



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	動機の錯誤のリスク負担：最判平成28年12月19日の分析を通じて
Author(s)	岩川，隆嗣
Citation	北大法学論集，68(6)，352[1]-297[56]
Issue Date	2018-03-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/68628
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol68no6_04.pdf



動機の錯誤のリスク負担

—— 最判平成28年12月19日の分析を通じて ——

岩 川 隆 嗣

第1 本稿の目的

本稿は、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した場合において、信用保証協会の動機の錯誤を理由とする保証契約の錯誤無効および保証免責を否定した平成28年12月19日第一小法廷判決（平成27年（受）第1394号、不当利得返還請求事件。以下、「本判決」という）¹の分析を通じて、両者の問題に共通する視点として、動機の錯誤のリスク負担という視座を提供することを目的とするものである。

以下では、まず本判決の概要を示し（第2）、次いで本判決の分析を行って（第3）、このような視座があり得ることを示していきたい。

第2 本判決の概要

1. 事実

¹ 判時2327号21頁、判タ1434号52頁、金法2066号68頁、金判1508号28頁、金判1513号48頁。

本判決の評釈等として、松下由英・金法2058号68頁、安東克正・銀法811号18頁、谷本誠司・銀法811号67頁、黒田直行・J A金融法務557号50頁、久保野恵美子・法教440号148頁、谷健太郎・金法2067号4頁、福谷賢典＝前田直哉・銀行実務47巻6号72頁、松尾弘・法セミ751号118頁、下村信江・金法2073号（金融判例研究27号）37頁、西内康人・金法2081号46頁がある。

金融機関Y（被告、被控訴人・附帯控訴人、上告人）と信用保証協会X（原告、控訴人・附帯被控訴人、被上告人）は、昭和38年9月、約定書と題する書面により信用保証に関する基本契約（以下「本件基本契約」という）を締結した。本件基本契約には、Yが「保証契約に違反したとき」は、XはYに対する保証債務の全部又は一部の責めを免れるものとする旨が定められていたが（以下、この定めを「本件免責条項」という）、保証契約締結後に主債務者が中小企業者の実体を有しないことが判明した場合等の取扱いについての定めは置かれていなかった。

Yは、牛乳等の小売業（以下「本件事業」という）を営んでいた有限会社Aから、平成16年から平成17年にかけて、4回にわたり融資の申込みを受け、いずれもXにそれらの信用保証を依頼し、Aから保証委託を受けたXとの間でそれぞれ保証契約を締結して、Aに合計6930万円を貸し付けた。

Yは、平成20年8月、Aから融資の依頼を受け、審査した結果、上記借入金の借換え及び追加融資として5000万円の貸付け（以下「本件貸付け」という）を適当と認め、同年12月11日頃、Xに対し、本件貸付けについて信用保証を依頼した。これを受けて、AとXは、保証委託契約を締結した。上記信用保証については、セーフティネット保証制度（以下「本件制度」という）が利用されることとなった。

本件制度は、全国的に業況の悪化している一定の業種に属する事業を行う中小企業者に対し、通常の信用保証とは別枠で信用保証を行う制度であり、上記の中小企業者に該当することについては、市町村長等の認定を受けるものとされている。Aは、平成20年12月16日、a市長から本件事業を行う者として上記認定を受けた。

Aは、平成20年12月26日、Bに対し、本件事業を譲渡した。しかし、Y及びXは、そのことを、後記保証契約の締結及び後記本件貸付けの時点で知らなかった。

Xは、平成20年12月29日、Yとの間で、本件制度を利用して、本件貸付けに基づくAの債務を連帯して保証する旨の契約（以下「本件保証契約」という）を締結した。本件保証契約においても、契約締結後に主債務者が中小企業者の実体を有しないことが判明した場合等の取扱いについての定めは置かれていなかった。

Yは、平成21年1月9日、Aに対し、本件貸付けを行った。

Aは、平成21年6月、Yを含む債権者に対し、破産手続開始の申立ての準備を始めた旨を通知し、その翌月以降、Yに対する約定に従った弁済をしなかった。

Xは、平成22年3月、Yの請求により、本件保証契約に基づく保証債務の履行としてYに対し、4925万9425円を代位弁済した。

本件訴訟は、Xが、本件保証契約は錯誤により無効であると主張して、不当利得返還請求権に基づき、保証債務の履行として弁済した4925万9425円の返還等を求めたものである。

2. 一審・原審の判断

一審（金沢地判平成25年1月14日金判1508号37頁）は、本件制度は、中小企業者が売上高減少によって経営の安定に支障が生じている場合に、全国的に業況が悪化している業種に属する中小企業者を支援するためのものであるから、一般論として、同制度における保証においては、「……中小企業者が市町村の長から指定を受けた特定の業種に属する業務を行う事業者であることは、信用保証協会が保証契約を締結するための重要な要素である……」とする。そして、本件保証契約についても、XにとってAが特定の業種に属する中小企業者であることは「重要な要素」であったということができるとした上で、Aは、本件保証契約及び本件貸付けがされた当時（平成20年12月29日及び平成21年1月9日）、事業譲渡によって中小企業者としての実体を失っていたにもかかわらず、XはAが中小企業者と信じていたのであるから、「……本件保証契約は、Xにおいてその重要な部分に要素の錯誤があったということができる」、とした。そして、Xには重過失は無いこと等を認定して、本件保証契約の錯誤無効を認めた。もっとも、本件保証契約の錯誤無効に伴って、本件保証契約が有効であると信じてなされた本件貸付および借換え前の既存貸付債務の弁済受領行為もYの錯誤により無効となるとし、既存貸付債務に係るYのXに対する保証債権が復活し、Xの不当利得返還請求権と当該保証債権とが相殺されるとして、Xの請求の一部のみを認容した。

原審（名古屋高裁金沢支部平成27年5月13日金判1508号34頁）は、錯

誤無効を認めた一審の判断を是認した。もっとも、本件貸付けおよび既存貸付債務の弁済受領行為については、本件保証契約が錯誤無効になったとしても無効にはならないとして、Yの相殺の抗弁を認めず、Xの請求を全部認容した。

Xが上告受理を申立て、最高裁の判断が示されることになった。

3. 判旨

破棄自判（一審中Y敗訴部分取消し、請求棄却、控訴棄却）

「(1) 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1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20条1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出来る。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（最高裁平成26年（受）第1351号同28年1月12日第三小法廷判決・民集70巻1号1頁等参照）。

(2) 本件についてこれをみると、本件保証契約の締結前に、A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いう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、Yは融資を、X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X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。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Y及びX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る。

もっとも、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と解するのが相当である（前掲最高裁判平成28年1月12日第三小法廷判決参照）。

以上によれば、Aが中小企業者の実体を有することというXの動機は、それが表示されていたとしても、当事者の意思解釈上、本件保証契約の内容となっていたとは認められず、Xの本件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。

……そして、以上説示したところによれば、Xの請求は理由がない……」。

第3 本判決の分析

1. 本判決の意義

本判決は、主債務者が反社会的勢力であった場合の信用保証協会の錯誤に関する最判平成28年1月12日民集70巻1号1頁（以下「平成28年1

月判決」という)の論理が、主債務者が中小企業者の実体を欠いている場合にも妥当することを明らかにしたものである。第一に、主債務者が信用保証の対象となる中小企業者であると誤信していた信用保証協会が締結した保証契約につき、当該誤信は動機の錯誤に当たるが、たとえ動機が表示されていても法律行為の内容にはならず、当該保証契約の錯誤無効は否定される。第二に、金融機関は信用保証に関する基本契約上の義務として主債務者が中小企業者の実体を有するかどうかを調査する義務を負い、金融機関がこのような義務に違反したときは、基本契約上の免責条項にいう「保証契約に違反したとき」に該当し、信用保証協会は保証債務を免れうる。

以下では、以上2つの問題を検討し(2、3)、最後にその検討を踏まえて本判決の射程を検討していくこととする(4)。

2. 動機の錯誤について

まず、動機の錯誤の問題を検討していこう。

(1) 一般論

i. 動機の錯誤の定式

本判決は、主債務者が信用保証の対象となる中小企業者では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は動機の錯誤が認められるとした上で、平成28年1月判決を引用して、動機の錯誤が法律行為の「要素の錯誤」に該当するためには、「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」(以下、これを「動機の錯誤の定式」という)が必要である、との一般論を示す。

この動機の錯誤の定式のうち、動機の表示および法律行為の内容化は、伝統的通説および判例である²、95条の「錯誤」には動機の錯誤は原則該

² 我妻栄『新訂 民法総則』(岩波書店、1965年)295頁。大判大正3年12月15日民録20輯1101頁、大判大正6年2月24日民録23輯284頁、最判昭和29年11月26日民集8巻11号2087頁、最判昭和45年5月29日判時598号55頁など。なお、動機の錯誤に関する学説および判例の変遷については、森田安樹「民法95条(動

当しないが、例外的に、動機が相手方に表示され、意思表示の内容あるいは法律行為の内容になっていた場合には同条の「錯誤」に該当する、という立場を表している。また、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というのは、錯誤がなければ表意者および通常人はそのような意思表示をしなかったといえる場合に錯誤に「要素」性が認められる³、という立場を表している。

ii. 内容化の理解

この動機の錯誤の定式に関し、動機の表示と法律行為の内容化の関係を巡って、学説上、異なる理解が存在している。

一方で、動機の錯誤が「錯誤」に該当するためには動機の表示が必要であることを主唱した我妻栄博士は、動機が相手方に表示されている場合には、動機は意思表示の内容になり、当然に意思表示を不可欠の構成要素とする法律行為の内容ともなる、と解していたと考えられる⁴。動機の表示が「錯誤」該当性の要件として意味を持つという理解である⁵。これは、動機が表示されていれば動機を含んだ表示と意思の不一致は生じること⁶、また、錯誤無効を認めても相手方の信頼は害されないこと、を根拠とするものといえる⁷。

機の錯誤を中心として」) 広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年 第2巻』(有斐閣、1998年) 141頁参照。

³ 我妻・前掲注2) 300頁。大判大正3年・前掲注2、大判大正7年10月3日民録24輯1852頁など

⁴ 我妻・前掲注2) 297頁・284-285頁(ただし相手方が動機を知っていることを要する)。

⁵ 山本敬三『民法講義Ⅰ 総則〔第3版〕』(有斐閣、2011年) 187頁

⁶ 我妻・前掲注2) 296頁は、「表示から推断される意思と表意者の真に意図するところとに違いがあれば、内心的効果意思とのくい違いないしは内心的効果意思の欠缺でなくとも」、「錯誤」該当するとしている。表示された動機を含む「表示」と、動機を含む「表意者の真に意図するところ」とのくい違いがあれば「錯誤」に該当する。

⁷ 我妻・前掲注2) 297頁、山本・前掲注5) 187頁参照。

他方で、動機の表示ではなく、法律行為の内容化が「錯誤」該当性の要件であって⁸、表示の有無は内容化の判断要素に過ぎない⁹、あるいは法律行為の内容化が認められる場合に動機の表示有りと言われてきたに過ぎない¹⁰、という理解も存在する。これは、動機となる事実についての情報収集は表意者が各自で行うべきであるから、動機の誤りのリスクは原則として表意者が負うべきであって、相手方に法律行為の無効という形で当該リスクを負担させるためには、動機の表示のみならず、表示された動機が法律行為の内容となっていることまで必要である、ということ根拠とするものといえる¹¹。

本判決が、平成28年1月判決を引用して、「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」との一般論を示したのは、法律行為の内容化を錯誤該当性の要件として位置づける後者の立場に立脚することを明らかにするものである。

iii. 従前の最高裁判例

従前の最高裁判例にも、動機の表示の存在を肯定しつつも、法律行為の内容にはなっていないことを理由として錯誤無効を否定したものが存在していた。本判決は、それらの判例を踏襲するものとして位置づけられる。

第一に、最判昭和37年12月25日訟月9巻1号38頁（以下、「昭和37年判決」という）がある。事案は、売主Xが譲渡所得税が減額されることを動機として、国Yを買主とする売買契約を締結したところ、実際には減額は実現不可能であったため、当該売買契約はXの錯誤により無効となるかが争われたものである。同判決は、動機の錯誤の定式を示した上

⁸ 山本・前掲注5)187頁。

⁹ 森田・前掲注2)192-193頁。

¹⁰ 山本敬三『「動機の錯誤」に関する判例の状況民法改正の方向（上・下）』NBL1024号15頁、1025号37頁、1024号17頁など。

¹¹ 佐久間毅『民法の基礎1 総則〔第3版〕』（有斐閣、2008年）155-157頁、「民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台（10）民法（債権関係）部会資料76A」3-4頁。

で、たとえ「……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」とする。そして、原判決の認定として、「譲渡所得税の賦課に関してはYにおいて税務署と折衝して法律上可能な限り税額を低きに止めるように努力するとの旨の諒解事項があつたに過ぎない」ことを指摘し、Xの動機は売買契約の内容になっていたとはいえないとして、錯誤無効を否定した。

第二に、最判昭和47年5月19日民集26巻4号723頁（以下、「昭和47年判決」という）がある。事案は、XA間の土地売買契約の合意解除等に伴い、売主Xが買主Aに対して負担した代金返還債務を弁済するため、Xが農業協同組合Yとの間で締結していた定期貯金契約を合意解約し、その払戻金をAに支払うことをYに委任したが、Xには代金返還債務は存在しないことが判明した場合、XY間の定期貯金契約の合意解約および支払委任はXの錯誤により無効となるかが争われたものである。同判決は、「本件定期貯金契約の解約およびXのYに対する支払の委任は、要するに、本件定期貯金の払戻金により金九〇〇〇万円をAに給付することをその内容とするものなのであり、その実質においては、Xがみずから定期貯金の払戻を受けてこれをAに支払う場合と同視すべきものであつて、Aに対する支払の動機のごときは、Yに表示されたかどうかにかかわりなく、右定期貯金の解約および支払委任という法律行為の要素となるものではないと解するのが相当である」とし、錯誤無効を否定した。たとえ定期貯金契約の合意解約および支払委任の動機が表示されていたとしても法律行為の内容にはならないことを理由に、錯誤無効を否定した判例として位置付けられよう。

