

## 第2章 銀行による保証業務の再検討—履行保証制度を題材にして

加 藤 貴 仁

銀行は、預金者が預金した金銭を個人や企業に融資することによって、利益を得ることができる。しかし、銀行が利益を得ることができる方法は、これに限られない。たとえば、A銀行はBに融資をし、C銀行はBのA銀行に対する債務を保証するとしよう。この場合、C銀行はA銀行又はBから保証料を得ることができる。

銀行が預金利息と融資利息のスプレッド以外に収益源を持つことは、リスク分散の観点から望ましい。しかし、銀行が引き受けるリスクが多様化する場合には、同時に、銀行のリスクマネジメントの精緻化が求められなければならない。たとえば、銀行が保証業務などによって損失を被ることが、銀行の信用創造機能や決済機能に悪影響を与える可能性がある<sup>(1)</sup>。

銀行の業務範囲に関する規制は、銀行規制の重要な構成要素である。しかし、銀行の業務範囲に関する規制の妥当性を検討するためには、取引によって銀行が引き受けるリスクの内容、すなわち、取引法的・私法的な側面の検討が欠かせない。本稿は、履行保証制度を題材にして、銀行が保証業務を行うことによって引き受けるリスクの内容を再検討することを目的とする。

### 1 履行保証制度の意義

民法446条は、「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」と定める。保証人が存在しない場合、債権者は主たる債務者の債務不履行のリスクを全て引き受けなければならない。これに対して、民法466条の「保証人」は、債権者に代わって、主たる債務者の債務不履行のリスクを引き受ける。後述するように、「主たる債務者の債

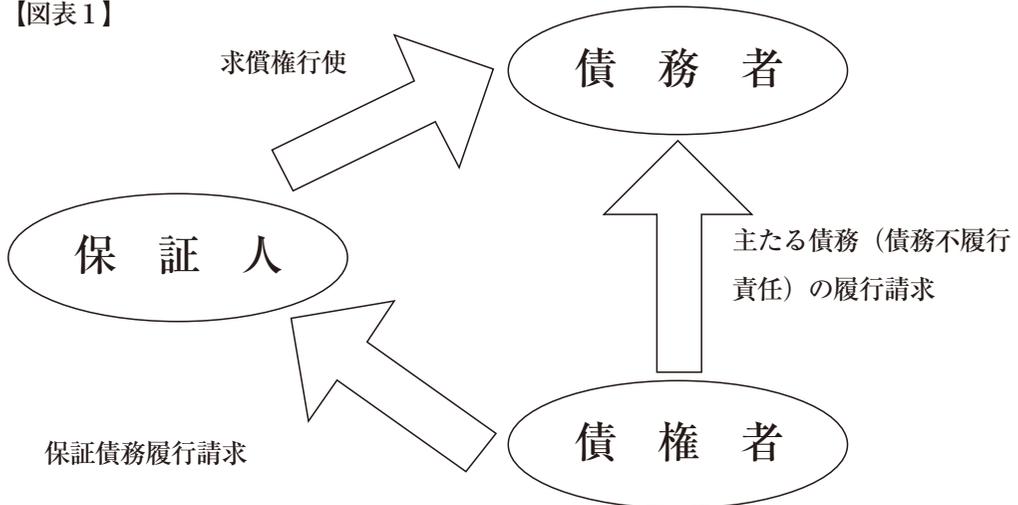
---

(1) 銀行の信用創造機能や決済機能に悪影響を与える経路は多様である。それは、保証業務などによって莫大な損失を被った結果、銀行の財務状況が著しく悪化する場合に限られない。仮に銀行の財務状況が健全で保証業務などによって被った損失を吸収することができる場合であっても、市場における銀行の評判が毀損し取り付け騒ぎなどが発生すれば、銀行の信用創造機能や決済機能が悪影響を被る可能性がある。

務不履行のリスクを債権者に代わって引き受ける」役割を果たすのは、民法446条の「保証人」に限られない<sup>(2)</sup>。本稿では、債権者に代わって第三者が主たる債務者の債務不履行のリスクの全部又は一部を引き受けることが想定されている制度を履行保証制度と定義して、以下の検討を進めることにする。

履行保証制度の当事者は、【図表1】の通りである<sup>(3)</sup>。

【図表1】



債権者、債務者、保証人は、履行保証制度に対して、以下のような利害関係を持っている。第1に、債権者は、履行能力のある債務者の選別と履行確保の手段の一つとして、履行保証制度に参加することにメリットを見いだすことができる。第2に、債務者は、自らの履行能力の証明手段の一つとして、履行保証制度に参加することにメリットを見いだすことができる。第3に、保証人は、流動性を維持しつつ収益を獲得することが可能な手段の一つとして、履行保証制度に参加することにメリットを見いだすことができる。

このような債権者、債務者、保証人の利益は、履行保証制度以外の手段によっても達成可能な場合がある。たとえば、債権者と債務者の利益は、格付機関が提供する格付けによって達成

- (2) なお、「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」では、「損害担保契約など、保証に類似するが主債務への付従性がないとされるものについて、明文規定を設けるべきであるとの提案については、その契約類型をどのように定義するか等の課題があることを踏まえつつ、検討してはどうか」と指摘されている。「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」（2011年5月10日）（available at <http://www.moj.go.jp/content/000074384.pdf>）45頁。しかし、具体的な立法提案がなされているわけではない。「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明」（2011年5月25日）（available at <http://www.moj.go.jp/content/000074425.pdf>）103頁。
- (3) なお、【図表1】における「保証人」は、民法上の保証契約を締結した保証人に限定されず、主たる債務の債務不履行のリスクを引き受ける者を広く含む意味で使用されている。本稿の以下の分析でも、「保証人」は、特に留保がない限り、同じ意味で利用されている。

されることも考えられる。他の手段との比較において、履行保証制度の固有の意義は、保証人の情報収集能力やリスク管理が優れている場合に存在することになる(4)。

## 2 公共工事における履行保証制度の現状

### (1) 履行保証制度の概要

履行保証制度において保証人が引き受けるリスクの内容は、保証人が債務不履行のリスクを負担する保証対象債務の内容によって異なる。また、保証対象債務が同じ場合であっても、保証人が引き受けるリスクの内容は、個々の契約によって異なることもある。我が国の履行保証制度の特徴の一つは、単純な貸付金の返還債務の保証に加えて、履行保証制度が主に公共工事における履行確保と談合防止の手段として発展を遂げてきたことにある。そして、公共工事における履行保証制度には様々な形態が含まれ、それぞれについて比較的詳細な制度が用意されている。そこで、本稿は、履行保証制度の概要を理解するため、まず、公共工事における履行保証制度を取り上げることとする(5)。公共工事における履行保証制度については、特に、1995年～2007年にかけて、制度改正が相次いだ(6)。公共工事における履行保証制度には、入札保証制度と契約保証制度がある。以下、順に説明する。

