

早稲田商学第 459 号
2020 年 9 月

資 料

講演録：

「改正債権法における保証制度のあり様」

新 井 剛

新井：ただいまご紹介いただきました，新井でございます。まずは配布資料が，皆さま方のお手元にあるか確認をさせていただければと思います。1つ目は，私の名前がございます「改正債権法における保証制度のあり様」というレジюмеでして，13 ページまであるものでございます。保証に関しては一から七で，最後の八では消費貸借についてお話をさせていただきます。

2つ目は，現行の規定を旧規定，債権法改正後の規定を新规定と称して，本日はお話しさせていただきますが，この新旧の対照条文というものをお配りしております。

3つ目は，別添3「極度額に関する参考資料」でして，国土交通省の住宅局住宅総合整備課が出しております，賃貸保証に関して，保証の極度額はどの程度が相場なのだろうかというものを添付しております。

4 個目は，埼玉司法書士会の債権法改正対応委員会の先生方から以前頂戴しました，登記原因証明情報の様式（案）（本号 151 頁から 153 頁に一部掲載）というものでございます。

それでは，早速でございますが，レジюмеに基づいてお話しをさせていただければと思います（以下，当日配布のレジюмеを四角囲みで紹介する）⁽¹⁾。

一、保証契約総説

1 保証契約の成立

債権者と保証人との契約により成立。主債務者との間の契約ではない。加えて、書面要件（民法446条2項）。

それにより、保証人に責任。（←「契約は守らなければならない。」

∴①自己決定による自己責任、②相手方の信頼保護）

2 保証契約の種類

(1) 普通保証と連帯保証

普通保証（446条1項＝補充性）

⇒催告の抗弁権（452条）、検索の抗弁権（453条）

連帯保証（454条＝補充性なし）

⇒催告の抗弁権、検索の抗弁権なし。

*実務では、こちらが一般的。

（←保証人の責任が重すぎるとして廃止論あり。）＝問題点①

(2) 普通保証と根保証

普通保証—ある特定の債務について、その履行を保証

根保証—継続的に生ずる不特定・複数の債務について、その履行を保証（＝期間や金額が無制限である場合、保証人は予想外に過大な責任を強いられる。）

⇒2004年改正 貸金等根保証契約の制限（旧465条の2～5）（「極度額」なければ無効。「期間」は最大で5年間）

しかし、貸金以外でも、個人保証人保護が必要ではないか？（Ex. 賃貸保証等）＝問題点②

(3) 個人保証と法人保証・機関保証

個人保証—保証人が個人であるもの。保証人保護の要請が強い。

∴個人保証の情誼性・未必性・軽率性、情報格差あり＝問題点③

(1) 本稿は、2019年11月16日に埼玉司法書士会・債権法改正研修会においておこなった講演とそれに対する質疑応答の内容を記録した講演録である。本稿は、すでに同会の会員向けホームページに掲載されているが、一般の方は見ることができない。そこで、本誌において本稿を公表することにした次第である。

講演の機会をいただき、かつ本誌への本稿転載を御承諾いただいた同会には、この場を借りて、心より御礼申し上げます。加えて、当日御質問をいただき、本誌への質疑応答部分の転載を御快諾いただいた、同会会員の森田和志先生、伊藤亥一郎先生、嶋根琢磨先生にも御礼を申し上げます。

法人保証—保証人が法人であるもの。保証人保護の要請はあまりない。

機関保証—保証人が信用保証協会等の機関であるもの。

冷静なリスク計算ができるため、個人保証とは全く性格を異にする。

3 保証契約の経済的・実務的意義と機能

(1) 中小企業のための信用供与

—個人保証のほか、機関保証（農林漁業・輸出振興目的等）も多い。

予想外に高額な債務を負担して、身の破滅を招く危険＝**問題点④**

(2) 消費者信用

—消費者ローンのほか、住宅ローン、自動車販売、賃貸保証等。

保険が用いられることもある（住宅ローン保証保険、個人ローン信用保険）。

(3) 納品保証・工事完成保証

—主たる債務が金銭債務ではない点に特徴。

保証人は法人である場合が多い。

保険が用いられることもある（履行保証保険、請負信用保険）。

*請負工事の完成保証では、競業他社同士が保証し合う関係になる。

そのため、談合の温床になるとして、損害保険会社が保証人になる

「履行ボンド制」が導入されている。

一、保証契約総説

まずは、「一 保証契約総説」というところでございます。二から債権法改正の内容に行くわけでございますが、一のところ、これまでの保証契約がどういうふうなものなのか、そしてそこにはどういった問題点があるのかということを確認するために、あえてお話をさせていただきます。

1 保証契約の成立

(1) 保証人が責任を負うための要件

それでは、一の1ですが、当然のことでございますが、保証人が責任を負うというのは保証契約が成立をするからです。それは債権者と保証人との間においての契約が成立をする必要があり、そして現在は、2004年の改正に基づき

まして、いわゆる書面要件、446条の2項のところでございますが、保証契約は書面でしなければその効力を生じないという形になっているわけでございます。このような形で保証契約が成立をいたしますと、保証人は保証責任を負わなければならないという形になる。それは翻って考えてみますと、民法には書かれていないけれども、契約は守らなければならないという大原則があるからでございます。

(2) 「契約は守らなければならない」—その理由

それでは、なぜ契約は守らなければならないのか。この問題に関する現在の到達点は、次の2つの理由からであるとされております。1つ目は、契約については契約をするかどうか契約自由の原則が前提であるところ、あえて保証人として保証契約を成立させている。すなわち自己決定による自己責任というのが、契約は守らなければならないことの1つ目の理由です。2つ目は、契約の相手方の信頼を保護する必要がある、そのため、契約は守らなければならないというわけでございます。

したがって、例えば、相手方が詐欺行為をしているとしますと、2つ目の相手方の信頼保護というのは必要なくなるわけですので、契約は守らなければならないということにはならない。また、自己決定をするのに十分な情報が提供されていないとするならば、それに基づく自己責任を課すというのは妥当なのかということが問題となってくるわけございまして、この観点から、今般の債権法改正では、保証契約において情報提供義務というのが課せられるという話しにつながってくるわけでございます。

2 保証契約の種類

(1) 普通保証と連帯保証

続いて、2に行かせていただきます。保証契約の種類に関しては、普通保証と連帯保証の2つがございます。普通保証については、催告の抗弁権、検索の

抗弁権がございますが、連帯保証についてはこれらがございます。実務ではこちらが一般的であるとされているわけでございます。

この点につきましては、保証人というのは、自ら債務者であるというわけではない。あくまでもお金を借りたのは主たる債務者であるにもかかわらず、保証人が連帯関係という形で主たる債務者と同列の責任を負うのは果たして妥当なのだろうか、保証人の責任が連帯保証では重過ぎるのではないかということで、債権法改正の過程においては廃止論もあったわけでございます（＝問題点①）。しかしながら、これが導入されなかったということについては、後ほど確認をさせていただければと思います。

(2) 普通保証と根保証

2つ目は、普通保証と根保証という問題もございます。一般の保証につきましては、ある特定の債務についてその履行を保証するというものでございますが、他方で根保証というものは、継続的に生ずる不特定・複数の債務についてその履行を保証するものでございます。すなわち、期間や金額が無制限であるということが多いため、保証人は予想外に過大な責任を強いられるという問題が根保証にはあったわけでございます。

そこで、平成16年、2004年の改正では、貸金等についての根保証契約につきましては保証人を保護する。すなわち、現行（注：講演当時。以下同じ）の465条の2以下は、極度額がなければ貸金等の保証は無効である、また、その期間は最大で5年間、期間の定めがなければ3年間という形になっているわけでございます。

この現行法に関しましては、貸金以外の類型においても、個人保証人の保護が必要ではないかということが問題とされておりました。具体的には、賃貸保証などの場合において、やはり同じように、期間や金額が無制限であるために、予想外の責任を保証人が負わなければならないという問題があるのではないかと、という問題提起がされていたところでございます（＝問題点②）。

(3) 個人保証と法人保証・機関保証

続いて、(3)に行かせていただければと思います。個人保証、法人保証、また、その法人保証の中での特殊な類型の機関保証という問題です。

保証人が個人であるという場合には、その人間関係から仕方なくそれを引き受けざるを得なかったという情誼性ですとか、必ずしも責任を負うかどうか分からないという未必性、あるいは軽率に保証人になってしまうというような軽率性、さらには、保証契約の相手方である債権者と個人保証人との間にはかなりの情報格差があるのではないかという問題が提起されており、個人保証人に関しては、その保護の必要性が高いとされていたわけでございます。

他方、法人保証人につきましては、その要請はあまり強くなく、特に機関保証、例えば信用保証協会等では、冷静なりリスク計算ができるために、そのような配慮、保証人保護という必要性はない。逆に言うと、個人保証人の保護という必要性に関しては、何らかの制度改革が必要なのではないかという問題点が指摘されていたわけですから（＝問題点③）。

3 保証契約の経済的・実務的意義と機能

3に行かせていただければと思います。保証契約の経済的・実務的意義、機能といたしましては、次の3つを掲げさせていただきました。

(1)として中小企業のための信用供与、すなわち事業のための保証という問題であるわけでございます。これは個人のほか機関保証も多いわけですが、個人保証人の場合には予想外に高額な債務を負担して身の破滅を招く危険があるということで、果たしてそれでよいのかという問題点が今回の債権法改正では取り上げられたわけですから（＝問題点④）。それ以外にも、(2)消費者信用や(3)納品保証・工事完成保証がございますが、ここでは割愛をさせていただきます。

二、保証契約の主たる改正項目

- 1 債権者の保証人への情報提供義務（458条の2, 同3）
—保証人に代払いの機会を与え、過大な遅延損害金負担を回避させるため。
=問題点③に対応。
∴債権者の協力義務・配慮義務=信義誠実の原則（1条2項）に基づく。
- 2 「貸金等根保証」契約の制限から、（一部）「個人根保証」契約の制限へ（465条の2～5）=問題点②に対応。
（Cf.「貸金等根保証」=貸金又は手形割引による債務の根保証, 465条の3）
（Ex. 賃貸保証, 継続的な商品売買に係る代金債務の保証）
- 3 事業に係る債務についての保証契約の特則（465条の6～10）
=問題点④と問題点③に対応。
Cf.「事業」とは、一定の目的をもってされる同種の行為の反復継続的遂行

二、保証契約の主たる改正項目

以上、一を踏まえまして、4つの問題点に対して、新しい債権法改正ではどのような対応がなされたのかというのが、二というところでございます。大きくは、3つの部分で改正がなされたというのが、保証契約については重要であろうと思います。

1つ目は、債権者の保証人への情報提供義務、これは債権者から保証人に対してのものでございます。具体的には、458条の2と3というところでございますが、その内容については、詳しくは次の三で検討させていただきます。

2つ目の問題は、2004年で導入されました貸金等根保証契約の制限に関して、賃貸保証や継続的な商品売買に係る代金債務の保証などについても幅広く根保証人の保護を図るべきなのではないかということで、必要な対応がなされております。これは、四で詳しく紹介させていただきます。

3つ目が、事業に係る債務についての保証契約の特則というところでございまして、ここは、全く新たに、今回の債権法改正において導入をされたところとございまして、保証制度改正における1つの目玉ということができるとは

ないかと思えます。この件については、五で詳しく検討させていただきたいと思えます。

それでは、以上の3つが保証契約における主たる改正項目であるという確認をさせていただいた上で、1つ目の債権者の保証人への情報提供義務について、詳しく検討させていただければと思えます。

三、債権者の保証人への情報提供義務

0 改正法は、債権者が保証人に対する情報提供義務として、(1)履行状況と、(2)期限の利益喪失に関して規定している。その違いは、

- ①提供すべき情報の内容や時期
- ②対象となる保証人の範囲
- ③当然の提供義務か、保証人からの請求があれば提供義務を負うか
- ④効果の明定の有無 に着目すると良い。

1 主債務の履行状況に関する情報提供義務（458条の2）

—保証人として履行しなければならない保証債務の内容に関する重要な情報
他方で、守秘義務や個人情報保護の問題

⇒そこで、「主債務者から委託を受けた保証人」は、債権者に対して、主債務の履行状況に関する情報（元本及び従たる債務について、不履行の有無、未払いの各債務残額、そのうちの弁済期到来分の額）の提供を請求することができ、債権者は、遅滞なくその情報を提供しなければならない（458条の2）。

∴履行状況につき、正確な情報提供を期待できるのは、債権者。

本条には、債権者を守秘義務から解放する意義がある。

この趣旨は、個人保証人に限られないから、法人保証人も含む。

⇒債権者に情報提供義務が課せられている以上、債権者がその義務を怠ったため、保証人が損害を被った場合には、保証人は債権者に対して、債務不履行に基づく損害賠償を請求することができる（415条）。

=義務違反が重大なら、保証契約の解除もありうる。

以上より、①主債務の履行状況につき、保証人の請求があれば遅滞なく、情報提供義務

②法人保証人も含み（ただし、委託ある保証人のみ。無委託なら、個人情報保護の問題あり。）

③保証人の請求があれば、情報提供義務が生じ、

④効果については明定なし。⇒債務不履行一般の問題へ。

*** 委託を受けない保証人からの情報提供請求**

主債務者に履行状況を尋ねることは期待できず、債権者に尋ねる必要性高い。
本条が、債権者を守秘義務から解放する（主債務者との間で、損害賠償等の問題にならない）ことに意義がある以上、主債務者の同意を得ることで対応することになる。

2 主債務者の期限の利益喪失に関する情報提供義務（458条の3）

—保証人に代払いの機会を与え、過大な遅延損害金負担を回避させるため。

= 問題点④に対応。

∴債権者の協力義務・配慮義務 = 信義誠実の原則（1条2項）に基づく。

⇒ア. 主債務者が期限の利益を喪失したときは、債権者はその事実を知った時から2箇月以内に保証人に通知しなければならない（1項）。

*** なぜ、起算点は「知った時」なのか？**

イ. その通知をしなかったときは、保証人に対して、遅延損害金を請求できない（2項）。

*** アに関して、2箇月以内に、その通知が保証人に到達しなければならないか？**

= 個人保証人保護の観点からの規定。

そのため、法人保証人には適用なし（3項）。

以上より、①期限の利益喪失につき、それを知った時から2箇月以内に情報提供

②個人保証人のみが対象

③当然の情報提供義務

④効果は、遅延損害金請求できず（本体の請求は可能）。

三、債権者の保証人への情報提供義務

458条の2と3の条文をご覧いただけましたら幸いです。

458条の2は、そのタイトルが、主たる債務の履行状況に関する情報の提供義務、458条の3は、主たる債務者が期限の利益を喪失した場合における情報

の提供義務というわけでございます。債務不履行の状況になりますと、普通は契約書において、債務者は期限の利益を喪失するという約定が入っている場合が多いので、この2つは何でこのように書き分けられているのかと、疑問に思われる先生もいらっしゃるかと思います。そこで、この問題をここで取り上げたいというわけでございます。

まずは、1つ目ですが、458条の2、主たる債務の履行状況に関する情報の提供義務というところです。

「458条の2 保証人が主たる債務者の委託を受けて保証した場合において、保証人の請求があったときは、債権者は、保証人に対し、遅滞なく、主たる債務の元本及び主たる債務に関する利息、違約金、損害賠償その他その債務に從たる全てのものについての不履行の有無並びにこれらの残額及びそのうち弁済期が到来しているものの額に関する情報を提供しなければならない。」

この内容について、確認をさせていただければと思います。

0 理解のためのポイント

具体的には、1のところですが、その前の0のところ、両条の違いをどこに着目して理解をすればよいのかというポイントを4個挙げさせていただきました。

1つ目は、提供すべき情報の内容や時期に着目をして、458条の2と、458条の3の違いをご確認いただければと思います。

2つ目は、対象となる保証人の範囲です。法人が入るのか、入らないのかという部分です。

3つ目が、当然の情報提供義務か、保証人からの請求があれば情報提供義務を負うか。具体的には、458条の2のほうが後者。458条の3のほうは当然というわけです。

4個目は、効果の明定の有無というところで、458条の2のほうは効果の規

定はございません。他方で、458条の3のほうは遅延損害金を請求できないという形で効果が明定されているわけでございます。

1 主債務の履行状況に関する情報提供義務（458条の2）

それではまず、今、確認をさせていただきました458条の2につきまして、より詳しくお話しをさせていただければと思います。

(1) 本条の内容

保証人と債権者との間で、保証契約が成立するというわけでございます。そこで、保証人といたしましては、どのようなことを履行しなければならないか。その保証債務の内容に関しては、極めて重要な情報であるというわけでございます。他方で、それを債権者が、主債務の履行状況、すなわち主たる債務者が債権者に対して、どのような履行状況にあるのかということについて、保証人に情報提供するということは、第三者に情報を提供するという形になりますので、守秘義務ですとか個人情報保護の問題ということが現在においては取り沙汰される可能性があるわけでございます。

