

○論説：債権法改正における「保証」制度の改正について—日弁連「意見書」の検討¹

小出篤*

I. 債権法改正における保証制度の検討と日弁連の「意見書」

現在進行中の債権法改正作業においては、「保証」制度の見直しもその対象となっている。

法制審議会民法（債権関係）部会においては、保証に関する論点の総論として、以下のような問題提起がなされている。

「保証は、不動産等の物的担保の対象となる財産を持たない債務者が自己の信用を補う手段として、実務上重要な意義を有しているが、他方で、個人の保証人が必ずしも想定していなかった多額の保証債務の履行を求められ、生活の破綻に追い込まれるような事例が後を絶たないこともあって、例えば、自殺の大きな要因ともなっている連帯保証制度を廃止すべきであるなどの指摘もあるところである。

保証については、保証契約の内容を適正化し保証人の保護を図る観点から、平成16年の民法改正により一定の見直しが行われたところであるが、上記の問題意識を踏まえ、なお一層の保証人保護の拡充を求める意見がある。

* 学習院大学法学部教授。商法担当。

1 本稿は、平成24年11月10日の学習院大学法務研究所研究会における報告の概要である。研究会においては、参加者の方々から数々の有益なコメントを得た。深く感謝申し上げる。なお、この報告では、既発表の2つの拙稿（「中小企業金融における人的保証の機能」黒沼悦郎＝藤田友敬編『江頭憲治郎先生還暦記念 企業法の理論 下巻』487頁（商事法務、2007）〔以下、「人的保証の機能」と引用する〕、「経営者保証と「比例原則」金判1390号1頁（2012）〔以下、「比例原則」と引用する〕）をレビューした。したがって本稿は、これら既発表の拙稿を要約し、一部を敷衍したものにすぎないことを初めにお断りしておく。また、そうした本稿の性格上、引用する参考文献も最小限のものにとどまる。私見の詳細や参考文献については、これら既発表の拙稿を参照されたい。

このような状況を踏まえ、保証に関する規定の見直しに当たり、どのような点に留意して検討を進めるべきか。」（法制審議会民法（債権関係）部会資料8-2・37頁）

この問題提起にもあるとおり、保証についてはかねてより見直しの必要性が指摘されており、実際、平成16年の民法改正においてすでに一定程度の改正がなされたところである。すなわち、平成16年民法改正では、①民法446条2項3項が保証契約を要式契約化（書面によることを求める）することで、保証人の保証責任負担意思を明確化させ、また、②民法465条の2第2項が極度額の定めのない貸金等根保証契約（貸金等債務に関して個人が保証人となる根保証契約）を禁止するとともに民法465条の3が貸金等根保証契約について元本確定期日を最大5年と制限することで、個人である保証人が知らないうちに多額の保証責任を負わされることになることを防ごうとした²。

このように保証に関する立法的見直しの必要性が近年つとに指摘されてきている背後には、特に個人が保証人となる場合において、保証人に過酷な責任が課されているという問題意識と実態がある。

とりわけ中小企業が金融を受ける場合、その経営者（取締役やオーナーなど）が保証人となる（これを経営者保証という）ことは実務上ほぼ常に求められているといつてよい³。さらに、経営者以外に、その知人や親族が保証人となる（これを第三者保証という）ケースも、平成23年に金融庁が「主要行等向けの総合的な監督指針」、「中小・地域金融機関向けの総合的な監督指針」及び「金融検査マニュアル」を見直したことなどにより現在ではかなり減少しているとはいえ、かつてはそれなりに見られた慣行であった。こうしたケー

2 以下で示す保証の意義に関する私見から見た平成16年民法改正の簡単な評価については、「人的保証の機能」537頁以下参照。

3 なお、これはわが国に限ったことではない。たとえばアメリカでも、経営者保証が求められることは通常慣行である。『諸外国における保証法制及び実務運用についての調査研究業務報告書』（2012年3月）144頁〔小出篤・藤澤治奈執筆〕available at <http://www.moj.go.jp/content/000097107.pdf>参照。

スにおいては、たとえ中小企業であっても、その受ける融資は保証人個人の資産と対比すれば相当額になりうることから、個人である保証人が保証債務についての責任を追及されることがその生活を破壊する結果となるケースも現実としては少なくないといえる。

