

信用保証の法的意義について-信用保証協会における 信用保証（協会保証）の法的性質-

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2013-05-21 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 山本, 進一, 保住, 昭一, 伊藤, 進, 上井, 長久 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/14136

信用保証の法的意義について

— 信用保証協会における信用保証(協会保証)の法的性質 —

目次

- 一 問題の所在
 - 二 協会保証の類似概念
 - Ⅰ 協会保証と他の類似制度との比較
 - Ⅱ 協会保証と他の類似機関による保証制度との比較
 - 三 協会保証の性質をめぐる学説・判例
 - Ⅰ 法的性質に関する学説・判例
 - Ⅱ 法的基礎をめぐる学説・判例
 - 四 協会保証の特質
 - 五 協会保証をめぐる諸問題
 - Ⅰ 求償関係
 - Ⅱ 免責条項
- 〔資料〕
- 〔1〕 ドイツにおける信用委任 (Kreditauftrag)
 - 〔2〕 約定書例
 - 〔3〕 信用保証委託契約書例

山 保 伊 上
 本 住 藤 井
 進 昭 長
 一 進 久

一 問題の所在

一 中小企業者等が銀行その他の金融機関から融資を受ける場合、信用または担保力が充分であれば問題ないが、これに難点があるときは、容易に融資が受けられないし、こうした場合には、親戚・知人も危険を感じて簡単には保証を引き受けてくれないことが多い。

これでは、中小企業者等の多くは、いわゆる高利貸等の裏金融に頼らなければ経営的苦境の打開や経営体質の改善・合理化などを行なうこともできないことになり、その健全な発展を期待することがむずかしいことになる。

この問題を解決し、これらの中小企業者等を保護し、育成するためには、資力の確実な機関が保証人の役を引き受け、銀行等の金融機関が安心してこれらの者に融資の途を開きうるような制度を用意することが必要である。

信用保証協会法（昭和二八・八・一〇法律一九六号）は、こうした要望をになつて登場してきたものであつて、その第一条は、「この法律は、中小企業者等が銀行その他の金融機関から貸付等を受けるについて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信用保証協会の制度を確立し、もつて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する。」と規定し、この趣旨を明確にしている。

二 信用保証協会は、都道府県ごとに設けられ、中小企業者等が銀行等の金融機関から受ける特定の融資について、その返還債務を保証するが、その仕組みは次のようになされている。⁽¹⁾

各信用保証協会は、あらかじめ特定の銀行その他の金融機関（指定金融機関）との間に、協会の行なう保証および協会が保証した中小企業者等に対する指定金融機関の行なう融資の取扱いについての「保証約定」（基本契約）を結んでいる（後掲「約定書例」〔資料2〕参照）。そして、中小企業者等から協会に対して保証委託の申込みがあると、

協会は、申込者の実情を調査し、保証に適するものと判断すると、申込者との間に、協会が保証するに当っての諸条件を定めた「信用保証委託契約」（後掲「信用保証委託契約書例」〔資料3〕参照）を締結し、指定金融機関にあてて「信用保証書」を交付する。これによって協会とその金融機関との間には、保証委託者への融資についての保証契約が成立する（約定書例一条）。そして、金融機関が右の保証書に従って保証委託者に融資のための貸付を行なうと、これによって右の保証契約は発効し、協会は、右の貸付についての返還債務を保証したことになるのである（同二条）。

三　ところで、この信用保証協会の行なう保証（以下にはこれを「協会保証」と呼ぶことにする）の特質をめぐって、あるいは、その保証の目的からとらえてこれを「信用保証」と呼び、あるいは、保証のための固有の組織⁽²⁾機関の行なう保証であることから「機関保証」として、民法上の一般の保証から区別し、そこに特有の保証理論を形成しようとする動きがみられる⁽⁴⁾。

すなわち、協会保証は、後に詳述するように、信用保証協会と金融機関との間の「約定書」および協会と保証委託者との間の「信用保証委託契約書」において、多くの特約を結んでおり、民法における一般の保証の取り扱いとはかなり重要な点について異なった特有な処理をしているのであるが、この特別な処理をめぐって、右の特約の直接の当事者でない他の共同保証人や物上保証人（金融機関に対して協会と並んで保証委託者の返還債務を保証し、またはそのために担保を提供しているもの）と協会との間に生ずる求償関係や代位の問題についても、右の協会保証の特殊性をふまえた固有の保証理論によって処理することができるのか、あるいは、この場合は民法の保証に関する一般理論で処理されるのか、が争われるに至ったのである。

そして、これに対する裁判例の結果は、後に述べるように、これまでのところは、民法における一般の保証理論によってこれを処理すべきものとしており、協会保証の固有独自の特殊性に基づく処理を強調する信用保証協会の主張

と大きな距りをもって対立してきているのが実情である。

四 保証は、原則として契約自由の認められる制度とされているから、債権者と保証人、そして保証人相互の間でいろいろの特約を結び、一般の保証と異なる内容を与えうる余地は多い。しかし、このようにして生まれる特殊性は特約の効力の及ぶ範囲について生ずるにとどまるから、これから一步外れた問題については一般の保証の理論で処理されることになる。しかも、これらの特約は、一般保証の理論に対する特則であるから、その拡大解釈は原則としてなされず、これに直接包含されない事項は、一般保証の理論で処理される。協会保証についての裁判所の姿勢は、協会の固有独自性の主張に対して、こうした理論にたつて協会保証の特殊性を理解しているものといふことができよう。

しかし、特約もその使用が量的に回を重ねられてくれば、その保証に関する限り一般保証と異なった性格が固定的に形成されてくるから、この特約が直接表現していない事項についても、この特約によって形成された保証の性格にふさわしい取り扱いをなすことが至当な場合も生じてくるものであって、常に特約を外れた事項については一般保証の理論で処理すべきものとするとは正当ではない。そこには「量から質への転換」の現象がみられてもよいはずである。同様に、同一保証人による同一の特約のある保証取引が大量に行われて、その特約が当該保証人の行う保証の一般的性格として受けとられるようになれば、そこに固有の保証が形成され、その保証人の保証については、たまたまある保証について特約の締結が欠落していた場合でも、特約のある保証と同様の取り扱いをすることが適当な場合も生じえないわけではあるまい。

そして、これらの固有な保証の性格は、ひとり当該保証契約の直接の当事者のみならず、直接この契約に関与していない一般第三者との関係についても、この固有な保証の性質にふさわしい独自の理論によって処理されることがあ

って然るべきだとの理論を生みえないわけでもないといふべきであろう。

協会保証も、その様式はほぼ全国的に統一された様式によって定型的に、しかも大量に行なわれてすでにかなりの年月を経ており、裁判所に登場する事例としては数に限りがあるにしても、すでに一般の金融取引界においては、固有の保証の性格を形成しつつあるといえるのではないか。それにもかかわらず、裁判所がなお一般保証に対する特約による個別形成の一現象としてしか理解しないかみえるのは、はたして正当といえるのか。あるいは、協会保証における協会の固有自己形成の努力は、ついに「質への転換」をもたらしえないのか。そしてこれから生ずる問題への対応策としては、これまでのようにさらに特約またはその処理のきめを細かくして対処せざるをえないのか。あるいは今後さらにどのような努力を重ねることによって、個別特約の効力を越えた協会保証の特殊性を形成することができるとか、といった問題が、いまや協会保証の法的性質についての今日的課題となりつつあるように思われる。

このような問題意識をふまえて、われわれは、全国信用保証協会連合会から、昭和五〇年度の委託研究として協会保証の法的性質についての研究報告の依頼を受けた。そこでわれわれは共同作業をとおして協会保証の法的性質を検討し、その固有特殊性の主張の当否と、それを支えているべき諸条件およびその理論をさぐった結果を報告したが、⁽⁵⁾本稿は、同連合会の諒解をえて右の結果を一般的な論稿の姿にあらためたものである。

(1) 詳しくは、東辰三編「新版信用保証読本」一〇五頁以下参照。

(2) 信用保証の概念は、必ずしも統一されてはいない。あるいは、一定の継続的取引関係から将来発生するすべての債務を保証する場合で根抵当、根質に対応する制度（我妻栄「新訂債権総論」四七〇頁）として根保証と同義に使用したり、信用契約に基づいて将来発生すべき債務の保証（柚木馨・高木「判例債権法総論」三二二頁）として、将来債務の保証の意味に使用したりしている。なお、前掲東・読本によれば、信用保証協会では、根保証のほか、将来発生する特定債権のための保証をも含めて使用しているとしているが（一〇一頁）、最近では、「債務の保証」とはやや性質を異にする信用補充制度としての

「信用の保証」の意味に使用しようとしているようにも思われる(岡崎治郎「信用保証制度の再検討」(金融法務事情七四〇号)二三頁、および札幌高裁函館支判昭和三七・六・一二(高裁民集一五卷四号二八九頁)における同協会側の主張参照。なお、伊藤進「個人保証と機関保証」手形研究一九二号四頁参照)。

(3) 伊藤進「『機関保証』理論の動向」信用保証五九号一九頁以下、上野隆司「機関保証をめぐる諸問題」手形研究二四七号六三頁以下参照。

(4) 後述「三、協会保証の性質をめぐる学説および判例」参照。

(5) 信用保証基本問題委託研究報告書Ⅱ所収

二 協会保証の類似概念

I 協会保証と他の類似制度との比較

協会保証が民法上の保証の一種であることは、後述するように法解釈上まず認めざるを得ない。

保証は、債権担保の制度として、債務者と並んで保証人(保証協会)にも同様の債務を負担させることによって、債権者(金融機関)の法律上の立場を強化している制度であるが、このように債権者に、一個の債権の目的を達成させるために同一内容の債権を複数債務者の上に認める場合は、ひとり保証の場合に限らず、ほかにもいろいろの制度が存在する。そして、これらの制度は債権者の立場を強力にするがゆえに債権担保の機能を果たしているのが現実であるが、それにもかかわらず、保証と明確に区別される存在として取扱われているが、その差異は、結局のところ、債権者に対する複数債務者相互の関係の法律的立場の微妙な相違に起因しているといえる。

この観点から、まず、協会保証の法的性質を浮きぼりにする作業の前提として、保証と類似する複数債務者の法律関係を挙げて、それとの相違点をながめてみることにする。

一 併存的債務引受（重疊的債務引受）

第三者（引受人）が、他人の債務と並んで、これと目的・内容を同じくする債務を債権者に対して負担することを併存的債務の引受けという。

通常は、債権者と引受人間の契約によってなされる。この引受人の債務が、従来の債務に対してどのような関係に立つかは、引受契約の内容によって定まり、ときには保証であることもあり、連帯債務であることもあるが、判例は特別の事情がない場合は、一般に両債務は連帯債務になると解している。⁽¹⁾ 学説も、かつては判例と同様の見解が通説とされていたが、⁽²⁾ 最近では、原債務者と引受人間に特別な事情がない限り、むしろ不真正連帯債務を生ぜしめる場合が多いとみて、場合により効果を区別しようとしている。⁽³⁾ もっとも、なかには、これに保証とも、連帯債務とも異なつた固有独自の内容を与えて理解しようとするものがあるが、⁽⁴⁾ これはいまだ一般に承認されたものとはいえない。要するに、この概念は、多数併存的債務の発生原因を述べているのみで、それによって生じた債務相互の性格をとらえた概念としてはいまだ一般化していないといえる。したがって、その債務相互の性格については、以下に述べる類似概念の説明のなかのいずれかに個別的に解消される。

二 連帯債務

連帯債務とは、数人の債務者が同一内容の給付についてそれぞれ独立に全部の給付義務を負うが、債務相互間にある程度の緊密な関連性（連帯関係）が認められ、一つの債務に生じたその債務の消滅事由は他の債務にも影響し合う関係にある複数債務者の関係をいう（民法四三二条以下）。

債務者は、どの債務者に対しても、または同時もしくは順次に総債務者に対しても、給付の全部または一部の履行を請求することが許されているから（民法四三二条）、債権者の立場は極めて強く、債権担保の機能を果たす。

保証債務においては、主たる債務と保証債務の間には附従性があり、主たる債務が消滅すれば保証債務も消滅するという関係にあり、また、一般の保証では、補充性もあって、主たる債務が履行され難い場合にのみ保証人が履行の責を負えばよいことになっているが（民法四四六条、四五二条、四五三条）、連帯債務にあっては、債務者相互間に法律上の主従がなく、それぞれ独立の債務と解されており（民法四三三条）、各債務者は債権者からの請求に対し、他の債務者への請求がないことを理由に拒絶することはできない（すなわち、附従性も補充性もない）点で、性格が異なっている。

もっとも、保証債務でも連帯保証の場合には、保証人に上記の補充性が認められない（民法四五四条）ことにおいて、連帯債務に近い扱いがみられるが、この場合でもなお主たる債務に対する附従性は認められることにおいて連帯債務とは明確に性格の違いをみる⁽⁵⁾ことができる。

三 不真正連帯債務

不真正連帯債務とは、数人が同一内容の債務をそれぞれまったく独立した立場で負担する債務関係である。目的が共通であるため、一人の債務者が弁済すればその範囲で同時に他の債務者の債務も消滅することにおいては連帯債務に近似した性格を示すが、連帯債務におけるような債務者相互間に緊密な主観的關係（連帯關係）がないため、そのほかの点においては債権者と債務者の一人との間に生じた事由は債権を満足させる場合を除いて、他の債務に影響を与えない（民法四三四～四三九条参照）。

なお、不真正連帯債務にあっては、債務者間に負担部分というものがなく、それにもとづく求償関係も生じないことにおいても連帯債務と性格が異なる⁽⁶⁾として通説であるが、この点については、負担部分および求償関係の成立を認める学説も近時は有力に主張されてきている⁽⁷⁾。保証債務とは、連帯債務に比べると同様に、附従性・補充性

が認められない点において異なっている。

四 不可分債務

不可分債務とは、複数の者が、不可分の給付を目的とする債務を負担する関係をいう（民法四三〇条）。この場合につき、民法は連帯債務についての規定を準用しているので、債権者は、どの債務者に対しても、また同時にしくは順次にすべての債務者に対しても全部の履行を請求できるが、給付が不可分なるが故にこのような関係が認められているので、給付が可分になれば、各債務者の債務はそれぞれの負担部分に応じた債務に分割されてしまう点で、連帯債務と異なっている。したがって、各債務者の間に主従の関係（附従性）が生ずる余地がなく、また補充性も認められない点で、保証債務とも異なる。

五 損害担保契約

損害担保契約とされるものの内容は、法律的に限定されていないから、いろいろな内容の損害担保を考慮することができるが、ここで問題とするに足りるのは、一定の債権関係に立つ当事者がある場合に、この債権者の立場を強化するため、第三者がその債権関係から生ずる債権者の損害を担保することを債権者に対して約する場合である。これによって、債権者は、本来の債権関係に基づいて債務者に請求しうることのほかに、この損害担保契約によって当該第三者に対しても、請求しうるようになる。しかし、この第三者と本来の債務者との関係がどのようなものであるかは、損害担保契約の趣旨によって判断せざるをえない。その結果、通常は次の二つの類型に区別して取扱われている。

(イ) 本来の債務者がその債権関係にもなつて将来負担することあるべき損害賠償債務を担保していると解される場合（賃貸借契約における賃借人の保証や身元保証など）。この場合は、将来の債務の保証ないしは停止条件付保証

の一種と解してよい。⁽⁸⁾

(四) 本来の債務者が債務として負担すると否とにかかわらず、一定の債権関係から債権者が受ける一切の損害を担保する場合（狭義の損害担保契約）。これは必ずしも主たる債務を担保するわけではないから民法上の保証ではない。すなわち、主たる債務者が債務を負担しない場合でも、債権者の損害を担保するということがあるから、附従性もなく、また補充性もない。要するに主たる債務者の債権関係を前提としても、これとはまったく独立した債権関係を生じさせるに過ぎないものである。⁽⁹⁾

六 損失保証

債権者が債務の取立てにつとめても債務者の無資力等の理由で完全な弁済が得られず、損失を出すに至った場合に、その損失に対してのみ支払いを保証する場合をいう。債務の全額についての支払いを当然に負担するわけではなく、強度の補充性を示していることで、五に述べた損害担保契約と区別される。

西ドイツにおける信用保証協会 (Kreditgarantiegesellschaft) の保証は、この損失保証であるとされている。すなわち、同協会は、中小企業者が集まって作った保証機関で、有限責任会社 (GmbH) であるが、中小企業者が融資を受けるにあたって、金融機関との間に損失保証契約を締結するが、損失の判定については、あらかじめ一定の事項たとえば主たる債務者の支払停止宣言 (Zahlungseinstellung) がなされたときや、破産宣告のときなどには損失の発生を認める約定をして現実的な対応を示している。なお、同協会による保証の範囲は、その協会の内規によって定められているが、通常は損失額の八〇パーセント前後のようであり、この協会の損失保証には国 (州または連邦) による求償保証がつけられている。⁽¹⁰⁾

一般の保証に比べて、強度の補充性による保証責任の制約がみられる点で、協会保証と少しく類似したところもみ

られるが（約定書例六条、一条の意味を、期限後九〇日を経てなお回収されない債務額のみ保証する越旨だと解すれば、両者間には一段と近似性を認めることができよう）、しかし、右約定の全趣旨から考察すれば、協会保証の保証範囲が債権者の受けた損失に限定されていると解することはいささか無理のように思われる。

七 代理貸付

A銀行からの依頼でB銀行がA銀行の事務を代行して甲に貸付を行い、甲がこの債務を不履行した場合のためにB銀行が甲の債務を保証し、万一の場合には代位弁済その他の方法でA銀行に対して責任をもつという場合を代理貸付といい、銀行等の金融機関がその窓口をふやすために金融機関相互の協定で行っている制度である（信用保証協会法二〇条一項三号にも、「銀行その他の金融機関が中小企業金融公庫若しくは日本開発銀行の委託を受け、……中小企業者等に対する貸付を行った場合、当該金融機関が中小企業者等の当該借入による債務を保証する」という表現がみられるがこれが代理貸付である。もつとも同号は、信用保証協会の業務範囲についての規定ではあるが、実際には、信用保証協会は、現在は同号の業務を取扱っていない）。

この場合B銀行の責任の内容が保証協会の立場に類似するが、このB銀行の責任の性質がどのように解されるかについては、これを損害担保契約であるとするものと、保証と解するものがある。両者の実際上の相違は、保証と解すればB銀行の債務は、甲の債務に附従するが、前者と解すれば、五で述べたように独立債務となるし、また、保証とすれば、甲に別の保証人がつけられている場合には、B銀行はこの保証人と共同保証の関係に立つかとの問題が生ずるが、損害担保契約と解すれば、このような関係は生じない。

なお、保証協会は直接中小企業者等に貸付業務を行うことがない点からすれば協会保証は代理貸付とは業務的には全く異なることはいうまでもない。

八 信用委任

ドイツ民法七七八条やスイス債務法四〇八条には、委託者が受任者の名とその計算において第三者への融資を委任した場合には、その結果としての融資による第三者の債務について、委任者は受任者に対して当然に保証債務を負うことを規定している。このような委任を信用委任と呼んでいるが（ドイツ民法における信用委任の概要については、後掲〔資料1〕参照）、わが国にはこれに類する規定はない。

しかし、保証協会と金融機関との間の基本約定は、保証協会と金融機関との間で、将来、金融機関が保証協会の保証する貸付を行う場合の手続および当該貸付に対する保証協会の保証債務負担のための諸条件を予め協定したものであって、それは、いわば金融機関に中小企業者への貸付の依頼、および、その結果に対する依頼者の保証の責任を定めたものとみることもできないではないから、そうだとすると、同約定の性格は、この信用委任に極めて類似した関係にあるといえよう。とくに、地方公共団体等が金融機関を介して中小企業者に対して行う特別融資についての協会の保証すなわち「制度保証」といわれる場合には、金融機関は、独自の判断に基づいての選択によって貸付を行うというよりは、明らかに地方公共団体等の依頼によってその指定する者に対して、ほぼその要望通りに貸付を行うものであり、この貸付による債務に保証協会が保証する関係も、協会が自主的に保証するに値するか否かを判断して保証を決定するというよりは、協会の公共的性格から、地方公共団体等の政策に協力し、その実施を援助する意味で、これと一体的立場に立ってほぼ無条件に保証しているものであるから、いわば、地方公共団体等が委任者として受任者である金融機関に第三者への融資を委任し、かつ、その融資による第三者の債務について協会を介して保証債務を負担しているものとみることもできるから、このことが強くいえるように思われる。この故に、協会保証の法律関係をこの理論によって理解しようとする学説も生じていることは後述のとおりである。⁽¹⁴⁾

