

## 判例研究

- 1 主債務者が反社会的勢力であることが判明した場合に信用保証協会が錯誤無効を主張することの可否
- 2 主債務者の反社会的勢力該当性についての金融機関の調査義務と信用保証協会の免責

法学部教授 田口 文夫

最高裁平成28年1月12日第三小法廷判決，破棄差戻し  
(平成26年(受)第1351号，保証債務請求事件)

民集70巻1号1頁，判時2293号47頁，判タ1423号129頁，金判1489号28頁  
原審，東京高裁平成26年3月12日判決(金判1439号36頁)

第一審，東京地裁平成25年4月25日判決(判時2193号28頁，判タ14116号334頁)

【参照条文】 1，2につき，民法446条

1につき，民法95条

2につき，民法91条，信用保証協会法1条

### 【事実の概要】

(1) X銀行(原告，被控訴人，被上告人)とY信用保証協会(被告，控訴人，上告人)は，昭和41年8月，約定書と題する書面によりXとYとの間の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，Xが「保証契約に違反したとき」は，YはXに対する保証債務の履行につき，そ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反社会的勢力であることが判明した場合の取扱いについての定めは置かれていなかった。

(2) 政府は，平成19年6月，企業において暴力団を始めとする反社会的勢力とは取引を含めた一切の関係を遮断することを基本原則とする「企業が反社会的勢力による被害を防止するための指針」(以下「本件指針」という。)を策定した。これ

を受けて、金融庁は、平成20年3月、「主要行向けの総合的な監督指針」を一部改正し、また、同庁及び中小企業庁は、同年6月、「信用保証協会向けの総合的な監督指針」を策定し、本件指針と同旨の反社会的勢力との関係遮断に関する金融機関及び信用保証協会に対する監督の指針を示した。

(3) Xは、A社から、3回にわたり運転資金の融資の申込みを受け、それぞれ審査した結果、これらをいずれも適当と認め、平成20年7月、同年9月及び平成22年8月、Yに対してそれらの信用保証を依頼した。A社とYは、上記各月、それぞれ保証委託契約を締結した。

(4) Xは、平成20年7月、同年9月及び平成22年8月、A社との間でそれぞれ金銭消費貸借契約を締結し、3000万円、2000万円及び3000万円の各貸付け（以下「本件各貸付け」という。）をした。Yは、上記各月、Xとの間で、本件各貸付けに基づくA社の債務を連帯して保証する旨の各契約（以下「本件各保証契約」という。）を締結した。本件各保証契約においても、契約締結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の取扱いについての定めは置かれていなかった。

(5) 警視庁は、平成22年12月、国土交通省関東地方整備局等に対し、A社について、暴力団員であるBが同社の代表取締役を務めてその経営を実質的に支配している会社であるとして、公共工事の指名業者から排除するよう求めた。これを受けて、国土交通省関東地方整備局は、同月、A社に対し、公共工事について指名を行わないことを通知した。

(6) A社は、平成23年3月、本件各貸付けについて期限の利益を喪失した。Xは、Yに対し、本件訴状により、本件各保証契約に基づき保証債務の履行を請求した。これに対して、Yは、A社が反社会的勢力であることを知らずに本件各保証契約を締結したものであり、本件各保証契約には要素に錯誤があるために無効である、または、本件各保証契約においては、貸付けが反社会的勢力に対するものでないことが保証条件であり、Yは本件免責条項により保証債務の履行を免れるなどと主張した。

(7) 第一審は、本件各保証契約における当事者の意思解釈上、Yの認識であったA社が反社会的勢力でないことが本件各保証契約の内容となっていたと認めることはできず、本件各保証契約が要素の錯誤により無効となることはないとして、Xの請求を認容した。

原審は、Yの抗弁についてつぎのように判断して、Xの請求を認容した。①本件各保証契約が締結された当時、主債務者が反社会的勢力である可能性は当事者間で想定されていて、そのことが後に判明した場合もYにおいて保証債務を履行するこ

とが本件各保証契約の内容となっていたものであり、仮にYの内心がこれと異なるものであったとしても、そのことは明示にも黙示にもXに対して表示されていなかった。したがって、主債務者であるA社が上記当時から反社会的勢力であったからといって、Yの本件各保証契約の意思表示に要素の錯誤があったとはいえない。

②本件各貸付けが反社会的勢力に対するものでないことが本件各保証契約における保証条件であったとは認められないから、本件各貸付けは、本件免責条項にいうXが「保証契約に違反したとき」には当たらない。したがって、Yが本件免責条項により免責されるとはいえない。

### 【上告受理申立て理由】

(1) Xの融資の主債務者は反社会的勢力であり、Yは、このような場合には保証契約を締結しないにもかかわらず、そのことを知らずに同契約を締結したものであるから、同契約は要素の錯誤により無効である。

(2) Xが保証契約に違反したから、YとXとの間の信用保証に関する本件基本契約の定める免責事由に該当し、Yは、上記保証契約に基づく債務の履行を免れる。

### 【判旨】

結論として、Yの錯誤無効の抗弁については原審と同様にこれを排斥したが、Yの保証免責の抗弁についてはさらに審理を尽くさせるため、原審に差し戻した（全員一致）。

#### (1) 錯誤無効の主張について

信用保証協会において主債務者が反社会的勢力でないことを前提として保証契約を締結したが、その後主債務者が反社会的勢力であることが判明した場合は、信用保証協会の意思表示に動機の錯誤があるということができ、<sup>1</sup>「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」。

「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

1 主債務者が反社会的勢力であることが判明した場合に信用保証協会が錯誤無効を主張することの可否  
2 主債務者の反社会的勢力該当性についての金融機関の調査義務と信用保証協会の免責

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」。

X及びYは、「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Yが保証債務を履行しないこととするのであれば、その旨をあらかじめ定めるなどの対応を採ることも可能であった。それにもかかわらず、本件基本契約及び本件各保証契約等に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X及びYの双方が前提としていたとはいえない」。また、X及びYは、社会的責任の見地から、「できる限り上記融資金相当額の回収に努めて反社会的勢力との関係の解消を図るべきであるとはいえても、両者間の保証契約について、主債務者が反社会的勢力でないということが契約の前提又は内容になっているとして当然にその効力が否定されるべきものともいえない」。

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

## (2) 保証契約違反による保証債務免責について

信用保証協会は、中小企業者等が銀行その他の金融機関に対して負う貸付金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、「また、本件指針により、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、X及びY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、X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

X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」。

「本件についてこれを見ると……Xが上記の調査義務に違反して、その結果、本件各保証契約が締結されたといえる場合には、Yは、本件免責条項により本件各保証契約に基づく保証債務の履行の責めを免れるというべきである。そして、その免責の範囲は、上記の点についてのYの調査状況等も勘案して定められるのが相当である」。

## 【評釈】

### 【1】はじめに

本判決は、第一に、金融機関と信用保証協会との間で保証契約が締結されて融資が実行された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、右保証契約に係る信用保証協会の意思表示に民法95条の錯誤があったとして錯誤無効の主張が認められるか、第二に、金融機関が、主たる債務者が反社会的勢力であるか否かについての調査義務に違反する場合、それが金融機関と信用保証協会との間の信用保証に関する基本契約上の保証免責事由である「保証契約に違反したとき」にあたるとみてよいか、が争われたものである。

