

## 保証人保護の方策の拡充に関する意見書

2014年（平成26年）2月20日

日本弁護士連合会

### 意見の趣旨

保証人保護の方策の拡充のため、民法に以下の項目に関する規定を新たに設けるべきである。

- 1 個人保証の制限（第三者保証の原則的禁止）
- 2 保証契約締結時の説明義務、情報提供義務
- 3 主たる債務の履行状況に関する情報提供義務
- 4 保証人の責任の制限

### 意見の詳細（設けるべき規定）及び理由

#### 第1 個人保証の制限（第三者保証の原則的禁止）

##### 1 意見の詳細（設けるべき規定）

(1) 主たる債務の範囲に金銭の貸渡し若しく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。）が含まれる根保証又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については、原則として、次に掲げる者以外の自然人を保証人とすることができないものとする。

① 主たる債務者の業務全般を執行する権限を有する者

② 法人が主たる債務者の場合において、当該保証の成立時に単独にてその法人の総社員又は総株主の議決権の過半数を有する者であって、当該貸渡し又は割引の依頼に係る行為をする者（そのような行為をした者も含む。）、その他上記①に記載した者に準ずる者

(2) 上記(1)本文に規定する保証において、その保証人の主たる債務者に対する求償権について別途保証がされる場合にも、当該別途の保証人について上記(1)を準用する。ただし、新たな保証人には法人を含まないものとする。

(3) 上記(1)にかかわらず、主たる債務者が事業を開始した日から3年を経過する日までに、当該事業のために必要な資金を取得する目的でした金銭の借入に基づくその返還債務について、同(1)の①及び②以外の者が公正証書をもって保証（ただし、根保証は除く。）をした場合に限り、その保証は有効とする。

ただし、この場合、当該公正証書の方式については、以下の定めに従うものと

し、かつ、保証債務については執行認諾文言を付することはできないものとする。

- ① 公証人が、当該保証人に対し、次に掲げる事項について確認すること
  - ア 主たる債務者がその債務を履行しない場合は、保証人がその履行をする責任を負うことを認識していること。
  - イ 連帯保証をする場合に当たっては、催告の抗弁及び検索の抗弁をすることができず、かつ、分別の利益を有していないことを、認識していること。
  - ウ 主たる債務の内容を認識していること。
  - エ 主たる債務者から次の事項について説明を受けていること。
    - (ア) 主たる債務者の収入及び現在の資産
    - (イ) 主たる債務者が当該債務以外に負っている債務の有無、額及び履行状況
    - (ウ) 主たる債務者の当該事業の具体的な内容及び現在の収益状況
    - (エ) 主たる債務についての他の担保の有無及びその内容
- ② 保証人が、当該債権者に対し保証債務を負う旨を公証人に口授すること。
- ③ 公証人が、保証人の口授を筆記し、これを保証人に読み聞かせ、又は閲覧させること。
- ④ 保証人が、筆記の正確なことを承認した後、これに署名し、印を押すこと。

## 2 理由

### (1) 個人保証の制限（第三者保証の原則的禁止）の是非と根拠について

いわゆる個人保証の制限について、当連合会は、保証制度の抜本的改正を求める意見書（2012年（平成24年）1月20日）及び民法（債権関係）改正に関する中間試案に対する意見書（2013年（平成25年）6月20日）を提出し、民法（債権関係）改正の検討項目として個人保証の制限について取り上げるよう求めてきた。

後者の意見書においては、民法（債権関係）改正に関する中間試案（以下「中間試案」という。）の第17-6の提案内容に賛成している。

中間試案は、「次に掲げる保証契約は、保証人が主たる債務者の〔いわゆる経営者〕であるものを除き、無効とするかどうかについて引き続き検討する」とし、具体的には「ア 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（貸金等債務）が含まれる根保証契約であって、保証人が個人であるもの」、及び「イ 債務者が事業者である貸金等債務を主たる債務とする保証契約であって、保証人が個人であるもの」を挙げている。

当連合会は上記ア及びイに規定する場合は保証人が主たる債務者の「経営者」

である場合を除き、保証契約を無効とするべきであるとしている。また、その「経営者」の概念について明確にするべく、これを「保証人が当該事業者の業務を執行しているもの」と規定するものとし、それ以外の第三者の保証を禁止すべきであるとしている。

このような個人保証の制限を行うべき主たる理由は、a) 主たる債務者が破綻した場合に、経営者のみならず第三者も保証人として多額にわたる事業用資金の融資残額と利息、遅延損害金の支払いを求められ、それに対応できない場合は、第三者も破綻することが多く、さらには、自殺する例が散見されるが、とりわけ無償にて好意から保証した第三者がそのような事態に陥ることについては、人道的な面から見て重大な問題があること、b) 中小企業においては経営者の知人である別事業者の経営者が第三者として保証するケースが散見されるどころ、一旦破綻した第三者保証人（別事業者の経営者であって、経営の意欲も能力も高いケースが散見される。）の事業の再チャレンジが困難となっていることなどが挙げられる。