しかし、それにしても、この説明では協会保証の発生原因の特殊性を理解することはできても、これによって生ずる保証内容が一般保証とその性格を異にすることを説明するものとしては説得力に乏しい。それに、実務の現実も、協会保証の成立過程のすべてが上記のメカニズムによって処理されるものとしてはいないようであるから、⁽¹⁵⁾その実際の裏付けも弱いように思われる。

九 支払承諾

銀行が取引先に対して直接融資せずに、万一の場合には責任を負うという、いわば銀行の信用を取引先に利用させて、その取引の円滑化に協力する場合を、ひろく銀行の実務上支払承諾と呼んでいる。

たとえば、専売公社に対する買入金の支払いの延納を公社に願ひ出る場合の銀行の保証とか、取引先の振出した手形への手形保証（手形法三〇条以下）、手形の引受（手形法二一条以下）や、外国為替取引における信用状の発行などは実務上すべてこの支払承諾として処理されている。⁽¹⁶⁾

保証協会が金融機関に対して保証委託者への融資について保証する関係もこれに類似した機能をもつものといえる。

しかし、この支払承諾の概念は、銀行実務の処理上の概念であって、必ずしも法律的性質として統一的に説明されるというものではない。そのなかには純粋な保証として理解されるものもあり、また、手形保証、手形引受のように特別法によって固有の法律的责任として構成されているものもある。したがって、協会保証とはその機能面において共通したものがあるということの類似概念であるにとどまる。

一〇 代位弁済契約

債務者に代って弁済することを約する契約をひろく代位弁済契約と呼ぶことができる。しかし、これは法律によっ

てその内容が定められている概念ではないから、その内容も当事者間の契約によって自由に定めることができるが、債務者との間の契約としてなされる場合には「履行の引受」となることが多いであろうし、債権者との間の契約としてなされる場合には「債務の引受」と解してよい場合が多いであろう。⁽¹⁷⁾

いずれにせよ保証人もやがては代位弁済をなすべき立場にある者であるから、この意味では代位弁済契約と同様の関係がみられることは疑いないが、保証にあっては、この弁済をめぐって補充性からの抗弁権が認められることや、共同保証の場合の求償関係に特別な処理がなされているなど、弁済をめぐる前後の關係に特有な現象がみられる点で、単なる代位弁済契約とは異なった制度とされている。

一 法定の履行担保責任

商法五四九条は仲立人について、また、商法五五三条は問屋について、特別の履行責任を認めているし、民法一七条は無権代理人について、また商法五〇四条は本人のためにすることを示さなかった代理人について、それぞれ履行責任を認めている。これらをひろく法定履行担保責任と呼ぶことができよう。

ことに商法五五三条は、問屋に、相手方がその債務を履行しない場合の委任者に対する履行の責任を負わせていることで、保証に類似した性質を示す、しかし、この場合、相手方は委任者に対しては直接債務者の地位に立つわけではないし、問屋は、保証人のように補充性(民法四五二条、四五三条)を主張しえないことにおいて、保証とはその性質を異にしている。⁽¹⁸⁾ また、仲立人の場合や商法五〇四条の代理の場合、委託者または本人は一応相手方の債務者とはなるけれども、仲立人や代理人の責任は、本来的に補充性を主張しうるような性質のものではない独立した特別の履行責任とされていることで、保証人の債務と異なった性質をもっている。⁽¹⁹⁾

(1) 大判昭和一一・四・一五民集二五卷七八一頁、最判昭和四一・一一・二〇民集二〇卷一〇号二二三九頁。

- (2) 石坂晋四郎「日本民法(債権)」一三五二頁、一三五六頁、鳩山秀夫「日本債権法(総論)」三八二頁、我妻栄「債権総論」(旧版)二六五頁など。
- (3) 原債務者の委託を受けないで債権者との間で引受契約をした場合(末川博「併存的債務引受」(民法に於ける特殊問題の研究二卷)一五〇頁、一五三頁、柚木馨、高木「判例債権法総論」三九三頁)や、当事者が連帯債務関係を成立させる意思を表示しない限り(我妻栄「新訂債権総論」五七七頁)は、むしろ不真正連帯債務関係となるとしている。なお、その他の学説については、椿寿夫「注釈民法(四)」四七二—三頁参照。
- (4) 星野英一「中小漁業信用保証の法律的性格」(民法論集二卷)一九二頁以下。
- (5) 我妻・前掲「新訂債権総論」三八三—四頁参照。
- (6) 鳩山・前掲二八八頁、我妻・前掲(新訂版)四四五頁、高梨公之「不真正連帯債務」(判例演習(債権法1))一〇四頁など。
- (7) 於保不二雄「債権総論」二二四—五頁、椿・前掲六二頁、六七頁。
- (8) 我妻・前掲(新訂版)四五三頁。
- (9) 我妻・前掲(新訂版)四五三頁、於保・前掲二六一—二頁。
- (10) 伊藤進「ドイツ債権担保制度概観(1)」手形研究二三五号三六一—七頁。
- (11) 東・前掲八一頁以下参照。
- (12) 金融法務事情四三三—五号・座談会「貸金保全・回収の法律実務」三四—三五頁照。
- (13) 「制度保証」の内容については、東・前掲一五六頁以下参照。
- (14) 後述「三、協会保証の性質をめぐる学説および判例」における信用委任説がこれである。
- (15) たとえば、福岡県信用保証協会事務手続要領によると、保証協会と金融機関との間の約定書例一二条による手続として、協会が借入申込者から信用保証委託申込により金融機関に貸付を依頼するときは「信用保証付貸付依頼書」を送付することを述べているが、他方、金融機関から協会の信用保証を受けようとするときは「信用保証依頼書」を協会に送付することを定めており、実際にも、この銀行からの協会への保証の依頼のケースはかなりに多いようである。
- (16) 金融法務事情四四三—三三三号・座談会「貸金保全・回収の法律実務」三二—三四頁。
- (17) 奥田昌道「注釈民法(四)」五九九頁参照。

(18) 西原寛一「商行為法」二七〇頁、石井照久「商法」五八頁。

(19) 西原・前掲二八三頁、一二三頁以下参照、石井・前掲五二頁、一四頁。

Ⅱ 協会保証と他の類似機関による保証制度との比較

一 序 説

今日、資力のない者に信用を与える目的で特殊の公共的ないし協同的機関が行なっている保証制度は、信用取引の膨張に応じてかなり広範囲にわたっている。これらを保証機関の形態から分類してみると、機械類信用保険法や輸出保険法に基づき官庁によって直接実施されるものを除くと、特別法による特殊法人によるもの、民法上の財団法人または社団法人によるもの、さらに商法上の営利法人（株式会社）によるものがある。またこれらの諸制度を法形式の観点からみると、保証の形式をとるものと保険の形式をとるものがある。これらを便宜上一括して類似信用保証制度と呼ぶこともあるが、⁽¹⁾かかる包括的な保証制度の全部にわたって協会保証との比較を試みることは、協会保証の法的性質の考察に資する意味ではもとより必要ではない。協会保証制度の骨子は、信用保証協会法に基づいて設立された特殊法人としての信用保証協会が中小企業者等の資金調達を円滑化するという目的のもとに保証業務を行ない、その業務から生ずるリスクを中小企業信用保険法に基づく信用保険制度によってカバーしているものであり、その主たる機能は、債権者である金融機関に対しては債務者の債務を除去ないし軽減し、債務者たる中小企業者に対しては信用供与ないし与信的作用をもつものである。したがって、他の類似機関による保証制度の中で協会保証の占めている地位を明らかにするためには、一方では目的・対象の点で保証業務の類似したもの、あるいは債権担保の点で保証構造の類似した典型的制度との対比をすれば充分であるとともに、他方では類似の保証機能を有しながら法形式を別にする制度との比較が必要である。⁽²⁾

二 類似の保証構造をもつ制度

(1) 中小漁業融資保証制度

この制度は、中小漁業経営における金融難を打開して経営の発展を図るため、昭和二七年に制度金融の一環とし中小漁業者およびその系統団体、さらに地方公共団体が出資を行なつて、都道府県ごとに信用基金協会を設立し、金融機関が融資を行なつた際にその債務を保証し、この保証債務の一部（五〇%〜七〇%）について国が再保険を行なう保証制度である。この制度による保証は、後述のように、その対象が第一次産業である中小漁業という単一業種であり、会員制という協同的組織をとり、保証限度額も会員の出資金の倍数によるなどの諸点で、このような制約を原則として設けていない協会保証と異なつてはいるが、保証のしくみそのものはほとんど同一である。すなわち、その保証関係は、保証機関と会員間の保証委託契約および保証機関と金融機関間の保証契約というそれぞれ独立の契約によつて行なわれ、またその保険関係も、保証機関と国との間で自動的に行なわれている。⁽³⁾

(1) この制度の特徴は、信用基金協会の業務が会員の事業に必要な資金の八〇%に相当する借入金の保証および保険を行なうことであり、被保証人の資格も、協会の区域に住所または事業所を有し、一口（五万円）以上の出資を行なつたもので、次のいづれかに該当するものとされている。すなわち、(a) 漁業協同組合、漁業協同組合連合会、水産加工業協同組合または水産加工業協同組合連合会、(b) 漁業生産組合、(c) 一年を通じて九〇日以上漁業を営む個人または水産加工業を営む人、(d) 漁業を営む法人であつて常時使用する従業員数が三〇〇人以下であり、かつ、その使用する漁船の合計総トン数一、〇〇〇トン（ただし業種別組合の組合員である法人の場合は二、〇〇〇トン）以下のもの、(e) 水産加工業を営む法人であつて常時使用する従業員数が四〇人以下のものである。

(4) 信用基金協会の保証限度額は、出資総額または出資金の一五倍前後（ただし、被保証人が会員たる漁業協同

組合または水産加工協同組合の組合員であつて、その組合の組合員として保証を受ける場合は二〇〇万円以内)となつており、保証期間は、運転資金が一年以内、設備資金が八年以内、漁業近代化資金が二〇年以内とされ、いずれも最低九〇日以上であることとされている。保証料は年〇・八七%、保険料は年〇・七%である。

(イ) 保証債務の履行範囲は、被保証債務の元本、利息および延滞利息(一年六カ月を限度とする)の合計額である。なお、特別会計による保険の支払保険金額は、地方公共団体の出資額は当該協会の出資総額の四分の一以上のものについては、協会の保証した金額の七〇%とし、その他の協会については五〇%とされている。

(2) 農業信用保証制度

この制度は、農業経営に必要な資金の融通を円滑にするため、農業協同組合その他の融資機関の農業者などに対する近代化のための貸付について、その債務を保証する農業信用基金協会と、そのリスクを保険する農業信用保険協会とから構成される保証制度である。農業信用基金協会は都道府県ごとに設立され、地方公共団体、農業協同組合および信用農業協同組合連合会などからの出資金で基金を構成し保証業務を行なつており、他方、農業信用保険協会は全国一円を区域とし、各都道府県にある農業信用基金協会、農林中央金庫および国からの交付金により保険準備金を形成し、各信用基金協会の保証債務の保険(保証保険)を引受けるほか、農林中央金庫と信用農業協同組合連合会が直接農業者に融資する大口資金を、信用基金協会の保証を経由せずに、直接に保険(融資保険)を引受けるなどの業務を行なつている。

この制度による保証は、その対象が第一次産業たる農業という単一業種であり、被保証人資格も基金協会の会員であることを前提要件とするなどの諸点で協会保証と異なつてはいるが、保証の構造そのものは、保証機関と会員間の保証委託契約に基づき、保証機関と融資機関間の保証契約で行なわれるから、協会保証とほとんど同一である。なお、

この制度における保証機関と保険機関に行なわれる保証保険には、事業年度を単位として保証機関が保証した金額（一件当り一〇〇万円以上のもの）の総額の一定額まで成立する包括保険と保証をした金額（一件当り一〇〇万円以下のもの）を通知することにより、その総額の一定額まで成立する選択保険とがある（農業信用保証保険法七八条、保証保険約款三条各参照）。

(イ) この制度における被保証人の資格は次のようである。(a) 農業（畜産業および養蚕業を含む）を営む者および農業に従事する者、(b) 農業協同組合、農業協同組合連合会および農業協同組合中央会、(c) 農事組合法人、(d) 農業共済組合および農業共済組合連合会、(e) 土地改良区および土地改良区連合会、(f) たばこ耕作組合のほか、(g) 農産物を原料、材料として使用する製造・加工の事業、農産物の貯蔵・販売の事業、農業生産に必要な資材の製造の事業を主たる事業とする合名会社、合資会社、株式会社および有限会社とされており、いずれも農業信用基金協会の会員であることを前提とする。

(ロ) 保証の対象となるものは、農業近代化資金のほか、農業者などの事業または生活に必要なもののうち、農業経営の改善に資する資金であり、近代化資金の保証限度額は、個人六〇〇万円、団体三、〇〇〇万円、農協など一億五、〇〇〇万円となっており、その他の資金の場合もこれに準じている。保証期間は対象資金により異なっているが、最長期間は二〇年とされている。保証料は農業近代化資金については年〇・二九％、その他の資金では、年〇・三六％から〇・七三％の範囲である。

(ハ) 保証債務の履行範囲は、近代化資金およびその他の資金とも、個人利用施設資金の場合には被保証債務の元本、利息および延滞利息の合計額、一般資金の共同利用施設の場合にはその合計額の九〇％である。なお、農業信用保険協会の支払保険金額は、基金協会が代位弁済をした保証金額の七〇％に相当する部分となっている。

(3) 堺市および川口市保証制度

この保証制度は、堺市の場合は自転車・刃物など、川口市の場合は、鋳物・機械など地元産業を中心とする中小企業の動向が市の財政に大きく影響するところから、市内中小企業の体質改善とその振興を図るために設けられたものである。堺市にあっては昭和三二年に財団法人堺市中小企業振興会が、川口市にあっては昭和四七年に財団法人川口市中小企業共済協会が設立され、いずれも市内中小企業者が必要とする設備資金・運転資金を金融機関から借入れる際に、その債務の保証を行なっている。これらの制度は、中小企業者を対象とし、その業種についても格別に制限をしていない点で協会保証に類似し、保証業務も債務の保証である点で協会保証と同様であるといえる。もっとも、保証期間の基本財産が小規模であるため、その保証引受能力も制限されており、かつ保証業務から生ずるリスクの分散制度もなく、保証機能の側面ではもとより協会保証に比較できる制度ではないが、地方公共団体を単位とする中小企業信用保証制度として特色をもっている。

(イ) 堺市中小企業振興会の被保証人資格は、市内に事務所または営業所を有し、引続き六ヶ月以上事業を営む中小企業者または組合であり(ただし、原始産業などの業種を除く)、被保証人の保証限度額は個人・法人については五〇〇万円、組合については、一、〇〇〇万円とされ、保証期間は運転資金が二年以内、設備資金が三年以内となっており、保証料は保証債務額一〇〇万円以下につき年〇・九六%、一〇〇万円以上につき年一・二%のようである。なお、保証債務の履行範囲は、被保証債務の元本、利息および最終履行期限後一二〇日以内の延滞利息の合計額となっている。

(ロ) 川口市中小企業共済協会の被保証人資格は、市内に事業所を有し、同一業種を三年以上営んでいる中小企業の商工業者である会員となっており、保証期間は運転資金が五年以内、設備資金が七年以内であり、保証料は保証期

間に応じ年〇・二%から〇・六%となっている。保証債務の履行範囲は堺市振興会の場合と同様である。

(4) 消費者信用保証制度

今日一般に消費者信用保証といわれる制度には、財団法人公庫住宅融資保証協会の行なう住宅金融公庫融資保証（昭和四七年）や財団法人東京労働者共同保証協会の行なう労働者共同保証（昭和四三年）のように公共的の制度も含まれるが、これを度外視すると、住宅ローン保証制度のように金融機関の消費者金融の延長として行なわれる信用保証制度と、それ以外の個別信用保証制度とに大別される。このような消費者対象の保証業務は、もちろん従来の信用保証協会業務の対象外であるが（ただし、群馬県信用保証協会と川崎市信用保証協会は勤労者住宅資金の保証を実施している）、最近の消費生活の高度化・多様化に伴う信用保証制度として注目すべきものである。これらの諸制度は、保証機関が株式会社形態をとり、保証の対象が一般消費者である点で協会保証と異なるのみならず、いずれも営業目的の保証業務を行なう点でも大きく異なっているといえる。

(イ) 住宅ローン保証制度 現存するものは、すべて金融機関（銀行・保険会社など）およびその系列機関（不動産・貿易会社など）の出資により設立された株式会社が保証機関となり、一般消費者の住宅資金の保証業務を行なっている。かかる保証会社としては、新日本保証株式会社（大阪市）、大阪総合信用株式会社（大阪市）、中国総合信用株式会社（広島市）、京阪神総合信用株式会社（大阪府池田市）、宮崎住宅ローン保証株式会社（宮崎市）がある。これらの保証会社は、最後のものを除いて、定款上では種々の保証業務を実施できる建前になっているが、当面は住宅ローン保証を主たる業務としている。被保証人資格は住宅ローンの利用者に限られ、一人当りの保証限度額は二、〇〇〇万円または年収の三倍以内となっているが、宮崎住宅ローン保証の場合は一、〇〇〇万円以内（宅地のみの場合）は三〇〇万円以内）となっている。保証料は年〇・二六四%から〇・七%まであり、そのほかに一件につき一二、〇

〇〇円から一五、〇〇〇円の範囲で手数料を徴収している。保証期間は一五年ないし二〇年以内であり、保証債務の履行範囲は被保証債務の元本、利息および延滞利息である。

(ロ) 個別信用保証制度 これには自動車販売保証制度と日本信販保証制度とがある。

(a) 自動車販売保証制度は、消費者が自動車の購入資金を金融機関から借入れる場合に、その債務を金融機関に対して保証することを目的とするもので、その保証機関としては、日産自動車の出資によって設立された日産信用保証株式会社と、三和銀行、大東京火災保険および日本中古車販売団体連合会の共同出資による日本中古車販売信用保証株式会社とがある。前者は日産自動車の製品である販売業者からの中古車の購入資金の保証に限り、保証限度額は、前者であつては車輛一台当り一五〇万円以内、一被保証人当り三〇〇万円以内としており、後者は一台当り三〇〇万円以内、一販売店当り保証基金と出資金の合計額の二〇倍以内となっている。保証期間および保証料はいずれも最長二四ヶ月、年二%であり、保証債務の履行範囲も、ともに被保証債務の元本、利息および延滞利息の合計額である。

(b) 日本信販保証制度は、日本信販株式会社が保証機関となつて、消費者が信用金庫から借入れる債務の保証を目的とするものである。百貨店などの割賦販売業務の代行会社として設立された日本信販株式会社が、消費者信用の増強を図るために、昭和三六年に信用保証部を設けて行なつてゐる保証制度である。保証の対象は、学費、物品購入、結婚、住宅その他一般消費資金であり、一定職業に三年以上勤続する者または自家営業五年以上の者が被保証人資格となつてゐる。一被保証人の保証限度額は一万円以上一〇〇万円以内、保証期間は最長三六ヶ月、保証料は貸付利息を含んで月一%以内である。

三 類似の保証機能をもつ制度

信用保証協会の保証制度は、これを機能的観点からみると、債権者たる金融機関に対する関係では債務者の支払不能による信用危険を除去軽減する機能をもち、債務者たる中小企業者に対しては信用供与の作用を有しているが、これと同じような機能は、今日では損害保険制度によっても果たされている。とくに保険会社によって新種保険として実施されている信用保険および保証保険は、協会保証の保証業務に機能的に接近している。もっとも保険と保証とをテピカルな基準から比較した場合、保険は相互的充足を目的とする多数人の結合を要件とするのに対し、保証はこれを要件としないこと、保険は保険料なしには成立しないのに対し、保証は必ずしも対価を要しないこと、保険は独立の契約であるのに対し、保証は主たる債務なしには成立しない従たる契約であるなどの諸点において、経済的の制度として区別されるばかりでなく、法律構成としても区別されるべきものであるが、ここでは両者の実質的機能の類似性に焦点をあてながら比較をしてみる。

(1) 信用保険制度

現在わが国で約款が認可されている信用保険には、身元信用保険、割賦販売代金保険、建物資金保険、住宅資金貸付保険、海外旅行資金貸付保険、請負信用保険、個人ローン信用保険などがある。このような信用保険は、一般には債務者の債務不履行によって生ずる債権者の損害を填補することを目的とする保険契約と定義されており、最も典型的な信用保険とみられる割賦販売代金保険の普通約款一条によると、保険会社は「この約款に従い、保険証券に添付された分割払売契約書(写)によって売買された物について、被保険者がその分割払売代金を回収できなくなつたことにより被る損害を填補する責に任ずる」と定めている。実務上の取扱いでみる限り、信用保険に属する約款では、保険契約者および被保険者はいずれも債権者であり、すなわち債権者が自己のためにする保険契約として締結されている。

