

民法上の「保証」について

2008年11月26日

野 村 豊 弘

1 はじめに

(1) 問題関心

(i) 「保証」ということばの多義性

※いわゆるサブリース契約における「賃料保証」の意義

テナントに賃貸（転貸）することを目的として、建物を一括して、所有者から賃借する不動産業者が所有者（賃貸人）に対して賃料を保証している。賃料債務について、賃借人自身（＝債務者本人）が一定額以上の賃料の支払いを保証するものであって、通常用語法とは異なる（訴訟において、賃借人は、「賃料保証」は、賃借人が賃料支払いを約束したに過ぎず、特別の意味はないと主張している）。

民法446条以下の保証（多数当事者の債権関係）

附従性、随伴性、催告の抗弁・検索の抗弁

身元保証（主たる債務の未発生）

保証書（瑕疵保証）

損害担保契約

(ii) フランス法の概念

cautionnement

保証人（caution）が債権者に対して、債務を負担する契約（フランス民法2288条（1））と考えられている。

garantie

広義では、ある者が金銭的な損失を被ることに対して、予め備えるすべての仕組みをいう。とくに、売買、請負などにおける担保責任をいう。cautionnement（保証）、

(1) 2006年改正前の2011条。

sûreté（担保）などと同義に用いられる。

(2) 報告の内容

2 民法上の保証

(1) 保証の意義・性質

補充性

附従性

随伴性

保証人の抗弁権

催告の抗弁権・検索の抗弁権

(2) 保証に関する特約の対抗力

(i) 最判59・5・29民集38巻7号885頁、判タ530号133頁、判時1117号3頁、金商698号3頁

① 保証人と債務者との間の求償権について法定利率と異なる遅延損害金の約定

「二 そこで、まず、上告理由のうち、保証人である被上告人は、債務者である訴外会社との間で代位弁済による求償権の内容につき民法459条2項によつて準用される同法442条2項の定める法定利息と異なる特約をしても、第三者である上告人に対しては右特約の効力をもつて対抗することができないと主張する部分について、検討する。

弁済による代位の制度は、代位弁済者が債務者に対して取得する求償権を確保するために、法の規定により弁済によつて消滅すべきはずの債権者の債務者に対する債権（以下「原債権」という。）及びその担保権を代位弁済者に移転させ、代位弁済者がその求償権の範囲内で原債権及びその担保権を行使することを認める制度であり、したがつて、代位弁済者が弁済による代位によつて取得した担保権を実行する場合において、その被担保債権として扱ふべきものは、原債権であつて、保証人の債務者に対する求償権でないことはいうまでもない。債務者から委託を受けた保証人が債務者に対して取得する求償権の内容については、民法459条2項によつて準用される同法442条2項は、これを代位弁済額のほかこれに対する弁済の日以後の法定利息等とする旨を定めているが、右の規定は、任意規定であつて、保証人と債務者との間で右の法定利息に代えて法定利率と異なる約定利率による代位弁済の日の翌日以後の遅延損害金を支払う旨の特約をすることを禁ずるものではない。また、弁済による代位の制度は保証人と債務者との右のような特約の効力を制限する性質を当然に有すると解する根拠もない。けだし、単に右のような特約の効力を制限する明文がないというのみならず、当該担保権が根抵当権の場合においては、根抵当権はその極度額の範囲内で原債権を

担保することに変わりはなく、保証人と債務者が約定利率による遅延損害金を支払う旨の特約によつて求償権の総額を増大させても、保証人が代位によつて行使できる根抵当権の範囲は右の極度額及び原債権の残存額によつて限定されるのであり、また、原債権の遅延損害金の利率が変更されるわけでもなく、いずれにしても、右の特約は、担保不動産の物的負担を増大させることにはならず、物上保証人に対しても、後順位の抵当権者その他の利害関係人に対しても、なんら不当な影響を及ぼすものではないからである。そして、保証人と右の利害関係人とが保証人と債務者との間で求償権の内容についてされた特約の効力に関して物権変動の対抗問題を生ずるような関係に立つものでないことは、右に説示したところから明らかであり、保証人は右の特約を登記しなければこれをもつて右の利害関係人に対抗することができない関係にあるわけでもない（法がそのような特約を登記する方法を現に講じていないのも、そのゆえであると解される。）。以上のとおりであるから、保証人が代位によつて行使できる原債権の額の上限は、これらの利害関係人に対する関係において、約定利率による遅延損害金を含んだ求償権の総額によつて画されるものというべきである。」