こうした個人保証（第三者保証）の弊害があることから、実際にも、金融庁は、2011年7月に主要銀行や中小・地域金融機関向けの監督指針を改正し、「経営者以外の第三者の個人連帯保証を求めないことを原則とする融資慣行の確立」を明記した。そこでは、民間の金融機関に対し、経営者以外の第三者の個人連帯保証を求めないこととする原則に沿った対応を求めている。

ただし、この金融庁の監督指針は、金融機関向けのものであり、いわゆる貸金業者等が対象外となっているばかりか、あくまで監督指針に過ぎないので、これに金融機関が違反しても直ちに法的なペナルティが課されるものではない。そこで、銀行のみならず貸金業者等も含めて、法律で正面から個人保証を制限することが時代のニーズともいえる状況となった。

以上のとおり、個人保証の制限（第三者保証の原則的禁止）に向けた動きが必要とされる中、「経営者」ないし「第三者」の範囲が具体的な問題として残されている。

## (2) 「経営者」の概念について

そこで、「経営者」の概念をどのようにするかについて、検討する。

この点について、まず、「経営者」を実質的な観点のみから定義をする考え方がある。この立場は、「経営者」とは「実質的な経営者」あるいは「支配者」をいうとし、このような「実質的な経営者」に保証をさせることで、経営モラルを維持することができるので妥当であるとするものである。

しかし、このような実質的な観点のみを基準とする場合は、「実質的な経営者か否か」、あるいは「支配者か否か」の基準が全く不明確であり、そのため「経営者」の概念を巡ってトラブルが多く発生するおそれがあり、妥当とはいえない。

次に、形式的な観点から「経営者」の範囲を決める考え方があるが、その場合の「経営者」の定義については、いくつかの考え方がある。

まず、「経営者」を、基本的に「法人の代表者」に限定する考え方がある。これは、「経営者」の定義をできる限り狭く解することにより、個人保証の制限の範囲を広げようとするものである。しかし、これに対しては、法人の代表者ではないが事業者の業務全般の執行権限を有する者も、融資金の用途決定のみならず融資金の使用ないし費消等ができるので、その意味での経営モラル維持が図れず、融資が円滑に行われなくなるとの批判がある。

そこで、少なくとも「経営者」については、代表者も含め「主たる債務者の業務全般を執行する権限を有する者」と規定するのが妥当である。この見解は、株式会社でいえば、代表取締役のみならず業務全般の執行権限を有する取締役を含むとするものであるが、取締役会設置会社における取締役の場合は、取締役会決議により業務執行取締役として選任されない限りは「経営者」に含まれないこととなる（参照会社法363条1項）。

これに対し、「経営者」を、法人の代表者のみならず「法人の理事、取締役その他これらに準ずる者」とする意見もある。しかし、これについては、個人保証の制限をできる限り徹底しようとする立場からは、例外を認める範囲が広すぎるといわざるを得ない。また、「経営者」に取締役一般を含むとすると、業務執行権限のない取締役ないし社外取締役までもが含まれることになって、現在の金融庁監督指針のもとで少なくとも業務執行権限のない取締役が保証人とされていない実務にそぐわず、妥当でない。

よって、「経営者」の定義としては、基本的には、「主たる債務者の業務全般を執行する権限を有する者」（以下「業務執行権限者」という。）とするのが妥当であると思料する。

ただし、中小企業においては、業務執行権限は形式的には有しないが、実際にはオーナーとして「融資金の用途決定及びその使用等」の業務を、形式上の代表者（いわゆる雇われ社長）等を手足として行っている者も多く、これらの者について保証責任を負わせるのでなければ、上記の意味での経営モラルを維持し、かつ、融資の円滑化を図ることが困難となると考えられる。

それ故、「経営者」の概念については、基本的には上記としつつ、付加的に、

例えば「法人が主たる債務者の場合に、単独にて総社員又は総株主の議決権の過半数を有する者であって、当該貸渡し又は割引の依頼に係る行為をする者（そのような行為をした者も含む。）その他業務全般を執行する権限を有する者に準ずる者」（以下「業務執行権限者に準ずる者」という。）などという基準を加味して、実質的な経営者を適正な範囲で取り込むのが妥当であると考えられる。

すなわち、当該保証の成立時において、単独にてその総社員又は総株主の議決権の過半数を有するばかりか、その当時、当該事業者のために、当該債権者に対し、金銭の借入を申し入れ（法的には事実上の申込み）又は当該事業者の財産に担保権を設定することに同意（法的には事実上の同意）するなど、「当該貸渡し又は割引の依頼に係る行為をする者（そのような行為をした者も含む。）、その他主たる債務者の業務全般を執行する権限を有する者に準ずる者」は、まさに業務全般の執行権限を有する者に匹敵する実質的な権限を有する者といえ、このような者を保証人とするのを許容するのが妥当である。

