

# 信用保証協会取引の法的再構成(二)

——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

## 目次

- 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(以下本誌九卷二号掲載)
- 第II編 保険的構成(以上本号掲載)
- 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

## 第II編 保険的構成

本編(保険的構成)では、「収支相償」という取引理念に関連する「保険類似の保証取引形態」について、法的分析をおこなうことによつて保険的構成の可能性(保険契約法理の類推可能性)を検討する。

### 第一章 取引理念——収支相償

信用保証協会取引の理想には、取引の損失最小化が存在した。本稿では、取引の損失最小化のために金融機関の義務付けを、金融機関と信用保証協会との保証契約だけにとらわれずに考えていくべきことを指摘した。保証契約以外には、保証人と主たる債務者との間の保証委託契約と、債権者と主たる債務者との間の金銭消費貸借契約などが存在する。そうした取引全体、仕組みや制度、スキームといった全体利益を守るための「取引理念」が必要となる。

損失最小化を目指す取引理念には、取引にともなう支出と収入が釣り合う「収支相償」が志向されることが一つ考えられる。

#### 第一節 中小企業政策の大転換

一九九九年当時、それまで幾つかの金融機関が経営破綻し、また金融機関は経営破綻を逃れるために合併や営業

譲渡、貸出しなどにより生じた不良債権の処理を懸命におこなっていた。そのような金融情勢のなかで、一九九九年に中小企業政策のもととなる中小企業基本法が抜本的に改正された。

中小企業施策の基本理念は、具体的には中小企業基本法三条が定めている。改正前の保護・「公助」から、中小企業者独自の「自助」努力が根本に据えられたのである。<sup>(21)</sup> 右肩上がりの成長経済から成熟経済への移行は、「公助」から共助・「自助」への転換が必要とされているのである。<sup>(22)</sup>

共助や自助という思想・発想からすれば、信用保証制度および信用保険制度の運用も収支相償が志向されるべきものと考えられる。一例として、中小企業信用保険法における無担保保険料と普通保険料の料率変更がある。二〇〇三年までは無担保による中小企業金融(資金調達)を促進するとの「保護」政策のために、普通保険料よりも低料率設定が無担保保険になされていた。しかし、二〇〇三年以降はそのような無担保による中小企業金融(資金調達)促進との保護政策意図はなくなり、無担保保険料も普通保険料も同一料率設定となっている(中小企業信用保険法施行令二条)。中小企業信用保険を担当する株式会社日本政策金融公庫は、その組織名称のとおり会社法が適用される株式会社である。中小企業信用保険事業が公的性質を有する事業とはいえ、営利を目的とする株式会社形態である以上、収支相償が求められることは当然のことである。<sup>(23)</sup>

また、中小零細事業者の国際競争力確保ができなければ、中小零細事業者じしんにとって真の事業競争力を滋養し難い。事業競争力を高めなければ、経済効率も高められない。経済効率を高められなければ、国益や社会全体にとっても好ましくないのである。

信用保証協会取引の法的再構成 (二) (鶴井・平野)

四

(211) アメリカの中小企業法 (Small Business Act) 二条は、中小企業対策の基本理念を自由競争の保持・伸長と定めている。自由競争の保持・伸長の前提には、自己責任原則が存在する。したがって、中小企業金融の問題は、本来的には個々の中小企業の信用問題に還元される。

しかし、日本の改正中小企業基本法の理解の仕方として本稿は、従来の経済的弱者「一律」保護から日本国の利益(国益)に適う保護対象の「選別」への変更とみている。

(212) 「二〇〇五年の「竹中改革」とは」keizai doyu 二〇〇五年二月号二頁。

(213) しかし、現在においても中小企業信用保険における無担保保険料と普通保険料の料率が同じであることから理解できるように、中小企業信用保険では自助や共助が貫徹されているわけではない。なぜなら、もし中小企業信用保険における自助や共助を貫徹しようとすれば、リスクの高い無担保保険を普通保険に比較して高い料率とするのが当然だからである。

## 第二節 国際標準

他方、収支相償という考え方を国際的見地から眺めた場合、国際的要請が求められる貿易保険(輸出)での政府再保険料が収支相償によるとされている(貿易保険法六〇条) ことが目を引く。

貿易保険(輸出)での政府再保険料が収支相償によることは、WTO (World Trade Organization : 世界貿易機関)の補助金協定が、「長期的な運用に係る経費および損失を補填するためには、不十分な料率によって輸出保険制度を運用することは禁止される輸出補助金」に該当するとされている(附属書一(L) ことに基因するものと思われる。つまり、保険料が収支相償でなければ、保険料の実質的な公的補填分は公的補助(補助金)に該当する。保険料が収支相償でなければ、国際的には不公正な条件下での競争と判断・認識される可能性があることになる。国際標準は、

保険料水準は長期的観点からにせよ、収支相償でなければならぬのである。

中小企業信用保険も実質的に政府再保険であり収支相償が求められるとすると、中小企業信用保険に連動するかたちで付保の対象となる中小企業信用保証も収支相償が要請される。

### 第三節 中小企業信用補完制度の歴史・沿革

本節（中小企業信用補完制度の歴史・沿革）では、「中小企業信用保証制度」の歴史・沿革と、「中小企業信用保険制度」の歴史・沿革とに分けて論述し、小括する。

#### I 中小企業信用保証制度の歴史・沿革

ところで、中小企業信用保証制度の歴史・沿革は、今から八〇年以上前の一九二七年の中小商工応急資金に始まった<sup>(21)</sup>。中小商工応急資金は、昭和金融恐慌後に中小銀行の預金が大銀行や郵便貯金などへ移動して中小商工への資金通が著しく減少したことともなっておこなわれたといわれている。つまり、日本における信用保証制度の歴史・沿革は、本来的には臨時応急的な性質を有するものとして始まったものである<sup>(21)</sup>。

そして、そのような臨時応急的な性質を有する信用保証制度が、平常時においても中小商工に利用できるように拡大されたのである。しかし、そのような信用保証制度の一般化<sup>(22)</sup>拡大経緯の過程には、金融保険会社を設立して中小企業金融による金融機関の貸倒れから生ずる損失を付保する構想もあった。保険構想当時は、保険経営に必要な中小企業金融による貸倒れデータがないという理由で実現されなかったのである<sup>(21)</sup>。

## II 中小企業信用保険制度の歴史・沿革

日本における戦後復興期において、中小企業の信用補完制度は既存の信用保証だけでは不十分な状況にあった。中小企業信用保証のほかに、より強力な政府資金を背景とする制度が要請された(中小企業信用補完制度における二層構造への模索)。

新たな制度の構築には、当時占領下にあった日本において連合国総司令部との折衝が不可避であった。そこで、アメリカのトルーマン大統領によりアメリカ議会に提案された中小企業向け貸付に対する損失保険をモチーフに(ただし、アメリカでは保険構想は保険そのものとして実現することはなかった)、収支相償を前提とした中小企業信用補完制度が考案された。この中小企業保険構想は、連合国総司令部の許可を得て日本の国会へ提出され可決・公布・施行されている。一九五〇年、今から約六〇年ほど前に中小企業信用保険制度が実現したのであった。<sup>(18)</sup>

一九五〇年五月六日のニューヨーク・タイムズ紙<sup>(19)</sup>によれば、時のアメリカ大統領トルーマンの「小事業に対する施策」と題するメッセージを掲載している。「私は、……五つの大きな施策を連邦政府が実施するよう提案する。その第一は、あらゆる小企業体の信用ならびに資本需要を満たし易くするために、私は自立採算ベースに立つ金額二万五千ドル以内・償還期限五年以内の銀行貸付に対して保険を与える制度を立法化することを提案する」とされている。

## III 小括

以上から、中小企業信用保証制度および中小企業信用保険制度（あわせて、中小企業信用補完制度）は、中小企業信用保証制度および中小企業信用保険制度の歴史・沿革から「保険」が目指されていた。保険は収支相償が確保されなければ、経済的に破綻し継続不可能に陥る（保険の制度維持・存続という思想・発想は、本章でも重要である）。保険構想を本来的に継続・持続的な中小企業信用補完制度の運用方針としていた経緯からすると、中小企業信用補完取引で目指されるべきは保険といえそうにも思える。

(214) 全国信用保証協会連合会編『信用保証（第二版）』一八・一九頁（金融財政事情研究会・一九九六年）。

(215) 公的保証の根本が時代の経済下で苦境に立つ者に対する支援にあることは、とても重要なことである。

次編・第III編の与信委任の構成が相応しいと思われる信用保証協会取引形態では、本稿において信用保証協会取引が、本来、臨時応急的であったことに着目する（同第一章）。

(216) 全国信用保証協会連合会編・前掲注（214）二〇頁。

(217) 中小企業信用保険公庫月報一九五〇年一二月号。

(218) May 6, 1950 with the New York Times.

## 第二章 取引形態——保険類似の保証取引

この保険類似の保証取引形態（収支相償を目指す保証取引形態）は、近時の金融変革に迫られた金融機関のリスク計量化技術の向上のなかで信用保証協会取引にも具現化され（保証の保険化）、そのような保険化された取引が主流になつているという現実がある。民法学からは槇梯次博士が、信用保証協会取引で保険類似の保証取引形態が実務で実施される二〇年近く前から自著の体系書で「保証の保険化現象」を次のように述べられていた——「今日では金

融機関が有償の委託に基づく保証の形で合理的な計算に基づいてこの取引に参加するものが多くなり、国家もその政策上一定分野での信用創造を積極的に促進する意味からみずから保証人となり、保険者となる場合があり、金融機関や国家などの引受ける人的担保は、保険ともその実質的機能を接近させてくることになる<sup>(29)</sup>と。

まずは保険化された近時の取引形態との対比から、従来の伝統的取引形態よりみていくこととする。

### 第一節 従来の伝統的取引形態

かつての信用保証協会は、個別・具体的な主たる債務者の債務履行能力に着目し、いわば「点」毎の保証引受審査をおこなっていた。

そこでは、保証人にとって、保証債務履行の事態は起こり得ないことを前提に保証引受けの判断をおこなっていた。

(219) 『担保物権法』一〇・一一頁(有斐閣・一九八一年)。

### 第二節 近時の取引形態——保証の保険化

従来の伝統的取引形態に対し、近時の取引形態(保険的な保証取引形態)には、信用保証協会と金融機関との提携保証と、提携保証の手法を応用した資産担保証券に関する保証とが存在する。

## I 提携保証

従来の信用保証協会の主たる債務者の債務履行能力に着目して個々におこなわれていた保証引受けに対し、昨今は同種・大量の債権を包括的・抽象的な「束」として保証引受けする。全体リスク（保証債務履行可能性）を、確率的・統計学的手法から判断する。<sup>(20)</sup> リスクを数量化・計数化することによって、リスクの取引対価として保証料などを徴収することが可能となる。二〇〇六年から信用保証協会保証の保証料は、高リスク高保証料・低リスク低保証料というリスク反映型となった。<sup>(21)</sup>

全体リスク（保証債務履行可能性）を確率的・統計学的手法から判断する取引では、一定の事故率（主たる債務の債務不履行率）の発生をあらかじめ保証の引受手が設定して保証をする。つまり、信用保証協会と金融機関とが提携して、金融機関のリスク計量化技術を尊重し信用保証協会の与信審査判断を緩和し信用保証協会と金融機関との合意された許容保証債務履行率を超過する場合には、金融機関にも相応のリスク負担をしようというスキームである。<sup>(22)</sup>

公的保証機関は公的であるがゆえに、広く数多くの取引金融機関と取引をおこなっている。それに加えて、各取引金融機関には数多くの中小零細事業者への貸出などの債権が、信用保証協会とリスクを共有化することによって作り出すことができるのである。

①従来の金融機関融資における不動産担保偏重主義がバブル経済崩壊後のモノの価格が低いデフレ経済下では成立しなくなり、当該事業の事業じたいの収益力（キャッシュ・フロー）に従前以上に着目しつつ、物的無担保で機動

