

保証契約における主債務者の支払能力に関する錯誤

能 登 真 規 子

- I 問題の所在
- II 保証契約における錯誤
- III 裁判例
- IV 主債務者の支払能力の位置づけをめぐる議論
- V 結びにかえて

I 問題の所在

わが国の伝統的見解¹⁾によれば、保証契約と主債務者との関係は、次のように説明される。

保証契約は、債権者と保証人との間の契約であり、保証人と主債務者との間の事情（保証人となることを依頼されたかどうか、主債務の数額や態様、保証人の責任などについて主債務者が保証人にどのように説明したか等）は保証債務の内容に直接の影響を及ぼすものではない。主債務者に請願されて保証人となる場合が多いとはいえ、委託が無効でも当然には保証契約の効力に影響はない。また、主債務者が保証人を委託する際に、主債務について虚偽の事実を告げ、保証人がこれを信じて保証契約を締結した場合にも、一般には、詐欺としては第三者の詐欺となり、錯誤としては単なる動機の錯誤となり、保証契約の効力には影響を及ぼさない。

ところで、履行請求を受けた保証人は、しばしば、保証契約の不成立や無権代理に基づく効果不帰属、公序良俗違反による契約無効、錯誤による無効、詐欺による取消し、強迫による取消し等を根拠に、保証債務、保証人としての責任の不存在を主張する²⁾。その際、保証人が主張する事実の中には、上記の伝

1) 我妻栄『新訂債権総論』岩波書店（1964年）454～456頁等。

2) 新潟県弁護士会『保証の実務』新潟県弁護士会（1993年）、大場民男『債務保証否認へ』

統的見解の説明に反して、主債務者と保証人との関係や主債務者に関する事項の含まれることがある。本稿で取り上げるのは、そのうちの1つ、主債務者の支払能力(資力・信用、営業状況、資産状況、将来性を含むものとする)に関する保証人の錯誤である³⁾。

保証人が裁判で争う錯誤事由は多岐にわたる⁴⁾。それにもかかわらず、本稿が主債務者の支払能力に関する保証人による錯誤に限定して検討するのは、この錯誤が、後に述べるように、保証契約の存在意義に反すると捉えられる可能性さえある、最も本質的なものではないかと考えるからである。この問題に関する興味深い判示内容が東京高裁平成17・8・10判決⁵⁾に含まれており、後にやや詳細に検討することにしたい。

本稿では、まず、保証契約における錯誤の議論状況を概観したうえで()、主債務者の支払能力に関する錯誤への対応について、従来の裁判例と東京高裁平成17・8・10判決それぞれの採用した法律構成につき分析を行う()。続いて、同じく主債務者の支払能力に関する錯誤についてのわが国の学説およびフランス破毀院判例の展開を参照して議論の整理を行う()。最後に、残された課題を提示して、結びにかえる()。

II 保証契約における錯誤

民法95条は、「意思表示は、法律行為の要素に錯誤があったときは、無効とする。ただし、表意者に重大な過失があったときは、表意者は、自らその無効

↘ の対応」新日本法規(1998年)、井上繁規編『保証の無効・取消・制限』新日本法規(2001年)等参照。

3) 保証契約における錯誤としては、他に、保証債務の性質(倫理上の債務や単なる形式と誤解)、保証債務の範囲(根保証でなく個別保証と誤解)、付与された信用(空リース・空クレジットを通常の売買によるものと誤解)、他の担保(抵当権、他の保証人が存在すると誤信)等に関するものが問題となる。

4) 中舎寛樹「保証取引と錯誤」法政論集201号(2004年)289頁以下は、債権者・主債務者・保証人をめぐる牽連的な関係を保証取引として把握し、保証契約における錯誤との関係を網羅的に検討・分析する。302～313頁に事案の一覧がある。藤平克彦「保証契約と要素の錯誤」金法1421号(1995年)30～33頁も参照。

5) 東京高判平成17・8・10判時1907号42頁、判タ1194号159頁、金法1760号30頁、金判1226号15頁。

を主張することができない。」と定める。当事者（保証契約は片務契約であるので、通常は保証人）が錯誤に陥っており、その錯誤が保証契約の要素に関するものである場合には、保証契約も、他の契約と同様に、無効とされる余地はある。

しかし、保証契約の錯誤無効の主張に対しては、後述するように、従来、法理論を根拠に、あるいは、保証実務への影響を考慮して、これを消極的に捉える見解が大勢を占めていたように思われる⁶⁾。

1 動機の錯誤

法理論の面では、「保証契約は債権者と保証人との間の契約であって、主債務者はこれに対して第三者である」とされてきたことが、主債務者に關係する事由は保証契約、保証債務の内容に直接の影響を及ぼすものではないという結論をもたらした。保証人は、保証契約における錯誤として、保証人と主債務者間の事由を主張することが少なくないが、これらは保証契約の内容にはならず、保証契約締結の動機にすぎないと解されてきた。

