

金融取引法

大阪学院大学法学部教授 細見利明

第1	金融機関の融資取引	1
第2	金融機関と物的担保	8
第3	金融機関と人的担保	16
第4	金融機関と手形取引	24
第5	金融機関の債権管理	32
第6	消費者金融取引	37
第7	利息の制限	40
第8	過払金の請求	44
第9	取引先の倒産（その1）	51
第10	取引先の倒産（その2）	66
第11	会社更生手続の概要	71
第12	預金取引の諸問題	74
第13	金融機関と裁判	79

第1 金融機関の融資取引

1 金融機関の種類

- 1) 金融機関と呼ばれる組織には、銀行、信用金庫、信用組合などがある。

日本銀行は、日本銀行法に基づいて設立された日本の中央銀行である。日本銀行は、日本銀行券を発行し、銀行の銀行として金融機関同士の取引の決済を行い、政府の銀行として、国庫金の出納を行い、さらには、金融政策を行う。

- 2) その他の銀行には、都市銀行、地方銀行、第二地方銀行があり、いずれも銀行法の適用を受ける。組織自体は会社法に基づき設立された株式会社であり、商法上の商人に該当する^{*1}。都市銀行は大都市に基盤を保有しつつ全国的な営業エリアをもち、国際業務も広く行っている。地方銀行は地方を営業基盤とする金融機関である。第二地方銀行とは、相互銀行から転換して普通銀行となったものである。

これらの銀行業を営むには内閣総理大臣から免許を受けることが必要である（銀

^{*1} 会社法5条により、会社がその事業としてする行為及びその事業のためにする行為は、商行為とされる結果、商法4条により株式会社はすべて商人になる。商人と非商人とでは消滅時効期間の長短、留置権の成否などの点に差異がある。

行法4条)。

- 3) 信託銀行は、銀行法に基づく銀行のうち信託業務を兼営している銀行である。信託とは、他人に利益を与える目的で他人の財産を管理又は処分する行為である（信託法2条）。信託業を営むには内閣総理大臣から免許を受けることが必要である（信託業法3条）。
- 4) 信用金庫は、信用金庫法に基づき内閣総理大臣の免許を受けて設立された金融機関である。信用金庫は、原則として出資した会員にしか金銭を貸し付けられないし、会員からしか手形の割引ができない。ただし、預金や定期積金の受入れは会員以外の者からも可能である（信用金庫法53条）。会員は、その信用金庫の地区内に住所又は居所を有する者、その信用金庫の地区内に事業所を有する者、その信用金庫の地区内において勤労に従事する者に限られる（信用金庫法10条）。なお、信用金庫は金銭の貸付けを行うが金銭の貸付け自体は商行為ではないので、信用金庫は商法上の商人にならない^{*1}。これは貸金債権の消滅時効期間（10年か5年か）とか商事留置権の成否について株式会社である銀行との間に差異が生じる点である。
- 5) 信用組合は、中小企業等協同組合法に基づいて設立され、行政庁の認可を受けた信用協同組合であり（中小企業等協同組合法27条の2）、出資して組合員になった者に対してしか金銭を貸し付けられない。信用組合も信用金庫と同じく商法上の商人ではない。
- 6) さらに、ゆうちょ銀行、労働金庫、商工組合中央金庫、JAバンクなどがあり、それぞれ根拠法が異なっている。
- 7) そのほかに、生命保険会社などは預金は扱わないが、保険料の支払けを受け、その一方で貸付業務を行っているから、貸付業務に関する限りは金融機関と実質的に同じである。もっとも、金融機関は預貯金を取り扱う組織のみを言うので、生命保険会社は金融機関とは言わない。

2 金融機関の融資取引

1) 証書貸付

ア 証書貸付は、借主が、金融機関に対し、自己が借り受ける金額や返済方法などを詳細に記載した金銭消費貸借契約書に署名又は記名捺印して金融機関に差し出す方法により金融機関が行う融資の形態である。金銭消費貸借契約は借主側のみが債務を負担する片務契約であることから借主が貸主に契約書を差し出す差し入れ型の契約書が用いられ、売買契約などの双務契約の場合に双方が署名又は記名捺印する双方捺印型の契約書は作成されない。

^{*1} 最高裁昭和63年10月18日第三小法廷判決（民集42巻8号575頁）

証書貸付は、契約書の中に借入金の返済方法を借主の資金計画に合わせて詳細に規定することができるため、長期の分割返済を約束した比較的多額の貸付に利用される。

イ 証書貸付では、元金の分割返済が約定されることが多いが、貸金債権の消滅時効の起算点が問題になる。各分割返済金請求権の消滅時効は各分割返済期日の翌日から進行を始める。しかし、期限の利益喪失事由が発生したときは注意すべきである。期限の利益の喪失は銀行取引約定書などで予め定められている約定であるが、その場合にも二つの種類の期限の利益喪失事由があり、一つは当然喪失事由であり、破産手続開始決定があった場合などが期限の利益の当然喪失事由に指定されている。二つ目は請求喪失事由であり、債務の一部でも履行を怠ったときなどが期限の利益の請求喪失事由に指定されている。期限の利益の当然喪失事由が発生したときは、事由発生と同時に期限未到来の債務の全部の期限が到来し、喪失事由発生日の翌日から貸金残債権全額について消滅時効が進行を始める。これに対し、請求喪失事由のときは、喪失事由が発生しただけでは期限が到来することなく、したがって消滅時効も進行を開始しない。この場合は通常、金融機関側から借主に対し、「〇年〇月〇日までに返済されなければ期限を喪失させる。」旨の通知が発送され、通知書記載の期限が到来した日の翌日から消滅時効が進行を始める。消滅時効期間は銀行などの商人の貸付けの場合は5年、信用金庫のような非商人の貸付けの時は、貸付けの相手方が商人の時は5年、そうでないときは10年になる（商法522条）。ただし、平成29年に改正された改正民法166条によれば、商法が適用されない債権でも、債権者が権利を行使することができることを知ったときから5年、権利を行使できるときから10年の消滅時効期間になる。したがって、改正法施行後は、信用金庫のような非商人が有する貸金債権も消滅時効期間は原則的に5年と理解しておくべきである。

2) 手形貸付

ア 手形貸付は、借主が金銭の貸付けを受けるに際し、借り入れる金額を額面金額とする約束手形を金融機関に対して振り出す方法で行われる融資の形態である。手形貸付に用いられる約束手形は貸主側の金融機関が用意する。手形貸付による融資の場合には証書貸付におけるような借用証書はもちろん何らの借用書も作成されないから、貸付けの証拠として金融機関に残るのは借主が振り出した約束手形のみである。なお、利息は一般的に貸付け時に貸付け元本から天引きされる。貸付金の返済は、手形期日に一括返済する約束になる。

約束手形に記載することが許されるのは手形法に定められている「手形要件」のみであって、貸付金額と返済期限は記載できても詳細な返済条件は記載できな

No. _____	① 約束手形 A536155	支払期日 ④ 平成 21年 10月 31日
	⑥ 株式会社日本商事 殿	支払地 ⑤ 東京都港区
金額 ③ ¥ 1,000,000 ※	② 記金額をあなたまたはあなたの代理人へこの約束手形と引き換えに支払いたします。	支払場所 ■日本商業銀行 青山支店
⑧ 平成 21年 7月 25日	振出地 ⑦ 東京都港区南青山5丁目5番5号	
住所 ⑨ 株式会社山田産業	振出人 代表取締役 山田 太郎	

2 1301 0129 406 0026987 536155

いから^{*1}，手形貸付は証書貸付におけるような長期分割返済を約する貸付けには適さない。このため，手形貸付は比較的少額の短期の運転資金等の貸付けに利用される。

イ 手形貸付により，金融機関は，受け取った約束手形の手形金請求権を取得するが，同時に金銭消費貸借契約に基づく貸金債権も取得すると解されている（最高裁昭和37年12月4日第三小法廷判決（集民63号429頁））。手形債権の消滅時効期間は満期日から3年である（手形法77条1項8号，70条1項）。

借主が返済期限に返済しなかった場合には，金融機関は，約束手形金を請求する手形訴訟を提起して，借主が差し入れた約束手形を甲1号証として提出し，簡易迅速に勝訴判決（手形判決）を取得することができる。手形訴訟とは，手形所持人の訴訟における優位性を確保するため，裁判所に提出できる証拠を書証のみに限定し人証等の証拠を許さない等，通常の訴訟の特則として民事訴訟法で定められた訴訟形態である（民事訴訟法350条ないし366条）。しかし，手形訴訟では年6分の法定利息を超える遅延損害金を請求できないのが難点である。手形訴訟は，手形による金銭の支払の請求及びこれに附帯する法定利率による損害賠償の請求を目的とする訴えについてのみ認められているからである（民事訴訟法350条）。したがって，遅延損害金が多額の場合には手形訴訟ではなく通常訴訟（貸金請求訴訟）を提起せざるを得ない。通常の訴訟であれば約定割合（年14.5%とされていることが多い。）の遅延損害金を請求できるからである。

ウ 手形貸付における保証は，保証人が約束手形の表面に署名又は記名捺印する手形保証の形をとる（手形法77条3項による30条から32条の規定の準用）。これを

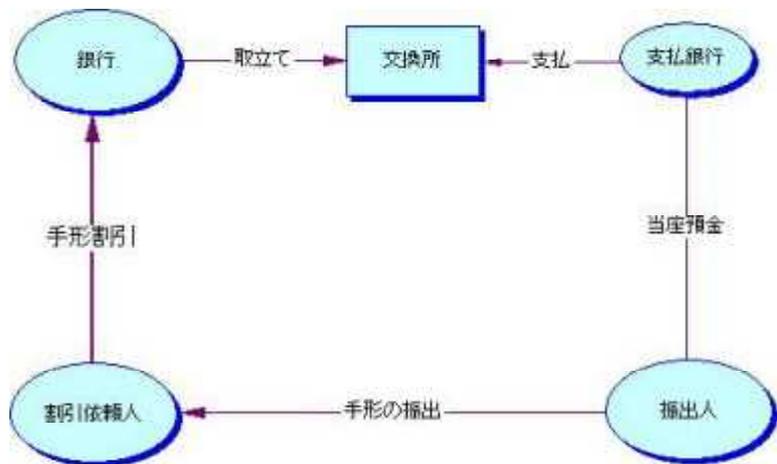
*1 約束手形の手形要件は，①約束手形である旨の表示，②金額と支払約束，③満期，④支払地，⑤受取人，⑥振出日，⑦振出地，⑧振出人のノ署名である（手形法75条）。そのいずれを欠いても約束手形は無効である（同76条1項）。

「手形保証」という。手形保証人が同時に民事上の保証人になるかどうかについて否定すべきである。民事保証は書面によることが必要であるが（民法446条2項）、手形貸付にあっては手形以外の書面が作成されることはないからである。したがって、手形保証人はあくまでも手形保証人であり、手形外の連帯保証人ではない。

エ 手形貸付において、返済期限に従来の手形を返済期限を延期した新手形に書き替えることがしばしばなされる。借主は新手形を金融機関に差し入れるが、金融機関が旧手形を返還すべきか否かは当事者が合意で定めるところによる。

3) 手形割引

ア 手形割引は、第三者が振り出した満期未到来の約束手形の所持人が、当該手形に裏書して手形金請求権を金融機関に譲渡し、金融機関は手形の額面金額から満期日までの利息相当額を割引料として差し引いた金額を割引依頼人に交付する融資の方法である。実質は手形の売買であり、金融機関の買取金額が融資金に当たる。金融機関は割引手形を満期日に手形交換所を通じて支払いを受け手形金を回収する。手形割引の対象と



なる手形は、商取引の裏付がある商業手形である。しかし、商取引の裏付がない融通手形をつかまされることもある。

イ 手形割引に際しては、予め、金融機関と割引依頼人との間で手形割引契約が締結され、手形割引約定書が作成される。その約定の中に、金融機関が割り引いた手形が不渡りとなったときは、割引依頼人に買戻し義務を発生させる旨の約定がある。この約定により、割引手形が不渡りになったときは、金融機関は手形割引契約に基づき手形の買戻請求権を行使して売買契約を成立させ、割引依頼人に買戻代金の支払を請求する。割引依頼人はやむなく買戻代金を支払って不渡りとなった約束手形を金融機関から受け取ることになる。

ウ 割引依頼人に買戻代金を支払う資力がなときは、金融機関は、振出人や裏書人に対して手形債権を行使することも可能である。

エ 手形割引は約束手形の売買の性質を有しており、金銭消費貸借契約とは言えないから、額面金額と買取金額の差額を利息とみなして利息制限法を適用することはできないと判断した最高裁判決がある（最高裁昭和48年4月12日第一小法廷判決

・金融法務事情686号30頁)。

4) 商業手形担保付手形貸付

商業手形担保付手形貸付(商担手貸)とは、金融機関が、融資希望者が所有する商業手形を譲渡担保に取って手形貸付の方法とする融資である。商業手形の所持人は、その手形を金融機関に割引に出して金銭を得ればよきようなものであるが、所持する手形の金額が小口で手形の枚数が多い場合や、手形振出人の信用が今ひとつの場合、支払期日までの期間が長い場合など、金融機関が手形割引を嫌う場合に商担手貸が利用される。商担手貸がなされれば、金融機関は、担保として受領した手形を取り立て、貸金債権の返済に充当することができる。

5) 当座貸越

当座貸越とは、金融機関が当座勘定取引先に対し、一定の貸越極度額までは、当座預金の残高を超えて、当座勘定取引先が振り出した手形・小切手を支払う旨を約束するものである。当座預金の残高が手形金や小切手金の支払のための金額に不足しておれば本来は手形小切手の不渡りとなるはずのところ、金融機関から当座貸越契約に基づき貸越金が融資される。その結果、手形・小切手は不渡りになることはない。貸越金は金融機関から取引先への貸付金になり貸付金は取引先の当座預金に入金される。

6) 代理貸付

代理貸付とは、金融機関が国家的規模の他の金融機関から業務委託を受け、他の金融機関の資金を貸し付けるものであり、法的には貸付事務の委任である。日本政策金融公庫、住宅金融支援機構、雇用・能力開発機構その他一定の目的をもった政府関係金融機関の資金が大部分である。委託機関にとっては委託先機関の店舗網を利用できること、委託を受ける金融機関にとっては自己の資金を使わず取引先の需要を満たせるというメリットがある。代理貸付をすると受託金融機関は融資額の全部または一部について保証債務を負担する。

7) 住宅ローン

ア 住宅ローンは、貸付けの種類から言えば証書貸付であり、居住のための住宅や敷地を購入するために金融機関から受ける融資のことである。住宅ローンを受けるには、長期間の分割返済に耐えられるように、給与や事業所得などの安定した収入があることが必要である。通常、住宅ローンを受けるに際しては、住宅ローンを受ける者が金融機関指定の信用保証会社に保証を委託し、委託を受けた信用保証会社が債務を連帯保証している。この場合には、住宅ローンの債務者が分割金を支払わなかったときに、信用保証会社が保証債務を履行し(代位弁済し)、債務者に対する求償権を取得する(民法459条1項)。求償権は、求償債務を担保するために予め設定された抵当権や保証債務により担保される。

イ 住宅ローンは民事再生手続において、特別な配慮がなされている。

①小規模個人再生、給与所得者等再生の手続開始の要件

個人である債務者のうち、将来において継続的に又は反復して収入を得る見込みがあり、かつ、再生債権の総額が5000万円以下の者は、小規模個人再生を求めることができ（民事再生法221条1項）、給与所得者等再生も同様であるが、この5000万円は、住宅ローンの債務額を除外して計算される。したがって、債務の総額が7000万円あってもそのうち住宅ローンが2000万円であれば、住宅ローン以外の債務は5000万円以下であるから小規模個人再生を求めることができる。

②住宅資金貸付債権の特則

民事再生手続においては、マイホームを失わずに債務整理できるように、住宅資金特別条項が用意されている。通常再生、小規模個人再生、給与所得者等再生を通じて適用される。「住宅資金貸付債権」とは、要するに住宅ローン債権であり、再生計画認可決定の確定時までには弁済期が到来する住宅資金貸付債権の元本、利息・損害金については、その全額を、再生計画で定める弁済期間（当該期間が5年を超える場合にあっては、再生計画認可の決定の確定から5年）内に支払えばよいとか、住宅ローン債務者の再生のための保護規定が置かれている。

8) 信用保証協会の保証付き融資

信用保証協会の保証のもとに行われるのが信用保証協会の保証付き融資である。

信用保証協会は信用保証協会法に基づき設立された公益法人であり、各都道府県に存在する。一般に、中小企業が金融機関から融資を受けようとする場合に適切な保証人を得られないために融資を得ることができなかつたり、融資条件が不利になったりすることがあるため、中小企業がスムーズに経営資金を調達できるようにするため、信用保証協会の保証が利用される。信用保証協会の保証付き融資がなされると、債務者が倒産した場合などには信用保証協会が債務を代位弁済する。そして、信用保証協会は主たる債務者に求償権を行使する。

3 銀行・信用金庫・信用組合取引約定書

金融機関と融資取引を始めるに際しては、取引約定書への署名捺印を求められる。取引約定書には、今後金融機関と取引をするに際しての基本的な約束が盛り込まれている。かつては、全国銀行協会が取引約定書のひな型を作成し、全国の金融機関はひな型に沿った取引約定書を作成していたが、平成12年4月にひな型が廃止され、以降は各金融機関ごとに独自の取引約定書を作成し、使用する建前になって現在に至っている。

4 いわゆる貸手責任について

- 1) 金融機関の貸手責任が問題とされたのは、ほとんどが次のような事案であった。すなわち、不動産価額が実価値をはるかに超えて上昇傾向にあったバブル経済の頃、金融機関の担当者が顧客に融資を勧誘するに際し、「借入金の返済は、今後値上がりするであろう不動産の転売代金や建築するマンションの分譲代金・家賃収入によって可能である。」と説明したのを信じて金融機関から金銭を借り入れて不動産を買ったり、既に所有している土地の上にマンションを建設したりしたが、バブル経済の崩壊により不動産価額は上昇するどころか大幅に下落するし、マンションの賃料収入も思ったほどではないため、もくろみが崩れ、金融機関に対する借金のみが残るといふ悲惨な目に遭った人がいた。金融機関の担当者は将来の見通しを述べ、その見通しが外れたわけであるが、担当者は故意に虚偽の見通しを告げたわけではないだろうし、その当時は、バブルが崩壊するなどとは誰も信じていなかったから担当者に過失があったとも言えないだろう。
- 2) そこで貸手責任が問題とされるようになったが、いかなる事実があれば「貸手責任」が発生するのかという、貸手責任が発生するための要件事実を定めた法律の規定は存在しないから、我が国において法律上の概念としての貸手責任を認めるのは困難である。場合によっては民法709条の不法行為が成立することもあり得るだろうが、一般的な貸手責任が認められるわけではない。また、消費者契約法4条には、事業者と消費者との消費者契約の勧誘に当たり虚偽を述べたり、重要事項を述べなかったりした場合に取消権が与えられているが、それも消費者契約法4条の適用の問題であり、一般的に貸手責任が認められるわけではない。
- 3) かくして、法律上の概念としての金融機関の貸手責任は否定すべきである。

第2 金融機関と物的担保

1 抵当権と根抵当権

- 1) 融資取引には、融資先が倒産して債権回収が困難になる危険がつきまとう。そこでこのような危険が発生した場合に備えて予め設定されるのが「担保」である。担保には、物的担保と人的担保がある。金融機関は融資に当たっては、物的担保として抵当権や根抵当権の設定を受け、人的担保として、保証契約を締結して保証人をとるのがふつうである。この項では、物的担保としての抵当権と根抵当権について説明する。
- 2) 現在の民法には、抵当権と根抵当権が存在し、抵当権よりも根抵当権の方がよく用いられる現状にあるが、民法制定当時には抵当権しか存在しなかった。根抵当権は法律の根拠なく実務界で用いられ、後に判例も容認した判例法とも言うべき存在であったが、昭和46年の民法改正により根抵当権に関する条項として民法398条の2から398条の22が民法に追加され、昭和47年4月1日に施行された。その後、平成15年

に一部が改正されて現在に至っている。

- 3) 抵当権は、抵当権設定の時点で現実に存在する特定の債権を担保する担保物権である。特定の債権とは、平成〇年〇月〇日に貸し付けたことにより発生した貸金債権というようにこの世に一つしかない債権である。そういう特定の債権を担保するのが抵当権であるから、抵当権設定の旨が合意され(抵当権設定契約が締結され)、抵当権設定登記がされても、何かの事情で被担保債権が存在しなければ抵当権は無効である。これを「成立における付従性」という。また、有効に成立した抵当権でも、その後被担保債権が弁済により消滅すれば、当該抵当権も法律上消滅する。これを「消滅における付従性」という。抵当権によって担保される債権が弁済等により消滅し、これにより抵当権も実体法上消滅すれば、通常、抵当権者は抵当権設定者に対し、抵当権設定登記の抹消登記に必要な書類（登記原因証明情報、登記委任状、資格証明書）を交付し、抵当権設定者はその書類を使用して法務局に抵当権設定登記の抹消登記を申請し、申請を受け付けた登記官がこれを抹消する運びになる。しかし、書類はそろっているからいつでも抹消できると考えて抹消登記を申請しないで放置する人もおり、その場合には、法務局の登記情報の上では抵当権がまだ生きていたかのような外観になる。しかしその場合でも、登記情報に記載されている抵当権はもぬけの殻の無効の登記であり何の債権も担保しない。無効の登記を新たな貸付けに流用することも許されない。
- 4) 金融機関と取引先は多数口の融資取引をするのがふつうであるから、ある口の融資をするためにAという抵当権を設定し、Aの抵当権の被担保債権が弁済により消滅すればAの抵当権設定登記の抹消登記をし、別口の融資をするためにBという抵当権を設定しその登記をするとなると不便だし登記費用もかさむから、従来の抵当権のように「特定の債権を担保する抵当権」ではなく、「不特定の債権を担保する根抵当権」の必要性が生じ根抵当権が用いられるようになった。根抵当権は抵当権と異なり、根抵当権設定の時点で被担保債権が存在しなくても成立し、根抵当権設定の時点では、「将来担保すべき債権の枠組み」のみが定められておればよい。すなわち、根抵当権設定の時点では、将来、①どの債務者に対する債権を担保するのか、②いかなる債権の種類に属する債権を担保するのか、③担保する債権額の上限=極度額はいくらかのみが定められておればよい。そして、民法が定める「根抵当権の担保すべき元本の確定」日、例えば債務者が破産手続開始決定を受けた場合を例にとると、債務者が破産手続開始決定を受けた日に担保される元本が確定するから(民法398条の20第1項4号)、当該確定日に上記の債権枠に該当する債権が存在しておればその債権が担保され、存在しなければ担保されないという仕組みである。したがって、根抵当権にあっては元本の確定日が来るまではどの債権を担保するのかが定まっておらず、確定日が到来して初めてどの債権が担保されるのかが判明する。

そういうわけであるから、根抵当権設定と同時又はその後に融資がなされて貸金債権が発生し、のちにその債権が弁済により消滅したからといって、根抵当権が消滅するわけではない。根抵当権には抵当権のような付従性がない。また、その債権が譲渡されても根抵当権は随伴して債権の譲受人に移転することもない（随伴性がない。民法398条の7）。

- 5) 根抵当権設定と同時に又はその後に融資がなされて貸金債権が発生し、のちにその債権が弁済により全部消滅したからといって、根抵当権が消滅するわけではないのであるが、このことが理解されていない判決や訴状がよく見受けられる。最近公刊されている裁判例では、時効消滅した債権を自働債権とする相殺の可否に関する最高裁平成25年2月28日第一小法廷判決（民集61巻2号343頁）の第1審判決（札幌地裁室蘭支部）がそうである。根抵当権の担保すべき元本の確定には何ら言及することなく、「被担保債権が消滅した。よって根抵当権が消滅した。」と判決に書いている。そのほか私は同様の請求原因を掲げた訴状に接した経験が何度もある。このように、根抵当権は裁判官や弁護士によく理解されていない存在である。
- 6) 根抵当権の担保すべき元本が確定するのは次の場合である。
 - ①元本の確定期日を予め合意したときはその日が到来したときに確定する（民法398条の6第1項）。なお、元本確定期日の最長期は5年に制限されている（同第3項）。
 - ②根抵当権設定者が、根抵当権の設定から3年を経過した後に元本の確定を根抵当権者に請求したときは、請求から2週間が経過したときに元本が確定する（民法398条の19第1項）。
 - ③根抵当権者は、確定期日の定めがある場合を除き、いつでも元本の確定を請求できる。したがって、根抵当権者が設定者に元本の確定を請求したときはその時に確定する（民法398条の19第2項）。
 - ④根抵当権者が抵当不動産について、競売、担保不動産収益執行、物上代位のための差押えを申し立てたときはその時に確定する。ただし、申立て後、申立てが取り下げられたり却下されることなく、競売手続若しくは担保不動産収益執行手続の開始又は物上代位による差押えがなされたときに限る（民法398条の20第1項1号）。
 - ⑤他の債権者の申立てによる抵当不動産に対する競売手続の開始又は滞納処分による差押えがあったことを根抵当権者が知った時から2週間を経過したとき。例えば、ある不動産に対し、Aが第1順位の根抵当権を有しており、Bが第2順位の抵当権を有している場合に、Bが担保不動産の競売を裁判所に申し立て、競売開始決定がなされ、裁判所からAに通知がなされたときは、Aの有する根抵当権の担保すべき元本は、裁判所からの通知によって目的不動産に対する競売手続の開始があったことを知ったときから2週間で確定する（民法398条の20第1項3号）。

⑥債務者又は根抵当権設定者が破産手続開始決定を受けたとき（民法398条の20第1項4号）。なお、債務者と根抵当権設定者が別人であるときは、そのいずれかが破産手続開始決定を受けたときに元本は確定する。破産と異なり民事再生手続開始決定を受けたときには確定しない。

⑦元本の確定前に債務者が死亡した場合は債務者死亡の時に確定する。ただし、根抵当権者と根抵当権設定者との合意により根抵当権が担保する債権の範囲を変更する合意をして6か月以内に変更登記をすれば確定しない（民法398条の8第2ないし4項）。なお、債務者兼根抵当権設定者が死亡した時は上記と同じであるが、単純な根抵当権設定者が死亡したときは確定しない。

