

民法改正と個人保証

議論の整理：中小企業金融との関連において

村 本 孜

2015年9月

The Institute for Economic Studies
Seijo University

6-1-20, Seijo, Setagaya
Tokyo 157-8511, Japan



Guarantee in the Civil Code

Tsutomu Muramoto

SEPTEMBER 2015

Abstract

Recently, the examination of the Civil Code (the credit treaties) has been argued in several committees. The Revision of the Civil Code was decided by the Cabinet at March 2015. This revision includes many issues such as the acquisitive, the defect and so on. One of these issues is the guarantee provision, especially the individual guarantee. The individual guarantee has been used for the fund raising of the SMEs. Many SMEs's managers offer their own properties as a security for their debts of the banks, this is called the own individual guarantee. Not only the own individual guarantee, but also the third individual guarantee has been used in the finance of the SMEs. Once these individual guarantees are put into practice, the guarantor is forced to the miserable situation. For these problems many relief measures have introduced such as the prohibition of the third individual guarantee and the restriction of the own individual guarantee. But the new revision of the Civil Code does not provide the prohibition or restriction of the individual guarantees.

民法改正と個人保証

議論の整理：中小企業金融との関連において

村 本 孜

<目 次>

0. はじめに

1. 民法の改正過程

[1.1] 改正の端緒

[1.2] 改正に向けた経緯

(1) 水面下から表面へ

(2) 民法改正検討委員会（2006年10月～2009年3月）

[1.3] 改正論議への懐疑説

(1) 一部民法学者の見解

(2) 規制改革会議での議論

2. 個人保証に関して

[2.1] 個人保証

(1) 中小企業金融における個人保証 - 個人保証の機能と問題点

(2) 「新しい中小企業の法務に関する研究会報告」（2003年7月16日）

(3) 債権保全における個人保証の限界

(4) 経営者本人保証の限定

[2.2] 「中小企業における個人保証等の在り方研究会」報告（2013年4月）

(1) 経営者本人保証

(2) 同報告の概要

(3) 同報告の提案

(4) 保証が必要な場合の対応

[2.3] 「経営者保証ガイドライン」（2013年12月）

(1) 基本的な考え方

(2) 経営者保証が不要な場合

(3) 経営者保証を求める場合

(4) 既存の保証契約の適切な見直し

(5) 保証債務の整理

[2.4] 個人保証の経済理論

- (1) 小出所説
 - (2) 小野所説
3. 民法(債権関係)の改正と個人保証
- [3.1] 民法改正と保証
 - (1) 民法改正の論議のプロセス
 - (2) 保証に関する議論
 - (3) 民法改正検討委員会の議論
 - [3.2] 民法部会の議論
 - (1) 「中間的論点整理」(2011年4月12日)
 - (2) 日弁連の「保証制度の抜本的改正を求める意見書」(2012年1月20日)
 - (3) 「中間試案」(2013年2月26日)
 - (4) 「要綱案のたたき台(5)」(2013年11月19日)
 - (5) 日弁連「保証人保護の保護の拡充に関する意見書」(2014年2月20日)
 - (6) 「要綱案のたたき台(10)」(2014年3月18日)
 - (7) 「要綱仮案」(2014年8月26日)
 - (8) 改正民法案(2015年3月31日)
4. おわりに
- [参考文献]

0. はじめに

近年、国民生活・経済の基本法制の見直しが行なわれ、2005年6月成立・2006年5月施行の会社法に引き続いて、国民の経済活動の基本法制である民法の債権法部分の改正が行なわれようとしている。経済活動の高度化・複雑化、そしてグローバル化の進展とくに金融イノベーションが、債権法に大きく関わっている¹⁾。グローバル化は、制度の共通化だけでなく規範の共通化を要請し、自由化・規制緩和・民営化が国際的商取引の条約・モデル法・立法ガイドなどの国際ルールの形成が規範の共通化を求めてきた。これらの動向は、日本の民法改正にも影響を与えている。海外では、ウィーン売買条約・国際商事契約規則が制定され、共通ヨーロッパ売買法・ヨーロッパ契約法原則等の共通の売買法・契約法が模索されてきたが、この法理の流れが日本の

1) 松尾 [2012] は、民法改正をグローバル化のコンテクストで理解することの重要性を示している (pp. 4~5)。

民法改正にも影響を及ぼしてきたと松尾 [2012] は指摘している²⁾。

松尾 [2012] は、今回の民法改正について、契約法の基本原理について、契約不履行に対する帰責原理に対する理解にあるとする。松尾 [2012] の整理によれば、シビル・ロー（大陸法）では帰責事由主義が基本原理であり、コモン・ローでは契約責任・不可抗力免責主義が基本原理であるが、帰責事由主義では債務者に責任を負わせる場合、故意・過失と信義則上それと同一視することができる事情を含む事由があることとされ、そうでない場合（帰責事由によらない場合）には債務は存在しない。したがって、例えば瑕疵担保責任に関するルールが必要となるのである。一方、契約責任・不可抗力免責主義では、債務は帰責事由がなくとも存在し、契約が解除されない限り履行請求される³⁾。因みに、現行民法は、瑕疵担保責任については帰責主義（過失責任主義）、法定責任説を採る。

大垣 [2015] は、金融イノベーションの進展（市場化・グローバル化）が、異なる法系間のコンバージョン（融合現象）に繋がることを論じている（特に英米の枠組みが他国に実質的に受け入れられる）。その過程で、当初は金融の必要から機能的に導入されたに過ぎないものが、国内の別の取引にも取り込まれて、私法体系の在り方を変えていくことも起こりうる、と論じた。

以下に整理するような民法改正の議論の中で、200 程度の論点が整理されたというが、本論は個人保証について整理しておく。個人保証は、中小企業金融の中で、融資の債権保全手段として広く活用されてきたが、これは経営者には経営の健全性に対する規律付けを行なう効果があること、信用補完機能があり金融機関からの資金調達を円滑化する効果を持つからである。一方、個人保証が個人の生活まで破壊することもあるので、その活用は制限的にすることが模索されてきた。2003 年以降のリレーションシップ・バンキング（地域密着型金融行政）の推進の重要なポイントは、「過度の担保・保証に依存しない融資の推進」にあるが、個人保証の比重を下げることも課題であった。そのような政策の要請の中で、政府系金融機関・公的信用保証では第三者保証は原則禁止の方向が固まってきた。さらに、経営者本人保証についてもその活用は制限的にすることが 2014 年 2 月導入の「経営者本人保証ガイドライン」で示されてい

2) 前掲書，pp. 6~9。

3) 前掲書，pp. 9~13。

（表）個人保証の見直しのプロセス

	法律・指針等	主たる内容
2004年11月	民法改正	個人の保証人に関する極度額の定めのない貸金等債務への根保証（包括根保証の禁止）
2006年3月	通達（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
2011年7月	主要行等向けの総合的な監督指針等（金融庁）	経営者以外の第三者の個人連帯保証を求めないことを原則とする融資慣行の確立
2013年4月	民法（債権関係）の改正に関する中間試案	経営者以外の第三者の個人保証を無効とする等の検討
2013年5月	中小企業における個人保証等の在り方研究会報告	経営者保証問題の解決策の方向性を具体化したガイドラインの策定の必要性等の検討
2013年12月	経営者保証に関するガイドライン	経営者本人保証の限定化、経営者保証の履行請求時における残存資産の範囲の定め等

（出所）関連ホームページによる。

る。ところが、改正民法では、この原則禁止の方向が暗黙に志向されているものの、運用次第では個人保証徴求が通常となる懸念がある。この問題を民法改正の議論をサーベイすることで整理したい⁴⁾。

1. 民法の改正過程

[1.1] 改正の端緒

民法は1896（明治29）年制定・1898（明治31）年施行であり、120年余の歴史を持つ法典である。第2次大戦後すぐに家族法改正などがあり、さらに近年多くの手直しが行なわれ、1999年の成年後見制度、2003年の担保法改正を経て、2004年に現代語化された。さらに、保証制度の見直し、破産法改正などもあり、借地借家法・消費者契約法、動産・債権譲渡特例法など民法特例法が制定されて、民法本体から相当数の条文が削除され、本体は虫食い状態になっていた。これを受け、120年振りの大改正が行なわれることになり、2015年3

4) 筆者は法律の専門家ではないので、保証の法理に詳しいわけではないが、保証の特質は利他性・無償性・情誼性・軽率性といった性質にあるとされる。近年、継続的保証・機関保証・保証類似的担保契約等、伝統的な個人保証以外の多様な形態に対応した保証法理の研究があるという（中舎 [2007] p. 220）。

月 31 日、民法改正案が閣議決定されたのである。

2000 年代半ば以降民法（債権関係）改正に関する論議が、学界・法曹界のいくつかの研究会での検討という形でなされてきた。法務省では、民法の債権法部分について今日の社会経済情勢に適合させるための見直しを行なうべきであるという指摘があることを踏まえて、2006 年 2 月に抜本的な見直しを行なうこととし、2009 年 11 月から法制審議会民法（債権関係）部会において、民法のうち債権関係の規定の見直しについての調査審議が行なわれてきた。具体的には、民法のうち債権関係の規定について（関連する民法総則も）、契約に関する規定を中心に見直しが行なわれている。民法は国民生活・経済活動に密接に関連するため、慎重な審議が行なわれてきたが、具体的には、民法第 3 編「債権」の規定のほか同法第 1 編「総則」のうち第 5 章（法律行為）・第 6 章（期間の計算）及び第 7 章（時効）の規定が検討対象で、このうち事務管理・不当利得及び不法行為の規定は、契約関係の規定の見直しに伴って必要となる範囲に限定して見直すこととされた。

本稿で取り上げる保証などについても、当初、事業融資を受ける際の個人保証は経営者本人保証を除き原則無効化することなどや、さらに債権の譲渡禁止特約の効力を弱めることなどが注目された。審議開始直後には、多くの抜本的改正が検討されたが、4 年半の審議を経て、当初よりも改正の度合いは低下したといわれ、現行法の大幅改正とはなっていない。しかし、この見直しにより多くの条文の改正が行なわれ、消滅時効や個人保証の取り扱いなどに変更が行なわれることになる。注目したいのは、民法第 570 条にある瑕疵担保責任規定の見直しがあり、条文上「瑕疵」という用語が消滅することであるが、これについては別の機会に触れた⁵⁾。

[1 2] 改正に向けた経緯

(1) 水面下から表面へ

民法改正に関しては、1991 年頃、東京大学法学部内部で平井宜雄教授を中心に、民法の全面改正案、とりわけ債権法改正草案を作るための研究会を組織する話が水面下で進められたが、実現しなかったという。1993 年に、内田貴教授の企画により、能見善久教授を座長に、民法 100 周年を契機に民法とりわ

5) 村本未定稿。

け債権法の改正の要否を検討するための研究会を設置し、共同研究の成果を1998年の私法学会で公表した(その成果が、『別冊 NBL』51号「債権法改正の課題と方向 民法100周年を契機として」)。100周年記念の研究会は、メンバーの学問的独立を重視し、体系的な一貫性を考慮しないものであったため、個々の成果は興味深いものであるとしても、全体として、立法の下敷きとなる整合性や体系性を持ったものになりえなかったという。

そこで、委員会という一つの責任をもった主体が一貫した思想のもとに民法典を起草するプロジェクトを立ち上げることになり、いきなり大プロジェクトを立ち上げるにはリスクがあるため、まずはコアの部分の起草を、小規模の志を同じくする有志で始め、第1次草案を作る作業を開始することとなったという。2001年3月に、内田教授が、民法学者の大村敦志教授、道垣内弘人教授、中田裕康教授、角紀代恵教授、山本敬三教授および民訴法学者の山本和彦教授と相談し、「民法改正委員会」を立ち上げ(有斐閣の支援を受けて活動していたもの)、その中間的な報告が、『ジュリスト』に座談会に掲載された。この座談会に委員会外からゲストとして参加したのが、後に検討委員会の委員長と法制審議会部会長を務める鎌田薫教授である。後述のように、民法改正(検討委員会「基本方針」や法制審議会の案等)に対する批判をされている角紀代恵教授は、民法改正委員会のコアメンバーであった。

2006年に法務省が、債権法改正を中心とする民法の抜本的改正の要否について、本格的な検討に入ることを決定し、同年10月日本私法学会大会の前日に、検討委員会が発足した(『別冊 NBL』126号「債権法改正の基本方針」のはしがきによれば、「26名の民法学者と5名の商法学者、2名の民事訴訟法学者、それをサポートする4名の若手民法学者および事務局スタッフ、総勢40名あまりがこれだけの労力を投下するプロジェクトは、日本の法学史の中でも前例がないに違いない」と記されている⁶⁾。

(2) 民法改正検討委員会(2006年10月~2009年3月)

2006年2月の抜本見直し発表を受け、民法(債権法)改正検討委員会(委員長:鎌田薫早稲田大学教授、事務局長:内田貴元東京大学教授⁷⁾)は、2006年10月

6) <http://www.shojihomu.or.jp/saikenhou/soshiki.pdf>

7) 内田氏は東大教授を退職し、法務省に転じて、参与となった。

に発足し、準備会・幹事会などを設置し、2009年3月まで検討を行ない、23回の全体会議を行なった（同研究会ホームページ）。同委員会は2009年3月に「債権法改正の基本方針」を公表したが、これがその後の改正論議・法制審議会論議等をリードした。

この検討委員会とは別に、民法改正研究会（代表：加藤雅信上智大学教授）が公表した「日本民法典財産法改正国民・法曹・学会有志案（仮案）」（2009年10月）、時効研究会（金山直樹慶応大学教授等）が公表した「時効研究会による改正提案」（2008年8月）があり、有力な案とされたという。加藤研究会案は帰責事由主義、鎌田委員会基本方針は契約責任・不可抗力免責主義を採る。

いずれにせよ、民法（債権法）改正検討委員会（委員長鎌田薫早稲田大学教授）の「債権法改正の基本方針」（2009年3月31日）が、民法改正を理解する上で重要な文書である。「基本方針」では、売買を売主が財産権移転義務を、買主が代金支払義務を負う契約と定義する（売買の定義）。この検討の前提として、「基本方針」は、物の瑕疵を、その物が備えるべき性能、品質、数量を備えていない等、当事者の合意および性質に照らして、給付された物が契約に適合しないこととし（契約不適合。瑕疵の定義）、主観的・客観的瑕疵の双方を契約不適合と位置付けている⁸⁾。

また、損害賠償請求について、債務不履行に関する一般原則の適用問題とし、債務者が免責事由を証明できない限り、損害賠償責任を免れないとする。なお、ここで、不動産について瑕疵の判断にかかる標準時は、移転登記とする（代金支払義務と危険の移転）。買主の救済手段については、追完請求のうち代物請求につき、契約及び目的物の性質に反する場合、修補請求につき、修補に過分の費用が必要となる場合を例外とし、原則としてその行使を買主の選択に委ねているが、売主は、一定の要件の下で、代物給付により修補を、修補により代物給付を免れることができる。

8) 売買契約における瑕疵担保責任については、現行民法570条とは異なり、「隠れた瑕疵」であることを要件とせず、買主の救済手段として、瑕疵のない物の履行請求（代物請求、修補請求等による追完請求）・代金減額請求をも認めた上で、契約解除・損害賠償請求を挙げる。「隠れた瑕疵」であることを要件としない理由としては、これを瑕疵についての買主の善意無過失と解すると、その存否が、契約当事者の合意や契約の趣旨や性質に従って判断されることと整合的でないためであるとされる。

[13] 改正論議への懐疑説

(1) 一部民法学者の見解

民法改正について、法制審議会部会での議論開始に当たり、多くの慎重論が実務界だけでなく、学界でも表明されていた。たとえば、立教大学の角教授は、検討開始初期の「民法改正委員会」および鎌田委員会の当初メンバーであったが、改正への切実なニーズがない状況で、なぜ急いで議論を始める必要があったのか、という立場からの批判を展開される。

改正を進める理由として、制定以来100年の間に起きた社会・経済の変化への対応を図る、経済の国際化が進むなかで契約法も国際ルールに統一した方がよい、が挙げられるが、現行法に、具体的な不具合があるのかを確かめもせず、いきなり法制審議会での議論を始めるのは乱暴ではないか、国際化という割に国際取引に関わっている商社員などの実務家が部会の委員に入っていない、部会の委員構成について委員19人のうち法務省と裁判所の官識者が全体の4分の1である5人いるが、中立の立場から国の施策に意見を述べる審議会の名に値するだろうか、委員に学者が7人もいるのに、消滅時効や債権譲渡など重要な見直し対象事項を専門に研究している学者が入っておらず、専門家のいない分野の議論が十分に行なわれるか疑問なことを上げている。そして、民法は、国民の日常生活に密接に関連し、債権法改正は日本社会のありようをじわじわと変えることになり、悪くすれば弱肉強食の世界が現れる危険性もあるので、改正審議が慎重に、透明性をもって進められるべきとされた。とくに、自身もメンバーでもあった民法学者有志による「民法(債権法)改正検討委員会」改正試案については、それぞれの学者の案を全体の整合性を考えずにまとめた感がある、としている⁹⁾。

角教授は、構想日本のメールマガジンでは(2014年12月4日)、「債権法とはざっくり言って、契約に関するルールです。条文を読む機会はほぼありませんから、一般国民にはなじみがありません。しかし、生活には密接に関わっています。抜本的に見直した項目は約200。債権法については、民法制定以来はじめての大改正です。民法が制定されてから120年。時代の変遷とともに変えた方がよい点が出てくるのは当然です。しかし、今回の改正は、不具合を修理するというよりも、改正のニーズがないところまで、土台からの全とっかえを目

9) 「私の視点」『朝日新聞』2010年4月28日。

指したものでした。今の法律では困ると言っている人はそんなにいないわけですから、検討を主導してきた法律学者が法律の体系としての美しさを重視したためとも言えます。そのため、23年4月の中間論点整理においてピックアップされた論点は500にも達し、3.11震災直後に行われたパブリック・コメントにおいては、改正すること自体の是非を問う多くの意見が寄せられました。……今回の債権法改正は学者主導で行われ、現場の意見を十分に反映したものとはいえません。改正が私達の生活や社会に与える影響について、十分な関心が向けられ、討論もなされたとは言えません。また、「要綱仮案」は、中間試案からかなりの修正が行われているにもかかわらず、パブリック・コメント手続も予定されていません。このままでは、国民が何も知らないままに、国民生活に重大な影響を及ぼす債権法改正が行われてしまいます。債権法改正は、急を要する課題ではありません。もっと、時間をかけて行うべきです。十分な国民的議論のために、いったん手を止めることを望むものです。」とした¹⁰⁾。さらに、角教授は、民法改正動向における国際的な民事取引ルールへの参照の仕方を批判している¹¹⁾。

民法（債権関係）改正に批判的な論としては、加藤雅信上智大学教授、池田真朗慶應大学教授などのものがある。加藤教授も鎌田委員会のメンバーであったが、進行中の民法改正は「民法典の劣化」であり、膨大な判例によって形成された実務を混乱させ、社会の混乱を招くとし、契約法に傾斜した比較法的関心からの学者主導の理論的改正で、社会的需要がない下での改正としている。多くの反対論は民法が国民生活に密着したものであることから、市民社会の慣行を法のレベルに引き上げるものなので、実務と市民の目線の重視が重要という観点からのものである¹²⁾。

10) <http://www.kosonippon.org/mail/detailphp?id=689>

11) 角 [2010]。

12) 加藤 [2011] [2013]。吉田 [2008] は、その改正案の内容以前に legitimacy (正統性) 問題があるとした。瀬川 [2011] は賛成派の代表として内田 [2011]、大村 [2011] を、反対派代表として加藤 [2011] をあげて検討し、改正手続きの適正さが論点になっていることを指摘した。鈴木 [2013] は、2006年に法務省のある参事官が、杉浦法務大臣(当時)からの民法改正のための組織を省内設置せよとの指示に反し、内田貴東大教授(当時)とともに発起人となって「民法(債権法)改正検討委員会」と称する学界有志で構成される「民間」の組織を外部に立ち上げ、そこに改正試案の検討を行なわせ、その試案の完成と正式な立法手続=法制審議会の審議、を連動させるという奇妙な行動に出たこと、そしてこの手続きの異常性を

(2) 規制改革会議での議論

規制改革会議も改正の議論についての手続きについて批判的である(規制改革会議横断的制度 WG 第1回基本ルール TF, 2007年4月6日議事録)。たとえば、

F委員 例えば何を变えるんですか。何の腹案もなくして見直しをやるというのでしたら、それは行政庁として、あるまじきスタンスでしょう。そうではなくて、一定の腹案があるというのだったら、きちんと最初の段階で、例えばこれとこれは变える方向であるなどということをつたえて、批判を仰いでください。手続きの進め方がおかしいと思う。一切白紙なのか、想定しているものが1個でもあるのか、どちらですか。

(法務省) T参事官 想定しているものはございません。

F委員 では、一体何をやるんですか。抜本的見直しといっても、普通、立法を行うときには理由があってやるわけです。例えばこの条文が現代のこういう課題に対応していないとか、あるいは判例が分かれていて、解決がつきにくいとか、そういうものとして想定しているはずなんです。今の民法の契約法の規定で、実務に対応できないような具体的な問題が一切ないのであれば、それは法を変えてはいけないということです。あるのだったら、それが何かを想定した上で立法過程の俎上にのせるというのが、立法を担当する行政庁関係者の当然のマナーのほうなんです。あるいは最低限のモラルといってもいいかもしれない。それをちゃんと聞かせていただきたいんです。

T参事官 もしそうだとすれば、私どもは具体的な立法作業に入る前の準備的な研究を、今、始めたという御理解いただいた方がいいんだと思います。

F委員 準備に当たって、行政庁として、完全に白紙だということはありません。話だと思えます。

.....