いわゆる動機の錯誤に関しては、一般的には、「動機が表示され、相手方がこれを知っているときは、その範囲内における錯誤は、法律行為の内容の錯誤となる⁷⁾」といわれる。しかし、実際には、ただ単に、動機に該当する事由の表示の有無とそれへの相手方の認識だけで保証人による錯誤無効の主張の許否が判断されてきたわけではないように思われる。裁判所は、保証人が物的担保の有無⁸⁾、他の連帯保証人の存否⁹⁾を誤信していた事例等において、それぞれの事由を、「通常は保証契約をなす単なる縁由にすぎず、当然にはその保証契約の内容となるものではない¹⁰⁾」とし、保証人が債権者に対し保証契約をなす縁由に錯誤があった場合には、保証人が特に債権者に対し当該縁由の存在を保証契約の要件としない限り、その要素の錯誤があったということとはできないと

6) 山下純司「保証意思と錯誤の關係」法学会雑誌〔学習院大学〕36巻2号（2001年）73～104頁、特に73～74頁。

7) 我妻栄『新訂民法総則』岩波書店（1965年）297頁。

8) 大判明治38・12・19民録11輯1786頁等。

9) 最判昭和32・12・19民集11巻13号2299頁、最判昭和38・2・1判タ141号53頁等。

10) 最判昭和32・12・19・注9)。

してきた¹¹⁾。

なるほど、保証人の動機が表示されていれば、その錯誤に民法95条が適用される余地はある。しかし、少なくとも、本稿の検討対象である主債務者の支払能力に関する錯誤についていえば、保証人が、保証契約締結時点においてそれを保証契約の要件にするよう求めることは、信用保証協会等の事業として保証を行う特別な保証人を除けば、現実的ではない。結局、この枠組によって保証人の錯誤無効を認めることは困難である。

2 錯誤無効と保証制度の存在意義

保証人は主債務者による弁済を保証し、債権者に対して保証債務を負担する。主債務者が弁済期に支払能力があるかどうかは不確定であり、保証人は債権者のためにそのリスクを負担していることになる。主債務者の不払いは保証人の期待に反することであるが、保証人が現実には履行請求を受けることは保証制度自体に内在する効果でもある。主債務者の無資力を理由に、保証人による錯誤無効の主張を許すわけにはいかない。錯誤無効の主張を広く許容することは、保証制度自体の否定につながりかねないからである。

そこで、とりわけ主債務者の信用に関する錯誤については、そのような錯誤は原則として要素の錯誤には該当せず、あるいは極めて限定的にのみ認めるべきであるといわれてきた¹²⁾。その主な理由とされるのは、「主債務者の資力の有無は連帯保証人が自ら判断し、引き受けるべきリスクにほかならない」ことである。「保証は主債務を保証することを内容としているのであって、主債務者の財産状態や他に保証人がいるかどうか、という責任負担の実際の可能性に関する見込みはいずれにしろ保証人の負うべきリスク」¹³⁾であるというのが、保証契約における錯誤の今日までの一般的理解であったといっていよいであろう¹⁴⁾。

11) ただし、近時、立替払契約上の債務の保証について、空クレジットではなく正規の立替払契約であることを当然の前提とし、これを保証契約の内容として意思表示をしたとして、錯誤無効を認めるものが現れている(最判平成14・7・11判時1805号56頁)。

12) 栗田哲男「判批(最判平成2・6・21)」判時1379号(判評388号)165頁。

13) 原島重義「契約の拘束力」法セミ345号(1983年)56頁。

14) 平野裕之『保証人保護の総合判例解説』(第2版)信山社(2005年)48頁。

Ⅲ 裁判例

個別具体的な事案において、主債務者の支払能力に関する錯誤無効の成否はどのような法律構成によって判断されているのであろうか。東京高裁平成17・8・10判決の分析・検討に先立ち、過去の裁判例を確認しておく。

1 過去の裁判例

主債務者の支払能力、資力、経営状況等に関する錯誤を保証人が主張するものとして、東京高裁平成17・8・10判決以外に、9件の裁判例を取り上げる(番号は年代順とした)。主な争点は、いずれも、錯誤無効の成否、すなわち、主債務者の支払能力(資力、経営状況等)が保証契約の内容となっているか否かである。

これを肯定したものとして、名古屋控訴院大正13・5・6判決¹⁵⁾、大阪地裁昭和62・8・7判決¹⁶⁾、水戸地裁下妻支部平成11・3・29判決¹⁷⁾が

15) 名古屋控判大正13・5・6新聞2268号14頁(大判大正12・7・9評論12巻民法520頁の差戻審)-----主債務者Aが、X銀行と極度3000円の当座借越契約を締結し、YはA社のために保証をし、自己所有の土地建物に対し根抵当権設定契約を締結し登記を経由した。その後、A社はY主張のとおり、設立無効の判決言渡を受けた。Yは、A社が営業能力を有するものと信じ、これを意思表示の内容として契約を締結したところ、A社が設立無効となり営業能力のないことが判明するに至ったので、その契約は法律行為の要素に錯誤のある無効なものだと主張した。裁判所は、次のとおり判示して錯誤無効の主張を認めた。A社に営業能力がなかったことは認められ、YがA社のため、本件契約を締結するにあたり、A社が営業能力を有するものと信じ、これを効果意思の内容となしたるものなることは此種の取引の通念に鑑み推定するに余りある。営業能力の有無は求償権に多大の影響があるため、もしA社に営業能力がない場合には、通常の場合誰も本訴のような契約を締結しないことが肯定できるからである。そこで、そうであるならば、本件契約は前段の推定を覆すに足りる特別の事情が存在しなければ、Y代理人の主張するように、法律行為の要素に錯誤のある無効な契約である。