7) 根抵当権の被担保債権確定後の融資

金融機関の融資担当者が心すべきことは、根抵当権の被担保債権の元本がすでに確定しているのに、それを見過ごして新たな融資をするような危険なことをしないことである。新たな融資による貸金債権は根抵当権によって担保されない裸の債権になってしまうからである。

2 抵当権の設定

1) 抵当権や根抵当権（以下、断らない限り単に「抵当権」という。）は、抵当権設定者と抵当権者との間の抵当権設定契約によって成立する。債務者は抵当権設定契約の当事者ではない。なお、抵当権設定契約によって抵当権が成立するのであり、抵当権設定登記によって抵当権が成立するわけではない。抵当権設定登記は既に成立している抵当権の内容を外部に表示するとともに第三者対抗要件^{*1}（民法177条）を具備するための手段である。

2) 抵当権を設定することができる者は不動産の所有者である^{*2}。債務者が自己の所有する不動産に抵当権を設定することが多いが、債務者以外の者が抵当権設定者となる場合もある。例えば、株式会社が融資を受けて債務者となる場合に代表取締役が個人資産に抵当権を設定するなどがその例である。抵当権設定者は債務を負担せず、他人の債務のために抵当権を設定している関係であり、人的担保としての保証人に類似することから「物上保証人」と呼ばれる。

3) いかなる内容の抵当権を設定するかは設定契約において自由に定めることができるが、根抵当権については制限があり、被担保債権は次の4種類の全部又はどれかでないといけない（民法398条の2）。その種類に該当しない債権を被担保債権とする

*1 民法177条 不動産に関する物権の得喪及び変更は、不動産登記法・・・その他の登記に関する法律の定めるところに従いその登記をしなければ、第三者に対抗することができない。

*2 なお、「抵当権を設定する」のは所有者であり、抵当権者ではない。抵当権者は「抵当権の設定を受ける」と表現する。

根抵当権は設定できないし、登記も受け付けられない。また、将来発生するすべての債権を被担保債権とする根抵当権（「包括根抵当」という。）は設定することができない。

①債務者との特定の継続的取引契約によって生ずるもの

○年○月○日付当座貸越契約、○年○月○日付継続的手形割引契約、○年○月○日付電気製品供給契約など。

②債務者との一定の種類取引によって生ずるもの

銀行取引、金銭消費貸借取引、手形貸付取引、手形割引取引、保証取引、電気製品売買取引、石油供給取引など

③特定の原因に基づいて債務者との間に継続して生ずる債権

甲工場からの排液によって継続的に生ずる損害賠償債権など。

④手形上若しくは小切手上の請求権^{*1}

4) 抵当権は、不動産を対象とする担保物権であるから動産については抵当権を設定することはできないが、一部の動産については特別法により抵当権の対象とすることが認められている。建設機械抵当法5条により登記された建設機械抵当，自動車抵当法に基づく自動車抵当がその例である（なお，軽自動車には自動車抵当を設定できない）。また，工場抵当法2条1項及び2項は，同法1条の「工場」の定義に該当する土地，建物について設定された抵当権は，土地又は建物に「備附ケタル機械，器具其ノ他工場ノ用ニ供スル物ニ及フ」と定めている。これは動産に抵当権が設定されているわけではないが，不動産に設定された抵当権の効力が一定の動産に及ぶという意味である。

5) 土地に対して設定された抵当権は，土地の上に存在する建物には効力が及ばないから（民法370条），土地と建物の両方をに抵当権を設定することがよく行われる。もっとも，抵当権設定当時には更地であった関係でやむなく土地のみに抵当権が設定されたが，その後建物が建築された場合には，抵当権者は，土地とともにその建物を競売することができる。ただし，その優先権は，土地の代価についてのみ行使することができる（民法389条）。なお，平成15年の民法改正前は，このような一括競売ができるのは抵当権設定者が建物を建築した場合に限定されていたが，民法改正後は，第三者が更地に建物を建築した場合にもその建物を競売できるようになった。すなわち，改正前の民法389条本文は，「抵当権設定の後その設定者が抵当地に建物を築造したときは，抵当権者は土地と共にこれを競売することができる。」と

^{*1} 金融機関が，債務者が振り出し，他の手形所持人から取得した約束手形は，金融機関と債務者との銀行取引により発生した債権ではないが，手形請求権に該当することにより根抵当権の被担保債権となる。

定めていたが、改正後の民法389条1項本文では、「抵当権の設定後に抵当地に建物が築造されたときは、抵当権者は、土地とともにその建物を競売することができる。」と定められた。

- 6) 抵当権においては目的物の占有は設定者のもとに留められたままであり、目的物の占有を抵当権者に移転することを要しない。これは質権と大いに異なる点であり、質権では目的物の占有を質権者に移転するのが質権の効力発生要件である（民法344条）。したがって、抵当権が設定されても抵当権を設定した所有者は従来どおり目的物を使用でき、営業の継続に必要不可欠な不動産でもその占有を維持したままこれを目的とする抵当権を設定して融資を受けることができる。設定者が所有権を失うのは、抵当権者が民事執行法180条に基づく「担保権の実行としての競売」を申し立て、裁判所の不動産競売において落札した買受人が裁判所に代金を納付して所有権を取得することによる。
- 7) 抵当権は同じ不動産について重ねて設定できる。その場合の各抵当権の優劣は抵当権成立の前後ではなく抵当権設定登記の前後による（民法373条）。その前後により1番抵当権、2番抵当権というように順位がつけられ、不動産競売に際しては、その順序に従って裁判所から配当がなされる。したがって、後順位の抵当権者は配当を全く受けられないこともある。どの抵当権者も担保権の実行としての競売を申し立てることができるが、配当を受ける見込みのない抵当権者については問題がある。配当を受ける見込みのない抵当権も担保権の実行としての競売を申し立てて裁判所から不動産競売開始決定を得ることまではできるが、裁判所のその後の調査によって、優先する抵当権があるために自己への配当が期待できない（剰余を生ずる見込みがない）ことが明らかになったときは、裁判所に対して「自ら高価に買い受ける旨の申出」をしない限り、いったんなされた不動産競売開始決定が取り消される（民事執行法188条、63条）。

3 抵当権の実行

- 1) 抵当権の実行としての不動産競売は、抵当権者が裁判所に「担保不動産競売申立書」を提出することにより開始される。裁判所は民事執行法第3章の「担保権の実行としての競売等」の諸規定に基づき競売を実施する。申立書には、「債権者は、債務者に対し、別紙請求債権目録記載の債権を有するが、債務者がその弁済をしないので、別紙担保権目録記載の（根）抵当権に基づき、別紙物件目録記載の不動産の競売を求める。」と記載するのが通例である。「債務者がその弁済をしないので」とあるように、債務者が債務不履行の場合に初めて申立てができるのであり、債務者が約束どおりに債務を弁済しているのに債権者が嫌がらせで抵当権の実行を申し立てることはできない（異議により開始決定が取り消される。）。
- 2) 裁判所は、不動産競売開始決定をした後、執行官に目的不動産の現況調査を命じ

たり、鑑定人に評価を命じたり、裁判所書記官が物件明細書を作成したりした後、多くの場合「期間入札」という方法により一般に売りに出し、最高価買受申出人に対する売却を許可し、買受人は裁判所に残金を納付する。そして、裁判所書記官は買受人に対する所有権移転登記、売却により消滅する権利等の抹消登記、差押え又は仮差押えの登記の抹消登記を法務局に嘱託し、その一方で裁判所は配当表を作成し、配当表に基づいて配当を実施する。

- 3) 抵当権については、被担保債権の元本、利息、損害金の配当を受けることができるが、利息と損害金については最後の2年分に制限される（民法375条）。根抵当権にはこの制限はなく、極度額を限度として全額が配当される（民法398条の3第1項）。
- 4) 抵当権が実行され目的物が競落されるとその不動産に設定されていた抵当権その他の権利はすべて消滅する（民事執行法188条、59条1項）。最高裁昭和41年3月1日第三小法廷判決（民集20巻3号348頁）は、次のように判示している。

「同一の不動産について数個の抵当権が設定されているときは、後順位の抵当権者の申立てによつて抵当権が実行された場合であつても、競落当時存した抵当権はすべて消滅し、競落人は抵当権の負担のない不動産所有権を取得する（競売法2条1、2項）のであるから、その不動産は競落当時存した最先順位の抵当権の設定登記当時の権利状態で競売に付されるものというべく、従つて、右最先順位の抵当権設定登記の後にその不動産について所有権その他の権利を取得した者は、その権利をもつて競落人に対抗することができないものと解すべきである（大正7年5月18日大審院判決・民録24輯984頁、昭和15年9月3日大審院判決・法律新聞4624号7号頁各参照）。」

- 5) 上記判決に述べられているように、最先順位の抵当権設定登記より前に設定されていた対抗力のある借地権^{*1}や借家権は抵当権が実行されても消滅しないが、最先順位の抵当権設定登記より後に設定された借地権や借家権は不動産競売によりすべて消滅する。かつては建物について設定された3年以内を賃貸借期間とする賃借権等は最先順位の抵当権設定登記より後に設定されたものでも消滅しない旨の民法395条の規定があったが、競売の妨害に使用される弊害があったことから平成15年の民法改正により削除された。現在の民法395条は、「抵当権者に対抗することができない賃貸借により抵当権の目的である建物の使用又は収益をする者であつて次に掲げるもの・・・は、その建物の競売における買受人の買受けの時から6箇月を経過するまでは、その建物を買受人に引き渡すことを要しない。」と定め、6か月に限り占有の継続を認めている。なお、「次に掲げるもの」とは、「競売手続の開始前から使用又は

*1 借地権とは、「建物の所有を目的とする地上権又は土地の賃借権」である（借地借家法第2条）。

収益をする者」等である。

- 6) 最先順位の抵当権設定登記より前に設定されていた通行地役権は抵当権の実行によっても消滅せず、競落人が通行地役権の負担を承継する。最高裁平成25年2月26日第三小法廷判決（民集67巻2号297頁）は、競売時に通行地役権が存在しておれば競落人が承継すると判断した原判決を破棄し、「原審の上記判断は是認することができない。その理由は、次のとおりである。通行地役権の承役地が担保不動産競売により売却された場合において、最先順位の抵当権の設定時に、既に設定されている通行地役権に係る承役地が要役地の所有者によって継続的に通路として使用されていることがその位置、形状、構造等の物理的状況から客観的に明らかであり、かつ、上記抵当権の抵当権者がそのことを認識していたか又は認識することが可能であったときは、特段の事情がない限り、登記がなくとも、通行地役権は上記の売却によっては消滅せず、通行地役権者は、買受人に対し、当該通行地役権を主張することができる」と判断した。

4 抵当権と物上代位

- 1) 抵当建物が火災により焼失すると目的物の滅失により抵当権は消滅する。この場合、抵当権者は抵当権を失って損害を被るのに、抵当権設定者は火災保険金を入手できて不公平なので、抵当権の効力が火災による損害を填補するために支払われる火災保険金請求権に及ぶことが認められている。これが物上代位である（民法372条、304条）。ただし、保険金が抵当権設定者に支払われてしまうと火災保険金請求権が消滅するので、物上代位を行使するには火災保険金が未払であり火災保険金請求権という債権状態のまま存続している状態の時に、「抵当権の物上代位に基づく保険金請求権の差押え」を申し立て、当該債権の差押え決定を裁判所から得る必要がある。差押え決定があり一定期間が経過すれば差押え債権者は第三債務者たる保険会社に火災保険金を自己に支払えと請求できる。
- 2) 賃貸マンションなどの賃貸家屋に抵当権が設定されているときは、賃料債権に対して抵当権の物上代位を行使できる（民法371条）、抵当権者は裁判所に抵当権の物上代位に基づく賃料債権の差押えを申し立て、差押え決定がなされて一定の期間が経過すれば、直接、テナントに対し賃料の支払を請求することができる（民事執行法155条1項）。多数のテナントがいる賃貸ビルでは非常に有効な債権回収手段である。
- 3) また、民事執行法には、抵当権の実行として不動産競売のほかに、「担保不動産収益執行」の手続が定められている（民事執行法180条）。これは、不動産から生ずる収益、例えば抵当権が設定されている建物の賃料を被担保債権の弁済に充てる方法による不動産担保権の実行方法である。抵当権者はこの手続を利用して債権を回収することができるけれども、この方法によると、裁判所が選任する管理人の費用に充てられる裁判所への予納費用がかなり大きいものになるので、前記の物上代位の

方が好まれている。

第3 金融機関と人的担保

1 金融機関と経営者保証

- 1) 銀行や信用金庫などの金融機関が取引先と融資取引をするときは、取引先や関係者から抵当権や根抵当権などの物的担保の設定を受けると共に、取引先の関係者や信用保証協会、その他の保証を目的とする法人との間で保証契約を締結し、これらの者に保証人になってもらう。金融機関の融資取引に際しては、まず最初に、今後の取引に共通する諸条項（期限の利益喪失特約や弁済の任意充当条項など）を記載した取引約定書が作成されるが、この約定書には保証人欄があり、金融機関は保証人になる者の署名捺印を求める。こうして取引約定書上の保証人が生まれる。かつては取引約定書の保証人は、保証極度額も保証期間も定めがない無限定の根保証人になっていたが、平成15年の民法改正により、保証極度額がない貸金等根保証契約^{*1}は無効とされたので（民法465条の2第2項）、現在では、取引約定書の保証人にも保証極度額が定められるようになり、かつ、保証期間も設定されるようになった。さらには、経営者の保証を求める金融機関に対する社会の批判を受けて、最近では取引約定書に保証人の署名捺印を求めない金融機関も増えてきた。
- 2) こういう推移の中で、平成29年の民法改正では、民法465条の5(公正証書の作成と保証の効力)が加えられた。同条は、「事業の保証人は事業のために負担した貸金等債務を主たる債務とする保証契約又は主たる債務の範囲に事業のために負担する貸金等債務が含まれる根保証契約は、その契約の締結に先立ち、その締結の日前一箇月以内に作成された公正証書で保証人になろうとする者が保証債務を履行する意思を表示していなければ、その効力を生じない。」と規定された。かくして金融機関等が事業の保証人をとることは次第に難しくなってきた。もっともこの規定は、主たる債務者が株式会社である場合に取締役が保証するとき等には適用されない（民法465条の9第1号）。
- 3) 具体的な融資取引のうち、証書貸付の保証人は証書貸付の際に債務者から金融機関に提出される証書の保証人欄に署名捺印して保証人になり、手形貸付の保証人は手形の表面に署名捺印して手形保証人になる。また、手形割引の場合には手形割引約定書の保証人欄に署名捺印して保証人になる。なお、証書貸付が信用保証協会の保証付きで行われたり、住宅ローンが信用保証会社の保証付きで行われるときは、

*1 平成15年の改正民法は、金銭の貸付けや手形割引により発生する債務を「貸金等債務」と呼び、不特定の貸金等債務を保証する根保証契約のうち自然人が保証する場合を「貸金等根保証契約」と呼んでいる（民法465条の2第1項）。

金融機関に対する債務の保証人になるのは信用保証協会や保証会社であり、信用保証協会や保証会社は、将来代位弁済して主たる債務者に対する求償権を取得する場合に備えて、求償債務を保証する保証人を主たる債務者の関係者に要求する。

- 4) 一般に、中小企業の会社が金融機関から経営資金を借り入れるときは代表者が債務の保証人になるのが常であるが、保証人は、主たる債務者が債務を履行しないときに、保証債務の履行として自己が有する全財産（差押禁止財産を除く。）を引き当てとして債務履行の責任を負うため、主たる債務者が倒産したときには、主たる債務者と一蓮托生的に自己自身も倒産の憂き目に遭うことが避けられない。

2 保証契約

- 1) 保証人になれば保証債務を負担する。このような保証債務が発生する要件は、債権者と保証人との間の保証契約の締結（と書面の作成）である。保証契約は債権者と主たる債務者との契約ではないし、債務者と保証人との契約でもない。通常は、主たる債務者が保証人候補者に対して保証人になってほしいと依頼し（保証委託契約）、委託を受け入れた保証人候補者が債権者と保証契約を締結する運びになる。とはいっても現実には、債権者が主たる債務者に対し保証人の署名欄入りの契約書案を渡し、主たる債務者が保証人候補者に同書面の保証人欄に署名捺印してもらって同書面を回収して債権者に渡すという方法で保証契約が締結されてきた。しかし、これでは保証契約の当事者である債権者と保証人とは一度も面談することなく保証契約を締結することになり、これは主たる債務者が保証人の代理人となって債権者と保証契約を締結しているのだと認識された。しかし、一度も面談していないのでは後になって保証人から自分は保証したことはないと主張（保証否認）されることがあることから、金融機関は自衛策として、保証人に面談して保証意思を確認することを励行している。
- 2) なお、平成15年の改正民法が施行された平成16年4月1日より前までは、保証契約は債権者と保証人との意思表示の合致のみで成立し、成立要件としての契約書面の作成は要求されず、契約書面が作成されてもそれは保証契約成立を証する証拠（書証）に過ぎなかった。しかし、平成15年の民法改正により、「保証契約は、書面でなければ、その効力を生じない。」との条項が追加され（民法446条2項）、保証契約が効力を発生するためには保証したことを示す書面の作成が必要になった。したがって、書面が作成されていない保証契約はそれだけで無効である。従来は、立会人か保証人か不明の場合に、単なる立会人が保証人と目されて保証責任を負わされて被害を被ることがあったが、民法改正によりそのようなことはなくなった。なお、書面には電磁的記録を含むとされているから（民法446条3項）、電子メールでなされた保証契約も書面によるものとして有効である。そういうわけであるから、金融機関の実務担当者は支払督促の申立てや訴状に代わる準備書面の作成において、保証

債務の発生要件事実を記載する際には、「債務者は連帯保証した。」と書くだけでは不十分であり、「債務者は連帯保証し、その旨の書面を差し入れた。」等、書面性の要件を具備した事実を書かなければならない。

- 3) 保証契約の当事者が、特定の債務を保証することを合意すればその保証は特定の債務を保証する内容になり、一定の範囲に属する不特定の債務を保証することを合意すればその保証は根保証になる。前記の証書貸付の保証は特定の債務を保証することを合意しているからふつうの保証であり、銀行等取引約定書の保証は不特定の債務を保証することを合意しているから根保証である。根保証人は、元本確定期日までに発生し、元本確定期日に存在している債務を保証し、元本確定期日より後に発生した債務は保証しない。また、根保証契約締結時前にすでに発生していた債務も負担するかについては負担すると解するのが当事者の意思に合致するであろう。この点を明確にするため、保証契約書には、「保証人は、現在負担し、又は将来負担する債務を・・・保証します。」と記載されることが多い。
- 4) 貸金等根保証契約における根保証人の担保すべき元本は、次の場合に確定する。
 - ①当事者が合意した元本確定期日の到来（民法465条の3第1項）
 - ②元本確定期日を合意しなかった場合はその貸金等根保証契約の締結の日から3年を経過したとき（民法465条の3第2項）
 - ③主たる債務者又は保証人に対する強制執行又は担保権の実行手続の申立てがあったとき（民法465条の4第1号）
 - ④主たる債務者又は保証人について破産手続開始決定があったとき（民法465条の4第2号）
 - ⑤主たる債務者又は保証人が死亡したとき（民法465条の4第3号）
- 5) また、貸金債権の譲渡により貸金債権を譲り受けた者は債権の譲渡人が根保証人に対して有している根保証債権も承継取得するか、すなわち根保証債務は主たる債務に随伴して移転するか否かについて争われた事件がある。最高裁平成24年12月14日第二小法廷判決(民集66巻12号3559頁)は、根保証契約の当事者は「根保証債務は主たる債務に随伴するものとして根保証契約を締結している。」と解するのが合理的であるとの理由で根保証債務の随伴性を肯定した。すなわち、貸金債権の譲渡により貸金債権を譲り受けた者は根保証人に対する根保証債権も取得する。なお、根保証と異なり根抵当権については随伴性を否定する旨の明文の規定がある（民法398条の7第1項）。同条は、「元本の確定前に根抵当権者から債権を取得した者は、その債権について根抵当権を行使することができない。」と規定している。上記事件では、根保証債務についても根抵当権と同じように考えるべきであるという根保証人側の主張が排斥されたのである。
- 6) 貸金等根保証人の責任は非常に重くなる可能性があることから、平成15年の民法

改正により根保証人の責任の軽減が図られた。改正の要点は次のとおりである。

①保証極度額を定めなければ根保証は全部が無効である（民法465条の2第2項）。

②保証期間（元本確定期日までの期間）の合意がなければ保証が無効になることはないが、保証期間は3年になる。また、保証期間が5年を超える合意がなされているときも保証期間は3年になる（民法465条の3第1、2項）。なお、改正民法施行前から存在していた根保証で保証期間の定めのないものは、改正民法が施行された平成16年4月1日から3年で元本が確定する（改正附則4条3項）。

なお、この改正規定は法人である根保証人には適用されないが（民法465条の2第1項）、法人が貸金等債務を根保証した場合において、保証極度額の定めがなかったり、元本確定期日の定めがなかったりしたときは、根保証人たる法人が主たる債務者に対して取得する求償権についての保証人のうち法人を除く個人の保証人は保証債務を免れる（民法465条の5）。

7) 保証には連帯保証と連帯でない保証がある。保証契約の当事者が、連帯の合意すなわち「保証人は主たる債務者と連帯して保証債務を負担する」ことを合意すればその保証は連帯保証になる（民法454条）。また、とくに連帯の合意をしなくとも、主たる債務者にとって商行為に該当する行為により生じた債務を保証するときは連帯保証になる（商法511条2項）。以上の場合を除けば、その保証は連帯ではない保証である。連帯保証と連帯でない保証との違いは、連帯保証人は催告及び検索の抗弁権を有しないのに対し（民法454条）、連帯ではない保証人はこれらの抗弁権を有する点にある。催告の抗弁とは、保証人が主たる債務者を差し置いていきなり債権者から債務履行の請求を受けたときは、債権者に対し、まず主たる債務者に催告をすべき旨を要求し、それがなされていないことを理由に債権者の請求を排斥できる旨の抗弁である（民法542条）。ただしこの抗弁は、主たる債務者が破産手続開始決定を受けていたり行方不明であるときには成立しない（同条ただし書き）。次に、検索の抗弁とは、債権者から債務履行を請求を受けた保証人は、主たる債務者に弁済をする資力があり、かつ、その資力を示す財産に対する強制執行が容易であることを証明することにより自己に対する請求を排斥できる旨の抗弁である（民法453条）。金融機関は例外なく連帯保証の合意をしているからこのような抗弁に煩わされることはない。

8) 保証人になるに至った経過により、委託を受けた保証人と委託を受けない保証人の区別がある。保証人は、金融機関から融資を受けようとする主たる債務者に依頼され、保証を委託されてしぶしぶ金融機関と保証契約を締結して保証人になることが多いと思われるが、これが「委託を受けた保証人」である。委託を受けた保証人が主たる債務者に対して取得する求償権については民法459条と460条に定められている。なお、主たる債務者から委託を受けないのに保証人になることもあるが、こ

れは委託を受けない保証人であり、その求償権については民法462条に定められている。

ア 委託を受けた保証人の通常の求償権(民法459条)

委託を受けた保証人は、過失なく債権者に弁済をすべき旨の裁判の言渡しを受け、又は主たる債務者に代わって弁済をし、その他自己の財産をもって債務を消滅させるべき行為をしたときは、主たる債務者に対して求償権を有する。求償は、弁済その他免責があった日以後の法定利息及び避けることができなかつた費用その他の損害の賠償を包含する。

イ 委託を受けた保証人の事前の求償権(民法460条)

委託を受けた保証人は、次の場合には、主たる債務者に対し、代位弁済前に、求償権を行使することができる。「事前の」求償権というのは、保証人が未だ保証債務を履行していないのに主たる債務者に対し、求償権を行使、すなわち直ちに保証金額を支払えと要求できる権利である。その要求に応じて主たる債務者が保証金額を支払えば、保証人がその金銭を債権者に弁済することが期待されている。

- ①主たる債務者が破産手続開始の決定を受け、かつ、債権者がその破産財団の配当に加入しないとき。
- ②債務が弁済期にあるとき。ただし、保証契約の後に債権者が主たる債務者に許与した期限は、保証人に対抗することができない。
- ③債務の弁済期が不確定で、かつ、その最長期をも確定することができない場合において、保証契約の後十年を経過したとき。

ウ 主たる債務者が保証人に対して有する抗弁権(民法461条)

上記二つの場合に、主たる債務者が保証人に対して求償債務を履行する場合において、保証人が債権者に全額の弁済をしていないときは、主たる債務者は、保証人に担保を提供させ、又は保証人に対して自己に免責を得させることを請求することができる。

エ 委託を受けない保証人の求償権(民法462条)

主たる債務者の委託を受けないで保証をした者が弁済をし、その他自己の財産をもって主たる債務者にその債務を免れさせたときは、主たる債務者は、その当時利益を受けた限度において償還をしなければならない。また、主たる債務者の意思に反して保証をした者は、主たる債務者が現に利益を受けている限度においてのみ求償権を有する。

- 9) 株式会社などの法人の債務を個人が保証する場合は問題がないが、個人の債務を株式会社などの法人が保証するには注意すべき点がある。すなわち、株式会社が取締役の債務を保証するのは利益相反取引になり、株主の利益に反して取締役個人の利益のために保証することになりかねないから、株主総会において、当該取引につ

き重要な事実を開示しその承認を受けなければならず、株主総会の承認がない保証は無効である（会社法356条1項3号）。なお、取締役会設置会社^{*1}では株主総会の承認は必要がなく取締役会の承認で足りる（会社法365条1項）。

10) 地方公共団体の外郭団体への融資保証については、重要な判例事案（安曇野事件）があった。すなわち、多くの金融機関は、地方公共団体の外郭団体である土地開発公社などにかんがりの金銭を融資し、融資先倒産の場合に備えて地方公共団体との間に損失補償契約を締結している。長野県南安曇郡三郷村にも同村が過半を出資して設立された株式会社があり、複数の金融機関が同会社に融資し、同村が金融機関に生ずべき損失を補償する旨の契約を締結していた。そして、合併により同村の法律関係を安曇野市が承継していた。ところが、安曇野市の住民が、本件契約は「法人に対する政府の財政援助の制限に関する法律」3条に違反して無効であると主張して、安曇野市に対し、住民訴訟（地方自治法242条の2第1項1号）として、融資元の金融機関への公金の支出の差止め等を求める訴訟を提起した。財政援助制限法3条本文は、「政府又は地方公共団体は、会社その他の法人の債務については、保証契約をすることができない。」と定めているところ、本件の損失補償契約は同条で禁止されている保証契約に該当するから無効という主張であった。第2審の東京高裁判決が住民側の主張を採用して損失補償契約を無効と判断したので、同種の融資事案を抱えている全国の多くの金融機関に戦慄が走った。

