慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	人的担保法の経済的効率性
Sub Title	L'efficience économique du droit des sûretés personnelles
Author	Dupichot, Philippe(Yoshii, Keiko) 吉井, 啓子
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2010
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.15/16 (2010. 3) ,p.133- 156
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	2008年度大陸法財団寄付講座「フランス法特別講義」
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20100325-0133

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

2008年度大陸法財団寄付講座「フランス法特別講義」

人的担保法の経済的効率性

フィリップ・デュピショ
吉井　啓子／訳

〔はじめに〕
Ⅰ．人的担保の締結
　A　保証契約の締結
　　1°）他人のための債務負担の予防
　　2°）保証人の支払能力
　B　その他の人的担保の締結
　　1°）実務に由来する２つの人的担保の承認
　　2°）人的担保の発生のコントロール
Ⅱ．人的担保の履行
　A　民法における履行
　　1°）保証人への情報提供義務
　　2°）保証人の利益を保存する義務
　B　倒産手続の影響
　　1°）再生が可能な場合
　　2°）再生が予想できない場合又は不可能な場合

〔はじめに〕

1　講演のテーマについて

本日行います私の講演のテーマは、「担保法、倒産法と経済」です。この権威ある慶應義塾大学で行われる大陸法財団寄付講座の１年目の最終講演となります。慶應義塾大学から受けました歓待には大変感謝いたしております。

本日行います第１講演は、「人的担保法の経済的効率性」についてです。月曜日には、「物的担保法の経済的効率性」というテーマで第２講演が行われます。これら２つの講演は、フランスの担保法について、経済的効率性というプリズ

ムを通して、皆様によりよく知っていただくことを目的として行われます。いずれの講演におきましても、倒産手続〔集団的債権決済手続〕（procédures collectives）が担保の経済的効率性に及ぼす影響が検討の対象となるでしょう。

２　金融危機――担保への関心の高まり

国際的な金融危機は、信用に関する法、特に担保法への関心を再びかき立てました。有名な「ドミノ現象」による連鎖破産、失業の増加、そして「金融システム」危機の脅威は、今日、これまでにないほど大きなものです。

いくつか数字をお示ししましょう。アメリカの国内総生産（PIB〔GDP〕）は2008年第３四半期ではマイナス0.9％を記録し、経済協力開発機構（OCDE〔OECD〕）は年間で少なくとも2.8％の後退を予想しています。世界第２位の経済大国である日本も２四半期連続でGDPが減少し、公式に景気後退期に入りました。EUもこの景気後退の道を突き進んでいます。

この危機は、担保の効力の問題、特に、これから多くなることが予想される債務者の倒産手続に抵抗する力を担保は有しているのかという問題を、強く提起します。

全ての担保の目的は、債務者破産の危険に債権者が備え、債務者の財産状態がどのようなものであろうとも、債務者が債務を履行しなくとも、期限が到来した場合の支払いを保証すること、「債務の履行を担保すること」です。人的担保に関して言えば、人的担保とは「債務を負担していない第三者によって、債権者に対して引き受けられた債務負担」のことです。

３　フランス担保法に関する経済分析の脆弱さ

フランスでは、奇妙なことに、人的担保・物的担保の経済的効率性を扱う研究はほとんどありませんでした。グリマルディ教授が、この点に関して考える道を最初に切り開かれました。

フランスは、なお追い風の吹いている法の経済分析の分野ではわざと「後れをとって」います。逆に、フランスは「進んでいる」のかもしれませんが。

大陸法、フランス法は、法規範を経済的効率性との関係でのみとらえることには控えめな態度を常に取ってきました。

オスカー・ワイルドは、ある有名で先験的なエピグラムにおいて、エコノミスト達を、物の値段は知っているが物の本当の価値は知らない者達だと非難しました。大陸法において、法は固有の価値を持っていますし、経済学に完全に従属するものではありません。法規範は、経済に対してどうしても敏感になりますが、それ自身疑義のある経済学説のコピーでしかないことを拒否します。それでは魂を失ったも同然です。法規範は、必然的に、社会的・政治的な考慮を伴うものなのです。

いずれにせよ、最近までは、「自己規制」や「規制緩和」しか信じていなかった者が、今日では、国家を、つまり法を必要としています。民営化の後で、今度は国営化が、そして経済の再浮揚のため公的で野心的計画を採用することが大事になってくるのでしょう。金融領域における法の復活は、2008年11月15日ワシントンで開かれたG20〔ジー・トゥエンティ（金融サミット）〕で決められたロードマップで承認された目的の一つでした

社会的な考慮と経済的効率性の考慮の間の均衡を保つことは、民法学者にとって大変大切ですし、今日ではなお一層重要であると思われます。

4　経済的効率性という概念

経済的効率性に従うといっても、この概念は謎な部分を持っています。なぜなら、問題はまさに、経済的に効率的なものとは何なのかということなのですから。おそらく富の増加と最大化という一般的な目的については全員が一致するでしょうが、このエルドラドに至る方法については、自由主義者、マルクス主義者、需要と供給について神の見えざる手を信じている者では違う考え方を持っているでしょう。

コモンローの国では、法の効率性は、何よりもまず規制緩和と債権者・投資家の権利強化を重要視します。サブプライム危機は、アメリカ合衆国やイギリスといった経済的に効率的であるとして一般に評判の良かった〔国々の〕シス