そこで、458条の2は、主債務者から委託を受けた保証人、すなわち保証委託契約がある場合に、保証人が債権者に対して、主債務の履行状況に関する情報、すなわち条文にありましたが、元本及び従たる債務について、1つ目として、不履行の有無、2つ目として、未払債務の各残額、そして3つ目として、そのうちの弁済期到来分の額について、その情報提供を請求することができ、そのような請求があれば債権者は遅滞なくその情報を提供しなければならないという条文にしたわけでございます。

(2) 本条制定の背景と本条の意義

それでは、なぜこのような条文がつけられたのでしょうか。その根底には、保証人を予想外の過大な負担から解放するためには、主債務の履行状況に関する情報を保証人に提供するべきであるが、このような情報について正確な情報

提供を期待できるのは債権者である。主たる債務者は、本当は払っていないにもかかわらず、払ったというふうに言いかねないだろうということがあられるわけではあります。

また、本条には、債権者を守秘義務から解放するという意義がありまして、保証委託契約があるとするならば、主たる債務者が保証人に対して、保証人になってくれとお願いをしている以上、このような情報提供がなされたとしても、それは仕方ないだろうという配慮がなされているわけでごさいます。そして以上のような、保証人に対して情報提供することの意義は、個人保証人に限られませんから、法人保証人も含むわけでごさいます。

(3) 本条違反の効果

その上で、この458条の2には効果が規定されておられません。これについては、いわゆる債務不履行の一般規定に基づく対応というのが考えられております。すなわち債権者に情報提供義務が課せられている以上、債権者がその義務を怠った、そのために保証人が損害を被った場合には、保証人は債権者に対して債務不履行に基づく損害賠償を請求することができる。これは民法415条ですが、そのような形で効果が考えられているというわけではあります。

もう1つには、その情報提供義務の義務違反が重大であるとするならば、重大な不履行があるということで、保証契約そのものの解除ということも考えられるだろうというわけでごさいます。

(4) 本条のまとめ

以上について、先ほど確認をいたしましたポイント4点に基づいて整理をいたしますと、まず458条の2、主債務の履行状況に関する情報提供義務につきましては、その主債務の履行状況につきまして保証人の請求があれば情報提供を遅滞なくやる。2つ目は、個人のみならず、法人保証人も含む。しかし、それは委託ある保証人の場合のみです。無委託であるとするならば、個人情報保護の問題があり得るからです。3つ目は、保証人の請求があれば情報提供義務

が生じるのであって、当然の義務ではない。そして4個目は、効果については明定されていないので、債務不履行一般の問題になっているということをご確認いただければと思います。

(5) 委託を受けない保証人から債権者に対して情報提供請求がなされた場合

なお、委託を受けない保証人から債権者に対して情報提供請求がなされた場合の問題がございまして、実はこの場合こそ、保証人とするのが情報を欲するのではないかと。なぜなら、主たる債務者との間で保証委託契約がございませんから、主債務者に対して履行状況を尋ねるといことは普通考えられない。そのため、債権者にその内容、情報を尋ねる必要性が高いわけがございます。しかしながら、他方で、458条の2には債権者を守秘義務から解放するというところに意義がございますから、もしこれを安易に債権者が提供するならば守秘義務違反の問題が発生し得る。そこで、このような場合には、主債務者の同意をあらかじめ得るとい形で実務では対応されるのではないかとのお話をさせていただければと思います。

2 主債務者の期限の利益喪失に関する情報提供義務（458条の3）

(1) 本条の内容

続いて458条の3、期限の利益喪失に関する情報提供に行かせていただけたらと思います。

「458条の3 主たる債務者が期限の利益を有する場合において、その利益を喪失したときは、債権者は、保証人に対し、その利益の喪失を知った時から2箇月以内に、その旨を通知しなければならない。

② 前項の期間内に同項の通知をしなかったときは、債権者は、保証人に対し、主たる債務者が期限の利益を喪失した時から同項の通知を現にするまでに生じた遅延損害金（期限の利益を喪失しなかったとしても生ずべきものを除く。）に係る保証債務の履行を請求することができない。

③ 前2項の規定は、保証人が法人である場合には、適用しない。」

このように、458条の3というのは、主債務者が期限の利益を喪失した場合に、債権者は遅滞なく当然に保証人に対しその情報を提供しなければならないとなっているわけでございます。これは、保証人に代払いの機会を与えまして、過大な遅延損害金の負担を回避させるために、このような条文が置かれたわけでございます。これは、先ほどの問題点③への対応と考えられると思います。

(2) 本条制定の背景

なぜ、このような情報提供義務が課せられるのかと申しますと、債権者には、現在、保証人に対して保証契約に基づく協力義務・配慮義務、それは信義誠実の原則を前提としているわけでございますが、そういったものが課せられるのではないかと考えられております。その一環として、この期限の利益の喪失に関する情報提供義務というのを債権者に課すべきであるということで、条文化されたというわけでございます。

(3) 起算点

この条文に関しては、1つ目に、主債務者が期限の利益を喪失したときは、債権者はその事実を知った時から2箇月以内に保証人に通知しなければならないと1項で規定しております。それでは、なぜ起算点は知った時なのかということでございますが、当然のことですが、債権者に対して直接その債務を持参するという場合のみならず、銀行振込み等によって支払うということも世の中にはよくあるわけでございますから、債権者がその期限の利益喪失条項に触れたような債務不履行があったということを直ちに知ることができるかということ、そうではない場合もあり得るわけですから、法は不可能を強いませんから、その事実を知った時から起算をすることとなっているわけでございます。

(4) 効果

続いて、2つ目ですが、2項は、その効果として、その通知をしなかったときには保証人に対して遅延損害金を請求できないとしているわけございま

す。それでは、この2項、2箇月以内に通知をする、その通知というのは保証人に到達をしなければならないのが問題となるわけでございます。結論的には、個人保証人保護の観点から458条の3というのが規定されておまして、3項は、法人保証人には適用しないとしています。そうである以上、当然、その2箇月以内に保証人に通知が到達しなければ、個人保証人の保護にはならないのですから、その期間内に到達しなければならないと考えられるわけでございます。

(5) 法人保証人不適用の理由

なお、本条が法人保証人に適用がないというのは、2つの理由がございまして、1つ目には、法人が保証人であるという場合には、個人と違いまして生活破綻など極めて深刻な事態には直ちに陥らないということが挙げられております。2つ目には、保証人から当然の情報提供義務という形になっておりますので、今お話したように、法人については個人に比べるとその保護の必要性は限定的であるという形になりますから、真に必要な場合に限定をして保証人の期限の利益喪失に関する情報提供義務というのを規定した。そのために、法人保証人には適用はないというふうに説明されているところでございます。

(6) 本条のポイント

以上を踏まえて、ポイント4点を整理いたしますと、①458条の3というのは、主債務者の期限の利益喪失という情報につきまして、債権者はそれを知った時から2箇月以内に情報提供しなければなりません。②これは対象として法人は含まれず、個人保証人のみが対象でございます。③保証人からの情報提供請求がなかったとしても、当然にその情報提供はしなければなりません。そして、④の効果としては、遅延損害金を請求できないという形での効果の明定がなされているわけでございます。

なお、遅延損害金の請求ができないというだけでございますから、当然のことながら、元本あるいは既に発生をしているところの利息等につきましては、

2項の括弧の中にございますけれども、期限の利益を喪失しなかったとしても生ずべきものについては請求ができるというわけでございます。

以上が、三の債権者の保証人への情報提供義務という内容でございます。

四、「貸金等根保証」契約の制限から、(一部)「個人根保証」契約の制限へ

- 1 465条の2:「極度額」に関して、「貸金等根保証」契約の制限⇒「個人根保証」契約の制限へ＝②に対応。

* 2020年4月1日以降に、賃貸借契約が更新された場合、賃貸保証に関して、極度額の定めがなければ無効とする本条は適用になるか？

⇒「極度額」に関する規律の対象を保証人が個人根保証契約一般に、拡大した(1項)。

* 身元保証にも、本条は適用されるか？

* * 「極度額は、賃料の4箇月分」との記載は、465条の2の「極度額」として有効か？

= 保証契約の時点で、確定的な金額を書面または電磁的記録上定めておかなければ、その個人根保証契約は無効となる(2項, 3項)。

- 2 465条の3:「期間」に関する規律の対象は、個人根保証契約一般には拡大せず。
= 「貸金等根保証」(＝貸金又は手形割引による債務の根保証)のまま。
(個人貸金等根保証契約)

∴ 賃貸保証に関して、最長5年で元本が確定するとなると、5年を超えて賃貸借契約が存続した場合、賃貸人は無保証での賃貸を強いられる。

- 3 465条の4: 元本確定事由の整理(＝個人根保証契約と個人貸金等根保証契約の区別による)

債権法改正前: 元本確定事由(旧465条の4)

- ① 主債務者又は保証人の財産について、強制執行又は担保権の実行申立て。ただし、その手続きの開始があったときに限る。
- ② 主債務者又は保証人の破産手続開始決定。
- ③ 主債務者又は保証人の死亡。

しかし、①の主債務者の財産についての強制執行等開始と、②の主債務者の破産手続開始決定を、個人根保証契約一般の元本確定事由とするのは適当でない。

∴ 賃貸保証に関して、上記理由で元本が確定するとなると、その後も賃貸借契約が存続した場合、賃貸人は無保証での賃貸を強いられる。

(= 賃借人の財産に関する強制執行・破産手続等開始は、必ずしも賃貸借契約終了事由にはならない。)そして、同様の問題は、賃貸保証以外にもありうる。

⇒①の主債務者の財産についての強制執行等開始と、②の主債務者の破産手続開始決定は、個人貸金等根保証契約のみの元本確定事由とし(2項)、それ以外は、個人根保証契約一般の元本確定事由とした(1項)。

* 賃貸保証における、保証人死亡の場合、判例は根保証契約の相続性を認めていたため(大判昭和9.1.30民集13-103)、改正法により変更になることに注意。

4 465条の5：保証人が法人である根保証契約の求償権に関して、個人が保証
= 趣旨は、旧規定のまま(= 業人形をかませることによる脱法手段の防止)。

* 債権法改正により、個人根保証契約と個人貸金等根保証契約に区別されたため、1項が個人根保証契約の場合、2項が個人貸金等根保証契約の場合となるとともに、3項で、法人が保証する場合には適用しないことを独立規定化。

四、「貸金等根保証」契約の制限から、(一部)「個人根保証」契約の制限へ

それでは、四、「貸金等根保証」契約の制限から、(一部)「個人根保証」契約の制限へというところに参ります。具体的には、465条の2～5、いわゆる枝番のところをご確認いただければと思います。現行規定と改正後の規定を適宜比較しながら、その内容について理解を深めていただければと思います。

1 465条の2

(1) 本条の内容

それでは、1つ目、465条の2の部分を確認させていただきたいと思います。

先ほどの問題点②というところでございますが、貸金等根保証契約に関する個人保証人を保護する規定が2004年改正で入れられたのですが、貸金以外の場合であったとしても個人保証人の保護が必要なのではないかと。それがまさに取り入れられたのが、この465条の2というところなんです。

すなわち、同条はまず1項で、一定の範囲に属する不特定の債務を主たる債務とする保証契約（以下「根保証契約」という。）——すなわち「貸金等」というところが取れているということをご確認いただければと思います——であって、保証人が法人でないもの、すなわち個人根保証契約の場合の保証人は、主たる債務の元本、主たる債務に関する利息、違約金、損害賠償、その他その債務に従たる全てのもの及びその保証債務について約定された違約金又は損害賠償の額について、その全部に係る極度額を限度として、その履行をする責任を負うとしています。

このように極度額を定めなければ無効であるという規定につきましては、現行法の465条の2のところにあるわけでございます。もっとも、一定の範囲に属する不特定の債務を主たる債務とする保証契約であって、その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、すなわち「貸金等根保証」という問題のみが現行法の規制対象とされております。しかし、賃貸保証等幅広く一般的にその極度額を定めなければ無効だという規定になったのが、新たな465条の2というところでございます。

次に2項を確認させていただきますと、個人根保証契約、「貸金等」と入らない一般的な根保証契約の個人版につきましては、極度額を定めなければその効力を生じないとあるわけでございます。

そして、3項は、446条の2項、3項の規定は、個人根保証契約における1

項に規定する極度額の定めについて準用するとありまして、446条2項と3項というのは、ご存じのように書面要件、あるいはそれが電磁的記録でも良いというところが、この極度額の個人根保証に準用されるということが述べられているわけでございます。

ということで、465条の2というのは、極度額に関しまして、貸金等根保証契約の制限から個人根保証契約一般の制限へと拡大されたというわけでございます。

(2) 更新後の賃貸借契約への適用の有無

次のアステリスクのところですが、2020年4月1日以降に賃貸借契約が更新をされた場合に、賃貸保証に関して極度額の定めがなければ無効とする本条が適用になるのかということが、実務上は今後問題となってくるかと思えます。

例えば、期間2年という形で2018年4月5日に賃貸借契約をいたしましたところ、2年後にその期間が満了したということで、その後、同じように2年間契約が更新をされた。そして当初の2018年4月のときに、賃借人の負う債務につきまして保証人が付けられていた。この場合、2018年4月5日の時点では極度額の定めというはおそらくないということになるわけでございますから、新たに更新後の保証に関して、この極度額の定めがなければ無効である、すなわち更新後の部分については保証人として責任を負わなくていいという形になるのかということが、ここで問題としたいところでございます。

この部分につきましては、私は、本来は、賃貸借契約の更新があるときには、保証人にその更新後についても同じように賃貸保証をするのか、保証人としての責任を負うのかを確認するため、保証契約を更新する旨の契約書等をつくるのが望ましいと思えます。しかし、実務上はほとんどそのような対応はなされていないように思います。

そうなりますと、2020年4月5日以降に更新をされた賃貸借契約につきましても、現在の判例、通説によりますならば、更新後の賃貸借契約に基づく何

らかの債務につきましても、当初来の保証人が責任を負うというのが判例実務あるいは通説の考え方でございますので、更新後の賃貸保証について極度額の設定がないから無効であるという本条の適用はないというのが結論になろうかと思えます。この点につきましては、改正法の附則 21 条にもあるところでございまして、このような解釈でよろしいのではないかと思います。

(3) 身元保証契約への本条の適用の有無

続いて、この 465 条の 2 の意義のところでございますが、極度額に関しまして、今申し上げましたけれども、その規律の対象、保証人が個人である根保証契約一般に拡大することに意義がある。それでは、身元保証にも本条は適用されるのでございましょうか。一般に拡大するというわけでございますから、当然、身元保証にも適用があるというのが結論でございます。ですので、今後の身元保証契約においては極度額がなければ無効である。これは実務的には、特に雇用契約等におきましては、債権法改正による重要なインパクトなのではないかと思います。

(4) 「極度額は、賃料の 4 箇月分」という定めは有効か

2 つ目の論点に行かせていただければと思います。「極度額は、賃料の 4 箇月分」とであるとの記載は、465 条の 2 の極度額として有効かということでございます。この問題につきましては、保証契約の時点で確定的な金額を書面又は電磁的な記録の上に定めておかなければ個人根保証契約は無効となる、すなわち極度額を明示しておく必要がございます。したがって、賃料という賃貸市場によって上下する可能性がある金額の 4 カ月分という形になりますと、それは金額の明示という確定的な金額ではございませんので、それは無効であるというわけでございます。以上が 465 条の 2 の部分でございます。

2 465 条の 3

続いて、465 条の 3 に行かせていただきたいと思えます。

(1) 改正の内容

465条の3は、実質的な改正というのはほとんどございません。ただし、現行法におきましては「貸金等根保証」というキーワードが、現行法465条の2のところに出てくるわけでございます。しかしながら、改正後の465条の2につきましては、今お話いたしましたように「貸金等」という限定を外して、根保証契約一般にという形になりましたので、その「貸金等根保証」というものが出てきていないわけでございます。

これに対して、新465条の3というのは、現行の465条の3と内容的には変わらず、「貸金等根保証」に限定しております。そこで、この部分が挿入されたのが、新規定であるというわけです。新旧条文を確認してみましょう。

旧465条の3 第1項

「貸金等根保証契約において主たる債務の元本の確定すべき期日（以下「元本確定期日」という。）の定めがある場合において、その元本確定期日とその貸金等根保証契約の締結の日から5年を経過する日より後の日と定められているときは、その元本確定期日の定めは、その効力を生じない。」

新465条の3 第1項

「個人根保証契約であってその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（以下「貸金等債務」という。）が含まれるもの（以下「個人貸金等根保証契約」という。）において主たる債務の元本が確定すべき期日（以下「元本確定期日」という。）の定めがある場合において、その元本確定期日とその個人貸金等根保証契約の締結の日から5年を経過する日より後の日と定められているときは、その元本確定期日の定めは、その効力を生じない。」となっているわけでございます。

すなわち、内容は同じですけれども、465条の2が一般化された結果、それを限定するという書きぶりを、465条の3でしなければならなかった、そこだけに違いがある。内容は全く今までと一緒だというわけでございます。

