考え方を採る場合には、次のような規定を設けることが考えられる。

#### 代替案のイメージ

- (1) 主たる債務者が分割払の定めによる期限の利益を有する場合において、主たる債務者がその利益を失ったときは、債権者は、保証人に対し、2週間以内に、その旨を通知しなければならない。
- (2) 債権者は、上記(1)の通知をしなかったときは、保証人に対し、主たる債務者が期限の利益を失った時からその旨の通知をした時までに生じた遅延損害金を請求することができない。

このように遅延損害金の請求を否定するという考え方について、どのように考えるか。

## 2 保証人の責任の制限

保証人（法人を除く。）の責任の制限について規定を設けるとすれば、その規定の適用を受ける保証契約の範囲、責任財産の限度を決定する基準となる時点、具体的な責任財産の限度（特に、倒産手続が開始された場合に債務の弁済に充

てられるべき財産との関係)、保証人が複数の保証債務を負担する場合の処理のあり方、保証人について倒産手続が開始した場合の扱いなどについて検討する必要があると考えられるが、どのように考えるか。

○中間試案第17、6「(4) その他の方策」

保証人が個人である場合におけるその責任制限の方策として、次のような制度を設けるかどうかについて、引き続き検討する。

ア 裁判所は、主たる債務の内容、保証契約の締結に至る経緯やその後の経過、保証期間、保証人の支払能力その他一切の事情を考慮して、保証債務の額を減免することができるものとする。

イ 保証契約を締結した当時における保証債務の内容がその当時における保証人の財産・収入に照らして過大であったときは、債権者は、保証債務の履行を請求する時点におけるその内容がその時点における保証人の財産・収入に照らして過大でないときを除き、保証人に対し、保証債務の〔過大な部分の〕履行を請求することができないものとする。

(説明)

1 保証契約のうち特に個人が保証人である保証契約は、情義に基づいて無償で行われ、保証人にとっては見返りに乏しいことも多い一方、現実に保証契約の履行を求められると生活の基盤を失うほど多額の債務の履行を求められることも多く、保証人にとって過酷な結果となりがちであることから、保証人の責任の範囲を限定することが議論の対象とされている。このような規定を設けることとする場合には、部会資料70Bに基づいて第80回会議で審議された結果をも踏まえると、次のような点について検討する必要がある。

2 責任財産の制限を受けることができる保証契約の範囲

保証債務の弁済に充てられるべき責任財産の範囲を限定する制度を設けるとして、その制度の適用範囲にすべての保証契約が含まれるのか、一定の範囲の保証契約のみについてこの制度の適用があるのかが問題になる。

限定することなくすべての保証契約について責任財産の限定の適用があるとする、例えば少額の借入についての保証についても適用が考えられることになる。しかし、本来は、債務者がいったん有効に負担すれば引当となる財産に限定なく責任を負うのが原則であり、その責任財産を限定する制度は債権者の利害にも重大な影響を与える例外的なものであるという認識に立てば、どのような保証でも責任制限が適用され得ることとするのは行き過ぎのようにも思われる。この制度が保証人の生活の破綻など過酷な結果を回避しようとするものであることからすると、このような結果が生ずる危険性が特に高く、保証人保護の政策的な必要性が顕在化している場合のみを適用対象とする必要がある。

適用の対象となる保証契約を限定する場合には、例えば、事業性の貸金債務を主債務とする保証契約、貸金等根保証契約を適用の対象とすることが考えられる。これらの保

証契約については個人保証の原則的無効が検討されているように、典型的に保証人に過酷な結果となるリスクが高いと言い得るからである。このような考え方を採れば、責任財産の限定は、例外的に有効に保証をすることができる経営者（部会資料76A第1、1(1)）や、厳格な手続を履践して保証契約を締結した第三者（同(3)）について機能することになる。

さらに、経営者として保証債務を負担することができる者は主債務者と強い関係を有する者であること、経営者保証を許容するのはこれが経営の規律付けに寄与するからであるが、保証債務の履行を求められても責任が限定されるのであれば経営の規律付けの機能を減殺する可能性があることを考慮すると、経営者については責任財産の限定の適用対象とすべきではないという考え方もあり得る。このような考え方を採る場合には、責任財産の限定は、厳格な手続を履践して保証契約を締結した第三者について機能することになる。

