

公序良俗規範、身元保証法による 被用者の損害賠償債務の連帯保証 に対する司法的規制

福岡高判平成18・11・9 判時1981号32頁、
判タ1255号255頁
(平成18年(ネ)第377号、
損害賠償請求控訴事件、変更・確定)

能登真規子

Makiko Noto

滋賀大学経済学部 / 准教授

I 事案の概要

II 判旨

III 評釈

- 1 問題の所在
- 2 保証人の責任制限の諸法理
- 3 保証契約と公序良俗規範
- 4 身元保証法による裁判所の裁量
- 5 残された問題

I 事案の概要

建設工事請負業(甲野仮設)を経営するX(原告、
控訴人)は、平成2、3年頃、訴外Aをアルバイトと
して雇った。Aは後に正規従業員となり、専務の肩
書きも与えられ、取引先との交渉や工事代金等の
集金を担当していた。Xが取引先より受け取った
約束手形をリース業者に対する支払いのために裏
書交付するようAに指示したところ、Aはその手形
をリース業者に交付せず、金融業者に持ち込んで
換金していたということが平成15年2月頃、発覚し
た。その後、Xが取引先に電話をかけて調査した
結果、Aが平成14年12月から翌15年1月にかけて、
10を超える会社から受領した現金や約束手形、
合計3911万1830円を着服していたことが判明した
(うち、Aの前妻がXの請求によりAが欺罔行為に
よって取引先に振り出させた約束手形に関する
405万円を弁償したため、Xの損害残額は3506万
1830円であった)。

この調査中にAは行方不明となっていたが、平
成15年3月中旬に帰宅し、Aが再びXの下で働くこ
とを希望したので、Xは、A本人との間で、Aの給料
から毎月6万円を損害賠償に充当する、Aの将来
の退職金はない、Aは他社から1000万円を借り入

れて甲野仮設の事務所及び寮として使用する不動産を購入する旨合意するとともに、Aの身内の保証を得ることを考え、Xの訴訟代理人である弁護士に文案作成を依頼した。「証」と題する保証契約書に相当する書面(以下、本件確約書)には以下のとおり記載されていた。

「甲野仮設(代表者X)の従業員Aは、平成14年から同15年2月にかけて、別紙のとおり、横領したことについて、弁償済みの405万円を除き、なお3506万1830円(別口749万円)の賠償義務あるところ、私は、今後、再び、Aが甲野仮設の売掛金等を横領したり、無断欠勤を継続して3日間以上したり、所在不明となり連絡が取れなくなったりする事態が発生したときは、上記賠償金を連帯して支払うことを確約します。」

Xは、平成15年5月に、この本件確約書、横領行為の内容(取引先と横領金額)の一覧表が記載された別紙、および、Xの訴訟代理人弁護士が作成した「Aの横領の件について」と題する説明文を、Aの母Y1には直接、Aの姉Y3にはY1を通じて、Aの兄Y2には郵送により、それぞれ交付した。母Y1と姉Y3は、同年5月11日頃、署名押印した本件確約書をXに提出した。

A本人も、同年6月25日頃、Xの訴訟代理人弁護士が作成した、自らの賠償義務の存在を認め、死亡、病気、3日間以上の無断欠勤等の事態が発生したときには、連帯確約者と共に直ちに賠償金を支払う旨記載された念書に署名押印した。

兄Y2は、本件確約書に署名・提出を求めるAからの電話での要請を断っていた。しかし、結局、同年8月20日頃、本件確約書に署名し、Xに郵送した。欄外下部には以下の記載が追加されていた。「X様 このたびは、私くしの弟であるAが甲野仮設様の信頼その他多くのものを損失されたことを

心より申し分けなくお詫び申し上げます。このような弟であるAに対し御寛大な配慮誠にありがとうございます。このような金額は私くしには支払える能力などありませんが、家族一丸となりAをX様のもと罪を償い再びAがX様の信頼を得るものと信じ署名させていただきます。このたびは大変御迷惑をおかけして大変申し分けなく思っております。今後ともAをよろしく願います。Y2」(判時1981号39頁より抜粋。甲野太郎をXに、乙山春夫をAに、乙山松夫をY2とした以外は原文ママ。)

Aは、Xの下で、旧来の職務に復帰していたが、平成16年2月23日付の置き手紙を残して失踪し、行方不明となった。

以上の事実の下、Xは、Yら(被告、被控訴人)に対し、本件連帯保証契約で定められた請求原因事実となるAによる工事代金の再度の着服横領があったと主張して、連帯して損害金3506万1830円とこれに対する遅延損害金を支払うよう求めた。

原審(福岡地裁小倉支部平成18年3月29日判決¹⁾)は、本件連帯保証契約の成立を認め、心裡留保、通謀虚偽表示、錯誤、詐欺による取消しの主張をいずれも不採用としたうえで、公序良俗違反につき次のように述べて、Xの請求を棄却した。

「本件確約書が作成された平成15年当時、Y1及びY3には収入が全くなく、Y2も、給与収入額が年380万円程度であり、かつ、いずれも資産を有しておらず、3500万円を超える債務を負担する能力はなかったことが認められるから、通常であれば、Yらが本件確約書に署名することはあり得ない。しかるに、Yらは、Xの求めに応じて、本件確約書に署名しているところ、これは…(中略)…認定のとおり、Yらが、Xから、本件確約書に署名しなければAを刑事告訴する旨告げられ、Aが刑事処分を