今回の債権法改正作業における保証の見直しも、こうした問題意識の流れの延長線上に位置づけられる。

こうした問題提起に対しては、早速関係各界からさまざまな意見が提出されている。そのうち、特に注目すべき提案を公表しているのが日本弁護士連合会（日弁連）である。日弁連は、平成24年1月20日、「保証制度の抜本的改正を求める意見書」（以下「意見書」という）を公表し、以下のような具体的な立法提案を行った。

「法務省に対し、民法（債権関係）の改正作業において、個人保証の禁止や新たな保証人保護規定を設けるなど、保証制度を抜本的に改正することを求める。具体的には、民法の保証に関する規定の中に、下記の条文を設けることを提案する。・・・」

「（個人保証の禁止）

第1条 次の各号に定める場合を除き、自然人は保証人となることができない。

- 一 主債務者が事業者である保証契約において、保証人が当該事業者の業務を執行しているものである場合
- 二 主債務者及び債権者が自然人であり、いずれも事業として又は事業のために契約の当事者となるものではない場合
- 三 賃借人が居住用建物を目的とする賃貸借契約に基づき負担する債務を主たる債務とする場合
- 四 自然人の保証人を付すことを許容することが相当であるとして特に法令が認めた場合

2 前項各号の場合において、裁判所は、主たる債務の性質、主たる債務が継続的取引から発生する債務であるか否か、保証契約の期間、保

証人の支払能力や属性、保証契約の締結時や締結後の経過その他一切の事情を考慮して、保証人の責任を減免することができる。

（契約締結時の説明義務、情報提供義務）

第2条 事業者である債権者は、保証人となるものが自然人である場合には、保証契約を締結するに際して、当該自然人に対して、以下の各号に掲げる事項を説明しなければならない。

一 保証人は、主たる債務者がその債務を履行しないときに、その履行をする責任を負うこと

二 主たる債務の目的、元本、利息及び遅延損害金の定め

三 主たる債務に条件や期限の定めがある場合は、その内容

四 当該保証契約に連帯保証の定めがある場合は、第〇条（催告の抗弁）、第〇条（検索の抗弁）、第〇条（催告、検索の抗弁の効果）及び第〇条（分別の利益）の適用がないこと

五 保証人が主たる債務者の委託を受けて保証する場合は、事業者である債権者が、保証契約を締結する時点で把握している主債務者の支払能力や信用状態に関する事情のうち、保証人にとって特に重要と認められる事項

六 他の法令に定められた事項

2 事業者である債権者が、前項の説明を怠った場合には、保証人は保証契約を取り消すことができる。

（契約締結後の情報提供義務）

第3条 事業者である債権者は、主たる債務の履行が遅滞した場合には、直ちにその旨を保証人に通知しなければならない。

2 前項の通知を怠った場合には、債権者は、保証人に対し、当該通知を遅滞した期間について遅延損害金を請求することができない。

3 第一項の通知を怠った場合には、債権者は、保証人に対し、期限の利益の喪失を主張することができない。

4 事業者である債権者は、保証人の請求があるときは、保証人に対して、主たる債務及び他の保証人の保証債務が履行された状況を通知しなければならない。

(比例原則)

第4条 債権者が事業者であり、保証契約締結時において、保証債務の内容が自然人である保証人の財産及び収入に対して著しく過大であった場合には、保証人が保証債務の履行を請求された時点でこれに足りる財産及び収入を有する場合でない限り、債権者は保証債務の履行を請求することができない。」

日弁連は、早くから保証人の保護の拡充の必要性を訴えてきており、この立法提案もそうした主張に沿ったものであるが、その内容はわが国の現行法制度と対比すると相当にチャレンジングなものといえる。過酷な保証債務を負うことになった保証人の窮状を現実に身近に見てきた弁護士が、このようなチャレンジングな立法提案を出さなければ現在の保証に伴う問題を解決できないと考えているという事実は、それ自体重く受け止める必要がある。保証人が過酷な責任に苦しみ、自ら命を絶つというような悲劇は、もちろん是正されなければならない。

