

平成27年7月1日

加藤&パートナーズ法律事務所

弁護士 加藤 真朗

弁護士 坂本 龍亮

## 「民法(債権法)改正の企業法務にあたる影響 II」

### 第1 債務不履行による損害賠償

#### 1 債務不履行による損害賠償の免責事由

##### (1)新旧対照表

###### 【現行条文】

(債務不履行による損害賠償)

第415条 債務者がその債務の本旨に従った履行をしないときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。債務者の責めに帰すべき事由によって履行をすることができなくなったときも、同様とする。

###### 【改正案】

(債務不履行による損害賠償)

第415条 債務者がその債務の本旨に従った履行をしないとき又は債務の履行が不能であるときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。

ただし、その債務の不履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは、この限りでない。

##### (2)改正の趣旨

「債務者は、債務不履行があれば、原則として損害賠償責任を負うが、当該不履行につき免責事由がある場合には免責される。」という基本的解釈を条文上明確化する趣旨のものです。

### (3)改正のポイント

- 「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」の意味

「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」という文言は、契約責任の免責の可否は、あくまでも「契約の趣旨」に照らして判断されるべきことを明らかにする趣旨のものです。

しかし、結論から言いますと、新しい契約責任論に基づく文言が付加されたからといって、今後の実務に直ちに何らかの影響が生じるとは考えられていません。

以下、参考までに、この点に関する改正の経緯について説明します。抽象的な説明になりますので、興味のない方は、読み飛ばして下さい結構です。

そもそも、伝統的な見解や実務においては、「債務不履行責任が生じるのは、帰責事由があるからだ。」という考え方(過失責任主義)がとられていました。

ここでいう「過失責任主義」というのは、「人は行動の自由を有しているので、帰責事由のない限り、自らの行為から生じた損害については責任を負うことはない。」という発想に基づくものです。

しかし、そのような考え方は、不法行為責任の有無を考える場合であればともかく、契約に基づく責任について考える場合にも妥当するものであるのか、ということには従来から疑問が呈されていました。

契約とは、両当事者の合意に基づく関係です。そして、合意に基づく関係である以上、契約当事者は、その合意に沿った行動をするべきだといえます。つまり、契約をした以上、その当事者は、「約束は守らなくてはならない。」というルールに従う必要があるのであり、その限度で、「行動の自由がある。」というルールは妥当しないこととなります。そうである以上、「行動の自由」を前提とする過失責任主義は、契約関係においては妥当しない

のではないかとされます。

むしろ、契約に違反した時になぜ債務不履行責任が生じるのか？ということ素直に考えるならば、それは、「約束は守らなくてはならないにもかかわらず、その約束が破られた。」ということに、その本質的な理由を求めることができます。この「約束は守らなくてはならない。」というルールのことを、以下では「契約の拘束力」と呼びます。

そこで、今回の民法改正を推進する主流派の学説である「新しい契約責任論」の論者は、「債務不履行責任が生じるのは、契約の拘束力に反したからだ。」という考え方に沿って民法を改正し、伝統的な考え方（過失責任主義）から脱却すること企図していました。

そして、そのような「新しい契約責任論」に立った場合、「約束は守らなくてはならない。」というルールの反面として、「約束していないことについては責任を負わない。」という結論が導かれます。となると、契約当事者の行為によって損害が生じた場合に、その損害について、債務不履行責任を肯定すべきか、それとも免責され则认为すべきかは、  
「その契約によって、何が約束されていたのか。」ということに尽きることとなります。具体的には、当該損害が、契約上いずれの当事者のリスクとして分配されていたと評価すべきかという観点から、契約の合理的な意思解釈によって責任を引き受けていたと評価される事由については債務不履行責任が肯定され、そうでない事由、すなわち、「契約により引き受けていない事由」については免責される、と考えることとなります。

しかし、この「新しい契約責任論」の考え方にも難点があります。

この考え方に基けば、結局、「その契約によって何が約束されていたといえるか。」という意味で「契約の趣旨」が重要になります。その結果として生じる実際上の問題として、契約書にどんな「契約の趣旨」を盛り込むかということが過度に重視され、十分な交渉力や法的知識を有しない当事者（消費者等）にとって不利な内容の契約が締結され、「契約の趣旨」の名の下に重い契約責任を負わされることが懸念されます。