1) 福岡地小倉支判平成18・3・29判時1981号35頁(平成16年(ワ)279号)。

受ける事態を回避するためには、同書面に署名する以外にないものと考え、親族として、やむなく、同書面に署名したものと認めるのが相当である。そして、本件確約書は、Aの一定の行為の発生を条件に、新たに、Yらに対し、AのXに対する既発生の損害賠償金を連帯して支払う義務を負わせるものであるところ、その賠償金の額はYらの負担能力を遥かに超える極めて過大なものであり、かつ、本件確約書の有効期限については制限が設けられておらず、Yらは、AがXの下で働き続ける限り、債務を負担するリスクを負い続けることになるし、Aが3日間以上継続して無断欠勤をした場合等をも条件とする等、Yらにとって、極めて過酷な内容となっているといえることができる。しかも、Xは、本件確約書をYらから徴求する前から、Aに対して横領金の使途等について深く追及することなく同人を雇用し続け、かつ、従前どおり、漫然とAを集金業務に従事させていた（…認定のとおり、本件確約書が作成された後にAが新たに行なった2度の横領行為相互の間隔は1か月以上あいており、かつ、Xは知人から指摘を受けるまで横領行為に気付かなかったのであるから、Aが再度横領行為を行うことを半ば放置していたと評価されてもやむを得ないというべきである。）というのであり、Yらが、Xに対し、Aの職務上の指導監督を全面的に委ねざるを得ない立場にあることを考慮すると、本件確約書に署名する時点で、既に、連帯保証を負担する条件が成就する可能性が高い状況にあったといえることができる。

以上の諸点に照らすと、本件連帯保証契約は、Yらに過大な負担を強いる過酷なものであり、公序良俗に違反するというべきである。

したがって、本件連帯保証契約は、効力を有しない。」

X控訴。

II 判旨

原判決変更、請求一部認容(確定)。

「ア Yらは、本件連帯保証契約は、①心裡留保、通謀虚偽表示、錯誤により無効である、②詐欺により、取り消す、③公序良俗違反により無効である、④条件が成就していないから効力が発生しないなどと主張する。

イ しかし、YらがAのその後の行状次第では、同人の横領行為によるXの損害額をAと連帯して支払わなければならないことを理解した上で、本件確約書に署名等したものであることは明らかであるから、上記①及び②の主張はいずれも採用することができない。

ウ 上記④についても、Aの置き手紙の内容からして、Aが再び横領をしたことは明白である。…(中略) …

エ 公序良俗違反の主張について

(ア) AはXの信頼を裏切って横領行為を繰り返し、Xに多額の損害を被らせたものであるから、Aとしては、懲戒解雇され、損害賠償請求はもちろん、場合によっては刑事告訴されても致し方ないところである。

然るに、Xは、刑事告訴を見合わせ、Aの希望を入れて引き続き雇用しようというのであるから、Xがその見返りにAの身内からある種の保証を得たと思ったとしても無理からぬものがある。

(イ) 本件確約書は、以上のような趣旨に出たものと解されるところ、それによれば、YらはAがXに

与えた損害を賠償する責に任ずるが、現実には支払義務を負うのは、Aが再び不始末をしでかした場合に限られ、同人がXの下で真面目に職務に励みさえすれば、Yらは何らの責任を負うこともないというのである。

そうであれば、Xのこの提案は、Aにとってはこれ以上ない程の有難い内容であるし、Yらにとっても、Aの行状次第では多額の債務を負担しなければならない危険性を伴うものではあるが、その反面、Yらにそのような現実の負担をさせてはならないという思いがAに対する何よりもの戒めになることを期待することもできるものである。同じことはXにとってもいえることであり、AがXの下で真面目に働いてくれることはXとしても大いに歓迎すべきことである。このように、本件確約書は、全ての関係者にとって十分合理的で魅力のある内容であったものといえることができる。

(ウ)そして、Yらとしては、Aの再起を期待し、かつ、その可能性が十分あると考えたからこそ、本件確約書に署名等したものと推認されるのである。Yらは、本件確約書に署名等して本件連帯保証契約を締結する以外に選択の余地がなかったというわけではなく、およそAの再起が期待できないのであれば、本件確約書に署名等する必要もないのである。

そうであれば、本件連帯保証契約が直ちに公序良俗違反により無効であるなどとはいえない。原判決のこの点についての判断は相当でない。

(エ)なお、Yらは、本件確約書において、「無断欠勤を継続して3日間以上した」場合にも債務履行の条件が成就することとされている点について、特に過酷な条件であるとして非難するが、Aがかつて横領をしてXに多額の被害を与えた上で出奔

したことがあることに思いを致せば、無断欠勤が3日間以上も続くということは、とりも直さず同人が再び不祥事を引き起こしたのではないかと考える何よりもの徴表であるものといえることができるから、Yらの上記非難は当たらない。

(オ)もっとも、本件連帯保証は、一種の身元保証であり、その変型であるともみなされるところ、いかにAが引き起こした不始末であるとはいえ、3500万円余の連帯保証債務をYらに負わせるというのは酷に過ぎ、相当でないものといわなければならない。

そこで、身元保証に関する法律第5条の趣旨に従い、また、Aが給料から毎月6万円を損害賠償充当分としてXに支払っていたこと(乙1)、将来の退職金も放棄することを約していたこと(念書)、Xの事務所及び寮として使用するための建物を購入し、その資金繰りのために九州総合信用株式会社から1000万円を借り入れていたこと(乙2の4の1・2)、Y1及びY3は主婦であって、格別の収入もないこと、Y2も会社員であって、年収が380万円程度にすぎないこと、他方、Xにおいては、Aが上記多額の横領金の使途などを明らかにしないにもかかわらず、同人をそのまま旧来の職務に復帰させたことなど、諸般の事情を考慮し、Yらが責任を負うべき上限を700万円とするのが相当である。

以上の判断は、本件連帯保証契約のうち、上記700万円を超える部分については公序良俗違反により無効とするものにほかならない。」

III 評釈

1: 問題の所在

本件は、使用者が、会社の債権を着服する等し

た被用者を、解雇や刑事告訴を行うことなく雇用し続けるに際して、被用者の親族(母、兄、姉)との間で結んだ連帯保証契約に関する。これら被用者の親族に対しては、保証契約書として位置づけられる「証」と題する書面(本件確約書)上の記載により、使用者が被用者の横領行為によって被った損害額(約3500万円)および、債権者である使用者が保証人である上記親族らに保証債務の履行を請求する条件(被用者が再び横領や無断欠勤、所在不明等の問題行動を起こした場合)が示されていた。