(2) 元本確定期日の定めが一般化しなかった理由

それでは、なぜ元本確定期日の定めについては一般化しなかったのでしょうか。

賃貸保証に関しましては、今、確認をさせていただきましたが、更新をなされるとしますと、何らの確認をすることもなく、更新後も保証人は責任を負います。したがって、最長5年で元本が確定をするという、この465条の3第1項がそのまま適用になりますと、5年を超えて賃貸借契約が更新、更新という形で存続をした場合に、その5年を超えたところからは、賃貸人は無保証での賃貸を強えられる。これはいかにも賃貸人の保護という観点からは望ましくないということで、この元本確定期日の部分につきましては、貸金等根保証に限定をするという、これまでの立場をそのまま維持するという立法政策が採られたわけでございます。

3 465条の4

続いて、3に行かせていただければと思います。465条の4は、現在と同じでございますが、元本確定事由という問題に関する条文でございます。

(1) 改正のポイント

今、確認をいたしましたように、465条の2の極度額というのは個人根保証一般について適用になりますが、465条の3の元本確定期日の問題については個人貸金等根保証契約に限定するというように、両者を分けたわけでございます。この2つの区分ということを踏まえまして、実は465条の4というのも改正が一部なされた、そのようにご理解いただければと思います。

465条の4は、これまで元本確定事由として3つを定めてございました。1つ目は、主債務者又は保証人の財産について強制執行又は担保権の実行の申立てがあった。ただし、その手続の開始があったときに限るものでございます。2つ目は、主債務者又は保証人の破産手続開始が決定された。3つ目は、主債

務者又は保証人の死亡があったという場合でございます。

しかし、1つ目の主債務者の財産についての強制執行等の開始と、2つ目の主債務者の破産手続開始決定を個人根保証一般の元本確定事由とするのは適当ではないのではないかとされました。

(2) 改正の理由

その理由は、先ほど出てきました賃貸保証に関して、上記のような理由、すなわち主債務者の財産についての強制執行等ですから、賃借人について強制執行が開始されたり、賃借人について破産手続が開始されるというときに、そのような理由に基づいて元本が確定するとなりますと、その後も賃貸人は賃貸借契約の存続により貸し続けなければならないにもかかわらず、元本が確定をされてしまつては、無保証での賃貸を強いられるというわけでございます。なぜなら、賃借人の財産に対する強制執行や破産手続等開始は必ずしも賃貸借契約終了事由とは現在のところ考えられておりませんので、これら2つの場合に、元本確定を認めるとするならば、賃貸人は無保証での賃貸を強いられるわけでございます。

そして、同様の問題は賃貸保証以外の場合にもあり得るでしょう。そこで、1つ目の主債務者の財産についての強制執行等開始と、2つ目の主債務者の破産手続開始の決定につきましては、個人貸金等根保証契約のみの元本確定事由とするという465条の3と同じような政策決定をいたしまして（新465条の4第2項）、それ以外の問題については、個人根保証契約一般の元本確定事由とする（新465条の4第1項）というふうにしたのが、新465条の4のところでございます。

4 465条の5

それでは、四の最後のところでございます。

(1) 本条の趣旨

新465条の5ですが、現行法の465条の5と全く変わりがありません。その趣旨は、次のとおりです。

例えば、債権者A、主たる債務者B、保証人Cがいた場合に、CさんがAさんに保証債務を履行した場合、主たる債務、保証債務ともに消滅する。その結果、当然のことながら、CさんはBさんに対して求償権を主張することができるわけです。

その求償権を担保するために、Dという人を更に保証人にする。その結果、このCさんが法人保証人であるとする、Cという人を1人かませることによって、Dさんというのは、主たる債務に関する根保証人ではなくて、求償権についての保証人だという形になるため、個人根保証人保護の規律は簡単に脱法化されかねないわけです。

そこで、465条の5は、このような求償権についての保証人も、実質的には根保証人と同様の責任を負っているということになりますから、この保証人Dを保護しようという条文が465条の5の趣旨でございます。465条の5は、保証人が法人である根保証契約の求償権に関する規定でございます。

(2) 改正の内容

それでは、465条の5は何が改正されたかと申しますと、先ほど来お話をさせていただいておりますが、465条の2は「個人根保証一般」の場合について極度額の定めというのを置き、それがなければ無効であるとししました。他方で、465条の3は「貸金等根保証契約」についての場合のみ、最大で5年、期間の定めがなければ3年という形になっているわけでございます。新465条の5は、両者の区分にしたがって、それぞれ1項と、2項のところ定め、3項の部分では、法人に関してそれは適用になりませんよということが定められているわけでございます。

(3) 条文に基づく内容確認

新 465 条の 5 1 項

「保証人が法人である根保証契約において、第 465 条の 2 第 1 項に規定する極度額の定めがないときは、その根保証契約の保証人の主たる債務者に対する求償権に係る債務を主たる債務とする保証契約は、その効力を生じない。」

すなわち、ここでも極度額というのを定めてくれよと。2 項は、

「保証人が法人である根保証契約であってその主たる債務の範囲に貸金等債務が含まれるものにおいて、元本確定期日の定めがないとき、又は元本確定期日の定め若しくはその変更が第 465 条の 3 第 1 項若しくは第 3 項の規定を適用するとすればその効力を生じないものであるときは、その根保証契約の保証人の主たる債務者に対する求償権に係る債務を主たる債務とする保証契約は、その効力を生じない。主たる債務の範囲にその求償権に係る債務が含まれる根保証契約も、同様とする。」

長くて内容が理解しづらいですが、今お話したように、貸金等根保証契約に関して、そもそもの元本確定期日についての脱法というのは認めませんよ。すなわち D さんに対しても、最大で 5 年、期間の定めがなければ 3 年という形にならないと駄目ですよということです。

3 項は、このような D さんという保証人が法人である場合には適用しないというものです。

「前 2 項の規定は、求償権に係る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求償権に係る債務が含まれる根保証契約の保証人が法人である場合には、適用しない。」

すなわち個人の保証人の保護、脱法の排除が本条の趣旨というわけでございます。

五、事業に係る債務についての保証契約

- 1 改正の背景—保証債務が多額になり、保証人が生活破綻する例も相当数存在。

= 問題点④

そのため、以下の保証人保護の対応がすでに存在していた。

- ① 2006.3.31 中小企業庁「信用保証協会における第三者保証人徴求の原則禁止について
- ② 2010.12.24 金融庁「金融資本市場及び金融産業の活性化等のためのアクションプラン」=「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を確立し、また、保証履行時における保証人の資産・収入を踏まえた対応を促進」するとの政策提言。
- ③ 2011.7.14 金融庁「主要行等向けの総合的な監督指針」等で、「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を確立」を監督項目の一つに掲げた。
- ⇒いずれも金融行政の観点からの規制。私法上の効力は？
- ④ 2013.12.5 全国銀行協会及び日本商工会議所による研究会「経営者保証に関するガイドライン」=経営者保証に依存しない融資の促進と経営者保証の適正化

- 2 改正法の原則（465条の6第1項）

事業のために負担する貸金等債務—個人保証の原則無効（=法人保証は有効）

∴個人保証の情誼性・未必性・軽率性、情報格差あり

* 事業以外の目的の貸金債務を保証したところ、主債務者が事業目的に流用した場合、保証契約はどうなるか？（Cf. 一問一答 P149）

** そもそも事業目的であることを秘匿していた場合は、どうか？（Cf. 一問一答 P147）

- 3 例外1—経営者保証（465条の9）

- ① 法人の理事・取締役・執行役またはこれに準ずる者が保証人になる場合（1号）
- ② 支配株主等が保証人になる場合（2号）
- ③ 主債務者が個人である場合の共同事業者（3号前段）
- ④ 主債務者（個人）の事業に現に従事している主債務者の配偶者（3号後段）
- ∴ア. 情誼性・未必性・軽率性なし、情報格差なし
イ. 経営危機時におけるモラル・ハザードの防止

- ウ. 合理的経営へのインセンティブの確保
- エ. 経営と家計の未分離が多い

- * 先代の経営者や後継者は、1号の「準ずる者」にあたるか？ 監事や監査役は？
- ** ④の「事業に現に従事している」配偶者とは？
(Ex. 店舗の清掃や従業員が来るまでの電話対応のみの配偶者は？)
= 解釈のポイント：情報格差なし、経営に参画
- *** 主債務者の無限責任社員は、除外された（=原則：無効）。
その理由は？ ∴二次的責任（Cf. 連帯保証）

4 例外2—公正証書による個人保証（465条の6～8）

- ∴起業の際には、信用・担保が十分でなく、第三者保証が重要。
自主的に保証を申し入れた第三者を除外するべきでない。
- = 軽率性なきことを十分確認したうえで、例外的に個人保証を認める。

対象：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それが含まれる根保証契約

要件：保証意思を宣明する公正証書を、保証契約締結1か月前以内に作成

方法：①公証人への口述（債権者、債務者、元本、利息、極度額等）

⇒②公証人の筆記と読み聞かせ・閲覧

⇒③保証人の署名・押印

⇒④公証人の方式履踐の付記と署名・押印

費用：11,000円

- * 公正証書作成後、主たる債務の内容が変更された場合、どうなるか？
—特に、保証人の責任内容が重くなる場合
- ** 強制執行認諾文言付きの公正証書を取られることで、かえって個人保証人を危険にさらすことにならないか？
- *** 本公正証書の作成は、いつから可能となるか？

5 契約締結時の情報提供義務（465条の10）

情報提供義務の内容：財産収支の状況、他の債務負担の有無や額、履行状況、主債務の担保があるときはその内容

義務者は、主債務者。債権者ではない点に注意。

- ∴上記内容に関する正確性の問題と、債権者による提供可否への懸念

「保証委託契約」における信義誠実の原則

⇒保証人になろうとする者への情報提供により、自己決定を支援。

= ③に対応 = 法人保証人には適用なし (3項)。

⇒情報提供がなかったり、提供された情報が虚偽なら、保証人には取消権あり (2項)。第三者詐欺 (96②) と同様な条文。

債権者 (第三者) が悪意・有過失あるとき、保証人に取消権。

= 債権者に一定の調査確認義務が措定されている。

⇒実務は、表明保証の取り付けへ

五、事業に係る債務についての保証契約

今般の保証制度改正における目玉だと申し上げたところでございます。事業に係る債務についての保証契約というところでして、条文では、465条の6から10のところでございます。まずは、その条文の内容に入る前に、どういう動きが改正の背景としてあったのかということから始めさせていただきたいと思えます。

1 改正の背景

中小企業のための信用供与、あるいは事業のための信用供与のために、個人が保証人になった場合には、予想外に高額な債務を負うために、身の破滅を招く危険があるということが問題点として指摘されておりました。

すなわち、日本がデフレ経済から脱却し、経済を上向かせるためには、起業の促進が必要である。しかし、起業したのは良いけれど、経営者やその身内、知り合いが個人保証人になるとすると、結局立ちあげた事業がうまくいかなければ、住んでいる家まで全て奪われてしまって生活破綻をしてしまう、そういう問題についてどう考えるべきなのかということが問われたわけでございます。

そこでまず、①2006年の3月には中小企業庁が、信用保証協会における第三者保証人の徴求を原則禁止せよという形で、事業に関しての債務について

は、保証協会が保証人になった上で、第三者も保証人にさせて、最終的にはその人に責任を負わせるということを禁止せよという通達がなされたわけでございます。

②つ目は、2010年12月24日でございますが、金融庁が「金融資本市場及び金融産業の活性化等のためのアクションプラン」を出しまして、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を確立し、また、保証履行時における保証人の資産・収入を踏まえた対応を促進するとの政策提言がなされました。

この①、②は、起業に際しまして、第三者が、例えば親類・縁者が保証した場合の保証人保護を、金融行政の観点からおこなったというものでございます。そして、③のところも同じでございますが、翌2011年7月14日においては、銀行等に対する監督指針の中で、監督項目の1つとして、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を確立するということが求められる形になったわけでございます。

以上の3つは、いずれも金融行政の観点からの規制でございまして、この私法上の効力はどうなるのかということが問われていたわけでございます。

また、④個目といたしましては、2013年12月5日に、全銀協と日本商工会議所における研究会が、「経営者保証に関するガイドライン」といたしまして、これは①～③と違い、経営者保証に関してですが、それに依存をしない融資の促進及び経営者保証の適正化を果たしていこうということが述べられたわけでございます。

以上のように、経営者保証ですとか第三者保証というのを、事業に係る債務について、できるだけ求めない融資慣行の確立というのがなされてきているということが、すでに債権法改正の前にあったわけでございます。これを私法上どのように受け止めるのかということが、今回の債権法改正では問われたわけでございます。

2 改正法の原則

(1) 原則の内容と根拠条文

そこで、今回の改正法の原則のところでございますが、事業のために負担する貸金等債務については、法人保証は有効であるが、個人保証の場合は無効であるという原則を打ち立てることになりました。その理由としては、個人保証の場合には、情誼性、未必性、軽率性ですとか情報格差ということがございますので、個人保証人保護の必要性が極めて高いということがあるわけがございます。これは条文上では465条の6の第1項に絡む部分でございます。

同条1項は、実はその例外として、公正証書を作成すれば有効だけれども、それをしなければ無効だよという条文になっているわけがございます。この465条の6以下の規定群は、「第三目 事業に係る債務についての保証契約の特則」というタイトルで、改正債権法によって、新たに導入されたところでございます。

新465条の6第1項 公正証書の作成と保証の効力

「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1箇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。」

すなわち、公正証書等を作成するということが一切なければ、事業のためにする貸金等債務についての個人保証は無効であるという政策決定がなされたわけでございます。この問題につきましては、次の2つの点が論点として問題となります。

(2) 論点①—主債務者が事業目的に流用した場合

1つ目は、事業以外の目的で貸金債務を保証人が保証するとしていたところ、その後主債務者が事業目的に借りたお金を流用した、すなわち借入時、あるいは

は保証契約締結時には事業以外の目的であった。けれども、金銭が交付された後に、主債務者が事業目的にそれを流用したという場合に、保証契約の効力はどうなるのかという問題でございます。

この問題は、事業のために負担した貸金等債務と言えるかどうかに関する判断の基準時はいつなのかということがポイントです。具体的には、その判断基準時というのは実際に金銭の交付がなされた、「借入時」ということとなります。そのため、その後に主債務者の気が変わって事業目的に流用した、この「気が変わって」というのが重要でございますが、例えばお金が余ったので事業目的に流用したという場合であるとすれば、今お話したように、事業のために負担した貸金と言えるかどうかというのは「借入時」を原則として考えるということによろしいかと思しますので、それは事業のために負担する貸金等には当たらない。ですので、個人保証の原則無効のケースにはあらず、保証契約は有効となるという理解でよろしいのではないかと思います。

ご存じのように、法務省の関係官が『一問一答 民法（債権関係）改正』という本を書かれておまして、これが1つの公定解釈と申しましょうか、信用に値するものという形で皆さま方もご理解いただいているかと思いますが、今の部分はその149ページのQ80のところと同様の趣旨のことが書かれてあります。「『事業のために負担した貸金等債務』、すなわち借主が自らの事業に用いるために負担した貸金等債務であるか否かは、借主がその貸金等債務を負担した時点」、すなわち借り入れ時に決まるという形になる。「このことは、『事業のために負担した』という条文の文言によって明らかにされている」とされています。従って、「借入時において、借主と貸主との間で、例えば、その用途を居住用住宅の購入費用としていた場合には、仮に借主が金銭受領後にそれを『事業のために』用いてしまったとしても、そのことによって『事業のために負担した』債務に変容するものではない」とされており、これが1つ目の論点でございます。

(3) 論点②—事業目的であることを秘匿していた場合

2つ目は、そもそも主たる債務者が事業目的で借りようと思っていた。しかしながら、その事業目的であることを秘匿していた場合にどうなるのかというわけでございます。この問題については、先ほどお話をいたしましたように、判断の基準時を「貸付時」＝「借入時」といたしますと、そのときには事業目的であるということを秘匿しながら、そのために借りているというふうに主たる債務者は考えていたわけですから、これはまさにその「借入時」には事業のために負担していると考えられますので、個人保証原則無効があてはまると考えられそうなわけでございます。ところが、一問一答147ページは、次のように解説をなさっておられます。

「借主が実際には事業に用いることを意図していたとしても、事業以外の目的をその用途であると説明し、又はその用途を明らかにしないで金銭の借入を申し入れており、貸主においても事業資金ではないとの認識で貸し付けた場合には、現にその金銭が事業に使われたとしても、借主がその債務を負担した時点においては、借主は事業のために債務を負担したとはいえないから、その債務は事業のために負担した貸金等債務とはいえないものと解される」として、この場合も有効であるというわけでございます。

しかし、私は、これはおかしいのではないかと思います。そんなことを言えば、秘匿をしていさえすれば、個人保証人に常に事業のために負担する貸金等債務についての責任を負わせることができるということになってしまう。すなわち、主たる債務者が黙ってさえいれば、保証人に責任を負わせることができ、安心して債権者から金を借りられるということになってしまっただけで、何のために、このような事業に係る債務についての保証契約という項目を第3目として入れたのか意味がない。まさにこれでは、このような規定を簡単に潜脱できる形になるのではないかと思います。