ところで信用保険は、債権者が債務者の債務不履行による信用危険を除去軽減する目的でなされる契約であるから、保険会社の危険負担と信用保証協会の危険負担は似たような機能を果たしている。しかし、信用保険における危険というものは、弁済期日までに債務者が債務の履行をしないという単なる債務不履行の事実ではなしに、債務者の確定的な支払不能の結果、信用価値が失われることにより債権者に確定的な財産の減少を生ずることを意味するのであり、すなわち信用保険は損害の填補が主たる目的であり、債務の履行を担保するものではない。この点に協会保証との基本的な相違がみられる。そしてこの相違は、次の諸点に現われてくる。すなわち、経済的観点においては、信用保険は特定クラスに属する多数の債務者グループに生ずる信用危険を正確な統計的基礎にたつて分散し、かつ充分な予防管理を設けるなどの保険技術を基礎としているのに対し、協会保証は主たる債務者の個別的な地位に基づいて信用危険が定められており、また、前者では保険料が信用危険負担の対価を構成するのにに対し、後者の保証料は必ずしもそうではない。さらに法的観点からみると、信用保険契約の目的は被保険者の信用価値の喪失による損害の填補であり、保険会社の保険金支払は契約外の第三者（債務者）の支払不能による確定的損害の発生によって具体化し、かつそれに限られるのに対し、協会保証の保証債務は、弁済期後九〇日を経てなお主たる債務者の債務不履行が存する場合に履行責任を生ずるとともに、その履行の範囲も原則として主たる債務と同一内容である。言葉を代え、信用保険は法形式の点でも実質的機能の点でも保険の性質をもっており、保証ではないのである。

(2) 保証保険制度

保証保険とは、たとえば物品納入契約、工事請負契約あるいは金銭消費貸借契約などにおいて、債務者たる物品納入者、請負人、借主が自ら保険契約者となり、これらの契約に基づく債務の不履行により注文者、貸主など債権者の被る損害を填補することを目的とする損害保険契約である。⁽⁸⁾ 現在約款が認可されている保証保険には、履行保証保

險、入札保証保険、住宅ローン保証保険などがあるが、典型的な保証保険と思われる履行保証保険の普通約款一条によると、保険会社は「保険契約者たる債務者が保険証券記載の契約につきその債務を履行しない場合において、この約款に従い、被保険者たる債権者の被る損害を填補する責に任ずる」と規定している。すなわち、保証保険は他人（債権者）のためにする保険契約の形式をとるのが特色であり、債務者は保険会社との間にかかる保険契約を締結し、これを被保険者たる債権者に債務履行の担保として提供するのである。このような意味において、保証保険は債務者への与信行為として締結されるのが通例であり、債権者の信用危険のために締結されるものではない。このことは、現行の保証保険が、債務不履行にそなえて個別的に保証金を積立てたり保証人を立てる代りに、これを保険制度によってカバーしようとする趣旨で、アメリカなどでボンド (Bond, Surety Bond) の名称で行なわれている制度をとり入れたという事情から明らかである。⁽⁹⁾ところでボンドというは、簡単にいうならば保証人付保証金証券ともいべき制度であり、保証人が保証料を徴収して保証証券を発行し、債務者が特定額の債務を確実に履行することを債権者に対して保証する形式をとる保証契約の一種であるが、アメリカにおいては、その法的性質は保証人、債務者および債権者の三当事者間の一つの契約であるとされている。すなわち、この契約は債務者への与信行為として締結され、これにより保証人が債務者と同一の債務を負担することを約することによって、債務者の不履行の危険を債権者から保証人に転嫁するものであり、保険との相違としては、保険は二当事者間の契約であること、したがって一方当事者の保険料支払が対価的約因をなすのに、ボンドにあっては対価は債権者または債務者のいずれからも支払われうるといふ点に求められている。⁽¹⁰⁾

ところで、わが国で認可されている保証保険は、保険会社と債務者間で締結され、債権者を被保険者とする他人のためにする保険契約の形式をとってはいるが、その実質的機能は債務者に対する信用供与であり、この点で保証に接

近する。しかも保証保険にあっては、保険事故が債務者の不履行という保険契約者の一方的意思に基づいて発生することになるので、保険事故の偶然性（商法六二九条）と保険契約者の故意・重過失による事故招致の法定免責（商法六四一条）との関連において、その保険としての性格には議論があり、むしろこの制度をもって保険会社の保証事業とみられる程に保証の色彩を強めている。⁽¹¹⁾ 実務においても、保証保険は保険制度としての条件をそなえながら保証の機能をも果たしたものと意識されており、とくに、最新の住宅ローン保証保険においては、保険会社は保証人として信頼性が高いこと、債権者は保険会社の信用調査や審査機能を利用できること、担保物の調査・鑑定評価および担保権設定手続などが省略できること、損害の回収が容易であることなどの諸点をもってこの保険の利点とされているから、⁽¹²⁾ この面でも信用保証協会の保証業務に一層接近する。もっとも保証保険と協会保証とを比較した場合、前者が保険の形式をとることから次のような差異を生ずる。すなわち現行の保証保険は、第一に付保対象の契約の種類が特定のものに限られていること、第二に保険会社の填補する損害は債務者の不履行により債権者の被った実損に限定され、延滞損害金などは担保されないこと、第三に被保険者たる債権者の保険金請求は、その前提として契約の解除、再契約の締結およびそれによる差額代金の発生が要求されており、保険会社はその差額を填補するだけであること、第四に保険契約者たる債務者の故意・重過失による事故招致または告知義務違反などに対し一応免責・解除のペナルティが課されていること、第五に保険会社の求償権は保険代位によることなどである。しかし、このような協会保証との差異は、保証保険が保険契約という形式をとることに基づくのであって、制度の実質によるものではない。それゆえに、保証事業（ボンド）の利点とされている諸点、たとえば保証人たる保険会社が債務者の債務不履行の発生以前に適切な予防措置を講ずることができ、債務不履行が発生したときも債権者に所定の金銭給付をするほか、債務者に対する資金援助あるいは自己の負担で第三者にこれを履行させるなど、あらゆる状況に応じた有効な方法を講ずる

ことができること、債務者に対する求償確保のため担保を設定しておくことなどは、現行の保証保険において必ずしも不可能ではないと解されており、⁽¹³⁾さらに保険会社の求償権の行使は保険代位によるか、あるいは保険契約と同時に締結する「求償契約」によっているという実務の取扱いからみて⁽¹⁴⁾、協会保証との差はますます少なくなっているように思われる。

- (1) たとえば、東・前掲三一三頁以下参照。
- (2) 比較の資料としては、中小企業信用保険公庫調査部調査課の作成した「他機関の信用補完制度の概要」(昭和四九年二月)を参照した。したがって、保証限度額などの金額ないしパーセンテージは、昭和四九年度を基準にしている。
- (3) この融資保証の法的性質に関する研究としては、星野・前掲一八一頁以下参照。
- (4) 勝呂弘「保険学」六一頁参照。
- (5) 大森忠夫「保険法」六頁参照。
- (6) 野津務「信用保険」法律学辞典Ⅱ一四六六頁。
- (7) 窪田宏「信用保険」契約法大系Ⅴ三一七頁、倉沢康一郎「信用保険と保証保険」法学研究四八巻二号四一頁以下参照。
- (8) 大森・前掲三一七頁参照。
- (9) 大森・前掲三一七頁、石田満「保証保険について」保険契約法の諸問題二八六頁以下、大島引「保証保険について」保険学雑誌三八二号五九頁以下、横尾督雄「担保としての保証保険」金融法務事情六六三号六頁各参照。
- (10) 倉沢・前掲三一頁参照。
- (11) 保証保険の保険性を否定して保証事業と解するものとして、椎名幾三郎「保険者に対する第三者の権利」保険学雑誌四四号五二頁以下、窪田・前掲三二〇頁各参照。その保険性を認めて保証事業と解するものとしては、大森・前掲三一八頁、石田・前掲二八五頁、大島・前掲五七頁以下、狩谷享一「保険業法」損害保険実務講座一卷二〇七頁各参照。
- (12) 横尾・前掲五頁以下。なお西島梅治「保険海商法」(戸田・西島編)一二三頁参照。
- (13) 石田・前掲二八八頁参照。
- (14) 横尾・前掲五頁。

三 協会保証の性質をめぐる学説および判例

協会保証は、信用の乏しい中小企業者等が金融機関から貸付等を受けるについて、その貸付金等の債務を保証することによって、中小企業者等の資金調達を円滑化せしめることを目的としている（信用保証協会法一条参照）。この協会保証については、保証機関としての協会、債権者としての金融機関、債務者としての中小企業者の三面関係のあり方をめぐって、あるいは協会保証の果たしている機能をめぐって、それが民法上の保証の枠組にある保証なのか、それともその枠組を超えた別の性質の保証であるかについて議論が対立している。その焦点は、協会保証にみられる多くの特約、とくに共同保証人に対する特約（たとえば委託契約書例一一條三項参照）、さらには金融機関に対する特約（たとえば約定書例六條参照）などをどのように法的に評価すべきかにあるといっている。以下、協会保証の性質をめぐる従来の学説・判例を取り上げて議論の焦点を明らかにすると同時に、それを前提として協会保証の法的基礎づけの問題を検討してみよう。

I 法的性質に関する学説・判例

一 債務保証説

この立場は、信用保証協会のなす保証は中小企業者等が金融機関に対して負担する借入等の「債務の保証」であり、その要件・効力について特約のないかぎり民商法上の保証の規定によるべきであるとする。この立場を明確に採っているのは判例である。⁽¹⁾

右判例のうち、東京高裁の事件は、保証債務を履行して債権者（銀行）に代位した協会が、本件建物の第三取得者である被告を相手に、債権者が有していた被告に対する抵当権設定の登記請求権を代位行使した事案に関する。協会

は、協会保証の特殊性を強調して、本件代位には民法五〇一条但書五号の適用はなく、弁済額全額につき代位できると主張したが、裁判所は、協会が、物上保証人の地位を承継した被告に対して主張できるのは頭割りの代位であり、協会が「本件信用保証契約の特殊性について縷々主張するけれども、所論信用保証協会法の規定と対照するも、本件保証契約は民法上の保証と異なるところはないのであって、これにつき民法第五〇一条但書第五号の規定の適用が当然排除されるものと解すべき法律上の根拠はな」く、また協会が「右規定にかかわらず、自己の出捐した金員全額につき、物上保証人に対し代位を主張し得るとする趣旨の合意ないし慣習等が存在する事實は、協会のならん立証しなるところ」と判示して、頭割りによる代位の範囲でのみ協会の請求を認容した。

さらに、札幌高裁函館支部の事件は、債権者（銀行）に対して保証債務を履行した協会が、債権者が個別に立てさせた他の連帯保証人を相手に、代位弁済した全額の求償を請求した事案である。本件において協会は、協会のなす保証は制度上債務者の信用を保証するものであり、債務の保証である民法上の保証と異なるから、協会が代位弁済した後は債権者の地位を承継して代位弁済の全額につき、主債務者に対してはもとより他の保証人に対しても保証債務の履行を請求できると主張したが、裁判所は、信用保証協会法に基づく本件保証が、「制度上民法の保証と要件、効力を異にする別個のものとは解されないのみならず、……同法においては……『債務の保証』の内容については特段の規定を設けていないのであるから、その要件及び効力については特約のないかぎり当然民法上の保証の規定によるべく、それが制度上信用の保証であって債務の保証ではないから、民法上の保証とは異なるという法律上の根拠はない」と判示して、求償権の行使につき特約のない本件では、結局協会は、民法四六五条一項および同四四二条による求償権を行使できるとどまると判示している。

このように、協会保証をもって「債務の保証」と解し、これが民商法に規定する保証と異なる性質を有するものと

解すべき根拠がないとするのが判例であるが、この立場は学説においても多数を占めている。⁽²⁾ もっとも、協会保証は民商法上の保証に対比して、協会法二〇条により保証の対象となる「債務」の種類および範囲が限られてはいるが、⁽³⁾かかる債務が不履行の場合に協会が保証の責に任ずるといふ意味で債務の保証そのものであると解されている。⁽⁴⁾

二 信用委任説

これは、信用保証協会の信用保証は、保証協会（委任者）が金融機関（受任者）に対し、自己の名において、かつ、自己の計算によって中小企業者等（第三者）に信用を供与すべきこと（融資）を委託する契約であるとする説である。⁽⁵⁾ すなわち、協会保証は、単なる金融機関との保証契約ではなくして、第三者のためにする信用供与の委任契約であるとみるのである。この場合、信用供与を受けた第三者（主たる債務者）が債務を履行しないときは、協会が金融機関に対し、保証人として（ドイツ民法七七八条）、または、保証人と同様に（スイス債務法四〇八条）、責任を負わなければならないのである。この信用委任説は、協会保証における金融機関・協会・債務者の三面関係が信用供与を媒介として構成されており、協会保証がたんに民法上の債務の保証ではなく信用の保証であるということを明確にしている点でその影響力は小さくない。しかし、現在なされている協会保証は、協会が金融機関にはたらきかける協会幹旋保証のほか、金融機関等の依頼による金融機関経由保証もあるから、協会保証の性質について信用委任説をとる立場には一概に賛成できない（なお、ドイツにおける信用委任については後掲「資料一」参照）。

三 信用補完説

信用補完説は、主に協会サイドで主張されてきたところであるが、現在ではかなりの浸透力をつけてきている。この説は、必ずしも明瞭ではないが、協会保証は、中小企業者に薄弱な信用力をカバーして中小企業者が金融機関から融資を容易に受けさせるために、その信用力を補完してやるのであるとしている。⁽⁶⁾ この立場は、協会保証の内容をそ

れがはたす機能の面からとらえているものでその特質を明確に指摘したものと見えるが、この機能的特質のみから債務の保証でない結論づけることには無理がある。けだし、債務の保証であるかどうかということは、法的構成の問題だからである。したがって、協会保証が債務の保証であると同時に信用の補完（保証）でありうる。信用補完説は、単に、機能的理解にとどまらず、その上に独自の法的構成が備わったものとなることが望まれる。⁽⁷⁾ 現状では、協会保証は、債務の保証であらざるを得ず、信用補完的性質が強い保証であるといわざるをえないと思われる。

四 機関保証説

この説は、協会保証を「機関保証」として理解するのであるが、その内容は必ずしも一致していない。それは「機関保証」という概念を保証の現象形態からとらえて「個人保証」に対比するものとして使用するにとどまるのか、保証の法的性質を意味づけるものとして使用するのかの区別が必ずしも明確でないからである。このため機関保証説の理解にあたっては、この両側面からみなければならぬ。そこで、保証の現象形態の観点から協会保証を機関保証としてとらえる見解は、協会保証は保証を専業とする保証機関による保証であり、そのメカニズムは「一定の事業体が、主債務者からの保証委託に基づき、保証料を徴し、事業として不特定多数人のために行う保証」の一つであるとして、このような機関保証の特色は、合理的取引の性格、継続性、有償性、信用補完性などにみられ、その根源を追究するならば「保証取引という新しい取引形態を前提としてはじめて把握できるところの保証」ということになる⁽¹⁰⁾と主張する。協会保証の性質をこのような意味での機関保証として解することには何らの異論もない。そこで、このような機関保証たる性質をもった協会保証の法的性質がここではとくに問題となるのである。保証の法的性質を意味するものとしての観点から協会保証を機関保証とみる見解は、その意味するところがまちまちであるだけでなく明確に

それを知ることとも困難である。ただ、しいて極めて概略的統一的にみるならば、民法上の債務の保証とは異なり「信用の補完」という性格の強い保証と理解しているものといえる。しかし債務の保証とは全く別の性質の保証とみるかどうかについては相違がある。このうち、債務の保証とは全く異なる性格の保証、すなわち信用の補完たる性格を表わすとの意味において機関保証説をとる立場は信用補完説そのものでありこれと何ら異ならない。しかし協会保証は信用の補完性の強い保証であるといえるが債務の保証たる性格が全くないと解することはできない。また他の見解によれば、民法上の保証も「債務の保証」たる性格とともに信用補完の性質が全くないといえることができないのと同じように、協会保証も債務の保証たる性格を否定することができないとの立場から、協会保証は民法上の債務保証とは本質的に異なるものではないが、これに比べ信用補完の性質の方が強い保証であるとの認識において、かかる保証を機関保証であるとす。そして、かかる性格の保証を民法上の保証と同一性質の保証であるがそのうちでも信用補完性の強い保証とみていくか、だからこそ特殊の保証なのだといふかは表現上の違いにすぎないとみる⁽¹¹⁾。さらに、この見解は、かかる観点から、協会保証の法律関係をみるにあって債務の保証の強い民法上の保証規定およびこれまでの保証理論を修正していくことを要請する。この点においては妥当な見解といえるであろう。ただ、この説は、その修正を信用補完性を前提として特約された事項につき、その当事者の範囲にとどまらず、慣習あるいは慣習法上そのような内容を持って存在するところの保証としてとらえることによって画一的に修正し、機関保証理論の確立を試みている点⁽¹²⁾において疑問が残る⁽¹³⁾。

(1) 東京高判昭和三五・一〇・二六下級民集一一卷一〇号二二九二頁、札幌高裁函館支判昭和三七・六・一二高裁民集一五卷四号二八九頁。

(2) 谷川久・判批・ジュリスト三一五号一〇五頁、同「信用保証協会のする保証の性質」銀行取引判例百選(新版)一八三頁以下、喜多子祐・判批・商学討究四一巻二号一二三頁、鈴木竹雄編「担保・保証」銀行取引セミナー(5)二二頁、加藤一郎

- 吉原省三「銀行取引」(改訂版)二一九頁各参照。
- (3) 喜多・前掲判批一二五頁。
- (4) 協会保証をもって民商法上の保証と解しながら、他の共同保証人との関係を第一次保証・第二次保証の観念で理解しようとする見解がある(前掲・金融法務事情四三五号・座談会三五頁——淺沼発言)。しかし、その意味するところ必ずしも明らかでない。
- (5) 鈴木正和「制度保証の法的性格の明確化」信用保証五八号二二頁、前掲・金融法務事情四三五号・座談会三四頁(鈴木発言)。なお、信用委任については、中川一郎「信用委任」法学新報四四卷一〇号一二号、西村信雄「注釈民法(11)」一四九頁各参照。
- (6) 岡崎治郎「信用保証制度の再検討」金融法務事情七四〇号二二頁以下。
- (7) 金沢理他「信用保証制度の機能ならびに適正信用保証料(法的性質)に関する研究報告」(信用保証基本問題委託研究報告書(一))一八頁参照。
- (8) 伊藤・前掲(手形研究一九二号)一頁、同前掲(信用保証五九号)一九頁、上野・前掲六三頁。
- (9) 金沢理「信用保証とボンド」金融法務事情七五〇号一五頁。
- (10) 伊藤・前掲(手形研究一九二号)三頁、四頁。
- (11) 伊藤・前掲(手形研究一九二号)五頁。もともと立法論としては、信用補充の保証として、また「枠」保証として保証取引という新しい取引形態に対応した機関保証法の制定が唱えられている(伊藤・前掲(信用保証五九号)二三頁以下)。このほか機関保証の立法化を主張する者として、上野・前掲六六頁参照。
- (12) 伊藤・前掲(手形研究一九二号)一〇頁。
- (13) これは共同研究としての結果であり、機関保証説を主張する伊藤個人としてはこの結論につき留保している。

II 法的基礎をめぐる学説・判例

一 民商法上の保証説

協会保証をもって民商法に規定される保証であるとする見解によると、金融機関に対する信用保証協会の保証債務

は、主たる債務の存在を前提としてそれと同一内容の給付を目的とする従たる債務であり（附従性）、また主たる債務者に履行の資力がない場合に履行の責に任ずるといふ補充性をもつから、その意味において「債務の保証」であり、その法的性質は民商法上の保証そのものであるとする。前述のように、判例もこの立場が支配的であり、学説も多数説である。⁽²⁾ この立場の形式的根拠としては、協会保証が民商法上の保証と性質を異にする特殊の保証であると解すべき法律上の規定がないこと、したがって保証の要件・効力については特約のない限り民商法の保証の規定によるべきことがあげられている。

ところで、協会保証が民商法上の保証であるとした場合、いわゆる保証債務の補充性から生ずる抗弁権（民法四二条、四五三条）は保証債務の要素ではなく、この抗弁権のない連帯保証も保証の一種とされているから（民法四五四条）、協会保証が単純保証なのか、それとも連帯保証の性格をもつものとみるべきかが問題となる。

(イ) 特約による連帯保証性 民法の規定によれば連帯保証は債権者と保証人との特約によって生ずるとされているから、協会保証の連帯保証性の有無は、まず債権者たる金融機関と保証人たる信用保証協会との間のその旨の特約があるか否かによって決定される。しかし、各信用保証協会と金融機関との約定書には、協会保証をもって連帯保証とする旨の特約条項はみあたらないから、特約による連帯保証性を認めることは困難である。