F委員 先ほど平成21年3月に、法務省として法的に何の位置づけもない組織の検討結果が出てから立法に着手するとおっしゃいましたが、それがまた理解に苦しむ。法務省の公式研究会でもない研究会の結果を踏まえて、なぜ法

厳しく糾弾した規制改革会議(内閣総理大臣の諮問機関)の委員2人(安念潤司委員・福井秀夫委員)と筒井健夫参事官との激しいやり取りが紹介されている(後述)。また、池田[2011]参照。民法改正の経緯とその問題点、反対論については鈴木[2013]に詳しく、本文の記述もこれによる部分が多い。

務省、内閣ないし政府がその拘束を受けて、検討に着手するのが、その時期以降になると考えるのか。その法的論拠はなんですか。

.....

F 委員 そうすると、その中で、平成 21 年 3 月に検討が終わることになっている特定の研究会の終了だけを念頭に置いて、公的な検討スケジュールを決められるという根拠は何ですか。なぜ数ある組織の中の 1 つにだけコミットされるんですか。

.....

F 委員 内容に拘束されないけれども、そのこの検討結果はすばらしいものになって、コミットするに値するであろうという根拠はなんですか。先ほどから非常におかしいことをおっしゃっておられるように思います。

T 参事官 そうですか。何がおかしいと思っておられるのか、私にはわかりません。

.....

F 委員 それが私的な勉強会であれば、勉強されるということでもいいんですが、しかも、法務省として抜本的な見直しの方針を決める前の全く白紙の段階で、何らかの情報収集ということであればともかく、少なくとも、「見直しを行う」ということについて、現時点で既に結論を決めていらっしゃるわけです。しかも、事実上、公的な検討と連動した私的な組織が外にあるというのは、きわめて問題のある検討体制なり、政策の進行の方法ではないかと強く疑問を持ちますので、追ってあり方について文書なりで御相談させていただきます。

A 主査 Tさん御自身のお振る舞いについて、我々がとやかく申し上げる立場ではないかもしれないが、今日の社会経済情勢に適合させるために抜本的な見直しを行う、と書いておられる以上は、110 年前、明治 29 年の民法では、現在の社会経済情勢に適合しないと御判断になっているからこそ、こういう御作業があると思うんですが、それなのに、具体的にはここがこう困るというのはない。しかし、横では学者が勉強しているのは見ます。結局のところ、何を考えなのかがよくわからない。

F 委員 失礼ながら、外部民間組織を何からの隠れみに使おうとされているかのごとき印象を持たざるを得ないのです。それは行政の在り方としておかしいと思います。

A主査 もう少し、御省なりのスタンスを承ることができるかなと楽しみにしておったんです。

F委員 無責任でもあります。政府として見直すんだと言いながら、具体例は1つも申し上げられる段階にないというそんなおかしな話は、どこで通る常識ですか。」

といった遣り取りがある。ただし、法務省側の答弁は明快ではない。

2. 個人保証に関して

[2.1] 個人保証

(1) 中小企業金融における個人保証 - 個人保証の機能と問題点 -

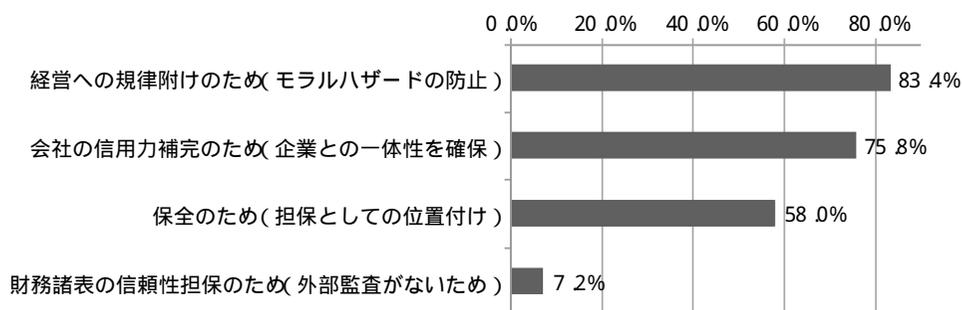
中小企業金融において、個人保証は信用補完や経営規律という機能を有しているとされ、一定の効果が認識され、中小企業・小規模事業者の経営者による個人保証には、中小企業の経営への規律付けや信用補完として資金調達の円滑化に寄与する効果がある。一方、経営者による思い切った事業展開や、保証後において経営が窮境に陥った場合における早期の事業再生を阻害する要因となっている等、中小企業の活力を阻害する面もあり、個人保証の契約時及び履行時等において様々な課題が存在する。すなわち、個人保証の問題点として、企業が経営困難に陥った場合においても、経営者が保証債務の履行請求を恐れることが、事業再生の早期着手に踏み切れないという傾向を助長し、事業価値の毀損が進むことにより企業の再建が困難となること、その結果金融機関の債権の回収率の低下にもつながることがある。

中小企業では、経営者個人と企業の資産・資本が十分に分離されず、経営者と企業の一体性が強く、株主や債権者等の利害関係者が少なくかつ固定的である。その財務諸表について、会計監査を受けずに、ディスクロージャー目的ではなく課税所得算出の目的で作成していることが多い。家計と経営の未分離や、財務諸表の低い信頼性は、資金供給者の中小企業の経営・財務の実態把握を困難にし、その結果、経営者の個人保証には企業の信用補完かつ経営に対する規律付けという機能がある。経営者以外の第三者の保証には、副次的な信用補完や経営者のモラル確保のための機能があるが、経営との一体性を欠くために、その機能する範囲は経営者の個人保証とは異なる。

民法改正と個人保証

(図1) 個人保証徴求の理由

【データ1】金融機関が個人保証を求める理由(複数回答,有効回答429)



(出典) 中小企業庁委託「平成22年度個人保証制度及び事業再生に関する金融機関実態調査」(2011年3月,山田ビジネスコンサルティング株式会社)

(出所) 金融庁・中小企業庁「中小企業における個人保証等の在り方研究会」『参考データ集』
<http://www.chusho.meti.go.jp/koukai/kenkyukai/kojinhosho/2013/130424sankou.pdf>

金融機関が一律または形式的な保証徴求する場合に、無税償却が認容され難くなり、スムーズなオフバランス処理を妨げる。これは、金融機関の債権償却に際し、保証人の責任を厳格に追求しなければ無税償却が認容され難いという税務上の問題があり、結果として保証の徴求が、スムーズなオフバランス化を妨げることにつながる。

さらに、経営者や第三者の保証人は、結果として支払能力を超えた保証債務の負担に追い込まれ、経営者として再起を図るチャンスの喪失や、社会生活を営む基盤すら失うような悲劇的な結末を迎えることもある。

(2) 「新しい中小企業金融の法務に関する研究会報告」(2003年7月16日)

金融庁「新しい中小企業金融の法務に関する研究会報告」は、資本性負債(DDS)を検討したものであるが、個人保証についても以下のように整理している。

「1) 個人保証の機能

中小企業は、その規模等にもよるが、経営者と企業の資産・資本が十分に分離されておらず、経営者と企業の一体性が強い場合が多いといわれている。また、株主や債権者等の利害関係者が少なく、かつ固定的である場合が多いことから、その財務諸表について、会計監査を受けずに、ディスクロージャー目的ではなく課税所得算出の目的で作成していることが多いとの指摘もある。このように、家計と経営が未分離であることや、財務諸表の信頼性に問題があるこ

とは、資金供給者がそうした中小企業の経営や財務の実態を把握することを困難にしている面がある。

こうしたことから、少なくとも前記のような特徴があてはまる中小企業については、経営者の個人保証には、企業の信用補完且つ経営に対する規律付けという機能が認められるといわれている。一方で、経営者以外の第三者の保証については、副次的な信用補完や経営者のモラル確保のための機能があるとされているが、経営との一体性を欠くために、それが機能する範囲は経営者の個人保証とは自ずと異なる。

2) 個人保証の問題点

このように、中小企業金融において、個人保証は信用補完や経営規律という機能を有しているとされている。他方で、個人保証については多くの問題点が指摘されている。まず、企業が経営困難に陥った場合においても、経営者が保証債務の履行請求を恐れることが、事業再生の早期着手に踏み切れないという傾向を助長し、事業価値の毀損が進むことにより企業の再建が困難となるという問題が指摘されている。このことは、結果として金融機関の債権の回収率の低下にもつながる。

また、金融機関が一律又は形式的に保証を徴求するという融資行動をとった場合には、無税償却が認容され難くなることを通じ、スムーズなオフバランス処理を妨げるという支障を生ずることも指摘されている。これは、金融機関の債権償却に際し、保証人の責任を厳格に追求しなければ無税償却が認容され難いという税務上の問題があるので、結果として保証の徴求が、スムーズなオフバランス化を妨げることにつながる場合があるからである。

更に、経営者や第三者の保証人は、結果として支払能力を超えた保証債務を負担することが多いため、経営者として再起を図るチャンスを失ったり、社会生活を営む基盤すら失うような悲劇的な結末を迎えるといった現実があることについても看過できない。

3) 債権保全における個人保証の限界

以上のように個人保証には様々な問題点が存在していることに鑑みると、債権保全の観点からの個人保証の有効性について改めて吟味することが必要である。この点に関して、金融機関が取得した個人保証の効力、特に包括根保証人の責任について、判例は、契約締結時の金融機関による説明の有無やその内容、

保証人として徴求することについての合理的必要性の有無等に着眼して、これらが不十分な場合には、免責や責任の軽減等を認める傾向にあるとされている。

具体的には、経営に実質的に関与していない第三者を包括根保証人とする場合においては、保証人が主債務者の財務状態や貸付の状況を当然には知り得る立場にないことから、保証人の責任を制限する判例が多数見られる。すなわち、保証契約の締結から融資実行までの期間が長期間経過している、貸付目的や態様が変更されている、主債務者の財務状態が急激に悪化している状況における追加融資に関する通知や意思確認を怠っている等の事情や、保証契約締結時の説明において、既存債務の存在や包括根保証の法的性格等について十分な説明がない、あるいは保証人が主債務者から保証の対価を得ていない等の事情を総合的に判断して、責任を制限するものである。

また、第三者を限定根保証人とする場合においても、金融機関が、連帯保証は形式的なものに過ぎないとしたり、他に有力な保証人がいたり担保余力のある物的担保があったりするため契約書記載の金額全額について当該保証人が責任を負うわけではないとしたり、根保証ではなく個別の債務保証であるとしたりする等の不適切な説明を行った場合や、既存の債務の存在や根保証の法的性格について説明を行わなかった場合には、包括根保証の場合と同様に、保証人の責任を制限する判例が見られる。

さらに、経営者を包括根保証人とする場合についても、判例上、経営者が退任するときに解約権を認める例、金融機関が経営者から退任した旨の通知を受けた後も、その後の貸付についての保証意思を確認せずに漫然と追加融資を実行した場合において、保証人の責任が制限されている例がある。以上、判例を検討してきたところによると、特に、第三者を包括根保証人とすることについては、金融機関の債権保全の観点からみて有効性に限界がある場合が少なくな一方、前記のような弊害も大きい選択であるということとなる。こうした判例の傾向を踏まえ、すでに多くの金融機関において、少なくとも経営に実質的に関与していない第三者を包括根保証人とするような取扱いを行わないような態勢作りが始められている。

他方、以上を踏まえた金融機関の説明義務については、保証を求めることの合理的必要性に基づき、保証契約締結時に金融機関から保証人に対し十分な説明を行い、締結意思の確認を行うことの有無が保証人の責任制限を認めるか否

かの判断における重要なポイントであるということが出来る。従って、個人保証の締結時において、金融機関から保証人に対し、保証債務が請求された場合に保証責任を負わなければならないことをはじめとする、保証内容についての十分な説明と意思確認が行われなければ、事後的に保証責任が制限される可能性が高いと考える。こうした観点からは、経営者の個人保証であっても、金融機関が保証を徴求した目的について、信用補完よりも専ら経営規律にあるとの説明が行われた場合については、事後的に保証責任が軽減される可能性がある。

さらに、保証人に対する説明義務が、単に情報提供のためというだけでなく保証意思の確立のためのものであることからすれば、説明が尽くされたといえるためには、保証債務を負担するという意思とその保証債務が実行されることによって自らが責任を負担することを受容する意思の両方が形成できるものであることが必要であり、いずれかの意思形成過程に瑕疵があった場合には、事後的に保証責任が免責あるいは軽減されうるのではないかと考えられる。また、これに加えて、融資に伴う保証取引の場合は、単に説明義務が尽くされれば足りるというのではなく、保証債務を負担させることについての客観的・合理的理由の必要性も考えていく必要があるのではないかとこの意見があった。

以上で検討したとおり、金融機関においては、こうした判例の流れ等を踏まえ、個人保証の必要性の如何を見直すとともに、保証人に適正な意思形成を行ってもらうためには、どのような内容の説明を行うべきかについて十分な検討を行い、その検討の結果に従った説明を確実に実施する体制を整備していく必要がある。なお、経営者の個人保証に関しては、企業再建を行う際に外部のターンアラウンドスペシャリスト（事業再生の専門家）が経営者に就任した場合や、関連会社の役員として親会社の社員が派遣される等、経営者と企業の一体性が認められない場合について、代表者の保証を徴求することは不合理であるとの批判が存在することに留意する必要がある¹³⁾。

と記載しているが、論点を網羅している。

（3）債権保全における個人保証の限界

債権保全の観点からの個人保証の有効性に関して、金融機関が取得した個人

13) 金融庁「新しい中小企業金融の法務に関する研究会報告」2003年7月16日、pp. 4~7。筆者もこの研究会の委員として議論に参加した。

保証の効力，特に包括根保証人の責任について，判例は，契約締結時の金融機関による説明の有無やその内容，保証人として徴求することについての合理的必要性の有無等に着眼して，これらが不十分な場合には，免責や責任の軽減等を認める傾向にある。

第三者を包括根保証人とすることには，金融機関の債権保全の観点からみて有効性に限界がありで，弊害も大きい。こうした判例の傾向を踏まえ，すでに多くの金融機関において，経営に実質的に関与していない第三者を包括根保証人とするような取扱いを行なわない態勢作りとなっている。

経営者の個人保証であっても，金融機関が保証を徴求した目的について，信用補完よりも専ら経営規律にあるとの説明が行なわれた場合については，事後的に保証責任が軽減される可能性がある。さらに，保証人に対する説明義務が，情報提供と保証意思の確立であれば，保証債務の負担という意味およびその保証債務の実行により自らが責任を負担する意思の両方が必要であり，いずれかの意思形成過程に瑕疵があると，事後的に保証責任が免責あるいは軽減されることになる。

金融機関は，判例の流れ等を踏まえ，個人保証の必要性の如何を見直し，保証人の適正な意思形成には，どのような内容の説明を行なうべきかについて十分な検討を行ない，その検討の結果に従った説明を確実に実施する体制を整備していく必要がある¹⁴⁾。

経営者の個人保証に関しては，企業再建を行なう際に外部のターンアラウンドスペシャリスト（事業再生の専門家）が経営者に就任した場合や，関連会社の役員として親会社の社員が派遣される等，経営者と企業の一体性が認められない場合について，代表者の保証を徴求することは不合理であるとの批判が存在することに留意する必要があるだろう。

14) 後述のように，制度的には，個人保証のうち第三者保証については，信用保証協会の第三者保証が2006年4月から原則禁止となっている。金融庁も2011年7月の「監督指針（主要行向け，中小・地域金融機関向け）」において，保証協会の取扱いに準拠した形で，企業経営に関与しない第三者の個人保証を原則禁止の扱いとした。経営者の本人保証についてはモラル・ハザードの防止効果・経営への規律付け効果・不正の抑止効果等があるが，一度破綻すると再起が困難になることなどから，停止条件付の個人保証契約の検討が必要となっている（倒産を見越した資産隠し・粉飾決算等の不正が発覚した場合にだけ保証責任を発生させるもの）。

（4） 経営者本人保証の限定

近年、個人保証制度の在り方について見直しの気運が高まる中、中小企業に対する支援策としての個人保証制度の在り方について政策的な方向付けが必要であるとの認識から、2013年1月から4月にかけて、中小企業庁と金融庁が共同で有識者との意見交換の場を設け、中小企業における個人保証等の課題全般を、個人保証の契約時における課題（個人保証の活用実態や保証・担保に過度に依存しない新しい融資慣行や方法等）と、個人保証の履行時等における課題（再生局面等における個人保証の在り方等）の両局面において整理するとともに、中小企業金融の実務の円滑化に資する具体的な政策的出口の検討を行なった。

この「中小企業における個人保証等の在り方研究会」は、「経営者の規律付けによるガバナンス強化、企業の信用力の補完、情報不足等に伴う債権保全」という有効性は認めつつ、「法人個人の一体性の解消等が図られている、あるいは、解消等を図ろうとしている中小企業等に対しては、コベナンツないし停止条件付保証契約（または解除条件付保証契約）、ABL等の個人保証の機能を代替する融資手法のメニューの充実を通じて、借り手の資金ニーズを勘案しつつ、貸し手と借り手の双方において保証に依存しない融資の一層の促進が図られることにより、借り手における健全な事業運営や貸し手における健全な融資慣行の構築が期待される。また、行政当局としてもそのための環境整備を図る必要がある。」と提言した。この間民法の改正等が検討されていることも踏まえ、日本商工会議所と全国銀行協会を事務局とする「経営者保証に関するガイドライン研究会」が検討を重ね、2013年12月に「経営者保証に関するガイドラインについて」が発表され、2014年2月1日から実施された¹⁵⁾。

それによれば、経営者保証には経営者への規律付けや信用補完として資金調達の円滑化に寄与する面がある一方、経営者による思い切った事業展開や、早期の事業再生等を阻害する要因となっているなど、保証契約時・履行時等において様々な課題が存在することから、これらの課題を解消し中小企業の活力を引き出すため、中小企業・経営者・金融機関共通の自主的なルールとして同ガ

15) 同研究会は、銀行・政府系金融機関・中小機構・中小企業団体、弁護士・税理士・大学教授等から構成され、最高裁、金融庁、財務省、農林水産省、法務省、経済産業省からもオブザーバーとしての参加があった。

イドラインが策定されたものである。その概要は、法人と個人が明確に分離されている場合などに、経営者の個人保証を求めないこと、多額の個人保証を行なっている場合でも、早期に事業再生や廃業を決断した際に一定の生活費等（従来の自由財産 99 万円に加え、年齢等に応じて 100～360 万円）を残すことや、「華美でない」自宅に住み続けられることなどを検討すること、保証債務の履行時に返済しきれない債務残額は原則として免除すること、といった点である。これにより、経営者保証の弊害を解消し、経営者による思い切った事業展開や、早期事業再生等を応援するもので、第三者保証人についても、上の、については経営者本人と同様の取り扱いとなる¹⁶⁾。

[2.2] 「中小企業における個人保証等の在り方研究会」報告（2013年5月2日）

(1) 経営者本人保証

個人保証には、経営者本人保証と第三者保証がある。このうち、経営者以外の第三者の個人連帯保証を求めないことを原則とする融資慣行の確立が図られてきた。中小企業庁通達「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」（平成 2006 年 3 月 3 日）により、政府系金融機関では、例外的な対応を除いて第三者からの保証人徴求は行なっていない¹⁷⁾。一方、経営者本人保証については、その取り扱いの変更が、その緩和の方向で行なわれてきている。

この個人保証とくに本人保証の緩和について、2013 年 1 月～4 月に中小企業

16) 同ガイドラインは、<http://www.jcci.or.jp/news/2014/0116130000.html>（日商）と http://www.zenginkyo.or.jp/news/entryitems/news251205_1.pdf（全銀協）にある。フランスでは、過剰債務の制限、過大な保証義務の制限、保証人の保護が実施されてきた経緯がある（消費者法典等）。特に、代表者の個人保証について、個人事業者本人についても生活に必要な資産（居住用住宅等）は残すべきという考え方から、個人と事業の財産を分離する法制が整備されている（1994 年マデラン法、2003 年経済主導のための法律、2010 年 EIRL 法（有限責任個人事業者に関する法律）等）。これらは再起を容易にすることが立法趣旨といわれる。能登 [2008]、大沢 [2009]、山野目 [2012] 参照。

