

信用保証協会と錯誤に関する二つの最高裁判決について

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-05-26 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	https://doi.org/10.14945/00010172

信用保証協会と錯誤に関する二つの最高裁判決について

石尾 賢 二

はじめに

反社会的勢力の取引からの排除を目指す政府指針、それに基づく金融庁の監督指針が出されて以降、協会保証の効力が争われる事例が集積する中、最高裁は平成二八年一月一二日に信用保証協会の錯誤無効主張を認めない四件の判決を出した。その後、平成二八年一月一九日には実体のない企業に対する協会保証について、同様に錯誤無効の主張を否定する判決を出した。問題点として、反社会的勢力対策が行われる中、暴排条項制定以前に反社会的勢力と知らずに行った取引の効力をどのように考えるのかである（暴排条項の規定の仕方の問題、規定の効力の問題、規定のない事柄の効力の問題もある）。最高裁は、動機の錯誤判決に基づき、動機が表示されたとしても、当事者は債務者がそのような者である場合に保証の効力が生じないことを前提としていないとして錯誤を否定する。銀行・信用保証協

会はそのような者が債務者である場合の保証の効力を否認することを前提としないとする(それと共に銀行に一般的調査義務違反のある場合の免責条項の効力を認め、それによる調整を期待する)。

最高裁は反社会的勢力に対する協会保証に関するこの自らの立場を、さらにその後の実体のない企業との保証契約に関する判決で強調する(そもそも反社会的勢力対策の意義を考慮しなくてよいことになる)のであるが、問題点がいくつかある。銀行は借主が反社会的勢力である場合の契約の効力を否定しないのか(実体のない企業との契約の効力の否定しないのか)、銀行・信用保証協会間の保証契約は銀行のそのような貸付の有効性を前提に、反社会的勢力・実体のない企業の銀行に対する債務の保証を内容とするものであるのか(この点は銀行と反社会的勢力・実体のない企業に対する貸付を無効とし、銀行・信用保証協会は無効取消による不当利得返還を保証内容としていると解すべきではないのか)、そして、保証契約の内容としてそれらの者に対する債務を含むことは政策的判断であり、反社会的勢力を排除する対応はどの程度強制すべきか、中小企業支援はどのようにあるべきかである。これらの問題が政策的問題相互の関係、契約法における意思表示論などとの関係と共に問題となる。以上、問題点として政策的な問題も含まれるのであるが、この点の説明が不十分であるために、強引な印象が与えられる。当事者意思という点を重視することに對して説明不足と感じるとともに違和感があり、また、下級審において今まで多数の判決が意見を異にしていた問題について、一方の見解に立つというだけで、反対の見解に対する主張が見られず、一方的という印象が与えられる。

以前、この問題について、拙稿において、当事者意思の問題ではなく、当事者が予測しない事柄に対するリスクをどちらが負担すべきであるのかという政策的問題とすべきとし、銀行と信用保証協会のどちらがリスク負担するのが、

反社会的勢力対策の実効性、中小企業金融促進のあり方から考察すべきとした¹⁾。

信用保証協会の意思を問題にすること自体問題がある（各県等にある公的機関としての信用保証協会に契約方針についての任意の個別の意思を認定できるのか）とともに個別の意思表示の問題とするよりも、政策的な問題とすること（協会保証は債務者が反社会的勢力である場合、会社としての実体のない場合のリスクも保証内容とすべきである）により問題点が明確となる（このような保証内容を有する公的保証が妥当であるのか）。

また、契約法（意思表示）の問題としては、単に、貸付自体を無効としたうえで、保証契約は不当利得返還も内容としていと解する方が良いと思われる。反社会的勢力との取引をしないと定めている場合に当事者が反社会的勢力と判明したとき、当該契約の効力は否定されうる（約定解除権、錯誤、詐欺、あるいは約定違反としての債務不履行）。また、暴排条項のない場合でも、そのような状況が認められる場合に反社会的勢力とわからず契約締結し、その後判明したときも契約に拘束されないと思われ（錯誤）、未履行契約は強制されないと考えられる（実体のない企業の場合も同様）。しかし、契約が履行済みの場合は当該契約の反対給付を求める、債務不履行として損害賠償を求めることと契約の無効取消を主張し、不当利得返還を請求することはそれほど差がない。このような場合に、未履行状態の契約の効力が問題となり、既履行状態の契約にとって無効取消とする場合と債務不履行責任を問う場合はそれほど差がない。

したがって、金銭消費貸借契約とその保証契約について、どちらも反社会的勢力・実体のない企業について契約の効力が認められないと考えられるが、金銭消費貸借契約は要物契約であり、金銭貸与後に重要となるのは、無効取消の主張、あるいは損害賠償の主張が認められるのではなく、保証契約の効力である。このような場合に保証契約の錯

誤無効主張を認めないとするのであるが、この場合に保証契約を有効とすることは、あとから不当な貸付であったと判明しても、協会保証はそれを保証するものであるという単なる信用保証協会の役割としてとらえるべきではないのか(保証契約は金銭消費貸借契約の無効取消による不当利得返還請求権も保証すると解すべきではないか)である。すなわち、銀行の金銭消費貸借を無効とすべき場合に保証契約を有効と主張するためには、そのような内容の契約と解すべきであり、政策的な判断と解すべきである。

保証契約の内容については、端的に公的機関としての信用保証協会の役割から論じられる(金融に対する公的援助)。この点から、この問題は錯誤論として論じられる問題ではなく、協会保証の内容論として政策的な意味を持つ問題である。拙稿において、信用保証協会の役割について論じた。すなわち、中小企業支援としての信用保証協会はどうあるべきか(公的金融支援機関の役割)である(金融支援のための公的負担は無限定ではないはずである)。さらに、反社会的勢力対策はどの程度、実施すべきかも問題となる。中小企業支援の役割があるにしても、反社会的勢力対策の意義が上回らないのである。公的支援の限度の問題と反社会的勢力対策の実効性の問題である。

端的に述べると、反社会的勢力対策が行われる中の金銭消費貸借契約は無効であるが(諾成的消費貸借契約は履行請求されない)、不当利得返還請求権が信用保証協会の一般的な役割としての金融支援のために保証契約の内容とされる。これが最高裁の実質的な判断内容と考えられ、その実質的内容の妥当性が問題とされるべきである(最高裁は、金融支援について、傍論で述べるが、反社会的勢力対策については述べない——この政策的判断の回避は第二の錯誤無効否定判決(そもそも実体のない企業についての保証契約も有効である)によって支援される)。また、銀行に過失がある場合には免責条項が効力を有するが、差戻審ではいずれも過失が否定される。通常の審査を行う銀行の貸付を信

用保証協会は支援するのであり、そのような金融を公的負担によって支援することが国家の政策的目的である。

最高裁判決に対して、政策的判断の実質的な是非、意思表示論との関係について疑問が指摘されるのであるが、本稿もこの点について再度論じる。従来の下級審例の判断の相違とそれに対する最高裁判決の対応が簡潔すぎることに、結局、反社会的勢力に対する対応はどう考えるのか、中小企業支援金融のための公的負担に限度はないのか、それらの問題と意思表示など法解釈論の関係の問題について論じていく。

