

新しい保証法の位置付けと課題

——金融機関の注意義務と新ガイドラインを中心に——

辻 博 明

- 一 はじめに——問題設定
- 二 改正保証法の概要——金融機関の注意義務を中心に
 - (1) 法レベルの改正内容
 - (2) 新ガイドラインのポイント
- 三 保証法改正の狙いと背景事情
 - (1) 保証法改正の出発点
 - (2) 担保制度の位置付けの変化
 - (3) 会社財産の管理・ストック形態——中小零細企業の場合
- 四 新ガイドライン導入の意味——義務違反解釈への波及効果
- 五 むすび——問題点の整理

一 はじめに——問題設定

わが国の経済は、急速に復興を遂げた。戦後は造船などを足掛かりとし、その後は繊維産業、さらに自動車・家電製品、最近では液晶などの電子装置の製造業が展開されている。それらの成功からすぐに思い付くのは大企業の存在である。しかし、その陰で支えとなってきたのは中小企業・零細企業である。というのは、大企業は、製品の企画・設計と組立てが中心であり、製品の精度を左右する何千・何万という部品の多くは、系列の中小企業や名もない町工場が製造しているからである。安くて精度の高い部品をジャスト・イン・タイムで供給してくれる下請の確保は、多くの大企業にとって極めて重要であつたといえる。

ところで、企業は、その規模の大小にかかわらず、運転資金を必要とする。ところが、大企業と中小零細企業との間には、運転資金の確保条件において大きな隔たりがある。大企業の場合には、メインバンクから有利な条件で融資を受けることができる。そこでは、個人保証などは問題とならない。これに対して、中小零細企業の置かれている状況は厳しい。中小零細企業が金融機関から融資を受けようとするならば、取引関係のある金融機関に頼み込むことになる。そこで問題となるのは、大企業の場合には見られない融資条件である。金融機関は、会社の土地・建物への担保設定だけでなく、経営者の「個人」保証（「代表者保証」）まで求めるのが通常である。これは、融資の現場では取引慣行となっている。経営者は、融資を受けたのであれば、代表者保証を拒むことはできない。しかし、もし会社の経営が破綻することになれば、個人保証した経営者は、会社財産だけでなく私財まで失つことになり、再起が極めて難しくなる。

わが国における保証責任の苛酷さは、周知の事実である。判例・学説による責任制限の積み重ねはあるが、立法上は長年放置されてきたといえる。しかし、その保証法の問題点がにわかに注目され、今回改正されるに至つた（平成一六年法）。そこには、なにか一つの重要な動きがあつたように思われる。そこで以下では、次の視点（問題設定）から、新しい保証制度の位置付けを試み、さらに今後の課題を検討してみることとする。

「問題設定」¹⁾

保証法が改正されたが、その内容はどのようになっているのであるか。保証法の改正内容およびそれに対する専門家の議論などを中心に概観することにする（後述二改正保証法の概要（①法レベルの改正内容））。今回の改正においては、法改正に加えてガイドラインの導入がなされている。そこで、その内容も概観することにする（後述二②新ガイドラインのポイント）。その際、融資責任に重要な影響を与える金融機関の注意義務の視点から、整理することにする。

わが国における保証責任の苛酷さに問題があることは、従来から専門家によって主張されてきた。保証人に行き過ぎた責任がかかることは、周知の事実である。にもかかわらず、一部の専門家を除いて、保証責任の苛酷さとその問題点について正面から議論されることは少なかった。さらに一歩踏み込んで、個人保証制度の見直しを取り上げ、代表者保証などについて具体的な保護策を立法化する動きは見られなかった。しかも、貸手である金融機関は、今も依然として保証の担保価値に対して高い期待を抱いており、代表者保証制度の見直しに積極的であるとは思えない。そのような状況にあつて、なぜ今保証制度の見直し問題が浮上したのであるか（後述三保証法改正の狙いと背景事情（①保証法改正の出发点））。わが国における金融制度および担保制度を取りまく背景事情に、なにか変化があるのであるか。もしあるとするならば、従来の保証と比較して、その期待される機能においてどのような違いがあるのであるか。極めて興味深いところである（後述三②担保制度の位置付けの変化）。

なぜ金融機関は、中小企業に融資する場合、代表者保証を求めてきたのであろうか。規模は小さくても、融資を受ける会社の多くは株式会社である。それらは独立の法人格をもつ組織であり、有限責任を負うにすぎないはずである。なぜ経営者は代表者保証を迫られ、会社の破綻等の場合には無限責任を負わされるのであろうか。この取引慣行の根底にあるのは、法的構成を超える事情があるのかもしれない。そこで、中小零細企業の「財務管理」の視点からも検討を試みることにする（後述三③会社財産の管理・ストック形態——中小零細企業の場合）。

改正保証法に規定されなかったが、新ガイドラインには盛り込まれた規律がある。なぜ民法に規定されずに、ガイドラインに導入する方式をとったのであろうか。次に、もし金融機関がガイドラインに違反した場合、なんらかの法的効果が出てくるのであろうか。あるいは、法的効果になんらかの影響を与えることになるのであろうか。もし影響があるとするならば、ガイドラインの存在は法レベルにおいても無視できないことになる（後述四新ガイドライン導入の意味——義務違反解釈への波及効果）。

そこで最後に、以上の考察（一）（二）の内容を整理し、金融機関の注意義務と新ガイドラインの視点から、新しい保証法の位置付けとその課題を検討することにする（後述五むすび——問題点の整理）。

（一）（改正保証法・金融機関の注意義務） 浅井弘章・個人情報保護法と金融実務（平一六）、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」銀法21六二三号四頁（平一五）六三四号三三頁（平一六）、内田貴「担保法のパラダイム」法教二六六号七頁（平一四）、北川展子「新しい中小企業金融の法務に関する研究会」報告書の概要、金法一六九〇号一頁（平一五）、木下信行ほか「新しい中小企業金融の法務——金融庁研究会報告を契機に」（座談会）金法一六九〇号一九頁（平一五）、久保淳一「包括根保証人の責任」金法一五六五号四四頁（平一一）、経営法友会法務マニュアル作成委員会編・新債権管理マニュアル（増補第四版・別冊NBL九五号）（平一六）、河野玄逸「融資取引・保証取引に際しての説明義務——態勢整備にあたっての留意点」金法一六九〇号四二頁（平一五）、佐伯一郎ほ