② 保証人と物上保証人との間でなされた代位の割合を変更する特約

「三 つぎに、保証人である被上告人と物上保証人である本多との間でされた民法501条但書5号の定める代位の割合を変更する特約の第三者に対する効力の存否に関する違法をいう部分について、検討する。

民法501条は、その本文において弁済による代位の効果を定め、その但書各号において代位者相互間の優劣ないし代位の割合などを定めている。弁済による代位の制度は、すでに説示したとおり、その効果として、債権者の有していた原債権及びその担保権をそのまま代位弁済者に移転させるのであり、決してそれ以上の権利を移転させるなどして右の原債権及びその担保権の内容に変動をもたらすものではないのであつて、代位弁済者はその求償権の範囲内で右の移転を受けた原債権及びその担保権自体を行使するにすぎないのであるから、弁済による代位が生ずることによつて、物上保証人所有の担保不動産について右の原債権を担保する根抵当権等の担保権の存在を前提として抵当権等の担保権その他の権利関係を設定した利害関係人に対し、その権利を侵害するなどの不当な影響を及ぼすことはありえず、それゆえ、代位弁済者は、代位によつて原債権を担保する根抵当権等の担保権を取得することについて、右の利害関係人との間で物権的な対抗問題を生ずる関係に立つことはないというべきである。そして、同条但書5号は、右のような代位の効果を前提として、物上保証人及び保証人相互間において、先に代位弁済した者が不当な利益を得たり、代位弁済が際限なく

循環して行われたりする事態の生ずることを避けるため、右の代位者相互間における代位の割合を定めるなど一定の制限を設けているのであるが、その窮極の趣旨・目的とするところは代位者相互間の利害を公平かつ合理的に調節することにあるものというべきであるから、物上保証人及び保証人が代位の割合について同号の定める割合と異なる特約をし、これによつてみずからその間の利害を具体的に調節している場合にまで、同号の定める割合によらなければならないものと解すべき理由はなく、同号が保証人と物上保証人の代位についてその頭数ないし担保不動産の価格の割合によつて代位するものと規定しているのは、特約その他の特別な事情がない一般的な場合について規定しているにすぎず、同号はいわゆる補充規定であると解するのが相当である。したがつて、物上保証人との間で同号の定める割合と異なる特約をした保証人は、後順位抵当権者等の利害関係人に対しても右特約の効力を主張することができ、その求償権の範囲内で右特約の割合に応じ抵当権等の担保権を行使することができるものというべきである。このように解すると、物上保証人（根抵当権設定者）及び保証人間に本件のように保証人が全部代位できる旨の特約がある場合には、保証人が代位弁済したときに、保証人が同号所定の割合と異なり債権者の有していた根抵当権の全部を行使することになり、後順位抵当権者その他の利害関係人は右のような特約がない場合に比較して不利益な立場におかれることになるが、同号は、共同抵当に関する同法392条のように、担保不動産についての後順位抵当権者その他の第三者のためにその権利を積極的に認めたとうえで、代位の割合を規定していると解することはできず、また代位弁済をした保証人が行使する根抵当権は、その存在及び極度額が登記されているのであり、特約がある場合であつても、保証人が行使しうる根抵当権は右の極度額の範囲を超えることはありえないのであつて、もともと、後順位の抵当権者その他の利害関係人は、債権者が右の根抵当権の被担保債権の全部につき極度額の範囲内で優先弁済を主張した場合には、それを承認せざるをえない立場にあり、右の特約によつて受ける不利益はみずから処分権限を有しない他人間の法律関係によつて事実上反射的にもたらされるものにすぎず、右の特約そのものについて公示の方法がとられていなくても、その効果を甘受せざるをえない立場にあるものというべきである。」

