

<研究ノート>

保証人の責任制限と信義則

—東京地裁平成17年10月31日判決の検討を通じて—

能 登 真 規 子

- I はじめに
- II 事案の概要
- III 判旨
- IV 研究
 - 1 問題の所在
 - 2 包括根保証における保証人の責任制限の一般論
 - 3 保証契約における信義則の具体化
 - 4 結びにかえて

I はじめに

東京地裁平成17年10月31日判決¹⁾は、主たる債務者と連帯して保証する旨の保証期間及び極度額の定めのない包括根保証契約に基づく請求を受けた保証人が、その包括根保証契約の成立と債権者である銀行の支払請求権の行使の信義則違反を争った事案である。銀行が貸付残債権の元本と利息を請求したのに対し、裁判所はその約40%に相当する2200万円をもって保証人に対する請求の限度とした。

根保証契約に関しては、すでに、信義則に基づいて保証人の責任を限定する数々の裁判例が存在しており、本判決もそれに加わる一事例である。しかし、本判決は、それだけにとどまらず、信義則が、保証人の責任範囲を明確化するだけではなく、債権者の行為を理由に保証人の免責をもたらす方向でも機能していることを示す事例としても位置づけられ、興味深いものである。

1) 東京地判平成17・10・31金法1767号37頁。

Ⅱ 事案の概要

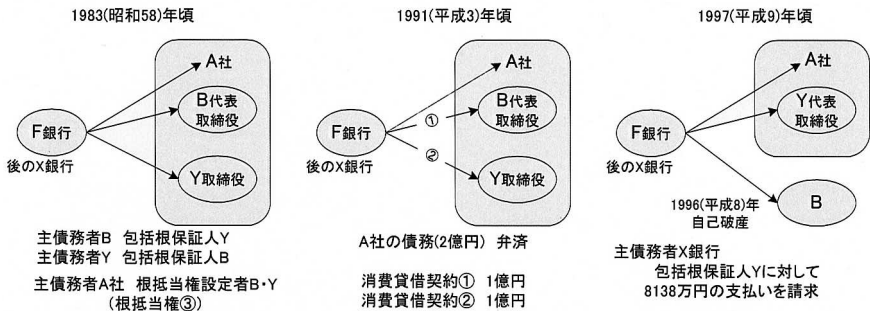
1967（昭和42）年、YとBは、近隣地で輸送業等の同業を営んでいた関係で知り合い、両者を実質的な共同経営者として訴外A社（倉庫運輸株式会社）を設立した。1983（昭和58）年には、YがA社の取締役、Bがその代表取締役であった。

1983（昭和58）年7月、BとF銀行（富士銀行、後のX銀行）との間で銀行取引約定が締結され、1983（昭和58）年8月23日、YとF銀行との間で本件包括根保証契約が締結された（同年月日、YとF銀行の間にも銀行取引約定が締結され、BとF銀行との間の包括根保証契約も締結されている）。BはF銀行から、1986（昭和61）年頃までの間に10回以上消費貸借契約を締結しており、1991（平成3）年4月に、墓石の購入資金として融資が実行された。しかし、後にBが破産宣告を申し立てる1996（平成8）年4月頃、BのF銀行に対する債務は、おおむね本件消費貸借契約①に基づく残債務であった。また、1983（昭和58）年頃、A社の業績は好調で、B自身も所有不動産などそれなりの資産を有していた。

A社は、1983（昭和58）年5月、F銀行に当座勘定取引口座を開設して取引を開始しており、1991（平成3）年当時、F銀行に対して約2億円の債務を負担していた。財務状況が悪化して業績改善の必要に迫られたA社は、B及びYのA社からの借入金が多額になっていることをF銀行から指摘されたため、B及びYにおいてF銀行から1億円ずつを借り入れて、その借入金でB及びYのA社に対する借入金を弁済し、A社はその弁済資金をもってF銀行に対する借入金を返済することになった。F銀行は、B及びYの妻がそれぞれ夫の債務を連帯保証すること、B及びYの各所有不動産にそれぞれ第1順位で、極度額1億円の根抵当権を設定することを条件として、F銀行からB及びYに対してそれぞれ1億円の融資をすることとして、B及びYとの間で、同年4月12日、本件消費貸借契約①及び同②を、同月17日に、B及びY所有の各不動産にそれぞれ本件根抵当権①及び同②にかかる各根抵当権設定契約をそれぞれ締結した

(同年5月2日根抵当権設定登記)。F銀行からB及びYに対する貸付けは現実の出金を伴わないもので、帳簿上、A社のF銀行に対する2億円の債務が、B及びYのF銀行に対する各1億円ずつの債務に振り替えられた。