そういった問題が指摘されたこともあり、改正案では、「契約の趣旨」という文言を用いることは見送られることとなり、その代わりに「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」という文言が用いられることとなっています。つまり、「取引上の社

会通念」を強調することにより、契約の趣旨の解釈といえども、それは社会通念に適合する解釈でなければならないとしているのです。

また、文言の変更によって取引実務に影響が生じることを危惧する意見が強かったこともあって、免責事由についても、「契約により引き受けていない事由」という言葉ではなく、「責めに帰することができない事由」という、現行民法とほぼ同様の表現が用いられることとなりました。

このように、結局のところ、今回の改正案は、伝統的見解に対して大きく譲歩した内容のものとなっております、その文言を見る限りでは、免責事由の判断枠組みも従来のそれ(故意、過失又は信義則上それと同視すべき事由の有無による判断)と異なるものではないと推測されます。

ですので、今回の改正によって、今後の実務に直ちに大きな変化が生じるということはないと考えられます。

#### ● 特約による免責事由の排除の可否について

改正案においては、免責事由の有無の判断は、「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」行うものとされていますが、これは任意規定であり、特約で、異なる定めを置くことは否定されていません。

ですので、無過失責任を負う旨の特約を設けているにもかかわらず、「取引上の社会通念に照らして」判断した結果、免責事由の存在が認められ、損害賠償責任が否定されるということにはならないと考えられます。

#### (4)実務への影響

従前の実務に直ちに影響を与えるものではないと思われます。

## 2 填補賠償の要件

### (1)新旧対照表

【現行条文】

(新設)

【改正案】

(債務不履行による損害賠償)

第415条

② 前項の規定により損害賠償の請求をすることができる場合において、債権者は、次に掲げるときは、債務の履行に代わる損害賠償の請求をすることができる。

一 債務の履行が不能であるとき。

二 債務者がその債務の履行を拒絶する意思を明確に表示したとき。

三 債務が契約によって生じたものである場合において、その契約が解除され、又は債務の不履行による契約の解除権が発生したとき。

## (2)改正の趣旨及びポイント

判例上、一定の場合には、「履行に代わる損害賠償(いわゆる填補賠償)」を請求することが認められていましたが、今回の改正では、判例法理に基づいてその要件が明文化されることとなりました。

なお、履行に代わる損害賠償請求をした際に、履行請求権が消滅するのかという論点については、改正法においても従前の議論が引き継がれることとなっています。

## (3)実務への影響

従前の実務に直ちに影響を与えるものではありません。

## 3 損害賠償の範囲

### (1)新旧対照表

【現行条文】

(損害賠償の範囲)

第416条 債務の不履行に対する損害賠償の請求は、これによって通常生ずべき損害の賠償をさせることをその目的とする。

2 特別の事情によって生じた損害であっても、当事者がその事情を予見し、又は予見することができたときは、債権者は、その賠償を請求することができる。

**【改正案】**

(損害賠償の範囲)

第416条 (同上)

2 特別の事情によって生じた損害であっても、当事者がその事情を予見すべきであったときは、債権者は、その賠償を請求することができる。

## (2)改正の趣旨

現行民法は、416条2項の特別損害について「事情を予見し、又は予見することができた」ことを要求しているのですが、これに対しては、「予見した」とか、「予見できた」という事実レベルの問題だけではなく、「予見すべきであったか」という規範的な評価が要求されているということが伝わりにくいという指摘がありました。

そこで、改正案は、「予見することができた」という文言を「予見すべきであった」という規範的概念に変更することとしています。

## (3)改正のポイント

### ● 予見の主体、予見の基準時

判例は、予見の主体を「当事者」としており、予見の基準時を「債務不履行時」としていますが、これらの点に関しては、未だ議論のあるところですので、今回の改正では、判例の明文化は見送られることとなりました。

#### (4)実務への影響

従前の実務に影響を与えるものではありません。

### 4 代償請求権

#### (1)新旧対照表

【現行条文】

(新設)

【改正案】

(代償請求権)

第422条の2 債務者が、その債務の履行が不能となったのと同ーの原因により債務の目的物の代償である権利又は利益を取得したときは、債権者は、その受けた損害の額の限度において、債務者に対し、その権利の移転又はその利益の償還を請求することができる。

