



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	保証契約締結プロセスの規律 (1) : イングランドにおける信託の濫用法理の考察を中心に
Author(s)	西村, 曜子
Citation	北大法学論集, 69(2), 466[25]-401[90]
Issue Date	2018-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/71192
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol69no2_04.pdf



保証契約締結プロセスの規律（1）

—— イングランドにおける信頼の
濫用法理の考察を中心に ——

西 村 曜 子

目 次

序章

第1節 保証契約締結過程の問題点

第1款 保証人保護と金融維持の要請

第2款 保証契約締結過程の規律を試みる学説の見解

第3款 個人保証制度の現在

第4款 本稿の問題意識

第2節 保証人保護に関する比較法的概観

第1款 EUにおける統一法の欠如

第2款 各国の状況

第3節 検討対象の設定

第1款 交渉力の構造的不均衡問題への対応

第2款 イングランドにおける契約締結プロセスからのアプローチ

第1章 制定法における保証契約の規律

第1節 1677年詐欺防止法4条

第1款 適用対象となる保証契約

第2款 改廃の議論にみる4条の現代的意義

第2節 1974年消費者信用法

第1款 消費者信用政策のもとでの保証人保護

第2款 要式性の拡充と情報提供規定

第3款 暴利的取引規定の射程

第3節 消費者信用法改正による保証への影響

第1款 暴利的取引規定の改正の経緯

第2款 不公正な関係規定 unfair relationships

第3款 不公正な関係規定における保証契約の位置づけ

第4節 まとめ (以上、本号)

第2章 判例法における情報提供法理の生成

第3章 判例法における信頼の濫用に対する救済法理

第4章 判例法における保証規律の到達点

結章 日本法の分析と展望

序章

第1節 保証契約締結過程の問題点

第1款 保証人保護と金融維持の要請

1 保証意思の任意性

保証契約とは、主たる債務者がその債務を履行しない場合に、保証人となった者が代わりにその履行の責任を負うことによって、主たる債務を担保する制度である。保証契約の成立には、他の契約と同様、債権者と保証人との合意が必要であるが、そもそも保証契約において「意思の合致」があるか否かは、他の契約にもまして慎重に判断されるべき問題である。

この点は、学説上も既に指摘されてきたところである。星野英一教授は、保証人は、主たる債務者のために自己の全財産に執行を受ける危険にさらされているとし、その危険性について、次のように述べられている。「本来は、主たる債務者が履行することによって保証債務が消滅することが期待されているものであって、保証人が履行する事態に至ることは必ずしも予想されていないため、保証人が自己の責任の重いこと、自己に累の及ぶことを十分に意識せずに保証することが多いことによって、危険はいっそう増大する」。そして、この保証の危険性に、保証法の考慮すべき問題一つが存在すると指摘される¹。これは、保証契約には、

¹ 星野英一「中小漁業信用保証の法的性格」『民法論集第2巻』（有斐閣、1970年）197頁。

保証人が責任の性質及び内容についての認識・理解という「真の納得」をしないままに意思表示を行うリスクが存在する²という契約締結過程の問題を指摘するものである。

このような契約意思の形成過程における軽率性及び認識不足によるリスクは、自己責任として自ら負わねばならないというのが契約法の原則である。しかしながら、保証人が個人である場合、債権者たる金融機関と保証人との間には、情報や交渉力の格差が生じていることが通常であり、さらに保証契約には、債権者のリスクヘッジとしての性質がある。そのため、個人保証契約の締結において、自己責任の原則の修正として保証人の軽率性や認識不足をフォローし、保証意思の任意性を確保するための方策を講じるべき必要があることは、学説及び今般の民法（債権法）改正（2017年5月26日成立）においても既に承認されているところである。この問題を解決しないままに保証人に義務を課すことは、契約自由の原則の下で正当化されるものではない。

2 従来の保証人保護の議論

従来のわが国における保証法制度の議論の中心は、個人保証人の責任が過大となり、その生活を危機的な状況に追い込む危険から保証人を保護すべく、その責任を制限するための理論構築にあった。

西村教授は、保証一般には、利他性、無償性、情義性、未必性³、及び

² 道垣内弘人「保証契約の成立にともなう説明義務」民事研修523号（2000年）6頁。

³ いわゆる「保証債務の未必性」については、西村信雄編『注釈民法（11）債権（2）』（有斐閣、1965年）152-153頁にて、継続的保証債務と一時的保証債務のいずれにおいても妥当する性質であることが説明されている。すなわち、継続的保証にあっては抽象的な基本的保証債務から実際に具体的保証債務が発生するのか否か、また、その保証債務が幾何の額に達するのか不確定であり、その意味において未必の不確定的な債務である。一方、一時的保証は、当初から具体的保証債務の発生及びその範囲が画定しているのが通例であるから原則として上述の意味における未必の債務ではない。しかし、具体的保証債務の場合も、主債務者自身の履行により債務が消滅するのが本則であるから、保証人が現実には履行を余儀なくされることはむしろ例外事例であるはずであり、この意味で

軽率性という特殊性が認められ、さらに継続的保証には、永続性、広範性が認められることから、継続的保証においては保証一般の特殊性が増幅するのであり、保証人の責任を制限する必要性があることを強調した⁴。その上で、民法（455条、504条、418条）及び身元保証法（3条、5条）の規定を根拠として、債権者には「保証人の負担をなるべく重からしめないように注意すべき」抽象的かつ包括的な義務があるとの理論を構築した⁵。

このような継続的保証の責任制限理論は、民法理論上、一般に承認されている⁶。広範な保証人の責任を軽減する努力は、立法上及び判例法上

は、具体的保証債務も一種の未必的債務であるとされる。

⁴ 奥田昌道『債権総論〔増補版〕』（悠々社、1992年）414-415頁においても、保証の危険は、その性質と関連づけて説明されている。すなわち、「保証人が思わぬ過大な責任を現実を負わしめられ」その生活が危機に瀕することが少なくないことが、「保証一般」についての問題として指摘され、その原因は、保証の片務・無償の性質のほか、債権者と保証人または主債務者と保証人との信頼関係という基礎にあるとされる。

⁵ 西村信雄『継続的保証の研究』（有斐閣、1952年）15頁以下。

⁶ 伊藤進「保証人の保護」同『保証・人的担保論』（信山社、1996年）259頁。そのほか、根保証の責任制限の法的根拠を身元保証法5条の類推適用に置くものとして、村松俊夫「信用金庫取引における新基本約定書の差入れの効力等」金法692号（1973年）16頁、石田喜久夫「銀行取引と保証契約」加藤一郎他編『銀行取引法講座下巻』（金融財政事情研究会、1976年）491頁、信義則によるものとして、我妻栄『新訂債権総論』（岩波書店、1964年）473頁、荒川重勝「根担保論」星野英一編集代表『民法講座別巻一』（有斐閣、1990年）202頁、後藤勇「継続保証における保証責任の限度－最近の裁判例を中心として－」判タ445号（1981年）17頁、辻博明「債権者の保証人に対する注意義務に関する一考察」名城法学54巻4号（2003年）94頁以下。根保証の責任制限における考慮事由に関しては、無償性や情義性等を責任の予測額の問題に組み入れるべきであるとする見解がある（小杉茂雄「いわゆる『包括根保証』再考」西南学院大学法学論集16巻2号（1983年）32-35頁）。これに対しては、無償性や情義性は根保証に固有の特徴ではないため考慮すべきではなく、主債務者の支払い不能に関する債権者と保証人の落ち度のみを比較考慮すべきとする見解もある（後藤勇「継続的保証における保証責任の限度」判タ445頁（1981年）26-27頁、福田誠治「伝来型保証の特徴と保証人保護の正当化事由－値保証人の責任制限に関する裁判例の検討を通

も積み重ねられてきたところである。判例上は、主に包括根保証の事案を対象として、信義則を根拠とする責任制限法理が形成されてきた⁷。

3 2004年法改正

(1) 改正における2つの要請

2004年には民法上の保証法制度の改正が行われ、保証責任の制限及び契約締結過程に関する規定が設けられた。

まず、保証責任の制限に関する規定として、貸金等根保証契約について極度額の定めがない場合を無効とし（民法465条の2第2項）⁸、保証期間については、特に定めがなければ契約締結日から3年を経過する日を元本確定期日とする旨の規定（民法465条の3第2項）等が設けられた。これらの立法化には、包括根保証や長期間に及ぶ保証に対して信義則等を根拠に責任制限を行ってきた従来の学説及び判例の理論構築が反映されているといえよう。

次に、契約締結過程の規定として、保証契約は書面で行わなければ効力を認めないとする民法446条2項が新たな条文として設けられた。同条項による保証契約の要式化は、保証人の認識不足や軽率性という課題に対する法対応として位置づけることができる。しかしその内容については、保証人保護の観点からは不十分であるとされ、必ずしも肯定的な評価がなされたとはいえない。この点を明らかにすべく、2004年保証法改正の経緯及び指針を概観する。

2004年の保証法改正は、保証に過度に依存した融資慣行を是正するための政府及び関係省庁の取組みを受け、立法レベルにおける保証制度の見直しを行ったものである⁹。政府の保証制度に対する問題意識は、自己

じて－」別冊 NBL61号（2000年）180-193頁）。

⁷ 判例は、責任制限を判断する際、債権者が主債務者と取引を開始するに当たって主債務者の信用状況を調査しなかった等の事実、ならびに保証契約締結後に信用不安が生じた後も取引を締結した事実等、契約締結の前後にわたる一切の事由を考慮している。

⁸ 民法（債権法）改正（2017年5月）により、主たる債務の範囲に貸金等を含むとする要件が削除され、全ての個人根保証に同規定が適用されることとなった。

⁹ 改正の経緯については、法務省民事局参事官室「保証制度の見直しに関する

資本に乏しい中小企業が資金調達のために借入れを行う場合、経営者、役員、その親族、知人等が保証人になるという融資慣行が定着している実態において、保証契約の内容に対しては法律上特段の制限が設けられておらず、保証人が過大な責任を追及される場面が多々生じている、というものであった¹⁰。政府は、このような問題に対して、個々の紛争において保証人保護を具体化してきた司法の功績を評価している。しかし政府は、このような判例法理による救済は、紛争化して裁判に至った個別事案においてのみ実現可能なものであること、当事者の予測可能性・法的安定性という面でその機能には大きな限界があることから、立法による見直しが必要であるとした。

個人保証制度の見直しは、起業の促進・廃業における障害除去という観点からも求められてきた（「経済財政運営と構造改革における基本方針（2002）」）¹¹。続いて、2003年12月に開催された産業金融機能強化関係閣僚等による会合においては、「経済活性化のための産業金融機能強化策」として、「担保・保証に過度に依存しない資金調達を実現するために、人的保証の合理化・適正化についての検討を進めること」との方針が示

要綱中間試案補足説明」に詳述されている。

¹⁰ このほか政府は、保証人の過大な責任は、継続的に発生する一切の債権を保証の対象とする根保証契約がその典型とされていること、とりわけ、「保証金額や保証期間に制限のない包括根保証契約が締結されている場合には、ひとたび主たる債務者が経済的破綻に至れば、主たる債務と同額の保証債務、場合によっては、契約締結時には予測できないほど多額の保証債務の履行を求められる結果となり、保証人自身も破産に至るなどの過酷な事態を招いている」との従来の学説による指摘にも触れている。

¹¹ 当時、内閣府設置の経済諮問会議では、中小企業における経営者保証人が保証責任の追及を恐れるあまり、法的倒産処理への着手が遅れ、事業再生の機会を逸する等の課題を念頭に、個人保証のあり方につき見直しを図るべきとの指針が打ち出された。これを受け、金融実務上の改善策として、無保証の政策金融の拡充、個人保証に代わる新たな担保手段の整備が検討されたが、企業倒産が多発し保証人への責任追及が現実化する当時の経済情勢にあつては、直ちに個人保証制度を廃止し新たな担保手段に転換するのは適切ではなく、「保証契約の内容を適正化」するための直接的な法制度の検討が強く求められることとなった。

され、ここでは「個人保証、特に根保証については、『円滑な金融』を阻害しないよう留意すべきこと」も明示された。

このような経緯のもと、法務大臣は、保証人が過大な責任を負いがちな保証契約について、その内容を適正化するという観点から、根保証契約の限度額や期間の定め等、保証制度について見直しを行う必要があるとし¹²、これを受けて、法制審議会の保証制度部会により「保証制度の見直しに関する要綱中間試案」が作成された。同試案では、上述の指針を踏まえ、「保証人保護」のみならず「円滑な金融の維持・促進」の要請にも配慮すべきことが示されている¹³。すなわち、保証制度は中小企業金融における担保手段として重要な地位を占めていることから、その効力を著しく減じるなどの保証人保護に偏した一方的な措置を講ずれば、かえって中小企業への貸渋りなどの本末転倒の結果を招きかねない。そのため制度の見直しにあたっては、「保証人保護」と「円滑な金融の維持・促進」という2つの要請のバランスを保つことを特に意識し、具体的な検討を進める必要があると示されたのである。

（２）保証契約の要式行為化

かかる指針のもとで行われた2004年の法改正では、契約締結過程に関する規定として民法446条2項が設けられ、契約書面の作成が保証契約の効力要件とされた。従来、保証契約は諾成契約とされてきたが、保証契約内容の明確化により保証人を保護する趣旨から、保証契約の要式行為化が図られたのである¹⁴。

その改正理由によれば、保証契約は無償で情義に基づいて行われる場合が多いこと、保証契約の際には保証人に対し現実に履行を求められることとなるかどうか不確定であり、保証人において自己の責任を十分に認識していない場合が少なくないことから、保証を慎重ならしめるため、保証意思が外部的にも明らかになっている場合に限り法的拘束力を

¹² 「保証制度の見直しに関する諮問第66号」参照。

¹³ 立法担当官の解説として、吉田徹＝筒井建夫『改正民法〔保証制度・現代語化〕の解説』（商事法務、2005年）6頁。

¹⁴ 前掲注13）13頁。

認めるものとするのが相当であるとされている。また、諸外国の法制において、保証を要式行為としている例が少なくないこともあげられている¹⁵。

しかし、その規定内容に対しては、保証人保護という課題解決としては、必ずしも十分ではないとの評価がなされてきた。学説上は、①契約書面に記載すべき内容については、貸金等根保証契約（民法465条の2以下）を除いて具体的な定めがないこと、②保証人に対する書面の「交付」が義務づけられていないことから、保証人保護としての機能を十分に果たしていないことが指摘された¹⁶。また、債権者の保証人に対する情報提供義務や説明義務の規定が設けられなかったことから、保証人へのプロセス保障が不十分であるとも指摘された¹⁷。

2004年法改正は、「保証人の保護を主眼において、具体的措置が検討された」ものであるが、「中小企業において果たしてきた保証の機能の重要性にかんがみると、必要以上の規制が加えられることにより円滑な金融が阻害されるおそれ」があることに配慮しつつ検討が進められたとされる¹⁸。この点は、2004年改正を理解する上で重要であり¹⁹、保証人保護のためとはいえ契約締結過程における義務を金融機関に課すことに慎重にならざるを得なかったという状況を示すものといえよう。

2004年改正法案可決後には、既に、保証契約の締結過程において、「銀行をはじめとする金融機関の保証人への説明責任」が十分に果たされるよう必要な措置を講ずる必要がある、との参議院法務委員会の附帯決議がなされており、これは、要式行為化を定める446条2項を設けてもおお、

¹⁵ 法務省民事局参事官室「保証制度の見直しに関する要綱中間試案補足説明」参照。

¹⁶ 平野裕之『保証人保護の判例総合解説〔第2版〕』（信山社、2005年）21頁、大沢慎太郎「保証の成立における法的諸問題」法セミ（2014年）22頁。

¹⁷ 山本敬三「保証契約の適正化と契約規制の法理」新井誠＝山本敬三編『ドイツ法の継受と現代日本法』（日本評論社、2009年）441頁、平野・前掲注16）21-22頁。

¹⁸ 吉田徹＝筒井建夫『改正民法〔保証制度・現代語化〕の解説』（商事法務、2005年）6頁。

¹⁹ 山本・前掲注17）414頁。

契約締結過程の規律に改善の余地が十分にあること、そして、その必要性があることを示している。

契約締結過程における規律を構築するにあたっては、2004年法改正の指針であげられたように、「保証人保護」の視点のみならず、「円滑な金融の維持・促進」の要請を無視することはできない。しかしながら、この2つの要請の調整を実現するための方策としては、契約書の作成にとどまらず多様なアプローチが可能であり、特に経営者保証とそれ以外の第三者保証を区別し、適切なプロセスを構築する等のより精緻化した議論が必要であったところ、同改正では十分な検討は行われておらず、課題として残されていたといえる。

