

## はじめに

2017(平成 29)年 5 月 26 日民法の一部を改正する法律(平成 29 年法律第 44 号)が成立し、同年 6 月 2 日公布され、一部規定を除き 2020 年 4 月 1 日から施行されるが、本書において重点的に取り上げている個人保証保護のための公証人による保証意思確認手続に関する規定は、2020 年 3 月 1 日から施行される。今回の民法改正の目的は、債権関係の規定について取引社会を支えるもっとも基本的な法的基盤である契約に関する規定を中心に、社会経済の変化への対応を図るための見直しと、民法を国民一般にわかりやすいものとするとの観点から実務で通用している基本的ルールを適切に明文化することにあるとされている。それにもかかわらず、改正の中核の一つをなす保証債務の規定は、従前に比してかなり複雑化しており、わかりやすい解説書が強く望まれている分野となっている。

そこで、本書は、今回改正法のうち、保証に関する部分についてできるだけ平易な解説を試みたものである。第 1 章では、今回の改正の眼目であった保証人保護政策の変遷や立法経過を中心に保証一般について概説し、これを踏まえて第 2 章以下で、事業に係る債務についての保証契約の特則(民法第 3 編第 1 章第 3 節第 5 款第 3 目)等について詳述する体裁をとっている。特に事業に係る債務についての保証契約の特則は、新設規定であり、過去の実例もない分野であるので、実務上生起するであろう諸問題を深く掘り下げ、保証契約に関与する当事者の他、裁判官、弁護士、公証人、司法書士、行政書士、金融等実務担当者など、法律実務家の執務の参考に供することを目的としている。もとより、改正民法のうちの保証分野に関する概説書で

あるから、民法を学ぶ方々や、広く保証問題に関心を有する一般読者にも本書が利用されれば望外の幸せである。なお、本書は3名の筆者の共同執筆になるものであり、内容については3者で協議を重ね統一を図っているが、発刊を急いだため記述の体裁については一部にやや統一を欠く部分が残っているがご寛容いただきたい。この点は、機会が在れば後日を期したい。

本書が成るに当たっては、株式会社日本法令の岩倉春光氏、田中紀子氏に一方ならずお世話をいただいた。この場を借りて厚く御礼申し上げたい。

2018年4月

執筆者一同

# C O N T E N T S

## 第 1 章 保証債務に関する 2017(平成 29)年改正民法の概要

<b>第 1 保証一般についての法制度の俯瞰と沿革</b> .....	14
<b>1 2017(平成 29)年民法改正における保証法改正の位置</b>	
<b>づけ</b> .....	14
(1) 保証債務の基本理念の大転換	14
(2) 民法上の保証及び類似の法制度	15
<b>2 保証人保護の方策の変遷</b> .....	20
(1) 1933(昭和 8)年 身元保証に関する法律(身元保証法) 制定	20
(2) 判例の対応(最判昭和 39 年 12 月 18 日民集 18 卷 10 号 2179 頁等)	21
(3) 2004(平成 16)年 民法の一部改正	22
(4) 2006(平成 18)年 3 月 31 日中小企業庁通達「信用保証協 会における第三者保証人徴求の原則的禁止について」	23
(5) 2010(平成 22)年 6 月 18 日閣議決定	24
(6) 2011(平成 23)年 7 月 14 日金融庁「経営者以外の第三者 による個人連帯保証等の慣行の見直し等」についての金 融機関向け監督指針の改正	24
(7) 2014(平成 26)年 2 月 1 日実施 経営者保証に関するガ イドライン	24
(8) 2017(平成 29)年民法(債権法)の改正	25