#### (2)改正の趣旨

現行民法上、代償請求権に関する規定は設けられていなかったことから、代償請求権に関する判例法理を明文化したものです。

#### (3)改正のポイント

##### ● 代償請求権の補充的性質について

代償請求権に関しては、それが、第三者の財産管理に干渉する性質のものであることから、あくまでも補充的に認められるべき権利とみるべきとする考え方と、そのようには考えない考え方があります。

改正案では、今後の議論に委ねることされています。

#### (4)実務への影響

従前の実務に直ちに影響を与えるものではありません。

## 第2 契約の解除

### 1 催告解除の要件

#### (1)新旧対照表

##### 【現行条文】

(履行遅滞等による解除権)

第541条 当事者の一方がその債務を履行しない場合において、相手方が相当の期間を定めてその履行の催告をし、その期間内に履行がないときは、相手方は、契約の解除をすることができる。

##### 【改正案】

(催告による解除)

第541条 当事者の一方がその債務を履行しない場合において、相手方が相当の期間を定めてその履行の催告をし、その期間内に履行がないときは、相手方は、契約の解除をすることができる。ただし、その期間を経過した時における債務の不履行がその契約及び取引上の社会通念に照らして軽微であるときは、この限りでない。

#### (2)改正の趣旨

軽微ではない債務不履行があった場合には、債務者の帰責事由の有無に関わらず催告解除ができることを明らかにする趣旨のものです。

#### (3)改正のポイント

- 帰責事由が不要とされた理由 ～制裁ではなく、解放のための手段としての解除～

以下に述べる話は、催告解除に限らず、債務不履行に基づく解除一般に共通するものです。ここも抽象的な話になりますので、興味のない方は、読み飛ばして下さって結構です。

伝統的な学説及び実務においては、債務不履行解除の要件として、債務者の帰責事

由が必要と解されていました。

この伝統的な見解は、(条文上の根拠を除けば)以下の2つの考え方を根拠とするものです。

① まず1点目は、債務不履行に基づく損害賠償に関して紹介したのと同様、「債務不履行責任が生じるのは、帰責事由があるからだ。」という考え方(過失責任主義)です。

② 2点目は、「契約の解除というのは、履行を怠った債務者に対する制裁のための制度である。したがって、契約の解除もまた、損害賠償と同様に、債務不履行責任を追及するための手段に他ならない。」という考え方です。

以上の①②の考え方に基づいて、伝統的見解は、債務不履行責任の追求手段であるという点で、契約の解除も、損害賠償と同質といえるから、過失責任主義がここでも妥当することとなり、その結果、契約の解除についても、帰責事由が要求されることになる、と考えていたのです。

伝統的見解の妥当性については、従来より、学説上強い批判がありました。

上記①の考え方が妥当でないことについては415条に関して述べたとおりですが、契約の解除の関連で、特に問題とされたのは、むしろ②の考え方です。

ここでは、そもそも民法が債務不履行を理由とする解除権を認めているのは、どのような理由によるものなのか、というところから考えてみる必要があります。

まず、債務不履行に基づく損害賠償請求に関して既に述べたように、契約というのは、「約束は守らなくてはならない。」というルール、すなわち「契約の拘束力」を互いに及ぼすことに関する両当事者の合意に他なりません(新しい契約責任論)。

この「新しい契約責任論」の観点からは、解除は、債務者の債務不履行に対する制裁という債務者の視点からではなく、「債務不履行があったときに、債権者が、拘束力ある契約から離脱することができるのは、どのような場合か。」という債権者の視点から捉えることとなります。

つまり、債務者が履行を怠った場合、債権者は当初予定していたものを得られなくなる場所、そのような場合にも当初の契約に拘束され続けるとすると、当初の契約を見限つ

て別の人と契約をすることもできないばかりか、双務契約においては、債権者は、反対債務から解放されることもないので、自らの反対債務につき履行できる状態を維持し続けることを余儀なくされることとなります。

そこで、債務不履行のために、債権者をその契約に拘束し続けることが妥当性を欠くような事態に陥った場合には、その債権者の意思表示によって契約の拘束力から離脱することを認める必要があり、契約の解除はまさにそのための制度ということが出来ます。