これに対し、そのような者以外の者は、単なる単独社員又は株主に過ぎず、このような者についてまで保証人となることを認めるのは、所有と経営の分離という原則にそぐわず、かつ、現在の金融実務にも合致しないと考えられる。

なお、中小企業における真実の株主構成を把握することは困難であるとの批判もあろうが、貸主側が融資の条件として株主構成に関する資料（株主名簿及び税務申告書の同族会社等の判定に関する明細書など）を主債務者側に提出させることは容易であり、問題はないと思料する（株主構成について主債務者側が虚偽の事実を告げた場合等については、後述のとおりである。）。

また、事業のための貸金等債務を主たる債務とする保証において、その保証人の主たる債務者に対する求償権についても別途の保証がなされる場合があるが、これは貸金等債務の保証ではないものの、これについても、保証人が上記「経営者」に当たる場合を除き、原則としてその効力を生じないとするのが一貫しており、妥当である。この場合、当該別途の保証人が個人である場合にのみ、個人保証の制限の趣旨を及ぼせば足りるので、当該別途の保証人については、法人は除くものとした。

### (3) 第三者保証禁止の例外又は「経営者」概念の拡張について

上記のとおり「経営者」以外の第三者の保証を原則的に禁止する場合においても、さらに次の点が問題となる。

第1に、現在の金融庁の監督指針のもとでは、第三者であっても「自発的に保証を申し入れた第三者」を例外的に保証人として許容しており、これにより、例

えば、勤め先から独立して個人として起業あるいは法人を設立して新規開業をする際に、その勤め先の経営者あるいは起業を行う者の親族等が保証することにより、起業ないし新規開業が可能ないし容易となっているとの指摘がある。

そこで、民法においても、「個人である保証人が自発的に保証する意思を有することを確認する手段を講じた上で、自発的に保証する意思を有することが確認された者」を第三者であっても保証人として認める旨の規定を設けるべきであるとする考え方が提唱されている（法制審議会民法（債権関係）部会資料70A、5頁以下参照）。

この点については、一方で、このような規定を民法に置いた場合は、例えば債主が主たる債務者に指示して、保証人から「自ら保証の申し入れをします」旨の文書を出させるなどにより自発性を装うケースが続発し、第三者保証禁止の趣旨がないがしろにされるおそれがある。

他方で、事業として確立した場合は格別、上記のようなそれ以前の段階においては、事業開始ないし事業の確立目的での資金調達を支援するための特別な配慮が必要であり、そのための保証を許容することはやむを得ないと思料する。

そこで、民法において、事業開始から3年以内の当該事業のための金銭消費貸借の保証に限り、かつ、その場合も被担保債権額等が変動し事業開始から3年を経過した借入金債務等をも担保することのできる根保証は認めないこととし、及び下記の方式に従い公正証書を作成する方法により保証した場合に限り、第三者保証を例外的に許容するのが妥当である。

このような公正証書作成の方式としては、少なくとも次の4点について公証人が口頭で保証人に確認すること、及びそれに加えて、保証人が自ら保証をなすことを公証人に口授するものとし、保証人については代理人による公正証書の作成を認めないとする必要がある（参照民法969条）。

- ① 主たる債務者がその債務を履行しない場合は、保証人がその履行をする責任を負うことを認識していること。
- ② 連帯保証をする場合にあっては、催告の抗弁及び検索の抗弁をすることができず、かつ、分別の利益を有していないことを、認識していること。
- ③ 主たる債務の内容を認識していること。
- ④ 事業のために債務を負担する主債務者から委託を受けて保証人になる場合は、その主債務者から（ア）同人の収入及び現在の資産、（イ）同人が当該債務以外に負っている債務の内容、額及び履行状況、（ウ）同人の事業の具体的な内容及び現在の収益状況、（エ）主たる債務についての他の担保の有無及び

その内容について説明を受けていること。

さらに、保証については、たとえ公正証書によってなされる場合であっても、その有効性について裁判所にて審査がなされることが必要不可欠であることから、当該公正証書に保証債務について執行認諾文言を付することはできない（当該公正証書による執行はできない）こととすべきである。

第2に、「経営者」という例外の他に、「元経営者」も例外とするべきであるとの意見もある。

例えば、事業承継において、現在の経営者が高齢等のために引退し、後継者に事業を引き継ぐ場合に、引退した経営者が保証人となることを認めることにより、事業承継の円滑化を図る必要があるという指摘がある（部会資料6 2 3頁(3)）。

しかし、この指摘は、中小企業の実態にそぐわないと考えられる。なぜなら、中小企業の代表者その他の「経営者」は、既に事業者の保証人となっているのが通常であり、その代表者等の地位を辞しても債権者が同意しない限り、その保証契約は有効に存続するので、新たに「元経営者」の保証を求める必要がないと考えられるからである。