第2款 保証契約締結過程の規律を試みる学説の見解

2004年の保証法制度改正と並行して、学説においても、保証契約締結過程の規律をどのように構築すべきかにつき議論が展開された。2004年改正では、保証契約を要式契約とする旨の規定が設けられた（民法446条2項）が、学説上は、債権者に対して、説明義務、（主債務者の信用状態についての）情報提供義務、意思確認義務等を課し、さらに過剰保証についての規制を設けることにより保証人の保護を図るとの手法も提示された。

潮見佳男教授は、保証契約の約款という性質から、債権者は保証契約の内容を開示する義務を負うものであり、「保証契約を締結するかどうかの決定にとって必要な情報を得る機会を与えられずに締結された契約には保証人は契約に拘束され」ず、「とりわけ、交渉等の経緯を考慮しても保証人が予測できないような契約条項は、保証契約の内容とならない」との見解を示している²⁰。

保証契約における債権者の義務をより具体的に論じる見解として、以下の2つの見解がある。

1 保証人保護義務論からのアプローチ ー平野裕之教授の見解

²⁰ 潮見佳男『債権総論Ⅱ』（信山社、2005年）389-399頁。

平野教授は、「債権者の注意義務²¹」という抽象的かつ包括的な義務をさらに①具体化し、②保証人の多様性に合わせた保護法理の構築を提案する²²。まず、①義務の具体化については、契約締結段階における債権者の義務として、保証契約書の交付、根保証の場合には、根保証であることの説明義務及び保証意思の確認義務の立法化を提案する。このうち、説明義務違反により、保証人が認識不十分のままに契約をした場合には、「契約解釈」として、説明がなされなかった内容は保証債務の範囲から除外されると説かれている。

さらに債権者には、保証契約の締結に際し、主債務者の支払能力の確認義務及び主債務者の信用状態について保証人に情報提供すべき義務の必要性が説かれ、そのような義務違反の効果としては、保証人に契約の取消権が認められるべきであるとする²³。

②保証人の多様性という観点からは、主債務者と保証人間の情義的関係による無償保証について保護の必要性を認め、さらに包括根保証については特別な保護の要請が認められると主張する²⁴。一方で、個人会社の経営者による保証、親会社等グループ企業による保証については、主債務者についての情報取得や経営参加が可能であることから自己責任が妥当すること、また、銀行や信用保証協会等による有償保証の場合には合理的計算の上に保証がなされることから、保護の要請が妥当しないと²⁵する。

²¹ 西村信雄『継続的保証の研究』（有斐閣、1952年）15頁以下。

²² 平野・前掲注16）4頁以下。同様の観点から保証人保護が、社会類型に応じて多様化している状況を明らかにするものとして、齋藤由起「保証の諸類型と保証法の多様化」法セミ713号（2014年）15頁以下。

²³ 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）32頁以下。

²⁴ 平野・前掲注16）10頁は、2004年改正において包括根保証禁止の対象とならなかった継続的供給契約などにおける包括根保証の事例についても、貸金等債権と区別せずに保証人保護の必要性があるとする。

²⁵ 平野・前掲注23）32頁以下。松本恒雄「根保証の内容と効力」加藤一郎ほか編『担保法大系第5巻』（金融財政事情研究会、1984年）248-249頁においても、有償保証である場合には、根保証人を保護する要請は高いとはいえないと指摘

上述①にあげた義務を債権者に課す根拠としては、保証契約が債権者にとってのリスクヘッジであることがあげられ、債権者と保証人の力関係、情報取得可能性の差に鑑みて両者の関係は自己責任を貫徹することは不公平であり、債権者が「可能な限り保証人の利益を保護すべき義務」を尽くした限度でのみ、保証人に債権者自らが本来負担すべきリスクを転嫁することが許されるとする。そして、このような法理が「担保」という理念と衝突することもやむをえないとする。

2 金融機関の専門家責任からのアプローチ 一道垣内弘人教授の見解

道垣内教授は、保証契約には、従来指摘されてきた情義性などの特性のみならず、変額保険やデリバティブ取引などの投資型金融取引と「連続的な性格」が認められることから、金融機関には相手方である消費者に高い注意義務が課されるとする。そして、投資型金融取引や消費者契約法上の議論において、既に学説上、軽率・無思慮を利用する行為を規律する必要性が認識され、金融商品販売者の説明義務論が展開されてきたことを前提に、これらの成果から保証契約締結における金融機関の義務を導くものである²⁶。

保証契約と投資型金融商品との連続性を示す要素として、①当事者間の専門的知識に大きな差があること、約款取引という要素、②（さらに重要な性格として）保証は、債権者からみるとリスクヘッジのための取引であり、保証人がヘッジされるリスクと自己の利益との比較のもとになされる取引であることを指摘する。そして、金融機関の義務は、これらの要素から要請されるのであり、必ずしも保証の情義性や無償性に限定されるものでなく、実質上、保証が有償であり自らの利益のためになされたものであったとしても、金融機関は保証人に対して高度の注意義務を負うべきであると主張する。

具体的な債権者の義務としては、消費者契約法3条を参照し、根保証契約について次の内容を提案する²⁷。①保証契約の契約条項は、常に明

されている。

²⁶ 道垣内・前掲注2）6頁。

²⁷ 消費者契約法3条は、事業者に対して、条項の明確かつ平易化および勧誘

確かつ平易な言葉で表現されなければならない。②保証契約において具体的に発生するリスクについて、保証人が正当な認識を形成するに足りる情報を提供しなければならない。③保証契約により発生するリスクが、保証人にとって過大となるときは、①、②に加えて、明確かつ詳細に最悪の場合にどのような事態になるのかを説明し、十分な理解を得させた上で、なお取引を継続するのかを確認しなければならない（適合性原則）。さらに、④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、客観的な事実を明確に認識させなければならない²⁸。

上述の2つの見解は、債権者に情報提供等の義務を課す実質的根拠として、保証が債権者のリスクヘッジのための機能を果たしていることを挙げている点で共通する。しかし、理論的根拠の相違から、両見解が提示する情報提供の法理には次のような相違がある。

まず、平野説は、従来の保証責任の制限法理から導かれた保証人保護義務を理論的根拠とする。そして、保護すべき保証人として、「債権者が本来負うべきリスクを、主債務者との関係からやむを得ず無償で社会生活上の助け合いの慈善行為として」転嫁される保証人を想定し²⁹、有償保証人の保護には消極的である。このような見解は、保証人の要保護性を重視したアプローチであるといえる。これに対し、道垣内説は、保証契約に限られない、金融取引一般に適用される金融機関の義務を根拠として理論構築をしている。想定されている保証人像は、「ヘッジされるリスクと自己の得る利益とを比較して取引する保証人」であり、債権者の義務は、保証人と主債務者との関係性（情義性、無償性等）を重視するものではなく、金融機関としての専門性に由来するものとして構成す

の際の情報提供を努力義務として規定する。

²⁸ その他、契約締結時の債権者の行為態様として、保証人に対する威迫や困惑の禁止、切迫や無思慮・軽率、異常な精神状態及び経験不足という状況の濫用の禁止が提示されている。

²⁹ 平野・前掲注16）8頁。

る。そのため、「実質上、有償で、保証人が自らの利益³⁰を考慮してなされたものであったとし」ても、「金融機関は保証人に引き受けることになるリスクを十分に理解」させるための注意義務を負うとする³¹。ここでは、保証の無償性という要保護性の視点が強調されるのではなく、金融機関の専門性という視点から契約プロセスの規律が提示されている。

これらの議論は、保証契約締結プロセスの規律の構築には複数のアプローチが可能であることを示している。

また、これらの情報提供型の手法とは別のアプローチとして、契約締結過程における過剰保証規制の必要性が説かれている。小杉教授は、保証の有効要件として保証債務全部の弁済をする資力を有することを要件とすることを提案している³²。これに対し、平野教授は、返済能力を基準とする場合、保証人の資産が考慮されるが、情義による個人保証人にその資産を切り崩してまで責任を負わせるべきではないとの理由から、その収入を基礎に余裕のある限度での弁済に限定されるべきであると主張する³³。

第3款 個人保証制度の現在

かねてより個人保証制度に対しては、その責任が過大となる危険性ゆえに、制度の存続自体の見直しを図るべきであるとの主張がなされてきた。2004年の保証制度の改正後においても、個人保証制度の見直しの議論が収束することはなく、実務上、事業債務のための保証を中心に、経営者保証³⁴以外の第三者保証制度の存続には厳しい制限が設けられるこ

³⁰ ここでいう利益とは、「精神的なものも含めた広い意味であり、自分の親あるいは子が経営する会社が倒産しないようにするというものでありうる」と説明されている。

³¹ 道垣内・前掲注2) 6-7頁。

³² 小杉茂雄「保証の改正をどのように考えるか」椿寿夫ほか編『民法改正を考える』(2008年) 233頁以下。

³³ 平野・前掲注23) 43頁以下。

³⁴ 中小企業基盤整備機構が2015年に実施した調査に基づき公表した「経営者保証ガイドラインアンケート結果」(<http://hoshos.smrj.go.jp/contents/question.html>)によれば、経営者保証を提供している中小企業・小規模事業者は、

となった。2006年３月の中小企業庁通達では³⁵、信用保証協会が行う

82.5%に上るとされる。また、金融機関が経営者保証を求める理由として、最も多く占めたのが、経営の規律のため（モラルハザードの防止）であり、次いで、会社の信用力保全のため（企業との一体性を確保）、保全のため（担保としての機能）と示されている（中小企業庁「個人保証制度見直しの背景」2014年２月公表）。2014年２月より、わが国では「経営者保証に関するガイドライン」が適用され、保証契約締結時、及び、保証債務整理時の課題に対応した準則が示されている。前者については、保証契約締結の合理性を担保するために、対象債権者に対し、主たる債務者及び保証人に対する保証契約の必要性の説明、及び、適切な保証金額の設定等を求めている。後者の対応としては、債権者の回収の極大化や整理の迅速化を図るべく、保証債務の私的整理にあたり、一定の経済的合理性が認められる場合には、保証債務の免除を前提に、破産法上の自由財産を超える一定の残存資産を保証人の手元に残す等の手続きが示されている。かかるガイドラインを経営者保証における適正な資産開示を促進し、破産手続きよりも多くの資産を経営者に残すスキームとして積極評価する見解として、白井大「経営者保証人の保護の必要性とその方策」『早稲田法学の現在』（成文堂、2017年）339頁以下。経営者保証人に対するハードローレベルでの過剰保証規制を積極的に検討するものとして齋藤由起「個人保証規制のあり方を考える（上）、（下）」法律時報89巻10号（2017年）97頁以下、89巻11号（2017年）144頁以下がある。一方で、経営者保証に対して比例原則を適用すれば、「過大性」という不明確な基準により生じる紛争のコストが予想され、これを回避するためのモニタリングの高コストが発生し、これらの追加コストは負担できない債務者企業は融資を受けることを断念せざるを得ないという危惧から、経営者保証に対する比例原則の適用に反対する見解として、小出篤「中小企業金融における人的保証の機能」江頭憲治郎還暦記念・黒沼悦郎＝藤田友敬編『企業法の理念（下）』（商事法務、2007年）537頁以下、同「経営者保証と『比例原則』」金商1390号（2012年）1頁。この他、保証契約締結時点から保証債務履行時点まで、保証人に一貫して一定財産を留保するためのスキームとして、一定の金額までは保証人に財産を留保する旨の特約を付す契約手法（逆限度保証）も提唱されている（松嶋一重「個人保証をめぐる制度的現状と残された課題」金法2054号（2016年）19頁以下）が、これに対しては、複数債権者間の円滑な調整が可能であるのか、ガイドラインの定着が途上である中、新たな取組みは実務に混乱を来す等の課題が指摘されている。

³⁵ 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」（2006年３月31日）。

保証について、2006年度以降の保証融資案件については、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として禁止することが明示された。その後、中小企業庁作成の「個人保証制度見直しの背景」(2014年2月)には、政府系金融機関では例外的な対応を除き、第三者からの保証人徴求は行っていないとの実務対応が記されている。今般の債権法改正(平成29年5月26日成立)の過程においても、個人保証を原則として禁止すべきであるという提案がなされ、中間試案に至るまでは一定の例外を除いて個人保証を無効とすべきかについて議論が行われた³⁶。

一方、上記の中小企業庁による実務指針等によれば、実質的な経営権を有している者のほか、経営者本人と共に経営に従事する配偶者及び事業の協力者・支援者等による第三者保証の利用は、実務上禁止されておらず³⁷、現在の融資実務において一定の第三者保証を認めるべき必要性が存在している。さらに今般の債権法改正の議論においても、個人保証の社会的有用性が認められること、仮に個人保証を原則として禁止した場合に、その例外として効力を認めるべき場合を列挙することは困難であることが指摘され、結果として個人保証制度を廃止するには至らな

³⁶ 中間試案では、「主たる債務の範囲に金銭の貸渡しまた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」、および、「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」における個人保証については、「個人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、引き続き検討をする」とされた。

³⁷ 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」(2006年3月31日)では、例外的に第三者保証を認める場合として、以下のものが列挙されている。

1. 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
2. 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
3. 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ったことが客観的に認められる場合に限る。)

かった。

以上の経緯を経て、改正民法においては、第三者保証契約も含む個人保証制度の存続を認めた上で、個人保証人保護方策の拡充を趣旨とする条文が設けられることとなった³⁸。以下、保証契約締結過程の規律に関する新たな条文について概観する³⁹。

従前より、学説上、保証人に対する情報提供の必要性が説かれてきたところ、改正民法465条の10により、主債務者は、個人保証人に対する情報提供義務を負うとする規定が設けられた。同条によれば、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契約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を委託するときは、委託を受ける者に対し、法定された一定の情報を提供しなければならない、これを怠り又は事実と異なる情報を提供したために保証人がその事項について誤認し、それにより保証の意思表示をした場合には、「債権者が、主債務者による情報不提供、ないし、虚偽の情報提供を知り、または、知ることができた場合」に、保証人は保証契約を取消すことができる⁴⁰とされる。

このように、民法465条の10は、これまで保証人に対する情報提供義務の必要性が説かれてきたところを明文化したものである。ただし、従

³⁸ 債権法改正により、契約締結過程の規律の他、保証契約締結後に関する規定として、主たる債務の履行状況に関する情報提供義務（民法458条の2）及び主たる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（民法458条の3第1項）が設けられた。いずれも、主たる債務の内容は、事業融資であるかを問わない点で、契約締結過程の規律と異なり、また、主たる債務の履行状況に関する情報提供義務は、保証人が個人であるか法人であるかを問わず適用される。保証契約締結後の情報提供義務に関する近時の研究として、齋藤由起「保証契約における契約締結後の情報提供義務（１）」阪大法学63巻6号（2014年）87頁以下がある。

³⁹ 改正法を概観するにあたっては、以下の文献を参照した。潮見佳男『新債権総論Ⅰ・Ⅱ』（信山社、2017年）、潮見佳男『民法（債権関係）改正法の概要』（きんざい、2017年）、中田裕康・大村敦志・道垣内弘人・沖野真己『講義 債権法改正』（商事法務、2017年）、大村敦志・道垣内弘人編『解説 民法（債権法）改正のポイント』（有斐閣、2017年）、筒井健夫・村松秀樹『一問一答 民法（債権関係）改正』（商事法務、2018年）等。

来の学説では、主債務者の資産状況等に関する情報提供の主体を債権者たる金融機関とすることが想定されてきたところ、改正法では、主債務者の資力については債権者が必ずしも把握しているわけではないとの事情から、主たる債務者に対し保証人に対する情報提供を義務づけている点で異なる。

さらに、改正民法465条の6第1項は、個人保証人の債務の履行意思を公正証書で表示することを保証の効力要件とした。同規定は、保証契約の締結過程に、当事者以外の第三者である公証人を関与させることを定めた点で新規性がある。すなわち、「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」または「主たる債務の範囲に事業のために負担する貸金など債務が含まれる根保証契約」における個人保証人は、契約締結日前1箇月以内に作成された「公正証書」で「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ものと規定された（以下、同条の公正証書を「保証意思宣明証書」とする）⁴⁰。同条の趣旨は、公証人の関与のもとで、保証人になろうとする者による保証契約のリスクの確認を行うこととされている⁴¹。

このように保証契約について書面の作成を要求する規定としては、既に民法446条2項が存在し、保証契約の締結は、書面でしなければその効力を有しないとされている。この点、改正法465条の6における「保証債務の履行」意思是、民法446条2項で想定される「保証契約の締結」の意思とは区別されており、保証人になろうとする者に保証債務のリスクをより明確に認識させることを趣旨とする。したがって、改正法465条の6の保証意思宣明公正証書は、民法446条第2項の要式性を代替する趣旨ではなく、保証契約の締結について二重の規制を設けたものであ