第一の点については、直接的には、動機の錯誤を95条の「要素の錯誤」に取り込むためにはいかなる要件ないし判断枠組みの下でなすべきか、が中心問題となる。もっとも、判断枠組みがどのようなものであれ、端的な結論として、錯誤無効の主張が肯定されれば金融機関は保証を受けられなくなり、逆に否定されれば信用保証協会は保証のリスクを背負い込むことになる<sup>(1)</sup>。しかし、本判決も説くように金融機関と信用保証協会が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いるという観点からすれば、上記のような「オール・オア・ナッシング」的な処理がこの種の紛争の解決方法として望ましいものであるかについては、併せて検討を要しよう。第二の点は、とりわけ錯誤の成立が否定される場合により意味をもつことになるが、金融機関及び信用保証協会が融資または保証に先立って主債務者が反社会的勢力であるか否かについての調査義務を負うというのは、上記の社会的責任との関係上むしろ自然な考え方ともいえる。問題は、調査義務の具体的な内容（方法・程度）、右義務についての立証責任、及び、右義務の違反の効果（とりわけ保証免責の範囲）等についてどのように考えるべきかになる。

本判決は、上記の第一点については、本件事案との関係から否定し、第二点については、理論上肯定する立場をとった。以下、動機の錯誤に関する議論の流れを従来の裁判例を中心に概観した上で、本判決の論理構成を分析・検討する。<sup>(2)(3)</sup>

1 主債務者が反社会的勢力であることが判明した場合に信用保証協会が錯誤無効を主張することの可否  
2 主債務者の反社会的勢力該当性についての金融機関の調査義務と信用保証協会の免責

## 【2】動機の錯誤をめぐる従来の議論

### (1) 動機の錯誤の取り扱いに関する学説の対立

一般に、意思表示は、構造的には効果意思（内心的効果意思＝真意）を中核に置き、この効果意思が表示意思に媒介されて表示行為（表示的效果意思）として表出されると定式化され、これを前提に、意思表示（ないし内容）の錯誤とは「効果意思と表示行為の不一致」であると観念されている。こうした立場からすれば、効果意思が形成される前の段階での動機（縁由）は、そもそも意思表示の内容に含まれないとの理由で、錯誤の対象から除外されることになる。二元説、すなわち効果意思と動機——したがって内容の錯誤と動機の錯誤——とを峻別する考え方であり、これが長らく伝統的ないし通説的見解と目されてきた<sup>(4)</sup>。もっとも、民法95条は「法律行為の要素に錯誤があったとき」と定めるだけであり、少なくとも文言上は動機の錯誤を同条の対象から排斥しているわけではない。そこで、学説の中には早くから、内容の錯誤と動機の錯誤を区別するのが實際上容易でないこと等を理由に、両者を峻別することに対して批判的な見解<sup>(5)</sup>（「一元説」と称される）も散見された<sup>(6)</sup>。

### (2) 判例の動向

他方、判例の動向をみると、まず大審院の見解は、つぎのように整理できようか。  
(a) 効果意思と動機を峻別する二元説の立場から、原則として動機の錯誤は95条の適用外となる<sup>(7)</sup>、(b)「法律行為の要素」とは法律行為の主要部分であり、「主要部分」とは、①各法律行為において表意者が意思表示の内容部分となし、②この点につき錯誤がなかったならば意思表示をしなかったであろうと考えられ、かつ意思表示しないことが一般取引通念に照らし妥当と認められるものをいう<sup>(8)</sup>、(c) 法律行為の要素の錯誤は意思表示の内容中に存するが、意思表示の内容は「各個ノ具体的表示ニ抛リ夫夫定ルモノナレハ同一ノ事実ハ具体的表示ノ有無ニ抛リ或ハ意思表示ノ内容ニナルコトアリ或ハ意思表示ノ内容ニナラサルコトアル」から、「通常意思表示ノ縁由（＝動機。引用者・注）ニ属スヘキ事実ト雖表意者カ之ヲ以テ意思表示ノ内容ニ加フル意思ヲ明示又ハ黙示シタルトキハ意思表示ノ内容ヲ組成スルモノ」<sup>(9)</sup>となる。すなわち、大審院は、動機は法律行為の要素に含まれないとの原則的な立場に立ちつつ（(a)）、その例外として「動機も明示または黙示に表示されれば要素に取り込まれる」との判断枠組み（「動機表示」構成）をとった上で<sup>(10)</sup>（(c)）、動機の錯誤が要素の錯誤として認められるためには——この点はやゝ不鮮明だが——、動機を意思表示の内容部分とした（＝明示または黙示の表示をした）上で（(b) ①）、その内容部分につき錯誤がなければ意思表示しなかったであろうことが取引通念上妥

当視されることを要する ((b) ②), と解するようである。

最高裁も、大審院の見解を基本的に踏襲するようである。最高裁判例のリーディング・ケースと評される最判昭和29年11月26日は、Xが賃借人(現居住者)Aから同居の承諾を得てYから家屋を買ったが、契約後にAが同居を拒絶したためにXの居住が不能となった事案に関し、「Aと同居しうる」というXの動機はYに表示されなかったから右売買契約の要素とはならないと判示した原審を是認するにあたり、一般論として、「意思表示をなすについての動機は表意者が当該意思表示の内容としてこれを相手方に表示した場合でない限り法律行為の要素とはならないものと解するを相当とする」と述べる。このように、最高裁が、大審院と同様に、「動機表示」構成を採用していることは明らかである。とはいえ、動機が表示されてさえいれば要素の錯誤が認められることになるのか(おそらくそうではなからう<sup>(12)</sup>)、それとも、動機は表意者の一方的な主観であって、たとえ相手方に表示されても相手方がそれを了解しない限りは、そもそも法律行為の内容になりえない(つまり要素に取り込まれることもない)はずだから、表示に加えて、動機が法律行為の内容とされるための何らかの事情(=相手方が了解して法律行為の内容に取り込まれたと客観的に認めうるような事情)——いわば「法律行為の内容化」——を必要とするか、あるいはまた、動機が表示されなくても要素の錯誤が認められるケースはありうるのか等については、必ずしも判然としているわけではない。このような疑問が生じるのは、最高裁が「動機の表示」と「法律行為の内容化」の関係等についてさほど統一的とは思われない論理を展開していることに起因する。すなわち、すでに学説によって摘示されているように、動機の錯誤を扱った最高裁判決は、つぎの4つのタイプに分類されよう<sup>(13)</sup>。

(a) 動機の表示を要求しつつ、表示がないことを理由に「要素の錯誤」を否定するもの——①最判昭和38年2月1日は、「他に共同保証する者がいる」との主債務者の言を信じて保証契約を締結した事案に関し、右事由は通常保証契約をするための動機・縁由にとどまり、契約に際してそれが表示されたと認めうる証拠がないから、保証契約の要素とはならないとの原審の判断を是認する、②最判昭和38年3月26日は、建物売買の買主が敷地利用権も取得しうると誤信した事案に関し、建物所有権取得の目的(動機)が表示されたという事実の証拠がないとした原審の判断を是認する。

