

## 信用保証協会と反社会的勢力に関する判例について

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2015-05-21 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 石尾, 賢二 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="https://doi.org/10.14945/00008559">https://doi.org/10.14945/00008559</a>

---

## ■ 論 説 ■

---

# 信用保証協会と反社会的勢力に関する判例について

石 尾 賢 二

### はじめに

反社会的勢力に対する信用保証協会保証の効力が問題となっている。反社会的勢力対応の必要性が社会的に一定程度認められているときに、反社会的勢力に対する信用保証協会保証の錯誤無効主張が金融機関に対して認められるのかである。

東京高判平成26年8月29日金法2008号70頁の解説は、以下のように述べる。

「反社会的勢力に対する融資において信用保証協会が錯誤無効を主張して保証債務の履行を拒むといった本件の同種事件には、兵庫県信用保証協会が姫路信用金庫に対して錯誤無効を主張した①神戸地裁姫路支判平24. 6. 29（本誌1978号132頁。錯誤無効肯定）およびその控訴審判決である大阪高判平25. 3. 22（本誌1978頁116頁。錯誤無効肯定。ただし、債務者から信用保証の委託を受けた信用保証協会が債務者の審査をした後に金融機関に融資の斡旋を行う協会斡旋保証については信義則違反を理由に無効主張を一部に制限）、東京信用保証協会と足立成和信用金庫の②東京地判平25. 4. 23（本誌1975号94頁。錯誤無効肯定）およびその控訴審判決である東京高判平25. 10. 31（本誌1991号108頁。錯誤無効肯定）、同じく東京信用保証協会とみずほ銀行の③東京地判平25. 4. 24（本誌1975号94頁。錯誤無効否定）およびその控訴審判決である東京高判平26. 3. 12（本誌1991号108頁。錯誤無効否定）、同じく東京信用保証協会とA信用金庫の④東京地判平25. 8. 13（金判1435号38頁。錯誤無効肯定）およびその控訴審判決である東京高判平25. 12. 4（金判1435号27頁。錯誤無効肯定）、そして島根県信用保証協会と米子信用金庫の⑤松江地判平26. 2. 3（金判1446号54頁。錯誤無効否定）およびその控訴審判決である広島高裁松江支判平26. 9. 10（金判1453号34頁。錯誤無効否定）」があるとされる。「これら各事件の地裁判決および高裁判決を検討すると、反社会的勢力に対する融資における信用保証協会の錯誤無効の肯否については、現在、大きく2つの潮流があることが認められる。1つは、動機の錯誤の法律構成について、表意者の動機が相手方に表示されていたとしても、それが法律行為の内容とされているとは認められない場合には法律行為が無効となることはないとする最三小

判昭37.12.25 (裁判集民63号953頁)を前提として、債務者が反社会的勢力ではないことが保証契約の内容となっていたかについて、保証契約の特質に照らしつつ、保証当時における両当事者の合理的意思を検討し、錯誤無効を否定する流れであり、上記裁判例③⑤の各地裁判決および高裁判決がこれに分類できる。もう1つの潮流は、上記の法律構成にはよらず、犯罪対策閣僚会議幹事会による平成19年6月の『企業が反社会的勢力による被害を防止するための指針』の公表とこれを受けた金融庁による平成20年3月の監督指針の改定以降は、反社会的勢力が信用保証協会による信用保証を利用できないことが広く周知され、金融機関もこれを当然に認識していたことを重視して、保証契約の特質や両当事者の合理的意思に対する実質的な検討を経ずに錯誤無効を肯定する流れであり、上記裁判例①②④の各地裁判決および高裁判決がこれに分類できる。」

またこれらの事例において補足的な記述がある。

錯誤無効を認めない事例の根拠として、松江地判平26年2月3日金判1446号54頁は、「金融機関は、自己の貸付債権について、将来の債権回収不能のリスクを、保証機関から保証を受けることで、そのリスクを転嫁するために信用保証契約を締結するものである」、「もし、原告を初めとする金融機関が、主債務者等が反社会的勢力であった場合のリスクを常に自らが引き受けなければならないものとする、主債務者等が反社会的勢力に該当するか否かの調査コストをかけなければならない、ひいては、そのリスクを踏まえて貸付金利を高く設定せざるを得ない事態になることも予測され、このような事態は、中小企業の金融の円滑化を目的とする被告の目的(信用保証協会法1条)に適合しないものである」と述べる。広島高松江支判平26.9.10金判1453号34頁は、「一旦融資が実行されてしまった場合には、反社会的勢力の下に残る利益が可及的に速やかに最小化されるように、金融機関と信用保証協会が相互に協力し、金融機関において、信用保証協会から保証債務の履行を受け得ることを前提として、反社会的勢力による返済状況に拘わらず、積極的に期限の利益喪失条項を適用して、反社会的勢力である借主から金融の利益の剥奪に努め、他方、信用保証協会においても、保証契約の有効性を前提に求償権及びその連帯保証債務の履行請求権を通じ、反社会的勢力からの利益の収奪を行うことがより反社会的勢力の抑制に資するというべきである」と述べる。

それに対して、東京地判平26年3月24日金法2008号70頁は、「反社会的勢力が信用保証協会制度を利用することができる、その資金需要を公的資金でもって担保することに繋がり、社会正義の理念に悖る結果を招来するということもできる」、「本件信用保証は、いわゆる金融機関経由保証であり、原告が、自ら調査して、自らの判断で融資相当と判断し、その上で、被告に信用保証を依頼したものであると認められる。このような場合には、主債務者が反社会的勢力関係者でないことについて審

査確認を行う第一次的責任は金融機関である原告にあるというべきである」とする。

このように反社会的勢力対応の政策的意義が問題となると共に信用保証協会の政策的意義も問題となる。問題の考察方法として、反社会的勢力との取引を遮断すべきとする社会的状況があるが、暴排条項がまだ定められていない、あるいは暴排条項(表明保証条項)の効力が不明確である場合に、錯誤の問題であるのか、リスク負担の問題であるのか、政策問題はどのように考察されるのかという問題があり、反社会的勢力対策、中小企業金融支援対策に関して価値判断が分かると共に錯誤判断・リスク負担判断との相互関係が不明確である。また、金融機関の優越的地位も問題となる。以下、これらの点を代表的な判例とその解説を中心に考察する。<sup>(1)</sup>

## 一 判例考察

### 1. 錯誤無効肯定事例

東京地判平成26年3月24日(控訴審東京高判平成26年8月29日も原判決支持)

#### [事実]

平成20年3月28日、原告信用協同組合はAに500万円貸し付けた。

昭和41年8月1日、原告と被告信用保証協会は、信用保証協会法20条1項1号に基づく保証に関して、約定書により、保証契約に関する基本契約を締結した。原告が保証契約に違反したときは、被告は、原告に対する保証債務の履行につき、その全部又は一部の責を免れるものとする免責事由が規定された。

平成20年2月1日、原告は被告に対して、この貸付けについて信用保証を依頼し、3月25日、保証契約を締結した。

平成24年12月14日、Aが暴力団員であることが判明した。原告は、被告に対して、平成25年2月21日、期限の利益喪失日を平成24年12月14日として、代位弁済を請求した。原告の債務者・他の保証人に対する請求は勝訴判決が出ている。

#### [被告の主張]

被告は当時の反社会的勢力に対する諸指針、社会的要請から、対象者が反社会的勢力でないことが当然の前提であり、錯誤無効を主張する(動機であったとしても表示されている)。

「反社会的勢力や風俗営業、連鎖販売業、靈感商法等の健全とはいえない中小企業者など、信用保証の利用基準や保証条件を満たさない者が信用保証制度を利用することを認める結果となることは、中小企業の健全な育成の範ちゅうを超えており、信用保証協会の存在目的からも認められない。また、それらの者の資金需要を公的資金で

もって担保することにも繋がり、社会的正義の理念に悖る結果を招来することにもなる。」

「信用保証がなされた融資の期中管理は、金融機関である原告が責任を持って行うことになっているのであるから、主債務者が反社会的勢力かどうかの調査・判断は、原告の責任において行うべきものである。」

### 〔原告の主張〕

本件保証依頼は平成20年2月1日に行われ、保証書は同年3月25日に差し入れられ、金融取引の各方面に、反社会的勢力であることが判明した場合に期限の利益を喪失する旨の条項が置かれて反社会的勢力の私法的排除が一般化される以前の貸付融資及び保証である。また、被告制定の信用保証委託契約書に「反社会的勢力の排除」の条項が追加されたのは平成21年11月ころからである。したがって、反社会的勢力であることを知っていたならば融資や保証をしなかったであろうという事情があるとしても、それは債務者の抽象的な返済能力の有無や融資条件に直結しない属性と同程度の意味をもつに過ぎないので、法律行為の要素となるものではない。現在であれば反社会的勢力として完全な排除が要請される対象層に対しても、これまで一定の範囲で取引実績が重ねられてきており、バブル経済崩壊後の処理過程でもこれらの対象層と一切の関係を遮断するに至っておらず、このことは金融機関や保証協会の事業においても同様であった。また、反社会的勢力であるかどうかを判断することが容易でなかったし、まして、本件信用保証が行われた平成20年3月当時では、事前調査によって反社会的勢力情報が得られるのは極めて限られたケースであった。

「信用保証制度は、中小企業者の事業活動を支える国家的インフラとして存在するものであり、金融機関はその一翼を担うプレイヤーに過ぎない。本来の目的にそぐわない取引が実行されてしまった病理現象の責任は、信用保証制度全体が負担すべきものであり、金融機関のみが責任を負い、一方的に不利益を被る理由はない。」「金融機関としては、今後の協会保証付き融資を自制せざるを得ず、信用保証制度という国家的インフラの崩壊を招きかねない。」

「金融機関と信用保証協会とは、中小企業者向け金融の円滑化を目的とする国家制度たる信用保証制度を担い、役割を分担するプレイヤーであるところ、債務者の属性情報を十分審査することが困難であったことから生じるリスクは、信用保証制度の目的に従い、合理的に処理されるべきである。かかるリスクは、信用保証制度に内在するリスクにほかならず、債務者が返済能力を喪失した場合と同様に、信用保証制度が本来予定した信用補完システムの中で処理されるべきであるから、錯誤無効により、信用保証協会のみが責任を免れ、ひとり金融機関のみが責任を負うとすることは、信義則上許されない。」

## [判決理由]

## (1) 前提事実

平成16年10月25日付け警察庁次長通達「組織犯罪対策要綱」が公表され、暴力団関係企業等については、各種業・取引からの排除を徹底するほか、様々な手法を駆使して暴力団の資金剥奪に努めることとされた。政府の犯罪対策閣僚会議幹事会は、平成19年6月19日一切の関係を遮断することを基本原則とする「企業が反社会的勢力による被害を防止するための指針について」を公表した。平成20年3月26日、金融庁「主要行等向けの総合的な監督指針」「中小・地域金融機関向けの総合的な監督指針」が一部改正され、本件指針と同旨の関係遮断に関する定めがなされた。金融庁及び中小企業庁が平成20年6月に策定した「信用保証協会向けの総合的な監督指針」において、①反社会的勢力との取引を未然に防止するための適切な事前審査の実施や必要に応じて契約書や取引約款に暴力団排除条項を導入するなど、反社会的勢力が取引先となることを防止すること ②いかなる理由であれ、反社会的勢力であることが判明した場合には債務保証を行わないことに留意すべきとした。

平成20年11月25日、全銀協の暴力団等排除条項に関する参考例は、反社会的勢力との取引であることが判明した場合等に契約の解除を可能とするものではなく、融資の期限の利益を喪失させるだけで、期限の利益喪失後に信用保証協会等に代位弁済を請求することが可能となるものであった。

同年12月、中企庁から全銀協に対し、そもそも反社会的勢力は、信用保証協会の信用保証を利用できないこと、また、代位弁済の原資が公的資金であることから、代位弁済には応じられないことを伝達した。これに対して、全銀協が反発し、交渉決裂し、平成21年4月、中企庁から全銀協に対して、約定書の上記改正は当面行わないこと、暴排条項により期限の利益の喪失を生じた場合であっても、直ちに保証免責とするようなことはしない、信用保証協会は反社会的勢力との取引は行わない旨、周知する活動を強化していく旨を連絡した。

金融庁の金融機関向けの平成24年4月の監督指針において、反社会的勢力との取引を未然に防止するための適切な事前審査の実施や、必要に応じて契約書や取引約款に暴力団排除条項を導入するなど、反社会的勢力が取引先となることを防止することとされ、また、いかなる理由であれ、反社会的勢力であることが判明した場合には、資金提供や不適切、異例な取引を行わないこととされた。

被告の「信用保証の手引き」（平成14年度版ないし平成19年度版）には、暴力団が介在する申込みがあるときは、被告による信用保証を利用することができないことが明記されていた。

原告は本件保証依頼に際して、平成20年2月1日付け信用保証依頼書を被告に提出した。上記依頼書によれば、原告は、Aからの融資申込みについて審査した結果、A

については新規融資先となるが、同年3月開業予定の麻雀荘経営者であること、事業経験・業界知識は十分あり、決算・業績把握度は普通で、事業の将来性はやや有る程度だが、立地条件は良好であるし、明るく真面目で信頼のおける印象を受けたこと、原告としても支援をしたい旨考えて、Aに対する貸付けを適当と認めたものであり、保証制度要綱及び同事務取扱要領を遵守することを表明して、被告に信用保証を依頼したものであった。

本件信用保証に先立ち、Aと被告との間で取り交わされた平成20年2月1日付け信用保証委託契約書においては、未だ反社会的勢力の排除に関する条項は明記されていなかった。

こうした反社会的勢力の排除条項が新たに追加明記された信用保証委託契約書が被告において利用されるようになったのは、本件信用保証がなされた後である平成21年11月以降であった。

## (2) 錯誤無効の成否

反社会的勢力対応について共通認識が認められる。

本件信用保証は、本件指針が公表後に行われたものであって、被告において反社会的勢力を排除する趣旨の記載のあるリーフレット等を公表し、金融機関や信用保証協会において、監督官庁の指導の下、反社会的勢力排除のための契約条項の検討が本格化しようとしていた時期に行われたものである。被告が中小企業に対する健全な融資を実現するために反社会的勢力との取引を絶つべく行動することは然るべき本件指針の趣旨を実現する行為として理解できるものであると認められる。

そして、平成14年「信用保証の手引き」には、「申込みに、暴力団、金融幹旋屋等第三者が介在する場合」と記載されていた。平成19年6月19日基本原則公表に鑑みれば、本件信用保証が締結された平成20年3月の時点までには、原告としても、被告としても、主債務者が反社会的勢力である場合には、新たな融資やその保証は、いずれも実施されるべきものではないとの認識を有していたと考えられる。

反社会的勢力が信用保証を利用できないことは、原告を含む金融機関に周知され、広く認識されていたものと認められるので、「主債務者が反社会的勢力関連者でないこと」は、本件信用保証にかかる法律行為の要素であったというべきである（なお、主債務者に関する上記事項が仮に主債務者の属性であって動機とみられるとしても、黙示に表示され、法律行為の要素となっていたものと認められる）。

## (3) 行政的指針に過ぎず認識がなかったとはいえない

これに対して、原告は、①本件指針や金融庁の監督指針はあくまで行政的な指針であり、これらをもって直ちに私法上の効力に影響すると解するのは困難である上に、信用保証協会の認識が「信用保証の手引き」等によって表明されていたとしてもそれについて金融機関との間で協議したことはないし、了承したことはないとして、金融

機関側で反社会的勢力排除の要請に対応する具体的な体制を備えるには周知期間をはじめ一定の時間が必要であるところ、本件はそうした時間的猶予のない時期になされた信用保証であること、②本件指針や金融庁の監督指針が私法上の効力に影響を与えるには、少なくとも反社会的勢力排除条項が当該保証委託契約において明記されている必要があること、③原告と被告の間で本件信用保証当時に使用された契約書面には、いまだ上記排除条項が明記されていなかったのであるから、被告において主債務者が反社会的勢力関係者でないことを理由とする要素の錯誤の主張をすることはできないこと等を主張する。

しかしながら、企業活動からの反社会的勢力排除の要請は、現代における国民生活上の社会的な課題とあってよく、特に、反社会的勢力に対する資金支援を封ずるため、金融機関については反社会的勢力との関係遮断を強く求められる一般的な状況が存している。そして、公的資金を利用して信用保証を行う信用保証協会についても、その存在目的が中小企業の健全な育成を図ることにあることからしても、反社会的勢力との関係遮断が強く求められていることはいままでもなく、仮に結果的にせよ、反社会的勢力が信用保証協会制度を利用することができるとする、その資金需要を公的資金でもって担保することに繋がり、社会正義の理念に悖る結果を招来するということもできる。そして、本件信用保証は、少なくとも本件指針公表後に締結されている以上、本件信用保証に関する信用保証委託契約書中に反社会的勢力排除条項が明示的に設けられていなかったとしても、その当時における当事者の合理的な意思解釈として、主債務者が反社会的勢力関連者に該当するときには、契約を締結しないことが当然の前提となっていたとすれば、主債務者が反社会的勢力関係者に該当しないことが、本件信用保証に係る法律上の要素となっていたと解すべきことになる。

#### (4) 金融機関の一次的調査義務

本件信用保証は、いわゆる金融機関経由保証であり、原告が、自らAを調査して、自らの判断で融資相当と判断し、その上で、被告に信用保証を依頼したものであると認められる。このような場合には、主債務者が反社会的勢力関係者でないことについて審査確認を行う第一次的責任は金融機関である原告にあるというべきである。

そうであれば、原告の請求に対して、原告の一次的審査の結果を前提として信用保証した被告が、錯誤無効を主張して履行を拒絶することが、信義則に反して許されないということにはならない。この点について、仮に融資先債務者の属性情報の審査が困難であるとしても、それは、金融機関による審査の方が、信用保証協会による審査より一層困難であることを意味するものではなく、そうであれば、信用保証協会である被告が、金融機関である原告が負担する以上のリスクの負担をしなければならない理由とはならない。

## 2. 錯誤無効否定事例

松江地判平成26年2月3日(控訴審広島高松江支判平成26年9月10日同旨)

### [事実]

原告信用金庫がAに対して平成22年1月27日、300万円を貸し付けた(債務者又は保証人が暴力団員の場合の期限の利益喪失条項あり)。平成22年1月22日、被告信用保証協会がこの債務を保証した。平成23年11月15日、原告はこの債務についてBとの間で免責的債務引受の合意をした。この債務についても平成23年10月25日に被告が保証している。同日、AはBの引き受けた債務について連帯保証契約を原告と締結した。平成23年12月21日、原告はBに230万円貸し付けた(同様の期限の利益喪失条項)。平成23年12月16日被告はこの債務を保証した。

原告は平成23年12月28日Aが暴力団員であることを知り、平成24年3月23日、期限の利益喪失に基づく支払請求をBに通知し、Bは期限の利益を喪失した。

原告は被告に対して残元金等について保証債務の履行を請求した。

### [被告の主張]

被告は保証債務の錯誤無効を主張した。債務者が暴力団員でないことが動機であり、当然の前提として黙示に表示され、当時の社会情勢から知っていたら保証しなかったものであり、要素に当たる。

### [原告の主張]

信用保証約定書、信用保証書において反社会的勢力判明の際の免責条項がなく、信用保証委託契約書に反社会的勢力判明の場合に委託者又は保証人に事前求償権を行使し得る旨が規定されている。