1991(平成3)年4月当時、B及びY所有の各不動産には、第1順位に、債務者をA社、権利者をF銀行とする極度額2億円の本件根抵当権③(B及びY所有の各不動産を共同担保とする根抵当権、1983(昭和58)年7月30日設定契約、同年10月及び同年11月登記)が、第2順位に、債務者をA社、権利者を訴外D銀行(第一勧業銀行)とする極度額1億5000万円の本件根抵当権④(B及びY所有の各不動産を共同担保とする根抵当権、1988(昭和63)年3月18日設定契約、同年4月登記)がそれぞれ設定され、その旨の登記がなされていた。



F銀行の担当者Cは、B及びYとF銀行との間で本件根抵当権①及び同②を締結する際、前記各根抵当権と第1順位に設定されていた本件根抵当権③との順位を変更する予定ではあったが、そうはしなかった。F銀行は、本件根抵当権③によって把握されている担保価値と本件根抵当権①及び同②によって把握される価値との間に変動はないので、D銀行において本件順位変更に同意をするものとの考えで、事前に、D銀行に同意の有無を確認したり、同意を要請したりすることなく、本件根抵当権①及び同②を設定すると同時に、本件根抵当権③の抹消登記手続(1991(平成3)年4月30日解除、同年5月2日及び15日抹消登記)をした。

D銀行は本件順位変更につき同意をせず、本件根抵当権③の抹消登記手続に

より、本件根抵当権④の順位が上昇し、本件根抵当権④は本件根抵当権①及び同②の先順位となった。そのため、Bは、Cの示唆によって、1992（平成4）年9月4日、本件消費貸借契約①に基づくBのF銀行に対する債務につき、A社のF銀行に対する5000万円の定期預金債権を担保として提供した。

1992（平成4）年春頃、F銀行からYに対して、BのF銀行への借入金の返済が滞っているとの連絡があり、同年12月1日付で、YがA社の代表取締役役に就任して、A社の銀行関係の処理の担当を交代した。この頃、A社の業績はかなり悪化していて、1993（平成5）年1月下旬頃、A社は、F銀行を含む取引銀行に対して、借入金の元本返済を据え置き、金利のみの支払をする旨申し入れるなどした。Bは1994（平成6）年6月に代表取締役を辞任し、同年9月には取締役も辞任した。1994（平成6）年10月、A社はBとの間で、B所有の不動産について7000万円で売買契約を締結した。

1996（平成8）年4月5日、Bは自己破産を申し立て、本件消費貸借契約①について期限の利益を喪失した。1999（平成11）年9月21日、F銀行は破産者Bの破産管財人から本件消費貸借契約①につき69万1934万円の配当金を受領した。

F銀行は、Yに対し、1997（平成9）年3月、本件包括根保証契約に基づき、本件保証債務の履行を求めたところ、Yから本件包括根保証契約の締結を否定され、前記履行請求を拒否する旨の回答を得たため、Y方を訪問するなどして調査を行った。A社とF銀行ないしX銀行（みずほ銀行）との間の当座勘定取引は、2004（平成16）年11月15日まで行われた。2002（平成14）年4月、会社分割により、F銀行とYとの間の権利義務関係がF銀行からXへ免責的かつ包括的に承継された。Xは、2004（平成16）年2月27日に至って、本件消費貸借契約①に基づく債務につき、Yに対して保証債務の履行（8138万1556円及び内金5451万9369円に対する平成11年9月21日から支払済みまで年14%の割合（年365日の日割計算）による金員）を請求する本訴を提起した。

Ⅲ 判旨

本件の主な争点は、(1)F銀行とYとの間に、Bを主債務者とするYによる包括根保証契約が成立したかどうか、(2)XのYに対する包括根保証契約に基づく本件保証債務の支払請求は信義則に反するかどうか、(3)本件保証債務は時効により消滅しているかどうか、の3点であった。それぞれに対する裁判所の判断の要旨は以下のとおりである。

1 包括根保証契約の成否

本件保証書の連帯保証人欄のY名義の署名はYの自署によるものであり、Y名下の印影がYの印章によって顕出されたものであることは当事者間に争いがないので、本件保証書は、特段の反証のない限り、Yの意思に基づいて真正に成立したものと推定される。