入札保証制度において、公共工事の入札に参加する者には、入札保証金(契約金額の5%以上)の納付が義務づけられる(会計法29条の4第1項)。ただし、政令(予算決算及び会計令〔以下「予決令」という〕77条)の定めにより、入札保証金の全部又は一部の納付が免除されることがある(会計法29条の4第1項)。また、入札保証金の納付を、予決令が定める担保(予決令78条)の提供によって行うことも認められている(会計法29条の4第2項)。いずれにせよ、金融機関の入札保証(予決令78条1項4号、契約事務取扱規則5条1項7号)、損害保険会社の入札保証証券(予決令77条第1号)、金融機関・保証事業会社の契約保証の予約(予決令77条第2号)がなされる場合には、入札保証金の納付が免除される。

---

(4) Avery W. Katz, An Economic Analysis of the Guaranty Contract, 66 U. Chi. L. Rev. 47 (1999).

(5) 民間工事で利用される履行保証は、保証人が債務者の債務不履行に基づく損害賠償債務を保証するという形態が主流であり、保証人が代替履行する形態のものは希であるといわれている。深田公利「工事保証」椿寿夫『別冊NBL no.61 法人保証の現状と課題』220-221頁。

(6) 草刈耕三「公共工事調達制度改革とボンド制度」関東学園大学法学紀要30号1頁(2007年)19-22頁。具体的には、第1期改正(1995年～1996年)として工事完成保証人制度の廃止と履行ボンド制度(履行保証証券)の導入が、第2期改正(2005年)として契約保証制度における保証金額の引き上げと共同企業体に対する契約保証金免除の廃止が、第3期改正(2006年～2007年)として入札ボンド制度(入札保証証券又は建設業保証会社による契約保証特約の予約)の整備が挙げられる。

契約保証制度においては、契約締結条件として契約保証金（契約金額の10%以上）の納付が義務づけられる（会計法29条の9第1項）。これに対して、履行保証が提供される場合には、契約保証金の納付義務が免除される（会計法29条の9第1項但書）。「履行保証」には、履行保証保険（予決令100条の3第1号）、履行保証証券（予決令100条の3第2号）が含まれる。また、入札保証制度と同じく、契約保証金の納付を、予決令100条の4が定める担保の提供によって行うことも認められている（会計法29条の9第2項）。前払契約保証特約が締結された場合や銀行保証が提供される場合には、これらの規定を根拠にして、契約保証金の納付が免除されることになる（契約事務取扱規則16条1項2号）。

このように入札保証制度の中では、損害保険会社が入札保証証券を発行することも想定されている。入札保証証券は、通常、保証額（額面額）を受注額の5～10%として発行される。そして、入札保証証券の発行者は、入札参加者が受注した後に契約を締結しなかった場合に、第2順位の業者の提示額との差額と遅延損害金相当額を発注者に支払う義務を負う<sup>(7)</sup>。入札保証証券の発行者は、入札保証証券を発行するにあたり、入札参加予定者の経営状況や工事の施工能力などを審査する。その結果、経営状況が悪化している入札参加予定者は、彼らにとって不利益な条件でしか入札保証証券を発行してもらえないであろうし、場合によっては、入札保証証券の発行を拒否される場合もあろう。したがって、入札保証証券は、公共工事受注過程における恣意性の排除に貢献することができる<sup>(8)</sup>。

しかし、入札保証証券には種々の実務上の課題があるといわれている<sup>(9)</sup>。そのため、入札保証制度においては、金融機関・保証事業会社の契約保証の予約が重要な意味を持つように思われる。したがって、本稿では、契約保証制度に焦点を絞って検討を進めることにしたい<sup>(10)</sup>。

## （2） 契約保証制度における保証対象債務の内容

中央建設審議会「公共工事標準請負契約約款」（available at <http://www.mlit.go.jp/common/000004788.pdf>。以下「約款」という）は、請負契約の締結と同時に、債務者は債権者

---

(7) See also, David J. Barru, How to Guarantee Contractor Performance on International Construction Projects: Comparing Surety Bonds with Bank Guarantees and Standby Letters of Credits, 37 Geo. Wash. Int'l L. Rev. 51, 54 (2005).

(8) 国土交通省「新たな保証制度に関する実務研究会報告」（2002年）（以下「研究会」という）7頁。

(9) 研究会・前掲注（8）10-11頁。たとえば、入札保証証券が発行された場合でも、発行者における入札参加予定への与信枠が減少してしまうことが挙げられている。

(10) なお、入札保証制度に相当する制度は、他国にも存在する。アメリカにおいては、入札保証証券の発行が主流のようであるが、アメリカ以外の国では、信用状（standby letter of credit）や銀行保証（demand guarantees）が利用される場合が多いようである。See, Barru, *supra* note 7, at 56.

に契約保証を提供する義務を負うことを明示している（約款4条）<sup>(11)</sup>。前述したように、契約保証制度には多様な形態が存在するが、契約保証制度の対象となる債務（保証対象債務）は同じである。ここでは、契約保証制度の具体的な内容について検討する前に、約款を参考にして、保証対象債務の内容を確認する。

約款45条第1項は、履行遅滞の場合の損害金について、「乙（筆者注：請負人）の責に帰すべき事由により工期内に工事を完成することができない場合においては、甲（筆者注：発注者）は、損害金の支払を乙に請求することができる」と規定する。そして、具体的な損害金の額を定める同条第2項は、発注者が「(A) 前項の損害金の額は、請負代金額から出来形部分に相応する請負代金額を控除した額につき、遅延日数に応じ、年〇パーセントの割合で計算した額とする」又は「(B) 前項の損害金の額は、請負代金額から部分引渡しを受けた部分に相応する請負代金額を控除した額につき、遅延日数に応じ、年〇パーセントの割合で計算した額とする」を選択することができる旨を定めている。(B)は、甲が工事の遅延による著しい損害を受けることがあらかじめ予想される場合に使用することが予定されている<sup>(12)</sup>。

