

第 1 章 保証証券業務（ボンド業務）の法的性格と法規制の構造

岩 原 紳 作

1 序

銀行が行いうる信用補完業務に、保証証券業務（ボンド業務）が含まれるかが、問題になっている。これは保険業法が、保証証券業務を損害保険事業と看做したために（保険業法3条5項1号）、損害保険事業は損害保険会社としての免許を受けた者以外の者は営めないとされていることから（同法3条1項・2項）、その免許を受けていない銀行は、保証証券業務を営むことができないのではないように見えるためである。本稿においては、この問題につき検討してみたい。

2 保証証券の法的性格

(1) 保証証券の定義

英米においては、信用補完の手段として保証証券（Surety Bond）が広く用いられてきた。これは保証人（Surety）、債権者（Beneficiary or Obligee）、及び債務者（Principal or Obligor）の三当事者の間で、保証人が債務者と同一の債務を負担することを約束することにより、債務者における不履行の危険を保証人に転嫁する契約とされている⁽¹⁾。Surety Bondは、建設工事における入札保証や履行保証等のために、英米等の海外では広く利用されている。

国際的には、保証証券（Surety Bond）は次のように定義されている。

即ち、国際商業会議所（The International Chamber of Commerce: ICC）の契約保証証券統一規則は、次のように規定している。

2条「本規則においては、下記用語または表現は以下のとおりの意味をもつものとし、それに従って解釈される。

保証証券 保証人が債権者の利益のために発行する全ての保証証券、保証状またはその他の

(1) 倉沢康一郎『保険契約法の現代的課題』（成文堂、1978年）53頁。

証書。この証書により、保証人は、債務不履行が生じた場合には、

- i. 保証金額の範囲内で、損害もしくは補償その他の金銭的救済についての請求または支払請求権についての請求または支払い請求権に対し支払を行うか満足させること、

または

- ii. 保証金額の範囲内で、この請求または請求権に対し支払いを行うかもしくは満足させること、または保証人の選択により主契約または契約上の債務を履行することを約定するものである。

いずれの場合においても保証人の責任は、主契約上の債務者の責任もしくは契約上の債務に付従する。またこの保証証券には前払保証証券、瑕疵担保保証証券、履行保証証券、留保金保証証券および入札保証証券等が含まれる。」

3条b項「保証証券に基づく保証人の債権者に対する責任は、主契約に基づく債務者の債権者に対する責任に付従するものであり、主債務の不履行によって発生する。主契約は保証証券に組み込まれその一部となったものとみなされる。保証人の責任は保証金額を超えるものではない。」

3条d項「保証証券に基づくあらゆる抗弁に加えて、債務者が主契約に基づいて債権者に対して有するか、またはその問題に関し債務者が援用できるあらゆる抗弁、救済手段、反訴およびその他の権利、救済手段を、保証人はいかなる債務不履行に関しても援用することができる。」

これを受けて、我が国の保険業法においては、保証証券は次のように定義されている。

3条5項「損害保険業免許は、第1号に掲げる保険の引受けを行い、これに併せて第2号もしくは第3号に掲げる保険の引受けを行う事業に係る免許とする。」

1号「一定の偶然の事故によって生ずることのある損害をてん補することを約し、保険料を収受する保険（次号に掲げる保険を除く）」

3条6項「保証証券業務（契約上の債務又は法令上の義務の履行を保証することを約し、その対価を受ける業務のうち、保険数理に基づき、当該対価を決定し、準備金を積み立て、再保険による危険の分散を行うことその他保険に固有の方法を用いて行うものをいう。）による当該保証は、前項第1号に掲げる保険の引受けとみなし、当該保証に係る対価は、同号の保険に係る保険料とみなす。」

