

早稲田大学審査学位論文（博士）

フランス保証制度の研究

— 保証人の保護に関する規律の構造を中心として —

早稲田大学大学院法学研究科

大澤 慎太郎

【目次】

序論

第1編 特別法上の規律に関する考察

— フランスにおける保証人の保護に関する法律の生成と展開 —

序説

第1章 保証人の保護に関する法律の変遷

第1節 はじめに

第2節 保証人の保護に関する法律の誕生

第1款 契約締結時における債権者の情報提供義務（1978年1月10日の法律）

第2款 保護範囲の拡大①（1979年7月13日の法律）

第3款 まとめ

第3節 保証人の保護に関する法律の展開

第1款 1984年法制定前の破産院の立場

第2款 主たる債務に関する債権者の情報提供義務と担保保存義務の強化（1984年3月1日の法律）

第3款 保護範囲の拡大②（1989年6月23日の法律）

第4款 手書き記載・支払事故の通知・比例原則（principe de proportionnalité）（1989年12月31日の法律）

第5款 保護範囲の拡大③（1994年2月11日の法律：マデラン法）

第6款 賃貸借契約における保証人の保護（1994年7月21日の法律）

第7款 債権者の情報提供義務の拡張と保証人の最低財産の保障（1998年7月29日の法律）

第8款 主たる債務者の弁済＝主たる債務への優先充当（1999年6月25日の法律）

第9款 まとめ

第4節 小括

第2章 2003年8月1日の法律による調和の崩壊と混乱

第1節 はじめに

第2節 2003年8月1日の法律の内容

第1款 立法動機

第2款 保証人に対する保護の内容

第3款 まとめ

第3節 2003年8月1日の法律による改革後の保証制度における問題点

第1款 はじめに

第2款 手書き記載の要件と証明準則

第3款 情報提供義務の変容

第4款 比例原則の一般法への拡張と消費法典 L. 341 - 4 条の関係

第5款 まとめ

第4節 小括

結語

第2編 一般法上の規律に関する考察

— フランスにおける金融機関の融資取引上の義務と責任 —

序説

第1章 金融機関の融資取引上の責任を生じさせる行為

第1節 概要

第2節 過剰または不適合な融資 (crédit excessif ou inadapté)

第3節 融資の不当な支援 (soutien abusive de crédit)

第4節 融資の不当な解消 (rupture abusive de crédit)

第5節 融資金の用途の不遵守 (non-respect de l'affectation des fonds prêtés)

第2章 金融機関の融資取引上の義務に関する考察

第1節 当事者の性質による分類

第2節 金融機関に課せられる融資取引上の義務の概要

第1款 情報提供義務を基礎とする義務

第2款 その他の義務

第3款 まとめ

第3節 判例の変遷：当事者の性質決定と警告義務による規律への統合

第1款 破毀院第1民事部 2005年7月12日判決以前

第2款 対立の明確化

第3款 破毀院第1民事部による統一の試み

第4款 破毀院商事部の第1民事部への接近

第5款 破毀院合同部による基準の統一と確立

第4節 判例による規律の考察—警告義務の内容を中心に—

第1款 当事者の区別の基準と責任追及の根拠

第2款 警告義務の内容

第5節 小括

第3章 保証人による金融機関の民事責任の追及方法に関する考察

第1節 概要

第1款 はじめに

第2款 2つの追及方法

第2節 法的根拠

第1款 責任の法的性質

第2款 証明責任

第3節 2つの主張方法 — 反訴請求と本案に関する防御 —

第 1 款	概要
第 2 款	反訴請求の問題点
第 4 節	商法典 L.650-1 条による金融機関の融資取引上の責任の制限とその例外
第 1 款	概要
第 2 款	立法動機
第 3 款	免責の構造
第 5 節	小括
結 語	
第 3 編	各種規律の交差に関する考察
序 説	
第 1 章	比例原則と警告義務の交差
第 1 節	はじめに
第 2 節	比例原則の生成と展開
第 1 款	比例原則の立法化
第 2 款	比例原則の民事責任領域への拡張
第 3 節	警告義務による比例原則の吸収
第 1 款	警告義務の内容
第 2 款	解体される比例原則
第 4 節	結 語
第 2 章	担保保存義務と債権者の融資取引上の民事責任との交差
第 1 節	はじめに
第 2 節	担保保存義務を規律する仏民 2314 条に基づく代位権者の免責
第 1 款	はじめに
第 2 款	仏民 2314 条が定める免責の要件とその厳格性
第 3 款	担保保存義務の免除特約の有効性
第 4 款	仏民 2314 条の法的根拠
第 5 款	小括
第 3 節	一般法理に基づく債権者の民事責任の追及と担保保存義務との関係
第 1 款	はじめに
第 2 款	破毀院商事部 1983 年 4 月 12 日判決
第 3 款	要件から観る法的構造の比較
第 4 款	小括
第 4 節	結 語
結 論	
参考文献一覧	

序 論

1 本稿の目的

人的担保の代表である保証制度は、金融取引における重要な信用補完制度の1つとして機能し、社会における経済活動を支えてきた。しかし、特定の目的物を担保の対象とする物的担保制度とは異なり、保証は保証人となった者の一般財産を引き当てとするものであることから、被保証債権の不履行により、保証人となった者が経済的破綻に陥るリスクが少なからずある。しかも、保証は、被保証債権を代わりに弁済してもらうという、文字通りの担保的機能だけを目当てとして、必ずしも利用されるわけではない。すなわち、近親者を保証人とすることによる主たる債務者への弁済の圧力(精神的圧力)を掛ける目的や、経営者を保証人とすることによって経営する会社の経営規律を守らせるというような目的で利用されることも多いのである¹。このような結果、資力が不十分な保証人が、保証債務の履行を求められ、先のような経済的破綻に陥るということが社会的な問題となっていることは周知のとおりである。

こういった保証人の経済的破綻の救済法理として裁判上現れるのは、詐欺、錯誤、信義則、権利濫用による責任の減免や、解約権の行使の可否といったようなことである。もともと、これらは、結局のところ、それぞれが帰属する法理の解釈論に係る問題であり、個別の事案に対する対処療法的な解決を目指すものとなる。それゆえ、「保証人の経済的破綻」への救済、あるいは、特に予防といった観点からは根本的な解決を導くことができるものではない。議論としては、債権者は保証人に対して一般的な注意義務(保護義務)を負っているというようなことを前提として保証人の保護を図ろうとする見解もあり、先の解約権は、ある種、その延長線上にある規律というように指摘することができる。しかし、この注意義務の具体的内容はどのようなものであり、要件はどうなるのか、また、そもそもなぜ債権者は保証人に対してかかる注意義務を負うことになるのか(あるいは、理論的に可能なのか)ということに対する明確な答えが出されていないわけではない。このような中、立法的解決を目指して、平成16年の民法の現代語化に合わせた保証制度の改正がなされ、さらに、現在、法制審議会で進められている民法(債権関係)の改正においてさらなる保証人の保護を目指した規律の検討がなされているということは、これまでの議論が問題に対する十分な解答を出せていないことの証左となろう²。

それでは、このような保証人をめぐる問題に対して、いかなるアプローチをもって解決を図るべきであろうか。最も過激な解決策は、保証制度を廃止し³、保険等の他の制度によ

¹ 保証の機能につき、小出篤「中小企業金融における人的保証の機能」黒沼悦郎＝藤田友敬『企業法の理論(江頭憲治郎先生還暦)(下)』487頁以下(特に、494-498頁)(商事法務、2007年)を参照。

² 以上の問題につき、第2編序説の本文および対応脚注の各参考文献を参照。

³ 法制審議会民法(債権関係)部会での保証に係る当初の検討項目に「連帯保証制度の廃止」ということが挙げられていたことが想起される(法制審議会「民法(債権関係)の改正に関する

ってこれを補うということであろう⁴。しかし、先に観た通り、保証は単に「お金を代わりに弁済してもらう」という機能だけを担っているわけではなく、いわゆるシグナリング機能やモニタリング機能等といった保証ならではの経済活動に有益な機能がある⁵。また、保険等の代替制度を設けるとしても、その契約者は保証人、債権者、主たる債務者の内の誰であるのか、保険料（保証料）はだれが負担するのかなどが問題となり、場合によっては、「保険」という名の「保証」が誕生する恐れすらある⁶。特に、その保険料の負担から、個人が容易に利用できる仕組みを作るのは困難であろう⁷。それゆえ、より穏当な解決策を模索することが現実的であり、当然ながらその1つは、先のような立法による修正的な解決ということになる。しかし、立法的解決を目指すとしても、設けられた規制の適用範囲外の領域についての規律をどうすべきかといったことや、示される要件の解釈は終局的には一定の裁判例の充足が求められるといったこと、または、想定されていない問題が生じた場合への対処など、具体的要件をいかにすべきかという主たる問題以前に、抽象的な次元において懸念すべきことは数多い。それゆえ、立法的解決を目指す際であっても、そこから漏れ出る問題に対処すべく、不法行為や債務不履行、または、その前提としての、信義則や権利濫用といった一般法理から抽出しうる規律をなお検討しておくことが求められ、このような立法的解決と一般法理的解決による二重の規律によって、隙のない仕組みが完成することとなる⁸。

もっとも、このような規律を検討する際には、保証人のみの保護を考えることは妥当ではない。先の通り、保証は人的担保という信用補完制度の1つなのであって、そこには、保証人に加え、債権者ほか、被保証債権の債務者など、最低でも3名の当事者が存在する。時に対立する、これら当事者の利益をいかに均衡化するのかということが、考察にあたって留意すべき視点の1つとなる。かかる視点は、保証契約が債権者と保証人との間で締結されるものであるという基本的性質から、関係する当事者であるにもかかわらず、個別に保護の方策が検討されがちであった借主と保証人とを併せて保護する法理を模索するという試みにも繋がることとなる⁹。加えて、規律の考察に当たっては、とりわけ一般法上の規

る検討事項（3）詳細版（民法〔債権関係〕部会資料 8-2）」37頁
〔<http://www.moj.go.jp/content/000049086.pdf>（2014年10月18日閲覧）〕参照

⁴ 例えば、フランスにおいて、貸借保証の代替手段として保険が検討されていることが参考となる（詳細は、第1編第1章第3節第6款を参照）。また、かかるフランス法の状況等も踏まえて、わが国の貸借保証について保険といった他の制度を組み合わせることを考察するものとして、中田裕康「不動産賃借人の保証人の責任」千葉28巻1・2号634頁以下（2014年）を参照。

⁵ 小出・前掲注（1）494-498頁参照。

⁶ 保証と保険の関係について、ヴァンサン・ウゼ（大澤慎太郎訳）「（講義2013年度大陸法財団寄付講座「担保法の将来」）担保と保険」慶應法学30号207頁（2014年）参照。

⁷ 第1編第1章第3節第6款を参照

⁸ 貸借保証について、立法論と解釈論の両面からアプローチしているものとして、中田・前掲注（4）がある（特に、634頁以下参照）。

⁹ 以上の問題について、第2編序説の本文および対応脚注の各参考文献を参照。

律について、単なる抽象論ではなく具体的な準則の策定を探求しなければ意味がないということも意識しなければならない。この具体的準則の確立は、義務の確定に基づく法的な予測可能性の向上およびその安定性を高めるという視点から、債権者のリスク回避へと結び付くということは、先に指摘した当事者の利益の均衡との関係で想起されるべきことである。

以上のような視点から、保証人の保護に係る法理について考察することが本稿の目的である。

2 検討の方法

(1) 検討の対象

以上の目的を達成するため、本稿ではフランスにおける保証人の保護に関する法理の構造を考察する。その理由を大別すれば以下の2つとなる。

保証人の保護に関し、進んだ法理を有している国の代表がフランスである。フランス法では、1978年以降の約10を超える特別法の制定を通じて、多数の保証人の保護に係る規律が設けられた。その具体的内容は、保証の効力要件として、契約の締結時に法が求める書式による手書きの書面を求めるもの（以下、「手書き記載の要件」という）や、契約締結後に主たる債務者の弁済に係る情報を保証人に通知する義務を債権者に負わせるもの、あるいは、保証人の資力と保証債務の額が明らかに不釣り合いである場合には債権者による当該保証契約の主張を認めないという、いわゆる「比例原則（principe de proportionnalité）」など、様々である。

ところで、フランス法は、上記のような特別法がなくとも保証人の保護に資する重要な法理が一般法上に展開している。すなわち、次の通りである。金融機関は融資取引を行う際に、借主および保証人を経済的破綻に追い込むことが無いようにするための諸義務を負っている。具体的には、金融機関は破綻状態にある企業に対して融資をしてはならないことや、合意した融資を不当に破棄してはならないこと、あるいは、当事者の資力に応じて、融資取引に関するリスクを相手方に警告する義務（「警告義務（devoir de mise en garde）」といったものである。これらの行為を犯し、あるいは、義務に違反した場合には、借主または保証人は債務不履行や不法行為といった一般法理に基づき、債権者に対して損害賠償請求を行うことができるとされており、ここから得られた損害賠償債権と自身の債務を相殺することで、事実上の免責が受けられるということになる。したがって、フランス法では特別法上の各種の規律による保護の背後に、不法行為や債務不履行といった一般法上の規律による保護が広く展開しており、この二重の規律によって保証人は保護されているということになる。先に指摘したような、特別法（立法的解決）と具体的準則をもった一般法理という二重の規律がまさに存在していること、これが、フランス法を考察の対象とする第1の理由である。

加えて、保証人の保護に係る二重の規律を有するフランス法ではあるが、必ずしも常に

保証人が過剰な保護の下におかれてきたというわけではなく、また、保証制度の利便性と保証人の保護、換言すれば、債権者と保証人の利益の調和を目指す動きが学説や判例の上でも観察することができる。このような一見過剰とも思える規律の中で、保証制度が機能する理由はどこにあるのか、あるいは、その規律の中で見出される調和とはいかなるものであるのかを分析することは、わが国の保証制度の構築に当たり、少なからず有益なものとなる。このような調和は、考察の視点における当事者の利益の均衡化に相当するものであり、これが、フランス法を考察の対象とする2つ目の理由となる。

(2) 本稿の構成

本稿は以下の順序で考察する。はじめに、立法的解決という視点から、フランス法における保証人の保護に係る特別法上の規律の生成過程とその各規律の内容について分析を行う(第1編)。まず、現在フランス法において存在する保証人の保護に係る規律が、1978以降に制定された約10を超える特別法に基づいて生成されており、その目的は、貧困対策や過剰債務対策、企業の支援や経済の活性化のためなど多岐に渡り、かかる各特別法の目的のために必要な措置として、保証制度に先に挙げたような新たな規律が加えられてきたことを時系列により観察する。この観察に基づいて、その各種の規律が、それぞれ一般的に保証人を保護するというものではなく、債権者や保証人の性質または主たる債務の性質等に応じて適当と解されるサンクションを含んだ規律となっているのであり、この規律の棲み分けと判例法理の展開が1つの「調和」をもたらしてきたこと、および、この調和が2003年8月1日の法律による改革によって混乱に陥ったことを明らかにする。かかる分析をもとに、この調和と崩壊の比較から保証人保護に当たっての、立法的解決に係る最適解の出し方を検討する。

続いて、一般法上の規律の模索という視点から、上記に示した特別法上の規律の背後に広く展開し、保証人(借主)の保護に少なからず資するものである一般法上の規律について分析を行う(第2編)。具体的には、先に指摘した、借主または保証人が、債務不履行や不法行為といった一般法理に基づく損害賠償請求という形で、債権者(特に金融機関)の民事責任を追及するといったことが、フランス法上、いかなる構造の下になされているかを分析する。ここにおいては、近時、かかる債権者の民事責任を発生させる仕組みが「警告義務(*devoir de mise en garde*)」を中心とした規律に収斂されつつあることを明らかにし、これが、債権者と借主および保証人の利益の調和点を探る動きに繋がるものであることを示す。このような分析をもとに、保証人保護に関する一般法上の準則の具体的な定立について検討する。

さらに、第3編では、第2編までに明らかにした保証人の保護に係る規律の相互にまたがる問題、あるいは、これらと類似する問題について扱う。まず、第1章では、第1編で検討する「比例原則」と第3編で明らかにする「警告義務」に係る規律の構造との接近について論じる。すなわち、比例原則とは、概していえば、保証人の資力と保証債務の額との比例性を求める規律であるところ、先に指摘した金融機関に課せられる「警告義務」に

も借主または保証人の資力を調査し、これに基づいて取引のリスクを通知する義務（または、そもそも、資力に適さない融資等を行ってはいけない義務）などが含まれていると解されており、両者の規律内容は類似している。本章では、この両者の接近について近時の判例等を元に分析し、比例原則が警告義務に解体・吸収されつつあることを明らかにする。また、第2章では、第2編で明らかにした債権者の民事責任といわゆる「担保保存義務」との関係について考察を行う。具体的には次の通りである。第2編で示した金融機関の民事責任が発展した背景には、フランス民法典2314条が規律するいわゆる「担保保存義務」の要件が厳格であり、保証人の免責の道具として使い辛いということが指摘される。換言すれば、債権者の「担保保存義務」の要件を緩和すれば一般法上の債権者の民事責任の法理へと近づくということであり、債権者の「担保保存義務」と一般法上の金融機関の民事責任とはその仕組みの上で、ある種、表裏一体の関係にあることが示唆される。本章では、かかる金融機関の民事責任を「一般法理に基づく担保保存義務」の問題として、これとフランス民法典2314条との関係性について論じた判例評釈等についての検討を行う。最後に、結論において、以上の分析結果を元にフランス法における保証人の保護に係る規律の構造をまとめ、わが国への示唆としての最適な準則を具体的に考察し、論を結ぶ。

なお、現在、法制審議会民法（債権関係）部会において進行中の保証制度の改正については、論点や検討事項が変動しており未だ最終的な結論が示されていないことに加え、本稿の目的はフランス法の構造分析自体に力点があることから、独立した問題として取り上げることは控える。この点については、本稿の結論も踏まえ、最終的な改正結果が明らかとなった後に改めて論じることとする¹⁰。

(3) 凡例など

考察に当たって、予めいくつかの留意点を示しておく。

(i) 条文の略称

本稿ではフランス民法典を「仏民」、同民事訴訟法典を「仏民訴」、日本民法典を「民法」と表記し、その他の法律や法典については、その都度、名称および略称を示すこととする。

(ii) フランス法の条文訳

本稿におけるフランス法の条文訳については、以下の各文献に依拠し、または、これを参考としている。これら以外に参考としたものについては、その都度、原典を表記する。

①フランス民法典について

- ・神戸大学外国法研究会編『現代外国法典叢書・佛蘭西民法（I）～（V）』（有斐閣、復刊版、1956年）
- ・法務省大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典一家族・親族関係一』（法曹会、1978年）

¹⁰ なお、現時点（2014年10月19日）の最新の状況としては、「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案（<http://www.moj.go.jp/content/001127038.pdf>（2014年10月19日閲覧）」にて確認することができる（保証につき、24頁以下参照）。

- ・法務省大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典—物権・債権関係—』（法曹会、1982年）
- ・平野裕之＝片山直也訳「フランス担保改正オルドナンス（担保に関する 2006年3月23日のオルドナンス 2006-346号）による民法典等の改正及びその報告書」慶應法学 8号 163頁（2007年）

②フランス消費法典について

- ・後藤卷則ほか「《特集》フランスの消費者信用法制」クレジット研究 28号 3頁以下（2002年）

③フランス民事訴訟法について

- ・法務大臣官房司法法制調査部編『注釈 フランス新民事訴訟法典』（法曹会、1978年）

(iii) 文献の引用の方法

邦語文献の引用方法については、法律編集者懇話会『法律文献等の出典の表示方法[2014年版]』に依拠し、フランス語文献については、高橋康之「フランス法律語の略し方と法令・判例・文献等の引用方法」法教（第1期）3号 152頁（1962年）および山口俊夫「フランスの法律文献・資料の引用方法」法教（第2期）7号 258頁（1975年）を基礎として、フランスにおいて刊行されている概説書、論文等において一般的に用いられる表記法に従った。なお、脚注番号は、第1編から第3編までは連番とし、序論および結論はそれぞれ独立して番号を付けている。

(iv) 初出論文等

本稿は以下に示した各論文を基礎とし、加筆・修正した上で体系的に整理したものである。公刊後の情報については、可能な限り反映させたいけれども、基本的には本稿の基礎となる情報や参考文献等は、各論文の公刊当時のものとなることを断っておく。

①第1編について

- ・「フランスにおける保証人の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 47頁、同 3号 25頁（2009年）

②第2編について

- ・「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）（2・完）」早法 85巻 4号 29頁、86巻 1号 63頁（2010年）

③第3編について

【第1章】

- ・「フランス法における過剰な保証に関する規律の交差—比例原則と警告義務との関係を中心に—」田井義信編『民法学の現在と近未来』154頁（法律文化社、2012年）

【第2章】

- ・「フランス担保保存義務の法的構造（1）～（3・完）」法研論集（早稲田大学大学院）123号 73頁、124号 27頁、125号 1頁（2007～2008年）

第1編
特別法上の規律に関する考察
—フランスにおける保証人の保護に関する法律の生成と展開—

序 説

1 本編の目的

フランス法の特徴のひとつとして、保証人の保護に関する条文の多様さを指摘することができる。これらは、それぞれ異なる規律目的を持った多数の特別立法の一部として制定されたものの集積であり、現在、消費法典（Code de la consommation）の中に概ね統合されている¹。その例として、保証契約は、法律によって定められた様式に従い、保証人自身が手書きで保証債務の総額などを明示した上で、署名をした書面により締結されなければならないとするもの（消費法典 L.341-2 条，同 L.341-3 条など）、債権者は保証人の支払能力と明白に不均衡な金額を定めた保証契約を主張することはできないという、いわゆる「比例原則（principe de proportionnalité）」を定めたもの（消費法典 L.341-4 条など）、債権者は主たる債務やその利息の総額などの情報を、年に一度、保証人に通知しなければならないとするもの（消費法典 L.341-6 条など）などを挙げることができる。

¹ フランスの消費者法における保証人の保護に関する規定の内容については、後藤卷則「フランス消費者信用法の概要—「統一消費者信用法」への示唆—」クレジット研究 24 号 97 頁以下（2000 年）、同「消費者契約の法理論」307 頁以下（弘文堂、2002 年）、後藤卷則ほか「《特集》フランスの消費者信用法制」クレジット研究 28 号 6 頁以下（2002 年）、ピエール・クロック（平野裕之訳）「フランス法における保証人に対する情報提供—近時の状況及び将来の改革の展望—」慶應法学 2 号 189 頁以下（2005 年）などが詳しい。また、フランスにおける消費者信用法制の変遷を扱っているものとして、奥島孝康「フランス消費者保護立法の新展開（上）（下）」際商 6 号 199 頁、246 頁（1978 年）、島田和夫「戦後フランスにおける消費者信用法制の展開（上）（下）」月刊パーソナルローン 28 号 22 頁、29 号 13 頁、30 号 16 頁（1979 年）、同「フランスにおける消費信用法制の変容」塩田親文＝長尾治助編「消費者金融の比較法的研究」43 頁（有斐閣、1984 年）、同「諸外国の消費者信用法（4）—フランス・OECD」加藤一郎＝竹内昭夫編「消費者法露座第 5 巻消費者信用」391 頁（日本評論社、1985 年）、同「フランス消費信用立法の改正動向（一）—消費法改訂委員会改正試案を中心に—」東京経学会誌 146 号 93 頁（1986 年）、フランスにおける消費者保護立法の変遷を詳細に論じるものとして、北村一郎「諸外国における消費者（保護）法（4）—フランス」加藤一郎＝竹内昭夫編「消費者法講座第 1 巻総論」205 頁（日本評論社、1984 年）、山口康夫「フランスにおける消費法の展開—フランス消費立法の動向を中心として—」札幌法学 2 巻 2 号 1 頁（1991 年）、消費法典の立法の経緯や内容の考察などを詳細に行っているものとして、池田真朗ほか訳「フランス消費法典草案（消費法改造委員会案）」法研 60 巻 4 号 56 頁（1987 年）、平野裕之「〈紹介〉フランス消費法典草案（一）～（四）」法論 64 巻 5・6 合併号 221 頁、65 巻 1 号 97 頁、65 巻 2・3 合併号 123 頁（1992 年）、65 巻 6 号 95 頁（1993 年）、同「〈資料〉フランス消費者法典草案（一九九〇年草案）」法論 65 巻 4・5 合併号 219 頁（1993 年）などがある。また、フランスの保証法制を総合的に研究した近時のものとして、野澤正充「フランスの保証法制と民法（債権関係）の改正」立教法務研究 7 号 79 頁（2014 年）がある。なお、本稿における消費法典およびその原型たる各法律条文の訳語については主にこれらの文献に依拠している。

ところで、フランスにおける保証制度は、「経済主導のための 2003 年 8 月 1 日の法律第 721 号 (Loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique)」(以下、「2003 年法という)の制定により大きな転機を迎えた。2003 年法が制定される前の保証人の保護に関する規定は、債権者や保証人がどのような立場の者なのか、主たる債務の目的は何か、保証契約の形態はどのようなものなのかなど、契約の性質に応じて、規制の内容およびその違反に対するサンクションを区別していた。これは、例えば、会社への融資に関連して結ばれるいわゆる経営者保証を、零細企業の救済や起業の支援という目的で規制することと、消費者信用に関して締結される保証契約を、消費者を保護するという目的で規制することとは、自ずと保護の手法を変える必要があるという発想に由来する。このような一定の区別に基づく規律は、その条文の数と、内容の多様性ゆえに、一時は、保証契約に過度な拘束をかけることになったものの、判例による修正ともあいまって、フランスの保証制度に、保証人の保護と利便性の調和をもたらしていたと評価されている²。

しかしながら、2003 年法により制定された保証人の保護に関する規律は、上記のような契約の性質に応じて規律の内容を区別するという手法は採らず、一律に、ほぼすべての保証契約を一律に規制するというものであったため、従来の調和を失わせ、保証制度に再び過度な拘束をもたらした。さらに、2003 年法は、従来の各種法規を廃止することなく、同様の規律内容を有し、かつ、適用範囲が拡大された条文を、新たに制定するというものであったため、条文の適用関係などが不明確となり、フランスの保証制度に大きな混乱をも生じさせる結果となった³。

本稿は、このようなフランスにおける保証人の保護に関する立法の変遷を観察し、その社会的背景や立法理由等を探り、フランスの保証制度における、保証人の保護に関する規定の全体像を、歴史的経緯を含めて把握することを目的とする。その理由としては、保証人の保護と保証契約の利便性が調和した保証制度の設計というのは、ある種の空想とも言える理想であるところ、①フランスにおいては、2003 年法の制定前は、規制と利便性のバランスが調和された保証制度が構築されていたと評価されていること、②ところが、2003 年法の制定によって保証制度に過剰な規制がもたらされ、様々な批判を受けているという経緯があることから、保証制度の「調和」を探るための検討対象として、最も適した素材と言えるからである。

2 検討の方法

本編においては、以下の順序で論じる。まず、第 1 章において、2003 年法制定前までの、各種法律により設けられた保証人の保護に関する規定の変遷を観察する。具体的には、現在の消費法典の核となったものの 1 つであり、民法典などの既存の法典を除けば、フラン

² クロック・前掲注 (1) 193 頁。

³ Laurent Aynès, *La réforme du cautionnement par la loi Dutreil, Droit & Patrimoine*, n° 120, nov. 2003, p. 33 ; クロック・前掲注 (1) 192-193 頁。

ス法上、保証人の保護に関する規定を、事実上、初めて定めたとされる、「一定の信用供与取引の領域における消費者の情報および保護に関する 1978 年 1 月 10 日の法律第 22 号 (Loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines operations de credit)」(以下、「1978 年法」という)から、ら、規制と利便性の調和が保たれていたとされる 2003 年法の制定前までの期間を、判例の対応等も含めて観察する。続いて、第 2 章において、保証契約に混乱をもたらしたとされる 2003 年法の立法動機、規律の内容、これに対する学説および判例の反応などを観察する。最後に、これらの検討結果を元にして、フランス法における保証人の保護に関する法律の全体像を把握しこれを考察する。

なお、考察に当たり、2 点ほど留保しておく。

第 1 に、考察の量的な範囲についてである。一口に、保証人を保護する規定といっても、その意味は様々に考えられる。これには、直接、保証人を保護することを目的としているものが含まれることは言うまでもないが、例えば、主たる債務者を保護することで、間接的に、保証人を保護することになるというようなものも含みうる。しかし、これらのものをすべて扱うことは、紙面の制約の上でも、また、論点の整理の上でも不都合である。したがって、本章では、保証人を直接に保護することを目的とした規定について中心的に考察し、必要な限りにおいて、関連する規定についても考察を加えることとする。

第 2 に、考察の時系列的な範囲についてである。本章は 2003 年法をある種の時系列的な到達点として検討をするものであるところ、同法以降にも多数の法律が制定されていることは言うまでもない。しかし、本章は、2003 年法の前後にある「調和」と「その崩壊」の考察から示唆を得ようというものであり、かつ、徒な考察範囲の拡大は論点を不明確にすることになるため、考察の対象となるのは、原則として、2003 年法までの各種立法となる。それゆえ、その後になされた立法等は、結論を左右しうるものなどにつき、必要に応じて触れる程度に留められる。

第 1 章 保証人の保護に関する法律の変遷

第 1 節 はじめに

本章では、特別法上、保証人の保護に関する規定が、事実上、始めて登場する 1978 年法から、保証人の保護と保証契約との利便性が調和していたとされる、2003 年法制定前までの時期について、その間になされた各種の立法や、これに対する判例および学説の反応などについて考察する。なお、フランスにおける著名な民法学者であるピエール・クロック教授は、フランスの保証制度において債権者に課せられる情報提供義務の変遷を、「初期」、「保証人保護への転換期」、「調整期」、「債権者保護への転換期」の 4 つに分類して考察しており、本稿で扱う内容についても、考察の前提となる時代区分はクロック教授の分類を

参考としている⁴。これは、本稿で扱う各種立法の核となっているものが、基本的には、債権者に課せられる情報提供義務に関するものであることを理由としている。

第2節 保証人の保護に関する法律の誕生

第1款 契約締結時における債権者の情報提供義務（1978年1月10日の法律）

1 立法動機

法律上、保証人という文言を用いて、直接的に保証人を保護する内容を含んでいる法律の最初のものとして登場するのが「一定の信用供与取引の領域における消費者に対する情報提供および保護に関する1978年1月10日の法律第22号(Loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de credit)」(以下、「1978年法」という)である⁵。)。本法律自体は1993年の消費法典の制定に伴い廃止され、現在では、消費法典第3編第1章第1節「消費者信 (crédit à la consommation)」の箇所がその内容を引き継いでいる。

当時、信用取引の量的な増大、また、その形態の多様化が進む中⁶で、総合的な消費者保護制度の必要性が国際的に高まっていた。例えば、アメリカ合衆国では1968年に、英国では1974年に、すでに消費者保護に関する包括的な保護法が制定されており、また、OECD理事会は、消費者政策委員会のまとめた「消費者信用分野における消費者保護に関する報告」に基づき、1977年4月には、24の加盟国に対して、消費者信用分野における消費者保護のための法律を制定するかまたは規制を強化するように勧告を行っていた⁷。フランスに

⁴ クロック・前掲注(1)192-193頁参照。Philippe Simler et Philippe Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 6^e éd., 2012, Dalloz, n° 42, pp.36-38は、フランスにおける保証人の保護に関する特別法上の規定の変遷を時系列で紹介しており、本稿で扱う注緯についてはこれを参考としている。

⁵ Simler et Delebecque, *supra note 4*, n° 42, p. 37. また、1978年法は、当時の消費者問題担当補佐官の名前をとって、「スクリヴネル法」とも呼ばれる。1978年法の全体像については、島田・前掲注(1)「展開(下)」16頁以下、同「消費者信用分野におけるフランスの消費者保護立法-1978年1月10日の、一定の信用供与取引分野における消費者の情報および保護に関する法律第22号一」富大経済論集25巻2号375頁以下(1979年)(なお、本稿における1978年法の条文訳については、前掲注[1]に示した文献のほか同書378頁以下を参考としている)、同・前掲注(1)「変容」66頁以下が詳しい。また、1978年法制定の経緯については、北村・前掲注(1)205頁以下、山口・前掲注(1)1頁以下(特に、30頁以下)、大村敦志『公序良俗と契約正義(契約法研究I)』199頁以下(有斐閣、1995年)が詳しい。

⁶ 例えば、フランスでは、個人への融資や分割払いに係る金額の国内総計が、1970年：78億3,000万フラン、1971年：110億8,900万フラン、1972年：170億6,000万フラン、1973年：190億1,000万フラン、1974年：170億3,300万フラン、1975年：220億6,800万フランというように、1974年の一時的な減少を除けば、その総額が劇的に増加していることが分かる(Doc. Sénat, n° 9, *Rapport*, 7 oct. 1976, p. 6)。

⁷ 島田・前掲注(5)「保護立法」375頁。

においても、消費者信用の規制に関するいくつかの法律は既に制定されていた⁸が、規制という点では、不十分なものであり、より包括的な規制の内容を含む法律の制定が求められていた⁹。1978年法は、このような世界情勢に対応するべく制定されたものである¹⁰。具体的には、①厳格に定められた様式に基づく契約書の作成義務や、貸主に情報提供義務を負わせることによる借主の保護、②熟慮期間の設置、③融資による動産または役務の購入者の保護、④違約金を制限することなどを目的としていた¹¹。

2 内容

(1) 適用範囲

本法律が適用される融資契約の範囲に関して、1978年法第2条は「本法律の規定は、有償か無償かにかかわらず、自然人または法人によって業として合意されたすべての信用供与取引に適用される。本法律の規定は、金銭の融資、買取賃貸借契約（*contrats de location-vente*）または買取予約付賃貸借契約（*contrats de location assortie d'une promesse de vente*）¹²、およびその支払いが賦払いまたは延払いとされる売買および役務の提供を含む、売買または役務の提供に係るすべての信用供与取引に対して特に適用される」（下線、筆者）と定め、さらに、適用が除外される取引として、第3条は「以下の範囲に属するものは本法律の適用から除外される。①公正証書（*forme authentique*）によってなされる融資、契約、および信用供与取引、②全期間が3ヶ月以下、ならびにその総額がデクレによって定められた金額を上回る融資、契約、および信用供与取引、③職業活動に必要な融資を目的とする融資、契約、および信用供与取引、ならびに公法人への融資（第1項）、同様に、不動産に関する信用供与取引、特に、不動産ファイナンス・リース取引および以下のものに関する信用供与取引は除外される。④不動産の所有権または用益権（*jouissance*）の取得、⑤不動産の用益権または所有権の付与を目的とした会社（組合）の持分または株式の引受けまたは購入、⑥不動産の建設、修繕、改良、維持に関する役務または資材の提供に関するもので、その提供に係る金額が、デクレによって定められる金額を超えるもの（第2項）」（括弧内、下線、囲み数字、筆者）と規定していた。

2条が消費者信用の領域を包括的に適用対象としている一方で、上記の項目が3条により適用除外とされている理由は概ね次の通りである。まず、公正証書（①）については、証書の作成に当たり、公証人などの助言を得ることで、適正な契約が行われる見込みが高

⁸ 例えば、1966年12月28日の法律第1010号、1972年1月3日の法律第6号、1972年12月22日の法律第1137号など。

⁹ Doc. Sénat, n° 349, *Projet de loi*, 15 juin 1976, p. 2. ; 島田・前掲注（5）「保護立法」376頁。

¹⁰ 奥島・前掲注（1）「新展開（上）」199-200頁、島田・前掲注（1）「展開（下）」16-17頁、同「変容」66-70頁参照。

¹¹ Doc. Sénat, *supra note* 9, pp.2-3.

¹² 訳語は山口俊夫編『フランス法辞典』346頁（東京大学出版会、2002年）を参考とした。

いからである¹³。期間が3か月以下のもの(②)が適用除外とされているのは、短期の当座貸越の期間が、実務上3か月であること、また、職業活動と不動産(③～⑥)に関する融資が適用除外とされているのは、1978年法の目的が、消費者信用について規制することにあつたため、職業活動にかかる融資にまで範囲を広げることが不都合であり、一方、不動産に関する融資については、1978年法の制定以前に「不動産の売買および保証義務に関する1967年1月3日の法律第3号(Loi n° 67-3 du 3 janvier 1967 relative aux ventes d'immeubles et à l'obligation de garantie)」や、「様々な建築取引に関する1971年7月16日の法律第579号(Loi n° 71-579 du 16 juillet 1971 relative à diverses opérations de construction)」という二つの法律が既に規制を行っていたということが理由として示されている¹⁴。また、適用除外とする金額をデクレによって定めること(②)については、英国が5,000ポンド、アメリカ合衆国が25,000ドルを基準としていたことを参考に、飛行機などの高額な商品を購入するわけではない消費者が保護の対象であることを理由に、その金額の上限をデクレによって定めることにしたという経緯がある¹⁵。

なお、これらの2つの条文は、消費法典の編纂に伴い、1978年法第2条が同法典L.311-2条に、3条がL.311-3条に引き継がれ、さらに、「消費者信用の改正に関する2010年7月1日の法律第737号(Loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation)」(以下、「2010年法」という)第3条により内容が大きく改正されることとなった。2010年法はフランス消費法典の大改正を行った重要な立法の1つではあるけれども、本編の検討対象からは外れるものであり、また、その詳細について触れる研究も公刊されていることから、特に本編の目的と関係する点を除いて、事実について触れるにとどめる¹⁶。

¹³ Doc. Sénat, *supra* note 6, p. 25.

¹⁴ Doc. Sénat, *supra* note 9, p.2.

¹⁵ Doc. Sénat, *supra* note 6, pp. 24-25.

¹⁶ 例えば、L.311-2条の適用範囲がより詳細な定義となっている。その変更部分について簡単に触れると、まず、信用供与取引に関する定義規定である、L.311-1条第4項が「信用供与取引または信用供与契約とは、貸主が借主に対して、貸越(*decouvert*)または同様の支払の便宜(*facilité*)の形態を含む、支払の猶予、融資の形での信用の供与を与えことの合意または合意を義務付ける取引または契約をいう。ただし、継続的供給または役務の継続的履行または同一の性質の財の給付のために締結された契約、および、借主が供給の全期間中において、均等払いによりその代価を弁済する旨の契約については除く」とし、この規定を受けて、適用範囲について定めるL.311-2条が「本節の規定は、それが、有償で締結されたものであれ、無償で締結されたものであれ、L.311-1条第4項に規定されたすべての信用供与取引に適用され、かつ、ある場合には、その保証にも適用される(第1項)」としている。他方、L.311-3条の適用除外項目については、公正証書に関する規定が削除され、また、適用除外となる金額の上限が下がり適用範囲が拡大している。2010年法は、EU域内における統一的な消費者法を実現する目的で採択された「消費者信用契約に係り、かつ、理事会指令87/102/CEEを廃止する2008年4月23日の欧州議会および理事会指令2008/48/CE(*la directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil*)」(本指令に付いては、谷本圭子「2008年ヨーロッパ消費者信用指令(2008/48/EC)について」立命336号441頁〔2011年〕を参照)を国内法化するためのものであり(Doc. Sénat, n° 447, *Rapport*, 2 juin 2009, p.15)、消費者契約に関する各種の定義や、

(2) 保証人に対する保護の内容

(i) 書面作成・交付義務、熟慮期間

1978年法第5条は「2条が対象とする融資、契約および信用供与取引は、事前申込書に記載された文言にしたがって締結しなければならない。この申込書は、2部を借主に送付し、保証人がいる場合には、1部を保証人に対して送付しなければならない。この申込書の送付により、貸主は、申込書が発行されてから下限を15日とする間、申込書が示している条性を維持しなければならない。クレジットカードの使用を伴うものであっても、そうでないものであっても、融資がその受益者に対して、自身の選択する日に、合意された融資の総額を分割して利用することを可能とするものであるときは、事前申込書は、第一回目の契約についてのみ義務となる（第1項）。事前申込書は、当事者の身元、保証人がいる場合には、保証人の身元を明示しなければならない。事前申込書は、融資の総額、必要なときは、その融資のうち定期的に利用することができる部分の総額、場合によっては、保険についての条件を含む、契約の性質、目的、態様、ならびに、融資の査定に係る費用の総額、および、必要なときは、総実効利率（taux effectif global）、ならびに、書面に係る費用に対応する利息、および、支払い回数費用（frais par échéance）に対応する利息を個別に評価した利息を加えた、請求される一括受領金総額（perceptions forfaitaires）を明確にしなければならない。本法律の第7条および22条、必要なときは、9条ないし17条および19条ないし21条を告知し、27条を転記しなければならない。事前申込書は、必要なときは、融資の対象となる財産または役務の給付を明示しなければならない（第2項）。事前申込書は、全国消費審議会（comité national de la consommation）による諮問の後、コンセイユ・デタのデクレにより定められる様式のうちのひとつにしたがって、前数条に定められた条件の適用の下に作成しなければならない（第3項）」（括弧内、下線、筆者）と規定していた。なお、本条の内容は、消費法典の制定に伴い、消費法典L.311-8条、L.311-9条、L.311-10条、L.311-13条に引き継がれ、その後、2010年の改正により内容が改められ、消費法典第3編第1章第1節第3款「借主に対する契約締結前の情報」、同4款「借主に対する説明およびその支払能力の評価」、および同5款「融資契約の締結」に設けられたL.311-8条以下の各規定に内容が解消されている。

本条は、与信契約、とりわけ消費者信用契約について、コンセイユ・デタによる書面の内容と形式の定式化を求めると同時に、主たる債務者（借主）からの与信契約の申込みの内容を主たる債務者自身に対して送付し、かつ、一定期間（15日）申込みを維持しなければならない義務を債権者（貸主）に負わせることによって、主たる債務者に、自身の契約

契約締結段階またはその後の情報提供に関する規律などを多分に含むものとなっている。2010年法の立法理由およびその内容については、都筑満雄「フランスにおける消費者の過剰債務問題への対策—消費者信用の改正に関する2010年7月1日の法律第737号の検討—」南山35巻3・4合併号231頁（2012年）、同「EUの指令によるフランス消費者信用法の変容—消費者信用の改正に関する2010年7月1日の法律第737号について—」現代消費者法17号59頁〔2012年〕を参照されたい。

内容を理解させ、主たる債務者の性急な判断による無理な与信契約が行われないようにすることを目的としていた¹⁷。その際、主たる債務者の与信契約の情報を保証人に対しても送付する義務を債権者に対して負わせることによって、保証人の保護も付加的に行おうとしたのである¹⁸。なお、元老院の草案当初においては、事前申込書は、日付と署名を借主および保証人の手によって記載しなければならないとされていたが、より適切な保護を与えるために、国民議会によって、コンセイユ・デタのデクレにより定められる様式に従うことへと修正されたという経緯がある¹⁹。

(ii) 撤回権

1978 年法第 7 条は、「借主を選考する権利を貸主が留保する旨のいかなる条項も事前申込書が含んでいないときは、契約は、借主が事前申込書に承諾した時から完全となる。ただし、借主は、その申込みの承諾の時から起算して 7 日間は、自己の契約を取り消すことができる。この撤回権 (faculté de rétraction) の行使を可能とするために、切取り式の (撤回) 用紙 (formulation détachable) が事前申込書に添付される。借主による撤回権の行使は、情報ファイルに登録することはできない (第 1 項)。事前申込書が、借主を選考する権利を留保する旨を定めるときは、借主によって承諾された契約は、次の二重の条件を満たさなければ完全とはならない。まず、前期の 7 日間において、借主が前項に定められる撤回権を行使しないこと、および、貸主が融資の決定を借主に通知することである。この期間の満了時に、融資の決定が当事者に通知されない場合には、借主は選考から外れたものとみなされる。ただし、この期間が満了した後に、通知される融資成立の決定は、借主がなお、融資の受領を望んでいる場合には引き続き有効である (第 2 項)。」(括弧内、下線、筆者)と定めていた。本条は、消費法典の制定に伴い、消費法典 L.311-15 条、L.311-16 条に引き継がれ、その後、2010 年法による改正に伴い内容が改められ、L.311-12 条、L.311-19 条に移行している²⁰。

本条は、借主の撤回権について言及しているだけで、保証人についてはなにも触れていない。しかし、後に見るように (第 3 節第 3 款 1989 年 6 月 23 日の法律)、1978 年法の適用範囲が消費者信用に関する保証契約に一般的に拡張されることにより、保証人に対しても、撤回権が与えられることになる²¹ため、内容のみここに示しておく。

¹⁷ Yves Picod et Hélène Davo, *Droit de la consommation*, 2005, Armand Colin, n^{os} 278-279, pp. 161-162.

¹⁸ Simler et Delebecque, *supra note* 4, n^o 42, p. 37 ; Picod et Davo, *supra note* 17, n^{os} 481-483, pp. 293-295.

¹⁹ Doc. Ass. Nat., n^o 2950, *Rapport(1)*, 1^{er} juin 1977, pp. 22-23 ; Doc. Sénat, n^o 60, *Rapport*, 3 nov. 1977, pp. 7-8.

²⁰ 例えば撤回可能な期間が 7 日間から 14 日間に変更がなされている (都筑・前掲注 [16]「変容」65 頁参照)。

²¹ Jean Calais-Auloy et Henri Temple, *Droit de la consommation*, 8^e éd., 2010, Dalloz, n^o 357, p.436 ; 後藤・前掲注 (1)「示唆」99 頁。

第2款 保護範囲の拡大①（1979年7月13日の法律）

1 立法動機

1978年法がその適用範囲として捕らえていた与信契約の中には、上記に示したように、不動産に関する信用取引等は含まれていなかった（3条による適用除外）。不動産の取引は金額も大きく、消費者が受ける融資の中でもとりわけ大きなものであるため、これが適用除外とされることについては、1978年法の草案段階でも様々な議論がなされた²²。このような不都合を修正するために制定されたのが「不動産の領域における借主の情報および保護に関する1979年7月13日の法律第596号（Loi n° 79-596 du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier）」（以下、「1979年法」という）である。1979年法もすでに廃止されており、現在は、消費法典第3編第1章第2節「不動産信用（crédit immobilier）」がその内容を引き継いでいる。

長期的な融資なくして不動産を取得できる消費者などごくわずかしかない。実際、1976年12月31日時点でのフランス国内の総融資残高は、1兆3,020億フランであるところ、個人の不動産取得に係る総融資残高は、3,890億フランであり、これは、家計の負債のおよそ90%を占めるものであった²³。先に示したとおり、当時、フランスでは、既に、不動産の融資に関する規制を目的とした法律が存在していたが、消費者の保護を主眼とした、このような不動産融資の量的増大、形態の多様化に対処するための規制は、なお不十分といえる状況にあった。そこで、1978年法と同様に、契約方式の厳格化や、貸主の情報提供義務、熟慮期間の設置などを内容とする、包括的な不動産信用に関する法律の制定が求められていたのであり、これに定める形で制定されたのが1979年法である²⁴。したがって、条文の順序や文言、規制の内容の多くが、1978年法を参考に作られている。

2 内容

(1) 適用範囲

本法律の適用範囲に関しては、第1条が「本法律は、その性質または方法のいかんを問わず、以下に示す取引に対して融資する目的で、すべての自然人または法人により、業として合意された融資に対して適用される。(a) 住居として用いる不動産、または事業所兼住居として用いる不動産に対するもので、①当該不動産の所有権または用益権の取得、②当該不動産の所有権または用益権の付与を目的とした会社の持分または株式の引受けまたは購入、③不動産の建設、修繕、改良、維持に関する費用で、その総額が、一定の信用取引の領域における消費者の情報および保護に関する1978年1月10日の法律第22号第3

²² 例えば、Doc. Ass. Nat., *supra note* 19, pp. 12-13 参照。

²³ Doc. Sénat, n° 275, *Projet de loi*, 21 déc. 1977, p. 2.

²⁴ Doc. Sénat, *supra note* 23, pp. 2-4 ; Doc. Sénat, n° 376, *Rapport*, 25 mai 1978, pp. 7-9. 7-9. なお、1978年法から1979年法までの制定の経緯とその概要については、都筑満雄『複合取引の法的構造』194頁以下（成文堂、2007年）を参照。

条の最終項所定の金額を超えるもの、(b) 前項に示された不動産の建設を目的とする土地の購入」(囲み数字、筆者) というように適用範囲に関する原則を定めていた。なお、現在、本条の内容は、2010 年法による改正等による影響はあったものの、ほぼそのまま消費法典 L.312-2 条が引き継いでいる。

続いて、1979 年法の適用除外の領域について、2 条が「公法人に対して合意された融資、 ならびに、いかなる形式であれ、事業活動に対してなされる融資、および、とりわけ、業として、他の職業活動に付随的なものであっても、あるいは、会社の目的として、建物の有無、その完成の有無、または、共同的か個別的かを問わず、不動産または不動産の一部の所有権または用益権を、その形式のいかなを問わず、取得することを目的とする、自然人または法人の職業活動に対する融資については、本法律の適用から除外する (第 1 項)。1952 年 3 月 24 日の法律第 332 号により規定される延払いの信用供与取引は、これが期限前の融資 (crédit d'anticipation) を伴わない場合は、同様に本法律の適用から除外する (第 2 項)」(括弧内、下線、筆者) と定めていた。現在、本条の内容は、消費法典 L.312-3 条が引き継いでいる。

本法律の目的は、不動産信用における消費者の保護であるため、1 条が広く不動産信用にかかる融資を適用対象とする一方で、職業目的でなされるような不動産に係る融資については、1978 年法の趣旨同様に、2 条によって適用が除外されている²⁵。

(2) 保証人に対する保護の内容

(i) 書面作成・交付義務

1979 年法は、1978 年法とほぼ同様の規制を、消費者不動産信用の領域に拡張しようとしたものである。したがって、その規制内容は、ほぼ、1978 年法のものと同様である。すなわち、1979 年法第 5 条は「本法律第 1 条に規定されている融資に関しては、貸主は、借主ならびに保証人が自然人の場合には借主によって提示された保証人に対して、受取証と引き換えに、無償で送付または送達される申込書を書面により作成しなければならない。この申込書においては、①当事者の身元、保証人が提示された場合には保証人の身元を記載しなければならない、②融資の性質、目的、態様、特に、貸付金を利用することができる日付および条件に関する態様ならびに弁済の態様を明示しなければならない、③同意されうる融資の総額のほか、必要なときは、その融資のうち定期的に利用することができる部分の金額、総費用、高利に関する 1966 年 12 月 28 日の法律第 1010 号修正第 3 条所定の利率、ならびに、必要があれば、金利スライド方式の態様について明示しなければならない、④融資契約を締結するに当たっての条件となる、約定、保険、および物的または人的担保を、それにかかる費用の評価も含めて明示しなければならない、⑤融資の将来的な第三者への譲渡について必要とされる条件を明示しなければならない、⑥第 7 条を告知しな

²⁵ Doc. Sénat, *supra note* 24 [n° 376] , p. 13.

なければならない」(括弧内、囲み数字、下線、筆者)と定めていた。本条は、1978年法第5条に対応するものである。

なお、現在、本条の内容は、数度の改正を経て、消費法典 L.312-7 条および L.312-8 条が引き継いでいる。

(ii) 熟慮期間

1979年法第7条は「申込書を送付した場合には、貸主は、借主が申込書を受領してから、最低30日間は、申込書に記載された条件を維持しなければならない(第1項)。申込みは、借主および申告された自然人たる保証人の承諾に服する。借主および保証人は、申込書を受領した後10日間に限り、申込みに対する承諾をすることができ、承諾は、(日付を)証明する郵便局の印ある書簡によってなされなければならない(第2項)」(括弧内、下線、筆者)と定め、これは、1978年法第5条に相当するものである。現在、本条の内容は、消費法典 L.312-10 条が引き継いでいる。

第3款 まとめ

1978年法および1979年法の制定により、消費者信用および不動産信用の領域において、債権者(貸主)の借主および保証人に対する契約書面の作成・交付義務が定められ、また、熟慮期間が設置されることとなった²⁶。契約書の内容を定式化することや熟慮期間を整えることは、保証人に対して、自身が負う可能性のある債務の内容を把握させ、検討を促すことになり、契約時の保証人を保護するために有益である。しかし、契約時における債務の内容を書面化し、交付せよというのは、いわば「契約書を作って渡しなさい」という、ある種、当然のことを要求しているに過ぎない。契約時の(主たる)債務の内容を把握するということは、借主にとっては極めて重要なことではあるが、主たる債務者に対して附従的立場にある保証人にとっては、主たる債務や保証債務の金額などと同じくらい、主たる債務者の弁済能力や、支払いの状況についての情報も重要なのである。これらの情報が伝わって、はじめて、保証人は正しい選択をすることができるのであり、この点においては、両法の規制では不十分なものであったと評価できる。そして、これらに関する保護が保証人に対して与えられるのは、次節において示すとおり、1984年の立法を待たなければならなかった。

第3節 保証人の保護に関する法律の展開

第1款 1984年法制定前の破産院の立場

²⁶ Simler et Delebecque, *supra note* 18, n° 42 et n° 116, pp. 37 et 103.

1 はじめに

フランスの保証制度において、保証人の保護が本格的に強化されることとなった、「企業の経営難の予防および同意整理に関する 1984 年 3 月 1 日の法律第 148 号 (Loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises)」(以下、「1984 年法という」) から始まる、一連の立法を観察する前に、これらの立法の意義等を理解するための前提として、1984 年法制定前における破産院の立場について簡単に確認しておく。

2 破産院の立場

1984 年法制定前において、判例は、債権者の保証人に対する情報提供義務を認めることには消極的であった²⁷。例えば、破産院商事部 1982 年 2 月 16 日判決²⁸は、義理の両親が、その息子が経営する会社の、銀行に対する金銭債務について連帯保証人になった際に、その債務の状況や会社の支払能力についての情報提供がなかったことを理由に、錯誤による保証契約の無効の主張を含めて、銀行の民事責任を追及したという事例において、以下のような判断をしている。

すなわち、①銀行は当該金銭債務について息子に対して単に 2 名の保証人を立てることを要求したに過ぎず、銀行自身が両親に保証人となるように要求したわけでもなく、また、直接、接触もしていない、②保証契約の書面には、将来発生しうる金銭債務ではなく、現在、息子が銀行に対して負っている確定した金銭債務について保証人となることが明示されている、③保証人らは自己の利益を守るために、自らすべての情報を得ることができたし、また、それをしなければならなかった、ということなどを理由として、保証人らの請求を棄却した。

また、破産院第 1 民事部 1985 年 3 月 19 日判決²⁹は、親の銀行に対する債務の保証人と

²⁷ 基本的に、債務者の支払能力等に関する情報につき、(後述する警告義務のようなものを除けば)、債権者に一般的な情報提供義務があるかどうかという点では、現在においても判例はこの立場を崩してはいない (Philippe Malaurie et Laurent Aynès, *Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière*, par Laurent Aynès et Pierre Crocq, 6^e éd., 2012, Defrénois, n° 297, p. 136)。なお、フランスの情報提供義務について論じる文献は多数に及び、ここにその全てを示すことはできないが、本稿との関係では、例えば、柳本祐加子「フランスにおける情報提供義務に関する議論について」法研論集 (早稲田大学) 49 号 161 頁 (1989 年)、森田宏樹「『合意の暇疵』の構造とその拡張理論 (1) ~ (3)」NBL482 号 22 頁、483 号 56 頁、484 号 56 頁 (1991 年)、馬場圭太「説明義務違反と適用規範との関係—フランスにおける備報提供義務・助言義務に関する議論を参考に」法研論集 (早稲田大学) 77 号 155 頁 (1996 年)、同「フランス法における情報提供義務理論の生成と展開 (1) (2. 完)」早法 73 卷 2 号 55 頁 (1997 年)、74 卷 1 号 43 頁 (1998 年)、横山美夏「契約締結過程における情報提供義務」ジュリ 1094 号 128 頁 (1996 年)、野澤正充「フランス消費者契約法における情報提供義務と濫用条項規制-EU およびフランスでの調査報告一」立教 53 号 205 頁 (1999 年)、後藤・前掲注 (1)「法理論」2 頁以下、クロック・前掲注 (1) 193 頁以下などを参照。

²⁸ Cass. com., 16 févr. 1982, *Bull. civ.* IV, n° 61.

²⁹ Cass. 1^{re} civ., 19 mars 1985, *Bull. civ.* I, n° 98.

なった子供が、その債務の金額等の情報を知らなかったというような場合、銀行がこれを通知しなかったことは詐欺的沈黙に該当するとして、銀行の責任を追及したという事例において、①親が負担している被保証債務についての金額等の情報を、その子が知らなかったとしても、債権者たる銀行はこれを通知する義務は負っておらず、詐欺的沈黙には当たらない、②むしろ、保証人たる子がその情報を自ら入手する義務を負っている、というように判断している。

もっとも、例えば、主たる債務者が短期間に倒産することが明確であるような場合に、その情報を隠すなど、債権者が故意に主たる債務者や債務に関する重要な情報を隠した上で、保証契約を締結させるなど、その行為が悪質な場合には、詐欺的沈黙などに該当し、債権者の責任が問われることもある³⁰ことには注意を要する³¹。

3 評価

直接接触しておらず自ら説明もしていないなど、現在では、それを理由としてむしろ銀行の責任が問われかねないことを根拠に、銀行が免責されている点は興味深い³²。破産院がこのような消極的な立場を示していた理由としては、理論的には、保証契約の片務性を強調し、それゆえ、債権者に対していかなる情報提供義務も認めることはできないということなどが指摘されていた³³。また、現実的には、保証人が経営者であったり、上記のように親族であったりすることから、保証人のほうが債権者よりも主たる債務者や債務の状況について詳しいことが多いということなども考慮されたようである³⁴。

このような中で、以下に見る、債権者の保証人に対する情報提供義務を積極的に肯定した1984年法は、フランスの保証制度に一大転機をもたらすことになったのであり、ここから始まる一連の保証人の保護に関する規定の生成は、同国の保証制度を大きく変えていくことになる。

³⁰ Cass. 1^{re} civ., 21 janv. 1981, *Bull. civ. I*, n° 25. また、本判決の解説として、後藤・前掲注(1)「法理論」41頁以下参照。

³¹ この点については、後藤・前掲注(1)「法理論」31頁以下(また、20頁以下の「情報取得義務」についても併せて参照)、クロック・前掲注(1)193-199頁が詳しい。

³² もっとも、契約当事者は、民法典1134条3項所定の信義側(bonne foi)に拘束を受けることは言うまでもない。したがって、1984年法制定以前においても、相続人に対して、被相続人が保証人となっていたことを通知する義務など、一定の場合には、債権者の保証人に対する情報提供義務が認められる場合も少なくなかった(Philippe Simler, *Cautionnement et garanties autonomes*, 4^e éd., 2008, Litec, n° 416, pp. 434-435)。このような裁判所の態度に関して、クリスチャン・ムーリー(Christian Mouly)は、特殊な状況下においては、確かに、債権者に情報提供の義務(devoir)が認められるけれども、それは、一般的な義務(obligation)ではないというように指摘する(Christian Mouly, *Les causes d'extinction du cautionnement*, 1979, Litec, n° 373-374, pp. 478-480)。このようなムーリーの分析は、現在の判例の傾向においても妥当するといえる(Aynès et Crocq, *supra note 27*, n° 297, p. 136; Michel Cabrillac, Christian Mouly, Séverine Cabrillac, et Philippe Pétel, *Droit des sûretés*, 8^e éd., 2007, Litec, n° 325, pp. 204-205)。この点については、馬場・前掲注(27)「説明義務」161頁以下が詳しい。

³³ Simler, *supra note 32*, n° 415, pp. 433-434.

³⁴ Simler, *supra note 32*, n° 415, p. 434.

第2款 主たる債務に関する債権者の情報提供義務と担保保存義務の強化（1984年3月1日の法律）

1 立法動機

1973年の第1次オイルショック、さらに、ここからの経済的な回復がなされない中で生じた1978年の第2次オイルショックによってフランス国内の経済は混迷を極め、高インフレ、貿易赤字の拡大、企業の倒産件数の増加³⁵、失業率の悪化等が生じていた³⁶。このような中、会計監査役（*commissaire aux comptes*）に警告手続（*procédure d'alerte*）³⁷の行使を義務付けるなどして、経営者に現在の経済状況および企業の経営状態を早期に把握させ、企業の経営が危機的状態になることを事前に防ぐことによって倒産の防止を図ろうとしたのが、「企業の経営難の予防および同意整理に関する1984年3月1日の法律第148号（*Loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises*）」（1984年法）である³⁸。この1984年法には、企業と関連のある第三者に対する情報提供義務の改善策が「他の情報提供義務についての措置」として複数規定されており³⁹、この中に保証人に対する債権者の情報提供義務に関する規定が含まれている。

³⁵ 1977年から1981年までのフランスにおける倒産件数は、13,842件（1977年）、15,589件（1978年）、15,863件（1979年）、17,375件（1980年）、20,895件（1981年）である。また、ドイツ（西ドイツ）においても、その倒産件数は9,562件（1977年）、8,722件（1978年）、8,319件（1979年）、9,140件（1980年）、11,653件（1981年）となっており（*Doc. Ass. Nat., n° 1526, Rapport, 15 juin 1983, p. 8*）、増加率という点で比べた場合、仏独ともに悪化しており、欧州全体が不況下にあることが分かる。

³⁶ 失業者は1983年当時約200万人を数え、また、インフレ抑制と貿易収支の改善のための緊縮財政政策の推進、さらには、フランス国内産業の近代化・合理化（余剰労働力の削減）政策の結果、1984年には、解雇に反対する自動車会社（プジョー）のよる工場労働者によるデモ、ローヌ製鉄所での大規模なデモ等が生じていた。1980年代のフランスの社会・経済状態については、伊豫田隆俊「経営難予防立法によるフランス商會会社法の監査規定等の改正について（1）—企業の経営難の予防および同意整理に関する1984年3月1日付法律を中心にして—」大阪経大論集180号58頁以下（1987年）、渡邊啓貴『フランス現代史—英雄の時代から保革共存へ—』192頁以下参照（中央公論社、1998年）参照。

³⁷ 警告手続とは、経営の継続性を危うくする性質の事実を見出した会計監査役に、企業の指揮者に対してその説明を求めることを義務付けるものであり、これにより、経営者に、自己の企業の現状を把握させるのである。この点については、鳥山恭一「企業経営難の予防」日仏14号89頁、中村紘一ほか監訳『フランス法律用語辞典』339頁（三省堂、第3版、2012年）参照。

³⁸ 他には、整理委員により債権者と債務者との間の債務の減免に関する合意を成立させ、企業の経営存続を支援する同意整理（*règlement amiable*）等の措置が導入された。なお、1984年法の倒産法部分に関する詳細な解説として、Jérôme Bonnard, *Droit des entreprises en difficulté*, 2000, Hachette, pp. 17 et s を参照した。

³⁹ 「他の」というのは、会計監査役等が企業の経営難を予防するにあたって行う情報提供以外の部分を指す。実際、立法草案においても、企業の第三者に対する情報提供義務の改善は、企業の経営難の予防とは関係のないものとして説明されている（*Doc. Ass. Nat., supra note 35, p. 21*）。

2 保証人に対する保護の内容

(1) 主たる債務に関する情報提供義務

1984年法第48条は、「自然人または法人による保証契約を条件として、企業に対する融資に同意した金融機関 (les établissements de crédit) は、毎年遅くとも3月31日までに、保証人によって利益を受けることに対する義務として、前年12月31日時点で存在する、主たる債務、利息、手数料、費用、および附従する債務の総額、ならびに当該保証契約の期間を、保証人に対して通知しなければならない。当該保証契約が期間の定めのないものである場合には、何時にても、解約する権利があること、およびその行使の条件を通知しなければならない (第1項)。前項に定める方式がなされなかった場合には、当該保証人およびこの方式を義務付けられている金融機関との関係において、前回の通知から新たになされる通知の日までの間に発生した利息を受け取る権利を失う (第2項)」(括弧内、下線、筆者)と規定していた。本条により、金融機関は、毎年度の主たる債務の状況、および、期間の定めのない保証契約については、いわゆる任意解約権についての行使条件を、保証人に対して通知することが義務付けられた。本条の目的は、民法典が定める保証制度の構造を変更することなく、債権者と保証人との間の極めて不均衡である力関係を修正し、均衡へと近づけることにある。なお、現在、本条の内容は通貨・金融法典 L.313-22 条が引き継いでいる。

まず、第1項前段の目的は次の通りである。すなわち、保証契約は、保証人の一般財産を引き当てとする危険な契約であるが、通常、その内容を記載した契約書は1通しか作成されず、しかも、債権者(たいていの場合は金融機関である)がこれを保有していることが多い。このため、保証人は、保証契約を締結したことおよびその内容を失念してしまうことがあり(とりわけ、期間の定めのない契約について生じやすい)、これを改善するための処置として、債権者に主たる債務に関する情報提供義務を課したのである⁴⁰。また、第1項後段は前段と同様の措置を任意解約権について定めたものである。すなわち、金融機関は、企業に対する融資契約を締結する際、多くの場合、会社の経営者、会社の構成員、または、経営者の家族等に保証契約の締結を要求する。この保証契約は、一般的に期間の定めのないものであることが多く、このため、経営者がその職を辞めた場合、あるいは、経営者が死亡し相続が行われる場合に、解除し忘れていた保証契約が突然明らかになることがある。それゆえ、突然、忘れていた過剰な保証債務によって保証人が困窮することがないようにするため、保証契約の期間または期間の定めのない保証契約の場合には任意解約権があることを、保証人に対して通知する義務を金融機関に対して負わせ、保証人を積極的に保護しようとしたのである⁴¹。

この条文においては、以下の2点に注意する必要がある。すなわち、第1に、同条が適用される契約については、①債権者が金融機関であること、②主たる債務が企業に対する

⁴⁰ Doc. Sénat, n° 50, *Rapport*, 9 nov. 1983, p. 108.

⁴¹ Doc. Ass. Nat., *supra note* 35, pp. 80-81.

融資に係るものであることが必要であり、消費者信用など、すべての保証契約をその規律の範疇に捕らえているわけではなかったということ、第2に、同条の違反による制裁については、保証契約が無効になるというわけではなく、「……当該保証人およびこの方式を義務付けられている金融機関との関係において、前回の通知から新たになされる通知の日まで間に発生した利息を受け取る権利を失う」という、単なる金利の喪失の効果を生じさせるにとどまっていたということである。この点については、草案段階においても、制裁が軽すぎるのではないかとの指摘があった。しかしながら、あまりに過度な規制は、保証契約のメリットを失わせる恐れがあるため、軽微な制裁にとどめたという経緯がある⁴²。いずれにせよ、先述の通り、それまでは、一般法上も認めることには消極的であった、債権者の保証人に対する情報提供義務が、保護範囲は限られるものの、法律上初めて認められたという点において、フランスの保証制度における重要な法律である⁴³。

(2) 担保保存義務の強化

1984年法は、上記の情報提供義務に関する規定のほか、わが国のいわゆる担保保存義務（民法504条）に相当するものとなる、「代位の利益（*bénéfice de subrogation*）」（または「代位の無い利益（*bénéfice de non subrogation*）」）に関する重要な改正を行っている。すなわち、フランスの代位の利益を規律する民法典2314条（当時は2037条⁴⁴）は、「債権者の行為によって、当該債権者の権利、抵当権および先取特権に対する代位がもはや保証人のためになしえないときは、保証人は免責される」と規定していたところ、1984年法第49条は「民法典2037条は以下の文により補完される：「これに反するすべての条項は記載のないものとみなされる」と定め、この結果、合意によって同条の利益を放棄できないことが明示され、1984年法制定前においては任意法規と解されていた民法典2314条が強行法規へと変質することになった。なお、フランスの担保保存義務については第3編にて改めて論じるので、ここでは立法の過程のみ観察する。

同条が任意法規と解されていた1984年法制定前には、検索の利益、分別の利益が放棄されるとともに、同条についての免除特約も締結されるというのが実務上の慣行であり、結果、同条は注目を引くような条文ではなかった⁴⁵。このような中、1984年法は同条を強行法規化することでこのような金融機関の慣行を排除し、改めて同条へ目を向けさせようとしたのである⁴⁶。ところで、保証人にとって極めて不利な免除特約の締結は、主に金融

⁴² Doc. Ass. Nat., *supra* note 35, p. 81.

⁴³ Simler, *supra* note 32, n° 417, p. 436.

⁴⁴ 2006年3月23日のオルドナンス第346号による改正前のもの。

⁴⁵ Simler, *supra* note 32, n° 809, p. 808.

⁴⁶ もっとも、立法段階においては、2314条の強行法規化に対して、2314条の利益を放棄された保証契約によって与信契約は強化され利用しやすくなっているのであり、放棄できるほうが公益にかなうという批判や、「検索の利益」、「分別の利益」は放棄できるにもかかわらず、代位の利益のみ放棄できないことは首尾一貫性がないというような批判がなされたようであるが、結局は保証人の保護を優先するという結果になったようである（Doc. Ass. Nat. Doc., *supra*

機関によってなされ、また、これを排除することが目的であったため、1984年法の立法段階においては、当初、金融機関による与信契約に限って2314条を強行法規化する予定であった⁴⁷。しかしながら、これに対しては、一般法たる民法典のある規定が、金融機関に対しては強行法規であり、他の債権者に対しては任意法規であるということは、憲法的価値を有する原則（*principe de valeur constitutionnelle*）⁴⁸である法の下での平等原則に反するのではないかとの疑問が投げかけられたのである。憲法院によると、規制の対象に応じてその効果などに一定の区別を有する法律を制定しようとする場合、これが法の下での平等原則に反しないとされるためには、その対象の地位（立場）が異なるものであり、かつ、その区別が当該法律の「究極的な目的（*finalité*）」と相反するものではないという条件が満たされることが必要であるとされる⁴⁹。この憲法院の基準はあいまいであり、これに照らし合わせた場合、金融機関のみを対象とする規制が認められるのかどうかの判断は大変困難であるため、区別なくあらゆる債権者を対象とした強行法規に修正したという経緯がある⁵⁰。

第3款 保護範囲の拡大②（1989年6月23日の法律）

1 立法動機

保証人の保護に関係するものとして、1984年法に続いて制定されたのが、「消費者の情報および保護ならびに様々な商事慣行に関する1989年6月23日の法律第421号（*Loi n° 89-421 du 23 juin 1989 relative à l'information et à la protection des consommateurs ainsi qu'à diverses pratiques commerciales*）」（以下、「1989年6月23日法」という）である。

フランスは、消費者に対する法律上の保護制度がヨーロッパの中でも最も充実している国のひとつである。しかしながら、商事慣習の変化に適応し、また、とりわけ、住居での訪問販売等において認められる、一定の濫用行為によりよく対処するため、ヨーロッパ共同体（EC）指令に歩調を合わせ、消費者の保護をより強化する必要がある⁵¹。そこで、当時、ますます多様化していた様々な融資の形態だけでなく、将来において発生する可能性のある融資の形態からも、消費者を適切に保護することができるように、1978年法の適用範囲をより一般化する必要から、本法が制定された⁵²。

note 35, p. 82)。

⁴⁷ Doc. Ass. Nat., n° 1398, *Projet de loi*, 6 avr. 1983, p. 31.

⁴⁸ 憲法的価値を有する原則（*principes de valeur constitutionnelle*）とは、「憲法的価値を有する法文のなかに明示的には記されていないが、憲法院が立法者に対し、憲法的価値を有する法文と同一の効力を有することを認めた一般原則をいう」（中村ほか・前掲注〔37〕337頁）。

⁴⁹ *Décision n° 78-101 D.C. du 17 janv. 1979.*

⁵⁰ Ass. Nat. Doc., *op. cit.*(note35), pp. 81-82.

⁵¹ Doc. Ass. Nat., n° 326, *Projet de loi*, 26 oct. 1988, pp. 3-4 ; Doc. Ass. Nat., n° 367, *Rapport*, 24 nov. 1988, p. 5.

⁵² Doc. Ass. Nat., *supra note 51* [n° 326] , pp. 3-4 ; Doc. Ass. Nat., *supra note 51* [n° 367] , p. 10.

2 保証人に対する保護の内容—1978年法の適用範囲の拡大—

1989年6月23日法は、フランスにおける初の総合的な消費者保護法である1978年法を修正するという形をとり、以下において観るような条文をおいている。1978年法の適用範囲をどのように修正するかは、国民議会の第1読会より極めて議論が難航した部分である。当初は、1978年法の適用範囲を定める同法第2条（本章第2節第1款参照）のうち、後段を削除することで、適用範囲を一般化しようとしていた。しかし、前段に定められた契約に類似の契約にも同法の適用があることを明示するために、再度、付け加えられたという経緯がある⁵³。その際、元老院の最終的な修正として、保証人に関する文言が付け加えられた⁵⁴。

1989年6月23日法第2条第1項は、「1978年法第2条を以下のように修正する。：本法律の規定は、有償か無償かにかかわらず、自然人または法人が業として行うすべての信用供与取引、ならびに、保証が付加されているときは、その保証にも適用される（第1項）。本法律の適用に関して、買取賃貸借および買取選択権付賃貸借(location avec option d'achat), ならびにその支払が、賦払い、延払い、または分割払いとされる売買または役務の給付は、信用供与取引と同一のものとする」（括弧内、下線、筆者）と規定している。1978年法第2条とは、先述のように同法の適用範囲を定めた条文である。修正前の同条の下線部分は「…有償か無償かにかかわらず、自然人または法人によって業として合意されたすべての信用取引に適用される」（下線、筆者）とされており、両者を比較すると、1989年6月23日法第2条は、1978年法の適用範囲を保証契約にまで一般的に拡大していることが分かる。これによって、1978年法において、明確に「保証」や「保証人」の文言が示されていなかった条文についても、保証契約に適用されるようになり、保証人の保護はより強化されることとなった。その中でも、特に注目すべきなのは、1978年法においては保証人に対して付与されているのかが不明確であった撤回権が、明確に付与されることになったということである⁵⁵（条文については、本章第2節第1款参照）。なお、本条は、現在、消費法典L.311-2条がその内容を引き継いでおり、これが、2010年法により改正を受けたことは先に指摘した通りである。

⁵³ Doc. Ass. Nat., *supra note* 51 [n° 326], p. 8 ; Doc. Ass. Nat., *supra note* 51 [n° 367], pp. 10 et s ; Doc. Sénat, n° 103, *Projet de loi*, 28 nov. 1988, p.3 ; Doc. Sénat, n° 237, *Rapport*, 5 avr. 1989, pp. 33-36 ; Doc. Ass. Nat., n° 566, *Projet de loi*, 2 avr. 1989, p. 3 ; Doc. Ass. Nat., n° 680, *Rapport*, 18 mai 1989, pp. 9-13 ; Doc. Sénat, n° 318, *Projet de loi*, 23 mai 1989, pp. 2-3 ; Doc. Sénat, n° 323, *Rapport*, 24 mai 1989, pp. 12-16 ; Doc Ass. Nat., n° 719, *Projet de loi*, 1^{er} juin 1989, p. 3 ; Doc. Ass. Nat., n° 734, *Rapport*, 8 juin 1989, p. 4 ; Doc. Sénat, n° 371, *Rapport*, 7 juin 1989, p. 4

⁵⁴ Doc. Sénat, *supra note* 53 [n° 371], pp. 4 et s.

⁵⁵ Rainer Frank, *Le rôle de la volonté et la protection de la caution en droit français et allemand*, in : *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques (Études à la mémoire du professeur Alfred Rieg)*, 2000, Bruylant, pp. 321-323 ; Picod et Davo *supra note* 17, n° 483, p. 295.

第4款 手書き記載・支払事故の通知・比例原則 (principe de proportionnalité) (1989年12月31日の法律)

1 はじめに

「個人および家族の過剰債務に関する経済的困難の予防および解消に関する1989年12月31日の法律第1010号 (Loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles)」(以下、「1989年12月31日法」という⁵⁶⁾はフランスの保証制度において極めて重要な多数の保証人保護規定を導入した法律のひとつであり⁵⁷⁾、本稿においてもこの観察はとりわけ重要なものとなる。そのため、その内容等に関して、他の法律よりも詳細な観察を行いたい。

2 立法動機

フランスが第1次オイルショックによる経済不況から立ち直れないまま、1981年に就任したミッテラン大統領の経済政策は功を奏さず、失業者は1983年までに200万人へ増加、インフレ率は14%と悪化の一途をたどった。その後も、1985年には、失業者は300万人(失業率10.4%)に達し、経済成長率は1.1%に落ち込むなど、一向に経済状態の回復は見られないまま、1988年に至る⁵⁸⁾。

このような不況下の中で、フランスにおいては消費者信用の量的な増大が生じていた⁵⁹⁾。金融機関は進んで消費者に対して融資を行い、「制限されるよりも負債を負うことを望むフ

⁵⁶⁾ なお、1989年12月31日法は、立法推進者の名前をとって、「ネエルツ法 (ネイエルトツ法)」などと呼ばれることも多い。

⁵⁷⁾ 山本和彦「フランスにおける消費者倒産の処理と予防—いわゆるネエルツ法の紹介を中心として—」法学57巻6号856-857頁(1994年)、山野目章夫「フランス民法典二〇三七条の一九八四年における変容」比較法雑誌29巻2号119頁(1995年)参照。

⁵⁸⁾ 正確には、1983年のモーロワ内閣における「大きな政府」からの政策転換によって、85年にはインフレ率が5%まで減少し、1988年のロカール内閣におけるEC統合へ向けた一連の経済政策(国営企業の民営化、付加価値税[VAT]の引き下げなど)により、同年には経済成長率が3.9%まで回復するが、根本的な経済回復(とりわけ、雇用の面において)とはならなかったということである。この間のフランスの経済、社会事情について、渡邊・前掲注(36)220-274頁、政治的背景と立法との関係を示すものとして、奥島孝康「公企業の民営化」日仏14号85頁以下(1986年)、鳥山・前掲注(37)87頁以下参照。また、1989年12月31日法の特に立法理由に関する詳細な解説につき、西澤宗英「フランスの消費者倒産立法について」杏林社会科学9巻1号1頁以下(特に立法理由につき3-4頁)(1992年)、1989年12月31日法の概要と、その後のフランスにおける消費者倒産法制の全体像について、山本・前掲注(57)のほか、町村泰貴「フランス消費者倒産の実務(上)(下)」商学討究47巻2・3合併号253頁、47巻4号193頁(1997年)、49巻2・3合併号73頁(1998年)、消費法典における消費者倒産部分に関する条文の翻訳として、同「試訳・フランス消費者倒産処理法」商学討究47巻1号269頁(1996年)を参照。

⁵⁹⁾ 1988年末には、個人に対してなされた融資の総額が1兆5300億フランまで膨れ上がり、そのうちの20%が消費者信用、80%が不動産信用に関するものであったとされる(Doc. Sénat, n° 485, *Projet de loi*, 7 sept. 1989, p.2)。

ランス人」⁶⁰が抱える負債は、夫婦1世帯に関して、1980年においては年収の3か月分であったものが、1985年には5か月分、1988年には6か月分へと増加の一途をたどり⁶¹、1989年当時のフランス国内の家計に占める負債総額の国内総生産に対する比率は33%にも達していた⁶²。この結果、債務不履行にかかる訴訟等が増加し、また、月の可処分所得の60%を超える月賦払いに苦しむ家庭が約200,000世帯にも膨れ上がっていた⁶³。

このように、消費者信用において過剰債務が生じる背景には様々なものが考えられるが、主な要因として、当時、以下のようなことが指摘されていた。第1に、融資契約を締結する際に、実際にどの程度の負担が生じるのかを考慮することなく契約を締結してしまう、消費者の軽率さである。すなわち、融資契約を締結する人の5人に1人が月々の弁済額について無関心である一方で、借主の69%が自己の締結した融資契約の利率について全く知らないという状態にあった⁶⁴。第2に、金融機関による競争である。すなわち、融資契約における正確な金銭上の負担を覆い隠す不完全な情報を記載した広告が、消費者を融資契約へと誘引していたのである⁶⁵。第3に、収入の少ない家庭における債務の累積である⁶⁶。以上のような状況に対して民法典は複数の条文においてはいるものの、対処策としては不十分なものであり、個人や家庭における過剰債務の予防または解消のための総合的な法律の制定が求められていたのである⁶⁷。その結果、フランス初の消費者倒産処理手続⁶⁸を定めた法律として制定されたのが1989年12月31日の法律であった⁶⁹。

⁶⁰ Doc. Sénat, n° 40, *Rapport*, 26 oct. 1989, p. 13 ; Gilles Paisant, *La loi du 31 décembre 1989 relative au surendettement des ménages*, JCP G, 1990.I. 3457, n° 2.