原判決は、本件契約の締結の経緯、上記親族らの支払能力(年収)、被担保債権(使用者の被った損害に対応する賠償金)の額、期間の定め不存在、成就する可能性が高い条件等、極めて過酷な内容を含んでおり、かつ、使用者が被用者を漫然と業務に従事させていた等の事情もあったため、本件契約を、上記親族らに過大な負担を強いる過酷なものであり、公序良俗に違反し無効であるとした。これに対し、本判決は、本件連帯保証契約が直ちに公序良俗違反により無効であるなどとはいえないとして、原判決の判断を否定し、本件連帯保証契約の有効性を認めながらも、「本件連帯保証は、一種の身元保証であり、その変型であるともみなされる」として、身元保証ニ関スル法(以下、

身元保証法)5条の「趣旨に従い」、保証人らの責任額を約5分の1の700万円に減縮すると判示している。

本件事案の保証契約の特徴は、被用者(主債務者)が使用者(債権者)に対して負う、約3500万円という確定額の損害賠償債務を主たる債務としていた点にある²⁾。現実の履行請求を受けるかどうかかわからない未必的な契約であったとはいえるものの、万一の際に請求を受ける額が不明だというものではなかった。そのため、一般に、永続的で広汎な責任を生じさせうる通常的身元保証や2004(平成16)年民法改正前の貸金等債務の根保証とは、保証人の置かれる状況が異なっているというべきであろう。しかし、本判決は、通常的身元保証と同様に、保証人の責任を制限した。本件連帯保証契約は、既存債務の保証を主とするものであったため単純な身元保証ではなく、金額の明確な債務の保証であったため包括根保証でもないという特異なものであったが、保証契約に対する司法的規制³⁾のありようを検討するうえで示唆に富むものである。

また、本判決は、公序良俗違反により無効(全部無効)という原判決の判断を否定しつつも、公序良俗違反により保証額の一部(全体の5分の4)を無効であるとしている。公序良俗規範は、解釈

2) 従業員の不正行為が発覚した後に、親族らが債務引受や保証等を約束すること自体が珍しいわけではない。西村信雄『継続的保証の研究』有斐閣(1952年)63～64頁、升田純「本件判批」Lexis判例速報(2007年)16号116～118頁参照。

3) 大村敦志『契約法から消費者法へ』東京大学出版会(1999年)70頁(初出、「契約内容の司法的規制(1)(2)」NBL 473号(1991年)、474号)。

4) 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)3～4頁。

5) 最一判昭和33・6・19民集12巻10号1562頁。後述、2B参照。

6) 平野裕之『保証人保護の判例総合解説(第2版)』(2005年)信山社227頁以下。

7) 大判大正15・12・2民集5巻769頁、大判昭和13・12・28大審院判決全集6輯4号33頁。最三判平成6・12・6判タ872号174頁は、根保証契約の保証の限度額が明示されなかった場合に右限度額が同時に設定された根抵当権の極度額と同額であり両者が併せて右同額の範囲内で債務の支払を保証又は担保するものと判示したものであるが、これも、契約当事者の意思解釈を行ったものと位置づけうる。

8) 大判大正14・10・28民集4巻656頁。

9) 大阪高判昭和38・9・5高民集16巻7号493頁、東京地判昭和45・12・8判時625号56頁、東京地判昭和48・11・26判時744号68頁、大阪高判昭和56・2・10判タ446号137頁、大阪地判平成11・6・14判タ1035号176頁、東京地判平成12・9・8金法1608号47頁、東京地判平成17・10・31金法1767号37頁、名古屋高判平成18・12・20判タ1246号199頁等。

に委ねられる余地が大きい一般条項である。原判決、本判決が、同じ「公序良俗」という規範を用いながら異なる判断を下した点も非常に興味深い。

以下では、まず、永続的に広汎な保証(根保証、継続的保証)における保証人の責任制限をめぐる判例および学説の展開に照らして、本件事案の特徴を明らかにする(⇒2)。次に、公序良俗論における保証契約の位置づけの特殊性を確認し(⇒3)、身元保証法の意義をふまえて(⇒4) 原判決、本判決を位置づけ、評価を試みる。最後に、結びにかえて、残された問題の指摘を行うことにしたい(⇒5)。

2: 保証人の責任制限の諸法理

A 従来の傾向

2004(平成16)年の民法改正により、貸金等根保証契約については、保証人が支払いを求められる可能性のある額の上限(極度額)の定めのないものは無効とされ(民法465条の2、2項)、保証人と債権者との間の変更の合意がなければ、5年以内の特定の日に主たる債務の元本が確定するものとなった(民法465条の3)。また、保証契約は書面でなければ効力を生じないものとなっている(民法446条2項)。

以前は、「貸金等債務」(民法465条の2、1項)の根保証についても、限度額や期間の定めのない包括根保証が結ばれることが少なくなかった⁴⁾。また、今日でも、「貸金等債務」以外の保証については、債権者と主債務者との間の継続的な契約関係から生じるすべての債務を保証するものであっても、身元保証法を除き、特別な規定は置かれていない。

しかしながら、限度額や期間の定めのない包括根保証の有効性が認められたとしても⁵⁾、判例・学説上、保証人の責任は文字どおりに無限に及ぶものであると考えられていたわけではなかった⁶⁾。当事者の意思解釈⁷⁾、取引上の通念⁸⁾、あるいは、一切の事情(契約締結に至った事情、債権者と主債務者との取引の態様、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等)を斟酌し信義則に照らして⁹⁾、保証人の責任範囲が限定されてきた¹⁰⁾。

他方、身元保証を継続的保証全般の指導的法則と見て、身元保証以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法5条を類推し、無限的責任の契約文言があっても適度な限度に抑えるべきであるという説も主張された¹¹⁾。しかし、身元保証法5条の類推適用を肯定した裁判例は多くは現れていない¹²⁾。

10) なお、当事者の意思の解釈、一般取引上の通念、信義則等の境界をそれぞれ明確に区切ることは困難であり、前掲の判例、裁判例の中にもはっきりと判別しがたいものもある。我妻栄『新訂債権総論』岩波書店(1964年)473～474頁でも、合理的な限度、合理的な範囲を導く法律構成については明白には示されていない。