第三に、最判平成元年9月14日判時1336号93頁（以下、「平成元年判決」）がある。事案は、XYの離婚に伴い、財産分与としてX所有の土地と建物がYに譲渡されたが、真実はXに譲渡に伴い譲渡所得税が課せられるのに、XはYに課税されるとの誤解をして財産分与契約を締結していたため、当該財産分与契約はXの錯誤により無効となるかが争われたものである。同判決は、動機の錯誤の定式を示した上で、動機の表示は默示的なもので足りるとして、当該事案における動機の表示を肯定した。必ずしも明確でないが、同判決も、法律行為の内容化が「錯誤」該

当性の要件になるとみていると解することができる。なぜなら、同判決は事件を差戻しているので、表示された動機が法律行為の内容になっているかも審理させるために差戻しが行われたとみうるからである。次にみる平成28年1月判決が、昭和37年判決と平成元年判決を引用して、動機の表示のみならず法律行為の内容化も必要であるとの一般論を示していることからすると、最高裁も以上のような趣旨として平成元年判決を理解しているといえることができる。

第四に、本判決が引用する平成28年1月判決がある。事案は、主債務者が反社会的勢力でないことを前提として信用保証協会Xと銀行Yの間で締結された保証契約について、後に主債務者が反社会的勢力であることが判明した場合に、当該保証契約はXの錯誤を理由として無効になるかが争われたものである。同判決は、動機の錯誤の定式を示した上で、「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」との一般論を示す。そして、Xの動機は、たとえ表示されていたとしても、当事者の意思解釈上、保証契約の内容となっていたとはいえないとして、錯誤無効を否定した。

（2）具体論

以上を踏まえて、本判決が、主債務者が中小企業者としての実体を有するという信用保証協会の動機は保証契約（法律行為）の内容にならないと解したのは、いかなる理由に基づくものなのかを検討していこう。まず、主債務者が中小企業者の実体を有しなかった場合という点で本判決と共通性を有する、いわゆる融資金詐欺に関する従前の下級審裁判例を分析し（i）、次いで本判決の判旨を検討していくこととする（ii）。

i. 融資金詐欺に関する下級審裁判例

（i）錯誤無効を肯定した判決

融資金詐欺によって生じた動機の錯誤に基づく保証契約の無効を肯定した下級審裁判例には、以下のものが存在している。

ア. 判決の内容

第一に、東京地判昭和53年3月29日下民集29巻1～4号153頁がある¹²。事案は、相互銀行XがA社ら三社から銀行取引開始の申し出を受けて取引を開始し、信用保証協会YもX提出の調査書類の机上調査により適当と判断して、XがA社らから割引いた手形が不渡りとなった場合の債務をYが保証する契約を締結したところ、A社らはXから融資金を騙取しようとして創り出された実体の無い会社であって、A社からXに提出された納税証明書等の書類は偽造であり、また、割引かれた手形が融通手形であったことなどが判明したため、Yが保証契約の錯誤無効等を主張したものである。

同判決は、「Y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X Y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つた。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……も本件各契約締結にあたりXの充分承知しているところであつた。……右認定の各事実を合わせ考えると、Yの本件各契約による信用保証の意思表示は、その重要な部分に……要素の錯誤があるというべきである」とし、錯誤無効を肯定した。

第二に、さいたま地判平成19年6月6日金法1820号55頁がある。事案は、A社への融資について、A社から銀行Yへ提出された書類等に照らしてその申込内容に不合理・不自然な点が無かったために、融資適当と判断され、さらに信用保証協会Xが同融資に係るA社の債務を保証したが、後に、A社は融資金を騙取するための実体の無い会社であることが判明したため、Xが保証契約の錯誤無効を主張したものである。

同判決は、「上記認定事実によれば、信用保証協会であるXは、信用保証協会法により、その業務として中小企業者が銀行であるYから借り受けた運転資金の返還債務の保証をすることができるが、その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ており、中小企業

¹² 同判決を分析するものとして、伊藤進『信用保証協会保証法概論』（信山社、1992年）109頁。

者としての実体があれば信用保証の対象とならないことは、融資を実行する金融機関であるYにも当然のこととして熟知されていたということが出来るから、中小企業者が企業者としての実体を有することは、Xが保証をするための重要な要素であるということが出来る。そして、Yから本件貸付（第1貸付及び第2貸付）を受けたA社は、本件貸付及び本件保証契約がされた当時、企業としての実体なかったもので、しかも、Xは、A社が企業実体を有すると信じていたということが出来る……から、本件保証契約は、その重要な部分に要素の錯誤があったということが出来る」とし、錯誤無効を肯定した。控訴審である東京高判平成19年12月13日金法1829号46頁も¹³、一審判決を殆どそのまま繰り返して、錯誤無効を肯定した。

最後に、横浜地判平成24年1月17日金法2006号106頁がある。事案は、信用金庫XがA社から事業に必要な設備機械購入のための融資の申込みを受け、事業計画書や同機械の見積書、確定申告書などの提出を受けたため、Xは融資適当と判断し、さらに信用保証協会Yは、A社が新規の利用であったため実地調査を行った上で、特段不審な点がなかったので同融資に係るA社の債務を保証したが、後に、A社は融資金詐欺のための会社で中小企業者としての実体はなく、事業計画書は虚偽で見積書や確定申告書は偽造であることなどが判明したため、Yが保証契約の錯誤無効を主張したものである。

同判決は、「……Yは、信用保証協会法に基づく業務として、中小企業者の金融機関に対する借入金債務を保証することができるが、その対象となる中小企業者は、企業としての実体を有することを当然の前提としているということが出来る。融資を実行する金融機関であるXにおいても、中小企業者としての実体があれば信用保証の対象にならないと認識しており……、借主が中小企業者としての実体を有することは、Y

¹³ 同判決の評釈として、吉岡伸一「判批」岡山大学法学会雑誌58巻1号107頁、渡邊博己「判批」金法1834号94頁、武川幸嗣「判批」受験新報2008年6月号12頁、伊藤栄寿「判批」愛知学院大学論叢法学研究50巻1号135頁、滝沢昌彦「判批」リマークス38号10頁、真鍋美穂子「判批」平成20年度主要民事判例解説（判タ別冊25号）22頁、堀口久「判批」銀法753号18頁。

が信用保証をするための重要な要素であり、かつ、Xにおいてもこれを認識していたといえることができる。そして、Yは、実際にはA社には企業としての実体がなく、資金の用途は架空のものであったにもかかわらず、企業としての実体を有しており、資金の用途は正常な設備投資であると誤信していたといえることができるから、その余の点について判断するまでもなく、本件保証契約は、Yにおいて意思表示の重要な部分に要素の錯誤があったといえることができる」とし、錯誤無効を肯定した。控訴審である東京高判平成24年7月4日金法2006号100頁も¹⁴、一審の上記判断を是認し、錯誤無効を肯定した。

イ. 分析

以上の錯誤無効を肯定した下級審裁判例には、次のような共通する特徴を指摘することができる。第一に、いずれの裁判例も動機の錯誤の定式を判断基準として採用しておらず、そもそも動機の錯誤の問題であることを明確に述べるものもない。そのため、動機の表示や法律行為の内容化の有無についての検討は、殆ど行われていない¹⁵。第二に、動機の錯誤の定式に代えて、保証契約（意思表示）の「重要な部分に要素の錯誤」が存在するかどうか、錯誤無効の判断基準とされている。そして、その判断に当たっては、動機の錯誤の定式にいう、「もし錯誤がなかった

¹⁴ 同判決の評釈として、丸山絵美子「判批」民事判例X2014年後期86頁。

¹⁵ 例外的に、横浜地判平成24年1月17日は、動機が表示されていないとの金融機関Xの主張に対して、「融資を受ける者が中小企業者の実体を有する者であることは、XがYに対し信用保証を依頼し、Yが保証を承諾する上での当然の前提であった」、と指摘している。また、控訴審である東京高判平成24年7月4日も、「主債務者が中小企業としての実体を有することがYが信用保証をするための重要な要素であることが、表示されていなかった」とはいえない、と指摘している。

しかし、これらの判決においては、動機の錯誤がいかなる場合に「錯誤」に該当するかの判断基準が何ら示されていないため、これらの説示がいかなる意味で錯誤無効を否定する主張に対する反論となっているのか不明である。また、東京高判平成24年は、動機が重要な要素であることの表示の存在を認定しており、動機の錯誤の定式とは異なる判断基準を採用しているようにもみえる。

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、すなわち錯誤事項が重要性を有するために錯誤に「要素」性が存在すること、および当該錯誤事項の重要性が契約相手方である金融機関にも熟知されていたことが考慮されている¹⁶。

以上の点からすると、錯誤無効を認めた前記下級審裁判例は、動機の錯誤の定式のうち、錯誤の「要素」性のみを錯誤無効の要件として位置づける点で共通性を有し、これに加えて、当該錯誤事項の重要性が相手方に熟知されていた点も考慮していた、と総括することができよう。つまり、前記下級審裁判例は、動機の表示と法律行為の内容化を要求する最高裁判例とは、異なる判断枠組みを採用するものであったと評することができる¹⁷。

(ii) 錯誤無効を否定した判決

次に、錯誤無効を否定した下級審裁判例をみていこう。

¹⁶ 錯誤事項の重要性に対する相手方の認識可能性を錯誤の要件とする見解（野村豊弘「意思表示の錯誤—フランス法を参考にした要件論（7）」法協93巻6号77頁以下）と親和的であるといえよう。

¹⁷ 丸山・前掲注14）88頁も、東京高判平成24年7月4日について、一元論あるいは動機表示重視説がその判断を説明しやすい法律構成であると評している。

佐久間毅「信用保証協会による保証と錯誤無効 — 主債務者が反社会的勢力に該当することが契約締結後に判明した場合 —」金法1997号6頁、14頁も、主債務者が反社会的勢力に属することが判明した場合における信用保証協会の錯誤無効に関して、主債務者が反社会的勢力であることが信用保証協会にとって重要な事項であったことを重視して容易に錯誤無効を認めた裁判例には、「特異性」が認められるとする（同18頁、19-20頁も同旨）。主債務者が中小企業者である場合に関する上記諸裁判例についても、これと同様の指摘をすることができよう（なお、同15-16頁は、前掲東京地判昭和53年3月29日では金融機関が机上調査しか行っていなかったこと、さいたま地判平成19年6月6日および控訴審である東京高判平成19年12月13日では金融機関が主債務者の現地確認をしなかったなど、金融機関に信用保証協会の誤信を招く原因が存在したことが考慮されて錯誤無効が認められたと指摘しているが、少なくとも判文上は、これらの事情は錯誤者の重過失の考慮事情とされているのみである）。

ア. 判決の内容

第一に、那覇地判平成23年2月8日金判1381号46頁がある。事案は、銀行XがAらに対して「創業者支援資金融資制度」に基づく融資を行い、信用保証協会Yが保証を行ったところ、後に、Aらは融資金詐取目的で当該制度を利用したものであり、創業の意図はなく、Aらが作成した事業計画書は虚偽で、添付された領収書等の書類は偽造であるなどが判明したため、Yが錯誤無効を主張したものである。

同判決は、第一に、Yのした信用保証契約においてはAらが債務不履行に陥った原因は何ら限定されていないこと、創業者支援資金融資制度においては専ら融資申込者の開業準備行為を対象に審査せざるをえないことから、Yは、「……融資後、融資金が実際に創業及びその後の営業のために使われない事案を事前に排除しえない」という「本件融資制度に特有なリスクを認識した上で」、貸し倒れのリスク判断をした上で信用保証を行っているといえるから、「直ちに本件各保証契約の意思表示をするにあたり、重要な前提事実誤信があったとまではいえない」とする。第二に、XがAの融資金詐取目的を知っていたとか、そのような目的を伺わせるような事情を知っていたということはなく、YがXに特に慎重な審査をすることを申し入れていたという事情もないとする。第三に、X Y間の保証契約においては、Aらの資金使途違反がXの故意・過失に基づいて生じた場合に限りYは保証免責を主張することができる」とされているところ、本件のような融資金詐取の事案も資金使途違反の一類型であるという。以上から、「本件融資制度のもとにおいて、融資申込者において、真実創業の意図はなく、開業準備を仮装してされた融資の申込みについては、Yによる信用保証の対象にはならないことが、本件各保証契約の当然の前提になっており、法律行為の内容となっていたとまで認めることはできないから、本件各保証契約におけるYの意思表示は、法律行為の要素に錯誤があったものということとはできない」とした。

