

保証意思論

——平成29年改正民法を中心として——

沖田 優 小林 真之
瀬戸 杏奈 山本かれん
(片山研究会 3年)

- I 概要・沿革
 - 1 身元保証法の制定
 - 2 平成16年民法改正
 - 3 金融機関向け監督指針
 - 4 経営者保証に関するガイドライン
 - 5 平成29年民法改正
- II 「保証する意思」とは
- III 保証意思の生成過程における問題点（情報提供義務）
 - 1 債務者の情報提供義務の範囲
 - 2 錯誤との関係性
(主債務者の情報提供義務違反により保証意思生成過程に問題が生じた場合)
- IV 保証意思の表示における問題点（保証意思宣明公正証書）
 - 1 保証意思宣明公正証書の法的性質
 - 2 公証人の権限
 - 3 保証意思宣明公正証書と保証契約
- V 保証意思の内容における問題点（過剰保証類型）
- VI 今後の展望

I 概要・沿革

保証人の保護を目的とした方策や制度は、時代の流れに伴い大きく変遷を遂げてきた。本章ではその中から主要なものを取り上げ、本稿の題材である平成29年

改正民法に至るまでにどのような経緯があったかを紹介する。

1 身元保証法の制定

まず初めに代表的なものとして挙げられるのは、昭和8年に行われた身元保証に関する法律（以下、身元保証法）の制定であろう。身元保証法が適用される身元保証契約とは、「被用者ノ行為二因リ使用者ノ受ケタル損害ヲ賠償スルコトヲ約スル身元保証契約」（身元保証法第1条）を指す。現代における一般的な保証契約とは異なり、身元保証人の契約締結時には請求限度額が示されておらず、身元保証人は永続的で無限、広汎な責任を負うとされている¹⁾。また、身元保証法2条において保証人の保証期間は最長5年までとされ、期間の定めのない保証の場合には3年を最長期間とした（同法1条）。その他にも、事情変更があった場合における使用者の保証人に対する通知義務（同法3条）や、その場合の解約権（同法4条）も保証人に認められている。身元保証法を類推適用して保証人の責任を限定するという判決は過去にいくつか出されており、昭和50年11月6日の最高裁判決を例に挙げると、継続的保証契約に基づく連帯保証人に対する債務不存在確認請求について、身元保証法5条を類推適用して主債務額のうち一定限度の金額の支払を命じた²⁾。

2 平成16年民法改正

平成16年の一部民法改正により、保証人の保護に関する問題は一部淘汰される。本改正前は根保証契約に関する特段の法的な規制が存在せず、保証の限度額や保証期間の定めのない包括根保証契約が多用されていたため、保証人が予想を超える過大な保証責任の追及を受ける事例が多発していた。

改正によって民法466条には2項が追加され、保証契約は書面でなければ無効とされた。さらに、貸金等根保証契約に関する条文（465条の2）が設置され、極度額の定めのない貸金等根保証契約（いわゆる個人包括根保証）も無効とした。一方で、このような場合においても契約自由の原則に基づき、契約締結時に定めた極度額を当事者の合意により事後的に変更することは可能とされている。

本改正は、銀行取引等による主たる債務を個人が保証するというケースに特化し、その保護を図ることを目的としている。そのため、継続的商品売買に係る売掛代金のみが主たる債務となる場合や、不動産賃貸借に係る賃料債務が主たる債務となる場合は除外され、今後の検討事項とされていた³⁾。

3 金融機関向け監督指針

平成22年6月の閣議決定において「新成長戦略」が定められ、金融供与に当たって経営者以外の第三者保証を求めないことを原則とする融資慣行を確立した。更に、保証人の財務状況を踏まえた保証履行時の対応を促進するため、民間及び政府系金融機関に対し監督上の措置を実施するよう宣明した⁴⁾。

平成23年7月に金融庁は金融機関向けの監督指針を改正し、①経営者自身②経営者に準ずる者（実質的な経営権を有している者、事業に従事する配偶者、事業承継を予定している者）③自書・押印された書面によって「自発的な意思に基づく申し出」を行った者以外の、個人たる第三者には、個人連帯保証を求めないとの指針を示した上で、金融機関による自主的な取り組みを促した⁵⁾。

4 経営者保証に関するガイドライン

平成26年に日本商工会議所と全国銀行協会が共同して「経営者保証に関するガイドライン」を策定し、経営者保証の弊害の解消や経営者による思い切った事業展開、早期事業再生等を促した。このガイドラインは法的な拘束力がないソフトローとして、実務上重要な役割を担っている。

本ガイドラインの具体的な内容としては、①法人と経営者との関係の明確な区分・分離がなされていること②財務基盤が強化されていること③財務状況の正確な把握、適時適切な情報開示等による経営の透明性を確保することの3点が債務者に認められる場合に、主たる債務者は経営者保証を提供することなく資金調達をすることが可能となる⁶⁾。

5 平成29年民法改正

平成29年に大幅な民法改正が行われ、様々な民法分野において新たな条文や修正が加わった。この改正に伴い保証に関する条文も変更され、保証人保護の方策は拡充された。平成16年の民法改正により設置された「貸金等根保証契約の保証人の責任等」に関する条文（465条の2）は、保証人保護の観点から不十分とされ、本改正後は「個人根保証契約の保証人の責任等」に関する条文に修正されており、個人根保証契約全般を規律の対象とした。

保証人保護の方策の一つとして、改正民法は主たる債務者の情報提供義務を定めている。主たる債務者は、事業のために負担する債務の個人保証（根保証含む）

を依頼する際に、保証予定者に対し債務者の①財産及び収入の状況②主たる債務以外の負債全体の金額・履行状況③主たる債務の担保として他に提供する不動産等があるかについての情報を、保証意思宣明公正証書（後述）作成前に決算書等によって示さなければならない（465条の10第1項）。主たる債務者がこの情報提供義務に違反した場合には、保証人は保証契約を取り消すことができる（465条の10第2項）。