的に融資をおこなう手法が求められ、事業者の貸倒リスクが全面的に貸出金利に反映されることが必然的に要求されるようになった。<sup>(223)</sup>

さらに、②一九九九年に、大手都市銀行が公的資金を導入する際に、中小企業向け融資の拡大を公約し<sup>(224)</sup>、地方銀行においても、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して、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。<sup>(225)</sup> 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るし、<sup>(226)</sup> 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。<sup>(227)</sup> 日経金融新聞一九九九年一月八日一頁では、経営健全化計画で公約した貸出目標の達成が困難である実態を浮き彫りにし、一定の貸倒率を前提に中小企業向け融資ファンドを組成する手法は新たな試みの一つと評していた。

こうした①担保主義からの脱却と②中小企業向け融資拡大の要請という事情を背景に、信用保証協会保証付融資は通常は金融機関と信用保証協会とが各自審査するが、この各自審査を実質的に金融機関の審査のみに一本化し、信用保証協会保証付融資の申込みから融資実行までの期間を短縮する保証制度が生まれた。<sup>(228)</sup> 日経金融新聞二〇〇二年一〇月四日一頁では、金融機関が信用保証協会の審査を「代行」すると表現しており、翌二〇〇三年当時には信用保証協会保証の主力制度になりつつあると報じられ、<sup>(229)</sup> 実際上現在主力制度となっている。<sup>(230)</sup> 金融機関の審査の多くはコンピューターによる自動審査であり、一つの基準で一律審査することによって「リスクを統計的・確率的に判断」でき、リスクの計量化を踏まえたリスク・コントロールを可能とする。<sup>(231)</sup> 統計データを基に企業の情報を数値化したスコアリングモデルに対象企業の財務諸表(税務署に確定申告した損益計算書や貸借対照表など)上の数値を入

力して、予想貸倒損失率を算出する。このように融資審査判断時点で既に貸出金融機関が貸倒リスクを統計学的・確率論的に判定しこの貸倒リスクを踏まえたあらかじめの金利取得をする状況では、与信審査に集中し審査後の与信管理は手薄になりがちな点も存在する<sup>(233)</sup>。

ところで、このような信用保証協会と金融機関との提携保証制度の種類には、

(α) まず前述した「ファンド形式」の提携保証制度があり、ファンド形式の提携保証制度の場合には貸出金融機関の当該企業の財務データを下に「債務不履行確率」を診断するスコアリング審査システムを活用する<sup>(235)</sup>。

金融機関で貸出先企業の財務データなどを入力すると、その企業の倒産確率を織込んだ適用金利が「自動的に算出される状況<sup>(236)</sup>にある。

(β) 次に、当該金融機関に係る代位弁済率が一定比率を超えた場合に、その金融機関が代位弁済額の一部を信用保証協会の代位弁済後に負担する仕組みで、金融機関からの保証照会に対し、原則一時間で回答する方式がある<sup>(237)</sup>。

(γ) 最後に、貸出金融機関の「債務者格付け」を活用する方式がある<sup>(238)</sup>。債務者格付けは貸倒リスクを織込んだもので、貸出先の財務諸表(損益計算書と貸借対照表が主たるもの)を下に、自動的にシステムティックに貸出審査ができる<sup>(239)</sup>。

今日、信用保証協会は、金融機関の「統計学的・確率論的手法による取引リスク予測」を活用して、その設定取引リスクに基づき、取引金融機関と中小企業との貸出金利などに取引金融機関を通じてリスク補填金を上乘せ転嫁して、その転嫁金利分を、取引金融機関から信用保証協会へ信用保証協会の許容代位弁済率超過分などを信用保証

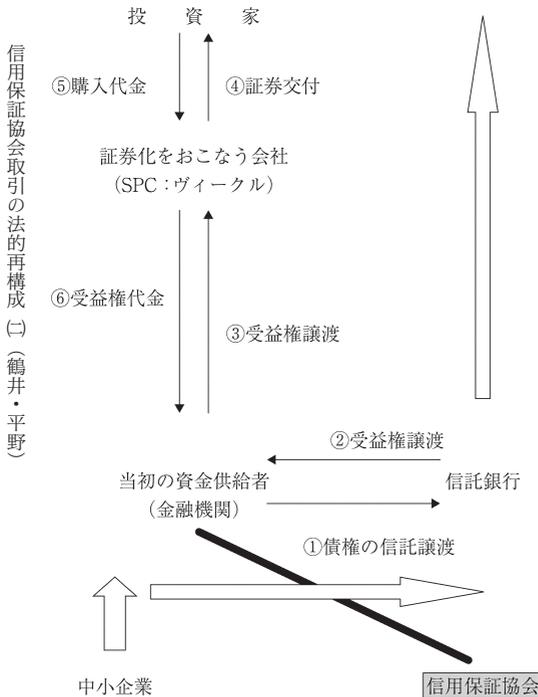
協会の保証債務履行後に送金するという手法によって、一部取引を実施している<sup>(20)</sup>。財務諸表を中心にスコアリング(点数化)するため「会計の透明性向上」が課題でもあるが、大数法則やポートフォリオ理論などのリスク計量化に基づきおこなわれるファイナンスではスケールメリットが活かせる広域金融機関(たとえば、大手都市銀行)に、より有利ではある<sup>(21)</sup>。こうした金融機関のリスク計量化技術を尊重し、金融機関と信用保証協会との間で一定の許容保証債務履行率(代位弁済率)をあらかじめ設定合意しておいて、その許容保証債務履行率(代位弁済率)を超過した場合には信用保証協会が当該金融機関とあらかじめ設定合意したペナルティ(制裁)条項<sup>(22)</sup>に従うという前述(β)形態により実際上取引がなされていることが多く、筆者らの見聞ではこのような(β)取引形態が全信用保証協会取引の七割〜八割以上を占めている信用保証協会も珍しくない状況である。

## II 資産担保証券に関する保証

仕組金融(ストラクチャード・ファイナンス)に対する信用補完には、資産担保証券(ABS: Asset Backed Securities)に関する保証が存在する。

資産であるローン(つまり、貸出金)や社債を担保(引当て)に証券化をおこなない、その受益権証券を投資家に販売して当初の資金供給者が資金回収を得るスキームに対する保証である(CLOに関する保証やCBOに関する保証)。証券化のための担保(引当て)資産を一時的に集中させるので、取引の仕組み・構造上ファンドが形成されることになり、前述した提携保証の(α)型(一定の貸倒率を前提に中小企業向け融資等のファンドを組成)を応用して実際上実施されることが多い。

CLOの仕組み——図9



信用保証協会取引の法的再構成 (二) (鶴井・平野)

「ローン担保証券」と呼ばれている<sup>(24)</sup>。CLO (Collateralized Loan Obligations) とは、「ローン債権を証券化した資産担保証券を意味<sup>(24)</sup>、日本語では「ロー

1 意義

以下に、CLOに関する保証(一)とCBOに関する保証(二)の仕組みを概観しておく。

2 仕組み<sup>(245)</sup>

- ア) 貸付金融機関は借入人へ貸付をおこなない<sup>(246)</sup>、「貸付債権」を取得する。
- イ) その「貸付債権」を貸付金融機関は信託銀行へ信託譲渡し、受託銀行は貸付金融機関へ「信託受益権」を付与する。
- ウ) 「信託受益権」を付与された貸付金融機関は証券化のために特定目的会社 (SPC: Special Purpose Company) へ信託受益権を譲渡し、貸付金融機関

信用保証協会取引の法的再構成 (二) (鶴井・平野)

一四

より譲受けた信託受益権の証券化をおこなった特定目的会社は「ローン担保証券(CLO)」を投資家へ交付すると同時に、投資家から投資金を受領する。

エ) SPCが受領した投資金は、貸付金融機関へ「信託受益権代金」として支払われる、という一連の流れだが、ア) (エ) の流れに対し、借入人からの当該返済金は、

甲) 貸付金融機関へなされ(貸付債権者である受託銀行は、みずからが受託している貸付債権の管理・回収を貸付金融機関へ委託する)、

乙) 借入返済金は債権者である信託銀行へ渡され、信託銀行は受益権を有する投資家へ信託受益権の「配当金」として支払う。

## 二 CBOに関する保証

CBO (Collateralized Bond Obligations) は、「社債担保証券」と呼ばれている。<sup>(24)</sup> CLOのローン(貸出債権)がボンドである社債に変わっているだけで、全体的な仕組み・スキームはほとんど変わらない。

経緯としては、当時の金融機関の貸渡り状況から中小企業等に対する信用収縮を懸念して、金融機関を通じた間接金融ではなく、金融市場から直接中小企業等が資金調達することを考えたことに端を発する。しかし、①中小企業などの調達希望額ではあまりに投資額としては過少で投資家に魅力がほとんどなく、何よりも②投資家にとっての投資先である中小企業などの財務状況などが不透明であることが多く投資リスクが高いことが問題点として挙げられていた。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(前記、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。しかし、従来、信用保証協会保証の対象は、基本的には貸金債務であった。そこで、信用保証協会の業務範囲（保証対象）を従来の貸金債務等の保証から拡大するために、中小企業信用保険法を改正して社債保証を取扱えるようにした。<sup>(219)</sup>つまり、CBOに関する保証（社債担保証券に関する保証）の前提として、社債保証（特定社債保証）<sup>(220)</sup>が生まれたのである。<sup>(221)</sup>

(220) クレジットスコアリング・モデルという。

アメリカ消費者ローンのビジネスモデルが発端といわれている。

(221) 寺澤達也「信用保証料率、四月からリスク反映し九段階に」銀行実務二〇〇六年六月号一四頁など。

(222) 金融機関の信用保証協会への許容保証債務履行率超過リスク負担は、信用保証協会の金融機関への保証債務履行後におこなわれる。

(223) 日経金融新聞二〇〇三年五月一日三頁。

(224) 前掲注(33)。

(225) 前掲注(34)。

(226) 平野真由ほか共著・前掲注(35)。

(227) 平野真由ほか共著・前掲注(36)。

(228) 後述する信用保証協会と金融機関との提携保証制度の(α)に該当する。

(229) 前掲注(34)、日経金融新聞二〇〇二年一月二六日一一頁、日本経済新聞二〇〇三年四月六日朝刊三頁、日経金融新聞二〇〇三年四月一日一〇頁、同二〇〇三年五月二二日一一頁。

ゆえに、業界では提携保証という名称のほかに、スピード保証とかクイック保証などと呼んだりもする。

(230) 日経金融新聞二〇〇三年二月一八日一三頁。

(231) 後述するように、信用保証協会と金融機関との提携保証が、信用保証協会保証引受額の八割程度になっている信用保証協会も多いと聞く。

(232) 日経金融新聞二〇〇二年一月二六日一〇頁。

(233) 保険的な保証取引の特性として、本稿が問題とする債権者の保証人に対する債権管理回収義務は重要な論点である。

なぜなら、公的保証制度を維持・存続し発展させるためには、制度運用コストを可能な限り抑制することが必要だからである。また、中小企業信用保証制度の利用者である中小零細事業者に金利や保証料を多く負担させることは制度利用を遠ざける結果にもなりかねず、負担最小化が求められる。

(234) 提携保証という公的保証機関取引については、平野真由「融資戦略におけるマル保の新しい位置付けを見る」近代セールス二〇〇三年五月一日号一二頁、同「農業信用保証保険法から見る、今後の信用補完制度について」J A 金融法務二〇〇三年五月(三七六)号一九頁、同「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参照。

(235) 日経金融新聞二〇〇一年八月二九日一〇頁、同二〇〇一年一月三〇日一一頁。

(236) 日経金融新聞一九九九年二月一六日一頁。

(237) 日経金融新聞二〇〇三年一〇月一日九頁、同二〇〇四年五月二〇日一一頁。

信用保証協会の保証引受けの回答時間が一時間以内か否かはともかく、現在はこのような当該金融機関に係る代位弁済率が信用保証協会とあらかじめ約定した一定比率を超えた場合に、その金融機関があらかじめ約定した超過分を信用保証協会の金融機関に対する保証債務履行後に負担する方式の保証引受けが、実際上多いのではないかと思われる。