つまり、契約の解除は、債務不履行が生じた場合に、契約の拘束力から解放されるための手段を債権者に与えるための制度ということが出来るのです。

このように考えた場合、契約の解除の要件については、従来の「債務者に帰責事由があるか否か。」という視点ではなく、「どのような事態が生じたならば、契約の拘束力からの離脱を認めるべきか。」という視点で判断することとなります。

例えば、債務者に帰責事由がある場合であっても、損害賠償請求や代償請求といった、解除以外の手段により債権者が満足すべきといえるときには、解除権の発生を認める必要は無いということになります。

他方、債務者に帰責事由が無い場合であっても、当該債務不履行の結果、その契約を維持することについて、もはや債権者が合理的な期待を見出すことのできなくなったときには、解除権の発生を認める必要があるということになります。

このように、契約の拘束力から解放されるための制度として解除の要件を考えた場合、その帰結として、①「帰責事由」は不要であるが、②「債務不履行の程度」としては、契約の拘束力からの解放を認めるに足りる程度のものが要求される、という結論が導かれることとなります。

そして、②の「債務不履行の程度」に関する改正案の立場を大雑把に表現するならば、以下ようになります。

- ・ 軽微ではない不履行があった場合には、債権者をその契約に拘束し続けることは妥当でないので、催告をした上での解除を認める。
- ・ 不履行により契約目的の達成不可能になった場合やそれに準じる事態が生じた場合

には、催告を要求する意味もないので無催告での解除を認める。契約の一部についてそのような事由があった場合には、当該一部について、無催告での解除を認める。

● 「債務の不履行が…軽微であるとき」

立案段階で「軽微」な不履行の具体例として挙げられていたものとしては、①不履行にかかる債務自体が付随的なものであって、契約をした目的の達成に影響を与えないものである場合や、②履行を遅滞している部分が数量的にごく一部である場合といったものがあります。

なお、催告した時点では軽微でない不履行であったとしても、催告後相当期間が経過するまでの間に、追加の履行がなされた結果、相当期間が経過した時点での不履行の程度が軽微なものになっていた場合には、解除は認められませんので、注意が必要です。

「軽微」であることについては、解除を主張された債務者の側で主張立証する必要があるとされています。

#### (4)実務への影響

帰責事由が不要とされたことに注意が必要です。

債務者に帰責事由のある不履行が有った場合に限定して、解除権を認める旨の条項のある契約書式を使用している場合には、改正案よりも厳格な要件を敢えて設定することになってしまうので、そのような文言が用いられていないか注意する必要があります。

## 2 無催告解除の要件

### (1)新旧対照表

【現行条文】

(定期行為の履行遅滞等による解除権)

第542条 契約の性質又は当事者の意思表示により、特定の日時又は一定の期間内に

履行をしなければ契約をした目的を達することができない場合において、当事者の一方が履行をしないでその時期を経過したときは、相手方は、前条の催告をすることなく、直ちにその契約の解除をすることができる。

(履行不能による解除権)

第543条 履行の全部又は一部が不能となったときは、債権者は、契約の解除をすることができる。ただし、その債務の不履行が債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは、この限りでない。

【改正案】

(催告によらない解除)

第542条

- ① 次に掲げる場合には、債権者は、前条の催告をすることなく、直ちに契約の解除をすることができる。
  - 一 債務の全部の履行が不能であるとき。
  - 二 債務者がその債務の全部の履行を拒絶する意思を明確に表示したとき。
  - 三 債務の一部の履行が不能である場合又は債務者がその債務の一部の履行を拒絶する意思を明確に表示した場合において、残存する部分のみでは契約をした目的を達することができないとき。
  - 四 契約の性質又は当事者の意思表示により、特定の日時又は一定の期間内に履行をしなければ契約をした目的を達することができない場合において、債務者が履行をしないでその時期を経過したとき。
  - 五 前各号に掲げる場合のほか、債務者がその債務の履行をせず、債権者が前条の催告をしても契約をした目的を達するのに足りる履行がされる見込みがないことが明らかであるとき。
- ② 次に掲げる場合には、債権者は、前条の催告をすることなく、直ちに契約の一部の解除をすることができる。

- 一 債務の一部の履行が不能であるとき。
- 二 債務者がその債務の一部の履行を拒絶する意思を明確に表示したとき。

## (2)改正の趣旨・ポイント

無催告解除の場合においても、帰責事由が要求されないことを明らかにするとともに、無催告解除に関する判例法理を明文化する趣旨のものです。

改正案542条1項各号は、債務不履行により契約目的の達成が不可能になったと判断できる場合や、それと同視できるような場合を列挙したものであり、同2項各号は、契約の可分な一部について同様の事態が生じた場合を指すものです。