控訴審である福岡高裁那覇支判平成23年9月1日金判1381号40頁は¹⁸、主債務者が真実創業の意図を有していたかどうかの点についての

¹⁸ 同判決の評釈として、堀口・前掲注13) 18頁、渡邊博己「判批」京都学園法

本件Yの錯誤は動機の錯誤に該当することを明示する。その上で、一審の判断を是認しつつ、その理由を敷衍している。第一に、信用保証契約においてAらが債務不履行に陥った原因が何ら限定されていないのは、「いわゆる貸倒れリスクに関する本件各保証契約の当事者の意思は、その発生の原因ないし理由を問うものではなかった」ということであり、また、創業者支援資金融資制度においては専ら融資申込者の開業準備行為を対象に審査せざるをえないことから、「事の性質上、上記審査の範囲ないし内容の正確性には自ずからなる限界がある」。これらの点からすると、Aは、「……融資後、融資金が実際に創業及びその後の営業のために使われない事案を事前に排除しえない」という「本件融資制度に特有なリスクを認識した上で」、貸倒れのリスク判断をし、「その結果として貸倒れリスクの発生の原因ないし理由を限定することなく、本件各保証契約に至った」といえる。第二に、仮にこのような事例における錯誤無効を認めると、本件融資制度などの際の取扱金融機関による審査及び融資基準は相当に厳しいものとなり、結果として当該制度の目的を達し得なくなるおそれさえ生じる。第三に、第一でみた、Y及びXはいずれも債務者による融資金詐欺のようなリスクを「視野にいれながらなお本件各保証契約に至った」ものであるという点を、さらに次のように根拠付ける。まず、「本件各保証契約の意思表示をするにあたり、Yにおいて本件のような事例をことさらに排除する旨の意思を表示した」とはいえない。また、X Y間の保証契約においては、Aらの資金使途違反がXの故意・過失に基づいて生じた場合に限ってYは保証免責を主張することができる」とされているところ、融資金詐欺の事案も融資金が創業及びその後の営業のために使われない資金使途違反の一類型であるため、「Aらの詐欺によって融資が行われるような場合も本件各保証契約当事者の想定範囲内であると判断される」¹⁹。以上の点から、法律行為の要

学2012年1号37頁、平野真由「判批」銀行実務2012年5月80頁。

¹⁹ 同判決は、さらに、保証料率が個別のリスクを評価したものではなく融資制度要綱に基づき機械的に定まること、また、リスクを反映した高いものではないことは、主に中小企業振興ないし中小企業者育成の観点が重視されたに過ぎず、そのことから直ちに本件のような場合を想定していないということでは

素に錯誤があったとはいえない、とした。

第二に、那覇地判平成24年1月18日公刊物未掲載がある。事案の詳細は不明であるが、上記判決と同様に、銀行XがAに対して行った「創業者支援資金融資制度」に基づく融資について、信用保証協会Yが保証を行ったが、同融資の要件を満たしていなかったことが判明したために、Yが錯誤無効を主張したものである。同判決の内容の詳細も不明であるが、控訴審である福岡高裁那覇支判平成24年7月26日金判1421号14頁(要約)をみると、Aが融資の要件を満たさない場合が保証の対象外とされていたとはいえないこと、融資の要件は融資および保証の可否の判断要素に留まり、保証契約において明示または黙示に表示されYの意思表示の内容になっていたとはいえないこと、を理由として錯誤無効を否定したようである。控訴審も、Aが融資の要件を満たしていない場合をYによる保証の対象外とし、貸倒れリスクをXに全面的に負担させることが当然の前提になっていたとはいえないことなどを理由として、錯誤無効を否定した。

第三に、東京地判平成25年8月8日金法1982号162頁がある²⁰。事案は、銀行YらがAらに対して行った一般の保証付貸付、および、「埼玉県事業資金制度」に基づく貸付について、信用保証協会Xが保証を行ったところ、後に、Aらは詐欺グループが融資金を詐取する目的で利用した企業実態を仮装した会社であり、中小企業としての実体を欠き、また事業資金制度の要件も満たしていなかったことが判明したため、Xが保証契約の錯誤無効等を主張したものである。

同判決は、まず、本件各貸付先が融資対象者に該当するかどうか、資金使途が事業資金であるかどうかについてのXの錯誤は、動機の錯誤に当たると明示する。その上で、第一に、一般論として、「……保証契約については、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うえで、そのリスクを保証人に転嫁するために締結される特質を持つものである以上、動機の錯誤が要素の錯誤となり得るかを判断するに際しても、このような保証契約の特質を十

きない、とする。

²⁰ 同判決の評釈として、裏敏峻「判批」ジュリスト1499号115頁。

分に念頭に置く必要があるというべきであ」り、「……元来、保証契約においては、主たる債務の履行可能性が保証契約の当事者にとって最大の関心事であると考えられることからすれば、当事者間では、主たる債務の履行可能性に関わる事実に関して認識と異なる事態が生じ、債務が履行されない場合のリスク負担の点も含めて、最終的な合意を成立させることが期待されるところであり、本件のように、貸付及び信用保証を業務として行っている金融機関と信用保証協会間の信用保証契約については、なおさら上記の点について十分な検討がされたうえで、リスク負担の点も含めて契約締結に至っていると解すべきであ」るから、「Yらに対してX主張の動機が表示されたか否かだけではなく、XとYらとの間で、本件各貸付先が融資対象者に該当すること及び資金使途が事業資金であることに関し、認識と事実が異なり、債務が履行されない場合のリスク負担について、どのような合意が成立しているかを先ず吟味したうえで、X主張の錯誤がリスク負担についての合意内容を前提にして、要素の錯誤に当たるといえるかを検討することが相当である」との判断基準を示す。第二に、以上の一般論の具体的な当てはめとして、次の諸点を挙げている。①保証契約は原則として主債務者の不履行が生じた理由を問わないものであるから、「本件のように、貸付金が詐取されたという事案についても、貸付金の詐取は、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おり、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」、②「信用保証協会であるXは、専門性や交渉力を有しており、また、一般論として貸付金が詐取されるリスクがあることの認識も有していたはずであるから、Xにおいて、引き受けられないリスクがある場合には、その事由を契約書において定めることが可能であるところ、XとYらとの間で取り交わされた書面で、契約条項が定められているものは、約定書のみであ」り、その「約定書においては、……金融機関の義務違反や帰責事由が存在する場合に限って、信用保証協会であるXの保証債務の免責が認められており、金融機関に義務違反や帰責事由がない場合に関する定めはないところ、上記のとおり、原則としては、本件各貸付先から債権が回収できないリスクは、信用保証協会であるXが負担すると解すべきことからすれば、金融機関としては、約定書の定めは、義務違反や帰責事由が存在する場合という限度でリス

クを負担したことを意味するだけであり、これらが無い場合にまで、Xが信用保証債務を免れることを甘受していたものと解することは困難といふべきである」、③貸付先に対する信用調査は、通常は、信用保証協会よりも高い調査能力を有していると解される金融機関において第一次的調査を行うことが想定されているといえるが、「……金融機関が十分な調査を尽くしたとしても、貸付金が詐取されるリスクを完全に排除することは困難といふべきであるから、金融機関としては、十分な調査を行わず、自身に帰責事由等が認められる場合であればともかく、十分な調査を尽くした場合においても回避することができないリスクまで負担することを当然の前提として第一次的調査を引受けていると解することは相当でない」、④本件がそうであったように、「……金融機関経由保証においても、Xは、本件各貸付先が融資対象者に該当すること、資金使途が事業資金であること等につき一定の調査をしたうえで、独自の判断を行っているといふべきであり、したがって、金融機関であるYらとの間において、Yらのみが調査等を担当するものであるから、Yらがリスクを負担するという関係が成り立つものということとはできない」、⑤信用保証協会が公的資金を扱う公的機関であり、公的資金が定められた融資対象者、資金使途以外に渡ることは避けるべきであるとしても、それゆえに「……私企業であるYらが、直ちに避け難いリスクの負担を甘受するものとは解されないし、また、信用保証協会であるXとしても、Yら金融機関が上記リスクを負担することになれば、金融機関が中小企業に対する融資を躊躇し、審査が厳格になる事態が想定され、金融機関から中小企業に対する円滑な融資の協力が得られなくなる結果、中小企業への融資を促進するという信用保証協会の趣旨・目的に反する事態が生じ得ることも認識していたものと推認すべきであ」って、主債務者が反社会的勢力に該当する場合は別途の考慮が必要となることのあるにしても、「……そうでない場合には、信用保証協会の公的性格を理由として、当然に貸付金詐取のリスクが被告ら金融機関に転嫁されていると解することは相当でない」。以上の事情から、「……貸付金の詐取は、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おり、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すべきところ、本件において、本件各貸付先が融資対象者に該当すること及び資金使途が

事業資金であることに関して、XとYらとの間で、認識と事実が異なり、債務が履行されない場合のリスクをYら金融機関が負担するものとしたと認めるに足りる事情は見当たらず、「上記リスクに関する本件各信用保証契約におけるXとYら間の合意の内容としては、上記リスクをXが負担するというものである以上、Xにおいて、本件各貸付先が融資対象者に該当すること及び資金使途が事業資金であることを、本件各信用保証契約締結の動機として表示していたとしても、それは、あくまでXの期待あるいは願望を表明したものにすぎず、法的効果を伴う意思表示の内容、ひいては合意の内容に当たるものではないというべきであるから、本来、これらの期待あるいは願望は、法律行為の要素にはなり得ないものである」²¹として、錯誤無効を否定した。

控訴審である東京高判平成26年1月30日金法1988号109頁は、一審を是認した上で、錯誤無効が否定される理由を付け加えた。すなわち、信用保証協会の保証付き融資においては、「……信用保証協会の保証付き融資であることに安住して金融機関が不十分な審査をするなどの保証契約違反により、信用保証協会に対し、保証債務の履行を求め得なくなることがあるのは別として、詐欺によって融資金が騙取されたことが融資後に判明し、かつ、信用保証協会としては信用保証協会の保証付き融資の趣旨に従った正常な融資であると信じて信用保証をしたとしても、現行の信用保証協会の保証付き融資の制度及び信用保証協会が金融機関融資に保証を付する場合の現行の保証条件を前提とする限り、金融機関が当該信用保証協会の保証付き融資案件において金融機関に期待される相当な融資審査を行った場合には、上記融資金詐欺によって信用保証協会に生じるリスクは、信用保証協会の保証付き融資において想定された範囲内のリスクであり、信用保証協会が正常な融資であると信じて信用保

²¹ その他、信用保証委託契約が錯誤無効であることが保証契約の動機の錯誤を生じさせるとみた上で、信用保証委託契約が錯誤無効になったとしても、保証契約とは別個独立した契約であるからそのリスクは原則としてXが負担すべきであること、X Y間ではXが負担すべき融資金詐欺のリスクを信用保証委託契約の錯誤無効を介在させてYに転嫁させることは妥当でないことを理由に、錯誤無効を否定している。

証をしたことを理由として、信用保証契約が要素の錯誤により無効となるものではないものというべきであ」って、「このように解さず、融資金が詐取されたことが融資後に判明し、かつ、信用保証協会としては正常な融資であると信じて信用保証をした場合には、要素の錯誤により信用保証契約が無効となると解することとすれば、詐欺による融資上のリスクを避けるため、金融機関の融資の判断が消極又は著しく慎重となる結果、中小企業に対する融資判断が消極となり、又は著しく遅滞し、信用保証協会の保証付き融資の制度趣旨に反する結果となるのであって、現行の信用保証協会の保証付き融資の制度及び信用保証協会が金融機関融資に保証を付する場合の現行の保証条件を前提とする限り、このような解釈をとることは困難である」。同判決は、金融機関が「期待される相当な融資審査」を行わなかった場合には、信用保証協会は融資金詐欺によって生じるリスクを負担せず、したがって錯誤無効の余地を残している点で、一審判決とは判断を異にしている²²。

第四に、横浜地判平成26年7月11日金判1451号34頁がある²³。事案は、銀行YのAに対する貸付について、信用保証協会Xが保証を行ったところ、後に、Aは融資金を詐取る目的で利用した企業実態を仮装した会社であり、提出された会社概要書等は虚偽で、確定申告書や決算報告書、領収書等は偽造であり、企業実態を偽るために本店所在地にパソコンや事務机等が配置されていたことが判明し、中小企業者としての実体を欠き、また融資された資金の用途は事業資金ではなかったことが明らかになったため、Xが保証契約の錯誤無効等を主張したものである。

同判決は、まず、Aが中小企業であるかどうか、また、資金用途が事業資金かどうかについてのXの錯誤は動機の錯誤に該当すると明示する。その上で、次のように述べる。第一に、「……保証契約は、主債務

²² 実際に、同判決は、「本件においては、……金融機関が上記の相当な審査をしたことが認められるのであるから、Xの要素の錯誤の主張は理由がないものというべきである」と判示しており、相当な審査がなされたとは認められないときには要素の錯誤が認められると解していると推察される。

²³ 同判決の評釈として、丸山・前掲注14) 86頁、滝沢昌彦「判批」新・判例解説 watch16号91頁、中川敏弘「判批」法セミ725号118頁。

者が債務を履行しない場合に、保証人がその履行をする責任を負担することを内容とするものであるから、保証人は、原則として、主債務者が債務を履行しない事由を問わず、当該債務を履行する責任を負担するものである。したがって、本件のように、企業としての実体や資金使途を偽るなどして貸付金が詐取されたという事案についても、貸付金の詐取は、主債務者から債権を回収することができない事態の一つとして想定されており、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すべきである」。第二に、「……Xは、中小企業者に対する信用保証を専門的に取り扱っている公的機関である上、信用保証の相手方である金融機関に対する十分な交渉力を有するものであり、「……一般論として貸付金が詐取されるリスクがあることの認識も有していたはずであるから、Xにおいて引き受けられないリスクがある場合には、その事由を信用保証の相手方との間の契約書において定めることが可能であると認められるところ、本件約定書においては、Yの義務違反や帰責事由が存在する場合に限って、信用保証協会であるXの保証債務の免責が認められており……、これらが無い場合にまで、Yが、Xが信用保証債務を免れることを甘受していたものと解することは困難というべきである」。第三に、「……このことは、Yが、Aが中小企業者であること及び資金使途が事業資金であることというXの保証の要件ないし動機を知っていたとしても同様である」。第四に、信用保証協会法に定められた融資対象者及び資金使途以外に公的資金が渡ることは厳に避けるべきであるとしても、信用保証協会の錯誤無効を認めると「……必然的に中小企業者に対する融資の判断が過度に慎重になり、中小企業者としての実体ないし資金使途に少しでも不安な要素がある場合には、当該中小企業者の貸付け申入れを拒絶することとなって、信用保証協会の保証付き融資の上記〔中小企業者に対する金融の円滑化を図るという〕制度趣旨に反することになる」。以上から、「Aが中小企業者であること及び資金使途が事業資金であることが、本件各保証契約の内容になっていたということではできず、本件錯誤が要素の錯誤に該当すると認めることはできない」とした。

