尚美学園大学総合政策研究紀要第２号（2001.10）

包括根保証契約に関する一考察

下森　定

A STUDY CONCERNING COMPREHENSIVE REVOLVING GUARANTEE CONTRACT

SHITAMORI, Sadamu

I. Questions

This paper examines the effectiveness of a comprehensive revolving guarantee (Hokatsu Nehosho) contract by reference to a certain instance involving a comprehensive revolving guarantee with respect to which I have been consulted and given advice in the past. The details of the case are as follows:

B borrowed 600,000,000 yen from Bank A in his personal capacity for the purpose of purchasing land and a building for his personal residence (the "Loan"). B was acting as a president of an old, established group of family-owned companies at the time of the loan. Subsequently, B died and C, B's eldest son, inherited his father's assets and liabilities and succeeded to his father's position as a president of the companies. When B borrowed money from Bank A, Private Limited Company (yugen-kaisha) D, for which B was then acting as president, entered into a comprehensive joint and several revolving guarantee contract with Bank A to secure B's above-described personal debt. After B's death, E, one of B's relatives, succeeded to the position of the president of Company D.

In the meantime, G, another relative of B, assumed office as a president of Joint Stock Company (kabushiki-kaisha) F, which is also managed by the family, after the death of B, who was also a president of such company. Both Company D and Company F had business relations with Bank A, and in obtaining a loan from Bank A, each of Company D and Company F had become a comprehensive revolving guarantor of the other. Furthermore, the corporate debts of Company D and Company F to Bank A were personally guaranteed by E and G who were the representative directors of Company D and Company F, respectively, as the comprehensive revolving guarantors. Company F has not executed a guarantee contract with Bank A with respect to B's personal debt to Bank A above.

Under such circumstances above, B and his heir C have become unable to satisfy their obligations to Bank A under the Loan, and consequently the following questions have arisen:

1) Whether or not each of Company D and Company F is liable to guarantee the Loan to B which has been inherited by C by inheritance; and

2) Whether or not each of E and G, who are the representative directors of Company D and Company F, respectively, is also liable to guarantee the Loan in addition to their comprehensive revolving guarantorship regarding the corporate debts of their respective companies to Bank A.

II. Issues of this Case

Only Company D has executed the comprehensive revolving guarantee contract directly with Bank A with respect to the Loan. Company F has executed a comprehensive revolving guarantee contract with Bank A only for the debt of Company D and not for B's personal debt. Therefore, Company F may only be liable to guarantee B's personal debt if Company F is liable, as a guarantor of Company D, to guarantee Company D's guarantee obligations/guarantee liability regarding B's debt as its guarantor. In other words, the question is whether the "comprehensive liability" borne by a principal debtor (Company D) in the Terms and Conditions of Comprehensive Revolving Guarantee Agreement (between Bank A and Company F) includes guarantee obligations/guarantee liability borne by the principal debtor (Company D) on behalf of a third party (B) (i.e. whether the principal debtor (Company F) should bear the secondary guarantee obligations). The guarantee obligations of E and G, in turn, depend on whether they are required to bear guarantee obligations (or secondary or tertiary guarantee obligations) of B's personal debt as the comprehensive revolving guarantors of Company D and Company F, respectively, for their company debts. (It must, however, be noted that this question is identical to the aforementioned question of the secondary guarantee obligations of Company F with respect to the debts of Company D and should be subsumed thereunder.)

Therefore, after reviewing: (1) the general effectiveness of comprehensive revolving guarantee contracts; (2) the effectiveness of the comprehensive revolving guarantee contract executed by Company D regarding B's debt; (3) the secondary guarantee obligations of Company F; and (4) the secondary or tertiary guarantee obligations of E and G, I have concluded as follows:.

Conclusion

Company D shall not become liable for the Loan unless a comprehensive revolving guarantee contract between B, acting on behalf of his company, and Bank A is effect. Since such guarantee contract constitutes a conflict of interests,

procedures stipulated in the Law Relating Yugen Kaisha (Yugen Kaisha Hou Articles 30, 29 and 48) are required to be properly observed. However, a failure to properly observe such procedures will not enable Company D to successfully assert the invalidity of the comprehensive revolving guarantee contract and to set aside its obligations as guarantor thereunder if Bank A, as the other party to the contract, was not aware of such failure and such unawareness was not a result of Bank A's negligence. Bank A, as a bona fide third party, has the burden of proof with regards to its awareness of Company D to observe proper procedures. (Notwithstanding the official allocation of the burden of proof, judicial precedent indicates that Company D will not be released from its obligations until it proves that the other party was aware of Company D's failure to observe the proper procedures.)