(ロ) 商法の特則による連帯保証性 商法の特則によると主たる債務が債務者の商行為によって生じたとき、また保証が商行為であるときは、主たる債務と保証債務が同時に発生しなかつたときでも、その保証は当然に連帯保証になるものと規定されている（商法五一一条二項）。この特則は、商行為（商法五〇一条、五〇二条、五〇三条）によって生じた債務の履行を確実にして、商取引の安全と信用を維持せしめることを立法の趣旨とするから、債権者側の商行為は要件でないのみならず、債権者にとってのみ一方的商行為となる場合には適用がないと解されている。⁽³⁾

そこでこの特則の要件を協会保証の保証関係に適用した場合に、保証人の地位にある信用保証協会が商法上の商人でないことは明らかであるから、協会と金融機関との間の保証契約が協会側にとって商行為性を有しないことは明白である。他方、債権者たるべき金融機関については、信用保証協会の業務取扱いによって多少その範囲が異なるようであるが、⁽⁴⁾中小企業信用保険法三条一項による限り、銀行、農林中央金庫、商工組合中央金庫、信用金庫、信用金庫連合会、信用協同組合、中小企業金融公庫、国民金融公庫、環境衛生金融公庫と定められており、これらの金融機関の中には商法上の商人資格をもつものもあれば（商法五〇二条八号、四条一項）、もたない機関も存在する。したがって、協会との保証契約が金融機関側にとって商行為性を帯びてくるのは、銀行などの一部の金融機関の場合である。ただし、この場合の保証の商行為性は債権者たる金融機関側に一方的に生ずるのみであるから、協会と金融機関との間の保証契約に関する限り、商法五一一条二項にいわゆる「保証が商行為なるとき」の適用を生ずる場合はない結果となる。

そこで商法の特則により協会保証が連帯保証となるのは、主たる債務が債務者の商行為によって発生した場合に限られる。もっとも信用保証協会法二〇条二項に定められる被保証人資格である「中小企業者」とは、商業、工業、鉱業、運送業、サービス業その他の事業を行なう中小規模の事業者および定款で定める勤労者とされており、その具体的範囲は中小企業信用保険法二条に定められているが、これらの事業者がすべて商法上の商人資格（商法四条参照）を有するとは限らない。結局、商法の特則の適用上、これらの事業者の商人資格が認められる場合にのみ主たる債務の商行為性が肯定され（商法五〇三条）、その範囲で協会保証の連帯保証性が認められることになる。ただ、現行商法の商人資格は、商行為を前提としない企業にも拡張されており、とくに会社という形態をとる企業は、その営業の種類を問わずその形態自体から商人資格が擬制されており（商法四条二項、五二条二項、五二三条各参照）、こ

の面からいわたる「中小企業者」の商人性がカバーされる場合も多いと思われる。したがって、協会保証が商法五
 一二条二項の特則により連帯保証となる事例は、実際上かなり多いものと思われる。協会の保証実務でも催告および
 検索の抗弁権を現実に行使することはないとされており、実務感覚としても協会保証をもって連帯保証とみている
 ようである。⁽⁵⁾ もちろん、商法五一一條二項の規定は反対の特約を許さない強行法規でないから、その要件を充たす場
 合でも単純保証の特約があればそれに従うのは当然であるが、⁽⁶⁾ 協会保証にそのような特約はみられない。ただし、信
 用保証協会と金融機関との間の約定書によると、協会の保証債務は主たる債務の最終履行期限後原則として九〇日
 経て、なおその履行がない場合に金融機関の請求（代位弁済請求）によって履行するものとされ（約定書例六条一
 項）、かつ、金融機関はそれまでに保証付でない債権の取立てと同じ方法で、主たる債務の取立てをしなければなら
 ない義務を負い（約定書例九条三項）、金融機関の取立懈怠は事情によっては協会保証の免責事由になるものとして
 おり（約定書例一一條三号）、これらの特約の趣旨が問題である。⁽⁷⁾ 連帯保証にはいわゆる補充性から生ずる抗弁権は
 認められないのが原則であるのに対し（民法四五四條）、協会保証の場合には、以上のような特約条項により補充性
 を逆に強めているように思われているからである。むしろこれらの特約条項は、協会保証の連帯保証性には矛盾する
 要素となつていとも考えられるが、その趣旨を斟酌すれば、この特約をもって上記の特則による連帯保証性を排除
 する趣旨と解するか、あるいは協会保証が一方では主たる債務の履行期限後九〇日を経てなお回収されない債務額の
 保証という性質をもち、他方ではその条件においてのみ主たる債務と連帯関係に立つ保証だとみることもできよう。
 もっとも上記の約定書には、いかなる場合に主たる債務の回収不能となるかにつき格別の具体的な定めはおいでいな
 い。

(イ) 共同保証関係 主たる債務者のために協会保証以外に保証人がある場合、すなわち数人の保証人が共同保証

の関係にある場合には、民法の原則によれば各保証人は分別の利益を有し（民法四五六条・四二七条）、債権者に対して平等の割合をもって分割された負担部分を弁済すれば足り、それ以上の弁済をしたときは他の保証人に対して求償をなしうるとされている（民法四六五条二項、四六二条参照）。しかし、この原則は、協会保証には、そのまま適用されない。まず、主たる債務が債務者の商行為によって生じたときは——實際上この場合が多いことは上述のとおりである——、商法の特則により協会保証は連帯保証となるが、同時に他の保証も反対の特約がない限り連帯保証となるから、各保証人は分別の利益を有しない。のみならず商法五一一条二項の適用に関しては、保証人相互間にも連帯関係（保証連帯）を生ずると解するのが通説であり、判例もこれを認めているから、この場合の共同保証人は、いずれにしても分別の利益を有しない結果となる。つぎに、共同保証人が分別の利益を有しない場合でも、一人の保証人が全額または自己の負担部分以上の弁済をしたときは、民法はさらに他の保証人に対する求償権を認めるが（民法四六五条一項）、協会保証の場合は特約によってこの規定を排除している。すなわち、信用保証協会は、主たる債務者に対する求償権確保のために共同保証人を保証委託契約に加入させたうえ、協会が金融機関に全額弁済をした場合はその求償債務全額につき他の共同保証人は主たる債務者と連帯して弁済責任を負うものとし、反対に他の保証人が全額弁済をした場合は協会に対して求償権を放棄するものと特約している（信用保証委託契約書例一一一条参照）。保証人相互間の求償関係を定めた民法の規定は、もとより強行法規ではないから、上述のような特約をすることは可能であるが、このような特約後に新たに共同保証人となった者に対しては、当該保証人をさらに保証委託契約に加入させるか、あるいは別の特約を結ばない限り、上述の特約の効力を当然には主張できないことになる。

二 特別法上の保証説

協会保証をもって民商法上の保証と異なる特殊の保証とみる見解には、前述のように、広い意味ではこの保証の制

度的特殊性を承認する見解も含まれるが、ここでは法的基礎づけの観点から特殊の保証とみる見解のみを取上げる。

このような観点から協会保証をもって積極的に特殊な保証であることを主張する見解は、これを信用保証協会法という特別法に定められる特殊な「信用の保証」であるとす。すなわち、協会保証は信用保証協会という特殊法人が保証機関となること、中小企業の振興育成という公的使命のもとに行われること、形式は債務の保証であっても実質は債権者のためにこれに代って債権回収を行なうのが目的であることなどにその特殊性があり、これをもって民商法上の保証と性質を異にする「信用の保証」と解すべきだと主張する。ただし、このような見解が学説として主張されているわけではなく、協会保証の法的性質が争点となった裁判過程における当事者の主張にすぎないのであるが、結局この見解は、協会保証が民商法上の保証と性質を異にする特殊の保証であることの形式的根拠を、信用保証協会法に求めているのである。しかし、同法はその大部分が特殊法人たる信用保証協会の組織運営を定めたものであり、その業務を定めた同法二〇条一項の規定においては、むしろ信用保証協会は中小企業者の金融機関に対する貸付債務、手形割引債務または給付債務のいずれかを保証すると定めており、その他同法の諸条項から協会保証が特殊な「信用の保証」であることを裏づける明文の規定を見出すことは困難である。おそらくこの見解には、信用保証協会の保証業務が、保証開始前には金融機関のないし与信的役割をもち、保証開始後は保険事業的役割をもつものとする実務感が反映しているように思われるが、法的観点からみれば、協会保証の目的を定めた信用保証協会法一条の目的論的解釈と、協会保証が公保険の一種である信用保険と連携しているという制度的解釈とを主張したものと評価すべきであらう。

(1) 前注(1)の判例参照。

(2) 前注(2)の文献参照。

- (3) かつて大審院は、商法五一一条二項に定める「保証が商行為なるとき」とは、保証が保証人にとって商行為となるときのみならず、債権者にとってのみ商行為となる場合（たとえば商人がその営業のために身元保証をなさしめる場合）も含まれると判示している（大判昭和一四・一二・二七民集一八卷一六八一頁）。しかし、このような解釈は右規定の立法趣旨を超えるのみならず、債務者側の商行為のみを要件とする右規定一項および二項前段と調和しないから、右判旨には賛成できない。同旨西原寛一「商行為法」（法律学全集二九）一三三頁、田中誠二他「コンメンタル商行為法」五一一条注三、大隅健一郎「商行為法」三九頁各参照。
- (4) たとえば、福岡県信用保証協会の業務方法書（昭和四九年五月二日改正）第五によると、銀行、信用金庫、信用協同組合（それぞれ連合会を含む）、商工組合中央金庫、国民金融公庫、中小企業金融公庫、環境衛生金融公庫、農林中央金庫および保険会社を保証業務の金融機関としている。
- (5) たとえば、東・前掲一〇四頁参照。
- (6) 大判昭和一三・三・一六民集一七卷四二三頁参照。
- (7) 三号免責の解釈については、後述五Ⅱ参照。なお藤原弘道「信用保証協会の保証における免責条項」金融法務事情七五六号一〇頁以下参照。
- (8) 西原・前掲一三三頁、田中誠二他・前掲五一一条注三各参照。
- (9) 大判明治四四・五・二三民録一七輯三三〇頁、大判昭和九・六・一三法律新聞三七二五号一〇頁、大判昭和一二・三・一〇法律新聞四一一八号九頁。
- (10) 前注（一）の判例参照。
- (11) 東・前掲一〇三頁。

四 協会保証の特質

協会保証が信用保証協会法という特別法によって設立された非営利法人の行なう機関保証であり、保証協会は、中小企業者等のために金融機関に対して信用の補完をなし、金融のあっせん、媒介を第一義とする公共的機能を指向し

たものではあるが、そこに利用されている保証自体が民商法上の保証から離れた特別な性格をもった制度であるとは解し難いことは、以上にみてきたごとくである。しかしながら、それにもかかわらず、協会保証がいろいろの面で一般保証と異なった独自の性格を形成しつつあることは疑う余地がない。いまその特徴を指摘すると次のようになろう。

一 公共性

協会保証は、信用保証協会法に基づき、中小企業等の振興育成という公的使命のもとに中小企業等への金融の円滑化をはかるために設立された機関が、その目的遂行のため事業として行なう保証であって（同法一条）、一般の保証に比べるとはるかに公共性をもったものである。このことは地方公共団体等が災害時や年末等に特定中小企業者に対して行なう特別融資に協会が保証するいわゆる「制度保証」といわれる場合について、とくに強く指摘することができる。この故に、

(1) 協会保証は、一般の保証と比べると、主たる債務者の債務返済力の不足をある程度やむをえないものとし、それによる代位弁済の危険を承知で保証するという政策的基盤をもっており、

(2) その危険の防止策をかねて、協会は、保証している中小企業者に対して、保証委託を承諾するに際し、または、その後業者の財産・経営に関して重大な変動が生じた場合には、適切なアドバイスを行なうなどして、業者の指導育成にとめるようにしている（信用保証委託契約書例八条参照）⁽¹⁾。

(3) 協会が代位弁済した場合の債務の取立てについても、実務上では、業者の保証育成の視点からかなり融通性のある取り扱いがなされるように配慮されている⁽²⁾。

(4) 協会保証の保証委託契約についても、協会は、委託者に物的担保を提供せしめ、または保証人をたてさせることが一般である。協会保証の本旨が業者の保護育成にあるといっても、信用力の弱い業者が多いこと、協会の保証業

務を遂行してゆくためには協会の資金力が確保されなければならないことなどのためにはやむをえないことである。⁽³⁾しかし、(2)(3)に述べた協会保証の特質を考えれば、保証人としても、金融機関に対して直接保証するよりも、かなり安心して保証することができるであろう。

二 協会保証の目的（信用の補充）

信用保証協会法一条は、中小企業者等に対する金融の円滑化を図ることを目的に、信用保証協会の制度を設けたことを明示している。これに基づいて協会保証は、中小企業者等に金融の道を開いてやること（そのための信用の補充）を第一義的な目的としており、それによって生じた債務の履行を保証することは、いわば融資開拓のための手段的意義をもつに過ぎないといえることができる。⁽⁴⁾もちろん、融資開拓のためには、その結果としての債務の履行が確保されなければ、銀行は金融の道を開かないであろうから、融資開拓といい、債務の保証といっても循の両面をみる関係にはあるが、二つの目的は区別しえないものではない。自力で金融機関から融資を受けてきたら、検討の上保証してやるというのと、融資が受けられるようにするために保証はしてやるが、その債務の履行については極力自力で処理せよ、というのではかなりニュアンスの差を認められよう。

協会保証が一般の保証と比べて、履行保証の面につき、後述のごとく債務者およびその他の個人保証人等に対してかなりきびしい補充性（約定書例六条、九条三項、一一条二号参照）と優位性（信用保証委託契約書例一一条参照）を主張していることの合理的基礎にはこうした制度的な視点を無視しては理解しえないものがある。すなわち、協会としては、「債務の保証によって金融の道は開いてやるが、その後の履行については一般の保証と同様に甘く考えられては困る」といいたいところなのである。

三 機関保証

協会保証は、一般の個人保証と異なり、保証することを直接の業務として設立された特殊法人（信用保証協会）による業務としての保証である。このように保証することを業とする組織によってなされる保証を、一般の個人保証に対して「機関保証」と呼ぶ。

協会保証が、このような機関保証であることから、その保証には以下のような特殊性がみられる。

(1) 没個人的情義性

一般の個人保証にあっては、保証人は、主たる債務者に対する義理や人情といった個人的な人間関係に基づいて保証を引き受けることが多く、同様の理由から主たる債務者と一蓮托生といった責任意識で結ばれていることが多い。これに対して、機関保証にあっては保証を大量な業務の一環として取扱っているものであるから、個人保証に比べて、はるかにビジネスライクであって、主たる債務者との個人的な義理人情といった人間関係を介在させる余地は皆無といつてよいし、その事後処理も極めて目的かつ事務的である。

(2) 大量取引性、反覆利用性

協会保証は、ひろく中小企業者等への金融の円滑化をはかるために業務としてなされる保証であるから、資金の許すかぎり広くかつ反覆的に利用されるよう、保証額に限度をもうけて、保証件数の拡大をはかっている。個人保証が概して一回限りの事情を基盤としているのと対照的である。

そして、このことが同時に主たる債務者の不履行による保証責任を分散し、協会の資金力を維持することにもつながっているわけである。

(3) 保証内容の定型化

協会保証が大量に行なわれるとなれば、必然的に、それについての事務を迅速・確実に処理するためには、保証内

容を定型化することの必要にせまられる。こうして、協会保証は、銀行等との間の保証契約についても、また中小企業者等との信用保証委託契約についても、それぞれ統一された契約書例が採用され、それに準拠して保証が行なわれている。この結果、協会保証は、一般の個人保証と区別された特有な内容をもった一群の保証を形成し、かつ、このことを金融取引業界において、かなり周知なものたらしめつつある。

(4) 有料性（有償性）

一般の個人保証では、特約がないかぎり保証人は保証に対する報酬をとり得ない。また、実際にも、報酬契約をしている保証はまれだとみてよからう。これに対して、協会保証では、保証を主たる業務としている関係から、契約締結のための事務処理、保証による危険をカバーするための信用保険への加入、保証責任の実現による事後処理手続などを実施してゆくためにかなりの経費を必要とするので、保証委託に際して、委託者から保証料として、借入金に対する一定割合の金額を徴収することになっている（委託契約書例二条）。この保証料につき、保証協会は「信用保証料は、金利あるいは手数料的な性格のものとは異なり、中小企業者の信用委託に応ずることの報酬として徴収する協会事業独自のものです、料率は各協会ごとに定められている。この信用保証料率については保証の種類別または保証の金額別に設定されている場合が多く、なかでも制度保証については地方公共団体の助成等もあり、一般料率よりも低い料率が適用されている」と述べているにとどまり、それがどのような法的性質をもち、事務経費のほか、協会保証の信用供与、危険負担に対する対価を含んでいるかなどについて必ずしも明確ではないが、委託者等は一般にはこれを保証委託の対価と受けとめているのが実情であらう。

四 特 約

保証協会は、金融機関との間および保証委託者との間で、協会保証について各種の特約を結んでいる。これらが協

会保証の特質を直接に形成している最大の基盤である。

(1) 補充性の維持（銀行等との間の約定書例六条、九条、一一條）

保証人の債務は、本来、主たる債務を担保するものであるから、主たる債務が履行されなるときに、はじめてその責任が問われるのがたてまえである。民法四四六条はこの趣旨を明示している。これを保証債務の補充性と呼ぶ。いわば主たる債務が本来の債務であり、保証人の債務は第二次的な債務である。しかしこのような区別を債務自体の性質として認めることは、法律関係を複雑にするので、民法は、この趣旨を保証人に二つの抗弁権（民法四五二条、四五三条）を認めることによって実現することとし、保証債務自体の性質は、主たる債務と等質のものとして処理することにした。この結果、この抗弁権を保証人が行使しない場合には補充性は実現しえないことになるし、権利はその行使を強制されるものではないから、保証人が自らの意思でこの権利を持たない保証をすることも可能となった。こうして生じた保証が連帯保証である（民法四五四條）ここには上記の補充性はもはや存在しない。したがって、このような補充性はもはや保証債務の不可欠の性質でもなくなったわけでもある。

協会保証は原則として連帯保証であるから、以上の補充性を持たないわけであるが、協会は、銀行との間の約定によつて、協会保証にこの補充性をやや変つた内容において維持しようとしている。すなわち、主たる債務者が不履行の場合、金融機関は、まず主たる債務者について被保証債権の取り立てを行う義務を負い（約定書例九条）、協会に對して保証責任の履行を求めるのは主たる債務の履行期限後九〇日を経てなお債務の履行が得られない場合に限るものとしており（同六条）、もし金融機関側が、これらの約定に違反したり、その故意または重大な過失によつて被保証債権の履行が受けられなかった場合には、その限りで協会は免責されるものとしている（同一一條）。

この結果、ここでの協会保証の特質は、民法が保証の補充性として考えている二つの抗弁権は持たないが、債権者

は主たる債務者からの取立を第一義とするとの修正された補充性をもった連帯保証という独特な内容のものとならざるをえない。はたして、このような連帯保証を認めうるかは「連帯」の意義と関連して問題の余地がないではあるまい。あるいは、この特約は、通常の保証の場合についての補充性の強化の特約とのみみるべきものであろうか。

なお、ここでの補充性の内容に関し、債権者が主たる債務者に対してどの程度の取立のための努力をなせば、上記の義務を尽したことになるのかは必ずしも明確ではないから、もしこの補充性が銀行等が協会保証の存在に安易に依存することがないようにとの、単なる精神的効果を越えて本当にその機能を発揮するためには、この点について、なお細かい客観的な基準の確立がはからなければならないと思われる。すなわち、約定書例九条三項には、「銀行は、債務者が被保証債務の履行期限に履行しない場合には、甲の保証していない債権の取立と同じ方法をもって、被保証債権の取立をなすものとする」と定めているが、ここにいう「甲の保証していない債権の取立と同じ方法」の内容は、必ずしも明確とはいいがたく、たとえば、どのような方法で、何回位催告をすべきなのか、それに応じない場合、仮差押等の保全措置を講ずべきなのか、訴の提起等の裁判上の手続をとるのか、最終的に強制執行手続をまで行うことを要するのかなど、具体的な内容が少しも客観的に示されていないから、何をもちて「同じ方法」を尽したといえるかについて意見の対立が生じないとはいい切れまい。そして、この条項に従ったか否かは、協会が保証責任を負えうるか否かにつながっているわけであるにもかかわらず（約定書例一一条二号、三号）、結局は、銀行側の信義則に依存せざるを得ないということにならざるをえないであろう。そうであるならば、この条項は先に述べたように銀行が安易に協会保証に依存してはならないということの精神的効果以上には具体的効果を実際上あまり期待しえないものと思われるからである。

