

平成 21 年 6 月 9 日現在

研究種目：若手研究 (B)

研究期間：2006～2008

課題番号：18730056

研究課題名 (和文)

保証人の保護に関する基礎的研究—民法上の保証と近親者保証の実態との架橋—

研究課題名 (英文)

Protection of Surety

研究代表者

齋藤 由起 (SAITO YUKI)

小樽商科大学・商学部・准教授

研究者番号：40400072

研究成果の概要：債務者と密接な個人的な関係にある者（近親者）が、自己の資力や保証のリスクをよく考えず、断りきれずに保証を引き受け、巨額の保証債務の請求を受けて経済的破滅に追い込まれるという同一の現象につき、母国であるドイツ及びフランスが、判例・学説・立法によって、いかなる法理に基づき保証人の保護を図ってきたのかを明らかにし、かかる現象について、未だ保証人保護法理の確立をみない我が国への示唆を得た。

交付額

(金額単位：円)

	直接経費	間接経費	合計
2006 年度	900,000	0	900,000
2007 年度	1,300,000	0	1,300,000
2008 年度	700,000	210,000	910,000
年度			
年度			
総計	2,900,000	210,000	3,110,000

研究分野：

科研費の分科・細目：法学／民事法学

キーワード：保証、人的担保、保証人の保護、債権管理

## 1. 研究開始当初の背景

(1) 保証（人的保証）は、取引社会（とりわけ中小企業や個人の金融）において、物的担保となる不動産等の十分な財産を有しない者の資金調達を可能にする不可欠の法制度として重要な役割を果たしている。他方で、主債務者の近親者が自己の資力では到底賄うことのできない巨額の保証を引き受け、後に履行を請求されると、保証の責任が保証人の全財産に及ぶため、保証人が経済的破滅に追い込まれることの少なくないことが、古くから問題視されてきた。

(2) しかし、民法典制定以降、長きに亘り、私的自治の原則や保証制度の趣旨からして、保証人は主債務者の無資力のリスクを保証契約締結時点で既に引き受け済みであるとして、保証人を経済的破滅から救済するのは破産法の任務であると解され、保証人を実体法上保護することは原則として拒否されてきた。わずかに、民法典は催告・検索の抗弁（452・453 条）、受託保証人の事前求償権（459 条 1 項前段、460 条）、債権者の担保保存義務（504 条）等により、主債務者の無資力のリスクを債権者と保証人との間で分配する仕組みを用意しているが、これらは現代

社会において十分には機能しておらず、仮にうまく機能したとしても、上記の問題点を解決することはできない。

(3) たしかに、わが国では伝統的に、裁判例および学説上、保証一般の特殊性（保証人が保証債務の履行を実際に要求されるか否かは保証契約時点では未確定であるという未必性、保証引受けの軽率性）に加えて、根保証（特に包括根保証）の場合に、責任が広汎になりやすく、保証すべき範囲の予測が困難であることに着目し、保証人に解約権を認め、あるいは、当事者の合理的意思表示解釈や信義則に基づく責任制限することによって保証人の保護が認められてきた。

また、近時、人的担保に依存した中小企業金融において保証人が過大な責任を負い易いことが社会問題化し、平成16年の民法中の保証規定の改正により、保証契約が要式化され（民法446条2・3項）、個人が保証人となる場合の貸金等に関する包括根保証が無効とされるに至った（465条の2）。

(4) 以上のような従来の解釈や法改正は、上述（1.（1））に掲げた問題の根本的解決にはつながっていなかった。

## 2. 研究の目的

(1) わが国の従来の解釈や法改正が冒頭の問題意識（1.（1））の根本的解決にはつながったのは次の理由による。すなわち、問題の核心は、「根保証」であることではなく、保証人と主債務者との人的関係が保証人の保証リスク評価の困難、および、保証の引受けに関する意思決定の不自由（任意性の低下）をもたらし、これらがときに自己の資力に比して過大な保証を引き受けさせることにあるからである。また、債権者が保証に担保機能（責任財産の拡大）以外の機能を求めていることも過大な保証を招来する一要因であると考えられる。

(2) 以上のことに基づき、本研究は、近親者保証の実質的機能を実態に即して位置づけ直し、同機能に配慮しつつ、また、近親者保証人の意思決定メカニズムおよび保証引受けの経済合理性を考慮しながら、近親者保証人の保護の在り方（従来とかれてこなかった新しい保証人の責任制限論（保証契約の効力論））を探求することを目的とする。

## 3. 研究の方法

本研究の主たる方法は、以下の通りである。

(1) 第1に、文献を中心とする総合的な理論的研究である。これは、保証人の保護が問題となっている判例・裁判例、立法資料、

人的担保を中心とする民法に関する学説（論文、基本書）に限らず、破産法制に関する文献の講読によって実施する。検討の対象国は、日本の他に、ドイツ、フランスであり、これら三国の比較を行うことによって、わが国に議論を相対化し、諸外国からの示唆を得る。