約款47条第1項は、契約の解除権について、「甲は、乙が次の各号の一に該当するときは、契約を解除することができる。一 正当な理由なく、工事に着手すべき期日を過ぎても工事に着手しないとき。二 その責に帰すべき事由により工期内に完成しないとき又は工期経過後相当の期間内に工事を完成する見込みが明らかでないとき認められるとき。三 第十条第一項第二号（筆者注：主任技術者又は管理技術者の選任義務）に掲げる者を設置しなかったとき。四 前三号に掲げる場合のほか、契約に違反し、その違反により契約の目的を達することができないと認められるとき。五 第四十九条第一項の規定（筆者注：請負人による解除権）によらないで契約の解除を申し出たとき」。そして、約款47条第2項は、「前項の規定により契約が解除された場合においては、乙は、請負代金額の一〇分の〇に相当する額を違約金として甲の指定する期間内に支払わなければならない」<sup>(13)</sup>。約款47条第3項は、「前項の場合において、第四条の規定により契約保証金の納付又はこれに代わる担保の提供が行われているときは、甲は、当該契約保証金又は担保をもって違約金に充当することができる」とする<sup>(14)</sup>。

---

(11) なお、約款では、4条(A)と4条(B)が用意されており、その注意書きでは、債権者が金銭的保証で足りると考える場合には(A)を、役務的保証が必要と考える場合には(B)を利用すべきことが指示されている。

(12) 注意書きでは、1項から3項に共通して、「〇の部分には、たとえば、政府契約の支払遅延防止等に関する法律第八条の率（筆者注：「財務大臣が銀行の一般貸付利率を勘案して決定する率」）を記入する」とされている。

(13) 注意書きでは、「〇の部分には、たとえば、一と記入する」とされている。

(14) 注意書きでは、「第三項は、第四条(A)（筆者注：金銭的保証を必要とする場合）を使用する場合に

契約保証制度における保証金の額は、通常、契約が解除された場合の違約金の額と等しくなるように設定される。

### (3) 履行保証の種類

やや古い資料であるが、平成10年度における契約保証制度の利用状況（内訳）は【図表2】と【図表3】の通りであった<sup>(15)</sup>。

【図表2】（国発注分）

	件数	保証金額合計（億円）	請負金額合計（億円）
前払契約保証特約	8606	682	6803
銀行保証	6451	680	6785
履行保証証券	5423	747	7444
履行保証保険	2601	199	1962

※請負契約件数：47968件・2兆9893億円／契約保証金免除件数：24542件・5300億円

【図表3】（地方公共団体発注分）

	件数	保証金額合計（億円）	請負金額合計（億円）
前払契約保証特約	68174	1380	13748
銀行保証	27950	468	4906
履行保証証券	19418	849	7490
履行保証保険	28830	530	5302

※請負契約件数：集計なし

【図表2】と【図表3】が示すように、契約保証制度においては、前払契約保証特約が最も多く利用されている。前払契約保証特約は、発注者が請負代金の前払いを行う際に利用される履行保証の形態である。前払契約保証特約では、受注者による債務不履行の発生と発注者による契約解除を条件にして、保証人が保証金額の範囲内で債務不履行による損害賠償金相当額を発注者に支払う義務を負う。前払契約保証特約は、「公共工事の前払金保証事業に関する法律」によって規律されており、その市場は、北海道建設業信用保証株式会社、東日本建設業保証株

使用する」とされている。

(15) 【図表2】と【図表3】の元になったデータは、草刈耕三『公共工事契約と新履行保証制度—考え方と実際』（2001年、日本評論社）100-101頁に掲載されている。

式会社、西日本建設業保証株式会社の寡占状態にある<sup>(16)</sup>。

次に、履行保証保険と履行保証証券であるが、これらは共に損害保険会社によって提供されている<sup>(17)</sup>。履行保証保険は、請負業者（債務者）を保険契約者、発注者（債権者）を被保険者、損害保険会社を保険者とする損害保険契約である。保険者は、請負業者の債務不履行によって発注者が損害を被った場合に保険金を支払う義務を負う。保険金額は多くの場合、請負金額の10%と定められる<sup>(18)</sup>。そして、損害保険会社は、その範囲内で、「請負契約の解除・解約時および工事の目的物の所在地を基準として算定した工事の未完成部分（…）の再契約代金額と工事の未完成部分に相当する代金額との差額」（建設工事の請負契約の場合。履行保証保険普通約款5条）を支払うことになる。この場合、発注者は、保険金を請求する前提として、請負業者との契約を解除しなければならないことになる。

履行保証証券は、保証委託者である請負業者（債務者）からの委託を受けて、損害保険会社によって発行される。その後、保証証券は、保証委託者から発注者（債権者）に交付される。約款4条（B）が利用されている場合、発注者は損害保険会社に対して代替履行を請求することができる。これに対して、履行保証証券の発行者である損害保険会社は、請負業者による債務不履行が発生した場合に、代替履行を行うか、発注者が被った損害を補填するかを選択する<sup>(19)</sup>。

損害保険会社が負担する保証債務の内容は、公共工事履行保証証券に関する基本約款では、

---

(16) 草刈・前掲注（15）97頁。

(17) 履行保証保険に関する業務は損害保険業免許の対象である（保険業法3条5項1号）。一方、履行保証証券の発行業務は保証証券業務（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）として位置づけられているが、同じく、損害保険業免許の対象とされている（保険業法3条第6項）。保険業法における履行保証証券の発行業務の位置づけは、保証と保険の私法上の取扱いの差異が考慮された結果ではないかと思われる。保証と保険の私法上の取扱いの差異の問題については、山下友信『保険法』16頁（有斐閣、2005年）。なお、保険業法においては、保証証券業務のみを対象とした特則は保険業法3条第6項以外には存在しないようである。

(18) 保険金額が請負金額の10%である場合、損害保険会社による代替履行のインセンティブは発生しないとの指摘がなされている。深田・前掲注（5）216頁、草刈・前掲注（15）89頁。

(19) 損害保険会社に（代替業者を利用した）代替履行を選択させるインセンティブを付与するためには、保証金額が契約金額の30%を超える必要があるとの指摘がある。草刈・前掲注（15）56頁。ただし、代替履行の選択には、当初の請負業者施工分を含めた瑕疵担保責任の負担、工期延長に伴う遅延損害金の負担、代替業者利用によって増加した費用の負担といったリスクがある。代替履行を選択した保証人が負う瑕疵担保責任の内容について、深田・前掲注（5）219頁参照。なお、国土交通省直轄発注の一般競争入札工事では、保証金額は契約金額の30%以上であることが要求されている。その理由として、履行保証としての機能の充実と一般競争入札の利用促進が挙げられている。深田・前掲注（5）、217頁、草刈・前掲注（6）21-22頁