(2) 求償・代位の関係について（信用保証委託契約書例一一条三項）

金融機関が協会の保証する中小企業者等に融資をする際、協会保証のほかになお一般の個人保証や物上保証をたてさせることがある。協会としても、主債務者のほかに銀行等に対して協会のほかになお、責任を負う保証人があることは歓迎すべきことには違いない。しかし、こうして共同保証の關係が生ずると、共同保証人間の負担部分を越える代位弁済があると保証人相互間に求償問題が生じて、法律關係がやや複雑になることは避けられない。すなわち、協会が代位弁済した場合は、協会の負担部分を越える部分について他の保証人に対しても求償することができるが（民法四六五条、四四二条）、逆に、個人保証人が代位弁済した場合は、協会に対して求償してくるといふ關係も生ずる。もちろん、最終的には主債務者に求償して解決ははかられるにしても、その間に、以上のように他の保証人から協会が求償されるという關係の生ずることは事務処理上わずらわしいこととされている。なおこれに関連して、協会が代位弁済した場合の資金の損耗をカバーするため、協会保証には中小企業信用保険公庫による信用保険がかけられており、代位弁済額の七〇〜八〇％が協会に保険金として支払われることになっているが、他の共同保証人からの求償による支払いに対してはこの保険が及ばないことも、協会がこの求償を避けたい理由として考えられている。

ところで、この求償關係は、共同保証の場合についての協会の負担部分をゼロにしておけば事実上避けられるわけだが、そのためには原則として共同保証人間で、予めこの点についての諒解がなされていることが必要である。

そこで、協会は、保証委託契約の締結に際して、委託者の金融機関への個人保証人は、同時に委託契約についての協会への連帯保証人として契約に参加してもらい、この委託契約の中で協会とこの保証人との間の負担部分の特約として、協会は保証人に対して求償しうるが、保証人は協会に対しては求償をなしえないものと定めた。すなわち、協会には負担部分のないことを示したわけである。⁽⁷⁾

こうして、委託契約の保証人ともなった金融機関への個人保証人と協会との關係は一応解決されたものの、金融機

関への個人保証人で委託契約の保証人となっていない者との間の関係は、いぜん問題のまま残されており、これに対しても協会は負担部分ゼロの主張をなしうるかが、争われることになる。

また、協会と金融機関に対する物上保証人との関係についても、民法五〇一条五号によって相互に代位することが認められているが、これについても、協会は、物上保証人を信用保証委託契約の連帯保証人とさせることによって、協会のもつ求償権金額について、協会は金融機関に代位して、物上保証人にのぞむことができるのに反して、物上保証人は協会に対しては何らの求償をもしえず、したがって代位もしえないことを定めて解決しているが、これについても、委託契約に参加していない物上保証人に対しても、なお同様の処理を主張しうるかの問題が残されている。

(3) 求償権の事前行使および求償範囲の拡大（信用保証委託契約書例四条、六条）

民法四六〇条は、主たる債務者に対する保証人の事前求償権を認めているが、協会は、委託契約において、なお以上のほかにも主たる債務者および委託契約の保証人に対して事前求償のできる場合を特約しているし（同四条）、求償の範囲についても、民法四五九条、四四二条二項は、「弁済其他免責ありたる日以後の法定利息……を包含す」としているが、保証委託契約書例六条では、「弁済の日の翌日以降の年一パーセントの割合による損害金」として、損害金算定の起算日を一日遅らせている反面、民法が法定利息（年五分—民法四〇四条）としているのに対して、約定利率による損害金（遅延利息）を請求しうるものとするとの特約を設けているのである。

五 特約の効力

(1) 以上に述べてきた協会保証の各特質を総合すると、われわれは、そこに協会保証がめざしている特有な保証像を次のように結ぶことができるように思われる。すなわち、協会保証は、本来は、中小企業者等のために融資の道

を開いてやるためのもので、その意味で信用補完的機能が第一義的であり、債務の保証はいわばそのための手段としての二義的なものでしかない。したがって、債務不履行の場合の債権の実現に際しては、債権者は、まず極力主たる債務者についてこれを実現するように努力すべきであり、協会への履行の請求はできるだけ避けるべきである（補充性の強化）。また、万一協会が保証責任を果たした場合には、この資金の回収（求償）には、他のすべての保証人に優先する立場が確保されるべきであるし、他の保証人や物上保証人が債務を弁済した場合には、協会はこれに対しては何の負担をも負わない（求償権の優位性）、ということであろう。このような協会保証の特質を直接に支えている上記の各特約は、いかにも協会にとって虫のよすぎる特約でありすぎる感がないでもあるまい。このゆえにこれらの特約については、学界からの批判がみられないでもない。⁽⁸⁾

しかし、協会保証の第一の目標は、さきにも述べたように「中小企業者等に対する金融の円滑化を図ること」にある。そのため金融機関に対して信用力の弱い中小企業者等のために保証を引き受け、金融機関をして安んじて融資をさせるようにしようとするにあるから、この点を強調すれば、中小企業者にとっては融資の道が開けさえすれば、たとえその後の債務の返済について一般の保証に比べて協会に多少都合のよすぎる特約がつけられていてもそれは仕方がないとすべきものもある。とはいえ、これらの協会保証の優位性は、中小企業者の保護・育成という協会保証本来の使命からの制約のなかで行使されるべきもので、これらの優位性を武器に徒らに資金の回収に狂奔することがあってはならないことはいうまでもあるまい。また、銀行が協会に対する請求を猶予することを自ら特約していることも、特に非難するには当たらないであろう。したがって、これらによって、以上の特約の効力が左右されるといふほどのものではないといつてよい。

(2) 問題は、これらの特約の対外的効力について生ずる。すなわち、保証委託契約の保証人となっていない者で、

しかも協会と並んで主たる債務者の債務に保証し、または物上保証している者に対して、協会はなお以上の特約を基礎に、その優位性を主張しうるかである。これらのものとは協会は直接特約を結んでいないから、一般の特約の理論からすれば、優位性を主張しえず、一般の保証の理論で処理されることにならざるをえない。

これに対して、協会保証が前記各特約によって特色づけられた固有の内容をもっていることは、すでに金融取引界においては周知のところであり、これらの内容は、いわば金融界の慣習法として当事者のみならず第三者に対しても拘束力をもつに至っている、とする説がみられる。⁽⁹⁾

たしかに協会保証は、信用保証協会法施行後その利用度が飛躍的に発展し、たとえば、昭和四〇年度以降は毎年保証申込件数は全国集計で七〇万ないし九〇万件を記録し、保証協会の算定による件数浸透度（全中小企業者中に占める信用保証を利用した中小企業の割合）は、昭和四八年度において二三・二八%に達していることからすれば、協会保証に対する周知度はかなりが高まっていることが認められる。しかしながら、協会保証の特質といわれるものも当初から確定的に存在したたものではなく、当事者間の特約をいくたびか修正を重ねながらに形成されてきたものであって、その意味では、協会保証の特質といっても不変的なものと、可変的なものとの明確な区別もあつたわけではなく、将来においてもさらに変更される可能性もないわけではない。また、全国集計における周知度の高さも、全国の協会保証の内容がまったく同一であるならばともかく、各保証協会によって多少の独自性が認められるとすれば、これらを抽象化して周知性をはかることにも問題の余地がないではあるまい。これらを考え併せると、利用度の向上性は認められるにしても、いまだこれをもって協会保証の特質内容が金融界において慣習法化していると考えられるわけにはゆかないものと思われる。

協会保証が今後金融界において、特有な内容をもつた保証として慣習法的に認知されるためには、その特別な内容

を全国的により細部に至るまで統一して確立することが必要であるとともに、この特質をさらに一段と一般に周知させて、いわゆる浸透度をなおいっそう高めてゆく努力が必要であろう。

それまでは、協会保証の特質は、前記の公共性、保証目的の信用補完性、機関保証の各特質によって彩られながらも、なお当事者間の特約の結果として形成されているものとして理解されざるを得ないと思われる。

したがって、協会としては、可能な限り、この特約の拘束を受けない共同保証人を存在させないように実際上の努力を重ねるほかはない。そのために最も効果的であると思われる方法は、金融機関との協調関係を強化して、金融機関が協会保証に併わせて個人保証または物上保証をとる場合には、この保証人と協会との間で協会保証の内容についての合意をすませることを条件とするように働きかけることであろう。そのための協定を金融機関との間で早急に締結しておくことが、当面の問題を回避するための最善策であるように思われる。

もっとも、協会保証の周知性もかなりのものには相違ないから、事実たる慣習が特に反対の事情のない限り意思表示の解釈に作用するように（民法九二条）、これらの特約の存在が意思表示の解釈基準として有力に機能しうることを認めるにやぶさかであってはなるまい。

— 法 律 論 叢 —

(1) 東・前掲一六九頁。

(2) 東・前掲二〇七頁は、「信用保証協会が代位弁済した後の中小企業者との関係は、信用保証協会の中小企業者育成保護という目的から、事実上は借金の肩代りの関係にあるので、債権者の地位という立場の考え方をあまりに強くだして即時決済などを求めることは避けている。また保証人についても、中小企業者の無資力を相互に担保し合っていることから、あくまでも中小企業者の再起を目標としての回収方法が望まれているところである。したがって、長期的計画に基づく回収を行ない担保処分等是可以だけひかえている。」としている。

(3) 東・前掲一九五頁以下参照。通常の金融ベースとしては弱い担保物でも、これを協会に提供して協会保証を得れば希望ど

おりの融資が得られるようになることが多いのである。

(4) 岡崎治郎・前掲二三頁、また、この点を強調したのが、前掲昭和三七・六・一二札幌高裁函館支部判決中に示されている、協会保証は「信用の保証」であって「債務の保証」ではないとする保証協会側の意見であろう。

(5) 全国信用保証協会連合会刊「信用保証制度の現状」(昭和四九年度版) 二二頁。

(6) 金沢理他・前掲研究報告書(1)四一頁以下。

(7) 最判昭和四九・一一・五金融法務事情七三八号三四頁。

(8) 石田喜久夫・判例評釈・判例タイムズ二七一号六〇頁。

(9) 伊藤進・前掲(手形研究一九二号)九頁、一〇頁。

(10) 前掲「信用保証制度の現状」三五頁資料。

(11) 同右二五頁参照。

五 協会保証をめぐる諸問題

I 求償関係

一 求償権の基礎

民法上一般に、保証人は、主たる債務者が債務を履行しないとき、自分の保証債務を弁済した場合は、主たる債務者に対し、および他に共同保証人がいればその者に対し求償権を取得する(民法四五九条、四六二条、四六五条)。

これは物上保証人が主たる債務者の債務を弁済したとき、または担保権を実行されたときも同様である(民法三五一条、三七二条)。また、この場合に、保証人および物上保証人は当然に債権者に代位し(民法五〇〇条)、その代位の範囲は、その者が求償できる範囲内で債権者が債権の効力および担保としていた一切の権利である(民法五〇一条)。

ただし、保証人と物上保証人との関係では、その頭数に応じて代位できるだけである(民法五〇一条但書五号)。こ

の代位権によって保証人の求償権は担保されていることにもなる。そして、この二つの権利は、競合しあうものであり、選択的に行使しうる関係にある。以上の一般原則に対し、協会は、主たる債務者および保証人・物上保証人に対して委託契約書によって、協会の将来取得しうるべき求償権および代位権の存在・範囲・行使方法および、保証人・物上保証人から協会への求償および代位について特約している（委託契約書例一一條三項）。

ところで、この求償権は、保証人が自己の地位に基づいて主たる債務者の債務を弁済することにより債権者に満足を与えた場合、主たる債務者に対する関係においては、主たる債務者の債務を弁済することになるので主たる債務者に、また、その他の保証人などに対する関係においては、責任負担の公平の見地から、その他の保証人などに、保証人の出捐した金額の返還を求める権利であるが、その理論的根拠については争いがある。一般に、保証人の求償権の根拠についての問題は、従来から、保証人と主たる債務者との内部関係に基づくものであるとする見解（内部関係説）が支配的であるが、協会保証などによる求償権担保の問題が表面化して、保証人と債権者との保証契約に基づくものとする見解（保証契約説）があらわれていた。そのほか民法四五九條・四六二條の規定に直接根拠をおく見解（特別法規説）もみられる。

(1) 内部関係説 この立場は、保証人の求償権は保証人と主たる債務者の内部関係に従がって區別してその根拠を見出さなければならぬという⁽¹⁾。協会保証は、協会幹旋保証にしろ金融機関經由保証にしろ、中小企業者等（主たる債務者）の委託を受けてなす保証である。内部関係説によれば、この場合、協会と主たる債務者との間の法律関係は本来的に委任関係であるので、協会の求償権は、その委任事務処理に要する費用の償還請求権に相当することになる（民法六四九條、六五〇條）。しかも、委託を受けた保証人の求償権の規定は（民法四五九條）、その委任に関する規定に対する特則を設けたものであるが、任意規定であると解されるので、保証人と主たる債務者間でこれと異なる特

約をすることができ。すなわち、協会と主たる債務者とで締結する信用保証委託契約がこの特約に該当するのである。これに対し、一般の保証人および物上保証人の求償権は、協会保証のように特約がなければ、主たる債務者の委託を受けて保証人等になった場合であれば民法四五九条に従わなければならないことになり、主たる債務者の委託を受けていない場合であれば、その求償権は事務管理の費用の償還請求権に相当し、民法六四二条の規定に従わねばならないことになる。

(2) 保証契約説 これは、協会が将来取得することのあるべき求償権は、協会が主たる債務者と信用保証委託契約を締結しているだけではいまだ発生しておらず、金融機関との間に保証契約がなされてはじめて発生すべき法律関係が備わったといえるので、協会の求償権の根拠はその保証契約に求めなければならないとする見解である。これは、以前、協会の求償権を担保するために根抵当権の設定登記をするのに必要な基本契約をいずれに求めるかの問題に対して、法務省民事局が示したものである。⁽²⁾なるほど、協会の求償権は、保証債務の求償権であるので、その保証契約が締結されなければ生じえないものであるにちがいない。しかし、この事実だけによって、保証人の求償権についての一般的根拠を説明するものとして充分でない。また、その後、根抵当権の登記に関しての上記の法務省の見解も改められて、根抵当権設定の基本契約として信用保証委託契約を登記原因として記載することが認められるに至る。⁽³⁾この実務上の取扱いについての変更は、妥当な処置であったと思われる。

(3) 特別法規説 この見解は、保証人の求償権は他人の事務を委託を受けて、またはこれを受けずに処理した者の費用償還請求権に該当するが、民法は、とくに四五九条・四六二条により、求償権の範囲について特別の規定を設けたので、委任または事務処理の規定の適用がなくなった、と解している。⁽⁴⁾これに対し、保証人の求償権の根拠を当事者間の内部関係からはずして、直接法律規定に求めようとするのは無理なことであり、そしてかような無理をあえて

すべき実質的な理由もみあたらない、との批判がある。⁽⁵⁾ おそらく、この批判と同様の趣旨であるとも思われるが、この特別法規説は、保証人の求償権に関する民法の規定の内容をだいたい委任または事務処理の両制度を基礎としたものであることを認めながら、どうして前者の適用によって後者が全く排除されてしまうのかという理由に乏しいのではないかと思われる。

以上により、結局、協会および一般保証人・物上保証人の求償権の根拠については、保証契約説および特別法規説のいずれもとることができない。したがって、それについての内部関係説が妥当であると思われるが、ただ、とくに、協会保証においては、このように協会の取得する求償権は、内部関係説のうちでも、信用保証委託契約という特約によって生ずるものであると解せられる(特約説)⁽⁶⁾。したがって、協会の求償権の範囲・効力など具体的問題については、特約に従い、かかる特約がなければ民法四五九条以下に定める委託を受けた保証人の求償権についての規定が適用され、なお補充的に委任の規定に従う。

二 求償権の取得とその行使

(一) 事後求償

協会が主たる債務者および他の保証人等に対して求償権を取得するためには、一般の場合には、主たる債務者の借入金債務の全部または一部について協会が出捐し、主たる債務者の債務を消滅せしめたことを要する(民法四五九条)。これが、いわゆる事後求償である。ここに協会が出捐したことを要するというのは、協会の求償権は委任事務処理費用の償還請求権の性質を有しているから、財産上の損失がないと償還を請求すべき費用がなかったことになるからである。たとえば、協会の出捐のない場合として、協会と金融機関とが合意で主たる債務者の債務を免除することなどがあげられる。なお、協会のした債務消滅行為とは、弁済・相殺・供託などの免責行為をさす。

また、この協会の出捐行為は、民法上、主たる債務者および他の保証人等に対して、事前または事後に通知しないうでなしたときは、それぞれ債権者に対抗しえた事由をもって対抗され、また、他の者が善意で二重に弁済等の免責行為をなしたときは他の者の免責行為を有効とみなされてしまう（民法四六三条一項、四四三条一項）。これらの不利益を回避するために、協会は、委託契約上、予め主たる債務者（委託者）および保証人等に対して、通知・催告なくして協会が弁済しても異議のない旨の特約をさせている（委託契約書例五条一項）。ただ、この特約からだけでは、事後の通知にまでも触れていないが、協会にしてみれば、事後の弁済を有効としても、委託契約書例一条三号により求償の問題が自分に対して生じえないことになるので、不要と考えたのであろう。

これに対し、一般保証人および物上保証人が取得する求償権については、ここで特約事項となっていないので、民法上の原則によってその者から協会に通知しなければ協会に対抗できないことはいうまでもない。

(二) 事前求償

まず、協会が主たる債務者に対して求償権を取得するのは、協会の代位弁済（出捐行為）によってであり、したがって、求償権の行使は、原則として、代位弁済後に可能となる。しかし、民法四五九条・四六〇条は、例外的に、保証人が代位弁済前にも求償権を行使することができる場合を定めており（事前求償という）、さらに協会は委託契約書例四条において、この場合を一段と拡張し、しかも保証人（一般保証人・物上保証人）についてその事由が生じた場合をも対象としている。ただし、その場合、委託者（主債務者）または保証人が委託契約書例四条一号から四号に列挙する事項に該当し、かつ、求償権の保全に支障が生じ、または、生ずるおそれがあると認められるときに限っている。

ところで、民法四五九条および四六〇条の場合には、主たる債務者の保護のために、主たる債務者は保証人に対し

て求償に應ずるに際し担保を供せしめ、または免責を得せしむべき旨を請求でき、または保証人に対し供託し、担保を供し、免責をえせしめて求償を免れることができる（民法四六一条）。なお、委託契約書例四条には、かかる主債務者の保護規定が存しないが、その者の保護のために同じく民法四六一条を委託契約書例四条の場合にも適用されるものと解すべきであろう。

つぎに、協会が求償権を事前行使できる相手方として、民法四六〇条では主たる債務者に限っているが、委託契約書例四条は、保証人の経済的信用の悪化も加えていることから、この場合には当該保証人にも事前求償ができる旨を定めていると解せられる。ただ、この保証人は委託契約書上の求償保証人に限られるべきか、それとも求償保証人でない一般保証人・物上保証人をも含むかについては必ずしも明確ではないが、委託契約に参加していない一般保証人・物上保証人にまで協会の事前求償を可能にする理由が乏しいと思われるので、委託契約書例四条にいう保証人は求償保証人に限るべきものと解する。なお、この保証人に民法四六一条一項および二項の保護を認めるべきかが問題となるが、主たる債務者と区別すべき実質的理由はないから、これを肯定すべきであろう。

さらに、同様に、協会が一般の求償保証人に対しても求償できることを前提として、委託契約書例四条に該当する経済的信用の悪化が委託契約書の連帯保証人でない者に生じた場合にも、一般の求償保証人に対し、事前求償が可能であろうか。この点について委託契約書例四条からは明らかでないが、それを許しては、主たる債務者および求償保証人にも酷となりうるので、この場合には、事前求償を否定すべきものと思われる。

三 求償権の範囲

(一) 通 則

一般に保証人が主たる債務を弁済したとき、主たる債務者または他の共同保証人に対し、どれだけ範囲の金額を

求償することができるか。この保証人の取得する求償権の範囲については、民法上の通則によれば、まず、主たる債務者に対して、その者の委託を受けて保証したか否かによって異った扱いをしている。すなわち、保証人の求償権の範囲は、主たる債務者の委託を受けた保証のときには民法四四二条二項により、免責ありたる日以後の法定利息⁽⁷⁾および避けることのできなかった費用その他の損害を含むものとしているが(民法四五九条二項)、主たる債務者の委託を受けていないときには免責ありたる日に主たる債務者が利益を受けた限度にとどめられている(民法四六二条一項)。つぎに、保証人の求償権の他の共同保証人に対する関係においては、主たる債務者が不可分または各保証人間に連帯の特約があるときには(商法上の保証人の場合も同じ(商法五一一条))、前述の場合の委託を受けた場合と同一とし(民法四六五条一項)、また、それ以外で連帯していない保証人のときには、前述の場合の委託を受けていない場合と同一としている(民法四六五条二項)。