つまり、改正案542条は、契約(あるいは、その可分な一部)について、契約を締結した目的が達成できなくなるような重大な不履行があった場合には、無催告で、当該契約(あるいは、その可分な一部)について解除できるとしているのです。

## (3)実務への影響

催告解除について述べたのと同様、債務者に帰責事由のある不履行があった場合に限定して、解除権を認める旨の条項のある契約書式を使用していないか注意する必要があります。

また、同様に、改正案542条の事由に該当するような場合にも催告を要求するような条項が使用されていないかについても注意する必要があります。

### 第3 多数当事者

#### 1 連帯債務者の1人について生じた事由の効力

##### (1)新旧対照表

###### 【現行条文】

(連帯債務者の1人に対する履行の請求)

第434条 連帯債務者の一人に対する履行の請求は、他の連帯債務者に対しても、その効力を生ずる。

(連帯債務者の一人に対する免除)

第437条 連帯債務者の一人に対してした債務の免除は、その連帯債務者の負担部分についてのみ、他の連帯債務者の利益のためにも、その効力を生ずる。

(連帯債務者の一人についての時効の完成)

第439条 連帯債務者の一人のために時効が完成したときは、その連帯債務者の負担部分については、他の連帯債務者も、その義務を免れる。

###### 【改正案】

第434条

(削除)

(相対的効力の原則)

第440条 第四百三十四条から前条までに規定する場合を除き、連帯債務者の一人について生じた事由は、他の連帯債務者に対してその効力を生じない。

##### (2)改正の趣旨・ポイント

現行民法は、「履行の請求」につき絶対的効力を認めています。

しかし、履行の請求を受けていない連帯債務者の関知しない事情によって、履行遅滞や消滅時効の中断を認めることは妥当性を欠くという批判がなされていました。

そこで、改正案は、現行民法434条を削除するものとし、履行の請求については相対的効力のみが認められるものとししました。

また、「免除」、「時効の完成」についても、現行民法上、絶対的効力が認められていましたが、改正案は、連帯債務が有する担保的機能を強化するべく、これらについても相対的効力のみを認めることとしました。

### (3)実務への影響

「履行の請求」について、絶対的効力が否定されたことには注意が必要です。

これまでは、連帯債務者の1人に対して履行の請求をするだけで、他の連帯債務者との関係でも時効を中断させることができました。しかし、絶対的効力が否定されたとなると、各連帯債務者に対して個々に履行の請求を行うことが必要となります。

しかし、そうすると、連帯債務者の連絡先が不明になっており、履行の請求をしたくてもできないような場合に不都合が生じることとなります。

もともと、特約により、履行の請求に絶対的効力を付与することが可能ですので、上記のような問題を回避するためには、契約書式に、その旨の条項を盛り込む等の対応が必要となります。

なお、連帯債務の効力に関する規定は、連帯保証にも準用されています(民法458条)。そのため、連帯保証人に履行の請求をしても、主債務者との関係では効力が生じないので、時効管理の観点からは、主債務者に対する請求も忘れないよう気をつける必要があります。

## 第4 保証債務

### 1 個人保証の制限

#### (1)新旧対照表

【現行条文】

(新設)

【改正案】

(公正証書の作成と保証の効力)

第465条の6 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、その締結の日前一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。

2 前項の公正証書を作成するには、次に掲げる方式に従わなければならない。

一 保証人になろうとする者が、次のイ又はロに掲げる契約の区分に応じ、それぞれ当該イ又はロに定める事項を公証人に口授すること。

イ 保証契約(ロに掲げるものを除く。) 主たる債務の債権者及び債務者、主たる債務の元本、主たる債務に関する利息、違約金、損害賠償その他その債務に従たる全てのものの定めの有無及びその内容並びに主たる債務者がその債務を履行しないときには、その債務の全額について履行する意思(保証人になろうとする者が主たる債務者と連帯して債務を負担しようとするものである場合には、債権者が主たる債務者に対して催告をしたかどうか、主たる債務者がその債務を履行することができるかどうか、又は他に保証人があるかどうかにかかわらず、その全額について履行する意思)を有していること。