「第1条 保証人は、債務者の責めに帰すべき事由により、保証期間中に保証証券記載の契約（以下「主契約」といいます。）に基づく債務（以下「主債務」といいます。）の不履行（以下「債務不履行」といいます。）が生じた場合は、債権者に対し債務者と連帯して保証証券記載の保証金額（以下「保証金額」といいます。）を限度に主債務の履行を保証します」、「第2条 保証人は、債務者の責めに帰すべき事由により、債務不履行が生じた場合において、保証金額を債権者に支払うことにより、いつでも前条に規定する保証人の債務（以下「保証債務」といいます。）および特約条項に規定する保証人の債務を消滅させることができます。2 前項のほか、債務者の責めに帰すべき事由により、債務不履行が生じた場合において、保証人が、自己の選択に基づき、前条の規定にかかわらず、債務者に代わって自ら主債務を履行したとき、または、債権者が認め、かつ、主契約に基づく債務者の権利義務を承継した第三者（以下「代替履行業者」といいます。）に主債務を履行させたときには、保証債務は、消滅するものとします。3 保証人は、前項の規定に基づき代替履行業者に主債務を履行させる場合には、そのために生じる増加費用（主債務を履行するために要する費用等から債権者または第三者から支払を受ける額を控除したもので、必要かつ妥当なものをいいます。）を代替履行業者に支払うものとします」と定められている。代替履行業者は、原則として、当初の請負業者（債務者）の権利義務を承継する（約款46条第2項）<sup>(20)</sup>。また、発注者が保証債務の履行請求を行うための手続きについて、「第7条 債権者は、保証債務の履行を請求しようとするときは、次の書類を保証証券に添えて、保証人に提出しなければなりません。（1）保証債務履行請求書（2）債務不履行の事実および請求額を立証する書類（3）その他保証人が損害の調査のために必要と認める書類」と定められている<sup>(21)</sup>。発注者が保証債務の履行請求を行う要件として、請負契約を解除することは要求されていない<sup>(22)</sup>。

最後に銀行保証について簡単に触れることにする。履行保証制度における銀行保証も、金銭的保証の一種であり、銀行が行うことができる「債務の保証」（銀行法10条2項1号）に含まれると考えられている。具体的には、「貴殿と保証委託者間の工事請負契約による債務の不履行により生ずる損害金に対する支払保証。ただし債務不履行が保証期間内に発生したものに限

---

(20) 代替履行は、法的には、契約上の地位の譲渡として構成されているようである。深田・前掲注（5）220頁。

(21) 建設省建設経済局建設業課監修＝公共工事履行保証研究会編著『改訂版問答式による新しい履行保証制度の解説』（大成出版社、1996年）（以下「解説」という）159頁。

(22) 深田・前掲注（5）215頁、草刈・前掲注（15）51頁。契約が解除された場合には、請負者（債務者）の債務が違約金支払等の金銭債務に代わるため、発注者が代替履行を請求することはできなくなる。深田・前掲注（5）216頁。

る」といった契約条項が利用されている<sup>(23)</sup>。契約保証制度における銀行保証は、銀行実務上、受注者（債務者）に対する与信の一種と位置づけられているようである<sup>(24)</sup>。

### 3 検討

#### (1) 履行保証制度の多様性と共通点

我が国の履行保証制度に相当する制度は、国際的にも存在する。国際的な取引で利用されている履行保証制度は、大きくSurety bondと信用状に分かれるが、その中でも信用状が利用される場合が多いようである<sup>(25)</sup>。履行保証制度において利用される信用状は、スタンバイ信用状（standby letter of credit）であり、輸出入取引で利用されている商業信用状（commercial letter of credit）とは異なる。本稿では、「信用状」を、スタンバイ信用状を指すものとして使用する<sup>(26)</sup>。なお、信用状と実質的に同様の機能を果たす保証形態として、銀行が保証人となる”Demand Guarantees”も頻繁に利用されている。”Demand Guarantees”は、我が国においては請求払無因保証と呼ばれるものに相当する<sup>(27)</sup>。信用状と請求払無因保証には共通する点が多いため、本稿では請求払無因保証を特に取り上げることはしないことにした。以下の本文で「銀行保証」という用語が使われる場合、「それは、銀行が」民法446条が規定する保証人となる場合を指す。また、Surety Bondは、我が国で履行保証証券に関する法制度が整備されたときに、その参考とされた制度である<sup>(28)</sup>。アメリカ国内の建築請負契約では、Surety Bondが利

---

(23) 解説・前掲注(21) 187頁。

(24) 草刈・前掲注(15) 98-99頁。

(25) 江頭憲治郎『商取引法〔第4版〕』86頁（2005年・有斐閣）。See also, Barru, *supra* note 7, at 61.

(26) スタンバイ信用状と商業信用状の法的枠組みは基本的に同じであるが、その経済的実質にはいくつかの差異があるといわれている。江頭憲治郎「手形保証とスタンバイ信用状—その独立性をめぐって—」竹内昭夫先生還暦記念『現代企業法の展開』123頁（1990年、有斐閣）128-130頁、コーエンズ久美子「信用状の独立抽象性に関する法的考察（1）—英米判例を中心として」法政論集177号369頁（1999年）382-383頁。スタンバイ信用状と商業信用状には、基本的に同じルールが適用される。But, Katz, *supra* note 4, at 109 (“Furthermore, while there do exist some functional differences between guaranties and (standby letter of credit), those differences are less significant than the differences between (standby letter of credit) and traditional (commercial letter of credit), which current law treats identically”).

(27) 江頭憲治郎「請求払無因保証取引の法的性質」金法1395号6頁（1994年）6頁。

(28) 草刈・前掲注(6) 6頁。ICC契約保証証券統一規則2条は、保証証券を以下のように定義している。「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証書。この証書により、保証人は、債務不履行が発生した場合には、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対し支払い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

用されることが多いようである<sup>(29)</sup>。

銀行保証、Surety Bond（履行保証証券）、信用状の差異は、保証債務と保証対象債務との独立性の程度と保証債務の内容にある。具体的には、第1に、銀行保証の保証人やSurety Bondの発行者が負う債務は保証対象債務から独立してないが、信用状の発行者が負う債務は保証対象債務から独立している。第2に、Surety Bondの発行者は債権者に金銭を支払う代わりに代替履行を行うことも想定されているが、信用状では発行者が代替履行を行うことは想定されていない。

このように、履行保証制度に含まれる具体的な保証の形態ごとに、保証人が引き受けるリスクの内容は大きく異なる。しかし、前払契約保証特約を除くと、各形態において保証人が引き受けるリスクは、共通して、独立性の程度と代替履行の可能性という2つの要素によって決まるように思われる。現在の実務においては、銀行が保証債務の履行の方法として代替履行を選択することは、契約上、想定されていない。そこで、以下では、独立性の問題を中心に検討を行う<sup>(30)</sup>。