しかし、最高裁平成23年10月27日第一小法廷判決（判例タイムズ1359号86頁）が、「記録によれば、上記株式会社は原判決言渡し後に清算手続に移行しており、当該手続において、同社の債務のうち市が本件各契約によって損失の補償を約していた部分については、既に上記金融機関等に全額弁済されたことが認められるから、市が将来において本件各契約に基づき上記金融機関等に対し公金を支出することとなる蓋然性は存しない。そうすると、本件においては、地方自治法242条の2第1項1号に基づく差止めの対象となる行為が行われることが相当の確実さをもって予測されるとはいえない」、「なお、付言するに、地方公共団体が法人の事業に関して当該法人の債権者との間で締結した損失補償契約について、財政援助制限法3条の規定の類推適用によって直ちに違法、無効となる場合があると解することは、・・・相当ではないというべきである。」と述べて原判決が被上告人の請求を認容した部分を破棄し、

*1 会社法制定前は、株主総会と取締役会は株式会社に必須の機関であったが、会社法は、「取締役会を置かない会社」（取締役会非設置会社）を制限付きで認めた（会社法327条1項）。そして、会社法の条文は、まず取締役会非設置会社について規定し、例外として取締役会設置会社についての規定するという構造をとっている。このため条文上は、取締役会非設置会社が原則で取締役会設置会社が例外の観があるが、現実の社会では取締役会設置会社が原則である。

被上告人の訴えを却下したので、同種の事案を抱えている全国の金融機関は安堵した。

3 保証債務の履行請求

1) 保証債務の履行を請求するには、金融機関の担当者と保証人との交渉から始まり、請求書の発送、支払督促^{*1}の申立て、訴訟の提起、強制執行へと段階を踏んでいく。これらの段階の中で裁判外で示談（和解契約）が成立したり、裁判上の和解が成立したりすればそれで解決するが、和解の場合のほとんどは、保証人が保証債務の全部又は一部の支払義務を認め、これをある程度の期間にわたって分割弁済していく内容である。この場合に、金融機関の担当者として心得ておかなければならないのは、期限の利益喪失特約である。この特約がなければ、例えば、500万円の保証債務を毎月10万円充て分割弁済する内容の和解契約が成立した場合に、保証人が1回分を支払ったがその後の支払をしないとすれば、金融機関が請求できる和解金は既に期限が到来した10万円のみである。期限未到来の残額490万円は未だ期限が到来していないから保証人に即時支払を請求することができない。したがって、分割弁済を約定するときは、期限の利益喪失特約を入れることを忘れてはならないのである。

2) 金融機関がいざ保証人に保証債務の履行を求めると、保証人から、自分は保証した覚えがないと言って保証を否認されることがある。

ア 前記のとおり、保証契約は債権者である金融機関と保証人との間の契約であるが、現実には、金融機関と保証人とが直接交渉して契約を締結することは少なく、主たる債務者が金融機関から借入れの書類を預かって保証人候補者のもとに持参し、保証人欄に署名捺印してもらい、金融機関に提出する形で保証契約が締結されることが多い。この場合、金融機関は保証人候補者と一度も面談していないから、保証契約は、債権者たる金融機関と保証人候補者との直接の意思表示の合致により成立したわけではなく、保証契約は、金融機関と、保証人の代理人たる主たる債務者との間の意思表示の合致により成立したものと認識される。こうしたときに、主たる債務者の詐欺的行為により、保証人の意思と異なる保証契約が締結される場合があり得る。ときには、主たる債務者が勝手に保証人に仕立て上げることすらある。そこで、主たる債務者が倒産したりして主たる債務が履行されない時には、保証人として請求を受けた者は、保証したことがないとか、保証したが金額が違うとか主張して争うことになる。

イ 金融機関は、保証を否認する者に対しては、代理人による契約の成立を主張・

*1 支払督促とは、債権者の申立てに基づき、債務者に金銭の支払等をするよう督促する旨の裁判所書記官の処分である（民訴法382条ないし402条）。簡易迅速に債務名義を得ることができる手続である。

立証することになるが、それは容易ではない。民法109条、110条、112条の表見代理（ひょうけんだいり）を主張して代理人による保証契約の成立を主張立証することになる。しかし、このような主張立証では誠に心許なく、金融機関はこのような事態に陥らないように、保証契約締結に際し、保証人候補者と面談して保証意思を確認し、保証意思を確認したことを示す書面を残しておくのが望ましく、最近の金融機関は保証意思確認作業を励行している。

ウ なお、契約書には、保証人として署名捺印（記名捺印）がなされているのが普通であり、とくに金融機関に対する保証は、保証人の実印が押捺され、それが実印であることを示すために印鑑登録証明書も添付されている。そして、民事訴訟法228条4項は、「私文書は、本人又はその代理人の署名又は押印があるときは、真正に成立したものと推定する。」と定めているから、保証人と目された人の署名や捺印がある限り、保証契約書は真正に成立したものと法律上推定される。しかし、この契約書には金融機関と保証人との間の直接の意思の合致により保証契約が成立した旨が記載されているが、それが明らかに違うのだから推定は簡単に破れる。民事訴訟法228条4項は金融機関に有利に働かない。

- 3) また、金融機関が保証人に保証債務の履行を求めると、保証人から、主たる債務が時効消滅しているから保証債務も消滅したと抗弁されることがある。それはそのとおりであるから、金融機関は主たる債務の時効にも気を付けておかなければならない。しかし、主たる債務者が破産手続開始決定を受け、破産手続終結決定がなされた場合に、その保証人が、「主たる債務が時効消滅したから保証債務も消滅した」との主張をすることは許されないとする最高裁判例がある（最高裁平成15年3月14日第二小法廷判決民集57巻3号286頁）。
- 4) 保証人のように「弁済をするについて正当な利益を有する者」は、保証債務の履行によって当然に債権者に代位する（民法500条）。「代位」とは、主たる債務者に求償することができる範囲内において、「債権の効力及び担保としてその債権者が有していた一切の権利」を行使できることである（民法500条）。ただし、「弁済をするについて正当な利益を有する者」が数名いる場合、例えば、保証人もおり物上保証人もいる中で保証人が弁済したときは、債権者の有していた物上保証人に対する抵当権等の担保権を行使できるかという点、「保証人と物上保証人との間においては、その数に応じて、債権者に代位する。」（民法501条5号本文）。すなわち、代位弁済額の2分の1の範囲内で物上保証人に対する抵当権等の担保権を行使できる。その他、利害関係人の種類毎に詳細な調整規定が置かれている（民法501条各号）。
- 5) 金融機関が有している物的担保や人的担保は金融機関の権利ではあるが、代位権者が将来代位によって取得することがあり得る権利でもあるから、金融機関がこれらの担保を放棄したり解除したりすると、代位権者は失われた担保権により求償で

きなくなった金額について自己の責任を免れる(民法504条)。しかし、金融機関は、時として、担保や保証人の変更・解除に応じなければならない場面にも遭遇するから、取引約定書において、金融機関には民法504条が適用されない旨を合意している。最高裁平成7年6月23日第二小法廷判決(民集49巻6号1737頁)は、特約を主張することが信義則に反する場合を除き、この合意を有効と認めている。

第4 金融機関と手形取引

1 手形の意義

- 1) 商取引の代金決済の手段として使われているものに手形がある。金融機関は、伝統的に手形を取り扱い、取引先から手形を割り引いたり、取立委任を受けたり、担保として預かったりしている。また、金融機関は、取引先から当座預金を受け入れ、当座預金の預金者から委託を受けて、取引先が振り出した約束手形や小切手を手形交換所を通じて当座預金から決済する任に当たっている。
- 2) 手形には「為替手形」と「約束手形」があるが、手形法は為替手形を原則的な存在として規定し、約束手形は例外的な存在として規定している。手形法第1編の1条から74条までは為替手形に関する規定であり、第2編の75条から78条のみが約束手形に関する規定である。75条から77条までに約束手形特有の内容を規定し、77条では為替手形の多くの規定を約束手形に準用している。手形法において為替手形が原則的な存在であるかのように規定されているのは、手形は為替手形から始まったという歴史的な沿革による。しかし、現代の社会において現実に流通しているのはほとんどが約束手形である。
- 3) 為替手形は、振出人が受取人に対し、「手形面記載の金額を手形面記載の支払期日に手形面記載の支払人が支払を引き受けて支払ってくれる。」と宣言して(手形の支払を支払人に委託して)振り出す手形である。支払人は振出人によって「この人が支払ってくれる」と一方的に名指されただけの存在であるからそのままでは支払義務を負担しないが、支払人が引受^{*1}をすると支払義務を負担する(手形法28条)。また、為替手形では振出人は引受及び支払を担保するから(手形法9条1項)、もし、支払人が引き受けなかったり支払わなかった場合には振出人が自ら手形金を支払う義

*1 引受は、手形の引受人欄に支払人が署名することによりなされる(手形法25条1項)。

務を負担する。このように、為替手形には、振出人、受取人、支払人、引受人が登場する。

No. _____ ① 為替手形 A536155		支払期日 ⑤ 平成 21年 10月 31日	
株式会社山田産業 殿		支払地 ⑥ 東京都港区	
金額 ③ ¥1,000,000 ※		支払場所 新日本商業銀行 青山支店	
(受取人) ⑦ 株式会社日本商事 ② 平成 21年 7月 25日 ⑨		引受 平成 21年 7月 25日	
振出地 ⑧ 東京都千代田区岩本町3丁目5番6号		④ 東京都港区南青山5丁目5番5号	
住所 ⑩ 株式会社日本商事		株式会社山田産業	
振出人 代表取締役 鈴木 一男		代表取締役 山田 太郎	
2 1301 0129 406 0026987 536155			

これに対し、約束手形は、手形面記載の金額を手形面記載の支払期日に振出人自ら支払うことを約束して振り出す手形であるから（手形法75条）、約束手形に登場するのは振出人と受取人のみである。振出人は手形を振り出すことにより手形金の支払義務を負担する。

No. _____ ① 約束手形 A536155		支払期日 ④ 平成 21年 10月 31日	
株式会社日本商事 殿		支払地 ⑤ 東京都港区	
金額 ③ ¥1,000,000 ※		支払場所 新日本商業銀行 青山支店	
② ⑧ 平成 21年 7月 25日			
振出地 ⑦ 東京都港区南青山5丁目5番5号			
住所 ⑨ 株式会社山田産業			
振出人 代表取締役 山田 太郎			
2 1301 0129 406 0026987 536155			

4) 手形はどのようなサイズや性質の紙片に記載すべきかについて手形法に規定はないが、全国銀行協会連合会が統一手形用紙として規格・様式を定めており、金融機関は統一手形用紙以外の手形を扱わないため、現実に流通しているのは統一手形用紙を使用した手形のみである。統一手形用紙を使用しない手形を「私製手形」といい、金融機関はこれを取り扱わないが、手形法の要件を具備している限り裁判所は有効な手形として扱うべきである。しかし、下級審の裁判官は私製手形に偏見を持っているようで、「原告が使用する私製手形は、手形訴訟を利用するために手形制度を濫用（悪用）しているものというべきで、このような私製手形により原告の提起する手形訴訟は、手形訴訟制度を濫用（悪用）したものである。」（東京

地裁平成15年11月17日判決判例タイムズ1134号165頁)などと決めつけて私製手形による手形訴訟を認めないが理由がない判決であり批判されるべきである。なお、手形訴訟とは、手形所持人が簡易迅速に判決(手形判決)を得られるようにするために通常訴訟の特則として民事訴訟法第5篇(350条以下)で定められている訴訟の方法である。手形訴訟においては証拠は書証に限られるから手形所持人が圧倒的に有利である。

- 5) また、平成19年6月27日法律第102号として成立し、平成20年12月1日に施行された電子記録債権法は、企業が保有する手形金請求権や売掛債権などの金銭債権の電子記録化に関する法律である。これを利用すれば手形紙片という可視的、物理的存在はなくなり、手形は電磁的記録として記録された債権になる。金銭債権を電子記録化するためには、債権者と債務者すなわち電子記録権利者と電子記録義務者の双方が共同して、主務大臣の指定を受けた株式会社である電子債権記録機関の記録原簿に記録事項を記録するように請求し、電子債権記録機関がこれを記録原簿に記録することによりなされる。このようにして、手形紙片に代わる決済手段として電子記録債権が登場している。

2 手形の譲渡

- 1) 約束手形は、手形金請求権を表象する有価証券である。手形金請求権は、約束手形の所持人が振出人に対し、約束手形に記載された額面金額の支払を請求できる金銭債権である。振出人が手形要件を具備した約束手形を受取人あてに振り出すことにより受取人の振出人に対する手形金請求権が発生する。そして、手形金請求権の最初の権利者となった受取人は自己が有する手形金請求権を「手形の裏書」という方法で債権譲渡できる(手形法11条、77条)。民法では、債権の譲渡自体は譲渡人と譲受人の合意により可能であるが、そのままでは債務者に対抗できないし第三者にも対抗できず、債務者に対抗するには譲渡人から債務者へ通知するか債務者の承諾を得るかの方法が必要であり(民法467条1項)、第三者に対抗するには通知や承諾に確定日付が必要である(同2項)。しかし、手形所持人は、民法の債権譲渡の方法によらないで、単に手形紙片の裏書人欄に裏書するという方法で約束手形金請求権を有効に譲渡でき、裏書による譲渡はそのまま債務者に対抗できるし第三者にも対抗できる。

こうして、最初の権利帰属者である受取人が第1裏書人になって裏書し、以降、第2裏書、第3裏書というようにいくらかでも裏書による手形金請求権の譲渡が可能である(手形法13条、77条。「裏書ハ為替手形又ハ之ト結合シタル紙片(補箋)ニ之ヲ記載シ裏書人署名スルコトヲ要ス。」)。

- 2) 民法が定める債権譲渡の場合には、債権譲渡がされても、債務者が債権者に対し

て有する抗弁はそのまま譲受人に主張できるが（民法468条）、手形の裏書の場合には、振出人が譲渡人（裏書人）に対して有する抗弁は譲受人（被裏書人）に主張できない（手形法17条、77条）。すなわち、手形法77条が準用する手形法17条によれば、「約束手形ニ依リ請求ヲ受ケタル者ハ受取人其ノ他所持人ノ前者ニ対スル人的関係ニ基ク抗弁ヲ以テ所持人ニ対抗スルコトヲ得ズ」とされている。このことを「人的抗弁の切断」という。例えば、商品の買主が買掛債務支払のために手形を振り出したところ売主から受け取った商品に瑕疵がありそのために売買の目的を達成できないときは契約を解除して売買代金ひいては手形金の支払を拒むことができるはずであるが（民法570条、566条1項）、手形が受取人から被裏書人に裏書されておれば、もはや、被裏書人に対し、上記の事実を主張して手形金の支払を拒むことはできない。

- 3) 手形の裏書は手形金請求権を譲渡する効力を有するが、同時に、裏書人は手形に裏書することにより支払の担保責任を負担する（手形法15条、77条）。支払の担保責任とは、振出人が手形を不渡りにしたときには裏書人が支払うということである。裏書はこの意味で保証債務のような役割を有するところから、「裏書保証」と称される裏書がなされることがある。例えば、AがBに対する売掛債権回収のためにBから約束手形を受け取るに当たり、Bの資力を危ぶんで、Bが振出しCが裏書した手形を受け取るようなことがしばしば行われている。この場合には、万一手形が不渡りになっても、手形所持人は裏書人Cに手形金を請求できる。Cは裏書人の担保責任を負担するからである。
- 4) AがBから商品を買受けると、即金払いでない限りAはBに対する買掛債務を負担するが、買掛債務を支払うために約束手形を振り出せば、売主のBはAに対する売買代金債権に加えて手形金請求権をも取得する。この場合に、手形振出の原因となった法律関係（売買契約関係）を「原因関係」と言い、手形金支払債務を発生させる手形上の法律関係を「手形関係」という。そこで、手形を振り出したことにより手形の原因関係である買掛債務は消滅するのか消滅しないのかという問題がある。結論から言えば、消滅するかしないかは当事者の意思による。当事者が買掛債務を完全に消滅させて手形金請求権のみを存続させる意思ならば消滅し、消滅させない意思ならば消滅しない。通常、当事者は、原因関係を消滅させる意思を持ってはいないものと考えられている。したがって、売主は、手形金請求権と売掛金請求権のいずれの権利行使も可能である。

3 手形要件と白地手形

- 1) 手形法1条（為替手形の場合）、75条（約束手形の場合）は、手形の絶対的記載事項として手形要件を定め、この記載を欠く手形は無効であり手形金請求権は発生しないとしている（手形法2条、76条）。約束手形の手形要件は具体的には次のとおり

である。

第75条 約束手形ニハ左ノ事項ヲ記載スベシ

- ①・・・約束手形ナルコトヲ示ス文字
- ②一定ノ金額ヲ支払フベキ旨ノ単純ナル約束
- ③満期ノ表示
- ④支払ヲ為スベキ地ノ表示
- ⑤支払ヲ受ケ又ハ之ヲ受クル者ヲ指図スル者ノ名称
- ⑥手形ヲ振出ス日及地ノ表示
- ⑦手形ヲ振出ス者（振出人）ノ署名

第76条 前条ニ掲グル事項ノ何レカヲ欠ク証券ハ約束手形タル効力ヲ有セズ

しかし、原因関係となる取引において支払を必要とする時期などを今すぐには決められず後日確定する場合があるために満期を白地にしたままで手形を振り出したり、わかりきっている受取人や振出日などを記入する手間を省くために関係欄白地のままで手形を振り出したりすることがある。これらの場合には手形の絶対的記載事項たる手形要件が記載されていないから手形は76条により無効になるかのようなようであるが、振出人は手形を無効とする趣旨で振り出したのではなく、故意に一部を記載しなかったのであってその部分は適宜、所持人において書き込んでくれとの趣旨で振り出したものと考えられるから、手形を永久絶対的に無効とするのは適当ではない。このような手形は「白地手形」と称され、手形法では白地手形は有効と認められている（手形法10条）。

- 2) 白地手形を振り出すということは、受取人に白地補充権を授与して振り出すことである。受取人は、与えられた補充権に基づき白地を補充して手形要件を充足した完全な約束手形にすることができる。また、受取人が白地を補充しないままで裏書すると白地補充権は被裏書人に移転する。
- 3) 白地手形はそのままで有効ではないが、所持人が白地補充権を行使して白地を補充すると、手形要件を具備した有効な手形になる。しかし、時として白地を補充しないまま手形交換所を通じて手形が取り立てられることがあるが、この場合は白地が補充されないままであるから無効な手形が取り立てられたのである。その後になって白地を補充することにより完全な手形とすることはできるが、裏書人に対する遡及権については遡及権が失なわれるという重大な問題がある。裏書人は有効な手形であるにもかかわらず支払が拒絶された場合にのみ担保責任を負担するからである。

4 手形割引と手形の取立委任

- 1) 一定の地域に所在する多数の金融機関が申し合わせて、定時に、約束の場所へ約束手形や小切手などを持ち寄り、手形金や小切手金を請求したり支払ったりする場

所が手形交換所であり、全国各地の銀行協会により各地に設置されている。手形交換所に参加している金融機関は、手形交換所において手形・小切手金の請求や支払（これを手形交換という。）をすることが可能であるが、手形交換所に参加しているわけではない一般の私人としては、手形交換所に自ら手形を持ち込む資格がないから、その資格を有する金融機関に手形を売ったり（手形割引）、手形の取立を委託する（取立委任）が必要になる。

- 2) 一般に、銀行等の金融機関に手形を持ち込む方法には二つの方法があり、一つは取立委任、一つは割引である。すぐに手形を現金化する必要がなければ取立委任でよいが、すぐに現金化する必要があれば、銀行に割引いてもらうことになる。割引は手形の売買であり^{*1}、手形割引契約に基づき、割引依頼人が銀行に手形を売り渡すことになる。手形割引については別項で説明したので説明を省略する。
- 3) 金融機関は一般人から手形の取立てを委任されることがあるが、取立委任を受けた約束手形を手形交換によって取り立てるためには金融機関自らがその手形の所持人にならなければならないから、金融機関は取立委任を受けるに当たっては、取立委任者から取立委任裏書を受けなければならない。取立委任裏書については、手形法18条（77条）に規定が置かれており、「裏書ニ『回収ノ為』、『取立ノ為』、『代理ノ為』其ノ他単ナル委任ヲ示ス文言アルトキハ所持人ハ為替手形ヨリ生ズル一切ノ権利ヲ行使スルコトヲ得」と定められている。取立委任裏書の特色は、次のとおりである。
 - ①「所持人ハ代理ノ為ノ裏書ノミヲ為スコトヲ得」（1項ただし書き）
 - ②「債務者ガ所持人ニ対抗スルコトヲ得ル抗弁ハ裏書人ニ対抗スルコトヲ得ベカリシモノニ限ル」（2項）
 - ③「代理ノ為ノ裏書ニ依ル委任ハ委任者ノ死亡又ハ其ノ者ガ行為能力ノ制限ヲ受ケタルコトニ因リ終了セズ」（3項）

以上に説明したのは、明示の取立委任裏書であるが、真実を取立委任の趣旨で、通常裏書をすることも可能である。これを「隠れた取立委任裏書」という。

- 4) 取立委任者が民事再生手続開始決定を受けた場合の取立委任手形について紛争が生じたことがある。民事再生においては、再生手続開始の時に再生債務者の財産につき存する担保権（特別の先取特権、質権、抵当権、商法・会社法の規定による留置権（民事再生法53条））は別除権として担保権が保障される。そこで、商人たる銀行（株式会社）が融資取引先の商人から取立委任を受けて預かった約束手形

*1 もっとも、金融業者のする手形の割引は手形の売買ではなく、金銭消費貸借契約であるとして利息制限法を適用するのが判例通説である。

について見ると、この場合には、貸金債権を被担保債権とし手形を目的物とする商事留置権が成立すると考えられる。そうすると、取引先が再生手続開始決定を受けても、銀行は取立委任手形について別除権（商事留置権）を主張して手形を留置できる。しかし、さらに進んで、銀行が当該手形を取り立て、さらには取立金を貸金債権に充当することができるかについては議論があったが、最高裁平成23年12月15日第一小法廷判決（民集65巻9号3511頁）は、留置権に基づく取立権と銀行取引約定による取立金の貸金債権への充当（相殺ではない。）を肯定した。

この事案は再生債務者が原告となり、銀行を被告として不当利得返還請求訴訟を提起した事案である。原告・再生債務者は、被告銀行が再生債務者から取立委任を受けた約束手形を再生手続開始後に取り立て、取立金を貸金債権に充当したことが法律上の根拠のない不当利得に当たると主張して不当利得金5億余円の返還を求めた。1, 2審とも不当利得であると判断して原告(被控訴人)の請求を認容したので銀行側が上告した。最高裁は、原判決及び1審判決を取り消し、被上告人の請求を棄却した。最高裁判決は、取立権については留置権の権能として法律上の根拠があり、貸金債権への充当については銀行取引約定に法律上の根拠があるから、不当利得にならないと判示した。

5 銀行取引停止処分

- 1) 取引停止処分制度は、交換所に加盟しているすべての金融機関が、手形・小切手を不渡りにした者（小切手・約束手形の振出人、為替手形の引受人）に対し、当座取引及び融資取引を停止するものである。停止される取引は、当座勘定取引と融資取引であり、停止期間は、取引停止処分の日から2年間である。交換所に加盟しているすべての金融機関が拘束され、自店における当座取引及び融資取引を解消しなければならない。取引停止処分の効力は異なる手形交換所の加盟店舗には及ばない（例えば東京手形交換所の取引停止処分は大阪手形交換所の加盟店舗を拘束しない）。
- 2) 不渡り事故が発生すれば当該手形の支払銀行と持出銀行の双方から手形交換所に不渡届が提出される。支払銀行は交換日の翌営業日の午前9時30分に不渡届を提出し、持出銀行は交換日の翌々営業日の午前9時30分に不渡届を提出する。不渡事由には次の種類がある。

①第1号不渡事由（取引なし、資金不足）

②第2号不渡事由（契約不履行、詐取、紛失、盗難、印鑑相違、偽造、変造、取締役会承認等不存在、金額欄記載方法相違、約定用紙相違など）

③第0号不渡事由（手続違反、不渡届の提出を要しない）

形式不備（なお、振出日、受取人の記載のないものは形式不備とされない。）、裏書不備、引受けなし（為替手形）、呈示期間経過後、（小切手）、呈示期間経過後

かつ支払委託の取消（同）、期日未到来、除権判決、案内未着、依頼返却^{*1}、該当店舗なし、レート・換算相違、振出人の死亡、会社更生法・商法・破産法・民事再生法による財産保全処分中など。

- 3) 手形交換所は、加盟金融機関から第1回目の不渡届が提出されたときは、手形の振出人等の住所、氏名（名称）、支払銀行等を不渡報告に掲載して交換日から起算して4営業日目に加盟金融機関に通知する。第1回目の不渡報告から6か月以内に第2回目の不渡届が提出された場合には、その手形の振出人等に対する取引停止処分をし、交換日から4営業日目に参加銀行に通知する。
- 4) 第2号不渡届については、支払義務者から依頼があれば、支払銀行（支払銀行）は交換所に対して、異議申立手続をとることができる。「異議」とは不渡りになることに対する異議である。支払銀行が異議申立てをすれば、不渡報告又は取引停止処分報告に掲載されない。支払銀行が異議申立てをするには、交換日の翌々営業日の午後3時までに異議申立書及び不渡手形相当額の異議申立提供金を交換所に差し入れなければならない。異議申立提供金を交換所に差し入れるのは支払銀行であるが、そのために支払銀行は支払義務者に対し、異議申立提供金に相当する金額を支払銀行に預託するように求める。しかし、不渡事由が偽造・変造であり、支払銀行がその証明資料を交換所に提出し、交換所が認めたときは、異議申立提供金は免除される。またいったん差し入れた提供金でも、偽造、変造、詐取、紛失、盗難、取締役会承認等が存在しなければ、証明資料を提出して返還請求できる。異議申立提供金の返還は、次の場合に行われる。
 - ①不渡事故が解消し、持出銀行から事故解消届が提出された場合
 - ②別口の不渡りにより取引停止処分に付された場合
 - ③支払銀行から異議申立ての取下げ請求があった場合
 - ④異議申立日から2年経過した場合
 - ⑤当該振出人等が死亡した場合
 - ⑥当該手形の支払義務のないことが裁判により確定した場合
 - ⑦持出銀行から交換所に支払義務確定届又は差押命令送達届が提出された場合
- 5) 手形交換所から異議申立提供金が支払銀行に返還されると同時に、支払義務者が支払銀行に預託していた異議申立預託金返還債務の履行期も到来する。この預託金返還請求権について手形所持人が差押命令を得たときでも、支払銀行が当該取引先

