

信用保証協会取引の法的再構成 (一)

——二二世紀への金融変革のなかでの公的保証機関取引と今後^①——

平 鶴
野 井
真 俊
由^③吉^②

序 論 本稿の執筆動機と考察方法

第I編 信用保証協会取引の現状と問題点(以上本号掲載)

第II編 保険的構成

第III編 与信委任的構成

第IV編 信用創造型保証

まとめと展望

序論 本稿の執筆動機と考察方法

I 本稿の執筆動機

筆者らは、銀行法務21誌でかつて連載されていた民法判例研究会(平井一雄獨協大学名誉教授代表)⁽⁴⁾の席を通じて出会い、ともに保証法を専門の一つとし、理論と実務にわたって広く深くフランクに意見交換や議論をおこなう研究者仲間である。筆者らの公的機関である信用保証協会取引に関する感想は、以下の三点である。

第一に近時の信用保証協会収支の経常的な悪化であり、公的保証制度の維持・存続の危機である。

第二にバブル経済崩壊前後で信用保証協会取引形態が大きく急激に変化したことである。⁽⁵⁾

第三に信用保証協会取引は綺麗(公正)な事柄ばかりではなく綺麗(公正)ではないと思われる事柄も残念ながら存在するようであるということである。しかし、綺麗(公正)ではないと思われる事柄が存在するのであれば、それができるだけ是正していくことが研究者や企業人の責務であり、また建設的な公的機関のあり方・社会の一員としての公的機関のあり方であると思われる。

筆者らは、以前からバブル経済崩壊後の信用保証協会取引の実態上の変化と、信用保証協会取引において改善すべきと思われる点を、法律学的見地から筆者らなりの整理をし、バブル経済崩壊後経済状況も安定を取戻しつつある今、⁽⁶⁾できるだけ早い段階でおこなっておきたいと考えていた。

このような「信用保証協会取引の現状と問題点」⁽⁷⁾を法学的見地を中心に多角的・複眼的に考察し、さらに今後の「信用保証協会取引のあるべき姿やかたち」⁽⁸⁾をも見定めたいと考えている。

信用保証協会取引は保証という間接的な取引形態を形式上採ることから、信用保証協会取引の実態を正確に把握して根本的・本質的な問題を議論することは少ないのではないかと思われる。公的保証機関取引を入手可能な資料に基づき学問的見地から研究者と実務家とが協力して検討成果を公表することは、有意義と考えたのが本稿の執筆動機でもある。したがって、本稿では筆者らの見解を述べるとどまらず、実際の信用保証協会取引で使用される約定ひながたの一部を掲げ(「付録」、資料的な意義をも兼ねるよう配慮をした。また、日本での公的信用補完のみではなく、本稿に必要なと思われる範囲で海外の公的信用補完に關しても若干の紹介をおこなう。⁽⁹⁾)

II 考察方法

以上の本稿の執筆動機から、本稿の目的は信用保証協会取引の現状と問題点から考察し、そのために実態把握を必要に応じておこない、取引法(契約法)という観点から検討し、さらに今後の信用保証協会取引のあるべき姿をも見定め、信用保証協会取引(公的保証機関取引)に有益と思われる提言をおこなうことにある。

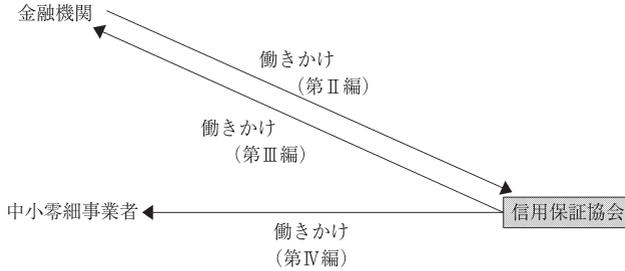
まず、本稿の目的である信用保証協会取引(公的保証機関取引)に有益と思われる「提言」をおこなう。そのために、「信用保証協会取引の現状と問題点」を述べる必要があり、実態把握をおこなう必要が存在する。そこで、「信用保証協会取引の現状」を把握するための前提として、信用保証協会とは何か、また信用保証協会を取引という点

からみたとき、いかなる取引先が存在し、そのような信用保証協会の取引先と信用保証協会とがどのような具体的な関係にあるのか、信用保証協会取引における現実とはどのようなものか、そのような信用保証協会取引の現実に対する理想は存在するのか、もし信用保証協会取引の理想が存在するとしたら、信用保証協会取引の理想と現実との差は存在するのか、もし存在するとした場合に、信用保証協会取引の理想と現実との差を埋める(信用保証協会取引の現実を信用保証協会取引の理想に近付ける)ための具体的な方策は存在しないかが問題となる。

信用保証協会取引の理想と現実には差が存在するのならば、その信用保証協会取引の理想と現実との差が具体的にどのような場面・局面で問題となっているのかを明確にしておく必要がある。信用保証協会取引の現実を信用保証協会取引の理想に近付けるための具体的な方策を法的観点から法律解釈などに求めるとすれば、裁判例や通説的見解にしたがって分析しておく必要があると思われる。そして、法律学的には、従来より論じられる裁判例や通説的見解が、はたして真に適切・妥当かを常に考えてみる必要があるであろう。

ただし、筆者らが信用保証協会取引論に接していつも感じる点がある。信用保証協会取引論で適用されるべき、または論じられるべき信用保証協会取引形態は、ただ一つとは限らないということである。本稿でも強調したい点の一つであるが、実際の信用保証協会取引形態は後述するように三つの取引形態が存在する(第II編〜第IV編——その端的な図示は【図1】のとおり)。実際の信用保証協会取引形態に即したより実践的な議論を志向し展開するとすれば、実際の信用保証協会取引形態毎の理想と現実との差が生じ、または生じ易いと思われる具体的な場面・局面に対する解決を検討していくべきであると思われる。当該信用保証協会取引形態がどのような理念の下に生まれ、どのような内容を有し実際上の取引がいかなる手順でおこなわれているのか、信用保証協会取引を研究される者など

第II編～第IV編が考察対象とする取引形態イメージ——図1



※なお、中小零細事業者から信用保証協会へ直接に働きかけをおこなない信用保証協会が金融機関に当該中小零細事業者へ融資斡旋をおこなう「斡旋保証」は、現在実務上おこなわれていないとあって差支えない。

信用保証協会業務は信用保証協会法20条1項1号～4号が定めているが、現在の実務では20条1項1号と4号のみがおこなわれており、これらの規定に基づく信用保証協会取引は【図1】に集約して理解することができる。

にも有益とされる論述を心掛けたと思うている。このような信用保証協会の各取引形態の特性・特質を十二分に説明・配慮したうえで、信用保証協会取引形態毎の法的分析を、前述した問題となり得る具体的な場面・局面に対する解決への斬込みの明確化された視点や観点から、従来より論じられる裁判例や通説的見解とは別の法的再構成が可能であるかを考察していきたい⁽¹⁰⁾。

最後に、本稿の要約をおこなない、本稿での核心的検討を振り返り、提言と今後の課題を論じて、「まとめと展望」としたい。

- (1) 本稿は平野真由の同名の一橋大学博士學位論文を叩き台に、鶴井による監修および指導などを踏まえて、新たに作成し直されたものである。
- (2) 本学教授。
- (3) 一橋大学博士 (Ph. D. 民法法専攻)。
- (4) 平井一雄名誉教授は、本年をもって中京大学法科大学院客員教授などすべての教職を退かれた。平井一雄名誉教授からの長年の多大なご学恩に、謝意を表したい。
- (5) たとえば、平野真由「資金繰り円滑化借換保証」バンクビジネス二〇〇三年三月一日号五六頁、同「資金繰り円滑化借換保証

信用保証協会取引の法的再構成 (一) (鶴井・平野)

六

に関する基礎知識」バンクビジネス二〇〇三年六月一日号四九頁参照。

(6) しかし、二〇〇八年一〇月の時点で、日本経済や社会の先行きに再び暗雲が広がり始めた感が出てきた。

理由は、日本と密接なアメリカの急速な景気後退である。二〇〇八年七月にアメリカの住宅公社二社(フアニーメイとフレディマック)の経営悪化問題が浮上し(日本経済新聞二〇〇八年一〇月一五日朝刊六頁)、同年九月七日に約二一兆円(二、〇〇〇億ドル)という史上最大規模の公的資金注入をアメリカ政府は決めた(日本経済新聞二〇〇八年九月一四日朝刊七頁)。アメリカの信用力の落ちる個人向け住宅融資(サブプライムローン)はアメリカの住宅公社二社だけの問題ではなく、サブプライムローンの損失は民間金融機関の資本不足を生じさせ、民間金融機関じしんの信用悪化や貸渡りを生じさせている(前掲日本経済新聞二〇〇八年九月一四日朝刊七頁)。アメリカ政府は、金融機関の不良資産を公的に買取策を発表しているが(前掲日本経済新聞二〇〇八年一〇月一五日朝刊六頁)、保険大手のアメリカン・インターナショナル・グループ(AIG)の資金繰り難や個人向け投資商品であるマネー・マーケット・ファンド(MMF)の元本割れが多くなっていることなど、個人領域での悪影響も出ている(日本経済新聞二〇〇八年一〇月五日朝刊四頁)。二〇〇八年九月二十九日には、アメリカのニューヨーク証券市場のダウ工業株三〇種平均が過去最大の下げ幅を記録したと報じられている(前掲日本経済新聞二〇〇八年一〇月五日朝刊四頁)。

日米の投融资のみならず商品取引などの大きさから考えて、日本経済への悪影響も懸念される状況となってきた。新たな経済対策に関する政府・与党会議、経済対策関係会議合同会議も二〇〇八年一〇月三〇日に、「生活対策」について日本経済は「全治三年」という基本認識に基づき(「概要」一頁。http://www5.cao.go.jp/keizai/mtoshi-taisaku.html)、信用保証協会による緊急保証枠について、「安心実現のための緊急総合対策」における六兆円規模に加え、新たに一四兆円規模の追加をおこない、合計二〇兆円規模に拡大(前掲「概要」五頁——金融機関に対する一〇〇%保証)としており、一九九八年一〇月〜二〇〇一年三月まで実施された金融安定化特別保証(当初二〇兆円規模、その後三〇兆円規模に拡大)を想起させる状況となっていた。そして、二〇〇九年四月七日には、さらに一〇兆円を積増しし、緊急保証枠は計三〇兆円に拡大する方針となった(http://www.asahi.com/politics/update/0408/

TKY200904070340.html)。

- (7) 第I編で述べる。
- (8) まとめと展望III二で述べる。
- (9) 後述、第I編第一章第二節II。
- (10) つまり、本稿では、既存の裁判例・通説の見解からでは問題解決困難な点が存在することを前提としている。

第I編 信用保証協会取引の現状と問題点

第一章 信用保証協会取引の現状

本章(信用保証協会取引の現状)では、信用保証協会取引の「仕組み」を述べ、信用保証協会取引の「理想と現実」を述べる。

第一節 信用保証協会取引の仕組み

まず本節(信用保証協会取引の仕組み)では、「信用保証協会の意義」を述べた後、信用保証協会を中心とした当事者間毎の「法律関係」と「取引実務」を中心に概観し、小括する。

信用保証協会取引の法的再構成(一)(鶴井・平野)

I 信用保証協会とは

名称にあるように、保証をおこなう団体である。何を保証するかといえば、「中小零細事業者」の「金融機関」に対する借入債務などである。⁽¹¹⁾ この信用保証協会は、信用保証協会法という法律に基づく特殊法人である。信用保証協会は各都道府県(一都一県二府四三県の小計四七)に一機関づつは存在し、市レベルの五つ(横浜・川崎・名古屋・岐阜・大阪)を加えた、計五二が存在している(したがって、たとえば神奈川県内には、県レベル一と市レベル(横浜・川崎)二の計三の信用保証協会が存在することになる)。

二〇〇三年度実績で日本の中小企業の約四割が信用保証協会を利用、信用保証協会の保証債務残高も三一兆円と、信用保証協会は日本経済に少なからぬ影響を及ぼしている。⁽¹³⁾ したがって、中小零細事業が日本経済と雇用を支える基盤で、国や地方公共団体は信用保証協会保証の制度維持のために今後も手厚い措置を続けざるを得ないといわれており、格付投資情報センター(R&I)による信用保証協会の格付けも日本国と同様の程度とされている。⁽¹⁴⁾ 信用保証協会は日本経済を支える中小零細事業への金融支援の観点から、重要な役割を果たしている存在である。

II 信用保証協会と金融機関との関係

一 法律関係⁽¹⁶⁾

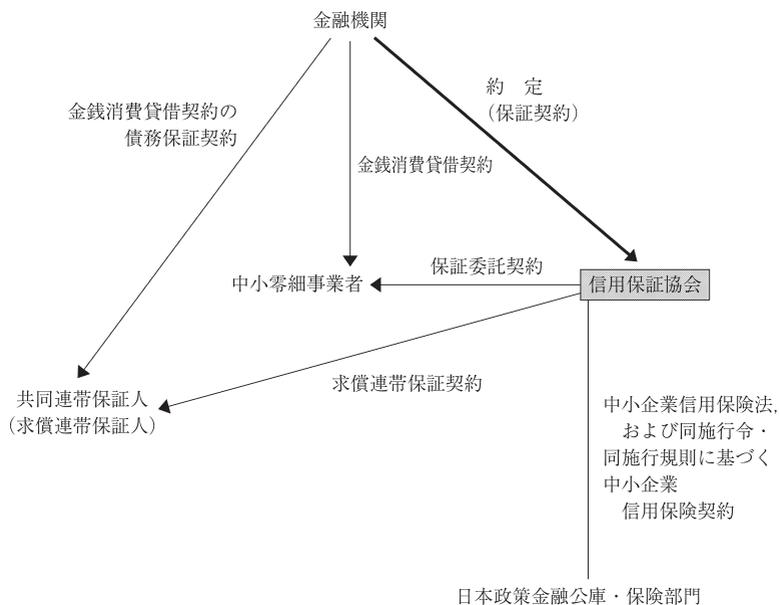
信用保証協会が誰と保証契約を締結するかといえば、金融機関である(信用保証協会法一条・二〇条参照)。

間接的手段を含めた日米公的金融残高と対GDP
比率 (1994年度末)⁽¹⁵⁾ — 図2

(単位：兆円・百億ドル)

		日 本		アメリカ	
		165	35.1%	234	34.7%
貸付		137	29.2%	39	5.7%
残高合計	保証など	28	5.9%	195	28.9%

中小企業信用補完制度の法律関係 — 図3



二 取引実務

金融機関と信用保証協会はあらかじめ包括的な、「約定書」を締結する。

金融機関が保証依頼をしたい案件が信用保証協会にあれば、通常なら「信用保証依頼書」という中小零細事業者との取引状況や当該中小零細事業者の財務面などの信用上の所見などを記載した書類と、「申込人（企業）概要」という中小零細事業者じたいの事業取引状況や属性、中小零細事業者およびその代表者個人の所有資産などが記載されている書類を添えて、信用保証協会への提出書類として保証依頼をすることから取引が始まる。

信用保証協会は、通常、金融機関からの「信用保証依頼書」や「申込人（企業）概要」などに基づいて保証の諾否を決し、保証を承諾するのならば当該保証の条件（たとえば、保証金額、保証期間、信用保証協会が保証を引受けるにあたっての担保条件など）を明記した「信用保証書」を保証依頼人である金融機関に対し交付をして、信用保証協会と金融機関との保証契約を成立させる（約定書例一条）。

III 信用保証協会と中小零細事業者との関係

一 法律関係

信用保証協会保証は、主たる債務者である中小零細事業者に対し主たる債務者の意思に関係なく保証するのではなく、必ず主たる債務者の保証委託を受けておこなう。したがって、信用保証協会と主たる債務者である中小零細事業者との間には、「保証委託契約」が存在する。

二 取引実務

この信用保証協会と中小零細事業者との保証委託契約と、前述した信用保証協会と金融機関との保証契約との関係は、保証委託契約が保証契約の「先決関係」になっている。

信用保証委託契約は、通常は金融機関が信用保証協会に保証依頼をするときに「信用保証委託契約書」と、申込内容や保証人の生活・資産状況などが記載された「信用保証委託申込書」をあわせて信用保証協会へ送付して、信用保証協会の保証承諾によって保証委託契約が成立する。

IV 金融機関と中小零細事業者との関係

一 法律関係

信用保証協会の保証の対象は、中小零細事業者の金融機関に対する金融債務である。この金融債務の発生根拠は、中小零細事業者と金融機関との間の契約による。具体的には、「金銭消費貸借契約」や「当座貸越契約」、「手形割引契約」（通常は金融機関の中小零細事業者との取引約定書中の特約が、これに当たる）、「社債契約」などがある。

二 取引実務

信用保証協会保証の対象となる中小零細事業者と金融機関との間の契約は、信用保証協会保証が得られてから締結される。

V 信用保証協会と中小企業信用保険との関係

一 法律関係

信用保証協会保証は、すべて中小企業信用保険という公的保険で付保されている(包括保険)。信用保証協会の金融機関への保証債務履行元金の八〇%(中小企業信用保険法三条の二第二項)付保が、実務上多い。

保険者(現在では、日本政策金融公庫の保険部門が担っている)の保険金支払後は保険代位により保険者が信用保証協会の求償権や原債権を保険の填補率に応じて取得するのではなく、信用保証協会に保険の填補率に応じた金義務を信用保証協会に課して(中小企業信用保険法八条)債権回収は信用保証協会がおこなう(実務上、回収金納付制度と呼ばれている)。

二 取引実務

実務上からみると、以下のとおりである。

現在では信用保証協会と日本政策金融公庫との間で、「包括保証保険約款」と呼ばれるものを締結している。その保険約款(契約)の締結方法は、年度の半期毎に向こう半年間の中小企業信用保険法などに記載された保険種別と各保険種別の付保見込額を信用保証協会が日本政策金融公庫の信用保険部門へ「包括保証保険契約申込書」に記載・交付し、この「包括保証保険契約申込書」に対し日本政策金融公庫が当該信用保証協会へ「包括保証保険契約証」を交付して成立する。

無担保保険限度額の変遷⁽¹⁹⁾— 図 4

(年度・万円)

	1995	1997	1999	2001	2003
限度額	2,000	3,500	5,000	8,000	8,000

* 2006年度より、信用保証協会による経営者保証人以外の保証人徴求が原則禁止されている。

回収率推移⁽²⁰⁾— 図 5

回収率 = 実際回収 ÷ (期首の求償権の残高 + 期中の代位弁済の金額)

(年度・%)

	1995	1997	1999	2001	2003
回収率	6.9	6.6	6.2	4.8	4.3

信用保証協会取引の法的再構成 (一) (鶴井・平野)

VI 信用保証協会と行政との関係

一 中央政府

信用保証協会の「主務官庁」は、経済産業省である（信用保証協会法三八条）。

経済産業省は社会的ニーズ（世論や政治）を反映した「法律」の創設・改廃（たとえば、中小企業信用保険法の改正など）や「行政指導」（行政手続法三二条以下）などにより、信用保証協会業務に多大な影響を与えている。たとえば、【図4】のとおり中小企業信用保険法の改正により最近一〇年間で無担保保険限度額が二倍超（一五年前に遡れば四倍）となったことは、信用保証協会の被保証債権の性質・内容を大きく変化させた（契約時に信用保証協会の債権保全が保証条件となされていない債権が多くなっている）。近時の不景気と相俟って信用保証協会収支や回収金の一部を割合的に受ける信用保険（回収金納付制度参照）収支に悪影響を与えている（【図5】参照）。また、信用保証協会は主務官庁である経済産業省から物的担保や人的担保によらない保証を指導されるが（二〇〇六年度からは特に徹底されている）、物的担保や人的担保には主たる債務者のモニタリング（監視）機能もありモニタリン

信用保証協会取引の法的再構成 (一) (鶴井・平野)

一四

グ・コスト (監視コスト) の低減効果も存在し、⁽²¹⁾ この物的担保や人的担保によらない保証、すなわちいわゆる無担保 (無保証人) 保証は信用補完制度に関する経済的負担を重くしている。

二 地方公共団体

地方公共団体と信用保証協会との関係は、信用保証協会の「役員任命権」が当該信用保証協会所在の地方公共団体の長にあることから (信用保証協会定款例 一一条)⁽²²⁾ 密接である。

また、中央政府と同様に、社会的ニーズ (世論や政治) を反映した条例の創設・改廃、あるいは行政指導などにより信用保証協会業務に多大な影響を与えている。

見逃せないのは、地方公共団体と信用保証協会との間では、先の中小企業信用保険で賄われない非保険部分、たとえば信用保証協会による金融機関に対する保証債務履行元金の二〇%部分の全部または一部を「損失補償する旨の保証種別」(信用保証協会の地方公共団体による損失補填契約付の保証) も存在することである (地方公共団体、略して地公体保証制度と、実務上呼んだりする)。損失補填契約付の保証の場合には、地方公共団体が信用保証協会へ損失補償金を支払った後は、中小企業信用保険制度と同様に当該損失補率に応じた「回収金納付義務」を当該損失補填契約上にあらかじめ課して信用保証協会が債権回収をおこなうこととなっているのが一般的である。なお、この地方公共団体による信用保証協会に対する損失補填契約は財政援助制限法 (法人に対する政府の財政援助の制限に関する法律) 三条に反するようにもみえるが、実務では昭和二九年五月一二日自治省行政課長回答 (自丁行発第六五号) により抵触しないとされている (大分県の照会に対する回答。しかし、有力な反対説もあるし (確井光明「地方公共団体によ

る「損失補償の保証」について」自治研究七四卷六号一〇頁以下。なお、同『公的資金助成法精義』一〇〇頁（債務保証など）、三四六頁（損失補償契約の効力など）（信山社・二〇〇七年）、また裁判例も存在する（横浜地判平成一八・一一・一五判例タイムズ一二三九号一七七頁金融法務事情一七九三号三九頁金融・商事判例一二五八号五〇頁判例地方自治二九三号一〇頁）。

Ⅶ 小 括

一 信用保証協会保証の三面関係

信用保証協会保証は、信用保証協会・金融機関・中小零細事業者という三者との間で基本的に、かつ不可欠に成立する取引関係である。信用保証協会と金融機関間、金融機関と中小零細事業者間、中小零細事業者と信用保証協会間の三面関係のうち、どこか一面でも欠落したら成立しない制度・仕組み・スキームである。⁽²³⁾