⁴⁰ 465条の6第3項により、同条は個人保証を対象とするものであり、保証人になろうとする者が法人である場合には適用されないと定められている。

⁴¹ このような保証意思宣明公正証書の作成には、適用除外規定が設けられており、主債務者が法人である場合の経営者（民法465条の9第1号）や議決権の過半数を有する者等（民法465条の9第2号）、及び、「主たる債務者（法人を除く）と共同して事業を行う者また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」（民法465条の9第3号）が保証人となる場合には、保証意思宣明証書を作成せずとも、保証の効力が生じることになる。

ることに留意しなければならない。

公正証書作成による「保証意思の確認手続」の導入については、保証人が重大な責任を負うにもかかわらず、思慮なしに予想外の責任を負うという問題への法対応として肯定的な評価も受けている。さらに、公正証人が保証意思の確認に関与する点において、単に債務の内容を確認するにとどまらず、面談における個々の状況に応じてより具体的なリスクを伝達する役割も期待されよう。

しかし、本改正をもって、保証契約締結過程の課題に十分な解決が図られたとはいえない。保証意思宣明公正証書についていえば、配偶者がその適用除外とされたことについて議論がなされている⁴²。改正法465条の9第3号は、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については、公正証書を作成せずともその保証を有効とする。このような適用除外規定は、経営と家計の未分離を前提に、経営者とその配偶者が家計の一体性を有すること等から一定の合理性があると説明されている⁴³。しかしながら同規定については、情義的關係から不本意な保証契約を締結するリスクが最も高い配偶者を例外とすることは妥当性を欠くこと、現在の社会情勢では夫婦といえども別人格であること、また、適用除外の対象は、法人の債務保証については「取締役や総株主

⁴² 中間試案後の議論では、配偶者保証を認める試案について、否定的な意見も主張されたが、配偶者保証の特質から、その効力を認めるべきであるとの見解が有力であった。その理由として、①主たる債務者が個人事業主である場合には、経営と家計が未分離であり、配偶者を保証人とする必要性が定型的に認められること、②配偶者を経営に従事する者に限定することにより、自ら事業の状態を知ることができること、③配偶者保証は、事業継続の目的が主眼であり、情義に基づくという側面が弱いことがあげられた。商工会議所の立場からは、中小企業金融の維持のため、中小企業が資金調達を行うことが困難になるような事態を避ける必要性があり、現に配偶者を保証人とし融資を受けている個人事業主が多く存在していることから、配偶者保証を個人保証の制限の例外として認めるべきであることが主張された。このような議論の経緯からは、日本の中小企業金融の担保として配偶者保証が重要視されている実態が認められる。

⁴³ 政府参考人小川秀樹、金田勝年国務大臣発言（参議院法務委員会会議録第9号平成29年4月25日）。

の議決権の過半数を有する者」などに限定されており、個人事業主の債務保証についても、配偶者以外の者は「共同事業者」に限定されていることとのバランスを欠く等の批判がなされている⁴⁴。

第4款 本稿の問題意識

以上の学説、及び、債権法改正の議論の経過から保証制度の構築に際し、以下の点を課題として指摘することができる。

第1に、保証意思における任意性欠如という課題につき、学説では、大きく2つのアプローチが提示されてきた。道垣内教授は、債権者の義務を金融機関としての専門性から根拠づけることから、保証が情義に基づいて無償で行われる場合のみならず、有償で行われる場合においても、債権者たる金融機関に情報提供義務や説明義務が生じることを示唆している。しかし、これらの義務を一方当事者である債権者に課すことが、契約自由の原則における自己責任の修正であることに照らすと、債権者の義務の射程は、保証人の要保護性という観点からの限定を行うべきである。具体的には、経営者保証等の有償保証については、主債務者の資産に関する情報取得やリスクの合理的判断が可能であるという特質を考慮し、その保護には抑制的であるべきで、過度な保護方策とならないよう保護の外延を確立する必要がある。

この点、平野教授が提示する保証人保護義務論からのアプローチは、保証人の要保護性の多様性に着目し、有償保証、情報取得や経営参加が可能な経営者保証、及び、親会社による保証を保護の対象から除外する点で、自己責任の原則の修正という観点から正当化されるといえる。もっとも、平野教授の見解は、従来の保証人保護義務論を基軸としており、保護の対象として「根保証契約」を想定した議論を展開している。しか

⁴⁴ 元榮太一郎委員、山口和之委員、真山勇一委員発言等（参議院法務委員会会議録第9号平成29年4月25日）。もっとも、このような批判に対しては、融資を受けることでその家業の事業継続が可能となる事態も想定すると、自らが保証人となることで融資を得たいという配偶者の判断は一概に軽率であり安易であるとは断じがたいとの見解が呈されている（金田勝年発言、参議院法務委員会会議録第10号平成29年5月9日）。

し保証契約における軽率性や認識不足というリスクは、保証責任の未必性や主債務者と保証人との信頼関係、債権者と保証人との情報の非対称性等、保証契約に内在する構造的な不均衡に起因するものといえる。そうであるならば、任意性の課題は、保証契約一般に共通する課題であり根保証契約に限定した問題として捉えることについては疑問が生じる。

そこで改めて、保証意思における任意性欠如の要因を分析し、その要因に応じた保証規律を構築する必要がある。

第2に、保証人保護と円滑な金融維持・促進との調和をどのように図るかという問題である。わが国の保証契約締結過程の規律につき未だ課題が残る背景には、保証人の保護と担保機能の確保による金融の維持という一見して両立困難な2つの要請の存在が窺える。

上述のとおり、保証意思の任意性確保という観点からは、保証人の要保護性の実態を明らかにし、その実態に即した適正なプロセスとして、保証債権者のとるべき措置のあり方を検討する必要がある⁴⁵。

この点、債権者の措置として過度の負担を課すことは、融資の実現を阻むものとして回避すべきことが指摘されてきたが⁴⁶、近時では、金融機関の義務内容の確定には「現状ではなお不明確な融資取引上生じうるリスクを金融機関が回避できる可能性を高める」とし、金融機関の利益保護を図る側面もあることが指摘されている⁴⁷。すなわち、保証人の任意性を確保するために必要なプロセスを構築することは、保証債権者たる金融機関にとっては有効な担保を獲得するためのスキームともなり得るのである。

保証契約が担保制度の一類型であることに鑑みれば、保証人の保護と

⁴⁵ 例えば、今般の債権法改正についてみると、配偶者保証を保証意思確認公正証書規定の適用から外した点に関しては、金融維持の観点からは合理性が認められるものの、保証意思の任意性が担保されているのかという観点からは、批判をあげており、見解がわかれている。議論の詳細は、本稿序章第1節第3款参照。

⁴⁶ 木村仁「カナダにおける保証契約締結時の保証人の保護」近畿大学法学46巻1号（1998年）68-69頁等。

⁴⁷ 大沢慎太郎「フランスにおける金融機関の融資取引に関する義務と責任（1）」早稲田法学85巻4号（2010年）36-37頁。

同時に、保証に対する債権者の正当な期待も保護されなければならない。わが国における従来の個人保証人保護の議論においては、その責任制限をどのように理論構築すべきかに主眼が置かれ、保証人保護の延長上に存在する保証融資の阻害への懸念については正面から論じられてこなかった。しかし既に、2004年保証法改正においても、「保証人保護」と「円滑な金融維持・促進」の調整が基本方針として掲げられ、これらの調整は重要な課題として位置付けられている。

本論文では、保証人の保護と円滑な金融の維持の要請とを調整するという視点から、保証契約締結プロセスの規律を構築することを一つの課題とする。

第2節 保証人保護に関する比較法的概観

本論文において、保証人保護と金融維持の要請との調整という視角から保証契約プロセスの規律について考察するには、イングランド法を検討対象とすることにより重要な示唆が得られると考える。これまで、わが国の先行研究としては、ドイツ及びフランスにおける保証人保護の制度についての比較法研究が行われてきた。

本論文でイングランドを比較研究対象とするに至った経緯として、ドイツ及びフランスを始めとする EU における保証人保護の法状況について概観し、その上で現在までの比較法研究の到達点を確認しておきたい。

第1款 EU における統一法の欠如

1 消費者信用指令案の概要

保証人を法的に保護するための方策は、EU 各国に共通する問題とされてきた。1990年代後半から本格化した消費者信用市場の単一化に向けた EU 政策の中で、保証人保護方策の調和が論じられるようになり、公式的には消費者信用指令の改正において議論が開始されたものである。以下のとおり、結果的には、保証契約は、2008年に制定された新指令の適用対象とはならなかったが、その提案の中には当時の EU における保証人保護方策の特質が多く盛り込まれている。

1990年代には、EU において消費者保護政策が進み、一連の消費者保

護立法が動き出したごく初期の1986年12月22日には、最初の消費者信用取引に関する「消費者信用指令に関する加盟国の法規定、規則及び行政規定の近似化のための理事会指令87/102EEC」（以下、「旧指令」とする。）が採択された⁴⁸。旧指令は、「信用契約 credit agreement」、すなわち「支払猶予、金銭消費貸借、又は、その他の類似の援助融資」を適用対象とするもので保証契約に関する明示的な規定は存在しなかった⁴⁹。

消費者保護に関連する指令が国内法化される中で、「保証契約」は消費者保護指令の適用対象となるのかが問われ、欧州司法裁判所（European Court of Justice）の判断が求められることとなった。Case C-208/98 Berliner Kindle Brauerei AG v. Andreas Siepert⁵⁰では、旧指令が保証契約に適用されるかが争点となった。同判決は、ドイツのポツダム地方裁判所が、「消費者信用指令が、信用契約を主たる契約とする保証契約に適用されるのか」という問題についての先行判決を求めて、事件を欧州司法裁判所に付託したものであった。この点について、同裁判所は、「保証契約は、旧指令における信用契約には当たらない」とし、保証契約への適用を否定した。

1995年頃より旧指令の改正の議論が開始され、2002年9月11日、欧州委員会により消費者信用に関する新たな指令案（以下、「指令案」とする。）が示された⁵¹。指令案では、消費者信用分野の「完全な調和（full

⁴⁸ EUにおける消費者法の歴史的展開については、鹿野菜穂子「EU消費者法の展開」中田邦博＝鹿野菜穂子編『ヨーロッパ消費者法・広告規制法の動向と日本法』（日本評論社、2011年）参照。

⁴⁹ 谷本圭子「2008年ヨーロッパ消費者信用指令（2008/48/EC）」立命館法学336号（2011年）441頁以下では、主な規制内容として、信用契約についての広告規制、契約の書面要件、及び、必要的記載事項の定め、借主の繰上返済権を許容すべきこと、貸金債権が譲渡された場合において債務者が従前の貸主に対する抗弁を債権譲受人に対抗できること（抗弁権の接続）、第三者与信型の信用販売取引 linked credit agreement において、供給者と消費者との間の販売契約につき供給者の債務不履行その他の問題が生じた場合に、消費者である借主が信用供与者に対して主張できる権等の定めが紹介されている。

⁵⁰ [2000] ECR I-1741.

⁵¹ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the harmonisation of the laws, regulations and administrative provisions of

harmonisation)」(指令案30条)を目指すと同時に、消費者保護レベルの引き上げも図ることとされた。

上述のように、旧指令では保証契約に関する特別な明文は設けられておらず、欧州司法裁判所も保証契約に対する旧指令の適用を否定していた(Berliner Kindle ケース)のに対し、2002年の指令案では、保証契約も消費者信用指令の適用対象に含むとする提案がなされた。

その提案理由では、①既にイギリス等の加盟国では、消費者保護立法の適用による保証人保護の制度が構築されていることがあげられ、さらに、②旧指令の保証契約への適用を否定した Berliner Kindle ケースが引用されている。この提案理由については、欧州委員会が、加盟国における保証人保護制度と欧州司法裁判所判断との間に存在するギャップを解消するために消費者信用指令を保証契約にも及ぼそうとした趣旨であろうとの指摘がなされている⁵²。指令案の指針を示すガイドラインでは、「消費者と全ての保証人に対する、より詳細な情報提供の必要性」が掲げられた。

指令案3条1項は、消費者信用指令を保証契約にも適用すべきことを明示している。その提案理由は、次のように説明されている。すなわち、「旧指令は、消費者信用契約のみに適用されていたが、消費者信用指令は、消費者保証人にも適用すべきである。その保証契約が、消費者による信用取引のために締結されたものであるか、商人のための信用取引のために締結されたのかは問わない。これらの保証人は、借主を初めとする消費者と同様の最低限の情報と保護が与えられなければならない。」とされた。

the Member States concerning credit for consumers COM (2002) 443 final. available at <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2002/EN/1-2002-443-EN-F1-1.Pdf>.

同指令案の概要を記す文献として、Kristin Nemeth-Helmut Ortner, The Proposal for a new Directive concerning Credit for Consumers, European & International Law, (2003).

⁵² Peter Rott, Consumer Guarantee in the Future Consumer Credit Directive Mandatory Ban on Consumer Protection?, European Review of Private Law, (2005), p385.

指令案における「保証人 guarantor」とは、保証契約を締結した消費者（consumer）をさすものとされている（2条（f））。指令案における消費者とは、自己の商取引や専門職とは無関係に活動する自然人と定義されていることから（2条（a））、職業として（professional capacity）保証人になる者には適用されないこととなる⁵³。

以下のように指令案では、保証契約の締結過程の規律と契約内容の規律という2つの側面から規定を設けられている。

まず、契約締結プロセスについては、訪問取引の禁止が提案された（5条）。その内容は、訪問販売撤回指令（85/577/EEC）1条で規定する状況において信用供与者が訪問取引により信用契約を締結することを禁止し、同時に、訪問取引による保証契約についても禁止するというものである⁵⁴。さらに、契約締結プロセスにおける、保証契約の要式性及び情報提供義務についても提案がなされた（10条）。すなわち、保証契約は、書面にて締結されなければならない、その書面には、保証債務の上限額及び主債務の不履行による利息等の負担金、「負担年利率」の算定方式の定め（10条2（e））を明示しなければならないとされた⁵⁵。

次に、契約内容について、保証期間の制限規定が提案された。指令案23条は、保証人を無期限の保証債務から保護するため、主たる契約であ

⁵³ 保証人が消費者として契約するのであれば、信用取引（主たる契約）が、私的な取引であるかビジネスに関する契約であるかに関わらず、指令案の適用対象とされる。また、保証契約（surety agreement）には、bonds、joint、mortgage、sureties（人的保証）等のすべての形態が含まれることとされている。

⁵⁴ 提案理由としては、訪問取引という形式による信用取引は消費者に重大な問題をもたらしていること、さらに、第三者保証付きの信用契約では締結から長期間を経てから契約の効果としての責任が明らかになるという特徴があることがあげられ、85/577/EEC 訪問販売指令よりも厳格な規制が必要であるとされていた。そのため、訪問販売指令による限定的な撤回権では消費者の保護として不十分であり、訪問取引形式による保証契約をも禁じることが、訪問取引による信用契約の禁止に有効なツールとなるものと考えられていた。

⁵⁵ Peter Rott, Consumer Guarantee in the Future Consumer Credit Directive Mandatory Ban on Consumer Protection?, European Review on Private Law (2005), p. 391では、このような情報提供規定は、ドイツにおける契約締結前の保証人の保護を改善するものであると肯定的に評価されている。

る信用契約が無期限であっても保証契約の期間は最大3年までとした。また期間の延長は、保証人が同意をした場合に限り可能とし、さらに、保証人は、二次的責任のみを負うものであり、その責任は信用額の未払い金額に限定されることを規定している。

さらに指令案9条は、数々の国内の消費者信用法に先立ち、「責任ある融資の原則」の導入を提案した。同原則の導入については、銀行業界から最も強い反対意見が主張され、学識会からも批判的な見解が述べられた。責任ある融資の原則は、ローンの返済が困難になるであろうことが予想される消費者への融資を事前に回避すべき義務を信用供与者に課すという内容である。したがって同原則は、第一次的には主たる信用取引における過剰債務を回避するための手段である⁵⁶。それと同時に、保証契約についても、保証人が信用契約による債務を返済するのに十分な資産を有し、あるいは十分な収入を有するときに限り締結しうものとし、保証人の資力については、主債務者の信用力とは切り離して判断されるべき事項とされた。

なお最後に、指令案前文では、新たな指針として、比例原則 (principle of proportionality) が、「信用契約の不履行に関する章の全ての条項に結びつく原則」として強調された⁵⁷。このような基本概念として明示されているにも関わらず、具体的条項においては比例原則についての記載は見られず、唯一指令案24条(a)において、信用供与者は、信用契約及び保証契約の不履行の際に、回収のために不均衡な (disproportionate) 手段を行使してはならないと規定しているのみである。

2 指令案に対する反応

このように欧州委員会が消費者保証人についての規定を提案したこと

⁵⁶ 最初の指令案では、債権者は、消費者から供与された情報、及び、データベースから得た情報に基づいて、消費者の返済能力を正確に評価すべき義務を負うものと規定されていた。その後の改定案では、このような債権者の義務としてのみならず、消費者に対しても義務を課しており、消費者は、信用供与者からの質問に対し、正確に回答するべき義務を負うものと規定された。

⁵⁷ COM (2002) 443final at 2.4.