以上を踏まえて、責任財産を限定する制度の適用対象となる保証債務の範囲について、どのように考えるか。

### 3 責任財産の範囲を判断する基準となる時点

責任財産の範囲を限定する方法としてはいくつかのものが考えられるが、保証人の資力にかかわらず一定の固定した額の範囲で責任を負うという考え方は、保証人の資力によってその額の負担の度合いが変わってくることになり、責任財産を限定する趣旨からすれば適当ではないと考えられる。そうすると、保証人の資力に応じて責任財産の範囲を決定することになるが、その場合には、どの時点の保証人の資力を基準として責任財産の範囲を決定するかが問題になる。

保証人の資力の基準時としては、契約時、履行期、保証債務の履行請求時、責任財産の限定を保証人の意思表示に係らしめる場合にはその意思表示の時、口頭弁論終結時、執行時などが考えられる。このうち、契約時を基準とするのは、過大な保証契約の効力を否定するという考え方と通ずるものがあるが、現実には保証の履行を求められることが保証人にとって過酷な結果になるかどうかという観点から考えれば、契約締結後の資力の変動も考慮し得ることとするのが相当である。履行期を基準とすることについても、履行期と判決・執行との間に場合によっては相当の時間的間隔が生ずる可能性があることを考えると同様の問題があるし、分割払の定めがあるなど同一の債務について複数の履行期が定められている場合にどの時点を基準時にするかという問題も生ずる。口頭弁論終結時を基準時とする考え方は、判決で責任の限度となる額を具体的に明示することとするのであれば、判決時に最も近い時点を基準時とするものであって合理的であると考えられる。もっとも、相続の限定承認がされた場合に関する大判昭和7年6月2日民集11巻1099頁は、「相続シタル財産ノ存スル限度ニ於テ支払フ可シ」としており、その後も、主文では具体的な金額等を示さずに単に「相続財産の限度で支払え」としていることがうかがわれる（最判昭和49年4月26日民集28巻3号503頁参照）。このように責任財産の具体的な金額を判決主文において明示するのとなければ、口頭弁論終結時を基準時とする必然性は乏しいように思われる。

基準時を執行時とする考え方は、執行機関が責任財産の範囲を調査して確定すること

は困難であるから、責任財産に含まれない財産の範囲を法定することによって責任財産の範囲を限定するという方法（民事執行法第131条、第152条と類似の方法）と結びつく。もっとも、このような方法を採用すると、その後これを超える財産を保証人が得たときはその財産に対して再度執行することが可能であることになり、結局保証人の将来の収入が責任財産に含まれることになる。その当否は政策判断の問題であるが、基準時後に取得する財産の少なくとも一部は保証債務の責任財産から除外するのが望ましいという判断に立つのであれば、このような方法では不十分であるということになる。

以上のように考えると、責任財産の範囲を決定する基準となる保証人の資力については、例えば、責任財産の減縮を保証人の意思表示にかからしめた上で、その意思表示の時点における保証人の財産を基準として保証人の責任の限度を決定するという考え方を採用することが考えられる（第80回会議山野目章夫幹事提供資料「個人保証における過大性のコントロールの方策」参照）。この考え方によれば基準時が一義的に明確になる上、意思表示の効果として責任財産の減縮の効果が生ずるのであればその意思表示の時点の財産を基準として減縮後の責任財産を算出するのが自然であるとも言える。保証人が責任財産減縮の意思表示をするのは、債権者との間で保証債務の履行が現に問題になっている場合が多いと考えられることからすると、責任財産の減縮から現実の履行や執行までの時間的間隔も大きいとは言えない。もっとも、この考え方については、保証人が有利な時点を選択することになるのではないかと、さらには、保証人が財産を隠匿し、資力を低下させた上で責任財産を減縮する意思表示をする余地を残してしまうという問題も指摘できる。

以上を踏まえて、いつの時点における保証人の財産を基準として責任財産を減縮するかについて、どのように考えるか。

#### 4 具体的な責任財産の範囲

具体的な責任財産の範囲については、基準時における保証人の財産の価額を基礎として、これよりも加重するか、これと同額とするか（ただし、破産した場合に自由財産となるべき財産の価額を除外することは考えられる。）、これよりも軽減するかが問題になるが、これについては、保証人が破産手続や再生手続を利用した場合とのバランスなどに留意して検討する必要がある。