(2) 保証証券（ボンド業務）と保証

保証証券（ボンド業務）は、私法的には民法上の保証そのものであるとも言われる⁽²⁾。但し、その保証の内容等には注意が必要である。ボンドの種類によっては、主たる債務そのものの保証ではない類型もあるからである⁽³⁾。例えば、履行保証は主たる債務の履行を保証するが、瑕疵担保保証は瑕疵の補修又は損害賠償に応じることを保証する。前払保証は、請負業者がその債務不履行により契約解除された場合に、工事未了部分についての前払の返還を保証する。また保証の内容についても、主たる債務と同一内容の債務の履行ではなく、それに代わる保証金額の支払いを履行することをボンド発行者は選択できることとされている⁽⁴⁾。尤も、最近の民法学説においては、保証債務の内容は主たる債務と同一内容でなくてもよいとされている⁽⁵⁾。

ボンドの契約形態は、債権者と債務者の間の主契約を前提に、債務者と保険会社（保証人）との間で「保証委託契約」を締結し、その保証委託契約に基づき債権者と保証人との間で「保証契約」を締結するという三当事者間の契約形態を採っている⁽⁶⁾。一般の保証契約の中で債務者の委託を受けて保証人となる場合（民法459条）に該当する。ボンドは保険会社が商行為として行う保証（商法511条）として、連帯保証となり、通常は、保証証券に債務者と保険会社（保証人）が連署し、債務者を通じて債権者に保証証券を交付することにより発行される⁽⁷⁾。

(2) 江頭憲治郎＝小林登＝山下友信『保険業法』（有斐閣、1997年）25頁。アメリカでもそのように解されている（Robert D. Aicher, Deborah L. Cotton & TK Khan, Credit Enhancement: Letter of Credit, Guaranties, Insurance and Swaps (The Clash of Cultures), 59 Bus. Law.897 (2004) ; Ken Miller, Using Letter of Credit, Credit Default Swaps and Other Forms of Credit Enhancements in Net Lease Transactions, 4 Va. L. & Bus. Rev. 45, 67 (2009)）。

(3) これは主たる債務の概念のとり方の問題とも言えるが。

(4) 伝統的通説によれば、民法446条に従い、保証人は主たる債務と同一内容の債務を負担するとされる（我妻栄『新訂債権総論』（岩波書店、1964年）460頁他）。

(5) 平井宜雄『債権総論〔第2版〕』（弘文堂、1994年）307頁、内田貴『民法Ⅲ〔第3版〕』（東京大学出版会、2005年）348頁、中田裕康『債権総論〔新版〕』（岩波書店、2011年）476頁。

(6) 尤も、広義のSurety Bondに含まれるとされるFidelity Bond（身元保証）は、雇主と保証人の二当事者契約とされる。

(7) 天本吉樹「ボンドと保険」『新損害保険双書3 新種保険』（文真堂、1985年）86頁。

3 保証証券(ボンド業務)の保険業法・銀行法における扱い

(1) 保険業法における扱い

ボンド業務は、海外ではアメリカを中心に、損害保険会社により営まれてきた⁽⁸⁾。しかし日本においては、上記のようにボンド業務の民事法上の性格が保証であるために、保証たるボンドと損害保険は異なると理解され、損害保険会社に保険業務を営むことのみを許している旧保険業法の下においては、損害保険会社はボンド業務を営むことができないのではないかが、問題になった。昭和25年9月に中央建設業審議会が、入札制度の合理化を狙って建設工事請負契約の保証制度を確立し、損害保険会社を実施せしめることが妥当であると提言したが、ボンドを損害保険会社が提供することに疑念があったために、昭和26年から、経済的にはボンドと同様の機能を果たす保証保険を損害保険会社は提供することになった。保証保険は保険契約者が被保険者のために損保会社と保険契約を締結する、第三者のためにする損害保険契約の形式をとって(商法旧647条、保険法8条)、保険業法上の疑念を避けたものである。具体的には損保会社が、建設請負契約や売買契約等に基づく債務者(保険契約者)の債務の履行を債権者(被保険者)に対して保証する、即ち、請負契約の請負人又は売買契約の売主が請負契約や売買契約上の債務を履行しないと、請負契約の発注者又は売買契約の買主が被る損害を填補するという、二当事者間の損害保険契約であった。