16) 大阪地判昭和62・8・7判タ669号164頁-----保証人XがY信用組合との間で、A社(経営者BはXの兄)のために2000万円の限度保証契約を締結し、右保証債務の履行として2048万余円を支払ったが、右契約には要素の錯誤があり無効である等と主張し返還を求めた。A社が融資実行の翌日に倒産に至るほどの破綻状態であったにもかかわらず、融資銀行担当者(支店長等)から当該融資を受けることによって主債務者が当面6ヶ月程度の決済資金は大丈夫であり、そのことまでには十分立ち直る、大丈夫でない会社には融資はしないとの説明をうけて、主債務者が経営を立て直せるとの期待の下に保証人が連帯保証契約を締結したところ、融資実行の翌日に主債務者が不渡りを出した。裁判所は、錯誤無効の主張を認めた。「XはB及び支店長らY担当者の説明を信じ本件融資を受けること」

ある。 が取引通念を根拠に主債務者の営業能力が効果意思の内容となっていたと判示していたのに対し、 は債権者である銀行の担当者との応答を根拠に、動機である主債務者の支払能力が契約締結の際にその前提となっていた、または、表示されていたとして錯誤無効を認めている。

反対に、同じ法律構成の下で、 大審院昭和12・12・28判決¹⁸⁾、 東京地裁昭和50・1・30判決¹⁹⁾、 東京高裁平成1・3・29判決²⁰⁾、 東京地裁平

によって訴外 A 社が経営を立て直せるとの期待の下に本件保証契約を締結したものであるが、実際には訴外 A 社の経営は本件融資を受けたとしても翌4月24日の不渡りを回避しえない程に破綻していたものである。したがって、本件保証契約を締結するに当たり X の意思表示にはその成立の過程で、動機の点で重大な錯誤があったものであり、しかも、右の動機は本件保証契約締結の際には、X と Y 間においては当然の前提とされていたことは明らかであるから、右の錯誤は要素の錯誤に該当するものというべきである。」

17) 水戸地下妻支平成11・3・29金判1066号37頁-----主債務者会社の連帯保証人 X は、Y 銀行に対し、連帯保証債務を履行したが、その後、(1) 連帯保証契約の不成立、(2) 詐欺による取消、(3) 錯誤無効を主張して、支払済みの金員の返還を求めた。裁判所は、(3) について次のとおり説示し、連帯保証契約の錯誤無効を肯定し X の不当利得返還請求を認容した。「X は、A の連帯保証人の要請に応じなければならない立場にはなかったことを考慮すると、X が、最終的に責任を負うべき A に支払能力がないことを知っていたとすれば、本件各契約を締結しなかった(Aの要請を断った)と認められ(だからこそ、後記認定のとおり、S に A の支払能力を確かめたのである)、しかも、本件各契約締結の際、S は、X の『A さんは大丈夫ですか』の問いに対し、『A さんとは長い付き合いであり、A さんは資産も信用もあり、支払いもきちんとしているので間違いありませんよ』と答えて、X の動機は表示されているとみることができから、本件各契約は、錯誤により無効となるというべきである。」

18) 大判昭和12・12・28大審院判決全集5輯2号3頁-----事案の詳細は不明。大審院は、錯誤無効を認容した原判決を破棄し差し戻した。「連帯保証を為すに当り主たる債務者中弁済資力を有する者あること及豊富なる担保力ある抵当権の設定あることに信頼すべきことは之を領し得ざるに非ざれどもかくの如きは特に保証契約の内容と為されざる限り単に其の縁由たるに止まるものなるを以て其の錯誤は保証契約の無効を来するものに非ず」「蓋し主として金銭を需要する債務者の外に連帯債務者或は保証人をして相並んで弁済の責に任せしめ又或は物的担保を附するが如きは其の債務の弁済をして弥が上に也确实ならしめ各種の担保は互に相補ひ其一にして闕くときは直に他に依りて債権の満足を計り得べきを期するにあること一般取引の常例とすればなり。然れば原審が思を茲に至すことなく右の如き事由が本件保証契約の内容と為されたりや否を審査することなく漫然該契約を無効なりと判定したるは法律の適用を誤りたるか又は審理不尽の不法あるものと謂はざるべからず」

19) 東京地判昭和50・1・30金法754号35頁-----X は A 社の債務のために連帯保証人となり、所有不動産に抵当権を設定しても、後日連帯保証人としての責任を追求されたり担保権を実行されたりするおそれはないと信じて、連帯保証および抵当権設定契約を締結した。ところが、当時 A 社(主債務者)の業績が実際は非常に悪く、破綻に瀕しており、数カ月

成10・3・23判決²¹⁾では、主債務者の支払能力が保証契約の内容、要素になっていたとは認められないとされた。

信用保証協会が当事者となった事例2件、東京地裁昭和53・3・29判決²²⁾、さいたま地裁平成19・6・6判決²³⁾では、支払能力以前に主債務者

後にA社は倒産した。面談の際に、XがY銀行の行員に対しA社の信用状況を尋ねたところ、行員から取引先として無難であり心配はない旨の回答を得ていた。裁判所は、X主張の要素の錯誤を理由とする無効の主張を採用せず、連帯保証契約および抵当権設定契約の有効性を認めた。「Xは、BやY銀行八王子支店の行員の言葉どおり訴外会社Aには相当の信用や資力があるものと信じYとの間において本件連帯保証および抵当権設定の各契約を締結したもので、もし、A社に信用や資力がなかったとすれば、その契約の性質、Bとの関係等からみて容易にかかる連帯保証および抵当権設定の各契約を締結しなかつたであろうと認められるから、Xとしてはその契約成立の過程に重大な錯誤があつたものと言いつが、右のごとき錯誤はいわゆる動機の錯誤にすぎず、しかもそれが契約の相手方たるYに明示されて意思表示の内容になっていたものとは認められないから、右錯誤は、本件連帯保証および抵当権設定の各契約を無効とするに足りる要素の錯誤と判断することができない。」