(238) 日経金融新聞二〇〇三年二月八日四頁、同二〇〇三年四月三日一〇頁、同二〇〇三年七月三十一日一〇頁、同二〇〇四年一〇月二一日一頁。

(239) 日本経済新聞二〇〇三年五月一日朝刊七頁。

- (240) 平野真由・前掲注(234)「新しい位置付け」、同「農業信用保証保険法」。
- (241) 新銀行東京のポートフォリオによるリスク計量化が十分に機能しなかった原因の一つには、リスク対象があまりに少数でリスク分散が図れなかった点を挙げる声が多い。地域限定かつ新規参入企業で成約量も少量であったことも、リスク計量化が働き難かったようである。
- (242) 信用保証協会と金融機関との間には前述した「(包括)約定書」(前編第一章第一節II二)のほかに、たとえば提携保証なら提携保証というように保証商品毎の「特約書(覚書)」が商品創設時に信用保証協会と金融機関との間で実務上締結されることが多い。
- 最も一般的な条項は、信用保証協会と金融機関との許容保証債務履行率(許容代位弁済率)が超過した場合には、超過金額を信用保証協会の当該金融機関への保証債務履行後に負担金や補助金の名目で当該金融機関から信用保証協会へ入金するというものである。なお、このような入金条項のほか、入金条項とともに、提携保証の許容保証債務履行率(許容代位弁済率)超過による信用保証協会からの一方的な利用停止や解除などを認める条項も設けられることがある。
- (243) 石原久稔「中小企業向け募集型CLOとコンプライアンス」塩澤和彦・石原久稔・野間要司・鈴木浩「新しい資金調達ビジネスとコンプライアンス」金融法務事情一七二七号二七頁以下。
- (244) CLO一般については、平野真由「地方公共団体主導のCLO実務」銀行実務二〇〇三年三月号九九頁以下、同「貸出債権の流動化手法」JA金融法務二〇〇三年五月(三七六)号三〇頁以下参照。
- 平野真由ほか共著・前掲注(11)七三頁以下も参照。平野真由がかつて実際に手掛け組成した千葉県CLOの仕組みなどについては、日経金融新聞二〇〇三年一〇月三日九頁に紹介がある。
- (245) 【図9】参照。
- (246) 「CLO融資用金銭消費貸借契約証書兼債権譲渡承諾書」を使用する。
- (247) CBO保証に関しては、伊藤直仁「地公体の連携により大規模資金供給を実現した広域CBO」金融財政事情二六九八号三五頁、富金原宏論「直接金融へより一歩前進したスキーム(中堅・中小企業に直接金融の道を拓くCBO)」金

信用保証協会取引の法的再構成 (二) (鶴井・平野)

一八

融財政事情二五五―四〇頁、越坂淳「自治体金融政策としての証券化・CLO/CBO」信用保険月報二〇〇三年三月号二頁。

(248) 信用保証協会の保証対象としては、中小零細事業者の貸金債務以外に、たとえば手形割引における手形買戻債務が存在する(信用保証協会法二〇条一項一号―序論II)。

(249) 日本経済新聞一九九九年九月四日朝刊五頁参照。

加えて、連動して信用保証協会の保証対象を拡大するために、信用保証協会法も改正した(後掲注(251)参照)。

(250) 特定社債保証一般については、平野真由「特定社債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、(小島孝)江口浩一郎監修「中小企業特定社債保証制度の仕組みと概要(上)(中)(下)」金融法務事情一五八〇号三二頁以下・一五八二号二九頁以下・一五八三号四〇頁以下、「動き始めた保証協会保証付き私募債」近代セ―ルス二〇〇二年一月一日号一二頁、「中小企業の保証協会保証付私募債の発行始まる」金融財政事情二四一〇号三八頁。

(251) 信用保証協会法二〇条一項四号参照(序論II)。

### 第三章 法的分析

本章(保険類似の保証取引の法的分析)では、「保険類似の保証取引の法的性質」を述べた後、「保証と保険の差」に関して考察し、保険的構成の特性・特質となり得る「保険契約の特性・特質」を述べる。

#### 第一節 保険類似の保証取引の法的性質

「保証の保険化現象」に関し、現在の保険法学において主導的な役割を果たされている山下友信教授は、次のよ

うに述べておられる。

「保証も単発的になされるのではなく有償の保証がビジネスとしておこなわれるようになる」と(いわゆる法人保証)、被保証人全体のデフォルトの確率を予測して収支が相等となるように保証料を設定するというようなテクニクを使うことが考えられる。保証料も債務者のデフォルトのリスクを個別に評価して決めるのであればますます保険との区別はつかなくなる。

しかし、保険の技術を使うとしても、私法上は、保証という確立した法制度という形態をとる限り、保険ではないと考えられ、また、金融監督法上も、銀行などのおこなう金融取引の一種であると考えられていると思われ(銀行法一〇条二項一号)、そのような位置付けでよいと思われる。保険のテクニクを応用するからといってそれを保険であるとする必要性もない<sup>(25)</sup>とされる。

けれども、「保証であっても保険に近いものについては、保証の法理よりも保険の法理を適用することが考えられる<sup>(26)</sup>」とされる。

山下友信教授は、保険類似の保証取引形態では、取引の法律上の性質は「保証そのもの」である。しかし、保険法理の適用可能性は存在すると述べられている。山下友信教授が述べられる保険法理の適用可能性が存在する「保証であっても保険に近いもの」とは具体的に何かが、問題となり得る。山下友信教授の先の論述よりすれば、「被保証人全体のデフォルトの確率を予測して収支が相等となるように保証料を設定するというような」<sup>(27)</sup>「保険の技術を使う」場合が該当すると思われる。

しかし、保険法理の適用可能性が存在する「保証であっても保険に近いもの」は、一般的に保険の技術を使う場

合と解してよいかはなお検討してみる余地があるであろう。

(252) 『保険法』一五頁(有斐閣・二〇〇五年)。

(253) 山下友信・前掲注(252)一六頁。

(254) 筆者らは山下友信教授の見解に賛同するが、実質的には保険と再構成したと同様と考える。山下友信教授が保険類似の保証取引形態を保険構成と明言されないのは、保険類似の保証取引形態を保険と構成すれば保険業法の適用を受け、保険者に保険業の免許が必要となり、実務が煩雑化することを懸念したからであると思われる。

筆者らは、疑義を生じさせないためにも、たとえば信用保証協会法においても保険的取引が可能と立法改正し明確化を図られるべきであると考ええる。

## 第二節 保証であつても保険に近いもの——保証と保険の差

本節(保証であつても保険に近いもの——保証と保険の差)では、保証と保険の差を解明するために、「実定法上の差」と「日米裁判例・学説上の差」とに分けて検討し、最後に本節をまとめる。

なぜ「裁判例・学説」に関しアメリカ法を参照するかといえば、日本での中小企業信用補完制度がアメリカの保険構想に影響を受けているからである。しかしアメリカでは保険構想は保険そのものとして実現することはなく、保険と保証との一般的関係について示唆を得られないかと考えるからである。また、本編では信用保証協会取引のうち収支相償を目指す取引形態を扱うが、他方においてアメリカの中小企業政策の理念も自助・自己責任を基調としており、アメリカからの示唆が得られないかと考えるからである。

## I 実定法上の差

「実定法上の差」は、さらに「民商法上の差」と「業法上の差」とに分けて検討する。

### 一 民商法上の差

「要件」・「効果」・「抗弁事由」に分けて考察し、以上を踏まえて「小括」する。

#### 1 要件

以下、「保証」と「保険」とに分けて要件分析し、最後に両者の「相互比較」をおこなう。

#### (一) 保証要件<sup>(255)</sup>

「保証の成立要件」には、「保証契約の成立」と、「主たる債務の発生」が必要である。

保証成立要件のうち、「保証契約の成立」には、「実質的成立要件」と「形式的成立要件（方式）」がある。

#### ① 保証契約の成立

##### (i) 実質的成立要件

保証契約も契約である以上、契約当事者の「保証の合意」が必要である。

##### (ii) 形式的成立要件（方式）

二〇〇五年民法改正施行にともない、書面によることが要件とされた。<sup>(256)</sup>しかし、実務では契約書を作成するのは当然である。

信用保証協会取引の法的再構成 (二) (鶴井・平野)

二二

法は、以下のいずれかによるとする。

(α) 保証契約書面 (民法四四六条二項)

(β) 保証契約に関する電磁的記録 (民法四四六条三項)

② 主たる債務の発生

保証債務は、主たる債務に付従する (民法四四七条一項・四四八条、四五七条一項)。したがって、先の①の保証債務成立の前提条件として、主たる債務の発生が論理的に存在する。たとえば、金銭消費貸借契約や社債契約、手形割引契約などが存在し、有効に成立していることが必要である。

そして、主たる債務の契約内容 (具体的な元本・利息・損害金など) (i) に基づき、弁済期が到来していること (期限喪失条項の該当事実) (ii) が必要となる。

(二) 保険要件<sup>(25)</sup>

保険にも生命保険や損害保険、海上保険など、さまざまな種類がある。保証との比較において相応しい保険は、一般的な損害を填補するという意味において損害保険と思われる。

よって、損害保険の成立要件を以下に掲げる。

- ① 損害保険契約の成立
- ② 損害の発生 (商法六二九条)
- ③ 偶然なる一定の事故 (商法六二九条)
- ④ 事故と損害との因果関係 (商法六二九条)

### (三) 保証要件と保険要件との相互比較

保証要件は、「保証契約の成立」と、基本となる「主たる債務の発生」が必要となる。保証要件に対し保険要件は、「保険契約の成立」を前提として、付保の対象である「事故」の発生と事故発生に「基因」した「損害」の発生が必要であった。

保証要件における「保証契約の成立」と、保険要件における「保険契約の成立」は同一とみてよいであろう。保証契約の成立には保険契約とは異なり、形式的要件(方式)の充足が必要であるが、契約は通常は書面でなされるので実際上の差異はない。

加えて、保証要件における基本となる「主たる債務の発生」は、保険要件における付保の対象である「事故」の発生と事故発生に「基因」した「損害」の発生に極めて類似している(保険は保証における付従性が存在しないが、要件事実(主要事実)は類似している)。保険要件における損害の発生に関し確定損害まで要求するのなら、保証要件における基本となる主たる債務の発生と要件事実(主要事実)にズレが生じることになる(もともと保証の側で、保証債務履行要件を確定損害＝最終不足額の確定と保証要件を厳格化(加重)する合意をすれば、保険要件とのズレは生じない)。しかし、保険要件における損害の発生に関し確定損害まで要求しなければ(現行の信用保証協会取引では、確定損害まで要求しない)、保証要件における基本となる主たる債務の発生と、保険要件における付保の対象である偶然的事故の発生と事故発生に基因した損害の発生とは同一と評価して差支えないであろう。

## 2 効果

「保証」・「保険」の順に効果を述べた後、両者を「相互比較」する。

信用保証協会取引の法的再構成(二)(鶴井・平野)

二四

(一) 保証効果

債権者は保証人に、保証債務履行請求権を有する(民法四四六条一項参照)。

また、従たる効果としての代位は、前述のように弁済者代位(民法五〇一条)が存在する。

(二) 保険効果

被保険者は保険者に、保険金支払請求権を有する(商法六二九条)。

また、従たる効果としての代位は、保険者代位(請求権代位・商法六六二条)が存在する。

(三) 保証効果と保険効果との相互比較

保証効果も保険効果も、ともに金銭債権を取得するという意味では同一といえる。また、従たる効果としての代位も、保証と保険では同様である。

3 抗弁事由

以下「契約締結前」の事情と「契約締結後」の事情に分けて、それぞれ「保証人の債権者に対する抗弁」、「保険者の被保険者に対する抗弁」、両者の相互比較という順に述べる。