2 包括根保証契約に基づく保証債務の履行請求における信義則違反

本件包括根保証契約は、連帯保証人であるYが主債務者であるBとF銀行との継続的取引によって生ずる債務につき、保証期間及び限度額を定めずその一切を保証する包括的な根保証契約であって、このような保証契約においては、保証契約締結に至った事情、当該取引の業界における一般的慣行、債権者と主たる債務者との取引の具体的態様、経過、債権者が取引にあたって債権確保のために用いた注意の程度、その他一切の事情を斟酌し、信義則に照らして合理的な範囲に保証人の責任を制限すべきものと解するのが相当である。…本件消費貸借契約①は、本件包括根保証契約成立からかなりの期間が経過した後の貸付けであり、またその貸付額は、既往の実績をかなり上回る追加貸付で、さらに本件包括根保証契約締結の際の事情と本件消費貸借契約①成立の際の事情は変更していることも窺えるのであるから、F銀行としては、本件消費貸借契約締結①の際、Yから個別保証を徴求するか、保証意思の確認をすべきであったと考えられるのに、F銀行はYから個別保証を徴求していないし、また保証意思の確認をしたとも認め難い。…包括根保証をYから徴求したF銀行としては、根保証人たるYの損害が不当に拡大しないように、主債務者たるBとの個別取

引について意を尽くして債権保全の措置をとるべき信義則上の義務があるというべきである。…以上によると、XがYに対して、本件保証債務の履行を徴求すること自体を信義則に反するとまで評価することはいささか躊躇せざるを得ないが、Yにその責任を全額について認めるのは適当ではなく、前記認定、判示の事実及びその他諸般の事情を総合考慮すれば、被告が本件包括根保証契約に基づき本件消費貸借契約①に関して負担すべき責任額は貸付残債権の元本額の約40%に相当する2200万円をもって限度とするものと認めるのが相当である。

3 消滅時効の成否

XがYに対して、1997（平成9）年3月7日、本件包括根保証契約に基づき本件保証債務の履行を請求したことが認められ、同日から5年が経過したことは公知の事実である。…本件保証債務の主たる債務は1999（平成11）年9月21日まで時効中断事由が存在し、その後2004（平成16）年2月27日に本訴が提起されているので、いまだ消滅時効は完成していないというべきである（民法174条の2、旧破産法242条参照）。

IV 研究

1 問題の所在

本判決においては、包括根保証人の銀行に対する保証契約上の責任が、信義則に照らして、貸金残元本の約40%の限度までに制限された。信義則に基づいて保証人の責任が限定された事例は、後述するように、目新しいものではない。しかしながら、本判決では保証人の責任制限が広範に過ぎるととらえられ²⁾、しかも、制限の基準が明確に示されていないとして問題視されている³⁾。

2) 角紀代恵「民法判例レビュー」判タ1219号(2006年) 13頁。「包括根保証においては、債権者に信義則違反がなくても、信義則に照らして保証人の責任を制限できるとする本判決の立場は、制限の範囲が広すぎるように思われる」。

3) 水野信次「金融商事実務判例紹介」銀法660号(2006年) 42頁。「責任制限の基準を示さないままに債権額の六割カットという債権者としては無視できない重大な結論を導いている点で、看過し得ない裁判例であると考えられる」。また、無記名「コメント」金法1767号(2006年) 38～39頁も「本判決が一般的に包括根保証契約に基づく履行請求を信義則に

本稿では、主として、本判決において示された信義則による保証人の責任制限の枠組みを確認し、今後、保証契約における保証人の責任制限の法理を解明するための予備的な考察を行う。

以下、本判決の叙述に従い、包括根保証における保証人の責任制限の一般論の意義とその限界について確認した後で⁽²⁾、信義則の具体化について検討することにした⁽³⁾。

2 包括根保証における保証人の責任制限の一般論

裁判所は、まず、本件保証契約が、連帯保証人であるYが主債務者であるBとF銀行との継続的取引によって生ずる債務につき、保証期間及び限度額を定めずその一切を保証する包括的な根保証契約であることを確認したうえで、「このような保証契約においては、保証契約締結に至った事情、当該取引の業界における一般的慣行、債権者と主たる債務者との取引の具体的態様、経過、債権者が取引にあたって債権確保のために用いた注意の程度、その他一切の事情を斟酌し、信義則に照らして合理的な範囲に保証人の責任を制限すべきものと解するのが相当である」という一般論を提示する。

このような論述は、すでに、裁判例においては、しばしば見られるものであった。

A 包括根保証の有効性

根保証契約は、継続的取引によって生ずる債務を保証するものである⁽⁴⁾。保

↘ 照らして合理的な範囲で制限することができるとする判断は、信義則違反でなくても、信義則に照らして制限することができるものとするものであり、いささか制限の範囲が広すぎるおそれがあるようにも考えられ、今後の議論を呼ぶものである。また、本判決が本件につき貸金残債権の約40%の範囲で保証人の責任を肯定した判断は、事例として参考にはなるものの、その前提事実の評価、責任制限の合理性、妥当性に問題を残しているようにも考えられる」とする。