最後に、千葉地判平成27年5月19日金判1481号58頁がある。事案は、銀行YがAらに対して行った貸付について、信用保証協会Xが保証を

行ったところ、後に、Aは融資金を詐取するための企業実態を仮装した会社であって、中小企業者としての実体を欠いていたことが判明したため、Xが保証契約の錯誤無効を主張したものである。

同判決は、一般論として、「本件各事案は、上記のとおり、融資詐欺の手段として上記各法人が仮装された事案であり、錯誤の核心もこの点にあることからすれば、これが要素の錯誤であるかどうかを判断するに当たっては、本件各保証契約において、融資詐欺のリスクを原告のどちらが引受けたかという観点からの検討が必要である」と述べる。その上で、「Xは、信用力に欠けることが多い中小企業等の金融円滑化のために、その信用保証をすることを業務とする機関であり、融資を行う金融機関に対し、その融資先が債務不履行になるリスクを引き受ける趣旨で信用保証をするものである（保証料は、融資先の財務状況等を考慮して決められる。）。そして、融資先が債務不履行になる場合には、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と、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（融資詐欺事案）とがあるところ、信用保証の上記目的・趣旨に照らせば、Xは、本件各保証契約を締結するに当たり、これら両者を併せて、そのリスクを引き受けたと解するのが相当である」とする。もっとも、「Xは、Yによる調査結果を踏まえて信用保証の意思決定をすることが通例であり、Yの融資先への調査が不十分であったために、融資詐欺の事案であることが看過されたような事案については、別個の考慮も必要であるが、……本件において、Yによる融資先の調査が不十分であった事情は認められない」²⁴。以上から、錯誤無効を否定した。

控訴審である東京高判平成27年10月15日金判1481号50頁は、一審を是認しつつ、その判断理由を敷衍する。まず、主債務者が中小企業者であると考えていたXの錯誤は動機の錯誤に該当すると明示する。その上で、第一に、一般論として従前の最高裁判例の判断枠組みを踏襲し、「動機

²⁴ その他、登記上のAらの代表者名は偽造書類によるものであり、実際にはその名を名乗っていた者が代表者であった点の錯誤については、特に登記上の代表者の資力を考慮して保証の意思決定をしたのではないとして、要素の錯誤を否定している。

の錯誤があった場合に法律行為が民法95条により無効となるためには、動機が表示されるなどして法律行為の内容となっている必要があり、この場合には、要素の錯誤として法律行為の無効を来すものである」とする。そして、「……動機が法律行為の内容になっているかどうかは、当該動機が法律行為の当事者間でどのような意味を持ち、了解されているのかが検討されなければならない、本件に即していえば、保証契約の当事者のどちらが融資金詐欺事案のリスクを引き受けているのかという検討をすることは意味のあることといえる」という。第二に、一般論の具体的な当てはめとして、次の二点を挙げる。①「……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」って、融資金詐欺の場合も、「……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」。②「また、……もともと保証付き融資に伴って融資金詐欺が行われることがあることは既知の事象である」。第三に、以上の点からすると、「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²⁵、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」り、「……本件各保証契約の解釈として、Xが同契約を締結するに当たり、融資金詐欺事案の場合をも含んで債務不履行のリスクを引き受けたと解」される。また、Xが融資金詐欺のリスクを引き受けたと解釈されるので、「……Xが本件各保証契約締結の動機として債務者が実体のある

²⁵ 同判決は、金融機関の審査が適正に行われなかった「……事案では、むしろ融資詐欺であることのリスクを金融機関側が引き受けていると解するのが双方の了解事項と考えられるから、主債務者は実在する中小企業者であるという控訴人の動機は法律行為の内容となっており、要素の錯誤に当たることになる」と指摘している。

中小企業者であるべきことを表示していたとしても、それは、Yとの間では飽くまでもXサイドにおける希望や期待を述べるにとどまるものであり、両者を拘束する法的効果を伴う法律行為の内容となっているとはいえない」。以上から、錯誤無効を否定した²⁶。

イ. 分析

以上の錯誤無効を否定した下級審裁判例については、判決の詳細が明確でないが、同控訴審の福岡高裁那覇支判平成24年7月26日を除くと、次のような共通する特徴を指摘することができる。第一に、信用保証協会の錯誤を動機の錯誤と明示しているか、あるいは動機の錯誤の定式を明示しているかにかかわらず、いずれも動機の錯誤のリスクが両当事者のいずれに引き受けられていたかを判断するという枠組みを採用している。すなわち、主債務者に創業の意図がなかったこと、主債務者が中小企業者としての実体を有していなかったこと、または資金使途が事業資金ではなかったことなどの事実と認識の食い違いについて、そのリスクは信用保証協会と金融機関のいずれが負担していたかを問題とする。第二に、このような観点から、当該リスクは信用保証協会が負担すべきリスクとされ、そのために信用保証協会の錯誤無効の主張が否定されている。

以上のような錯誤リスクの負担を問題とする判断枠組みは、動機の錯誤の定式に従えば、次のように説明することができよう。先にみたように、動機が法律行為の内容になっていることが必要とされるのは、相手方に法律行為の無効という形で動機の錯誤のリスクを負担させるために

²⁶ その他、中小企業者を仮装した主債務者を制度の対象としていないという点については、融資・保証が特段の落ち度なく行われた本件のような問題を解決する指針たりえないこと、主債務者が中小企業でない場合には信用保険の支払が受けられないという点については、それは制度運用上の問題でありXの経営上の問題であること、中小企業者が業務の中で破綻するリスクと融資金詐欺のリスクとは質的に異なるという点については、当該リスクの発生は金融機関にも信用保証協会にも容易に把握し得ないという点で共通するものであり、どちらがリスクを引き受けているのかという判断を左右する事情にはならない、としている。

は、動機の表示のみでは足りず、表示された動機が法律行為の内容となっていることまで要する、と解されるためである。そうすると、動機が法律行為の内容になっているということは、実質的には、動機の錯誤のリスクを相手方に負担させうること（「要素」性の存在や「重大な過失」の不存在が認定されれば、錯誤無効が認められること）を意味している、ということができる。反対に、動機が法律行為の内容になっていないということは、動機の錯誤のリスクを表意者が負担していること（「要素」性の存在や「重大な過失」の不存在に関わらず、錯誤無効が否定されること）を意味している、ということができる。前記下級審裁判例は、このような実質的な観点に立脚して、相手方に動機の錯誤のリスクを負担させうると評価される場合には、動機の法律行為の内容化が肯定され、表意者が動機の錯誤のリスクを負担していると評価される場合には、動機の法律行為の内容化が否定される、との趣旨として動機の錯誤の定式を理解しているということができよう。

ii. 本判決の論理

以上を踏まえて、本判決の論理を検討していこう。この検討の分析視角として位置付けられるべきは、錯誤無効を否定した前記下級審裁判例の示す動機の錯誤のリスク負担という観点である。

一般論として、動機の錯誤の定式のうち、動機が表示されて法律行為の内容になっている場合というのはどのような場合をいうのかは、その抽象性ゆえに、従来必ずしも明確にされてこなかった。ゆえに、より明確な判断基準として機能させるためには、その内実を具体化する必要がある。そして、法律行為の内容化は相手方に動機の錯誤のリスクを負担させるための要件なのであるから、その具体化の方法としては、錯誤無効を否定した前記下級審裁判例が採用するような、動機の錯誤のリスクを相手方に負担させうるのか、それとも表意者が負担しているというべきなのかを実質的に判断する、という枠組みがありうるのではないか。つまり、相手方に動機の錯誤のリスクを負担させうると評価される場合には、動機の法律行為の内容化が肯定され、表意者が動機の錯誤のリスクを負担していると評価される場合には、動機の法律行為の内容化が否定される、と解することができるのではなかろうか²⁷。本判決も、この

ような実質的な観点からその内在的論理を理解することが可能であるように思われる。

以下では、この判断枠組みを精緻化するために、錯誤リスクの負担に関する議論を概観し((i))、それによって得られた知見を通じた本判決の判旨の検討((ii))および従前の判決との対比((iii))を行っていく。

(i) 錯誤リスクの負担

ア. 二つのリスク負担

先行研究によれば、錯誤リスクの負担は、次の二つの問題に分けられる。

第一に、広義のリスク負担の問題である。これは、「当事者のいずれがどういう場合に錯誤の危険を負担すべきかという、当事者間における錯誤危険の分配に関する問題」である²⁸。錯誤リスクは表意者が負担するのが原則であるため、「法律行為の要素に錯誤」があり、「表意者に重大な過失」がないときに限り、錯誤リスクを相手方に転嫁でき錯誤無効が認められる、といったときのリスク負担はこちらの問題であるとされる²⁹。ここでいう「法律行為の要素に錯誤」があるかの問題は、表意者が負担している錯誤リスクを相手方に転嫁するために必要な事情は何かという、相手方のリスク負担を基礎づける事情に関する問題を意味していると解される。例えば、相手方に表示に対する信頼の欠如や錯誤に対す

²⁷ 保証契約に関する裁判例に関して、法律行為の内容化の判断に当たって、相手方に動機の錯誤のリスクを転嫁させることが妥当といえる事情が広く考慮要素とされている旨の指摘がなされている。佐久間・前掲注17) 14頁は、従前の裁判例においては、保証人の意思表示の錯誤無効が認められるためには、「当事者の属性、保証人にとっての負担の重さ、保証に応ずることによって保証人が得る利益の有無と内容、当事者間における情報の偏在や調査力の格差といった事情のほかに、意思表示がされるについて重大な意味をもったと認められる誤信を、債権者が問題視されるべき説明や対応にとって誘発した、または強めたという事情がとくに重視されてきた」という。また、同・前掲注11) 156-157頁も参照。

²⁸ 小林一俊『錯誤法の研究<増補版>』(酒井書店、1997年) 459頁。

²⁹ 小林・前掲注28) 459頁。

る帰責性³⁰が認められる場合には錯誤無効が肯定されうる、といった解釈論がこれに当たる³¹。これに対して、「表意者に重大な過失」があるかの問題は、重過失が存在すれば表意者は錯誤無効を主張できないという、表意者のリスク負担を基礎づける事情に関する問題といえる。

第二に、狭義のリスク負担の問題である。これは、「他の事情がどうであれ常に錯誤者自身において錯誤危険を負担すべき場合に関する問題で、かりに他の錯誤主張要件が備わる場合でも、とくに錯誤主張を阻害する事情として考慮されるもの」である³²。狭義のリスク負担の問題として表意者のリスク負担が認められると、広義のリスク負担に係る事情がいかなるものであっても、錯誤無効が否定される。これは、表意者の重過失以外の表意者のリスク負担を基礎づける事情に関する問題といえる。なお、重過失が狭義のリスク負担の問題とされていないのは、共通錯誤等がある場合には表意者の重過失は問題とならないとの解釈論を前提にすると、重過失のある表意者が常に錯誤リスクを負担するとはいえないからであると考えられる³³。

後に検討するように、本判決は狭義のリスク負担を理由として法律行為の内容化を否定した判決として位置づけることができるように思われる。そのため、本判決の検討の前提として、狭義のリスク負担の問題を詳細に検討するべく、先に比較法的検討を行っておくこととしたい。

イ. 狭義のリスク負担に関する比較法³⁴

³⁰ 例えば、従前の判例・裁判例においては相手方が錯誤を惹起・利用したことが特に考慮されて錯誤無効が認められてきたという指摘は（佐久間・前掲注17）14頁、山本・前掲注10）1024号17頁、1025号37頁以下）、広義のリスク負担の問題として相手方がリスクを負担すべきことを指摘するものと再構成することができる。

³¹ 小林・前掲注28）473頁。

³² 小林・前掲注28）459頁。

³³ このように、広義のリスク負担は相手方へのリスク転嫁の問題、狭義のリスク負担は表意者のリスク負担の問題、との対応関係にあるわけではない。

³⁴ 諸外国法における狭義のリスク負担の問題を検討するものとして、半田吉信「錯誤立法の基礎」千葉大学法学論集27巻4号5頁、37頁以下。

(ア) アメリカ³⁵

最も詳細に狭義のリスク負担を錯誤の要件として位置付けているのは、アメリカ法である。アメリカ第二次契約法リステイトメントにおいては、表意者が錯誤リスクを負担していないことが錯誤の要件となっており、同154条は表意者がリスクを負担する場合を3つ列挙している。

第一に、合意によるリスク負担である(同条(a))。錯誤リスクを表意者が負う旨が合意によって定められている場合には、それに従う。例えば、土地売買契約が締結されたが、売主の権原調査は行われず、売主が有する権原のみを譲渡すると契約書に規定されていた場合には、後に売主の権原に瑕疵があることが判明しても、買主は錯誤リスクを負担しているので錯誤取消しを請求できない³⁶。

第二に、意識的不知によるリスク負担である(同条(b))。たとえリスク負担の合意がなされていないとしても、錯誤した事実について、表意者が契約締結時に限定された知識しか有していなかったことを認識していたにもかかわらず、その限定された知識で十分と考えて契約を締結した場合には、表意者が錯誤リスクを負担する。例えば、土地の売買契約において測量士の報告書に基づいて代金が決定され、契約が締結されたが、売主が提案していた、報告書に誤りがあるときは不利益を受ける当事者は契約を解除できるという条項は契約に定められなかった場合、