か「個人保証制度の見直しに関する諸問題」（特別座談会）銀法21六三三三号四頁（平一六）、澤重信「最近の根保証をめぐる議論について」銀法21六二八号一四頁（平一六）、須藤英章「財務再構築と中小企業金融法務の課題」銀法21六二二号一頁（平一五）、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」名城五二巻四号三五頁（平一五）、筒井健夫「保証制度の見直しに関する民法の一部改正」（特集 平成一六民法改正）ジュリー二八三号八〇頁（平一七）、椿寿夫編著・法人保証の現状と課題（別冊NBL六一号）（平一二）、東京弁護士会弁護士研修センター運営委員会編・不動産の証券化（平一四）、匿名「禁じ手」（中小企業金融の現場報告）銀法21六二六号二三頁（平一五）、匿名「晴れた日の傘」（中小企業金融の現場報告）銀法21六三三三号七七頁（平一六）、（匿名）、南波洋「法人の代表者から徴収した個人保証の退任後の履行請求」（判研）金法一六九五号一〇頁（平一六）、西田章「中小企業金融の機能強化に関する意識調査結果の概要——動産・債権の担保的活用に向けた公示制度の整備を中心として」金法一六九〇号四八頁（平一五）、能登真規子「フランス倒産法における保証人の法的地位（一）（二）（三）」彦根論叢三五二号二三九頁（平一六）、三三二号八一頁（平一七）、三三三号二二二頁（平一七）、野村豊弘「包括根保証（民法ワークシヨップ）」私法六七号九二頁（平一七）、野村豊弘ほか「座談会・保証制度の改正」（特集 平成一六民法改正）ジュリー二八三号五二頁（平一七）、法務省民事局参事官室「保証制度の見直しに関する要綱中間試案補足説明」金法二七一〇号三八頁（平一六）、平野裕之・保証人保護の判例総合解説（平一六）（平野）と引用、同「保証規定の改正について」（特集 平成一六民法改正）法教一九四号一六頁（平一七）（平野）、編集部「法制審議会保証制度部会の審議始まる」金法一七〇四号八頁（平一六）（編集部）と引用、同「法制審議会保証制度部会の審議状況」金法一七〇六号六四頁（平一六）（編集部）、同「法制審議会保証制度の見直しに関する要綱中間試案」を取りまとめ、金法一七〇八号一六頁（平一六）（編集部）、同「法制審議会保証制度の見直しに関する要綱」を答申、金法一七一九号一三頁（平一六）（編集部）、同「保証制度の見直しに関する要綱」について、NBL七九三三六〇頁（平一六）（編集部）、曲淵敏弘「リレーシヨップバンクの機能強化に向けて——アクションプログラム関連事務ガイドラインの改正」金法一六八五号三二頁（平一五）、三木義一ほか「実務家のための税務相談」民法編（平一五）、宮沢俊昭「民法と行政法の相互補充の可能性——環境法における議論を起点として」私法六七号一二二頁（平一七）、幸村俊哉「中小企業経営者

のための民事再生講座(平一六)、吉田徹「保証制度の適正化のために」(金法一七〇号一頁(平一六)(吉田)と引用)、吉田徹ほか「保証制度の見直しに関する要綱中間試案」に対する各界意見の紹介(金法一七二四号七八頁(平一六)(吉田)、吉田徹)民法一部改正の経緯と概要(池田真朗編・新しい民法——現代語化の経緯と解説(平一七)(吉田)。(金融庁資料) 事務ガイドライン(第一分冊:預金取扱い金融機関関係)の一部改正について(<http://www.fsa.go.jp/news/newsj/15/ginkou/f-20030729-3.html>)(ガイドライン)と引用)、中小・地域金融機関向けの総合的な監督指針(<http://www.fsa.go.jp/guide/guidej/handbook/chusho.pdf>)(ガイドライン)。

(保証の機能:従来の研究) 石井眞「銀行の担保保存義務免除の特約」ジュリ四七二号一四頁(昭四六)(石井)と引用)、同「銀行保証約款における担保保存義務免除の特約」手研一九六号二頁(昭四八)(石井)、片岡宏一郎「包括根保証人が同時に根抵当権を設定した場合の保証責任」金法一四四三号二頁(平八)、佐久間弘道「根抵当権設定契約と同時に契約された包括根保証の限度額および根抵当権との累積性」銀法二一五二二号二八頁(平七)、澤重信「覚えておきたい融資の基本 18・保証(一)」銀法二一五二二号三四頁(平七)、島谷六郎「金融法務解説・保証雑考」金法二二六号三四頁(昭三四)、高山満「物上保証人に連帯保証人を兼ねさせることの法律実益」金法一一四七号六頁(昭六二)、匿名「物的担保と人的担保の併用——併用及び併用しない場合の効果の差異、並びに合理的な担保の徵求方法について」金法二〇六号三七頁(昭三四)、中井美男ほか「担保・保証の法律入門(昭五三)、森井英夫「担保法入門・人的担保と物的担保」手研四七八号三四頁(平五)、毎日新聞一九九六年五月二二日(朝刊)「銀行は深く反省する時だ」。

(記事) 二〇〇三年五月一六日付朝日新聞(夕刊)「中小企業の個人保証」(以下記事)と引用)、二〇〇三年九月一日付朝日新聞(朝刊)「個人保証、軽減へ新法 中小企業の倒産時」(記事)、二〇〇三年二月一四日付朝日新聞(日曜版)「日本経済再生に至る道」(記事)、二〇〇四年三月七日付朝日新聞(日曜版)「対中小企業個人保証・責任、五年程度に」(記事)、二〇〇四年一月一七日付朝日新聞(夕刊)「債務返済はいつまで続くか」(記事)、二〇〇四年一月二四日付朝日新聞(朝刊)「会社法・自由とともに規律も」(記事)、二〇〇五年二月一三日付朝日新聞(日曜版)「ペイオフ解禁への課題」(記事)、二〇〇五年五月二四日付朝日新聞(朝刊)「中小企業庁・信用保証制度見直し、企業再生促す債権放棄も容認」(記事)、二〇〇五年六月一八日付朝日新聞(朝刊)「中小企業会計、統一へ・新会社法」。

計参与「導入に対応」(記事)、二〇〇五年七月九日付朝日新聞(Be on Saturday)「不良債権処理から中小企業向け融資へ」(記事)。

二 改正保証法の概要——金融機関の注意義務を中心に

(1) 法レベルの改正内容

保証法が改正されたが、その内容はどのようになっているのであろうか。保証法の改正内容およびそれに対する専門家の議論などを中心に概観することにする。²⁾

まず、「保証契約は、書面でしなければならない」と規定された(第四四六条第二項・第三項(電子書面))。従来わが国においては、保証は担保手段として多用されてきた。しかし、詳しい説明を受けることもなく頼まれるままに保証人となるが多かった。しかもこれまでは、保証契約の成立には書面が必要とされなかった。そのため、主債務者が支払不能となった段階で深刻な紛争となることが少なくなかった。というのは、保証意思の有無・保証金額・責任期間・利率などについて、保証人と債権者との間で食い違いが生じることが少なくなかったからである。契約書の交付義務の問題はまだ残るが、これまでの野放し状態と比べれば、一歩前進である。

次に、根保証についての新しい規定が見られる。実務では、継続的な取引にともなう根保証が多い。そこで問題となるのは、保証の限度額や保証期間の定めのない、いわゆる包括根保証契約である。従来から、包括根保証に対する法的規制の必要性が指摘されていた。今回初めて、次のような新しい規定が置かれた。(i)まず、「貸金等根保証契約は、前項に規定する極度額を定めなければ、その効力を生じない」とする(第四四五条の二第二項)。(ii)貸金等の根保証契約の元本確定期日につき規定がおかれた(第四四五条の三)。これらによって、貸金等債務については、