⁶¹ Doc. Sénat, *supra note* 60, p. 16.

⁶² Doc. Sénat, *supra note* 60, p. 19. 但し、34%という数字は、英国の66.1%、アメリカ合衆国の63.9%と比べると決して高いものではなく、ドイツの30.7%、オランダの28%と並んで、平均的なものであったとされる。

⁶³ Doc. Sénat, *supra note* 59, p. 2.

⁶⁴ Déb. Sénat, *compt rendu intégral*, 31 oct. 1989, p. 2817.

⁶⁵ Doc. Sénat, *supra note* 59, p. 3.

⁶⁶ Paisant, *supra note* 60, n° 4. 第3の問題に関しては、数年前に継続的な融資契約を締結したところ、インフレ率が低下したというような場合や、借主の失業、離婚等によって、家計の予算上の予測が狂ってしまうことが原因のひとつとして挙げられている。

⁶⁷ Paisant, *supra note* 60, n° 6. また、ペザン (Paisant) は、20世紀は債務者の権利が重視されるようになり、カンバセレスらが債権者の権利を重視した民法典成立当初の19世紀とは権利保護の対象が変容してきていると指摘する (Paisant, *supra note* 60, n° 1 参照)。

⁶⁸ 具体的には、第1に、各県に設けられる「個人の過剰債務状況の調査に関する委員会 (comission d'examen des situations de surendettement des particuliers)」が債権債務者間の合意に基づく弁済計画の作成を仲介し、第2に、小審裁判所による「民事更正手続 (procédure de redressement judiciaire civil)」において債務者の更正に必要な手続が執られるという、再建型の手続であったとされる。また、ここで執られる具体的な措置とは、負債の繰り延べ、利息の減免、住宅ローン債務の弁済のために住居を売却した際の元本自体の減免等であるとされる。これらの点を解説するものとして、山本・前掲注 (57) 827頁以下、西澤宗英「フランス消費者倒産処理法の改正—1998年1月23日の法律および7月29日の法律—」青山法学論集40巻3・4合併号536頁以下 (1999年) 参照。

⁶⁹ したがって1989年12月31日法の主目的は個人の債務整理手続の強化であり、具体的には「企業の裁判上の更正および清算に関する1985年1月25日の法律第98号」における集団的手続による債務整理の方法を、個人にも拡大するというものである。このような方法は、1989

2 保証人に対する保護の内容

本法律は「個人および家族の過剰債務の予防および解消」ということを目的としているため、保証契約に関しては、先述の消費者信用取引における消費者保護を目的とする 1978 年法および不動産信用取引における消費者の保護を目的とする 1979 年法を修正するという形態をとっている。具体的には、「手書き要件（単純保証・連帯保証）」、「支払事故の通知」、「比例原則」に関する規定の立法化である。

(1) 手書き記載の要件

(i) 単純保証 (cautionnement simple) について

1989 年 12 月 31 日法第 19 条第 4 項は、1978 年法第 7 条に第 7-1 条を追加するという形で、「2 条に規定された取引のうちのひとつに関して、私署証書により保証人として契約した自然人は、以下に掲げる、かつ唯一この方式でなければならない手書きによる記載をした上で、自己の署名をしなければならない。これがない場合は、当該契約は無効である。

『私は、主たる債務、利息、および万一の場合には、違約金または……期間の遅延利息の支払を含む、総額……の範囲において X の保証人となることにより、X が自ら債務の履行をしない場合は、私の収入および財産に基づいて、支払うべき金額を貸主に対して返済することを約束します』(下線、筆者)と規定し、続いて、第 22 条第 3 項は、1979 年法第 9 条に第 9-1 条を追加するという形で、適用範囲を 1979 年法第 1 条(不動産信用取引)に限定した上で、上記の条文の文言と同一のものを規定していた。現在は、両者合わせて消費法典 L.313-7 条に統合されている。

これらは、①1978 年法の範疇である消費者信用(「2 条に規定された取引」と 1979 年法の範疇である不動産信用取引(1979 年法第 1 条)に関して、②自然人により締結される保証契約は、③保証の期間、利息、債務総額を、④保証人自身の「手書きによる記載」によって記入した上で締結されなければならない、これが満たされない場合には、⑤当該保証契約が「無効」となることを示している。この結果、保証契約は手書きによる一定の様式が要求されることとなったわけであるが、とりわけ重要なのは、③の要件によって、消費者信用取引および不動産信用取引に関しては、包括根保証契約が締結できなくなったということ、さらには、本条の様式が遵守されない場合、保証契約が「無効」となるという強力な制裁を規定しているということである。ただし、③の要件を反対に解釈すれば、要するに、期間、利息、保証債務総額等を明示さえすればよいのであるから、長期間のかなり高額な金額の保証契約を締結すれば、事実上、包括根保証契約と同様の効果をもたらすことができ、本条の趣旨を回避することが出来る恐れがある。しかしながら、1989 年 12 月 31 日法は、保証債務と保証人の資産との均衡状態が保たれない場合には、債権者は保証契約を主張できないとするいわゆる「比例原則」もあわせて規定したため、このような脱法

年当時、英国、ドイツ、オランダ等で採用されていたとされる (Paisant, *supra* note 60, n° 7 参照)。また、1985 年法についての詳細は、Bonnard, *supra* note 38, pp. 17 et s を参照した。

行為はある程度防ぐことができたのである（後掲〔3〕「比例原則」参照）。

(ii) 連帯保証 (cautionnement solidaire) について

1989年12月31日法第19条第5項は、1978年法第7条に第7-2条を追加するという形で、「債権者が連帯保証契約を要求する場合、保証人となる自然人は以下に掲げる手書きによる記載をした上で署名をしなければならない。これがない場合には、当該保証契約は無効とする。：私は、民法典2021条（現2298条）に定められた検索の利益を放棄し、かつXと連帯して義務を負うことにより、債権者が予めXに対して追及するように求めることを必要とすることなく、債権者に対して返済をすることを約束します」（括弧内、下線、筆者）と規定し、続いて、第22条第4条は、1979年法第9条に第9-2条を追加するという形で、これと同一の文言を有する条文を規定していた。現在、これらは、消費法典L.313-8条に統合されている。

本条文の主語は「債権者は」であり、保証人の性質についても「自然人」としか記載されていないため、本条は、これを満たす、かなり広い範囲での保証契約に適用されるように見える。しかし、本条はあくまでも1978年法および1979年法の修正として規定されているものであるから、適用を受けるのは、消費者信用および不動産信用に関する保証契約である。

立法動機のところでも示したとおり、当時、フランスでは、自分が負うことになる債務の内容を知らないままに契約書に署名をしてしまうことが非常に多く見られた。これは、与信契約自体だけでなく、保証契約についても同様であった。したがって、単純保証契約についても、ましてや、それよりも危険な連帯保証契約についても、自らの手によって契約をさせることにより、自己の債務内容を正確に把握させ、不必要な危険から、保証人を保護するために、手書きの記載を契約の効力要件としたのである⁷⁰。

(iii) 適用上の問題

1989年12月31日法により定められた手書きの要件については、制定当初、以下のような問題が指摘されていた。

第1に、単純保証契約と連帯保証契約に対する規制の範囲である。単純保証契約において手書きの記載を求める、1989年12月31日法第19条第4項および第22条第3条においては、手書きが要求されるのは、「私署証書」による保証契約に限られ、「公正証書」による保証契約の場合には手書きは要求されていない。ところが、連帯保証契約において手書きの記載を求める、1989年12月31日法第19条第5項および第22条第4条は、「私署証書」と「公正証書」の区別を行っていない。このように、単純保証契約についてのみ、公正証書を規制の範囲からはずしているのは、公正証書が公証人によって作成され、その際、当然に、公証人が、必要な情報を提供すると考えられているからとされる⁷¹。一方、連帯保証契約の場合は、何ら区別がなされていないため、法律の文言に従えば、私署証書、公正

⁷⁰ Doc. Ass. Nat. n° 1049, *Annexe au rapport*, 30 nov. 1989, p. 44.

⁷¹ Paisant, *supra note* 60, n° 104.

証書にかかわらず、手書きの様式が要求されることになる。このような区別が生じたのは、本来、単純保証契約において行った区別を、連帯保証契約においても行うように修正をすべきところを、草案委員会の過失によって、修正し忘れたからであるとの指摘がある⁷²。

第2に、連帯保証契約の様式においては、ただ単に、検索の利益を放棄し、連帯して保証債務を負うという文言しか定められていないため、期間や、金額等の記載は必要ないのかという疑問が生じる。しかしながら、連帯保証契約は、そもそも保証契約である以上、まず、単純保証契約において定められた様式によって保証契約を締結し、その後、連帯保証契約に関する様式を充足することによって、成立すると考えなければならない。責任が重い連帯保証契約のほうが単純な形式で済まされるなどということはありえないことである。したがって、上記の保証に関する単純および連帯保証の制限に関する条文は両者あいまってひとつの効果を有しているのである⁷³。

第3に、単純保証契約においては、様式に関して、「……唯一この方式でなければならない手書きの記載……」というように、「唯一」という限定を行っているのに対して、連帯保証契約においては限定をしていないということである。この結果、単純保証契約においては、法文に定められた文言と厳密に一致した様式をとらなければならない、これにほぼ類似する様式であっても、その効力は認められないこととなる⁷⁴。一方で、連帯保証契約においては類似の様式であっても効果を有するかといえばそうではない。第2で指摘したように、連帯保証契約はあくまでも保証契約の様式の上に成り立つものであるから、その制限に服し、様式は厳格でなければならない⁷⁵。

第4に、実務上の効果の問題である。まず、単純保証契約においては、金額、期間等の明示が必要とされたわけであるが、これによって普通法上の新しい解決策が提示されたわけではない⁷⁶。民法典 1326 条は、「一方当事者のみが他方当事者に対して金銭の支払いまたは代替可能物 (*bien fungible*⁷⁷) の引渡しを行うことの義務を負う法律行為は、この義務を負う者の署名、ならびに、すべての文字および数字に関して、この者自身によって書かれた、金額または数量の記載を含む証書において証明されなければならない。相違のある場合には、すべて文字によって書かれた金額に関して有効である」と規定し、さらに、民法典 2292 条 (旧 2015 条) は「保証契約は推定されることはない。保証契約は明示されなければならない、かつ、契約された限度を超えて、保証契約を拡大することは出来ない」と規定している。民法典の両条文をあわせると、条文上は、保証契約の期間、金額等を制限することができ、1989 年 12 月 31 日法による規制と同様の効果を得られるように見える。しかしながら、1989 年 12 月 31 日法による制限と、1326 条および 2292 条の「あわせ技」

⁷² Paisant, *supra* note 60, n° 104.

⁷³ Paisant, *supra* note 60, n° 105.

⁷⁴ Paisant, *supra* note 60, n° 106.

⁷⁵ Paisant, *supra* note 60, n° 106.

⁷⁶ Paisant, *supra* note 60, n° 105.

⁷⁷ 山口・前掲注 (12) 77 頁参照。

による制限とでは、効果面において決定的な違いが存在する。すなわち、破産院によると「あわせ技」による制限の場合、手書きの要件は、保証契約締結の際の必須条件ではなく単なる保証人保護のための証明準則に過ぎず⁷⁸、違反したところで、保証契約が無効になるわけではないが、1989年12月31日法が定めた様式に対する違反は、先述のとおり、無効となる⁷⁹。したがって、消費者信用と不動産信用においては、方式の不遵守が無効の効果をもたらすのに対して、これ以外の領域では、なお、証明準則としての効果しか持たなかったのである（なお、この点については、2003年法制定の影響等も踏まえて第2章において再度詳細に論じる）⁸⁰。

第5に、無効をもたらす厳格な様式による弊害である。すなわち、先述のように、様式は厳格に遵守されなければならないが、保証人が、これを悪用し、極めて些細な誤りを利用して無効を主張する可能性が考えられるということである。しかしながら、そもそも、保証人を保護するための制度が少ないことを考えると、このような弊害は些細なものであるとされている⁸¹。なお、本法律はあくまで保証契約における契約の様式化であるため、主たる債務の契約の様式には何ら影響をもたらすものではなかった⁸²。

(2) 支払事故の通知

1989年12月31日法第19条第6条は、1978年法第7条に第7-3条を追加するという形で、「本法律に関する信用供与取引に際して保証人となったすべての自然人は、個人および家族の過剰債務に関する経済的困難の予防および解消に関する1989年12月31日の法律第1010号の第23条に規定されたファイルに登録される可能性がある第1回目の支払事故があれば直ちに、主たる債務者の不履行について、貸付機関（l'établissement prêteur）から情報を提供されなければならない。貸付機関が当該義務に従わない場合は、当該保証人は最初の支払事故の日から保証人が支払事故についての情報を通知される日までの間に発生する遅延賠償金または遅延利息の支払の義務を負わない」（下線、筆者）と定め、続いて、第22条第5条は1979年法第9条に第9-3条を追加するという形で、これと同一の文言を有する条文を定めている。現在は、両者合わせて、消費法典L.313-9条に統合されている。

適用される保証契約の範囲は、手書き記載の要件と同様、1978年法および1979年法の

⁷⁸ Cass. civ. 1^{er}, 15 nov. 1989, *Bull. civ.*I, n° 348.

⁷⁹ Paisant, *supra* note 59, n° 106、クロック・前掲注（1）203頁以下参照。

⁸⁰ さらに、民法典1326条は、書面が作成されることが前提であるため、これが義務付けられない契約には適用が無い。例えば、民法典1341条は、デクレによって定められる額（現在は、1,500ユーロ）を超える金額については、書面による契約を求めていることから、反対に、これを下回るものについては、原則として、書面の作成義務は無く、民法典1326条の適用は無いことになる。また、商事に関する契約（商法典L.110-3条：証明手段の自由）や公正証書による契約にも適用が無い。したがって、そもそも、民法典1326条自体も、適用範囲がそれほど広くないものといえる。この点については、Bernard Beignier et Marc Mignot, *Droit des sûretés*, par Marc Mignot, édition 2008, 2007, Montchrestien, n° 208-222, pp. 80-87 参照。

⁸¹ Paisant, *supra* note 60, n° 107.

⁸² Paisant, *supra* note 60, n° 106.

範疇である、消費者信用および不動産信用に関する保証契約である。本法律は、①主たる債務者が支払事故を起こした場合、②貸付機関はその情報を保証人に通知しなければならない、これがない場合には、③遅延賠償金または遅延利息の支払を免除するという制裁を規定している。手書き記載の要件に対する制裁が「無効」であることを斟酌すると、遅延賠償金または遅延利息の支払の免除という制裁は軽いものであるように思われる。しかしながら、保証人は、単なる支払事故に基づく元金の支払であれば、十分にこれを支払うことができるのが普通であり、むしろ、第1回目の支払事故以降、保証人がこれを知らなかったがために、およそ支払うことができないほどの「累積的な」遅延賠償金（または遅延利息）が発生するということが遥かに問題なのである⁸³。実際、一部では、主たる債務者の債務不履行が生じた場合には、その情報を保証人に通知せず、遅延利息や遅延損害金を意図的に増額させるということが行われており、本条は、これを防止するために制定されたのである⁸⁴。

(3) 比例原則

(i) はじめに

フランスにおける保証人の保護規定のうち、情報提供義務と並びその中核をなすことになるのが比例原則である。比例原則とは、概して言えば、債権者がある人（保証人）と保証契約を締結したとき、その保証債務の額と保証人が有する資産およ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場合、債権者はその保証契約を主張することができないというものである⁸⁵。比例原則は、フランスの保証制度の中でも比較的新しい規定であり、わが国でも、あまり詳細に論じている文献は無い⁸⁶。したがって、立法過程の観察

⁸³ Picod et Davo, *supra* note 17, n° 485, pp. 297-298.

⁸⁴ Doc. Ass. Nat., n° 1049, *Rapport*, 30 nov. 1989, pp. 66-67.

⁸⁵ 比例原則とは、必ずしも、保証契約に限って適用される原則ではなく、例えば、「罪刑均衡の原則」など、広く法一般に適用される原則であるが、本稿においては、特に、保証契約における比例原則を扱う。なお、比例原則一般の問題については、Sophie Le Gac-Pech, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, 2000, LGDJを参照されたい。なお、保証制度におけるこのような「比例」は、そもそも、「原則 (principe)」とまで言えるのかという問題がある（例えば、条文上の規律を「比例原則」とし、判例による規律を「判例上 (jurisprudentiel) の比例原則」とし、両者を区別して論じるものとして Jérôme François, *Droit Civil*, t.VII [les sûretés personnelles], sous la direction de Christian Larroumet, 2004, Economica, n° 146148, pp. 126-129 参照)。すなわち、「比例」が原則とまでいえるためには、ごく簡単に言えば、特別法上の規定など無くとも、一般法理として、法制度を支配していることが必要である（具体的には、本条の適用領域以外でも、保証債務と保証人の資産との間に不均衡が生じているならば、その保証契約が無効となるなどの判断を裁判所が行わなければならないことになる）。この点については、慎重な分析が必要ではあるが、本稿では、一般的な概説書の記述に従い、便宜上、「比例原則」と呼ぶこととしたい。なお、比例原則については、筆者は、2007年9月に行われた「関西フランス法研究会」（於：同志社大学びわこリトリートセンター）において、報告の機会を賜り、会員の方々より貴重なご指摘を頂いたことをここに記しておく（「原則」の問題についても、その際、横山美夏教授〔京都大学〕よりご指摘頂いた問題である）。

⁸⁶ フランスの比例原則を比較的詳細に扱うものとして、金山直樹「フランス契約法の最前線—連帯主義の動向をめぐって—」判タ 1183号 99頁以下（特に、102-103頁とその脚注 18-21）（2005

という目的自体からは外れるが、条文の解釈も含めて、若干詳細に観察する。

比例原則は、立法から現在に至るまで、その変遷を大きく4つの時期に区分することができる。すなわち、第1に立法段階、第2に判例の展開、第3に2003年8月1日の法律による同原則の一般化であり⁸⁷、最後に、警告義務との融合である。本款では、第1の立法段階についてのみ触れ、第2および第3については、2003年法の制定による影響等も踏まえて、第2章第3節において論じる。また、警告義務との融合については、第3編第1章で詳細に論じる。

(ii) 比例原則の内容

(a) 概要

比例原則は、1989年12月31日法第19条第7項および第22条第6項により、1978年法に7-4条および1979年法に9-4条を追加するという形で導入された自然人たる保証人に関する特別な保護規定である⁸⁸。消費法典L.313-10条と、2003年8月1日の法律によってその適用範囲が一般化された消費法典L.341-4条にその内容を見ることができる。このうち、1989年12月31日法によって定められたものは、1993年の消費法典編纂の際にL.313-10条へ引き継がれている。すなわち、L.313-10条は「金融機関は、自然人たる保証人によってなされた本章第1節および第2節の範囲に属する信用供与取引に属する保証契約の締結時に、保証債務が保証人の資産および収入と明らかに不均衡であった場合は、当該保証契約を主張することができない。ただし、保証人が請求を受けた時点で、保証人の資産が自己の保証債務の履行を可能とするものである場合は除く」と規定している。以下では、1989年12月31日法制定当時よりも議論の集積が見られるため、消費法典L.313-10条について考察する。

(b) 適用範囲

本条によれば、比例原則の適用を受ける保証契約は、①金融機関と自然人間の保証契約であること、②保証契約の被担保債権は「本章第1節（消費者信用）」および「本章第2節（不動産信用）」の範囲に属するものであることという条件を満たすもの、すなわち、消費者信用および不動産信用における自然人たる保証人によって締結された保証契約に限られるということであり、職業活動に対する財政支援を目的とした融資についての保証契約に対しては適用されないということになる⁸⁹。

年) [加藤雅信ほか編『野村豊弘先生還暦記念論文集 二一世紀判例契約法の最前線』(判例タイムズ社、2006年)所収、554頁、金山直樹『現代における契約と給付』(有斐閣、2013年)所収、8-9頁]、能登真規子「保証人の『過大な責任』—フランス保証法における比例原則—」名法227号371頁(2008年)、山野目章夫「フランス保証法における過大な個人保証の規制の法理」(<http://www.moj.go.jp/content/000097381.pdf> [2014年10月19日閲覧])がある。

⁸⁷ 第3までの区分については、例えば、Dominique Legeais, *Sûretés et Garanties du Crédit*, 9^e éd., 2013, LGDJ, n^{os} 170-174, pp. 130-136による区分が参考となる。

⁸⁸ したがって、1989年12月31日法が発効する以前の保証契約に本条は適用されない(CA Grenoble, 20 févr. 1996, *JCP G*, 1997.I.3991, p.22)。

⁸⁹ Cass. 1^{er} civ., 15 mai 2001, *RD bancaire et fin.*, juillet-août 2001, comm. 144.

(c) 不均衡の評価

比例原則の要である、「不均衡」という点に関して、L.313-10 条は保証契約と保証人の支払能力との間の不均衡は「明らか」でなければならないと規定している。したがって、単に保証債務の金額が保証人の資産を上回っているという理由だけで不均衡と判断されるわけではないし、また、下回っていれば不均衡とされないというわけではない⁹⁰。たとえば、不均衡と判断された裁判例として、保証人の収入が 1 ヶ月当たり 7,800 フランであるのに対して、保証債務の額が 1 ヶ月当たり 3,300 フランであった場合、要するに、月額収入の約 42%に当たる金額が保証債務とされていた場合⁹¹、保証人の年収が 68,067 フランであるのに対して保証金額が 106,000 フランであった場合⁹²などがある⁹³。ただし、実際には、保証人の支払能力の評価は、保証人から債権者に対して伝えられる情報に依拠しており⁹⁴、それゆえ、債権者は保証人が自己の資産および収入の状況について署名した文書を保存しておくのが得策であるとされている⁹⁵。連帯保証契約により、複数の保証人がいる場合は、不均衡の評価は個々の保証人の支払能力と保証債務との間において行われ、各保証人の支払能力の「累積」と保証債務との間においてなされるわけではない⁹⁶。これは、連帯保証の場合、各保証人がそれぞれ保証債務の全額について責任を負っているからである。また、支払能力の評価（明白な不均衡）は、客観的なものであり、保証人の「心理状態」によって決定されるわけではない⁹⁷。

(d) 本条による制裁

支払能力の評価時および本条の効果に関しては多少の注意を要する。L.313-10 条は、保証契約が不均衡と評価された場合の制裁について、「無効」ではなく「当該保証契約を主張することができない」と規定している。問題は、本条の「主張することができない」という部分の解釈であるが、破毀院によると、これは「無効 (nullité)」ではなく、「失権 (déchéance)」を意味しているとされる⁹⁸。したがって、「……ただし、保証人が請求を受けた時点で、保証人の資産が自己の保証債務の履行を可能とするものである場合は除く」という部分とあわせて、次のような解釈が可能となる。すなわち、たとえ、保証契約の締結時において、保証債務と保証人の資産および収入との間に明白な不均衡であるとの評価

⁹⁰ Picod et Davo, *supra* note 17, p. 298.したがって、支払不能のみを理由として、不均衡であると判断されるわけではない。

⁹¹ CA Paris, 30 janv. 1996, *Juris-Data*, n° 1996-020531.

⁹² CA Paris, 27 mai 1997, *Contrats conc. consom.*, mars 1998, comm. 47.

⁹³ 比例原則の「不均衡」の評価に関する判例の分析としては、Olivier Cuperlier et Alain Gorny, *L'engagement disproportionné de la caution après la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 sur l'initiative économique (Réflexions et statistiques)*, *JCP E*, 2004, 1475, n° 41, pp. 1583-1584 が詳しい。

⁹⁴ したがって、反対から言えば、比例原則の規定は、金融機関に対して、保証人の資産や、収入、税金の支払い状況など、様々な情報を調査する義務を課すものと評価できる (Alain Cerles, *Le cautionnement et la banque*, 2^e ed., 2008, *Revue Banque*, p. 64)。

⁹⁵ Legeais, *supra* note 87, n° 171, p 132.

⁹⁶ Cass. 1^{er} civ., 22 oct. 1996, *Bull. civ. I*, n° 362.

⁹⁷ CA Paris, 27 mai 1997, *supra* note note92 ; Legeais, *supra* note 87, n° 171, p. 132.

⁹⁸ Legeais, *supra* note 87, n° 171, p 132.

がなされたととしても、その後、保証人の資力が改善し、保証契約履行時において当該保証契約を履行できる状態にあることを債権者が証明することができれば、本条には反しない、つまり、有効な保証契約となりうるのである⁹⁹。要するに、立法者としては、保証人を倒産等の窮地に陥らせることがないようにすることを望んでいたのであり、保証債務の履行時に、これを履行できる資産を有する保証人まで保護する必要はないのである。しかしながら、保証契約の締結時に支払能力があった保証人が、保証債務を履行する段階において支払能力が低下してしまったような場合は、同条によっても保護されないとされる¹⁰⁰。なぜならば、このようなことが認められると、保証契約が著しく不安定なものとなりうるし、場合によっては、保証人が、意図的に自身の支払能力を低下させる恐れもあるからである¹⁰¹。ちなみに、立法草案の段階においては、保証人の財政状況に関する帳簿の事前の検証がなく締結された保証契約を無効にできる権限を裁判官に付与するという修正が検討されたが、上記のような規定で保証人の保護という目的は達成できるという理由から削除されている¹⁰²。

ところで、このような、比例原則の構造は、他人物売買の法理に似ているとされる¹⁰³。すなわち、他人物売買は本来無効であるが¹⁰⁴、売買契約の後に、売主が当該物の所有権を取得すれば、買主に対する追奪担保責任が生じる恐れはなくなるのであり、結果として、有効な契約が締結されたのと同じ状況になるという点が類似しているということである¹⁰⁵。

(iii) 立法動機

比例原則は、フランス独自のものではなく、これが既に、確立しているドイツ法から着想を得て立法化したものであるとされる¹⁰⁶。1989年12月31日法の立法草案に関する議論においては、そもそも支払能力のない保証人に対して保証契約を締結させたところで、債権者にとっては何の意味もないのであって、同原則は無益なものであるという指摘がなされていた¹⁰⁷。つまり、若干、違和感のある指摘ではあるが、過剰保証などというものは、保証の趣旨からして観念できないということである。しかしながら、周知の通り、実務においては、支払能力がない者に対しても保証契約の締結を要求することは、決して特別なことではなく、この場合の保証契約は、主たる債務者に対する精神的な圧力をかける目的

⁹⁹ Legeais, *supra note* 87, n° 171, p 132.

¹⁰⁰ Paisant, *supra note* 60, n°114.

¹⁰¹ Simler, *supra note* 32, n° 248, pp. 260-261. ただし、民法典 1244 条 2 項（1 年を超えない範囲での裁判所による弁済および執行の猶予）による支払の猶予が認められるかどうかは別問題である。この点につき、Paisant, *supra note* 60, n°s 113-114 参照。

¹⁰² Déb. Ass. nat., *compte rendu intégral*, 8 déc. 1989, pp. 6149-6150.

¹⁰³ Paisant, *supra note* 60, n°112.

¹⁰⁴ 民法典 1599 条「他人の物の売買は無効である。それゆえ、他人物売買は、買主が当該物が他人に属していることを知らなかった場合、損害賠償を生じさせる」。

¹⁰⁵ Paisant, *supra note* 60, n°112.

¹⁰⁶ Gac-Pech, *supra note* 85, n° 10, p. 15 ; Legeais, *supra note* 87, n° 171, p 131.

¹⁰⁷ Déb. Sénat, *compte rendu intégral*, 14 nov. 1989, p. 3219.

でなされている。つまり、主たる債務者は、自身の債務不履行によって、自分を信頼した保証人の財産に対する追及が行われ、場合によっては倒産状態に追い込む恐れがあるということを自覚させることにより、債務を履行しなければならないという精神的な拘束を掛ける道具として保証契約が利用されているということである¹⁰⁸。

もともと、1989年12月31日法の制定以前において、保証人の支払能力に関する規定が存在していなかったわけではない。民法典2295条（旧2018条）は、「保証人を提供する義務を有する債務者は、契約能力を有し、当該債務の目的について責任を負うための十分な財産を有し、かつ、保証人が与えられるべき場所の控訴院の管轄権限区域内にその住所を有している者を保証人として提示しなければならない」と規定し、続いて、2296条（旧2019条）が、「保証人の支払能力は当該保証人の不動産の所有権によってしか評価されない。ただし、商事に関する場合、または、債務が小額の場合は除く」と規定している。つまり、民法典は、保証人の支払能力に関する一定の規律を、既に有していたのである。しかしながら、2295条および2296条は、は、そもそも、債務者が、法律または裁判所によって、保証人を提供する義務を負わされる場合の規律であり、また、保証人自身が同条の規定の不遵守を援用できるわけではない。さらに、債権者に対しては、何らの規制もなされていないので、同条の条件を満たさない者を保証人として受け入れるかどうかは、全く自由なのである¹⁰⁹。

一方、判例は、保証人の資産と保証債務の額が不均衡である保証契約に関して、一定の条件のもとで、保証人による錯誤無効の主張を認める場合があった。すなわち、保証人の資産の不足と保証債務の規模との間の不均衡が、保証債務の程度のみならず、保証契約のコース（cause）に関する錯誤の結果として生じた場合には、当該保証契約は無効になりうると判断している¹¹⁰。ただし、この場合は、保証人が、取引について、とりわけ、主たる債務者の財産状態に関して無知であったことにより、自己の保証契約の正確な範囲を評価することができなかったことを証明しなければならず、裁判所としては、錯誤による保証契約の無効に対して慎重な態度をとっていたとされる¹¹¹。このような状況の中、比例原則は、1989年12月31日法制定の際に、元老院から付託された法案に関して国民議会による修正として追加され¹¹²、増加する過剰債務者に対する保護政策の一環として導入されたのであった。

¹⁰⁸ Paisant, *supra note* 60, n° 109.

¹⁰⁹ Paisant, *supra note* 60, n° 110.

¹¹⁰ Cass. civ. 1^{er}, 4 juill. 1979, *D.*, 1979, inf. rap. 536. 要するに、不均衡というだけでなく、他の様々な要素と併せて判断されるということである（François, *supra note* 85, n° 112, p. 91）

¹¹¹ Paisant, *supra note* 60, n° 110.

¹¹² Déb. Ass. Nat., *supra note* 102, pp. 6149-6150 ; Doc. Ass. Nat., n° 1085, *Rapport*, 14 déc. 1989, p. 23.

第5款 保護範囲の拡大③（1994年2月11日の法律：マデラン法）

1 立法動機

「主導性および個人企業に関する 1994 年 2 月 11 日の法律第 126 号（Loi n° 94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle）」は、法案提出者である、当時の企業・経済開発大臣マデランの名をとって、一般的に「マデラン法」と呼ばれている（以下、「マデラン法」という）¹¹³。既述の通り、フランスは 1970 年代のオイルショックによる経済不況を長期にわたって引きずっていた。この状況は、1990 年代に入っても変わらず、マデラン法の制定も、このような経済不況からの脱却を目指したミッテラン政権の政策のひとつとして位置づけられる¹¹⁴。マデラン法は、当時のフランスにおいて、企業の大部分を占め、国内の生産面および雇用面において重要な役割を演じている中小・零細企業¹¹⁵を取り巻く環境を改善することを目的とした法律である¹¹⁶。そのため、会社の設立に係る行政手続の緩和や、税法、会計法、登記制度等の改正を通じて、個人企業の設立を容易にするための多数の条文が含まれている¹¹⁷。

2 保証人に対する保護の内容

(1) マデラン法 47 条の目的

マデラン法においては、その第 47 条が保証人の保護を強化する内容を含んでいる。同条は、全 4 項から成り、個人企業の設立を促進するに当たり、事業主の責任を制限するという政策のうちの一つとして、個人事業主の資産（patrimoine）を保護することを目的としている¹¹⁸。民法典は、家産の不可分性（indivisibilité）を絶対の原則として掲げているところ、個人事業主の場合は、事業のために必要な資産と、それ以外の事業とは無関係な個人資産とが一般的に分離していない。このため、家産の不可分性を絶対視すれば、個人事業主は、事業上生じた債務についても、自己の資産を自動的にその引当の対象とされてしま

¹¹³ 鈴木千佳子「会社法の簡略化—イニシアチブと個人企業に関する一九九四年二月一日の法律第九四—一二六号」日仏 19 号 116 - 117 頁（1995 年）。

¹¹⁴ 三井正信「社会法と個人企業—個人的イニシアチブと個人企業に関する一九九四年二月一日の法律第九四—一二六号」日仏 20 号 134 頁（1997 年）。

¹¹⁵ フランスにおける中小企業の定義は明確ではないが、小企業は従業員数が 10～49 人の企業を指し、中企業は 50～499 人の企業を指すとされる。また、1995 年時点でのフランスにおける生産の 54% を中小企業が担い、1,300 万人の賃金労働者のうち 860 万人が中小企業に勤務しているとされる（中小企業総合事業団調査国際部調査第一課「ヨーロッパの信用保証制度～フランス～」信用保険月報 45 巻 1 号 37 頁〔2002 年〕）。なお、entreprise とは、「企業」と同時に「請負」も意味するため、ここで言う「個人企業（l'entreprise individuelle）」とは、企業それ自体というよりも、「独立した職業活動を行っている個人というニュアンスが強い」とされる（三井・前掲注〔114〕134 頁）。

¹¹⁶ Doc. Ass. Nat., n° 852, *Projet de loi*, 15 déc. 1993, pp. 2 - 5.

¹¹⁷ その概要については、Doc. Ass. Nat., *supra note* 116, pp. 2-11 のほか、鈴木・前掲注（113）117-119 頁、三井・前掲注（114）134 - 136 頁を参照。

¹¹⁸ Doc. Ass. Nat., n° 928, *Rapport*, 12 janv. 1994, p. 99.

い不都合である。とはいえ、事業に必要な資産と、事業主の個人資産とを明確に分離するとすれば、民法典の基本原則たる不可分性を見直さなければならなくなってしまう¹¹⁹。そこで、個人経営者の資産のうち、経営上生じた債務については、事業に必要な資産を優先的にその引き当ての対象とすること（第 47 条 1 項および 3 項¹²⁰）などにより、この不都合を回避しようとしたのである¹²¹。

(2) 経営者保証の制限

1 項および 3 項による経営者の保護に付け加えて、マデラン法第 47 条第 2 項は 1984 年法に第 60 - 1 条を追加するという形を採り、「個人事業主 (entrepreneur individuelle) のために自然人によって合意された、職業上の契約に関する債務についての保証契約に規定されている連帯の約定および検索の利益の放棄の約定は、保証人の義務が、主たる債務、利息、費用および附従する債務を含んだ、明白かつ契約上定められた総額に制限されない場合は、記載のないものとみなす (第 1 項)。個人事業主の職業上の債務を担保するために自

¹¹⁹ Doc. Ass. Nat., *supra note* 118, p. 99 ; Doc. Sénat, n° 252, Rapport, 19 janv. 1994, p. 118.

¹²⁰ マデラン法 47 条 1 項および 3 項は以下のような内容である。すなわち、第 1 項は「金融機関の活動および規制に関する 1984 年 1 月 24 日の法律第 46 号」に 60-1 条を挿入する形をとり、「金融機関が個人経営者に対してその事業活動のために合意するあらゆる金銭的支援を行う場合、経営に不可欠ではない財産に対する物的担保の設定または自然人による人的担保の設定を求める金融機関は、経営に不可欠な財産も担保として提供することが出来ることおよびその金額を、書面により経営者に対して通知しなければならない (1 項 1 号)。個人経営者が 15 日以内に返答しない、または、個人経営者から提示された担保を金融機関が拒絶した場合、金融機関は、その個人経営者の経営に不可欠ではない財産に対して金融機関が設定することを望む担保の金額を当該経営者またはその他すべての担保負担者に対して通知しなければならない。経営者が拒絶するときは、金融機関は責任を問われることなく、融資を拒絶することができる (1 項 2 号)。金融機関が 1 号および 2 号所定の方式を遵守しないとき、金融機関と個人経営者との関係において、金融機関はその担保の設定を主張することはできない。不動産または動産担保 (sûreté) により設定された担保 (garantie) が登記されているときは、金融機関は、その登記の抹消の日より、当該担保を主張することができない (1 項 3 号)」と規定している。また、第 3 項は「民事執行手続の改革を目的とする 1991 年 7 月 9 日の法律第 650 号」に第 22 - 1 条を挿入するという形をとり「個人経営者の事業活動に由来する契約上の債権の名義人が、その経営者の財産に対して執行名義による強制執行を行おうとする場合、当該経営者は、本法 14 条 4 項の規定にかかわらず、かつ、事業活動に不可欠な財産が債権の弁済を担保するのに十分な価値を有するものであることを証明した場合には、先だつてその財産に対して執行を行なうように求めることができる (3 項 1 号)。債権者は、この提案が自身の債権の回収を危険にさらすものであることを証明した場合には、その要求を拒絶することができる (3 項 2 号)。害する意思がない限り、債務者の要求を拒絶した債権者の責任は問われない (3 項 3 号)」と規定している。なお、4 項は、本稿 3 号が、マデラン法が有効となる前に開始された強制執行手続には適用されないことを定めている。1 項および 3 項については、①そもそも、「経営に不可欠な財産」をどのように定義すべきか、②金融機関が融資をするかしないかは金融機関の自由であるというのが銀行法の原則であるところ、あえて 1 項 2 号や 3 項 3 号のような規定を設けることは、金融機関による融資の拒絶をより正当化することとならないか、③1 項 3 号は、金融機関による 1 項の不遵守は、登記の抹消後にその担保権の主張が出来なくなると定めているが、これは、担保法上当然の原則であり、要するに、金融機関に対する罰則がないのに等しい、などの批判がなされていた (Doc. Ass. Nat., *supra note* 118, pp. 100 - 101)。

¹²¹ Doc. Ass. Nat., *supra note* 118, p. 99.

然人によって合意された期間の定めのない保証契約の場合は、債権者は、企業の経営難の予防および同意整理に関する 1984 年 3 月 1 日の法律第 148 号第 48 条に規定された条項を遵守しなければならない（第 2 項）。本条第 1 項の規定は、本法律が施行されたのちに締結された契約に適用され、2 項の規定は 1994 年 9 月 1 日より同項に該当する債権者に対して適用される」（括弧内、下線、筆者）と規定している。

先に見たように、消費者信用および不動産信用についての保証契約においては、1989 年 12 月 31 日法によって、保証債務の総額や連帯の文言を保証人の手書きにより明示しなければ、その保証契約は無効となる。一方において、これらの領域に属さない保証契約については、なお、このような厳格な規律には服さない。とりわけ、商人により締結される事業上の保証契約については、商法典 110 - 3 条¹²²により、「全ての商行為はいかなる方法によっても証明される」とされているため、なおさら、書面の作成などは義務ではない¹²³。したがって、一定の範囲においては、なお包括的な保証契約は有効であるところ、本項は、まず、その前段で、個人事業主の事業上生じた債務についての自然人による連帯保証契約に関して、保証債務の総額等を明示することを要求し、金額の定めのない保証契約における保証人の保護を強化している。続いて、後段では、個人事業主の事業上生じた債務について期間を定めずに保証した自然人たる保証人に関しては、1984 年法第 48 条に定められた文言を遵守すること、すなわち、主たる債務の状態に関する情報、および、任意解約権の行使条件を通知するなどの義務を債権者（金融機関）に課している。これは、要するに、1984 年法第 48 条において、「企業に対する融資」について、「金融機関」に課せられていた義務を、「個人事業主に対して融資を行うすべての債権者」へと拡張することを意味する¹²⁴。

（3）評価

本条によって、保証人の保護の枠組みに、「個人事業主の職業上の債務についての自然人による保証契約」という、新たな範囲が追加されることとなった¹²⁵。これによって、少な

¹²² 商法典 110 - 3 条「商人に関しては、全ての商行為は、法律に別な定めがない限り、いかなる方法によっても証明される」。

¹²³ Doc. Ass. Nat., *supra note* 118, p. 101 ; クロック・前掲注 (1) 202 頁およびその脚注 (29) (2005 年) ; Simler, *supra note* 32, n^o 381-383, pp. 389-392. 389-392. なお、判例上、特定保証と包括的保証がそれぞれ有効とされる要件（前者の方が厳格である）について、クロック・前掲書 206-209 頁 ; Doc. Ass. Nat., *supra note* 118, p. 101、後掲注 (138) および第 2 章第 3 節第 2 款参照。

¹²⁴ Simler, *supra note* 32, n^o 438, pp. 458-459. なお、本項は事業主の個人資産を保護することを目的とした本条 1 項および 3 項（前掲注 [120] 参照）を保証の側面から支えるという目的を有しているようである（Doc. Ass. Nat., *supra note* 118, pp. 99-102 参照）。つまり、個人事業主と資産を共有する家族による連帯保証や根保証を制限することで、その資産を間接的に保護するということであろう（Pascal Rubellin, L'étrange protection des biens non nécessaires à l'exploitation d'un entrepreneur individuel-Remarques sur l'article 47 de la loi «Madelin» du 11 février 1994, *JCP G*, 1995.I.3856, n^o 6, p. 290 参照）。

¹²⁵ Simler, *supra note* 32, n^o 417, p. 436.

くとも、このカテゴリーに属する連帯保証契約については、金額を無制限とする、いわゆる包括根保証契約は締結することができなくなり、また、期間の定めのない（融資の）保証については、1984年法第48条の規律下におかれることとなった。しかも、1984年法第48条と比較すると、同条が主たる債務に関する毎年の情報提供と期間の定めのない保証契約の場合における任意解約権の通知の義務を負わせる主体を「金融機関」としているのに対し、マデラン法第47条2項は、単に「債権者」としており、文言上は、義務を負う主体の範囲が大きく拡張されている¹²⁶。しかし、通常、融資を行なう主体は金融機関であるため、これによって、保証人の保護範囲がとりわけ拡張されたというように見ることはできないだろう。なお、本条は強行法規と解されているため、保証人は本条が規律する債権者の義務を免除することはできず¹²⁷、また、債権者は連帯保証人の各々に対して本条の義務を負うとされている¹²⁸。

第6款 賃貸借契約における保証人の保護（1994年7月21日の法律）

1 立法動機

1970年代後半よりの経済状況の悪化や、経済政策の変動の中、フランスでは失業などの問題に加えて、人々の生活の拠点たる住居に大きな問題が生じていた¹²⁹。すなわち、いわゆる「あばら家」のような住宅で生活する者や、劣悪な共同住宅に詰め込まれるようにして生活する者、さらには、そもそも住む家がない者などが増加の一途をたどっていたのである¹³⁰。一方において、このような状況を改善するためには、住居を新築または改修する必要があり、そのためには、住宅市場に対する活発な投資が必要であるところ、1980年代以降、フランスでは住居に関する法律が多数制定され¹³¹、その条文の適用関係が複雑化し¹³²、また、このような頻繁な法律の制定が、とりわけ、税制上の観点から、法的安定性を失わせることとなったため、住宅市場に対する投資意欲が失われていた¹³³。このような中、1993年に政府により発表された不動産市場の活性化政策に呼応し、住宅投資を促進するた

¹²⁶ Simler et Delebecque, *supra note* 4, n° 162, p. 148-149 ; クロック・前掲注 (1) 221 - 222 頁.

¹²⁷ CA Paris, 25 avr.2003, *RD bancaire et fin.* septembre-octobre. 2003, somm. 188.

¹²⁸ Cass. com., 17 mai 1994, *Bull. civ.*IV, n° 176 ; Legeais, *supra note* 87, n° 302, p. 229.

¹²⁹ Doc. Sénat, n° 453, *Rapport*, 25 mai 1994, p. 7.

¹³⁰ Doc. Sénat, *supra note* 129, p. 7 ; Doc. Ass. Nat., n° 1379, *Rapport*, 15 juin. 1994, p. 9.

¹³¹ 賃借人と賃貸人の権利義務に関する 1982年6月22日の法律第526号 (La loi n° 82 - 526 du 22 juin 1982 relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs)、賃貸（住宅）に関する投資、社会住宅の所有権の取得および不動産の供給の促進を目的とする 1986年12月23日の法律第1290号 (La loi n° 86 - 1290 du 23 décembre 1986 tendant à favoriser l'investissement locatif, l'accession à la propriété de logements sociaux et le développement de l'offre foncière)、賃貸関係の改善を目的とする 1989年7月6日の法律第462号 (La loi n° 89 - 462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs)、住宅に関する権利の利用を目指す 1990年5月31日の法律第449号 (La loi n° 90 - 449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement) などである。

¹³² Doc. Ass. Nat., *supra note* 130, p. 7.

¹³³ Doc. Ass. Nat., *supra note* 130, p. 8.

めの法的安定性を確保するなどして、国民の住宅環境を改善することを目的として制定されたのが、「住居に関する 1994 年 7 月 21 日の法律第 624 号 (Loi n° 94-624 du 21 juillet 1994 relative à l'habitat)」(以下、「1994 年 7 月 21 日法」という)である¹³⁴。具体的には、社会における均衡 (l'équilibre) を回復させるという観点から、低家賃集合住宅 (HLM) をその居住者が容易に購入することが出来るようにすること、賃貸人と賃借人の関係の改善、低所得者に対する住宅の供給などをその内容としている¹³⁵。

2 保証人に対する保護の内容

(1) 手書き記載の要件

1994 年 7 月 21 日法第 23 条は、1989 年 7 月 6 日の法律に第 22-1 条を追加するという形をとり、「本編の適用に関して締結される賃貸借契約から生じる債務の保証契約がいかなる期間の表記も含んでいない場合、または保証契約の期間が期間の定めのないものとされている場合は、保証人はその保証契約を一方的に解約することができる。この解約は、当初の契約であるかまたは更新あるいは継続された契約であるかに関わらず、貸主が解約の通知を受けたときの賃貸借契約の期間の満了時に、その効力を生じる (第 1 項 1 号)。保証人となるものは、賃貸借契約に記載されている賃料の総額および更新の条件を手書きで転記し、明白かつ一義的に定まる方法で、自己の契約した債務の性質および範囲を認識していることおよび範囲を手書きで記載し、かつ、前号を手書きで転記した上で、自己の署名をしなければならない。賃貸人は、保証人に対して、賃貸借契約の写しを一部交付しなければならない。これらの方式が示されない場合、その保証契約は無効となる (第 1 項 2 号)。上記の 1989 年 7 月 6 日の法律第 22 - 1 条の規定は本法律が公布されたのち 2 ヶ月後に施行される。本規定は施行日より前に締結された保証契約には適用されない (第 2 号)」(下線、括弧内、筆者) と規定している。

賃貸借保証において保証人となる者の多くは、賃借人の友人や両親などが多いところ、彼らは常に自身の契約内容を熟知した上で保証人となるわけではない¹³⁶。その一方で、判例は、保証契約に民法典 2292 条 (当時は 2015 条¹³⁷) が適用されることの帰結として、保証契約は、その債務総額が不明となる包括的なものである場合、保証人が、一義的に定まる方法で、その債務の性質および範囲を認識している必要があるとしている¹³⁸。しかし、このような基準だけでは、実際、保証人がどのような場合に自己の保証債務の内容を認識していたといえるかが不明確であり、この不明確さを排除するために設けられたのが本条

¹³⁴ Doc. Sénat, n° 416, *Projet de loi*, 11 mai 1994, p. 2.

¹³⁵ Doc. Sénat, *supra note* 129, p.7 ; Doc. Sénat, *supra note* 134, pp. 3-9.

¹³⁶ Doc. Sénat, n° 453, *Rapport*, 25 mai 1994, p. 35.

¹³⁷ 2006 年 3 月 23 日のオールドナンス第 346 号 (以下、「2006 年のオールドナンス」という) による改正前のもの。

¹³⁸ Cass. 1^{re} civ., 4 mars 1986, *Bull. civ.*I, n° 274.

である¹³⁹。したがって、本条は、1984年法や1989年12月31日法により設けられた、任意解約権の明示や契約時の手書き記載の要件の適用範囲を賃貸借保証にまで拡張したものと見ることができる。しかし、本法律自体の目的には不動産投資の促進ということが含まれていることから明らかなように、本条は単に保証人の保護を図ったというだけではなく、保証契約における方式の明確化を図ることや、任意解約権が行使された場合の解約の効果の発生時を、その賃貸借契約の終了時にまで遅らせることなどにより、保証人を担保として取った債権者（不動産の所有者）に、法的な安全を与ようという意味合いもあることには注意を要する¹⁴⁰。

(2) 支払事故の通知

続いて、1994年7月21日法第24条は、1989年7月6日の法律第24条を修正するという形をとり、「本編の適用に関して締結される賃貸借契約から生じる債務が保証によって担保されている場合には、支払差押前催告状（le commandement de payer）¹⁴¹は、賃借人に対して当該催告状が送達（signifié）されてから、15日以内の期間に保証人に対して送達される。これがない場合には、当該保証人は遅延賠償金または遅延利息の支払義務を負わない」（括弧内、下線、筆者）と規定している。

賃借人が賃料の支払を怠ったというような場合、賃貸人は訴訟を提起するなどして直ちに賃料が回収できるとは限らない。例えば、1989年7月6日の法律第462号第24条によれば、たとえ、賃料の未払いを理由とする契約の解除条項が賃貸借契約に含まれているような場合であっても、このような状態を改善するために、賃借人は支払を2ヶ月間は猶予してもらふことが出来る¹⁴²。一方で、賃貸借の保証人は、主たる債務者たる賃貸人の賃料

¹³⁹ Doc. Sénat, *supra note* 136, p. 35. なお、本条は草案当初のものと比較すると以下のような変更点が見られる。①当初、任意解約権を行使できるのは、「期間は示されているが不確定の保証契約」を締結した保証人とされていた（Doc. Sénat, *supra note* 134, pp. 17 - 18.）が、これでは、そもそも期間が示されていない場合の保証人が保護されなくなるなどの不都合があるため、本条のような修正が行なわれた（Doc. Ass. Nat., *supra note* 130, pp. 61-62）。②本条第1項の前には「本編の適用に関して締結される賃貸借契約から生じる債務の保証契約がいかなる期間の表記も含んでいない場合、保証契約は、その契約の間についてのみ適用され、更新または継続された契約から生じる債務については拡張されない」という項目が定められていた（Doc. Sénat, *supra note* 134, p. 17）が、適用の範囲を明確にし、かつ、条文を簡素化するため1つの項目にまとめられることになった（Doc. Ass. Nat., *supra note* 130, pp. 62 - 63）。③当初、「賃貸借契約に記載されている賃料の総額および更新の条件を手書きで転記し、明白かつ一義的に定まる方法で、自己の契約した債務の性質および範囲を認識していること」という部分はなく、単に、前号の文言（任意解約権の明示）を転記するだけとされていた（Doc. Sénat, *supra note* 134, p. 18.）が、これでは内容の明確性が担保できないとの理由で、複数の修正が行なわれ上記のような文言となった（Doc. Sénat, *supra note* 136, pp. 35 et 97 ; Doc. Ass. Nat., *supra note* 130, pp. 61-63 et 147 ; Doc. Ass. Nat., n° 1440, *Rapport*, 29 juin 1994, p. 7 [Doc. Sénat, n° 558, *Rapport*, 29 juin 1994, p. 7]）。

¹⁴⁰ Doc. Sénat, *supra note* 134, p. 6 ; Doc. Sénat, *supra note* 136, pp. 34-35 ; Doc. Ass. Nat., *supra note* 130, p. 61.

¹⁴¹ 訳語は中村ほか・前掲注〔37〕86頁を参考とした。

¹⁴² 賃貸人がこの間に訴訟を提起したとしても裁判所は民法典1244-1条1項に定める期間（現

についての債務不履行を直ちに知るということは稀であり、保証債務を請求されて初めて気付くことの方が多¹⁴³。そこで、とりわけ、近親者が締結することが多い賃貸借保証契約においては、賃料に関する支払事故が生じた際に、その事実を直ちに保証人に通知することで、このような支払の猶予期間中に、近親者たる保証人が賃借人に賃料を支払うように促すことを期待することができ、また、裁判所への負担も減らすことができる¹⁴⁴。本条はこのような効果を期待して制定されたものである。なお、草案当初、本条のサンクションは「(通知がなければ)保証人は支払催告状に記載された金額を支払う義務を負わない」、すなわち、事実上の保証債務の免責とされていた¹⁴⁵。しかし、本条が定める保証人への支払催告状の送達は、先に見た 1989 年 12 月 31 日の法律によって設けられた支払事故の通知と類似するものであるため、そのサンクションも合わせた方が望ましいという理由から、本条のように修正されたという経緯がある¹⁴⁶。

3 補論：「住居および疎外に対する戦いのための集結に関する2009年3月25日の法律第323号」による改正

(1) 保険を締結した賃貸人による保証の禁止

本稿の検討範囲からは外れるけれども、上記の賃貸借保証に関する規律との関係で、賃近時の重要改正の1つにつきここで触れておく。「住居および疎外に対する戦いのための集結に関する2009年3月25日の法律第323号 (Loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion)」(以下、2009年3月25日法) 第55条は、賃貸借保証に関して、「1989年7月6日の法律第462条第22-1条の冒頭に、次のように作成された4行を付加する：保証は賃借人の賃貸債務を担保する保険を締結した賃貸人によって請求されることはできない (①)。賃貸人が、専ら4親等までに含まれる親族および姻族の間で設立された民事会社を除いた法人である場合、保証は以下の場合しか請求されることはできない (②)：

—保証が、コンセイユ・デタのデクレによって定められたリストにある機関の1つによってもたらされている場合。

—または、住居が高等教育の奨学金を受給していない学生に賃貸されている場合 (③)」(下線、丸付き数字は筆者)と規定している。

在は2年)を上限として賃借人の支払を猶予することが出来る(1989年7月6日の法律第462号第24条2項)。

¹⁴³ Doc. Ass. Nat., *supra note* 130, p. 63.

¹⁴⁴ Doc. Sénat, *supra note* 136, p. 36. したがって、保証人に対する通知も、執行吏 (huissier) が行なう執行吏送達 (signification) ではなく、単なる通知 (notification) にした方が、司法の負担も軽減されるという理由から «signifié» を «notifié» に修正するという案もあった (Doc. Ass. Nat., *supra note* 130, p. 63) が、結局、司法による介入があった方がむしろ望ましいとして «signifié» となった (Doc. Ass. Nat., *supra note* 139 [n° 1440], p. 7 [Doc. Sénat, *supra note* 139 [n° 558], p. 7]) という経緯がある。

¹⁴⁵ Doc. Sénat, *supra note* 136, pp. 36 et 98.

¹⁴⁶ Doc. Ass. Nat., *supra note* 130, pp. 63-64 et 150.

本条はまず、賃料債務を担保する保険契約を締結した賃貸人による保証の利用を一般的に禁止しつつ、加えて、「4親等までに含まれる親族および姻族の間で設立された民事会社を除く」法人については、2つの例外を除いて賃貸借保証を利用できない旨を定めている。すなわち、保証が一定の機関保証に属するものである場合と、学生に賃貸されている場合である。後段部分については、要するに、原則として、賃貸人が上記の民事会社および自然人の場合に限って、賃貸借保証の利用を認めるということの意味している¹⁴⁷。

(2) 立法動機

本章の目的との関係でとりわけ興味深いのは、その立法動機である。少し詳細に観察すると次の通りである。本条の根底には、住宅供給の促進の前提として、（特に、賃貸不動産を1件しか有しておらず、そこからの賃料収入が、収入の多くを占めることになる個人賃貸人について）賃料の不払いリスクから賃貸人をどのように保護するのかという視点がある。この点について、当時のニコラ・サルコジ大統領はヴァンドゥール＝レ＝ナンシーにおける2007年12月11日の演説において、賃料不払いのリスクに対する「保険」の運用を希望しつつ、「……保証は消えゆくであろう。保証はもはや存在理由を失うであろう……」と発言しており、これが、本条を推進する契機となっている¹⁴⁸。しかし、保険の利用には次のような問題があった。第1に、保険の利用上の困難である。すなわち、賃貸借契約における保証の利用は一般的であり、また、民間賃貸用集合住宅（le parc locatif privé）の多くが自然人による所有となっているところ、仮に、保証が保険に完全に取って代わられることになってしまえば、特に、小規模な賃貸人にとっては、保険料の支払い自体が負担となってしまうのである¹⁴⁹。第2に、保証の機能である。例えば、収入のない学生が住居につき賃貸借契約を締結する際には、親がその賃料債務の保証人となるのが一般的であって（このような保証人の存在が学生に住居を与えている）、仮に、これが広く禁止されるとなれば、このような学生に不利益が及ぶこととなる恐れがある¹⁵⁰。第3に、保険は先のように小規模な賃貸人の負担を増加させる一方で、賃借人の責任を開放するという現象を引き起こしかねず、ここからすれば、実際に質素な賃借人の住居へのアクセスを、より多くの収入等を利用できる賃借人と同様の条件で可能とするようになるかは疑わしい、ということである¹⁵¹。この結果、賃貸借保証を一般的に禁止することはせずに保険を締結している場合に限って保証を禁ずればさし当り充分であること（①部分）、また、法人等を除いた零細な自然人の賃貸人については、なお、保証人の利用を認める必要があること（②部分）、加えて、学生の賃貸借契約における保証契約の利用の現状から保証人の利用を認める必要

¹⁴⁷ Doc. Sénat, n° 8, *Rapport*, 8 oct. 2008, p.163

¹⁴⁸ Doc. Sénat, *supra note* 147, p. 163.

¹⁴⁹ Doc. Sénat, *supra note* 147, pp. 164-165.

¹⁵⁰ Doc. Sénat, *supra note* 147, pp. 164-166.

¹⁵¹ Doc. Sénat, *supra note* 147, p. 166.

がある（③部分）ことなどから、本条が作成されたのである¹⁵²。

1994年7月21日法と同じく、本条もまた、一見、保証人の保護を推進するような体裁を持ちつつ、その大前提として、貸貸人（債権者）の保護を考えているものである。多くの場面で保証人の保護を強力に推進するフランスが、貸貸借の場面では、一步引いた対応を採っていることが伺われる、興味深い現象と指摘することができる。このような住居に関する貸貸借契約においては、住宅供給の促進という政策目的を前提としつつ、保証人だけでなく、弱い貸貸人（債権者）の保護も考える必要があり、ここにもまた、「保証人（保証契約）」を単純に一括りにすることができないことが如実に表れている¹⁵³。

第7款 債権者の情報提供義務の拡張と保証人の最低財産の保障（1998年7月29日の法律）

1 立法動機

フランスの当時の首相であったリヨネル・ジョスパン（Lionel Jospin）は、その政策として、雇用の創出と「疎外に対する戦い（la lutte contre les exclusions）」を掲げていた¹⁵⁴。消費の増加による経済回復や技術革新などによって、雇用の創出という点においては、一定の成果を挙げてはいたものの、長期間に及ぶ不況により受けた深い打撃からの根本的な回復からはほど遠い状況にあった。例えば、世帯の10%は貧困にあえぎ、200万人は生活保護手当（RMI）のみに頼って生活し、600万人は社会最低収入（minima sociaux）での生活を余儀なくされ、300万人は、長期に渡る失業状態に陥っていた¹⁵⁵。また、毎年、おおよそ5万人の若者が職業資格を得ずに教育機関を卒業し、人口の4分1は経済的な理由から医療機関での治療をあきらめざるを得ない状況にありあり¹⁵⁶、さらには、20万人が住む家がなく、200万人が粗悪な住宅での生活を余儀なくされていた¹⁵⁷。このような貧困は、個人から権利を行使する機会を奪うことになり、これは到底看過できないものであった¹⁵⁸。そこで、これを予防し、国民の雇用、住居、健康、文化などといった、「基本権へのアクセスを改善するための疎外に対する戦い¹⁵⁹」を行なうために制定されたのが、「疎外に対する戦いに関する方針についての1998年7月29日の法律第657条（Loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions）」（以下、「1998年法」という）であ

¹⁵² Doc. Sénat, *supra note* 147, pp. 165-166.

¹⁵³ 債権法改正との関係で貸貸借保証の問題に焦点を絞った研究であり、2009年3月25日法にも言及しつつ、その立法提案をするものとして、中田裕康「不動産賃借人の保証人の責任」千葉28巻1・2号666頁（2013年）がある。

¹⁵⁴ Doc. Ass. Nat., n° 780, *Projet de loi*, 25 mars 1998, p. 3.

¹⁵⁵ Doc. Ass. Nat., *supra note* 154, p. 3.

¹⁵⁶ Doc. Ass. Nat., *supra note* 154, p. 3.

¹⁵⁷ Doc. Ass. Nat., *supra note* 154, p. 4.

¹⁵⁸ Doc. Ass. Nat., *supra note* 154, p. 4.

¹⁵⁹ Doc. Ass. Nat., *supra note* 154, p. 6.

る¹⁶⁰。そして、同法には、このような貧困の予防と救済に関する措置として、保証人に対する保護の規定が複数含まれている。

2 保証人に対する保護の内容

(1) 過剰債務処理手続に関する通知

1998年法第100条は、個人の過剰債務状態の処理に当たる過剰債務委員会¹⁶¹の処理手続について定めている消費法典 L. 331-3 条¹⁶²を修正するという形を採り、「委員会は、主たる債務者の一つまたは複数の債務の返済が保証によって担保されていることを確認したときは、その保証人に対して手続の開始を通知する。保証人は委員会に対して書面により自己の意見を述べることができる」と定めている。

個人が過剰債務の状態に陥るのは、自身が（主たる）債務者である場合に限ったことではない。例えば、保証人のように、他者の債務を担保した結果として、自身の支払能力をこえる債務を背負うことも多い¹⁶³。本条は、このような、保証人を代表とする「間接的過剰債務状態（surendettement par ricochet）」の増加に対処するため、主たる債務者に関する過剰債務の処理手続の開始を保証人に通知し、保証人自身もその手続に関与できるようにしたものである¹⁶⁴。

なお、消費法典 L.331-1 条は、先に示した 2010 年法等により大きな修正を経ているところ、上記に示した 1998 年法による改正部分は維持されている。

(2) 民法典 2293 条の補完—根保証契約に関する情報提供義務—

1998 年法第 101 条は、民法典 2293 条（当時は 2016 条¹⁶⁵）に第 2 項を追加するという形

¹⁶⁰ そのための具体的な措置として、中心をなしているものの 1 つが、増加する過剰債務者の処理手続を改善するということであった。この点については、西澤・前掲注（68）37 頁以下を参照。また、同書は、改正された条文の訳出も含め、1998 年法の立法過程等についても詳細な分析を行なっている（44-63 頁）ので、合わせて参照されたい。

¹⁶¹ 過剰債務委員会とは国家による調停機関の 1 つであり、債務者からの申立に基づき、その経済状態等を調査した上で、支払の猶予などを通じ、過剰債務の整理を行なうものである。過剰債務委員会による過剰債務の処理手続については、西澤・前掲注（58）1 頁、同「フランス消費者倒産法における『誠意のある（de bonne foi）債務者の概念』」中野貞一郎＝石川明編『民事手続法の改革』319 頁（信山社、1995 年）、山本・前掲注（57）111 頁、町村・前掲注（58）「試訳」、同・前掲注（58）「実務（上）（下）」、後藤・前掲注（10）「法理論」338-341 頁、後藤ほか・前掲注（1）46-57 頁、などを参照。なお、本稿における消費法典等の条文の訳語についてもこれらの文献を参考としている。

¹⁶² 1998 年法は 100 条の他に、89 条によっても同条を大幅に修正している。本項の目的の都合上、ここで詳細は示さないが、簡単に言うと過剰債務委員会が債務者の経済状態をより詳細に検討できるようにするなどの措置を図るものである。1998 年法による修正後の同条については、後藤ほか・前掲注（1）88-89 頁に条文訳（2003 年 8 月 1 日の法律第 720 号第 35 条による改正前のもの）が掲載されているのでこれを参照されたい。また、修正の概要については、同書 47 頁のほか、西澤・前掲注（68）45-46 頁を参照。

¹⁶³ Doc. Sénat, n° 478, Avis, 4 juin 1998, p. 122.

¹⁶⁴ Doc. Sénat, n° 450, Rapport, 27 mai 1998, p. 271-272 ; Doc. Sénat, supra note 163, p. 122.

¹⁶⁵ 2006 年 3 月 23 日のオルドナンス第 346 号による改正前のもの。

をとり、「主たる債務について制限のない保証契約は、その債務に附従する一切の債務に及ぶ。同様に、最初の請求についての費用、および、保証人に対してなされた最初の請求の通知（*dénonciation*）以後の一切の費用についても及ぶ（第1項）。保証契約が自然人によって締結される場合は、その保証人は、少なくとも年に1度、当事者間で合意された日、または、これがない場合には契約より1年後の日に、被担保債権およびこれに附従する債務の総額の推移を債権者によって通知される。これがない場合には、その債務に附従する債務、費用および違約金についての一切の権利を失う（第2項）」（括弧内、下線、筆者）と規定している。本条は、1984年法第48条において定められていた、主たる債務等の毎年の推移を保証人に対して通知しなければならないという金融機関の義務を、根保証契約に関して一般化する目的で定められたものである¹⁶⁶。したがって、通知の主体は広く「債権者」とされており、保証契約が根保証であるという他は、特段、被担保債権に関しての制限もない。しかも、1984年法第48条の違反に対する罰則が「金利の喪失」であるのに対して、本条は「その債務に附従する債務、費用および違約金についての一切の権利を失う」というように、48条に比べて罰則が強化されていることに注意を要する¹⁶⁷。

（3）支払事故の通知

1998年法第102条は消費法典第3編に第4章「保証（*cautionnement*）」を新たに設けるとともに、同章にL.341-1条を挿入するという形を採り、「特段の規定がない限り、保証人となったすべての自然人は、主たる債務の弁済を請求することができる月において、弁済されない第1回目の支払事故があれば直ちに、主たる債務者の不履行について事業者たる債権者から情報の提供を受けなければならない。債権者がこの義務を遵守しない場合は、保証人は最初の支払事故の日から保証人が支払事故についての情報を通知される日までの期間に発生した遅延賠償金または遅延利息を支払う義務を負わない」（下線、筆者）と規定している。本条は、1989年12月31日法第19条第6項および第22条第5項と同様、主たる債務者に関する支払事故の情報を保証人に対して通知する義務を定めるものである。これは、保証契約の附従性について定める民法典2290条（当時は2013条）に、保証契約の無効という罰則をもって保証債務の限度額の明示を義務付ける旨の修正を加えようとした国民議会の提案に対して、①貸借契約などの継続的契約においては限度額を明示するということが有益ではなく、また、担保価値を失わせる、②過剰な保証債務を負った保証人については比例原則を定める消費法典L.313-10条等による保護を受けることができる、③自然人や法人の区別を問わないなど規律の範囲が広い民法典自体の修正は不都合である

¹⁶⁶ Doc. Sénat, n° 544, *Rapport*, 30 juin 1998, p. 96.

¹⁶⁷ 本条による2293条の修正に対しては、①一般的に「債権者」としてしまうと、金融機関ではない一般的な個人の債権者まで含まれてしまい、このような者が主たる債務の推移について調べ、保証人に通知しなければならない義務を負うというのは現実的ではない、②1984年法第48条よりも罰則が重いのは不当ではないかなどの批判が加えられ、元老院により一時は削除された（Doc. Sénat, *supra note* 166, p. 96）が、結局、維持されることとなった。

ということなどを理由に、間接的過剰債務の防止には、「自然人と事業者の間で締結された保証契約」を対象とした支払事故に関する情報提供義務の強化が望ましく、かつ、これを消費法典の中に規定すべきであるとする元老院の提案により挿入されたものである¹⁶⁸。1989年法の各条文と異なるのは、義務を負うものが「金融機関」から「事業者たる債権者」に拡大していること、および、主たる債務と保証契約の性質を考慮していないという点で、適用の範囲が広がっているということである¹⁶⁹。

(4) 民法典 2301 条の補完—保証人の最小限の財産の保護—

1998年法第103条は民法典2301条（当時は2024条¹⁷⁰）を補完するという形で、「保証人が前条¹⁷¹により認められる財産を提示し、かつ、検索のために十分な金銭を提供したすべての場合において、債権者は、保証人に対して、提示された財産の限度において、追及を怠ったことにより生じた主たる債務者の支払不能について責任を負う。（以下、追加部分）いかなる場合においても、保証契約の結果生じる債務の総額は、消費法典 L. 331 - 2 条¹⁷²に定められた最低限の資産を、保証人となった自然人から奪うことはできない」（括弧内、脚注、下線、筆者）と規定している。

本条は、保証人が保証契約を締結したことによって、その最低限保たれるべき生活水準が脅かされることのないようにするために国民議会の提案により設けられたものである¹⁷³。しかし、本条は、①そもそも主たる債務者が債務不履行に陥り、その債務を肩代わりすることで保証人自身の経済状態も著しく悪化するというのであれば、過剰債務委員会に対してその旨の書類を提出すればよいし、その時点においては、保証人自身が過剰債務状態に陥っていることはない¹⁷⁴、②裁判所は保証債務と保証人の資産が不均衡である場合にはこれを濫用的行為と判断するし、また、③仮に過剰債務状態に陥ったのであれば債務整理の手续を受ける資格を得ることができるのであるから、本条の修正は無意味である¹⁷⁵との批判が元老院から度々提出されたが、最終的に本条のような形となった。

(5) マデラン法 47 条 2 項の補完

1998年法第104条はマデラン法47条2項を修正するという形を採り、「保証契約が、個

¹⁶⁸ Doc. Sénat, n° 473, *Avis*, 3 juin 1998, pp. 82-85.

¹⁶⁹ Simler, *supra note* 32, n° 442, pp. 460 - 461.

¹⁷⁰ 2006年3月23日のオールドナンス346号による改正前のもの。

¹⁷¹ 前条とは民法典2300条（当時は2023条）のことであり、これは、いわゆる「検索の抗弁」の行使条件について定めるものである。

¹⁷² 消費法典 L. 331 - 2 条は、過剰債務委員会による過剰債務の処理手続において、債務者に留保すべき最低限の収入の金額について規律している。当時の条文（2003年8月1日の法律第720号第35条による改正前のもの）については、後藤ほか・前掲注（1）88頁を参照。また、本条の改正については、後掲注（196）参照。

¹⁷³ Doc. Sénat, n° 450, *Rapport*, 27 mai 1998, p. 272.

¹⁷⁴ Doc. Sénat, *supra note* 163, p. 125.

¹⁷⁵ Doc. Sénat, *supra note* 166, p. 97.

人経営者または会社 (société) の形態をとって設立された企業の業務上の債務を保証するために、自然人によってなされたものである場合、債権者は、その保証人に対して、債務の弁済期の月において、弁済されない第 1 回目の支払事故があれば直ちに、主たる債務者の不履行について通知しなければならない。これがない場合、保証人は、最初の支払事故の日から保証人が支払事故についての情報を通知される日までの期間に発生する賠償金または遅延利息の支払の義務を負わない」(括弧内、下線、筆者) と定めている。

マデラン法 47 条は、個人企業の業務上の債務について(連帯)保証契約を締結した自然人を、契約書面の明確化と年次の情報提供により保護するというものであったが、本条は、これに、支払事故についての情報提供による保護を付加するというものである。本条は、民法典 2301 条の修正により、保証人の最低限の生活を保護しようとする国民議会の案を無意味であると評価する元老院が、その代替案として提示したものであったが、国民議会は 2301 条の修正は残したままで、本条についても認めることとし¹⁷⁶、上記のような形となった。

第 8 款 主たる債務者の弁済＝主たる債務への優先充当 (1999 年 6 月 25 日の法律)

1 立法動機

貯蓄銀行 (caisses d'épargne) はフランスにおいて独自の地位を有している。すなわち、フランス国内に定着した、公益に資する大規模なネットワークを築き、国民の貯蓄を保護するための主要な役割を演じるとともに、集められた貯金によって住宅融資を行うという使命を果たしてきた¹⁷⁷。しかしながら、ヨーロッパ規模で金融機関が活動するようになった結果、金融機関同士の競争の拡大が生じたため、貯蓄銀行の収益は減少し、組織が効率的に運営できず、公益上の使命を果たすことが妨げられていた¹⁷⁸。このため、政府は、1983 年、1991 年の改革に続く、三度目の改革として、特に国民の貯蓄を保護するという観点から銀行体系を強化し、かつ、貯蓄銀行の現代化と変化する環境への適応を促す必要があった¹⁷⁹。

また、金融関連の企業は、長い間、活力と安定、変革と保護を両立させ、顧客から多くの信頼を得ていたが、金融部門の発展に不可欠ともいえる、資産の保護を行なうためには、非常時や平時を問わず、関係企業間において、有効な調整を可能とする「連帯 (solidarité)」が必要とされる¹⁸⁰。実際、金融関連の企業(与信機関、保険会社、投資会社)が債務不履行に陥ったような場合に、消費者を保護するための手段が、あるいは担保不足のため、あるいは資金繰りの手段が不十分なために、確保されているとはいえない状態にあり、そこ

¹⁷⁶ Doc. Sénat, *supra note* 168, p. 28 ; Doc. Ass. Nat., n° 1022, *Rapport*, t.III, 24 juin 1998, p. 30.

¹⁷⁷ Doc. Ass. Nat., n° 1244, *projet de loi*, 2 déc. 1998, p.3.

¹⁷⁸ Doc. Ass. Nat., *supra note* 177, p. 3.

¹⁷⁹ Doc. Ass. Nat., *supra note* 177, p. 4.

¹⁸⁰ Doc. Ass. Nat., *supra note* 177, pp. 16 - 17.

で、金融部門の企業の組織および危機時の態様を改善するなどの必要があった¹⁸¹。このような目的を達成するために制定されたのが、「貯蓄および金融の安全に関する 1999 年 6 月 25 日の法律第 532 号 (Loi n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière)」(以下、「1999 年法」という)であった。

2 保証人に対する保護の内容

1999 年法第 114 条は通過金融法典 L. 313 - 22 条 (旧 1984 年法 48 条) を修正する形を採り、「主たる債務者によりなされた支払は、保証人と金融機関との関係において、主たる債務の支払に優先的に充当されたものとみなされる」と規定している。本条は草案当初には存在せず、国民議会の提案により挿入されたものである¹⁸²。先に観た通り、L.313-22 条 (第 1 章第 3 節第 2 款参照) は主たる債務の推移などの情報を保証人に毎年通知する義務を金融機関に負わせるものであり、これが遵守されない場合、金融機関は利息を受け取る権利を失う。しかし、実際には、金融機関は主たる債務者からの弁済を利息に優先的に充当することによって、この罰則から逃れることができ、本条はこれを防止するために設けられたものである¹⁸³。

第 9 款 まとめ

本節では 1984 年法から本格化する保証人の保護に関する一連の立法について分析した。注目すべきは、一見、保証人の保護を目的としている規制であっても、その背景は様々であり、起業の促進のための経営者の保護 (1984 年法など) や、場合によっては、不動産投資や賃貸住宅の供給を促進するための住宅所有者 (債権者) の保護 (1994 年 7 月 21 日法や 2009 年 3 月 25 日法など) という目的が存在している場合すらもあるということである。そして、その目的を達成するために、適用範囲や内容を変えて、規制や罰則が整備されているのである。したがって、確かに、その条文数は多数に及ぶとはいえども、それは単なる規制の羅列ではないことに注意を要する。

第 4 節 小括

1978 年法から始まり、1984 年法から本格化する、一連の保証人の保護に関する規律を含んだ各種の法律の制定により、保証人は極めて手厚い保護を受けることとなった。具体的な条文の内容等については、2003 年法により設けられた条文と併せて改めて整理するこ

¹⁸¹ Doc. Ass. Nat., *supta note* 177, p. 17.

¹⁸² Doc. Ass. Nat., n° 1600, *Projet de loi*, 14 mai 1999, p. 68.

¹⁸³ Doc. Ass. Nat., no 1638, *Rapport*, t. II, 27 mai 1999, p. 78 (したがって、本条は、債務者による弁済はまず利息に充当される旨を定める民法典 1254 条の特則ということになる。この点について、クロック・前掲注 (1) 215 頁脚注 [61] 参照)。

とし（「第2章第2節第3款」参照）、ここでは1978年法から1999年法までに設けられた保証人の保護に関する内容について、簡単にまとめておく¹⁸⁴。

まず、保証契約の締結時においては、①書面作成・交付義務および熟慮期間（1978年法、1979年法）、②保証債務の総額や任意解約権等に関する手書き記載の要件（1989年12月31日法、1994年7月21日法）、③連帯保証契約における金額等の明示（マデラン法）、などに関する条文が整備された。

次に、保証契約の継続中においては、④主たる債務の推移や撤回権の行使条件等の通知義務（1984年法、マデラン法）、⑤主たる債務者の支払事故に関する通知義務（1989年12月31日法、1994年7月21日法、1998年法）、⑥撤回権の付与（1978年法+1989年6月23日法）、⑦担保保存義務免除特約の無効化（1984年法）、⑧比例原則（1989年12月31日法）、⑨保証人の最低財産の保障（1998年法）、⑩債務者の弁済を主たる債務への充当とみなすこと（1999年法）、などに関する条文が整備された。

これら多数の条文は、単純に、全ての保証契約について適用されるものではない。契約の当事者や、被保証債務の目的、保証債務の性質などに応じて、それぞれの適用範囲を有しており、サンクションも異なっている¹⁸⁵。その理由は、一概に保証人の保護といっても、その目的は多様であり、保証人に対して有効な保護を与え、かつ、それが過度にならないためには、その目的にあった規制の内容とサンクションを整えることが求められるからである。2003年法の制定前は、このような発想に基づく規制が行なわれ、裁判所による法文解釈の修正ともあいまって、保証人の保護と保証契約の利便性が調和された保証制度が形成されていたが、2003年法はこれを崩壊させるものであったとされる¹⁸⁶。次章では、2003年法が何をもたらし、どのような形で調和を乱すことになったのかについて検証する。

第2章 2003年8月1日の法律による調和の崩壊と混乱

第1節 はじめに

「経済主導のための2003年8月1日の法律第721号(Loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique)」(以下、「2003年法」という)は、上記に示した1978年法から始まる保証人の保護に関する一連の立法を統合した、まさに、保証人の保護のための集大成とも言えるべき法律である。もっとも、その内容は、これら各種立法によって設けられた条文の適用範囲をほぼ全ての保証契約へと広範囲に拡大しただけのものであり、特段、目新

¹⁸⁴ 1978年法から2003年法までに制定された保証人の保護に関する各種の条文を明瞭にまとめているものとして、平野裕之「11 外国人の法人保証(3) —フランス法における法人保証」椿寿夫=伊藤進編『法人保証の研究』209-219頁(有斐閣、2005年)がある。

¹⁸⁵ 1980年代以降、保証契約を類型化しようとする試みがあることを解説するものとして、平野・前傾注(184)210-219頁参照。

¹⁸⁶ クロック・前掲注(1)193頁。

しいものがあるわけではない。しかし、既存の条文を残したまま、それよりも適用範囲の広い条文を設けることは、従来の保証契約の性質等の区別に基づく規制を廃し、さらに、適用範囲が重複する多数の条文が現れることを意味する。本章では、2003年法の立法過程を観察すると同時に、同法が保証契約にもたらした意義等について考察する。

第2節 2003年8月1日の法律の内容

第1款 立法動機

当時のフランスでは、3分の1以上の国民が起業の願望を抱いていたとされ、年々高まるその欲求に対し、政府は企業の設立、発展、譲渡を支援する必要があった¹⁸⁷。実際のフランス国内における起業の件数に目を向ければ、1980年代の終わりには約200,000件に達していたものの、当時は175,000件にとどまっており、これは、アメリカ合衆国、英国、スペイン等と比較しても大変に少ないものであった¹⁸⁸。それゆえ、当時の大統領ジャック・シラクは、5年間に少なくとも1,000,000件の起業を支援することを政策として掲げていた¹⁸⁹。しかし、実際には、これらを妨げる多くの問題が散在していた¹⁹⁰。例えば、約20年間に渡って、起業を望む者に対して課される行政手続を緩和し、または、期間を短縮するための様々な措置がとられてきたが、手続きの煩雑さは、企業の設立前、設立中を問わず、なお、起業の障害となっていた¹⁹¹。また、企業の設立に際して必要な融資については、すでに様々な措置がとられてはいたものの、不十分なままであり、設立者の資金の約60%は、設立者自身、または、周囲の者の資産であった¹⁹²。このような資本の不足は、企業の設立時と同時に成長期においても、企業を弱体化させるひとつの要因とされる¹⁹³。それゆえ、起業の計画の性質、年数に応じて、より十分かつ多様な融資の手段が用意されなければならない、また、フランスの経済に投下され、これを主導する利用可能な資本に対して、有効な税制上の優遇措置が採られる必要があった¹⁹⁴。

以上のような理由から、起業を望むものを支援するため、経済の活性化を促進する一連の措置を含んだものとして制定されたのが2003年法である¹⁹⁵。そして、その中に、保証人の保護に関する多数の条文が含まれている。

¹⁸⁷ Doc. Ass. Nat., n°507, *Rapport*, 18 déc. 2002, p. 3.