テムにおいて生じました。結果は期待していたものほど良くなかったようです。反対に、フランスは、世界銀行の報告書『ビジネス環境の現状（Doing Business）』で厳しい評価を受けていますし、その大陸法の伝統は「全て経済的に」という考え方への反逆者として有名ですが、第３四半期にはなおプラス0.14％の成長をしており、目下のところヨーロッパ27カ国のうち唯一景気後退を免れています。

ここでは、したがってシンプルな見方を差し控え、経済的効率性というものを、私達がどのように理解しているか示す必要があります。

この講義の中では、債権者が、より少ない費用・時間で、担保提供者の財産を無益に浪費することなく、債権の回収を図れることを保証するルールを、経済的に効率のよいルールとします。これは、法の経済分析において大変重要な「よりよい資源配分」という目標を無視することにはなりません。

このことから、ある担保法に関する法規範の経済的効率性は、以下のような基準で評価されることになるでしょう。

―担保の設定の簡単さ・安全性・費用・自由度。

―履行又は実行の有効性・迅速性。これは特に倒産手続において問題となります。

―担保提供者の信用の保存。より広く言えば、担保提供者の財産を無益に浪費させるものではないことです。

効率性は、債権者の「正当な期待」という視点からまずは評価されなければならないとしても、財産の無益な浪費で満足するものではないということです。

５　最近の倒産手続法改正と人的担保法改正

人的担保法の経済的効率性に関する分析により、以下のような２つの最近の法改正とフランス法の広がりが明らかになるでしょう。

―まずは、企業の再生（sauvegarde）に関する2005年７月26日の法律2005-845号（官報2005年７月27日12187頁）です。この法律は、「再生手続」という第三の種類の〔倒産〕手続を作ることで、倒産手続の構造を根本的に修正しました。

これはアメリカ合衆国の連邦倒産法第11章に着想を得たもので、経営困難に陥った企業の経営者が早期に再建に踏み出すことを容易にしようとするものです。この再生手続に関する法律は、特に、倒産手続における人的担保の処遇に関する重要な規定を含んでいます。

―２番目は、担保法に関する2006年３月23日のオルドナンス2006-346号による改正です。これは、2007年２月20日の法律2007-212号10条により追認され改正されています。フランス法を他の国々にも影響を与え得るようなものにするため、そして、フランス法をよりわかりやすいものにするため、この法律により、民法典に第４編「担保」が挿入され、その第１章が「人的担保」に充てられることになりました。

６　検討の順序

よりわかりやすいように、以下では、締結と履行という２つの時点について、フランス法の人的担保法の経済的効率性を計ることにしたいと思います。

この効率性に関する検討は、まずは人的担保の締結段階（Ⅰ）、引き続いてその履行段階という順序で行われます（Ⅱ）。

Ⅰ．人的担保の締結

７　古い人的担保と新しい人的担保

人的担保については、民法典の第４編第１章「人的担保」で規定されることになりました。ここでは、人的担保の経済的効率性について検討したいと思いますが、まずは古いタイプの人的担保、すなわち保証契約の締結について検討し（A）、引き続いて保証以外の新しいタイプの人的担保の締結について検討することにします（B）。

A　保証契約の締結

8　保証に関する政策

保証法は、2006年３月23日オルドナンスによる改正はされませんでした。立法における「カットアンドペースト」とでも言いましょうか、保証に関する民法典2011条以下の規定は、「人的担保」という題の新第１章の2288条から2320条にそっくりそのままの形で移されることになったのです。立法者は、ここでは命令制定権〔者たる政府〕に、白紙委任状を与えることはしなかったのです。なぜなら保証の問題は、議会が取り扱わないにしては、あまりにも政治的な問題だからです。

経済的効率性と保証人の保護という社会的な考慮は、直接的には対立するものです。保証法は、他人のための債務負担の予防という社会的考慮に貫かれています（1）。しかし、この対立は強調されすぎてはなりません。一見自由を侵害するような原則であっても、保証人の支払能力〔確保〕という効率性を高める目的を隠しているからです（2）。

1°）他人のための債務負担の予防

9　保証の有用性と異常性

保証契約締結の自由は、徐々に、立法者と裁判官の二重の監視の下に置かれるようになりました。契約の自由を奪われ、保証は制度となったのです。

なぜなら、保証が、債務者の信用に関して他に代え難い経済的な有用性を持っているとしても、それは「大変異常なもの」でもあるからです。保証により、保証人は、一般的に何の代償もなく、〔主たる〕債務者への求償という幻想だけを持って、他人の債務を満足させなければなりません。

フランス法は、古くからこの保証の重大性を考慮することで作り上げられてきたのです。

何千年も前、既に旧約聖書の箴言は、その読者達に、保証というのは重大な結果をもたらすから決して他人の保証人になってはならないと１章をさいて説いていました。たとえば「他人のために手を打って誓い保証人となるのは分別

を欠いている」と述べています。

以上のようなことから、今日でも、他人のための債務負担の予防という古い起源を持つ政策が出てくるのです。

10　保護のための公序としての付従性

1804年のフランス民法典も、保証人を保護しようという意思を示しています。起草者は、債務を負わない第三者が主たる債務者より厳しい状況に追い込まれることを望まなかったのです。ここから、「元本とそこから派生するものについて、保証人の債務は主たる債務に従属する」という保証の付従性が出てくるのです。