包括根保証が禁止されたことになる。(iii)元本の確定事由が明記された(第四六五条の四)。(iv)さらに、保証人が法人である場合の貸金等債務の根保証契約の求償権についても規定された(第四六五条の五)。これは、信用保証協会などの主債務者に対する求償権の保証人を念頭に置いた規定である。なお、金融機関からは異論が出たようであるが、経営者保証と第三者保証とを区別しないことで落ち着いた。

このように、今回の改正では、貸金等債務の根保証だけを対象とし、個人保証人にその適用が限定されているが、包括根保証への立法レベルでの規制が導入されたことは意義がある。

しかし、積み残した課題もある。根保証人への債権者の「通知義務」(説明・情報提供義務など)は、その一つである。法制審議会においては、根保証人への債権者の通知義務が検討されていた。根保証人にとっては、変動する主債務の額や担保の状態・評価額などは、責任を左右する極めて重要な情報だからである。ところが、今回の改正法には導入されなかった。その理由として、債権者の事務負担が重いこと、当事者の予測可能性を損なうおそれがあることが挙げられている。しかし、実際に導入の障害となった本質は、義務違反による責任発生であると思われる。もし債権者の通知義務などを導入したならば、その義務違反の効果の問題となるからである。³⁾

このように、保証人への債権者の通知義務などは、今回の改正法に導入されなかった。それでは、保証人への債権者の通知義務は、全く考慮しない方向にあるのであろうか。この点は、改正法のレベルから読み取れない重要な問題であると思われる。そこで次に、法改正と同時並行して検討されていたガイドラインの概要を見ることにする。

(2) 新ガイドラインのポイント

今回の改正においては、法改正に加えてガイドラインの導入がなされている。特に、与信取引に関する顧客への説明態勢(平一五年七月二九日公表)⁴⁾が改正されている。それらは、融資責任に重要な影響を与える金融機関の注意

義務(説明義務・情報提供義務)と無関係ではない。

銀行法は、銀行の預金者等に対する説明・情報提供を行うための十分な態勢整備を義務付けている(第二二条の二)。

しかし、与信取引について、金融当局としての監督のあり方はこれまで必ずしも明確に示されていなかった。そこで、貸付契約とそれに伴う担保・保証契約に関する説明態勢と相談苦情処理機能について、主に中小企業向け貸付と個人保証関係を念頭に置いたガイドラインが示されることになった(改正の経緯)。ガイドラインが示す説明態勢は、次の通りである。

まず、(i)顧客、特に中小企業や個人の知識、経験および財産の状況に応じた説明態勢が整えられるように、全行的な内部管理態勢の確立が求められている(ガイドライン・説明態勢：1-9-2)。次に、(ii)契約時点等における説明として、個人保証契約については、保証債務を負担するという意思形成だけでなく、その保証債務が実行されることにより自らが責任を負担することを受容する意思を形成するに足る説明を行うこととしている。また、経営に実質的に関与していない第三者と包括根保証契約を締結する場合には、契約締結後、保証人の要請があれば、定期的かつ必要に応じて随時、債務者の借入残高・返済状況について情報を提供することを求めている。貸付金額、返済条件、極度額等の契約内容につき、顧客・担保提供者の知識、経験および財産の状況を踏まえた契約締結の客観的合理的理由を説明するよう求めている。契約書等の書面の交付により、顧客が契約内容の確認ができるよう求める(1-9-3)。さらに、(iii)借手企業との取引関係の見直し等を行う場合の説明も念頭におかれている。契約締結後の金利の見直し、返済条件の変更、担保追加設定等の場合の説明態勢、継続的な取引関係にあった顧客の要望を謝絶する場合の説明態勢も求められている(1-9-7)。

なお説明態勢に加えて、顧客との情報共有の拡大と相互理解の向上に向けた取組みも求められている。貸手と借手とがリスクを共同管理しながら必要に応じ経営改善支援・早期事業再生等に取り組みるように、借手企業と銀行

の意思疎通が重視されている（顧客との情報共有：1-6-6）。

ガイドラインは、かなり踏み込んだ内容となっていることが窺える。保証法改正の審議過程において議論されたが、改正には至らなかった内容（説明・情報提供義務）も含まれていることが分かる。このズレはなにを意味するのであろうか。

- (2) 筒井・前掲解説注(1) 八〇頁以下、野村・前掲論文注(1) (民法ワークシヨップ) 九二頁以下、野村ほか・前掲注(1) 座談会五二頁以下、法務省民事局参事官室・前掲注(1) 要綱三八頁以下、平野・前掲解説注(1) 一六頁以下、編集部・前掲資料注(1) 八頁、編集部・前掲資料注(1) 六四頁、編集部・前掲資料注(1) 一六頁以下、編集部・前掲資料注(1) 一三頁以下、編集部・前掲資料注(1) 六〇頁(平一六)、吉田・前掲解説注(1) 一頁、吉田・前掲解説注(1) 七八頁以下、吉田・前掲書注(1) 四八頁以下参照。
- (3) 法務省民事局参事官室・前掲注(1) 要綱四六頁。野村ほか・前掲座談会注(1) 七六頁以下(平野発言)、平野・前掲解説注(1) 二二頁も参照。
- (4) 曲淵・前掲解説注(1) 三二頁以下、金融庁・前掲ガイドライン注(1)、金融庁・前掲ガイドライン注(1) 参照。

三 保証法改正の狙いと背景事情

先のように(先述二)、保証法が改正されており、今後の現場での運用さらに法解釈の展開が期待されるところである。しかし、改正法の主たる対象は、貸金等債務の保証であり、しかも個人保証に限られている。また、保証人への債権者の通知義務が議論されたにも関わらず、否決されている。なぜもう一步踏み込んだ改正がなされなかつたのであろうか。そこまでする必要性がなかったということなのであろうか。これに対して、ガイドラインの方が踏み込んだ内容となることが分かる。

換言すると、これまで放置されてきたにもかかわらず、なぜ今急に保証法の見直しが浮上したのだろうか。わが国における金融制度および担保制度を取りまく背景事情に、なにか変化があるのだろうか。もし背景事情に変化があるとすれば、その変化がどのように保証法の改正に投影されているのであろうか。従来の保証像と比較すればより明確となるのではないだろうか。極めて興味深いところである。そこで、これらの問題を中心に、以下で検討することにする。

(1) 保証法改正の出発点

まず、法改正に至る経緯は何だったのであろうか。

中小企業が融資を受ける際には、その信用補完の手段として、経営者やその親族、知人等による根保証がしばしば行われているが、改正前の保証法は、根保証契約について特段の法的規制をしていなかったため、保証限度額や保証期間の定めがない、いわゆる包括根保証契約が多用されてきた。その結果、中小企業を取り巻く厳しい経済状況の下で、保証人が予想を超える過大な保証責任の追及を受ける事例が多発し、包括根保証契約に対する法的規制を講ずる必要があると指摘されていた(法務省民事局立案事務担当者³⁾)。これを見る限りでは、包括根保証人の保護を主たる目的とする抜本的な法改正が狙いであったようにも読める。しかし、必ずしもそうではないようである。経済の問題が深く関係しているようである。