二 信用補完制度としての四面関係・五面関係

この信用保証協会・金融機関・中小零細事業者の三面関係に加えて、信用保証協会は中小企業信用保険契約をすべての保証を対象に法律上当然に日本政策金融公庫・保険部門と締結することとなっている（中小企業信用保険法の包括保険）。三面関係に「中小企業信用保険契約関係」をミックスしたものが、信用補完制度の四面関係といわれるものである。

また、この中小企業信用補完制度の四面関係に、前述した都道府県・市区町村といった地方公共団体からの信用

保証協会への「損失補償契約関係」(信用保証協会の金融機関への保証債務履行金に対する損失補償)が加わると、信用補完制度の五面関係となる。

しかし、信用補完制度の四面関係・五面関係は信用保証協会保証の三面関係と異なり、中小企業信用保険契約や損失補償契約が約定違反などにより不成立であったとしても信用保証協会保証の三面関係に必ずしも直接的な影響を受けるわけではない(たとえば、当該個別の具体的な中小企業信用保険契約や損失補償契約が何らかの事情により不成立であったとしても、当該信用保証が必ずしも無効となるわけではない)。

ところが、中小企業信用保険契約や損失補償契約と信用保証協会保証の三面関係とは、中小企業信用保険契約に基づく保険金支払いや地方公共団体の損失補償契約に基づく損失補償金支払いが信用保証協会保証の三面関係における信用保証協会の保証債務履行の有無に直接関係している。しかも特に中小企業信用保険は、前述したように信用保証協会保証を「包括保険」しているという関係にある。

三 帰 結

したがって、信用補完制度全体における法律上の問題点は、起点・根本となる信用保証協会保証の三面関係を中心に据えて考察することが重要であると思われる。

以下では、この信用保証協会保証の三面関係を考察していくこととする。

(11) なお、信用保証協会の業務の一端については平野真由「信用保証協会の仕事」法学セミナー二〇〇五年五月(六〇

五) 号一〇頁以下参照、信用保証協会制度の概要・概説は平野真由との共著・バンクビジネス二〇〇四年三月一五日号(特集号)参照。

(12) 平野真由との共著『金融時事用語集二〇〇五年版』二二〇頁(金融ジャーナル社・二〇〇五年)。

(13) 保証をはじめとする間接的手段を含めた日本とアメリカとの公的金融規模を比べると、対GDP(Gross Domestic Product: 国内総生産)比で三五%程度とほぼ同水準である(本稿において日本とアメリカとの比較は、各編に何らかのあたりで随所に登場することとなる)。

ところで、保証は元来は手持資金を最初から使わずに、レバレッジ効果が高く得られる可能性があるものである。

しかし、公的金融の内訳は日本では八割強が直接的な貸付であるのに対し、アメリカでは逆に間接的な手段である保証や保険などが公的金融全体の八割を占めている(野田彰彦「欧米主要国における公的金融の動向」金融ジャーナル一九九六年一二月号二六・二七頁、【図2】参照)(松原聡教授も、日本の公的貸付は対GDP比で諸外国の四〜五倍とされている——「財務省改革で「小さな政府」をめざせ」潮二〇〇六年一月号一五二頁)。

つまり、アメリカでは、保証や保険などの間接的手段による公的金融が重視されている(EU諸国も同様である——村本孜「公的金融システムの国際比較分析(1)」成城大学経済研究一五九号一六七頁)。

今後、金融特殊法人改革による公的貸付の減少が見込まれる場合、信用保証協会保証に対する期待はより大きくなると思われる。

(14) 日経金融新聞二〇〇二年五月二〇日三頁。

公的保証機関の信用力の高さ・債務履行能力の確実性は、本稿を論じていくうえで重要な視点である(星野英一博士や関沢正彦弁護士・藤原弘道教授も着目される——第二章第三節1-2(1)、および同(2))。

(15) 野田彰彦「欧米主要国における公的金融の動向」わが国との比較の観点から——証券投資信託月報四三七号九頁。

(16) 本稿では金融機関と信用保証協会との法律関係を、後に詳しくみることにする。

(17) たとえば社債保証などの場合には、その保証独自の書式が別途ある。

信用保証協会取引の法的再構成（一）（鶴井・平野）

一八

(18) 中小企業信用保険法以外を根拠とする中小企業信用保険としては、たとえば産業活力再生特別措置法四六条などが存在する。

(19) 各年の六法全書中の中小企業信用保険法三条の二を、筆者らが参照し整理。

(20) 田中均「中小企業信用補完制度」経済一二六号一〇五頁。

(21) 小野有人「リレーシヨンシツパンキングにおける担保・保証の役割」金融ジャーナル二〇〇四年六月号一〇七頁。

(22) 江口浩一郎編『信用保証（第三版）』四八一頁（金融財政事情研究会・二〇〇五年）。

(23) 民法上の保証では保証人の保証委託契約は必ずしも前提となっていないが、信用保証協会の保証においては不可欠の前提となっているので三面契約の色彩が強いのである。

第二節 信用保証協会取引の理想と現実

本節（信用保証協会取引の理想と現実）では前節（信用保証協会取引の仕組み）を踏まえたうえで、文字どおり信用保証協会取引の理想と現実に分けて以下に述べる。

そして今ある信用保証協会取引の現実を、どうすれば信用保証協会取引の理想に近付けられるのか、述べる。

I 信用保証協会取引の理想

信用保証協会取引は、信用保証協会を起点とすれば、信用保証協会の取引の相手方である金融機関との関係と、中小零細事業者らとの関係に分かれる。

一 金融機関との関係

先に信用保証協会と金融機関との関係は保証契約関係にあり、「約定書」という様式で契約が存在すると述べた。この約定書では、

- ① 金融機関が信用保証協会から保証債務の履行を受ける前に、
 - (i)借入人の債務履行を困難とする事実を予見または認知した場合に保証機関に通知すること(例九条一項)、(ii)保証機関への請求までの間、原則九〇日を経過すること(例六条一項)、(iii)その間金融機関は債権回収に努力しなければならないこと(例九条一項・三項)を定め(簡単に保証債務履行はおこなわないという規定。しかし、実態とは異なる)、
- ② 信用保証協会の金融機関に対する保証債務履行の範囲も、
 - (i)主たる債務に、(ii)期限の利益喪失前の利息を加え、さらに(iii)期限の利益喪失後の遅延損害金を加えた金額であり(例六条二項)、(iii)期限の利益喪失後の遅延損害金の利率も(i)の主たる債務の当初の約定利率に減縮され(例六条三項——実務では、約定利率よりも遅延損害金率の方が債権管理回収コストが加算されることから高率である)、
- ③信用保証協会保証付融資金を信用保証協会保証付ではない債権の回収に充てることを禁止している(例三条本文——収益性を生む前向きな資金に充当させる)。

二 中小零細事業者等との関係

1 求償債務者等との関係

信用保証協会は、金融機関への保証債務履行後の求償権回収に熱心であると、一般的には評されている。⁽²⁴⁾ たとえ

信用保証協会取引の法的再構成 (一) (鶴井・平野)

ば、求償権の消滅時効中断に関する裁判例の形成などに、信用保証協会が数多く関与していることから求償権回収の熱心さが窺い知れる。信用保証協会が公的機関である以上その有する債権を容易に放棄したり債務免除することとは、当然に困難であるといえるであろう。

2 原債権の債務保証人・物上保証人等との関係

金融機関に対し求償保証人が信用保証協会と共同保証の関係にある場合、または物上保証人となっている場合、信用保証協会が保証債務履行をおこなう前のこれらの者の弁済または担保権実行を考慮して、民法の共同保証人間の債務の負担部分(四六五・四四二条)や物上保証人の代位(五〇一条後段五号)の特約を排除している(信用保証委託契約書例一二条四項)。つまり、信用保証協会の債務負担を究極的にはゼロとする約定・仕組みを採用している。

なお、以前は実務上事業のオーナー以外からも求償権担保のために保証人を追加することがおこなわれていた(いわゆる第三者保証人の徴求)が、二〇〇六年度より廃止された(第三者保証人擁護の要請)⁽²⁵⁾。それではなぜ信用保証協会保証人において、その保証債務履行後の求償段階で求償連帯保証人に主たる債務者の事業にまったく無関係な第三者を保証人とする実務がおこなわれていたかという点、主たる債務者が不履行の際に、主たる債務者とは経済的に別個独立した第三者へ最終的な保証債務負担を転嫁して、信用保証協会の支出を最小化すべきであるとの考えに拠ったからであるといえる。しかし、昨今の社会的風潮は、主たる債務者の経済的破綻＝保証人の経済的破綻を阻止すべきであるという要請が高まったからである。

三 小括

以上を踏まえた信用保証協会、および回収金納付制度を信用保証協会に課している中小企業信用保険や損失補償は公的であるがゆえに、公費の最小化（損失最小化）が図られているといえる。また、信用保証協会が機関であるがゆえに、機関の「継続性」が要請され、機関継続・存続のために収益性が重要となる。⁽²⁶⁾

II 信用保証協会取引の現実

「信用保証協会取引の現実」では、「中小企業信用補完制度の赤字」を述べ、「信用保証協会取引のモラルハザード——病理面」を述べる。

各国中小企業信用補完制度の比較（図6）から理解できることは、

- ①日本の保証件数が異常に多いこと、
- ②日本以外の保証割合と保証料との関係は概して比例関係にあり、日本よりも合理的な制度設計がなされていることである。

日本のように、保証料が安く填補率が高く、加えて保証引受数が多くあるなら、信用補完制度の赤字・損失という問題も生じてこよう。

一 中小企業信用補完制度の赤字

中小企業信用補完制度は、前述したように「中小企業信用保証関係」（中小零細事業者と金融機関と信用保証協会という三者間）と、中小企業信用保証関係を前提とした「中小企業信用保険関係」（信用保証協会と中小企業信用保険機関（現

各国中小企業信用補完制度の比較⁽²⁷⁾——図6

	アメリカ	イギリス	ドイツ	フランス	日本 (2007/9まで)
実施機関	SBA (中小企業庁)	SBS (中小企業庁)	Burgchafts- bank (保証銀行)	SOFARIS (中小企業融 資保証会社)	信用保証協会
保証割合	・75%上限 融資金額15万 ドル超 ・85%上限 融資金額15万 ドル以下	75%	50～80%	・50%成長期 ・70%創業期	原則100%
保証料	・3.75% ・3.5% ・2.3% 融資金額が大き いほど、保証 料率が高くなる	2%	0.7～1.0% (州によりけり)	・0.6% 成長期 ・0.45% 創業期	・1.35%基準 無担保 ・1.25%基準 有担保
保証件数	74,825件 (2004年度)	5,966件 (2003年度)			1,229,488件 (2004年度)

信用保証協会取引の法的再構成(一)(鶴井・平野)

二二

在は、日本政策金融公庫・保険部門)と、都道府県や市区町村といった地方公共団体との損失補償契約関係も含まれる(五面関係)。

しかし、地方公共団体との損失補償契約関係は中小企業信用保険関係とは異なり、信用保証協会保証のすべてが損失補償契約関係の対象とはならない。したがって、本稿で以下に中小企業信用補完制度という場合には、基本的には「中小企業信用保証関係」と「中小企業信用保険関係」を合わせた四面関係をいうものとする。

中小企業信用補完制度の赤字について、「中小企業信用保証関係」と「中小企業信用保険関係」に分けてみていく。

1 中小企業信用保証の赤字に関する悪影響

中小企業信用保証収支の赤字が、中小零細事業者の信用保証協会保証の利用に及ぼす悪影響について考えてみる。

信用保証協会には地方公共団体からの出損金や金融機関からの負担金や信用保証協会みずからの事業利益などで構成される基本財産が存在するため、小さな赤字ならこの基本財産の取崩しで対処できる。ただし、保証規模は基本財産の六〇倍が上限のため（定款七条）、基本財産が少なくなれば保証業務に支障を及ぼす。たとえば大阪府中小企業信用保証協会の一九九八年度末の保証債務残高は三兆一、〇二七億円、基本財産は八七一億円であった。一九九八年に同協会が作成した計画によると二〇〇〇年度末までに基本財産を五〇〇億円使い果たしてしまうとされ、残る基本財産約三七〇億円では保証限度が六〇倍保証であるから二・二兆円であり、一九九八年度末当時の保証債務残高すら維持できないとされていた。⁽²⁸⁾つまり、信用保証協会は公的保証人であり公的に相応しい財務基盤を有する必要があるところ、一定の財務基盤に達しなければ保証引受けにも悪影響が出て、中小零細事業者に公的保証による事業資金の調達の円滑化という本来的・根本的役割（信用保証協会法一条）が果たせなくなってしまうという事態が起り得る。このような公的保証機関による機能停止という事態は絶対的に避けるよう努力がなされなければならない。信用保証協会保証制度の安定的な運営がなされなければならないと考える。

この信用保証協会取引全体の収支は、ほかにどのような影響があるのか。信用保証協会取引が公的保証であることからすると、収支のうち営利法人の目的である収入よりも支出がより注目されることになる。そして、信用保証協会の損失である保証債務履行金の元金である七〇〜八〇%が中小企業信用保証からの保険金により補填されることを考えると、「中小企業信用保証の収支」にも着目すべきということになる。

2 中小企業信用保証の赤字

中小企業信用保証収支の赤字は、毎年度千億円規模計上されている【図7】参照。担当行政官も、毎年度の中小

中小企業信用保険制度に関する収支状況⁽²⁹⁾——図7

(年度：億円)

	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
保険収支	▲ 804	▲ 1,883	▲ 2,093	▲ 4,504	▲ 5,796	▲ 6,048	▲ 4,324

信用保証協会取引の法的再構成 (一) (鶴井・平野)

企業信用保険収支の千億円規模の赤字を構造的と評している⁽³⁰⁾。また、今後も引続き大幅な赤字基調が継続する見込みであろうとされている⁽³¹⁾。

では、なぜこのような中小企業信用保険の経常的で多額の赤字が生み出されるのか(本稿での問題意識)。中小企業信用保険契約と信用保証協会保証の三面関係が中小企業信用保険契約に基づく保険金支払いにおいて直接に関係していることから、「信用保証協会保証の三面関係」に着目して考えてみることにする。

二 信用保証協会取引のモラルハザード——病理面

「信用保証協会取引のモラルハザード——病理面」では、具体的な取引当事者毎に、「取引構造」と「取引実態」とに分けて、特に後者の取引実態に関しては当該取引当事者を巡る「社会的経済的背景」とそれに基づいた「具体例」を以下に述べる。

1 金融機関

(一) 取引構造

金融機関は中小零細事業者へ金銭の貸出しなどの与信を基本的にはおこない、与信に関する中小零細事業者の債務不履行リスクは信用保証協会の債務保証によって転嫁している。したがって、金融機関にとってはみずから単独での中小零細事業者との与信取引と比較して、信用保証協会との関係が加わるだけ事務負担が増すが、取引の不利リスクを信用保証協会へ転嫁・回避できるという

メリットがある。金融機関としては信用保証協会との関係が加わる事務負担増と、当該中小零細事業者の債務不履行リスクとを比較衡量して、たとえば当該中小零細事業者の債務不履行リスクが極めて低いと判断されるのであれば当該金融機関がみずから単独でこの中小零細事業者に貸出しなどの与信をおこなうというように、信用保証協会保証を利用するか否かを総合的見地から合理的に決していくといえる。

信用保証協会は冒頭で述べたように高い信用力（保証債務履行能力）を有する公的保証機関であるから、金融機関にとつて信用保証協会の保証が得られさえすれば当該中小零細事業者への与信リスクを信用保証協会へヘッジできるのであり、極論すれば信用保証協会が当該中小零細事業者の保証を引受けさえすればよいことになりかねない（このような金融機関の信用保証協会取引への姿勢は、本稿での問題の核心である）。信用保証協会保証制度・スキーム・仕組みにおいて金融機関は有利な立場にあり、実質的な保証取引の成否判断は当然ながら信用保証協会の判断にかかってくるといえる。

(二) 取引実態

(1) 社会的経済的背景

一九九七年に北海道拓殖銀行や山一證券が経営破綻し、翌一九九八年には日本長期信用銀行や日本債券信用銀行などの大手銀行すら経営破綻した。金融庁では金融庁の監督指針により、金融機関の「自己資本」が不足した場合には早期是正措置（銀行法二六条）を発動することとなった。金融機関の自己資本不足による早期是正措置発動の前提として、一九九九年には金融庁の金融検査マニュアルで貸倒引当金の計上基準が明確化された。①銀行法一四条の二が規定する「銀行の自己資本の充実の状況が適当であるかどうかの基準」について、一九九三年（平成五年）大

蔵省告示第五号別表第一によれば、信用保証協会保証付債権のリスク・ウェイトは一〇%とされており、②『金融検査マニュアル別冊〔中小企業融資編〕』一〇頁(金融庁・二〇〇四年二月)の債権分類(債権分類に応じて金融機関に貸倒引当金を計上させること)によって、金融機関の財務の健全化を図ろうとしている)でも、信用保証協会保証部分は保全が認められている。⁽³²⁾一九九九年には、大手都市銀行が公的資金を導入する際、中小企業向け融資拡大を公約していた。⁽³³⁾また、たとえば二〇〇二年に福岡シティ銀行が公的資金の注入を受ける際にも、中小企業向け融資拡大などを柱とする経営健全化計画を策定していた。⁽³⁴⁾経営健全化計画の実績が計画比七割未満であると、金融庁は銀行法二六条に基づく業務改善命令を発令することができ、⁽³⁵⁾業務改善命令を受けた金融機関は業務改善計画書を金融庁へ提出し、金融庁より三ヶ月毎に計画履行のチェックを受けることとなる。⁽³⁶⁾ところが、時代は不動産を中心としたモノの価値が低下しているデフレ経済下で適当な担保目的物は見出し難く、かつ不況下で多額の中小零細事業者の事業資金の保証人となろうとする者はせいぜい中小零細事業者の経営者個人くらいしかおらず、金融機関独自で融資などを実行することも困難であった。中小零細事業でも事業資金は個人消費者ローンと比較して、高額の債務引受けとなるのである。⁽³⁷⁾

また、同じく一九九九年には債権管理回収業に関する特別措置法(いわゆるサービサー法)が施行された。サービサー(債権回収会社)とは、債権者から委託を受けてまたは債権を譲受けて債権管理回収をおこなう民間の債権管理回収業者をいう(現行法では、株式会社形態のみ認められている——債権管理回収業に関する特別措置法三条)。これまで日本では、債権管理回収業務(特に、債権回収業務)はいわゆる暴力団や事件屋などの反社会的勢力の介入を防ぐために弁護士以外には禁じられていた。しかし、バブル経済の崩壊によって日本の金融機関などの不良債権が急激に

信用保証協会の保証債務履行状況⁽³⁸⁾——図 8

	金額(億円)	件数	1件あたりの金額 (万円)
2002年度	12,604	138,488	910
2003年度	10,217	119,930	852
2004年度	8,279	97,422	850
2005年度	6,872	80,368	855
2006年度	6,852	78,708	871

信用保証協会取引の法的再構成 (一) (鶴井・平野)

膨れ上がり、弁護士だけで不良債権を早期にかつ効率的に処理することができないような状況になった。⁽³⁹⁾ 当時金融機関の「不良債権処理」問題は最も重要な施策課題の一つとされ、二〇〇二年には二〇〇四年度までに主要銀行の不良債権を半減させることなどを内容とした政府の「改革加速のための総合対応策」と「金融再生プログラム」が公表され、金融機関の不良債権処理の主要なインフラであるサービサーが果たす役割が大きくなった。したがって、いわゆるサービサー法施行後暫くは都市銀行などによるサービサー業界への参入が相次ぎ、地方銀行においてもサービサー業界へ参入する者も出てきた。二〇〇二年(六月三〇日)時点、サービサーの業務概況において、全体回収額約三兆円(二、九八八、一三七、一一七千円)に対し、銀行系サービサーはうち約一・六兆円(一、六二四、〇九七、五二四千円)(五四・四%)であった。⁽⁴⁰⁾ たとえば、銀行系サービサーとして、高橋勉「サービサー」エコノミスト二〇〇三年二月二五号一六頁によれば、SMB Cビジネス債権回収、あおぞら債権回収、エスエムビーシーローン債権回収、フロンティア債権回収、やまびこ債権回収、総合債権回収、東京ダイヤモンド債権回収、あさひ債権回収、しまなみ債権回収、ちば債権回収、ビーエム債権回収、やしお債権回収、山陰債権回収、日本リバイバル債権回収の名が紹介されている。

このような厳しい経済状況のなかでも中小零細事業者向け貸出しを増加させなければならぬという立場に置かれた多くの金融機関にとって、信用力の優れた(保証債務

履行能力が極めて高い) 公的保証機関である信用保証協会付保証を、金融機関が利用しないことはないものであった。

(2) 具体例

《1》信用保証協会の審査任せ・杜撰な債権管理回収

信用保証協会保証に関し、二〇〇〇年当時、次のようなことがいわれていた。

「信用保証協会の保証があれば断る理由はない(都市銀行)。これまで取引したこともない企業に融資しているだけに、リスク管理はおざなりになりがちであった。特別保証は債務超過など余程の悪条件がない限り、保証協会の保証を受けられる制度である。保証さえあれば、貸出先が破綻しても銀行が保証協会から融資の弁済を受けられる」「マル保(筆者注：信用保証協会保証という意味の業界用語)を活用し、なりふり構わず融資を積上げている銀行もある。経営健全化計画で掲げた中小企業向け融資の目標額を達成するためである。「特に二〇兆円の特別保証枠が三〇兆円にかさ上げされた一九九九年秋以降は中小企業融資を伸ばすためにマル保を利用している(都銀幹部)」。

また、信用保証協会保証付債権の管理回収の実態との比較のために、以下に「信用保証協会保証付ではない債権回収の実態」を引用しておく(信用保証協会付債権と信用保証協会付ではない債権の金融機関の債権管理回収姿勢に差異が存在することは、本稿でも重要な問題であると捉えている)。「一九九八年夏、旧三和銀行の『資金回収マニュアル』の存在が明らかになり、同年(一九九八年)一二月には旧東海銀行の『延滞開始時のルール』という内部文書も国会で取上げられた。旧三和銀行の「回収・保全強化マニュアル」には、「順調に返済中の貸出先」からも強引に担保を追加させたり、返済額を増額させるために「取引先の落ち度を見つけ、取引先が『申し訳ない』というポジションに立ったうえで本題の交渉に入るなど、十分な工夫が課題の確率を高める」などと書かれている。相手のスキを突い