(b) 動機の表示ありとした上で、「要素の錯誤」を判断するもの(③・④は否定例、⑤・⑥は肯定例)——③最判昭和38年10月18日は、土地を消防署の敷地の候補地

1 主債務者が反社会的勢力であることが判明した場合に信用保証協会が錯誤無効を主張することの可否  
2 主債務者の反社会的勢力該当性についての金融機関の調査義務と信用保証協会の免責

としたいとの話から当該土地の売買契約が締結された事案に関し、右売買契約において当初から動機は表示されているとしつつ、「消防署の敷地とすることが本件売買契約締結についての要素となっていたものとは認められない」と判示する、④最判昭和45年5月29日<sup>(17)</sup>は、<sup>(17)</sup> 抵当権設定を主たる目的として抵当権設定契約と準消費貸借契約が締結されたが、前者が無効であったという事案に関し、動機の錯誤が要素の錯誤として認められたためには、動機が明示され、かつ動機の錯誤がなかったならば通常意思表示をしなかったであろうと認められる程度の「重要性」を要するとした上で、本件準消費貸借契約が従前の消費貸借契約よりも経済的に有利であったことから、錯誤がなかったならば本件準消費貸借契約を締結しなかったといえるほどの「重要性」は認められないとした原審の判断を是認する、⑤最判昭和38年9月25日<sup>(18)</sup>は、表面上は緑地拡張のためとしつつ軍用地とする予定であることを契約条件として土地の売買がなされたが、そうした事情がないことが判明したという事案に関し、「軍用地として使用さるべきことが本件土地の売買契約の動機として相手方たるYに表示されていると認めるのが相当であり……、しかも、原判決の前記認定事実のもとにおいては、重要な事実につき被上告人において錯誤があったものといえることができる」として、錯誤を認めた原審の判断を是認する、⑥最判平成元年9月14日<sup>(19)</sup>は、XがYに対して離婚に伴う財産分与として所有不動産を譲渡したが、離婚後にXが自己に譲渡所得税が課されることを知ったという事案に関し、Xが課税について単に誤解していただけでなく、「右財産分与に伴う課税の点を重視していた」のみならず、「自己に課税されないことを当然の前提とし、かつ、その旨を黙示的には表示していた」と判示する。

(c) 動機の表示に加えて「法律行為の内容化」を要求した上で、「要素の錯誤」を判断するもの(⑦・⑧ともに否定例)——⑦最判昭和37年12月25日<sup>(20)</sup>は、土地売買に際して売主と買主(国)の間で、売主が負担すべき譲渡所得税の額については、買主と税務署との折衝によって減額化を図る旨の約束がなされていたという事案に関し、右約束は、買主が「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努力する」という趣旨であり、本件売買契約の内容にまで高められていたとは認められないとした原審の判断を是認する、⑧最判昭和47年5月19日<sup>(21)</sup>は、XがYに対して、定期貯金を解約すること及びその払戻金を債務の弁済としてAに交付することを委任したが、Aに対する債務が無効であったという事案に関し、X・Y間の契約の実質は、Xが自ら払戻を受けてAに支払う場合と同視すべきものであるとした上で、「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を相当とする」と判示して、錯誤を否定する。

(d) 動機の表示をとくに問題とすることなく「要素の錯誤」を判断するもの(⑨・⑩は否定例, ⑪以下は肯定例)——⑨最判昭和32年12月19日<sup>(22)</sup>は、他に共同保証人がいると誤信したが実際にはいなかったという事案に関し、「他に連帯保証人があるかどうかは、通常は保証契約をなす単なる縁由にすぎず、当然にはその保証契約の内容となるものではない」とする、⑩最判昭和34年5月14日<sup>(23)</sup>は、建築請負契約に際して請負人Xが「注文者Yにおいて建築確認を受けることができると考えた」ことが動機であった事案に関し、「YとXの間において、右建築確認を受け得ることを特に契約内容とした趣旨」は窺われないうして、要素の錯誤を否定する、⑪最判昭和37年11月27日<sup>(24)</sup>は、山林の買主Xが、「山林の北側山麓に開墾道路が開通したので造林事業の経営上極めて有利である」という売主の説明を信じて契約を締結したが、北側道路が存在しなかったという事案に関し、買主が「右北側道路が存在しないことを知っていたならば、本件売買をする意思がなかったということは取引上至当であり、右北側山麓道路が存在することは本件売買契約の要素をなすものである」として、買主の錯誤を認めた原審の判断を是認する、⑫最判昭和40年6月25日<sup>(25)</sup>は、代物弁済に供された土地が「水田耕作に適する」と誤信したが、実は不毛の土地であったという事案に関し、右誤信は法律行為の要素に関するものであると判示する、⑬最判平成14年7月11日<sup>(26)</sup>は、保証人が、主たる債務が実体のあるクレジット契約上の債務であると信じて保証契約を締結したが、実は空クレジット契約であったという事案に関し、「保証契約は、特定の主債務を保証する契約であるから、主債務がいかなるものであるかは、保証契約の重要な内容である」として、保証人の意思表示は動機の錯誤にすぎないとした原審判決を破棄する。

### (3) 小括

以上、若干の裁判例を取り上げながら大審院及び最高裁の見解を概観したが、いかなる場合に動機の錯誤が「要素の錯誤」として認められるかについて、判例としての判断枠組みを統一的ないし論理整合的に説明することは、困難を極めよう。とはいえ、少なくともつぎの点は指摘できようか。すなわち、大審院及び最高裁は、一応は「動機表示」構成をとりつつも、動機の表示を絶対的ないし不可欠の要件としているわけではなく、むしろ実質的には、当該事案における諸事情(契約類型、当事者の属性、錯誤の対象となった事項等)を踏まえながら、(イ)動機の表示(動機が明示または黙示に表示されているか)、(ロ)法律行為の内容化(表示された動

1 主債務者が反社会的勢力であることが判明した場合に信用保証協会が錯誤無効を主張することの可否  
2 主債務者の反社会的勢力該当性についての金融機関の調査義務と信用保証協会の免責

機が法律行為の中に取り込まれたとみてよいか), 及び, (ハ) 要素の該当性 (内容化されたものが法律行為の要素に該当するとみてよいか) という3つ要件を組み合わせる形で, あるいはそれらのいずれかを重視する形で言及し, 最終的に「要素の錯誤」の可否を判断している,<sup>(27)</sup> と。

### 【3】主債務者が反社会的勢力である場合に関する裁判例

反社会的勢力が主債務者である場合を扱った裁判例のうち, 本判決以前に下されたごく最近の高等裁判所の判決をいくつかみておこう。いずれも, 債権者たる金融機関からの保証債務の履行請求に対して, 信用保証協会が, 主債務者が反社会的勢力に属することを理由とする錯誤無効や保証契約違反を主張して争ったものである。<sup>(28)</sup>