債務者は飽くまで制限なく責任を負うのが原則であり、生活の破綻など保証人にとって極めて過酷な結果となることを回避するのに必要な限度で責任財産の範囲を限定すれば足りるという考え方に立てば、基準時における保証人の資産を上回るとしても、生活の破綻などを招かない範囲では責任を負うべきであるという考え方につながる。具体的な提案として、前記山野目幹事提供資料においては、保証人の財産の価額に2年分の可処分所得を加えることが提案され、これによれば、小規模個人再生や給与所得者等再生とほぼ同様の帰結が得られるとされている（倒産手続という集合的な手続を待つまでもなく、個別の判決手続の中で保証人の責任の減縮を導くことができる点に実益があるとされる。）。

これに対し、保証債務の弁済に充てられる責任財産の限度を保証人の財産全体よりも軽減する考え方は、保証債務のみを負担して経済的に破綻した場合には破産手続や再生

手続によるよりも保証人を有利に扱うべきであるという考え方である。このような考え方を採るためには、保証債務のどのような性質に着目して、破産手続等によるよりも保証人をより有利に扱うことするのが問題になる。

以上の点も踏まえ、責任財産の具体的な範囲について、どのように考えるか。

#### 5 保証人が複数の債務を負担する場合の処理

- (1) 保証人の資力に応じて保証債務の弁済に充てられるべき責任財産の範囲の上限を定めるという考え方を採るとすると、保証人が保証債務以外の債務をも負担している場合に、その債務の額を控除した資力を基準とするかどうかの問題になる。

保証人に弁済する余力があるかどうかを重視すれば、保証人の財産から保証債務以外の債務を控除した額に着目することになると考えられる。例えば、保証人が1200万円の財産を有しており、900万円の保証債務と500万円の債務（保証債務以外の債務）を負担している場合には、700万円の資力を有しているものとしてこれに応じた責任の上限を定めることになる。しかし、このような方法によるときは、保証債務以外の債務に係る債権者が優先的に保証人の財産から弁済を受け、保証債務に係る債権者は劣後することになるが、その当否については議論が分かれると思われる。また、保証債務以外の債務の存否及び額をどのように把握するかが問題になるが、基準時後も財産の変動が生じている中で、一定の時点における保証人の財産状態を正確に把握することは相当困難が伴うと考えられる。

他方、保証債務以外の債務の額を控除しないとすると、上記の例では、1200万円の資力を有するものとして、これに応じて責任の上限を定めることになると考えられる。しかし、保証債務以外の債務の存在を考えると、保証人は結局すべての債務を弁済する余力のない状況に置かれることになってしまい、責任を制限した意義が乏しくなるとも考えられる。

以上を踏まえて、保証人が保証債務以外の債務を負担する場合の処理についてどのように考えるか。

- (2) 保証人が複数の保証債務を負担している場合には、それぞれの履行期や現実に履行を求められるかどうかは異なるから、責任制限も個別に考えざるを得ないが、この場合には、次のような問題が生ずる。

例えば、保証人が1200万円の財産を有しており、900万円の保証債務A、600万円の保証債務B、200万円の債務C（保証債務以外の債務）を負担していると仮定し、保証債務A、次いで保証債務Bの順に責任財産減縮の手続が取られたとすると（この間、財産の額及び債務の額は変動しなかったと仮定する。）。保証人の財産から当該保証債務以外の債務の額を控除した額に責任財産が減縮されたとすると、保証債務Aの責任財産は400万円に、保証債務Bの責任財産は100万円に減縮されることになる。そうすると、保証人は保証債務A及びBのために計500万円を負担し、債務C200万円を弁済するとそれ以上の責任を負わないこととなるが、その結果として500万円の財産が残ることになり、これは不合理である（責任財産の限度を、現実に有する財産より加重又は軽減するとしても、同様の問題が生じ得る。また、責任財産の上限を定めるに当たって、保証債務以外の債務の額を控除しないで保証人の

資力を把握する方法を採っても、同様の問題が生じ得る。)