て資金回収を進めるようにという指示であった。旧東海銀行の場合も、利払いや元本返済が遅れた融資先への対応を事細かに記したもので、「延滞開始と同時に厳しい対応を取ることが最善策」として、「主力行が再建支援に乗出すなど特段の事情のない限り、正常化する可能性は極めて低い。いち早く強硬手段に出るのが最も効果的かつ効率的」「確実にその時期に応じた督促をおこない、その記録を残していく」「督促は段階を追って徐々にその姿勢を強めていく」など考えられ得る限りの対応を細かく書き、極めつけは「言い逃れのようないい加減な理由は許されず、…腹落としてできるまで追及する。ただし納得できる理由があれば、延滞を許すわけではない」と釘まで刺して「る」⁽⁴²⁾。

《2》 信用保証協会保証付ではない債権の返済への資金流用——横浜銀行事件

横浜銀行事件は、公的保証を利用して企業が借りた資金を既存の自行の融資返済に充てるように、銀行本部から全営業店へ指示・通達を出していた事件である⁽⁴⁴⁾。当時の小淵恵三首相は、一九九八年一月七日午前の衆議院予算委員会で、横浜銀行が信用保証協会の中小企業金融安定化特別保証制度を利用して自行の融資の一部を回収しようとした旧債振替問題について、特別保証枠として用意した二〇兆円の資金(筆者注…後に三〇兆円となったのは、前述のとおりである)は、中小企業を救済して経営を安定させるためにあるものであり、金融機関を救済するために作った制度ではないと述べ、徹底した実態調査に乗出す考えを示した⁽⁴⁵⁾。また、当時の与謝野馨通産大臣は、一九九八年一月二八日の閣議後の会見で一部銀行が信用保証協会の中小企業金融安定化特別保証制度を使って自行の融資を回収しようとしたことに関連して、しよせん金貸しは金貸し、銀行員は人々が思っているような素敵な人たちの集団ではないと批判し、中小企業に資金を供給する制度の趣旨から大きく逸脱するようなケースについては、企業が借

入金を返済できなくても約定により代位弁済しない(筆者注: 旧債振替禁止による保証免責——約定書例三条本文・二一条一号)こともあり得ると述べている。⁽⁴⁶⁾ なお、中小企業庁では、金融機関に対し、公的保証を利用した借入金で既存の自行融資への返済振替を禁止する通達を出していたにもかかわらず、制度が悪用されているとしていた。⁽⁴⁷⁾ 横浜銀行事件に関連し当時の日野正晴金融監督庁長官は、一九九九年一月二七日午後の衆議院予算委員会で、金融機関が信用保証協会の制度を利用して既存の自行融資を回収したのは一九九八年一〇月と翌二一月の僅か二ヶ月で二、四二九億円にも上っていた実態を明らかにし、また旧債振替などで悪質な事例があった銀行五行と一信金に業務改善命令を出した。⁽⁴⁸⁾ さらに、一九九九年三月五日付で当時の金融監督庁は、都銀三行など七金融機関に、銀行法二六条に基づく業務改善命令を出した。⁽⁴⁹⁾ この当時の金融監督庁の調査に関し岸井雄作「信用保証制度を悪用する銀行の反モラル性」月刊官界二五巻二号一二八頁は、「監督庁の「調査」が銀行での聞き取りでしかなく、また融資先の中小企業まで調べる要員も居ない」とはいえ、「泥棒に『盗みをやったか』と聞くようなもの」で、まったく信用できないといったら言葉が過ぎるだろうか」と批判する。

《3》 保証免責に対する保証債務履行の働きかけ——北国銀行事件⁽⁵⁰⁾

北国銀行事件は、北国銀行の当時の頭取らが、焦げ付いた融資について石川県信用保証協会に基本財産となる負担金の拠出拒否をちらつかせ不正な代位弁済をさせた(信用保証協会の金融機関に対する保証免責通知を撤回させた)とされる事件である。⁽⁵¹⁾ 最高裁判所第二小法廷は、信用保証協会に信用保証協会の基本財産となる負担金の拠出拒否が石川県銀行協会会長行である北国銀行だけできたかは疑問であり、信用保証協会が代位弁済を拒める担保不足などの保証条件違反による保証免責事由(約定書例二一条二号)があったかどうかとも議論があり得るなどとして原判決

(有罪判決)を破棄し高等裁判所へ差戻し、無罪となり確定した⁽⁵³⁾というものである⁽⁵⁶⁾。刑事裁判ではあるものの最高裁判所も実質的に指摘しているように、信用保証協会と金融機関との約定を巡る解釈が不明確であることから(この点も本稿では重要な視点となる)、どのように問題を処理すべきかという点が争いとなったのである。

2 中小零細事業者

(一) 取引構造

信用保証協会保証制度・スキーム・仕組みにおいて、金融機関と同様に中小零細事業者は、みずから金融機関からの金銭借入れなどを欲しているから信用保証協会保証が得られることは有利である。中小零細事業者も金融機関が信用保証協会の公的保証が得られなければ金銭の貸出しなどの与信取引が成立しなれば、信用保証協会の保証を得ようと努力する。

(二) 取引実態

(1) 社会的経済的背景

一九九一年のバブル経済崩壊以降、消費の低迷と物価下落というデフレーションにより、一般に中小零細事業者の経営が恒常的に困難となっている。

中小零細事業者は本来的特質として、通常は取引先などの影響を直接に受け易く、資産背景なども乏しい。それゆえに、一度中小零細事業者に損害が発生すれば当該中小零細事業者は回復不能となることも多い。このような財務体質が脆弱な中小零細事業者は、事業資金調達も得難くなっているという現状がある(このような中小零細事業者の特性・特質は、与信委任的取引のセーフティネット保証などでも触れる)。

信用保証協会取引の法的再構成（一）（鶴井・平野）

三二

（2） 具体例

他方で、事業資金以外への資金流出⁽⁵⁷⁾、たとえば運転資金として融資を得たカネで経営者が株式を買っていた——保証協会関係者によると特別保証制度の利用企業にはこんな極端な例も少なくなかったとされる⁽⁵⁸⁾。

中小零細事業者借入れの事業資金以外への資金流出は、金融機関による貸出競争・融資金による強い投資勧誘など、金融機関主導でなされることが多いように思われる。

3 信用保証協会

（一） 取引構造

このように信用保証協会保証制度・スキーム・仕組みにおいて金融機関および中小零細事業者は、有利な立場である。金融機関および中小零細事業者に対し、信用保証協会はどうか。

一見すると信用保証協会は中小零細事業者の債務不履行リスクを引受けるのだから、不利な立場と見える。しかし、実際は必ずしも信用保証協会は不利な立場とはいえない。なぜなら信用保証協会は、信用保証協会保証の種類によっては中小企業信用保険による損失填補（保証債務履行金の元本の七〇〜八〇％補填が多い）に加え都道府県や市区町村といった地方公共団体、場合によっては国からも損失補償を受けて、保証債務履行金の元本すべてないしはそれに近い金額がカバーされることもあるからである。

（二） 取引実態

（1） 社会的経済的背景

特にバブル経済崩壊後は、公的保証機関である信用保証協会活用への強い期待を生んだ。また経営体力が低下し

た多くの金融機関や中小企業向け貸出しの数値ノルマを経営健全化計画として課された金融機関において、信用保証協会の活用が一層注目された。国や地方公共団体も、経済対策としての中小企業政策としてバブル経済崩壊後は通常時よりも充実した予算措置を採り、法律・政令・規則や条例を創設・改廃するとともに行政指導も強化している。

中小零細事業者も経済状況が厳しい時にこそ公的保証機関である信用保証協会が信用補充機能を一層発揮すべきとして直接に信用保証協会の窓口を保証の引受けを要請する者や、行政(信用保証協会の主務官庁や管轄地方公共団体)を通じて同様におこなう者、さまざまな関係で政治的に同様におこなう者などが存在する。

(2) 具体例

たとえば、中小零細事業者から依頼を受けて政治家などの媒介者が東京信用保証協会への信用保証に関する口利きをし、謝礼を受取った、出資法違反事件があった(出資法四条⁽⁵⁹⁾・刑法二四七条⁽⁶⁰⁾)。

4 小括

このようにみてくると信用保証協会保証制度・取引のオモテの面は、単独では信用力の欠ける中小零細事業者の信用力を補充するための制度であり、中小零細事業者の活動を支援するという意味において輝かしい仕組みである(生理面・光の部分)⁽⁶¹⁾。しかし他方において信用保証協会保証制度・取引のいわばウラの面には、信用保証協会保証制度に参加する当事者の制度や仕組みに頼りきってしまう怠惰や怠惰を超えた濫用や悪用・背信(病理面・影の側面)もまったくないではない(本稿はこの点の是正・解決を志向する)。

たとえば先に掲げた具体例のほかにも、中小零細事業者による信用保証協会保証詐欺事案もあるし、⁽⁶²⁾ 中小零細事

業者のみならず金融機関が貸出競争などさまざまな事情から当該中小零細事業者とともに謀りながら同様に信用保証協会保証詐欺をおこなうことも考えられないではない。

III 信用保証協会取引の現実を理想に近付けるために

信用保証協会取引の現実には、既に述べたように信用保証協会保証制度に参加する当事者の制度や仕組みに頼りきってしまう怠惰や怠惰を超えた濫用や悪用・背信(病理面・影の側面)もまったくないではない。

他方、信用保証協会取引の理想は、信用保証協会および中小企業信用保険や損失補償が公的であるがゆえに信用保証協会と金融機関との約定や信用保証協会と中小零細事業者との保証委託契約において公費最小化(損失最小化)が図られている。

公費最小化(損失最小化)という理想を、取引における当事者の信用保証協会保証制度や仕組みに頼りきってしまう怠惰や怠惰を超えた濫用や悪用・背信の可能性がむしろ高い信用保証協会取引の現実に反映させるためには、これらの弊害を防止するあらかじめの手だて(予防)が必要になる。法律的には取引当事者の具体的義務が問題となり得る(問題の所在)。

(24) 國井和郎「問題の整理と理論的課題―協会保証を中心にして」金融法学会編『金融法研究(一六)資料編』二六七頁。

(25) 日経金融新聞二〇〇六年三月二三日一頁、同四月一七日二頁。

(26) 公的信用補完機関の「継続・存続」のために収益性が重要との発想は、次編の保険的構成を考えるうえで大切な視

点となる(第II編第一章)。

損失最小化は、本稿を貫く極めて重要な分析視角である。

- (27) 「見直しが進む中小企業向け信用保証制度」みずほリサーチ五一号八頁より抜粋。
- (28) 「代位弁済急増の大阪は銀行の寄付(出えん)で危機回避」週刊東洋経済一九九九年三月二三日号一〇頁。
- (29) 伊藤隆「信用補完制度の現状について」金融労働調査時報二〇〇六年二月号一四頁。
- (30) 橋高公久「新たな信用補完制度の構築に向けて」経済産業ジャーナル二〇〇五年一〇月号三三頁。
- (31) 「難航する信用補完制度見直し、部分保証は不透明」金融財政事情二〇〇六年三月一三日号六頁。
- (32) 金融庁のホームページ (<http://www.fsa.go.jp/>) より入手可能。
- (33) 日経金融新聞二〇〇二年一〇月四日一頁。
- (34) 日経金融新聞二〇〇二年六月六日一頁。
- (35) 平野真由ほか共著・前掲注(12)一九八頁。
- (36) 平野真由ほか共著・前掲注(12)一九五頁。
- (37) 最近の信用保証協会の金融機関への保証債務履行負担の平均でも、一件あたりの金額は九百万円程度にもなり(図8)参照)、総体で毎年七千億円程度は最低でも保証債務履行(代位弁済)しているという状況である。
- (38) 全国信用保証協会連合会『業務便覧』平成一九年版二頁より、筆者らが統計処理。
- (39) 本間章一「サービサー制度について」民法法情報二〇九号一七頁。
- (40) 阿久津昇一「サービサー制度の現状と課題」法律のひろば五五巻二二号七頁。
- なお、近時のサービサーにおける法的問題を扱った論稿に、平野真由「サービサーにおける行政債権取扱いの法的課題」ビジネス法務二〇〇九年八月号一〇〇頁が存在する。
- (41) 日経金融新聞二〇〇〇年二月一六日一頁。
- (42) 岸井雄作「信用保証制度を悪用する銀行の反モラル性」月刊官界二五巻二号一二七頁。

信用保証協会取引の法的再構成(一)(鶴井・平野)

三六

(43) 実務では巧妙かつ悪質な事案も存在するようである。

たとえば、信用保証協会と金融機関との間で当座貸越根保証契約を締結しているとす。保証対象である当座貸越契約とは、借入人と金融機関とが期間と金額を定めてその範囲内で反復継続して資金使途は事業用資金という限定だけで原則的に自由に借入れできるという契約である。ところで、金融機関にはその金融機関の子会社で別にファイナンス事業をおこなっていることがある。こうしたファイナンス会社では親会社である金融機関の業務効率化のためのアウトソーシングとして設立されていることが多く、親会社である金融機関が子会社であるファイナンス会社の窓口となることがおこなわれている。ケースでは当該中小零細事業者が信用保証協会の当座貸越根保証の承諾を得る前に、ファイナンス会社よりその中小零細事業者の代表者個人が既に借入れをしており、その借入金にファイナンス会社の根抵当権が設定されていたが、当該不動産の価値が実質的に極めて乏しい物件であった。

こうした状況の下で、信用保証協会保証付融資が実行され、その融資金で借入会社の事業用不動産を購入したが、その購入したばかりの不動産に信用保証協会保証付融資債権を被担保する抵当権設定はなされず、不動産購入後暫くしてファイナンス会社が根抵当権設定を受けている担保価値が二束三文の代表者個人所有の不動産と、信用保証協会保証付融資によって購入された中小零細事業者(会社)所有不動産とを等価交換して、交換後の不動産物件にファイナンス会社が根抵当権設定を受けるといような事案も存在する(信用保証協会付融資を活用した非信用保証協会付債権の保全強化)。

(44) 日本経済新聞一九九八年二月七日朝刊三頁。

(45) 日本経済新聞一九九八年二月七日夕刊一頁。

(46) 日本経済新聞一九九八年二月八日夕刊二頁。

(47) 日本経済新聞一九九九年一月二八日朝刊七頁。

(48) 前掲注(47)。

(49) 日本経済新聞一九九九年三月一日朝刊七頁。

なお、銀行法二六条一項は、信用金庫法八九条一項により信用金庫にも準用される。

- (50) 「北国銀行の「代位弁済」背任という罪」月刊官界一九九七年二月号三三二頁。
- (51) 名古屋高判平成一七・一〇・二八(差戻審)、日本経済新聞二〇〇五年一〇月二八日夕刊二三三頁。
- (52) 日本経済新聞一九九八年九月二三日朝刊三二頁、同一九九九年一月一九日夕刊一五頁、同二〇〇一年一月二四日夕刊一九頁。
- (53) 日本経済新聞二〇〇四年九月一日朝刊三九頁。
- (54) 前掲注(51)。
- (55) 日本経済新聞二〇〇五年二月八日夕刊一七頁。
- (56) 最二小判平成一六・九・一〇刑集五八卷六号五二四頁。
- (57) 上野隆司「二一世紀に挑む信用保証協会とその法律事情」銀行法務21第五八五号一九頁。
- (58) 前掲注(41)。
- (59) 「信用保証協会事件」週刊朝日一〇五卷五六号一四九頁、「都議聴取で「信用保証協会」の腐敗」週刊新潮四五卷四四号四八頁。
- (60) 信用保証協会・金融機関・中小零細事業者という三面関係以外の問題だが、中小企業信用保険を加えた四面関係において信用保証協会の中小企業信用保険制度に対する悪用・背信に関する事件(保険金詐欺事件)があった(朝日新聞二〇〇八年一〇月八日朝刊三四頁)。
- (61) 平野真由も信用保証協会取引のこのような光の生理面を使命感に大学院博士前期課程修了後に信用保証協会の法務分野に身を投じた。博士後期課程を修了し博士(Ph.D.)の学位を取得した現在もなお、信用保証協会取引の生理面を使命感に業務を遂行している。
- (62) たとえば、主たる債務者である中小零細事業者が事業実態が真実存在しないのにあたかも事業実態があるかのようには装着して、信用保証協会の保証を金融機関が得た事案(控訴審…東京高判平成一九・一二・一三金融法務事情一八

信用保証協会取引の法的再構成(一)(鶴井・平野)

三八

二九号四六頁、第一審・さいたま地判平成一九・六・六金融法務事情一八二〇号五五頁)。本件は、現在、最高裁判所へ上告中である(三菱東京UFJ銀行対埼玉県信用保証協会事件)。

なお、類似の先例として、東京地判昭和五三・三・二九下民集二九卷一〇四号一五三頁判例タイムズ三六九号二三九頁判例時報九〇九号六八頁。

第二章 信用保証協会取引の問題点

本章(信用保証協会取引の問題点)では、「信用保証協会取引を巡る法的諸問題のこれまでと今後」をみた後、「信用保証協会と金融機関との法的一般論」で具体的約定の実際と理論状況を確認し、裁判例・通説的見解である「民法上の保証構成だけによる不都合」を述べ、最後に裁判例・通説的見解以外の「法的再構成への視点・観点」を探る。

第一節 信用保証協会取引を巡る従来の法的諸問題と今後の問題点

本節(信用保証協会取引を巡る従来の法的諸問題と今後の問題点)では、文字どおり「信用保証協会取引を巡る法的諸問題のこれまで」と、「信用保証協会取引を巡る法的諸問題の今後」に分けて考察し、最後に「小括」する。

I 信用保証協会取引を巡る従来の法的諸問題

これまでの信用保証協会取引を巡る法的諸問題は、主として信用保証協会と、主たる債務者である中小零細事業者や中小零細事業者の保証人(連帯保証人・物上保証人)や担保物件の第三取得者などとの関係であった⁽⁶³⁾(信用保証協

会保証の債務履行「後」の求償権回収場面での問題)。

ところが、昨今の信用保証協会実務では、前述したように主たる債務者会社の代表者以外の連帯保証人と物的担保の徴求が原則禁止とされている。それは経済的破綻の連鎖防止の観点から、信用保証協会の主務官庁である経済産業省が全国五二の信用保証協会に通達送付後約一〇日以内(二〇〇六年四月)に実施する旨徹底させたのである。⁽⁶⁴⁾ そうすると二〇〇六年四月以降に信用保証協会保証取引における信用保証協会保証債務履行「後」の求償権回収場面では、信用保証協会と中小零細事業者などとの間では「債権の消滅時効」の成否が争われるくらいとなることが予想される。

II 今後の問題点

前述のように、最近約一〇年間の金融変革時代では金融機関はバブル経済崩壊による不良債権処理と収益向上・資本充実を目指さなければならなかった。金融機関にとって信用保証協会保証は利用価値の高いものであり、みずからの収益に敵しくならざるを得ない金融機関(取引の現実)と、金融機関に信用保証協会保証取引において一定の役割を期待する信用保証協会(取引の理想)との間で、従来以上に信用保証協会と金融機関との見解が対立することが多くなっているのである(信用保証協会保証の債務履行「前」の「取引」の問題)。

しかし信用保証協会保証の債務履行「前」の「取引」の問題は、裁判集、あるいは教科書や体系書、さらには実務的研究書⁽⁶⁵⁾や雑誌論文からみても、信用保証協会の保証債務履行「後」の求償権回収場面での問題(これまでの問題)と比較してなぜか議論が従来はなされてこなかった。その理由は、信用保証協会保証取引の問題は、①約款問題と

して(しかも、取引の専門家同士の)極めて実務的な問題であるとして、理論研究の対象から遠ざけられてきたことと、②伝統的解決方法(たとえば前述した北国銀行事件のように、信用保証協会と金融機関とのいわば癒着のなかで曖昧・不明確に問題解決がなされる場合——古き取引関係)により紛争が表面化せず、研究対象となり得なかつたことが挙げられる。

ところが、近時においては信用保証協会と金融機関との問題について、信用保証協会と金融機関という当初の取引当事者以外の者から、訴訟という公の場を通じて問題提起されるという新たな動き・萌芽がある(そのほか、比較的最近に立法化された公益通報者保護法による金融機関職員や信用保証協会職員などによる、いわゆる内部告発も実務では新たな動きとして存在する)。一つの動きは、破綻金融機関処理のための株式会社整理回収機構(RCC: The Resolution and Collection Corporation)の登場である。⁽⁶⁶⁾ RCCは、一九九九年に、株式会社住宅金融債権管理機構⁽⁶⁷⁾と株式会社整理回収銀行⁽⁶⁸⁾とが合併して設立され、不良債権の回収において破綻処理費用の最小化を課題とし、国民からも不良債権処理費用の最小化を求められているとして、債権回収においてややドラスティックな印象がもたれている。⁽⁷¹⁾ RCCが破綻金融機関の不良債権の譲受けを中心に不良債権処理の際に活躍されたことは有名であり、⁽⁷²⁾破綻金融機関処理などで信用保証協会付債権がRCCへ譲渡されることもあった。当初の信用保証協会との取引当事者ではないRCCは不良債権処理費用の最小化という眼目もあつて、RCCは融資機能もなく信用保証協会と新たな保証取引関係にもならないことから、信用保証協会と原融資者との約定解釈の問題が存在すると、RCCは信用保証協会と裁判外での話し合いによる解決よりは裁判という公正・中立な公的解決方法を望む傾向もみられる。⁽⁷⁴⁾ もう一つの動きは、信用保証協会の求償連帯保証債務履行請求に対する求償保証人からの抗弁で、信用保証協会と金融機関との問

題が当事者以外の求償保証人から提起されることがある。⁽⁷⁵⁾たとえば、最二小判平成九・一〇・三一⁽⁷⁶⁾や大阪高判昭和五三・四・一二⁽⁷⁷⁾、大阪地判昭和五〇・九・五⁽⁷⁸⁾などがある。信用保証協会と金融機関との問題を求償保証人が提起することは、求償保証人が主たる債務者会社の代表者以外の連帯保証人と物的担保の徵求が原則禁止とされているので、實際上考え難くなった。また、もう一つの金融機関からRCCへの信用保証協会保証付債権の売却に関する場合でも、不良債権処理が終結すれば、信用保証協会と金融機関との法的問題が表面化しないようにも思われる(ただし、昨今の経済状況から、再論の必要も高くなったと考えられる)。しかし、信用保証協会内でも前述の北国銀行事件などの不祥事などから組織内の法令遵守(コンプライアンス)を見直す機運も高まっているし、他方の取引相手方である金融機関においても組織内の法令遵守を見直す機運も高まっており、信用保証協会と金融機関との間には従来とは異なる、「緊張した関係」が形成されつつあるように思われる(現代の取引関係)。