また、改正民法は事業債務個人保証における保証意思宣明公正証書を導入している。「事業のために負担した貸金等債務」を主たる債務とする保証契約又は「主たる債務の範囲に事業のために負担する貸金等債務」が含まれる根保証契約を締結する際には、その契約に先立ち、その締結の日前一カ月内に作成された保証意思宣明公正証書によって保証予定者が保証債務を履行する意思を表示しなければならない（465条の6第1項）。公証人は、保証予定者が①保証しようとしている主たる債務の具体的内容を認識していること、②保証契約を締結すれば、保証人は保証債務を負担し、主たる債務が履行されなければ自らが保証債務を履行しなければならないことを理解していること、③保証契約のリスクを十分に理解していること、④保証人になろうとする者が相当の考慮をして保証契約を締結しようとしているか否かを見極めなければならない⁷⁾。

例外的に、経営者保証の場合には保証意思宣明公正証書作成要件は適用除外となる（465条の9）。保証人が個人であっても、①主たる債務者が法人である場合のその理事、取締役、執行役又はこれらに準ずる者、②主たる債務者の総株主の議決権の過半数を有する者など主たる債務者である法人と一定の支配関係等を有する者、③主たる債務者が株式会社以外の法人である場合の上記②に準ずる者及び、④主たる債務者（法人である者を除く）と共同して事業を行う者又は主たる債務者が行う事業に現に従事している主たる債務者の配偶者である場合には経営者保証に当たり、公正証書を作成せずに契約を締結することができる。これは、上記の者は主たる債務者の事業の状況を把握することができる立場にあり、保証のリスクを十分に認識せず保証契約を締結する恐れが低いと考えられるためである⁸⁾。

このように、保証人の保護に関する諸制度は時代の流れと共に変化し、現段階では平成29年度の改正民法に落ち着いている。包括根保証契約による問題は上記の改正や制度によって淘汰されたと考えられるが、平成29年の民法改正を経てもなお、個人保証に関しては未だ議論の余地があるのではないだろうか。本稿では、

保証人の保証意思に焦点を当てつつ、様々な側面から今回の改正民法を分析していきたい。

II 「保証する意思」とは

民法465条の6第1項は、「事業のために負担した貸金等債務を主たる債務とする保証契約又は主たる債務の範囲に事業のために負担する貸金等債務が含まれる根保証契約は、その契約の締結に先立ち、その締結の日前一カ月以内に作成された公正証書で保証人になろうとする者が保証債務を履行する意思を表示していなければ、その効力を生じない」としている。この条文で注目したいのは「保証債務を履行する意思」という文言である。「保証意思」の意味を素直に解釈すれば「主債務者の債務を保証する意思」であるが、これに加えて「保証債務を履行する意思」までも含むということを465条の6第1項は示しているのではないか。この仮説は保証契約の持つ性質に根拠付けられていると考える。

保証契約とは、保証人が主たる債務者が債権者に債務の弁済ができなかった場合に、債権者に対して主たる債務者に代わって債務を弁済する旨の契約を言う。保証契約は、債権者と保証人との間で契約が締結されるものであるから、主債務とは別個に債権者と保証人との間で債権債務関係が発生する。そうであるならば、保証契約が主たる債務と同一の内容の給付を目的とするとはいえず、実際に債務者が債務不履行などに陥った際には、保証人は債権者との債権債務関係に基づき債務の弁済をしなければならない。保証契約において保証人は、ただ債務者の肩代わりをするということではなく、債権者との関係においての債務の履行が要求されるのである。このような保証契約の性質に鑑みると、「保証意思」という言葉には、「主債務者の債務を保証する意思」はもちろん、実際に保証人自らが「保証債務を履行する意思」までも含むと考える。

では、なぜ「保証債務を履行する意思」まで含む「保証意思」の確認が必要となるのだろうか。その理由は三つの側面から導かれる。一つ目は、契約自由の原則という面からである。契約自由の原則から、保証人の保証意思がなければ保証債務は発生しない。これを裏返すと、保証債務を発生させるには保証人の保証意思が必要となるため、保証意思の確認が必要となる。

二つ目は、要式契約の側面からである。現在、保証契約は書面にて行われなければならない旨が民法446条2項に規定されている。このことから、保証契約は

要式契約であることがわかる。保証契約の性質ないし慎重に締結されるべきであるという必要性から、保証意思が外部に対しても明らかになっている状況において保証契約の法的拘束力が認められるべきである。

三つ目は、実際の場面においての必要性という面からである。この点については、保証人が承諾した保証内容とは異なる保証書が作成される危険性の防止ないし保証人から虚偽の主張をされることへの対応策としてである。

まず、保証人が承諾した保証内容とは異なる保証書が作成される危険性について、主債務者が虚偽の保証書を作成したり、保証人になることを承諾していない者を保証人に仕立て上げたりする可能性は大いにあり得る。というのは、保証契約の締結において、主債務者は保証人よりもこの契約の締結に前向きであるためである。そのため、これらの危険性を排除する必要がある。

次に、保証人から虚偽の主張をされることに対してである。保証契約締結の際に主債務者が保証人に対し、保証債務を履行してもらうことがないようにするといった旨を告げ、それを保証人が信じて保証契約を締結した場合、倒産等の事情により保証人の予期に反して、債権者から保証債務の履行を請求されるということは起こり得る。この際、保証人は保証意思がなかったといった主張や、詐欺ないし錯誤を主張することもある。

その他、債権者が無理な立証を迫られるという場合もあり得る。

以上のように、様々なケースにも対応することができるようにするために、保証意思の確認は必要となるのである⁹⁾。

では上記三つの理由のうち、どれが最も重要な理由であるか。

平成29年度の民法改正において保証人の保証意思を確認することが規定されたのは、保証人の予期に反して保証債務の履行を迫られるという事態を無くすことにあると考えられる。そうであるならば保証意思を確認する本質的な理由は、保証人の保証意思が無かったといった主張や、詐欺ないし錯誤を主張することを未然に防ぐことにあると考える。

保証意思は上記のように、「主債務者の債務を保証する意思」に加えて、「保証債務を履行する意思」までも含まれるとする。このように保証意思を二段階構造のものとして捉えるため、その複雑性が故特に保証意思の生成過程、保証意思の表示、及び保証意思の内容において問題がある。