ただし、希ではあるが、代表者等の地位にあったときは保証人となっておらず、後継者に引き継いだ際に保証人となることを求められる事態も考えられないではない。しかし、そのようなケースについては、引退した「経営者」が事業者の実質的オーナーであるときは格別、そうでない場合は、その「元経営者」が新たな保証人となることを認める必要はなく、実質的なオーナーの保証を取り付けさえすれば事業承継は円滑に行われると考えられる。

それ故、上記のような事業承継における「元経営者」の保証の問題は、前述した実質的オーナーの要件を満たすか否かによって結論を異にするというべきであり、この場合に特別な基準を設ける必要はないと考える。

なお、別途、事業承継において後継者を新たな保証人として追加することを認めるか否かが問題となるが、この場合は、後継者が主たる債務者の業務全般の執行権限を有する地位（株式会社でいえば、業務執行権限を有する取締役）にある場合は、「経営者」として保証人となることができるので、特段の問題がないと思料される。

#### (4) その他の問題点

上記の考え方に立った場合に、さらに次の点が問題となる。

第1に、例えば代表取締役として登記されていたが実際には代表取締役選任の決議が無効で代表権がなかった場合、あるいは取締役会設置会社において取締役

会決議によって業務執行権が取締役に与えられたとされていたのに、実際には取締役会決議が無効であった場合など、「経営者」としての外形と実際との間で食い違いがあった場合に、どのように対処するかが問題とされている。

これについては、代表取締役として登記されていた者あるいは事業者から業務執行権限者として表示されていた者が、たとえ代表権あるいは業務執行権限を有しなかったとしても、実際に当該借入等の申入れ（事実上のもの）を行うなどして、業務全般の執行権限を有する者に準ずる者というべき状態となったのであれば、取引の安全や禁反言の法理に照らし、保証契約を有効とするのが妥当である。

第2に、融資の際の株主構成に関する申告においては支配株主とされていた者が、保証人の責任を問われた際に、実際には保証契約成立時において支配株主ではなかったことが判明した場合も問題がある。

しかし、これについても、上記と同様に、法人を主たる債務者とする場合に、当該保証の成立時において、当該法人が、債権者に対し、単独にて総社員又は総株主の議決権の過半数を有する者として表示した者であって、その当時において、当該法人のために、当該債権者に対し、金銭の借入等の申入れを行うなどして、業務全般の執行権限を有する者に準ずる者というべき状態となったのであれば、その保証契約を有効とすることなどが考えられる。

#### (5) まとめ

以上のとおり述べた方法により、民法において、個人保証の制限（第三者保証の原則的禁止）を基調としつつ、事業者の経営モラルを維持し、かつ、事業者に対する融資を円滑化することが可能となると思料する。

## 第2 保証契約締結時の説明義務、情報提供義務

### 1 意見の詳細（設けるべき規定）

(1) 事業のために債務を負担する者がその債務について保証を委託しようとするときは、当該債務者は、保証契約成立時までには、保証人になろうとする者（法人を除く。）に対し、次に掲げる事項を説明しなければならないものとする。ただし、主たる債務者の業務執行権限者又はこれに準ずる者が保証人となる場合は、この限りではないものとする。

- ① 主たる債務者の収入及び現在の資産
- ② 主たる債務者が当該債務以外に負っている債務の有無、額及び履行状況
- ③ 主たる債務者の当該事業の具体的な内容及び現在の収益状況
- ④ 主たる債務者についての他の担保の有無及びその内容

(2) 主たる債務者が委託を受けた保証人に対して、保証契約成立時まで、上記(1)の①から④までの事項のいずれかの説明をせず、又はそのいずれかについて事実と異なった説明をしたために、保証人が上記(1)の①から④までに掲げる事項について誤認をした場合において、主たる債務者がこれらの事項の説明をせず、又は事実と異なる説明をしたことを債権者が知り、又は知ることができたときは、保証人は、保証契約を取り消すことができるものとする。ただし、その誤認した事項が軽微なものは除くものとする。

## 2 理由

上記の意見書で述べたとおり、保証人となろうとする者が、そのリスクを十分に認識しないまま保証契約を締結することが多く、保証契約全般についてそのような事態が生じないように、保証契約締結時における規制を設けるべきである。

そのような観点から見て、少なくとも上記(1)のとおり説明義務等を課し、及びこれに反した場合は、上記(2)のとおり保証契約を取り消すことができるということが、必要不可欠である。

そして、これらの事項に関する事実ないし真実を、主たる債務者から説明を受けた場合は、保証人は、保証の対象となった債務の額などとの関係から、将来において保証責任を負う可能性について検討することができるのであり、安易に保証人となる事態を減少させることができると考えられる。

ただし、このような説明義務等規定の実効性を確保するために、「第三者による詐欺」の規定を参考にして、上記(2)のとおり、保証人が保証契約を取り消すことができるべきである。