一 最高裁判決までの経緯

1. 判例が問題とする点

政府は、平成一九年六月、企業において暴力団を始めとする反社会的勢力とは取引を含めた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」を策定した。これを受けて、金融庁は、平成二〇年三月、「中小・地域金融機関向けの総合的な監督指針」を一部改正し、また、同庁及び中小企業庁は、同年六月、「信用保証協会向けの総合的な監督指針」を策定し、本件指針と同旨の反社会的勢力との関係遮断に関する金融機関及び信用保証協会に対する監督の指針を示した²（それらはその後改定される）。

さらにこれに基づき、金融機関において暴排条項が取り入れられる。暴排条項のある契約について、その条項に基づき契約の効力は否定されうる（暴排条項の内容も問題となる）。しかし、それ以前になされたそのような動きがある中でなされた反社会的勢力の関わる契約の効力が問題となる。

2. 下級審例

下級審において、錯誤無効を認める例と認めない例があった。

①神戸地裁姫路支判平二四・六・二九(本誌一九七八号一三二頁。錯誤無効肯定) およびその控訴審判決である大阪高判平二五・三・二二(本誌一九七八頁一一六頁。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東京地判平二五・四・二三(本誌一九七五号九四頁。錯誤無効肯定) およびその控訴審判決である東京高判平二五・一〇・三一(本誌一九九一号一〇八頁。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東京地判平二五・四・二四(本誌一九七五号九四頁。錯誤無効否定) およびその控訴審判決である東京高判平二六・三・一二(本誌一九九一号一〇八頁。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東京地判平二五・八・一三(金判一四三五号三八頁。錯誤無効肯定) およびその控訴審判決である東京高判平二五・二・二四(金判一四三五号二七頁。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松江地判平二六・二・三(金判一四四六号五四頁。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二六・九・一〇(金判一四五三号三四頁。錯誤無効否定)」

「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可否については、現在、大きく二つの潮流があることが認められる。一つは、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三七・一一・二五(裁判集民六三三九五三頁)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、「もう一つの潮流は、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一九年六月の「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二〇年三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る」⁴。

3. 判例解説⁵

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、融資金を收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。時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。⁶

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取ることができれば、議論も予想されなくなり、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、了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」とし、融資実行後の金融機関の不利を問題とする。

「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つてるように解される⁷⁾。

解説によると、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。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」合理的意図から要素性を否定する。その際、解説は、錯誤無効肯定説に対して、「保証契約の特質や両当事者の合理的意図に対する実質的な検討を経ずに錯誤無効を肯定する」と述べるが、この場合に当事者意思が契約の効力を否定することを前提としていないとして、一方的に当事者の意思を決めつけるのは、むしろ錯誤否定説である⁸⁾。

また、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、新たな判断枠組を立てること、具体的事情から適切な判断をすべきとも述べている（判決は合理的意図とする）。

このように下級審の判例解説は、諒解事項の解釈可能性を指摘しつつ、錯誤無効肯定判決を当事者意思の検討不足とし、錯誤無効を否定し、望ましい結論を導くべきとしていた。このような状況の中、最高裁の判断がなされる。

二 二つの最高裁判決

1. 最判平成二八年一月二二日金判一四八三号一〇頁

「信用保証協会において主債務者が反社会的勢力でないことを前提として保証契約を締結し、金融機関において融資

を履行したが、その後、主債務者が反社会的勢力であることが判明した場合には、信用保証協会の意思表示に動機の錯誤があるということができる。意思表示における動機の錯誤が法律行為の要素に錯誤があるものとしてその無効を来すためには、その動機が相手方に表示されて法律行為の内容となり、もし錯誤がなかったならば表意者がその意思表示をしなかったであろうと認められる場合であることを要する。そして、動機は、たとえそれが表示されても、当事者の意思解釈上、それが法律行為の内容とされたものと認められない限り、表意者の意思表示に要素の錯誤はないと解するのが相当である(最高裁昭和三五年(オ)第五〇七号同三七年二月二十五日第三小法廷判決・裁判集民事六三号九五三頁、最高裁昭和六三年(オ)第三八五号平成元年九月一四日第一小法廷判決・裁判集民事一五七号五五五頁参照)。

上告人及び被上告人は、本件各保証契約の締結当時、本件指針等により、反社会的勢力との関係を遮断すべき社会的責任を負っており、本件各保証契約の締結前にA社及びB社が反社会的勢力であることが判明していた場合には、これらが締結されることはなかったと考えられる。しかし、保証契約は、主債務者がその債務を履行しない場合に保証人が保証債務を履行することを内容とするものであり、主債務者が誰であるかは同契約の内容である保証債務の一要素となるものであるが、主債務者が反社会的勢力でないことはその主債務者に関する事情の一つであって、これが当然に同契約の内容となっているということはできない。そして、上告人は融資を、被上告人は信用保証を行うことをそれぞれ業とする法人であるから、主債務者が反社会的勢力であることが事後的に判明する場合が生じ得ることを想定でき、その場合に被上告人が保証債務を履行しないこととするのであれば、その旨をあらかじめ定めるなどの対応を採ることも可能であった。それにもかかわらず、本件基本契約及び本件各保証契約等にある場合の取扱いについ

ての定めが置かれていないことからすると、主債務者が反社会的勢力でないということについては、この点に誤認があったことが事後的に判明した場合に本件各保証契約の効力を否定することまでを上告人及び被上告人の双方が前提としていたとはいえない。また、保証契約が締結され融資が実行された後に初めて主債務者が反社会的勢力であることが判明した場合には、既に上記主債務者が融資金を取得している以上、上記社会的責任の見地から、債権者と保証人において、できる限り上記融資金相当額の回収に努めて反社会的勢力との関係の解消を図るべきであるとはいえても、両者間の保証契約について、主債務者が反社会的勢力でないということがその契約の前提又は内容になっているとして当然にその効力が否定されるべきものともいえない。

そうすると、A社及びB社が反社会的勢力でないことという被上告人の動機は、それが明示又は黙示に表示されていたとしても、当事者の意思解釈上、これが本件各保証契約の内容となっていたとは認められず、被上告人の本件各保証契約の意思表示に要素の錯誤はないというべきである。」

2. 最判平成二八年一月一九日金判一五〇八号二八頁

「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（信用保証協会法一条）、中小企業者等が金融機関に対して負担する債務の保証等を業務としている（同法二〇条一項）。したがって、信用保証協会が保証契約を締結し、金融機関が融資を実行した後に、主債務者が信用保証の対象となるべき中小企業者でないことが判明した場合には、信用保証協会の意思表示に動機の錯誤があるということができる。意思表示における動機の錯誤が法律行為の要素に錯誤があるものとしてその無効を来すためには、その動機が相手方に表示されて法律行為の内容とな

り、もし錯誤がなかったならば表意者がその意思表示をしなかったであろうと認められる場合であることを要する。そして、動機は、たとえそれが表示されても、当事者の意思解釈上、それが法律行為の内容とされたものと認められない限り、表意者の意思表示に要素の錯誤はないと解するのが相当である(最高裁判平成二六年(受)第一三五一号同二八年一月一二日第三小法廷判決・民集七〇巻一号一頁等参照)。