付従性は、保証かどうかを判断する単なる基準というより、保証人保護のための公序に属するルールです。1804年民法典の起草者が、この付従性とそこから派生するルールについて３つの有名な規定〔2289条、2290条、2313条〕を置いたのはそのためです。経済的効率性の名においても、保証人が過酷に取り扱われることがあってはならないのであり、これらの規定に反することは決してできないのです。

11　保証人が自然人の場合の意思についての制約

債務超過のおそれと他人のための債務負担を予防しようという意思から、担保〔保証契約〕締結の際に、自然人である保証人は特に保護されています。

なぜ自然人の保証人なのでしょうか。それは、自然人である保証人は、代償や手数料なしに、しかも約束の重大性を常には正確に計ることをせずに、自らの財産全てで保証を引き受けるからです。

立法者が行った介入を見ることで、自然人が保証人の場合の保証契約締結についての制約を確認できるでしょう。

―1985年12月23日の法律85-1372号により、それまでのように、夫婦の一方は他方配偶者との共通財産を自分一人で締結した保証に充てることはできなくなりました。1986年７月１日以後に締結された保証契約について、1415条は「夫

婦の一方は、その固有財産・固有の収入についてしか、保証又は借入れの契約により、債務引当ての対象とすることができない。但し、他方配偶者が明確な意思を表明した場合は除く。この場合、他方配偶者は自分の固有財産については義務を負わない。」と規定しています。借入れと保証を同一視することで、1415条は、保証の制度化が全ての人的担保は債務負担の原因であるということに由来するのだということを確認しています。

—1989年12月31日の法律98-1010号通称Neiertz法は、消費法典の適用対象となる動産・不動産与信についての保証のうち自然人による保証契約の締結について、有効要件としての形式主義〔書面の要求〕と、金額・保証期間の制限を課しました〔消費法典L. 313-7条・L. 313-8条〕。

—さらに、排除に対する戦いに関する1998年７月29日の法律98-657号は、保証契約から生じる債務の額は、自然人である保証人から、最低限の財産又は「生活に必要なもの（reste à vivre）」〔民法2301条〕を奪い得ないことを付け加えました。このことから、注目すべき債権者の訴求権（droit de poursuite）の制限が生じます。

—特に、「経済的なイニシアチブのための」2003年８月１日の法律2003-721号通称Dutreil法は、Neiertz法に由来する制限を、事業者たる債権者と契約を締結した自然人である保証人全てに拡大しました。それが〔消費法典〕L. 341-2条・L. 341-3条です。これらの条文は、立法の際に委員会報告者が明らかにしたことによれば、保証人を軽率な他人のための債務負担から守ろうとしたものです。自然人である保証人が事業者たる債権者と私署証書により保証契約を締結する場合、どのような与信についてであろうと、すなわち消費法典の対象とならない与信であっても、必要な事項を記載した書面（mention manuscrite spécifique）に署名をしなければならないことになり、それがなければ契約は無効となります。この修正はあまりにも重要なものであり、保証契約の要式性は、自然人である保証人が私署証書で保証契約を結んだ場合には一般法とでもいうべきものになりました。この〔消費法典〕L. 341-2条から、自然人が保証人である場合の保証契約締結については、常に金額と期間について合意されてい

なければならないという要請が出てきます。これは、単純保証（cautionnement simple）の場合も同様です。立法者の意識の中で、保証期間の制限は弁済義務そのものにも広がっていきました。これは、保証人が、定められた期間経過後は、事業者たる債権者に心配させられることがないようにするためのものです。これらの規定は、注意深い上に利害関係者でもある会社経営者が自らの会社の保証人となる場合にも課されます。これは、私署証書によりオムニバス保証〔信用保証、根保証〕を締結する自由を制約し、保証〔債務〕が主たる債務の変化に応じて変化することの障害となります。

以上のように、設定の簡単さと自由さという経済的効率性は、他人のためにする合意を制限することで自然人を守るという〔立法者の〕意思を前に、低下することになったのです。

12　保証人が法人の場合の意思についての間接的制約

保証人が自然人ではなく法人である場合、経済的効率性はより増すでしょう。法人による保証契約締結の自由を制限するルールはほとんどないからです。

ただ、保証との組み合わせが困難なこともある会社法の基本原則について考える必要があります。会社は、共同事業により実現される利益の分配又は経済活動への参加を目的とする人の集まりです。会社たる保証人は、経済秩序における優位を与えられることはなく、反対に、報酬を受けることもなく他人に「純粋に無償の利益」を供給することになるのです。「それぞれの目的からすれば、保証と会社は二律背反する行為である」ため、保証と会社という概念そのものが両立するかどうかについて疑問が呈されています。しかし、会社、特に不動産を有している民事会社（フランスのほぼ２つに１つの会社がそうです）は、信用を引き出すことのできる価値の蓄積を有しているのです。

フランスの実定法は、会社法上の制約と経済的必要性の間で、葛藤しています。

―立法者は、場合によっては、会社経営者・社員さらにはその近親者の保証を禁止しています。SA〔株式会社〕（経営者、商法L. 225-43条・L. 225-91条）、