原告を初めとする金融機関は、主債務者や保証人が反社会的勢力に該当するか否かの調査コストをかけなければならない、また、そのリスクを踏まえて貸付金利を高く設定せざるを得ず、このような事態は、中小企業の金融の円滑化を目的とする被告の目的(信用保証協会法1条)に反することなどから、被告の錯誤無効の主張は、信義則に反して許されない。

### [判決理由]

動機の表示について、金銭消費貸借証書13条に反社会的勢力排除の条項が置かれ、他方で、信用保証委託契約書3条に同様の反社会的勢力排除の条項が置かれており、Aが暴力団員でないことは双方の共通認識であり、表示が認められる。

保証の内容とされていることについて、平成19年6月19日犯罪対策閣僚会議幹事会

申合せ「企業が反社会的勢力による被害を防止するための指針」の基本原則のとして取引を含めた一切の関係遮断があり、反社会的勢力であるとは知らずに何らかの関係を有してしまった場合には、判明時点、疑義時点で、速やかに関係を解消することが定められている。平成20年6月金融庁・中小企業庁策定「信用保証協会向けの総合的な監督指針」は、①反社会的勢力との取引を未然に防止するための適切な事前審査の実施や必要に応じて契約書や取引約款に暴力団排除条項を導入するなど、反社会的勢力が取引先となることを防止すること、②いかなる理由であれ、反社会的勢力であることが判明した場合には債務保証を行わないことなどが定められている。平成21年5月全国信用保証協会連合会は信用保証委託契約書の書式について、反社会的勢力の排除を定める旨の改訂を行った（金融機関と信用保証協会との間の信用保証協会約定書を変更するものではない）。連合会と全国信用金庫協会との間で従前から用いられている約定書には、反社会的勢力の排除条項は規定されていない。約定書及び信用保証書には、後日、主債務者や保証人が反社会的勢力であったことが判明した場合について、免責条項が規定されていない。

これらのことから、原告は、本件保証につき、被告の錯誤無効から生ずるリスクを引き受ける意思はなく、他方で、被告は、事前求償権規定からそのリスクの存在を想定し、本件保証の約定書、信用保証書に反社会的勢力の排除条項を置いておらず、上記リスクを原告に転嫁するまでの明確な意思があったとはいえない。

金融機関は、自己の貸付債権について、将来の債権回収不能のリスクを、保証機関から保証を受けることで、そのリスクを転嫁するために信用保証契約を締結するものであるから、A Bから債権回収をなし得ない状態となっている本件においては、被告に対して、保証債務の履行（代位弁済）請求をなし得ると解するのが、信用保証契約である本件保証の契約の趣旨に合致するものというべきである。

もし、原告を初めとする金融機関が、主債務者等が反社会的勢力であった場合のリスクを常に自らが引き受けなければならないものとする、主債務者等が反社会的勢力に該当するか否かの調査コストをかけなければならない、ひいては、そのリスクを踏まえて貸付金利を高く設定せざるを得ない事態になることも予測され、このような事態は、中小企業の金融の円滑化を目的とする被告の目的（信用保証協会法1条）に適合しないものである。

もっとも、上記の結論は、かえって、反社会的勢力の排除という社会的要請に反し、社会正義の理念に悖るのではないかと懸念を生じさせる。

しかしながら、反社会的勢力の排除は、社会的要請であるから、信用保証協会の錯誤主張を認めて、そこから生ずるリスクを一金融機関に過ぎない原告に転嫁させるのは、公平とはいえず、むしろ、金融機関が信用保証協会の保証債務の履行を受け得ることを前提として、積極的に、期限の利益喪失条項を適用して、反社会的勢力の借

主から金融の利益を剥奪し、公的資金を原資とする信用保証協会において、求償権及びその連帯保証債務の履行請求権の行使に係る法的手続(仮差押え、訴え提起、判決に基づく強制執行)を通じて、反社会的勢力から利益を剥奪していくことは、何ら社会正義に反するものではないばかりか、金融機関の利益と保証協会の利益とを合理的に調整しつつ、社会正義実現に資する仕組みなのである(反社会的勢力が無資力の場合、結果的に、その資金需要を公的資金によって担保することを認めることになるが、このことは、上記のような仕組みを考える以上、やむを得ない結論であって、そのような事態が生ずることがあったとしても、上記のような仕組みは、金融機関の利益、信用保証協会の利益及び反社会的勢力の排除という社会的利益の調和点として妥当なものである。)

金融機関幹旋型の融資であるとしても、原、被告の各調査能力にそれほど大きな違いがあるとは認められないから、原告の被告に対する信用保証の依頼が、主債務者等の属性を積極的に表明、確約する意味合いを持つものとはいえず(弁論の全趣旨)、原告が、被告に対し、積極的に不実の表示をし、その結果、被告が動機の錯誤に陥ったものとは認め難いこと、以上の各事情をも併せ考慮すると、被告が主張する動機の取引的重要性、その動機の原告の認識可能性を十分斟酌しても、原、被告が、本件保証に付与した共通の意味が、信用保証が錯誤無効となることから生ずるリスクを原告に転嫁することまでを含意していたものとは、速断し得ない。

以上、錯誤無効の主張を否定する。

このように同様の事案について相対立する判断がなされている。

錯誤無効肯定判決は反社会的勢力は重要事項であり、共通認識がある、金融機関經由保証、一次的には金融機関が調査すべきであるとする。

錯誤無効否定判決は、反社会的勢力は重要事項であるが、具体的約定において明示されず、リスク負担の問題であり、一方的に金融機関が負担するとすると金融機関の貸付躊躇が生じ、公的資金使用は社会正義に悖るという主張に対しては一方的リスク負担こそ公平でなく、有効を前提として協力して利益剥奪に努めるべきとし、金融機関經由保証でも双方調査すべきであるとする。

### 3. この問題について解説は具体的な合理的意思に基づき考察すべきと述べる

#### (1) 東京高判平26. 8. 29解説<sup>(2)</sup>は肯定例判断の問題を指摘する

判例の2つの潮流について、1つは「債務者が反社会的勢力ではないことが保証契約の内容となっていたかについて、保証契約の特質に照らしつつ、保証当時における両当事者の合理的意思を検討し、錯誤無効を否定する流れ」、もう1つは政府指針、監督指針以降「反社会的勢力が信用保証協会による信用保証を利用できないことが広

く周知され、金融機関もこれを当然に認識していたことを重視して、保証契約の特質や両当事者の合理的意思に対する実質的な検討を経ずに錯誤無効を肯定する流れ」があるとする。「本判決およびその原判決も、保証契約の特質に特段言及せず、保証当時における両当事者の合理的意思について詳細な検討を経ずして信用保証協会であるYの錯誤無効を肯定しているものと評価でき」る。

信用保証協会の錯誤無効を肯定するこの後者の潮流に関しては、次のような問題点の指摘がなされている。裁判例の「一般的傾向に照らす限り、信用保証協会による保証の意思表示の錯誤無効が認められるためには、意思表示にとって重大な意味を持った信用保証協会の誤信の原因が金融機関の説明や対応にあり、かつ、その説明や対応につき金融機関に責められるべき点があることが求められると整理できるところ」、「このような金融機関側の帰責性が認められない事実関係において信用保証協会の錯誤無効を認めている点で特異であるが、かかる特異性を合理化するに足りる特別な事情が認められないといった指摘がなされている（佐久間・前掲12頁ないし21頁）。」

「次に、信用保証協会の錯誤無効を肯定する場合、結論において反社会的勢力をかえって利する結果となる可能性が認められる点についても問題視されている。すなわち、信用保証協会は受領済みの信用保証料を収受しておく理由がなくなることから、これについては基本的に債務者である反社会的勢力に返還を要するように考えられるが、そうすると、反社会的勢力が信用保証料の負担すらなくして、融資金を収受したという不合理な結果にもなりかねない。さらに、信用保証協会において求償債権の物的・人的担保を徴求していたような場合であれば、保証契約が無効となり代位弁済がなされない以上は、これらの担保も失効するものと解され、そうすると、信用保証協会が錯誤無効を主張しなければ回収できたはずの金員さえ反社会的勢力の手に残ることにもなりかねないといった懸念である（荒井隆男「主債務者が暴力団関係企業であることを理由とする保証契約の錯誤が認められなかった事例」東京弁護士会民事介入暴力対策特別委員会編『反社会的勢力を巡る判例の分析と展開』103頁）。」

「信用保証協会の錯誤無効を肯定することには、上記の批判や問題点もあるところであり、本判決が位置する後者の潮流については、直ちには首肯しかねるものといわざるを得ない。」

さらに、本件の「経緯にかんがみれば、本件の信用保証契約当時、反社会的勢力による信用保証利用の排除を求める行為規範としてYに与えられていたのは、犯罪対策閣僚会議幹事会による上記指針のみであったと考えられるところであるが、企業一般を名宛人としていることから内容の抽象性を免れない同指針がそのまま信用保証協会における実務の手引きとして機能するとは期待できないところであり、Yが現実に実務レベルでの反社会的勢力の排除を志向していたのかについては疑問が残る。Xは、Yの錯誤無効の抗弁に対して、本件の信用保証契約の時期を捉え『反社会的勢力であ

ることを知っていたならば融資や保証をしなかったであろうという事情があるとしても、それは債務者の抽象的な返済能力の有無や融資条件に直結しない属性と同程度の意味をもつに過ぎないので、法律行為の要素となるものではない』と反論していたが、かかるXの反論こそ、当時の実情を踏まえたものであるように思われる。」以上の観点からも、Yの主張する錯誤無効を認めた本判決には疑問を抱かざるを得ない。

「本件のように、債務者が反社会的勢力であると判明した場合における、信用保証協会と金融機関との間の信用保証契約の有効性をめぐる争いは、反社会的勢力に融資という形で資金が流入してしまった後に、その回収リスクの負担先をめぐる争いにはかならず、金融取引からの反社会的勢力の排除には何ら直結するものではない。そのため、かかる争いについては、それ自体に消極的な評価もなされているところである(一例として、「不毛な争いに終止符を打つべき」と提言する中務嗣治郎「信用保証契約の錯誤無効論争」本誌1983号1頁)。」

「各裁判例の結論は動機の錯誤の法律構成いかんによって左右されているような外観が呈されている以上、最高裁には、金融機関と信用保証協会が不毛な争いに終止符を打てるよう、不受理とすることはせず、その判断を明示することが強く期待される。」

## (2) 広島高松江支判平26.9.10解説<sup>(3)</sup>は否定例としての要素判断の問題を指摘する

「本判決は、信用保証協会の動機の錯誤を認めた上で、その動機が信用保証契約の要素、すなわち、当該保証に係る法律行為の内容となっていないことを理由に、錯誤無効を否定するに際して、第1に、Xの動機と本件信用保証の内容として、最三判昭和37・12・25裁判集民63号953頁を引用した判断を示している。同判決は、要旨、『意思表示に際し、動機が表明されなくても、該動機が意思表示の内容とされていないと認めるときは、動機に存する錯誤は意思表示を無効ならしめない』と判示するものであって、本判決が判示するように、動機が法律行為の内容となっていないときは、当該動機に錯誤があっても、当該法律行為を無効とするものではないという判断を示したものと解することができるが、同判決の理由それ自体をみると、『Xの主張も、特段の事情のないかぎり、Xが税金の減額を受けるというX主張の縁由ないし動機が本件売買契約の内容にまでされていたとの趣旨を含むものであると解することの方がXの主張に副いこれを意味あるものと解して活かす所以である』とした上で、譲渡所得税の賦課に関してはY側において税務署と折衝して法律上可能な限り税額を低きに止めるように努力するとの旨の『諒解事項』があったとしても、『右諒解事項の言明はXに対する譲渡所得税を税務署に対するY側の折衝によりできるだけX主張の程度に低額に決定徴収させる約束を含むことや、かような言明がなかつたならばXは本件売買契約を締結しなかつたであろうという如き関係において、右言明が本件売買契約の内容にまでされていたこと等については、これを認めるに足る証拠がないから、

Xの右主張は採用し難い』というのである。本件で問題となっている信用保証協会の動機が前記最高裁判決にいう『諒解事項』と同程度のものであるとすれば、信用保証協会の動機に錯誤があっても、その動機は信用保証契約の内容となっていないとして、信用保証契約を無効とするものではないと解することに問題はないとしても、反社会的勢力との関係遮断を理由とする信用保証協会の動機を右の『諒解事項』と同程度のもものとみることについては、例えば、右の『諒解事項』の場合には、仮にこれが受け容れられないときにも、納税それ自体は義務付けられているのに対し、信用保証協会の場合には、貸付先が反社会的勢力であったときには、貸付自体が許されないだけでなく、信用保証も許されないといった点に違いをみて取ることができれば、議論も予想されなくないし、かつ、議論が期待されるところではないかと思われる。」

「さらに、本判決は、第2に、信用保証協会の保証の制約として、『信用保証協会の公的性格を考慮しても主債務者についてのリスクを一方的に民間の金融機関に押し付けてよいとする法理はない』と判示している。しかし、民間の金融機関がそもそも貸付をしてはならない反社会的勢力に対して貸付をしていることが問題の根源にあるとすれば、この点も、議論の余地がないわけではないように思われる。」

「もっとも、本判決は、第3に、信用保証協会と金融機関とのリスクの分担として、『契約締結段階で反社会的勢力と関係を持たないことと、それが看過されて既に反社会的勢力に融資が実行されてしまった後の処理の問題は区別されるべきであり、反社会的勢力とは無関係の当事者間における信用保証契約を無効にしても、主債務者からの融資金が回収されるわけではなく、反社会的勢力との関係は切断されない』のであるから、『一旦融資が実行されてしまった場合には、反社会的勢力の下に残る利益が可及的に速やかに最小化されるように、金融機関と信用保証協会が相互に協力し、金融機関において、信用保証協会から保証債務の履行を受け得ることを前提として、反社会的勢力による返済状況に拘わらず、積極的に期限の利益喪失条項を適用して、反社会的勢力である借主から金融の利益の剥奪に努め、他方、信用保証協会においても、保証契約の有効性を前提に求償権及びその連帯保証債務の履行請求権を通じ、反社会的勢力からの利益の収奪を行うことがより反社会的勢力の抑制に資するというべきである』と、問題の本質を突いた、正鵠を射た付言をしている。その付言は、反社会的勢力に対する貸付を巡る問題につき、当該貸付を行った金融機関の判断の是非ないし当該貸付に対して信用保証を行った信用保証協会の判断の是非を信用保証契約の錯誤無効の成否といった次元で捉えるこれまでの裁判例から脱却して、当該貸付の公序良俗違反を前提に、その貸付金の回収を金融機関と信用保証協会とがいかにか協働して試みたらよいかといった視点からの対応を考える機会になるのではないかと思われる。」

「反社会的勢力との関係遮断に向けた金融機関ないし信用保証協会の取組みが、これまでの裁判例にみられる金融機関と信用保証協会との間の信用保証協会の主張する

錯誤論の成否といった判断枠組を超え、反社会的勢力に対する貸付はあってはならないし、誤って貸付がされた場合には、その貸付金は必ず回収して、反社会的勢力に当該貸付に係る利益が残ってはならないといった問題の原点に立脚した議論が必要になっているように解される。本判決の前記付言は、そのような議論の契機となるものであるし、これを契機としなければならないように思われる。」

### (3) 解説の問題点

錯誤無効を批判する解説は、「保証当時における両当事者の合理的意思について詳細な検討を経ずして信用保証協会であるYの錯誤無効を肯定している」と述べ、「金融機関側の帰責性が認められない事実関係において信用保証協会の錯誤無効を認めている点で特異であるが、かかる特異性を合理化するに足りる特別な事情が認められないといった指摘がなされている」と述べ、また、結論において反社会的勢力をかえって利する結果となる可能性が認められる点について、反社会的勢力が信用保証料の負担すらなくして、融資金を受受したという不合理な結果にもなるとし、さらに、信用保証協会が物的・人的担保を徴求していた場合、信用保証協会が錯誤無効を主張しなければ回収できたはずの金員さえ反社会的勢力の手に残るとする。时期的にも明確な反社会的勢力の否定はない時期とする。

債務者が反社会的勢力であると判明した場合における、信用保証協会と金融機関との間の信用保証契約の有効性をめぐる争いは、反社会的勢力に融資という形で資金が流入してしまった後に、その回収リスクの負担先をめぐる争いにほかならず、金融取引からの反社会的勢力の排除には何ら直結するものではない。そのため、かかる争いについては、それ自体に消極的な評価もなされているところであるとする。

逆に錯誤無効否定判決の解説では「動機が表示されても意思解釈上動機が法律行為の内容とされていないと認められる場合には、動機に存する錯誤は法律行為を無効ならしめるものではない」とした上で、反社会的勢力との関係遮断を理由とする信用保証協会の動機を最高裁判決の「諒解事項」と同程度のものとみることについては、例えば、最高裁判決の「諒解事項」の場合には、仮にこれが受け容れられないときにも、納税それ自体は義務付けられているのに対し、信用保証協会の場合には、貸付先が反社会的勢力であったときには、貸付自体が許されないだけでなく、信用保証も許されないといった点に違いを看取することができれば、議論も予想されなくないし、かつ、議論が期待されるところではないかと思われるとして、諒解事項自体の内容による要素性の問題を指摘する。

また、『一旦融資が実行されてしまった場合には、反社会的勢力の下に残る利益が可及的に速やかに最小化されるように、金融機関と信用保証協会が相互に協力し、金融機関において、信用保証協会から保証債務の履行を受け得ることを前提として、反

社会的勢力による返済状況に拘わらず、積極的に期限の利益喪失条項を適用して、反社会的勢力である借主から金融の利益の剥奪に努め、他方、信用保証協会においても、保証契約の有効性を前提に求償権及びその連帯保証債務の履行請求権を通じ、反社会的勢力からの利益の収奪を行うことがより反社会的勢力の抑制に資するといふべきである』と、問題の本質を突いた、正鵠を射た付言をしている」とする。

「反社会的勢力との関係遮断に向けた金融機関ないし信用保証協会の取組みが、これまでの裁判例にみられる金融機関と信用保証協会との間の信用保証協会の主張する錯誤論の成否といった判断枠組を超え、反社会的勢力に対する貸付はあってはならないし、誤って貸付がされた場合には、その貸付金は必ず回収して、反社会的勢力に当該貸付に係る利益が残ってはならないといった問題の原点に立脚した議論が必要になっているように解される」とする。

解説は実際の解決として協力して反社会的勢力から利益を剥奪するのが良いとし、錯誤論に基づかず、新たな判断枠組みを立てること、具体的事情から適切な判断をすべきとする（判決は合理的意思とする）。

次に、錯誤無効判決に批判的な解説に根拠を与えたと考えられる佐久間論文は以下のように述べる。

この問題を「どのような事情があれば相手方へのリスク転嫁が正当化されるのかを具体的に検討することが重要となる」とした上で、「動機の錯誤が要素の錯誤と認められるかどうかを端的に判断すればよい」とする。

そして、「動機の錯誤によって意思表示が無効となるか否かは、誤認リスクの相手方への転嫁を正当化するに足る具体的事情の存否によって判断するほかない」とする。

「確かに、表意者がある認識を意思表示の当然の前提とし、そのことを相手方が「知っている場合には、意思表示の無効が当然に認められてよいと感じられることはある」が、これは取引社会の一般的了解事項についてである。