4) 継続的な関係に基づき発生する不特定多数の債務の保証の把握については議論があった。西村信雄編『注釈民法(11)』有斐閣(1965年)〔西村信雄〕144頁は、この種の保証を「継続的保証」と呼び、「継続的保証にあっては、保証人は、保証契約成立後その終了に至るまで、終始、継続的に、抽象的基本的保証責任を負担し、契約所定の一定の事由の発生ごとに、この基本的保証責任から派生的に発生する支分債務としての具体的保証債務を負担する。一時的保証にあっては、かかる抽象的基本的保証責任とその支分債務たる具体的保証債務とを区別する予知なく、保証人は当初から、一回の給付によって履行せらる

証期間及び限度額を定めずその一切を保証するものを包括根保証と呼ぶ。

従来、包括根保証は、保証の付従性や主債務（被保証債権）の特定、保証人の負担の過大さ・過酷さとの関係で、その契約としての有効性が一応問題とされえたものの⁵⁾、判例において、将来発生する債務についての保証も有効であるとされ⁶⁾、保証額や期間につき一切の制限がない包括根保証契約であっても公序良俗違反とはいえないと解されて⁷⁾、広く利用されてきた⁸⁾。

大審院大正14年10月28日判決⁹⁾は、将来の不確定な債務の保証であるといっても、結局は主債務の額によって画することができるため、それは保証契約の有効性を左右せず、さらに、この種の取引における当事者の意思解釈または信

、れうる具体的保証債務を負担するにすぎない。」と解する見解である。こうした理解により、身元保証法(1933(昭和8)年制定)を類推適用するという法的構成がもたらされた。

これに対して、我妻栄『新訂債権総論(民法講義IV)』岩波書店(1964年)462～463頁は、「継続的な取引関係から生ずる数多の債務を一定の決算期において（多くは一定の限度まで）保証しようとする保証債務」を「根抵当に対応する保証」として「根保証」と称するという。「根保証・信用保証においても、保証人の一般財産による責任が現実の担保価値として把握され、将来その保証が実現される際に、確定された債権によってその帰属と数量とが決定される——それまでの経過における被担保債権の変動とは無関係である」とされた。「継続的保証」と「根保証」はほぼ同義だとされるが（鈴木健太「根保証に関する判例」加藤一郎＝林良平編『担保法大系第5巻』金融財政事情研究会(1984年)271頁）、今日では、「根保証」の方が一般に普及し、2004年改正においては民法上の用語としても採用された。民法465条の2によれば、「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」をいう。近時の学説（伊藤進「根保証」椿寿夫＝中倉寛樹編『解説 条文にない民法』〔第3版〕日本評論社（2006年）214頁）は、「(1)主債務が継続的に発生することを前提としている（主債務の継続発生性）し、(2)継続的に発生する債務のうちどの債務を対象とするかについては特定していない（不特定性）し、(3)その結果として……貸付・返済の繰り返しの結果として主債務に発生、消滅が生じても保証債務には影響がなく、確定時において継続的に生じた債務が残存している債務の一団が主債務になると決めている点に特色がある（付従性の緩和）」とする。「根保証」の意義をめぐっては、元本確定前の履行請求の可否や債権譲渡の際の主債務への随伴の有無等、未解決の問題が残されている（内海順太「新保証制度における元本確定に関する検討」金法1759号(2006年)37頁、吉田光碩「保証制度の改正が保証協会実務に与える影響」堀龍兒＝鎌田薫＝池田真朗＝新美育文＝中倉寛樹『担保制度の現代的展開』〔伊藤進先生古稀記念〕208～225頁参照）。

5) 鈴木健太・注(4)271頁以下。

6) 大判明治35・12・23民録8輯11巻156頁。

7) 最判昭和33・6・19民集13巻10号1562頁。

8) 典型例は、中小企業の経営者がその企業の取引上の債務を個人保証する場合であるが、包括根保証の利用がそれに限定されてきたわけではない。

9) 大判大正14・10・28民集4巻12号656頁。

義の観念を根拠に、保証人が、相当の日時経過後は解約権を行使でき、さらに、主債務の成立前に主債務者の財産状況が著しく悪化したときには直ちに解約権を行使できるとした¹⁰⁾。

B 包括根保証の範囲に関する制限

しかしながら、主債務の限度での責任でありさえすれば保証人にとって過酷ではない¹¹⁾、解約権が認められているから保証人の保護は十分に図られている¹²⁾というのは現実に反する。そこで、裁判例においても学説においても、保証人の責任を合理的な範囲に制限しようとする流れが生じた¹³⁾。