本件保証契約の締結前に、本件会社が事業譲渡によって本件制度の対象となる中小企業者の実体を有しないこととなっていたことが判明していた場合には、これが締結されることはなかったと考えられる。しかし、金融機関が相当と認められる調査をしても、主債務者が中小企業者の実体を有しないことが事後的に判明する場合が生じ得ることは避けられないところ、このような場合に信用保証契約を一律に無効とすれば、金融機関は、中小企業者への融資を躊躇し、信用力が必ずしも十分でない中小企業者等の信用力を補完してその金融の円滑化を図ると信用保証協会の目的に反する事態を生じかねない。そして、上告人は融資を、被上告人は信用保証を行うことをそれぞれ業とする法人であるから、主債務者が中小企業者の実体を有しないことが事後的に判明する場合が生じ得ることを想定でき、その場合に被上告人が保証債務を履行しないこととするのであれば、その旨をあらかじめ定めるなどの対応を採ることも可能であったにもかかわらず、本件基本契約及び本件保証契約等はその場合の取扱いについての定めは置かれていない。これらのことからすれば、主債務者が中小企業者の実体を有するという点については、この点が誤認があったことが事後的に判明した場合に本件保証契約の効力を否定することまでを上告人及び被上告人の双方が前提としていたとはいえないというべきである。このことは、主債務者が本件制度の対象となる事業を行う者でないことが事後的に判明した場合においても異ならない。

もつとも、金融機関は、信用保証に関する基本契約に基づき、個々の保証契約を締結して融資を実行するのに先立ち、主債務者が中小企業者の実体を有する者であることについて、相当と認められる調査をすべき義務を負うというべきであり、上告人がこのような義務に違反し、その結果、中小企業者の実体を有しない者を主債務者とする融資について保証契約が締結された場合には、被上告人は、そのことを主張立証し、本件免責条項にいう金融機関が「保証契約に違反したとき」に当たるとして、保証債務の全部又は一部の責めを免れることができるのが相当である（前掲最高裁判平成二八年一月一二日第三小法廷判決参照）。

3. 最高裁判断について

(1) 動機の錯誤

最高裁は、錯誤について、表示された動機が法律行為の内容となっていないとして錯誤を認めない。

「主債務者が反社会的勢力でないということについては、この点に誤認があったことが事後的に判明した場合に本件各保証契約の効力を否定することまでを上告人及び被上告人の双方が前提としていたとはいえない。」

「主債務者が中小企業者の実体を有するという点については、この点に誤認があったことが事後的に判明した場合に本件保証契約の効力を否定することまでを上告人及び被上告人の双方が前提としていたとはいえない」

当事者双方の意思として主債務者が反社会的勢力でないこと、実体があることが意思表示の内容になっていないとする。

この点について、実質的には金融におけるリスク負担の問題ではないかという疑問がある（信用保証協会の制度設

計の問題)。

(2) 反社会的勢力対策

実質的な考慮事項のうち、反社会的勢力に対する判決では反社会的勢力対策については、「保証契約が締結され融資が実行された後に初めて主債務者が反社会的勢力であることが判明した場合には、既に上記主債務者が融資金を取得している以上、上記社会的責任の見地から、債権者と保証人において、できる限り上記融資金相当額の回収に努めて反社会的勢力との関係の解消を図るべきである」とし、この点、より厳しい対応である貸付の制限をもたらすべきであったとする解釈は取られない。平成二八年一月一九日判決が、そもそも実体のない企業についての保証契約も有効であるとするために、反社会的勢力対策の意義・効力については問題とする必要がないと考えていると思われる。

(3) 中小企業金融支援金融

「金融機関が相当と認められる調査をしても、主債務者が中小企業者の実体を有しないことが事後的に判明する場合が生じ得ることは避けられないところ、このような場合に信用保証契約を一律に無効とすれば、金融機関は、中小企業者への融資を躊躇し、信用力が必ずしも十分でない中小企業者等の信用力を補完してその金融の円滑化を図るといふ信用保証協会の目的に反する事態を生じかねない。そして、上告人は融資を、被上告人は信用保証を行うことをそれぞれ業とする法人であるから、主債務者が中小企業者の実体を有しないことが事後的に判明する場合が生じ得ることを想定でき、その場合に被上告人が保証債務を履行しないこととするのであれば、その旨をあらかじめ定めるなどの対応を採ることも可能であったにもかかわらず、本件基本契約及び本件保証契約等にその場合の取扱いについての定めは置かれていない。」

(4) 銀行の過失については免責条項によるべきであるとする

免責条項について、差戻審の一つである東京高判平成二八年五月二六日金判一四九五号一五頁は以下のように判断する。

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、信用保証協会がその貸付金等の債務を保証する場合には、金融機関及び信用保証協会は、保証契約に関する基本契約（本件約定書がこれに当たる。）上の付随義務として、個々の保証契約を締結して融資を実行するのに先立ち、相互に主債務者が反社会的勢力であるか否かについてその時点において一般的に行われている調査方法等に鑑みて相当と認められる調査をすべき義務を負うというべきであり、控訴人がこの義務に違反して、その結果、反社会的勢力を主債務者とする融資について保証契約が締結された場合には、本件約定書に定められた免責条項である控訴人が「保証契約に違反したとき」に当たると解するのが相当である（最高裁平成二六年（受）第二三五一号事件同二八年一月一二日第三小法廷判決・裁判所時報一六四三号四一頁参照）。

そこで、上記の「一般的に行われている調査方法等」がどのようなものであるかについてみると、証拠によれば、政府の犯罪対策閣僚会議幹事会が平成一九年六月一九日付で公表した「企業が反社会的勢力による被害を防止するための指針」においては、企業は、「反社会的勢力による不当要求に備えて、平素から、警察、暴力追放運動推進センター、弁護士等の外部の専門機関（以下「外部専門機関」という。）と緊密な連携関係を構築する。平素からの対応として、反社会的勢力とは、一切の関係を持たない。そのため、相手方が反社会的勢力であるかどうかについて、常に、通常必要と思われる注意を払うとともに、反社会的勢力とは知らずに何らかの関係を有してしまった場合には、相手

方が反社会的勢力であると判明した時点や反社会的勢力であるとの疑いが生じた時点で、速やかに関係を解消する。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の情報を活用して逐次更新する。外部専門機関の連絡先や担当者を確認し、平素から担当者同士で意思疎通を行い、緊密な連携関係を構築する。暴力追放運動推進センター、企業防衛協議会、各種の暴力団排除協議会等が行う地域や職域の暴力団排除活動に参加する。」ことが求められていたこと、上記指針を踏まえて、金融庁の策定した金融機関や信用保証協会向けの監督指針においては、前記被控訴人の主張ア(ア)と同旨の記載があり、金融機関や信用保証協会は、当該記載のように指導されていたこと、警察庁暴力団対策部長が平成二二年九月一四日付けで各地方機関の長等に宛てて発出した「暴力団排除等のための部外への情報提供について」においては、暴力団対策に資すると認められる場合は、暴力団情報等を当該情報が必要とする者に提供することとする旨が記載されており、部外者からの照会に応じて情報提供を行うことが示されていることがそれぞれ認められる。