わが国における経済は、バブル経済の崩壊後極めて長い低迷が続いている。金融機関においては、不良債権の処理が懸案であることは周知の事実である。そのような厳しい状況にあって、大手銀行の抱える不良債権は最悪の時

期を脱しつつあり、大企業の業績回復も徐々に見られる。これに対して、地域経済を支えるべき地域金融機関と借手の中小企業が、まだ過剰債務に苦しんでおり、地域金融機関とその借手である中小企業の再生はこれからが本番と見られている。⁽⁶⁾

ところが、その早期の事業再生には阻害要因があり容易でない。その阻害要因の一つが過度の個人保証への依存であると指摘されている。つまり、事業本体の立て直しのためには、経営戦略を練り直し、必要ならば新しい資金や人を投入しなければならない。経営者の交代を要請しなければならない事態も発生しうる。ところが、経営者の個人保証が邪魔をする。小規模企業はもとより、店頭公開企業でも会社の借金に個人保証を入れているケースが日本では非常に多い。責任が出資額に限られる株式会社でありながら、個人が無限責任を負う。実態は合資会社、合名会社である。だから、経営者は会社財産だけでなく私財全てを失うのを恐れ最後まで抵抗する。これが変革を阻む要因になっているとされる（産業再生機構⁷⁾）。ここにあるのは事業再生の視点である。興味深いことに、これと同様の指摘が、法務省の補足説明にも見られる。⁽⁸⁾ すなわち、中小企業への融資においては、経営者に対し一律に包括保証を求めるなどして企業と同一の責任を負わせてきた。中小企業では、保証責任の追及を恐れるあまり、経営不振に陥った場合でも問題を先送りにしがちであって、事業価値の減少が進んだ末に法的倒産処理手続によりやく着手するなど、事業再生の機会を逸する場合が少なくないとして、昨今、過度の個人保証への依存が早期の事業再生の阻害要因になっているという指摘があるとされる。そこで、政府は、まず企業の促進・廃業における障害除去という目的実現の観点から個人保証のあり方の検討、見直しを求めた（内閣府・経済財政諮問会議⁹⁾）。この流れを受けて、法務省において保証制度の見直しがなされる。ここでは、保証人保護の視点に立った問題意識のほか、円滑な金融維持・促進という視点があるとされている。以上の流れから、今回の保証法の改正は金融維持・促進を出発点とするものであったことが窺える。

(2) 担保制度の位置付けの変化

このように、保証法改正の出発点には中小企業の早期事業再生があったことが分かるが、それだけではないようである。背景事情としては、保証を含む担保制度の位置付けの変化があるように思われる。その一つの現れとして、担保・保証制度に過度に依存しない新たな中小企業金融に向けた検討が見られる。それと並行して、中小企業の資本金を再検討する動きも見られる（金融庁¹⁰⁾）。その中に、次のような指摘が見られる。

すなわち、(i)わが国の中小企業においては、借入依存度が高く、事業インフラに資する継続的・安定的な資金も資本ではなく債務という手段によって調達されてきた。(ii)中小企業については、家計と経営が未分離な場合が多く、従来は、経営者との包括根保証契約により結果的にキャッシュフローが網羅されていたために、金融機関において、企業のキャッシュフローに対するコントロール権を明確化すべき誘因がなかった。(iii)しかし、担保・保証を徴収しないモデル取引を考えるにあたっては、これを明確にすることが不可欠である。(iv)さらに、このことについては、企業において、財務諸表の信頼性を確保し、資金供給者に対する適切な情報開示を行うことが前提となる、とされる（記号(i)～(iv)は引用者が記入）。

それでは、右の指摘は何を意味するのであろうか。わが国の中小零細企業は、その多くが株式会社方式をとっているが、株式は公開されておらずその流通はほとんどない。経営者・その関係者からの出資で固められている。資金の多くは、地域金融機関からの融資に頼っている。資金は借入金であり、しかもその借入期間が長期にわたる、いわゆる根雪である。中小企業における資金の実態は債務であって、大企業のように公開市場から流れ込む資本とは性質が異なることになる（右指摘(i)）。中小零細企業においては、経営者の私財と会社財産の区別が明確でない場合が多いといわれている。会社財産が経営者個人に内的に移転している場合があるため、会社財産である土地・建物などに担保を設定しても、それだけではカバーできないという危惧が生ずる。そこで、経営者を包括根保証人に

することによって資金の流れ全体に網をかぶせる方式が取引慣行化してきた。つまり、包括根保証は、中小企業の財産管理の曖昧さをフォローする機能を有したといえる。しかし、その方式には副作用も含まれていた。保証に過剰に依存する方式が現場で一般化したため、肝心の中小企業の資金の流れの実態が分からないまま放置されてきた(右指摘^(四))。後述^(五)。今回の保証法改正は、事業再生を起点とするものではあるが、担保・保証に過度に依存する金融慣行の見直しも視野にあるように思われる。つまり、法的には債務であるが、一定の要件をクリアした場合には、それを資本と扱う方式である。そうであるならば、中小企業の資金の流れの実態を明らかにする必要があることとなる(右指摘^(四))。その具体的な環境整備として、中小企業の財務諸表において債務の内容・株式の内容などについて詳細な情報を盛り込む必要がある。さらに、資金供給者がその内容を確認できるように情報開示を進める必要がある(右指摘^(五))。

右指摘は、その方向性において、これまでの金融の取引現場の常識とはかなり違う内容となっているのではないだろうか。特に、担保・保証の位置付けが異なるように思われる。従来は、どのように位置付けられてきたのだろうか。そこで、保証を中心に整理することにする。

実務では多くの場合、保証は物的担保と併用されてきた。連帯保証人に物上保証人を兼ねさせる方式である。保証は、物的担保とセットで用いると相乗効果によって有効に機能すると考えられたからである。設定が容易であること・心理的効果があることはもちろんであるが、狙いは担保物の維持管理・任意処分への協力取付け・担保物でカバーできない額の回収などが念頭にあるとされる(換価価値の確保重視)。これを保証の視点から捉え直すと、銀行与信取引における保証は、本来、取引の最終段階において貸付債権の回収確保の機能を発揮すべきものである。銀行は保証人に対して貸付先の最終残存債務額の出捐を請求できることが必要であるとされてきた(石井(金融実務家)^(六))。これが、わが国における従来型の保証の位置付けである。従来型の保証の重点は、破綻段階における債権回

収にあり、平常時に軸足はない。銀行には、保証の担保価値への高い期待があることが窺える。

さて、もし右のような担保法の位置付けに変化の兆しがあるとすれば、民法の領域においてはどのように受け止められているのだろうか。興味深いところである。そこで次に、この点について概観することにする(内田報告^(七))。