しかし、日弁連の示すこれらの立法提案は、果たして本当に保証人の保護につながっているのだろうか。なるほど提案だけを見れば、これらは債権者に重い責任を課し、保証人の責任を制限するものであり、保証人は保護されるようにも見える。しかし、こうした制度を導入するにあたっては、取引に関与する各当事者の行動にそれらの制度がいかなる影響を与えるかという視点を忘れてはならない。すなわち、これらの制度が導入されれば債権者側はいかなる行動に出るか、それによって債務者、債務者および保証人がどのような状態に置かれることになるかを冷静に判断し、それが現状に比べて効率的（コストを削減する）な結果をもたらしているのか、ひいては債務者および保証人（以下に述べるとおり、特に中小企業金融においては債務者と保

証人とは法的な人格は異なっても実質的に同一体であるといえる）にとってメリットをもたらしているのかを検証する必要がある。

そして、私見では、特にわが国でもっとも保証が使われている中小企業金融における経営者保証の場面においては、これらの制度のうち、特に第1条2項に示された保証人の責任減免規定や第4条に示されたいわゆる「比例原則」を導入することは債権者・債務者・保証人を取り巻くコストを現状より高いものとする可能性が高く、それは最終的には債務者・保証人に転嫁されることとなり、彼らの本当の意味での保護にはつながらないのではないかと考えている。

II. 中小企業金融における人的保証の機能と効率性

そもそも、中小企業金融における人的保証にはいかなる機能があるのだろうか。この問題について、筆者はかつて、米国における理論的研究⁴などを参照しながら検討したことがある。以下は、その概要である⁵。

1. 人的保証の機能

人的保証には、①「保全」機能、②「シグナリング」機能、③「モニタリング」機能の3つの機能があると考えられる。

「保全」機能とは、債権者にとっての回収原資を拡大するという機能である。保証人をとることで、債権者は主債務者に加えて保証人からも債権を回収できるということであり、これは保証の直接的な機能といってよい。理論的には、「債務者」の信用リスクを「債務者+保証人」の信用リスクに転換し軽減させる（債務者のみが債務不履行に陥るリスクと、債務者と保証人との両方が債務不履行に陥るリスクとでは、後者の方が小さい）機能といえることができる。

「シグナリング」機能とは、保証人が保証をつけることで、主債務者の「質」

4 特に Avery W. Katz, An Economic Analysis of the Guaranty Contract, 66 U. Chi. L. Rev. 47 (1999) の枠組みを参照した。

5 本章は、拙稿「人的保証の機能」の一部を要約したものである。

に関する情報を債権者に与えることになるという機能である。主債務者が債務不履行になると、保証人が保証債務の履行をしなければならないから、保証人は主債務者が債務を履行できないような「質」の低い債務者であることがわかっているならば、保証人になることはないはずである。すなわち、保証人が保証していることは、保証人は主債務者の「質」が高いと考えていることを示しているものといえる。これは、理論的には金融取引における「事前情報の非対称性」（借り手の質が貸し手にはわからないという問題）への対処としての機能ということになる⁶。

「モニタリング」機能とは、保証人が保証をつけることで、保証人が主債務者の融資期間中の行動をモニターすることが期待できるという機能である。主債務者が債務不履行になると、保証人が保証債務の履行をしなければならないから、保証人には、主債務者が機会主義的行動（いわゆるモラルハザード）⁷を行って債務不履行に陥らないように監視するインセンティブが存在する。これは、理論的には金融取引における「期中（事後）情報の非対称性」（融資を受けた後に借り手が行う行動を貸し手が観察できないという問題）への対応としての機能ということになる。

2. 人的保証の効率性

では、これらの機能は、特に中小企業金融における人的保証において、どのような重要性を有するのであろうか。以下では、「効率性」の観点、すなわち融資に伴い当事者（債権者・債務者）に発生するコストが、人的保証をつけることでどのように削減されるか、という観点から見ていく。