これらの事実からすれば、本件各保証の締結当時において、上記認定に係る当時の指導の内容にも照らすと、反社会的勢力対応部署を整備して一元的な管理態勢を構築すること、融資に伴う審査等の通常業務の中で、主債務者及びその関係者について反社会的勢力でないかどうかを調査、確認すること、前記部署において反社会的勢力に関する情報を一元的に管理したデータベースを構築し、取引先の審査に活用することが金融機関において求められていたといえるから、これらの方法を用いて反社会的勢力か否かの調査を行うことは一般的に行われている調査方法に含まれるものといえる。また、金融機関において、本件各保証締結当時、警察に対する反社会的勢力であるか否かの照会は可

能であったから、以上の調査方法により相手方が反社会的勢力であることの疑念が生じるなど、必要な場合には警察に対しても相手方が反社会的勢力か否かについて情報提供を求めることも一般的に行われている調査方法に含まれるものといえる。

そして、控訴人に一般的調査方法についての義務違反はないとする。

(5) 最高裁判決の論点

理論的には、動機が表示された場合でも主債務者が反社会的勢力・実体のない企業の際に効力を有しないことを當事者は意思表示の前提としていないとし、実質的には、中小企業支援金融を重視し、反社会的勢力問題の意義には触れない。従来の下級審の錯誤否定説の見解をとるものである。

以上が最高裁判決の特色である。平成二八年一月一二日判決の解説は、契約前の審査で反社会的勢力が主債務者となることを完全に排除することが實際上極めて困難であるという認識が両当事者にあり、事後的に判明した場合に保証契約の効力を否定することを前提としていないと述べる。

この最高裁の判断について、反社会的勢力・実体のない企業を主債務者とする保証契約の動機の錯誤解釈は妥当であるのか、契約法理論として錯誤で解決するのは適切であるのか、そもそもこれらのことが契約内容であるのか、中小企業支援について反社会的勢力・実体のない企業に対する金融支援をもたらしても支援することは妥当であるのか、反社会的勢力に対する融資について保証を有効とすることが反社会的勢力対策として妥当であるのか、実質的判断と契約法理論はどのような関係にあるのか、実質的に銀行に厳しい対応をもたらす判断を採らないことと公的負担である信用保証協会の性質をどのように考えるのか(両者が協力して回収に努め、関係解消を図るべきとはどういう

ことか)など不明確な点が多い(多数の異なる下級審判決について、一方の見解に立つとというだけで、反対の見解に對する主張が見られず、一方的という印象が与えられる)。以下、この理論的問題、実質的問題を再検討する。すなわち、当事者意思は異なるのではないか、実質的判断は正しいのかなどについて、最高裁の立場に對する疑問を提示する。

三 実質的考察としての反社会的勢力対策の効力

1. 反社会的勢力に對する規制以前

反社会的勢力対策の実行の問題について、それに反する私法上の法律行為の効力が問題となる。具体的な取引排除対策がなされる前、すなわち政府指針公表前にも、暴力団対策法、自主規制等があり、それを理由とする契約の効力の否定が公序良俗違反、錯誤等により認められると考えられる。

2. 政府指針等の公表とその私法上の効力

反社会的勢力の取引からの排除のための指針公表後、契約の効力を否定しうるのかが問題となる。平成一九年に政府指針(企業の反社会的勢力との関係遮断のためのガイドラインであり、都道府県において暴排条例が出される)、平成二〇年に金融監督庁指針(金融庁の金融機関に對する監督についてガイドラインであり、平成二五年には改定される)、平成二〇年金融監督庁・中小企業庁の信用保証協会に對する指針(平成二八年改定)が出された段階において、

行政処分を課することができるが、それらの指針に反する契約の効力も否定しうる場合があると考えられる。行政規制自体の私法上の効力の問題であり、行政規制の重要性、意義によって契約の効力の否定が認められうる。¹⁰

取締規定違反と法律行為の効力の問題について、食品衛生法の許可のない販売業者がした精肉の購入は有効である（最判昭三五・三・一八）。優越的地位の濫用に当たる貸付について、最判昭五二・六・二〇は、独禁法に違反した契約の私法上の効力については、その契約が公序良俗に反するとされるような場合は格別として、Xのいうように同条が強行法規であるからとの理由で直ちに無効であると解すべきではないとする。

最判昭三九・一・二三は、食品衛生法違反と知りながら有毒物質が混入したアラレを製造・販売したという事案において、取引を九〇条違反により無効とする。

指針自体、行政規範としては効力が弱いものと考えられるが、処分の根拠となりうる。

指針違反の法律行為として、みずほ銀行のオリコを関連会社化した平成二二年以降のオリコを通じた融資（キャブタイプローン）問題があり、指針違反に当たるとして行政処分が課されるが、融資済みであるので、私法上の効力は問題とされていない¹¹。この問題では、金銀協が平成九年に倫理憲章、平成一七年に行動憲章を出し、政府指針、金融監督庁指針も出されているのであるが、抜本的な対応がとられていないとされる。

これらの指針の意義については、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。

3. 公序良俗違反

また、契約法理論において、当該契約が公序良俗に反する場合は否定される(行政規制との関係も問題となる)。最判平成九年九月四日は以下のように判示する¹²。

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ず、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。

もつとも、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、平成元年一月に、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、同年一二月には、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二年八月一五日当時においては、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。(最判平成一五年四月一八日民集五七卷四号三六六頁は昭和六〇年四月一四日時点の反社会性の社会的認識を否定した上で債権行使を制限する証券取引法規定を合憲とする。)

このように違法性の強いものという社会的認識後の契約は公序良俗違反となりうる。反社会的勢力との契約もそのような場合は無効とされる（信用保証契約は直接反社会的勢力との契約でないために、さらに同視しうる根拠が必要とされる）。

4. 錯誤

錯誤無効については、本事例群において問題とされ、最高裁において否定される。

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判決と政府指針公表、金融庁監督指針改定以降は、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、錯誤無効を肯定する判決があった¹³。

錯誤と公序良俗の関係について、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。

5. 暴排条項

一般に暴排条項として、表明保証条項、解除条項、期限の利益喪失条項などが規定される。暴排条項に規定の内容にもよるが、その旨規定される場合は効力を有しないと解され、規定のない事柄については一般契約法理論による¹⁴。全銀協、平成二〇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(改正により範囲が広がる)を確約し、期限の利益喪失、手形買戻債務、損害賠償責任、免責条項を規定する。

全国の信用保証協会の平成二一年頃の保証委託契約書の暴排条項において、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(改正により範囲が広がる)を確約し、求償権事前行使等を規定する¹⁵。

6. 不法行為責任等

また、反社会的勢力が不正に関与する場合に不法行為責任、債務不履行責任を問うことはその要件の下で認められる。また、当事者の帰責性、悪性の問題としてもとらえられ、契約の効力にも影響する¹⁶。