ですから、私は、先ほど申しあげましたように、この判断の基準時というの

は、客観的に借入時にその目的が事業のために負担するのかどうかということによって判断すべきであって、例えば事業の目的じゃないよと口では言っていたからとか、その目的を秘匿してさえすればいいというのは明らかにおかしいのではないか。ですので、一問一答というものにも、中にはこのような形で問題とすべき記述、解釈というのものもあり得るんだ。そういった意味では、こうして皆さま方と研究会をさせていただくということは、やはり意味があるんだということを指摘させていただければと思います。

以上が、事業のために負担する貸金等債務についての個人保証は原則無効であるということの内容でございますが、これには2つの例外がございます。

3 例外1—経営者保証（465条の9）

例外の1つ目が、経営者保証というものでございまして、少し飛びますが、465条の9というところでございます。既に465条の6のところ公正証書をつくっておけばいいんだというのが例外としてあるというのは皆さま方もご案内のところかと思いますが、その前に、経営者に関しては、そのような公正証書すら不要であるという465条の9を例外の1つ目として、紹介させていただければと思います。

条文のタイトルは、公正証書の作成と保証の効力に関する規定の適用除外です。

「前3条の規定は、保証人になろうとする者が次に掲げる者である保証契約については、適用しない。」とあります。

(1) 1号

1号は、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ということで、主たる債務者が法人であるというときに、いわゆる経営者層みたいな方々は一蓮托生でしょうと。そうであるとするならば、私は第三者で全然関係ありませんとか、あるいは公正証書をつくってないので

保証人としての責任は負いませんということとは言えませんよということが定められています。

実は、この経営者層みたいな方々について、事業に係る債務についての保証人に徴求するのが果たして妥当なのかどうなのか、そのような立法をすべきなのかどうなのかについては、既に先ほど、経営者保証に依存しないような融資の促進を図るべきである、そのようなガイドラインというのが既に2013年にできているわけでございます。にもかかわらず、あえてここで465条の9という経営者保証について公正証書をつくらなかったとしても有効であるとする例外がなぜ認められたのが問題になりましょう。

この問題につきましては、簡単に言うと、いわゆるモラルハザードを抑止しようという観点、適正な経営がなされるよう担保しようという観点から申しますと、経営者が保証人になるということによってモラルハザードが回避される。要は、やりたい放題の経営が抑止されて適正な経営になりやすい。万が一の場合には、自分の個人財産からも責任追及されるかもしれないということがあるからこそ、経営者層はしっかりとその会社を経営していこうという形になるんじゃないかという論文が出たために、その影響を受けまして、この465条の9は、今申し上げました事業のために係る債務についての個人保証の原則無効に対する例外として経営者保証というのを入れたわけでございます。

(2) 2号

この465条の9の、次の2号のところが、ちょっと読みづらい部分なんですけど、主たる債務者が法人である場合に次に掲げる者として、イ、ロ、ハ、ニとございます。一応読みますと、括弧飛ばしますが、イは主たる債務者の総株主の議決権の過半数を有する者、ロは、主たる債務者の総株主の議決権の過半数を他の株式会社が有する場合における当該他の株式会社の総株主の議決権の過半数を有する者、ハは、主たる債務者の総株主の議決権の過半数を他の株式会社及び当該他の株式会社の総株主の議決権の過半数を有する者が有する場合に

おける当該他の株式会社の総株主の議決権の過半数を有する者、ニは、株式会社以外の法人が主たる債務者である場合におけるイ、ロ又はハに掲げる者に準ずる者です。

ということなのか、というわけですが、簡単に申しますと、2号というのは、いわゆる支配株主等が保証人となる場合には、主債務者たる当該会社そのものではないけれども、實際上支配関係にあるという人も結局一蓮托生でしょう。ということで、やはりモラルハザードの防止とか、適正な経営の担保という観点からすると、公正証書等を必要とすることなく、このような方々には保証人になってもらうのが妥当だろうという規定だということができません。

(3) 3号

続いて、3号を確認させていただきましたらと思います。

主たる債務者（法人であるものを除く。以下この号において同じ。）と共同して事業を行う者、すなわち共同事業者、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というわけでございます。配偶者も、このような公正証書を必要とすることなく責任を負うというわけでございます。

ということで、いわゆる経営者保証という形で465条の9はいわれておりますが、その例外として、1号が、法人の理事・取締役・執行役又はこれに準ずる者が保証人になる場合、2号は支配株主等が保証人になる場合、3号は主債務者が個人である場合の共同事業者、それが前段で、後段は主債務者個人の事業に現に従事している主債務者の配偶者というわけでございます。

(4) 経営者保証例外の理由

なぜこのような4個の類型の方々公正証書の作成を不要として、個人保証人でありながら、事業に係る債務についても責任を負うのかということについては、次に挙げる理由が指摘されております。

1つ目は、情誼性・未必性・軽率性ですとか、情報格差というものが、例え

ば経営者ですとか、あるいは支配株主、共同事業者にはないんじゃないかというわけです。2つ目は、経営危機におけるモラルハザードの防止、先ほどお話ししたとおりでございます。3つ目は、合理的経営へのインセンティブの確保、ここもお話しいたしました。そして、4個目の経営と家計の未分離が多いということにつきましては、特に配偶者がここに挙げられている理由として、指摘されているところでございます。

(5) 論点①—先代の経営者や後継者等は1号の準ずる者に当たるか

この465条の9につきましては、3つの論点が考えられると思います。

1つ目は、1号では法人の理事、取締役、執行役又はこれに準ずる者が保証人になる場合が挙げられておりますが、先代の経営者や後継者は1号の準ずる者に当たるものでしょうか。また、監事や監査役というのはいかがでございますでしょうか。

この部分については、簡単に申しますと、経営に参画をしているとするならば合理的経営へのインセンティブの確保ですとか、モラルハザードの防止という観点が働きますから、準ずる者に当たる。逆に言うと、経営に実質的に参画をしていないとするならば、この準ずる者には当たらないのではないのか。すなわち、実際に経営に参画しているかどうかポイントだと思われるわけでございます。

先代の経営者とはいえ、実質上は院政をしいていてという場合であると準ずる者に当たるのかもしれませんが、そうではなくて完全にリタイアをされている、後継者の場合も実質上はこれから入るということであるとするならば、準ずる者には当たりません。監事・監査役というのは普通、経営に直接的には関与せず、それを監視する立場にあるかと思しますので、そこには入らない場合が多いかと思いますが、そうではなくて経営者層とずぶずぶの関係ということになりますならば、準ずる者に当たり得るという形になるだろうと思われま

(6) 論点②—事業に現に従事している配偶者

2つ目の論点は、事業に現に従事している配偶者の問題についてです。例えば店舗の清掃や従業員が来るまでの電話対応のみをしているような配偶者というのにはここに当たるのかという問題でございます。ここについての解釈のポイントは、情報格差がないかどうか、すなわち経営にまさに参画しているのかどうかというのが、また同じように問題となるのではないかと考えられます。ですので、今、取り上げたような店舗の清掃や従業員が来るまでの電話対応のみをしているような配偶者であるとする、3号後段の事業に現に従事している配偶者には含まれないと考えるべきであろうと考えられます（限定解釈）。

なお、この465条の9第3号の配偶者とは、法律婚の配偶者のみが含まれると現在のところは考えられているということをお話しておきたいと思います。

(7) 論点③—会社の無限責任社員はなぜ除外されたか

3つ目は、確認になりますが、主債務者である会社の無限責任社員は除外されました。このような人々も原則個人保証は無効であって、公正証書をつくらなければならないわけです。その理由といたしましては、無限責任社員というのは、その責任はあくまでも二次的責任にある。一次的責任は会社が負っていて、無限責任社員は二次的責任である。連帯保証の場合は一次的責任になると思いますが、それとは違うんだということで、公正証書の作成を不要とする例外的な場合には当たらないとされているわけでございます。

以上が、事業に係る債務についての保証契約に関しては、個人は原則無効ということに対する例外の1つ目、経営者保証という問題でございます。

4 例外2—公正証書による個人保証（465条の6～8）

(1) 趣旨と要件

続いては、例外の2といたしまして、公正証書を作成した場合でございます。先ほど既に465条の6第1項のところで、公正証書をつくってなければ無効

だよ、効力は生じないよと紹介いたしました。逆に言うと、それをつくってあれば有効だよということを確認させていただいたと思います。その趣旨をレジュメで確認をさせていただいた上で、条文の確認に行かせていただければと思います。

なぜ、公正証書による個人保証というのを例外の2つ目として掲げたのかということでございます。これは、起業の際にはどうしても信用や担保が十分ではないために、第三者の保証というものがどうしても必要不可欠である場合があります。そのようなときに、自主的に保証を申し入れた第三者を除外するべきではない。軽率性がないということを十分に確認した上で、例外的に個人保証を認める必要があるのではないかとということが指摘されたわけでございます。

そこで、公正証書によって個人保証人に就任することについて、慎重を期して検討したうえで、承諾をした場合には例外的に有効である。それでは、どういった場合にその公正証書をつくる必要があるんですか。それ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それが含まれる根保証契約でございます。要件といたしますと、保証意思を宣明する公正証書を保証契約締結1カ月前以内に作成をするということです。

(2) 方法と費用

方法は、①つ目に公証人への口授、すなわち債権者、債務者は誰なのか、元本、利息、極度額等はいくらなのかということについて全て口授をした上で、②として、公証人がその内容を筆記し、その内容を読み聞かせ、閲覧をさせる。③つ目は、保証人が署名・押印し、④個目として、以上を踏まえて公証人が方式を履践したということについて付記をした上で署名・押印するというわけです。費用につきましては、1万1,000円とされております。

(3) 論点①—主たる債務の内容が重く変更された場合

この点につきましては、3個の論点を挙げさせていただければと思います。

1つ目です。公正証書作成後、主たる債務の内容が変更された、具体的には特にその責任内容が重くなるという場合、例えば利息が今までは年6%であるけれども、年10%になるとか、あるいは債権者、債務者を同一とする他の債務についても保証の内容に含むとする場合には、どうなるのかということでございます。これについては、当然のことながら、先ほどお話をさせていただきました保証意思として口授した内容に、その重くなった部分については入っておりませんから、作成された公正証書はその範囲で無効になるわけでございます。ですので、責任内容が重くなったという場合には公正証書をつくり直す必要があるんだ、その後の重くなった部分についてはその内容について流用することはできませんよというお話をさせていただきたいと思います。

(4) 論点②—強制執行認諾文言付きの公正証書

2つ目は、強制執行認諾文言付きの公正証書を取られることで、かえって個人保証人を危険にさらすことにはならないかという指摘がなされております。この点につきましては、今確認いたしましたように、保証人に、その全額について履行する保証意思が実際にあるのかどうか、強制執行認諾文言付きであるとするならば、債務不履行後は強制執行がいつなされても仕方ないということに関する保証意思まであるのかどうかということを、公証人が十分に確認をすることで対応する。

逆に言うと、そのような保証意思まで確認をすることができないとするならば、公正証書の作成というのを公証人はするべきではない。そういった意味では、公証人の責任というのは、今般の債権法改正によって、より一層重くなりますし、公証人の存在意義や役割というのは大きくなるという理解でよろしいのだらうと思います。

この点につきましては、既に埼玉司法書士会の知久先生もお書きになられておりますが、令和元年6月24日に民法の一部を改正する法律の施行に伴う公証事務の取扱いについてという通達が発せられておりまして、公証人に対する

十分な周知徹底が図られておるのではないかと考えられます。

(5) 論点③—本公正証書の作成は、いつから可能となるか

3つ目は、本公正証書の作成がいつから可能となるのかということでございます。皆さまご存じのように、債権法改正は来年2020年4月1日から施行になりますので、この公正証書というのは、要件として先程述べましたように、保証意思を宣明する公正証書を保証契約締結1カ月前以内に作成する必要がございます。そのため、4月1日にここで問題といたしております「事業に係る債務についての保証」というのを個人にさせていただきたいというときには、債権法改正施行日の1カ月前である2020年3月1日から、公正証書の作成をお願いできるという形になろうかと思えます。

以上が、例外の2、公正証書をつくった場合には、事業に係る債務についての根保証契約が個人保証であったとしても、例外的に有効とするという規定に關してでございます。

(6) 465条の7、465条の8

なお、465条の7と465条の8は割愛をいたしました。7につきましては、耳が聞こえないですとか口が利けないという人々について、公正証書はどのようにつくるとのことについての特則であり、8の部分については、このように求償権についてさらに保証するという場合になっていたときに、潜脱がないようにということで、前述の465条の5と同じような趣旨で置かれている。すなわち465条の8のタイトル、公正証書の作成と求償権についての保証の効力ということから、その内容をうかがい知ることができるかと思えますが、そのような規定が置かれているところでございますので、割愛をさせていただきました。

5 契約締結時の情報提供義務（465条の10）

(1) 本条の趣旨

それでは、以上を受けまして、5のところに行かせていただきたいと思いません。事業に係る債務についての保証契約の最後の部分です。これは465条の10、タイトルといたしましては、契約締結時の情報の提供義務とあると思いません。

先ほどは、主たる債務の履行状況ですとか、あるいは期限の利益喪失に関する問題につきまして、個人保証人のみか、法人保証人を含むかということを検討いたしました。ところが、「事業に係る債務についての保証」については、特に保証人の責任が過大になるという恐れがございますので、その前の保証契約締結時に情報提供を十分にさせようというのが、この465条の10の趣旨でございます。

1項です。「主たる債務者は、事業のために負担する債務を主たる債務とする保証又は主たる債務の範囲に事業のために負担する債務が含まれる根保証の委託をするときは、委託を受ける者に対し、次に掲げる事項に関する情報を提供しなければならない。」

1号は、財産及び収支の状況。

2号は、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。

3号は、主たる債務の担保として他に提供し、又は提供しようとするものがあるときは、その旨及びその内容、というわけでございます。

(2) 義務内容と義務者

ここで確認したいのは、まず第1に、情報提供義務の内容は何だったのか。それは1号、2号、3号でございまして、財産収支の状況、他の債務負担の有無や額、また履行状況、さらに主債務の担保があるときはその内容について情

報提供をしなければならない。

では、その義務者は誰なのかというわけでございます。これは主債務者でございます。先ほど確認した、2つの情報提供に関する義務者が債権者である、というのとは違うということをご理解いただければと思います。

(3) なぜ主たる債務者が義務者なのか

それでは、なぜ、ここでは主たる債務者が情報提供義務者なのかというわけでございます。以上のような情報の内容、すなわち財産、収支の状況、主債務以外に負担している債務の有無だとか額、履行状況、さらに主債務の担保として他に提供し、提供しようとするものがあるときはその内容というのは、当然のことながら債権者では、全てをうかがい知ることはできません。むしろ主債務者の方にこそ、その内容を全て理解し、情報提供させることができるのではないか。すなわち、上記内容に関する正確性という観点からするならば、債権者ではなくて主債務者に、この情報提供をさせるべきであろうと。また、債権者が持っている情報を、不完全にせよ、保証人に提供させようとする場合には、先ほど確認しましたように、守秘義務、個人情報保護という問題も発生いたしますので、ここでは、主債務者をその義務者とするべきであるとしているわけでございます。

先ほどの履行状況という情報の正確性に関して言えば、例えば債務不履行の状況にある場合に、情報提供義務者が主債務者であるとする「いや、しっかり払っているよ」などと嘘をいう形になりかねない。けれども、情報提供義務者が債権者であるならば、「いや、そんなのもらっていないよ」という形になって、いずれが正確な情報を持っているかという債権者の方かと思います。しかし、今回の情報については、より正確な情報というのは、主債務者の方こそ持っているのだらうと。実は、この点は審議の過程において、債権者が義務者であるというところから、主債務者が義務者に、という形で転換されたところであるわけでございます。

(4) 義務の背景

それでは、なぜこのような義務が出てくるのかと申しますと、保証委託契約というのが保証人と主たる債務者にはございます。事業に係る債務というのは、保証人にとっては、重い責任を負うことになるかもしれないので、保証委託契約における信義誠実の原則からして、当然465条の10にあるような情報の提供というのは、主債務者から保証人に対してなされるべきであろうというわけでございます。

そして、このような情報提供がなされることによって、保証人となろうとする者が自己決定をすることができるだろうと。まさにその結果、保証人となる決意をしたならば、その責任を負わせても構わない。先ほど冒頭で、契約は守らなければならないというのはなぜなのかという話につながってくるわけでございます。

(5) 本条の適用範囲

このようなことでございますので、本条では個人保証人の保護ということが想定されております。そのため、465条の10の第3項が、前2項の規定は、保証をする者が法人である場合には適用しないと規定しているわけでございます。

法人保証人には本条の適用がない理由ですが、法人には情報収集能力もございますし、また冷静なリスク分析も可能でございますので、そういった意味では、自己決定をここまでして支援をする必要性もないだろうということが、その背景にはあると思われれます。

(6) 義務不履行の効果

それでは、以上のような情報提供義務があるにもかかわらず、主たる債務者が個人保証人となる者に対して、十分な情報提供しなかったらどうなるのかということでございます。これが2項というところに規定されているわけでございます。