³⁵ 以下のアメリカ法に関する記述は、小林・前掲注28) 478-479頁、中島昇「アメリカ契約法における錯誤リスクの引受け—とくに判例を中心として—」亜細亜法学31巻1号275頁、古谷英恵「契約の成立、解釈と錯誤のリスク負担」武蔵野大学政治経済学部紀要1号45頁、同「契約自由の原則と錯誤のリスク負担」平野裕之ほか編『現代民事法の課題 新美育文先生還暦記念』(信山社、2009年) 43頁に基づく。

なお、本稿では検討対象外としているが、アメリカ原状回復法リステイトメントにおける錯誤リスクの問題に関しては、中島昇「錯誤リスク引受けの検討—アメリカ原状回復法リステイトメントを参考に—」小林一俊博士古稀記念論集編集委員会編『財産法諸問題の考察 小林一俊博士古稀記念論集』(酒井書店、2004年) 201頁がある。

³⁶ 小林・前掲注28) 478頁、中島・前掲注35)「契約法」280頁、古谷・前掲注35)「契約の成立」55頁、同「契約自由」64頁。

後に報告書の誤りによって実際の面積が想定より大きかったことが判明しても、売主は報告書に誤りがある可能性を認識しながら契約を締結したのだから、錯誤リスクを負担したものとされ、錯誤取消しを請求できない³⁷。また、和解契約もその例として挙げられており、日本における和解の確定効(695条)によって錯誤無効が否定されるかという問題が、互譲の対象となった事実について意識的不知は認められるか、という形で扱われているようである³⁸。

第三に、裁判所によるリスク割当てである(同条(c))。リスク負担の合意がなく、意識的不知が存在しない場合であっても³⁹、裁判所が錯誤リスクを表意者に負担させるのが合理的であると判断するときは、表意者が錯誤リスクを負担する。例えば、Aが保険会社Bと年金契約を締結し、多額の保険料を事前に支払って、毎年Cに死亡までの年金を受給させることにしたが、Cは不知の病に侵されており一年以上の生存は不可能であった場合、そのリスクはAが負担するのが合理的であるから、錯誤取消しは認められない⁴⁰。契約の射倖性が考慮されたものとみえる。また、建物の建築請負契約の締結後、当事者が想定した以上に土地に岩石が多く含まれていることが判明して工事費用が予算より多額になった場合、建築業者は一般的に下層土の状態を判断するのにより高度な専門技術を有するという観点から、その錯誤リスクは建築業者が負担するのが合理的であるとする見解がある⁴¹。

(イ) 国際原則

³⁷ 小林・前掲注28) 478頁、古谷・前掲注35)「契約の成立」58頁、同「契約自由」65-66頁。

³⁸ 中島・前掲注35)「契約法」284-285頁、古谷・前掲注35)「契約の成立」59頁、同「契約自由」66-67頁。

³⁹ このような判断順序が取られていると解されることにつき、中島・前掲注35)「契約法」288頁。

⁴⁰ 小林・前掲注28) 479頁、中島・前掲注35)「契約法」284頁、古谷・前掲注35)「契約の成立」60頁、同「契約自由」67-68頁。

⁴¹ 中島・前掲注35)「契約法」28頁、古谷・前掲注35)「契約の成立」60-61頁、同「契約自由」68-69頁。

ヨーロッパ契約法原則でも、狭義のリスク負担に関して、アメリカ第二次契約法リステイトメントと類似する条文が設けられている。すなわち、同4:103条(2)(b)は、「その者によって錯誤のリスクが引き受けられていたか、または当該状況において引き受けられるべきであった場合」には、錯誤による契約取消しは認められない旨を規定している⁴²。前者の例としては、表意者が十分な情報を持たずに契約を締結していることを自ら認識している場合、すなわち意識的不知の場合が挙げられている。例えば、相続した家財一式の価値をよく知らないまま、事前に価格を評価する手間を省いてオークションで安く売却した者は、後になって著名な絵師の作品を売却していたことが判明しても、契約を取り消すことはできない⁴³。後者の例としては、非事業者たる相手方が知りえない事実を知りうる立場にあった事業者が挙げられている。例えば、ヨット商人がアマチュア船員にヨットを賃貸したが、当該ヨットは両当事者の知らない間に沈没していたという場合には、ヨット商人は錯誤による取消しを主張できず、債務不履行責任を負う⁴⁴。これは、契約当事者の属性を考慮し、事業者に錯誤リスクを負担させるべきという、裁判所によるリスク割当ての例として位置づけることができよう。

ユニドロワ国際商事契約原則2010年第3.2.1(2)(b)は、ヨーロッパ契約法原則と同内容を規定している。すなわち、「錯誤が、その錯誤のリスクが錯誤当事者によって引き受けられ、または、諸事情を考慮すれば、負担されるべき事柄にかかわるとき」には、錯誤による契約の取消しは認められない⁴⁵。また、共通参照枠草案Ⅱ.-7:201条同(2)(b)も、これらと同内容を規定している。すなわち、「その当事者が当該錯誤の

⁴² オーレ・ランドー＝ヒュー・ビール編、潮見佳男ほか監訳『ヨーロッパ契約法原則Ⅰ・Ⅱ』（法律文化社、2006年）204頁。

⁴³ ランドー＝ビール・前掲注42）210頁。

⁴⁴ ランドー＝ビール・前掲注42）210頁。原始的に不能な契約も有効であることについては、同202頁参照。

⁴⁵ 私法統一国際協会著、内田貴ほか訳『ユニドロワ国際商事契約原則2010』（商事法務、2013年）68-69頁。同70頁には、前者の例として、後述するフラゴナール作とされた絵画の売買に関するフランスの判例を素材にしたと推測される事案が挙げられている

リスクを引き受けていたか、又はその当事者が当該事情の下で当該錯誤リスクを負担するべきであったとき」には、錯誤取消しは認められない⁴⁶。

(ウ) ドイツ

a. リスク負担の一般論

ドイツ民法においては、狭義のリスク負担に関する条文は存在していない。もっとも、学説には、表意者が錯誤リスクを負担しているときには錯誤取消しは認められないとの解釈論を示すものがある。

例えばメディクス＝ペーターゼンは、ドイツ民法119条2項の本質錯誤の解釈として、引き受けられたリスクの範囲内の錯誤は取消可能性が排除されるとの一般論を明言している。例えば、開発予定土地の買主は、その土地が現実には建築敷地にならないリスクを負担し、また、最新の超音波器具の買主は、その器具が十分に期待された治療効果を有さないリスクを負担しなければならない⁴⁷。これらの例の位置づけは明確にされていないが、アメリカ法や国際原則の規定内容に照らすと、契約締結時に錯誤の対象となった事実の不確実性（土地が建築敷地にならない可能性、超音波器具が期待された治療効果を有さない可能性）を買主が認識しながら契約を締結しているという、意識的不知の例として位置付けることができよう。

β. 保証人のリスク負担

狭義のリスク負担に関する問題のうち、特に本判決に関係するものとして、ドイツ法における保証人の錯誤におけるリスク負担の問題を併せてみておく。

メディクス＝ペーターゼンは、先にみた狭義のリスク負担の一般論に続けて、主債務者の給付能力は保証人のリスクに属するものであるから、

⁴⁶ クリスティアン・フォン・パールほか編、窪田充見ほか監訳『ヨーロッパ私法の原則・定義・モデル準則 共通参照枠草案 (DCFR)』（法律文化社、2013年）108-109頁。

⁴⁷ Medicus/ Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, 11.Aufl.2016, RdNr. 780, S.306.

保証人は債権者に対して主債務者の給付能力から生じる不確実性を引き受けなければならないとし、保証人が主債務者の財産状況を誤信していた場合の錯誤取消しを否定している⁴⁸。フルーメも、保証契約は主債務者の担保を内容とするものであるため、主債務者の財産状況は保証人のリスクに属するとして、これと同趣旨を述べている⁴⁹。ハーベルザックも、保証契約の内容および目的から、特に合意がない限りは、主債務者の財産状況は保証人のリスクに属するものであるとし、保証人は主債務者の支払不能リスクを錯誤によって債権者に転嫁することはできないという⁵⁰。

アルムブリュスターは、これらの見解に立脚しつつ、反対の見解として、保証人が負担するリスクには、主債務者の財産関係が悪化していくことと、保証契約の意思表示の時点で主債務者の財産関係が想定よりも悪かったという二つのリスクがありうるところ、後者は保証人のリスクには属さない、という見解を挙げる⁵¹。そして、この見解について、特に既存の債務について保証がなされた場合は、主債務者の一定の財産状況を考慮して保証がなされた場合を除いて後者のリスクも保証人が負担すべきである、と批判している⁵²。

以上のドイツ法の立場は、狭義のリスク負担の問題として、保証契約の性質から主債務者の支払能力に関する錯誤リスクは保証人が負担する、とみるものと位置づけられよう⁵³。

⁴⁸ Medicus/ Petersen, aa.O. (Fn.47), RdNr.780, S.306.

⁴⁹ Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd.2, Das Rechtsgeschäft, 4.Auf.1992, § 24 4, S.490.

⁵⁰ MünchKommBGB (7.Auf., 2017)/ *Habersack* § 765, RdNr.37, 38, S.972. 主債務者によって用いられる貸付金の目的・使途が想定と異なっていた場合や、主たる債務に付されていた他の担保の価値の誤解があった場合も、保証人のリスクに帰するという

⁵¹ この見解は、後述するフランス民法の一学説と類似している。

⁵² MünchKommBGB (7.Auf., 2015)/ *Armbrüster* § 119, RdNr.128, S.120 6.

⁵³ 先にみたアメリカ法の分類に従えば、保証人が主債務者の支払不能リスクを負担することを約する合意として保証契約を理解する、合意によるリスク負担の問題とも位置付けうるし、保証契約の目的・性質から保証人がリスクを負

(エ) フランス

a. リスク負担の一般論

フランス民法においては、従前は狭義のリスク負担に関する条文は存在していなかった。もっとも、破毀院は、表意者の錯誤リスクの負担を理由として錯誤無効が否定される場合を認めていた。

一例として、破毀院民事部1987年3月24日判決 (Bull.civ. I, n°105) が挙げられる。これは、フラゴナールの作とされていた絵画の売買について、後に当該絵画が真作であることが判明したために売主が錯誤無効を主張した事例について、次のように述べて錯誤無効を否定したものである。「フラゴナールの作とされていた作品を1933年に売却し、購入することによって、契約当事者は作品の真正性について危険を受け入れたのであって、錯誤者の相続人は、当事者がその作者に関する誤った確信の影響で売買に合意したことについて、その負担に帰するところの証明を行っていない。……こうして双方によって受け入れられた作品の真正性についての危険は、契約の領域に入っていた；したがって、両当事者はいずれも、共通の不確実性が後に消失した場合において錯誤を主張できず、特に真正性が確実になった場合には売主およびその承継人は錯誤を主張できなかった」。つまり、フラゴナール作と「されていた」絵画について、売主はフラゴナール作ではないと「確信」していたのではなく、真作である可能性を踏まえて売買契約を締結したものであるから、真作であった場合のリスクを負担しなければならない。アメリカ法の表現を用いれば、意識的不知によるリスク負担の事例ということができる。学説においても、このような判例の影響から、表意者が錯誤リスクを負担している場合には錯誤無効が認められないということが⁵⁴、一般論として肯定されていた⁵⁴。

担するのが合理的と裁判所に判断されるという、裁判所によるリスク割当てとも位置付けうる。また、事案によっては、意識的不知が認められる場合もある。

⁵⁴ 例えば、Terré (F.), Simler (P.) et Lequette (Y.), *Droit civil Les Obligations*, 11^eéd, Paris, Dalloz, 2013, pp.241-242は、旧1110条1項の本質錯誤について、表意者における錯誤事項の重要性について相手方が認識していれば錯誤無効が認められるとし、その意味で錯誤の対象である性質が「契約の領域に入っている」、錯誤が「合意された性質」にかかわっていることが必要であるとする。その上で、

そして、以上のような判例・学説の影響から、債権債務関係法を改正する2016年2月10日オルドナンスによって、錯誤リスクの負担に関する条文が設けられた。すなわち、現行1133条3項は、「給付の性質についての危険の引受は、その性質に関する錯誤を排斥する」と規定し、給付の性質についてリスクの負担があった場合の錯誤無効を否定している⁵⁵。

β. 保証人のリスク負担

次に、フランス法の保証契約における錯誤リスクの負担の問題をみて

期待された性質の存在について当事者が疑問を有している場合、例えば絵画の売買において当事者が真作であるかの疑いを持っている場合、危険の引受けがあるといえ、その危険の現実化は錯誤無効を妨げるとする。ゆえに、後に贋作であることが判明しても、買主は錯誤無効を主張できない。そして、このリスク引受けが存在するためには、各当事者が性質の不確実性について認識している必要があり、例えば買主が真作であることを信じていた場合には、買主の錯誤無効は認められるという。

Malaurie (P.), Aynès (L.) et Stoffel-Munck (P.), *Les obligations*, 8^eéd, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2016, pp.286-287も、表意者が購入した物の真正性について誤った確信を有していた場合は錯誤無効が認められるが、疑問を有していた場合には錯誤無効は認められないとする。後者の場合、契約当事者は危険を受け入れたのであり、「不確実性に賭けた」といえるからであるという。

Ghestin (J.), Loiseau (G.), Serinet (Y.-M.), *Traité de droit civil La formation du contrat*, 4^eéd, t.1 : *Le contrat - Le consentement*, Paris, LGDJ., 2013, p 1041-1044は、錯誤事項の重要性を相手方が認識していることで錯誤無効が認められるという考え方を批判し、錯誤が「合意された性質」にかかわるときに初めて、本質錯誤として錯誤無効が認められるとする。そして、ある性質が合意されたかどうかの判断として、黙示的に合意の対象外とされることがあるとし、その例として危険の引受けを挙げている。具体的な判断要素としては、売買であれば価格が安く設定されていること、古美術商のように契約当事者が専門家であること、錯誤が生じた場合の明示的な条項が無いことを挙げており、また、契約が射幸契約であれば錯誤無効は認められないとする。