7. 保証契約の内容

反社会的勢力対策としての指針公表以降、反社会的勢力との契約は錯誤・公序良俗違反により無効とされる場合があり、暴排条項違反により無効あるいは解除される場合がある。

債務者が反社会的勢力である場合の保証契約の効力も同様と考えられるが、保証契約の内容と考えることもできる。

最高裁は保証契約の錯誤無効を否定する。その際、反社会的勢力との消費貸借を有効として保証内容に含めるものと考えられるが、消費貸借を無効とする場合も同様に不当利得返還請求権を保証内容に含めるものと考えられる。この点の相違は重要である。後者のように解すべきであるが、そうすると銀行は、一方で契約の無効を主張すべきであり、他方で無効を主張しないという矛盾する対応をとることになる。そもそもこれが信用保証協会保証の役割であろうか。この場合、金融機関に厳しくする方、すなわち貸出審査を厳しくする方が反社会的勢力対策としては効果的であるが、判決はこの点を考慮しない。

違法な取引に対する金融の効力として、違法な取引自体は公序良俗に反して無効としながら、クレジット契約は有効とする判例がある（最判平成二三年一月二五日）。抗弁の接続は主張されうるが、返済した分の返還請求はできないとされる。その後の割賦販売法改正によって取消権が規定される。信販事例においては悪質な契約との信販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。

この点、最高裁判例は、実体のない企業に対する融資の保証についても錯誤無効を否定し、保証内容に入るとする。従って、そもそも反社会的勢力関与取引の違法性、行政の反社会的勢力対策の効力を問題としないものと考えられる。

8. 反社会的勢力対策と契約の効力

保証契約の効力について、そもそも反社会的勢力対策は問題とされない（実体のない企業を主債務者とする保証契約も有効である）と最高裁は判断するのであるが、この点、反社会的勢力対策として、反社会的勢力を当事者とする

契約の無効取消は広く認められるべきではないのか、このような契約を反社会的勢力によって強制されるべき契約と解すべきではないのか、同様に反社会的勢力を主債務者とする保証契約も否定すべきではないかが再考されるべきである。

通常の契約において反社会的勢力との契約が未履行の場合に強制力のある契約の成立を認めるべきではない。一般に反社会的勢力対策として、契約の無効・取消が広く認められるべきである。

ただし、反社会的勢力との契約の無効取消が広く認められることと、このことは保証契約についても同様であるのかという点、この点は別問題である(これを保証内容とすることができると考えられるが、これは正しいのであろうか)。

保証契約は無効取消とされた契約の不当利得返還請求をも保証するものと解することができる場合がある。最判昭和四〇年六月三〇日「特定物の売買における売主のための保証においては、通常、その契約から直接に生ずる売主の債務につき保証人が自ら履行の責に任ずるといふよりも、むしろ、売主の債務不履行に基因して売主が買主に対し負担することあるべき債務につき責に任ずる趣旨でなされるものと解するのが相当であるから、保証人は、債務不履行により売主が買主に対し負担する損害賠償義務についてはもちろん、特に反対の意思表示のないかぎり、売主の債務不履行により契約が解除された場合における原状回復義務についても保証の責に任ずるものと認めるのを相当する。」
 融資金詐欺に対する協会保証の効力について、東京高判平成二七年一〇月一五日金判一四八一号五〇頁は、「保証契約は、主たる契約において債務が履行されない各種のリスクが生じ得ることをそもそも前提にした上で、そのリスクを保証人に転嫁するために締結されるところに特質があるのであり、原則として、主債務者が債務を履行しない事由

を問わないで契約が締結されるものである。そうすると、債務不履行の態様には、原判決が示すように、融資先に返済する意思があったが返済できなかった場合や、融資先が契約当初から返済する意思や能力がなかった場合（融資金詐欺事案）があり得るところ、後者の場合も、主債務者から債権回収ができない事態の一つとして想定されているのであって、この態様も、原則としては、保証人において引き受けられたリスクであると解される。また、信用保証協会の保証付き融資は、中小企業者等が金融機関から貸付け等を受けるについて、信用保証協会がその貸付金等の債務を保証することで、中小企業者等に対する金融の円滑化を図るという政策目的のために行われているものであって、もともと保証付き融資に伴って融資金詐欺が行われる場合があることは既知の事象であることに照らせば、經由保証融資において、融資を実行する金融機関の行う融資の適否の審査が適正に行われている限りにおいて、融資金詐欺によるリスクを金融機関に転嫁させる法的な根拠や実質的理由は何ら存しないのであって、また、そのようなリスクを進んで負担する意思を金融機関側が有していたとも解し難いものである。」

そして、このことは金融のリスクに対する公的支援の対応と一致する。

四 リスクを信用保証協会負担（公的負担）とすることと金融支援機関としての信用保証協会

1. 反社会的勢力対策と金融支援

反社会的勢力対策として、そもそも銀行と反社会的勢力との金銭消費貸借契約が無効と考えられる。しかし、銀行にとって貸付けが行われた後に契約を否定する意味はない。銀行は消費貸借契約自体の成立についての契約問題を提

起する必要はない。まず、この点が問題となる。反社会的勢力対策として、銀行自体、契約無効、不法行為損害賠償を主張すべきではないか。そうすると銀行として、保証契約の効力に固執することは理に合わないといえよう。

あくまでも反社会的勢力に対する対応を重視するならば、保証契約を無効とし、銀行の貸付にあたっての注意義務を厳しく判断すべきであろう。

しかし、判決は保証契約の錯誤無効を否定し、有効とする。そして、判決理由中には、中小企業支援のためにという文言がみられる。

実体のない企業との保証契約に対する錯誤主張も否認するので、端的にこれらの場合に、そもそも保証契約の内容はそれを含むものと考え、あるいは主債務を無効としても不当利得返還請求権が保証内容に含まれると考える。

この最高裁の結論は銀行の貸し出しを支援する。

社会情勢として反社会的勢力対応をすべきであるが、業界としての規定がまだ置かれていない状況下において、金融機関が協会保証があることを前提に貸し付け、信用保証協会がリスクを負担すべきとする(暴排条項が置かれたときも、銀行に過失がないときは信用保証協会のリスク負担とするのであろう)。中小企業金融支援が必要な状況を重視すべきとする。

まず、この信用保証協会の支援の是非について検討する。

さらに、このことは端的に信用保証協会の保証が反社会的勢力に対する金銭消費貸借契約も対象とする、実体のない企業に対する金銭消費貸借契約も内容とする、すなわちそれらが無効・取消とされた場合の不当利得返還請求権を内容とする契約と解すべきという問題となる。

2. 国家による企業支援と金融機関の優位

「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。明治三〇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、生産販売の全課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。¹⁷

戦後においても、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。」¹⁸

「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』。昭和四〇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高い水準であったの

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』。また、自己金融能力が成長産業において増大する(資金調達手段の多様化)。¹⁹⁾

以上、我国の経済発展に国家支援、金融優位という特色が存するのである。

「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(投資銀行との相連)、外庄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(間接金融としては債券発行に基づく長期金融機関が利用されるべきと考えうるが、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、依存関係をもたらず)。伝統的な依存社会で利益依存関係の拡大がある。²⁰⁾」