## 第2 保証債務についての2017(平成29)年改

正民法(概説)	28
1 保証債務の意義と性質	28
(1) 保証債務の当事者	28
(2) 保証債務と主たる債務の内容の同一性	31
(3) 保証債務の性質	32
2 保証債務の成立	40
(1) 保証契約の要式性	40
(2) 契約締結前の情報提供義務	44
(3) 保証と錯誤・詐欺等	47
(4) 保証契約と保証委託契約	50
(5) 保証人の資格	51
3 保証債務の存続	52
(1) 保証債務の内容	52
(2) 主たる債務の履行状況等についての情報提供	54
4 求償権	56
(1) 保証人の求償権(事後求償権)	56
(2) 事後求償権の制限	58
(3) 受託保証人の事前求償権	63
5 連帯保証	66
(1) 連帯保証の意義	66
(2) 連帯保証の特色	67
(3) 連帯債務との違い	68
6 共同保証	69
(1) 共同保証の意義	69
(2) 債権者に対する関係	69
(3) 共同保証人間の求償権	70
(4) 共同保証人の一人に生じた事由の他への影響	71

7	根保証	71
	(1) 根保証の意義と種類	71
	(2) 元本確定前の債権者と保証人の地位	72
	(3) 2004(平成16)年民法改正による個人貸金等根保証に関する特則	73
	(4) 2017(平成29)年民法改正による個人根保証の保護	74

## 第2章 保証人保護の方策の拡充

第1	個人保証の保護	88
1	はじめに	88
2	事業のために負担した貸金等債務	90
3	求償権に係る債務を主たる債務とする保証契約	91
4	個人保証保護の例外(保護対象外となる個人保証)	91
5	契約締結時の情報提供	92
第2	保証債務履行意思表示(保証意思宣明)公正証書	93
1	はじめに	93
2	保証意思宣明公正証書の法的性質	95
3	保証意思宣明公正証書作成が必要とされる類型	98
	(1) 事業のために負担した貸金等債務	98
	(2) 貸金等債務の保証に係る求償権保証における個人保証	100
4	保証意思宣明公正証書の作成嘱託を受けたが民法465条の6等に基づき公正証書の作成が必要とされる場合か否かについて疑義がある場合の処理について	103
	(1) 総論	103

(2) 事業のために負担した貸金等債務該当性 104

(3) 事業に現に従事している配偶者該当性 105

## 5 保証意思宣明公正証書の作成 ..... 106

(1) 作成手順 106

(2) 保証予定者の口授すべき事項（公証人が保証予定者から口授を受けるべき事項） 110

(3) 公証人が口授を受ける事項等について留意すべき事項 112

(4) 民法 465 条の 6 の口授の対象とされていないが保証意思判断の際に考慮されるのが相当な事項 122

(5) 個人根保証、連帯根保証の場合の留意事項 124

(6) 保証契約の内容が確定できていない段階で、保証意思宣明公正証書作成の囑託があった場合 127

(7) 連帯保証契約の代替手段としての「併存的債務引受契約」、「連帯債務契約」と民法 465 条の 6 等の準用（類推適用）について 128

(8) 会社の事業資金とするため会社代表者が個人として借入する場合の保証について 129

(9) 事業のために負担した貸金等債務を主たる債務とする債務弁済（承認）契約の保証やこれを旧債務とする準消費貸借契約の保証について 131

(10) 将来債務・条件つき債務の保証 132

(11) 身元保証 133

## 6 保証意思宣明公正証書の作成囑託を拒否すべき場合につ

いて ..... 134

(1) 保証意思の積極的確認 134

(2) 保証意思と錯誤・詐欺等 134

(3) 債務者の事前情報提供義務との関係 136

(4) 法律上保証意思宣明公正証書の作成が必要とされる場

合に当たるか否かについての判断	137
<b>7 その他関連事項</b>	<b>137</b>
(1) 保証意思宣明公正証書と同時に（執行認諾文言付）保証契約公正証書を作成することの可否について	137
(2) 事業用資金としては融資を受けられないため、他の名目で融資を受ける際の保証について	140
(3) 保証契約の締結後、主たる債務者の事業に現に従事していた配偶者が離婚した場合についての保証責任	140