について、ヨーロッパ議会は、当初、「消費者保証人には、消費者に保障されるのと同様の情報提供がなされなければならない」とのコメントをしていた。しかし、その後の議論からは、消費者保証人の保護規定を導入することに対する積極的な評価はみられない。指令案では、適用対象である消費者保証人には、消費者信用取引のための保証人のみならず、商取引のために契約した保証人をも含むとしていたが、2004年4月20日に行なわれたヨーロッパ議会及びヨーロッパ評議会の第一読会では、適用範囲を「消費者信用取引のための保証人」に限定し、商取引のための保証人を除外すべきであるとされた⁵⁸。そして、同年10月29日、ヨーロッパ議会は、改めて指令の適用範囲を「消費者信用の返済のための」保証人に限定するよう主張し⁵⁹、欧州委員会は、議会の意見を受け入れる形で提案を修正した。

その後の議論と修正を経て、2008年には、「消費者信用契約及び理事会指令87/102EEC 廃止に関する2008年4月23日付ヨーロッパ議会並びに理事会指令2008/48/EC」が採択された。しかし、保証契約については、2005年改定案の段階で、「消費者信用の返済のための」保証人に限らず、保証契約に関する規定の全てを削除する形で提案されるに至った。

このように保証規定が完全に削除された経緯について、正面からの議論は少ないが、訪問取引禁止に関する指令案5条については、既に制定されている訪問販売指令の適用の問題であり、消費者信用指令の対象ではないとの理由で、ヨーロッパ議会の賛同は得られなかったとされている⁶⁰。

また指令案においては、保証契約のみならず、信用契約の締結に関する情報提供義務規定も提案されたが、これについては、主に銀行を始めとする金融業界から批判が寄せられた。すなわち、広範な情報提供義務は、信用取引コストを相当に増加させ、そのコストは場合によっては消費者に転嫁され、その結果、ローンによる消費自体の減退を招き、消費者の行動に変化をもたらすであろうとの危惧が指摘されている⁶¹。さら

⁵⁸ Official Journal of the European Union, 30.4.2004.

⁵⁹ 2004resolution.

⁶⁰ COM (2004) 747 final.

⁶¹ supra note 60.

に、過剰な情報提供は、自己決定に貢献しないばかりか、むしろその逆の結果を生じさせるとの批判もなされた⁶²。

3 共通準拠枠草案 (Draft Common Frame of Reference)

このような消費者信用指令改正の議論では、消費者信用指令の適用という枠組みの中で保証人保護の調和を実現することが想定されていたといえる。その後、EU における保証人の保護方策は、ヨーロッパにおける私法全体の統一化に向けて欧州委員会主導のもとで起草された共通準拠枠草案（以下、「DCFR」とする。）⁶³においてその具体的規定が示されることとなった⁶⁴。

DCFR は、消費者保証人に関する特別な規定を設けている。これらの規定は、主債務者たる法人に影響力を与えうる立場にある、いわゆる経営者による保証、さらには商取引として締結された保証契約にも適用される（IV.G-4:101条）。

DCFR IV.G-4章には、手続面の規定が定められている。その内容は、債権者に対し、契約締結前及び締結後の情報提供義務を課すことである。契約締結前の段階では、債権者は、保証人になろうとする者に対し、①保証契約の一般的なリスクと②主債務者個人あるいはその事業に固有のリスクの双方についての情報を提供しなければならないとされる。さらに債権者が、「保証人になろうとする者が、主たる債務者との信頼関係あるいは依存関係により保証契約の締結に関する自由な意思決定ができ

⁶² たとえば、消費者に対して3種類のレートに関する情報を提供すべきとする規定案に関しては、“徒らに消費者を混乱させるだけである”とし否定的な見解が示されている。

⁶³ 共通準拠枠草案は、ヨーロッパ契約法原則の成果を引き継ぐ形で、ヨーロッパにおける私法全体の統一化・平準化を目指して、欧州委員会の主導の下で、研究グループ（ヨーロッパ民法典研究グループ及び現行欧州共同体司法研究グループ）によって起草された草案である。

⁶⁴ DCFR の邦語訳文献として、クリスティアン・フォン・パール、エリック・クライブ、ハンス・シュルテネルケ、ヒュー・ビールほか編、窪田充見・潮見佳男・中田邦博・松岡久和・山本敬三・吉永一行監訳『ヨーロッパ私法の原則・定義・モデル準則共通参照枠草案（DCFR）』（法律文化社、2013年）がある。

ない状況」を認識している場合、あるいは認識しうる場合には、保証人が消費者センター等の「独立した第三者からのアドバイス⁶⁵⁾」を受けたことを保証しなければならない。このような規定は、基本的にはイギリスとオランダの法制度をモデルに設けられたものであり⁶⁶⁾、説明義務や独立の助言を受けさせる義務で対応している点が特徴的であると評されている⁶⁷⁾。

契約締結後には、債権者は保証人に対し、主債務者の債務額、利息、その他の負担金の総額を一年ごとに告知しなければならない。ただし、この義務は、「主債務者が、これらの情報を保証人に提供することに同意した場合に限り」生じるものとされている⁶⁸⁾。そのため、フランス、ベルギー等で規定されている契約締結後の情報提供義務よりも、実効性に欠けるとの指摘がなされている⁶⁹⁾。

保証人の資産に対し明白に過大な保証債務が課された場合については、DCFR II 7:207条の不正取引に関する一般条項の適用可能性があるとされている。同条は、当事者の一方が、信頼や依存関係、経済的窮迫や緊急の必要性、あるいは、無知ないし取引能力や経験の欠如による他方当事者の弱みを不当に利用した場合には、契約上の債務の免責あるいは変更を認めている。この規定は、ヨーロッパ契約法原則（PECL）の4:109条の形式を採用しており、ドイツ及びオーストリアの良俗規定、及び北欧の不正な債務についての一般条項に影響を受けたものとされている。

もっとも DCFR の目的は、その序論において「政治的に可能なモデル」となることに示されている。すなわちその目的は、各国に対して国内法化を強制することとは明言されておらず、現在も EU における保

⁶⁵⁾ Article IV .G.4:103.

⁶⁶⁾ Aurelia Colombi Ciacchi, Suretyships by Private Persons, Towards a European Civil Code, Kluwer Law International, (2011), p. 837.

⁶⁷⁾ 「諸外国における保証法制及び実務運用についての調査研究業務報告書」商事法務（2012年）75頁。

⁶⁸⁾ Article IV .G.4:106.

⁶⁹⁾ supra note 66, p. 837.

証人保護制度は、各国ごとに構築されているのが現状である⁷⁰。

第2款 各国の状況

以下では、先行研究の成果に依拠しながら、ドイツ、フランス、イングランドの法状況を概観する。

1 ドイツ⁷¹

ドイツ民法典766条は、保証契約締結における書面の作成を要求している。ドイツにおける保証人の救済手段として特に注目されてきたのは、主たる債務者の近親による巨額の保証について、良俗違反 (BGB138条) を理由に保証契約を無効とする手法である。ドイツでは、保証人の債務の範囲が、その支払い能力に対して著しく過大であり不均衡であると認められる場合に保証の効力を否定する法理が裁判所により形成されてきた。

典型的なケースとして紹介されているのは、親の事業融資のために限度額付連帯保証人となった子が、その債務が支払能力に対して著しく過大であることを理由に良俗違反である旨を訴えたところ、連邦民事裁判所は、私的自治の原則を根拠にその訴えを退けたというものである。その後、当該連帯保証人による憲法異議の訴えに対し、1993年10月19日連邦憲法裁判所決定は次のような決定をした。すなわち、私法の一般条項を具体化する際に、ドイツ基本法2条1項(人格の自由な発展を求める権利)により、基本権として保障された私的自治を斟酌しなければなら

⁷⁰ O. O. Cherednychenco, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party*, European Law Publishers (2007).

⁷¹ ドイツ法の状況については、児玉寛「無資力近親者による共同責任をめぐる判例の展開—現代ドイツ私的自治論の諸相・第一—」大阪市立大学法学雑誌41巻4号(1995年)673頁以下、原田昌和「巨額な共同責任の反良俗性」法学論叢第147巻第1号(2000年)24頁以下、同第148巻第1号(2000年)85頁以下、齋藤由起「近親者保証の実質的機能と保証人の保護—ドイツ法の分析を中心に—」北大法学論集第55巻1号(2004年)113頁以下、同第55巻2号(2004年)657頁以下、同第55巻3号(2004年)頁213頁以下、亀岡倫史「EC消費者信用指令と保証人保護」国際商事法務33巻5号(2005年)P679-685等に依拠してまとめたものである。

ないことを前提に、契約当事者の一方に異常に大きな不利益を課す契約が当事者間の不平等な交渉力の結果として行われた場合、裁判所は、一般条項の枠内でこれを修正すべき義務を負うものとした⁷²。このようにドイツでは、保証人の資力に対して保証債務が過大であり、かつ、債権者・保証人間に交渉力の不均衡が認められる場合には、良俗違反（BGB138条2項）を理由に保証契約を無効とする法理が確立していることが明らかにされている⁷³。また、このような判例法理が形成された背景として、ドイツでは詐欺行為取消権行使の要件が厳格であるため、金融機関側が、家族間での資産隠しを防止すべく、はじめから無資力であるの子を親の債務の保証人とする実態があることも明らかにされており⁷⁴、わが国の学説では、いわば保証の濫用事例であるとの位置づけがなされている⁷⁵。

⁷² 原田・前掲注71（148巻）96頁によれば、当該憲法裁判所決定は、意思形成過程の瑕疵と契約内容の不当性を組み合わせて契約の無効を承認する138条2項の枠組みを基礎として、巨額な共同責任が私的自治に基づかない場合には共同責任負担契約は無効であるという私的自治侵害説を支持したものとされる。債務の巨額性という契約内容の不当性のみを理由に契約を無効とすることは、このような理論的枠組みを基礎とすることから困難であり、逆に、債務の巨額性を要求せずに、決定自由侵害だけで無効とすることについても、上記体系に矛盾することが指摘されている。

⁷³ Mel Kenny, *The Uncommon Core of European Suretyship Law*, in Ciacchi AC (ed.), *Protection of Non-Professional Sureties in Europe: Formal and Substantive Disparity*, Baden-Baden Germany: Nomos Publishing, (2007), pp. 361-382. では、このような基本権や憲法原則により契約を制約するというドイツ式のアプローチは、良俗違反と認められるほどの最悪な保証ケースに対しては有効に作用し保証の効力を否定するが、これに至らないケースについては保証の効力を否定するものではないことから、緩やかな保護基準として評価されている。また、ドイツにおける人的保証契約は、物的保証に比較すると低コストで利用でき、保証人保護の基準が緩やかであることから広く利用され、資力の状況にかかわらず信用取引へのアクセスを可能としている。しかしその一方で、保証によるローンは魅力的なものとなり、過剰債務を加速させるというリスクをはらんでいるとも指摘されている。

⁷⁴ 児玉・前掲注71）674-676頁。

⁷⁵ 山本・前掲注17）436頁以下。

2 フランス⁷⁶

フランスにおける保証人保護の一般的な制度は、①保証契約についての私署証書の作成（フランス債務法1376条）、②債権者の保証人に対する情報提供義務、③保証人に過大な保証債務を負わせることを禁止する比例原則の導入からなる。比例原則とは、保証債務と保証人が有する資産及び将来発生しうる収入の総和との間に著しい不均衡があるときは、債権者はその保証契約を主張することはできないというものである（消費者法典 L.341-4条）。

2003年8月1日の法律（デュトレイユ法）以前のフランスでは、（i）消費者信用・不動産信用、（ii）賃貸借の保証、（iii）企業に対する財政支援のための保証の領域に限定して、自然人である保証人の保護を図るという手法が採られていた。このうち（i）消費者信用・不動産信用については、上記①私署証書の作成、②主債務者の支払い事故に関する情報提供義務、③比例原則の全てが適用され、最も厳格な保護が与えられ

⁷⁶ フランス法の状況については、平野裕之「翻訳 フランス法における保証人に対する情報提供」慶應法学（2）（2005年）189-236頁、大沢慎太郎「フランスにおける保証人保護に関する法律の生成と展開（1）・（2・完）」比較法学42巻2号（2009年）47頁、同3号（2009年）25頁、齋藤由起「保証契約における契約締結後の情報提供義務（一）」阪大法学63巻（2014年）1791頁以下を参照した。2016年債務法改正については、荻野奈緒、馬場圭太、齋藤由起、山城一真「フランス債務法改正オールドナンス（2016年2月10日のオールドナンス第131号）による民法典の改正」同志社法学第390号（2017年）279頁以下の翻訳を参照した。フランスにおける倒産法上の保証人保護に関しては、以下の邦語文献がある。フランス法での主債務者が倒産した場合における保証人の法的地位について詳述した邦語文献として、能登真規子「フランス倒産法における保証人の法的地位（1）（2）（3・完）」彦根論叢351号（2005年）139頁以下、352号（2005年）81頁以下、353号（2005年）121頁以下。張子弦「フランスの企業倒産手続きにおける経営者責任（1）（2・完）」北大法学論集67巻5号（2016年）、67巻6号（2017年）では、2005年のフランス倒産法改正の経緯につき詳述されている。齋藤由起「個人保証規制のあり方を考える（上）（下）」法律時報89巻10号（2017年）97-102頁、89巻11号（2017年）144-149頁では、2008年法改正による経営者保証債務の事後免責制度の導入を中心に事業債務に関するフランスの個人保証規制について詳述されている。

ていた。他方で (iii) 企業に対する財政支援のための保証には、②債権者に被担保額の増加に関する情報提供義務のみが課されていた（1984年3月1日法律）。しかし2003年のデユトレイユ法は、(i)～(iii)を区別せず、事業者である債権者と自然人である保証人間の全ての保証に①～③に関する規定を適用することとした。これにより、経営者保証に関しても他の保証人と同様の保護が認められることとなった⁷⁷。

3 イングランド⁷⁸

イングランドでは、1644年詐欺防止法4条により、保証契約の強制要件として、合意の存在を証明する書面が必要とされている。また判例法では、不当威圧の法理が保証人保護のために重要な役割を担ってきたことが明らかにされている。不当威圧の適用場面として特に取り上げられているケースが、夫が事業融資を受ける際に妻が保証人となる、いわゆる配偶者保証のケースである。Barclays Bank Plc v. O'Brien 判決を契機として、契約締結プロセスにおける債権者の義務（保証人に対する告知義務）が形成されつつあることが既に紹介されている⁷⁹。同判決によれば、債務者は契約締結前に、保証人になろうとする妻に対し、保証人

⁷⁷ 前掲注) 73) によれば、フランスにおける契約プロセス及び契約内容の双方からの保護、及び、消費者保証人のみならず保証を事業として行うプロの保証人をも同様に保護する仕組みは、過剰な保護であり、債権者が保証による市場から撤退することを助長していると指摘する。

⁷⁸ イングランドの保証制度概要については、田井義信「英米法における保証制度の概要」手形研究334号（1982年）22頁、山根眞文「英国法における保証（Suretyship）」金融法務事情1129号（1986年）41頁、山下純司「イングランドの保証制度・諸外国における保証法制および実務運用についての調査研究業務報告書」www.moj.go.jp/content/000103260.pdf（最終アクセス2018年5月）。

⁷⁹ 道垣内弘人「海外金融法の動向－イングランド－」金融法研究第11号（1995年）111頁以下、同13号（1997年）118頁以下、木村仁「保証契約締結における保証人の保護と不当威圧の法理－イギリス判例法を中心に－」民商114巻第2号（1996年）255頁以下、同第3号（1996年）454頁以下、木村仁「イングランドにおける保証契約締結時の債権者の義務－O'Brien 判決以降」近畿大学法学第45巻第2号（1998年）111頁以下。

となることについてのリスクを伝え公正中立のアドバイスを受けるように助言する義務を負うこと、そしてこのような告知義務を果さなかった場合には、保証契約の取消しを認めることが示されている。その後、同じく配偶者保証に関する貴族院判決である *Royal Bank of Scotland v Etridge and other appeals* 判決は、*Barclays Bank Plc v. O'Brien* 判決において示された債権者の告知義務を「債権者のとるべき合理的措置」として精緻化している。すなわち、保証人になろうとする妻が第三者（主債務者である夫）から不当威圧を受けている場合において、債権者が保証契約を有効としたいのであれば、債権者は保証人に自らの弁護士から助言を受けることを促し、あるいは、助言を受けたことを確認する等の合理的措置をとる必要があると示されている⁸⁰。その後も、配偶者保証に関する判例により、債権者のとるべき合理的措置の本質が徐々に明確化されつつある。