*1 依頼返却とは、誤って交換に付された手形・小切手を持出銀行から支払銀行に対して返却を依頼する手続である。支払呈示の撤回なので不渡届の提出は不要であるが、手形等の支払義務者が決済資金がないときに不渡りによる取引停止処分を免れるために、所持人と交渉して、持出銀行を通じて支払銀行に返却を依頼する事例がある。

に対する貸出金との相殺が優先する。

- 6) 不渡報告又は取引停止処分が参加銀行の錯誤によって行われた場合には、参加銀行の請求によって取り消される。参加銀行には過怠金が科されるほかに、債務不履行又は不法行為による損害賠償責任を問われる。

第5 金融機関の債権管理

1 消滅時効

- 1) 金融機関は顧客から預金を預かり、取引先に融資して利息収入を得ることにより利ざやを稼ぐことをもって営業の基礎としているが、その貸金債権を理由もなく喪失させては預金取引先に申し訳けないことである。そこで貸金債権の管理が非常に大切になるが、その中でも貸金債権を消滅時効にかけないことが強く要請される。貸金債権の消滅時効が表面化するのには、金融機関と融資取引先・保証人との債権回収交渉において、あるいは交渉が失敗してやむなく訴訟に移行した時に融資取引先や保証人から消滅時効を援用される場合である。消滅時効が援用されても、時効中断の措置を確実に講じておけばどうということはないが、うかつにも適切な時効中断措置を講じていなかったことが判明し、そのときになって大慌てしても遅すぎる。もはやその貸金債権は回収不能としてあきらめざるを得ないことにもなるし、担当者の職務怠慢の責任問題も生じる。
- 2) まずは金融機関の貸金債権の消滅時効期間を知っておく必要がある。民法167条1項は、「債権は、10年間行使しないときは、消滅する。」と規定しているから貸金債権の消滅時効期間は10年と思われるかも知れないが、この規定が適用される場合は意外に少ない^{*1}。むしろ商事消滅時効に関する商法522条が適用される場合が多い。なぜなら、商法522条本文は、「商行為によって生じた債権は、この法律に別段の定めがある場合を除き、5年間行使しないときは、時効によって消滅する。」と定めておりこの規定が適用されて消滅時効期間が5年になる場合が極めて多いからである。ここに言う「商行為によって生じた債権」とは、債権発生の原因となった契約が契約当事者のいずれかにとって商行為となる債権の意味であると解されている。貸金債権は貸主と借主との金銭消費貸借契約によって生じる債権であるが、その金銭消費貸借契約が貸主又は借主のいずれかにとって商行為であれば貸金債権は「商行為によって生じた債権」に該当する（大審院大正4年2月8日判決・民録21号75頁）。そうすると、銀行は株式会社であるから商人であり、商人である銀行が貸し付けた貸

^{*1} なお、平成28年改正民法167条1項は、債権者が権利を行使することができることを知った時から5年間、権利を行使することができる時から10年間権利を行使しない時は時効によって消滅すると定めた。したがって、改正民法によれば債権の消滅時効期間は原則的に5年になったと言える。

金債権の消滅時効期間は商行為により生じた債権として消滅時効期間は5年になる。また、信用金庫や信用組合は商人ではないと解釈されているから（最高裁昭和63年10月18日第三小法廷判決・民集42巻8号575頁）、信用金庫や信用組合が貸し付けた貸金債権はその限りでは商行為により生じた債権にはならないが、借主の方が商人であれば貸金債権はやはり「商行為によって生じた債権」になり、消滅時効期間は5年になる。現実には、貸主か借主のいずれかが商人である場合が多いから、ほとんどの場合、5年の消滅時効が適用され、10年の消滅時効期間が適用される場合は少ない。

なお、手形貸付における手形金請求権の消滅時効期間は満期から3年である（手形法70条1項、77条1項8号）。

また、民法174条の2は、「確定判決によって確定した権利については、10年より短い時効期間の定めがあるものであっても、その時効期間は、10年とする。裁判上の和解、調停その他確定判決と同一の効力を有するものによって確定した権利についても、同様とする。」と定めているから、5年の商事消滅時効が適用される貸金債権でも、金融機関が貸金請求訴訟を提起して勝訴判決を得、その判決が確定すればその貸金債権の消滅時効期間は5年ではなく10年になる^{*1}。

3) 消滅時効の中断

消滅時効の中断は、消滅時効期間が満了する前に時効の進行を止めさせる手段である。民法は、消滅時効の中断事由として次のものを規定している。

ア 裁判上の請求（民法149条）

裁判上の請求とは、貸金請求訴訟などの訴えの提起のことである。また、債務者が債権者に対し、「債務が存在しないから抵当権設定登記は無効である」との理由で抵当権設定登記抹消登記手続請求訴訟を提起した場合に、被告の債権者が答弁書で請求棄却の判決を求めるとともに債権の存在を主張したときは、裁判上の請求に準じるものとして、主張した債権につき消滅時効中断の効力が生じるとした最高裁判決がある（最判昭和44年11月27日第一小法廷判決・民集23巻11号2251頁）。

裁判上の請求により中断した消滅時効は、裁判中は消滅時効が進行せず、裁判が確定した時から新たにその進行を始める（民法157条2項）。

イ 催告（民法153条）

催告とは支払を請求することである。催告にも時効中断の効力があるが、その効力は制限付きである。すなわち、「催告は、6か月以内に、裁判上の請求、支払督促の申立て、和解の申立て、民事調停法若しくは家事事件手続法による調停の

*1 平成28年改正民法169条1項も判決等で確定した権利について同旨の規定を置いている。

申立て、破産手続参加、再生手続参加、更生手続参加、差押え、仮差押え又は仮処分をしなければ、時効の中断の効力を生じない。」(民法153条)。したがって、催告の一種である請求書を毎年送りつけても消滅時効を中断することはできない。6か月以内に裁判上の請求等をしないと、請求書の発送による時効中断効はすべて消滅するからである。

ウ 支払督促の申立て (民法150条)

支払督促の申立てにも時効中断の効力がある(民法150条)。「支払督促」とは民事訴訟法382条以下に定めがある手続である。支払督促の申立ては、債権者が債務者の普通裁判籍の所在地を管轄する簡易裁判所の裁判所書記官に対してなすのが原則であるが(民訴法383条1項)、事務所又は営業所を有する者に対する請求でその事務所又は営業所における業務に関するものは当該事務所又は営業所の所在地を管轄する簡易裁判所の書記官に対してすることができ、手形又は小切手による金銭の支払の請求及びこれに附帯する請求は手形又は小切手の支払地を管轄する簡易裁判所の書記官に対してもすることができる(同2項)。

債務者が支払督促の送達を受けた日から2週間以内に督促異議の申立てをしないときは、裁判所書記官は、債権者の申立てにより、支払督促に手続の費用額を付記して仮執行の宣言をしなければならない(民訴法391条1項本文)。なお、債権者が仮執行の宣言の申立てをすることができる時から30日以内にその申立てをしないときは、支払督促は、その効力を失う(民訴法392条)。また、適法な督促異議の申立てがあったときは、督促異議に係る請求については、その目的の価額に従い、支払督促の申立ての時に、支払督促を発した裁判所書記官の所属する簡易裁判所又はその所在地を管轄する地方裁判所に訴えの提起があったものとみなされる(民訴法395条)。

エ 和解及び調停の申立て (民法151条)

和解の申立てとは、民事訴訟法275条に定められている「訴え提起前の和解」のことである。「即決和解」とも言う。土地建物の明渡しの債務名義として用いられる。調停の申立てとは、民事調停法に基づく調停の申立てである。

オ 破産手続参加 (民法152条)

破産手続参加とは、融資取引先や保証人が破産したときに、破産裁判所に対して破産債権を届け出ることである(破産法111条)。しかし、破産手続と同時に破産事件が終了するいわゆる「同廃事件」では破産債権を届け出る機会がないし(破産法216条1項)、「管財事件」でも異時廃止(破産法217条1項)が見込まれるときはやはり破産債権を届出させない運用がなされているので、これらの場合には、破産手続参加による時効中断の機会がない。

カ 差押え、仮差押え、仮処分 (民法154条)

民事執行法に基づく差押えには請求債権について、民事保全法に基づく仮差押えや仮処分には被保全権利について、消滅時効を中断する効力がある。しかし、差押え、仮差押え及び仮処分は、権利者の請求により又は法律の規定に従わないことにより取り消されたときは、時効の中断の効力を生じない（民法154条）。

キ 承認（民法156条）

承認とは、債務の存在を認めることであり、債務者が債務を承認した事実は、残高確認書の提出などの事実により確認できる。債務の一部の弁済は債務全体について債務の承認に当たる（大審院大正8年12月26日判決民録25巻2429頁）。

4) 時効の利益の放棄・喪失

消滅時効期間が満了すればもはや時効の中断はあり得ないが、消滅時効期間満了後の債務の承認は、それが時効完成の事実を知らないでなされたときでも「時効の利益の放棄」に該当し、時効の利益が放棄された以上、もはや消滅時効を援用することは許されない（最高裁昭和41年4月20日大法廷判決民集20巻4号702頁）。これによれば、消滅時効期間が経過した後に債務者が一部の弁済をした時は、債務者はその後になって、消滅時効を援用することができない。ということは消滅時効期間が経過した貸金債権でも何食わぬ顔で請求し、債務者が一部でも支払えば時効利益を放棄したことになり貸金債権は消滅しなかったことになる。

5) 保証債務と消滅時効

「主たる債務者に対する履行の請求その他の事由による時効の中断は、保証人に対しても、その効力を生ずる。」（民法457条1項）。このように規定されているのは、保証債務は主たる債務に付従する性質があるからである。これに対し、保証債務の時効中断は主たる債務の時効中断とはならない。保証人が債務を承認しても一部の弁済をしても主たる債務の消滅時効を中断しない。ただし、連帯保証人に対する履行の請求は主たる債務者に対しても請求の効力を生じるから（民法458条、434条）、その限度で主たる債務の時効中断となる（請求の絶対的効力）。主たる債務の時効中断になるのは連帯保証人に対する「請求」のみであり、承認などは主たる債務の消滅時効を中断しない。また、請求であるからその後6か月以内に裁判上の請求をすることが必要である。

金融機関としては、保証人が保証債務を分割して支払っている場合に、油断して主たる債務を消滅時効にかけないように注意しなければならない。保証人が保証債務を履行している間にも、主たる債務の消滅時効は進行しているからである。

2 相殺

- 1) 金融機関の取引先が倒産した場合に、金融機関にとってもっとも手っ取り早い債権回収の手段は相殺である。金融機関は貸金債権を有すると同時に取引先から預金を預かっているから貸金債権と預金払戻債務とを相殺すればよい。相殺は、金融機

関から取引先への一方的な意思表示によりすることができ、相手方の承諾を必要としない。上記の場合に、相殺に供しようとする債権を「自働債権」、相殺により消滅する債務を「受働債権」という。「自働債権と受働債権を対当額で相殺する。」と表現される。

- 2) 取引先が破産手続開始決定、民事再生手続開始決定、会社更生手続開始決定を受けても相殺は可能である。これらの手続にもかかわらず相殺が可能であることから、これらの手続の中で「相殺権」として認められ、また、一定の規制がなされている。それぞれの手続との関係で述べれば次のとおりである。

ア 破産(管財事件)の場合

相殺は、破産債権者から破産管財人に対する裁判上又は裁判外の意思表示によってする。また、破産管財人から破産財団に属する債権について給付訴訟を提起された場合に、答弁書や準備書面の陳述によって相殺することもできる。

相殺時期の制限はない。破産手続においては破産手続終了まで破産管財人に対する意思表示による相殺が可能である。もとより破産管財人は破産財団に属する債権があるのにその履行を請求しないまま放置することはなく、債務者に履行を請求するだろうから、債務者としては破産管財人から債務の履行請求を受けた時に相殺権を行使してもよい。破産財団に属する債権の履行期が到来していないときは破産管財人としては即時請求ができず履行期の到来を待つ以外にないが、既に履行期が到来しており、破産債権者の相殺権の行使が可能であるのにもかかわらず債権者が相殺権を行使しないときは、破産管財人は、破産債権の届出をすべき期間（破産法31条1項3号）が経過した後又はその期日が終了した後、相殺権を有する破産債権者に対し、1月以上の期間を定め、その期間内に当該破産債権をもって相殺するかどうかを確答すべき旨を催告することができ（破産法73条1項本文）、破産債権者がその所定の期間内に確答しなかったときは、当該破産債権者は、破産手続の関係において、相殺権を行使できなくなる（同条2項）。しかし、この催告は、破産債権者の負担する債務(受働債権)の弁済期が到来している場合にのみ認められる（破産法73条1項ただし書き）。したがって、破産財団側の債権の弁済期が到来しなければ破産管財人は催告権の行使により相殺権を消滅させることができない。

イ 民事再生・会社更生手続

民事再生や会社更生手続では、相殺時期の制限があり、相殺権の行使は債権届出期間満了時までにはしなければならない（民事再生法92条1項、会社更生法48条1項）。

- 3) 破産者に対して債務を負担している者が他人の有する破産債権を安値で買い集め、それを自働債権として相殺するのは不公平であるし、破産債権者が破産者の支払停

止後に債務を負担し、それを受働債権として相殺するのも不公平であるから、このような相殺は禁止されている（破産法71条，72条）。民事再生手続，会社更生手続にも同様の相殺制限の規定がある。「禁止される」とは，そのような相殺をしても，相殺の有効性を破産管財人に主張できないという意味である。通常は，破産管財人が破産財団に帰属する債権の履行を請求するのに対し，債務者が主張する相殺の抗弁が認められるか否かという形で問題となる。

3 サービスへの債権売却

- 1) 「債権管理回収業に関する特別措置法」が平成11年2月1日に施行された。この法律では，金融機関等が有する貸金債権等（「特定金銭債権」という。）を，法務大臣の許可を受けた株式会社であるところの債権管理回収業者（サービス）に売り渡し，債権を買い受けた債権管理回収業者が訴訟提起その他の方法によって債権回収をすることが認められる。
- 2) これは本来は弁護士法に違反する行為である。弁護士法では，弁護士又は弁護士法人以外の者が，業として，委託を受け又は譲り受けて債権の回収を行うことを禁止している（弁護士法72条，73条）。しかし，不良債権の効率的な処理のためには債権回収の担い手として弁護士のみでは不足であるとの観点から，弁護士法の特例として民間業者に債権回収業を解禁することとされた。しかし，野放しにしたのでは暴力団等の反社会的勢力の介入が予想されるから債権管理回収業を法務大臣の許可制とする等の措置が講じられている。
- 3) バブル崩壊後に大量に発生した不良債権を多く抱えている金融機関には，このような債権管理回収業者に債権を売り渡して実質価値に見合う代金を取得する道が開かれ，現に多くの金融機関によって活用されている。

第6 消費者金融取引

1 消費者金融取引

かつては質屋が庶民金融の中心であったが，今や主流は貸金業者の行う消費者金融取引である。消費者金融取引の特色は，金銭の貸付けを業とする貸金業者が金銭の貸付けに当たり，質権，抵当権などの物的担保を取らず，保証人のような人的担保も一切徴求しない無担保の融資である点ある。かつては利息制限法の制限を超える高い利息を取る点にも特色があったが，貸金業規制法が廃止され利息制限法の制限を超える利息を授受する法的根拠が全く失われたので，現在では利息制限法の制限内の利息を取るようになっている。さらに銀行などの金融機関も「カードローン」と称する消費者金融取引を行うようになっている。

2 基本契約

消費者金融取引では，取引開始の際に「基本契約」が締結され，基本契約の中で，

貸付限度額、利率、遅延損害金率など、取引の基本的な条件が定められる。基本契約の名称は、貸金業者毎に異なっており、カード基本契約その他の適宜の名称が付けられている。基本契約に基づく消費者金融取引は、基本契約で定められた貸付限度額の範囲で自由に借り増しができる取引であり、貸付残高が貸付限度額の範囲におさまっている限り、従来の借入金が未返済のまま残っていてもさらに追加の借入れが可能とされている。したがって、数口の借入金が未返済のまま併存し得るから、個々の返済^{*1}も、どの口の貸付けに対応する返済であるかは意識されず、借入額全体に対する返済と意識される。なお、基本契約が締結されると貸金業者からATMカードが貸与される。

3 基本契約と個別契約

基本契約が締結されると、現実に貸付けが実行される際（個別契約の際）には改めて金銭消費貸借契約書その他の契約書が作成されることはない。ATMを利用して借り入れるときはATMから貸付けの明細書が発行されるし、営業所の店頭で借り入れるときは店頭で貸付けの明細書が発行される。また、返済はATMによりなされることが多いが、店頭で返済されることもあるし、提携金融機関を利用した振込みによる返済方法もある。

4 基本契約の効力

基本契約の法的効果として、貸金業者は貸付限度額内で申込みに応じて貸す義務を負担し、利用者は借りる権利を取得する。基本契約によるこのような法的拘束関係を絶とうとすれば、基本契約の解約その他の方法で基本契約を人為的に終了させる必要がある。債務が完済になり貸付残高がゼロになっても自動的に基本契約が終了することではなく、基本契約が存続している限り、ATMカードもそのまま有効であり、新たな借入れが可能である。通常、貸金業者の側から基本契約を解約することではなく、利用者の側から基本契約解約の申出がなされて基本契約が解約される。なお、債務を残したまま解約されることはなく、債務の完済・基本契約の解約となる。多くの消費者金融からの借入れがあることが家族その他の身内に発覚し、家族等から返済資金を出してもらって貸金業者を訪れて債務を完済し、二度と借入れをしないつもりで基本契約を解約する運びとなることも多い。しかし、時を経て再び基本契約を締結して新たに取引に入る人も多く、この場合に、先行する取引と新たな取引とを連続して利息制限法の制限利率による再計算すべきか否かをめぐって過払金請求事件の大きい争点となってきた。

5 基本契約の解約

*1 民法は、金銭債務も非金銭債務も含めて債務の履行を「弁済」と表現しているが、金銭債務の弁済については、最高裁は判決の中で常に「返済」と表現しているので、これにならない金銭債務を扱う本書でも「返済」と表現した。

基本契約が解約されると、基本契約書の原本が貸金業者から利用者に返還される。貸金業法22条は、「貸金業者は、貸付けの契約に基づく債権についてその全部の弁済を受けた場合において当該債権の証書を有するときは、遅滞なく、これをその弁済をした者に返還しなければならない。」と定め、同法52条には違反の場合の制裁が定められている。基本契約に基づく取引の場合には、基本契約書が貸金業法22条にいう「債権の証書」に該当するかどうかは疑問もあるが、一般に、貸金業者は基本契約が終了すると、基本契約書の原本の表面に「ご解約・年月日・会社名」のスタンプを押捺した上で借主に返還している。なお、貸金業法22条は貸金業者に対する不信感の上に立った規定であり、貸付金について全額の返済を受けた後も、借主との法律関係を示す証拠を貸金業者に保持させたままにしておくと、貸金業者はどのような悪いことをするかわからないという貸金業者に対する不信感から、貸金業者に対して基本契約書の原本を返還させ、顧客との法律関係の痕跡を消去させようとしたものである。その趣旨からして、貸金業者が契約書のコピーをとっておくことに対しても非難の目が向けられるから、貸金業者は単純に原本を返還すべきであり、コピーをとるなどして法律関係の痕跡を残したりしないことが要請される。

6 ATMカード

消費者金融取引においては、基本契約締結時に貸金業者からATMカードが貸与され、以降はカードを用いてATMにより借り入れたり返済したりする利用方法が多い。物理的存在たるカード自体は貸金業者の所有であり、利用者は貸金業者からカードを無償で借りる関係である。基本契約が終了すれば利用者はカードを返却しなければならないが、貸金業者にとってはカードという物理的存在はさほどに重要な事柄ではなく、無契約者にカードが利用されないようにする対策の方が重要である。このため、基本契約が終了すると、貸金業者は、店舗のコンピュータの端末からホストコンピュータにアクセスして当該利用者についてのカードの利用枠をゼロと記憶させることによりカードの失効措置を講じ、契約関係のない者が失効したカードを用いて借入れすることができないようにしている。

7 貸金業の登録

消費者金融業を営むには、その規模に応じて内閣総理大臣又は都道府県知事に申請して貸金業の登録を受けなければならない。2以上の都道府県の区域内に営業所又は事務所を設置する場合は内閣総理大臣の登録であり、一つの都道府県の区域内の場合は都道府県知事の登録である(貸金業法3条1項)。登録を受けない者は貸金業を営んではならず、登録を受けないで貸金業を営んだ者は貸金業法違反の犯罪となり、10年以下の懲役又は3000万円以下の罰金が科され又は併科される。無登録で営業している業者は「ヤミ金融」と呼ばれる。

8 消費者金融とサラ金

消費者金融は、サラリーマンを対象にした業者が多いとして「サラ金」と呼ばれたりしていたが、次第に、「消費者金融」の名称がよく使用されるようになった。その背景には、過剰な融資や高金利、過酷な取り立てにより、「サラ金地獄」という言葉がたびたび使われるようになって、「サラ金」のイメージが著しく悪くなったことから、業界が新たな名称として「消費者金融」の使用を推し進めたことによる。なお、法令用語には、サラ金や消費者金融などの用語は存在しない。

第7 利息の制限

1 金銭消費貸借契約と利息契約

金を借りたらなぜ返済しなければならないのか。道徳上は当然のことと思われても法律上となると法律の根拠がなければならない。法律上の根拠は民法587条であり、同条は消費貸借契約について規定し、消費貸借契約の借主は返済期限に返済義務を負担する旨を定めている。元本の返還を請求できる時期は、返済時期の定めがあればその時期であり、返済時期を定めなかったときは、「相当の期間を定めて返還の催告」をしたときである(民法591条1項)。「相当の期間」とは、社会一般の人がもっともだと思ふ期間であり、裁判官がそれを体現して相当か否かを判断する。例えば返済期限の約束なしに1000万円を貸した数日後に返せと言っても社会一般の人はもっともだとは思わないだろうが、1000円ならもっともだと思ふだろう。このように相当の期間は貸した金額によって異なる。

2 利息の請求

利息は、返済期限までの元本使用の対価として当事者が合意したものである。消費貸借契約はその成立要件として利息の合意を必要とせず、無利息の消費貸借契約も有効である。したがって、利息を請求するには、消費貸借契約とは別途、利息の合意＝利息契約が必要である。もっとも、商人間における金銭消費貸借については、利息の合意をしなくても当然に利息が発生すると規定されており(商法513条1項)、この場合には利息契約がなくとも利息請求権が発生する。なお、「商人」とは、自己の名をもって商行為をすることを業とする者のことであり(商法4条1項)、そこにいう商行為とは、商法501条ないし503条に定める行為である。なお、金銭の貸借は商行為とはされていないから貸金業者は貸金業者というだけでは商人にならない^{*1}。しかし、貸金業者が株式会社、合名会社、合資会社、合同会社など会社法上の会社であれば、これらの会社が事業として又は事業のためにする行為は商行為とされる結果(会社法5条)、

*1 最高裁昭和30年9月27日第三小法廷判決(民集9巻10号1444頁)は、「貸金業者が前記法律によつて貸金業の届出を受理されたからといつて、かかる者のなす金融行為自体が商行為となるものでもなく、従つてまたかかる貸金業者が商人と認められるものでもない」と判示している。

商法4条1項により商人になる。ところが、信用金庫や信用組合は商人ではない。この違いは破産や民事再生などの倒産法の分野で問題となる（商事留置権の成否など）。

3 遅延損害金

- 4) 遅延損害金は、利息契約や商法513条に基づく利息ではなく、債務不履行による損害賠償である。民法415条に基づき、返済義務の履行が遅れている履行遅滞の債務不履行がある場合に発生する損害賠償が遅延損害金である。債務が履行遅滞になるのは、①債務の履行について確定期限があるときはその期限が到来したのに履行されないときであり、②債務の履行について不確定期限があるときは、債務者がその期限の到来したことを知ったにも関わらず履行されないときであり、③債務の履行について期限を定めなかったときは、債務者が履行の請求を受けたのに履行をしないときである（民法412条）。
- 5) 利息は返済期限までの元本使用の対価として当事者間で合意されたものであるから、債権者が利息を請求できるのは返済期限までであって、返済期限経過後に利息が発生することはあり得ない。例えば、100万円を1年後に返済する約束で利息は年15%と定めて貸し付けた場合に、利息を請求できるのは返済期限までであって、返済期限後の利息を請求することはできない。それでは何の金銭も請求できないかと言えばそうではなく、債務者は返済期限に返済すべきなのにそれを返済しなかったから債務不履行（履行遅滞）となっており、貸主は、債務不履行による損害賠償を請求できる（民法415条、419条）。これが遅延損害金であり、損害金、遅延利息などと呼ばれたりしている。
- 6) 遅延損害金の額は法定されている。すなわち、民法419条1項は、「金銭の給付を目的とする債務の不履行については、その損害賠償の額は、法定利率によって定める。ただし、約定利率が法定利率を超えるときは、約定利率による。」と定めている。法定利率は年5分であるが（民法404条）、商行為によって生じた債務に関しては法定利率は年6分である（商法514条）。このように遅延損害金の額は法定利率によるから、債務者が返済期限に借入金を返済しなかったためにその返済金を当てにしていた手形決済ができずに倒産し莫大な損害を被ったとしても請求できる損害賠償は法定利率のみである。

4 貸主の請求

以上のことから、貸主が借主に貸金（利息付）の返済を請求する場合は、①貸金元本、②利息、③遅延損害金を請求することになる。例えば、100万円を1年後の平成27年3月31日に返済する約束で利息は年15%と定めて貸し付けたが返済されなかったので訴訟を提起する場合の訴状の請求の趣旨は、「被告は、原告に対し、金115万円及び内金100万円に対する平成27年4月1日から支払済みまで年15%の割合による金員を支払え。」となる。