20) 東京高判平成1・3・29金法1243号29頁-----Y銀行はA社と融資取引があったが、その額は不正融資ともいふべき分を含めて総額1億7200万円に及んでいた。XはA社代表者Nの経営手腕を高く評価し、Nが埼玉県信連から5000万円の融資を受けるに際し、X所有の本件抵当不動産に第一順位の根抵当権を設定するとともに連帯保証人となった。裁判所は、「本件担保契約が同支店長の詐欺あるいは権利濫用の不法行為によるものであるとするXの主張は採用し難く、また、これが動機の錯誤に基づくというXの主張も、前記事実関係に照らして理由がないのみならず、そもそも、同支店長の前示発言のごときは、取引上一般に用いられている単なる常套語の域を出ないものであって、Xがこれに依拠して契約意思を決定したことは到底考えられないし、仮にそうでないとしても、Xのかかる内心の意思が相手方であるYに対し明示ないしは黙示的に契約内容として表明されたものと認めるに足りる証拠もない」として、錯誤無効等に基づくXの主張を認めなかった。

21) 東京地判平成10・3・23判タ1015号150頁-----立替払契約の連帯保証人が商品の引渡しを伴わない空クレジットであることを知らなかった場合につき、裁判所は、次のように述べて、主債務者の資力、信用力に関する誤信に基づく錯誤無効の主張を認めなかった。「保証契約において主債務の発生原因が正常な金銭消費貸借契約である場合と空クレジットという手段により資金調達を目的とした場合とでは、社会的実態として、主債務者の返済の確実性及び保証人が予測すべきリスクにつき相違が生じ、本件保証契約においてもかかる相違点についてのYの誤信が存在するともいいうる。しかし、かかる主債務者の資力、信用力に関する誤信は、保証契約の意思表示の要素に関するものとはいえず、動機の錯誤にすぎないし、本件契約書上に右動機が表示されていると認めることはできず、他に右動機がXに対して表示されたと認めるに足りる証拠はない。」

22) 東京地判昭和53・3・29下民集29巻1～4号153頁-----主債務者は、Y(信用保証協会)の信用保証付手形割引の名目でXから金員を騙取しようとして作り出した、単に登記簿上存在するだけの資産等実体皆無の会社であったこと、各納税証明書や興信所の調査書を偽造し、これらと辻褃の合うように最近の損益計算書、貸借対照表を作成してXに提示したこと、Xが割引いた本件各手形がすべて融通手形であったこと等の事実が判明した事案に、

の実態が問題とされていたが、いずれも信用保証協会による錯誤無効の主張が認められた。債権者と信用保証協会との間で保証条件が詳細に定められており、信用保証の対象となる主債務者が限定されていることによる。

以上のとおり、保証人による主債務者の支払能力の錯誤に関しては、実際のところ、常に錯誤無効が否定されていたわけではなかった。

問題は、主債務者が破綻状態にないという事由が、どのような場合に、保証契約の内容となっていたと評価できるかである。信用保証協会のように、明確に保証条件を定めておくことが紛争回避のために望ましいのはいうまでもないであろう。しかし、多くの保証を業としない保証人にとっては、通常、それは困難である。こうした状況に風穴を開けたともいえるのが、東京高裁平成17年8月10日判決である(以下、「本判決」という)。

2 東京高裁平成17年8月10日判決

銀行がすでに多額の借金がある会社に対して融資した貸付金債務について、その会社の経営者の親族によって連帯保証契約が締結された。この融資には、

- について、裁判所は、次のとおり、保証人である信用保証協会の錯誤無効の主張を認容した。
 「Yが行う信用保証の対象となる中小企業者とは、その事業を一定期間継続して営業している実績のあるものに限定されており、従来のX銀行、Y(信用保証協会)の取引もいずれも右のように実績のある中小企業者を対象としたものであった。また、信用保証の対象となる手形はすべて営業上の取引によって正当に取得した約束手形又は為替手形に限られ、金融を受ける手段として第三者から交付された融通手形は含まれない取扱いであること(この事実は当事者間に争いが無い。)も本件各契約締結にあたりXの充分承知しているところであった。」「右認定の各事実を合わせ考えると、Yの本件各契約による信用保証の意思表示は、その重要な部分に…要素の錯誤があるというべきである。」
- 23) さいたま地判平成19・6・6金法1820号55頁-----Y銀行の貸付けについて借受人Aの借入金債務を保証し、その保証債務を履行(代位弁済)したX(信用保証協会)が、Yに対し、同保証にかかる契約が錯誤により無効であると主張して、不当利得返還請求権に基づき、代位弁済金4070万円余と遅延損害金の支払いを求めた。Yは、錯誤を争うとともに、Xの重過失及び相殺の抗弁を主張した。裁判所は、「中小企業者としての実体がなければ信用保証の対象とならないことは、融資を実行する金融機関であるYにも当然のこととして熟知されていたということが出来るから、中小企業者が企業者としての実体を有することは、Xが保証をするための重要な要素である」とし、保証契約に要素の錯誤があったことを認めた。また、Xが、訴外会社Aが企業実体を有しないというYにおいて看破することができなかった事項について、これを看破することができなかったからといって、その場合に過失責任を問われるとするのは、いかにも不都合である、として、Xの重過失の存在は認めなかった。