11) 西村信雄編『注釈民法(11)債権(2)』有斐閣(1965年)〔西村信雄〕163頁。

12) 大阪地判昭和50・7・15下民集26巻5～8号632頁は、「かかる信用保証は、一般の取引において好ましいものでないのみならず、その性質および機能においていわゆる身元保証契約と異なるものではない」として、身元保証法5条を類推適用し、その責任を減縮した。大阪地判昭和49・10・16金判431号19頁も、継続的信用金庫取引契約につき、限度額および期限を定めずになした「信用保証はその性質および機能においていわゆる身元保証契約と異なるもの

ではない」として、身元保証法3条以下の規定を類推適用した。

一般論として身元保証法5条の類推適用の可能性に言及したものの事案の解決では類推適用を否定した例や身元保証法5条の類推適用を明確に否定した例のような否定例の方が多い。前者には、福岡地判昭和45・11・25判時633号88頁、大阪地判昭和49・10・16金判431号19頁、東京地判昭和53・2・27判タ369号249頁、大阪地判昭和57・6・30判タ478号93頁、後者には、東京高判平成元・9・13金法1248号34頁、東京地判平成15・4・21 Lexis独自収集判例、東京地判平成19・7・20 Lexis独自収集判例等がある。なお、最一判昭和50・11・6裁集民116号449頁も、それ自体は身元保証法5条の類推適用を認めたわけではなく、身元保証法5条を類推適用した前訴の内容を述べたにとどまる。

B 保証人が責任範囲を予見できる場合

これら従来の責任制限の法理は、いずれも、保証人の責任を負うべき限度額が明確に定められておらず、保証人の予見可能性も十分でないような継続的契約関係から生じる債務を主債務とする保証を想定して議論されてきたものである。

特定債務の保証や限定根保証においては、「主たる債務者に債務不履行が生じない限りその責任が顕在化しない」¹³⁾という意味で「その内容についての理解が不十分なまま安易に契約が結ばれる場合」¹⁴⁾がありうるとしても、保証契約書に主たる債務の金額または根保証契約の極度額が明記されており、保証人が全く予見できないというような事情は通常はない。

逆に、保証人が保証契約書に署名・押印をしたならば、「保証意思が外部にも明らかになっている」¹⁵⁾とされて、その結果、もはや、その保証契約の効力を否定するのは非常に困難になる。実際、本件事案においては、保証人となった主債務者の兄は、保証契約書に相当する本件確約書の欄外に、自分自身にはそこに記載された主債務を保証する

ほどの支払能力がない旨、書き込んでいたが、それでも、裁判所は「Yらが、Aのその後の行状次第では、同人の横領行為によるXの損害額をAと連帯して支払わなければならないことを理解した上で、本件確約書に署名等したものであることは明らかである」といい、第一審でも、控訴審でも、心裡留保・通謀虚偽表示・錯誤による無効、詐欺による取消しの主張をいずれも採用しなかった。自分自身には支払能力はないが、主債務者が債権者の信頼を得ることを信じて署名するのだというような保証人の控えめな意思表示は、保証契約の成否にまったく影響を及ぼさない。

本件事案のように、保証人の責任範囲が明確に定められている保証では、従来の責任制限の法理に従うだけでは、保証人の責任を減縮することはできないのである。

3: 保証契約と公序良俗規範

最高裁は、主債務の現実に発生する時期や保証額に関する取り決めがない継続的な契約関係から生じる債務の保証についても¹⁶⁾、保証人の責

13) 吉田=筒井・注(4) 3頁。

14) 吉田=筒井・注(4) 3頁。

15) 吉田=筒井・注(4) 15頁。

16) 最一判昭和33・6・19民集12巻10号1562頁。
もっとも、この事案の連帯保証契約も、主債務者が債権者に対して負担する約束もしくは為替手形上の債務を主債務とするもので、「将来負担するであろう一切の債務」を主債務とするものではない。

17) 最二判昭和34・12・28民集13巻13号1678頁。

18) 身元保証においては、しばしば、「本人の身上に関しては一切引受け、貴社にたいしてはいささかも御迷惑をおかけしません」というような文言が用いられる。西村信雄「身元保証の研究」有斐閣(初版1965年、復刊版2000年)85頁では、この文言は江戸時代の奉公人請状の「右之外如何様之六々敷儀出来候共我等罷出埒明少茂御難儀懸申間敷候」という文言の現代版だといわれている。一切の責任を負うという趣旨の文言は、今日の身元保証書のひな型にも見られる。たとえば、「上記本人の貴社への入社に際し、私は身元保証人として、本人に貴社の就業規則を守らせることを誓約するとともに、万一、本人が貴社に損害をかけた場合は、本人と連帯して、

一切の責任を負います。」とあり、誓約書や身元保証書の上で、身元保証人は被用者(本人)の使用者(貴社)に対する一切の損害賠償義務についての連帯保証を負うものとされている。しかし、身元保証法5条により、この書面の文言どおりの効力が生じることはない。

19) 京都地判昭和58・1・28判時1088号111頁(失火による損害賠償債務についての代物弁済契約)、福岡地久留米支判昭和49・9・13判時777号85頁(情交関係の解消を約束する違約金つき誓約)、東京高判平成3・9・30判タ787号217頁(身元保証等の引受けを業とし保証証券を発行する会社等との間の総代理店契約)、東京地判平成16・8・27判時1886号60頁(「ローン・保証義務付き詐欺商法」を行う事業者が販売する商品代金の支払のための金銭消費貸借)、福岡高判平成17・1・27判タ1177号188頁(平成15年法第136号による貸金業規制法の改正法施行前において、無登録の貸金業者による月1割という高金利の金銭消費貸借契約で、借主の窮迫、無思慮に乗じてなされたもの)、東京地判平成17・3・25判時1914号102頁(違法な超高金利の金銭消費貸借契約)等がある。

