

信用保証協会取引の法的再構成 (三)

——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——

鶴井俊吉
平野真由

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 (以上本誌第九卷第二号掲載)

第II編 保険的構成 (以上本誌第九卷第三号掲載)

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 (以上本号掲載)

第III編 与信委任的構成

第III編では、「与信委任的構成」に相応しいと思われる取引形態の「法的分析」をおこなう。第III編が対象とする信用保証協会取引の「法的分析」をおこなう前提として、分析対象である「与信委任的構成」に相応しいと思われ

信用保証協会取引の法的再構成 (三) (鶴井・平野)

二

る取引形態の「取引理念」を、信用保証協会取引の理想と対比して確認する。

以上が、第III編の考察の大枠(枠組み)である。

第一章 取引理念

——政策の推進

本稿では、信用保証協会取引の理想を損失最小化とした。このような信用保証協会の取引理想(損失最小化)を受けて、保険的構成の取引理念は収支相償とされた。

しかし、収支相償という取引理念じたいからも窺い知れるように、信用保証協会取引は信用保証協会の利益追求そのものが究極目的ではない。

信用保証協会の目的は、第一に中小零細事業者に対する金融支援であり(信用保証協会法一条参照)、第二に中小零細事業者の金融支援を通じたより広い意味での社会的支援(本稿の特色)ではないかと考えられる。このような信用保証協会の金融を通じた中小零細事業者および社会支援という存立意義からすれば、前述した収支相償という取引理念のほかに、「政策の推進」が取引理念として掲げられてよいと思われる。

政策推進の具体的な方向性は、現在既に実施されている中小零細事業者に対する「セーフティネット」と、今後の信用保証協会の役割を見据えたより広い社会的支援という観点から「SRI(社会的責任投資)」とが考えられる。後者のSRIに関しては、特に現在既に信用保証協会で実施されているという性質の取引ではないので、SRIじたいの一般論についても述べることにする。

第一節 セーフティネット

中小零細事業者は、一般的に資産が少なく環境変化に脆弱である。

一九九七年の日本では、前述のように北海道拓殖銀行や山一證券といった大手金融機関が経営破綻をした。このような金融機関の厳しい経営状況と、行政監督当局の厳しい経営状況にある金融機関に対するいわゆる早期是正措置制度の存在などの影響もあって、金融機関の貸渋りが生じた。こうした貸渋りなどの金融環境を受けて、翌一九九八年一〇月より、金融安定化特別保証制度が創設された。この金融安定化特別保証制度は、二〇〇一年三月末まで二年半ほど施行された。

金融安定化特別保証制度が終了する直前の二〇〇〇年秋には、信用保証協会保証の保証残元金に対して、信用保証協会が中小企業信用保険や地方公共団体からの損失填補を受けない信用保証協会みずからが負担する純粋リスク部分の八割の補填を別途受けられる経営安定関連保証⁽²⁵⁾(いわゆるセーフティネット保証)が創設された。たとえば、中小零細事業者の取引金融機関が破綻し当該中小零細事業者の事業資金調達に困難が生じているとき、中小零細事業者を経営安定関連保証(いわゆるセーフティネット保証)の対象と指定することによって、中小零細事業者の事業資金の供給を円滑にした。

このような金融などの経済環境変化に脆弱な中小零細事業者に対する時の経済政策に相応しい経営安定関連保証(いわゆるセーフティネット保証)⁽²⁶⁾は、現在では信用保証協会保証全体のなかで大きな役割を果たしている⁽²⁷⁾。

信用保証協会取引の法的再構成 (三) (鶴井・平野)

四

(325) このように信用保証協会の保証引受リスクを軽減させることによって、信用保証協会じたいの保証引受けの動機付けを高める政策的配慮がなされている。

なお、政策は、単なる「保護」政策（「救済」策）ではない（前編第一章第一節）。

(326) たとえば、原油価格の高騰により、製造業における加工費や運搬業者の燃料費、これらにより製造業の原材料費なども高まり、費用の増加を取引価格に転嫁せざるを得ず結果として前年同月比で一定割合以上売上高減少を招き事業資金繰りに困難を来たしている中小零細事業者を対象としたものなどが考えられる（具体的には、中小企業信用保険法二条三項五号による経済産業大臣の対象業種指定が考えられる）。

(327) セーフティネット保証は、日本の信用保証協会保証のルーツに合致する。

なぜならば、日本の信用保証協会保証のルーツは、前述のとおり中小零細事業者の金融円滑化という見地から、臨時応急的な性質を有するものとして始まったからである（前編第一章第三節I）。

第二節 SRI (Socially Responsible Investment : 社会的責任投資)

以下では、SRIの考え方を述べ、そのようなSRIという考え方の現実的な必要性と、許容性を順に論述する。

I SRIとは

社会的な責任を果たす企業を支持する投資をいう。⁽³²⁸⁾ 企業行動に影響を与え、良い社会を形成するための投資といわれている。⁽³²⁹⁾

つまり、この制度は、企業の社会的責任 (CSR: Corporate Social Responsibility) の推進に寄与するものである。

II 支援の必要性

このようないわば社会的責任企業に対する支援の必要性には、以下に述べるように、現実的な国家観の実現と、中小零細事業者への投資環境・仕組みの育成という二つの側面が存在するように思われる。

一 小さな政府による民への役割の期待

一八世紀後半・一九世紀は、前述したように自由国家（夜警国家）の時代であった。自由国家（夜警国家）の後、二〇世紀に入り福祉国家が要請された。しかし、肥大化した大きな行政府は一九八〇年代頃から財政赤字解消のために行財政改革をおこない始め、小さな政府への転換が求められるようになった。

小さな政府への移行は、民間のなかでも社会的な影響力の強い、特に企業に（対従業員・近隣住民・消費者・取引先などと接触）社会的な役割を担う期待がもたれ（CSR…企業の社会的責任）、そうした社会的な役割を担う企業・事業を支援する必要性が従前にも増して大きくなっていった。

二 株式投資先となり難い中小零細事業者への支援

中小零細事業者がすべて株式会社形態ではないし、そもそも中小零細事業者への投資の確立された安定した仕組みじたいが少なくとも現在の日本には存在しない、または僅少と思われる。仮に投資先に適すると思われる中小零細事業者を抽出できたとしても、その数や規模から投資として魅力的か、また継続的に中小零細事業者への投資の

信用保証協会取引の法的再構成 (三) (鶴井・平野)

六

仕組みじたいが機能し維持できるかは実際上困難であることも予想される。

そのような中小零細事業者に対する投資環境の困難な状況の下において、少なくとも支援の初期の段階においては公的な支援を施す必要性も存在する。公的支援を施すとした場合には、中小零細事業者に身近に信用補完事業をおこなってきた実績のある信用保証協会を活用することは一つの選択肢と考えられる。⁽³³⁾

III 支援の許容性

社会的責任企業支援の許容性は、以下に述べる投資収益性と社会意識や世界的潮流が考えられる。

一 収益性

一九九五年に「持続可能なための経済人会議」(WBCD: World Business Council For Sustainable Development)の委嘱を受けたスイスの大手銀行(UBS)とノルウェーの保険会社(ストアープランド社: Storebrand)を中心とした研究グループは、企業の社会的な正当性と株式利回りとの肯定的な因果関係を立証し、特にこのうちのスイスの大手銀行はかつて自社が設定したエコファンドの長期利回りがモーガン・スタンレー・キャピタル・インターナショナル(MSCI: Morgan Stanley Capital International)株式指数を恒常的に上回ったことを検証した旨を紹介している。⁽³⁴⁾

この企業の社会的な正当性と株式利回りとの肯定的な因果関係を考えてみると、社会の法令を守り社会から支持される活動をおこなう企業は、社会的な信頼も得てリスクの少ない発展性のある良き企業といえそうである。⁽³⁵⁾

二 社会意識と世界的潮流

1 社会意識

金儲け（収益重視）だけではなく、むしろ何か社会にとって良いことをしたいとの思いから投資に至る現象・動向がある。この人々の社会にとって良いことをしたいとの思いの風潮は、一九九九年に日興アセットマネジメントが環境問題に取り組む企業のみを組入れた「日興エコファンド」を設定し、注目されたと思われる。一九九九年の日興エコファンド後も、たとえば二〇〇〇年には朝日ライフアセットマネジメントが環境に加えて、消費者対応・雇用・市民社会貢献の四つの側面から企業評価をおこない運用対象を決める「あすのはね」を設定し、多くの社会貢献ファンドが存在する状況である。⁽³²⁾ 投資目的の多様化によって、単なる投資リターン（金利・利回り）よりも、むしろ投資家じしんの投資資産の使われ方（使途）を重要視して投資をおこなう風潮も社会的に一般化されるようになってきた。SRIの存在を知っている個人投資家における具体的投資ニーズによると、既に購入している、もしくは購入はしていないが関心があると回答した個人投資家は、日本七六・九％・アメリカ六九・〇％・イギリス六六・九％となっており、日本の投資家の関心がSRI先進国のアメリカあるいはイギリスよりも高いことが示されている。⁽³³⁾ 日本におけるSRIの認知度はまだまだ低いものの、日本ではSRIの発想や思想が理解され易いと思われる。

また、行政を考えても、たとえば環境に対する企業の対応に関し、行政が企業の社会的責任(CSR)を果たす方向性を援助・助長・促進するために、(α) 補助金交付や (β) 税制優遇や (γ) 借入金利補助などおこなう施策を実際に展開していることも知られている。中央省庁も、二〇〇二年の環境省による「金融業における環境配慮行動に関する調査研究報告書」の公表や、二〇〇三年の経済産業省の「企業の社会的責任と新たな資金の流れに関する

研究会」の立上げにみられるように、取組みが図られている。

2 世界的潮流

オランダでは、中央銀行と大蔵省が認定するグリーンプロジェクトに七〇%以上投資していると認定されたグリーンファンドを購入する場合には年間四五〇万円までが税額控除の対象となり、さらにグリーンファンドの投資の配当は非課税とする優遇措置が整えられている。⁽³³⁴⁾

また、二〇〇〇年にイギリスでは年金法改正により、運用受託者に投資銘柄の選定にあたっての環境面・社会面・倫理的側面の検討をどのようにおこない、また投資に付随する議決権などの権利の実行に関する方針について、投資基本方針書に記載する旨の情報開示義務が課せられた。⁽³³⁵⁾ イギリス年金法改正による情報開示義務により、二〇〇〇年の年金基金のうち金額ベースで七八%もがSRI方針を採用するに至った。⁽³³⁶⁾ 翌二〇〇一年には、ドイツでも年金法が先のイギリスと同様に情報開示義務を課すようになった。⁽³³⁷⁾ そして、同二〇〇一年にフランスでは会社法が改正され、上場企業を対象に、環境面・社会面の情報開示が義務付けられた。⁽³³⁸⁾ なお、二〇〇一年にはイギリスで世界初のCSR担当大臣が任命され、翌二〇〇二年にはフランスでCSR担当大臣が誕生した。⁽³³⁹⁾ SRIと密接なCSRに対するイギリスやフランスの積極的な国家的取組みが、極めてよく理解できる。

信用保証協会取引の今後のあるべき取引の姿・かたちとして「社会的責任投資(SRI)的取引」を考えた場合、信用保証協会が主導的に社会に有意義な事業やプロジェクトへ金融支援していくべきである。たとえば、身障者や子育て中の母親や高齢者の就業に積極的な企業、製造業における製造物じたいや製造過程における環境への適切な配慮がなされている企業などへの、より積極的な金融支援が考えられる。信用保証協会が主導的に社会に有意義な

事業やプロジェクトへ金融支援の役割を担うのは、金融支援の方式が主たる債務者への直接貸出しではなく、民間金融機関を活かすという意味において間接的な保証形態を使うべきとの考えからである。

- (328) 首藤恵「機関投資家のコーポレート・ガバナンスと社会的責任投資―英国の経験―」経済学論纂（中央大学）四三卷三・四号一七七頁。
- (329) Michael S. Knoll, *Ethical Screening in Modern Financial Markets: The Conflicting Claims Underlying Socially Responsible Investment*, 57 Bus. Law 681, 682.
- (330) 前述したように東京都が中小企業が発行する社債を証券化して投資家へ販売する際に(CBO)、信用補完のために公的保証機関である信用保証協会保証が実際上不可欠となった(前編第二章第二節II二)との発想と同様である。
- (331) 吉岡庸光「社会的責任投資への期待(上)」労働の科学五八巻四号三四・三五頁。
- (332) 藤田利之「認識されはじめたSRI(社会的責任投資)」月刊取締役の法務一〇三号四〇・四一頁。
- (333) 金井司「SRIと労働問題」季刊労働法二〇八号四〇頁。
- (334) 岸本幸子「社会的責任投資の動向と日本企業―部落解放研究一四八号一六頁。
- (335) 森祐司「アメリカ年金基金におけるETIと社会的スクリーン投資―年金資産運用における社会的責任投資の考察」証券経済研究四二号二三八頁。
- (336) 岸本・前掲注(334)。
- (337) 貞清栄子「社会的責任投資(SRI)の動向について」調査レポート(三井トラスト・ホールディングス)三九号一三頁。
- (338) 貞清・前掲注(337)。
- (339) 貞清・前掲注(337)。

第二章 取引形態

現在既に存在するセーフティネット保証と、今後を見据えて本稿が提案するSRI保証(仮称)とに分けてより具体的に論述するが、両者いずれも本稿が考える与信委任的構成が相応しいと思われる取引形態である。

第一節 セーフティネット保証

与信対象を漠然・抽象的とはいえ信用保証協会があらかじめ金融機関に明示して、あらかじめ明示された信用保証協会の意向(制度要件)⁽³⁴⁾に合致する中小零細事業者を信用保証協会へ保証依頼し、信用保証協会と保証契約を成立させ、信用保証協会と金融機関とが保証制度を維持・運営する共同体としての役割を果たしているというものである(なお、信用保証協会と金融機関との「共同体性」という理解は、与信委任的取引と信用創造型保証の対比場面でも活かされる)。

(34) たとえば、前述の原油価額の高騰による事業売上減少の例(前章第一節)のほか、非食用米穀の不正規流通による消費者不安から、米穀を原材料とする日本酒や煎餅類など関係業者の対前年同月比の一定割合以上の売上減少を保証の資格要件とすることなども考えられる(この場合も前述したとおり、中小企業信用保険法二条三項五号による経済産業大臣の対象業種指定が考えられる)。

(34) 本編で考察対象としている「与信委任的構成」では与信Ⅱ信用付与(貸付など)を信用保証協会が金融機関に委任する取引形態を念頭に置いているが、この「与信委任」と金融機関が信用保証協会におこなう「保証依頼」とを混同さ

れないよう注意を喚起したい。

第二節 SRI保証（仮称）

今後の信用保証協会取引の一つのかたちとして、信用保証協会が取引金融機関へ社会に有意義な事業やプロジェクトのモデルをあらかじめ掲げ、そのような社会に有意義な事業やプロジェクトに適う中小零細事業者の融資保証の依頼⁽³⁴²⁾を金融機関を通じておこなってもらい、信用保証協会が保証引受審査をおこなう—このような政策推進型の取引形態も公的保証機関取引として考えられる。

(342) 前掲注(341)参照。

第三章 法的分析

第III編が対象としている取引形態⁽³⁴³⁾を法的に分析すると、どのようなことがいえるのか。

「分析の視角・観点」を定めて、その分析の視角・観点をヒントに新たな（保証構成以外の）法的再構成を検討し、そうした新たな法的構成に関する不都合性を多角的に分析し、検討・分析に基づいた帰結を提示する。

第一節 分析の視角・観点

第III編が対象としている取引形態は、前述したように信用保証協会が主導的に保証対象事業者をあらかじめ漢

然・抽象的に掲げ（保証制度要件と呼ばれるものであり、保証の商品・制度毎に異なる）、信用保証協会が掲げた保証対象に適う中小零細事業者を金融機関が信用保証協会へ保証依頼⁽⁴⁾して、信用保証協会が保証引受審査をおこなうというものである。

I 取引の主導性

第III編が対象としている信用保証協会取引形態と保険的構成に相応しい信用保証協会取引形態との違いは、第III編が対象としている信用保証協会取引形態が政策目的の実現のために債権者である金融機関との関係において信用保証協会が取引上の起点（出発点）となって主導的役割を担うのに対し、保険的構成に相応しい信用保証協会取引形態では、信用保証協会との関係で被保険者の立場にたつ金融機関が、主たる債務者の債務不履行リスクのコントロール技術（リスクの予測技術とリスクの転嫁技術）を發揮して、信用保証協会とビジネス共同体として活動し信用保証協会取引上の起点（出発点）となって主導的な役割を果たしている。

つまり、信用保証協会取引上の起点（出発点）Ⅱ主導性が、第III編が対象としている取引形態と保険的構成に相応しい取引形態とではまったく異なる。この取引上の起点（出発点）Ⅱ主導性の違いを法律的にどのように反映させるかが、一つの視点・視角となり得るように考えられる。

II 共同体性

ただし、第III編が対象としている取引形態と保険的構成に相応しい取引形態との比較において、このような取引

上の起点（出発点）＝主導性の違いという差異だけに着目するだけではなく、逆に共通点と思われる、金融機関と信用保証協会とのいわば「ビジネス共同体」としての取引活動という視点・視角も重要ではないかと思われる（先取りすれば、第IV編の信用創造型保証との差異において重要である）。

(343) 前掲注(341) 参照。

(344) 前掲注(341) 参照。

第二節 与信委任的構成の是否

本稿の課題は、①債権者による信用保証協会保証付債権の譲渡により生じる新たな債権者と主たる債務者である中小零細事業者との問題（信用保証協会保証付債権の延滞が発生しているなど「問題債権」の場合には、中小零細事業者の金融取引先が融資機能を有しない整理回収機構などの債権回収会社となることにより、信用保証協会の追加保証による支援可能性が消滅することや、信用保証協会保証付債権が延滞未発生などの「正常債権」の場合には融資機能を有しない債権回収に特化した整理回収機構などの債権回収会社と金融取引をせざるを得なくなったことによる資金調達難や風評被害による事業機会の喪失など）と、②信用保証協会保証の契約締結後の金融機関の怠惰になりがちな債権管理回収問題⁽³⁴⁵⁾、に対する法的再構成による克服であった。

これら①②の課題に対して、本稿は当該保証契約したいからだけではなく、当該保証契約の保証対象となる基本契約や、当該保証契約の実際上の端緒となることが圧倒的に多い主たる債務者と保証人間で締結される保証委託

契約⁽⁴⁶⁾といった、保証契約関係全体から考察し、結論を導き出すべきではないかとの問題解決への視角や視点の仮説を提示した。

そのような問題解決への議論の流れのなかで、保険的構成が相応しいと思われる取引形態では、保険という制度や仕組み、スキーム全体を維持・発展させるための法的構成を考察したのであった。第III編が考察対象とする信用保証協会取引形態においても、前述したように当該の個別・具体的な取引だけに拘泥せず、取引関係全体からの問題解決への帰結を目指すこととする。

I 海外の法制

第III編が考察対象とする信用保証協会取引形態では、前述したように取引上の起点(出発点)Ⅱ主導性は信用保証協会(つまり、保証人)にある。

信用保証協会(つまり、保証人)を起点(出発点)として保証契約関係全体を眺め、信用保証協会の主導性によって広く保証契約関係が成立する様を構想すると、「保証と無償否認」という倒産法領域における島谷六郎裁判官の反対意見の発想や、実体法領域では以下に述べるフランス破毀院の裁判例(保証人の保証引受けが債権者の主たる債務者に対する信用供与の前提となっている)と、ローマ法制やドイツ法制が参考になると考えられる。

一 フランスの裁判例(破毀院一九七二年判決)⁽⁴⁷⁾

保証人の義務のコース(筆者注:原因)は債権者によって相関的に引受けられた義務の考慮、すなわち主たる債務

者への信用供与とされる。⁽³⁴⁸⁾保証人による債権者への保証債務の引受けと債権者から主たる債務者への信用供与とが、双務契約的な関係にあるという認識に立っている。⁽³⁴⁹⁾

二 ローマ法とドイツ法

1 ローマ法での保証原形の一つである「金額貸与委任」

ところで、ローマ法では今日の保証にあたるものが幾つかあった。⁽³⁵⁰⁾その一つに、債権者の担保保存義務⁽³⁵¹⁾(日本民法五〇四条、フランス民法二〇三七条、ドイツ民法七七四条)の起源となったローマ法の「金額貸与の委任」(mandatum pecuniae credendae: mandatum qualificatum)⁽³⁵²⁾がある。金額貸与委任は、無方式の誠意 (bonae fidei) 契約である。⁽³⁵³⁾

金額貸与委任は、委任者 (mandator) が受任者 (mandatorius) に対し第三者に一定額の金銭を貸与すべきことを委任するとともに、委任者は右第三者の金銭の返還を受任者に担保することを内容とする。したがって、実質上は委任者が保証人に、受任者が債権者に、右第三者が債務者にあたる。⁽³⁵⁴⁾委任者・受任者間の契約 (委任契約) と、受任者・第三者間の契約 (消費貸借および利息支払いの問答契約) は、別個のものである。⁽³⁵⁵⁾受任者は、まず最初に右第三者に請求しなければならない。なぜなら、委任者の義務は、右第三者の債務不履行によって現実に受任者の受けた損害を賠償することだからである。⁽³⁵⁶⁾金額貸与の委任は既に述べたように、誠意契約である。ゆえに、受任者である債権者は、委任者である保証人に対し委任者の利益を保存すべき義務を負う。⁽³⁵⁷⁾受任者が委任者に負う利益保存義務が、債権者の担保保存義務となる。

フランスのポティエは、金額貸与の委任者は右第三者の債務不履行によって生じた損害を賠償すべき義務を負い、

また受任者はその委任契約の履行(第三者への貸付)によって取得した訴権を委任者のために保存しかつ訴権を委任者に譲渡すべき債権契約を締結している。このような委任者と受任者との双務契約 (contrat des obligations reciproques) の下では、みずからの行為によって自己のものを失った受任者は委任者に対しその履行を請求し得ないとされ、担保保存義務を怠った受任者の請求に対しては、委任者は受任者が右の担保保存義務を怠ったためもはや受任者の負担している訴権譲渡の義務を履行できない旨を理由とする訴権譲渡の抗弁を提出し、訴権譲渡の抗弁によって受任者の請求に対抗できた。つまり、「ローマ法の金額貸与の責任においては、受任者(実質上の債権者)は委任者(実質上の保証人)が第三者(実質上の債務者)に対しておこなう求償を確保するために、自己(筆者注・受任者である債権者)が右第三者に対して有する担保を委任者のために保存する義務を負う」とされる。⁽³⁶⁷⁾ また、保証債務(筆者注・保証債務履行請求権)にあたるものが債権者⇨受任者の費用償還請求権であつて、受任者の費用償還請求権が金額貸与委任者の受領物引渡請求権と双務契約上の牽連関係に立つ。⁽³⁶⁸⁾

2 ドイツ法

(一) 信用委任 (Kreditauftrag)⁽³⁶⁹⁾

星野英一「中小漁業信用保証の法律的性格」『民法論集第二巻』二〇六・二〇七頁(有斐閣・一九七〇年)によれば、ドイツ民法には信用委任の制度が存在する(七七八条)。信用委任とは、受任者が委任者に対して受任者の名においてかつ受任者の計算において第三者に信用を与えるべきことを約する契約である。委任者受任者間の関係は委任契約であるが、委任契約の際委任者は受任者に対し受任者が第三者に供与した信用につき保証人として責を負う(ドイツ民法七七八条)。

信用委任は、ある者がみずから保証人になることを条件に金融機関が第三者に対し貸付けすることを委任する場合に用いられる制度であつて、参考とするに値するものである。⁽³⁶¹⁾