「主たる債務者が前項各号に掲げる事項に関して情報を提供せず、又は事実と異なる情報を提供したために委託を受けた者がその事項について誤認をし、それによって保証契約の申込み又は承諾の意思表示をした場合において、主たる債務者がその事項に関して情報提供せず又は事実と異なる情報を提供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。」

すなわち、主たる債務者Bが保証人Cさんに対して、上記の情報を提供しなければならない。にもかかわらず、それをしない、あるいはそれが不十分であるというときには、BC間の問題にもかかわらず、ここでは債権者Aと保証人C間の保証契約について、Cさんが取り消すことができるとしている。これが465条の10第2項になるわけです。

そういたしますと、AC間の保証契約のところからいたしますと、Bさんというのは、いわゆる第三者です。ですから、第三者Bが情報をあえて提供しなかった、あるいは偽の情報を提供したとなりますと、これはまさに第三者詐欺の問題に近いということを皆さま方にはご理解いただけるかと思います。すなわち、この発想は96条2項の第三者詐欺にヒントを得ている、同じような趣旨であると考えられるというわけでございます。

(7) 実務対応

となりますと、有過失によって保証人には取消権が発生するという形になりますので、主たる債務者Bの方から保証人Cに対して情報提供がなされたかどうかについて、債権者Aに綿密な調査確認という義務までは措定されていないのかも分かりませんが、少し注意をすればそのような情報提供がない、あるいは虚偽の情報提供がなされていたということが分かるにもかかわらず、それをしないとするならば取消権発生ということになります。

そのため、実務上、債権者として安心をするためには、いわゆる表明保証、すなわち一定の事項が真実かつ正確であるということを表明し、その内容を保

証するということを債権者は、主たる債務者と保証人双方から取り付けるとい
う対応をすると、一番確実な形になるかと思います。

以上が、事業に係る債務についての保証契約でございます。

六、保証に関する、その他の改正事項

- 1 446条3項：電磁的記録概念の定着に基づく簡略化。
- 2 448条2項：主たる債務が保証契約締結後に重くなっても、保証人の負担は加重されないとする通説の明文化。
 - *変動制の場合、加重として、本条項が適用されるか？
 - ** 448条1項：主債務者につき、期限の猶予あれば、保証人にも猶予あり。(条文化はされず、448条1項の解釈から導けるとされた。)
- 3 457条2項, 3項：抗弁対抗可の明文化(2項)と、履行拒絶の抗弁権説の採用(=債務消滅説の否定。3項)
- 4 458条：連帯債務に関する絶対的消滅事由の改正による変更。
 - (請求・更改・相殺・免除・混同・時効から、更改・相殺・混同へ。)
 - *他方で、連帯保証人への履行の請求は、主債務者に対して効力なし。
この改正は、実務的にきわめて重要。
(合意を取ることで、絶対効を維持する方法もありうる。=458条による441条ただし書の準用)。
- 5 459条：「過失なく債権者に弁済をすべき旨の裁判の言渡しを受け」の削除。
 - この場合は、460条の事前求償権にこそ重要な意義あり。
 - *消滅債務の額が、求償権の額算定の基準となることが、明定された。
- 6 459条の2：委託を受けた保証人が弁済期前に弁済等した場合の求償権(新設)
 - ①新591条3項により、当然には弁済期までの利息は払う必要がないし、弁済期前の弁済まで委託をしているわけではないので、委託を受けない保証人と同様、債務消滅行為の当時、主債務者が利益を受けた限度で求償権を有する(=主債務者の相殺権は保護される。)
 - ②この求償権には、法定利息と費用のみ合わせて包含(通説の明文化)。
 - ③この求償権は、主債務の弁済期以後に初めて行使可能(判例の明文化)。
- 7 460条：委託を受けた保証人の事前求償権について、適用されていなかった旧3号を削除し、代わりに、「過失なく債権者に弁済をすべき旨の裁判の言渡しを受け」たときを新3号にした(Cf. 上記5 459条)。
 - :旧3号—終身定期金が想定される。

しかし主債務の額が定まらず、事前求償になじまない。

- 8 461条：同条は、事前求償の場合に有用な規定なので、「前条」と改正。
- 9 462条：1項は、実質変更なし。2項はそのまま。
3項は、弁済期前の弁済等した場合の求償権について、主債務の弁済期以後に初めて行使可能とする459条の2第3項準用。
- 10 463条：新443条（連帯債務者間における事前の通知と事後の通知の規律）が、「他の連帯債務者があることを知りながら」の場合であることを明文化したため、同条の準用規定ではなく、明確化のため改正
- ①事前の通知—相殺権の確保（＝委託を受けた保証人のみ。無委託ならそもそも462①により対抗可能だから。）
通知の内容：「請求があったこと」から、「債務消滅行為をすることをあらかじめ通知へ」
- ②事後の通知〔主債務者弁済型〕⇒その後の保証人の債務消滅有効
- ③事後の通知〔保証人弁済型〕 —保証人が主債務者の意思に反して保証人になったとき、あるいは意思に反しなくても、事後の通知がないとき
⇒その後の主債務者の債務消滅行為が有効。

六、保証に関する、その他の改正事項

それでは、保証に関するその他の改正事項です。ここの部分については、今お話しした3つの主要な部分に比べますと、あまり重要じゃないところも多くあります。ですので、できるだけ簡単に確認をするという形で行かせていただければと思います。

1 446条3項

まずは、446条の3項というところですが、3項は、かつて電磁的記録について括弧の中にズラズラと書いてありましたが、このような電磁的記録概念が定着したということで、ここの括弧の部分が削除されたという改正がなされました。それだけです。

2 448条

(1) 趣旨

続いて、448条に行かせていただきたいと思います。448条は2項のところが新設をされました。すなわち、主たる債務の目的又は態様が保証契約の締結後に加重されたときであっても、保証人の負担は加重されないというのが新設であるということです。これは今まで通説として考えられていたところが明文化されたわけでございます。

(2) 変動制の場合

問題は、その目的物に関してでして、保証というのは、単に金銭について保証するだけではなくて、主債務者がある目的物を引渡すということに関する債務を保証するということもあり得るわけです。物であるとするならば、価格が変動するという場合がございます。そのような場合に、変動してその目的物の価格が上がってしまった、そのような場合には、加重されたということで、まさに2項が適用になるのかということが問題になります。

これについては、あくまでも保証の内容というのは、その目的物の引渡債務の保証でございますから、その目的物の引渡しが保証債務の内容であることについては一切変わらないわけでございます。すなわち、加重されているというふうに、その範囲では考えることができませんので、この場合には448条の2項は使われない、すなわち加重されたという形にはならないということによるしいかと思えます。

(3) 主債務者について期限の猶予

もう1つ、この448条に絡みましては、主債務者について期限の猶予があれば、保証人にも猶予がなされたということについて条文化をしようという動きが改正の過程ではございました。しかし、448条1項は、「保証人の負担が債務の目的又は態様において主たる債務より重いときは、これを主たる債務の限度に縮減する。」と規定しております。

そのため、主たる債務について期限の猶予がなされたとするならば、その範囲で保証人の責任の方が重くなっていますから、それは主たる債務よりも重くなっていると解されます。そこで、保証人の責任も主たる債務の限度に縮減する、すなわち保証人にも期限の猶予が認められるということ解釈として導けるので、あえて条文化する必要はないということで、ここの部分の明文化はされませんでした。

3 457条2項, 3項

続いて、457条の2項, 3項のところが改正されました。実は457条の2項, 3項はこれまでの通説、あるいは3項の部分は有力な見解というのが条文化されたにすぎません。

(1) 2項

457条2項は、「保証人は、主たる債務者が主張することができる抗弁をもって債権者に対抗することができる。」と規定しています。保証人は、主たる債務者の代わりに、債権者に対する責任を負うのですから、主たる債務者が債権者に対して対抗できる抗弁があるとすれば、その範囲で保証人の責任が縮減される以上、保証人もそれによって債権者に対抗させるのが妥当だろうということで、これまで考えられていた通説の考え方が明文化されました。

(2) 3項

また、3項は、「主たる債務者が債権者に対して相殺権、取消権又は解除権を有するときは、これらの権利の行使によって主たる債務者がその債務を免れるべき限度において、保証人は、債権者に対して債務の履行を拒むことができる。」としています。

相殺権、取消権、解除権については、主たる債務者のみに認められている権利なのであって、最終的には主たる債務者がその相殺権、取消権、解除権を行使するかどうかについての自由を持っている以上、保証人がそれを主張して、

債権者に対抗することはできないという解釈が、京都大学の潮見先生などから提唱されまして、現在ではそれがかなり有力になってきておりました。そうした状況下で、今般457条3項が入れられまして、保証人は、結局のところ、主たる債務者が相殺権、取消権、解除権を実際にまだ行使していないという段階においては、いわゆる履行の拒絶をすることができるにすぎない。「履行拒絶の抗弁権」などといわれますが、そのような考え方がここで導入をされたということでございます。以上が、457条の部分です。

4 458条

(1) 絶対的効力事由

続いて458条のところですが、連帯債務者の一人に関して、請求とか更改等がなされた場合に、他の連帯債務者に対しても、同様のことがなされたという効力が生ずる事由のことを「連帯債務における絶対的効力事由」といいます。これまで、「連帯債務における絶対的効力事由」は請求、更改、相殺、免除、混同、時効で認められておりました。そのため、私は法科大学院では「請更相免混時」と覚えろと言っておりました。

(2) 改正の理由と内容

ところが、このような絶対的効力事由の一部について、今回の債権法改正におきましては、債権者にとって不利益なのではないか、あるいは合理性がないのではないかということが問題とされました。そのため、検討の結果、更改、相殺、混同のみが、「連帯債務における絶対的効力事由」として認められることになりました。なので、今は「更相混」と教えております。

以上の「連帯債務における絶対的効力事由」に関しては、連帯保証人にも、連帯関係という点で共通性があるため、これまでその規定が準用されていたわけです（旧458条）。しかし、「連帯債務における絶対的効力事由」が請更相免混時から更相混になりましたので、その結果、新しい438条の更改、439条

1項の相殺，440条の混同，441条の相対的効力の原則について，新458条は準用するという形になったわけでございます。

(3) 請求の相対効化

ですので，アステリスクのところですが，連帯保証人へ履行の請求をした場合に，主たる債務者に対してもその効力が生ずるかという問題につきましては，改正前は「請求」が絶対的効力事由として準用されておりましたが，今後は，連帯保証人に履行を請求しただけでは，主債務者に対して請求の効力は生じないということになります。この点は，時効管理の観点からは，実務上，極めて重要な改正なのではないかと思えます。

(4) 実務対応

もっとも，この場合には，連帯保証人への履行の請求をもって主債務者に対しても履行の請求をしたという形の合意を取ることによって（458条は441条ただし書きも準用しておりますが，441条ただし書きは，「ただし，債権者及び他の連帯債務者の一人が別段の意思を表示したときは，当該他の連帯債務者に対する効力は，その意思に従う。」と規定しています。），すなわち，絶対効は請求の場合は普通ないのだけれども，別段の意思を取り付けることによって，絶対効という形にする方法もあり得るんだというお話をさせていただきたいと思えます。

5 459条

(1) 旧規定の確認

続いて，459条に行かせていただければ幸いです。459条は，これまで，委託を受けた保証人の求償権につきまして，「過失なく債権者に弁済をすべき旨の裁判の言渡しを受け」た場合が入れられておりました。旧459条は，次のとおり規定でした。

「保証人が主たる債務者の委託を受けて保証をした場合において，過失なく

債権者に弁済をすべき旨の裁判の言渡しを受け、又は主たる債務者に代わって弁済をし、その他自己の財産をもって債務を消滅させるべき行為をしたときは、その保証人は、主たる債務者に対して求償権を有する。」

(2) 改正の理由

今回の債権法改正では、この「過失なく債権者に弁済すべき旨の裁判の言渡しを受け」という一番冒頭の求償権発生根拠の部分が削除されました。この部分は、実はコンメンタールなどでは、この文言の部分はむしろ460条の事前求償権にこそ重要な意義があるという指摘がなされていたわけでございます。そこで、まさにここで削除された部分は、460条のところに入れ込まれたというわけでございます。

(3) 本条の意義

それともう1つ、459条に関しては、実務上の観点から明定されたということがございます。改正後の459条を読ませていただけましたらと思います。1項のみです。

新459条1項

「保証人が主たる債務者の委託を受けて保証した場合において、主たる債務者に代わって弁済その他自己の財産をもって債務を消滅させる行為（以下「債務の消滅行為」という。）をしたときは、保証人は、主たる債務者に対し、そのために支出した財産の額（……）の求償権を有する。」

すなわち、例えば100万円の債務を80万円支払うことによって、80万円でもいいよということで消滅をしたときには、主たる債務者とする100万円の利益を得ているんだけど、当然、主たる債務の消滅のために、支出した財産の額しか保証人は出捐していない以上、その金額しか求償できないということが明定されたというところに意義があるわけでございます。

逆に、100万円の主たる債務を消滅させるために120万円支払った場合はどうでしょうか。この場合には、新459条の括弧の中にございまして、「その財

産の額がその債務の消滅行為によって消滅した主たる債務の額を超える場合にあっては、その消滅した額」となっておりまして、120万円払っても駄目だよ、消滅した額だから100万円だよとなっているわけでございます。これは、いずれにせよ、主たる債務者の保護という観点から、このような明定がなされたということが重要かと思えます。

あと6つほど、お話ししていない改正条文がございますが、ちょっと細かいところですし、確認をしていただければいいようなところかと思えますので、時間の関係上、割愛させていただければと思います。

七、保証に関する残された課題と私見

- 1 公証人を関与させれば、個人保証の弊害は解消されるか？（五の4に関して）
また、公証制度に問題はないか？

公証人：全国で約500人（元検察官，元裁判官がほとんど＝実質的な天下り先）刑事法の専門家だった方が多い。

独立採算の国家公務員である一方、一部の報酬につきプール制を採用。

公証役場：全国で約300カ所。東京—45カ所

他方、2カ所しかない県が8県、徳島には1カ所しかない。

⇒改正法に関する公証人への周知徹底と、

公証役場へのアクセス確保・適正配置につき、再検討の余地あり。

⇒公証制度・公証人採用の現状見直しに進展する可能性も。

- 2 主債務者の事業に現に従事している主債務者の配偶者（465条の9 3号後段）につき、個人保証無効原則の例外とすることは、妥当か？（五の3④に関して）
∴最も情誼に流されやすく、拒絶することが困難。

経営と家計が未分離とは限らない。

情報格差なく、経営に参画しているなら、共同事業者の例外のみで十分。

したがって、立法論的には疑問。

よって、3号後段に関しては、厳格な解釈を採用して、適用範囲を制限するべき。

- 3 経営者保証に関する例外1の承認は、経営者保証を積極的に奨励しているわけではない。= Cf.「経営者保証に関するガイドライン」（五の3に関して）

今般の改正では、モラルハザード防止の観点から、経営者保証と第三者保証の峻別という立場が採用された。

しかし、今後の日本経済を考えると、経営者保証に関して、起業の促進、社会生活基盤の確保、再チャレンジの支援という観点が重要。したがって、金融機関による、安易な経営者保証の徴求は慎重であるべき。

⇒ FinTech の活用可能性は？

Cf. 附帯決議（2017.4.12 衆議院法務委員会）

- ①保証意思の確認に関する公証人への周知徹底
- ②保証意思宣明公正証書に強制執行承諾文言を付すことはできないことの徹底
- ③主たる債務者の配偶者について、施行後の状況を勘案し、必要に応じ対応
- ④個人保証に依存し過ぎない融資慣行の確立が極めて重要であることを踏まえ、事業用融資に係る保証のあり方について、施行後の状況を勘案し、必要に応じ対応

4 賃貸保証は、今般の改正で十分か？（②に関して）

最判平成 9.11.13 裁判集民事 186-105 は、賃料支払債務等、賃借人が賃貸借契約に付随して賃貸人に対して負う一切の債務を保証した保証人に対して、賃料不払いが続いていたにもかかわらず、賃貸借契約が更新された場合に、更新後の賃料債務も含め、合計 26 か月分の賃料 計約 850 万円の賃貸人からの支払い請求を認容した。

←債務不履行状態にあることの情報提供なし。

賃貸借契約の更新の際、保証契約の更新に関する、保証人の意思確認なし。

⇒今般の債権法改正では、「貸金等根保証」契約の制限から、「個人根保証」契約の制限へ（465 条の 2）と改正されたことで、極度額をあらかじめ定めておかなければ、当該賃貸保証契約は無効ということで一定の対応が図られた。しかし、極度額の定めがありさえすれば、良いのか。

過大な極度額が定められてしまえば、結局、保証人の保護にはつながらない。

Cf. 賃貸保証の内容－①未払い賃料の保証、

②賃貸物件の損壊による損害賠償義務の保証、

③自殺による損害賠償義務の保証 等

⇒国土交通省が作る「賃貸住宅標準契約書（平成 30 年 3 月版）」は、具体的な極度額の設定は関係当事者間の協議に委ねており、参考となる実態調査（「極度額に関する参考資料」）を公表したものの、極度額制限の思想は脆弱。