この不合理は、保証債務Aについて400万円の責任しか負担しないのに、保証債務Bの責任財産を考えるに当たって900万円を控除したから生じたものである。そこで、保証債務Aについて責任財産が減縮された以上、その後に保証債務Bについて責任財産の減縮を考えるに当たっては、責任を負う限度で控除すれば足りるという考え方があり得る。これによれば、保証債務Aについての責任財産は400万円、保証債務Bについての責任財産は600万円となり、減縮の幅が大きすぎるという問題は生じない。しかし、保証債務AとBの間で不合理な不平等が生ずることになる。

そこで、第3の考え方として、保証債務以外の債務のみを控除するという考え方がある。これによれば、保証債務Aについても保証債務Bについても責任財産の額は1000万円となる。しかし、これによれば、保証人は合計2000万円の限度で責任を負い、それを支払うことができないのであれば倒産手続によって処理することになる。この考え方によれば、保証債務の責任財産を限定する実益があるのは一つの保証債務のみを負担している場合に限定されることになる。

第4の考え方として、保証人が複数の保証債務を負担する場合にも保証人の破産等を回避しようとするれば、複数の保証債務全体を対象としてその責任財産を限定することも考えられる。この場合には、どの範囲の保証債務についてどのように責任財産の限度を決定するか、複数の債権者の間で限度となる責任財産をどのように分配するか等が問題になる。一つの考え方として、例えば、保証債務Aについての責任財産減縮後に保証債務Bについての責任財産の減縮が問題になった段階で、既に減縮の手続が取られた保証債務（の残額）を考慮し、保証債務A及び保証債務Bの全体に対する責任財産を、その当時の保証人の財産から他の債務の額を控除した額に減縮することが考えられる。上記の例では、保証債務Aについて責任財産がいったん400万円に減縮するが、その後、保証債務Bについて責任財産の減縮が問題になったときに、保証債務A及びBの双方についての責任財産が1000万円に減縮されることになる。この考え方を取る場合には、保証債務Aの債権者は、保証債務Bの責任財産減縮後に回収可能額が増加することもあるなど、法律関係が長期間にわたって安定しないという問題が指摘できる。

以上を踏まえて、保証人が複数の保証債務を負担する場合の処理についてどのように考えるか。

## 6 保証人が有する財産の把握の正確性の確保

責任財産を限定する制度を設けた場合に、どのようにして保証人の責任財産を明らかにするかや、保証人が財産を隠匿していたことが後に判明した場合にどのように処理するかという問題が指摘される。確かに、保証債務についての責任財産の限度となる金額を判決で具体的に定めなければならないのであれば、訴訟手続の中で保証人の財産の範囲を明らかにすることが必要になり、また、判決手続後に新たな財産が発見された場合にその財産が責任財産に含まれるか、その場合にどのような手続が必要になるかなどが問題になる。

しかし、保証債務についての責任財産の限度となる金額を判決で具体的に定める（例

例えば、主文を「〇〇万円（保証債務の額）を××万円（責任財産の額）の限度で支払え。」とする）ことまでは必要なく、基準時における保証人の財産の価額に所要の修正を加えた額を限度とする旨を示す（例えば、主文を「〇〇万円を、被告が平成△△年△月△日において有する財産の価額の限度で、支払え。」とする。）ことで足りるのであれば、判決手続の中では責任財産の具体的な内容を明らかにする必要はない。債権者が責任財産に含まれない財産（例えば、その後取得した給与債権）に対して執行をした場合には、保証人は異議訴訟によって争うことになる。また、判決の時点では知られていなかった財産を保証人が保有していたことがその後判明した場合でも、その財産はもともと責任財産の範囲に含まれており、そのことは判決主文にも示されていたのであるから、債権者としては、その財産に対して執行することができることになる。

#### 7 倒産手続が開始した場合の取扱い

保証人が保証債務のほかに債務を負っていることなどにより、破産手続開始の決定や、再生手続開始の決定を受けたときは、保証人の責任財産の限定に関する規定は適用されないことが考えられる。倒産手続が開始された以上、保証債務についてのみ責任財産を限定しても保証人にとって利益になるものではなく、他方、債権者間では平等が図られるべきであると考えられるからである。