信用保証協会の位置づけもこのような中小企業に対する国家的に金融支援の一環である。

3. 金融機関の法的優位

メインバンクシステム等、金融機関には様々な優位が認められる。²¹

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）。最判昭和五二年六月二〇日民集三一巻四号四四九頁は、優越的地位の濫用とするが、無効とはしない。行政指導により自粛措置が講じられていた（慣行がなくなつ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）。

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（最判昭和四五年六月二四日）。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。²³

不動産価格の下落に伴う不良債権の拡大に対して、質料債権への物上代位効の拡大（最判平成元年一〇月二七日、最判平成一〇年一月三〇日、最判平成一〇年三月二六日）、担保不動産収益執行制度の創設がある。

過剰な担保価値の取得については、代物弁済予約、譲渡担保等が利用されてきた（現在は清算義務がある）。また、担保価値把握の拡大として、集合動産譲渡担保、将来集合債権譲渡担保が認められ、一定の優先が認められ（最判平

成一三年一月二二日等)、登記制度も行われている。

最判平成二五年三月七日は説明義務違反を認めないが、スワップ販売銀行が平成一七年一二月二日に優越的地位の濫用としての勧告を受け、平成一八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る。²⁴

以上、金融機関について、非典型担保、将来集合財産担保、デリバティブ商品等、金融拡大のための諸制度の確立がみられると共にそれらについての法的優位、預金債権についての法的優位等がみられる。

4. 信用保証協会の意義

信用保証協会は以下の特色を有する。

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。²⁵ 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。平成三年以降、バブル崩壊後、再び長期の不況が続く。「信用保証協会は、平成三年四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」。²⁶

協会保証の特色として、「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」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いる」。（この代位弁済が信用保険上の保険事故であり、この代位弁済額の七〇〜九〇％（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。）

「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の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（保証）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（保証料）を上げると結果的に保険市場（信用保証）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）²⁸。

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。²⁹

「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」の二つの方式があり、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、一、経営安定関連保証(セーフティネット保証)、二、災害関係保証、三、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、四、特別小口保険に係る保証、五、事業再生保証、六、小口零細企業保証等がある³⁰。

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³¹。

5. 中小企業支援に基づく解釈

このように国家支援による産業発展の経緯、間接金融制度の確立とその弊害としての独占がみられてきた。結果として依存構造をもたらすことは一方的な意思(国家的意思)の無限定の尊重となり、誤った方向へ導かれる可能性が存する(第二次大戦前の状況)。したがって、そのような方向をもたらさないこと、無限定の公的負担を行わないこと、個人が強く権利を主張し、義務を負うことが重要である。

無限定な公的支援は妥当ではなく、金融機関の融資にあたっての判断ミスは自己責任である。

しかし、動機の錯誤を否定する最高裁は、銀行の行う反社会的勢力との契約の効力を問題としない、あるいは無効としながら協会保証は不当利得返還請求を内容とするものと考えられる。このような公的負担による銀行の優遇に問

題がある。

金融に対する公的支援の限定を明確にすべきである。不明瞭な会社に対する銀行の金融支援は自己責任とすべきである。

このように、銀行の過失のある場合に契約の成立を否定すべきと考えられ、過失は広くとらえるべきである。免責条項の問題もあるが、この点も広くとらえるべきであり、免責条項の範囲を広くとらえることと無効の範囲を広くとらえることは矛盾しない。この点からも錯誤無効を認め、銀行の注意義務を広く課すべきである。貸出審査は厳しくなるが、本来の自己責任対応であるので、審査が厳しいのは恣意的なものでない限り当然である。

五 錯誤論の問題

1. 実質的考察と錯誤論

以上、反社会的勢力（実体のない企業）であることが判明した場合に効力を否定することを前提としないとして錯誤を否定することが、そのような者についても保証内容とする合意であるとし、この点について、反社会的勢力との契約の効力は否定すべきであり、それにもかかわらず、不当利得返還請求について保証契約の効力が及ぶことについて、すなわち、金融に対する公的支援は無限定であるのかについて、限定すべきであると考えた。金銭消費貸借契約は無効であり、保証契約は不当利得返還請求を保証する内容を持たないと考える。

最高裁は錯誤の問題として判断し、反社会的勢力に対する協会保証、実体のない企業に対する協会保証は錯誤に当

たらないとする。錯誤否定事例は錯誤肯定事例を当事者の合理的意思に反するとし、中小企業金融支援の要請を強調するとともに反社会的勢力対策についても、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。ただし、金融支援は無限定ではなく、反社会的勢力対策としては無効措置の方が厳しいと考えられる(貸出審査が厳しくなる)。

最高裁は、動機の錯誤を認めるか否かについて、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(最三小判昭三七・二・二五(裁判集民六三号九五三頁))を前提として、債務者が反社会的勢力の場合に契約の効力が否定されることを当事者は前提としないとする。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、当事者がそれによる効力の否定を前提としないとして錯誤無効を否定する下級審例と政府指針、金融監督庁監督指針公表以降、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錯誤無効を肯定する下級審例があり、最高裁は前者の立場につく。以下、この点も検討する。

2. 従来の錯誤判決との関係

当事者意思の認定としながら、政策的判断として保証内容にそのような者の債務も含むと考えると考えられ、この意味で錯誤主張が否定されているのであるが、他の具体的な錯誤無効認定事例との整合性を検討する。

一般に保証契約解釈については書面要請、債権者の説明義務、錯誤を広範に認めること、保証人の責任限定など保証人保護がみられる。ただし、協会保証には保証人保護は当てはまらないとされる。

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（東京地判昭六一・一・三〇判例タイムズ六二七号二五〇頁）、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（大阪地判昭六二・八・七判例タイムズ六六九号一六四頁）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（東京高判昭六三・八・一八本誌一二二五号三四頁、山口地判平元・一二・一四本誌一二二五号二八頁）としているものもある。³²

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五三年三月二九日判タ三六九号二二九九頁は、「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ぬ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つ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つて、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つていない」とする。

企業実体のない者に対する協会保証の錯誤無効が肯定された東京高判平成一九年一月一三日は、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えることから、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えることができ、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。³³

信用保証協会としては、保証対象資格のない企業、実体のない企業を債務者とする保証契約には効力がないことを当然の前提とし、金融機関の認識、注意義務を重視して、錯誤無効を認める判決があるが、最高裁は認めない。実体のない企業との保証契約も有効であることから、反社会的勢力対策の意義は考慮されないとするものである。錯誤論として、すなわち当事者意思の問題として解決することによって政策判断の是非の検討を回避することを意図すると考えられる。

3. 錯誤とリスク負担と保証契約の内容解釈の関係

錯誤は、表意者自身の契約の要素に関する意思の欠如の問題であり、表意者に重過失のあるときは主張できない。動機についても表意者にとっては意思の欠如の問題であるが、この場合、相手方への配慮も必要となる。この意味で錯誤は、当事者の帰責性に基づく判断である（重要な要素についての合意の欠如は重過失のない限り、契約を無効と