(二) 最終不足額支払保証（損失保証：Ausfallbürgschaft）

信用委任とは別に、ドイツの保証のなかには最終不足額支払保証（損失保証）が存在する。⁽³⁶²⁾ この最終不足額支払保証（損失保証）は、主たる債権の最終不足額（endgültiger Ausfall）についてのみ責任を負う。つまり、最終不足額支払保証人（損失保証人）は、債権者が相当な注意を払つて、主たる債務者のみならず担保をも含めた債権回収をおこなつたにもかかわらず主たる債務者から満足を受けることができない最終不足額についてのみ責任を負う。⁽³⁶³⁾ したがつて、債権者が不相当な注意を払つて主たる債務者のみならず担保をも含めた債権回収をおこなつた場合には、債権回収できなかつた金額を、最終不足額支払保証人（損失保証人）に請求できない。⁽³⁶⁴⁾ また、債権者は、最終不足額支払保証人（損失保証人）の利益を図るために満足を受けることができるあらゆる手段を尽くす義務がある。⁽³⁶⁵⁾ このような債権者が保証人に対して義務を負担する最終不足額支払保証（損失保証）は、ドイツにおいて公的機関による保証の法的な性格・性質を有するとされている。⁽³⁶⁶⁾

しかし、債権者が保証人に義務を負担するのは特殊といえる。なぜなら、保証は一般的に保証人が債権者に対して一方的義務を負担する契約だからである。⁽³⁶⁷⁾ しかし、債権者が保証人に義務負担を引受ければ、合意どおりの義務が発生する。⁽³⁶⁸⁾ 債権者の保証人に対する義務違反は、保証人の（筆者注：求償債務者に対する求償権に関する）積極的債権侵害に基づき、債権者に対する損害賠償請求権を根拠付ける。この保証人の債権者に対する損害賠償請求権は、（筆者注：債権者の保証人に対する保証債務履行請求権との相殺により）保証債務の減少または消滅になるという。⁽³⁶⁹⁾

信用保証協会取引の法的再構成 (三) (鶴井・平野)

一八

なお、最終不足額支払保証人（損失保証人）は、通常保証人に対して償還義務（Ausgleichspflicht）を負わない⁽¹⁷⁾。しかし、逆に通常保証人は、最終不足額支払保証人（損失保証人）に対して償還義務を負う⁽¹⁸⁾。

ドイツの公的保証では、このように最終不足額支払保証により原債権者の公的保証機関以外に対する債権回収が徹底されており、本稿が解決課題としている原債権者による主たる債務者らに対する怠惰な債権管理回収の問題は生じない。つまり、ドイツの公的保証では、本稿が先に紹介した（与信）委任という構成から、原債権者による主たる債務者らに対する怠惰な債権管理回収の問題を解決しようとはしなかった⁽¹⁹⁾。したがって、本稿が先に紹介した（与信）委任という構成から原債権者による主たる債務者らに対する怠惰な債権管理回収の問題を解決しようとするならば、ドイツ法以外の別の法域が参考とされるべきことになる。

II 日本の学説状況

ところで、信用保証協会取引の法的性質論に関する日本の学説で（与信）委任契約とする立場は意外に多い⁽²⁰⁾。しかも、信用保証協会取引における（与信）委任契約説を採る者は、金融取引法を専門の一つとする者であったり（たとえば、山田誠一教授・林良平博士・安永正昭教授・星野英一博士）、保証法領域でも精力的に研究される者たち（たとえば、平野裕之教授・寺田正春教授）である。以下、信用保証協会取引における（与信）委任契約説の見解を引用し、（与信）委任契約説の論者の見解を踏まえて簡単に小括する。

なお、信用保証協会取引における（与信）委任契約説が学説のなかであまり脚光を浴びていないと思われる理由は、（与信）委任契約説を論じる者も（与信）委任契約説に接する者も、ほとんどが議論の前提をなす信用保証協会取引の

現実・実態を理念的・理想的な虚構を基に理解し捉えている点も少なからず影響しているのではないか（現実との乖離）と思われる。実務上からみる疑問の根拠たり得ると思われる一例を、後掲の山田誠一教授の見解のなかでの信用保証協会取引の実態・現実認識に対する筆者らの注釈として述べておくこととする。

一 山田誠一教授の見解

信用保証協会が金融機関に一定の中小企業者に信用を供与する旨を委託し、金融機関が一定の中小企業者に信用を供与する旨を承諾する取引として信用保証協会保証を把握することができる。金融機関の中小企業者に対する融資は委任契約に基づく事務処理としておこなわれる。

中小企業者が金融機関に借入金を返済することができると、この委任契約によって生じた法律関係は終了する⁽³⁷⁴⁾。しかし、「現在の信用保証協会保証取引の実際を見てみますと……取引全体の少くない部分について信用調査および担保管理は金融機関でおこなわれております」。「多くの場合において既に金融機関と中小企業者とが融資の交渉を開始しまさにその融資を成立させるための信用補完として初めて信用保証協会が取引に登場するという取引の現状⁽³⁷⁵⁾を考慮に入れますと、信用供与の委託という契約を当てはめることが果して適当であるかという疑問が生じてきます。したがって信用供与の委託とは理念的に構成される信用保証協会保証のための一つの可能性であるにとどまり、現実の信用保証協会保証取引を前提とするならば民法上の保証という法形式を放棄する必要まではないように思われます⁽³⁷⁶⁾」と述べている⁽³⁷⁷⁾。

また、山田誠一教授の総論的な立場を確認した後に各論を確認すると、以下のように述べられている⁽³⁷⁸⁾。

信用保証協会取引の法的再構成 (三) (鶴井・平野)

信用保証協会取引の法的再構成 (三) (鶴井・平野)

二〇

1 受任者の委任者に対する債務履行請求

中小企業者から金融機関が返済を受けられないと、その中小企業者から回収できなかった金銭を損害とし民法六五〇条三項に基づいて委任者である信用保証協会が損害賠償を金融機関におこなうこととなる。その賠償の支払いが、現行の信用保証協会保証取引における代位弁済にあたる。

2 委任者による受任者に対する移転請求

この損害賠償の支払い（民法六五〇条三項）の結果、民法四二二条による賠償者代位あるいは六四六条二項による受任者の権利移転義務に基づく債権譲渡を根拠として、融資債権が金融機関から信用保証協会に移転すると解することができる。

これが弁済による代位であり、融資債権を担保とする人的担保および物的担保は融資債権とともにその随伴性ゆえに信用保証協会に移転する。

3 受任者の委任者に対する注意義務

このように考えると、金融機関が信用保証協会に対して負う注意義務は、受任者の委任者に対する善管注意義務として位置付けられることとなる。

二 林良平博士の見解

林良平博士は山田誠一教授と同様の見解に立たれ、次のように述べておられる。

「信用保証協会こそが中小企業者に信用を供与しているのであり、金融機関はその信用保証協会がおこなう信用供

与を最終的な危険を負担することなく一定期間代行するものと理解することも可能になる。これが信用保証協会保証を保証という法形式を用いた信用供与と呼ぶ理由」とし、「以上のような視点から債権者である金融機関と保証人である信用保証協会との関係を考えるならば、保証契約は形式でありその実質は保証人から債権者に対して融資契約を締結し融資を実行することを委託する委任契約として理解することが可能となる⁽³¹⁹⁾」。

なお、林良平博士は、安永正昭教授の債権者肩代わり予定付保証説(金融供与説)―星野英一博士のつなぎ融資説と同様に分類される―を、自己と同様の見解とされているようである⁽³²⁰⁾。

林良平博士の総論的な立場を確認した後各論を確認すると、以下のように述べられている。

1 受任者の委任者に対する債務履行請求

金融機関が信用保証協会との間の与信委任契約に基づいて中小企業者に対して貸付けた金銭は「受任者が委任事務を処理するに必要と認むべき費用」(民法六五〇条)として考えることも可能であり、そうであれば貸付金の支払いが費用の支出にあたり、中小企業者に対する融資の弁済期が到来しなくとも金融機関から信用保証協会に対して償還を請求することになる。

しかし、与信委任契約における委託の内容が金融機関が自己の資金を用いて中小企業者に対して弁済期まで貸付けることであるならば貸付金の支払い済は費用の支出にあらず、その弁済期に返済されなかったときに返済されなかった部分が「受任者が委任事務を処理するに必要と認むべき費用」と考えることができるのではないだろうか。そうであれば、形式的には保証債務の履行としての保証人から債権者への金銭の支払いが、その実質は与信委任契約に基づく費用の償還として捉えられることができることになる⁽³²¹⁾。

2 委任者による受任者に対する移転請求

金融機関と信用保証協会との関係の実質を与信委任と考えたと、信用保証協会から金融機関に対しておこなわれる代位弁済は費用の償還であり、その費用の償還にともない金融機関から信用保証協会に貸付金債権が移転すると考えることになる。

民法六四六条に基づく受任者から委任者への引渡しとしての債権譲渡(民法四六六条参照)による移転であると考
え、弁済による代位(民法五〇〇条参照)は生じないと考えるべきであろう。⁽³⁸⁷⁾

3 受任者の委任者に対する注意義務

また、信用保証協会と金融機関との間に実質的には与信委任契約があると考えられるならば、受任者である金融機関は委任事務である融資と融資の回収を「委任の本旨に従い善良なる管理者の注意を以て」処理する義務を負う(民法六四四条)ことになる。この点は保証契約の債権者の義務についての視点を提供している⁽³⁸⁸⁾とされる。

三 平野裕之教授の見解

「保証契約では……保証人が保証をして、債権者が主たる債務者と取引をしてくれるように主たる債務者を支援するという構造的な特殊性がある。みずから直ちに融資するわけではなく、いわば返還資金についての停止条件付融資のような構造になる⁽³⁸⁹⁾」との論述も、安永正昭教授の債権者肩代わり予定付保証説(金融供与説)や星野英一博士のつなぎ融資説と同様と思われる。

平野裕之教授が別稿で保証について「未必的・停止条件付の代位弁済による実質融資(消費貸借)」と述べられて

いるのも、軌を一にする。⁽³⁸⁵⁾

四 寺田正春教授の見解

信用保証協会保証の「法的性質論に関しては、鈴木正和氏が信用委任説を提案されておられる」。私も信用保証協会と金融機関との間の法律関係については保証理論だけに収束させず保証理論に合わせ、委任理論の視点を導入した検討が試みられてもよいのではないかと感じた⁽³⁸⁶⁾、と述べている。

鈴木正和氏が信用保証協会と信用保証協会以外保証人とは共同保証関係に立たないことの根拠付けとして、信用保証協会と金融機関との関係（信用保証協会保証の法的性質）を信用委任とみる見解を発表されている⁽³⁸⁷⁾。

信用委任説によると信用保証協会の保証は、信用保証協会（委任者）が金融機関（受任者・債権者）に対し金融機関の名においてかつ金融機関の計算によって中小企業者等（第三者・債務者）に信用を供与すべきこと（融資）を委託する契約である。すなわち信用保証協会保証は、金融機関との単なる保証契約ではなく、第三者のためにする信用供与の委任契約であるとみる。信用受任者は、信用供与に際しまた解約告知に際しあるいはまた信用債権の取立てのほか信用供与に必然的に随伴する凡ての場合において、注意義務（Diligenzpflicht）を負担するのであり、この注意義務が民法六四四条の受任者の善管注意義務の類推適用から導かれると解すべきことは既に一九三四年に中川博士の主張されたところであるとされる⁽³⁸⁸⁾とされる⁽³⁸⁹⁾。

五 小 括

与信委任の構成は、⁽³⁰⁾保証債務履行確実な公的機関保証に基本的には限定される理論であると考ええる。保証債務履行確実な公的機関保証に基本的に与信委任的構成が限定される理由は、受任者である債権者の立場からして、保証債務履行確実な保証人からの保証でなければ、当該保証を契機として主たる債務者への貸出しなどの与信がなされるという構図ではないからである。

したがって、本稿がいう与信委任的構成は、保証一般において適用可能な理論ではないと考えられる。平野裕之教授が与信委任的構成があたかもすべての保証取引類型に妥当するかのよう説示されることについては、疑問がある。

(345) 具体的には、金融機関が信用保証協会付債権が回収確実であるがゆえに(第I編第一章第一節I)当該債権の管理・回収に消極的・受動的となることの例として、(i)信用保証協会との共同保証人等に対する債権管理・回収に関する怠惰であったり、(ii)非信用保証協会付債権との利益競合・相反時に、信用保証協会付債権の管理・回収を劣後させる(怠惰である)ことが挙げられる。

(346) 前述のように、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いる(第I編第一章第一節II)。

(347) Cass. com. 8 nov. 1972, Bull. civ. IV, n° 278. 山下純司・前掲注(160) 八八頁による。

(348) 山下純司・前掲注(160) 八八頁。

(349) 山下純司・前掲注(160) 八九頁。

(350) 船田亨二『ローマ法第三卷(改版)』六四〇・六四一頁(岩波書店・一九七〇年)。

- (351) 本稿でも債権者の担保保存義務について、簡単に述べた(第I編第二章第三節I-1(二))。
- (352) 船田・前掲注(350)六五九頁。
- (353) 船田・前掲注(350)六五九頁。
- (354) 船田・前掲注(350)六五九・六六〇頁。
- (355) 船田・前掲注(350)六六〇頁。
後掲の林良平博士の見解と合致する(II-21)。
- (356) 船田・前掲注(350)六五九頁。
- (357) 金融機関に対する信用保証協会の求償権実質確保の要請は、一般保証に比較して高いと考えられる。
理由は、①信用保証協会の債務履行の確実性(第I編第一章第一節I)と、②信用保証協会の債務履行後に取得する求償権行使の厳格性(第I編第一章第二節I-21、および第I編第二章第四節I-2)による。
- (358) 寺田正春「弁済者代位制度論序説(二)―保証人と連帯債務者の代位を中心として―」法学雑誌(大阪市立大学)二〇〇〇年四八頁。
- (359) 福田誠治「一九世紀フランス法における連帯債務と保証(1)」北大法学論集四七巻五号二三三頁。
- (360) 苑书涛「信用委任研究」重庆广播电视大学学报第一六巻第三期三三頁以下では、信用委任制度はドイツのほかに、スイスやイタリア、中国の台湾・マカオにも存在すると述べられている(同旨、朱凡「人的担保基本制度研究」二二〇頁以下(中国檢察出版社・二〇〇六年))。
- あたかも中国「本土」に信用委任法制が存在するかのような発言もあるが(座談会「貸金保全・回収の法律実務」金融法務事情四三三三頁三四頁(鈴木正和発言)、二〇〇八年七月一〇日に一橋大学大学院法学研究科において一橋大学と学術交流協定を締結している中国人民大学法学院の王利明院長(民法を講師とした国際交流セミナーが催され(<http://news1.ruc.edu.cn/102449/102450/102497/5174.htm>))、平野真由がセミナー終了後に王利明院長に直接確認したところ(楊東講師・通訳)、中国「本土」に信用委任法制は存在しないとのことであった。

- (361) ドイツの信用委任法制を紹介するものとして、中川一郎「信用委任―信用媒介を目的とする保証契約(一)―」(三・完)法学新報四四卷一〇号・一一号・一二号。
- (362) 鶴井・前掲注(115)。

本稿ではドイツの最終不足額支払保証(損失保証)を直接的・中心的な検討対象としてはいないが、ドイツの最終不足額支払保証(損失保証)が有する法的機能を参考に、ドイツの最終不足額支払保証(損失保証)が有する法的機能を「保証法」の領域外から法的再構成(法律関係性質決定→法性決定)することにより導き出そうとするものである。

- (363) BGH MDR 1972, 411; BB 1978, 1688 = WM 1978, 1267; WM 1989, 559 = NJW 1989, 1484, 1485; WM 1992, 1444, 1445. 以上は、椿久美子・前掲注(115)資料編二二二、二三〇、二四五頁による。この椿久美子論文は、椿寿夫・伊藤進編『法人保証の研究』「外国の法人保証(4)―ドイツ法における法人保証」二五二頁以下(有斐閣・二〇〇五年)でも接することができる。

なお、ここで述べる「担保」の意味を物的担保のみならず、人的担保をも含む意味とするならば(文脈からして、おそらくそうであろう)、保証債務の補充性の「人的拡張」(通常は補充性の対象は主たる債務者のみ)を意味する(第一編第二章第三節I-1(4)参照)。

- (364) 前述のBB 1978, 1688のほか、BGH WM 1958, 218f; RGZ 87, 327f. 椿久美子・前掲注(115)資料編二二二、二三〇頁による。

- (365) BGB BB 1961, 383, 椿久美子・前掲注(115)資料編二二二、二三〇頁による。

保証付債権の管理・回収に対する債権者の積極的・能動的な人格態度・応対として、保証債務の補充性の「充実」を意味する(第一編第二章第三節I-2(三)参照)。

- (366) 椿久美子・前掲注(115)資料編二二四、二四五頁。

ドイツの最終不足額支払保証(損失保証)の補充性の人的拡張および補充性の充実(あわせて拡充→強化)という基本方向は、本稿も同じである。

しかし、補充性の種類を本稿は催告の抗弁権のみに基本的に限定する。本稿が検索の抗弁権を適用外とするのは、公的保証機関取引の利便性確保という実務的要請から修正して考えるべきであると思われるからである（第I編第二章第二節I—1）。

(367) Horn, a. a. O. (Fn. 115), § 765, 13. Aufl., 1997, Rn. 117. 椿久美子・前掲注(115) 資料編二二三、二三〇頁による。第I編第三章第三節I—冒頭でも述べた。

(368) BGH WM 1967, 366. 椿久美子・前掲注(115) 資料編二二三、二三〇頁による。

つまり、債権者と保証人との間に債権者が保証人に対して保証付債権の管理回収に関する特別な義務を負担する「合意」が存在すれば、当事者間の合意とおりの義務が当然に発生すると理解できる。このような発想は、後述の一九九四年カナダ最高裁判所の見解でもみられる（第四節II三二）。

(369) Horn, a. a. O. (Fn. 115), § 765, 1997, Rn. 124. 椿久美子・前掲注(115) 資料編二二三、二三〇頁による。

(370) 前述した BB 1978, 1688 = BGH NJW 1979, 646. 椿久美子・前掲注(115) 資料編二二四、二二二頁による。

(371) 椿久美子・前掲注(115) 資料編二二四頁による。

(372) 言い換えるなら、原債権者による主たる債務者らに対する怠惰な債権管理回収の問題を、ドイツでは最終不足額支払保証（損失保証）という「保証」領域内で解決している。

しかし、本稿の立場は、保証領域内での問題解決は困難であるとして、保証領域外である「保険」（前編）や「与信委任」（本編）と取引の法律関係を性質決定する法的再構成をおこなうことによる問題解決を志向する。

(373) 本稿でも、簡単に前述した（第I編第二章第二節II—2(三)）。

(374) 「信用保証協会保証の法的性格」シンポジウム『金融変革期における信用保証協会保証』金融法研究八号三八頁。

なお、本稿の見解が山田誠一教授の見解も含めほかの見解と異なるのは、信用保証協会の金融機関に対する与信委任の時点を通稿の見解では委任者が受任者に与信対象を条件付で漠然・抽象的に掲げた時点としている点である。

(375) 現在ではIT（情報技術）の発達により、信用金庫・信用組合などといった身近な金融機関の取引営業でさえ、既

信用保証協会取引の法的再構成 (三) (鶴井・平野)

二八

存の顧客情報の的確な整理・分類に基づいた組織的で系統だった営業を展開しており、既に営業の契機はこのような金融機関の内部データに基づいていわばピン・ポイントで当初より、たとえば信用保証協会保証付のこの取引というような営業対象先を事前に絞込んだかたちで直線的な営業が展開されることが主流である。

具体的には、ある金融機関が信用保証協会保証付取引をおこなおうとするとき、取引の契機は当該金融機関の営業本部(本店)より既に金融機関組織として、いわば売りたい信用保証協会保証付取引商品に関し信用保証協会が設定した当該信用保証協会保証制度の要件に合致する顧客リストを情報処理して作成し営業店(支店)へ送付し、この顧客リストが送付された営業店(支店)はその顧客リストを機械的にローラー式にいわば潰し、そのピン・ポイント営業の過程で信用保証協会保証付取引が成立している場合がほとんどである。

信用保証協会取引形態の多くは現在では保険的取引により金融機関主導でなされているが(前編第二章第二節Ⅰ)、ほかの多くは本編で述べている信用保証協会主導の金融機関との共同体的な取引であり(第一節Ⅰ)、中小零細事業者から金融機関に融資申込みをおこなった際には、金融機関が信用保証協会付融資が相応しいと考えれば、前編の保険的保証か、本編の与信委任的取引かのいずれかを選択して信用保証協会へ保証依頼することとなる(序論Ⅱの【図Ⅰ】参照)。

(376) 山田・前掲注(374)三九頁。

(377) 信用保証協会取引の法的性質に関する山田誠一教授の見解は、保証説でありながら「実質与信委任説」ともいうべきものである。

(378) 山田・前掲注(374)。

(379) 信用保証協会取引の法的性質に関する林良平博士の見解も、山田誠一教授と同様、保証説でありながら「実質与信委任説」ともいうべきものである。

(380) 「総論」金融法研究・資料編(7)八七頁。

(381) 林・前掲注(380)八六頁、社団法人全国信用保証協会連合会『信用保証協会基本問題委託研究報告書(その二)金融変革期における信用保証協会のあり方に関する研究報告』。

- (382) 林・前掲注(380)。
 (383) 林・前掲注(380)。
 (384) 『保証人保護の判例総合解説』八頁(信山社・二〇〇四年)。
 (385) 「根保証契約における保証人の死亡―相続性の問題から根保証の確定の問題へ―」法律論叢七三卷四・五号一三三、一二九頁。
 (386) 「協会保証責任の減免と信用供与委任」手形研究三二七号六頁。
 (387) 鈴木正和発言・前掲注(360)。
 なお、与信委任の構成からは、鈴木正和氏が発表されているように、信用保証協会と信用保証協会以外保証人とは共同保証関係に立たないが、本稿では共同保証という名称・呼称を使用して両者の関係を説明している。
 (388) 中川・前掲注(361)四四卷一二号一〇一頁。
 (389) 寺田・前掲注(386)七頁。
 寺田正春教授および鈴木正和氏という信用委任は本編でいう「与信委任」であつて、ドイツ民法の信用委任とは異なる。つまり、寺田正春教授および鈴木正和氏という信用委任は、原債権者である金融機関からみて、信用保証協会保証と同様に、債務保証人や物上保証人の立場による者と信用保証協会と共同保証などの関係に立たない優劣関係にあるとする(ドイツ法的にいえば、むしろ最終不足額支払保証(損失保証)の効力に近い)。
 (390) 本編で検討している信用保証協会取引形態の法律的性質が与信委任ではなく与信委任的なのは、当初から信用保証協会が金融機関に特定の中小零細事業者を具体的に指名して与信(信用)を委任するのではなく、信用保証協会が金融機関にあらかじめ漠然・抽象的に掲げた要件に合致する中小零細事業者を信用保証協会の審査のうえ債務履行を引受け金融機関に最終的・確定的に与信委任するものであり、信用保証協会の金融機関に対する与信委任の過程が直接的ではないからである。

本編で検討している与信委任的取引は、公的信用補充制度の背後に存在する「国益に適う政策推進」(第一章)のため

の形態である。

第三節 善管注意義務だけでの不都合性

「民法上の保証構成による不都合」で述べた、「信用保証協会保証付債権の譲渡による法的帰趨」と「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」の各問題点が、与信委任的構成に基づく善管注意義務を適用することによって克服できないかを検討する。

I 信用保証協会保証付債権の譲渡による法的帰趨

信用保証協会保証付債権が融資機能を有しない債権回収に特化したいわゆるサービサー会社などに売却されることにより、当該信用保証協会保証付債権の債務者である中小零細事業者は再建機会を喪失したり、資金調達難や取引機会喪失などの不利益を被る虞れがある。

信用保証協会取引に関して裁判例・通説的見解である保証構成を採れば、被保証債権の譲渡により、保証債権も随伴する。つまり、信用保証協会取引に関する保証構成では、被保証債権の譲渡は債権者である金融機関の自由な処分委ねられることになる。

このような被保証債権の自由な譲渡が債権者によっておこなわれることを原則として無制限・無制約に許容する保証構成に対し、信用保証協会取引に関して与信委任的構成を採れば、債権者である与信受任者の変更ということとなる。与信受任者の変更は通説に拠れば原則としておこなえず、例外的には委任者の許諾または受任者に止むを