6 事前情報の非対称性を緩和する仕組みの重要性について、「人的保証の機能」495頁参照

7 具体的には、①サボタージュ、②過小投資（行うべき投資をしない）、③過大投資（資産代替）（行うべきではないハイリスクな投資を行ってしまう）、④倒産申立て時期の遅延（債権者にとって望ましい時期に倒産を申し立てない）、⑤過剰な社外流出（株主への剰余金分配や、役員・従業員への給与・福利厚生などにより、債権者を害すること）、⑥経営者の「逃亡」などの行為が考えられる。詳細について、「人的保証の機能」496頁以下。

(1) 融資に伴う貸し手のコスト

貸し手が融資を行うにあたっては、①資金調達コスト、②取引コスト、③デフォルト時のコストの3つのコストがかかる。

資金調達コストとは、金利コスト(資金を調達してくるための時間的価値)と流動性コスト(貸し手の資産を現金化するための取引コスト)とからなる。

取引コストとは、融資に伴う事務コスト、借り手の信用力を審査するコスト、借り手を融資期間中監視するモニタリングコストといった要素を含む。特に、後二者は、それぞれ事前情報の非対称性によるコスト、期中情報の非対称性によるコストと言い換えることができ、すなわち借り手と貸し手との情報の非対称性の大きさに比例して大きくなるコストといえることができる。

デフォルト時のコストとは、主債務者が債務不履行に陥った場合にかかるコストである。具体的には、回収不能額に加えて回収に伴う事務コストということになるが、これらのコストは実際に債務不履行が起きなければ発生することはないコストなので、結局は、このデフォルト発生時のコスト(c)にデフォルトの確率(p)をかけあわせることによって求められる(すなわち $c \times p$ という数式となる)ことになる。

このうち、デフォルトの確率であるpは、借り手と貸し手との情報の非対称性の大きさに比例して大きくなるといえる。なぜなら、もし事前情報の非対称性が大きければ、貸し手の与信判断の正確性はそれだけ小さいものとなり、その結果、借り手がデフォルトするような低い質である確率は大きくなる。さらに、もし期中情報の非対称性が大きければ、貸し手は借り手の期中の行動を適切にモニタリングできず、その結果やはり借り手がデフォルトするような機会主義的行動を行う確率は大きくなる。

他方、デフォルト発生時のコストであるcについても、借り手と貸し手との情報の非対称性の大きさに比例して大きくなる。借り手が貸し手についての情報をよく把握していない場合、借り手の資産隠しなどの余地も大きくなるため、回収不能額が増えることになり、また、借り手の資産探索のための事務コストも大きくなるであろう。他方、借り手の回収原資(すなわち資産状況)とcは反比例する。借り手の財産が多ければ多いほど、デフォルト発

生時の回収不能額は小さくなるからである。

(2) 中小企業金融における貸し手のコストの特徴

中小企業金融においては、以上の融資に伴うコストのうち、取引コストとデフォルト時のコストが特に大きく、この削減が重要な課題となるということが出来る（反面、貸し手は主に銀行等の金融機関であることから、その金融仲介機関としての性格上、資金調達コストは元々それほど大きくないことが多い）。その理由は以下のとおりである。

(i) 取引コスト

まず、中小企業金融においては借り手と貸し手との情報の非対称性が大きい。すなわち、中小企業は事業規模・社会的影響力が小さく、その情報が報道されるなど社会に出回ることとはほとんどない。また、銀行貸し出しに資金調達の多くを依存する中小企業は、金融商品取引法上の開示規制の適用対象外である上、本来は適用対象である会社法上の開示についてもほとんど守られていない実態があり、法的なディスクロージャー規制による情報開示も行われていないケースが多く、仮に行われていてもその情報の信憑性は乏しい。中小企業には新興企業など銀行等との取引歴が浅い企業も多く、そういった企業にはクレジットヒストリーも蓄積されていない。このように、借り手と貸し手との情報の非対称性が大きい会社では、(1) で見たように、とりわけ取引コストが大きくなる。

それに加えて、中小企業においては、経営者と債権者とのエージェンシー問題が大きくなり、したがって、債権者にとって経営者の行動をモニタリングするための取引コストが大きなものとなりがちである。会社法が理念型として想定する大規模公開会社とは異なり、中小企業では所有と経営が分離しておらず、経営者は株主と実質的に同一であるなど、株主の意向に沿った行動をしがちである。すなわち、会社の財産を取り合う関係にある株主と債権者との関係において、会社の経営に大きな権限を有する経営者は株主側につきがちであって、そのぶん債権者を害するいわゆる機会主義的行動をとりが