のみならず、債権者は主たる債務者の将来の履行の確実性などについて一定の検討をした上で、保証を徴求するのが通常であり、かつ、そうすべきであるところ、その過程で、債権者は主たる債務者の信用状況を現実を知るか、容易に知ることができるはずである。それ故、これらの債権者が得た情報のうち一定のものは、保証人と共有されるべきであって、債権者について保証人に対する説明義務等を課しても酷に過ぎるということはない。この点、韓国にも同種の規定があり大いに参考にされるべきである。

なお、上記の説明義務等の規定は、事業者の「経営者」が保証する場合に限っては適用する必要がないと思料される。上記のとおり、「経営者」は、業務全般の執行の権限を有する者ないしこれに準ずる者であって、上記(1)に掲げる事項については、極めて容易に知り得る状況にあるからである。

### 第3 主たる債務の履行状況に関する情報提供義務

#### 1 意見の詳細（設けるべき規定）

- (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、主たる債務者が支払を怠ったためにその利益を失ったときは、債権者は、保証人に対し、期限の利益を喪失した日から2週間以内に、その旨を通知(到達が必要)しなければならないものとする。かかる通知が保証人に到達したことにより、債権者は期限の利益を喪失した日に遡って、そのことを保証人に対抗できるものとする。
- (2) 上記(1)にかかわらず、保証人が、主たる債務者において当該期限の利益を失ったことを上記(1)の2週間の期間内に知ったときは、上記(1)と同様とするものとする。
- (3) 債権者は、上記(1)の通知を怠ったときは、主たる債務者が期限の利益を失ったことをもって保証人に対抗することができないものとする。ただし、期限の利益を喪失した日から2週間を経過した後であっても、その後、保証人にその旨を通知した場合は、その通知が到達した日の翌日から、主たる債務者が期限の利益を失ったことをもって保証人に対抗することができるものとする。その期間経過後に、保証人が、主たる債務者において当該期限の利益を失ったことを知ったときも、同様とする。
- (4) 保証人が、上記(1)の通知を受けた後、1か月以内に、既に到来した支払期日に支払うべき債務の元本、及びこれに対する支払日までの遅延損害金の合計額の全額を支払ったときは、保証人との関係においては、主たる債務は期限の利益を失わなかったものとみなすものとする。
- (5) 保証人が、上記(3)のただし書きの通知を受けた後、1か月以内に、既に到来した支払期日に支払うべき債務の元本、及びこれに対する通知が到達した日までの約定利息、並びに通知が到達した日の翌日から支払日までの遅延損害金の合計額の全額を支払ったときは、保証人との関係においては、主たる債務は期限の利益を失わなかったものとみなすものとする。
- (6) 債権者は、保証人から照会があったときは、保証人に対し、遅滞なく主たる債務の残額その他の履行の状況を通知しなければならない。

#### 2 理由

既出の意見書でも述べているが、保証人は主たる債務の分割払いの状況を知らないのが通常であり、そのために債権者から、その債務の元金のみならず多額の遅延損害金の履行請求を受けることが多い。それ故、保証契約締結後においても、かか

る保証人の保護の観点から、上記(1)のとおり、債権者に情報提供義務を課すべきである。

なお、上記(1)の規定を設けた上で、さらに「債権者は、保証人から照会があったときは、保証人に対し、遅滞なく主たる債務の残額その他の履行の状況を通知しなければならない」旨の規定を置くのが妥当である。

また、このような債権者の義務の履行を確保するためには、上記の通知を怠ったときは、主たる債務者が期限の利益を失ったことをもって保証人に対抗することができないこととするのが妥当である。

さらに、主たる債務者が期限の利益を失った場合でも、1か月以内に、保証人が既に到来した支払期日に支払うべき分割債務の元本及びこれに対する支払日までの遅延損害金を支払ったときは、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ことにより、保証人の保護を図るのが妥当である。

なお、主たる債務の不履行により期限の利益を失った際には、債権者がかかる通知を2週間以内を送ることを怠ったが、その後、保証人にその旨を通知した場合の法律関係がどのようになるかについては、議論がある。

この点、債権者は、原則として、期限の利益の喪失の効果を保証人に対抗できないものの、保証人は、その後の通知を受けることにより、上記意見(5)のとおり期限の利益を維持する機会を得ることができる。

それ故、債権者のかかる遅れた通知により、その到達の日から、主たる債務についての期限の利益喪失の効果を保証人に対抗できるとすることは、特段の問題がないと思料する。なお、上記の2週間の期間経過後に、その期限の利益の喪失を債権者が知ったときも、上記の通知が遅れた場合と同様に律するのが妥当である。

#### 第4 保証人の責任の制限

##### 1 意見の詳細（設けるべき規定）

(1) 主たる債務者の業務執行権限者又はこれに準ずる者（いわゆる「経営者」）が、貸金等債務が含まれる根保証又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をした場合は、当該保証人は、その保証債務の履行期が到来したときに同人が保有する財産の価額から政令で定める一定の金額（例えば金500万円）を控除した額の限度まで、保証人の責任を減縮することを請求することができるものとする。