以下、これらの点について検討する。

Ⅲ 保証意思の生成過程における問題点（情報提供義務）

一般的に情報提供義務は広く認められている。情報提供義務が問題とされる代表的な場面は、①不動産売買等に不動産取引②医師の説明義務③フランチャイズ契約④金融取引の4種類が挙げられる¹⁰⁾。

しかし私的自治の原則に基づけば、契約当事者は各々で自分に必要な情報を収集・分析し、それに基づいてリスク等を把握し、その上で契約を締結するか否か決することが要請されるため、情報提供義務は不要のはずである。にも関わらず情報提供義務が必要とされるのはなぜか。

その理由として主に挙げられるのは情報格差の解消である。売買契約を例に挙げると、買主は売主に比べて情報を多く有していない場面も多く、不利な立場に立たされることがあり買主にとって酷である。そこで情報格差を無くし、売主と買主の立場を対等にさせるために情報提供義務は認められていると考えられる。その他に、問題となる情報の性質に着目した根拠も挙げられる¹¹⁾。

それでは、保証契約における情報提供義務はどうか。

改正民法465条の10第1項は、「主たる債務者は、保証契約締結段階において、個人保証人に対し、主債務者の財産や収支、負債の状況、担保の有無等についての情報を提供しなければならない」旨定めている。また、同条2項は、主たる債務者が情報提供義務を怠ったことを債権者が知っていた若しくは知り得た場合には、保証人は保証契約を取り消すことができるとしている。

このように改正民法は、主債務者の保証人に対する情報提供義務を明文化しているが、これは、適正かつ十分な情報に基づく保証意思の生成を促すことがその主な趣旨であると解することができるのではないか。なぜなら、保証人になろうとする者は、主債務者から提供される、主債務者の財産や収支、負債の状況、担保の有無等に関する情報をもとに、保証契約締結に伴い自らが被るリスクを理解し、保証意思を生成すると考えられるからである。情報提供が不適正又は不十分であった場合、これは保証意思の生成過程において問題が生じているものであり、個人保証契約取消事由に該当するのだ。

個人保証契約における情報提供義務の規定（改正民法465条の10）の趣旨を「適正かつ十分な情報に基づく保証意思の生成を促すこと」と解すると、主に二つの問題点が生じる。まず、主債務者の情報提供の内容は条文に定められているが、

それらの情報をどの程度まで詳細に提供すれば「適正かつ十分な情報に基づく保証意思の生成」が認められるのかは明確でないため問題となる。また、主債務者が情報提供義務を怠った場合、つまり保証意思の生成過程に問題が生じた場合に、債権者がこのことにつき悪意若しくは有過失であったとき、保証人は保証契約を取り消すことができるが、これは錯誤規定との関係で問題となることが予想される。本章は主にこれら二つの問題点について考察を深めるものである。

1 債務者の情報提供義務の範囲

まず、債務者がどの範囲までの情報を提供すれば、債務者の適正かつ十分な情報に基づく「保証意思」の生成が認められるか。改正民法465条の10の趣旨は、保証人が主債務者の信用状況等におけるリスクを理解したうえで保証契約を締結する契機を与える必要があるという点にある。これに鑑みると、主たる債務者が保証人にリスクを理解する契機を与えるに足りる情報を提供し、これに基づき保証人が保証契約の締結を承諾したのであれば、適正かつ十分な情報に基づき「保証意思」が生成されたと言えよう。そのため、保証契約の締結に影響を与えないような詳細な情報までは提供することは求めていないと考えられる立場がある¹²⁾。これに対し、「保証意思」は「保証債務を履行する意思」までも含むものであると考え、保証意思を形成するためにはより強い根拠ないし動機付けが必要と考えられる。そのため、条文に規定されている項目について詳細に情報を提供しなければならないとする立場もあり得る。

また保証人になる以上、保証人には主たる債務者の現状等について本人と同じ程度まで本人のことを把握する権利はあるように思われる。

以上より、本稿では主たる債務者は保証人に対しリスクを理解する契機を与えるに足りる程度の情報ではなく、詳細な情報を提供するべきであり、それに基づき保証人が保証契約を締結するとした場合、債務者の適正かつ十分な情報に基づく「保証意思」が生成されたと言えるという立場を採用する。中でも、条文に記載されている「財産及び収支の状況」と「主たる債務以外に負担している債務の有無並びにその額及び履行状況」については詳細に伝えなければならないとすべきである。

先ほど「保証人には主たる債務者の現状等について本人と同じ程度まで本人のことを把握する権利はあるように思われる」と述べたが、条文には規定されていない主たる債務者の家族・人間関係などについても主たる債務者は保証人に対し

情報として提供しなければならないのだろうか。

主たる債務者の人間関係等を把握することにより保証人はより安心して保証契約を締結することができるかもしれない。しかし、ここまでの情報を主たる債務者は提供しなければならないとすると、主たる債務者のプライバシーが侵害される可能性が高い。そのため、主たる債務者は詳細な情報を提供しなければならない一方、プライバシーとの調整は図る必要がある。

2 錯誤との関係性（主債務者の情報提供義務違反により保証意思生成過程に問題が生じた場合）

これまで、保証契約において、主債務者が自分の身元を偽ったり、経済状況を偽ったりした場合、保証人が錯誤に基づく保証契約の無効（民法95条）を主張するケースが多く存在した。これについて裁判実務は、主債務者の経済状況などについて保証人が誤認していたという場合は動機の錯誤に当たるとし、錯誤主張が認められにくい傾向がみられた。一方、平成29年改正民法は、保証契約締結時に主債務者が情報提供義務を怠った場合や、事実と異なる情報を提供した場合、債権者がこれについて善意無過失でない限り、保証契約は取り消せるとし、保証人保護の方へと舵を切ったものと思われる¹³⁾。

改正民法465条の10が定めているような、主債務者が情報提供義務を怠った場合、契約に至った理由又は前提事情に関して勘違いがあったとして、従来のように、動機の錯誤構成をとることも考えられる。しかし、このような場合には、単なる動機の錯誤ではなく、保証意思の生成過程に問題が生じていると捉える構成をとることもできるのではないか。ここでは、従来の錯誤規定と、情報提供義務違反に関する新規定との間で競合状態が生じており、様々な問題が発生することが予想される。