ところがその後、日本企業の海外進出が活発になり、建設工事やプラント輸出の受注に際し、発注者からSurety Bondを要求されることが多くなったために、従来の入札保証保険や履行保証保険では発注者の要求に応じることができなくなり、損保会社がボンド(保証証券)を発行できるように認めて欲しいという要求が強く出された。そこで保険審議会の了承を得て、次のような旧保険業法の解釈に基づき、昭和49年5月31日に大蔵大臣により損保会社に対しボンド業務が認可された。即ち、商法上の保険契約と保険業法上の保険事業を同一と考える必要はない。保証証券は商法上の保険契約には含まれないかもしれないが、保証業務は有償で多人数を相手として営まれる限り、実質的には保険と異ならず、ボンドは保険的な数理計算に基づいて行われるものであるから、保険業法上の保険事業には含まれる(特に旧保険業法1条1項括弧書から)。そして平成7年の新保険業法は、同様の考え方を同法3条6項に明確に規定した⁽⁹⁾。

(8) 例えば、ニューヨーク州保険法によれば、ボンドは金融保証保険の免許を受けた会社しか引き受けることができない(N.Y. Ins. Law §§ 6904 (a), 6901 (a), 6503. Miller, supra note 2 at 68-69)。

(9) 以上のような経緯につき詳しくは、岩原紳作「保険会社の業務」(竹内昭夫編『保険業法の在り方・上巻』(有斐閣、1992年)1頁・39頁以下参照)。

(2) 銀行法における扱い

平成7年新保険業法3条6項により「保証証券業務」が損害保険事業(保険業法3条5項1号)とみなされた結果、損害保険会社としての免許を受けた以外の者は、保証証券業務(ボンド業務)を営めないことになりそうである(保険業法3条1項・2項)。ところが2(2)で論じたように、私法的に言えばボンドは保証そのものであると言われる。他方、銀行法10条2項1号により、保証業務は銀行の付随業務とされている。まず理論的に両者の関係をどのように理解するかが問題になった。次に、第2章において紹介されるように、正に平成7年から、建設省(当時)の履行保証制度研究会の報告を受けて、公共工事における談合の温床とされた工事完成保証人制度を廃止し、公共工事に関して履行ボンドを導入することが決定され、実行された。その際に銀行界は、履行保証だけでなく履行ボンドにも参加したい旨を表明した。履行保証制度研究会は、履行保証に関する競争性の確保の観点から銀行参入の意義を認めたが、銀行法上の業務の位置づけが必要であるとした。その結果、金銭的保証の一種としての銀行保証は、履行保証において利用されることになったが、ボンド業務に関しては、保険業法3条6項から損害保険業務に当たり、損害保険会社以外のものはなしえないという損保業界の主張もあり、銀行はボンド業務を行っていない⁽¹⁰⁾。

しかしこれに対して銀行界からは、履行ボンドを銀行法10条2項1号の保証業務として行えるという、以下のような主張がなされている⁽¹¹⁾。即ち、履行ボンドの私法上の性格は民法上の保証契約である。尤も、銀行法上の「債務の保証」は、いわゆる支払承諾のようなものが念頭に置かれており⁽¹²⁾、民法上の保証であっても、株式引受契約上の債務等、銀行法の他の規定との関係や銀行法の趣旨から銀行は付随業務としてなしえないものもありうるが、履行ボンドはそのような例外と考えることはできない。履行ボンドにおいて銀行が負う債務は、自ら工事を完成させる(又は瑕疵を修補する)というものではなく、また代替業者に依頼して工事を完成させる(又は瑕疵を修補させる)ことは契約上の債務とされているのではなく、銀行がそのような途を選択することができるというに止まっており、銀行が契約上負う債務は保証金額を支払うことに尽きている。従って、それは伝統的な銀行の与信業務による信用リスクと同質的であり、このような信用リスクの引受けを禁止する旨の規定は銀行法又は他の法令上存在しない