Although Company F and E, a representative director of Company D, are liable to guarantee Company D's debt to Bank A, it should be interpreted that such guaranteed obligation does not include Company D's guarantee liability to the personal debt of B (even if such debt is effective). The reason for this conclusion is that if such a guarantee of a guarantee (i.e. secondary guarantee obligation) under a comprehensive revolving guarantee contract is affirmative, a revolving guarantee obligation might lead to a chain expansion which will violate Article 90 of the Civil Code. In view of a balance of benefit, it is proper to consider, concerning this kind of contract in this case, that there was no explicit agreement to the secondary guarantee obligation. Even if such agreement may be found by interpreting the intention of the parties, such agreement should, as long as it is related to a comprehensive revolving guarantee contract, be considered invalid as a violation of Article 90 of the Civil Code since it will impose an unreasonable liability on the revolving guarantor. Or even if, exceptionally, there is room that such an agreement is considered valid under "special circumstances," the existence of such "special circumstances" must be affirmed very carefully when the other party is aware, like this case, that it constitutes an obvious conflict of interests that a president's personal debt is guaranteed by the company. In any event, existence of the "explicit agreement" as to the secondary guarantee is hardly acknowledgeable in the above case, and therefore there is no room for considering such "special circumstances."

Based on the above arguments, the personal guarantee obligation of G as a representative director of Company F that constitutes a tertiary guarantee obligation should be denied.

Ⅰ　問題の提起

バブル経済の崩壊後、不良債権の回収が、構造改革の緊急課題として問題となっている。強制的債権回収の過程で、訴訟事件も激増し、これまで問題となっていなかった、あるいは問題とはされていたが、必ずしも十分に論議されたとはいえない、新しい法律問題も登場し、新判例、新学説があらわれ、論議を呼んでいる。例えば、抵当不動産の不法占拠者に対する、抵当権者の債権者代位による妨害排除請求権の行使を認め、さらには抵当権それ自体に基づく妨害排除請求の可能性を示唆した、最高裁平成１１年１１月２４日大法廷判決（民集５３巻１８９９頁）やそれをめぐる学説の論議がその一好事例である。

本稿でとりあげる問題も、その一例といえよう。近時、私は、包括根保証をめぐるある法律問題について、意見を求められる機会があった。目下のところ訴訟で争われている事件ではないが、包括根保証の問題を考える上で、興味深いケースであり、今後、訴訟として登場してくる可能性も高く、予防法学的にも重要な問題なので、このケースを取り上げて、包括根保証契約をめぐる近時の法律問題について検討を試みることとした。

相談を受けた実際のケースはかなり複雑なので、問題点を絞って簡略化し、事案の説明をするとほぼ次のようなケースとなる。

「Ａ銀行からＢは、バブル時代に、自宅用の土地建物の購入資金として６億円を借り入れた。Ｂは老舗の同族会社を経営する社長であった。その後Ｂが死亡して、長男のＣがその地位を相続した。ＢがＡ銀行から借入れをするにあたり、当時Ｂが社長をしていたＤ有限会社がＢのこの個人債務につき、包括連帯根保証契約をＡ銀行との間で締結した。Ｂの死亡後、この会社の社長には、親族のＥが就任した。

他方、Ｆ株式会社は、やはりこの一族の経営する会社であって、Ｂが社長であったが、Ｂの死亡後は一族のＧが社長に就任した。Ｄ会社、Ｆ会社ともに、Ａ銀行と取引関係があり、Ａ銀行から融資を受けるにあたっては、相互に、包括連帯根保証人となっていた。且つまた、Ａ銀行に対するＤ会社、Ｆ会社の会社債務について、それぞれの代表取締役であるＥとＧとが、包括連帯根保証人として個人保証をしている。なお、Ｆ会社は、前記ＢのＡ銀行への個人債務について、Ａ銀行との間に保証契約は締結していない。」

以上のような事実関係の下で、その後バブルが崩壊して、Ｂ及びその相続人のＣが、Ａ銀行に対する前記６億円の債務を弁済することが出来なくなったので、次の点が問題となった。

（1）ＢがＡ銀行から借り入れし、Ｃが相続により承継した借入金６億円（以下、「本件債務」という）について、㈲Ｄ社、㈱Ｆ社それぞれの保証責任の有無、範囲について。

（2）㈲D社の代表取締役E、㈱F社の代表取締役Gは、A銀行に対し、それぞれの会社債務のために包括連帯根保証人になっているが、本件Bの債務についても、それぞれ保証責任を負うか。

以下これらの問題点について具体的に検討してみよう。

Ⅱ　本件の争点

BのA銀行に対する債務につき、A銀行との間に直接包括根保証契約を締結しているのは、㈲D社のみであり、㈱F社は、㈲D社のためにA銀行との間に包括根保証契約を締結しているものの、本件Bの個人債務については、同銀行との間に保証契約を締結していない。したがって、もしBの個人債務につき、㈱F社までが保証責任を問われるものとすれば、その根拠は、Bの保証人たる㈲D社の当該保証責任・保証債務につき、さらに㈲D社の保証人たる㈱F社が保証責任を問われうるものかの問題が肯定的に解されることによって、はじめて基礎づけられうるものといえよう。換言すれば、この問題は、（A銀行と、㈱F社との間の）包括根保証契約取引約定書にいう主たる債務者（D）の負う「いっさいの債務」の中に、主たる債務者（D）が第三者（B）のために負担した保証責任・保証債務までも含まれるものか（副保証責任まで負うものか）の問題といえよう。そして、E及びGの保証責任如何は、上記の問題が肯定された場合に、さらに㈲D社および㈱F社の包括根保証人たる両人がそれぞれの会社の債務の保証人として、先のBの個人債務についての保証責任（副保証責任あるいは副々保証責任）まで問われうるものかの問題にかかっているといえよう（もっとも、この問題は前者の副保証責任の問題と同一であり、その問題に包摂される）。