(2) 上記(1)以外の者（いわゆる第三者）が、本意見書第1（個人保証の制限）の

意見(3)の要件に基づき上記(1)の保証をした場合は、当該保証人は、次に掲げるその保証人の財産について、執行を禁止する旨の申立てをすることができるものとする。

- ① 金銭又は預金については、その合計額が政令で定める一定の金額（例えば金500万円）の範囲内
  - ② 保証人が自己の居住の用に供する土地及び建物であつて、土地については政令で定める一定の範囲内（例えば、240平方メートルの範囲内）、建物についてはその範囲内に存在するもの
- (3) 上記(1)の請求又は(2)の申立ては、訴え又は訴訟上の抗弁をもって行うものとし、同(1)の請求については保証人が保証債務履行時において同人が保有する財産の価額を明示して、同(2)の申立てについては保証人が執行禁止を申し立てる財産を特定し、かつ、その価額を明示して、それぞれ行うものとする。

## 2 理由

### (1) 保証人の責任の制限の必要性と合理性

既に述べたとおり、本意見書では、事業者の貸金等債務などについては「経営者」保証は制限されず、かつ、それ以外の第三者であっても、公正証書作成その他一定の要件のもとで例外的に保証が許容されることとしている。

ところが、とりわけ、このような貸金等債務などの「経営者」保証や第三者保証については、その責任が過酷となる場合が多く、これを制限する方策を取ることが重要な問題となる。

これについて、中間試案では、裁判所の裁量による保証債務額の減免（以下「裁量的減免」という。）と比例原則による保証責任の制限の2つの制度が提示され、「引き続き検討する」とされているところ、保証被害の深刻さに鑑みれば、これらは個人保証の制限と並んで画期的な提案であるというべきである。

ただし、これら2つの制度をはじめ、保証人の債務ないし責任を制限する制度については、正当化の根拠について疑問が出されている。具体的には、保証契約は、債権者と保証人との間の契約として有効に成立したにもかかわらず、その契約に基づく保証債務ないし責任が制限される理由が不明であるとの指摘がある。

しかし、保証については、元来が無償であるにもかかわらず、かつ責任の重さを自覚することもなく、個人的な関係（「経営者」保証の場合は経営モラル維持等）から保証を余儀なくされるという特質があり、それ故、保証人が利害得失を適正に判断して自由意思で契約するものとは言い難い。

そうであるにもかかわらず、とりわけ貸金等債務などの保証債務は多くの場合

過大となり、その結果保証人の破綻や自殺が後を絶たない状況である。

それ故、このような貸金等債務などの保証の特殊性に鑑みれば、少なくともこれらの保証人の責任については、特別な責任制限の制度を導入し、かかる保証債務による保証人の破綻等を防ぐことが正当化されると思料する。

## (2) その具体的方策について

### ① そこで、問題はそのための具体的な方策をどのようにするかである。

この点、一方で裁量的減免の制度は、保証契約成立後の一切の事情をも考慮してその保証債務ないし責任を制限しようとするものであるもので、債権者はどの程度責任が制限されるかについて予見できず、その予見可能性が害されるおそれがある。

しかし、他方で比例原則については、とりわけ中小企業の経営者の資産・収入が保証債務額に比して相当程度低いために、これに照らすと保証債務の内容が過大とされてしまう場合が多く、「経営者」保証による経営モラル維持の趣旨が没却されるおそれがあるとの指摘がある（部会資料62，9頁(2)参照）。

そこで、債権者の予見可能性を確保しつつ、比例原則のかかる弊害を回避する方策を打ち立てる必要があり、そのため上記意見のとおり提案をするものである。

上記提案は、主たる債務が貸金等債務などである場合の保証について、その保証人が、履行期において債権者から保証債務の履行を求められた場合に、「経営者」がその責任を減縮する旨、又はそれ以外の第三者が執行の禁止を求める旨の意思表示を、それぞれすることにより、当然にその責任（債務ではない）が減縮されるとするものである（形成権）。

### ② 具体的には、まず、主たる債務者の業務執行権限者又はこれに準ずる者が、貸金等債務などについて保証人となった場合には、その履行を求められた時点で当該保証人が保有する資産の合計額から政令で定める一定の金額（例えば金500万円）を控除した額の範囲内に、その保証人の責任を減縮する旨の請求ができることを認めるものである。

それ故、例えば金1億円の保証債務の履行を求めて債権者が提訴した場合で、その保証債務履行時の「経営者」保証人の保有する資産の合計額が5000万円であり、かつ、当該保証人が責任減縮（仮に500万円の範囲内で保護される場合）の請求をしたときは、その保証人に対して言い渡される判決は、「被告は、原告に対し、金1億円を支払え。ただし、金4500万円