SARL〔有限会社〕（経営者と社員、商法L. 223-21条）については、法律が禁じています。そのような保証は、会社の利益に反すると推定されているのです。

―さらに、株式会社による保証契約の締結を、取締役会又は監査役会の承認に従わせています（商法L. 225-35条・L. 225-68条）。

これは、フランスの判例が、このような特別の禁止や承認の規定がないにもかかわらず、民事会社（特にSCI〔不動産民事会社〕）や合名会社による保証を認めるか否かについて判断が分かれていることの理由でもあります（「原因」に関しては述べることは差し控えます）。

―この点、破毀院第一民事部は柔軟な立場を取っています。法人による保証は、以下の３つの要件のうちのどれか一つを満たせば有効です。すなわち、会社の目的に含まれること、社員全員の合意によるものであること、保証人たる会社と保証を受けた者の共通の利益の存在に由来することの３つです。これは実務家にとって、簡潔で確実な指針であり、この点から効率が良いものです。

―しかし、商法の「守護者」である商事部は、より厳格な立場を採用しています。商事部は、2008年６月３日判決において、SCIが行った保証を無効にするために、上記で述べられた「共通の利益」という概念を用いていません。「会社は、その財産全てを保証債務履行に用いることで、存在そのものがおびやかされる」ことになります。この判決は、会社が保証により「存在そのものがおびやかされる」危険を負う自由を否定するというのですが、このような立場は厳格であまり効率の良いものではなさそうです。

2°）保証人の支払能力

13　明らかに均衡を欠く保証の排除

他人のための債務負担の予防は、保証に関する法規範の経済的効率性と、必然的に対立します。

しかし、あまりにも単純な善悪論的視点には用心しなければなりません。保証人の保護という社会的な考慮と経済的な考慮は両立しうるものです。保証人の支払能力に関する問題を検討すればそのことに納得できるでしょう。

フランス法は、保証人がその財産や収入とは著しく均衡を失する保証契約を締結しないよう保護するため、債権者が保証人の支払能力を考えるよう徐々に強いるようになりました。均衡を失した保証を理由として債権者の失権〔保証契約の無効〕を宣言してもかまわないとするようになったのです。

この点に関する〔立法・判例の〕展開は次のようなものです。

―既に述べた1989年12月31日のNeiertz法は、初めて、保証の有効性と保証人の収入・財産の多さを結びつけました。消費法典L. 313-10条は、保証契約締結時に自然人である保証人の収入・財産に比べて保証金額が著しく均衡を失している場合に、保証人がより良い財産状態を回復しない限り、保証の失権〔無効〕を規定しています。

―続いて、破毀院は、1997年６月17日のMacron判決において、「保証人の財産や収入とは『いかなる関係もない』」と考えられる経営者の保証（商事連帯保証）の減額を宣言するために、この要請〔均衡性の要求〕に着想を得ました。銀行には、「自然人が保証した金額の過大さ」という理由でフォート（faute）〔過失〕があると考えられたのです。

―既に述べた2003年８月１日のDutreil法は、さらに、被担保債権がどんなものであろうと、自然人である保証人と契約を締結した事業者である債権者全てに、著しく均衡を失した保証の失権を拡大しました。この問題について消費法典L.341-4条は「事業者たる債権者は、自然人である保証人との保証について、締結時に、その金額が保証人の財産及び収入とは著しく均衡を失したものである場合、履行を求められた時点で、保証人の収入と財産がその義務に対して十分なものとなっていない限り、この保証を主張することができない。」と規定しています。

―この立法による拡大は大変強力なものですが、判例は、最近、何度も、保証の均衡性の原則〔過剰保証の禁止〕の範囲と効力について、より控えめな態度で明らかにしています。保証人の損害は、債務全部ではなく、保証人が担保とすることができたであろう財産を超える範囲に限られます。判例による減額は、保証人が完全な素人で利害関係を有しない場合しか対象としていませんし、

事業者ではない債権者に課することができません。

この均衡性の要求により、銀行には、保証人の財産に関する調査、超過債務に対する保証人への保護措置、保証金額の緩和という三重の義務を同時に課されることになります。

14　保証人の支払不能と経済的効率性

しかし、よく眺めてみますと、この義務は、保証を脅かすというより、経済的効率性により寄与するのです。

人的担保として、保証は、担保する債権に応じて、いくつもの財産にリスクを分散させることで、債務者の支払不能のリスクを減らします。ただ、物的担保とは異なり、〔支払不能の〕リスクを全て取り除くことはできません。債権者は、保証人に対して、無担保の〔他の債権者と平等の〕訴求権しか有していないのです。これは、保証人の支払能力の調査を決定的なものにします。

均衡性の新しい要求〔過剰保証の禁止〕は、保証人の支払能力を確認することに寄与します。均衡を失した保証の額を減じること、債権者を失権させる〔保証契約を無効とする〕ことは、確実な人的担保をとり、保証人の「署名」の質を確認することの強力な誘因になっています。請求を受けた時の保証人の財産の範囲でしか効果的に担保されないのですから、著しく均衡を失した保証はいかなる有用性も債権者にもたらさないからです。いずれにせよ、「身ぐるみをはぐようなことはするな」と言われますし、たとえ均衡を失したものであっても保証をとることができるという偽りの自由には、債権者にとっての何の経済的有用性もなく、保証人を復帰が困難な状態で社会から排除する危険があるのです。

与信機関、事業者たる保証人に慎重さを求める数多くのルールは、この同じ考え方に由来するものです。これらの機関は、慎重でおそらく改善可能な様々な比率に従っており、これが、ある時期は、フランスの銀行が破綻することを防いでいたのです。これらの比率は、与信機関に要求される支払能力率の計算のために、保証さらには独立担保を直接考慮します。故に、これらの慎重さを