### 第3章 保証意思宣明公正証書と保証契約を巡る諸問題

<b>第1 委託を受けた個人保証人に対する主たる債務者の情報提供義務</b>	<b>144</b>
1 事前の情報提供	144
2 委託を受けた個人保証人による保証契約の取消権	146
(1) 取消要件	146
(2) 他の制度との関係	147
3 情報提供を受けていない保証予定者から保証意思宣明公正証書作成嘱託があった場合の公証人の対処について	147
<b>第2 保証意思宣明公正証書と保証契約との間の相違を巡る問題</b>	<b>149</b>
1 はじめに	149
2 保証意思宣明公正証書の法定口授事項関係	150
(1) 主たる債務の元本額	151
(2) 利息の変動の場合	153
(3) 損害金の変動の場合	154
(4) 根保証について	155

<b>3</b>	<b>保証意思宣明公正証書の法定口授事項以外</b> .....	157
	(1) 弁済期日、弁済方法について	158
	(2) 期限の利益喪失条項	160
	(3) 保証契約締結日	160
<b>4</b>	<b>まとめ</b> .....	160

### **第3 各種文例（参考記載例）** .....

#### **I 保証意思宣明公正証書文例** 164

文例1・単純保証の場合	164
文例2・単純保証の場合	170
文例3・連帯保証の場合	174
文例4・連帯根保証の場合	178
文例5・連帯根保証の場合	184

#### **II 質問事項書兼回答書文例** 188

文例1・単純保証の場合	188
文例2・単純保証の場合	190
文例3・連帯保証の場合	193
文例4・連帯根保証の場合	195

#### **<付録>**

保証債務の条文—新旧対照表	198
---------------	-----



## 凡 例

1. 法制審議会民法（債権関係）部会、国会の関係では以下の略称を用いる。

部会資料 法務省事務局作成の法制審議会民法（債権関係）部会席上配布資料

部会議事録 法務省事務局作成の上記部会の議事録

参院法務委議事録 第193回国会参議院法務委員会会議録

2. 民法典については、旧法と新法で特に差別化をして記載するのが適切な場合には「旧法」「新法」「改正民法」という表現を用い、その余においては「民法」という表現を用いる（旧法・新法という表現は、厳密に言えば正確ではないが、表記のしやすさとイメージを優先させて採用したものである。）。なお、文脈の関係で「改正前民法」という表現を用いている箇所がある。

3. 引用文献のページ数については、関係個所の冒頭ページ数又は中心となる記述があるページ数を表記している。

4. 判例・雑誌は、慣例により、次のように表記する。

集民 最高裁判所裁判集 民事

民集 大審院民事判例集、最高裁判所民事判例集

民録 大審院民事判決録

金法 金融法務事情

判時 判例時報



5. 以下の書籍については、本書を通じて略記する。

- 我妻 我妻栄『新訂債権総論（民法講義Ⅳ）』（岩波書店、1964年）
- 我妻・中一 我妻栄『債権各論中巻一』（岩波書店、1957年）
- 内田 内田貴『民法Ⅲ 債権総論・担保物権〔第3版〕』（東京大学出版会、2005年）
- 内田Ⅱ 内田貴『民法Ⅱ 債権各論〔第3版〕』（東京大学出版会、2011年）
- 旧注民（11）西村信雄『注釈民法（11）債権（2）』（有斐閣、1965年）
- 新版注民 窪田允見『新注釈民法（15）（8）』（有斐閣、2017年）
- 潮見Ⅰ 潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（信山社、2017年）
- 潮見Ⅱ 潮見佳男『新債権総論Ⅱ』（信山社、2017年）