20) ホステスが経営者に対し顧客の飲食代金につき責任を負う旨の保証契約が公序良俗に反し無効とされたものとして、

任の限度を定めない身元保証契約の効力についても¹⁷⁾、責任限度に関する条項がないというだけでは公序良俗違反により無効であると解すべきではないという立場である。前者については、当事者の意思表示、取引通念、信義則等により保証人の責任が合理的な範囲に制限されるために、後者については、身元保証法5条に裁判所において身元保証人の責任及びその範囲を制限すべき場合についての規定がおかれているために、保証契約中に保証人の責任の限度が約定されていなくても、ただちに保証人が無制限に損害賠償の責任を負担すべきものであるとはいえないというのがその理由である。保証人の責任範囲が過度に広汎であるために保証契約が無効とされることはない¹⁸⁾。

これまでに保証契約が公序良俗に反し無効だとされた事例の多くは、主たる契約が公序良俗に反し、それゆえに、その債務を担保する保証契約も公序良俗に反するとするものであった¹⁹⁾。これに対して、保証契約が単独で公序良俗に反するとされた事例の種類は多くはない。ホステスの保証に関する裁判例は数多く見られるが²⁰⁾、それ以外には、

サラ金業者のグループ貸しにおける連帯保証契約²¹⁾、保証対象を不明確にするために根保証の形式を利用した保証契約²²⁾等、わずかな例しか見当たらない²³⁾。

こうした状況のなか、原判決は、本件保証契約が保証人に「過大な負担を強いる過酷なもの」であるとして公序良俗に反すると判断した。公序良俗違反の根拠としては、①保証人の支払能力に見合わない多額(約3500万円)の保証であること、②親族である主債務者の刑事処分を回避するためにやむなく署名したこと、③リスクを負う期間が長期にわたること、④保証人が現実に支払いを請求される可能性が高いこと、⑤使用者である債権者の主債務者に対する業務監督が不十分であったことが挙げられている。

この中では、特に、①と②に注目したい。近時のわが国の学説の議論にも現れているように、ドイツでは、上記①と②の両方に重なる要素を考慮し、近時、主債務者の近親者による極端に巨額な保証債務に対する司法的規制が積極的に実施されるようになってきており²⁴⁾、フランスでは、特に①

東京地判昭和50・9・29判時807号53頁、東京高判昭和52・6・29判時863号51頁、東京地判昭和52・12・21判時900号84頁、大阪地判昭和53・5・19判タ370号114頁、大阪高判昭和55・11・19判タ444号127頁等がある。ホステスによる保証の変型として口座制と呼ばれるホステスの立替え支払い契約が現れたようであるが、これも公序良俗違反だと判断されている(大阪地判平成9・8・29判タ962号169頁)。なお、ホステスの保証でも、特別な事情がある場合には、公序良俗に反するものといえないとされた例もある(最一小判昭和61・11・20裁集民149号151頁)。

21) 大阪地判昭和57・4・19判時1052号97頁。グループ貸しとは、いわゆるサラ金業者が客10名を集め相互に連帯保証することを条件に月9分というような高利で貸付けるものであった。

22) 東京高判平成13・2・20判時1740号46頁。

23) この他、広島高判昭和49・11・28判時777号54頁は、倒産会社の私的整理にあたり債権者委員長が1割相当額の代位弁済による残債務免除で会議をまとめる裏で、倒産会社の代表者ら個人に債権全額につき連帯保証させたもので、債権者の行為態様が問題とされた。

24) 兄玉寛「無資力近親者による共同責任をめぐる判例の展開—現代ドイツ私的自治論の諸相・第一」法学雑誌〔大阪市大〕41巻1号(1995年)673～716頁、原田昌和「巨額な共同責任の反良俗性(一)(二・完)—ドイツ良俗則の最近の展開・その一」法学論叢147巻1号(1999年)24～45頁、148巻1号(2000年)85～107頁、原田昌和「極端に巨額な保証債務の反良俗性(一)(二・完)—ドイツ良俗則の最近の展開・その二」法学論叢148巻2号(2000年)18～34頁、149巻5号(2001年)46～71頁、齋藤由起「近親者保証の実質的機能と保証人の保護—ドイツ法の分析を中心に(一)～(三・完)」北大法学論集55巻1号(2004年)113～160頁、2号223～359頁、3号213～269頁等。ドイツ連邦憲法裁判所第一法廷1993年10月19日決定では、「民事裁判所は、—特に138条や242条のような一般条項の具体化と適用にあたっては—基本法2条1項において基本権として保障されている私的自治を尊重しなければならない。このことに基づいて民事裁判所は、契約当事者の一方に常軌を逸した多大な負担を課す契約であって、この契約が構造的に不平等な交渉力の所産である場合には、その契約内容をコントロールする義務を負う。」と判示されている。

を考慮して、個人保証人の支払いの能力に配慮した立法が導入されてきている²⁵⁾。個々の事案における保証契約の特徴的な要素を考慮して、保証契約が無効とされたり、その効力の減縮が行われたりしているのである。

わが国の伝統的通説²⁶⁾によれば、判例に現れた公序良俗に反する例は、(1) 人倫に反するもの、(2) 正義の観念に反するもの、(3) 他人の無思慮・窮迫に乗じて不当の利を博する行為、(4) 個人の自由を極端に制限するもの、(5) 営業自由の制限、(6) 生存の基礎たる財産を処分すること、(7) 著しく射倖的なものに分けられてきた。原判決の①は(6)に、②は(3)に相当するものと位置づけられよう。公序良俗規範の解釈は社会と時代の変化に応じて変わりうるものであり²⁷⁾、あえて、この古い伝統的通説の分類に照らす必要はないかもしれないが、公序良俗違反により本件連帯保証契約を無効とする原判決の結論は、今日でも、十分に根拠あるものとして支持できるものと思われる。

しかし、このような結論を支持することは、利他性、人的責任性(全財産を目的物とする責任)、無償性、情義性、未必性等を一般的な性質として備える保証契約²⁸⁾の有効性に対し、直接的に、公序

良俗規範の解釈を巡る争いを通じて、動揺をもたらすことをも意味する²⁹⁾。本件連帯保証契約が「全ての関係者にとって十分合理的で魅力のある内容であった」と考えた本判決は、この契約を生かすことができる、原判決とは異なる中庸の道を選んだのである。