過大な極度額は、公序良俗違反（90 条）として、一部無効になりうるが、

法的安定性に不安がある。

よって、極度額制限を標準契約書で、もう少し前面に押し出すべきである。また、②、③に関しては、保証契約よりもむしろ、保険制度を活用することが考えられる。

5 連帯保証は存続すべきであるか？（①に関して）

—連帯保証は、自らは借りていないにもかかわらず、借主である主たる債務者と同列の第一次的責任を、連帯保証人が債権者に対して負う制度。

=連帯保証人の責任は、重すぎるのではないか？

Cf. 信用保証協会と債権者である金融機関との間では、次のような約定あり。

「債権者は、まず主たる債務者から取り立てなければならず、なお履行されないうちに、保証人が保証債務の履行責任を負う。」

⇒交渉力とリスク分析力に長けている機関保証において、実質的に連帯保証を排除。

交渉力にもリスク分析力にも乏しい個人保証において、連帯保証を存続させる合理的理由は、乏しいのではないか。

*なお、法制審議会における民事法部会のコンセンサス方式
(刑事法部会では、多数決方式)

七、保証に関する残された課題と私見

七のところは、ここにございますように、保証に関してどのような残された課題があるのか。また、それに関する私見というところでございますので、この部分は、おそらく司法書士の先生方にとってみると、学者はそんなことを考えているのかというふうなところかと思います。そのため時間の関係上、ここでは差し当たり割愛させていただきまして、後ほど時間があればお話をさせていただくという形にしたいと思います。

八、消費貸借

1 諾成的消費貸借の明文化（587条の2）

旧法は、消費貸借契約は、もっぱら要物契約であると規定していた。しかし、判例・学説により、諾成的消費貸借契約の有効性が承認されていた。

⇒そこで改正法は、諾成的消費貸借契約の規定を新設した（587条の2）。

具体的には、

- ①軽率な成立を防ぐため、その成立には、書面を要するとする一方、
- ②その後、金銭等の必要がなくなったのに、借主に借入義務を課するのは不当であるから、借主は金銭等を受け取るまで、契約の解除をすることができるとし、（ただし、発生した「損害」の賠償が必要。）、
- ③通説にしたがい、金銭等授受の前に、一方が破産すれば、無効になるとし、
- ④書面ではなく、電磁的記録によっても、なしうるとしている。

*①の書面要件に関しては、書面の名称や方式のいかんを問わず、貸主に「貸す債務」、借主に「借りる債務」を発生させるところの「諾成的消費貸借の合意」があったといえるかどうか、ポイントである。

* * ②の損害賠償請求に関しては、貸主が「損害の発生・数学」および「解除と損害との間の因果関係」について具体的に立証する必要がある。⇒資金調達費用や事務処理費用がこれにあたるが、貸主が金融機関の場合には、他に貸付けができるので、前者に関する損害はないと考えられる。

* * * このような立証の負担を回避するために、貸主が損害賠償額の予定をすることが考えられる。

⇒しかし、過大な損害賠償額の予定は、民法90条や、消費者契約法9条により、一部無効とされると解される。

* * * * 諾成的消費貸借の明文化（587条の2）に伴い、「消費貸借の予約は、その後に当事者の一方が破産手続開始の決定を受けたときは、その効力を失う。」とする、旧589条は削除された（Cf. ③）。

⇒その背景には、諾成的消費貸借の明文化により、消費貸借の予約は必要なくなるはずであるとの考えがある。もっとも、改正債権法は、消費貸借の予約を禁ずる趣旨ではない。消費貸借の予約に関しては、諾成的消費貸借に関する規定が類推適用されると考えられるため、旧589条は削除されたのである。

* 諾成的消費貸借と消費貸借の予約の違いは、前者では契約上の債務が発生しているのに対して、後者では同債務が未発生である点にある。⇒登記原因証明情報の様式（案）12頁の修正の必要。

***** 3項の趣旨は、借主破産の場合、貸主は債権回収ができない可能性があるのに「貸す債務」を負担させるのは、貸主に酷だからである。他方、貸主破産の場合、借主は破産債権者として配当を受けうるのみであるのに、「借りる債務」を負担させるのは、借主に酷だからである。

***** 貸主は、「貸す債務」を免れるため、借主に対する既存の債権との間で、相殺を主張することはできない。

- ∴①諾成的消費貸借の場合、目的物の交付により、借主に返還債務が発生すると解されるから、債権の対立がないし、
- ②この相殺を認めたら、諾成的消費貸借を締結した趣旨が没却されるから。

2 準消費貸借の改正（判例法理の明文化）（新588条）

旧法は、「消費貸借によらないで」金銭その他の物を給付する義務を負う者がある場合に、準消費貸借が成立しうる旨、規定。

しかし、既存の消費貸借による物の返還債務を準消費貸借とすることも認めるのが、判例の立場であった（大判大正2.1.24民録19-11）。

⇒そこで、改正法は、「消費貸借によらないで」の文言を削除した。なお、改正前と同様、書面性を要求していないことに注意。

3 利息に関する規律の明文化（新589条）

- ①特約がなければ、無利息
- ②利息が取れるのも、金銭等を受け取った日以後の分

(最判昭和 33.6.6 民集 12-9-1373 の明文化)

= 「消費貸借における利息は、元本利用の対価」との考え。

* 「以後」であるから、借りた日当日の利息も発生する。

∴ 借りた日当日も、借りた金銭等を利用することができる。

* 本条が、強行法規であることに注意されたい。

4 貸主の担保責任 (新 590 条) = (Ex. 石油・米・醤油等の物の消費貸借に関して)

0 利息付⇒ 559 条により、売買の規定が準用される。

= 改正後は、契約不適合責任 (562 条) の準用により、貸主は借主に対して、代替物の引渡しや損害賠償義務を負う。

⇒ 内容が重複するので、旧 590 条 1 項は削除された。

① 無利息

= 贈与と類似。そのため、旧 590 条 2 項は、旧 551 条と同様の担保責任 (原則：無答責、例外：瑕疵を知りながら告げなかったときは答責) を貸主に負担させていた。⇒ しかし、贈与者の担保責任に関する旧 551 条は改正され、贈与者の責任を軽減するため、特定時の状態で引渡せば足りるとされた (新 551 条)。

∴ 好意による無償契約であるのに、事実を告げなかっただけで、損害賠償責任等の担保責任を負わせるのはアンバランス。

そこで、無利息の (特約のない) 消費貸借には、この新 551 条を準用するとされた (1 項)。

② 目的物に瑕疵があった場合

= 同じものではなく、物の価額を返還すればよい。

∴ 目的物に瑕疵があるときに、同様に瑕疵があるものを返還するのは困難。

⇒ 旧法は、以上の規律を無利息の場合のみとしていた。

しかし、上記理由は、利息付の場合にもあてはまる。そこで、改正法はこれを、利息付の場合にまで拡大 (2 項)。

5 期限前弁済と貸主の損害賠償請求権 (新 591 条 2 項, 3 項)

(Cf. 591 条 1 項は、そのまま。)

改正前：期限前弁済は有効だが (2 項)、債権者は弁済期までの利息相当額を請求できると解するのが一般的。136 条 2 項に基づく。

しかし、当然に請求できるのは相当ではないという意見や、他方で、貸付のために要した費用すら賄えないのでは相当ではないという意見。

⇒ そこで改正法は、債権者に損害賠償請求権を認め、損害の存在につき、債

権者に立証させるという立場を採用した(3項)。

Cf. 八1 = 損害賠償額の予定は、ここでも同様に問題となりうる。

- * 「約定の返還時期までに生ずべきであった利息相当額から再運用等による利益を控除した額」を「損害」と考えるのは、妥当か？
- ** 実際に損害賠償が認められるのは、事業者間の取引における高額の貸付けのように、金銭を同様の条件で再運用することが実際上困難であったり、返済期限までの利息を支払ってもらう代わりに、利率が低く抑えられていたケースに限られるとされている。

八、消費貸借

消費貸借は587条から592条までございますが、587条と592条についての改正はございません。そこで、残りの条文につきまして、どのような改正がなされたのかについてお話をさせていただければと思います。

1 諾成的消費貸借の明文化(587条の2)

(1) 前提—587条の確認

まず第1には、いわゆる諾成的消費貸借が明文化されたのが587条の2というところがございます。587条をまず確認させていただいた上で、それとの対比において587条の2を確認すると一番良いかと思いますので、まずは587条、改正されない内容につきまして確認をさせていただきたいと思います。

「消費貸借は、当事者の一方が種類、品質及び数量の同じ物をもって返還をすることを約して相手方から金銭その他の物を受け取ることによって、その効力を生ずる。」

消費貸借契約においては、同種同等同量のものを返還する義務を負う。そして、これについては、相手方から金銭等を受け取ることによって効力を生ずる。すなわち587条は、消費貸借契約をいわゆる要物契約としているわけでございます。

(2) 587 条の 2

それに対して、587 条の 2 第 1 項は、新たに書面でする消費貸借というものを認めました。

「前条の規定にかかわらず、書面でする消費貸借は、当事者の一方が金銭その他の物を引き渡すことを約し、相手方がその受け取った物と種類、品質及び数量の同じ物をもって返還をすることを約することによって、その効力を生ずる。」

すなわち、いわゆる諾成契約としての消費貸借、諾成的消費貸借を認めたというのがこの 587 条の 2 なわけでございます。

2 項に行きます。「書面でする消費貸借の借主は、貸主から金銭その他の物を受け取るまで、契約の解除をすることができる。この場合において、貸主は、その契約の解除によって損害を受けたときは、借主に対し、その賠償を請求することができる。」

1 項は諾成的消費貸借、すなわちお金を受け取らないで書面のみで消費貸借契約が有効になるとしました。けれども、その後に借主がお金の必要がなくなったらどうするのが問題になります。2 項の前段は、その場合には契約解除をするということを認めますよ、としました。しかし、そうなったとき貸主はお金を融通するために、何らかの費用を払っているかもしれない。ですので、それについては損害賠償として請求させましょうという形になっているわけです。

3 項に行かせてください。587 条の 2 第 3 項です。「書面でする消費貸借は、借主が貸主から金銭その他の物を受け取る前に当事者の一方が破産手続開始の決定を受けたときは、その効力を失う。」

諾成的消費貸借と似たものとして消費貸借の予約がございますが、改正前の 589 条は、その消費貸借の予約につきまして、破産手続の開始があったという場合には、その消費貸借の予約はその効力を失うとしておりました。同じよう

な趣旨の条文が、この諾成的消費貸借にも入れられたわけでございます。

4項は、「消費貸借がその内容を記録した電磁的記録によってされたときは、その消費貸借は、書面によってされたものとみなして、前3項の規定を適用する。」ということで、これは446条の3項と同じく、すなわち電磁的記録でもいいよということでございます。

(3) 587条の2のまとめ

以上をまとめますと、この587条の2は、諾成的消費貸借を認め、それを明文化したものであるわけでございます。旧法は、消費貸借契約は、もっぱら要物契約であると規定しておりましたが、しかし、判例・学説によりまして諾成的消費貸借契約の有効性が承認されていまして。そこで改正法は、この諾成的消費貸借契約の規定を新設したわけでございます。これが587条の2です。

具体的には、①1項は、軽率な成立を防ぐためにその成立には書面を要するとする一方、②2項は、その後金銭等の必要がなくなったのに借主に借り入れ義務を課するのは不当であるから、借主は金銭等を受け取るまで契約の解除をすることができることといたしました。ただし、発生した損害の賠償が必要だとなっています。

③3項は、通説に従いまして金銭等授受の前に一方が破産すれば無効になる。これについては、589条の改正前の消費貸借の予約と同じです。そして、④4項は、書面ではなく電磁的記録によってもなし得るとしているわけでございます。

(4) 論点①—諾成的消費貸借に関する合意の有無のメルクマール

本条に関しては、次のような論点があると思います。まず、1つ目のアステリスクに関わる部分ですが、①の書面要件という部分につきましては、書面の名称や方式のいかんを問わず、貸主に「貸す債務」、借主に「借りる債務」を発生させるところの諾成的消費貸借の合意があったと言えるかどうかのポイントでございます。

そして、書面というのは、これは1枚である必要はございません。そのため、借り入れを申し入れる先入れ方式の書面に対しまして、金融機関等からそれを承諾する書面が交付されれば、合わせて2枚においてこの書面要件を満たすと考えられておるといふことをお話しさせていただきたいと思ひます。

(5) 論点②—損害賠償請求とその立証責任

2つ目の論点は、②の損害賠償請求のところでごさひまして、このような諾成的消費貸借契約の成立後、借主の方がお金を必要としなくなったら契約解除はできるけれども、貸主は損害賠償請求できるという規定についてです。これについては、貸主の方が、損害の発生や数額及び解除と損害との因果関係等の、損害賠償請求に関する要件を具体的に立証する必要があると考えられているわけでごさひます。

この場合の損害には、資金調達費用や事務処理費用が当たると考えられておりますが、貸主が金融機関の場合には、他に貸付けができるので前者、すなわち資金調達費用については無駄にならないから損害はないと考えられております。

(6) 論点③—実務対応としての損害賠償額の予定

続いて3つ目の論点です。このように、損害賠償請求を貸主側がするに当たってはいろいろな立証が必要であるといふところから、損害賠償額の予定をするといふことが、実務上想定されるわけでごさひます。

では、その損害賠償額の予定が常に有効かといふと、そうではごさひません。民法90条ですとか、消費者契約法9条などによりまして、一部無効になるといふ可能性は残されていると考えております。

(7) 論点④—諾成的消費貸借と消費貸借の予約

4個目です。諾成的消費貸借の明文化（587条の2）に伴ひまして、「消費貸借の予約は、その後当事者の一方が破産手続開始の決定を受けたときは、その効力を失う。」とする旧589条が削除されました。先ほど③の587条の2の

第3項の趣旨とほぼ同じような条文が、旧589条にあったとお話したとおりでございます。

その背景には、諾成的消費貸借の明文化によりまして、消費貸借の予約は必要なくなるはずであるとの考えがございます。もっとも改正債権法は、消費貸借の予約を禁ずる趣旨ではございません。消費貸借の予約に関しては、諾成的消費貸借に関する規定が類推適用されると考えられるため、旧589条を必要としないので削除されたわけでございます。

それでは、諾成的消費貸借と消費貸借の予約の違いは何でございましょうか。それは、前者では契約上の債務が確定的に発生しているのに対しまして、後者では同債務が未発生である、すなわち予約の段階にとどまるというところにあると思われまふ。

(8) 消費貸借の予約に基づいて、抵当権設定の本登記はできるのか

これに関連して、登記原因証明情報の様式(案)12ページの修正が必要であるというところに参ります(本号151頁参照)。

実は、先ほどの休憩中に、森田先生とも少しやりとりをさせていただいたのですが、金銭消費貸借予約を締結しまして、それに基づいて抵当権を設定し、本登記までするということができるのだろうかというのが私の疑問でございます。なぜそのようなことを申し上げるかといいますと、債権譲渡、しかも将来の債権であって、それについて確定的ではなくて、担保のために譲渡をする。すなわち担保ですから、債務を払ってくればその譲受人はそれを返還するんだけれども、債務不履行に陥ったとすると確定的に自分に債権が譲渡されて、譲受人が債務を支払ってもらい代わりにその債権を行使するという、将来発生するような債権について譲渡担保に供したという場合につきましては、2つの類型があるとされています。

1つ目は、不履行があるまではあくまでもその譲渡担保というのは実行できないのですから、単なる予約にすぎないという「予約型」と、もう1つは、将

来債権譲渡というのは担保の名においても、すでに権利移転はされているのですが、債務不履行に至るまでは譲り受けた人は取り立てをすることができない。すなわち担保に供した債務者のほうに取り立てをする権限は留保されているという、「取立権限留保型」というものがございませう。この将来債権譲渡担保についての対抗要件に関しましては、債権譲渡の対抗要件ですから、467条2項のいわゆる確定日付のある通知又は承諾でございませうが、この「予約型」につきまして、平成13年11月27日の最高裁判例は、予約型はあくまでも将来不履行があれば債権譲渡がなされるかもしれないというものなので、第三者対抗要件たる確定日付のある通知、承諾とみなすことはできないという判断をしたわけでございます。

（補遺：「取立権限留保型」については、最判平成13年11月22日民集55-6-1056が、第三者に対抗するには、指名債権譲渡の対抗要件の方法によることができるとしています。）

そういたしますと、ここでも同じように、将来発生する金銭消費貸借の予約をもって、それを担保するところの抵当権の対抗要件（本登記）を確定的に具備することは可能なのだろうかというのが、先ほどの将来債権譲渡担保の対抗要件の最高裁判例との類比で考えますと、問題となってくるわけでございます。