(ii) 最判昭和59・10・4、最判昭和59・11・16判タ545号115頁、判時1140号74頁、金法1082号37頁

(同旨)

(3) 諸外国における保証・信用補完制度（銀行実務における利用状況）

※椿寿夫・伊藤進『法人保証の研究』（有斐閣、2005年）

(i) フランス法

フランス民法（1804年） 2011条～2043条

ローマ法にならって、知人間の情誼による保証を念頭に置いている。

保証債務の補充性・分別の利益の維持

実務では、債権者（多くの場合に銀行である）が保証人に対して、法によって認められた利益の放棄を求めるか、連帯保証を求めている（単純保証は、法定保証、裁判保証にとどまる）。

消費法典 L341-1～L341-6

1978年1月10日法、179年7月13日法（1989年6月23日法により修正）、1989年12月31日法を消費法典に組み込んでいる

重要部分の手書きが要求されている（金額、2298条の分別の利益の放棄、連帯保証）。

事業者である債権者は、資産、収入との間に著しい不均衡のある場合、保証債務の履行を請求できない。

3 身元保証

(1) 身元保証法（昭和8年）

被用者の行為によって使用者が受けた損害の賠償をすることを約束した場合（身元保証1条）

(2) 存続期間

(i) 当事者間で合意した場合（身元保証2条）

5年を超えることができない。5年を超える合意をしたときは、5年に短縮される。更新することができる（この場合も5年を超えることができない）。

(ii) 当事者間で合意をしなかった場合（身元保証1条）

成立の日から3年（商工業見習者の身元保証は5年）

(iii) 根保証（平成16年改正）の場合との差異

5年を超える契約をしたときは、無効とされ、期間の定めのないものとなるので、3年とされる（民法465条の3）。

(3) 使用者の通知義務（身元保証3条）

被用者に業務上不適任または不誠実な事績があつて、そのために身元保証人の責任を惹起する虞があることを知ったとき

被用者の任務または任地を変更し、そのために身元保証人の責任を加重し、またはその監督を困難にしたとき

通知義務の懈怠は、裁判所が身元保証人の責任およびその額を定める場合（身元保証5条）に斟酌されるにとどまる（使用者は、身元保証人に対する損害賠償請求権を失わない）。

通知義務を免除する特約は無効である（6条）。

（4）保証人の契約解除権（身元保証4条）

身元保証人が身元保証法3条の通知を受けたとき、または自ら同条に定める事実のあることを知ったとき

法律に規定されているのは、例示的に代表的な事由を掲げたものと解されている。その他にも、保証人の資産状態の悪化、身元保証の身元本人の資産状態の悪化、身元保証人と身元本人との身分関係の変化（養親子関係、姻族関係などの親族関係が解消された）などがあげられている。

（5）保証責任の限度（身元保証5条）

裁判所は、身元保証人の責任およびその額を定めるについて、被用者の監督に関する使用者の過失の有無、身元保証人が身元保証をするに至った事由およびその際になした注意の程度、被用者の任務または身上の変化その他一切の事情を斟酌する。

（6）求償

最判昭和60・5・23民集39巻4号972頁

（連帯保証の性質を有する身元保証をしたXとY2名のうち、Xのみについて身元保証法5条に基づいて賠償額が定められ、Xがこれを弁済した後に、Yに求償請求した場合には、裁判所は同条によりYの賠償額を定め、これとXの賠償額との合算額が主債務額を超えるときにおいてのみ、Xの弁済額のうち、主債無学のそれぞれの賠償額に応じて按分したXの負担部分を超える金額についてXの請求を認容すべきである）

<事実>

X（身元本人Aの妻の実兄）とY（Aとは取引の関係以上の親しい交際はなかった）は、Aの勤務するS商会との間で、AがS商会に損害を与えたときは、本人と連帯して賠償に任ずる旨の身元保証契約を締結した。