ロ 根保証契約 主たる債務の債権者及び債務者、主たる債務の範囲、根保証契約における極度額、元本確定期日の定めの有無及びその内容並びに主たる債務者がその債務を履行しないときには、極度額の限度において元本確定期日又は第四百六十

五条の四第一項各号若しくは第二項各号に掲げる事由その他の元本を確定すべき事由が生ずる時までには生ずべき主たる債務の元本及び主たる債務に関する利息、違約金、損害賠償その他その債務に従たる全てのものの全額について履行する意思(保証人になろうとする者が主たる債務者と連帯して債務を負担しようとするものである場合には、債権者が主たる債務者に対して催告をしたかどうか、主たる債務者がその債務を履行することができるかどうか、又は他に保証人があるかどうかにかかわらず、その全額について履行する意思)を有していること。

二 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。

三 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後、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。

四 公証人が、その証書は前三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。

3 前二項の規定は、保証人になろうとする者が法人である場合には、適用しない。

(公正証書の作成と保証の効力に関する規定の適用除外)

#### 第465条の9

前三条の規定は、保証人になろうとする者が次に掲げる者である保証契約については、適用しない。

一 主たる債務者が法人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

二 主たる債務者が法人である場合の次に掲げる者

イ 主たる債務者の総株主の議決権(株主総会において決議をすることができる事項の全部につき議決権を行使することができない株式についての議決権を除く。以下この号において同じ。)の過半数を有する者

ロ 主たる債務者の総株主の議決権の過半数を他の株式会社が有する場合における当該他の株式会社の総株主の議決権の過半数を有する者

- ハ 主たる債務者の総株主の議決権の過半数を他の株式会社及び当該他の株式会社の総株主の議決権の過半数を有する者が有する場合における当該他の株式会社の総株主の議決権の過半数を有する者
- ニ 株式会社以外の法人が主たる債務者である場合におけるイ、ロ又はハに掲げる者に準ずる者
- 三 主たる債務者(法人であるものを除く。以下この号において同じ。)と共同して事業を行う者又は主たる債務者が行う事業に現に従事している主たる債務者の配偶者

## (2)改正の趣旨

事業者等を除く個人の保証人の保護の観点から、個人が事業性借入についての保証人になることに制限を加える趣旨のものです。

## (3)改正のポイント

### ● 「事業のために負担する貸金等債務」

改正案において制限の対象となっているのは、事業のために負担する貸金等債務(以下「事業性借入」といいます。)です。

そして、ここでいう「事業」の意味については、一定の目的をもってされる同種の行為の反復継続的遂行を意味し、営利の要素は必須ではない、とされているのみであって、具体的な判断基準は示されておらず、解釈に委ねられています。

そのため、事案によっては、事業性借入に該当するか否かの判断が問題となることが想定されます。例えば、必ずしも典型的な事業者によって借入が行われるとは限らないアパートローンが、事業性借入に該当するか否かは一見したところ明らかではありません。また、消費者向けのカードローンのような極度貸しであっても、つどの資金の使われ方によって保証の有効性を判断するとなれば、その判断は困難を極めます。

この問題に関しては、基本的には、今後の実務・裁判例の蓄積を待つしかなく、安全を期するのであれば、公正証書を作成するしかない、ということになるかと思われます。

## ● 保証契約変更の際の公正証書の要否

リスケジュールや、固定金利から変動金利へのレートの変更等、保証契約の締結後に、契約内容が変更されることは珍しいことではありません。

そういった場合に、改めて、公正証書を作り直すことが必要になるのかということが問題となりますが、公正証書の作成が求められる趣旨からすれば、保証人となろうとする者が、その受ける不利益として覚悟しなければならないものを理解していることが必要であり、かつ、それで十分と考えられています。

ですので、実質的にみて保証人に不利益が生じない程度の変更であれば、公正証書を改めて作り直す必要はないと考えられ、そうでない場合には、再度、公正証書を作成する必要があるということになります。

しかし、保証人にとって、何が有利な変更で、何が不利な変更なのかの判断は容易ではありません。

例えば、固定金利から変動金利へのレートの変更が有利な変更か否かということになれば、その判断はいよいよ困難です。

なので、結局、判断が難しい場合には、公正証書を再度作成するのが安全ということになってしまいます。

なお、この点については、当初の保証契約締結の際の公正証書に、想定される限りの記載を行うという方法で、公正証書を作り直す負担を回避することが可能ではないか、という指摘も有ります。