(2) 第2に、ドイツ・フランスにおけるインタビュー調査を実施する。

①ドイツでは、良俗違反（ドイツ民法138条2項）によって保証契約を全部無効とする判例が主流となっているが、これは破産免責制度導入（1999年）以前に定立された枠組みである。破産免責制度導入後に判例にいかなる変化が生じたか、上記判例枠組みの定立の前後では、銀行等の金融機関の保証人徴求実態にいかなる変化が生じたかについて、現地のインタビューを通じて調査する。

②フランスでは、消費法典による個人保証の要式化や、保証人の資産および収入とは不相当に著しく巨額な債務を負担する保証契約の効力は制限されるという比例原則が判例及び消費法典において採用されるなど、複数の保証人保護法理が発展している。これらの保証人保護法理の発展に伴い、金融機関の保証人徴求実態にいかなる変化が生じたかについて、現地のインタビューを通じて調査する。

## 4. 研究成果

### (1) 主な成果

① わが国では、民法典において、民法典は催告・検索の抗弁（452・453条）、受託保証人の事前求償権（459条1項前段、460条）、債権者の担保保存義務（504条）等により、主債務者の無資力のリスクを債権者と保証人との間で分配する仕組みを用意しているが、これらは現代社会において十分には機能していない。

そして、民法典制定以降、長い間、私的自治の原則や保証制度の趣旨に基づき、保証人は主債務者の無資力のリスクを保証契約締結時点で既に引き受け済みであるとして、保証人を経済的破滅から救済するのは破産法の任務であると解され、保証人を実体法上保護することは原則として拒否されてきた。

ただし、学説や裁判例の一部においては、保証の中でも特に根保証（特に包括根保証）の場合に保証人の保護の必要性が認められていた。すなわち、根保証の場合には、保証一般の特殊性（保証人が保証債務の履行を実際に要求されるか否かは保証契約時点では未確定であるという未必性、保証引受けの軽率性）に加えて、責任が広汎になりやすく、

保証すべき範囲の予測が困難であるから、保護の要請が強いというのである。これらを理由に、根保証の場合には、保証人に解約権（任意解約権、特別解約権）を認め、あるいは、当事者の合理的意思解釈や信義則に基づく責任制限することによって保証人を保護することも、認められてきた。

裁判例において、信義則に基づく根保証人の責任制限が行われる際には、根保証人の責任の広汎性や責任範囲の予測困難性等が責任制限を肯定する要素として考慮されているが、保証人が主債務者と密接な人的関係にあることは、保証人の主債務の範囲（額）に関する予測可能性を基礎づけたり、また、保証人が主債務から経済的利益を受けることを基礎づける要素として考慮されており、保証人の責任制限を否定する要素として作用していた。

平成 10 年以降の下級裁判例では、商工ローンによる中小企業者への貸付に伴う保証契約の効力が争われるケースが続出した。ここでは、債権者の保証人に対する、詐欺には至らないものの、虚偽的な説明に着目し、根保証契約が錯誤に基づき一部無効とされたり、上述のような信義則に基づく責任制限が行われたり、場合によっては公序良俗に基づく保証契約の全部無効が認められるケースもあった。

この時期には、消費者保護に関する議論がある程度熟し、消費者契約法も施行されたこともあり、事業者たる債権者と交渉力の点で劣後にある保証人（厳密な意味での消費者の場合もあれば、消費者には該当しない場合もある）の関係から、保証人の保護が消費者保護と同様の視点から論じられることも多くなっていた。

このような新たな転機を経て、人的担保に依存した中小企業金融において保証人が過大な責任を負い易いことが社会問題化し、平成 16 年の民法中の保証規定の改正により、保証契約が要式化され（民法 446 条 2・3 項）、個人が保証人となる場合の貸金等に関する包括根保証が無効とされるに至った（465 条の 2）。

現在、民法改正へ向けた議論が進展する中、民法（債権法）改正検討委員会による「債権法改正の基本方針」は、契約条項の明確・平易化、保証責任の内容に関する情報提供、保証人の過大責任の防止を債権者の努力義務とする（【3.1.7.02】）。

このことは上記の問題意識が民法の問題として認識されるに至ったことを示しており、保証人の保護にとって大きな進歩である。

しかし、かかる義務の内容は漠然とし、努力義務にとどめられたのは、保証人の主債務

者との関係や属性、そして保証の実質的機能の多様性から、かかる義務を実体法上の効果を及ぼす義務として構成するための法的根拠や義務の性質および違反の効果が—そもそも債権者の義務と構成すべきか否かも含めて—明らかでないこと、すなわち立法のための議論の土台が十分でないことにあるように思われる。