4: 身元保証法による裁判所の裁量

(A) 身元保証法5条の意義

わが国には、雇用契約に伴って使用者が被用者によって受ける損害を第三者に担保させることを目的として、身元保証人を立てさせる慣行がある³⁰⁾。前述したように、身元保証人は「本人の身上に関しては一切引受け、貴社にたいしてはいささかも御迷惑をおかけしません」というような文言の記載された文書を差し入れることが多いが、その文言どおりに、身元保証人が無限の責任を負うものではない³¹⁾。

身元保証法制定の際にも、金額の制限なしに無限の責任を負うということは、考え方によっては公序良俗に反する契約だといえるのではないかという疑念も示されたが、結局、契約内容を漠然とさせておくことでこの契約の道徳的な意味が現わ

25) 大沢慎太郎「フランスにおける保証人の保護に関する規定の生成と展開(1)(2完)」比較法学〔早稲田大〕42巻2号(2009年)47～90頁、拙稿「保証人の『過大な責任』—フランス保証法における比例原則—」名古屋大学法政論集227号(2008年)371～395頁等。保証人の財産および収入と保証債務との均衡を要請するのが、保証における比例原則(principe de proportionnalité)である。個人および家計の過剰債務による困難の予防および解決に関する法律1989年12月31日法律1010号によって、一定の与信取引の領域における消費者の情報および保護に関する1978年1月10日法律22号の7-4条、不動産の領域における借主の情報および保護に関する1979年7月13日法律596号の9-4条が創設された。これらの条文は1993年に各法律が廃止され法典として統合されて、消費法典L.313-10条となっている。その後、さらに、経済活性化のための2003年8月1日法律721号によりフランス消費法典L.341-4条が設けられ、比例原則の適用範囲が拡張されている。

○フランス消費法典L.313-10条

金融機関は、その義務がその締結時に当該保証人の財産

および収入に比べて明らかに不均衡であった場合には、請求を受けた時点で、保証人の財産が保証人による金融機関に対する義務の履行を可能にする場合を除き、本編第1章、第2章にかかわる信用取引について自然人によって締結された保証契約を利用できない。

○フランス消費法典L.341-4条

事業上の債権者は、その約務がその締結時に当該保証人の財産および収入と比べて、明らかに不均衡であった場合には、請求を受けた時点で、保証人の財産が保証人による債権者に対する債務の履行を可能にする場合を除き、自然人によって締結された保証契約を利用できない。

26) 我妻栄『民法総則』岩波書店(1965年)272～282頁。

27) この我妻類型の見直しについては、椿寿夫・伊藤進(編著)『公序良俗違反の研究—民法における総合的検討』日本評論社(1995年)を参照。また、近時、公序良俗を介入の正当化根拠に応じて、(ア)法令型—政策実現型公序良俗、(イ)法令型—基本権保護型公序良俗、(ウ)裁判型—基本権保護型公序良俗に区分する類型が提示されている

れてくる、契約の履行の際に裁判所がいろいろな事情を斟酌するということが身元保証契約の本旨に適っているとされ、現在の身元保証法の条項が定められた³²⁾。

身元保証には、実際に生じた損害の担保・填補する機能だけではなく、損害発生の予防的な機能も期待されている。そして、その身元保証制度の運用において、重要な役割を果たすのが裁判所である。身元保証法5条は、「裁判所ハ身元保証人ノ損害賠償ノ責任及其ノ金額ヲ定ムルニ付被用者ノ監督ニ関スル使用者ノ過失ノ有無、身元保証人が身元保証ヲ為スニ至リタル事由及之ヲ為スニ当リ用キタル注意ノ程度、被用者ノ任務又ハ身上ノ変化其ノ他一切ノ事情ヲ斟酌ス」と定める。裁判所は、身元保証人が担保しなければならない損害賠償の「金額」だけでなく、「損害賠償ノ責任」をも定めることができる。つまり、裁判所は、事情により、身元保証人の責任を完全に否定することもできるのである³³⁾。

(B) 本件保証と身元保証との類似性

本判決は、原判決と異なり、保証人による近親者の既存の損害賠償債務を保証する契約の有効性を認めた。そして、そのうえで、本件事案の連帯

保証契約を身元保証法という強行規定に従わせ、その制約の下で保証契約の効力を維持させるという法律構成をとっている。

確かに、身元保証契約は通常、被用者の雇入れの際に締結されることが多いが、雇用契約と身元保証契約の成立が同時であることは不可欠だとはいいがたい。身元保証法1条は「名称ノ如何ヲ問ハズ期間ヲ定メズシテ被用者ノ行為ニ因リ使用者ノ受ケタル損害ヲ賠償スルコトヲ約スル身元保証契約」といい、身元保証契約は被用者の損害賠償を担保するものであるといつてよいと思われるが、既発生の損害についての支払義務を身元保証契約から排除していない。

また、既存の債務と将来負担すべき債務とを併せて保証するという場合も實際上、稀ではないようであり³⁴⁾、その場合にも、最高裁は身元保証人の責任制限を行っている³⁵⁾。

本件保証契約においては、被用者の横領によって使用者が受けた損害額の全てが保証されるべき主債務となっており、一方の契約当事者である保証人もその金額を認識していた。しかし、本件契約は一種の身元保証契約であるとして、保証人の負担額に関する当事者の取り決めに対しては裁

(山本敬三『民法講義Ⅰ(第2版)有斐閣(2001年)241～248頁)。

28) 西村・注(2)。

29) 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)16～28頁は、保証の利他性、無償性、情義性、軽率性等の各特質は、原則として、保証人の責任を制限する事由とはなりがたいというべきであると述べる(27頁)。

30) 西村・注(18)のほか、角田邦重「労働者に対する損害賠償請求」日本労働法学会編『講座21世紀の労働法(第4巻)労働契約』有斐閣(2000年)110～113頁、中川恒彦「解決のカギは民法・裁判例等! —人事労務担当者が知ってほしい労基法以外の基準—第2回身元保証書」労務事情1195号(2010年)50～54頁等。