⁵⁵ Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *supra* note 54, p.287. ただし、「給付」に関する錯誤の条文であり、「人」に関する錯誤については明文規定は設けられていない。

いこう。ここでは、ドイツ法との対比のために、保証人は主債務者の支払能力についての錯誤を理由に錯誤無効を主張できるか、という問題を特に取り上げることとする。

この問題は、学説によって次のように理解されている。まず、保証契約締結後、履行期までに支払不能が生じた場合は、保証は主債務者の支払不能から債権者を守るために用いられるものであるし⁵⁶、そもそも保証契約締結後の事情変動の予測を誤ったものであって錯誤の問題とはいえないため⁵⁷、保証人は錯誤無効を主張できない。これに対して、保証契約締結時点における主債務者の支払能力に関する錯誤については、錯誤無効の余地が残される。一方で、保証契約締結時点における債務者の資産状況は、保証人にとって通常は決定的な要素となり、したがって錯誤無効が認められうるとする見解がある⁵⁸。他方で、既存の一定の債務が保証されたときは、保証人は担保のために債務負担をするのであって他人の債務を弁済するためではないため、錯誤無効を主張できるが、債務者の現在および将来の債務全てが保証されたときは、明確な条項が無ければ保証人は保証債務を免れない、とする見解がある⁵⁹。

以上のフランス法の立場は、ドイツ法が保証契約の性質から保証人に主債務者の支払能力に関する錯誤リスクを負担させていることと対比すると、保証契約の性質から保証人に当該リスクを全て負担させることはせず、保証契約締結時に既に存在する主債務者の支払不能を理由とする錯誤無効の可能性を肯定している点に、特色が認められよう。

⁵⁶ Ghestin, Loiseau et Serinet, *supra* note 54, p.968, Simler (P.), *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, 5^eéd., LexisNexis, 2015, p.152.

⁵⁷ *Ibid.*, p.152.

⁵⁸ *Loc.cit.* 前述のドイツ民法学説の紹介でみた、アルムブリュスターが挙げる反対説と類似している。

⁵⁹ Ghestin, Loiseau et Serinet, *supra* note 54, pp.968-969, 山下純司「保証意思と錯誤の関係」学習院大学法学会雑誌36巻2号73頁、78-79頁。もっとも、何故このように解されるのかは明確でない。債務者の現在および将来の債務全てが保証されたときは、保証人は担保のためというより他人の債務を弁済するために債務負担するといえる、ということであろうか。

(ii) 本判決の判旨の検討

以上の知見を前提とすると、本判決は、主債務者Aが中小企業者の実体を有するという信用保証協会Xの動機について、狭義のリスク負担の問題として、錯誤リスクをXが負担していたと評価したために、動機は法律行為の内容になっていないと判示した判決として位置づけることができる⁶⁰。以下、具体的にみていこう。

ア. 錯誤事項の重要性

第一に、本判決は、「本件保証契約の締結前に、A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」という。これは、動機の錯誤の定式にいう、「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」、すなわち錯誤事項が重要なものであり、錯誤が「要素」性を有することを意味すると解される。

本判決は、このようにXの錯誤事項は重要なものであったことを指摘しつつも、結論として錯誤無効を否定している。これは、錯誤事項の重要性（「要素」性）が認められることを主たる理由として錯誤無効を肯定してきた、本件の一審・原審を含めた前記下級審裁判例の立場を採用しないことを明らかにした、という意義を有する。リスク負担の観点からいえば、広義のリスク負担に関する事情として錯誤事項が重要性を有することのみでは、動機の錯誤のリスクを相手方に転嫁できるとはいえず、次にみる狭義のリスク負担に関する事情も考慮されなければならない、と解されたものとみることができよう。

イ. 信用保証協会の目的

第二に、本判決は、「金融機関が相当と認められる調査をしても、主

⁶⁰ 保証契約の錯誤について、保証人のリスク負担という観点から分析するものとして、滝沢・前掲注23) 93頁、山下・前掲注59) 82頁、94-95頁、100頁以下、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 ―錯誤法の観点からの検討―」金法2047号81頁。

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う信用保証協会の目的に反する事態を生じかねない」、という⁶¹。

これは、本件のような場合に一律に錯誤無効を認めることは、信用保証協会の目的に照らして結論の妥当性を欠く、という価値判断を示すものである。リスク負担の観点からいえば、狭義のリスク負担の問題として、信用保証協会が動機の錯誤のリスクを負担することで金融機関は中小企業への融資を円滑に行うことができるから、信用保証協会がリスクを負担するとみるのが合理的である、という裁判所によるリスク割当てが行われたものとして位置づけることができよう。

ウ. 本件のような場合の定めがないこと

第三に、本判決は、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した場合の取扱いについて、「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」ことを指摘する。これは次のような論理であると解される。

まず、「……Yは融資を、Xは信用保証を行うことをそれぞれ業とする法人である」。すなわち、両当事者は専門性を有し、動機となる事実について高い判断能力を有している。次に、このような高い判断能力を有する者であれば、「……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」る。つまり、両当事者には、動機が不確実であることの想定可能性が存在していた。そし

⁶¹ 従前よりこの点を指摘していた裁判例として、前掲東京地判平成25年8月8日、東京高判平成26年1月30日、横浜地判平成26年7月11日。

西内・前掲注1) 52-53頁は、これは不確実性下での一定のリスクを引き受けることによってしか保証人が望む取引が促進されず、ゆえにそのリスクを引き受けることが契約目的に合致することを示したとみる。以下に本文でみる考えと同趣旨をいうものと理解できる。

て、動機が不確実であることの想定可能性が存在するのであれば、高い判断能力を有する両当事者は、「……その場合にX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」。つまり、信用保証協会Xには、別途、主債務者が中小企業者の実体を有さない場合に関する免責条項等を設ける対応可能性が存在していた。

以上のように、本判決は、金融機関・信用保証協会という専門家は、動機となる事実について高い判断能力を有するのであるから、動機が不確実であることの想定可能性があるといえ、その想定可能性を前提にすると、動機の錯誤が判明した場合についての取扱いを契約に定めておくという対応可能性が認められるにもかかわらず、本件ではそのような対応が取られていない、ということを指摘したものといえる。リスク負担の観点からいえば、狭義のリスク負担の問題として、想定可能性に基づく対応可能性が信用保証協会にあるので、後に動機の錯誤が判明した場合のリスクを負担させても不可能を強いることにはならないし、一定の非難可能性が存在するので、信用保証協会がリスクを負担しているとみるべきである、という裁判所によるリスク割当てが行われたものとして位置づけることができよう⁶²。これは、想定（予見）可能性および対応可能性を前提に、対応を取らなかった（結果回避を怠った）ことを信用保

⁶² 山下・前掲注59) 101-102頁の次の記述は、このような裁判所によるリスク割当ての問題を論じているものと理解できる。「保証契約外部の事情の判断リスクを、保証人が負担する」ことを原則とすることは、「保証人は、保証意思の内容を具体化し、自ら引き受けるリスクの範囲を明確にすべき自己責任を負う」ということに他ならず、「リスク引受としての保証意思を自ら明確に認識しようとしなかったことに対する否定的評価」として錯誤無効が否定されることになる。そうすると、「保証人にどこまで、契約締結に際して保証意思を明確化しておくことを要求できたか」の評価がなされ、類型的には、例えば保証人が専門性を有している場合には、保証人にリスク明確化の責任を負わせるべきであるとの判断が導かれる。飛澤知行「判解」曹時69巻6号132頁、149頁注14も、当該記述を上記判示部分に関して引用している。

西内・前掲注1) 53頁は、中小企業向け融資の減少可能性とその影響が持つ当事者にとっての意味につき、裁判所よりも情報を持っている契約当事者の判断にゆだねるという意味があるとする。

証協会のリスク負担の根拠とするものといえ、一種の過失を根拠とするものといえることができる。

エ. 結論命題の意味

第四に、本判決は、「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Y及びXの双方が前提としていたとはいえない」という。

この判示は、動機に錯誤があった場合に「契約の効力を否定することまで……〔当事者〕双方が前提としていた」ことを、動機の「法律行為の内容」化の一般的な判断基準であると位置づけているかのようにも理解できるが、そのような理解は適切でないというべきであろう。なぜなら、動機の錯誤があった場合に契約の効力を否定することを当事者双方が前提としていたと認められる場合には、契約の効力を否定する旨の黙示の合意が認定できるので、錯誤無効を問題とする必要は存しないからである。ゆえに、当該判示は、先にみたリスク負担の検討の結果として、信用保証協会Xが錯誤リスクを負担していることを結論として明らかにしたものに過ぎない、とみるべきである。

オ. 本件制度について

最後に、以上は通常の信用保証が行われた場合を想定した判断であったが、本判決は、これらの諸判断は「……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」する。

本判決は、以上の点から、本件制度が利用された信用保証に関する本件事案においても、信用保証協会の動機は法律行為の内容となっていないとして、保証契約の錯誤無効を否定したものである。

(iii) 従前の判決との対比

本判決が検討しているのは以上の点に尽きるが、以下では、本判決と同様の判断を示した従前の判例・裁判例を検討することで、本判決の特徴を析出していくこととしたい。

ア. 主債務者が反社会的勢力であった場合

本判決の引用する平成28年1月判決は、主債務者が反社会的勢力であった事案に関して、主債務者が反社会的勢力ではないという動機が明示又は黙示に動機が表示されたとしても、保証契約の内容にはなっていないとして、信用保証協会の錯誤無効の主張を認めなかったものである。

すなわち、金融機関Yおよび信用保証協会Xは、保証契約の締結前に主債務者が反社会的勢力であることが判明していた場合には、保証契約を締結しなかったと考えられるが、「……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、Yは融資を、X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X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〔信用保証〕基本契約及び本件各保証契約等にその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Y及びX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っても、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」。

同判決と、本判決の理由付けとは対応関係にある。第一に、社会的責任の見地を述べている点は、本判決が信用保証協会の目的を論ずる部分

と対応し、保証契約を維持させておくべきとの価値判断から⁶³、狭義のリスク負担の問題のうち裁判所によるリスク割当てとして、信用保証協会が錯誤リスクを負担すべき旨を指摘しているということができる。第二に、両当事者は専門的な法人であって、動機の不確実性について想定可能性があり、その対応可能性が存在しているにもかかわらず対応が取られていなかったという点は、本判決と同内容であって、裁判所によるリスク割当てとして表意者の一種の過失を根拠に信用保証協会に錯誤リスクを負担させたものといえる。第三に、本判決は明示的には指摘していないが、最判平成28年1月12日が指摘している「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とはできない」という点は、本判決にも同様に妥当しよう。すなわち、主債務者が中小企業者であることは当然に保証契約の内容になっているとはいえない、つまり広義の錯誤リスクの問題として、当然に錯誤リスクを相手方が負担しているとはいえない⁶⁴。第四に、主債務者が反社会的勢力でないことが「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」という点は、本判決と同内容であって、狭義のリスク負担の

⁶³ 飛澤知行・前掲注62) 150頁注15は、既に主債務者が融資金を取得している以上は、保証契約の効力を信用保証協会と金融機関との間で争うよりも、債権者と保証人において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方が先決である、という「政策判断」を示唆したものであるとする。また、当該判示に影響を与えたと考えられる先駆的指摘として、佐久間・前掲注17) 21頁。ほか、齋藤由起「判批」新・判例解説 Watch19号67頁、69頁も、当該判示を「規範的評価」を示したものと位置づけている。

なお、同判決と本判決との対比を行うものとして、西内・前掲注1) 46頁以下を参照。

⁶⁴ 石川博康「判批」金法2049号33頁、35頁は、「錯誤の対象となった事項が当該契約に関する定型的内容に属するものであるか否か」を第一に判断するもの、という(鹿野菜穂子「保証人の錯誤 ―動機錯誤における契約類型の意味―」『小林一俊先生古稀記念論集 財産法諸問題の考察』(酒井書店、2004年) 135頁、151-155頁参照)。この判断方法によれば、主債務者はどのような属性(反社会的勢力、中小企業者という属性)を有する者であるかは、保証契約の定型的内容とはいえない。

検討の結果として、信用保証協会が錯誤リスクを負担していることを結論として明らかにしたものというべきである。

イ. 下級審裁判例における判断要素

(ア) 動機の不確実性の認識

本判決は、「……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」たことを、動機の錯誤のリスクを信用保証協会に負担させる事情として挙げている。しかし、錯誤無効を否定した前記下級審裁判例はいずれも、信用保証協会は、動機の不確実性を想定できたこと（想定可能性）ではなく、現実に認識していたこと（現実の認識）まで認定していた。

この差異は、狭義のリスク負担の根拠に影響を与えよう。すなわち、信用保証協会Xが、主債務者Aが中小企業者の実体を欠く場合がありうることを現実に認識していたとすると、Xは動機が誤りである可能性を踏まえながら保証契約を締結したことになる。この場合には、Xは動機の錯誤のリスクを踏まえて契約を締結していることを根拠に、Xが錯誤リスクを負担しているとみるのが可能となる。これは、狭義のリスク負担の問題のうち、動機の不確実性の認識があるのにあえて契約を締結したという、意識的不知である⁶⁵。これを表意者の一種の過失を根拠とした本判決と対比すると、表意者の一種の故意を根拠にリスク負担を認めるものということができる。