得ない事由が存在する場合だけである（民法一〇四条の複代理規定の類推適用³⁹¹）。その理由は、委任契約当事者間では個別・具体的な信頼関係が存在し、その委任契約当事者間の信頼関係を尊重するべきであるからと考えられる（つまり、委任契約当事者間の変更を制限・制約する）。このような受任者変更に関する通説的見解に拠れば、金融機関が容易にみずからの判断だけで信用保証協会付債権を売却することは困難となる。

II 杜撰になりがちな債権管理回収

「杜撰になりがちな債権管理回収」という問題は、具体的に突詰めると次の二つの内容に還元できるであろう。つまり、「債権者による信用保証協会と共同保証人等に対する劣後回収・保全」の問題と、「信用保証協会保証付債権と信用保証協会保証付債権ではない債権の競合処理」の問題である。以下、順に検討をおこなう。

一 債権者による信用保証協会と共同保証人等に対する劣後回収・保全

債権者による信用保証協会と共同保証人等に対する劣後回収・保全は、信用保証協会と信用保証協会との共同保証人などに主たる債務者の負担する債務の弁済に関する特約（信用保証委託契約書例では、一二条四項）があるにせよ、信用保証協会と共同保証の関係などに立つ者との当事者間特約の効力が当事者以外である債権者である金融機関に及ぼされるわけではない。金融機関としては、信用保証協会と共同保証などの関係に立つ者と同様に扱うか、より突詰めるならば債権者である金融機関の債権回収の容易性から、信用保証協会・中小零細事業者・信用保証協

会と共同保証関係などに立つ当該中小零細事業者の代表者個人などいづれかから債権回収をおこなうこととなる(保証構成による問題点)。

しかし、金融機関と信用保証協会との法的関係を与信委任の関係と捉えれば、金融機関は本来的与信者である信用保証協会と信用保証協会と共同保証などの関係に立つ者とをみた場合に、後者の信用保証協会と共同保証の関係に立つ者から優先的に債権回収・保全し(そのように理解することが、受任者の委任者の本旨に従った委任事務処理義務(民法六四四条)である)受任者の委任者の利益擁護に関する積極的・能動的な忠実義務の一側面ともいえる)、さらに信用保証協会と共同保証関係に立つ者以外(たとえば、主たる債務者の物上保証人など)からの債権回収分を差引いた回収不能分が、受任者の委任事務を処理するのに必要と認められる債務負担として委任者への請求が可能と思われる(民法六五〇条⁽³⁹⁾)。

二 信用保証協会保証付債権と保証付債権ではない債権の競合処理

1 委任者利益の積極的・能動的擁護性

債権者である金融機関と信用保証協会との関係で、たとえば信用保証協会保証付債権と保証付債権ではない債権が競合している場合に金融機関が保証付債権でない債権を金融機関が優先保全・回収したとき、金融機関にとって自己の利益を合理的に図るというだけであって、当該金融機関と信用保証協会との間に特約がなければ、信用保証協会と金融機関との取引の法律的な性質・実質を与信委任契約と理解したうえで与信委任契約に基づく受任者の善管注意義務(民法六四四条)違反にはならないと思われる。

信用保証協会と金融機関との約定書一一号三号では、金融機関の故意または重過失により金融機関が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。前述のように無償委任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から、無償委任に基づき善管注意義務が軽減される考え方の実務的取扱いは帰結であると金融機関から主張されることも多い。

金融機関と信用保証協会との約定書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」保証付債権の取立てをなすとしているが(約定書例九条三項)、信用保証協会という債権回収上何の懸念もない超優良保証人が付いていればその超優良保証人(担保)から優先的に回収することも合理性があると金融機関から強く主張されている。

しかし、金融機関は主たる債務者から債権管理・回収コストを計算・転嫁した金利収入を取得しているので、金融機関は有償的受任(有償的受託)をしていると考えることも可能である。金融機関と信用保証協会との法的関係は、有償委任(有償委託)と理解できる。ただし、第III編で検討している信用保証協会取引を有償的委任(有償的委託)と理解したとしても、受任者の委任者に対する注意義務が高く要求されるだけで、受任者の委任者に対する本質的な債権管理回収義務の内容が変わるわけではない(たとえば、債務者等からの弁済金を受領することや、債務者破産による破産債権届出を破産裁判所の破産債権届出催告に基づき提出することなど)。

つまり、善管注意義務は、相手方に対して積極的・能動的に相手方の権利・利益を絶対的に守らなければならないところまで要求しているわけではなく、むしろ消極的・受動的に既存の管理財産の劣化防止に努めることで足りると考えられる。

2 全人格的誠実態度・応対

与信委任における善管注意義務は、注意義務違反という一定の基準超過が要件となる。

善管注意義務につき義務者である債権者に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、困難と思われる。

3 事前・予防規制

善管注意義務違反は、損害の具体的発生により現実化する。したがって、善管注意義務は事後・処理的である。事後・処理的な善管注意義務については、事前・予防的規制が問題となる。

(391) たとえば、我妻・前掲注(87)六七四頁、星野英一『民法概論IV(契約)』二八四頁(良書普及会・一九八六年)、広中俊雄『債権各論講義(第六版)』二八〇頁(有斐閣・一九九四年)、鈴木祿弥『債権法講義・三訂版』六四八頁(創文社・一九九五年)、内田貴『民法II債権各論』二七二頁(東京大学出版会・一九九七年)など。

(392) 還元前の信義則論による処理の問題点の摘示の仕方として、①違反には帰責性が要求され、有責とまではいえない人格態度を問うことができないこと、および②適用範囲が契約当事者に限られ、全体的な仕組みや制度・スキームじたいを保護する機能がないこと、さらに③事後解決ではない事前予防的手段とし難いことという三点を挙げた(第I編第二章第三節I-2(三))。

②の個別・具体的な契約の目的となる仕組みやスキームや制度全体を尊重・保護する発想・志向も重要と考えるが(まとめと展望II二参照)、①③の債権者の保証人に対する積極的・能動的な保証人の利益擁護は「債権者の信用保証協会との共同保証人等らに対する劣後回収・保全」の問題(保証債務の補充性の「人的拡張」の問題)と「信用保証協会保証付債権と信用保証協会保証付債権ではない債権の競合処理」の問題(保証債務の補充性の「充実」の問題)と言い換え

ることが可能と思われる（保証債務の補充性の「拡充」＝「強化」の問題）。本稿が検討する核心的・中心的問題である。⁽³⁹³⁾ただし、星野英一博士は、前述のように与信委任説と同様のつなぎ融資説を採りながら（前節II二参照）、金融機関に公的保証機関と共同保証関係に立つ者などへの催告義務を否定される（第I編第二章第二節I-2（一））。推測するに、星野英一博士は、公的保証機関利用の便を実際の理由から尊重し、与信受任者である債権者の義務を軽減したものと考えられる。

(394) 我妻・前掲注（87）。

(395) 前掲注（88）。

第四節 期待権による処理か、忠実義務による処理か

ところで、債権管理回収は債務者の状況によりその事務処理は変化する。債務者の状況変化を、あらかじめすべて想定することは困難である。したがって、債権者の債権管理回収に関する義務をあらかじめ個別・具体的に特定することも難しいであろう。債権者の債権管理回収に関する義務は、その債権管理回収に関する義務者である債権者が最善の手段選択で積極的・能動的にさらには誠実に全人格的に実施する義務を負担する法律構成が模索されるべきであると思われる。

債権管理回収を最善の手段選択で積極的・能動的にさらには誠実に全人格的に実施する義務を負担する法律構成としては、「期待権論」と「忠実義務論」が考えられる。

I 期待権侵害論での不都合性

期待権侵害とは何かを検討し、期待権侵害の適用領域はどこまでかを知り、信用保証協会取引にも適用可能かを検討する。

そうした期待権侵害の一般論を前提に、善管注意義務に対する優越点を考えるとともに、逆に期待権侵害論適用上の問題点を探ることとする。

一 期待権侵害論一般

1 一般的適用領域——専門家責任領域

受任者の委任者に対する十分・適切な委任事務処理をしてもらえるという期待権の考え方は、医事訴訟の領域で有名である。

この期待権侵害の考え方は弁護士過誤の領域などでも、適用されている。すなわち、受任弁護士が期待どおりの事務処理をしてくれないという場合に、依頼者が受任弁護士の過誤なければ依頼者の損失なしという因果関係を立証できれば財産的損害に対する賠償請求が可能である。しかし、因果関係を立証できなければ、依頼者は受任弁護士に対して平均的弁護士の水準に照らして十分な弁護活動をすべき期待(義務)を裏切ったとして、期待権侵害を理由として精神的損害に対する慰謝(損害賠償)を請求できる可能性³⁹⁶⁾がある。このように受任弁護士の過失と財産的損害との因果関係は否定されるが精神的損害の賠償を認める裁判例が、存在している³⁹⁷⁾。

つまり、この期待権侵害の考え方は、専門家責任の領域にも妥当する。⁽³⁹⁸⁾ 医師や弁護士といった専門家責任を問う契約関係は委任であるから、委任契約関係にある当事者間においても期待権侵害の考え方の適用余地があるといえる。

2 信用保証協会取引への適用可能性

ところが、専門家責任では、委任契約当事者間に専門性の非対等性が存在する。金融機関と信用保証協会という専門家と専門家（プロとプロ）との取引には、専門家責任領域における期待権侵害の議論が妥当しいとも考えられる。

けれども、金融機関と信用保証協会との関係は、本稿が問題としている信用保証協会保証付貸出等債権の管理・回収において債権管理回収情報が債務者らに身近な金融機関に偏在しているという意味で非対等である（信用保証協会と金融機関との関係を考える際に重要である）。つまり、金融機関と信用保証協会との取引にあつては、専門家責任領域に妥当する期待権侵害の考え方を適用する余地は存在するものと考えられる。

二 善管注意義務構成に対する優越点

期待権とは、受任者の委任者に対して適切に委任事務処理をしてもらえるという委任者の期待・希望を保護する権利と定義し得る。この期待権の保護基準は、最二小判平成四・六・八では業界水準とされている。⁽³⁹⁹⁾

期待権の保護基準が業界水準とすると、委任契約における善管注意義務による処理と同じ帰結になりそうである。しかし、委任契約における善管注意義務による処理と、期待権侵害に基づく損害賠償義務による処理との違いは、

委任契約における善管注意義務構成が損害と行為との因果関係を厳格に要求するのに対し、期待権侵害に基づく損害賠償義務による処理では損害と行為との因果関係は緩和される。最二小判平成一二・九・二二判例タイムズ一〇四四号七五頁は、業界水準に適った行為がなされていたならば、行為の時点において委任目的を達成することができた相当程度の可能性が法的保護に値する利益であり（したがって、最二小判平成一二・九・二二は、前掲最二小判平成四・六・八の延長線上に存在する）、その委任目的を達成することができた相当程度の可能性の存在が立証できれば、期待権侵害を理由として精神的損害に対する慰謝料（損害賠償）を請求することができるとしている。

三 期待権侵害論適用上の問題

1 委任目的達成の実現可能性という守備範囲の狭さ

しかし、委任事務処理の目的を達成することができた相当程度の可能性が存在しなくとも受任者は受任している以上、受任者の業界水準以上の事務処理をおこなうべき義務がなお存在していると考えられることができると思われる。一般的には法は不可能を強いるものではないが、積極的・能動的な相手方の利益擁護に関する誠実な全人格的態度・応対そのものを保護しようとする立場からいえば、たとえば生命のような重大な法的保護に値する利益（法益）や、目的物の客観的な価値・価額が高額である場合⁽¹⁰⁾には期待権侵害論で処理することも可能であろう。

2 損害賠償額の低廉さ

期待権侵害は、精神的損害に対する賠償となる。期待権侵害に基づく精神的苦痛に対する慰謝料は、一般的に低廉である⁽¹⁰⁾。

期待権侵害による損害賠償という法律効果を、本来的な精神的苦痛に対する慰謝料とするのではなく、たとえば被害者に発生した財産的損害額全額とする理論的可能性が存在すると思われる。

しかしながら、このような期待権侵害による損害賠償をたとえば被害者に発生した財産的損害額全額とする技巧的解釈は、賠償額算定における損害を加害者の直接的な因果関係ある行為に限定し、損害の公平な分担を図ろうとするわが国の不法行為法の基本的思考・本質と矛盾し、採用できない（反対説は、損害の賠償額算定に、行為者の行為に対する制裁的意味合いを加味している）。

3 取引法によらない問題解決

委任契約の問題において、契約法で処理が可能であるならば（受任者の法的義務違反を処理し得るならば）、敢えて期待権侵害という不法行為法で処理すべきものでもない。

II 受任者の忠実義務の成否

そこで、委任契約の問題として、与信委任契約における受任者は、委任者の利益を犠牲にして自己または第三者の利益を図つてはならないという義務（受任者の忠実義務）を負担するかどうか、が問題となる。

このような忠実義務違反の要件は、善管注意義務違反の要件にある損害の発生が不要であり、利益相反という外形・事実が立証できればよいので、義務違反を主張する側にとっては便宜である。⁽⁴⁰²⁾

以下では、委任契約における受任者の忠実義務を巡る理論状況を概観し、信認関係と委任契約との関わりを知り、信認関係成立のための要件と効果をおさえたうえで、信用保証協会取引への信認関係の適否を考察することによつ

て、受任者の忠実義務の成否を決することにする。

一 理論状況の概観

受任者の忠実義務が善管注意義務と異なる(異質説)か、善管注意義務と同じ(同質説)かは見解が分かれている。しかし、受任者の忠実義務が善管注意義務と同じか異なるかに関係なく、受任者の忠実義務が民法の委任規定のなかに包含されているとの考えが多数である。受任者の忠実義務が民法の委任規定のなかに包含されると考えることは、裁判例(最大判昭和四五・六・二四民集二四卷六号六二五頁―八幡製鉄事件)も、また学説(民法研究者⁽¹⁰⁾、会社法研究者⁽¹⁰⁾)も同様である。

委任契約における受任者の忠実義務が善管注意義務と同質であるならば、忠実義務の許容性(法的正当性)が肯定されそのまま受任者の忠実義務を検討することになる⁽¹⁰⁾が、受任者の忠実義務は善管注意義務と異質と理解するのであれば、受任者の忠実義務の許容性(法的正当性)が検討されなければならない。委任契約を前提とする多くの専門家責任論において、依頼人から事務処理を引受けた専門家が高度の注意義務を負い、また依頼人から「信認」を受けて裁量的判断をしなければならぬという意味で、受認者(英米法において、高度の忠実義務を負担する者)が忠実義務を負うとする考え⁽¹⁰⁾が存在する。大村敦志教授も、「契約から生ずる義務は個別の契約当事者の具体的な合意によつてのみ、設定可能とされているわけではない。程度の差はあれ契約類型毎にその契約の性質に着目して、定型的な義務を設定することが信義則や衡平などによつて可能である」と述べ、「ある契約(たとえば委任)がその契約の性質上信認義務をとまなうべきものと考えられるのであれば明示の合意がなくとも、当該契約からは当然に信認

義務が発生すると考えることが可能になる」とされている⁽⁴⁰⁾。

そこで、委任契約における受任者の忠実義務を考察するために、信認関係論を採用する英米法を検討する。

二 信認関係と委任契約との関係

委任契約における忠実義務の議論は、会社法研究では取締役の責任に関して論じられている。この取締役は会社役員に責任を問うては、たとえばオーストラリア会社法二三二条二項では、会社役員（officer）は会社役員（employee）の権限の行使および義務の履行にあたって、常に誠実に（honestly）に行動しなければならないとする。その誠実の程度に關し裁判例は、受認者義務として（イギリスでも、取締役（director）と会社との関係は、信認関係といわれている⁽⁴¹⁾）最善としている⁽⁴²⁾。

この誠実義務は、会社役員と会社の利益相反事案において違反認定が多くなされており、会社役員は会社の利益を優先することが要請される。会社役員が会社の利益相反事案において誠実義務に違反した場合には、会社に損害賠償を負うのみならず、得られた利益すべてを会社へ返還しなければならないとされている⁽⁴³⁾。

オーストラリアにおいて信認関係を裁判例上認めるものとして、先の会社役員と会社との関係のほか、医師（doctor）と患者（patient）の関係や、事務弁護士（solicitor）と依頼人（client）との関係などが存在する。また、イギリスにおいても同様に、信認関係を裁判例上認めるものとして、先の取締役と会社との関係のほか、医師と患者の関係や、事務弁護士と依頼人との関係などが存在する。さらに、カナダにおいても信認関係を裁判例上認めるものとして、取締役と会社との関係のほか、医師と患者の関係や、弁護士と依頼人との関係、さらには会計士と依頼人との関係な

どが存在する。

Tamar Frankel も、現代社会にあつては職業の専門化が主要な関心事となつてゐる。職業の専門化は、利益を最大化するために重要である。専門家と委託者との関係は、信認関係とされている⁽⁴⁰⁾。信認関係はこのように専門家との関係にあてはまり、専門家との関係は前述したように日本法では委任契約がほとんどであろうから、英米法の信認関係の考察は日本法における委任契約関係に何らかの示唆を与える可能性が存在するといえる。

三 信認関係成立のための要件と効果——信用保証協会取引との関係

しかしながら、英米法の信認関係と日本法における委任契約関係とが、少なくとも一部共通するからといって、英米法の信認関係理論を日本法の委任契約関係にそのまま適用することは早計過ぎる。

英米法の信認関係の適用範囲・成立要件をみたらうと、信認関係成立の効果として如何なるものが存在するのかを考察する。そして、信認関係成立のための要件と効果を踏まえて、信用保証協会取引への適否を検討する。

1 一九八九年カナダ最高裁判所の見解(伝統的見解)——関係論

(一) 判決の概説

LAC Minerals 判決⁽⁴¹⁾では、信認関係成立のための要件として、以下の三つを提示した。

- ① 受認者に裁量権や権限の行使機会があること
- ② その裁量権や権限の行使が、受認者に一方的に委ねられていること

③受認者と受益者とを比較した場合に受益者が特に弱い立場にあるか、受益者が受認者の意のままになるような立場にあること⁽¹²²⁾

この信認関係成立の要件は、二年前の Frame 判決の Wilson 裁判官反対意見⁽¹²³⁾に端を発する⁽¹²⁴⁾。

(二) 信認関係を巡る伝統的な一般論

これまでの信認関係についての一般的な解説は、LAC Minerals 判決に近い立場に拠っておこなわれてきたと思われる。そこで、信認関係を巡る伝統的な一般論について、ここで簡単に述べておく。

(1) 概説

受認者とは他者から信認を受けた者で、英米法にいう fiduciary のことである。この受認者と信認者との当事者間関係を fiduciary relation (信認関係) といい、受認者の信認者のために尽くす義務を fiduciary duty (信認義務) と呼んでいる⁽¹²⁵⁾。

(2) 要件関係

LAC Minerals 判決を基に、信認関係成立要件をまとめると次のようになる。当事者間の情報の非対称性があるがゆえに、一方が他方を信用・信頼せざるを得ない関係を形成させている。一方が他方を信用・信頼せざるを得ず(前述の LAC Minerals 判決における信認関係成立要件の①②に相当)、他方も一方がじしんを信頼せざるを得ない状況・環境(依存関係)で取引に入っていることを当然に知っている(前述の LAC Minerals 判決における信認関係成立要件の③に相当)以上、そのような依存関係から、他方は一方に信認義務を負担する余地が存在する、ということである。

信認者があらかじめ物事を十分に取決めることができないう事情を考慮するのであるならば、単なる契約的なものとして理解することは妥当ではな⁽⁴²⁶⁾。Frank H. Easterbook & Daniel R. Fischelも、事前に起こり得るすべての事態を契約の条件にあらかじめ取込め得るものでなければ、契約の不完備性を補充するものとして、受認者に包括的かつ抽象的な「信認義務」を課すことの有意義性を述べている^(427, 428)。つまり、Fiduciaryの核心は他人のために行動する権限を有していること⁽⁴²⁹⁾であり、Fiduciaryの課題はFiduciaryの権限濫用などによる不正行為の禁止である⁽⁴³⁰⁾。

受認者の義務や責任の不明確さの解決では、多くの考え方は、契約当事者間の契約じたいの文言の意味内容を明確化するか、あるいは当該契約に存在しない内容の損失分担をどうするかという一般的な一般とは異なる考慮が要請されるとされる⁽⁴³¹⁾。つまり、契約当事者間のみならず、当該契約当事者の背後に存在する社会や共同体なども考慮して解決すべきとの考え方が多数ともいえそうである。信認関係は、当事者の契約のみならず、一定の事実関係からも発生するとされている^(431, 432)。

(3) 効果

《一》 受認者の受益者利益の積極的・能動的擁護

信認義務は、受認者に委譲される権限や財産が大きければ大きいほど重いものとなる⁽⁴³³⁾。

信認関係では、受認者に求められる義務の内容は、信認者（受益者）の富の最大化といわれている⁽⁴³⁴⁾。したがって、信認関係では、受認者が自己の地位を利用して隠れた利益を得ることは許されない⁽⁴³⁵⁾。信認関係に対して契約関係では、契約当事者個々の利益追求が優先するのは当然であり、相手方の利益配慮が劣後するのはやむを得ないこと⁽⁴³⁶⁾

対照的である。

Fiduciary の不正行為禁止の最大義務は、忠実義務 (duty of loyalty)⁽⁴³⁷⁾ といわれている⁽⁴³⁸⁾。受託者の最大義務が忠実義務であることをイギリスの裁判例のなかには、端的に示すものが見受けられる。たとえば、Aberdeen Ry. V. Blaikie⁽⁴³⁹⁾ は、'interest of (beneficiaries) whom (a fiduciary) is bound to protect' とし、このような表現は Bray v. Ford⁽⁴⁴⁰⁾ にも存在する。そして、この忠実義務の中核をなす義務が、利益相反禁止義務といわれている⁽⁴⁴¹⁾。

このような信託者(受益者)のために尽くす受託者の義務はオーストラリアでも幾つもの裁判例で認められ、受託者みずからの利益追求をしてはならないとの裁判例を含めれば多数に存在する。

アメリカでも、受託者は信託者(委託者: entruster)の利益のために行為する者とされ⁽⁴⁴²⁾、この信託者(受益者)の利益のために委託された事務を遂行することこそが信託の本質といわれている⁽⁴⁴³⁾。

《二》構造・システム利益

ここで、受益者の保護されるべき「利益」(保護法益)⁽⁴⁴⁴⁾ に関し、「忠実義務違反は、問題の行為が受益者の金銭上の利益に影響しなくともよい」といわれている⁽⁴⁴⁵⁾ことを指摘しておきたい。受益者の利益が金銭上の利益に限らないことは、Nagy v. Bistricher⁽⁴⁴⁶⁾ において、Strine 判事も述べている。

イギリスの収賄事件で公務員に信託義務を肯定した裁判例があり、受益者は誰かに関して議論はあるが、いずれにしても公務員の信託義務肯定の裁判例では、金銭上の利益ではない公務の「運営上の円滑な維持利益」が存在すると思われる。Ernest J. Weinrib & Melvin A. Eisenberg と同様に、忠実義務違反は、受益者の金銭上の利益に影響しなくともよいとし、具体例として受益者の「ビジネス構造の維持」に反するか否かという基準を提唱する⁽⁴⁴⁷⁾。

日本でも販売代理店が代理店契約に文言上直接抵触しないが、取扱商品と類似する自社商品を販売した事案（カリタジャパン事件）で、販売代理店には利益相反禁止義務が当然に存在するとする裁判例は、⁽⁴⁵⁾「ビジネス構造維持」を保護利益とする見解と共通すると思われる。

2 一九九四年カナダ最高裁判所の見解（新たな見解）——合意論

ところで、信認関係論における伝統的な考え方に沿う LAC Minerals 判決から五年後の一九九四年、信認関係成立のための要件は、

「他方が一方の利益のために行動する相互の理解 (mutual understanding) Ⅱ合意」とされた。⁽⁴⁶⁾

相互の合意を要する点で契約であり、信認関係成立（忠実義務発生）の範囲が狭くなった。⁽⁴⁵⁾したがって、この一九九四年カナダ最高裁判所の見解に拠れば、委任契約関係の成立だけから信認関係を導き出すことはできない（この点では、LAC Minerals 判決からの帰結とは違うと思われる）。⁽⁴⁶⁾