Aは、S商会に595万円余の損害を与えた。S商会のXに対する損害賠償請求の訴訟において、Xの賠償すべき額を300万円と定めた。Xは、S商会に対し、判決に基づき360万円を支払った（遅延損害金を含む）。そして、Xは、Yに支払額の半額である180万円を請求した。第1審判決はXの請求を棄却し、控訴審判決もXの控訴を棄却した。

<判旨>上告棄却

各身元保証人の賠償すべき額の範囲内で使用者に弁済したとしても、他の身元保証人には求償できない。ただ、各身元保証人の賠償すべき額の合算額が主たる債務額を超えると

きは、身元保証人相互間の負担の公平を図る必要がある。本件では、XとYの賠償すべき額の合算額は主たる債務の額に達しないことが明らかである。

4 損害担保契約

※峯崎二郎「損害担保契約」『担保法大系(5)』(金財、1984年)

小澤征行他「損害担保契約についての一考察」金融法務1035号(1983年)6頁以下

「ある人が一定の事項又は事業などから受けるかも知れない損害を賠償することを約する契約。損害保険もその一種であるが、銀行の融資や著作の出版などのように、経営上の損失を担保する契約についていうことが多い。」(新法律学辞典)

(1) 利用形態

○地方公共団体が行う損害担保契約

債務保証(法人に対する政府の財政援助の制限に関する法律3条によって、被保証人は自治大臣の指定を受けた法人に限る)に代わるものとして利用されている(地方自治法232条の2)。

○提携ローンについて、提携先が行う損害担保契約

借入契約が無効とされ、または取り消された場合にも、提携先に対して請求できるようにしておくために利用されている。

○主債務者の状況を知り得ない場合に行う損害担保契約

商社などが海外のプロジェクトに関して、金融機関に海外の企業への直接の貸し出しを求めた場合に、商社との間で締結する。

○外国で保証が制限・禁止されている場合に行う損害担保契約

外国で日本の会社が外国の会社の保証をすることができない場合に、日本国内で損害担保契約を締結する。

○輸出手形および輸出金融についての損害担保契約

銀行が買い取った荷為替手形について、国が保険者、銀行が被保険者となる輸出手形保険で担保されない部分(15%~20%)に関して、地方公共団体が銀行の損害を填補する契約である。

○異例扱いについての損害担保契約

銀行の取引先が預金証書や取引印章を紛失した場合に、証書の再発行や会員の取扱いをする場合に、その届出人が銀行に対して、「損害・迷惑を掛けない」旨を約束する。

(2) 損害担保契約の効力

(i) 借入債務との関係

借入債務とは独立している。

→借入債務が無効とされ、取り消されても、損害担保契約の効力に影響しない (cf. 民法449条参照)。

借入債務が変更されても、損害担保義務者の義務は当然には変更されない。

損害担保義務者の義務の方が重くても良い。

損害担保義務者は、借入債務者の抗弁を援用できない。

(ii) 損害の内容

債権者が反対債権 (預金債権など) を有している場合、保証人がいる場合などにおいて、どこまで回収すれば、損害額が確定するか。→損害担保契約において「損害額」をどのように定めるかという問題

(iii) 期間と限度額

包括根保証と共通する問題

根保証に関する民法の規定 (平成16年改正) が類推適用されるか (それとも、従来の判例理論がそのまま当てはまるか)。

事情変更による特別解約権

損害担保義務者の死亡による相続 (一身専属性を認め、相続性を否定すべきか)

(iv) 求償

(3) 経営指導念書と損害担保契約

東京地判平成11・6・28判時1703号150頁

(関連会社の支援要請のために母体行が融資先に念書を差し入れた場合に、損害担保契約が成立したとは認められないとされた事例)

Y (日債銀) → X (千葉県信用農業協同組合連合会)

念書「弊行と致しましても、A会社の経営計画遂行には責任を持って臨んでおり、Xには一切のご迷惑をおかけしないことを確約いたします」によって、損害担保契約が成立したとして、XがYに57億円余を請求したが、認められなかった。

5 品質保証 (瑕疵保証)

保証書 「通俗には、電気製品等の売買において、その品質を保証する文書を意味する」 (新法律学辞典)