以下、まず、①包括根保証契約一般の有効性、②Bの債務に対する㈲D社の包括根保証契約の有効性を検討し、ついで、本件の最大争点である、③㈱F社の副保証責任、さらに④E及びGの副あるいは副々保証責任について、順次検討してゆこう。

Ⅲ　包括根保証契約の有効性

1）本件で問題となっている連帯保証契約は、保証限度額や保証期間について制限のない継続的な包括根保証である。かかる包括根保証契約も、契約としては一般的に有効と解されている。抵当権にあっては、物的担保価値の排他的把握が生じるために担保価値の合理的利用をはかるという政策的考慮から、なんらかの限定が必要とされる（民398条の2）のに対して、保証の場合にはそうした考慮は必要がないからである。(1)　ただし、包括根保証においては、保証人の責任が過度になるおそれがあるから、保証人保護のために、さらには後述するような別個の政策的考慮から、

保証債務を適正な範囲に制限する必要がある。判例もまた、かかる立場に立つ。(2)

このような包括根保証の場合を含めて保証人保護のための合理的責任制限としてこれまで論議されてきたのは、主として、保証限度額、保証期間、保証債務の相続性の問題であり、本件で扱う、「副保証責任」の有無･範囲についての本格的な議論は、これまで必ずしも十分になされているとはいえないようである。

2）ところで、銀行実務では、包括根保証としている取引約定書は、「会社の代表取締役、経理担当重役等、被保証債務の増減変動について常に熟知しうる者の保証について利用すべきであ」り、「右の者以外の保証については、できれば別札の保証書に保証期間及び保証限度額を定めて保証させるか、個別の取引ごとまたは貸付けごとに個々に保証させるべきである」と指導されているという。(3) また、今日では、実際の銀行取引上は、限度根保証を原則とし、包括根保証をとるのはオーナー社長がする個人保証などの例外的な場合だけであるともいう。(4) これらの事実は、包括的根保証契約における根保証人の責任が重いことから、金融機関自らが、かなり慎重な態度をとっていることを意味しよう。

3）本件包括根保証契約の締結は、オーナー社長の個人債務につき、会社が保証するという、典型的な利益相反行為（有３０条１項後段、なお、株式会社の場合は、商２６５条１項後段）なので、その有効性がまず問題となる。つぎにまた、本件は、保証人たるこの会社の債務につき、同族の関連会社が同一の銀行との間に包括根保証契約を締結しており、其の会社債務につき、前記オーナー社長の親族である代表取締役がその会社債務につき、さらにまた個人として包括根保証人になっているという、一連の連鎖的保証契約関係がある複雑な事案である。このような連鎖的保証契約関係がある場合の、包括的根保証契約の効力および保証人の責任範囲如何が本件の第二の問題であり、これが本件の、最も重要な争点である。以下、それぞれの保証契約について個別具体的に、その効力・保証人の責任の範囲について検討しよう。(5)

注１）我妻･民法講義Ⅳ、４７０頁。

注２）大判大正１４・１０・２８民集４巻６５６頁。相当期間経過後に解約権の行使を認めるなど、合理的制限を加えれば有効性を認めてよいという。同旨、最判昭和３３･６･１９民集１２巻１０号１５６２頁。

注３）全国銀行協会連合会法規小委員会編･新銀行取引約定書ひな型解説２０８頁、なお、銀行取引約定書については、平成１２年に、銀行業務の多様化に伴い、各銀行の自己責任に基づく創意工夫が求められるとして、これを

廃止すると共に、今後従来のように「ひな型」を制定して公表することは行わないとの宣言がなされた。この点に関しては、秦光昭「本試案作成の経緯と考え方および問題点」銀行法務２１　５８２号（２０００年）１１頁以下参照。

注４）石井真司「根保証の法律構成の再検討」手形研究２８６号（１９７９年）５頁。

注５）なお、以上の問題につき、伊藤進「保証人の保護」、金融取引法体系第５巻（１９８４年、有斐閣）２６６頁以下参照、なお近時の文献として、荒川重勝「根保証再論」立命館法学１９９６年５号２５頁以下、中井美雄「包括根保証の責任制限」立命館法学１９９６年６号４９頁以下がある。

Ⅳ　㈲Ｄ社の包括根保証責任について

Ｂの個人債務につき、㈲Ｄ社の代表取締役たる故Ｂが会社を代表してＡ銀行との間で本件包括根保証契約を締結したのは、昭和６２年２月であり、その約２年半後である、平成元年９月から、数回にわたり、合計６億円の融資がなされたという。上記本件包括根保証契約の締結は、利益相反取引にあたるから、有限会社である本件の場合は社員総会の認許を受けることが必要で（有３０条、２９条）、しかもこの認許は特別決議を要する（有４８条）。この認許を欠く行為は無効であるが、会社は、取締役の右行為について社員総会の認許を受けていなかったことを相手方たる債権者が知っていた事実を主張・立証してはじめてこの契約の無効を相手方に主張することができると判例はいう。(1) この判例法理によれば、本件において、もし根保証契約の締結に際して社員総会の認許がなされておらず、その事実を債権者が知っていたことを立証できれば、㈲Ｄ社は、本件根保証契約の無効をＡ銀行に主張できることになるわけである。