¹⁸⁸ Doc. Ass. Nat., *supra note* 187, p. 3.

¹⁸⁹ Doc. Ass. Nat., *supra note* 187, p. 3 (これに関連して、資産移転の支援が、起業を促進するという目標と同様に重要な問題となっていた。実際、過去10年間において、500,000件の企業の経営者が交代しており、企業の財産の移転を促進することも必須の課題であった)。

¹⁹⁰ Doc. Ass. Nat., *supra note* 187, p. 3.

¹⁹¹ Doc. Ass. Nat., *supra note* 187, p. 4.

¹⁹² Doc. Ass. Nat., *supra note* 187, p. 4.

¹⁹³ Doc. Ass. Nat., *supra note* 187, p. 4.

¹⁹⁴ Doc. Ass. Nat., *supra note* 187, p. 4.

¹⁹⁵ Doc. Ass. Nat., *supra note* 187, p. 4.

第 2 款 保証人に対する保護の内容

1 手書き要件の一般化

2003 年法第 11 条第 2 項第 1 号¹⁹⁶は、消費法典に L. 341 - 2 条を付加するという形をとり、「事業者たる債権者に対して、私署証書によって保証人として契約した自然人は、以下に掲げる、かつ唯一この方式でなければならない手書きの記載をした上で、自己の署名をしなければならない。これがなければ、当該契約は無効である。『私は、主たる債務、利息、および万一の場合には、……期間に発生する遅延賠償金または遅延利息の支払を含む、総額……の範囲において X の保証人となることにより、X が自ら債務の履行をしない場合は、私の収入および財産に基づいて、支払うべき金額を貸主に対して返済することを約束します』(下線、筆者)と規定している。

続いて、2003 年法第 11 条第 2 項第 2 号は、消費法典に L. 341 - 3 条を付加するという形をとり、「事業者たる債権者が連帯保証契約を要求する場合は、保証人となる自然人は以下について手書きによる記載をした上で、自己の署名をしなければならない。これがなければ、当該保証契約は無効である。『私は、民法典 2021 条 (現 2298 条) に定められた検索の利益を放棄し、かつ X と連帯して義務を負うことにより、債権者が予め X に対して追及するように求めることを必要とすることなく、債権者に対して返済をすることを約束します』(括弧内、下線、筆者)と規定している。

これらは、両者共に、草案当初には存在しなかったものであり、国民議会による修正により、「企業設立の簡略化 (simplification de la creation d'entreprise)」の章に挿入されたものである¹⁹⁷。1998 年法第 102 条は、消費法典に保証の章を新たに設け、消費法典 L.341 - 1 条を追加する形で、「事業者たる債権者」が「自然人たる保証人」に対して主たる債務者の支払事故に関する通知をしなければならない旨を定め、支払事故に関する広範囲な保護を保証人に与えている。L. 341 - 2 および L. 341 - 3 条は、保証人をより強力に保護するため、従来、一部の保証契約についてのみの規律であった、手書き記載の要件を、L. 341 - 1 条と

¹⁹⁶ なお、2003 年法第 11 条第 1 項は、個人の過剰債務状態を定義する消費法典 L. 331 - 2 条第 1 項を修正するという形を採り、「委員会は、本編に定められた条件の下で、自然人の過剰債務状態を処理することを任務とする。過剰債務状態とは、誠実な (de bonne foi) 債務者が、弁済期が到来したか、または、到来する予定の自身の業務に無関係な債務の総額の支払い、(«内 が修正部分) «ならびに、その債務者が、個人事業主または自身が事実上も法律上も経営者でなかった会社の債務を、連帯して保証または弁済することとした約定を履行すること」が明白に不能であるという事実によって定義される」(括弧内、筆者)と規定し、過剰債務委員会の権限の範囲を、個人の保証契約にまで拡張することで、保証人の保護を強化することを目的としている (Doc. Ass. Nat., n° 572, *Rapport*, t.I, 29 janv. 2003, pp. 111 - 112)。しかし、消費法典 L. 331 - 2 条第 1 項は、2003 年 8 月 1 日の法律第 720 号第 35 条によって、2003 年法の改正箇所も含めて大幅に改正され、さらには、先に指摘した 2010 年法による改正もなされているため、もはや、この改正箇所は有効ではない。2003 年法時点での改正については、クロック・前掲注 (1) 224-226 頁参照。

¹⁹⁷ Doc. Ass. Nat., *supra note* 196, pp. 111 - 112.

同じ範囲の保証契約について拡張する目的で作られたものである¹⁹⁸。したがって、規律の内容としては、両者併せて、1989年12月31日法により設けられ、現在では、消費法典L. 313 - 7およびL. 313 - 8条に引き継がれているものを融合させたものに相当するが、L. 313 - 7条およびL. 313 - 8条がその適用範囲を消費者信用および不動産信用に限定しているのに対して、L. 341 - 2条およびL. 341 - 3条は「事情者たる債権者」と「自然人たる保証人」の間で締結される保証であれば、すべて、その範疇に捉えることが出来るため、適用範囲が極めて広がっている。なお、規律の実質的な目的は、L. 341 - 2条とL. 341 - 3条の規律を併せることで、保証人自身に自己の保証債務に関する完全な情報を把握させることにあるとされる¹⁹⁹

2 比例原則の一般化

2003年法第11条2項3号は、消費法典にL. 341 - 4条を付加するという形を採り、「事業者たる債権者は、自然人たる保証人によってなされた保証契約の締結時に、保証債務が保証人の資産および収入と明らかに不均衡であった場合は、当該保証契約を主張することができない。ただし、保証人が請求を受けた時点で、保証人の資産が自己の保証債務の履行を可能とするものである場合は除く」（下線、筆者）と規定している。本条は、草案当初には存在せず、L. 341 - 5条およびL. 341 - 6条と併せて元老院による修正によって挿入されたものである²⁰⁰。これは、国民議会の修正による消費法典L. 341 - 2条およびL. 341 - 3条の立法化を受け、同様の適用範囲の拡張を、比例原則および情報提供義務の規律にまでもたらすことを目的としている²⁰¹。L. 341 - 4条に関して言えば、1989年12月31日法第19 - 7条および22 - 6条によって設けられ、現在は、消費法典L. 313 - 10条に統合されている法文の規律を「事情者たる債権者」と「自然人たる保証人」の間で締結されるすべての保証契約に拡張することを意味する²⁰²。

3 連帯保証契約の制限の一般化

2003年法第11条第2項第4号は、消費法典にL. 341 - 5条を付加するという形で、「事業者たる債権者のために自然人によって合意された保証契約に規定されている連帯の約定および検索の利益の放棄の約定は、保証人の義務が、主たる債務、利息、費用、および附従する債務を含んだ、明白かつ契約上定められた総額に制限されない場合は、記載のないものとみなす」（下線、筆者）と規定しており、その立法趣旨は、L. 341 - 4条と同様である。したがって、本条は、マデラン法第47条の規律を、「事業者たる債権者」のために「自

¹⁹⁸ Doc. Sénat, n° 217, *Rapport*, 19 mai 2003, p. 65.

¹⁹⁹ Doc. Ass. Nat., *supra note* 196, pp. 111 - 112.

²⁰⁰ Doc. Ass. Nat., *supra note* 196, p. 112 ; Doc. Sénat, *supra note* 198, pp. 65 - 66 ; Doc. Ass. Nat., n° 882, *Rapport*, 27 mai 2003, p. 25.

²⁰¹ Doc. Sénat, *supra note* 198, pp. 65 - 66.

²⁰² Doc. Sénat, *supra note* 198, p. 65.

然人によって合意された保証契約」のすべてに拡張することを目的としている²⁰³。なお、マデラン法第 47 条は、個人事業主の事業上の債務（融資）に関する自然人による期間の定めのない保証契約において、主たる債務についての情報提供をしなければならない旨規定しているが（1984 年法の準用）、L.341-5 条はこの点について何ら言及していない。これについては、以下に述べる、消費法典 L.341-6 条が担うことになっているからであろう。

4 主たる債務に関する情報提供義務の一般化

2003 年法第 11 条第 2 項第 5 号は、消費法典に L. 341 - 6 条を付加するという形をとり、「事業者たる債権者は、被担保債務の名目で、毎年遅くとも 3 月 31 日までに、前年 12 月 31 日時点で存在する、主たる債務、利息、手数料、費用、および附従する債務の総額、ならびに当該保証契約の期間を、自然人たる保証人に対して通知しなければならない。当該保証契約が期間の定めのないものである場合には、何時にても、解約する権利があること、およびその行使の条件を通知しなければならない。これがない場合には、保証人は、前回の通知から新たになされる通知の日までに発生した遅延賠償金または遅延利息を支払う義務を負わない」（下線、筆者）と規定しており、その立法趣旨は、L. 341 - 4 条と同様である。したがって、本条は、1984 年法第 48 条により立法化され、現在においては、通貨・金融法典 L. 313 - 22 条に引き継がれた法文の規律を、「事業者たる債権者」と「自然人たる保証人」によって締結されるすべての保証契約に拡張することを目的としている²⁰⁴。ただし、①サンクションは、L. 313 - 22 条が利息の喪失であるのに対して、L. 341 - 6 条は遅延賠償金または遅延利息の喪失へと変更されているということ、②L. 313 - 22 条は、1999 年法による修正により、主たる債務者による弁済が、金融機関と保証人との間では、主たる債務の弁済に優先的に充当されたものとみなされる旨の規定が含まれているが、L. 341 - 6 条にはこの規定がないこと、③L. 313 - 22 条は法人による保証契約にも適用されるということには注意を要する。

第 3 款 まとめ

2003 年法により制定された保証人の保護に関する条文は、同法の制定前までの各種法律によって設けられた複数の規律を、消費法典 L.341-1 条を基準に、その適用範囲を拡張させることを目的としていた。したがって、必然的に、その内容および適用範囲が、多重的に重複することとなった。次節以降の議論の前提として、ここで、1978 年法から 2003 年法までに設けられた各種の条文について、その目的ごとに整理しておく²⁰⁵。

²⁰³ Doc. Sénat, *supra note* 198, p. 65 - 66.

²⁰⁴ Doc. Sénat, *supra note* 198, p. 66.

²⁰⁵ 目的別の整理法については、Cabrillac et Mouly, *supra note* 32, n° 317, pp. 198 -199、および、平野・前掲注（184）210 - 219 頁を参考とした。

1 保証契約締結時における保護

(1) 条文の整理

条 文	保証契約の性質	内 容	サンクション
①1978 年法 5 条(*1)	<ul style="list-style-type: none"> ・全ての保証人 ・消費者信用の保証 	書面作成・交付義務／熟慮期間	<ul style="list-style-type: none"> ・利息× ・罰金(*2)
②1979 年法 5 条(*3)	<ul style="list-style-type: none"> ・保証人＝自然人 ・不動産信用の保証 	書面作成・交付義務	罰金(*4)
③1979 年法 7 条(*5)	<ul style="list-style-type: none"> ・保証人＝自然人 ・不動産信用の保証 	熟慮期間	<ul style="list-style-type: none"> ・利息× ・罰金(*4)
④1989 年 12 月 31 日法 19 条 4 項／22 条 3 項 (*6)	<ul style="list-style-type: none"> ・保証人＝自然人 ・消費者信用の保証 ・不動産信用の保証 ・私署証書による保証 	手書き要件：債務総額等の明示	保証契約無効
⑤1989 年 12 月 31 日法 19 条 5 項／22 条 4 項 (*7)	<ul style="list-style-type: none"> ・保証人＝自然人 ・消費者信用の保証 ・不動産信用の保証 	手書き要件：連帯である旨の明示	保証契約無効
⑥マデラン法 47 条 2 項	<ul style="list-style-type: none"> ・保証人＝自然人 ・個人事業主の債務 ・連帯保証 	金額等の明示と制限	連帯×
⑦1994 年 7 月 21 日法 23 条	<ul style="list-style-type: none"> ・保証人＝自然人 ・賃貸借保証 	<ul style="list-style-type: none"> ・手書き要件：金額等の明示 ・賃貸借契約の通知 	保証契約無効
⑧2003 年法 11 条 2 項 1 号	<ul style="list-style-type: none"> ・保証人＝自然人 ・債権者＝事業者 ・私署証書による保証 	<ul style="list-style-type: none"> ・消費法典 L. 341 - 2 条の追加 ・手書き要件：債務総額等の明示 	保証契約無効
⑨2003 年法 11 条 2 項 2 号	<ul style="list-style-type: none"> ・保証人＝自然人 ・債権者＝事業者 ・連帯保証契約 	<ul style="list-style-type: none"> ・消費法典 L. 341 - 3 条の追加 ・手書き要件：連帯である旨の明示 	保証契約無効
⑩2003 年法 11 条 2 項 4 号	<ul style="list-style-type: none"> ・保証人＝自然人 ・債権者＝事業者 ・連帯保証 	<ul style="list-style-type: none"> ・消費法典 L. 341 - 5 条の追加 ・金額等の明示と制限 	連帯×

(*1)消費法典の編纂に伴い、同法典 L. 311 - 8 条～L. 311 - 10 条、L. 311 - 13 条に引き継がれた後、現在では、2010 年の改正により内容が改められ、消費法典第 3 編第 1 章第 1 節第 3 款「借主に対する契約締結前の情報」、同 4 款「借主に対する説明およびその支払能力の評価」、および同 5 款「融資契約の締結」に設けられた L.311-8 条以下の各規定に内容が解消されている。

(*2)消費法典 L. 311 - 48 条（利息の喪失）、L.311 - 49 条（罰金）による。

(*3)現在は消費法典 L. 312 - 7 条、L. 312 - 8 条に引き継がれている。

(*4)消費法典 L. 312 - 33 条（罰金）による。

(*5)現在は消費法典 L. 312 - 10 条に引き継がれている。

(*6)現在は消費法典 L.313 - 7 条に引き継がれている。

(*7)現在は消費法典 L.313 - 8 条に引き継がれている。

(2) まとめ

2003 年法制定前の各条文（①～⑦）について、その立法理由に目を向けてみると、①～③：契約に不慣れな消費者の保護、④・⑤：個人の過剰債務の予防、⑥：個人事業主（経営者）の保護、⑦：不動産投資に関する法的安定性の確保および近親者の保護、ということになる（第 1 章参照）。また、このうち、違反の罰則が契約の無効であるものが④・⑤・⑦である。つまり、契約無効という罰則を伴った手書き記載の要件が求められるものは、④・⑤・⑦のみであり、そして、その背景には、契約に不慣れな個人が過剰債務を負わないようにするという目的がある。また、その適用範囲は、④・⑤：消費者および不動産信用、⑦：賃貸借保証となっている。しかし、2003 年法は、経営者保証も含めた、ほぼすべての保証契約にこのような規律を拡張した（⑧～⑩）。ここから、2003 年法制定前の各条文における規制目的とその内容および罰則のバランスと比較した場合の、2003 年法の無計画さを見て取ることができよう²⁰⁶。

2 主たる債務に関する情報提供義務

(1) 条文の整理

条 文	保証契約の性質	内 容	サンクション
⑪1984 年法 48 条(*1)	・ 全ての保証人 ・ 債権者 = 金融機関 ・ 企業への融資の保証	主たる債務の毎年の状態および任意解約権の行使条件の通知	利息×
⑫1989 年 12 月 31 日法 19 条 6 項 / 22 条 5 項 (*2)	・ 保証人 = 自然人 ・ 債権者 = 貸付機関 ・ 消費者信用の保証 ・ 不動産信用の保証	支払事故の通知	・ 遅延賠償金× ・ 遅延利息×
⑬マデラン法 47 条 2 項	・ 保証人 = 自然人 ・ 全ての債権者 ・ 個人経営者への融資 の保証 ・ 期間の定めなき保証	1984 年法 48 条の遵守	利息×

²⁰⁶ 実際、何の議論もなされていなかったという指摘（Aynès, *supra* note 3, p. 28）がある。

⑭1994年7月21日法 24条	<ul style="list-style-type: none"> 全ての保証人 賃貸借保証 	支払事故の通知（差押え前催告状の送達）	<ul style="list-style-type: none"> 遅延賠償金× 遅延利息×
⑮1998年法100条	—	<ul style="list-style-type: none"> 消費法典 L.331 - 3 条の補完 主たる債務者の過剰債務の処理手続の開始を通知および委員会への意見の提出 	—
⑯1998年法101条	<ul style="list-style-type: none"> 保証人＝自然人 根保証 	<ul style="list-style-type: none"> 民法典 2293 条の補完 主たる債務の毎年の推移を通知 	従たる債務、費用および違約金×
⑰1998年法102条	<ul style="list-style-type: none"> 保証人＝自然人 債権者＝事業者 	<ul style="list-style-type: none"> 消費法典 L. 341 - 1 条の創設 支払事故の通知 	<ul style="list-style-type: none"> 遅延賠償金× 遅延利息×
⑱1998年法104条	<ul style="list-style-type: none"> 保証人＝自然人 個人経営者 or 企業の業務上の債務の保証 	<ul style="list-style-type: none"> マデラン法 47 条 2 項の補完 支払事故の通知 	<ul style="list-style-type: none"> 遅延賠償金× 遅延利息×
⑲2003年法11条	<ul style="list-style-type: none"> 保証人＝自然人 債権者＝事業者 	<ul style="list-style-type: none"> 消費法典 L. 341 - 6 条の追加 主たる債務の毎年の状態および任意解約権の行使条件の通知 	<ul style="list-style-type: none"> 遅延賠償金× 遅延利息×

(*1) 現在は通貨・金融法典 L. 313 - 22 条に引き継がれている。

(*2) 現在は消費法典 L. 313 - 9 条に引き継がれている。

(2) まとめ

先と同様に、2003年法制定前の各条文（⑪～⑬）について、その立法理由に目を向けてみると、⑪：倒産予防・経営者やその相続人の保護、⑫：個人の過剰債務の予防、⑬：個人事業主（経営者）の保護、⑭：近親者の保護および近親者による貸貸人への賃料支払催告の促進、⑮～⑱：弱者保護、ということになる（第1章参照）。このうち、⑪および⑬の罰則は金利の喪失である。その立法理由に共通するのは、経営者の保護であり、また、その適用範囲に共通するのは、主たる債務が「融資」ということである。つまり、⑬については債権者の限定はないものの、融資を行なうのは、通常、金融機関であり、金融機関にとって利息は重要な収益源の1つである。それゆえ、遅延賠償金の喪失よりも、利息の喪失の方がサンクションとして有効なのである²⁰⁷。一方、⑫、⑭、⑯～⑱のサンクションは、若干の差異はあるものの、遅延賠償金または遅延利息の喪失であり、その立法理由に共通するのは、契約に不慣れな者や弱者の保護である。それゆえ、規制の手段を素人には気づきにくい支払事故や根保証債務の推移を通知することとし、そのサンクションも、支払事

²⁰⁷ Cerles, *supra* note 94, p. 79.

故後の遅延利息の累積的な増加を防止するために、遅延賠償金または遅延利息の喪失となっていることを指摘できよう。

ところが、2003 年法はこのような区別を無視し、サンクションを遅延賠償金または遅延利息の喪失とする主たる債務についての情報提供義務を、ほぼ全ての保証契約に拡張した(19)。ここにおいても、2003 年法制定前における、規制の目的と内容およびサンクションとの間にあるバランスのよさを見て取れる。

3 その他

(1) 条文の整理

条 文	保証契約の性質	内 容	サンクション
⑳1978 年法 7 条(*1)	<ul style="list-style-type: none"> ・全ての保証人 ・消費者信用の保証 	撤回権の付与	<ul style="list-style-type: none"> ・利息× ・罰金(*2)
㉑1984 年法 49 条	—	担保保存義務免除特約の無効化	—
㉒1989 年 6 月 23 日法 2 条(*3)	—	1978 年法の適用範囲を拡大	—
㉓1989 年 12 月 31 日法 19 条 7 項/22 条 6 項 (*4)	<ul style="list-style-type: none"> ・保証人＝自然人 ・債権者＝金融機関 ・消費者信用の保証 ・不動産信用の保証 	保証債務と保証人の資産の比例	保証契約を主張できない
㉔1994 年 7 月 21 日法 23 条	<ul style="list-style-type: none"> ・保証人＝自然人 ・賃貸借保証 ・期間の定めなき保証 	任意解約権の明示	
㉕1998 年法 103 条	<ul style="list-style-type: none"> ・保証人＝自然人 	<ul style="list-style-type: none"> ・民法典 2301 条の補完 ・最低財産の保障 	—
㉖1999 年法 114 条	<ul style="list-style-type: none"> ・全ての保証人 ・債権者＝金融機関 ・企業への融資の保証 	<ul style="list-style-type: none"> ・通貨・金融法典 L. 313 - 22 条の補完 ・債務者の弁済＝債務への充当 	—
㉗2003 年法 11 条	<ul style="list-style-type: none"> ・保証人＝自然人 ・債権者＝事業者 	<ul style="list-style-type: none"> ・消費法典 L.341 - 4 条の追加 ・保証債務と保証人の資産の比例 	保証契約を主張できない

(*1)消費法典の編纂に伴い、同法典 L. 311 - 15 条、L. 311 - 16 条に引き継がれた後、2010 年法による改正に伴い内容が改められ、L.311-12 条、L.311-19 条に移行している

(*2)消費法典 L. 311 - 48 条（利息の喪失）、L. 311 - 49 条（罰金）による。

(*3)現在は消費法典 L. 311 - 2 条に引き継がれている。

(*4)現在は消費法典 L. 313 - 10 条に引き継がれている。

(2) まとめ

少なくともここにおいては、2003 年法による改革は比例原則についてのみなされたことになる。この点についての検討は、本章第 3 節第 4 款において行なう。

第 3 節 2003 年 8 月 1 日の法律による改革後の保証制度における問題点

第 1 款 はじめに

本節では、第 1 章および先の 2003 年法による改革の内容についての検証を踏まえ、2003 年法がフランスの保証制度にどのような変化をもたらしたのかについて検討する。なお、これまでに検証した保証人の保護に関する条文は、約 30 近くに及び、その一つ一つの論点をここで取り上げることは、論点の整理としても不都合である。したがって、ここでは、主に、2003 年法制定前の保証制度と、2003 年法制定後の保証制度の比較を議論の中心に置くこととする。

第 2 款 手書き記載の要件と証明準則²⁰⁸

先の表からも明らかのように、2003 年法の制定前においては、保証契約の締結時に、特別法によって、保証人による手書きの記載を求められるのは、①消費者信用および不動産信用に関する保証契約（1989 年 12 月 31 日法：現消費法典 L. 313 - 7 および L. 313 - 8 条）、および、②賃貸借の保証契約（1994 年 7 月 21 日法）の 2 つだけであり²⁰⁹、これらの法律に違反すればそのサンクションに係る規定により保証契約は無効となる。しかし、そもそも、すべての保証契約の締結は、特別法がなくとも、片務契約における契約内容の明示を規律する民法典 1326 条と、保証契約の明確性を求める民法典 2292 条による「あわせ技」によって、一般的に保証人の手書きによる保証債務等の記載が求められている²¹⁰。したがって、このあわせ技の効果次第で、これらの特別法の意味合いも、保証人の保護の程度も大きく変わる事となる。

破産院は、当初、このあわせ技による手書き記載を保証契約の単なる証明準則に過ぎないと判断していた²¹¹ところ、1984 年²¹²以降は、立場を逆転させ、この手書きの記載は、保

²⁰⁸ この点については、クロック教授による詳細な分析がある（クロック・前掲注（1）199 - 213 頁）。

²⁰⁹ クロック・前掲注（1）202 頁。

²¹⁰ この点については、第 1 章第 3 節第 4 款を参照。

²¹¹ Cass. civ., 10 janv. 1870, S., 1870. I. P. 157 ; Cass. 1^{re} civ., 3 déc. 1974, *Bull. civ.*I, n° 322 ; Cass. 1^{re} civ., 16 déc. 1981, *Bull. civ.*I, n° 388 など。

²¹² Cass. 1^{re} civ., 22 fév. 1984, *supra note* 138（保証人の明確な認識を要求する）；Cass. 1^{re} civ., 30 juin 1987, *Bull. civ.* I, n° 210（「あわせ技」の帰結として、手書きの記載は「単なる証明準則ではなく保証人の保護をその究極の目的としている」とする）。

証契約の単なる証明準則ではなく、保証人を保護することを究極の目的としており、これに違反する場合には、保証契約は無効となると判断するようになった²¹³。しかし、その後、破毀院は1989年11月15日の判決²¹⁴以降、この手書きの記載は保証契約における単なる証明準則に過ぎないと判断に再び戻すようになる²¹⁵。したがって、①および②を除けば、保証契約における手書きの要件は、保証人の保護という観点からは、重大な意味を持たないことになる²¹⁶。

しかし、消費法典L. 341 - 2 および同L. 341 - 3 条は、無効というサンクションを持って、事業者たる債権者と自然人たる保証人によって締結された全ての保証契約に手書き記載の要件を課すものであり、この結果、裁判所による民法典上の各種の要件の緩和の意義は著しく失われることとなった²¹⁷。しかも、消費法典L. 313 - 7 条および同L. 341 - 2 条は「唯一この方式でなければならない」と規定しているため、わずかな差異であっても許されず、その結果、控訴院の中には、裁判所にその書面の審査をする権限はないと判示するものもある²¹⁸。したがって、このような厳格な様式を広く保証契約に求めることは、場合によっては、悪意ある保証人による意図的な様式の違反が行なわれる恐れもあり、極めて不都合なものである²¹⁹。もっとも、保証人が条文を悪用するという懸念は、1989年12月31日法によって初めて手書き記載の要件が設けられた際にも指摘されていたことではある。しかし、このときは、そもそも、保証人を保護するための規制が少ないため、保護強化によるデメリットよりも、メリットを採ったという事情があった²²⁰。したがって、既に、多種多様な保護が保証人に与えられている以上、現在では、むしろ、デメリットの方が注目されるのは当然のことである。

このようなことへの反動からか、2003年法の制定後、条文が定める要件の厳格さを緩和するような判決も登場している。例えば、破毀院第1民事部2004年11月9日判決²²¹は、消費法典L. 313 - 7 条は、同条が定める「唯一この方式」による保証契約の締結を求めているところ、その定める方式に係る表現である«……et pour la durée»の部分のうち、単に、

²¹³ Simler, *supra note* 32, n° 205, p. 220.

²¹⁴ Cass. 1^{re} civ., 15 nov. 1989, *Bull. civ.*I, n° 348. 本判決は、保証契約書の金額の記載に瑕疵がある場合、それは「適式な保証契約書ではない」としつつも、手書きの記載は「保証人を保護するという究極の目的を持った『証明準則』である」と判断している点で重要な判決とされる（なお、同時に、本判決は、特定保証においては、保証契約書は「保証人の署名ならびに契約時に決定したすべての債務に関して、すべての文字および数字について保証人自身の手によってなされた記載が含まれていなければならない」とも判断している）（Simler, *supra note* 32, n° 395, p. 407）。なお、同判決までは、破毀院第1民事部と破毀院商事部の間で、見解の対立が見られたという点につき、クロック・前掲注（1）203頁とその脚注（32）を参照。

²¹⁵ Legeais, *supra note* 87, n° 149, p. 115.

²¹⁶ さらに破毀院がその証明の内容においても債権者側に有利な判断を続けたという点について、クロック・前掲注（1）204 - 209頁参照。

²¹⁷ クロック・前掲注（1）211頁。

²¹⁸ CA Lyon, 21 juin 1995, *JCP G*, 1997.I. 3991, p. 23.

²¹⁹ Simler, *supra note* 32, n° 257, p. 267.

²²⁰ Paisant, *supra note* 60, n° 107.

²²¹ Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 2004, *Bull. civ.*I, n° 254.

等位接続詞の«et»が欠けているに過ぎず、手書きによる表示の意味も範囲にも影響を与えない場合、同条のサンクション（保証契約の無効）は適用されないと判示している。これは、「唯一」の要件を緩和すると同時に、裁判所による書面の審査権限を認めるものである²²²。また、2003年法の制定前のものではあるが、控訴院の中には、契約書が消費法典 L. 313 - 7 条の定める要件を充足しないものであったとしても、保証人が自発的に保証債務を履行するのであれば、保証契約の無効を主張することはできない²²³とするものもある。しかし、消費法典 L. 341 - 2 条は L. 313 - 7 条と異なり、適用範囲が広いいため、同条の要件の緩和がなされると、本来、手厚く保護されるべき者の保護まで弱めることになりうる。今後の動向が注目される。

第 3 款 情報提供義務の変容

1 消費法典 L. 341 - 2 条と L. 341-6 条との関係

消費法典 L.341-6 条は、年に 1 度、保証契約の期間を通知することを定める一方で、保証契約が期間の定めのないものである場合には、任意解約権がある旨を通知することを同時に定めている。しかしながら、消費法典 L.341-2 条によれば、そもそも、自然人による保証契約の締結は、手書きによって保証契約の期間を明示しなければ、その保証契約は無効になるとされており、両者の条文には矛盾が生じているのである。これをどのように解すべきであろうか。

この点に関して、控訴院の中には、L. 341 - 2 条および L. 341 - 3 条は、2003 年法が施行される同法交付の 6 ヶ月後²²⁴、すなわち、2004 年 2 月 6 日以降に締結された保証契約にのみ適用されると判断しているものがある²²⁵。したがって、この裁判例との整合性を考えると、任意解約権の通知に係る L. 341 - 6 条の規律は、2004 年 2 月 6 日より前に締結された保証契約にのみ適用されると解さざるを得なくなる²²⁶。このような考え方は、L. 341 - 6 条の原型ともいえる通貨・金融法典 L. 313 - 22 条に定められる任意解約権の通知が、同条が施行される前に締結された保証契約に対して適用されるものであるとする破毀院の判断²²⁷によっても支持されるものであるという指摘がある²²⁸。

²²² Simler, *supra* note 32, n° 257, p. 267.

²²³ CA Paris, 17 mai 1996, *JCP G*, 1997.I. 3991, p. 23.

²²⁴ 2003 年法 12 条「消費法典 L. 341 - 2 条、L. 341 - 3 条、L. 341 - 5 条および L. 341 - 6 条は本法律の交付の 6 ヶ月後に施行される」。この反対解釈から、比例原則を定める L. 341 - 4 条は直ちに施行されることを意味する (Legeais, *supra* note 87, n° 174, p. 136)。

²²⁵ CA Rennes, 19 déc. 2003, *JCP E* 2004, n° 36, p.1339.

²²⁶ それゆえ、L. 341 - 6 条に基づいて最初の情報提供義務が履行される期日は、2004 年 3 月 31 日であるが、一方で、失われる利息の計算は、2004 年 2 月 5 日から始まることになる (Cabrillac et Mouly, *supra* note 32, n° 322, p. 203)。

²²⁷ Cass.com., 8 juin 1993, *Bull. civ.IV*, n°226.

²²⁸ Cerles, *supra* note 94, p. 72.

2 消費法典 L.341 - 6 条と通貨・金融法典 L.313 - 22 条の関係

先述のように、消費法典 L. 341 - 6 条は、通貨・金融法典 L. 313 - 22 よりも広い範囲に適用される。すると、通貨・金融法典 L. 313 - 22 条は無意味なものとなるのであろうか。

ここで注目すべきは、L. 313 - 22 条が対象とする保証人である。すなわち、同条は自然人のみならず、法人による保証にも適用される。したがって、消費法典 L. 341 - 6 条が施行された後も、通貨・金融法典 L. 313 - 22 条が適用される範囲、すなわち、金融機関と法人による保証人との間で締結された企業への融資²²⁹に関する保証契約や、L. 341 - 6 条が有効となる前の保証契約に関しては、たとえ L. 341 - 6 条の適用範囲に属するものであっても、依然として、L. 313 - 22 条が優先的に適用されるのである²³⁰。また、同条が重複する範囲、すなわち、債権者たる金融機関との間で自然人が企業への融資について保証したというような場合においては、保証人は L. 313 - 22 条と L. 341 - 6 条を選択的に利用することができる²³¹。通常、債権者の多くは銀行であることを考慮すると、なお、L. 313 - 22 条は広範囲な適用領域を保持していると解することができる。

そこで、問題となるのが両者のサンクションの違い(L. 313 - 22 条:利息の喪失 / L. 341 - 6 条:遅延賠償金・遅延利息の喪失)である。一見すると、遅延賠償金・遅延利息の喪失というのは満期の利息の喪失よりも、重たいサンクションであるように見えるが、金融機関は、利息を得ることによってはじめて収益を得るのであり、利息の喪失は、遅延賠償金の喪失よりも遥かに重いサンクションなのである²³²。

3 保証人による情報提供義務の免除の可否

通貨・金融法典 L. 313 - 22 条や消費法典 L. 341 - 6 条が規律する債権者の情報提供義務に関して、その情報提供にかかる費用の問題がある。条文上は、この費用について何らの言及をしていないため、当事者の合意によって、費用の負担者を定めることが可能であり、通常、この費用は保証人が負担することが多いとされる²³³。そのため、保証人が、主たる債務や債務者の状況等について詳しい者の場合、とりわけ、主たる債務者たる会社の経営者の場合、この費用の負担を避けるために、債権者たる金融機関に対して、条文上の情報提供義務を免除したい旨の申し出があるという²³⁴。問題は、保証人側からのこのような申し出に対して金融機関はこれを受け入れることができるのかどうかということであるが、

²²⁹ 通貨・金融法典 L. 313 - 22 条にいう企業とは、経済活動を行っているものであれば、法人であるか自然人であるかを問わず、かつ、商事、職人、農業、自由業であるかも問題ではないとしている。さらに、営利を目的としていることの証明は必要なく、企業が設立中のものであってもよいとされている (Simler, *supra note* 32, n° 421, pp. 439 - 441)。

²³⁰ Cerles, *supra note* 94, p. 73.

²³¹ Cerles, *supra note* 94, p. 72 - 73.

²³² Cerles, *supra note* 94 p. 79.

²³³ Cerles, *supra note* 94, p. 75.

²³⁴ Cerles, *supra note* 94, p. 75.

破産院によると、保証人はこの権利を放棄できないとされている²³⁵。金融機関としても、特に、経営者の死亡時に、その相続人側から情報提供が無かった旨の抗弁を提出される可能性があるため、このような申し出は受けない方が良くとされる²³⁶。

4 情報提供義務が履行されたことの証明

情報提供義務については、各種の法文上においてなんらの言及もされていない。したがって、単なる書面の送付で十分であるとされ²³⁷、破産院も情報提供義務の履行はいかなる手段であっても良いとしている²³⁸。また、適切に情報提供義務を履行したことの証明責任は債権者や主たる債務者にあるとされている²³⁹が、しかし、保証人が情報を受け取ったことまでをも証明する必要は無いとされている²⁴⁰。この場合、保証人側が情報提供のなされていないことを証明しなければならない²⁴¹。しかしながら、このような証明は事実上不可能に近く²⁴²、それゆえ、裁判所によっては、情報の提供がなかったことの推定を行なうところもあるとされる²⁴³。もっとも、情報提供がなされたか否かが争われる場合に備えて、債権者側も情報提供をしたことの証明手段を用意しておく必要があるのは言うまでも無い。したがって、実務上は、債権者は、情報提供をした書面のコピー、作成したソフトウェアのファイル、保証人の死亡を理由として返送されたもの、または、住所違いによって返送されたものを、通常、保存しておく必要があるとされる²⁴⁴。

第4款 比例原則の一般法への拡張と消費法典 L. 341 - 4 条の関係²⁴⁵

1 一般法上の民事責任への拡張—マクロン判決—

2003年法の制定前においては、1989年12月31日法により制定され、その後消費法典

²³⁵ Cass. com., 14 déc. 1993, *Bull. civ.* IV, n° 467. また、保証人が主たる債務者の経営者であるため、主たる債務の状況を熟知していたことを理由として、銀行が情報提供義務をしなかった場合であっても、銀行を免責することはできないとの判決もある (Cass. civ., 25 mai 1993, *Bull. civ.* IV, n° 203)。

²³⁶ Cerles, *supra note* 94, p. 75.

²³⁷ Simler, *supra note* 32, n° 427, p. 447.

²³⁸ Cass. com., 17 juin 1997, *Bull. civ.* IV, n° 188 (後掲注 [247] マクロン判決) ; クロック・前掲注 (1) 217 頁。

²³⁹ Simler, *supra note* 32, n° 427, p. 447.

²⁴⁰ Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 1997, *Bull. civ.* I, n° 326.

²⁴¹ Legeais, *supra note* 87, n° 303, pp. 230-231.

²⁴² クロック・前掲注 (1) 217 頁。

²⁴³ Legeais, *supra note* 87, n° 303, p. 231. なお、実務上は、情報提供に関する文書を封筒に入れた執行吏による調書を作成し、これを、郵便局を通して送達するのが、最も簡便な証明方法であるとされている (Cerles, *supra note* 94, p. 77)。

²⁴⁴ Cerles, *supra note* 94, p. 77.

²⁴⁵ この点については、金山・前掲注 (86) のほか、比例原則を正面から考察しているものとして、能登・前掲注 (86)、山野目・前掲注 (86) などがある。

L. 313 - 10 条となった法文が比例原則を規律していた²⁴⁶。本条によれば、比例原則が適用されるのは、消費者信用と不動産信用の範囲で、金融機関と自然人たる保証人との間で締結される保証契約となる。しかし、破毀院商事部 1997 年 6 月 17 日判決（いわゆる「マクロン (Macron) 判決」)²⁴⁷は、経営者が、自身の経営する会社の銀行に対する債務について保証契約（手形保証）を締結したという事案において、銀行が、保証人の資力と明らかに不均衡である保証債務を要求する行為は「フォート (faute)」を構成すると判断し、銀行に対して損害賠償の支払を命じた。本事件は、事業に対する融資についての経営者による（手形）保証であるため、L. 313 - 10 条の適用範囲からは除外されるものであるが、破毀院は、「明白に不均衡」という、同条規定の文言を用いて銀行の責任を認定している。これは、一般的な民事責任の領域に「比例原則」の発想が取り入れられたものと見ることができ²⁴⁸、結果として、L. 313 - 10 条の規定にかかわらず、保証契約が広範囲に「比例（原則）」の規律下に置かれたことを意味する。もっとも、ここで重要なのは、破毀院が認めたのは、損害賠償の支払であって、L. 313 - 10 条が定めるサンクションである保証債務の事実上の全部免責（保証契約を「主張することができない」）ではない。つまり、債権者は保証契約に基づく契約上の民事責任を「比例」の名の下に負わされていることが認められたに過ぎず、L. 313 - 10 条の適用が、条文に定められた以外の領域にまで、一般的に認められたわけではないことに注意を要する²⁴⁹。この点を正しく評価するには、以下に述べるナウム判決の理解も含めて、フランス法における金融機関の融資取引に関する民事責任法理の広がりとその構造について理解する必要がある。各判決の意義も含めて詳細は後述することとし（第 3 編第 1 章参照）、ここでは、さし当り、比例原則の展開に絞って検討を続ける。

²⁴⁶ 比例原則の基本的な要件および効果についても含めて第 1 章第 3 節第 4 款参照。

²⁴⁷ Cass. com., 17 juin 1997, *Bull. civ.* IV, n° 188. 事案の概要は次のようなものである。X (Macron) は、1987 年 12 月 23 日、自身が経営する A 会社の Y (銀行) に対する債務について、20,000,000F とこれに対する金利、手数料その他を含んだ金額を限度とした手形保証契約を締結した。その後 A 会社は裁判上の更生 (*redressement judiciaire*) 手続に付されたため、Y は X に対して、当該保証債務の履行を求めた。これに対して X は、①錯誤に基づく保証契約の無効や、②Y の 1984 年法第 48 条違反（情報提供に係る書面になされた銀行側の「署名」が有効でなかった）に基づく金利の喪失等を主張したところ、原審（パリ控訴院 1995 年 2 月 8 日判決）は、上記の主張をいずれも却下した上で、X の月額収入は 37,550F、保有する資産は 4,000,000F を下回るものであるところ、保証債務の金額は 20,000,000F であり、両者の間には、明白な不均衡が存在するとして、X の資産状況を無視してこのような保証契約を締結した Y に重大なフォートがあったことを認め、15,000,000F の損害賠償金の支払いと、これによる保証債務との相殺を認めた。これを不服とした X の主たる上告、Y の付帯上告に対して、破毀院は、X の資産状況を考慮せず、収入や資産と明白に不均衡で信義則 (*bonne foi* : 原審では「法の一般原則」としている) と相容れない巨額の保証債務を求めた Y について重大なフォートを認め、15,000,000F の損害賠償を認めた原審を支持した（なお、1984 年法第 48 条違反については、同条が定める情報は「いかなる手段によっても、特に、単なる手紙 *«une lettre simple»* によって証明されうる」と判断した上で X の請求を棄却している）。

²⁴⁸ François, *supra note* 85, n° 146, p. 126.

²⁴⁹ François, *supra note* 85, n° 146, pp. 126 -127 ; Legeais, *supra note* 87, n° 172, pp. 132-133.

2 比例原則の制限

マクロン判決の登場は、L. 313 - 10 条が適用されない領域において、とりわけ、経営者保証に関して、保証の効力を極端に弱体化させる性質を持つものであった²⁵⁰。しかしながら、破毀院はこのような比例原則の拡張に対して一定の制限をかけるようになる。破毀院商事部 2002 年 10 月 8 日判決（いわゆる「ナウム（Nahoum）判決」）²⁵¹は、マクロン判決と同様、経営者が自己の経営する会社と銀行との間で合意された融資を保証したという事案において、「保証人が、保証人の収入、資産および当該不動産会社の取引が順調な状態において合理的に予測しうる支払能力について、当該保証人が知らなかったであろう情報を、銀行が知っていたことを主張も立証もしていない」として銀行の責任を認めなかった。先に指摘した通り、本判決の意義と本判決で示される、支払能力の情報に関する証明を基準とした責任の認定方法は、単に「比例原則」という文脈においてのみ述べるだけでは何等の意味もなく、金融機関の融資取引に関する責任法理との関係で評価しなければ考察したこととはならない（第 3 編第 1 章参照）。それゆえ、さし当りここでは、以下へ続く検討に必要な点として、本判決の意義のあくまで一側面として、「比例（原則）」を否定したのではなく、一般法へ拡張し続ける「比例（原則）」を、経営者保証の領域において制限したという指摘²⁵²に目をやりつつ、いずれにしても、この結果、例えば、経営者による保証と素人による保証とでは、後者を厚く保護するというような、保証人の主観的評価を通じた、柔軟な対応が可能となった²⁵³ということを述べるに留める。

3 比例原則の一般化

ところが、2003 年法により制定された消費法典 L. 341 - 4 条は、「事業者たる債権者」と「自然人たる保証人」によって締結された全ての保証契約に、保証債務の事実上の全部免責（保証契約を「主張することができない」というサンクションを持って、比例原則による規律をもたらしたのである。この結果、客観的な数値上の比較に基づく不均衡の評価が、広範囲の保証契約においてなされることとなり、主観的評価等を通じて保護の程度を変え

²⁵⁰ Legeais, *supra note* 87, n° 172, p.133.

²⁵¹ Cass. com., 8 oct. 2002, *Bull. civ.* IV, n° 136. 事案は次の通りである。X₁（David Nahoum）とその息子 X₂（Marc Nhoum）は、他の株主と共同で、A 不動産会社を設立した。A 社は、Y 銀行からの融資を受けて、パリに所在する複数の不動産を取得したが、この際、当該融資の返済について、X₁と X₂は、23,500,000F を限度とした連帯保証契約をそれぞれ締結した。その後、A 社は裁判上の清算（liquidation judiciaire）に付されたため、Y 銀行は、X らに対して上記保証債務の履行を求めたところ、X らは、当該保証契約が X らの資産状況等（この点明確ではないが、X₂の月額収入は 30,000F とされている）を考慮せずに締結されたことなどを理由として、Y 銀行らの民事責任を追及した（原審等の判決を入手できなかったためこの点明確ではないが、破毀院の判決文からすると、恐らく、不法行為〔1382 条：資料参照〕に基づく損害賠償請求であると思われる）。

²⁵² François, *supra note* 85, n°147, p. 128 ; Simler, *supra note* 32, n° 461, pp. 482 - 483 ; Legeais, *supra note* 87, n° 172, pp.133-134.

²⁵³ François, *supra note* 85, n°147, p. 128 ; Legeais, *supra note* 87, n° 172, pp.133 - 134.

るといふ、ナウム判決の意義は失われることとなった²⁵⁴。なお、消費法典 L. 313 - 10 条および L. 341 - 4 条によれば、保証契約の締結時と履行時の両方において保証人の支払能力を評価する必要があるが、いずれにせよ、1998 年法 103 条により改正された民法典 2301 条によって、保証人の生活に必要な最低限の財産は留保されることとなっているため、契約時の評価はもはや問題とはならないとの指摘がある²⁵⁵。

第 5 款 まとめ

本節での検討結果をここで簡単にまとめておく。

(1) 手書き記載の要件と証明準則

2003 年法の制定前は、無効の罰則を伴った特別法による規制の範囲と、破産院によって要件が緩和され、証明準則としてしか機能しなくなった民法典 1326 条および 2292 条による「あわせ技」に服する範囲との棲み分けがなされ、保証人の保護と保証契約の利便性との間の調整が行なわれた²⁵⁶。しかし、2003 年法による改革は無効のサンクションを伴った手書き記載の要件を自然人が締結するほぼ全ての保証契約に拡張するものであったため、このような調整は無意味なものとなった²⁵⁷。とはいえ、裁判所による要件の緩和に向けた新たな動きも見られ、今後の動向が注目される。

(2) 情報提供義務

2003 年法により設けられた情報提供義務に関する条文は、従来の条文（通貨・金融法典 L. 313 - 22 条と消費法典 L. 341 - 6 条の関係）のみならず、2003 年法によって新規に設けられた条文との間（消費法典 L. 341 - 2 条と L. 341-6 条の関係）においてさえも、その整合性に問題が見られた。また、消費法典 L. 341 - 6 条のように規制の内容とサンクションとの間の関係が適切なかどうか疑われるような条文もあった。一方、情報提供義務に関する債権者の証明責任については破産院によって大幅に要件が緩和され、このような破産院の姿勢は、過剰な保証人の保護に適切な修正をもたらす可能性がある。しかし、2003 年法により設けられた条文はその適用範囲が広い分、安易な要件の緩和がなされると、本来手厚く保護すべき者の保護を弱める可能性もある。

²⁵⁴ François, *supra note* 85, n°148, p. 129 ; Cerles, *supra note* 94, p. 65 ; Legeais, *supra note* 87, n°s 173 et 174, p.135. もっとも、消費法典 L.341-4 条の適用範囲外の保証契約がないわけではないが、残されているのは、法人が保証人の場合くらいである。このような場合に、破産院が諸要素を考慮した上で、債権者の民事責任を肯定するということは、マクロンおよびナウム判決の趣旨から推測して考えにくいことである（François, *supra note* 85, n°148, p. 129 参照）。

²⁵⁵ Legeais, *supra note* 87, n° 173, p.133.

²⁵⁶ クロック・前掲注（1）210 - 213 頁

²⁵⁷ クロック・前掲注（1）211 頁。

(3) 比例原則

2003年法制定前には、保証制度は、消費法典 L. 313 - 10 条による（客観的）比例原則と、マクロン判決およびナウム判決によってもたらされた、一般法上の「判例による（主観的）比例原則²⁵⁸」とによる二重の規律に服し、適切な、保護範囲の棲み分けがなされていた。しかし、2003年法により制定された消費法典 L.341-4 条は、ほぼ全ての保証契約を同条が定める（客観的）比例原則に服させるものであり、これによって、当事者の主観的態様が評価でき、事案に応じた柔軟な対応が可能である、判例による（主観的）比例原則のメリットが失われることとなった。これは、とりわけ、保証人が経営者である場合や、保証人自身が保証債務を弁済することができないことを知っていたような場合であっても、その保証人が自然人である限り、「保証人の資産」と「保証債務」の数字上の比較のみによって不均衡が評価されてしまうという点において、極めて不都合なものと言える。

第4節 小括

本章での検討結果をここでまとめておく。

(1) 2003年法制定前の立法と2003年法の違い

2003年法制定前の各種の立法においては、その背景にある社会事情等を考慮し、その法律の目的を達成するために設計された、適用範囲、規制内容、罰則等を定める法律が作成されていた。その数は多数に及び、かつ、その内容も多種多様であったため、若干、過剰ともいえる保護が保証人に与えられたとはいえども、各条文間の適用範囲や内容の違いによって、条文同士の規制範囲の棲み分けが適切になされていたものと評価できる。ところが、2003年法は、従来の多種多様な各種の条文による規制の内容の適用領域を、単に、1998年法により制定された消費法典 L.341-1 条の適用範囲にあわせて、拡張するというものであった（その意味では1998年法の時点で調和の崩壊は発生しつつあったと評価し得る）ため、従来の立法の経緯からすると、大変、無計画な立法であったと見ることができる。このため、条文間の適用範囲の重複等²⁵⁹、様々な不都合が生じている。

(2) 2003年法制定の結末

従来、各条文の規制範囲の棲み分けと、裁判所による条文解釈の修正等によって、保証人の保護と保証契約の利便性とが比較的調和していたとされる保証制度が、自然人が締結するほぼ全ての保証契約をその適用範囲に含む2003年法の制定によって破壊された。これは、手書き要件および比例原則に関する点においてとりわけ顕著である。このような中、裁判所の判決の中には、特別法の解釈をさらに修正し、その規制を弱めるものも出てきて

²⁵⁸ François, *supra note* 85, n°147, p. 128.

²⁵⁹ もっとも、条文の適用範囲の重複などは、すぐに修正できるものであり、それ自体が重要な問題というわけではない（Aynès, *supra note* 3, p. 33）。

いる。しかし、2003年法により設けられた保証人の保護に関する条文はその適用範囲が広い
ため、裁判所によるこのような修正がこれらの条文にまで及べば、本来、手厚く保護さ
れるべき保証人の保護を弱めることにもなりかねない。つまり、2003年法によって設けら
れた条文は、これを厳格に解釈しようとするれば、本来、保護すべき必要のない者にまで過
度な保護を与えることになり、一方、規制を弱めるように解釈すれば、上記のような問題
が生じるといえる、不都合な二者選択を迫る法律ともいえる。

結 語

以上、本稿の考察によって得られた結果は以下の通りである。

(1) 2003年法制定前までに設けられた、保証人の保護に関する各種の条文の多くは、そ
の時々々の社会事情を考慮し、そこで生じている問題を解決するという目的のため、規制の
内容や適用の範囲、サンクションなどを計算した上で作成されたものであった。例えば、
保証契約時に金額等を明示した書面の作成を要求するという同じ規律でも、一方において
は、消費者の過剰債務の予防という目的を持っているもの（例：消費法典 L. 312 - 7 条）
もあれば、他方において、（それだけというわけではないが）不動産投資や賃貸住宅の供給
を促進するため、債権者に法的安定性を与えるという目的を持っているもの（例：1994年
7月21日法第23条）もある。したがって、保証人を保護するような内容を持っている条
文であっても、これらを、保証人の保護という観点から、一概にこれらを考察することは
時に不適切なこともあるといえる。

(2) このような立法活動の結果、既に2003年法の制定前において、多数の多種多様な規
制の内容を持った条文が存在していた。これらは、一方において、保証人を協力に保護す
ると同時に、他方において、保証契約に過度な規制をもたらしたともいえる。しかし、少
なくとも、各条文の適用範囲や規制の内容の違いは、条文相互の棲み分けを可能とするも
のであったことは確認することができる。ところが、2003年法は、これらの条文が有して
いる既存の規律の内容を、「事業者たる債権者」と「自然人」との間で締結されたすべての
保証契約に適用するというものであったため、適用範囲の違いにより形成されていた秩序
が乱されることとなった。これは、一見すると、保証人を手厚く保護しているかのように
見えるけれども、しかし、先に指摘したとおり、規制は、その目的とサンクション等の手
段、適用範囲の適正さが確保されてこそ、その効力を最大限に発揮できるものであり、単
に適用範囲が広ければよいというものではない。しかも、無計画な適用範囲の拡張は、規
制の範囲の重複や、内容の矛盾など、条文の解釈および適用に大きな不都合さえも生じさ
せている。

(3) 2003年法は、それまでに下された裁判所の判決により形成された秩序をも崩壊させ
るものであった。もっとも、2003年法制定後、特別法の解釈を通じて、過度な保証人の保
護を修正するような裁判所の動きもある。しかし、2003年法により設けられた保証人の保

護に関する条文はその適用範囲が広いため、このような修正は、本来、手厚く保護されるべき保証人の保護を弱めることにもなりかねない。ここから、2003年法の制定前において、裁判所の判決によりなされた条文の解釈の修正が、保証制度における調和という観点から一定の功を奏していた理由の1つとして、先にみた、特別法相互間の規律範囲の棲み分けを指摘できよう。つまり、保証契約の性質や、主たる債務の目的、契約の当事者などの要素に応じて、規律の範囲を区別するということは、単に、保証人の保護を適切に行なえるということのみならず、後々、判例や立法によって、既存の秩序を乱すことなく、不都合な点を修正しやすいという利点もあるということである。

(4) 本編では、フランスにおける保証人の保護に関する各条文の立法過程を検証し、その全体像を把握することを目的としていた。そのため、各条文の要件の検討などは、本稿の目的に関する範囲で簡易に行なっているに過ぎない。これらに関する考察は、今後の課題としたい。

第2編

一般法上の規律に関する考察

— フランスにおける金融機関の融資取引上の義務と責任 —

序 説

1 本編の目的

(1) 金融機関²⁶⁰の融資行為を原因として生じる借主や保証人の経済的破綻は深刻な社会問題の1つである。借主について例を挙げれば、金融機関からの弁済能力を超える過剰な融資を受けた結果その返済が困難になることや、金融機関が融資の提供に合意したにもかかわらずこれを突然に破棄したために資金難に陥ることなどである。さらに、このような融資の弁済を担保する保証人は原則としてその返済に係るリスクを引き受けなければならないため、自己の弁済能力次第では、借主同様に経済的破綻へと追い込まれることとなる。

確かに、このような融資取引に係る経済的リスクは借主や保証人が負うというのが原則ではある。しかしながら、金融機関の行為態様などによっては、借主または保証人がそのすべてを背負うというのは衡平に適わないときがあり、その責任を減免する術を探る議論が盛んになされてきた。

(2) 我が国では、従来、このような問題について、金融機関と借主の関係および金融機関と保証人の関係を分離し、基本的にそれぞれ別個の問題として論じられてきた。金融機関と借主との関係では、かつては、金融機関に対する信頼や、そもそも、なぜ資金を提供する側がその責任を負わなければならないのかというような思想などを背景に、金融機関の融資取引上の責任ということはあまり考えられていなかった²⁶¹。しかし、その後、米法の影響²⁶²を受け、いわゆる「レンダー・ライアビリティ²⁶³」の問題としてこれが論じ

²⁶⁰ 研究対象との関係から、本稿でいう金融機関とは、「日常業務として銀行取引およびその業務に関する取引に従事する法人」（通貨・金融法典 L.511-1 条参照）というフランス法上の定義に依拠するものをいう。ここでいう銀行取引とは、資産の受入れ、融資取引、支払業務等を指し（同 L.311-1 条参照）、関連する取引とは、為替取引、金や貴金属等の取引、有価証券および金融商品の管理や運用、資産管理についての助言等に関するものを指す（同 L.311-2 条）。したがって、検討の中心となるのは「銀行」による一般的な融資の問題であり、いわゆる消費者金融問題については必要な限りで触れるにとどめる。

²⁶¹ 齊藤雅弘「4 融資銀行の不法行為責任—違法性を中心に」長尾治助編『レンダー・ライアビリティ—金融業者の法的責任』83-84 頁（悠々社、1996 年）参照。

²⁶² 米国ではその後反対にレンダー・ライアビリティ論が下火になっていったことについて楠本くに代「1 米国レンダー・ライアピリティ判例の特徴と最近の動向」長尾・前掲注（261）26 頁以下などを参照（但し、同書はこれは単なる沈静化ではなく再編成、再調整の動きであるとす）。

²⁶³ レンダー・ライアビリティは不明確な用語であり、例えば、本稿で扱う金融機関の融資取引上の責任に限定した使われ方もすれば、およそ金融機関が行う取引全般に渡って生じうる責任という意味で用いられることもある（楠本・前掲注〔262〕27 頁を参照）。

られるようになった²⁶⁴。ここでは、金融機関の責任が問題となる場合を、主に、①融資の拒絶または停止、②過剰融資、③融資契約の説明責任、④紹介責任、⑤経営への不当介入などに分類して法的考察がなされており²⁶⁵、このうち、①～③については、前提となる法理に関する学説が豊富にあるためか、金融機関の融資取引上の責任に関する研究が比較的

²⁶⁴ レンダー・ライアビリティの全体像を正面から論じるものとしては、國井和郎「銀行取引上の損害と銀行の責任（その1）～（その7・完）」金法1140号12頁（1986年）、1146号22頁、1153号46頁、1156号20頁、1166号20頁（以上1987年）、1182号26頁、1185号15頁（1988年）、ロバート・M・バージャー「融資申込みと融資約定に関連する銀行等の金融機関側の責任」国際商事法務18巻2号139頁（1990年）、山田卓生「融資契約の不成立と貸主の責任」ジュリ982号102頁（1991年）、ナンシー・ヤング＝ヴィクター・C・ブッシュ（柏木昇訳）「レンダー・ライアビリティ（融資者責任）とは何か—米国における金融リスク回避のために（上）（下）」NBL479号12頁、480号46頁、481号44頁（1991年）、斎藤治「金融機関の法的責任論の新展開」金融研究12巻2号53頁（1993年）、椿寿夫「銀行の融資拒絶・打切りと法的責任」ジュリ1030号10頁（1993年）、小林秀之＝河村基予「レンダー・ライアビリティーをめぐる近時の動向と今後の展開—日米の近時の裁判例を中心に—（上）（下）」金法1405号6頁、1406号30頁（1994年）、長谷川俊明「金融機関にとっての新たなリーガルリスクと法務セクションの役割」金法1375号26頁（1994年）、石川清司ほか「融資者責任（Lender Liability）についての一考察」金法1408号27頁（1995年）、楠本くに代『金融機関の貸手責任と消費者保護—レンダー・ライアビリティ』（東洋経済新報社、1995年）、小林秀之＝藪口康夫「貸手責任に関する我が国の総合判例研究（一）～（七・完）」判時1567号156頁、1570号156頁、1576号156頁、1579号156頁（1996年）、1582号164頁、1585号164頁（1997年）、楠本くに代「レンダー・ライアビリティーをめぐる最近の状況—米国における消費者保護の視点から—」銀行労働調査時報565号27頁（1996年）、國生一彦「レンダー・ライアビリティーとは何なのか（上）（下）」銀法524号17頁、526号20頁（1996年）、長尾・前掲注（261）所収の各論文、松本恒雄「融資金の用途先に関する融資者の責任」自正47巻10号24頁（1996年）、吉田邦彦「融資者責任と債権侵害—東京高裁平成七年十二月二十六日判決の検討を中心に（上）（下）」NBL598号16頁、599号41頁（1996年）、柏木昇「アメリカのレンダー・ライアビリティと日本法への示唆（1）～（8・完）」NBL610号6頁、614号27頁、616号45頁、631号27頁（以上1997年）、633号52頁、637号47頁、638号45頁、640号60頁（1998年）、柏木昇「アメリカのレンダー・ライアビリティと日本法への示唆」金融法研究13号146頁（1997年）、楠本くに代『金融機関のレンダー・ライアビリティー—金融ビッグバンと消費者保護』（東洋経済新報社、1997年）、小林秀之編『日本版ビッグバンに欠ける視点—貸手責任と金融倒産』（清文社、1997年）、瀬川信久「貸し手責任の社会的背景と法的性格—わが国の裁判例の分析から」金融法研究13号153頁（1997年）、澤藤統一郎「融資者責任の確立を求めて—銀行融資における消費者被害の救済と予防のために」自由と正義48巻4号23頁（1997年）、佐々木幸孝他「融資者責任—新たな消費者保護法理の確立に向けて—」消費者法ニュース32号58頁（1997年）、日本弁護士連合会編『銀行の融資者責任』（東洋経済新報社、1997年）、早野貴文他「融資者責任（後編）—新たな消費者保護法理の確立に向けて—」消費者法ニュース33号10頁（1997年）、大西武士『金融法研究』34頁以下（ビジネス教育出版社、1999年）、神吉正三『金融機関役員の融資決裁責任』（酒井書店、2005年）、林道晴「銀行の貸し手責任」金判1211号30頁（2005年）、飯島紀昭「融資約束と金融機関の契約責任」黒沼悦郎＝藤田友敬『企業法の理論（江頭憲治郎先生還暦）（下）』245頁（商事法務、2007年）などがある。

²⁶⁵ 個々の問題については、前掲注（264）の各文献をそれぞれ参照されたいが、このような分類を明確にするものとして、例えば、松本・前掲注（264）「融資者の責任」24頁、石川他・前掲注（264）27頁、林・前掲注（264）30頁などがある。具体的な検討の中身としては、①については、融資の予約や諾成消費貸借契約の可否に係る問題または契約締結上の過失の問題、②については、信義則等による弁済の制限法理の問題、③については説明義務の問題、④については説明義務や信義則または権利濫用法理の問題、⑤については独占禁止法との関係などが問題となる。

充実している²⁶⁶。

一方、金融機関と保証人との関係では、契約の解釈²⁶⁷による責任の制限、詐欺²⁶⁸や錯誤²⁶⁹に基づく保証契約の無効、信義則や権利濫用法理²⁷⁰による根保証人等の責任の制限、身

²⁶⁶ 既に掲げたもののほか、例えば、①については、林良平「融資契約とそれをめぐる義務論」金法 1362 号 6 頁（1993 年）、行沢一人「商取引における誠実義務の機能—アメリカの貸付者責任法制の視点から」私法 55 号 263 頁（1993 年）、河上正二「銀行取引における契約の成立段階の諸問題」金融法研究資料編（10）2 頁（1994 年）および金融法研究 11 号 3 頁（1995 年）、中山泰道「融資契約の準備交渉段階における法的責任について—最近の裁判例を素材にして」佐賀大学経済論集 27 卷 6 号 75 頁（1995 年）、中田裕康『継続的取引の研究』253 頁以下（有斐閣、2000 年）などを、②については消費者金融における過剰与信の問題として扱われることが多い（松本・前掲注〔264〕24 頁参照）が、その状況と対応が一覧できるものとして、大村敦志『消費者法』363 頁以下（有斐閣、第 3 版、2007 年）などを、③については、潮見佳男「最近の裁判例にみる金融機関の説明・情報提供責任」金法 1407 号 7 頁（1995 年）以下「特集＝金融取引と説明義務」の各論文、小粥太郎「説明義務違反による不法行為と民法理論（上）（下）」ジュリ 1087 号 118 頁、同 1088 号 91 頁（1996 年）、同「『説明義務違反による損害賠償』に関する二、三の覚書」自正 47 卷 10 号 36 頁（1996 年）、潮見佳男「説明義務・情報提供義務と自己決定」判タ 1178 号 9 頁（2005 年）以下「説明義務・情報提供義務をめぐる判例と理論」の各論文などを参照。④はバブル経済崩壊後に顕在化した比較的新しい問題と言えるが、これについては、「《現役法務部室長匿名座談会》金融機関の紹介責任とは何か」金法 1470 号 21 頁（1996 年）、松本恒雄「金融機関の紹介責任」金法 1458 号 41 頁（1996 年）、林・前掲注（264）32 頁などを参照。また、融資契約時におけるいわゆる「担保適正評価義務」の問題については、著名な判決として、大阪地判平成 2 年 10 月 29 日金法 1284 号 26 頁（判決自体はこれに消極的）があるところ、学説上は、この義務を積極的に解するものとして、例えば、長尾治助「金融機関の担保適正評価義務」ジュリ 994 号 74 頁（1992 年）〔同・前掲注（264）所収 205 頁〕を、消極的に解するものとして、斎藤・前掲注（264）77 頁以下などを参照。

²⁶⁷ 保証契約の解釈につき、我妻榮『新訂 債権総論（民法講義 IV）』454 頁および 470 頁（岩波書店、1964 年）を、契約の一般的釈ではなく、保証法の危険性という視点から保証法独自の解釈を試みたものとして、小杉茂雄「保証債務成立に関する一考察—保証の危険性と関連して（一）（二・完）」阪法 112 号 43 頁（1979 年）、115 号 251 頁（1980 年）を参照。また、保証契約と契約解釈の問題についての現在の状況については、平野裕之『保証人保護の総合判例解説』190 - 194 頁および 227 - 238 頁とその参考文献（信山社、第 2 版、2005 年）を、大審院の時代には、保証人の責任制限の法的根拠を当事者の意思解釈に委ねていたという点について、駒谷孝雄「継続的保証における保証人の保証責任の限度と解約権」小野寺規夫編『現代民事裁判の課題③〔担保〕』693 頁（新日本法規出版、1990 年）以下を参照。

²⁶⁸ 保証と詐欺および錯誤につき、竹内俊雄「保証契約締結上の詐欺・錯誤等とその効力」手形研究 334 号 68 頁（1982 年）、牧弘二「貸金債務の保証契約と詐欺・錯誤」薦田茂正＝中野哲弘編『裁判実務大系 第 13 卷（金銭貸借訴訟法）』238 頁（青林書院、1987 年）などを参照。

²⁶⁹ 小林一俊『錯誤（叢書 民法総合判例研究④-1）』69 頁以下（一粒社、1989 年）、後藤勇「要素の錯誤に関する実証研究（上）—最高裁判所及び最近の下級審裁判例をとおして—」判タ 986 号 66 頁以下（1991 年）、山下純司「保証意思と錯誤の関係」学習院 36 卷 2 号 73 頁（2001 年）、中舎寛樹「保証取引と錯誤」名法 201 号 289 頁（2004 年）、小林一俊『錯誤の判例総合解説』59 頁以下（信山社、2005 年）などを、また、保証と一部無効との関係について、中舎寛樹「錯誤における一部無効—裁判例の検討—」三重大学法経論叢 10 卷 1 号 81 頁（1992 年）などを参照。また、詐欺や錯誤の問題も含めたいわゆる保証否認の問題につき、実務上これにどう対処すべきなのかという点を論じるものとして、例えば、小島一郎「保証否認多発に備える方法」松本崇他編『債権回収の法務と問題点（鈴木正和先生古希記念）』35 頁（経済法令研究会、1989 年）、大場民男『債務保証否認への対応—その理論と実際』（新日本法規、第 2 版、1995 年）、滝澤孝臣「保証否認」金判 1211 号 34 頁（2005 年）などを参照。

²⁷⁰ 信義則や権利濫用等による保証債務の制限に関する議論については、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—」法雑 41 卷 4

元保証法の類推適用²⁷¹の可否、求償権²⁷²や担保保存義務²⁷³をめぐる問題、継続的保証契約における解約権²⁷⁴の問題、保証と相続²⁷⁵をめぐる問題、情報提供義務の問題²⁷⁶などが議論されてきており、ここでも裁判例や学説の豊富な蓄積を見ることができる²⁷⁷。

号 213 頁 (1995 年)、原田昌和「極端に巨額な保証債務の反良俗性—ドイツの良俗則の最近の展開・その二— (一) (二・完)」論叢 148 卷 2 号 18 頁 (2000 年)、149 卷 5 号 46 頁 (2001 年)、下森定「包括根保証契約に関する一考察」尚美学園大学総合政策研究紀要 2 号 33 頁 (2001 年)、浅生重機「判批 (東京高判平成 14 年 1 月 23 日: 包括根保証人の責任の信義則による制限)」金法 1677 号 68 頁 (2003 年)、齊藤由起「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— (一) ~ (三・完)」北法 55 卷 1 号 113 頁、55 卷 2 号 223 頁、55 卷 3 号 213 頁 (2004 年)、川地宏行「根保証人の責任減免に関するドイツの判例法理」クレジット研究 33 号 157 頁 (2005 年)などを参照。また、根保証をめぐる問題状況が一覧できるものとして、荒川重勝「根保証再論—特に根保証の被保証債務の範囲を中心として—」立命 249 号 911 頁 (1996 年)、伊藤進「保証の法的効力について—中小企業金融に伴う保証を中心に—①~⑦ (完)」銀法 623 号 4 頁、626 号 18 頁 (以上 2003 年)、628 号 33 頁、631 号 50 頁、632 号 52 頁、633 号 72 頁、634 号 32 頁 (以上 2004 年)、平野・前掲注 (267) 93 頁以下とその各参考文献を参照。

²⁷¹ 西村信雄『継続的保証の研究』167 - 168 頁および 263 頁以下 (有斐閣、1952 年)を参照。

²⁷² 保証契約に関する求償と代位の問題については、例えば、寺田正春「弁済者代位制度論序説—保証人と連帯債務者の代位を中心として— (一) ~ (三)」法雑 20 卷 1 号 24 頁、同 2 号 15 頁 (以上 1973 年)、同 3 号 1 頁 (1974 年)、椿寿夫編『代位弁済—その実務と理論— (手形研究改題 銀行法務 21 別冊 No. 1)』(経済法令研究会、新版、1995 年)所収の各論文、高橋眞『求償権と代位の研究』(成文堂、1996 年)所収の各論文、事前求償権の根拠については、西村重雄「保証人の事前求償権—民法四五九条のローマ法的沿革—」太田知行=荒川重勝編『民事法学の新展開』221 頁 (有斐閣、1993 年)、福田誠治「中世末期における保証人の事前求償権—民法 460 条 2 号の形成史—」上智大学法学会編『変容する社会の法と理論 (上智大学法学部創設 50 周年記念)』324 頁 (有斐閣、2008 年)などを、民法 (債権法) 改正検討委員会による立法提案との関係について、同「保証人の事前求償権制度廃止論の是非」帝塚山法学 18 号 145 頁 (2009 年)などを参照。

²⁷³ 我が国の担保保存義務に関する裁判例および学説に関するこれまでの状況をまとめるものとして、辻博明「担保保存義務に関する一考察—判例・学説の推移 (1) ~ (16)」岡法 56 卷 2 号 97 頁、同 3・4 号 849 頁、57 卷 1 号 21 頁、同 2 号 455 頁 (以上、2007 年)、同 3 号 573 頁、同 4 号 683 頁、58 卷 1 号 43 頁、同 2 号 269 頁 (以上、2008 年)、同 3 号 359 頁、同 4 号 489 頁、59 卷 1 号 157 頁、同 2 号 221 頁 (以上、2009 年)、60 卷 1 号 141 頁、同 2 号 341 頁 (以上、2010 年)、同 3 号 531 頁、同 4 号 649 頁 (以上、2011 年)を参照。

²⁷⁴ 保証契約における解約権の生成と分類 (任意解約権と特別解約権)については、西村・前掲注 (271) 86 頁以下を参照。また、平成 16 年の民法改正後の任意解約権の問題について、野村豊弘ほか「〈座談会〉保証制度の改正」ジュリ 1283 号 63 - 67 頁 (2005 年)、上甲悌二「根保証に関する平成 16 年改正と残された実務的問題点」椿寿夫他編『民法改正を考える』238 頁 (日本評論社、2008 年)などを参照。

²⁷⁵ 西村信雄『保証債務の相続性 (総合判例研究叢書民法 [14])』93 頁 (有斐閣、1960 年)、平野裕之「根保証契約における保証人の死亡—相続性の問題から根保証の確定の問題へ」法論 73 卷 4・5 号 85 頁 (2001 年)などを参照。

²⁷⁶ 一般論としての情報提供義務を保証の問題へ適用する試みとして、下森定「保証・物上保証契約の締結と銀行の情報提供義務 (上) (下)」みんけん 488 号 12 頁 (1997 年)、489 号 13 頁 (1998 年)、道垣内弘人「保証契約の成立にともなう説明義務」みんけん 523 号 3 頁 (2000 年)などを参照。

²⁷⁷ 保証人に関する問題を扱う文献は枚挙にいとまがないが、ここでは、保証契約一般に生じる問題の全体像が解るものとして、既に掲げたもののほか、西村信雄編『注釈民法 (11)』138 頁以下 [西村信雄] および 177 頁以下 [椿寿夫] (有斐閣、1965 年)、後藤勇「継続的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—」牧山市治=山口和男編『民事裁判実務研究 第 2 卷』58 頁 (判例タイムズ社、1982 年)、加藤一郎=林良平編『担保法体系 第 5 卷』2

(3) しかしながら、これらの議論にはなお不十分な点や欠けている視点を指摘することができると思われる。第一に、従来の議論の基本的な姿勢は、問題となる個々の事案を既存の法理の適用や解釈を通じて解決を図るといふいわば対処療法的なものであって、導出される結論には限界があるということである²⁷⁸。そもそもなぜ、借主や保証人は負っている責任を免れることが許されるのか、または、許されないのかということ正面から論じて行くこと、換言すれば、金融機関は融資取引上、いかなる義務や責任を借主または保証人に対して負っているのか、または、負わないのかということを確認するという、義務を主体としたより基本的な議論がなされるべきではないだろうか²⁷⁹。金融機関の義務を論じることは、一見、借主や保証人の保護を中心に据えた議論の展開を思わせるが、義務内容を確定することにより、むしろ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ことにも資する²⁸⁰。また、義務が責任を発生させる過程において、その要件や立証責任の分配を調整することにより、借主や保証人の性質によって保

頁（金融財政事情研究会、1984年）に所収の保証に関する各論文、鈴木祿弥＝竹内昭夫編『金融取引法大系 第5巻担保・保証』（有斐閣、1984年）所収の保証に関する各論文、新潟県弁護士会編『保証の実務 保証否認から求償まで』（新潟県弁護士会、第2版、2012年）、伊藤進『保証・人的担保論』（信山社、1996年）を挙げるにとどめる。また、代替手段を検討せずに保証の制約のみ行うことは、与信金利の上昇を招くだけである旨を指摘するものとして、神田秀樹「産業金融法制の将来」小塚莊一郎＝高橋美加編『商事法への提言（落合誠一先生還暦）』879頁（商事法務、2004年）を、同様の観点から代替的担保手段を検討するものとして、小出篤「中小企業金融における人的保証の機能」黒沼ほか・前掲注（264）487頁がある。

²⁷⁸ 例えば、保証人の責任制限に関して、小杉・前掲注（267）「(一)」46頁（裁判による保証責任の範囲の認定の不明確さを指摘し、また、同書293頁では、信義則や身元保証法5条の類推適用では理論的に不明確であることなどから適切ではない旨指摘している）、平野・前掲注（267）311頁以下（現在までの多数の裁判例と学説を分析した上で、そこから導出される現行法上で可能な責任制限の基準を示されている。ここにおいても、現状においてはその基準が明確でなく、必要な措置も不足していることが理解できる）、上甲・前掲注（274）238頁（根保証の極度額の制限について、信義則等の解釈論で足りるとしつつも、具体駁な判断基準の明文化を指摘する）などを参照。

²⁷⁹ これを金融機関の責任の側から指摘するものとして、齋藤・前掲注（264）53頁、保証の議論の側面から指摘するものとして、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—いわゆる『貸し剥がし』問題を中心に—」名城52巻4号35頁以下（2003年）を参照。また、金融機関の融資取引上の責任を論じることの難しさについて、銀行取引業務や関連する法理の多様性、および、不法行為責任と債務不履行責任の交差などがあることを示すものとして、國井・前掲注（264）「その1」12頁以下を参照。なお、債権者の保証人に対する義務という視点からの考察を行うものとしては、古くは、西村・前掲注（271）、同・前掲注（275）、星野英一「中小漁業信用保証の法的性格」同『民法論集第2巻』181頁（有斐閣、1970年）などがあり、最近では、木村仁「イギリスにおける保証契約締結時の債権者の義務—O'Brien 判決以降」近法45巻2号111頁（1998年）、同「カナダにおける保証契約締結時の保証人の保護」近法46巻1号29頁（1998年）、平野裕之「保証契約における債権者の保証人に対する義務（1）～（4）」法論74巻1号1頁（2001年）、74巻6号133頁、75巻1号17頁（以上、2002年）、75巻5・6号27頁（2003年）、平野・前掲注（267）などがある。また、金融機関の保護義務論を展開するものとして、國弘正樹「3 金融機関の借主に対する保護義務」長尾・前掲注（261）67頁などを参照。

²⁸⁰ 例えば、齋藤・前掲注（264）95頁以下を参照。

護の強弱を変えるなど、当事者間にバランスのとれたリスク配分を可能とする²⁸¹。

確かに、一方では、平成 16 年の民法改正に併せた保証制度の改正²⁸²により、他方では、平成 18 年の貸金業法の改正²⁸³によって、借主または保証人の過剰責任を取り巻く法環境は格段に改善されてきている。しかし、法改正による修正によってすべての問題が解決したというわけではなく²⁸⁴、また、法改正による修正が必ずしも妥当な結論のみをもたらすとは限らない²⁸⁵。修正から漏れる部分や修正により新たに生じる問題の受け皿として、一般法上の義務に関する議論はなお進められるべきである。

第二に、金融機関と借主および保証人がそれぞれ別個の関係として論じられていることの不自然さである。このような関係当事者を分割した議論が、とくに、保証人の責任減免に関する議論の幅を限定し、柔軟な解決法の発見を阻害しているのではないか。そもそも、実体的には同一取引の関係当事者である金融機関と借主および保証人を、法の原理原則に拘束されたまま、それぞれ別個の関係で考察することは問題の解決策を限定するものであって、これらを一体の関係として考察する術をも模索されるべきである²⁸⁶。

2 検討の方法

(1) 以上のような視点に立脚し、本編では、金融機関の借主または保証人に対する融資取引上の義務について、フランス法上の議論の分析を行う。その理由は、フランス法においては、金融機関の融資取引上の義務が多数認められており、その内容等も一定程度確立していること、また、金融機関と借主および保証人が金融機関の義務を通じて関連付けられ

²⁸¹ 義務とリスクの分配につき、西村・前掲注(271) 11 頁、星野・前掲注(279) 197 - 198 頁、國井和郎「保証」椿寿夫編『担保法理の現状と課題(別冊 NBL31 号)』105 頁(商事法務研究会、1995 年)、福田誠治「伝来型保証の特徴と保証人保護の正当化理由—根保証人の責任制限に関する裁判例の検討を通じて—」椿寿夫編『法人保証の現状と課題(別冊 NBL61 号)』180 頁(商事法務研究会、2000 年)、平野・前掲注(267) 318 - 319 頁を参照。

²⁸² 民法および保証制度の改正については、立案担当官による解説として、吉田徹＝筒井建夫編著『改正民法の解説[保証制度・現代語化]』(商事法務、2005 年)を参照。

²⁸³ 貸金業法の改正については、立法担当官による解説として、上柳敏郎＝大森泰人編著『逐条解説 貸金業法』(商事法務、2008 年)を参照。

²⁸⁴ 例えば、民法 465 条の 2 によって、自然人たる保証人による、いわゆる包括根保証契約は締結できなくなったとはいえ、極度額の上限を高めを設定することでこれを回避しうる点(野村・前掲注[274] 60 - 61 頁[平野発言]、上甲・前掲注[274] 238 頁などを参照)や、貸金業法はすべての金融機関を規制の対象としているわけではないこと(上柳・前掲注[283] 52 - 53 頁、日本弁護士連合会上限金利引き下げ実現本部編『Q&A 改正貸金業法・出資法・利息制限法解説』229 - 230 頁[木村達也][三省堂、2007 年]などを参照)などを指摘しておく。

²⁸⁵ 例えば、貸金業法の規制強化により保護されるはずの借主がかえって資金難に陥る可能性がある現状を伝えるものとして、日本経済新聞 2010 年 2 月 19 日付朝刊(13 版) 4 頁などを参照。

²⁸⁶ このように三者関係からわが国の保証契約を考察するものとして、椿寿夫「民法学における幾つかの課題(九)」法教 233 号 67 頁以下(2000 年)、中舎寛樹「保証といわゆる多角関係」椿寿夫編『法人保証の現状と課題(別冊 NBL61 号)』194 頁以下(商事法務研究会、2000 年)を参照(同・前掲注[269]「保証取引」の問題意識もそこにある[同書 290 頁])。また、外在的事由の保証契約への反映について、山下・前掲注(269)、大村敦志「判批(東京地判平成 12 年 1 月 27 日)」金法 1620 号 48 頁(2001 年)などを参照。

て論じられていることにある。このような議論の分析は、先に示したわが国の議論に欠けている視点を大きく補完することが期待できる。概要は以下の通りである。

本稿冒頭において示したような事案の場合、フランス法では、まず、借主が自己の責任の減免を実現すべく、一般法上の法理、すなわち、債務不履行責任や不法行為責任の法理をもとに、金融機関の民事責任を追及するということが認められている²⁸⁷。具体的には、金融機関が融資から発生するリスク等について説明しなかったことや、主たる債務者の資力等からして明らかに不釣り合いな金額の融資を提供したことなどを理由として、借主が金融機関に対して損害賠償を求めるといって訴訟上に現れる。このような責任の追及が認められる前提には、金融機関は、融資の申込やその提供に際し、借主に対して、情報提供義務をはじめとした様々な義務を負っていると考えられることがあり、これに反する行為を金融機関が犯した場合、借主は金融機関のフォートを理由として損害の賠償を求めることが認められうる²⁸⁸。

次に金融機関と保証人との関係であるが、フランス法上、金融機関は保証人に対しても、一定の義務を負っていると解されており、さらには、保証契約を規律する多数の条文が特別法上に定められている²⁸⁹。金融機関がこれらの義務や規定に反した場合、保証人は自己の保証責任の減免を求めて、金融機関の民事責任を追及することが認められる²⁹⁰。また、フランス法上の議論として、特に興味深いのは、保証人が、金融機関の借主（主たる債務者）に対して犯した融資取引にかかるフォートを、自己の保証責任の減免のために損害賠償の請求というような方法も含めて主張することができるということである²⁹¹。つまり、この主張方法は、保証人との関係における金融機関の民事責任ではなく、主たる債務者に対する金融機関の行為または責任を保証人が自己の保証責任の減免をを求める根拠として援用しているという点に特徴がある。この点を別の角度から見れば、保証責任の減免に関する議論の前提として、債権者と主たる債務者および保証人という、関係する三当事者を結びつけてその考察がなされているというようにも指摘できる²⁹²。

(2) 以上の点について、本稿では次の順序で論じる。まず、IIにおいて、いかなる場合に金融機関の融資取引上の責任が問題となるのか、その具体的な場面を概観する。次に、IIIにおいて、金融機関の融資取引においては実際にどのような義務が課されこれが具体的に

²⁸⁷ Legeais, *supra note 87*, pp. 214 - 215.