このほかイングランドの保証契約については、判例法上、開示義務の法理が形成されてきたことも紹介されており⁸¹、イングランドにおいては、制定法と判例法による複数の法的枠組みの中で保証契約締結プロセスの規律が多層的に構築されている状況にあるといえる。

4 その他の加盟国の状況

加盟国における保証人保護の状況は、上記3カ国の保護アプローチを中心に主に3類型に分類される⁸²。

まず保護レベルが高いとされる国々では、契約締結プロセス及び契約内容の双方の側面から保護制度が構築されている。契約締結プロセスと

⁸⁰ 菅富美枝「契約当事者間における交渉力格差と契約の有効性：イギリス法における「非良心的取引」及び「過度な影響力の行使（不当威圧）の推定」法理の現代的機能への着目」経済志林83（2）（2015年）141頁は、*Etridge* 判決が、保証人に対する第三者の助言を「過度な影響力の行使（undue influence）」を否定するための不可欠の要素と位置づけたことを確認した上で、かかる手順は、依然として手続き的思考に立つものであると評し、従然の判例法との同質性を肯定している。

⁸¹ 木村（1998年）・前掲注79）112-115頁。

⁸² この分類は、前掲注）66の記述に依拠する。

しては、債権者に対し、保証人になろうとする者への情報提供義務が課される。契約内容については、比例原則に反することが明らかである保証契約は無効とされるか、あるいは、保証債務の内容が保証人の資産に適合するように調整される。このような制度を採用する国として、オーストリア、ベルギー、フィンランド、フランス、スウェーデン等があげられている。

その他の国では、契約締結プロセスか、契約内容規制のいずれかのアプローチが採用されている。

デンマーク、エストニア、アイルランド、オランダ、ルーマニア、スペイン、イギリスでは、主に契約締結プロセスからのアプローチがなされており、契約締結前に情報提供義務を課すことにより、保証人が保証契約のリスクを認識しないままに契約を締結することを防いでいるとされる。これに対し、ドイツ、ギリシャでは、契約内容からのアプローチが採用され、保証人の資力に対して明らかに不均衡で過大な債務を負わせる保証契約は、良俗に反するとの判例法が形成されている⁸³。

第３節 検討対象の設定

第１款 交渉力の構造的不均衡問題への対応

このように、1970年代から、加盟国の裁判所および制定法において、弱い立場にある保証人の債務を全面的あるいは部分的に免れさせるための救済が模索され、1990年代に多くの法制度が構築されてきた。加盟国における保証人保護方策は、各国ごとに形成されてきたものであるが、ドイツとフランスの法対応には自発的な収斂性がみられるとも指摘されている⁸⁴。

⁸³ 前掲注) 66, p. 837. によれば、スペインやスウェーデンでは、自主規制により、保証人を破産に追い込むような保証を予防しており、多くの場合、専門的な信用供与者は、保証人になろうとする者が返済可能な状況である場合に限り、保証契約を締結することから、保証人保護の制度が特別に構築されていないと分析されている。

⁸⁴ Aurelia Colombi Ciacchi, 'The Protection of Non-Professional Sureties in Europe : A Research Project' in in Protection of Non-Professional Sureties in

1989年の立法により、フランスでは、保証債務と保証人が有する資産及び将来発生しうる収入の総和との間に著しい不均衡があるときは、債権者はその保証契約を主張することはできないという比例原則が設けられた(消費者法典 L. 341-4条)⁸⁵。かかる消費者法典の施行前においても、裁判所が、特に不公正な保証契約であると認定した場合には錯誤に関する民法規定を適用し、その効力を否定していた⁸⁶。フランスにおけるこのようなルールは、ドイツにおいて長期にわたり発展してきた良俗違反規定に基づく判例法と類似しているとされ、両国間のルールには、「交渉力の構造的な不均衡のもとで締結された極めて不均衡な契約の効力を否定する」という共通項が認められると指摘されている。

ドイツでは、近親者保証に関する判例において、保証責任が保証人の資力に対して著しく過大であることが良俗違反による無効の要件とされた。したがって保証契約の結果、その内容が良俗違反に該当する場合に限り、保証人の救済を認めるというアプローチを採用している。このような判例法に対しては、本来的に内容規制たる良俗規範が、契約締結プロセスという手続上の不公正の問題という過剰な任務を抱え込んでしまい、「構造的な交渉力の不平等」というテーゼを十分に深める機会を逸してしまった、との評価がなされていることが、わが国の先行研究において紹介されている⁸⁷。また近親者保証ケースについては、債権者は保証人となる近親者に対し、「より充実した情報提供」としてリスクの説明や契約締結の意思確認等の高度な注意喚起をすべきであったとの指摘⁸⁸も同様の観点から行われたものといえよう。

一方フランスでは、比例原則のもと、契約締結時に保証人に資力に対して保証責任が過大である場合には、保証責任を追及できないとされている。同原則のもとでは契約締結時に適合性判断を行うことが想定され

Europe: Formal and Substantive Disparity, ed. by Ciacchi AC, Baden-Baden Germany: Nomos Publishing, (2007), pp. 15-20.

⁸⁵ 詳しい立法の経緯については、大沢・前掲注76(42巻2号)参照。

⁸⁶ *supra* note 84, pp. 15-20.

⁸⁷ 角田美穂子『適合性原則と私法理論の交錯』(商事法務、2014年)324頁。

⁸⁸ Iris Benohr, *EU Consumer Law and Human Right*, Oxford University Press, (2013), pp. 126-128.

ていることから、一見すると締結締結プロセスにおけるアプローチを行っているようにも見える。しかし仮に、債権者が契約締結時に何らの適合性判断を行わなくとも、結果として責任内容が適合性に反していなければ保証責任を追及することが可能とされ、法律上のサンクションが課されることにはならない。したがって、フランスにおいても契約の結果に着目した法的な対応が行われているといえよう。

第2款 イングランドにおける契約締結プロセスからのアプローチ

イングランドでは、ドイツ及びフランスにおけるような交渉力の不均衡に関する一般法理は確立しなかったとされる⁸⁹。

このような一般法理の形成の試みとして、Lloyds Bank Ltd v Bundy 判決⁹⁰では、Denning 卿が不当威圧や非良心的取引理論などのエクイティの法理を包括する概念として「交渉力の不均衡 inequality of bargaining power」法理を確立しようと試みた。Denning 卿による交渉力不均衡の法理とは、交渉力の強い立場ある者が、その交渉力を利用して弱い立場に契約を強いることは、公正の観点から許されるべきではなく、一般にそのような契約の取消しを認めるべきであるというものである。しかし、そのような一般化された法理は、伝統的なイギリス契約法の構造には適合しないものとして、National Westminster Bank plc v Morgan 判決⁹¹により否定され、確立するには至っていない。

確かにイングランドでは、交渉力不均衡法理は一般法理としては確立しなかった。しかしこれは、イングランドが交渉力不均衡という保証契約の問題に対して、法的対応を行っていないことを意味するものではない。むしろイングランド法は、契約締結プロセスにおける構造的な不均衡という課題に対して、正面から法的な対応を構築してきたといえる

⁸⁹ supra note 84, pp. 15-20.

⁹⁰ [1975] Q.B. 326.

⁹¹ [1985] A.C. 686. 同判決に関する先行研究として、及川光明「イギリス契約法における不当威圧の法理に関する若干の動向」早稲田法学61号3-4（1986年）171-200頁がある。

のである⁹²。

イングランドでは、保証契約締結プロセスとして、詐欺防止法及び消費者信用法における要式性、コモンロー上の開示義務のルール、そしてエクイティ上の不当威圧法理における債権者による合理的措置ルールという多層的な規律が構築されている。イングランド法の検討を通して明らかとなるのは、これらの法的アプローチは、法源としては独立して形成されているものの、その主眼は、保証人の任意性を確保するための「認識の喚起」に置かれており、究極的には保証契約を有効とするために必要な契約締結過程のプロセスを示すものである。保証契約における構造的な不均衡は、保証契約の債権者と保証人の間にとどまらず、保証人と主債務者との間にも存在し、さらにその実質は、情報の偏在あるいは人的な信頼関係など一様ではない。イングランドでは、保証における多様な不均衡の実態に即して、複合的な観点から法的規律が構築されているといえる⁹³。

さらにイングランド法では、保証契約の規律を形成する際に、「保証人保護」と同時に「金融取引の実現」にも配慮すべきことが明示され、金融の維持が保証法制度を構築するための一要素として構成されている点も興味深い。

本稿の目的は、保証意思の任意性欠如という問題に対し、契約締結プロセスからのアプローチの構築を試みることであり、そして、その中に「保証人保護」と「円滑な金融の維持」との調整という視点を設定することに

⁹² HG Beale, Duress and Undue Influence, in HG Beale (ed), Chitty on Contracts (29th ed), Sweet & Maxwell, (2004) では、重要な問題は、一般的な法理論を確立することではなく、むしろ無限に広がりうる交渉力における劣位者をどのような範囲で救済するのかという実質的な側面であるとする。

⁹³ 海外では、配偶者保証ケースにおける不当威圧法理の適用は、他の保証形態における同法理の適用と比較すると、債権者に対し、「保証人への高度な説明義務」を課すものであるとの評価がなされている (Cartwright, Misrepresentation Mistake and Non-Disclosure, 3rd ed., (2012), p. 810. Charles YC Chew, The Duty to Explain a Guarantee by the Bank: an Ephemeral Concept?, (2012)). もっとも、このような評価の示す意味合いは、本稿において、保証人救済の法制度全体を検討した上で明らかにしたい。

ある。この点、イングランドにおける保証契約の規律の全体構造を明らかにし、各制度がどのような理念のもとに形成されてきたのかを分析し、わが国の保証人保護の法状況と比較、検討することにより、有用な示唆を得ることができると考える。

そこで本論文では、以下の構成により検討を進める。第1章では、詐欺防止法4条及び消費者信用法を対象に、保証人救済の理念の萌芽ともいべき要式性に関する規定、及び、その現代的意義を問い直す議論状況を分析する。第2章では、イングランドにおける情報提供法理の生成状況について、19世紀から20世紀にかけて形成された開示義務のルールを分析し、一般契約法による保証人救済の射程との関係から、その意義を明らかにする。第3章では、不当威圧法理を中心に、「保証人の信頼」の濫用という課題への救済法理が形成されていることを明らかにする。第4章では、第2章及び第3章の検討を踏まえ、情報提供法理並びに不当威圧法理における悪意擬制の理論の形成・発展につき、現在の保証規律の到達点を明らかにする。

最後に、保証契約における錯誤や信義則に基づく責任制限に関する日本の判例法の状況を検討し、改めて日本における保証契約締結過程の課題を明らかにし、イングランド法からの示唆を踏まえ、保証契約締結プロセスの規律の構築に向けて若干の提言を行なう。

第1章 制定法における保証契約の規律

保証契約(Contract of Guarantee or Suretyship)とは、保証人(guarantor or surety)が⁹⁴、他人(principal debtor)の債務不履行に対して責任を負うことを約束する契約のことである⁹⁴。主たる債務者の義務の存在を前提とした二次的責任である点において、他人に生じた損害を単純に填補する旨の合意である損失補償契約(indemnity contract)と異なるものとされる⁹⁵。

⁹⁴ イングランドの保証制度の概要についての邦語文献については、前掲注78参照。

⁹⁵ Richard Calnan, Taking Security, 3rd ed., (2013), p. 446によれば、イングラ

保証契約は、申込みと承諾の意思表示の合致により成立する。そして、保証の合意が法的拘束力を有するためには、コモン・ローの契約法理に基づき、原則として約因が存在するか、もしくは、契約が捺印証書 (deed) により締結されなければならない⁹⁶。約因との関係では、通常、債権者が主たる契約による取引に入ること自体が約因とみなされている。過去の約因は拘束力の根拠とならず、主たる契約に遅れて保証契約が締結された場合は強制力を有しない。そのため、主たる契約締結後に保証契約を締結する際には、約因の問題が生じないように、捺印証書を作成するか、もしくは、名目上の対価を債権者が保証人に対し支払うといったことが行われている⁹⁷。

第1節 1677年詐欺防止法4条

このように、契約の一般法理として、保証契約の強制には、約因もしくは捺印証書の存在が要求されるが、さらに詐欺防止法 (The Statute of Frauds) 上の要件も満たす必要がある。歴史的に、イギリスでは、要式性 (requirements of form) が重んじられてきた。

1677年に制定された詐欺防止法4条⁹⁸は、他人の債務不履行等について責任を負うことを約する「特別な約束 (special promise)」については、

ンドでは、実務上の保証形態として個人保証と法人保証がある。後者は、銀行による企業融資において多く利用されている。近年のグループ企業の増加により、保証利用が拡大し、銀行をはじめとする債権者が、グループ全体の資産を把握する目的で、グループ企業同士で相互に保証させるという実態がある。

⁹⁶ 捺印証書とは、第三者を証人として書面により行う約束であり、作成した者が署名、押印、引渡しをすることによって成立するものである。

⁹⁷ 山下・前掲注78) 96頁。

⁹⁸ Section4 no action shall be brought . . . whereby to charge the defendant upon any special promise to answer for the debt default or miscarriages of another person . . . unless the agreement upon which such action shall be brought or some memorandum or note thereof shall be in writing and signed by the party to be charged therewith or some other person thereunto by him lawfully authorized.

それが書面化され、責任を課される当事者あるいはその代理人の署名がない限り、訴訟で請求できないと定める。同条における「特別な約束 (special promise)」とは、「従属的 collateral」あるいは、「補助的 secondary」な約束、すなわち、保証責任のような二次的な責任をさすものと理解されている⁹⁹。この規定は、事業者間を含めすべての保証に適用され¹⁰⁰、書面による証拠がない限り、裁判所による救済は認められないこととなる。

前述の通り、保証に強制力が認められるためには、契約の一般法理に従い、約因により支持されているか、捺印証書によることが必要である。詐欺防止法第４条による書面要件は、保証が捺印証書による場合を除いて適用されるものであり、約因に代替するものではない。したがって、保証が約因により支持されている場合であっても、さらに４条の書面要件が課されることになる。

第１款 適用対象となる保証契約

保証契約が締結されたとしても、すべての保証に詐欺防止法４条が適用されるものではない。すなわち、契約の文言等から保証契約に該当するとしても、保証人の主たる目的が、「自身の利益を図る」ことにある場合には、４条が適用されないものと解されている。

例えば、保証人が保証取引から利益を得ているという事実は、直ちに契約の主たる目的が「保証人自身の利益を図る」ことにあることを示すものではないが、受ける利益の程度や内容によっては、それを示唆するものとなる。これに対し、保証人が主たる債務者に対する哀れみや愛情という動機を有していたという事実は、契約の本質が保証であることを否定するものとはいえず、また、経営者が経営する会社の財産上にエク

⁹⁹ E. P. Ellinger, E. Lomnicka, and C. Hare, *Ellinger's Modern Banking Law*, 5th ed. (2011), p. 903.

¹⁰⁰ J. O'Donovan and J. C. Phillips, *The Modern contract of Guarantee*, 2nd ed., (2010) p.172. 同条の事業者間への適用により、事業者が口頭で保証を引き受けたことが明らかであっても、書面証拠の不存在を理由として保証責任を不相応に免れるという結果を招いている。かかる事態を受け、最近の判例では、同条のルールは商取引には適用されるべきではないとするコメントがなされている。

イティ上の担保権を有していることを動機として保証人となったという事実も、保証としての契約の本質を変更するものではない。会社が取引を継続することが当該会社の経営者個人にとって利益であると考えた事実も同様とされる¹⁰¹。

主たる目的が、取引からの利益の取得であることを理由に4条の適用が否定された事案としては、Sutton & Co v Grey 判決¹⁰²がある。同事案では、A が、株式仲買事務所に顧客を紹介し、事務所がA 紹介の顧客から損失を受けた場合には、A がその損失の半分を補償することを口頭で約した。そして、当該事務所は、A が紹介した顧客から得た利益の半分をA に支払うことを約因とした。判決では、A が、事務所が得た利益の「半分」を手数料として取得する点に着目し、A と当該事務所との契約は、実質的には雇用を目的とする契約であると認定し、4条は適用されないとの判断を示した。

また、一般に4条の適用対象外とされるケースとして、物品の売買契約における買主代理人が、売主との間で、買主（主債務者）の代金不払いの際には、これを弁済する責任を負うとする代金支払い保証があげられる。代金支払い保証では、代理人が、高額な手数料（保証）料により買主の支払能力を保証するのであり、契約の主たる目的は、支払能力のある買主を選択するために代理人がより高度の注意を払うことを約することにある。このようなケースでは、契約の真の目的は、他人の債務の保証ではなく、保証人（代理人）に相当の利益を取得させ、代わりに反対給付の履行を強制することにある。同様に、保険者、あるいは、顧客の第三者に対する義務を保証することを業とする bondsmen による契約は、保証ではなく、損失補償とされることが多い。

以上をまとめると、形式的には保証という文言による契約が締結されたとしても、取引を通じて保証人の取得する利益が、単なる保証の手数料を超え、保証とは独立の利益と見られるケースでは、詐欺防止法4条の適用対象とは認定されない傾向にある。

¹⁰¹ supra note 100, pp. 129-130.