保証人の債務と保証対象債務が独立しているか否かは、まず、附従性と補充性の有無によって決まる。附従性が存在する場合、保証人は主たる債務の消滅・効力制限など主たる債務者が債権者に持つ抗弁を債権者に提出して保証債務の履行を拒むことができる<sup>(31)</sup>。一方、補充性が存在する場合、主たる債務の債務不履行を受けて債権者からなされた保証債務の履行請求に対して、保証人は催告・検索の抗弁を主張して履行を拒むことができる<sup>(32)</sup>。

また、保証債務の履行請求手続き、たとえば、保証対象債務の不履行を主張立証する必要があるか、債務者との契約を有効に解除する必要があるかといった点も、独立性の程度に影響を

---

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。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」(国際商業会議所日本国内委員会訳)。

(29) Barru, supra note 7, at 53. なお、アメリカでは、かつては銀行が保証人となることが禁止されていたため、銀行が履行保証制度に参加するためには、スタンドバイ信用状を発行する必要があった。江頭・前掲注(26) 129頁。See also, Katz, supra note 4, at 103.

(30) なお、我が国の履行保証制度においては、前述のように履行保証保険も重要な役割を果たしている。しかし、銀行本体は履行保証保険の保険者となることはできない(銀行法10条、16条の2第1項5号)。本稿は、銀行本体が主たる債務者の債務不履行のリスクを引き受けることに焦点を合わせるため、銀行が子会社を通じて履行保証保険の供給者となる場合の分析を行わないことにした。この点は、今後の課題としたい。

(31) 潮見佳男『債権総論〔第3版〕Ⅱ—債権保全・回収・保証・帰属変更』440-44頁(2005年、信山社)、中田裕康『債権総論』451頁(2008年、岩波書店)。

(32) 潮見・前掲注(31) 446頁、中田・前掲注(31) 467-468頁。

与える要素である。この点で、信用状を発行した銀行が負う債務の独立性は、他の形態よりも高い。信用状の発行者（保証人）は、保証対象債務の債務不履行とは関係なく、信用状に記載された条件が満たされれば信用状の受益者（債権者）に支払義務を負う<sup>(33)</sup>。通常、信用状では、債権者自身が作成した債務者の債務不履行の存在を主張する書類の提示が要求されているに過ぎない<sup>(34)</sup>。銀行保証には、商法511条2項が適用されるため、銀行は催告・検索の抗弁権を主張することはできない。しかし、銀行保証においても、銀行は「主たる債務者がその債務を履行しないときに」保証債務を履行する義務を負うことに変わりはない。連帯保証の場合でも、保証債務の附従性は失われないと解されている<sup>(35)</sup>。さらに、Surety Bond（履行保証証券）の場合には、後述するように、債権者は債務不履行の存在を主張立証することが要求される。前述したように、履行保証証券や履行保証保険の契約内容によっては、保証対象債務と保証債務の独立性にはかなりののばらつきがある<sup>(36)</sup>。

以下、順に検討する。

## （２） 保証人が主張可能な抗弁の種類

債権者から保証債務の履行請求を受けた保証人が、どのような内容の抗弁を主張することができるかは、保証債務と保証対象債務の独立性を決定する重要な要素である。この点で、信用状は、最も独立性が高い種類の履行保証である。信用状の発行者が主張可能な抗弁は、いわゆる詐欺の抗弁など非常に限定されている<sup>(37)</sup>。これに対して、その他の仕組みでは、保証人が債

---

(33) 江頭・前掲注 (26) 128-129頁。See also, Katz, *supra* note 4, at 103.; Roger J. Johns & Mark S. Blodgett, Fairness at the Expense Commercial Certainty, 31 N. Ill. U. L. Rev. 297, 304 (2011). 「信用状」という名称が付された書面であっても、発行者に書面確認義務以上の義務を課すものは、法的には信用状と評価されない場合があることに留意されるべきである。See also, Katz, *supra* note 4, at 111 note 147; Barru, *supra* note 7, at 80.; James J. White & Robert S. Summers, Uniform Commercial Code 1077-79 (6<sup>th</sup> ed. West, 2010).なお、信用状の独立性には、信用状に記載された条件が成就された場合には、発行者が発行依頼人に対して有する抗弁を主張して支払義務を免れることができないことも含まれる。コーエンズ・前掲注 (26) 376頁。

(34) 江頭・前掲注 (26) 130頁。

(35) 中田・前掲注 (31) 475頁。

(36) たとえば、公共工事中履行保証証券のように保証人に代替履行を選択することが認められている場合には、保証債務の履行請求の要件として、契約解除は要求されていない。前掲注 (22) とその本文。

(37) 江頭・前掲注 (26) 132-135頁、コーエンズ・前掲注 (26) 400-401頁。See also, Barru, *supra* note 7, at 82-83. ただし、コーエンズ久美子「信用状の独立抽象性に関する法的考察（２）—英米判例を中心として」法政論集178号319頁（1999年）321-322頁（スタンドバイ信用状においては、債権者自身がその主観的判断に基づいて作成した債務者の債務不履行の存在を主張する書類の提示が要求されているに過ぎない。そのため、債権者による詐欺の主張は、債務不履行の有無という債権者—債務者間の争いと直結せざるをえない）。

権者に対して何らかの抗弁を主張して支払いを拒むことが多かれ少なかれ予定されている<sup>(38)</sup>。

たとえば、履行保証証券を例に挙げると、保証人が主張可能な抗弁は、大きく、債務者が債権者に主張可能な抗弁と保証契約上の抗弁に分けられる。債務者が債権者に主張可能な抗弁の典型例は、保証対象契約上の抗弁と相殺の抗弁である<sup>(39)</sup>。保証契約上の抗弁の典型例としては、保証人が引き受けるリスクの著しい変更や保証人の求償権の侵害が挙げられる<sup>(40)</sup>。

保証人が主張可能な抗弁の内容は、債権者と債務者の契約や保証契約の内容によって大きく異なる。言い方を変えれば、保証対象債務と保証債務の独立性も、かなりの程度、契約自由に委ねられているということである。たとえば、比較法的には、保証対象債務者の債務不履行が客観的に確定してない場合でも債権者から請求があれば保証人が支払義務を負うが、主たる債務が存在しなかった場合には保証人が債権者に不当利得の返還を請求することが認められる種類の保証が存在した例がある<sup>(41)</sup>。したがって、次に問題になるのは、契約自由の限界を探求することである<sup>(42)</sup>。

信用状も、債権者・債務者・銀行間でのリスク分配の合意という点では、他の履行保証制度と共通している。スタンドバイ信用状においては、当事者間において、債務者（発行依頼人）