²⁸⁸ *Le crédit & ses garanties*, sous la direction de François Terré, dirigé par Philippe Simler, 2004 éd., 2004, Juris-Classeur, n° 063-01 - 063-58, pp. 729 - 740.

²⁸⁹ 第1編参照。

²⁹⁰ 保証人が金融機関の民事責任を一般法上の義務に基づいて追及することについては、例えば、保証人を保証債務からの免責へと導く、フランス民法典 2314 条が規律している「代位のない利益 (bénéfice de non subrogation)」(我が国では民法 504 条が規律するいわゆる「担保保存義務」に相当するもの)が、その要件上、保証人にとって利用し辛く、それゆえ、一般法理に基づく民事責任の追及が多々行われているという指摘がある (Aynès et Crocq, *supra note 27*, n° 295, p. 134-135 を参照)。この点についての詳細は第3編第2章参照。

²⁹¹ Terré et Simler, *supra note 288*, n° 062-02, p. 718.

²⁹² コーズ論の点からこれを示唆するものとして、山下・前掲注 (269) を参照。

どのような意味を持つことになるのかについて、判例の分析を中心に論じる。続くIVでは、保証人が金融機関の融資取引上の責任を追及する訴訟上の手段と問題点について検討し、最後に、これらの議論をもとにVにおいて論を結ぶ。

なお、金融機関による取引は多岐に渡り、そのそれぞれに、特別法上または一般法上の義務が多様に存在しうるところ、本稿における考察の視点は先に示したような点にある。したがって、以下で行う考察の対象は、金融機関の融資上の義務または責任のうち、特別法によらないもので、かつ、保証人がその取引に関与しているものに力点が置かれることを予め断っておく。

第1章 金融機関の融資取引上の責任を生じさせる行為

第1節 概要

借主や保証人が金融機関の民事責任を一般法上の法理に基づいて追及して行くということについて観れば、金融機関に何らかのフォートがある限り、およそ金融機関の行為を原因として損害が発生したというすべての場合において、その賠償の請求がなされる可能性が示唆される。現状においては、金融機関の融資取引上の民事責任を借主や保証人が追及すること自体は、判例上および学説上認められてはいるものの、この現象を示す表現は様々であり、すべてに確定的な名称が与えられているわけではない。もっとも、ある程度は共通して用いられる表現があり、そのうちの1つとして、担保法の権威であるドミニク・ルジュエ (Dominique Legeais) 教授の表現を借りれば、それは、概ね「過剰または不適合な融資の供与 (octroi d'un crédit excessif ou inadapté)」、「融資の不当な支援 (soutien abusive de credit)」、「融資の不当な破棄 (rupture abusive de crédit)」、「融資金の用途に関する不遵守 (non-respect de l'affectation des fonds prêtés)」というようになる²⁹³。そこで、以下、本稿ではまず、これらの表現に依拠し、その内容について観察する。

第2節 過剰または不適合な融資 (crédit excessif ou inadapté)

はじめに扱うのは、「過剰または不適合な融資 (un crédit excessif ou inadapté)」、と呼ばれるものであり、これは、金融機関が借主 (主たる債務者) にとって時宜を得ずまたは経済力と比べて過剰な金額の融資をおこなったこと²⁹⁴、つまり、本来供与するべきではなかったのに、与えてしまった融資のことを言い、(少なくとも保証人による責任追及の場面としては) 融資の対象は個人であっても企業であっても構わない²⁹⁵。金融機関の義務という

²⁹³ Legeais, *supra note* 87, n^{os} 289-298, pp. 214-225.

²⁹⁴ 例えば、Cass 1^{re} civ., 8 juin 1994, *Bull. civ. I*, n^o 206 (*infra note* 367)。

²⁹⁵ Legeais, *supra note* 87, n^o 292, p. 217.

側面からみた場合、このようなとき、金融機関は、警戒義務（*devoir de vigilance*）や警告義務（*devoir de mise en garde*）を適切に履行したかが問われ、これがなければ、借主または保証人に対して、民事責任を問われる²⁹⁶。義務の具体的な内容および裁判例については、Ⅲにおいて検討する。

一方、金融機関と自然人たる保証人との関係では、さらに、消費法典 L.341-4 条²⁹⁷が規律する、いわゆる「比例原則（*principe de proportionnalité*）」の適用が問題となる。先に観た通り、これは、要するに、債権者と保証人との間で締結された保証契約に基づく債務の額が、保証人の資産や収入等に比べて著しく不均衡である場合、債権者はその保証契約を主張することができないというものである。この原則の下で、保証人は過剰な保証責任から免れることになる。また、比例原則は、現在、一般法への拡張²⁹⁸が見受けられ、条文による規律以外の範囲においてもその適用とみられる判決が出現しているのも先に指摘した通りである。この領域においては、保証人の債権者に対する損害賠償の請求が認められるという点で、消費法典上の規律とは異なる。もっとも、比例原則と金融機関の融資取引上の責任については、近時、興味深い現象が観られる。この点については、後述する（第 3 編第 1 章参照）。

第 3 節 融資の不当な支援（*soutien abusive de crédit*）

「融資の不当な支援」とは、①金融機関がある企業（個人事業主を含む）へ融資をする際、その融資契約が締結された時点で、その企業が「再建不能なほどに危険な状態（*situation irrémédiablement compromise*）」にあることを、金融機関（債権者）が知っていたかまたは無視すべきではなかったにもかかわらず、融資を行うこと（企業を意図的に延命させること）²⁹⁹、②金融機関が、ある企業に対して「必然的に倒産を招くようなほどの巨額な負担をかける（*nécessairement ruineux*）融資」を行うこと（その企業が倒産したことに寄与すること）³⁰⁰の 2 つから定義されている³⁰¹。借主が倒産状態にあるかどうかとは無関係に、

²⁹⁶ Terré et Simler, *supra note* 288, n° 062-13, p. 721 ; Legeais, *supra note* 87, n° 292, p. 217.

²⁹⁷ 消費法典 L.341-4 条「事業者たる債権者は、自然人たる保証人によってなされた保証契約の締結時に、保証債務が保証人の資産および収入と明らかに不均衡であった場合は、当該保証契約を主張することができない。ただし、保証人が請求を受けた時点で、保証人の資産が自己の保証債務の履行を可能とするものである場合は除く」（傍点は筆者）。

²⁹⁸ このようなフランスにおける特別法（消費法典）から一般法への法理の拡張について、大澤彩「不当条項規制の構造と展開—フランス法との比較から—（一）～（七・完）」法協 126 卷 1 号 1 頁、126 卷 2 号 116 頁、126 卷 3 号 166 頁、126 卷 4 号 144 頁、126 卷 5 号 1 頁、126 卷 6 号 54 頁、126 卷 7 号 1 頁（2009 年）（大澤彩『不当条項規制の構造と展開』〔有斐閣、2010 年〕所収）を参照。

²⁹⁹ Cass. com., 11 mai 1999, *Bull. civ.* IV, n° 95 (*infra note* 369) ; Cass. com., 6 fév. 2001, *Bull. civ.* IV, n° 29 (*infra note* 371)。

³⁰⁰ 両者が明確に現れているものとして、Cass. com., 22 mars 2005, *Bull. civ.* IV, n° 67 がある（企業の財政負担の継続的かつ乗り越え難い増加を必然的に生じさせる負担の大きな融資を行う

単に、借主の支払能力に比べて過剰な融資を行うことに力点を置く「過剰または不適合な融資」とは異なり、融資を行う前提として、既に、借主が倒産状態にある、または、融資によって倒産へと追い込むというように、借主の「倒産」という点に力点が置かれる³⁰²。したがって、単に、経営が困難な状況 (situation difficile) にある企業や、支払停止 (cessation de paiement) を引き起こした企業に融資したということだけで、直ちに「融資の不当な支援」に該当するわけではない³⁰³。同様に、既に再建計画中にある企業に融資をした後、その再建が失敗に終わったとしても、それが必ずしも不当な支援となるわけではない³⁰⁴。評価の基準は以下の通りである。

まず、①について、融資の不当な支援とされるためには、その融資契約を以下の視点から評価する必要があるとされる。すなわち (a) (将来の大きな収益が期待できない状態で) 合意された融資の総額と企業の固有資産との間にある不均衡、(b) 企業にかかる財務上の負担、(c) 企業が倒産する日より前になされた融資の提供の事実である³⁰⁵。

また、②について、融資の不当な支援とされるためには、合意された融資の総額と企業の返済能力との関係が評価される。このときには、財務上の負担と企業の会計の状態が考慮され、その融資が必然的に企業の倒産を招くもの、つまり、融資を得ることで生じる負担が、企業を「不可逆的な負債の連鎖 (spirale d'endettement irréversible)」へ追い込むものであったことが証明されなければならない³⁰⁶。

金融機関によってこのような融資がなされたとき、金融機関は民事責任を問われうる。義務の具体的内容や裁判例はⅢで検討する。

第4節 融資の不当な解消 (rupture abusive de crédit)

「融資の不当な解消」とは、融資の合意があったにもかかわらず、不当にこれが破棄された場合、または、融資契約に基づき、金融機関から一度は融資の提供がなされたものの、その後、これが不当に破棄された場合を指す³⁰⁷。具体的な契約内容としては、いわゆる、リボルビング契約やコミットメントライン契約などの、融資枠を設定し、その限度の限りにおいて原則的に自由に借り入れができるというような契約をはじめ、借主の債務を金融

か、再建不能なほどに危険な状態にあることを認識していた、または調査すれば認識することができたはずである企業を意図的に支援した銀行はその企業に対して民事責任を負うとされた事例)。

³⁰¹ Terré et Simler, *supra note* note 288, n° 062-24, p. 723 ; Legeais, *supra note* 87, n° 294, p. 220. なお、かかる不当な支援について触れるものとして小梁吉章『フランス倒産法』148頁以下(信山社、2005年)がある。

³⁰² Aynès et Crocq, *supra note* 27, n° 299, p. 140.

³⁰³ André Buthurieux, *Responsabilité du banquier*, 2^e éd., 2004, Litec, n° 176, p. 77.

³⁰⁴ Cass. com., 9 nov. 1993, *Bull. civ.* IV, n° 384 (infra note 381).

³⁰⁵ Terré et Simler, *supra note* 288, n° 062-26, p. 724.

³⁰⁶ Terré et Simler, *supra note* 288, n° 062-25, p. 724.

³⁰⁷ Terré et Simler, *supra note* 288, n° 062-30, p. 725.

機関が保証するというようなものも含まれる³⁰⁸。いずれにせよ、融資の破棄が問題となる前提には、融資契約の合意とその不当な破棄の二つが存在する必要がある³⁰⁹、これが認められると、借主（主たる債務者）または保証人は金融機関の責任を追及しうる。もともと、一口に融資といっても、大きく分けると、定められた期間内で融資を行うというものと、期間を定めずに継続的に融資を行うというものがあり、これに応じて、金融機関の義務の内容も異なるとされる。

【期間の定めがある融資（*crédit à durée déterminée*）の場合】

合意された融資に期間の定めがある場合、金融機関はその期間の満了までは融資を維持・継続しなければならない³¹⁰。例えば、当座貸越契約を締結したような場合、その期間の満了までは、期限の利益を有する以上、その債務を直ちに弁済する必要などなく（仏民 1899 条³¹¹）、反対に、金融機関もこの合意を守らなければならない。ただし、借主（主たる債務者）が「再建不能なほどに危険な状態（*situation irrémédiablement compromise*）」に陥ったり、借主が重大な非行を犯したりしたような場合には、その金融機関は、予告（*préavis*）なしに、当該融資を破棄することができると解されている³¹²。また、担保価値の棄損など、期限の利益の喪失事由を定める仏民 1188 条³¹³が適用される場合や、解除条項や解除条件が契約に明示されている場合³¹⁴も例外的に融資を停止、解消できる³¹⁵。

【期間の定めがない融資（*crédit à durée indéterminée*）】

合意された融資に期間の定めがない場合、金融機関は常に当該融資を破棄しうる³¹⁶。しかし、これに対しては、「金融機関の活動および監視に関する 1984 年 1 月 24 日の法律第 46 号第 60 条（*Loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit*）」により設けられ、数度の改正を経て³¹⁷、現在は、通貨・金融法典 L.313-12 条へ

³⁰⁸ François-Denis Pointrinal, *Soutien abusif ou rupture brutale du crédit aux entreprises : les banquiers entre Charybde et Scylla*, *Banque & droit*, n° 35, mai-juin 1994, p. 8. なお、フランスにおける枠契約の概念と、わが国における、継続的融資との関係について、中田・前掲注（265）32 - 95 頁および 268 - 300 頁を参照。

³⁰⁹ Terré et Simler, *suora note* 288, n°s 062-31, p. 725.

³¹⁰ Legeais, *supra note* 87, n° 296, p. 223.

³¹¹ 仏民 1899 条「貸主は、合意された期限前に、貸借物の返還を請求することはできない」。

³¹² Legeais, *supra note* 87, n° 296, p. 223.

³¹³ 仏民 1188 条「債務者は、破産したとき、又は、契約によって債権者に与えた担保を自己の行為によって減少させたときは、もはや、期限の利益を主張することはできない」。

³¹⁴ それゆえ、解除条件や解除条項は借主の側がその内容を理解し、反論できないほどに詳細に定めておく必要があるとされるに（D. Bouchery, *La responsabilité des banques dans les procédures : comment prévenir le risque de rupture ou de soutien abusif ?*, *Droit & Patrimoine*, n° 57, février 1998, p. 53-54）。

³¹⁵ Pointrinal, *supra note* 308, p. 8.

³¹⁶ Terré et Simler, *supra note* 288, n°s 062-33, p. 725.

³¹⁷ まず、「経済主導のための 2003 年 8 月 1 日の法律第 721 号（*Loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique*）」第 24 条により、1984 年法当初においては、契約書により定めることができるとされていた予告期間が、銀行委員会（*Commission bancaire*）の答申に基づいてデクレによってこれを定めることに変更され、かつ、その期間を遵守することにより生じる借主の金銭的損害に関して金融機関を免責する旨の規定が追加された。続いて、「中小企業の融資

と引き継がれている条文により、一定の制限が設けられている。すなわち、同条は下記のように定めている。

「金融機関 (un établissement de crédit) または融資会社 (une société de financement) がある企業に対して合意した期間の定めのない融資はすべて、臨時 (occasionnel) のものを除いて、書面による通知 (notification) に基づいたもので、かつ、融資が提供されたときに定められた一定の予告 (préavis) 期間の経過後でなければ、削減または停止することはできない。この期間は、60 日を下回ることができず、これに反する場合、その融資の破棄は無効となる。金融機関は、適用されうるすべての諸法規を遵守しつつ、関連企業の請求に基づき、その融資の削減または停止の理由を提示しなければならない。この請求は第三者から求めることはできず、第三者に伝えることもできない。金融機関は、この期間の間、当該契約を維持したことによって他の債権者が被りうる金銭的損害について責任を負わない (第 1 項)。当該融資の受益者が重大な非行 (comportement gravement répréhensible) を犯した場合、または、その受益者の状態が再建不能なほどに危険 (irréremediatement compromise) であることが判明した場合には、金融機関はその融資の提供が期間の定めのないものか、期間の定めのあるものかにかかわらず、予告期間を遵守する義務を負わない (第 2 項)。これらの規定の不遵守は金融機関の金銭上の責任を生じさせる (第 3 項)」(傍点は筆者)。

従って、期間の定めのない融資の場合には、通貨・金融法典 L.313-12 上の規律の下、第 2 項に定められた例外を除き、予告期間を定めた通知なくしてこれを破棄することができず、これに反した場合には民事責任を追及されうることになる。

ところで、本条は第 2 項において、金融機関 (融資会社) が予告なしに融資を破棄することができる場合の 1 つとして、受益者 (借主) の状態が「再建不能なほどに危険である場合」を挙げている。この表現は、先に示した融資の不当な支援において、まさに、融資してはならない相手方として挙げられている定義そのものであり、融資の不当な破棄と不当な支援は密接な関係がある。すなわち、金融機関が融資を一方的に停止、破棄するということは、借主にとっては資金調達の手段が断たれ、倒産へと追い込まれる可能性が高まるが、他方、金融機関が融資を維持し続けるというのも、借主に過剰な債務を負わせ、ときに、倒産へと追い込む可能性があるということである。つまり、融資の不当な支援と不

へのアクセスの促進および金融市場の機能の改善のための 2009 年 10 月 19 日の法律第 1255 号 (Loi n° 2009-1255 du 19 octobre 2009 tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers)」第 1 条によって、デクレによって定められる期間の部分が 60 日の期間へと変更され、かつ、関係企業の請求に基づく融資の停止または解消に関する理由の通知についての規律が追加された。その後、「金融機関および融資会社に関する 2013 年 6 月 27 日のオルドナンス第 544 号 (Ordonnance no 2013-544 du 27 juin 2013 relative aux établissements de crédit et aux sociétés de financement)」第 3 条により、それまで規律の対象であった「金融機関 (un établissement de crédit)」に「融資会社 (une société de financement)」が付け加えられ、現在の、L.313-12 条へ至っている (J. O., 24 janv. 1984, p. 397 ; J. O., 5 août 2003, p. 13454 ; J. O., 20 oct. 2009, p. 17410 ; J. O., 28 juin 2013, p. 9)。

当な破棄は、融資の維持をその消極面と積極面からそれぞれ評価したものであり、微妙なバランスの上に成り立っているのである。本条は、融資の不当な破棄の防止のために、最低限の予告期間と書面による通知を課すと同時に、これによって、金融機関の行為が融資の不当な支援とならないために、その期間生じうる金銭上の損害について金融機関を免責することでそのバランスの調整を試みているのである³¹⁸。

第5節 融資金の使途の不遵守 (non-respect de l'affectation des fonds prêtés)

融資がなされる場合、その融資の使途が定められていることがあり、金融機関、借主の他の債権者、および保証人にとっては、その使途が限定されていること自体が、弁済の担保となりうる³¹⁹。そこで、仮に借主がこれを遵守せずに、他の個人的な目的で使用したというような場合、保証人はその不遵守を理由として、金融機関の責任を追及しうるか、ということがここでの問題である。

このような場合、原則として、金融機関の責任を追及することはできない³²⁰。それというのも、金融機関は借主や保証人を過剰債務に陥らせないための様々な義務を負っている一方で、顧客の事業 (affaires) には干渉してはならない義務 (不介入義務 : *devoir de non immixtion*) を伝統的に負っているとされるからである³²¹。不介入義務がある以上、借主が提供された融資をどのように使うかまで、厳密に監視することはできないのである (なお、金融機関は融資契約を締結する際に、借主や保証人の資力等を調査しなければならない義務を負っており、これは、不介入義務と対立しうる。当該義務と不介入義務の関係については後述する。)

ただし、例えば、融資の用途を限定することが融資契約や保証契約の条件とされていたような場合³²²や、金融機関が融資の用途を監視する義務を負っていた、または、そのような監督条項 (*clause de surveillance*) が存在していたというような場合³²³には、保証債務の

³¹⁸ Doc. Sénat, n° 217, *Rapport*, 19 mars 2003, pp. 123- 125.

³¹⁹ Legeais, *supra note* 87, n° 297, p. 223.

³²⁰ もっとも、詐欺や情報提供義務違反があるような場合は別である (Legeais, *supra note* 87, n° 297, p. 224)。

³²¹ Terré et Simler, *supra note* 288, n°s 062-14 et 063-21, pp. 721 et 733.

³²² 例えば、Cass. com., 19 mai 1987, *Bull. civ.* I, n° 154 (保険ポートフォリオ [*portefeuille d'assurance*] の取得のために A が金融機関から融資を受け、その弁済を担保するために X 夫妻が物上保証人になった後、A が約定通りに融資金を使用せずに失踪したため、X 夫妻が融資の使途に関する条件が達成されていないことを理由として、抵当権の解除を求め、これが認められた事例) など。

³²³ 例えば、Cass. com., 7 avr. 1992, *Bull. civ.* IV, n° 149 (契約書等に融資の目的が会社の資本の増強のためと記載されていたにもかかわらず、実際は、その融資が銀行主導によって会社の当座預金の赤字を補てんするために用いられ、結果として会社が裁判上の清算 [*règlement judiciaire*] に付されたことについて、銀行の損害賠償責任が認められた事例) など。他方、銀行は法文や契約条項なくして指示なしに行動することはできないので、銀行が、融資の使途について監視する義務を負っていたかどうかを、保証人が主張も立証もしていない場合は、損害

減免の理由となりうる³²⁴。

第2章 金融機関の融資取引上の義務に関する考察

第1節 当事者の性質による分類

金融機関が以上に見てきたような行為を犯した場合、借主または保証人はその民事責任を追及することができる。以下では、金融機関に課される融資取引上の義務について考察していく。なお、先に見た通り、融資の不当な破棄や使途の不遵守の場面で問題となるのは、主に契約の解釈や特別法の適用であり、警告義務をはじめとした金融機関の融資取引上の義務が問題となるのは専ら、過剰または不適合な融資と融資の不当な支援の場合である。したがって、以下に行う考察では、後二者の事例が念頭におかれることを断わっておく。

最初に考察すべきは、借主や保証人の態様である。フランス法においては、借主や保証人が金融機関の民事責任を追及するに当たり、取引の経験などに応じて当事者の性質を分類し、その性質に応じて責任の追及の可否を判断するということが行われている³²⁵。したがって、ここでは、まず、このような当事者の分類について、金融機関の融資責任に特有の点を考察しておく必要がある。

フランス法においては、公証人³²⁶や弁護士などをはじめとした専門家に、広く、その職業上の責任が認められていることは既に指摘されている通りであり³²⁷、本稿で扱う金融機関の民事責任もその延長線上に位置付けることもできる³²⁸。したがって、事業者の情報提

賠償の請求は認められないとした事例として、Cass. com., 5 juin 2007, *RD bancaire et fin.*, juillet-août 2007, comm. 150, p. 19, obs. Dominique Legeais を参照。

³²⁴ Cabrillac et Mouly, *supra note* 32, n° 330, p. 208.

³²⁵ Terré et Simler, *supra note* 288, n° 062-01-063-58, pp. 718-740 ; Richard Routier, Consécration et problématique de l'obligation de mise en garde de l'emprunteur non averti, *RD bancaire et fin.*, novembre-décembre 2007, n° 2, p. 86. なお、フランスにおけるこのような保証契約の類型化について論じているものとして、平野裕之「11 外国の法人保証 (3) —フランス法における法人保証」椿寿夫＝伊藤進編『法人保証の研究』205 - 209 頁 (有斐閣、2005 年) がある。また、このような分類に基づく著名な判決として、「比例原則 (principe de proportionnalité)」に関して先に観た「マクロン (Macron)」判決と「ナウム (Nahoum)」判決がそれぞれ想起されるが、この点との関係については後述する (第3編第1章参照)。

³²⁶ フランスにおける公証人の責任 (特に助言義務) について、西澤宗英「公証人の職務上の責任—フランスの場合—」公証 17 号 1 頁 (1988 年) を参照。

³²⁷ 須永醇「フランス法における『専門家の責任』」川井健編『専門家の責任』159 頁 (日本評論社、1993 年)、鎌田薫「比較法 (3) —フランス」専門家責任研究会編『専門家の民事責任』43 頁以下 (安田火災記念財団、1994 年) を参照。また、広く事業者に対して、情報提供義務が課せられているという点について、横山美夏「契約締結過程における情報提供義務」ジュリ 1094 号 129-130 頁 (1996 年) を参照。

³²⁸ Mustapha Mekki, La singularité du devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit, *RD bancaire et fin.*, novembre-décembre 2007, n° 2, p. 80.

供義務の根拠³²⁹として多々指摘される場所ではあるが、金融機関が融資取引上の民事責任を借主や保証人に対して負うことの実質的な根拠の1つとして、情報の非対称性が指摘されている³³⁰。しかし、基本的にこれは同程度の経験や判断能力を有する根拠であり、経験や能力自体に差があるときには、更なる責任の根拠が必要となる。それゆえ、このような場合には、公益の増大に資する活動を行わなければならないという金融機関の公共性³³¹、あるいは、アマルティア・セン（Amartya Sen）によるいわゆる「潜在能力（Capabiity）論³³²」も責任の根拠として指摘されることがある³³³。義務発生の根拠を解明することは極めて難しいことではあるが、ここでは、少なくとも金融機関と借主または保証人との間の情報量の格差が小さければ金融機関の民事責任は認められにくくなることを確認しておくに留める。

以上の視点に基づいて、フランス法では金融機関の融資責任を論じるにあたり、所有する情報量や能力の差に応じて、借主（主たる債務者）および保証人を「*玄人（averti）*」や「*素人（profane）*」（「*非玄人（non-averti）*」）と表記されることもある³³⁴が、本稿では、便宜上、*玄人*に対する用語として「*素人*」を用いる）といった用語を用いて当事者を分類している。具体的には、「*玄人*」とは、金融機関との間の能力や経験の差の開きが少ない者（例

³²⁹ フランス法におけるこの問題を扱うものとして、例えば、柳本祐加子「フランスにおける情報提供義務に関する議論について」法研論集（早稲田大学大学院）49号161頁（1989年）、後藤・前掲注（1）「法理論」2頁以下（特に、16-17頁）、森田宏樹『合意の瑕疵』の構造とその拡張理論（1）～（3・完）NBL482号22頁、483号56頁、484号56頁（特に、483号58-62頁）（1991年）、横山・前掲注（327）128頁（特に、129-130頁）、馬場・前掲注（27）「説明義務」、同・前掲注（27）「生成と展開」、同「説明義務の履行と証明責任—フランスにおける判例の分析を中心に—」早法74巻4号551頁（1999年）などがある。特に、単に情報の不均衡というだけでは、義務の発生根拠として不十分であり、プラスアルファとして付加される理由が必要であることを指摘するものとして、馬場・前掲書「生成と展開（二）」53-55頁とその脚注（44）および（45）を参照。

³³⁰ Mekki, *supra note* 328, n° 7, p. 81 ; Terré et simler, *supra note* 288, n° 062-07, p. 719.

³³¹ 米国における企業責任論の展開について、森田章『現代企業の社会責任』5頁以下（商事法務研究会、1978年）、公共性論について、小林直樹「企業の『公共性』論（上）（下）」ジュリ1011号45頁、1012号45頁（1992年）などを参照。また、企業責任の根拠として「公共性」のみを強調することへの疑問を指摘するものとして、齋藤・前掲注（264）69頁以下参照。

³³² 本稿との関係では、「機能」と「潜在能力」との関係について、アマルティア・セン（池本幸生他訳）『不平等の再検討—潜在能力と自由—』59-84頁（岩波書店、1999年）が参考となる。

³³³ Mekki, *supra note* 328, n° 7, pp. 81 - 82. また、社会のリスク配分と共生理論に基づく「役割相乗型社会」の実現について、近江幸治『New public management から「第三の道」・「共生」理論への展開：資本主義と福祉社会の共生』（成文堂、2002年）を、フランスにおける事業者間の交渉力の不均衡について、山下純司「事業者間契約と非事業者間契約—瑕疵担保責任免責特約とめぐる対等性の考察—」学習院43巻1号293頁（2007年）を参照。

³³⁴ これは後述の通り、例えば借主や保証人が自己の職業（*professionnel*）に係る融資契約についても金融機関の民事責任を追及することが認められる場合があることから、表現として、純粹な素人を意味する“*profane*”よりも、経験や知識が豊富でないことを意味する“*non-averti*”の方が、表現として中立的であるということに由来するようである。この点については、Daniel Tricot et Hervé Causse, *Le devoir de mise en garde du banquier, RD bancaire et fin.*, novembre-décembre 2007, n° 18, p. 76 を参照。

えば、「融資先の会社の」経営者など）を指し、「素人」とは（「玄人」以外の）差の大きい者を指す³³⁵。そして、「素人」と認定されることではじめて金融機関の責任を追及することが許され、「玄人」と認定されれば、原則として責任の追及は認められない³³⁶。そこで、まずは、どのような条件を満たせば「玄人」または「素人」と認定されるのかを考察しておく必要がある。この点を概して言えば、責任の根拠が情報の非対称性や能力や経験の差に求められる以上、融資が借主または保証人の職業に関するものであるということだけで、その借主または保証人が一律に「玄人」とされるわけではなく、当事者の有する様々な要素が「玄人」の判定のために考慮される³³⁷ということになる。しかい、たとえ「玄人」と認定されても、例えば、融資先の会社の経営者であっても、金融機関との間に、情報量の大きな差を認定できるのであれば、その責任を追及することが認められうる³³⁸。もっとも、このような問題は、専ら判例の観察に基づいて論じる必要があるところ、判例の基準は、当事者の区別と金融機関が負う義務とを併せた形で提示される。したがって、当事者の区別の考察には、単に、「玄人」と「素人」といった区別だけでなく、この区別に基づいて金融機関が具体的にどのような義務を負っているのかということと併せて考察する必要がある、義務の考察についてもまた同じである。そこで、次に金融機関が融資取引上負っているとされる各種の義務のうち、本稿との関係で必要なものについて概要を示し、その後、両者の観点から裁判例を考察し、その基準を示すこととする。

第2節 金融機関に課せられる融資取引上の義務の概要

第1款 情報提供義務を基礎とする義務

金融機関は融資取引を行う際に、取引の専門家として、その借主または保証人に対して、情報提供義務（obligation d'information/obligation de renseignement）を基礎として、警告義務（obligation [devoir] de mise en garde）、助言義務（obligation de conseil）、情報取得義務（obligation de s'informer/obligation de se renseigner）などの義務³³⁹を負っていると解さ

³³⁵ Terré et Simler, *supra* note 288, n^{os} 062-04 - 062-06, p. 719.

³³⁶ Tricot et Causse, *supra* note 334, n^{os} 1 - 11, pp. 73 - 74.

³³⁷ Mekki, *supra* note 328, n^o 17, pp. 83-84 ; Simler, *supra* note 32, Litec, n^o 452, p. 470.

³³⁸ Terré et Simler, *supra* note 288, n^o 062-07, p. 719.

³³⁹ 本文中に示した通り、邦語訳の義務に対応するフランス法上の用語は「devoir」と「obligation」である。「obligation」とは「契約、不法行為、過失による不法行為、または、法律によって、債権者が債務者に対して、ある給付を請求しうる法律関係」を指し、広く義務を意味する言葉（山口・前掲注(12) 393-394頁 [obligation] ; Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, sous la direction de Gérard Cornu, 8^e éd., 2007, Puf, p.627）でもある。これに対して、「devoir」とは、「広く無限定に作為または不作為の義務をいう場合と、例えば加害者の賠償義務のような法的関係一般をいう場合とがある」（山口・前掲書 167頁 [devoir]）とされ、広く義務を意味するという点において、devoir と obligation は同義として扱われることがある（山口・前掲書 393頁および 167頁、同『フランス債権法』1頁〔東京大学出版会、1986年〕）。しかし、devoirにはさらに、「法定義務ではあるが、特定の人に対するものではなく、職業上または職業上の義

れている³⁴⁰。

内容を簡単に確認しておく、情報提供義務とは、客観的な事実の指摘を行う義務、助言義務³⁴¹とは、ある行為を実現しようとしている相手方の判断を決定づけるように、専門家として意見を述べる義務（それゆえ、情報提供義務との対比では、主観的な要素が加わる³⁴²）、警告義務とは両者の中間的な義務であり、給付の目的物等の危険性を相手方に警告する義務をいう³⁴³。情報取得義務とは、情報提供義務を有する当事者が事業者であることなどを理由に自ら相手方の情報を収集する義務であり、ここでは、金融機関が相手方の経済状態や支払能力についての情報を取得する義務をいう³⁴⁴。

務として関係者一般に課されるものや、不当利得しない義務や所有権尊重の義務などのようなすべての人一般に課されるもの」、「法的、永続的かつ技術的な行為原則・規範としての義務」（山口・前掲書「辞典」167頁〔devoir〕；Association Henri Capitan, *op. cit.*, p.307）という意味を有しており、曖昧ではあるが、この点において、両者は義務という用語の上で一応の区別がなされうる。それゆえ、ある行為を *obligation* と表記するのか、*devoir* と表記するのかは、例えば、情報提供義務と助言義務のように、類似する義務を区別するようときに検討の対象となる。また、検討の対象範囲によって、*devoir* にも *obligation* にもなるのは当然のことであり、それは、筆者の主張ということにもつながる。例えば、債権者が保証人に対して一般的に情報提供義務を負うかという点について、クリスチャン・ムーリー（Christian Mouly）教授が、“*devoir*”と“*obligation*”を比較して検討をしている（Mouly, *supra note 32*, n^{os} 373 - 374, pp. 478 - 480）。このようなフランスにおける情報提供義務についての表現の区別を金融機関の責任の局面において分析する者として、François Boucard, *Les obligations d'information et de conseil du banquier*, Préface de Dominique Legeais, 2002, Presses universitaires d'Aix-Marseille Faculté de Droit et de Science Politique, n^{os} 14 - 17, pp. 26 - 30 を参照。また、以上の点について、平野裕之「二十世紀におけるフランス契約責任論の展開—完全性利益の侵害と契約責任論—」法論 60 卷 6 号 77 - 78 頁（1988 年）を参照。

³⁴⁰ Boucard, *supra note 339*, n^{os} 1 - 17, pp. 17 - 30（訳語については、前掲注〔329〕に掲げた各邦語文献に依拠している）。なお、特別法上の保証人に対する各種の情報提供義務については第 1 編を参照。

³⁴¹ フランスにおける金融機関の借主および保証人に対する助言義務について、後藤・前掲注（1）「法理論」103 - 123 頁を参照。

³⁴² Muriel Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie*, Préface de Jaques Ghestin, 1992, LGDJ, n^o 470, p. 384.

³⁴³ 情報提供義務を基礎とした、情報取得義務、助言義務、警告義務の分類およびその内容については、Fabre-Magnan, *supra note 342*, n^{os} 464 - 481, pp. 379 - 392 を参照。同書の研究も含めて、フランスにおける情報提供義務、警告義務、助言義務の各内容とその関係については、本稿との関係では、鎌田・前掲注（327）45 頁以下、後藤・前掲注（1）「法理論」12 - 14 頁および 110 頁脚注（10）、馬場・前掲注（27）「説明義務違反」157 - 162 頁、同・前掲注（329）「生成と展開（二・完）」46 頁以下、野澤・前掲注（329）222-223 頁などを参照。また、ドイツおよびフランスの専門家責任としての各種情報提供に係る義務に関する比較検討として、浦川道太郎「<シンポジウム>専門家の民事責任」II 比較法 二ドイツ・フランス」私法 57 号 13 頁以下（1995 年）を参照。

³⁴⁴ Bouchery, *supra note 314*, pp. 56 - 57. 一般論としての情報取得義務については、Fabre-Magnan, *supra note 342*, n^{os} 247 et s., pp. 192 et s., 後藤・前掲注（1）「法理論」19 - 23 および 175 - 177 頁、馬場・前掲注（27）「生成と展開（二・完）」48 頁以下を、フランスにおける情報提供義務の生成とその分類については、同・前掲注（27）「生成と展開（二・完）」48 頁以下などを参照。

第2款 その他の義務

上記の義務に加え、金融機関は、融資取引に際してその職務上、守秘義務 (*devoir de secret*) その他様々な義務を負っていると解されている³⁴⁵。これらのうち、警戒義務 (*devoir de vigilance*)、不介入義務 (*devoir de non-immixtion*)、識別義務 (*devoir de discernement*) といったものを観察しておくことが、後に行う判例の分析に当たって重要となる。以下に、その概要を見る。

1 警戒義務

警戒義務とは、金融機関は取引を行うにあたって、その取引などに異常がないかどうかを調べ、これがある場合には、取引の相手方、第三者、さらには、金融機関自身にも損害が発生しないように、あらゆる手段を取らなければならないという義務であり、より一般的には、監視義務 (*devoir de surveillance*) や善管注意義務 (*devoir de prudence*)³⁴⁶ というように表記されることもある³⁴⁷。この結果、金融機関は融資取引を行う際に、異常な点がないかどうかという点について、必然的に、借主の支払能力等を調査しなければならないことになり、これは情報取得義務とその内容が重なる³⁴⁸。また、異常が発見された場合に損害を回避するという点を融資取引において見れば、これは、融資を拒絶しなければならないということの意味する³⁴⁹。

2 不介入義務

不介入義務については先に触れた通りであるが、要するに、金融機関は取引を行うに当たり、その取引に関する顧客の判断に介入してはならないという義務³⁵⁰ (顧客になり代わってはならない義務³⁵¹) であり、その法的根拠については様々なものが指摘されているが、不法行為 (仏民 1382 条³⁵²)、権利の享有 (仏民 8 条³⁵³)、私生活の尊重 (9 条³⁵⁴)、欧州人

³⁴⁵ Christian Gavalda et Jean Stoufflet, *Droit bancaire – Institutions, Comptes, Opérations, Services*, 7^e éd., 2008, Litec, n^{os} 240 - 278, pp. 131 - 153.

³⁴⁶ 弁護士の善管注意義務につき、鎌田・前掲注 (327) 48 - 49 頁を参照。

³⁴⁷ Boucard, *supra note* 339, n^o 117, p. 120.

³⁴⁸ Boucard, *supra note* 339, n^o 117, p. 120.

³⁴⁹ Terré et Simler, *supra note* 288, n^o 063-05, p. 730.

³⁵⁰ Boucard, *supra note* 339, n^o 142, p. 148.

³⁵¹ Gavalda et Stoufflet, *supra note* 345, n^o 266, p. 144.

³⁵² 仏民 1382 条：「他者に損害を与えるすべての行為は、フォートによってこれをもたらした者に対して、これを賠償する義務を負わせる」。

³⁵³ 仏民 8 条：「すべてのフランス人は民事上のすべての権利を享有する」。

³⁵⁴ 仏民 9 条：「①各人は、その私生活 (*vie privée*) を尊重される権利を有する②裁判官は、係争物寄託、差押えその他のような、私生活の内面への侵害を阻止し、又はやめさせるに適するすべての措置を命ずることができる。ただし、被った損害の賠償を妨げない。これらの措置は、緊急の場合には急速審理 (*référé*) によって命じることができる」。

権条約 8 条³⁵⁵などに求められるとされる³⁵⁶。この結果、金融機関は、融資の提供が借主にとって危険でまた不適当なものであったとしても、その判断に対して介入してはならず、これを拒絶してはならないことになる³⁵⁷。しかしながら、そうであるとするならば、事実上の問題として、異常がある場合には融資の提供をしてはならないことを導く警戒義務や、相手方の判断を決定づけるように意見を述べることを義務付ける助言義務と、その義務内容が矛盾することになる。この点については以下のように解されている。

まず、警戒義務と不介入義務とでは、異常等が明白である場合には、警戒義務が優先し、金融機関は異常を調査し、そこから発生する損害を回避する義務を負う。それというのも、異常等が明白であれば、もはや義務の秘匿性などは問題とならず、判断への「介入」とならないからである³⁵⁸。この結果、警戒義務が対象とするのは、異常といっても、明らかに (manifeste) 異常な状態や違法な状態の調査や、法律によって、これが命じられている場合³⁵⁹に限られる³⁶⁰。

一方、警戒義務と助言義務との関係では、原則として警戒義務が優先する。これは、警戒義務は、借主のみならず利害関係を有する第三者を含めた広い範囲の者の損害を回避することを目的とするのに対して、助言義務は、あくまで、金融機関と借主との関係という限定された領域での問題を対象とするからであるという³⁶¹。なお、近時の破産院の傾向として、不干涉義務を優先することで、金融機関の民事責任を追及することができなくなる傾向があるとの指摘がある³⁶²。

3 識別義務

ここでいう識別義務とは、金融機関は融資などを行うに当たり、善良な専門家 (bon professionnel) として、借主の財政状態に問題がないことを調査しなければならない義務をいう³⁶³。したがって、識別義務は助言義務とともに、警戒義務の内容を構成することにな

³⁵⁵ 欧州人権条約 8 条：「すべての者は、その私生活、家族生活、住居及び通信の尊重を受ける権利を有する (第 1 項)。この権利の行使に対しては、法律に基づき、かつ、国の安全、公共の安全もしくは国の経済的福利のため、無秩序もしくは犯罪の防止のため、健康もしくは道徳の保護のため、または他の者の権利及び自由の保護のため民主的社會において必要なもの以外のいかなる公の機関による干渉もあってはならない (第 2 項)」。訳出は奥脇直也編『国際条約集 2009』332 頁 (有斐閣、2009 年) に依拠した。

³⁵⁶ Boucard, *supra note* 339, n^{os} 131 - 141, pp. 140 - 148.

³⁵⁷ Gavalda et Stoufflet, *supra note* 345, n^o 266, p. 144.

³⁵⁸ Boucard, *supra note* 339, n^{os} 148-151, pp. 153-157 ; François Boucard, *Le devoir de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur et sa caution : présentation didactique, RD bancaire et fin.*, septembre-octobre, 2007, n^o 25, p. 27

³⁵⁹ 例えば、マネー・ロンダリングを始めとした、違法な金融取引の防止のために、契約前の顧客の身元の調査や、口座の資金の流れを監視することなどを義務付ける、通貨・金融法典 L.561-1 条以下の規定がこれに当たる。

³⁶⁰ Gavalda et Stoufflet, *supra note* 345, n^o 267, p. 145.

³⁶¹ Boucard, *supra note* 358, n^o 25, p. 27.

³⁶² Terré et Simler, *supra note* 288, n^o 062-14, p. 721 ; Gavalda et Stoufflet, *supra note* 345, n^o 266, pp. 144 - 145.

³⁶³ Buthurieux, *supra note* 303, n^{os} 173 - 185, pp. 76 - 81 ; Bouchery, *supra note* 314, p. 56.

る³⁶⁴。

第3款 まとめ

以上みたように、金融機関は融資取引の際に、様々な義務を課されているのであるが、その内容を概観し、定義を確認したところで、それぞれの義務同士の境界線や関係はなお不明確な点が多い³⁶⁵。このような中で、破毀院は「玄人」と「素人」という当事者の区別をもとに、「警告義務」を中心とした規律を次第に生成して行くことになる。そこで、以下では、破毀院による融資取引に関する規律の生成を検討し、これをもとに、とりわけ警告義務の内容を中心に、それぞれの義務の関係性を考察する。なお、近時、金融機関の融資上の責任を制限する旨の規律を有する、商法典 L.650-1 条³⁶⁶が制定されたが、この点については、保証人の責任追及方法との関係 IV において検討する。

第3節 判例の変遷：当事者の性質決定と警告義務による規律への統合

第1款 破毀院第1民事部 2005年7月12日判決以前

破毀院による、「玄人」と「素人」という用語による当事者の区別と「警告義務」を中心とした金融機関の融資取引に関する規律は、破毀院第1民事部が2005年7月12日に下した複数の判決以降に明確となって行く。そこに至るまでには、第1民事部と商事部による責任の認定方法をめぐる対立があった。ここでは、まず、その両者の基本的な態度を確認する。

【①破毀院第1民事部 1994年6月8日判決³⁶⁷】

（「過剰または不適合な融資」＋「借主自身が責任を追及」した事案）

農業を営む Y は、トラクターの購入等に充てるために、6年間の均等払いで 94,000 フランの融資を X 銀行から受けた。その後、Y からの返済がなされたため、X は融資対象であるトラクターを競売にかけて融資額の一部を回収するとともに、残額について Y に

³⁶⁴ Gavalda et Stoufflet, *supra note* 345, n° 270, p. 146.

³⁶⁵ 例えば、情報提供義務、警告義務、助言義務自体の区別も絶対的なものではないという点について、後藤・前掲注(1)「法理論」12-13頁を参照。

³⁶⁶ 商法典 L.650-1 条「保護手続、裁判上の更生または裁判上の清算が開始された場合、債権者は、合意された融資を行ったことによる損害賠償の責任を負わない。ただし、詐害行為 (fraude) を犯した場合、債務者の経営についての干渉した場合、または、その融資契約の相手方において設定された担保が当該融資と不均衡である場合は、この限りではない (第1項)。債権者の責任が認められる場合、融資の相手方において設定された担保は裁判所により取消すかまたは削減することができる (第2項)」。

³⁶⁷ Cass 1^{re} civ., 8 juin 1994, *Bull. civ. I*, n° 206. 本判決を助言義務の観点から考察しているものとして、後藤・前掲注(1)「法理論」105-106頁を参照 (なお、判決の訳文についても同書を参考としている)。

対し支払うように求めた。当該融資について X 銀行のフォートを認定し X 銀行の Y に対する金銭債権を 16,000 フランまで減額したボルドー控訴院 1992 年 3 月 12 日判決に対して、X 銀行が破棄申立を行った。破棄院は、「……X 銀行は Y に対して融資契約の締結を誘引し、その負担は小規模経営の農業が Y に対してもたらず収入を超えるものであったこと、X 銀行が、Y の（取引）銀行から入手したと主張する情報は、Y の会計報告（compte）に記載されている取引量の少なさからして、Y の（経済）状態を著しく不安定にし、かつ、Y が債務不履行に陥る危険性を裏付ける性質を有していたこと（Y の唯一の資産を支払能力として考慮することは、Y を破滅に追いやることを意味していた）、エンジンが通常の使用に適さない場合には 30,758 フランで買戻すということ、その売主が承諾しないであろうトラクター 1 台を既に保有していたのであるから、新しいトラクターの取得はより時宜を得たものではなかったこと……」（傍点および括弧内は筆者）を理由として、「……X 銀行の行動には非難されるべき軽率さ（*légèreté blâmable*）があり、このフォートは、融資の弁済がなされないことから生じる X 銀行の損害に寄与した……」とする控訴院の判断を支持した。

【②破毀院第 1 民事部 1995 年 6 月 27 日判決³⁶⁸】

（「過剰または不適合な融資」＋「借主自身が責任を追及」した事案）

X 夫妻は取得した土地に家を建築する契約を Y₁ 社と締結し、その建築のために Y₂ 銀行、Y₃ 銀行および Y₄ 銀行との間で、合計 465,000 フランの融資契約を締結した。その後、X 夫妻は本件建築契約および融資契約は無効である旨主張したという事案において、破毀院は、「……1979 年 7 月 13 日の法律第 5 条の要求に従った申込の提示は、特に、融資の負担が消費者の資産の少なさと比較して過剰であることが金融機関に分かる場合には、金融機関の借主に対する助言義務を免除するものではない……Y₁ 社により作成された融資計画により提案され、かつ、各金融機関も知っていた負債の額（*taux*）は、わずかな収入しかなかった X 夫妻には耐えられるものではなかった……各金融機関は本件融資の結果生じる負債の大きさ（*importance*）について X 夫妻に警告した（*avoir mis en garde*）ことを立証も主張もしていない……したがって、各金融機関は助言義務を怠り X 夫妻に対して責任を負う……」（傍点は筆者）として 150,000 フランの賠償金を認めたりオン控訴院 1992 年 6 月 11 日判決を支持した。

【③破棄院商事部 1999 年 5 月 11 日判決³⁶⁹】

（「融資の不当な支援」＋「借主および保証人が責任を追及」した事案）

莫大な赤字を抱え、経営困難な状態にある A 社（個人会社）の赤字の一部の補てん等のために、Y 銀行がその経営者たる X₁ へ融資を行い、その妻である X₂ がその弁済の保証人となった後、Y 銀行がその返済を求めてきたところ、X らが、A 社の返済能力に比べて過

³⁶⁸ Cass. 1^{re} civ., 27 juin 1995, *Bull. civ. I*, n° 287. 本判決の評釈として、後藤・前掲注（1）「法理論」106 頁を参照（なお、判決の訳文についても同書を参考としている）。

³⁶⁹ Cass. com., 11 mai 1999, *Bull. civ. IV*, n° 95.

剰な融資を行った Y 銀行の民事責任を債務不履行（仏民 1147 条³⁷⁰）を根拠として追及したという事案において、破毀院は、Y 銀行の責任を認めるにあたり「……A 社が再建不能なほどに危険な状態にあることを銀行が知っており、かつ、例外的な状況として、X₁ がその事実を知らなかったということについて検討していない……」（傍点は筆者）として、Y 銀行の責任を肯定したヴェルサイユ控訴院 1996 年 4 月 5 日判決を破毀した。

【④破棄院商事部 2001 年 2 月 6 日判決³⁷¹】

（「融資の不当な支援」＋「保証人が責任を追及」した事案）

Y 銀行が A 社に対して行った 670,000 フランの融資について、A 社の取締役会会長（*président du conseil d'administration*）たる X が保証人となったが、A 社が裁判上の清算³⁷²（*liquidation judiciaire*）に付されたため、Y 銀行が X に対して保証債務の履行を求めたところ、X は、Y 銀行の行った融資についてフォートがあったとし、仏民 1147 条を根拠としてその責任を追及した。

本件においてボルドー控訴院 1996 年 12 月 12 日判決は、X に対して法定利息を含む総額約 770,020 フランの支払を命じた。これに対して、X は「……融資の専門家たる銀行は、企業を意図的に存続させ、その支払不能状態を悪化させた場合には……フォートを犯したことになる……その企業は更生の現実的な可能性を示していないにもかかわらず、企業の存続という点から融資が時宜を得ていることおよび有効であることを調査することなく融資に合意した銀行にはフォートがある（これらの点について検討することなく銀行の責任を否定した原審の判断は法的根拠を欠く）；融資の専門家たる銀行は、会社の経営者たる保証人に対して助言義務を負っている……融資が時宜を得ていることは、その専門家である銀行に対して、単に商売関係の専門家に過ぎない会社の経営者が必ずしも保有していない技術的な金融上の知識を前提としている……会社の経営者が、金融に関して、銀行と同じく特別な知識を有しているかどうかを検討することもなく会社の経営者たる保証人は銀行のフォートを援用することができないとした原審の判断は法的根拠を欠く……」（括弧内、傍点は筆者）などとして、破毀申立を行った。

これに対して、破毀院は、これらについて検討はせずに「……証明責任を転換することなく、X は融資契約および保証契約に署名がなされたとき……主たる債務者（A 社）が再建不能なほどに危険な状態にあることを Y 銀行が知っていたことを証明しておらず、また、X は A 社の経営者であった……」（括弧内、傍点は筆者）として Y 銀行の責任を認めなかった控訴院の判断を支持した。

³⁷⁰ 仏民 1147 条：「債務者は、必要がある場合には、その者の側になんら悪意が存しない場合であっても、不履行がその者の責めに帰すことができない外在的事由（*cause étrangère*）から生じたことを証明しないときはすべて、あるいは債務者の不履行を理由として、あるいは履行の遅滞を理由として損害賠償の支払いを命じられる」。

³⁷¹ Cass. com., 6 fév. 2001, *Bull. civ.* IV, n° 29.

³⁷² 要するに、我が国で言うところの倒産手続の一種である。裁判上の清算については、その訳語も含めて、中村ほか・前掲注〔37〕260-261 頁（*Liquidation judiciaire*）を参照。

【⑤パリ控訴院 2002 年 12 月 26 日判決³⁷³】

（「融資の濫用的支援」＋「借主および保証人が責任を追及」した事案）

Y₁ および Y₂ の 2 つの銀行が、パリ郊外の再開発計画（ビジネス街の整備）に際し、そこへ高級レストランを建設するという計画に関して、これを遂行する A 会社を設立するために、地方議会議員（*élus locaux*）の強い奨励に基づいて融資を行い、その返済について、その会社の経営者 X₁ と共同出資者 X₂ が保証契約を締結したところ、この出店が失敗に終わったため、A 社は 1984 年 3 月 1 日の法律第 148 号に基づく同意整理（*règlement amiable*）の手續に付されることとなり、整理委員³⁷⁴（*conciliateur*）が指名されが、結局、裁判上の清算手續に付されることになった。このため、清算人（*liquidateur*）および保証人 X₁ が Y₁ 銀行らの融資取引上の責任を追及したという事案において、パリ控訴院は次のような判断をした。まず、Y₁ 銀行らの融資が不当な支援に当たるかどうかについて、「……経済成長に伴うリスクを引き受けることが銀行にあるというのであれば、そのリスクは不合理なものであつてはならない；銀行が融資対象の計画の実現可能性を検証しなければならない；地方議会議員がそのプロジェクトを望んだという事実は、銀行の善管注意義務（*obligation de prudence*）および識別義務（*obligation de discernement*）を免除するものではなく、他者に対する損害の結果について銀行がその義務履行しなかった場合の責任についても免除するものではない……」（傍点は筆者）としたうえで、集客性その他の観点から、本件レストランの出店に関する計画は、その当初から明らかに実現不可能なもので、Y₁ 銀行らが融資を行った理由は、（議員による奨励という）専ら経済合理性以外の理由からであり、Y₁ の融資は融資の不当な支援に当たるとしてその融資取引上の民事責任を肯定した。

その上で、まず、保証人 X₂ については、出資割合が低いこと、取締役会の構成員でないこと（保証契約が締結された時点では既に社員でもなかった）、また、レストラン経営に関して経験もなく、A 社の経営等に全く関与できる立場ではなかったということなどを理由として、Y₁ 銀行らは保証人 X₂ に対して慎重義務、情報提供義務、助言義務についての違反があつたとして、損害賠償の請求を認めた。

一方で、保証人 X₁ については、A 社の社長（*président directeur général*）であり、数年間に渡り著名なレストランでの経営にかかわつたことがあるなどこの道の専門家であり、ま

³⁷³ CA Paris, 26 nov. 2002, *Juris-Data* n° 2002 - 201072 ; *RTD com.*, 2003, pp. 348 - 349, obs. Dominique Legeais. なお、本件では、Y₃ 銀行が A 社設立の約 2 年後に A 社再建のために融資を行っていたため、その融資上の責任も問われ、フォートがあつたものと認定されているが、Y₃ 銀行は、A 社の設立自体にかかわっていないこと等を理由として、認定された全損害の 10% の賠償について責任を負わされたにとどまっている。

³⁷⁴ 同意整理および整理委員の訳語については、中村ほか・前掲注〔37〕99 頁（*Conciliateur de justice*）および 365-366 頁（*Règlement amiable*）の各項目を参照した。なお、1984 年 3 月 1 日の法律第 148 号により導入された企業の経営難の予防およびその処理にかかる一連の手續等は、現在では、商法典第 6 編第 1 章「企業の経営難」へと引き継がれている。手續の概要や改正等の流れについては、中村ほか・前掲書や、André Jacquemont, *Droit des entreprises en difficulté*, 8^e éd., 2013, Litec, n°s 1 - 33, pp. 1 - 21 を、1984 年 3 月 1 日の法律の立法の経緯については第 1 章第 3 節第 2 款を参照。

た、当該企画の主要な担当者の一人であったことなどを理由に、Y銀行らの責任を否定した。

【まとめ】

以上の判決から次のことを指摘できる。まず、①判決においては、XがYの支払能力等に関する調査の不備やこれに基づく判断の過失が問題とされていたが、注目すべきは、Yが農家であり、融資の目的が、農業に用いるトラクターの購入という点である。すなわち、ここにおいては、Y自身の職業に関する契約についてXの責任が認定されているということである。本判決では、まだ、「profane」や「averti」という用語は用いられてはいないものの、「素人」か「玄人」かの判断は、単に職業によって行われるものではないことが示唆されている³⁷⁵。また、②判決では、借主の支払能力に力点を置きつつ、負債の重大性について警告しなかった金融機関の助言義務違反が肯定されている。警告義務との交差が観られるものの、①および②の判決によって、第1民事部による金融機関の融資取引上の助言義務が確立したとされている³⁷⁶。

一方、③判決においては、主たる債務者たる会社の経営者が保証人のときに、金融機関の責任が認められる場合は、借主の経済状態が悪化していることを金融機関が知っており、かつ、そのことを責任の追及主体であった保証人たる経営者が知らなかったという「例外的な状況」であることが示されている。また、④判決からは、同様に、主たる債務者たる会社の経営者が保証人であるときに、金融機関の民事責任の追及が認められるためには、③判決同様に、金融機関が主たる債務者の経済状態が悪化していたことを認識しており、かつ、そのことを、責任を追及する側の保証人が証明しなければならないことが示されている³⁷⁷。ここにおいて注目すべきは、①および②判決は第1民事部により、③および④判決は商事部により下されているということである、すなわち、両者の事案は問題となる要素が異なっているものの、職業上の債務であっても比較的積極的に金融機関の責任を肯定しようとする第1民事部に対して、借主に対して、情報に関する証明責任を課すことで、金融機関に対する責任の追及を事実上不可能とする商事部の原則的な立場の対立がここに表れているのである³⁷⁸。

なお、⑤判決は、控訴院判決ではあるが、(a)銀行には融資対象の計画の実現可能性を検証する義務があること（これは不介入義務との関係で問題となる）、(b)その義務の具体的内容は善管注意義務、情報提供義務、助言義務であること、(c)主たる債務者が破産手続に付され、清算人が指名されているということ、(d)その清算人と保証人のそれぞれが銀行の民事責任を追及しているということ³⁷⁹、(e)当事者の保証人について、まだ、そのような用

³⁷⁵ Boucard, *supra note* 358, n° 1, p. 24.

³⁷⁶ Dominique Legeais, note sous Cass1re civ., 8 juin 2004, *JCP E*, 2004, 1442, n° 4, p.1544.

³⁷⁷ 以上の点につき、Legeais, *supra note* 87, n°s 288 - 291, pp. 238 - 242 を参照。

³⁷⁸ Dominique Legeais, note sous Cass 1^{re} civ., 12 juill. 2005, *JCP E*, 2005, 1359, p. 1523 ; Alain Gourio, note sous Cass com., 3 mai et 20 juin 2006, *JCP G*, 2006. II. 10122, p. 1412.

³⁷⁹ 主たる債務者の清算人と保証人との関係については、民事責任を追及に関して複雑な問題

語は用いてはいないものの、「玄人」と「素人」のそれぞれが問題となっていることなど、金融機関の民事責任に関する論点が豊富にそろっている点で興味深い。特に指摘しておくべきは、(f)金融機関が経済的合理性以外の理由、特に、公（人）の関与によって融資を決定していることである。金融機関が融資を行うに当たり、経済的合理性以外の理由、特に、公権力の関与があった場合に、金融機関の民事責任が減免されるかどうかはひとつの論点となっており³⁸⁰、参考となる事案である³⁸¹。

第2款 対立の明確化

(1) で見たように、金融機関の融資取引上の民事責任に関して、これを積極的に認めようとする第1民事部（①、②判決）と、否定的に考える商事部（③、④判決）とではその立場に対立があった。もっとも、これらの判決のうち、第1民事部判決は「過剰または不適合な融資」の事例であり、商事部判決は「融資の不当な支援」の事例であって、問題となる要素が基本的に異なる。したがって、立場の対立といっても、これは金融機関の融資取引上の民事責任に関する両者の原則的な姿勢の対立である³⁸²。しかし、その後、両者は、金融機関の融資取引上の責任が最も基本的な形で問題となる、「過剰または不適合な融資」の事例においてその対立を明確化させる。以下に考察する。

がある。詳細は後述するが、この点につき、Terré et Simler, *supra note* 288, n^{os} 062-10 - 062-11, p. 720 を参照。

³⁸⁰ Terré et Simler, *supra note* 288, n^o 063 - 09, p. 731.

³⁸¹ Legeais, *supra note* 373, pp. 348 - 349 頁を参照。なお、公（人）の関与と融資責任については、以下のような判決がある。

【破棄院商事部 1993 年 6 月 15 日判決 (Cass. com., 15 juin 1993, *JCP E*, 1993, pan., 1070, p. 339)】

2 社に対して銀行より与えられた融資は、それが、活動を意図的に延長させ、かつ、返済不能の様相を示させるようなものであっても、融資の際に、経営困難となっている企業を再建させる者との間で大変真剣な交渉が行われ、かつ、再建の信憑性がある計画が更生の合理的な可能性を示していたのであれば、その融資は不当ではない。

【破棄院商事部 1993 年 11 月 9 日判決 (Cass. com., 9 nov. 1993, *Bull. civ.* IV, n^o 384)】

「……事実、金融機関が（融資先の）会社の状態について全く知らなかった場合、支出監督官 (trésorier-payeur général) により承認された再建計画の枠内で、公権力の側に立ち、その会社の活動を維持したいと望む社長自身が求める銀行の融資を与えたことで、その金融機関を非難することはできない……」(括弧内、傍点は筆者)。なお、支出監督官とは、「県または地方における国庫に関する」支出の監督を行う者である (山口・前掲注 (12) 603 頁 [Trésorerie])。

このような破毀院の姿勢は、公の関与は、金融機関の情報取得義務等の履行について、その義務を軽減するように作用する (推定) が、関与があれば常にその責任が減免されるわけではないことを示している (Francis J Credot et Yves Gérard, *Droit et techniques bancaires, RD bancaire et de la bourse*, mars-avril 1988, n^o 6, p. 64)。

³⁸² 脚注 378 およびその対応本文を参照。

【⑥破毀院商事部 2002 年 3 月 26 日判決³⁸³】

（「過剰または不適合な融資」＋「借主自身が責任を追及」した事案）

X 銀行に勤務する Y₁ と同銀行を退職した妻の Y₂ は、不動産取得のために X 銀行から 1,828,000 フランの融資を受けた。本件融資は当初 6 ヶ月の期間のものであったがその期間は 2 回延長された。また、Y 夫妻は所有する家を売却する予定であったが、融資契約の時点では未だ売却されていなかった。X 銀行は Y 夫妻に対して融資の弁済を求めて訴訟を提起したところ、Y 夫妻は、本件以外の融資から既に生じている負債の弁済能力を考慮せず、売却される家の価格を超える無分別な (sans discernement) 融資を行ったとして、仏民 1134 条³⁸⁴および 1147 条を根拠に X 銀行の責任を追及した (反訴請求)。本件事案において破毀院は、Y 夫妻らによる X 銀行の情報提供義務違反や助言義務違反等の主張について検討せずに、「……本件融資は Y 夫妻から求められたものであり、Y 夫妻は、Y 夫妻自身も知らなかったであろう Y 夫妻の財政状態の脆弱性についての情報を、X 銀行が保有していたであろうことを全く主張していない……」(傍点は筆者)として、Y 夫妻の主張を退けたエクス・アン・プロヴァンス控訴院 1999 年 1 月 21 日判決を支持した。

【⑦破毀院第 1 民事部 2004 年 6 月 8 日³⁸⁵】

（「過剰または不適合な融資」＋「借主自身が責任を追及」した事案）

X₁ およびその妻 X₂ は Y 銀行から受けた 400,000 フランの融資について弁済ができなくなった。X 夫妻は仏民 1147 条を根拠に Y 銀行の責任を追及した。本件事案において、破毀院は、「……不当な融資および助言義務の不履行についての X 夫妻の訴え (action) を棄却するために、Y 銀行は、X₁ が画家として締結した職業上の複数の借入について並行して X 夫妻が義務を負っている日常の取引銀行 (banquier habituel) であるところ、Y 銀行に対して (融資を) 申請する前に、X 夫妻は A 銀行に対して融資を申請したが無駄に終わり、ここでは A 銀行が過剰債務の可能性を X 夫妻に対して反論していたことを認め、したがって、X 夫妻は、十分に事情を把握した上で、後日、本件融資を得ており、その損害は X 夫妻自身に専ら責任があつて、Y 銀行の側の警告の欠如にはない……」としたレンヌ控訴院 2001 年 12 月 14 日判決の判断は法文に反するとして、これを破毀した。

³⁸³ Cass. com., 26 mars 2002, *Bull. civ.* IV, n° 57. 本件事案において、Y 夫妻は本文で示した主張の他、本件融資の利率が暴利貸借 (prêt usuraire) に該当する旨を主張し、これを規律する消費法典 L.313-3 条および仏民 1134 条を根拠にその利息の削減を求めていたが、破毀院は同法の範囲内の利率であるとしてこれを棄却している。なお、暴利貸借の訳語については後藤ほか・前掲注 (1) 81 頁以下に依拠した。同書では、消費法典 L.313-3 条の訳出もされているので併せて参照されたい (同条は、制定以来数度の改正がなされており、同書に掲載されているものは現在のそれとは異なるものの、基本部分に大きな変化はない)。

³⁸⁴ 仏民 1134 条「適法に形成された合意 (convention) は、それを行った者に対しては、法律に代わる (第 1 項)。合意は、それを行った者相互間の同意 (consentement mutuel) 又は法律が許す原因によってでなければ、撤回することができない (第 2 項)。合意は、誠実 (bonne foi) に履行しなければならない (第 3 項)」。

³⁸⁵ Cass. 1^{re} civ., 8 juin 2004, *Bull. civ.* I, n° 166.

【まとめ】

破毀院商事部による情報量の差を根拠とした金融機関の融資取引上の責任に関する判断枠組みは、⑥判決の「Y 夫妻自身も知らなかったであろう Y 夫妻の財政状態の脆弱性についての情報を、X 銀行が保有していたであろうことを全く主張していない」という表現に結実され、確立された基準となったとされる³⁸⁶。このような主張・立証を借主の側で行うことは極めて困難を伴うものであり、商事部の判断枠組みは、借主による金融機関の責任の追及を、事実上、不可能にすることを意味する³⁸⁷。

一方で、⑦判決において、破毀院第 1 民事部は、その法的根拠は明確ではないものの、Y 銀行の責任を否定した控訴院の判断を破毀している。これは、商事部とは異なり、比較的積極的に金融機関の融資取引上の責任を認めようとする従来の第 1 民事部の立場（①、②判決）を踏襲するものではある。しかし、注目すべきは、その責任を発生させる根拠が Y 銀行の「警告」に置かれている点である。これは、第 1 民事部が、金融機関に融資取引上の責任を負わせることの根拠を従来の助言義務から警告義務へとその力点を変更したことを意味するとされる³⁸⁸。

第 3 款 破毀院第 1 民事部による統一の試み

破毀院第 1 民事部と商事部が上記のような対立を示す中、第 1 民事部は 2005 年 7 月 12 日に下した 4 つの判決により、両者の要素を組み入れ規律の統一を図ろうとする³⁸⁹。これが、「玄人」と「素人」という用語による当事者の分類と、警告義務を中心とした規律の始まりである。以下にその 4 つの判決を観察する。

【⑧破毀院第 1 民事部 2005 年 7 月 12 日判決：民事判例集 1 巻 324 号³⁹⁰】

（「過剰または不適合な融資」＋「借主自身が責任を追及」した事案）

X 夫妻はアパルトマンの購入と業務上の資金調達のために、計 2 回に渡り Y 銀行から合計 11,872,000 フランの融資を受けた。その後、X 夫妻の弁済が滞ったため、Y 銀行は、X 夫妻が所有する不動産を差し押えるために、差押前催告状³⁹¹ (commandement) を送達したところ、X 夫妻は、本件融資は自己の収入を超えるものである旨主張し、仏民 1147 条を根拠に Y 銀行の責任を追及した。本件事案において、破毀院は「……X 夫妻は、不動産取引を行うことを目的とした会社を設立した上級管理職 (cadre supérieur) であり、玄人の借主

³⁸⁶ Dominique Legeais, note sous Cass. 1^{re} civ., 8 juin 2004, *JCP E*, 2004, 1442, n° 2, pp. 1543-1544.

³⁸⁷ Dominique Legeais, note sous Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2005, *JCP E*, 2005, 1359, p. 1523.

³⁸⁸ Legeais, *supra* note 386, p. 1544.

³⁸⁹ François Boucard, Le devoir de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur et sa caution : présentation didactique, *RD bancaire et fin.*, septembre-octobre, 2007, n° 1, p. 24 ; Daniel Tricot et Hervé Causse, Le devoir de mise en garde du banquier, *RD bancaire et fin.*, novembre-décembre 2007, n° 2, p. 73.

³⁹⁰ Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2005, *Bull. civ.* I, n° 324.

³⁹¹ 中村ほか・前掲注 [37] 86 頁 [commandement]、山口・前掲注 (12) 89 頁 [commandement] を参照。

(*emprunteur averti*) である……」(傍点は筆者) こと、当時の職業から得られる収入および副業から予想される収入、設立した会社が順調な滑り出しをしたことから得られる配当および収入などから、Y 銀行には本件融資に関してフォートはないと判断したパリ控訴院 2001 年 12 月 14 日判決に対する X 夫妻の破棄申立を棄却した。

【⑨破毀院第 1 民事部 2005 年 7 月 12 日判決：判例集 1 卷 325 号³⁹²】

(「過剰または不適合な融資」＋「借主自身が責任を追及」した事案)

A 社の取締役会長かつ筆頭株主の X は、A 社の凍結された当座預金口座 (*compte courant*) への資金供給のために、Y 銀行から合計 1,000,000 フランの融資を受けた。その後、A 社が裁判上の清算に付され、X 自身の弁済も不履行に陥ったため、Y 銀行は X に対して残額の弁済を求めたところ、X は自己の収入と明らかに不釣り合いな金額の融資契約を締結した Y 銀行にはフォートがあるなどと主張し、仏民 1147 条を根拠に Y 銀行の責任を追及した。本件事案において破毀院は、「……X 自身も知らなかったであろう X の財政状態についての情報を Y 銀行が保有していたであろうことを主張していないのであるから、*玄人の借主 (emprunteur averti)* である X は、X 自身が望んだ融資を X に対して提供した Y 銀行を非難することはできない……」(傍点は筆者) と判示したパリ控訴院 2002 年 10 月 25 日判決を支持した。

【⑩破毀院第 1 民事部 2005 年 7 月 12 日判決：民事判例集 1 卷 326 号³⁹³】

(「過剰または不適合な融資」＋「借主自身が責任を追及」した事案)

X は Y 銀行に、当座預金口座 (*compte de dépôt*)、住宅貯蓄口座 (*compte d'épargne logement*)、および積立預金 (*plan d'épargne populaire*) を有していたところ、当座預金口座の借越金額を穴埋めするために、Y 銀行から 3 回に渡り融資を受け、その総額は 50,000 フラン (年利 13,50%) に達していた。本件融資について、X は、融資契約上の情報提供義務などの複数の義務違反があったとして、仏民 1147 条を根拠に Y の責任を追及した。本件事案において、破毀院は「……X に対して Y 銀行が合意した各融資契約の締結時において、Y 銀行は預金口座の管理者として義務を負う立場にあるので、当座預金の借越金額を穴埋めするために、融資に頼るかまたは他の口座に存在する預金を動かすかの間で、X に対して提供された選択肢の利点と不都合な点について X に説明をした (*avait éclairé*) かどうかを検討することなく……」(傍点は筆者) 判断を下したボルドー控訴院 2002 年 10 月 8 日判決は法的根拠を欠くとしてこれを破毀した。

³⁹² Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2005, *Bull. civ. I*, n° 325 (なお、X の申立を棄却する理由として、控訴院は、X が経理上弁済を行っていただけでなく、本件融資金の払込先が利害関係を有する共同出資者 (*associé*) の当座預金口座であったことから、仮に、弁済が滞りなくなされ、かつ、A 社が裁判上の清算に付されなければ、本件融資金は、すべて、上記共同出資者の収入となったということも指摘しており、破毀院もこれを支持している)。

³⁹³ Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2005, *Bull. civ. I*, n° 326.

【⑩破毀院第1民事部2005年7月12日判決：民事判例集1巻327号³⁹⁴】

（「過剰または不適合な融資」＋「借主自身が責任を追及」した事案）

X 夫妻は賃貸を目的とした住居の取得のため、Y 銀行から合計 357,000 フラン（年利 10,6%）を 240 カ月に分割して弁済する旨の条件の下で融資を受けた。その後、X 夫妻の弁済に不履行が生じたため、Y 銀行は X 夫妻の上記不動産を差し押さえるために差押前催告状を送達したところ、X 夫妻は、Y の融資行為にはフォートがあったとして、仏民 1147 条を根拠に、融資金額と同額の損害賠償金の支払いを求めた。本件事案において破毀院は「……訴訟の対象となっている融資を用いて購入した住居の家賃から生じる収入を考慮し、X 夫妻の支払能力（*faculté contributive*）を分析した上で、X 夫妻が、その家賃収入のみならず、彼等の極めて少額な資産では、本件融資の各支払期限に支払うべき金額に対処することはできなかったことを認め、Y 銀行は X らの財政能力を検証せず、かつ、X らの支払能力に比べて過剰な融資を提供したことにより、素人たる借主（*emprunteur profane*）に対する諸義務を適正に履行しておらず、したがって、警告義務（*devoir de mise en garde*）を履行していない……」（傍点および注は筆者）として Y 銀行の損害賠償責任を認めたパリ控訴院 2002 年 4 月 9 日判決の判断を支持した。

【まとめ】

《基準統一の試み》

以上の 4 判決から、次のことが示される。まず、金融機関の融資取引上の責任を追及する借主は、「素人」と「玄人」とに区別され（⑧、⑨、⑩判決）、玄人とされると金融機関の責任は原則として認められず（⑧、⑨判決）、素人とされると認められうる（⑪判決）。但し、玄人と認定されても、金融機関が借主自身も知らない借主の財政状態についての情報を保有しており、かつ、このことを借主が証明することができた場合には、例外的に金融機関の責任が認められる（⑨判決）。

さらに、「素人」であるとされた場合、⑪判決で、具体的に警告義務について言及がなされているとともに、⑩判決において、ここでは「素人」という言葉自体は用いられてはいないものの「預金口座の管理者」としての金融機関のなすべき事柄として、取引における利点や不都合な点等を説明する（*éclairer*）ことが求められている。先述の通り、第 1 民事部は、⑦判決の段階で、金融機関の融資取引上の責任を認める場合の根拠として、不明確ながらも金融機関の警告（義務）に言及していた。これらの判決では、基本的にこの立場を踏襲しつつ、警告義務が問題となる場面を借主が「素人」の場合に限定し、さらに、その警告義務の内容を具体化させているとされる³⁹⁵。すなわち、⑪判決の反対解釈から示

³⁹⁴ Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2005, *Bull. civ.I*, n° 327（なお、X 夫妻は損害賠償請求の前提として、本件融資契約自体の取消しを求めていたところ、パリ控訴院 2002 年 4 月 9 日判決は、X らの取消訴権は時効により消滅していると判断したため、X 夫妻は無効の抗弁の永続性を根拠に破毀申立を行ったが、無効の抗弁の永続性の準則は融資の取消しを求める借主が援用することはできないとして、破毀院はこの主張を却下している）。

³⁹⁵ Legeais, *supra note* 387, p. 1523. なお、2004 年 6 月 8 日の判決（⑦）の時点で既に、第 1 民

される「借主の財政能力を検証すべきこと」および「借主の支払能力に比べて過剰な融資をしてはならないこと」の2つと、⑩判決において示されている「利点や不都合な点を説明すること」の3つが、第1民事部が言うところの警告義務の具体的内容であるとされる³⁹⁶。

破毀院第民事部は従来、金融機関の融資取引上の責任を比較的積極的に認めてきたことは既述の通りである。しかし、この4判決では、第1民事部は、単に金融機関の責任を認めるのではなく、まず、当事者を分類した上で、「素人」の場合には、従来の第1民事部の立場を基本的に踏襲するとともに、「玄人」の場合には、借主自身も知らなかった借主の財政状態についての情報を金融機関が知っていたことを主張していないという趣旨の、従来の商事部判決の表現を用いて金融機関の責任を原則として否定するという手法を用いている。これによって、第1民事部は、従来の自身の立場を維持するとともに金融機関の責任の認定に消極的な商事部との間の基準の統一を図ろうとしたのである³⁹⁷。

《素人と玄人を分ける基準》

「素人」と「玄人」の区別について見れば、特定の要素だけではなく状況に応じて様々な要素が考慮されていることが分かる（⑧、⑨、⑪判決）。しかし、会社の上級管理職にあること（⑧判決）や取締役会長であること（⑨）によって玄人と判断されていることから、職業上の階級が重要な要素として働いているものとされる³⁹⁸。一方で、各判決において融資の目的は当事者の性質を決定する上であまり重要視されていない³⁹⁹。

第4款 破毀院商事部の第1民事部への接近

第1民事部が上記の4判決を下した後も、商事部は当初、単に、金融機関と当事者との間の情報量の差を根拠とする従来の準則を変えずにいた⁴⁰⁰。しかしその後、2006年5月3日の3つの判決を皮切りに商事部はその準則を第1民事部のものへと接近させて行く。以

事が警告義務への転換を図ろうとしていたということについて、Legeais, *supra note* 386, n° 2, p. 1544 を参照。

³⁹⁶ Legeais, *supra note* 387, pp. 1524 - 1525.

³⁹⁷ Legeais, *supra note* 387, p. 1523.

³⁹⁸ Legeais, *supra note* 387, p. 1526.

³⁹⁹ Legeais, *supra note* 387, p. 1526.