主な問題として、債権者の善意無過失の主張と保証人の錯誤取消しの主張の関係性をいかに解するかということが挙げられる。改正民法465条の10第2項の下で、債権者は、主債務者が適切な情報提供を行っていなかったという事実について「知らなかった」という、善意無過失の主張をすることになるが、これに対して、保証人が錯誤の主張をなす可能性がある。この場合、共通錯誤となり、改正民法において共通錯誤が認められやすくなったことから、善意無過失の主張をすると一方で錯誤の主張が認められやすくなるというジレンマを抱える形となるのだ¹⁴⁾。

そこで、錯誤と情報提供義務の規定を比べると、前者は表意者（保証人）の内心を重視するものである。つまり、主債務者から与えられた情報に基づき生成された意思が問題となる。対して、後者は相手方（主債務者）の行為態様を重視するものである¹⁵⁾。つまり、主債務者が適正かつ十分な情報を提供したか否かが争点となる。主債務者の行為態様を重視し、保証人の内心を問題としないとする、情報提供義務違反に基づく取消範囲は狭くなるため、錯誤で救済をしなければならない場面も当然出てくるだろう。錯誤による救済は保証に関しては認められにくい傾向にあることも事実ではあるが、情報提供義務の規定の適用により救済を図ることができない場合でも、保証人が生成した意思を重視する錯誤規定を適用する可能性は未だ残す必要があると考えられる。

Ⅳ 保証意思の表示における問題点（保証意思宣明公正証書）

1 保証意思宣明公正証書の法的性質

民法465条の6第1項は、事業のために負担した貸金等債務を主たる債務とする保証契約又は主たる債務の範囲に事業のために負担する貸金等債務が含まれる根保証契約は、その契約締結に先立ち、その締結の日前一カ月以内に作成された公正証書で保証人になろうとする者が保証債務を履行する意思を表示しなければ、その効力を生じないとしている。

公証人法35条によれば、公証人は、自らが五感の作用により直接体感した私権に関する事実について公正証書を作成することができる。そうすると、保証意思宣明公正証書は、保証人になろうとする者が保証を履行する意思を表示したことを公証人が認識し、これを記載するものであるから、公証人が保証人になろうとする者の保証意思をどのように認識したかは問題とはならず、保証人になろうとする者の口授する内容を認識した事実として記載することになる。したがって、保証意思を有していないと認められる場合にも囑託を拒否することはできず、公証人が認識した事実、すなわち保証意思を有しない趣旨の口授内容をそのまま記載して公正証書を作成することになる。

しかし、民法465条の6は、個人的情誼などから保証のリスクを十分自覚せずに安易に保証契約を締結することを防止するための規定であり、その趣旨からすれば、公証人には、保証人になろうとする者の口授を機械的に記録するのではなく、口授等を通じて、同人が保証しようとしている主たる債務の具体的内容を認

識していることや保証のリスクを認識していること等を確認した上で、保証意思
宣明公正証書を作成することが求められていると解される。したがって、保証意
思が確認できない場合は、公正証書の作成を拒否しなければならない。そして、
保証意思の表明はそれ自体が法律行為とは言えないが、保証契約の効力要件を構
成するものとされており（民法465条の6第1項）、保証契約の前提となる準備行
為と言うべきものであるから、法律行為に関する公正証書に準ずる公正証書と言
うことができる¹⁶⁾。

2 公証人の権限

(1) 職務の概要

公証人とは、法務大臣により任命され、国の公務である公証事務を行う者であり、その意味では実質公務員という扱いになる。公証人法によると、公証人は、
当事者その他の関係人の囑託により、法律行為その他私権に関する事実について
公正証書を作成し、私署証書ならびに会社法30条及びその準用規定等により定款
に認証を与え、さらに電磁的記録に認証を与える権限を有する。

この他、他の法律等において公証人の権限とされているものもあるが、そのう
ち、公証人の仕事で重要な部分を占めるのが、確定日付の付与である。すなわち、
公証人の職務の主たるものは、①公正証書の作成②私署証書及び定款等に対する
認証並びに、③確定日付の付与であると言ってよい¹⁷⁾。

(2) 事前の相談

このような証書の作成に先立ち、どのような契約内容にすべきかについて、公
証人が相談に応じることは、当然その職務権限に含まれると考える。公証人は、
公正証書作成の前提となるべき、いかなる法律関係を作成するかという観点での、
いわゆる法律相談に応じるという職責も資格もないという説もあるが、このよう
な見解には賛成し難い。公正証書の作成に先立ち、その内容をどのようなものに
するかについての相談に応じることのできるのは当然の理であり、その中には、
どのような権利設定をするかの点が含まれるのも当然だからである。むしろ、当
事者の意向に十分応え、事案に即してもっとも妥当な公正証書を作成するため
には、事情を十分聴取し、内容についても、場合により相当なアドバイスをすべ
きだろう。法律行為の公正証書の作成は、特定の法律行為やそれに基づく法律関
係の存在を公に証明するものであり、裁判のようにそれによって紛争を解決した

り、新たに権利を創設するものではない。公証人は法律行為の公正証書については、双方当事者の一致した陳述を録取して公正証書を作成するものであるから、当事者の間で合意の必要なものについては、合意が成立していること、あるいは合意の成立が予定されているものであることが前提であり、紛争が存在し、未だ合意の成立がなく、またその見通しもないような場合には、相談において公証人は深入りするべきではないと言える。また、公証人には、公正証書作成等の業務と関係のない一般的な法律相談の権限はない¹⁸⁾。

(3) 審査・調査権限

公証人は、正当な理由がなければ嘱託を拒むことができないものとされており、公証人が公正証書を作成するためには、嘱託人または代理人、その他の関係者から聴取した陳述を録取してすることとされ、その陳述の方式は口頭によるものも書面によるものも含まれ、代理人が契約条項の記載された委任状を提出することでも差支えないとされている。しかし、常に嘱託人等から聴取した陳述に従ってそのまま公正証書を作成すればよいわけではなく、法令に違反した事項、無効の法律行為および行為能力の制限により取り消し得べき法律行為につき証書を作成することができないとされている¹⁹⁾。