6. 参考文献



- 青山大樹ほか 『条文からわかる 民法改正の要点と企業法務への影響』（中央経済社、2015年）
- 債権法研究会 『詳説 改正債権法』（きんざい、2017年）
- 潮見佳男 「民法（債権法）改正の動向と今後の見通し」（全国クレジット・サラ金対策協議会、2011年）
- 『民法（債権法）改正と保証人保護』24頁所収）
- 潮見佳男 「民法（債権法関係）改正法案の概要」（きんざい、2015年）
- 名藤朝気ほか 「保証に関する民法改正と金融機関の実務対応」
- 金法2019号44頁
- 日本公証人連合会 『新訂公証人法』（ぎょうせい、2012年）
- 日本弁護士連合会 「統一消費者信用法要綱案」（2003年公表）
- 日本弁護士連合会 「保証人保護の方策に関する意見書（2014年公表）
- 平野裕之 「民法（債権法）改正を契機とした保証法改正について—中間論点整理に即した検討—」（全国クレジット・サラ金対策協議会、2011年）
- 『民法（債権法）改正と保証人保護』53頁所収）

- 松嶋一重 「保証債務（その1）」金法 2012 号 40 頁
- 吉野衛 「執行証書作成の実務上の諸問題」公証法学 29 号 33 頁
- 山野目章夫ほか 「(座談会) 民法（債権関係）改正と金融実務—保証を中心に—」金法 1954 号 33 頁



第1章

保証債務に関する  
2017(平成29)年改正民法の概要



# 保証一般についての 法制度の俯瞰と沿革

## 1 2017(平成29)年民法改正における保証法改正の位置づけ

### (1) 保証債務の基本理念の大転換

民法は、日常生活や日常的な経済活動に直接かかわる最も基本的なルールであり、それゆえに特定の分野においてだけ適用される特殊な法律関係については、その都度特別法が用意されてきた。民法が適用される保証には、保証会社等による有償保証のほか、経営者自身による経営者保証、経営者同士の相互保証、不動産賃借債務の個人保証、住宅ローンの個人保証、企業信用の個人保証、いわゆるホステス保証<sup>(注1)</sup>など、様々なバリエーションがあるが、身元保証については、1933(昭和8)年に身元保証に関する法律(身元保証法)が、民法の特別法として制定されるに至っている。一般法と特別法との切り分けに忠実であろうとすれば、今回の改正は、事業に係る個人保証について、特にその情誼性(個人保証人は義理と人情により保証を断り切れず引き受けてしまいがちであるという特質)・軽率性(保証契約を締結するリスクについて合理的に判断をすることが個人保証人には困難であるという特質)、未必性(保証契約を締結する時点では個人保証人が保証債務の履行を求められる

(注1) ホステスが客の支払いを店の経営者に対して保証する契約。最判昭和61年11月20日集民149号151頁は必ずしも無効でないとする。

ことが確定していないという特質) ゆえに格別の規制を施すというものであるから、特別法の制定で対応するとの立法政策もあり得た<sup>(注2)</sup>。

しかしながら、2004(平成16)年の民法の一部改正により、貸金等根保証につき、保証人の属性に注目した個別の各則的な規定を置くという立法政策をすでに採用していたことから、2017(平成29)年民法改正においても保証の規定中の各則規定を拡充するという立法となっている。

それとは別に、個人保証に対して格別の規制を施すことにより、旧来の保証とは別形式への逃避も懸念されている<sup>(注3)</sup>。

そこで、まずは、保証類似の法制度を概観し、次に今回の法改正に至る沿革につき略述することとする。

## (2) 民法上の保証及び類似の法制度

保証とは、主たる債務者がその債務の履行をしない場合に、保証人が代わってその債務を履行するという合意をいう(民法446条1項)。

---

(注2) 潮見佳男「民法(債権法)改正の動向と今後の見通し」(『民法(債権法)改正と保証人保護』全国クレジット・サラ金対策協議会(2011(平成23)年)24頁所収)は、消費者契約法の中に保証に関する特則を設けることを選択肢の一つとし、また、日本弁護士連合会は「統一消費者信用法要綱案」(2003(平成15)年公表)を個人保証規制法として提案している。