17) 例外とは、実質的な経営権を有している者、営業許可名義人又は経営者本人の配偶者（当該経営者本人と共に当該事業に従事する配偶者に限る）が連帯保証人となる場合、経営者本人の健康上の理由のため、事業承継予定者が連帯保証人となる場合、財務内容その他の経営の状況を総合的に判断して、通常考えられる保証のリスク許容額を超える保証依頼がある場合であって、当該事業の協力者や支援者から積極的に連帯保証の申し出があった場合（ただし、協力者等が自発的に連帯保証の申し出を行なったことが客観的に認められる場合に限る）、である。

庁・金融庁の「中小企業における個人保証等の在り方研究会」で検討が行なわれ、その報告書（2013年5月2日公表）は「経営者の規律付けによるガバナンス強化、企業の信用力の補完、情報不足等に伴う債権保全」という有効性は認めつつ、「法人個人の一体性の解消等が図られている、あるいは、解消等を図ろうとしている中小企業等に対しては、コベナンツないし停止条件付保証契約（または解除条件付保証契約）、ABL等の個人保証の機能を代替する融資手法のメニューの充実を通じて、借り手の資金ニーズを勘案しつつ、貸し手と借り手の双方において保証に依存しない融資の一層の促進が図られることにより、借り手における健全な事業運営や貸し手における健全な融資慣行の構築が期待される。また、行政当局としてもそのための環境整備を図る必要がある。」と提言した。前述のように、これを受けて、日本商工会議所と全国銀行協会を事務局とする「経営者保証に関するガイドライン研究会」が検討を重ね、2013年12月に「経営者保証に関するガイドラインについて」が発表され、2014年2月1日から実施されたのである。

（2）同報告の概要

同研究会報告は、まず、「2. 個人保証の現状」について、「中小企業においては、業務、経理、資産所有等に関する企業と経営者等との関係が明確に区分・分離されておらず、実質的に一体となっていること（以下「法人個人の一体性」という。）が、その特徴として認められることが多い（経営者の規律付けによるガバナンスの強化の必要性）。また、中小企業の財務基盤は概して強固ではなく（企業の信用力の補完の必要性）、適切な開示情報の不足により、借り手と貸し手との間にいわゆる「情報の非対称性」が存在することが多い（情報不足等に伴う債権保全の必要性）。小規模事業者の場合は特にその傾向が顕著である（大企業（公開企業）においては、適切な企業情報の開示を前提とした市場（株主）のガバナンスにより規律付けされており、かつ、財務基盤も強固であることから、個人保証を求められないケースが多い）。

こうした中小企業の経営実態に対応し、経営者の規律付けによるガバナンスの強化などを行う場合において、個人保証は一定の有用性をもったツールであり、中小企業の資金調達円滑化、調達コストの低減等に寄与している。

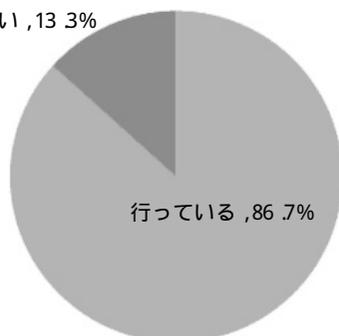
このため、借り手である中小企業の経営者のうち80%超が個人保証を提供

民法改正と個人保証

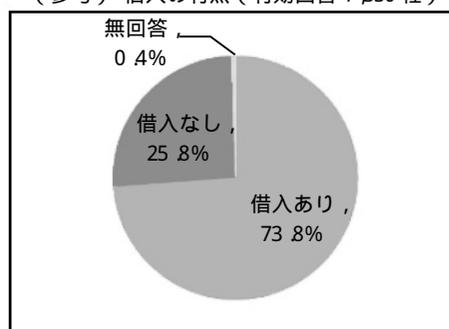
(図2) 個人保証の提供状況

【データ2】借入時における個人保証の提供有無(「借入あり」の企業のみ集計, 有効回答1,149)

行っていない, 13.3%



(参考) 借入の有無(有効回答1,550社)



(出典) 中小企業庁委託「平成24年度個人保証制度に関する中小企業の実態調査」(2013年3月, 株式会社リベルタス・コンサルティング)

(出所) 「中小企業における個人保証等の在り方研究会」『参考データ集』
<http://www.chusho.meti.go.jp/koukai/kenkyukai/kojinhosho/2013/130424sankou.pdf>

しており(中小企業庁が平成24年度委託調査事業として実施したアンケート調査においては, 金融機関から借入れを行った中小企業のうち, 86.7%の経営者が借入れの際に個人保証の提供を求められている), 個人保証は中小企業金融における融資慣行として定着している。また, 個人保証は, 貸し手の融資判断や, 融資金額, 金利の設定等にも密接に関係している。」と整理した(図2)。

ところが, 「3. 個人保証の弊害」もあり, 「このように, その有用性から融資慣行として定着している個人保証ではあるが, その一方で, 個人保証には以下のような弊害が存在する。

安易な個人保証契約の締結への依存は, 借り手, 貸し手の双方において, 本来期待される以下のような機能を発揮していく意欲を阻害しているおそれがある。

- ・ 中小企業による健全な事業経営(財務状況の正確な把握, 適時適切な情報開示等による透明性の確保),
- ・ 金融機関による健全な融資慣行の構築(借り手の事業内容や経営状況等に対する目利きを重視した融資),

また、融資の際には個人保証を求めることが慣行化するとともに、契約時において貸し手側による、中小企業に対する説明不足、保証人の資産に比して過大な債務負担の要求などの対応と相俟って、貸し手と借り手の間における信頼関係構築の意欲を阻害しているおそれがある。

更に、こうした貸し手側の対応に加えて、個人保証の履行時等における課題が、中小企業の負担感を増し、その各ライフステージ（創業、成長・発展、早期の再生着手、円滑な事業承継等）における取組意欲を阻害しているおそれがある。

具体的には、私的整理局面において経営責任の明確化のため、原則として経営者の交代が求められることや、履行基準（残存資産の範囲）が不明確であること、保証履行後も保証債務が残存すること、保証債務に関する複数債権者間の調整や法人債務との一体処理のプロセスが未整備であることなどが保証債務の履行に関する課題として挙げられる。」

と指摘した。

このような弊害を除去するには、可能な限り個人保証を提供せずに資金調達の円滑化が図られる必要があるが、そのためには、借り手である中小企業側が、

- ・企業と経営者等との関係の明確な区分・分離（経営者の規律付けによるガバナンスの強化の必要性の解消）、
- ・財務基盤の強化（企業の信用力の補完の必要性の解消）、
- ・財務状況の正確な把握、適時適切な情報開示等による経営の透明性確保（情報不足等に伴う債権保全の必要性の解消）、

に務めることが求められる。

とはいえ、個人保証は、中小企業金融における融資慣行として定着し、中小企業の資金調達にも寄与しているため、個人保証契約締結の一律的な制限は、中小企業の円滑な資金調達を阻害し、中小企業の経営規律の低下を惹起するおそれがある。特に、経営改善の実現が現実的ではなく、法人個人の一体性に一定の合理性や必要性が認められるような小規模事業者等においては、個人保証が円滑な資金調達のツールとして引き続き機能することが想定される。このため、むしろ、個人保証契約時の課題及び個人保証履行時等における課題について、中小企業の実態を踏まえ、個人保証の弊害を解消しつつ、貸し手と借り手の間における信頼関係の強化とともに、各ライフステージにおける中小企業の取組意欲の増進を図っていくことが重要となる。具体的には、

- ・ 法人個人の一体性の解消等が図られている、あるいは、解消等を図ろうとしている中小企業等に対する、個人保証に依存しない融資の一層の促進、
(下線は筆者による。以下、同じ)
- ・ 法人個人の一体性に一定の合理性や必要性が認められるなどの理由により個人保証を提供する中小企業に対する、貸し手による丁寧かつ柔軟な対応の促進、
- ・ 個人保証履行時における課題の解消による中小企業経営者の負担感の軽減、
- ・ 事業承継時における柔軟な対応や課題の解消による後継者の負担感の軽減、
といった措置である。

(3) 同報告の提案

同報告は、個人保証の契約時の課題について、以下のような対応を図ることを提案し、個人保証を徴求しない可能性を示した。すなわち、

法人個人の一体性の解消等が図られている、あるいは、解消等を図ろうとしている中小企業等の場合

この場合には、停止条件付保証契約（債務者がコベナンツ（特約条項）に抵触しない限り保証債務が発生しない保証契約）ないし解除条件付保証契約（債務者がコベナンツを充足する場合は保証債務が解除され得る保証契約）、ABL 等の個人保証の機能を代替する融資手法のメニューの充実を通じて、借り手の資金ニーズを勘案しつつ、貸し手と借り手の双方において保証に依存しない融資の一層の促進が図られることにより、借り手における健全な事業運営や貸し手における健全な融資慣行の構築が期待される。

経営者の規律付けによるガバナンス強化、企業の信用力の補完、情報不足等に伴う債権保全の必要性の観点から、次のような点が将来に亘って充足すると見込まれる場合

この場合には、貸し手は、借り手の経営状況、資金使途、回収可能性等を総合的に判断する中で、個人保証を求めない可能性や、停止条件付保証契約等を活用する可能性について、借り手のニーズも踏まえて、検討する。

- ・ 法人の事業資産と経営者個人の資産が明確に分離されている場合、
- ・ 法人と経営者の間の資金のやりとり（役員報酬・配当、オーナーへの貸付等）が、社会通念上適切な範囲を超えない場合、

- ・法人のみの資産・収益力で借入返済が可能と判断し得る場合，
- ・経営者等から十分な物的担保の提供がある場合，
- ・中小企業から適時適切に財務情報が提供される場合（情報の非対称性に伴う損失のリスクに備える必要がないと判断されるような水準の財務情報が借り手より提供されている場合を想定），

無論，保証を求めない融資や保証の代替手法を活用するに際しては，借り手の財務情報の正確性，情報開示に伴う中小企業のコスト負担，モニタリングに伴う金融機関のコスト負担等の課題もあることに留意が必要であり，こうした課題の解決手法として，中小企業を支援する機関や専門家の活用等も重要である。

このように同報告では，経営者本人保証について，限定的ないし制限的な方向を提示した。

（４）保証が必要な場合の対応

上記の検証の結果，保証の代替手法の活用等が困難と判断された中小企業や，法人個人の一体性に一定の合理性や必要性が認められる中小企業の経営者と個人保証契約を締結することとなった場合であっても，貸し手は，保証契約時に，以下のような点について，借り手に対して丁寧かつ具体的に説明することが求められる。

- ・保証契約の必要性（経営者の規律付けによるガバナンスの強化の必要性等），
 - ・原則として，保証履行時の履行請求は，一律に保証金額全額に対して行なうものではなく，保証履行時の経営者の資産状況等を勘案した上で，履行の範囲を定めること，
 - ・必要性が解消された場合の保証契約の解除，変更等の見直しの可能性，
- すなわち，保証を求める場合であっても，十分な説明と過剰な保証を求めないこととしたのである。

個人保証契約を締結する場合，貸し手は，個人保証の負担が中小企業の各ライフステージにおける取組意欲を阻害しないよう，適切な保証金額の設定に努めることとされた。保証金額は期限の利益を喪失した日などの一定の基準日における保証人の資産の範囲内とし，基準日以降に発生する収入には及ばない旨を保証契約に規定する等の対応や，また，保証人が保証履行時の資産の状況を

表明保証し、その状況に相違があった場合には融資慣行等に基づく保証債務の額が復活することを条件として、借り手と貸し手の双方の合意に基づき、保証金額を保証履行請求時の保証人の資産の範囲とする旨を選択することも可能とするような仕組みも必要とした。さらに、物的担保等により保全が図られている場合には、当該手段による保全の確実性を勘案しつつ、個人保証の範囲を他の手段でカバーされない部分に限定することも考えられるとした。

[23] 「経営者保証ガイドライン」(2013年12月5日)

(1) 基本的な考え方

「中小企業における個人保証等の在り方研究会」報告を受けて、前述のように、2013年12月5日に「経営者保証に関するガイドラインについて」が発表され、2014年2月1日から実施された。このガイドラインは、中小企業・小規模事業者等の経営者による個人保証の契約時と履行時等における課題への解決策を具体化するもので、経営者保証に関する中小企業、経営者及び金融機関による対応についての自主的かつ自律的な準則である¹⁸⁾。その方向は、経営者本人保証を原則不徴求とし、かつ限定化することといえよう。

「経営者保証ガイドライン」は、保証契約時等の対応として、中小企業が経営者保証を提供することなく資金調達を希望する場合に必要な経営状況、止むを得ず保証契約を締結する際の保証の必要性の説明や適切な保証金額の設定に関する債権者の努力義務、事業承継時等における既存の保証契約の適切な見直し等について規定したものである。また、保証債務の整理の際の対応として、経営者の経営責任の在り方、保証人の手元に残す資産の範囲についての考え方、保証債務の一部履行後に残った保証債務の取扱いに関する考え方等について規定している。

このガイドラインの対象は、

- ・保証契約の主たる債務者が中小企業であること、
- ・保証人が個人であり、主たる債務者である中小企業の経営者であること
(ただし、実質的な経営権を有している者、営業許可名義人又は経営者の配偶者(当該経営者と共に当該事業に従事する配偶者に限る。)が保証人となる場合、

18) 準則は、法律でもなく、政令・省令でもなく、法令の種類ではないが、「マニュアル」「ガイドライン」的な位置付けである。

経営者の健康上の理由のため、事業承継予定者が保証人となる場合、を含む）、
である。その際、

- ・主たる債務者及び保証人の双方が弁済について誠実であり、対象債権者の請求に応じ、それぞれの財産状況等（負債の状況を含む。）について適時適切に開示していること、
- ・主たる債務者及び保証人が反社会的勢力ではなく、そのおそれもないこと、
が必要な要件である。

（2）経営者保証が不要な場合

ガイドラインでは、経営者保証に依存しない融資を受ける要件を明確にした。
すなわち、

- ・法人と経営者との関係の明確な区分・分離があること（主たる債務者は、法人の業務、経理、資産所有等に関し、法人と経営者の関係を明確に区分・分離し、法人と経営者の間の資金のやりとり（役員報酬・賞与、配当、オーナーへの貸付等）を、社会通念上適切な範囲を超えないものとする体制を整備するなど、適切な運用を図ることを通じて、法人個人の一体性の解消に努める。こうした整備・運用の状況について、外部専門家（公認会計士、税理士等）による検証を実施し、その結果を、対象債権者に適切に開示することが望ましい）、
- ・財務基盤の強化（主たる債務者は、財務状況及び経営成績の改善を通じた返済能力の向上等により信用力を強化する）、
- ・財務状況の正確な把握、適時適切な情報開示等による経営の透明性確保（主たる債務者は、資産負債の状況（経営者のものを含む）、事業計画や業績見通し及びその進捗状況等に関する対象債権者からの情報開示の要請に対して、正確かつ丁寧に信頼性の高い情報を開示・説明することにより、経営の透明性を確保する。なお、開示情報の信頼性の向上の観点から、外部専門家による情報の検証を行ない、その検証結果と合わせた開示が望ましい。また、開示・説明した後に、事業計画・業績見通し等に変動が生じた場合には、自発的に報告するなど適時適切な情報開示に努める）、

である。

このような要件が満たされる場合には、対象債権者（金融機関等）は、個人保証を求めない融資を行なう。具体的には、停止条件又は解除条件付保証契約、

ABL、金利の一定の上乗せ等の経営者保証の機能を代替する融資手法のメニューの充実を図ることとする。そして、法人個人の一体性の解消等が図られている、あるいは解消等を図ろうとしている主たる債務者が資金調達を要請した場合には、経営者の個人保証を求めないこととする。

(3) 経営者保証を求める場合

対象債権者が、経営者保証を求めることを止むを得ないと判断した場合や、中小企業における法人個人の一体性に一定の合理性や必要性が認められる場合等で、経営者と保証契約を締結する場合、対象債権者は次のような対応に努めるものとする。

対象債権者は、保証契約を締結する際に、以下の点について、主たる債務者と保証人に対して、丁寧かつ具体的に説明することとする。

- ・保証契約の必要性、
- ・原則として、保証履行時の履行請求は、一律に保証金額全額に対して行なうものではなく、保証履行時の保証人の資産状況等を勘案した上で、履行の範囲が定められること、
- ・経営者保証の必要性が解消された場合には、保証契約の変更・解除等の見直しの可能性があること、

さらに、対象債権者は、保証契約を締結する際には、経営者保証に関する負担が中小企業の各ライフステージにおける取組意欲を阻害しないよう、形式的に保証金額を融資額と同額とはせず、保証人の資産及び収入の状況、融資額、主たる債務者の信用状況、物的担保等の設定状況、主たる債務者及び保証人の適時適切な情報開示姿勢等を総合的に勘案して設定する。このような観点から、主たる債務者の意向も踏まえた上で、保証債務の整理に当たっては、このガイドラインの趣旨を尊重し、以下のような対応を含む適切な対応を誠実に実施する旨を保証契約に規定する。

- ・保証債務の履行請求額は、期限の利益を喪失した日等の一定の基準日における保証人の資産の範囲内とし、基準日以降に発生する保証人の収入を含まない。
- ・保証人が保証履行時の資産の状況を表明保証し、その適正性について、対象債権者からの求めに応じ、保証人の債務整理を支援する専門家（弁護士、

公認会計士，税理士等の専門家であって，全ての対象債権者がその適格性を認めるものをいう）の確認を受けた場合において，その状況に相違があったときには，融資慣行等に基づく保証債務の額が復活することを条件として，主たる債務者と対象債権者の双方の合意に基づき，保証の履行請求額を履行請求時の保証人の資産の範囲内とする。

（4）既存の保証契約の適切な見直し

この経営者保証の不徴求措置は，既存の保証契約についても適用される。すなわち，主たる債務者及び保証人は，既存の保証契約の解除等の申入れを対象債権者に行なうことが可能で，先の経営状況を将来に亘って維持するよう努めれば，対象債権者は経営者保証の必要性や適切な保証金額等について，真摯かつ柔軟に検討を行なうとともに，その検討結果について主たる債務者及び保証人に対して丁寧かつ具体的に説明することとされた。

この点は，事業承継時にも同様で，主たる債務者及び後継者は，対象債権者からの情報開示の要請に対し適時適切に対応し，特に，経営者の交代により経営方針や事業計画等に変更が生じる場合には，その点についてより誠実かつ丁寧に，対象債権者に対して説明を行なうことで，主たる債務者が，後継者による個人保証を提供することなしに，対象債権者から新たに資金調達することを可能にしている。

（5）保証債務の整理

保証債務を整理する場合には，種々の問題があるが，事業継続・事業再生を行なう場合に，いきなり金融機関等が保証債務の整理を要求することは求めないこととしている

経営者たる保証人による早期の事業再生等の着手の決断について，主たる債務者の事業再生の実効性の向上等に資するものとして，対象債権者としても一定の経済合理性が認められる場合には，対象債権者は，破産手続における自由財産の考え方を踏まえつつ，経営者の安定した事業継続，事業清算後の新たな事業の開始等のため，一定期間¹⁹⁾の生計費に相当する額²⁰⁾や華美でない自宅等（ただし，主たる債務者の債務整理が再生型手続の場合には，破産手続等の清算型

19) 当該期間の判断においては，雇用保険の給付期間の考え方等を参考とする。

手続に至らなかったことによる対象債権者の回収見込額の増加額，又は主たる債務者の債務整理が清算型手続の場合には，当該手続に早期に着手したことによる，保有資産等の劣化防止に伴う回収見込額の増加額，について合理的に見積もりが可能な場合は当該回収見込額の増加額を上限とする）を，当該経営者たる保証人（早期の事業再生等の着手の決断に寄与した経営者以外の保証人がある場合にはそれを含む）の残存資産に含めることを検討することとする，とした。

また，主たる債務者の債務整理が再生型手続の場合で，本社，工場等，主たる債務者が実質的に事業を継続する上で最低限必要な資産が保証人の所有資産である場合は，原則として保証人が主たる債務者である法人に対して当該資産を譲渡し，当該法人の資産とすることにより，保証債務の返済原資から除外することとする。また，保証人が当該会社から譲渡の対価を得る場合には，原則として当該対価を保証債務の返済原資とした上で，残存資産の範囲を決定するものとする。

[2.4] 個人保証の経済理論

(1) 小出所説

商法学者である小出は，個人保証を情報の非対称性などのコンテキストで整理した。小出 [2007] は，個人保証の機能について，「保全機能」・「シグナリング機能」・「モニタリング機能」という3つの機能に分けて整理し，分析を行っている。ここで「保全機能」を債権者にとって回収原資を拡大する機能とし，保証人をとることによって，債権者は主債務者に加えて保証人からも債権を回収できるので，債務者の信用リスクを債務者プラス保証人の信用リスクに転換し，軽減させる機能とする（債務者のみが債務不履行となるリスクよりも，債務者と保証人の双方が債務不履行になるリスクの方が小さい）。「シグナリング機能」とは，個人保証が「主債務者である企業の『質』についての重要な情報を債権者に与える」機能であり，「金融取引における信用リスクのうち，『事前情報の非対称性』によるリスク」に対処する機能であるとする。これに対して「モニタリング機能」とは，個人保証によって「主債務者が，融資期間中に債権者を害するような行動を行わないようにする」機能であり，「融資実行後，借り手が行