では、公証人はどのような審査権限を有しているのだろうか。審査の範囲としては、公証人の審査権限は、嘱託手続の違法性のみならず、法律行為の有効性にも及ぶものと解されている。審査の対象・手段としては、法律行為の有効性の点について言えば当事者の口頭又は書面による陳述の適法性であり、公証人法26条の違法、無効事由等の有無を調査することである。公証人法施行規則13条1項によると、嘱託人等に説明を求めることはできることは明確だが、それ以上に審査権限または審査義務を持つ旨の規定はない。また、公証人は、嘱託人等に説明を求めることができると言っても、関係人は、公証人に対して説明義務を負わないと解されている。そして、公証人はそれ以上に証拠収集権限を有するものではなく、関係人も公証人に対して文書等の提出義務を負うこともない。このように、公証人は弱い審査権限を有するに過ぎない。

なお、公証人は、形式的審査権を有するに過ぎないと言われることがあるが、公証人の審査権限は、書面審査に限定されず、法律行為の有効性等について具体的な疑いがある場合には嘱託人等から説明を求めなければならないとされており、このような場合に説明を求めることができるのは明らかであるから、弱い権限で

はあるが、実質的審査権があると言えよう。それにもかかわらず、公証人の審査が形式的審査であると言われるのは、次のような事情によるものと思われる。

公正証書の作成は、双方当事者の一致した陳述を公証人が録取する方法により公証するものであり、訴訟手続きにおける裁判官の審理とは異なり、権利関係を確定するものではない。公証人には、資料収集の権限が与えられておらず、わずかに法律行為の有効性等について具体的に疑いがある場合には、嘱託人らに説明を求める権限が認められているが、相手方はこれに応じる義務はない。したがって、通常は、出頭した嘱託人等の陳述や提出された委任状等の関係書類を審査するという形式審査の限度で良いのである。このような意味で、公証人の審査は、形式的審査であると言われている。

しかしながら、公証人は、無効、違法な公正証書を作成することは当然許されない。公証人は、無効な公正証書を作成しないようにするとともに、その事案に即し妥当な内容の証書を作成するには事情の詳細な説明を求めることは許されると解されているものの、公正証書の作成は他方で迅速かつ円滑に行われることが求められるものだから、どの程度まで権限を行使し、調査すべきかは迅速処理の要請との兼ね合いにもよる²⁰⁾。

3 保証意思宣明公正証書と保証契約

民法第465条の6第1項では、「事業のために負担した貸金等債務を主たる債務とする保証契約又は主たる債務の範囲に事業のために負担する貸金等債務が含まれる根保証契約は、その契約の締結に先立ち、その締結の日前一月以内で作成された公正証書で保証人になろうとする者が保証債務を履行する意思を表示していなければ、その効力を生じない。」としている。

本節ではこの条文に着目し、保証意思宣明公正証書と実際に締結される保証契約の関係を、保証意思の意義について念頭に置きつつ論じていきたい。

第465条の6第1項において示されているように、保証意思宣明公正証書は、契約締結の日前一月以内に作成されたものでなければその効力を生じない。前一月ということ、保証契約が締結される当日に公正証書が作成される場合もあれば、契約締結の一月前に公正証書が作成される場合もあるということである。後者の場合、公正証書を作成した時期から保証契約が締結された日まで期間が空くことになり、保証意思宣明公正証書の内容と、実際に締結された保証契約の内容に相違が生じてしまう場面も想定され得る。このような場面において締結

された保証契約は有効な契約と言えるのだろうか。

まず、この問題を検討するに当たり前提となるのは、保証意思宣明公正証書は保証契約に関する全ての情報を記載するものではないということ（第465条の6第2項において定められている事項のみ記載）、同公正証書は保証契約を予定して作成されるが、保証契約の締結を強制するものではないということ、そして、保証契約についてはあくまで契約自由の原則が妥当するので、どのような内容で契約を締結するかは保証予定者の自由意思に委ねられているということである²¹⁾。

想定され得る考え方として、公正証書の内容との相違は保証契約に影響を及ぼさない（保証契約は有効）という立場や、保証契約を全部無効とする立場、保証契約を一部無効とする立場などが挙げられるだろう。

宗宮・寶金・岩田ら（「改正民法 保証法——保証意思宣明公正証書を中心として——」）は、保証意思宣明公正証書の法定事項に変更があった場合と、それ以外の事項に変更があった場合に分けて本問題を検討している。更に、保証意思宣明公正証書の法定口授事項である「主たる債務の元本額」については、保証契約の貸付元本額が公正証書記載の元本額から減少した場合と、増加した場合に分類した上で、原則として元本額が減少した場合には、保証契約を有効とし、元本額が増加した場合には、保証契約の全部が無効であるべきとしている。その他、利率の変動や損害金の変動についても検討されているが、結論としては保証意思宣明公正証書の記載内容と保証契約に相違が生じた場合には、諸事情を総合勘案した上で、「保証意思宣明公正証書により宣明された保証意思に包摂される関係にあれば、保証契約の無効を惹起するものではない」とした²²⁾。では、この「保証意思宣明公正証書に宣明された保証意思に包摂される関係」とはどのような関係を指すのだろうか。一つの判断基準として挙げられるのは、松嶋（「保証債務（その1）」）が主張してきた保証予定者の負担が数的に重くなるか軽くなるかという基準である。保証意思宣明公正証書を作成する趣旨は保証予定者の利益を保護することにあるから、この基準に妥当性はあるが、保証の決断をする際に前提となった諸事情の変動については数量的に判断をすることが難しいため、保証リスクの増減が基準となるべきとしている²³⁾。

また、法定口授事項以外（債務の支払い期日や支払い方法等といった債務の履行態様）については、保証人の負担額への影響は少ないと考えられるから、変動があった場合でも原則保証契約を有効とした。例外的に、その変更が保証リスクの判断に重大な影響を及ぼし保証意思宣明公正証書の趣旨を没却するような場合に

保証契約は無効となる。しかし、宗宮・寶金・岩田らはこの原則有効・例外無効説をとりながらも、原則無効・例外有効説も肯定している。原則無効・例外有効説は、保証意思宣明公正証書の記載内容と異なること及び保証リスクの判断の前提となった事情の変更があったという事実を捉え保証契約を原則無効とし、保証リスクの判断に看過できない事情の変更がない場合には保証契約を有効にするというものであるが、いずれの説をとっても結論に大きな差異はないと述べている²⁴⁾。