III 小 括

以上により、「信用保証協会取引を巡る法的諸問題の今後」に関しては、①信用保証協会と中小零細事業者などとの間の「債権の消滅時効」の問題と、②信用保証協会と金融機関との「近時の緊張した取引問題」とがあった。

他方、前章の「信用保証協会取引の現状」では、信用保証協会取引のオモテのいわば生理面・光の部分と、ウラの病理面・影の側面をみた。そして、信用保証協会取引の理想には、公費最小化・損失最小化が存在することが指摘できる。信用保証協会取引の現実(特に、ウラの病理面・影の部分——信用保証協会保証制度に参加する当事者の制度や仕組みに頼りきってしまう怠惰や怠惰を超えた濫用や悪用・背信)を理想(損失最小化)に近付けるためには、取引当

事者の義務付けが必要であるとした。この信用保証協会取引当事者の義務付けのなかでも、信用補充制度の損失最小化という理想から最も目されるべきは、金融機関であることに異論はないはずである。

そこで本稿では、今後の信用保証協会取引を巡る法的諸問題のうち、②の信用保証協会と金融機関との「近時の緊張した取引問題」を考察対象とする。つまり、本稿で以下に「信用保証協会取引」と述べるのは、信用保証協会と金融機関との取引を指すものとする。

- (63) 信用保証協会と担保目的物の第三取得者との関係や、担保目的物の後順位担保権者との関係について、最三小判昭和五九・五・二九民集三八巻七号八八五頁金融・商事判例六九八号三頁、最一小判昭和五九・一〇・四裁判集民一四三号一頁判例時報一一四〇号七四頁金融法務事情一〇八二号三七頁、最二小判昭和五九・一一・一六裁判集民一四三号一六五頁判例時報一一四〇号七六頁金融法務事情一〇八二号三八頁などが存在する。
- (64) 日本経済新聞二〇〇六年三月二〇日朝刊一頁、前掲注(25)。
- (65) たとえば、伊藤進『信用保証協会保証法概論』(信山社・一九九二年)。
- (66) 平野真由ほか共著・前掲注(12)一一五頁参照。
- (67) 住宅金融専門会社法に基づいて、住宅金融専門会社から債権を譲り受けて債権の管理・回収をおこなう機構。
- (68) 破綻金融機関から譲受けた債権の回収業務などをおこなう組織。
- なお、現在のRCCは、健全金融機関からも債権を譲受ける(詳しくは、平野真由「保証協会保証付債権の売却に関する実務」銀行実務二〇〇二年一二月号五九頁以下、および後掲注(15)参照)。
- (69) http://www.kaishukikou.co.jp/qa/a1_1.html
- (70) http://www.kaishukikou.co.jp/qa/a1_2.html
- (71) ただし、RCCも債務者の債務清算だけに目を向けた債権回収だけではなく、債務者の再建を目指したサービシン

グ機能を担う努力もされている（平野真由「保証協会付き債権の信託譲渡スキームを見る」近代セールス二〇〇四年五月一日号八八頁）。

(72) なお、http://www.kaisaikou.co.jp/intro/intro_001.htmlも参照。

(73) R C C に融資機能が存在しないことは信用保証協会取引において信用保証協会保証付債権が R C C へ売却される弊害を考えるうえで、たいへん重要な点となる（後述、第三節 I 二）。

(74) たとえば、東京地判平成一二・一二・一八金融法務事情一六一号九五頁、東京高判平成一三・六・二六（前掲東京地判平成一二・一二・一八の控訴審）金融・商事判例一二四号二五頁金融法務事情一六二六号一三二頁、東京地判平成一四・一二・一八判例時報一八二二号三五頁など。

なお、平野真由はこのような信用保証協会のような保証人と債権者間での係争のなかで、たとえば保証人が債権者との関係で敗訴の可能性が存在することを前提に、保証人の求償先をも既存の保証人・債権者間の訴訟に引込む法的基準は具体的に何かについて、かつて訴訟法（手続法）的観点から模索したことがある（「被告による第三者の訴訟引込許否基準」金融法務事情一六八号二八頁）。

(75) 裁判例は、すべて西日本に存在する信用保証協会に関するものである。

西日本に存在する信用保証協会に関する訴訟で、求償保証人が信用保証協会の金融機関に対する保証免責（約定書例第一条）を主張するのは、当該求償保証人が貸出等金融機関の保証人と必ずしも一致することを西日本の信用保証協会が要求していないために、信用保証協会の金融機関に対する保証免責事由が認められれば、信用保証協会は貸出等金融機関へ保証債務履行（代位弁済）を負わなくてよかったのだから、代位弁済後の求償権も信用保証協会の金融機関に対する保証免責分は減縮され、貸出等金融機関の保証人となっていない求償保証人よりすれば求償保証債務が減縮または不存在となるからである。

(76) 民集五一卷九号四〇〇四頁判例タイムズ九五号一三一頁判例時報一六二〇号七一頁金融法務事情一五〇二号六四頁金融・商事判例一〇三三三頁以下裁判集民一八五号四五九頁裁判所時報一二〇六号三七九頁。

信用保証協会取引の法的再構成(一)(鶴井・平野)

四四

なお、本件裁判例解説として、平野真由「保証付融資金による当座貸越約定に基づく貸越金への弁済充当と旧債振替禁止条項違反の成否」銀行法務21第六一七号四頁。

(77) 下民集二九卷一〜四号二三三頁判例タイムズ三六八号二七六頁金融・法務事情八六三号三五頁金融・商事判例五五〇号二一頁以下。

(78) ジュリスト六一〇号六頁金融・商事判例四八九号四〇頁。

(79) 鶴井がかつて信用保証協会の債権消滅時効に関して論じたものに、「破産終結決定がされて法人格が消滅した会社を主債務者とする保証人が主債務の消滅時効を援用することの可否(最二判平成一五・三・一四)」銀行法務21第六二九号七四頁。

平野真由も信用保証協会での実務経験を通じてかつて論じたものに、「時効管理再考―債務承認による時効中断に限定して―」保険公庫月報一九九五年二月号一八頁、「不動産競売とコンピュータによる時効管理システム」銀行法務21第五三七号二二頁、「債権の消滅時効関連訴訟―債務不存在確認訴訟への対応」JA金融法務二〇〇九年一〇月号四頁がある。

第二節 信用保証協会と金融機関との法的一般論

信用保証協会と金融機関との法的関係について、まず「具体的約定」を概観し、理論状況として「取引の法的性質論」をみることにする。

以上を踏まえ「小括」では、信用保証協会取引の当事者のうちの金融機関に対する義務付け論の方向性を述べる。

I 具体的約定

一 曖昧・不明確な約定文言

信用保証協会保証取引は、信用保証協会と金融機関との「約定書」により第一次的に規律される（目ぼしい約定内容は、前述したとおりである）。約定書違反の法的効果は、以下のとおり保証免責である（約定書例二一条）。

二一条（免責）

甲（筆者注・信用保証協会——以下、同じ）は、次の各号に該当するときは、乙（筆者注・金融機関——以下、同じ）に対し保証債務の履行につき、その全部または一部の責を免れるものとする。

- (1) 乙が第三条の本文（筆者注・旧債振替の制限）に違反したとき。
 - (2) 乙が保証契約に違反したとき。
 - (3) 乙が故意若しくは重大な過失により被保証債権の全部又は一部の履行を受けることができなかつたとき。
- しかし、信用保証協会と金融機関の両者を規律する約定書の規定じたいの個々の意味内容には、不明確な点もある（約定書例二一条二号の保証契約違反）。不明確な規定の意味内容は、現実の信用保証協会取引の実務では不安定な運用に流されてしまわれがちである。例を挙げれば次のとおりである。

信用保証協会保証付債権の場合にはその「債権の保全・取立義務」が、当該信用保証協会保証付債権者である金融機関に課されている（約定書例九条）。

第九条（債権の保全・取立）

乙は、常に被保全債権の保全に必要な注意をなし、債務履行を困難とする事実を予見し、又は認知したときは、遅滞なく甲に通知し、且つ適当な措置を講じるものとする。

二 乙は、被保証債権について債務者に対し期限の利益を喪失せしめたときは、直ちに甲に通知するものとする。

三 乙は、債務者が被保証債権の履行期限（分割履行の場合の各履行期日を含む。）に履行しない場合には、甲の保証していない債権の取立と同じ方法をもって、被保証債務の取立をなすものとする。

商法五一一条二項は、保証人が主たる債務者と連帯する旨を保証契約のなかに定めていなくても保証人は主たる債務者と連帯し検索・催告の抗弁権（民法四五二・四五三条）を有しなくなる場合を定める。その一つが①主たる債務が「主たる債務者にとって」商行為となる契約によって生じる場合で、ほかの一つが②保証が商行為となる場合で「保証人にとって」保証契約が商行為である場合のほか、大判昭和一四・一二・二七民集一八卷一六八一頁によれば「債権者にとって」保証契約が商行為である場合である。いずれにしても一般的に保証の補充性（保証人の債権者に対する催告・検索の抗弁権）は、第一次的には保証人が連帯保証をすることによって喪失される（民法四五四条）ことが多い。

保証の補充性は一般的に喪失されがちであるにもかかわらず、信用保証協会と金融機関との間では約定書例九条のような保証債務の補充性を強化する特約を敢えて設けている。逆にいえば、金融機関が信用保証協会に保証債務の履行（代位弁済）請求をするには、これら催告や検索を債務者に対しおこなっていないなければならないといえるであろう。

ところが、約定書例九条において金融機関に課せられる①「必要な注意」②「債務履行を困難とする事実」③「適当な措置」④「非信用保証協会付債権の取立と同じ方法」など、条項の文言が曖昧・不明確なものが多い。金融機関の信用保証協会に対する検索義務・催告義務に分けて、少し詳細にみてみよう（本稿は、これら曖昧・不明確な金

融機関の信用保証協会に対する義務を明確化しようとの試みでもある。

1 検索義務

金融機関にとつて、信用保証協会への保証債務履行請求のために特に検索（債務者の所有財産への執行）義務（保証人の抗弁権を受け得る債権者の義務の一つ）まで信用保証協会に要求されることは負担が大きい。実務では、信用保証協会が金融機関に検索義務の履行まで求めることはほとんどないと思われる。⁽⁸⁰⁾

2 催告義務

(一) 催告対象

催告の抗弁の点はどうか。約定書例六条一項本文は、信用保証協会の金融機関に対する保証債務の履行が被保証債権に関する債務者の期限の利益喪失日から九〇日を経ないと原則としておこなえない旨規定する。

第六条（保証債務の履行）

甲は、被保証債権について債務者が最終履行期限（期限の利益喪失の日を含む。以下同じ。）後九〇日を経てなお、その債務の全部又は一部を変更しなかつたときは、乙の請求により乙に対し保証債務の履行をなすものとする。但し、特別の事由があるときは、九〇日を経ずして甲に対し保証債務の履行請求を行うことができる。

二 前項の保証債務の履行の範囲は、主たる債務に利息および最終履行期限後一二〇日以内の延滞利息を加えた額を限度とする。

三 延滞利息は、貸付利率と同率とする。

この被保証債権について債務者が最終履行期限（期限の利益喪失の日を含む）後の九〇日間、（前述の約定書例九条一

項の「適当な措置」や同三項の「非信用保証協会付債権の取立てと同じ方法」の解釈とも関連して、債権者は、主たる債務者以外の連帯保証人や物上保証人をも対象に督促すべきか否かに関し見解が分かれる。肯定説⁽⁸¹⁾に対し、否定説⁽⁸²⁾が対立している⁽⁸³⁾。現実的対応としては、信用保証協会は金融機関に対し主たる債務者の督促を中心に据えて、主たる債務者以外の保証人などの督促程度は軽減して保証債務履行(代位弁済)をおこなうなど、運用を工夫しているようではある。しかし、信用保証協会の運用基準は個別的で曖昧である⁽⁸⁴⁾。

(二) 取立方法の内容

約定書例九条により、信用保証協会と金融機関との間には信用保証協会保証付債権の保全・取立に関する委託契約が成立している(民法六五六条)⁽⁸⁵⁾。受託者である金融機関は委託者である信用保証協会に対して、「委託の本来の趣旨に従って善良な管理者の注意をもって委託事務を処理する義務」を負う(民法六四四条)⁽⁸⁶⁾。

もし信用保証協会が当該金融機関に善管注意義務違反による債務不履行に基づく損害賠償請求権(民法四一五条)を有するならば、この善管注意義務違反による損害賠償請求権と、金融機関が信用保証協会に対して有する保証債務履行請求権とを、相殺する(民法五〇五条)ことも考えられそうでもある⁽⁸⁷⁾。

しかし、信用保証協会付債権の保全・取立の受託は無償である⁽⁸⁷⁾。無償受託の場合には、無償受寄者の注意義務として自己の財産と同一の注意となる民法六五九条を類推適用するのが通説的見解である⁽⁸⁸⁾。このように委託に基づく善管注意義務が無償受託の場合に注意義務が軽減されるという考え方の実務的証左として、信用保証協会と金融機関との約定書例一一条三号で金融機関の故意または重過失により信用保証協会に具体的損害を与えた場合にその損害を範囲として保証免責されると敢えて注意義務を重過失にまで軽減していることを、実際の金融機関と信用保証

協会とのやり取りで金融機関から挙げられることもある⁽⁸⁸⁾。前述のように金融機関と信用保証協会との約定書例には、信用保証協会の非保証債権と同じ取立方法をもって信用保証協会保証付債権の取立てをなすとしている（九条三項）。注意義務の程度が善管注意義務ではなく自己と同一の注意義務なら、信用保証協会という超優良保証人が付いていればその超優良保証人（担保）から回収することも合理性があるなどを理由として、金融機関から信用保証協会は反論されることもある⁽⁸⁹⁾。山本進一・保住昭一・伊藤進・上井長久「信用保証の法的意義について——信用保証協会における信用保証の法的性質」法律論叢四九巻六号八五頁も、約定書例九条三項の「当該貸出等金融機関の保証していない債権の取立と同じ方法をもって被保証債務の取立をなすものとする」との内容は必ずしも明確とはいえない。約定書例九条三項は、何をもって「同じ方法」を尽くしたといえるのかは意見の対立が生じかねない。結局は、銀行の信義則（民法一条二項）に依存せざるを得ない⁽⁹⁰⁾。約定書例九条三項は實際上、銀行が安易に信用保証協会保証に依存してはならないということの精神的効果以上には具体的効果を期待し得ない、とされている。このような約定文言の不明確・不明瞭性は、金融機関の信用保証協会に対する保証債務履行請求を安易・容易に認めてしまいがちとなり、信用保証協会の金融機関に対するタイムリー・ペイメント（早期支払）を招来している⁽⁹¹⁾。信用保証協会も金融機関の保証債務履行請求に対する抗弁については、十分な根拠付けを見出せず、實際上単なる立替払い機関と化していることも多いと考えられる。

しかし、金融機関の信用保証協会に対する保証債務履行請求を安易・容易に認めてしまいがちな法解釈方向は、本稿が目指す信用保証協会取引の損失最小化という取引理想とは当然ながら異ならざるを得ない⁽⁹²⁾。

二 約定書改訂の困難性

信用保証協会と金融機関との現行の約定には、その約定文言が曖昧・不明確であり信用保証協会にとって不都合があった。信用保証協会と金融機関との約定文言が曖昧・不明確であるなら、信用保証協会と金融機関との約定書を明確化するように改訂することが最も合理的のように思われる⁽⁹⁴⁾。

しかし、今から半世紀近く前(一九六三年)に制定された約定書例が今日も基本的に変わりなく使用されている。金融機関の責任負担条項が明確化されることにより既存のみずからの権利義務に不利益となる金融機関が、約定書改訂に応じる様相は一切考えられないようである(金融機関の既得権堅守)。

三 社団法人全国信用保証協会連合会が示す約定書解釈指針

ところで、約定書にはその規定文言の解釈指針を示す解説が信用保証協会側より出されている⁽⁹⁵⁾。信用保証協会側は苦肉の策として、約定書規定文言の解釈指針を金融法務誌に公表することによって取引慣習の定着化(民法九二条)を図ったものと思われる。前述のとおり約定書の条項そのものは抽象的・包括的な定め方をしているため、その約定書の条項解釈を巡り金融機関と信用保証協会との間に意見の対立が生じることが多い⁽⁹⁶⁾。約定書の解説を著し公表された社団法人全国信用保証協会連合会⁽⁹⁷⁾が、「各信用保証協会の運用に幅があり、必ずしも統一的な解釈指針とは言えない状況にある」と述べている。

しかし、約定書の解釈指針を示す解説が他方当事者である金融機関を法的に拘束するものか否かは、疑わしい。信用保証協会と金融機関との係争ではなく信用保証協会と求償連帯保証人との係争での争点ではあったが、最高裁

は信用保証協会が主張・立証した先の信用保証協会側より出されている約定書の規定文言解釈指針に対する金融機関への法的拘束力を結果として否定した事案がある⁽⁹⁸⁾。結局は、信用保証協会保証取引は約定書と民法そのほかの関連法規、および取引慣習などにより規律されることとなる。銀行法務21第六八〇号五二頁では、社団法人全国信用保証協会連合会「保証免責条項の新たな解釈指針について(上)」として約定書例の新たな解説を公表しているが、公表された約定書例の解説の規範性も依然として疑わしいと考えられる。

II 取引の法的性質論

信用保証協会と金融機関との約定文言などの内容の曖昧さ・不明確性を、約定改訂などにより実際上是正することが困難な状況から、信用保証協会と金融機関との約定の法律的な性質・性格に関する議論を概観し、検討することとする。

一 理論状況

1 民法上の保証Ⅱ債務の保証説(裁判例・通説的見解)⁽⁹⁹⁾

たとえば札幌高函館支判昭和三七・六・一二は、「信用保証協会法一条・二〇条は金融機関に対して負担する債務の保証などを規定している。そして債務の保証の内容は、特段の規定を設けていない。よって、債務の保証の要件および効力は特約のない限り、当然民法上の保証の規定による」と述べている。

2 非民法上の保証説

(一) 信用の保証説

信用の保証説とは、前掲札幌高函館支判昭和三七・六・一二での信用保証協会からの主張内容・立場である。

信用保証協会保証は、「制度上主たる債務者が金融機関から貸付を受けるに際し、その信用を保証するものであり、単なる債務の保証である民法上の保証とは性格を異にしこれらと同列に立つものではない」。したがって、「信用保証協会は代位弁済した後は債権者の地位を承継して、代位弁済の全額につき主たる債務者に対しては固より、ほかの保証人に対してもその保証債務の履行を請求することができる」とする立場である。

(二) 債務の保証および信用の保証併存説⁽¹⁰⁾

裁判例・通説的見解である「債務の保証説」を出発点として信用保証協会は負担する保証債務の履行を金融機関に対しておこなうが、保証債務履行後は信用保証協会の「信用の保証性」から対共同保証人との関係については慣習上優位性があると考える立場である。

(三) 信用委任説⁽¹⁰⁾

信用保証協会が金融機関に中小零細事業者へ信用を供与すべきことを委任する契約⁽¹⁰⁾、とする考え方をいう⁽¹⁰⁾。この立場では受任者である金融機関が、委任者である信用保証協会に対して、一定の事務処理(具体的には、信用供与)をする契約である。

二 検討

理論状況の大枠は本節II一の項立てにあるように、「民法上の保証」、すなわち「債務の保証」という立場と、民法上の債務の保証説以外の「非民法上の保証」という立場に分かれる。一の民法上の債務の保証説は、そもそもの法的性質論の出発点となる考え方である。民法上の債務の保証説に対して具体的な裁判での紛争を通じて生じた考え方が、二の民法上の債務の保証ではないとする考え方である。二の民法上の債務の保証ではないとする考え方は、金融機関からみて信用保証協会と民法上共同保証関係に立つ者との間の求償範囲について信用保証協会が通常の債務の保証人ではないとの性質・性格（信用保証協会が通常の債務の保証人ではないとの性質・性格の説明の仕方によって、さらに立場が分かれる）を強調し、信用保証協会の債権者としての立場を力説する点が共通している。

しかしながら、民法上の債務の保証ではないとする二の考え方で「信用の保証説」およびその亜種である「債務保証との併存説」は信用保証協会の信用の保証性を力説するが、信用の保証性は信用保証協会保証に固有の性質ではなく保証の本来的属性として内在するものであるから説得力に欠ける⁽¹⁶⁾きらいがあるであろう。また、「債務保証との併存説」における信用保証協会保証における取引慣習が民法規定（たとえば、共同保証における求償関係を定める四六五条・四四二条一項）を超越する程に一般的通常の法的認識が高まっているかといえ、必ずしも全面的に肯定できない。

このような「信用の保証説」およびその亜種である「債務保証との併存説」に対し、信用委任説には、次のような批判が呈されていることだけをここでは述べておく。信用保証協会保証の場合には、①信用保証協会が、中小零細事業者から直接に、信用保証協会保証付融資などの申込みを受けたうえ金融機関に当該中小零細事業者の融資などを依頼する「幹旋保証」と、そうではなく②当該金融機関から信用保証協会へ保証依頼がなされる「金融機関経

信用保証協会取引の法的再構成(一)(鶴井・平野)

五四

由保証」とがあり(筆者注・ただし、現在ではすべて金融機関經由保証といつてよい)⁽¹⁰⁶⁾、①の斡旋保証には信用委任性が窺われても②の金融機関經由保証には信用委任性が窺われず、信用委任性を信用保証協会保証に一般的に妥当させることは困難とされている⁽¹⁰⁸⁾。

結局現在に至るまでの理論状況は、一の民法上の債務の保証説が裁判例であり通説的見解である。しかしながら信用保証協会と金融機関との取引の法的性質論は、金融機関からみて信用保証協会と民法上共同保証関係などに立つ者との間の保証債務履行「後」の求償権回収場面での問題・紛争解釈(信用保証協会の求償保証人以外の保証人などへの求償)を契機に展開された議論である。ところが、本稿が問題にしようとしている場面は、前述のように信用保証協会の保証債務履行「前」の取引問題である。したがって、本稿では従来の信用保証協会の保証債務履行「後」の求償権回収場面に問題点を限定することなく、信用保証協会と金融機関との取引の法的性質の検討を進めていく。