今日では、保証を、信義則に照らして、合理的な範囲に制限しようとする見解が多数¹⁴⁾を占める¹⁵⁾。「保証人の責任を負うべき限度額が定められていない

10) 最高裁の立場も同じで、「期間の定めのない継続的保証契約は保証人の主債務者に対する信頼関係が害されるに至つた等保証人として解約申入れをするにつき相当の理由がある場合においては、右解約により相手方が信義則上看過しえない損害をこうむるとかの特段の事情ある場合を除き、一方的にこれを解約しうるものと解するのを相当とする」と判示した〔最判昭和39・12・18民集18巻10号2179頁〕。

11) 債権者から履行請求を受けた保証人は主債務者に対して事前に〔民法460条〕または事後的に〔民法459条、462条〕求償権を行使すればよい。保証制度の法的構造としては、それにより出捐の回復が可能であった。しかし、今日、主債務者に対する免責は債権者の保証人に対する権利に影響を及ぼさないとする破産法253条2項に代表されるように、主債務者の倒産が保証人の求償権の実効性だけではなく法的な形式をも奪う結果をもたらしている。近時、特別清算手続中の個別和解においてされた主債務者に対する債務免除が、債権者の保証人に対する権利に影響を及ぼさないとされた事例さえ現れた〔東京地裁平成18・6・27金法1796号59～63頁〕。なお、フランスの状況については、2005年倒産法改正（2005年7月26日法律845号）前のものであるが、拙稿「フランス倒産法における保証人の法的地位（1）～（3完）」彦根論叢351号（2004年）139～157頁、352号（2005年）81～100頁、353号（2005年）121～141頁がある。

12) 解約権の行使可能性は保証人側の落ち度が問われる根拠にもなりうる。たとえば、東京高判平成9・6・19判時1624号98頁。

13) 根保証・継続的保証の責任制限に関する裁判例を検討するものに、後藤勇「継続的保証における保証責任の限度—最近の裁判例を中心として」判タ445号（1981年）15～28頁、鈴木健太・注（4）271～291頁（特に280～288頁）、新潟県弁護士会『保証の実務・保証否認から求償まで』新潟県弁護士会（1993年）225～250頁、久保淳一「包括根保証人の責任」金法1565号（1999年）44～50頁、平野裕之『保証人保護の判例総合解説』信山社（2004年）等がある。

14) 大判大正15・12・2民集5巻769頁以降、多数の裁判例が存在する。最近のものでは、大阪地判平成10・10・1判タ1034号171頁、東京高判平成11・11・25金判1082号22頁、札幌地判平成17・9・16金判1226号26頁等がある。

15) もう一方の有力な見解は、身元保証を継続的保証全般の指導的法則とみて、身元保証以

ときにも、その責任は無限の額に及ぶと解すべきではなく、当該保証契約のなされた事情、保証される取引の実情などによって、そこにおのずから合理的な限度があるといわねばならない。従って、保証される債務が取引慣行に反して不合理に拡大したときは、保証の限度は合理的な範囲に制限されるべきである」¹⁶⁾というものである。

C 2004年民法改正による包括根保証の廃止

2004(平成16)年の民法改正により、保証人が自然人である場合の包括根保証契約(厳密には、極度額の定めのない貸金等根保証契約)は無効とされるに至った〔民法465条の2〕¹⁷⁾。「根保証契約の保証人が負うこととなる責任の範囲を金銭的な面から画することにより、保証人の予測可能性を確保するとともに、根保証契約の締結時において根保証の要否及び必要とされる金銭的な範囲についての慎重な判断を求めようとする趣旨」¹⁸⁾で極度額の定めが必要とされる。そのため、個人が保証人となる貸金等債務の根保証については、今後は、限定根保証¹⁹⁾しか存在しえない。

D 信義則による責任制限と限定根保証

では、極度額(保証範囲)が限定されている限定根保証については、もはや

- 、外の継続的保証責任の限度を判定するに当たっても身元保証に関する法律5条を類推して、たとえ無限の責任の契約文言があっても適当な限度に抑えるべきであるとするものであった(西村信雄『注釈民法』・注(4)163頁)。なお、西村博士は、信義則による解決はきわめて硬直した「全か無か」的判断となり、身元保証法5条を類推適用して判断したならばもっと弾力性のある妥当な解決が得られるとするが、今日では、信義則の適用によっても「全か無か」的判断が導かれているわけではない。

16) 我妻栄・注(4)473頁。その他、松本恒雄「根保証の内容と効力」加藤一郎＝林良平編『担保法大系第5巻』金融財政事情研究会(1984年)238～270頁、槇梯次「根保証」遠藤浩＝淡路剛久編『現代契約法大系(6)』(1984年)72～94頁、林良平＝石田喜久夫＝高木多喜男＝安永正昭(補訂)『債権総論』(第3版)青林書院(1996年)462～471頁等。