¹⁰² [1894] 1 Q.B. 285.

第2款 改廃の議論にみる4条の現代的意義

詐欺防止法4条は、特定の契約について、虚偽の証拠、あるいは、「実際にそのような契約を締結する趣旨ではない、ルーズな会話」でしか証明されないという危険性に対応すべく、書面作成を契約上の債務の強制要件としている¹⁰³。

制定当初、同法は5種類の契約を対象とするものであったが、1954年の改正により、その適用対象は保証契約のみとされた¹⁰⁴。しかしながら、4条の規定を奇貨として、書面の不存在を理由に不当に債務の履行を拒絶するケースが現れたために、同条の存在意義が問われることとなった¹⁰⁵。以下、詐欺防止法4条の意義をめぐる議論の推移を外観する。

1954年改正の際、法改定委員会（Law Reform Committee）では、全員一致の意見として、保証に関する4条の規定を存続させるべきことが提案された。その理由として、保証取引の経験なき者が、引き受ける義務について十分に理解しないままに契約を締結させられているという実態が存在すること、そして保証の依頼者が、保証人の不注意を指摘するという良心なき主張が行われる危険があることがあげられた。また、通常、保証人に関しては、片務的かつ無私（disinterested）であること（大半のケースにおいて、保証人は取引から何も得ていない）から、書面の存在が当事者間で保証契約条項が決定されたことを「確認させるもの」としてみられること、さらには、書面作成は、保証人になろうとする者に思慮の機会を与えるためにも必要であることが指摘された¹⁰⁶。

このような経緯から、詐欺防止法4条の立法趣旨は、保証人の責任を

¹⁰³ Lord Blackburn in *Steele v M'Kinlay*, (1880) L.R. 5 App. Cas. 754 at 768.

¹⁰⁴ 1953年、法改定委員会では、①遺言執行者または遺産管理人が自己の財産で死者の債務を弁済する契約、②婚姻を約因とする契約、③土地又は土地に関する権利の売買契約、④一定の価額以上の動産売買契約については、4条の適用を廃止すべきことが提案されたが、⑤保証契約に関しては、全員一致の意見として、4条を存続させるべきであるとされた。

¹⁰⁵ Geraldine Andrews and Richard Millett, *Law of Guarantees*, 7th ed., (2015), p. 48.

¹⁰⁶ *supra* note 105, pp. 47-48.

書面により確定させ、詐欺や偽証を予防すること¹⁰⁷、及び、保証に関する知識や経験がない者に対する警告の必要性¹⁰⁸から、思慮の機会を付与し無知な者を保護することに置かれていたといえる。もっとも、後者の保証人への警告という観点からみると、4条の書面はあくまで訴訟の証拠として要求されることから、規定上は契約締結時の作成を義務づけるものではない。したがって、保証人への警告機能が法律上担保されているとはいえない。以下でみるように、同条の意義に関しては、詐欺や偽証の回避を中心に論じられている。

まず、4条の存在意義につき、Autocar Equipment Ltd and Searle 事件¹⁰⁹のHenry 裁判官が、肯定的に解する見解を明らかにしている。その理由としては、保証契約に関しては、詐欺防止法4条が想定していた危害が制定当初と変わらず現在でも存在しており、実務上、他人の債務不履行について責任を負うという口頭の約束が行われた場合、その口述の詳細を正確に証明することは困難であることが多く、後の法廷においてどのような用語が用いられていたのかを発見した後でさえも、その不確定性は存続することにあるとする。さらに、口頭での証拠による結果は、商取引上、通常想定できないような内容であることが多いことから、書面や覚え書を合意に効力を与える根拠として機能させる必要があるとする。

一方で、Technology Partnership Plc v Afro-Asian Satellite Communications (UK) Ltd¹¹⁰では、4条の保護手段としての存在意義に対して懐疑的な見解が示されている。同判決の争点は、Cが「グループ企業を促進する意向」を記した社内メモが、グループ内の一社の負債を保証するとの約束を記す書面として十分であるか否かであった。高等法院は、当該書面は保証契約の合意を証明する書面として不十分であるとし、これを否定した。

¹⁰⁷ 保証は、通常継続的な契約であり、時間の経過により証拠を発見することが困難になるという点も、書面による証拠を強制要件とした趣旨の1つとされる。

¹⁰⁸ Alberta Institute of Law Research and Reform, The Statute of Frauds and Related Legislation, (1985).

¹⁰⁹ supra note 105, p. 48.

¹¹⁰ supra note 105, p. 48.

この結論について、Peter Gibson 裁判官は、Cが責任を免れるという不幸な結果は、詐欺防止法4条の存在により生じたものであるとし、規定が存在する以上は、このような判断にならざるを得なかったとしている。さらに同裁判官は、「保証人をそのように特別に保護する必要性は、現在もなお存在しているのかどうかに疑問がある。一定の期間制限をもって保証人の責任を免れることができる、という方法で保証人を保護するという何らかの保護は必要であろう。しかし、4条に含まれているサンクションは、本来対応しようと意図されていた危害との関係で、全ての均衡を欠いている。」とし、4条の存在意義に対する疑問を呈している。

これに対し、同判決における Pill 裁判官は、4条は保証人の保護のために実践的な目的を有しており、本件の事情からは何一つ、現代の状況において、口頭の証拠のみで保証契約の成立を認めることが安全であり、かつ、正確であると認めることはできないとし、4条の意義を肯定している。

Actionstrength Ltd (t/a Vital Resources) v International Glass Engineering IN.GLEN SpA¹¹¹においても、4条の存在意義をめぐる裁判官の見解が示された。

同判決の事案は、SG 社が、フロートガラス製作のための工場を建設すべく建設会社 I との間で建築請負契約を締結し、原告 A が、I 社との間で当該建築のための労働者の供給を約したものである。本件において A は、I 社が A に対して契約代金を支払わない場合には、SG 社が代わりに支払うとの合意に基づき、I 社の不払い分につき SG 社に支払いを求めたものである。しかし、SG 社は、A の主張する内容の合意があったとしても、その合意は保証契約であり、かつ、それを記録する書面は存在しないので、詐欺防止法4条により支払いを強制することはできないと主張した。

高等裁判所において、Mitting 裁判官は、A と SG 社間の合意は損害補償契約であるとの理由から詐欺防止法の適用を否定したが、他の4人の裁判官は、その意見を受け入れず、詐欺防止法4条を適用し、A の

¹¹¹ [2003] 2 A.C.541.

請求を認容しなかった。貴族院は、かかる高等裁判所の判断を支持し、本件に詐欺防止法4条を適用し、保証契約を記す書面が存在しないことからSG社は責任を負わないとした。

Bingham 卿 (Woolf 卿、Walker 卿が賛成) は、裁判所は4条の存在意義について判断する権限を有しないとの前置きをした上で、一定のケースにおいては4条の適用が疑問視されることを示唆している。すなわち、保証契約に関して、4条が本来想定していた危害が現在も重要であるのかどうかは、少なくとも、いくつかのケースの類型では(本件でもたらされたような不当性を鑑みれば、)疑問視される場所であるが、そのようなケースは通常のケースではないとする。

Hoffmann 卿は、Aの主張する事実関係が真実であると裁判所が認めた場合においても、書面が存在しないがゆえに合意が強制されず、SG社が責任を負わないという結論は、道徳的に許されず、不公正であるとの見解を示している。しかしながら、法の目的が、「口頭の約束が行われたか否か、そして、何が約束されたのかについて、どちらが真実を述べているのか」を判断すること自体を回避することに置かれているということを重視すべきであるとしており、全面的に4条の意義を否定するものではない。

このような司法判断における見解では、詐欺防止法4条の適用により専門的な知識を有する企業等の保証責任を否定することへの違和感を認めつつも、一般的には、保証責任の内容の真偽につき書面証拠をもって確実に判断するという4条の意義が現在も存在することについて、肯定的に評価しているといえる。

4条の意義を積極的に評価するという点では、既に1953年の法改定委員会のコメントにも共通するところがみられる。これによれば、「法の文言上、・・・立法者は、明らかに、約束を破ることを許すことになろうことを認識しているけれども、この不公正よりも、熟慮されていない不明確で完全なフィクションである口頭の発言に基づく責任を負担させられることから保護する必要性が重視されている」として、4条の意義を肯定している。しかし、「通常、立法者は、信頼されていた約束を破る者を許すことにより不公正が引き起こることを意図していないことに留意すべきであって、4条が不公正に利用されることを許しているものと

解釈してはならない」と付言している。

第2節 1974年消費者信用法

第1款 消費者信用政策のもとでの保証人保護

1677詐欺防止法の制定以降、人的保証人に対しては、長らく制定法上の保護が与えられてこなかったとされるが¹¹²、1974年に制定された消費者信用法（Consumer Credit Act 1974 c. 39）において、消費者信用契約のために締結される保証契約を対象とする規定が設けられた¹¹³。同法は、主として、信用取引における消費者保護を目的とするものであり、連合王国全土に適用される法律である¹¹⁴。

消費者信用法の制定に際しては、クロウザー卿（Lord Crowther）を委員長とする調査委員会の報告書（クロウザー・レポート）が作成され

¹¹² Consumer Credit, Report of Committee, 1971, Cmnd. 4596, ch6.

¹¹³ 竹内昭夫「イングランドの消費者信用法」『消費者信用法の理論』（有斐閣、1995年）87頁によれば、同法の正式名称は、「貸金業者、質屋および買取権付賃貸借事業者ならびにそれらの者の行う諸取引に関する現行の諸法律に代えて、信用の供与および賃貸借または買取権付賃貸借に基づく物品の供給に携わっている事業者の免許及び監督について、公正取引委員会により運用される消費者保護のための新しい制度を定め、また、関連事項について定める法律」とされている。その他、同法に関する先行研究として、加藤良三『イングランド消費者信用取引法』（千倉書房、1978年）152頁、鹿野菜穂子「消費者信用取引における提携貸主の責任－英国消費者信用法をめぐる議論の展開」立命館法学3・4号（2000年）、野村光明「イギリス消費者信用法制の改革」クレジット研究34号（2005年）6頁、尾島茂樹「イギリス消費者信用法の現在」クレジット研究34号（2005年）12頁、藤沢尚江監修・小林圭他著「1974年消費者信用法関連判例」クレジット研究34号47頁、小出篤「英国における消費者信用法制改革－2006年消費者信用法を中心に」ジュリスト1372号138頁等。同法による保証人保護の内容を紹介する文献として、山下・前掲注78）104頁以下。

¹¹⁴ J. K. Mackeod and M. Cronin, England, in R. M. Goode, Consumer Credit, Sijthoff-Leyden, (1978), p. 306. によれば、同法制定前は、イングランド、スコットランド、北アイルランドでは、同一の取引に対して各国毎の法律で規制されていたが、本法により、連合王国（United Kingdom）を通じて、統一的に規制することとなった。

た¹¹⁵。クロウザー・レポートでは、当時の消費者法制の欠陥として、「規制対象とする取引類型を法形式により区別しており、その経済的な機能・実態に即して捉えていないこと、消費者取引と商取引の区分の失敗、貸付に関する法律と貸付の担保に関する法律とが恣意的に分けられていること、信用取引における消費者の保護が不十分であること」等が指摘された¹¹⁶。その上で、調査委員会は、新たに機能的アプローチに基づいた信用法制の仕組みが必要であるとの認識のもと¹¹⁷、「消費者の売買および貸付に関する法律 (Consumer Sale and Loan Act)」の制定を提案した¹¹⁸。この立法案は、2000ポンド以下¹¹⁹の個人に対する信用供与について、消費者保護の見地から包括的な規制をしようとするものであり、1973年通商産業省の白書「消費者信用法の改革 (Reform of the Law on Consumer Credit (1973, Cmnd. 5427))」において承認され、1974年に成立することになった¹²⁰。

クロウザー・レポートでは、上記のように消費者信用法制における消費者保護の必要性を指摘するとともに、その第6章において、消費者信用取引に伴う保証契約 (guarantee) や損失補償契約 (indemnity) の締結に際しての法的保護が不十分であることも指摘された。保証契約についての具体的な指摘はつぎのようなものである。すなわち、「信用供与者が、借主の信用力に必ずしも満足していない場合、第三者による保証を求めるのが通常であるが、保証人には、長らく法律上保護が与えられてこなかった。(既に検証したとおり)消費者契約を締結した多くの者は、

¹¹⁵ 当時の消費者法制の状況を詳述するものとして、尾島・前掲注113) 12頁。

¹¹⁶ supra note 112, 4596.

¹¹⁷ supra note 112, 5.

¹¹⁸ 竹内昭夫「イングランドの消費者信用法」同『消費者信用法の理論』(有斐閣、1995年)によれば、この法案と同時に「貸付および担保に関する法律 (Lending and Security Act)」が提案された。これは、あらゆる種類の信用取引に一般的に適用される、貸主・借主間の権利義務関係を規制しようとするものであったが、制定の必要性が否定され、立法に至らなかった。

¹¹⁹ この金額は、立法時に5000ポンドに引き上げられ、さらに現在では、物価の上昇により2万5千ポンドに改正されている。

¹²⁰ supra note 112, 5.2.19, 6.1.1-6.13.18.

契約の本質、責任の範囲、契約上の権利義務をほとんど理解していないことを示す膨大な証拠が存在するが、消費者契約の保証人となる者についても、同様の実態が認められる。『形だけの保証人だから』という巧妙な依頼による場合であろうとそうでなかろうと、いずれにせよ、多くの保証人は、考えなく軽い気持ちで引き受けており、弁済ができず法廷にも現れないような主債務者と同様の精神状態である」とされている。かかる分析をもとに、クロウザー・レポートでは、保証人は締結しようとしている取引の内容を認識すべきであるとし、「主たる信用取引に要求されている法的要件」と実質的に同様の規定（契約書面の内容を示す見出し、権利の内容を明示することなど）を保証に関しても設けるべきとの方針を示した¹²¹。

第２款 要式性の拡充と情報提供規定

このようなクロウザー・レポートの方針を受け、消費者信用法第８章には、消費者信用取引に関連する「担保 (security)」についての規定が置かれた。第８章の規定は、信用取引に関わる各種の担保の取得および実行について統一的な規定を設けた初めての制定法である。同法における「担保 (security)」とは、「現在あるいは将来の消費者信用契約又は消費者貸借契約、又はそれに関連する取引に関する、債務者や賃借人によるか、あるいは彼らの（明示又は黙示の）要請により提供される、モーゲージ、チャージ、質、ボンド、債務証書、損失補償、保証、手形、小切手など、債務者又は賃借人の債務の履行を担保するための合意」と定義されており（CCA1974 s.189, “security”）、保証契約 (guarantee) もここに含まれている¹²²。

消費者信用法は、「消費者信用契約」（CCA1974 s. 8）及び「消費者貸借契約」（CCA1974 s. 15）のうち、それぞれ債務者や賃借人が、「個人 (individual)」である場合に適用される。ここでいう「個人 (individual)」には、法人格なき社団あるいは２名から３名により構成されるパートナーシップも含まれるが、これらの構成員のすべてが法人である場合に

¹²¹ supra note 112, 6.9.4.

¹²² R. M. Goode, Introduction to the Consumer Credit Act 1974, (1974), p. 133.

は、個人に該当しないものとされる (CCA1974 s. 189, “individual”)。そして、第8章の担保規定は、「消費者信用契約」、及び、「消費者賃貸借契約」のために締結された保証契約に適用される。

同法の制定当初より、「消費者信用契約 consumer credit agreement」とは、債権者が個人（債務者）に対し、ある金額の信用を供与する契約と定義されている (CCA1974, s.8 (1))¹²³。ただし、これには一定の除外規定があり、融資の主たる目的が事業の実現にあり、かつ、融資額が2万5千ポンドを超える場合 (CCA1974, s.8 (3) (a))、居住用不動産の取得に関して締結された信用契約 (CCA1974, s.8 (3) (b)) 等には同法の適用は及ばず、したがって、これらの信用契約のために締結された保証契約については、第8章の担保規定は適用されないこととなる¹²⁴。この点、2万5千ポンドを超える事業融資に関しては消費者信用法は適用されないこととなるが、実務上、事業融資の多くがこの金額上限を超えるために、同法の適用から及ばないこととなっている。

第8章では、保証契約に関する規定として、要式性 (CCA1974, s. 105)、及び、保証責任に関する情報提供を定めた規定 (CCA1974, ss. 107-109条) が設けられている。以下、各条文の内容をみていくこととする。

まず、消費者信用法105条は、第三者による担保の要式性を定めている。第三者による担保の供与は、担保証書 (security instruments) により、内容を明記して行なわなければならない (CCA1974, s. 105 (1), (6))。これに違反して、①担保証書が作成されなかった場合、もしくは、②担保証書が「適切に作成」されなかった場合、その担保は、裁判所の命令によらなければ保証人に対して強制することができない (CCA1974, s. 105 (7))。

¹²³ Section 8 (1) A consumer credit agreement is an agreement between an individual (“the debtor”) and any other person (“the creditor”) by which the creditor provides the debtor with credit of any amount.