相談を受けたケースでは、はたして取締役会の承認決議さらには社員総会の特別決議があったかどうかは疑わしく、その事実を相手方たるＡ銀行が知っていた（善意としても過失あるいは重過失がある）おそれがまつたく無いわけではないようにも思われるケースであったが、事実認定の問題なので本稿では問題点の指摘に止める。なお、相手方の保護要件は善意のみでたりるのか、無重過失あるいは無過失まで必要か、先の判例の射程距離についても問題が残されている。多額の借財につき取締役会の決議を求める商法２６０条２項２号の解釈において、判例は、必要な取締役会の決議を経ないでなされた取引行為につき、これを原則として有効と解しつつ、相手方が悪意または有過失の場合に限ってこの行為を無効としている、つまり第三者の保護要件として善意のみならず無過失までが要求されていることになる。(2)　つぎに表見取締役の行為についての会社

の責任を規定する商法２６２条の解釈に関しては、判例は、第三者の保護要件として条文の定める善意のほかに無重過失を求めている。(3) ところが、利益相反行為に関する商法２６５条の解釈について、判例（ただし「昭５６法７４改正」により１項後段が追加される以前の判決）は、取締役会の承認を欠く行為の効力について相対的無効説を採った上、第三者の保護要件としては善意のみでたりるとし、しかも相手方である第三者が悪意であることの立証責任を会社に課した。(4)

この一連の判例法理は均衡を欠くように私には思われる。すなはち、２６２条は権限乱用、２６０条１項２号は表見代理、２６５条１項後段は無権代理にあたる規定であろう。そうだとすると、この順に会社の法的保護の必要性が高まる筈なのに、右判例法理によると、第三者の保護要件が後のものほど緩和される結果となっており、その分だけ会社の保護の度合いが弱まり、均衡を失するように思われるからである。権限乱用や表見代理の場合にこれらの行為を原則として有効としつつも、相手方の保護要件として善意無過失あるいは無重過失まで要求している以上、相対的とはいえ、原則として無効と解されている利益相反行為の場合に、相手方の保護要件として善意のみでたりるとし、無過失あるいは少なくとも無重過失まで要求しないのは均衡を欠こう。このような差異を設けるなんらかの合理的理由が果たしてあるのであろうか。この見地から見るときは、取引相手方の悪意の立証責任を会社に課していることも疑問である．立証責任の転換も考えられないわけではあるまい。前掲最大判昭４３．１２・２５（民集２２・１３・３５１１）は、債務引受行為の事例のもとで相手方悪意の立証責任を会社に課し、前掲最判昭４５・３・１２（判時５９１号８８頁）もこれを踏襲したのであるが、前述したようにこれらは「昭５６法７４改正」以前の事件であり、この当時はいわゆる間接取引に２６５条の適用があるかがはげしく争われていたという事情のもとで、適用を認める代わりに相手方の保護要件を緩やかにしたものとも考えられよう。そうだとすると、右改正により２６５条１項後段が新たに追加された現在では、これらの判決は見直しの余地があろう。このような見地から見るときは、本件でもし社員総会の認許の特別決議や取締役会の承認決議議事録の提出が求められていなかったとすると、この事実をどう評価すべきかは、ひとつの重要論点となりえよう。債務者Ｂの個人債務につき、その者が代表取締役を務める会社が保証契約を債権者たるＡ銀行とすることは利益相反行為であること、保証契約書の文面上から明白であるから、債権者としては、予防法学的見地からしても議事録の提出を求めておくべきであろう。取締役会の議事録についてはともかく社員総会の議事録についてはその提出にさほどの問題は無いように思われるのである。かくて、社員総会の認許の特別決議あるいは取締役会の承認決議不存在についての立証責任は会社が負い、相手方善意無過失の（少なくとも無重過失の）立証責任は相手方たる

第三者が負うこととするのが公平かつ合理的ではないかと考える。この点商法学者の間で若干の議論はあるようであるが、本格的に３条文相互間の均衡についての議論が為されているわけでもなさそうであり、民法学の立場から問題の提起をしておきたい。

注１）株式会社の２６５条の事案につき最判昭４５・３・１２判時５９１号８８頁。
注２）最判昭４０・９・２２民集１９・６・１６５６　会社百選（５版）４６頁。

注３）最判昭５２・１０・１４民集３１・６・８２５、会社百選（５版）４９頁。
注４）債務引受行為の事案につき最大判昭４３・１２・２５民集２２・１３・３５１１、会社百選（４版）５４頁　北沢解説、同（５版）５１頁　三枝解説、保証契約の事案につき前掲最判昭４５・３・１２がこれを踏襲。