まず, 要素の錯誤を肯定するものとして, ①大阪高判平成25年3月22日,<sup>(29)</sup> ②東京高判平成25年10月31日,<sup>(30)</sup> ③東京高判平成25年12月4日,<sup>(31)</sup> ④東京高判平成26年8月29日,<sup>(32)</sup> ⑤東京高判平成27年3月25日,<sup>(33)</sup> 及び, ⑥東京高判平成27年6月3日<sup>(34)</sup>などがある。その理由について, ①判決は, 「反社会的勢力との関係遮断が社会的に要請されている中, 信用保証協会が信用保証をする際には被保証人が反社会的勢力でないことは当然前提となっている」——ただし, 本件保証が協会斡旋保証であることから, 「主たる債務者がいわゆる反社会的勢力であっても, いわゆる協会斡旋保証においては, 保証人が錯誤を主張して保証債務を全部免れることは著しく衡平に反するから, 保証債務の二分の一については, 錯誤無効の主張は信義則ないし衡平の觀念に照らして許されない」——とし, また, ②判決は, 「主たる債務者が反社会的勢力関連企業でないことは, 反社会的勢力排除条項が設けられている保証委託契約においては法律行為の要素となる」とする。このように, これらの判決は, 反社会的勢力排除の社会的要請あるいは信用保証協会の公共的性格に鑑みて, 反社会的勢力の資金需要を担保することはそもそも許されないこと, 主債務者が反社会的勢力でないことは保証契約の要素にあたること, 動機であるとしても明示または黙示に相手方に表示されていることを, 主たる理由に挙げる。

これに対し, 要素の錯誤を否定するものとして, ⑦東京高判平成26年3月12日,<sup>(35)</sup> ⑧広島高松江支判平成26年9月10日,<sup>(36)</sup> ⑨東京高判平成27年10月5日,<sup>(37)</sup> 及び, ⑩東京高判平成27年10月21日<sup>(38)</sup>などがある。各判決が錯誤を否定した理由は, 以下のとおりである。⑦判決 (本判決の原審) は, 主債務者が反社会的勢力であることが契約後に判明した場合も保証債務を履行することが契約内容になっており, 仮に保証協会の内心がそれと異なるとしても相手方への表示がなかったことを理由に挙げる (ま

た、保証契約違反の抗弁を排斥した点については、貸付が反社会的勢力に対するものでないことが保証条件であったともいえないから、とする)。(8)判決は、主たる債務者が反社会的勢力でないことは、「金融機関である債権者において必要な注意を怠り、あるいは債権者が真実を知りながら、保証人(信用保証協会)に告げなかったなど保証人の誤認の原因が債権者側にあったような特段の事情がない限り保証契約の内容にならず、その錯誤は意思表示の効力に影響を及ぼさない」とする。(9)判決は、「信用保証契約締結時には、主債務者が反社会的勢力関係者に該当しないことを表明し、将来にわたっても確約する旨の条項が契約書に存在せず、反社会的勢力関連企業の金融取引からの排除を徹底していたとまではいい難いこと等に鑑みて、主債務者が反社会的勢力関連企業ではないことが信用保証の確実な基礎となっていたとは認め難く、法律行為の要素にまで高められていたともいえない」とする。(10)判決は、動機の錯誤が法律行為の無効を来すためには、その動機が明示又は黙示に法律行為の内容とされ、もし錯誤がなかったならば表意者はその意思表示をしなかったであろうと認められなければならないが、「保証契約の締結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の保証契約の効力については共通の理解は形成されていなかった」とする。これらの判決は、主債務者が反社会的勢力でないことは、当該の保証契約において、「契約内容になっていない」(8)判決、「法律行為の要素にまで高められていない」(9)判決、「共通の理解が形成されていない」(10)判決)とし、あるいは、反社会的勢力であることが事後に判明した場合も「保証債務を履行することが契約内容になっている」(7)とするなど、「法律行為の内容化」要件(本稿【2】(3))を重視した上で錯誤を否定しているといつてよからう。さらにまた、主債務者が反社会的勢力でないことは、「特段の事情がない限り保証契約の内容にならない」(8)判決、「信用保証の確実な基礎となっていたとは認め難い」(9)判決)と述べるなど、かなり厳格な態度も示している。前記の錯誤肯定判決が、主債務者が反社会的勢力でないことは保証契約の「当然の前提」ないし「要素」であると解していることと比べ、きわめて対照的である。

以上見たように、主債務者が反社会的勢力であることが事後的に判明した場合の錯誤無効の可否についても、高裁レベルで真っ向から対立する状況を呈している。

#### 【4】本判決の検討

反社会的勢力との関係遮断が政策的・社会的要請として叫ばれる中、主債務者が反社会的勢力であることの認識なしに融資及び保証がなされた場合に、その責任と

1 主債務者が反社会的勢力であることが判明した場合に信用保証協会が錯誤無効を主張することの可否  
2 主債務者の反社会的勢力該当性についての金融機関の調査義務と信用保証協会の免責

リスク負担を金融機関と信用保証協会のいずれがどのような形で負うべきかにつき、本判決は、錯誤無効と保証債務の免責という争点との関連において、最上級審として初めての判断を示した。以下、本件事案についての結論、それを導くに至った理由づけ、及び、判例上の位置づけ等について、順次検討していく。

(1) 錯誤無効の主張を排斥した点について

本判決は、結論として、Y（信用保証協会）の錯誤無効の主張を排斥した。その論理構成は、(a) 動機の錯誤の取り扱いに関する一般論、(b) 保証契約の性質論、及び、(c) 本件各保証契約の内容に係る意思解釈論、から成る。

本判決は、まず、(a) において、①動機の錯誤が要素の錯誤として認められるためには、「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を要する」としつつ、②「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」とする。①の説示部分は、従来の判例の原則的立場（＝効果意思と動機を峻別する二元説を前提に「動機表示」構成をとる）を再確認するものにすぎない。これに対して、②の説示部分は、第一に、「法律行為の要素」性の判断にとって、「動機の表示」は必要十分条件ではなく、むしろ「法律行為の内容化」が重視されるべきこと、第二に、「法律行為の内容化」がなされているか否かについては「当事者の意思解釈」を介して判断されるべきこと、を説くものである。第一の点は、近時の下級審裁判例（とりわけ錯誤成立に消極的な裁判例）と同様の考え方を示したものと思われるが、最高裁としての態度を示したということ、その意義は小さくない。そもそも動機は表意者の一方的な主観であって、たとえそれが表示されても相手方が了解しない限りは法律行為の内容にはなりえないのであるから、そうした意味で、「法律行為の内容化」が重視されること自体は正当といえよう。また、第二の点は、結局のところ、要素の錯誤の可否については、当事者の意思解釈が決め手になる旨を説くものであり、この点が本判決の特徴の一つといえよう。もっとも、本件事案を含め、個別的事案において「当事者の意思解釈」が具体的にどのようなようになされるべきかは、それ自体問題になろう（この点につき、後述）。

