

4. 保証 (2)

事業のために金融機関から借入れをする際に、金融機関から保証人を求められることがある。債務者との個人的な情義等により保証人となることにより、思ってもみなかった債務を負担することもあり得る。そこで、改正法案では、法人が債務者で、当該法人の経営者が保証する場合等を除き、あらかじめ公正証書を作成しなければ、保証契約は無効になるという「規律」を新たに設け、保証人保護を図ろうとしている。なお、この「規律」が適用されるのは、法人又は個人事業者が、当該事業のために借金をし不動産を購入したり、オフィスを賃借したりすることによる債務に係る保証契約であって、個人が住宅を賃借する場合に係る保証契約には適用されない。

改正法案 (以下すべて新設)

第三目 事業に係る債務についての保証契約の特則(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465条の4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

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

(契約締結時の情報の提供義務)

第465条の10 主たる債務者は、事業のために負担する債務を主たる債務とする保証又は主たる債務の範囲に事業のために負担する債務が含まれる根保証の委託をするときは、委託を受ける者に対し、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。

一 財産及び収支の状況

二 主たる債務以外に負担している債務の有無並びにその額及び履行状況

三 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 主たる債務者が前項各号に掲げる事項に関して情報を提供せず、又は事実と異なる情報を提供したために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、主たる債務者がその事項に関して情報を提供せず

又は事実と異なる情報を提供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。

3 前二項の規定は、保証をする者が法人である場合には、適用しない。

次に保証に係る質疑応答を引用する。なお、下線及びかっこ内は著者による。

11月22日（参考人意見聴取）

加藤雅信名古屋学院大学教授：今回の債権法改正によって、保証人が公証人のところに行くことが保証することの前提となれば、ついでに執行証書にしてもらうことは簡単になります。要するに、今回の債権法改正の規定は、商工ローンの再現に道を開くものとしか私には思われません。このような改正がなされてよいものなののでしょうか。（中略）法務委員会の先生方の手で、ぜひ、改正法案の第四百六十五条の五から第四百六十五条の九までの改正条文を削除し、別の形での保証人保護を考えていただければと願っている次第です。

11月25日

山尾委員：事業融資のための個人保証については、その契約締結に先立っての「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表示をしていなければ、その効力を生じない。」、こういう規定が新設されて、一定の保証人保護が図られようとしています。しかし、「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」がこの保証人保護規定の枠の外に置かれようとしています。（中略）なぜ配偶者を保護の枠の外に置いたのでしょうか。

小川民事局長：（前略）改正法案の立案の過程におきましても、個人的情義などから保証人となることが多い主債務者の配偶者を例外とするのは相当でないという指摘もございました。しかし、個人事業主に関しましては、経営と家計の分離が必ずしも十分ではなく、主債務者とその配偶者が経済的に一体であることが多いことから、現に、配偶者を保証人とすることによって金融機関から融資を受けている事例も少なくないのが実情でございます。したがって、配偶者については、これを保証人とする客観的な必要性も高いものと考えられます。また、個人事業主の配偶者は、一般に事業の状況などをよく知り得る立場にあると言え、保証のリスクを認識することが可能であるから、その意味で保証意思宣明公正証書の作成を義務づける必要性がそれほど高くないと考えられるところでございます。

このような実情を踏まえまして、法制審議会においても、とりわけ中小企業側の意見といたしまして、個人事業主による円滑な資金調達に困難にならないよう、主債務者の配偶者を例外として扱うべきことが強く主張されました。

そこで、改正法案におきましては、主債務者が個人事業主である場合のその配偶者については、主債務者の事業に現に従事しており、事業内容を把握することができる地位にあることを要件とした上で、保証意思宣明公正証書による保証意思の確認がされなくとも保証契約を有効に締結することができることとしたわけでございます。

山尾委員：（前略）事業の状況を一般的によく知り得る立場というのは、配偶者であるという要件から導かれるものというよりも、主債務者が行う事業に現に従事していることから導かれ得るものであって、配偶者であるからといって、当然ながら、一般的によく知り得る立場にあるというふうに必ずしも定型化できないというふうに私は思うのですけれども、この点いかがですか。