Ⅴ ㈱Ｆ社の保証責任の有無、範囲

１）Ｂの個人債務につき、㈱Ｆ社は、直接Ａ銀行との間に包括根保証契約を締結していない。そうだとすると、もし本件債務について㈱Ｆ社が保証責任を問われるものとすれば、それは、Ｂの個人債務につきその保証人たる㈲Ｄ社が負う保証責任につき、その保証人たる㈱Ｆ社が、さらにいわば副保証人として責任を負わされるものかどうかの問題に関わるものといえよう。

ところで、保証債務をさらに保証するものを副保証という。保証は債権者と保証人との間の契約で成立するから、その内容は、保証の本質に反しない限り、自由に定めることができ、副保証契約もまた有効にこれをなしうることは問題がない。その内容・効力は、保証契約の解釈によって定めればたりる。(1)　問題は、包括根保証の場合に、保証人が負うべき保証債務の中に副保証責任も含まれるかにある。

このケースの包括根保証約定書によると、「保証人は、債務者が別に差し入れた銀行取引約定書第１条に規定する取引によって貴行に対して現在及び将来負担するいっさいの債務について、債務者と連帯して保証債務を負（う）」ものと定められている。そして、銀行取引約定書第１条には「①手形貸付、手形割引、証書貸付、当座貸越、支払承諾、外国為替その他いっさいの取引に関して生じた債務の履行については、この約定に従います。」と定められている。これらの文言からすると、債務者の負う保証債務も銀行取引約定書第１条にいうところの「その他いっさいの債務」の中に包含され、したがってまた、包括根保証人は保証約定書にいう、債務者が銀行に対して負う「現在及び将来負担するいっさいの債務」の中にこの債務も含まれることとなる故に、副保証責任を負わされることとなりそうである。

2）根抵当権の被担保債権として保証債権が含まれるかにつき、周知のごとく、近時最高裁は、従来の下級審判決例や学説上の肯定･否定両説の対立を踏まえ、肯定説を採ることを明らかにした。(2)　この判決は、甲信用金庫とその取引先乙との間で乙の甲からの借受金債務を担保するために締結された乙所有不動産上の根抵当設定契約において、その被担保債権の範囲が「信用金庫取引による債権」と定められていたところ、別途契約で第三者の丙が甲に対して負担する債務を乙が保証したために、先の根抵当権の被担保債権のうちに、乙が甲に対して負担することになったこの保証債務までも含まれるかが争われ、それが肯定されたのである。

つまり、この事件の事案は、乙が丙の債務の副保証人ではなく、直接の保証人であって、甲に対して乙が保証債務を負うこと自体は何ら問題のなかった事案であり、ただこの保証債務も、信用金庫取引上の債務として、一般取引上の借受債務を担保するために設定された根抵当権の被担保債務となりうるものかが、争われたのである（換言すれば、乙は本来丙の物上保証人ではなかったので、甲の乙に対する保証債権は一般債権であるはずなのに、たまたま乙が甲に対する借受金債務につき甲に対して根抵当権を設定していたため、この保証債権も根抵当権の被担保債権に含まれるとすることにより結果として根抵当権の極度額の限度で優先権を受けうることになることの是非が争われたものといってもよい)。これに対して今扱っているケースは、包括根保証契約においては保証の保証、つまり副保証にあたるような債務も、その点に関する明示の合意がなくとも当然に根保証債務の内容になるものかが争われているのであるから争点を異にし、この最高裁判例は本件の先例としての価値を有しない。

本件の争点に関する最高裁判例はまだ現れていないが、下級審判決例はある。この事件の事実関係はつぎのとおりである。Ｙは債権者Ｘと極度額５００万円の連帯根保証契約を締結し、主債務者ＡがＸに対して負担する貸金債務のみならず、Ａが第三者のために負担する保証債務についても連帯保証する旨を約した。他方Ａは、主債務者ＢのためにＸと極度額を３００万円として、右と被保証債務の範囲を同じくする連帯根保証契約を締結した。また、そのＢはＸとの間で、ＣのＸに対する債務につき、保証契約を締結していた。かかる事実関係の下でＸよりＹに対してＡ及びＢの副保証、副々保証分まで含めた債務の履行を求めたのである。

これに対してこの判決は、Ｙが、連帯根保証契約において、Ａ自身がＸに対して負担する貸金債務にのみならず、Ａが第三者のために負担する保証債務についても連帯保証する旨約したことが明らかであるから、この連帯保証の主債務にはＡがＢのために負担する保証債務も含まれるが、明示の合意が認められない関係上、Ａの

保証債務の主債務、すなわちＢの債務には、ＢがＣのために負担する保証債務を含まないとした。つまり、ＸＹ間で明示の合意のあった副保証債務までは認めたが、それのなかった副々保証債務については否定したわけである。その理由としてこの判決は、「(委託を受けて締結された)人的担保にあっては、主債務者と連帯保証人との間の人的関係が重要と考えられ、これを無視して実質上の主債務者の無制限な拡大を許すことは、双方当事者の合理的な意思に即しない」と判示した。これを肯定すると、債権者がこのような契約を順次積み重ねることにより連帯保証人の実質上の主債務者が連鎖的に無限に拡大することとなるのを憂慮したのである。もっとも、この事件では根保証債務の限度額が５００万円と定められていたのであるが、限度額の定めのない包括根保証にあってはその弊害はますます明らかといえよう。(3)