つぎに、本判決は、(b) において、①「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」のに対して、②「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」とする。つまり、保証契約の性質上、「主債務者が誰であるか」は保証契約の内容になる(①)——したがって人違い等であれば錯誤が認められる——が、「主債務者が反社会的勢力でないこと」という主債務者の属性は、主債務者に関する事情にすぎず、直ちに保証契約の内容を成すものではない(②)、とする<sup>(40)</sup>。しかし、主債務者の属性に関する一般的な理解から直ちに、「主債務者が反社会的勢力でないこと」は契約内容になりえないと断じてよいかは疑問である。主債務者の属性であっても、当該契約の個別的事情によって契約内容に取り込まれることはあろうし、ことに金銭貸付及びその保証については、反社会的勢力との関係遮断という社会的要請が軽視されるべきではなかろう。錯誤を肯定した前記いくつかの高裁判決のように、「主債務者が反社会的勢力でないこと」は保証契約の「当然の前提」ないし「要素」になっていると解するのが、むしろ実態に即した素直な判断のように思われる。

最後に、本判決は、(c)において、本件各保証契約の内容につき、当事者の意思解釈を介して、つぎのように説く。すなわち、①X及びYは、「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Y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各保証契約等にその場合の取り扱いについての定めが置かれていない」ことを指摘した上で、②「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X及びYの双方が前提としていたとはいえない」し、また、③X及びYにおいては、その社会的責任から、できる限り融資金相当額の回収に努めて反社会的勢力との関係解消を図るべきとはいえても、「両者間の保証契約について、主債務者が反社会的勢力でないということが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」、とする。要約すれば、X及びYは、主債務者(A社)の反社会的勢力性が事後的に判明することを「想定でき」、かつ「事前の対応を採ることも可能であった」のに「取り扱い規定を置かなかつた」から(①)、反社会的勢力であることが判明した場合は「本件契約の効力を否定すること」を前提としていたとはいえず(②)、したがって反社会的勢力でないことが契約の前提であることを理由に「当然に契約の効力が否定される」ことにもならない(③)、と。しかし、これらの説示部分についても疑問を抱かずにはいられない。本判決が述べるように、X

1 主債務者が反社会的勢力であることが判明した場合に信用保証協会が錯誤無効を主張することの可否  
2 主債務者の反社会的勢力該当性についての金融機関の調査義務と信用保証協会の免責

及びYにおいて「想定でき」かつ「事前の対応が可能だった」とすれば、「取り扱い規定を置いておくこと」が望ましかったとはいえよう。しかし、X及びYが「取り扱い規定を置かなかった」のは、反社会的勢力であることが判明した場合でもなお保証債務を履行するつもりであったというのではなく、むしろ逆に、反社会的勢力との関係遮断という社会的要請の下、主債務者が反社会的勢力であれば本件契約の効力は生じない（そもそも本件契約を締結しない）という認識だった——つまり「反社会的勢力でないこと」を当然の前提としていた——と解するのは、X及びYに好意的にすぎる見方になろうか。この点はともかくとしても、問題の中心は、取り扱い規定を置いたか否かではなく、むしろ、主債務者が反社会的勢力であるか否かについての事前調査をどの程度尽くしたかにあると思われる（この点につき、後述）。

## （２）保証契約違反と免責範囲

Yの錯誤無効の抗弁を排斥した本判決においては、「主債務者が反社会的勢力であるか否かについての調査義務」に関する判示部分こそが、判決全体の中で重きをなし、かつ判例としての意義を有するといえる。

すなわち、本判決は、①信用保証協会は、貸付金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、「また、本件指針により、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」こと、②「他方で……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」ことに言及した上で、③以上の点に鑑みれば、主債務者が反社会的勢力でないことそれ自体が保証契約の内容にならないとしても、「X及びY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り」、④「X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『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」ところ、⑤本件において、「Xが上記の調査義務に違反して、その結果、本件各保証契約が締結されたといえる場合には、Yは、本件免責条項により本件各保証契約に基づく保証債務の履行の責めを免れるというべきである」、⑥「そして、その免責の範囲は、上記の点についてのYの調査状況等も勘案して定められるのが相当である」、とする。以上の判示部分は、（a）調査義務に係わる前提事情（①・②）、（b）調査義務の内容（③・④）、

及び、(c) 調査義務違反の効果(⑤・⑥)の3点に分けられよう。

まず、(a)では、信用保証協会及び金融機関が共に反社会的勢力との関係遮断という社会的責任を負い、かつその重要性について共通認識を有していること(①)、しかし他方で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こと(②)、を指摘する。前者は、(b)で説示する調査義務の実質的な根拠が「反社会的勢力との関係遮断という社会的責任とその認識」に求められることを示唆したものであり、妥当な判断と評価されよう。後者は、同じく(b)で説示する調査義務の具体的内容との関係上、それに先立って、現時点で有効な調査方法が限られていることに触れたものと思われる。

次いで、(b)では、調査義務を本件基本契約上の付随義務と位置づけ、かつその内容を「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」ととらえた上で(③)、そのような調査義務の違反は本件免責条項にいう「保証契約に違反したとき」にあたる(④)、と説いている。前半の説示部分(③)において、調査義務を、本件各保証契約ではなく、本件基本契約上の付随義務と位置づけた点は正当と思われるが、調査義務の履行に関して「当該時点での一般的な調査方法」を基準とすることが妥当であるか(基準として低くないか)は、なお検討を要しよう。また、後半の説示部分(④)において、付随義務としての調査義務の違反が契約上の債務不履行になることを示唆している点は理解しうるものの、「調査義務違反イコール保証契約違反」ととらえている点が若干不透明に思われる。つまり、そこでいう「保証契約」とは、文脈ないし文言上、「本件各保証契約」を指すと思われるが、そうだとすると、一方で調査義務を「本件基本契約」に位置づけておきつつ、その違反を保証契約違反(つまり「本件各保証契約違反」)とするのは違和感を覚えるからである<sup>(41)</sup>。もっとも、右説示部分の趣旨を、基本契約上の付随義務たる調査義務の違反が、右基本契約を踏まえて締結される各保証契約において現実に発生すれば、右違反は、基本契約違反であると同時に各保証契約違反でもあると読み取ることは、あながち不可能ではないといえようか。

最後に、(c)では、本件でのXに上記調査義務の違反があれば、その効果としてYは保証債務を免れることになり(⑤)、その場合のYの免責の範囲は「Yの調査状況等も勘案して」定められるのが相当である(⑥)、とする。前半の説示部分(⑤)は、信用保証協会の錯誤無効の抗弁が排斥される場合であっても、金融機関の調査義務違反によって信用保証協会が免責されうることを肯定するものである。上記調査義務が金融機関及び信用保証協会の双方に課されるとはいえ、とりわけ本

1 主債務者が反社会的勢力であることが判明した場合に信用保証協会が錯誤無効を主張することの可否  
2 主債務者の反社会的勢力該当性についての金融機関の調査義務と信用保証協会の免責