前章で述べたように、保証意思には「主債務者の債務を保証する意思」に加えて、「保証債務を履行する意思」までも含まれる。では、このように保証意思を二段階構造のものとして捉えた上でこの問題を検討するとどのような結論が導かれるだろうか。保証意思に「保証債務を履行する意思」が含まれるとすると、前述した法定口授事項の変動における基準である「保証意思宣明公正証書により宣明された保証意思に包摂される関係」の内容も変わるようになる。

債務の支払い期日や支払い方法等といった履行態様に関する事項は、「保証債務を履行する意思」と直接繋がる事項であるが、改正民法上では保証意思宣明公正証書を作成する際の法定口授事項に含まれていない。保証意思に「保証債務を履行する意思」までが含まれるとすると、このような法定口授事項以外（履行態様に関するものに限る）についての変動も、法定口授事項の変動と同様の基準を用いて契約成立の有無を検討できるように思う。

具体的な例を挙げて検討すると、保証意思宣明公正証書では支払い方法が20回の分割払いと記載され、後に締結した保証契約では5回となった場合、「保証意思宣明公正証書により宣明された保証意思」は「保証債務を20回の分割払いで履行する意思」となるため、「包摂される関係」にあるとは言えないので、契約は無効になると考えられる。

最終的にどのような立場をとるにせよ、保証意思宣明公正証書と保証契約の内容に相違があった場合には、法定口授事項かそれ以外であるかに関わらず、その変更が保証リスクにどのような影響を与えているかを個別具体的に検討することは不可欠であるだろう。

V 保証意思の内容における問題点（過剰保証類型）

個人保証は情義性・無償性・未必性・無償性・軽率性という特性を有する。主

債務者に懇願され、情義によって個人が保証人になる場合は多い。さらに、保証債務の付従性・補充性という法的性質から、最終的には債務を履行しなくても良いかもしれないという債務履行の未必性により、軽率に、しかも無償で保証契約を締結するケースが多発している。このように、個人が軽率な気持ちや圧力をかけられて締結した保証契約が、想定外の多額保証債務を生み出し、保証人が破綻にまで追い込まれる事例が積み重なって社会問題にまで発展した²⁵⁾。

前述したように、平成29年改正民法は、主債務者の情報提供義務や、保証意思宣明公正証書作成の規定を設けることで、個人保証人が適切な情報に基づいて保証意思を形成し、それを明確に表示することを要求している。これは個人保証人保護の必要性を踏まえて、一定の保護策を講じたものであると言えよう。しかし、形成された保証意思の内容が保証人の資力に比して過大な保証契約が締結された場合、保証人の保護はどのようにして図られるのか。このような、「軽率に又は圧力によって自身の財務状況に見合わない保証契約を締結する」という過剰保証類型の処理についての規定は改正民法上存在しないため問題となり得る。

民法（債権法）改正検討委員会試案【3.1.7.02】〈2〉〈ウ〉においては、「保証人の資力に比して、過大な責任を負わせないこと」という提案がなされた。これに対してはいくつか検討課題が提示され、その後五回に渡り審議が行われたが、成案としてまとまらず、最終的な「改正法案」には至らなかった²⁶⁾。

検討課題として、①責任財産の制限を受ける保証契約の範囲②責任財産の限度を判断する基準となる時点③具体的な責任財産の限度④保証人が有する財産の把握の正確性の確保⑤保証人が複数の保証債務を負担する場合の処理⑥倒産手続が開始された場合の取扱い等が主に挙げられた。また、ただ単に債務が過大であることだけで一般的に契約の効力が制限されることはないのにも関わらず、保証債務についてのみ過大であることを理由に契約の効力を制限するのであれば、相応の根拠が必要となる。これについては、保証の無償性や軽率性といった特殊性に照らした説明をすることになるだろう。しかし、これらが契約の効力を制限する理由としては不十分だとする意見も見受けられる²⁷⁾。

日本国外においても過剰保証への対策が講じられている。

フランス民法は、保証人に過大な保証債務を負わせることを禁止する比例原則（principe de proportionnalite）を導入している。フランスの消費法典 L.341-4 条は「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。」と規定する。また、フランス民法は、2301条2項において、「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 L331-2 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」と定めており、これは保証を有効のままにしつつも、その履行について、保証人の最低限度の生活が保障されるよう定めるものである²⁸⁾。

また、ドイツでは、保証人による巨額の保証債務を公序良俗に反し無効とする判例法理が形成され、保証人の過大責任を判例で調整している。この判例法理は、1994年以降に形成されたものであるが、次のような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。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。これは、保証人の義務の範囲と支払能力の不均衡の程度をこの判例法理適用の基準としているものと解され、フランスにおける比例原則と実質的に同様の機能を持つものであると言える²⁹⁾。

以上のように、様々な対策や解決策が講じられているが、「保証人の資力に比して、過大な責任を負わせないこと」を実現するための方策の多くは、保証予定者の財務状況を確認し、それに見合った保証債務を負わせる仕組みであると言える。現行民法においては、過剰保証類型について、暴利行為として公序良俗違反を理由に契約の効力を否定する方法は考えられるが、保証債務の効力に関する直接的かつ具体的な規定は設けられていない。

表示した保証意思の内容と保証人の置かれている財務状況がどの程度相応しているかは事案ごとに異なると考えられるが、やはり保証人自らの意思で保証契約が締結されている以上、一定限度で保証人に責任を負わせることは妥当なのではないか。保証人の保証意思を尊重し、債務者の保証契約への期待を保護するという観点からも、過剰保証契約を一部有効にする（過剰な部分のみ無効）という立場は有力であると考えられる。また、この一部無効説を補足する考え方として、保証契約締結時に債務者等から圧力をかけられた場合や、保証契約締結後に不測