「保証は、主債務の不履行のリスクを保証人が引き受けることを内容とする契約である。」「主債務の不履行の原因となる未知の事情が存在するリスクは、契約時に存否が客観的に確定している事情に関するものも含めて、保証人が本来引き受けるべきものである。」

「反社事例において主債務者が反社会的勢力に当たる者であることについて特別の事情のあるのでない限り、無効肯定6判決は不当であるといわざるを得ない。」

反社会的勢力に利益を与えないという社会的責務という特別の事情の存否について、「反社会的勢力との一切の関係遮断は、広く社会的に要請されているところである」が、「反社会的勢力に当たる者との契約も、必要とされる注意を払ったにもかかわらずそれと知らずにした場合には、当然に無効とされることはないといふべきである。また、

重要なことは、反社会的勢力に利益を与えない、保持させないことであって」・・・「反社会的勢力のもとに残る利益が最小化されるように関係を終了させることが重要であり、そのためには契約を有効なものとして契約上の債権の回収を図ることが得策であることもあるだろう」とする。さらに反社会的勢力との関係遮断のために「他の社会的構成員の利益を蔑ろにしても構わないとはいえないだろう」とする。

「社会的責務の遂行の点でいえば、契約を有効なものとして維持するほうがむしろ望ましいこともある。金融機関と信用保証協会は、保証契約を締結する際および締結した後において、その契約に関して反社排除という社会的責務を協力して果たすべき関係に立つと考えられる。」

「反社事例において、(i) 金融機関が契約締結の時までに必要な注意を払ったと認められる場合には、信用保証協会の保証の意思表示が錯誤により無効とされることはない。それに対して、(ii) 金融機関が必要な注意を怠っていた場合または主債務者が反社会的勢力に当たることを知っていた場合には、信用保証協会は保証の実行を拒むことができる。」

このように錯誤を否定し、リスク負担の問題とし、信用保証協会がリスク負担すべきとする。

しかし、要素性について、当事者の合理的意思を検討していない、誤認リスクの相手方への転嫁を正当化する具体的事情がない、金融機関の帰責性が認められない事実関係において錯誤無効を認める特異性があると言われるが、金融機関の優越性の問題を考慮すべきである。また、錯誤無効否定判例の述べる具体的事情を細かく見た上で妥当な解決を図るということについて実際述べていることは、効果が不明確である。無効とする方が協力による利益剥奪という解決よりも反社会的勢力に対する今後の融資の阻止という点でより厳しいと考えられ、両者の協力による利益剥奪という効果の不明確な方法に対して、一般に厳しい審査を要求する解決をなぜ一面的として強硬に否定するのかについても不明確である。判例の言う具体的事情に基づく合理的意思の探求についても当事者意思に政策的判断を込めるといふ欺瞞的要素が見られる。

この問題の本質は何かを考察されなければならない。

解説が指摘するように本問題にはいくつかの問題が認められる。錯誤の成否、リスク負担問題、經由保証の相違、政策問題としての反社会的勢力対策問題、中小企業金融問題である。

以下これらの問題の相互関係、具体的内容を考察する。

## 二 錯誤とリスク負担

### 1. 錯誤判断の意味

錯誤判断が判例の相違点となる。「信用保証協会の動機が保証契約の内容になっていることを無効主張の要件とする法律構成によるか否かによって左右されているような外観が呈されている」。

一方は、監督指針の改定以降の周知性から、金融機関の認識を重視し、共通の前提であることから錯誤無効を肯定する（その際「保証契約の特質や両当事者の合理的意思に対する実質的な検討を経ずに錯誤無効を肯定する」と述べられる）。

他方は、「保証当時における両当事者の合理的意思を検討し、錯誤無効を否定する」合理的意思から要素性を否定する（金融機関へのリスク転嫁を正当化する帰責性がない）。

一元説の理解では錯誤無効が肯定されると考えられるのに対して、合理的意思に基づく要素性の否定（合理的意思によると無効対応は妥当ではない）という見解が提示されているのである（合意主義）。

錯誤論として以下のように述べられる。

錯誤とは効果意思の不存在である。自分自身の欲すること以外に拘束されない、自らの意思のみによって拘束されるということからもたらされる法的帰結である。

本件錯誤（債務者が反社会的勢力ではないと思って保証契約を締結した）は動機の錯誤である。

動機の錯誤は原則として考慮されないのであるが、動機の錯誤は動機が相手方に表示され、意思表示の内容となった場合に錯誤に当たる（通説判例）。意思表示は、表意者が法律行為の基礎とした事情についてのその認識が真実に反する錯誤に基づくものであって、その錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものであるとき、その事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていたときに限り、取り消すことができる（要綱案）。

二元説は動機を表示していることは効果意思が存在しているので別の根拠により無効となるとする（たとえば、品質保証があったか否か）。

一元説は効果意思と動機の区別をせず、真意の不存在（意思表示の瑕疵）と定義する。無効範囲の拡大については表意者保護と相手方の信頼保護として調整する。たとえば、相手方の認識可能性のあるときに無効とする。

有償契約において給付の均衡性を錯誤無効の重要な基準と考える学説もある<sup>(4)</sup>

概括的には、あくまでも当事者の意思に基礎を置き、本人の帰責性と相手方の信頼保護によってバランスをとるのか、自らの意思とは異なる拘束力を考え、リスク負担問題とするのかという考え方の相違である（これを合意に組み入れる考え方もある）。

動機の錯誤判例分析において、法律行為の内容になったか否か（さらに性質錯誤と前提錯誤で区別される）で判断する事例と相手方の態様により成否が判断される（さらに相手方惹起型と相手方利用型に分かれる）事例があるとされる。<sup>(5)</sup>

一般に保証契約における信用力誤認について、主債務者が「期待に反して無資力であったときに、明示はなかったが公証人であると信じて保証したことに過失はないとした事例（東京地判昭61・1・30判例タイムズ627号150頁）、主債務者は近く立ち直るであろうとの債権者の言を信用して保証した場合（大阪地判昭62・8・7判例タイムズ669号164頁）や、銀行の重大な誤認のある信用調査書を信じて保証協会が保証した場合（東京地判昭53・3・29判例時報909号68頁）について錯誤を認めたものもあるが、債務者の資産状態や資金使途の誤認は要素の錯誤に該当しない（東京高判昭63・8・18本誌1225号34頁、山口地判平元・12・14本誌1252号28頁）としているものもある」とされる。<sup>(6)</sup>

企業実体のない者に対する信用保証協会保証の錯誤無効が肯定された東京高判平成19年12月13日判時1992号65頁は、信用保証協会保証の対象である中小企業者は企業としての実体を有することを当然の前提とし、実体がなければ信用保証の対象とならないことは金融機関において当然のこととして熟知していたものということができるから、中小企業者が企業としての実体を有することは、保証をするための重要な要素であるということができ、その点の錯誤を認め、金融機関経由保証において信用保証協会は、企業実体の有無について金融機関の側で既に厳正な審査がなされていることを前提として自らの調査を行うことが許され、金融機関から送付された信用保証依頼書等についての書面調査や必要に応じて行われる面接調査によって明らかになった事実及び被控訴人において特に認識していた事実を踏まえ、申込人の企業実体について疑問を抱くべき特段の事情のない限り、上記の調査のほかに更に自ら実地調査を含めたより精緻な調査を行うことまでは必要ではないとする。<sup>(7)</sup>

## 2. リスク負担の法的構成

このように融資先が反社会的勢力と判明した場合のリスク負担の問題としてとらえるという点について考察する。

双方とも予見しなかった契約の効力に影響を及ぼす事実のリスクはどちらが負担するのか。

対価関係にあるものについてのリスクは危険負担、担保責任による。対価関係にはないが共通の前提事項についてのリスクはどう考えるのか。錯誤理論（二元説）を用いるのか、危険負担・担保責任理論を利用するのか。行為基礎編は契約目的と関連する当事者共通の前提を問題とする（主観的行為基礎）。事情変更等事後的な問題（客観的行為基礎）との共通の理論を定立する。

瑕疵類似と考える場合、有償契約において瑕疵は対価牽連性から負担が定まる。ただし、瑕疵担保責任と錯誤の主張について、判例は錯誤優先とされ（最判昭和33年6月14日民集12巻9号1492頁）、学説は瑕疵担保優先とされる。<sup>(8)</sup>

危険負担によると原則債務者主義、特定物売買債権者主義であるが、支配領域という考え方が提起される。

対価的問題ではないが、リスク負担と考える場合、契約において当該リスクをどちらが負担するのかについて、当該問題に対する契約上の地位が問題となる。どちらが当該問題についてのリスクを負担すべき地位にあるのかについての判断となる。

反社会的勢力の債務に対する保証契約について、契約において主たる当事者（対価的利益を得る当事者）がリスクを負担すべきか、反社会的勢力阻止について支配的である方、重要である方がリスク負担するのかである。保証契約は保証人のリスク負担が契約内容であるのかも問題となる。

錯誤無効否定判例はリスク負担問題を当事者の合理的意思の問題とする。契約内容の解釈について、当事者が当該事情のもとにおいて合理的に考えるならば理解したであろう意味に従って解釈され、確定できない事項が残る場合でも、当事者がそのことを知っていれば合意したと考えられる内容に従って解釈されなければならない（債権法改正検討事項）とされるが、政策的な問題をこのように理解することは、政策的判断を当事者に押し付けることになると共に政策的判断の是非を問うことをなおざりにする。

ここでも妥当な解決を探索すべきであるという政策的問題である。

### 3. 錯誤問題とリスク負担問題の関係

無効判断と事後的リスク負担判断の相違について、錯誤問題と考えると当事者の帰責性問題となりうる。契約を無効にするほど重要な事柄の錯誤である、あるいは相手方に帰責性がある、相手方は認識可能であった、相手方経由保証である等の問題となりうる。リスク負担問題と考えると事後的な公平な損失負担の問題と反社会的勢力問題、中小企業金融問題への効果的な対応という政策問題となる。当事者意思に基づく判断とそうでない判断を分けるべきである。

また、公的機関はリスクを負担すべきであるのか、負担すべきでないのかという問題もある。「信用保証協会の公的性格を考慮しても主債務者についてのリスクを一方的に民間の金融機関に押し付けてよいとする法理はない」と判例は述べている。

リスク負担は政策的判断をもたらす。

政策的判断として効力を否定すべきであると考えられる場合は当該当事者がリスクを負担する（但し、契約理論の問題がある）。

判例の文言において、たとえば反社会的勢力との契約は厳格に否定すべきとする場

合は金融機関がリスク負担すると考えており、反社問題に協力して対応すべき、中小企業金融円滑化を図るべきと考えるときは、信用保証協会がリスク負担すると考えている。

「反社会的勢力が信用保証協会制度を利用することができる」とすると、その資金需要を公的資金でもって担保することに繋がり、社会正義の理念に悖る結果を招来する」

あるいは「一旦融資が実行されてしまった場合には、反社会的勢力の下に残る利益が可及的に速やかに最小化されるように、金融機関と信用保証協会が相互に協力し、金融機関において、信用保証協会から保証債務の履行を受け得ることを前提として、反社会的勢力による返済状況に拘わらず、積極的に期限の利益喪失条項を適用して、反社会的勢力である借主から金融の利益の剥奪に努め、他方、信用保証協会においても、保証契約の有効性を前提に求償権及びその連帯保証債務の履行請求権を通じ、反社会的勢力からの利益の取奪を行うことがより反社会的勢力の抑制に資するというべきである」。

「金融機関が、主債務者等が反社会的勢力であった場合のリスクを常に自らが引き受けなければならないものとする、主債務者等が反社会的勢力に該当するか否かの調査コストをかけなければならない、ひいては、そのリスクを踏まえて貸付金利を高く設定せざるを得ない事態になることも予測され、このような事態は、中小企業の金融の円滑化を目的とする被告の目的（信用保証協会法1条）に適合しないものである。」

端的に政策問題と考えると反社会的勢力対応に最も効果的な手段をとるべきではないのか、中小企業金融円滑化に資する解決方法をとるべきではないのかという問題となる。

### 三 政策的判断と解釈論

錯誤無効否定判例のいう政策的判断は、中小企業金融の円滑化を損なわないことと共同しての反社会的勢力の利益剥奪である。判例は具体的事実の詳細な考察結果に基づく合理的意思という理由で反社会的勢力利益剥奪の最善の方法についての合意を想定する。この政策的判断が正しいのか、以下政策的判断について検討する。

#### 1. 反社会的勢力への締め付けを徹底すべきか

無効対応と協力利益剥奪対応では、無効対応の方が厳しい。借りた上で取り立てを厳しくするよりも借りることをできなくする方が厳しい。

#### (1) 反社会的勢力対策とは

民事介入暴力として、脅迫、暴行等の犯罪にならない形で不当に利益を得る形態の資金獲得等グレーゾーン行為を禁止して、暴力団の資金源に打撃を与え、「公正で自

由な経済取引」を守るため平成4年に暴対法（暴力団員による不当な行為の防止等に関する法律）が施行される。

業界の自主ルールとして、経団連は平成3年企業行動憲章を定める（その後数次改定される）。全銀協は平成9年9月に倫理憲章、平成17年11月に行動憲章を定める（その後改定される）。

## （2）政府指針（企業が反社会的勢力による被害を防止するための指針について）

「近年、暴力団は、組織実態を隠ぺいする動きを強めるとともに、活動形態においても、企業活動を装ったり、政治活動や社会運動を標ぼうしたりするなど、更なる不透明化を進展させており、また、証券取引や不動産取引等の経済活動を通じて、資金獲得活動を巧妙化させている。今日、多くの企業が、企業倫理として、暴力団を始めとする反社会的勢力（暴力、威力と詐欺の手法を駆使して経済的利益を追求する集団又は個人である「反社会的勢力」をとらえるに際しては、暴力団、暴力団関係企業、総会屋、社会運動標ぼうゴロ、政治活動標ぼうゴロ、特殊知能暴力集団等といった属性要件に着目するとともに、暴力的な要求行為、法的な責任を超えた不当な要求といった行為要件にも着目することが重要である）と一切の関係をもたないことを掲げ、様々な取組みを進めているところであるが、上記のような暴力団の不透明化や資金獲得活動の巧妙化を踏まえると、暴力団排除意識の高い企業であったとしても、暴力団関係企業等と知らずに結果的に経済取引を行ってしまう可能性があることから、反社会的勢力との関係遮断のための取組みをより一層推進する必要がある」。

反社会的勢力による被害を防止するための基本的な考え方として、例えば、「反社会的勢力とは、取引関係を含めて、一切の関係をもたない。また、反社会的勢力による不当要求は拒絶する」、「反社会的勢力による不当要求に対しては、民事と刑事の両面から法的対応を行う」、「反社会的勢力による不当要求が、事業活動上の不祥事や従業員の不祥事を理由とする場合であっても、事案を隠ぺいするための裏取引を絶対に行わない」、「反社会的勢力への資金提供は、絶対に行わない」ことなどが挙げられる。

平素からの対応として、例えば、「反社会的勢力が取引先や株主となって、不当要求を行う場合の被害を防止するため、契約書や取引約款に暴力団排除条項（契約自由の原則が妥当する私人間の取引において、契約書や契約約款の中に、①暴力団を始めとする反社会的勢力が、当該取引の相手方となることを拒絶する旨や、②当該取引が開始された後に、相手方が暴力団を始めとする反社会的勢力であると判明した場合や相手方が不当要求を行った場合に、契約を解除してその相手方を取引から排除できる旨を盛り込んでおくことが有効である）を導入するとともに、可能な範囲内で自社株の取引状況を確認する」、「取引先の審査や株主の属性判断等を行うことにより、反社会的勢力による被害を防止するため、反社会的勢力の情報を集約したデータベースを

構築する。同データベースは、暴力追放運動推進センターや他企業等の情報を活用して逐次更新する」などが挙げられている。

「会社法上の大会社や委員会設置会社の取締役会は、健全な会社経営のために会社が営む事業の規模、特性等に応じた法令等の遵守体制・リスク管理体制（いわゆる内部統制システム）の整備を決定する義務を負い、また、ある程度以上の規模の株式会社の取締役は、善管注意義務として、事業の規模、特性等に応じた内部統制システムを構築し、運用する義務があると解されている。反社会的勢力による不当要求には、企業幹部、従業員、関係会社を対象とするものが含まれる。また、不祥事を理由とする場合には、企業の中に、事案を隠ぺいしようとする力が働きかねない。このため、反社会的勢力による被害の防止は、業務の適正を確保するために必要な法令等遵守・リスク管理事項として、内部統制システムに明確に位置付けることが必要である。」

### (3) 金融庁監督指針

#### (a) 反社との取引の未然防止（入口）

①暴力団排除条項の導入の徹底（各金融機関は、提携ローン（四者型）を含め、暴力団排除条項の導入を改めて徹底する）、②反社データベースの充実・強化（各金融機関・業界団体において、引き続き反社会的勢力の情報を積極的に収集・分析して反社データベースの充実を図るとともに、グループ内や業界団体間での反社データベースの共有を進める。警察庁が保有する暴力団情報について、銀行からオンラインで照会できるシステムを構築するため、金融庁、警察庁及び全国銀行協会の実務担当者間における、情報漏洩の防止の在り方を含めたシステム構築上の課題の解決に向けた検討を加速する）。③提携ローンにおける入口段階の反社チェック強化（提携ローンについて、金融機関自らが事前に反社チェックを行う態勢を整備する。また、各金融機関は、提携先の信販会社における暴力団排除条項の導入状況、反社データベースの整備状況等を検証する）。

#### (b) 事後チェックと内部管理（中間管理）

①事後的な反社チェック態勢の強化（各金融機関は、反社データベースの充実・強化、反社チェックの頻度アップ等、既存債権・契約の事後的な反社チェック態勢を強化する）。②反社との関係遮断に係る内部管理態勢の徹底（各金融機関は、反社会的勢力との取引の経営陣への適切な報告や経営陣による適切な関与等、反社との関係遮断に係る内部管理態勢を徹底する）。

#### (c) 反社との取引解消（出口）

①反社との取引の解消の推進（各金融機関は、警察当局・弁護士等と連携し、反社との取引の解消を推進する。なお、事後に反社取引と判明した案件については、可能な限り回収を図るなど、反社への利益供与にならないよう配慮する）。②預金取扱金

融機関による、特定回収困難債権の買取制度の活用促進（金融庁及び預金保険機構は、特定回収困難債権の買取制度の運用改善を図るとともに、提携ローンにおいて、信販会社が代位弁済した債権を買い戻した場合も同制度の対象となること等を周知することにより、同制度の活用を促進する）。③信販会社・保険会社等による、サービサーとしてのRCCの活用（特定回収困難債権の買取制度の対象とならない信販会社・保険会社等の反社債権について、RCCのサービサー機能を活用する）。

この指針は平成25年12月26日、(1)反社会的勢力との取引の未然防止（入口）、(2)事後チェックと内部管理（中間管理）、(3)反社会的勢力との取引解消（出口）に係る態勢整備等について a. 組織としての対応、b. 反社会的勢力対応部署による一元的な管理態勢の構築、c. 適切な事前審査の実施、d. 適切な事後検証の実施、e. 反社会的勢力との取引解消に向けた取組み、f. 反社会的勢力による不当要求への対処の改正がなされる。

#### (4) 暴排条項

全銀協は、平成20年銀行取引約定書暴排条項において、当事者・保証人が暴力団等関係者でないこと、暴力的等不当行為を行わないことを確約し、期限の利益喪失、手形買戻債務を規定し、平成23年対象範囲を広げる改正を行う。当座勘定規定も同様に取引拒絶等を規定する。