### 3 根保証における元本確定前の履行請求の可否及び随伴性の有無

**根保証における元本確定前の履行請求の可否や随伴性の有無に関して、規定を設けることの適否及びその規定の内容について、どのように考えるか。**

（説明）

#### 1 現行の規定及び問題の所在

根保証契約における主債務の元本が確定する前に債権者が保証人に対して保証債務の履行を請求することができるかどうかについては民法に規定がなく、これを肯定する見解と否定する見解が対立している。また、これに関連して、根保証の被担保債権の範囲に含まれる債権が譲渡された場合に、譲受人が保証人に対してその履行を請求することができるかどうかについても議論されているが、この点についても民法に規定がなく、肯定する見解と否定する見解が対立している。確定前の履行請求の可否、随伴性の有無についての意見の対立は、根保証について、保証期間中に発生する個々の主債務を保証するものであるという理解と、元本が確定した時点で存在する債務を担保するのが根保証であるという理解の相違を背景とするものである。これらの点については規律の内容が不明確であるために銀行実務などの立場から、明文の規定を設けるべきであるとの指摘がある。

この点について、最判平成24年12月14日民集66巻12号3559頁は、根保証契約を締結した当事者は、通常、主たる債務の範囲に含まれる個別の債務の弁済期が到来すれば、元本確定期日前であっても、保証人に対してその保証債務の履行を求めることができるものとして契約を締結し、被保証債権が譲渡された場合には保証債権もこれに随伴して移転することを前提としているものと解するのが合理的であるから、被保

債権を譲り受けた者は、その譲渡が元本確定期日前にされた場合であっても、別段の合意がない限り、保証人に対し、保証債務の履行を求めることができるとした。これは、根保証における元本確定前の履行請求についても、随伴性についても、原則として肯定する見解を採ったものである。

## 2 平成24年最判に従って規定を設ける考え方

前記平成24年最判によって最上級審の判断が示されたため、実務はこれに従って運用されていると言われており、この論点について規定を設けるとすれば、判例に従って規定を設けることがまず考えられる。もっとも、この判例の射程やこれに対する評価が現時点で定まっているとは言えず、これに従って規定を設けることの当否についても異論があることから、その当否について慎重に検討する必要がある。

仮に、この考え方による場合は、例えば、次のようなイメージの規定を設けることが考えられる。なお、この考え方によっても、極度額の定めがある根保証の保証人が履行請求に応じて弁済をした場合には、それ以後、定められた極度額から弁済した額を差し引いた額を限度として責任を負うことになることには争いがないと思われる。下記の要綱案のイメージもこれを前提とするものであるが、根保証の保証人は極度額を限度として履行をする責任を負うという規定（部会資料70A第1、1(1)ア）があればこの点は表現されているという理解に基づき、特段の規定を設けていない。

### (要綱案のイメージ)

- 1 債権者は、主たる債務の元本の確定前であっても、根保証契約の保証人に対し、保証債務の履行を請求することができる。
- 2 (1) 債権者から債権を取得した者は、その取得が主たる債務の元本の確定前であっても、その債権について、保証人に対し、保証債務の履行を請求することができる。
- (2) 債権者は、主たる債務の元本の確定前に債務の引受けがあったときでも、保証人に対し、引受人の債務について、保証債務の履行を請求することができる。

## 3 判例と異なる考え方

上記平成24年最判に従って規定を設けるという考え方と異なり、債権者に元本確定請求権を与えることを前提として、元本確定前の履行請求及び随伴性をいずれも否定するという考え方に従って規定を設けるべきであるという意見がある（第80回会議高須順一幹事提供資料「根保証における元本確定前の履行請求および随伴性について」）。この考え方は、判例の考え方によれば、元本確定前に保証人に対して請求しなければならないほどに主債務者の資力が悪化したにもかかわらず、その後、根保証の極度額の残り枠があることを利用して、保証人の資力を当てにして新たな与信を行うことが許されることになるが、それは適当でないと主張し、他方で、主債務者の資力が悪化するなど、本来の元本確定期日を待たずに保証債務の履行請求を認めるべき場合があることから、債権者は請求により元本を確定させることができるという考え方と結びついて主張され