17) 吉田徹＝筒井健夫『改正民法〔保証制度・現代語化〕の解説』商事法務(2005年)、筒井健夫『Q&A 新しい保証制度と金融実務』金融財政事情研究会(2005年)、渡邊博己「根保証人保護法理等と保証制度の見直しにかかる平成16年民法改正の意義」京都学園法学48・49号(2006年)189～216頁等。

18) 吉田徹＝筒井健夫・注(17)28頁。

19) 石井眞司「限定根保証の法律関係」金法1000号(1982年)61～77頁、片岡義広・菅原胞治・塚本忠徳・中原利明・平戸邦俊・福井修「限定根保証をめぐる諸問題」金法1166号(1987年)11～15頁等。

信義則による責任制限は行われえないのか。限定根保証の極度額は当事者の意思によって決められるが、極度額の決定には法律による制限がない²⁰⁾。したがって、諸般の事情を考慮して保証人の責任範囲が限定される余地はなお残るものと解される²¹⁾。

3 保証契約における信義則の具体化

A 本判決において考慮された事由

本判決は、保証人の責任制限の一般論を提示しつつ、その一般論のみで責任制限を行ったわけではない。実際には、信義則上、債権者に要請される行為について、個別的な検討を行ったうえで結論を導いている。

本判決は、債権者である銀行の行為に関して、おおよそ、次のことを述べた。(a)包括根保証の対象とされている取引について、その根保証契約締結後、長期間(約7年)が経過しており、既往の実績をかなり上回る追加貸付をする際には、個別保証を締結しなすか、保証人の意思確認をすべきである。(b)包括根保証契約を締結している場合、根保証人の損害が不当に拡大しないように、主債務者との個別取引において、意を尽くして債権保全措置をとるべきである。そのように解したうえで、本判決は、(a)(b)のそれぞれを行わなかった債権者に対して保証人の責任を全額について認めるのは適當ではなく、諸般の事情を総合考慮して、包括根保証契約に基づいて保証人が負担すべき責任額は2200万円であるとした。

問題は責任制限の具体的な根拠である。主債務者Bに対してF銀行が1億円

20) 吉田徹=筒井健夫・注(7)30頁。「合意により極度額を定める上では、主たる債務者の資金需要、保証人の資力その他の諸事情が勘案されることとなろうが、この額の定め方について、法律上特段の制限は設けられていない。」

21) 東京地判平成11・10・28金法1591号63頁は、商工ローン会社との間で締結された保証限度額1000万円の連帯根保証契約について、諸般の事情を総合考慮して保証人の責任を500万円の限度に減額した事例である。さらに、錯誤等を理由に保証を一部の範囲のみ認めた東京高判平成11・12・25判タ1027号290頁、無効とした東京高判平成13・2・20判時1740号46頁等もある。他方、信義則ではなく、当事者の合理的意思解釈を根拠として、限定根保証の保証人の責任(被担保債権の範囲)が制限された例もある〔東京高判昭和55・9・29金法950号52頁〕。伊藤進「根保証契約における被担保債権の範囲」『保証・人的担保論』信山社(1996年、初出1981号)255～256頁。

を融資する条件が、B所有の不動産への第1順位の根抵当権の設定であったが、1991(平成3)年4月当時、B所有の不動産にはすでに根抵当権③(1番抵当、債務者A社、権利者F銀行)、根抵当権④(2番抵当、債務者A社、権利者D銀行)が設定されていた。本件消費貸借契約①はF銀行に対するA社の債務の帳簿上の付け替えのために締結されたものであるが、ともかく、1番抵当である根抵当権③は1991(平成3)年4月30日解除を原因に抹消登記がなされた。2番抵当の権利者であったD銀行は根抵当権③と根抵当権①②との順位変更につき同意せず〔民法374条〕、D銀行の根抵当権④が根抵当権①及び②の先順位となった。B所有の不動産は、1994(平成6)年10月時点で、7000万円で譲渡されており、相応の担保価値を有していたはずであるが、F銀行に債権保全策上、いささか軽率な点があった。つまり、F銀行は、主債務者であるBにその財産からの弁済を促すことなく、さらには、保証人Yが弁済の後に代位するであろう権利を失わせた。2200万円の金額の根拠は、実際のところ、判決文上は明確にされていない。しかし、本件の具体的事案を考えれば、広範に及ぶ保証人の負担の減縮には、なお、債権者の担保保存義務〔民法504条〕や保証人保護義務を説く学説²²⁾の影響が見受けられるように思われる。