３）この問題につき、学説は、肯定･否定の両説に分かれている。当然のことながら、銀行実務専門家に肯定説が多いように見うけられる。(4) これに対し、荒川教授は、前掲東高裁昭和５５年判決に結論的には賛成としつつ、さらに１歩を進め、「ＢがＣのために負担する保証債務はもはやＹとの直接取引きに基づくものではないから、仮に『明示の合意』がある場合でも、かかる合意に至った諸事情に照らして合理的であると認められる特段の事情がないかぎり、Ｙが負うべき被保証債務に含まれないと解すべきである」とされる。根保証責任の無限の連鎖的拡大を懸念されるからである。そして、その特段の事情としては、「例えばＡ会社の債務についての根保証人ＹがＡ会社の代表取締役などであってＡ会社の取引を実質的に管理ないし確知でき、しかもＡ･Ｂ･Ｃ間に経済的に密接な関係があるなどによって、根保証人がその被保証債務の範囲を予測･予期できる立場にあるといった事情があることが要求されるというべきであろう」とされる。(5)

４）荒川説の説くように、この問題は二つに分けて考察する必要がある。第一に、限定根保証の場合でもそうであるが、とくに包括根保証の場合、明示の特約なくして副保証にあたるような保証債務まで主たる債務者の債務に入るのかの当事者意思の解釈問題、第二に、明示の合意があったとしてもそのような合意に効力を認めてよいかどうかの利益考量ないし政策判断問題である。まず第一の問題から検討しよう。

根抵当権の場合と同じく、根保証の場合にも、取引約定書にいう主たる債務者の負う「いっさいの債務」の中に、間接取引たる保証債務が含まれるとしても、さらにその中に保証の保証である副保証にあたる債務まで含まれるものかは、別問題である。この点は限定根保証であると、包括根保証であるとを問うまい。合理的意思解釈によれば、将来発生する債務を目的とする根保証契約の締結時において、主たる債務者の第三者に対する保証債務（さらにその第三者の、その先の第三者に対す

る保証債務）まで、保証する意図は当該根保証人には通常はあるまい。未だ存在していない当該第三者、あるいは存在していたとしてもその存在を知らない第三者、さらにはそれを知っていたとしてもその第三者の間接的な債務まで、当該根保証契約において、根保証人が保証する意思を有していたと解釈するのは（たとえそのような事態が抽象的には予見可能であったとしても）、あまりにも不合理である。根保証契約の締結にあたって、そのような事態の起こりうることを、債権者が根保証人に十分に説明し、副保証さらには副々保証責任を負うことまで明示の合意を求めておいてはじめてその有効性が問題となりうるものといえよう。肯定説のような意思解釈が許されるとするならば、先の東高裁昭和５５年判決の説くように、「かような契約を準次重ねることにより連帯保証人の実質上の主債務者は連鎖的に無限に拡大する可能性」を否定できないからである。近時、マスコミをにぎわしている商工ローンの過剰貸付けの問題状況を見るとき、かかる可能性が現実性を帯びて感じられ、その弊害は重大である。

5）ところで、私が相談を受けた事件において、㈱Ｆ社が㈲Ｄ社の包括根保証人になったのは、㈲Ｆ社がＢの包括根保証人になる３年前であった。そうだとすると、㈱Ｆ社が㈲Ｄ社の包括根保証人になった時点では、Ａ銀行としては、㈲Ｄ社がＢの個人債務の保証人となることを必ずしも予想しておらず、従ってまた㈱Ｆ社の副保証責任についての期待もその時点ではなかった筈である。さらにいうと、問題を簡単にするために最初の問題設定では省略したが、実際のケースでは、Ａ銀行は、この同族会社の今一つの関連会社である㈱Ｈ社とも取引関係があり、この㈱Ｈ社は、㈲Ｄ社のＡ銀行に対する債務につき㈱Ｆ社と並んで包括連帯根保証契約を締結していた。㈱Ｈ社が、㈲Ｄ社の包括根保証人になった時点は、Ｂの個人債務発生後３年たった時点であった。そこで、Ａ銀行としては、当時まだＢが㈱Ｈ社の代表取締役であったので、㈱Ｈ社に、㈲Ｄ社と並んでＢの個人㈱債務についても直接保証させることが容易であった筈である。にもかかわらず、それをしていなかった。それは、Ａ銀行としては、この時点では、㈱Ｈ社には㈲Ｄ社の債務を保証させることのみを期待し、Ｂの個人債務の副保証責任まで期待していなかったからであるように思われる。というのは、この保証契約が締結された当時はまだバブル経済は崩壊しておらず、Ｂの個人債務については、その所有の個人資産及び㈱Ｄ社の保証で十分であったからではないかと推測されるからである。このような推測が許されうるとすると、Ａ銀行と㈱Ｆ社および㈱Ｈ社との各包括根保証契約においては、Ｂの個人債務の副保証責任についての合意は含まれていなかったと解釈するのが合理的といえよう。本件事案のこのような特殊性からしても本件根保証契約には副保証責任は含ま