ている。

仮に、この考え方によるときは、例えば、次のようなイメージの規定を設けることが考えられる。

#### (要綱案のイメージ)

- 1 債権者は、主たる債務の元本の確定前は、根保証契約の保証人に対し、保証債務の履行を請求することができない。
- 2 (1) 主たる債務の元本の確定前に債権者から債権を取得した者は、保証人に対し、保証債務の履行を請求することができない。  
(2) 主たる債務の元本の確定前に債務の引受けがあったときは、部会資料67A第3、4(1)にかかわらず、保証を引受人が負担する債務を担保するものとして移すことができない。
- 3 (1) 債権者は、いつでも、主たる債務の元本の確定を請求することができる。この場合において、主たる債務の元本は、その請求の時に確定する。  
(2) 債権者が保証人に対して書面による保証債務の履行を催告したときは、上記(1)の請求があったものとみなす。

#### 4 残された問題

根保証の保証人のほかに物上保証人や保証人があり、その出えんによって被担保債権が弁済されて弁済による代位が生じた場合にも保証債務が随伴するとすれば、出えんした物上保証人等が債権者の望まない時期に保証債務の履行を請求し、その結果として根保証の保証人の極度額が減少することになる。一部弁済の場合には、代位のためには債権者の同意が必要であるが(部会資料70A第3、10(2)素案ア)、根保証の被担保債権のうち1個の債権の全部を弁済した場合には、一部弁済の問題ではなく、債権者の同意なく代位することができると考えられるからである。このような結果は、根保証のほかに担保を取得した意味を減殺するおそれがあるが、随伴性を肯定する考え方に従って規定を設ける場合に、弁済による代位の制限の要否や方法について、どのように考えるか。

また、このほか、根保証における元本確定前の履行請求の可否や随伴性の有無に関して検討しておくべき問題としてどのようなものがあるか。

## 第2 贈与

### 1 贈与者の責任等(民法第551条関係)

- (1) 贈与者の責任については、債務不履行の一般原則の適用があることを前提としつつ、①「贈与者は、贈与の目的である物又は権利を契約締結の時の状態で移転し、又は引き渡す義務を負うこと」、②「贈与者が、贈与の目的である物又は権利につき、自己の財産におけるのと同じの注意をもって管理したときは、①に基づく責任を負わないこと」を推定する旨の規定を設けるとの考え方があり得るが、どのように考えるか。

- (2) 他人物贈与については、他人の権利を贈与の目的としたときは、贈与者は、その権利を取得する義務を負わないこととしつつ、贈与者が他人の権利を取得したときは、贈与者は上記(1)と同様の規律に服するとする考え方があり得るが、どのように考えるか。
- (3) 負担付贈与における贈与者の担保責任に関する民法第551条第2項に代えて、「負担付贈与の受贈者は、受贈者の負担の価額が贈与の目的である物又は権利の価額を超えることとなったときは、贈与者に対し、その超える額の限度で、負担の減縮を請求することができる」旨の規定を設けるとの考え方があり得るが、どのように考えるか。

○中間試案第36、2「贈与者の責任（民法第551条関係）」

民法第551条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 贈与者は、次に掲げる事実について、その責任を負わないものとする。ただし、贈与者がこれらの事実を知りながら受贈者に告げなかったときは、この限りでないものとする。
- ア 贈与によって引き渡すべき目的物が存在せず、又は引き渡した目的物が当該贈与契約の趣旨に適合しないものであること。
- イ 贈与者が贈与によって移転すべき権利を有さず、又は贈与者が移転した権利に当該贈与契約の趣旨に適合しない他人の権利による負担若しくは法令の制限があること。
- (2) 他人の権利を贈与の内容とした場合（権利の一部が他人に属する場合を含む。）であっても、贈与者がその権利を取得した場合には、その権利を受贈者に移転する義務を負うものとする。
- (3) 上記(1)に掲げる事実があることにより、受贈者が贈与契約をした目的を達することができないときは、受贈者は、贈与契約の解除をすることができるものとする。
- (4) 負担付贈与の受贈者は、贈与者が贈与契約によって引き渡すべき目的物又は移転すべき権利に上記(1)に掲げる事実があることにより、受贈者の負担の価額がその受け取った物又は権利の価額を超えるときは、受贈者は、その超える額に相当する負担の履行を拒み、又は履行した負担の返還を請求することができるものとする。この場合において、負担を返還することができないときは、負担の価額の償還を請求することができるものとする。
- (注) 上記(1)から(3)までについては、贈与者の履行義務並びにその不履行による損害賠償及び契約の解除に関する規律をそれぞれ一般原則に委ねるという考え方があり得る。

(説明)