② ドイツでは、民法典制定当時から保証契約を要式契約とすることで保証人を保護する規定（ド民 766 条）をもっていたものの、従来の判例学説は保証人の保護に否定的であり、債権者の説明義務等も否定していた。

しかし、1980 年代に主債務者の近親者による巨額の保証契約の有効性が問題となり、連邦通常裁判所の内部で判断が分かれた。回付を受けた憲法裁判所は、1993 年、契約当事者間の力関係の実質的不平等から劣後当事者に生じる不当な契約内容を実体法の解釈を通じて是正した。すなわち、「私的自治の基本法上の保障」を根拠に裁判所は契約内容のコントロールを通じて実質的な私的自治を実現する義務を負うとしたうえで、近親者保証においては保証人と主債務者との感情的結びつきから保証リスクの評価困難・任意性の低下が生じることから、近親者保証人の資力に比して著しい過剰債務となる保証契約については、債権者が交渉力の不均衡を不当に濫用したことが推定されるとして、良俗違反（ド民 138 条 2 項）に基づき無効とした。その後の判例によって要件や適用範囲が明確にされることでこの法理は確固なものとして定着した。

この判例法理の確立に伴い、従前は否定されていた根保証契約の一部無効も認められるようになった。もっとも、この徹底的な保証人保護法理により、ドイツの金融実務では近親者保証が回避される傾向が生まれた

③ フランスでは、民法典が制定された 1804 年から 1980 年代まで、判例は保証人に対して非常に厳格な態度を取っていた。しかし、1984 年以降、判例及び立法により、次の 4 つの観点から保証人保護の法理が展開している。

第 1 に、1984 年の法改正によって債権者の担保保存義務を免除する特約が無効とされている（フ民 2037 条 2 項）。しかし、担保保存義務違反により免責される者の範囲や担保保存義務の理論的根拠については学説上争いがあり、同条の位置づけを含めて議論が継続している。

第 2 に、フランスでは保証契約書の手書き記載の要請が債権者の保証人に対する保証債務の範囲に関する情報提供義務として理解されているが、1989 年に、消費信用・不

動産信用につき自然人が私署証書で保証契約を締結する際の手書き記載事項が規定され、これが実体法上の有効要件とされ（消費法典 L.313-7・8 条）、2003 年にはその適用範囲が拡大された（消費法典 L.341-2・3 条）。

第3に、契約締結後の情報提供義務について、1998年の民法・消費法典の改正により、保証契約が一時的であるか継続的であるかにかかわらず、被担保債権額の定めがない場合には、債権者は、少なくとも年に1回は元本と利息の額の推移を通知する義務を負い、それに違反すると利息・費用・違約金が全額消滅することになり（フ民2016条2項）、また、事業者である債権者は、主債務者の第1回目の債務不履行の事実を速やかに保証人に通知する義務を負い、それに違反すると、通知懈怠の間に生じた遅延利息・違約金を失う（消費法典 L.341-1 条）とされた。

第4に、保証人の資産および収入とは不相当に著しく巨額な債務を負担する保証契約の効力は制限されるという比例原則について、判例が多数出されると同時に立法もなされているが（消費法典 L.313-10 条、L.341-10 条）、それぞれの適用範囲が異なるため、現在では、複数の次元の法理が並立している。とりわけ消費法典における上記の2規定は、2006年の担保法改正の際に、両規定を一元化して民法典の中に条文化することが議論されたが、最終的に保証が改正の対象から外されたために、この改正は実現しなかった。

このようにフランスの保証人保護法理の展開過程は複雑で、現在進行中である。

## （2）得られた成果の従来の研究における位置づけとインパクト

本研究の成果の第一は、主債務者の近親者が自己の資力に比して巨額の保証を引受け、経済的破滅に追い込まれるという、中小企業金融においてしばしば問題となる現象について、日独の問題状況・法状況の相違を前提としたうえで、ドイツの判例・学説の展開を分析し、我が国においては、債権者からの意思決定侵害行為の関与がないものの、保証人が主債務者との感情的結びつきから生じる「任意性の低下」に基づき自己の資力を超える巨額な保証をする場合が保証人保護の講じられていない空白状態であることを指摘し、この場合にはドイツ法の準暴利行為の枠組みをめぐる議論を参照し、保証契約締結時に保証人の経済的履行能力と保証債務との間に一定の不均衡があり、保証人が保証債務を履行できないことが明白な場合には、主債務者の近親者が独自の経済的利益なくして保証を引き受けたことを考慮して、保証契約の効力を制限すべきことを論じた点にある。

このような近親者保証人の過大な責任の防止は、我が国においては、従来指摘されて

いなかった点である。フランスでは、保証人が主債務者の近親者であるかどうかにかかわらず、保証人の過大な責任を防止するための判例法理・条文が確立したが、独・仏の判断枠組みの相違の比較を可能にしたことには大きな意義がある。