件のような金融機関経由保証にあっては金融機関の調査義務がより重視されてしかるべきであり、そうした観点からは妥当とされよう。また、後半の説示部分(⑥)は、信用保証協会側にも調査義務違反があるときは、その義務違反の程度に応じて免責範囲が縮減される——いわば過失相殺的な処理がなされる——ことを説くものである。錯誤無効による「オール・オア・ナッシング」的な処理を回避し、かつ個別事情に応じた「割合的解決」を可能とする点にメリットがあるといえようか。とはいえ、こうした考え方が評価されるためには、個別具体的事案において、とりわけ金融機関の調査義務違反の有無について適切な判断がなされることが前提となる。ちなみに、本判決の差戻控訴審(東京高判平成28年4月14日)は、Xの調査義務違反(したがって保証契約違反)はなかったと判断し、結果的にYの免責を否定している<sup>(42)</sup>。しかし、右控訴審では、主債務者(A社)が反社会的勢力であるか否かにつき、Xが、主としてグループ会社及び外部機関から得た情報を基礎とするデータベースに依拠して調査した点をとらえて義務違反なしと判断しており、代表者面接あるいは融資先訪問等の実施の有無については判断資料に加えなかったようであるが、そうした判断の妥当性については疑問が投げかけられよう<sup>(44)</sup>。

### (3) 小括

本判決に関する以上の考査について短く整理しておこう。

まず、錯誤無効の抗弁を排斥した判示部分は、(a)動機の錯誤の取り扱いに関する一般論、(b)保証契約の性質論、及び、(c)本件各保証契約の内容に係る意思解釈論から成るが、(a)において、「法律行為の要素」の判断に際し、「当事者の意思解釈」を通じての「法律行為の内容化」が重視されるべき旨を説いている点は正当と思われるものの、(b)において、「主債務者の属性」に関する一般的な理解から直ちに、「主債務者が反社会的勢力でないこと」は保証契約の内容になりえないと断じている点、及び、(c)において、上記の意思解釈として、反社会的勢力であることが判明した場合の「取り扱い規定を定めていなかったこと」をもって、X及びYが「本件契約の効力を否定することを前提にしていたとはいえない」と判断した点は、妥当でなかろう。つまり、本件事案は、本判決が示す判断枠組みに従ったとしても、錯誤無効の抗弁が認められてよいケースであったと思われる。ただし、そうはいても、この種の紛争の解決方法として錯誤無効の可否を争点とする形で処理することが適切であるかは、一考を要するであろう。すなわち、錯誤無効による「オール・オア・ナッシング」的な処理がもたらすデメリット(錯誤無効を肯定すれば金融機関は保証を受けられず、否定すれば信用保証協会は保証のリスクを背



負い込むという)に加え、反社会的勢力排除(ないし関係遮断)という社会的要請、及び、主債務者が反社会的勢力であるか否かについては金融機関と信用保証協会の双方が調査義務を負うとされていること等からすれば、両者が右調査義務をどの程度尽くしたかによって責任とリスクを分担するという解決方法が望ましいと思われる。これは、本判決のつぎの判示部分に係わる問題でもある。

つぎに、保証契約違反と保証債務の免責に関する判示部分は、(a)調査義務に係わる前提事情、(b)調査義務の内容、及び、(c)調査義務違反の効果から成るが、(a)において、調査義務の実質的な根拠が「反社会的勢力との関係遮断という社会的責任とその認識」に求められることを示唆したのは、妥当であろう。(b)において、調査義務を本件基本契約上の付随義務と位置づけた点も妥当と思われるが、調査義務の履行につき「当該時点での一般的な調査方法」を基準とした点は、具体的にどのような調査方法が求められるかにもよるが、「一般的」という基準が適切であるかは検討課題になろう。また、(c)において、錯誤無効にならない場合でも金融機関に調査義務違反があれば信用保証協会が免責されうること、及び、信用保証協会にも右義務違反があれば免責範囲が縮減されることを説示した点は、調査義務違反を保証契約上の債務不履行ととらえた上で「割合的解決」をも可能にするものであり、一応妥当といえるが、つまるところ、(2)で述べたように、個別事件での(とくに金融機関の)調査義務違反の有無について「適切な基準」に基づいた判断がなされるかどうか重要なポイントになろう。

#### (4) 本判決の判例としての意義及び射程距離

本判決の判例としての意義は、どのような点に求められようか。まず、動機の錯誤に関する一般論についていえば、いわゆる「二元説」及び「動機の表示」構成という従来の判例の基本的な立場は、本判決においても維持されているといえる。また、本判決が「法律行為の内容化」要件を重視している点は、近時の裁判例の動向と歩調を合わせたものと思われるが、その「内容化」につき「当事者の意思解釈」を介して判断されるべき旨を説いている部分は、最高裁としての明言であるだけに、本判決の特徴の一つといえよう。<sup>(46)</sup>とはいえ、本判決を総体的にみれば、こと錯誤の一般論に関して目新しい判断を示したとはいえないであろう。本判決が、上記のような一般論を前提に、本件事案について錯誤を否定した点については、妥当と評価する声が多く聞かれるが、疑問ないし批判的な声も若干ながら散見される。すなわち、本判決の判示の中で、「信用保証協会が回収リスクを負担するのがデフォルトルールであるとする積極的な理由は示されていない」<sup>(49)</sup>との指摘、あるいは、「主債

1 主債務者が反社会的勢力であることが判明した場合に信用保証協会が錯誤無効を主張することの可否  
2 主債務者の反社会的勢力該当性についての金融機関の調査義務と信用保証協会の免責

務者が反社会的勢力であることは、主たる債務の態様を左右する事柄であると言え、これが保証契約の内容とならないことに疑問を覚える」し、また、「錯誤無効となり得る事柄を何らかの形で定めておかないことが表意者に不利に働くというのは、根本的な疑義がある<sup>(50)</sup>」、とするものなどである。

本判決が判例としての意義を有するのは、前述したように、「主債務者が反社会的勢力であるか否か」の調査義務を金融機関及び信用保証協会の双方が負うとした上で、前者が右義務に違反すれば後者は免責されたとした判示部分である。すなわち、金融機関が調査義務に違反することは保証契約違反と評価され、保証免責の法的効果が生じるという規範を打ち立てた<sup>(51)</sup>、といえよう。なお、本判決は、調査義務の立証責任についてはとくに言及していないため、右義務違反を保証契約上の債務不履行ととらえて金融機関側が負担すると考えるか<sup>(52)</sup>、それとも保証契約違反の抗弁を提出する保証協会側が負担すると考えるかは、今後に残された課題の一つになる。その点はともかくとして、本判決の上記判示内容については、「金融機関のモラルハザードを防止できる点で、種極的な評価に値しよう<sup>(54)</sup>」、「個別の事案における具体的な妥当性を実現するための方法として首肯できる<sup>(55)</sup>」などの賛意を示すものがある一方、本判決が述べる一部免責による「割合的解決」の是非をめぐる見解の相違も散見される<sup>(56)</sup>。