中小企業金融安定化特別保証制度²⁴⁾に基づく信用保証協会による保証も付けられていたが、主債務者会社の債務にはノンバンクや、さらに高利のシステム金融に対するものが含まれており、この会社は、客観的に評価できたとすれば、早かれ遅かれ破綻することが目に見えていた。しかしながら、その融資時点においては、債権者である金融機関も連帯保証人となった親族（会社の代表取締役の妻で経理担当取締役である者の義兄）も信用保証協会も、主債務者である会社がそのような危機的な事態に陥っていることを知らず、主債務者の資力・信用状況を正しく把握していなかった。主債務者会社はほどなく倒産し、債権者である金融機関が保証人に対して履行を請求した。これに対して、保証人が錯誤による保証契約の無効等を主張した事案である。

裁判所は、保証人には保証契約の締結の動機に錯誤があったとし²⁵⁾、その中で「融資の時点で当該融資を受けても短期間に至るような破綻状態にある債務者のために、物的担保を提供したり、連帯保証債務を負担しようとする者は存在しないと考えるのが経験則である」と述べて、その動機の表示について、「およそ融資の時点で破綻状態にある債務者のために保証人になろうとする者

24) 平成10年10月から平成13年3月まで実施された中小企業金融安定化特別保証制度は、平成9年秋に大手金融機関の経営破綻等を契機に金融システム不安が高まり、未曾有の信用収縮が発生したため、臨時異例の措置として、信用保証協会が行う保証について総額30兆円の特別の保証枠を設けて実施されたものである。その保証承諾は累計で約172万件、約28兆9000億円に達した。審査は、粉飾決算、大幅債務超過等の一定の事由に該当しない限り、原則保証承諾を行うという「ネガティブリスト方式」により行われ、「簡易・迅速な審査」により保証が行われたといわれている。(中小企業庁 <http://www.chusho.meti.go.jp/kinyu/030313karikaeQ&A.htm#3> [2007/01/05])

25) 「訴外会社は、本件融資が検討されていた時点において、ノンバンクだけでなくシステム金融に多額の債務があって事実上破綻状態にあり、必要な返済資金に満たない融資では早期の倒産が不可避で、X銀行は、訴外会社からの本件融資の資金回収は不可能だったのであるから、本件保証契約締結の時点で、既にYが現実に保証債務の履行の責を負うことはほぼ確実な状況であった。…(本文引用につき略)…Yは、本件保証契約の締結の意思を確認された当時71歳の高齢で、子もなく2500万円の支払能力はなかったのであるから、もしYが訴外会社の経営状態について上記のような破綻状態にあり現実に保証債務の履行をしなければならない可能性が高いことを知っていたならば、唯一の土地建物を担保提供してまで保証する意思はなかったものと認めるのが相当である。したがって、Yは、訴外会社の経営状態が上記のような破綻状態にあるものとは全く認識せずに本件保証契約の締結に応じたものというべきであり、本件保証契約にはその動機に錯誤があったことは明らかである。」

は存在しないというべきであるから、保証契約の時点で主債務者がこのような意味での破綻状態にないことは、保証しようとする者の動機として、一般に、黙示的に表示されているものと解するのが相当である」とし、保証契約を要素の錯誤により無効であると結論づけた。

本判決には2つの法律構成が並存している。1つは、前掲裁判例と同じく、債権者である銀行の応答から、主債務者が破綻状態にはないことを信じて保証するのだという動機が表示されていることは明らかであるとする部分である。そして、補足的に、保証人がこのような保証契約を締結したのは、主債務者の支払能力の不足、破綻必至の状態を見破れなかった銀行が保証人に対して説明を行い、その締結を促したことによるのであるから、本件保証契約が錯誤により無効とされてもやむを得ない等とする。

しかし、従来の裁判例と対比した場合に、本判決の独自性を最も示しているのは、「保証契約の時点で主債務者がこのような意味での破綻状態にないことは、保証しようとする者の動機として、一般に、黙示的に表示されている」として、本判決が、動機についての黙示による表示をその法律構成の中に取り入れた点である。これにより、保証契約締結時において主債務者が破綻状態にないことが当該保証契約の内容に含まれていると解されることになっている。

では、保証契約締結時点で主債務者が破綻状態にないという事情を黙示的に表示された動機として保証契約の要素とすることは、どの範囲で認められるべきものであろうか。そもそも、なぜ黙示的表示による保証契約の内容への主債務者の支払能力の組み入れが認められるのかという点を検討し、その適用範囲、保証契約全般で認められるのか、それとも何らかの限定が設けられるべきかについて、今日の議論をふまえ検討してみたい。