小川民事局長：（前略）主債務者と配偶者が経済的に一体であることが多いということ、これは経営と家計の分離が必ずしも十分でないことから、一般的な議論としては言えるのではないかというふうに考えております。

山尾委員：（前略）配偶者であるという立場は、保証のリスクの認識可能性については、一般論として、逆である可能性も高いと思うんですよ。主たる債務者の配偶者と第三者とを比べたとき、保証人になる際、どちらが保証リスクについて真剣に検討すると思いますか。一般論であれば第三者ではないですか。

(中略)

山尾委員：(前略)主債務者がこの情報提供義務に違反した場合に、保証契約の効果というのはどうなるのでしょうか。

小川民事局長：この情報提供義務の実効性を確保する観点から、主債務者がこの情報提供義務を怠った場合には、そのために誤認をし、保証契約の申し込みなどをしたという保証人に保証契約の取り消し権を与えることとしております。

山尾委員：しかし、その取り消し権には、誤認をして申し込みをしたという保証人の認識のみならず、もう一つ条件がついておりますよね。(中略)債権者が主債務者による情報提供義務の不履行、虚偽の情報提供の事実を知り、または知ることができた場合に限り、こういう条件がついております。(中略)このことに関する立証責任は誰が負うことになるんですか。

小川民事局長：取り消し権を行使する保証人側だと思えます。

山尾委員：(前略)債権者がいて、主債務者がいて、保証人がいて、保証人がそれを立証できる場合というのはどれだけあるのでしょうか。主債務者がうそをついた、隠したということについて、債権者、あなたは知っていただろう、あるいは知ることができただろうということ、こっこの端っこにいる保証人が立証できるというのは極めてハードルが高いんじゃないかというふうに思うわけです。(中略)取り消し権を行使したいと思う保証人が債権者の認識まで証明できるというのは立証責任として相当厳しいハードルで、このままでは、幾ら取り消しできるんだといっても、実効性担保に欠けるのではないかというふうに思うんですけれども、いかがですか。

小川民事局長：もちろん、立証の対象は、知っているという主観的な認識であるとともに、知ることができたということでございますので、それは客観的な状況によって知ることができたはずかどうかというのは決まってくるだろうと思えます。そういう意味で、客観的な状況を主張、立証することは十分可能だろうと思えます。とりわけ、実務上の動きとして考えられることでございますが、保証契約が取り消されるリスクを完全に解消しておこうという観点から、要するに、金融機関とすると何でも知っておこうということになりますので、主債務者がどのような情報を提供したのかなどを積極的に確認する実務慣行が形成されることも予測されるところでありまして、そういう状況になりますと、そうであるにもかかわらず情報提供義務違反が生じたという場合には、それを金融機関が知り得るということも想定されることにございまして、あくまで、やはり客観的な状況が重要であろうというふうに考えております。

階委員：(前略)公正証書をつくる際に公証人に口授する事項の中に今四百六十五条の十に掲げてあるような情報を全部盛り込んで、公正証書に書き込んでしまえば、それを債権者は当然見るわけだから、後で知らなかったというような債権者側の抗弁を封ずることができるような気がするんですね。だから、口授する事項の中にそういったことも盛り込んでしまえばいいような気がするんですが。

小川民事局長：口授すべき事項は、基本的に法律に書かれた事項でございます。保証の場合と根保証の場合に分けて、法律で四百六十五条の十に定めているところでございますが、実際上の運用として、公証人が公正証書を作成する段階では、当然のことながら保証する意思を確認していくわけですので、なぜ保証するに至ったか、その意味では、主債務者の財産状況がどの程度あるかについて一定の情報提供を受けているかということについての確認はすることになると思えます。この点を、きちんと情報提供を受けたのかということについて検証することは当然の内容だというふうに考えております。

階委員：情報提供を受けたことを確認するだけじゃなくて、どういった情報を受けたのかということ、ちゃんと紙に書いて残しておくことにすれば、債権者には当然、公正証書の内容は知らしめられるわけですから、それによって、この四百六十五条の十で保証人が立証責任を負わなくてはいけないという問題をクリアできるんじゃないかなという気がするんですけれども、どうなんでしょうか。単に確認するだけじゃなくて、公正証書に盛り込むということはどうでしょう。