を超えては執行することができない。」となるものである。

このような制度を導入することにより、債権者にとっては保証債務の履行期における「経営者」保証人の保有財産から政令で定める一定の金額を控除した額（上記の例では4500万円）を超えて執行できないことがあらかじめ分かり、かつ、比例原則のような弊害も生じない。

もともと、この提案では、当該保証人が、他の債務を負担している場合ももとより、他の保証債務を負担しているに過ぎない場合でも、それぞれの保証債権者が上記のような判決を得るなどして強制執行することができることになるので、保証人の困窮を十分には防ぐことができない。

しかし、このような限度であっても、単発の保証債務について保証責任が制限されるなど、「経営者」保証人の保護にとって重大な意義があるものと思料する。

- ③ 次に、貸金等債務などについて第三者が保証人となった場合については、少なくとも「経営者」と同様の保護を認めるべきであるが、かかる第三者にとっては通常は何らの見返りが無いことに鑑みれば、さらに「経営者」の場合以上の保護を認めるべきである。

そこで、かかる第三者たる保証人については、上記意見(2)の①及び②の財産について、保証債権に基づく執行を禁止することを求める権利を認め、同人の健康で文化的な一定程度の生活を守る方向としている。

この方法では、仮に合計額が金500万円の範囲内の金銭又は預金並びに240平方メートルの範囲内の自宅用土地及びその範囲内の建物の限度で保証人が保護される場合は、第三者保証人が「本件債務は保証債務であり、被告が有する200万円の金銭及び〇〇銀行〇〇支店の被告名義の普通預金（口座番号）のうち残高300万円、並びに被告が所有する居住用の土地240平方メートル及びその上に存在する被告所有の建物については、強制執行をしてはならない。」という申立てを行うこととなる。

これに対し、裁判所は、本件債務が保証債務であること、及び執行禁止を求める財産が上記意見(2)の①及び②に該当することを認定した上で、保証債務額全額の支払を命じつつ、被告が主張する金銭及び預金並びに居住用の土地及びその上に存在する建物について、執行の禁止をする旨の判決を下すこととなる。

そして、この方法によるときは、他に多数の保証債務を負担していても、保証人は、全てについて個々に責任制限を申し立てることができ、かつ、執

行禁止財産も共通となり、及び責任制限手続において保証人の保有する財産を確定する必要がなく、手続が単純化して分かりやすい。

また、債権者としても、保証契約時に、第三者である保証人の資産から一定の金額及び一定の範囲の不動産を差し引いて保証人の資産を計算し、その信用力を判断すればよく、その予見可能性も保護されることになると思料する。

- ④ 上記の保証人の二つの責任制限の請求ないし申立ては、通常の場合は、保証債権者からの支払い請求訴訟において、被告である保証人が抗弁として主張することとなる。

例えば、「経営者」保証人は、上記のとおり、本件債務が保証債務であり、保証債務の履行期の保有財産の合計額から政令で定める一定額を控除した額を超えて執行することができない旨を抗弁として主張することとなる。

また、第三者保証人の場合は、上記のとおり、本件債務が保証債務であり、保証人が有する財産のうち対象を特定して執行禁止を求める旨を抗弁として主張することとなる。

問題は、これらの保証債務について執行証書が作成されているときであり、この場合は保証債務については通常は直ちに執行がされるため、保証人はかかる抗弁を主張することができない。そこで、この場合は、執行証書による強制執行が終了するまでに、保証人が請求異議訴訟を提起できるものとし、上記のような責任制限の認容判決を得ることにより、それぞれ保証人の責任の制限を実現することができることとしている。

ただし、これらの責任制限の方法では、保証債務自体は縮減されないので、保証人はいつまでもその債務を負担することとなるが、これについては、任意整理、破産、民事再生手続等による抜本的な解決を図るほかはないと考える。

以上

（個人保証の制限）

第 条

- 1 主たる債務の範囲に金銭の貸渡し若しく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。）が含まれる根保証又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については、次に掲げる者以外の自然人を、保証人とすることができない。
  - 一 主たる債務者の業務全般を執行する権限を有する者
  - 二 法人が主たる債務者の場合において、当該保証契約の成立時に単独にてその法人の総社員又は総株主の議決権の過半数を有する者であって、当該貸渡し又は割引の依頼に係る行為をする者（そのような行為をした者も含む。）その他前号に規定する者に準ずる者
- 2 前項に規定する保証において、その保証人の主たる債務者に対する求償権について保証（保証人が法人であるものを除く。）がされた場合にも前項を準用する。
- 3 第1項の規定にかかわらず、主たる債務者が事業を開始した日から3年を経過する日までに、当該事業のために必要な資金を取得する目的でした金銭の借入にもとづくその返還債務について、保証人が公正証書をもって保証（ただし、根保証を除く。）をした場合は、その保証は有効とする。ただし、保証人については、その公正証書の方式は次に掲げるとおりとする。
  - 一 公証人が、保証人に対し、次に掲げる事項について確認すること
    - イ 主たる債務者がその債務を履行しない場合は、保証人がその履行をする責任を負うことを認識していること
    - ロ 連帯保証をする場合にあっては、催告の抗弁及び検索の抗弁をすることができず、かつ、分別の利益を有していないことを、認識していること
    - ハ 主たる債務の内容を認識していること
  - 二 第\*\*条（次条）第1項各号に規定する事項について、主たる債務者から説明を受けていること
  - ニ 保証人が、当該債権者に対し保証債務を負う旨を公証人に口授すること
  - 三 公証人が、保証人の口授を筆記し、これを保証人に読み聞かせ、又は閲覧させること
  - 四 保証人が、筆記の正確なことを承認した後、これに署名し、印を押すこと。
- 4 前項の規定に基づき作成される公正証書においては、保証債務について執行認