3 信用保証協会取引への信認関係の適否

以上を踏まえて、信用保証協会取引への信認関係の適否を、一九八九年のカナダ最高裁判所の立場と、一九九四年のカナダ最高裁判所の立場とに分けて述べ、小括するとともに、信認関係適用による忠実義務の存在により、具体的に如何なる影響・効果があり、さらに信用保証協会取引の独自固有の取引上の性格・性質から忠実義務を巡る概念・内容に修正を加える余地は存在しないかを検討する。

(一) 一九八九年カナダ最高裁判所の立場からの当てはめ

前掲の LAC Minerals 判決では、信認関係成立のために、

- ① 受認者に裁量権や権限の行使機会があること
 - ② その裁量権や権限の行使が、受認者に一方的に委ねられていること
 - ③ 受認者と受益者とを比較した場合に受益者が特に弱い立場にあるか、受益者が受認者の意のままになるような立場にあること、
- の三要件が挙げられている。

筆者らがいう与信委任的取引(本編)では、法律関係の性質が委任となるために、受任者である金融機関は与信債権の

- ① 権限行使機会が金融機関にあり、
- ② その権限行使が金融機関に一方的に委ねられており、
- ③ 委任者である信用保証協会は債務者らと接点がなく、また債務者らの状況把握が容易でないことなどから、金融機関の意のままに実際上なる立場にあり、

金融機関と信用保証協会との関係は信認関係にあると考えられる。

与信委任的取引(本編)における債権者と保証人との関係はすべて信認関係があるとして、債権者は保証人に対し忠実義務を負うから、この忠実義務の法的根拠は委任規定(民法六四四条)の「委任の本旨に従い、……委任事務を処理する義務」が該当すると考えられる。⁽⁴⁵⁾

委任規定を忠実義務の法的根拠とすれば、民法六四六条一項の「受任者は、委任事務を処理するに当たって受け

取った金銭その他の物を委任者に引き渡さなければならぬ。その取戻した果実についても、同様とする」との規定を適用して、委任者の受任者に対する利得引渡し（受任者の利益吐出し）が可能であると思われる。⁽⁴⁵⁾

(二) 一九九四年カナダ最高裁判所の立場からの当てはめ

一九九四年のカナダ最高裁判所が認めた信託関係成立の基準からすると、債権者である金融機関と通常の保証人との関係を考えて場合、金融機関が保証人のために行動する合意があったと事実認定できることはほとんどないと思われる。

しかしながら、保証機関による保証人の場合には、金融機関が保証人のために行動する合意が存在すると考えられることもあるのではないかと思われる。理由は、保証人と金融機関とは反復する永続的な取引関係にあることが多く、そのような取引制度・仕組みを維持し発展させていくために金融機関は保証人の利益のために行動する「合意」があったと事実認定できる余地もあるのではないかと考えられる。特に保証機関による保証人である信用保証協会と金融機関との関係では、当該金融機関の保証制度利用の実績（信用保証協会保証の利用占有率や保証債務履行請求率など）に応じた当該金融機関毎の取引信用保証協会に対する毎年度の負担金や補助金の支払いが経常的におこなわれ（前掲の北国銀行事件では、この負担金拠出の金融機関と信用保証協会とのやりとりが背後で関係していたといわれる）、⁽⁴⁶⁾「ビジネス共同体」（前掲の Ernest J. Weinrib がいう「協力のメカニズム」⁽⁴⁷⁾に相当する）としての長年の実務実績などから、金融機関が信用保証協会取引制度・仕組みの維持・発展のために行動するという理解は存在するのではないかと思われる。⁽⁴⁸⁾ 金融機関にとって信用保証協会が反復的な永続的取引の対象と選ばれているのであれば、その信用保証協会に対して不利益となる行動を金融機関が採ることは合理的にも考え難い。両当事者がビジネス共同体（協

力のメカニズム) 関係にあれば、他方当事者への積極的・能動的利益擁護義務、つまり忠実義務を認める可能性も、忠実義務の内容次第では存在する。このような「ビジネス共同体」関係にある信用保証協会と金融機関との関係において保証制度・仕組みを維持する信用保証協会には、その保証「制度・仕組みを維持」するために金融機関に協力してもらう利益が存在していると思われる。金融機関が信用保証協会を反復的・永続的に利用できるという取引関係にある限り、金融機関と信用保証協会との関係は一九九四年カナダ最高裁判所の立場からも信認関係にあると考えられる可能性がある(というよりは、一九九四年カナダ最高裁判所の立場は、一九八九年カナダ最高裁判所の立場である契約当事者の「関係論」ではなく、「合意論」と評価できる)。信用保証協会と金融機関との「ビジネス共同体」型保証取引では、金融機関は信用保証協会に信認義務を負担している可能性があると理解できる。

なお、信用保証協会は金融機関にとり公的保証機関として確実な債権回収上の保護を与えてくれる存在であるから、逆に金融機関は信用保証協会に信用保証協会が維持する保証制度・仕組み維持の利益を図る義務を負担しているといえる。また、「ビジネス共同体(制度・仕組み)」にみずからの意思で参加した者が、その「ビジネス共同体」維持・発展のためにビジネス共同体参加者が拘束されることもやむを得ない、つまり「ビジネス共同体」参加者への義務付けの正当化事由となり得ると考える。

(三) 小 括

以上、既に述べたとおり、金融機関と信用保証協会との関係が、信認関係成立のための要件に関して、一九八九年カナダ最高裁判所の立場では与信委任的取引において、また一九九四年カナダ最高裁判所の立場では金融機関の側で反復的で永続的取引を前提に信用保証協会を利用する「ビジネス共同体」型保証取引関係にある限り、いずれ

信用保証協会取引の法的再構成 (三) (鶴井・平野)

五〇

の立場に拠つても信認関係にあると考えられる可能性がある。

それゆえに、信認関係成立の効果として、受認者である金融機関は、受益者である信用保証協会に対して、忠実義務を負担する可能性があることとなる。

忠実義務成立にともない、以下では「忠実義務成立の効果」と、「信用保証協会取引独自の忠実義務内容（忠実義務内容の変容）」に関し、述べておく必要がある。

(1) 忠実義務負担の意義——積極的・能動的利益擁護と事前・予防規制

受認者の忠実義務の負担により、受益者に対しては①一般の契約当事者間における信義則を超える、積極的・能動的利益擁護義務を負う⁽⁶⁹⁾。受益者に対する積極的・能動的利益擁護義務の負担は、受認者に積極的・能動的な利益擁護に関する②誠実な全人格的な態度を常に要求する。常に受認者に受益者に対する積極的・能動的な利益擁護に関する誠実な全人格的な態度が要求されるということは、③事前・予防的な義務を負担させているといえる。

(2) 信用保証協会取引固有の忠実義務内容——相対的忠実義務

忠実義務とは、民法の双方代理・自己契約の禁止（二〇八条）や利益相反行為の禁止（五七条）から窺えるように、自己や第三者の利益のためだけに行動してはならない、つまり専ら委任者本人のために行動すべきことを一般的にいう⁽⁶⁶⁾。

忠実義務を委任者の利益のためだけに絶対的に行動すべきとの立場に対し、委任者と受任者との利益競合・相反の可能性がそもそも頻繁である取引形態では、実際上の取引実態（信用保証協会取引制度の利便性―この視点も実務的には重要である）を考慮に入れ、委任者と受任者との間で明示または黙示の合意により委任者の利益を受任者の利益

よりも同列以上に扱わなければならない義務と考えるべきとの立場⁽⁴⁰⁾(忠実義務概念の変容・修正)があり得る。本稿では、後説が妥当と考える。

信用保証協会取引では、信用保証協会付債権と協会付債権ではない債権とが併存し、信用保証協会と金融機関とが協調・連携関係の下で中小零細事業者の金融取引をおこなっていくことが中小零細事業者の信用保証協会取引段階での政策的理想でもある。したがって、信用保証協会との利益競合・相反時には、金融機関は自己の債権と同等以上の債権管理回収義務が課せられていると考えるべきように思われる(絶対的忠実義務に対する相対的忠実義務)。

(396) 加藤新太郎『弁護士役割論(新版)』一六一―一六二頁(弘文堂・二〇〇〇年)、同「弁護士過誤訴訟に関する諸問題」判例タイムズ五三六号四八頁。

(397) 東京地判昭和四六・六・二九判例時報六四五号八九頁、東京地判昭和四九・一二・一九判例時報七七九号八九頁、東京地判平成四・四・二八判例時報一四六九号一〇六頁、東京地判平成六・一一・二一判例タイムズ八八一号一九一頁など。

期待権侵害論は、不作為の因果関係の立証の困難さを克服するための法的構成と評価できるのである。

(398) 石川寛俊「治療機会の喪失による損害」自由と正義三九卷一―一三五頁、浦川道太郎「いわゆる「期待権」侵害による損害」判例タイムズ八三八号五五頁。

なお、フランスでは、公証人が債権者の抵当権保全の依頼を受けながら債権者の抵当権保全を怠ったときに、債権者にその回復を求める権利があるとしたものがある(Cass. civ. 16 juin 1926. 青柳文雄「医療における治療期待権への疑問」法学研究(慶応義塾大学)五〇巻一〇号三二頁による)。

(399) 判例時報一四五〇号七〇頁判例タイムズ八一二号一七七頁。

(400) 【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である。

信用保証協会取引の法的再構成(三)(鶴井・平野)

五二

- (401) たとえば、浦川・前掲注(398)六〇・六一頁。
- (402) 受任者に忠実義務が存在すれば、受任者に委任者の利益擁護のための積極的・能動的義務を肯定できる。
- (403) 四宮和夫『信託法(新版)』二八一頁(有斐閣・一九八九年)、同「委任と事務管理」『四宮和夫民法論集』一三二頁(弘文堂・一九九〇年)、安永正昭「代理、委任における代理人・受任者の行動準則」関西信託研究会「財産管理における受託者及びそれに類する者の行動基準」一〇頁(トラス六〇・一九九五年)、道垣内弘人「信託法理と私法体系」一七一頁(有斐閣・一九九六年)、金融取引における信託の今日的意義に関する法律問題研究会「金融取引における受託者の義務と投資家の権利」金融研究一七巻一号八七頁。
- (404) 赤堀光子「取締役の忠実義務(四)」法学協会雑誌八五巻四号四五・四六頁、星川長七「取締役の忠実義務と責任についての一考察」早稲田法学三八巻三・四合併号一七九頁、同「取締役の競業禁止義務」同三九巻一号一四七頁、同「新株の第三者割当における取締役の忠実義務」同四〇巻二号二二七頁、同「取締役の忠実義務の法的基礎ならびに発現類型」同四一巻二号一一三頁、龍田節「会社法(第一〇版)」八六頁(有斐閣・二〇〇五年)。
- たとえば宮島司『会社法概説(第三版)』二六二頁(弘文堂・二〇〇二年)も、「委任に関する民法の規定も注意義務についてだけでなく、常に委任者のために行動することを要求しているものといえる」、「忠実義務の規定を用いなければ解決できないとされる問題も、委任契約の規定の解釈によって同様の解決をなし得る」とされる。
- (405) 受任者の善管注意義務(民法六四四条)の特殊性に関し柳勝司教授は、事実行為として特定物を保管・引渡しする場合の注意義務と異なり、本人のために法律行為をする際の義務は本人からの指図や状況の変化などに応じて多様に変わり得ることを述べている(「委任契約における代理―三―」名城法学四二巻二号一六頁)。ボアソナードも、委任(代理)の管理においては寄託の場合と異なり予期できない困難(*difficultés imprévues*)がしばしば起こるなどの理由から、代理行為をおこなうべき義務は定められた監視のみをおこなう受寄者のおこなうべき義務と異なるとしている(G. Boissonade, *Projet de code civil pour l'empire du Japon accompagné d'un commentaire*, Tome Troisième, *des moyens d'acquérir les biens*, Tokio, 1888, t. 3, n. 763; 柳・前掲注一一三頁の訳出による)。

このようにいわば高度な受任者の善管注意義務(民法六四四条)に、忠実義務をも包含されているかの理論的究明は一つの問題である。

- (406) 能見善久「専門家の責任―その理論的枠組みの提案」専門家責任研究会編『専門家の民事責任』別冊NBL二八号四頁(商事法務研究会・一九九四年)。
- (407) 「現代における委任契約―制度と契約」をめぐる断章―中田裕康・道垣内弘人編『金融取引と民法法理』一〇二頁(有斐閣・二〇〇〇年)。
- (408) *Sinclair v. Brougham* [1914] A. C. 398; *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver* [1967] 2 A. C. 134n. [1942] 1 All E. R. 378.
- (409) CCH Australia, *Duties and Responsibilities of Company Secretaries and Directors in Australia*, para. 405, (North Ryde, N. S. W., 1987); Philip Lipton and Abe Herzberg, *Understanding Company Law*, 7th ed., pp. 371-72, (LBC Information Services, 1998).
- (410) *Id.*, CCH Australia.
- (411) *Id.*; Lipton and Herzberg, *supra* note 409, at 393.
- (412) *Haskew v. Equity Trustees Executors & Agency Co Ltd* [1919] 27 *Commonwealth Law Reports* 231.
- (413) *Wright v. Carter* [1903] 1 *Law Reports, Chancery Division* 27.
- (414) *Dent v. Bennett* [1839] 4 *My. & Cr.* 269.
- (415) *McMaster v. Byrne* [1952] 1 All E. R. 1362 (P. C.); *Brown v. I. R. C.* [1965] A. C. 244.
- (416) *Alberts (Edger T.) Ltd. v. Mountjoy* [1978] 79 D. L. R. (3d) 108 (Ont. H. C.).
- (417) *Henderson v. Johnstor* [1956] 5 D. L. R. (2d) 524.
- (418) *Read v. Cole* [1915] S. C. R. 176.
- (419) *Parsons v. Sovereign Bank of Canada* [1913] A. C. 160.

- (420) Fiduciary Law, 71 Cal. L. Rev. 539, 803-04.
- (421) LAC Minerals Ltd. V. International Corona Resources Ltd. [1989] 61 D. L. R. (4th) 14 (S. C. C.).
- (422) イギリスの保証取引事案で保証人と債権者との間に信認関係を認めた Lloyds Bank Ltd. V. Bundy [1974] 3 All E. R. 757 (C. A.) や Eric Sachs 判事を示した以上の四要件は、本 LAC Minerals 判決の三要件とは異なると思われる(特に (i) ~ (iii))。
- (i) 他方が一方の信頼を知つてゐる事
(ii) 当事者相互に信頼関係がある事
(iii) 一方が他方の助言を信頼してゐる事
(iv) 他方が取引によつて何らかの利益を得る事
- (423) Frame v. Smith 42 D. L. R. (4th) 81, 98-9 (S. C. C. 1987).
- (424) この点で、前掲の LAC Minerals 判決の評釈を紹介されてゐる。
- Ex. DONOVAN W. M. WATERS, LAC Minerals Ltd. V. International Corona Resources Ltd., 69 Can. Bar Rev. 455; R. E., Hawkins, LAC and the Emerging Obligation to Bargain in Good Faith, 15 Q. L. J. 65; Peter D. Maddaugh, Confidence Abused: LAC Minerals Ltd. V. International Corona Resources Ltd., 16 Can. Bus. L. J. 198.
- (425) 樋口範雄「フイデマシヤリーと受託者責任」書齋の窓四九〇号一六頁。
- 外国語文献では Austin W. Scott, The Fiduciary Principle, 37 Cal. L. Rev. 539; Frankel supra note 420; Deborah A. DeMott, Beyond Metaphor: An Analysis of Fiduciary Obligation, 37 Duke L. J. 879; Ernest J. Weinrib, The Fiduciary Obligation, 25 U. Toronto L. J. 1; J. C. Shepherd, "Towards a Unified Concept of Fiduciary Relationships", 97 L. Q. Rev. 51; Paul D. Finn, Fiduciary Obligations (Law Book, 1977); J. R. M. Gauthreau, "Demystifying the Fiduciary Mystique", 68 Can. Bar. Rev. 1.
- (426) Victor Brudney, Contract and Fiduciary Duty in Corporate Law, 38 B. C. L. Rev. 595, 627 n. 82.

- (427) Contract and Fiduciary Duty, 36 J. L. & Econ. 425, 426, 431.
- (428) 複雑で長期にわたる信託関係における受任者の採るべき行動を全てあらかじめ契約で特定することが不可能な完備契約 (incomplete contract) において (債権管理回収という委託の性質・性格も同様であると考えられる一本節冒頭) その不完備契約の空白を事後的に善管注意義務で埋めるよりも、本人の利益擁護のためにより積極的な忠実義務により受任者の行動を事前に規制する方がよいのではないかと考えられる (cf. Frank H. Easterbook & Daniel R. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, Chap. 4, (Harvard Univ. Pr., 1991). なお、藤田友敬「忠実義務の機能」法学協会雑誌一一七巻二号一八三頁も参照)。
- (429) Frankel, *supra* note 420, at 808-32; J. C. Shepherd, *Law of Fiduciaries*, p. 245, (Carswell, 1981).
- (430) たごえび、Brudney, *supra* note 426, at 628 n. 85; DeMott, *supra* note 425, at 921-24; Deborah A. DeMott, *Fiduciary Obligation Under Intellectual Siege: Contemporary Challenges to the Duty to Be Loyal*, 30 Osgoode Hall L. J. 471, 484-85, 482。
- (431) Restatement (2nd) of Agency, § 1 Comt., (American Law Institute, 1958).
- (432) 当事者間の規律が当事者間の意思のほか、意思とは別の単なる当事者間の客観的な関係から決まることは、日本民法にも利益相反禁止規定 (民法一〇八条・五七条) により存在する。みずからの意思で求められる役割に立った者は、その求められる役割を果たす義務を当然に負担するのである (前掲注 (174) 参照)。
- (433) Scott, *supra* note 425, at 540, 542.
- なお、信用保証協会の金融機関に対する保証債務履行額の大きさをめぐり、前掲注 (400)。
- (434) Robert C. Clark, *Agency Costs versus Fiduciary Duties*, in *PRINCIPALS AND AGENTS: THE STRUCTURE OF BUSINESS*, edited by John W. Pratt [and] Richard J. Zeckhauser; contributors, Kenneth J. Arrow... [et al.], p. 73, (Harvard Business School Press, 1985).
- (435) *Id.* at 73-7.

信用保証協会取引の法的再構成 (三) (鶴井・平野)

五六

- (436) 種口範雄『フイデューシャリー「信託」の時代—信託と契約—』三四頁(有斐閣・一九九九年)。
- (437) 信託と契約とを対立させ両断する視点は、本稿での分析にも生かされることとなる(次編第三章第一節II)。
- (438) 忠実義務のより突詰めた具体的内容に関しては、(三)と後述する。
- (439) Robert L. Menell, Wills and Trusts, in a NUTSHELL, 2d ed., 273 (West Pub., 1994); DeMott, supra note 425, at 915; R. P. Austin, Moulding the Content of Fiduciary Duties, in TRENDS IN CONTEMPORARY TRUST LAW, edited by A. J. Oakley, p. 156, (Clarendon Press, 1996); Richard Nolan, A Fiduciary Duty to Disclose?, 113 L. Q. R. 220, 223; D. Gordon Smith, The Critical Resource Theory of Fiduciary Duty, 55 Vand. L. Rev. 1399, 1409; Matthew Conaglen, The Nature and Function of Fiduciary Loyalty, 121 L. Q. R. 452, 456; William A. Gregory, The Fiduciary Duty of Care: A perversion of Words, 38 Akron L. Rev. 181; D. Waters, Law of Trusts in Canada, p. 33, (Carswell, 1979).
- (439) [1854] 1 Macq. H. L. 461, 471-72.
- (440) [1896] A. C. 44, 51-2.
- (441) Weinrib, supra note 425, at 20.
- (442) Bray v. Ford [1986] Law Reports, Appeal Cases 44; Phipps v. Boardman [1967] 2 Law Reports, Appeal Cases 46; Chan v. Zacharia [1984] 154 Commonwealth Law Reports 178 432°.
- (443) Lister v. Stubbs [1890] 45 Law Reports, Chancery Division 1; Reading v. R [1951] Law Reports, Appeal Cases 507; Hospital Products Ltd v. United States Surgical Corp [1984] 156 Commonwealth Law Reports 41; United Dominions Corp v. Brian Pty Ltd [1985] 157 Commonwealth Law Reports 1 432°.
- (444) 代理法の教科書なる信託一般に関する記述は、Warren A. Seavey, HANDBOOK OF THE LAW OF AGENCY, § 3, p. 4, (West Pub., 1964).
- (445) Smith, supra note 438, at 1409; Gregory, supra note 438, at 186-87.

- (44) Melvin A. Eisenberg, *The Duty of Good Faith in Corporate Law*, 31 *Del. J. Corp. L.*, 1, 58.
- (47) 770 A. 2d 49 n. 2.
- (48) 警察官の事案 : *Attorney-General v. Goddard* [1929] 98 L. J. K. B. 743.
 軍人の事案 : *Reading v. Attorney-General* [1951] A. C. 507.
 なお、アメリカの事案が類似するものとして、*United States v. Drisko*, 303 F. Supp. 858 (D. C. Va. 1969).
- (49) 受益者は (a) 国民 (b) 国王 (c) 政府という考え方が対立している。
- (a) にて *R. v. Bembridge*, 22 *State Trial 1*, at 155 per Lord Mansfield. しかし、受託者である公務員が得た利益 (賄賂) は、国民へ返還されるのでなく、国王へ返還されること (Attorney-General v. Goddard, *supra* note 44; *Finn*, *supra* note 425, at 214-15)。
- (b) にて *Reading v. Attorney-General*, *supra* note 448 では、公務員の信託者 (受益者) は「国王」であり、ゆえに信託者 (受益者) である公務員が得た利益 (賄賂) は、国王に返還されるとする。
- (c) について、公務員の信託者 (受益者) は雇用者である「政府」との立場も存在する (Gareth Jones, *Unjust Enrichment and the Fiduciary's Duty of Loyalty*, 84 *Law Quarterly Review* 472, 476)° *Reading v. Attorney-General*, *supra* note 448 の High Court (高等法院) 判事であった J. Dening が「同様に *also* ([1948] 2 K. B. 268)」。
- (45) *Weinrib*, *supra* note 425, at 17.
 システム・仕組み保護の発想は、本稿でも重要視している点である (第一編第二章第三節 1-1-2 (三) ②、およびまとめと展望 II 二参照)。保険的構成では、前編第三章第三節 III-3 参照。
- (45) 大阪高判平成二二・一二・八最高裁判所ホームページ・TKC 法律情報データベース文献番号二八〇五二五五四、その第一審である大阪地判平成一一・一二・九 TKC 法律情報データベース文献番号二八〇四二八〇九。
- (45) ドイツ語文献に直接目を通したわけではないので詳細は不明だが、前述したドイツの最終不足額支払保証 (損失保証) 理論も、一九九四年カナダ最高裁判所と同様に、債権者と保証人との合意に基づき債権者の保証人に対する特別な

義務が発生しているように思われる (第二節 I 二 (2))。

(453) *Hodgkinson v. Simms* [1994] 3 S. C. R. 377.

なお、日本における先駆的研究に、木村仁「カナダにおける保証契約締結時の保証人の保護」近畿大学法学四六巻一
号二九頁が存在する。

(454) 直後、3 (-) 参照。

(455) 岩藤美智子「委任契約における受任者の忠実義務」私法六四号一五八頁。

このような受任者の忠実義務の法的根拠を民法六四四条に求める考え方に対して、民法一〇八条の自己契約・双方代理の禁止規定に法的根拠を求める考え方も存在する (たとえば、長谷川貞之「委任・代理と信認関係、忠実義務」民事法情報二四九号八三頁、同「代理における信認関係―受任者・代理人の忠実義務と信認代理」法律時報七九巻五号九六頁など)。

しかし、受任者の忠実義務に関し委任契約規定で処理できるのであれば委任契約規定で処理した方がよいと思われるし、本稿が論じている事例では金融機関が信用保証協会の「代理」として少なくとも形式的には行為しているわけではない (中小零細事業者に、金融機関が信用保証協会代理人金融機関と法律行為をするわけではない) ので、敢えて代理規定である民法一〇八条をもちだすまでもないと思われる。

(456) 岩藤・前掲注 (455) 一五七頁も、同趣旨と思われる。

(457) *Supra* note 425, at 18.