小川民事局長：立証の手段を与えるという意味では、一つの方法かとは思いますが。

階 委員：(前略) 事業にかかわる債務であっても、要は公正証書があればオーケーなわけです。さらに、経営者とか一定範囲の人間については公正証書すらなくてもオーケーだということ、いわば貸し金等債務の個人保証は原則有効ですよ、こういうたてつけになっていると私は理解しています。(中略) 個人保証というのは、原則有効ではなくて原則無効とし、ただ、資金調達上どうしても必要な場合、例えば法人が主債務者で経営者が保証するような場合、そういったごくごく例外的な場合に限って例外的に有効だ、原則無効で例外有効というようなたてつけにする方が私は今の社会情勢にも合っていると思いますけれども、この点について、なぜ貸し金等債務の個人保証を原則禁止にせず原則有効にしたのかということについて、参考人から結構ですので、お答えください。

小川民事局長：保証の問題は、保証人が経営者である場合と経営者以外の者、いわゆる第三者の場合で分けて考えるということが一つの手法かと思います。経営者の保証につきましては、やはりその必要性ですとか、必要性というのは融資のための必要性であったり、一定の経営の規律づけといった表現もされようかと思いますが、そういった観点からも一般に認める向きが多いのではないかと思います。

そうしますと、議論の中心は経営者以外の第三者の保証の点でございまして、もちろん、経営者以外の第三者の保証については全面的に禁止すべきという意見も法制審の中でもございました。しかし、経営者以外の第三者によるいわゆる第三者保証の中には、これはエンジェルなどと呼ばれる形のものですが、個人の投資家が事業の支援として自発的に保証することなども現に存在することもございます。こういったことから、第三者保証を全て禁止することに対しては、とりわけ中小企業の円滑な資金調達に支障を生じさせ、金融閉塞を招くおそれがあるとの指摘が中小企業団体からの強い意見として示されたところがございます。また、保証人がその不利益を十分に自覚せず安易に保証契約を締結するような事態を防止する施策を講ずることができれば、第三者保証を全面的に禁止しなくても、保証人がその不利益の具体的な内容をよく理解した上で、保証契約を締結するかどうかを自己の資力や主債務者との関係その他の事情を勘案しつつ決定することができると思われるところでございます。

そこで、改正法案におきましては、貸し金等債務の第三者保証を原則禁止するということとはせず、保証人がその不利益を十分に自覚せず安易に保証契約を締結する事態を防止するため、事業のために負担した貸し金等債務を保証する際には、公証人による意思確認の手続を求めるということとしたところでございます。

階 委員：(取締役等であれば) こういう広い範囲でフリーパスで保証が認められるということになりますと、世の中の流れ、この間も御説明しましたとおり、まずは第三者保証はなるべくやらないようにしましょうという金融庁からの監督指針が出され、そして最近では、第三者のみならず経営者の保証もなるべく頼らないようにしましょう、こういう時代の流れがある中で、まさに今回の改正法も社会、経済の変化に対応しましょうという改正なわけだから、むしろ保証に頼らない方向の改正をすべきなのに、一昔前に戻ったような、経営者のみならず平取締役、社外取締役にも保証責任を課すことを法律が容認する内容になっているわけですね。

こういう、そもそもの今回の法改正の大目的との兼ね合いで、私は、このような規定ぶりというのは整合しないのではないかと思います。その点について、どのように見解をお示しになりますか。

小川民事局長：基本的には、個人保証に依存し過ぎない融資慣行の確立は我が国社会において極めて重要なものであるというふうに認識しております。お話にございましたように、金融庁は、金融機関向けの監督指針において、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旨を明記し、自発的な意思に基づく申し出がある場合といった例外を除きまして、第三者との間で連帯保証契約を締結しないこととしております。これは、金融機関に対する監督を通じて、第三者保証と言われる経営者以外の保証を求めないことを原則とする融資慣行の確立を図るものだというふうに理解しております。他方で、改正法案におきましては、個人がリスクを十分に自覚せず安易に保証人になることを防止するため、事