の事態が発生し保証人の財務状況が著しく悪化した場合等においては、情状酌量的に保証人の責任を減らすこともあり得るだろう。

過剰な部分を判断するに当たっては、フランス民法の比例原則等を参考にしたいところであるが、既存の判決で適用例のある金商品取引法における適合性の原則も判断材料の一つになるのではないか。適合性の原則は証券規制の中で誕生し、発展してきたものであり、金融商品取引法40条は「金融商品取引業者等は、業務の運営の状況が次の各号のいずれかに該当することのないように、その業務を行わなければならない」とし、その1号において「金融商品取引行為について、顧客の知識、経験、財産の状況及び金融商品取引契約を締結する目的に照らして不適当と認められる勧誘を行って投資者の保護に欠けることとなり、又は欠けることとなるおそれがあること」と定めている。ここでは、その契約が顧客に適合するか否かの判断要素として「知識」「経験」「財産の状況」及び「金融商品取引契約を締結する目的」の4点が挙げられている。また、適合性の原則の前提となる義務として、法令では直接の規定はないものの、「顧客を知る義務」があるとされている。顧客の属性、顧客の取引実態、資産状況等を知らなければ、当該顧客に適合した契約締結はできないため、当然の帰結であると言える。顧客の情報収集は、日本の金融取引の実務では、「顧客カード」(資産状況などを含む)によって行われている。日本において適合性の原則は、私法上の効果を伴う実体法として確立されておらず、業法上の規定や自主規制規定にとどまっている。よって、適合性の原則に違反したことから直ちに民事責任は生じないが、不法行為等といった他の私法上の根拠も用いれば、その違反行為は当然処罰の対象となり得るだろう³⁰⁾。

では、上記の適合性の原則を個人保証契約に適用する余地はあるのだろうか。

過剰保証類型における保証人の責任の制限は、契約締結時及び保証債務履行時における保証人の資産状況に照らし、適切な保証債務を設定することを債権者に要求するものだ。これは、金融商品取引における適合性の原則と本質的には同様の原理である。なお、契約の相手方の状況を知り、またそれを考慮し、相手に適合しないリスクを負わせないということは適合性の原則の趣旨に適うものであると評価できる。

適合性の原則の射程範囲については学説上あまり議論が進められていない。そんな中、2006年の金融商品取引法改正の立法担当者は、狭義の適合性の原則が「勧誘」にかかる行為規制であるから、「勧誘」行為のない場合にこの原則は適用

されないと明言しており、能動的な顧客に対しては適合性の確認ができない場合
取引を拒むことができるとした³¹⁾。また、適合性の原則違反を扱った裁判例の
ほとんどは業者の投資勧誘行為に関するものであり、顧客の能動的な購入行為に
対しては同原則を適用していない。本来適合性の原則とは、顧客の属性を考慮し、
当該顧客に適合性を有する商品を業者が勧誘することを内容としており、その性
質に鑑みればこの原則の射程は勧誘行為にしか及ばないと考えるのが自然であ
る³²⁾。よって、同原則が個人保証契約に適用できるのは、債権者の「勧誘」行為
から保証予定者の保証意思が形成されたような場合に限られるのではないかと考
える。債権者側からの圧迫や脅し等のような保証予定者に対する働きかけがこの
ような場合の「勧誘」行為と言えよう。

上記のような一定限度で保証人に責任を負わせることが妥当だという立場とは
反対に、保証契約を完全に無効にするという立場も考えられる。一定限度の範囲
で保証人に責任を負わせようという立場では、過剰な部分を判断するにあたり、
フランス民法の比例原則や金商品取引法における適合性の原則を参考にすること
が挙げられていたが、逐一複雑な判断をし、事案ごとに保証人の責任を決定す
るのは骨が折れるものだという批判もあり得る。保証人の資力に比して過大な保証
契約が結ばれてしまった場合には、その保証契約は一律で完全に無効という立場
も十分考えられるのではないか。それでも、保証人の表示している保証意思を評
価することもまた重要であり、前述のように保証意思が「保証債務を履行する意
思」までも含んでいるとすると、より一層保証意思というものに着目して判断を
しなければならないように思う。また、保証契約を全部無効としてしまうと債権
者や債務者にとっては酷であるとも言えるので、総合的にみるとやはり一部無効
説が有力なのではないかと考える。

どのような立場をとるにせよ、保証債務が過大になることにより、保証人自身
の生活が破綻してしまうなどの問題が生じないようにするべきであり、保証人の
最低限度の生活が保障されるような制度を確立することも不可欠であろう。

VI 今後の展望

保証意思についてこれまで論じてきたが、法改正後まだ間もないため判例がな
い。本稿でも扱った情報提供義務や保証意思宣明公正証書、適合性の原則につい
ては、裁判でも今後争われることになるだろう。情報提供義務については、主債

務者が提供した情報が十分であったか否か、主債務者が情報提供義務を怠ったがために保証人が保証契約を解除しようとする際、債権者の悪意ないし過失がどのような基準をもって認められるか否か、そして情報提供義務につき錯誤を主張することが認められるのかといった点を争った判例ないし裁判例が現れるのではないだろうか。これらの点についてはまだ立場が確立していないため、判例や裁判例の蓄積が必要であると考えられる。

保証意思宣明公正証書に関しては、経営者保証の適用除外が今後の判決にどのような影響を及ぼしていくのかに注目したいところである。経営者保証に当たる者であっても、主たる債務者の事業状況を把握し保証リスクを正しく認識しているとは言えない状況もあるのではないか。また、民法465条の9に定められている者に事業承継予定者や実質的経営者の一部は含まれないので、このような場合に関しては個別具体的な検討が必要になってくるだろう。

今後の経営者保証のあるべき方向性として、松嶋は「保証債務を履行しても、生活が破綻しない仕組み」かつ「保証契約時点（入り口段階）から保証債務履行時点（出口時点）まで、一貫して、保証人に一定の財産が留保されることが保証される仕組み」の必要性を述べている³³⁾。民法改正案において見送られた保証責任の比例原則などを今一度見直し、ソフトローなどを有効に活用していくことによって、経営者保証のような場面でも保証人に寄り添った制度が確立されることを期待する。

また適合性の原則については、どのような手段を用いて過剰債務の保証契約を全部無効ないし一部無効にするのかという問題について大変注目したいところである。この過剰債務を制限する方法は一通りだけではないため、裁判所が公序良俗違反をもって制限するのか、それとも他の方法を用いて制限するのか非常に気になる。また制限する手段が事案によって異なるのか否かもまだ不明であるため、判例なし裁判例の蓄積を待つのみである。加えてそもそも平成29年度の改正において条文化することが見送られたため、この問題点が次の法改正において条文として盛り込まれるかどうか今後の動向に注意しておきたいところである。