20) 当該費用の判断においては，1月当たりの標準的な世帯の必要生計費として民事執行法施行令で定める額を参考とする。

う行動を貸し手が観察できないという、『期中情報の非対称性』によるリスク」に対処する機能であるとする²¹⁾。

小出 [2007] は、Katz [1999] において用いられた枠組みを用いて、代表者保証と第三者保証で期待される機能の違いを整理している。貸し手にとって、融資には 資金調達コスト、取引コスト、デフォルト・コスト、が生じる。特に、中小企業金融においては、取引コストとデフォルト時のコストが重要であるが、経営者による個人保証は、シグナリング機能及びモニタリング機能によってこの2つのコストを大きく削減する効果があるとする。債権者が自分だけで主債務者を審査・監視するよりも、情報を有している経営者に分業・分担させた方が効率的であるとする。

一方、第三者保証の場合、保全機能が目的であり、シグナリング機能およびモニタリング機能は必ずしも有効に働くとは言えず、デフォルト時のコスト削減効果の方が重視されることになるとしている。もっともその効果は、中小企業金融に掛かるコスト構造全体から見れば限定的であるとも指摘している²²⁾。このような整理から、小出 [2013] は、経営者保証以外については、個人保証が取引コストを削減するので効率的なケースは少なくないとし、経営者本人保証は中小企業金融において大きなコストを効果的に削減しているという有効性を評価し、その禁止には反対している。

(2) 小野所説

小野有人と植杉威一郎は、個人保証の有効性について一連の研究を行なっている²³⁾。たとえば、小野 [2010] は、貸し手と借り手の情報の非対称性が大き

21) 小出 [2013] は、「シグナリング機能」は主債務者の質の情報を債権者に与える機能で、保証人が主債務者よりも債務履行できない質の低い場合は保証人になるはずはないので、保証人は主債務者よりも質が高いことを示すことになる。「モニタリング機能」は保証人が主債務者の融資期間中の行動をモニターすることが期待できるというもの。保証人は主債務者に替わって債務履行をすることは望まないで、主債務者の行動を監視し、機会主義的な行動をしてモラルハザードを起こさないようモニターするインセンティブが働くことになる。期中情報の非対称性とは、融資を受けた後に借り手の行動を貸し手が観察できないという問題のことである。

22) 小出篤 [2007] pp. 494~495。

23) 個人保証については、小野・植杉による一連の共同研究があり、その有効性が検討されている。小野・植杉は、少なくとも担保・保証の提供余力のある中小企業に対する貸出において、担保・保証が積極的な役割を果たしている、との結論を得ている。ただし、分析に使用した

い融資における担保・保証の役割について、先行研究をサーベイしたうえで、実証分析を行なっている。先行研究のサーベイについては、借入企業のリスク（逆選択・モラルハザードの問題）、金融機関の審査・モニタリング、企業と金融機関のリレーションシップ、という3つの観点から先行研究を整理している。

の観点から、情報の非対称性が存在する下では、貸しが借り手のリスクに応じて金利等の取引条件を決めることが出来ないことから、リスクの高い企業ほど積極的に借入を行おうとする逆選択や、融資実行後に借り手がリスクの高い事業を行ったり、経営努力を怠るといったモラルハザードの恐れがあるが、担保や保証にはこうした問題を緩和する機能があるとしている。つまり、情報の非対称性が存在する下で、金融機関が担保や保証を徴求することを前提に低い金利等の有利な貸付条件を提示した場合、リスクの低い企業ほど自らがデフォルトして担保・保証の履行を求められる可能性が低いことから、有担保・低金利の貸付条件を選択するインセンティブが高まると考えられる。こうした点を踏まえ、担保・保証には借り手が自らの信用力を明らかにするシグナルとしての機能があり、リスクの低い企業ほど担保・保証を積極的に利用すると考えられるとしている（シグナリング仮説）。また、担保・保証はデフォルト時における借り手の損失を大きくすることから、融資実行後のモラルハザードを防止する効果もあると言える。こうした観点からは、金融機関にとってみれば、逆にリスクの高い企業ほど、担保・保証の提供を求めるインセンティブが強まるとしている。

の観点については、複数の債権者が存在する中、担保や保証が審査・モニタリングのコストを掛けている情報生産活動者に対する実質的な報酬として機能しているとの理解が示されている。また担保価値（特に売掛債権や在庫等の通常の営業に用いられている債権・動産担保の価値）が、貸し手のモニタリング活動

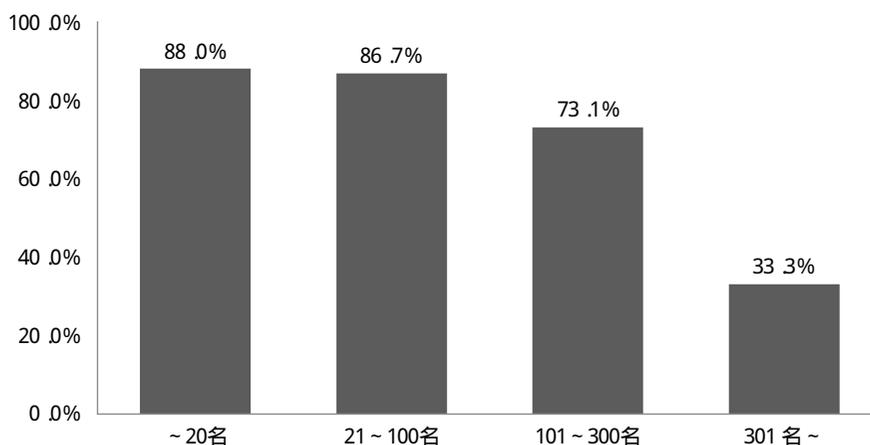
データは、マイクロデータが殆んど利用可能できない中で、中小企業庁「企業資金調達環境実態調査」(2001年)、「金融環境実態調査」(2002年)、「企業金融環境実態調査」(2003年)等15,000社を対象とした(回答数7,000~9,000社)もので、『中小企業白書』作成上の目的で行なわれた調査という制約がある点に注意すべきであろう。また保証に含まれるものは経営者の本人保証と第三者保証の合計になっている(本人保証の割合が95%で高く、それ以外は代表者以外34%、代表者親族18%、会社と無関係の第三者2.4%)。個人保証については村本[2012][2015]参照。

の度合いに比例することから、担保は金融機関のモニタリング誘因を高めるといわれている。

の観点については、企業と金融機関のリレーションシップが深まれば、情報の非対称性が緩和され、融資条件も変化すると考えられるという。取引期間が長くなり信用履歴が蓄積されることによって、借入金利が低下し、担保要件が緩和されるとする理論モデルを提示している先行研究や、リレーションシップと担保・保証が補完的だと考える研究等が紹介されている。

小野 [2010] の実証分析では、オーナーの影響力が強い小規模の同族企業において代表者の個人保証が求められやすいが、これは金融機関がこれら企業におけるコミングリングリスク（企業の事業資産と経営者の個人資産が混在するリスク）に対応するため個人保証を利用していることが示唆されている。また代表者保証は担保と異なり、担保として提供している資産以外に特段の個人資産を持たない代表者にとっては追加的な圧力とならないため、担保のようなモラルハザード抑制効果が限定的なのではないかとの疑問も呈されている²⁴⁾。小野論文は、中小企業金融における担保・個人保証に対する批判的論調に対し、担保・保証がむしろ積極的な役割を果たす点を強調しているが、経営者保証はリレ

（図3）企業規模別の個人保証の提供割合
【データ3】メインバンクへの保証提供割合（従業員規模別、有効回答 983）



（出典） 中小企業庁委託「平成 24 年度個人保証制度に関する中小企業の実態調査」（2013 年 3 月，株式会社リベルタス・コンサルティング）

（出所）「中小企業における個人保証等の在り方研究会」『参考データ集』
<http://www.chusho.meti.go.jp/koukai/kenkyukai/kojinhosho/2013/130424sankou.pdf>

24) 小野有人 [2010] pp. 1~10。

ーションシップと補完関係がなく、分析対象として財務諸表が整備されている比較的規模の大きな中小企業に限定されてので、小規模企業には適用できない可能性もある。図3に示したように、個人保証は規模が小さい企業ほどその活用が大きいので、小野論文の解釈には慎重な部分も多い。

3. 民法（債権関係）の改正と個人保証

[3.1] 民法改正と保証

(1) 民法改正の論議のプロセス

民法（債権関係）改正の論議は、3つのステージがあったとされる²⁵⁾。

第1ステージ

この段階は論点整理（2009年11月～2011年4月）で、第1回～第2回部会において総論として改正の必要性等についての意見交換、第3回～第20回部会において第1読会として各検討事項についての審議がなされた上で、第21回～第26回部会において中間的な論点整理についての審議が行なわれた。

〔中間的な論点整理〕 2011年4月12日に開催された第26回部会において、「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」（以下「中間論点整理」）が決定された。「中間論点整理」は、大項目でみても63項目にのぼるものである。「中間論点整理」は、「次のステージで中間試案の取りまとめを目指すに当たって、議論すべき論点の範囲を明らかにするとともに、その論点についての同部会の議論の到達点を確認しようとするもの」という意義があるとの説明がなされている。

個別論点の記載に際しては、「～どうか。」という問いかけの形が採られており、更に、部会における議論の到達点に応じて、3通りに書き分けられている。基本形は「～について、更に検討してはどうか。」とされ、改正の方向性について部会の審議においてある程度のコンセンサスがあったとみられる一部の論点は「～とする方向で、更に検討してはどうか。」、より具体的な内容についてのコンセンサスがあると見られる一部の論点は「～としてはどうか。」とされている。

「中間論点整理」については、パブリック・コメントの手続（意見募集の期間

25) 以下の整理は、松尾 [2012]、住宅保証支援機構 [2014] pp. 7~9 による。

は2011年6月1日から8月1日まで)が実施された。その結果、団体116団体・個人253名から意見が寄せられた。意見の概要は、部会資料33-1~33-7として、論点別にとりまとめられているが、これらの部会資料全体で3,000ページを超える膨大なものとなっている。また、2011年6月の第27回~第29回部会においては、住宅・建設・不動産関係団体をふくむ21団体からヒアリングが行なわれた。このほかに、9団体に対し事務局が行なったヒアリングの概要も第29回部会に提出されている。

第2ステージ

この段階は、中間試案に向けての審議(2011年7月~2013年2月)で、第30回~第63回部会において第2読会として各論点についての審議がなされたうえで、第64回~第71回部会において中間試案について(中間試案たたき台)の審議が行なわれた。あわせて、補足的に審議を行なう場として、部会の下に3つの分科会が設けられ、合計で18回開催された。

〔中間試案〕 2013年2月26日に開催された第71回部会において、「民法(債権関係)の改正に関する中間試案」(「中間試案」)が決定された。「中間試案」は、大項目で46項目にのぼるものとなっている。「中間試案」においては、個別項目について、「~ものとする。」という文末表現が採られている。これは、「改正が検討されている項目について、できる限り改正提案を一本化して提示する方針が採られた」ことによるものである。もっとも、一部の項目については、注で本文とは異なる考え方が掲げられている。これは、「部会の内部でもなお異論のある項目……では、必要に応じて「(注)」という欄を付して、反対意見や別案があることが紹介されている」ことによるものである。さらに、ごく一部の項目については、本文中に複数案が併記されているもの、本文の文末表現が「引き続き検討する。」とされているものがある。いずれにしても、「中間試案の全体が、これまでの審議の成果を中間的に取りまとめたものであって、確定的な案を示すものではない」とされている。

「中間試案」についても、パブリック・コメントの手続(意見募集の期間は、2013年4月16日から6月17日)が実施された。その結果、団体193団体・個人469名(速報値)から意見が寄せられた。意見の概要は、第3ステージにおける各項目の審議に間に合うよう、当面、項目ごとの速報版を作成することとされている。

なお、「中間試案」決定後も、第72回・第73回部会において、第2ステージの審議を補充する趣旨で、いくつかの論点についての審議がなされている。

第3ステージ

この段階は、要綱案の取りまとめに向けての審議（2013年7月～）で、第74回部会から、第3読会として、要綱案の取りまとめに向けた検討が開始された。2014年8月26日に要綱仮案が取りまとめられ、2015年2月24日に要綱が纏められた。この要綱を受けて、2015年3月31日に改正案が閣議決定され、国会に提出された。

(2) 保証に関する議論

2009年から法制審議会で民法の債権関係の改正が検討された。2011年4月の「中間的論点整理」、2012年12月の「中間試案たたき台」、2013年2月の「中間試案」、2013年11月の「要綱案のたたき台」、2014年8月に「要綱仮案」を経て、2015年2月に「要綱」が決まり、同3月末に改正案が閣議決定され、国会に提出された。民法改正は約200項目に及ぶが、消費者と中小企業の保護の強化にも特色がある。法定利率引き下げ（3%に引き下げた上で変動制導入）、欠陥品の対応多様化、賃貸契約の敷金ルールの明確化、中小企業融資で求められる個人保証を原則禁止、などである。

民法改正論議では、当初「保証人の原則禁止」という方向もあったようだが、改正案では個人保証は一部制限という内容になった。一部制限とは、公正証書に保証人となる意思を残せば、例外として第三者保証を認める、法人の取締役、過半数の議決権を持つ株主、は保証制限の対象外、経営者の配偶者（事業に従事）、となっている（2015年3月31日国会提出「民法の一部を改正する法律案」第465条等）。個人保証については、その負担の減少が進んできたが、第三者でも、公証人役場で保証意思確認の証明書をとれば、保証人になれること、保証制限の対象外の人物が特定された（経営者、経営者の配偶者（事業に従事）、取締役、過半数の株主）から、従来から金融機関が採用してきた保証人徴求の方法と個人保証重視方針が、あまり変化しない可能性もある。第三者保証の場合、公証人役場で証明をとる事務負担が増えるという課題もある。

先の「経営者保証に関するガイドライン」は、経営者保証の負担軽減を謳っているが、民法改正は、むしろ個人保証に抛り処を与えているような印象もあ

る。第三者保証については保証徴求の要件を定めているほか、経営者本人保証については特段の規定がなく、禁止とはなっていないのである。今後、実務上の混乱が懸念される。

（3）民法改正検討委員会の議論

いわゆる鎌田委員会での個人保証の扱いは、2008年7月21日の「第6回議事録」の「配布資料 第3準備会報告資料（保証について）」に見られる。報告資料では、以下の点が示されている。

保証契約・保証引受契約の条項は、常に明確かつ平易な言葉で表現されなければならない。

保証契約・保証引受契約において具体的に発生しうるリスクについて、保証人に正確な認識を形成するにたりる情報を提供しなければならない。

保証契約・保証引受契約によって発生するリスクが、保証人にとって過大となるときは、以上に加えて、明確かつ詳細に最悪の場合にどのような自体になるのかを説明し、その事態についての十分な理解を得させ、それを承知の上でなお保証をするのかを確認しなければならない。

事態が急激に好転する特段の事情がなければ保証人に損失の発生することがほぼ確実であるような場合には、保証人にとってのリスク発生危険が既に現実化しているわけだから、客観的事実を明確に認識させなければならない。保証人を威迫または困惑させることによって、債権者は保証契約を締結し、あるいは、保証引受契約を締結させてはならない。

保証人の切迫、無思慮・軽率、異常な精神状態、経験不足という状況を濫用して、保証契約を締結し、あるいは、保証引受契約を締結させてはならない。

鎌田委員会方針は、保証契約の書面性、契約条項の明確化、保証人の責任内容に関する正確な認識形成に立つ上納の提供、保証の責任は保証人の資力に適合していることを保証契約の債権者に努力義務として提案したものである。

ただ、個人保証を禁止するか否かという、本稿の関心事からすると、鎌田委員会案も加藤研究会案も、個人保証の禁止という提案はない。後述するように、日弁連は2012年1月意見書において「個人（自然人）保証の原則禁止²⁶⁾」、比

26) ただし、原則禁止であり、保証人が主債務者である事業者の業務執行者であるとき、主たる債務が居住用建物の賃貸借契約から生じる貸借人の債務であるとき等を除く。

例原則の導入²⁷⁾，を提案している。

[32] 民法部会での議論

(1) 「中間的な論点整理」(2011年4月12日)

民法改正論議の中で一つの到達点が、2011年4月12日の「中間的な論点整理」である。個人保証について、「中間的論点整理」では、「第12の1(2)」で「一定額を超える保証契約の締結には保証人に対して説明した内容を公正証書に残すことや、保証契約書における一定の重要部分について保証人による手書きを要求すること、過大な保証の禁止を導入すること、事業者である債権者が上記の説明義務等に違反した場合において保証人が個人であるときは、保証人に取消権を与えることなどの方策が示されていることから、これらの方策の当否についても、検討してはどうか。(【部会資料8-2第2,2(2)[44頁]】)」とされた。

同じく8の「(1)主債務の種別等による保証契約の制限」で、「主債務者が消費者である場合における個人の保証や、主債務者が事業者である場合における経営者以外の第三者の保証などを対象として、その保証契約を無効とすべきであるとする提案については、実務上有用なものまで過剰に規制することとなるおそれや、無効とすべき保証契約の範囲を適切に画することができるかどうかなどの観点に留意しつつ、検討してはどうか。」(下線部は筆者。以下、同じ)とした²⁸⁾。

27) 比例原則とは、フランスの法制にあるもので、債権者が事業者で、保証契約締結時に保証債務の内容が自然人たる保証人の財産および収入に対して著しく過大であったときは、保証債務の履行請求時に保証人がそれに足りる財産および収入を有する場合でない限り、当該債権者は保証債務の履行を請求できないものとする原則のことで、過大な保証の禁止が目的であり、フランス民法2301条、消費法典L.313-10条、L.341-4条などに拠る。注16も参照。

28) 第一東京弁護士会は、2011年8月1日のパブリック・コメントにおいて、この「第12保証債務8」について、反対意見を表明している。その理由は、「主債務者が消費者である場合における個人の保証や、主債務者が事業者である場合における経営者以外の第三者の保証は、実務上、多く活用され、有用である。これら当事者の組み合わせ自体に由来する弊害は、あまり報告されていない。保証意思に問題がないケースについて、かような当事者の組み合わせのみを理由に、保証契約を無効とすべき必要性が考えられない。無効とすべき保証契約の範囲を適切に画することができるかどうかという問題もあるが、それ以前の問題である。「過大な保証の禁止」のみを規定すれば、保証人保護は十分であると考え。」とした。

(2) 日弁連の「保証制度の抜本的改正を求める意見書」(2012年1月20日)

日本弁護士連合会は、「保証制度の抜本的改正を求める意見書」(2012年1月20日)を公表し、民法改正において個人保証禁止を求めた。その内容は以下の通りである(全文掲載する)。

「第1意見の趣旨

- 1 法務省に対し、民法(債権関係)の改正作業において、個人保証の禁止や新たな保証人保護規定を設けるなど、保証制度を抜本的に改正することを求める。具体的には、民法の保証に関する規定の中に、下記の条文を設けることを提案する。
- 2 さらに、自然人が保証人となる場合には、貸金等根保証契約と同様の規定(現行民法第465条の2から第465条の5)が、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。)の全てについて適用されるよう改正することを求める。
- 3 また、催告、検索の抗弁権(現行民法第452条、同453条、同455条)や分別の利益(同456条)に関する規定など、現行の保証人保護のための規定については、これらを削除することなく、引き続き維持することを求める。

記

(個人保証の禁止)

第1条 次の各号に定める場合を除き、自然人は保証人となることができない。

- 一 主債務者が事業者である保証契約において、保証人が当該事業者の業務を執行しているものである場合
- 二 主債務者及び債権者が自然人であり、いずれも事業として又は事業のために契約の当事者となるものではない場合
- 三 賃借人が居住用建物を目的とする賃貸借契約に基づき負担する債務を主たる債務とする場合
- 四 自然人の保証人を付すことを許容することが相当であるとして特に法令が認めた場合

2 前項各号の場合において、裁判所は、主たる債務の性質、主たる債務が継続的取引から発生する債務であるか否か、保証契約の期間、保証人の支払能力や属性、保証契約の締結時や締結後の経過その他一切の事情を考慮して、保証

人の責任を減免することができる。

(契約締結時の説明義務，情報提供義務)

第2条 事業者である債権者は，保証人となるものが自然人である場合には，保証契約を締結するに際して，当該自然人に対して，以下の各号に掲げる事項を説明しなければならない。

- 一 保証人は，主たる債務者がその債務を履行しないときに，その履行をする責任を負うこと
- 二 主たる債務の目的，元本，利息及び遅延損害金の定め
- 三 主たる債務に条件や期限の定めがある場合は，その内容
- 四 当該保証契約に連帯保証の定めがある場合は，第 条（催告の抗弁），第 条（検索の抗弁），第 条（催告，検索の抗弁の効果）及び第 条（分別の利益）の適用がないこと
- 五 保証人が主たる債務者の委託を受けて保証する場合は，事業者である債権者が，保証契約を締結する時点で把握している主債務者の支払能力や信用状態に関する事情のうち，保証人にとって特に重要と認められる事項
- 六 他の法令に定められた事項