れないと解するものである。

副保証責任まで含ませる肯定説を採るときは、根保証人の責任は、根抵当のような物的有限責任と異なり、その無限責任性の故に、とくに極度額に限定のない包括根保証にあっては過大なものとなるおそれがあり、妥当性・公平性を欠こう。もちろん、解約権の認容による保護は可能であるが、気がついたときには既に過大な債務を負担させられていることもあり、かかる場合には保護に欠けよう。それが連鎖的責任であるだけに債務の負担状況がつかめず、債権者からの請求によってはじめてことの重大性に気がつくことが多いからである。債権者の保証人への通知義務は目下のところ認められておらず、また場合によっては信義則による責任制限も、もちろん考えられるけれども、明示の副保証の合意がない限り、一律に副保証は含まないとするのが妥当といえよう。さらに、肯定説の結論は、保証人の責任範囲につき予測不可能性をもたらすことの故に、信用調査の点からしても、近い将来銀行自身の首をしめかねない結果になるほか、根保証人の一般債権者の不利益をももたらし、その及ぼす悪影響は計り知れまい。否定説をもって正論とすべきである。

6）では、第2の問題である明示の合意が当事者間にあるときはどうか。この場合には、契約自由の問題とすべきであろうか。やはりこの場合も、原則として否定説を採りたい。その理由は次のとおりである。まず、包括根保証にあっては、前述のごとく人的担保の無限責任性の故に、また責任限度額の定めを欠くことの故に、さらには包括根保証契約の連鎖的締結の結果、根保証人の全財産が名前も知らぬ複数の債務者たちの責任財産となる可能性も論理的には否定できず、債権者の得る利益と、思慮を欠いたとはいえ、根保証人の負う不利益とがあまりにも利益の均衡を欠き、近時のいわゆる「給付の均衡法理」に基づく公序良俗違反理論から見て、民法９０条により無効と解すべきだと思われるからである。(6) 債権者としては、かかる連鎖的根保証契約に担保を求めず、個別的に保証契約を締結すればよく、そのことはさほど困難とも思われない。保証が取れなければ、融資を拒絶すればすむ問題でもあるからである。包括的根保証契約の連鎖的締結のもたらす弊害の方をより重視すべきである。

荒川教授は、前述のごとく、「明示の合意」がある場合でも、合理的と認められる特段の事情のない限り副保証責任は負わないと解すべきだとされ、特段の事情の例として、「Ａ会社の債務についての根保証人ＹがＡ会社の代表取締役などであってＡ会社の取引を実質的に管理ないし確知でき、しかもＡ・Ｂ・Ｃ間に経済的に密接な関係があるなどによって、根保証人がその被保証債務の範囲を予測・予期できる立場にあるといった事情があることが要求されるというべきであろう」と述べられた。

そこで、本件がこのような特段の事情にあたる事例といえるかについて最後に検討しておこう。

本件会社は典型的な同族会社である。しかも、Bは、オーナー社長として中心会社である㈱F社のほか、関連2会社の代表取締役社長を務めていた。これらの点からすると、本件は荒川説にいう「特段の事情」にあたる事例のように思われそうである。しかし本件で注意さるべきことは、会社の債務を社長が個人保証している点が問題となっているのではなく、社長個人の債務を会社に保証させるという、典型的な利益相反行為に関連して根保証契約の内容･効力が争われている点である。債権者たるA銀行には、このことは当然に知られている（A銀行と㈲D社との包括根保証契約の文面上からも明白)。しかも、本件契約は責任限度額に限定のない包括根保証契約なのである。そうだとすると、前述したように、A銀行としては予防法学的にも、A銀行と㈲D社との包括根保証契約の締結にあたって社員総会の特別決議の議事録を提出させる必要のあることはもちろん、副保証責任について肯定的立場を銀行がとる以上は、この契約が㈲D社の債務の根保証人たる㈱F社や㈱H社に及ぼす影響にも気づく筈であるから、この点の確認をとっておくとか、むしろ直接に㈱F社や㈱H社との間でもBの個人債務につき保証契約を締結しておくべきではなかったか。いわゆるレンダー・ライアビリティが問題となるケースではあるまいか。(7)　B以外の社員や株主の利益を考えるとき、ファミリー企業とはいえ、銀行の慎重さを求めたい。包括根保証契約において、副保証責任を認めることの一般的問題性とも関連して、本件のようなケースにおいて「特段の事情」ありと見ることに私見は否定的である（荒川教授も恐らくこのような場合は別だとされることであろう)。