5 利息制限法

近代私法の原則であるところの「契約自由の原則」からすれば、どのような利率の利息を合意しても当事者が納得さえすれば有効なはずであり裁判でも認められるはずである。しかし、高利の弊害を除去するために契約自由の原則は修正され、利息制限法が制定されている。利息制限法が定める利率の最高限度を超える利息の合意は無効であり、裁判所はその請求を認容しない。例えば、100万円を1年後に返済する約束で貸し付け、利息を50万円と約束した場合には、元利共で150万円（及び遅延損害金）を請求することになるが、裁判所では、元本100万円と利息15万円（及び遅延損害金）のみが認められ、35万円の利息の請求部分は棄却される。元本が100万円以上の場合、法律上認められる利率の最高限度は年1割5分だからである（利息制限法1条3号）。しかし、利息制限法には刑事処罰の規定は存在しないから、利息制限法の制限を超える利息の約束をしたり利息を受領したとしても、捜査機関は捜査することはできず、検察官も刑事犯罪として起訴できない。

1) 利息制限法の制限利率

金銭を目的とする消費貸借における利息の契約は、その利息が次の各号に掲げる場合に依り当該各号に定める利率により計算した金額を超えるときは、その超過部分について、無効とする（利息制限法1条）。なお、なぜ、「金銭を目的とする消費貸借」と言うのかということ、民法が定める消費貸借契約には、金銭を目的とする場合のほかに、米などのように、金銭以外を目的とする消費貸借の場合があるからである。

①元本の額が10万円未満の場合には、年2割を超える部分が無効である。

②元本の額が10万円以上100万円未満の場合には、年1割8分を超える部分が無効である。

③元本の額が100万円以上の場合には年1割5分を超える部分が無効である。

2) 利息の天引きと利息制限法

利息の天引きとは、金銭を貸し付ける際に利息を控除し、残額のみを現実に交付することをいう。例えば、100万円を1年後に返済する約束で貸し付け、利息として40万円を天引きして現実には60万円を交付しておいて、1年後に元本100万円の返済を受けるやり方である。利息制限法は利息の天引きそのものを無効とはしないで、利息の天引きをした場合においては、天引額（40万円）が「債務者の受領額（60万円）を元本として利息制限法1条に規定する利率により計算した金額」を超えるときは、その超過部分は元本の支払に充てたものとみなすと定めている（2条）。上記の例では、利息制限法2条の適用の結果、現実の受領額60万円について制限利率で計算した利息は10万8000円（60万円×0.18）になるのに対し、現実には40万円を利息として天引きしているから、差額の29万2000円（40万円－10万8000円）は元本の返済に充

てたものとみなされる。その結果、1年後に返済すべき元本は100万円ではなく、70万8000円（100万円－29万2000円）になる。債権者が裁判所に100万円の返済を訴求しても70万8000円のみが認容され、その余の請求は棄却される。

3) みなし利息

利息制限法1条と2条の適用については、金銭を目的とする消費貸借に関し債権者の受ける元本以外の金銭は、礼金、割引金、手数料、調査料その他いかなる名義をもってするかを問わず、利息とみなされる。ただし、契約の締結及び債務の弁済の費用はこの限りでない（利息制限法3条）。かつて、日栄（後に「ロプロ」と社名変更）は、金銭を貸し付ける際に、子会社の信用保証会社に保証させていた。そして、融資を受ける借主は、利息を日栄に支払うほかに信用保証会社に「保証料」を支払わねばならなかった。しかし、現実にはいずれも日栄が一括して受領していたし、信用保証会社は日栄の100%子会社であったから、借主側はこの保証料は利息とみなされるべきであると主張し、日栄側はこれを争っていた。この問題について、最高裁平成15年7月18日第二小法廷判決（民集57巻7号895頁）は、信用保証会社の保証料はみなし利息に該当すると判断した。なお、この会社は、平成11年、借金が返せない債務者に対して、「腎臓売って金作れ!」と電話で脅すなど脅迫的な取立てを行っていたことが判明し、この時の録音音声テレビなどで放送されたことから、大きな社会問題となり、消費者金融会社全般が社会から糾弾されるきっかけとなった会社である。

6 出資法

出資法の正式名称は、「出資の受入れ、預り金及び金利等取り締まりに関する法律」である。出資法1条は、不特定多数の者からの出資金の受入れの禁止について定め、同2条は、業として預り金（預金など）をすることの禁止について定め、同3条は浮貸しの禁止について定めている。浮貸しとは、金融機関の役員や職員がその地位を利用して行う金銭の貸付け等を行うことである。同4条は、金銭消費貸借の媒介をする者は媒介手数料として年5%を超える金額をもらい受けることが禁止されている。そして、出資法5条には高金利の処罰の規定があり、その内容は次のとおりである。なお、出資法5条の違反の行為は5年以下の懲役もしくは1000万円以下の罰金に処せられる。したがって、出資法5条違反の行為は犯罪になるのであり、この点が利息制限法違反と異なる。

1) 貸金業者以外の者（5条1項）

年109.5%（閏年は年109.8%，1日0.3%）を超える利息を約束したり利息を受領すると刑罰に処せられる。すなわち、金銭の貸付けを行う者が、年109.5%（閏年は年109.8%，1日0.3%）を超える割合による利息（債務の不履行について予定される賠償額を含む。以下同じ。）の契約をしたときは、5年以下の懲役若しくは1000万円以下の罰金に処し、又はこれを併科される。

2) 貸金業者（5条2項）

①年20%を超える利息を約束したり利息を受領すると5年以下の懲役若しくは1000万円以下の罰金に処せられる。

②年109.5%を超える利息を約束したり利息を受領するとと刑罰は加重される。すなわち、10年以下の懲役若しくは3000万円以下の罰金に処せられる。

7 賠償額の予定の制限

1) 弁済期後の問題

利息付きの金銭消費貸借契約においては、弁済期までは利息が発生するが、弁済期後には利息は発生しない。しかし弁済期に返済しないと、弁済期後は債務不履行（履行遅滞）による損害賠償請求権が発生する。これは一般に遅延損害金と呼ばれている。遅延損害金は法定利率によるが約定利率が法定利率を超えるときは約定利率による（民法419条1項）法定利率は民法が適用されるときは年5%であり（民法404条）、商法が適用されるときは年6%である（商法514条）。なお、商法3条1項は、「当事者の一方のために商行為となる行為については、この法律をその双方に適用する。」と定めているから、金銭消費貸借の貸主又は借主のどちらか一方にとって金銭消費貸借が商行為であるときには商事法定利率が適用される。

2) 賠償額の予定

賠償額の予定とは、弁済期限に履行しなかったときの損害賠償額を予め約束することであり、民法420条1項が賠償額の予定を有効と認めている。すなわち、同条は、「当事者は、債務の不履行について損害賠償の額を予定することができる。この場合において、裁判所は、その額を増減することができない。」と定めている。

3) 賠償額の予定の制限

裁判所は賠償額の予定を増減することはできないが、利息制限法の制限を超える賠償額の予定は制限されている。制限は利息よりも緩やかな内容となっている。すなわち、金銭を目的とする消費貸借上の債務の不履行による賠償額の予定は、その賠償額の元本に対する割合が利息制限法1条に規定する率の1.46倍を超えるときは、その超過部分について、無効とする（利息制限法4条1項）。そこで、1.46倍を計算すると、損害賠償の予定は次のものが無効ということになる。

①元本の額が10万円未満の場合には、年29.2%を超える部分が無効。

②元本の額が10万円以上100万円未満の場合には、年26.28%を超える部分が無効。

③元本の額が100万円以上の場合には年21.9%を超える部分が無効。

第8 過払金の請求

1 過払金の法理

かつては、どの貸金業者も利息制限法の制限を超過する利息を借主から受領してき

た。そこで、現在の時点から過去を振り返り、借主が過去に支払った利息制限法の制限を超える利息の支払金を借入元本に充当して残存元本を計算し、順次その計算を続けていくと、ある時点で、元本は計算上0になり、さらにその後も支払が続けられてきたという事態が生じる。このように、過去の取引内容を利息制限法の制限利率で再計算した結果、元本が0となった後の支払金がいわゆる過払金であり、支払った借主から貸金業者に対して返還請求が可能である。このようなことが認められるようになったのは、次の二つの最高裁判決による。

1) 最高裁昭和39年11月18日大法廷判決（民集18巻9号1868頁）

これは、利息制限法の制限を超過する利息の支払金は何らの意思表示を待たずに法律上当然に元本に充当されると判示した判決である。

2) 最高裁昭和43年11月13日大法廷判決（民集22巻12号2526頁）

これは、さらに進んで過払金の返還請求を認めた判決である。同判決は、「債務者が利息制限法の制限をこえて任意に利息・損害金の支払を継続し、その制限超過部分を元本に充当すると、計算上元本が完済となったとき、その後に支払われた金額は、債務が存在しないのにその弁済として支払われたものに外ならないから、この場合には、・・・民法の規定するところにより、不当利得の返還を請求することができるものと解するのが相当である。」と判示した。

2 貸金業規制法43条1項

1) しかし、貸金業の登録を受けた貸金業者については問題はそう簡単ではなかった。というのは、かつては（昭和58年11月1日から平成22年6月18日までは）、登録を受けた貸金業者に限り、一定の要件を満たせば利息制限法の制限を超える利息を受領することを認める法律が存在していたからである。「貸金業の規制に関する法律」（貸金業規制法）43条1項の「みなし弁済」と称される規定がそれであり、この法律は昭和58年5月13日に公布され、昭和58年11月1日に施行された。貸金業規制法43条1項は、貸金業の登録を受けた貸金業者が、①貸付けの際に貸金業規制法17条が定める書面を借主に交付し（17条書面）、②返済を受けた際には貸金業規制法18条が定める書面を借主に交付し（18条書面）、③これらの返済が強制ではなく任意になされた場合には（支払の任意性）、その利息が利息制限法の制限を超えていても有効な利息の支払とみなすと規定していた。みなし弁済規定が適用されれば、利息制限法は適用されず、貸金業者が定めた利率が法律上有効となって元本に充当されるべき過払い利息が存在しないことになるから、過払金は発生しなくなる。

2) ところが、貸金業規制法43条1項のみなし弁済について、裁判所は、請求側の意を受けてあれこれ理由をつけてみなし弁済規定の適用を否定してきたが、この問題に終止符を打ったのは、最高裁平成18年1月13日第二小法廷判決（民集60巻1号1頁）である。同判決は、基本契約の中に期限の利益喪失特約があれば、返済は強制されて

したものというべきであり任意に返済したと言えないから、貸金業法43条1項のみなし弁済規定は適用されないと判断した。同判決は次のように判示している。

「本件期限の利益喪失特約・・・の存在は、通常、債務者に対し、支払期日に約定の元本と共に制限超過部分を含む約定利息を支払わない限り、期限の利益を喪失し、残元本全額を直ちに一括して支払い、これに対する遅延損害金を支払うべき義務を負うことになるとの誤解を与え、その結果、このような不利益を回避するために、制限超過部分を支払うことを債務者に事実上強制することになるものというべきである。したがって、本件期限の利益喪失特約の下で、債務者が、利息として、利息の制限額を超える額の金銭を支払った場合には、上記のような誤解が生じなかったといえるような特段の事情のない限り、債務者が自己の自由な意思によって制限超過部分を支払ったものということとはできないと解するのが相当である。」

- 3) 最高裁判決に言う「期限の利益の喪失特約」とは、借入金の返済期限が未到来であっても、支払の遅滞その他一定の事実があれば全部の弁済期限が到来することを合意した基本契約の条項である。貸金業者は基本契約の中に期限の利益喪失特約をおくのが通常であったが、期限の利益喪失特約のある基本契約に基づく返済は強制された返済であり、貸金業規制法43条1項に定める任意の支払にはならないというのである。おそらく最高裁の裁判官は、期限の利益が失われると貸金業者は「腎臓売って金作れ!」などと強迫したり、やいのやいのと脅迫的な取立てをするに相違なく、そういう恐怖を与えるのが期限の利益喪失特約であると認識したのであろう。しかし、期限の利益喪失特約それ自体は、毎日のごとく裁判所で行われている裁判上の和解においても必ずといってもよいほどに用いられる条項である。期限の利益喪失特約＝強制と考えるのは短絡的であり、考えすぎの屁理屈である。ともかく、最高裁判決とあっては従うほかになくそのまま事実上の立法のように定着し、過払金請求に拍車をかけた。折から弁護士会では規制緩和のかけ声の下にテレビ、ラジオ等による広告宣伝を解禁したのでその後のテレビ等による過払い弁護士宣伝時代を招いた。
- 4) こうした経過を経て、貸金業規制法の全面的な改正法が平成18年12月13日に成立し、平成18年12月20日に公布され、平成19年12月19日から5段階に分けて改正規定が施行され、平成22年6月18日の第5次施行によりみなし弁済規定が撤廃された。法律の名称も「貸金業法」と改称された。したがって、現在においては、利息制限法の制限を超過する利息の授受を法律上正当化する法律の規定は全く存在しない。

3 取引履歴の開示

過払金請求ができるようになって、裁判をするとなると、計算根拠となる証拠が必要である。しかし、過去の返済の事実を示す明細書などの取引履歴を散逸させずに

保管している借主は少ない。そこで、貸金業者に対して、過去の取引履歴を開示するように求めたいところであるが、その法的根拠が問題となった。最高裁平成17年7月19日第三小法廷判決(民集59巻6号1783頁)は、次のように判示して信義則に基づく取引履歴の開示義務を肯定し、この問題に決着をつけた。

「貸金業者は、債務者から取引履歴の開示を求められた場合には、その開示要求が濫用にわたると認められるなど特段の事情のない限り、貸金業法の適用を受ける金銭消費貸借契約の付随義務として、信義則上、保存している業務帳簿（保存期間を経過して保存しているものを含む。）に基づいて取引履歴を開示すべき義務を負うものと解すべきである。」

しかし、この判決にしても疑問を禁じ得ない。金を貸せば取引帳簿を何故開示しなければならないのか、信義則に根拠を求めているが、そのようなことを言い出せば何でも義務づけできてしまう。信義則に名を借りた最高裁による事実上の立法ではないかと思うのである。

4 過払金の計算と充当の合意

いったん過払金が発生した場合において、その後に金銭が貸し付けられたときは、どのように計算されるべきかは非常に重要な問題である。例えば、ある時点での返済によって5万円の過払金が発生したとする。ところがその後に20万円が貸し付けられたとする。この場合にどのように計算すべきか。当初は、「過払金は過払金、貸付金は貸付金として別個に計算し、最終的に相殺して清算すべきである。」と考えられていた。理論的にすっきりした考え方である。ところが、その後、既発生の過払金5万円は、その後に20万円が貸し付けられて借入金債務が発生した瞬間に、その時点での当事者の何らの意思表示なくして当然に借入金に充当され、借入金残額が15万円になるというように計算するべきであるとの見解が多数になった。また、この計算の方が過払金が多くなるし、コンピュータソフトによる計算も容易になる。しかし、そのように当然充当を認める法律の規定は存在しないからこの計算を法律上正当化する根拠が問題となっていたが、最高裁は、当事者がそのように充当する合意を予めしているとの理由でこの計算方法が正しいと判断した（充当合意説）。

そして、充当の合意は、基本契約が締結されておれば基本契約の中に充当の合意が含まれており、基本契約が締結されていなくても基本契約が締結されたと同様の貸付けと返済が繰り返されているときには、事実上の基本契約の存在を認めて、充当の合意を認めてきた。しかし、こんなことは嘘なのである。貸付けや返済に当たり、当事者は「過払金を将来発生する貸付金に当然充当しよう。」などとする合意などしていないことは誰の目にも明らかではないか。

1) 基本契約がある場合

最高裁平成19年6月7日第一小法廷判決（民集61巻4号1537頁）は、「本件各基本契

約は、同契約に基づく各借入金債務に対する各弁済金のうち制限超過部分を元本に充当した結果、過払金が発生した場合には、上記過払金を、弁済当時存在する他の借入金債務に充当することはもとより、弁済当時他の借入金債務が存在しないときでもその後に発生する新たな借入金債務に充当する旨の合意を含んでいるものと解するのが相当である。」と判示した。

2) 基本契約がない場合

最高裁平成19年2月13日第三小法廷判決（判例タイムズ1236号99頁）は、基本契約が締結されていない場合でも、「その貸主と借主との間で、基本契約が締結されていると同様の貸付けが繰り返されており、第1の貸付けの際にも第2の貸付けが想定されていたとか、その貸主と借主との間に第1貸付け過払金の充当に関する特約が存在するなどの特段の事情」がある場合に充当の合意が存在すると判示した。

5 消滅時効の起算点

過払金の請求に対しては貸金業者は消滅時効を主張して対抗することが多い。過払金返還請求権は不当利得返還請求権であるから一般債権として消滅時効期間は10年であるが（民法167条1項）、一体、いつの時点から10年なのかが問題となる。すなわち消滅時効の起算点はいつかの問題である。消滅時効の起算点について民法166条1項は、「消滅時効は、権利を行使することができる時から進行する。」と定めているから、条文を素直に読めば、過払金返還請求権の消滅時効の起算点は過払金が発生したときと考えるべきである（個別発生時進行開始説）。過払金が発生すればすぐに過払金の支払を請求できると考えられるからである。しかし、最高裁平成21年1月22日第一小法廷判決（民集63巻1号247頁）は個別発生時進行開始説を採用せず、充当合意消滅時進行開始説を採用し、基本契約による充当合意が終了するまでは消滅時効は進行を開始しないと判断した。すなわち、同判決は、次のように判示している。

- 1) 本件の「基本契約は、基本契約に基づく借入金債務につき利息制限法1条1項所定の利息の制限額を超える利息の弁済により過払金が発生した場合には、弁済当時他の借入金債務が存在しなければ上記過払金をその後に発生する新たな借入金債務に充当する旨の合意（以下「過払金充当合意」という。）を含むものであった。」
- 2) 「このような過払金充当合意においては、新たな借入金債務の発生が見込まれる限り、過払金を同債務に充当することとし、借主が過払金に係る不当利得返還請求権（以下「過払金返還請求権」という。）を行使することは通常想定されていないものというべきである。したがって、一般に、過払金充当合意には、借主は基本契約に基づく新たな借入金債務の発生が見込まれなくなった時点、すなわち、基本契約に基づく継続的な金銭消費貸借取引が終了した時点で過払金が存在していればその返還請求権を行使することとし、それまでは過払金が発生してもその都度その返還を請求することはせず、これをそのままその後に発生する新たな借入金債務への充

当の用に供するという趣旨が含まれているものと解するのが相当である。 そうすると、過払金充当合意を含む基本契約に基づく継続的な金銭消費貸借取引においては、同取引継続中は過払金充当合意が法律上の障害となるというべきであり、過払金返還請求権の行使を妨げるものと解するのが相当である。」

3) 「したがって、過払金充当合意を含む基本契約に基づく継続的な金銭消費貸借取引においては、同取引により発生した過払金返還請求権の消滅時効は、過払金返還請求権の行使について上記内容と異なる合意が存在するなど特段の事情がない限り同取引が終了した時点から進行するものと解するのが相当である。」

6 消滅時効と分断事件

1) 貸金業者との金銭消費貸借取引は長年にわたるものが多く、その間には、取引がある程度の長期間に渡ってなされていない空白期間がある場合が少なくない。例えば、平成1年1月1日から平成10年12月31日までに貸付け及び返済の取引がなされ（第1取引）、その後1年間の取引のない期間を空けて、平成12年1月1日に新たな貸付けがなされてその後継続した貸付け及び返済の取引がなされとする（第2取引）。こういう場合に、過払金請求者にとっては、第1取引の始めから第2取引の終わりまでを一連の取引と見て過払金計算をした方が金額が多くなって有利であるが、貸金業者にとっては、第1取引は第1取引、第2取引は第2取引として過払金を分断して計算し、第1取引の過払金については消滅時効を援用できれば、第2取引の過払金さえ支払えばよいことになり有利である。かくして過払金請求者は一連計算を主張し、貸金業者は分断計算を主張して争いになる。

2) 一連計算を主張するには、第1取引と第2取引を通じた「充当の合意」が存在することが必要となるから、結局は、第1取引の間に存在していた「過払金充当の合意」が第1取引終了時に消滅したか否かという事実認定の問題である。最高裁平成20年1月18日第二小法廷判決（民集62巻第1号28頁）はこの問題について一つの判断基準を示した判決である。

「同一の貸主と借主との間で継続的に貸付けとその弁済が繰り返されることを予定した基本契約が締結され、この基本契約に基づく取引に係る債務の各弁済金のうち制限超過部分を元本に充当すると過払金が発生するに至ったが、過払金が発生することとなった弁済がされた時点においては両者の間に他の債務が存在せず、その後、両者の間で改めて金銭消費貸借に係る基本契約が締結され、この基本契約に基づく取引に係る債務が発生した場合には、第1の基本契約に基づく取引により発生した過払金を新たな借入金債務に充当する旨の合意が存在するなど特段の事情がない限り、第1の基本契約に基づく取引に係る過払金は、第2の基本契約に基づく取引に係る債務には充当されないと解するのが相当である（最高裁平成18年（受）第1187号同19年2月13日第三小法廷判決・民集61巻1号182頁、最高裁平成18年（受）第1887

号同19年6月7日第一小法廷判決・民集61巻4号1537頁参照)。そして、第1の基本契約に基づく貸付け及び弁済が反復継続して行われた期間の長さやこれに基づく最終の弁済から第2の基本契約に基づく最初の貸付けまでの期間、第1の基本契約についての契約書の返還の有無、借入れ等に際し使用されるカードが発行されている場合にはその失効手続の有無、第1の基本契約に基づく最終の弁済から第2の基本契約が締結されるまでの間における貸主と借主との接触の状況、第2の基本契約が締結されるに至る経緯、第1と第2の各基本契約における利率等の契約条件の異同等の事情を考慮して、第1の基本契約に基づく債務が完済されてもこれが終了せず、第1の基本契約に基づく取引と第2の基本契約に基づく取引とが事実上1個の連続した貸付取引であると評価することができる場合には、上記合意が存在するものと解するのが相当である。」

- 3) この判決は、第1の基本契約と第2の基本契約それぞれに基づく取引は原則的に別個の取引としてそれぞれ別個に過払金を計算するのが原則であるが、一定の事実があるときには第1、第2の基本契約を一本の取引として連続計算するべきであるとして、一定の場合の基準を示したものである。これは第1の基本契約と第2の基本契約が形式的には二つ存在しても各種の事実関係からして実質的には一本の基本契約に該当する場合には一つの基本契約に基づく取引として連続計算すべきことを示している。物事は形式的に判断すべきではなく実質的に判断すべきことは当然であり、その意味では最高裁の指摘は正しいが、いかにも表現がわかりにくく、とくに判決に言う「第1の基本契約に基づく貸付け及び弁済が反復継続して行われた期間の長さやこれに基づく最終の弁済から第2の基本契約に基づく最初の貸付けまでの期間」の意味内容をめぐって混乱したまま現在に至っている。

7 20年判決の解釈をめぐっての混乱

20年判決の言葉足らずの表現は実務界に大きな混乱を招いた。そもそも同判決は、第1取引と第2取引とが形式ではなく実質的に見て一つの取引と言えるための間接事実を例示した判決である。第1取引の基本契約書が返還されていないとか、カードの失効措置が執られていないとか、第1取引と第2取引とで利率が同一であるとか、そのような間接事実があるときは、第1取引と第2取引とは実質的に見て同一の取引であるというのである。これはわかりやすい間接事実であるが、実務で混乱を招いたのは、「第1の基本契約に基づく貸付け及び弁済が反復継続して行われた期間の長さやこれに基づく最終の弁済から第2の基本契約に基づく最初の貸付けまでの期間」という間接事実である。これは本来、第1取引においては例えば35日ごとに借入れと返済を繰り返していたところが、第1取引における最後の返済と間をおかない35日以内に第2取引が開始されたとあっては両取引は実質的に見て同一の取引であると言えるということを最高裁判決は言いたかったのである。ところが、裁判官によっては第1取引や第2取引全体の

の期間の長さや空白期間の長さを比較したり、「自分は一年説を採る。」などと宣言して分断期間が1年未満であれば、いかに第1取引の基本契約が解約され、カードも失効措置が執られていても一連の取引だと判断する裁判官が続出したのである。

8 過払金訴訟における珍説、奇説

私は、どのような裁判であっても、法律の正しい解釈のもとに正しい主張がなされ、正しい判決がなされなければならないと思っている。ところが、過払金返還請求訴訟においては、通常法律論をもってしては到底考えられない珍説、奇説が登場し、時には裁判官もこれに同調して、奇妙な判決をすることがあった。その例の一つをあげると、利息制限法を超える＝不法行為説がある。

利息制限法は決して刑罰法規ではなく、利息制限法の制限利率を超える利息の合意は無効であると規定しているだけである。これは利息制限法の制限利率を超える利息の請求を裁判所が認めないというだけであって、利息制限法の制限を超える利息を合意し、徴収することが公序良俗に反するとか反社会性を持つとかいうことを意味するものではない。すなわち利息制限法の制限を超える利息が授受されたからといって、不法行為が成立することはない。これが正しい民事法の解釈である。

ところが、勢いに乗って、利息制限法の制限利率を超える利息の授受それ自体が民法709条の不法行為に該当すると主張し、損害賠償を求める訴訟が続出したのである。不法行為であり、最近その事実を知ったから時効消滅していないと主張し、貸金業者にいわれのない損害賠償責任を負わせたのである。さすがに大多数の裁判官はそのような奇説には同調しなかったため、このような主張は次第に下火になった。

第9 取引先の倒産（その1）

1 倒産処理の諸形態

1) 私的整理と法的整理

個人でも法人でも、多額の負債を抱えて経済的に行き詰まることがある。この場合に、裁判所に関係なく、私的な示談交渉を内容とする私的整理で解決する方法もある。私的整理は裁判所が関係しない倒産処理方法であり簡便な方法であるが、債権者の全員が承諾しなければ完全な解決にならないという難点がある。この点、法的整理では完全な解決になる。すなわち、再建型の法的整理においては一定多数の賛成が集まれば法的整理が成立して反対債権者も整理案に拘束される。また、破産においては債権者の賛成反対に関係なく手続を進めることができる。