---

(38) たとえば、ICC契約保証証券統一規則4条(d)を参照。

(39) ALL, Restatement Third, Suretyship and Guaranty, §34(1) & 35(1996)。アメリカ法において、surety、guaranty、surety bondのそれぞれに適用されるルール境界線は、必ずしも明確とは言えない。ただし、適用されるルールの内容という点でsuretyとguarantyの区別に意味はないし、surety bondについては、発行者に代替履行の権利が与えられている点や保証人が主張可能な抗弁を限定することについて契約自由が認められる範囲が広いことなどを除くと、surety and guarantyに関するルールが多くが適用されるとの指摘がある。See Robert D. Aicher et al, Credit Enhancement Letters of Credit, Guaranties, Insurance and Swaps (The Clash of Cultures), 59 Bus. Law. 897, 920, 923-924 (2004)。

(40) ALL, Restatement Third, Suretyship and Guaranty, §34(3), §37-49。たとえば、保証対象契約が全く別の契約(substituted contract)と評価される場合には、保証人の債務は全て免除されることになる。See, ALL, Restatement Third, Suretyship and Guaranty, §41(b)(i)。But Aicher et al, supra note 39, at 925(一般的に、履行保証証券の発行者である保証人は、善意の債権者に対して、保証契約上の抗弁を主張できない)。

(41) 江頭・前掲注(27)10頁注(12)。

(42) Katz, supra note 4, at 61-62, 106; Aicher et al, supra note 39, at 913-918, 928-929。たとえば、ALL, Restatement Third, Suretyship and Guarantyは、保証人が主張可能な抗弁の内容を契約によって変更することを原則として認めつつ(§6)、その限界として、good faithなど契約法の一般原則による限界(§6b.Comment b)と保証契約上の抗弁の制限に関する特則(§48)を設けている。保証契約上の抗弁の制限に関する特則としては、保証契約における同意の必要性(§48(1))に加えて、保証人が債務者を支配している場合や債務者の代理人として債権者と取引している場合には債務者の同意を必要とする規定(§48(2))などがある。この点と関連して、請求払無因保証と解されるべき保証契約の要件・限界を探求する試みとして、椿久美子「損害担保契約の多様性と指遵念書・請求払無因保証(下)」NBL782号64頁(2004年)67頁がある。

の債務不履行が客観的に確定していない場合でも債権者（受益者）は銀行（発行者）から金銭の支払い（流動性）を得ることができること、債務者と債権者の間で最終的に債務不履行の有無が争われること、が合意されている（“pay now, argue later”）<sup>(43)</sup>。銀行は、債権者に代わって、債務者の財務リスクを負担する（“credit substitution”）<sup>(44)</sup>。信用状の独立性は、このような合意をエンフォースする機能を持つ<sup>(45)</sup>。そして、信用状が定める条件を満たした債権者の請求を信用状の発行者が例外的に拒絶することを認める詐欺の抗弁は、このような事前のリスク分配の合意の限界を画する意味を持つ<sup>(46)</sup>。

### （３） 保証債務との履行請求手続き

保証債務の履行請求手続きについて、本稿では、ICC契約保証証券統一規則（ICC, Uniform Rules for Contract Bonds, 1994）（以下「ICC規則」という）を取り上げたい。その理由として、

---

(43) John F. Dolan, Tethering the Fraud Inquiry in Letter of Credit Law, 21 Banking & Fin. L. Rev. 479, 480 (2006).

(44) Aicher et al, supra note 39, at 903.

(45) コーエンズ・前掲注 (26) 400-401頁。ただし、実務において商業信用状が利用される目的には、本文で掲げた目的以外のものが含まれるとする見解もある。See Ronald Mann, Role of Letters of Credit in Payment Transactions, 98 Mich. L. Rev. 2494, 2519 (2000)。この見解は、商業信用状の利用状況の調査を踏まえて、商業信用状の受益者である売主は信用状に定められた条件を満たす書類を提示することができない場合が多いが、この場合でも、発行依頼人である買主が、信用状の発行銀行の依頼を受けて、売主が提出した書類と信用状に定められた条件の不一致を主張しないことで、売主が発行銀行から支払いを受けることができる場合が多いこと、そのため、買主の支払義務を銀行の支払義務に転換すると言う目的は、商業信用状が利用される目的の一部しか説明できないことを指摘する。この見解に対しては、信用状に定められた条件と売主が呈示した書類の不一致を買主が信用状の発行銀行に主張させないのは、書類の不一致が存在しても、多くの場合、売主が債務の本旨に従って債務を履行すること予想されるため、書類の不一致を主張することに実益がないからであるとの反論がなされている。See Clayton P. Gillette, Letters of Credit As Signals: Comments on Ronald Mann's "The Role of Letters of Credit in Payment Transactions'", 98 Mich. L. Rev. 2537, 2540 (2000); Jacob I. Corré, Reconciling the Old Theory and the New Evidence: Comments on Ronald Mann's "The Role of Letters of Credit in Payment Transactions'", 98 Mich. L. Rev. 2548, 2549-50 (2000); Avery Wiener Katz, Informational as a Bilateral Assurance Mechanism: Comments on Ronald Mann's "The Role of Letters of Credit in Payment Transactions'", 98 Mich. L. Rev. 2554, 2568 (2000)。

(46) 詐欺の抗弁について、「受益者の請求権が基本取引（筆者注：発行依頼人と受益者間の取引）上全く理由がない状況」において認められるべきとの見解がある。コーエンズ久美子「信用状の独立抽象性に関する法的考察（４・完）—英米判例を中心として」法政論集178号427頁（1999年）433頁。なお、詐欺の抗弁などにより信用状の独立性を事後的に制限することに対しては、強い批判がある。See e.g., Johns & Blodgett, supra note 33, at 305-310。このような批判の主たる理由は、信用状取引に関与する当事者には自衛能力があり、このような当事者間でなされた事前の合意を事後的に覆す合理的な理由はないことにあると思われる。これに対して、信用状取引にも何らかの負の外部性が存在するのであれば、契約自由の範囲を制限することにも検討の余地がある。See e.g., Katz, supra note 4, at 86-90.