求めるルールは、保証を考慮しながら、銀行が自らの資産を固定化するように強いるのです。このようにして、これらのルールは、安全そして保証信用全般の経済的効率性に寄与しているのです。

ある種のパラドックスがあるのですが、ここで、1804年以来、民法旧2018条において法定又は裁判上の保証人について支払能力が要求されていたことの意味を再発見するのです。保証人が「その債務を履行するのに十分な財産を有しているか」を確かめることがまさしく大事です。それのみが、債権者に安全を保証し効率性を高めるのです。誰がそのことに不平を言うでしょうか。

B　その他の人的担保の締結

15　検討の順序

今度は、保証以外の人的担保の締結について考えてみましょう。大変効率的なやり方で、フランス法では、実務に由来する二つの担保が機能しています(1)。しかし、あまり効率的ではないのですが、フランスでは、他の人的担保の技術は、「出産制限（contrôle des naissances)」を受けており、事実上の法定主義に服しています（2)。

1°）実務に由来する２つの人的担保の承認

16　契約自由の原則の産物

契約自由の原則の産物とでもいうべき、実務に由来する担保が、民法典の大理石の中に閉じ込められてしまうことを人々は恐れていました。しかし、反対に、以前は名前もなかったこれらの担保を、〔民法典の〕第４編第１章に入れようとしたことには確かな理由があるのです。保証との区別を明確にすることにより、独立担保〔損害担保契約〕(garantie autonome)（a）と支援状〔経営指導念書〕(lettre d'intention)（b）の性質をめぐる議論に終止符が打たれました。フランス法はこれらの制度を容認し、その債権的効力を認めたのです。

このことで、フランス法の人的担保はより安全なものとなります。人的担保についてはそれまで大変な混乱状態で、投資者の意欲をそぐようなものだった

のです。

17　a）独立担保――一定金額の支払いの約束

損害担保契約については、「第三者により同意された義務を考慮して、担保負担者（garant）が、付従性なしに、合意された方法に従い、ある金額を支払うことを義務付けられる約定」と定義され、2321条のみが置かれた第２章に規定されることになりました。定義は控えめなものですが、保証に対する独立担保の独自性を示すものです。それは担保負担者の一定の金額を支払う義務を対象としています。保証人のように債務者の債務を弁済する義務ではありません。この制度で最も大切なのは、抗弁の対抗不能性であり、〔2321条〕３項は、「担保負担者は、担保された債務についての抗弁を一切対抗することはできない」と明確に規定しています。

その上、設定の自由さからその経済的効率性が生じるこの担保は、特別な要式を全く必要としませんし、費用も少なくてすみ、「合意された方法」に応じて自動的に変化させることができます。そして、受益者に詐害行為（fraude）か明らかな濫用がある場合にしか放棄されないという履行の厳格さを特徴としています（2321条２項）。

独立担保は、このようにして預託金（*deposit*）に取って代わるのです。この一定の金額上の物的担保は、大変膨大な費用で流動資産を固定化することで経済的に非難されていたことが思い出されます。

しかしながら、他人のための債務負担を予防しようとする社会的考慮は、ここでは完全に放棄されてはいません。立法者は、これまで発展してきた保証人に対する保護を回避するために、独立担保が使われることを恐れています。そこで、独立担保の自動性から一定の者を守るために、消費法典L.313-10-1条が規定されました。独立担保は、消費法典が規律する消費者への与信・不動産与信については締結できません。そして、居住用賃貸借に関する1989年７月６日法22-1条（1989年７月６日の法律89-462号）は、〔居住用賃貸借については〕22条で対象としている最大１ヶ月の家賃分の保証金の代わり又はその限度内において

しか独立担保を締結できないとしています。

破毀院第一民事部は、この動きに大変敏感で、正当にも、民法1415条は人的担保としての独立担保に適用されるとしました（類推か直接適用かは不明です）。人的担保の多様性は、他人のため債務負担のみに結びつけられたもともとの制度を思い起こさせます。

しかし、これらのいくつかの留保はありますが、いかなる与信についても、担保負担者がいかなる者であっても、独立担保によることは自由であるというのが原則です。

18　b）支援状――債務者を支援する約束

法的安全の要請により、同様に、保証に対する支援状の独自性が明らかにされました。支援状は、2322条に「支援状は、債権者に対する、債務者がその義務を履行できるよう支援することを目的とする、為す又は為さないことの約束」と規定されています。支援状の発行者は、その作為又は不作為により、債務者を支援する義務を負います。そのようにして債権者をめぐる状況が間接的に強化されるのです。

ここでの設定の自由は、驚くべきものです。当事者は合意により自由に支援状発行者の行為義務の程度を決定するのです。担保負担者は、債務者の単なる経営の監視又は債務者の会社資産を引き揚げない義務、その資本を増加させる義務、債務者が早い時期に履行できるように必要なこと全てを為す義務、さらには社員の当座預金に入金する義務（これは重い義務です）などを負います。

独自性があり、多くは無償である実務由来のこの担保は、効率的な担保です。債務者の債務不履行につき、受益者に、契約上の責任の全ての要件――損害、（推定又は証明された）フォート、因果関係――の証明責任を課するとしても、それはその独自性と契約によるという性質によるものなのです。このことで、支援状の効率性が低下することはありません。