(458) 金融機関と信用保証協会との約定は、まず「包括約定」(約定書) を締結し、加えて都度、「個別の契約」締結をする (保証書の交付・受領) ことになっており、包括約定の締結は反復的な永続的取引を念頭に置いている (後掲注 (515))。

(459) 受益者に対する積極的・能動的利益擁護義務 (忠実義務) 違反の効果は、一九八九年カナダ最高裁判所の立場に拠ろうと、一九九四年カナダ最高裁判所の立場に拠ろうと、本編・第 III 編で問題とした信用保証協会取引の形態を本稿では与信委任的に構成するので、前述 (一) のように受任者による利益吐出しが可能である (民法六四六条一項)。

(460) 四宮和夫・能見善久『民法総則(第七版)』二七三・二七四頁(弘文堂・二〇〇五年)。

(461) 本稿の立場は、受任者は委任者の利益を積極的・能動的に擁護する義務を負い、擁護後(いわば保全後)の利益分配(充当)を受任者の利益に配慮して委任者の利益と公正・平等におこなうことを提案する(保険的構成と同じである)前編第三章第三節III二(二)(3)。

本稿の検討を通じて、現在の信用保証協会と金融機関との関係を包括的に定める約定書例九条一項・三項に漠然・曖昧に記載されてしまっている金融機関の信用保証協会付債権に対する管理回収(第一編第二章第二節I一・2(二)参照)の具体的意義が明確にされるといふ成果も存在するよう思われる。

第五節 受任者の委任者に対する従たる義務

I 二つの義務(概説)

受任者の委任者に対する主たる義務は、委任契約の目的に適うように事務を処理することである(民法六四四条)。この受任者の委任の目的をおこなう義務が果されるためのいわば受任者の従たる義務として、

①受任者に第三者との取引の状況や計算報告を委任者になすべき義務(民法六四五条)と、

②委任の目的を果たすことに関連して物や金銭を受領した場合には受領した物や金銭を委任者に返還すべき義務(民法六四六条⁽⁴⁶²⁾)、
 ③物が存在する。

柳勝司教授によれば、この受任者の従たる義務は、生じている事実を事実として委任者に対して報告や引渡しな

信用保証協会取引の法的再構成 (三) (鶴井・平野)

どが義務付けられるもので、受任者が委任者から依頼がなくとも当然に負う義務とされる。⁽⁴⁶³⁾

II 契約締結後の局面で特に重要な受任者の報告義務⁽⁴⁶⁴⁾

したがって、学説上受任者に委任者の意見を求めることが委任本来の趣旨に適うならば委任者の請求を待たずに委任者に報告すべき義務があるとされている⁽⁴⁶⁵⁾のも、受任者の報告義務上当然のこととして理解することができると思われる。

信認関係では、その性質上、関係当事者間での情報の非対称が避けられず、長期にわたるさまざまな状況を信認者(委託者)が見ることが困難で、必然的に受認者(受託者)の機会主義的行為(信認者の利益のためには行動しないこと)を惹起する可能性が高いとされている⁽⁴⁶⁷⁾。そこで、委任者による事務処理へのコントロールの可能性(委任者が受任者へ指図する場合が考え得る)を委任継続中いつでも確保することが考えられる⁽⁴⁶⁸⁾。ドイツの Dirk Ikels も、委任関係の本質的要素は委任者の利益擁護に配慮した受任者の誠実義務(Treupflicht)で、この誠実義務が果たされるためには委任者が当該委任事務処理に関して「包括的な」情報を入手し得ることが必要であると述べている⁽⁴⁶⁹⁾。

このような受任者の契約締結後の報告義務(民法六四五条)が、本稿ではより着目され強調されるべきことを指摘したい。つまり、民法六四五条を、モラルハザード防止規定と理解する可能性も存在する。契約締結前の「将来のリスクについての情報提供義務が……明文の定めが存在しないにもかかわらず義務を課す必要性と妥当性とを実質的に考慮して信義則によって基礎付けられているのとは対照的⁽⁴⁷⁰⁾」であるのである。新堂幸司博士も「説明義務といふのは、これから非常に危険な手術をしようかどうかというときに医者が患者なりその家族に、この手術は危険で

金融機関の信用保証協会に対する主たる義務と従たる義務——図 11

	与信委任的構成	保険的構成
主たる義務	忠実義務* 1 (民法 644 条を根拠) = 積極的・能動的な利益擁護義務	最大善意 (最高信義) (民法 1 条 2 項) = 損失最小化義務
従たる義務	報告義務 (民法 645 条)	危険変更・増加通知義務(商法 657 条), 損害発生通知義務(商法 658 条), 損害防止義務 (商法 660 条) ◎損害発生確率増加回避のみならず, 損害規模拡大防止規定も存在《モラルハザード防止規定》* 2
	権利移転義務 (民法 646 条)	請求権代位義務 (商法 662 条) * 2

* 1 本来の与信委任的構成における金融機関の信用保証協会に対する主たる義務は、委任の本旨に従った委任事務処理義務である。

* 2 保険的構成の法的性質は保証であるが、保険特有の法理が類推適用できるという立場であり、参考に保険構成を厳格に貫いた場合の従たる義務を記載した。

信用保証協会取引の法的再構成 (三) (鶴井・平野)

あるがこの手術をしてもし成功すればもっと生き延びられるかもしれないが、しかし放っておいたらほどなくダメだというような説明場面を考えています。……しかし私がここで強調したいと思いますのは、診療が終わった後に診療の経過と結果に至る原因について、医者というものはもっと患者に説明ないし弁明をすべきではないかということであります」とさえ述べておられるのである。⁽¹⁾

ここで、与信委任的構成における受任者の委任者に対する主たる義務と従たる義務という視角から、保険的構成との比較・整理をおこなっておく〔図 11〕。与信委任的構成における金融機関の信用保証協会に対する義務も、保険的構成における金融機関の信用保証協会に対する義務も、結果としては近似・類似しているといえる。

(462) 本稿において本条が、受任者の委任者利益に対する積極的・能動的な利益擁護義務に反した場合の受益者の利益吐出しの根拠規定となり得ることは、前述のとおりである (前節 II 三 3 (三) ①)。

(463) 柳・前掲注 (405) 一一三頁。

(464) このように与信委任契約締結後の受任者の義務を強調していくと、本稿の立場からは保険における受益者の負担者に対する義務に結

信用保証協会取引の法的再構成(三)(鶴井・平野)

六二

果として接近していくことになる(前編第三章第二節1-3(三)(3)、【図11】)。

(465) 民法六四五条の拡張解釈―我妻・前掲注(87)六七七頁、遠藤浩編『基本コンメンタール債権各論Ⅰ(契約)』[第四版]一九三頁〔遠藤厚之助〕(日本評論社・一九九五年)、幾代通・広中俊雄編『新版注釈民法(16)債権(7)』二三八頁(明石三郎)(有斐閣・一九八九年)。

(466) 伝統的な多数の見解(一九八九年カナダ最高裁判所の考え方)を前提としている。

(467) Melvin Aron Eisenberg, *The Structure of Corporate Law*, 89 *Colum. L. Rev.* 1461, 1469, 1470, 1473. 前節II 3-1(2)も同様である。

また、Clark, *supra* note 434, at 71-3も、「信認関係では、受託者はその地位に基づいて、委託者に対して積極的な情報提供(開示)義務を負う。受託者が委託者に対して積極的な情報提供義務を負う理由は、受託者の職務遂行の健全性・透明性の維持が、委託者の受託者に対する信頼を高める(いわば信認関係維持目的)とともに、受託者の義務違反の機会を減少させることによる」と、前述のMelvin Aron Eisenbergと同趣旨を述べる。

(468) Peter Winkler von Mohrenfels, *Abgeleitete Informationsleistungspflichten im deutschen Zivilrecht*, *Habil.*, 1986, S. 61; Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts Bd. II*, 12. Aufl., 1981, S337. 岩藤美智子「ドイツ法における報告義務と顛末報告義務―他人の事務を処理する者の事後の情報提供義務の手がかりを求めて―」(2)彦根論叢三二八号一四一頁の訳出を参照。

回言(三) Georg Kutzner, *Auskunft, Rechenschaftsablage und Rechnungslegung nach Bürgerlichem Recht*, *Diss.*, 1909, S. 47f; Rolf Stürner, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*, *Habil.*, 1976, S. 310f; Hermann Isay, *Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich*, 1900, S. 127. 岩藤・前掲「報告義務(2)」一三一・一三二・一三八・一三九―一四五頁の訳出を参照。Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. II, 1898, S. 358. 岩藤・前掲「報告義務(1)」彦根論叢三二七号一九五頁の訳出を参照。

- (469) Die Rechnungslegung gemäß § 259 Abs. 1 BGB, Diss. 1976, S. 54. 岩藤・前掲注(468)「報告義務(3)」彦根論叢三三二号二〇七頁の訳出による。
- 同旨として Georg Kutzner, a. O. (Fn. 468), S. 47ff; Rolf Stüner, a. O. (Fn. 468), S. 287ff. 岩藤・前掲注(468)「報告義務(2)」一三二、一三七頁の訳出による。
- なお、ここにいる「包括的」の意味について、筆者らは「委任契約締結前・後を問わず」と理解している。
- (470) 岩藤・前掲注(468)「報告義務(1)」一八四頁。
- (471) 「診療債務の再検討―医師の弁明義務を手がかりとして―」新堂幸司『民事訴訟法学の展開』一一六頁(有斐閣・二〇〇〇年)。

第IV編 信用創造型保証

これまでの保険的構成や与信委任的構成が相応しいと思われる信用保証協会取引形態は、信用保証協会が保証の対象を集团的・集合的に引受けることをおこなったり、漠然・抽象的ながらも一定の設定した基準を金融機関に明示して信用保証協会の基準に適合する者であれば保証引受けを検討する点で、保証機関取引ならではの特徴・特性をもつものであった。これら保険的構成や与信委任的構成に相応しいと思われる取引形態以外にも、保証機関取引特有の取引形態は存在するのであろうか。

そのような保証機関取引特有の取引形態があるとすれば、その取引形態は具体的にどのようなもので、取引の理念は具体的にどのような事柄なのか、またこのような取引形態を法的に分析するといかなることがいえるのか、引

続き問題となる。

第一章 取引理念

——取引規模の拡大(営利の追求)

信用保証協会取引の理想には、取引の損失最小化が存在する。

しかし、信用保証協会は、主務官庁である経済産業省から、保証承諾実績(保証承諾件数や金額)を上げるように行政指導を受ける場合もある。特に、不況下で事業資金の調達難に喘いでいる中小零細事業者への金融支援が中央官庁(経済産業省)や都道府県・市区町村といった地方公共団体からも打出されたときには、中央省庁・地方公共団体それぞれの行政指導の度合いも強くなる。

そこで、信用保証協会としては、取引の損失最小化という要請も前述のように存在するので、信用保証協会みずからが主たる債務者の債務履行能力に(債権回収上)問題がないと思われる中小零細事業者へ積極的にアプローチして保証引受けをおこなっていくことがある。従来の金融機関から保証依頼を待受ける方式ではなく、近時は積極的に信用保証協会みずからが保証の引受けを中小零細事業者へ直接的なアプローチを通じて具体的に開拓していくこともおこなわれるようになってきた(信用保証協会みずからの取引規模の拡大、営利の追求)。

(472) 中央官庁や地方公共団体といった行政主導の信用保証協会施策が新たに打出される機会としては、概して選挙が意識された政治状況、あるいは一年の最後を締めくくる年末や、逆に年初めといった年の区切りにおこなわれることが多

第二章 取引形態

——信用保証協会から具体的特定中小零細事業者への指名保証

(信用の補完から信用の創造へ)

主たる債務者の与信判断を、信用保証協会みずからが金融機関に先んじて積極的におこなう取引実態がある。保証人が主たる債務者へ積極的に保証の引受けを呼び掛けていくという取引形態は、民法が定める伝統的な個人保証においては考えられないことである。通常の保証人は、主たる債務者から保証人になるよう委託を受けて保証人となる。保証人みずからが主たる債務者へ積極的に保証の引受けを呼び掛けていく取引形態は、保証機関取引ならではの取引形態である。以下、実際上の具体例を挙げておく。

①信用保証協会みずからが地域に出向いて都道府県や市区町村といった地方公共団体や商工関係団体で「中小企業相談会」などを開催し、中小企業相談会などで目ぼしい中小零細事業者に保証引受けの可能性を伝え、金融機関による信用保証協会付融資の申込みを勧めて保証引受けをおこなう、

②信用保証協会が既に最近の個別中小零細事業者の財務データを保持している場合には、当該信用保証協会みずからが判断した評点(スコアリング)や中小零細事業者格付けなどにより当該信用保証協会の保証許容枠が未だ残存

信用保証協会取引の法的再構成 (三) (鶴井・平野)

六六

していると判断された場合に、当該信用保証協会から当該中小零細事業者へ「ダイレクト・メール」を送付するなどして信用保証協会利用を勧誘する、あるいは当該中小零細事業者の取引金融機関へ保証の利用可能性などを連絡して信用保証協会から金融機関への連絡を発端に保証引受けをする、

③主務官庁(経済産業省)の指導で、たとえば「売掛債権担保融資保証」(現在では、「流動資産担保融資(ABL: Asset Based Lending) 保証」⁽⁴⁶⁾の一種)の保証承諾実績を上げるために、売掛先(第三債務者)となる優良企業を既存の信用保証協会データからピックアップし、売掛先候補である優良企業を通じて取引先(買掛先)を紹介してもらい、買掛先に売掛債権担保融資保証(信用保証協会保証付融資)を勧誘する、場合などがある。

なお、保証の信用創造性(機能)は一般的に存在するが、本編での信用保証協会取引形態を特に「信用創造型保証」と呼ぶのは、信用創造型保証という信用保証協会取引形態が一般・通常の保証に比較して信用創造性(機能)について特に強い属性を有しているからである。

(473) 信用保証協会実務上、信用保証協会が取引中小零細事業者の財務データを直近のものまで有していることは極めて多く、ほとんどこさえ思われる。

信用保証協会が取引中小零細事業者の財務データを直近まで保有していることがほとんどではないかと思われる理由は、地方公共団体の主導で地域の金融機関との間で連携してコーディネートされた信用保証協会保証商品のなかには低利子の固定金利で保証利用限度額が少額ながらも(たとえば、最高一、二〇〇万円)短期間の保証期限で(たとえば、最長六ヶ月)返済方法も分割返済方式ではなく期限一括返済方式などの使い勝手の良いものがほとんどの信用保証協会

に存在し(年に二回連続的に使われることを想定して、中元や歳暮資金の保証などと実務上呼ばれたりする)、使い勝手の良さから極めて多くの中小零細事業者が継続的に反復して当該保証商品を利用しているという現状があり、そのような短期間の保証商品の利用では、信用保証協会へ保証を申込み都度、信用保証協会は当該中小零細事業者の税務署へ申告済みの直近の確定申告書の写しを申込必要書類として提出依頼しており、その中小零細事業者の税務署へ申告済みの確定申告書上の決算書などの情報から当該中小零細事業者の財務データをほぼ連続的に整備して保有しているという現実があるからである。

信用保証協会が取引中小零細事業者の財務データを直近のものまで有しているという事実は、公知の事実と思われる。

(474) 信用保証協会でも、財務情報・企業情報などのデータを入力すれば、適正な保証限度額が自動的に分かるシステムを開発している(日経金融新聞二〇〇〇年一〇月一九日七頁、平野真由「リレバン時代の保証協会活用はこうなる」近代セールス二〇〇三年八月一日号八頁以下参照)。

CRD (Credit Risk Database: 中小企業信用リスク情報データベース)と呼ばれている。

(475) 平野真由「売掛債権担保融資保証制度の使い勝手」金融法務事情一六五四号九一頁、同「事業再生保証制度の実務概要」NBL七五六号七三頁以下、同「売掛債権担保融資保証に関する基礎知識」バンクビジネス二〇〇三年五月一日号五〇頁以下、同「デフレ下における企業担保実務」ビジネス法務二〇〇三年六月号四〇頁以下、同「売掛債権担保融資保証制度の新たな活用スキームを考える」近代セールス二〇〇四年八月一日号七六頁以下参照。

(476) 六信勝司「流動資産担保融資保証制度の概要」事業再生と債権管理一一八号四六頁。

第三章 法的分析

第一節 分析の視角・観点

I 取引の主導性

第IV編で考察対象としている取引形態の法的分析については、まず分析の視角や観点を確立することが必要と思われる。第III編で考察対象とした取引形態と第II編で考察対象とした取引形態を踏まえたうえで第IV編で考察対象としている取引形態の特殊性を明らかにすることが必要であろう。特に第III編で考察対象とした取引形態と第IV編で考察対象としている取引形態との比較では、「信用保証協会」が取引上の起点(出発点)となっている点では同じである。

II 非共同性

第IV編で考察対象としている取引形態の方が第III編で考察対象とした取引形態よりも信用保証協会が主導的な立場であり、むしろ信用保証協会だけの一方的事情に基づいておこなわれる点に特殊性がある(非共同性)。第III編で考察対象とした取引形態では「政策推進」という取引理念に基づいて信用保証協会取引がなされるのに対して、第IV編で考察対象としている取引形態では信用保証協会みずからの「取引規模の拡大、営利追求」という取引理念に

基づいて信用保証協会取引がなされる点で異なっている。つまり、第IV編で考察対象としている取引形態は、第II編で考察対象とした取引形態と前編で考察対象とした取引形態のような信用保証協会と金融機関との「ビジネス共同体」性（協力のメカニズム⁽⁴⁷⁾）は存在しないと評価してよいのではないかと思われる。

信用保証協会と金融機関とが利害対立関係になく、むしろビジネス共同体（協力のメカニズム）関係にある与信委的構成の取引形態では英米法の信認関係が問題とされたことから対比すると、信認関係に対する「取引関係」という英米法独自の明確な区分け・峻別論⁽⁴⁸⁾の発想・思考が本編で考察対象としている取引形態の法的分析に役立つ可能性があるのではないかと思われる。

そこで、金融機関と金融機関以外との利害調整の具体的示唆・指針が得られないか、特に英米法の観点から問題となる。

(47) 前編第三章第一節II、および同第四節II三(二)。

(48) 日本語文献では樋口・前掲注(425)および同(436)、外国語文献ではFrankel, supra note 420が詳しく。前編第三章第四節II三(二)(3)《1》でも、述べた。

第二節 社債管理制度からの検討

第IV編で考察対象としている取引形態における信用保証協会と金融機関との関係は、取引の主導性が信用保証協会にあり、信用保証協会と金融機関とは非共同体的である。

また、信用保証協会と金融機関との関係は、投資債権をみずからの意思で創造し、その投資債権の管理が法技術

的に投資家みずからおこなうことが困難との事情が、社債管理における社債権者と社債管理者との関係に似ている。

I 日本法

わが国の会社法においては、社債管理者は社債権者のために公平かつ誠実に、また善良な管理者の注意をもって社債の管理をおこなわなければならないとしている（会社法七〇四条）。

さらに、社債管理者は、社債発行会社が社債の償還もしくは利息の支払を怠り、もしくは社債発行会社について支払の停止があつた後または支払停止の前三ヶ月以内に、たとえば社債管理者が有する債権につき社債発行会社から担保の供与または債務の消滅に関する行為（弁済など）を受けるなどの行為をしたときは、社債権者に対し損害を賠償する責任を負うとしている（会社法七二〇条二項）。

このような現行会社法七〇四条（旧商法二九七条の三）は、アメリカの一九三九年信託証書法（Trust Indenture Act of 1939, 15 U. S. C. A. §§77aaa-zzz (1994)）を模範として⁽⁴⁹⁾いる。日本の社債管理法制の理解を深めるためには、法制の沿革であるアメリカ法が参考になるであろう。そこで、以下では、金融機関と金融機関以外との利害調整の具体的示唆・指針が得られないか、特に本編で考察対象としている金融機関と信用保証協会との関係と社債管理者と社債権者との関係が類似しており、金融機関が社債管理者であり社債権者でもある利益相反の立場にある問題を英米法⁽⁴⁸⁾（イギリス法とアメリカ法）の理論について概観する。

II イギリス法

イギリスでは、一九三四年の *Re Dorman Long & Co* 事件⁽⁴³¹⁾ において *Maughan* 判事が社債管理者である銀行が同時に社債発行会社の取引上の債権者である場合の利益相反性を問題としたことに端を発するといわれている⁽⁴³²⁾。

この *Maughan* 判事の社債管理者の利益相反性に関する問題点の指摘は、九年後の一九四三年に創設されたイギリス会社法改正委員会 (Cohen を委員長とし、コーエン委員会とも呼ばれた) でも採上げられた。二年後の一九四五年六月にはコーエン・レポートと呼ばれる報告書が公表されたが、そのコーエン・レポートでは社債管理者の利益相反は妥当でないとしながらも、会社法改正による立法での絶対的禁止までは必要ないとされた⁽⁴³³⁾。私的自治を尊重して、利益相反状況にある社債管理者の当初からの自主的な辞退を期待するとされたのである⁽⁴³⁴⁾。こうしてイギリスでは、社債管理者である銀行の利益相反性に関する立法化がなされずにいたのである。

実際上も社債管理者は、受託専門会社を中心に社債管理の受託がおこなわれているので、利益相反問題の可能性が銀行ほど頻繁に起きることはないといわれている⁽⁴³⁵⁾。イギリスの社債管理者は「就任当初より」fiduciary dutyを負っているようであるとの竹内昭夫博士の論述⁽⁴³⁶⁾を、根拠付けるものといえるのではないかと思われる。

III アメリカ法

一 信託証書法の沿革

イギリスに対し、アメリカでは、一九三六年の *ハザード* 判決において社債管理者は fiduciary (受託者) というよりは極めて事務的な stakeholder (管理者) であり社債管理委託契約により社債管理者の免責条項 (exculpatory clauses) の効力を広く認める一方で (契約自由の尊重)、社債管理者の受託者 (trustee) という名の下に社債権者が抱

く期待や希望を裏切らないために社債管理者が fiduciary であるとの立法化が必要と指摘された⁽⁴⁸⁷⁾。証券取引委員会も連邦議会に対して、一九三六年の六月に、社債管理者である銀行の受託者としての地位と社債発行会社に対する債権者という立場での利益相反行為の除去と、社債権者に対する受託者(受託者)としての忠実義務の賦課という二点を勧告した⁽⁴⁸⁸⁾。このハザード判決の提言などに基づき、アメリカではイギリスの対応とは対照的に、信託証券法が成立したといわれている⁽⁴⁸⁹⁾。

信用保証協会取引における信用創造型取引形態からみると、金融機関の義務として参考になるであろう社債管理者義務は、立法化が見送られたイギリス法よりは立法化が現実に行われているアメリカ法に考察の対象を求めた方が具体的な問題解決の示唆が得られるように思われる。したがって、本稿ではアメリカ法から問題解決の示唆を得ることとする。

二 信託証券法の内容

ところで、この一九三九年信託証券法は、前述のとおり社債管理者の社債権者に対する免責条項が広範に過ぎ、社債管理者の社債権者に対する責任や義務を果たしていないとの批判が高まった結果、制定されたものである⁽⁴⁹⁰⁾。

1 社債発行者の社債権者に対する債務不履行 (default) 前による社債管理者の義務

一九三九年信託証券法は、信託証券中に特定の (specifically) 明示された義務の履行を除き、責任を負わないとしている(三二一五条 a 項一号)⁽⁴⁹¹⁾。社債管理者が信託証券上に明記されない黙示的な義務は課されることがない⁽⁴⁹²⁾という意味で、「取引的(契約的)」である。また、社債発行者が社債権者に対して債務不履行に陥らない限り、社債管理者に