2) 清算型と再建型

法的整理の方法としては、清算型の手続としての破産・特別清算と、再建型の手続としての民事再生手続・会社更生手続がある。

ア 破産は、破産法に基づき、破産管財人が破産者の財産を換価して、換価金を債

権者に平等に配当する手続である。

イ 特別清算は、会社法510条以下の規定に基づき、解散して清算過程にある株式会社に債務超過の疑いがある場合などにおいて、適正な清算を行うため裁判所の監督下で行われる清算手続であり、清算人が弁済協定案を作成して清算する。

ウ 民事再生は、民事再生法に基づき、再生債務者等が債務免除と残余債務の分割弁済を内容とする再生計画案を作成して再生する手続である。

エ 会社更生は、株式会社のみ適用され、会社更生法に基づき、管財人が債務免除と残余債務の分割弁済を内容とする更生計画案を作成して会社を更生させる手続である。

3) 自己破産と債権者破産

破産の申立てを債務者自らするのが自己破産であり、債権者がするのが債権者破産である。現実には、ほとんどが自己破産である。また、準自己破産は、株式会社の代表取締役が行方不明になり自己破産する旨の取締役会の決議ができない等の場合に取締役個人が会社の破産を申し立てる場合である。

4) 破産事件の処理形態

破産事件は裁判所によって、管財事件と同廃事件（同時廃止^{*1}事件）のいずれかに割り振られて処理される。管財事件は破産手続開始決定と同時に破産管財人が就任して破産管財人が手続を進めていく事件である。これに対して、同廃事件は破産管財人が置かれず、破産手続開始決定と同時に何の手続もしないままに破産手続が終了し、破産財団の売却も配当も一切行われない手続である。財産が少なく配当が見込まれない時は同廃事件として処理され、配当が見込まれる時は管財事件として処理される（216条）。なお、当初は管財事件として処理されても管財人の調査の結果、配当が見込まれないことが明らかになった時には「異時廃止」になることもある（217条）。

2 破産原因、破産財団、自由財産

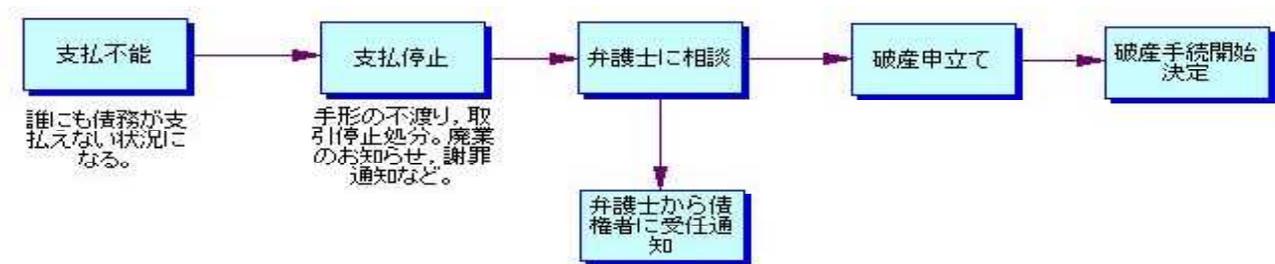
1) 破産は債務者自ら申し立てる自己破産が多いが、債権者が申し立てる場合もある。申立てには、裁判所が求める郵券・予納金を納付する必要があるが、弁護士を代理人として申し立てるときは弁護士費用も必要である。予納金は同廃事件か管財事件かにより金額が異なる。

2) 申立てを受け付けた裁判所は、破産原因がある場合に破産手続開始決定をし、破産原因がなければ申立てを却下する。自然人や人的会社（合名会社など）では「支払

*1 「廃止」とは「終結」に対する概念であり、目的を達して終了するのが「終結」、目的を達しないまま終了するのが廃止である。破産手続開始決定と同時に終了するのが同時廃止であり、時期を置いて廃止するのが「異時廃止」である。

不能」が破産原因であり、物的会社(株式会社など)では「支払不能」又は「債務超過」が破産原因である。支払停止があれば支払不能と推定される。債務者は、まず「支払不能」になり、そのことを外部に表示する「支払停止」の行為をし、「破産の申立て」に至り、裁判所から「破産手続開始決定」を受けるという時間的順序になる。

破産に至る流れ



- 3) 破産手続が管財事件として開始されると、破産者は自己の財産の管理処分権を失い、破産管財人が管理処分権を取得する（78条1項）。しかし、自由財産と認められる財産については破産手続開始後もなお破産者が管理処分権を有する。
- 4) 破産財団になるのは、「破産者が破産手続開始の時に有する一切の財産」のうち自由財産に属しないものである。破産管財人が干渉できない自由財産は次のものである。

ア 新得財産

破産手続開始後に破産者が得た財産は破産財団ではなく自由財産になる。破産手続開始後に破産者が購入した宝くじにより得た財産は新得財産たる自由財産である。

イ 現金99万円

破産者も健康で文化的な最低限度の生活を営む憲法上の権利を有しているとの政策上の観点から、現金99万円に限っては自由財産とされている。預金債権のままであれば99万円以下でも自由財産にならないが、自由財産拡張の申立てが認められると自由財産になる（34条4項）。

ウ 差押え禁止動産（民事執行法131条）

民事執行法により差押えることが禁止されている動産は自由財産になり破産財

団にならない。

- ①債務者等の生活に欠くことができない衣服、寝具、家具、台所用具、畳及び建具
- ②債務者等の1月間の生活に必要な食料及び燃料
- ③主として自己の労力により農業を営む者の農業に欠くことができない器具、肥料、労役の用に供する家畜及びその飼料並びに次の収穫まで農業を続行するために欠くことができない種子その他これに類する農産物
- ④主として自己の労力により漁業を営む者の水産物の採捕又は養殖に欠くことができない漁網その他の漁具、えさ及び稚魚その他これに類する水産物
- ⑤技術者、職人、労務者その他の主として自己の知的又は肉体的な労働により職業又は営業に従事する者（前二号に規定する者を除く。）のその業務に欠くことができない器具その他の物（商品を除く。）
- ⑥実印その他の印で職業又は生活に欠くことができないもの
- ⑦仏像、位牌その他礼拝又は祭祀に直接供するため欠くことができない物
- ⑧債務者に必要な系譜、日記、商業帳簿及びこれらに類する書類
- ⑨債務者又はその親族が受けた勲章その他の名誉を表章する物
- ⑩債務者等の学校その他の教育施設における学習に必要な書類及び器具
- ⑪発明又は著作に係る物で、まだ公表していないもの
- ⑫債務者等に必要な義手、義足その他の身体の補足に供する物
- ⑬建物その他の工作物について、災害の防止又は保安のため法令の規定により設備しなければならない消防用の機械又は器具、避難器具その他の備品

エ 差押え禁止債権（民事執行法152条）

次の債権の4分の3^{*1}は自由財産になり、破産財団にならない。

- ①債務者が生計を維持するために国及び地方公共団体以外の者から支給を受ける継続的給付に係る債権（これは、企業年金などである^{*2}。）
- ②給料、賃金、俸給、退職年金及び賞与並びにこれらの性質を有する給与に係る債権^{*3}。
- ③退職手当及びその性質を有する給与債権

オ 慰謝料などの行使上の一身専属権

それを行使するかどうかは専ら権利者が決定すべきであり、権利者に代わって他人（破産管財人）が行使・非行使を決定することが許されないと考えられてい

*1 大阪地裁の運用では8分の1のみが破産財団になり、8分の7が自由財産になる。

*2 国家、地方公共団体の共済年金は全額が差押禁止であるから全額が自由財産になる。

*3 議員報酬はこれに当たらず全額の差し押さえが可能であるから全額が破産財団になる。

る一身専属権はその性質上破産財団に属しない。例えば、加害者から受けた行為により生じた精神的損害を回復するための慰謝料請求権は、専ら被害者自身が慰謝料を請求するかしないかを決定すべきであり、他人（破産管財人）が決定すべきではないとの観点から、これは一身専属権であって破産財団ではないとされている。しかし、慰謝料請求権でも、和解契約が成立したり債務名義によって請求権の存在と金額が確定された場合には譲渡性が付与され、差押えができると解するのが判例である（最高裁昭和58年10月6日第一小法廷判決・民集37巻8号1041頁）。したがって、確定判決や和解契約により慰謝料請求権の存在と金額が確定した後に破産手続開始決定に至ったときは、慰謝料請求権も破産財団になるが、訴訟などで紛争中の状態のまま破産手続開始決定に至ったときは破産財団にならず、訴訟は中断せずに従来どおり破産者が当事者として訴訟を続行する。

5) 破産財団か否かが問題となる将来の請求権

ア 将来発生する退職金の扱い

破産者が会社に勤務したまま破産した場合には、将来退職したときに支給される予定の退職金のうち破産手続開始当時の評価部分の4分の1が破産財団になる。しかし、退職金債権には履行期があり、履行期は雇用契約の終了という将来の不確定な事実到来の時である。したがって、破産者たる労働者が退職しない限り弁済期が到来せず、破産管財人は退職金（4分の1）の支払を使用者に対して請求できない。そこで、破産管財人は、破産者に自発的に退職を求めて退職させて退職金の履行期を到来させることが考えられるが、任意の退職を拒否されればそれまでであるし、破産者の再生という観点からすれば道義的に問題がある措置である。理論的には、雇用契約は双務契約であり双方未履行の双務契約の一つであるから破産管財人は破産法53条1項により雇用契約の解除（退職）ができると解されないではなく、そう解すれば、破産者の意思を無視して破産管財人において退職を強制できることになるが、反対説もある上に、そうしてよいかどうかも道義的に問題である。結局のところ、破産管財人は破産者と交渉して退職金の4分の1^{*1}に相当する金額を自由財産から破産財団に差し入れさせて退職金債権の全部を破産者の自由財産とする妥協的措置が考えられ、多くの場合そのように処理されている。

イ 将来の生命保険解約返戻金の扱い

破産者が破産手続開始前に保険契約者として保険会社との間に締結していた生命保険契約はこれを解約すれば解約返戻金が支払われるから、解約返戻金はその全部が破産財団に属する（解約返戻金には賃金のような差押え禁止がない。）。し

*1 大阪地裁の運用では8分の1。

かし、解約返戻金が発生するためには生命保険契約が解約されることが必要であるから、これが双方未履行の双務契約であるとして破産管財人が破産法53条1項に基づき生命保険契約を解除して解約返戻金を破産財団に組み入れることも考えられるが、破産者が生命保険契約の存続を希望すれば、「生命保険契約を仮に解約した場合に支払われる解約返戻金に相当する金額」を破産者が自由財産から提供することを条件に生命保険契約を解約しないで破産財団から放棄することもできる。現実にはほとんどがこのような妥協的措置で解決されている。

ウ 将来の敷金返還請求権の扱い

賃借家屋の賃借人が破産した場合に賃借人が賃貸人に対して有する敷金返還請求権は破産手続開始前の契約に基づく債権であり、破産財団に属する債権になる。しかし、その履行期は賃貸借契約の終了時である。したがって、前記の生命保険解約返戻金と同じように、破産者が賃貸借契約の存続を希望すれば、「賃貸借契約を仮に解約した場合に返還される敷金相当額」を破産者が自由財産から提供することを条件に賃貸借契約を解約しないで破産財団から放棄することもできる。破産者が拒めば双方未履行の双務契約として賃貸借契約の解除を選択し、敷金の返還を受けて破産財団に組み入れるほかない。

3 破産手続開始決定と破産者

- 1) 個人（自然人）について破産手続が開始されると、破産者には破産法上の義務が課せられる。破産管財人等に対する説明義務、居住制限^{*1}、郵便物等の受信の制限^{*2}などである。また、個人である破産者は、破産手続開始決定により公私の資格を喪失する。すなわち、破産者で復権を得ていない者は公証人や弁護士、税理士などの職業に就く資格を失う。
- 2) しかし、「復権」されると資格を回復する。復権は、免責許可決定が確定したとき等に効力が生じる（255条1項）。なお、弁護士は破産すれば資格を失い弁護士会により登録を抹消されるが、免責許可決定により復権すれば資格を回復する。しかし、資格を回復しても回復するのは資格だけであるから、現実に職に就くには弁護士会への再登録が必要である。
- 3) また、破産者は、後見人、補佐人、遺言執行者、信託の受託者などになれないことが民法や信託法に定められている。この場合は復権に言及されていないから、ひとたび破産者になれば復権いかんにかかわらず生涯を通じて永久に資格を喪失したま

*1 破産者は裁判所の許可を得なければ居住地を離れることができない（37条）。

*2 裁判所は、信書の送達の事業を行う者に対して、破産者宛の郵便物又は信書便物を破産管財人に配達すべき旨を囑託することができる（81条1項）。破産管財人は、受け取った郵便物等を開いて見ることができる（82条1項）。

まであるかのようにあるが、そうではなく、それぞれの法の趣旨により解釈すべきであるとされている。

- ①後見人（民法847条3号）
- ②保佐人（同876条の2第2項）
- ③後見監督人（同852条）
- ④遺言執行者（同1009条）
- ⑤受託者（信託法56条1項3号）
- ⑥信託管理人（同128条1項）
- ⑦信託監督人（同134条1項）
- ⑧受益者代理人（同141条1項）

4) 合名会社・合資会社・合同会社などの持分会社の社員は、破産によって退社する（会社法607条1項5号）。ただし、破産によっても退社しない旨の定めがあれば退社しない(2項)。かつて、株式会社の取締役の破産は取締役の欠格事由とされていたが会社法の改正により欠格事由ではなくなった。

5) 法人は破産手続開始決定によって解散する(株式会社につき会社法471条5号，合名会社・合資会社・合同会社などの持分会社につき641条6号)。法人は解散すれば清算手続をしなければならないが，破産による解散の場合には破産手続が清算の役割を果たすから清算手続は不要とされている(会社法475条1号括弧書き，644条1号括弧書き)。また，法人は解散により直ちに消滅するわけではなく，破産手続が終了するまで，清算の目的の範囲内で清算会社として存続する（会社法476条，645条，破産法35条）。

4 破産債権と財団債権

破産者に対する債権であって破産管財人により弁済される債権としては，破産債権のほかに財団債権がある。財団債権は，破産管財人が破産財団から随時に弁済しなければならない債権であり（破産法2条7項），これに対し，破産債権は裁判所に破産債権を届け出て，破産管財人から中間配当又は最後配当として一定の割合で一斉に配当を受ける債権である。

1) 財団債権

財団債権は法定されている（148条ないし150条など）。主なものは次のとおりである。

- ①破産管財人の報酬
- ②破産債権者の共同の利益のために行われる裁判のための費用
- ③破産財団の管理・換価・配当にかかる費用裁判上の費用の請求権
- ④破産手続開始前に生じていた租税のうち，法定の一定限度
- ⑤破産者の従業員の給料等のうち，破産手続開始前3月間分

⑥破産者の従業員が破産手続終了前に退職した場合の退職金のうち、退職前3月間の給料の総額に相当する額

2) 破産債権

破産手続開始前の原因に基づき債権者が破産者に対して有する債権が破産債権である。破産債権は個別の権利行使が禁止され、破産手続を通じてのみ権利行使ができる。

破産債権には、次の種類がある。

①優先的破産債権 一般の先取特権その他優先権がある破産債権は優先的破産債権とされる（98条1項）。例えば、未払給与債権のうち3か月分を超える額は優先的破産債権である（3か月分は財団債権）。

②劣後的破産債権 一定の種類債権は劣後的破産債権や約定劣後破産債権とされている（99条1項・2項）。例えば、破産手続開始後の利息や遅延損害金は劣後的破産債権である。

③一般破産債権 これら以外の破産債権は一般破産債権である。

3) 優先的破産債権

ア 破産者の総財産について一般の先取特権で担保される破産債権（民法306条）は優先的破産債権になる。同条が定める一般先取特権には、①共益の費用、②雇用関係、③葬式の費用、④日用品の供給の先取特権があるが、その中で重要なのは雇用関係の先取特権である。これは未払の給料債権や既に発生した退職金債権のことであるが、破産手続開始前3か月間分の未払給料債権や3か月分の退職金は財団債権とされているから、財団債権とされる3か月分を除いた部分が優先的破産債権になる。

イ また、破産手続開始前の原因にもとづいて発生した租税債権は一定の範囲で財団債権になるが（148条1項3号）、財団債権として扱われない部分は優先的破産債権になる（98条1項）。

4) 配当の順序

破産債権の配当は、優先的破産債権、一般破産債権、劣後的破産債権の順序で行われる。順序とは次の意味である。すなわち、優先的破産債権が100%配当されて残余があれば一般破産債権が配当される。さらに、一般破産債権も100%配当されて残余があれば初めて劣後的破産債権の配当となる。実際には劣後的破産債権の配当はゼロである。

5) 破産債権の届出と確定

破産債権者は、破産手続によらなければ権利を行使することができない（破産法100条1項）。破産債権者は自ら進んで破産債権を破産裁判所に届け出て、調査・確定の手続を経なければならない。この届出をしないと配当を受けることはできず、債

権者集会において議決権を行使することもできない。

届けられた破産債権に対しては、破産管財人はこれを認めたり否認したりすることができ、他の破産債権者も届出に異議を述べることができる。破産管財人が否認したり、他の破産債権者が異議を述べたりしたときは、これらの異議等の対象となった破産債権を有する債権者は、自己の債権の確定を求めるために、破産裁判所に破産債権査定の申立てをすることができる。裁判所がした破産債権査定決定に不服がある者は、破産債権査定異議の訴えを提起することができる。出訴期間は、査定決定の送達を受けた日から1月の不変期間である（126条1項）。

5 訴訟手続の中断

- 1) 破産手続が同廃事件ではなく管財事件として開始された場合において、破産手続開始当時に、破産者が訴訟事件を抱えているときは、破産者を当事者とする破産財団に関する訴訟手続は中断する（44条1項）。訴訟手続の中断については、積極財産に関する訴訟と消極財産すなわち破産者の債務に関する訴訟とに分けて考察する必要がある。
- 2) まず、積極財産に関する訴訟手続が中断するのは当事者適格の喪失による。例えば、所有権に基づく土地・建物の明渡請求訴訟を提起している原告（所有者）が破産した場合には、破産手続の開始により積極財産の管理処分権が破産者から破産管財人に移行し、従来の破産者は当事者適格を失うからである（78条1項）。そこで、当事者適格を失った破産者を訴訟から排除し、正当な当事者適格を有する破産管財人に訴訟手続を続行させるために、訴訟手続は中断する（44条1項）。こうして破産手続開始決定により中断した訴訟手続は、破産管財人が受継することができる（44条2項前段）。「できる」というのは破産財団にとってたいした意味のない訴訟であれば破産管財人は受継しないで放置することもできるという意味である。しかし、相手方からも受継の申立てをすることができ（同後段）、この場合には破産管財人は受継を拒むことができないから、この場合には破産管財人は受継を強制される。
- 3) 次に、債権者が破産者に対して貸金請求訴訟を提起していた場合のように、破産者の消極財産すなわち破産債権に関する訴訟手続も、借主の破産により中断する。債権者の破産債権は個々の訴訟ではなく、破産手続によって確定されるべきだからである。訴訟手続が中断した後に、破産債権者が破産裁判所に破産債権を届け出た場合に、破産管財人が破産債権を認め、他の破産債権者も異議を述べなければ破産債権は確定し、中断していた訴訟手続は終了する。破産管財人が否認したり他の破産債権者が異議を述べた場合に初めて訴訟手続の受継が認められる。

6 取戻権

破産管財人が占有する破産財団（現有財産）の中に第三者の財産が混入していることがある。この場合、第三者はその財産を取り戻す権利を有するが、破産法は、この

ような第三者の権利を取戻権と言い、取戻権は破産手続の開始によって影響を受けないことを明らかにしている（破産法62条）。

7 別除権

- 1) 別除権とは、破産手続開始の時において破産財団に属する財産につき特別の先取特権、質権又は抵当権を有する者がこれらの権利の目的である財産について行使することができる権利である（破産法2条9号）。すなわち、破産財団に属する財産に設定された抵当権や根抵当権が別除権である。そのほかに、破産財団に属する財産について成立した商人間の留置権（商法521条）も別除権になる。
- 2) 別除権は破産手続において「権利」として保護されているから、破産手続と関係なく、別除権行使の手続を進行させることができる。すなわち、抵当権は破産手続中でも実行できるし、商人間の留置権として銀行が占有する約束手形は破産手続中でも破産管財人に返還する義務はなく、銀行はこれを取り立てて自己の債権に充当できる。
- 3) なお、別除権は、破産手続開始の時において破産財団に属する財産につき存する担保権であるから、破産者以外の者が物上保証人として同人所有の財産につき破産債権者のために設定した担保権や破産者以外の者が担保不動産の第三取得者として同人所有の財産につき破産債権者のために負担している担保権は別除権ではない。このような担保権は別除権ではないから担保権消滅の許可制度（186条）その他別除権について定めた破産法の規定の適用を受けない。

8 相殺権

- 1) 債権者が破産者に対して有していた債権は財団債権になるものを除いて破産債権になり、破産債権は破産配当によってのみ満足を受けられるが、その配当は通常は微々たるものである。一方、破産債権者が破産者に対して負担している債務は、破産手続開始後は「破産財団に属する債権」として破産管財人が管理処分権を取得して債権回収に当たるが、債務者に資力がある限り債権は満額取立てが可能である。しかし、破産債権者が破産債権を自働債権、破産者に対する債務を受働債権として対当額で相殺できれば事情は一変し、相殺により破産債権は十分な満足を得る結果になる。これは、破産債権を破産手続としての配当によらないで満足を受けることになるが、破産法では相殺権が認められている。相殺権は、破産債権者が破産手続によらないで権利を行使できる例外の一つである。
- 2) とはいえ、不公平と考えられる相殺は禁止されている（71条、72条）。例えば、破産者が支払を停止したあとにそのことを知りながら破産者に対する債権を買い受け、自己が従来から負担していた債務と相殺したり、破産者が支払を停止したあとにそのことを知りながら破産者に対する債務を負担し、自己が従来から有していた破産債権と相殺するような場合である。このような相殺は無効である。

3) 相殺は、破産管財人に対する意思表示によってする。

9 否認権

1) 否認権とは、破産手続開始前に、破産者が不当にその財産を減少させるなど破産債権者を害する行為をしたり、特定の債権者に対してのみ返済するなど破産債権者間の公平を害する行為をしていた場合に、破産管財人がその行為の効力を否定し、破産財団の回復を図るために認められた破産管財人の権利である（160条ないし176条）。例えば、破産者が破産手続開始直前に所有不動産をAに贈与して不当にその財産を減少させる行為をしていた場合には、破産管財人は破産者がした贈与の意思表示を否認することができる（160条3項）。贈与の意思表示が否認されると、贈与契約は意思表示の合致がないことになって無効となり、贈与が有効であることを前提として移転を受けた目的不動産に対するAの占有や、有効な贈与を前提としてなされた所有権移転登記は法的根拠がなくなり、占有権原を失ったAは目的物を破産管財人に返還しなければならず、登記名義については否認の登記（260条1項）を受け入れざるを得なくなる^{*1}。すなわち、「否認権の行使は、破産財団を原状に復させる。」（167条1項）。

2) 破産法の否認には詐害行為の否認と偏頗行為の否認とがある。詐害行為の否認は、支払能力が不足するようになった時以降に破産者がした債権者全体に対する責任財産を減少させる行為を否認するものである。偏波行為の否認は債権者平等の原則を破る破産者の行為を否認するものである。民法には、詐害行為の否認について民法424条に規定があるが、偏頗行為の否認は破産法独自のものである。

3) 否認権は、破産管財人が、訴え、抗弁、否認の請求のいずれかによって行使する（173条1項）。破産管財人は、このような訴え、抗弁及び後述の否認の請求の方法のみによって否認権を行使することができ、それ以外の方法、例えば裁判外の意思表示によって否認権を行使することはできない。

ア 訴えによるとは、破産管財人が民事訴訟を提起し、訴状の請求原因において、否認権の行使とその結果を主張し、あるいは相手方が提出した抗弁を撃退するために再抗弁として否認権の行使とその結果を主張することである。否認権自体が訴訟物になるわけではない。

イ 抗弁によるとは、破産管財人が民事訴訟の被告となった場合に、相手方が請求原因として主張する破産者の行為を否認してその結果を抗弁として主張することである。

*1 この場合に、所有権移転登記の抹消登記や真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記は申請できない。否認の効果は破産手続との関係における制限的なものであり、破産手続開始決定が取り消されたりすれば否認の効力は消滅するからである。

ウ 否認の請求によるとは、破産管財人が訴訟によらずに否認請求という破産法で認められた手続の中で否認権の行使とその結果を主張することである。

そうであるから、訴えによると言っても、通常の民事訴訟と異なる特別の否認の訴えがあるわけではなく、通常の民事訴訟の中で、請求原因や抗弁又は再抗弁の主張として否認権の行使とその結果が主張される場合が否認の訴え（否認訴訟）である。

ただし、否認訴訟は、破産管財人が訴える場合は破産裁判所の管轄であるし（173条2項）、登記手続を求める請求の趣旨も、通常の訴訟におけるような「抹消登記手続をせよ。」という表現にはならず、「被告は、原告に対し、登記の原因行為が否認された旨の否認の登記手続をせよ。」という表現になる。破産管財人は、登記又は登録のある目的物については、否認権行使の結果として登記や登録の抹消登記を求めることはできず、後述のとおり、否認の登記しか求められないからである（260条1項）。

10 双方未履行の双務契約関係

- 1) 売買契約などの双務契約から生じた債権債務がいずれも未履行の場合、例えば、売買契約において、買主は売買代金の支払を完了していないが、売主も目的物の引渡しを完了していないなど、売主と買主の双方ともに債務の履行を完了していないときは、「双方未履行の双務契約」と評価され、53条1項が適用される。53条1項の適用により、破産管財人は、相手方に落ち度がない場合でも、何の理由もなく契約を解除できる。履行が「完了していない」ことが53条1項の適用要件であるから、一部が履行されていても残債務があれば未履行であり53条1項が適用される。契約が解除されると原状回復義務が生じるが、相手方の管財人に対する原状回復請求権は財団債権になる。
- 2) 破産管財人は双務契約を解除しないで履行を選択することもできる。破産管財人が履行を選択したときは、破産管財人は破産者の債務を履行し、相手方もそれに応じて自己の債務を履行しなければならない。破産管財人が履行を選択した場合には、その双務契約に限ってはあたかも破産がなかったかのように、通常の日双務契約として履行される。
- 3) 双方未履行の日双務契約の相手方は、破産管財人が契約を解除するかしないかわからないという不安定な立場に置かれるから、その不安定さを解消するため、破産管財人に対し、相当の期間を定めてその期間内に契約を解除するか履行を選択するかを確答するよう催告することができる（53条2項前段）。その期間内に破産管財人が確答しないときは、破産管財人が解除を選択したものとみなされる（同後段）。