ちとなる（大規模公開会社であれば、経営者はたとえば債権者と同様、会社が倒産して自らの地位を失われることを嫌うなど、株主よりも債権者と類似した利害関係を有する）。しかも、大規模公開会社であれば、市場による規律や会社法による厳しい規制などによって、経営者の機会主義的行動の余地は大きくないが、中小企業金融ではこうした代替的なメカニズムに債権者が依拠することもできず、債権者は自ら経営者のモニタリングを行わなければならない。特に、大規模公開会社以上に、経営者の人的資本が重要な意味を持つ中小企業においては、経営者の行動はその企業の行動に極めて大きな意味を有する。

そして、中小企業金融においては一件あたりの貸出額が比較的小さく、貸出額に正比例しない性格を持つ取引コストは相対的に大きな問題となりうる（たとえば、1億円を貸し出す場合、1億円の融資を1本行うよりも、1000万円の融資を10本行う方が、取引コストの総額は大きい）。

（ii）デフォルト時のコスト

（i）で見たとおり融資に伴う情報の非対称性が大きい中小企業においては、それだけデフォルト時のコストが大きな問題となる（（1）参照）。

（3）人的保証のコスト削減効果

では、こうした中小企業金融におけるコスト構造において、人的保証はいかなるコスト削減効果を持つのか。

まず、中小企業金融のコスト構造の中でとりわけ大きなコスト要因となりうる取引コストについては、人的保証をつけることで、そのモニタリング機能およびシグナリング機能から、これを削減することが可能となる。この場合のコスト削減効果は、保証人と借り手との情報の非対称性が小さいほど大きくなる。

次に、デフォルト時のコストについては、人的保証をつけることで、まずはそのモニタリング機能およびシグナリング機能によってこれが削減される。この場合のコスト削減効果は、同様に保証人と借り手との情報の非対称

性が小さいほど大きくなる。加えて、デフォルト時のコストについては、回収不能額を減少させるという保証の保全機能によっても債権者にとってはその削減が認められる（もっとも、この場合のコスト削減というのは、取引全体を見れば、単にコストを保証人に転嫁しているだけということもできる）。このコスト削減効果は、保証人の信用状態の良さ（保証人からの回収原資の大きさ）に比例する。

中小企業金融においてこれらの人的保証のコスト削減効果を当てはめると、次のことが言える。まず、経営者保証についていえば、保証人である経営者と借り手（会社）との情報の非対称性は相当に小さく、したがって、そのぶん中小企業金融において特に問題となるシグナリング機能・モニタリング機能によるコスト削減効果が大きい。すなわち、経営者保証の主目的はこうした機能によるコスト削減であるといえる。一方で、経営者と借り手（会社）とが実質的に同一であることを考えると、経営者を保証人にとっても実際には回収原資が拡大することは見込めず、保全機能による（債権者にとっての）コスト削減効果は比較的小さいものといえる。

一方で、第三者保証については、保証人である第三者と借り手（会社）との情報の非対称性はそれほど小さいものとはいえず、したがって、シグナリング機能、モニタリング機能によるコスト削減効果は比較的小さいケースが多そうである⁸。他方で、この場合、保証人の財産状態と借り手の財産状態とは連動しないことが多いため、ここではむしろ保全機能による（債権者にとっての）コスト削減効果が主目的であるといえることができる。

(4) 小括

以上をまとめると、中小企業金融においては、経営者保証についてはシグナリング・モニタリング機能が目的であり、それは中小企業金融のコスト構造から考えて効率的であるケースが多い。簡単に言えば、債権者が自分だけで審査・監視をするより、それをより会社に近く、情報を有している経営者

8 もちろん、常にそうとは限らない。第三者保証の効率性について検討するものとして、森田果『金融取引における情報と法』165頁以下（商事法務、2009年）参照。

に分業させた方が効率的である、ということである⁹。他方で、第三者保証については保全機能が目的であるということになるが、中小企業金融の全体のコスト構造から考えると、その効果はそれほど重要なものとはいえないことになる。