⁴⁰⁰ 例えば、Cass. com., 20 sept. 2005, *Bull. civ.* IV, n° 176 がある。但し、本判決は、従来の基準では「例外的」とされた金融機関の責任が認められたものである。事案は次の通りである。A社がY社（リース会社）と締結したファイナンス・リース（*crédit-bail*）契約について、A社の共同経営者X₁およびX₂が連帯保証人となった。その後、A社が裁判上の清算に付されたためY社はXらに対して債務の弁済を求めたところ、XらはY社の責任を追及した。本判決において破毀院は、Xらには交付されず、内容についても知らされていない事業予測等に係る書面がA社からY社に交付され、Y社はこの書面のみから事業の失敗などの予想をしようする状況にあったことなどから、「……例外的な状況にあったために、保証人たるXらが知らなかったであろう、Xらが経営するA社の企業活動の持続性についての情報を、保証契約の締結時に、Y社が有していたことを示す認定事実と評価の下で、Y社が保証人たるXらに対して、信義則にしたがって契約する義務（*obligation de contracter de bonne foi*）を履行していない……」（傍点は筆者）としてY社の請求金額を減額したパリ控訴院2003年9月16日判決を支持した。

下に観察する。

【⑫破毀院商事部 2006 年 5 月 3 日判決：民事判例集 4 卷 101 号⁴⁰¹】

（「過剰または不適合な融資」＋「借主自身が責任を追及」した事案）

X₁とその妻 X₂は、ホテル（résidence hôtelière）の共同所有権の持分（lot）を取得するために Y 銀行と複数の融資契約を締結した。本件融資は、持分の売主によれば、持分から得られる賃料によって弁済することができる見込みがあるとのことであった。その後、収入が不足し、また、失業保険に加入していない X₁が失業したことにより、X 夫妻は本件融資の弁済をすることができなくなったため、Y 銀行は本件とは別途行っていた融資の対象である X 夫妻の住居を差し押えた。これに対して、X 夫妻は、彼等が選択した投資タイプの融資の不確定な性質について Y 銀行は説明をしていないことが助言義務に違反すること、および、X 夫妻が期待した税制上の優遇を受けるための条件を彼等が満たしていなかったことなどを理由として、仏民 1147 条に基づき、Y 銀行の責任を追及した。

本件事案において、X 夫妻の損害賠償請求を認めるために、「……ホテル、および、売主自身も正確に評価しえない常時の借主を見付けることの難しさに固有の運転上の負担および経費がかかる状況の下で、売主から通知された収益性の非現実性、ならびに、期待される税制上の優遇を彼らが享受しうることが不可能であることについて、借主たる X 夫妻の注意を引くことを怠ったことにより、Y 銀行は助言義務の履行を怠った……」（傍点は筆者）と判示する一方で、「……本件融資により取得した財産から予想される賃料がもたらす収入を考慮して、融資提供の日に、争われている融資が、X 夫妻の弁済能力に対して過剰であったことから、金融機関が警告義務を履行していなかったと判断し得たところ、これを立証するには不適當な理由を用いて判断を行っている……」ボルドー控訴院 2004 年 3 月 30 日判決には法的根拠がないとして、破毀院はこれを破毀した。

【⑬破毀院商事部 2006 年 5 月 3 日判決：民事判例集 4 卷 102 号⁴⁰²】

（「過剰または不適合な融資」＋「借主と保証人が責任を追及」した事案）

X₁は Y 銀行から別荘の修理や拡張を行う目的で 2 回に渡る融資を受け、その夫で Y 銀行の上級管理職の地位にあった X₂がその弁済につき保証人となった。この後、本件融資に関する弁済が滞ったため、Y 銀行は、保証人 X₂に対してこの旨を通知⁴⁰³し、個々の支払に

⁴⁰¹ Cass. com., 3 mai 2006, *Bull. civ.* IV, n° 101（なお、X 夫妻は本文で示した他にも、夫である X₁の加入した保険の対象に失業が含まれていなかったことについての Y の情報提供義務違反を争っていたところ、これを否定した控訴院の判断が破毀されている）。

⁴⁰² Cass. com., 3 mai 2006, *Bull. civ.* IV, n° 102（なお、X 夫妻は本文で示した他にも、借主の債務不履行が契約解除の原因となり、また、その際の損害賠償金の額も定めている違約条項が濫用条項に当たる旨を主張していたが、破毀院は借主の債務不履行時の賠償金や遅延利息等について規律する消費法典 L.312-22 条および R.312-3 条の範囲内のものであるとして、これを却下している）。

⁴⁰³ これは、主たる債務者の債務不履行について自然人たる保証人に通知をしない場合、遅延賠償金または遅延利息の支払を求めることが出来ない旨を定める消費法典 L.313-9 条に基づく行為であると思われる。本条については、第 1 編を参照。

ついて期限の利益の喪失を宣言してその弁済を求めた。これに対して、X 夫妻は、Y 銀行が債務の額の重大性などに関して警告をしていなかったことや、X 夫妻の収入と不釣り合いな金額の融資を行ったことが助言義務に違反している旨などを主張し、仏民 1382 条を根拠に Y 銀行の責任を追及した。本件事案において破毀院は、「……訴訟の対象となっている融資は、X₁の所有物である別荘の改修および拡張の資金を調達するために、X₁によって契約されたものであること、および、本件取引に当たって、X₁は、契約書への署名の際にも同席していた夫たる X₂の補佐を受けていたが、X₂は融資提供者たる Y 銀行の上級管理職の地位にあり、それゆえ、契約に基づく債務の範囲を家計に基づく支払能力と比べて評価するためのあらゆる能力を有していた。以上から確認した事実と評価のもとで、X₁は、X₁自身の財産の改修を目的として自身が締結した契約の適時性 (opportunité) を評価することを可能とするために役立つすべての情報を夫たる X₂から入手することができる状態にあった……」(傍点は筆者)としたうえで、「……いかなる警告義務もない Y 銀行はフォートを買って取っていない……」(傍点は筆者)として X らの主張を退けたサン・ドニ控訴院 2001 年 9 月 28 日判決を支持した。

【⑭破毀院商事部 2006 年 5 月 3 日判決：民事判例集 4 巻 103 号⁴⁰⁴】

(「過剰または不適合な融資」＋「保証人が責任を追及」した事案)

A 社(主たる債務者)は、土地の取得と商業用ビルの建設の資金調達を目的としたファイナンス・リース (crédit-bail) 契約を Y 社と締結した。A 社の資本金は、社長である X₁ と妻である X₂ および彼らの娘である X₃ の 3 名 (以下、X らという) がそれぞれ 30% ずつ拠出し、残りの 10% は、X 夫妻が大株主であり、X₃ も株主である B 社が拠出していた。また、X らは、B 社が A 社から借受けた土地上でホテルレストランを経営していた。X らは A 社の Y 社に対するファイナンス・リース契約に基づく使用料の支払いについて連帯保証人となり、かつ、X らの各持分に質権を設定していたところ、A 社が裁判上の清算手続に付されたため、Y 社は X らに対して、連帯保証契約に基づく債務の弁済を求めた。

これに対して、X らは、X らの経済力と不釣り合いな内容の保証を要求した Y にはフォートがあり、また、保証契約の内容について X らに説明を行わなかった Y には情報提供義務違反があるとして、仏民 1147 条に基づく損害賠償を Y に対して求めた。本請求に対して破毀院は、まず、X 夫妻について、「……X 夫妻は自身らが直接関与した営業上の重要な取引において義務を負担し、また、X 夫妻の経済状態、および、A 社の企業活動が期待通りに成功しているという状態において合理的に予見しうる X 夫妻の支払能力について、X 夫妻自らも知らなかったであろう情報を Y 社が保有していたであろうことについて、X 夫妻は立証していない。以上に確認した事実から、X 夫妻が締結した契約の範囲を評価することを可能とするために役立つすべての情報を X 夫妻は保有していた……」(傍点は筆者)

⁴⁰⁴ Cass. com., 3 mai 2006, Bull. civ. IV, n° 103 (なお、X らは本文で示した他にも、ファイナンス・リース契約自体の無効を主張していたが、破毀院は、X らの無効の訴権は既に時効に掛かっているとこれを却下している)。

とした上で、「……Y社は保証人たるX夫妻に対していかなる警告義務も負っていない…」と判断したパリ控訴院2004年6月29日判決を支持した。

一方、X₃については、「……争われている契約が締結された時の年齢、学生という身分、および、資産 (patrimoine) の少なさという点を考慮して、会社のいかなる指揮権も行使しておらず、A社のいかなる責任も負う立場ではないX₃によって締結された契約が、X₃の財政能力と不釣り合いであったかどうか、および、それゆえに、Yは保証人たるX₃に対して警告義務を犯していなかったかどうかを検討することなく、判断を下した控訴院の判決には法的根拠がない……」(傍点は筆者)として、本判決部分については破毀した。

【⑮破毀院商事部2006年6月20日判決⁴⁰⁵】

(「過剰または不適合な融資」+「借主自身が責任を追及」した事案)

失業中のトラック運転手 (chauffeur routier) X₁と家政婦 (aide ménagère) であるその妻 X₂は、ホテルレストランの営業権の購入資金の調達のために、Y₁銀行と融資契約を締結し、この融資契約にはY₂社が仲介者として関与していた。その後、Xらの弁済が滞るようになった。ところで、上記ホテルレストランは、本件契約前の段階で、売主の健康問題などを理由に、利益が減少し続け、1990年には164,000フランとなっていた。一方で、同年には、123,000フランの経費が掛かると同時に、100,746フランを弁済する必要があり、その利益だけでは運転資金を賄うことが困難な状態にあった。そこで、X夫妻は、本件契約について、Yらの助言義務違反があったとして、仏民1147条を根拠に、Yらの責任を追及した。

本件事案において、破毀院は、Y₁銀行の責任について、次のように判示した。

「……警告義務の名目で素人たる借主に対する責任を否定するために、控訴院は、100,746フランの負担が過剰で無いことを導くために、売主によって実現される取引の数字のみと融資の弁済に係る毎年の負担との間の比較による計画の実現可能性について言及する……」(傍点は筆者)。そして、「……素人たる借主が、銀行と同じ情報を利用できたかどうかを問題とせず、営業上のその他の負担に加わる融資の弁済の負担が、融資の対象である取得された営業権の利用によって、耐えうるものであるかどうかについて検討しないまま判決を下した……」(傍点は筆者)ドゥエ控訴院2003年11月17日判決には法的根拠がないとして、これを破毀した(なお、同じ理由でY₂の責任を否定した控訴院の判断も破毀している)。

【まとめ】

《第1民事部への接近》

まず、2006年5月3日に下された3つの判決(⑫、⑬、⑭判決)について観ると、第1民事部による2005年の4判決(⑧、⑨、⑩、⑪判決)で示された、「素人」と「玄人」という性質決定に基づく判断はなされていない。しかし、その判断の内容を観ると、商事部が従来用いていた当事者間の情報量の差を根拠とした責任の判断方法から、借主または保

⁴⁰⁵ Cass. com., 20 juin 2006, *Bull. civ.* IV, n° 145.

証人の弁済能力に力点を置いた判断へとその根拠が変化しており、警告義務への言及も見られる(⑫、⑬、⑭判決)。これは、第1民事部による⑪判決の判断枠組みに類似する。その上で、第1民事部が「玄人」と判断するような借主または保証人の場合は、従来の立場を踏襲し、情報量の差を根拠として金融機関の責任を認めるという立場を維持している(⑬、⑭判決)。表現こそなお異なっているものの、判断枠組みが第1民事部による2005年の4判決に極めて接近している⁴⁰⁶。これを受けて、2006年6月20日判決(⑮判決)では、「素人」という性質決定に係る言葉を用いつつ、支払能力に力点を置いた判断枠組みを提示することで、第1民事部による2005年の4判決の内、特に、⑪判決の判断基準へその枠組みをほぼ一致させている⁴⁰⁷。

《素人と玄人を分ける基準》

⑫～⑭判決においては「素人」と「玄人」という言葉自体は用いられていない。しかし、判断の枠組みはほぼ同様であるため、両者を分ける基準についての要素は抽出できる⁴⁰⁸。まず、⑬判決では、借主であるX₁自身は、事実上、素人という判断がなされているものの、保証人でありかつX₁の夫であるX₂が融資提供者であるY銀行の上級管理職にあり、その補佐が期待できたことからY銀行の責任は認められていない。すなわち、借主が素人であったとしても、判断能力を有する第三者による助力が期待できるのであれば、玄人と同様に扱われるということであり、また、その判断能力の有無については、⑧および⑨判決同様に、上級管理職という職種が重要な要素として考慮されている。⑭判決では、経営者であり大株主であるということが、保証人たるX₁およびX₂を「玄人」とする要素として働いている一方で、学生という身分、年齢、資産の少なさ、指揮権がないこと等が、保証人X₃を「素人」とする要素として考慮されている。また、⑬、⑭判決では、2005年の4判決では当事者ではなかった保証人についても、借主同様の判断枠組みの中で検討されることが示されている点も重要である。

第5款 破毀院合同部による基準の統一と確立

2005年に下された4つの第1民事部判決と2006年に下された4つの商事部判決によって、金融機関の融資取引上の責任についての第1民事部と商事部の基準はほぼ統一された。しかしながら、第1民事部と商事部のそれぞれの歩み寄りによる対立の解消というのは、なお、基準の確定という点では不安定なものであった。そこで、破毀院商事部は金融機関の融資取引上の責任に関する事案を合同部へと移送することによって、ついに、その根本的な解決を図ったのである⁴⁰⁹。これが以下に見る二つの合同部判決である。

⁴⁰⁶ Alain Gourio, note sous Cass. com., 3 mai et 20 juin 2006, *JCP G*, 2006. II. 10122, p. 1411.

⁴⁰⁷ Gourio, *supra note 406*, pp. 1413 -1414.

⁴⁰⁸ Gourio, *supra note 406*, p. 1413.

⁴⁰⁹ Tricot et Causse, *supra note 389*, n° 5, p. 73.

【⑩破毀院合同部 2007 年 6 月 29 日判決：合同部判例集 7 号⁴¹⁰】

（「融資の不当な支援」＋「借主自身が責任を追及」した事案）

X は自身の農業経営のために、Y 銀行から合計 16 回に渡り融資を受けたところ、その弁済が滞ったため、Y 銀行からその弁済を求められた。これに対して、X は Y 銀行の融資提供は融資の不当な支援に当たり、助言義務および警告義務が遵守されていないなどと主張し、仏民 1147 条を根拠として、その責任を追及した。本件事案において、ディジョン控訴院 2005 年 9 月 15 日判決は、Y 銀行は X の経営状態や本件融資の弁済を賄える資産の状態等を調査の上で融資を行っていること、本件融資に先立ってなされた融資については適切に弁済がなされていること、多数回に及ぶ融資にもかかわらず、X の負債額が過剰なものであったことが証明されておらず、事業の財政状態も困難なものではなかったこと、「……X は本件融資が農業経営による財政能力と比較して不釣り合いなものであったことを証明しておらず、また、融資に合意した銀行は専門家たる借主（*professionnel emprunteur*）に対してはいかなる義務も負っていない……」ことなどを理由として、X の請求を棄却した。

これに対して、破毀院は、「……X が非玄人（*non averti*）たる借主であるかどうか、かつ、そうであれば、X 銀行が契約の締結時において相手方に対して負っている警告義務に従って、Y 銀行は、借主の財政能力および融資提供から生じる債務の危険性に応じて、この義務を履行したことを証明したかどうかを確認していない……」（傍点は筆者）控訴院の判断は法的根拠を欠くとして、これを破棄した。

【⑪破毀院合同部 2007 年 6 月 29 日判決：合同部判例集 8 号⁴¹¹】

（「過剰または不適合な融資」＋「借主自身が責任を追及」した事案）

X₁ とその妻 X₂ は営業財産の取得を目的として、Y 銀行から融資を受けた。その後、弁済が滞ったため、Y 銀行は、期限の利益の喪失を宣言し、X₁ が付されている裁判上の清算手続に自己の債権を届けるとともに、残債務について、X₂ の給与（*rémunération*）を差し押えた。これに対して、X₂ は、自身は教員（*institutrice*）であり、かつ、商業活動を行ったことがないにもかかわらず、Y 銀行は、X₂ が負うことになる危険性についての情報提供義務を履行していないと主張し、1147 条を根拠として、その責任を追及した。

本件事案において、エクス・アン・プロヴァンス控訴院 2005 年 6 月 28 日判決は、「……X₁ の職業上の経験を考慮すると、X らが望んだ取引の危険性の性質を、X₂ は理解することができたこと、および、銀行は自身の顧客の取引に介入してはならないこと、銀行は X ら審も知らなかった情報を保有しておらず、X らに対する助言義務および情報提供義務を犯していない……」として、X₂ の請求を棄却した。

これに対して破毀院は「……X₂ が非玄人たる借主であるかどうか、かつ、そうであれば、Y 銀行が契約の締結時において相手方に対して負っている警告義務に従って、Y 銀行は、

⁴¹⁰ Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, *Bull. ch. mixte*, n° 7.

⁴¹¹ Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, *Bull. ch. mixte*, n° 8.

借主の経済力および融資提供から生じる債務の危険性に於いて、この義務を履行したことを証明したかどうかを確認していない……」(傍点は筆者)控訴院の判断は法的根拠を欠くとして、これを破毀した。

【まとめ】

《基準の統一》

上記の合同部判決により、まず、借主または保証人を「玄人」と「素人」に分け、「素人」であれば金融機関の警告義務の履行の有無が問われ、「玄人」であれば、原則として金融機関の責任は問われず、情報量の差が認められる例外的な場合にのみ責任が問われるという、2005年の第1民事部判決以降形成されてきた準則が明確となった⁴¹²。もともと、本合同部判決は第1民事部と商事部による従来の判断枠組みとは若干異なる判断を示しており、特にこれは警告義務の内容について表れている。すなわち、2005年の⑩判決以降、第1民事部と商事部は、警告義務の内容について、専ら借主または保証人の支払能力に力点を置いた判断を下していたのに対して、本合同部判決では単に支払能力のみならず取引の危険性についても言及されているということである⁴¹³。

《素人と玄人を分ける基準》

「素人」と「玄人」の区別には、様々な要素が考慮されること既述のとおりであり本合同部判決でも同様である。但し、これらの判決によってさらに明確になった要素もある。まず、⑯判決では、農業経営者であるXが自身の職業に係る融資を受けたという事件であるにもかかわらず、「玄人」との認定がなされていない。これは、①判決でも観られたように、単に職業だけで性質決定がなされるわけではないことを明示している⁴¹⁴。また、⑰判決では、借主であるX₂は夫たるX₁の助力を受けられたにもかかわらず、「玄人」との判断を受けていない(X₁の職業等については不明であるが控訴院判決では「玄人」であるかのような認定がなされている)。これは、商事部による⑬判決の判断とは正反対のものであり、性質決定の難しさが表れている⁴¹⁵。なお、素人については、従来«profane»の用語が充てられていたが、本判決では«non averti»に変更されている。しかし、これは形式上のものであり、実質的な変更ではないとされている⁴¹⁶。

第4節 判例による規律の考察—警告義務の内容を中心に—

第1款 当事者の区別の基準と責任追及の根拠

上記に見た通り、金融機関による融資取引上の責任が問題となる場合、破毀院は、まず、

⁴¹² Alain Gourio, note sous Cass. ch mixte., 29 juin 2007, *JCP G*, 2007. II. 10146, pp. 36 - 37.

⁴¹³ Gourio, *supra note* 412, pp. 37 - 38.

⁴¹⁴ Boucard, *supra note* 389, n° 1, p. 24.

⁴¹⁵ Gourio, *supra note* 412, pp. 38 - 39.

⁴¹⁶ Gourio, *supra note* 412, p. 38. ニュアンスの差について、脚注(333)を参照。

借主または保証人を「**玄人**」と「**素人**」に区分する。再度まとめると以下の通りとなる。

当事者の性質を決定するに際しては、契約時の様々な要素が考慮される。判例上特に示されているのは、経営者や上級管理職といった借主または保証人の職業上の地位が重要な要素として考慮されるということである。しかしそうであるからといって、単に、経営者であることや自己の職業に関する契約を締結したということだけで「**玄人**」の判定がなされるわけではない。また、学生という身分や年齢なども考慮されるほか、取引を行った本人が「**素人**」であっても、これを補佐する「**玄人**」がいれば併せて「**玄人**」とされうることも示されている。一方、融資の目的については判断の要素としてあまり考慮されていない⁴¹⁷。

次に、この性質決定に応じて責任追及の根拠が提示される。借主または保証人が「**玄人**」であれば、金融機関との間の情報の格差に力点が置かれ、借主または保証人も知らなかった自身の支払能力等についての情報を金融機関が取得していたことを自らが証明した場合に限って責任が認められることになる。一方、当事者が「**素人**」である場合には、助言義務ほか様々な義務が問題となる中で、特に、警告義務に力点をおいて金融機関の責任が判断されることになる。なお、これらは金融機関が負っている融資取引上の基礎的な義務であり、融資の不当な破棄、融資金の用途の不遵守など、さらに金融機関の責任を生じさせる特徴的な要素があり、これを問題とするのであれば先に見た通りの各々の規律に応じて判断が下されることになる。

第2款 警告義務の内容

1 一般論としての警告義務

それでは、融資取引における警告義務とは一体どのようなものなのか。先に見た通り、一般論として言えば、警告義務は、客観的な情報の提供を義務付ける情報提供義務と、相手の意思決定を方向づけるように専門家としての助言を与える助言義務の中間に位置するとされる⁴¹⁸。それゆえ、警告義務は情報提供義務とも助言義務ともその内容が重なり、これらを明確に区別することは難しい⁴¹⁹。

例えば、警告義務は「契約や契約の目的物の負の側面等について相手方の注意を引きつけることにある」と言われる⁴²⁰。それゆえ、警告義務の履行のためには情報の提供をなす義務である情報提供義務の履行が前提となる⁴²¹。しかし、警告義務の内容となる情報は、契約上のリスクや不都合な点など負の性質を帯びていること、および、その履行は相手方の注意を引きつける点に力点が置かれるということなどにより、情報提供義務と区別しう

⁴¹⁷ Legeais, *supra note* 387, p. 1526.

⁴¹⁸ 本章(Ⅲ)2(1)を参照。

⁴¹⁹ 後藤・前掲注(1)「法理論」12-13頁。

⁴²⁰ Fabre-Magnan, *supra note* 342, n° 467, p. 381.

⁴²¹ Fabre-Magnan, *supra note* 342, n° 469, p. 383.

る⁴²²。

問題は警告義務と助言義務との関係である。助言をするためには当然、契約の負の側面も伝えなければならず、助言義務にはそもそも警告義務の要素が含まれることになる。このような類似性に関しては、警告義務が契約のリスクを対象としていることが区別の基準になるとされる。すなわち、警告義務は、助言に従わなければ生じうる契約の危険性や不都合な点を説明し、これらを「避けるための助言」を行う義務であることをもって、必ずしも負の側面だけに力点を置いているわけではない助言義務と区別しようというということである⁴²³。しかしながら、例えば、金融機関が取引の負の側面だけを相手方に伝えるなどということはおよそ考えられず、また、契約の利点を説明するためには不都合な点を考慮することが必要であり、その逆もまた然りであって、このような情報の性質の分離が両者の区別の基準となりうるのかについては疑問が示されている⁴²⁴。実際、②判決では、金融機関が負債の大きさを警告した (*avoir mis en garde*) ことを立証していないことを理由に助言義務違反が認定されている。まさに、両者の区別の難しさが示されている事例である⁴²⁵。それでは、このような不明確な性格を持つ警告義務を破産院が使う理由は何か。判例が示す特徴に注目しつつ以下にその内容を考察する。

2 取引に関する危険性を説明する義務

いずれにしても、警告義務の重要な構成要素の一つは契約の負の側面を警告することである。このことは、⑩および⑪判決での「警告義務に従って、Y 銀行は、借主の財政能力および融資提供から生じる債務の危険性に応じて、この義務を履行したことを証明したかどうか」という表現に表れている⁴²⁶。また、⑩判決においては、特に警告義務について言及がなされているわけではないがその内容と思われる義務が示されている。すなわち、借主が当座預金口座の借越金額の穴埋めのために融資を受けたという事案である同判決では、借主が融資元の金融機関に複数の口座を保有していることから、この口座間の資金移動等による解決策もあるなど、選択肢を提示しその利点と不都合な点を説明すべきことが金融機関に求められている。この選択肢の不都合な点を説明するということは警告義務の履行に類似する一方、ここでは、相手の意思を決定づけることが求められているわけではないことから助言義務の内容とは性質を異にしている。したがって、この「取引の利点と不都合な点を説明する義務」は警告義務の一内容であると解されている⁴²⁷。もっとも、仮にこ

⁴²² Fabre-Magnan, *supra note* 342, n^{os} 467-469, pp. 381 - 383.

⁴²³ Fabre-Magnan, *supra note* 342, n^o 477 et 477, pp. 385 et 390.

⁴²⁴ Mustapha Mekki, *La singularité du devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit, RD bancaire et fin.*, novembre-décembre 2007, n^o 11, p. 82.

⁴²⁵ Mekki, *supra note* 424, n^o 9, p. 82.

⁴²⁶ Gourio, *supra note* 412, p. 38.

⁴²⁷ Legeais, *supra note* 387, p. 1525. なお、ここで言っているのは、「取引の利点と不都合な点を説明する義務」であって、単なる説明義務 (*devoir d'éclairer*) を指しているわけではない。説明義務自体は、相手方が素人であっても玄人であっても関係なく問題となる義務であり、警告

のような義務が金融機関に課せられるというのであれば、借主が保有する銀行口座や金融商品の数によっては、金融機関は複雑な選択肢を提供しなければならず、これに応じて説明もより複雑化される。したがって、このような義務が広範囲に認められることには疑問が示されている⁴²⁸。

3 支払能力の調査およびこれに適合する融資を行う義務

一連の判決を通じて、金融機関の融資取引上の警告義務の特徴が明確に表れているのは、支払能力に関する点である。まず、警告義務の基準となった⑩判決において、第1民事部は警告義務違反の根拠を「Y銀行はXらの財政能力を検証せず、かつ、Xらの支払能力に比べて過剰な融資を提供したこと」と指摘している。注目すべきは、財政能力を検証せず、かつ、支払能力に比べて過剰な融資を行ったことが根拠になっていることである。すなわち、ここでは、警告義務の内容として、借主の財政能力を調査する義務と、これに不適合な融資を行ってはならない義務の2つが明示されているのである⁴²⁹。同様に、これに続く商事部の⑫～⑭の各判決においても、警告義務の内容が支払能力の検証とこれに適合的な融資を行うことであることが示されている。さらに、これらを統合した合同部の⑯および⑰判決においても、「借主の財政能力および融資提供から生じる債務の危険性」に応じて警告義務を履行することが求められており、警告義務の履行に当たって、借主の経済状態（支払能力）の調査が前提となっている。以上から、金融機関の融資取引上の警告義務には、借主または保証人の財政能力を調査し、かつ、その支払能力に適合する融資を行う義務が含まれることが導かれる⁴³⁰。

ところで、借主の経済状態の調査という点については、リスクの説明に当たって前提となる作業であるため、以前から警告義務の内容として指摘されていたものである⁴³¹。一方、支払能力に適合する融資を行うという点については、契約の負の側面について相手方に警告することを義務の内容とする本来の警告義務とは異質なものであり、これは保証人との関係では比例原則⁴³² (*principe de proportionnalité*) の規律に近い⁴³³。もっとも、合同部の⑯および⑰判決では、支払能力に適合した融資を行うことを要請せずに、危険性に力点を置いた判断を示しており、ここから、同判決によって、破毀院は本来の警告義務への回帰を

義務とは区別されるものである (Simler, *supra note* 32, n° 452, p. 470)。

⁴²⁸ Legeais, *supra note* 387, p. 1525.

⁴²⁹ Legeais, *supra note* 387, p. 1524.

⁴³⁰ Boucard, *supra note* 389, n°s 14 - 16, p. 26 ; Mekki, *supra note* 424, n°s 17 - 21, pp. 83 - 84. なお、メキ教授は、破毀院によるこのような「能力」への言及はアマルティア・センの潜在能力論の影響が考えられると指摘する (本章 [III] 1 を参照)。

⁴³¹ Boucard, *supra note* 339, n° 10, p. 25 (もっとも、このような調査義務の存在は助言義務との区分を困難とする要因の一つでもある)。

⁴³² 第1編参照。

⁴³³ Gourio, *supra note* 412, p. 37-38. なお、両者の関係について第3編第1章参照。

図ったと指摘するものもある⁴³⁴。しかしながら、近時の破毀院判決の中にはなお次のようなものがある。

【⑩破毀院第1民事部2009年11月19日判決⁴³⁵】

（「融資の不当な支援」＋「借主自身が責任を追及」した事案）

2001年10月10日、X₁およびその妻たるX₂は、Y銀行から受けた158,849フラン(26,130.69ユーロ)の融資の弁済について不履行に陥った。このため、Y銀行はX夫妻に対して残額の弁済を求めたところ、X夫妻はY銀行には警告義務違反があったとして、仏民1147条を根拠にその責任を追及した。本件において破毀院は、「……融資の提供時、X夫妻は毎月2,375ユーロの収入があったこと、および、X夫妻は、自身に課せられる負担として、2004年に毎月192ユーロを弁済したことしか証明していないことを指摘した上で、本件融資は、その毎月の弁済額が340.80ユーロへと上昇したが、X夫妻の財政能力に適合していたことを認め、それゆえ、Y銀行は警告義務を負っていない……」（傍点は筆者）と判断したドゥエ控訴院2007年6月28日判決を支持した。

【⑨破毀院第1民事部2009年11月19日判決⁴³⁶】

（「融資の不当な支援」＋「借主自身が責任を追及」した事案）

XはY金融機関から融資を受けたが、本件融資はXの支払能力を超えるものでありY金融機関には警告義務違反があったとして、仏民1147条を根拠に損害の賠償を求めた。本件において破毀院は、「……Xが非玄人の借主であり、かつ、そうであれば、金融機関が契約の締結時に相手方に対して負っている警告義務に従って、金融機関はXの財政能力および本件融資から生じる負債の危険性に応じて、この義務を履行したことを証明したかどうかを検討することなく判断を下した……」（傍点は筆者）リヨン控訴院2006年11月23日判決は法的根拠を欠くとして、これを破毀した。

まず、⑨判決においては、合同部の⑩、⑪判決と同じ表現を用いて警告義務の内容が示されており、上記合同部判決が警告義務に関する規律として確立されていることが改めて伺える。しかし、注目すべきは、⑩判決である。⑩判決では、融資金額が借主の財政能力に適合していることを理由に、もはや、「素人」、「玄人」といった区別をすることなく、銀行の警告義務の存在自体を否定している。すなわち、財政能力と適合する融資がなされた場合には、金融機関はそもそも警告義務を負わないということである⁴³⁷。ここに、破毀院による金融機関の警告義務の内容の力点は、単に危険性の警告というだけでなく、借主または保証人の支払能力にもあることが明白に示されている。

なお、近時破毀院は、素人たる借主に対する金融機関の警告義務に係る履行の有無が問

⁴³⁴ Gourio, *supra note* 412, p. 38.

⁴³⁵ Cass. 1^{re} civ., 19 nov. 2009, N^o de pourvoi :08-13601 ; *JCP E*, 2009, 2140, p. 14, note Dominique Legeais.

⁴³⁶ Cass. 1^{re} civ., 19 nov. 2009, N^o de pourvoi :07-21382 ; *JCP E*, 2009, 2140, p. 14, note Dominique Legeais.

⁴³⁷ Dominique Legeais, note sous Cass. 1^{re} civ., 19 nov. 2009, *supra note* 436, p. 15.

われた事案において、「融資の負担」のみならず、「借主の財政能力」および「融資の提供から生じる負担のリスク」に照らして、これが履行されたかどうかを確認する必要がある旨を判示しており⁴³⁸、表現が洗練されてきていることが伺える。

4 証明責任

仏民 1315 条⁴³⁹1 項に着目すると、金融機関に警告義務があったという事実自体、および、その不履行については、借主または保証人が証明しなければならないというのが原則である⁴⁴⁰。また、その前提として、自己が「素人」であるということ自体や取引に危険性があったこと（過剰融資であったこと）なども証明しなければならない⁴⁴¹。一方で、同条 2 項に着目すると、警告義務を履行したこと、すなわち、相手方の財政能力を調査し、危険性について警告する義務を履行したこと、および、過剰融資ではなかったことの証明は金融機関側が負担するということになる⁴⁴²。仮に、原則通りに様々な事実の証明を借主や保証人側に課すというのであれば警告義務は形骸化してしまう。そこで、先に見た通り、破毀院は、証明責任の原則を修正し、金融機関に警告義務の履行および過剰融資ではなかったことの証明をさせることでこの弊害を取り除いているとされる⁴⁴³（⑩、⑰、⑲判決）。

5 金融機関に警告義務を負わせることの意味

以上見たところが、判例が示す金融機関の警告義務の内容である。すなわち、金融機関が負う融資取引上の警告義務とは、借主または保証人の財政能力を調査すること、これをもとに支払能力に適合する融資を行うことの 2 つを前提とし、その上で、融資取引のリスクについて通知することを加えた、3 つを内容とする義務である⁴⁴⁴。したがって、警告義務の履行が問題となるのは、過剰債務の危険性があるときのみとなるのは既述の通りである。もっとも、そうであるとするならば、そもそも、財政能力を調査した結果、過剰債務の恐れがあることが判明した場合、金融機関としては警告義務に基づいてその融資を拒絶しなければならないということになりうる⁴⁴⁵。しかし、調査に基づいて融資を拒絶することは警戒義務が規律するところであり、また、不介入義務と衝突する問題でもある

⁴³⁸ Cass. 1^{re} civ., 18 sept. 2008, *Bull. civ. I*, n°203

⁴³⁹ 仏民 1315 条「債務の履行を要求する者は、債務を証明しなければならない（第 1 項）。反対に、（債務から）解放されたと主張する者は、弁済又はその債務の消滅をもたらした事実を証明しなければならない（第 2 項）」。

⁴⁴⁰ Gourio, *supra note* 412, p. 38.

⁴⁴¹ Gourio, *supra note* 412, p. 38.

⁴⁴² Gourio, *supra note* 412, p. 38.

⁴⁴³ Legeais, *supra note* 435, p. 15 ; Dominique Legeais, note sous Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, *JCP E*, 2007, 2105, p.13. なお、このような、フランスにおける証明責任の分配について、馬場・前掲注 (329)「証明責任」551 頁以下、後藤・前掲注 (1)「法理論」108 頁以下などを参照。

⁴⁴⁴ Legeais, *supra note* 387, pp. 1524 - 1525 ; Mekki, *supra note* 424, n° 21, p. 84.

⁴⁴⁵ Boucard, *supra note* 389, n° 23, p. 27.

⁴⁴⁶。これをどのように解すべきか。

まず、異常が明白でない限り、原則として、警告義務には融資を拒絶する義務は含まれていないとされる⁴⁴⁷。したがって、融資の拒絶という点では警戒義務と区別することができる。すると、不介入義務が金融機関に課せられている以上、結局、警告義務とは、財政能力の調査に基づき過剰な融資となることが判明したときに、そのリスク等について警告する義務であり、仮にその警告にもかかわらず借主が融資を望むのであれば、この義務の履行によって金融機関は免責を受けることができるという点にその存在意義があるであろう⁴⁴⁸。これを従来、金融機関の融資取引上の責任を発生させる根拠として用いられていた助言義務との対比で見れば、助言義務は相手の意思を決定づけるという機能を持つ以上、金融機関に大きな負担を課すことになる上、不介入義務との衝突が避けられない場合があり、また、助言の中には融資を拒絶するという可能性も含まれる以上、警戒義務との重複も生じうる。一方、上記のような警告義務の履行はこのような衝突や重複を避けつつ契約のリスクを伝えることを可能とし、これによって金融機関自身のリスクも回避できる。つまり、警告義務は、金融機関に課せられる各種の義務との共存を可能とする義務⁴⁴⁹であり、かつ、金融機関と借主または保証人との間のリスクを適切に分配し、利益を均衡化する義務として機能しているのである⁴⁵⁰。破毀院が助言義務から警告義務へその力点を移したのは、警告義務のこのような利点に着目したことが推測される⁴⁵¹。

ところで、このように、借主または保証人を「*玄人*」と「*素人*」に区別した上で、後者については、その財政能力等を調査し、取引の危険性について警告する義務を金融機関に課すという全体像を観れば、これは、いわゆる「適合性原則⁴⁵²」に類似する構造の1つと理解することもできよう⁴⁵³。従来、フランスでは、適合性原則は重要な役割として観念されてはいないものの、助言義務がこれに接近する役割を果たしているとの指摘⁴⁵⁴自体は既になされており、上記のような破毀院の判断枠組みはその発展的な現象の一つと捉えうる。

⁴⁴⁶ Boucard, *supra note* 389, n^{os} 24 - 25, p. 27.

⁴⁴⁷ Mekki, *supra note* 424, n^o 21, p. 84.

⁴⁴⁸ Gourio, *supra note* 412, p. 38 ; Mekki, *supra note* 424, n^o 21, p. 85.

⁴⁴⁹ Mekki, *supra note* 424, n^o 12, pp. 82 - 83.

⁴⁵⁰ Mekki, *supra note* 424, n^{os} 2 et 12, pp. 79 - 80 et 82.

⁴⁵¹ それでも各種の義務との境界を明確にできるわけではないため、過剰融資に関する義務を警戒義務に一元化することが望ましいとする指摘 (Boucard, *supra note* 389, n^o 28, p. 28) もある。

⁴⁵² 我が国における適合性原則の議論の全体像が一覧できるものとして、潮見佳男『契約法理の現代化』78頁以下及び119頁以下 (有斐閣、2004年)、近江幸治『民法講義 V (契約法)』314頁以下 (成文堂、第3版、2006年)などを参照。

⁴⁵³ もっとも、適合性原則自体が不明確な概念である (潮見・前掲注 [452] 80頁参照) ため、その内容の精査が検討の前提となる。これについては他日を期したい。

⁴⁵⁴ 馬場圭太＝荻野奈緒「消費者契約における『情報提供』、『不招請勧誘』および『適合性の原則』に関するフランスの法制度」(財)比較法研究センター＝潮見佳男編『諸外国の消費者法における情報提供・不招請勧誘・適合性の原則 (別冊 NBL121号)』35頁 (商事法務、2008年) 参照。

6 補論：警告義務の立法化

第1編で見た2010年法(「消費者信用の改善に関する2010年7月1日の法律第737号(Loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation)」)は、第4条から第6条にかけて、貸主の借主に対する資力調査や、情報提供に係る諸義務を消費法典内に条文化する趣旨の内容を含んでいる。この内、同6条は、消費法典にL.311-8条からL.311-10-1条を含む、第3編第1章第1節第4款「借主に提供される説明およびその支払能力の評価(Explications fournies à l'emprunteur et évaluation de sa solvabilité)」を新設するものであるところ、これは、破産院によって形成された警告義務に係る規律を反映したものであるとされる⁴⁵⁵。具体的には、貸主は、借主の資力に適した融資をしなければならないことや、融資のより生じる借主の経済状態への影響等を通じなければならないこと(L.311-8条参照)、その前提として、借主の資力を調査しなければならないこと(L.311-9条)ということである⁴⁵⁶。これらの条文は、破産院によって形成されてきた警告義務に係る規律とは異なり、当事者の属性である素人と玄人という区別を前提とはせず、かつ、適用範囲を定めるL.311-2条により保証契約にまで拡張して適用されるため、その限りでは、破産院による一般法上の規律はこれらの規律に取って代わられることとなり得る。しかしながら、この消費法典上の警告義務に係る規律は、「消費者信用」の箇所に挿入されたことから明らかな通り、消費者信用契約の領域にしか適用されず(不動産信用にすら適用されない)⁴⁵⁷、サンクションも基本的に利息の喪失にすぎないため(L.311-48条参照)、破産院によって展開された一般法上の規律の優位性は揺るがず、なお広範囲な適用領域を有していると評価できる。

第5節 小括

ここまでの考察を簡潔にまとめておく。まず、金融機関が融資取引に関して責任を問われるのは、大きく分けると、過剰または不適合な融資、融資の不当な支援、融資の不当な破棄、融資金の使途の不遵守の4つの場面に分けられ、各場面に特徴的な要素の検討を通じて、金融機関の融資取引上の責任が認定される。特に、後二者では、特別法による規律や契約の解釈といったことが中心的な問題となる。

一方、金融機関の融資取引上の責任が最も基本的な形で問われる、過剰または不適合な融資の場面においては、当初は第1民事部と商事部による見解の対立が見られたものの、破産院による当事者の性質決定と警告義務を中心とした規律の形成がなされている。具体的には、まず、借主または保証人を「玄人」と「素人」に区分し、「玄人」と認定されれば、金融機関との情報量の格差を根拠とした証明責任の問題とされ、「素人」と認定されれば、

⁴⁵⁵ Doc. Sénat., n° 447, *Rapport*, Annexe au procès-verbal de la séance du 2 juin 2009, pp. 187 et s.

⁴⁵⁶ 内容につき、都筑・前掲注〔16〕「変容」63-65頁参照。

⁴⁵⁷ Guy Raymond, *Droit de la consommation*, 2^e éd., 2011, Litec, n° 570, p. 288.

金融機関の警告義務の問題として処理される。また、破産院は証明責任の原則を修正することで、借主または保証人の証明責任の軽減を図っている。

ここでいう警告義務とは、借主または保証人の財政能力を調査し、その支払能力に適合した融資を行う義務を前提に、過剰融資の可能性があるのであれば、その危険性等について相手方に警告しなければならないという金融機関の義務をいう。この義務は、警戒義務や不介入義務といった金融機関に課せられる重要な義務と共存可能なものであり、また、金融機関と借主または保証人との間のリスクの適切な分配と利益の均衡化を実現する機能を有している。したがって、警告義務は、不介入義務や警戒義務とその内容が重複または対立し、金融機関に重い義務を課すこととなる助言義務とは異なった性質を有している。また、このような当事者の性質決定と証明責任および警告義務を組み合わせた破産院の判断枠組みは、いわゆる適合性原則に類似した現象の一つとして捉えうる。

第3章 保証人による金融機関の民事責任の追及方法に関する考察

第1節 概要

第1款 はじめに

金融機関が融資取引に係る義務を犯したとき、借主だけでなく保証人もその責任を追及できることは先に見た判例からも明らかである。しかし、融資契約という基本的な契約関係に基づく金融機関と借主との関係とはその性質を異にする保証人が、その基本的関係から生じる金融機関の民事責任を追及するということがそう単純な話ではなく、ここに、フランス法における金融機関の融資取引上の責任に関する特徴の1つが顕著に表れる。以下では、保証人が金融機関の融資取引上の責任を追及する方法について考察する。本節ではまずその内容を概観する。

第2款 2つの追及方法

保証人が金融機関の融資取引上の責任を追及する際、基本的に2つの追及方法がある⁴⁵⁸。第1は自らの訴権を用いる方法である。第1は自らの訴権を用いる方法である。金融機関は警告義務など、融資取引上の諸義務を直接保証人に対しても負っている。金融機関が、これらの義務に違反したとき、保証人は、借主とは無関係に、自己の訴権に基づいて金融機関の民事責任を損害賠償の請求という方法も含めて追及することができる⁴⁵⁹。第2は主たる債務者の権利を用いるものである。金融機関が警告義務違反等を根拠に借主に対して民

⁴⁵⁸ Legeais, *supra note* 87, pp. 215 - 217.

⁴⁵⁹ Terré et Simler, *supra note* 288, n^{os} 062-02 - 062-03, p. 718.

事責任を負うという場合、保証人は、その金融機関の借主に対するフォートを自己の保証債務の減免のために主張することもできる⁴⁶⁰。これは、借主自身がそのフォートを自己の債務の減免のために主張していなくても構わない⁴⁶¹。

第 2 節 法的根拠

第 1 款 責任の法的性質

保証人が自己の訴権に基づいて金融機関の責任を追及する場合であっても、主たる債務者の権利を代わりに行使する場合であっても、保証人が損害を被ることになった根本的な理由は保証契約である⁴⁶²。また、保証人が金融機関の借主に対するフォートを自己の保証債務の減免のために主張しうることは、保証（契約）の附従性（*caractère accessoire*）により根拠づけられるとされる⁴⁶³。

保証人に対する金融機関の民事責任が保証契約の存在から導かれるとしても、その法的性質については、不法行為責任と契約責任（債務不履行責任）との間で争いがある。まず、不法行為責任とする見解は、金融機関の融資取引上の民事責任が借主自身に対して生じている場合、そのフォートは保証契約の外部で生じていること⁴⁶⁴、また、そもそも、保証契約は片務契約であり、契約責任と解することはこの片務性と相容れないこと⁴⁶⁵を主な根拠とする。しかし、それでも、保証人の損害は保証契約の存在を無視して説明することはできず、保証契約を理由に金融機関は保証人に対して義務を負っているのだということを根拠として、責任の性質は契約責任であるというのが一般的な理解である⁴⁶⁶。実際、先に見た判決の大半が、仏民 1147 条（債務不履行）に基づいて金融機関の責任が追及された事例であり、破毀院自体も同条に基づいて判決を下している⁴⁶⁷ことが、契約責任とする見解をさらに後押ししている。一方、借主自身が金融機関の民事責任を追及する場合でも、その責任は金融機関との融資契約に基づいて生じるものであるから、その法的性質は基本的には契約責任であると考えられている⁴⁶⁸が、場合によっては、特に、融資の不当な破毀といった場面では、不法行為責任とされることもある⁴⁶⁹。

⁴⁶⁰ Terré et Simler, *supra note* 288, n° 062-02, p. 718.

⁴⁶¹ Terré et Simler, *supra note* 288 n° 062-02, p. 718.

⁴⁶² Terré et Simler, *supra note* 288, n° 062-03, p. 718.

⁴⁶³ Terré et Simler, *supra note* 288, n° 062-01, p. 718.

⁴⁶⁴ François, *supra note* 85, n° 391, p. 329.

⁴⁶⁵ Aynès et Crocq, *supra note* 27, n° 296, p. 135.

⁴⁶⁶ Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, et François Chabas, *Leçons de droit civil, Sûretés, Publicité foncière*, t.III, vol. 1, par Yves Picod, 7^e éd., 1999, Montchrestien, n° 41, pp. 76 - 77; François, *supra note* 85, n° 391, p. 329; Aynès et Crocq, *supra note* 27, n° 296, p. 135; Legeais, *supra note* 87, n° 290, p. 215.

⁴⁶⁷ Mekki, *supra note* 424, n° 22, p. 85.

⁴⁶⁸ Terré et Simler, *supra note* 288, n° 063-06, p. 730.

⁴⁶⁹ André Buthurieux, *Responsabilité du banquier*, 2^e éd., 2004, Litec, n° 170, p. 73.

第 2 款 証明責任

1 責任の証明

証明責任やその内容は問題となる場面によって異なる。まず、先に見た通り、保証人が警告義務をはじめとした金融機関の融資取引上の各種義務を問題としてその責任を追及するのであれば、その義務を履行したこと、過剰な融資を行わなかったことなどの証明責任を金融機関側が負うことになる。

一方、保証人が「融資の不当な支援」の問題として金融機関の責任を争うというのであれば、「借主が再建不能ほどに危険な状態にあることを銀行が知っており、かつ、例外的な状況として、保証人がその事実を知らなかった」ことを、保証人側が証明しなければならない(③、④判決)。もっとも、ここでも、「素人」と「玄人」という要素は多分に作用する。すなわち、④判決では、証明責任を保証人に課す一方で、保証人が経営者であることが金融機関の責任を否定する根拠とされている。一方、控訴院判決ではあるものの、⑤判決では、役員でもなく経験もない保証人に対する銀行の責任が肯定されている。すなわち、玄人は原則として金融機関の責任を追及できず、素人であれば追及することができる⁴⁷⁰という、金融機関の融資取引上の責任に関する破毀院の基本的な姿勢がここでも表れている⁴⁷¹。

2 損害に関する証明とその法的性質

保証人が金融機関の民事責任を損害賠償の請求という形で追及するとき、保証人は金融機関のフォートと因果関係のある範囲でのみ賠償を受けることができ、その証明責任は保証人に課せられる⁴⁷²。この保証人の損害の性質については、先に観た保証人の追及方法により異なることになる。すなわち、以下の通りである。

(i) 保証人に対するフォートを問題とする場合：直接損害＝機会の喪失

保証人が金融機関の自らに対するフォートを根拠として、自らの訴権に基づいてその責

⁴⁷⁰ Legeais, *supra note* 87, n° 294, p. 221.

⁴⁷¹ 反面、融資の不当な破棄の場面にこのような準則は適用されないということにつき、Cass. com., 26 sept. 2006, N° de pourvoi : 05-16954 を参照。事案は次の通りである。Y 銀行の A 社に対する融資の弁済について X₁ およびその妻 X₂ が保証人となった。その後、A 社が裁判上の清算に付されたため、Y 銀行が X 夫妻に保証債務の履行を求めたところ、X 夫妻は、Y 銀行は融資の不当な支援および破棄を行ったとして、その責任を追及した。本件事案において破毀院は、「……X₁ は A 社の経営者であり、かつ、X₂ はその共同経営者であること、X 夫妻は A 社の財政状態についての情報を当然に有していること、与えられた融資を拒絶することは X 夫妻に属するものであり、かつ、援用されていない例外的な状況も無い……」として X 夫妻の請求を棄却したドゥエ控訴院 2003 年 9 月 23 日判決に対して、「……融資の不当な破棄についての銀行の責任を排斥するのに不適當な理由で判断を下した……」控訴院の判断は法文に反するとしてこれを破棄した。つまり、融資の不当な破棄の場面では、借主や保証人が経営者であることや情報を有しているということが金融機関の責任を肯定するにあたって決定的な要素となるわけではないということである (Simler, *supra note* 32, n° 455, p. 475)。

⁴⁷² Terré et Simler, *supra note* 288, n°s 062-28, 062-38, et 062-39, pp. 724 et 726.

任を追及する場合、被った損害は保証人固有の「直接損害 (préjudice direct)」であり、この損害の性質は、広く「機会の喪失 (perte d'une chance)」であると考えられている⁴⁷³。例えば、過剰または不適合な融資の場合であれば、警告義務の履行を前提として、その融資契約 (保証契約) の締結をしないという機会の喪失⁴⁷⁴が損害となり、融資の不当な支援の場面であれば、過剰融資や借主の倒産がなければ不安定な状態に置かれることはなかったであろうという機会⁴⁷⁵、すなわち、借主の過剰債務を避けることができたであろう機会⁴⁷⁶、または、より少ない保証債務の弁済で済んだであろうという機会⁴⁷⁷、あるいは、倒産しなければより多くの金額を求償することができたであろうという機会⁴⁷⁸の喪失が損害となる。また、融資の不当な破棄の場面であれば、先に掲げたものと同様⁴⁷⁹のほか、融資を継続することにより企業が存続できれば保証人は保証債務の履行を求められることはなかったであろうという機会⁴⁸⁰となる。

(ii) 主たる債務者に対するフォートを問題とする場合：間接損害

一方、保証人が、金融機関の主たる債務者に対するフォートを問題として、金融機関の民事責任を追及する場合、その被った損害は、主たる債務者に代わって請求しているというように考えることができる。この場合、損害の性質については、保証人は、自己が独自に被った損害の賠償を債権者に対して求めるのではなく、主たる債務者が被った損害で、保証人の損害 (「間接損害 (préjudice réfléchi/préjudice indirect)」) が起因するところの損害を、主たる債務者の代理として、債権者に請求しているのだというように説明することができる⁴⁸¹。このように考える場合、損害賠償は、主たる債務者の側においては、金融機関によるフォート等がなかった場合にあってであろう地位に、主たる債務者が再び戻るためのものとなり、一方、保証人の側においては、主たる債務者に代わって獲得した損害賠償金が主たる債務の総額を減少させ、それゆえ、相關的に、附従する自己の債務も、その損害の正確な範囲にまで減額されうるという意味を持つ⁴⁸²。

⁴⁷³ José Duclos, note sous Cass. com., 12 avr. 1983, *JCP N*, 1985. II. n° 14, p. 175 ; Aynès et Crocq, *supra note 27* n° 300, pp. 140-141.

⁴⁷⁴ Cass. com., 20 oct. 2009, *Bull. civ.* IV, n° 127.

⁴⁷⁵ François, *supra note 85*, n° 391, p. 328 ; Aynès et Crocq, *supra note 27*, n° 300, p. 141.

⁴⁷⁶ Mekki, *supra note 424*, n° 22, p. 85.

⁴⁷⁷ François, *supra note 85*, n° 391, p. 328 ; Aynès et Crocq, *supra note 27*, n° 300, p. 141.

⁴⁷⁸ François, *supra note 85*, n° 391, p. 328 ; Aynès et Crocq, *supra note 27*, n° 300, p. 141 ; Legeais, *supra note 87*, n° 294, p. 220 - 221.

⁴⁷⁹ François, *supra note 85*, n° 391, p. 328.

⁴⁸⁰ Terré et Simler, *supra note 288* n° 062-38, p. 726 ; Legeais, *supra note 87*, n° 296, p. 223.

⁴⁸¹ Duclos, *supra note 473*, n° 15, p. 175.

⁴⁸² Duclos, *supra note 473*, n° 15, p. 175.

第 3 節 2 つの主張方法—反訴請求と本案に関する防御—

第 1 款 概要

一連の破毀院判決で見たように、保証人が金融機関の融資取引上の民事責任を追及するという場合、その多くは、訴訟上、金融機関からの保証債務の履行請求に対する損害賠償請求の主張という形で表れ、ここで得られた損害賠償金が保証債務、または、主たる債務と相殺されることによって、保証人は保証債務の事実上の減免を受けるということになる。しかし、このような訴訟法上のプロセスはそう単純なものではない。以下に行うのは、保証人による訴訟法上の主張に関する検討である。

まず、訴訟法に関する 2 つの条文を確認する。すなわち、仏民訴 64 条は「反訴請求 (demande reconventionnelle) とは、本訴被告がその相手方の申立の単なる排斥以上の利益 (avantage) を得ようとする請求をいう」(傍点は筆者) と定め、同 71 条は「権利の内容 (fond du droit) の審理ののちに、相手方の申立を理由のないものとして斥けさせようとする全ての方法 (moyen) は、本案に関する防御 (défense au fond) を構成する」(傍点は筆者) と規定している。

金融機関による保証債務の履行請求に対して、保証人が金融機関の民事責任を損害賠償の請求という形で追及し、その賠償金と保証債務とを相殺させるということは、保証債務の履行請求を斥ける以上の利益を求めること、すなわち、相手方の申立の排斥を越えた利益を求めることを意味する。したがって、この場合には、仏民訴 71 条が定める「本案に関する防御」ではなく、仏民訴 64 条が定める「反訴請求」を用いて損害賠償の請求を行わなければならないというのが訴訟法上の原則である⁴⁸³。後に見るように、破毀院は当初、保証人が免責等を定める法文によらず、一般法理に基づいて金融機関の民事責任を追及するにあたっては、上記のような訴訟手続をその唯一の原則的な方法として考えていた。

第 2 款 反訴請求の問題点

1 問題の概要

(i) 求償により「儲かる」という問題

しかし、保証人が反訴請求によって得られた損害賠償金と自らの保証債務とを相殺させることは厄介な問題を提起する。すなわち、クリスチャン・ムーリー (Christian Mouly) 教授が指摘した、求償により保証人が「儲かる」可能性の問題である⁴⁸⁴。

保証人が取得した損害賠償金と保証債務とが相殺されるということは、保証人が保証債務を「弁済した」ことを意味する。すると、保証人は、実際には自身の資産から何ら支出

⁴⁸³ Loïc Cadiet et Emmanuel Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 7^e éd., 2011, Litec, n° 465, pp. 334-335.

⁴⁸⁴ Mouly, *supra* note 32, n° 114, p. 131

していないにもかかわらず、保証債務の弁済を理由として主たる債務者または共同保証人に対して求償しうる⁴⁸⁵。この支出なき求償により「儲かる」可能性が生じるというわけである⁴⁸⁶。

もっとも、ムーリー教授自身はこの問題は実際には生じえないことも同時に指摘する。まず、保証人の被る損害の一つは、先に見た通り、求償の機会を喪失したということにある。そうであるならば、その求償できない分が損害として賠償されるだけであって、儲かる可能性はない⁴⁸⁷。同様に、過剰融資等によって主たる債務が増加したために支払うべき保証債務が増加したことを損害とするにしても、この場合、裁判所が保証人に対して保証債務の一定額を弁済しなくてよいというように認めれば、保証人は実際に支払った金額しか求償することはできなくなり、儲かる恐れはない⁴⁸⁸。しかしながら、確かに、保証人が求償により「儲かる」ということは避けるべき問題であるとしても、特に後者に主張されるような、裁判所が保証債務の直接的な免責を認めれば済むという指摘は、あくまで理論上の可能性としての話⁴⁸⁹であって、フィリップ・シムレール（Philippe Simler）教授らがこの「儲かる」問題についてなお言及し続けている⁴⁹⁰ことは、本件が完全に無視できない問題であることを示唆する。

（ii）相殺される金額の問題

相殺される金額についても次のような問題がある。保証人が金融機関の主たる債務者に対するフォート（*for*）を損害賠償請求の根拠として選択し、金融機関の責任が認められたというような場合、その損害賠償金は主たる債務者に対して支払われ、その資産（*patrimoine*）を構成する⁴⁹¹。このとき、保証人は、この賠償金と保証債務との相殺を主張することはできるものの、賠償金は主たる債務者の総債権者のものとなるため、各債権への充当により削減された残額のみによって保証債務が相殺されるにすぎず、保証人にとっては十分な減免を受けることができない場合がある⁴⁹²。

また、金融機関と主たる債務者との融資を巡る問題にあつては、主たる債務者の経済状態が順調でないことが多く、結果として、主たる債務者は集団的手続（*procédure collective*）に付されることが多い。集団的手続が開始された場合、わが国でいうところの破産管財人が、主たる債務者の名において、既に損害賠償金の全額を獲得していることがあり、このときには、同じ損害は2度賠償されることはないので、債権者に対する保証人の民事責任の追及は棄却されるしかないと解されている⁴⁹³。破産管財人によって、既に損害賠償金が

⁴⁸⁵ Mouly, *supra* note 32, n° 114, p. 131.

⁴⁸⁶ Mouly, *supra* note 32, n° 114, p. 131. ;

⁴⁸⁷ Mouly, *supra* note 32, n° 114, p. 131.

⁴⁸⁸ Mouly, *supra* note 32, n° 114, p. 131.

⁴⁸⁹ Dominique Legeais, L'option procédurale offerte à la caution invoquant la responsabilité du banquier, *RD bancaire et de la bourse*, n° 76, novembre-décembre 1999, p.197.

⁴⁹⁰ Simler, *supra* note 32, n° 761, p. 763 ; François, *supra* note 85 , n° 394, p. 332.

⁴⁹¹ Dominique Legeais, note sous Cass. ch. mixte., 21 fev. 2003, *JCP E*, 1073, 2003, p. 1196.

⁴⁹² Legeais, *supra* note 489, p. 197.

⁴⁹³ Duclos, *supra* note 473, n° 15, p. 175.

獲得されてしまった場合には、保証人は、金融機関の行為により主たる債務者が被った損害の賠償として、主たる債務者の家産に対して既に支払われた損害賠償金により、主たる債務が減少した部分しか保証債務の削減を受けることができないことになる。すなわち、債権と債務の間にある関連性から生じる相殺を間接的に受けるわけである⁴⁹⁴。

このような見解は、判例においても見ることができる。すなわち、破毀院商事部 1978 年 5 月 2 日判決⁴⁹⁵は、金融機関による融資の停止により主たる債務者が破たんしたという事案に係る判決であるが、本判決において、破毀院は、注目すべき説示を行っている。すなわち、「主たる債務者である A 会社は、銀行が責めを負うべき行為があったことを原因として、銀行が引き起こした損害の賠償を完全に受けているので、A 会社は、銀行による加害行為がなかったならば、あったであろう地位に戻っていると見える。それゆえ、保証人は、主たる債務者たる A 会社の支払い不能または破産の結果生じた損害について、既に賠償を行っている銀行に対して、その責任を追及することはできない」というものである。

(iii) 訴訟上の利便性

反訴請求による損害賠償の請求は、主たる債務者やその破産管財人などが損害賠償請求に基づき既に賠償金を取得するなどの行為をしていないことが前提となる。一方、本案に関する防御の場合には、単に相手方の申立の排斥を求めるに過ぎないため、このような拘束を受けることはなく、保証人にとって有利である⁴⁹⁶。

2 原則への反論

(i) セルジュ・ガンシャール (Serge Guinchard) 教授の反論

このような訴訟上の原則に対して、訴訟法理論の側面から明確に反論を加えたのがセルジュ・ガンシャール (Serge Guinchard) 教授である⁴⁹⁷。ガンシャール教授によれば、このような保証人の申立は、「反訴請求」には馴染まず、むしろ、仏民訴 71 条が定める「本案に関する防御」にて行うことが妥当であるとされる。その理由としては、そもそも、保証人は損害賠償の請求を行うことで、保証債務の履行請求を消滅させたいだけなのであり、それ以上の利益を望んでいるわけではないこと、また、仮に損害賠償金が支払われたとしても、それは、保証債務を消滅させるのに必要な程度のものであって、これを越えるものではないことなどが指摘される⁴⁹⁸。

(ii) 相殺対象の制限

「儲かる」問題については、例えば、損害賠償金と保証債務との相殺はこれを請求した保証人のみに資するものであって、他の保証人はここから利益を受けているわけではない

⁴⁹⁴ Duclos, *supra note* 473, n° 15, p. 175.

⁴⁹⁵ Cass. com., 2 mai 1978, *Bull. civ.* IV, n° 120

⁴⁹⁶ Legeais, *supra note* 489, p. 196.

⁴⁹⁷ Legeais, *supra note* 489, p. 196.

⁴⁹⁸ Serge Guinchard, *Le droit a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation ? (Qui cassera les arrêts de la Cour de cassation ?), L'avenir du droit (mélanges en hommage à François Terré)*, 1999, Dalloz-PUF-Juris-Classeur, n°s 7 - 8, pp. 764 - 767.

とすることで、求償権の行使を制限するという見解⁴⁹⁹や、損害賠償金は主たる債務とのみ相殺され、保証債務とは相殺されないとすることで、保証人が求償権を行使すること自体をできなくしてしまうという見解⁵⁰⁰もある。しかし、前者の見解は（求償の構造からして）法理論的に受け入れられるものではない⁵⁰¹。また、後者の見解についても、確かに、これは、金融機関の主たる債務者に対するフォートを保証人が自己の保証債務の減免の為に用いるという場合、すなわち、保証人の損害が間接損害（*préjudice indirect / réfléchi / par ricochet / dérivé*）である場合には説得的である。しかし、金融機関が保証人自身に対して義務違反を犯し、直接に責任を負うという場合、つまり、保証人の損害が直接損害である場合には、なぜ、保証人自身の損害に基づく賠償金が主たる債務と相殺されるのかについて、合理的な説明とはならないとされる⁵⁰²。

以上に対して、仮に、本案に関する防御により、金融機関のフォートを理由としたその申立の排斥を求めることができれば、直接的に保証債務の一部または全部の免責という効果が生じる⁵⁰³ため、上記のような理論上の修正を行わなくとも、「儲かる」問題や相殺額が不十分になるというような問題は回避できる。また、本案に関する防御は、訴訟のどの段階においても主張することができるため、保証人にとって訴訟上の利便性も高い⁵⁰⁴。

3 判例の変遷—「反訴請求」と「本案に関する防御」の手続的選択へ—

このような中、破産院は以下のような変遷を経て、保証人による本案に関する防御の主張をも認めるようになって行く⁵⁰⁵。

【②破産院商事部 1993年3月16日判決⁵⁰⁶】

Y₁が取締役会会長を務めるA社のX銀行に対する債務について、Y₁およびその妻たるY₂が連帯保証人となった。その後、X銀行はY夫妻に対してA社の閉鎖された当座預金口座の借越額等の支払を求めたところ（その後、A社は裁判上の清算に付された）、Y夫妻はX銀行の民事責任を争った。本件において破産院は、「……債権者たる銀行が主たる債務者に対して資金繰りの手段を与え、次いで、これを破棄したという状況を理由として、保証人が損害賠償訴権を相手方に対して行使するときに、保証人が債権者の責任を問うこ

⁴⁹⁹ 複数の共同保証人の内の一人が行った損害賠償請求（反訴請求）とその保証債務との相殺は、債務全体ではなくこれを行った保証人の債務に固有のものであり、この保証人のみに資するものであるとして、本件相殺後、さらに共同保証人に対して送達された金融機関による差押前の弁済催告の無効を求める共同保証人の請求を棄却したエクス・アン・プロヴァンス控訴院2004年6月4日判決をベースにしている。なお、本判決は破産院商事部2005年12月13日判決（*Bull. civ. IV, n° 248*）によって、被担保債務の消滅はすべての共同保証人に資するものであるとして、破産されている。

⁵⁰⁰ Duclos, *supra note* 473, n° 18, p. 176.

⁵⁰¹ Simler, *supra note* 32, n° 761, p. 763.

⁵⁰² François, *supra note* 85, n° 394, p. 332.

⁵⁰³ François, *supra note* 85, n° 395, p. 333.

⁵⁰⁴ Legeais, *supra note* 489, p. 198.

⁵⁰⁵ Simler, *supra note* 32, n° 451, pp. 468 - 469.

⁵⁰⁶ Cass. com., 16 mars 1993, *Bull. civ. IV, n° 102*.

とが認められる場合は、民法典 2037 条⁵⁰⁷の適用範囲の外においては、保証人は、自身が締結した債務の履行を逃れるために、債務者との関係で債権者が犯したフォートを抗弁の名目で援用することはできない……」（傍点および脚注は筆者）と判断し、反訴請求ではなく本案に関する防御を用いて X 銀行の民事責任を追及した Y 夫妻の申立を棄却したエクス・アン・プロヴァンス控訴院 1990 年 9 月 7 日判決を支持した。

【②破毀院商事部 1999 年 10 月 26 日判決⁵⁰⁸】

A 社は X 銀行に当座預金口座を開設した。Y は A 社が X 銀行に負う債務について、400,000 フランを限度に連帯保証人となり、また、A 社が X 銀行のために振り出した 400,000 フランの手形につき、その手形保証人となった。その後、A 社が裁判上の清算に付されたため、X 銀行は Y に合計 800,000 フランの支払いを求めたところ、Y は X 銀行が不当な融資（octroi abusif）を行ったことおよびこれを突然に破棄（denonciation brutale）したことを理由として、X 銀行の民事責任を争った。本件において破毀院は「……債権者から支払の請求を受けたとき、保証人は、主たる債務者に対して債権者が犯したフォートを理由として自己の債務の免除（décharger）を受けることを求める保証人は、相手方の申立の単なる排斥以上の利益の取得を望んでいるわけではないので、本案に関する防御によってこれを行うことができる。保証人は同様に、損害賠償金を求め、次いで、これと自己の債務との間の相殺を望むことで間接的に免除を受けることを反訴請求によって求めることもできる……」（傍点は筆者）と判断し、X 銀行の責任を追及するにあたり、反訴請求ではなく本案に関する防御を用いたことを理由として、Y の主張を認めなかったヴェルサイユ控訴院 1996 年 3 月 14 日判決は仏民訴 64 条および 71 条に反するとしてこれを破毀した。

【②破棄院第 1 民事部 2000 年 10 月 4 日判決⁵⁰⁹】

A 社は X 銀行に当座預金口座を開設し、Y が A 社の X 銀行に対する債務につき、物上保証人となった。その後、A 社が裁判上の更生手続に付されたため、X 銀行は自己の債権を届け出た後、Y の不動産を差押えてその弁済を求めた。本件不動産競売に関して、Y は、保証契約の無効や、主たる債務者に対して巨額な融資（crédit ruineux）を行ったこと、お

⁵⁰⁷ 民法典 2037 条は、2006 年 3 月 23 日のオルドナンス第 346 号（Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006）による民法典の改正によって、内容はそのままに、現在は 2314 条となっている。仏民 2314 条は「債権者の行為によって、当該債権者の権利、抵当権および先取特権に対する代位がもはや保証人のために行使しえないときは、保証人は免責される。（1984 年 3 月 1 日の法律第 148 号）「これに反するすべての条項は記載のないものとみなされる」と規定しており、保証人が債権者の行為によってその代位権が侵害された場合に、保証人の直接的な免責を抗弁により可能とするものである。本条は、「代位の利益（bénéfice de subrogation）／代位の無い利益（bénéfice de non subrogation）」などと呼ばれており、わが国でいうところのいわゆる「担保保存義務」に相当する規律である（民法 504 条）。本条と金融機関の融資取引上の責任に関する問題は極めて類似する要素が含まれており、その詳細については参考文献も含めて第 3 編第 2 章参照。

⁵⁰⁸ Cass. com., 26 oct. 1999, *Bull. civ.* IV, n° 182.

⁵⁰⁹ Cass. com., 4 oct. 2000, *Bull. civ.* I, n° 233.

よび、保証人に対して取引のリスクを転嫁したことに関する銀行の責任についての判断を求めたための異議申立書⁵¹⁰ (un dire) を提出した。本件において破棄院は、②判決とほぼ同じ表現（違いは、②判決での「相手方の申立の単なる排斥」という表現が「相手方の申立の全部または一部の排斥」という表現へと変わったことである）を用いて、抗弁の名目で X 銀行の A 社に対するフォートを主張することはできないとしたエクス・アン・プロヴァンス控訴院 1997 年 10 月 8 日判決を破毀した。

【③破毀院合同部 2003 年 2 月 21 日判決⁵¹¹】

A は家の購入のため、X 銀行から融資を受け、Y がその弁済につき連帯保証人となった。その後、A が支払を怠ったため、X 銀行は、A おびび Y を遅滞 (demeure) に付し、次いで、X 銀行の抵当目的物となっていた Y 所有の不動産物件を競売により換価した。しかし、これでは被担保債権全額を充足することができなかつたため、X 銀行は Y に対して支払催告状 (commandement de payer) を送付した。これに対して、Y は X 銀行の民事責任を争った。本件において破毀院は「……反訴請求および本案に関する防御は訴訟手続 (instance) において同じ方法で相手方になされるものであるにもかかわらず、訴訟手続上の性質がどのようなものであれ、Y の請求に応えるべきであった……」(傍点は筆者) と判断し、仏民 2037 条の適用範囲の他では保証人は反訴請求によってしか金融機関の責任を追及することはできないことなどを理由に、Y の請求を棄却したエクス・アン・プロヴァンス控訴院 1999 年 6 月 8 日判決は法文に反するとしてこれを破毀した。

【まとめ】

当初破毀院は、保証人による金融機関の民事責任の追及は、訴訟法上の伝統的な理解に従い、仏民 2314 条 (旧 2037 条) の適用範囲の外では、反訴請求によらなければならないという立場を採っていた (②判決)。しかし、その後、まずは、商事部が、保証人の請求は相手方の申立の単なる排斥以上の利益を求めるものではないことを理由に、反訴請求であっても、本案に関する防御であってもどちらの主張でも用いることができるという判断を下し (②判決)、この立場を第 1 民事部も承認するようになった (②判決)。最後に、合同部が両者の立場を確認するとともに、さらに、反訴請求と本案に関する防御が、訴訟法上変わらない性質を有するという判断を付加することによって、この準則が確立する⁵¹² (③判決)。この結果、③判決では、保証人が金融機関の主たる債務者に対するフォートを用いる場合であっても、保証人に対するフォートを用いる場合であっても、上記準則が適用されることを導き出せる点で、前者の場合に限定した判決であった②および②判決よりも進んだ内容となっている⁵¹³。いずれにせよ、一連の判決によって、保証人は、金融機関の民事責任を追及する際、反訴請求のみならず、本案に関する防御によって直接的に免責を受

⁵¹⁰ 中村ほか・前掲注 [37] 157 頁 [Dire] 参照。

⁵¹¹ Cass. ch. Mixte, 21 févr. 2003, Bull. ch. Mixte, n° 3.

⁵¹² Simler, *supra note* 32, n° 451, p. 469.

⁵¹³ Legeais, *supra note* 491, p. 1194 ; François, *supra note* 85, n°s 395-396, pp. 333-335.

けることを選択する（手続的選択〔option procédurale〕）こともできるようになったのである。この結果、保証人が債権者の主たる債務者に対するフォートを用いて自己の保証債務の減免を求める場合は、主たる債務者の債権者と損害賠償金を分け合うことを防ぐため、本案に関する防御による直接的な免責を求めた方が良く、債権者の自己に対するフォートを用いる場合には、反訴請求の方が良いということになり得る⁵¹⁴。但し、注意を要するのは、このような手続的選択は保証人に対して常に許されているわけではないということである。例えば、③判決と同日に下された合同部判決⁵¹⁵によれば、保証人は債権者による債権者取消権（action paulienne）の行使に対しては、本案に関する防御を用いて債権者のフォートを対抗することが許されないとされる。すなわち、保証人が本案に関する防御をも選択しうるのは債権者が支払請求をしてきた場合に限られるということになる⁵¹⁶。また、金融機関の融資取引上の民事責任の追及が本案に関する防御によって可能となれば、仏民2314条との関係をどのように考えるべきかという重大な問題も生じることとなる（第3編第2章参照）。

いずれにせよ、このような解決策では、なお反訴請求の問題が残るため、本案に関する防御に一本化すべきではないかという指摘や、反訴請求による弊害を取り除こうとする議論も引き続きなされていることには注意を要する⁵¹⁷。

第4節 商法典 L. 650-1 条による金融機関の融資取引上の責任の制限とその例外

第1款 概要

以上のように、拡大され続けた金融機関の融資取引上の責任は、立法によりその追及に制限がかけられることとなった。すなわち、商法典 L.650-1 条は「保護手続⁵¹⁸ (procédure de sauvegarde)、裁判上の更生または裁判上の清算が開始された場合、債権者は、合意された融資を行ったことにより生じた損害について責任を負わない。ただし、詐害行為 (fraude) を犯した場合、債務者の経営へ明確に介入 (immixtion caractérisée) した場合、または、その融資の見返りとして求められた担保が当該融資と不均衡 (disproportionnées) である場合は、この限りではない (第1項)。債権者の責任が認められる場合については、当該融資の見返りとして求められた担保は裁判官 (juge) により取消す (annulées) かまたは削減する (réduites) ことができる (第2項)」(傍点は筆者) と定め、金融機関が融資行為によって原則的に責任を負わないことを明言している。

⁵¹⁴ Legeais, *supra note* 491, p. 1196

⁵¹⁵ Cass. ch. Mixte, 21 févr. 2003, *Bull. ch. Mixte*, n° 2.

⁵¹⁶ Simler, *supra note* 32, n° 451, p. 469

⁵¹⁷ François, *supra note* 85, nos 395 - 396, pp. 332 - 335.

⁵¹⁸ 保護手続の概要について、André Jacquemont, *Droit des entreprises en difficulté*, 8^e éd., 2013, Litec, nos 1-33, pp. 1-21 を参照。

第 2 款 立法動機

本条は、「企業の保護に関する 2005 年 7 月 26 日の法律第 845 号 (Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises)」(以下、「2005 年法」という) 第 129 条によって商法典に挿入された⁵¹⁹。先に見たように、金融機関が「再建不能なほどに危険な状態」にある企業へ融資を行うことは融資の不当な支援に該当し、その責任を問われうる。しかし、責任が広範囲に認められてしまえば、これを問われることへの不安から、単に経営状態が悪いだけで再建の可能性のある企業に対する融資も細る恐れがある。したがって、一方では、このような企業の再建を支援し、他方では、これを行う債権者の安全を図るために本条が設けられたのである⁵²⁰。その後、本条は、「経営難にある企業の権利の改善のための 2008 年 12 月 18 日のオルドナンス第 1345 号 (Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté)」第 129 条による改正を経て現在の形に至っている⁵²¹。改正点は、第 1 項に「保護手続、裁判上の更生手続または裁判上の清算手続が開始された場合」という文言を挿入すること、および、当初は「無効 (nulles)」と規定されていた第 2 項のサンクションを「裁判所により取消すかまたは削減することができる」というように変更したことである⁵²²。その理由は不明確ではあるが、第 1 項の部分については、そもそも、本条は企業に関する各種の倒産手続を定める商法典第 6 編「企業の経営難 (Des difficultés des entreprises)」の内の規定の 1 つであることや、2005 年法制定時における、本条文の最初の立法草案において、裁判所の承認 (homologation) がある場合 (倒産手続など) が免責の前提として考えられていたこと⁵²³や、第 2 項の部分については、効果が直ちに「無効」では、フォートの程度等について裁判所が評価できず、その程度に

⁵¹⁹ J.O., 27 juill. 2005, p. 12187.

⁵²⁰ Doc. Ass. Nat., n° 2095, *Rapport*, 25 fév. 2005, pp. 166-168 ; Doc. Sénat, n° 335, *Rapport*, 11 mai 2005, p. 445.

⁵²¹ J. O., *Lois et Décrets*, 19 déc. 2008, p. 19475.

⁵²² J.O., *supra note 521*, p. 21.

⁵²³ 本条文は、当初、2005 年法第 8 条によって、商法典に L. 611-11 条 (融資を行う者が勧解手続 [conciliation] の開始前に生じた債権につき一定の条件の下で優先弁済を受けられる旨の規定) を創設するにあたり、その第 2 項で「これらの者 (融資を行う者) は、裁判所の承認 (accord homologué) を理由に合意した融資によって生じた損害について責任を負わない。ただし、許害行為または融資者の側に明らかに不当な行為がある場合は除く」(括弧内、傍点は筆者) と規定する予定だった箇所を独立に条文化したものである (Doc. Ass. Nat., N° 1596, *Projet de loi*, 12 mai 2004, p.26 ; Doc.Sénat, *supra note 520*, p. 443)。これによれば、債権者は裁判所の関与がある場合を前提とした融資について原則的に責任を負わないということになるが、ここで想定されている裁判所の関与とは、更生手続や清算手続である。これは、債権者の民事責任を最終的に判断するのは裁判所であるところ、その裁判所が認めた手続の一環として融資がなされるのであればその責任も免除されるという発想による (Doc. Ass. Nat., *supra note 520*, p. 168)。しかしその後、国民議会が、本条を勧解手続に限定した免責規定ではなく、広く融資一般についての免責を規律する独立の条文へと変更するにあたり、併せて、裁判所の承認という箇所を削除したという経緯がある (Doc. Sénat, *supra note 520*, pp. 443-445)。この点に触れるものとして、小梁・前掲注 (300) 152 頁がある。

じてサンクションを変えることができないこととなるがこれは妥当ではなく、また、サンクションも裁判所の関与の下での過剰分の担保の削減が望ましいという批判がなされていた⁵²⁴ことなどが参考となる。

第3款 免責の構造

1 免責される場面

本条第1項は、まず、各種の倒産手続きにおいて、債権者が融資を行ったことにより生じる損害については免責する旨を定めている。したがって、本条の規律の外で行われる融資については、従来通り一般法の規律に服することになる⁵²⁵。

また、先に指摘した通り、ここで想定されているのは「融資の不当な支援」の場面である⁵²⁶。特徴的なのは、免責の対象者が「金融機関」ではなく広く「債権者」となっていることである。企業の支援者は金融機関に限らないところ、融資取引上の責任は先に観た通り一般法を根拠として発生するため、当事者の性質に関わらず、広く「債権者」がその融資取引上の責任を問われうる。そこで、免責の対象を広くとらえるため「債権者」を主語としているのである⁵²⁷。一方、責任を追及する者についても限定がないため、警告義務の場合とは異なり、借主も保証人も「素人」も「玄人」も関係なくこの規律に服することになる⁵²⁸。

2 免責されない場面

続いて、その但書において、「詐害行為」、「経営への明白な介入」、「融資と不均衡な担保の設定」の3つの場合には例外的に債権者は融資取引上の責任を問われる旨が定められている。まず、詐害行為であるが、これは、本条の存在にかかわらず、一般法上当然に責任を問われるものであるため、単なる確認規定にすぎない⁵²⁹。また、経営への介入については、不介入義務の問題として既に論じた⁵³⁰ところではあるが、何が本条でいうところの明確な介入となるのかは立法上も判例上も不明確であるという批判がなされている⁵³¹。

例外の最後となる、「融資と不均衡な担保の設定」は特に重要な規定である。まず、立法草案においては、過剰な担保の設定は、その過剰な分だけ他の債権者の担保を減少させることになり、他の債権者を害することになるということが指摘されている⁵³²。合理的に

⁵²⁴ Dominique Legeais, Les concours consentis à une entreprise en difficultés, *JCP E*, 2005, 1510, n^{os} 22-24, p. 1749.

⁵²⁵ Legeais, *supra note* 524, n^o 25, p. 1749.

⁵²⁶ Doc. Ass. Nat., *supra note* 520, pp. 166-171 ; Doc. Sénat, *supra note* 520, p.444.

⁵²⁷ Doc. Sénat, *supra note* 520, p.445 ; Legeais, *supra note* 524, n^{os} 4-6, pp. 1747-1748.

⁵²⁸ Simler, *supra note* 32, n^o 455, p. 475.

⁵²⁹ Legeais, *supra note* 524, n^o 11, p. 1748.

⁵³⁰ 第2章第2節参照。

⁵³¹ Legeais, *supra note* 524, n^{os} 12 - 14, p. 1748.

⁵³² Doc. Sénat, *supra note* 520, p.446.