2 事業者である債権者が，前項の説明を怠った場合には，保証人は保証契約を取り消すことができる。

(契約締結後の情報提供義務)

第3条 事業者である債権者は，主たる債務の履行が遅滞した場合には，直ちにその旨を保証人に通知しなければならない。

2 前項の通知を怠った場合には，債権者は，保証人に対し，当該通知が遅滞した期間について遅延損害金を請求することができない。

3 第一項の通知を怠った場合には，債権者は，保証人に対し，期限の利益の喪失を主張することができない。

4 事業者である債権者は，保証人の請求があるときは，保証人に対して，主たる債務及び他の保証人の保証債務が履行された状況を通知しなければならない。

（比例原則）

第4条 債権者が事業者であり、保証契約締結時において、保証債務の内容が自然人である保証人の財産及び収入に対して著しく過大であった場合には、保証人が保証債務の履行を請求された時点でこれに足りる財産及び収入を有する場合でない限り、債権者は保証債務の履行を請求することができない。

第2 意見の理由

1 改正を求める背景事情

1) 民法（債権関係）の改正作業

法制審議会民法（債権関係）部会においては、2009年（平成21年）11月から民法（債権関係）の改正に関する議論が行われており、2011年（平成23年）4月12日には「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」が公表されている。また、同年7月からは「中間試案」の取りまとめに向けた議論（いわゆる「第2ステージ」）が開始されている。

法制審議会の部会資料8-2として配布された「民法（債権関係）の改正に関する検討事項（3）」では、保証について「個人の保証人が必ずしも想定していなかった多額の保証債務の履行を求められ、生活の破綻に追い込まれるような事例が後を絶たない」「自殺の大きな要因ともなっている連帯保証制度を廃止すべきであるなどの指摘もある」「平成16年の民法改正により一定の見直しが行われたところであるが、上記の問題意識を踏まえ、なお一層の保証人保護の拡充を求める意見がある」などの指摘がなされている。

また、「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」においても、「個人の保証人が想定外の多額の保証債務の履行を求められ、生活の破綻に追い込まれるような事例が後を絶たないこともあって、より一層の保証人保護の拡充を求める意見がある」などと、指摘されている。

かかる問題意識、問題設定については、基本的には賛成できるところであり、今回の民法（債権関係）の改正作業においては、問題の多い保証について抜本的な改正を図るべきである。

2) 保証被害の実態

保証が破産や個人再生の原因となっていること

従来から、保証は国民の身近な契約の一つであるが、その情誼性・未必性・無償性・軽率性などからトラブルの多い分野である。すなわち、困っている主債務者から「決して迷惑をかけない」として依頼を受けると断りにくいということ（情誼性）、保証契約の時点では財産の抛出等の目に見えた負担は求められず、また保証債務履行請求がなされることなく済むことも多いため将来の負担を現実的なものと考えずに保証契約に応じてしまうこと（未必性）などの事情が指摘される。しかるに、いざ現実に主債務者が破綻してしまった場合に、到底個人では支払不可能な保証債務を背負わされてしまうという事例が後を絶たないのである。

例えば、日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編「2008年破産事件及び個人再生事件記録調査」によると、保証債務や第三者の負債の肩代わりを原因として破産等の手続を申し立てた人が破産債務者の約25%、また、個人再生申立債務者の約16%となっている。

保証が自殺の原因となっていること

また、我が国は10年以上の長期に渡って、自殺者が年間3万人を超えるという異常事態にあるが、中小零細事業者が保証人に迷惑をかけることを苦にして自殺したり、生活破綻に追いやられた保証人が自殺するという事例も散見される。この点中小企業庁の、「2003年中小企業白書」に引用されている「2002年事業再挑戦に関する実態調査」によると、経営者が「倒産するにあたって最も心配したこと」は、「従業員の失業（23.8%）」に次いで、「保証人への影響（21.3%）」となり、「家族への影響（19.5%）」よりも多い。

そして、内閣府の「平成23年版自殺対策白書」によると、2010年（平成22年）の自殺者総数31,690人のうち、原因・動機を特定できたのが23,572人であり、その中で経済・生活問題が原因とされるのは7,438人であって、約31.55%を占めている。そして、有職者の自殺者のうち、被雇用者は8,568人であるのに対して、自営業者と家族従事者は2,738人となっている。これらのデータからも、経営の行き詰まりを理由に命を絶ってしまう事業者が少なからずいることがうかがわれる。

そのため、政府の自殺対策緊急戦略チーム「自殺対策100日プラン（2009年11月27日）」では、「連帯保証人制度」「政府系金融機関の個人保証（連帯保証）」について、「制度・慣行にまで踏み込んだ対策に向けて検討する」とされ

ている。

保証が再チャレンジの阻害要因となっていること

その他、2003年（平成15年）7月の金融庁「新しい中小企業金融の法務に関する研究会報告書」でも報告されているとおり、個人保証の問題点として、事業再生の早期着手に踏み切れないという傾向を助長する、経営者として再起をはかるチャンスを失うなどの点が指摘される。

かかる保証被害の実態に鑑みると、保証制度について、個人保証の禁止や新たな保証人保護規定を設けるなどの抜本的改正を図る必要性が高いことは明らかである。

3) 金融実務に与える影響

他方で、保証人保護といっても、資金需要者への貸し渋りや債権者、主債務者の負担増加などを勘案しての政策的判断も無視できない、などという指摘もある。しかしながら、現実の金融実務においては、2006年（平成18年）以降、信用保証協会は、保証申込のあった案件について、経営者本人以外の第三者を保証人として求めることを原則禁止している（平成18年3月31日、中小企業庁ウェブサイト）。そのような取組の結果、近時の第三者保証人非徴求割合は、日本政策金融公庫については100%、商工組合中央金庫が99.91%、信用保証協会が99.88%と、保証人を求められる割合が激減している（中小企業庁「中小企業の再生を促す個人保証等の在り方研究会報告書」（平成23年4月）16ページ）。

金融庁の監督指針改正

さらに、金融庁は2011年（平成23年）7月14日付で「主要行等向けの総合的な監督指針」及び「中小・地域金融機関向けの監督指針」を改正し、「経営者以外の第三者の個人連帯保証を求めないことを原則とする融資慣行の確立」を明記した（3-3-1-2、7-2）。

そこでは、民間の金融機関に対し、経営者以外の第三者の個人連帯保証を求めないこととする原則に沿った対応を求め、具体的には、貸付に関する基本的な方針（クレジットポリシー）等に上記原則を規定すること、併せて、金融機関に対し、説明態勢の強化を求めるとともに、上記原則の例外を、実質的な経営権を有している者や事業従事者の配偶者、事業承継予定者、自ら連帯保証の申出を行った者（この場合自発的な意思に基づく申出を行った旨が記載され、

自署・押印された書面の提出を求めることなどが要求される。)などに限定した。

保証に頼らない融資慣行の確立

そのほか、金融実務においては、人的保証に頼らない融資慣行を確立することが叫ばれており、その方策が実現していることも指摘できる。すなわち、1998年(平成10年)に制定された「債権譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律」が、2004年(平成16年)に改正され、法人がなす動産の譲渡について、登記によって対抗要件を備えることを可能とし、債務者が特定していない将来債権の譲渡についても、登記によって対抗要件を備えることが可能となった。

このような法改正の背景として、「バブル経済崩壊後における不動産の資産価値の継続的下落という経済情勢や企業の債務につき個人保証をした信用保証協会等公的金融機関の実務者が過大な責任を負いがちであるという現状を背景に、不動産担保や個人保証に過度に依存していた従来型の企業の資金調達方法を見直す必要があるとの認識が近時広まった」とされる。

そして、中小企業庁が進める「流動資産担保融資(ABL)保証制度」は、2010年(平成22年)度までに累計約2兆5,800億円の実績を上げており「人的保証に過度に依存しない融資慣行」として紹介されている(経済産業省、中小企業庁による「中小企業の再生を促す個人保証等の在り方研究会報告書」19ページ)。

このように、現在の金融実務においては、2008年(平成20年)以降、公的金融機関が第三者保証人を徴求することはなくなり、さらに、2011年(平成23年)7月以降は、民間の金融機関においても、第三者保証人を徴求することが原則として禁じられた反面、人的保証に頼らない実務慣行が確立されつつある。

したがって、個人保証の禁止や保証人保護の強化をすることによる金融実務への影響を過大視することはできず、むしろ、かかる第三者保証人非徴求などの実務運用を、個人保証の禁止という形で実体法上も明らかにしていくべきである。

2 具体的提案

1) 個人保証の禁止

以上を前提に、当連合会としては、個人保証の禁止や新たな保証人保護規定を設けるなど、保証制度を抜本的に改正することを求めるものであり、具体的

には、民法の保証に関する規定の中に、意見の趣旨に列記した条文を設けることを提案する（ただし、本意見書における提案は、個人保証の禁止など、保証人保護規制の骨子をまとめたものであり、網羅的なものではないため、他の保証人保護規制の導入を排除するものではない。）。

まず、保証被害の深刻さに鑑みれば、そもそも個人保証を原則として禁止すべきである。すなわち、保証は、書面でその旨の意思表示をするだけで保証人の全ての財産及び収入が被担保債権の引当てとなるものであり、極めて簡便かつ包括的でその意味で強力な信用補完方法であるが、それゆえに過大な負担を軽率に負ってしまう保証被害が後を絶たないことからすれば、この際、政策的見地から、かかる信用補完手段は原則として認められないものとすべきである。

この点、2009年（平成21年）の民主党のマニフェストでは、中小企業の総合支援対策として「政府系金融機関の中小企業に対する融資について、個人保証を撤廃する」「自殺の大きな要因ともなっている連帯保証人制度について、廃止を含め、在り方を検討する」とされているが、当連合会としても、このような考え方に賛同するものである。そして、既に現在の金融実務においても、第三者保証人の非徴求が確立されているのであるから、このような実務運用を実体法に取り込んでいくべきである。特に、主債務者が事業者である場合には、保証人の資産・収入に照らして保証債務が過大になりがちであり、保証被害を生じやすく、個人保証を規制すべき要請は強いといえる。

個人の保証を禁止することに対しては、例えば、「親族への住宅取得資金貸付の保証人になることもできなくなる」との批判もあり得る。しかしながら、住宅取得資金貸付は、貸付金額が高額であり、不動産の時価額が下落した場合には担保不足額も高額となる。そして、不動産処分時にはいわゆるオーバーローンとなることも多く、個人保証人が多額の請求を受けて自己破産に追い込まれる事例も散見される。他面で、住宅取得資金貸付を含め、近時の実務においては、個人保証人ではなく、保証会社による保証が多用されているという実情もある。そのため、住宅取得資金貸付も含めて、原則として自然人を保証人とすることができないものとすべきである。

2) 経営者保証

主債務者が事業者である保証契約において、保証人が当該事業者の業務を執

行する権限を有する場合（いわゆる「経営者保証」の場合）については、法人成りしたばかりの経営者の保証は、実質的に本人貸付と同視し得るので規制すべきではないといった指摘もある。また、現在の金融実務においても、経営者保証は許容されている面もあり、当面は、経営者保証を個人保証の禁止の例外とした。もっとも、経営者にも家族があるのであって、多額の保証債務により生活を維持するために必要最低限度の資産も含めて身ぐるみ剥がされることを許容して良いのか、多額の保証債務を抱えることは事業の再チャレンジの阻害要因になっている、などという意見も多数指摘されるところである。

そのため、経営者保証も含めて、個人保証は禁止すべきではないかという点は引き続き検討すべきであることを確認するとともに、後記の比例原則などの個別規制は、経営者保証についても当然適用されることを付言しておく（なお、フランスにおいては、経営者保証について比例原則の適用を認めた判例が多数存在する。）²⁹⁾

29) この日弁連に「意見書」を真っ向から批判したのが小出 [2013] である。前述のように、小出 [2013] は、経営者保証がシグナリング機能・モニタリング機能の発揮にあり、資金調達の上でコスト的に効率的であるか否かの観点から経営者保証が効率的であると主張したが、経営者保証の禁止が、「債権者たる金融機関と債務者たる企業との事前・事後の情報の非対称問題は緩和されることはない」としている。金融機関は自らコストをかけて債務者に関する情報を収集し、監視し続ける事になるからであるとし、このコストはいずれ債務者にも添加され、貸出金利に反映され、債務者の負担の上昇になるとする。つまり、経営者保証があることで、情報非対称性に起因するコストを削減し、債務者のメリットになること、経営者保証の禁止が債務者をより窮地に追い詰めることになることと主張した (pp. 84~85)。日弁連意見書にある経営者の資産を身ぐるみ剥いでその生活を破壊するようなことや再チャレンジを阻害することについては、大きな問題とはしつつ、経営者保証の禁止ではなく、むしろ個人破産制度の改革（自由財産の拡大など）や公的金融制度の整備等によって解決すべきとする。また、小出 [2013] はフランス消費法典にある「比例原則」についての日弁連意見書にも反対している。小出 [2013] の所説は、商法学者が情報の非対称性問題から個人保証の法理を整理した点で興味深い。もし、経営者保証がシグナリング機能とモニタリング機能に拠るものであるとすると、この人的保証を機関保証（公的信用保証制度）で代替することが可能である。公的信用保証では、保証料率がこのコストをカバーするが、金利としてみても大きな水準ではなく、コスト的に大きなものではない。ただし、公的保証であっても経営者本人保証を取ることがあり、これは問題である。いずれにせよ、公的金融制度の整備はコストゼロではないので、コスト負担の問題は残るし、破産制度の改革が前提となる議論の印象も強い。経営者保証の禁止か是認かではなく、限定的活用（停止条件付き・解除条件付きの保証など）についての検討も必要と思われる。

（3）「中間試案」（2013年2月26日）

「中間的な論点整理」の後、「中間試案たたき台」の議論を経て、2013年2月26日の決定された「中間試案」では、「第17 保証債務」の「6 保証人保護の方策の拡充」で、「(1) 個人保証の制限」を取り上げている。すなわち、

「次に掲げる保証契約は、保証人が主たる債務者の〔いわゆる経営者〕であるものを除き、無効とするかどうかについて、引き続き検討する。

ア 主たる債務の範囲に金銭の貸渡し又は手形の割引を受けることによって負担する債務（貸金等債務）が含まれる根保証契約であって、保証人が個人であるもの

イ 債務者が事業者である貸金等債務を主たる債務とする保証契約であって、保証人が個人であるもの」

とし³⁰⁾、また、「(2) 契約締結時の説明義務、情報提供義務」を掲げ、

30) 東京第一弁護士会は、2013年6月10日のパブリック・コメントにおいて、「保証人保護の方策の拡充」の「(1) 個人保証の制限」について、「【意見】賛成する。なお、「いわゆる経営者」の概念に、近親者や実質的経営者も含む方向で明確化すべきである。」とした。

「【理由】 アについて 主たる債務について貸金等債務が含まれている場合の個人根保証においては、法的効果を認識しないまま人間関係から安易に保証人になってしまい、保証人の責任が過酷になることが想定され、経済的破綻を招く例が後を絶たず、多重債務の一因ともなっているから、このような制限を設けるべきである。ただし、例えば不動産賃貸借についての個人保証といった個人保証の要請が高い分野についてまで、いたずらに禁止することは妥当でない。さらに、必ずしも中小事業者について、物的担保がないことも多く、会計帳簿の正確性が客観的に担保されていないという実態からすると、事業者の円滑な資金調達との調整の観点から、いわゆる経営者保証を禁止すべきではない。「いわゆる経営者」の範囲については、経営者に限定しすぎると、資産を家族間で転々移転された場合に保証債務履行請求の実効性が得られないという弊害が生じる。また、経営者に資産がなく、配偶者に資産があるという場合に、それを活かして個人事業の資金調達を円滑に進めることができなくなるという弊害も生じる。経済活性化の観点からも、経営者に属する者でなくとも、保証人からの積極的申出があった場合には、有効とすべきである。

イについて 主たる債務が事業者の貸金等債務については、単発の保証であっても債務額が保証人の資力に照らし過大となるおそれが強く、また、特に中小零細事業者の場合などは、情義的保証がなされるケースが多く見られる。かつ、このような債務は多額に上る可能性があるが、事業者との情誼的な関係から保証を断ることができない場合があるため、保証人となる個人を保護する必要がある。ただし、個人保証の要請が高い分野についてまで、いたずらに禁止することは妥当でない。さらに、必ずしも中小事業者について、物的担保がないことも多く、会計帳簿の正確性が客観的に担保されていないという実態からすると、事業者の円滑な資金調達との調整の観点から、いわゆる経営者保証を禁止すべきではない。「いわゆ

「事業者である債権者が、個人を保証人とする保証契約を締結しようとする場合には、保証人に対し、次のような事項を説明しなければならないものとし、債権者がこれを怠ったときは、保証人がその保証契約を取り消すことができるものとするかどうかについて、引き続き検討する。

ア 保証人は主たる債務者がその債務を履行しないときにその履行をする責任を負うこと。

イ 連帯保証である場合には、連帯保証人は催告の抗弁、検索の抗弁及び分別の利益を有しないこと。

ウ 主たる債務の内容（元本の額、利息・損害金の内容、条件・期限の定め等）

エ 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は、主たる債務者の〔信用状況〕

とした³¹⁾。

る経営者」の範囲については、経営者に限定しすぎると、資産を家族間で転々移転された場合に保証債務履行請求の実効性が得られないという弊害が生じる。また、経営者に資産がなく、配偶者に資産があるという場合に、それを活かして個人事業の資金調達を円滑に進めることができなくなるという弊害も生じる。経済活性化の観点からも、経営者に属する者でなくとも、保証人からの積極的申出があった場合には、有効とすべきである。」

31) 日弁連は、2013年6月20日に「中間試案に対する意見」(パブリック・コメント)を発表し、「(「保証人が主たる債務者の〔いわゆる経営者〕であるものを除き、無効とする。つまり第三者保証は)無効とすることについて賛成する。」とした。さらに、「なお、経営者の概念は不明確であるので、2012年1月20日付日弁連意見書にあるように「保証人が当該事業者の業務を執行しているものである場合」と規定すべきである。

【理由】

個人保証においては、人間関係から保証人になってしまい思わぬ債務を負わされ、経済的破綻を招く例が後を絶たない。多重債務の一因となり、自殺の原因にもなっている。また個人保証を求められることが、事業承継の支障となっていることや、保証人に相続が発生した場合に、相続人が保証の事実を知らず、単純相続した後に保証債務を請求されることもある。もそも、自然人の保証能力は、少なくとも当人の将来収入が主な目的であるとは考えられず、本来的には物上保証等で代替可能であると考えられる。

ただし、全ての個人保証を禁止することは、例えば不動産賃貸借についての個人保証も禁止されることになって妥当とは言えず、さらに、必ずしも中小事業者について、その会計帳簿の正確性が客観的に担保されていないという実態からすると、事業者の円滑な資金調達との調整の観点から、現段階ではいわゆる経営者保証を除外することもやむを得ない。

アについて 主たる債務について貸金等債務が含まれている場合は、保証人の責任が過酷になることが想定され、このような制限を設けるべきである。

イについて 主たる債務が事業者の貸金等債務については、単発の保証であっても債務額が保証人の資力に照らし過大となるおそれが強く、また、特に中小零細事業者の場合などは、

さらに、「(3) 主たる債務の履行状況に関する情報提供義務」として、
「事業者である債権者が、個人を保証人とする保証契約を締結した場合には、保証人に対し、以下のような説明義務を負うものとし、債権者がこれを怠ったときは、その義務を怠っている間に発生した遅延損害金に係る保証債務の履行を請求することができないものとするかどうかについて、引き続き検討する。
ア 債権者は、保証人から照会があったときは、保証人に対し、遅滞なく主たる債務の残額〔その他の履行の状況〕を通知しなければならないものとする。
イ 債権者は、主たる債務の履行が遅延したときは、保証人に対し、遅滞なくその事実を通知しなければならないものとする。」
とした。

加えて、「(4) その他の方策」を挙げ、
「保証人が個人である場合におけるその責任制限の方策として、次のような制度を設けるかどうかについて、引き続き検討する。
ア 裁判所は、主たる債務の内容、保証契約の締結に至る経緯やその後の経過、保証期間、保証人の支払能力その他一切の事情を考慮して、保証債務の額を減免することができるものとする。
イ 保証契約を締結した当時における保証債務の内容がその当時における保証人の財産・収入に照らして過大であったときは、債権者は、保証債務の履行を請求する時点におけるその内容がその時点における保証人の財産・収入に照らして過大でないときを除き、保証人に対し、保証債務の〔過大な部分の〕履行を請求することができないものとする。」
とした³²⁾。

情義的保証がなされるケースが多く見られる。かつ、このような債務は多額に上る可能性があるが、事業者との情誼的な関係から保証を断ることができない場合があるため、保証人となる個人を保護する必要がある。」とした。