2°）人的担保の発生のコントロール

19　履行に関する請合契約の排除――事実上の法定主義？

典型〔有名〕人的担保は、このように新しい契約由来のものが２つ付け加えられより豊かになりました。これらの担保は、先に明らかにした効率性の基準にもそったものです。しかし、一見したところ、民法に規定された保証、独立担保、支援状より独自性が本当にあればですが、当事者はより適合した他の人的担保を、自由に創造できるということが経済的効率性からは要請されるように思われます。

担保法改正前から、金山〔直樹〕教授は、新しい債権創造の自由の名において、「担保する債務」が認められることを示唆しています。それは、為す債務、為さない債務という古典的区別の派生物です。

新しい〔民法の〕条文は人的担保法定主義を宣言しておらず、その反対である〔人的担保法定主義を採用していない〕ということは確かです。

しかし、目下のところ、フランスの判例は、学説の主張にも屈せず、即時請求払い保証（cautionnement à première demande）、保証目的での他人の債務の弁済の約束（constitut）、債務に関係のない連帯（solidarité non intéressée à la dette）、履行に関する請合契約（porte-fort d'exécution）といった他の人的担保を承認していません。特に、商事部は、改正前と同様に、損害賠償的性質を認めることが困難な履行に関する請合契約と、付従性のある単なる保証を同一視し続けています。この〔請合契約における〕担保負担者は、その約諾の第三者による追認を約束するのではなく、民法1120条〔「しかしながら、第三者の所為を約諾して、その者のために請合いをなすことができる。但し、その第三者がその義務を引き受けることを拒絶するときは、請合いをなした者又は追認を約諾した者に対する損害賠償を妨げない。」〕の一般性によりその履行を約束するのです。破毀院は、「第三者による債務の履行を請合う者は、第三者によりまず引き受けられた主たる債務について、第三者が自身で履行しない場合、付従的に満足させる義務を負う」と判決しています。ここでは、それぞれが、2288条にあがっている保証の定義そのものを認めているのです。

20　人的担保の豊かなで安全な選択の幅

このような新しい人的担保に対する不信感により、経済的効率性は減じられてしまったのでしょうか。決してそうではありません。それは、以下のようないくつかの理由によります。

―まず、今後は、３つの典型人的担保で、債権者の要望の大部分を満足させることができるからです。

―さらに、新しく現れた技術の多くは独自性を欠いており、他の３つの典型担保に比べれば欠陥があります。奇妙なことに、これらの技術が公序である付従性を消し去ろうとした保証に比べても欠陥があるのです。

―特に、これらの新しい人的担保を判例が承認すれば、わかりやすくなったばかりの人的担保制度が再び混乱に陥ります。法的安定性も効率性の基準です。

Ⅱ．人的担保の履行

21　債務者の不履行前後の効果

今度は、経済的効率性を、人的担保の締結段階ではなく、履行段階について見ることにします。履行時は、債務者の不履行前でも後でも、担保の効果の問題を把握させるのです。

まず民法から見た問題を（A）、続いて倒産手続の人的担保の履行への影響から見た問題をお話ししたいと思います（B）。

A　民法における履行

22　債権者は義務を果たさなければならない

人的担保は、そのほとんどが約定によるものですので、当然民法1134条３項が規定する合意の誠実な履行の要請に従うことになります。確かに、立法者と裁判官は、この一般的な義務から〔様々なものを〕引き出していました。彼らは、経済的効率性を脅かすようなやり方で、この条文を拡大解釈し、債権者に多くの義務を課したのです。

保証人への情報提供義務は効率性を害することになりますが（1）、保証人に利益を残すことは効率性を高めることになります（2）。

1°）保証人への情報提供義務

23　費用のかかる公序による義務

ここで、保証において債権者にかかることになる数多くの情報提供義務（obligation d'information）を全てあげることはできません。

立法者は、繰り返し何度も、そして混乱をもたらしながら、以下の２つの危険から保証人を守ろうと介入しました。

—主たる債務の変化と、保証期間の定めの有無に応じてその債務の終期又は保証人の解約権について毎年情報を与えることで、〔保証人が〕自らの債務を忘れる危険を回避しようとしました。

—債務者の支払いについての最初のトラブルに関する情報を与えることにより、〔保証人が〕債務者の不履行を知らない危険を回避しようとしました。

債権者がこの義務に違反すれば、全部又は一部の利息についての権利を失うことになります。確かに、フランス法の効率性は、保証の内容に数多くの不都合をもたらす保護的な条文の不均質な寄せ集めに苦しめられています。

ここには当事者の自由に残された余地はありません。債権者は合意によりこれらの義務を免れることはできません。主たる債務者たる会社の本当の状態について大変よく知っているはずの経営者である保証人にも、情報を与えなければならないのです。このような制約は、経済的理由と事務を簡素化したいという要請から、保証人や債権者となる銀行の、情報提供〔義務〕を相互に免れたいという正当な要求にぶつかります。この果てしない情報義務の費用は、最終的には、与信の価格を支払う債務者に重くのしかかっていくのです。