Ⅳ 主債務者の支払能力の位置づけをめぐる議論

1 わが国における議論

前述したように、わが国では、一般論としては、主債務者の支払能力の有無は連帯保証人が自ら判断し、引き受けるべきリスクであるから、原則として要

素の錯誤には該当せず、あるいは極めて限定的にのみ認めるべきであると考えられていた。しかしながら、本判決の結論自体は、先に公表されている判例評釈において、おおむね賛同を得ているようである²⁶⁾。とはいえ、その法律構成に対する評価は一樣ではない。

A 保証契約締結時における主債務者の支払能力に関するリスクの負担

保証契約を締結することによって、保証人は、主債務者の支払不能リスクを自らの全財産を引当てに負担する²⁷⁾。これに対して、保証契約締結時に主債務者が破綻状態であったことにより保証人による錯誤無効の主張を認めることは、結局、あてにしていた保証債務を失うこととなる債権者が、保証契約締結時における主債務者の支払能力に関するリスクを負担したのと等しい結果となる。

原則は変更しないまま、事件の具体的事実在即して、債権者の行為態様を根拠に判断すべきであるとする立場がある。廣渡（8頁）は、銀行が調査を尽くしていれば融資を行っていなかったはずの案件であり、この本判決の事案においては、融資実行の結果生じた主債務者 A 会社の破綻のリスクについて銀行の担当者が「A 社は大丈夫です」と説明しているので、その言葉を信じて契約締結を決断した保証人への責任追及は不当であるとする。債権者の不十分な信用調査に立脚した不適切な説明が、債権者に対してリスクを負担させる根拠となる。債権者である銀行と保証人との具体的な応答を介して初めて、主債務者の信用状態が保証契約の内容となったと解することになる。

これに対して、平野(裕)(107頁)は「破綻していないし破綻必死の債務

26) 本判決の判例評釈，判例解説には次のものがある。浅野謙一・信用保険月報49巻4号（2006年）28～33頁，西原慎治・法学雑誌タートンヌマン8号（2006年）178～193頁，平野裕之・判タ1194号（2006年）100～107頁，平野真由・銀法669号（2007年）77～81頁，廣渡鉄・NBL825号（2006年）7～8頁，水野信次・銀法656号（2006年）53頁。本文中，氏で引用する。

27) 錯誤無効の成否の判断に保証人類型に応じた考慮を導入する山下(純)・注(6)101頁も，原則を「外部的判断のリスクは保証人が引き受けるべきである」とした上で，「保証人にどこまで，契約締結に際して保証意思を明確化しておくことを要求できたか」という評価を導入し，非事業者による無償保証については緩やかな基準で錯誤無効の成立を認めるべきであるとする。

者のためには、誰もが特別事情がなければ保証人になるはずはなく、債権者が主債務者の信用状況を説明しそれで敢えて保証人になったのであれば、債権者は主債務者からの債権回収不能のリスクを保証人に転嫁することはできない」と主張する。「主債務者が破綻していても保証人になるといった特別の状態で保証人にない限り、主債務者の破綻を見抜けず、保証人に警告しえなかった債権者は保証人に対する保護義務に反していることにあり、錯誤無効を主張されてもやむを得ない」といい、その根拠を情義的保証契約の特殊性に求める。こちらの見解では、主債務者の信用状況を説明し、あえて保証人がその時点にすでに発生している債務者無資力のリスクを引き受けたのであれば、最初から、その保証契約は無効となる可能性を秘めたものだということになる。

B 保証契約の内容と主債務者の支払能力の関係

次に、Aとやや重複するが、保証契約の内容に保証契約締結時における主債務者の支払能力を組み込むための法律構成に違いが見られる。個別具体的な状況を考慮して判断すべきとする説、保証契約の効力に影響を及ぼす客観的要素として有効要件に近いものとして位置づける説、保証人の認識を基礎に保証契約の内容に含まれる当然の前提とする説がある。

廣渡(8頁)は債務者が破綻状態にないと信じて連帯保証契約を締結したか否かを個別的に判断すべきであるといい、債権者と保証人との関係(情誼的か否か)、保証に至る経緯、保証人の属性(資力、支払能力、職業、年齢等)、保証人が債務者の資力につき説明を求めたか否か、債務者の資力についての保証人に対する債権者の説明の内容・程度、債権者による保証人の契約締結への説得の内容・程度をその判断要素とする。浅野(33頁)も、「保証人と債務者との関係や保証に至る経緯、保証人の属性、債権者による主債務者の資力等についての説明の程度など」の事情を重視する。

西原(189頁)は、本判決につき、保証契約にあっては主債務者が破綻状態にないということが当該契約にとっての有効要件になっていると読む(ただし、債権者の過失の有無を考慮するため通常の有効要件とは区別する)。結論は、前述の平野(裕)説と同じであるが、情義的保証のみを対象とした消費者保護的

な発想はないとする。保証契約全般につき、主債務者が破綻している場合には、破綻しているということを前提として保証契約を締結しなければならず、その前提がない以上、当該契約は無効となる（191頁）という。

平野(真)(80頁)は、前2説の中間に位置すると思われ、本判決を主債務者の「信用」についての保証人の認識を当然の前提に、これを保証「契約の内容」として意思表示したと認定したものと位置づける。主債務者の「信用」に保証人の認識と真実とに差があれば、保証人にとって負うべきリスクは異なってくるはずであり、看過し得ない「重要」な相違があるとしたのだと読む。ただし、本判決の主たる債務者の経営破綻というような事由は基準として不明確であるので、信用保証協会による保証付きの融資であったことから、金融安定化資金融資の条件を充たしていたか否かを基準とすべきであるという。