11 全部義務を負う者の破産と債権者

- 1) 数名が全部義務を負う者が破産したときは、債権者はそれぞれの破産事件におい

て債権全額の権利行使ができる。数名が連帯して金員を借り入れた場合の連帯債務者や主たる債務者と保証人のように、数名がそれぞれ債権者に対し全部の弁済義務を負う場合において、その全員又は数名もしくは一人が破産手続開始決定を受けたときは、債権者は破産手続開始の時に有する債権の全額をもってそれぞれの破産手続に参加することができる（104条1項）。債権者は、債務者の頭数で除した金額に分割して破産債権を届け出る必要がなく、いずれの破産事件についても、債権全額を破産債権として届け出て、届出債権全額を対象とする配当を受けることができる。

- 2) その後一部の弁済を受けても届出債権額を減額する必要がない。債権者が、破産債権届出後に他の全部義務者から他の全部義務者の破産手続において配当を受けたり、破産手続外で任意に弁済を受けたりしても、破産債権の全額の弁済ではなく一部の弁済であったときは、届出債権額を減額する必要はない（104条2項）。弁済者が求める債権承継届けの提出要求にも応じる義務はない。なお、債権全額の消滅か一部の消滅かは債権毎に判断されるから注意が必要である。最高裁平成22年3月16日第三小法廷判決（民集64巻2号523頁）は、「債務者の破産手続開始の決定後に、物上保証人が複数の被担保債権のうち一部の債権につきその全額を弁済した場合には、複数の被担保債権の全部が消滅していなくても、上記の弁済に係る当該債権については、同条5項により準用される同条2項にいう「その債権の全額が消滅した場合」に該当し、債権者は、破産手続においてその権利を行使することができないものというべきである。」と判示している。その結果、例えば、債権者がA債権100万円とB債権100万円という二口の債権を有する場合において、全部義務者の一人から100万円の弁済を受けたときに、A債権に50万円、B債権に50万円を充当すれば債権全額の消滅という事態は生じないから届出債権には全く影響しないが、A債権全額に充当すればA債権全額が消滅しA債権の破産債権は消滅してしまう。
- 3) 物上保証人は他人の債務を担保するために自己の財産を担保に提供した第三者であり、担保権を負担するが債務を負担するわけではないから、全部義務者ということとはできないが、利害関係人として他人の債務を弁済することができるし、担保権の実行により自己の出捐によって他人の債務を債務を消滅させることもあり、このような場合には、物上保証人は債務者に対して求償権を取得する（民法351条、372条）。しかし、物上保証人が債務者の破産手続開始後に債権者に弁済その他債務を消滅させる行為をしたときでも、債権全額が消滅しない限り、債権者の破産債権に影響することはなく（104条5項前段）、破産債権者は破産手続開始の時に有していた債権の全額について破産債権を維持することができる。
- 4) 保証人は主たる債務者と共に債権者に対する全部義務を負担するから破産法104条の適用で十分なはずであるが、破産法は105条に規定を設け、保証人が破産手続開始決定を受けた場合に、債権者は破産手続開始のときにおける債権全額をもって保証

人の破産手続に参加することができる」と規定した。このような規定が設けられたのは、保証人は主たる債務者に従属する立場にあり、催告・検索の抗弁権を有するから、主たる債務者が破産していないのに保証債務全額を破産債権として届け出てよいものかどうかについて疑問が生じるためである。

債権者が、保証人の破産手続開始後に主たる債務者から一部の弁済を受けたり、主たる債務者の破産手続で配当を受けても債権全額の満足がない限り届出債権額には影響しない。届け出た保証債務全額を対象として破産配当がなされる。

1 2 免責

- 1) 破産したからといって当然に債務を免れるわけではない。253条は、「免責許可の決定が確定したときは、破産者は、破産手続による配当を除き、破産債権について、その責任を免れる。」と定めているから、債務者は、裁判所の免責許可決定がありそれが確定した場合に初めて破産債権について責任を免れる。「責任を免れる」とは、債務を免れるわけではなく責任を免れることであり、すなわち、従来は責任を伴う債務を負担していたところが今後は責任を伴わない債務すなわち強制執行することができない債務に実体法上変容した債務を負担するという意味である。なお、免責許可決定の確定は、給付訴訟において、債務の履行を求める請求原因に対する抗弁事由になる。個人である破産者のみが、裁判所に免責許可の申立てをすることができる（248条）。法人には免責制度は適用されない。法人の免責による再生は、会社更生手続や民事再生手続によらなければならない。
- 2) 個人である債務者が自己破産の申立てをした時は、申立てと同時に免責許可の申立てをしたものとみなされる（248条4項）。裁判所は、破産者について、免責不許可事由がある場合を除いて免責許可の決定をする。免責不許可事由があっても裁量で免責を許可することもある。免責許可の決定が確定したときは、破産者は、債務を免れる。ただし、次に掲げる請求権については、免責許可決定にもかかわらず、債務の弁済責任は継続する。
 - ①租税等の納付義務
 - ②破産者が悪意で加えた不法行為に基づく損害賠償債務
 - ③破産者が故意又は重大な過失により加えた人の生命又は身体を害する不法行為に基づく損害賠償債務
 - ④夫婦間の協力及び扶助の義務、婚姻から生ずる費用の分担義務、子の監護に関する義務、扶養の義務
 - ⑤雇用関係に基づいて生じた使用人の請求権及び使用人の預り金の返還債務
 - ⑥破産者が知りながら債権者名簿に記載しなかった債務（当該破産者について破産手続開始の決定があったことを知っていた者に対する債務を除く。）
 - ⑦罰金等の納付義務

3) 次の場合が免責不許可事由とされている（252条）。

- ①債権者を害する目的で、破産財団に属し、又は属すべき財産の隠匿、損壊、債権者に不利益な処分その他の破産財団の価値を不当に減少させる行為をしたこと。
- ②破産手続の開始を遅延させる目的で、著しく不利益な条件で債務を負担し、又は信用取引により商品を買ってこれを著しく不利益な条件で処分したこと。
- ③特定の債権者に対する債務について、当該債権者に特別の利益を与える目的又は他の債権者を害する目的で、担保の供与又は債務の消滅に関する行為であって、債務者の義務に属せず、又はその方法若しくは時期が債務者の義務に属しないものをしたこと。
- ④浪費又は賭博その他の射幸行為をしたことによって著しく財産を減少させ、又は過大な債務を負担したこと。
- ⑤破産手続開始の申立てがあった日の一年前の日から破産手続開始の決定があった日までの間に、破産手続開始の原因となる事実があることを知りながら、当該事実がないと信じさせるため、詐術を用いて信用取引により財産を取得したこと。
- ⑥業務及び財産の状況に関する帳簿、書類その他の物件を隠滅し、偽造し、又は変造したこと。
- ⑦虚偽の債権者名簿（第二百四十八条第五項の規定により債権者名簿とみなされる債権者一覧表を含む。次条第一項第六号において同じ。）を提出したこと。
- ⑧破産手続において裁判所が行う調査において、説明を拒み、又は虚偽の説明をしたこと。
- ⑨不正の手段により、破産管財人、保全管理人、破産管財人代理又は保全管理人代理の職務を妨害したこと。
- ⑩次のイからハまでに掲げる事由のいずれかがある場合において、それぞれイからハまでに定める日から七年以内に免責許可の申立てがあったこと。
 - イ 免責許可の決定が確定したこと 当該免責許可の決定の確定の日
 - ロ 民事再生法・・・第239条第1項 に規定する給与所得者等再生における再生計画が遂行されたこと 当該再生計画認可の決定の確定の日
 - ハ 民事再生法第235条第1項・・・に規定する免責の決定が確定したこと 当該免責の決定に係る再生計画認可の決定の確定の日
- ⑪第40条第1項第1号（説明義務）、第41条（重要財産開示義務）又は第250条第2項（面積調査協力義務）に規定する義務その他この法律に定める義務に違反したこと。

4) 免責不許可事由がある時でも、裁判所は、破産手続開始の決定に至った経緯その他一切の事情を考慮して免責を許可することが相当であると認めるときは、免責許可の決定をすることができる（252条2項）。これを裁量免責という。

第10 取引先の倒産（その2）

1 再建型の倒産処理法

再建型の倒産処理法として、民事再生と会社更生手続がある。そのうちの民事再生手続について概要を述べる。民事再生手続は、破産寸前の債務者が裁判所に申し立てて民事再生手続開始決定を受け、債務の大幅減免と残債務の分割弁済を内容とする民事再生計画を自ら作成し、債権者集会又は書面投票で過半数の債権者に賛成してもらって再生計画を可決成立させ、それにより債務の大幅減免を得て経済的に立ち直ることを目的とした手続である。このような民事再生手続を利用するには、まずは債務者から裁判所に再生手続開始の申立てをすることが必要である。裁判所は、債務者に破産原因となる事実の生ずるおそれがあるか、債務者が事業の継続に著しい支障を来すことなく弁済期にある債務を弁済することができないときに再生手続開始決定をする（民事再生法21条1項）。

2 監督委員の選任

裁判所は、通常、再生手続申立て直後に監督委員を選任する。監督委員は、裁判所の補助として、再生債務者が適正に財産を管理処分しているか、適正に業務を遂行しているかを監督する。監督委員の任務は再生手続終結決定がなされるまで続く。なお、監督委員が選任されても財産の管理処分権や業務遂行権は従前どおり再生債務者にある。監督委員は監督をするに過ぎず、保全管理人や管財人のように自ら主体となって財産を管理処分したり業務を遂行したり再生計画を作成したりする権限を有しない。

3 保全管理人による管理命令

法人である再生債務者に限り、裁判所は保全管理人による管理を命じることがある（79条）。裁判所は、再生手続開始の申立てがあつた場合において、その財産の管理又は処分が失当であるとき、その他債務者の事業の継続のために特に必要があると認めるときは、利害関係人の申立てにより又は職権で、保全管理人による管理を命ずる。保全管理命令が発せられたときは、債務者の業務の遂行権と財産の管理処分権は債務者から奪われて保全管理人に移る。したがって、再生債務者には不本意なこともあるだろう。保全管理人の任務は再生手続開始決定と共に終了し、再生手続開始決定がなされると管財人が選任される。

4 管財人による管理命令

再生手続開始決定と共に、裁判所は、管財人による管理命令（64条）を発することがある。裁判所は、法人である再生債務者に限り、再生債務者の財産の管理又は処分が失当であるとき、その他再生債務者の事業の再生のために特に必要があると認められるときに、利害関係人の申立てにより又は職権で、再生債務者の業務及び財産に関し、管財人による管理を命ずる処分をする。管財人による管理命令が発せられた場合

には、再生債務者の業務遂行権と財産の管理処分権は管財人に専属する（66条）。

5 再生計画案の作成から成立へ

再生計画案は再生債務者自身が作成して裁判所に提出するのが原則であるが、管財人が選任されたときは管財人が作成して提出する。再生計画案は、再生債権の大幅な免除、残余債権の分割弁済を内容とする債務整理の計画案であり、簡単に言えば債務の棒引き案である。再生債務者等は裁判所が定める提出期間内に再生計画案を作成して裁判所に届け出なければならない（163条）。再生計画案が裁判所に提出されると、再生計画案は、裁判所の決定により債権者の決議に付される（169条1項）。再生計画案は、①債権者集会に出席し又は書面投票した議決権者の過半数の同意があり（頭数要件）、かつ、②議決権の総額の2分の1以上の議決権を有する者の同意があれば（債権額要件）可決となる。再生計画案が可決されれば内容が違法でない限り裁判所は認可決定をする。認可決定が異議なく確定すると再生計画の効力が発生し、再生債権者の有する再生債権は再生計画のとおり内容が変更される。すなわち、再生債権者の債権は、再生計画で免除された債権部分が消滅し、分割弁済するとされた債権部分は計画どおりの分割返済の条件がついた債権となる。このような再生計画に債権者が賛成するのは破産するよりましだとの利害計算からである。

6 再生計画の遂行

再生計画の遂行とは、再生計画で免除されなかった債務の分割弁済の履行のことである。再生計画を遂行する主体は、管財人が選任されているときは管財人であり、管財人が選任されていないときは再生債務者自身である。この場合に、監督委員が選任されているときは監督委員が計画の遂行を監督する。再生債務者は監督委員の監督を受けながら再生計画を遂行することになる（186条）。ただし、再生計画認可決定の確定から3年が経過して裁判所が再生手続終結決定をすると監督委員の任務は終了するから、以降は、再生債務者の再生計画の遂行を監督する者はいなくなる。

7 再生計画の終結

裁判所は、次の場合には再生手続の終結決定をする（188条）。再生手続終結決定があったときは、監督委員の選任を命じた監督命令、管財人選任を命じた管理命令は効力を失い、監督委員や管財人の任務は終了する。

①監督委員が選任されている場合には、再生計画が最後まで遂行されたとき、又は、再生計画認可決定の確定から3年を経過したとき。

②管財人が選任されている場合には、再生計画が最後まで遂行されたとき、又は再生計画が遂行されることが確実であると裁判所が認めるに至ったとき。

③監督委員も管財人も選任されていない場合には、再生計画認可決定が確定したとき。
(現存する双方未履行の双務契約の解除)

8 再生手続開始決定前に締結された各種契約から発生した債権債務関係は開始決定後

もそのまま効力があるが、双方未履行の双務契約については契約を解除して原状回復ができるように配慮されている。すなわち、双務契約について再生債務者及びその相手方が再生手続開始の時に共にまだ債務の履行を完了していないときは、再生債務者等は、①契約の解除をし、②又は再生債務者の債務を履行して相手方の債務の履行を請求することができる(49条)。これは民事再生手続に入った再生債務者に、現存している双務契約の解除か存続かの選択権を与えたものである。ただし、この解除権は賃借人の保護などの観点から制限されている。例えば、建物を賃貸している家主(賃貸借関係は双方未履行の双務契約関係である)が民事再生手続開始決定を受けたからといって、対抗要件(借地借家法31条1項により「建物の引渡し」が対抗要件である)を具備している賃借人に対しては、民事再生法49条により賃貸借契約を解除して立退きを迫ることはできない(51条による破産法56条の準用)。

なお、有効に双務契約の解除がなされた場合において、再生債務者の受けた給付物が再生債務者の財産中に現存しているときは、相手方はその給付物の返還を請求することができ、現存しないときは共益債権者として給付物の価額を請求することができる。

9 再生債権

再生債務者に対する再生債権こそが再生計画による債務減免の対象である。再生債権は、再生手続開始前に発生し、再生手続開始時に存在する債権である(84条1項)。再生債権は、再生計画によって債務の大幅な免除と残余債権の分割弁済が決められる関係上、再生手続開始後は個別弁済が禁止され(85条1項)、再生債権者による個別の請求や強制執行が禁止される(39条1項)。再生債権者は裁判所が定めた期間内に裁判所に再生債権の届出をし(94条)、再生債務者等は届出内容を調査し、認否書を裁判所に提出する(100条、101条)。否認された債権に対しては再生債権の査定の裁判(105条)により訂正を求めることができる。

10 共益債権・一般優先債権・開始後債権

共益債権は再生計画による債務減免の対象外とされ、再生手続によらないで随時弁済することが法定された債権である。119条に共益債権となる基本的なものが掲げられているが、その他の条文で個別的に共益債権と定められているものもある。「再生手続開始後の再生債務者の業務、生活並びに財産の管理及び処分に関する費用の請求権」は共益債権になり(119条2号)、双方未履行の双務契約であることにより双務契約が解除された場合の相手方の給付物返還請求権に代わる価額請求権も共益債権になる(51条)。自己の有する債権が再生債権かそれとも共益債権かは債権者に重大な影響がある。すなわち、自己の有する債権が再生債権なら、再生債権の届出をしても再生計画により大部分がカットされ、支払を受けられるのはわずか数%である。これに対し、自己の有する債権が共益債権なら再生計画の対象外となり100%の支払を受けることができ

る。したがって、再生債権に比べて共益債権は債権者にとって圧倒的に有利であるから、自己の有する債権が共益債権なら再生債権の届出などしないで、再生債務者等に任意に全額の履行を求めることが必要である。ところが、共益債権を有するのに再生債権の届け出をし、再生債務者等から否認や異議が出ず、再生計画が可決されて認可決定が確定した後になってから共益債権だと言い出しても遅きに失し、もはや共益債権として債権を行使することはできないとした最高裁の判例がある（最高裁平成25年11月21日第1小法廷判決・民集67巻8号1618頁）。事案は、船舶の売買において売主は船舶を引渡しておらず、買主は前渡金を支払ったのみの状態で、売主が民事再生手続開始決定を受けた。そこで、管財人が双方未履行の売買契約を解除したので買主は売主に対する前渡金の返還請求権（共益債権）を取得したがこれを再生債権として届け出て確定した。ところが代位弁済した前渡金の返還債務の保証人が共益債権として管財人に前渡金の返還を請求したので、その請求は許されるかどうかの問題になった事件である。

1 1 一般優先債権も再生計画による債務減免の対象とならない。一般優先債権とは、民法に定められた一般の先取特権により担保されている債権（未払給料、未払退職金の債権など）と租税債権である。このような一般の優先権ある債権をどのように扱うかは民事再生法の制定に当たる立法政策の問題であるが、民事再生法は次の態度をとった。すなわち、このような一般の優先権ある債権は再生計画による減免・弁済の対象から除外し、共益債権と同様、再生計画に関係ない債権として、再生債務者等から随時に弁済されるべき債権とした。それが一般優先債権である（122条）。以上の次第で、一般優先債権は共益債権と同様、再生手続によらないで随時弁済される。

1 2 開始後債権も再生計画の対象とされない。開始後債権とは、再生手続開始後の原因に基づいて生じた財産上の請求権のうち、共益債権、一般優先債権又は再生債権に該当しない債権である（123条）。ところが、再生手続開始後の原因に基づいて生じた債権は、通常は、「再生手続開始後の再生債務者の業務、生活により生じた債権」に該当して共益債権になるから、開始後債権はそれに該当しない場合ということになるが、その具体例はなかなか思いつかない。ともかく、開始後債権は、再生手続が開始された時から再生計画で定められた弁済期間が満了する時までの間は、弁済をし、弁済を受けることができない（同条2項）。

1 3 別除権と別除権協定

民事再生においては、抵当権や根抵当権などの担保物権により担保される債権は、再生計画による債務免除・残余債権の分割弁済の対象とされない。これらの担保物権は「別除権」と呼ばれ、民事再生手続と関係なく担保権を行使できる。しかし、債務者の事業のために必要不可欠な不動産に対して設定されている抵当権や根抵当権が実行されると再生債務者は事業の継続に不可欠な不動産を失い、再生計画で定めた残余

債権の弁済もできなくなる。このため民事再生においては、再生債務者は、一般債権者に対しては破産よりましな配当であることを説いて再生計画に賛成の債権者多数を獲得すると共に、担保権者に対しては担保権者と鋭意交渉して分割弁済などの示談（別除権協定と呼ばれる）を成立させて担保権の実行を回避しなければならない。

1 4 小規模個人再生

小規模個人再生は、個人である債務者のうち、継続的に又は反復して収入が得られる見込みがあり、かつ、再生債権総額が5000万円以下の者が小規模個人再生によることを求めた場合に適用される（221条1項）。この5000万円は、住宅ローンの債務額や別除権により満足を得ることが見込まれる債務額を除外して計算されるから、債権総額が7000万円あっても住宅ローンを除く債務が5000万円以下であれば、小規模個人再生を求めることができる。

1 5 小規模個人再生における再生計画案は、債権総額が3000万円を超え5000万円以下の場合には債権総額の1割以上を弁済総額としこれを3年間で分割弁済し、債権総額が3000万円以下の場合には債権総額の2割以上、2割が300万円を越えるときは300万円、100万円以下の時は100万円を弁済総額としこれを3年間で分割弁済し、いずれも残余の債権については免除を受ける内容である（229条2項2号、231条2項3号、4号）。したがって、債権総額が1000万円であれば、その2割の200万円を弁済総額としこれを3年間で分割弁済し（月額5万5000円強の弁済になる）、残りの800万円は免除を受ける内容になる。なお、弁済期は少なくとも3月に1回以上到来するようにしなければならない。

1 6 小規模個人再生においても、再生計画案は債権者の決議に付されるが（230条）、裁判所は、「再生計画案に同意しない者は裁判所の定める期間内に同意しない旨を回答すべきこと」を通知し（4項）、回答した議決権者が議決権者総数の半数に達せず、かつ、その議決権の額が議決権者の議決権の総額の2分の1を超えないときは、再生計画案が可決されたものとみなすことができる（6項）。

1 7 給与所得者等再生

給与所得者等再生は、給与所得者であるか、専属的下請け業者等、給与所得者に類する定期的な収入を得る見込みがあり、債権総額が5000万円以下の者が給与所得者等再生手続を求める旨を申し出た場合に適用される（239条1項）。給与所得者等再生における再生計画は、債権総額が3000万円を超え5000万円以下の場合には、弁済総額が債権総額の1割以上でなければならず、債権総額が3000万円以下の場合には、弁済総額が債権総額の2割以上、2割が300万円を越えるときは300万円、100万円以下の時は100万円のいずれか多い額でなければならない。ただし、給与所得者等再生には可処分所得要件もあり、債務者の可処分所得の2年分の方が上記の金額より多ければ弁済総額はその金額以上でなければならない（241条2項7号）。いずれも3年間で分割弁済し、残余の債権については免除を受ける内容である。

給与所得者等再生においては再生計画は債権者の決議に付されることはなく、再生債権者の意見聴取手続があるだけである（240条）。裁判所は再生債権者の意見を聴いて、それを参考として再生計画案の認可不認可を決定する。

1 8 ハードシップ免責

小規模個人再生と給与所得者等再生において、再生債務者が4分の3以上の弁済を終えている場合に、債務者の責めに帰することができない事由によりそれ以上の再生計画を遂行することが極めて困難となった時は、再生債務者の申立てにより、裁判所は、その後の弁済義務を免除する旨の決定をすることができる（235条）。「ここまでがんばったのだから、あとは勘弁してやろう。」という制度である。ハードシップ免責と呼ばれる。ハードシップ免責が認められると、再生計画で弁済を約束した債務の残額の弁済義務が免除される。ただし、住宅資金特別条項を定めた住宅ローンは免除されない。

1 9 住宅ローンの特則

マイホームを失わずに債務整理できるように考えられたのが、住宅資金特別条項である。これは通常再生、小規模個人再生、給与所得者等再生を通じて適用がある。住宅資金特別条項においては、①再生計画認可決定の確定時までには弁済期が到来する住宅資金貸付債権は再生計画で定める通常の債権の弁済期間内（なお、5年を超える場合は再生計画認可の決定の確定から5年以内）に支払えばよく、②再生計画認可決定確定後に弁済期が到来する住宅資金貸付債権は、住宅資金貸付契約における債務の不履行がない場合についての弁済の時期及び額に関する約定に従って支払うとの内容である。その他、住宅ローンについては抵当権の実行の中止命令、保証会社の代位弁済後についても6か月以内であれば特別条項の適用を認めるなど債務者の救済措置が設けられている。

第 1 1 会社更生手続の概要

1 会社更生手続とは

会社更生手続は、大企業を想定した再建手続であり、株式会社に限って適用される。会社更生は再建型の倒産処理法であり、その点では民事再生と同じである。しかし、民事再生では担保権を有する債権者は別除権を行使して再生手続と関係なく債権回収を図れるが、会社更生では担保権を有する債権者は別除権を有せず、更生担保権者になり、更生手続の中でその弁済計画が立てられる。

2 会社更生手続のメリット

- 5) 会社更生手続の開始決定があったときは、更生手続はあらゆる他の倒産手続に優先され、すでに行われていた破産、民事再生等の他の倒産手続は中止される。
- 6) 会社法の特則があり、会社更生では、合併、増資、減資、定款変更、取締役変更等が簡易に行えるようになる。

7) 担保権、租税債権等を含めたすべての債権が更生手続に従う。担保権も別除権にはならず、更生担保権として、更生計画において弁済計画が立てられる。

3 会社更生手続のデメリット

1) 会社更生手続に入ると、会社経営、会社財産の管理処分権は従来の経営者から奪われて裁判所が選任した管財人に移るので、経営者の経営権がなくなり、逆に、経営者の責任が問われることすらある。このため、経営権を手放したくない経営者は、会社更生ではなく民事再生を選ぶのがふつうである。しかしその場合でも事情により裁判所が管財人を選任して民事再生手続を進めることもある(森友学園の例)。

2) 手続が大規模になり、終了までに長い期間を要する。

3) 裁判所に納める予納金が他の倒産手続に比べて非常に高い。

4 会社更生手続の流れ

1) 申立前の段階

予納金の準備が重要であり、予納金は、上場企業で3000万円～5000万円、非上場企業で2000万円～3500万円が目安である。申立前の段階で裁判所と申立代理人との打ち合わせにより予納金額が決定される。

2) 申立てから開始決定まで

株式会社に破産原因が生じる恐れがあるとき等に株式会社の申立てにより会社更生手続が開始される(17条)。なお、資本金の1割以上の債権を有する債権者、総株式の1割以上の株式を有する株主も会社更生手続の開始を申し立てることができる。会社更生手続の申立てがなされると、裁判所は保全管理人を選任して申立会社に送り込む。これによって、会社財産の管理処分権はすべて保全管理人に専属する。保全管理人は、業務執行・財産管理にあたりとともに、会社の再建の見込みについて調査し、調査結果を裁判所に報告する。裁判所は、保全管理人の調査結果を検討して更生手続を開始するかどうかを決定する。

3) 会社更生手続開始決定

裁判所は、更生手続開始決定をすると同時に更生管財人(法律管財人と事業管財人が選任されることがある)を選任して更生会社に送り込む。また、債権届出期間、債権調査期日、更生計画案の提出期限等を定める。