近年、新しい担保のあり方を示唆するような現代的な現象が生じている。それを象徴するのが、いわゆる証券化とか流動化と呼ばれる動きであり、プロジェクト・ファイナンスと呼ばれる手法であり、そして、集合動産譲渡担保における新たな動きである。その一つに、集合債権を担保にした資金調達がある。小口の債権でもそれらをまとめると、投資に値する相当な金額となる。そのような集合債権から得られるキャッシュ・フローを評価し、それを引き当てにして証券を発行する。投資家から見ると、リスクはあるがそれを上回る利回りがあるならば、投資に値する魅力があることになる。これも担保が関係するのであるが、ここでは目的物の換価の時点での交換価値ではなく、収益としてのキャッシュ・フローが着目されることになる。つまり、投資家は、資金調達が健全な業務を行っている間に、つまり平常時に、当該目的物が生み出す収益に着目しそれを目的に投資することになる。

この証券化・流動化の動きによって、担保法の世界にも変化が生ずるとされる(特定性・公示の緩和、包括性の容認)。その中で、本稿と関係する部分は、価値権からの脱却である(交換価値から収益へ)。今日では、企業組織から人為的に切り離された財産ないしプロジェクトが、機能としての担保の対象となる現象が生まれる。そこでは、目的物から上がる収益、つまりキャッシュ・フローが評価の対象とされ、担保の機能は交換価値の把握ではない。担保価値は使用価値と不可分であり、交換価値は使用の対価である収益を資本還元したものである。したがって、担保価値を把握する者は、常に使用のあり方をコントロールする必要がある、とされる。このことから、担保権は、債務者がデフォルトに陥る前のキャッシュ・フローを確保するためにこそ、その効力を発揮する必要があるから、第三者

の介入を排除し、経営を維持し、キャッシュ・フローを確保することがその権能とならねばならない。また、多様な任意売却を手続きに組み込む必要性がある、とされる。

民法の担保法の領域においても、現代社会の変化に反応を示していることが分かる。

(3) 会社財産の管理・ストック形態——中小零細企業の場合

先述⁽²⁾のように、担保・保証を徴収しないモデル取引を考えるにあたっては、資金の流れを明確にすることが不可欠であり、企業において、財務諸表の信頼性を確保し、資金供給者に対する適切な情報開示を行うことが前提となる、との指摘がある（金融庁）。中間試案の補足説明でも同様の指摘がある⁽¹²⁾。もしこれが中小企業の実態であるとするならば、財務諸表の信頼性は確保されておらず、情報開示もないことになる。なぜ中小企業、特に零細企業はそのような状況にあるのであろうか。

この問題は、中小零細企業の経理や財産管理を低額の顧問契約で請負う実務家の間では周知の事実のようである。実際、弁護士よりも税理士や司法書士の方がタッチする機会が多いようである。興味深い現実を耳にすることがある。法学者には縁遠い話である。しかし、右指摘の背景を理解するには必要と思われるので、その概要を見ることにする⁽¹³⁾。

中小企業の多くは、株式会社方式をとっている。確かに法人格はあるが、経営と所有の分離はなされてこなかった。むしろ無視されてきたといった方が正確かもしれない。というのは、中小企業では、企業利益を経営者個人に「移転」してきたからである。たとえば、親・妻など身内を社員とし賃金を支払い、健康保険の負担などをしてきた。工場が建っている所有地の地代を高く計上したり、建物の家賃を相場以上に支払ったりもした。会社の車も個人利用があたり前で、場合によっては家族との外食の費用まで会社の経費で落としてしまった、とされる。中小企

業の経営者の多くは、次の仕事の取り付けと翌月の従業員の給料の捻出に奔走しており、税務対策が複雑に絡む財産管理などには疎い。そこが顧問の税理士などの力の見せ所だったともいえる。財産の動きを正確に辿れる帳簿は自分では作れない。作ったとしても、表には出てこない。このような状況が常態化すると、財務諸表の信頼性は確保されず、資金供給者に対する適切な情報開示もないことになる。融資している銀行でさえ、資金の流れの全体像をつかみきれなかった。ここに、経営者の個人保証が必要となる隙間があったといえる。

- (5) 筒井・前掲解説注(1)八〇頁。
- (6) 前掲注(1)記事 参照。
- (7) 前掲注(1)記事。記事、記事、記事 も参照。
- (8) 法務省民事局参事官室・前掲資料注(1)三九頁参照。
- (9) 北川・前掲解説注(1)一頁以下、一五 一六頁。木下ほか・前掲座談会注(1)一九頁以下、二七頁、四〇頁(中村・須藤・藤原発言、西田・前掲解説注(1)四八頁以下、前掲注(1)記事 も参照)。
- (10) 石井・前掲解説注(1)一四頁、同・前掲解説注(1)二二頁、佐久間・前掲解説注(1)二八頁、澤・前掲解説注(1)三四頁、島谷・前掲解説注(1)三五四頁、高山・前掲解説注(1)六頁、匿名・前掲解説注(1)三七頁、中井・前掲書注(1)一八四頁、二〇四頁、森井・前掲解説注(1)三四頁、前掲注(1)毎日新聞一九九六年五月二二日付記事も参照。
- (11) 内田・前掲講演注(1)七頁以下参照。
- (12) 法務省民事局参事官室・前掲資料注(1)三八 三九頁。
- (13) 前掲注(1)記事 参照。須藤・前掲解説注(1)一頁、前掲注(1)記事 も参照。

四 新ガイドライン導入の意味——義務違反解釈への波及効果

そこで、以上の分析に基づいて、本稿の本論に入ることとする。それは、新ガイドライン導入の意味である。特に、ガイドラインに違反した場合に、それが法的効果になんらかの影響が生ずるかである。

金融機関の説明・情報提供については、ガイドラインが改正され、金融機関の説明態勢の強化が盛り込まれている（先述⁽²⁾）。説明・情報提供は、保証契約の締結前だけでなく、契約存続中も求められている。ということとは、説明・情報提供の必要性がかなり認識されていることになる。それでは、その内容は、関係者間ではどのように受け止められているのであろうか（後述⁽ⁱ⁾）。次に、保証法改正の審議過程において、通知義務（説明・情報提供義務）の導入が議論されたようであるが、最終的には規定されなかった。それはなぜであろうか（後述⁽ⁱⁱ⁾）。さらに、もし金融機関がガイドラインに違反した場合、なんらかの法的効果が出てくるのであろうか。あるいは、法的効果になんらかの影響を与えることになるのであろうか（後述⁽ⁱⁱⁱ⁾）。もし影響があるとするならば、ガイドラインの存在は法レベルにおいても無視できないことになる。