(注3) 平野裕之「民法(債権法)改正を契機とした保証法改正についてー中間論点整理に即した検討ー」(『民法(債権法)改正と保証人保護』全国クレジット・サラ金対策協議会(2011(平成23)年)53頁所収)は、債権者は保証の代わりに、債務引受や、連帯債務者としたり(併存的債務引受)、損害担保契約、物上保証等に流れる可能性があるとして述べている。

債権者から見た場合、保証債務（民法 446 条ないし 465 条の 10）や連帯債務（民法 436 条ないし 445 条）などの人的担保によって債務者の数が総体として増えるならば、通常は、自己の債権の引当てとなる一般財産も増えることになるので、債権の保全機能を強化することになる。

そのため、民法は、物的担保すなわち物の価値を把握することにより債権担保の機能を果たすことを目的とする抵当権（民法 369 条ないし 398 条の 22）や質権（民法 342 条ないし 366 条）などの担保物権を法定しているほか、多かれ少なかれ人的担保としての機能を持つ仕組みとして、次の類型の法律関係を規律している。

### ① 不可分債務

債務の目的がその性質上不可分である場合において、1 個の不可分な給付を目的として数人の債務者がいる場合（民法 430 条・436 条ないし 445 条のうち 440 条を除く規定を準用）。

### ② 連帯債務

債権の目的がその性質上可分である場合において、法令の規定又は当事者の意思表示によって数人の債務者が、同一内容の給付につき、それぞれ独立に、全部の給付をすべき債務を負担し、その中の一人でも給付をするときには、他の債務者もまた債務を免れるという債務（民法 436 条ないし 445 条）。

### ③ 不真正連帯債務（旧法下の概念）

2017(平成 29)年民法改正前には、(ア)真正の連帯債務では、各債務者に共通の社会的、経済的目的があり、それによって債務者間につながりが認められる（共同目的による主観的関連がある）のに対し、(イ)そのような共同目的による主観的関連がな

い(例えば民法715条の使用者の賠償義務と民法709条に基づく被用者の賠償義務)類型が観念され「不真正連帯債務」と呼ばれていた。しかし2017(平成29)年民法改正により、真正連帯債務のみに認められていた絶対効のうち、更改(民法438条)・相殺(民法439条1項)・混同(民法440条)並びに弁済等債権者に満足を与える事項だけが絶対効を有するとされ、履行請求・免除・消滅時効の完成は相対的効力しか有しないこととなった(民法441条本文)。それにより、改正民法下では、連帯債務と不真正連帯債務の区別は不要となっている。

ただし、絶対効・相対効の規律については、債権者及び他の連帯債務者の一人が別段の意思表示をしたときは、当該他の債務者に対する効力は、その意思に従うこととなる(民法441条但書)。

#### ④ 保証債務

主たる債務が履行されない場合、保証人がこれに代わって履行することを内容とする債務(民法446条ないし465条の10)。単純な保証のほか以下の⑤ないし⑦の特殊形態がある。

#### ⑤ 連帯保証債務

保証債務のうち、保証人が主たる債務者と連帯して保証することを債権者と特約した場合の保証であり、連帯保証人は催告の抗弁権及び検索の抗弁権を有しない(民法454条・458条比較参照)。

保証債務が、主たる債務者の商行為によって生じたとき、又は保証が商行為であるときは、主たる債務者及び保証人が各別の行為によって債務を負担したときであっても、常に連帯保証債務となる(商法511条)。そのため、銀行取引を含む実務上、大多数は連帯保証債務となる。



## ⑥ 共同保証

複数の保証人が、それぞれ単純な保証債務を負担した場合をいう。法の建前は、各保証人の債務額は保証人の数に応じて分割されることとなる（「分別の利益」という。）（民法456条）が、それでは債権者にとって保証人を複数付けた意味が乏しいので、特約で全額について債務を負担させること（「保証連帯」という。）も可能である。実務上、単純な共同保証の中では、保証連帯が圧倒的に多い。