B 学説の展開

本判決が言及した、(a)意思確認義務、(b)不当損害拡大回避義務は、近時、金融庁の監督指針等で金融機関に要請されている事項に関わるものの²³⁾、いずれも民法上、個別条文によっては明文で規定されているわけではない。しかし、学説には、古くから債権者の保証人に対する一般的注意義務に関する議論があ

22) 伊藤進「保証人の保護」『保証・人的担保論』信山社(1996年、初出1984年)、平野裕之『判例総合解説』・注13等。

23) 金融庁の「主要行等向けの総合的な監督指針」「中小・地域金融機関向けの総合的な監督指針」(<http://www.fsa.go.jp/common/law/index.html>, 2007/3/26)には、保証契約においては債権者の地位に立つ金融機関のなすべきことが多数列挙されており、保証を利用するに際して、金融機関の行うべき注意・配慮事項となっている。

たとえば、「業務の適切性」として、契約時における取引内容等の説明、契約締結の合理的客観的理由の説明、契約の意思確認(行員の面前での契約者本人による契約書への自署・押印が原則)、契約書等の書面の交付、契約締結後の取引関係見直し等に関する説明、延滞債権回収に際しての各段階における保証人に対する通知等が要請されている。

り²⁴⁾、今日、その必要性がなおいっそう強調されているところである。

保証契約における保証人に対する債権者の義務については、民法上、催告・検索義務（連帯保証は対象外）〔民法455条〕、担保保存義務〔民法504条〕に関する規定がある。身元保証法にも、債権者である使用者が身元保証人の責任を惹起するおそれあることを通知する義務〔身元保証法3条〕、保証責任の限度を定めるにあたって斟酌される使用者の監督義務〔身元保証法5条〕が定められている。ただし、わが国においては、保証の多くが連帯保証であり〔民法454条〕、また、担保保存義務免除特約の有効性も認められている²⁵⁾。そのため、身元保証に関する上記義務を除けば、債権者の義務は、基本的に、周到に排除されている。

いち早く、債権者の保証人に対する一般的注意義務を認める必要性を説いた学説²⁶⁾においては、その根拠は保証一般の特殊性（利他性、人的責任性、無償性、情誼性、未必性）、継続的保証の特殊性（永続性、広汎性）に置かれていた。今日、保証契約における債権者の義務に関し、最も積極的な主張を展開する近時の学説も、とりわけ情誼的保証人の保護の必要性を説く²⁷⁾。

このような構成は、保証人の置かれる過酷な状況を考えれば、一定の賛同を得られるかもしれない。しかし、その反面、保証人といえども、契約自由の原則に則り、自らの意思で契約を締結するのであり、保証契約にリスクは付き物である、とする立場もまた厳然として存在しうる。情誼性等を中心に据えて保

24) 西村信雄『継続的保証の研究』有斐閣(1952年) 213～275頁。

25) 大判昭和12・5・15新聞4133号16頁、最判昭和48・3・1裁集民108号275頁。なお、担保保存義務免除特約が原則として有効であるとしても、契約当事者の意思の合理的解釈、信義則違反または権利濫用によって、特約の効力に制限を加えるべきだと解されている(西村信雄『継続的保証』・注24250頁、伊藤進・注22269頁、野田宏「保証と法定地位」『現代契約法大系(6)』有斐閣(1984年) 110～111頁、鈴木祿彌『注釈民法(17)』有斐閣(1993年)〔鈴木祿彌＝山本豊〕331、483～484頁等。判例でも、債権者による担保保存義務免除特約の効力の主張が信義則に反しあるいは権利の濫用に該当して許されない場合のあることは肯定されている〔最判平成2・4・12金法1255号6頁〕、それを認めた裁判例もある〔東京高判昭和54・3・26判時926号58頁、福岡高判昭和59・4・26判時1143号93頁（最判平成2・4・12の控訴審）〕。

26) 西村信雄『継続的保証』・注24213～275頁。

27) 平野裕之『判例総合解説』・注(3)6頁。

証人に対する債権者の義務を議論しようとする場合には、とりわけ、完全に無関係の第三者とはいえない本件のようなとき、保証人保護の必要性和その程度は不透明となり、十分な説得力を欠くことになる。保証の情誼性等とは異なる、保証人に対する債権者の義務の根拠が必要である²⁸⁾。

C 保証人に対する債権者の義務の明文化

保証人に対する債権者の義務に関して、わが国では、金融庁が、監督指針によって、債権者である金融機関をあるべき方向へと誘導しているのが現状である。しかし、監督指針は金融庁と金融機関との間で用いられる指針に過ぎず、それに反する行為が行われたとしても、直接的に私法上の効果がもたらされることはない。