¹²⁴ このほか、省エネ政策の一環として2013年に始まった「グリーン・ディール制度」のもと金融機関と消費者との間で締結される信用契約も、消費者信用法の適用が及ばないとされる (CCA1974, s.8 (4))。

このうち、①担保証書の方式および内容については、規則で定めることができるとされており（CCA1974, s. 105 (2)）、特に、文書中に特定の情報を規則所定の方法で含めること、特定の情報が保証人の注意をひくようにするための要件、および文書の一部が目立たない、あるいは目立ちすぎることのないようにするための要件等を定めることができるとされている（CCA1974, s. 105 (3)）。この規定を受け、1983年消費者信用（保証・損失補償）規制（The Consumer Credit (Guarantee and Indemnities) Regulations 1983）¹²⁵では、（i）「1974年消費者信用法に従った保証」という見出し、（ii）債権者、債務者、および保証人の氏名と住所、（iii）保証の目的に関する情報、（iv）所定の形式による担保供与者の権利についての記述、所定の形式による署名欄が、担保証書に記載されていることを要求している。

さらに、消費者信用法105条において②担保証書が「適切に作成された」と認められるには、105条4項及び5項に記載された6つの要件をみたす必要がある。まず、105条4項では、（a）規則所定の条項が記載され、保証人またはその代理人の署名が規則所定の形式でなされていること、（b）その文書が、黙示的条項以外のすべての担保に関する条項を含んでいること、（c）その文書が保証人またはその代理人の署名を求めるために呈示または送付される際に、条項が容易に読める状態であること、（d）保証人またはその代理人の署名を求めるため呈示または送付される時に、その文書の写しも一緒に呈示または送付されることが必要であると定められている。そして、105条5項では、（a）信用契約締結時または締結後に担保が供与される場合には、完成した信用契約書の写しおよびその中で引用されている他の文書の写しが、担保が供与される時に保証人に与えられること、（b）信用契約の締結前に担保が供与される場合には、完成した契約書の写しおよびその中で引用されている他の文書の写しを、信用契約の締結後7日以内に保証人に与えなければならないとされる。

このように、105条は、保証契約書の作成自体という要式性のみにと

¹²⁵ 同規則は、保証（guarantee）を適用対象とするが、モーゲージは適用外であると明示されている（Reg1 (2)）。

どまらず、保証人が署名する際に、「契約条項を容易に」読める状態に置き、保証人の署名時には当該契約書を呈示または送付すべきこと、さらには主たる信用契約の内容も含めて、契約内容に関する情報提供を要求する趣旨といえる。

次に、消費者信用法107～109条は、情報提供義務 (Duty to give information to surety) について定めている。保証契約の締結後、債権者は、保証人からの書面による請求と1ポンドの手数料支払いに応じて、契約書の写し、その中で引用されている他の文書の写し、および担保証書を提供しなければならない。さらに、保証の対象となる信用契約の種類に応じて、所定の情報を提供する義務を負うものとされる¹²⁶。これらの情報提供義務に違反している場合は、債権者は、担保を強制する権利を有しないものとされ、義務違反が1ヶ月以上継続した場合、債権者は、罪を犯したことになる¹²⁶とされる。

最後に、消費者信用法111条は、「債務不履行通知 Duty to give surety copy of default etc. notice」について定めており、債権者が債務者に対して債務不履行の通知（もしくは期限の利益喪失）を送達した場合 (CCA1974, s. 76 (1)) には、債権者は、当該通知の写しを保証人にも送達する義務を負うとする。そして、この義務を怠った場合、裁判所の命令によるのでなければ保証人に強制できないとする。

消費者信用法に関する以上の規定は、保証契約における保証人への注意喚起を図るために、債権者に対して情報提供義務を課すことを主な内容とする。すなわち、105条は、形式上、要式性に関する規定であるが、その実質は、保証人の署名時に保証契約書の呈示を要求するものであり、保証契約内容についての情報提供を義務づけるものである。また、107条および108条も、保証人からの要求を条件に、保証契約書の交付によ

¹²⁶ 「定額信用契約のための保証契約」においては、債権者は、債務者の既払い額、不履行額、将来支払うべき合計額とその内訳および支払い期日についての情報を保証人になろうとする者に対して提供しなければならない (消費者信用法107条)。また、「継続勘定信用契約のための保証契約」においては、債権者は、現在の勘定、債務者が現在支払うべき額、信用供与が終了している場合には将来支払うべき額および支払い期日についての情報を保証人になろうとする者に対して提供しなければならない (同法108条)。

る情報提供を義務づけるものである。このような保証契約に関する規定は、消費者信用契約に付随する全ての保証契約に適用されるのであり、詐欺防止法４条と同様に、消費者である保証人のみならず、事業者たる保証人にも適用される。

第３款 暴利的取引規定の射程

１ 暴利的取引規定

これまでみてきた要式性の拡充及び情報提供義務に関する規定は、主として保証契約の形式ないしは手続的な側面からの規制ということがができる。一方で、1974年消費者信用法（以下、「1974年法」とする。）には、暴利的信用取引（extortionate credit bargains）規定が置かれ¹²⁷、信用契約が暴利的信用取引であると認められる場合には、当事者の関係を正当化するため、裁判所に契約の「やり直し（reopen）」を命じる権限が付与されていた¹²⁸。ここでいう暴利的信用取引とは、債務者等に対して著しく法外な支払を要求する信用取引や、公正取引の一般原則に著しく違反している取引であるとされていた（1974年法138条）。

２ 暴利的取引規定における保証契約の位置づけ

では、1974年法における暴利的取引規定による規制は、保証契約にも及ぶものであったのか。

1974年法137条１項¹²⁹は、「裁判所が、ある信用取引を暴利的であると認める場合には、両当事者にとって公正なものとなるよう当該信用契約

¹²⁷ 暴利的取引規定の概要および2006年消費者信用法による主な改正点の概要については、小出篤「英国における消費者信用法制改革」ジュリスト1372号（2009年）138頁以下参照。

¹²⁸ 1974年法における暴利的取引規定は、2006年改正により削除され、「不公正な関係」の規制が設けられることとなった。2006年改正については、本章第３節にて検討する。

¹²⁹ Section137 : Extortionate credit bargains

(1) If the court finds a credit bargains extortionate it may reopen the credit agreement so as to do justice between the parties.

をやりなおさせることができる」と規定していた¹³⁰。かかる条文の規定から、暴利的取引としての申立て対象が、消費者信用契約であることに問題はないが、保証契約自体の暴利性が、規制の対象とされていたのかについては定かではない。そこで以下では、信用契約の定義、暴利的取引の内容、及び、暴利的取引のやり直しに関する規定の内容を確認した上で、暴利的取引規定において保証契約がどのように位置づけられているのかを分析する。

まず、「信用契約 credit agreement」とは、ある個人（債務者「debtor」）と他の者（債権者「creditor」）との間の契約であって、債権者が債務者に信用を供与するものを意味し、また、「信用取引 credit bargain」とは、（i）総信用手数料の計算の際に当該信用契約以外の取引が計算に入れない場合には、当該信用契約を意味し、また、（ii）一以上の他の取引が計算に入れられる場合には、当該信用契約およびそれらの他の取引を総合したものを意味する（1974年法137条2項）。すなわち、暴利性判断の対象となる信用取引とは、債権者が個人（individual）である債務者に対して一定金額の信用を供与するあらゆる契約を含むものであった。

かかる信用取引が暴利的である場合とは、信用取引が、債務者もしくはその親族に対し（無条件であるか一定の事実の発生を条件としているかを問わず）著しく法外な支払いを要求しているか、または、公正取引の一般原則に著しく違反している場合をいうものとされていた（1974年法138条1項）。そして、ある信用取引が暴利的かどうかを決定するにあたっては、（i）その取引が行われた時における一般の利率、（ii）138条第3項から第5項に定める諸要素、および、（iii）その他関連のある諸事項に関し、提出された証拠を考慮しなければならないとされる（1974年法138条2項）。具体的な諸要素として、まず「債務者」については、債務者の年齢、経験、事業能力、健康状態、ならびに、信用取引を行う時にその者が受けていた経済的圧力の程度および性質があげられていた（1974年法138条3項）。「債権者」については、（a）供与された担保の価

¹³⁰ 1974年法の邦語訳は、制定当時の条文の翻訳である竹内昭夫＝田島裕「英国消費者信用法（訳）（8）」月刊クレジット277号（1980年）55頁、同「英国消費者信用法（訳）（9）」月刊クレジット278号（1980年）553頁以下に依拠した。

値に鑑みて、その債権者が引き受けた危険の程度、（b）その債権者と債務者の関係、（c）その信用取引に含まれる物品または役務について、偽りの価格がつけられていたか否かが考慮事由とされた（1974年法138条4項）¹³¹。さらに、「関連取引」については、当該取引が、債務者もしくは債権者の保護のためにどの程度必要であったか、またはどの程度債務者の利益のためになったかという点が考慮されていた（1974年法138条5項）¹³²。

そして、暴利的取引については、当該取引のやり直しが命じられるほか、これに関して締結された保証契約についても、義務の減免や担保証書の内容の変更等が命じられることとされていた（1974年法139条2項）。

以上の条文から、暴利的取引規定における保証契約の位置づけについて、次のようにまとめることができる。

まず、①規制の対象となる信用取引とは、債権者がある金額の信用を債務者に供与する契約である（1974年法137条）ところ、保証契約は、債権者が保証人に対して信用を供与する契約ではないことから、これには該当しない。したがって、保証契約は、暴利的取引であることを理由にやり直しの対象とされるものではなかった¹³³。

次に、②信用取引が暴利的取引にあたると判断された場合には、これ

¹³¹ Section 138 (4) Factors applicable under subsection (2) in relation to the creditor include —

(a) the degree of risk accepted by him, having regard to the value of any security provided ;

(b) his relationship to the debtor ; and

(c) whether or not a colorable cash price was quoted for any goods or services included in the credit bargain.

¹³² Section 138 (5) Factors applicable under subsection (2) in relation to a linked transaction include the question how far the transaction was reasonably required for the protection of debtor or creditor, or was in the interest of the debtor.

¹³³ 担保契約自体は、137条及び138条の適用対象外であることを示した判決として *Coldunell Ltd v Gallon* [1986] QB 1184, [1986] 1 All ER 429, CA. がある。同判決を詳細に紹介する先行研究として、尾島・前掲注113) 67頁以下参照。

に関する保証契約自体も裁判所による是正の対象とされていた。すなわち、1974年法139条2項は、「保証人を救済する目的」であると明示した上で、裁判所に、保証人の義務の減免、供与物の返還、そして担保証券の内容の変更等を命じる権限を付与していた。したがって、信用契約の暴利性が認められる場合には、当該信用契約に関する保証人も保証契約の是正により救済されることとなっていた。

なお、1974年法では、暴利性判断の考慮要素が非常に広範に列挙されているため、③信用契約の暴利性判断において、保証契約の不当性を考慮しうるものであったと考える余地もあろう。例えば、供与された担保の価値に鑑みて、その債権者が引き受けた危険の程度を考慮するとの1974年法138条第4項(a)をもって、過剰な保証責任を規制する規定と読むことも可能ではある。また、「関連取引については、当該取引が、債務者もしくは債権者の保護のために合理的にみてどの程度必要であったか、またはどの程度債務者の利益のためになったかという点が考慮される(1974年法138条第5項)」との規定において、保証契約を関連取引と解して、暴利性判断で考慮されるとの解釈も可能であった。ただし、同条第4項(a)においては、価値の客観性が保たれている物的担保を前提としているようでもあり、1974年法の規定上、保証契約を暴利性判断の考慮事由とすることについての根拠は明確ではなかったといえよう。

第3節 消費者信用法改正による保証への影響

第1款 暴利的取引規定の改正の経緯

前節において検討した暴利的信用取引(extortionate credit bargain)規定は、裁判所が、諸事項を考慮した上で、信用契約が暴利的信用取引であると判断した場合には、当事者の関係を正当化するために、契約の「やり直し(reopen)」を命じる権限を有するものとされており、その規制の効果は非常に強力なものであるようにみえる。

しかし、2003年に貿易産業省が公表した白書¹³⁴では、実態として、暴

¹³⁴ 「公正、透明かつ競争的-21世紀の消費者信用市場(Fair, Clear, and Competitive-The Consumer Credit Market in the 21st Century)」, webarchive.

利的取引規定はほとんど利用されてこなかったとの見方が示されている¹³⁵。その理由としては、①要件が厳格であり、また「著しく法外」、「著しく不公正」という暴利性の基準が曖昧であることから、裁判所も厳格な解釈をせざるを得なかったこと、②裁判所は伝統的に、合意された金利面に重点をおいて判断する一方で、担保の必要性や債務不履行時の遅延損害金、明瞭な情報提供の欠如といった消費者に損害を与える事情については、判断要素とされてこなかったこと、③不公正な取引手法（pressure-selling, churning of agreements）による消費者の損害、すなわち、新たな形態での悪質な手法、あるいは、消費者の無知や軽率性により（必ずしも高い利率ではなくとも）容認しがたい消費者信用契約が締結されている実態に対応できていないこと、④裁判所は、契約が締結された時点における契約内容のみを判断対象とする傾向にあるが、「契約締結後」における債権者の行動、例えば、利率の変更や不履行時の利息の適用といった方法により、契約が不公正となることもあること、⑤制度の複雑さから債務者の側が制度の利用をためらってしまうこと¹³⁶等が挙げられてきた¹³⁷。

例えば上記④に関して、債権者が「融資契約締結後」に複数回にわたり利率を変更した行為は、暴利性判断において考慮されなかったことを示す判例がある。Paragon Finance PLC v Nash and Stauton¹³⁸及び Broadwick Financial Services Ltd. Vs Spencer and another¹³⁹ は、融資者が、契約締結後に、適宜、債務者が支払可能な金額の利率を判断する

nationalarchives.gov.uk/20090609014342/http://www.berr.gov.uk/files/file23663.pdf（最終アクセス2018年5月）。邦語訳として、英国貿易通産省（江夏健一・坂野友昭監訳）『21世紀の消費者信用市場－公正、かつ透明かつ競争的な市場を求めて』（東洋経済新報社、2005年）がある。

¹³⁵ 白書3.29によれば、1974年以降、暴利的取引に関する訴訟は30件程度に過ぎず、さらに「暴利的」と認められた事件はこのうち10件程度であったとされる。

¹³⁶ National Association of Citizens Advice Bureaux (2000), Daylight robbery: the CAB case for effective regulation of extortionate credit, (2000).

¹³⁷ 白書・前掲注134) 3.31。

¹³⁸ [2001] All ER (Comm) 1025.

¹³⁹ [2002] 1 All ER (Comm) 446.