## ⑦ 根保証

特定の債務を担保するのではなく、一定の期間の間に継続的に生じる不特定の債務を包括的に担保する保証。実務上、次の3類型がある。

(ア) 信用保証…継続的な売買や銀行取引等から生じる不特定の債務の保証

(イ) 不動産等賃借人の債務の保証

(ウ) 身元保証…㉗被用者に帰責事由のある損害賠償義務が発生した場合の保証（狭義の身元保証）と、㉘被用者の賠償義務の有無にかかわらず、使用者に与えた損害を補てんするもの（身元引受）がある。いずれの性質を有するかは、当事者の合意内容いかんによって決せられる。

身元保証のうち、㉗の狭義の身元保証は保証契約の性質を有する。したがって、身元保証人が個人であるときは、その身元保証は個人根保証契約の性質を有するため、身元保証法の他、民法の個人根保証に関する規定も適用されることとなる（後記第2の7(4)参照）。雇用契約の締結時、病院への入所時、老人ホームや障害者施設への入所時など、狭義の身

## 著者略歴

### 宗宮 英俊（そうみや ひでとし）

1972（昭和47）年 判事補任官。法務省訟務局参事官・行政訟務第2課長、東京地裁部総括判事、裁判所書記官研修所長、新潟地裁所長、東京高裁部総括判事などを歴任した後、公証人（神田公証役場・日本公証人連合会文例委員会委員長等）、専修大学法科大学院客員教授等を経て、現在弁護士。この間、司法試験考査委員（行政法・商法・民事訴訟法）等を務める。

#### 主な著書・論文

- 「国家賠償訴訟の実務」（編著、新日本法規出版・1993）
- 「現代裁判法体系（21）労働基準・労働災害」（編著、新日本法規出版・1998）
- 「抗告異議申立の実務と書式」（編著、新日本法規出版・2009）
- 「民事訴訟法主要判例集」（共著、商事法務・2009）
- 「事例から見る訴訟算定の手引（第3版）」（編著、新日本法規出版・2015）
- 「公証実務をめぐる2、3の問題について」（編著、法政理論・第46巻第3号所収）等

### 寶金 敏明（ほうきんとしあき）

1973（昭和48）年 法務大臣官房訟務部付、その後、大阪・仙台の訟務部付、東京地裁判事補、法務省訟務局付、法務総合研究所の教官・研修第三部長、札幌・東京の法務局訟務部長、法務省訟務局租税訟務課長、東京国税不服審判所長、東京法務局長、最高検察庁検事、内閣府情報公開・個人情報保護審査会常勤委員、公証人（川崎公証役場）、駿河台大学法科大学院教授、中央大学法科大学院客員教授等を経て、現在弁護士（第一東京弁護士会）。

#### 主な著書・論文

- 「現代裁判法大系（29）租税訴訟」（編著、新日本法規出版・1999）
- 「4訂版 里道・水路・海浜」（単著、ぎょうせい・2009）
- 「境界の理論と実務」（単著、日本加除出版・2009）
- 「活用しよう！ 任意後見」（編著、日本加除出版・2011）
- 「実務のための行政法・地方自治法・地方公務員法」（単著、日本加除出版・2015）
- 「山林の境界と所有」（編著、日本加除出版・2016）

### 岩田 好二（いわた こうじ）

1975（昭和50）年 判事補任官。東京法務局訟務部付、公害等調整委員会事務局審査官、東京地裁部総括判事、横浜地裁部総括判事、松江地家裁所長、大阪高裁部総括判事等を経て、現在公証人（浜松町公証役場）。公証人在任中に、東京公証人会法規委員、日本公証人連合会文例委員等を歴任。

#### 主な著書・論文

- 「遺言モデル文例と実務解説」（共著、青林書院・2015）