(一) 契約締結前の事情

(1) 保証人の債権者に対する抗弁

錯誤無効(民法九五条)、詐欺取消(民法九六条)、不法行為に基づく損害賠償請求(民法七〇九条)、契約締結上の過失に基づく損害賠償請求(民法一条二項・四一五条)など考えられる。<sup>258)</sup>

(2) 保険者の被保険者に対する抗弁

保証人の債権者に対する抗弁に掲げたもののほか、告知義務違反に基づき契約解除などが考えられる（商法六四四条）。

(3) 保証人の債権者に対する抗弁と保険者の被保険者に対する抗弁との相互比較  
 契約締結時点では、保証も保険もリスクを負おうとする者への「情報」提供・開示を保護する方向で一致している。

一見すると保証の方が保険に比較して情報提供・開示保護に薄いようにも思われるかもしれないが、民法学からは相応の解釈努力・研究がなされていると評価できる。<sup>(29)</sup>

(二) 契約締結後の事情

(1) 保証人の債権者に対する抗弁<sup>(30)</sup>  
 法文上、以下の三つが存在する。

- ① 催告の抗弁（民法四五五・四五二条）
  - ② 検索の抗弁（民法四五五・四五三条）
  - ③ 債権者の担保保存義務違反（民法五〇四条）
- (2) 保険者の被保険者に対する抗弁  
 危険変更・増加の通知義務（商法六五七条）

(3) 保証人の債権者に対する抗弁と保険者の被保険者に対する抗弁との相互比較  
 保証人の催告の抗弁や検索の抗弁（保証の補充性）は、法文上債権者による保証債務履行請求後はじめて抗弁でき

る(民法四五二条・四五三条)。しかも、保証の補充性(保証人の催告の抗弁や検索の抗弁)は、実際上は一般的に連帯保証契約の締結により存在しない(民法四五四条)。

保証人の債権者に対する抗弁に対して、保険者の被保険者に対する抗弁は、被保険者が損害保険に加入されているからといって損害発生確率を増加させたり損害規模を拡大したりすることがないように(先に検討した「債権者・損害軽減義務」が想起される)、「モラルハザード防止」のために規定されたものと解される(「モラルハザード防止」規定としては、ほかに損害防止義務(商法六六〇条)や損害発生通知義務(商法六五八条)が存在する——本稿では、保険におけるモラルハザード防止を強調して考えている)。保証人の債権者に対する抗弁をモラルハザード防止のために損害発生前からさらに進化するかたちとしたのが、保険者の被保険者に対する抗弁と理解することも可能と思われる(信用保証協会取引のモラルハザード―病理面)。保険契約者や被保険者にとって保険は保険契約締結後、保険事故に対して無関心・無頓着になりがちとも思われるが、保険契約者や被保険者は保険に怠惰であつてはならないのである(このような考え方・発想は、本稿では重要である)。

#### 4 小 括

保証と保険との違いに関し「要件」と「効果」、および「抗弁事由」を概観したが、受益者の負担者への請求に対する抗弁事由、特に「契約締結後の事情」の局面で差が認められた。保険制度は保証制度よりリスク引受人を厚く保護するのか、問題となり得る。

## 二 業法上の差

次に、「業法上の差」では、「保険業法」と「銀行法」とに分けて考察し、「小括」する。

## 1 保険業法

保険業法の定める業務のうち、保証証券業務がある（三条六項）。

保証証券業務とは、契約上の債務または法令上の義務の履行を保証することを約しその対価を受ける業務をいう。加えて、保険数理に基づき、当該対価を決定し、準備金を積み立て、再保険による危険の分散をおこなうことそのほか保険に固有の方法を用いておこなうものでなければならぬとされている。

## 2 銀行法

保険業法の定める保証証券業務に対し、先の保険類似の保証取引の法的性質論に関し山下友信教授が指摘されていた銀行法一〇条二項一号は、銀行の付随業務としての債務保証業務を定めている。銀行が債務保証をおこなう際に大数法則など保険固有の方法を用い<sup>(10)</sup>れば、先の保険業法との抵触が問題となるように思われる<sup>(10)</sup>。

そうであるとするれば、銀行のおこなう銀行法上の債務保証（実務では、支払承諾と呼んでいる）業務は、当該保証先に対し個別・具体的に信用を付与する信用供与という意味に理解すべきであると考えられる。銀行の主要業務が貸付などの信用供与であることから、銀行法上の債務保証業務は当該保証先に対し個別・具体的に信用を付与する信用供与という意味の理解が整合的と思われる。

## 3 小括

銀行の付随業務としての債務保証業務を定めている銀行法からすれば、銀行の主要業務が貸付などの信用供与であることとの関連から、銀行のおこなう銀行法上の債務保証業務は、当該保証先に対し個別・具体的に信用を付与

する信用供与であった。個別・具体的に信用を付与する銀行法上の債務保証業務に対し、保険業法の定める保証証券業務は保険数理に基づき保険固有の方法を用いておこなうものをいった。

注意すべきは、本編で問題対象としている「保険類似の保証取引」が保険業法の定める保証証券業務には該当しないという点である。信用保証協会取引が保険業法の定める保証証券業務に該当しない理由は、信用保証協会みずからがリスクの引受審査をする際に、保険数理に基づき保険固有の方法を用いておこなっているわけではないからである。したがって、山下友信教授や槇梯次博士らの想定事例、および「中小企業信用保証制度の歴史・沿革」での信用保証制度の一般化<sup>264</sup>に拡大経緯過程に登場する金融保険会社構想の事例とは、「保険類似の保証取引」と厳密にはズレが存在する。

「保険類似の保証取引」が保険業法に抵触しないという考え方に対し、信用保証協会は保険数理に基づき保険固有の方法を用いたりリスクの引受審査・判断を、取引相手方である金融機関に代行させているとの見方もあり得る。しかし、信用保証協会が金融機関にリスクの引受審査・判断に関する基準・方法・過程を具体的に約定していないとすれば、信用保証協会は保険数理に基づき保険固有の方法を用いたりリスクの引受審査・判断を、取引相手方である金融機関に代行させているとの見方は成り立たない<sup>265</sup>。

しかし、信用保証協会は、金融機関の保険数理に基づく保険固有の方法を用いたりリスクの引受審査・判断を、結果として間接的に利用しているともいえる<sup>266</sup>。

## II 日米裁判例・学説上での差

保証と保険の差（保険の特徴）を、「日本」と「アメリカ」に分けて検討する。

## 一 日本の裁判例・学説

「裁判例」、「学説」に分けて概観し、裁判例・学説の概観の結果を「帰結」で述べる。

### 1 日本の裁判例

(一) 最大判昭和三四・七・八民集一三卷七号九一頁判例時報一九六号七頁

「保険契約関係は、同一危険の下に立つ多数人が団体を構成」する。その構成員の何人かにつき危険が発生した場合、その損失を構成員が共同して危険を負担する。したがって、保険契約関係は、団体を構成する多数の契約関係を個々独立的に観察するのみでは足りない。

多数の契約関係が前記危険負担の関係においては互いに関連性を有するものであることを前提として、その契約関係の法律的性質を考えなければならない。

(二) 東京高判平成一三・一一・三〇判例タイムズ一〇七九号一二五頁

「一般に人の経済的生活に関する法律制度は、経済制度を形成・維持するための手段たる形式である。つまり、「経済制度と法律制度は、表裏一体の関係にある」。

「経済的の制度としての損害保険制度は、多数の集団を要素とするものではある」。しかし、「法律上は保険者と保険契約者という一対一の当事者の関係のみが現われ、集団的要素が現われてこ<sup>265</sup>ない」。

保険とは、個々の経済主体にとってみれば、全くの偶然かつ不測の出来事も、同種の危険に曝された多数の経済

主体を一つの集団とみると、一定期間内に少数の主体のみが現実には危険に遭遇し、しかも危険に遭遇する度合いが平均的にはほぼ一定しているという、大数の法則が成立することを応用して、集団に属する各経済主体が、それぞれの危険率に相応した出捐をなすことにより共同的備蓄を形成し、現実には発生した経済主体が、共同的備蓄から支払いを受ける方法で需要を充足する方法である。<sup>(266)</sup>

「大数の法則が機能する集団の存在が、保険の成立する大前提である」。<sup>(267)</sup>「大数の法則が適用できるような危険集団がなければ、損害保険は成立しない」。「この集団から切離されたものとして、個別の保険契約を考えることはできない」。「保険契約は経済的な保険制度を、保険者と保険契約者との二当事者の個別的な債権債務、権利義務として再構成する法律形式に過ぎない」。保険契約は、「経済的な保険制度をそのまま表現するものではない。保険契約は、「保険制度に契約法的な変容を加えている」。<sup>(268)</sup>

### (三) 小 括

昭和三四年(一九五九年)の最高裁大法廷判決では、保険の法律的性質は危険団体の構成を前提として述べている。保険が危険団体の構成を前提としている点は、東京高裁の平成一三年(二〇〇一年)判決も同様である。東京高裁の平成一三年判決はさらに、保険の成立する大前提には「大数の法則が機能する集団」の存在が必要と述べている。

## 2 日本の学説

### (一) 大森忠夫博士の見解<sup>(269)</sup>

個々の経済主体についてみれば全くの偶然的・不可測的な出来事であっても、全くの偶然的・不可測的な出来事

を多数の主体についていわゆる大数的に観察すれば一定の期間内にその個々の経済主体全体について全くの偶然的・不可測的な出来事が現実に発生する度合いは平均的にはほぼ一定している——いわゆる大数の法則——。過去の経験実績やそのほかの資料によって統計的に観察すれば、全体について将来全くの偶然的・不可測的な出来事が発生する度合いも実際の結果と極めて類似性をもった確率ないし蓋然性が予測できる。

いわゆる大数の法則を応用すれば、ある特定の偶然的出来事に遭遇する可能性のある多数の経済主体を糾合し、その経済主体全体について将来特定の出来事の発生する蓋然性と特定の出来事による資力弱化的場合に備えるために必要な総金額もまた、蓋然的に予測できる。ある特定の偶然的出来事による資力弱化的「予測額を、このような危険に曝されている多数の経済主体をしてその危険率に応じて公平に分担させ、いわば共同的な備蓄金を構成しておいて、ある経済主体が現実にその出来事に遭遇した場合に、これによる資力弱化的補正に要する金額をその基金から受け得るものとする制度が考えられる」。

ある経済主体が現実にある特定の偶然的出来事に遭遇した場合に、資力弱化的補正に要する金額を、危険に曝されている多数の経済主体をしてその危険率に応じて公平に分担させた、いわば共同的な備蓄金から受け得るものとする「制度においては、これに参加する各個経済主体の負担・醸出すべき金額が、右に述べたように合理的基礎に基づいて算定せられ」る。制度に参加する各個経済主体の負担・醸出すべき金額「の総額において、ほぼ全体の所要額を賄うに過不足ない程度に定められ」る（給付反対給付均等の原則<sup>270</sup>）。

しかも、各主体については、それぞれの危険率に適応して負担・醸出すべき金額がそれぞれ公正に定められる。したがって、「多数の経済主体の全体についてのその出来事の発生率が比較的僅少であればあるだけ、個々の経済

主体の負担額は僅少で足りることとなる」。このようにして……個別的貯蓄制度について認められるような不確実性・不経済性・不完全性などの欠点は、多分に除かれ」る。各個経済主体は共同的な備蓄制度を利用することにより、比較的少額の負担をもって経済的にかつ比較的確実にその経済生活の不安定を除去・軽減し得ることになる。「いわば団体的共同備蓄とも称すべき制度が、すなわち保険の制度である」。