- 32) 東京第一弁護士会は「その他の方策について」は「【意見】反対する。」とし、
「【理由】 アについて 個人保証は主債務者との情義に基づき行われることが多く、拒むことが困難な現状に照らせば、保証人の責任を制限する理念は相当である。
しかし、かかる場合に保証人の責任を軽減する理念は、現行法の下でも判例法理で認められており、あえて新設する必要はない。新設することによって、保証債務不存在確認の訴え等を乱発するおそれがある。そもそも、保証人の財産、収入、支払能力を債権者が立証することは極めて困難であり、保証人がそれを隠したまま保証債務を減免させる判決を得ることは妥当でない。
イについて 具体的な制度設計、判断基準等を検討する前段階としての議論が未熟である。

(4) 「要綱案のたたき台(5)」(2013年11月19日)

部会第80回会議(2013年11月19日)で示された「要綱案のたたき台(5)」(部会資料70A)では、個人保証を詳細に論じている。特に、「2 保証人保護の方策の拡充」の「(1)個人保証の制限」について、「次のような規定を新たに設けるものとする。

ア 主たる債務者が[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(保証人が法人であるものを除く。)又は貸金等根保証契約は、保証人が次に掲げる者である場合を除き、効力を生じない。

- ・主たる債務者が法人その他の団体である場合のその代表者
- ・主たる債務者が法人その他の団体である場合のその業務を執行する権利を有する者
- ・主たる債務者が法人である場合のその無限責任社員
- ・主たる債務者に対し、業務を執行する権利を有する者と同等以上の支配力を有するものと認められる者]
- ・主たる債務者が法人である場合のその総社員又は総株主の議決権の過半数を有する者

イ 主たる債務者が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の保証人の主たる債務者に対する求償権についての保証契約(保証人が法人であるものを除く。)は、保証人が前記ア各号に掲げる者である場合を除き、その効力を生じない。

ウ 保証人(法人を除く。)が自発的に保証する意思を有することを確認する手段を講じた上で、自発的に保証する意思を有することが確認された者による保証契約は、上記ア又はイにかかわらず、有効とするものとする。【P】

とし、個人保証(第三者保証)の原則禁止を示している。

先に述べた「中間試案第17,6(1)「個人保証の制限」」に対応する記述である。その説明として以下のような記載がある。「現行法の下においては、保証契約は書面でしなければ効力を生じない旨の規定(民法第446条)や、貸金等根保証契約において定められるべき事項が定められていない場合にその契約

保証人の財産、収入、支払能力を債権者が立証することは極めて困難であり、保証人がそれを隠したまま保証債務を減免させる判決を得ることは妥当でなく、その正確性を担保できる制度がない限り、設けるべきではない。」とした。

を無効とする規定（民法第465条の2，第465条の5）はあるが，要式性や必要的に定めるべき事項を規定するにとどまらず一定の場合にはそもそも有効に保証契約を締結することができないことを定めた規定は，存在しない。」

そこで、「(1)素案アについて」は，

「保証契約は，不動産等の物的担保の対象となる財産を持たない債務者が自己の信用を補う手段として実務上重要な意義を有している。しかし，保証契約は個人的情義等から無償で行われることが通例である上，保証契約の際には保証人が現実に履行を求められることになるかどうか不確定であることから，保証人において自己の責任を十分に認識していないまま安易に契約が結ばれる場合も多い。そのため，個人の保証人が必ずしも想定していなかった多額の保証債務の履行を求められ，生活の破綻に追い込まれるような事例が後を絶たない。

保証人にとって過酷な結果を招くという問題が最も深刻に生じているのは，主たる債務者が事業のための資金を借り入れた債務の保証についてである。事業のための資金の借入れは，主債務者が法人であろうと自然人であろうと，多額になりがちだからである。そのため，事業のための借入れに当たっての，特に経営に關与しない第三者による保証の問題性は広く認識されるに至っており，保証に依存しない融資実務の確立に向けた試みが行われてきた。例えば，中小企業庁は，「事業に關与していない第三者が，個人的關係等により，やむを得ず保証人となり，その後の借り手企業の経営状況の悪化により，事業に關与していない第三者が，社会的にも経済的にも重い負担を強いられる場合が少なからず存在することは，かねてより社会的にも大きな問題とされてきております。」という認識を示した上で，信用保証協会が行う保証において経営者本人以外の第三者を保証人として求めることを原則禁止とした（平成18年3月31日付け「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」）。また，平成25年8月に金融庁が定めた「主要行等向けの総合的な監督指針」においても，経営者以外の第三者の個人保証について，直接的な経営責任がない第三者に債務者と同等の保証債務を負わせることが適当なのかという指摘があるという状況に鑑み，金融機関には，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趣旨を踏まえた対応を取る必要があるとされ，金融機関に対する監督における着眼点として，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方針を定めているか，経営に關与し

ていない第三者が例外的に個人連帯保証契約を締結する場合に、当該契約は契約者本人による自発的な意思に基づく申し出によるものであって、金融機関から要求されたものではないことが確保されているか、などが挙げられている。

このように事業資金の融資における第三者保証の問題点については広く認識されているところ、以上のような対応はいずれも行政的な手段によるものであり、保証契約が締結されてしまえば、債権者が行政上何らかの不利益を被ることがあり得るとしても、保証契約の効力は否定されず、保証人は保証債務を履行しなければならない立場に置かれることになる。そこで、保証人に過酷な事態が生じ得るという問題を抜本的に解決するためには、端的に、事業資金の貸金等債務を主債務とする保証契約の効力を制限する必要がある。

一方、上記のような中小企業庁、金融庁の対応などの結果、実務上も、事業資金の融資において、主債務者の経営に実質的に関与していない第三者に保証をさせることは減少しており、その私法上の効力を否定したとしても、原則として、中小企業等の円滑な金融を害するおそれは小さいと考えられる。

事業資金の借入れについて、主債務者の経営に関与している者の保証についても、保証債務履行時における保証人に対する対応如何によっては、経営者としての再起を図るチャンスを失わせたり、社会生活を営む基盤すら失わせるという問題を生じさせているとの指摘がされている。しかし、一方で、多くの中小企業（個人事業主を含む。）においては、家計と経営が未分離であることや、財務諸表の信頼性が必ずしも十分でないなどの指摘もあり、こうした中小企業に対する融資においては、企業の信用補完や経営に対する規律付けの観点から、経営者に対する個人保証の必要性は否定できない。また、保証については、情義に基づいて無償で行われることが多いことや、保証の時点では現実に保証債務の履行を求められることになるかどうか不明であることから、保証人がその責任を十分に理解しないまま安易に契約をすることが挙げられているが、主債務者の経営者が保証人になる場合には、それが情義に基づくものであるとはいえず、また、経営状態についても十分に理解しているから、保証債務の未必性という問題も大きいとはいえない。経営者保証が企業の信用補完の手段として現実に多用されていることからすると、その効力を否定すれば、企業の円滑な金融を阻害するおそれもある。これらのことからすると、事業資金の借入れによる債務を主債務とする保証契約であっても、経営者が保証人であるものに

については、その効力を否定するのは適当でない。

事業資金の借入れによる債務を主債務とする保証以外の保証にも、情義に基づいて行われるという性質や、現実に保証債務の履行を求められるかどうか、契約の時点では確定していないという性質があり、保証金額が多額なものである場合には、保証人にとって過酷な事態が生ずるとも考えられる。しかし、実務上現実に行われている保証には多様なものが含まれており、例えば子が進学に当たって借り入れた奨学金の返済義務を親が保証する場合や、居住用の建物の賃貸借に当たって賃借人の債務を親族が保証する場合など、保証の有用性を否定しがたい類型もある。そのため、一律に個人保証の効力を否定することは、社会的に有用な取引が行われなくなるという弊害をもたらすおそれがある。根保証については前記1による保証人保護の拡大も検討されていることなど、保証契約を無効とするという方法以外の保証人保護の手段も講じられている。現時点で、契約の効力を否定するという重大な効果によって規制する現実の必要性が生じている類型は、事業資金の借入れによる債務の保証のほかには、抽出することができない。

以上から、素案アは、主たる債務者が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であって保証人が個人であるものは、主たる債務者の経営に関与する者等として有効に保証をすることができる者（素案ア各号に掲げる者）によるものを除き、無効とするものである。また、貸金等根保証契約はほぼ全てが事業のために利用されるものであることから、併せて素案アの規制の対象としている。

なお、保証人が保証契約時には素案ア各号に掲げる者であったがその後その地位を失った場合に保証契約の効力は失われるかという問題があるが、債権者は有効な保証の存在を前提として貸付の可否や条件を判断したと考えられること、貸金等根保証契約においては極度額や確定期日が定められており、保証人としてもその限度では負担があり得ることを予測した上で保証契約を締結していることなどから、保証契約の効力は失われないことを想定している。」と記載し、第三者保証の無効化、経営者本人保証の有効性を認めている。

第三者保証を認める要件として、主債務者の経営に実質的に関与する者等についての詳細な記載があるが、それは省略する。部会資料70Aではさらに、第三者保証について、

「事業資金の借入れによる債務についての第三者による保証は、上記のとおり、その問題点が意識されるにつれて使用される例は減少しており、これを無効としても実務上の大きな混乱は基本的には生じないと考えられる。しかし、例えば、新たに起業をするに当たって担保なくして融資を得られるだけの信用がなく、物的な担保の対象とするだけの財産も保有していない一方で、起業を支援しようとする第三者が保証する意思を有している場合など、第三者保証を認めることが社会的に有用な場面がある。上記の中小企業庁「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」や、金融庁「主要行等向けの総合的な監督指針」においても、保証人になろうとする者が自発的に保証の申し出を行った場合には例外的に第三者保証が認められており、このような道を全く閉ざしてしまうと特に中小企業の金融などに支障を生じさせることにもなりかねない。保証人にとって過酷な結果を招きかねないという保証の問題を考慮すると、自発的にされたと認められる保証を適切に選別する手段を講じる必要があるが、適切な手段を講じることができれば、それによって選別された保証の効力を認めることも許容し得ると考えられる。そこで、素案イは、自発的にされたと認められる保証を適切に選別する手段が講じられることを条件として、第三者保証を例外的に有効とする道を認めようとするものである。その手段として具体的にどのような方法が考えられるかは、今後検討する必要があるため、【P】を付している。

自発性があると認められる保証を選別する手段としては、保証契約の締結に当たって公証人を関与させることが考えられる。例えば、公正証書で保証契約を締結しなければならないこととし、公正証書作成手続の厳格性に鑑み、保証人が公正証書によって任意に保証契約を締結した場合には、保証人に自発的な保証意思があるとみなすことである。この場合には、保証人は代理人によって契約を締結することができないものとする措置を併せて講ずることが考えられる。あるいは、更なる加重要件として、例えば、主債務者が主債務を履行しないときは保証人がその債務を代わって履行しなければならないことを理解していること、連帯保証をする場合にあっては、催告の抗弁、検索の抗弁、分別の利益を有していないことを理解していること、主たる債務の内容（根保証契約にあっては、極度額、担保される主債務の範囲）及びそれを理解していること、委託を受けた保証人にあっては、後記（２）アによる説明を主債務者が

ら受けたこと及びその内容を理解していることを、保証人になろうとする者が陳述しなければならないものとした上、保証人が保証契約締結の際に公証人の面前でそのように陳述し、かつその旨を公証人が公正証書に記載しなければ、保証契約の効力が生じないものとすることなども、検討対象の一案として考えられる。

その他の方法として、保証契約締結後一定期間内は、保証人が保証契約を解除することができることとすることが考えられる(一種のクーリングオフ)。もっとも、このような制度を導入するとすれば、保証人が主債務の貸付けがされた後に解除権(取消権)を行使した場合には、債権者はその貸付けを解除することができることを併せて規定する必要があると考えられる。実務上は、解除期間経過後に主たる債務者に対する融資が実行されることになると考えられる。」

と整理している。

このように、「要綱案のたたき台」を見る限り、第三者保証の原則禁止と、経営者保証についてはその有効性を提示している。

(5) 日弁連「保証人保護の方策の拡充に関する意見書」(2014年2月20日)

日弁連は、「要綱案のたたき台」(2013年11月)を受けて、日弁連は2014年2月20日に「保証人保護の方策の拡充に関する意見書」を取り纏めた。それは、

「意見の趣旨

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

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

である。ここでは、1の「個人保証の制限(第三者保証の原則禁止)」のみ紹介する。

「意見の詳細(設けるべき規定)及び理由

第1 個人保証の制限(第三者保証の原則的禁止)

1 意見の詳細（設けるべき規定）

1) 主たる債務の範囲に金銭の貸渡し若しくは手形の割引を受けることによって負担する債務（以下「貸金等債務」という。）が含まれる根保証又は事業のために負担した貸金等債務を主たる債務とする保証については、原則として、次に掲げる者以外の自然人を保証人とすることができないものとする。

主たる債務者の業務全般を執行する権限を有する者

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

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

3) 上記（1）にかかわらず、主たる債務者が事業を開始した日から3年を経過する日までに、当該事業のために必要な資金を取得する目的でした金銭の借入に基づくその返還債務について、同（1）の 及び 以外の者が公正証書をもって保証（ただし、根保証は除く。）をした場合に限り、その保証は有効とする。ただし、この場合、当該公正証書の方式については、以下の定めに従うものとし、かつ、保証債務については執行認諾文言を付することはできないものとする³³⁾。

公証人が、当該保証人に対し、次に掲げる事項について確認すること。

ア 主たる債務者がその債務を履行しない場合は、保証人がその履行をする責任を負うことを認識していること。

イ 連帯保証をする場合に当たっては、催告の抗弁及び検索の抗弁をすることができず、かつ、分別の利益を有していないことを、認識していること。

ウ 主たる債務の内容を認識していること。

エ 主たる債務者から次の事項について説明を受けていること。

33) 公正証書といっても、債務の存在を確認しただけの証書では執行証書にはならないので、執行証書とするためには、公正証書に強制執行可能なように債務者が直ちに強制執行に服する旨の記載が必要となり、これを執行認諾文言という。

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

保証人が、当該債権者に対し保証債務を負う旨を公証人に口授すること。
公証人が、保証人の口授を筆記し、これを保証人に読み聞かせ、又は閲覧させること。

保証人が、筆記の正確なことを承認した後、これに署名し、印を押すこと。

2 理由

1) 個人保証の制限(第三者保証の原則的禁止)の是非と根拠について

いわゆる個人保証の制限について、当連合会は、保証制度の抜本的改正を求める意見書(2012年(平成24年)1月20日)及び民法(債権関係)改正に関する中間試案に対する意見書(2013年(平成25年)6月20日)を提出し、民法(債権関係)改正の検討項目として個人保証の制限について取り上げるよう求めてきた。後者の意見書においては、民法(債権関係)改正に関する中間試案(以下「中間試案」という。)の第17-6の提案内容に賛成している。中間試案は、「次に掲げる保証契約は、保証人が主たる債務者の[いわゆる経営者]であるものを除き、無効とするかどうかについて引き続き検討する」とし、具体的には「ア主たる債務の範囲に金銭の貸渡し又は手形の割引を受けることによって負担する債務(貸金等債務)が含まれる根保証契約であって、保証人が個人であるもの」、及び「イ債務者が事業者である貸金等債務を主たる債務とする保証契約であって、保証人が個人であるもの」を挙げている。当連合会は上記ア及びイに規定する場合は保証人が主たる債務者の「経営者」である場合を除き、保証契約を無効とするべきであるとしている。また、その「経営者」の概念について明確にするべく、これを「保証人が当該事業者の業務を執行しているもの」と規定するものとし、それ以外の第三者の保証を禁止すべきであるとしている。

このような個人保証の制限を行うべき主たる理由は、a) 主たる債務者が破

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

こうした個人保証（第三者保証）の弊害があることから、実際にも、金融庁は、2011年7月に主要銀行や中小・地域金融機関向けの監督指針を改正し、「経営者以外の第三者の個人連帯保証を求めないことを原則とする融資慣行の確立」を明記した。そこでは、民間の金融機関に対し、経営者以外の第三者の個人連帯保証を求めないこととする原則に沿った対応を求めている。ただし、この金融庁の監督指針は、金融機関向けのものであり、いわゆる貸金業者等が対象外となっているばかりか、あくまで監督指針に過ぎないので、これに金融機関が違反しても直ちに法的なペナルティが課されるものではない。そこで、銀行のみならず貸金業者等も含めて、法律で正面から個人保証を制限することが時代のニーズともいえる状況となった。

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

2) 「経営者」の概念について

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

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

えない。

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

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

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

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

それ故、「経営者」の概念については、基本的には上記としつつ、付加的に、例えば「法人が主たる債務者の場合に、単独にて総社員又は総株主の議決権の過半数を有する者であって、当該貸渡し又は割引の依頼に係る行為をする者

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

これに対し、そのような者以外の者は、単なる単独社員又は株主に過ぎず、このような者についてまで保証人となることを認めるのは、所有と経営の分離という原則にそぐわず、かつ、現在の金融実務にも合致しないと考えられる。なお、中小企業における真実の株主構成を把握することは困難であるとの批判もあろうが、貸主側が融資の条件として株主構成に関する資料(株主名簿及び税務申告書の同族会社等の判定に関する明細書など)を主債務者側に提出させることは容易であり、問題はないと思料する(株主構成について主債務者側が虚偽の事実を告げた場合等については、後述のとおりである。)。また、事業のための貸金等債務を主たる債務とする保証において、その保証人の主たる債務者に対する求償権についても別途の保証がなされる場合があるが、これは貸金等債務の保証ではないものの、これについても、保証人が上記「経営者」に当たる場合を除き、原則としてその効力を生じないとするのが一貫しており、妥当である。この場合、当該別途の保証人が個人である場合にのみ、個人保証の制限の趣旨を及ぼせば足りるので、当該別途の保証人については、法人は除くものとした。

3) 第三者保証禁止の例外又は「経営者」概念の拡張について

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

第1に、現在の金融庁の監督指針のもとでは、第三者であっても「自発的に保証を申し入れた第三者」を例外的に保証人として許容しており、これにより、例えば、勤め先から独立して個人として起業あるいは法人を設立して新規開業

をする際に、その勤め先の経営者あるいは起業を行う者の親族等が保証することにより、起業ないし新規開業が可能ないし容易となっているとの指摘がある。

そこで、民法においても、「個人である保証人が自発的に保証する意思を有することを確認する手段を講じた上で、自発的に保証する意思を有することが確認された者」を第三者であっても保証人として認める旨の規定を設けるべきであるとする考え方が提唱されている(法制審議会民法(債権関係)部会資料70A, 5頁以下参照)。この点については、一方で、このような規定を民法に置いた場合は、例えば貸主が主たる債務者に指示して、保証人から「自ら保証の申し入れをします」旨の文書を出させるなどにより自発性を装うケースが続発し、第三者保証禁止の趣旨がないがしろにされるおそれがある。

他方で、事業として確立した場合は格別、上記のようなそれ以前の段階においては、事業開始ないし事業の確立目的での資金調達を支援するための特別な配慮が必要であり、そのための保証を許容することはやむを得ないと思料する。そこで、民法において、事業開始から3年以内の当該事業のための金銭消費貸借の保証に限り、かつ、その場合も被担保債権額等が変動し事業開始から3年を経過した借入金債務等をも担保することのできる根保証は認めないこととし、及び下記の方式に従い公正証書を作成する方法により保証した場合に限り、第三者保証を例外的に許容するのが妥当である。

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

主たる債務者がその債務を履行しない場合は、保証人がその履行をする責任を負うことを認識していること。

連帯保証をする場合にあっては、催告の抗弁及び検索の抗弁をすることができずかつ、分別の利益を有していないことを、認識していること。

主たる債務の内容を認識していること。

事業のために債務を負担する主債務者から委託を受けて保証人になる場合は、その主債務者から(ア) 同人の収入及び現在の資産、(イ) 同人が当該債務以外に負っている債務の内容、額及び履行状況、(ウ) 同人の事業の具体的な内容及び現在の収益状況、(エ) 主たる債務についての他の

担保の有無及びその内容について説明を受けていること。

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

第2に、「経営者」という例外の他に、「元経営者」も例外とするべきであるとの意見もある。例えば、事業承継において、現在の経営者が高齢等のために引退し、後継者に事業を引き継ぐ場合に、引退した経営者が保証人となることを認めることにより、事業承継の円滑化を図る必要があるという指摘がある（部会資料62 23頁(3)）。しかし、この指摘は、中小企業の実態にそぐわないと考えられる。なぜなら、中小企業の代表者その他の「経営者」は、既に事業者の保証人となっているのが通常であり、その代表者等の地位を辞しても債権者が同意しない限り、その保証契約は有効に存続するので、新たに「元経営者」の保証を求める必要がないと考えられるからである。

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

それ故、上記のような事業承継における「元経営者」の保証の問題は、前述した実質的オーナーの要件を満たすか否かによって結論を異にするというべきであり、この場合に特別な基準を設ける必要はないと考える。なお、別途、事業承継において後継者を新たな保証人として追加することを認めるか否かが問題となるが、この場合は、後継者が主たる債務者の業務全般の執行権限を有する地位（株式会社でいえば、業務執行権限を有する取締役）にある場合は、「経営者」として保証人となることができるので、特段の問題がないと思料される。