(i) ガイドラインの内容は、関係者間ではどのように受け止められているのであろうか。この点につき、金融機関の説明態勢を強化する新ガイドラインは、関係者間ではかなりのインパクトをもって受け止められているようである⁽¹⁴⁾。たとえば、次のような指摘がある。これまでの保証・担保管理に関する民商法の常識を覆す、徹底したりスク情報の開示と保証人側の熟慮を促す生々しいリスク説明が求められている点が注目される。民法上の信義則理論その他第三者保証人の責任範囲を制限する傾向にある最近の保証判例の動向を踏まえつつ、いまだ裁判実務では要求されていない高水準の説明義務を設定したものと見える。初めて、関係者の眼から鱗の落ちるガイドライン

の内容とということができる。しかし、前途に待ちかまえるハードルは低くないとされる。このことから、現場ではかなりの衝撃をもって受け止められているように思われる。

(ii) 次に、保証法改正の審議過程においては義務規定の導入が議論されたようであるが、最終的には導入されなかった。それはなぜであろうか。学説においては、むしろ債権者の注意義務を重視する動きがある⁽¹⁵⁾。

先述のように（先述⁽ⁱ⁾）、法制審議会においては、根保証人への債権者の通知義務が検討されていた。根保証人にとつては、変動する主債務の額や担保の状態・評価額などは、その責任を左右する極めて重要な情報だからである。ところが、今回の改正法においては導入されなかった。その理由として、債権者の事務負担が重いこと、当事者の予測可能性を損なうおそれがあることが挙げられている。

金融機関の立場からすれば、通知義務（説明義務・情報提供義務）を課されることは、利益になるところか、余計な事務負担の増加となり、人件費がかさむことになる。人件費の削減が急務である金融機関にとつて容認しがたいからである。しかし、それは核心部分ではないと思われる。実際に導入の障害となったのは、義務違反による責任発生への懸念であると思われる。もし債権者の通知義務を導入したならば、その義務違反の制裁が問題となるからである。つまり、義務違反は保証責任の制限につながり、債権の回収の障害となるからである。金融機関としては、法的制裁をとまなう義務の導入は容認しがたい問題である。これまでの金融実務家の議論を辿れば明らかである。

ただ、今回の改正にはこれまでと異なるところがある。保証法においては、確かに説明義務などの義務規定の導入は見送られたが、改正ガイドラインにおいて、かなり厳しい内容の指針が導入されたからである。それは法制審議会において導入が議論された末に否決された法的義務と内容的に重なる部分が多い。興味深いところである。それではなぜ貸手の法的義務を明文化せずに、ガイドラインに盛り込む方式をとったのであろうか。今回の法改正の出発点を思い起こす必要がある。先述のように（三⁽¹⁾）、政府は、企業の促進・廃業における障害除去という目的

実現の観点から個人保証のあり方の検討・見直しを求めた（内閣府・経済財政諮問会議）。この流れを受けて、法務省において保証制度の見直しがなされた。そこでは、保証人保護の視点に立つた問題意識のほか、円滑な金融維持・促進という視点がある。すなわち、今回の保証法の改正は金融維持・促進を出発点とするものである。そこにあるのは、金融を維持・促進し事業再生を進めるための保証法の見直しである。したがって、そのために必要最小限の範囲において、保証法の改正がなされたものと思われる（先述二①）。金融の維持・促進に軸足があるならば、金融機関の債権回収の確保は無視できないことになる。そうであるならば、法的サンクションをともなう可能性のある義務を保証法に明文化することは受け入れがたいことである。契約締結上の説明義務や情報提供義務だけでなく、契約存続上の情報提供義務も課されると、金融機関は大きなリスクを負うことになる。というのは、説明・通知の事務負担が増加すること（人件費増加）、さらに融資先との契約条件の変更や担保の差替え・放棄などをつつかりすると、義務違反が問題となり保証責任の減免が生ずるからである（自由裁量の後退・債権回収の障害）。

以上のことから、金融の維持・促進と過度の保証への依存を改めることを両立させる必要があったことになる。そこで、ガイドライン方式がとられたのではないかと思われる。ガイドラインは、金融機関側の行動指針であり、当局の監督をとまなうが、違反しても債権の減免などの効果は直接には生じない。ガイドラインをクリアするマニュアルを作成し、説明に対応する態勢を形成することは、むしろ金融機関の得意な領域である。ただ、一点疑問が残る。今わが国においては、市場原理の導入がなされており、規制緩和・法律へのシフトが押し進められている。これに対して、ガイドラインは一種の行政的な規制である。ガイドライン方式の採用は、そのような流れに反するのではないだろうか。もしそうであるならば、法律によるコントロール、つまり貸手の法的義務の明文化が本筋だったのではないだろうか。

③最後に、もし金融機関が新ガイドラインに違反した場合、なんらかの法的効果が出てくるのであろうか。あるいは、法的効果になんらかの影響を与えることになるのであろうか。もし影響があるとするならば、ガイドラインの存在は法レベルにおいても無視できないことになる。ガイドラインの私法上の法的効果への影響については、他の研究者からも関心がもたれている¹⁰⁵⁾。

この問題は、行政法的な規制と私法上の法的効果との関係に及び議論領域の広い問題である。従来あまり議論されてこなかった問題であるが、今後極めて重要な議論領域となると思われる。そこで、最近の研究（民法と行政法の相互補充の可能性¹⁰⁶⁾）に基づいて検討することにする。

先述のように（二②）、新ガイドラインにおいては、金融機関の顧客への説明態勢の強化そして情報の提供・共有が求められている。それらは、金融当局が銀行の内部管理態勢を検証する際の着眼点を類型化して例示したものである¹⁰⁷⁾。新ガイドラインに盛り込まれた説明態勢は、当局による規制である。そこでの規律の目的となる公益は、円滑な金融の促進である。

ところで、現在の行政法学では、行政法学の対象を、行政とその相手方に加えて行政活動によって影響を受ける第三者をも含めた多面的関係と捉えるのが共通認識であるとされる。この立場によるならば、新ガイドラインの内容は、行政（金融庁）とその相手方（銀行）だけの問題ではなく、第三者をも念頭におく必要があることになる。興味深いのは、規制の規律の目的となる公益が公益の集合と捉えられるときに、ある私法上の制度の規律の対象となる利益と行政法における規制の規律の対象となる「利益が同一」である場合には、規制と私法上の制度の実体法上の同質性が認められることになるという点である。この方向によると、新ガイドラインの内容は、金融当局と銀行だけの問題ではなく、銀行を利用する顧客の利益にも影響する重要な判定要素となるはずである。また、現在の民法での議論においても、個々の主体の利益と個々の主体が共同享受しうる集合的・公共的な利益との調整も民法学の対象となるとされる。民法においても、同様の方向にあることが窺える。これを法的効果の面から捉え直すこ