(二) 西島梅治博士の見解<sup>(21)</sup>

保険契約は、保険制度の存在を前提として保険制度に加入することを目的として締結されるものである。つまり、保険契約は、保険という経済制度を形成するための手段である。保険契約は、保険制度を権利・義務のシステムとして再構成するための法律形式である。したがって、多数の保険契約を介して、保険団体が形成されるべきものである。一人一人の孤立した契約はたとえ商法六二九条に相当する内容を有する場合でも、保険契約と認めるわけにはいかない。

①加入者相互間に、同一の保険団体構成員としての関係が存在する、②各人が団体の基金に、出資する義務を負う、また③事故に遭遇した構成員が、基金から保険金を受取る権利を有するという集団的なシステムが必要である。この集団性から切離されたものとして、個別の保険契約を考えることはできない。

(三) 江頭憲治郎教授の見解<sup>(27)</sup>

保険とは、同種の危険に曝された多数の経済主体を一つの団体とみると、団体には大数の法則が成立つことを応用して、団体に属する各経済主体がそれぞれの危険率に相応した出捐をなすことにより共同の備蓄を形成し、現実需要が発生した経済主体が共同的備蓄から支払いを受ける方法で需要を充足する制度をいうとされる。

#### (四) 小括

江頭憲治郎教授の論述は、大森忠夫博士の見解と同一の内容である。そして、江頭憲治郎教授の論述は、西島梅治博士の見解と重複するものである。

結局は、保険は大数法則を前提とする、集団性・団体性をもつシステムとする点で共通する。

#### 3 帰結

日本の裁判例・学説の概観から保険の特徴を抽出すると、前述のとおり「大数法則を前提とする集団システム」の存在を指摘できる。

#### 二 アメリカの裁判例・学説

日本の場合と同様にアメリカの場合も、「裁判例」、「学説」に分けて概観し、裁判例・学説の概観の結果を「帰結」で述べる。

##### 1 アメリカの裁判例

##### (一) Helvering (Commissioner) v. LeGierse<sup>(27)</sup> — ルガス事件

連邦最高裁における税務訴訟において生命保険に関してではあるが、保険の中核をなすのは「リスク移転 (risk shifting)」と「リスク分散 (risk distributing)」であり、リスクは被保険者集団に移す (shift to a group of individuals) としている。

信用保証協会取引の法的再構成 (一) (鶴井・平野)

三四

- (1) *Beech Aircraft Corp. v. U. S.*; <sup>(274)</sup>  
*Humana, Inc. v. Commissioner*; <sup>(275)</sup>  
*Amerco, Inc. v. Commissioner* <sup>(276)</sup>

内国歳入法における保険 (insurance) は、「リスク移転」と「リスク分散」が要件となることについて判示している。<sup>290</sup>

内国歳入庁 (IRS: Internal Revenue Service) の個別通達七八一三三八も、同様に述べている (shifting and distribution of the risk of loss from the insured to other insureds)。

### (三) 小 括

アメリカ裁判例、および行政通達によれば、保険の要件には「リスク移転」と「リスク分散」が挙げられている。しかし、ルガス事件で連邦最高裁が述べるように、「リスク移転」と「リスク分散」の前提には、「被保険者集団」「リスク集積」が不可欠である。

リスクを集積して「リスク分散」を図るには、「大数法則」などの利用が必要といえる。

## 2 アメリカの学説

### (一) エイブラハム教授の見解

保険会社とは、リスク回避的な経済主体が集合して、全体リスクを分担することによって、全体リスクを抑えるための器 (vehicle) とされる。<sup>(277)</sup> つまり、保険会社は、大数法則などを使ってリスク・コントロールする担い手とされる。

保険の前提には「大数法則」などが存在する、としている。

(二) アーノルド博士の見解

保証会社 (guarantee or surety companies) の保証では、「保証引受リスク (損失) を計算」したうえで、そのようなりリスク (損失) を基に算出される保証料を保証人じしんが取得するという点に特色があるとされる。このような保証会社形態の保証は、保険そのものとされる<sup>(278)</sup>。

そして、保険と保証との違いについて、

① 保険は、担保を取らない。つまり、保険金支払後に、請求することを基本的に考えていない。保険は、損失補償 (indemnity) という性質をもつとされる<sup>(279)・(280)</sup>。

② 保険は、保険者の保険契約者に関する情報収集を特に保護するといわれる。

しかし、保証でも、債権者は保証人にたとえば主たる債務者の信用状況を積極的に述べなければならぬ義務まで課されているとはいえないが、債権者は保証人に誠実な応対をおこなうことは要求される<sup>(282)・(283)</sup>という。

(三) リステイトメントの見解

保証人の保証引受けにあたり、「ビジネス性」がある場合には、通常の「情義性」ある場合と別異に取扱うべきことを示唆している<sup>(284)</sup>。

保証会社 (bonding company: surety company) のほかに主たる債務者 (principal obligor) 法人の出資者や役員も、利益性ありとされる。しかし、主たる債務者の友人や家族は、利益性なしとされている<sup>(285)</sup>。アメリカでも、保証人の原型は無償保証人 (uncompensated surety) である<sup>(286)</sup>。

保証の原型である無償保証に対し、有償保証は一九世紀になって登場したものである。<sup>(287)</sup> アメリカにある担保リス・テイトメントでの有償保証人は、統計数理を基礎とする危険計算により保証料を得て保証契約を締結するビジネス主体を指している。したがって、ビジネス性がなく、つまり保証を業として反復・継続的に活動しない主体や、あるいはたとえ保証料を得たとしても統計数理を基礎とする危険計算により保証料を得ていない主体は、アメリカ・担保リス・テイトメントにいう有償保証人ではない。<sup>(288)</sup>

保険と保証との違いは不明確としながらも、「一定量の危険引受けにおいて危険が生じることを前提に確率計算している」か否かにある<sup>(289)</sup>としている。一八九六年のアメリカ裁判例には、保証会社という名前で営業しながら、しかしその保証会社が「将来引受けるであろう危険を計算してその保証会社が危険を反映する料金設定をおこなっている」のであれば、「保険」として存在する<sup>(291)</sup>。危険引受主体が危険引受時に合理計算して危険引受をなしていれば保険である<sup>(292)</sup>ということは、一八九六年の裁判例後の多くの裁判例に踏襲されている。<sup>(293)</sup>

#### (四) ビッケルハプト&マジ博士の見解

厳密な意味での保証 (Guarantee) と保険との間の最も明確な相違点は、保証においては主たる債務者の個人的な地位 (individual standing) に基づいてリスクが定められる。

リスク判断を主たる債務者毎に個別計測する保証に対して、保険においては、ある特定の階層 (class) に属する多数の債務者「グループの信用経歴 (credit experience)」に基づいてリスクが定められる点にあるとされる。<sup>(294)</sup>

#### (五) 小括

保険の特徴に関するアメリカの学説について、エイブラハム教授は「大数法則」を挙げられている。

また、ビッケルハプト&マジ博士は、「グループの信用経験 (credit experience)」に基づいてリスクが定められるとされる。リステイトメントも、裁判例にしたがって「一定量の危険引受けにおいて危険が生じることを前提に確率計算している」か否か、「将来引受けるであろう危険を計算してその保証会社が危険を反映する料金設定をおこなっている」か否かにより、保険か否かを判別するとしている。アーノルド博士は、「保証引受リスク (損失) を計算したうえで」の保証料を、保証人じしんが取得する形態の保証」は保険そのものとされる。

一連の学説に共通する認識としては、大量取引によるリスクを確率計算してあらかじめの取引をおこなう、大数法則利用取引か否かが保険と保証の分岐点としている、といえる。

### 3 帰 結

アメリカの裁判例・学説の概観から保険の特徴を抽出すると、前述のとおり大数法則利用取引という点を指摘できる。

## III 本節のまとめ

保証と保険の違いを若干まとめる。

まず要件・効果・抗弁事由などを分析していくと、負担者の受益者への抗弁事由、特に契約締結後の事情に関して差異が生じる。保険の方が保証よりも、少なくとも法の規定からは負担者の受益者への抗弁事由を厚く保護しているとみえる。

他方、保証と保険の識別基準は、保険業法の規定 (特に、銀行法との対比) や日米の裁判例・学説から、大数法則

利用の有無により、大数法則が利用されていなければ保険・利用されていなければ保証という識別が可能であった。以上、保証と保険とを比較・整理したものが、【図10】である。

先に、保険の方が保証よりも受益者の負担者への請求に対する抗弁事由を厚く保護していると述べたが(少なくとも法律の規定から)、保険に対する抗弁事由の厚い保護は大数法則利用の有無に求められるのではないかと考えられる。つまり、大数法則では、大数全体の利益考慮が必要である。大数全体の利益考慮なくして、保険という当該スキーム・仕組み・制度は成立しない。単に契約者個々を保護するだけではなく、その契約者たちが目指す目的に適合するためのスキーム・仕組み・制度に厚い保護を図るべきである。保険では大数全体の利益考慮が必要であるがゆえに、保証と保険の受益者の負担者への請求に対する抗弁事由の規定に差異が生じたのではないかと思われる。

本編がいう保険類似の保証取引は大数法則を使った取引といえるかが問題となり得るが、保険者に相当する保証人(信用保証協会)じたいが大数法則によるリスク引受けをおこなっているわけではなく、被保険者(受益者)に相当する債権者(金融機関)の大数法則に基づいた保証人の許容引受けリスクを契約条件として信用保証協会と金融機関とが合意しているものである。本稿では保険類似の保証取引の法的実質も保険ではなく形式どおり保証と考えるが、保証人のリスク引受けにおいてリスク引受けが数値化された契約条件とはいえ契約相手方の大数法則によるリスク管理を間接的に利用し、制度やスキーム、仕組みに基づいて多数の契約が成立している以上、保険法理の類推可能性が存在すると解される。<sup>(294)</sup>

(255) 岡口基一『要件事実マニュアル 上』三五四頁以下(ぎょうせい・二〇〇七年)、伊藤滋夫編『民事要件事実講座第

保証と保険の比較—図 10

信用保証協会取引の法的再構成 (二) (鶴井・平野)

		保 証		保 険
成 立 要 件	保証契約の成立	実質要件	合意 ∴) 契約	損害保険契約の成立 * 3
		形式要件	書面 or 電磁的記録 ∴) 民法 446 条 2 項・3 項	
効 果		主	債務履行請求権 (民法 446 条 1 項)	損害の発生 (商法 629 条) * 1
		従	弁済者代位 (民法 501 条)	偶然なる一定の事故 (商 法 629 条) 損害と事故との因果関係 (商法 629 条)
負担者の 受益者への 抗弁事由	契約締結 前の事情	錯誤無効 (民法 95 条), 詐欺取消 (民法 96 条), 不法行為に基づく損害賠償請求 (民法 709 条), 契約締結上の過失に基づ く損害賠償請求 (民法 1 条 2 項・415 条) (契約締結前の情報開示義務違反)		同左のほか, 告知義務違 反に基づく契約解除 (商 法 644 条)
	契約締結 後の事情	催告の抗弁権 (民法 455 条・452 条), 検 索の抗弁権 (民法 455 条・453 条), 債権 者の担保保存義務 (民法 504 条)		危険変更・増加の通知義 務 (商法 657 条)  ◎損害発生確率増加回避 のみならず, 損害規模拡 大防止のために損害防止 義務 (商法 660 条) や, 損害発生通知義務 (商法 658 条) も存在《モラルハ ザード防止規定》
業 法		(債務保証業務 — 銀行法 10 条 2 項 1 号) 銀行の付随業務として, 保証先に対する 個別・具体的な信用供与・与信 (本稿見 解)		(保証証券業務 — 保険 業法 3 条 4 項) 保険に固有の方法を用い ておこなう ◎たとえば, ①保険数理 に基づき当該対価を決定 する②準備金を積立てる ③再保険による危険分散 をおこなう
日米裁判例・学説		大数法則を利用しない取引		大数法則を利用する取引