Ⅲ. 日弁連「意見書」の評価

以上の検討を踏まえ、冒頭で紹介した日弁連「意見書」の立法提案について、それが中小企業金融における人的保証の機能と照らして妥当なものと言えるかどうか、考えてみたい。

(1) 個人保証の原則禁止について（「意見書」第1条）

「意見書」1条は、個人保証を原則禁止している。経営者保証以外についても、個人保証が効率的である（取引のコストを削減する）ケースは少なくないと考えられ、当事者がより効率的な取引を望むにもかかわらずこれを一律に禁止する立法論には疑問はなくはないが、本稿ではこの点については考察の対象外とし、経営者保証に絞って検討する。

経営者が会社の債務について保証人となることが、特に中小企業金融における大きなコストを効果的に削減している（すなわち効率的である）ことについては、Ⅱで見たとおりである。このことについては、「意見書」も認識しており、1条1項一号は、主債務者が事業者である保証契約において、保証人が当該事業者の業務を執行しているものである場合について、個人保証の原則禁止の例外としている。この点は妥当であると考える。

もし経営者保証まで禁止すれば、債権者たる金融機関と債務者である企業との事前・事後の情報の非対称性の問題は緩和されることはない。すなわち、金融機関は自らコストをかけて、債務者に関する情報を収集し、監視し続けなければならないことになる。

プロである金融機関がそういうことをするのは当然であるという意見もあ

9 本当は、保証をつけることによるコスト増大要因についても検討する必要がある。この点については、「人的保証の機能」513頁以下。

ろうが、問題はそのコストを誰が負担することになるかという点である。これは、結局は契約当事者たる金融機関と債務者との間で分担して負担せざるを得ない。どのような負担割合になるかは、当事者間の交渉力に依存するであろうが、多くの場合、貸出金利に反映されるなどの形で、債務者がその多くを負担せざるを得ないことになろう。もちろん、銀行規制などによって、貸出金利にこれらのコストを反映させることを制限するということは考えられるが、仮にかかる規制を加えれば、今度は金融機関側は、情報の非対称性がありすぎるように大きく、それに伴うコストが負担できないような会社については、融資を断るということになりかねない。

すると、結局は、経営者保証をつけて、融資における情報の非対称性に起因するコストを削減することは、債務者である企業、およびその実質同一体である経営者にとっても、大きなメリットがあることになる。これを禁止することは、債務者・経営者をより窮地に追い詰めることを認識する必要がある。

一方で、第三者保証については、この立法提案によって原則禁止されることになる。一概にこれを禁止してよいかについては、第三者保証においても融資取引のコストを削減する場合がありますことを考えると問題はないではないが、経営者保証を禁止するのに比べれば比較的には弊害は少ないように思われる。

「意見書」は、経営者保証については原則禁止の例外としつつも、たとえば経営者の資産を身ぐるみ剥いでその生活を破壊するようなことがあってよいのか、それが再チャレンジを阻害しないか、との問題提起をする。この点は確かに大きな問題であるが、これらは経営者保証を禁止するのではなく、むしろ個人破産制度の改革（自由財産の拡大など）や公的金融制度の整備などによって解決されるべき問題である。

なお、「意見書」1条2項が、保証人の支払能力や属性など、種々の事情に基づき裁判所が事後的に保証人の責任の減免をすることを認めている点には疑問がないではない。裁判所にも能力の限界があり、免責事由の判断において誤謬が生ずるおそれは否定できないという問題に加え、事後的に保証人の

責任が減免される可能性を認めることは、保証人にそうした可能性に賭けた機会主義的行動を起こすインセンティブを与えかねないのである。さらに、保証人の支払能力や属性によってその責任が減免されるとすると、債権者は保証人の支払能力や属性について、融資前も融資後も自らモニタリングし続けなければならないことになるが、このことにも問題がある。(3)で検討する比例原則にも類似の問題があるので、そこで検討する。

(2) 説明義務・情報提供義務の強化について（「意見書」第2条、第3条）

「意見書」2条は債権者による保証人に対する契約締結時の説明義務・情報提供義務を定め、同3条は、同様に債権者による保証人に対する契約締結後の情報提供義務について定める。