先ほどの森田先生とのお話では、現在の実務上は、できるんだというお話でしたので、そのような実務が不変であるという考えもあり得るのですが、もう一方では、今回、587条の2で諾成的消費貸借というのが明文化されました。これが金銭消費貸借予約ではなくて諾成的消費貸借契約であるとする、それは諾成契約としての金銭消費貸借の場合として、消費貸借契約として有効ですので、それを担保するための抵当権というのはあり得る。貸付けはなされていないですけれども、それはいわゆる付従性の緩和という観点から有効かと思うんですが、他方で予約型については、今後これでいいのかというのが、今後もしかしたら問題となってくる可能性があるのではないか。

1つには、この場合には、仮登記しかできないんだというのが論理的には導かれるところなのではないか。もし仮登記でなくて本登記にしたいということであるならば、この後に金銭消費貸借予約に基づいて、債務者のほうが予約完結権を行使したというふうな文言が1つ入ってくる必要があるのではないか。ここの部分は、それこそ法務局との間でのやりとりが予定をされているということを伺っておりますので、具体的にどうなるのかはまだ分かりませんが、こういう問題点があるのではないかというお話をさせていただければと思います。

森田：先生、いいですか。

新井：どうぞ。

森田：債権譲渡の関係を話しておられましたよね。でも、今回の民法改正によって、467条1項は将来債権の譲渡もできるということにした上で、同条の2項でその対抗要件も具備することにできるとしたのではないのでしょうか。

新井：それは、いわゆる「取立権限留保型」というものを認めて、それに基づく対抗要件というものを新467条は条文化したというのが私の理解です。単なる「予約型」については、467条1項のところでは将来のものを含むとしてはいますが、2項で書面による確定日付ある通知又は承諾を得られるというものではないと、私は理解しています。

森田：もっとも利息について、諾成契約であっても、実際に金銭を引き渡さなければ利息を請求することはできませんから（改正法第589条第2項）……。

新井：そうだと思います。この後にお話しさせていただきます。そのとおりです。

森田：ごめんなさい。

新井：ですので、金銭消費貸借の予約に基づく抵当権登記については、もしかしたら実務にインパクトがあり得るというお話をさせていただきましたらと思います。私は、論理的には今お話したとおりなのではないか、今後この実務は

再検討されてくるのではないかと推測いたします。

森田：ただ、いろんな講演会で、金融機関がパネルに入った講演会を聞きに行ったりすると、貸す義務が発生するのが嫌だということのほうが多いですね。だから、借りる義務と貸す義務が発生しますが、借りる義務の方はいつでも金銭を受け取るまでは解約ができるということで手当てされているわけですよ。だから、この貸す義務が発生することを金融機関はすごく嫌がっています。この諾成契約を消費貸借予約という形を取っていくのか、あるいはこれを諾成契約の消費貸借契約として使っていくかという、どちらにしてもたぶん使いこなすのはなかなか難しい。

現在も実際は運用しているところもあります。例えば公的な金融機関は前から諾成的な設定登記をやっています。われわれも公的な金融機関に言われるままにまず最初に登記をして、そして設定登記がされると金融機関が初めてお金を貸すという逆転した方法で設定登記をしてきましたので、公的ではない金融機関についてはどうなのかなと思っています。

新井：今お話しされた点は、付従性の緩和という観点から、債権者保護のために登記をまず打っておかなければ危なくて貸せないよということで、まさにそのような実務慣行にお墨付きを与えるというのが、この諾成的消費貸借の明文化というところの意義であると思いますが、それに絡んでお話しすると、まさにこの金銭消費貸借の予約に基づく抵当権設定が本登記でできるのかということについては、もしかしたら再検討がなされる可能性があるという指摘だけさせていただきます。

(9) 論点⑤—3項の趣旨

続いてのアステリスク、5つ目の部分ですが、3項の趣旨、すなわち金銭授受の前に破産をしたという場合の趣旨は、借主が破産ということになりますと、貸主は債権回収が全部はできないという可能性がある。というよりも、そ

の可能性がほとんどであるにもかかわらず、全額貸さなければならないという債務を負担させるのは貸主に酷です。

他方で、貸主破産の場合には、借主は破産債権者として配当を一部受けるのみであるにもかかわらず、借りの債務を負担させるのは借主に酷だからということで、いずれにせよ金銭授受の前に一方が破産すれば無効になるという規定が、この諾成的消費貸借にも入れられたわけです。

(10) 論点⑥—既存債権との相殺の可否

6つ目です。貸主は、「貸す債務」を免れるために借主に対する既存の債権との間で相殺を主張することはできないと私は考えております。金融機関の方が書かれたものの中には、相殺を認めるものもあるんですが、学者の書いたものは、むしろ相殺は認めるべきではないとしているのが多い。

と申しますのも、諾成的消費貸借の場合、目的物の交付によりまして借主に返還債務が具体的に発生すると解されますから、そうなるとすると、債権の対立というのは本当にあるのだろうかという問題が発生しますし、また、この相殺を認めたとするならば、何のために諾成的消費貸借を締結したのか、その趣旨が没却されるわけですから、この相殺を認めるのはおかしいと私は考えるわけでございます。

2 588条

続けて、新しい588条に行かせていただきたいと思います。これは準消費貸借の改正、判例法理の明文化というところで、そんなに大きなところではございません。

旧法は、消費貸借によらないで金銭その他の物を給付する義務を負う。何か目的物を引き渡すという義務があるときに、それを渡せなくなったときには、その代わりにお金で返すよという形の準消費貸借が成立するということを規定しておりました。

しかし、既存の消費貸借による物の返還債務ですとか、あるいは数本の消費貸借を契約一本にするという形のものも準消費貸借とすることを認めるというのが、これまでの判例の立場でございました。そこで改正法は、「消費貸借によらないで」という文言のみ削除をした、これが588条の改正点です。

「金銭その他の物を給付する義務を負う者がある場合において、当事者がその物を消費貸借の目的とすることを約したときは、消費貸借は、これによって成立したものとみなす。」というわけです。

3 589条

続いて、3に行かせていただきたいと思います。今、森田先生からお話がございました利息に関するところで、この規律が明文化されたというのが589条のところでございます。

1項は、「貸主は、特約がなければ、借主に対して利息を請求することができない。」

2項は、「前項の特約があるときは、貸主は、借主が金銭その他の物を受け取った日以後の利息を請求することができる。」というわけでございます。

すなわち、利息に関しては、まず特約がなければ無利息だということが1項で、2項は、利息が取れるのも金銭等を受け取った日以後の分ですよということが明文化されました。この背景には、消費貸借における利息は、元本利用の対価であるという考え方があると思われます。

としますので、「以後」とございますから、借りた日当日の利息も発生するわけでございます。すなわち、その日も入ると。なぜなら、借りた日当日も借りた金銭を利用することができるからということでございます。また、この利息に関する規定が、いわゆる強行規定であるということを申し上げておきたいと思えます。

4 590条

4のところは、貸主の担保責任でございまして、石油、米、醤油等の物の消費貸借に関する担保ですから、後ほど確認しておいていただければよろしいかと思えます。

5 591条

(1) 条文の確認

それでは、5に行かせていただきたいと思えます。期限前弁済と貸主の損害賠償請求権というものでございまして、591条につきましては、まずは条文を確認させていただきましたらと思えます。

1項からです。「当事者が返還の時期を定めなかったときは、貸主は、相当の期間を定めて返還の催告をすることができる。」これは従来どおりです。

2項は、「借主は、返還の時期の定めの有無にかかわらず、いつでも返還をすることができる。」

3項は、「当事者が返還の時期を定めた場合において、貸主は、借主がその時期の前に返還したことによって損害を受けたときは、借主に対し、その賠償を請求することができる。」というわけです。

この591条の2項、3項、特に3項の改正（新設）が重要であるわけです。2項は、改正前は、「借主は、いつでも返還することができる。」となっていたのが、「返還の時期の定めの有無にかかわらず」という文言が入ったところのみ違いがございまして。実質上の違いはございませぬので、3項が入ったというのが、この591条では重要だというわけです。

(2) 新591条3項論

改正前は、期限前弁済は有効ですけれども、債権者は弁済期までの利息相当額を請求できる、債務者はそれを支払わなければならないと解するのが一般的な考えでございました。これは136条2項という条文に基づいていたわけで

ざいます。

136条2項は、「期限の利益は、放棄することができる。ただし、これによって相手方の利益を害することはできない。」となっているので、だから利息は全部払えよという形の解釈が一般的だったわけです。

しかし、これに対しましては、債権法改正の審議過程において、当然に請求できるというのは相当ではないのではないかという意見ですとか、他方で、貸付けのために要した費用すら賄えないのでは相当ではないのではないかという意見がございました。そこで改正法は、先ほども損害があったら請求できるよという諾成的消費貸借の話がありましたけれども、債権者にこのような場合には損害賠償請求権を認めまして、損害の発生等の要件を債権者に立証させるという立場を3項で採用するという形になったわけでございます。

でございますので、これは先ほどお話をした諾成的消費貸借の2項の後段、発生した損害の賠償は必要だよ、それについて立証が必要だよ。立証が面倒だから損害賠償の額の予定がなされる可能性があるよ、でも、過大な損害額の予定は一部無効になる可能性があるよという問題は、ここでもそのまま妥当するわけでございます。

(3) 論点一損害の算定

この591条3項には、次のような論点があります。1つ目は、約定の返還時期までに生ずべきであった利息相当額から、再運用等による利益を控除した額を損害と考えるのが果たして妥当なのであろうかという問題です。金融機関の方が書かれたものの中には、こういった考えもあり得るのではないかと。いちいち損害の立証をするのが、面倒だというお話もあります。でも私は、これは疑問であると思います。

なぜなら、金融機関が再運用等を手間取ったり、あるいは放っておいたために再運用による利益が発生しない。要は、その再運用等がいつできるか、それが不明確、不安定であるということのリスクを借主に負わせるという形になり

かねないので、もちろん金融機関はそんなことはしないということを前提に、先ほど金融機関の方々はおっしゃられたのかもしれませんが、そのようないわゆるモラルハザードのリスクというのが、このような考え方には伏在しているのではないかと考えるので、私は賛成できないわけです。

一問一答 300 頁では、次のように述べられています。「実際に損害賠償を認められるのは、事業者間の取引における高額の貸付けのように、金銭を同様の条件で再運用することが實際上困難であり、他方で返済期限までの利息を支払ってもらい代わりに利率が低く抑えられていたケースなどに限られる。」以上が、消費貸借に関するお話でございます。

6 保証委託契約に先立つ情報提供は、抵当権設定登記における必要的記載事項か

残りの時間がもう少しございますが、まずは質疑応答の時間を確保しなければならぬということと、もう1つは、皆さま方にとってみると、登記原因証明情報の書式といった部分が重要かと思しますので、もう1点、この部分については皆様いかがでしょうかというコメントをさせていただければと思います（登記原因証明情報の様式（案）14 ページ＝本号 152 頁参照）。

(1) 事案

人物関係といたしますと、次のような場合が想定されるかと思えます。債権者が甲、保証人が乙、乙が主債務者丙に対して有することになる求償権を担保するために、例えば丁の土地に抵当権を付ける。

登記の目的が抵当権設定で、保証委託契約による求償債権が登記の原因。ですので、登記原因となる事実又は法律行為は金銭消費貸借契約で、これは甲株式会社丙の事業に供するために、丙を債務者とする金銭消費貸借契約を締結し、同日、甲は丙に対してお金を貸した。

それで、保証委託契約に先立つ情報提供ということで、先ほど事業に供する

ためには465条の10で情報提供が必要だということで、甲丙間の債務を主たる債務とし、丙は乙との間で保証委託契約を締結する前提として、465条の10に規定する情報を乙に提供し、乙はこれを了承したということで、乙が保証人になるというわけでございます。

(2) 関連条文

そして、乙は保証委託契約に基づいて、債権者甲との間で保証契約を書面で行った。これが446条2項というわけです。

それで、保証意思宣明公正証書ということで、保証契約に先立つ1カ月前以内の間に公正証書を作成した。事業に供するためなので、465条の6第1項のところで公正証書の作成が必要ですよというわけです。乙と丙は、保証委託契約に基づいて、乙が丙に対して取得する可能性のある求償債権を担保するために抵当権を設定したということで、ここではこのような形で求償債権を担保するために、丁の不動産に抵当権を付ける場合の登記原因証明情報がここに書かれてあるわけです。

(3) 問題

問題としたいのは、登記原因証明情報の様式（案）14ページの2のところでございまして、情報提供義務が2の(2)のところで書かれてありますが、これが必須なのかどうなのかということです。

保証契約に先立ち、丙は乙に財産状況等を提供しなければならないというのは、先ほど確認した465条の10第1項のところですよ。ここでは、財産状況の提供があった事実を担保するために、登記原因証明情報に記載すべきと判断しましたということで、埼玉県のものでは入れられている。

ただし、東京司法書士民法改正対策委員会では記載不要としておりまして、実は私はこちらでいいのではないかと。念のため入れるという意味においては、(2)は意味があるかと思いますが、記載は必要の記載事項ではないのではないかとというのが私の申し上げたいところでございます。

(4) 私見の理由

と申しますのも、例えば保証契約を書面でしなければならないということについては446条の2項のところでございますが、2項は、保証契約は書面でなければその効力を生じない。すなわち無効であるというふうに、その効果が規定されているわけでございます。

また、事業に係る債務につきまして保証契約を締結するに当たっては、原則無効であって、個人がその保証人になるとときには、その例外として公正証書が必要であるというお話をしました。これが465条の6第1項のところでございます。

「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、その締結に先立ち、その締結の日前1箇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。」

「その効力を生じない」という言い方が、446条の2項と465条の6では同じであるということがご確認いただけるであろうと思います。

このように先ほど極度額のところでもそうなのですが、465条の2は、1項で、一般的な根保証につきまして個人を保証人とするときには極度額を定めてくれよと。2項は、個人根保証契約は、前項に規定する極度額を定めなければ、その効力を生じない、としております。

このように、それがないと無効であると判断されるものにつきましては、まさに登記原因証明情報として、事実または法律行為として記載する必要があるかと思えます。

ところが、私が問題としております、保証委託契約に先立つ情報提供につきましては、465条の10で先ほど申し上げさせていただきましたように、確かに465条の10第1項は、1号、2号、3号などの情報を主たる債務者を義務者

として保証人に対して情報提供しなければならないとあります。ですので、いかにもそれは必須であるとして、まさに登記原因証明情報には必ず入らなければならないようにも読めるわけです。

ところが、その効果は、2項のところにありますように、先ほど96条2項と同じような効果と申し上げた、取消しがあり得る。しかも「あり得る」でございまして、情報を提供しなかったこと、あるいは虚偽の情報を提供した、それによって誤認をした結果、保証契約を締結してしまった。それについて債権者が、知っていたり、知ることができたときのみ取り消すことができるという効果を導く。その前提として465条の10第1項が、情報提供しなければならないというように規定しているわけでございます。そういった意味では、ここで必要な記載事項とまで言えるかということ、そうではないのではないかというお話をさせていただきたいと思います。

【質疑応答】

本当にわずかの時間になってしまいましたが、皆さま方から何か質問等ございましたら、対応させていただきたいと思います。

司会：それでは、皆さまいかがでしょう、挙手していただければ。

森田：すみません、大宮支部の森田といます。先ほどの登記原因証明情報の中で先生にお聞きしたいのですが、登記原因証明情報様式（案）14ページに保証意思宣明公正証書の旨が記載してありますよね。僕はこれを書く必要ないと思っているのです。

もう1つ、先ほどの諾成契約の関係の場合、利息の、付利息になるのは金銭を交付したときですよね。東京司法書士会がつくった登記原因証明情報は、最後のところの「よって」の下に、いついつ渡したと書いてある。この前七戸先生（九州大学法学部教授）が講演にいらしたときも、「これはちょっとおかしいんだけどもさ」と仰ってました。貸し付けた日時を入れていないと確かに利

息を請求するようなときに、いつからなるのかというのは明らかではないので、やはり登記原因証明情報としてあまり良くないのかなと思っているのです。書かなくてもいいのかなと思いますけれども、そこは書いてないと利息がいつから付くのか第三者がよく分からないと思っています。先生はいかがでしょうか。

新井：後者のほうからお話しさせていただければと思います。具体的に、貸し渡した、交付をしていることを必要とするならば、それは債権者が1番抵当権なりの抵当権を打っておかなければ安心してお金を貸せないという実務の需要を全く満たしていないですね。

もしそれを貸し渡していない、交付していないにもかかわらず、何月何日に交付したというのを例えば(3)とかで入れるとするならば、それは虚偽記載ですから、その方こそ問題になってきます。今回、この諾成的消費貸借というのを明文化したのは、まさに先ほど来お話したように、債権者が貸渡しにあたって1番抵当権をしっかりと打っておかなければ安心して貸せないよという実務需要に対応しようというものでございますから、(3)のところでは何日に貸し渡したというのは、私は必要ないと思います。

それでは、なぜそのような説が出てくるのかということ推測いたしますと、今、森田先生がおっしゃったように、利息というのは交付日から発生するということが明文化されて(589条2項)、そうなるすると、例えば2番抵当権者なり、3番抵当権者なりの利害関係人は、いつから利息が発生したんだというのが分からないじゃないかということが問題になるから、そこが出てこないと困るんじゃないかという配慮からなんだろうと思います。