(10) 草苜耕造『公共工事契約と新履行保証制度』(日本評論社、2001年)98頁。この後、さらに2007年からは入札ボンド制度も導入された(同「公共工事調達制度改革とボンド制度」関東学園大学大学紀要16巻2号(30号)(2007年)1頁・22頁)。しかし本稿においては履行ボンド制度に焦点を絞って検討することとした。

(11) 都銀懇話会「履行ボンド業務の研究」(1996年2月)。

(12) 小山嘉昭『詳解銀行法』(金融財政事情研究会、2004年)167頁、氏兼裕之=仲浩史編著『銀行法の解説』(金融財政事情研究会、1994年)53頁。

ことから、履行ボンドを銀行は銀行法上の付随業務として行うことができる、というのである。

確かに履行ボンドにおける保証人の主たる義務は、履行保証金額の範囲内における金銭的な支払であり、保証人側の選択によって主たる債務を自ら履行するか、他の者に履行させることもできるというだけである。実際にも、債務者が主たる債務を履行しなかった場合に、保証人は履行保証金額の支払により義務を果たすことが多いようであり、主たる債務を自ら履行することは勿論、他の者に履行させることは多くないようである。ヨーロッパにおいては、履行保証は銀行保証により殆ど行われているし、履行ボンドによることが多いアメリカにおいても、大規模海外プロジェクトにおいては、銀行保証やスタンド・バイ信用状が使われることの方が多いとされる。履行ボンドと異なり、請負契約上の抗弁等を問題にせず、債務不履行のみを理由に履行保証金額を支払ってもらえるスタンド・バイ信用状等の方が、代替業者に自ら再発注する等、債務不履行に対応する能力のある発注者（債権者）には望ましいからだと言われている。そのような能力に欠ける発注者（債権者）の場合は、履行ボンドは意味があるが、保証者が金銭の支払の方を選んでしまえばどうにもならないと指摘されている⁽¹³⁾。

ただ銀行法的観点から問題がありうるとすれば、実際には例が少なく可能性は低いにせよ、銀行自身又は銀行が依頼した代替業者が債務者に代わって建設工事を行う可能性があることは、他業禁止を定めた12条の趣旨に抵触しないかという点ではなかろうか。確かに銀行としては履行保証金額を支払えば、履行ボンド上の義務は果たしたことになるが、履行ボンドを発行した銀行が、(実際に、銀行が自ら工事を行うことは考えがたいが)債務者たる建設業者に代わって当該工事を自ら行うことの少なくとも可能性を認めること自体に、銀行法の他業禁止原則（銀行法12条）の趣旨から問題がないのであろうか。自ら工事を行わないにしても、他の業者を斡旋して工事をやらせることにも、同様の問題はないのであろうか。もし銀行は実際にはそのようなことをしないというのであれば、そもそも履行ボンドを発行しないで、ヨーロッパの銀行のように銀行保証のみをすればよいのであるし、現に日本の銀行も既に公共工事等の履行保証のための銀行保証を行っているところである。履行ボンドを発行したいということは、自らまたは代替業者を依頼して主たる債務である工事等の金銭債務以外の債務の履行も行いたいということにほかならない。

銀行法12条の他業禁止の趣旨としては、他業より生じるリスクが銀行に及ぶことの遮断、利益相反行為の防止、監督法的規制を実効的に行える範囲への銀行業務の限定、免許規制等によ

(13) David J. Barru, How to Guarantee Contractor Performance on International Construction Projects: Comparing Surety Bonds with Bank Guarantees and Standby Letters of Credit, 37 The Geo. Wash. Int'l L. Rev. 51, 105 (2005) . また、Miller, supra note 2 at 67 参照。

り国の保護を受けている銀行が他業に進出した場合に生じる競争上の有利さの防止、銀行による産業支配の防止、等々が考えられてきた⁽¹⁴⁾。アメリカではこれらの観点等から、銀行 (banking) と商業 (commerce) の分離ということが伝統的に言われてきた。尤も、この原則はグラム・リーチ・ブライリー法の成立により、空洞化しつつあるとも主張されている⁽¹⁵⁾。このような他業禁止原則の趣旨からは、銀行が、履行ボンドの対象となる工事を自ら行うこと、又は工事を行う業者を斡旋して工事を行わせることが、銀行に不適切なリスクを及ぼさないか、監督当局がそれについて適切な監督を行いうるか等が、ポイントであろう。