規制に反して顧客への説明・情報提供を怠るといふ要素は、民法上の説明義務違反を判定する重要な要素になると思われる。

- (14) 河野・前掲解説注(1)四三 四四頁参照。
- (15) 西村信雄・継続的保証の研究(昭二七)、星野英一「中小漁業信用保証の法律的性格」(民法論集第二巻所収・昭四五)(初出昭三二)一八一-二六五頁、平野・前掲書 注(1)一九頁以下、平野・前掲解説 注(1)二二頁、辻・前掲論文注(1)三五頁ほか。
- (16) 伊藤・前掲論文 注(1)三六頁、能登・前掲論文(三)注(1)一三七頁、佐伯ほか・前掲座談会注(1)二四二-二五頁(菅原発言)、河野・前掲解説注(1)四二頁以下。
- (17) 宮沢・前掲論文注(1)一一二頁以下参照。
- (18) 曲淵・前掲解説注(1)三五頁。

五 むすび——問題点の整理

そこで最後に、以上の考察の内容を整理し、金融機関の注意義務と新ガイドラインの視点から、新しい保証法の位置付けとその課題を検討することにする。

(i)保証法が改正されたが、その内容はどのようになっているのであるのか(先述「改正保証法の概要——金融機関の注意義務を中心に」)。

まず、保証契約は書面がなければ効力を生じないとされた(第四四六条第二項・第三項(電子書面))。ここでは契約書の交付義務までは踏み込まれていないが、同条は保証契約一般に適用があり、これまで野放し状態であったこと

を考えると一歩前進である。

次に、根保証についての新しい規定が見られる。実務では、継続的な取引にもなう根保証が多い。そこで問題となるのは、保証の限度額や保証期間の定めのない、いわゆる包括根保証契約である。今回の改正では、貸金等債務の根保証だけを対象とし、個人保証にその適用が限定されているが、包括根保証への立法レベルでの規制が導入されたことは意義がある。

しかし、積み残した課題もある。根保証人への債権者の通知義務(説明・情報提供義務)は、その一つである。法制審議会においては、根保証人への債権者の通知義務が検討されていたが、今回の改正法には導入されなかった。その理由として、債権者の事務負担が重いこと、当事者の予測可能性を損なうおそれがあることが挙げられている。しかし、実際に導入の障害となった本質は、義務違反による責任発生であると思われる。もし債権者のこれらの法的義務を明文化したならば、その義務違反の効果の問題となるからである。

しかし、保証人への債権者の説明・情報提供・通知義務を全く考慮しない方向にあるわけではない。この点は、改正法のレベルからは直接読み取ることができないが、新ガイドラインには変化の跡が見られる(与信取引に関する顧客への説明態勢(平一五年七月二九日公表))。

新ガイドラインは、まず、顧客、特に中小企業や個人の知識、経験および財産の状況に応じた説明態勢の確立を求めている(説明態勢:1-6-2)。次に、契約時点における説明の強化、そして契約締結後における保証人への情報提供を求めている(1-6-3)。さらに、契約締結後の金利の見直し、返済条件の変更、担保追加設定等の場合の説明態勢、継続的な取引関係にあった顧客の要望を謝絶する場合の説明態勢も求めている(1-6-7)。

新ガイドラインは、かなり踏み込んだ内容となっている。改正保証法には導入されなかった内容が列記されていることが分かる。このズレはなにを意味するかが興味深いところである(後述(四)で整理)。

(ii)そこで次に、今回の保証法改正の狙いが問題となる(先述三保証法改正の狙いと背景事情)。

中小企業への融資においては、これまで経営者に対し、一律に包括根保証を求めるなどして、企業と同一の責任を負わせてきた。ところが、保証責任を負う経営者は、保証責任の追及を恐れるあまり、経営不振に陥った場合でも問題を先送りにしがちで、事業価値の減少が進んだ末に法的倒産処理手続によりやく着手するなど、事業再生の機会を逸する場合が少なくなかった。そのため、昨今、過度の個人保証への依存が早期の事業再生の阻害要因になっているという指摘がなされていた。そこで、政府は、まず企業の促進・廃業における障害除去という目的実現の観点から個人保証のあり方の検討・見直しを求め、その流れを受けて、法務省において保証制度の見直しがなされるに至った。つまり、今回の保証法の改正は金融維持・促進を出発点とするものであったことが窺える。

問題はそれだけではない。背景事情としては、保証を含む担保制度事態の位置付けの変化があるように思われる。その一つの現れとして、担保・保証制度と中小企業の資本性を再検討する動きがある(金融庁)(また民法の領域においても変化に対応する動きが見られる(内田))。

わが国の中小企業においては、借入依存度が高く、事業インフラに資する継続的・安定的な資金も、資本ではなく債務という手段によって調達されてきた。中小企業については、家計と経営が未分離な場合が多く、従来は、経営者との包括根保証契約により結果的にキャッシュフローが網羅されていたために、金融機関において、企業のキャッシュフローに対するコントロール権を明確化すべき誘因がなかった。しかし、担保・保証を徴収しないモデル取引を考えるにあたっては、これを明確にすることが不可欠である。さらに、このことについては、企業において、財務諸表の信頼性を確保し、資金供給者に対する適切な情報開示を行うことが必要となる、とされる。

右指摘は、興味深い。というのは、その方向性において、これまでの金融の取引現場の常識とはかなり違う内容となっているからである。特に、担保・保証の位置付けが異なる。この点は、従来の担保・保証の位置付けと比較

すれば明らかである。

これまで実務では、保証は物的担保と併用されることが多かった。連帯保証人に物上保証人を兼ねさせる方式がある。その主たる狙いは、担保物の維持管理・任意処分への協力取付け・担保物でカバーできない額の回収などが念頭にある。これを保証の視点から捉え直すと、銀行与信取引における保証は、本来、取引の最終段階において貸付債権の回収確保の機能を発揮すべきものであるとの位置付けがある。銀行は保証人に対して貸付先の最終残存債務額の出捐を請求できることが必要であるとされてきた。従来型の保証の重点は、破綻段階における債権回収にあり、平常時に軸足はない。保証の担保価値への高い期待が銀行にあったことは、確かである。

この点は、要素を抽出し対比してみると、いつそう分かりやすい。まず、従来型の担保・保証は、不動産などの「交換価値」を重視する。というのは、取引の「最終段階」における債権回収に軸足があるからである。特に、経営者の保証に対しては、物的担保からの回収をスムーズにしそれをバックアップする機能が期待されている。そこにあるのは、担保力強化と債権回収の推進である。その結果、過剰な担保依存主義が追認されていくことになる。

これに対して、右で示されている新しい担保・保証の位置付けは異なる。その背景には、いわゆる証券化とか流動化と呼ばれる動きがある。そこでは目的物の換価の時点での交換価値ではなく、むしろ「収益」としてのキャッシュ・フローが着目されることになる。つまり、投資家は、資金調達が健全な業務を行っている「平常時」に、当該目的物が生み出す収益に着目しそれを目的に投資することになる。したがって、担保価値を把握する者は、常に使用のあり方をコントロールする必要があることになる。また他方で、多様な任意売却を手続きに組み込む必要性も考慮される(任意売却の重視は、民事執行法の改正にもかかわらず、競売の手続費用・所要時間・換価額において実務の需要に対応しきれていないことの反映でもある)。