1 (1)について

(1) 中間試案においては、贈与者の責任に関する民法第551条の実質的な規律内容

を維持しつつ、「瑕疵」から「契約の趣旨に適合しないものであること」に改めるなど、主に概念の用い方につき、売買契約における売主の責任に関する規定の見直しと平仄を合わせる観点からの見直しをすることとされていた（中間試案第36、2(1)）。

これは、贈与については、契約の趣旨に適合したものの移転等を行うことが債務の内容となる（どのようなものを移転することが必要かは契約の趣旨に照らして個別に判断される。）としつつ、契約の不適合があっても担保責任を負わないとのデフォルト・ルールを創設するものといえる。

しかし、引き渡された物の性状等が当事者間の合意の趣旨に照らして適切ではなく、債務の履行とは呼べないと判断されるにもかかわらず、贈与の無償性を根拠に、契約の趣旨に適合しないものであることを贈与者が知らないか、あるいは知っているか、あるいは受贈者に告げれば、債務の完全な履行（追完）を行う必要がないと構成することに対しては、パブリック・コメントにおいても、違和感があるとの指摘が寄せられている。

また、中間試案の規律を前提とすると、ある財産をあるがままの状態を引き渡すことが契約の趣旨に適合すると認められる場合であっても、何らかの不具合等があった場合にはこれを知っている限り、これを具体的に受贈者に告げなければ贈与者は免責されないとも解されるが、このような結論は合理的ではないとも考えられる。

そもそも、契約の趣旨に適合するか否かを判断するに当たっては、契約時に贈与者が贈与の対象物に瑕疵がある旨を告げたことも当然に考慮されるから、その場合に、その物を引き渡すことが契約の趣旨に適合しないことはそもそも想定し得ないとも考えられる。

加えて、民法第551条の適用範囲については、特定物に限定されるとの見解が有力であるが、今回の改正で、この規定を種類物も対象とした規定として置くとすると、どのように適用されるかは必ずしも明らかではない（例えば、種類物の場合にも契約不適合について単純に責任を負わないことになるのか、それともそうではないのか。また、贈与者が瑕疵を告げるべき時点はいつか、契約時ではなく特定時と理解してよいのかなど。）。

そこで、無償である贈与については、売買とは異なり、贈与者は、契約締結時におけるその状態で権利移転等をする義務を負うが契約締結時から履行期までは自己の財産におけるのと同じの注意による管理義務を負えば足りるとすることが契約の趣旨に適合することが多いと考えられることを踏まえ、このような義務を負うことを規定上明確化することが考えられる。

すなわち、贈与について、①「贈与者は、贈与の目的である権利又は物を契約締結の時の状態で移転し、又は引き渡す義務を負うこと」、②「贈与者が、贈与の目的である物又は権利につき、自己の財産におけるのと同じの注意をもって管理したときは、①に基づく責任を負わないこと」を推定する旨の規定を設けることが考えられるが、どうか。

これは、当事者間の合意の内容を推定するものであるが、意思表示の解釈を法定

するものといえ、いわゆる意思推定の規定と位置付けられる（民法第136条第1項、第420条第3項等参照）。

そして、贈与における移転義務等の履行としては、履行期の状態で贈与の目的の移転等をすれば足りるが、別途、自己の財産と同一の注意をもって管理する義務は負っており、その義務違反が問われ得るという趣旨である。

このような義務を負うか否かは、契約の趣旨の解釈によって個々の場合に導かれるものではあるが、中間試案の（注）の考え方（一般原則に委ねる）に対して、一切を解釈に委ねることは適切ではなく、何らかの規定を設けるのが適切であるとの批判があることに対応するものである。

また、種類物の贈与については、この推定規定は直ちに及ぶものではなく、特定前に引き渡そうとしていた物に破損等が生じた場合に、これをそのまま引き渡せばよいことにはならず、契約の趣旨に適合する別の物を引き渡すことが必要となることが前提である。他方、特定後には、特定された物につき、上記の①及び②の推定規定が及ぶことになる。

なお、贈与においても、贈与者は契約の趣旨に適合した物又は権利を移転し、又は引き渡す義務を負うこと、その不履行に関しては追完請求のほか、債務不履行の一般原則による損害賠償や解除が可能であることは前提となるが、前者については贈与の意義から、後者については債務不履行の一般原則から、それぞれ理解が可能であり、別途規定は設けないことを想定している。