(二) 協会の取得する求償権の範囲についての特約

以上の通則に対し、協会は、協会の取得する求償権の範囲について、信用保証委託契約書によって、主たる債務者および一般保証人・物上保証人との間にそれと異なる取り決めをしている。その範囲は、以下のとおりである(委託契約書例六条)。

(1) 弁済額全額 協会が自己の保証債務の履行として弁済したことによって主たる債務者が免責を得た額であつて、元本、利息、違約金、損害賠償その他主たる債務に従たるものの総額、または一部に相当するものである(民法四四七条一項)。

(2) 損害金 ここにいう損害金というのは、弁済額全額に対する遅延利息のことである。この遅延利息の利率は、上記の法定利率によるのではなくして、實際上それ以上に高い約定の利率によるものとしている(委託契約書例六

条)。ただし、この遅延利息の起算日については、免責ありたる日の翌日以降としている。これは、おそらく延滞保証料の起算日に一致させて事務処理の便宜をはかったものと思われる（委託契約書例二条三項参照）。しかし、この遅延利息を内容とする損害金は、委託者（主たる債務者）が借入債務の履行を怠ったとき、その延滞額に対し延滞期日に応じて徴収する延滞保証料とは別個のものである（委託契約書例二条三項）。

(3) 不可避的費用その他の損害 不可避であるかどうかは客観的に判断され、またその他の損害は、委任事務処理上過失なくして生じたもの（民法六五〇条三項）と解すべきであろう。通常、協会が負担した訴訟費用、執行費用、その他弁済のために必要とした費用は不可避的費用の例であり、これに対し、特約によって取得した権利の保全等に必要な費用は、それに含まれず、別に定めている（委託契約書例一〇条）。

(三) 特約の効力

前述の協会が取得する求償権の範囲およびこれにとり代位により取得する抵当権等の担保権の効力が及ぶ範囲に関する特約は、求償権の範囲に関する民法の規定を任意規定と解するのが相当であるから当事者間では有効であるが、それ以外の第三者に効力が及ぶか否かをめぐって争うケースが多くなっている。

この点について参考となる判例として、まず、東京高裁決定昭和四五年二月二四日は、保証債務を履行した結果として債権者に代位して抵当権を行使し競売の申立をした協会が、申立債権の金額について執行裁判所が下した異議申立棄却決定に対して抗告した事案である。協会は、特約による日歩四銭の割合で計算した損害金を加算しての求償権の全額を申立債権とすることを主張したのに対し、本決定は、その主張を認めたが、ただ損害金についての特約が登記されていない以上、抵当物の差押債権者および一般債権者に対抗して優先弁済を受けることができるのは法定利率の範囲内に限定されるとした。ここでは、裁判所は求償権の範囲についての特約は、その登記という公示をほど

こしていなければ第三者に対抗できないと判断しているものと理解することができよう。

つぎに、最判昭和四九年一月五日は、⁽⁹⁾保証債務を履行して代位により物上保証人の土地の根抵当権移転の附記登記をしていた協会が、本件土地の第三取得者および租税滞納処分による差押債権者に対し、求償債権の全額について代位できるとして配当異議の訴訟を起した事例である。協会は、代位弁済後に日歩四銭の割合で損害金を付する特約は附記登記により、登記された被担保債権および損害金債権の範囲内で第三者にも対抗しようと主張するのに対し、最高裁は、「債務者及び保証人と上告人（協会）との間で上告人の代位弁済による求償債権の損害金について法定利息と異なる約定をしても、上告人は右約定をもって第三者に対抗することができないとした原审の判断は正当である。」とした。本件は、必ずしも事案は明確ではないが、協会が代位弁済の後に、第三者および差押債権者があらわれた事例で、しかも、協会の求償債権が債権者（銀行）の取得していた根抵当権の元本極度額をはるかに越えている事案であるので、裁判所は、損害金についての特約の第三者に対する効力を認めなかったのだと思われる。

さらに、東京高判昭和五一年二月六日は、⁽¹⁰⁾代位弁済により債権者から移転を受けていた根抵当権を履行した協会が、本件不動産の後順位抵当権者を被告として配当異議の訴えを提起した事案である。協会は、代位弁済の日の翌日から日歩六銭以内の割合による損害金の特約が第三者にも及ぶことを主張したのに対し、裁判所は、「代位弁済による求償権の内容をなす弁済金額に対する利息ないし損害金の割合も、本件のように特段の合意が存する場合は、民法第四四二条第二項の規定に拘らず、右の合意によることができ、それが先順位抵当債権者である訴外金庫の有する権利の範囲内である限りこれをもって後順位抵当権者である第一審被告に対抗できるものと解するのが相当である。」とした。ここでは、求償権の範囲についての特約は、根抵当権の極度額の範囲であれば、後順位抵当権者に対しても効力が及ぶという態度が示されたものと解することができよう。

これに対し、学説は、かかる損害金の特約を第三者に対抗するためには求償権担保のために担保権の登記に記載がなくてはならないとする見解と⁽¹¹⁾、この特約は第三者に対して効力を及ぼしえないとする見解とが対立している。

思うに、前記の最後に掲げた判例のように、元の債権者の根抵当権を移転した附記登記があり、しかもその求償権の範囲が極度額以内であれば、上記の特約の効力を第三者に及ぼすことを肯定してよいと思われる。ただし、こうするのが、根抵当権が極度額という一種の「枠」を支配する物権であるとする考えに合致しているからである。また、債権者から根抵当権の移転登記を受けその損害金の特約を登記した場合は、その後を生ずる第三者には、この特約の効力を及ぼしてよいと思われる。これは、登記の対抗力の一般原則から理由づけられるであろう。

四 協会保証と一般保証および物上保証との関係

協会保証付融資においても、前述のとおり、金融機関は、現在、協会による保証のほかになお一般の個人保証や物上保証をたてさせることがある。金融機関としては、協会のほかに一般保証人および物上保証人を確保しておくことにより、それらの一般保証人などから、より有利に（たとえば、一般保証人などに対しては、約定書例六条の制限がない）または確実に（たとえば、協会が支払能力をなくしたとき）、貸金を回収することができるので、協会が保証人として加わった後においても、なお他に一般保証人および物上保証人をたてさせているのである。

この場合でも、主たる債務者が自己の債務を完済しさえすれば、協会と一般保証人および物上保証人との間の利害の対立があらわれないですむ。ところが、主たる債務者の債務が履行されなければ、債権者たる金融機関は、協会・一般保証人および物上保証人のうちのだれに対し、どれだけ弁済させるか、逆に、協会および一般保証人・物上保証人はどれだけ代位弁済しなければならないのか、または担保権が実行されるのか、それにより相互にどれだけ最終的に責任を負うのか、という問題が出てくる。しかも、協会保証は、民商法上の保証とは異なる特別保証であると考え

られれば格別、判例・通説のいうとおり民法上の保証とかわりのないものであれば、その他の一般の保証との間に共同保証の關係にたたざるをえないことになる。そうなれば、協会は、共同保証人として、あるいは自己が、あるいは他の一般保証人および物上保証人がなした代位弁済または金融機関による担保権の實行によって生ずる求償・代位について、出損した資金または負担部分についての回収における危険（損害）にさらされることになる。そこで、協会は、保証委任契約の中で主債務者ならびに一般保証人および物上保証人との間に将来生ずることのある求償・代位についての特約を締結して、その予防措置を講じている。その契約の主たる内容は、求償について、協会の負担部分が零であること、および、協会は、特約に加わった物上保証人が金融機関に差し出した担保の全部について代位できることである（委託契約書例一一條）。

しかし、協会がこのように協会との保証委託契約により連帯保証人として加入させた一般保証人および物上保証人に対しては、契約自由の原則からその契約どおりの効力を及ぼしてよいが、その契約を締結することができなかった一般保証人および物上保証人に対しても、その契約どおりの処理をしてよいかが、争いとなる。この点については、前述のとおり、現在、協会保証が行なっている契約の内容の統一性または周知性の程度からでは、これを一概に肯定することができない。したがって、協会保証とその他の一般保証および物上保証との關係は、一般保証人および物上保証人が協会との保証委託契約により連帯保証人として参加している者であるのか、それに参加していない者であるのかによって分けて考察していかねばならない。

（一）一般保証人との關係

協会と一般保証人の保証とは、民法上の通則からは、共同保証の關係にあり、原則として、特別の合意がなければ各保証人は平等の割合の分別の利益（割合分）を有する（民法四二七條、四五六條）。しかし、両者が連帯保証の關

係にある場合、および分別の利益を放棄している場合（保証連帯）には、各保証人は、かかる分別の利益をもちえないので、債権者に対し全額弁済したとき、または負担部分を越えた額を弁済したときは、その越えた額につき求償することができる（民法四六五條一項）。これに対し、協会は一般保証人との間でそれと異なる特約をしている。この特約は、上記の民法上の規定が任意規定であると解せられることから、もとより有効である。この特約によれば、協会が保証債務を履行したときは、協会は一般保証人（Ⅱ求償保証人）に対しその弁済額全額を求償することができるが（委託契約書例一條三項一号）、一般保証人が履行したときは、一般保証人は協会に対しなんらの求償もなしえない（同一一條三項三号）、としている。以下において、協会と一般の個人保証人とは連帯保証の関係にある場合の問題を先にみて、つぎに、それらの関係が単なる共同保証である場合の問題をみる。

(1) 連帯保証人の場合 協会と一般保証人とは連帯保証の関係にある場合、債権者がそれらの者に対して保証債務の履行を請求した場合、どのような法律関係になるのであろうか。

(イ) 協会が弁済した場合 協会は、保証債務の履行として債権者とその債務の全額を弁済した場合、求償保証人に対して、その全額について求償することができるが（委託契約書例一條三項一号）、非求償保証人（Ⅱ求償保証人でない一般保証人）に対しては、自己の負担部分を越えた額についてだけ、求償することができる（民法四六五條一項）。

(ロ) 求償保証人が弁済した場合 求償保証人は保証債務の履行としてその債務の全額を弁済した場合、協会に対しなんらの求償もすることができない（委託契約書例一條三項三号）。

(ハ) 非求償保証人が弁済した場合 非求償保証人は保証債務の履行としてその債務の全額を弁済した場合、協会に対し、自己の負担部分を越えた額について求償することができる（民法四六五條一項）。

(2) 単純保証の場合 協会と一般保証人とが単なる共同保証関係にある場合、債権者がそれらの者に対して保証債務の履行を請求した場合。

(イ) 協会が弁済した場合 ①分別の利益がある場合、協会は、自己の割合分を弁済したとき、求償保証人に対してその全額について求償できるが（委託契約書例一一三条三項一号）、非求償保証人に対しては当然にはかかる求償ができない。また、自己の割合分を超えて弁済したとき、求償保証人に対してその弁済した全額について求償できる（委託契約書例一一三条三項一号）、非求償保証人に対しても自己の負担部分を超えた額を求償することができる（民法四六五條二項、四六二條）。

②分別の利益がない場合（保証連帯）、協会は、債務の全額を弁済したとき求償保証人に対してその全額について求償できるが（委託契約書例一一三条三項一号）、非求償保証人に対しては自己の負担部分を超えた額について求償することができるだけである（民法四六五條一項）。

(ロ) 求償保証人が弁済した場合 ①分別の利益がある場合、求償保証人は、自己の割合分を弁済するだけでよい。また、自己の割合分を超えて弁済したときでも協会に対しなならぬ求償もできない（委託契約書例一一三条三項三号）。

②分別の利益のない場合、債務の全額を弁済したときでも協会に対しなならぬ求償もなすこともできない（委託契約書例一一三条三項三号）。

(ハ) 非求償保証人が弁済した場合 ①分別の利益がある場合、非求償保証人は、自己の割合分を弁済するだけでよいが、その割合分を超えて弁済したときは超えた額について協力に求償することができる（民法四六五條二項、四六二條）。

② 分別の利益のない場合、債務の全額を弁済したときは協会に対しその負担部分を越えた額について求償することができる（民法四六五条二項、四六二条）。

(二) 物上保証人との関係

民法によれば、協会が、債務の弁済をなしたとき、物上保証人に対し債権者に代位しうる範囲は、求償をなすことを得べき範囲内で頭数に応じたものである（頭割分）（民法五〇一条但書五号）。ただし、この規定と異なる特約があればそれによることができる。⁽¹³⁾すなわち、物上保証人に対し、信用保証委託契約上、連帯保証人として加入すること、かつ、協会が債務を弁済したとき、全部についての代位（委託契約書例一一三条三項二号）および物上保証人が取得することのあるべき求償権の放棄（同一一条三項三号）について特約している。

前記の通則に対して、訴訟過程での主張ではあるが、協会側は、協会保証は信用の補完（信用の保証）であるとの理由から、協会は民法五〇一条但書五号の保証人に該当しないと主張している。しかし、その理由は法的根拠にとほしいので妥当とはいえない。以下において、協会、金融機関のつとめた物上保証人で求償保証人であるもの（≡求償物上保証人）およびそうでないもの（≡非求償物上保証人）に区けて、三者の関係を考察する。

(イ) 協会が弁済した場合 協会は求償物上保証人に対して担保の全部について代位することができるが（委託契約書例一一三条三項二号）、非求償物上保証人に対しては頭割分についてだけ代位できる（民法五〇一条但書五号）。

(ロ) 求償物上保証人が弁済した場合 求償物上保証人は、弁済または担保権の履行により担保物の所有権を失ったときでも、協会に対してなんらの求償もすることができない（委託契約書例一一三条三項三号）。

(ハ) 非求償物上保証人が弁済した場合 非求償物上保証人は、弁済または担保権の履行により担保物の所有権を失ったときは、協会に対し、前者であれば自己の負担部分を越えた額を求償できるが（民法三五一条、三七二条、四

六五条二項)、後者であれば頭割分について代位することができる(民法五〇〇条、五〇一条但書五号)。

五 求償権の消滅時効

(一) 民事時効か商事時効か。

信用保証協会が主たる債務の弁済によって取得する求償権は、一〇年の民法上の消滅時効にかかるのか(民法一六七条)、それとも五年の商法上の特別の消滅時効にかかる(商法五二二条)のであろうか。この点について、判例は、主たる債務者が商人であれば、たとえ保証人(協会)が商人でなくても、保証人に対する信用保証委託契約は、反証のないかぎり主たる債務者の営業のためにするものと推定される結果、商行為として(商法五〇三条)、当事者双方に商法が適用され(商法三条)、それによって生じた保証人の求償権は、主たる債務者および信用保証委託契約上の連帯保証人にとっても、いずれも商事債権として商事時効にかかるものであるとしている⁽¹⁴⁾。この見解は、求償権の根拠を保証委託契約に求める、いわゆる内部関係説に置くものとして、妥当な面を含んでいるが、求償権者が協会であるという協会保証の特殊性から慎重な考慮を要するものと思われる⁽¹⁵⁾。さらに、これと同一の立場から、主たる債務者が非商人であれば、協会は信用保証法の趣旨から非営利の特殊法人で商人でないと解せられることから、かかる下での協会の求償権は商事債権性をもちえないので、民事時効が常に適用されることはいうまでもないであろう。なお、これに関連して、主たる債務者および協会がともに非商人の場合でも、その間の保証委託契約上の連帯保証人の一人が商人であれば、その者の求償権は商事時効が適用されうることから、協会の求償権も商事時効にかかるとして、商事時効の適用範囲を拡大する考えも可能であろうが、おそらく妥当でない。けだし、主たる債務者と協会(債権者)との公平がかなり失するものとなるからである。

また、保証契約説の立場から、求償権の根拠を保証契約に求める立場から、金融機関は通常、商人だから保証契約

から生ずる求償債権はすべて商事債権となり、商事時効が適用されるとの考えもありえようが、その根拠に疑問があるばかりではなく、そこまで商事時効の射程距離を延す必要はないものと考えるから、それを容れることはできない。

(二) 中断後の時効

協会がその債権について争いがあるため主たる債務者または保証人を相手どり訴訟を提起し確定判決を得た場合には、商事債権のように短期時効にかかるべき権利であっても、さらに一〇年の時効に延長される(民法一七四条の二第一項前段)。この結果は、和解または請求の放棄・認諾の調書への記載など(民事訴訟法二〇三条)確定判決と同一の効力を有するものを得た場合も同様である(民法一七四条の二第一項後段)。また、この場合、中断によって主たる債務者の債務の短期時効が延長されれば、連帯保証人の債務も一〇年に変更されるとするのが、判例であつてこれを支持する学説もある⁽¹⁷⁾。この場合には、保証の附従性および民法四五七条一項からそれが妥当な結論ではないかと思われる。しかし、この逆の場合、協会が連帯保証人を訴えて判決が確定し、保証債務の短期時効が中断し一〇年に延長されたとき、主たる債務者に対する関係でも、一〇年に変ずるかは疑問であり、これを否定する判例もある⁽¹⁸⁾。

(1) 柚木馨「保証人の求償権をめぐる諸問題」金融法務事情二六一号二二頁。柚木馨Ⅱ高木「判例債権総論」(補訂版)三〇二頁、於保・前掲二五〇頁など。大判昭和六年一〇月三日民集一〇巻八五一頁。

(2) 昭和三〇年六月四日法務省民事局通達。

(3) 昭和四八年一月一日法務省民事局通達、今野勝彦・判批・手形研究二二六号八頁。

(4) 我妻・前掲(新訂)四八八頁。

(5) 柚木・前掲論文二三頁。

(6) 岡崎治郎「信用保証」貸付取引(実務法律大系③)所収三七三頁参照。なお、近時の判例にも、求償権の根拠を保証委託

契約におくものがあらわれている(最判昭和四二・一〇・六民集二二巻八号二〇五一頁)。

(7) これについても議論がある。第一に、法定利息が民法上の五分であるのか(四〇四条)、商法上の六分であるのか(五一四条)、について、後述の求償権の消滅時効期間におけると同じ問題が出てくること、第二に、免責ありたる日以後とは、その当日からか、それともその翌日からかの点である。第二の点については、判例は前説のようであるが、学説は分れている(椿寿夫「注釈民法(一一)」一二三頁、柚木・前掲論文二六二頁一九頁)。

(8) 金融法務事情六〇七号四二頁。

(9) 金融法務事情七三八号三四頁、今野・前掲判批四頁。

(10) 金融法務事情八〇〇号七七頁。

(11) 水田耕一「代位弁済の効果に関する特約」金融法務事情六八九号一八二頁。

(12) 我妻・前掲(新訂)二五四頁。

(13) 前掲最判昭和四九・一一・五、前掲東京高判昭和三五・一〇・二六。

(14) 前掲・最判昭和四二・一〇・六、札幌地判昭和三八・六・一八判例時報三四一号二九頁。ただし、反対に商事特別時効にからないとした判決もあるようである(仙台高判昭三三・六・一第六九一号事件(星野英一・判批・法学協会雑誌八五巻一〇号一四一六頁参照))。

(15) 鈴木正和編「担保・保証」(銀行取引セミナー五)二二頁、星野・前掲判批一四一六頁。

(16) 最判昭和四六・七・二三判例時報六四一号六二頁、判例タイムズ二六六号一七八頁。

(17) 石田・前掲五八頁。

(18) これは、直接には協会との間の事件に関するものではないが、大判昭和二〇・九・一民集二四巻二号八二頁である。

Ⅱ 免責条項

信用保証協会と金融機関との間には、あらかじめ基本的事項を内容とする約定書の取りかわされていることは前述の通りであるが、そのなかに信用保証協会の金融機関に対する代位弁済に際しての保証債務の全部または一部の免責

条項（約定書例一一條）がみられる。そこで、この免責条項の趣旨や法的性質あるいはその解釈適用が問題となってくる。この問題は、前述の求償権の問題と並んで、本稿での協会保証の法的性質の解明と密接な結びつきを持っていることは、これまでにおいても部分的に明らかにされてきているが、それがどのような意味においてであるかを明らかにするため、その法的性質の解明に寄与しうる限度において検討を加えることにする。⁽¹⁾