業のために負担した貸し金等債務について個人が保証人となるには、原則として公証人による意思確認の手続を経なければならないとし、そのような手続を経ない保証については無効ということとしております。このように、監督指針も改正法案も、要するに、行政的な手法を通じたものであるか民事上の基本的なルールに基づくものであるかに違いはあるものの、いずれも保証契約については、契約自由の原則に委ねることとはせず、保証がもたらす弊害を念頭に、不健全な保証を抑止していこうという趣旨のものというふうに理解しております。

したがいまして、基本的には、監督指針などといった行政の動きと改正法案とで方向性に違いはないものというふうに考えております。

12月9日

枝野委員：公正証書を作成する行為は公証人のところでやりますから、その公証人に対する口述に瑕疵があるということは相当なレアケースだと思いますが、公証人のところでした口述に瑕疵はないけれども、そもそも保証契約締結そのものに係る意思表示に瑕疵があれば、公正証書がつくられていても、その保証契約は、例えば錯誤や詐欺等を原因とする取り消しの対象になる、これでよろしいですね。

小川民事局長：保証契約に錯誤または詐欺などを原因とする取り消し事由などがある場合には、その保証契約は取り消し得べきものであります。このことは、公正証書がつくられていたとしても変わるところはございません。

枝野委員：公正証書の作成の錯誤、詐欺というのは、公証人が一応ついてかかっているので相当なレアケースだと思いますが、公正証書の作成が強迫等によってなされるというケースは、これはあり得ると思います。あるいは錯誤、原因の理由が錯誤だということになるんだと思いますが、公証人のもとで口述するということの意味などについて、錯誤あるいは詐欺が保証の相手方との関係でされていってなされた公正証書の作成は有効なんでしょうか。

小川民事局長：今回の保証意思宣明公正証書は、法律行為に基づくものとは違いまして、まさにその意思の宣明を証書化するというものでございます。それがなければ後に有効な保証契約を締結することができないという意味を有するにすぎないため、例えば、御指摘ありましたような強迫があったとしても、それ自体を取り消すということは予定されていないというふうに考えております。

枝野委員：こういう理解でいいですか。だから、おどかされて保証人にさせられて公正証書を作成してという場合には、そもそも保証契約の方が強迫を理由にする取り消しがなされるので、公正証書があろうとなかろうと、どちらにしろ保証契約の効力が生じない、こういう理解でいいですか。

小川民事局長：結論、そのとおりでございます。

枝野委員：(前略)今までであれば、その保証契約そのものがどういう経緯でなされたのかということ、詐欺であるとか強迫を立証する、そのことで責任を免れる、これが、公正証書作成というワンクッションが入ることで、公証人の前でちゃんと口述しているんだからそれはちゃんとした意思表示なんじゃないですかというふうに、余り変に推定が働くとこれはまずいんじゃないかなと思うんですけども、どうですか。

小川民事局長 先ほども、公正証書の外形などから見て一定の事実上の推定が働く可能性があり得るということをお願いしたのでありまして、そのこと自体は余り適切ではないというふうに考えております。

枝野委員：公正証書が作成されているからといって、公証人はその口述された中身を内容とする保証契約が瑕疵のないものであるかどうかについて審査をしたり担保したりするものではない、そういう制度ですよ。確認をしたいんです。

小川民事局長：公証人が確認するのは保証意思の確認に尽きますので、保証契約の有効性そのものにはかかわらないことになると思います。

枝野委員：法律婚に限られるのかということをお尋ねしようと思ったんですが、法律婚に限られるということですので、確認的にお尋ねしますが、法律上の配偶者であると認識をしていたため公正証書を作成しなかった、ところが実際は事実婚であった、この場合、保証契約は効力を生じない。いいですね。

小川民事局長：事業のために負担した貸し金等債務を主債務とする保証契約は、そ

の例外要件に該当しない限り、事前に保証意思宣明公正証書が作成されていなければ、その効力を生じません。したがって、仮に、債権者などが保証人になろうとする者を法律上の配偶者と認識したために公正証書を作成しなかったが、実際はその者が法律上の配偶者ではなかったというような場合には、例外要件に該当しませんので、保証契約の効力は生じないということになります。