\* 一損害を確定損害まで要求しなければ事故発生=損害発生と考えられ, 主たる債務の発生と同視し得る。

\* 二逆に, 保証の側で保証債務履行要件を確定損害=最終不足額の確定と保証要件を厳格化 (加重) する合意をすれば, 保険要件とのズレは生じない。

\* 三保険料の存在も含まれる。

信用保証協会取引の法的再構成(二)(鶴井・平野)

四〇

三卷」一六一頁以下(青林書院・二〇〇五年)、大江忠『要件事実民法(中)』六九頁以下(第一法規・一九九五年)参照。

(256) 二〇〇五年民法改正施行の際の保証法改正に関する論稿として、平野真由「保証人との契約の見直しと実務への影響」銀行実務二〇〇五年一月号六二頁がある。

(257) 石田満・出口正義・甘利公人「保険法と要件事実」伊藤滋夫編『要件事実の現在を考える』一四六頁以下(商事法務・二〇〇六年)、岡口基一『要件事実マニユアル 下』四六〇頁以下(ぎょうせい・二〇〇五年)、大江忠『要件事実商法(下)』二〇八頁以下(第一法規・一九九七年)参照。

(258) 平野真由・前掲注(161)七七頁以下参照。

(259) たとえば、潮見佳男「ドイツにおける情報提供義務論の展開(1)」(3完)「法学論叢一四五巻二号一頁以下・三号一頁以下・四号一頁以下、馬場圭太「フランス法における情報提供義務論の生成と展開(1)」(2・完)「早稲田法学七三巻二号五五頁以下・七四巻一号四三頁以下など。

(260) 保証人の債権者に対する抗弁は、前編第二章第三節I—1でも述べた。

(261) ただし、前節の山下友信教授の論述ぶりでは、銀行が債務保証をおこなう際に大教法則など保険固有の方法を用いても保険業法の抵触が問題とならないようにみえる。

(262) 近時の信用保証協会の主要取引形態である保険的な保証取引(前章第二節)の法律的な性質は保険ではないかとの疑問も生じるが、この保険的保証取引の法律的な性質に関しては直後で再論することとする(本稿では、前節で述べたように保険的保証取引の法律的な性質は保証と考えるが、実質的には保険に限りなく近いものと考ええる)。

(263) 本稿が保険に類似する信用保証協会取引の法的性質が保険ではなく保証であるとして、信用保証協会の保険技術を使ったりスク引受けを否定することを強調せざるを得ないのは、前述したように信用保証協会は保険の免許を有し得ず保険業法上保険業務を担うことができないからである(前節)。

実質的にも信用保証協会の保証債務履行は前述したように多くの場合にその保証債務履行金の元金の八〇%が中小

企業信用保険によって填補されるし(いわば再保険)、残る保証債務履行金も損失補填契約による補填があるものもあり(前編第一章第二節II二3(一))、かつ信用保証協会法により主務官庁などの監督に服しているので(この点、民間信用保証会社に対する行政監督は現在のわが国ではおこなわれていない)、保険業法と同一目的である保険金支払遅延による社会的経済的弊害を惹き起こす現実的可能性の阻止は体制整備されていると考えている。

(264) 本稿の見解によれば当該取引の法律的性質・性格において保証か保険かが大きく問題となるのは金融監督行政の局面であり、純粹な取引法(契約法)からはむしろ次節で後述する保険固有の法理の類推適用が可能か否かが重要と考える。

(265) 判例タイムズ一〇七九号一三〇頁。

(266) 後述2(三)の江頭憲治郎教授の保険の定義と同じである。

(267) 前掲注(265)一三四頁。

(268) 前掲注(265)一四八頁。

(269) 『保険法(増補版)』二・三頁(有斐閣・一九八五年)。

(270) 本稿がいう、収支相償原則に相当する。

(271) 『保険法(第三版)』四・五頁(悠々社・一九八八年)。

(272) 『商取引法(四版)』三七七頁(弘文堂・二〇〇五年)。

(273) 312 U. S. 531, 61 Ct. 646, 85 L. Ed. 996 (1941).

(274) 797 F. 2d 920, 922 (10th Cir. 1992).

(275) 881 F. 2d 247, 251 (6th Cir. 1989).

(276) 979 F. 2d 162, 165 (9th Cir. 1992).

(277) Kenneth S. Abraham, Cases and Materials, Insurance Law and Regulation, 3rd ed., p. 2, (Foundation Pr., 2000).

(278) Earl C. Arnold, THE COMPENSATED SURETY, 26 Col. L. Rev., 171, 177.

- (279) *Id.* at 179.
- (280) しかし、保険者が受ける保険料が保険に関する支出を賄うに十分な料金設定がそもそもなされていないのならば、保険者の保険代位に基づく請求は保険契約者と保険者との衡平の観点から可能と思われる。
- (281) Arnold, *supra* note 278, at 180.
- (282) *Id.* at 181.
- (283) フォルカでも保証と保険を問わず、少なくとも契約締結前のリスク引受人は保護されるという発想が窺い知れる(前掲「一〇二」(三)参照)。
- (284) Restat 3d of Suretyship & Guaranty, § 11 *Comt.* to Subsection (3) (c); § 12 *Comt.* on Subsection (4); *g*; § 37 *Comt.*: at § 49 (3) (a) (i), *Comt.*: b, (West Pub., 1996).
- (285) *Id.* at 214, 60.
- (286) *Id.*, § 49 REPORTERS NOTES.
- (287) Willis D. Morgan, The History and Economics of Suretyship, 12 Cornell L. Q. 153, 162-63.
- (288) RESTATEMENT OF SECURITY § 82 *cm.* i, (American Law Institute Pub., 1941).
- (289) Thomas Gold Frost, A Treatise on guaranty insurance and compensated suretyship, 2d Ed., p. 16, (Little, Brown, 1909); Hunt v. New Hampshire Fire Underwriters' Ass'n, 68 N. H. 305, 308, 38 A. 145, 38 L. R. A. 514, 73 Am. St. Rep. 602.
- (290) Home Title Ins. Co. v. United States, 50 F. 2d 107, 110.
- (291) ただし、信用保険の事例 (Tebbets v. Mercantile Credit Guarantee Co., 73 Fed. 95, 97)°
- (292) Guarantee Co. v. Mechanics' Bank & Trust Co., 80 Fed. 766, 772; State ex rel. Peach Co. v. Bonding & Surety Co., 279 Mo. 535, 553, 556, 215 S. W. 20; People v. Potts, 264 Ill. 522, 527, 106 N. E. 524; People v. Rose, 174 Ill. 310, 51 N. E. 246; Commonwealth v. Wetherbee, 105 Mass. 149, 160; Shakman v. United States Credit System Co., 92

Wis. 366, 374, 66 N. W. 528; Young v. American Bonding Co., 228 Pa. 373, 380, 77 Atl. 623; Bowers v. Lawyers Mortgage Co., 285 U. S. 182, 189; Moore v. Maryland Casualty Co., 12 F. Supp. 90, 95; American Credit Co. v. Athens (C. C. A.) 92 F. 581; Claffin v. U. S. Credit System, 165 Mass. 501, 43 N. E. 293, 52 Am. St. Rep. 528; Hare & Chase, Inc. v. National Surety Co., 49 F. 2d 447, 453; Gen. Couns. Mem. 39154 (GCM 39154); National Surety Co. v. McCormick (C. C. A.) 268 F. 185, 188; New York Indem. Co. v. Hurst, 252 Ky. 59, 72; Krey Packing Co. v. U. S. F. & G. Co., 189 Mo. App. 591, 175 S. W. 322; St. Louis Police Relief Ass'n v. American Bonding Co., 197 Mo. App. 430, 443.

- ④ Joseph Asbury Joyce, A treatise on the law of insurance of every kind, 2nd ed, § 339h, (Lawyers Co-operative Pub., 1917); Roger W. Cooley, Briefs on the law of insurance, v. 1, 2nd ed, p. 122 (Kansas City, 1927).  
 (293) David L. Bickelhaupt [and] John H. Magee, General insurance, 8th ed, p. 546, (Richard D. Irwin, Inc., 1970).  
 (294) 山下友信教授も同様の見解を採られるのではないかと推測される。

### 第三節 保険契約の特性・特質

そこで、大数法則を利用した保証取引において保険契約法理が類推適用できる余地があるとして、保険契約したの特性・特質を確認しておく。

保険契約の特性・特質として、多くの場合、共通項として以下の三つがいわれている。その保険契約の特性・特質である「有償・双務性」「継続性」「最大善意(最高信義)性」を、順に述べる。

## I 有償・双務性

有償性と双務性の両者には密接な関係があるが、「有償性」と「双務性」とを分けて、論じる。

### 一 有償性

前節II一の保険の特徴に関する「日本の裁判例・学説」における共通項の一つとしては、保険が同種の危険に曝された多数の経済主体を一つの集団とみて、その集団に属する各経済主体が出捐をなすことにより共同的備蓄を形成する点が挙げられていた。損害保険契約の定義を定める商法六二九条も損害填補の対価として、法文上は報酬という言葉を使いながらも実際上の「保険料」を契約内容の一つとしている。信用保証協会取引の事例で取引の「有償性」を考えてみると、信用保証協会取引において有償性に該当するものは「保証料」である。保証料は保証の対価として、保証人である信用保証協会に保証を委託する主たる債務者(中小零細事業者)が支払うものである。

そうすると、保険者の立場の者が「信用保証協会」、保険によって利益を受ける被保険者の立場の者が「金融機関」、保険料を支払って保険契約をおこなう保険契約者の立場の者が「中小零細事業者」となる。保険の対象には信用・与信リスク(債務不履行リスク)が存在し、その債務不履行リスクに関して保険契約者と(保険による直接的な受益者である)被保険者が同一ではない場合を「保証保険」という。信用保証協会取引の場合には、制度利用者である主たる債務者から信用保証協会へ支払われる信用保証料収入だけでは保証制度の運用を賄うことは現状からは不可能であり厳密な意味での収支相償は実現できないことから、純粋な保険取引ではなく「保険的取引」となるであろう。

保証保険は前述したように、保険契約者と被保険者とが同一ではない場合である。

しかし、保証保険と同様に信用・与信リスク（債務不履行リスク）を保険対象とするが、保険契約者と被保険者とが同一の場合（保険契約者兼被保険者の場合）もある。保険契約者兼被保険者の場合を、「信用保険」といつている。本稿で対象としている「保険類似の保証取引」は、取引当事者間、つまり信用保証協会と金融機関との間で信用保証協会が負担する許容リスクの上限をあらかじめ定め、そのあらかじめ定められた許容リスクを超えた場合にも信用保証協会は保証債務を履行するが、その保証債務履行金のうちの許容リスク超過分は信用保証協会の保証債務履行後に金融機関から何らかの内容（たとえば、前述した負担金や、あるいは事務補助金）で信用保証協会へ入金してもらうという方法である。信用保証協会の保証債務履行後に金融機関から信用保証協会へおこなわれる許容代位弁済率あるいは許容事故率超過分の支払金が、事後的な保険料とみることができないかが問題となり得るが、保険の構造・仕組みとしては保険の特徴に関する「日本の裁判例・学説」において検討したように、保険金の支出はあらかじめの保険団体構成員の共同的備蓄により賄われるべきであるから、本稿で対象としている「保険類似の保証取引」において信用保証協会の保証債務履行後に金融機関から信用保証協会へおこなわれる許容代位弁済率なり許容事故率超過分の支払金は保険料としての性質を有さず、<sup>(295)</sup>したがって保険料を支出する保険契約者は金融機関とはならず、「信用保険」的性質は存在しない。つまり、本稿で対象としている「保険類似の保証取引」は、先に述べたように「保証保险的取引」であるといえる。

## 二 双務性

保証保険においては、前述のように保険契約者は保険者に保険料を支払う(商法六二九条)。保険契約者の保険料の支払いに対し、保険者は被保険者に偶然の一定事故により生じた損害を填補することを約定している(第三者のためとする損害保険契約<sup>(26)</sup>―商法六四八条)。