対する利益相反条項は適用されない（一九九〇年信託証券書改革法四〇八条・三二〇条b項）。

2 社債発行者の社債権者に対する債務不履行後による社債管理者の義務

社債管理者の社債権者に対する義務は、社債発行会社の社債権者に対する債務不履行後に基本的に発生する（三二五条c項⁽⁴³⁾）。社債管理者が社債発行会社から受けた債務弁済受領（担保処分による配当受領を含む）は、特別勘定（special account）として保有したうえで社債管理者が社債権者とともに債権額に応じて比例按分しなければならぬ⁽⁴⁴⁾（三二一条a項⁽⁴⁵⁾。なお、日本会社法の基準時は、七一〇条により支払停止時である）。

ただし、債務不履行前の社債管理者の社債権者に対する義務の例外として、債務不履行時より三ヶ月前に社債管理者が社債発行会社から受けた債務弁済受領（担保処分による配当受領を含む）も、特別勘定として保有したうえで社債管理者が社債権者とともに債権額に応じて比例按分しなければならない（三二一条a項⁽⁴⁶⁾）。

このような社債管理者の社債権者に対する義務を、債務不履行の前後によって基本的に二分するという考え方は、⁽⁴⁷⁾ポズナーの立場⁽⁴⁸⁾に近いといえる。ポズナーによれば、一方で社債発行会社の社債権者に対する債務不履行前の義務は、機械的事務的な stakeholder の立場であり（たとえば、社債発行会社からの社債償還債務に対する弁済受領など）、他方で社債発行会社の社債権者に対する債務不履行後の義務は、fiduciary の立場としている。

しかし、社債発行会社の社債権者に対する債務不履行後、および債務不履行時より三ヶ月前という社債管理者の社債権者に対する公平・誠実義務発生時期は（三二一条a項）、社債発行会社の財産状況悪化時期ともいえる。債務者の財産状況悪化時期において債権者がほかの債権者との関係で平等・公平な振舞いが求められるのは、日本法における倒産法の否認権制度や民法の詐害行為取消権（債権者取消権・民法四二四条）制度の存在からも理解できる（アメ

リカでの債務不履行時より三ヶ月前との基準も、一九七八年のアメリカ倒産法改正の影響を受けている。⁽⁹⁹⁾一九九〇年信託証書改正法四〇八条参照)。また、私法体系のなかでも一般的に受け容れられ易い考え方ではないかと思われる。このような社債管理者の社債権者に対する債務者の財産状況悪化時期において社債管理者がほかの社債権者との関係で平等・公平な振舞いが求められる義務の捉え方からは、一般的な取引法(契約法)の体系・枠組みのなかで理解可能なこともある。

債務者の信用状況悪化時以降、社債の場合には社債管理者が fiduciary の立場に置かれ、社債権者の利益を積極的・能動的に擁護しなければならなくなる。債務者信用状況悪化時以降、一般の債権者間での法律関係(公平・平等)と社債管理者と社債権者との法律関係(信認)とが異なるのは、ハザード判決からも明らかのように、本来は一般の債権者間のような対立的な「取引」関係にあるものを政策目的から(経済政策目的)立法によって「信認」関係としたからにはかならない。明確な政策目的が存在しない以上、権利者とその権利の管理者との間は、単なる「取引」関係と考えて差支えないものと考えられる。

IV 小 括

本節を整理すると、以下の一覧図となる(図12)。

【図12】で確認したかったことを再言すれば、一般の債権者間のような「取引」関係にあるものを、社債権者・社債管理者間では政策目的から(経済政策目的)立法によって特別に「信認」関係としたということである。逆にいえば、政策目的が存在しなければ、関係当事者間を特別な関係で規律する必要性も許容性も原則的には存在しない。

通常の債権者間関係と社債権者・社債管理者関係 ― 図 12

		債務者の信用 状況悪化前	債務者の信用 状況悪化後
通常債権者間		各債権者自由	・平等・公平な分配 (日本民法の詐害行為取消権制度 や日本倒産法の否認権制度) *
社債権者・ 社債管理者間	アメリカ信託証書法	同上 (315条a項)	・平等・公平な分配 ・分配の前段階である保全段階 で、管理者に権利者の積極的・能 動的な利益擁護義務が課せられる (311条a項)
	日本会社法	同上	・利益相反時には、管理者は権利 者に損害賠償(710条2項)
保険的構成・与信委任的構成		同右	・平等・公平な分配 ・分配の前段階である保全段階で は、管理者には権利者の利益擁護 義務が課せられる(最大善意、忠 実義務)

* ほかの債権者のための積極的・能動的な利益擁護義務は存在しない。

なお、既述の保険的構成と与信委任的構成の場合も掲げた。保険的構成や与信委任的構成において債務者の信用状況悪化後の管理者の義務をみると、アメリカ信託証書法における債務者の信用状況悪化後の管理者の義務と同様であり、保険的構成や与信委任的構成が通常の「取引」規律ではなく、「経済政策・社会政策」目的から規律のあり方が変容されているともいえる(信用創造型保証では変容されない)。また、保険的構成や与信委任的構成において債務者の信用状況悪化前の管理者の義務は、債務者の信用状況悪化後の管理者の義務と同様であり、アメリカ信託証書法での債務者の信用状況悪化前の管理者の義務と比較して厳格であり、価値判断として債務者の信用状況悪化前の管理者の義務はないとする考え方もあり得ると思われる(ただし、筆者らの見解とは異なる)。

(479) たとえば、社債管理会社制度全般について、黒沼悦郎「社債契約と社債管理会社」金融法研究一六号三七頁、江頭憲治郎「社債の管理に関する受託会社の義務と責任」江頭憲治郎編『八十年代商事法の諸相―鴻常夫先生還暦記念』一一九―

信用保証協会取引の法的再構成 (三) (鶴井・平野)

七六

- 二〇頁 (有斐閣・一九八五年)、岩原伸作「米英における社債管理の受託会社の制度」資本市場研究会編『大口取引に係る株式委託手数料の自由化について』一五〇—一五四頁(資本市場研究会・一九九三年)、江頭憲治郎「社債法の改正」ジュリスト一〇二七号三九頁、また立法担当者であった吉戒修一『平成五年・六年改正商法―株主代表訴訟・監査役・社債・自己株式』二九七、二九八頁(商事法務研究会・一九九六年)など。
- (480) 前編(与信委任的構成)でも前々編(保険的構成)でも中小企業信用補充制度の特質や沿革などから英米法(うち特に、イギリス法とアメリカ法)を中心に概観していることに鑑み、本編でも英米法(イギリス法とアメリカ法)を概観する。
- (481) [1934] Ch. 635.
- (482) Edward Manson, *The Debenture and Debenture Stock of Trading and other Companies: with forms including forms of proceedings to enforce securities*, 2nd. Ed., p. 57, (Butterworth, 1910).
- (483) Paragraph 63 of the Report of the Committee on Company Law Amendment (UK Cmd 6659, 1945) (“the Cohen Report”).
- (484) イギリス法が私的自治をたいへん重要視することに關し、第II編第三章第三節III一を参照。
- (485) Laurence Cecil Bartlett Gower; with contributions from Daniel David Prentice and B. G. Pettet, *Gower's Principles of Modern Company Law*, 5th ed., p. 381 n. 37, (Sweet & Maxwell, 1992).
- (486) 「社債発行市場の在り方」旬刊商事法務一〇〇号八頁。
- (487) *Hazzard v. Chase National Bank*, 159 Misc. 57, 287 N. Y. S. 541, 571 (Sup. Ct. 1936).
- (488) *Securities and Exchange Commission (SEC)*, Report on the Study and Investigation of the Work, Activities, Personnel and Functions of Protective and Reorganization Committees, Part VI, pp. 107, 110 (1936).
- (489) Martin D. Sklar, *The Corporate Indenture Trustee: Genuine Fiduciary or Mere Stakeholder?*, 106 *Banking L. J.* 42, 52.

- (490) Joseph C. Kennedy and Robert I. Landau, *Corporate Trust Administration and Management*, 2d ed., pp. 61-2, (New York Univ. Press, 1975); Louis Loss & Joel Seligman, *SECURITIES REGULATION*, 3rd ed., Vol. IV, pp. 1593-1600, (Brown Little, 1990).
- (491) 15 U. S. C. A. § 77000 (a) (1).
- 492 参看 Elliot Associates v. J. Henry Schroder Bank & Trust Company and Centronics Data Computer Corp., 655 F. Supp. 1281 (S. D. N. Y. 1987), *aff'd*, 838 F. 2d 66 (2d Cir. 1988).
- (492) Philip R. Wood, *Law and Practice of International Finance*, p. 228, (Sweet & Maxwell, 1980).
- (493) 15 U. S. C. A. § 77000 (c).
- (494) 信用保証協会保証付債権と信用保証協会保証付ではない債権の競合処理について、保険的構成に拠らうと(第II編第三章第三節III二一(一))、与信委任的構成に拠らうと(前編第三章第四節II三(三))、本稿では信用保証協会利益を金融機関は積極的・能動的に擁護する義務を負い、擁護後(いわば保全後)の利益分配などは金融機関利益に配慮して信用保証協会利益と公正・平等におこなうことを提案するが、信用保証協会利益擁護後の利益分配方法に関してアメリカ一九三九年信託証書法三二一条a項は示唆的である。
- (495) 15 U. S. C. A. § 77kkk (a).
- (496) 15 U. S. C. A. § 77kkk (a).
- (497) 本稿ではアメリカ一九三九年信託証書法のような債務不履行の前後によって義務を二分する考え方を基本的に採らず、一元的に債務不履行の前後を問わず金融機関の義務を保証契約締結時から積極的に能動的な信用保証協会に対する利益擁護義務と考える(信用保証協会保証付債権と信用保証協会付ではない債権の競合処理について、保険的構成(第II編第三章第三節III二一(一))、および与信委任的構成(前編第三章第四節II三(三))。
- (498) Louis S. Posner, *Liability of the Trustee under the Corporate Indenture*, 42 *Harv. L. J.* 198, 203-04, 206のほかに参看 Louis S. Posner, *The Trustee and the Trust Indenture, a Further Study*, 46 *Yale L. J.* 737; Louis S. Posner,

信用保証協会取引の法的再構成 (三) (鶴井・平野)

七八

The Proposed Federal Measure to Regulate Trust Indentures, 71 U. S. L. Rev. 394, 396-398.
 George E. Palmer, Trusteeship Under the Trust Indenture, 41 Colum. L. Rev. 193, 207-212.
 Arthur Stone Dewing, The Financial Policy of Corporations, 5th ed., vol. I, chap. 7, p. 172 note (i), (Ronald Press Co, 1953)
 参照。

(49) 木下毅「アメリカ合衆国信託証券法第三十一条の研究—アメリカ合衆国信託証券法の研究(4)—」公社債月報六二巻九号六頁、金義勝「ディフォルト発生前における社債管理会社の地位と義務(一)」早稲田大学大学院法研論集六八号一—三頁、佐藤勤「アメリカにおける受託会社の利益相反規制法」筑波法政三七号一二四頁。

第三節 帰結

以上、第IV編で考察対象としている取引形態と対照的な与信委任的構成の根底に存在する信認関係論と対立する「取引(契約)関係論」や、第IV編で考察対象としている取引と一見類似すると思われる社債管理法制を巡る当事者間の法的関係の沿革の議論からするならば、信用創造型取引の法律的性質も単なる「取引(保証契約)」と考えるべきではないかと思われる。

このような本編の考察より得られた結論は、信用保証協会と金融機関との約定において曖昧・不明確とされている、たとえば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」の意内容を法解釈上明確化する実践的意義をも有するものと思われる。つまり、信用創造型保証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付債権の管理回収義務の内容は主たる債務者である中小零細事業者の信用状況悪化前は存在せず、信用状況悪化後であれば信用保証協会の利益を積極的・能動的に擁護する義務までは負わないが、

非信用保証協会付債権の管理回収の際には信用保証協会付債権も平等かつ公平に扱われるべき義務が存在すると考えられる。

まとめと展望

本稿の要約、主な検討、提言、今後の課題という順で述べる。

I 本稿の要約

信用保証協会取引の法的な性質・性格に関する議論は、前述のように一九六〇年代の高等裁判所判決⁽⁵⁰⁾を契機に、今から半世紀近くも前に形成されたに過ぎないものである。信用保証協会取引の法的な性質・性格に関する議論が形成された後、特にバブル経済が崩壊して金融変革のなかで信用保証協会取引⁽⁵¹⁾の法的な性質・性格に関する議論を具体的な信用保証協会取引形態に適用すること⁽⁵²⁾が適切・妥当なのかも再考される必要がある。このような信用保証協会取引形態の変容に応じた各信用保証協会取引の法的な性質・性格を再考したものが本稿であり、したがって検討対象は信用保証協会取引形態毎の取引の法的性質・性格の再構成である。

信用保証協会取引の一般論(取引の仕組みや構造)をまず述べた後に、信用保証協会取引の仕組みや構造から窺える取引理想(損失最小化)に言及した。信用保証協会取引の損失最小化という理想に対する、取引の現実・実態をみ

て、信用保証協会取引には光の部分と影の側面が存在することを確認した。信用保証協会取引の課題の一つは、信用保証協会取引の影の側面(信用保証協会取引制度に制度参加者が頼りきってしまう怠惰、あるいは怠惰を超えた濫用や悪用・背信)の実態を信用保証協会取引の理想(損失最小化)に近付けるように努力するべきであると考ええる。

信用保証協会取引の影の側面の実態を信用保証協会取引の理想に近付けるために、金融機関との間の約定分析から約定文言が曖昧で不明確であるがゆえに、約定文言を明確化しようにも、当事者間では約定改訂が実際困難で、半世紀近く根本的改訂がなされていないという現実があった。

信用保証協会と金融機関との約定の法的性質・性格について、裁判例・通説的見解は「保証」と理解している。しかし、これまでの信用保証協会と金融機関との取引の法的性質・性格論は、保証債務履行後の信用保証協会と共同保証人等の関係に立つ者に対する求償範囲という限定された場面・局面での問題であった。信用保証協会取引の影の側面の実態(その一つが、金融機関の信用保証協会付債権に対する杜撰な管理回収)を信用保証協会取引の理想(損失最小化)に近付けるためには、約定文言明確化が実際上困難な現在、信用保証協会と金融機関との約定の法的性質・性格論を再考し再検討することは有意義であると思われる。現代における信用保証協会取引の法的性質・性格論では、かつての信用保証協会と共同保証人等の関係に立つ者に対する求償範囲という保証債務履行後の場面・局面ではなく、保証債務履行前の信用保証協会に対する金融機関の義務という観点で問題となる。そこで、本稿の特殊性として、信用保証協会取引の法的性質・性格を信用保証協会取引の形態毎に、信用保証協会に対する金融機関の義務という観点で検討・分析してみた。信用保証協会取引の法的性質・性格論の分析をおこなうにあたっての視点を、本稿では当該信用保証協会取引のみならず、当該信用保証協会取引に関連・連動するほかの取引(信用保証協会と中

小零細事業者や、中小零細事業者と金融機関との取引)をも含めて全体的・一体的に考慮することにした。

第一に、同種・大量の債権を包括的・抽象的な「束」として保証引受する取引形態がある。この第一の取引形態の特性・特質は、取引実態が「保険」に類似する点が挙げられる。取引実態の類似する保証と保険の差異は何か。保証契約と保険契約との要件・効果・抗弁事由の分析を通じて保証契約と保険契約との差異を抽出し(保険の方が保証よりも、契約締結後の抗弁事由を厚く保護している)、保証契約と保険契約との差異の具体的発生理由の究明を銀行法の債務保証業務と保険法の保証証券業務との比較や、日米の裁判例や学説に求め、保険と保証の差異を大数法則利用の有無とした。したがって、信用保証協会取引における保険的取引形態は、大数法則の利用のある取引形態といえる。信用保証協会取引における保険的取引形態の法的性質・性格は、現行の金融監督法上(保険法)から「保証」とするべきであると思われるが(取引の法的性質が保険であれば、保険者に免許が必要となる)、保険契約の特質・特性(たとえば、最高信義性・最大善意性など)が類推適用されると考えた。保険契約の特質・特性の一つである最高信義性・最大善意性の実定法上の根拠は、民法一条二項と考えられる。つまり、保険類似的(大数法則を利用した)信用保証協会取引は、信義則という一般条項を根拠に認められる最大善意「最高信義」の法理の類推適用が考えられる。この最大善意(最高信義)の具体的現われには、契約当事者および制度参加者に「損失最小化義務」が課されると考えられる。この損失最小化義務は、信用保証協会と共同保証関係などにある者(たとえば、主たる債務者会社の代表者個人など)に対して信用保証協会に比較して優先的回収・保全をおこなうべきであることを導き出す。ただし、損失最小化義務は、たとえば金融機関が同一中小零細事業者に対して信用保証協会付債権と信用保証協会付でない債権を有する場合に、信用保証協会付債権に関し積極的・能動的利益擁護を金融機関に課すが、利益擁護された後の回

取金配当などは、信用保証協会付債権も非信用保証協会付債権も協調・連携して中小零細事業者を支援していることが信用保証協会付債権が存在するときには好ましいと考えられるので、平等になされるべきであると思われる。また、信用保証協会付債権の譲渡に関しては(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)、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)、保険的構成を採れば保険契約条件としての被保険者の変更となり、保険者が変更し承諾しなければ信用保証協会付債権の譲受人は被保険者となり得ないし、信用保証協会付債権の譲渡人も信用保証協会付債権の譲渡によって被保険利益を喪失するから被保険者ではなく、實際上信用保証協会付債権の譲渡制限を導き出すことができる(保険には保証とは異なり、随伴性が存在しないという特性・特質が存在する)。

第二に、信用保証協会取引のルーツは臨時応急的な中小零細事業者の資金調達環境の整備にある。たとえば現代でも原油価格の高騰や非食用米穀の不正規流通による売上減少の中小零細事業者、あるいはより良い社会形成のために貢献する中小零細事業者をあらかじめ信用保証協会が抽象的ながらも金融機関に伝え募集することによって信用保証協会取引を成立させる取引形態がある。この第二の取引形態の特性・特質は取引の起点(出発点)が信用保証協会にあり、第一の保険的取引形態の取引起点(出発点)が金融機関に存在する点と異なる。取引の起点(出発点)が信用保証協会にあって、当該信用保証協会取引に関連・連動するほかの取引をも含めて全体的・一体的に考慮すると、フランスの破産院裁判例やドイツの信用委任法制、あるいはローマ法の金額貸与委任が想起され、信用保証協会と金融機関との取引の法的性質・性格を「(与信)委任」と理解すると、①債権者による信用保証協会保証付債権の譲渡から生じ

る新たな債権者と主たる債務者である中小零細事業者との問題も、債権者である受任者の変更として、民法一〇四条の復代理規定の類推適用という通説的見解により解決可能となり、また②与信委任契約の内容には、受任者である金融機関は、信用保証協会と信用保証協会との共同保証人等のうち、信用保証協会との共同保証人等から優先回収・保全しなければならないことが包含されているとみることができるとなる（このことは、受任者の委任者に対する積極的・能動的利益擁護義務である忠実義務の一側面ともいえる）。しかし、第二の（与信）委任的構成では、（与信）受任者の善管注意義務が委任者利益に対する積極的・能動的な擁護義務ではなく、忠実義務のような委任者利益に対する積極的・能動的な擁護義務が求められる。わが国では、受任者の忠実義務を明確に否定する見解は存在しない。受任者の忠実義務の法的根拠は、与信委任的構成の適用範囲・射程・要件に関し最も厳格な信用保証協会と金融機関との（黙示の）合意説（一九九四年カナダ最高裁判所の見解）を前提に、民法六四四条の「委任の本旨に従い委任事務を処理する義務」との立場を支持することができる（したがって、与信委任的構成の適用範囲は、取引の起点・出発点が信用保証協会である、反復的な永続的取引を前提とする構造・メカニズムの存在する取引となる）。ただし、本稿が述べる受任者の忠実義務は、たとえば金融機関が信用保証協会付債権と信用保証協会付でない債権を有する場合に、信用保証協会付債権に関し積極的・能動的利益擁護義務が金融機関に課されるが、利益擁護された後の回収金配当などは、信用保証協会付債権も非信用保証協会付債権も協調・連携して中小零細事業者を支援していることが信用保証協会付債権が存在するときには好ましいと考えられるので、平等になされべきであると思われる。

第三に、信用保証協会取引における保険的保証形態や与信委任的取引形態は継続性または反復的な永続性ある共同体型取引であるのに対して、信用保証協会の一方的事情だけに基づいて金融機関と相対立する関係で締結する「取

引型」保証が存在する(信用創造型保証)。たとえば、信用保証協会が専ら自己の取引規模の拡大・営業推進を狙って目ぼしい中小零細事業者に狙い定めて信用保証協会が直接に当該中小零細事業者へ、または目ぼしい中小零細事業者の取引金融機関を通じて信用保証協会の利用をアプローチして信用保証協会取引を成立させたりする。このような取引型では、通常の保証取引と理解してさしつかえないと考えている。つまり、信用創造型保証において金融機関の信用保証協会に対する信用保証協会付債権の管理回収義務は、主たる債務者である中小零細事業者の信用状況悪化前は存在せず、信用状況悪化後であれば信用保証協会の利益を積極的・能動的に擁護する義務までは負わないが、非信用保証協会付債権の管理回収の際には信用保証協会付債権も平等かつ公平に扱われるべき義務が存在すると考えている。なお、信用創造型取引の法的性質・性格を保証と理解することは、信用保証協会付債権の譲渡が自由になされることにより、信用保証協会制度の利用者である中小零細事業者の弊害(再建可能性や資金調達・取引機会を害する)の可能性を当該中小零細事業者以外の信用保証協会取引形態の選択によって生じさせることは、不都合ではないかとの疑問も存在する。しかし、そもそも債務者の都合で債権譲渡が制限・制約されるものでもないし、債権が債務者に不都合な者へ譲渡されてしまうのは債務者じしんの信用力の低下など債務者みずから招いた自己責任に基因するといえるし、信用創造型取引が想定する取引は債権回収に懸念のないものであるから債権譲渡じたいも極めて少数と考えられ、やむを得ないと思われる。

以上三つの信用保証協会取引の形態(現行取引形態はいずれかに当てはまる)の検討を通じて、信用保証協会と金融機関との約定において曖昧・不明確な、たとえば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」の意味内容を法解釈上明確化する実践的意義をも有するものと思われる。

II 主な検討

主な検討では、信用保証協会取引の法的再構成と、取引背後に存在する仕組み・スキーム・制度の保護を述べる。

一 信用保証協会取引の法的再構成

信用保証協会取引の法的再構成では、保証の修正か別構成かの問題と、債権者の保証人に対する義務論の二つを論じる。

1 保証の修正か別構成か

保証の特性・特質として、一般に主たる債務に対する付従性⁽⁴⁰⁾と随伴性⁽⁴²⁾、補充性⁽⁴³⁾の三つが指摘される。

付従性・随伴性・補充性のうち、本稿の出発点であり主要なテーマは信用保証協会取引の補充性の拡張・補充（双方あわせて拡充＝強化）にあった。

また、随伴性は、信用保証協会取引の主たる債務者である中小零細事業者や、ひいては主たる債務者の債務不履行リスクを引受ける信用保証協会にも不都合であり、結論として随伴性を制限・制約する解釈方向を模索した。⁽⁴⁴⁾

残る付従性に関しては主たる債務の「成立」場面と「消滅」場面に分けることができるが、付従性に拠らずとも金融機関と中小零細事業者との債務「成立」を金融機関と信用保証協会との債務成立に及ぼすことは金融機関と信用保証協会との契約の前提として錯誤（民法九五条）論などを使えば処理できると思われるし、金融機関と中小零細事業者との債務「消滅」も①債権者である金融機関が債権の満足を得て消滅する場合は金融機関と信用保証協会と