本判決は、このような動機の不確実性についての現実の認識は認定しておらず、その想定可能性を認定しているに留まる。しかし、現実の認識は本件事案においても認定可能だったのではないかと思われる。すなわち、信用保証において信用保証協会および金融機関が主債務者の資格審査を行うのは、主債務者が中小企業者の実態を有していることが保証

⁶⁵ 大中・前掲注60) 88頁以下は、アメリカ第2次契約法リステイトメントなどを挙げて、平成28年1月判決を意識的不知の観点から分析している。もっとも、同判決および本判決は、動機の不確実性の現実の認識ではなく想定可能性しか認定していないので、意識的不知の例として位置づけることは適当でないように思われる。

契約の前提となっているからであるが、「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」ことは、両当事者にとって想定されている。つまり、事後的に中小企業者の実体を有しないことが判明することがありうることは、両当事者に認識されていたリスクといいうる。

(イ) 本件免責条項の存在

本判決は、先にみたように、債務者が中小企業者の実体を欠く事が判明した場合の定めの不存在を、信用保証協会のリスク負担の根拠としている。これに対して、錯誤無効を否定した前記下級審裁判例は、このような定めの不存在のみならず、本件免責条項（本件基本契約11条）の存在を信用保証協会のリスク負担の根拠としていた。本件免責条項は、主債務者Aが資金使途に違反したときは、金融機関Yの義務違反や帰責事由が存在する場合に限って、信用保証協会Xに保証債務の免責を認めるものである。この事情の位置づけは、以下にみるように様々なものがありえよう。

第一に、狭義のリスク負担のうち合意によるリスク負担の問題として、本件免責条項に該当しない場合については、信用保証協会がリスクを負担しているとの黙示的な合意がなされていると推認される事情、と位置付けることができる。第二に、このような合意を認定できないとしても、本件免責条項が存在するのであればその他の場合の取扱いを定めておく対応可能性が存在していると評価できるのに、信用保証協会是对応を取らなかった、という裁判所によるリスク割当てに係る事情として位置づけうる。第三に、動機の不確実性についての現実の認識を認めるのであれば、本件免責条項に該当しない場合の錯誤については免責を問題にしない信用保証協会の意思が推認される、という意識的不知によるリスク負担を基礎づける事情としても位置づけうる。

(ウ) 保証契約の性質

最後に、錯誤無効を否定した前記下級審裁判例には、主債務の不履行リスクを保証人に負わせるために締結されるという保証契約の性質に着

目し、保証契約は主債務の不履行原因を問わないものであるから、主債務の不履行に係る動機の錯誤のリスクは保証人が原則として負担するべき、と判示するものがあった⁶⁶。本判決がこの点をどのように評価しているかは明確でなく、残された問題となっている。ここでは、次の2点を指摘しておく。

第一に、リスク負担論における位置づけについて。錯誤無効を否定した前記下級審裁判例は、保証契約の前記性質を示しつつも、この事情のみによって保証人の錯誤無効が否定されるとは解しておらず、単に保証人が錯誤リスクを負担することの根拠としているに留まる。これは、単に原則として表意者が錯誤のリスクを負担することを述べているに留まるとみることができるし、狭義のリスク負担の問題として、裁判所によるリスク割当ての際に考慮される事情ではあるが、単に一事情に過ぎず、そのみによって裁判所によるリスク割当てが行われるものではないと解している、とみることでもある。これに対して、先にみたドイツ法学説は、保証人が主債務者の不履行リスクを負担すべきとして、特別の契約条項の存在する場合を除いて、保証契約締結時の主債務者の支払能力に関する錯誤を理由とする取消しを否定するので、保証契約の性質のみによって狭義のリスク負担を認める立場といえる。

第二に、保証契約の性質を保証人のリスク負担の根拠とすることの当否について。錯誤無効を否定した前記下級審裁判例、およびドイツ法学説は、保証契約の性質を根拠に、保証契約締結時点で既に存在する主債務の不履行に繋がる動機の錯誤のリスクを、何らかの形で保証人に負担させることを肯定している。日本の学説にも、これを肯定する見解が存在している⁶⁷。しかし、これに対しては、保証人が負担するリスクは主債務の履行期日（または期限の利益喪失日）における将来の債務不履行

⁶⁶ 前掲東京地判平成25年8月8日、東京高判平成26年1月30日、横浜地判平成26年7月11日、千葉地判平成27年10月15日（信用保証契約について述べるもの）、東京高判平成27年10月15日。

⁶⁷ 佐久間・前掲注17) 19頁、齋藤・前掲注63) 69頁。主債務者が反社会的勢力であることは「不履行リスク」に関わるとする原田昌和「判批」ジュリスト1505号69頁、70頁もこの趣旨か。

リスクであって、保証人が保証契約を締結した時点において既に存在する現在の債務不履行リスクではない、との反論が可能であろう⁶⁸。先にみたフランス法学説は、このような立場に立って、保証人による錯誤無効の余地を残しているものといえる。空クレジットに関する最判平成14年7月11日判時1805号56頁も、「主たる債務が実体のある正規のクレジット契約によるものである場合と、空クレジットを利用することによって不正常的形で金融の便益を得るものである場合とで、主債務者の信用に實際上差があることは否定できず、保証人にとって、主債務がどちらの態様のものであるかにより、その負うべきリスクが異なってくるはずであり、看過し得ない重要な相違があるといわざるをえない」として錯誤無効を肯定しており、信用保証の事案ではないが、保証契約締結時点での主債務の不履行に係る事情の錯誤は保証契約の性質から当然に保証人が負担すべきリスクになるとは、解していないようである。

3. 保証免責について

次に、保証免責の問題を検討していこう。

(1) 当事者の調査義務と保証免責

i. 先例

本判決は、「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

⁶⁸ 褒・前掲注20) 117頁が、「被保証資格があることは保証契約の最も基本的な前提事項であり、保証契約はそもそも契約締結後の信用リスクを保証人が引き受けるものであることからすれば、契約の前提となる事項が欠如している場合にまで保証契約により担保されると解することは、保証人の保証責任の範囲をあまりにも広範にするおそれがある」と指摘するのは、同趣旨をいうものと理解できる。滝沢・前掲注23) 93頁も、横浜地判平成26年7月11日に対する批判として、「債務者が実態のない会社ではないことが保証契約の当然の前提になっていたともいえるのであるから、主債務者が履行をしない事由を問わずに保証人は履行の責任を負うというだけでは十分に説得力があるとはいえない」という。

き義務を負う」としたうえで、金融機関が「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、信用保証協会はそれを主張立証して、「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」とする。この判示は、引用されている最判平成28年1月12日を踏襲するものである。同判決は、次のように述べている。

「信用保証協会は、中小企業者等に対する金融の円滑化を図ることを目的として、中小企業者等が銀行その他の金融機関から貸付け等を受けるにつき、その貸付金等の債務を保証することを主たる業務とする公共的機関であり（信用保証協会法1条参照）、信用保証制度を維持するために公的資金も投入されている。また、本件指針等により、金融機関及び信用保証協会は共に反社会的勢力との関係を遮断する社会的責任を負っており、その重要性は、金融機関及び信用保証協会の共通認識であったと考えられる。他方で、信用保証制度を利用して融資を受けようとする者が反社会的勢力であるか否かを調査する有効な方法は、実際上限られている。

以上のような点に鑑みれば、主債務者が反社会的勢力でないことそれ自体が金融機関と信用保証協会との間の保証契約の内容にならないとしても、Y及びXは、本件基本契約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る。そして、Y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、本件免責条項にいうY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。

……そして、その免責の範囲は、上記の点についてのXの調査状況等も勘案して定められるのが相当である」。

本判決は明示的ではないものの、この平成28年1月12日と同様に、金融機関Yが負う調査義務は「基本契約上の付随義務」として保証契約上の義務となり、したがって金融機関が当該義務に違反したときは保証契約上の義務違反となって、本件免責条項のいう「保証契約に違反したと

きに該当する」⁶⁹、とみているものと解される。また、平成28年1月12日は金融機関Yのみならず信用保証協会Xも調査義務を負うとし、両者の調査状況等は免責の範囲の確定において考慮されとするが、本判決もこれと同様に考えているものと思われる⁷⁰。

ii. リスク負担論からの説明

以上のように、金融機関および信用保証協会に調査義務が課され、その違反が全部または一部の保証免責を導くというのは、本稿が分析視角としているリスク負担論からすると、次のような論理に基づくものと理解される。

信用保証の目的は中小企業者等に対する金融の円滑化であって、主債務者が中小企業者等であることが保証の前提とされている。しかし、その調査には限界があって、主債務者が中小企業者等ではない可能性を排除できない。そのような中で、金融機関および信用保証協会は当該リスクを排除するために相互に調査を行い、相互にその調査結果を信頼して融資および保証を行う。信用保証協会は、その信頼の結果として、先にみたように自ら動機の錯誤のリスクを負担して、信用保証を行う。そうすると、主債務者が中小企業者等でないことについての信用保証協会のリスクの負担は、金融機関が相当な調査を行ったことを前提とするもの

⁶⁹ 佐久間毅「最三小判平28. 1.12(平成26年(受)第1351号)ほか3判決の意義」金法2035号21頁、23頁は、このような論理構成について、「保証契約に違反したとき」は個別保証契約に違反したときを意味すると解するのが素直であり、若干の違和感がなくはないが、基本契約の内容は個別の保証契約の内容を構成するからこのような論理構成もありうる、という。また、原田・前掲注67) 70頁は、個別契約上の義務とされなかったのは、契約を締結するか否かに関する判断に影響を及ぼすべき情報を提供する義務の違反は、後に締結された契約上の義務とはいえないという点が考慮されたものである、という。この法律構成に対する批判として、中舎寛樹「判批」民商153巻1号79頁、89頁以下。

⁷⁰ なお、本判決は平成28年1月判決と異なって、その時点における一般的な調査方法等に言及しておらず、また調査義務違反の主張立証責任が信用保証協会にあることを明示している点につき、松下・前掲注1) 69頁。前者につき、下村・前掲注1) 40頁。この点については、西内・前掲注1) 54-55頁も参照。

といえる。ゆえに、金融機関が相当な調査を行わなかった場合は、信用保証協会に当該リスクを負担させるのは適当でなく、金融機関が当該リスクを負担すべきである⁷¹。もっとも、信用保証協会も相当な調査を行わなかった場合には、動機の錯誤が生じたことに自らの過失も寄与しているから、信用保証協会もリスクを負担すべきといえ、この場合には過失相殺的な解決がなされるべきことになる⁷²。

本判決は、これを調査義務違反に基づく保証免責という法律構成で認めたものである。ここで保証免責が問題にされたのは、錯誤によると、狭義のリスク負担の問題として表意者のリスク負担が認められる本件では、広義のリスク負担の問題として考慮される金融機関や信用保証協会の調査がいかなるものであっても⁷³、保証契約はおよそ無効にならず、適切なリスク配分を実現できないためであると考えられる。別言すれば、錯誤は狭義のリスク負担の観点から否定されるので、保証免責の中で広義のリスク負担に係る事情が拾い上げられる、ということできよう⁷⁴。

以上のように、本判決の示した動機の錯誤と保証免責の判断は、動機の錯誤のリスク負担という共通する問題を異なる法律構成から分析するものであり、動機の錯誤においては狭義のリスク負担に係る事情、保証免責においては広義のリスク負担に係る事情が考慮されたものといえることができる。

⁷¹ 従前の裁判例として、リスク負担の観点から、金融機関に調査義務違反があった場合に錯誤無効の可能性を肯定していたものとして、東京高判平成26年1月30日、千葉地判平成27年5月19日、東京高判平成27年10月15日。

⁷² 飛澤・前掲注62) 145頁参照。

⁷³ 金融機関の調査義務違反は、錯誤惹起に対する相手方の帰責性であり、相手方へのリスク転嫁を基礎づける事情なので、広義のリスク負担に係る事情である。また、信用保証協会の調査義務違反も、錯誤惹起に対する表意者の帰責性であり、表意者の重過失の判断で考慮される事情なので、広義のリスク負担に係る事情である。

⁷⁴ ゆえに、リスク負担に広義と狭義の区別を認めず、表意者のリスク負担の程度と相手方の負担の程度を比較し、両者の割合に基づいて契約が無効となる範囲が決せられる、という判断が錯誤論の中で可能とされるならば、保証免責の判断は不要となり、問題は錯誤に一元化される。

(2) 調査の程度

本判決は、どの程度の調査が行われれば調査義務を尽くしたことになるのかについて、何ら事実関係を摘示しないまま、金融機関は相当な調査義務を尽くしたことを前提に信用保証協会の請求を棄却しており⁷⁵、何らの判断も示していない。ゆえに、この点は本判決に残された問題である⁷⁶。本稿の目的からやや離れるので、次の2つの問題の存在を指摘しておくに留める。

i. 抽象論としての義務の程度

第一に、金融機関と信用保証協会に要求される調査の程度は異なっているのか。

例えば、金融機関の方が信用保証協会よりも調査能力が高いと解されるから⁷⁷、一般的に金融機関の方が高度の調査義務を負うのではないかという問題や、信用保証の申込みには、協会斡旋保証と金融機関経由保証の2つの形態があるところ（本件保証契約は後者）、前者であれば最初に信用保証協会が調査を行うので信用保証協会が、後者であれば最初に金融機関が調査を行うので金融機関が、現地訪問を行うなどの高度の調査義務を負い、その調査結果に基づいて改めて第2調査を行う当事者はその第1調査の結果を信頼して机上調査を行えば原則として足りると

⁷⁵ 久保野・前掲注1) 148頁は、調査義務違反・保証免責の可能性を本判決は「示唆」しているが、当事者から当該法律構成に基づく主張がなされていなかったため、「傍論」を述べたに留まるという。しかし、当事者の主張が足りず事実関係に不足があるのであれば、破棄差戻しが行われる。破棄自判が行われた本判決は、一審・原審までで主張された事実関係から調査義務違反の不存在を導くに足りる、と解したものと考えられる。