し、動機についても同様に重要な了解事項であれば表意者に重過失のない限り契約を無効とする。錯誤は成立に関する意思表示の問題であり、事後的リスク負担の問題ではない。当事者の帰責性として、契約の成否の問題（無効取消）と共に責任問題（債務不履行）がある。契約の成否とするか、責任問題とするかは当事者の意思解釈により、合意の成立を広くとらえ、責任を厳しく判断する方が、合意の成立を狭くとらえるよりも望ましいと考えられる³⁴。

協会保証事例においても契約問題ととらえるのか、リスク負担問題ととらえるのかという問題があり、錯誤判断において、最高裁はそれらの者が債務者である場合に効力を失うことを前提としないという当事者意思の理解を前提とするが、明白な合意がない場合にそれらに対する保証を協会保証の保証内容とする当事者意思の理解は当事者意思を政策的に理解すること、すなわち政策的にリスク負担を判断するものと考えられる（この点、意思表示の問題としては、協会保証は、政策的に銀行貸付が無効取消の際の不当利得返還請求権についても保証内容とする解するほうが良いと考えられる）。

すなわち、最高裁の理解する錯誤の成否の問題は契約内容の確定問題であり、そのような当事者意思の理解は政策的に当事者意思を理解するということである。反社会的勢力、実体のない企業の債務を保証内容とするのかについての信用保証協会の意思は個別に判断されるのではなく（個々の信用保証協会の意思決定過程に応じた内容を持つものではなく）、政策的に判断されるということである。信用保証協会自体は、反社会的勢力、実体のない企業の債務を保証内容としないと主張していた。

反社会的勢力に対する金銭消費貸借、実体のない企業に対する金銭消費貸借の無効に基づく不当利得返還請求権を協会保証は契約内容とするという協会意思の政策的把握があり、結局、この政策判断の是非が問題とされなければな

らない。すなわち、解説におけるように、錯誤肯定説に対して当事者の合理的意思を検討していないと非難しながら、主債務者が反社会的勢力・実体のない企業の場合に保証が効力を失うことを前提としていないと当事者の意思を認定していることが、当事者意思の一方的な理解を示すものであり、政策判断に基づくものである。銀行の意思の問題としても、銀行自体、反社会的勢力、実体のない企業との契約の効力を否定する意思を持つと考えられるが、その場合に信用保証協会との契約は有効と主張することは、矛盾する主張でもあり、一方的な主張でもある(一方的にリスクを負わせる)。そして、当事者意思の政策的判断によって銀行を保護すべきか、信用保証協会は金融機関の過失が認められない限り、無限定に保証を行うことを契約内容とするのか問題となる。そして、先に述べたように政策的判断としては適切でないと考ええる。

六 結論

最高裁は信用保証協会の動機の錯誤主張を、動機が表示されたとしても、当事者は債務者がそのような者である場合に保証の効力が生じないことを前提としていないとして否定する(錯誤肯定説を当事者意思の検討不足と非難する解説がある)³⁵。

このことは、銀行と反社会的勢力・実体のない企業間の貸付を有効とし、銀行と信用保証協会間の保証契約はその債務保証を内容とすると考えるものである、あるいは銀行と反社会的勢力・実体のない企業に対する貸付を無効とし、銀行・信用保証協会は無効取消による不当利得返還を保証内容としていると考えるものである。いずれにしても保証

契約の内容（信用保証協会の意思）としてそれらの者に対する債務を含むことは当事者意思を政策的に判断するものである（信用保証協会は公的機関であり、個々の契約について個別の意思を有するものであるが、方針に対する個別の意思は認定されない。すなわち、ある信用保証協会は主債務者が反社会的勢力と疑念を持つ場合に契約しないことになり、その疑念を持たない場合に契約することになるが、どのような内容の契約にするのか、反社会的勢力対策がすすめられる中、そのリスクを負担する保証内容とするのかは個別の信用保証協会の問題ではなく、信用保証協会全体の方針である）。まず、このように当事者意思の一方的な政策的認定が問題となる。このことが明確に認識されるべきである。したがって、問題はそのような政策的判断の是非である。錯誤問題とすること、当事者意思の問題とすることによって政策的判断の是非の考察が回避されてはならない。実体のない企業に対する保証も内容とすることによって反社会的勢力対策の意義が判断されなくなるが、無限定の協会保証、無限定の信用保証協会の役割が認定されてはならない。

反社会的勢力対策として、暴排条項によって契約の効力が否定されうる中で、暴排条項のない時点でも反社会的勢力対応が進められている中で契約の効力も否定されうると考えられる。そうすると、協会保証は主債務が無効とされる場合の不当利得返還請求権を保証する内容を有するものと判断される。この点が、公的金融支援機関である信用保証協会の意義とされるのである。このような金融支援が公的負担の下に認められるとされるのである。この是非が問題となるのである。

本問題において反社会的勢力に関する契約効力の問題は従たる問題であり、主たる問題は金融支援に対する公的負担の範囲の問題であり、信用保証が反社会的勢力・実体のない企業に対する貸付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そのような場合も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。明治国家の発展のための国家的産業支援とその民間移行の際の金融を中心とする産業発展とそれによる独占系列下の下の安定は依存構造に基づく一方的な社会を形成するものでもある(戦争が導かれた)。したがって、銀行の安定に基づく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は、このような金融依存構造を増幅する。すなわち、本来、一次的に銀行が責任を負うべき事柄について、安易な銀行の信用保証協会依存という問題である。

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、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、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公的負担の下に金融機関に譲歩する解決をしてはならない。依存構造が独占となり、個人を弱くし、全体として誤った動きをもたらすことに強く留意すべきである。

反社会的勢力に対する対策をどのように考えるかについても、反社会的勢力自体の違法性を強く主張し、指針以前も自主的に厳しい対応を取るべき、指針公表以後は厳しい対応を取るべき、暴排条項を取り入れて以降の効力限定とすべきなど考えられ、反社会的勢力を当事者とする、あるいは反社会的勢力と関わる契約の効力を否定する方が厳しい対応となる。

そして、信用保証協会と金融機関との関係について、金融機関の金融支援を重視すべきではあるが、不当な金融を補助すべきではないなど考えられる。信用保証協会は銀行貸付に対して公的負担の下に無限定に保証を行うものではないのである。

以上の点から、金融機関の貸付にあたっての注意義務が基本となり、反社会的勢力（実体のない企業）に対する貸付の場合に一次的に金融機関が責めを負うべきと考える（信用保証協会はこのリスクを負担しない）。

（注）

¹ 拙稿「信用保証協会と反社会的勢力に関する判例について」静岡法務雑誌七号一九頁。「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、反社会的勢力問題の効果的な対応、中小企業支援のあるべき形という政策問題となる。」

² 経緯について、拙稿前掲「信用保証協会と反社会的勢力に関する判例について」三頁以下。

³ 東京高判平成二六年八月二九日の解説、金法二〇〇八号七〇頁。

⁴ 金法二〇〇八号七〇頁。

⁵ 金法二〇〇八号七〇頁。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」金法一九九七号六頁、久保壽彦「金融取引法の課題（二）」立命館経済学六三卷一号一頁、中村也才志・金法一九七九号六頁、中舎寛樹・判評六六号一四四頁、森原憲司・銀法七五八号一頁、亀井洋一・銀法七五〇号四六頁、小沢征行・金法一九四六号四頁、今井和男・塗師純子・事業再生と債権管理一四二号一二頁他などの論文、評釈がある。