最後に、本判決の射程距離について、若干触れておこう。主債務者が反社会的勢力であることが事後的に判明した場合の信用保証協会の錯誤無効の抗弁について、従来の下級審レベルではこれを肯定する見解と否定する見解とが拮抗する状況を呈していたが、本件最高裁判決が出されたことで、今後どのような方向に向かうであろうか。この点に関して、本判決は、金融機関と信用保証協会というプロ同士の取引を対象とするものであり、「主債務者の属性一般について、別段の合意がない限り保証人の負担すべきリスクであるとしたものではない」——つまり個人保証の場合には及ばない——し、「また、社会的責任の観点から契約が無効とされるべき場合があることも排除されてはいない」——たとえば暴力団の結婚式場利用契約の場合等は錯誤無効の抗弁が許される——とするものや、「協会の信用保証には、共通の約定書が利用されているので、この点にかかる本件最高裁の解釈論は、(約定書を改正しない限り)他の信用保証契約にも等しく及ぶ判断となる」と見るものがある<sup>(58)</sup>。前者は——その見解には同調しうるものの——、個人保証または本件事案と異なる契約タイプについて言及するものであり、本件事案のような機関保証については、後者が今後の方向を示唆する見方といえようか。

なお、本判決は「金融機関経由保証」の事案に関するが、「保証協会斡旋保証」の事案についても本判決の解釈が及ぶか——つまり、両者の違いが保証免責の可否や免責範囲にどのような影響を及ぼすか——も問題となろう。この点について、本判決及び他の同日付（最高裁）判決はいずれも、上記の経由保証と斡旋保証の区別<sup>(59) (60)</sup>については言及していない。この点も、今後に残された課題になろう。

## 注

- (1) 付言すれば、金融機関と信用保証協会の間でこの種の紛争が長期化すれば、その間主債務者である反社会的勢力は債権の回収から逃れるのみならず、反社会的勢力が「金融機関と保証協会の係争をいわば高みの見物をするという想定外の事態を招来」することにもなろう。森原憲司「反社会的勢力を債務者とする信用保証契約に関する最高裁判決で指摘された調査義務等の課題について」銀行法務21・799号10頁。
- (2) 本判決の評釈として、佐久間毅・金融法務事情2035号21頁、土岐孝宏・法学セミナー736号121頁、山下純司・法学教室430号134頁、原田昌和・ジュリスト1505号69頁、大中有信・金融法務事情2047号81頁、山田希・銀行法務21・803号28頁、石川博康・金融法務事情2049号33頁、渡邊博己・判例時報2314号（判例評論696号）167頁、中舎寛樹・民商法雑誌153巻1号79頁など、また、実務家（最高裁調査官、弁護士、公証人、銀行員）によるものとして、飛澤知行・ジュリスト1496号72頁、荒井孝男・銀行法務21・796号4頁、河津博史・銀行法務21・797号65頁、森原・前注（1）10頁、今井和男・金融法務事情2035号19頁、関沢正彦・金融法務事情2035号24頁、長秀之・NBL1070号112頁、浅田隆・金融法務事情2035号16頁、鈴木健之・金融法務事情2041号34頁など。なお、本判決の原審の評釈として、堀川信一・大東法学63号97頁。
- (3) なお、動機の錯誤に関する大審院から最高裁に至るまでの裁判例を紹介・分析するものとして、中松櫻子「錯誤」星野英一編『民法講座（1）民法総則』（有斐閣、1984）437頁以下、森田宏樹「民法95条（動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Ⅱ』（有斐閣、1998）141頁以下、小林一俊『錯誤の判例総合解説』（信山社、2005）、山本敬三「『動機錯誤』に関する判例の状況と民法改正の方向（上）（下）」NBL1024号15頁以下、NBL1025号37頁以下など。本稿の考察もこれらに負うところが大きい。
- (4) 二元説は、昭和期に現れた我妻説を中心として確立、発展されてきたと評される。森田・前注（3）176頁以下。なお、我妻栄『民法総則（民法講義Ⅰ）』（岩波書店、1951）、同『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』（岩波書店、1965）参照。
- (5) 船橋諄一「意思表示の錯誤」九州帝国大学法文学部編『法学論文業・十周年記念』（岩波書店、1937）593頁以下、川島武宣『民法解釈学の諸問題』（弘文堂、1949）188頁以下など。もっとも、これらの学説においても、錯誤無効とされるケースが拡大すれば取引の安全が害されることから、その歯止めとして、動機についての「相手方の認識可能性」を必要とする旨を述べる。
- (6) 一元説が、ある時期（1970年代）には支配的な学説といえる状況になった旨を指摘するものとして、大村敦志『基本民法Ⅰ総則・物権総論（第2版）』（有斐閣、2005）53頁。
- (7) すなわち、大判明治38年12月19日民録11輯1786頁は、契約をするに至った縁由に錯誤があっても、縁由の存在を要件としない限りは契約は無効としないと、大判大正8年12月16日民録25輯2316頁は、法律行為の縁由とは効果意思決定の事情にすぎないから、その錯誤は詐欺に基づく場合のほか、法律行為の効力に影響を与えないとする。この二元説の立場は、後述する

1 主債務者が反社会的勢力であることが判明した場合に信用保証協会が錯誤無効を主張することの可否  
2 主債務者の反社会的勢力該当性についての金融機関の調査義務と信用保証協会の免責

ように最高裁にも受け継がれるが、今般の民法改正（平成29年6月2日公布，法律第44号）においても，判例法理を規定上明確にするとの考え方に基づいて採用されている。

- (8) 大判大正5年7月5日民録22輯1325頁，大判大正7年10月3日民録24輯1852頁など。
- (9) 大審院判例のリーディング・ケースと評される大判大正3年12月15日民録20輯1101頁。
- (10) かくして，通常は意思表示の動機とされるような，被保険者の病状（大判大正6年12月14日民録23輯2112頁，大判大正7年4月5日民録24輯539頁），目的物の性状（大判大正6年2月24日民録23輯284頁）または品質（大判大正10年12月15日民録27輯2160頁），あるいは法律状態（大判昭和8年6月8日刑集12巻771頁，大判昭和10年2月4日裁判例9巻民15頁）についても，要素の錯誤が認められた。
- (11) 民集8巻11号2087頁。
- (12) ちなみに，上記の最判昭和29年の場合，原審の認定事業によれば，YからX側に対して「Aの同居や立ち退きについては責任を負わない」旨の申し入れがあり，またXはAから同居拒絶を告げられたにもかかわらず代金を支払ったとされているため，かりにAの動機がYに表示されていたとしても，要素の錯誤が認められたかはきわめて疑わしい。森田・前注（3）184頁。
- (13) なお，森田・前注（3）185頁-190頁，大中・前注（2）84-87頁参照。
- (14) 裁判集民64号377頁。
- (15) 裁判集民65号275頁。
- (16) 裁判集民68号455頁。
- (17) 裁判集民99号273頁，金法588号26頁。
- (18) 裁判集民75号525頁。
- (19) 裁判集民157号555頁，金法1249号22頁。
- (20) 裁判集民63号953頁
- (21) 民集26巻4号723頁，金法652号33頁。
- (22) 民集11巻13号2299頁，金法166号7頁。
- (23) 民集13巻5号584頁。
- (24) 判時321号17頁，裁判集民63号347頁。
- (25) 裁判集民79号519頁。
- (26) 判時1805号56頁。
- (27) なお，大中・前注（2）87頁も，ほゞ同様の見方をする。また，森田・前注（3）192頁は，「判例を総体として眺めるならば，動機の表示の有無よりも，むしろ当該事情が『法律行為の内容として取り込まれているか』という要件こそが判例において重要な意義を有しているとみるべきではないか」とする。
- (28) ⑦は本判決の原審判決である。また，最高裁第三小法廷は，本判決（平成26年第1351号）と同じ日に，他の3件の上告事件（平成25年第1195号，平成26年第266号，平成26年第2365号）についても判決しているが，①・②・④はそれぞれ，その原審判決である。
- (29) 金判1415号16頁，金法1978号116頁。
- (30) 金判1429号21頁，金法1991号108頁。
- (31) 金判1435号27頁。
- (32) 金判1459号39頁，金法2008号70頁。
- (33) 金判1469号49頁。
- (34) 会判1471号40頁。