これらの立法提案は、私見の問題意識から見ても、妥当なものと考えられる。経営者保証の目的が、そのシグナリング機能およびモニタリング機能にあるとすると、保証人たる経営者が自らのつけている保証の内容について適切に理解していなければ、これらの機能は実現されることはない。すなわち、もし保証の内容を理解していないのであれば、保証人は、経営者の質について確信が持てていなくても保証をつけてしまうかもしれず、これではシグナリング機能は果たされ得ない。また、保証の内容を理解していなければ、主債務者が債務不履行に陥った場合の自らの責任についても適切に理解していないことを意味し、このような保証人には、主債務者に対する適切な監視のインセンティブも働かない。

したがって、保証人に対して適切な説明・情報提供をすることを義務づけることは、保証の真の目的に照らしても基本的には必要なことであると考えられる。

(3) 「比例原則」について（「意見書」第4条）

「意見書」の中でもっとも特徴的な立法提案は、いわゆる「比例原則」について定めた第4条であろう。これらは、フランス消費法典L313-10条、

L341-4条の規定を参考にした提言であるとされる¹⁰。

「意見書」は、このいわゆる「比例原則」についてはいわゆる経営者保証においても適用されるべきとする（「意見書」7頁）。しかし、特に経営者保証について上記に見てきた機能的観点からは、この提案には疑問がある¹¹。

第一に、本条に言う「著しく過大」な保証とは何かが不明確であることから、この制度の下では法的紛争のコストが相当に大きなものとなる可能性が高い。すなわち、多くの保証人は、保証債務の履行を求められたときには、比例原則の適用を求めて本条を援用することを考えるであろう。こうした法的紛争は、それ自体大きなコストとなる。

さらに、「著しく過大」という判断は、最終的には取引当事者ではない裁判所がこれを行うことになるが、そこには誤謬のおそれが常につきまとう。このことも、取引にとってはリスクとなりうる（債権者は、裁判所がこうした誤謬を犯すことを織り込んでコスト計算をする必要がある）。

第二に、より大きな問題として、この比例原則がひとたび適用されると、上記で見た経営者保証の効率性が失われるということが指摘できる。

まず、経営者保証のシグナリング機能について考えよう。仮にある経営者Aが、自らの経営する甲社が遠からず債務不履行に陥るようなものであるとわかっているとしよう。この場合、Aは通常であれば甲社の負担する債務について保証人となることはないはずである。なぜなら、甲社が債務不履行に陥れば、A自身が保証債務を負担させられる結果になるからである。したがって、債権者からすれば、逆にたとえば自らの経営する乙社に対してその経営者であるBが保証をつけている場合は、少なくともBはその有している情報からは、乙社は債務不履行に陥ることはないと考えているということがわかることになる。これが保証のシグナリング機能であった。

10 フランスにおける「比例原則」については、大澤慎太郎「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3号25頁、4号47頁（2009）、『諸外国における保証法制及び実務運用についての調査研究業務報告書』（2012年3月）64頁〔野澤正充執筆〕 *available at* <http://www.moj.go.jp/content/000097107.pdf>、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」（2012年5月） *available at* <http://www.moj.go.jp/content/000097381.pdf>などを参照

11 以下は、拙稿「比例原則」を敷衍したものである。

しかしながら、比例原則が導入されると、比例原則が適用される経営者、すなわち、保証債務が「著しく過大」である経営者は、保証債務を追及されることがなくなる。すると、上記の例において、経営者Aは、甲社の負担する債務が自らの資産状況と比して「著しく過大」であるとわかっていれば、比例原則によって保証債務を追及されないのだから、甲社が債務不履行に陥る可能性の高いような企業であっても、安心して保証をつけることができることになる。すなわち、比例原則が適用されることがわかっている保証人は、主債務者がいい企業であっても悪い企業であっても安易に保証がつけられるのである。そうすると、債権者は、ある経営者が保証人となったとしても、それが、その経営者が主債務者である企業は債務不履行に陥ることはないと考えているからなのか、それとも比例原則の結果として自らが保証債務を追及される可能性がないからなのか、区別がつかないことになる（上記の例における甲社と乙社との区別がつかないことになる）。これは結局、保証のシグナリング機能が機能しなくなることを意味する。