4) その他の問題点

上記の考え方に立った場合に、さらに次の点が問題となる。

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

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

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

第2に、融資の際の株主構成に関する申告においては支配株主とされていた者が、保証人の責任を問われた際に、実際には保証契約成立時において支配株主ではなかったことが判明した場合も問題がある。しかし、これについても、上記と同様に、法人を主たる債務者とする場合に、当該保証の成立時において、当該法人が、債権者に対し、単独にて総社員又は総株主の議決権の過半数を有する者として表示した者であつて、その当時において、当該法人のために、当該債権者に対し、金銭の借入等の申入れを行うなどして、業務全般の執行権を有する者に準ずる者というべき状態となつたのであれば、その保証契約を有効とすることなどが考えられる。

5) まとめ

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

(6) 「要綱案のたたき台(10)」(2014年3月18日)

2014年3月18日の第86回会議で提出された「要綱案のたたき台(10)」(部会資料76A)では、保証について以下のように整理された。

「第2保証

1 個人保証の制限

個人保証の効力に関して、次のような規定を新たに設けるものとする。

(1) 主たる債務者が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(保証人が法人であるものを除く。)又は貸金等根保証契約は、保証人が次

に掲げる者である場合を除き、その効力を生じない。

ア 主たる債務者が法人その他の団体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

イ 主たる債務者が法人である場合のその総社員又は総株主の議決権の過半数を有する者

(2) 主たる債務者が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の保証人の主たる債務者に対する求償権についての保証契約（保証人が法人であるものを除く。）は、保証人が上記（1）各号に掲げる者である場合を除き、その効力を生じない。

(3) 保証契約の締結に先立ち、次に掲げる方式に従った公正証書が作成されていたときは、当該保証契約に関しては、上記（1）及び（2）は、適用しない。

ア 保証人になろうとする者が、次に掲げる事項を公証人に口授すること。

(ア) 保証人は主たる債務者がその債務を履行しないときにその履行をする責任を負うことを理解していること。

(イ) 連帯保証である場合には、連帯保証人は催告の抗弁、検索の抗弁及び分別の利益を有しないことを理解していること。

(ウ) 上記(ア)及び(イ)を理解した上で主債務について保証契約を締結する意思を有していること。

イ 公証人が、保証人になろうとする者の口述を筆記し、これを保証人になろうとする者に読み聞かせ、又は閲覧させること。

ウ 保証人になろうとする者が、筆記の正確なことを承認した上、署名し、印を押すこと。ただし、保証人になろうとする者が署名することができない場合は、公証人がその事由を付記して、署名に代えることができる。

エ 公証人が、その証書は前各号に掲げる方式に従って作ったものである旨を付記して、これに署名し、印を押すこと。

中間試案第17、6「(1) 個人保証の制限」

次に掲げる保証契約は、保証人が主たる債務者の〔いわゆる経営者〕であるものをき、無効とするかどうかについて、引き続き検討する。

ア 主たる債務の範囲に金銭の貸渡し又は手形の割引を受けることによって負担する債務（貸金等債務）が含まれる根保証契約であって、保証人が個人であるもの

イ 債務者が事業者である貸金等債務を主たる債務とする保証契約であって、保証人が個人であるもの

（説明）

1 いわゆる経営者の範囲

部会資料70A第1,2(1)においては、主たる債務者が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（保証人が法人であるものを除く。）は原則として無効とされ、例外的に主債務者と一定の関係にある者のみが保証契約を締結することができることとされていた。

例外的に保証をすることができる者として、主債務者が法人その他の団体である場合のその代表者（部会資料70A第1,2(1)ア^ア）と、その業務を執行する権利を有する者（部会資料70A第1,2(1)ア^イ）が挙げられていた。これによれば、例えば取締役会設置会社において業務を執行する取締役として選定されていない取締役（会社法第363条1項2号参照）や、委員会設置会社における取締役（同法第415条）は、業務を執行する権利を有する者に当たらないため保証することはできないことになる。しかし、業務を執行する権利を有しない取締役も、業務執行の決定をする権限を有する取締役会（同法362条2項）の一員として会社の重要な意思決定に関与することができる。事業性の債務を主債務とする保証契約の効力の原則的な禁止は、保証が情義に基づいて断りきれずに締結されることが多いこと、保証契約を締結する時点では保証債務の履行を求められるかどうかは確定しておらず、保証契約を締結するリスクについて合理的な判断が困難であることを根拠とするものであるが、業務執行の決定に関与することができる者による保証は情義に基づくという側面が弱く、また、このような者は業務執行の決定に必要な情報を入手する権限も与えられているから、このような者による保証の効力を肯定しても、保証契約の原則的禁止の趣旨に反するとまでは言えない。また、経営者保証には経営の規律付けに寄与するという面があり、この点を考慮して保証を無効とするという原則の適用が除外されているが、業務を執行する者だけでなく、業務執行の決定に関与する者についてもその意思決定の規律付けという趣旨が妥当する。そこで、業務執行の権利を有する者だけでなく、業務執行の決定に関与することができる者についても、有効に保証人になることができる者に含めるのが相当であると考えられる。これを踏まえ、素案においては、保証人になることができる者を「主たる

債務者が法人その他の団体である場合のその理事，取締役，執行役，業務を執行する社員又はこれらに準ずる者」と改めている。

部会資料 70A においては，保証することができる者として主債務者の代表者をも挙げていたが（同第 1，2(1)ア(ア)）、「理事，取締役，執行役」等に含まれるため，これと別に規定しないこととした。また，無限責任社員も挙げられていたが，これは主債務者の業務執行等に関与することに着目したのではなく，主債務者の債務について責任を負うべき地位にいることから，保証契約を有効に締結することができることとしてもより重い責任を負わせることにはならないという点に着目したものであった。その点で，もともとその趣旨が他の類型とは異なるものであった上，無限責任社員としての責任は主債務者が債務を履行することができない場合の二次的なものであるのに比べて保証人については必ずしもそうではないなど，責任の在り方も必ずしも同じとは言えない。そこで，素案では無限責任社員は挙げていない。「同等以上の支配力を有する者」については，その内容が不明確であるとの批判があり，これに該当するかどうかによって保証契約の効力の有無が左右されるものであることを考えると不明確な概念をできる限り排除すべきであると考えられるため，素案(1)ではこれを別に規定してはいない。

2 第三者が例外的に保証をするための要件

部会資料 70A においては，会社と一定の関係にある者として有効に保証をすることができる者以外の者であっても，保証意思を確認するための厳格な手続を経ることによって有効に保証契約を締結することができる余地を残す考え方が提示されていた。これについての第 80 回会議における審議の経過も踏まえ，素案(3)では，素案(1)ア又はイに該当する者以外の者であっても，保証意思を公正証書によって確認することによって有効に保証をすることができるとともに，この場合に従うべき方法を定めている。

保証契約の効力を原則として否定するのは，保証契約の持つ情義性や未必性などの性質から，典型的に，保証人になろうとする者がそのリスクを合理的に判断することなく安易に締結しがちであることを根拠とするものであることからすると，例外的に保証契約を有効に締結することができることとするためには，保証人になろうとする者が保証契約を締結することのリスクを十分考慮した上でなお保証契約を締結する意思を有することを確認する必要がある。そこ

で、本文（3）においては、保証契約を締結しようとする者が、保証契約や連帯保証契約の意味を理解していること、これを理解した上で保証契約を締結する意思を有していることを公証人に対して口頭で陳述することを要件としている。中間試案においては、保証契約締結時に保証契約や連帯保証契約の意味を債権者が保証人になろうとする者に対して説明しなければならないという規律を設けることが検討課題とされていたが、債権者の陳述義務ではなく保証人の陳述という形で、保証人になろうとする者が保証の意味等を理解しているという状況を実現しようとするものである。その上で、保証人になろうとする者が口授した内容を正確に記録する手段を、公正証書遺言に関する民法第969条を参考として規定している。なお、保証契約を締結しようとする者が口がきけない者又は耳が聞こえない者である場合については、必要な規定を設ける必要がある（同法第969条の2参照）。

素案（1）の原則に対する素案（3）のような例外を設けることに対しては、保証人保護の観点から、その余地を客観的に限定する必要があるという指摘もある。例えば起業をしたばかりで十分な信用が得られていない主債務者を支援するために第三者が保証をする場合など、第三者保証の必要性が特に高い類型に限って素案（3）による第三者保証の余地を残し、それ以外については素案（3）のような例外を設けないという考え方である。もっとも、客観的に素案（3）の適用範囲を限定する基準をどのように設定するかも困難な問題であるが、どのように考えるか。

2 契約締結時の情報提供義務

契約締結時の情報提供義務に関して、次のような規定を新たに設けるものとする。

（1）事業のために債務を負担する者がその債務について保証を委託するときは、委託を受ける者（法人を除く。）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。

ア 資産及び収入の状況

イ 主たる債務以外に負担している債務の有無、額及び履行状況

ウ 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

(2) 主たる債務者が上記(1)の説明をせず、又は虚偽の説明をしたために委託を受けた者が上記(1)各号に掲げる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その承諾の意思表示をした場合において、主たる債務者が上記(1)の説明をせず、又は虚偽の説明をしたことを債権者が知り、又は知ることができたときは、保証人は、保証契約を取り消すことができる。

中間試案第17,6「(2) 契約締結時の説明義務、情報提供義務」

事業者である債権者が、個人を保証人とする保証契約を締結しようとする場合には、保証人に対し、次のような事項を説明しなければならないものとし、債権者がこれを怠ったときは、保証人がその保証契約を取り消すことができるものとするかどうかについて、引き続き検討する。

ア 保証人は主たる債務者がその債務を履行しないときにその履行をする責任を負うこと。

イ 連帯保証である場合には、連帯保証人は催告の抗弁、検索の抗弁及び分別の利益を有しないこと。

ウ 主たる債務の内容(元本の額、利息・損害金の内容、条件・期限の定め等)

エ 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は、主たる債務者の[信用状況]

(説明)

1 事業の具体的な内容及び現在の収益状況

部会資料70Aにおいては、事業のために債務を負担する者が保証を委託する場合に提供すべき情報の内容の一つとして、「当該事業の具体的な内容及び現在の収益状況」を掲げていた。しかし、事業のために債務を負担する者は、特定の事業のためというよりも、主債務者が行う事業全体のために借入れをすることも多く、その債務の負担に対応する「事業」を特定することができない場合がある。また、この情報提供義務の趣旨は、保証人が主債務者による弁済の可能性を検討し、自分が現実に保証債務を履行しなければならなくなる蓋然性を把握することを可能にする点にあるが、主債務者が事業のために債務を負担するに当たっての責任は通常は主債務者の財産の全体であるから、特定の事業の内容や当該事業の収益状況に関する情報が、主債務者自身による弁済の可能性を判断する上で不可欠のものとは言えない。素案(1)アによって、主債

務者の資産や収入の状況について情報提供義務を負うこととされており、これに委ねれば足りると考えられる。そこで、今回の資料では、「事業の具体的な内容及び現在の収益状況」は情報提供義務の対象からは除外している。

2 誤認と意思表示との因果関係

部会資料70Aにおいては、主債務者が適切な説明をしなかったために保証人になろうとする者が誤認に陥った場合には、主債務者による説明が不適切であったことを債権者が知り、又は知ることができたことを要件として、保証契約の解除を認めていた。これは、誤認と意思表示の因果関係を要件としないことにより、保証人が保護される範囲を拡大する効果を持つものであった。しかし、第80回会議においては、誤認と意思表示との間に因果関係があるのでなければ取消しという効果を付与することの説明が困難であるとの指摘や、この因果関係を要件から除外することにより、現実には保証人の意思決定に大きく影響を与えたわけではない些細な誤認を理由とする取消しを認める余地が生ずるとの批判があった。これらの批判をも踏まえ、今回の資料においては、誤信と意思表示との因果関係を要件とすることとしている。

3 主たる債務の履行状況に関する情報提供義務

請求による履行状況の情報提供義務について、次のような規定を新たに設けるものとする。

債権者は、委託を受けた保証人から請求があったときは、保証人に対し、遅滞なく、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) 主たる債務についての不履行の有無

(2) 履行期が到来した元本、利息及び遅延損害金の額（既払額を除く。）

中間試案第17,6「(3) 主たる債務の履行状況に関する情報提供義務」事業者である債権者が、個人を保証人とする保証契約を締結した場合には、保証人に対し、以下のような説明義務を負うものとし、債権者がこれを怠ったときは、その義務を怠っている間に発生した遅延損害金に係る保証債務の履行を請求することができないものとするかどうかについて、引き続き検討する。

ア 債権者は、保証人から照会があったときは、保証人に対し、遅滞なく主たる債務の残額〔その他の履行の状況〕を通知しなければな

らないものとする。

イ（略）

（説明）

1 現行の規定

保証人は、主債務者による債務不履行があるかどうか、主債務をどれくらい弁済し、残額がどれほどかを当然に知り得る立場にはなく、これらについて知る最も確実な方法は債権者に照会することである。しかし、現行法上は、保証人が債権者に対して照会した場合に債権者がどのような義務を負うかについて、規定は設けられていない。

2 問題の所在

主債務者が主債務について債務不履行に陥ったが、保証人が長期間にわたってそのことを知らず、保証人が請求を受ける時点では遅延損害金が積み重なって多額の履行を求められるという酷な結果になる場合があることが指摘されている。そのため、主債務の履行状況について保証人が知る手段を設ける必要がある。

また、債権者の側からも、金融機関が守秘義務を負うことを考慮すると、保証人からの照会に対して回答することが許されるかどうか判断に迷う場合があるとの指摘があり、保証人から照会があった場合に債権者が採るべき行為に関する規律を設ける必要がある。

3 改正の内容

素案は、委託を受けた保証人が請求したときは、債権者は、主債務者による債務不履行の有無や債務の残額などについて情報提供しなければならない旨の規定を設けるものである。

債権者に対して情報を求めることができるのを委託を受けた保証人に限定したのは、債務不履行の有無や主債務の額などは主債務者の信用などに関する情報であるから、主債務者の委託を受けていない場合にまで、これらの情報を請求する権利を与えるのは相当でないと考えられるからである。

債権者が保証人からの請求に対して提供しなければならない情報は、債務不履行の有無、履行期が到来した金額（既払額を除く。）である。これらの情報は、保証人が現時点又は将来に負う責任の内容を把握するために必要なものだからである。」

その後、2014年5月27日に、日本弁護士連合会消費者問題対策委員会民法改正部会有志(黒木和彰,辰巳裕規,千綿俊一郎)から、「部会資料78Bに関する提案」が提出された。「部会資料78B第2「保証人の責任制限」に関し、下記の規定を設けることを提案する。

記

1 主たる債務者が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(保証人が法人であるものを除く。)を締結した保証人は、保証債務の弁済期が到来した以後に、自己の責任を下記の(1)の価額から同(2)及び同(3)の価額を控除した額の限度に減縮することを裁判所に請求することができる。

(1) 減縮の請求をした時点において保証人が有する財産の価額

(2) 民事執行法(昭和54年法律第4号)第131条第3号に規定する額に2分の3を乗じた額

(3) 差し押さえることができない財産(民事執行法第131条第3号に規定する金銭を除く。)の価額

2 前項の規定は、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

[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が含まれるもの]に準用する。この場合において、「保証債務の弁済期が到来した以後」とあるのは「主たる債務の元本が確定した以後」と読み替えるものとする。

3 保証人は、前二項の請求をしようとするときは、訴え又は抗弁によって行うものとし、その時点において自己が有する財産の目録を作成して裁判所に提出しなければならない。

4 第1項又は第2項の請求につき保証人の責任を減縮する確定判決について、保証人が、悪意で自己が有する財産(差し押さえることができない財産を除く。)の全部又は一部を目録中に記載しなかったことが、口頭弁論終結後に証明された場合には、その判決の変更を求める訴えを提起することができる。」

いわゆる比例原則の提言である。

(7) 「要綱仮案」(2014年8月26日)

2014年8月26日に決定された「要綱仮案」では「第18の6 保証人保護の方策の拡充」で以下のように規定された。すなわち、個人保証の制限について、「(1) 個人保証の制限 個人保証の制限について、次のような規律を設けるものとする。

ア 保証人が法人である場合を除き、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、ア 事業のための貸金債務についての個人保証契約は、保証契約の前1ヶ月以内に、保証意思が公正証書で確認されていないと無効となる、とされた。イ 事業のための貸金債務の保証人が有する、主たる債務者に対する求償権を、個人が保証する場合も、ア、と同様である。ウ たとえ保証人となろうとする者が個人であっても、主たる債務者が法人である場合の取締役や理事・執行役・これに準じる者、株式を過半数有する者等が保証人となる場合は、ア、イ、は適用しない。主たる債務者が個人である場合の共同事業者、事業に実際に従事している配偶者についても、ア、イ、は適用しない、とされた³⁴⁾。

34) 2014年6月24日の第92回会議の部会資料80-3「要綱仮案の原案(その2)の補説明」には下記のような説明がある。「(説明)部会資料78A第3,1「個人保証の制限」と基本的に同内容である。ただし、次の各点が異なる。

(1) 部会資料78A第3,1では、保証契約の効力が生じないという原則を定めた上で、その例外として、法人である主たる債務者の役員等への適用除外と、公証人が関与する手続を経た場合の適用除外とを並列的に規定する案を提示していた。しかし、このような規定の仕方は、必ずしも簡明でなく、ルールを分かりやすく提示するという観点からは適当でないと考えられる。そこで、公正証書の作成と保証契約の効力との関係を明確にするために、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、当該保証契約の効力は生じないという原則を、まずア及びイで提示する構成を採ることとしている。」(この部会資料78Aは、本文「32」(6)で示した76Aとほぼ同じである。しかし、この変更は却って原則が不明になった印象がある。個人保証の制限については、審議会の土壇場でやや細かい変更があり、分かりにくい。特に、事業に実際に従事している配偶者は経営者本人保証と同列でかつ公正証書要件から外れたが、ここまで規定することが望ましいのであろうか、との感想を抱く。第92回会議の議事録(および第88回会議議事録)を見ると、日本商工会議所から配偶者保証が金融機関からの融資の際に活用されている実務上の状況に鑑み、公正証書要件の適用除外とする見解が出され、成文化されたようだが、この点についての異

この個人保証の制限規定は、貸金債務についての個人保証の意思確認を厳格にすることで(公正証書の作成)、保証人となろうとする者の保護を図る、ことである。この意味は、事業のための貸金債務の個人保証が禁止されたわけではないと解される。また、一定の範囲の者については、公正証書作成義務が課されない。このように、金融機関で個人保証を取る範囲が狭まると考えられるかもしれないこと、特に公正証書が義務付けられる者の個人保証を取るケースは、ハードルが高いので例外となると思われる、という評価もありえよう³⁵⁾。

「保証契約締結時の情報提供義務(要綱仮案 第18,6,(2))」については、「ア 事業のために生じる債務の個人保証を依頼するときは、債務者は、当該個人に対して債務者の財産や収支、債務の状況、担保として提供するものがあるか等を説明しなければならない。

イ 債務者がその説明をしなかったり事実と異なる説明をしたこと(以下「不実の説明等」)によって個人が保証人となった場合で、債権者が不実の説明等があったことを知っていたか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せる。」

とし、事業のための個人保証人の保護が図られた。これは、保証取消という重要な制度の新設である。事業のための貸金債務の他、例えば、事務所や工場等事業に使う物件の賃貸借契約の個人保証人に対しては、賃借人に説明義務がある。不実の説明等がなされ、そのことを債権者が知ることができた場合などは、保証人は保証契約を取り消せる。

この新設規定は実務上、保証人が主たる債務者の不実の説明等を理由に保証契約取消を主張することが可能になるので、債権者は不実の説明等がなかった、又は不実の説明等を知ることができなかったと主張することになり、トラブルも起こりうる。このようなトラブルを避けるため、保証契約の際、保証人は、

論も多く、夫婦財産独立性の法理からの反論も見られる。ある委員は「今後、本規定の空文化に努力したい」と述べているように、やや拙速の印象もある。)。

35) 既に『金融検査マニュアル』では、その .1.(1). (ii)(顧客の属性の確認)で、「個人連帯保証契約の場合にあっては保証人の経営への関与の度合い」の確認手続が必要とされ、これに関する欄外説明、において「経営者以外の第三者と連帯保証契約を締結する場合は、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の観点に照らし、必要に応じ「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」における考え方に留意することとしているか検証する。」とされている。

主たる債務者から、その財産状況等について説明を受けたことを確認する等の文書の作成が必要になる。

(8) 改正民法案(2015年3月31日)

2015年3月31日に閣議決定された民法改正案では、「第五款 第三目 事業に係る債務についての保証契約の特則」では、保証契約・根保証契約の締結日の「前1ヶ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なければ、その効力を生じない」(第465条の6)として、公正証書の作成を保証契約の要件とした。