31) 最二判昭34・12・28民集13巻13号1678頁。

32) 西村・注(18) 111～113頁。『帝國議會貴族院議事速記録第64回議會(昭和7年)第59巻』東京大学出版会(昭和8年3月13日)。

33) 角田・注(30) 110～113頁。

34) 西村・注(18) 169、171頁。

35) 最一判昭和57・12・2判時1068号57頁。自動車修理販売業Yの従業員Aは昭和39年5月から昭和41年7月にかけて自動車販売代金等(約291万円)を横領し、8月頃、この事実の一部がYに発覚した。Yは、同年9月20日にAの妻の父Bに、Aの横領による被害総額が不明であることとAを告訴する意向を表明した。Bが告訴を待って欲しい旨頼んだので、BがAの損害賠償につき身元保証契約を締結するのであれば告訴しない旨述べ、Bはその場で、Aが故意または過失により使用者Yに被らせた損害についてBが賠償する旨の身元保証契約を締結した。未払損害金は58万円であったが、身元保証法5条の適用があるとして、20万円を身元保証人の責任限度とした。

判所のコントロールが及ぶとされた。この点が重要なのである。

被用者の損害賠償債務を(近親者を含む)第三者が保証する場合に、身元保証法5条により、裁判所が保証人の責任内容(損害賠償責任の有無とその金額)の決定について一切の事情を斟酌するという強大な権限を行使する根拠としては、まず、保証人の責任が広汎(不明確、多額)であり、しかも保証人に予見可能性がないということが考えられる。しかし、根拠はそれだけにとどまらず、保証人の責任範囲が明確で、保証人が自らの負担の大きさと危険性を計算できる場合でもなお、ある種の保証契約には、裁判所の介入が妥当だと考えられる事例もあろう。とりわけ、身元保証ないしこれに類する契約については、保証契約の締結に至る事情、対価を受け取って保証をするわけではなく、本人の血縁や交友関係を理由に事実上やむを得ず保証人になるという事情が、一般的な貸金等の債務の保証よりもさらにいっそう、深刻なものに感じられる。この種の保証契約には、契約の法的拘束力の基礎となりうるような自由な意思の存在はおよそ期待できない。

本判決は、本件保証契約の有効性を根拠づけるために、「本件確約書に署名等して本件連帯保証契約を締結する以外に選択の余地がなかったというわけではなく、およそAの再起が期待できないのであれば、本件確約書に署名等する必要もない」と述べたが、これは強弁ではないだろうか。被用者Aの兄Y2などは、欄外に、自らに支払能力がないと書き込みながらも、確約書に署名・捺印し、

やむを得ず、差し入れているというのが実態であり、民法が想定する対等な私人が自由意思に基づいて締結する契約には程遠いものである。

また、被用者の損害賠償債務を保証人に全額請求できるとすれば、被用者(労働者)を監督し、不正行為を防止できるはずの使用者(会社)が、日常的に業務の監督などできるはずもない保証人(近親者とはいえ、第三者)にすべての責任を転嫁できてしまうことになる。そして、もし、このような責任転嫁が認められるとするならば、あたかも、現実の使用者を「第三者」の地位に位置づけ、保証人を、被用者が事業の執行について「第三者」に加えた損害を賠償する義務である使用者責任(民法715条)を負う「使用者」の地位に置くことにもなってしまうであろう。被用者本人との関係でさえ、使用者責任を負った使用者による被用者に対する求償権の行使は制限されている³⁶⁾。使用者責任の問題である第三者に対する被用者の不法行為と身元保証の問題である使用者に対する被用者の不法行為その他との間に全く性質の違いがないとはいわないが、それでも、かたや被用者に対する求償権行使を制限し、かたや保証人に対する保証債務の履行請求はほぼ自動的に認める、というのではバランスを欠くのではなかろうか。

以上のように、本判決は、本件保証契約のような近親者に合理的な判断が期待できない状況下で、被用者の損害賠償債務を引き受けるに等しい契約を締結する場合には、継続的契約関係から生じる債務でなく既存の金額の明らかな債務を主債務とするときであっても、身元保証法を介する

36) 最一判昭和51・7・8民集30巻7号689頁。「使用者が、その事業の執行につきなされた被用者の加害行為により、直接損害を被り又は使用者としての損害賠償責任を負担したことに基づき損害を被った場合には、使用者は、その事業の性格、規模、施設の状況、被用者の業務の内容、労働条件、勤務態度、加害行為の態様、加害行為の予防若しくは損失の分散についての使用者の配慮の程度その他諸般の事情に照らし、損害の公平な分担という見地から信義則上相当と認められる限度において、被用者に対し右損害の賠償又は求償の請求をすることができるものと解すべきである。」

37) 山本敬三『公序良俗論の再構成』有斐閣(2000年)218頁。しかし、同時に、保証額が際限なく高額にのぼる危険性のあるホステスの保証については、この保証契約が押しつけられたものである場合、債権者が優越的な地位を利用している場合、保証人の退職の自由がいちじるしく制約されるおそれがある場合等には、保証契約が無効とされうる(同頁)。

ことによって、裁判所が当事者間の合意内容を改定しようということを認めたものであり、きわめて重要な意義をもっているといえよう。

5: 残された問題

「保証契約とは、もともとそれ自体としては無償であり、不均衡な性格をもった契約である。したがって、保証契約という契約類型を承認する以上、この不均衡のみを理由としてこれを無効とすることはできない。」という指摘もある³⁷⁾。どのような場合に保証契約を無効とし、どのような場合に保証人の責任を減縮するのかは、なおいっそう検討すべき課題である。本判決は、「本件確約書は、全ての関係者にとって十分合理的で魅力のある内容であった」として、本件保証契約を肯定的に評価しており、それに賛同する見解も見受けられるが³⁸⁾、保証人の身になって考えると、当事者の自由な意思に基づく契約として、原則どおりの効果を認めるべきものであるかどうかには疑問も残る。その一方で、保証契約全般について公序良俗違反を問題とすることは現実的には課題も多く、また、事情によっては、具体的妥当性を欠くことにもなる。以上から、筆者の私見としては、本判決の採用した、被用者の損害賠償債務についての連帯保証契約の有効性を認めたとうえで、身元保証法に照らし、裁判所が保証人の責任範囲を一切の事情を斟酌して決定するという法律構成に、基本的に賛成したい。とりわけ、この身元保証法を介した法律構成を採用することによって、裁判所が個々の事情に応じて保証人の責任範囲を決定するという可能