の契約目的を達成したので債務消滅となることはもちろん、②金融機関の信用保証協会の同意なき中小零細事業者への(債務)免除、および③中小零細事業者の消滅時効援用による債務消滅事例を考慮しても、最高信義性(最大善意性)から生じる損失最小化義務違反、あるいは忠実義務違反から生じる信用保証協会の金融機関に対する損害賠償請求権と、金融機関の信用保証協会に対する請求権との相殺(民法五〇五条)から導き出すことが可能と思われる。

つまり、本稿が目指す公的保証機関取引での法的性質・性格の帰結は必ずしも一般的な保証の特性・特質とは合致せず、当該公的保証機関の取引毎に適合する取引類型を性質決定する方が合目的であり自然といえる。本稿で検討した保険的構成や与信委任の構成は、公的保証機関取引(信用保証協会取引)の法的再構成なのである。

現行民法が制定された一八九八年当時(今から一一〇年以上も前)、保証は個人が個人を保証する態様が念頭に置かれていたと考えられる。保証契約も契約である以上、さまざまな取引態様が契約当事者の意思に基づき創造でき、そのような多様な保証形態を個人が個人を保証する態様だけが念頭に置かれていた民法規定で処理できると考えるのは無理を強いていないか疑問となる(取引形態毎に個別・具体的に取引の法的性質・性格を決するべきことになる)。

2 債権者の保証人に対する義務論

ところで、保証取引は、保証人と債権者との比較衡量で決まる。保証人と債権者との比較衡量は、時代状況によっても変わる。たとえば、保証は債権保全という債権者の要請から生まれ、他方で保証人に一方的に責任を負わせてもよいかという保証人保護の要請もある。そこで、保証人保護の立法がなされた(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)。保証人保護の立法に対し、債権者は保証契約の自由性に着目して連帯保証契約化をおこなった。しかし、昨今、連帯保証契約であっても保証契約当事者の信義則を使った、保証人保護の強行法規化が裁

判例を通じて図られている（厳格な片務契約性から双務契約化傾向）。分析視点として倒産実体法での保証の無償否認の認定基準の議論（特に、島谷六郎裁判官・反対意見の発想）が特に有益であり、保証契約を起点に、保証人と主たる債務者との保証委託契約、債権者と主たる債務者との被保証契約をも考慮した保証契約の全体的・一体的考察が重要であると考えられる。

信用保証協会と金融機関との間でより明確な約定を締結することが困難な現状において、本稿では公的保証制度に参加する金融機関の負担している本来的な義務を明らかにした⁽⁵⁰⁵⁾（ただし、信用保証協会取引の具体的形態によって異なる）。信用保証協会取引の性質・性格から、保証債務の履行確実性に対し、被保証先である中小零細事業者は経済的に脆弱であることがほとんどであるから、保証債務履行の危険性が高い。そのことからすれば、債権者である金融機関の義務を加重することも、実質的に許容（正当化）されてよいのではないかと考えている。

具体的には、

① 時的範囲・契約締結後

② 人的・主観的拡張…主たる債務者に対する債権管理回収義務のみならず、信用保証協会と原債権者（金融機関）からみて共同保証人等に立つ者にも拡張⁽⁵⁰⁶⁾（既存の保証法理論からの対応困難）

③ 物的・客観的(程度) 充実・消極的・受動的から積極的・能動的へ、事後・処理的から事前・予防的へ(既存の保証法理論からの対応困難)

なお、信用創造型保証は、保険的保証や与信委任的取引といった本来的な信用保証協会取引(双方とも、信用保証協会と金融機関との共同体型保証)とは異なる。また、英米法の自己利益重視か他人利益重視か(契約・取引関係か信認関係か)という明確・明快な区分け・基準は、取引形態毎の法律関係を類型化して決するときに役立つものと考えられる(信用創造型保証と与信委任的構成)。

以上、本まとめのここまでの記述を整理すると、【図13】のようになる。

二 取引背後に存在する仕組み・スキーム・制度の保護

信用保証協会取引の法的分析を通じて、契約(取引)の要件事実(主要事実)には浮かび上がってこない、保険的構成における「大数法則の利用」や与信委任的構成における「ビジネス共同体(協力のためのメカニズム)」という、保険的構成における損失最小化義務や与信委任的構成における忠実義務発生のための取引背後(水面下)に存在する要件が本稿で明らかになった。

継続性または反復的な永続性ある仕組み・制度・スキームに参加する当事者は、それを維持・存続させるための「もちつもたれず」というビジネス共同体関係(協力のためのメカニズム)にあり、仕組み・制度・スキームを維持・存続させるための義務が存在すると思われる。これらの義務の存在は、実際上の契約取引関係からは、従来ほとんど

本稿のまとめ—図 13

信用保証協会取引の法的再構成(三)(鶴井・平野)

		保険的保証 (第II編)	与信委任の取引 (第III編)	信用創造型保証 (第IV編)
保証の 特性・ 特質	補 充 性	時的範囲 契約締結後も (最大善意)	契約締結後も (忠実義務)	契約締結後 催告の抗弁 権 (民法 452条)(507 のみ)
	人的・主 観的拡張	原債権者からみて信用 保証協会と共同保証 人・物上保証人にも(最 大善意)	原債権者からみて信用 保証協会と共同保証 人・物上保証人にも (忠実義務)	主たる 債務者 のみ
	物的・客 観的(程 度)充実	・積極的・能動的 ・事前・予防的 (最大善意)	・積極的・能動的 ・事前・予防的 (忠実義務)	・消極的・受動的 ・事後・処理的 (民法1条2項)
	随 伴 性	なし*1(被保険利益 と被保険者の特定)	なし(受任者の変更) (民法104条類推適用)	(大判明治39・3・3 民録12輯435頁)
	付 従 性	*1 ・成立場面： 錯誤(民法95条)など ・消滅場面： 弁済(契約の目的) (債務)免除・時効⇒ 最大善意違反⇒損害賠 償請求権発生(民法 415条)⇒支払請求権 との相殺(民法505条)	・成立場面： 錯誤(民法95条)など ・消滅場面： 弁済(契約の目的) (債務)免除・時効⇒ 忠実義務違反⇒損害賠 償請求権発生(民法 415条)⇒費用償還請 求権との相殺(民法 505条)	(民法447条1項, 448条, 457条1項)
適用範囲 (射程・要件)		大数法則の利用ある取 引	取引の起点・出発点が 信用保証協会である, 反復的な永続的取引を 前提とする構造・メカ ニズムの存在	信用保証協会みずか らによる具体的特定 中小零細事業者指名 保証
債務履行		保険金支払請求権*2 (商法629条)	費用償還請求権 (民法650条3項)	保証債務履行請求権 (民法446条1項)
代 位		請求権代位*2 (商法662条)	権利移転請求権 (民法646条2項)	弁済者代位 (民法501条)

*1 保険に随伴性も付従性も存在しないのは、保証と比較して保険特有の特性・特質である。

しかし、付従性に関して信用保証協会取引における保険的構成からは、取引法(契約法)の一般法理と最大善意から付従性と同様の性質が認められる。

*2 本来は保証法規を明示すべきであるが、保険法規を参考に記載した。

ど注目されなかった点であると思われる。⁽⁵⁰⁾従来契約取引関係において制度や仕組み・スキームじたいの利益が目され難かったと思われる理由は、契約（取引）の表面・表層のみに着目して判断をおこない、契約（取引）背後の仕組み・制度・スキームに対する軽視があったからであると考えられる。

取引当事者の背後に存在する制度の維持・存続の利益があれば、契約のオモテには出てこない背後の利益を保護・尊重できる（保険の場合の保険者、与信委任の場合の委任者の各利益に包含させる）。ビジネス共同体（協力のためのメカニズム）を保護するために取引維持を帰結する価値基準（取引全体の制度維持）は、重要な視点である（会社法三五六条一項一号などの競争禁止義務には、ビジネス・メカニズム尊重の思想が存在する^{(50)・(51)}）。

信用保証協会制度を維持・存続させるためには、信用保証協会取引の背後に存在する制度・仕組みを法的に保護する必要が存在する。その法的保護の許容性は、保険的構成の場合には最大善意（現行の日本法では信義則から導き出される）から派生する損失最小化義務、与信委任的構成の場合には受任者の忠実義務（受任者と委任者の（黙示の）合意に基づき民法六四四条の「委任の本旨に従い委任事務を処理する義務」から導き出すことができる）により存在が認められる。

ある経済目的を達成するために、個々別々の取引を越えた大きな仕組み・スキーム・制度が構築された場合には、個々の取引関係者においては、その制度趣旨に協力すべき義務があると考えられる（システム思考―全体的・一体的思考⁽⁵¹⁾）。

現代では複数の取引の組合せによって、ある経済的目的を達成するための仕組み・スキームの構築も多くなっている。たとえば、本稿でも紹介した金融機関が事業者へ貸出した債権や社債の償還請求権を証券化して投資家に証

券を販売し事業者の直接金融による資金調達を目指すスキーム（CLOやCBO）、あるいは消費者の商品購入時の商品代金を信販会社を介在させたクレジット・カードによる取引スキームなどが想起される。このようなある経済的目的を達成するための仕組み・スキームを構築して、経済活動をおこなう場合の現代型取引の法的解明をおこなう際に、本稿の当該取引に関連するほかの取引をも全体的・一体的に吟味したうえで法律関係規律が志向されるべきとの主張は、重要な視点を提供するものと思われる。

社会経済的に有用な仕組み・スキーム・制度を保護しようとする要請は、自由が謳歌されたイギリスのレッセフェールの時代にも認められる。そのような社会経済的に有用な仕組み・スキーム・制度を維持・存続させ保護しようとする要請は保険以外にも適用され得るであろう。特に社会経済的に有用な仕組み・スキーム・制度が数多く開発されている現代において、個々の取引自由（契約自由）⁽¹²⁾が社会経済的に有用な仕組み・スキーム・制度の維持・存続をさせる目的で契約当事者が制約されることはやむを得ない場合もあると考えられる。

III 提言

提言では、金融機関の信用保証協会に対する義務の約定明確化と、信用保証協会取引のあるべき姿・かたちの二点を述べる。

一 金融機関の信用保証協会に対する義務の約定明確化

信用保証協会と金融機関との約定文言の不明確性ゆえに紛争解決基準として信用保証協会と金融機関との約定は

不明瞭で、金融機関から信用保証協会への支払請求に対する抗弁も困難な点があった。金融機関の信用保証協会に対する義務の約定明確化(改訂)は実際上不可能であり、信用保証協会と金融機関との本来的な法律関係のなかで金融機関は信用保証協会に對しいかなる義務を有するのかを考察した。現行の信用保証協会と金融機関との約定規定の解釈を明確化する実践的意義をも有するものと思われる。

しかし、その金融機関の信用保証協会に對する本来的な取引上(契約上)の義務の考察を踏まえて、さらに信用保証協会の主務官庁である経済産業省と金融機関の主務官庁である金融庁の主導の下、法理論的な背景を有したうえでの信用保証協会と金融機関との約定明確化が図られるべきであることを提言する。

二 信用保証協会取引のあるべき姿・かたち

ところで、信用保証協会取引の理想は、繰返し述べるように損失最小化である。損失最小化は、信用保証協会取引が公的(14)中小企業金融支援の継続的または反復的な永続性を志向する取引制度であれば、常に要請されるのである。このような公的中小企業金融支援の継続的または反復的に永続して利用されることを前提とした制度・仕組み・スキームの維持・存続を重視する信用保証協会と金融機関との共同型保証に對する取引型保証では、信用保証協会の取引相手方である金融機関の損失最小化に關する義務を徹底させることは取引当事者の利益衡量上からも相当ではないと考えている。

つまり、本稿が考える公的中小企業金融支援として継続的または反復的に永続して利用されるべき本来的な信用保証協会取引は、与信委任の取引のような「政策推進型取引」と、保険的保証のような「開発型取引」ではないか

と考えられる。あるべき信用保証協会取引の姿・かたちとして、以下の「政策推進型取引」と「開発型取引」の二つを提言したい。

1 政策推進型取引

政策推進型取引では、公的保証機能の現代的拡張と政策効果検証の二点について述べる。

(一) 公的保証機能の現代的拡張

公的保証機能の現代的拡張では、本来的・伝統的な機能を述べた後、現代の経済情勢に即して新たに期待される機能を提言する。

(1) 本来的・伝統的機能

信用保証協会取引のルーツは、中小零細事業者に対する臨時応急的な資金調達環境の整備であった。特に最近ではバブル経済崩壊後の金融変革期に、信用保証協会が日本経済を支える中小企業金融政策のために、極めて大きな役割を担ったといえる。

(2) 新たに期待される機能

公的保証の目的は従来型の中小零細事業者の金融支援にとどまらず、SRI保証のような社会的に影響力のある中小零細事業者を通じた社会創造・形成にある。公的保証の社会における機能を従来型の機能に加え、拡張していくべきであると思われる。

このような中小零細事業者を通じた社会創造・形成は、政府みずからによる社会創造・形成が財政逼迫などにより小さな政府が求められる今日、日本の情勢にも合致する。

(二) 政策効果検証

政策推進型取引では、行政(中央官庁のほか、地方公共団体も含む)が信用保証協会に対して政策を推進する手段とする。したがって、極論すれば信用保証協会に対して一〇〇%近い損失補填をおこなってもよいのではないかと考えられる。

ただし、政策推進効果に対する事後的検証は、公金で損失補填する以上必須であると考えられる。この政策推進効果に関する事後的検証は、政策推進手段としていわば政策当局に利用される信用保証協会に対してではなく、政策推進を企画・立案して信用保証協会を政策推進手段として利用する政策当局に対するものである。

2 開発型取引

信用保証協会の機能は本来的・伝統的な臨時応急時の資金調達環境の整備だけでなく、通常時の資金調達環境の整備(開発)まで現在では広がっている。

信用保証協会取引は中小零細事業者の金融支援のみならず、経済の中心である金融機関の救済という意義・機能も特にバブル経済崩壊後の信用保証協会取引では有するようになった。金融機関の救済という意味では、金融機関の不良債権処理のための信用保証協会付債権の譲渡を信用保証協会が政府の主導により基本的に容認したり、自己資本比率向上のための金融機関の信用保証協会付貸出債権譲渡を認めるためにCLO(ローン担保証券)という仕組みを創設したりした。⁽¹⁸⁾ また、金融機関開発・導入のスコアリング・モデルの検証ツールとして、信用保証協会取引が金融機関と信用保証協会との提携保証として利用されたという実務実態もある(第II編第二章第二節I)。これま

ではない新たな仕組み・スキームを金融機関をも眼目において開発することは、バブル経済崩壊前までの信用保

証協会にとって経験のほとんどないことであった。

担保目的物の対象をモノから事業収益そのものに着目し売掛債権や在庫動産担保の對抗要件特例法を活かした流動資産担保保証（ABL保証）や、一九九六年の適債基準撤廃・財務制限条項の自由化により社債発行が完全に自由化されたことにともない中小零細事業者の間接金融から直接金融へのきつかけ・トレーディングとして創設された社債償還債務の保証制度⁽²²⁾、民事再生法創設による事業再生保証制度⁽²³⁾などにみられるように、金融機関にとってのビジネスモデルの模範的開発となるような公的保証もなされるようになった⁽²⁴⁾。今後も金融機関にとっての公的機関保証に基因するビジネスモデルがさらに確立され、公的事业から民間事業へその事業の守備範囲が遷移されれば、小さな政府が求められている現状からは理想的である⁽²⁵⁾。民が合理性の点から着手できない領域を中小零細事業者の事業資金調達の円滑化のためにこれまでも信用保証協会が積極的に取組んできたように、未開拓の取引形態を先駆的に開発・創造し社会に広めていく、ビジネスの成立可能性を提示していくことが公的保証機関に望まれる方向ではないかと考えられる⁽²⁶⁾。

IV 今後の課題

序説で述べた本稿の執筆動機（信用保証協会取引の現在と今後の検討）に対しては、全体を通じて筆者らなりの現時点での一定の回答はできたのではないかと感じている。しかし、筆者らじしんも現時点でのみずからの回答に当然ながら満足しているわけではなく、本研究に関する幾つかの課題を以下に具体的に挙げて本稿を終えたい⁽²⁷⁾。

第一に、諸外国の公的保証の法的分析を本格的におこなうことである。⁽³²⁹⁾ 公的保証取引の国際的な「法的分析」は公的保証取引の公刊物を見出すことが結果としてできず、かつ公的保証機関に国際郵便や電子メールを送付してもまったく反応がないか、利用者である中小零細事業者と間違えられて貸出金融機関へ相談をどうぞといわれるものばかりであった。⁽³²⁹⁾ 中小企業信用補完取引を研究する者として、引続き諸外国の公的保証取引・契約の分析に関心をもって取組んでいきたいと思っっている。⁽³³⁰⁾

第二に、本稿で検討した信用保証協会取引を、保証法全体の枠組みのなかに位置付けるということである。信用保証協会取引は公的機関保証の代表として、民間の私的機関保証と理念的には対置し得る。公的機関保証と私的機関保証は機関保証(法人保証)という共通項を有し、この機関保証(法人保証)という共通項に対し、個人保証(自然人保証)が対置され得る。⁽³³¹⁾ このような原始的な個人保証(自然人保証)を出発点として現代的な機関保証(法人保証)、機関保証(法人保証)のなかでも公的機関保証と私的機関保証が存在するという流れが存在し、各保証は分類・区分けされるように保証形態毎に取引の特殊性を有するはずである。本稿で検討した公的機関保証の関連・周辺領域の保証形態をも検討対象に広げ保証法に関し総合的ないわば横断的な比較研究をおこなうことは、本稿で検討した公的機関保証のいわば縦断的な叙述に内容じたいの一層の厚みを加えられる可能性が存在するのではないかと思われる。

第三に、公的保証機関が金融機関における新しいビジネスモデルの実験者でもあることからすれば、今後も新しい公的保証機関取引形態の登場が予想される。新しい公的保証機関取引の法律的な性質・性格を絶えず考えていきたい。

第四に、以上の保証法からの課題に対し、一般的な取引法（契約法）の観点からすれば、通常の信用保証協会取引（本稿でいえば、保険的保証と与信委任的取引）のような継続的または反復的な永続性を志向する取引では、個別の表面的な取引には具体的には現れてこない、具体的な取引の背後に存在する制度や仕組みやスキームを、表面に具体的に現れている取引（契約）の目的として取引法（契約法）の解釈としてどのように反映されるのかを突詰めて考察する必要があるように思われる。⁽³²⁾ このような継続的または反復的な永続性を志向する取引での取引背後に存在する制度や仕組みやスキームを個々の取引（契約）の目的として具体的な取引当事者間の法的関係に反映させる志向は、たとえばサブリース契約当事者間の契約解釈において、当該サブリース契約の背後にマスターリースが当初から潜在的に存在し、そのような当該サブリース契約の背後に存在するマスターリースが当該サブリース契約の前提になっている場合に、影響を生じさせると考えることもできる可能性も存在する。⁽³³⁾ 取引（契約）の背後に存在する制度や仕組みやスキームを表面に具体的に現れている取引（契約）の法律解釈に反映されるかは、たとえばバブル経済崩壊にもなったビジネス・スキームの破綻によりスキームを構成する個別の契約の解釈や契約当事者間の信義関係が問題となった際に一つの解決の糸口となり得るであろうし、現代の取引法を考えるうえで重要と思われる。本稿は通常の信用保証協会取引の考察をとおして継続的または反復的な永続性を志向する取引での取引背後に存在する制度や仕組みやスキームを個々の取引（契約）の目的として具体的な取引当事者間の法的関係に反映させる志向を序論的に検討したが、今後の一層の研究を課題としたい。

第五に、保証が保証料などの対価を受けながらリスクを引受け、しかもリスク引受けがリスク計量化技術の発展により保険化してくると、リスクそのものが直接的な当事者間の取引（売買）対象になることも考えられ、保証や保

險という既存の法制度を超えて広くリスクの引受け⁽⁵³⁾ 売買を構想した場合、リスク引受け⁽⁵⁴⁾ 売買は既存の伝統的な有体物を取引対象として想定した売買法理による処理で果たして適当なかどうか⁽⁵⁵⁾、またリスクを証券化して投資家へ販売する場合の証券化アレンジ時や、証券化商品販売時の関係当事者間規律(製造物責任法や金融商品取引法、金融商品販売法など)はどのようなものかなども今後の課題としたい。

(500) 前掲注(99)。

(501) 第II編第三章第二節I-1(-)参照。

(502) 第I編第二章第三節I-2参照。

(503) 第I編第二章第三節I-1(-)参照。

(504) 「信用保証協会保証付債権の譲渡による法的帰趨」として、問題点の指摘を第I編第二章第三節I-2でおこない、具体的検討を第II編第三章第三節III-2や第III編第三章第三節Iなどでおこなった。

(505) たとえば、保険的構成における最大善意(第II編第三章第三節III)や与信委任的構成における忠実義務(第III編第三章第四節II)。

(506) したがって、信用保証協会と原債権者(金融機関)からみて民法上共同保証関係に立つ者などとの求償関係で信用保証協会に優位性をもたせる信用保証説や債務保証・信用保証併存説、および信用委任説(要は、裁判例および通説の見解である債務保証説以外の理論)第I編第二章第二節II-2の狙いは、信用保証協会取引に影の側面(特に金融機関が信用保証協会制度に頼りきってしまう怠惰、あるいは濫用や悪用・背信)第I編第一章第二節II-4が存在し、または影の側面が生じる可能性がある限り、現在において再評価されてよいと思われる。

(507) 検索の抗弁権の強化は理論的にはあり得るが、公的信用補充制度利用の便という実際上を考え、本稿では債権者である金融機関の負担する「検索義務」は軽減(減縮)しすべての公的信用補充取引形態に存在しないと考えている(第

I編第二章第二節I—1。

(508) 制度や仕組みやスキームしたいを法的保護に値する利益として保護しようとする民法上の規定には、法人規定が存在する程度ではないかと考えられる。

法人規定には、たとえば法人じたいの利益を守るために、法人と当該法人の実際上の手足として行動する理事との利益が対立(相反)する場合の法人保護規定が存在する(民法五七条)。

(509) ビジネス・メカニズムが法的保護に値する利益であることは会社法での競合禁止義務規定の存在などから肯定できるとして、ビジネス・メカニズム保護の思想の成立ち・沿革などを踏まえたうえで、ビジネス・メカニズム保護の限界なども考察していくべきではあろうと筆者らも考えている。

(510) ビジネス・メカニズムの存在・保護・尊重を前提とした立論には、使用主の労働者(従業員)に対する安全配慮義務論(最三小判昭和五〇・二・二五民集二九卷二号一四三頁―自衛隊八戸車両整備工場損害賠償事件)も存在する。

(511) たとえば与信委任的構成の場合に、反復的な永続性を志向する取引において取引背後に存在する制度や仕組み・スキームを維持・存続する義務が制度参加者に生じる根拠として本稿では黙示の合意という事実認定に基づき処理したが(第III編第三章第四節II三(二)、さらに規範的(法的)問題の次元で突詰めた分析・解明がなされる必要・余地が存在すると思われる)。

保険的構成では、第II編第三章第三節III—3参照。

(512) 前述したCLOやCBO、クレジット・カードにおける三者間契約など。

(513) 現在でも信用保証協会側は明確な理論的根拠ももたないままに取引相手方である金融機関に対して義務付けをおこないたいがために信用保証協会側の一方的で規範性の疑わしい約定解釈指針を公表しているだけで、実際上具体的な解決に至っていない(第I編第二章第二節I—3)。

(514) 公的保証機関取引では公的取引であるがゆえに取引損失の最小化が求められ、公的保証機関による債権放棄(債権放棄の相手方からすれば、債務免除)は一般的には困難である(ただし、信用保証協会の債権回収実務においても回収

信用保証協会取引の法的再構成 (三) (鶴井・平野)

一〇〇

の最大化Ⅱ損失最小化を志向する新たな試みの仕組作りに着手した―平野真由「信用保証債務の債務免除と事業再生」
 ターンアランドマネージャー二〇〇六年三月号八四頁)。公的保証機関による債権放棄が一般的に困難ということは、公
 的保証機関の債権管理において債権の消滅時効管理が重要となる（信用保証協会の金融機関への保証債務履行後の問
 題―第Ⅰ編第二章第一節Ⅰ）。