必要となる範囲を超えた、いわゆる「担保の無駄遣い (gaspillage)」を防止するためのものである⁵³³。ここでいう担保には、物的担保、人的担保を問わずファイナンス・リースなど事実上の担保も含まれるとされ、その不均衡の評価は融資契約の締結時になされるとされる⁵³⁴。注目すべきは、この不均衡 (disproportionnées) という表現である。これは、先に示した、「自然人」の保証人の資力と保証債務の金額との均衡を要求する従来の比例原則⁵³⁵ (principe de proportionnalité) の規律を、形を変えて融資取引の場面にまで広く拡張することを意味しており、新しい比例原則として注目されている⁵³⁶。もっとも、保証制度における比例原則に係る不均衡の評価以上に、ここでの不均衡の評価は不明確なものである。具体的には次の通りである。

先に観た保証制度における比例原則は、「保証人の資産 (担保負担者の資力)」と「保証債務の額 (被担保債権の額)」の不均衡を問題とする規律であるであった。しかし、本条にいう担保には物的担保等も広く含まれ、この場合にいう不均衡とは、「担保目的物の価額」と「被担保債権の額」がその対象となる⁵³⁷。したがって、本条には、特に、保証 (人的担保) と物的担保の区別に応じて、比較対象の異なる不均衡が「融資と不均衡な担保の設定」という1つの表現に含まれているという複雑さがある。

この検討対象となる不均衡の多様性ゆえに、不均衡の評価も複雑なものとなる。例えば、コミットメント・ライン契約などの場合に、「担保」と比較される「融資」は「枠」の額で評価されるのか、実際に利用されている額で評価されるのかといったことや、債権質のような場合に、「担保」は券面額で評価されるのか、実際の額 (市場価格) で評価されるのか、というようなことが問題として現実化する⁵³⁸。さらに、ここでいう担保には、設定されたすべての担保が含まれることになる⁵³⁹ため、必然的に過剰な状態となり得る複数の物的担保の設定の場合の評価をどのようにするのかという問題もある⁵⁴⁰。

このような問題が生じる原因には、そもそも、本条に不均衡の評価の手掛かりとなる基準が示されていないということがある⁵⁴¹。これは、先に指摘した通り、保証制度においても同様ではあるが、本条には、保証に係る各種規律において示されていた「明白な (manifestment) 不均衡」という表現 (消費法典 L.341-4 条等を参照) すらもない⁵⁴²。しかも、本条は、「融資の“額”」と「担保の“額”」ではなく、「融資」と「担保」の不均衡が評価の対象である旨を示しており、これは、既述した保証制度における特別法上の比例原

⁵³³ Richard Routier, Les retouches de l'article L.650-1 du Code de commerce, *Gaz. Pal.*, 8-10 mars 2009, n° 7, p. 838.

⁵³⁴ Legeais, *supra note* 524, n° 15 - 17, pp. 1748 - 1749.

⁵³⁵ 第1編および第3編参照。

⁵³⁶ Legeais, *supra note* 524, n° 16, p. 1748.

⁵³⁷ Legeais, *supra note* 524, n° 19, p. 1749.

⁵³⁸ Legeais, *supra note* 524, n° 18-19, p. 1749.

⁵³⁹ Legeais, *supra note* 524, n° 19, p. 1749.

⁵⁴⁰ Legeais, *supra note* 524, n° 19, p. 1749.

⁵⁴¹ Simler, *supra note* 32, n° 455, p. 475.

⁵⁴² Legeais, *supra note* 524, n° 20, p. 1749.

則（消費法典 L341-4 条等）において示される数値上の客観的な評価を意味しないことを示唆している⁵⁴³。それゆえ、本条にいう不均衡の評価には、当事者の誠実さや、債務の大きさ、他の債権者の存在など広く様々な要素が含まれることになりうる⁵⁴⁴。したがって、評価方法のこの高い抽象性ゆえに、一方において、安易な不均衡の評価（債権者の責任の肯定）がなされるという可能性もありつつ、他方において、実定法上正当に認められる複数の物的担保の設定が直ちに不均衡と評価されない構造となっているとも評価できる⁵⁴⁵。いずれにしても、結局、この高い抽象性は、本条にいう不均衡の検討対象が先の通り広いために、その評価を裁判官の全くの自由に委ねざるを得なかったということの意味しているのである⁵⁴⁶。

3 サンクション

企業に関する各種の倒産手続きにおいて、債権者に上記の例外事由が認められる場合、裁判所によって担保が取消されるか、または、削減されることになる（第2項）。もっとも、債権者の行為に基づいて生じた損害は賠償されなければならないというのが原則であるため、この例外事由が認められる場合に、担保の取消または削減のほか、追加的に損害賠償の請求を行うことは可能であると解されている⁵⁴⁷。但し、保証人は担保の取消または削減により、既にその損害の賠償を受けていると解されるため、追加的な賠償請求はできないと解されている⁵⁴⁸。

第5節 小括

ここで、本章の検討結果をまとめておく。まず、保証人は、金融機関の融資取引上の責任を追及する際、その主たる債務者に対するフォートであっても、保証人自身に対するフォートであっても自己の保証債務の減免を求めるために主張することができる。その法的根拠は保証契約の存在と保証の附従性にあり、責任の法的性質は一般的に契約責任であると解されている。

債権者からの保証債務の履行請求に対して、保証人が債権者の責任を争う場合、かつて、破産院は、反訴請求を用いた損害賠償の請求のみを認め、本案に関する防御を用いた履行請求の排斥による直接的な免責の手段を保証人に対して認めていなかった。しかし、1999年の商事部判決以降、本案に関する防御の主張をも許容するようになり、結果として、保証人は、反訴請求によって損害賠償を求めることも、本案に関する防御によって保証債務

⁵⁴³ Pierre Crocq, *Sûretés et proportionnalité*, in : *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Litec-Dalloz, 2006, n° 29, p. 305.

⁵⁴⁴ Legeais, *supra note 524*, n° 20, p. 1749.

⁵⁴⁵ Legeais, *supra note 524*, n° 20, p. 1749.

⁵⁴⁶ Crocq, *supra note 543*, n° 27, p. 305.

⁵⁴⁷ Legeais, *supra note 524*, n° 26, p. 1749.

⁵⁴⁸ Legeais, *supra note 524*, n° 26, p. 1749.

の履行請求自体の一部または全部の排斥を求めるということもできるようになった（手続的選択）。もっとも、反訴請求による場合、獲得された損害賠償金と保証債務とが相殺されることで、保証人は自己の資産から何ら支出することなく主たる債務者または共同保証人に対して求償を行うことができ、儲かる可能性があるなどの問題が生じる。したがって、本案に関する防御に一本化すべきではないかという議論もなお続いている。

近時、商法典 L. 650-1 条の制定により、特に、「融資の不当な支援」の場面における金融機関の責任が制限されている。しかし、「詐害行為」、「経営への明確な介入」、「融資と不均衡な担保の設定」の3つのいずれかが認められる場合には、金融機関は例外的に責任を問われる。とくに、「融資と不均衡な担保の設定」は新しい比例原則として注目されている。

結 語

本編の考察を通じて得られた結果は以下の通りである。

1 金融機関の融資取引上の義務と責任

フランス法においては金融機関の融資取引上の責任が借主または保証人によって広く追及されている。その責任は、大きく分けると、「過剰または不適合な融資」、「融資の不当な支援」、「融資の不当な破棄」、「融資金の用途の不遵守」という4つの場面で問題となる。各場面にはそれぞれ責任を発生させる特徴的な要素があり、この要素が認められる場合に、借主または保証人はその責任を追及しうる。

一方で、金融機関は融資取引上、様々な義務を借主または保証人に対して負っている。具体的には、情報提供義務、警告義務、助言義務、警戒義務、不介入義務などである。これらは、特に、金融機関の融資取引上の責任が生じる最も基本的な場面である、「過剰または不適合な融資」の事例においてその遵守が問題となる。もっとも、各義務は内容等が重複または対立することがあるため、その境界線や適用関係が不明確であるところ、近時、破毀院は、当事者の性質決定と情報に関する証明および警告義務を要素とした、金融機関の融資取引上の責任に関する新たな準則を確立した。すなわち、以下の通りである。まず、借主または保証人を、取引経験、職業等の要素から、「玄人」と「素人」に分類する。「玄人」とされると原則として金融機関の責任を追及することはできない。ただし、金融機関との間に保有する情報量の差が認められ、これを立証できるのであれば、例外的に責任を追及することが認められる。一方で、「素人」とされる場合、金融機関の警告義務が問題となる。ここでいう警告義務とは、借主または保証人の支払能力を調査し、これに適合した融資を行う義務を前提に、融資取引上の危険性や不都合な点を説明する義務をいい、特に前者の要素によって、一般的な警告義務とはその性質を異にしている。また、警告義務は、借主または保証人の支払能力に力点を置きつつ、その支払能力が不足している場合に、取

引の危険性を説明することによってその履行が完成する。したがって、相手方の意思決定を促すことまで求められる助言義務とは異なり、経営への介入を禁ずる不介入義務と対立することはなく、また、警告義務自体に融資を拒絶する義務は含まれないことから借主にとってリスクの高い融資の提供を禁じる警戒義務とその内容が重複することもない。つまり、警告義務は、借主や保証人の安全を確保しつつも、助言義務のように過度な負担を金融機関に課すものではなく、さらには、金融機関に課せられる他の主要な義務とその適用範囲を上手く棲み分けることができる。以上の点から、本稿でいう警告義務は、各種の義務との調和を維持しつつ、金融機関と借主または保証人との間の取引リスクを公平に分配し、その利益を均衡化させる優れた機能を有していると評価しうる。

ところで、このような、取引経験等から当事者を分類した上で、一方では、情報量の差とその証明を問題とし、他方では、資力等の調査や取引リスクを警告する義務を金融機関に負わせるという構造は、いわゆる適合性原則に類似する現象として捉えうる。適合性原則自体は不明確な概念ではあるものの、このような視点は、我が国の法理への接合という観点から、警告義務等の各種の義務を個々に対応させるだけでなく、上記の判断枠組み全体を対応させる可能性を示すものとして、検討する余地はある。今後の課題としたい。

2 保証人による金融機関の融資取引上の責任の追及方法

保証人は、自己の保証債務の減免を求めるために、金融機関の融資取引上の責任を追及するにあたって、保証契約とその附従性を根拠に、金融機関の主たる債務者に対するフォートであっても、自分自身に対するフォートであっても主張することができる。これを訴訟手続の側面から見ると、保証人は金融機関からの保証債務の履行請求に対して、「反訴請求」によって損害の賠償を求めることもできるし、「本案に関する防御」によって履行請求の申立自体の一部または全部の排斥を求めることもできるということになる。しかし、保証人が反訴請求により自己の保証債務の減免を求めることは、訴訟理論上の問題があるほか、次のような懸念をもたらす。すなわち、保証人は、獲得した損害賠償金が保証債務と相殺されることによって、自己の資産から何ら支出していないにもかかわらず、主たる債務者または共同保証人に対して求償できることになるため、金融機関のフォートによって保証人が「儲かる」という可能性等の不都合が生じるということである。したがって、保証人による金融機関の責任の追及は本案に関する防御に一本化すべきであるとの意見もある。このような訴訟手続上の問題は、我が国において保証人の債務の減免に関する考察を行うにあたり、債権者に対する損害賠償請求を認めるべきかどうかという問題に対して、検討すべき一課題を提供するものと指摘しうる。

なお、近時、商法典 L. 650-1 条の制定によって、とりわけ、「融資の不当な支援」の場面における金融機関の責任が制限されるようになった。具体的には、企業の倒産手続等の場面において、金融機関の融資行為の結果生じる損害についての責任を免除するというものである。しかし、例外的に責任が認められる場合が幾つかあり、このうち、融資金額と不

釣り合いな担保を設定した場合に責任が発生するという、新しい「比例原則」は特に重要である。これは、もともと自然人たる保証人の保護を想定した特別法上の法理にすぎなかった比例原則が、保証法を越えた部分にまで拡張されたことを意味する。近時では、判例によって、一般法上の保証理論においてもその適用範囲の拡張が認められており、フランスにおけるこの「比例原則」の拡張は今後も注視すべき動向の1つである。

3 おわりに

本稿では、フランスにおける金融機関の融資取引に関する義務および責任についての議論の全体像を把握することに努めつつ、その義務の内、特に重要なものである警告義務を中心とした規律について論じた。しかし、取引相手に明白な異常等がある場合には融資をしてはならないという警戒義務や、相手方の経営に介入してはならないという不介入義務など、他の重要な義務については必要な範囲で検討を行うに留まっている。また、融資の不当な支援や不当な破棄など、各種の場面における特徴的な要素の検討についても不十分なものとなっていることは否めない。フランス法上、金融機関の融資取引上の責任が問題となる場面は我が国のものとほぼ1対1に対応するものであり、わが国の議論との比較とその接合の前提として、フランスにおける融資取引上の責任に関するミクロ的視点に立った考察を行うことがなお必要となる。上記に示した各課題と併せて、残された課題としたい。

第3編 各種規律の交差に関する考察

序 説

本編は、結論に至る前提として、第1編および第2編で扱った各種の規律のうち、類似し、または、関連する規律同士の間をどのように解すべきなのかということについて、改めて検討するものである。

まず、第1章では、第1編で観察した比例原則と第2編で扱った警告義務の関係について扱う。比例原則とは、保証人の資力と保証債務とが（明白に）釣り合わない場合に、保証債務の減免をもたらす法理であるところ、警告義務もまた、借主または保証人に対してリスクの警告をする前提として、これらの者の資力を調査し、資力に適した融資契約や保証契約等を行うことを債権者に求める機能を有している。そうであるならば、両者の機能は資力の調査という点を媒介として近接するのであって、その関係はいかなるものとなるのかを検討する必要がある。本章で扱うのは、かかる視点からの議論である。

次に、第2章では、第2編で扱った一般法理に基づく金融機関の民事責任の追及と担保保存義務との関係について論じる。第2編で検討したように、フランス法では、警告義務等の違反を根拠として、借主または保証人が債権者の民事責任を損害賠償の請求といった形で追及することが広く認められている。ところで、このような損害賠償請求の前提として生じる損害は保証人の求償の機会等の喪失（機会の喪失）であると理解されている。この現象を、主たる債務者の倒産という点について具体的に観る場合、主たる債務者の倒産は一般担保権の喪失を意味し、この喪失を原因として保証人は求償する機会等を喪失したということを経験し、賠償を求めることになるというように説明しうる。そうであるならば、同じく、求償権を保全する機能を持った担保保存義務と関連付けて考察することができ、両者の関係を明らかにすることは、担保保存義務の機能を明らかにし、ひいては、これを媒介としたフランス法上の債権者（金融機関）の民事責任法理のわが国への接続可能性を模索することに繋がる。本章で扱うのは、かかる視点からの議論である。

第1章 比例原則と警告義務の交差

第1節 はじめに

フランスの保証制度における特徴の1つとして、保証人の保護に係る多種多様な規律が存在していることを指摘することができる（第1編参照）。この中でも、先に観たいいわゆる「比例原則（principe de proportionnalité）」と呼ばれる規律については、過剰保証を制限す

る法理としてわが国でも既に紹介されており⁵⁴⁹、加えて、近時、法制審議会において進められている民法（債権関係）の改正に係る議論においても、保証制度の改正との関係で比例原則が参考として取り上げられているという現況⁵⁵⁰に鑑みれば、とりわけ注目に値する。ここでその内容を再度確認すれば、比例原則とは、保証契約の締結時に、保証債務が保証人の資産および収入の総額が「明らかに不均衡（manifestement disproportionné）」であったと評価される場合に、債権者によるその保証契約の主張を封じたり、あるいは、債権者に損害賠償の責任を負わせたりするものである。これにより、保証人は自身の支払能力に比して不釣り合いな金額の保証債務から解放されることとなる。

同様に注目すべきフランスの保証制度の特徴として、保証人が債権者、とりわけ金融機関の融資取引上の民事責任を、損害賠償の請求という形で問うことが広範に認められていることを指摘しうる（第2編参照）。保証人はこれにより取得した損害賠償債権と保証債務との相殺を通じて、保証債務からの事実上の解放が認められる。このような民事責任を債権者に発生させる大きな柱の1つとなっているのが、判例において生成されてきた「警告義務（devoir [obligation]⁵⁵¹ de mise en garde）」を中心とした規律（第2編参照）である。一般的に、警告義務とは、給付の目的物等の危険性を相手方に警告する義務⁵⁵²と解されているところ、ここでいう警告義務の内容はこれに留まらない。すなわち、破産院によれば、警告義務には、借主または保証人の財政能力（支払能力）を検証しなければならないことや、中には、支払能力を超える融資などをしてはならないことさえも内容として含まれているような説示をするものも見受けられる。

いずれにしても、重要なことは、フランスの保証制度が一般法上に広がる民事責任の網により常に捉えられているということであり、保証人の保護に係る各種の規律を検討するに当たっても、このような民事責任との関係を見無視することはできないということである。この点を考慮するとき、比例原則は係る民事責任の領域の中で、とりわけ警告義務との関係において、どのように位置付けられるのであろうか。先の通り、警告義務の内容には、借主または保証人の支払能力を検証しなければならないことなどが含まれているとされ、これは、同じく支払能力の有無を問題とする比例原則の内容と重なりあう。そうであるならば、比例原則は、少なくとも民事責任の領域においては独立した地位を失い、もはや警告義務の一要素として機能するだけのものになってしまうのではないか⁵⁵³。両者の関係を明確にし、その帰結を分析することは、比例原則や警告義務のいわば「価値」を決め、過

⁵⁴⁹ 比例原則を題材の中心とした研究として、能登・前掲注（86）などがある。

⁵⁵⁰ 2012年4月3日に開催された「法制審議会民法（債権関係）部会第44回会議」において、山野目章夫「フランス保証法における過大な個人保証の規制の法理」（<http://www.moj.go.jp/content/000097381.pdf> [2012年4月14日]）（山野目・前掲注〔86〕）と題されたフランスの比例原則にかかる詳細な資料が提出されたことはとりわけ注目される。

⁵⁵¹ “devoir”と“obligation”の関係について、前掲注（339）参照。

⁵⁵² 後藤・前掲注（1）「法理論」12頁。

⁵⁵³ Alain Gourio, note sous Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, *JCP G*, 2007. II. 10146, p.38.

剰な保証に係る規律の望ましい姿を模索するための重要な作業の1つとなろう。

以上の視点に基づき、本章は、比例原則と金融機関の融資取引上の民事責任に係る規律との関係を、とりわけ警告義務との関係に的を絞って検討を行うことを目的とする。具体的な手順としては、先に検討した、フランスにおける比例原則の展開と金融機関の警告義務に係る規律の展開を再度確認しつつ、両者の関係性について検討する。なお、比例原則および警告義務については第1編および第2編で扱った内容を、本章の目的との関係から集約し、補足したものとなることを予め断っておく。

第2節 比例原則の生成と展開

第1款 比例原則の立法化

1 導入の経緯

フランスの保証制度における比例原則の規律は、もともと、立法によってもたらされたものであった。すなわち、「個人および家族の過剰債務に係る困難の予防および解消に関する1989年12月31日の法律第1010号」により、「一定の信用供与取引の領域における消費者の情報および保護に関する1978年1月10日の法律第22号」（以下、「1978年法」という）に7-4条を追加し、かつ、「不動産の領域における借主の情報および保護に関する1979年7月13日の法律第596号」（以下、「1979年法」という）に9-4条を追加するという形で導入された。名称を見ても分かる通り、1978年法はフランスにおける消費者信用規制に係る法律であり、1979年法は、1978年法では規制の対象とはなっていなかった不動産信用規制に係る法律である。両者はともに1993年に「消費法典（Code de la consommation）」に統合されることとなり、比例原則に係る条文である1978年法第7-4条および、1979年法第9-4条もこれに合わせて、消費法典L.313-10条に統合された（第1編参照）。すなわち、当時のL.313-10条は「金融機関は、自然人によってなされた本章第1節および第2節の範囲に属する信用供与取引に関する保証契約の締結時に、保証債務が保証人の資産および収入と明らかに不均衡であった場合は、当該保証契約を主張することができない。ただし、保証人が請求を受けた時点で、保証人の資産が自己の保証債務の履行を可能とするものである場合は除く」と規定していた。その後、同条は、「経済の現代化に関する2008年8月4日の法律第776号」第81条第5項第1号、および、「支払サービスの供給を規制する条件および支払機関の創設に係る条件に関する2009年7月15日のオルドナンス第866号」第16条第4号によって、「金融機関」の定義についての修正を受けているが、規律の内容自体に変更はないまま今日まで存在している⁵⁵⁴。

⁵⁵⁴ 具体的には、従前「金融機関（un établissement de crédit）」と表記されていた部分が、まず、2008年8月4日の法律によって「金融機関、または、通貨・金融法典L.511-6条第5号所定の組織（un organisme）」へ修正され、次に、2009年7月15日のオルドナンスによって、「金融機

2 適用範囲

同条を見る上で重要なことはその適用範囲である。すなわち、同条が適用される保証契約は、「金融機関」と「自然人」との間で締結された、「本章第1節および第2節の範囲に属する信用取引に関する保証契約」である。ここでいう、「本章第1節」とは1978年法の規律対象であった消費法典第3編第1章第1節「消費者信用」を指し、「本章第2節」とは、1979年法の規律対象であった同2節「不動産信用」を指す。まとめれば、本条の適用対象は、「金融機関と自然人たる保証人との間で締結された消費者信用および不動産信用に関する保証契約」に限定して適用される構造となっていたということである。

第2款 比例原則の民事責任領域への拡張

1 前提

先に述べたように、フランス法の特徴的な現象の1つに、保証人が金融機関の民事責任を損害賠償の請求という形で追及することが多分に認められているということがある。その責任発生の根拠の大きな柱となっているのが警告義務を中心とした規律であることは先に指摘した通りであるところ、同じく根拠の1つとして比例原則を用いることが破毀院によって認められるようになる。

2 マクロン判決の登場

リーディングケースとなったのが、いわゆる「マクロン (Macron) 判決 (破毀院商事部 1997年6月17日判決⁵⁵⁵)」と呼ばれるものである。同判決を本稿の目的との関係でまとめれば次の通りである。すなわち、会社の経営者たる Y (マクロン氏) が、自身の経営する A 社の X 銀行に対する債務について、20,000,000 フランとこれに対する金利、手数料その他を含んだ金額を限度とした手形保証をした後、A 社が裁判上の更生手続 (redressement judiciaire : 要するに倒産手続) に付されたため、X 銀行が保証人たる Y に保証債務の履行を求めたところ、「……控訴院は、Y が、月収 37,550 フラン、および、4,000,000 フランを下回る資産と “明らかに不均衡 (manifestement disproportionné)” である 20,000,000 フランの手形保証を締結したことを考慮の上、Y が自身の合意を無効に帰すこととなる錯誤を犯していたわけではないとしつつ、“自然人によって担保された額の大きさ” を理由として、銀行側の信義則 (bonne foi) とは相容れない状況下においては、銀行は手形保証人の資産および収入とは “無関係” の、かかる手形保証を要求したことにつきフォートを犯したと評価しえた……」と判断し、15,000,000 フランの損害賠償を認めた原判決 (パリ控訴院 1995

関、支払機関 (un établissement de paiement)、または、通貨・金融法典 L.511-6 条第 5 号所定の組織」というように修正された。フランスにおける金融機関の定義は一つの重要な研究テーマであるため、稿を改めて検討することとし、本稿では、便宜上、まとめて「金融機関」と表記する。

⁵⁵⁵ Cass. com., 17 juin 1997, *Bull. civ.* IV, n° 188.

年2月8日判決)を支持したというものである。

本件における保証契約は、「金融機関」と経営者たる「自然人」との間で締結されているという点ではL.313-10条の適用範囲に含まれるものではあるものの、「会社の債務の(手形)保証」という点では、「消費者信用および不動産信用に関する保証契約」を規律の対象とする同条の適用範囲からは外れるものである。それにもかかわらず、本判決は、「明らかに不均衡」というL.313-10条と同様の文言を用いて金融機関の損害賠償責任を認めていることから、同条の適用範囲が拡張されたようにも見える。しかし、本判決が認めたのは「保証契約の主張ができない」という同条のサンクションではなく、単なる損害賠償であり、同条が拡張されて適用されたわけではない。すなわち、先に述べたような、保証人による金融機関(債権者)に対する損害賠償の請求という一般法上の民事責任の領域に、比例原則の要素が取り込まれたと評価する方が適切といえる⁵⁵⁶。

3 2つの比例原則

評価は様々であるにせよ、マクロン判決の登場は、比例原則を2つの領域に跨る規律へと変えた。すなわち、L.313-10条が規律する条文上の比例原則と、損害賠償請求の根拠として用いられる比例原則(以下、便宜上、「一般法上の比例原則」という)である。本稿の目的に合わせて両者の違いを指摘すれば、概ね以下の通りとなる⁵⁵⁷。なお、この違いは適用範囲を除いて、後に述べるL.341-4条と一般法上の比例原則との関係にも当てはまるものである。

(i) 適用範囲

L.313-10条の適用範囲が、「金融機関と自然人たる保証人との間で締結された消費者信用および不動産信用に関する保証契約」に限定されているのに対して、一般法上の比例原則は、まさに一般法を根拠とするため、原則としてその適用範囲に限りはない⁵⁵⁸。

(ii) 効果

L.313-10条の効果は「金融機関は保証契約の主張ができない⁵⁵⁹」とされるのに対して、一般法上の比例原則は損害賠償である。より具体的に言えば、前者が保証債務の全部免責を認めるのに対して、後者は、保証人が保証を引き受けることができる財産を超える範囲を損害としてその賠償が認められ⁵⁶⁰、これと保証債務とが相殺されることにより、事実上の一部または全部の免責が生じるということになる。

(iii) 不均衡の評価時

L.313-10条にいう不均衡は、「保証契約の締結時」と「保証債務の履行時」の2つの時点

⁵⁵⁶ 第1編第2章第3節第4款参照。

⁵⁵⁷ 両者の関係が一覧できるものとして、能登・前掲注(86)382頁がある。

⁵⁵⁸ 法人保証との関係につき前掲注(254)参照。

⁵⁵⁹ これが意味するところは、「失権(déchéance)」であるとされることにつき、第1編第1章第4款参照。

⁵⁶⁰ Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 2007, *Bull.civ. I*, n° 393

で評価され、両時点で不均衡の評価を得る必要がある。換言すれば、「保証契約の締結時」に明らかな不均衡があっても「保証債務の履行時」に弁済能力があれば保証契約は有効なものとして扱われ、また、そもそも「保証契約の締結時」に不均衡が無ければ、同条の問題とはならない。他方、一般法上の比例原則については、保証契約の締結時の不均衡のみが評価の対象となり、履行時についての評価は問題とはならない⁵⁶¹。

(iv) 評価の方法

L.313-10 条にいう不均衡は「保証債務の総額」と「保証人の資産および収入」とが数値のみで客観的に評価され、当事者の主観的事情は考慮されない。これに対して、一般法上の比例原則は、一般法を根拠として責任の有無を判断する以上、数値に加え、当事者の性質や主観的事情なども考慮されうる。

4 ナウーム判決の登場

評価の方法や効果に差こそあれ、一般法上の比例原則が認められることは、L.313-10 条が規律する比例原則の本来の適用範囲の制限を、事実上、開放することを意味する。フランス法における、従来 of 保証人の保護に関する各種規律は、L.313-10 条も含めて、主たる債務や当事者の性質などに応じて、望ましい保護を与えるという特徴を持っていることは第 1 編で確認した通りである。この点からすれば、マクロン判決は、このような規定の棲み分けを破壊するものであり、保証契約の弱体化を招く懸念があった⁵⁶²。このような中で登場したのが、いわゆる「ナウーム (Nahoum) 判決 (破毀院商事部 2002 年 10 月 8 日判決⁵⁶³)」と呼ばれるものである。同判決を本稿の目的との関係でまとめれば次の通りである。

Y₁ (David Nahoum) とその息子 Y₂ (Marc Nahoum) (以下、「Y ら」という) は、他の株主と共同で A 不動産会社を設立し、A 社は不動産の取得のために X 銀行から融資を受け、その返済について、Y らが 23,500,000 フランを限度として連帯保証契約を締結した。A 社が裁判上の清算 (liquidation judiciaire : 要するに、倒産手続) に付されたため、X 銀行は Y らに当該連帯保証契約の履行を求めたところ、Y らは当該連帯保証契約が Y らの資産状況などを考慮せずに締結されたことなどを理由として、X 銀行の民事責任を追及した。本件において破毀院は、「……Y らが、Y らの収入、資産および当該不動産会社の取引が順調な状態において合理的に予測しうる支払能力について、Y ら自身が知らなかったであろう情報を、銀行が保有していたことを主張も立証もしていない……」と判示し、X 銀行の責任を認めなかった原判決 (パリ控訴院 1999 年 6 月 18 日判決) を支持した。

本判決で問題となっている保証契約も、「会社が銀行から受けた融資の返済についてその経営者が締結した保証契約」であるため、L.313-10 条の適用範囲からは外れているものの、事案の内容はマクロン判決と類似している。それにもかかわらず、本判決で破毀院は、保

⁵⁶¹ Legeais, *supra note* 87, n° 172, p. 133.

⁵⁶² Legeais, *supra note* 87, n° 172, p. 133.

⁵⁶³ Cass. com., 8 oct. 2002, *Bull. civ.* IV, n° 136.

証人の支払能力を検討すらせずに、「保証人自身が知らなかったであろう情報を、銀行が保有していたことを主張も立証もしていない」という、情報量の差を根拠とした判断基準を示しつつ、保証人の請求を認めていない点がマクロン判決とは大きく異なっている。

5 ナウム判決の評価とその後

ナウム判決については、マクロン判決によって一般法理へと拡張された比例原則の適用範囲を制限する趣旨のものであるとの評価がなされることが多い⁵⁶⁴。もっとも、「経済主導のための 2003 年 8 月 1 日の法律第 721 号」第 11 条第 2 項第 3 号によって設けられた消費法典に L.341 - 4 条によって、このような適用範囲の制限への試みは再び覆されることとなる。すなわち、本条は L.313-10 条とほぼ同じ規定ぶりでありながらも、比例原則の適用範囲を「事業者たる債権者」と「自然人」との間で締結されたすべての保証契約へと拡張するものであった。したがって、適用範囲という視点から見れば、現在におけるナウム判決の意義は大きくないと評価することもできる⁵⁶⁵。しかし、このナウム判決が示した「保証人が知らなかったであろう情報を、銀行が保有していたことを主張も立証もしていない」という基準こそ、以下で検討する「警告義務」と比例原則を結びつける重要な接点となるものであり、比例原則の展開の先にある 1 つの帰結を導くものと評価しうるのである。

第 3 節 警告義務による比例原則の吸収

第 1 款 警告義務の内容⁵⁶⁶

1 概要

フランス法においては、金融機関の融資取引上の民事責任を、借主や保証人が損害賠償の請求という形で追及することが多分に認められている。その責任を発生させる根拠の大きな柱となっているのが、「警告義務」を中心とした規律である。警告義務をめぐる規律は、金融機関の融資取引上の民事責任を積極的に認めようとしてきた破毀院第 1 民事部と、これを否定的に解していた同商事部のそれぞれの判断枠組みを融合させたようなものである。警告義務をめぐる規律については、ある特徴的な作業がなされることが判例において伺える。まず、借主または保証人を、職業上の地位（身分）、年齢、取引経験などの要素から、行った融資取引との関係で「*averti*）」と「*素人 (non averti / profane)*）」とに分類する。

⁵⁶⁴ 前掲注（252）およびその対応本文参照。

⁵⁶⁵ もっとも、L.341-4 条は、2003 年法の施行日である 2003 年 8 月 7 日以降に締結された保証契約にのみ適用される（*Cass. ch. mixte, 22 sept. 2006, Bull. ch. mixte, n° 7*）ため、同条施行前の保証契約については、なお、L.313-10 条とマクロン判決およびナウム判決が生み出した比例原則の規律下に置かれることとなる。

⁵⁶⁶ 以下、警告義務の内容については、第 2 編の検討結果に基づく。

その上で、「玄人」というように評価された場合には、商事部の判断枠組みに服することとなる。すなわち、金融機関と借主または保証人との間の情報量の差を基準とした枠組みであり、これは、基本的に金融機関の責任を否定する方向に有利に働く。一方、「素人」というように評価された場合、金融機関の諸義務、とりわけ、警告義務の履行が問題となり、これは、借主または保証人の側に有利に働くこととなる。以下では、幾つかの判例を挙げつつ、その具体的内容を本稿の目的の範囲に合わせて概括的に示し、これを元にして、先に示した比例原則との関係性について論じることとする。

2 借主または保証人が「玄人」と評価される場合

既に検討したところではあるが（第2編参照）、「玄人」というように評価される場合に用いられる典型的な判断の枠組みを示す判例として、以下のようなものを再度確認する。

【①破毀院商事部 2002年3月26日判決⁵⁶⁷】

X銀行に勤務するY₁と同銀行を退職した妻のY₂は、不動産取得のためにX銀行から1,828,000フランの融資を受けた。X銀行がY夫妻に対して融資の返済を求めて訴訟を提起したところ、Y夫妻は、X銀行が本件融資以外から既に発生している負債についての弁済能力を考慮せず、また、Y夫妻らが売却する予定であった家の価格を超える無分別な融資を行ったことを理由に、その責任を追及した。本件において破毀院は「……Y夫妻は、Y夫妻自身も知らなかったであろうY夫妻の財政状態の脆弱性についての情報を、X銀行が保有していたであろうこと全く主張していない……」として、Y夫妻らの主張を退けた原判決（エクス・アン・プロヴァンス控訴院1999年1月21日判決）を支持した。

本判決が示す準則は、要するに、借主または保証人（本判決では借主）に、自身でも知らなかった支払能力に係る情報を金融機関が保有していたということを主張・立証させ、これに成功することによってはじめて金融機関の民事責任の追及を許すというものである。借主や保証人が、自らも知らなかった自分自身の支払能力に関する情報を銀行が保有していたことを立証するなどということは現実的には容易に想定しがたいことであり、この準則は、基本的に、金融機関の責任を否定するためのものとして機能することとなる⁵⁶⁸。本判決が下された時点では「玄人」と「素人」という区別はなされていないものの、このような商事部の判断の枠組みは「玄人」と金融機関の関係を規律するものとして、その後も用いられることとなる。

3 借主または保証人が「素人」と評価される場合

「素人」というように評価された場合には、金融機関の警告義務の履行が問題となる。現時点における警告義務の具体的内容を確立したともいうべき、重要な判決として、以下のものを再度確認する。

⁵⁶⁷ Cass. com., 26 mars 2002, *Bull. civ.* IV, n° 57.

⁵⁶⁸ Dominique Legeais, note sous Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2005, *JCP E*, 2005, 1359, p. 1523.

【②破毀院第1民事部 2005年7月12日判決⁵⁶⁹】

X夫妻は賃貸用の住居を取得するために、合計357,000フラン（年利10.6%）を240か月に分割して弁済する旨の条件で、Y銀行から融資を受けた。その後、X夫妻の弁済に不履行が生じたため、Y銀行はX夫妻の上記不動産を差押えるために、差押前催告状（*commandement*⁵⁷⁰）を送達したところ、X夫妻は、Yの融資行為にはフォートがあったとして、融資金額と同額の損害賠償金の支払いを求めた。本件において破毀院は「……訴訟の対象となっている融資を用いて購入した住居の家賃から生じる収入を考慮し、X夫妻の支払能力（*faculté contributive*）を分析したうえで、X夫妻が、その家賃収入のみならず、彼らの極めて少額な資産では、本件融資の各支払期限に支払うべき金額に対処することはできなかったことを認め、Y銀行はX夫妻の財政能力を検証せず、かつ、X夫妻の支払能力に比べて過剰な融資を提供したことにより、素人たる借主（*emprunteur profane*）に対する諸義務を適切に履行しておらず、したがって、警告義務（*devoir de mise en garde*）を履行していない……」としてY銀行の損害賠償責任を認めた原判決（パリ控訴院2002年4月9日判決）を支持した。

第1民事部は、②判決が下された同じ日に他の3つの判決を下している。このうちの2つは、警告義務に関連して商事部の判断の枠組みを採用したと評価されるもの⁵⁷¹であり、残りの1つが本判決と同様に、警告義務の具体的内容について言及していると考えうるもの⁵⁷²である。第1民事部は、これら4つの判決によって、商事部との基準の統一を図りつつ、警告義務に関して1つの枠組みを提示したと評価されている。第1民事部によるこの一連の判決の後、商事部も歩調を合わせて、同様の判断の枠組みを提示することとなる。それが、商事部が2006年5月3日に下した3つの判決⁵⁷³である。さらに、その後、このような第1民事部と商事部により生み出された判断の枠組みを確実なものとしたのが2007年6月29日に破毀院合同部によって下された2つの判決⁵⁷⁴であり、具体的にこれは、「……Xが非玄人（*non averti*）たる借主であるかどうか、かつ、そうであれば、Y銀行が契約の締結時に相手方に対して負っている警告義務に従って、Y銀行は、借主の財政能力および融資提供から生じる債務の危険性に応じて、この義務を履行したことを証明したかどうかを検討していない⁵⁷⁵（原判決の判断は法的根拠を欠く）……」（括弧内は筆者）という部分に表れている。なお、以上で見たのは、いずれも、借主に対する金融機関の民事責任が問われた事例であったけれども、警告義務に係るこのような破毀院の判断の枠組みは金融機関と保証人との間であっても妥当することは先に観た通りである（第2編参照）⁵⁷⁶。

⁵⁶⁹ Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2005, *Bull. civ. I*, n° 327.

⁵⁷⁰ 中村ほか・前掲注〔37〕86頁〔*commandement*〕を参照。

⁵⁷¹ Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2005, *Bull. civ. I*, n° 324 ; *Bull. civ. I*, n° 325.

⁵⁷² Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2005, *Bull. civ. I*, n° 326.

⁵⁷³ Cass. com., 3 mai 2006, *Bull. civ. IV*, n° 101 ; n° 102 ; n°103.

⁵⁷⁴ Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, *Bull. ch. mixte*, n°7 ; n°8.

⁵⁷⁵ Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, *préc.*

⁵⁷⁶ 合同部判決より前に下されたものとして、Cass. com., 3 mai 2006, *préc.*(n° 103)、後に下され

4 義務の具体的内容

以上から、警告義務の具体的内容については、以下のことを指摘しうる。まず、金融機関の融資取引に係る警告義務には、取引に係るリスクなどに関して警告するという義務⁵⁷⁷のほかに、少なくとも、財政能力（支払能力）を検証すべき義務が含まれていると解される⁵⁷⁸。さらに、②判決における第1民事部の判示に従うと、そもそも、支払能力に比して過剰な融資をしてはならない義務も含まれることとなり⁵⁷⁹、この点は比例原則との関係で特に問題となる。

第2款 解体される比例原則

1 金融機関の民事責任という視点からのナウム判決の評価

先に指摘した通り、ナウム判決は、マクロン判決によって一般法上の民事責任の領域へと拡張された比例原則の適用範囲を制限したものとして評価されることがある。しかし、その判断の構造を先に見た警告義務に係る枠組みと照らしてみた場合、より正確には、以下のように解すべきであるといえる。

ナウム判決の判断構造を改めて確認すると、本判決は、マクロン判決と同様に、会社が銀行から融資を受け、その弁済について保証した経営者が、自身の資力を考慮せずに保証契約を締結した銀行の責任を追及したものであるところ、本判決は、当該経営者の支払能力などを検討せずに、「……保証人が、保証人の収入、資産および当該不動産会社の取引が順調な状態において合理的に予測しうる支払能力について、当該保証人が知らなかったであろう情報を、銀行が保有していたことを主張も立証もしていない……」（便宜上、当事者の呼称を「保証人」と改めた）として、銀行の責任を否定した原判決を支持している。これは、①判決で商事部が提示した、自身でも知らなかった支払能力などの情報を金融機関が知っていたということを主張・立証させ、これに成功することによってはじめて金融機関の民事責任の追及を許すという判断枠組みそのものと言える。しかも、ナウム判決が同じ商事部で、かつ、①判決の後に下されたものであるということに着目すると、ナウム判決は、一般法上の比例原則に係る判断の枠組みから、経営者たる保証人という「*玄人*」に係る部分を分離させ、これを情報の差という金融機関の民事責任に係る判断の枠組みに再定位したというように評価できよう⁵⁸⁰。この点からすると、ナウム判決は、一般

たものとして、Cass., com., 10 mars 2009, n° 08-10721 がある。前者については、3名の保証人の内、2名が「*玄人*」とされ、1名が「*素人*」とそれぞれ評価されている点で、警告義務に係る破毀院の判断の枠組みが一覧できる興味深い判決となっている。

⁵⁷⁷ Boucard, *supra note* 389, n° 20, p. 27. また、Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2005, préc.(n° 326)では、具体的に警告義務の内容として示されているわけではないものの、金融機関は、取引上の選択肢に係る利点と不都合な点を説明する義務があるとしている。

⁵⁷⁸ Boucard, *supra note* 389, n° 14-16, p. 26.

⁵⁷⁹ Boucard, *supra note* 389, n° 23, p. 27.

⁵⁸⁰ Michel Séjean, *La bilatéralisation du cautionnement? – le caractère unilatéral du cautionnement à*

法上に拡張した比例原則の適用範囲を制限したというより、一般法上の比例原則に係る判断の枠組みと金融機関の融資取引に係る判断の枠組みを、ある種、接合するような働きを持っていたということにこそ注目すべき価値があるのではないだろうか⁵⁸¹。

2 警告義務に吸収される比例原則

一般法上の比例原則は、保証人の資力と保証債務との金額が不釣り合いな保証契約を締結させた債権者（金融機関）に損害賠償責任を発生させる規律であり、いわば、「不釣り合いな保証契約を締結しない義務⁵⁸²」ともいうべきものである。一方、金融機関が融資取引において課せられている警告義務とは、基本的には、「素人」たる借主または保証人の支払能力を検証し、相手方に取引に係るリスクなどを警告する義務であり、ここに契約の締結を拒絶する義務まで含まれているとするかどうかについては見解の分かれるところである⁵⁸³。契約の締結を拒絶する義務までは含まれないとする立場に依れば、警告義務は、借主または保証人の支払能力を検証し、これに応じて取引のリスクなどを通知しさえすれば免責を受けられる義務ということになる⁵⁸⁴。これを比例原則との関係で見れば、警告義務の履行さえなされれば、支払能力と不釣り合いな金額の債務を負わせたことによっても、もはや金融機関に民事責任は生じないことになるため、これといわば矛盾する規律の内容を有する一般法上の比例原則は本来の機能を失い、支払能力の検証という部分に吸収される形で警告義務に受け継がれることとなる。一方、破産院の立場に目を向ければ、たとえば②判決のように、警告義務には支払能力に比して過剰な融資をしてはならないことまで含まれているように見受けられる判決もあり、あるいは、評価の難しいところではあるが、支払能力に適合している場合には、金融機関は警告義務を負わない旨を説く判決も登場している⁵⁸⁵。係る規律が保証契約にも当てはまるならば、警告義務は比例原則の規律をほぼそのまま義務の内容として取り込むこととなる。いずれと解するにしても、警告義務に上記のような支払能力に係る要素が含まれる以上、一般法上の比例原則は警告義務とその内容が重複し⁵⁸⁶、それ自体独自のものとしての機能を失うことになる⁵⁸⁷。すなわち、一般法上の比例原則は、リスクなどを警告するという他の基礎的な要素が含まれるがゆえに、比例原則よりも広い義務の内容を有する警告義務の規律の中に解消されることとなる⁵⁸⁸。このように見ると、ナウム判決によって「素人」に係る規律を奪われた一般法上の比例原則は、

l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier, préface de Dimitri Houtcieff, 2011, LDGJ, n° 147, p. 148 ; Pascal Ancel, *Droit des sûretés*, 8^e éd., 2011, LexisNexis, p. 69.

⁵⁸¹ Ibid.

⁵⁸² Anne-Sophie Barthez et Dimitri Houtcieff, *Les sûretés personnelles*, 2010, LGDJ, n° 358, p. 261.

⁵⁸³ Boucard, *supra note* 389, n° 24, p. 27 ; Mustapha Mekki, La singularité du devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit, *RD bancaire et fin.*, novembre-décembre, 2007, n° 21, p. 84.

⁵⁸⁴ 第2編参照。

⁵⁸⁵ Cass 1^{re} civ., 19 nov. 2009, N° 08-13601.

⁵⁸⁶ Ancel, *supra note* 580, p. 69.

⁵⁸⁷ Gourio, *supra note* 553, p. 38.

⁵⁸⁸ Gourio, *supra note* 553 ; Séjean, *supra note* 580, n° 151, p. 152.

残る「素人」に係る規律さえも警告義務に吸収されてその意義を失い、このことは、逆説的に、フランス法上に広く展開する金融機関の融資取引上の民事責任に係る領域の重要性とその特殊性を再認識させることになる⁵⁸⁹。

第4節 結語

本章で検討を行ったのはあくまで一般法上の比例原則と警告義務との関係であり、これは、消費法典上に定められている比例原則とは基本的に別個の問題である。とりわけ、広い適用範囲を有する消費法典 L.341-4 条の存在は、同条の施行日以降に締結された保証契約にのみ適用されるという足かせ⁵⁹⁰も徐々にはずれ、フランスの保証制度における保証人保護のための強力な道具として、その力をいよいよ発揮して行くものと予想される。しかしながら、一方で、一般法上に展開した比例原則が金融機関の融資取引上の民事責任に係る規律の中に再定位され、警告義務の内容に解消されつつあるということもまた事実である。加えて、破産院により形成された警告義務に係る規律から示唆を受けて、近時、消費法典内に同様の趣旨を含んだ条文が設けられた（第2編第4節第2款「6補論」参照）。これらの条文は、限定的な効果しかもたない規律ではあるものの、フランス法において、今後、警告義務の位置付けがさらに重要なものとなることを予想させる出来事である。これらの事実は、わが国での過剰保証や過剰融資に係る規制の枠組みを検討する上で、有益な資料となりえよう。未だ流動的な状態にある、比例原則とフランスの警告義務に係る規律のそれぞれについて、今後の展開が注目される。

第2章 担保保存義務と債権者の融資取引上の民事責任との交差

第1節 はじめに

1 本章の目的

例えば、債権者 A が債務者 B に対して有する 5,000 万円の金銭債権を担保するために、所有の土地（評価額 3,000 万円）に抵当権の設定を受け、さらに、C が当該債権を保証した後、A がこの抵当権を放棄したとする。民法 504 条によると、債権者が故意または過失によって、その担保を喪失または減少させた場合、法定代位権者は、その喪失または減少によって償還を受けることになる⁵⁹¹。したがって、上記の事例においては、抵当権の放棄

⁵⁸⁹ 警告義務には契約を拒絶する義務までは含まないという立場に依れば、警告によって借主または保証人の保護を図りつつ、金融機関は警告をすれば免責を受けられるということになり、比例原則に比べてより当事者間の衡平に資する結果をもたらさう。警告義務についていかなる立場を採るべきかについても含めて、第2編参照。

⁵⁹⁰ *Supra note 565*.

⁵⁹¹ 民法 504 条：「第五百条の規定により代位をすることができる者がある場合において、債権

について、債権者 A に故意または過失があるときは、保証人 C は、自己の保証債務について 3,000 万円の免責を受け、2,000 万円だけを A に弁済すればよい。これは、いわゆる、債権者の担保保存義務に関する事例である。

一般に、担保保存義務の性質⁵⁹²については、(一定の場合に債権者に単に不利益を課すという意味における) 間接義務⁵⁹³、または、一般的な注意義務⁵⁹⁴であるというように言わ

者が故意又は過失によってその担保を喪失し、又は減少させたときは、その代位をすることができる者は、その喪失又は減少によって償還を受けることができなくなった限度において、その責任を免れる」。

⁵⁹² 義務の性質に関して比較的大きく扱っているものとしては、柚木馨「債権者の担保喪失に因る代位弁済者の免責」民商 1 巻 1 号 87 頁以下 (1935 年)、西村・前掲注 (271) 212 頁以下、椿寿夫「債権者の担保保存義務—保証人を中心として—」金法 512 号 15 頁以下 (1968 年)、星野・前掲注 (279) 234 頁以下、柚木馨著=高木多喜男補訂『判例債権法総論』463 頁以下 (有斐閣、補訂版、1971 年)、中井美雄「担保保存義務と銀行取引」加藤一郎=林良平=河本一郎編『銀行取引法講座<下>』463 頁以下 (金融財政事情研究会、1976 年)、潮見佳男「判批」阪大法学 41 巻 4 号 1273 頁以下 (1992 年)、高橋眞「債権者の担保保存義務に関する一考察 (上) (下)」龍法 27 巻 3 号 52 頁以下 (1994 年)、28 巻 3 号 1 頁以下 (1995 年)、高橋眞「担保保存義務を負担すべき相手方である法定代位権者の範囲と注意義務の程度の異同の有無」椿寿夫編『〔新版〕代位弁済—その実務と理論—』(銀法別冊 1 号) 196 頁以下 (経済法令研究会、1995 年)、寺田正春「弁済者代位の機能と代位の要件・効果—第三取得者の弁済による求償と代位に関連させて—」椿寿夫編『担保法理の現状と課題』(別冊 NBL31 号) 144 頁以下 (商事法務研究会、1995 年)、山野目章夫「担保保存義務の意義、法的性格」椿寿夫編『〔新版〕代位弁済—その実務と理論—』(銀法別冊 1 号) 188 頁以下 (経済法令研究会、1995 年)、山野目章夫「担保保存義務における類型別義務範囲の考察—第三取得者、後順位者等に対する担保保存—」金法 1416 号 6 頁 (1995 年)、中田裕康「判批」法協 113 巻 11 号 1636 頁および 1646 頁以下 (1996 年)、辻博明「担保保存義務に関する一考察—義務内容の不確定性と信義則との関係を中心に—」名城 50 巻別冊 253 頁 (2000 年)、福田誠治「担保者相互間における求償とその求償期待の保護—負担分配において、精確な意味での均衡を探求することは公平に合致するか—」西村重雄=児玉寛編『日本民法典と西欧法伝統一日本民法典百年記念国際シンポジウム—』450 頁以下 (九州大学出版会、2000 年)、潮見佳男『債権総論 II』333 頁以下 (信山社、第 3 版、2005 年)、辻博明「担保保存義務に関する一考察—沿革的・比較法的考察 (1) ~ (9)」岡法 61 巻 1 号 23 頁、同 2 号 247 頁 (以上 2011 年)、62 巻 1 号 33 頁、同 2 号 225 頁 (以上、2012 年)、62 巻 4 号 707 頁、63 巻 1 号 67 頁 (以上、2013 年)、同 4 号 437 頁、64 巻 1 号 89 頁 (以上、2014 年) などがある。

⁵⁹³ 柚木・前掲注 (592) 「免責」80-90 頁。柚木博士は、担保保存義務にいうところの義務の性質について、債権者には担保保全の「注意義務」があるとした大審院判決 (大判大正 6 年 7 月 5 日民録 23 輯 1197 頁) を批判して、「・・・本条はただ代位し得べき者の期待を保護するがために、債権者の故意過失による不利益は債権者自らこれを負担すべきことを規定するに止まり、債権者の義務違反の効果を規定するものと考えべきではない」(原文旧字旧仮名遣い。以下、本稿では、支障のない限り、現代語表記に改める) とした上で、同義務の性質は、「真の意義における義務」ではなく、「間接義務」であると主張する (なお、その根拠として、主たる債務者の債務を弁済すべき義務を負わず、弁済をすることが不明である担保目的物の第三取得者に対して、債権者だけが、自分の有する担保を保存すべき法律上の義務を負うことは考えられないからであるとする)。また、奥田教授は、担保保存義務の性質を、間接義務とすることの意義は、具体的には、積極的に損害賠償を生じさせるものではないということの意味すると指摘する。この点については、奥田昌道『債権総論』555 頁 (悠々社、増補版、1992 年)、山野目章夫『債権総論講義案』95 頁 (弘

文堂、2002 年) 参照。
⁵⁹⁴ 西村・前掲注 (271) 217 頁 (有斐閣、1952 年)。西村博士は、柚木博士の見解に対して、債権者は債務者に対してある種の注意義務を負っているとし、民法 504 条は、「保証人を含む

れる⁵⁹⁵。一方、同義務の法的根拠については、信義則⁵⁹⁶、契約責任、法定責任⁵⁹⁷、または、

法定代位権者一般に対する担保保全の注意義務を間接的に規定している」とする。その上で、とりわけ、保証人については、責任が全財産に及ぶこと、保証契約は、原則、無償であること、保証の引き受けは、いわゆる、「情義的」な理由によるものが多いこと、などを理由として、債権者は、保証人に対して、一般的な注意義務を負っており、民法 504 条は、この一般的注意義務から生じる、個別的注意義務のひとつであるとして、柚木博士とは大きく異なる見解を示している。また、義務の性質を一般的な注意義務と解すれば、同義務の違反により、損害賠償の請求が認められうる（内田勝一『債権総論』333 頁〔弘文堂、2000 年〕）。なお、西村博士は、柚木博士の上記判決（大判大正 6 年 7 月 5 日）に対する見解について、「五〇四条が、普通の意味における『義務』を認めたものでないことは、同条の立言形式からも明かであるが、間接義務としての注意義務を前提とすること、過失相殺におけると同様である」と指摘した上で、上記判決は、この意味における注意義務を認めたものと解すべきであり、柚木博士がこれを失当としたのは妥当ではないとする（同書・226-227 頁）。

⁵⁹⁵ 担保保存義務にいうところの義務の性質については、理論的には、間接義務であるというのが、一般的な見解である（磯村哲編『注釈民法〔12〕』358 頁〔石田喜久夫〕〔有斐閣、1970 年〕参照）。

この点、中田教授は、現在では、義務の性質自体よりもむしろ、民法 504 条の基本的評価において異なる見解のあることが注目されるとした上で、これらの見解を三種に分類する。すなわち、第一に、「実質的な意味での信義則に基づく制度であるという積極的評価」、第二に、「法定代位をなしうべき者の利益の保護を目的とする『一種ノ便宜的規定ニシテ毫モ公益的意義ヲ有スルモノ』ではない、という中立的評価」、第三に、「同条による規律は銀行取引においては合理性が低いという消極的評価」であるとする（中田・前掲注〔592〕1636 頁）。

また、各々の法定代位権者について、義務内容は異なるという観点から、代位権者を分類して考察しているものも多い。この点については、椿・前掲注（592）15 頁以下、寺田正春「弁済者代位制度論序説—保証人と連帯債務者の代位を中心として—（一）～（三）」法雑 20 巻 1 号 24 頁（1973 年）、20 巻 2 号 15 頁（1973 年）、20 巻 3 号 1 頁（1974 年）、中井・前掲注（592）464 頁以下、片岡宏一郎「判批」手研 385 号 12-13 頁（1986 年）、高橋・前掲注（592）「一考察」、寺田・前掲注（592）144 頁以下、山野目・前掲注（592）「考察」、榎梯次「共同抵当をめぐる代位と担保保存義務」愛大 143 号 344-345 頁（1997 年）、辻・前掲注（592）263 頁、などを参照。もっとも、柚木博士も西村博士も、義務の性質については、それぞれ、間接義務、注意義務というように統一的な見解を示してはいるものの、代位権者によって保護の強弱があることは認めており、この点では、ある種、典型的な立場で考察しているといえる（柚木・前掲注〔592〕「免責」89 頁、西村・前掲注〔271〕225-226 頁）。

⁵⁹⁶ 星野英一『民法概論 III（債権総論）』264 頁（良書普及会、補訂版、1988 年）。星野教授は、保証人を念頭に置いた上で、債権者には、信義則に基づいて、担保保存義務を含んだ一般的な注意義務があるとする。この点では、西村博士よりも一歩進んだ見解であるといえる。その上で、単に、一般的注意義務があるということを指摘するだけでは実益はなく、個々の場合に、その義務が具体的にどのようなものとして現れるのかが問題であるとする。この点については、星野・前掲注（279）234 頁以下参照。また、同様の見解として、中田・前掲注（595）1646-1648 頁、森田修『債権回収法講義』343-345 頁（有斐閣、第 2 版、2011 年）参照。

⁵⁹⁷ 山野目・前掲注（592）「法的性格」188-189 頁。山野目教授は、法的根拠について、債権者と法定代位権者との間の契約関係に基づいて生じる義務（契約責任構成）と民法 504 条により特別に生じる義務（法定責任構成）という二つの“仮説”を立て、検討を行っている。例えば、契約責任構成については、①債権者と契約関係にない抵当不動産の第三取得者が免責されることとの理論的整合性がない、②民法 504 条が当事者の意思を推認する趣旨のものであるとすると、これに反対する意思（免除特約）が表示された場合には、同条の義務が否定されなければならないが、判例によると、一定の事情により、免除特約の効力が否定されることがあることなどから、契約責任構成は理論的に問題が残るとし、法定責任構成の方が、より一般的な根拠付けを可能とするものであるとする。

不法行為責任⁵⁹⁸などから生じるというように考えられている。現在では、これらの点に関する議論がなされることは少ない⁵⁹⁹。この理由としては、わが国においては、判例上、古くから、いわゆる担保保存義務の免除特約を締結することが原則として認められており、かつ、担保保存義務が、主として、金融実務において問題とされていることから、議論の中心が、判例研究に傾斜しがちであること、または、担保保存義務の問題を考えると、義務論が具体的問題の解決にあまり成果を挙げてこなかったこと、などが指摘されている⁶⁰⁰。しかし、より根本的な理由を挙げるとするならば、それは、義務の性質がどのようなものであったとしても、結論において、大差はないと考えられていることであろう⁶⁰¹。

しかしながら、担保保存義務の性質またはその法的根拠がいかなるものであるのかということは、代位権者（とりわけ保証人）の利益に、大きな違いが生じる可能性がある。例えば、債権者は、代位権者に対して一般的な注意義務を負わず、ただ、民法 504 条が、間接義務として債権者の担保保存義務を定めていると解するのであれば、担保保存義務の議論は、基本的に、同条の枠内においてなされることになる。これに対して、担保保存義務を、債権者に課せられた一般的な注意義務であるというように解するのであれば、担保保存義務の議論は、民法 504 条の枠内にとどまらず、契約上の責任や不法行為上の責任など、広く、他の民事責任（以下、説明の便宜上、「一般法理」という）の中でも検討する必要がある⁶⁰²。また、法的根拠についても、義務の性質をどのように解するのかにあわせて、契

⁵⁹⁸ 寺田・前掲注（592）144 頁。寺田教授は、まず、保証人および物上保証人に対する担保保存義務については、「担保設定契約から生ずる契約上の付随的義務」と解することができる（それゆえ免除特約により排除できる）、一方、担保目的物の第三取得者に対する担保保存義務については、「一般的注意義務として不法行為的織成」によって説明できるとする。その上で、法定代位権者一般について強いて統一的に説明するとすれば、「不法行為的構成」が妥当であるとする。この点、潮見教授は、民法 504 条の機能について、法定代位権者と債権者の間の利益調整を目的としつつ、担保を減少させた債権者に対する制裁という要素も含んでおり、また、免責の要件として、「故意・過失」を要求していることから、不法行為的色彩を帯びていると指摘する（潮見・前掲注〔592〕「債権総論」344 頁）。

⁵⁹⁹ このことを指摘するものとして、辻・前掲注（592）258 頁参照。

⁶⁰⁰ 辻・前掲注（592）258 頁。

⁶⁰¹ 磯村・前掲注（595）〔石田喜久夫〕358 頁。石田博士は、理論的には間接義務であろうが、間接義務であっても義務の一種であることにも変わりはなく、注意義務としても、間接義務としても、問題の解決には差異は生じないと指摘する。同様の指摘をするものとして、鈴木重信「債権者の担保保存義務免除の特約」金法 1000 号 126 頁以下（1982 年）、野田宏「保証と法定代位」遠藤浩＝林良平＝水本浩編『現代契約法大系第 6 卷（担保・保証・保険契約）』107 頁（有斐閣、1984 年）などがある。

⁶⁰² 槇教授は、担保保存義務の違反は契約上の義務違反や不法行為として損害賠償の問題を生じさせるが、「そこではその効果が代位をなすべき者のためにその範囲での債務や責任の免除に結びつけられるという特徴的な形に定式化されている」と指摘していえる（槇・前掲注〔595〕344-345 頁。同書によると、担保保存義務の違反は損害賠償の対象となりうるのか、または、なりうるが、民法 504 条がある以上、出来ないということなのか不明であるが、恐らく、後者の意味であると解される）。また、山野目教授は、「担保の喪失・減少にみずから関わった債権者や、これらを債権者に教唆したものが不法行為責任を負うかは、……民法七〇九条の一般的解釈に委ねられる」とする（山野目・前掲注〔592〕「法的性格」189 頁）。また、義務の性質と損害賠償との関係については既に指摘した（奥田・前掲注〔593〕555 頁、山野目・前掲注〔593〕

約責任、法定責任、不法行為責任などの意味内容が変動する。

これらは、単に、理論上の問題にとどまらない。例えば、先の事例で言うと、仮に、債権者に一般的な注意義務があったとした場合、保証人Cは、債権者Aの行為によって十分な償還を受けることができなくなったことなどを理由として、Aに対して損害賠償の請求をすることが出来るのではないかというような、実質的な問題を含んでいる。この問題は、先に観た(第2編参照)フランスにおける金融機関の融資取引上の責任との関係を考えるとき、その重大性は著しいものとなる。その理由は次の通りである⁶⁰³。

フランス法では、保証人が一般法理に基づく損害賠償請求という形で債権者(金融機関)の民事責任を問うことが認められている。興味深いのは、このような損害賠償を認める必要に関する背景である。すなわち、それは、民法 504 条の規定に相当するフランス民法典 2314 条の要件が厳格すぎて使い辛いからだ、というように説明されることがある⁶⁰⁴。この指摘について例を挙げつつ少々詳しく見るとすれば次のようになろう。

例えば、債権者が債権の回収を怠っている間に、主たる債務者が倒産したというような場合や、債権者の過剰な融資、あるいは、融資の停止等により主たる債務者が倒産したというような場合、債権者の行為(懈怠含む)によって主たる債務者は破綻し、結果として、保証人は保証債務の履行後の主たる債務者に対する求償の機会を喪失することになる。ところで、担保保存義務が守ろうとする利益とは、保証人(等の法定代位権者)が、債権者の主たる債務者に対する担保権(優先弁済権)への代位を保全することを通じた、求償の機会の確保である⁶⁰⁵。したがって、その基礎を見れば、債権者が担保権を喪失するということと、債権者の行為によって主たる債務者が倒産するということは、保証人の求償権を侵害するという点において共通しているのである。しかし、前者により失われるのが担保権であるのに対して、後者により失われるのは一般担保権であるという違いがあり、一般担保権は特定の債権者のための担保とはならない以上、担保保存義務に係る規定はその権利を保護してはいないのである⁶⁰⁶。先に述べた、担保保存義務の要件の厳格さの1つとはこの点にあり、それゆえ、倒産を引き起こしたという一般担保権喪失の場合への救済手段として一般法理に基づく損害賠償請求がフランスにおいて発展したのである⁶⁰⁷。つまり、第2編で観た債権者(金融機関)の融資取引上の民事責任の問題は、一般担保権の喪失に係る(一般法上の)担保保存義務の問題という側面も有しているということなのである。

このような状況を斟酌すると、仮に、担保保存義務を一般法理上の注意義務というように理解し、その違反につき、保証人による損害賠償請求等を認めてしまうのであれば、

95 頁、内田・前掲注〔594〕333 頁)。

⁶⁰³ 以下の問題については、拙稿「(特集 債権法改正担保法制) 保証人保護の問題—連帯債務・保証 その3」法律時報 84 卷 8 号 23-24 頁(2012 年)による。

⁶⁰⁴ Aynès et Crocq, *supra note* 27, n° 295, pp. 134-135.

⁶⁰⁵ Aynès et Crocq, *supra note* 27, n° 280, p. 121.

⁶⁰⁶ Aynès et Crocq, *supra note* 27, n° 283, pp. 123-124.

⁶⁰⁷ François, *supra note* 85, n° 379, pp. 314-315.

保証人に対して広範な免責のツールを与えることとなり、場合によっては、フランス法の現状と同じく、債権者の融資取引上の民事責任を認めるような事態を引き起こすような内在的な力を秘めていないだろうか。これが、先に指摘した問題の重要性である。それゆえ、一般法理に基づいて、債権者の担保保存義務違反を追及することが出来るのか、仮に出来るとするならば、民法504条と一般法理との関係性はどのようなものになるのか。この意味において、担保保存義務の性質や法的根拠については、なお、検討すべきものといえる。

2 検討の方法

以上のような問題意識から、本稿においては、担保保存義務の性質および法的根拠自体に注目し、わが国における、その法的構造を把握する前提として、フランスの担保保存義務に関する議論の観察および検討を行う⁶⁰⁸。ここで、「法的構造」とした理由は、本稿の目的が、単に担保保存義務の性質、法的根拠を検討するのではなく、契約責任や不法行為責任などとの関係等、より高次の視点から、担保保存義務を検討することにある。

フランス法に関する議論を検討することの理由は、①フランスでは、1960年代まで免除特約が利用されてこなかった⁶⁰⁹こともあってか、担保保存義務は担保法の分野における意外なほど重要な研究対象と位置付けられており、多数の学説および裁判例の蓄積があること、②第1編で観た通り、フランスでは「企業の経営難の予防および同意整理に関する1984年3月1日の法律第148号（Loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises）（以下、「1984年法」とする）」によって担保保存義務を規律する仏民2314条が強行法規化されて以来、従来の有力説が完全に否定されるなど、改めて、その義務の本質に関する議論が活発化していること、③フランスでは、債権者に担保を保全する義務があると解する説が古くからある⁶¹⁰ほか、第2編で観た通り、あたかも一般法理に基づく担保保存義務違反が問われる現象ともいえるべき、債権者（金融機関）の民事責任の追及が広く認められていること、などである。

⁶⁰⁸ フランスの担保保存義務に関して比較的大きく扱っているものとしては、星野・前掲注（279）234頁以下、寺田・前掲注（595）「序説（一）」52頁以下、同「序説（二）」189頁以下、山野目・前掲注（57）、辻博明「共同保証と免除効果—判例・学説の問題点の分析と担保保存義務の視点からの再検討—」名城49巻2号1頁（1999年）、福田・前掲注（592）450頁以下、能登真規子「フランス倒産法における保証人の法的地位（3・完）」彦根論叢353号127頁以下（2005年）などがある。

⁶⁰⁹ Simler, *supra* note 32, n° 809, p. 808.

⁶¹⁰ Marcel Planiol et Georges Ripert, *Traité pratique de droit civil français, contrats civils*, t. XI (contrats civils 2^e partie), par André Rouast, René Savatier, Jean Lepargneur, et André Besson, 2^e éd., 1954, Librairie générale de droit et de jurisprudence, n° 1557, pp. 1003-1004; Alex Weill, *Droit civil, les sûretés, la publicité foncière*, 1979, Dalloz, n° 46, pp. 49-50; René Savatier, *La théorie des obligations en droit privé économique*, 4^e éd., 1979, Dalloz, n° 147, p. 192. また、この点を指摘する邦語文献としては、柚木・前掲注（592）「免責」89頁、西村・前掲注（271）214頁、磯村・前掲注（595）〔石田喜久夫〕358頁、星野・前掲注（279）236頁などがある。

3 検討の順序

本章においては、以下の順序で論じる。まず、第2節において、フランスにおいて担保保存義務を規律しているフランス民法2314条に基づく保証債務の免責について、わが国の504条との比較を通じてその要件を観察する。続いて、第3節において、一般法理に基づく債権者（金融機関）の民事責任について、第2編で観たような「融資取引上の義務」といった視点ではなく、担保保存義務の視点から考察を行い、かかる民事責任と担保保存義務との関係がどのようなものであるのかを検討する。最後に、第4節において、以上の検討結果から、両者の関係と問題点について考察し、論を結ぶ。

第2節 担保保存義務を規律する仏民2314条に基づく代位権者の免責

第1款 はじめに

本節においては、担保保存義務について規律している仏民2314条に基づく代位権者の免責がいかなる要件の下に行われているのか、また、どのような法的根拠が議論されているのかなどについて、検討を行う。なお、具体的な要件等の検討を行う前提として、ここで、担保保存義務を規律する条文の改正⁶¹¹、および、フランスにおける担保保存義務の位置づけについて補足しておく。

【条文の改正】

仏民2314条は、「債権者の行為によって、当該債権者の権利、抵当権および先取特権に対する代位がもはや保証人のために行使しえないときは、保証人は免責される。（1984年3月1日の法律第148号）「これに反するすべての条項は記載のないものとみなされる」と定めており、わが国の民法504条に対応するものである。フランス民法典は、2006年3月23日のオールドナンス第346号（Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006）（以下、「2006年のオールドナンス」とする）によって、担保法に関する部分が大幅に改正された⁶¹²。これに伴い、

⁶¹¹ なお、わが国においても、民法の一部を改正する法律（平成16年法律第147号、以下、「現代語化法」とする）により、全文が「現代語」に変更された（現代語化の全体像については、中田裕康「民法の現代語化」ジュリ1283号86頁〔2005年〕参照）。この際、旧法においての要件であった「故意又は懈怠」という表現が、「故意又は過失」へと変更された。もともと、従来、「懈怠」が「過失」と同義である（大判昭和8年9月29日民集12巻2443頁、我妻・前掲注（267）265頁）と解されているため、実質的な変更は行われなかったといえる。

⁶¹² フランス担保法改正の概要に関する邦語文献としては、金山直樹「フランス民法典改正の動向」ジュリ1294号92頁（2005年）、山野目章夫「企画趣旨の説明及び今般の改正の評価（2006年フランス担保法改正の概要）」ジュリ1335号32頁（2007年）、平野裕之「改正経緯及び不動産担保以外の主要改正事項（2006年フランス担保法改正の概要）」ジュリ1335号36頁（2007年）、片山直也「不動産担保に関する改正について（2006年フランス担保法改正の概要）」ジュリ1335号49頁（2007年）、改正条文の全容については、平野裕之＝片山直也訳「フランス担保法改正オールドナンス（担保に関する2006年3月23日のオールドナンス2006-346号）による民法典等の改正及びその報告書」慶應法学8号163頁以下（2007年）などを参照。

担保保存義務を規律する仏民 2037 条も、仏民 2314 条へと条文の番号が変更されたが、内容自体に関する変更は行われなかった。以下、本稿においては、混乱を避けるため、2006 年前の内容に関しても、支障のない限り、原則として、仏民 2314 条と表記する。

【担保保存義務の位置付け】

法定代位の発生条件を定めるフランス民法典 1251 条は、その冒頭において、「代位は（以下に定めるものの利益のために）法律上当然に生じる」（括弧内、筆者補足）と規定し、続いて、同条 3 項は、「他者と共に、または、他者のために、債務の弁済について義務を負い、当該債務の弁済をすることの利益を有していた者のため（に生じる）」（括弧内、筆者補足）と規定している。したがって、債務を弁済した保証人は、本条の結果として、当然に、債権者の権利について代位することができるが、フランス民法典は、2306 条で、「債務の弁済を行った保証人は、債権者が債務者に対して有するすべての権利に代位する」と定め、保証人の代位について、個別の規定を有している。本稿で以下に検討を行う仏民 2314 条は、仏民 2306 条の延長線上に位置付けられている⁶¹³が、保証制度全体から見た場合の位置づけについては、若干の注意を要する。すなわち、フランスでは、担保保存義務は、保証人が有する基本的な利益である「分別の利益（*bénéfice de division*）」、「検索の利益（*bénéfice de discussion*）」とならんで⁶¹⁴、「代位の利益（*bénéfice de subrogation*）」、「代位のない利益（*bénéfice de non subrogation*）」⁶¹⁵、「訴権譲渡の利益（*bénéfice de cession d'actions*）」⁶¹⁶などと呼ばれる、いわゆる抗弁のひとつという扱いを受けている^{617・618}（本稿においては、混乱を避けるため、フランス法についても、「担保保存義務」という言葉を用いることとする）。

⁶¹³ Simler, *supra note 32*, n° 794, p. 795.

⁶¹⁴ 両者の訳語に関しては、中村ほか・前掲注〔37〕54 頁、山口・前掲注（12）56 頁を参考とした。

⁶¹⁵ 例えば、Simler et Delebecque, *supra note 4*, n° 259, p. 236.

⁶¹⁶ 例えば、Simler, *supra note 32*, n° 811, p. 810.

⁶¹⁷ 「代位の利益」、「代位のない利益」、「訴権譲渡の利益」等の訳については、松岡久和「保証論」池田真朗＝松岡久和「シムルール教授『債権譲渡から契約譲渡へ』『新たな人的担保』姫路獨協大学フランス民法セミナー報告—債権法および担保法を中心として」法時 66 卷 12 号 101 頁（1994 年）、椿久美子「物上保証人の保護法理—日本法・フランス法およびドイツ法の対比」ジュリ 1060 号 109 頁（1994 年）参照。

⁶¹⁸ これらの呼称の違いは、単なる文言上の違いにとどまるものではない。ここでは、結論のみにて補足するが、「訴権譲渡の利益」とは、ローマ法時代の「保証契約（*fideiussio*）」（いわゆる、保証契約とは異なる）において、保証人に対して認められた求償権の呼称であり、これが、後に、保証制度へと受け継がれ、「代位の利益」と呼ばれるようになったのである。しかし、仏民 2314 条が定めているのは、債権者の有していた権利に代位“できなくなった”保証人を免責するということであるから、その意味を考慮して、「代位のない利益」と呼ぶのが適当であるというのが、シムルール教授の主張である（Simler, *supra note 32*, n° 796, p. 796）。この点につき、船田享二『ローマ法第三卷』639 頁以下（岩波書店、改訂版、1970 年）、寺田・前掲注（595）「序説（二）」189 頁以下、同「序説（三）」304 頁以下、辻博明「ローマ法における共同保証と免除効果—大陸法系の研究（一）—」法雑 31 卷 3・4 号 642 頁以下（1985 年）、山野目・前掲注（57）122 頁、辻・前掲注（608）13 頁以下、福田・前掲注（592）450 頁以下参照。

第2款 仏民 2314 条が定める免責の要件とその厳格性

1 はじめに

仏民 2314 条は、債権者の担保保存義務違反により免責を受けるための諸要件を定めている。しかし、免責の対象者が限定されていることや、喪失または減少により免責を生じさせる権利の範囲が狭いなど、免責を受けるための諸要件が厳格に解釈されており、同条に基づいて免責を受けることは難しい。本節においては、同条における要件および効果を観察、検討し、その厳格性を確認する。

2 免責の対象者

仏民 2314 条の文言によれば、同条に基づいて免責を受けることができる者は、「保証人 (caution)」とされており、同条は専ら保証人を対象とした規定である。しかしながら、連帯債務者など、保証人と同様の立場にあるものが保護されないのは不当であるなどということをも理由として、この「保証人 (caution)」が、形式的に「保証人」を指すのか、または、実質的に「保証人と同じ立場の者」を指すのではないか等、免責対象者について大きな争いがある。もっとも、様々な議論を経て、現在のところ、免責対象者と考えられているのは、保証人、連帯保証人 (caution solidaire)⁶¹⁹、物上保証人⁶²⁰ (caution réelle) (但し、以下の補足に注意)、手形保証人 (donneur d'aval)⁶²¹、求償保証人 (sous-caution)⁶²²、副保

⁶¹⁹ Cass. civ., 17 août 1836, *S.*, 1836. 1. p. 632 ; Cass. req., 29 mai 1838, *S.*, 1838. 1. p. 550 など。なお、裁判所は、かつて、連帯債務者に対して仏民 2314 条の適用を認め、その後、すぐに、これを否定したが、この際、連帯保証人と連帯債務者を同様の地位にあるものと判断していたため、連帯債務者と同様、連帯保証人に対して、2314 条 (当時 2037 条) の適用を否定していた (連帯債務者については、後掲・注 [625] 参照)。しかしながら、その後、破毀院は、両者を区別し、仏民 2314 条が単純保証人と連帯保証人の区別をしていないことを理由として、連帯保証人に対する同条の適用を認め、今日に至っている (Simler, *supra note* 32, n° 802, pp. 802-803)。なお、フランスにおける連帯債務の発生過程および保証との関係については、淡路剛久『連帯債務の研究』69 頁以下 (弘文堂、1975 年)、福田誠治「一九世紀フランス法における連帯債務と保証 (一) ~ (七・完)」北法 47 卷 5 号 1 頁、同 6 号 1 頁、48 卷 1 号 33 頁、同 2 号 1 頁、同 6 号 1 頁、50 卷 3 号 77 頁、同 4 号 45 頁 (1997 年~1999 年) 参照。

⁶²⁰ Cass. req., 27 avr. 1942, *S.*, 1942. 1. p. 114. など。なお、かつて、破毀院は、物上保証人を仏民 2314 条の適用対象とはしていなかった (Cass. civ., 25 nov. 1812, *S.*, 1813. 1. p. 23)。しかし、「物上保証人は真正な意味での保証人ではないものの、他者の債務について、附従的に責任を負う立場のものであり」、債務者から提供される担保を期待するのは当然である (Aubry et Rau, *Droit civil français*, t.VI [contrats civils divers, quasi-contrats, responsabilité civile], sous la direction de Paul Esmein et André Ponsard, par André Ponsard et Noël Dejean de la Batie, 7^e éd., 1975, Librairies Techniques, n° 240, p. 360) など、学説からの批判を受け、解釈を変更したという経緯がある (Simler, *supra note* 32, n° 807, pp. 806-807)。

⁶²¹ Cass. com., 31 janv. 1967, *Bull. civ.* III, n° 54.