一 一号免責（旧債振替違反）

約定書例一一條一号は金融機関が信用保証協会の承諾なしに、保証付貸金の全部または一部を既存の貸付債権の弁済に充当した場合に、保証免責される旨を規定している。そこで、まずこの免責条項の法的根拠をどこに求めるかが問題とされる。このことに関し、その根拠を、信用保証協会による保証に際しての貸付金の使途意図による要素の錯誤として保証契約の全部または一部の無効をきたすことの明文化に求める見解がある。⁽²⁾ すなわち、貸金債務の保証の場合、その貸付金がどのように使途されるかは一般的には保証契約を行う際の動機ではない。このためその貸付金の使途方法が異なっても単なる動機の錯誤となるだけで保証契約の効力には影響が生じないが、⁽³⁾ 保証人がその使途方法について表示したり、債権者が認識していたときは要素の錯誤となりうることから、その使途方法を明示し、これと齟齬して使途された場合に要素の錯誤の成立を企図したものと解すべきだとする。しかし、一号免責条項の法的根拠がかかる点にしかないとするのならば、この条項は無用の長物ではない。約定書例三条では保証付貸付金の使途につき明記しているのであるから、この規定だけで直ちに、前述の論理に従い保証契約の無効を主張できると解せられるからである。また約定書例一一條は保証契約自体の無効を前提とするものでもない。またこの見解は意思表示の一般理論に編んだ感がある。それよりも、協会保証は、中小企業者への金融の円滑化を計り（信用保証協会法一条）、そのことによって中小企業者の事業活動を助けることを主目的としており、そこに公共性という特質の見出

しうることは前述した通りである。⁽⁵⁾ そうだとすれば、協会保証はこの公共性になつたものとして存在することが要請される。そこで、もっぱら金融機関の単なる債権回収の手段として協会保証が利用されるということは、単に信用保証協会側の保証にあつたての動機（縁由）との齟齬にとどまらず、協会保証の趣旨に抵触することになる。一号免責はそれゆゑに協会保証のこの趣旨を实效あらしめるために規定されたのであり、その法的根拠もここに求められなければならない。そのため一号免責の適用にあつては、もっぱら金融機関の債権回収のために協会保証が利用されたのか、あるいは旧債振替が現象的にみられたとしても、結果的には中小企業者の事業資金の調達という目的を達成するために利用されたのかによって判断すべきである。⁽⁶⁾ この意味で、金融機関が協会保証を、不渡手形の買戻資金や継なぎ融資の貸付金に充当したり、代理貸金融機関の求償債権を消滅させるために利用している場合にはかかる事実だけで協会保証の趣旨に反することから、一号免責がみとめられるのは妥当な解釈である。また保証付貸付金が貸越契約のある当座勘定や総合口座に入金されたため、たまたまあつた貸越残が消え、その限度で旧債振替の状態になる場合に、債務者は貸付金について処分することが可能であるから実質的には旧債振替にはあたらないとする見解がある。⁽⁷⁾ しかし、このように解するならば、一号免責適用にあたり余りにも広い抜け道を認めることになりかねないし、債務者による貸付金の処分の自由も協会保証付貸付金については協会の予定した活動に関連した範囲内という制約を受けるものと解すべきであろうから適当ではない。このため、当座勘定や総合口座に入金され貸越残を消滅させることは原則として一号免責に該当するとし、ただ当初から貸越残を消滅させる意図での利用ではなく一時的なことにすぎず結果的に中小企業者の事業活動に利用されたことが立証された限りにおいて一号免責の適用から免れらるゝと解すべきである。

二 二号免責（保証契約違反）

約定書例一一条二号は保証契約違反を保証免責事項としている。ここにいう保証契約の意義は明確でないが、一応狭義的に保証契約締結に際し金融機関に交付される信用保証書中に記載された事項（貸付形式、金額、期間、返済方法、担保・保証人条件等）を意味するものと解し、これらの事項と異なる方法で貸付けられた場合が、二号免責にあたるのみでよいであろう。ここでもまたその法的根拠が問題となる。そこで、保証契約違反を類型的に分けて、それらにつきその根拠が検討されている。⁽⁸⁾一説によると保証金額・期間の相違する場合は、この相違のため現実に発生した主たる債務と保証契約の内容とした債務との間に同一性がないと認められるような場合には保証債務の付従性からいって保証責任を負うことはないとの考えにこれを求め、また、貸付条件（利率・貸付形式・資金使途・返済方法など）が実際の貸付条件と相違する場合も、前の場合と同様に債務の同一性の不存在に求めている。⁽⁹⁾しかし、保証金額・期間・貸付条件との相違によって債務の同一性が存在しないことになる場合とはどのような場合なのであろうか。これにつき右の説は、相違が極端な場合で、ある程度の相違があるにすぎない場合はこれにあたらぬとしているが、このような基準だけで債務の同一性の存否を決めることが許されるだろうか。形式的な相違の程度ではなく相違のために協会保証の目的を達成し得ないと判断されたときとみるのが実質的理由ではないだろうか。そうだとすれば、もはや債務の同一性の存否に根拠を求めなくても、協会保証自体の特性から生ずると解することの方が説得力を持ち得るのではあるまいか。協会保証に際して重要視される保証条件は、主たる債務者の債務内容やその債務弁済能力についての条件ではなく、中小企業者の事業活動の維持・発展という観点に立って信用を補完し融資の道を開くこととの関係において判断されたところの条件である。すなわち協会保証の信用補完性という特性から生ずる保証契約条件が金融機関によって守られることが必要となるのであり、この実効性を確保しようとするのが二号免責条項である。このため保証契約内容とした保証金額よりも少額の貸付が行なわれたために中小企業者が必要資金を得られず倒

産し債務の回収が不能になった場合は、保証債務額については軽減されているにもかかわらず二号免責を主張することができると解しうることになる。⁽¹⁰⁾ さらに保証人・担保徵求という保証条件に相違する場合については、一号免責の場合と同様に、一般的に動機にすぎない保証条件に齟齬の生ずるときでも要素の錯誤となり保証契約が無効となることを明文化したものとしてそこに根拠を求める見解がある。⁽¹¹⁾ しかし信用保証協会がこれらの保証条件をつける目的は、約定書例六条、九条からみられる協会保証の補充性の確保であり、さらには、共同保証人間における協会の負担部分ゼロの特約、あるいは物上保証人に対する弁済額全額について求償特約（保証委託契約書例一条三項）などからみられる協会保証の信用の補充性という特質の実効性をはかることにあると解せられるが、二号免責条項はこれをさらに確実なものとしたといえる。このために、保証条件違反の場合への二号免責の適用にあたっては、条件違反を錯誤の成立の可否という観点からではなく、その保証条件違反行為が協会保証の補充性なり信用の補充性の趣旨に反するかどうかの観点に立って判断されなければならない。このため理論的には求償権行使が可能な場合でも保証条件違反のため協会保証の補充性なり信用の補充性という特質が著しく損なわれるような場合には二号免責が認められることになる。

三 三号免責（故意・重過失による取立不能）

約定書例一条三号は金融機関の故意または重過失で保証付債権の取立が不能となった場合にも保証免責が認められると規定している。これは、民法五〇四条の債権者の担保保有義務違反による免責と類似している。そこで、三号免責の法的根拠を民法五〇四条と同趣旨のドイツ民法七七六条を前提として一般的に導き出されたところの、債権者の信義則上保証人に対して負う一般的注意義務・債権保全義務の違反効果に求める見解がある。⁽¹²⁾ この見解によれば、債権者の一般的注意義務・債権保全義務につき民法上規定されていない点を約定書によって補ったということで積極

的な存在意義を見出すことができる。しかし、三号免責の根拠もまた協会保証の特質との関連において見出すべきである。協会保証の特質として、民法が保証の補充性として考えていた二つの抗弁権を持たないが、約定書例六条、九条によって債権者は主たる債務者からの取立を第一義とするとの修正された補充性を持つことについては前述した通りであるが、⁽¹³⁾ 三号免責条項はこの特質の実効性を確保するものと解すべきだからである。このため三号免責の適用にあたっては、恣意的で信義に反するものと認められるような金融機関の行為の結果としてではなく、協会保証の補充性という特質から金融機関に課された義務とくに約定書例六条、九条による義務違反によって主債務者から満足を得ることができなくなった場合に限ると解すべきである。

以上によって、問題とされた免責条項は、いずれも協会保証の趣旨に基因するものであり、その特質を側面から強固なものにするという機能を担っていることが明らかになったと思われる。このため各免責条項の具体的な解釈適用にあたっては、一般的な民法上の法理の援用としてではなく、かかる観点から判断されなければならない。

- (1) 前述「四、協会保証の特質」参照。
 (2) このために詳細な解釈論は後日にゆずる。なお、この問題に関しては、藤原弘道「信用保証協会の保証における免責条項」金融法務事情七五六号四頁以下、江口浩一郎「信用保証協会の代位弁済と保証免責」手形研究二二六号二二頁以下参照。

- (3) 藤原・前掲五頁、六頁。
 (4) 同旨判例、東京高判昭和四〇・一〇・六東高民時報一九卷九・一〇号一九九頁。
 (5) 前述八〇頁。
 (6) 同旨、江口・前掲二三頁。
 (7) 藤原・前掲七頁。
 (8) 藤原・前掲八頁、江口・前掲二四頁。

- (9) 藤原・八頁、江口・前掲二五頁。
- (10) 江口・前掲二五頁。
- (11) 藤原・前掲九頁。
- (12) 藤原・前掲一〇頁、一一頁。星野・前掲書二三四頁以下。
- (13) 前述八四頁。

〔資料一〕

ドイツにおける信用委任 (Kreditauftrag)

はしがき

信用保証協会による協会保証の法的性質を信用委任とみる見解がある。信用保証協会の保証では、保証協会（委任者）・金融機関（受任者）・中小企業者等（第三者）の三面関係が信用供与を媒介として構成されるところから注目し検討しなければならぬ見解である。しかし、信用委任については、わが国では、現行法規上その存在をみないし、その法的理論構成も確立していない。これにひきかえドイツ民法七七八条には信用委任 (Kreditauftrag) を明規し、その法的理論構成も定着している。そこで、このドイツにおける信用委任の法理を解明し、協会保証の法的性質をそこに求めうるものかどうかの検討の資料を提供する。

一 意義

信用委任は、委任者 (Auftraggeber) 〓 信用仲介人 (Kreditvermittler) が、受任者 (Beauftragten) 〓 信用授与者 (Kreditgeber) に、自己の名において、自己の計算で、第三者 (信用受取人 Kreditnehmer) に、信用 (Kredit) を供与し、すでに供与されている信用を延長するよう委託する契約である (BGB 七七八条)。信用委任は、BGB 六六二条以下の委任であり、このため、受任者による第三者への信用供与までは、原則として、委任に関する規定が適用さ

れる。信用供与後は、B G B 七七八条により、委任者の受任者への責任に関して、保証に関する規定が適用される。ただ、いずれの場合も信用委任の法的性質に反する規定は適用すべきでない。

二 成 立

(一) 信用委任は、委任者と受任者との間の契約で成立する。契約成立に関しては、委任に関する規定と、一般的な契約成立の規定に従う。

(二) 書面が必要な問題

(1) 通説—信用委任には、保証の場合のようなB G B 七六六条のような書面(schriftlichen Form)による必要がない。その論拠として、①契約成立に関しては、委任に関する規定に従うためであり、保証に関する規定は、委任者の責任に関してのみ適用されるにすぎないこと、②B G B 七六六条は軽卒な保証人を保護するための規定であるが、信用委任では、まず受任者に信用供与を義務づけるだけであること、③委任者は、保証人と異なり、受任者の“Diligenzpflicht” (注意深い責任) によって保護されていること、などが挙げられている。

(2) 少数説として、「書面」を必要とする者もある。この論拠は、委任者も、保証人と同様の責任があることから、B G B 七六六条による保護が必要とする(Frese, Der Kreditauftrag, S. 61)。

(3) なお、保証が商行為となる場合は、H G B 三五〇条により、「書面」は不要となる。

(三) 申込と承諾に関して

(1) 申込は委任者によって行なう。その意思内容については争いがある。すなわち、信用委任の成立に、信用供与に伴う危険(Gefahr)を引き受けるとの委任者の意思が必要か、それとも、委任者の責任は、法律効果(Gesetzesfolge)として、それを認識する必要は全くないのかの問題である。

(1) 法定効果説—これは、委任者の責任の法的根拠は、委任者にもとづくものであり、委任の際の委任者の費用償還債務は、特別の償還意思を必要としないと同視する立場である (Rothenberg, Der Kreditauftrag, ACP 77, S. 328, 344. Rinck, Der Kreditauftrag des § 778 BGB, S. 24.)。

これに対し、①信用委任の際の委任者の責任は、費用償還義務だけでないこと—BGB六七〇条による以上の責任が生ずること、②信用委任では、保全(担保)機能を表示することになり、このような主たる効果である法律効果は、法律行為を基礎づける意思表示にもとづくことが必要であるとの反論がみられる (Frese, S. 57)。

(ii) 責任意思説—これは、信用委任の成立には委任者の“Haftungswille”(責任を負う意思)が必要とする立場で、有力説である (Förster, Der Kreditauftrag S. 84, 182. Lippmann, Der Kreditauftrag des BGB, Jehring J. 48 S. 343, 376. Parandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Anm. Ia zu § 778)。

Haftungswilleの内容としては「保証人として」責任を負うという意向 (Oertmann, Anm. 2a zu 778) を持つ必要はないとする。また、支配的見解では、法的効果に関する明白な意思がなくても、経済的效果を達成させようとの意思で十分であるとする。このため、「受任者を損害から freizustellen (解放する)」との委任者の意思で十分だといふことになる (Lehmann, Allg. Teil des BGB, § 24. I. S. 129)。また、Bohnen は、委任者の意思として「委任の法的効果を保証することについての意思」と表現し、反面「明白な危険の引受 “animus intercedendi” の特別の意思は不要としている (Bohnen, S. 32)。

Haftungswilleの表示は明示的でも黙示的でもよい。また責任者は、表示のみを認識し、有意的に行為するだけでよく、“ganzer Klarheit (明白)” に知っている必要はない (Frese, S. 58)。

(2) 承諾は受任者による明白な承諾のほか、第三者への信用供与によっても承諾とみなしうる (Bohnen, S. 32, Fre-

se, S. 55)°

四 契約内容

BGB七七八条は任意規定であるため、その契約内容は自由に決めることができる。したがって、委任者の責任の額や期間を制限すること、信用委任を有償とすることは自由である。

三 法的性質

信用委任は“unvollkommen zweiseitiger Vertrag”(不完全な双務契約)である(Weidemann: Kreditauftrag, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht 53. S. 470)°。受任者は、自己の名において、自己の計算で、信用を承諾する義務があるが、これは、委任者が、万一の場合に、負担する責任義務と交換関係に立つものではないからである。受任者の契約上の信用供与義務は、委任者に対してのみ生じ、第三者には存在しない。第三者は、信用供与請求権を取得してならず、BGB三二八条は適用されない。

四 保証との関係

委任者と受任者の関係には、保証の規定が適用されるが、保証契約そのものではない。法的相違点は①委任の委託の内には保証の意思表示が存在しないこと、②契約申込に際して、有償または無償の委任または事務処理契約として行なわれること、③保証と異なり、信用供与までは、撤回の自由が存在すること、などである。また、その経済的相違点は、①信用供与のためのイニシヤチブは、委任者にあることと②受任者は委任者の指示に従うことにある(Weber: Sonderform der Bürgschaft und verwandte Sicherungsgeschäfte, Jus 1972. S. 13)°。

五 有償信用委任の問題

(1) 信用委任は、有償とすることができる。これは、一般的に承認されていることである。実際にも、有償性は例

外ではなく、商取引、とくに銀行取引の場合は普通である。

(2) 有償の意義

信用委任の有償性とは、受任者が第三者 (Kreditnehmer) から利息を請求できるということではない。それは、委任に対しての有償であり、信用行為 (Kreditgeschäft) に対する有償ではないのである。それゆえに、信用委任の遂行すなわち信用供与に対する委任者による報酬の支払の場合である。

(3) 有償信用委任への適用規定

(イ) 支配的見解—有償信用委任の法定基礎づけのために、BGB七七八条にもとづいてBGB六七五条の適用を主張する見解がある。その根拠づけのために、BGB七七八条による信用供与の中に、BGB六七五条の意味での「事務処理」もまた黙示的に含まれているとみるものである。

(ロ) 反論—BGB六七五条での事務処理は、行為者は、経済的行為の独立した活動が前提であって、信用委任の際のように、他人との関係において自己の利益についての活動には認められない (Frese, S. 77) ことを根拠にして、それに対する反論もある。

(ハ) この場合は、有償性によって、受任者の利益が、信用委任の存在にかかわっていることから出発する必要がある (Frese, S. 79)。したがって、このことから消費貸借の規定の適用を考慮することの方がよいと思われる (とくにBGB六一〇条)。

六 委任者と受任者の関係(A)—信用供与前の関係—

両者の法律関係を考えるにあたっては、信用供与前・後に分けることが便利である。すなわち、信用供与前は、一般に委任法が、信用供与後は、保証法とそれを補うものとして委任法が適用されるからである。

(一) 受任者の信用供与 (Kreditgewährung) 義務

信用委任の成立によって、受任者は、自己の名で、自己の計算で、第三者に信用を供与する義務を、委任者に対して持つことになる。この義務は、受任者が、第三者と、信用行為を締結する義務であるが、それは *Mitwirkung* を “*angewiesen*” するだけで、その努力の結果に対して、保障するものではない (Frese, S. 62)。また、その信用供与は、委任者の利害と結び付いているだけでなく、独自の判断において遂行し、完成させることになる。同時に、受任者が、第三者との関係で、法的・経済的に当事者となることもある。

(二) 信用供与の意義

信用供与の意義を明らかにするためには、「信用」の意義について検討されなければならない。しかし、この「信用」については法的意義づけは十分検討されていない。しかし、ここでは、法的概念として「信用」とは同一価値のもの、返還義務をともなした *geldwert Güter* (貨幣的財貨) の利用の可能性であるとみてよい (Fürster, S. 178, Pink S. 42, Müller, S. 95)。

このことから信用供与とは、「このような可能性をもたらすこと」である。それは、“*geldwert Güter*” の所有権を実際に附与することだけではない (Fürster, S. 184, Pink, S. 42)。その具体的内容は以下のようなものである (Frese, S. 66, 67)。

- (1) 金銭の引渡に制限されないこと
- (2) *Gesetz über das Kreditwesen* (一九六一・一〇・七制定) 一九条一項がこれに当たること
- (3) あらゆる種類の消費貸借物の交付
- (4) 手形小切手の引受と割引、および債権取立の猶予

(5) 保証 Garantie その他の保証給付の引受

(6) 交互計算契約の締結

(7) Akkreditiv (委託信用業務) Dekredere, Kommissionärs の引受

(8) 信用開始契約 (Krediterfnungsvertrag)。第三者にその請求によって信用を供与するとの約束も、約束の無條件的実行を前提として認められる。—このことによって實際上の利用の可能性が生ずるためである。

(9) 常に将来にわたる信用行為であることが必要である。したがって、すでに供与されている信用は、事後的となり信用委任できないことになる。ただ、この場合は、Kreditverbindlichkeit (信用義務) の支払猶予によって、それを延期させるという形式で、信用供与することは可能である。すなわち、支払猶予は、契約であり、締結の際に、第三者は、新しい信用供与を得ることになるためである。しかし、このために、単なる債権の取立を思いとどまるだけでは不十分であるといわれている。

(三) 信用供与 (受任者) の義務の執行に関連した問題

(1) 信用供与義務遂行者

信用供与義務遂行者は原則として受任者である。これは、信用委任の際、契約で特定されている。そこで他人による義務遂行も可能かが問題となる (B G B 六六四条との関係)。信用委任の際、異なる合意のない限り、他人 (第三者) によっての信用供与義務の遂行は認められる。B G B 六六四条は、委任の際の、委任者の受任者に対する人的信頼関係を前提としたものである。しかし、信用委任の場合は、委任者は、受任者の経済的給付能力に注目し、受任者に属する財産が決定的なものであり、このため、受任者への人的信頼よりも信用供与の事実が重視されているため、B G B 六六四条は適用すべきでない (Frese, S. 69, Bohnen, S. 34)。

(2) 信用供与義務遂行に際しての、委任者の指図 (Weisung) 受任者は、信用委任の執行に際して、委任者の指図に従うべきである。この執行は、受任者名で、その計算において行なわれるが、信用委任では、信用供与のイニシヤチブは、委任者にあることによる (Weber, S. 13, Bohnen, S. 42)。ただ、委任者が、事態を認識したならば、その指図に違背することを是認するであろう事情の存在するときは、これに従う必要はない。ただ、緊急でないときは、指図に違背する前に、委任者に通知し、その決定を待つべきである (BGB 六六五条)。

(3) 受任者の報告・通知義務 (BGB 六六六条)