これに対して、フランスでは、近年、保証人に対する債権者の義務が民法典、消費法典の上で明文化されるに至っている²⁹⁾。詳細な検討については他日を期さなければならないが、保証人に対する情報義務〔民法典2293条2項³⁰⁾、消費法典 L. 341-1条³¹⁾、消費法典 L. 341-6条³²⁾〕、担保保存義務免除特約の無

28) 平野裕之「法人保証の特質—消費者保証と事業者保証」椿寿夫＝伊藤進『法人保証の研究』有斐閣(2005年) 106～127頁は、保証の多様化を承認しつつ、消費者（ないし個人）保証と事業者保証とを区別し、その上で、その柔軟な運用による中間的領域の処理を指向する（127頁）。

29) 平野裕之「フランスにおける法人保証」金融法研究資料編16号(2000年) 189～211頁。

30) 民法典2293条 主債務の無制限の保証は、債務に附帯する一切の義務に及ぶ。また、最初の請求費用、保証人に対して請求を通知した後の一切の費用に及ぶ。

この保証が自然人によって契約されたとき、少なくとも年1回、当事者間で取り決められた日に、それがなければ契約締結日に、保証人は、債権者によって被担保債務とこれに附属するものの額の推移を知らされる。情報を通知しなければ、債権者は、その債務の利息、費用、違約金のすべてを失う。

31) 消費法典 L. 341-1条 別段の定めのある場合を除いて、保証人となったすべての自然人は、職業的債権者によって、主債務者の不履行につき、弁済請求が可能な月において、弁済が行われなかった時からすぐに、情報提供を受ける。債権者がこの義務に従わない場合、保証人は最初の実行日から保証人が情報提供を受けた日の間に履行期の到来する違約金または遅延利息につき弁済義務を負わない。

32) 消費法典 L. 341-6条 職業的債権者は、自然人に対し、毎年遅くとも3月31日に、前年の12月31日時点で被担保債務として残っている元本、利息、手数料、費用その他の額とこの契約の期間を知らせなくてはならない。この契約が期間の定めのないものである場合、職業的債権者は、いつでも放棄できる権利とそれを行使する条件を思い出させる。それがなければ、保証人は、前回の情報提供から新たな情報提供までの間、違約金または遅延利

効〔民法典2314条³³⁾〕、保証人の収入・財産と保証人の履行義務との相応性³⁴⁾の原則〔消費法典 L. 341-1条³⁵⁾〕等が次々に定められた。債権者がそれらの義務を果たさなかった場合、保証人をその責任から解放する効果がもたらされる。

4 結びにかえて

信義則を根拠とした保証人の責任制限は、具体的妥当性の点では有益であろうが、債権者にとっても保証人にとっても予測が困難であり、法的安定性を損なうおそれがある。ところが、信義則を根拠とする場合でも、本判決で言及されていたように、信義則の具体化として現れる債権者の義務は、ある1つの特定の事件限りで認められるものではなく、保証契約一般について、保証人の責任制限のために、より具体的に明確な基準を提供するものだといえそうである。

とはいえ、本稿においては、信義則が、保証人の責任範囲を明確化するだけではなく、債権者の行為を理由に保証人の免責をもたらす方向でも機能していることをおぼろげに示したに過ぎない。裁判例の個々の事案の結果、導き出された具体的な基準を、再び、一般的なルールへと再構成するためには、それぞれの義務について詳細な検討が必要であろう。今後の課題としたい。

付記：本稿は、科学研究費補助金（若手研究(B)：課題番号17730066）の助成を得て行われた研究成果の一部である。

❧ 息の弁済の義務を負わない。

33) 民法典2314条 債権者の行為によって、保証人が債権者の権利、抵当権及び先取特権に代位できなくなるに至ったときは、保証人はその責任を免れる。これに反するすべての条項は書かれていないものとみなす。

34) 《proportionnalité》には、「比例」「適合性」という訳語があるが、本稿では、保証人の収入・財産に応じた責任という面を重視し、とりあえず「相応性」と訳しておく。「比例」は金山直樹「フランス契約法の最前線―連帯主義の動向をめぐって」判タ1183号(2005年)99～119頁、特に102～104頁、「適合性」はピエール・クロック／野澤正充訳「フランス担保法の新たな展開」立教法学69号(2005年)94～95頁による。

35) 消費法典 L. 341-1条 職業的債権者は、自然人によって締結されたが、その義務が契約締結時に保証人に対しその財産と収入に明らかに不相応である契約を、保証人に対する請求時に、保証人がその財産によりその義務に応じられない限り、利用できない。