性を見出した点は、大いに評価しうるものと考ええる。

しかし、疑問に感じられる点もある。裁判所の斟酌した事由のどれがどの程度、結論に影響しているのかがわからないため、最終的な保証人の責任額の決定については、なお重視される事由の類型化等、ある程度は法的安定性を確保する方向で考察を深める必要があるのではないかと感じられる。最高裁は、身元保証法5条は、過失相殺を定める民法418条、722条2項と同趣旨の規定であって、斟酌すべきものとして認定された事情に照応する合理的なものでなければならないという制限はあるにしても、それらの事情をどの程度に斟酌するかは事実審裁判所の裁量に委ねられていると解すべきで、軽減額の量定にあたり、必ずしも、その算数的根拠を判示する必要はないという立場である³⁹⁾。実際に、斟酌した具体的要素とそれに伴う減額幅を明示した裁判例も見当たらない⁴⁰⁾。

本判決は、保証人3人に損害額の全体の約5分の1である700万円について責任があることを認めたが、その理由は明確にはわからない。本判決は事例判決であるといわれるが⁴¹⁾、他の事件に適用可能な基準を模索することは放棄すべきではないであろう。2004（平成16）年民法改正の際には、保証人が予想もしない額の負担を負うことと並んで、「個人の支払い能力を超えた保証債務を負担すること」⁴²⁾も問題視された。個人の過重債務（多重債務）が社会的な問題となる中で、ドイツ、フランス等では、「不公正な」保証からの保証人の保護が図られつつある。これらの点に鑑みたとき、支払能力がないことを表明し、おおよそ自由意思に

38) この考え方は、判タ1255号255頁(匿名コメント)のほか、野口恵三「本件判批」NBL881号(2008年)115～119頁等にも支持されている。

39) 最三判昭和37・12・25判時325号16頁。

40) 戸谷義治「本件判批」季刊労働法222号(2008年)239～246頁。

41) 塩崎勲「本件判批」登記インターネット100号(2008年)66～68頁、戸谷・注(40)239～246頁、升田・注(2)116～118頁、長尾貴子「本件判批」『平成20年度主要民事判例解説(別冊判例タイムズ25)』(2009年)20～21頁。

42) 衆議院法務委員会附帯決議(吉田=筒井・注(4)8～9頁)。

制約があったとみられる状況のなかで、やむなく
確約書を差し入れた保証人に対して、裁判所が課
した保証人の責任範囲は果たして妥当であったと
いえるであろうか。具体的妥当性という正体の捉
え難いものに対する、しかも、公表された限られた
事実をふまえての感想であり、また、程度の問題で
もあるが、裁判所による一切の事情の斟酌の行い
方次第で、異なる結論が導かれる可能性もあった
ようにも思われる。

本判決のみならず、わが国における保証契約全
般に関してもいえることであるが、どのような場面で、
どのような内容の保証を用いるのがよいのか、保証
人にどの程度の責任を課すべきなのか等、今後、
いっそうの検討を要する課題が残されている⁴³⁾。

[付記] 本稿は、科学研究費補助金（若手研究
（B）、課題番号20730063）の助成による研究成
果の一部である。

43) 山本敬三「保証契約の適正化と契約規制の法理」
『ドイツ法の継受と現代日本法』〔ゲルハルド・リース教授
退官記念論文集〕日本評論社(2009年)397～451頁、
遠藤歩「平成16年保証法改正に関する一考察—経営者保証
と第三者保証との区別を中心に」『ドイツ法の継受と現代
日本法』〔ゲルハルド・リース教授退官記念論文集〕
日本評論社(2009年)453～503頁、下村信江「保証と法主体
—貸金等根保証と根保証人の保護を中心として」宇佐見大司

＝大島和夫(編)『変わりゆく人と民法』有信堂(2009年)
242～261頁、渡辺隆生「保証取引の類型に応じた法規制」
ジュリスト1417号(2011年)64～68頁、黒木和彰「自然人の
保証について考える」ジュリスト1417号(2011年)68～73頁、
矢吹徹雄「自然人保証は廃止すべきか」ジュリスト1417号
(2011年)74～78頁、齋藤由起「過大な責任からの保証人の
保護」ジュリスト1417号(2011年)79～82頁等。

Judicial Restrictions on the Suretyship to Pay Damages to the Employer through the Application of Public Policy and the Fidelity Guarantee Act:

**Fukuoka High Court, Judgment, 9 November 2006,
Hanrei-jiho 1981-32, *Hanrei-times* 1255-255**

Makiko Noto

In this paper I discuss the Judgment of Fukuoka High Court, 9 November 2006, with regard to the obligations of sureties to pay compensation for damages to the employer.

In this case of embezzlement, the employee embezzled about 35 million yen from the employer. The mother, brother and sister of the employee concluded the contracts of joint and several suretyship with the employer after his embezzlement. With the aid of the suretyship contracts he could avoid a criminal accusation and dismissal. Nevertheless, he committed embezzlement again and then disappeared. Therefore, the employer asked his relatives to pay the obligation as surety.

The Kokura Branch Office of the Fukuoka District Court, on 29 March 2006, judged that these suretyship contracts were contrary to public policy under the law (the 90th article of the Japanese Civil Code), and decided that the contracts are invalid. On the other hand, the Fukuoka High Court rejected the judgment of the District Court, and accepted the effect of these suretyship contracts. Furthermore, the High Court applied the 5th article of the Fidelity Guarantee Act to this case in consideration of the similarity between the fidelity guarantee (Mimoto-Hosho) and these suretyship con-

tracts. As a result, based on the article, the court restricted the scope of surety obligations and decided that the sureties perform payment of about 7 million yen at the discretion of the court.

In the fidelity guarantee and similar ones by family members accompanied with employment, it is hard to think that the parties concerned made the contract based on their free intention. So in this judgment, it can be evaluated that the High Court showed the attitude which makes a positive correction to the contract and protects this kind of surety.