⁶²² Cass. com., 11 déc. 1990, *Juris-Data*, n° 703388. なお、本判決は、原審との比較において若干興味深いので以下に紹介しておく。事案は以下の通りである。

A は B 銀行との間で、カフェレストランの営業権を取得するために、融資契約を締結した。この融資の返済を担保するため、当該営業権に対する質権設定、C による連帯保証契約、さらに、C の連帯保証契約についての D による求償保証契約がなされた。A は資産の清算に付され

証人 (certification de caution)⁶²³など、まさに、「すべての保証人、ただ保証人のみ」であるというように解されている⁶²⁴。したがって、連帯債務者 (codébiteur solidaire)⁶²⁵、債務とは無関係の連帯債務者 (Codébiteur solidaire non intéressé à la dette)⁶²⁶、抵当財産の第三

たため、CがB銀行に対して連帯保証債務を履行し、B銀行がAに対して有する質権等の優先権を代位取得した。当該営業がなされていた場所の所有者が、Aが支払うべきであった賃料の未払いを理由として、(解約条項に基づき) 賃貸借契約を解約する旨を、Cに通知したが、Cがこれに対応しなかったため、営業権に対する質権が失われた。CはDに対して、求償保証債務の履行を求めたが、Dは、Cのフォートによって、Cが代位取得した権利が失われたとして、自己の求償保証債務の免責を求めた。原審(ドゥエ控訴院1987年6月18日判決)は、①Cが当該賃料を支払うことは、将来、求償保証人たるDが、支払い不能の状態になった場合、失う金額を増加させることになる、②Cの懈怠(negligence)は、Cにとってリスクとならない行為によって、優先権等を喪失した場合にしか認められないことなどを理由として、Dの請求を棄却した。これに対して、破設院は、①当該質権の設定が、CD間における求償保証契約において重要なものであったかどうか、②Cが所有者から当該賃貸借の解除についての通知を受けた後、これを、Dに対して通知したかどうかを検討することなく、Cの懈怠は無いとした、原審の判断には誤りがあるとして、原審の判断を破却した。

本判決は、求償保証人の問題について重要な判断をしている。すなわち、求償保証人についても仏民2314条が適用されることを示していることのみならず、仏民2314条にいう懈怠行為とは、いかなるものであるのかを判断する基準が例示されているということである。しかも、その評価方法は、原審と破設院において大きく異なるものであり、このような問題について議論が少ないわが国にとって、両者の評価方法共に大変示唆に富むものであると思われる。とりわけ、原審が言う、債権者(保証人)は「(自己の) リスクとならない行為によって」担保の保存を行えばよいという評価は注目される。

⁶²³ 債権者が副保証人に対して担保保存義務を負っているということについては、ほぼ争いがない(Cass. req., 16 nov. 1938, *DH*, 1939, p. 37.など)。一方、保証人との関係では、副保証人は、自己の保証債務を弁済すれば、債権者と同様の地位におかれることから、保証人が、副保証人に対して、2314条に基づく免責を主張することが出来るのかどうかなどが論点となっている(Simler, *supra note 32*, n^{os} 804-805, pp. 804-805)。

⁶²⁴ 例えば、Simler, *supra note 32*, n^o 800, p. 800; François, *supra note 85*, n^o 377, p. 312; Cabrillac et Mouly, *supra note 32*, n^o 305, p. 191; Simler et Delebecque, *supra note 4*, n^o 261, p. 237; Legeais, *supra note 87*, n^o 283, p. 208; Aynès et Crocq, *supra note 27*, n^o 282, p. 122.など。

⁶²⁵ Cass. req., 24 juin 1914, *DP*, 1916.1.p. 39.など。破設院は、フランス民法典制定直後、連帯債務者に対しても、2314条の免責を認めていたものの、その後、すぐにこれを変更(適用を否定)し、今日にまで至っているとされる(Simler, *supra note 32*, n^o 801, p. 800)。もっとも、連帯債務者が仏民2314条の対象とならない理由は、あまり明確ではなく、例えば、同条に規定されている免責の対象者が、「保証人(caution)」とされているからであると説明するものもある(Planiol et Ripert, *supra note 610*, n^o 1558, p. 1004)。なお、フランスにおける担保保存義務と、物上保証人、連帯債務者、抵当財産の第三取得者との関係について、福田・前掲注(592)450頁以下参照。また、この点について、前掲注(619)参照。

⁶²⁶ 債務とは無関係の連帯債務者とは、仏民1216条に定められた特殊な連帯債務者である。同条は、「債務が連帯して契約された取引(affaire)が、連帯債務者の一人にしか関係の無いものである場合、当該連帯債務者は、他の連帯債務者に対して、当該債務のすべてについて責任を負い、他の連帯債務者は、当該連帯債務者との関係においては、保証人としてしかみなされない」とし、取引と関係のない連帯債務者が、保証人の立場に置かれることを定めている。

本条の適用が問題となるのは、例えば、転貸借(cession de bail)についてであるとされる。具体的には、A(賃貸人:bailleur)がB(賃借人:preneur)とA所有の建物につき、賃貸借契約を締結したとする。その後、Bは当該賃借権をCに対して譲渡したとする。この場合、当該賃借権について、BC間においては、Bは譲渡人(cédant)となり、Cは譲受人(cessionnaire)となるわけがあるが、同時に、Aとの関係においては、Cは新たな賃借人となり、Aに対して賃料を支払う義務を負う債務者となる。一方、BはCがAに対して支払う賃料債務につき、仏民

取得者⁶²⁷などは、仏民 2314 条の免責対象者ではない。この結果、原則として、すべての法定代位権者を免責の対象者としている民法 504 条と比較すると、免責の対象者が極めて狭く規定されており⁶²⁸、この点が、同条を利用する際の障害のひとつとなっていることが

1216 条が言うところの“保証人”となるのである (Simler, *supra note* 32, n° 71, pp. 80-81)。したがって、仏民 1216 条に言うところの“保証人”が、仏民 2037 条を利用できるかどうかの問題となる。

仏民 1216 条が明示しているように、連帯債務関係ある他の債務者は、“問題となる取引に係る連帯債務者との関係において”保証人とみなされるのであって、債権者との関係において、保証人となるわけではない。したがって、仏民 2314 条の免責対象者とはならないというのが、一般的な見解であると解される (Simler, *supra note* 32, n° 801, pp. 801-802)。これに対して、ムーリー教授らは、仏民 1216 が言うところの“保証人”は、「通常の保証人と比べて、債務に対して近い関係にあるわけではない」とし、「本条の“保証人”に対しても仏民 2037 条の適用があると考えるのが論理的で、公平である」と主張する (Cabrillac et Mouly, *supra note* 32, n° 305, p. 192)。

⁶²⁷ Cass. civ., 22 déc. 1846, *DP*, 1847.1. p. 5 ; Aubry et Rau, *supra note* 620, n° 240, p. 360 ; Aynès et Crocq, *supra note* 27, n° 282, p. 122.

なお、抵当不動産の第三取得者が、免責の対象とはならない理由として、次のことが指摘されている。すなわち、抵当不動産の第三取得者は、主たる債務者が債務を弁済しない場合、当該抵当権を実行され、不動産を競売に掛けられるという恐れがある。「しかしながら、抵当不動産の取得者は、そもそも、いかなる保証債務も負っていない、単なる、不動産の取得者に過ぎないのである。さらに、当該不動産の取得者は、滌除を利用することによって、予め、抵当権実行を避けることが出来るのであり、滌除を利用しないことによって、抵当権を実行されたとしても、それは、もはや、取得者自身の不注意と言わざるを得ないのである。」(Philippe Delebecque, *Rép. civ. Dalloz*, 2001, *V° Cautionnement*, n° 307, p. 39.)

⁶²⁸ わが国においては、免責を受けることができる者は、民法 504 条によると、「第五百条の規定により代位をすることができる者」と定められ、また、民法 500 条は「弁済をするについて正当な利益を有するものは、弁済によって当然に債権者に代位する」と規定していることから、仏民 2314 条よりも、大分広範囲に免責対象者が認められている。したがって、原則として、すべての法定代位権者が、民法 504 条の保護を受けることとなり、具体的には、保証人、物上保証人だけでなく、連帯債務者(大判昭和 16 年 3 月 11 日民集 20 卷 176 頁)、不可分債務者(前掲大判昭和 8 年 9 月 29 日。不可分債務者の事例ではないが、判文中において、民法 504 条の対象となることを認めている)、担保目的物の第三取得者(大判明治 39 年 6 月 29 日民録 12 輯 1053 頁)、後順位担保権者(大判昭和 11 年 7 月 14 日民集 15 卷 1409 頁)、なども、これに当たるとされる。この点、民法 500 条の対象者を基準とする限り、このように解さざるを得ないなどとして、500 条の代位権者と、504 条の免責対象者の範囲を同一と解するのが一般的であるといえる(磯村・前掲注(595)〔石田喜久夫〕358 頁以下参照。もっとも、このように解すべきかは 1 つの問題であるということも、同時に指摘されている)。このような指摘は多数に及ぶが、例えば、柚木・前掲注(592)「免責」90 頁、西村・前掲注(271)222 頁以下、我妻・前掲注(267)264 頁。なお、代位権者の保護の範囲については、著者により様々である。

なお、担保目的物の第三取得者、後順位担保権者、共同抵当関係などについては、現在においても争いがあるが、本稿の目的との関係では、ここにおいて、500 条の代位権者というように、広範囲に免責対象者が定められていることが確認することが出来ればよいので、ここでは立ち入らない(この点、500 条と、504 条が想定しているケースは異なるものであることに着目し、両者の範囲を再検討しているものとして、例えば、高橋・前掲注〔592〕「一考察」、高橋・前掲注〔592〕「異同の有無」、寺田・前掲注〔592〕142 頁以下、担保目的物の第三取得者や、後順位担保権者を免責対象者とすることに反対であることを指摘するものとして、片岡・前掲注〔595〕12-13 頁、共同抵当と 504 条との関係を詳細に論じているものとして、近江幸治「共同抵当の放棄と担保保存義務の免責および免除特約」田山輝明＝鎌田薫＝近江幸治＝執行秀幸編『民法学の新たな展開(高島平蔵教授古稀記念)』393 頁〔成文堂、1993 年〕、代位後の効果について定める民法 501 条にいうところの代位権者〔保証人、物上保証人、担保目的物の

わかる。

なお、物上保証人をめぐっては、近時大きな変化があった⁶²⁹。概観すれば次の通りとなる。かつて破毀院第1民事部2002年5月15日の3判決⁶³⁰が、夫婦財産（制）と「保証」との関係を規律する1415条が物上保証に対しても適用されることを肯定し、物上保証の「保証性」を認めるかの態度を示したこともあった。しかし、破毀院合同部2005年12月2日判決⁶³¹は、「……第三者の債務を担保するために設定される物的担保は、他人の債務を満足させるためのいかなる人的債務負担をも含んでおらず、したがって、それは、保証ではなく⁶³²……」という表現を用いてその保証の性質を否定しており、これは2006年の担保法改正で導入された2334条によって立法的にも確立することになる⁶³³（破毀院は、2005年判決以降、同判決で示した上記の表現〔それと類似する表現〕を定型的に用いることで、物上保証が保証ではないこと否定し続けている）。この結果、現在では、独立担保（*garantie autonome*）などといった他の人的担保と同様に、保証との扱いを受けず、結果として、2314条の適用は無いと解されている⁶³⁴。

いずれにせよ、以下では、仏民2314条において免責を受けることができる法定代位権者は、「保証人だけである」ことを前提に検討を行う。

3 債権者の関与と権利の喪失

(1) 債権者の行為

仏民2314条に基づいて、保証人が免責を受けるためには、権利の喪失、減少について、「債権者の行為（*fait du créancier*）」が必要であるとされる。具体的には、債権者にフォー

第三取得者〕は、500条に言うところの「正当の利益を有する者」の判定について、直接の根拠とはならないことを指摘するものとして、奥田・前掲注〔593〕541-542頁などがある。

ちなみに、立法過程においては、504条の免責対象者についての規定の方法は、担保目的物の第三取得者等が対象とならないようにするため、つまり、免責対象者があまり広範囲にならないようにするためなどを理由として、「代位ヲ為スヘキ債務者」と表記することに当初決定したが、その後、（旧）現行法のように「代位ヲ為スヘキ者」へと変更されたという経緯がある。これについては、「債務者」と表記すると、対象者が狭すぎる感があり、また、第三取得者が免責の対象となることは、ほとんど想像が出来ないからであるということが説明として付け加えられている。この点につき、梅謙次郎『民法要義 卷之三 債権編』323頁以下（有斐閣、訂正増補版、1912年）、『法典調査会民法議事速記録三』336頁以下（商事法務研究会、1984年）、玉樹智文「〈資料〉債権総論（四六）」民商96巻2号263頁以下（1987年）、『法典調査会民法整理会議事速記録』266頁以下（商事法務研究会、1988年）、高橋・前掲注（592）「一考察（上）」391頁以下、高橋・前掲注（592）「異同の有無」196頁以下、辻博明「担保保存義務に関する一考察—民法第五〇四条の立法過程を中心に—」岡法56巻1号37頁（2006年）参照。

⁶²⁹ この問題については、山野目章夫「物上保証人の法的地位に関するフランスの立法・判例の展開—物上債務論解題—」太田知行ほか編『民事法学への挑戦と新たな構築（鈴木録弥先生追悼論集）』（創文社、2008年）299頁以下が詳細な検討をしている。

⁶³⁰ Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2002, *Bull. civ. I*, n^{os} 127, 128, et 129.

⁶³¹ Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005, *Bull. ch. mixte*, n^o 7.

⁶³² 訳出は山野目・前掲注（629）310頁を参考とした。

⁶³³ 以上の経緯について、山野目・前掲注（629）303-312頁を参照。

⁶³⁴ Simler, *supra note* 32, n^o 807, p. 807.

トがあることを意味し、これは、民法 504 条に言うところの、債権者の「故意・過失」に相当する⁶³⁵。このフォートには、すべてのフォートが含まれる⁶³⁶。したがって、軽いフォート (faute légère)、重いフォート (faute lourde)、許しがたいフォート (faute inexcusable)、故意によるフォート (faute intentionnelle)、あるいは、作為、不作為などによる区別はない⁶³⁷。

債権者の行為にフォートが認定されるためには、権利の喪失、減少が、専ら債権者に責を負わすべき行為によって生じたということが必要であるとされ⁶³⁸、そうであれば、債権者自身が喪失、減少行為を行わなくとも、例えば、受任者、被用者等、債権者が責任を負っている者の行為であってもよいとされる⁶³⁹。また、保証人、主たる債務者または第三者と債権者の共同のフォートにより代位が不可能となった場合は部分的に保証債務が免責されうるが、破産院は、この場合、当該フォートが専ら債権者が責めを負うべきものであることを証明する必要があるとしている⁶⁴⁰。

(2) 免責を生じさせる権利の範囲

仏民 2314 条によると、債権者の行為によって保証人が免責されるには、「当該債権者の権利、抵当権および先取特権に対する代位がもはや保証人のためになしえない」ことが必要とされている。これは、一般的に、「優先弁済権 (droit préférentiel)」の喪失と考えられ

⁶³⁵ 民法 504 条に基づいて、代位権者が免責を受けるためには、担保の喪失または減少について、債権者の「故意又は過失」が必要とされている。故意または過失があったかどうかは、免責の対象者が誰であるのか、担保の喪失または減少がどの程度なのか、債権者の行為は、どのようなものであったのか、など、総合的に考慮して判断される (磯村・前掲注 [595] [石田喜久夫] 364 頁参照。なお、担保権を行使しない間に、担保目的物の価値が下落したという場合、信義則に反するような特段の事情のない限り、民法 504 条に言う故意または過失による担保権の喪失または減少とはならないとした、前掲大判昭和 8 年 9 月 29 日も、ほぼ同旨である)。

これに対して、柚木博士は、免責の対象者によって、保護の程度は異なることを認めつつ、免責の対象者が誰であるか、担保の喪失または減少はどの程度なのか、故意または過失があったかどうか、などの問題は、それぞれ個別の要件であり、これを総合的に判断することは妥当ではないとして、上記判決 (大判昭和 8 年 9 月 29 日) を批判する (柚木・前掲注 [592] 「免責」98 頁参照)。

また、一般的に、故意過失については、代位権者を害することの予見可能性は不要と考えられている (大判明治 40 年 5 月 16 日民録 13 輯 519 頁、柚木・前掲注 [592] 98 頁、我妻・前掲注 (267) 265 頁など)。しかし、西村博士は、要件を総合的に考慮する立場に立ち、さらに、担保保存義務違反により免責が認められるのは、債権者の注意義務違反であるというように捉えることから、ここで言う故意または過失とは、「単に担保の喪失減少自体に対する故意過失のみでは不十分である」とし、保証人が不利益を被ることについての認識または少なくとも認識出来たことが必要であるとする (西村・前掲注 (271) 229 頁以下参照)。柚木、西村両博士の見解による効果の違いについては、高橋・前掲注 (592) 「一考察 (上)」395-403 が詳しい。

⁶³⁶ Aynès et Crocq, *supra note 27*, n° 287, p. 128.

⁶³⁷ 各用語の翻訳および内容については、山口・前掲注 (12) 227 頁以下 (faute の項目) を参照。

⁶³⁸ Cass com., 2 avr. 1996, *JCP G*, 1997. I. 3991, n° 8, obs. Simler et Delebecque.

⁶³⁹ Simler et Delebecque, *supra note 4*, n° 267, pp. 244-245.

⁶⁴⁰ Cass.com., 15 nov. 1988, *Bull. civ.* IV, n°303.

ている（以下、「優先弁済権」とする）⁶⁴¹。ここでいう優先弁済権とは、具体的には、いわゆる担保権を指す。すなわち、先取特権、抵当権、質権、他の保証契約などがこれに当たり、一般担保権はこれに含まれない⁶⁴²。この点は、民法 504 条に関する一般的な理解と類似する⁶⁴³。

ただし、厳密には、担保権とはいえないが、債権者が事実上の優先弁済を受けることが出来るための権利もこれに該当し、当該権利が失われた場合は、仏民 2314 条に言うところの権利の喪失となる。例えば、主たる債務者が集団的手続 (procédure collective)⁶⁴⁴に付された際に債権者が債権の届出を怠った場合⁶⁴⁵、手形引受人 (accepteur) に対する請求権の喪失⁶⁴⁶、などがこれに当たる。なお、近年、破産院は、賃料債権による債権の担保が仏民 2314 条の権利に当たるとした判断を下しており、同条の適用範囲を拡張した判決として注目されている⁶⁴⁷。

⁶⁴¹ Simler, *supra* note 32, n° 812, p. 811.

⁶⁴² Simler, *supra* note 32, n° 814, pp. 812-813 ; Aynès et Crocq, *supra* note 27, n° 283, pp. 123-124.

⁶⁴³ 民法 504 条に言うところの担保とは、特別担保を指し、一般担保は含まないと解されている (大判大正元年 10 月 18 日民録 18 輯 879 頁、我妻・前掲注 (267) 266 頁、磯村・前掲注 [595] [石田喜久夫] 359 頁以下参照)。これは、「債権者は、債務者の一般財産を差し押さえても、わが法制の下では特別の権利 (差押質権) を有するのではない」からであるということをも理由としている (我妻・前掲注 (267) 266 頁)。但し、特別担保には、譲渡担保 (最判昭和 30 年 9 月 27 日民集 9 卷 10 号 1435 頁)、代物弁済予約 (磯村・前掲注 [595] [石田喜久夫] 360 頁参照)、なども含まれると解されている。

これに対して、西村博士は、特に保証人に関して、「例えば、主債務者 (若しくは被保証人) の詐害行為に対し債権者が債権者取消権を行使しなかったがためにその取消権が時効に係り消滅に帰した場合の如きは、事情の如何により、注意義務の違反があったものと認め得るであろう」として、一般担保権の喪失による、代位権者の免責の可能性を肯定している (西村・前掲注 (271) 232 頁以下)。

また、山野目教授は、一般担保権が含まれない根拠に触れて、反対に、一般担保権に係る権利の行使が事実上の優先弁済を可能とする場合は、例外的に、その毀損が免責事由となることを肯定する。要するに、担保の実態面に着目して、個別に判断するということである (山野目章夫「担保保存義務の対象となる担保の範囲」椿寿夫編『[新版] 代位弁済—その実務と理論—』(手形研究改題 銀法別冊 1 号) 192 頁 [経済法令研究会、1995 年])。

なお、504 条にいう権利の「喪失又は減少によって償還を受けることができなくなった限度」という要件を詳細に検討するものとして、松岡久和「担保保存義務の忘れられた要件」現代民事判例研究会編『民事判例 II 2010 年後期』6 頁 (日本評論社、2011 年) がある。

⁶⁴⁴ 集団的手続とは、要するに、フランスにおける倒産手続きの総称である (集団とは、債権者が個別に権利行使できなくなることを意味する)。

⁶⁴⁵ Cass. com., 20 févr. 2001, *Bull. civ. IV*, n° 40.

⁶⁴⁶ Cass. com., 6 févr. 1996, *Bull. civ. IV*, n° 33.

⁶⁴⁷ Cass. com., 3 mai 2006, *D.*, 2006, n° 24, p. 1693, note Dimitri Houtcieff. 近年における重要判決のひとつであるため、以下に事案を紹介しておく。

1991 年 5 月 15 日、Y は A に対して、賃貸目的の不動産取得のために融資を行うことに合意した。この際、当該融資について、①支払いがない場合には当該不動産からの賃料債権の譲渡をうけることを内容とする担保契約、および、② X による連帯保証契約が締結された。1992 年 12 月、本件融資の回収のため、契約書に定める①の権利が行使されないまま、当該不動産の売却が行われた。その後 A は裁判上の清算 (liquidation judiciaire) に付された。Y は X に対して保証債務の履行を求めたところ、X が、賃料債権の譲渡を実行しなかったことが 2037 条 (現 2314 条、以下同じ) にいう権利の喪失に当たるとして、自己の保証債務の免責請求および損害賠償請求を行った。原審 (ドゥエ控訴院 2004 年 6 月 3 日判決) は、X の主張の一部を認容 (免

(3) 権利取得の時期

優先弁済権は、いつまでに取得される必要があるのか。この点について、仏民 2314 条にいうところの権利は、法定代位権者がその資格を取得した際に、優先弁済権としてみなすことができる権利のことであると解されている⁶⁴⁸。したがって、具体的には、法定代位権者がその資格を取得した際に、既に存在していた権利がこれに当たり、法定代位の資格取得後に得られた権利は、原則として仏民 2314 条にいう権利とはならない⁶⁴⁹。優先弁済権(担保権)の取得は、法定代位の資格取得の前後を問わないと一般的に理解されている、民法 504 条との大きな違いのひとつである⁶⁵⁰。

もっとも、破産院は、法定代位の資格取得時に存在していなかった権利であったとしても、債権者がこの権利の取得を約束していた場合⁶⁵¹や、保証人が権利の取得を正当に信じていた場合⁶⁵²には、例外的に、仏民 2314 条にいうところの権利となる場合があると判断

責請求：認容、損害賠償請求：棄却) し、これに対して、Y が上告した。本件において、破産院は、以下のように判断して、Y の上告を棄却した (X の主張を認容)。

①債権者の行為によって、保証人が、債権者に与えられた優先権、または専属的権利にもはや代位できなくなった場合、保証人は免責される。

②支払期限の到来した金額の 1 回目の未払いから、A に支払われるべき賃料が合意譲渡される旨の記載が融資契約にあり、計算書によると、1992 年 3 月 5 日以来、期限の到来した金額が一度も支払われていない。したがって、この日以降、賃料債権の譲渡を実行させる停止条件は成就するので、Y は賃料債権譲渡の権利を行使し、A の債務を消滅させることができ、かつ、Y は自由にこれを行行使できる状況にあった。一方、賃料は、1992 年 10 月時点で、なお支払われるべきものであったが、融資対象であった財物(不動産)の売却と同時に期限の喪失が宣言された(賃料債権の譲渡を実行できなくなった)。したがって、Y は自己の権利を行使せず、結果、停止条件が成就した日以降、繰り返しなされた Y の権利の不行使によって発生した債務の弁済を X に請求しているが、一方において、代位の利益は、専ら Y の行為によって失われている(不動産についての賃料債権の喪失)。

⁶⁴⁸ Aynès et Crocq, *supra* note 27, n° 284, p. 124.

⁶⁴⁹ Cass. 1^{re} civ., 17 oct. 1995, *Bull. civ. I*, n° 366.

⁶⁵⁰ 民法 504 条にいうところの担保権は、保証契約を締結するなど、法定代位権者の資格を取得した当時に、既に取得されている必要があるのか、または、その後取得されたものであっても良いのかという問題については、その前後を問わない(資格取得後であっても良い)というのが、一般的な見解である(前掲大判昭和 8 年 9 月 29 日、柚木・前掲注 [592]「免責」90 頁以下、末川博『判例民法研究』200-204 頁 [弘文堂書房、1937 年]、西村・前掲注 [271] 32 頁以下、磯村・前掲注 [595] [石田喜久夫] 360 頁以下、など)。これは、法定代位権者の期待権の保護という観点からみれば、資格取得時までに限ることは妥当ではないということ、主な理由としている(柚木・前掲注 [592]「免責」91 頁)。

なお、民法 504 条の立法過程において、法定代位の資格取得後に取得された担保権は、法定代位権者が期待していなかった担保権であるから、その喪失または減少は、同条による免責の対象とはならないのではないかという問題が提起され、これに対して、当初は期待していなくとも、後に担保権が取得されれば、これによって、法定代位権者に、一定の安心感が生まれ、債務者に対する信用が生じるということから、時期を限定しないというのが妥当であるという解釈が提示され、現在に至っているという経緯がある。この点につき、前掲注 (628)「速記録三」337 頁以下、辻・前掲注 (628) 37-38 頁以下参照。

⁶⁵¹ Cass. 1^{re} civ., 17 oct. 1995, *Bull. civ. I*, n° 366.

⁶⁵² Cass. 1^{re} civ., 9 mai 1994, *Bull. civ. I*, n° 169 (債務者が融資を受けるに当たり、担保 [質権] を提供するということが、保証契約の条項に記載してあった場合)。

している⁶⁵³。

4 損害の発生と免責の効果

(1) 免責の範囲

債権者の行為により、優先弁済権が失われた場合、保証人は、自己の保証債務について免責を受けることができる。しかし、注意を要するのは、優先弁済権が失われたとしても、損害が発生していなければ、免責を受けることはできないことである。例えば、債権者の有している抵当権の順位が低いために、もともと、償還を受けることができないというような場合には、たとえ、当該抵当権が放棄されたとしても、損害は発生していないということになり、保証人は、免責を受けることができない⁶⁵⁴。

また、仏民 2314 条においては、「免責される」としか記載されていないが、ここでいう、「免責される」というのは、一般的に、保証人が受けた損害に比例して免責されるという意味であると解されている⁶⁵⁵。この点は、償還を受けることができなくなった限度で免責される、民法 504 条に類似する⁶⁵⁶。しかしながら、以下のように債権者に課せられる立証責任との関係から、この比例の原則は必ずしも機能しないとも評価される⁶⁵⁷。

すなわち、損害の発生についての証明責任は、保証人側に課されるが、原則として、優先弁済権が失われたことは、損害が発生したものと推定される。それゆえ、事実上、債権者側が、損害が発生していないこと、具体的には、当該優先弁済権は、もともと、無価値なものであったことを、反証することになる⁶⁵⁸。

⁶⁵³ なお、融資契約の性質からすれば当然担保契約が締結されるものと信じたというように、単に、主たる債務の性質から、権利の発生を信じたにすぎないというような場合は、正当に信じたとは言えず、例えば、保証契約書や主たる債務に関する契約書の中に、担保を設定することなどの記載があることが必要とされている（Cass. 1^{re} civ., 29 fév. 2000, *Bull. civ. I*, n° 70）。

⁶⁵⁴ Aynès et Crocq, *supra note 27*, n° 286, p. 127.

⁶⁵⁵ Cass. 1^{re} civ., 12 fév. 2002, *Bull. civ. I*, n° 51 ; François, *supra note 85*, n° 383, p. 321 ; Cabrillac et Mouly, *supra note 32*, n° 311, p.196 ; Aynès et Crocq, *supra note 27*, n° 286, p. 127.

⁶⁵⁶ 民法 504 条においても、担保保存義務違反が認定された場合、法定代位権者は、担保の喪失または減少により、償還を受けることができなかった限度において、その責任を免れることになる（序論における事例を参照）。

また、「償還を受けることができなかった限度において」、というのは、代位により、担保から償還を受けることができなくなったということの意味するのであって、自己の求償権の行使によって、一般責任財産から十分な償還が受けられるかどうかは問題ではない（磯村・前掲注〔595〕〔石田喜久夫〕365頁）。

なお、この点、石田文次郎博士は、「代位権者が求償権に基き債務者から償還を受けたときには、代位権者は何等の損害を蒙らないから本条の適用がない」とした上で、この場合は、「担保を滅失減少せしめた債権者との間に、損害賠償の問題が生じるにすぎない」と指摘している（石田文次郎『債権総論講義』293頁〔弘文堂、1936年〕）。この見解に従えば、一般責任財産から十分な償還を受けることができた場合、504条は適用されないことになる。代位権者の期待の保護というよりも、損害自体に重点を置いた見解であるといえる。

⁶⁵⁷ Cabrillac et Mouly, *supra note 32*, n° 311, p. 196.

⁶⁵⁸ Aynès et Crocq, *supra note 27*, n° 286, p. 127.

(2) 免責の方法

フランス法においては、先述したとおり、担保保存義務は、保証人の有する抗弁の1つとして考えられている。したがって、保証人は、債権者から債務の履行を請求されたときにのみ、これに対する抗弁（exception）として、債権者の担保保存義務違反を主張することができる⁶⁵⁹。換言すれば、債権者から、債務の履行請求がないにもかかわらず、保証人の側から、債務の不存在の確認を請求することはできない。この点は、民法504条にいう免責とは、法定代位権者が、自己の債務の弁済なくして、法律上当然に免責されることを意味し、単に、債権者に対して免責請求権を取得するというわけではない⁶⁶⁰というように解されているわが国の制度との大きな違いのひとつである⁶⁶¹。

もっとも、抗弁としてしか利用できないという点について、理論的な根拠がない、また

⁶⁵⁹ Simler, *supra* note 32, n° 797, pp. 796-797.

⁶⁶⁰ 柚木・前掲注（592）「免責」99頁

⁶⁶¹ 民法504条の免責については、法定代位権者に発生した免責が、特定承継人へと引き継がれるかどうかという問題に関連して、免責の法的構成が論じられている。例えば、山野目教授によると、「法定代位権者による具体的な免責主張をまって、それがあったときに、その者との関係でのみ免責の効果が生じる（不確定効果構成）」と「免責の効果が全ての者との関係で当然に生ずる（確定効果構成）」の2つが考えられるとする（山野目章夫「民法五〇四条の『免責』の意味、免責額の確定の時期・方法」椿寿夫編『[新版]代位弁済—その実務と理論—』（手形研究改題 銀法別冊1号）190頁〔経済法令研究会、1995年〕参照。この前提として、沖野眞巳「判批」法学教室139号132頁〔1992年〕参照）。この点、判例は、担保の喪失または減少後に出現した抵当目的物の第三取得者は、この喪失または減少によって発生した免責の効果を、債権者に対して主張することが出来る（最判平成3年9月3日民集45巻7号1121頁）としており、上記の説明で言うと、確定効果構成に親和的であるといえる。免責が承継されるかどうかという問題は、そもそも、免責とはいかなる意味を持つのか（責任の消滅なのか、抗弁の消滅なのかなど）ということを含めて、大きく争われているところであり、また稿を改めて検討する予定である（学説の状況については、近江・前掲注〔628〕398頁以下を参照）。

なお、具体的な免責の方法については、債権者に対して債務を負担しているか、していないかによって、一般的に大きく2つに分けられている。

第1に、債権者に対して債務を負担しているもの（保証人、連帯債務者、不可分債務者など）である。これらの者については、法504条に言う免責とは、自己の負担している債務の全部または一部を免れるということの意味する。したがって、免責の方法としては、具体的には、債権者からの請求訴訟に対する保証人などの債務の全部または一部の不存在を理由とした請求の拒絶、保証人などからの債務の全部または一部の不存在確認請求などとして現れるとされる（我妻・前掲注（267）267頁以下）。

第2に、債権者に対して債務を負担していない者（物上保証人、担保目的物の第三取得者など）である。これらの者については、そもそも、債務自体を観念できないので、まず、民法504条に言う免責がいかなる意味なのか問題となる。この点については、「これらの者が債権者に弁済するに当って、総債務額より償還を受け得ざる額を控除したる残額だけを支払うときは、債権者とこれらの者との関係においては、債務の完済ありたるものとみなす」とするもの（柚木・前掲注〔592〕「免責」100頁以下）、「その者の財産が担保となっているために負担している責任の全部または一部の消滅」とするもの（我妻・前掲注（267）268頁）、などの見解がある。もっとも、結局のところ、内容において、実質的な差異があるわけではない（磯村・前掲注〔595〕〔石田喜久夫〕365頁）。したがって、免責の方法としては、具体的には、「債権者がある担保権を実行する場合には、責任の全部または一部の消滅を理由として異議を主張することができるだけでなく、責任の全部または一部の消滅の確認を求め、または、残存責任額を、第三者として弁済して、責任解除の確認を求める」というように現れるとされる（我妻・前掲注（267）268頁）。

は、保証人の免責を生じさせる行為が行われているのに、なぜ、保証人は自発的にこれを求めることができないのかなどの批判が加えられており⁶⁶²、保証人からの、債務の不存在確認請求などを求めることができるとする学説もある⁶⁶³。なお、免責の額の評価時は、一般的に、保証債務の履行期、すなわち、主たる債務の不履行時であると解されている⁶⁶⁴。

5 まとめ

フランス法においては、①免責の対象者が“保証人”に限られていること、②仏民 2314 条の対象となる権利は原則として保証契約の締結時に存在していなければならないなどの理由から、保証人が担保保存義務を規律する仏民 2314 条に基づいて免責を受けることは難しい。このことが、第 2 編で観たような、一般法理に基づく債権者（金融機関）の民事責任に係る法理の発達に寄与しているのである⁶⁶⁵。また、同条が請求権ではなく抗弁の規定であるということは、同条に基づく免責と一般法理に基づく責任追及の効果との間に重要な違いをもたらす点（第 2 編第 3 章第 3 節参照）であり、ここで改めて指摘しておく。

第 3 款 担保保存義務の免除特約の有効性

1 はじめに

フランスでは、担保保存義務を規律する仏民 2314 条は 1984 年法によって強行法規化さ

⁶⁶² もっとも、この点については、そもそも、訴訟を起こすと費用がかかる、または、保証を事業として行っているもの（いわゆる信用保証協会など）は、出来る限り長く保証契約を継続させたほうが、保証料が入る、などの理由から、保証人側から自己の債務の免責を提起する者は極めて少ないとの指摘がある（Mouly, *supra note* 32, n° 488, pp. 587-588）。

⁶⁶³ Simler, *supra note* 32, n° 797, pp. 796-797 ; Mouly, *supra note* 32, n° 488, pp. 587-588（そもそも、抗弁〔exception〕という言葉自体が明確な概念ではなく、よって、2314 条の利益は、保証人の権利であると指摘する）。

⁶⁶⁴ Cass. com., 5 juill. 2005, *Bull. civ.* IV, n° 150.

わが国においては、免責の範囲、すなわち、免責の額を確定する時期については、一般的に、担保の全部を喪失したときには、その喪失が確定したとき（大判昭和 6 年 3 月 16 日民集 10 卷 157 頁）、担保の一部を喪失したときには、その担保の残部が実行されたとき（大判昭和 11 年 3 月 13 日民集 15 卷 339 頁）であると解されている（我妻・前掲注（267）268 頁参照。我妻博士は、「純理からいえば、むしろ、喪失または減少された担保が客観的にみて実行されるべきであった時期を標準とすべきであろう。けだし、その時の目的物の価格に相応する額だけの求償が不可能となったわけだからである」とする）。

なお、この点については、争いがある。例えば、免責の時期と免責の限度の決定の時期は、観念上、別なものではあるが、代位者が免責された後に免責の限度が決定されるのは不合理であるから、両者の時期は一致するとした上で、この標準を、担保の減少の程度に関わらず、担保喪失の確定した時期に免責が生じ、免責の限度が決定されるとする説（柚木・前掲注〔592〕「総論」472 頁以下）、額の決定に関する認定判断の性質は事実問題であるから、原則的に、「免責の成否・限度が争われる訴訟における事実審の口頭弁論終結時を基準時として免責の額を決定する」（ただし、それ以前に免責可能額が大きくなったかもしれないときに、当事者が権利を行使できた可能性を考慮して、例外的に、特別の事情を考慮することは認める）とする説（山野目・前掲注〔661〕191 頁）などがある。

⁶⁶⁵ Aynès et Crocq, *supra note* 27, n° 295, pp. 134-135.

れたため、債権者の担保保存義務を免除する特約（以下、「免除特約」とする）の締結は原則として無効とされる。一方、わが国においては、担保保存義務を規律する民法 504 条は任意法規であると解されているので、免除特約の締結は原則的に有効であるとされている⁶⁶⁶。この点は、両国の担保保存義務について最も重要な違いのひとつである。以下においては、1984 年法の制定前と制定後にかけて、フランスにおける免除特約の有効性について考察を行う。

2 1984 年法制定前—任意法規時代の解釈—

フランスにおいて免除特約が一般的に利用されるようになったのは 1960 年代に入ってからであり、それまでは、免除特約の議論は「教室事例」程度の扱いであったとされる⁶⁶⁷。繰り返しになるが、1984 年法による改正以前は、仏民 2314 条は任意規定であると解されていたため、免除特約の締結は原則的に有効として扱われていた⁶⁶⁸。ところで、保証人にとっては、免除特約に合意することの「真の意味」を理解するのは自己の保証債務の履行を求められたときであり⁶⁶⁹、保証契約の締結時には、ある種、盲目的に免除特約に合意してしまうのである。そこで、締結した免除特約をいかにして無効化するかということがひとつの問題となっていた。そこで、締結した免除特約をいかにして無効化するかということが 1 つの問題となっていた。

このような問題に対する第 1 の答えが錯誤 (erreur) の主張である。例えば、破毀院判決の中には、保証契約の締結時に将来設定されると信じられていた担保が実際には設定されなかったという事例において、保証人が債権者（金融機関）に対して合意した免除特約は、設定されている担保が、将来、担保が喪失・減少された場合について援用することの放棄を意味するのであって、設定されると信じられていた担保が、債権者のフォートによって実際には設定されなかったことにより生じる「先天的な無効 (nullité congénitale)」の援用までも放棄することは意味しないとして免除特約の範囲を制限したものがある⁶⁷⁰。かしながら、通常、保証人が免除特約に合意した時点で、将来、債権者の権利に代位できないリスクを引き受けたものとみなされるので、設定されるはずの担保が設定されなかったということのみをもって、錯誤の要件、すなわち、当該担保の存在が合意の決定的な要素であ

⁶⁶⁶ 大判昭和 12 年 5 月 15 日新聞 4133 号 16 頁、最判昭和 48 年 3 月 1 日金法 679 号 34 頁。ただし、担保の放棄について金融取引上の合理性がないというような場合には、例外的に信義則違反または権利濫用法理を用いて特約の効力が否定される可能性はある（最判平成 2 年 4 月 12 日金法 1255 号 6 頁、最判平成 7 年 6 月 23 日民集 49 卷 6 号 1737 頁〔事案としては、両判決ともに特約の有効性を認定〕）。

⁶⁶⁷ Simler, *supra* note 32, n° 809, p. 808.

⁶⁶⁸ Simler, *supra* note 32, n° 809, p. 808.

⁶⁶⁹ Philippe Simler, *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemniataires*, 3^e éd., 2000, n° 814, p. 727（本書は、前掲注〔667〕で引用した 4 版以降、免除特約に関する箇所が大幅に簡略化されることになるため、以下、適宜、3 版を引用する）。

⁶⁷⁰ Cass. com., 12 mars 1969, *Bull. civ.* IV, n° 91.

ったと認められることは難しいとされている⁶⁷¹。

特約の無効化に関する第2の答えが、*fraude*の主張である。*fraude*とは、詐欺、不正、詐害など、他人の権利または利益を侵害する意思を持って行った行為をいう（以下、便宜上「詐害行為」とする）⁶⁷²。「害意の意図は全てを腐敗す」(*fraus omnia corrumpit*)⁶⁷³の原則により、詐害行為によってもたらされる結果について前もって免責の合意をしておくことはできない⁶⁷⁴。したがって、詐害行為がなされた場合には、詐欺などにより生ずる民事責任を免除する特約を締結することはできないのと同様に、免除特約の効力は失われ、債権者は自己の責任を免れることはできない⁶⁷⁵。この結果、免除特約がある場合、債権者が重大とまではいえないフォートを犯したにすぎない場合には保証人は免責を受けることはできないが、債権者がこのフォートを超えて詐害行為を犯した場合には保証人は免責されることとなる。

3 1984年法制定後—強行法規時代の解釈—

第1編で検討した通り、2314条は1984年法によって強行法規化されることとなった。仏民2314条の強行法規化によって、免除特約はたとえその免除の対象が部分的なものであったとしても有効とは認められない⁶⁷⁶。しかしながら、なお以下の点について注意する必要がある。

第1に、適用時期である。強行法規化された仏民2314条はいつから適用されるのかという問題については当初争いがあったが、破毀院は、1984年法が施行される1985年3月2日より前に締結された免除特約には同法の適用はないことを明示している⁶⁷⁷。したがって、1985年3月2日以降に締結された保証契約についてのみ強行法規化の影響が及ぶこととなる。

第2に、保証契約締結後の免除の合意である。担保の喪失・減少というのは、必ずしも債権者が保証人を害する目的で行うとは限らない。例えば、新たな融資のために担保を差し替えたり、または、担保を放棄したりするというのは、金融実務においては日常的に行われていることである。しかし、このような行為は、まさに、仏民2314条が規定する債権者による担保の喪失・減少行為に当たるのであり、同条が強行法規化されてしまうことに

⁶⁷¹ Simler, *supra note*669, n° 142, pp. 135-137 et n° 815, p. 728. また、免除特約の合意は、債権者のために設定される担保権の存在に自己の意思を服させないという保証人の明白な意思の現れであると判断した破毀院判決がある (Cass. 1^{re} civ., 27 oct. 1969, *Bull. civ.*I, n° 313)。

⁶⁷² 中村ほか・前掲注〔37〕210頁、山口・前掲注(12)243-244頁。

⁶⁷³ 山口・前掲注(12)639頁。

⁶⁷⁴ Simler, *supra note*669, n° 816, p. 728.

⁶⁷⁵ Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, t.XIII(les suretés personnelles et réelles), par Robert Beudant, Paul Lerebours-Pigeonnière, et Pierre Voirin, 2^e éd., 1948, Librairie Arthur Rousseau, n° 103, p. 109. なお、前掲破毀院判決 (Cass. 1^{re} civ., 27 oct. 1969) においても、債権者が保証人に対して詐害行為を行った場合には、免除特約は排除される旨の指摘がなされている。

⁶⁷⁶ Simler, *supra note* 32, n° 810, p. 809.

⁶⁷⁷ Cass. 1^{re} civ., 25 mai 1987, *Bull. civ.*I, n° 163.

よって、これらすべてについて債権者が責任を追及されてしまうのでは、金融実務において極めて大きな障害となってしまう。そこで、保証契約締結時に、将来生じうる代位についての担保保存義務を免除するという合意については無効であるが、保証契約締結後に、融資上の都合から保証人が自主的に担保の放棄または変更に応じることまでは禁止されていないと解されている⁶⁷⁸。

4 まとめ

経済的不況の中、仏民 2314 条は、1984 年法による企業の倒産予防措置の一環として強行法規化されることになった。したがって、同法が施行される以降に締結される契約においては、債権者は、合理的な目的であるとしても、一応、担保の変更、放棄を行う際には、保証人の同意を逐一求める必要がある。これは、民法典上の数少ない保証人保護規定である同条が改めてその能力を取り戻したことを意味する。

第 4 款 仏民 2314 条の法的根拠

1 はじめに

仏民 2314 条に定める担保保存義務の起源は、ローマ法時代の「金額貸与の委任(*mandatum pecuniae credendae*)」⁶⁷⁹にまで遡る。金額貸与の委任とは、B が C に対して金銭の貸与を行う際に、A が B に対して C に特定の金額を貸与することを委任するという形をとることによって、A が C の B に対する当該金銭債務の返還を担保するという契約である⁶⁸⁰。具体的には、B は A からの委任に基づいて C に金銭を貸与するが、その後、当該金銭債務の一部または全部について回収できなかった場合、B は委任契約に基づいて A に対し委任訴訟（損害賠償請求）を提起できるということを内容としている⁶⁸¹。つまり、A を保証人、B を債権者、C を主たる債務者と考えれば、現在の保証契約と類似する⁶⁸²。

ところで、金額貸与の委任においては、その委任契約に基づいて、「債権者は、保証人に対して過大の損害を蒙らせぬように努力する義務を負い、主な債務者に対して請求すべきときにこれをなさず、またはその債権を担保する質権または保証人の設定を受けることを

⁶⁷⁸ Simler, *supra* note 32, n° 810, p. 810. 保証人が事情をよく把握した上で、自己の取得した（免責の）権利を放棄するという場合も同様に禁じられてはいないと解されている（同書）。

⁶⁷⁹ 訳語については、船田享二『ローマ法第三巻』659 頁（岩波書店、改訂版、1970 年）を参考とした。

⁶⁸⁰ 船田・前掲注（679）659 頁。

⁶⁸¹ 船田・前掲注（679）660 頁。

⁶⁸² なお、ローマ法における保証契約の展開については、船田・前掲注（679）639 頁以下、寺田正春「弁済者代位制度論序説—保証人と連帯債務者の代位を中心として（二）・（三）」法雑 20 卷 2 号 189 頁以下（1973 年）、同 3 号 304 頁以下（1974 年）、辻博明「ローマ法における共同保証と免除効果—大陸法系の研究（一）—」法雑 31 卷 3・4 号 38 頁以下（1985 年）などを参照。

怠った場合には、委任者（保証人）に対して責を負（う）」⁶⁸³（括弧内、筆者補足）とされており、ここでいう債権者の義務こそ、仏民 2314 条が定める債権者の担保保存義務の起源である⁶⁸⁴。

しかし、起源は金額貸与の委任にあったとしても、仏民 2314 条はその義務の性質、法的根拠などの全てを継受したというわけではなく、立法者もこの点は明確にしていない⁶⁸⁵。この結果、フランスでは、同条の法的根拠に関する議論、すなわち、債権者の行為によって代位が不可能となる場合、保証人がその保証債務を免責されるというのはどのような法理論によって正当化されるのかという議論が盛んに行われてきた。これらの議論は、1984 年法による同条の強行法規化によって大きな軌道修正を迫られたが、現在のところ、不法行為に根拠を求める見解（不法行為責任説）、契約関係に根拠を求める見解、契約の一般理論としての信義則（bonne foi）と衡平（équité）⁶⁸⁶に根拠を求める見解の 3 つに大別することができると解される⁶⁸⁷。仏民 2314 条の法的根拠がいかなるものであるのかということは、他の民事責任との関係を考察するに当たって必須のものであり、本節においては、この 3 分類を元に、仏民 2314 条の法的根拠に関する議論を検討する。

2 不法行為責任(responsabilité delictuelle)説

不法行為責任説は、不法行為責任について定める仏民 1382 条または準不法行為責任について定める仏民 1383 条を根拠として、仏民 2314 条の法的根拠を説明しようとするものである。すなわち、仏民 1382 条は「他者に損害を与えるすべての行為は、フォートによってこれをもたらした者に対して、これを賠償する義務を負わせる」と規定し、仏民 1383 条は、「各人は、自身の行為のみならず、懈怠（négligence）、または軽率（imprudence）によって引き起こした損害について責任を負う」⁶⁸⁸と規定しており、仏民 2314 条に基づい

⁶⁸³ 船田・前掲注（679）660 頁。

⁶⁸⁴ このことを端的に指摘するものとして、Ambroise Colin et Henri Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, par Léon Juilliot de la Morandière, 10^e éd., 1953, Librairie Dalloz, n° 1419, p.903、Cabrillac et Mouly, *supra note 32*, n° 301, p.188 がある。

⁶⁸⁵ Mouly, *supra note 32*, n° 418, p. 524. また、ローマ法からフランス法への継受の過程について、福田・前掲注（592）450 頁以下参照。

⁶⁸⁶ 信義則（bonne foi）と（équité）の訳語については、山野目・前掲注（57）132-133 頁を参考とした。

⁶⁸⁷ 学説の分類に関しては、フランス保証法の権威であるムーリー教授（Mouly, *supra note 32*, n° 418-455, pp. 524-556）およびシムレー教授（Simler, *supra note 32*, n° 798, pp. 797-799）の分類を参考とした。この点について、山野目教授は、各学説を、まず、①「契約関係に手がかりを求める説明」と②「ひとまず契約関係からは切り離された視点で根拠づけを試みる説明」に分類し、続いて、①を「保証契約に附された条件であると説明する見解」と「それ以外のもの」に分類し、②を「不法行為法理により説明する考え方」と「免責を法定の制度であると説明する考え方」とに分類し検討を行っている（山野目・前掲注（57）127 頁以下。なお、各学説の呼称についても同書を参考とした）。

⁶⁸⁸ 山口・前掲注（12）277 頁参照。同書によると、négligence と imprudence の違いは、前者が行為者本人の発意性を前提としていないのに対して、後者は、これを前提としている点にあるとされる。

て債権者に課されるサンクションはこれらの不法行為責任の一類型に過ぎないと説明する⁶⁸⁹。

不法行為責任説は、破毀院の判文中に示された見解から始まったものと解されている。すなわち、破毀院民事部 1836 年 8 月 17 日判決は、仏民 2314 条が民法典 1382 条および 1383 条の適用を基礎としていることを指摘し⁶⁹⁰、続いて、破毀院審理部 1843 年 3 月 20 日判決は、「1383 条は 2037 条（現 2314 条）によって保証契約に対して特に適用される」（括弧内、筆者補足）と判示している⁶⁹¹。また、その後、アルベール・ウォール（Albert Wahl）は、破毀院審理部 1901 年 3 月 18 日判決に関する評釈において、「……損害賠償訴権の原則（民法典 1382 条）に従って、保証人は、自身が損害を被った場合にしか免責されない」と指摘し、仏民 2314 条と仏民 1382 条が同一の準則に従うことを示している⁶⁹²。実際、仏民 2314 条によって保証人が免責される場合には、フォートと損害の因果関係等を考慮しなければならないのであり、この観点からすると不法行為責任説は一定の説得力を持つ。

しかしながら、同説は、免除特約との関係で決定的な問題を抱えていたとされる。すなわち、1984 年法制定前においては、仏民 2314 条が規律する債権者の担保保存義務は免除特約によって排除することができた。一方、不法行為責任は契約によって予め排除することは出来ない。すると、仮に、仏民 2314 条が不法行為責任の一類型であるとするならば、免除特約の存在は不法行為法の一般原則と矛盾することとなる⁶⁹³（もっとも、このような批判は、仏民 2314 条が強行法規化された現在においては、妥当しないことは言うまでもない）。また、債権者のフォートは保証人と債権者の間にある契約関係から生じ、不法行為責任からではない、つまり、保証人の損害は債権者の契約上の不履行から生じるという指摘もされている⁶⁹⁴。不法行為責任説は、19 世紀の民事責任論の急速な発展の中、責任の概念も明確にしないまま誕生した学説という色彩が強く、理論的には未熟な点が多いとされている⁶⁹⁵。

3 契約関係に根拠を求める見解

(1) 契約責任(responsabilité contractuelle)説

契約責任説は、不法行為責任説を批判する側から主張されるもので、仏民 2314 条のサ

⁶⁸⁹ 不法行為責任説の内容については、Simler, *supra note 32*, n° 798, pp. 797-798 を参照。

⁶⁹⁰ Cass. civ., 17 août 1836, S., 1836. 1. p. 633.

⁶⁹¹ Cass. req., 20 mars 1843, S., 1843. 1. p. 459.

⁶⁹² Cass. req., 18 mars 1901, S., 1903. 1. p. 137, note Albert Wahl.

⁶⁹³ Simler, *supra note 32*, n° 798, p. 797.

⁶⁹⁴ Mouly, *supra note 32*, n° 424, p. 527.

⁶⁹⁵ Mouly, *supra note 32*, n° 422, p. 526. なお、山野目教授はこの点、「一三八二条は不法行為の一般的成立要件を定める規定ではあるものの、担保保存義務の根拠を不法行為責任に求める考え方が学理的に深められた考察に基づくものであるかは疑わしい。むしろ、保証人に損害が生じなかった場合には二〇三七条に基づく免責が認められないことを説明するために不法行為の要件論を借用したものであるというべきであろう」と指摘する（山野目・前掲注（57）129 頁参照）。

ンクシオンは債権者の契約上のフォートに基づいて生じるとする見解である⁶⁹⁶。契約責任説は、仏民 2314 条に関して、債権者は、保証人が債権者の有する優先弁済権に将来代位することができるように、その権利を保全することを暗黙のうちに合意し、それを守る信義則上の義務を負っていると説明する⁶⁹⁷。仏民 2314 条の根拠を契約に求めることで不法行為責任説が抱える免除特約の問題は回避される。

しかし、同説に対しては、①保証契約は片務契約であり双務契約より生じる契約不履行のサンクシオンが債権者に課されるのはおかしい⁶⁹⁸、②担保の目的の 1 つは信用の補完であるところ、債権者は自由にこれを処分できない契約上の義務を負っているというのは担保の性質に反する⁶⁹⁹、③債権者が保証人にとって有益な優先弁済権をサンクシオンなしに放棄することができないからといって、債権者はこれらを保全する契約上の義務を負っているわけではない、④保証人は、他の担保提供者がいる、または、弁済後に代位できるからという理由で保証契約を締結するわけではない、などの批判が加えられている⁷⁰⁰。

(2) 同時履行の抗弁または契約不履行に基づく解除に根拠を求める説

仏民 2314 条は、不履行による解除、または、同時履行の抗弁権 (*exceptio non adimpleti contractus*) の一種であるとする見解である。この見解は、まず、保証契約の性質を片務契約ではなく双務契約と捉えることから出発する。すなわち、仏民 2314 条の起源である金額貸与の委任と同様に、保証契約においても、保証人が保証債務を履行する義務を負う一方において、債権者は保証人に対して担保保存義務を負うという双務的關係が成立していると説明する⁷⁰¹。その上で、債権者が担保保存の義務を履行しない場合には、双務的關係にしたがって、保証人は保証債務の履行につき同時履行の抗弁を主張し、または、債権者の契約不履行に基づいて保証契約の解除を主張することができ、このサンクシオンを仏民 2314 条が定めていると説明する⁷⁰²。本説に対しては、契約責任説に対する批判がそのまま

⁶⁹⁶ Planiol et Ripert, *supra note* 610, n° 1560, pp. 1005-1008 ; Beudant, *supra note* 675, n° 102, pp. 107-108.

⁶⁹⁷ Beudant, *supra note* 675, n° 102, pp. 107-108.

⁶⁹⁸ Aynès et Crocq, *supra note* 27, n° 281, p.122. 一方、Beudant, *supra note* 675, n° 102, pp. 107-108 は、このような指摘をした上で、なお、契約責任説の立場に立つ。すなわち、債権者が信義則に基づいて課せられる黙示的かつ二次的な約束に違反することにその責任を求めることができると指摘している。

なお、山野目教授によると、信義則に基づいて 2314 条の発生根拠を説明する考え方は、契約責任というよりも不法行為責任と契約責任との間に「より大きな親和性を持つものとして整理しておくのが適当である」とされる。その理由としては、「信義則上の義務というものは、契約に基づいて生ずる義務なのではなく、当事者間の具体的契約関係を越えたところから一般原理に基づいて課せられる義務である性格を持つことに求められる」からであるとする（山野目・前掲注〔686〕129 頁以下）。

⁶⁹⁹ Mouly, *supra note* 32, n° 426, p. 529.

⁷⁰⁰ Simler, *supra note* 32, n° 798, p. 798 ; Simler et Delebecque, *supra note* 4, n° 260, p. 237、山野目・前掲注（57）130 頁以下参照。

⁷⁰¹ Colin et Capitant, *supra note* 684, n° 1419, p. 904.

⁷⁰² G. Baudry-Lacantinerie et Albert Wahl, *Traité théorique et pratique de droit civil, des contrats*

当てはまるが、さらには、本説固有の問題として、同時履行の抗弁権が債務の一時的な停止の効果しかもたらさないのに対して、仏民 2314 条は保証債務の免責をもたらすという本質的な違いを説明できていないとの批判が加えられている⁷⁰³。

(3) コーズ (cause) 説

「変幻自在な」コーズに根拠を求める説である⁷⁰⁴。コーズ説は、かつて、破毀院が、担保の存在は保証人の「推進的なコーズ (cause impulsive)」⁷⁰⁵であると判断した⁷⁰⁶ことを発端として形成された学説である。実際、債権者が主たる債務者に対して担保権を有しているのかどうかは、保証人が保証契約を締結する際の重要な動機の一つであることが多い。つまり、保証人は、最終的には保証債務を履行しなければならないリスクを覚悟しなければならない一方で、債権者が担保権等を適切に保全してくれることを期待しているのである。また、同説は保証契約の片務的性質にもなじみやすく、かつ、仏民 2314 条の対象となる債権者の優先弁済権が保証契約の締結時にすでに存在しているか、または、その取得が確定的に予定されていなければならないという判例および学説の立場とも整合的である⁷⁰⁷。

しかしながら、同説に対しては次のような批判がなされている。すなわち、すべての場合において債権者の権利に代位できることが保証契約のコーズであるとまで言うことはできず、また、契約を決定するすべての要素がコーズの性質を有しているわけではない。コーズの法律上の概念は、目的、すなわち、締結された契約の原因を意味している。これを保証契約についてみると、保証契約は、通常、主たる債務者に融資などを受けさせることを目的としているのであって、代位することを目的として保証人は義務を負うのではない。したがって、代位できることが保証人にとってのコーズであると言うことはできない⁷⁰⁸。

(4) 条件 (condition) 説

条件説とは、保証人は、将来、自分が代位することができるであろう債権者の優先弁済権について、債権者が適切に保全するという条件の下でしか保証債務を負っていないとみ

aléatoires du mandat, du cautionnement de la transaction, 3^e éd, 1907, Librairie de la société du recueil J.-B. sirey et du journal du palais, n° 1180, pp.619-620 ; Colin et Capitant, *supra note* 684, n° 1419, p. 904.

⁷⁰³ Simler, *supra note* 32, n° 798, p. 798.

⁷⁰⁴ Simler, *supra note* 32, n° 798, p. 798.

⁷⁰⁵ 訳語については、中村ほか・前掲注〔37〕66頁を参考とした。

⁷⁰⁶ Cass. req., 5 déc. 1843, S., 1844.1. p. 71.

⁷⁰⁷ Simler, *supra note* 669, n° 802, pp. 716-717.

⁷⁰⁸ Simler, *supra note* 32, n° 798, p. 798. さらに、シムルール教授は、1984年法制定前は仏民 2314 条は特約によって排除できたのであり、代位できることがコーズであるというのであれば、特約で排除できるなどということは想像しがたいことであると指摘する (Simler, *supra note* 669, n° 802, p. 717.)。

なすという説である⁷⁰⁹。シムレー教授は、同説を保証契約の片務的性質とも矛盾せず、かつ、仏民 2314 条の対象となる優先弁済権が保証契約締結時に存在していた、または、確定的に予定されていたものに限定されているという点とも整合性がとれており、優れた学説であるとしている⁷¹⁰。代位の期待可能性が保証契約の決定的な要因のひとつであるという理由から、同説に対して親和的な態度を示した破毀院判決もある⁷¹¹。

しかしながら、①仏民 2314 条による免責を受けるためには債権者のフォートが要求されていること、②条件による解除の効果は必然的に契約の完全な解除の効果をもたらすこととなるが、同条による保証人の免責は保証人が受けた損害の範囲にとどまるということなどの点は、条件説からでは説明できないとされる⁷¹²。さらに、1984 年法によって 2314 条が強行法規となった以上は、もはや存立できない学説であるとされる⁷¹³。

(5) 法定失権(déchéance légale)説

法定失権説とは、仏民 2314 条による保証人の免責は債権者に課せられる信義則と衡平によって正当化される法律上の失権 (déchéance) であるとする説であり、クリスチャン・ムーリー (Christian Mouly) 教授によって主張されたものである。ムーリー教授は、担保保存義務について、まず、「信義則と衡平の 2 つの概念は、一方においては当事者の一般利益によって、他方においては、保証契約の附従性によって強化される」とした上で、「債権者が、優先権の存在によってより厳格なものとされる信義誠実義務 (devoirs de bonne foi et loyauté) に違反した場合に、衡平に基づいて保証人を予め保護するために、立法者により債権者に課せられた失権」であると説明する⁷¹⁴。1984 年法によって、仏民 2314 条が強行法規化されたことにより、この学説は非常に説得力を持つものとなった⁷¹⁵。

しかしながら、これに対しては、①仏民 2314 条においては、文言上、優先弁済権についていかなる種類の制限も行っていないにもかかわらず、保証人の免責を生じさせるものは原則として保証契約締結時に存在していた必要があること、②仏民 2314 条による保証人の免責は損害と比例するという点などは、信義則や衡平からでは説明がしにくいとの批判がなされている⁷¹⁶。

5 まとめ

仏民 2314 条の法的根拠に関する議論は様々なされているものの、現在においても、な

⁷⁰⁹ Philippe Simler, *La renociation par la caution au benefice de l'article 2037 du code civil*, JCP G, 1975.I. 2711, n° 18.

⁷¹⁰ Simler, *supra note 709*, n°s 19-21.

⁷¹¹ Cass. 1^{re} civ., 24 févr. 1982, JCP G, 1982. IV. 168.

⁷¹² Aynès et Crocq, *supra note 27*, n° 281, p.122.

⁷¹³ Simler et Delebecque, *supra note 4*, n° 260, p. 237; 山野目・前掲注 (57) 132 頁.

⁷¹⁴ Mouly, *supra note 32*, n° 455, pp. 555-556; Cabrillac et Mouly, *supra note 32*, n° 304, p. 191.

⁷¹⁵ Simler, *supra note 669*, n° 804, p. 718.

⁷¹⁶ Simler, *supra note 32*, n° 798, p. 799 ; Simler et Delebecque, *supra note 4*, n° 260, p. 237.

お、一般的に紹介されているのは、不法行為責任説、契約責任説、コーズ説、条件説、法定失権説の5つの説である⁷¹⁷。しかし、コーズ説は担保の設定が必ずしも保証契約のコーズとはならないこと、また、契約関係に根拠を求める全ての学説は1984年法による同条の強行法規化との親和性がないことは指摘したとおりである。また、免除特約によって排除されてしまうという点が致命的な問題であった不法行為責任説も同条の強行法規化によって一定の説得力を獲得したようにも見えるが、債権者が保証人に対して担保保存義務を負うのは、その前提として両者間に契約関係があることを完全に無視することはできず、法定失権説に比べると説得力に欠ける。この結果、現在では法定失権説が有力となっている⁷¹⁸。

第5款 小括

1 1984年法による強行法規化によって免除特約を締結することはできなくなり、仏民2314条は保証人保護規定としての役割を取り戻した。しかし、免除特約の存在とは無関係に、そもそも、同条の要件の厳格さゆえ、免責が認められることが困難であるという事情を考慮すると、強行法規化の意義は、保証人を積極的に保護するというよりも、金融機関の注意を促すことによって間接的に保証人を保護することにあるといえる。したがって、第2編において観たように、今後も、一般法理を用いた債権者（金融機関）の民事責任の追及は、なお、展開していくものと推察される。

2 仏民2314条の法的根拠については、1984年法の制定前においては、条件説が有力であったものの、制定後は法定免責説が有力となっている。もっとも、強行法規化がある種政策的になされたことを考慮すれば、契約関係に責任の根拠を求める一連の学説も、この一点をもって存立不能とするのは、若干、単純すぎる感はある。次節においてみるように一般法理上の債権者（金融機関）の民事責任との関係も含めて担保保存義務の関係を捉えた場合には、契約関係に根拠を求めることはなお説得的であるといえる。いずれにせよ、仏民2314条の根拠に関する議論は、未だ混沌とした状況にあるといえよう。

第3節 一般法理に基づく債権者の民事責任の追及と担保保存義務との関係

第1款 はじめに

フランスでは、担保保存義務を規律する仏民2314条と、一般法理に基づいて債権者（金融機関）の民事責任を問うということが関連して論じられる。これは、先に指摘した通り、

⁷¹⁷ François, *supra note* 85, n^{os} 384-387, p. 322-325 ; Simler et Delebecque, *supra note* 4, n^o 260, pp. 236-237 ; Legeais, *supra note* 87, n^o 282, pp. 207-208 ; Aynès et Crocq, *supra note* 27, n^o 281, p. 122.

⁷¹⁸ A Aynès et Crocq, *supra note* 27, n^o 281, p. 122 ; 山野目・前掲注（57）134頁。

実利面において、2314条の要件が厳格であることの反動としてかような民事責任の追及が行われているという事情と、理論面において、一般法理に基づいて債権者の民事責任の追及を行うことが、事実上、一般法理に基づく一般担保権の喪失による保証債務の減免を認めること、すなわち、一般法理上の担保保存義務を承認するというところに類似するという事情による。繰り返しになるけれども、これは、債権者（金融機関）の融資取引上の民事責任の問題は、このような担保保存義務の問題ともみることができるといふことなのである。

仮に、一般法理上の担保保存義務を承認し、これに基づいて、債権者の民事責任を追及することができるのであれば、その利点は、2314条の要件に拘束されず、ただ、債権者のフォートのみによって責任を追及できること、および、免除特約の範囲が完全には及ばないことに見出すことができる。すなわちそれは、同条の免責対象者ではない連帯債務者なども一般法理に基づいて債権者の担保保存義務違反を追及することができ⁷¹⁹、または、免除特約によって同条の利益が放棄されていた場合であっても、債権者の責任を追及することができるということに繋がる可能性が生じる。しかし、免除特約が締結できない現在においては、担保権の範囲に制限が無い、すなわち、一般担保権（*droit de gage général*）の喪失の場合にも責任追及ができるということが最大の利点となろう。

以下では、2314条の担保保存義務と、一般法理に基づく債権者の民事責任の追及との関係が顕著に表れる判例を素材として、両者の関係について検討する。

第2款 破毀院商事部 1983年4月12日判決⁷²⁰

1 事案の概要

X₁およびX₂（以下、「Xら」という）は、Y銀行がA会社らに対して行った融資について、連帯保証契約を締結し、この際、Xらは仏民2037条（現2314条、以下同様）が定める担保保存義務についての免除特約に合意した。その後、YがA会社らに対する融資を突然停止したため、Aは支払不能の状態に陥り資産清算（*liquidation des biens*）⁷²¹に付された。そこで、YはXらに対して保証債務の履行を求めたところ、Xらは、自己の保証債務の存在を認めた上で、Yに対して、Yが融資を停止した行為にはフォートがあるとして、保証

⁷¹⁹ 仏民2314条により免責が認められない連帯債務者などが、信義則や不法行為に基づいて保護を受けることを指摘しているものとして、G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t.II (des obligations), 3^e éd., Librairie de la société du recueil J.-B. Sirey et du journal du palais 1907, n^{os} 1290-1291, pp. 402-403、福田・前掲注（685）450頁がある。また、担保を保全することが契約書に記載されていた場合に、債権者がこれを喪失したときは、当然のことながら、契約責任を追及することができる（Simler, *supra note* 669, n^o 807, pp. 720-721 ; Cass. com., 4 mai 1976, *Bull. civ.* IV, n^o 154）。

⁷²⁰ Cass. com., 12 avr. 1983 ; *JCP G*, 1984.II. 20237 ; *JCP N*, 1985.II. p.171, obs. José Duclos.

⁷²¹ 資産清算とは、1967年法（1967年7月13日の法律）下における倒産手続の一種である（André Jacquemont, *Droit des entreprises en difficulté*, 8^e éd, 2013, Litec, n^o 20, pp. 10-11）。

債務と同額の損害賠償金の支払を求め、これと、Xらの保証債務との相殺を求める旨の反訴請求を行った。原審（エクス・アン・プロヴァンス控訴院 1981年6月30日）は、Xらが免除特約を締結していることを理由として、Xらの請求を棄却した。

これに対し、破毀院は、「Xらは、主たる債務の存在および自己の保証債務の存在について争っているわけではなく、Yによる融資の突然の停止によって被った損害の賠償を求めているのである。よって、原審の判断は2037条の法文に違反している」と判断して控訴院の判断を破毀し、事件をモンペリエ控訴院へ移送した（以下、本判決を、「1983年判決」という）。

2 本判決の意義

1983年判決は、要するに、銀行が融資を停止したため主たる債務者が倒産し、これによって保証人が保証債務の支払いを求められたところ、反訴として、銀行に損害賠償の請求をしたという事例である。銀行が融資を突然に停止し、または、倒産することが確実な債務者に融資を続けるなどして、結果、主たる債務者が倒産した場合、保証人が銀行の民事責任を損害賠償の請求といった形で行うことが認められるということは、先に考察した通りである（第2編参照）。この際、主たる債務者が倒産しなければより小額で済んだであろう金額の保証債務を支払なければならなくなる一方で、倒産しなければ求償することができたであろう金額について損害を受けることになり、これは、仏民2314条の問題と類似する状況を生み出す。しかし、主たる債務者の倒産は一般担保権の喪失に過ぎないと解されているため、保証人は、主たる債務者の倒産自体を理由として、優先弁済権の喪失を前提とする仏民2314条に基づく免責を受けることはできない⁷²²。しかも、1983年判決においては、保証人は免除特約を締結している⁷²³ため、なおさら債権者の担保保存義務違反を追及できない状況下にあった。

このような状況下において、1983年判決の控訴院は、免除特約の存在を根拠として、保証人の請求を否定したのに対して、破毀院は、保証人は免責ではなく損害賠償の請求をしているということを理由として、保証人の請求を否定はしない。これは、①一般担保権の喪失の場合でも一般法理に基づく損害賠償の請求であれば認められる、②免除特約の範囲は一般法理に基づく損害賠償請求（一般担保権の喪失に係る債権者の民事責任）については及ばない、③すでに確認していることではあるが、一般法理に基づく債権者の民事責任の追及の効果は免責ではなく損害賠償の請求となるけれども、損害賠償金と保証債務との相殺によって、事実上、仏民2314条と同様の効果を得ることができる⁷²⁴、ということの意味することになる。

この控訴院と破毀院の判断の相違は、担保保存義務と一般法理上の債権者の民事責任と

⁷²² Pascal Ancel, *Droit des sûretés*, 6^e éd., 2011, Litec, n° 144, p.62.

⁷²³ 1984年法の施行以前であるため、免除特約は有効である。

⁷²⁴ Duclos, *supra note* 720, n° 1, p. 172.

が極めて類似した関係にあることを示している。以下に、詳細に考察する。

第3款 要件から観る法的構造の比較

1 免責を生じさせる担保権の範囲と免除特約の射程

(1) エクス・アン・プロヴァンス控訴院の判断構造の特徴

1983年判決の事案において失われたのは一般担保権であり、これは、仏民2314条が規律している問題状況とは異なるところ、本判決原審たるエクス・アン・プロヴァンス控訴院は、免除特約の存在を理由に保証人の請求を退けている。その理由に目を向ければ、同条にいう権利の中には一般担保権も含まれるという見解を前提としているのではないかということがまずは想起される⁷²⁵。これは、同控訴院が、このような判断を下したのは本件が初めてではなく、これより前の1978年3月31日判決⁷²⁶において、一般担保権の喪失が同条の免責の対象となることを明確に示しているという事実からも理解されることである（なお、1978年控訴院判決の上級審である破毀院商事部1980年4月22日判決⁷²⁷は、このような控訴院の立場を否定しない旨の判断を下しており、極めて異例な判決と解されている⁷²⁸）。それゆえ、エクス・アン・プロヴァンス控訴院は、控訴院の立場として、仏民2314条にいう権利には一般担保権も含むという見解を採用していると解することができ、かかる立場によれば、事実上、同条が全ての担保権の喪失を対象としていることを意味することとなる。

いずれにせよ、本控訴院の判断によると、免除特約が締結されれば、いかなる担保権の喪失についても債権者の責任を原則として免除することになり、これは事実上、一般法理に基づく債権者の民事責任の追及自体が不可能となることを意味することになる。

(2) 破毀院の判断構造

(i) 仏民2314条と一般法理の規律範囲の区別

エクス・アン・プロヴァンス控訴院の判断とは異なり、本判決の破毀院は保証人による銀行の民事責任に係る請求を否定せず、その判断理由として、免責ではなく損害賠償の請求であることを指摘する。すなわち、免責は仏民2314条の効果であるところ、本件では、

⁷²⁵ Duclos, *supra* note 720, n° 6, p. 173.

⁷²⁶ CA Aix-en-Provence, 31 mars 1978, *RTD com.*, 1978, p. 148. 本件は、銀行が事業者たる債務者に対して、複数年にわたり赤字の補償をする（赤字分について融資する）合意をしていたところ、事前の通告もなく、突然、本契約を破棄し、結果、債務者が倒産したというような場合、保証人の負担を増加させた銀行の行為はフォートを構成し、保証人は、2314条に基づき自己の債務の免責を求めることができる一方、当該企業（債務者）の経営者は、銀行に対して損害賠償を請求することができるとした事案である。

⁷²⁷ Cass. com., 22 avr. 1980, *Bull. civ.* IV, n° 163.

⁷²⁸ Duclos, *supra* note 720, n° 6, p. 173. もっとも、単に、銀行にフォートがあったことだけを認定しているように思われるので、明白に、控訴院の判断を支持しているとまではいえないと思われる。

免除特約の存在により同条の効果は否定されるけれども、一般担保権の喪失自体はそもそも同条の免責をもたらすものではなく、保証人が主張しているのは、まさに、その喪失に係る債権者のフォートに基づく損害賠償の請求であるから、請求を認めることができるということである⁷²⁹。破毀院は、債権者の責任の内容や判断の構造などについては詳細な説示をしてはいない。しかし、その理由はどうであれ、保証人が免除特約を締結してもなお、債権者の行為によって主たる債務者が倒産状態に陥った場合には、債権者の民事責任を問うことができることを認めていることに疑いの余地はない。これは、要するに、免除特約の事実上の無効化を宣言していることに他ならないのである⁷³⁰。

(ii) 区別を根拠付ける法理

それでは、仏民 2314 条と、主たる債務者の倒産、すなわち、一般担保権喪失とを区別する、このような破毀院の判断は、いかなる法理論によって説明することができるのだろうか。これに対するひとつの答えは、「人的代位の対象は債権ではなく、これに付随する担保権のみである」という見解⁷³¹から導くことができる⁷³²。この見解によると、保証人が、一般担保権の喪失による免責を債権者に対して主張できないのは、一般担保権は主たる債権の構成要素の一部であり、かつ、主たる債権は代位によって保証人に移転することはないからであると説明される⁷³³。この結果、保証人が免除特約を締結したとしても、そもそも、代位することが出来ない一般担保権の喪失または減少についての責任の追及まで放棄したことにはならないので、一般法理に基づく債権者の民事責任を追及する障害とはならないことになる。しかしながら、このような考え方は、人的代位の基本構造、すなわち、人的代位は、担保のみならず、債権自体もその対象とするという原則に反するため、支持することはできない⁷³⁴。

これに対して、保証人自身の求償権から根拠付ける見解もある。この見解は、まず、保証人は、自己の保証債務を弁済することにより、債権者の権利に代位しなくとも自ら主たる債務者に対して債権者の地位を獲得し、一般財産に求償することができることに注目する。その上で、一般担保権の喪失は債権者に対する代位を基礎としないため、代位を基礎とする仏民 2314 条の利益の放棄には含まれず、したがって、たとえ免除特約が締結されようとも、債権者は保証人に対してこれを主張することはできないと説明する⁷³⁵。

⁷²⁹ Duclos, *supra* note 720, n° 3, p. 172.

⁷³⁰ Duclos, *supra* note 720, n° 4, pp. 172-173.

⁷³¹ 破毀院第 1 民事部 1982 年 10 月 5 日判決（債権者によって引き起こされた債務者の支払不能状態〔一般担保財産の喪失〕は、2314 条にいう権利には該当せず、保証人は同条の利益を主張できない）に関する、Alain Piedelièvre の評釈において提示されている見解である（Cass. 1^{re} civ., 5 oct. 1982, *Gaz. Pal.* 1983, *pan. jur.* pp. 52-53, note Alain Piedelièvre）。

⁷³² Duclos, *supra* note 720, n° 8, p. 173.

⁷³³ Piedelièvre, *supra* note 731, pp. 52-53.

⁷³⁴ Duclos, *supra* note 720, n° 8, p. 173.

⁷³⁵ Duclos, *supra* note 720, n° 9, pp. 173-174. なお、Duclos は、Piedelièvre の見解について、次のように付け加える。「……担保権のみが移転するという理論の背景にあるのは、代位制度の抱える矛盾、つまり、代位による債権の移転効果と、支払いによる債権の消滅をどのように両立

(3) まとめ

以上から次のことが導かれる。仏民 2314 条が規律する優先弁済権の喪失の範囲に着目すると、エクス・アン・プロヴァンス控訴院は、一般担保権の喪失は同条の規律下にあり、同条の義務を免除特約が排除していることを理由に、保証人の請求を認めないのに対して、本件破産院は、一般担保権の喪失は、同条の規律下に無く、免除特約の効力が及ばないことを理由に、保証人の請求を認めたというように解することができる。どのような法理に基づいて、本判決を根拠付けるのかは難問であるが、少なくとも、免除特約の存在に関わらず、債権者の民事責任を問うことができる意義は少なくないのであり、この結果、債権者の融資取引上の民事責任が広く拡大しているのである。

2 債権者の行為とフォートの性質

(1) 仏民 2314 条と一般法上の民事責任との逆転現象

債権者のフォートは、当事者の事実関係、経済上の問題、金融上の問題、あるいは、予見可能性など様々な要素により決定され、その認定は「極めて繊細に」なされる⁷³⁶。例えば、1983 年判決では、金融機関が突然に融資を停止しなかった場合、企業は存続することができたのか、逆に言うと、仮に、融資を継続したとして、これが当該企業の債務を増加させ倒産に追い込むなど、かえって、金融機関の責任を重くさせることが判明したので融資を停止したというような、融資を停止する正当な理由があったのかどうかなどが判断される。もっとも、一般法上、行為者が事業者である場合、その民事責任を追及するためには、フォートは重大なものである必要は無く、軽いフォートであっても良いとされている⁷³⁷。この結果、先述の通り、仏民 2314 条の利益が免除特約によって放棄されている場合（現在では不可能であるが、1984 年法が有効とされる前の契約についてはなお有効である）には、債権者の行為が詐害的であると認定されない限り、保証人は免責されないにもかかわらず、一般法理に基づく債権者の担保保存義務違反を追及する場合には、軽いフォートであっても良いというある種の逆転現象が生じるのである。加えて、第 2 編で観た通り、一般法理に基づく債権者の民事責任の追及の場合、保証人がどのような立場の者なのか（素人・玄人など）に応じて、フォートの評価方法が変わることになる。そうであれば、素人の保証人などは、比較的容易に、債権者の民事責任を追及することが認められる分だけ、この逆転現象はさらに広がることとなり得る。また、この現象を保護される権利の次元において観るならば、保証債務の弁済という効果から生じる求償権が、仏民 2314 条によ

させるかという解決策の模索があり……仮に、担保権のみが移転すると解すれば、このような矛盾が生じないのである……しかし、従物は主物に従うとの通り、主たる債権が消滅すれば、担保権は消滅してしまう。したがって、担保権が存続するためには、債権を存続させなければならない。この結果、代位制度は、債権の消滅と代位を伴った弁済、これと、債権譲渡が融合した、独自の制度なのである」。

⁷³⁶ Duclos, *supra note* 720, n° 13, p. 174.

⁷³⁷ Christian Gavalda et Jean Stoufflet, *Chronique de droit bancaire*, JCP I, 1978, 12622, n°s 48-49, pp. 65-66.

り保護される優先弁済権（担保権）への代位よりも保護されてしまうということの意味することにもなる。

（2）フォートの性質

第2編で観たとおり、一般法理に基づいて保証人が債権者の民事責任を追及するという場合には、その根拠となるフォートは、債権者の主たる債務者に対するものと、保証人自身に対するものとの両者があり得る。この点、1983年判決の事案のように、主たる債務者が倒産したことによる、保証人の免責が問題となる場合、裁判例のレベルでは、一般法理に基づいて債権者（金融機関）の民事責任を追及する場合、保証人に対する債権者のフォートは、基本的に債権者と主たる債務者の関係の中にあることになる。具体的には、1983年判決の事例のような場合、保証人が損害賠償を請求できるのは、金融機関が債務者に対して合意した融資を、正当な理由なくして停止した場合、すなわち、主たる債務者に対してフォートを犯した場合である。反対に、金融機関が主たる債務者に対してフォートを犯していない場合、保証人に対してはそれ以上のフォートを犯すことはない⁷³⁸。つまり、金融機関は、主たる債務者に対して犯したフォートを理由として、保証人に対して責任を負うというように考えることができる⁷³⁹。このような主たる債務者と保証人との関係は、保証契約の附従性によって説明することができる⁷⁴⁰とされる。すなわち、保証人の義務は主たる債務者の義務に付随するものであるため、主たる債務者に対するフォートは、保証人に対する金融機関の民事責任を肯定するに当たり、決定的なものであるということである⁷⁴⁰。

3 損害の性質と責任の追及方法

第2編で観た一般法理に基づく保証人による債権者の民事責任の追及に係る損害の性質および訴訟上の追及方法に係る議論を、担保保存義務との関係で再検討すると、以下のようになる。

保証人が一般法理に基づいて債権者（金融機関）の民事責任を追及する場合、その損害の性質は、追及方法に応じて2種類考えられる。すなわち、一方において、保証人が債権者の保証人自身に対するフォートを根拠に、自身の訴権を用いてその民事責任を追及する場合、損害の性質は直接損害＝機会の喪失となり、他方において、債権者の主たる債務者に対するフォートを根拠として民事責任を追及する場合には、間接損害となる。この際、訴訟における具体的な追及方法として、保証人が反訴請求を用いるか、本案に関する防御を用いるかにより、効果が異なることも観察した通りである（特に、反訴請求の場合には保証人の「二重取り」という問題を理論的にどのように解決するかという問題も生じる）。

ところで、仏民 2314 条に基づいて、保証人が免責を求める場合、保証人は、免責を債権

⁷³⁸ Duclos, *supra note* 720, n° 13, pp. 174-175.

⁷³⁹ François, *supra note* 85, n° 391, pp. 328-329.

⁷⁴⁰ Duclos, *supra note* 720, n° 13, pp. 174-175.