フランス法の検討により、消費者保護の観点から、債権者に保証人に対する諸義務を課すことによって、保証の保護を図る可能性も明らかにした。

## （3）今後の展望

我が国における民法改正に向けた議論において、とりわけ民法（債権法）改正検討委員会による「債権法改正の基本方針」において、保証人の保護に関する規定の創設が構想されていることは、保証人の保護が民法上の議論として認識されるに至ったことを示しており、保証人保護論にとって新たな段階に入ったと評価することができる。

しかし、かかる義務の内容は漠然とし、努力義務にとどめられたのは、保証人の主債務者との関係や属性、そして保証の実質的機能の多様性から、かかる義務を実体法上の効果を及ぼす義務として構成するための法的根拠や義務の性質および違反の効果が一そもそも債権者の義務と構成すべきか否かも含めて一明らかでないこと、すなわち立法のための議論の土台が十分でないことにあるように思われる。

本研究では、所与の期間内に、比較法対象国の概観したにとどまっており、わが国との具体的な比較分析については研究途上にある。したがって、今後も研究を継続していく必要がある。

その際には、最近の EU における私法の統一化の流れも視野に入れ、保証に関するモデル法を、存在する限りで検討対象に加える必要がある。

## 5. 主な発表論文等

（研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線）

〔雑誌論文〕（計 9 件）

①「ドイツ消滅時効法—急進的改正のフロントランナー」比較法研究 71 号（2009 年）。

〔論文〕 査読なし

②ムスタファ・メキ（吉田克己・齋藤由起訳）「契約の諸機能と一般利益—契約化現象に関する若干の考察」北大 COE 紀要（2009 年）。〔翻訳〕 査読あり

- ③「時効と人的担保—民法 434 条による連帯債務の時効中断について」金山直樹編『消滅時効法の現状と改正提言』（別冊 NBLNo. 122）（2008 年）114—123 頁。  
〔論文〕 査読なし
- ④「ドイツの新消滅時効法—改正時の議論を中心に」金山直樹編『消滅時効法の現状と改正提言』（別冊 NBLNo. 122）（2008 年）156—164 頁。査読なし（④論文を加筆修正したもの）〔論文〕
- ⑤「ドイツ民法典」金山直樹編『消滅時効法の現状と改正提言』（別冊 NBLNo. 122）（2008 年）235—242 頁〔翻訳〕。査読なし
- ⑥「ドイツ新消滅時効法—改正時の議論を中心に」NBL881 号（2008 年）39—49 頁。  
〔論文〕 査読なし
- ⑦「物上保証人に対する不動産競売手続の開始後に代位弁済した保証人による差押債権者の地位承継の申出と求償権の時効中断（最高裁平成 18 年 11 月 14 日第三小法廷判決民集 60 卷 9 号 3402 頁）」小樽商科大学商学討究 58 卷 2・3 号（2007 年）229—255 頁。〔判例評釈〕 査読あり
- ⑧「近親者保証の実質的機能と保証人の保護」私法 70 号（2007 年）183—190 頁。〔論文〕 査読なし
- ⑨「債務者が利息制限法所定の制限を超える約定利息の支払を遅滞したときには当然に期限の利益を喪失する旨の特約の下での支払の任意性の有無（最高裁平成 18 年 1

月 13 日第二小法廷判決民集 60 卷 1 号 1 頁）」小樽商科大学商学討究 57 卷 2・3 号（2006 年）183—208 頁。〔判例評釈〕 査読あり

〔学会発表〕（計 2 件）

- ①「世界の時効法の動向 報告IVドイツ消滅時効法—急進的改正のフロントランナー」2008 年度比較法学会ミニ・シンポジウム（於大阪大学、2008 年 6 月 8 日）〔学会発表〕

- ②「近親者保証の実質的機能と保証人の保護」日本私法学会第 70 回大会個別報告（於大阪市立大学、2006 年 10 月 8 日）

〔図書〕（計 0 件）

〔産業財産権〕

○出願状況（計 0 件）

名称：  
発明者：  
権利者：  
種類：  
番号：  
出願年月日：  
国内外の別：

○取得状況（計 0 件）

名称：  
発明者：  
権利者：  
種類：  
番号：  
取得年月日：  
国内外の別：

〔その他〕

ホームページ等

<http://barrel.ih.otaru-uc.ac.jp/items-by-author?author=Saito%2C+Yuki>

6. 研究組織  
(1) 研究代表者

齋藤 由起 (SAITO YUKI)  
小樽商科大学・商学部・准教授  
研究者番号：40400072

(2) 研究分担者  
( )

研究者番号：

(3) 連携研究者  
( )

研究者番号：