- 1) 能登真規子「身元保証の裁判例（1）過去20年間の裁判例の考察」彦根論叢(2012) 5、10頁。
- 2) 最判昭和50年11月6日裁判集民第116号449頁。
- 3) 2004（平成16）年民法改正時における衆議院・参議院各法務委員会の附帯決議。
- 4) 2010（平成22）年6月18日閣議決定 新成長戦略～「元気な日本」復活のシナ

リオ～。

- 5) 金庫庁「主要行等向けの総合的な監督指針」の一部改正（新旧対照表）（2018）2頁。
- 6) 日本商工会議所＝全国銀行協会「経営者保証に関するガイドライン」（2013）。
- 7) 衆議院 法務委員会議事録第12号（2016）18頁 政府参考人説明。
- 8) 中村弘明「債権法研究会報告 保証債務（その2）」金融法事情第2016号（2015）21頁。
- 9) 日本公証人連合会『新訂 公証人法』（ぎょうせい・2011）155-157頁。
- 10) 後藤卷則『消費者契約と民法改正』（弘文堂・2013）233頁。
- 11) 後藤・前掲書232、233頁。
- 12) 井上聡＝松尾博憲＝藤沢治奈「改正民法の実務的影響を探る第5回保証（下）」NBL1121号（2018）51頁。
- 13) 井上＝松尾＝藤沢・前掲論文53頁。
- 14) 井上＝松尾＝藤沢・前掲論文54頁。
- 15) 野澤正充『契約法セカンドステージ債権法』（日本評論社・2009）207頁。
- 16) 宗宮英俊＝資金敏明＝岩田好二『改正民法保証法 保証意思宣明公正証書を中心として』（日本法令・2018）95、96頁。
- 17) 日本公証人連合会『新訂 公証人法』（ぎょうせい・2011）16頁。
- 18) 日本公証人連合会・前掲書17、18頁。
- 19) 日本公証人連合会・前掲書20頁。
- 20) 日本公証人連合会・前掲書21-23頁。
- 21) 宗宮＝資金＝岩田・前掲書157-158頁。
- 22) 宗宮＝資金＝岩田・前掲書161頁。
- 23) 松嶋一重「保証債務（その1）」金融法事情2012号（2015）49頁、潮見佳男『新債権総論Ⅱ』（信山社・2017）775、776頁。
- 24) 宗宮＝資金＝岩田・前掲書162頁。
- 25) 王冷然「新民法における個人保証人保護の規定について」南山法学41巻1号（2017）43、73頁。
- 26) 小杉茂雄「保証の改正をどのように考えるか」椿寿夫他編『民法改正を考える』（日本評論社・2008）233頁以下。
- 27) 王・前掲論文73頁。
- 28) 商事法務（2012）『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』18頁「（1）フランス」。
- 29) 株式会社商事法務 前掲書19頁「（2）ドイツ」。
- 30) 金融商品取引法研究会『適合性の原則』（日本証券経済研究所・2016）21頁。
- 31) 王冷然『適合性原則と私法秩序』（信山社・2010）370-372頁。
- 32) 王・前掲書370-372頁。
- 33) 松嶋一重「個人保証をめぐる制度的現状と残された課題—中小企業の活力向上のための経営者保証の在り方—」金融法事情2054号（2016）19頁。

参考文献一覧

- 青山大 (2015) 『条文からわかる民法改正の要点と企業法務への影響』中央経済社。
- 井上聡、松尾博憲、藤沢治奈 (2018) 「改正民法の実務的影響を巡る第5回保証(下)」NBL1121号50頁以下。
- 王冷然 (2017) 「新民法における個人保証人保護の規定について」南山法学41巻1号43-73頁。
- 王冷然 (2010) 『適合性原則と私法秩序』信山社。
- 株式会社商事法務 (2012) 『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』18-19頁。
- 金融商品取引法研究会 (2016) 『適合性の原則』日本証券経済研究所。
- 金融庁 (2018) 「主要行等向けの総合的な監督指針の一部改正」(新旧対照表) 2頁。
- 小杉茂雄 (2008) 「保証の改正をどのように考えるか」椿寿夫=新見育文ほか編『民法改正を考える』日本評論社。
- 後藤卷則 (2013) 『消費者契約と民法改正』弘文堂。
- 潮見佳男 (2017) 『新債権総論Ⅱ』信山社。
- 潮見佳男、岡昌晶、黒木和彰 (2018) 「債権法と実務上の課題・保証」ジュリスト1519号84頁以下。
- 衆議院 法務委員会議事録第12号 (2016) 18頁。
- 首相官邸 (2010) 「新成長戦略～「元気な日本」復活のシナリオ～」閣議決定。
- 宗宮英俊、寶金敏明、岩田好二 (2018) 『改正民法保証法 保証意思宣明公正証書を中心として』日本法令。
- 椿寿夫、新見育文 (2008) 『民法改正を考える』日本評論社。
- 東京弁護士会 (2011) 「債権法改正を考える、弁護士からの提言／東京弁護士会法友全期会債権法改正プロジェクトチーム編」第一法規。
- 中村弘明 (2015) 「債権法研究会報告 保証債務(その2)」金融法事情2016号20頁。
- 日本公証人連合会 (2011) 『新訂 公証人法』ぎょうせい。
- 日本商工会議所、全国銀行協会 (2013) 「経営者保証に関するガイドライン」。
- 野澤正充 (2017) 『契約法セカンドステージ債権法』日本評論社。
- 能登真規子 (2012) 「身元保証の裁判例(1) 過去20年間の裁判例の考察」彦根論叢5-10頁。
- 松尾弘 (2017) 『債権改正法を読む 改正論から学ぶ民法』慶應義塾大学出版会。
- 松嶋一重 (2016) 「個人保証をめぐる制度的現状と残された課題—中小企業の活力向上のための経営者保証の在り方—」金融法事情2054号19頁。
- 松嶋一重 (2015) 「保証債務(その1)」金融法事情2012号40頁。