筆者らは立法論として、たとえば公的機関である信用保証協会の債権（求償権）の時効中断事由における請求の一態
 様である督促も、民法一五三条のような暫定的なものではなく、地方税法一八条の二第一項二号のような容易かつ確定
 的な効力を付与すべきであると考ええる。

(515) 信用保証協会と金融機関とが締結する約定書は、信用保証協会と金融機関とが反復的に永続して利用することを前
 提としている（前掲注（45））。

(516) 信用保証協会取引のあるべき姿・かたちとして政策推進型取引を提案することは、国際標準である収支相償原則（第
 Ⅱ編第一章第二節）に反するようにも思われる。

しかし、現行の公的信用補完制度で国際的に収支相償原則が明確に要請されているのは輸出領域のみであり（二〇〇
 八年七月九日の中小企業庁金融課野口正課長（当時）とのインタビューでも平野真由が確認した。野口課長とともに、
 野口課長をお引合せいただいた平野の一橋大学大学院の同窓で社団法人日本クレジット産業協会事務局局長でもある岩
 瀧敏昭氏にも記して深謝申し上げます）、本稿では信用保証協会取引のあるべき姿・かたちとして収支相償原則が妥当し
 ない政策推進型取引も掲げる。

(517) 平野真由・前掲注（68）五九頁。

(518) 中小零細事業者の資金調達手段の多様化（間接金融から直接金融へ）、という狙いもある。

(519) 債権譲渡の予約に関する裁判例も、債権担保の特定性を維持していれば八年分くらいの将来債権（たとえば、医師
 の診療報酬債権）の譲渡についても有効としているし（最三小判平成一一・一・二九民集五三卷一号一五一頁金融法務
 事情一五四一号六頁）、予約完結時にほかの債権と識別できる程度に特定されていればよいとして（最二小判平成一二・

四・二一民集五四卷四号一五六二頁金融法務事情一五九〇号四九頁)、債権担保における特定性・公示性の要件を相応に緩和しており、債権担保が利用し易くなっているという事情がある。

(520) 動産登記制度の創設に関し、平野真由「動産登記制度の創設と融資実務への影響」金融ジャーナル二〇〇四年二月号六七頁がある。

(521) 「適債基準の撤廃と「金融一九四〇年体制」の終焉」Japan Research Review 一九九六年一月号 OPINION (<http://www.jri.co.jp/JRR/1996/01/op-bond.html>)。

(522) 平野真由・前掲注(250) 四九頁。

(523) 平野真由・前掲注(475) 「事業再生保証制度」。

(524) 金融機関にとってのビジネスモデルの模範的開発となるか否かは不明だが、前述したS R I保証(1)-(2)も中小零細事業者の投資環境・仕組みの育成という意味で、開発型保証の属性も有していると思われる。

したがって、本稿が述べる政策推進型取引(1)と開発型取引(2)とは明確にいずれかに属性分類・区分けされるわけではなく、実際上は双方の属性を併有するものも存在する。

(525) たとえば、信用保証協会が開発した売掛債権担保融資保証制度のスキームとともに、信用保証協会付の売掛債権担保融資を通じた実践を利用して、三井住友銀行が積極的に売掛債権担保融資を信用保証協会保証を利用せずにおこなった事案などが存在する(日経金融新聞二〇〇二年一月二四日一頁、日本経済新聞二〇〇四年五月七日朝刊七頁)。

(526) 信用保証協会制度の社会的有用性は、中小零細事業者の事業資金調達のみならず、金融機関における新しいビジネスモデルの実験者という点にもある。

(527) 本稿を終えるにあたって多くの方々にお世話になった。

本稿が実践的で実務的でもあるよう、特に信用保証協会を動かす政策当局の方々(既に記載させていただいた方々のほかに、財務省ご勤務時代に信用保証協会業務の担当でいらっしやったこともあり、また株式会社整理回収機構で要職にも就かれたご経験も有される平野真由の同窓でもある比護正史株式会社損害保険ジャパン顧問・弁護士、信用保証協

会と取引関係に立つ金融機関の法務担当者の方々(社団法人全国地方銀行協会)出身で研究者研究会でお世話になっている中央大学法学部の遠藤研一郎教授、銀行法務室長として活躍された後に現在は京都学園大学で教鞭をとられる渡邊博巳教授、平野の一橋大学大学院の同窓である安藤均氏よりご紹介いただいた岡本雅弘株式会社みずほ銀行法務部長、同大学院でともに席を並べさせていただいた田中和明株式会社中央三井信託銀行法務部長、中村廉平株式会社商工組合中央金庫法務室長、故・石井眞司株式会社みずほ銀行法務部顧問・弁護士、株式会社整理回収機構代理人のご経験もあり民法判例研究会でもお世話になっている安斉勉獨協大学法科大学院特任教授・弁護士、信用保証協会の業界団体で主導的な役割を日夜果たされていらっしゃる社団法人全国信用保証協会連合会浅野謙一顧問・弁護士や浅野謙一顧問のボス弁でいらっしゃった故・上野隆司社団法人全国信用保証協会連合会顧問・弁護士などと、平野が大いに議論していただいたことは、本稿執筆を進めるうえで原動力にもなった。また、社団法人全国信用保証協会連合会副会長であり、平野が出向経験もした保証協会債権回収株式会社(サービサー会社)の代表取締役社長でもある江口浩一郎氏、また平野が大学院博士後期課程において入学を許可され指導教官としてご指導を仰ぐ予定に一時あった千葉大学大学院の半田吉信教授からは、実務知識と経験の理論化を形とすることに折入って心強いエールを送っていた。記して多くの諸先生方に感謝申し上げたい。

(528) 鶴井が先駆的介绍をおこない椿久美子教授がより詳しく論じられた、ドイツの最終不足額支払保証(損失保証)(第III編第三章第二節I二2(二))に関するより踏込んだ研究も、課題となり得ると思われる。本稿では保証の補充性の拡張・充実を特に志向する観点から保証以外の法律関係性質決定(法性決定)による法的再構成により問題解決を図ったが(第II編・第III編)、保証法領域内で本稿が志向しようとする法効果を導き出すドイツの最終不足額支払保証(損失保証)の理論的端緒・誕生や変遷、適用範囲や要件・射程など、参考となり得ると思われる。

(529) 具体的には、アメリカ中小企業庁(SBA)、およびドイツ保証銀行(Bürgschaftsbank)との接触を試みた。前・中小企業庁金融課課長補佐で平野真由が一橋大学でお世話にもなった植杉威一郎准教授からも海外の公的信用補完制度のお話しをご教示いただいたが、たとえば海外の公的中小企業信用保証契約書などの公表資料はなかなか存在しない

とのことであった。

(530) ただし、世界的にみて日本の公的信用補充制度は、【図6】にも垣間みれるように(第I編第一章第二節II)充実している。先進的な日本の公的信用補充制度に関して取引法の観点から公的信用補充制度に関して分析を試みた本稿は、日本のみならず海外においても有意義となる可能性も存在する。

(531) このような法人保証と個人保証という対立枠組みを分析採用するものとして、椿寿夫・伊藤進編『法人保証の研究』(有斐閣・二〇〇五年)が存在する。

(532) 本稿に類似される見解を挙げられると思われるものに、平井宜雄「いわゆる継続的契約に関する一考察」『日本民法学の形成と課題 下 星野英一先生古稀祝賀』六九七頁(有斐閣・一九九六年)が存在する。

(533) サブリースに関しては極めて多数の論稿が存在し、ひとまず近江幸治「サブリース契約の現状と問題点」早稲田法学七六巻二号五七頁、および小山泰史「サブリース契約をめぐる判例法理の意義」借地借家法三二条との関係で」立命館法学二九三号一頁を挙げておくが、ほかにも下森定「サブリース契約の法的性質と借地借家法三二条適用の可否(1)(2)(3・完)」東京地裁平成一〇・八・二八判決を契機として」金融法務事情一五六三号六頁・一五六四号四六頁・一五六五号五七頁、澤野順彦「サブリースにおける適正な継続賃料とは(上)(下)」法理論と鑑定結果との狭間」NBL六六五号一四頁・六六七号五四頁、野村豊弘「サブリース契約」稲葉威雄・澤野順彦・寺田逸郎・内田勝一・田尾桃二・水本浩編『新借地借家法講座第三巻一借家編』三七九頁(日本評論社・一九九九年)などがある。

(534) 関連するものとして、田中輝夫「クレジット・デフォルト・スワップの法的問題」金融法務事情一六五五号一四頁。なお、クレジット・デフォルト・スワップは、略してCDSと呼ばれることもある。

(535) ほかに、取引当事者以外のリスクを取引対象とすることが、共助という社会公益性からかけ離れて偶然的事情によつて損得が生じる単なる賭け事になってしまうので、公序(民法九〇条)違反による無効にならないかなど、検討価値ある問題が存在するように思われる。

(536) 関連するものとして、山田剛志「サブプライムローンの証券化問題における金融機関の責任」ファイナンシャルコ

信用保証協会取引の法的再構成 (三) (鶴井・平野)

一〇四

ンプライアンス三八巻二(五八五)号四八頁。

なお、平野真由が日頃もお世話になっている松本恒雄教授(平野のかつての指導教官)からは、日本でアメリカのサブプライムローン問題が一般的にあまり報じられていない時点で、サブプライムローンを信用補完する金融保証(モノライン)保険や、住宅関連の政府支援企業(GSE)としてのファニーメイやフレディマックの存在、あるいはサブプライムローンの証券化スキームなどに関する貴重な数多くのご助言を賜り、平野も若干の研究・調査をおこなったが、平野の研究・調査時点では取引そのものに関する公表資料や裁判例・学説に乏しく、取引法(契約法)を主眼とする本稿には結果として反映することができなかった。モノラインに関しては、比較的最近のものとして、関雄太「U.S.A. Inside Out モノライン(金融保証保険)の救済を巡る議論」資本市場二七一号七五頁が存在する。また、政府支援企業に関しては、小林正宏「GSE改革法案の動向について」季報住宅金融二九四頁や、坂田和光「米国の住宅金融機関の問題点と規制強化の動き―住宅関連の政府支援企業を巡って」レファレンス五五巻一二(六五九)号一六頁が存在する。

《付録》

信用保証協会取引の法的再構成 (三) (鶴井・平野)

【約定書例】 (1963年9月10日制定)

〇〇信用保証協会 (以下甲という。) と〇〇〇〇 (以下乙という。) は、信用保証協会法第20条に基づく保証 (以下保証契約という。) に関して、次の各条項を約定する。

(成立)

第1条 保証契約は、甲が乙に対し信用保証書を交付することにより成立するものとする。

(効力)

第2条 保証契約の効力は、乙が貸付を行ったときに生じる。

2 前項の貸付は、信用保証書発行の日から30日以内に行うものとする。但し、甲が特別の事情があると認め、乙に対し承諾書を交付したときは、60日まで延長することができる。

(旧債振替の制限)

第3条 乙は、甲の保証に係る貸付 (以下「被保証債権」という。) をもって、乙の既存の債権に充てないものとする。但し、甲が特別の事情があると認め、乙に対し承諾書を交付したときは、この限りではない。

(貸付、償還状況報告)

第4条 乙は、第2条の貸付を行ったときは、遅滞なく甲に通知するものとする。

2 乙は、被保証債権の全部または一部の履行を受けたときは、遅滞なく甲に通知するものとする。

(保証契約の変更)

第5条 保証契約の変更は、甲が乙に対し変更保証書を交付することにより成立するものとする。

2 変更保証契約の効力は、乙が変更保証書に基づく変更の手続を完了したときに生じる。

3 前項の手続きは、変更保証書発行の日から15日以内に行うものとする。

4 乙は、保証契約の変更手続きを完了したときは、遅滞なく甲に通知するものとする。

(保証債務の履行)

第6条 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90日を経てなお、その債務の全部又は一部を変更しなかったときは、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、90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。

2 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120日以内の延滞利息を加えた額を限度とする。

3 延滞利息は、貸付利率と同率とする。

(保証債務履行請求権の存続期間)

第7条 乙は、最終履行期限後2年を経過した後は、甲に対し保証債務の履行を請求することができない。

(保証料徴収の委託)

第8条 乙は、甲に代り被保証人から保証料(違約金を含む)を徴収するものとする。

2 乙は、前項の保証料を徴収したときは、その都度甲に送金するものとする。

(債権の保全・取立)

第9条 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。

2 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。

3 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。

(債権証書及び担保物の交付)

第10条 乙は、甲より第6条による保証債務の履行を受けたときは、被保証債権に関する証書及び担保物を甲に交付するものとする。

(免責)

第11条 甲は、次の各号に該当するときは、乙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3条の本文に違反したとき。

(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ったとき。

(手続)

第12条 この約定による保証契約上の手続きは、別に定めるところによるものとする。

(変更)

第13条 この約定の内容に変更を加えようとするときは、甲乙双方協議の上、決定するものとする。

(約定書の所持)

第14条 この約定書は、2通作成し、甲乙各自1通を保有するものとする。

平成 年 月 日

甲 印

乙 印

【信用保証委託契約書例】

(信用保証の委託)

第1条 表記の借入要項による借入（これによって生ずる債務を以下「借入金債務」といいます。）をするにあたって、貴協会に信用保証（以下「保証」といいます。）を委託します。

2. 前項の保証は、貴協会と金融機関との間の取り決めに基づいて行われるものとしします。

3. 表記の借入要項による借入に対する保証は、借入金債務の全部を保証する場合と、一定割合を保証（以下「割合保証」といいます。）する場合があります、割合保証の場合の保証割合は信用保証書に記載されたとおりとします。

4. 委託者および保証人は、この契約の締結にあたり必要となる法律上の手続を経ていることを表明し、これを保証します。

(信用保証料等)

第2条 委託者が前条第1項の委託により借入をするときは、その委託額に対し貴協会所定の料率・方法により計算された額を信用保証料として貴協会に支払います。

2. 前項により支払いをした信用保証料は、違算の場合を除き、返戻を求めません。

3. 委託者が借入金債務の履行を怠ったときは、その延滞額に保証割合を乗じた額に対し、延滞期間（この場合の延滞期間は、期限の利益そ失にかかわらず金融機関所定の最終弁済期日の翌日を始期とする期間とします。）に応じ、年3.65パーセントの割合をもって計算された額を、延滞保証料として貴協会

に支払います。この場合の計算方法は、年365日の日割計算とします。

(担保)

第3条 貴協会に差し入れた担保につき、その担保の全部または一部が滅失したとき、もしくは価格の下落等により担保価値に変動が生じたとき、または保証人の能力に著しい変動が生じたときは、直ちに増担保を差し入れ、または保証人を追加します。

2. 貴協会に差し入れた担保は、必ずしも法定の手続によらず、一般に適当と認められる方法・時期・価格等により貴協会において処分ができるものとし、

3. 金融機関から貴協会が譲渡を受けた担保または貴協会に移転した担保についても、前2項に準じて取り扱うことに同意します。

(求償権の事前行使)

第4条 委託者または保証人について、次の各号の事由が一つでも生じたときは、貴協会は第5条の代位弁済前に委託者および保証人に対し求償権を行使することができるものとします。

- (1) 仮差押、強制執行もしくは担保権の実行としての競売の申立を受けたとき、仮登記担保権の実行通知が到達したとき破産手続開始、民事再生手続開始もしくは会社更生手続開始の申立があったとき、または清算に入ったとき。
- (2) 公租公課につき差押または保全差押を受けたとき。
- (3) 手形交換所の取引停止処分を受けたとき。
- (4) 担保物件が滅失したとき。
- (5) 借入金債務の一部でも履行を遅滞したとき。
- (6) 住所変更の届出を怠るなど委託者または保証人の責めに帰すべき事由によって、貴協会に委託者または保証人の所在が不明となったとき。
- (7) 第8条第2項に基づいて委託者または保証人が貴協会に提出する財務状況や事業内容を示す書類に重大な虚偽の内容があった場合等、本契約に違反したとき。

(8) 前各号のほか求償権の保全を必要とする相当の事由が生じたとき。

2. 貴協会が前項により求償権を行使する場合には、民法第461条に基づく抗弁権を主張しません。借入金債務または第6条の償還債務について担保がある場合にも同様とします。

(代位弁済)

第5条 委託者が借入金債務の全部または一部の履行を遅滞したため、貴協会が金融機関から保証債務の履行を求められたときは、委託者および保証人に対して、通知・催告をしなくても弁済することができるものとします。

2. 貴協会の前項の弁済によって金融機関に代位する権利の行使に関しては、委託者が金融機関との間に締結した契約のほか、なおこの契約の各条項が適用されるものとします。

(求償権の範囲)

第6条 貴協会が前条第1項の弁済をしたときは、貴協会に対して、その弁済額およびこれに対する弁済の日の翌日以後の年14パーセントの割合による損害金ならびに避けることのできなかった費用その他の損害を償還します。この場合の損害金の計算方法は、年365日の日割計算とします

(弁済の充当順序)

第7条 委託者または保証人の弁済した金額が、貴協会に対する本契約から生じる償還債務、信用保証料債務、延滞保証料債務、その他の債務(以下「本契約から生じる債務」と総称します。)の全額を消滅させるに足りないときは、貴協会が適当と認める順序・方法により、充当することができるものとします。

2. 委託者または保証人が、本契約から生じる債務および本契約以外の信用保証委託契約から生じる債務を貴協会に負担している場合に、委託者または保証人の弁済した金額が、貴協会に対するこれらの債務の全額を消滅させるに足りないときは、貴協会が適当と認める順序・方法により、いずれの信用保証委託契約から生じる債務(ただし、弁済者が債務を負担していないものを除きます。)にも充当することができるものとします。

(調査および報告)

第8条 委託者または保証人の名称、商号、代表者、住所等の事項について変更があったときは、直ちに書面によって届出し、貴協会の指示に従います。

2. 委託者(財務諸表等の用語、様式及び作成方法に関する規則昭和38年大蔵省令第59号に基づく関連会社および関係会社を含む。)または保証人の財務状況や事業内容を示す税務申告決算書、定款等の写しについて、貴協会から請求があったときは直ちに提出します。また、貴協会が金融機関に依頼して当該書類を受領することについて承諾します。

3. 前項のほか、財産、経営、業況等について貴協会から請求があったときは、直ちに報告し、また貴協会に対し帳簿閲覧等調査に必要な便益を提供します。

4. 前項の事項に重大な変動が生じたとき、または生じるおそれのあるときは、直ちに貴協会に報告し、その指示に従います。

5. 委託者または保証人の財産の調査について貴協会が必要とするときは、貴協会を委託者または保証人の代理人として、市区町村の住民基本台帳(省略のない住民票)の写し、戸籍謄本、改製原戸籍謄本、除籍謄本等を交付申請およ

び受領すること、あるいは固定資産課税台帳、土地・家屋総合名寄帳等を閲覧、謄写ならびに所得証明書、納税証明書、評価証明書等を交付申請および受領することを委任します。

6. 貴協会が第6条の求償権につき、債権管理回収業に関する特別措置法(平成10年法律第126号)第2条第3項の規定に基づく債権回収会社(以下「債権回収会社」といいます。)にその回収を委託しているときは、当該債権回収会社を委託者または保証人の復代理人として、前項に掲げる手続を委任することを承諾します。

7. 委託者および保証人は、この契約に関し現在および将来において貴協会に提出する一切の書類もしくは報告する事項の内容がいずれも真実であることを表明し、これを保証します。

(成年後見人等の届出)

第9条 委託者または保証人について家庭裁判所の審判により、補助・保佐・後見が開始された場合には、成年後見人等の氏名その他必要な事項、および後見登記等に関する法律(平成11年法律第152号)(以下「後見登記法」といいます。)による登記によりなされた登記事項証明書等を添えて、貴協会に直ちに届出します。

2. 委託者または保証人について家庭裁判所の審判により、任意後見監督人が選任された場合には、任意後見人の氏名その他必要な事項、および後見登記法による登記によりなされた登記事項証明書等を添えて、貴協会に直ちに届出します。

3. 委託者または保証人について既に補助・保佐・後見開始の審判を受けている場合、または任意後見監督人が選任されている場合にも、前2項と同様に成年後見人等あるいは任意後見人の氏名その他必要な事項、および後見登記法による登記によりなされた登記事項証明書等を添えて、貴協会に直ちに届出します。

4. 前3項の事項に取消または変更等が生じた場合にも同様に、成年後見人等あるいは任意後見人の氏名その他必要な事項、および後見登記法による登記によりなされた登記事項証明書、あるいは閉鎖事項証明書等を添えて、貴協会に直ちに届出します。

5. 前4項の届出の前に生じた損害については、委託者および保証人において対処することとし、貴協会には一切の責任を問いません。

(公正証書の作成)

第10条 貴協会の請求があるときは、この契約にかかる債務の履行につき、直ちに強制執行に服する旨の陳述を記載した公正証書の作成に必要な一切の手

続きをします。

(費用の負担)

第11条 貴協会が第5条第1項の弁済によって取得した権利の保全もしくは行使または担保の保全、行使もしくは処分にあつた費用およびこの契約から生じた一切の費用は、委託者の負担とし、貴協会の請求により直ちに貴協会に償還します。

(連帯保証人)

第12条 保証人は、この契約の各条項を承認のうえ、第6条の償還債務、第2条の信用保証料債務および延滞保証料債務ならびに前条の費用償還債務の全額につき、委託者と連帯して履行の責を負います。

2. 貴協会に差し入れた担保または保証人につき、貴協会が変更・解除・放棄・返還等をして、保証人の責任には変動を生じないものとします。

3. 金融機関から貴協会が譲渡を受けた担保または貴協会に移転した担保についても、前項に準じて取り扱うことに同意します。

4. 保証人が金融機関に対して貴協会の保証にかかる借入金債務につき保証をし、または担保の提供をしたときは、貴協会と保証人との間における求償および代位の関係を次のとおりとします。

(1) 貴協会が第5条第1項の弁済をしたときは、保証人は貴協会に対して第6条の求償権全額を償還します。

(2) 貴協会が第5条第1項の弁済をしたときは、保証人が当該借入金債務につき金融機関に提供した担保の全部について貴協会が金融機関に代位し、第6条の求償権の範囲内で金融機関の有していた一切の権利を行うことができます。

(3) 保証人が金融機関に対する自己の保証債務の弁済をしたとき、または保証人が金融機関に提供した担保の実行がなされたときは、保証人は、貴協会に対して何らの求償をしません。

5. 保証人が第1項の保証債務を弁済した場合であっても、貴協会の同意がなければ代位によって貴協会から取得した権利を行使しません。もし、貴協会からの請求があれば、その権利または順位を貴協会に無償で譲渡します。

(代位取得の手形)

第13条 代位により金融機関から貴協会に移転した手形につき、その権利が消滅した場合にも、委託者および保証人の貴協会に対する償還債務には変動を生じないものとします。

(管轄裁判所の合意)

第14条 この契約に関する訴訟・和解および調停については、貴協会の本店

(本所) または支店(支所)の所在地の裁判所を管轄裁判所とし、事物管轄については法律の規定によるほか、訴訟物の価額にかかわらず、その簡易裁判所も管轄裁判所とすることに合意します。

(情報の授受)

第15条 貴協会が相当と認めたときは、この契約に関して貴協会が知るに至った情報を次の各号に定める機関との間で授受することに同意します。

- (1) 貴協会以外の信用保証協会
- (2) 債権回収会社
- (3) 有限責任中間法人 CRD 協会
- (4) 中小企業信用保険法(昭和25年法律第264号)に基づく信用保険に係る業務を行う機関
- (5) 中小企業信用保険法施行令(昭和25年政令第350号)第1条の2、第1条の3および第1条の4に掲げる金融機関等
- (6) 貴協会に対して損失補償を行う機関
- (7) 社団法人全国信用保証協会連合会
- (8) 貴協会が出資する会社等

(契約の変更)

第16条 第1条第2項の取り決めについて、その変更がなされたときは、変更後の取り決めの内容が適用されるものとします。

以 上