すでに、金融機関には、過剰な不動産担保主義からの脱却の試みが見られる。しかしその中には、懸念すべき動

きもあるように思われる¹⁰⁾。それは、一定の基準を充たした企業に対するもので、融資期間は三年程度と短く、元金均等返済で、担保・保証を重視しない融資である。そこでいう一定の基準(右)というのは、決済書で確認できる業績、つまり右記のキャッシュフローや自己資本比率のような財務内容であるとされる。担保・保証に過剰に依存しない動き(右)は望ましいことであるが、新たな問題が浮上しつつある。借入れする企業にとつては好業績が続けば継続して融資が受けられるが、そうでなければ返済が進んでも融資の延長が認められない。つまり、最初の融資の時点で貸し渋りが織り込み済みということになる。しかも、都市銀行が参入しつつあるこのようなタイプの中小企業向けの短期融資は、金利が高めに設定されているという(10～15%)。これは、キャッシュフローの重視(右)・脱担保主義(右)という点から見ると合理的なシステムのようであるが、視点を変えると、サラ金の中小企業版ということもできる。その本身は、無担保(右)であるが、高金利で融資期間が短い(右)。そこには、中小企業の業績の波にかかわらず弾力的に融資し支援するという考えは見えない。決算数字だけで融資の可否・継続が決まることにはないだろうか。

(iii)最後に、新ガイドライン導入の意味である。特に、ガイドラインに違反した場合に、法的効果になんらかの影響が生ずるかである。

この問題の考察には、まず、新ガイドラインの内容が関係者の間ではどのように受け止められているかを分析する必要がある。次に、今回の保証法の改正においては貸手の説明義務・情報提供義務は規定されなかったが、ガイドラインには盛り込まれている。なぜ民法に規定されずに、ガイドラインに導入する方式をとったかが問題となる。その上で、金融機関がガイドラインに違反した場合、なんらかの法的効果が出てくるのか。直接には出てこないとしても、法的効果になんらかの影響を与えることになるかが問題となる(先述四新ガイドライン導入の意味―義務違反解釈への波及効果)。

まず(右)、金融機関の説明態勢を強化する新ガイドラインは、関係者の間ではかなりのインパクトをもって受け止められているようである。それは、関係者の眼から鱗の落ちる内容だとし、前途に待ちかまえるハードルは低くないとされている。

次に(右)、保証法改正の審議過程においては義務規定の導入が議論されたが、改正されるには至らず、ガイドラインを導入する方式がとられた。それはなぜであろうか。その理由として、債権者の事務負担が重いこと、当事者の予測可能性を損なうおそれがあるとされている。金融機関の立場からすれば、説明義務・情報提供義務を課されることは、余計な事務負担の増加、つまり人件費増となる。しかし核心は、義務違反による責任発生であると思われる。もし貸手の説明義務などが明文化されたならば、その義務違反の制裁が問題となるからである。つまり、義務違反は保証責任の制限につながり、債権の回収の障害となるからである。しかし他方では、金融の維持・促進と事業再生の視点から、従来のような保証への過剰な依存を放置することはできない、という強い認識がある。そこで、ガイドライン方式がとられたのではないかわれる。というのは、ガイドラインは、金融機関側の行動指針であり、それに違反しても債権の減免などの効果は直接には生じないからである。

最後に(右)、もし金融機関が新ガイドラインに違反した場合の法的効果への影響である。この問題は、行政法的な規制と私法上の法的効果との関係にまで議論領域が広がる。

先述のように(二)(2)、新ガイドラインにおいては、金融機関の顧客への説明態勢の強化そして情報の提供・共有が求められている。それらは、金融当局が銀行の内部管理態勢を検証する際の着眼点を類型化して例示したものである。新ガイドラインに盛り込まれた説明態勢は、当局による規制である。そこでの規律の目的となる公益は、円滑な金融の促進である。

先述のように(四)、現在の行政法学では、その対象を、行政とその相手方に加えて行政活動によって影響を受

ける第三者をも含めた多面的関係と捉えるのが共通認識であるとされる。この立場によるならば、新ガイドラインの規律が、行政（金融庁）とその相手方（銀行）だけの問題ではなく、第三者をも含めた多面的関係にも及ぶと捉えられることになるはずである。というのは、規制の規律の目的となる公益が私益の集合と捉えられるときに、ある私法上の制度の規律の対象となる利益と行政法における規制の規律の対象となる「利益が同一」である場合には、規制と私法上の制度の実体法上の同質性が認められることになるからである。

先述のように(19)(2)、新ガイドラインは、私法上の義務を規定するものではなく、金融当局による監督指針を定めた規制である。しかし、その規制の規律対象となる利益を辿ると、これまで判例・学説において信義則などを通じて汲み上げられてきた私法上の利益との共通性が見られる。たとえば、新ガイドラインは、次の三点を求める。顧客、特に中小企業や個人の知識、経験および財産の状況に応じた説明態勢の整備を求めている（ガイドライン1-6-2）。契約時点等における説明として、個人保証契約については、保証債務を負担するという意思形成だけでなく、その保証債務が実行されることにより自らが責任を負担することを受容する意思を形成するに足る説明を求めている。また、経営に実質的に関与していない第三者と包括根保証契約を締結する場合には、契約締結後、保証人の要請があれば、定期的かつ必要に応じて随時、債務者の借入残高・返済状況について情報を提供することを求めている。貸付金額、返済条件、極度額等の契約内容につき、顧客・担保提供者の知識、経験および財産の状況を踏まえた契約締結の客観的合理的理由を説明するよう求めている。契約書等の書面の交付により、顧客が契約内容の確認ができるよう求める（1-6-3）。借手企業との取引関係の見直し等を行う場合の説明も念頭におかれている。契約締結後の金利の見直し、返済条件の変更、担保追加設定等の場合の説明態勢、継続的な取引関係にあった顧客の要望を謝絶する場合の説明態勢も求められている（1-6-7）。

このように、新ガイドラインの規制の規律の対象となる利益と、民法において信義則などを通じて判例・学説上形成されてきた規律の対象となる利益との間には重なる部分が多く見られ、規制と私法上の制度の実体法上の同質性が認められるように思われる。また、現在の民法での議論においても、個々の主体の利益と個々の主体が共同享受しうる集合的・公共的な利益との調整も民法学の対象となるとされる。民法においても、同様の方向にある。この方向によるならば、新ガイドラインの内容は、金融当局と銀行だけの問題ではなく、銀行を利用する顧客の利益（私法上の利益）の判定にも影響する重要な要素となるはずである。

以上のような考え方を起点とするならば、規制に反して顧客への説明・情報提供を怠るといふ要素は、民法上の説明義務・情報提供義務・通知義務等の違反を判定する際に重要な要素になると思われる。したがって、今回導入された新ガイドラインは、銀行その他の貸手の民法上の義務違反の解釈にも影響を与えることになり、重要な意味を有すると思われる。

(19) 匿名・前掲解説 注(1)二三頁、前掲注(1)記事 参照。