全国の信用保証協会の平成21年頃の保証委託契約書の暴排条項は、委託者・保証人が暴力団等関係者でないこと、暴力的等不当行為を行わないことの確約、求償権事前行使等を規定し、平成24年対象範囲を広げる改正を行う。

これ以降、反社会的勢力との契約の効力の否定、期限の利益喪失・事前求償権行使等が規定上認められる。

表明保証条項は無催告解除条項、損害補償条項と組み合わせられる場合もあるが、ない場合でも債務不履行解除が認められ、動機錯誤無効が認められうる（契約を維持し、契約に従って処理を行おうとする当事者の意図が明らかであれば契約の内容とならないとされる）。<sup>(9)</sup>

暴排条項に反して暴力団員であることを秘してゴルフ場施設の利用を申し込む行為について、誓約書を提出させていた場合に詐欺罪の成立を認める最判平成26年3月28日刑集68巻3号646頁、特に直接確認措置をとらなかった場合は詐欺罪の成立を認めない最判平成26年3月28日刑集68巻3号582頁があり、暴排条項に反して暴力団員でないことを確約表明して口座開設を申し込む行為について詐欺罪の成立を認める最判平成26年4月7日刑集68巻4号715頁がある。

## (5) みずほ銀行の提携ローンを紹介した暴力団融資問題

このような状況においてみずほ銀行がオリエントコーポレーションとの提携ローンを通して暴力団に融資していた問題が生じ、「みずほ銀行提携ローン業務適正化に関する特別調査委員会報告書」において以下のように述べられる。

### (a) 金融庁処分

金融庁は、提携ローン2において、多数の反社会的勢力との取引が存在することを把握してから2年以上も反社会的勢力との取引の防止・解消のための抜本的な対応を行っていなかったこと、反社会的勢力との取引が多数存在するという情報も担当役員止まりとなっていること等経営管理態勢、内部管理態勢、法令等遵守態勢に重大な問題点が存すると認め、平成25年9月27日、貴行に対し、銀行法第26条第1項に基づき、以下の内容の業務改善命令を発出し、実行報告を命じた。

反社会的勢力と決別し、健全かつ適切な業務運営を確保するため、以下の観点から法令等遵守態勢及び経営管理態勢を抜本的に見直し、充実・強化すること。a) 問題発生時以降現在に至るまでの経営責任の所在の明確化、b) 問題事案への取組み及び法令等遵守に取り組む経営姿勢の明確化、c) 問題事案の再発防止のための実効性ある具体的方策の策定及び全行的な法令等遵守態勢の確立（役職員の法令等遵守意識の醸成・徹底を含む）、d) 内部監査機能の充実・強化。

### (b) 問題の生じた時期（みずほグループによるオリコの関連会社化がなされた平成22年以降の時期）

「反社会的勢力との関係遮断については、全銀協が、銀行による反社会的勢力との対決及び反社会的勢力の不当な介入の排除を目的として、平成9年9月に『倫理憲章』を、平成17年11月に『行動憲章』をそれぞれ定め、また、日本経済団体連合会も同様の目的で平成19年4月に『企業行動憲章』を定めるなどし、これらが業界の自主ルールとして発展してきた。「これに対し、政府も、平成19年6月に、犯罪対策閣僚会議幹事会申合せとして、『企業が反社会的勢力による被害を防止するための指針』を公表し、事業者に対し、反社会的勢力との関係遮断のための取組みを一層推進していくことを求めた。「金融庁も、金融機関として公共の信頼を維持し、業務の適切性及び健全性を確保するため」の反社会的勢力対応として「平成19年2月に金融検査マニュアルの改正を行い、平成20年3月に政府指針の基本的な考え方を踏襲する形で各金融機関向けの総合的な監督指針の改正を行うなど、金融機関に対して反社会的勢力との関係遮断・解消を求める立場を明確に示した。全銀協では、政府指針を受けて、平成19年7月、反社会的勢力介入排除に向けた取組み強化について申し合わせを行い、平成20年5月には、反社会的勢力に係るデータベースの構築等の諸施策について意見交換を行うため、反社会的勢力介入排除対策協議会を設置した。さらに、平成20年11月には銀行取引約定書に、平成21年9月には普通預金取引、当座勘定取引及び貸金庫取

引の各規定に、それぞれ暴力団排除条項（契約の相手方に、①自らが反社会的勢力でないことについて表明させる、②契約締結後に反社会的勢力に所属しないこと及び反社会的行為を行わないことを確約させる、③上記①、②に違反する場合を契約解除等の事由として規定する、等の方法を複合的に用いて合意させる契約条項をいう。）を導入する際の参考例を策定し、会員行宛てに通知を行った。その後、平成23年6月には、融資取引及び当座勘定取引における暴力団排除条項参考例について、反社会的勢力の定義に、暴力団員等が経営を支配していると認められる関係を有する者などのいわゆる共生者を追加することなどを内容とする改正を行い、会員行宛てに通知を行った。そして、更なる反社会的勢力排除の機運の高まりを受け、全国で暴力団排除条例制定の動きが活発化し、東京都において、平成23年3月18日に『東京都暴力団排除条例』が公布され、同年10月1日に施行されることにより、現在ではすべての都道府県で暴力団排除条例が施行されるに至っている。」

### (c) 本件における問題の所在

「本キャプティブローンは、顧客窓口業務の一切がオリコとその加盟店に委ねられており、取引の過程において、みずほBKと顧客との接点が一切ない。一方で本キャプティブローンは、みずほBKがオリコを通じて一度に大量の融資を行うものであって、この側面を見ればオリコに対するコーポレート・ローンに類似する。

しかし、本キャプティブローンは、法形式的には、あくまでもみずほBKの、個々の顧客に対する直接の貸付取引である。したがって、みずほBKは、本キャプティブローンを自らの貸付債権である自行債権として、そこからの反社管理に当たるべきである。」

「みずほBKは、早くから反社会的勢力の排除に向けた取り組みを始めていたが、オリコの関連会社化を契機として、所管のコンプライアンス統括部のみならず、当時の頭取やコンプライアンス担当役員においても、本キャプティブローンにおける反社管理の問題を把握していた。この問題について、みずほBKは、オリコによる反社チェックに加えて、本キャプティブローンに係る全ての債務者について、みずほグループの基準により、属性チェックを行い、その結果をオリコに還元して反復取引を防止させることを当面の実務とし、更に反社チェックの領域を段階的に拡大することを検討課題とした。この方針に基づいて、オリコの関連会社化後の最初の事後チェックを行ったところ、本キャプティブローンに相当数の反社会的勢力との取引が含まれていることが確認された。

みずほBKは、このような事態を受けて、事後チェックの結果判明した反社認定先に対しオリコが再び取引をすることを防止するため当該反社認定先の情報をオリコに還元するとともに、オリコの反社管理体制の強化のための種々の支援策を実行していった。

しかしながら、このような施策によっても、本キャプティブローンの顧客に含まれる反社会的勢力の割合が抜本的に減少することはなく、みずほBKには、このローンにおける反社会的勢力との取引の更なる解消に向け、より積極的な取組みを行うことが求められていた。

しかし、みずほBKにおいては、(1)当初は取締役会やコンプライアンス委員会に報告されていた定期の本キャプティブローンの事後チェックの結果について、その頭取への報告を義務付ける関連規程があるにもかかわらず、取締役会やコンプライアンス委員会にその報告がなされなくなり、(2)当初は検討課題とされていた入口チェックの導入の可否や本キャプティブローンの債務者に限定しないみずほFGの反社情報のオリコへの還元の可否等は、その後の担当役員への報告書や業務計画において、課題認識から欠落し、(3)経営課題の達成状況の検証を行うべき業務監査部は、本キャプティブローンの問題を認識しながら、監査報告書において十分な指摘を行わず、(4)金融庁の指摘がなされるまで、反社会的勢力との取引の解消に向けて、更なる抜本的取組みが行われることがなかった。

#### (d) 本件の原因

「(1)本キャプティブローンが自行の貸付債権であるという意識が希薄であったこと、(2)反社会的勢力との関係遮断に組織として取り組むことの重要性に対する役職員の認識が不足していたこと、(3)役職員の退任・異動により課題認識の断絶が生じたこと、(4)組織としての課題取組みの継続性を担保するための制度が機能しなかったこと、(5)反社会的勢力の問題の経営陣に対する報告の行内ルールが明確性を欠き、行内に十分浸透していなかったこと、(6)コンプライアンス統括部渉外室と他の関連部署との間の連携・コミュニケーションが不足していたこと、(7)内部監査が十分に機能していなかったこと」、以上のことから対応が遅れ、金融庁処分を受けることになる。コンプライアンス・内部監査強化、暴排条項導入が提言される。

#### (6) 違法取引に対するクレジット契約

このように反社会的勢力に対する提携ローンが指針等違反行為とされ、行政処分が下されるのであるが、逆に、違法取引にカードが利用された場合のクレジット契約の効力の問題について、下記事例がある。

最判平成23年10月25日民集65巻7号3114頁<sup>(10)</sup>

本判決は、デート商法での宝飾品売買契約の代金支払いのためのクレジットカードによる立替払契約について抗弁の接続を主張すると共に公序良俗違反無効、消費者契約法取消を主張し既払金の返還を求め、不法行為損害賠償を主張する事案であり、最高裁は既払金の返還を否定した。この判決は、売買契約と立替払契約を特段の事情のない限り別個の契約であるとするものである。この判断は抗弁の接続に関する改正前

の事例について限定的な判断を示す最判平成2年2月20日、平成13年11月22日と一貫するものであり、割賦販売法の限定的な適用を認めるものであり、最高裁の信用販売に対する立場を示すものであり、立法に対する謙抑を示すものである(その後、割賦販売法は改正される)。以下のように判示する。

「個品割賦購入あっせんは、法的には、別個の契約関係である購入者と割賦購入あっせん業者との間の立替払契約と、購入者と販売業者との間の売買契約を前提とするものであるから、両契約が経済的、実質的に密接な関係にあることは否定し得ないとしても、購入者が売買契約上生じている事由をもって当然にあっせん業者に対抗することはできないというべきであり、割賦販売法30条の4第1項の規定は、法が、購入者保護の観点から、購入者において売買契約上生じている事由をあっせん業者に対抗し得ることを新たに認めたものにほかならない。そうすると、個品割賦購入あっせんにおいて、購入者と販売業者との間の売買契約が公序良俗に反し無効とされる場合であっても、販売業者とあっせん業者との関係、販売業者の立替払契約締結手続への関与の内容及び程度、販売業者の公序良俗に反する行為についてのあっせん業者の認識の有無及び程度等に照らし、販売業者による公序良俗に反する行為の結果をあっせん業者に帰せしめ、売買契約と一体的に立替払契約についてもその効力を否定することを信義則上相当とする特段の事情があるときでない限り、売買契約と別個の契約である購入者とあっせん業者との間の立替払契約が無効となる余地はないと解するのが相当である。」

このように割賦販売法を限定的に捉えること、販売信用を目的とする複合契約を別個独立の契約として捉え、信用供与契約を独自に尊重することは、信用の安定性を重視し、信用販売の持つ危険性に対して金融機関・業者の自主的対応を期待するものであるが、信用供与者を販売に対して無責任とするものであると考えられる。このことは中途半端な対応と考えられるが、このような中途半端な対応は取引規制として多くの箇所に見られる。例えば、高利の約定の効力、制限超過利息の性質に関する裁判所、特別法立法の態度である。制限超過利息の任意の支払について利息制限法は返還請求できないとしつつ、判例は返還すべきと判断し、さらに、貸金業法では一定の要件において過払金の返還請求ができないとしつつ、判例は返還すべきと判断し、その後改正される。特定商取引法、割賦販売法の後追いつ的な改正過程の問題も同様の問題と考えられる。さらに、公序良俗違反に関する酌婦稼働と消費貸借を一体のものとして捉える優れた判断に対して、ホステス保証事例においては中途半端な判断がなされ、また振込取引の際の原因取引との関係においても中途半端な対応が見られる(振込を原因関係とは別個のものとしながら、払戻行為について刑事責任を認める)。また、近時の下級審において、循環取引に対して、原則として有効とし、不法行為が成立しうるとする裁判所の対応は、同様に、中途半端な対応と考えられる。

このように契約内容の不当性についても、一体的複数契約問題についても、内容面でも、複数契約の独立性面でも、どこまで当事者の自主性に委ねるのかに関して、当事者の自主性を尊重しつつ、問題点を後追的に規制する対応に対して、金融の持つ危険性、支配性、依存性を考慮しないことによる対応の不十分さが見られるのである。内容規制の不十分さについてはどこまで販売方法が認められ、どこまで合意に委ねることが認められ、どこから認められず、規制が必要であるのかについての認識の不十分さであり、複合契約を別個の契約として扱うことについては、信用による支配性・依存性の隠蔽に対する認識の甘さがある。どちらも表面的な自由を尊重するあまり、繰り返して生じてきた歴史的事実を充分には認識してこなかったのである。

裁判所の判断の中途半端さの問題は信用の安定性、信用供与者の安定を第一に考えることに基づくものであるが、自由と規制についての判断について自信のなさを表す、あるいは当事者への責任転嫁、立法への責任転嫁を示すものでもある。

このような裁判所の消極的対応は、高度の政治行為に対する違憲判断拒否、人権規定の私人間の間接適用などにも見られるところである。例えば、砂川事件において最高裁は安保条約の違憲問題について統治行為として高度に政治的な行為であるために、一見極めて明白に違憲、違法であるといえない場合は司法審査の範囲外とする。また、長沼事件において、札幌高裁は自衛隊の違憲問題を同様に司法審査の範囲外であるとする。人権規定の私人間適用について、三菱樹脂事件で最高裁は間接適用説に立ち、社会的に許容し得る限度を超える人権侵害があった場合は民法1条・90条、不法行為規定によって対応しうるとし、特定の思想信条を有する者をそのために採用拒否することは、企業にも採用の自由があり、当然には違法とならないとする。また、外国人の指紋押捺制度については、立法目的に十分な合理性があり、必要性も肯定できるとし、手段も一般に許容される程度を越えない相当なものであるとする。

逆に、取締規定違反行為の私法上の効力をどう考えるのかについては、取締規定の趣旨から私法上の効力に影響しない場合があり、この点についても逆の意味で同様の価値判断が求められるのである。

これらの問題に関して、当事者自治、自己責任を正当化根拠とし、規制責任を立法に課す司法の謙抑の問題がある。

詐欺商法の被害者の信販会社との契約の効力の問題については、一体性の問題が抗弁の接続については規定があり認められるのに対して、公序良俗違反無効については規定がなく認められないとし、この点で規定ができる前に抗弁の接続を認めなかった最高裁判決に類似する判断である。一体性と依存関係の問題を重視しないのである。保証の問題に置き換えると金融関係を経由した違法な保証委託契約に基づく保証を被害者である信用保証協会が否定できるかという関係にもなる。

反社会的勢力保証問題は、反社会的勢力と金融機関の一体性の問題ではないと考え

られ、反社会的勢力による金融機関利用の問題であり、そのために利用される金融機関と信用保証協会の契約の効力が問題となる事案であり、違法な取引のために利用される契約の効力という意味では共通し、違法性の程度に応じて効力を否定する解釈も取られうる。また金融機関の不当利得返還請求に対する信用保証契約の効力としても問題となり得るものである。

公序良俗等強行法規違反として不法性の強い契約の効力は否定される。取締規定違反の契約の効力も問題となる。信用保証協会保証の問題では、指針など行政処分の根拠となる規範追及の契約の効力の問題と考えることもできる。

### (7) 行政法的規範と契約の効力

行政規範と契約の私法上の効力の問題については、証取法改正前に諸通達が出されて以降の契約の効力が問題とされた事案がある。

平成9年9月4日民集51巻8号3619頁<sup>(11)</sup>

「損失保証は、元来、証券市場における価格形成機能をゆがめるとともに、証券取引の公正及び証券市場に対する信頼を損なうものであって、反社会性の強い行為であるといわなければならない、このことは、右改正証券取引法の施行前においても、異なるところはなかったものというべきである。

もっとも、旧証券取引法の下においては、損失保証は違法な行為とされていたものの、行政処分を科せられていたにすぎず、学説の多くも損失保証契約は私法上有効であると解していたことからすれば、従前は、損失保証が反社会性の強い行為であると明確に認識されてはいなかったものといえる。しかし、前記のとおり、平成元年11月に、証券会社が損失補てんをしたことが大きな社会問題となり、これを契機として、同年12月には、大蔵省証券局長通達が発せられ、また、日本証券業協会も右通達を受けて同協会の規則を改正し、事後的な損失補てんを慎むよう求めるとともに、損失保証が法令上の禁止行為であることにつき改めて注意が喚起されたなどの経過からすれば、この過程を通じて、次第に、損失保証が証券取引の公正を害し、社会的に強い非難に値する行為であることの認識が形成されていったものというべきであり、遅くとも、上告人が被上告人との間で損失保証契約を締結したと主張する平成2年8月15日当時においては、既に、損失保証が証券取引秩序において許容されない反社会性の強い行為であるとの社会的認識が存在していたものとみるのが相当である。」

平成15年4月18日民集57巻4号366頁<sup>(12)</sup>

本件保証契約が締結された昭和60年6月14日において、損失保証等が証券取引秩序において許容されない反社会性の強い行為であるとの社会的認識が存在していたものとみることは困難であり、公序違反ではないとした上で、有効に成立した損失保証等

を内容とする契約に基づく請求権の行使が許されないこととなる証券取引法42条の2第1項3号の合憲性について判断する。

「利益提供行為の禁止を規定したのは、証券会社による利益提供行為を禁止することによって、投資家が自己責任の原則の下で投資判断を行うようにし、市場の価格形成機能を維持するとともに、一部の投資家のみ利益提供行為がされることによって生ずる証券市場の中立性及び公正性に対する一般投資家の信頼の喪失を防ぐという経済政策に基づく目的を達成するためのものであると解されるが、このような目的は、正当なものであるといえることができる。そして、上記規定の規制内容等についてみると、同規定は、平成3年法律第96号による証券取引法の改正前に締結された損失保証等を内容とする契約に基づいてその履行の請求をする場合も含め、利益提供行為を禁止するものであるが、①同改正前に締結された契約に基づく利益提供行為を認めることは投資家の証券市場に対する信頼の喪失を防ぐという上記目的を損なう結果となかなかねないこと、②前記内閣府令に定める事故による損失を補てんする場合であれば証券取引法42条の2第1項3号の規定は適用されないこと(同条3項)、③損失保証等を内容とする契約に基づく履行請求が禁止される場合であっても、一定の場合には顧客に不法行為法上の救済が認められる余地があること、④私法上有効であるとはいえ、損失保証等は、元来、証券市場における価格形成機能をゆがめるとともに、証券取引の公正及び証券市場に対する信頼を損なうものであって、反社会性の強い行為であるといわなければならない(前掲第一小法廷判決参照)、もともと証券取引法上違法とされていた損失保証等を内容とする契約によって発生した債権が、財産権として一定の制約に服することはやむを得ないものであるといえることからすると、法が上記のような規制手段を採ったことは、上記立法目的達成のための手段として必要性又は合理性に欠けるものであるとはいえない」。