信用保証協会と金融機関との取引の法的性質は、取引当事者間における契約文言である民法上の債務保証であるとするのが裁判例でもあり通説的見解でもある。そこで以下では保証構成を出発点として、前章の「信用保証協会取引の現状」に照らして考察を進めていく。

III 小 括

近時の信用保証協会と金融機関との「緊張した取引関係」において、信用保証協会取引の現実を損失最小化という理想に近付けるためには、金融機関に対する義務付けが必要である。

その金融機関に対する義務付けを考える前提として、金融機関と信用保証協会との具体的約定を確認し、さらに

は金融機関と信用保証協会との取引の法的関係を概観した。金融機関と信用保証協会との具体的約定では規定文言の曖昧さ・不明確性で約定当事者である金融機関と信用保証協会との紛争解決基準・行動規範とはなり得ず、そうした曖昧さ・不明確な約定規定文言を約定書改訂によって明確化することの実際上の困難さや、約定当事者の一方である信用保証協会側が提示する約定書解釈指針の他方当事者である金融機関に対する法的拘束力(規範性)の疑わしさから、金融機関と信用保証協会との取引の法的関係・性質について、裁判例・通説的見解は「保証」と理解していることを確認した。

結局、信用保証協会と金融機関との緊張した取引における損失最小化という理想への金融機関に対する義務付けは、既存の金融機関と信用保証協会との「約定」に求めるといよりは、金融機関と信用保証協会との「取引の法的関係・性質」である保証の観点から考察することが実益のある議論であると考えられる。

(80) 筆者らも筆者らの認識する実務慣行に賛成する。

金融機関の信用保証協会に対する検索義務は原則として金融機関の加重な負担である(債務者の財産への執行まで債権者の保証債務履行請求をおこなうために要するのは、債権者にとって過重な負担)から中小企業信用保証制度の利用が敬遠されることは制度創設の意義から好ましくないので存在しないが、例外として当然ながら金融機関の協力(同意)が得られればその金融機関との合意によって検索義務が発生すると考える。たとえば、信用保証協会付貸金等債権と反対債権となる預金債権とを相殺(民法五〇五条)することが考え得る(まとめと展望II-2)。

(81) 江口浩一郎「信用保証協会の信用保証実務」金融法務事情八五四号三四頁、同「保証協会に対する金融機関の権利と義務」岡崎治郎監修『信用保証協会の信用保証実務』金融法務事情八三七号二〇頁。

(82) 星野英一「中小漁業信用保証の法的性格」『民法論集二巻』二四八頁(有斐閣・一九七〇年)、関沢正彦「信用保

信用保証協会取引の法的再構成(一)(鶴井・平野)

五六

証協会の信用保証をめぐる法律的諸問題(3)―約定書の解説を中心に―」金融法務事情八九二号一〇頁。

(83) 筆者らの結論は、後に論証するように基本的に肯定説を支持する(次編、および第III編)。

従来の肯定説は論拠が明確でなく価値観のみが先行していると評価できるが、本稿では肯定説の論拠を独自の視点で解明することを試みる(保険契約における最大善意・最高信義、および委任契約における本旨に従った事務処理)。

(84) 本稿では、金融機関の信用保証協会に対する催告対象の人的拡張を認めるべきかも問題の対象としている。

(85) 後述の信用保証協会取引の再構成のなかには、与信委任的構成が存在する(第III編)。

この与信委任的構成と現行の信用保証協会と金融機関との約定書例九条における金融機関の信用保証協会に対する信用保証協会保証付債権の保全・取立に関する受託との関係が問題となるが、前者の金融機関に対する信用保証協会の与信委任の一環として後者の債権の保全・取立委託が存在する関係にあると考える。

(86) 現民法六四四条の立法史としても、草案六五〇条で「受任者ハ委任ノ本旨ニ從ヒ忠実ニ其委任セラレタル事項ヲ処理スル義務ヲ負フ」としていた(一〇二回法典調査会一八九五年七月二日)こと(起草委員の富井政章によれば、「本条ノ必要ハ主トシテ此『忠実ニ』ノ三字ニアルノテアリマス、ドンナ仕方テ処理シテモ宜シイト云フ訳ニハ往カヌ……注意ノ程度、ドレ丈ケノ注意を用キネハ過失ト云フコトニ為ルト云フコトヲ極メタノテアリマスカラ、何処ノ国ノ法律ニ於テモ斯ウ言フ標準ハ示シテアリマス」(法典調査会編『法典調査会民法議事速記録』三五卷八〇頁(学術振興会・一九三七年))、「私が筆ヲ下シタカラ寄託ノ権衡ヲ保ツ為ニ、一寸一言申シマス……委任セラレタ事務ハ正実ニヤラナケレバナラス。ソレバアルカラ寄託ノ場合ヨリモ程度ガ高イ、同ジコトデハナイト云フソレダケノ弁明ヲ致シマス」(法典調査会編『法典調査会民法整理会議事速記録』四卷一一〇頁(学術振興会・一九三七年))からしても、金融機関との約定書に定められた信用保証協会保証付債権の管理・回収は信用保証協会に対し金融機関は誠実になされなければならないと思われる。

(87) 信用保証協会にとつたとえ委託が無償であったとしても、信用保証協会保証付債権はひとたび信用保証協会が保証債務履行をすれば高額でもあることから【図8】によれば、信用保証協会の金融機関に対する保証債務履行額の一件

あたりの平均は約九百万円)、金融機関との利益衡量上注意義務が軽減されることは妥当と思われぬ(石田穰『民法V(契約法)』三四七頁(青林書院・一九八二年)も同様と思われる)。

(88) 我妻榮『債権各論中巻二』六七二・六六〇頁(岩波書店・一九六二年)。

(89) 金融機関の信用保証協会付債権の保全・取立てに関しては、後述する与信委任的構成で再言することになる(第III編第三章第三節II二一)。

(90) しかし、注意義務の程度の問題と注意義務の内容の問題とは異なると、筆者らは考えている(第III編第三章第三節II二一参照)。

なお、たとえば金融機関からは、同一債務者に対して信用保証協会付債権と非信用保証協会付債権とを併有する場合に、当該金融機関が非信用保証協会付債権に対してのみ、裁判上または裁判外で債務者らと和解を締結してしまうことも問題はないとさえ実務上主張を受けることもある。

(91) 信用保証協会取引の規律は、①金融機関との約定、②民商法の規定・慣習、③信義則・権利濫用という一般法理の順になる。

(92) つまり、信用保証協会保証の現行実務は「支払保証」であって、「損失補償」ではない。

(93) 信用保証協会と金融機関との約定書例九条は、前述のように明文で貸出等金融機関の当該信用保証協会保証付債権の保全・取立義務を定める。

しかし、筆者らは約定書例九条が仮に存在しなくとも、信用保証協会と貸出等金融機関との大方の信用補充取引では(後述の第IV編信用創造型保証を除いては)約定書例九条のような義務は当然に存在していると考えている。信用保証協会取引における金融機関の義務付けの論証に、少しでも足掛かりを付けようとするのが本稿の狙いである。

(94) 最終的には本稿は、約定書の明確化を信用保証協会・金融機関双方の主務官庁が主導しておこなうことを提言する(まとめと展望III)。

(95) たとえば、全国信用保証協会連合会「営業店のための信用保証協会信用保証取引「約定書」の解説(1)」金融法務事

信用保証協会取引の法的再構成(一)(鶴井・平野)

五八

情一四八二号四八頁など。

- (96) 関沢正彦「信用保証協会保証の保証免責条項の見直し」銀行法務21第六八〇号一頁。
- (97) 六信勝司「保証免責条項の新たな解釈指針の概要」金融法務事情一八一八号二六頁。
- (98) 最二小判平成九・一〇・三一(前掲注(76))。
- (99) 東京高判昭和三五・一〇・二六下民集一巻一〇号二二九二頁金融法務事情二五八号五頁、札幌高函館支判昭和三七・六・一二高民集一五巻四号二八九頁金融法務事情三一五号六頁。
- (100) 谷川久「信用保証協会とする保証の性質」『銀行取引判例百選(新版)』(別冊ジュリスト三八号)一八四頁、同「信用保証協会の保証の性質―共同保証人と分別の利益」ジュリスト三一五号一〇五頁、藤江忠次郎「信用保証協会の保証の法律的性質」金融法務事情三三〇号一九頁、鈴木竹雄編『担保・保証(銀行取引セミナー⑤)』二二頁(有斐閣・一九六四年)、加藤一郎・吉原省三『銀行取引(改訂版)』二二九頁(有斐閣・一九七一年)、喜多了祐「信用保証協会の保証について―求償金請求事件の札幌高裁判決」商学討究一四巻二号二二三頁、吉井直明・高木多喜男『(新版)担保・保証の基礎』三五六頁(青林書院新社・一九八一年)。
- (101) 伊藤進「信用保証協会と連帯保証人・物上保証人との求償権の範囲に関する約定の第三者に対する効力(判批)」判例評論二三五号二二頁(判例時報八九三号一三六頁)、同「個人保証と機関保証―信用保証協会の保証を中心として―」手形研究一九二号四五頁。
- (102) 鈴木正和「制度保証の法的性格の明確化」信用保証五八号二二頁。
- (103) 筆者らは本学説の呼称(名称)は、信用委任よりも「与信」委任が相応しいと考えている。
- 理由は、信用委任はドイツでは明文のある法制度だが(後述、第III編第三章第二節I二二(一))本稿が志向する法効果(補充性の拡張や充実を中心とする)を導き出すことが困難であり、ドイツの信用委任制度との混同を避けるため「与信」委任との呼称(名称)を一般的に使用している(後述、第III編)。
- (104) 信用委任説(与信委任契約説)は、本稿の後述(法的再構成)でも大きな役割を果たす(第III編第三章第二節II)。

(105) 関沢・前掲注(82)「法律的諸問題(1)」金融法務事情八九〇号八頁。

(106) 榎澤政司編『信用保証読本(第三版)』一六三頁(金融財政事情研究会・一九八〇年)。

なお、中小零細事業者から金融機関を経由することなく直接に信用保証協会に保証委託がなされる「斡旋保証」と、本稿で後述する「与信委任的取引」(第三編)とは異なる点を事前に指摘しておく。

(107) 信用保証協会取引の形態が一律ではなく信用保証協会取引形態毎に各取引の法的性質・性格を考察すべきとの発想は重要と思われ、本稿の発想の原点にもなっている(序論II参照)。

(108) 上野隆司「信用保証協会保証の特色」加藤一郎・林良平編『担保法大系(第五卷)』四六二頁(金融財政事情研究会・一九八四年)。

これに対し、筆者らは反対である(第三編の与信委任的構成)。

第三節 民法上の保証構成による不都合

本節(民法上の保証構成のみによる不都合)では、法的再構成の必要性と許容性を述べる。

I 法的再構成の必要性

法的再構成の必要性は、「保証契約締結後の債権者の義務」と「信用保証協会保証付債権の管理委託・譲渡」を指摘できる。

一 保証契約締結後の債権者の義務——杜撰になりがちな債権管理回収

保証契約当事者間における義務の負担者については、一般的には次のようなことがいわれていた。

信用保証協会取引の法的再構成(一)(鶴井・平野)

「保証債務を設定する債権関係が保証債務者が債権者に対して一方的に責任を負うのみであるという意味で、片務契約としての性質を有する点が重視されている。片務契約である以上その一般的な性質から、債権者に対する関係で債権者に何らかの義務を觀念することは一貫しないと考えられた⁽¹⁰⁾。「ドイツ民法典では保証関係における債権者は、保証債務者に対して何らの義務を負うものではないという原則が採用されている⁽¹¹⁾。保証債務における保証人の地位は、専ら被担保債権の債権者のために主たる債務者の債務不履行危険を備えるという危険を一方的に引受けるのみ」であり、「危険引受関係に入るか否かの段階での考慮、すなわち保証契約締結に向けての準備交渉段階での考慮が重要性をもつ⁽¹²⁾」とされていた。

保証契約における義務の負担は保証人のみが負うとする考え方からすると、保証契約締結後の債権者義務を觀念することは一層困難となる。

1 条文上の義務

保証契約に関する債権者の保証人に対する義務について従来の伝統的な考え方に対し、条文上の義務には、以下の「催告・検索義務」と、「債権者の担保保存義務」の二つが存在する。

それぞれ、概説、裁判例、学説の順に述べる。

(一) 催告および検索の抗弁 (民法四五五条)

(1) 概説

民法四四六条一項によれば、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する。したがって民法は、債権者が保証人に債務の履行を請求したときに、①保証人はまず「主たる債務者」に催

告をすべき旨を債権者に原則として請求することができし（四五二条）、②債権者が主たる債務者に催告をした後であつても保証人が「主たる債務者」に弁済をする資力があつた執行が容易であることを証明したときは、債権者はまず主たる債務者の財産について執行をしなければならぬ（四五三条）としている。そして、保証人がこれら①②の催告・検索の抗弁権を債権者に行使したにもかかわらず債権者がこれら催告・検索義務を怠り催告・検索義務を怠つた結果、主たる債務者から全部の弁済を得られなくなつたときは、債権者が直ちに催告または執行をすれば主たる債務者から弁済を得ることができた限度において保証人は義務を免れるとされている（民法四五五条）。

(2) 裁判例

債権者の保証人に対する催告および検索の抗弁に関する裁判例には、債権者の主たる債務者への権利行使の懈怠が保証人に対する信義則に反するときには、保証人からの催告・検索の抗弁権の行使がなくても、保証人が受けた不利益の限度で保証人に免責を認めてよいとするものがある。⁽¹¹⁾

(3) 学説

星野英一博士も、債権者の主たる債務者への権利行使の懈怠が保証人に対する信義則に反するときには、保証人からの催告・検索の抗弁権の行使がなくても、保証人が受けた「不利益の限度」で保証人に免責を認めてよいとする裁判例の考え方と同様に、民法四五五条の拡張解釈を提唱される。つまり、民法四五五条は債権者が主たる債務者の履行期到来後に請求を怠つていたとしても保証人から催告や検索の抗弁権が行使されるまでは、保証人は免責されないとするが、民法四五五条の適用範囲Ⅱ保証人の免責適用範囲を拡張して、債権者が主たる債務者の履行期到来後に「適時に請求することを怠れば」保証人は免責されるとすべきことを主張されている。⁽¹²⁾

なお、千葉簡易裁判所の民事保全(仮差押・仮処分)実務での体験として(債権者審尋手続きにおいて、申立債権者代理人として)、連帯保証債務履行請求権を被保全権利として民事保全命令申立事件を提起する際、もう一つの保全要件である「保全の必要性」の疎明には、「主たる債務者」財産の債権者による執行可能性や催告内容が問われる取扱いとなっており、本来は実体法上補充性のない連帯保証であっても実際上は保証人の債権者に対する検索・催告の抗弁権をもつ補充性ある通常保証と同様の取扱いがなされていた。⁽¹⁴⁾ただし、このような連帯保証に補充性を認める考え方は、民事保全という特殊局面における手続上の判断要件であり、実体法上の解釈論とは別異に理解する必要もあるかもしれない。⁽¹⁵⁾

(4) 催告・検索対象者拡張の必要性

以上を踏まえると、いずれの立場に拠ろうと、債権者の保証人に対する催告義務・検索義務は既に述べたように保証債務の補充性より生じる義務であるから(民法四四六条一項)、⁽¹⁶⁾保証人に対する債権者の「主たる債務者」への権利行使義務にほかならない。それゆえに、主たる債務者以外の連帯保証人(共同保証人)などへの債権者の権利行使義務は、おのずとここでの議論の対象外となる。つまり、債権者よりみて共同保証人間などの催告・検索に対する優劣は、保証法の次元では問題となり得ないと思われる。⁽¹⁷⁾信用保証協会取引の現実(信用保証協会保証制度に参加する当事者の制度や仕組みに頼りきってしまう怠惰や、怠惰を超えた濫用や悪用・背信)を信用保証協会取引における信用保証協会の損失最小化という理想に近付けるためには、従来の伝統的学説のように債権者の対保証人に対する債権の管理回収義務を「主たる債務者のみ」対象としたのでは不十分なのである。保証構成では、債権者からして信用保証協会と共同保証人等の関係に立つ者と信用保証協会との間でこの信用保証協会と共同保証人等の関係に立つ者を

債権者が優先的に債権回収・保全する取扱いを義務付けることを正当化するのには容易ではない。

しかし、信用保証協会の保証債務履行の確実性に対して信用保証協会保証の保証債務不履行に陥る主たる債務者が中小零細事業者であるがゆえの危険性の高さから、ドイツの損失保証（最終不足額支払保証）のように債権者の債権管理回収義務を主たる債務者のみならず債権者からみて信用保証協会と共同保証人らに立つ者との関係においても、優先しておこなうことを義務付けるべきであると考えられる。⁽¹¹⁸⁾

(二) 債権者の担保保存義務（民法五〇四条）

(1) 概説

民法は、弁済をなすにつき正当な利益を有する者がいる場合に、債権者が故意または過失によってその担保を喪失または減少させたときは、法定代位し得る者はその喪失または減少によって償還を得られなくなる限度で責任を免れるとする（五〇四条）⁽¹¹⁹⁾。この規定は法定代位をすることのできる者を保護するために、債権者に一種の「担保保存義務」を負わせたものである。この点に関して我妻榮博士は、債権者は自分のことばかり考えてはいけな⁽¹²⁰⁾と説かれている。

(2) 裁判例

最高裁判所は、当事者間の担保保存義務免除特約を信義則違反や権利濫用論を使って排除する⁽¹²¹⁾、半強行法規化を図っている⁽¹²²⁾。裁判例は民法五〇四条に關し、「成るべく保証人の負担を加重せざるの注意を払ふは是亦債権者として現実に對する一の徳義⁽¹²⁴⁾」⁽¹²³⁾ともしている。

(3) 学説

学説は、債権者の担保の任意変更・解除に関し①債権回収という見地から客観的合理性も存しない場合には担保保存義務免除特約の存在にかかわらず民法五〇四条の効果を生ぜしめると述べ⁽¹⁶⁾、また②担保保存義務免除特約に基づく債権者の行為は信義則違反や権利濫用の可能性を十分審理すべきとしている⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾。

2 法解釈上の義務

以上の条文上の債権者義務の裁判例の動向を踏まえた試論と、学説状況を述べた後、小括する。

(一) 債権者の損害軽減義務という試論

(1) 裁判例から窺える法理の存在

催告・検索義務と債権者の担保保存義務という保証における債権者の保証人に対する二種類の条文上の義務を概観すると、両規定は任意規定(当事者間で特約を設け、特約に拘束力を与えることができる)であるが、現在の裁判実務の運用では当事者の特約よりも「民法規定の尊重(強行法規化現象)」が窺える⁽¹⁸⁾。この二種類の条文上の義務の強行法規化現象の理由を考えると、保証人は保証債務を履行するまで主たる債務者への権利行使は実際上おこなうことができず、主たる債務者への債権回収は当然に債権者に委ねる方が一般的に考えても効率的であろうし、債権者は保証人に比べて概して専門性や技術性を有しているはずである(専門性や技術性を有していなければ、通常は債権者の立場にはならないであろう)から債権者に保証人は「依存せざるを得ず、依存度合も大きい」と思われる。

このように債権者に保証人は依存せざるを得ないと考えるなら、債権者は保証人に対する「誠実な義務履行」が保証人から期待されると理解できる。他人に不利益を及ぼす場合には自己利益の保全・取立てについても法律

上の義務があるとされる趣旨と理解できる。⁽¹²⁹⁾ 保証は本来的に他人債務の弁済であることから、債権者は保証人の負担をできるだけ軽減すべく努力しなければならないと思われる（保証人保護の観点）。

(2) 双務契約類型との対比

ところで、契約当事者双方が債務を負担する契約類型が、一般の契約には存在する。たとえば不特定物売買（種類物売買で、買主は売買目的物の引渡債権者だからとして債務者である売主の損害発生を放置することによって填補を売買目的物の引渡債務者である売主から無制限に受けるわけではないとされている。買主は一般の代替取引価額を基準に、当該取引価額との差額を損害額と認定している裁判例がある（大判大正七・一一・一四民録二四卷二二六九頁）。つまり、引渡債権者である買主に、損害軽減義務を間接的に課しているとみることができよう。

対価的取引関係にはない保証取引では、債権者に対する損害軽減義務が対価的取引関係にある双務契約の場合に比較して、利益衡量上より重いと理解することが合理的である。

(二) 学説

(1) 星野英一博士の見解

保証債務の履行確実性が高ければ債権者は確実に当該債権の回収ができるのであるから、このこととの利益衡量から債権者が保証人に負っている義務の程度は「加重」されても致し方ないとされる。⁽¹³⁰⁾ 債権者の保証人からの債権回収の確実性と、保証人の他人債務負担性との比較衡量から理解できる。

つまり、一般に金融取引の債権者は、取引相手の債務者の信用状況の監督と、もし保証人も徴求しているのであればその保証人の信用状況の監督をもあわせておこなうことになる。このような通常の保証における債権者の労に

対し、保証人が信用保証協会であるならば、公的保証機関である信用保証協会の保証債務履行能力の高さから、債権者による保証人の信用状況の監督は取引金融機関の立場から合理的に考えれば基本的には不要となる。信用保証協会取引の場合には、債権者である金融機関にとっては債権管理の手法が省け、債権回収リスクがほとんどなくなる。⁽¹¹⁾しかし、保証人である信用保証協会からすると、主たる債務者が中小零細事業者であると事業体力は一般にほとんどなく経済変動などにより経営上の悪影響を受け易いから、中小零細事業者の債務不履行リスクの負担は基本的にデメリットである。それゆえに、保証契約当事者間の公平という観点からすれば、債権者の有利な立場から、債権者の保証人への一定の義務負担を考えることができる。⁽¹²⁾

(2) 関沢正彦弁護士・藤原弘道教授(元裁判官)の見解

「一般的に保証契約においても債権者は、一定の注意義務を負担して」いる(民法四五五条、五〇四条のほか、二項の適用がある)。信用保証協会保証の場合には債権者は、保証人たる信用保証協会から確実に弁済を得られることなどの理由……から金融機関についても信義則に基づくよりも、高度の注意義務を課されてしかるべきとされる。⁽¹³⁾