ただし、この公正証書作成を要しない適用除外を別に定めている(第465条の9)。すなわち、法人が債務者の場合には、その理事・取締役・執行役又はこれに準ずる者、総株主の議決権の過半数を有する者等は適用除外である。また、個人の債務者の場合には、共同して事業を行なう者と債務者の配偶者についても適用除外となる。しかし、適用除外の規定の中で、主たる債務者が個人である場合(経営者本人保証)については明文規定がなく、第465条の9の三で「主たる債務者(法人であるものを除く)と共同して事業行う者又は主たる債務者が行う事業の現に従事している主たる債務者の配偶者」とされ、主たる債務者の共同経営者と事業に実際に関わっている配偶者は、公正証書要件なしで保証人となることが可能となる。経営者本人保証とその配偶者は個人保証から逃れられないとも解される。

さらに契約締結時の情報提供義務について(財産・収支、債務の有無・額・履行状況、担保として他に提供している状況)、債務者が情報提供しなかったり、事実と異なる情報によって保証人になる者が不利になることを債権者が知った場合には、保証人は保証契約を取り消せる、とされる(第465条の10)。

この改正民法の規定は、経営者保証のみならず、第三者からの保証も可能とするものである。一方、保証人となる者が、保証契約を締結する1か月前以内に、公正証書によって保証をする意思を明確にしないと、保証契約は効力を生じないとし、個人保証徴求には一見ハードルが高くなっている印象を受ける。「要綱案たたき台(5)」ないし「同(10)」では、第三者保証原則禁止が示されており、公正証書作成の意思表示は自発的に保証人になる場合とされていたが、改正民法の条文にはそのような記載はない³⁶⁾。

通常、保証人となる者が公証人役場に行くのは、融資が決まってからである。保証人が公正証書の作成を拒否すれば、融資は受けられないので、保証人は公正証書の作成を拒むことは難しい。自発的に保証人になる場合は問題ないとしても、やむを得ず保証人を頼まれた場合などのように自発性が薄い場合もあり、公正証書の作成というハードルによって保証人がどれだけ保護されるのかについては慎重な検討が必要であろう。実務的には、公証人役場で強制執行認諾文言付保証契約書が作成される可能性が大きく、保証人の義務は厳しいものとなる。

公正証書作成による意思確認というハードルはあるものの、個人保証を原則禁止していない改正民法の規定は、第三者保証の原則禁止・経営者保証限定化という中小企業金融における近年の動向と整合的でない印象を受ける。前述のように、個人保証については、その負担の減少が進んできたが、第三者でも、公証人役場で保証意思確認の証明書をとれば、保証人になれること、保証制限の対象外の人物が特定された（経営者、経営者の配偶者（事業に従事）、取締役、過半数の株主）から、従来から金融機関が採用してきた保証人徴求の方法と個人保証重視方針が、あまり変化しない可能性もある。第三者保証の場合、公証人役場で証明をとる事務負担が増えるという課題もある。

4. おわりに

個人保証の活用は中小企業金融において定着した信用補完・債権保全の手法であり、融資慣行として金融実務上は重要である。反面、「民法要綱仮案のたたき台」（部会資料 70A）が正しく指摘したように、保証契約は友人に頼まれて止むを得ずといった個人的情義（情誼）等から無償で行なわれることが通例で

36) 第三者保証原則禁止ではないと記したが、実務家（弁護士）による解説による、「事業性借入金を主債務とする場合の個人保証につき公正証書による事前の意思確認がなければ原則として無効」とするとされる。法理としては、公正証書によつて事前の意思確認がなければ保証契約は無効というのが原則で（第三者保証原則禁止）、経営者保証や主債務者が法人の場合の理事・取締役・執行役等や主債務者が個人の場合の配偶者を事前の意思確認不要の例外としている、とされる（有井・足立 [2015] pp. 60-64）。但し、条文上原則禁止の文言はない。保証契約を締結する条件として公正証書による意思確認を要件としているに過ぎないので、第三者保証は否定していないとも読め、条件付容認ないし限定容認とも理解される。

ある上、保証契約の際には保証人が現実に行を求められることになるかどうか不確定であることから、保証人において自己の責任を十分に認識していないまま安易に契約が結ばれる場合も多い。そのため、個人の保証人が必ずしも想定していなかった多額の保証債務の履行を求められ、生活の破綻に追い込まれるような事例が後を絶たないのである。このような保証人にとって過酷な結果を招くという問題が最も深刻に生じているのは、債務者が事業のための資金を借り入れた債務の保証について多く生じる。事業のための資金の借入れは、主債務者が法人であろうと自然人であろうと、多額になりがちだからである。そのため、事業のための借入れに当たっての、特に経営に関与しない第三者による保証の問題性は広く認識されるに至っており、保証に依存しない融資実務の確立に向けた試みが行なわれてきた。その状況は冒頭の表に示した通りである。

その方向性は、第三者保証の原則禁止と、経営者本人保証の限定的活用による軽減化であり、この10年程でその動きが進んできた。ところが、2015年3月の改正民法案では、第三者保証の原則禁止は明記されていない。「事業に係る債務についての保証契約の特則」として公正証書の作成を要件とした第三者保証は有効と規定しているに過ぎない。公正証書による意思表示がない場合の第三者保証は無効という意味になるので、原則禁止と読めないわけではない。これは、ベンチャー企業の支援をしようというような自発的に保証人になることを想定しての規定である。事情を十分承知ないまま保証人になるようなケースや経営の実態を調べることが躊躇われるケース等には有効かもしれないが、窮地に陥っている経営を手助けしようというときには非自発的な場合もありえるので、実務上は微妙である。金融機関からの融資が決まるので保証人になって欲しいという状況では、なかなか拒否することは難しいからである。この点で、法律の予想する自発的に保証人になるケースであっても、積極的になる場合とそうでない場合が有り得て、法の精神が十分満たされるには課題が残る。

今回の改正民法案では、経営者本人保証についての規定はなく、その限定化は明記されていない。明記されていないので、「経営者保証ガイドライン」の方向を是認しているともいえよう。この点は、法解釈に待つしかない。

問題は、法人が主債務者の場合にその理事・取締役・執行役・これらに準ずる者が第三者保証を行なうことは排除していないことである。これは主債務者

が個人で、その共同経営者や主債務者の配偶者が第三者保証を行なう場合も同様である。公正証書作成が第三者保証の必須要件であるが、この公正証書作成要件が不要となるのである。経営に深く関わる者には第三者保証を求めることが可能になるので、これまで第三者保証を原則禁止にしてきた実務上の取り扱いと比較すると退歩の印象を強くする。また、「準ずる者」の範囲も不明確な印象を受ける。

中小企業庁の2006年3月通達では、信用保証協会が行なう保証制度について、2006年度に入ってから保証協会に対して保証申込を行なった案件について、経営者本人以外の第三者を保証人として求めることを、原則禁止とした。既に記載したが、再述すると、実質的な経営権を有している者、営業許可名義人又は経営者本人の配偶者（当該経営者本人と共に当該事業に従事する配偶者に限る。）が連帯保証人となる場合、経営者本人の健康上の理由のため、事業承継予定者が連帯保証人となる場合、財務内容その他の経営の状況を総合的に判断して、通常考えられる保証のリスク許容額を超える保証依頼がある場合であって、当該事業の協力者や支援者から積極的に連帯保証の申し出があった場合（ただし、協力者等が自発的に連帯保証の申し出を行なったことが客観的に認められる場合に限る。）、というような特別な事情がある場合については、例外とした。改正民法案と、ほぼ同様な例外規定ともいえるが、中小企業庁通達の方が限定的である。

筆者は、2006年4～7月に行なわれた中小企業庁の「新しい中小企業金融研究会」の座長を努め、2006年7月25日公表の報告書において「経営者の個人財産と会社財産の区分が明確ではないことを勘案すると、中小企業の経営者本人に保証を求めることは、モニタリングの観点から一定の合理性が存在するものの、個人に過度な負担を求めることは保証人の生活基盤を破壊することにつながる（これは経営に関与しない第三者保証人の場合、特に大きな問題となるが、その徴求は依然として実施されている。また、過度に人的保証に依存することは、金融機関による中小企業経営の実態把握能力の弱体化や、事業再生への着手を遅らせる等の重大な影響を招来する）。

かかる観点を踏まえれば、不動産担保や人的保証（特に第三者保証）に依存した金融慣行の是正は不可欠といえ、経済産業省・中小企業庁としてもこうした課題の克服には注力してきたところである。また、金融庁も、「地域密着型

金融の機能強化の推進に関するアクションプログラム（平成 17～18 年度）」において、各金融機関に本件の改善を要請している。今後、中長期的には、現行の金融緩和状況が解消し、金利水準や金融機関の貸出姿勢に変化が起こる可能性があることも踏まえ、一層の環境整備や政策を実施していくことが重要であると考えられる。」³⁷⁾

と認識した。

その上で、同報告書「2. 経済・金融環境に左右されにくい資金調達」の「2-2. 個別施策（1）不動産担保・人的保証に過度に依存しない金融」の「保証人非徴求の推進」で以下のように整理した。

「平成 16 年 11 月の民法の一部改正による包括根保証の禁止、平成 18 年 4 月から開始された信用保証協会における第三者保証人の原則非徴求化、さらには民間金融機関における第三者保証人を不要とする融資商品の広がり等、第三者保証人の徴求については一定の改善の動きが見られる。もっとも、依然として第三者保証人の徴求について改善の余地は存在し、且つ中小企業金融において経営者本人の保証が徴求されないことは極めて稀である。

保証には、金融機関のエージェンシーコストを下げる、或いは（本人保証の存在によって）経営責任が明確化される等、一定の有意義な機能もあるが、事業資金に対する個人保証徴求によって発生するマイナスの影響をも踏まえた対応が検討されるべきである。

特に、主として保全を目的に行われる第三者保証徴求については、事業資金の調達のために当該事業とは直接関係の無い第三者を保証人として徴求することから、当該第三者が別企業の経営者の場合には連鎖倒産を引き起こしたり、個人の場合にはその生活基盤自体に大きな悪影響を及ぼすなど、これまでも幾度となく社会問題として取り上げられてきており、小規模企業の資金調達機会の確保に配慮しつつ、その非徴求化を推進すべきである。

具体的には、信用保証協会による第三者保証人の非徴求化を一層徹底すること等を通じ、民間金融機関も含め、第三者保証人の非徴求を推進するよう働きかけを行うとともに、公的機関が率先して、非徴求とする取扱を徹底・拡大すべきである。また、本人保証については、個人の資産と会社の資産とが一体である場合が多い中小企業については、その経営責任を確保する観点から、的確

37) 中小企業庁 [2006] pp. 26~27。

に求めることが必要となるが、その徴求は、必要性を十分吟味した結果ではなく、機械的・画一的な運用で行われている側面もあるため、各種特約の付与等によって現在本人保証が有している有意義な機能を代替させる手法を活用する等、その合理化についても議論すべきである。」

とした。それを踏まえ、

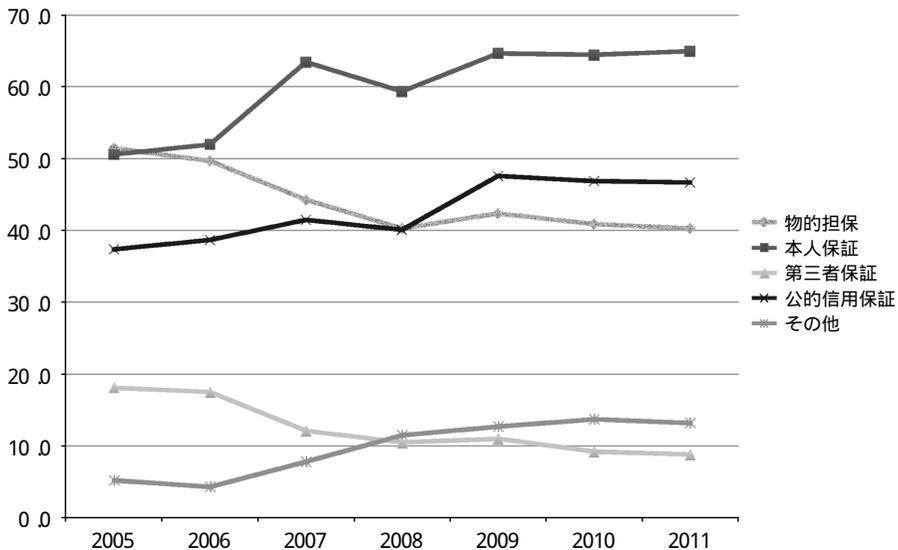
「【今後の対応】

- i) 第三者保証人非徴求という金融慣行を根付かせるために、公的機関による第三者保証人の非徴求を徹底・拡大すべきであり、民間金融機関についても同様の対応が期待される。また、徴求する場合であっても、第三者保証人に対して、保証行為の詳細な説明及び自由意思の確認を実施すべきである。
- ii) 本人保証についても、経営者のモラルハザード防止を図ることを前提とした上で、特約の活用等による合理化について議論すべきである。³⁸⁾

としたところである。

このような整理をした立場からすると、今回の改正民法案には若干の違和感を消し去ることができない。経営者本人保証については否定していないので、これまで以上に活用される懸念があること、第三者保証の原則禁止は公正証書

（図4）担保・保証の利用状況（構成比，複数回答）



（出所）中小企業庁「中小企業実態基本調査」

38) 同報告 pp. 35~37。

作成要件の安易な活用がなされる懸念があること、公正証書作成要件適用除外の場合に経営関与の「準ずる者」の拡大解釈も怖れがある事等、近年の個人保証の禁止・緩和の方向と平仄を合わせない感を抱くのである³⁹⁾。

〔参 考 文 献〕

- 有井友臣・足立格「民法（債権関係）の改正と信用金庫への影響 第19回総まとめ 債権法改正法案の概説（下）」『信用金庫』第69巻第7号，2015年7月，pp. 60~65。
- 池田真朗「債権譲渡に関する民法（債権法）改正の問題点 - 対抗要件と将来債権譲渡についての法制審議会部会資料を基にした検討 - 」『慶應法学』第19号，2011年3月，pp. 67~96。
- 植杉威一郎「中小企業金融安定化特別保証制度の検証」『信用保険月報』2006年5月。
(<http://www.rieti.go.jp/jp/papers/contribution/uesugi/01.html>)
- 「政府による特別信用保証には効果があったのか」渡辺努・植杉威一郎編『検証 中小企業金融』日本経済新聞出版社，2008年9月。
- 内田貴『民法 [第3版] 債権総論・担保物権』東京大学出版会，2012年1月。
『民法改正』ちくま新書，2011年10月。
『民法改正のいま - 中間試案ガイド』商事法務，2013年7月。
- 小野有人「中小企業における担保・保証の役割 - 決定要因と企業パフォーマンスへの影響 - 」金融構造研究第32号，2010年，pp. 1~10。
- 大村敦志『民法改正を考える』岩波新書，2011年10月。
- 角紀代恵「民法改正を考える（9）債権法改正の必要性を問う 「契約ルールの世界的・地域的統一化」への批判を中心に」『法律時報』第82巻第2号，2010年2月。
- 加藤雅信「民法（債権法）改正の現在 - 民法典の劣化は防止できるか：「中間試案」の検討 - 」(<http://www.win-cls.sakura.ne.jp/pdf/34/02.pdf>)
『民法（債権法）改正 - 民法典はどこへ行くのか』2011年5月，日本評論社。
『民法（債権法）改正の現在 民法典の劣化は防止できるか「中間試案」の検討』『季刊企業と法創造』34号。
『民法（債権法）改正の「中間試案」上・下』『法律時報』2013年4月号・5月号。
- 金融庁「新しい中小企業金融の法務に関する研究会報告」2003年7月16日。
・中小企業庁「中小企業における個人保証等の在り方研究会報告」2013年5月。
- 『現行条文からみる民法改正提案完全比較』第一法規，2010年10月。
- 小出篤「中小企業金融における人的保証の機能」『企業法の理論 下巻』（商事法務，2007年1月），pp. 494~495。
『債権法改正における「保証」制度の改正について - 日弁連「意見書」の検討』『学習院法務研究』第7号，2013年3月，pp. 73~90。

39) 筆者が（独）中小企業基盤整備機構に関わっていた時期に、高度化事業における協同組合に対する融資（高度化融資。都道府県を通じる融資のバックファイナンス）において、組合員が共同保証を行なうスキームの問題として個人保証とほぼ同様の問題があった。組合の債務を組合員全員が保証しているためである。同種の問題は政府機関の融資類似業務で存在する可能で高い。

国土交通省住宅局「住宅瑕疵担保履行制度の在り方に関する検討委員会報告書」2015年3月。

(http://www.mlit.go.jp/jutakukentiku/house/jutakukentiku_house_tk4_000086.html)

住宅保証支援機構「民法(債権関係)改正検討と住宅の瑕疵担保責任」2014年1月。

(<http://www.housing-warranty.jp/material/minpou.pdf>)

商事法務『諸外国における保証法制及び実務引用についての調査研究業務報告書』2012年3月。

編『民法(債権関係)改正法案 新旧対照条文』商事法務, 2015年5月。

鈴木仁志『民法改正の真実 - 自壊する日本の法と社会』講談社, 2013年3月。

瀬川信久「民法改正は誰のためか」日本経済新聞, 2011年12月11日。

中小企業庁「新しい中小企業金融研究会報告」2006年7月。

椿寿夫・伊藤進編著『法人保証の研究』有斐閣, 2005年12月。

中含寛樹「書評 椿寿夫・伊藤進編著『法人保証の研究』有斐閣, 2005年12月。

平野裕之「保証規定の改正をめぐるいくつかの問題点」『慶應法学』第19号, 2011年3月, pp. 31~65。

平成23年度産業金融システム構築及び整備調査委託事業『間接金融の機能強化のための調査研究報告書』三菱UFJリサーチ&コンサルティング, 2012年2月。

法制審議会民法(債権関係)部会ホームページ

(http://www.moj.go.jp/shingi1/shingikai_saiken.html)。

松尾弘『民法改正を読む - 改正論から学ぶ民法 -』慶應義塾大学出版会, 2012年9月。

『民法(債権関係)部会資料集』第1集・第2集。

村本孜「イノベーションと金融 - 中小企業向け融資の金融インフラの整備 -」『社会イノベーション研究』第7巻第2号, 2012年3月(b), pp. 1~28。

「金融インフラの新たな手法としての資本性借入(DDS) - 金融イノベーションの視点から -」『社会イノベーション研究』第8巻第1号, 2012年11月(c), pp. 71~113。

『中小企業支援・政策システム - 金融を中心とした体系化』蒼天社出版, 2015年7月。

「民法における「瑕疵」文言の消滅 - 住宅瑕疵担保履行制度との関連において -」(未公表)。

能登真規子「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』第227号, 2008年12月, pp. 371~395。

野沢正充編『瑕疵担保責任と債務不履行責任』日本評論社, 2009年8月。

大垣尚司『大垣尚司『電子債権 - 経済インフラに革命が起きる -』日本経済新聞社, 2005年11月。

『金融から学ぶ民事法入門』勁草書房, 2012年3月。

「金融と法 - 方法論的序説 -」日本金融学会春季大会報告, 2015年5月16日。

大沢伸太郎「フランスにおける保証人の保護に関する法律の生成と展開(1)・(2)」『比較法学』第42巻第2号・第3号, 2009年1月・3月, pp. 47~90・25~73。

柚木馨編『注釈民法(14) 債権(5) 贈与・売買・交換 §§549~586』(復刊版)有斐閣, 2013年1月。

山野目章夫「フランス保証法における過大な個人保証の規制の法理」(法制審議会民法(債権関係)部会44回会議委員等提出資料, 2012年4月3日。

(<http://www.moj.go.jp/content/000097381.pdf>)

民法改正と個人保証

吉田邦彦「民法改正論議における方法的・理論的問題点」『ジュリスト』2008年12月1日号。

Katz, A. W., “An Economic Analysis of Guaranty Contract,” Columbia Law School, Center for Law and Economic Studies, Working Paper No. 136, March 1998. (*University of Chicago Law Review*, Vol. 66 No. 1, Winter 1999.)

Ono, A., Sakai, K. and Uesugi, I., “The Effects of Collateral on Firm Performance,” *Journal of the Japanese and International Economies*, Vol. 26 Issue 1, March 2012, pp. 84~109.

, and , “The Role of Collateral and Personal Guarantees in Relationship Lending: Evidence from Japan’s SME Loan Market,” *Journal of Money, Credit and Banking*, Vol. 41 Issue 5, August 2009, pp. 935~960.

, Uesugi, I. and Yasuda, Y., “Are Lending Relationships Beneficial for Public Credit Guarantees? Evidence From Japan’s ECG Program during the Financial Crisis,” 2010, mimeo.

付記

本稿は、本研究「環太平洋地域における中小企業支援施策の比較分析 - 日本型金融モデルの有効性の検証 - 」プロジェクトの成果の一部である。

(むらもと・つとむ 成城大学社会イノベーション学部教授)

民法改正と個人保証

議論の整理：中小企業金融との関連において

(研究報告 71)

平成 27 年 9 月 18 日 印 刷

平成 27 年 9 月 30 日 発 行

非売品

著 者 村 本 孜

発行所 成城大学経済研究所

〒157 8511 東京都世田谷区成城 6 1 20

電 話 03(3482)9187 番

印刷所 白陽舎印刷工業株式会社