注1）我妻、民法講義Ⅳ、４５２頁。
注2）最判平5・1・19〈三〉民集47巻1号41頁、平5重判78頁、生熊解説。
注3）東高判昭和55・9・29、金法920号52頁。なお、この判決後、同一当事者間で争われたと思われる別件の判決では、副保証に関する明示の合意の存在が否定され、Yが保証責任を負うべきAの債務には、Aの、Bのための保証債務〈つまり副保証にあたる債務〉は含まれないとされている。長野地裁諏訪支部判昭和59・5・17、判タ532号194頁。
注4）鈴木正和「根保証における保証債務の範囲の確認」手形研究334号132頁、その他、鈴木＝竹内編・金融担保法体系第5巻423頁以下参照。
注5）荒川重勝前掲「根保証再論」68頁、なお、伊藤進教授も肯定説に若干の疑

問を示されている。前掲金融法体系第５巻４２５頁。

注６）この法理については、大村敦志『公序良俗と契約正義』１９９５年参照。

注７）レンダー・ライアビリティについては、例えば、１９９６年の金融法学会シンポジュウム報告、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」、瀬川信久「貸手責任の社会的背景と法的性格」（金融法研究１３号１４５頁以下）およびそこで引用されている諸文献参照。また、木村仁「保証契約締結における不当威圧の法理」（一）、（二完）民商１１４巻２号６３頁、３号７１頁（１９９６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）、潮見佳男「最近の裁判例に見る金融機関の説明・情報提供責任」金法１４０７号７頁（１９９５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」みんけん４８８号１２頁、４８９号１３頁（１９９７年、１９９８年）参照。

Ⅵ　Ｅ及びＧの保証責任の有無、範囲

㈲Ｄ社代表取締役Ｅおよび㈱Ｆ社代表取締役Ｇの、本件ＢがＡ銀行に対して負っている個人債務への保証責任の有無については、これまで述べてきたところから明らかなごとく否定的に解すべきである。ＥやＧはＢの親族であるから、両人がＢ死亡後それぞれの会社の代表取締役に就任したとき、すでにＢがＡ銀行に対して本件債務を負担していたという事実は恐らく知っていたものと思われる。しかし、両人がそれぞれの会社のＡ銀行に対する債務につき、Ａ銀行との間で包括根保証契約の締結を新たに求められるにあたって、その保証責任の中にＢの本件債務に対する保証責任まで含まれていることを果たして知っていたといえるであろうか。一般論としてみるとき、本件債務につき、㈲Ｄ社が保証していたことを知っていたとしても、その㈲Ｄ社の保証責任が、Ｅに、さらには㈱Ｆ社が負っている㈲Ｄ社の債務保証を媒介として連鎖的にＧにまで及んでくるとまで果たして知っていたのであろうか。Ａ銀行はこのことまで明確に説明したうえで、両人との間に保証契約を締結したのであろうか。これらの事実が認定されない限り、本件債務に対する両人の個人的な保証責任は認められるべきではあるまい。また仮にこれらの事実が認定されたとしても、包括根保証契約である本件契約の場合、副々保証責任まで含ませることが疑問であること前述したとおりである。

結　論

本件設定問題に関する私見の結論は、次のとおりである。

（１）ＢがＡ銀行から借り入れし、Ｃが相続により承継した借入金合計６億円（以下

「本件債務」という）について、まず、㈲D社は、本件債務につき、Bが会社を代表してA銀行との間に締結した包括根保証契約の有効性が認められてはじめて責任を負う。この保証契約は利益相反行為にあたるから、有限会社法〈３０条、２９条及び４８条〉の定める手続きが適法にとられていることが必要である。もっとも、この手続きを欠く場合でも、契約の相手方たるA銀行がその事実を知らず、知らなかったことに過失がない場合には、保証契約の無効を㈲D社は主張できず、保証責任を負うが、善意無過失の立証責任は、A銀行が負うものと解すべきである（もっとも、判例は、会社が相手方の悪意を立証してはじめて責任を免れうるとすること前述のとおりである）。

F社、さらにD社代表取締役Eは、D社のA銀行に対する債務につき保証責任を負うが、この被担保債務の中には、Bの個人債務についてD社が負う保証債務は（たとえその債務が有効に成立していたとしても）含まれないと解すべきである。包括根保証契約においては、これ（保証の保証つまり副保証責任まで）を肯定すると、根保証責任の連鎖的拡大のおそれがあり、給付の均衡性からみて、民法９０条に違反するからである。なお、本件のような契約では副保証責任に関する明示の合意はなされていなかったと見るべきであり、仮に意思解釈の結果それを認める余地があるとしても、そのような合意は、少なくとも包括根保証契約に関する限り、過大な責任を根保証人に課す結果となるので、やはり９０条違反として無効と解すべきである。また、例外的に、「特段の事情」の存在があればこれを有効と認める余地があるとしても、社長の個人債務を会社に保証させるという明白な利益相反行為にあたることを相手方が知っている本件の場合 、「特段の事情」の存在は慎重に認定さるべきである。いずれにせよ、副保証に関する「明示の合意」の存在を認めがたい本件の場合、「特段の事情」の存在を考慮する余地はまずないであろう。

（２）前項で述べたことを前提とすれば、副々保証責任にあたるF社代表取締役Gの個人保証責任は否定さるべきである。その理由は前述したところなので繰り返さない。

以上