- (35) 金判1439号36頁。
- (36) 金判1453号34頁。
- (37) 金判1480号20頁。
- (38) 金判1480号34頁。
- (39) なお、本判決は、この説示部分について、先例として、最判昭和37年12月25日（前注（20））及び最判平成元年9月14日（前注（19））を引用している。
- (40) ちなみに、判例上、主債務者の同一性、保証債務の額、根保証等の保証形態、被保証債務の発生原因等は、保証債務の内容になるのに対して、主債務者の属性をはじめ、主債務者の資力、被保証資格（企業実態、創業意思）、経営状態、融資目的、資金の使途、人的・物的担保の存在等は、動機にとどまるとされている。山田・前注（2）30-31頁、四宮和夫・能見善久『民法総則・第7版』（弘文堂、2005）188頁以下。
- (41) 同様の指摘をするものとして、佐久間・前注（2）23頁、原田・前注（2）70頁。
- (42) すなわち、差戻控訴審（金判1491号8頁、金法2042号12頁）は、Xにおいて、「グループで得た情報のみならず、捜査機関を含めた外部機関との接触で得た情報等も基礎としたデータベースを構築し、Xの各本支店が取引先への融資を行う場合、融資先の情報をもとに、融資先が上記データベースに登録されていないか確認する」調査を実施していたと認定した上で、Xの調査は「その時点で一般的に行われている調査方法に鑑みて相当と認められる」として、保証契約違反はなかったとする。
- (43) 森原・前注（2）13頁は、代表者面接や融資先訪問等を実施することは、政府による反社会的勢力排除の取り組みが開始される以前から、「基本動作とも称されるべき事項であった」とする。
- (44) この点に関連して、渡邊・前注（2）171頁は、差戻審において（本判決が示唆するような）一部免責ないし過失相殺的な処理がなされなかったことについて、「主債務者が反社会的勢力でないことを誤認した点については、信用保証協会も金融機関も同様に責任が認められるものであり、それにもかかわらずそのリスクをもっぱら信用保証協会が負担することにしたのは問題を残すものであった」と評する。
- (45) 換言すれば、従来一般に法律行為の錯誤の可否が争われる場面では、「表意者保護」と「取引の安全」の調整という観点から問題解決が図られてきたが、その行き着くところは「オール・オア・ナッシング」的な処理であり、そうした問題解決のしかたは、反社会的勢力が主債務者として関わる（可能性のある）信用取引においては——そこでは、主債務者の反社会的勢力性について、金融機関と信用保証協会の双方が調査義務を負うべきとされていることからして——不適切なものといえる。
- (46) 山田・前注（2）30頁は、「本判決により、二元説が現在も維持されている状況が明らかとなった」ほか、「法律行為の内容化」に力点を置く解決は、「相手方の信頼保護や取引の安全に資するだけでなく、合意を尊重する私的自治の観点からみても妥当なものと評価できる」とする。これに対し、原田・前注（2）70頁は、本判決を「内容化」重視説に立つものと見つつ、「動機の錯誤一般について内容化重視説を支持したものとまではいえまいだろう」と述べる。
- (47) 石川・前注（2）35頁は、「本判決によっても、動機の表示とその契約内容化に関する判例法理のやや多義的な状況に有意な変化はない」と述べる。
- (48) 佐久間・前注（2）22頁、山田・前注（2）31頁、荒井・前注（2）8頁、今井・前注（2）21頁、浅田・前注（2）17頁など。

- (49) 原田・前注(2)70頁。
- (50) 関沢・前注(2)25頁。
- (51) 土岐・前注(2)121頁。また、中舎・前注(2)88頁は、Xには本件基本契約上付随義務があるとした点こそが、本判決が示した新しい理論構成である、と述べる。
- (52) 浅田・前注(2)18頁は、金融機関が立証責任を負担することへの懸念を示す。
- (53) 荒井・前注(2)8-9頁。
- (54) 山田・前注(2)32頁。
- (55) 長・前注(2)114頁。ほかに、佐久間・前注(2)23頁(調査義務が重い内容の義務とされていないことも妥当、とする)、荒井・前注(2)8頁、今井・前注(2)20-21頁など。なお、森原・前注(2)13頁は、本件の「最高裁判決を契機に調査義務を履行するための態勢を整備する良い機会と捉えるべきであろう」と述べる。
- (56) 一部免責による「割合的解決」について、積極的に評価するものとして、中舎・判例評論664号(判例時報2217号)149頁、消極的な評価にとどまるものとして、佐久間・金融法務事情1997号24頁。なお、石川・前注(2)36頁は、本判決の枠組みのもとでは、全部または一部の保証免責は認められ難いとした上で、本判決では、「個別事情に応じた割合的解決よりもむしろ画一的な解決が(少なくとも実際上は)より強く志向されているものと評価できよう」と述べる。
- (57) 原田・前注(2)70頁。
- (58) 土岐・前注(2)121頁。同様の観点から、浅田・前注(2)17頁は、金融機関や信用保証協会等のプロフェッショナル間においては、合意内容と異なる事態が判明した場合の対応方法を契約上明確にしておくことは十分可能だから、「当事者の意思解釈上、契約に明記がない事項が合意事項になっていたとして、これに錯誤があったことを理由にリスクを相手方に転嫁することを正当化することは困難というべきである」と述べる。
- (59) なお、同日付判決中の「平成25年第1195号上告事件」(前注(28))の原審である大阪高判平成25年3月22日(前注(29))は、金融機関経由保証と協会斡旋保証による各保証債務のうちの協会斡旋保証に係るものについては、保証債務の履行請求の2分の1につき錯誤無効を主張し履行を拒絶することは信義則上許されない旨を述べている。
- (60) この点に関し、佐久間・前注(2)23頁は、協会斡旋保証の場合に信用保証協会が(全部)免責されることは、「ないとははいえないが、考えにくい」し、他方、金融機関経由保証の場合に信用保証協会が一部免責にとどまることも、「同じく考えにくい」と述べる。私見を述べれば——本判決は、金融機関及び信用保証協会のそれぞれが負う調査義務とくに差異があるとは見ていないようだが——、機関保証の場合と斡旋保証の場合とでは調査義務の内容・程度に段階差がある、つまり、前者の場合は金融機関側により高度のものが求められる(したがって保証協会が免責される可能性は大きくなる)のに対して、後者の場合は信用保証協会側により高度のものが求められる(したがって保証協会が免責される可能性は小さくなる)と考えるかどうか、が先決問題になるように思われる。