C 黙示的表示構成の是非

3点目は、「保証契約の時点で主債務者がこのような意味での破綻状態になることは、保証しようとする者の動機として、一般に、表示されている」とした黙示的表示構成の是非の問題である。動機の表示につき明示しなくてよいとすれば、動機の錯誤における通説的見解、「動機が表示され、相手方がこれを知っているときは、その範囲内における錯誤は、法律行為の内容の錯誤となる」にこだわる必要もない。少なくとも、保証契約締結時点での主債務者の支払能力に関する錯誤については、表示の有無、相手方の認識は問題にならない。その結果、前述のAとも関連するが、保証契約締結時における主債務者の支払能力に関するリスクは債権者が負担することになる。

この黙示的表示構成に批判的な見解もある。廣渡(8頁)は、金融機関に要求される相当な注意をもって債務者の資力、財務状況を調査したにもかかわらず、債務者の正確な資力、財務状況を把握できず、実際には債務者は破綻状態であった場合に、保証契約の錯誤無効が認められる可能性があり、債権者に酷な結果となるという。

2 フランス法の展開

保証契約における錯誤に対する特別の規定は存在せず、問題は、民法95条の

錯誤の規定、保証に関する民法446条以下の規定と保証契約の解釈に委ねられている。そのため、上記議論も、現時点においては、さまざまな考慮事項が挙げられ、解決に向けた提案がなされている状況にあるにとどまっている。

そこで、以下では、さらに考察を深めるために、フランスにおける同種の問題²⁸⁾、すなわち、保証契約における主債務者の支払能力に関する錯誤について、フランス法がどのように展開したかを参照しておくことにしたい²⁹⁾。

A フランス民法典における錯誤

フランス法においては、民法典1110条³⁰⁾が錯誤について定める。主債務者の支払能力に関する錯誤は、主債務者は保証契約の当事者ではないため、2項の人に関する錯誤ではなく、1項の物に関する錯誤の問題として把握される。1項によれば、錯誤は「約定の目的物である物の本質そのもの」に係る場合に無効原因となるから、主債務者の支払能力に関する錯誤がここでいう本質的な錯誤といえるか否かが問題となるが、次のように説明されている³¹⁾。

B 保証契約における「動機の錯誤」と「本質の錯誤」

保証人も通常、実際には支払いを行わなくてすむことを期待し、主債務者を信頼して保証契約を締結する。その信頼が間違った根拠に基づいていれば、保証人にとって、それは錯誤である。しかしながら、保証契約においては約務の動機(motif de l'engagement)に関する錯誤にしかならず、債権者との関係では、

28) 本節の記述については次の文献を参照した。

Pascal Ancel, *Droit des sûretés*, Litec, 4^e éd. 2006, n°53; Laurant Aynès et Pierre Crocq, *Les sûretés, La publicité foncière*, 2^e éd., Defrénois, 2006, n°213-214; Michel Cabrillac, Christian Mouly, Séverine Cabrillac et Philippe Pétel, *Droit des sûretés*, Litec, 8^e éd. 2007, n°91; Dominique Legais, *Sûretés et garanties du crédit*, 4^e éd., LGDJ, 2004, n°98-100; Stéphane Piedelièvre, *Les sûretés*, 4^e éd., Armand Colin, 2004, n°76-77; Gaël Piette, *Droit des sûretés, sûretés personnelles, sûretés réelles*, Gualino éditeur, 2006, pp36-39; Philippe Simler, *Cautionnement et Garanties autonomes*, 3^e éd., Litec, 2000, n°132-144; Philippe Simler et Philippe Delebecque, *Les sûretés. La publicité foncière*, Précis Dalloz, 4^e éd., Dalloz, 2004, n°86-87.

29) 2001年頃までの状況につき、山下(純)・注(6)参照。

30) フランス民法典1110条 錯誤は、それが約定(convention)の目的物である物の本質(substance)そのものに関するものであるときに限り、無効原因となる。

錯誤は、それが合意を締結しようとする相手方の人のみに関するときに、何ら無効原因とならない。ただし、その人の考慮が約定の主な原因であるときはこの限りでない。

31) Simler, note(28) n°135-138.

これは対抗できない。しかしながら、今日では、動機の錯誤も、次の2つの要件によって、本質の錯誤として扱われうるといわれている。誤信・誤解していた動機が保証契約の締結にとって決定的であったこと、および、それが契約の領域に含まれていることの2つが要件である。さらに、特別な場合を除き、これら2つの要件は充たされるものといわれており、さらに、保証契約における本質は約務の動機と同義だという見解³²⁾さえ見られる。

C 判例の展開

ところが、従来、裁判の場面では、保証人による主債務者の支払能力に関する錯誤無効の主張は、容易には認められてこなかった。破毀院は、第1民事部1977年10月25日判決³³⁾において、支払能力に関する錯誤は保証人がそれを約務の条件として明示的に表示している場合にしか考慮され得ないとした。實際上、保証人が、保証契約において、主債務者の支払能力を明示的な条件にすることは困難である³⁴⁾。結局、判例において主債務者の支払能力に関する錯誤のための取消しが認められる余地はきわめて限定されたものとなっていた。