(2) また、中間試案では、契約の趣旨に適合しない事実がある場合に贈与者の解除権を認めることとされていたが（中間試案第36、2(3)）、これも一般原則に委ねれば足りると考えられることから、このような解除権を特別に認めることはしていない。

## 2 (2)について

中間試案においては、他人物贈与について規定を設けることとした上で、贈与者は取得義務までは負わないが、その権利を取得した場合には、それを受贈者に移転する義務を負うとされていた（中間試案第36、2(2)）。

この点については、パブリック・コメントにおいても異論は見られなかったが、本文(1)で示した推定規定を設けることとする場合には、実際に贈与者が他人物を取得したときに、同様の推定が働くことが適切である。

すなわち、①贈与者は、贈与の目的である権利又は物を取得した場合には、契約締結時の状態で移転し、又は引き渡す義務を負うものと推定されるが、②贈与者は、贈与の目的である物又は権利につき、その取得以後、自己の財産におけるのと同一の注意をもって管理すれば①の責任を負わないと推定される。

なお、仮に、中間試案第36、2(1)の考え方を採用した場合には、当該規定が他人物贈与についてどのように適用されるのか（例えば、「これらの事実を知らず受贈者に告げなかった」をどのように解釈するか）、贈与者が移転すべき権利を有しないことは同(1)の免責の対象であると整理しつつ、他方で、同(2)で権利を取得した場合にはその移転義務を課すとするをどのように整合させるかといった問題を検討する

必要がある。

以上を踏まえ、どのように考えるか。

### 3 (3)について

- (1) 中間試案においては、負担付贈与における贈与者の責任（民法第551条第2項）については、その意義を明瞭なものとする観点から、贈与の目的に関して契約の趣旨に適合しない事実があることにより、受贈者の負担の価額がその受け取った物又は権利の価額を超えるときは、受贈者は、その超える額に相当する負担の履行を拒み、又は履行した負担の返還を請求することができることとされていた（中間試案第36、2(4)）。

負担付贈与において、贈与の目的に瑕疵等がある場合には、上記のとおり、受贈者には追完請求等が認められるから、受贈者は追完請求権を行使して損害を回復すれば足りるとも考えられるが、一般的な意味での不具合があっても契約への不適合がない場合には、追完請求によって損害を回復することは困難である。そこで、追完請求権とは別に、贈与の無償性に鑑みて、贈与の目的の価額まで負担を減縮する権利を形成権として受贈者に付与するものである。

このように、贈与の無償性を考慮した趣旨の規定であるとするれば、贈与の目的に契約の趣旨に適合しない不具合があり、それが贈与者の帰責事由による場合のほか、一般的な意味での不具合はあるけれどもそれが契約の趣旨には適合する場合、贈与の目的には契約時に不具合はなかったものの、引渡しの前に不具合が生じて受贈者が負担を拒絶したい場合などにも広く適用があり、何らかの事情により、負担の価額が贈与の目的の価額を超える状態に至った場合一般に適用され、そのような状態に至った事情については特に限定を加える必要はないとも考えられる。

他方で、一切の限定を加えないとすると、例えば、物の価値の変動によって負担が贈与の目的の価額を超えた場合にも負担の減縮が可能になるが、それが適切かという問題はある。

仮に、現行法と同様に、「物又は権利の瑕疵又は不存在」による贈与の目的の価値の下落に限定するのであるとすると、「契約の趣旨には適合するものの、客観的には不具合」である状態を表す概念を用いる必要があるとも考えられる。

- (2) 受贈者は、この減縮請求権を行使するほか、解除や損害賠償をすることが可能であるか、それともこのような救済方法に代えて減額請求をすることが認められているのかについて、解釈論は分かれている。

有償的な負担付贈与について、一般的な救済方法に加えて、代金減額請求と類似する機能を果たす減縮請求権を付与する、との整理が適切であるとも思われるが、どのように考えるべきか。

- (3) このほか、受贈者の責めに帰すべき事由によって契約の趣旨に適合しないこととなった場合には、売買における代金減額請求と同様に、負担の減縮の請求権は行使することができないとすることが考えられる（部会資料75A第3、4参照）。
- (4) 以上を踏まえ、負担付贈与における受贈者の権利について、どのように考えるか。