したがって、保険契約者と保険者は、契約当事者双方で義務を負担し合う双務性ある取引をおこなっているといえる。

## II 継続性

こうした有償・双務契約である保険契約は、単発で終了するわけではない。一定期間の継続性がある契約である。一定の継続性がある契約では、契約当事者間では信義誠実の原則が単発契約に比べてより重視されるべきであろう。

このような保険契約の継続性という特性・特質に加えて、保険契約のなかには反復性を有するものもある。一度の保険契約で契約の満期終了ではなく、そうした継続性ある保険契約がいわば形式的・実質的に更新されていく場合がある。身近な損害保険である自動車損害賠償責任保険や火災保険を考えてみると、保険契約の継続性と更新性(反復性)を理解することは容易である。そうした更新・反復性ある取引形態では、更新・反復性がない保険契約に比較して、契約当事者間での信義誠実の原則がさらに一層より重視されるべきこととなるであろう。この保険契約の継続性と反復性という特性・特質に関し、信用保証協会取引では、取引全体の目的が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）、企業活動（事業）は一般に継続性が求められ、事業継続に必要な金融取引も反復しておこなわれるのが通常である。このような一般に継続性と反復性がある信用保証協会取引では、契約目的である制度の維持・存続、発展のために、信義誠実義務がより強く負担されるべきこととなる。

### III 最大善意（最高信義）性

ところで、「信義誠実の原則がいわば一層高まった法理」を、保険契約法では最高信義（最大善意）と呼んでいる。以下に、最大善意（最高信義）の「一般論」を述べ、「最大善意概念導入の必要性——保証構成による問題点の克服」、「最大善意概念導入の許容性——実定法上の根拠」を順に検討する。

#### 一 一般論

##### 1 意義・歴史・適用範囲

##### (一) 意義

*uberrimae fidei*（ユーベリマ・フィデー）と呼ばれることもある。*uberrimae fidei* はラテン語で、*the utmost good faith*（最大善意）を意味する。

##### (1) 日本法

日本では、最大善意を意味する現行法上の明文規定はない。しかし、この度の法制審議会保険法部会では審議された経緯がある。<sup>(297)</sup>

信用保証協会取引の法的再構成 (二) (鶴井・平野)

信用保証協会取引の法的再構成 (二) (鶴井・平野)

四八

また、学説上では大森忠夫博士をはじめ、<sup>(298)</sup> 保険契約法上一般的に承認されている法理といえる。

## (2) アメリカ法

これまで本稿では外国法に関し、日本での中小企業信用補完制度がアメリカの保険構想に影響を受けたという点や、中小企業政策において中小企業じたいの自助を基調とするアメリカの姿勢・方針からアメリカ法を参照した。しかし、アメリカには最大善意(最高信義)に関する明文規定はないようであるし、加えてアメリカでは保険者への義務付けを重視するという方向で議論がされており、<sup>(299)</sup> 本稿が被保険者への義務付け論として最大善意を展開したという目的には沿わないのでアメリカ法は除外する。

## (3) イギリス法

アメリカ法に対して、イギリス法では最大善意を明文で規定している。そこで、最大善意に関しイギリス法を考察する。

イギリス一九〇六年海上保険法 (Marine Insurance Act 1906) 一七条をみると、次のように規定している。

「海上保険契約は最大善意を基礎とする契約である。

当事者の一方が最大善意を守らないときには、他方の当事者は契約を解除 (avoid) することができる。<sup>(300)</sup>」

最大善意とは具体的に何かが問題となるが、日本法でいえば信義則と類似のように思われる。

なお、イギリス裁判例を概観すると、the utmost good faith (最大善意) という用語のほか、perfect faith (完全

善意<sup>(301)</sup>あることは full and perfect faith (最大限の完全善意<sup>(302)</sup>)との表現も散見される。

## (二) 歴史

ところで、イギリス一九〇六年海上保険法は今から一〇〇年以上も前に成立した明文規定である。

さらに驚くことにこの一九〇六年海上保険法一七条が生まれる端緒となつたと思われるイギリス裁判例は、一九〇六年よりも一四〇年も前に出現していた。<sup>(303)</sup> すなわち、この海上保険契約における最大善意は、長らく今日に至るまで生き続けている法理といえる。<sup>(304)</sup> 今から一四〇年、二四〇年前という相当に古い時代の海上保険では、保険者にとって保険取引は冒険的・投機的な危険を大きくともなうものであつたであらう。冒険的・投機的という取引の性格は、将来が不安定な中小零細事業者との継続取引の性格と共通する点も存在するように思われる。

## (三) 適用範囲<sup>(305)</sup>

### (1) 全保険への適用——物的適用範囲

イギリス一九〇六年海上保険法は、文字どおり海上保険に適用されることは明らかである。この海上保険法は、海上保険以外のすべての保険にも適用される。<sup>(306)</sup>

### (2) 契約締結時のみならず契約期間中および契約終了後も適用——時的適用範囲

イギリス裁判例は、最大善意に関し、保険契約期間全体を通じて認められる義務として、善意の継続的義務との表現をしている。<sup>(307)</sup>

先に掲げたイギリス一九〇六年海上保険法一七条の法文も、最大善意の義務を保険契約締結時の義務にだけ限定してはいないのである。

最大善意(最高信義)が契約締結時のみならず契約締結後も支配することは、特筆すべき点である。保険の場合に保険契約者や被保険者は保険契約締結後に保険事故に対して無関心・無頓着・怠惰であつてよいはずはなく、重要な点である(保険者の被保険者に対する抗弁事由)。保険におけるモラルハザード防止という観点から、契約締結後の最大善意の意義を本稿では強調・力説しておきたい。

## 2 特質・特徴——契約自由原則の例外

最大善意(最高信義)のルーツである裁判例が生まれた今から二四〇年余前といえば、時代は一八世紀後半であつた。

一八世紀後半、ジュレミ・ベンサム(Jeremy Bentham)やジョン・ステイワート・ミル(John Stuart Mill)によつて自由が謳歌された時代には、契約自由の原則が強く風靡していた。<sup>(10)</sup> 契約自由の原則は、一九世紀もコモン・ロー裁判所の基調となり一般原則(general rule)ともいわれていた。<sup>(11)</sup> 自由放任主義(laissez-faire)の時代—caveat emptor(買主に注意させよ)という法諺(legal maxim)にあるように、<sup>(12)</sup> 契約当事者には自己責任が当然に強く求められるという時代であつた。<sup>(13)</sup> 契約の根本原理が当事者意思の尊重であり、その当事者意思よりすれば、売主の負担条項を敢えて規定しなかつた意味は売主の負担はないと推認できるのである。<sup>(14)</sup> この買主に注意させよとの法諺は、売買契約のみならず、すべての契約に適用されるといわれていた。<sup>(15)</sup> アテニア教授もイギリス法は一般的な誠実義務を認めていない(no general duty of good faith is recognized by English law)としており、<sup>(16)</sup> インターフォート・ピクチャー・ライブラリー事件におけるビングラム卿も多くの大陸法では契約締結と履行に関し当事者が誠実に行動することを最重要原則として認識しかつ強制しているが、イギリス法は特徴的にそのような契約締結と履行に関し当事者が誠実

に行動する重要原則に言質を与えていないと述べている。<sup>(16)</sup>

### 3 保険法における実質的意義

しかし、保険契約においては、買主に注意させよという法理の適用が排除されていた。<sup>(17)</sup>ドイツの比較法学者ケッツ (Hein Kötz) は、「イギリス法は経済効率のために不道德を許容する、イギリス契約法が商人のために作られたとすればフランス法は農民のために作られた」と述べ、<sup>(18)</sup>イギリスの指導的商法学者として名高い Goode は、「結論の予測可能性は絶対的正義よりも大切だ、好ましくないことは公正という曖昧な概念によりビジネスが不成立となることだ」と述べたが、<sup>(19)</sup>経済効率を重視するイギリスにおいて、保険は経済効率を重視するうえで無視できない、社会的に有用な制度であったといえるであろう。その社会的に有用な制度を維持・発展させるためにうち立てられ・考案された概念・原理が最高信義 (最大善意) だともいえるのではなからうか。

他方で、保険も保証も、偶然の事情によって財産移転が生じる (射倖性) したがって、財産移転が偶然の事情によつて生じる保険も保証も、契約の善意性 (信義性) が導かれる。<sup>(20)</sup>しかし、保険には保証にはない、多数の契約者が存在する。したがって、保険には単なる善意性 (信義性) ではなく、個別・具体的な契約当事者のみならず制度・仕組み・スキーム全体 (社会経済的利益) を保護するための最大善意・最高信義が求められる。<sup>(21)</sup>最大善意の意味は、制度損失の最小化義務と理解できる。損失最小化義務に違反する者は、保険契約による利益を享受するのに不適合者とされると考えられる。制度参加者には、制度受益資格者として制度利益を擁護する義務が存在するとの考えは、重要である。

## 二 最大善意概念導入の必要性——保証構成による問題点の克服

### 1 杜撰になりがちな債権管理回収

以下の点で、最大善意の特殊性(通常の一般的な信義誠実の原則との違い)が具体的に見受けられる。

#### (一) 債権者の信用保証協会の共同保証人等に対する劣後回収・保全

通常の一般的な信義誠実の原則によれば、債権者の信用保証協会の共同保証人等に対する優先回収・保全の義務付けは、信用保証協会と共同保証人間などという当事者間にたとえ弁済の優劣の特約があるにせよ債権者である金融機関に及ぼされるといっわけではないから、理論的に困難と思われる。通常の一般的な信義誠実の原則は、個別・具体的な当事者間の調整に機能するだけで、仕組み全体の調整機能はない。

しかし、最大善意によれば、当該制度・スキーム・仕組み全体(社会経済的利益)を保護するため、損失最小化が求められる。つまり、信用保証協会制度での損失主体は基本的に信用保証協会であり、信用保証協会の利益となる行為・振舞いを制度参加者はしなければならず、したがって、金融機関の信用保証協会の共同保証人等に対する優先回収・保全義務が肯定できる。

#### (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

債権者である金融機関と信用保証協会との関係でも、通常の一般的な信義則によれば、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信用保証協会保証付ではない債権を優先保全・回収したとき、債権回収上優良な保証付債権の保全・回収を劣後させることは債権者である金融機関としては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違反とはな

らないであろう。

けれども、最大善意によれば、前述したように当該制度・仕組み・スキーム全体（社会経済的利益）を保護するため、制度参加者は制度・仕組み・スキームに対する損失最小化が求められるから、制度での損失主体である信用保証協会の利益となる行為・振舞いをしなければならず、損失最小化義務に違反する者として保険契約による利益享受の不適格者とされてしまう。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で金融機関の非信用保証協会保証付債権に関してのみ金融機関が優先保全・回収したとき、損失最小化義務違反となる。<sup>(2)</sup>

#### (1) 全人格的誠実態度・応対

信義則では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・態度までを求めることは困難と思われる。

誠実な全人格的態度・応対の義務付けが困難な信義則に対し、最大善意によれば、最大善意が当該制度・スキーム・仕組み全体（社会経済的利益）保護のために、制度参加者には当然に課される制度損失最小化義務であるから、注意義務違反という一定の基準超過が要件となっている一般・通常の信義則とは異なる。つまり、最大善意は非相対的義務であり、絶対的義務といえる。

#### (2) 事前・予防規制

信義則では事後・処理的であつて、事前・予防的ではない。

しかし、最大善意は、当該制度・スキーム・仕組み全体（社会経済的利益）を保護するための制度参加者にあらか

じめ当然に課される損失最小化義務であるから、事前・予防的でもある。

(3) 小括——最大善意から派生する損失最小化義務違反の内容

最大善意は、このように事前規制かつその規制範囲も広範で程度も強力である。ゆえに、規制が課される義務者の義務範囲の限定化が問題となり得る。

義務者の義務範囲の限定化の点で具体的に問題となり得るのが、義務者の個人利益と最大善意利益(制度利益)とが衝突する競合処理場面である。競合処理場面における最大善意の義務内容・範囲をより突詰めて考えてみると、二つの考え方が論理的に存在する。