4) 第1回関係人集会

更生手続開始後1か月半から2か月後に第1回関係人集会が開かれる。

関係人集会には、債権者のほかに株主等も参加する。

5) 債権届出と債権調査

裁判所から指定された債権届出期間内に債権者が債権を届け出る。

更生管財人は、届出債権について調査を行う。

6) 更生計画案の作成

更生管財人は、提出期限内に更生計画案を作成して裁判所に届け出る。

更生計画案の提出期限は、開始決定から1年後に設定されることが一般的である。

7) 第2, 3回関係人集会

更生計画案が裁判所へ提出されると、第2回関係人集会が開催される。

更生管財人は、関係人に対し、更生計画案の内容を説明し、それに引き続き、更生計画案に賛成するかどうかの採決をするための関係人集会（第3回）が開かれる。

更生計画案可決の要件は以下のとおりである（議決権は債権額に対応）。

①更生債権者の組：更生債権者の議決権の総額の1/2以上の同意

②更生担保権者の組：更生担保権の期限の猶予の場合は、更生担保権の議決権の総額の2/3以上の同意、更生担保権の免除の場合は、更生担保権の議決権の3/4以上の同意、清算を内容とする計画案の場合は更生担保権者9/10の同意

③株主の議決権総数の過半数の同意

関係人集会で更生計画が可決されると、裁判所は直ちに認可決定をする。裁判所の認可決定が確定すると更生計画は効力を生じ、その後は更生計画で免除されなかった債務の弁済が行われる。更生計画が可決されなかったときは、更生手続は廃止され、破産手続に移行する。

8) 更生計画の遂行

更生計画の遂行とは更生計画で免除されなかった債務の弁済であり、更生管財人が更生計画を遂行する。

9) 更生手続の終了

更生計画に基づく弁済が終了するか、70%ないし80%の弁済を完了してその後の弁済が確実であると裁判所が認めたときは、裁判所は更生手続終結決定をし、これにより更生手続は終了する。

5 まとめ

更生手続開始決定から更生計画認可決定までの平均期間は約2年強であり、裁判所が更生計画を認可してから手続が終了するまでの平均期間はおよそ10年である。したがって、一般的に開始決定から終結に至るまでの期間は約12年程度である。会社更生手続は終結決定がなされるまで更生会社は裁判所の監督下に置かれるから、なし崩しのうやむやで終了するということがないので債権者にも受け入れられやすい面がある。また、更生計画により、更生債権は大幅にカットされるので、更生会社としては現状の業績がそれなりにあがっているならば十分に立ち直り、再建が果たされることになる。

このように会社更生手続は、更生計画を認可することにより国家社会にとって存在意義のある株式会社を維持存続させ、会社債権者、担保権者、従業員等の関係者の利

益を可能な限り確保し、その処理について透明性を維持しつつ、公平に企業再建を図る倒産手続である。

◆山陽特殊製鋼事件（ウィキペディアより）

- 1 山陽特殊製鋼株式会社は資本金73.3億円で上場していた大手特殊鋼メーカーであったが、1965年3月6日に自主再建を断念し、神戸地方裁判所姫路支部に会社更生法の適用を申請し事実上倒産した。負債額は約500億円であった。倒産の直接の原因は過剰な設備投資にあった。当時、大手の普通鋼メーカーが特殊鋼業界への進出を計画しており、同社はこれに対抗するべく多大な設備投資を行ったが、オリンピック景気後の一時的な景気後退によって鉄鋼需要が低迷したため、設備投資があだとなり、最終的には銀行融資が返済できなくなり、倒産に至った。
- 2 倒産をきっかけに、当時の経営陣が約70億円の粉飾決算を行っていたことが発覚し、社長ら役員7人が違法配当、ヤミ賞与を出したとして商法・証券取引法違反、詐欺罪、業務上横領罪で大阪地方検察庁特別捜査部によって起訴された。さらに同社の役員14名に対し16億円を会社に賠償するよう裁判所から命令が出された。倒産当時、常務であった上杉年一は、ほとんどの役員が解任される中、技術者であったため管財人より会社に残るよう指示され会社再建に尽力、後に社長になった。『華麗なる一族』の万俵鉄平や一之瀬工場長のモデルの一人である。
- 3 多くの関連企業や下請企業も連鎖倒産した。中小下請会社の保護が政治問題になり、国会でも取り上げられた。そしてこの事件を契機に、会社更生法などが改正され、下請けの中小企業の債権については優先的に弁済が受けられるようになった（47条2項）。さらに、監査制度の充実を図るため、証券取引法や公認会計士法等が改正され、連結決算制度が導入される遠因となった。また、清水一行の小説『殺人念書』は本事件を題材としている。山崎豊子の小説『華麗なる一族』でも本事件を重要なエピソードとして取り上げている。

（更生債権等の弁済の禁止）

第47条 更生債権等については、更生手続開始後は、この法律に特別の定めがある場合を除き、更生計画の定めるところによらなければ、弁済をし、弁済を受け、その他これを消滅させる行為（免除を除く。）をすることができない。

- 2 更生会社を主要な取引先とする中小企業者が、その有する更生債権等の弁済を受けなければ、事業の継続に著しい支障を来すおそれがあるときは、裁判所は、更生計画認可の決定をする前でも、管財人の申立てにより又は職権で、その全部又は一部の弁済をすることを許可することができる。

- 4 山陽特殊製鋼は1974年には会社更生に成功し、1980年には大証2部に、1985年には東証1部に再上場を果たした。

第12 預金取引の諸問題

1 預金取引

- 1) 預金は、金融機関が預金者から金銭を預かる契約であり、民法上の消費寄託契約（民法666条）である。消費寄託契約は、寄託契約とは異なる。寄託契約においては、受寄者は、寄託を受けた目的物そのものを返還する義務があり、目的物を消費できないのに対し（同657条）、消費寄託契約では、預かった目的物そのものを返還する義務がなく、同種同量の物を返還すればよい契約であり、預かった目的物自体は自己の用途に使用（消費）できる契約である。また、消費寄託契約は消費貸借契約とも異なる。消費貸借契約では返還時期の定めがない場合には、相当期間が経過して初めて返還を請求できるが（同591条1項）、消費寄託契約においては、いつでも返還を請求することができる（同666条2項）。
- 2) 消費寄託契約の性質を有する預金には、普通預金、定期預金その他各種の預金があるが、誰しも利用するのは普通預金である。普通預金は、自由に預入れ、払戻しができる預金であり、国民の大多数が利用する預金であるが、反社会的勢力と目される人の預金契約はその受入れを拒絶され、現に存在する反社会的勢力との取引についてはその遮断が金融機関に要求される。また、「犯罪による収益の移転防止に関する法律」により、本人確認書類の提示による本人特定事項（氏名、住所、生年月日等）の確認に加え、取引目的、職業・事業内容、実質的支配者等も確認した上で預金契約が締結される。この法律はマネーロンダリングを防止するために平成19年3月31日に成立した法律である。

なお、普通預金には極めて低率の利息が付けられる。
- 3) 定期預金は、満期日が合意される預金であり、普通預金よりも高い利率の利息が付く。定期預金においては、合意した満期日までは払戻しできないが、金融機関は現実には預金者の求める中途解約に応じて払戻しをしている。ただし、その場合にはより低廉な利率付きで払戻しをしている。途中で解約されず満期を迎えると自動継続の合意がない限り元本と利息の払戻しが可能になるが、払い戻されるのは、①元本、②利息、③期限後利息である。期限後利息は、利息と称しているが利息は満期までの元本利用の対価であって満期後に利息はあり得ないから、満期日から現実の払戻日までの遅延損害金であり損害賠償の予定（民法420条1項）と解すべきである。
- 4) 預金契約の詳細な内容は、預金約款に定められている。現実に預金約款の内容を読んでから預金する人はいないと考えられるが、その場合でも約款は「付合契約」として有効である。付合契約とは、電気・ガスの供給契約、保険契約や預金契約のように、契約当事者の一方によってあらかじめ作成した約款を用い、他方はそれ以外に契約内容を選択する自由をもたずに締結される契約である。判例は、保険約款について、「当事者双方カ特ニ普通保険約款ニ依ラサル旨ノ意思ヲ表示セスシテ契約

シタルトキハ反証ナキ限り其約款ニ依ルノ意思ヲ以テ契約シタルモノト推定ス」と判示して当事者の意思の推定を根拠に付合契約の有効性を認めている（大審院大正4年12月24日第1民事部判決）。

- 5) 預金契約が成立すると、預金者は金融機関に対し、預金の払戻しを請求する権利を取得する。この権利のことを「預金債権」と呼ぶことが多い。なお、「預金」という言葉自体は非法律的用語であり、預金契約を指しているのか、預金債権を指しているのか判然としない。

2 預金通帳や預金証書

預金通帳や預金証書は預金契約が成立したことを証明する証拠であり、権利が証券に化体している有価証券ではない。有価証券ではないから、預金通帳や預金証書を他人に譲渡しても預金債権を譲渡したことにはならない。そもそも預金債権には譲渡禁止の特約がついているから金融機関の承諾なしに譲渡することはできない（預金証書（預金約款）にも譲渡禁止の旨が記載されている。なお、譲渡禁止の特約については民法466条2項参照）。

預金通帳や預金証書は、その持参者に対する弁済（預金の払戻し）について金融機関が免責される点に意味がある。すなわち、預金者が預金通帳や預金証書を持参して届出印鑑を押捺した払戻請求書を提出したのに応じて金融機関が預金の払戻しに応じた場合において、実は預金者でない第三者に払い戻したことが後に判明しても、金融機関は原則として免責され、二重払いの危険を負担しない（民法478条「債権の準占有者に対する弁済」）。預金通帳や預金証書の持参者は預金債権の準占有者と目されるからである。

3 第三者に対する預金取引の開示

1) 個人情報保護法

金融機関は、預金者やその相続人ではない第三者に対して、預金情報を漏らしてはならない（個人情報の保護に関する法律16条）。あらかじめ本人の同意を得ないで個人情報を開示できるのは、①法令に基づく場合、②人の生命、身体又は財産の保護のために必要がある場合であって、本人の同意を得ることが困難であるとき、③公衆衛生の向上又は児童の健全な育成の推進のために特に必要がある場合であって、本人の同意を得ることが困難であるとき、④国の機関若しくは地方公共団体又はその委託を受けた者が法令の定める事務を遂行することに対して協力する必要がある場合であって、本人の同意を得ることにより当該事務の遂行に支障を及ぼすおそれがあるときに限られている。

2) 弁護士法23条の2の規定による照会に対する回答

弁護士会から、金融機関に対し、弁護士法23条の2に基づく照会という方法によ特定個人の預金情報を開示するように要求されることがある。金融機関がこれに応じる

べきかどうか、応じても個人情報の保護に関する法律16条に反しないかどうかは議論があるところである。

三井住友銀行は平成26年3月、口座情報の開示に関する全国初の協定を大阪弁護士会と結んだ。この協定に基づき、同銀行は、判決が確定したり和解したりした場合に限り、弁護士会からの口座情報の照会に応じるようになった。また、このような協定は結んでいないものの、ゆうちょ銀行は平成24年年から、三菱東京UFJ銀行も平成25年から、確定判決や和解成立を条件に口座情報の照会に回答する方針に転じている。

4 個人取引先の死亡

1) 預金債権の相続

最高裁平成28年12月19日大法廷決定は、「共同相続された普通預金債権、通常貯金債権及び定期貯金債権は、いずれも、相続開始と同時に当然に相続分に応じて分割されることはなく、遺産分割の対象となるものと解するのが相当である。」旨を判示した。かつては、最高裁昭和29年4月8日第1小法廷判決（民集8巻4号819頁）が、可分債権の場合には被相続人の死亡と同時に相続分に応じて分割承継されるのであり、遺産分割の対象とならないと判示していたが、これが変更されたわけである。従来から、金融機関は、預金者が死亡した事実を知ると、相続人に対し、「相続届」と題する書面に共同相続人全員の署名捺印を求め、その相続届により新しい預金者を誰にするかを決めてもらってきたが、この実務が最高裁によって承認されたことになる。分割協議ができていない預金について相続人の一人からする預金払戻し（請求者の相続分についてのみ）の請求は、棄却されることになった。

2) 預金債権の開示

共同相続人全員そろってではなく、共同相続人の一人から被相続人の過去の取引履歴の開示請求があることがある。相続人間で意見が対立している場合にこういう問題が生じる。かつて、多くの金融機関は、「相続人全員の請求でなければ取引履歴の開示には応じられない。」との態度に終始してきたが、その見解は最高裁判決によって否定された。すなわち、最高裁平成21年1月22日第1小法廷判決（民集63巻1号228頁）は、金融機関は、共同相続人全員そろってではなく、共同相続人の一人からするものであっても、被相続人の預金取引の開示請求に応じる義務があり、応じなければ不法行為責任（損害賠償責任）を負担すると判示した。

3) 相続人と相続順位

誰が相続人になるかは民法で定められている。まずは、被相続人の子が相続人となるが（民法887条1項）、被相続人の子が先に死亡しているときは、その者の子が相続人となる（同条2項、代襲相続）。被相続人の子や代襲相続人がいないときは両親、両親がいないときには兄弟姉妹が相続人となる。兄弟姉妹の代襲相続も認められている（民法889条2項）。これらの場合に、配偶者は常に相続人になる。

- 4) 相続人が数名いるときは、共同相続人間で遺産分割の協議をして具体的な相続を
取り決めてよいが、相続人間で協議がまとまらないときは、相続人のいずれかの申
立てにより家庭裁判所が遺産分割をする。その場合に、家庭裁判所は法定相続分を
基準として遺産分割をするが、その法定相続分は、①子と配偶者の時は各2分の1、
②直系尊属と配偶者の時は配偶者は3分の2、尊属が3分の1、③兄弟姉妹と配偶者の
時は兄弟姉妹が4分の1、配偶者が4分の3である。

かつて、民法900条4号には、「ただし、父母の一方のみを同じくする兄弟姉妹の相
続分は、父母の双方を同じくする兄弟姉妹の相続分の二分の一とする。」と規定して
いたが、最高裁平成25年9月4日の大法院判決により、この規定は憲法14条に反し無
効であると判断された。これを受けて、平成25年12月5日に民法が改正され、このた
だし書きは削除された。改正規定は平成25年9月5日以後に開始した相続について適
用される。

5) 遺言と預金

遺言は法定相続に優先する。遺言には自筆証書遺言と公正証書遺言とがあるが、
いずれも有効であり、その間に優劣はない。遺言により遺言者の金融機関に対する
預金債権がAに譲渡されると預金債権はAに帰属する。この場合に、遺留分を有す
る相続人が遺留分を行使するとその分だけ、遺言の効力は失われる。遺留分を有す
るのは相続人の配偶者と子であり、通常の相続分の半分である。1年以内に行使しな
いと遺留分請求権は消滅時効により消滅する。なお、兄弟姉妹には遺留分は適用さ
れない。

5 その他の問題

1) 個人取引先の制限行為能力

預金者が認知症であると知れば、金融機関は単純には預金の払戻しに応じること
ができない。家庭裁判所で後見人を選任してもらい、その後見人を代理人として預
金を払い戻すべきである。なお、後見が開始されても預金者名義が被後見人から後
見人に変更されるわけではなく、預金者は従来どおりの被後見人たる預金者である。
後見人は預金者の法定代理人である。

2) 預金債権と名寄せ

金融機関が破綻した場合において、当該金融機関に複数の口座を持っているとき
は、「名寄せ」されるため、注意が必要である。金融機関が破綻した場合、当座預金
など決済用預金は全額保護されるが、それ以外の預金保険の対象となる一般の預金
などは、一つの金融機関ごとに合算して、預金者一人当たり元本1000万円までと破
綻日までの利息等である（預金保険法54条2項、同施行令6条の3）。このため、金融
機関では、預金者ごとの預金を取りまとめる「名寄せ」という作業が必要になり全
国の各金融機関においてそれぞれ名寄せ作業が行われている。

3) 相続と利益相反行為

親権を行う父又は母とその子との利益が相反する行為については、親権を行う者は、その子のために特別代理人を選任することを家庭裁判所に請求しなければならない。また、親権を行う者が数人の子に対して親権を行う場合において、その一人と他の子との利益が相反する行為については、親権を行う者は、その一方のために特別代理人を選任することを家庭裁判所に請求しなければならない(民法826条)。

普通の家庭では、夫が若くして死亡すると、相続人は妻と子供(未成年)である。この場合、妻は未成年の子供の親権者であり法定代理人であるが、遺産分割協議をする際には、親権者は未成年の子の代理権がない(民法826条1項)。未成年の子を代理する特別代理人を家庭裁判所に選任してもらうこと必要である。

また、相続人Aと相続人Bが未成年であり、親権者が相続人でない場合は、親権者は子のうち一人(例えばA)の代理人になれるが、他の子(B)を代理することはできず、Bについて家庭裁判所から特別代理人の選任をしてもらう必要がある(民法826条2項)。

第13 金融機関と裁判

1 振込みの依頼が要素の錯誤により無効と主張して貯金の返還を求めた事例

1) 概要

銀行振込みについて恐るべき判決がなされたことがある。札幌高等裁判所昭和45年4月15日判決である。事案は、農協への定期貯金者が訴外人(京王)への売買代金9000万円の支払のために貯金を解約するからその金を京王に送金してほしいと農協に依頼し、依頼を受けた農協が貯金の解約に応じて解約金から京王へ9000万円を送金した。ところが後になって、送金依頼人が、「京王へ送金する義務がなかった、送金依頼は民法95条により無効であった。貯金の解約も無効であった。貯金は消滅していない。」と主張し、貯金の払戻しを求めた事案である。民法95条は、「意思表示は、法律行為の要素に錯誤があったときは、無効とする。」と規定しているが、「意思表示の動機に錯誤があり、その動機が外部に表示されておれば民法95条の要素の錯誤になる。」との見解に基づき、請求に及んだのであった。1審は請求を棄却したが、控訴審の札幌高裁が請求を認めたものだから大騒ぎになった(と思う)。要するにこれは民法95条(動機の錯誤と要素の錯誤)の誤解によるものである。最高裁が高裁判決を破棄し、請求を棄却したので農協は事なきを得た。誤った法律の理解が金融機関に恐怖を与えた事案である。

◆判例(大判大3. 12. 15)「通常意思表示ノ縁由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ニシテ」、その錯誤は要素の錯誤となり得る。

2) 判決の流れ

①第1審(札幌地方裁判所) 請求棄却

②第2審(札幌高等裁判所) 請求認容

「控訴人は、京王との売買契約の解除および交換契約の締結ならびにそれにとまなう清算のための被控訴組合との本件定期貯金契約の解約および被控訴組合に対する右払戻金の京王への支払委任を、本件山林の価値を誤って、すなわち動機の錯誤にもとづいてなしたものであり、かつ、この動機は被控訴組合の代表者である高橋に表示されていたといえる。また、右の事実により、控訴人が本件山林の真の価値を知つていればとうてい交換およびそれにとまなう契約をしなかつたと推認されるから、結局、控訴人の右各意思表示は要素の錯誤により無効である。したがって、控訴人の被控訴組合に対する委任にもとづいておこなわれた京王に対する右の支払は、その委任が無効であることにより非債弁済となるにすぎず、控訴人に対し有効な給付行為としての効力を主張できないものである。これにより、控訴人の被控訴組合に対する本件定期貯金債権は消滅しなかつたことになる。」

③第3審(最高裁昭和47年5月19日第二小法廷判決民集26巻4号723頁)

「本件定期貯金契約の解約および被上告人の上告人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9000万円を京王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、被上告人がみずから定期貯金の払戻を受けてこれを京王に支払う場合と同視すべきものであつて、京王に対する支払の動機のごときは、上告人に表示されたかどうかにかかわらず、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。かような見地に立つときは、かりに、前記売買契約の合意解除および土地交換契約が、原判示の要素の錯誤により無効であつたとすれば、被上告人から京王に対する支払が非債弁済となるものと解すべきであつて、これがため右定期貯金契約の解約ないし支払委任が要素の錯誤により無効となるものとするはできないといわなければならない」

2 出資会社への貸付けと地方公共団体の保証(安曇野市損失補償事件)

本件は、長野県南安曇郡三郷村及び合併により同村を承継した同県安曇野市が、同村が過半を出資して設立された株式会社に融資した複数の金融機関等との間で、上記融資によって金融機関等に生ずべき損失を補償する旨の契約を締結したことにつき、市の住民が、本件各契約は「法人に対する政府の財政援助の制限に関する法律」3条に違反して無効であると主張して、安曇野市に対し、地方自治法242条の2第1項1号等に基づき、本件各契約に基づく上記金融機関等への公金の支出の差止め等を求めた事案である。

金融機関の多くは、地方公共団体の外郭団体である土地開発公社などに大金を融資し、融資先倒産の場合に備えて地方公共団体が損失補償を約しているのであるが、第2審の東京高裁判決が、損失補償契約を無効と判断したので、全国の金融機関に戦慄が走った事案である。

◆財政援助制限法3条

政府又は地方公共団体は、会社その他の法人の債務については、保証契約をすることができない。ただし、財務大臣（地方公共団体のする保証契約にあつては、総務大臣）の指定する会社その他の法人の債務については、この限りでない。

◆地方自治法242条の2第1項(住民訴訟)

普通地方公共団体の住民は、前条第1項の規定による請求(住民監査請求)をした場合において、同条第4項の規定による監査委員の監査の結果若しくは勧告若しくは同条第9項の規定による普通地方公共団体の議会、長その他の執行機関若しくは職員の措置に不服があるとき、又は監査委員が同条第4項の規定による監査若しくは勧告を同条第5項の期間内に行わないとき、若しくは議会、長その他の執行機関若しくは職員が同条第9項の規定による措置を講じないときは、裁判所に対し、同条第1項の請求に係る違法な行為又は怠る事実につき、訴えをもつて次に掲げる請求をすることができる。

一 当該執行機関又は職員に対する当該行為の全部又は一部の差止めの請求<以下略>>

①第1審 長野地方裁判所平成21年8月7日判決

原告ら（安曇野市の住民）は、被告安曇野市が、訴外会社に融資した金融機関等と締結した損失補償契約（本件補償契約）は、財政援助制限法3条に反するとして、同契約に基づく一切の債務の支払差止め及び同契約の無効確認を怠ることの違法確認を求めた事案（甲事件、乙事件）であり、また、被告市の行政財産である施設を訴外会社に賃貸（本件賃貸借契約）したのは、地方自治法238条の4第1項に反し違法無効であるとして、本件賃貸借契約及び変更契約の違法・無効確認並びに使用料相当損害額の不当利得返還請求及び同請求を怠ることの違法確認を求めた事案（丙事件）であるが、裁判所は、甲、乙事件の無効の確認を怠ることが違法であるとの確認を求める部分については、地方自治法242条の2第1項3号にいう「怠る事実」は、契約の無効確認を怠ることをいうものではないとし、丙事件の訴えは、適法な住民監査請求がなく不適法であるとして却下し、また甲、乙事件の本件補償契約に基づく支出の差止めについては、損失補償契約と債務保証契約は別個の契約類型であるとして棄却した。

②第2審 東京高等裁判所平成22年8月30日判決

1 地方公共団体等は法人の債務につき保証契約をすることができないと規定する法

人に対する政府の財政援助の制限に関する法律（財政援助制限法）3条は効力規定であるところ、地方公共団体が第三セクターの債務について金融機関との間で損失補償契約を締結した場合において、一定期間の履行遅滞が発生したときには損失が発生したとして責任を負うものであるときは、保証契約と同様の機能を果たすものであり、同法3条が類推適用され、法の趣旨を没却しない特段の事情が認められない限り、当該損失補償契約は無効となる。

- 2 地方公共団体が金融機関との間で締結した当該金融機関の第三セクターに対する融資について金融機関に生じた損失を補填する旨の損失補償契約に基づき当該地方公共団体の長が金融機関に対して補償債務の支払いのためにする出費の差止めを求める住民訴訟は、当該損失補償契約が、現実に回収が望めないことを要件とすることなく、一定期間の履行遅滞が発生したときには損失が発生したとして責任を負うものである場合には、財政援助制限法3条の類推適用により原則として無効と解され、これを有効と解しても同条の趣旨を没却しない特段の事情がある例外的な場合に当たらない判示の事実関係の下においては、後日、金融機関が補償債務の履行を求めたときに地方公共団体が信義則上その履行を拒絶することができない場合があるとしても、地方公共団体の長に対する出費差止めの請求には理由がある。

③第3審 最高裁第1小法廷平成23年10月27日判決

「3 職権による検討

記録によれば、上記株式会社は原判決言渡し後に清算手続に移行しており、当該手続において、同社の債務のうち市が本件各契約によって損失の補償を約していた部分については、既に上記金融機関等に全額弁済されたことが認められるから、市が将来において本件各契約に基づき上記金融機関等に対し公金を支出することとなる蓋然性は存しない。そうすると、本件においては、地方自治法242条の2第1項1号に基づく差止めの対象となる行為が行われることが相当の確実さをもって予測されるとはいえないことが明らかである。したがって、被上告人が上告人に対し本件各契約に基づく上記金融機関等への公金の支出の差止めを求める訴えは、不適法というべきである。上記訴えに係る請求につき本案の判断をした原判決は失当であることに帰するから、原判決中同請求に係る部分を破棄し、同部分につき第1審判決を取り消し、上記訴えを却下すべきである。そして、上記訴えは、不適法でその不備を補正することができないものであるから、当裁判所は、口頭弁論を経ないで上記の判決をすることとする。他方、その余の本件上告は上記2の理由により棄却すべきである。

- 4 なお、付言するに、地方公共団体が法人の事業に関して当該法人の債権者との間で締結した損失補償契約について、財政援助制限法3条の規定の類推適用によって

直ちに違法，無効となる場合があると解することは，公法上の規制法規としての当該規定の性質，地方自治法等における保証と損失補償の法文上の区別を踏まえた当該規定の文言の文理，保証と損失補償を各別に規律の対象とする財政援助制限法及び地方財政法など関係法律の立法又は改正の経緯，地方自治の本旨に沿った議会による公益性の審査の意義及び性格，同条ただし書所定の総務大臣の指定の要否を含む当該規定の適用範囲の明確性の要請等に照らすと，相当ではないというべきである。上記損失補償契約の適法性及び有効性は，地方自治法232条の2の規定の趣旨等に鑑み，当該契約の締結に係る公益上の必要性に関する当該地方公共団体の執行機関の判断にその裁量権の範囲の逸脱又はその濫用があったか否かによって決せられるべきものと解するのが相当である。」

◆参考(地方自治法232条の2)

普通地方公共団体は，その公益上必要がある場合においては，寄附又は補助をすることができる。