ところが、例えば根抵当権などというのは、その極度額までは1番根抵当権者が持っていく可能性があるけれども、具体的に幾ら持っていくかというのは分からないわけですね。それと同じ話を今回の場合もすることができて、利率があって、そして抵当権がいつ設定をされて、それについて登記がなされる

ということになれば、そこから最大限、利息分として取られる可能性がある金額というものを想定することができる。ここまでは持っていかれる可能性があるということを十分計算をした上で、2番抵当権なりを付ければいいのであって、いずれにせよ必要ないのではないかというのが私の考え方です。

続いて前者の質問、すなわち保証意思宣明公正証書が作成されたということについても書く必要はないのではないかという考え方もあり得るのですが、要は、公正証書をつくって保証人としての責任を負って、その求償権を担保するために抵当権を付ける。すなわち、ここで言うところの抵当権を付ける保証人というのは個人保証人であって、本来であれば事業のための貸金債務なので保証人にはなれないところ、公正証書をつくっているのが例外的に保証人になることができる。その公正証書が有効で、保証人になるので、主たる債務者に対して求償権を主張することができる。でも、その求償権が回収できない可能性があるから、その担保のため抵当権を付けるという形になるわけです。すなわち、原則有効ではなくて、例外的に有効となるというわけですから、このような保証人が抵当権を付けるということの有効性を担保する観点からいたしますと、やはり保証意思宣明公正証書が作成されたということについては、書くべきなのではないかというのが、私の考えであります。

森田：他にもあるのですが、もう1つ、保証人の宣明は1カ月以内ですよ。同時期でもいいんですよ。

新井：はい。

森田：ただ、先にやっていたらいい。

新井：そうです。

森田：先にやっていたら、同時の日にち、だから時間を入れてくればいいのかなという形にはなるんですよ。だから、同時に行われるということも起こり得る。

新井：ただ、同時といっても、今お話ししたように、先につくられていなければ

抵当権の設定登記はできないという意味においては、やはり意義があるのではないのでしょうか。そこを確認することによって、この保証契約は有効だから求償権が発生する。だから、その求償権を担保するために抵当権というのが出てきて、その求償権が有効になるためには公正証書がつくられていないとすると有効にはならないわけですから、それを確認する意義はあるのではないのでしょうかということを、私は問題点として指摘させていただければと思います。

司会：他はいかがでしょう。

嶋根：私も1つお聞きしたいことがございます。

新井：どうぞ、お願いいたします。

嶋根：先ほどの個人根保証に関して、主たる債務者の死亡が元本確定事由になるというのが改正後の条文にあります。例えば賃借人が死亡した場合に、明け渡しまでの賃料、もしくはその相当額の賠償金ですとか、原状回復費用、もし賃借人の発見が遅れたら原状回復費用も拡大していくわけですし、そうした損害が発生しますよといった話になったら、保証人としては、どこまで賠償することになるのか、お伺いしたいと思います。

新井：元本が確定をしている以上、その後に損害が発生した部分については、保証はされないというのが結論です。

まず前提として、賃貸保証に関していえば、例えば4万円未満の物件だとすると、どのくらいの金額の損害額が発生しているのか。そういったものが各物件の金額に合わせて、「極度額に関する参考資料」にありますので、実務はそれを参考に極度額を定めていくのだらうと思います。しかし、その極度額の定めさえあればいいのだらうかと私は思っておりまして、それが過大であるとすると、全く賃貸保証における保証人の保護にはならないと考えます。

今、嶋根先生からいただいた質問に関して述べますと、賃借人死亡の場合に、賃料の不払いであるとか、あるいは目的物の破壊等が死亡前にすでに存してい

たならば、それらについては465条の4第1項3号の、主債務者死亡に基づく元本確定前でありますから、敷金の極度額の範囲内で保証されるでしょう。

それでは、死亡に基づいて、例えば物件が荒廃をしてしまったり、フローリングの全部張り替えをしなければならなかったり、その間に新たな賃借人を入れられないという損害をどのように考えるのかということです。この問題に関しては、死亡後に発生したものであると考えられますから、やはり確定時は死亡時ですので、保証されないということになろうかと思えます。

だからこそ、まさに信頼関係たる賃貸借契約においては、定期的な確認というのが債権者側には求められるのでしょし、そういうことがなされるように賃貸の管理会社というのも間に入ってくるのでしょし。もし、そういうものが不十分であるために、損害額が大きくなったとするならば、まさに私が残された課題として言及しようとしたところですが、そういったものについては、保険でカバーするというふうな実務慣行こそがつくられるべきと考えます。

何でもかんでも賃貸保証人に対して食っていけばいいという、そういった実務慣行こそが、もしかしたらこの問題を契機にして見直されてくることになるのかも分からないと思えます。以上が、私の回答です。

司会：ありがとうございます。最後、1つぐらいいかがですか。大丈夫ですか。伊藤先生と私とアイコンタクトができていますけど、もしあるようでしたら。

伊藤：すみません、実務的な話ではないんですが、要物的消費貸借契約と諾成的消費貸借契約が併存することになったために、よく分からなくなってしまうのですが、諾成的消費貸借契約をする当事者の意思というのは、要物性を排除するという意思が確定的に必要なものになるのでしょうか。

新井：要物性を排除するというか、金銭の貸渡しというのがなされているとすると、それは今までどおりの消費貸借契約ですね。私も実務について、そんな

に詳しいわけではないですが、例えばサラ金などに行ってお金を借りるといったときには、ここにあるものに名前を書いて判子を押せというふうに言われて消費貸借契約書がつくられて、書いたから、おまえに利息を天引きして幾ら幾ら渡すなどという形で貸渡しがなされる。そうすると、これまでどおりの要物契約に基づく消費貸借契約というのがなされるわけですが、それがそのお金を渡さない、将来的に渡すとか、例えば抵当権を付けて安心しないとおまえになんか貸せないからというふうになるとすると、それがまさに諾成的消費貸借になるわけです。

伊藤：例えばやりとりしまして、若干時間がたってから実際に交付があるというような場合は、完全にゼロタイムでお金が渡されるということはなかるうかと思われまので、その間にふわっとした時間があつたときに、当事者の意思というのはどっちなのかと考えると、条文の分け方だと諾成的消費契約をやるうとする当事者にとっては、後からなされる交付は義務の履行であり、要物性でやるうとする人たちにとっては、要物性は補完されない限り予約みたいになるのか、要件が1個足りないから未完成のままになるのかということ、当事者はそうしたことは考えないまま進めるでしょうから、ある程度の時間内に、それこそ契約して5分後ぐらいにお金をポンと渡されるのが要物だというような、そのような理解でよろしいのかよく分からないもので。

新井：その部分は、私がレジュメで書いたところが回答になるかと思ひます。要は、書面要件というところに関しては、書面の名称や方式のいかんを問わず、貸主に「貸す債務」、借主に「借りる債務」を発生させるところの諾成的消費貸借の合意が確定的にあつたと言えるのがポイントであつて、そのようなことがあるとすると、諾成的消費貸借は有効である。ですから、今、私お話をしましたけれども、おまえ全部書いたな、じゃ、天引きした上でこれだけ渡すぞと、それは一連のものとして考えることができますから要物契約としての消費貸借契約になります。例えば同日であつたとしても、午後までに金を用意し

しておくからそのときに借りに来いという形になると、それは諾成的と考えられるのではないのでしょうか。

確定的なものであるけれども、その1回の交渉の場においてお金が渡されていない。587条のこれまでのものは、まさに交付というのを要件としていますから、交付がその1回の場においてなされていない以上は、それは書面でなされている必要があって、587条の2の諾成的消費貸借の話に行くという形になるのではないのでしょうか。

伊藤：逆に、要件が足りないままプラプラしているというわけではないんですね。

新井：諾成的消費貸借の場合には、確定的合意が書面においてなされているかどうかこそがポイントなのではないのでしょうか。ですから、プラプラなされているとすると、それはこの諾成的消費貸借が成立していないという話になるだろうと思います。よろしいのでしょうか。

伊藤：分かりました。

司会：ありがとうございます。それでは、ちょっと時間がオーバーしてしまい、申し訳ございませんでした。

最後に、新井先生に大きな拍手をお願いできればと思います。どうもありがとうございました。(拍手)

【追記】

本研修会終了後、伊藤司法書士より質問の補足があり、新井先生との間で質疑応答がなされましたので、次の通り、追記いたします。

○伊藤司法書士の補足

質問の要旨

成立要件を一部共通にする2つの典型契約である要物的消費貸借契約と諾成

消費貸借契約が存する以上、要物的消費貸借契約の締結を志向する者は諾成的契約を排除する意思を有している必要があり、逆に諾成的契約を志向する者は、要物性を排除する意思が必要なのではないでしょうか。

質問の詳細

民法で用意した典型契約の類型に

A（具体的には諾成契約）：成立要件として、a（Xの主観的要件）、b（Yの主観的要件）、c（客観的要件 書面化）が規定されている。

B（具体的には要物契約）：成立要件として、a（Xの主観的要件）、b（Yの主観的要件）、d（客観的要件 金銭交付）が規定されている。

上記の状態の時に、a, b, cがそろってしまうと、当事者（X・Y）の意思に関わらず、Aが成立してしまうのかということなのです。

cの要件が書面化ということですから、慎重を期して当事者（X・Y）が文書の作成を意図することは当然のことでしょう。つまり、Bの契約の利用を望む当事者らは、Aの契約を意図するためではなく、別の意図でcを補完するのです。その際に、たまたま、Aの成立要件が全部揃ってしまったということのみによって、いわばオートマティックにAが成立してしまうのは、意思主義に基づく民法の大原則にもととも考えるのですが…。

もう一段抽象度を上げると、民法というシステムが、それを利用するユーザーに対して、 $A_1 \sim A_n$ の典型契約のメニューを提供している場合、ユーザーは、それらの中から自己の意思によって何らかの典型契約を選択します。その際に、成立要件である $a_1 \cdot a_2$ の主観的要件を共通にする A_1 （他の成立要件は a_3 ）と A_2 （他の成立要件は a_4 ）が存在する場合に、当事者の意思としては A_2 を選択したいと考えます。

そうすると、当事者は、 a_1 , a_2 , a_4 を揃えればよいのですが、そのほかに別の事情である a_3 を加えてしまった。しかし、これはもともと A_2 の成立には余計なものですから、 A_2 の成立には関わり合いがないばかりか、その典型契約が A_2 でなくなることに何ら寄与するはずはありません。仮に、それが、たまたま A_1 の成立要件の一つであったというだけのことなのです。

当事者の意思が (A_1 ではなく) A_2 の成立に向けたものであった場合 (その意思のありようを、当事者のそれを離れて実用性や有益性の面からこれを論じても意味のあることとは思われません)、単なる時間的事情、成立要件の具備の時間的順序によって、 a_4 が具備されるより先に a_1 , a_2 , a_3 が揃ってしまったからといって、 A_1 の成立を当事者に押しつけてしまうことになるのは、民法を利用するユーザとしては、お節介極まりない扱いを受けたということになりはしないかということです。

ここで、この議論が意味を持つのは、別個の典型契約と評価される A_1 と A_2 とで、それらの成立要件とされる a_1 , a_2 が内容が同一であるというだけでなく、その内容が、両者とも主観的要件でありながら、 A_1 と A_2 とを区別すべき指標にはならないということなのです。つまり、 a_1 と a_2 には、その内容の主観的志向としては A_1 に向けたものも A_2 に向けたものも含まれていないのです。ですから、正確には、当事者は a_5 としての主観的要件を具備すべきかどうかを議論する意味があると考えられるのです。

これに具体性を持たせれば、まさに、当事者の意思が A_1 に向けられたもの (諾成契約の意思、要物性の排除) か、 A_2 に向けられたもの (要物契約の意思、主観的意思のみでは不足であるとする意思) かを考慮せざるを得ないということになりませんか。

○新井先生のご回答

大変論理的な御質問をいただき、どうもありがとうございます。

伊藤先生から、要物的消費貸借契約と諾成的消費貸借契約の要件を、それぞれ A（具体的には諾成契約）：成立要件として、a（Xの主観的要件）、b（Yの主観的要件）、c（客観的要件 書面化）が規定されている。

B（具体的には要物契約）：成立要件として、a（Xの主観的要件）、b（Yの主観的要件）、d（客観的要件 金銭交付）が規定されている。

と御提示いただきましたが、この理解自体に多少問題があるように思います。

改正民法は、あくまで従来からの要物的消費貸借契約を原則としつつ（587条）、例外的に、金銭等の引渡しを、書面とする消費貸借契約の締結後とする諾成的消費貸借契約を認めています（587条の2）。すなわち、

A（具体的には諾成契約）：成立要件として、

a'（書面とする契約締結後に、金銭等の引渡しを約する旨のXの主観的要件）、

b'（書面とする契約締結後に受け取った物と、同種・同等・同量の物を返還する旨のYの主観的要件）、c（客観的要件 書面化）、が規定されている。

のでございまして、このAのa'、b'と、Bのa、bは、確かに似てはおりますけれども、別物であると思います。

したがいまして、要物的消費貸借契約と諾成的消費貸借契約に関しましては、御質問のような問題は生じないように思いますが、いかがでございましょうか。

各条文が、色々なことを考慮した上で規定されていることを御確認いただけましたら幸甚でございます。

【当日配布資料：登記原因証明情報様式（案）12頁】

1 登記申請情報の要項

- (1) 登記の目的 抵当権設定
- (2) 登記の原因 令和〇〇年〇〇月〇〇日金銭消費貸借予約
同日設定
- (3) 当事者 省略
- (4) 不動産の表示 省略

2 登記の原因となる事実又は法律行為

- (1) 令和〇〇年〇〇月〇〇日，甲と乙は，下記内容の金銭消費貸借予約を締結した。
債権額 金〇円
利息 年〇％
損害金 年〇％
債務者 乙
- (2) 同日，甲と乙は，上記金銭消費貸借予約に基づき将来発生することのあるべき債権を被担保債権として，本件不動産に抵当権を設定する契約を締結した。

(高橋委員)

【当日配布資料：登記原因証明情報様式（案）14頁から15頁】

登記原因証明情報

1. 登記申請情報の要項

- (1) 登記の目的 抵当権設定
- (2) 登記の原因 令和〇〇年〇〇月〇〇日保証委託契約による求償債権
令和〇〇年〇〇月〇〇日設定
- (3) 当事者 省略
- (4) 不動産の表示 省略

2. 登記の原因となる事実又は法律行為

(1) 金銭消費貸借契約

令和〇〇年〇〇月〇〇日，甲銀行株式会社は，丙の事業に供するため，丙を債務者とする金銭消費貸借契約を締結し，同日，甲は丙に対して金〇〇万円を貸し渡した。

(2) 保証委託契約に先立つ情報提供

上記（1）の債務を主たる債務とし，丙は乙との間で保証委託契約を締結する前提として，民法第465条の10に規定する情報を，令和〇〇年〇〇月〇〇日，乙に提供し，乙はこれを了承した。

(3) 保証委託契約及び保証契約

上記（1）の債務を主たる債務とし，丙は乙との間で保証委託契約を締結し，令和〇〇年〇〇月〇〇日，乙は当該保証委託契約に基づいて，甲との間で保証契約を書面により締結した。

(4) 保証意思宣明公正証書

乙は上記（3）の保証契約に先立つ令和〇〇年〇〇月〇〇日，保証債務を履行する意思を表示した公正証書を作成した。

(5) 抵当権設定

令和〇〇年〇〇月〇〇日，乙と丙は，上記（3）の保証委託契約に基づき，乙が将来丙に対し取得する可能性のある求償債権を担保するため，本件不動産に以下の内容の抵当権設定契約を締結した。

債権額	金〇〇〇万円
損害金	年〇%
債務者	丙

※1 事業用定期借地権における用益権設定では、公正証書の添付が必要（不動産登記令別表）。最終的には不動産登記令で示されることになるが、登記原因証明情報に記載があればそれで充分ではないか、という判断で申請書には添付不要と考える。つまり、登記義務者となる抵当権設定者が署名又は記名・押印して作成しているの、それで足りる、という理解である。ただし、東京司法書士会民法改正対策委員会編集の『民法改正と登記実務』では、内容の真实性を担保する必要性から、添付必要と記載されている。

※2 情報提供義務

保証契約に先立ち、丙は乙に財産状況等を提供しなければならない（新法第465条の10第1項）。ここでは財産状況の提供があった事実を担保する意味から、登記原因証明情報に記載すべきと判断した。ただし、東京司法書士会民法改正対策委員会編集の『民法改正と登記実務』では、次の理由から登記原因証明情報には記載不要としている。

①主たる債務者が法定された情報を提供したという事実を登記原因証明情報の内容に含めたとしても、取消しの可能性を排除することはできない。

②民法上の取消事由である詐欺や脅迫についても、「詐欺や脅迫による意思表示はされていない」といった内容を登記原因証明情報に含めていない。

（中川副委員長）