一つの考えは、義務者の個人利益と最大善意利益(制度利益)とが衝突するような地位に義務者が身を置くことはしてはならない、つまり「常に最大善意利益(制度利益)を義務者の個人利益よりも優先」しなければならないとするものである。最大善意を、絶対視する考え方も評し得る。

もう一つの考えは、義務者の個人利益と最大善意利益(制度利益)とを比較して最大善意利益(制度利益)を義務者の個人利益よりも少なくとも劣後させてはならない。つまり、「最大善意利益(制度利益)を義務者の個人利益よりも同列以上に扱わなければならない」とするものである。最大善意を、相対視する考え方も評し得る。

事前かつ広範な規制を課される義務者の予測可能性を十分配慮すれば、後者の「最大善意利益(制度利益)を義務者の個人利益よりも同列以上に扱わなければならない」とする考え方によることとなるであろう。つまり、本稿は、義務者の個人利益と最大善意利益(制度利益)との競合処理場面における最大善意の義務内容・範囲を、後者の義務者の個人利益と同列以上に扱わなければならないとする考え方が妥当であると考えている。

義務者の個人利益と最大善意利益（制度利益）との利益競合・利益相反の可能性が頻繁である取引形態では、利益競合・利益相反しがちな実際上の取引実態をも考慮に入れることが必要であろう。信用保証協会取引実務を考えた場合、信用保証協会取引を民間取引の公的信用補完に存在意義があるとする観点から、金融機関と中小零細事業者との取引が信用保証協会という公的信用補完取引だけではなく、いわゆる金融機関と中小零細事業者だけのプロパー取引とが競合する取引状況が公的信用補完の政策的観点からは好ましいといえる。利益競合・利益相反を厳格に捉える最大善意を絶対視する前者の考え方よりも、利益競合・利益相反を緩和して捉える最大善意を相対視する後者の考え方が実際上妥当と思われる。

## 2 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売却の憂き目に遭った中小零細事業者は、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ことは前述したとおりである。

信用保証協会取引の法的性質論に関して裁判例・通説的見解である保証構成（信義則構成）を採れば、信用保証協会保証付債権の譲渡により、保証債権（保証債務履行請求権）も随伴することも前述のとおりである。つまり、信用保証協会取引に関する裁判例・通説的見解である保証構成では、議論の出発点としてはみずから有する信用保証協会保証付債権は債権者である金融機関の自由な処分に委ねられるとなる。

このような信用保証協会取引に関する裁判例・通説的見解である保証構成に対し、保険的構成を採るとすれば、保険金支払請求権者は被保険利益をあらかじめ有していなければならぬ。被保険利益を有しない、または有して

いなくなつた者は、保険金支払請求権を行使することができないこととなる。被保険者の立場である金融機関が当該保険に関わる信用保証協会付債権を売却すれば、当該金融機関は被保険利益を有しなくなり、保険金支払請求権を有しなくなる。他方、信用保証協会付債権を譲受けた第三者は、当該保険契約とは無関係の第三者となる。つまり、保険契約の条件(保険契約内容)として、当該保険契約締結時の被保険者が定められていたということになる(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)。信用保証協会取引に関して保険的構成の立場に拠れば、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受けに慎重になり、實際上信用保証協会付債権の譲渡は同意なしになされなくなるであろう。

### 三 最大善意概念導入の許容性——実定法上の根拠

最大善意概念は、法制審議会保険法部会で審議された経緯はあるが、前述のように明文化は見送られた。

現行の日本の実定法上では、最大善意概念は信義則によることになる。しかし、本稿の立場は、既に述べたように、最大善意は通常の一般的な信義則とは異なる機能を有する特殊な信義則といえる。

保険類似の(大数法則を利用した)信用保証協会取引には、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認められるのである。

(295) 金融機関の信用保証協会への保証債務履行請求による代位弁済金受領後の金融機関と信用保証協会との間で合意した許容代位弁済率なり許容事故率超過分の支払金の法的性質を保険金とみるか、またその前提として信用保証協会と

- 金融機関との間に保険契約の締結が存在したか否か、つまり保険契約者が中小零細事業者か金融機関か否か(保証保険か信用保険か)によって、信用保証協会と金融機関との法的関係が大きく異なるとは筆者らは考えていない。
- 問題としている金融機関の信用保証協会への保証債務履行請求による代位弁済金受領後の許容代位弁済率なり許容事故率超過分の支払金の出所の究極は、金融機関による中小零細事業者からの貸出等の際の金利収入などから支出されており、主たる債務者である中小零細事業者からの根源的支出であることに間違いはない。
- (296) 他人のためにする損害保険契約、とも呼ばれている。
- (297) 結果としては、明文化は見送られた(二〇〇八年六月六日官報(号外一一九号)一六頁以下)。
- (298) 『保険制度と信義則』『保険契約法の研究』九・一〇頁(有斐閣・一九六九年)。
- (299) John Birds, *Modern Insurance Law*, 2nd ed., P. 82. (Sweet & Maxwell, 1988).
- (300) 原文は' 17. A contract of marine insurance is a contract based upon the utmost good faith, and, if the utmost good faith be not observed by either party, the contract may be avoided by the other party. (Ministry of Justice のインターネット・ホームページ上で、The UK Statute Law Database(入手可能))。
- (301) Britton v. Royal Insurance Co., (1866) 4 F&F 905, 909.
- (302) Bates v. Hewitt (1867) LR 2 QB 595, 606.
- (303) Carter v. Boehm (1766) 3 Burr 1905, 97 ER 1162, 97 Eng. Rep. 1162.  
 なほ、そのほか Brownlie v. Campbell (1880), 5 App. Cas. 925, 954 (per Lord Blackburn); Joel v. Law Union and Crown Insurance Co. (1908), 2 K. B. 863, 883 (per Fletcher Moulton, L. J.); Rozanes v. Bowen (1928) 32 Ll. L. Rep. 98, 102 など。
- (304) 先に筆者らは、最大善意(最高信義)は日本法でいえば、信義則に相当する旨述べた(直前である(一)(3))。日本法における信義則の発展の歴史からすれば、イギリス法における最大善意の歴史の長さはより注目されるべきであると思われる。

信用保証協会取引の法的再構成(二)(鶴井・平野)

五八

日本法における信義則は、民法の明文上は一九四八年の戦後民法改正施行により定められた。学説においては、石坂音四郎博士がドイツ法学の影響を受け一九一一年の体系書『日本民法第三編(債権)第一卷(訂正第二版)』三七四頁(有斐閣書房)のなかで述べ、一九二四年に鳩山秀夫博士が信義則を債権法一般の基本原則として位置付ける論文『債権法における信義誠実の原則』(有斐閣・一九五五年)を発表して一般化していった。日本の信義則の歴史は、せいぜい今から一〇〇年程度である。

(305) 適用範囲に関して本稿では物的観点(1)と時的観点(2)に分けて述べるが、民事訴訟法学における既判力領域の研究成果として有名な人的(主観的)・物的(客観的)・時的という三つの視角は、本稿における金融機関の信用保証協会に対する義務に関する考察・分析にも活かされている(まとめと展望II-2)。

(306) London Assurance v. Mansel (1879) 11 Ch. D. 363, 367 (ただし、生命保険事案)；Brownlie v. Campbell, supra note 303; Joel v. Law Union and Crown Insurance Co., supra note 303.

Highland Insurance Co. v. Continental Insurance Co. [1987] 1 Lloyd's Rep. 109, 113-14; Bell v. Lever Bros., Ltd., [1932], A. C. 161; Locker and Woolf, Ltd. v. Western Australian Insurance Co., Ltd., [1936] 1 K. B. 408 (C. A.).

Evan James Macgillivray [and] Andrew Longmore [and] John Birds [and] David Owen, [and] Nicholas Jones [and] Nicholas Legh-Jones, Macgillivray on Insurance Law, 10th ed., para. 17-1, (Sweet and Maxwell, 2003).

(307) Orakpo v. Barclays Insurance Services Ltd., [1995] L. R. L. R. 443.

なお、学説として、たごはは Id., Macgillivray et al.

(308) 平野義太郎「メンタムの個人主義的私法原理」法学協会雑誌四二巻一一号一一〇七頁(特に、一一四六・一一四七頁)。

また、ミルの思想にも由来する (Nicholas S. Wilson, Freedom of Contract and Adhesion Contracts, 14 Interna-

- tional and Comparative Law Quarterly 172, 173)°
- (90) Ronald Harry Graverson, *The Restless Spirit of English Law*, in *ONE LAW: ON JURISPRUDENCE AND THE UNIFICATION OF LAW*, pp. 113, 114, Jeremy Bentham and *The Law — A Symposium*, edited by George W. Keeton [and] Georg Schwarzenberger, (North-Holland Pub. Co., 1977).
- (91) John Fonblanque, *A treatise of equity: with the addition of marginal references and notes*, pp. 109-10, 373-74, (Printed for J. & W. T. Clarke, 1793).
- (92) Walton H. Hamilton, *THE ANCIENT MAXIM CAVEAT EMPTOR*, 40 *Yale L. J.* 1133.
- (93) トライヤ教授は「われわれは今もなおこの個人主義・自己責任・国家不干渉の根本思想は存在を認めねえ」(Patrick Selim Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, p. 467, (Oxford Univ. Press, 1979))°
- (94) Parkinson v. Lee, 102 E. R. 389; *Printing and Commercial Registering Co. v. Sampson*, [1845] L. R. 19.
- (95) Bell v. Lever Brothers, Ltd., *supra* note 306, at 227.
- (96) Patrick Selim Atiyah, “An Introduction to the Law of Contract”, 5th ed., pp. 89-90, (Oxford Univ. Press 1995).
- (97) Bingham L. J. in *Interfoto Picture Library Ltd. v. Stiletto Visual Programmes Ltd.* [1989] Q. B. 433.
- (98) Edwin Wilhite Patterson, *Essentials of Insurance Law*, 2d ed., pp. 447-59, (McGraw-Hill, 1957).
- (99) Hein Kötz, *Towards a European Civil Code: The Duty of Good Faith*, in *THE LAW OF OBLIGATIONS: ESSAYS IN CELEBRATION OF JOHN FLEMING*, edited by Peter Cane and Jane Stapleton, pp. 256-57, (Oxford Univ. Press, 1998).
- (100) Roy Goode, *The Concept of “Good Faith” in English Law*, in *THE LAW OF OBLIGATIONS: ESSAYS IN CELEBRATION OF JOHN FLEMING*, edited by Peter Cane and Jane Stapleton, p. 246, (Oxford Univ. Press, 1998).
- (101) 保証や保険の信義性(善意性)は、前述した取引の継続性や反復性のほかに(II)ゝ偶然の事情によって財産移転が

信用保証協会取引の法的再構成 (二) (鶴井・平野)

六〇

発生する射倖性からも基礎付けられる。

(321) *Seaton v. Heath*, [1899] 1 QB 782, 792 では、保険契約では最大善意が求められるが、通常の保証契約では最大善意までは求められないとしている。つまり、特殊な保証契約であるならば、最大善意が求められる可能性を示唆しているともいえる。

(322) 信用保証協会と信用保証協会と共同保証人の関係に立つ者などとの間には、たとえば求償連帯保証契約などに信用保証協会の共同保証人間の負担部分（民法四六五条・四四二条）や、物上保証人からの代位の請求（民法五〇一条後段五号）を排除する旨の特約を締結している（前編第一章第二節 I 二 2）。

(323) 金融機関と信用保証協会との約定例では九条が信用保証協会付債権の保全・取立てを定めるが、約定文言が曖昧・不明確で実際的でないといわれていることは前述した（前編第二章第二節 I 一 2 (二)）。

(324) 信用保証協会付債権と信用保証協会付ではない債権が競合している場合の損失最小化義務違反の内容は、(3)で検討する。