#### (8) 指針と信用保証協会問題

信用保証協会保証融資は反社会的勢力への貸付に対する保証の錯誤無効の問題であるとされ、その際にリスク負担の問題として以下のように述べられている。

「反社会的勢力が信用保証協会制度を利用することができる」とすると、その資金需要を公的資金でもって担保することに繋がり、社会正義の理念に悖る結果を招来する」

あるいは「一旦融資が実行されてしまった場合には、反社会的勢力の下に残る利益が可及的に速やかに最小化されるように、金融機関と信用保証協会が相互に協力し、金融機関において、信用保証協会から保証債務の履行を受け得ることを前提として、反社会的勢力による返済状況に拘わらず、積極的に期限の利益喪失条項を適用して、反社会的勢力である借主から金融の利益の剥奪に努め、他方、信用保証協会においても、保証契約の有効性を前提に求償権及びその連帯保証債務の履行請求権を通じ、反

社会的勢力からの利益の収奪を行うことがより反社会的勢力の抑制に資するというべきである」。

反社会的勢力に対するリスク負担の問題として反社会的勢力に対しどのような規制を行うのが問題となる。錯誤により効力を否定するほかに違法行為を抑制するために公序良俗違反なども用いられうる。指針以降、約定書などに表明保証条項、その効力に関する条項が入れられているために、入れられる以前の契約の効力が主として問題となるのであるが（表明保証条項の効力が問題となる状況もある）、損失補償事例のように社会的に明白となった時点の問題と考えることができると共に、指針を取締規定類似のものと考え、私法上の効力との関係を論じ、効力を否定することも考えられる。提携ローン事例のように一体性を問題とする可能性もある。

また当事者問題としても考察されうる。たとえば詐欺的な方法を用いた借り入れに対する保証の効力の問題（第三者詐欺は悪意を要件とする）。反社会的勢力に対する金融は以前から行われていたのであるが、銀行、信用保証協会共に承知の上で出しているのではないのか、急に状況が変わったからといった手のひらを返せない、銀行と反社会的勢力のつながりを維持せざるをえないという問題もある。形だけ表明保証条項を入れ、効力としては期限の利益喪失として、保証契約の効力に依存するものもある。反社会的勢力定義も不明確である。

当事者問題と考える場合には銀行が主たる当事者であり、銀行の対応を主として考えるべきであり、銀行の怠慢かどうかで決めるべきであるが、逆に反社会的勢力が信用保証協会とつながり、金融機関が詐取される場合も考えられうる。また信用保証協会の審査の甘さにつけ込む悪用問題もある。

このように当事者の悪性が証明される場合には当事者間の問題となる（当事者の合理的意思として政策的判断を取り入れることは異なる）。

このように反社会的勢力関係について、一般的な否定状況の存在、指針公表、監督指針公表、金融機関暴排条項作成など段階的に対応がなされている。暴排条項以後の契約の効力が否定されることになると考えられる（詐欺罪は具体的確認措置の問題とされる）。

それ以前の反社会的勢力対応について、行政処分を受けるという問題、私法上の契約の効力の問題があり、契約の効力の問題については、当事者意思の問題とリスク負担の問題が区別され、公序良俗違反違反関連行為の効力問題、政府指針段階においてそれに反する契約の効力の問題、錯誤無効の問題等となり、さらに不法行為責任等問題となり、指針の意義、規制の重要性が考慮される。

反社会的勢力錯誤事例との関連では、信販事例においては悪質な契約とのクレジット契約が否定されなかったのであり、提携ローン問題と併せて、別個の契約である点

が別問題と考える要因を与えるものである。しかし、別個の契約が依存的に利用されることを重視しなければならない(みずほ事件)。

反社会的勢力錯誤事例と損失保証事例と悪質さの差があるかもしれないが、通達など社会的状況から一定の時点での公序良俗違反認定は、反社会的勢力対策についての一定の時点での当事者の了解事項としての錯誤判断と通ずるものがあり、当事者が具体的措置を執る以前の社会的状況から無効判断もあり得ると考えられる。

その際、反社会的勢力に対するこのような対応の意義の問題があり、どの程度実施するのか、反社会的勢力の範囲の不明確さ、回避手段の存在の問題があり、規制の実益の問題がある。錯誤否定事例は当事者協力による反社会的勢力利益剥奪の方が良いとするが、無効措置の方が厳しいと考えられる。

また、当事者の帰責性、悪性の問題としてもとらえられうる。ただし、反社会的勢力の問題は範囲の不明確さ、抜け道の多さの問題もあり、それほど厳格な対応が期待できない、重要性を持たないとも考えられる。

ただし、この問題は、判例の指摘によると中小企業金融円滑と関わる。円滑化要請が上回るとも述べられる。以下、この点を考察する。

## 2. 中小企業金融円滑化は重要な理念であり、信用保証協会がリスク負担すべきであるのか

判決において「金融機関は、自己の貸付債権について、将来の債権回収不能のリスクを転嫁するために信用保証契約を締結するものであるから、反社会的勢力に対する貸付であっても保証債務の履行(代位弁済)請求をなし得ると解するのが、信用保証契約である本件保証の契約の趣旨に合致するものというべきである」、「もし、原告を初めとする金融機関が、主債務者等が反社会的勢力であった場合のリスクを常に自らが引き受けなければならないものとする、主債務者等が反社会的勢力に該当するか否かの調査コストをかけなければならない、ひいては、そのリスクを踏まえて貸付金利を高く設定せざるを得ない事態になることも予測され、このような事態は、中小企業の金融の円滑化を目的とする被告の目的(信用保証協会法1条)に適合しないものである」と述べられる。

判旨では、中小企業金融円滑化のために信用保証制度の趣旨に基づき信用保証協会がリスクを負担すべきとする。このことは金融機関経由保証の場合もそうすべきとする。

社会情勢として反社会的勢力対応をすべきであるが、業界としての対応がまだ不明確な状況下において、金融機関が信用保証協会保証があることを前提に貸し付けた場合、信用保証協会がリスクを負担すべきとするのである。中小企業金融支援が必要な状況を重視すべきとする。

状況として公的負担の下に金融支援がもたらされるべきであるとするのであるが、この点が正しいのであろうか。金融支援に基づく経済発展が重要であるのかという点について、今までの経済発展の歴史を見る必要があり、両組織の金融制度上の歴史的な意義を踏まえてそれぞれの立場の関係を考察しなければならない（優遇されるべき地位を有するのか）。

## (1) 中小企業金融

### (a) 概要

日本の産業を形成してきた財閥は、明治期の殖産興業に基礎を置く。政府支援による産業育成から、民間資本の産業資本への転換としての財閥系金融機関を中心とする産業発展（国立銀行の普通銀行への転換）、数次の戦争を経て、不況期を経ての発展モデルがある（弱小銀行の整理統合など巨大化を目指す）。日本の産業の基礎を形成するのは国家と人的関係に基づく企業集合体である財閥である。

固有の産業支援に基づく発展も存する（資源産業等）。産業支援として多様な特別銀行も国家支援の下で存在する（勧銀、農工銀行、北海道拓殖、興銀等）。

中小企業支援は地域産業支援として成立発展する。金融支援として信用組合、産業組合、市街地信用組合等がある。

企業金融には直接金融と間接金融があり、わが国においては預金等を根拠とする間接金融が大きな割合を占めていた。あり方としては直接金融が望ましいのであるが、当該企業に何らかの公的あるいは権威的な保証が期待された（直接金融自体詐欺的な商品を生み出すものでもあった）。

間接金融としては預金に基づく普通銀行と債券発行に基づく長期金融機関が利用され、ここでも預金とそれに対する公的保証の存在が大きかった。

このようにわが国の産業発展には公的関与が多大な影響を持ち、それが財閥等集中関係、依存関係をもたらす。

### (b) 戦後の特殊銀行・中小企業金融

戦後占領期、「総司令部の方針はわが国の戦前からの長期金融機構を根本的に変革しようとするものであった」（「アメリカの銀行には債券を発行して長期融資を行うものではなく、同様にわが国でも事業会社は銀行よりの借入金に依存せず、株式社債の形態でまかなうべきである」）。わが国の金融制度調査会は、「戦前からの伝統である債券発行銀行を長期金融の中心たらしめ、これに新しく資本調達市場として出発する証券市場の二本立によって長期金融の円滑化をはかろうと」する。<sup>(13)</sup>

しかし戦後改革は不十分であった。日本固有の財閥をなくすことができなかった。

まず経済民主化のための財閥解体は占領政策の変更によって金融機関は適用除外とされ、放出された株式のかなりの部分が従来の持株会社によって財閥銀行によって

保有され、新しく形成される財閥の中心的役割を担うことになる。<sup>(14)</sup>

ただし特殊銀行のうち、外国銀行は閉鎖され、横浜正金・勸銀・北拓は普通銀行に転換することになった（興銀のみ債券発行銀行として残った）。<sup>(15)</sup>

特殊銀行の役割を果たすものとして、鉄鋼・石炭・電力・化学肥料の四基幹産業復興の傾斜生産方式による発展のために復興金融公庫が設立された（復金債発行一日銀引受）。<sup>(16)</sup>

ドッジプランによる長期金融の復金から民間金融機関への移行が行われた（見返資金融資、興銀の役割増加、普通銀行のオーバーローン、日銀オペ）。<sup>(17)</sup>

長期金融機構整備として興銀、勸銀、北拓の債券発行が行われる。対日援助見返資金を用いた銀行の優先株式の引受による自己資本増強、農林中金、商工中金、銀行一般も債券発行が可能となる（「国家の介入による債券発行銀行の補強」）。<sup>(18)</sup>

積極的な金融支援からオーバーボロウイングが常態であった。オーバーボロウイングの普通銀行負担軽減・オーバーローン解消のために長銀が設立された（実際には解消しなかった）。<sup>(19)</sup>

信託銀行も設立され、長期金融機関の性格を付与する貸付信託が導入された。<sup>(20)</sup>

財政投融资の民間銀行補完が行われた。「国家資金を基幹産業に重点融資するための機関として」開銀を設立した。「輸銀も財政投融资機構の一環として設立された」。<sup>(21)</sup>

中小企業金融機関再編成として、相互銀行法は戦前の無尽会社を中小企業金融機関として再編成しようとする。信用金庫法は、戦前からの市街地信用組合が中小企業等協同組合法によって信用協同組合となったものについて、普通銀行業務を行わせ、中小企業金融機関として定着させようとし、信用協同組合の大きなものが信用金庫に転換した。中小企業金融として相互銀行、信用金庫、信用協同組合が存在し、普通銀行的性格を有する。中小企業金融対象政府系金融機関として、国民金融公庫法は戦前の庶民金庫、恩給公庫を受け継ぐ。開銀と国民金融公庫の対象企業の間企業の信用供与を行う中小企業金融公庫が設立される。農業金融機関では農業協同組合法から農協→府県信連→農林中金の系統金融機関が形成され、政策金融機関として農林漁業金融公庫が設立される。<sup>(22)</sup>

高度成長の中、金融機関は間接金融重視、低金利政策、系列化、護送船団性により発展していく。

中小企業金融の昭和30年代以降の発展の要因は、「①高度成長に伴う国民所得の増大による貯蓄の上昇および都市の外延的拡大化に応じた店舗の設置、②店舗行政におけるこれらの金融機関への優遇措置、③都市銀行の店舗対策が効率の悪い店舗の整理に向けた反面、中小企業金融機関の店舗配置の当該地域への密着化、④高コスト機関でありながら、それに見合う資産運用先の存在－コール市場の活況、⑤拘束預金の規制が比較的緩和されていたこと、⑥普通銀行の中小企業への景気動向によるシワ寄せ

作用が中小企業をして中小企業金融機関へ接近せしめたこと等」である。<sup>(23)</sup>

中小企業融資の増大とコールローンの増大がもたらされた。中小企業金融機関は高コスト高金利の負担を負う。<sup>(24)</sup> 都市銀行の中小企業金融は系列関係に基づくものの他、金融緩和期に増加するなど景気循環に左右された。<sup>(25)</sup>

円滑化のために昭和42年金融制度調査会「中小企業金融制度のあり方について」は「(1) 相銀、信金、信組の三機関の存続、(2) 中小企業金融機関の営業、事業対象の拡大、(3) 最低資本金、出資金の引き上げによる経営の安定化、(4) 異種金融機関の合併、転換を可能にする法律改正」を骨子とし、金融二法が公布され、中小企業支援機関の専門性、経営強化のための合併転換が認められた(機能分化は認められず、普通銀行は景気に応じて進出した)。<sup>(26)</sup>

民間金融機関の採算にのりにくく、政策金融として量的、質的補完を要するものについて、中小公庫、国民公庫、商工中金、保険公庫があり、中小公庫は「近代化、財務内容の健全化のための長期安定資金の供給機関であり」、国民公庫は「商業ベースにのりにくい零細企業を対象とし、経済政策的な、あるいは社会政策的な金融機関」であったが、財投全体に占める両金庫の割合は低く、大企業優位を示す。商工中金は債券発行額の増加が見られ、保険公庫は保険制度を用いた意義を有した。中小公庫の金融債発行によるコスト増、商工中金の金融債の国債との競合が資金調達に対する問題となった。また信用保険利用の増大とともに地方自治体の信用保証協会との業務調整が必要となる。<sup>(27)</sup>

保険公庫は中小企業信用保険、信用保証協会の保証債務の額を拡大するための必要資金の融資を行う。1999年保険公庫は中小企業事業団に統合し、中小企業総合事業団が発足、2004年中小企業総合事業団信用保険部門は中小企業金融公庫に移管、2008年日本政策金融公庫に移管。

大企業の銀行離れが進む中、円滑となっていった中小企業金融は、バブル崩壊後、不良債権処理のため貸渋り現象が生じ、リーマンショック後も中小企業の資金繰り難が問題となり、中小企業金融円滑化法等の施策が講じられる。<sup>(28)</sup>

政府系金融機関について、「戦後の復興期から高度成長期にわたって各種の政策目的を実施するために次々に設立され、信用補完、リスク補完、収益補完といった機能を通じて、政策誘導的な金融活動を行ってきた」政府系金融機関(日本開発銀行、日本輸出入銀行、海外経済協力基金、国民金融公庫、環境衛生金融公庫、中小企業金融公庫、農林漁業金融公庫、沖縄振興開発金融公庫、公営企業金融公庫、住宅金融公庫等)が、財政投融资改革の一環として整理統合される。<sup>(29)</sup>

行政改革のために郵政改革に続くものとして平成13年に特殊法人等合理化方針が決定され、平成14年政策金融改革方針が決定され、政策金融の機能が「①中小零細企業の資金調達支援、②国策上重要な海外資源確保や国際競争力確保に不可欠な金融、③

円借款の三つに絞り」込まれ、公営公庫廃止、政策投資銀と商工中金完全民営化、業務のうち円借款の国際協力銀から JICA への移管、その他の業務の一つの新政策金融機関が行うことが決定され、平成19年、公益性の高さを業務範囲決定基準とした上で、国民公庫（教育ローン縮小）、中小公庫（政策目的明白な特別融資に限定）、農林公庫（大企業向けは撤退）等を統合した政策金融公庫の設立、公営公庫の廃止（新組織の設立）、商工中金・政策投資銀行の民営化（政府出資の準備金化）を定める諸法が制定された。<sup>(30)</sup>

このように政府系金融機関の規模の縮小が図られた。

### (c) 中小企業金融円滑化<sup>(31)</sup>

中小企業金融円滑化法とは、「中小企業や住宅ローンの借り手が金融機関に返済負担の軽減を申し入れた際に、できる限り貸付条件の変更等を行うよう努めることなどを内容とする法律。平成20年（2008）秋以降の金融危機・景気低迷による中小企業の資金繰り悪化等への対応策として、平成21年（2009）12月に約2年間の時限立法として施行。期限を迎えても中小企業の業況・資金繰りは依然として厳しい状態にあったことから、二度にわたって延長され、平成25年（2013）3月末をもって終了した。」<sup>(32)</sup>

金融機関による円滑な資金供給の促進として円滑化法終了後も金融検査マニュアル・監督指針において、貸付条件の変更等や円滑な資金供給に努め、他の金融機関等と連携し、貸付条件の変更等に努めること（地域経済活性化支援機構法に、金融機関は金融の円滑化に資するよう努めるべきとの趣旨を規定）、金融機関に対し、中小企業・小規模事業者の経営支援に一層取り組むよう促すこと、経営支援と併せた公的金融・信用保証による資金繰り支援（経営支援型等のセーフティネット貸付、複数の借入債務を一本化し返済負担軽減を図る借換保証を推進、政府系金融機関による資本性劣後ローンの拡充）が企図される。<sup>(33)</sup>

中小企業金融はその不安定さのために競争力を有しないという問題があり、公的支援、中小企業金融円滑化が図られ、重視されている。中小企業金融についての政府系金融機関の整理統合に伴う縮小と民間金融機関の貸し渋り、貸しはがしに対する中小企業金融円滑化法の継続などの情勢の変化を考慮に入れなければならない。

また円滑化を最重要視する、すなわち金融機関の貸付の迅速化、安定を重視する場合、信用保証協会がリスクを負担する、公的資金がリスクを負担することになる。この税金による中小企業金融促進は金融機関の依存構造をもたらすことになる。金融機関の依存構造の問題が最も危惧すべき問題である。

中小企業金融円滑化理念が存在しているが、反社会的勢力関与取引を有効扱いること（一方的なリスク負担は公平でなく、共同して利益剥奪に努めるべき）が対応として良いのか、無効扱いの方が良いのか（金融機関の一次的な責任を重視すべき）は、中小企業金融円滑化理念の重要性からは導かれない。

判例は無効にすると円滑な金融が行われなくなるとする。そして円滑な金融を行うことが当事者の意思であるとする。このことは政策問題であり、政策の是非を問うべき問題であり、当事者の意思として正当化すべき問題ではない。また、政策が重要であるからといって無審査での貸付を容認することはできず、反社会的勢力問題については金融機関全体の了解事項であるという批判が再び生じる。さらに反社会的勢力対策の進展とともに融資の際の審査は慎重になるので、中小企業金融円滑化はこの意味ではすべて慎重な審査に服することになり、ここで特に信用保証無効判断が円滑化を阻むと言う必要もない。

問題はリスク負担の問題である。従って両当事者の特性を考察する。

## (2) 信用保証協会について

### (a) 信用保証協会（信用保証協会自体多くの訴訟において独自の地位が認められている）

信用保証協会とは中小企業金融支援のために信用保証協会法によって設立される公益法人であり、金融機関の中小企業貸付に対して信用保証協会が保証を行う（信用補完）。信用保証協会に対して地方公共団体が出資、貸付、監督を行い、全信連が出資し、政府は基金補助金を拠出し、監督する。信用保証協会は日本公庫中小企業事業より貸付を受け、包括保険契約（再保険、部分填補）を締結する。<sup>(34)</sup>

信用保証制度は、中小企業・小規模事業者の事業運転設備資金のための制度であり、規模（資本金・従業員数）、業種（主に商工業）、区域・業歴についての制約がある。<sup>(35)</sup>

「信用保証料は、中小企業・小規模事業者の方の信用保証委託に応ずる対価であり、中小企業信用保険の信用保険料や経費等、制度運営上必要な費用に充当」される。

「責任共有制度は、信用保証協会と金融機関が適切な責任共有を図ることにより、両者が連携して、中小企業・小規模事業者の事業意欲等を継続的に把握し、融資実行およびその後における経営支援や再生支援といった中小企業・小規模事業者に対する適切な支援を行うことを目的とし」、「『部分保証方式』と『負担金方式』の2つの方式があり、そのいずれかの方式を各金融機関が選択することとなる」。責任共有制度の例外として、1) 経営安定関連保証（セーフティネット保証）、2) 災害関係保証、3) 創業関連保証（支援創業関連保証及び再挑戦支援保証を含む）、創業等関連保証、4) 特別小口保険に係る保証、5) 事業再生保証、6) 小口零細企業保証等がある。