つまり、一般的な保証法理論では保証契約当事者間である保証人と債権者との法律関係は、保証人が債権者に保証債務を負担する片務契約である。したがって債権者が保証人に負担する義務は、前述のように法定された検索・催告の抗弁権に基因する義務と債権者の担保保存義務、および法解釈により信義則上発生する付随義務だけとされている。しかし、公的な保証機関保証では、保証人の保証債務履行の確実性から、債権者が公的保証人に対して負担する一般とは異なる特別な義務が存在するとの立場と理解できる。⁽¹⁴⁾

(3) 西村信雄博士の見解

債権者に保証人の負担をなるべく重くならないように注意すべき、抽象的かつ包括的な義務を認めている。⁽¹³⁶⁾

「各人が自分自身の利益を保全するために注意を払うと否とは、原則として自由である。不注意のためにみずからの不利益を被ったとしても……いわゆる自業自得に過ぎず、法律上の義務違反ではない……」。しかし注意を欠いたがために自業自得の限界を超えて累と他人に及ぼす場合には、自己の利益の保全についても法律上の注意義務がある。⁽¹³⁷⁾ 過失相殺における過失は……自己の利益の保全に関する不注意が必然に累を他人に及ぼす結果をとまなう場合にはそれは取りも直さず他人に対する過失であり、法上の注意義務に対する違反にほかならない。民法四一八条は、債権者が一般に債務者に対して右の如き注意義務を負うていることを前提とするものである⁽¹³⁸⁾と述べている。

「わがくに現行法の解釈として、債権者は保証人に対して一般的に注意義務を負担するものと解すべきである。したがって、注意義務の具体的内容は、前掲諸法条に規定されたもの(民法五〇四条・四五五条および身元保証法三条⁽¹³⁹⁾・五条に限局されるものではなく、個々の場合の具体的諸事情に依じて多様な展開を示す可能性をもつものといわねばならぬ」とされている。⁽¹⁴⁰⁾

(4) 伊藤進教授の見解

「保証人の負担を重からしめないように注意する義務は、債権者の保証人に対する信義則の根底にあり保証債務では特に強調されなければならない。」「かかる注意義務の懈怠から、保証人は保護されなければならない」とされる。⁽¹⁴¹⁾

(5) 内田貴教授の見解

保証債務の補充性は担保としての必然的な効果ではなく、保証ではこのような性質(補充性)が認められている背後に債権者は保証人の負担を不当に重くしないように配慮する義務があるという法理(債権者協力義務・配慮義務)

信用保証協会取引の法的再構成 (一) (鶴井・平野)

六八

の存在を想定することができる⁽¹⁴⁾と述べる。

(6) 平野裕之教授の見解

保証契約は、債権者は一方的に利益を得、保証人は一方的に不利益を受けるという相互性のない不公平な契約である。契約正義といった観点からは、契約自由||自己責任||契約拘束力の原則をそのまま適用してよいはずはない。力関係、専門的能力、主たる債務者に対する経済的影響の可能性や情報取得可能性などを総合して考えると、担保という理念とは衝突するが債権者には可能な限り保証人の利益を保護すべき義務(保証人保護義務)が負わされ保証人保護義務が尽くされた場合また尽くされた限度に応じてのみ自分の本来負担すべきリスクを保証人に転嫁することが許される⁽¹⁵⁾というべきであるとされる。

なお、債権者の保証人保護義務の実定法上の根拠は、先の一般論とは異なる文脈箇所からではあるが、信義則であろう⁽¹⁶⁾と思われる。

(三) 小 括

学説の共通認識は、債権者にも保証人の損失を可能な限り回避すべき注意義務を、保証契約締結段階のみならず保証契約締結後も最低限信義則上認めるべきとしているように思われる。⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾ 國井和郎教授は「一時的保証では継続的保証に見られる責任範囲の限定や解約権などは通常は考え難く、責任制限は保証債務にしたがって保証契約の無効または不成立の問題に帰着する。したがって、保証意思が存在する場合には保証債務の履行請求が権利濫用もしくは信義則違反に該当する場合でなければ、責任を免れることができない⁽¹⁹⁾」とされている。裏を返せば債権者の保証人に対する義務は、継続的保証に対する一時的保証では信義則違反または権利濫用で規律していくしか基本的には

ないと考えているといえる。裁判例から窺える債権者の損害軽減義務という試論も、債権者・損害軽減義務の実定法上の根拠は学説と同様に信義則であり、意味内容もほぼ同一と思われる。

しかし、信義則違反や権利濫用では①注意義務違反という一定の基準超過が要件となり、義務者である債権者の当該債権の管理回収に対する誠実な全人格的応対・態度を求めることは困難であると思われるし、また②個別・具体的な当事者間の調整に機能するだけで、全体的な仕組みや制度、スキームじたいを保護する機能はなく、さらに③事後・処理的であつて、事前・予防的ではないと考えられる。⁽⁵⁰⁾

二 信用保証協会保証付債権の管理委託・譲渡

信用保証協会保証付債権の管理委託・譲渡では、保証付債権の管理委託による信用保証協会・中小企業信用保証制度に対する悪影響と、信用保証協会保証付債権の譲渡による中小零細事業者に対する悪影響に分けて述べる。

1 信用保証協会・中小企業信用保証制度に対する悪影響

信用保証協会保証付債権の管理・回収は、貸出人等である当該貸出等金融機関が担っている。

貸出等金融機関はバブル経済崩壊による金融機関破綻を契機に、ペイ・オフ解禁にとまなう預金者への情報開示などからも事業収益への一層の注力の必要から業務効率化が以前にも増して強く要求され、信用保証協会保証付債権の管理・回収も当然に業務効率化の対象となつた。具体的には、当該貸出等金融機関が信用保証協会保証付債権の管理・回収を当該貸出等金融機関内部で担うにしても、事務を集中化して一箇所でおこなうことも多い(信用保証協会保証付債権の管理・回収の担い手変化)。たとえば、ある金融機関では、大都市郊外で北海道の信用保証協会保証付

債権であろうと沖繩のそれであろうとを問わず集中管理し（移管、実情はアルバイトや派遣社員が事務的・機械的に業務を遂行されているという状況であり、⁽¹⁴⁾債務者らの所在地や居住地を現地訪問することなく内勤でせいぜい債務者らの所在地や居住地に郵便と電話程度で最低限の事務手続き（たとえば、金銭消費貸借契約上の期限の利益喪失条項の適用にあたって、期限の利益を喪失させるために債務者に請求して請求喪失させる場合、端的に配達証明付内容証明郵便を債務者へ送る）だけこなせば事足りるということも多いと聞く。

金融機関コストという観点から考えれば、貸出のための資金調達コストは金融機関みずからがおこなうとしても、貸出審査コストや貸出後の債権に対するモニタリング（監視）・コストは極力信用保証協会が担うべきとの考えに金融機関側は立っている。結局、金融機関としては信用保証協会保証付債権であろうと保証付債権でなかりとうと当該金融機関みずからの債権という意味では同じであり、みずからが有する債権をどのように管理回収しようと基本的には当該金融機関の自由という発想が出発点にあるが（信用保証協会取引の現実——このような金融機関の発想は、本稿の立場からは根本的に対立する）、金融機関に対する信用保証協会としては今現存する貸出等債権は将来発生するかもしれない求償権の源であり、その求償権の源を毀損する行為は見逃せないとの発想が存在する（信用保証協会取引の理想）。

筆者らが眼目に置いている公的保証制度の損失の最小化が目指されるべきとの観点からいえば、昨今の金融機関変革において事務集中化・効率化と称して与信機関から与信機関の子会社サービサー（債権回収会社）への自由な業務委託などによる信用保証協会や中小企業信用保証制度に対する一層の弊害への法的対処をどうするかという問題もある。

しかし、信用保証協会保証付債権の管理委託による信用保証協会・中小企業信用保証制度に対する悪影響の問題は、金融機関の信用保証協会に対する信用保証協会保証付債権の管理・回収上の義務の問題として解決が可能と思われる（たとえば、金融機関のサービサーへの債権管理回収業務の委託の場合は、当該サービサーを当該金融機関の「履行補助者」、あるいは信用保証協会と金融機関との約定書例九条の債権の保全取立条項を根拠に金融機関を信用保証協会の受託者と認定したうえで「受託者の変更」とみなすなどである）。

2 中小零細事業者に対する悪影響

問題は、信用保証協会保証付債権の譲渡による中小零細事業者（信用保証協会保証制度の利用者）に対する悪影響の場合であると思われる。中小零細事業者の再建可能性や資金調達・取引機会を害する虞れ（中小零細事業者の不利益）は、信用保証協会や制度全体の損失にも結び付く可能性が存在する（主たる債務者の債務不履行リスクは、信用保証協会が引受ける）。

すなわち、信用保証協会と金融機関との関係を裁判例や通説の見解である保証構成とする立場によると、被保証債権が移転すれば被保証債権に随伴して保証債務履行請求権も移転する（大判明治三九・三・三民録一二輯四三五頁参照）。保証契約当事者間である保証人たる信用保証協会と債権者たる金融機関との間で、被保証債権が移転する場合にはあらかじめ信用保証協会の同意を得なければならないなどの特約が締結できればよいが、特約の締結ができないこともある。このような場合に、たとえば信用保証協会保証において金融機関が不良債権処理のために融資機関ではない株式会社整理回収機構へ債権を譲渡することも考えられる¹⁵⁾。しかし、信用保証協会保証付債権に対する金融機関の自由な譲渡を認めてしまうと、債権売却の憂き目に遭った主たる債務者（中小零細事業者）は實際上融資を

受ける機会を閉ざされてしまう可能性も高くなる。⁽¹⁵³⁾ 金融機関による自由な債権売却を阻止する必要性が、特に政策金融という世界では存在する。

金融機関による自由な債権売却を阻止するという問題は、従来の伝統的な保証構成では対処できないものではないかと考えられる。⁽¹⁵⁴⁾ なお、信用保証協会付債権の譲受制限解釈(信用保証協会取引の法的再構成)は譲受人の保証付であるとの予測を害し不利益を招来するのではないかとの疑問もある。しかし、債権譲受けの実務として専門性ある債権買取人はデュー・デリジェンス(資産価値査定)段階で債権証書を中心とした綿密な判断をおこない、信用保証協会の原金融機関に対して交付された保証書(約定書例一条)には実務上当該保証商品名が記載されており当該保証商品名が明確化すれば当該信用保証協会取引を譲受前に理解でき、信用保証協会付債権の譲受人は信用保証協会付債権の譲渡制限が譲受人の予測を害し不利益を被るとはいえないと考えられる。

II 法的再構成の許容性

保証契約も契約である以上契約自由(私的自治)原則が支配する領域であり、契約当事者の合意で様々な保証形態を創造することができる。伊藤進教授は、保証の機能・性質あるいは特質に応じて保証の法的効力を考えるべきとの見解が有力になりつつあるとされている。⁽¹⁵⁵⁾ 他方、我妻榮博士は、法律行為や契約解釈においては使用される文言に拘泥されずに当事者の社会的・経済的な目的に則つてなされなければならないとされている。⁽¹⁵⁷⁾

保証における債権者の法定義務(条文上の義務)のほか信義則による付随義務を超えて一般とは異なる公的保証機関取引に妥当する債権者の特別な義務が存在するとき、保証という従来の法律関係の把握とは別に、ほかの異なる

法制度からの「再構成」の可能性が問題となり得る。

(109) 山本隆司「物上保証人に対する債権者の義務」立命館大学人文科学研究所紀要六一号三八頁。

(110) 通説『Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, 1954 § 195 IV; Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse, 3 u. 4 Aufl. 1910, 2a zu § 776; Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Bd. II, 1888, S. 678 ff. 星野・前掲注(82)二三四頁以下の訳出による。

(111) 山本隆司・前掲注(109)三九頁。

なお、本稿は保証契約締結前の保証人の損害軽減に債権者が配慮するだけではなく、保証契約締結後の保証人の損害軽減にも債権者が配慮することを志向する。

(112) 大判昭和八・九・二九民集一二卷二四四三頁。

(113) 星野・前掲注(82)二四三頁。

(114) スイスでも、連帯保証も補充性を有する(星野・前掲注(82)二一四頁)。

(115) ドイツでも、信用保証協会保証の場合には補充性を有する。

椿久美子教授によれば、「ドイツでは(筆者注：信用保証協会保証は民法上規定のない、損失保証(Ausfallbürgschaft)と解されています(右近健男編『注釈ドイツ契約法』六五二頁(鶴井俊吉)(三省堂・一九九五年))。損失保証は、最終不足額支払保証とも呼ばれております。「損失保証は、先訴の抗弁権(ドイツ民法七七一一条)以上に保証人の責任を制限し補充性を強化した保証です(Horn, Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse § 771, 1997, Rn. 119)。「債権者が債務者に対する強制執行だけではなく通常保証人……や物上保証人に対する権利行使も不注意なく十分におこなったにもかかわらず損失を受けたということを主張し証明した場合において、はじめてその損失についてだけ損失保証人が責任を負う(BGH MDR 1972, 411; BB 1978, 1688 = WM 1978, 1267, WM 1989, 559 =

信用保証協会取引の法的再構成(一)(鶴井・平野)

七四

NJW 1989, 1484, 1485; WM 1992, 1444, 1445)。「債権者は損失保証人の利益を図るため債権の満足のためのあらゆる手段を尽くす義務があり、また担保保存義務がございます。なお、通常保証人が先に保証義務を履行した場合には、損失保証人はそれを償還する義務はありません」。「損失保証は保証人の義務が最も軽い保証として、特に公的機関が保証人になる場合に使われます」、とされる(ドイツにおける法人保証)『法人保証をめぐる実態と法理』金融法研究一七号七三頁、金融法研究・資料編(一六)二二二頁による)。

(116) 星野英一『民法概論Ⅲ(債権総論)』一八三頁(良書普及会・一九七八年)、内田貴『民法Ⅲ債権総論・担保物権』三〇八頁(東京大学出版会・一九九六年)。

(117) ただし、ドイツでは損失保証(最終不足額支払保証)が存在し、債権者よりみて共同保証人間の催告・検索に対する優劣を「保証法の次元」で問題処理している(前掲注(115))。

なお、星野英一博士が債権者の催告対象を主たる債務者以外の連帯保証人や物上保証人を対象としなくてよいと考えていることは、前述した(前節I-2)。

(118) 本稿の目的の一つは、債権者の債権管理回収義務を主たる債務者のみならず、債権者からみて信用保証協会と共同保証人らに立つ者にも拡張することを法的観点から志向することにある(保証における補充性の人的対象の拡張)。

(119) ドイツでも、「債権者がその債権に結合した優先権、すなわち抵当権・質権もしくは共同保証人に対する権利を放棄したときには、保証人は七七四条に従い放棄された権利によって求償できたであろう限度において責任を免れる。放棄された権利が保証契約締結後に発生したときも、同様である」とされている(民法七七六条(椿久美子・前掲注(115)一七号、同・前掲注(115)資料編)。

(120) 水本浩補訂『全訂第一版・民法案内五―三(債権総論・下)』二二七頁(一粒社・一九八三年)。

(121) ドイツの裁判例も、日本の裁判例と同様に主たる債務者から満足を得られない結果に至らせた債権者の行為が信義則に反するときには、保証人は免責されるとされている(RG, 87, 328, 65, 140, RG, JW, 1937, 3104, 星野・前掲注(88)二二七頁の訳出による)。

- (122) フランスでも、一九八四年法改正で債権者の担保保存義務を定める民法典二〇三七条が、強行規定とされるに至った(山野目章夫「フランス民法典二〇三七条の一九八四年における変容」比較法雑誌二九卷二号一一七頁)。
- (123) 最小判平成二・四・一二金融法務事情一二五号六頁金融・商事判例八八三号一四頁、最小判平成七・六・二二三集四九卷六号一七三七頁判例時報一五三四号三五頁、最小判平成八・二・一九金融法務事情一四八二号七七頁。
- (124) 大判昭和八・九・二九民集一二卷二四五頁。
- (125) 鈴木祿弥編『注釈民法(17)』三三一頁(有斐閣・一九九三年)。
- 同旨、磯村哲編『注釈民法(12)債権(3)』三六八頁(石田喜久夫)(有斐閣・一九七〇年)、星野・前掲注(116)二六七頁、宮川種一郎「担保保存義務について」金融法務事情六六五号七頁。
- (126) 椿寿夫「債権者の担保保存義務」金融法務事情五一二号一八頁。
- (127) ドイツの学説も、民法七七六条じたいが債権者は恣意的に保証人の法的地位を害してはならないとの信義則に基づくものであるから、債権者の行為が信義則に反するもので債権者の行為の結果主たる債務者から満足を得られなくなった場合には信義則上保証人は免責されると解すべきであるとしている(Enneccerus-Lehmann, a. a. O. (Fn. 110), § 196 IV 1. 星野・前掲注(82)二二七頁の訳出による)。
- 債権者が保証人に対して信義則に基づいて一定の注意義務を負うとする考え方は、一般的となったとされる(星野・前掲注(82)二三八頁。藤原弘道「信用保証協会の保証における免責条項」金融法務事情七五六号一一頁)。
- (128) 保証法における強行法規化(民法規定の尊重)は重要な点であり、債権者と保証人との利害調整点が時代により変化していることをおさえておく必要がある(後述、まとめと展望II一・二)。
- (129) 債権者が保証人に対して負担する誠実義務は、消極的・受動的なものにとどまるのか(信義則の守備範囲内)、積極的・能動的なものも含むのか(信義則の守備範囲外)は問題となり得る(後述、(一)(1)および(2)参照)。
- (130) 星野・前掲注(82)二四七頁。
- 同旨、藤原・前掲注(127)。

信用保証協会取引の法的再構成(一)(鶴井・平野)

七六

(131) このような信用保証協会保証付債権の保証債務不履行リスクがほとんどないという特質・特性も(前章第一節I)、信用保証協会保証付債権の譲渡自由を制限する議論の実際上の理由の一つとなる(後述、二二)。

(132) 保証契約は保証人の債権者への保証債務履行義務のほか、逆に債権者の保証人への一定の義務が観念できるとする立場は、契約の「双務性」に親和的である。

信用保証協会と金融機関とは専門家同士のプロとプロの取引であるが、両者には信用保証協会の負う債務負担の危険の高さ(前章第二節II二二(1))に対する金融機関の債権回収の確実性(前章第一節I)という特殊性が存在する。

(133) 信用保証協会取引において金融機関が信用保証協会に信義則に基づきより高度の注意義務を課されてしかるべきとの指摘は、本稿も同様である。本稿の基調をなしているといっても過言ではない。

しかし、関沢正彦弁護士や藤原弘道教授の見解根拠は、不明確であるように思われる。本稿では、契約当事者間の信義則を超える高度の注意義務が金融機関に課されるべき根拠をでき得る限り明確化したい考えである(後述II)。その根拠は、信用保証協会取引の法的再構成ということになる(保険的構成と与信委任的構成)。

(134) 関沢・前掲注(82)「法律的諸問題(3)」一二頁。
同旨、藤原・前掲注(127)。

(135) 関沢正彦弁護士・藤原弘道教授の見解は、星野英一博士の見解と同様と思われる。

つまり、星野英一博士の見解も関沢正彦弁護士・藤原弘道教授の見解も、保証人の債務履行の確実性から、債権者に保証人に対する信義則を超える高度の注意義務の存在を認める。

(136) 『継続的保証の研究』二二二頁(有斐閣・一九五二年)。

(137) じしんの不注意により他人に不利益を及ぼすことが法律上の義務違反となるものには、過失相殺(民法四一八条)のほか、前述した債権者の担保保存義務(民法五〇四条)が存在する(一(二))。

(138) 西村・前掲注(136)二一八・二一九頁。

(139) 通知義務である。

- (140) 監督義務である。
- (141) 保証取引の形態によって債権者の保証人に対する注意義務が異なる可能性があるとの西村信雄博士の指摘も、本稿では重要と考える(後述II)。
- (142) 西村・前掲注(136)二二〇・二二二頁。
- (143) 『保証・人的担保論』二六八頁(信山社・一九九六年)。
- 直前(3)の西村信雄博士の見解と同様と思われる。
- (144) 『民法III債権総論・担保物権(第二版)』三五〇頁(東京大学出版会・二〇〇四年)。
- 直前(4)の伊藤進教授の見解や、(3)の西村信雄博士の見解と同様と思われる。
- (145) 『保証人保護の判例総合解説(第二版)』二二頁(信山社・二〇〇五年)、「保証契約における債権者の保証人に対する義務(1)(3)」法律論叢七四卷一号三三・三四頁七五卷一号一八頁。
- 直前(5)の内田貴教授の見解や、(4)の伊藤進教授の見解、(3)の西村信雄博士の見解と同様と思われる。
- (146) 平野裕之・前掲注(145)『解説(第二版)』一〇頁。
- (147) 債権者の保証人に対する損失最小化義務は一般的には信義則に拠るとしても、関沢正彦弁護士・藤原弘道教授らは信用保証協会保証では信義則より高度の義務が課せられているとの指摘も存在する(二)(2)。裁判例との比較において学説のなかで特徴的なのが、星野英一博士や関沢正彦弁護士・藤原弘道教授らの見解である。
- 本稿も、信用保証協会保証では債権者は保証人に対して信義則より高度の義務が課せられているとのこのような解釈方向を支持する。
- (148) なお、西村信雄博士に関しては、先の引用部分のほか、西村・前掲注(136)一八三頁。
- (149) 「保証」椿寿夫編『担保法理の現状と課題』一二六頁(商事法務研究会・一九九五年)。
- (150) このような保証構成(信義則違反や権利濫用による規律)の難点の解決こそが、本稿での最重要課題である。
- (151) このような方式は都市銀行をはじめ、地方銀行などでも採用されており、業界では一般にセンター方式と呼ばれて

信用保証協会取引の法的再構成(一)(鶴井・平野)

七八

いる。

(152) 破綻金融機関が有する債権のみならず正常金融機関が有する債権も、株式会社整理回収機構への売却対象債権となり得る(金融再生法五三条一項一号二)。詳しくは、平野真由・前掲注(68)参照。ただし、二〇〇五年三月末買取申込みを期限に、現在は買取りがおこなわれていない(金融再生法五三条二項三号)。