第1に、我が国の履行保証証券は、ICC規則を参考にして作られていることが挙げられる。また、第2に、同規則は、保証債務の履行請求手続きについて詳細な定めを設けていることが挙げられる。同規則の検討を通じて、履行保証制度において銀行が負担するリスクの内容が、各制度や契約内容の差異によってどのように変化するかについて示唆を得ることができると思われる。

ICC規則7条(j)は、surety bondの発行者に対して保証債務の履行請求をするために必要な債務不履行確定手続きについて定めを置く<sup>(47)</sup>。債務不履行が確定していないにも関わらず保証債務を支払った保証人は、債務者へ求償することができなくなる<sup>(48)</sup>。具体的には、以下の4つの手続きが予定されている。(ア) 専門家による債務不履行証明書の発行とその原本又は認証のある写しの保証人への提出 (ICC規則7条(j) i) <sup>(49)</sup>、(イ) 保証人による債務不履行証明書の発行 (ICC規則7条(j) ii) <sup>(50)</sup>、(ウ) 裁判所又は仲裁裁判所による確定判決 (ICC規則7条(j) iii)、(エ) 保証証券当事者間の合意 (Ex. 債務者の破産) である。ただし、(ア) 又は (イ) に基づく支払いにファイナリティは存在しないとされている。(ア) (イ) の手続きは、裁判所を通じて保証対象債務の不履行の有無を争う機会を制限しないからである (ICC規則7条(j) 後段)。

このような定めから、surety bondの発行者には、債務不履行の有無や損害の有無を調査する能力が必要であることが明らかになる。そのため、一般的に、銀行は、保証債務と保証対象債務が独立していない形態の履行保証よりも、保証債務を履行する条件が一定の書類の提示に過ぎない信用状の利用を好むとされている<sup>(51)</sup>。また、銀行の支払に関連する業務が簡便であるため、信用状のコストは保険や保証と比較して低いとの指摘もある<sup>(52)</sup>。

また、ICC規則に定めが存在するわけではないが、比較法的には、surety bondの発行者に対して保証債務の履行請求をする債権者が一定の義務を負うことを認める例も見られるようである。第1に、債権者は保証人に対して債務不履行の通知義務を負う。そして、surety bondにお

---

(47) ただし、同手続きは、債務不履行の有無の確定のみを目的としている。そのため、債権者が被った損害額を確定するためには、別に裁判所の判決が必要となる場合もある。国際商業会議所日本委員会『ICC契約保証証券統一規則の解説と標準様式』7条注釈10.16。(1997年) (以下「解説と標準様式」という)。

(48) 解説と標準様式・前掲注(47) 序論14。

(49) 専門家として、利害関係のない独立した建築家やICCのPre-Arbitral Refereeが予定されている。また、同手続きを利用することが可能か否かが、保証証券に明示される必要がある (ICC規則3条(a) xii)。

(50) 同制度を利用するためには、保証証券において、(ア)の利用が認められていないことが必要とされている。

(51) 解説と標準様式・前掲注(47) 7~15。

(52) コーエンズ・前掲注(26) 387頁。But, Katz, *supra* note 4, at 109.

いて保証人が代替履行を選択することが認められていた場合、通知義務を懈怠した債権者は、保証人に対して保証額全額の支払いを請求することができなくなる<sup>(53)</sup>。その理由として、保証人に代替履行を選択する実質的な機会を保証する必要があることなどが挙げられている。第2に、契約解除が保証債務の履行請求の要件となっている場合、債権者は解除権を適時に行使することが要求される<sup>(54)</sup>。第3に、保証対象契約と保証契約 (surety bondの発行契約) において、保証債務の履行請求を行う債権者に債務不履行が存在しないことが要求されている<sup>(55)</sup>。

## 4 まとめと今後の課題

最後に、本稿の検討から得られる示唆について述べることにする。

第1に、履行保証制度には多様な形態が存在し、各形態において保証人が引き受けるリスクの内容は異なっている。我が国の現在の実務において、銀行は、通常、債務者の債務不履行に基づく損害賠償債務を保証するという形でしか、履行保証制度に関与していない<sup>(56)</sup>。この場合に銀行が引き受けるのは債務者の財務リスクであるため、実務上、与信の一種として扱われていることには合理性がある<sup>(57)</sup>。債務者と取引関係にある銀行が保証人となる場合、債務者の財務リスクの管理と言う点で、銀行は債権者や他の第三者よりも優位な立場にあるように思われ

---

(53) 4 Bruner & O'Connor Construction Law § 12:35 note 13.

(54) 4 Bruner & O'Connor Construction Law § 12:37 note 4. この点との関係で、債権者と債務者の契約で定められた任意解除権の定めの有効性が争われたことがある。たとえば、債務不履行の事実の主張立証義務が存在しない任意解除権は、public policy違反であり無効とした裁判例がある。See, Saxon Const. & Management Corp. v. Masterclean of North Carolina, Inc., 273 N. J. Super. 231, 641 A. 2d 1056 (App. Div. 1994). その理由として、解除権者に棚ぼたの利益を与えることになること、解除権者に契約解除のインセンティブを与えることになること、解除権者が損害軽減のインセンティブを持たなくなることなどが挙げられている。

(55) 4 Bruner & O'Connor Construction Law § 12:36; Aicher et al, supra note 39, at 924-927. See also, Barru, supra note 7, at 105-107 (契約内容が複雑な国際的な建設請負契約では、建設会社のみならず過失が存在するというのは希である)。一方、信用状の場合、主たる債務者との関係で債権者に債務不履行が存在したとしても、信用状の発行者の支払義務に影響は生じない。See, White & Summers, supra note 33, at 1074.

(56) 本稿は、請求払無因保証の利用実績について十分な調査をすることができなかった。そのため、銀行が請求払無因保証の保証人として、実際に履行保証制度に関与している可能性は否定できない。また、公共工事の履行保証制度にとどまらず、履行保証制度一般を対象とした検討は今後の検討課題としたい。

(57) White & Summers, supra note 33, at 1070-1071. ただし、厳密に言えば、融資と信用状の発行とでは、銀行が負担するリスクには差異があるように思われる。信用状の場合、債務者が債権者に債務を履行する限り、銀行が債権者に支払義務を負うことはなく、銀行が債務者に求償権を行使することもないからである。

る<sup>(58)</sup>。これに対して、履行保証証券など保証人が代替履行を選択することができる形態の場合には、保証人が引き受けるリスクは債務者の財務リスクにとどまらない<sup>(59)</sup>。財務リスクの引受けと比較すると、瑕疵担保責任など代替履行を選択した場合の種々のリスクの管理について、銀行が他の業者よりも優れているとは言い難いように思われる。

また、銀行は民法上の保証人として履行保証を提供しているので、銀行の保証債務と保証対象債務の独立性は、信用状の場合よりも低いと思われる。我が国の実務の特徴として、国内の取引では信用状が利用されないことが指摘されることがある<sup>(60)</sup>。しかし、リスク管理という観点では、債務不履行の有無や損害の有無を調査する必要があるという点で、信用状の方が、リスク管理が容易な側面もある<sup>(61)</sup>。また、保証債務と保証対象債務の独立性が高い信用状には、債権者に迅速に流動性を提供するという固有の機能がある<sup>(62)</sup>。銀行が国内取引において、信用状を発行しない理由について、本稿は十分な検討を行うことができなかった。この点は、今後の検討課題である<sup>(63)</sup>。

第2に、確かに履行保証制度は多様であるが、保証債務と保証対象債務の独立性の差異については、相対的なものである<sup>(64)</sup>。信用状についても、その独立性の内容には程度の差異がある。たとえば、アメリカにおいて信用状が履行保証の手段として使われる場合が多い理由として、

---

(58) Katz, *supra* note 4, at 72.