⁷⁶ 本判決を契機とした調査義務に関する分析として、安藤・前掲注1) 18頁、福谷＝前田・前掲注1) 72頁。

⁷⁷ 前掲裁判例の内、この点を事実認定したものとして、東京地判平成25年8月8日、同控訴審の東京高判平成26年1月30日。香月裕爾「判批」J A金融法務544号4頁、9頁は、反社会的勢力に関する事案について、「金融機関に比して規模等が劣る保証協会にとって、どこまで調査をすることが適切なのか等の課題が出てくるでしょう」という。

いう見解⁷⁸、などについての最高裁の態度は不明確である⁷⁹。

協会斡旋保証か金融機関経由保証かという点については、平成28年1

⁷⁸ 平成28年1月判決以前においてこの区別を指摘していたもののうち、表意者の重過失の判断において考慮していたものとして、伊藤・前掲注12) 113-114頁、関沢正彦「保証免責条項に関する判例と新指針」金法1818号16頁、18頁、六信勝司「信用保証協会の保証免責条項の新たな解釈指針の概要」金法1818号26頁、29頁、吉岡・前掲13) 119頁、伊藤・前掲注13) 158頁、164-165頁、渡邊・前掲注13) 100-101頁、同「保証契約の錯誤無効」法律時報85巻9号101頁、105-106頁、同「反社会的勢力を主債務者とする信用保証協会保証とその解消をめぐる民法法理」京都学園法学2014年1号23頁、35-36頁。要素の錯誤該当性の判断において考慮していたものとして、佐久間・前掲注17) 23頁。保証免責の判断において考慮していたものとして、滝沢・前掲注23) 94頁（まず銀行に融資を申し出る信用保証の仕組みにおいては、融資金詐取を発見すべき第一の責任は銀行にあるとする）。前掲裁判例では、東京地判昭和53年3月29日（表意者の重過失の判断）、さいたま地判平成19年6月6日（同）、同控訴審である東京高判平成19年12月13日（同）、那覇地判平成23年2月8日（沖縄県中小企業振興資金融資制度についての事実認定）、同控訴審である福岡高裁那覇支判平成23年9月1日（同）、千葉地判平成27年5月19日（要素の錯誤該当性について）、同控訴審の東京高判平成27年10月15日（同）。

平成28年1月判決に関するものとしては、香月・前掲注77) 9頁、鈴木仁史「信用保証協会の錯誤無効についての最高裁判決」銀行実務2016年3月号60頁、64頁はこの区別を示唆する。明確でないが、佐久間・前掲注68) 23頁はこの趣旨か。これに対して、この区別に批判的な銀行実務家の見解として、浅田隆「ジレンマをはらむ判決」金法2035号16頁、17-18頁は、「金融機関および信用保証協会は、ともに独自の立場から融資の可否または信用保証の可否について審査を行うことになるのであって、協会斡旋保証か金融機関経由保証かで異なるのは単に審査の順序にすぎず、先に審査したほうが後に審査するほうに対して審査結果につき表明保証するなどといった合意も慣行も存在しない」と批判し、両当事者は反社審査につき同等の調査義務を負っているものであり、金融機関のみが相対的に重い相当の調査義務違反があると認定されることは理屈上ないとする。

⁷⁹ なお、これらの問題は信用保証協会の調査義務との比較で高度の義務を金融機関が負うか、という問題であり、信用保証付きで無い通常の融資におけるよりも高度の調査が金融機関に要求されるか、という問題ではない（通常の融資と信用保証付き融資で調査の程度に差が設けられる理由は無いと指摘するものとして、福谷＝前田・前掲注1) 74頁）。

月判決および同判決の差戻控訴審（東京高判平成28年4月14日金判2042号12頁）においても考慮要素とはされていないことから、調査義務の程度を区別する要素とはならないとするのが判例の態度とも考えられる⁸⁰。しかし、信用保証協会が原則として二次的な机上調査義務のみを負うと解することが資金繰りの急を要する中小企業者の助成に資するとも指摘されており⁸¹、この点を重視して、金融機関経由保証においては信用保証協会は二次的な調査義務のみを負うと最高裁が判断することもありうるのではなかろうか。

ii. 具体論としての考慮事情

第二に、具体的にどのような事情が認められれば調査義務を尽くしたことになるのか。

先に指摘したように、本判決は調査義務に係る事実を何ら摘示しないまま、信用保証協会の請求を棄却している。もっとも、一審・原審の認定した以下の事実関係が前提とされているとみることはできる。「Yは、本件貸付けの実行に至るまでの間、約8回、Aの本社事務所を訪問し、Aから決算書等を提出させたうえで経営分析・審査を行っていること、また、本件貸付けの審査の時点で、丁田（A代表取締役）は戊原（Yのα支店融資担当者）に対して事業譲渡については話していなかったこと、事業譲渡を受けたBが、Aの事務所の賃貸借関係と従業員の雇用関係をそのまま引き継いでおり、看板や事業用車両、従業員の着るジャンパーについても平成21年1月に入ってからそのままの状態がしばらく継続していたこと、Aは、本件既存貸付けの返済を大幅に遅らせることがなかったことが認められ、これらの事情からすれば、少なくとも本件貸付実行時に、外観上Aが事業を譲渡したことをYが見抜くことは容易でなかったと認められ、また、Yに特段の注意をもって調査すべきであった事情も認められない」。

しかし、これらの事情が全ては認められない場合はどのように評価されるのか、特に重視される事情は何なのかなどの点は、今後の判例の蓄

⁸⁰ 石川・前掲注64) 36頁。

⁸¹ 平野・前掲注18) 83頁。

積によって明らかにされるべき問題であろう⁸²。一般論としては、金融機関は、書類による審査・本人確認に加えて、現地・現場・現物の確認、経営者らの面談を行うことが重要である、との指摘がなされている⁸³。

4. 射程

最後に、本判決の射程を検討していこう。

(1) 動機の錯誤の一般論

本稿が分析視角とした、動機の錯誤のリスクを誰が負担しているかという観点から動機の法律行為の内容化を決する判断枠組みは、一般的に他の動機の錯誤の事例に及びうる。動機の表示を認定しつつ法律行為の内容化を否定した従前の判例も、狭義のリスク負担の問題として、動機の錯誤のリスクを表意者が負担することを理由とするものとして位置付け直すことができるように思われる。

第一に、昭和37年判決について。同判決は、先にみたように、税額を低くするよう買主が努力するとの了解が存在するに過ぎないことを指摘して、譲渡所得税が減額されるという売主の動機は売買契約の内容になっていないとしたものである。これは、買主が譲渡所得税減額に努力することが了解されていたのみで、その結果までは了解されていなかった、つまり減額されない可能性を売主は認識していたとの事実認定から、売主の意識的不知を認め動機の錯誤のリスクを売主に負担させた判決、と理解することができる。

第二に、昭和47年判決について。同判決は、先にみたように、定期貯金契約の合意解約および支払委任は自ら払戻しを受けて支払う場合と同視されるために、これらについての動機は法律行為の内容とならないこ

⁸² 主債務者が反社会的勢力であった場合に関して、平成28年1月判決の差戻控訴審（東京高判平成28年4月14日金法2042号12頁）や、同日付で出された他の最高裁判決の差戻控訴審（東京高判平成28年5月26日金判1495号15頁、東京高判平成28年8月3日金判1500号16頁）、ほか東京高判平成28年4月28日金判1493号22頁は、いずれも金融機関の調査義務違反を否定している。

⁸³ 安藤・前掲注1）25頁、福谷＝前田・前掲注1）74頁以下。

とを示したものとイえる。これは、定期貯金の合意解約および支払委任は自ら払戻しを受ける場合と同視されるという契約の性質を根拠に、合意によるリスク負担または裁判所によるリスク割当てとして、動機の錯誤のリスクを貯金者に負担させた判決と理解できよう⁸⁴。

第三に、その他の判決について。動機法律行為の内容化という判断枠組みを採用していない判決においても、同様の観点から正当化しうる判決がある⁸⁵。例えば、大判大正8年10月21日新聞1635号13頁は、道路改修工事請負契約が締結されたが、注文者が示した設計書中の地面の性質と実際とが異なっており、予期に反して硬岩や軟岩が多数発見され費用が多額になってしまった場合における請負人の錯誤無効の主張について、「設計書に於ける坪数の記載が予想又は概算を表示したるに過ぎざるものにして上诉人〔請負人〕も亦之を熟知し居りたること」で「請負契約中殊に地下の工事に関する如き射倖的性質の最も顕著なるものに在りて上诉人主張の如き坪数の相違を生じたりとするも尚錯誤の觀念を以て之に臨むことの取引の通念に合せざる」ものである、として錯誤無効を否定した。これは、リスク負担の合意・意識的不知・裁判所によるリスク割当てのいずれともいいうるが、いずれにせよ狭義のリスク負担が問

⁸⁴ 高森喜八郎「判批」民商68巻1号66頁、78-79頁が、預金債権を有する者が債務者に支払いを委任するという法律関係は、実質的においては、「つねに」自ら払戻しを受けて弁済をする場合と何ら異ならないという「支払委任という法律行為の有するこの法的性質」から判旨に賛成しているのは、本文で述べた趣旨に読むことができる。

これに対して、北村一郎「判批」法協91巻2号121頁、128-129頁は、原因関係を関知しない金融機関に対する支払委任のケースでは、個人的な動機の錯誤は行為に影響しないというべきであるとしても、本件のようにY組合長がXA間の取引において主導的な役割を果たしており、Xの誤った表象内容を助長し、錯誤についてY組合長の悪意を認定しうるような場合には、契約の前提論あるいは錯誤によって無効となる余地を認める。これらの広義のリスク負担に係る事情が認められるにもかかわらず、狭義のリスク負担の問題として錯誤無効が否定されることを避けるためには、具体的場合に前記契約の抽象的性質が変容することを認める、当該性質を裁判所によるリスク割当ての一考慮要素としてのみ位置付ける、などの必要があろう。

⁸⁵ 以下の点につき、小林・前掲注28) 474-476頁。

題とされた判決といえる。また、大判大正2年3月8日全集2巻民法161頁（新聞853号27頁）は、骨董屋から呉春・応挙の落款のある画幅2点を買主が購入するに当たり、その真偽の鑑識が買主に委ねられ、買主は真筆と信じて購入したが、実際は贋作であることが判明した場合における買主の錯誤無効の主張について、「上告人〔買主〕は被告〔売主〕の観覧せしめたる画幅中より自己の鑑識に依り特に本訴の画幅を選択し之を買受けたるものにして、自己の鑑識を度外に措き筆者の真実なることを以て売買の要件と為したるに非ず。然れば其画幅は仮令上告人の信じたる者の真筆に非ざるにせよ是唯上告人が鑑識を誤りたるに過ぎずして売買行為の要素に錯誤ありと謂う可からず」、として錯誤無効を否定した。これも、狭義のリスク負担が問題とされた判決といえよう。

（２）保証人の錯誤

i. 信用保証協会の場合

本判決の射程は、主債務者に関する他の動機を理由とする信用保証協会の錯誤に及ぶ。この場合は、本判決が挙げている信用保証協会の目的と動機の不確実性への想定可能性・対応可能性という理由が、同様に妥当しうからである。例えば、前記下級審裁判例で問題となったものでは、主債務者の資金使途が事業資金であるという動機を錯誤事由とする場合や⁸⁶、創業支援における融資金詐取の事例で、主債務者に開業の意図があることや開業準備行為が真に為されているという動機を錯誤事由とする場合は⁸⁷、本判決の射程に含まれよう。その他、主債務者の支払能力の評価が誤っていた場合や、主債務者会社の代表者の氏名・住所・生年月日等が誤っていた場合（東京高判平成28年6月16日金判1497号38頁は、平成28年1月判決の射程が及んでいると理解し、この場合の錯誤無効を否定）なども、同様に本判決の射程に含まれよう。

そして、これらの場合には、保証免責に関する本判決の判旨の射程も

⁸⁶ 東京地判平成25年8月8日、東京高判平成26年1月30日、横浜地判平成26年7月11日。

⁸⁷ 那覇地判平成23年2月8日、福岡高裁那覇支判平成23年9月1日、那覇地判平成24年1月18日、福岡高裁那覇支判平成24年7月26日。

同様に及ぶということが出来る（前掲東京高判平成28年6月16日参照⁸⁸⁾。

ii. 個人保証の場合

これに対して、本判決の射程は、個人保証人の錯誤には及ばない。この場合は、信用保証協会の目的に関する判示は当然妥当しないし⁸⁹⁾、保証人は専門家でないので動機の不確実性について想定可能性・対応可能性を有しているともいえないからである。空クレジットに関する前掲最判平成14年は、このような観点から説明できよう。もっとも、事案によっては動機の不確実性の想定可能性・対応可能性が認定され、あるいは現実の認識まで認定されることによって、保証人が錯誤リスクを負担する場合はもとよりありうる。この問題に関しては、先に検討した、保証契約の性質によって保証人が主債務の不履行に係る動機の錯誤のリスクを当然に負担していると評価されるのかについての態度決定が、必要となる。

⁸⁸⁾ 同判決は、本判決および平成28年1月判決の示す、約定書11条2号の金融機関の保証契約違反に基づく免責のみならず、同3号の金融機関の故意・重過失による被保証債権回収不能に基づく免責をも検討している点に、特色がある(約定書の条項は、「信用保証協会信用保証『約定書例の解説と解釈指針(第9条～第11条)』」金法1818号30頁、38頁参照)。

⁸⁹⁾ 久保野・前掲注1) 148頁。