受任者は、委任者に必要な報告—信用供与義務の遂行について—を行なう義務、さらに、委任者の請求にもとずき遂行の状況に関して知らせる義務がある。

(4) 費用の前払の問題 (BGB 六六九条との関係)。

BGB 六六九条で、委任の場合に、委任者に課せられている費用前払義務は、信用委任の場合の委任者には課せられない。信用委任では、受任者は、信用を自己の計算において供与するものであること (Weber, S. 13)、また、前払義務を課することは、BGB 七七八条との関係で、委任者の責任が過重され、信用委任の法制度の意味と目的が失われる (Bohnen, S. 39) からである。

(5) 信用供与義務遂行の拒絶

信用供与前に、受任者を非常に危険にさらすとみられるような事態が生じ、このことによって、受任者の義務の履行を拒絶することが、正義公平と取引の安全にかなう場合には、受任者による信用供与義務履行の拒絶が認められる。これはBGB三二一条と六一〇条の考えと同じことになる。このため、信用委任締結後、委任者の財産状態が著

しく悪化したとき、受任者に拒絶権が認められる (Bohnen, S. 41)。また第三者の財産状態の悪化の場合も、受任者は、信用供与を拒みうる。そしてこのことは、受任者の委任者に対する “Diligenzpflicht” の内容でもある (Frese, S. 71)。

四 受任者の Diligenzpflicht

(1) 原則 受任者は、信用委任の全継続中 “sorfältiger Ausführung (細心の注意をもっての執行)” 義務がある。この義務の根拠づけとして、一般には、信用委任の Dogmatik から生ずるものとしているが、BGB の構成からみて、BGB 六六二条以下の意味で委任の特殊なものとみる考えもある (Frese, S. 70)。このことから、BGB 六六五条の適用がとくに重要とみる。

(2) 委任者の指図と BGB 六六五条

BGB 六六五条にしたがって、受任者は、信用供与を、原則として、委任者の指図に従って行なうことになる (Förster, S. 180)。また、受任者は、第三者の信用価値や法律行為上の義務能力について疑問が生じたときは、その指図を、度外視して行なわねばならぬ (Weidemann, 472; Leonhard, Das Schuldrecht des BGB 2 Bd. § 164, S. 329; Frese, S. 70, 71)。

(3) 具体的内容

細心の注意をもっての信用供与の中には、①十分な証拠を用意すること (Eneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, § 196, I S. 805) ②努力して “Sicherheit” を得ること (RG JW 1912, S. 910) など含まれる。また、第三者の財産関係の悪化の際は、信用供与を拒み—始めから、あるいは継続中のものは、それ以後のものについて—すでに供与したものについては、解約するというような方法をとることも必要 (Müller, S. 60; Frese, S. 71) であり、

このほか、委任者の利益となるような、あらゆる変更処置 (Müller, S. 128, Frese, S. 71) が必要である。③受益者の委任の遂行にあたって、委任者の認識できる利益を考慮して行うこと (Frese, S. 72)。④受任者による第三者からの債権取立の際は、その取立を “Nachlassig Keit (なげやり)” な方法で行い、その後に債権が無価値にならないよう心掛けること (RG Warn R 1930 Nr. 136) — 受任者は、債権を訴求し、強制執行を行ない、第三者の破産の場合は、債権を申請することが必要である。

(4) Deligenzpflicht 違反の場合

受任者は、軽過失の場合でも責任がある。その責任の内容は、損害賠償義務であり、信用供与後は、委任者の受任者に対する責任制限が、責任免除となる。委任者には、原則として、BGB二七五条、二八〇条にもとづく権利が帰属する。ただし、かかる義務違反があったからといって、法律関係は消滅しない。

七 委任者と受任者の関係(B) — 信用供与後の関係 —

(一) 原則 受任者が、信用委任からの義務の履行として、第三者に信用を供与したときは、委任者は、受任者に、BGB七七八条により、信用供与により生じた第三者の受任者に対する義務(信用義務)について、保証人として責任がある。受任者が債権者、委任者が保証人、第三者が主債務者という関係になり、個別問題の解決のためには、信用委任の契約締結に際し、特約のない限り、保証に関する規定が適用される。しかし、保証に関する規定が、当然、適用されるのは、委任者の受任者に対する責任に対してであって、その他の場合には、その当否を理論的に検討する必要がある。また、委任に関する規定にも配慮しなければならない。

(二) 委任者の「保証人」としての責任について

(1) 委任者の責任は、保証人の場合と同様に、附従的であり、補充的なものである。

(2) 委任者の責任の範囲

(1) 委任者は、受任者と第三者間での信用行為から生じた第三者の信用債務の現時での残額につき責任がある。ただ、信用委任に際し、供与すべき信用の額が特定しているときは、その額の範囲内においてのみ、また、信用供与に關して、時間的な制限をしているときは、特定された時期の範囲内で供与された信用に關してのみ責任がある。

(ii) 委任者が、約定利息、違約金、手数料などに關して責任を負うかどうかは一般的には決められない。それは、個別的な信用委任の内容によって決まる (Bohnen, S. 45)。

(iii) 第三者が受任者との法律行為で、追加的に始めの債務を拡大させたとき、例えば利息のない債務に事後に利息をつけるなどの場合は、委任者は、その部分について責任はない (B G B 七六七条一項三文)。

(iv) 委任者は、第三者が受任者に償還すべき、解除または訴追の費用につき責任がある (B G B 七六七条二項)。

(3) 第三者の“信用債務 Kreditverbindlichkeit”の存否と委任者の責任の存否

第三者の受任者に対する信用債務が存在しないときには、委任者には何らの責任も生じないのか。委任者の責任の附従性からして、その責任を認めるためには、法律上有効な、第三者の信用債務の存在が必要となり、この不存在は、保証の場合の主債務の不存在と同様に、委任者は、受任者に対して、その責任から免れると解しうる。このため、受任者は、危険を負担することになる (Frese, S. 81)。これに対し、支配的見解は、かかる不公正さを避けるために、委任關係に立ち返り、B G B 六七〇条による委任者の責任を認めようとする (Staudinger, § 778. 11)。

しかし受任者と第三者間の信用行為が無効 (信用債務不存在の原因となる) な場合には、その締結を目的とする信用委任もまた、B G B 一三四条、一三八条によって無効となることを見逃し、出発点において誤りがあるとの反論が行なわれている (Palandt, S. Anm 1 zu § 306, Frese, S. 81)。この見解に立つときは問題はつぎのように処理される

(Frese, S. 82-84.)

① 信用委任が、BGB一三四条により無効となった場合の委任者の責任は、BGB三〇九条、三〇七条によって判断する、② BGB一三八条により無効のときは、BGB三〇九条、三〇七条は適用されず、委任者の責任は、委任者だけが、信用行為が善良の風俗違反となることを知っていたときにのみ、契約締結上の過失理論に従って判断する (Palandt, Anm. I zu § 309.) ③ 第三者が行為無能力にあり、法定代理人が追認を拒絶したときは信用行為の無効が確定する。しかし、この場合、追認が期待される限りにおいて、信用委任にもとづいて生じた給付は不能といえない。このため、その不能は、事後的にのみ生ずるにすぎない。このことから、委任者の責任は、BGB三〇七条により判断すればよいことになる (Frese, S. 83.)

この見解に対し、委任者保護の立場から、信用行為を提起し、特定の者を、Kredittnehmer (第三者)と指定した委任者に、責任を課すべしとの反論があるが、この意見は委任者が信用行為の当事者となり、自己の計算において、締結できることを考慮していないとして排斥されている (Frese, S. 84.)

(4) 委任者による第三者の抗弁権等の行使の可否

(イ) 委任者は、受任者に対して第三者の持つ異議権、抗弁権を行使できる (BGB七六八条一項一文)。

(ロ) 権利阻却の事実と権利消却の事実 (rechtshindernden und rechtsvernichtenden Tatsachen) 時効の抗弁権 (BGB二二三条一項)、支払猶予の抗弁権、などの行使も可能である。この場合、第三者が抗弁権を放棄していても影響はない (BGB七六八条二項)。

(ハ) 第三者の死亡にもとづく相続人の限定承認によつての責任制限の主張については、委任者は主張できない。

(ニ) 第三者の取消権を委任者として行使できない。ただ、この場合は委任者は、受任者に対して弁済を拒絶できる

ことになる(BGB七七〇条一項)。第三者の撤回権、解除権、減額請求権に関しても同じように解してよい(Bohnen, S. 46)。

(5) 委任者の責任の補充性

委任者の責任は補充的であり、このことから原則として“Einrede der Vorausklage”(先訴抗弁権)が認められている。委任者は、まず、第三者への強制執行を行うことを要求して、弁済を拒むことができる。ただ一度、強制執行が行なわれると、第三者がその後財産を取得し、再度の執行によって、弁済が得られることが予想されても、先訴抗弁権は行使できなくなる。この先訴抗弁権は、特約で放棄されたとき、委任者がVollkaufmann(完全商人)で信用委任が委任者にとって、商行為となるとき(HGB三四九条)は、行使できない。先訴抗弁権はBGB七七三条の場合と、その行使が受任者の立場を不当に困難にするとき排斥される。受任者が、第三者の動産の上に、質権または留置権を持つ場合は、まずこの動産から弁済を受けなければならない(BGB七七二条二項)。

(三) 弁済後の受任者の第三者に対する債権移転の可否

受任者の第三者に対する債権は、委任者の弁済によって、委任者に当然移転するかどうか、またBGB七七四条の適用があるのかについて論議されている。信用委任に際しての保証法の適用は、委任者の受任者に対しての責任についてのみ当然認められ、BGB七七四条のように第三者に対しての保証人の権利についての規定はいかに拡大解釈しても、直接には適用できないからである(Frese, S. 86)。通説は委任者は、受任者への弁済によってBGB七七四条にもとづき、受任者の第三者に対する債権を取得するとみる(Weber, S. 14, Bohnen, S. 54, Frese, S. 86)。ただFreseはBGB七七四条の類推適用によると解している(Frese, S. 88)。

そしてFreseはつぎのように主張する。①第三者への求償に関しては信用委任の委任者は、保証人よりも、法的

地位において強い立場にあること、②委任者と保証人は「保証人として責任ある者としての給付」という点で共通していること、③BGB七七四条は、保証人による弁済をもって、債権者の債権が消滅することから、これを保証人に移転させ、その給付に関して決算の終っていない保証人の第三者に対する権利遂行のために役立て、保護しようとするものであり、この保護は、保証人として、責任ある者として給付した委任者にも類推適用できる。④ただその際の保証人としての責任が、保証の場合においては、*Sicherungsvertrag*（保全契約）から生ずるのに対し、信用委任の場合には、法律にもとづき法定効果（*Rechtsfolge*）として生ずるとの相異は、ここでは問題にならない（*Frese, S. 86—88*）。この場合の債権移転は、BGB四一二条に従い、また、抵当権、質権も随伴する。

四 BGB六七〇条による費用償還義務

受任者は、信用供与後、供与した信用の総額をBGB六七〇条によって、ただちに、委任者に請求することはできない。これを認めることは、信用委任の法的性質に反することになるからである（*Weber, S. 13*）。

五 受任者の取得物返還義務（BGB六六七条）

受任者は、信用を供与したことによって取得したもの（例えば、債権、利息、手数料）をBGB六六七条によって委任に返還する必要はない（*Weber, S. 13*）。

六 委任者の責任義務の免責等

受任者が、その *Diligenzpflicht* を怠ったときは、委任者の責任軽減ないし免責が生ずる。①受任者が、その支払猶予によって満足の得られなくなるのを予見しなければならぬのに支払猶予をしたとき、②受任者が、訴えの提起を遅らせたがために強制執行によっても満足の得られなかったとき、③受任者の懈怠のため、第三者に対する債権が時効にかかったとき、④受任者が第三者に対する債権の保全のための担保権等を信用供与の際に成立させることが可

能であったのに、これを怠ったとき、または、成立させた権利の放棄のために損失を受けたときなどが考えられる (Bohnen, S. 51.)。

八 委任者と第三者の關係

(一) 原則 委任者と第三者の關係は、両者間での法律關係に従って決まる。両者間に委任關係が存在し、無償の場合には B G B 六六二条以下が、有償の場合は、請負契約の規定 (B G B 六三一条以下) も考慮され、委任のないときは事務管理の規定 (B G B 六七七条) が原則として適用される。

(二) 第三者に対する求償權

委任者が受任者に、B G B 七七八条にもとづく責任を履行したときは、委任者は、第三者から償還を求めることができる。この償還の法的根拠は、まず委任者と第三者間に存在する原因行為にもとづくが、委任のある場合は、B G B 六七〇条によって生ずる。それと競合的に B G B 七七四条の適用 (類推) により、委任者に移転した受任者の第三者に対する債權にもとづいても可能となる。

(三) 第三者の委任者に対する抗弁權

第三者が、受任者の満足の時にその債權に対して持っていた抗弁權は、委任者からの求償に対してもまた対抗できる。さらに、委任者との法律關係から生じた第三者の抗弁權も主張できる。

四 委任者の弁済通知義務

委任者は、受任者への弁済前あるいは弁済後直ちに再度の支払防止のため、第三者に弁済の通知をする義務がある (B G B 六六六条、六七一条)。この義務を怠ったため第三者が、受任者に再度払ったときは、委任者は第三者に賠償責任がある (Bohnen, S. 55.)。

(四) 委任者の第三者に対する責任免責請求権の存否 (B G B 七七五条との関係)

B G B 七七五条による委任者の第三者に対する責任免責請求も、受任者に対する責任関係ではないので、信用委任に適用されるかは問題となる。しかし、この規定の原則的前提は、保証人として義務の生ずることにあるから、信用委任に類推適用することは問題ない (Fresc, S. 89, Bohnen, S. 56, 57)。このため、委任者は第三者に対して以下の場合に免責請求ができる。① 第三者の財産関係が著しく悪化したとき、② 第三者に対する訴追が、信用供与後の第三者の住所・営業所の変更で著しく困難となったとき、③ 第三者が債務の履行につき遅滞しているとき。④ 受任者が、委任者に対し履行についての執行力ある判決を受けたときなどである。

九 信用委託の終了

まず信用委託が無効となったときである。無効原因として、B G B 一三八条、一三四条、当事者の行為無能力が挙げられている。その他、契約・法律行為の一般原則も当然適用される。このほかに、受任者と第三者との信用行為の無効も信用委任の無効を生じしめるとの考えについては前述してある。

しかし受任者の死亡、行為無能力、破産の場合には信用委任には影響ない。それゆえ、B G B 六七三条一文は信用委任に適用されない。

破産の場合も、信用委任には影響なく、破産法一七条一項によって、破産管財人により履行され、それが不履行の場合は、不履行による損害賠償請求権を、破産債権者としてのみ主張できる。委任者の死亡・能力喪失の場合は、信用委任は消滅しない。委任者の破産の場合は信用委任は終了する。この場合は、B G B 六七二条二項とB G B 六七四條が適用される。

なお、委任者は、信用供与までは自由に撤回できる。これは、受任者が将来委任者の危険において無制限に信用を

供与することを防止するためである (Fraser, S. 62.)。この撤回権の放棄は、信用委任がもつばら受任者のためにおこなわれているときに認められる。

[資料2]

約 定 書 例

(昭和38. 9. 10)

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

(成立)

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

(効力)

第2条 保証契約の効力は、乙が貸付を行なったとき生じる。

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

(旧債振替の制限)

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

(貸付、償還状況報告)

第4条 乙は、第2条の貸付を行なったときは、遅滞なく甲に通知するものとする。

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

(保証契約の変更)

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

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

3 前項の手続は、変更保証書発行の日から15日以内に行なうものとする。

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

(保証債務の履行)

第6条 甲は、被保証債権について債務者が最終履行期限（期限の利益喪失の日を含む。以下同じ。）後90日を経てなお、その債務の全部 又は一部を履行しなかったときは、乙の請求により乙に対し保証債務の履行をなすものとする。但し、特別の事由があるときは、90日を経ずして甲に対し保証債務の履行請求を行なうことができる。

2 前項の保証債務の履行の範囲は、主たる債務に利息および最終履行期限後120日以内の延滞利息をを加えた額を限度とする。

3 延滞利息は、貸付利率と同率とする。

(保証債務履行請求権の存続期間)

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

(保証料徴収の委託)

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

2 乙は、前項の保証料を徴収したときは、その都度甲に送金するものとする。

(債権の保全・取立)

第9条 乙は、常に被保証債権の保全に必要な注意をなし、債務履行を困難とする事実を予見し、又は認知したときは、遅滞なく甲に通知し、且つ適当な措置を講じるものとする。

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

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

(債権証書及び担保物の交付)

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

(免責)

第11条 甲は、次の各号に該当するときは、乙に対し保証債務の履行につき、その全部または一部の責を免れるものとする。

(1) 乙が第3条の本文に違反したとき。

(2) 乙が保証契約に違反したとき。

(3) 乙が故意若しくは重大な過失により被保証債権の全部又は一部の履行を受けることができなかつたとき。

(手続)

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

(変更)

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

(約定書の所持)

第14条 この約定書は、2通作成し、甲乙各自1通を保有するものとする。

昭和 年 月 日

甲

㊟

乙

㊟

〔資料3〕

信用保証委託契約書例

昭和 年 月 日

〇〇〇信用保証協会 御中

住 所

委 託 者

印

住 所

連帯保証人

印

住 所

連帯保証人

印

住 所

(担保提供者)

兼連帯保証人

印

今般貴協会に信用保証協会法第20条にもとづく信用保証を委託するについて、委託者および保証人は次の各条項を遵守します。

(信用保証の委託)

第1条 今般 (以下「金融機関」という。) から金
円也の (以下「借入金債務」という。) をうけるについて、
貴協会に信用保証を委託します。

2 前項の信用保証は、貴協会と金融機関との間に締結されている約定書によるものとしします。

(信用保証料等)

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

2 前項により支払いをした信用保証料は、違算の場合を除き、返戻をうけなくとも異議はありません。

3 委託者が借入金債務の履行を怠ったときは、その延滞額に対し延滞期間に応じ年パーセントの割合をもって計算された額を延滞保証料として貴協会に支払います。

(担 保)

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

2 貴協会に差し入れた担保は、必ずしも法定の手続によらず貴協会において一般に適当と認められる方法・時期・価格等により処分されても異議はありません。

(求償権の事前行使)

第4条 委託者または保証人が次の各号の一に該当し、求償権の保全に支障が生じ、または生じるおそれのあるときは、第5条の代位弁済前に求償権を行使されても異議はありません。

(1) 仮差押・差押もしくは競売の申請または破産・和議開始・会社整理開始もしくは会社更生手続開始の申立があったとき、または清算にはいったとき。

(2) 公租公課につき差押、または保全差押をうけたとき。

(3) 手形交換所の取引停止処分があったとき。

(4) 行方不明のとき。

(代位弁済)

第5条 委託者が借入金債務の全部または一部の履行をしなかったため、金融機関から貴協会に保証債務の履行を求められたときは、委託者および保証人に対して、通知・催告なくして弁済されても異議はありません。

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

(求償権の範囲)

第6条 貴協会が前条第1項の弁済をされたときは、貴協会に対してその弁済額およびこれに対する弁済の日の翌日以後の年パーセントの割合による損害金ならびに避けることのできなかつた費用その他の損害を償還します。

(弁済の充当順序)

第7条 委託者または保証人の弁済した金額が貴協会に対する債務の全額を消滅させるに足りないときは、貴協会が適当と認められる順序・方法により充当されても異議はありません。

(調査および報告)

第8条 財産・経営・業況等について貴協会から請求があったときは、ただちに報告し、また貴協会に対し帳簿閲覧等調査に必要な便益を提供します。

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

3 委託者または保証人の財産の調査について貴協会が必要とするときは、貴協会を委託者または保証人の代理人として、市町村の固定資産台帳等の公簿を閲覧することを委任します。

(公正証書の作成)

第9条 貴協会の請求があるときは、この契約にかかる債務の履行につき、ただちに強制執行をうけるべき旨を記載した公正証書の作成に必要な一切の手続をします。

(費用の負担)

第10条 貴協会が第5条第1項の弁済によって取得した権利の保全もしくは行使、または担保の保全、行使もしくは処分要した費用およびこの契約から生じた一切の費用は、委託者の負担とし、貴協会の請求によりただちに貴協会に償還します。

(連帯保証人)

第11条 保証人は、この契約の各条項を承認のうえ、第6条の償還債務、第2条の信用保証料債務および延滞保証料債務ならびに前条の費用償還債務の全額につき委託者と連帯して履行の責を負います。

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

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

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

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

(3) 保証人が金融機関に対する自己の保証債務の弁済をしたとき、または保証人が金融機関に提供した担保の実行がなされたときは、保証人は、貴協

会に対し何らの求償をしません。

(管轄裁判所の合意)

第12条 この契約に関する訴訟・和解および調停については、貴協会の本所または支所の所在地の裁判所を管轄裁判所とします。

(契約の変更)

第13条 第1条第2項の約定書について、改正が行なわれるときは、改正後の約定書を適用するものとします。