枝野委員：配偶者でない者が配偶者を装って公正証書を作成せず保証契約を結んだ場合、保証の契約の効力はどうなりますか。

小川民事局長：事業のために負担した貸し金等債務を主債務とする保証契約は、例外要件に該当しない限り、事前に保証意思宣明公正証書が作成されていなければ、その効力を生じません。このことは、保証人の言動により、債権者が例外要件に該当するなど誤信して、保証意思宣明公正証書の作成を要しないと判断した場合であっても変わりがなく、保証契約の効力は生じないことになると考えられます。

枝野委員：(前略) 保証人の言動等によって、配偶者である、したがって公正証書をつくらなくていいんだと誤認した場合であっても、公正証書がつけられていなければ効力は生じない。念を押します、よろしいですね。

小川民事局長：そのとおりでございます。

(中略)

枝野委員：(保証を行おうとする金融機関は、安全の観点から法律上の配偶者の確認を行うため、戸籍謄本を求めることになる。)それで、財産法上の保証のために、(中略)金融機関に対して戸籍謄本を出す義務を生じさせるような法律をつくっていいんでしょうかね。事実上、義務を課すことになりませんか。面倒くさいから、法律婚なのか事実婚なのかわからないから、念のため全部公正証書をつくっちゃえと、僕はそっちの実務に行くと思うんです。だから、この規定は空文化する、させようとしていると思うんですが、そうじゃなければ、事実上、婚姻届を提出させる、こういうことを保証契約に当たって金融機関が事業者、保証人に対して求める、事実上義務づける。これは本当に、プライバシーとかそういう観点から、そこまで強いることが適切でしょうか。

12月13日

今野委員：(前略)主たる債務者は、委託を受ける者、保証人に対して、財産の状況を知り得ない限り、それを保証人が誤認した場合に保証契約を取り消すことができるというような趣旨の条文がございます。まず、これに関して、当然、債権者側とすれば保証契約を取り消されるというのはかなり不利益が大きいということが考えられますので、そう軽々に取り消されてはたまらないということだと思いますが、では、財産状況の誤認ということについて、具体的には今後実務が積み上げられていくと思いますけれども、どの程度の誤認があれば取り消しが可能なのか、現段階で具体的なもので何かお考えがあればお聞かせ願いたいと思います。

小川民事局長：取り消し権を行使するには、その情報提供義務によって主債務者が情報提供すべき事項について誤認をしたというだけではなく、その誤認と保証契約の締結との間に因果関係があることが必要になります。そのため、その誤認の程度は、その誤認がなければ保証契約の締結をしない程度でなければならぬわけですが、このような義務を設けた趣旨が、保証人において保証契約を締結するリスクの判断を可能にするためであることに照らせば、保証することによる具体的なリスクの程度を見誤らせるような事項についての誤認であったかが重要であると考えられるところでございます。例えばということになりますが、主債務者に換価可能な資産がある、あるいは一定の収益があるといった事情は保証契約を締結するリスクを低減させるものでありますので、典型的には、主債務者に不動産などの換価可能な資産があるとの説明があったにもかかわらずそのような資産がないといったケースや、あるいは、収益が上がっているとの説明があったにもかかわらず全く収益がないといったケースなどは、通常、取り消し権を行使するに足りる誤認があったと認められるものと考えられると思います。

保証については、とりわけ改正法案第465条の7と第465条の9を巡り、政治的な論点となっている。第465条の7は、事業のために生じる債務について、第三者である個人が保証契約をする場合（いわゆる第三者保証）は、その契約に先立って、保証人となろうとする者が公正証書で「保証債務を履行する意思」を表示しなければ、保証契約は効力を生じないとするものである。これにより、個人が情義等により安易に連帯保証契約を締結し、その結果多額の保証債務の履行が求められるような事態から、個人の保証人を保護しようとすることを目的としている。第465条の9は、この適用除外として、債務者が法人である場合に、その理事、取締役、執行役等の経営者が行う保証契約（いわゆる経営者保証）と、個人事業者の場合に、主たる債務者の共同事業者又は事業に現に従事している主たる債務者の配偶者が行う保証契約については、公正証書作成を要しないとするものである。