⁶ 拙稿前掲「信用保証協会と反社会的勢力に関する判例について」一〇頁以下。

⁷ 拙稿前掲「信用保証協会と反社会的勢力に関する判例について」一二頁以下。

⁸ 錯誤否定説の根拠として、参照、佐久間毅前掲「信用保証協会による保証と錯誤無効」。

⁹ 最高裁判決について、大中有信「反社会的勢力に対する信用保証協会による保証と錯誤」金法二〇四七号八一頁、鈴木健之「主債務者が反社会的勢力であることを理由とする信用保証契約の錯誤無効等」金法二〇四一号三四頁、また金法二〇三五号には多数のコメント

が載せられている。

¹⁰ 拙稿前掲「信用保証協会と反社会的勢力に関する判例について」二〇頁以下。

¹¹ 拙稿前掲「信用保証協会と反社会的勢力に関する判例について」二四頁以下。

¹² 森田章・金法一五二四号七二頁、尾崎安央・平成九年度重判一〇三頁、早川勝・法教二二一号一四〇頁、黒沼悦郎・金法一五〇六号六頁等の評釈がある。

¹³ 拙稿前掲「信用保証協会と反社会的勢力に関する判例について」一頁以下。

¹⁴ 拙稿前掲「信用保証協会と反社会的勢力に関する判例について」二三頁。

¹⁵ 暴排条項例 第〇条(反社会的勢力の排除)(全銀協ホームページ)

①私または保証人は、現在、暴力団、暴力団員、暴力団員でなくなった時から五年を経過しない者、暴力団準構成員、暴力団関係企業、総会屋等、社会運動等標ぼうゴロまたは特殊知能暴力集団等、その他これらに準ずる者(以下これらを「暴力団員等」という。)に該当しないこと、および次の各号のいずれにも該当しないことを表明し、かつ将来にわたっても該当しないことを確約いたします。

一、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こと

二、暴力団員等が経営に実質的に関与していると認められる関係を有すること

三、自己、自社もしくは第三者の不正の利益を図る目的または第三者に損害を加える目的をもってするなど、不当に暴力団員等を利用していると認められる関係を有すること

四、暴力団員等に対して資金等を提供し、または便宜を供与するなどの関与をしていると認められる関係を有すること

五、役員または経営に実質的に関与している者が暴力団員等と社会的に非難されるべき関係を有すること

②私または保証人は、自らまたは第三者を利用して次の各号の一にでも該当する行為を行わないことを確約いたします。

一、暴力的な要求行為

二、法的な責任を超えた不当な要求行為

三、取引に関して、脅迫的な言動をし、または暴力を用いる行為

四、風説を流布し、偽計を用いまたは威力を用いて貴行の信用を毀損し、または貴行の業務を妨害する行為

五、その他前各号に準ずる行為

③私または保証人が、暴力団員等もしくは第一項各号のいずれかに該当し、もしくは前項各号のいずれかに該当する行為をし、または第一項の規定にもとづく表明・確約に関して虚偽の申告をしたことが判明し、私との取引を継続することが不適切である場合には、私は貴行から請求があり次第、貴行に対するいっさいの債務の期限の利益を失い、直ちに債務を弁済します。

④手形の割引を受けた場合、私または保証人が暴力団員等もしくは第一項各号のいずれかに該当し、もしくは第二項各号のいずれかに該当する行為をし、または第一項の規定にもとづく表明・確約に関して虚偽の申告をしたことが判明し、私との取引を継続することが不適切である場合には、全部の手形について、貴行の請求によつて手形面記載の金額の買戻債務を負い、直ちに弁済します。この債務を履行するまでは、貴行は手形所持人としていっさいの権利を行使することができます。

⑤前二項の規定の適用により、私または保証人に損害が生じた場合にも、貴行になんらの請求をしません。また、貴行に損害が生じたときは、私または保証人がその責任を負います。

¹⁶ 契約成立の問題と債務不履行責任の問題の関係について、参照、拙稿「債権法改正と現代契約法の特性について」法政研究一五卷二―四号二五三頁。

¹⁷ 拙稿前掲「債権法改正と現代契約法の特性について」二五三頁、丹宗暁信・伊従寛『経済法総論』二四〇頁以下。

¹⁸ 拙稿「シンジケートローンの法的問題について」最高裁平成二四年一月二七日判決を中心として」法政研究一九卷二号四九頁、西村吉正『金融システム改革五〇年の軌跡』（平成二三年）八三頁。

¹⁹ 拙稿前掲「シンジケートローンの法的問題について」最高裁平成二四年一月二七日判決を中心として」五四頁、原司郎『日本の金融機構』三〇九頁以下。

²⁰ 拙稿前掲「シンジケートローンの法的問題について」最高裁平成二四年一月二七日判決を中心として」一一六頁。

²¹ 拙稿前掲「シンジケートローンの法的問題について」最高裁平成二四年一月二七日判決を中心として」七〇頁。

²² 伊藤進・川村正幸・許斐義信・吉原省三編『金融法務辞典二三版』七二五頁、亀井英則「貸し手責任としての優越的地位の濫用」北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル2、二五頁以下。

²³ 北居功・民法判例百選Ⅱ第七版九〇頁。

- 24 判タ一三八九号九六頁。拙稿「デリバティブ取引の法的問題について」法政研究一八卷一・二号五八頁、拙稿前掲「信用保証協会と反社会的勢力に関する判例について」四二頁。
- 25 拙稿前掲「信用保証協会と反社会的勢力に関する判例について」四〇頁、伊藤進『協会保証法概論』(一九九五年)四頁以下。
- 26 拙稿前掲「信用保証協会と反社会的勢力に関する判例について」四〇頁、全国信用保証協会連合会編『信用保証(第二版)』三九―四一頁、全国信用保証協会連合会ホームページ参照。
- 27 拙稿前掲「信用保証協会と反社会的勢力に関する判例について」三八頁。
- 28 拙稿前掲「信用保証協会と反社会的勢力に関する判例について」四八頁、堀田一吉『現代リスクと保険理論』一〇六―一〇七頁。
- 29 拙稿前掲「信用保証協会と反社会的勢力に関する判例について」四八頁、堀田一吉前掲書一〇八―一〇九頁。
- 30 拙稿前掲「信用保証協会と反社会的勢力に関する判例について」三七頁。
- 31 拙稿前掲「信用保証協会と反社会的勢力に関する判例について」四八頁、堀田一吉前掲書一〇―一一頁。
- 32 拙稿前掲「信用保証協会と反社会的勢力に関する判例について」一八頁、鈴木正和「保証契約と要素の錯誤」金法一三八八号四頁。
- 33 拙稿前掲「信用保証協会と反社会的勢力に関する判例について」一八頁、渡邊博巳・金法一八三四号九四頁。
- 34 拙稿前掲「信用保証協会と反社会的勢力に関する判例について」五一頁。
- 35 金法二〇〇八号七〇頁。