諾文言を付することはできない。

(保証契約締結時の説明義務等)

第\*\*条

- 1 事業のために債務を負担する者がその債務について保証を委託しようとするときは、当該債務者は、保証契約成立時までには、保証人になろうとする者(法人を除く。)に対し、次に掲げる事項を説明しなければならない。ただし、第条(前条)第1項各号に掲げる者が保証人となる場合は、この限りでない。
  - 一 主たる債務者の収入及び現在の資産
  - 二 主たる債務者が当該債務以外に負っている債務の有無、額及び履行状況
  - 三 主たる債務者の当該事業の具体的な内容及び現在の収益状況
  - 四 主たる債務についての他の担保の有無及びその内容
- 2 主たる債務者が委託を受けた保証人に対して前項各号に掲げる事項の説明をせず、又はこれらについて事実と異なった説明をしたために、保証人がこれらについて誤認をした場合において、主たる債務者が前項各号の説明をせず、又は事実と異なる説明をしたことを債権者が知り、又は知ることができたときは、保証人は、保証契約を取り消すことができる。ただし、その誤認した事項が軽微な場合は、この限りでない。

(主たる債務の履行状況に関する情報提供義務)

第++条

- 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、その支払を怠ったためにその利益を失ったときは、債権者は、期限の利益を失った日から2週間以内に、保証人にその旨の通知をしなければならない。この場合、当該通知が到達したことにより、主たる債務者がその利益を失った日をもって、その利益を失ったことを保証人に対抗することができる。
- 2 前項の規定は、保証人が、主たる債務者において当該期限の利益を失ったことを前項の期間内に知ったときに準用する。
- 3 債権者は、第1項の通知を怠ったときは、主たる債務者が期限の利益を失ったことをもって保証人に対抗することができない。ただし、期限の利益を失った日から2週間を経過した後に、保証人に期限の利益を失った旨の通知をしたときは、その通知が到達した日の翌日から、主たる債務者がその利益を失ったことをもって保証人に対抗することができる。
- 4 前項ただし書の規定は、保証人が、主たる債務者において当該期限の利益を失

ったことを前項の期間経過後に知ったときに準用する。

- 5 保証人が、第1項の通知を受けた日から1か月以内に、既に到来した支払期日に支払うべき債務の元本及びこれに対する支払日までの遅延損害金を支払ったときは、保証人との関係においては、主たる債務は期限の利益を失っていないものとみなす。
- 6 保証人が、第3項ただし書の通知を受けた日から1か月以内に、既に到来した支払期日に支払うべき債務の元本、これに対する通知が到達した日までの約定利息及び通知が到達した日の翌日から支払日までの遅延損害金を支払ったときは、保証人との関係においては、主たる債務は期限の利益を失っていないものとみなす。
- 7 債権者は、保証人から請求があったときは、保証人に対し、遅滞なく主たる債務の残額その他の履行の状況を通知しなければならない。

(保証人の責任制限)

## 第 条

- 1 第 条(個人保証の制限)第1項各号に掲げる者が同項に規定する保証をした場合は、当該保証人は、その保証債務の履行期が到来したときに当該保証人が保有する財産の価額から政令で定める金額(例 金500万円)を控除した額の限度まで、その責任を減縮する旨の請求をすることができる。
- 2 前項に規定する者以外の者が、第 条第3項の規定により保証した場合は、当該保証人は、次に掲げる財産について、執行を禁止する旨の申し立てをすることができる。
  - 一 合計額が政令で定める金額(例 金500万円)を超えない金銭又は預金
  - 二 自己の居住の用に供する土地であって、その面積が政令で定める範囲(例 240平方メートル)のもの(面積が政令で定める範囲を超える土地については、その範囲までの部分をいう。)
  - 三 自己の居住の用に供する建物であって、前号に規定する土地の範囲内に存するもの
- 3 第1項の請求又は第2項の申立ては、訴え又は訴訟上の抗弁をもって行うものとし、第1項の請求については、保証人は保証債務の履行期において同人が保有する財産の価額を明示して、第2項の申立てについては、保証人は執行禁止を申し立てる財産を特定し、かつ、その価額を明示して、それぞれ行うものとする。

以上