しかし、昨今の日本の経済状況からすると(序論I)、正常金融機関が有する債権の買取りが復活する可能性もあり、本稿での議論は有益であると思われる。

(153) まず、正常債権の整理回収機構(RCC)への譲渡の場合が考え得る。正常債権でも①信用保証協会保証付債権ではない金融機関独自のプロパー債権の保全状況劣化(たとえば、不動産担保貸付における担保価値の実質的減少など)による貸倒引当金の増増しを回避するためにそのようなプロパー債権とともに、あるいは②自己資本比率向上のための分母を構成する資産減少のために、信用保証協会保証付債権であっても売却(譲渡)がおこなわれることも考えられる。しかし、正常債権の信用保証協会保証付債権譲渡では、債務者(借入人)の取引先などがいわゆる債権の整理回収機構送りを知ったことによる取引の打ち切りなど、債務者(借入人)の風評による事業被害も考え得る。

加えて、延滞などの問題債権となっている信用保証協会保証付債権が整理回収機構へ売却されると整理回収機構は融資機能を有しないので(第一節II)、信用保証協会による追加保証による事業再建が図り難くなるという中小零細事業者への弊害も存在する。なお、信用保証協会保証付債権ではないプロパー債権のみが整理回収機構に売却されてしまえば債務者(借入人)の事業再建可能性は整理回収機構の強力な債権回収によって実現不可能となるのではないかとの懸念もあるが、近時の整理回収機構の実務対応も第一節IIで述べたように債務者(借入人)の事業再建に対する債権回収上の整理回収機構の理解もみられ、他債権者の事業再建支援にも協力する柔軟さも出てきている(前掲注(72))。

金融機関の立場でも、金融機関が信用保証協会保証付債権の譲渡の自由を制限されたとしても、①実務上は貸付債権などの原債権に関する期限の利益喪失日から一二〇日以内を用途に信用保証協会からの債権回収が確実に図れることが可能であり(約定書例六条二項参照)、また②信用保証協会保証付債権は貸倒れを観念し難い債権であり、信用保証協

会保証付債権が期中で貸倒引当金を積増ししなければならぬ事態は想定し難い。金融機関の信用保証協会保証付債権の譲渡制限による不利益が存在するとすれば、債権という資産売却による自己資本比率上の分母を構成する資産額の減縮を図ることができなくなることであると思われる。

(154) 信用保証協会保証付債権の譲渡制限の問題は、本稿の中心的課題の一つである(保証債務の「随伴性の制限」)。つまり、本稿では信用保証協会取引について裁判例・通説の見解である保証とは異なる法性に再構成することによって、保証の特質・特性である補充性(一1(一))・付従性(次編第三章第二節一1(一))・随伴性が具体的にどのように変容するのかを明確にすることが理論的テーマである。

現行実務での処理としては直前一度述べたように信用保証協会と金融機関との約定書例九条の債権の保全取立条項を根拠に金融機関を信用保証協会の受託者と認定したうえで「受託者の変更」とすることが考え得るが(第III編第三章第三節I参照)、具体的信用保証協会取引形態毎に信用保証協会付債権譲渡の制限・制約を本質的・根本的・純理論的に考察したい。

(155) 「保証の法的効力について①—中小企業金融に伴う保証を中心に—」銀行法務21第六二三号六頁。

(156) 本稿でも、西村信雄博士の見解を紹介した(一12(三))。

(157) 『新訂民法総則(民法講義I)』二五〇頁(岩波書店・一九六五年)。

同旨、幾代通『民法総則(第二版)』二二七頁(青林書院・一九八四年)。

星野英一博士も、中小企業信用保証に関してではなく中小漁業信用保証に関してではあるが、保証といいつつ実体も保証であるか否かは必ずしも一致しないと指摘される(星野・前掲注(82)一八四頁)。

第四節 法的再構成への視点・観点

前節の「民法上の保証構成だけによる不都合」「法的再構成の必要性」では、「保証契約締結後の債権者義務」

信用保証協会取引の法的再構成(一)(鶴井・平野)

八〇

杜撰になりがちな債権管理回収」と「信用保証協会保証付債権の管理委託・譲渡」を論じた。前者の「保証契約締結後の債権者義務——杜撰になりがちな債権管理回収」では、債権者の信用保証協会以外の共同保証人らに対する優先的回収・保全義務の導出困難性や、既存の信義則論のみでは処理困難と思われる点を述べた。また、後者の「信用保証協会保証付債権の管理委託・譲渡」では、特に信用保証協会保証付債権の譲渡による債権者変更にもなう中小零細事業者への弊害を指摘した。

ドイツの著名な法学者であるラーレンツは、その著書『債務法Ⅱ〔補訂版〕』において保証の解釈論的整理を扱った冒頭で、「保証は、保証人・債権者および主たる債務者間における三角関係の一部である」と明言された。⁽¹⁹⁾前節Ⅰの問題を、信用保証協会取引の「法的再構成」によって解決・是正する際の視点・観点について、当該保証契約外の事情を取込んで保証を全体的・一体的に考察して結論を導き出すことは可能かという疑問が生じる。信用保証協会取引については現行三つの取引形態に整理できるが(第Ⅱ編、第Ⅳ編)、いずれも保証から派生する取引形態である。したがって、信用保証協会取引の法的再構成を考える際にも、保証の解釈論的視点・視角を類推できる可能性も存在する。

日本の保証法学では、保証契約の効力に関して、当該保証契約外の事情を取込んで結論を導き出すことがある。「保証契約の効力に関し、当該保証契約外の事情を取込んで結論を導き出す」具体例を、「実体法領域から」のみならず、「倒産法領域から」も提示して、信用保証協会取引の法的構成を考える手掛かりとする。

I 実体法領域から

一 保証契約外の黙示の動機と錯誤無効

1 裁判例・通説的見解

「保証契約の効力に関し、当該保証契約外の事情を取込んで結論を導き出す」具体例として周知のことと思われるのが、保証契約における保証人の動機の錯誤事案の処理がある。保証契約における動機の錯誤で当該保証契約外の黙示の動機が契約内容に組込まれるとの裁判例・通説的見解は、黙示の有無の認定基準が曖昧・不明確である⁽⁶¹⁾。しかし、保証契約における動機の錯誤に関する裁判例・通説的見解の黙示の有無の認定は、当該保証契約だけではなく関係当事者間の取引(保証取引関係)全体を鳥瞰して具体的事案を解決すべきとの志向に拠って立つ考え方であり、⁽⁶²⁾ とも評価できる。

なお、保証契約に関して、保証委託関係からのみならず、主たる債務債権関係からも影響する場合があると考えられる。たとえば具体的に明確な目的をもった保証(公的政策保証など)において、保証の対象となる被保証関係(主たる債務債権関係)が当該保証目的に反する目的外取引であった場合には、保証契約じたいが無効(場合によっては不成立)になることも考えられる。

より具体的には、信用保証協会保証の目的は中小企業者等に対する金融の円滑化を図ることにあり(信用保証協会法一条)その目的に反した場合(信用保証協会の保証に係る貸付金が当該金融機関の既存の債権の回収を図るための手段として流用される場合)には、信用保証協会と金融機関との間で交わされる信用保証取引に関する約定に禁止条項が設けられており(約定書例三条⁽⁶²⁾)その約定禁止違反の効果は当該信用保証協会保証の債務履行が免責される旨の定めがある(約定書例一一条一号⁽⁶³⁾)。そのような保証免責条項がなくとも筆者らの考えによれば、保証契約の錯誤無効(民法

九五条)による処理の可能性があるということになる(この問題処理発想は、保証以外の法的構成を採る場合に、保証の付従性における契約の成立場面で代替可能と思われる)。近時の信用保証協会裁判例にも企業実態のない会社の金融機関からの借入れについて金融機関の依頼に基づき保証契約を締結した信用保証協会の意思表示に要素の錯誤がある(104)とされた事例が存在するが、主たる債務者の実態状況という保証契約外の事情を当該保証契約の効力判断に取込んだ例といえる。

2 中舎寛樹教授の見解

保証は、債権者と保証人との間で締結される契約といわれる。しかし、保証契約がそれじたい単独で存在することとはあり得ない。なぜなら、実際上は保証委託関係が保証契約を締結する前提となっているからである。主たる債務者・保証人・債権者という三者による保証取引が多い。こうした保証の保証委託契約と保証契約との牽連関係からすれば、主たる債務者の信用状況は保証人の意思決定にとって重大な関心事(動機)であるに留まらず、相互に牽連して「契約の基礎(前提)となつて(105)いる。つまり、保証契約における動機の錯誤に関し従来(106)の伝統的理解は、委託による保証の場合に委託の不成立・無効は単なる動機に過ぎない。したがって、保証契約に影響を及ぼさないとされていた。しかし、主たる債務者・保証人間の委託契約を、委託による保証の「成立要件ないし効力要件」とすることは十分可能とされる。

二 税務訴訟における契約の法性決定

名古屋地判平成五・二・二六シユトイエル三八四号一頁・税務訴訟資料一九四号五六八頁は、税務訴訟における

保証契約の法律関係性質決定に関して「債務引受」契約か（主たる債務者との）贈与契約とした。理由は、連帯保証人である主たる債務者の姉が保証契約締結の際から主たる債務者への求償をおこなわない、あるいはおこなえないことを前提としたからであるとした。⁽¹⁶⁶⁾つまり、名古屋地判平成五・二・二六では、保証契約の法実質を決するにあたって、保証人と主たる債務者間の法律関係（主たる債務者への求償をおこなわない、あるいはおこなえないこと）という保証契約外の事情を考慮に入れている。

なお、このような保証契約の法的性質を決定するにあたって保証人と主たる債務者間の法律関係を考慮に入れる名古屋地判平成五・二・二六の論理からすると、逆に保証人から主たる債務者への（保証人の債権者に対する保証債務履行後の）求償を当然とするであろう、たとえば保証機関保証一般では、一つの考え方として、保証契約当事者である債権者が保証人に対して負担している主たる債務者への催告・検索義務が、法解釈によって強化される可能性も指摘できると思われる。

三 包括根保証契約外の事情と特別解約・債務確定

以下では現行法では貸金などについて廃止されている包括根保証の議論（民法四六五条の五参照——二〇〇五年民法改正施行前）も、広く保証における考察・分析のあり方・視点を得るために参考となると考えられるため、検討する。⁽¹⁶⁹⁾具体的には、「特別解約」と「死亡による債務確定」をみていくこととする。

1 特別解約

福島三好『増補改訂』貸付担保と保証』二三八頁（ぎょうせい・一九七六年）では、継続的保証契約において保証

人の解約権を認めている⁽¹⁶⁾。このことは、保証人と主たる債務者間の関係を債権者との間でも問題とし、保証人と主たる債務者間の関係が債権者を拘束することを認めた、ということになるとされる。

そこで、根保証契約での保証人の特別解約に関する裁判例の一部を概観してみる⁽¹⁷⁾。結果を先取りすれば、包括根保証は経営陣がおこなうことが大部分である。経営陣のなかでも、実質的経営陣が包括根保証契約の効力を争う事案はほぼ絶無である⁽¹⁸⁾。実質的経営陣ではない名目役員や既に退任した経営陣が、包括根保証契約の効力を巡って係争することが多い。包括根保証において保証人が主たる債務者との一定の地位・立場(取締役など)により保証がなされた場合に、その保証人がその地位・立場を離れたときには特別の解約権が認められるのが裁判例の立場である⁽¹⁹⁾⁽²⁰⁾。名目役員個人保証の場合に信義則違反ないし権利濫用により合理的範囲内に責任を制限することについて、学説は異論なく認めている⁽²¹⁾。裁判例は昨今では下級審裁判例ではあるが社会的・経済的な諸状況などもあってか保証人保護をさらに一層推し進め、退任取締役などが解約権行使をおこなわなくとも信義則違反を用いて保証責任を制限するものすら現われている。淺生重機教授(元裁判官)が、特に中小企業では部外者的な立場の者を会社の運営に参加させることが少ない現状を考慮して、主たる債務者である会社の代表者など直接的全面的に会社の運営に関わる役員以外の役員についてはその会社の運営などの情報を得ることができないのに漫然と過ごしたことによるそれらの部外者役員に自己責任を厳しく問うことができるかどうか疑問とされるのも、中小企業の特異性を考慮した判断が潜んでいるものではないかと推察される⁽²²⁾。また、会社の運用について関与する機会があれば会社の運用関与の過程で主たる債務である借入れの発生や借入れの返済可能性・返済の履行状況など自己の保証責任に影響のある事項について必要な情報を得ることができるとは、名目役員は会社の運営に関与していないことから自己の保証責任に影響

のある事項について必要な情報を得ることができないとされる。⁽¹⁷⁾

(一) 東京地判昭和六〇・一〇・三二判例時報一二〇七号七二頁

保証人は主たる債務者である組合の代表だからという理由だけで保証人となった経緯を、債権者である信用金庫も知っていた。にもかかわらず、債権者はその保証人から解約権行使がなされないことを奇貨として、主たる債務全額の一、一五六万円余の請求をした事案について、裁判所は保証人に主たる債務全額について保証責任を負わせるのは酷として信義則の見地から責任範囲を五百万円に減縮した。

(二) 神戸地判平成元・二・九判例時報一三一八号一一〇頁

保証人は、主たる債務者の営業には全く無関与だった。

債権者の請求金額四七六万円を、信義則上当初貸付元本額五百万円の半分である二五〇万円が相当と判示した。

(三) 東京地判平成二・七・二三判例タイムズ七五三号一七三頁判例時報一三八六号一一一頁

保証人は主たる債務者会社の名目的な監査役に過ぎず、経営に無関与だった。根保証契約締結後間もなく、当該保証人は借入会社代表者と離婚した。債権者は保証人に四六一万円を保証債務履行請求した。

裁判所は、債権者の保証債務履行請求したいは信義則違反とまではいえない。しかし、責任を減縮すべきであるとして、当初貸付元本額六百万円の半分である三百万円が相当とした。

(四) 東京高判昭和六二・四・二八判例時報一二五〇号四五頁

保証人となった経緯は、主たる債務者会社の代表取締役と内縁関係にあったことに基因した。主たる債務者会社の代表取締役と内縁関係を解消し帰郷する際に、債権者である信用金庫の職員と協議した。その主たる債務者会社

の代表取締役と内縁関係を解消し帰郷する時点での残債務の返済分として、信用金庫の職員からの指示とおりの金額を支払った。

信用金庫の職員からの指示とおりの金額支払後の信用金庫からの保証債務履行請求に対し、裁判所は特別解約権の行使を肯定し特別解約権行使以後保証責任はないとした。信用金庫に看過し得ない損害を被る虞れがあったとは、認められないとした。

長谷川貞之教授は安易な保証人(軽率な保証人)に対する過大な責任の制限として、借入状況などを常に把握できる経営者などと借入状況などを常に把握できる者以外の第三者の個人保証を区別する必要がある、たとえば個人保証の責任制限方法として「経営責任保証」と「債務の保証」の区別を設けるか否かという議論を紹介されている。⁽¹⁸⁾

この借入状況などを常に把握できる経営者などとそれ以外の第三者の個人保証を区別する議論についての調査義務と、特に経営者以外の第三者の個人保証に対する関係では債権者に主たる債務者の信用状態についての調査義務を認め、(主たる債務者に)信用不安がある場合には保証人に説明する義務・保証をするか否かを判断するための情報を保証人に提供する義務を課すとの考え方も生じてこよう。⁽¹⁹⁾ 借入状況などを常に把握できる経営者などと借入状況などを常に把握できない第三者の個人保証とを区別する議論に関し、金融庁が求める金融機関側の保証人への説明態勢について「個人保証については保証債務を負担するという意思を形成するだけでなく、その保証債務が実行されることによってみずか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おこなうこととしているか」、「たとえば保証契約の形式的な内容にとどまらず保証人の法的効果とリスクについて……デリバティブを含む融資取引と同様に最良のシナリオだけでなく、最悪のシナリオすなわち実際に保証債務を履行せざるを得ない事態

を想定した説明をおこなうこととしているか」といった考え方も同様である。菅原抱治弁護士（元銀行実務家）も、「第三者の場合と経営者の場合とは責任の問われ方が違うのではないか」、「なぜかという、……予見可能性といえますか、保証契約を締結してから保証契約締結後の債務者の状況を知り得る者はそう簡単に責任は逃れられないということになるのだろうか」と思います⁽¹⁸¹⁾とされている。債権者である金融機関も包括根保証の責任の広範さと被保証人の実態を知り得る立場に包括根保証人がいるか否かなどを考慮して、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の解説』二〇八頁（金融財政事情研究会・一九七七年）も、包括根保証の利用に関する実務上の注意点として、①被保証債務の増減変動を常に熟知し得る者に限る②代表者更迭の際は原則として保証人交代の手続きをとることの二点が勧奨されている。そうすると、主たる債務者会社の経営・財政状態に対する監視可能性ないし予測可能性の有無を重視すれば、根保証人の保護を図った民法四六五条の二第一項の適用範囲（射程）を中小零細事業者の実質的な経営者保証を含めた保護という当時の立法目的と離れて、実質的な経営陣以外の保証人のみに法条の適用を制限解釈すべきとする⁽¹⁸²⁾ことも可能と思われる。

他方、齋藤由起准教授はドイツの裁判例を詳細に分析されたうえで、伝統的な民法理論にとつて重要なのは保証契約を媒介とする保証人と債権者との関係である。契約外の事情に過ぎない保証人と主たる債務者との関係は考慮に値しないとされる。しかし、保証人と主たる債務者の委託関係に着目すると、近親者保証人は慈善・助け合い・義理情けなどという事情から保証を引受ける⁽¹⁸³⁾。それゆえに、主たる債務者との人的関係（近親関係）が、保証契約の効力に影響を及ぼし得るとされる。保証契約の効力に結果として保証契約外の事情（保証人が主たる債務者との関係で近親関係か否か）が影響を与えるという点で、前述した長谷川貞之教授らの考え方と共通するといえる。

2 死亡による債務確定

最二小判昭和三七・一一・九民集一六卷一六号二二七〇頁は、責任の限度額ならびに期間の定めのない連帯保証契約(つまり、包括連帯根保証契約)における保証人たる地位は、特段の事由のない限り当事者その人に終始するものである。したがって、(包括連帯根)保証人の死亡後生じた債務については、その包括連帯根保証人の相続人において包括連帯根保証債務を負担するものではないとする。

包括根保証債務の場合の保証人死亡時に一身専属債務として死亡後に発生する保証債務の相続性を否定するのは、保証人と主たる債務者との関係(一身専属性)という保証契約外の事情を当該保証契約の効力・範囲に反映させる結果であると考えられる。

II 倒産法領域から

一 保証契約の有償性判断

現行の純粋な実体法上での「保証契約の効力に関する」当該保証契約外の事情を取込んだ結論を導き出す具体例とはなり得ないが、当該保証契約の属性に関して当該保証契約外の事情を取込んで結論を導き出す具体例に、「保証契約の有償性・無償性の判断」の議論がある(契約の有償性・無償性の議論は、後述の保険的構成や与信委任的構成の箇所でも若干登場する)。

以下、西村信雄博士の見解と、同様と思われる椿寿夫教授の見解とを述べる。

1 西村信雄博士の見解

保証料付保証は通例は、保証契約の相手方たる債権者から保証料を徴するのではない。保証依頼人から、保証料を徴する。だから、保証契約は契約の分類上は、やはり片務契約・無償契約の範疇に属する。

しかし、この保証の無償性は、保証人が保証を引受けるについて保証引受けの対価報酬たる意味を有する財産的（経済的）利益をば全然何人からも取得しないことを意味する。もし保証人が保証契約の相手方もしくは「第三者」から対価的利益を取得するときは、保証人が対価的利益を取得する保証は有償的とされている。⁽¹⁸⁵⁾

2 椿寿夫教授の見解

保証取引の場合を考えますと契約は、保証契約と保証委託契約とに分かれらばらばらであります。

しかし、保証取引は当事者の法律関係を「全体」として捉えるということを我々が拒否しなければ、保証委託において保証料を出すという場合には有償保証として扱って宜しい、⁽¹⁸⁶⁾とされる。

二 保証の倒産法における無償性

保証契約の有償性・無償性の判断が、保証契約に基づく権利行使（保証債務履行請求）の結論を左右することが倒産法上存在する（破産法一六〇条三項、民事再生法一二七条三項、会社更生法八六条一項四号）。つまり、倒産法上、保証契約の有償性・無償性の判断が保証契約の効力そのものに関係することがある。倒産法上の保証契約の効力が、当該保証契約外の事情を取込んで結論を導き出す立場によれば、本節が目指す「保証契約の効力に関し、当該保証契約外の事情を取込んで結論を導き出す」具体例となる。

1 保証人と主たる債務者との事情を取込んで、結論を導き出す具体例

最二小判昭和六二・七・三民集四一卷五号一〇六八頁金融法務事情一一七一号二九頁の事案を挙げる。⁽¹⁸⁷⁾ 破産事件において、同族会社の代表者で実質的な経営者である者が当該会社のためにした保証に關し、その同族会社の代表者に保証債務履行請求権をもつ破産債権者が提出した破産債権届出に対して無償否認の成立・不成立が争われた事案である。問題は先に述べたように、当該保証の無償性の成立・不成立である。問題が保証の無償性の成否である理由は、同族会社の代表者で実質的な経営者が当該会社のためにした保証では、当該保証契約じたいが無償であっても、当該保証契約外の事情である経営者保証人と主たる債務者会社との密接性の考慮程度いかんによっては、当該保証人にとって実質的に有償との結論を採り得る可能性もあるからである。

保証と無償否認に関する同様の事案類型としては、結合企業・グループ企業による保証・物上保証も問題となり得る。⁽¹⁸⁸⁾

(一) 最高裁の見解⁽¹⁸⁹⁾

保証の無償否認は原則成立だが、事案によって(たとえば、主たる債務者の法人格が否認され、個々の・具体的事実)に即して実質的に考慮すれば保証人と法人格が同一と認め得るような場合は無償否認の不成立の余地を残しているとの立場である。⁽¹⁹⁰⁾ ただし、無償否認の不成立余地は、最高裁の考え方からすれば極めて狭いと考えられる。なぜなら、破産者が保証などをおこなうことによつて受ける利益を経済的に計量化することを考えるが、その受益計量化が一般に難しいからである。つまり、無償行為性が否定されるためには、破産者により現実的かつ直接的なかたちでの経済的利益が帰属しなければならぬと厳格に考えるからである。また、会社と保証人個人の債権者が別個の可能性