権限を有しており、実際に次々と利息が変更されたという事案であった。しかし、いずれの高等法院判決も、当該消費者契約が暴利的取引であるかを判断する際に、一方的な利息の変更という契約締結後の事情を考慮しなかった。

2003年白書では、信用取引の公正化を図るべく制度利用を容易にする必要性があること、その利用主体には、消費者のみならず消費者の総体的な利益を信頼して行動する「第三者」を含むべきことが提案された¹⁴⁰。そして、不公正な取引であるかを判断する際には、信用コストのみならず、クレジットの利用に影響を与える全ての状況を柔軟に評価すべきであることが提言された¹⁴¹。このような2003年白書を受け、2006年には消費者信用法制改革が行われた。

第2款 不公正な関係規定 unfair relationships

2006年改正では、暴利的信用取引に関する条文規定（1974年法137～140条）が廃止され（2007年4月6日）、新たに、裁判所に「不公正な関係 unfair relationships」の「やり直し」等を命じる4箇条（140A条～140D条）が設けられた。以下、不公正な関係についての規定内容を概観した上で、1974年法暴利的取引規定の検討を踏まえ、改めて不公正な関係規定の保証契約への影響を検討する。

1 新たな規定

140A条1項¹⁴²は、信用契約（credit agreement）、あるいは、その関

¹⁴⁰ 白書・前掲注134) 3.32。

¹⁴¹ 白書・前掲注134) 3.33。

¹⁴² 140A Unfair relationships between creditors and debtors

(1) The court may make an order under section 140B in connection with a credit agreement if it determines that the relationship between the creditor and the debtor arising out of the agreement (or the agreement taken with any related agreement) is unfair to the debtor because of one or more of the following —

(a) any of the terms of the agreement or of any related agreement;

(b) the way in which the creditor has exercised or enforced any of his rights

連契約（agreement related to a credit agreement）から生じる債権者と債務者との関係が、信用契約の債務者にとって「不公正」である場合に、裁判所は、140B条に定める権限により、債務者ないし保証人の既払い金額についての返還命令や、債務の減免等、様々な命令を行うことができるとする。

140A条１項では、信用契約のみならず、これに関連する契約についても不公正の判断事由とされることが示されている。この点、保証契約との関係で重要な改正点としては、このような「関連契約」に主たる信用契約等に関する「担保 security」（140C条（4）（c））も含まれることが明示され、したがって保証も不公正判断の一事由されることが明らかにされた点である¹⁴³。

２ 「不公正な関係」の判断要素

140A条は、信用契約、あるいは、信用契約に関連する契約に適用され（140C（4））、これらの契約が不公正な関係を生じさせている場合には、裁判所が契約のやり直しのほか債務者ないし保証人の債務の減免等を命じることができる（140B条）。

「不公正な関係」であるかの判断は、以下の３つの判断要素により判断すべきものと規定されている。すなわち、140A条（１）は、（a）信用契約あるいは関連契約の契約条項、（b）債権者が信用契約ないし関連契約における権利をどのように行使、強制したか、（c）信用契約ないし関連契約締結後における債権者の作為、不作為を判断要素としてあげている。

under the agreement or any related agreement;

(c) any other thing done (or not done) by, or on behalf of, the creditor (either before or after the making of the agreement or any related agreement).

¹⁴³ この規定における「担保」は、「現在あるいは将来の消費者信用契約又は消費者賃貸借契約、又はそれに関連する取引に関する、債務者や賃借人によるか、あるいは彼らの（明示又は黙示の）要請により提供される、モーゲージ、チャージ、質、ボンド、債務証書、損失補償、保証、手形、小切手など、債務者又は賃借人の債務の履行を担保するための合意」（CCA1974 s.189, “security”）を指すものと規定され、ここに保証契約も含まれている（140C条（6））。

かかる規定の運用状況については、Deutsche Bank (Suisse) SA v Gulzar Ahmed Khan¹⁴⁴判決における Hamblen 卿が、近時の先例をもとに以下のように整理している。

まず、(a) 信用契約ないし関連契約の条項の公正性については、争いとなる契約条項について、①商品の本質との関係で一般的な内容であるか (Rahman v HSBC Bank Plc [2012] EWHC 11, [277])、②健全な商業的理由があるか (Rahman v HSBC, [278])、③債権者の地位に鑑みて、適法かつ比例的な内容を締結しようとしたといえるか (Maple Leaf Macro Volatility Master Fund v Rouvroy [2009] EWHC, [288]) が考慮される。また、④契約条項の内容が債権者にとってのみ利益となる場合には、それが債務者の不履行によるリスクから債権者を保護するものであるかが考慮される (Maple Leaf v Rouvroy, [289])。⑤融資額の相当性に関しては、当該取引が商取引あるいは商取引に準じる取引であるかが基準とされ、裁判所は、商人間については、融資額が高額であっても (消費者の信用契約と比較し) 不公正との判断をしない傾向にある (Rahman v HSBC, [275])。このほか、⑥取引における債務者の地位の強さも考慮要素となる (Rahman v HSBC, [275])。

(b) 信用契約ないし関連契約締結前及び締結時における債権者の行動については、①債務者に対する契約締結に向けた圧力行使 (Maple Leaf v Rouvroy, [274]) のほか、②「主債務者には、関連する契約の経験があり、弁護士の助言を受けることが可能な状況にあった」と認識していたかどうか、あるいは、そのような状況にあると信じたことにつき合理的根拠があるか (Maple Leaf v Rouvroy, [274])、③主債務者が契約条項を読んでおらず、理解していないと認識すべき何らかの理由があったか否か (Maple Leaf v Rouvroy, [274]) 等、「債務者の認識」に応じた「債権者の対応」が考慮されている。また、④契約締結過程において、既に債務者が契約条項について異議を唱えていたにも関わらず債権者が適切な対応をしない場合には、不公正な態度と評価される (Maple Leaf v Rouvroy, [274], Rahman v HSBC, [280-281])。

以上のほか、不公正な関係の判断においては、(c) 信用契約ないし

¹⁴⁴ [2013] EWHC 482.

関連契約締結後、強制執行に至るまでの債権者の行動も考慮される。①権利の行使が「不法な動機」によるものであるか、もしくは、「横暴な決断」の結果に行われたものと認められる場合には、不公正な関係が肯定される（*Paragon Mortgages v McEwan-Peters* [2011] EWHC 249 1 (Comm), [54b]）。他方で、②債権者が強制執行に至る前にミーティングを行い、あるいは、調整や提案に乗る等の適切な便宜を図った事実（*Rahman v HSBC*, [280-281]）、③債務者が債権者に対して根拠のない主張を行い、債権者からの便宜を拒絶したという事実（*Rahman v HSBC*, [280-281]）は、不公正な関係性を否定する要素となる。

このように、判例法上、140A条の「不公正な関係」を認定する際には、契約条項の内容に限らず、契約締結前から履行時にわたって、債権者の債務者に関する認識や対応を中心とする広範な事情が考慮されている。すなわち、不公正な関係判断において考慮される債権者の行為は、義務違反や、法律ないし規則に反する行為である必要はなく、商業上、合理的に期待される対応であるかが重視され、法律の遵守それだけでは不公正さを否定する決定的要素にはならない¹⁴⁵。

また一般的に、契約条項の内容が本質的に不公正ではない場合であっても、契約当事者の「関係」が片務的であり、実質的に債務者の選択肢を限定づける場合には、不公正な関係に該当する可能性がある。例えば、金融機関と個人債務者との関係の大多数が、金融の知識や経験において大きな差があるという特徴を有しており、これは、本質的な不均衡関係（unequal relationship）である。しかし立法者は、そのような関係の有する一般的性質のみでは、契約のやり直しを命じるべきではないと考えている¹⁴⁶。

公正とは何かの問題は、借主が取引において洗練されているか、弱者であるかという借主の状況のほか、借主が可能な選択肢を認識しているものとの債権者の期待が合理的な根拠に基づいているかという個別の事情によるのであり、債権者が、不公正の要素を除去するために合理的に期待される措置を懈怠した場合には、不公正な関係にあたとされる。

¹⁴⁵ supra note 105, p. 686.

¹⁴⁶ *Plevin v Paragon Personal Finance Ltd* [2014] UKSC 61, para 10.

「不公正な関係」の認定において、裁判所は、契約条項のみならず、それよりも遙かに広範な要素を考慮事由としており、判断の焦点は、「契約」から、当事者の「関係」へと移行しているといえる¹⁴⁷。

第3款 不公正な関係規定における保証契約の位置づけ

140A 条 1 項において、不公正な関係であるかが問われるのは、「信用契約」における債権者と債務者間の関係であり、やり直し等の命令の対象となるのも「信用契約」である。このような基本的な枠組みは、1974年法における暴利的取引規定と同様である。保証契約に対して同条が適用されるかという点については、Paragon Mortgages v McEwan-Peters¹⁴⁸における David Steel 裁判官は、保証契約自体が信用契約ではないことを理由にこれを否定している。同判決の事案と判旨は、以下のようなものである。

【事案】

債権者 X は、賃貸用住宅市場におけるプロの投資家に対し、モーゲージファンドを提供するグループ企業の 1 社であり、主債務者 Y は、大学生向けに不動産賃貸を経営する企業の経営者である。

Y は、かねてより、X からのモーゲージローンにより事業を行っていたが、2007年には経営難に陥り、X への返済が滞っていた。それまでの12回にわたるモーゲージローンについては、Y と Y の妻が、保証人となっていた。2007年12月、X は、Y に対して、弁済を要求し、弁護士を通じ、「以後、2ヶ月滞納すれば担保を実行せざるを得ないこと、それを回避したいのであれば、さらなるモーゲージローンを組む必要があること」を警告した。これにより Y は、X からさらに追加融資を受けるべく、モーゲージローンを組んだ。しかし、その後も滞納が続き、2009年5月6日には、X が債務の返済を請求し、同年11月30日には、保証責任の履行請求がなされた。

これに対し Y は、X が、「滞納が3ヶ月に至らなければ、保証責任の

¹⁴⁷ supra note 105, p. 686.

¹⁴⁸ [2011] EWHC 249 1 (Comm).

追求をしない」と約束していたのにこれに反したとし、禁反言を理由に履行を拒絶する等の主張をしたが、認められなかった。Y は、さらに、本件保証契約が、不公正な関係に該当するとし、X による保証責任の執行の可否を争った。

【判旨】 Davit Steel 裁判官

「改正後の消費者信用法140条（a）により、裁判所は、消費者信用契約が、契約の内容だけでなく、債権者が権利を行使し、あるいは、強制した際の態様が、債務者に不公正である場合にも、介入することができる¹⁴⁹。

この問題は、保証契約のもとでは生じうるものでないと理解されるべきである。なぜなら、保証契約は信用契約 credit agreements には含まれないからである。この点は、現在も議論の余地があるが Paragon Mortgages Ltd v Hyah, 29th November 2010において Pelling 裁判官が保証契約への適用を否定しているところであり¹⁵⁰、私は、Pelling 裁判官の判断を支持する¹⁵¹。」

上記判決によれば、不公正な関係とは、信用契約の当事者間に生じることを前提とし、これに関連する保証契約当事者間の関係性を対象とするものではないとの見解が示されている。このような見解は、法改正の趣旨にも合致しているといえよう。すなわち、改正消費者信用法に関する Explanatory Notes によれば¹⁵²、140A 条の趣旨は、信用契約、あるいは、関連契約を伴う信用契約における債権者と債務者の関係が、債務者にとって不公正であると裁判所が認める場合に、裁判所に140B 条に定める命令権を付与することにある。したがって、140A 条の規定は、不

¹⁴⁹ at [52].

¹⁵⁰ Pelling 裁判官は、保証契約への140A 条適用を否定する理由については明らかにしていない。

¹⁵¹ at [53].

¹⁵² Consumer Credit Act 2006 -Explanatory Notes には、2006年改正の法案導入から制定までの経緯が記されている。

公正な関係とは「信用契約あるいは関連契約を伴った信用契約の当事者間」に生ずるものであることを想定しており、上記判断のように、保証契約をはじめとする関連契約自体の債権者債務者間は、不公正な関係か否かが問われる関係には該当しないといえる。

この点に関しては、判旨のとおり保証契約が「信用契約」ではないことは勿論のことであるが、債権者と債務者間の関係よりもむしろ、債権者と保証人の関係に焦点をあてることにより不公正性を正確に判断することが可能となるとの指摘がなされていた。保証契約の内容ないし強制の態様によって、主たる信用契約における主債務者と債権者との関係が不公正になることもあり、そのようなケースでは主債務者のみならず保証人にも140A条と140B条により訴える権利が認められるべきであるとするのである¹⁵³。

2006年改正は、「関連契約」の概念を明確に定めることにより、このような学説の見解に条文上の根拠を与えたものといえる。すなわち、140A条1項は、「関連契約」のひとつとして「担保」を列举し、これに保証契約が含まれることを明らかにした。これにより、裁判所が不公正判断を行う際には、信用契約とは別個に、保証契約自体の内容及び契約締結の諸事情を考慮することができ、保証契約のような関連契約における不公正な事由が、信用契約そのものの「不公正な関係」の認定に反映されることが明確化にされたといえる。

第4節 まとめ

ここで、保証契約に関する制定法の状況をまとめることとしたい。

まず、保証の強制要件としての「要式性」は、ある一定の保証人を保護すべきであるという理念のもとに立法化されてきたものであるが、その射程と意義については以下のようにまとめることができる。

1644年詐欺防止法4条は、保証の強制の要件として、契約書面の提出が必要であることを規定した。4条の目的は、保証責任を書面の存在により明らかにすることを通じ、契約に関して無知な消費者保証人を保護

¹⁵³ supra note 105, p. 685.

すること、そして、訴訟上、保証契約の成否や内容についての判断を回避することにある。4条は、形式上、全ての保証契約に適用されることとなっているため、保証人が経営に通じている個人、あるいは、専門的な知識を有する企業である場合にも、契約書が存在しない限りは、保証責任を強制されないとの判決が示されている。このように、経営者等も要式性の不備を理由に責任を免れうるという点については、消極的な評価がなされている。しかし、これらのケースにおいても、なお、訴訟における立証、及び判断の困難性を回避するという4条の意義が認められることは否定されていない。学説上、4条は不用意な訴訟を回避するという意味で、「訴訟に対する予防機能」を有すると評されている¹⁵⁴。

契約書面の作成時期について、実務的観点からは、契約締結時に債権者側が保証契約書を注意深く作成し、責任範囲を明確にしておくことが重要との指摘がなされている¹⁵⁵。しかし法律上、書面証拠は、強制要件として訴訟時に存在すれば足り、契約締結時に作成されていることは要求されていない。したがって、契約締結プロセスにおける保証人への「注意喚起」という保護目的との関係では、4条の定める要式性では不十分であるといえる。

これに対し、1974年消費者信用法は、その起草段階において保証人になろうとする者に対する保証責任の内容についての注意喚起の必要性が明示され、この目的が規定内容に反映されている。すなわち、同法は、契約締結の時点における担保証書の作成と保証人への交付をいう情報提供義務を定めており、「警告機能 cautionary function」を有するものと位置づけられている¹⁵⁶。

つぎに、保証契約の内容及び保証債権者の対応の不公平が法的な規制の対象となりつつある。1974年消費者信用法では、裁判所により、信用取引が暴利的取引であると判断された場合には、契約上の義務の全部または一部が無効とされることが定められていた。1974年法では、暴利性判断の考慮要素が非常に広範に列举されているため、保証契約の不当性

¹⁵⁴ Ewan McKendrick, Contract Law 10th ed., 2013, p. 63.

¹⁵⁵ supra note 95, p. 9.

¹⁵⁶ supra note 154, p. 63.

も一事由として考慮される可能性があった(1974年法138条第4項(a))、138条第5項)。しかしながら、条文上、価値の客観性が保たれている物的担保を前提としているようでもあり、保証契約を暴利性判断の考慮事由とすることの根拠は明確ではなかったといえよう。

これに対し、2006年改正では、「関連契約」の定義が明確に定められ、これに保証契約も含まれることが明示された(140C条(4)(c)、140C条(6))。これにより、信用契約のみならず、保証契約を含む「関連契約」自体の契約内容、及び債権者の契約締結過程や権利行使における態様も、信用契約の不正判断に反映されることが明確化された。

複雑化したクレジット取引の発展を背景に、1974年消費者信用法は、消費者と同様に保証人の保護を図る必要性を掲げ、要式性及び情報提供義務規定を通じて、契約に対する保証人の認識を促進する方策を設けたという意義を有する。

ただし、同法の適用は、主として2万5千ポンド以下の小口の信用供与のための保証契約に限られており、2万5千ポンドを超える事業融資のための保証人については、たとえその保証人が無知な消費者であるとしても同法の保護の対象にはならない¹⁵⁷。また、2万5千ポンド以下の保証契約については、詐欺防止法4条及び消費者信用法の規制対象となるが、これらの法律は、要式性ないしは契約書の提供という手法に限定されており、保証契約締結までのプロセスに生じる構造上の不均衡に対する方策としては、一定の限界が生じている。さらに、2006年の消費者信用法改正により定められた不正な関係規定において、条文上は、保証契約上の不正事由が信用契約の規制へと反映されうることとなったが、未だその運用実態は明らかではない。

¹⁵⁷ 本稿第3章で検討する判例は、いずれも1974年消費者信用法制定以降に、保証人の救済の可否が争われたものであるが、全ての事案において事業融資額は2万5千ポンドを超えている。このうち、Royal Bank of Scotland v Etridge and other appeals [2001] UKHL 44, [2001] 4 All ER 449, [2001] 3 WLR 1021, [2002] 1 Lloyd's Rep 343, [2001] 3 FCR 481, [2001] 2 FLR 1364, [2001] Fam Law 880, [2001] 43 EG 184. では、8件の配偶者保証の効力が争われ、このうち、7件は、10万ポンドを超える事業融資のために保証契約が締結されている。そのため、要式性による救済は及ばないこととなる。

第1章で検討した制定法における保証規律の意義と限界を踏まえ、第2章から第4章では、判例法における保証契約の規律の状況について検討を行う。

【付記】本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2017年3月23日授与）「保証契約締結プロセスの規律－イングランドにおける信託の濫用法理の考察を中心に－」を加筆・修正したものである。