## ● 公正証書作成後、保証契約締結前の変更

同様の問題は、公正証書作成後、保証契約締結前の段階でも生じ得ます。

公正証書を作成する段階で、利息や違約金といった契約の細部まで決定しているとは限りませんし、そうでなくとも、主債務者の事情などによって、公正証書作成後保証契約締結までの間に契約内容に変更が生じる可能性もあるからです。

この場合も、先ほど同様、契約内容の変更により、保証人となろうとする者に実質的な不利益が生じるのか否かという観点から判断することになります。

● 経営者保証の例外

改正案465条の9は、例外的に、いわゆる経営者保証の場合には、公正証書の作成を不要としていますが、同条は制限列举と解され、同条に列举されている者以外の者について同条を適用することは難しいと思われま

(4)実務への影響

公正証書の作成という面倒な手続が義務付けられたことに伴い、事業性借入について個人保証を得ること自体が難しくなってしまうことが考えられます。

2 主たる債務者の情報提供義務

(1)改正の趣旨・ポイント

保証人になろうとする者が、保証人になることのリスクを判断できるようにしようという趣旨のもので

その内容は以下のとおりです。

義務の発生時点	保証の委託をする時
情報提供の相手方	事業のために負担する債務についての保証(またはそれが含まれる根保証)の委託を受ける者 ※ 公正証書による保証意思の確認の規定とは異なり、経営者等に対する例外は設けられていないこと、貸金等債務を主債務とする場合に限られていないことに注意が必要です。

義務内容	以下の情報の提供 ・財産及び収支の状況 ・主債務以外に負担している債務の有無, 額, 履行状況 ・主債務の担保として他に提供し, また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
違反時の効果	主債務者による情報の不提供や, 事実と異なる情報提供をしたことにより, 委託を受けた者がその事項について誤認をし, それによって保証契約が締結された場合において, 債権者が, 主債務者による情報提供義務の懈怠を知りまたは知りえたときは, 保証人は保証契約を取り消すことができる

## (2)実務への影響

債権者としては, 主債務者による情報提供義務の懈怠があった場合, 保証契約の取消しという事態が生じることから, 主債務者による情報提供義務の履行の有無について, どのような方法で確認すべきか, という問題が生じます。

具体的な方法としては, 以下のようなものが考えられます。

- ・ 保証契約書等において, 主債務者からの情報提供があったことの確認文言を設ける。
- ・ 保証人になろうとする者に対し, 主債務者による情報提供があった旨の書面や, 主債務者からの説明内容を記載した書面の提出を求める。
- ・ 債権者やその従業員の面前で, 債権者に情報提供をさせる。

## 3 債権者の情報提供義務

### (1)改正の趣旨・ポイント

主債務の履行状況について知りうる立場にない保証人に対し、主債務の履行状況や、期限の利益が失われたことについて知る機会を与えようとする趣旨のものです。

その内容は以下のとおりです。

	主債務の履行状況に関する 情報提供義務	主債務者が期限の利益を喪失した 場合における情報提供義務
義務の 発生時点	保証人から請求があった場合、 遅滞なく	債権者が、主債務者が期限の利益 を失ったことを知ったときから2ヶ月 以内
情報提供の 相手方	保証契約(事業性借入に関する ものに限らない)における委託を 受けた保証人 (法人を含む)	保証契約(事業性借入に関するもの に限らない)における保証人 (法人を除く)
義務内容	主債務の履行状況 すなわち、主債務(元本だけでは なく、利息、違約金、損害賠償そ の他その債務に従たる全てのもの) についての不履行の有無、並 びに、それらの残額及びそのうち 弁済期が到来しているものの額 に関する情報の提供	主債務者が期限の利益を喪失したこ との通知
違反時の効果	なし	債権者は、遅延損害金(期限の利益

		を喪失しなかったとしても生じていたものを除く)にかかる保証債務の履行を請求できない
--	--	---

## (2)実務への影響

金融機関においては、従前より、改正案が要求するのと同様の情報提供が行われているので、今回の改正によって実務に大きな影響が生じることはありません。

以上