しかし、近時、破毀院は、破毀院商事部2002年10月1日判決³⁵⁾において、それとは異なる判断を示した。

1989年、Xは銀行（現・BNPパリバ銀行）に対し主債務者会社が負担するすべての債務の返済について、一定額の限度について連帯して担保する義務を負い、その義務の担保として有価証券を充てた。Xと銀行との契約締結4ヵ月後、会社は裁判上の更生手続に入った。銀行が保証人Xに対してその履行を請求したので、保証人Xは主債務者の支払能力に関する錯誤を主張した。銀行は、保証人の請求を認めた原審判決を不服とし、主債務者の支払能力がその約務の決定的要件であると主張する保証人Xに、保証契約書に明示され、それが保証契約の内容となる要件として組み入れられたことの証明責任がある等と主張した。しかし破毀院は、原判決

32) Piedelièvre, not(28) n°76.

33) Cass. Civ. 1^{re}, 25 oct. 1977, *Bull. civ.* , n°388.

34) Simler et Delebecque, not(28) n°86.

35) Cass. Com., 1^{re} oct. 2002, *Bull. civ.* IV, n°131, p.149.

には正当な理由があるとし、銀行による破棄申立てを却下した。

判決の中で、破毀院は、第三者による保証契約であること、保証人は困難にある会社を救済するリスクをとったが、すでに取り返しがつかないほどに危機的な状態にある会社のために義務を負ったのではないこと、銀行は、1984年以来この会社と取引関係があり、主債務者の危機的状況を知り得た点を指摘し、会社の回復への見込みが保証人の約務の決定的要件であり、主債務者の支払能力をその担保の黙示的条件であると判示した。

この2002年破毀院判決については、それが示した方針変更の重大さはこぞって指摘されているものの、主債務者の支払能力を保証人の約務の黙示的条件とした点については満場一致の賛同を得られているわけではないようである。具体的で詳細な明文規定を欠く中で示された一事例判決に過ぎないともいわれている³⁶⁾。また、広い射程をもちうるため、やや懐疑的な疑問も呈されている³⁷⁾。

3 検討

奇しくも、日本とフランスの両国において、保証契約における主債務者の支払能力に関する錯誤につき、それを保証契約の内容、要素、本質として捉えるために、黙示的に表示されていればよいとする立場への転換が見られた（もちろん、いずれについても事案の特殊性は考慮しなくてはならないであろう）。

そこからは2つの問題点が浮かび上がってきた。1つは、保証契約締結によって保証人がいかなるリスクを引き受けたと見るべきかという問題であった。保証制度の意義として強調されてきた、主債務者の支払不能・信用不安によるリスクの保証人による引受けは、無制限なものではなく、契約締結時に保証人、さらには両当事者が知らなかったものについては、保証人はリスクを負わないとの主張が見られた³⁸⁾。もちろん、反対説もあるが、保証契約を当事者によるリスクの引受けだと把握する以上は、これまでよりも詳細な議論が必要となるように思われる。

36) Legeais, note(28) n°99.

37) Cabrillac, Mouly, Cabrillac et Pétel, note(28) n°91; Piedelièvre, note(28) n°76.

38) Simler, note(28) n°135-138, 平野・注14)48~49頁。

また、それと同時に、すべての保証契約について、動機が黙示的に表示されているとして錯誤無効の主張を許すか否かが問題になっている。本判決は「融資の時点で当該融資を受けても短期間に倒産に至るような破綻状態にある債務者のために、…連帯保証債務を負担しようとする者は存在しないと考えるのが経験則である」としていた。その経験則は、客観的、合理的な通常人の判断を基準に導かれるものであるが³⁹⁾、保証契約一般と個別具体的な紛争当事者の中間に、類型を設け、それぞれに応じた解決をもたらすという手法の導入を検討する余地はあろう⁴⁰⁾。

V 結びにかえて

本稿では、主債務者の支払能力に関する保証人の錯誤について、この問題に関するわが国およびフランスの議論を参照し、それぞれの結論に至るまでの分岐を探ることで議論を整理した。

保証制度は過剰負担からの保証人の保護と債権者のための十分な担保の提供という相対立する要請を常に伴う。保証契約における錯誤無効が問題となる場面での類型的処理の提案、錯誤無効以外の事由による保証人の免責可能性の探求⁴¹⁾等、多くの課題が残されているが、関係当事者の置かれた状況をふまえて、よりよい均衡点をめざし、分析・検討を続けていくことにしたい。

[付記：本稿は、科学研究費補助金（若手研究（B）：課題番号1773066）の助成を得て行われた研究成果の一部である。]

39) 大判大正5・7・5民録22輯1325頁。

40) 山下(純)・注6)101～103頁は、保証意思の中にあるリスク引き受けの意思を柔軟に考慮すべきであるとし、保証人の専門性による区別、有償保証と無償保証の区別の2つを類型として提示する。

41) とりわけ、保証契約において債権者に期待される行為態様を明確にし、それに反する事態が生じた場合には保証人の責任が部分的に減縮されるというルールを、適用しやすいかたちで提示していく必要があるように思われる（鹿野菜穂子「連帯保証契約と要素の錯誤」）ジュリスト994号（1992年）98～101頁参照）。