2°）保証人の利益を保存する義務

24　損害軽減（mitigation of damages）と財産の無益な浪費の回避

保証人への情報提供義務以上に厳しいのが、保証人の利益を保存する義務です。

テレ教授、シムレール教授、ルケット教授は、「債権者は、信義誠実義務（devoir de loyauté）を、保証人に対しても負うことになる。債権者は、合意された保証の重さを最大限軽減するために、迅速に債務者に対する権利を行使するなど、できる限りのことをしなければならない」と述べています。

破毀院は、保証された債務を無駄に蓄積する債権者は、保証人に対して契約上の責任を負うと何度も繰り返し述べています。

このような義務は、ともすれば自然に反し、反効率的に思えますが、実はそうではないのです。

商事慣習法における損害軽減の原則ないし損害最小化の原則が経済的に効率の良いものとされるなら、保証人を無駄に厳しい状態に追い込まないというこの義務についても当然そう言えるでしょう。これは、契約関係に天使のような〔優しい〕視点を持ち込むということではなく、他により良い用い方があるであろう保証人の財産の無益な浪費を予防するということなのです。

債権者が他の担保によっても担保されている場合、その担保実現の方法と順序はもはや完全には自由ではないように思われます。

実際、1804年以来、債権者がフォートにより、保証人が代位できたはずの担保を毀損した場合、現在は2314条で認められている訴追停止と代位の利益により保証人が免責されることがあります。免責は被った損害の範囲に限られます。

さらに、判例は、この保証人が放棄できない利益を拡大して解釈してきました。

しかし、そこでも、保証の効率性が、我々が恐れたように低下したのかどうかは確かではありません。

ある点からすれば、複数の担保を有する債権者は、より効率の良い、そして保証人にとって最も利益をもたらす方法によって担保を実行する義務を負っているように思えます。この「絶対的武器（arme absolue）」の有効性を理由として、2005年６月10日の〔破毀院〕混合部判決では、債権者は、保証人の利益のために、裁判による帰属決定（attribution judiciaire）を求めなければならないとしています。これでは、保証が失効したのと同じです。

より注目すべきなのは、2006年５月３日の〔破毀院〕商事部判決が、融資を受けた不動産から生じた賃料について担保目的で債権者に対してなされた譲渡について、代位することができなかった保証人の解放を宣言したことです。他ではあまり見ることのない経済的な理由に基づき、商事部は、「権利行使を差し控えることで、貸主は自らの不作為により200倍に増えた債務を保証人に支払うよう強いた」と述べたのです。このような保証人に利益を残しておく義務は、保証の履行と浪費の追放に関する効率性の原則を覆い隠しています。数多くの担保を有する債権者について、保証人への責任追及は最後の手段となるでしょう。これは、他人のための担保は、自身のための担保より設定者に重くのしかかるからでしょう。

保証についてこのような解決がとられると、多くの学説がそれを独立担保など他の人的担保に拡大するよう求めました。誠実に合意を履行する義務の拡大と代位の利益は、人的担保についての基本制度となるでしょう。

B　倒産手続の影響

25　倒産手続の影響力

債権者が第三者の財産の上に別の独自の訴求権を有することで、人的担保は、長い間、債務者の倒産手続の開始とは無関係でした。保証の合目的性は履行の厳格性を前提としており、まさに倒産手続の際に人的担保はその役割を果たすのです。15年ほど前から、立法者は徐々に、保証人、共同債務者、〔保証以外の〕人的担保負担者を倒産手続に引きつけてきました。これは、企業の更生の目的に保証人らを従わせるものでしたが、人的担保の効率性にも影響を与えることがありました。2005年７月26日の再生手続に関する法律は、付従性のある担保又は付従性のない担保の違いを消しさって、「保証人、共同債務者、人的担保負担者」の処遇をほぼ完璧に統一しました。近いうちに、保証人や独立担保負担者という表現ではなく「人的担保を合意した者」という一般的な表現が用いられることで、この同一視の動きはより強まるでしょう。

実定法において、人的担保の効率性というのは債務者の状態に密接に結びつ

いています。再生手続が可能と思われる場合は、人的担保負担者を厚遇することで人的担保の効率性が脅かされています（1）。反対に、再生手続が予想されない場合さらには不可能な場合には、人的担保の効率性は広く保証されています（2）。

1°）再生が可能な場合

26　人的担保負担者の資産

人的担保負担者は、主たる債務者たる会社の経営者であることが多いのですが、立法者は、経営者が、〔自らへの〕直接的な追及を避けるという目的で、倒産の申立てをなかなかしないのではないかと恐れています。そのような遅滞は、先回りして債務者を困難から救うという目的を無力化します。この制度は、不幸な債務者にとっては、恩恵であり、避難の場です。倒産手続は、大きな発展を遂げました。第一の目的は、債権者の集団的清算ということではもはやなく、企業の経済活動継続、雇用の継続、負債の削減です。古いタイプの倒産は、企業の医療に取って代わられたのです。「病人」を長期観察しながら、病気が新しい方法で治療されるようになったのです。

これらの治療方法の一つが、和議手続（procédure de conciliation）（以前の「協議整理手続（règlement amiable）」です）。これは契約によるものであり、商業・手工業すなわち自由業を行っているけれども、45日以上前から弁済の停止状態にあり明らかな法律的・経済的・金融的な困難に陥っているか又はそのような困難が予想される者を対象とした手続です。全ての人的担保負担者は、この場合、承認された合意により、債務の免除や期限付与を求めることができます（商法L.611-10条３項）。これは担保の目的を犠牲にしています。独立担保の付従性のない性質は、ここでは全く忘れ去られています。