「信用保証協会が中小企業・小規模事業者の保証委託申込に応じて保証を承諾し、金融機関から融資が実行されると、中小企業・小規模事業者の資格、借入金の使途、保証金額等一定の要件を備えた保証についてはすべて、中小企業信用保険法に基づく信用保険に付保される仕組みになっている」（包括保証保険制度）。「この場合、信用

保証協会は、保険の種類ごとに定められた保険料を(株)日本政策金融公庫に支払うことになって」る。

「信用保証協会の保証によって融資を受けた中小企業・小規模事業者が、所定期限までに金融機関へ借入金の返済を行わない場合、その事実が金融機関から信用保証協会に通知され、信用保証協会は中小企業・小規模事業者に代わって金融機関に弁済」する。

「この代位弁済が信用保険上の保険事故であり、この代位弁済額の70~90%（この率を保険填補率といいます。）を保険金として(株)日本政策金融公庫から信用保証協会が受領」する。「信用保証協会はこの保険金を受領後、中小企業・小規模事業者からの弁済の都度、その回収金を保険填補率に応じて(株)日本政策金融公庫に納付」する。

利用実態として、「中小企業・小規模事業者が日本の企業全体に占める割合は99.7%。その数は、全国で420万企業」、「そのうち信用保証の利用企業数は、154万企業と、公的金融機関の中でも利用が多」く、「利用企業の9割は『従業員数が20名以下』の小規模事業者」である。

#### (b) 歴史

中小企業金融について、「昭和2年の金融恐慌対策として『中小商工業応急資金』、昭和5年の金解禁後の混乱に際しての『信用組合経由中小商工業者向融資』、昭和6年の金輸出再禁止後の金融対策としての『中小商工業者向産業資金』、昭和12年の『中小商工業振興資金』等相次いで相当額の政府資金が、応急措置として投入されていった。恒常的対策として、昭和11年商工組合中央金庫が設立された。日本興業銀行も昭和6年に中小工業課を設置していた。<sup>(36)</sup>

都市銀行、地方銀行にとって「中小企業は基本的に金融緩和期には貸出を行い、金融が逼迫してくると直ちに貸出を削減したり、あるいは回収したりする、いわば銀行経営上のクッションともいふべき安定性のない対象であり」、「系列金融機関の特性も重なり」、「中小企業金融には消極的にならざるをえない」。<sup>(37)</sup>

「中小企業の信用力補完による金融円滑化対策は昭和6年の『愛知県中小商工業者産業資金補償制度』、『大阪府工業組合および産業組合短期小額融通資金補償制度』に端を発する」（金融機関の損失を一定割合府県が補償する）。<sup>(38)</sup>

「政府は再補償措置を講じ、昭和9年の風水害に対する『罹災地中小商工業復興資金融通損失補填制度』として実施し」、「さらにこれを一般中小企業金融に対する地方公共団体の補償に適用し、『国庫再補償付道府県および大都市中小商工業資金融通損失補償制度』に発展させ」た（貸出総額の制限、金融機関の担保徴求原則から限界があった）。<sup>(39)</sup>

中小企業の「発展性や、経営者の人的信用に着目し、物的担保の不足を補完し、金融円滑化を図ろうとする」ことが検討され、昭和12年東京信用保証協会が設立され、

金融機関経由保証、協会斡旋保証が行われ（当初金融機関からも保証料を徴収していた）、発足1年目には3377件500万円の保証承諾を行った（代位弁済は6件に過ぎなかった）。その後、日華事変勃発、戦時統制経済が行われる中、昭和14年京都信用保証協会が設立された。昭和17年に大阪市信用保証協会が設立されるが、戦力増強への寄与を目的とするものとなった。<sup>(40)</sup>

戦後、昭和22年、中小企業対策要綱が決定され、23年、中小企業庁が発足し、信用保証協会が全国に普及していった。<sup>(41)</sup> 昭和23年事業者団体法は信用保証協会を財団法人に統一するよう要請したが、昭和28年信用保証協会法制定によって、特殊法人として存続することとなった。<sup>(42)</sup> 昭和25年、金融機関の中小企業に対する融資に対する政府の直接保険を規定する中小企業信用保険法は昭和26年12月に信用保証協会の信用保証もカバーすることになり、代位弁済額の50%が補填されることとなった。<sup>(43)</sup>

こうして信用保証協会保証は急速に拡大していくと共に代位弁済も増加し、「昭和32年度から、政府の中小企業信用保険特別会計から10億円を信用保証協会へ低利で貸し付けるという形で国家資金の直接導入の実現をみる」。融資基金は増加していく（増加額の多寡はある—昭和62年、平成5年など突出して増加する）。<sup>(44)</sup> 各地方自治体の地域特性に応じた特別保証制度の実施、出捐金増強、損失補償など財政援助措置も講ぜられる。<sup>(45)</sup>

昭和33年7月中小企業信用保険公庫が設立され、「信用保証協会の行なう債務保証のみを信用保険にかける『包括保証保険』の誕生をみた」。「こうして信用保証協会は中小企業の信用保証をする第一線機関、中小企業信用保険公庫はその保証に対し再保険機能を営むバックアップ機関という現行信用補完制度の」体系化が実現された。<sup>(46)</sup> 「昭和37年の災害保証制度、輸出貿易手形保証制度、翌38年の近代化保証制度、産炭地域関係保証制度、40年の無担保無保証人保証制度」など各種保証制度が行われた。<sup>(47)</sup>

高度成長に対する貿易・資本自由化の進展に応じて経済環境が激変し、昭和42—3年倒産企業数が激増し、代位弁済も上昇し、昭和44年には健全化のための経理基準が改正され、経営合理化が推進し、昭和45年ごろからの景気の落ち込み、倒産の増加に対する金融緩和措置から輸出中心体制となり、公害問題もクローズアップされると共に保証需要も増加した。<sup>(48)</sup>

ニクソンショック以降、基本的には不況基調の景気が継続していく。不況期、代位弁済は急増し、経営健全化が問題となる。<sup>(49)</sup>

昭和55年回復期、積極的な保証活動から、保証実績が5兆円となる。融資基金、信用保険公庫保険金支払い準備基金、信用保証協会基金補助金も大幅増額され、日本共同証券財団からの寄託等と併せて信用保証協会の基盤強化が図られる。<sup>(50)</sup>

昭和58年以降景気拡大し、昭和61年以降景気拡大は鈍化するが、バブル経済が進行

し、信用保証協会の信用補完は強化され、積極的な保証が展開され（特定地域関係保証、当座貸越根保証制度、長期経営資金保証制度、事業者カードローン根保証制度）、信用保険限度額の大幅な引き上げ、「自己資本比率規制をにらんだ都市銀行等を中心とした金融機関の保証利用姿勢の積極化」による拡大がなされた。<sup>(51)</sup>

平成3年以降、バブル崩壊後、再び長期の不況が続く。「信用保証協会は、平成3年4月から始まった長引く景気後退に対して、中小企業を金融面で支えるべく不況対策、体質強化、倒産関連および低利の制度保証を積極的に展開した」。その結果、保証債務残高、代位弁済が激増した。「このような協会運営に対して、政府は積極的に財政支援を行った」。<sup>(52)</sup>

1990年代から2000年代後半にかけ中小企業資金繰り安定化のため（貸し渋り、貸し剥がし対策）特別保証制度、緊急保証制度が実施された。2006年、借り手事業者の経営内容に応じた保証料率が適用される。2007年責任共有制度によって金融機関に原則20パーセントのリスク負担が求められる（緊急保証制度等対象外あり）。<sup>(53)</sup>

### (c) 判例における信用保証協会の優位性

信用保証協会保証は、信用保証協会法に基づく中小企業振興育成という公的使命の下に中小企業者への金融の円滑化を図る目的で設立された機関が中小企業者の信用を保証することによって金融機関からの融資を円滑にする目的をもつものであり、有償性、定型性、反復継続性を持つものであり、保証人保護は当てはまらない。<sup>(54)</sup> 信用保証協会が信用保険とともに政府の支援を受けて最終的にリスク負担することと、このような形での金融支援の推進が意図されるために、契約、合意、約定における信用保証協会の優位性が必要となる。

保証委託契約の特約の効力について、最判昭和59年5月29日民集38巻7号885頁は、保証人と債務者との間の求償権についての約定利率による遅延損害金特約、保証人と物上保証人との間の民法501条但書5号所定の代位割合と異なる異なる特約を当事者間だけでなく、後順位抵当権者等利害関係人に対しても有効とする。一般論としてこの旨の特約の効力を論ずるものであり、原債権との併存についての理論的な問題も指摘されているが<sup>(55)</sup>、事例自体は信用保証協会と債務者・物上保証人間の契約の問題である。<sup>(56)</sup> 最判昭和59年10月4日裁判集民143号1頁、最判昭和59年11月16日裁判集民143号165頁、最判昭和60年12月13日金法1112号32頁同旨。

ただし最判平成19年7月5日裁判集民225号1頁は、民法398条の2第2項が根抵当権の担保すべき債権の範囲について債務者との特定の継続的取引契約によって生ずるものその他債務者との一定の種類取引によって生ずるものに限定して定めなければならない旨規定しているために、本件根抵当権は債務者との「保証委託取引」によって生ずるものに限定するものであることが明らかであり、信用保証協会と根抵当債務者との保証委託取引とは、信用保証協会が根抵当債務者の依頼を受けて同人を主債務

者とする債務について保証人となること、委託を受けた保証人として求償権を取得すること等を主たる内容とする取引を指すものと理解され、根抵当債務者でない者が信用保証協会に対して負担する債務についての根抵当債務者の保証債務は、上記取引とは関係のないものとする。<sup>(57)</sup>

これらは一般論としての特約の効力判断であるが、信用保証協会の優位性を認めるものである。中小企業のための機関として優位性を主張すべきでないという主張もある。

### (3) 金融機関優位性

#### (a) 歴史

金融機関が優位な地位にあることは明治以後の殖産興業における優越的地位とそれに基づく財閥形成、戦後の護送船団制と系列化状況から明らかである。<sup>(58)</sup>

明治以降の伝統であるが、「経済に対する政府判断の尊重、金融機関優遇制度の下で、大企業へのメインバンクによる資金集中が生じ（一体としての規模拡張）、長期雇用、株式持ち合いなど長期関係を維持する制度が生じ（寡占、系列化）、固定化する。」<sup>(59)</sup>

「高度成長後、低金利政策による高度成長の持続が図られるが（重化学工業が一層進展するが、公共部門投資と輸出需要が支えた）、過剰設備の傾向が明らかとなり、『市場秩序の確立、国際競争力の強化というような観点から、企業合同、業務提携、共同投資等の産業再編成や、寡占体制の確立等が問題となる』。昭和40年以降の不況において企業体質が変化する。産業再編成については『海運集約化等の斜陽産業における再編成、金融系列、資本系列を超えた合併、系列参加企業の吸収等による金融系列を中心とする系列の強化、国際競争力強化のための特定業種の合併等に分類される動きがみられた』（企業への外部資金の供給は増大したが、証券市場を通ずる資金調達が低い水準であったので、金融機関貸出が増加した）。『このように金融機関の地位、とくに都銀、長銀の役割が大きい間接金融方式であったので、金融系列が依然として産業金融のなかで中心的な地位に立っていた』。設備投資需要が落ちてくると都銀は系列企業への融資を確保しようとして金融系列を強化した。『この時期の企業体制のもう一つの動きは国家資金の政府金融機関を通じての企業への投入である』。資金配分を国家の意志によって特定部門に重点的に行おうとするものである」。<sup>(60)</sup>

「国債発行金融緩和、公共部門への投資増加、金融自由化傾向、銀行の利益率低下においても、護送船団方式に基づく低金利の基本姿勢は変わらず（同様の仕組みでの利益取得に固執する）、円高後、金融資産（株価、地価）の増加による発展維持（財テク）が目論まれた。」バブルについては「大手金融機関がこぞって安易な投資に走ることが、傷を一層深くした（長期信用銀行の破綻）。」<sup>(61)</sup>

バブル崩壊後、金融機関破綻が生じ、金融自由化など諸改革が行われるが、金融機関は再編され、金融円滑化が図られ、金融緩和が行われ、旧来の発展がもくろまれる。「再編は旧来の動きと見られる。メガバンクが形成された（バブル期以降、株式の下落に伴いのメインバンク制度の弱体化が指摘されているが、それにもまして自由化による競争激化があり、さらにIT化、グローバル化の要請が大きい。<sup>(62)</sup>）相変わらずの国債発行の増加については変化がみられない。金融緩和、金融拡大の動きは継続する（貸出需要の創設、証券化等金融商品の開発が要請される）。」<sup>(63)</sup>

#### (b) 金融機関の優位性は諸種の取引に見られる

歩積預金とは、商業手形割引・商業手形担保貸付に際し、銀行がその金額の一部を債務者の預金として積み立てさせることをいい、両建預金とは、最広義には貸出と両建形式となっている預金をいう（事実上引き出せない拘束預金）。行政指導により自粛措置が講じられていた（慣行がなくなったために通達は廃止されたが、金融庁の検査項目には入っている）。<sup>(64)</sup> 最判昭和52年6月20日民集31巻4号449頁は、優越的地位の濫用を認めるが、契約を私法上無効としない。

銀行は約定書において期限の利益喪失条項を規定し、諸種の事由の発生による期限の利益喪失を可能としている。また、約定書において相殺予約を規定し、貸付に不安が生じた場合に即座に預金債務との相殺をなしうる旨定められている。

また、相殺自体担保的効力が認められている。この相殺の担保的効力が認められた事例は預金債権が国税債権によって差し押さえられた場合に銀行の貸付との相殺を無制限に認める判決である（最判昭和45年6月24日）。

相殺事例については、「相殺予約の社会的な意義とその公知性を根拠に、とりわけ銀行取引に付されている相殺予約の対外的な効力を認めるべきとの主張がある」とされる。<sup>(65)</sup>

このように金融機関の特約内容、その第三者効により金融機関に有利な地位が認められる。

担保保存義務免除特約については、信用保証協会が使用した事例、信用金庫が使用した事例がある。

最判平成2年4月12日金判883号14頁は、保証人が債権者に対し、債権者の担保保存義務を免除し、民法504条により保証人の享受すべき利益を予め放棄する旨を定めた特約が有効であり、担保減少によって他の保証人の代位の利益を害することになっても、故意重過失がないなど信義則などに反する特段の事情が認められない場合、担保保存義務免除特約の効力を主張することが許されるとする。<sup>(66)</sup>

最判平成7年6月23日民集49巻6号1737頁は特約した物上保証人からの第三取得者も免責の効果が及ぶとした（信用金庫が使用した事例）。<sup>(67)</sup>

要綱案は担保保存義務について、債権者が担保を喪失し、又は減少させたことにつ

いて取引上の社会通念に照らして合理的な理由があると認められるときは、適用しないとする。

金融商品販売についての優越的地位問題について、最判平成25年3月7日事例解説は、スワップ販売銀行が平成17年12月2日に優越的地位の濫用としての勧告を受け、平成18年に金利系デリバティブ商品の一定期間の販売禁止とその販売業務及び「顧客に対する適切な説明義務態勢の確立」等につき改善を命じた金融庁の行政処分があり、その際、自らの調査において平成13年4月以降の金利スワップ契約1万8162社のうち、濫用事案17社、濫用懸念事案51社、説明不足事案181社であるとする。<sup>(68)</sup>

金融機関と信用保証協会共に他の利害関係人に対して優位な特約の効力が認められている。それでは金融機関と信用保証協会の間での優劣はどう考えるのか。

#### (4) 信用保証協会と金融機関の関係性を示す判例

実体のない企業に対する保証を錯誤無効とする東京高判平成19年12月13日がある(前述)。金融機関経由保証について保証対象資格のない企業に対する保証契約を要素の錯誤とする判例として東京地判昭和53年3月29日判タ369号239頁は、「保証の対象となる中小企業者は一定の資格を有する者でなければならないことは相手方金融機関に周知の事柄である。」「被告が行う信用保証の対象となる中小企業者とは、その事業を一定期間継続して営業している実績のあるものに限られており、従来の原被告間の取引もいずれも右のように実績のある中小企業者を対象としたものであった。また、信用保証の対象となる手形はすべて営業上の取引によって正当に取得した約束手形又は為替手形に限られ、金融を受ける手段として第三者から交付された融通手形は含まれない取扱いであること（この事実は当事者間に争いが無い。）も本件各契約締結にあたり原告の充分承知しているところであった。」「信用調査書の作成にあたる金融機関こそ誠実に業者の実態をありのままに調査報告することが期待されるところであって、被告が金融機関経由保証申込の審査に関し机上調査を原則とするのは実情に照らし相当であり、本件各契約に際しても被告はその調査を怠っているとはいえない」とする。

旧債振替について、最判平成9年10月31日民集51巻9号4004頁は、「信用保証協会は、中小企業者等に対する金融の円滑化を図ることを目的として、中小企業者等が銀行その他の金融機関から貸付け等を受けるにつき、その貸付金等の債務を保証することを主たる業務とする公共的機関である（信用保証協会法一条参照）。しかるに、信用保証協会の保証に係る貸付金が当該金融機関の既存の債権の回収を図るための手段として利用されると、中小企業者等が必要とする事業資金の調達に支障が生ずることとなり、中小企業者等の信用力を補完し、その育成振興を図ろうとする信用保証制度の本来の目的に反する事態となる。そこで、信用保証協会と金融機関との間で交わさ

れる信用保証取引に関する約定には、旧債振替禁止条項が設けられ、さらに、同条項の実効性を確保するために、金融機関が同条項に違反して信用保証に係る貸付金により既存の債権を回収した場合には、信用保証協会は保証債務の履行の責めを免れる旨が定められているのである。このような規定が設けられた趣旨及びその内容にかんがみると、金融機関に旧債振替禁止条項の違反があった場合には、信用保証協会からの特段の意思表示を要することなく、保証債務は当然に消滅し、したがって、信用保証協会が任意に右保証に係る債務の弁済をしたとしても、代位弁済としての効果が生じないから、信用保証協会は、主たる債務者及びその求償金債務の保証人に対し、求償金の支払を求めることはできないものと解される。ただし、貸付金の一部にしか同条項の違反がないのに、当然に保証債務の全部について債務消滅の効果を生じさせる合理的理由は見だし難い。したがって、金融機関が貸付金の一部について同条項に違反して旧債振替をした場合には、残額部分の貸付金では中小企業者等が融資を受けた目的を達成することができないなど、前記信用保証制度の趣旨・目的に照らして保証債務の全部について免責を認めるのを相当とする特段の事情がある場合を除き、当該違反部分のみについて前記の保証債務消滅の効果が生ずるものと解するのが相当である」とする。

旧債振替について、旧債振替禁止条項・免責条項の法的根拠として、要素の錯誤説、協会保証の趣旨抵触説、解除条件付失権約款説、履行拒絶権説があり、信用保証協会が任意弁済した場合の求償権行使について差異が生じる。また、旧債振替を金融機関が行った場合に保証債務全部免責されるのか、振替部分について免責されるのか説が分かれていた。さらに、当座貸越取引において貸越額の返済が旧債振替に当たるのかも議論されていた。本判決は、旧債振替の際の保証債務の当然消滅、一部違反の場合の一部消滅、当座貸越についての不適用を判示する。<sup>(69)</sup>