者による保証債務の履行請求に対するいわゆる抗弁として主張することとなる。具体的にこれは、本案に関する防御を用いることを意味する。これに対して、保証人が一般法理に基づき、債権者の民事責任を損害賠償という形で請求する場合には、原則として、反訴請求に因らなければならず、これが、類似する機能を持ちながらも、両者の間にある決定的な違いを構成していたのである。しかし、破毀院は 1999 年 10 月 26 日判決以降、一般法理に基づく債権者の民事責任の追及を本案に関する防御により行うことを選択的に認める（手続的選択）ことになったため、この結果、仏民 2314 条との間にあった効果の差がほぼなくなることになり、両者は法理の面で接近することになったのである⁷⁴¹。

第 4 款 小括

本節において確認できたことは以下の通りである。

1 フランス法においては、保証人が一般法理に基づいて債権者の民事責任を追及することができる。これは、仏民 2314 条の規律範囲に含まれない、主たる債務者の倒産、すなわち、一般担保権の喪失に基づく債権者の民事責任の追及を認めるということの意味することになる。換言すれば、一般法上の担保保存義務を広く承認することに繋がる。

2 免除特約が締結されている場合に、一般法理に基づく債権者の民事責任の追及、すなわち、一般担保権の喪失について債権者の民事責任を追及することができるのかについては、仏民 2314 条に言う権利の喪失をどのように定義するのかによって変動する。一般担保権の喪失が同条にいう権利の喪失に含まれると解すれば、免除特約の効力によって、もはや、債権者の責任を追及することができないのに対して、含まれないと解すれば、免除特約の効力は及ばず、なお、債権者の責任を追及することができる。一般的には、後者である（含まれない）と解されているけれども、この結果、免除特約がある場合にはフォートの次元からの逆転現象が生じ、ひいては、求償権が優先弁済権（担保権）よりも強く保護されることを意味することにもなりかねない。

3 一般法理に基づく債権者の民事責任の追及と仏民 2314 条が規律する担保保存義務の決定的な違いの 1 つに訴訟法上の主張方法があった。すなわち、原則として、前者は反訴請求により、後者は本案に関する防御によるというものである。しかし、近時破毀院は、前者についても、本案に関する防御を選択的に用いることを認めたため、両者が法理の面において接近するという現象が観られている。

⁷⁴¹ Ancel, *supra note* 722, n° 148, p. 63 ; Legeais, *supra note* 717, n° 291, p. 216 ; Aynès et Crocq, *supra note* 27, n° 295, pp. 134-135.

第4節 結語

1 フランス担保保存義務の法的構造

フランスでは、一般法理に基づく債権者の民事責任の追及が認められているところ、これは主たる債務者の倒産という場面においては、一般担保権の喪失を根拠とした債権者の担保保存義務の追及を意味することに繋がる。そうであるならば、担保保存義務は、仏民 2314 条と一般法理による「二重の規律」に服することになる。このような理解をする場合、仏民 2314 条は、数ある代位権者の中でも、あえて「保証人」だけに保護を与え、そのかわりに、権利の範囲を「優先弁済権」に限定するという規律、すなわち、他の代位権者よりも負担の大きい保証人だけを特別に保護するという、債権者の担保保存義務を保証人のために強化する目的を持った条文というように位置づけることができそうである。その意味で、仏民 2314 条を法定失権の規定と理解する立場（法定失権説）は説得的であるようにも解される。

しかし、仏民 2314 条と一般法理に基づく債権者の民事責任の追及に係る要件および効果を比較すると、この「特別の保護」という点が、大きく揺らいでくる。すなわち、仏民 2314 条に基づく免責と比較すると、一般法理に基づいて債権者の民事責任を追及する方が、① 仏民 2314 条においては認められない一般担保権の喪失についても責任の追及が認められる、② 仏民 2314 条が保護する権利の対象は原則的に契約時に存在していた優先弁済権に限られることになるのに対して債権者による権利の取得時期に制限が無い、③（現在では締結できないが）免除特約の範囲が及ばない、④ 保証人の主観的態様が評価されるため、保証人のうちでも、とりわけ、保護の要請が強い素人保証の場合に、債権者の民事責任を認定しやすい、⑤ 反対に、債権者が金融機関のような事業者である場合、軽いフォートであっても、民事責任を認定しうる、⑥ 保証人は債権者の責任追及に当たり、事案に応じて、損害の性質を「直接損害」と「間接損害」の選択をすることができる、⑦ 同様に、「反訴請求」と「本案に関する防御」の手的選択ができる、といった圧倒的な利点が認められる。とりわけ、担保保存義務が問題となるようなケースでは、主たる債務者がすでに倒産している場合が多いため、一般担保権の喪失について債権者の責任を追及することができるという点は、仏民 2314 条にはない、保証人保護のための重要な利点といえる。したがって、両者が接近すればするほど、一般法理上の担保保存義務が、あたかも、仏民 2314 条を吸収するかのようになり、その意義を消滅させていくことになる。そうであれば、一般法上の金融機関の民事責任は契約責任と解されている⁷⁴²ことからして、担保保存義務は、契約責任の一種と考えるのが妥当ということになる。

さて、このような担保保存義務の存在に目を向けるとき、仏民 2314 条にはどのような意義が残されているのか。一般法理に基づく担保保存義務違反の追及が行われることの理

⁷⁴² 第2編第3章第2節参照

由は、そもそも、仏民 2314 条が、その要件の厳格さゆえに、利用しにくい条文であるということが背景にある。したがって、両者が接近すればするほど、同条の価値が薄れていくのはある種の必然ともいえる。しかし、同条が強行法規化された現在においては、もともとフォートの認定の幅が広いということもあいまって、とりわけ、単なる担保の差替えなどといった軽いフォートによる権利の喪失の場合や、いわゆる玄人の保証人などの場合には、債権者や保証人の態様が評価されない分、一般法理に基づく民事責任の追及よりも、なお免責を受けやすいときがありうる。したがって、両者の接近は、仏民 2314 条の意義を消失させつつも、なお互いに他を補完しあって、担保保存義務というひとつの保証人保護法理を形成しているものと評価できる。

2 わが国への示唆

以上のように、金融機関の融資取引上の民事責任は担保保存義務の問題と密接な関係がある。一般法理に基づく債権者（金融機関）の融資取引上の民事責任の追及を認めるということは、とりわけ主たる債務者の倒産局面において、一般担保権の喪失による債権者の民事責任の肯定、すなわち、一般法理上の担保保存義務の肯定へと繋がる。それゆえ、わが国において、担保保存義務を債権者の一般的注義務と解することは、これとは逆の現象、つまり、一般担保権の喪失に基づく債権者の民事責任の肯定を通じた、一般法上の債権者の融資取引上の民事責任を広く認めるという潜在的な可能性を秘めていることになる。しかし、これは、単純に保証人の保護に繋がるという結論に至るわけではなく、先の通り、保証人の二重取りの問題や保護すべき権利の逆転現象など、理論面における複雑な問題を引き起こすことになる。それゆえ、担保保存義務を安易に「義務」と呼ぶことには、十分な配慮が必要である。

結 論

1 本稿のまとめ

以上、本稿での分析から得られた結論は以下の通りである。

(1) フランスでは、1978年法以降、約10を超える特別法の制定によって、多数の保証人の保護にかかる規律が設けられた。その内容は、「手書き記載の要件」、「債務者の弁済等の情報提供義務」、「比例原則」などである。もともと、これらを生み出した各特別法の目的は、起業の支援、(中小)企業の再生の支援、消費者保護、賃貸物件を含む不動産の供給の促進など様々であり、保証人の保護にかかる規律もこの各法律の目的を達成するための道具の1つとして設けられたものである。したがって、各規律ともに、一般的に保証人を保護するというような内容は有しておらず、債権者や保証人の属性、主たる債務の目的(性質)等に応じて、適当とされるサンクションを伴った規律となっているのである。それゆえ、各規律はそれぞれ適用範囲の「棲み分け」がなされ、判例による要件の修正とも相まって、保証の利便性と保証人の保護とが調和された法理を形成していたのである。しかし、2003年法は、上記のように生成された各規律の適用範囲を「自然人たる保証人」と「事業者たる債権者」に一律に拡大するものであったため、規律間の「棲み分け」がなくなり、かつ、従前の規律と適用範囲が重なり、また、内容において矛盾するなど、保証制度に過度な保証人の保護と調和の崩壊をもたらすこととなった。とはいえ、単純に「保証人の保護」という視点から見ると、これはある種好ましい状態と評価することができるかもしれない。しかし、かかる視点に立脚したとしても、必ずしも保証人の保護に資するとは評価し得ないものと解される。例えばそれは、条文の解釈や判例の影響を考えれば明らかである。すなわち、次の通りである。2003年法以降の保証人の保護にかかる規律は「自然人たる保証人」と「事業者たる債権者」を一律にその範疇にとらえている。それゆえ、仮に条文の解釈を保証人の保護に寄ったものとした場合、規律が一律に保証人をとらえているが故に、本来であれば、保護の要請が低い保証人まで保護することとなり、保証制度の利便性を奪う結果となる反面、その保護の要請が低い保証人の存在を考慮して解釈を行えば、今度は、保護すべき保証人を軽視する結果となってしまう。これは、条文に係る判例の影響についても同様であって、このような一律の規制はかかる不都合を招くものとなる恐れがある。したがって、主たる債務の性質や保証人および債権者の属性を考慮した規律を設けるということには、その後の柔軟な解釈の修正を許すという可能性も含めて、保証契約の利便性と保証人の保護を調和させる機能が内在しているというように評価することができ、この様な理解については、2003年法以前のフランス法の世界を観察すれば一定の説得力を持っていることは明らかであろう。

(2) 以上のような特別法の規律の背後には、一般法がその穴を覆うように広く展開している。フランス法では、債権者、とりわけ、金融機関は、倒産状態にある借主に追加的な融資をしてはならない義務や、合意した融資を破棄ないし停止してはならない義務を負っ

ており、かかる義務に違反した場合には、借主は債務不履行または不法行為に基づいて債権者の民事責任を損害賠償の請求といった形で追及することができる。このとき、保証契約が付されているのであれば、保証人は保証契約の附従性に基づいて、金融機関の借主（主たる債務者）に対するフォートを援用することで、同じく、損害賠償の請求をすることが認められ、この賠償金と保証債務とが相殺されることにより、事実上の免責を受けることができる。ところで、このような金融機関の民事責任については、近時、「警告義務」を中心とした大きな規律の柱が形成されている。警告義務の規律とは次のようなものである。まず、借主または保証人を、職業、年齢といった取引に係る能力に応じて「素人」と「玄人」に分類する。玄人と評価された場合には、詐欺などの他の一般法理に照らして違法との評価がなされない限り、原則として、金融機関の民事責任を追及することはできず、ただ、借主または保証人の弁済能力等の情報について本人も知らなかったであろう情報を金融機関が保有していたことを、借主または保証人が証明した場合には例外的に民事責任を追及することが認められる。かかる証明はほぼ不可能に近く、要するに、この枠組みは「玄人」による金融機関の民事責任の追及を封殺するための準則として機能するのである。一方、「素人」と評価された場合には、金融機関の警告義務の履行が問題となる。ここでいう警告義務とは、概して言うところ、借主または保証人の支払能力を調査し、その支払能力に応じて、取引のリスクを通知する義務と解されている。支払能力に関する調査の結果、融資をしてはいけない義務まであるのかについては争いがあるところ、学説の多くは、不介入義務との関係で融資を拒否する義務ではなく、また、それゆえに警告義務のメリットがある旨を指摘する。つまり、警告義務には、資力の調査とリスクの警告に係る義務を債権者（金融機関）に負わせることにより、素人たる借主または保証人を保護する一方で、債権者（金融機関）は警告さえすれば、資力に見合わない融資を行ったとしても、その民事責任から解放されるという機能があり、この点で、債権者の利益にも資することになる。また、借主や保証人にしてみても、常に資力と釣り合った融資しか受けられないのであれば、経済活動が甚だしく阻害されることとなり、「義務の履行があれば免責される」という債権者の利点は、ひいては保護対象たる借主または保証人の利益にも資することになる。換言すれば、このような意味での警告義務とは、債権者と借主または保証人の利益の調和をもたらす可能性を秘めている法理であると評価できるのである。

(3) この点で興味深いのは、比例原則との関係である。比例原則とは、概していえば、保証人の資力と保証債務の額と間の均衡を求める規律である。この規律は、本来、消費法典上に定められた条文を根拠とするものであり、適用範囲も限られたものであったところ、いわゆるマクロン判決により一般法上の民事責任の領域にその規律が取り込まれ、また、ナウム判決によって、これが、先に示した金融機関の民事責任に係る規律の枠組みへと再定位されことになった。この延長線上の結果として、比例原則の機能は、これと同様に資力の有無を問題とする警告義務に解消されつつあることは第1編および第3編第1章で明らかにした通りである。確かに、消費法典上の規律（L.341-4条等）は、一般法上の規律

とは離れて、なお、広い適用範囲を有しつつ保証制度の領域を支配してはいるものの、重要なことは、比例原則の機能自体が、警告義務で代替することができるという事実である。比例原則は、表面的にはまさに保証契約の内容規制に係る規律であり、保証人を強固に保護するための有力な道具となる。第1編で観たとおり、比例原則を除く特別法上の規律の大部分が情報提供に関するものであるという点を考慮すると、この比例原則すらも情報提供義務の発展形たる警告義務の規律に解消されてしまうのであれば、フランス法における借主ないし保証人の保護に係る規律が、その全体として警告義務に収斂しつつあるという、1つの方向性を示すことになるのではないだろうか。このことは、2010年7月1日の法律により、破産院が作り上げた警告義務に係る枠組みが立法化されたという事実を見ても、一定の説得力を持っているものと解される。

(5) ところで、保証人の保護に係る以上のような規律は、極めて特殊フランス的な性格を有するものであり、わが国の法学への示唆という点では、その直接的な連結点を求めることは難しく、専ら立法論ないし制度論としての示唆という色彩が強くならざるを得ないように見える。しかし、第3編第2章で考察したように、いわゆる「担保保存義務」は上記のような金融機関の民事責任に係る規律を我が国へ結びつける可能性と危険性を孕んでいるものと解される。すなわち、以下の通りである。

先に指摘した通り、フランス法において債権者（金融機関）の民事責任が発展した背景には、我が国の民法504条に相当し、いわゆる担保保存義務を規律するものであるフランス民法典2314条の要件が厳格で使い辛いという事情が指摘されている。この指摘について例を挙げつつ少々詳しく見るとすれば次のようになるだろう。例えば、債権者が担保を実行しない間に主たる債務者の資力が低下したというような場合、または、債権者が主たる債務者に対して、その弁済能力に比して過剰な融資を行った結果として主たる債務者が倒産した場合や、そもそも倒産状態にあり、再建の見込みがないにもかかわらず追加的な融資を行った場合、あるいは、融資の合意があったにもかかわらずこれを破棄したために主たる債務者が倒産したというような場合に、債権者の行為によって主たる債務者は破綻し、結果として、保証人は保証債務の履行後に主たる債務者に対する求償の機会を喪失することになる。ところで、担保保存義務の目的とは、保証人等の法定代位権者による、債権者の主たる債務者に対する優先弁済権への代位を保全することを通じた、求償の機会の確保である。したがって、その基礎を見れば、債権者が優先弁済権を喪失するということと、主たる債務者を倒産に追い込むということは、保証人の求償権を侵害するという点において共通しているのである。しかし、前者により失われるのが優先弁済権であるのに対して、後者により失われるのは一般担保権であるという違いがあり、一般担保権は特定の債権者のための担保とはならない以上、担保保存義務に係る規定はその権利を保護してはいるのである。先に述べた、担保保存義務の要件の厳格さの1つとはこの点にあり、それゆえ、倒産を引き起こしたという一般担保権喪失の場合への救済手段として一般法理に基づく損害賠償請求が発展したのである。

担保保存義務と債権者の民事責任をこのように見た場合、担保権の範囲に関する僅かな（しかし、大きな）解釈の変動によって、わが国にもかような民事責任の広範囲な網が張られる可能性があることが示唆される。この可能性は、担保保存義務を、債権者に課せられる一般法上の注意義務の1つとして捉える場合に、特に現実味を帯びることとなる。かつてはわが国でも、保証人保護に係る規律を求める上で、担保保存義務をその根拠としたり、あるいは、担保保存義務を一般的注意義務として債権者が保証人に対して負っている義務と解したりする学説があったことは先にみたとおりである。これらの学説がどの程度の責任の領域を意識していたものであったのかは不明確ではあるけれども、担保保存義務は、債権者の民事責任を広範に広げうる力を秘めた規律であるということは、再認識されてよい。

2 わが国への示唆—警告義務の可能性—

以上の考察結果をもとに、わが国の保証制度に対して得られる示唆について具体的に検討する。

(1) 当事者の分類の必要性

まず、検討の結果から得られる示唆の1つは、保証人の分類という視点である。一口に保証人と言っても、その性質は様々である。自己が経営する会社の債務を保証する経営者もいれば、子の借金の弁済や賃料について保証する親や親族などもある。特に保証人の保護に関する規律を設けるといっているのであれば、性格の異なるこれらの者を同一の保護の規律下に置くよりも、一定の分類に応じて異なる規律を設けるといっても1つの選択肢である¹。実際、保証人の保護に関する多数の規律を有しているフランス法では、このような発想の下に規律を設けており、2003年法による上記の分類を無視した規律の拡大が生じる前までは、判例の影響も相まって保証の利便性と保証人の保護が調和した保証制度が実現していたとされていることは第1編で明らかにした通りであり、また、警告義務の前提として素人と玄人といった分類がなされていることも、第2編で観た通りである。

しかしながら、保証人を分類すること自体は良いとしても、いかなる基準でこれを行うべきであろうか。そもそも、なぜ、保証人の保護を検討する必要があるかと言えば、保証の危険性を理解しないままに契約をする者や、自己の資力に見合わないような保証債務を（やむをえず）負ってしまう保証人が存在するからである。しかし、一般的に、このような立場に追い込まれやすいとされる「消費者」や「個人」といった視点を持てば、分類の基準としては充分であるかということそうではない。例えば、大学等を卒業して今まさに起業した若い未経験の経営者と、（早期）退職して間もない大企業の元経営者たる消費者では、どちらが金融取引に通じているのだろうか。極論を言えば、消費者や個人であっても、取引に係る能力や十分な資力を有しているのであれば、保護の要請は低い場合もあるのであ

¹ 以上は、拙稿「(特集 債権法改正担保法制) 保証人保護の問題—連帯債務・保証 その3」法律時報 84 卷 8 号 19-20 頁 (2012 年) による。

る。保証人の分類をする背景や、その際に用いられる「経営者」、「消費者」、「個人」といった指標や用語には、保証人の能力の要素が反映されているとはいえども、これらは必ずしも全単射関係にあるわけではない。保証人の性質に応じた規律の検討を是としたとしても、その際に問題とすべきなのは保証人の「能力」であることはより意識されてよい²。これは、30年以上に渡って、多数の保証人に関する規律を発展させてきたフランス法が、「素人」と「玄人」といった基準に基づいて規律を変えるという（警告義務を中心とした）法理へと傾斜していつているという事実が、説得的な証拠となろう。

もつとも、この場合、結局は、訴訟の場において「能力」がどのように評価されることになるのかが問題となる。それゆえ、一定の裁判例の蓄積を待たなければならず、また、評価に当たっての裁判所の負担が増加するという恐れもある。しかしながら、第2編で観た通り、この「能力」の評価は、年齢、経営の経験、現在の社会的地位といった客観的な情報から判定することが可能なものであるから、法的予測という視点からも、裁判所の負担という観点からも、決して非現実的な基準とは言えないのである。実際、フランス法においては、かような基準による運用が功を奏しているという事実を想起すればここでは充分である。

(2) 規律の内容

次に、規律の内容につき、どのような示唆が得られるだろうか。

第1編で観た保証人の保護に関する多種多様な規律を大別すると、保証人に対する情報提供に関する義務と、比例原則のような保証債務自体を縮減するというような内容規制に関する規律となる。しかし、比例原則のような規律は、その実態は債権者に保証人らの資力等に関する情報取得義務を課すことにほかならず、加えて、その機能は警告義務に吸収されてしまうことは第3編で観た通りである。そうであれば、情報提供義務を基礎として、契約締結時において、保証人または主たる債務者の資力等を調査した上で、取引のリスク等を警告することを内容とする警告義務は、これらの各規律をほぼ網羅することができるものと評価し得る。しかも、警告義務は、資力調査に基づいてリスクを警告すれば債権者は免責されるということ、かつ、保証人だけでなく主たる債務者（借主）にも適用可能な規律であることからすれば、当事者間の利益の均衡化という、本稿の考察の視点に対し、現状では最も現実的な回答をもたらすものであると評価できる。繰り返しとなるが、これは、特別法および一般法上の規律により、長年にわたって保証人（借主）保護のための法理を展開してきたフランス法が、ある種、到達した法理であることもまた、説得的な根拠となる。

もつとも、債権者に主たる債務者や保証人の資力を調査させるということは非現実的ではないという批判もあり得る³。しかし、ここでいう資力の調査とは、債権者に完全な情報

² 以上は、拙稿・前掲注（1）20頁による。

³ 例えば、法制審議会の民法改正に係る要綱仮案では、保証契約の締結時において、主たる債務者の資力等の情報を保証人に対して説明する義務を債権者ではなく主たる債務者に負わせ

を取得させる義務を負わせるということの意味するわけではない。比例原則の検討に併せて観た通り、資力の調査は、実際には、借主や保証人側から提出された資力に係る情報に基づいて評価するということになるのである。それゆえ、借主や保証人としても、求めに応じて適切な資料を提出しなければならないのであって、仮にその資料に瑕疵があったとすれば、債権者ではなく、借主や保証人の側がリスクを負うこととなる⁴。つまり、債権者による資力の調査は、借主または保証人による協力を前提としているのであって、ここにも当事者間の負担の分散、利益の均衡化が図られることになる。あとは、証明責任との関係で、双方がいかに証拠を保管しておくかという事実的な問題へと移行するわけである。なお、仮に警告義務の機能を支持し、これを、立法化とした場合、そのサンクションについては、法的構成の複雑さ等からして損害賠償というのは妥当ではなく、また、第1編および第2編で検討した各種立法の状況から鑑みるに、契約取消や利息・遅延賠償金の喪失としておくのが現実的であろう。

ただし、以上の通りであるとしても、警告義務は、基本的に、契約締結時の問題に対応するものであるから、契約締結後に生じた主たる債務者の支払事故等に関する情報提供義務を、別途、債権者に課すという利益はある⁵。もっとも、この場合、適用範囲、すなわち、当事者の分類をどのようにするのが難問となる。なぜならば、この場合の分類の基準を、先に指摘したような当事者の能力に求めることは不合理だからである。例えば、経営者保証などの場合、経営者たる保証人に対して、自らが経営している会社（主たる債務者）の支払事故に係る情報提供などをして、保証人（経営者）にとっては無益なだけである。しかし、その経営者が退職した後に保証人として存続する場合やその相続人のことまで考える⁶と、経営者というだけで適用範囲から外されるべきではない。つまり、このような情報提供義務の有効性は、当事者の能力ではなく、主たる債務者と保証人との間の距離に依存しているのであって、かかる点からすれば、自然人のみならず法人が保証人の場合ですらも通知を受ける利益を認める余地があるのである⁷。それゆえ、多くの保証人の保護に資

る旨の規律が提案されている（「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案（<http://www.moj.go.jp/content/001127038.pdf>（2014年10月19日閲覧）」29頁）。かかる義務を債権者ではなく主たる債務者に負わせることの理由として、「債権者が主債務者の資力について十分な情報を有しているという保障もなく、むしろ十分に把握するのは困難であることも多いと考えられる」ということが挙げられている（「民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台（5）（民法〔債権関係〕部会資料70A〔<http://www.moj.go.jp/content/000119451.pdf>（2014年10月19日閲覧）））」13頁参照）。

⁴ 例えば、消費法典 L.341-4 条の解釈として、債権者は保証人より提出された資料の真偽を確かめる義務はないという点について、山野目章夫「フランス保証法における過大な個人保証の規制の法理」（<http://www.moj.go.jp/content/000097381.pdf>〔2014年10月19日閲覧〕）6頁参照。

⁵ 保証人に対する契約締結後の情報提供義務を正面から論じるものとして、齋藤由起「保証契約における契約締結後の情報提供義務（一）」阪法63巻6号87頁（2014年）がある。

⁶ フランスにおける、保証と相続に関する近時の改正動向について、齋藤由起「（小特集／日仏民法セミナー 民法の基本的概念を巡る対話の試み）個人保証人の保護」法時85巻7号60頁（2013年）を参照。

⁷ 以上は、拙稿・前掲注（1）22-23頁による。

するという視点から、無意味な場合もあることを踏まえつつ、あえて、契約締結後の情報提供義務について立法化するというのも可能性としてはある。そうとはいえども、債権者の警告義務の履行にもかかわらず、契約を締結した場合には、契約締結後に生じるリスクも含めて合意しているというように評価することも可能であろう。そうであれば、基本的に警告義務の規律のみで足り、当事者も想定できなかったような事情のみ、信義則等で対応すればよいという解釈も不可能ではない。このように考えれば、契約締結後の情報提供の問題もまた、警告義務の内容に収斂させてしまうということになる。いずれにしても、これは、もはや政策の問題であり、法理論の問題ではない。

3 残された課題

本稿では保証人の保護に係る規律について、主として民法の次元において考察したけれども、保証人の救済は執行手続や倒産処理手続の段階でも実現できないわけではない。とりわけ、かかる手続きの段階での救済は、債権者、主たる債務者および保証人の利益の均衡化という本稿の考察の視点に、より適合した回答を提示しうる可能性がある。その意味では、本稿の結論は部分的な妥当性しか持ちえないのである。現在進行中の法制審議会の議論に基づいて現れるであろう新しい保証制度の検討を含めて、総合的な保証法制の考察を続けていくことが今後の課題となる。

以上

— 参考文献一覧 —

I 邦語文献

1 著書

- ・アマルティア・セン（池本幸生他訳）『不平等の再検討—潜在能力と自由—』（岩波書店、1999年）
- ・淡路剛久『連帯債務の研究』（弘文堂、1975年）
- ・石田文次郎『債権総論講義』（弘文堂、1936年）
- ・磯村哲編『注釈民法（12）』（有斐閣、1970年）
- ・伊藤進『保証・人的担保論』（信山社、1996年）
- ・上柳敏郎＝大森泰人編著『逐条解説 貸金業法』（商事法務、2008年）
- ・内田勝一『債権総論』（弘文堂、2000年）
- ・梅謙次郎『民法要義 卷之三 債権編』（有斐閣、訂正増補版、1912年）
- ・近江幸治『New public management から「第三の道」・「共生」理論への展開：資本主義と福祉社会の共生』（成文堂、2002年）
- ・近江幸治『民法講義 V（契約法）』（成文堂、第3版、2006年）
- ・大場民男『債務保証否認への対応—その理論と実際』（新日本法規、第2版、1995年）
- ・大村敦志『公序良俗と契約正義（契約法研究 I）』（有斐閣、1995年）
- ・大村敦志『消費者法』（有斐閣、第3版、2007年）
- ・大西武士『金融法研究』（ビジネス教育出版社、1999年）
- ・奥田昌道『債権総論』（悠々社、増補版、1992年）
- ・奥脇直也編『国際条約集 2009』（有斐閣、2009年）
- ・加藤一郎＝林良平編『担保法体系 第5巻』（金融財政事情研究会、1984年）
- ・神吉正三『金融機関役員の融資決裁責任』（酒井書店、2005年）
- ・小林一俊『錯誤（叢書 民法総合判例研究④-1）』（一粒社、1989年）
- ・小林一俊『錯誤の判例総合解説』（信山社、2005年）
- ・小梁吉章『フランス倒産法』（信山社、2005年）
- ・楠本くに代『金融機関の貸手責任と消費者保護—レンダー・ライアビリティ』（東洋経済新報社、1995年）
- ・楠本くに代『金融機関のレンダー・ライアビリティ—金融ビッグバンと消費者保護』（東洋経済新報社、1997年）
- ・神戸大学外国法研究会編『現代外国法典叢書・佛蘭西民法（I）～（V）』（有斐閣、復刊版、1956年）
- ・後藤卷則『消費者契約の法理論』（弘文堂、2002年）
- ・潮見佳男『契約法理の現代化』（有斐閣、2004年）
- ・潮見佳男『債権総論 II』（信山社、第3版、2005年）
- ・末川博『判例民法研究』（弘文堂書房、1937年）
- ・鈴木禄弥＝竹内昭夫編『金融取引法大系 第5巻担保・保証』（有斐閣、1984年）
- ・都筑満雄『複合取引の法的構造』（成文堂、2007年）
- ・小林秀之編『日本版ビッグバンに欠ける視点—貸手責任と金融倒産』（清文社、1997年）
- ・高橋眞『求償権と代位の研究』（成文堂、1996年）
- ・椿寿夫編『代位弁済—その実務と理論—（手形研究改題 銀行法務 21 別冊 No. 1）』（経済法令研究会、新版、1995年）
- ・中田裕康『継続的取引の研究』（有斐閣、2000年）
- ・中村紘一ほか監訳『フランス法律用語辞典』（三省堂、第3版、2012年）
- ・新潟県弁護士会編『保証の実務 保証否認から求償まで』（新潟県弁護士会、第2版、2012年）
- ・西村信雄『保証債務の相続性（総合判例研究叢書民法〔14〕）』（有斐閣、1960年）

- ・西村信雄編『注釈民法（11）』（有斐閣、1965年）
- ・西村信雄『継続的保証の研究』（有斐閣、1952年）
- ・日本弁護士連合会上限金利引き下げ実現本部編『Q&A 改正貸金業法・出資法・利息制限法解説』（三省堂、2007年）
- ・平野裕之『保証人保護の総合判例解説』（信山社、第2版、2005年）
- ・船田亨二『ローマ法第三卷』（岩波書店、改訂版、1970年）
- ・『法典調査会民法議事速記録三』（商事法務研究会、1984年）
- ・『法典調査会民法整理会議事速記録』（商事法務研究会、1988年）
- ・法務大臣官房司法法制調査部編『注釈 フランス新民事訴訟法典』（法曹会、1978年）
- ・法務省大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典一家族・親族関係一』（法曹会、1978年）
- ・法務省大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典一物権・債権関係一』（法曹会、1982年）
- ・星野英一『民法概論 III（債権総論）』（良書普及会、補訂版、1988年）
- ・民法改正研究会編『民法改正 国民・法曹・学会有志案』（日本評論社、2009年）
- ・森田章『現代企業の社会責任』（商事法務研究会、1978年）
- ・森田修『債権回収法講義』（有斐閣、第2版、2011年）
- ・山口俊夫『フランス債権法』（東京大学出版会、1986年）
- ・山口俊夫編『フランス法辞典』（東京大学出版会、2002年）
- ・山野目章夫『債権総論講義案』（弘文堂、2002年）
- ・吉田徹＝筒井建夫編著『改正民法の解説 [保証制度・現代語化]』（商事法務、2005年）
- ・我妻榮『新訂 債権総論（民法講義 IV）』（岩波書店、1964年）
- ・渡邊啓貴『フランス現代史—英雄の時代から保革共存へ—』（中央公論社、1998年）

2 論文

- ・浅生重機「判批（東京高判平成14年1月23日：包括根保証人の責任の信義則による制限）」金法1677号（2003年）
- ・荒川重勝「根保証再論—特に根保証の被保証債務の範囲を中心として—」立命249号（1996年）
- ・飯島紀昭「融資約束と金融機関の契約責任」黒沼悦郎＝藤田友敬『企業法の理論（江頭憲治郎先生還暦）（下）』（商事法務、2007年）
- ・池田真朗ほか訳「フランス消費法典草案（消費法改造委員会案）」法研60巻4号（1987年）
- ・石川清司ほか「融資者責任（Lender Liability）についての一考察」金法1408号（1995年）
- ・伊藤進「保証の法的効力について—中小企業金融に伴う保証を中心に—①～⑦（完）」銀法623号、626号（以上2003年）、628号、631号、632号、633号、634号（以上2004年）
- ・伊豫田隆俊「経営難予防立法によるフランス商事会社法の監査規定等の改正について（1）—企業の経営難の予防および同意整理に関する1984年3月1日付法律を中心にして—」大阪経大論集180号（1987年）
- ・ヴァンサン・ウゼ（大澤慎太郎訳）「（講義2013年度大陸法財団寄付講座「担保法の将来」）担保と保険」慶應法学30号（2014年）
- ・浦川道太郎「<シンポジウム>専門家の民事責任 II 比較法 二ドイツ・フランス」私法57号（1995年）
- ・近江幸治「共同抵当の放棄と担保保存義務の免責および免除特約」田山輝明＝鎌田薫＝近江幸治＝執行秀幸編『民法学の新たな展開（高島平蔵教授古稀記念）』（成文堂、1993年）
- ・大澤彩「不当条項規制の構造と展開—フランス法との比較から—（一）～（七・完）」法協126巻1号、126巻2号、126巻3号、126巻4号、126巻5号、126巻6号、126巻7

- 号（2009年）（大澤彩『不当条項規制の構造と展開』〔有斐閣、2010年〕所収）
- ・大澤慎太郎「(特集 債権法改正担保法制) 保証人保護の問題—連帯債務・保証 その3」法律時報 84 卷 8 号（2012年）
 - ・大村敦志「判批（東京地判平成 12 年 1 月 27 日）」金法 1620 号（2001年）
 - ・沖野眞巳「判批」法教 139 号（1992年）
 - ・奥島孝康「フランス消費者保護立法の新展開（上）（下）」際商 6 号（1978年）
 - ・奥島孝康「公企業の民営化」日仏 14 号（1986年）
 - ・柏木昇「アメリカのレンダー・ライアビリティと日本法への示唆（1）～（8・完）」NBL610 号、614 号、616 号、631 号（以上 1997 年）、633 号、637 号、638 号、640 号（1998 年）
 - ・柏木昇「アメリカのレンダー・ライアビリティと日本法への示唆」金融法研究 13 号（1997 年）
 - ・片岡宏一郎「判批」手研 385 号（1986年）
 - ・片山直也「不動産担保に関する改正について（2006 年フランス担保法改正の概要）」ジュリ 1335 号（2007年）
 - ・鎌田薫「比較法（3）—フランス」専門家責任研究会編『専門家の民事責任』（安田火災記念財団、1994年）
 - ・金山直樹「フランス契約法の最前線—連帯主義の動向をめぐって—」判タ 1183 号（2005 年）（加藤雅信ほか編『野村豊弘先生還暦記念論文集 二一世紀判例契約法の最前線』〔判例タイムズ社、2006 年〕所収、金山直樹『現代における契約と給付』〔有斐閣、2013 年〕所収）
 - ・金山直樹「フランス民法典改正の動向」ジュリ 1294 号（2005年）
 - ・河上正二「銀行取引における契約の成立段階の諸問題」金融法研究資料編（10）（1994 年）、および金融法研究 11 号（1995 年）
 - ・川地宏行「根保証人の責任減免に関するドイツの判例法理」クレジット研究 33 号（2005 年）
 - ・神田秀樹「産業金融法制の将来」小塚莊一郎＝高橋美加編『商事法への提言（落合誠一先生還暦）』（商事法務、2004年）
 - ・北村一郎「諸外国における消費者（保護）法（4）—フランス」加藤一郎＝竹内昭夫編「消費者法講座第 1 巻総論』（日本評論社、1984年）
 - ・木村仁「イギリスにおける保証契約締結時の債権者の義務—O'Brien 判決以降」近法 45 卷 2 号（1998年）
 - ・木村仁「カナダにおける保証契約締結時の保証人の保護」近法 46 卷 1 号（1998年）
 - ・楠本くに代「レンダー・ライアビリティをめぐる最近の状況—米国における消費者保護の視点から—」銀行労働調査時報 565 号（1996年）
 - ・國井和郎「銀行取引上の損害と銀行の責任（その 1）～（その 7・完）」金法 1140 号（1986 年）、1146 号、1153 号、1156 号、1166 号（以上 1987 年）、1182 号、1185 号（1988 年）
 - ・國井和郎「保証」椿寿夫編『担保法理の現状と課題（別冊 NBL31 号）』（商事法務研究会、1995年）
 - ・國生一彦「レンダー・ライアビリティとは何なのか（上）（下）」銀法 524 号、526 号（1996 年）
 - ・「《現役法務部室長匿名座談会》金融機関の紹介責任とは何か」金法 1470 号（1996年）
 - ・小出篤「中小企業金融における人的保証の機能」黒沼悦郎＝藤田友敬『企業法の理論（江頭憲治郎先生還暦）（下）』（商事法務、2007年）
 - ・小粥太郎「説明義務違反による不法行為と民法理論（上）（下）」ジュリ 1087 号、同 1088 号（1996年）
 - ・小粥太郎「『説明義務違反による損害賠償』に関する二、三の覚書」自正 47 卷 10 号（1996 年）
 - ・小島一郎「保証否認多発に備える方法」松本崇他編『債権回収の法務と問題点（鈴木正和先生古希記念）』35 頁（経済法令研究会、1989年）
 - ・小杉茂雄「保証債務成立に関する一考察—保証の危険性と関連して（一）（二・完）」阪

- 法 112 号 (1979 年)、115 号 (1980 年)
- ・ 國弘正樹「3 金融機関の借主に対する保護義務」長尾治助編『レンダー・ライアビリティー—金融業者の法的責任』(悠々社、1996 年)
 - ・ 後藤勇「継続的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—」牧山市治＝山口和男編『民事裁判実務研究 第 2 卷』(判例タイムズ社、1982 年)
 - ・ 後藤勇「要素の錯誤に関する実証研究 (上) —最高裁判所及び最近の下級審裁判例をとおして—」判タ 986 号 (1991 年)
 - ・ 後藤卷則「フランス消費者信用法の概要—「統一消費者信用法」への示唆—」クレジット研究 24 号 (2000 年)
 - ・ 後藤卷則ほか「《特集》フランスの消費者信用法制」クレジット研究 28 号 (2002 年)
 - ・ 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—」法雑 41 卷 4 号 (1995 年)
 - ・ 小林直樹「企業の『公共性』論 (上) (下)」ジュリ 1011 号、1012 号 (1992 年)
 - ・ 小林秀之＝河村基予「レンダー・ライアビリティーをめぐる近時の動向と今後の展開—日米の近時の裁判例を中心に— (上) (下)」金法 1405 号、1406 号 (1994 年)
 - ・ 小林秀之＝藪口康夫「貸手責任に関する我が国の総合判例研究 (一) ～ (七・完)」判時 1567 号、1570 号、1576 号、1579 号 (以上、1996 年)、1582 号、1585 号 (1997 年)
 - ・ 駒谷孝雄「継続的保証における保証人の保証責任の限度と解約権」小野寺規夫編『現代民事裁判の課題③ [担保]』(新日本法規出版、1990 年)
 - ・ 齋藤治「金融機関の法的責任論の新展開」金融研究 12 卷 2 号 (1993 年)
 - ・ 齊藤雅弘「4 融資銀行の不法行為責任—違法性を中心に—」長尾治助編『レンダー・ライアビリティー—金融業者の法的責任』(悠々社、1996 年)
 - ・ 齊藤由起「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— (一) ～ (三・完)」北法 55 卷 1 号、55 卷 2 号、55 卷 3 号 (2004 年)
 - ・ 齋藤由起「(小特集/日仏民法セミナー 民法の基本的概念を巡る対話の試み) 個人保証人の保護」法時 85 卷 7 号 (2013 年)
 - ・ 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)」阪法 63 卷 6 号 (2014 年)
 - ・ 佐々木幸孝他「融資者責任—新たな消費者保護法理の確立に向けて—」消費者法ニュース 32 号 (1997 年)
 - ・ 潮見佳男「判批」阪大法学 41 卷 4 号 (1992 年)
 - ・ 潮見佳男「最近の裁判例にみる金融機関の説明・情報提供責任」金法 1407 号 (1995 年)
 - ・ 潮見佳男「説明義務・情報提供義務と自己決定」判タ 1178 号 (2005 年)
 - ・ 下森定「保証・物上保証契約の締結と銀行の情報提供義務 (上) (下)」みんけん 488 号 (1997 年)、489 号 (1998 年)
 - ・ 下森定「包括根保証契約に関する一考察」尚美学園大学総合政策研究紀要 2 号 (2001 年)
 - ・ 島田和夫「消費者信用分野におけるフランスの消費者保護立法-1978 年 1 月 10 日の、一定の信用供与取引分野における消費者の情報および保護に関する法律第 22 号—」富大経済論集 25 卷 2 号 (1979 年)
 - ・ 島田和夫「戦後フランスにおける消費者信用法制の展開 (上) (下)」月刊パーソナルローン 28 号、29 号、30 号 (1979 年)
 - ・ 島田和夫「フランスにおける消費信用法制の変容」塩田親文＝長尾治助編『消費者金融の比較法的研究』(有斐閣、1984 年)
 - ・ 島田和夫「諸外国の消費者信用法 (4) —フランス・OECD」加藤一郎＝竹内昭夫編「消費者法露座第 5 卷消費者信用」(日本評論社、1985 年)
 - ・ 島田和夫「フランス消費信用立法の改正動向 (一) —消費法改訂委員会改正試案を中心にして—」東京経大会誌 146 号 (1986 年)
 - ・ 上甲悌二「根保証に関する平成 16 年改正と残された実務的問題点」椿寿夫他編『民法改正を考える』(日本評論社、2008 年)
 - ・ 鈴木重信「債権者の担保保存義務免除の特約」金法 1000 号 (1982 年)

- ・鈴木千佳子「会社法の簡略化—イニシアチブと個人企業に関する一九九四年二月一日の法律第九四—二六号」日仏 19 号（1995 年）
- ・須永醇「フランス法における『専門家の責任』」川井健編『専門家の責任』（日本評論社、1993 年）
- ・瀬川信久「貸し手責任の社会的背景と法的性格—わが国の裁判例の分析から」金融法研究 13 号（1997 年）
- ・高橋康之「フランス法律語の略し方と法令・判例・文献等の引用方法」法教（第 1 期）3 号（1962 年）
- ・高橋眞「債権者の担保保存義務に関する一考察（上）（下）」龍法 27 巻 3 号（1994 年）、28 巻 3 号（1995 年）
- ・高橋眞「担保保存義務を負担すべき相手方である法定代位権者の範囲と注意義務の程度の異同の有無」椿寿夫編『〔新版〕代位弁済—その実務と理論—』（銀法別冊 1 号）（経済法令研究会、1995 年）
- ・滝澤孝臣「保証否認」金判 1211 号（2005 年）
- ・竹内俊雄「保証契約締結上の詐欺・錯誤等とその効力」手形研究 334 号（1982 年）
- ・谷本圭子「2008 年ヨーロッパ消費者信用指令（2008/48/EC）について」立命 336 号（2011 年）
- ・玉樹智文「〈資料〉債権総論（四六）」民商 96 巻 2 号（1987 年）
- ・道垣内弘人「保証契約の成立にともなう説明義務」みんけん 523 号（2000 年）
- ・中小企業総合事業団調査国際部調査第一課「ヨーロッパの信用保証制度～フランス～」信用保険月報 45 巻 1 号（2002 年）
- ・都筑満雄「フランスにおける消費者の過剰債務問題への対策—消費者信用の改正に関する 2010 年 7 月 1 日の法律第 737 号の検討—」南山 35 巻 3・4 合併号（2012 年）
- ・都筑満雄「EU の指令によるフランス消費者信用法の変容—消費者信用の改正に関する 2010 年 7 月 1 日の法律第 737 号について—」現代消費者法 17 号 59 頁（2012 年）
- ・辻博明「ローマ法における共同保証と免除効果—大陸法系の研究（一）—」法雑 31 巻 3・4 号（1985 年）
- ・辻博明「担保保存義務に関する一考察—義務内容の不確定性と信義則との関係を中心に—」名城 50 巻別冊（2000 年）
- ・辻博明「担保保存義務に関する一考察—民法第五〇四条の立法過程を中心に—」岡法 56 巻 1 号（2006 年）
- ・辻博明「担保保存義務に関する一考察—判例・学説の推移（1）～（16）」岡法 56 巻 2 号、同 3・4 号、57 巻 1 号、同 2 号（以上、2007 年）、同 3 号、同 4 号、58 巻 1 号、同 2 号（以上、2008 年）、同 3 号、同 4 号、59 巻 1 号、同 2 号（以上、2009 年）、60 巻 1 号、同 2 号（以上、2010 年）、同 3 号、同 4 号（以上、2011 年）
- ・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—いわゆる『貸し剥がし』問題を中心に—」名城 52 巻 4 号（2003 年）
- ・辻博明「担保保存義務に関する一考察—沿革的・比較法的考察（1）～（9）」岡法 61 巻 1 号、同 2 号（以上 2011 年）、62 巻 1 号、同 2 号（以上、2012 年）、62 巻 4 号、63 巻 1 号（以上、2013 年）、同 4 号、64 巻 1 号（以上、2014 年）
- ・椿久美子「物上保証人の保護法理—日本法・フランス法およびドイツ法の対比」ジュリ 1060 号（1994 年）
- ・椿久美子「保証規定改定と債権者義務の多様化・拡大化」大塚直ほか編著『社会の発展と権利の創造—民法・環境法学の最前線（淡路剛久先生古希）』（有斐閣、2012 年）
- ・椿寿夫「債権者の担保保存義務—保証人を中心として—」金法 512 号（1968 年）
- ・椿寿夫「銀行の融資拒絶・打切りと法的責任」ジュリ 1030 号（1993 年）
- ・椿寿夫「民法学における幾つかの課題（九）」法教 233 号（2000 年）
- ・寺田正春「弁済者代位制度論序説—保証人と連帯債務者の代位を中心として—（一）～（三）」法雑 20 巻 1 号、同 2 号（以上 1973 年）、同 3 号（1974 年）
- ・寺田正春「弁済者代位の機能と代位の要件・効果—第三取得者の弁済による求償と代位

に関連させて一」椿寿夫編『担保法理の現状と課題』(別冊 NBL31 号)(商事法務研究会、1995 年)

- ・鳥山恭一「企業経営難の予防」日仏 14 号(1986 年)
- ・中井美雄「担保保存義務と銀行取引」加藤一郎＝林良平＝河本一郎編『銀行取引法講座<下>』(金融財政事情研究会、1976 年)
- ・中田裕康「判批」法協 113 卷 11 号(1996 年)
- ・中田裕康「民法の現代語化」ジュリ 1283 号(2005 年)
- ・中田裕康「不動産賃借人の保証人の責任」千葉 28 卷 1・2 号(2014 年)
- ・中山泰道「融資契約の準備交渉段階における法的責任について一最近の裁判例を素材にして」佐賀大学経済論集 27 卷 6 号(1995 年)
- ・中舎寛樹「保証取引と錯誤」名法 201 号(2004 年)
- ・中舎寛樹「錯誤における一部無効一裁判例の検討一」三重大学法経論叢 10 卷 1 号(1992 年)
- ・中舎寛樹「保証といわゆる多角関係」椿寿夫編『法人保証の現状と課題(別冊 NBL61 号)』(商事法務研究会、2000 年)
- ・西澤宗英「公証人の職務上の責任一フランスの場合一」公証 17 号(1988 年)
- ・西澤宗英「フランスの消費者倒産立法について」杏林社会科学研究 9 卷 1 号(1992 年)
- ・西澤宗英「フランス消費者倒産法における『誠意のある(de bonne foi)債務者の概念』」中野貞一郎＝石川明編『民事手続法の改革』(信山社、1995 年)
- ・西澤宗英「フランス消費者倒産処理法の改正一1998 年 1 月 23 日の法律および 7 月 29 日の法律一」青山法学論集 40 卷 3・4 合併号(1999 年)
- ・西村重雄「保証人の事前求償権一民法四五九条のローマ法的沿革一」太田知行＝荒川重勝編『民法学の展開』221 頁(有斐閣、1993 年)
- ・日本経済新聞 2010 年 2 月 19 日付朝刊(13 版)4 頁
- ・日本弁護士連合会編『銀行の融資者責任』(東洋経済新報社、1997 年)
- ・野澤正充「フランス消費者契約法における情報提供義務と濫用条項規制-EU およびフランスでの調査報告一」立教 53 号(1999 年)
- ・野澤正充「フランスの保証法制と民法(債権関係)の改正」立教法務研究 7 号(2014 年)
- ・野田宏「保証と法定代位」遠藤浩＝林良平＝水本浩編『現代契約法大系第 6 卷(担保・保証・保険契約)』(有斐閣、1984 年)
- ・能登真規子「フランス倒産法における保証人の法的地位(3・完)」彦根論叢 353 号(2005 年)
- ・能登真規子「保証人の『過大な責任』一フランス保証法における比例原則一」名法 227 号(2008 年)
- ・野村豊弘ほか「〈座談会〉保証制度の改正」ジュリ 1283 号(2005 年)
- ・長谷川俊明「金融機関にとっての新たなリーガルリスクと法務セクションの役割」金法 1375 号(1994 年)
- ・林良平「融資契約とそれをめぐる義務論」金法 1362 号(1993 年)
- ・馬場圭太「説明義務違反と適用規範との関係一フランスにおける備報提供義務・助言義務に関する議論を参考に」法研論集(早稲田大学)77 号(1996 年)
- ・馬場圭太「フランス法における情報提供義務理論の生成と展開(1)(2. 完)」早法 73 卷 2 号 55 頁(1997 年)、74 卷 1 号(1998 年)
- ・馬場圭太「説明義務の履行と証明責任一フランスにおける判例の分析を中心に一」早法 74 卷 4 号(1999 年)
- ・馬場圭太＝荻野奈緒「消費者契約における『情報提供』、『不招請勧誘』および『適合性の原則』に関するフランスの法制度」(財)比較法研究センター＝潮見佳男編『諸外国の消費者法における情報提供・不招請勧誘・適合性の原則(別冊 NBL121 号)』(商事法務、2008 年)
- ・林道晴「銀行の貸し手責任」金判 1211 号(2005 年)
- ・原田昌和「極端に巨額な保証債務の反良俗性一ドイツの良俗則の最近の展開・その二一

- (一) (二・完) 論叢 148 卷 2 号 (2000 年)、149 卷 5 号 (2001 年)
- ・早野貴文他「融資者責任 (後編) —新たな消費者保護法理の確立に向けて—」消費者法ニュース 33 号 (1997 年)
 - ・ピエール・クロック (平野裕之訳)「フランス法における保証人に対する情報提供—近時の状況及び将来の改革の展望—」慶應法学 2 号 (2005 年)
 - ・平野裕之「二十世紀におけるフランス契約責任論の展開—完全性利益の侵害と契約責任論—」法論 60 卷 6 号 (1988 年)
 - ・平野裕之「〈紹介〉フランス消費者法典草案 (一) ~ (四)」法論 64 卷 5、6 合併号、65 卷 1 号、65 卷 2・3 合併号 (1992 年)、65 卷 6 号 (1993 年)
 - ・平野裕之「〈資料〉フランス消費者法典草案 (一九九〇年草案)」法論 65 卷 4・5 合併号 (1993 年)
 - ・平野裕之「根保証契約における保証人の死亡—相続性の問題から根保証の確定の問題へ—」法論 73 卷 4・5 号 (2001 年)
 - ・平野裕之「保証契約における債権者の保証人に対する義務 (1) ~ (4)」法論 74 卷 1 号 (2001 年)、74 卷 6 号、75 卷 1 号 (以上、2002 年)、75 卷 5・6 号 (2003 年)
 - ・平野裕之「11 外国人の法人保証 (3) —フランス法における法人保証」椿寿夫=伊藤進編『法人保証の研究』(有斐閣、2005 年)
 - ・平野裕之「改正経緯及び不動産担保以外の主要改正事項 (2006 年フランス担保法改正の概要)」ジュリ 1335 号 (2007 年)
 - ・平野裕之=片山直也訳「フランス担保法改正オールドナンス (担保に関する 2006 年 3 月 23 日のオールドナンス 2006-346 号) による民法典等の改正及びその報告書」慶應法学 8 号 (2007 年)
 - ・福田誠治「一九世紀フランス法における連帯債務と保証 (一) ~ (七・完)」北法 47 卷 5 号、同 6 号、48 卷 1 号、同 2 号、同 6 号、50 卷 3 号、同 4 号 (1997 年~1999 年)
 - ・福田誠治「担保者相互間における求償とその求償期待の保護—負担分配において、精確な意味での均衡を探求することは公平に合致するか—」西村重雄=児玉寛編『日本民法典と西欧法伝統—日本民法典百年記念国際シンポジウム—』(九州大学出版会、2000 年)
 - ・福田誠治「伝来型保証の特徴と保証人保護の正当化理由—根保証人の責任制限に関する裁判例の検討を通じて—」椿寿夫編『法人保証の現状と課題 (別冊 NBL61 号)』(商事法務研究会、2000 年)
 - ・福田誠治「中世末期における保証人の事前求償権—民法 460 条 2 号の形成史—」上智大学法学会編『変容する社会の法と理論 (上智大学法学部創設 50 周年記念)』(有斐閣、2008 年)
 - ・福田誠治「保証人の事前求償権制度廃止論の是非」帝塚山法学 18 号 (2009 年)
 - ・澤藤統一郎「融資者責任の確立を求めて—銀行融資における消費者被害の救済と予防のために—」自由と正義 48 卷 4 号 (1997 年)
 - ・法制審議会「民法 (債権関係) の改正に関する検討事項 (3) 詳細版 (民法 [債権関係] 部会資料 8-2)」〔<http://www.moj.go.jp/content/000049086.pdf> (2014 年 10 月 18 日閲覧)〕
 - ・「民法 (債権関係) の改正に関する要綱仮案 (<http://www.moj.go.jp/content/001127038.pdf> (2014 年 10 月 19 日閲覧))」
 - ・星野英一「中小漁業信用保証の法的性格」同『民法論集第 2 巻』(有斐閣、1970 年)
 - ・松岡久和「保証論」池田真朗=松岡久和「シムルール教授『債権譲渡から契約譲渡へ』『新たな人的担保』姫路獨協大学フランス民法セミナー報告—債権法および担保法を中心として」法時 66 卷 12 号 (1994 年)
 - ・松岡久和「担保保存義務の忘れられた要件」現代民事判例研究会編『民事判例 II 2010 年後期』(日本評論社、2011 年)
 - ・牧弘二「貸金債務の保証契約と詐欺・錯誤」薦田茂正=中野哲弘編『裁判実務大系 第 13 卷 (金銭貸借訴訟法)』(青林書院、1987 頁)
 - ・榎悌次「共同抵当をめぐる代位と担保保存義務」愛大 143 号 344-345 頁 (1997 年)
 - ・町村泰貴「フランス消費者倒産の実務 (上) (下)」商学討究 47 卷 2・3 合併号、47 卷 4

- 号（1997年）、49巻2・3合併号（1998年）
- ・町村泰貴「試訳・フランス消費者倒産処理法」商学討究 47巻1号（1996年）
 - ・松本恒雄「融資金の使途先に関する融資者の責任」自正 47巻10号（1996年）
 - ・松本恒雄「金融機関の紹介責任」金法 1458号（1996年）
 - ・三井正信「社会法と個人企業—個人的イニシアチブと個人企業に関する一九九四年二月一日の法律第九四—一二六号」日仏 20号（1997年）
 - ・「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案（<http://www.moj.go.jp/content/001127038.pdf> : 2014年10月19日閲覧）」
 - ・森田宏樹「『合意の瑕疵』の構造とその拡張理論（1）～（3）」NBL482号、483号、484号（1991年）
 - ・柳本祐加子「フランスにおける情報提供義務に関する議論について」法研論集（早稲田大学）49号161頁（1989年）
 - ・山口俊夫「フランスの法律文献・資料の引用方法」法教（第2期）7号（1975年）
 - ・山口康夫「フランスにおける消費法の展開—フランス消費立法の動向を中心として—」札幌法学 2巻2号（1991年）
 - ・山下純司「保証意思と錯誤の関係」学習院 36巻2号（2001年）
 - ・山下純司「事業者間契約と非事業者間契約—瑕疵担保責任免責特約とめぐる対等性の考察—」学習院 43巻1号（2007年）
 - ・山田卓生「融資契約の不成立と貸主の責任」ジュリ 982号（1991年）、ナンシー・ヤング＝ヴィクター・C・ブッシュル（柏木昇訳）「レンダー・ライアビリティ（融資者責任）とは何か—米国における金融リスク回避のために（上）（下）」NBL479号、480号46頁、481号（1991年）
 - ・山野目章夫「フランス民法典二〇三七条の一九八四年における変容」比較法雑誌 29巻2号（1995年）
 - ・山野目章夫「民法五〇四条の『免責』の意味、免責額の確定の時期・方法」椿寿夫編『〔新版〕代位弁済—その実務と理論—』（手形研究改題 銀法別冊1号）（経済法令研究会、1995年）
 - ・山野目章夫「担保保存義務の意義、法的性格」椿寿夫編『〔新版〕代位弁済—その実務と理論—』（銀法別冊1号）（経済法令研究会、1995年）
 - ・山野目章夫「担保保存義務の対象となる担保の範囲」椿寿夫編『〔新版〕代位弁済—その実務と理論—』（手形研究改題 銀法別冊1号）（経済法令研究会、1995年）
 - ・山野目章夫「担保保存義務における類型別義務範囲の考察—第三取得者、後順位者等に対する担保保存—」金法 1416号（1995年）
 - ・山野目章夫「企画趣旨の説明及び今般の改正の評価（2006年フランス担保法改正の概要）」ジュリ 1335号（2007年）
 - ・山野目章夫「物上保証人の法的地位に関するフランスの立法・判例の展開—物上債務論解題—」太田知行ほか編『民事法学への挑戦と新たな構築（鈴木録弥先生追悼論集）』（創文社、2008年）
 - ・山野目章夫「フランス保証法における過大な個人保証の規制の法理」（<http://www.moj.go.jp/content/000097381.pdf> [2014年10月19日閲覧]）
 - ・山本和彦「フランスにおける消費者倒産の処理と予防—いわゆるネエルトツ法の紹介を中心として—」法学 57巻6号（1994年）
 - ・横山美夏「契約締結過程における情報提供義務」ジュリ 1094号（1996年）
 - ・行沢一人「商取引における誠実義務の機能—アメリカの貸付者責任法制の視点から」私法 55号（1993年）
 - ・吉田邦彦「融資者責任と債権侵害—東京高裁平成七年十二月二十六日判決の検討を中心に（上）（下）」NBL598号、599号（1996年）
 - ・柚木馨「債権者の担保喪失に因る代位弁済者の免責」民商 1巻1号（1935年）
 - ・柚木馨著＝高木多喜男補訂『判例債権法総論』（有斐閣、補訂版、1971年）
 - ・ロバート・M・バージャー「融資申込みと融資約定に関連する銀行等の金融機関側の責

任」国際商事法務 18 卷 2 号（1990 年）

3 裁判例

- ・大判明治 39 年 6 月 29 日民録 12 輯 1053 頁
- ・大判大正元年 10 月 18 日民録 18 輯 879 頁
- ・大判昭和 6 年 3 月 16 日民集 10 卷 157 頁
- ・大判昭和 8 年 9 月 29 日民集 12 卷 2443 頁
- ・大判昭和 11 年 3 月 13 日民集 15 卷 339 頁
- ・大判昭和 11 年 7 月 14 日民集 15 卷 1409 頁
- ・大判昭和 12 年 5 月 15 日新聞 4133 号 16 頁
- ・大判昭和 16 年 3 月 11 日民集 20 卷 176 頁
- ・最判昭和 30 年 9 月 27 日民集 9 卷 10 号 1435 頁
- ・最判昭和 48 年 3 月 1 日金法 679 号 34 頁
- ・最判平成 2 年 4 月 12 日金法 1255 号 6 頁
- ・最判平成 3 年 9 月 3 日民集 45 卷 7 号 1121 頁
- ・最判平成 7 年 6 月 23 日民集 49 卷 6 号 1737 頁

II フランス語文献

1 著書

- ・Alain Cerles, *Le cautionnement et la banque*, 2^e ed., 2008, Revue Banque
- ・Alex Weill, *Droit civil, les sûretés, la publicité foncière*, 1979, Dalloz
- ・Ambroise Colin et Henri Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, par Léon Juilliot de la Morandière, 10^e éd., 1953, Librairie Dalloz
- ・Anne-Sophie Barthez et Dimitri Houtcieff, *Les sûretés personnelles*, 2010, LGDJ
- ・André Buthurieux, *Responsabilité du banquier*, 2^e éd., 2004, Litec
- ・André Jacquemont, *Droit des entreprises en difficulté*, 8^e éd., 2013, Litec
- ・Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, sous la direction de Gérard Cornu, 8^e éd., 2007, Puf
- ・Aubry et Rau, *Droit civil français*, t.VI (contrats civils divers, quasi-contrats, responsabilité civile), sous la direction de Paul Esmein et André Ponsard, par André Ponsard et Noël Dejean de la Batie, 7^e éd., 1975, Librairies Techniques
- ・Bernard Beignier et Marc Mignot, *Droit des sûretés*, par Marc Mignot, édition 2008, 2007, Montchrestien
- ・Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, t.XIII(les sûretés personnelles et réelles), par Robert Beudant, Paul Lerebours-Pigeonnière, et Pierre Voirin, 2^e éd., 1948, Librairie Arthur Rousseau
- ・Christian Gavalda et Jean Stoufflet, *Droit bancaire – Institutions, Comptes, Opérations, Services*,

- 7^e éd., 2008, Litec
- Christian Mouly, *Les causes d'extinction du cautionnement*, Litec, 1979
 - Dominique Legeais, *Sûretés et Garanties du Crédit*, 9^e éd., 2013, LGDJ
 - François Boucard, *Les obligations d'information et de conseil du banquier*, Préface de Dominique Legeais, 2002, Presses universitaires d'Aix-Marseille Faculté de Droit et de Science Politique
 - G. Baudry-Lacantinerie et Albert Wahl, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t.XXIV(des contrats aléatoires du mandate, du cautionnement de la transaction), 3^e éd, 1907, Librairie de la société du recueil J.-B. sirey et du journal du palais
 - G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t.II (des obligations), 3^e éd., 1907, Librairie de la société du recueil J.-B. sirey et du journal du palais
 - Guy Raymond, *Droit de la consommation*, 2^e éd., 2011, Litec
 - Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, et François Chabas, *Leçons de droit civil, Sûretés, Publicité foncière*, t.III, vol. 1, par Yves Picod, 7^e éd., 1999, Montchrestien
 - Jean Calais-Auloy et Henri Temple, *Droit de la consommation*, 8^e éd., 2010, Dalloz
 - Jérôme Bonnard, *Droit des entreprises en difficulté*, 2000, Hachette
 - Jérôme François, *Droit Civil*, t.VII [les sûretés personnelles] , sous la direction de Christian Larroumet, 2004, Economica
 - *Le crédit & ses garanties*, sous la direction de François Terré, dirigé par Philippe Simler, 2004 éd., 2004, Juris-Classeur
 - Loïc Cadet et Emmanuel Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 7^e éd., 2011, Litec
 - Marcel Planiol et Georges Ripert, *Traité pratique de droit civil français, contrats civils*, t. XI (contrats civils 2^e partie) , par André Rouast, René Savatier, Jean Lepargneur, et André Besson, 2^e éd., 1954, Librairie générale de droit et de jurisprudence
 - Michel Cabrillac, Christian Mouly, Séverine Cabrillac, et Philippe Pétel, *Droit des sûretés*, 8^e éd, 2007, Litec
 - Michel Séjean, *La bilatéralisation du cautionnement? – le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, préface de Dimitri Houtcieff, 2011, LDGJ
 - Muriel Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie*, Préface de Jaques Ghestin, 1992, LGDJ
 - Pascal Ancel, *Droit des sûretés*, 8^e éd., 2011, LexisNexis
 - Philippe Simler, *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemniataires*, 3^e éd., 2000
 - Philippe Simler, *Cautionnement et garanties autonomes*, 4^e éd., 2008, Litec
 - Philippe Simler et Philippe Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 6^e éd., 2012, Dalloz
 - Philippe Malaurie et Laurent Aynès, *Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière*, par Laurent

Aynès et Pierre Crocq, 6^e éd., 2012, Defrénois

- René Savatier, *La théorie des obligations en droit privé économique*, 4^eéd., 1979, Dalloz
- Sophie Le Gac-Pech, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, 2000, LGDJ
- Yves Picod et Hélène Davo, *Droit de la consummation*, 2005, Armand Colin

2 論文

- Alain Gourio, note sous Cass com., 3 mai et 20 juin 2006, *JCP G*, 2006. II. 10122
- Alain Gourio, note sous Cass. ch mixte., 29 juin 2007, *JCP G*, 2007.II. 10146
- Christian Gavalda et Jean Stoufflet, *Chronique de droit bancaire*, *JCP I*, 1978, 12622
- D. Bouchery, La responsabilité des banques dans les procédures : comment prévenir le risque de rupture ou de soutien abusif ?, *Droit & Patrimoine*, n^o 57, février 1998
- Daniel Tricot et Hervé Causse, Le devoir de mise en garde du banquier, *RD bancaire et fin.*, novembre-décembre 2007
- Dominique Legeais, L'option procédurale offerte à la caution invoquant la responsabilité du banquier, *RD bancaire et de la bourse*, n^o 76, novembre-décembre 1999
- Dominique Legeais, note sous Cass. ch. mixte., 21 fev. 2003, *JCP E*, 2003, 1073
- Dominique Legeais, note sous Cass 1^{re} civ., 8 juin 2004, *JCP E*, 2004, 1442
- Dominique Legeais, Les concours consentis à une entreprise en difficultés, *JCP E*, 2005, 1510
- Dominique Legeais, note sous Cass 1^{re} civ., 12 juill. 2005, *JCP E*, 2005, 1359
- Dominique Legeais, note sous Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, *JCP E*, 2007, 2105
- François Boucard, *Le devoir de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur et sa caution : présentation didactique*, *RD bancaire et fin.*, septembre-octobre, 2007
- François-Denis Pointrinal, Soutien abusif ou rupture brutale du crédit aux entreprises : les banquiers entre Charybde et Scylla, *Banque & droit*, n^o 35, mai-juin 1994
- Francis J Credot et Yves Gérard, Droit et techniques bancaires, *RD bancaire et de la bourse*, mars-avril 1988
- Gilles Paisant, *La loi du 31 décembre 1989 relative au surendettement des ménages*, *JCP G*, 1990.I. 3457
- José Duclos, note sous Cass. com., 12 avr. 1983, *JCP N*, 1985. II. p. 171
- Laurent Aynès, *La réforme du cautionnement par la loi Dutreil*, *Droit & Patrimoine*, n^o 120, nov. 2003
- Mustapha Mekki, La singularité du devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit, *RD bancaire et fin.*, novembre-décembre 2007.
- Olivier Cuperlier et Alain Gorny, *L'engagement disproportionné de la caution après la loi n^o 2003-721 du 1^{er} août 2003 sur l'initiative économique (Réflexions et statistiques)*, *JCP E*, 2004, 1475

- Pascal Rubellin, L'étrange protection des biens non nécessaires à l'exploitation d'un entrepreneur individuel-Remarques sur l'article 47 de la loi «Madelin» du 11 février 1994, *JCP G*, 1995.I.3856
- Pierre Crocq, Sûretés et proportionnalité, *in* : *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Litec-Dalloz, 2006
- Rainer Frank, Le rôle de la volonté et la protection de la caution en droit français et allemand, *in* : *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques(Études à la mémoire du professeur Alfred Rieg)*, 2000, Bruylant
- Philippe Delebecque, *Rép. civ. Dalloz*, 2001, *V^o Cautionnement*
- Philippe Simler, *La renociation par la caution au bénéfice de l'article 2037 du code civil*, *JCP G*, 1975.I. 2711,
- Richard Routier, Consécration et problématique de l'obligation de mise en garde de l'emprunteur non averti, *RD bancaire et fin.*, novembre-décembre 2007
- Richard Routier, Les retouches de l'article L.650-1 du Code de commerce, *Gaz. Pal.*, 8-10 mars 2009
- Serge Guinchard, Le droit a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation ? (Qui cassera les arrêts de la Cour de cassation ?), *L'avenir du droit (mélanges en hommage à François Terré)*, 1999, Dalloz-PUF-Juris-Classeur

3 官報

- Doc. Sénat, n° 349, *Projet de loi*, 15 juin 1976
- Doc. Sénat, n° 9, *Rapport*, 7 oct. 1976
- Doc. Ass. Nat., n° 2950, *Rapport(1)*, 1^{er} juin 1977
- Doc. Sénat, n° 60, *Rapport*, 3 nov. 1977
- Doc. Sénat, n° 275, *Projet de loi*, 21 déc. 1977.
- Doc. Sénat, n° 376, *Rapport*, 25 mai 1978
- Doc. Ass. Nat., n° 1398, *Projet de loi*, 6 avr. 1983
- Doc. Ass. Nat., n° 1526, *Rapport*, 15 juin 1983
- Doc. Sénat, n° 50, *Rapport*, 9 nov. 1983
- Doc. Ass. Nat., n° 326, *Projet de loi*, 26 oct. 1988
- Doc. Ass. Nat., n° 367, *Rapport*, 24 nov. 1988
- Doc. Sénat, n° 103, *Projet de loi*, 28 nov. 1988
- Doc. Sénat, n° 237, *Rapport*, 5 avr. 1989
- Doc. Ass. Nat., n° 566, *Projet de loi*, 2 avr. 1989
- Doc. Ass. Nat., n° 680, *Rapport*, 18 mai 1989
- Doc. Sénat, n° 318, *Projet de loi*, 23 mai 1989

- Doc. Sénat, n° 323, *Rapport*, 24 mai 1989
- Doc Ass. Nat., n° 719, *Projet de loi*, 1^{er} juin 1989
- Doc. Ass. Nat., n° 734, *Rapport*, 8 juin 1989
- Doc. Sénat, n° 371, *Rapport*, 7 juin 1989
- Doc. Sénat, n° 485, *Projet de loi*, 7 sept. 1989
- Doc. Sénat, n° 40, *Rapport*, 26 oct. 1989
- Doc. Ass. Nat. n° 1049, *Annexe au rapport*, 30 nov. 1989
- Doc. Ass. Nat., n° 1049, *Rapport*, 30 nov. 1989
- Déb. Sénat, *compt rendu intégral*, 31 oct. 1989
- Déb. Sénat, *compte rendu intégral*, 14 nov. 1989
- Déb. Ass. nat., *compte rendu intégral*, 8 déc. 1989
- Doc. Ass. Nat., n° 1085, *Rapport*, 14 déc. 1989
- Doc. Ass. Nat., n° 852, *Projet de loi*, 15 déc. 1993
- Doc. Ass. Nat., n° 928, *Rapport*, 12 janv. 1994
- Doc. Sénat, n° 252, *Rapport*, 19 janv. 1994
- Doc. Sénat, n° 416, *Projet de loi*, 11 mai 1994
- Doc. Sénat, n° 453, *Rapport*, 25 mai 1994
- Doc. Ass. Nat., n° 1379, *Rapport*, 15 juin. 1994
- Doc. Ass. Nat., n° 1440, *Rapport*, 29 juin 1994 (Doc. Sénat, n° 558, *Rapport*, 29 juin 1994)
- Doc. Ass. Nat., n° 780, *Projet de loi*, 25 mars 1998
- Doc. Sénat, n° 478, *Avis*, 4 juin 1998
- Doc. Sénat, n° 450, *Rapport*, 27 mai 1998
- Doc. Sénat, n° 544, *Rapport*, 30 juin 1998
- Doc. Sénat, n° 473, *Avis*, 3 juin 1998
- Doc. Ass. Nat., n° 1022, *Rapport*, t.III, 24 juin 1998
- Doc. Ass. Nat., n° 1244, *projet de loi*, 2 déc. 1998
- Doc. Ass. Nat., n° 1600, *Projet de loi*, 14 mai 1999
- Doc. Ass. Nat., no 1638, *Rapport*, t. II, 27 mai 1999
- Doc. Ass. Nat., n°507, *Rapport*, 18 déc. 2002
- Doc. Ass. Nat., n° 572, *Rapport*, t.I, 29 janv. 2003
- Doc. Sénat, n° 217, *Rapport*, 19 mai 2003
- Doc. Ass. Nat., n° 882, *Rapport*, 27 mai 2003
- Doc. Ass. Nat., N° 1596, *Projet de loi*, 12 mai 2004
- Doc. Ass. Nat., n° 2095, *Rapport*, 25 fév. 2005
- Doc. Sénat, n° 335, *Rapport*, 11 mai 2005
- Doc. Sénat, n° 8, *Rapport*, 8 oct. 2008

- Doc. Sénat., n° 447, *Rapport*, Annexe au procès-verbal de la séance du 2 juin 2009
- *J. O.*, 24 janv. 1984, p. 397
- *J.O.*, 27 juill. 2005, p. 12187
- *J. O.*, 5 août 2003, p. 13454
- *J. O.*, *Lois et Décrets*, 19 déc. 2008, p. 19475
- *J. O.*, 20 oct. 2009, p. 17410
- *J. O.*, 28 juin 2013, p. 9

3 裁判例

【破毀院判決】

- Cass. civ., 17 août 1836, *S.*, 1836. 1. p. 632
- Cass. req., 29 mai 1838, *S.*, 1838. 1. p. 550
- Cass. req., 20 mars 1843, *S.*, 1843. 1. p. 459.
- Cass. civ., 22 déc. 1846, *DP*, 1847.1. p. 5
- Cass. civ., 10 janv. 1870, *S.*, 1870. 1. P. 157
- Cass. req., 18 mars 1901, *S.*, 1903. 1. p. 137
- Cass. req., 24 juin 1914, *DP*, 1916.1.p. 39
- Cass. req., 16 nov. 1938, *DH*, 1939, p. 37.
- Cass. req., 27 avr. 1942, *S.*, 1942. 1. p. 114.
- Cass. civ. 1^{er}, 4 juill. 1979, *D.*, 1979, inf. rap. 536
- Cass. com., 31 janv. 1967, *Bull. civ.* III, n° 54
- Cass. com., 12 mars 1969, *Bull. civ.* IV, n° 91.
- Cass. 1^{re} civ., 27 oct. 1969, *Bull. civ.*I, n° 313
- Cass. 1^{re} civ., 3 déc. 1974, *Bull. civ.*I, n° 322
- Décision n° 78-101 D.C. du 17 janv. 1979.
- Cass. com., 22 avr. 1980, *Bull. civ.*IV, n° 163.
- Cass. 1^{re} civ., 21 janv. 1981, *Bull. civ.*I, n° 25
- Cass. 1^{re} civ., 16 déc. 1981, *Bull. civ.*I, n° 388
- Cass. com., 16 févr. 1982, *Bull. civ.* IV, n° 61
- Cass. 1^{re} civ., 24 févr. 1982, *JCP G*, 1982. IV. 168.
- Cass. 1^{re} civ., 5 oct. 1982, *Gaz. Pal.* 1983, *pan. jur.* pp. 52-53
- Cass. com., 12 avr. 1983, *JCP N*, 1985.II. p.171
- Cass. 1^{re} civ., 19 mars 1985, *Bull. civ.*I, n° 98
- Cass. 1^{re} civ., 4 mars 1986, *Bull. civ.*I, n° 274.
- Cass. com., 19 mai 1987, *Bull. civ.* . I, n° 154
- Cass. 1^{re} civ., 25 mai 1987, *Bull. civ.*I, n° 163

- Cass. 1^{re} civ., 30 juin 1987, *Bull. civ. I*, n° 210
- Cass.com., 15 nov. 1988, *Bull. civ. IV*, n°303.
- Cass. civ. 1^{er}, 15 nov. 1989, *Bull. civ.I*, n° 348.
- Cass. com., 11 déc. 1990, *Juris-Data*, n° 703388.
- Cass. com., 7 avr. 1992, *Bull. civ. IV*, n° 149
- Cass. com., 16 mars 1993, *Bull. civ. IV*, n° 102.
- Cass.com., 8 juin 1993, *Bull. civ.IV*, n°226.
- Cass.civ., 25 mai 1993, *Bull. civ. IV*, n° 203
- Cass. com., 15 juin 1993, *JCP E*, 1993, pan., 1070, p. 339
- Cass. com., 9 nov. 1993, *Bull. civ. IV*, n° 384
- Cass. 1^{re} civ., 9 mai 1994, *Bull. civ. I*, n° 169
- Cass. com., 17 mai 1994, *Bull. civ.IV*, n° 176
- Cass 1^{re} civ., 8 juin 1994, *Bull. civ. I*, n° 206.
- Cass. 1^{re} civ., 27 juin 1995, *Bull. civ. I*, n° 287
- Cass. 1^{re} civ., 17 oct. 1995, *Bull. civ.I*, n° 366.
- Cass. com., 6 févr. 1996, *Bull. civ. IV*, n° 33
- Cass com., 2 avr. 1996, *JCP G*, 1997. I. 3991, n° 8
- Cass. com., 17 juin 1997, *Bull. civ.IV*, n° 188
- Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 1997, *Bull. civ. I*, n° 326.
- Cass. com., 11 mai 1999, *Bull. civ. IV*, n° 95
- Cass. com., 26 oct. 1999, *Bull. civ. IV*, n° 182.
- Cass. 1^{re} civ., 29 fév. 2000, *Bull. civ. I*, n° 70
- Cass. com., 4 oct. 2000, *Bull. civ. I*, n° 233.
- Cass. com., 6 fév. 2001, *Bull. civ.IV*, n° 29
- Cass. 1^{er} civ., 15 mai 2001, *RD bancaire et fin.*, juillet-août 2001, comm. 144.
- Cass. com., 20 févr. 2001, *Bull. civ. IV*, n° 40.
- Cass. 1^{re} civ., 12 fév. 2002, *Bull. civ. I*, n° 51
- Cass. com., 26 mars 2002, *Bull. civ. IV*, n° 57.
- Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2002, *Bull. civ. I*, n°127
- Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2002, *Bull. civ. I*, n°128
- Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2002, *Bull. civ. I*, n°129
- Cass. com., 8 oct. 2002, *Bull. civ.IV*, n° 136
- Cass. ch. Mixte, 21 févr. 2003, *Bull. ch. Mixte*, n° 2.
- Cass. ch. Mixte, 21 févr. 2003, *Bull. ch. Mixte*, n° 3.
- Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 2004, *Bull. civ.I*, n° 254.
- Cass. com., 22 mars 2005, *Bull. civ. IV*, n° 67

- Cass. com., 5 juill. 2005, *Bull. civ.* IV, n° 150.
- Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2005, *Bull. civ.*I, n° 324.
- Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2005, *Bull. civ.* I, n° 325
- Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2005, *Bull. civ.* I, n° 326.
- Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2005, *Bull. civ.*I, n° 327
- Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005, *Bull. ch. mixte*, n° 7.
- Cass. com., 3 mai 2006, *Bull. civ.* IV, n° 101
- Cass. com., 3 mai 2006, *Bull. civ.* IV, n° 102
- Cass. com., 3 mai 2006, *Bull. civ.* IV, n° 103
- Cass. com., 3 mai 2006, *D.*, 2006, n° 24, p. 1693, note Dimitri Houtcieff.
- Cass. com., 20 juin 2006, *Bull. civ.* IV, n° 145.
- Cass. com., 26 sept. 2006, N° de pourvoi : 05-16954
- Cass. ch. mixte, 22 sept. 2006, *Bull. ch. mixte*, n° 7
- Cass. com., 5 juin 2007, *RD bancaire et fin.*, juillet-août 2007, comm. 150, p. 19
- Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, *Bull. ch. mixte*, n° 7.
- Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, *Bull. ch. mixte*, n° 8.
- Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 2007, *Bull.civ.* I, n° 393
- Cass. 1^{re} civ., 18 sept. 2008, *Bull. civ.* I, n°203
- Cass., com., 10 mars 2009, n° 08-10721
- Cass. 1^{re} civ., 19 nov. 2009, N° de pourvoi :08-13601 ; *JCP E*, 2009, 2140
- Cass. 1^{re} civ., 19 nov. 2009, N° de pourvoi :07-21382 ; *JCP E*, 2009, 2140

【下級審判決】

- CA Aix-en-Provence, 31 mars 1978, *RTD com.*, 1978, p. 148
- CA Lyon, 21 juin 1995, *JCP G*, 1997.I. 3991, p. 23.
- CA Grenoble, 20 févr. 1996, *JCP G*, 1997.I.3991, p.22
- CA Paris, 30 janv. 1996, *Juris-Data*, n° 1996-020531.
- CA Paris, 17 mai 1996, *JCP G*, 1997.I. 3991, p. 23.CA Paris, 27 mai 1997, *Contrats conc. consom.*, mars 1998, comm. 47
- CA Paris, 26 nov. 2002, *Juris-Data* n° 2002 - 201072
- CA Paris, 25 avr.2003, *RD bancaire et fin.* septembre-octobre. 2003, somm. 188.
- CA Rennes, 19 déc. 2003, *JCP E* 2004, n° 36, p.1339.

以上

〔付記〕本稿は科研費（若手研究〔B〕課題番号：24730073）の助成を受けた成果の一部である。