2005年７月26日法による象徴的な改革である再生手続（procédure de sauvegarde）は、乗り越えることができない困難、支払停止に至るような困難を証明できるがまだ支払停止には至っていない債務者に向けられたものです。人的担保の効率性は、その独自性を、債権者の訴求権の麻痺によって〔債権者が個別的な権

利行使をできないことにより〕発揮できないことになるのです。再生手続開始の判決により、自然人である人的担保負担者に対して、〔再生〕計画の停止又は清算開始の判決までは、債権者の訴求権が一時停止されます。さらに、裁判所は、２年間という制限で支払猶予又は支払延期を認めることができます（商法L. 622-28条２項）。特に、再生計画において債務者に対して債務免除と支払猶予を合意することができますが、これは法人以外すなわち自然人の人的担保負担者に恩恵となるものです（商法L.626-11条２項）。同様に、利息の支払停止については、自然人である人的担保負担者のみが主張することができます（商法L. 622-28条１項）。

自然人により合意された担保の効率性は、再生が可能と思われる場合、すなわち和議と再生の局面では、明らかに悪くなっていますが、人的担保負担者が法人の場合については効率性を維持しています。

2°）再生が予想できない場合又は不可能な場合

27　不幸の道連れ

反対に、人的担保の効率性は、債務者の支払の（継続的な）停止が確認されることにより企業の再生が考えられなくなれば､力を取り戻すことになります。この段階に至れば、論理的には、全ての他の考慮よりも保証の目的を優先させることが大事になるのです。

これが、更生（redressement）の段階において、自然人である人的担保負担者が〔債務者と〕同じ不幸を共有する理由です。彼らは、利息の支払停止を主張することはできません（商法L. 631-14条２項）。〔更生〕開始の判決による〔債権者による〕訴追禁止だけが彼らには残されるのです（商法L. 631-14条１項）。自然人であろうと法人であろうといかなる人的担保負担者も、更生計画において債務者に合意された支払猶予と債務免除を主張することはできません（商法L. 631-20条）。ここでは、反対に、保証が、効率性を担保する非付従性を帯びるのです。

支払停止状態の債務者の更生は、明らかに不可能であると思われます（商法L.

640-1条)。最も多いのはこのケースです。裁判上の清算(liquidation judiciaire)は財産の現金化を目的とします。

債権者はしたがって自らの人的担保を自由に実行することができます。保証人は、清算手続終了後に、資産が不足していても、資産不足で免責されると主張することはできないのです。清算手続は主たる債務者の債務の消滅を引き起こさないのです。

28　終わりに

人的担保法の経済的効率性に関する我々の検討は終わりです。これまでの検討から、以下のような点を指摘することができます。

—フランス法が、保証人、より一般的には人的担保負担者の保護という社会的な考慮をしている点に疑いはないところです。保証と独立担保は、もともと他人のための債務負担であり、その重大さゆえに合理的な予防を必要とするのです。

—しかし、社会的考慮と担保に関する合意を誠実に履行することは、経済的効率性と常に対立するわけではありません。反対に、これらは、保証人の実際の支払能力、すなわち保証の確実性を調査するのに有用なのです。財産の無益な浪費を避ける実行方法を優先させるという点でも有用です。

—新しいフランス法は、より多くの種類の人的担保を提示しています。基本的には満足のいくものですが、その経済的効率性は、債務者の倒産手続の影響を受けます。独立担保の非付従性は、人的担保を統一的に取扱うことにより、場合によっては無視されることになります。経営者である人的担保負担者が〔自らの〕企業が困難な状態に陥る前に行動するようにさせるため、自然人である人的担保負担者は厚遇を受けています。それに対し、保証の目的は、法人である人的担保負担者については広く尊重されています。全体的に見れば、人的担保の効率性がより良く保証されているからこそ、企業再生の可能性が少なくなるのです。これは、人的担保に関するフランス法の均衡のとれた効率性の現れだと思われます。

【訳者あとがき】 本翻訳は、フィリップ・デュピショ（Philippe DUPICHOT）パリ第12大学教授（Professeur à l'Université Paris XII Val de Marne）が、2008年12月６日に慶應義塾大学において行った講演のために用意された原稿の翻訳である。同講演は、2008年度大陸法財団寄付講座の第４テーマ「担保法、倒産法と経済」のもと行われたもので、12月８日に行われた同教授の「物的担保法の経済的効率性」と題する講演と対をなすものである。デュピショ教授は、実際の講演では、時間の関係でかなり多くの部分を省略して話をされたが、教授の意図がよりよく伝わるよう、用意された原稿に忠実に翻訳をした。〔　〕内は翻訳者が付したものである。講演原稿には大変詳細な注が付されていたが、膨大な量であったため省略した。デュピショ教授は、本講演の内容を発展させた論文を執筆する構想をお持ちのようである。期待して待ちたい。

なお、フランスの改正担保法の翻訳については、平野裕之・片山直也訳「フランス担保法改正オルドナンス（担保に関する2006年３月23日のオルドナンス2006-346号）による民法典等の改正及びその報告書」慶應法学８号163頁（2007年）、同「フランス担保法改正予備草案―フランス司法省担保法改正作業グループ報告書及び条文訳―」慶應法学９号203頁（2008年）を参考にさせていただいた。