信用金庫・信用保証協会の共同不法行為を問題とする東京高判昭和63年12月12日金法1237号30頁も相互関係を示す。個人債務者の保証人である者が、個人信用枠を利用して裏書譲渡を受けた会社融通手形を割引いた信用金庫と不渡後代位弁済をした信用保証協会の求償権行使に対する支払いについて、信用金庫と信用保証協会に共同不法行為に基づく損害賠償を請求した事案であり、信用金庫担当者が個人信用枠利用のための裏書譲渡を知っていたが、個人取引から会社取引への移行上の措置であると信じており、融通手形であることを知っていたとの疑念がないわけではないが、そう断ずることができず、信用保証協会に対する履行請求も欺罔の意思が認められず、信用金庫の不法行為は認められず、信用保証協会の共同不法行為もあり得ないとした。

以上、信用保証協会の中小企業金融に対する特別な地位から債務者・第三者に対する優遇が認められ、また、金融機関一般にも優遇が認められる。

反社会的勢力に対するリスク負担の問題も両者の地位に基づく優劣関係と見ること

もできる。金融機関と信用保証協会間の争いについては信用保証協会が優先する例がある。

反社会的勢力に対する保証を、保証の趣旨に含まれるものとするのか、無効主張できると考えるのかについてもこの優劣問題とみることもできる。金融機関が優位に立つならば主張できないことになる。このことは中小企業金融円滑化という政策趣旨にも合う。

信用保証協会と金融機関の問題の場合、金融機関は信用金庫など中小企業金融機関であることが多いことが問題に影響するか検討する必要もある。

ここで、中小企業金融円滑のための解決という点だけではなく依存関係という点が重要である。金融機関がこの仕組みを利用して信用保証協会を利用するという問題である。この点について、従来、金融機関に依存し、財閥化、系列化等産業発展を遂げてきた経緯が問題とされなければならない。

#### (5) 公的負担問題

また金融機関と信用保証協会の優劣関係を考える場合、信用保証協会が公的機関であるという点、信用保険によって公的補助を受けるという点が考慮されなければならない。

政策リスク負担の問題を考える場合に公的負担と金融機関の優劣の問題として公的機関がリスク負担すべきではないのかという問題がある。税金で負担すべきか金融機関が負担すべきかという問題である。中小企業金融円滑化のために反社会的勢力リスクを公的負担とすべきかである。

同様に公的負担との優先問題として、国税債権と金融機関の相殺特約の優劣判断事例がある。相殺特約一般の問題、金融機関優遇問題と共に最高裁事例では国税優先理論との関係も問題とされている。

「差押えと相殺の問題について、判例において、当初、自働債権と受働債権の双方共に弁済期にあることが相殺を主張しうる要件とされていたのが（差押え前に受働債権についての期限の利益放棄の意思表示がある場合でもよい）、最判昭和8年5月30日民集12巻1381頁は期限の利益の放棄の意思表示のあることを不要とし、自働債権が弁済期にあることだけで相殺を主張しうるとした。最判昭和32年7月19日民集11巻7号1297頁は昭和8年事例と同様の事例において債権譲渡前に弁済期にある自働債権を有していたときに相殺の期待を保護すべきと判示した（相殺の担保的機能）。最判昭和39年12月23日は差押え時に自働債権が弁済期にないときでも受働債権の弁済期よりも先に到達する場合には相殺が可能であるとし（合理的期待）、反対の場合（合理的期待のない場合）には相殺できず、相殺予約によっても可能とはならないとした。昭和45年6月24日は差押え後に取得されたものでない限り、弁済期の前後にかかわらず

相殺適状に達すれば相殺が可能とし、このことは相殺予約（期限の利益喪失条項と期限の利益放棄を伴う）によっても可能とした（期限の利益喪失条項がなければ期限到来を待って相殺することになる）。学説においても昭和32年判決以降、相殺の担保的機能に賛同し、昭和39年判決において制限説と無制限説の議論が生じ、昭和45年判決が無制限説をとり、多くは判例を追認した。昭和39年判決において相殺の優先効を当事者の合理的期待に基づき認め、相殺予約もこの合理的期待を有する範囲を超えては認められないとしていたのに対して、昭和45年判決は無制限に相殺の優先効を認めると共に相殺予約の効力も認める。相殺の優位が確立されたのである。この判例の転換は相殺の意義の転換と共に合意に大きな効力を認めるものであり、非常に大きな転換であり、多くの議論がなされた。この問題を相殺予約の第三者効とし、保護に値する相殺期待の第三者効を認めるとするものもある（基本的には合意の効力の問題として扱い、制度上の問題、制限説無制限説の議論については劣後するものとする）。<sup>(70)</sup>

このような当事者間の相殺期待の全面的保護（合理的な期待といえない場合も継続的關係における弁済期の前後が意味を持たないことから保護されること）、相殺の担保的機能の強化（継続的關係における相殺の他の関係に対する優越）について、主に金融機関の優越的地位を意味すると考えられる。最高裁判決が国税債権との関係であったのが象徴的である。

さらに国税優先主義との関係も問題となる。国税は納税者の財産について原則としてすべての公課その他の債権に先立って徴収する。抵当権・質権等一定の担保権を持つ債権は法定納期限前に設定されたものは国税優先原則の例外となる。相殺について判例は国税優先主義を取らない。

また、このことを示す将来集合債権譲渡担保事例がある。

最判平成19年2月15日民集61巻1号243頁（取立権限の残る債権の差押えと債権発生の遡及）

最判平成13年11月22日（取立権限の残る債権に対する差押えと対抗力の遡及問題について一審、二審が特約を重視して移転の効力を否定し、対抗要件の具備も否定したのに対して、最高裁は将来集合債権譲渡担保の対抗要件は設定通知で具備され、特約から移転を否定することはできないとし、将来集合債権譲渡担保の優先的効力を認めた）において対抗問題で敗訴した国税庁はあらためて国税徴収法24条1項、2項による告知処分をした上、3項によって供託金還付請求権を差し押さえた。それに対してXが排除を求めたが、ここでも敗訴する。

「本判決の意義について調査官解説は以下のように述べる。

譲渡担保についての対抗要件具備後、法定納期限等が到来し、その後目的債権が発生し、差押えがなされたときに「法定納期限等以前に譲渡担保財産となっている」か

が問題とされ、原審が目的債権の譲渡担保権者に帰属する時期を債権発生時としたのに対して、そのことから当然に譲渡担保財産に当たらないとすることはできないとし、平成11年1月29日、平成13年11月22日によって認められた将来債権譲渡担保の法的性質に基づく国税徴収法24条6項の解釈問題として、特段の留保のない限り発生した債権は設定時から譲渡担保財産となっているとする。将来債権譲渡担保についての対抗要件が具備されたならば目的債権は設定者の責任財産から逸出し、国税の物的納税責任を負わせるのは妥当ではないという価値判断があるとす。(71)

多数の学者は将来債権譲渡担保の効力を広く認めることに対して賛意を表している。(72)

このことは ABL 等できるだけ多くの方法による資金調達を可能にすべきであるということを肯定的に評価するものである。(73)

また、このような公的負担の拡大の例としては政府系金融機関、公的保険制度があげられる。公的保険制度の典型例として社会保険、労働保険の他に自賠責保険がある。民間において様々なリスクに保険制度が存するのであるが、リスクの大きなものについては再保険制度もある。

信用保証制度について、貸付に信用保証が行われ、信用保証に信用保険が付される。

信用保証協会の保証について「信用保証協会と日本政策金融公庫との間で取り交わされる契約が中小企業信用保険である。」「信用保証協会の行う保証の目的は、中小企業者が、銀行その他の金融機関から貸し付けを受ける場合の当該貸付にかかる債務を保証する点にあるのではなく、中小企業者を育成発展させるために債務保証を通して、中小企業金融の円滑化を図ることにある。」「わが国の中小企業信用補完制度の特徴は、信用リスクの審査をはじめ、モニタリングや回収業務など、信用保証協会が中心的役割を担っていることである。しかも、その保証規模は、諸外国と比較しても相当に大きなものである。さらに、政策的配慮により、信用保証による保証料率は全体的に実際のリスクよりも低く設定されている。」「(74)

信用保証協会と日本政策金融公庫との間の信用保険契約において、信用保証協会は日本政策金融公庫に信用保険料を支払い、信用保証協会の代位弁済に対して日本政策金融公庫は一定の補填率(70, 80, 90%)を乗じた額を補填する。(75)

信用保険は、「信用保証制度と一体となって、中小企業者または破綻金融機関等の融資先である中堅事業者の資金調達の円滑化を図るという政策保険の1つである。」「(76)

「信用保証協会の信用保証が、多数の保証行為を集めて、確率計算による保証料を徴収して、リスクに応じた保険料を負担する保険原理により運営されているならば、信用保証は、債務弁済不履行を保険事故とする保険とみなしうる。一方、中小企業信用保険は信用保証協会が担保する信用リスクについて、さらに部分的に引き受ける仕

組みとなっている。したがって、構造的には、信用保証と信用保険は、元受保険と再保険という関係である。」<sup>(77)</sup>

「信用保証制度を利用するのは、高リスク企業である可能性が高く、「しかも、政策的配慮により、信用保証における保証料率は全体的に実際リスクよりも低く設定されている。」「中小企業信用保険によって担保される信用リスクは、高リスクとなる可能性が高まる。」また「金融機関が中小企業を選別し、信用リスクが高いと判断したものについて、信用保証協会に対して保証をつけるという構造になっている。」このように高リスク者が保険に入りたがるといういわゆる逆選択が生じる（高リスク企業の保険料を上げると結果的に保険市場から排除することになり、産業政策的役割を担う信用制度の政策問題となる）。また、保険加入により保険契約者の行動が変化し、事故の発生頻度規模が大きくなる問題もある（モラルハザード）。<sup>(78)</sup>

このために中小企業信用保険法改正による料率の弾力化と金融機関・信用保証協会間での責任共有制度がある。<sup>(79)</sup>

信用補完制度の健全性のために、信用保証協会としては審査基準、モニタリングを強化し、適正保証料率の検証が必要であり、日本政策金融公庫の信用保証協会に対する直接の審査も考察されるべきであり（現在は包括保険契約である）、日本政策金融公庫の負担する危険をすべて政府出資金でまかなうのではなく、一般の保険会社と同様に責任準備金等自らの経営内での負担を考察すべきである（リスク管理体制）とする。<sup>(80)</sup>

このような当事者が損失を負担しない仕組みについて、必要度の高いものについてのリスクを公的負担とすべきという考え方についてどう考えるべきであろうか。

このような保険による危険の拡散に基づく産業発展意図は自動車産業における自賠責保険にも見られるところである。自動車産業に対する諸優遇措置、自賠責保険、道路行政等の産業支援が生み出したものは車社会であり、相互依存に基づく重層的産業構造である。

このような公的保険制度は産業政策に基づくものであり、他の公的支援優遇政策と共に系列化構造、支配依存構造を作り出す。

公的援助が金融中心の肥大化、系列化を生み、依存構造を生み出すことは既出の通りである（金融の政策的優遇）。

中小企業金融円滑化のために必要な公的負担という観点ではなく、このことによる依存関係の形成が重要な問題であり、日本経済の構造の問題である。この依存関係を生み出さないことが最も重要な判断基準である。

#### 四. 結論

判例は当事者の共通の前提から錯誤を肯定するものとリスク負担の問題として当事者の合理的意思から信用保証協会がリスク負担すべきとするものとあり、判例解説によると新たな考え方による議論を想定すると共に当事者関係を詳細に見るべきとする。

以上の判例の考え方からこの問題が錯誤の問題であるのか、リスク負担の問題であるのか、リスク負担として反社会的勢力対応の責任のあり方の問題と考えるのか、中小企業金融円滑化に対する責任のあり方の問題と考えるのか、これらのリスク負担問題は当事者意思の問題とされるのか、他の法理を用いるのかが考察されなければならない。

錯誤論など個人の意味、帰責性の問題として考察することについて（錯誤無効判断方法として意思を重視する見解による）、反社会的勢力への対応のあり方、中小企業金融円滑化に対する対応のあり方など政策的判断が考慮に入る。そして錯誤判断において政策的判断に合う対応をとらなかったことを個人の帰責性とするには無理がある。即ち、個人の意味一般論に政策的判断を取り込んで個人の意味として是非を問うことには無理があり、端的に政策的判断とすべきである。当事者が反社問題を認識した上で表明保証条項とその効力に関する条項を定めた場合、原則としてそれに拘束されるが、効力について明確に規定しない場合、同様に政策的な問題となる。

当事者が明確な対応をとっていない時期の問題を判例はリスク負担問題ともいう。反社会的勢力とは知らずに契約したことのリスクをどちらが負担すべきかの問題とする。リスク負担の問題は一般に政策問題として当該政策への対応のあり方としてリスク負担者が決定すると考えられる。政策的判断としての反社会的勢力問題にどのように対応すべきかである。

またこの判断は中小企業金融円滑化という政策目的と関連し、中小企業金融円滑化問題に資するためには信用保証協会がリスク負担すべきではないかという問題でもある。

判例はこれらの政策問題をリスク負担の問題とした上で、端的に政策に対して対応すべき者を考えるのではなく、この問題を当事者意思を詳細に考察することから答えるべきとするが、判例の政策問題の理解が面的であり、面的な政策的判断を当事者に押しつけるものである（政策問題を個人の自己責任の問題とする対応は信販事例等多くみられる）。

リスク負担の問題を当事者の合理的意思とすることについては政策的判断を避ける意図を有するものと考えられ、望ましい解決ではない。これらを合理的意思の問題にひき直すということは、当事者が政策的意図を了解していると擬制するものであり、当事者意思の侵害をもたらすものである（もちろん当事者意思としてリスク負担

が合意されている場合もあるが別問題である)。明確な政策の評価が必要であるのであるが多様な問題の指摘が必要となる。

当事者問題とは政策に対する当事者の位置と当事者を巡る問題総体の中での位置づけであり、政策の是非が判断されなければならないと共に当事者としての特殊性が考慮されることになる。

このようにまず当事者の帰責性の問題としてとらえるのかりスク負担としてとらえるのかという問題については、当事者に契約の効力に影響を及ぼす帰責性のない場合は政策的判断としてリスク負担判断とすべきである。政策的判断問題としてとらえると、政策実行のためにどのような対応が望ましいのかで意見が分かれる。このとらえ方は政策の重要性の問題でもある。

リスク負担と捉える政策問題として反社会的勢力対応を考える場合、反社会的勢力との契約が判明した場合にそのリスクをどちらが負担するのかという問題であり、反社会的勢力対策はどの程度実施するのか、どのような方法が効果的かという問題である。契約時点で当事者において明確な対応がとられている場合にはそれに沿って契約の効力が否定されうるが、契約時点で反社会的勢力批難の社会情勢が存するが、当事者によって明確な対応（暴排条項）がとられていない場合にどう考えるのか意見が分かれる。そしてこのリスク負担問題について、契約の効力においては何らかの法理に基づいて解決するのも意見が分かれる。契約を無効とする方が問題が生じたときの調査義務を重く考える意味で厳格であると考えられるが、有効とした上で事後的に契約の効力に基づく対応の方が良いとする見解もある。無効とする場合も公序良俗違反違反関連行為の契約の効力問題、行政的措置に反する契約の効力の問題、信販事例のように反社会的勢力との関係性から契約の効力を考えるのか、錯誤無効と考えるのか、また不法行為責任の方で考えるのか等の問題もある。ただし、反社会的勢力対策については、厳しい対応が望まれている反面、対象範囲が不明確であること、抜け道が多いことなどから厳格な実施が困難なため、厳格な解釈を採る実益が少ない。

さらに、中小企業金融円滑化はどの程度尊重されるのか、どのように実施するのが問題となる。

信用保証協会の趣旨、中小企業金融円滑化の趨勢の意義が問題となり、契約の効力に対してはどのように影響するのかについて、今までの金融機関と信用保証協会の優劣判断を元に考察することになる（どちらも他の債権者関係では優位に立つ）。この点についてまた政策実行のために公的負担はやむを得ないのかという問題もある。この点について金融機関に対する租税債権劣後判断もある。そして、公的保険対応問題として、中小企業金融について信用保証協会保証と日本公庫の再保険による公的対応問題については、同様の問題としての自賠責保険、道路行政等による産業支援等の公

的負担社会問題があり、公的負担の問題も考察されると共に産業依存構造の問題でもある。

本問題において反社会的勢力の契約効力の問題は従たる問題であり、信用保証がそれも含めて保証すべきという問題は経済構造の問題であり、信用金庫のような中小企業支援金融機関が中小企業金融の公的支援を受けるべきとする問題であり、公的支援に基づく金融依存構造の問題である。間接金融構造においてこの問題を信用保証協会負担リスクと考えることが、金融依存構造を増幅する、安易な銀行の信用保証協会依存となるという問題である。この仕組みを利用する者に根拠を与えるのである。

最後の点、当事者の支配問題・依存問題を重視すべきと考えるべきである即ち、反社会的勢力対策がある状況で、信用保証協会保証を信頼して貸出を行った金融機関の依存体質が問題であり（このことは、信用保証の代位弁済には応じられないとの中企庁の伝達に対する全銀協の反発、交渉決裂から明らかである）、また信用保証協会の金融機関への依存に基づく解決、信用保証協会が依存関係に基づく利益のために金融機関に譲歩する解決をしてはならない。金融機関は主たる当事者として合理的意思によらない契約理論に基づき自らこのリスクを負担しなければならない。

このようにこの問題は政策的判断の問題であり、金融重視に基づく解決とそれに基づく依存関係、公的負担問題であり、妥協する場合、無限に問題を増殖する。

依存関係の問題は独禁法では対応できないのか。

経済法とは、「広義の市場支配に対する国家的規制の法」であり、「市場における公正かつ自由な競争秩序維持法を基本とし（独禁法が中心）、『市場の失敗』や特別の理由が認められる場合に『競争制限』や『公正競争阻害』を容認する特別法が認められるべきとする。経済法の基本は、『市場における公正かつ自由な競争秩序維持法』であり、その基本原理は競争原理（現代的市場原理）であるべきものとする」。<sup>(81)</sup>

独禁法規制には行為規制（カルテル、不公正な取引方法規制）と構造規制（結合・集中規制）がある（私的独占禁止は両側面を持つ）。一定の取引分野における競争を実質的に制限すること（市場支配力－価格支配力、排除力）、公正な競争を阻害する恐れ（自由な競争の侵害、競争手段の不公正さ、自由競争基盤の侵害）に対して規制するものであり、実際の運用は公取委が違反行為の国民経済への影響を勘案して裁量判断する。<sup>(82)</sup>

独禁法は排除措置、課徴金、刑事罰、損害賠償請求等の民事訴訟によって執行力を確保する。排除措置は公正取引委員会が審判手続きを経て行う行政処分である。違反行為について各種規定は抽象的要件を定めるので、公取委に広範な裁量が認められるが、審判手続きがその妥当性を保障する。課徴金はカルテルによる不当利得を国が徴収する制度であり、通常、排除措置を命ずる審決確定後に課徴金納付命令が発せられ

るが、徴収額が低すぎる意見がある。いくつかの独禁法違反について犯罪行為者と法人に刑事罰が科される。独禁法違反行為に対して無過失損害賠償規定が置かれている。<sup>(83)</sup>