法務委員会の法案審査では、この問題に相当な質疑時間が費やされているが、上記には代表的な質疑応答を記載している。193回国会の衆議院予算委員会（2月2日）においても、階委員から第三者保証は撤廃すべきとの観点からの質疑がなされている。

第三者保証については、金融庁が、金融機関向けの監督指針において、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旨を明記し、自発的な意思に基づく申し出がある場合を除き、第三者との間で連帯保証契約を締結しないこととしているⁱ。国として第三者保証を抑制する方針であるのに、第三者保証を許容することでよいか重要な論点の一つとなっている。また、公正証書作成の際に、併せて執行証書も作成するようなことがあれば、裁判を経なくとも保証債務に係る強制執行が可能となり、却って保証人保護に反することも論点である。

配偶者による保証については、配偶者が保証をする必要性が乏しいこと、配偶者は必ずしも保証リスクを認識していないこと等が重要な論点となっている。配偶者による保証については、法制審議会民法（債権関係）部会でも、多くの反対意見が表明され、「今後、本規定の空文化に努力したい」との発言もなされているⁱⁱ。

質疑応答において、保証契約に錯誤又は詐欺等の取消事由がある場合は、公正証書を作成したとしても取消されること、公証人は公正証書に記載された保証契約が瑕疵のないものか否かについて審査したり担保したりするものでないことについて確認された。

配偶者による保証については、事実婚である場合は対象外であることが確認され、金融機関は、法律婚であるか事実婚であるかを確認することは困難であることから、実務運用上は安全確保のため、配偶者についても公正証書作成を求めるような事務がなされ、第465条の9第3項の後段の規定が空文化する方向にしていくとの議論がなされている。

第465条の10により、事業のために負担する債務を主たる債務とする保証又は主たる債務の範囲に事業のために負担する債務が含まれる根保証の委託をするときは、主たる債務者である貸借人は、委託を受けて保証人になろうとする者に対し、財務の状況等に関する情報を提供しなければならないことになる。この場合に、貸借人が情報提供せず、又は事実と異なる情報を提供したために保証人になろうとする者が誤認し、それによって保証契約の申込みをした場

合は、当該保証契約を取消することができることになる。一般の住宅の賃貸借に係る保証は対象とならないが、オフィスの賃貸借は対象となり得る。

これに関連し、事実と異なる情報を提供したために誤認したことの立証責任は、取消権を行使する保証人が負うことが確認された。また、保証契約取消しのリスクを回避するため、融資を行う金融機関は、主たる債務者がどのような情報提供をしたかを確認する実務慣行が形成されるのではないかと予測がなされている。情報提供義務の不履行により保証契約が取消されたとしても信頼関係破壊とまで言えなければ賃貸借契約は解除できないので、保証契約なしの賃貸借契約となってしまうおそれがある。賃貸人も、借入人が情報提供したか否か、どのような情報提供をしたかを確認することが適当と思われる。なお、取消権を行使するには、その情報提供義務によって主債務者が情報提供すべき事項について誤認をしたというだけではなく、その誤認と保証契約の締結との間に因果関係があることが必要となり、例えば、主債務者に不動産などの換価可能な資産があるとの説明があつたにもかかわらずそのような資産がない場合、収益が上がっているとの説明があつたにもかかわらず収益がない場合が対象となることが確認された。

また、第三者保証の際の保証人になろうとする者への情報提供については、その情報の内容を公正証書に書き込むという事務の運用方向が示唆された。

(大野 淳)

i 「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総合的な監督指針」等の一部改正（案）《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》に対するパブリックコメント結果等について <http://www.fsa.go.jp/news/23/ginkou/20110714-2.html>

ii 部会第 83 回議事録 <http://www.moj.go.jp/content/001127643.pdf>

第 92 回議事録 「法律となったといたしましても、判例によって配偶者保証に厳しい目が向けられることを期待いたしますし、学説もそのバックアップをしていくべきであろうと思います。今後、本規定の空文化に努力したいと思います。（道垣内幹事発言）」

<http://www.moj.go.jp/content/001129009.pdf>