(59) 前掲注 (19)。

(60) 江頭・前掲注 (26) 150頁。

(61) 前注 (51)。ただし、江頭・前掲注 (26) 130頁 (船積書類を担保として取得することが予定されている商業信用状と異なり、スタンドバイ信用状の場合には、債務者から担保を取得することができるわけではない)、コーエンズ・前掲注 (26) 382-383頁 (スタンドバイ信用状はあらゆる取引形態において利用可能であるため、商業信用状と比較して、取引内容が標準化されにくい。スタンドバイ信用状に基づく支払は発行依頼人の債務不履行が客観的に確定されない場合でも行われるし、発行銀行は自らの信用維持のため発行依頼人の資力に問題がない場合にはスタンドバイ信用状に対する支払を望むため、紛争が発生する可能性が高い)。See also, Katz, *supra* note 4, at 104-105 (スタンドバイ信用状の受益者〔債権者〕は、保証の場合と比較して、債務者が債務不履行をしないように監視する十分なインセンティブを持っていない)、110-111 (商業信用状を前提として作られたルールは、スタンドバイ信用状が利用される場合の利害状況に対応していない)。

(62) 江頭・前掲注 (26) 126頁、コーエンズ・前掲注 (26) 386・388頁。

(63) 仮に銀行が国内取引においてスタンドバイ信用状を発行しない理由が、業規制にあるのであれば、それは見直されるべきであるように思われる。But see, Katz, *supra* note 4, at 89-90 (融資に関する規制を免れるために保証が利用される可能性がある)。

(64) 信用状とその他の履行保証の形態の差異が相対的なものに過ぎないことを是認した上で、独自の発展を遂げてきた信用状に関するルールの再検討の必要性を主張する見解もある。See e.g., Katz, *supra* note 4, at 106-111. ただし、このような見解が一般的な支持を集めているわけではないようである。See, White & Summers, *supra* note 33, at 1076-77. But, Johns & Blodgett, *supra* note 33, at 310 (国際的な取引において、詐欺の抗弁とは異なる理由で信用状の発行者が受益者の請求を拒絶することを認める裁判例が現れている)。

当事者が、発行者（保証人）の支払義務が発生する条件を柔軟に設定できることが挙げられることもある<sup>(65)</sup>。信用状の条件として、第三者機関が発行する債務者の債務不履行証明を要求することも可能とされたり、書類の提示を条件としないことも可能と解されたりしている<sup>(66)</sup>。また、保証人が債権者に主張可能な抗弁の内容も、かなりの程度、契約自由に委ねられているように思われる<sup>(67)</sup>。多様な履行保証制度が存在すること、そして、それぞれについて契約自由が認められることは、個々の取引における当事者の需要に即したアレンジメントを可能にするという点では望ましい。ただし、履行保証制度における契約自由は、保証人が引き受けるリスクの複雑化も意味することに留意されるべきである。「複雑化」するリスクの中には、裁判所によって適用されるべきルールの内容が不明確になることも含まれる<sup>(68)</sup>。銀行が保証人となることを想定する場合には、銀行が引き受けるリスクを、銀行が管理可能な内容・程度に抑えることが業法上の課題となるように思われる。

最後に、本稿では十分に検討することができなかったが、履行保証制度の各形態が債権者のインセンティブに与える影響にも差異があることを指摘しておきたい。たとえば、銀行保証の場合、債権者は債務者の債務不履行が確定した場合にしか保証債務の履行を請求できない。一方、信用状の場合には、債務者の債務不履行が確定していない場合でも、債権者は保証債務の履行を請求できる。その結果、信用状が発行されると、銀行保証がなされる場合と比較して、債権者が債務者を監視するインセンティブが小さくなってしまう可能性がある<sup>(69)</sup>。しかし、債

---

(65) Katz, *supra* note 4, at 103. ただし、場合によっては、前注 (33) でも示した通り、裁判所によって、信用状ではなく（我が国の民法446条に相当する）保証にすぎないと判断されてしまうことがある。

(66) Katz, *supra* note 4, at 55, 112; Barru, *supra* note 7, at 65.

(67) 前掲注 (42)。

(68) たとえば、前掲注 (39) でも指摘したように、アメリカ法では、*guaranty*よりも*surety bond*の方が、保証人が主張可能な抗弁を制約する条項の効力が緩やかな要件で認められるといわれている。そして、保証人は抗弁を主張しない旨を定める条項の解釈について、利用された履行保証を*surety bond*ではなく*guaranty*と性質決定した上で、その効力を否定した裁判例がある。See Aicher et al, *supra* note 39, at 945.

(69) E.g., Katz, *supra* note 4, at 84, 111. See also, Mann, *supra* note 45, at 2521（商業信用状を発行する銀行は、“reputational intermediation”の機能を果たしている。債務者は、銀行から信用状を発行してもらうことで、信用状の受益者である債権者が債務者の債務履行の現実性を確認することを可能にする。）; Corr e, *supra* note 45, at 2550-51（商業信用状の独立性は、“an end-game situation”に適用されるルールとして利用されている可能性がある）; Katz, *supra* note 45, at 2564-66（商業信用状の発行依頼人である買主は、信用状の受益者である売主が商業信用状に定められた条件に合致した書類を発行銀行に呈示できない場合であっても、債務の本旨に従った履行をしているのであれば、信用状に定められた条件と売主が呈示した書類の不一致を主張する権利を放棄する。買主が不一致を主張する権利を放棄しない場合、売主は、費用と時間をかけて買主から代金を回収しなければならなくなる。以上の点は、商業信用状が発行されることで、売主の契約履行のインセンティブが強化されることを示す）。

権者と保証人の間で債務者を監視する役割をどのように分配することが社会的に望ましいかは、債権者と債務者間でなされる取引の特徴にも影響を受けるように思われる。履行保証を提供する銀行は、自らが提供する履行保証によって、債権者又は債務者の行動が変化する可能性があることを認識した上で、リスク管理を行う必要がある。