例えば石油価格協定については、行政指導に従わない違法なものについて刑事責任が存するとされ(最判昭和59年2月24日刑集38巻4号1287頁)、消費者が損害賠償請求することも可能であるが、鶴岡灯油訴訟においては現実購入価格と想定購入価格の差額を損害とする推定が働かないとされる(最判平成元年12月8日民集43巻11号1259頁)。<sup>(84)</sup>

また、ガイドラインによって、抑止効果、指導などを通して事前防止等実効性確保が図られている。<sup>(85)</sup>

独禁法を中心とする経済法の公取委等による運用は政策に左右されると考えられ、機能しない場合もあると考えられ、そのために民事訴訟等が活用されるべきであり、積極的に契約効力の解釈に取り込む必要があると考えられる。

独禁法と私法の問題について、「公法秩序が私法秩序を『支援』し、私法秩序が公法秩序を『強化』する相関作用により、行政訴訟における消費者の原告適格や独禁法違反の損害賠償訴訟における証明の緩和などについて再検討される必要性が説かれ」る。<sup>(86)</sup> また「独禁法3条や19条違反行為を無効とする事は、秩序維持のみならず、権利・自由の保護に資するのであり、とりわけ、優越的地位の濫用などのように取引の相手方に対して力が不当に行使されるような場合はまさに基本権の侵害が生じている」等、基本権侵害型公序良俗違反と政策実現型公序良俗違反を区別する見解がある。<sup>(87)</sup> また競争市場の基盤確保的禁止事項を民事法的規律の固有の対象とする見解があり、<sup>(88)</sup> 「独禁法の不公正な取引方法として禁止される行為のうち、競争手段の不公正さによる行為類型である一般指定g項のぎまんの顧客誘引、同15項の取引妨害の各項と、取引主体の自主性を抑圧し、取引の著しい不公正をもたらす行為類型にあたる同14項の優越的地位の濫用をかかえる禁止事項に含ませている」見解がある。<sup>(89)</sup> これらを人格利益の点から私法の対象とする見解もある。<sup>(90)</sup>

「戦後の経済法を考える場合でも、明治以来の殖産興業政策を基礎とした産業・企業保護のための競争制限助長(カルテルや独占保護)や公正競争阻害(補助金の特定産業・企業への賦与や減免税措置)の政策が、国益増進や公共の利益の名の下に採用され、競争政策を否定する産業政策が採られてきたことの歴史的背景は十分に理解しておく必要のある点である。何故なら、戦後の経済法の歴史を考える場合、独禁法という競争法を制定しておきながら、多くの経済(政策)法が必ずしも競争政策を進める方向で展開されたとは言えず、しばしば競争制限助長方向を指向しがちであったことの風土的背景を考える必要があるからである。」<sup>(91)</sup>

支配的地位にある者の意思を問題とすることももちろん必要であるが、支配的地位

に至る要素をあらかじめ排除することも私法の意義として必要である。

最後に 依存性をなぜ阻止しなければならないのか。

産業発展には依存性の経緯がある。

「明治期の経済への国家介入目的は先進国に追いつくための殖産興業政策であり、補助金、奨励金の付与、国家資金による企業開設、政府企業の民間への払い下げ等による民間資本の育成であった。明治30年代までに法整備が終わり、自由主義経済への発展が開け、第一次大戦による経済発展後も同様に産業保護的立法が制定され、奨励金、補助金交付、融資損失補償、損失補償、輸出補償などが行われ、初期独占段階にはいり、国内需要不足による不況後、さらに、独占助長策が取られ、昭和恐慌における重要産業統制法はカルテルによる市場支配を国家的に保障するものであり、中小企業分野においても競争制限が助長され、国家による合併促進、生産販売の全過程に国家が財閥を通して介入する国家総動員法が制定された。<sup>(92)</sup>

戦後、財閥解体による経済民主化が目指され、独占禁止法が制定された。経済は朝鮮戦争を契機に立ち直り、独占禁止法も適用除外によるカルテル容認など緩和され、補助金交付、減税措置、財政投融资など企業の資本設備の合理化、近代化政策がとられた。」<sup>(93)</sup>

昭和28年独禁法改正後、「政治的にはいわゆる55年体制が確立されると、独禁法の厳格な運用はにわかに後退し、産業・企業保護政策（企業合理化促進法・不況カルテルや合理化カルテルの容認等々）が続々と前面に出てくることになる」。<sup>(94)</sup>

「昭和30年から金融正常化措置、財政執行、公共投資事業施行の促進など財政政策も本格化し、高度成長段階にはいる。昭和37年頃から全国総合開発計画策定、財政投融资計画の肥大化、石油、繊維、電子、機械産業などの高度化計画の策定、政府の長期中期など経済計画の策定がなされ、補助金交付、課税減免、資金確保措置など産業構造改善施策がとられた。昭和47年頃のオイルショック期以降成長期に入り、スタグフレーション期に入り、統制四法、不況対策の構造改善法が定められ、金融、減価償却助成が行われ、経済安定政策がとられる。その後、株価、地価高騰によるバブル経済期に入り、さらにそれが崩壊することになる。<sup>(95)</sup>」。

「基本的に明治以降、近代的な産業発展を効率的に行うために、民間資本主導ではなく、国家主導の経済発展が目指される。金融制度、租税制度、産業構造の整備である。この急速な発展が労働問題、租税問題を生じさせるのであるが、金融を中心とする財閥形成、拡大による依存関係の拡大が図られ、経済的な一定の発展がみられた段階で民主化、社会法制定などもなされるのであるが、やがて恐慌による統制強化、財閥の一層の集中化がなされる。このように日本の資本主義は国家的な発展が中心であり、資本も国家と結びつき、金融資本が優越する。戦後、経済民主化が図られるので

あるが、根本的には同様の志向を有し、このために金融機関優位が存し、護送船団として保護される。またこれは大企業の優遇、系列化でもある。」<sup>(96)</sup>

金融への依存性も中心的課題である。

財閥解体後も中心的役割を果たした金融制度は保護された経緯が存し、間接金融優位、護送船団制、系列化が図られる。

殖産興業として徴税、預金による積極融資による政府主導の産業発展、政商と財閥形成、発展と停滞、戦時緊急金融制度として政府権限の最大化と金融を併せての戦時産業発展、戦後民主化と金融の保護、産業育成と積極的金融と金融制度の安定維持、護送船団制度と政策金融機関（投資銀行との相違）、外圧と成長の停滞と国債と利益確定化システム、バブルとバブルの崩壊、金融自由化下の金融組織改編と金融緩和、以上のように進行する。明治期の産業保護の下で利益を確保し、高度成長の時に護送船団で利益確保し、成熟期にはバブルで利益確保し、バブル崩壊し自由化自己責任となった時に再び国債、統合などの利益確保が出てくる。保証システム、保険システムも利用される。伝統的な依存社会で利益依存関係の拡大があるときに、独立性をどのように要求すべきか問題となる（構造改革）。自由の尊重による自己責任原則の強調と依存支配関係の不当性に対する主導者の責任強調の立場が対立する。自由の尊重は強者による抑圧を導く（詐欺的利用、強者利用）。全体の保護は構造的硬直化をもたらす。権利として強くするためには共同関係を強固にすること、義務として重くするときは共同関係を密にすることが必要である。さらに、金融の中核性に対する批判、独占・保険に依存しない企業システム形成など状況の再検討が必要である。<sup>(97)</sup>

市場は自由に委ねると公正な競争社会とはならず、独占となる。人々は正しい判断をしない。国家はこの場合に市場の自由を確保するように働くべきか、市場を指導していくように作用すべきか。伝統的な経済政策の争いである。<sup>(98)</sup>

日本のように国家主導の産業、市場を指導していく立場としての国家のあり方は、方向性として一貫して進むものであるが、小さな依存関係が集積していき、やがて回復できなくなる。依存関係の増幅を回避すべきである。できるだけ市場の自由を尊重し、漸進的でも多様な方向が集まり、必ずしも一直線には進まない状況に耐えるべきである。伝統的な依存社会で独立性・民主性をどのように要求すべきか問題となる。

以上のことから、この当事者に帰責性のない、当事者意思の予定しない、合理的意思に帰すことのできない政策的なリスクの負担問題について、依存関係を利用しないことが重要であるために、金融機関が一次的にリスクを負担しなければならない。

注

- (1) この問題について、佐久間毅「信用保証協会による保証と錯誤無効」金法1997号6頁、久保壽彦「金融取引法の課題（3）」立命館経済学63巻1号1頁、中村也寸志・金法1979号6頁、中舎寛樹・判評664号144頁、中村聡・金法1990号4頁、鹿野菜穂子・金法2001号37頁、森原憲司・銀法758号1頁、亀井洋一・銀法750号46頁、小沢征行・金法1946号4頁、今井和男・塗師純子・事業再生と債権管理142号112頁他などの論文、評釈がある。
- (2) 金法2008号70頁。
- (3) 金判1453号34頁。
- (4) 山下純司・民法の争点69頁。
- (5) 山本敬三『『動機の錯誤』に関する判例の状況と民法改正の方向（上）（下）』NBL1024号12頁、1025号37頁。
- (6) 鈴木正和「保証契約と要素の錯誤」金法1388号4頁。
- (7) 渡邊博巳・金法1834号94頁。同旨の判決として東京高判平成24年7月4日金法2006号100頁がある。
- (8) 山本豊・民法判例百選Ⅱ第5版補正板114頁。
- (9) 井上聡「金融取引における表明保証」金法1975号45頁。
- (10) 新堂明子・平成23年度重判62頁、鎌野邦樹・金法1953号63頁、白井幸夫・金法1972号29頁、堀天子金判1383号8頁等の評釈がある。
- (11) 森田章・金法1524号72頁、尾崎安央・平成9年度重判103頁、早川勝・法教211号140頁、黒沼悦郎・金法1506号6頁等の評釈がある。
- (12) 白崎里奈・判タ1154号20頁、森田章・金法1716号75頁、小塚莊一郎・平成15年度重判122頁、潮見佳男・平成15年度重判65頁、河内隆史・金判1181号54頁、尾島明・ジュリ1256号179頁、滝沢昌彦・法教277号94頁等の評釈がある。
- (13) 原司郎『日本の金融機構』（昭和43年）44頁。
- (14) 原司郎前掲書48頁。
- (15) 原司郎前掲書48－49頁。
- (16) 原司郎前掲書50頁。
- (17) 原司郎前掲書50－51頁。
- (18) 原司郎前掲書53－54頁。
- (19) 原司郎前掲書54－55頁。
- (20) 原司郎前掲書56頁。
- (21) 原司郎前掲書58－59頁。
- (22) 原司郎前掲書66－67頁。
- (23) 原司郎前掲書211頁。
- (24) 原司郎前掲書213頁以下。
- (25) 原司郎前掲書222－223頁。
- (26) 原司郎前掲書224頁。
- (27) 原司郎前掲書229頁以下。
- (28) 島村高嘉・中島真志『金融読本28版』78頁。
- (29) 島村高嘉・中島真志前掲書94頁。
- (30) 小池拓自「新政策金融機関の設立－政府金融改革と政府系金融機関の再編－」調査と情

報560号2頁以下。

- (31) 平成24年4月20日, 内閣府・金融庁・中小企業庁「中小企業金融円滑化法の最終延長を踏まえた中小企業の経営支援のための政策パッケージ」。
- (32) コトバンク <https://kotobank.jp/word/>
- (33) 金融庁・中小企業金融円滑化法の期限到来に当たって講ずる総合的な対策  
<http://www.fsa.go.jp/policy/chusho/enkatsu/a1.pdf>
- (34) 全国信用保証協会連合会編『信用保証(第2版)』(1996年)11頁以下。
- (35) 以下の叙述は, 全国信用保証協会連合会のホームページによる。
- (36) 全国信用保証協会連合会編前掲書18頁。
- (37) 全国信用保証協会連合会編前掲書18-19頁。
- (38) 全国信用保証協会連合会編前掲書19頁。
- (39) 全国信用保証協会連合会編前掲書19-20頁。
- (40) 全国信用保証協会連合会編前掲書21-24頁。
- (41) 全国信用保証協会連合会編前掲書26頁。
- (42) 全国信用保証協会連合会編前掲書27-28頁。
- (43) 全国信用保証協会連合会編前掲書28頁。
- (44) 全国信用保証協会連合会編前掲書29-31頁。
- (45) 全国信用保証協会連合会編前掲書32頁。
- (46) 全国信用保証協会連合会編前掲書30頁。
- (47) 全国信用保証協会連合会編前掲書30頁。
- (48) 全国信用保証協会連合会編前掲書32-33頁。
- (49) 全国信用保証協会連合会編前掲書33頁以下。
- (50) 全国信用保証協会連合会編前掲書36頁。
- (51) 全国信用保証協会連合会編前掲書37-39頁。
- (52) 全国信用保証協会連合会編前掲書39-41頁。
- (53) 鹿野嘉昭『日本の金融制度3版』(2013年)508-509頁。
- (54) 伊藤進『信用保証協会保証法概論』(1995年)4頁以下。
- (55) 中舎寛樹・民法判例百選Ⅱ第7版82頁。
- (56) 塚原朋一・ジュリ824号78頁, 野田宏・金法1077号8頁, 村田利喜弥・銀法365号4頁, 川井健・昭和59年度重判86頁, 円谷峻・ジュリ847号91頁, 近江幸治・民法判例百選Ⅱ(第三版)88頁等の評釈・研究がある。
- (57) 佐伯一郎・銀法685号34頁, 遠藤曜子・金判1287号16頁等の評釈がある。
- (58) 拙稿「シンジケートローンの法的問題について」法政研究19巻2号43頁以下。
- (59) 西村吉正『金融システム改革50年の軌跡』(平成23年)83頁。拙稿前掲「シンジケートローンの法的問題について」49頁。
- (60) 原前掲書309頁以下。拙稿前掲「シンジケートローンの法的問題について」54-55頁。
- (61) 拙稿前掲「シンジケートローンの法的問題について」58頁。
- (62) 玉木勝『入門現代日本の金融』(2002年)119頁。
- (63) 拙稿前掲「シンジケートローンの法的問題について」61頁以下。
- (64) 伊藤進・川村正幸・許斐義信・吉原省三編『金融法務辞典13版』725頁。
- (65) 北居功・民法判例百選Ⅱ第7版90頁。
- (66) 石井眞司・判タ727号11頁, 塚原朋一・金法1264号17頁, 松本崇・金判855号38頁, 片岡

- 宏一郎・銀法449号12頁, 矢崎正彦・判タ762号46頁, 鈴木正和・判タ775号62頁, 秦光昭・金法1304号56頁等の評釈・研究がある。
- (67) 近藤崇晴・ジュリ1076号114頁, 平井一雄・法教183号82頁, 大西武士・判タ890号16頁, 小野秀誠・金判982号41頁, 牧山市治・金法1440号13頁, 道垣内弘人・平成7年度重判157頁, 齊藤隆・判タ913号22頁等の評釈・研究がある。
- (68) 判タ1389号96頁。拙稿「デリバティブ取引の法的問題について」法政研究18巻1・2号58頁。
- (69) 河邊義典・最高裁判所判例解説民事編平成9年度(下)1284頁。本判決について, 高橋眞・法教210号68頁, 吉田光碩・金法1520号4頁, 山本豊・金法1524号56頁, 村田利喜弥・金法1525号15頁, 吉岡伸一・金法1525号23頁等の評釈がある。
- (70) 差押えと相殺について, 河野正憲・民事執行法判例百選154頁, 早川真一郎・租税判例百選(第3版)180頁, 石川利夫・民法判例百選II100頁, 林良平・金法591号4頁, 米倉明・ジュリ460号90頁, 石井真司・ジュリ460号82頁, 千種秀夫・ジュリ460号88頁, 宮川種一郎・ジュリ481号152頁, 平野裕之・民法判例百選II(第5版)96頁, 山本進一・民法の判例(第2版)129頁, 千種秀夫・曹時23巻5号207頁, 新堂幸司・金法1581号182頁, 小林資郎・租税判例百選(第2版)188頁, 林良平・民商67巻4号168頁等の研究がある。学説について「相殺とその担保的機能」私法28巻3頁, 伊藤進「差押えと相殺」『民法講座(4)』373頁, 北居功・民法判例百選II第7版90頁参照。拙稿「将来集合債権譲渡担保の優先的効力と法的性質」静岡法務雑誌3号246頁以下。
- (71) 増田稔・曹時61巻8号119頁。
- (72) 本判決について, 「特集 決着! 将来集合債権譲渡担保と国税債権の優劣」NBL854号10頁, 新美育文・判タ1249号36頁, 池田真朗・金法1812号30頁, 水野信次・銀法686号40頁, 田高寛貴・銀法683号42頁, 浅田隆・銀法679号13頁, 池田真朗・江口直明・小林明彦・金法1804号6頁, 森田宏樹・平成19年度重判75頁, 高岸直樹・税務事例40巻7号64頁, 菅原昉治・NBL852号4頁, 潮見佳男・NBL856号11頁, 藤井徳展・判例セレクト2007, 18頁等の研究がある。
- (73) 拙稿前掲「将来集合債権譲渡担保の優先的効力と法的性質」239頁以下。
- (74) 堀田一吉『現代リスクと保険理論』(2014年)104頁。
- (75) 堀田一吉前掲書105-106頁。
- (76) 堀田一吉前掲書106頁。
- (77) 堀田一吉前掲書106頁。
- (78) 堀田一吉前掲書106-107頁。
- (79) 堀田一吉前掲書108-109頁。
- (80) 堀田一吉前掲書110-111頁。
- (81) 丹宗暁信・厚谷襄児編『新現代経済法入門』(2006年)12頁。
- (82) 岸井大太郎・向田直範・和田健夫・内田耕作・稗貫俊文『経済法(第5版)』(2006年)9頁以下。
- (83) 丹宗暁信・伊従寛『経済法総論』(1999年)283頁以下。
- (84) 拙稿「循環取引の法的諸問題」法政研究17巻1号1頁以下。
- (85) 岸井大太郎・向田直範・和田健夫・内田耕作・稗貫俊文前掲書23頁。
- (86) 大村敦志『契約法から消費者法へ』(1999年)202頁。
- (87) 山本敬三『公序良俗論の再構成』(2000年)248頁以下。

- (88) 広中俊雄『民法綱要第1巻上』(1989年) 13頁以下。
- (89) 根岸哲「民法と独占禁止法(上)」法曹時報46巻1号8頁以下。
- (90) 吉田克己『現代市民社会と民法学』(1999年) 107頁以下。以上の学説の叙述について、参照、森平明彦「経済法と私法」『経済法講座第1巻経済法の理論と展開』41頁以下。
- (91) 丹宗暁信・厚谷襄児編前掲書12-14頁。
- (92) 丹宗暁信・伊従寛前掲書240頁以下。
- (93) 拙稿前掲「循環取引の法的諸問題」263頁。拙稿「現代契約法の特性と債権法改正」法政研究15巻2・3・4号253頁。
- (94) 丹宗暁信・厚谷襄児編前掲書14頁。
- (95) 丹宗暁信・伊従寛前掲書242頁以下、拙稿前掲「循環取引の法的諸問題」263頁、拙稿前掲「現代契約法の特性と債権法改正」253頁。
- (96) 拙稿前掲「循環取引の法的諸問題」263-264頁。
- (97) 拙稿前掲「シンジケートローンの法的問題について」115-116頁。
- (98) ケインズとハイエクに関する議論が参考となる。