次に、経営者保証のモニタリング機能について考えよう。上記の甲社およびAの例において、Aは保証人となった時点でその保証が「著しく過大」であれば、その後甲社についてどのような経営をしても保証債務を請求されることはなくなる。すなわち、融資を受けた甲社に対するモニタリングのインセンティブは失われることになる¹²。

結局、比例原則が適用されると、経営者が保証をつけているというだけでは、債権者はもはや債務者の質についての情報を得ることも、経営者による会社へのモニタリングを信頼することもできないことになる。すると債権者は、一つは自らコストをかけて債務者の質についての情報を得たりあるいは債務者へのモニタリングをしたりすることが必要となるが、これは結局、経営者保証によって期待できるはずのコスト削減効果を放棄することを意味する。

12 ただし、比例原則が適用されても、保証人は保証債務の請求を履行された時点でこれに足りる財産を有している場合は、保証債務を負うことになっているから、会社から保証人である経営者への単純な利益移転（横領など）のような類型の機会主義的行動に関しては抑止効果は依然としてある程度働く。

もちろん、債権者には、保証人の質、すなわち当該保証に比例原則が適用されるか否かについて調査をした上で経営者保証をとるという選択肢もある。比例原則が適用されないのであれば、依然として経営者保証によるコスト削減効果は期待できるからである。しかし、ある保証が「著しく過大」か否かについては、それ自体、債権者と保証人との間に情報の非対称性が存在する。すなわち、債権者はコストをかけて保証人の保証契約締結時点での資産を探索しなければならないことになる。現在の実務では、経営者保証を取るとき、債権者は保証人の資産についてはほとんど探索を行っていなかった。なぜなら、経営者保証においては、保証人の財産から実際に回収を行うことが主目的なのではなく、シグナリングおよびモニタリング機能が主目的であって、そのためには経営者の資産の有無を問わずに保証人とする意味があったからである。したがって、比例原則の下で、債権者が保証人の保証が「著しく過大」であるか否かを探索することを余儀なくされるということは、それ自体コストの増大要因となる。そして、債権者の探索の結果として、仮に保証人の負う保証債務が「著しく過大」であると認められた場合（中小企業とその経営者の資産状況を鑑みると、多くの場合このような認定がされるのではないか）は、結局は上記に記したとおり、債権者自身がコストをかけて債務者の質についての情報を得たり債務者へのモニタリングをしたりすることが必要となる。

これらの比例原則導入に伴う追加コストは、究極的には、金利に反映されることになりうる。こうした金利を負担できない債務者は、融資を受けることを断念せざるを得ないことになる。

こうした見解に対しては、そもそも債権者が「著しく過大」ではない程度の保証を求めればよいのではないかという反論が考えられる。しかし、このように事前に保証人の責任の上限を定めると、債務者の債務が保証人の責任負担分を上回っている部分については、やはり保証人のシグナリング・モニタリングの機能は働かないことになる。そうした部分については、債権者はやはりコストをかけて審査・監視を行わなければならなくなり、そのコストが債務者の負担に帰することになる。あるいは、債務者は、保証人の負担で

きる範囲でしか融資を得られないという結果になるかもしれない。

すなわち、比例原則の導入は、その本来の目的であった保証人（およびその経営する企業）にとって必ずしも望ましい結果を生まない可能性が高いということである。ある制度を導入することは、それによって影響を受けるあらゆる当事者の行動に影響を及ぼす。保証人を保護するための制度が導入されれば、当然に債権者もその制度に対応した行動をとることになる。その結果、本来の目的である保証人保護が本当に実現されるのか、理論的に検証していく必要があるように思われる。

*なお、校正中に、法制審議会が債権法改正中間試案において個人保証については経営者保証を例外として原則禁止し、経営者保証については裁判所が経営者の支払い能力などを考慮して保証債務を減免できる救済制度の新設などを検討しているとの報道に接した（毎日新聞2013年2月18日）。これが事実であれば、本稿で検討した日弁連の「意見書」の趣旨が試案において取り入れられることになる。