がある場合には、倒産処理という集団的手続きの公正・平等という理想を係属事件毎に形式的かつ厳格に貫こうとする特殊性から、利害調整がつき難く、⁽¹⁹²⁾保証の無償否認・原則成立を唱えているとも解することができる。⁽¹⁹³⁾

しかし、前掲最二小判昭和六二・七・三の原判決の事実認定によれば、問題とされた保証・物上保証の約二年前に、倒産者はみずからの実質支配下にある同族会社から、役員貸付金名目で三、五〇〇万円を引出している事案のようである。つまり、会社・当該会社役員個人間で責任財産の恣意的移動が自由におこなわれている状況下であった。倒産局面にだけ会社・当該会社役員個人の責任財産を厳格に峻別した形式的平等を外部債権者に強いることが、その外部債権者側にどれだけ理解してもらえるものか異論も予想されるとの批判もある。⁽¹⁹⁵⁾

(二) 林藤之輔裁判官・反対意見

保証の無償否認は原則成立という点は前記最高裁の見解と同様だが、前記最高裁の見解と異なるのは無償否認の不成立範囲であり、前記最高裁の見解より無償否認不成立範囲は広い(成立範囲は狭い)。最高裁・多数意見と林藤之輔裁判官・反対意見との具体的な差異の一つは、主たる債務者会社の法人格を否認すべき事情は存在しないことを前提に、⁽¹⁹⁷⁾保証人と主たる債務者がより密接な場合(たとえば、親子会社の事案)⁽¹⁹⁸⁾においてなお無償否認を認めるか否か⁽¹⁹⁹⁾にある。

実質的支配経営者の出資の維持ないし増殖を図るために保証などをしたとすれば、破産者みずから直接ないし間接に経済的利益を受け⁽²⁰⁰⁾破産財団保全に資し無償行為にあたらないとされる。⁽²⁰¹⁾上原敏夫教授も同様に、「借入れにあつて経営者の個人保証が要求されるような会社では経営者が相当割合の持分(株式など)を有して会社を支配しており会社の盛衰が個人の経済生活に直接影響し、それだからこそ経営者も債権者からの個人保証の要求に応ずる。

会社が融資を受けられず経営困難に陥り倒産に至れば経営者一族の生計も直ちに立ちいかなくなる。個人保証による経営者自身の経済的利益を肯定し、無償否認を免れさせてよいように思われる」とされる。⁽²⁰²⁾

(三) 古川兵衛弁護士の見解

保証人と主たる債務者との間に特別な関係がなく単に情義的關係で保証人となったに過ぎない場合には、破産者の保証を原因として出捐した受益者よりも破産者の一般債権者が保護されるべきとの考え方が⁽²⁰³⁾ある。

(四) 霜島甲一博士の見解

無償否認を広く認める実質的理由を、倒産者に対価が帰属せず一方的に不利な行為に求める。しかし、実質的利益状況を分類して、無償否認の肯否を判断する。⁽²⁰⁴⁾

まず、①非事業者による親族・知人のための保証と、②事業者による保証とに分ける。

①の非事業者による親族・知人のための保証は、無償否認を肯定する(直前(三)の古川兵衛弁護士と同様)。なぜなら、保証人にとって実質的に無償な非取引行為だからとする。

②事業者による保証について、(i)販売促進のための住宅ローン保証、(ii)個人会社の経営者による会社債務の保証、(iii)一〇〇%親会社による会社債務の保証に分けて考察する。

(i)販売促進のための住宅ローン保証は、有償性を肯定する(つまり、無償否認を否定する)⁽²⁰⁵⁾。なぜなら、販売促進の利益が保証人に帰し、求償権による主債務者からの回収余地があるからとする。

他方、(ii)個人会社の経営者による会社債務の保証および(iii)一〇〇%親会社による会社債務の保証は、無償否認を肯定する。なぜなら、確かに保証人が主たる債務者を支配しているので実質的に保証の利益が保証人に帰している。

しかし、保証人の主たる債務者への求償権行使の可能性が少ないからとされる。

2 債権者の与信行為を取込んで、結論を導き出す具体例

破産法七二条五号（筆者注：旧破産法）が純客観主義的な否認類型を認めた理由は、無償で財産上の利得をした者は財産上の利得によって他人の権利が害される場合には他人に譲られなければならないという法理念に基づき、否認を許しても財産状態が原状に復するだけで受益者が受益財産を原状に戻すことによって損失を被ることがないことを前提とする⁽²⁰⁹⁾。贈与が無償否認の典型とする。

無償で財産上の利得をした者は利得によって他人の権利が害される場合に他人に譲られなければならないとの無償否認制度の趣旨を前提にすれば、破産者の保証もしくは担保の供与（以下、「保証など」という）があるため債権者が主たる債務者に対して貸付などの出捐をした場合において破産者の保証などの行為が無償行為に当たるとしてその行為を否認し得るものであれば、債権者は保証などが無いにもかかわらず出捐をおこなったのと同じ結果となり、債権者の立場は著しく害される。破産者じしん、債権者の出捐を目的として保証などの行為をしているのであり、債権者の出捐と破産者の保証などの行為とは互いに密接に関連しており「一体」として観察されるべきであって債権者の出捐と破産者の保証などの行為とは別々に切離して評価することは許されない。したがって、相手方が当該保証などを受けたことと引換えに融資したような場合には、無償否認を認めるべきではないとされる⁽²¹⁰⁾。

(158) 再論すれば、①当該債権の管理回収に対する誠実な全人格的応対・態度の追求と、②直接の契約外の第三者を含め

信用保証協会取引の法的再構成(一)(鶴井・平野)

九四

た仕組み・制度・スキーム全体の維持・調整、③事前・予防的規制の三点である。

(159) Larenz/Canaris, *Lehrb. d. Schuldrechts II* 2, 13. Aufl. 1994, S. 2. 椿寿夫「法人(による)保証」論のための序説(下)―個人(による)保証と対比させて―」ジュリスト一三二号一八・一一九頁の訳出による。

(160) 山下純司教授のフランス法研究によれば、日本と同様の動機の錯誤に関する状況を窺い知ることができる。

つまり、①保証契約は、債権者と保証人との間の契約である。したがって、保証人と主たる債務者との間の事情―保証人となることを依頼されたかどうか、主たる債務の数额や態様・保証人の責任などについて主たる債務者がどのように説明したかなど―は保証契約の債務内容に直接の影響を及ぼすものではない〔保証意思と錯誤の関係〕学習院大学法学会雑誌三六巻二号七三頁)。

判例理論によれば保証人が債権者に対して保証契約の債務内容に直接の影響を及ぼす動機を表示していなければ、錯誤無効は認められない(山下純司・前掲七三・七四頁)(動機表示説)。

そして、②保証の動機が、保証契約外に存在することを論証されている。保証人の義務のコース(筆者注・原因)をどこに求めるか(Malaurie et Aynes, *Cours de Droit Civil, Les Suretés la Publicité Foncière*, 7e éd. (1995), n° 222. 山下純司・前掲八九頁の訳出による)は、保証人・主たる債務者間での保証人の動機を求める。債権者は、コースの存在が合意の条件か合意内容になっていない限り、コースの不存在という抗弁を対抗されない(Malaurie et Aynes, *op. cit.*, n° 223. 山下純司・前掲八九頁の訳出による)。保証契約は法的には保証人・債権者間で締結される二当事者間契約であるとしても、保証契約の有効性の根拠は保証人・主たる債務者間の社会的関係にこそ求めるべきとされる(山下純司・前掲九〇頁)。

(161) 松本恒雄「商品代金の立替払契約がいわゆる空クレジット契約である場合に同契約上の債務の保証人の意思表示に要素の錯誤があるとされた事例」NBL七五七号七一頁、平野真由「破綻している主たる債務者のためにした保証契約と動機の錯誤」銀行法務二一第六九号八〇頁。

(162) 前述した横浜銀行事件でも問題となった(前章第二節二一(二)《二》)。

- (163) 平野真由・前掲注(76)。
- (164) 前掲注(62)。
- (165) 「保証といわゆる多角関係」椿寿夫編『法人保証の現状と課題』別冊NBL六一号一九四頁(商事法務研究会・二〇〇〇年)、「保証取引と錯誤」名古屋大学法政論集二〇一三三・一八頁。
- なお、信用保証協会取引では保証委託契約が保証契約の先決関係となっており(前章第一節IV一)、適合的な考え方のように思われる。
- (166) 主たる債務者の事業が行詰り無資力状態であり、もし主たる債務者の姉が保証債務を履行しても主たる債務者へ求償することが不可能なことを知っていたという事案であった。
- (167) 近時の代表的な教科書である内田貴教授の著作にも、信用保証協会が具体的な裁判を通じて保証における求償や弁済者代位の領域の理論形成や問題提起に貢献してきた旨の論述がある(内田・前掲注(116)七九頁)。同旨、國井・前掲注(24)。
- なお、弁済者代位制度に関する興味深い裁判例を扱った論稿に、平野真由「弁済による代位制度を利用した保証条件外の連帯保証人に対して、約定遅延損害金利率での請求はできるのか」JA金融法務二〇〇三年五月号二四頁がある。
- (168) 潮見佳男教授も、保証機関のなす保証を機関保証という。機関保証の基本的な仕組みは、個人保証の場合と同じである。しかし機関保証は、特約で民法典の規定内容を変更している部分が少なくない。機関保証では、特約の有効性と射程が問題となる(この点に関し、下村年江「裁判例に現われた法人保証とその問題点」椿寿夫編『法人保証の現状と課題』別冊NBL六一号六一頁(商事法務研究会・二〇〇〇年)も同旨)。機関保証は個人的情義でなされ求償金の回収について実際には強い期待感を抱かないことの多いであろう個人保証とは異なる、とされる(債権総論二一九頁(信山社・一九九四年))のも本稿の立場と同様の認識と思われる。
- このように保証人の債権者への保証債務履行後の保証人から債務者らへの求償可能性に基づき保証契約の効力判断を決していく考え方は、倒産実体法の保証と無償否認に関する一部の学説にも採用されている(II二一(四)②(ii)、および

信用保証協会取引の法的再構成(一)(鶴井・平野)

九六

同(三)。

(169) 包括根保証に關し、鶴井俊吉「根保証についての若干の問題」駒澤大學法學部研究紀要三二号一三三頁、同「商工ローン業者による根保証の法形式および手形の利用が公序良俗に反するとされた事例」東京高判平成一三・二・二〇」銀行法務21第五九三号七七頁。

平野真由も、以前に若干の考察をおこなったことがある(「トラブルを未然に防ぐ包括根保証の実務」ビジネス法務二〇〇三年二月号六〇・六一頁など)。

(170) 最二小判昭和三九・一二・一八民集一八卷一〇号二二七九頁は、次のように述べる。

「期間の定めのない継続的保証契約は、保証人の主たる債務者に対する信頼が害されるに至つたなど保証人として解約申入れをするにつき相当の理由がある場合には、右解約により債権者が信義則上看過できない損害を被るような特段の事情がある場合を除いて、保証人から一方的に解約できるものと解するのが相当」とする。

(171) ほかに、金沢地小松支判昭和六〇・六・二八判例タイムズ五六六号一八六頁(共同保証人の求償請求において、被告である退任取締役の原債権者への解約権行使を肯定した事案)、東京地判平成三・七・三一金融法務事情一三〇号二八頁(代表取締役辞任後警告文書が債権者へ到達した日の翌日以降の借入れにつき、責任を否定、東京地判平成八・三・一九金融法務事情一四七一号九二頁(保証責任を肯定したものの、辞任取締役である保証人の解約権の存在については肯定)、東京高判昭和六〇・一〇・一五判例時報一一七三号六三頁金融・商事判例七三三号二六頁金融法務事情一一一五号三四頁(包括根保証における名目取締役の保証責任制限の事案)、広島高判平成一五・七・二九最高裁判所・裁判例情報(主たる債務者会社の監査役に過ぎず主たる債務者会社の経営にはまったく無関与として、保証債務履行請求が信義則違反にあたるとして保証責任を限定)、東京地判昭和六〇・一二・二五判例時報一二二二号六七頁などが存在する。

(172) 上野隆司・石井眞司「包括根保証人の責任範囲はどこまでか」金融法務事情一二五九号二八頁(上野隆司発言)。

(173) 古くは、大判昭和一六・五・二三民集二〇卷六三七頁「産業組合の理事の事案など」。

(174) なお、民法学において、地位や立場といった「関係」から当事者の意思に基づかず責任や義務が発生するか否か

は、一般論として重要な課題の一つであると思われる（後掲注(432)参照）。

(175) 淺生重機「包括根保証人の責任の信義則による制限」金融法務事情一六六七号七二頁。

(176) 田沢元章教授（元銀行員）も、主たる債務者会社の経営・財政状態に対する監視可能性ないし予測可能性の有無を重視される（「会社債務を根保証した代表取締役の退任後の保証責任」京都地判平成五・一〇・二五）ジュリスト一一〇八号一〇八頁）。

(177) 淺生・前掲注(175)。

(178) 「根保証」NBL七九二号六五頁。

(179) 中舎・前掲注(165)「多角関係」。

(180) 河野玄逸「融資取引・保証取引に際しての説明義務」金融法務事情一六九〇号四三頁、伊藤進「会社代表者個人保証の責任制限」『担保制度論』二〇六頁（信山社・二〇〇五年）、曲淵敏弘「リレーションシップバンキングの機能強化に向けて」アクシオンプログラム関連事務ガイドラインの改正」金融法務事情一六八五号三五頁、同「顧客への説明態勢および相談苦情処理機能に関する事務ガイドライン」金融財政事情二〇〇三年九月一日号三〇頁。

(181) 佐伯一郎・菅原胞治・池田秀雄・山谷耕平・佐々木修・亀井洋一「個人保証制度の見直しに関する諸問題」銀行法務21第六三三号一七頁。

(182) 同旨、平野裕之・前掲注(145)『解説(第二版)』三三二頁。

(183) 「近親者保証の実質的機能と保証人の保護」私法六九号一八四頁。

(184) 齋藤・前掲注(183)一九〇頁。

なお、齋藤由起准教授の立論は、根保証に限らず特定保証も包含して妥当とされる。

(185) 西村信雄編『注釈民法(1)債権(2)』一五一頁（有斐閣・一九六五年）。

(186) 「法人保証論の整理と展望」金融法学会編『金融法研究』一七号八九頁（金融法学会・二〇〇一年）。

(187) 保証と無償否認に関しては、かつて大判昭和一一・八・一〇民集一五卷二〇号一六八〇頁でも争われた。

信用保証協会取引の法的再構成(一)(鶴井・平野)

九八

- (188) 岡正晶「結合企業・グループ企業による物上保証と無償否認」清水直編『企業再建の真髓』五七一頁(商事法務・二〇〇五年)。
- (189) 塩崎勤教授(元裁判官)は、基本的には最高裁・多数意見に賛成される(「同族会社の代表者が会社のためにした保証または担保の供与と破産法上の無償否認」金融法務事情一一八七号二〇頁。
- 同旨、石川明・小島武司「破産法」改訂版』一四九頁(小島武司)(青林書院・一九九三年)、加藤哲夫「破産法」新版』二四二頁(弘文堂・一九九八年)、石渡哲「無償否認」櫻井孝一編『演習ノート破産法(第四版)』一七七頁(法学書院・二〇〇五年)。
- (190) 家近正直「保証・担保の供与と無償否認」新堂幸司・霜島甲一・青山善充編『新倒産判例百選(別冊ジュリスト一〇六号)』八三頁。
- 同旨、田原睦夫「連帯保証と無償否認」金融・商事判例一〇六号一二〇頁。
- (191) 河野玄逸「弁護土業務から見た法人保証」金融法学会編『金融法研究・資料編』一六号一五四頁(金融法学会・二〇〇〇年)。
- (192) <金融法務スポーツ対談第四回>「救済融資の保証行為は常に無償否認の対象となるか」金融法務事情一二〇七号二二頁(上野隆司発言)。
- 同旨、松下淳一「保証・担保の供与と無償否認」青山善充・伊藤眞・松下淳一編『倒産判例百選(第四版)』(別冊ジュリスト一八四号)』六五頁。
- (193) 支持する見解として、法律実務家である田原睦夫「保証と破産法七二条五号にいう無償行為」金融法務事情一一八二号六頁や、北秀昭「同族会社における経営者の連帯保証と無償否認」最高裁平成八年三月二二日判決を踏まえて「銀行法務21第五三八号一八頁、佐藤正八「破産債権者を害する行為の否認」永石一郎・腰塚和男・須賀一也編『解説改正倒産法―新破産法制定をふまえて―』三三二頁(青林書院・二〇〇五年)が存在する。
- (194) 大阪高判昭和五八・三・三一金融・商事判例七八〇号一五頁。

- (195) 河野・前掲注(19)一五七頁。
- (196) 前掲・最二小判昭和六二・七・三のほか、最二小判昭和六二・七・一〇(オ)第七三五号事件)金融法務事情一一七号二五頁でも同様。
- (197) 東京高判平成四・六・二九金融法務事情一三四八号三四頁(最二小判平成八・三・二二金融法務事情一四八〇号五頁の原審)の傍論も、認定事実として主たる債務者会社の法人格を否認すべき事情は存在しないことを前提に、法人が融資を受ける際に実質的に個人営業と同視し得る事情があれば、法人の代表者が保証することは当該代表者にとっても経済的利益があり無償行為および無償行為と同視し得る有償行為ということとはできないと判示した。
- (198) アメリカでは、イギリスと同様、親会社には親会社の保有する子会社の株式を通して利益があるとの考えから、親会社の子会社に対する無償保証の場合でも否認権の対象とならないとしている(織田博子「アメリカ法における法人保証」金融法学会編『金融法研究』一七号六三頁(金融法学会・二〇〇一年)。
- (199) 北・前掲注(193)一四・一五頁参照。
- (200) ①名古屋地判昭和六〇・二・一五金融・商事判例七一七号三一頁
破産者が借財を他人に依頼しみずからは物上保証人となりその他人が借受けた金員の大半を破産者が更に借受けた事案に関し、破産者じしんにおいて担保を提供して金員を借受ける場合と実質において何ら異ならないと解し、物上保証との間に対価関係を認め無償否認を否定した。
- ②東京高判昭和三七・六・七東高民(東高判決)時報一三卷六号八二頁
連帯保証の契約締結の過程を通じて控訴会社から種々の協力・便宜を受け自己の所有財産を保全することを得たほか、直接間接に業務運営上利益を得た(新規取引の開設・手形割引上の便宜・原料購入の斡旋・デッドストックの買取りなど)ことを総合すれば、前記連帯保証債務負担に対し十分経済上の利益を受けたと認定し、無償否認を認めなかった。
- つまり、連帯保証を通じて保証人が主たる債務者から業務運営上利益を得ていたことを理由に、有償性を肯定した。

信用保証協会取引の法的再構成(一)(鶴井・平野)

一〇〇

- (201) 伊藤眞「保証又は担保の供与と破産法七二条五号という無償行為」判例評論三五三号五九頁(判例時報一二七三号二〇五頁)も、林藤之輔裁判官・反対意見を支持される。
- 小林秀之『新・破産から民法が見える―民法の盲点と破産法入門』二〇六・二〇七頁(日本評論社・二〇〇六年)や、中野貞一郎・道下徹編『基本法コンメンタール第二版・破産法』一一七頁(池田辰夫)(日本評論社・一九九九年)も、同様と思われる。
- (202) 「破産者のした保証・物上保証と無償否認」ジュリスト臨時増刊九一〇号(昭和六二年度重要判例解説)一四四頁。
- (203) 「破産者のなした保証と無償否認」金融法務事情一四二二号七六頁。
- (204) 『倒産法体系』三二六頁(勤草書房・一九九〇年)。
- (205) 河野玄逸弁護士とは、見解を異にすると思われる。
- 河野弁護士は、営利企業を主体とする法人保証については法人保証を事業継続というマクロ的な経営判断の側面から考察するときは、保証人企業の周到かつ合理的な利害得失計算に基づき実行される場合が通常であろうと思われる。
- しかし、保証人と保証債権者間の保証契約というミクロ的断面で判断するときは、宿命的に無償・片務の契約という民法上の伝統的評価から逃れることは必ずしも容易ではないように思われますと述べられている(「弁護士業務から見た法人保証」金融法学会編『金融法研究』一七号五一頁(金融法学会・二〇〇一年))。
- 河野弁護士がいうマクロ的見方は本稿の分析視角とも共通し、直後二の見解とも共通するものと思われる。
- なお、保証の片務性という伝統的評価に関しては、前節一冒頭参照。
- (206) 前掲・最二小判昭和六二・七・一〇(オ)第一二七八号事件)金融法務事情一一七四号二九頁でも同様。
- (207) 無償否認の根拠に関しヤウアーニヒ(Jaering)は、経済的な崩壊が差迫ったと推定されるときにみずからの債務を支払えない者は、鷹揚な贈り主として振舞ってはならないことを述べている(中西正「無償否認の根拠と限界」法と政治(関西学院大学)四一卷二・三号一六・一九頁)。中田淳一博士も、対価なしに出捐することは経済取引の常道では

ないのに、既にその財産状態が危うくなっている時期にかかる無償行為を敢えてする破産者はその誠実を疑うに十分と述べておられる(『破産法・和議法』一六三頁(有斐閣・一九五九年)。同旨、井上直三郎『破産法綱要 第一卷実体破産法』一五九頁(弘文堂・一九三〇年)。

中西正教授はこの無償否認の根拠を破産者の不誠実な振舞いに求める見解に対し、否認の必要性は説明できても、無償否認の相手方の不利な地位を十分に説明することは不可能とされる(前掲・三四頁)。

(208) ドイツのライヒ破産法の立法者見解(中西・前掲注(207)一三頁)。

ドイツの通説的見解でもあり(中西・前掲注(207)一四頁)、連邦通常裁判所の見解でもある(中西・前掲注(207)一五頁)。同旨、板木郁郎『否認権の実証的研究』二二二頁(文京堂・一九四三年)。

(209) 中田・前掲注(207)。

同旨、井上・前掲注(207)。

(210) 賛成、石川明「破産者のなした保証・担保の供与と破産法七二条五号にいう『無償行為』の範囲」銀行法務21第四〇九号一二頁。中田・前掲注(207)一六四頁。菊井維大「保証は破産法第七二条五号の無償行為か」民事法判例研究会編『判例民事法(二六) 昭和一一年度(復刊)』(有斐閣・一九五四年)。