確かに、銀行が自ら建設業者として工事を行うということは、余りにも銀行業の固有業務から遠く、固有業務により備えている能力や経営資源の応用として行える業務ではないため、リスクや能力等の観点から疑問であり、付随業務の範囲を逸脱しているように思われる。そのような形で銀行がボンド債務の履行を行うことは、銀行法上許されないと考える。しかし銀行が自ら工事を行うようなことは考えがたく、実際にありうるのは、代替の建設業者に依頼して工事を行わしめることであろう。そのような代替業者の手配については、建設業者を多く顧客に持っていてその能力、財務、信頼性を把握している銀行は、それなりのノウハウを有しており、能力的にはそれほど問題があるとは考えなくてもよいのではなかろうか。問題は、銀行が依頼した代替業者の工事に瑕疵がある場合に銀行が責任を負うリスクであろう⁽¹⁶⁾。それを深刻に考えれば、銀行が付随業務として履行ボンドを提供することを否定することになろうが、それほどリスクではなく銀行が管理可能な範囲のリスクと考えれば、付随業務たる保証業務に付随して行う範囲の業務として、理解しえなくもないようにも思われる。銀行監督当局による検査・監督の面からも、同様に考えることになろう。その他の他業禁止の根拠として挙げられている問題は、実際に生じることは余り考えられない。銀行と同じようにリスク遮断等を目的に他業禁止原則を有する損害保険会社が (保険業法100条)、問題なくボンド業務を行ってきており、銀行と同じく金融庁がその監督を行っていることを考えれば、銀行がボンド業務を行うことについては、なぜ特にリスク遮断やその監督等に問題があるのか、という疑問もありえよう。

(14) 「〔座談会〕子会社をめぐる法的諸問題 [中]」商事法務1240号 (1991年) 20頁以下 (岩原紳作発言)、岩原紳作「金融制度改革と保険会社の業務」『竹内昭夫先生還暦記念・現代企業法の展開』(有斐閣、1990年) 47頁・54頁参照。

(15) 川浜昇「米国における銀行の株式保有規制の変遷——銀行と商業の分離原則の行方——」法学論叢152巻5 = 6号211頁・237頁以下、Macey, Miller & Cargill, *Banking Law and Regulation*, 3rd ed. 2001, pp.464 et seq; Feibelman, *Commercial Lending and the Separation of Banking and Commerce*, 75 U. Cin. L. Rev. 943 (2007) .

(16) 代替業者は主たる債務の履行に関し銀行の履行補助者と考えられることになろう。

(3) 銀行が行う債券業務と保険業法との関係

仮に銀行法的観点からは、銀行が、金銭的支払の他に工事の履行そのものを選択できるという意味での債券業務を、銀行法10条2項1号の付随業務として行うことに問題がないとしても、それは保険業法3条6項に言う「保証証券業務」を行ったことになり、免許を受けずに「みなし損害保険業務」を免許なしに行ったことにならないかという問題はありうる。保険業法3条1項・2項・5項1号・6項と銀行法10条2項1号の関係の問題である。しかし条文上は両者の抵触はないと見ることができそうである。なぜならば銀行が履行債券業務を行う場合は、保険業法3条6項括弧書にいう「保険数理に基づき、当該対価を決定し、準備金を積み立て、再保険による危険の分散を行うことその他保険に固有の方法を用いて行う」という要件を充たさないという主張がありうるからである。現に銀行は、銀行保証については保険数理の方法を用いたリスク管理は行わず、一定の掛け目の下で、内部格付手法、標準的手法、先進的計測手法等により必要な自己資本額を算定するという、通常の与信リスクと同様の方法により、リスク管理を行っている⁽¹⁷⁾。監督指針等においても銀行保証は信用リスクの問題一般の中で扱われている模様である。

しかしこのことは逆に、銀行にとってそれで十分なリスク管理になっているのかという疑問を生じさせうる。信用リスクの管理を徹底させていくと、結局、バーゼルⅡのような必要自己資本算定の方法よりも、保険業法が定める保険数理を用いたアクチュアリアルな方法の方が合理的なのではないか、と思われるためである⁽¹⁸⁾。その意味では、銀行法の付随業務として銀行が債券業務を行うとしても、そのリスク管理や監督のあり方には、なお工夫の余地があるかもしれない。

4. 債券業務の私法上の扱い

前述したように、債券（保証証券）は基本的には民法上の連帯保証と考えられており、保険のように保険契約者と保険者の間の二当事者契約ではなく、債権者、債務者、保証人の間の三当事者契約であることが原則である。債券には連帯保証に関する民法の規定が適用される。連帯保証契約におけるように、主たる契約が不成立であったり、無効になると、保証債務も不

(17) 「銀行法第14条の2の規定に基づき、銀行がその保有する資産等に照らし自己資本の充実が適当であるかどうかを判断するための規準を定める件」(平成18年3月27日、金融庁告示19号)78条等)、佐藤隆文編著『バーゼルⅡと銀行監督』(東洋経済新報社、2007年)110頁。

(18) 銀行の先進的なリスク管理手法が更に発展すると、保険数理を用いた方法に接近してくるのかもしれない。

成立や無効となるという付従性が認められ、主たる契約に関する債務者の抗弁、例えば同時履行の抗弁や（民法533条）や期限猶予の抗弁等を保証人は主張できる（前掲・I C C契約保証証券統一規則2条・3条d項）。しかし単なる保証ではなく連帯保証であるため、補充性は認められず、催告や検索の抗弁権は有しない（民法454条）。

このボンドに認められる主たる債務に対する付従性は、債権者の保証人（ボンド発行者）に対する権利行使には障害となりうる。工事の発注者である債権者と工事を行っている建設業者（債務者）の間で工事をめぐるトラブルが発生して工事が完成しないような場合、債権者がボンド発行者にボンド債務の履行を求めても、ボンド発行者が債務者（建設業者）の債権者（発注者）に対する建設契約上の抗弁を援用して、ボンド債務を履行しない事態が生じるためである。それと比較すれば、主たる債務に対し独立性のあるスタンド・バイ信用状の方が、発注者に有利であり、活用されているという指摘がなされている⁽¹⁹⁾。

尤も、保証であっても、保険に近いものについては、保証の法理よりも保険の法理を適用することが考えられるとする指摘もある⁽²⁰⁾。例えば、連帯保証の一般原則によれば、連帯保証人間の負担割合に関する合意がなければ、平等の負担割合とされるが⁽²¹⁾、二つの損害保険会社が重複してボンドを発行して連帯保証人同士の関係に立った場合でも、それぞれのボンドの負担限度の割合に従って負担割合が決められた判例などが引用されている⁽²²⁾。しかしこれについては、むしろ法人の連帯保証人につき負担割合を平等とした前記・大審院判例に問題があるとも指摘されている⁽²³⁾。逆に、保険であっても保証に近いものについては、保証の法理を適用することが考えられるとも指摘されている。例えば、保証保険については、債務者（保険契約者）による故意の保険事故招致が保険者免責事由とはされておらず、告知義務違反も保険者免責事由とされていない⁽²⁴⁾。このような解釈は、当事者間における契約の趣旨の解釈によらざるをえないであろう。

(19) Barru, *supra* note 13 at 104 et seq.; Miller, *supra* note 2 at 67.

(20) 山下友信『保険法』（有斐閣、2005年）16頁。

(21) 大判大正4・4・19民録21輯524頁。

(22) 東京地判平成11・6・24判時1690号83頁、東京高判平成11・12・13金法1577号34頁。

(23) 山下・前掲注20）16頁。

(24) 山下・前掲注20）16頁、天本・前掲注7）104頁。