

## 《 論 説 》

## 「委託を受けない保証」(いわゆる「保証ファクタリング」)の法的性質

——最判平24・5・28民集66巻7号3123頁を契機として——

深川 裕佳

## 目次

- I. はじめに
  1. 本稿の目的——保証ファクタリングの法的性質の解明
  2. 問題の背景——最判平24・5・28民集66巻7号3123頁
  3. 平成24年最高裁判決の内包する問題
  4. 本稿の構成
- II. 保証ファクタリングの実務
- III. 保証ファクタリングの法的性質
  1. 保証として構成することの問題点
  2. クレジット・デフォルト・スワップ(CDS)と保証ファクタリングの比較
  3. 債権譲渡(ファクタリング)と保証ファクタリングの比較
- IV. おわりに

## I. はじめに

## 1. 本稿の目的——保証ファクタリングの法的性質の解明

本稿は、金融機関等において行われている「保証ファクタリング」<sup>(1)</sup>について、その法的性質を明らかにするものである。

本稿において検討する「保証ファクタリング」とは、債権者である売主がその取引先である複数の買主に対して有する売掛債権(または、手形債権)について、債務不履行などの約定の事由が生じた場合に、約定の限度額の範囲において金融機関から当該債権の支払いを受けることを目的として、債権者と当該金融機関との間で締結される契約である。

その特徴は、①債権者である売主の委託によること、②売主の取引先のうち、契約で定められた複数の買主（債務者）に対して取得する一定期間の不特定の売掛債権を対象にすること、③保証ファクタリングの対価として、債権者から金融機関に対して一定の金銭（保証料と称されることが多い）が支払われること、④保証ファクタリングの履行として金融機関が弁済するまでは、当該債務者には保証ファクタリングの存在は知らされないことである。

## 2. 問題の背景——最判平24・5・28民集66巻7号3123頁

最判平24・5・28民集66巻7号3123頁（以下、「平成24年最高裁判決」という）は、保証ファクタリングを「債務者の委託を受けない保証」（以下、「無委託保証」という）として構成した<sup>(2)</sup>。この判決は、本稿のきっかけになったものであり、また、「無委託保証一般を対象にしたものといえるが、〔保証ファクタリングのような〕それらのビジネスにも影響を及ぼし得る」<sup>(3)</sup>ものと位置づけられているため、少し長くなるが、以下に紹介する。

平成24年最高裁判決における事実は、次のようなものであった（図1）。破産者Aの破産管財人X（原告、控訴人、被上告人）は、AとY（被告、被控訴人、上告人）との間で締結されていた当座勘定取引契約（以下、「本件当座勘定取引契約」という）を解約して、払戻金等の支払いを求めた。これに対し

---

(1) みずほファクタリングの「回収保証」（ただし、「保証ファクタリング」の名称も同時に用いられている）<[http://www.mizuho-factor.co.jp/service/kaisyu\\_hosho/](http://www.mizuho-factor.co.jp/service/kaisyu_hosho/)>、三井住友銀行の「販売先信用保証（【商品名】「ポートフォリオ型ファクタリング（保証）」）<<http://www.smbc.co.jp/hojin/sonota/factoring/index.html>>、三菱UFJファクター会社の「根保証」<<https://www.muf.bk.muf.jp/settle/nehosho01.html>>、りそな決済サービスの「売掛債権の支払保証（ファクタリング）」<<http://www.resona-ks.co.jp/factoring/factoring.html>>など。また、建築請負代金については、国土交通省が2010年に開始した「下請債権保全支援事業」において、同様のスキームが用いられている<[http://www.mlit.go.jp/totikensangyo/const/sosei\\_const\\_tk\\_2\\_000033.html](http://www.mlit.go.jp/totikensangyo/const/sosei_const_tk_2_000033.html)>（いずれも、2014年9月26日に確認）。「保証ファクタリング」というのは商品名であるが、法的性質が明らかでない現段階において、本稿では、さしあたってこの名称を用いることにする。また、その契約の当事者を「売主（債権者）」と「金融機関」と表記し、売主（債権者）の取引先を「買主（債務者）」と表記する。

(2) 同判決については、法時1082号（2015年）118-121頁において検討を行った。

(3) 柴田義明「判解」曹時66巻9号（2014年）303頁。

て、Yは、破産手続開始前に、Aの委託を受けずに、Aの債権者Bとの間で売掛債権について保証ファクタリング契約（本判決では、保証ファクタリングは「無委託保証」と考えられている）を締結し、破産手続開始後にBの請求に基づいて保証債務を履行してAに対する求償権（以下、「本件事後求償権」という）を取得したとして、これを自働債権とする相殺（以下、「本件相殺」という）を主張した。本件事後求償権が「破産債権」（破2条5項）に該当するか（争点1）、本件相殺は破産法72条1項1号により禁止されるか（争点2）、という点などが問題とされた。

最高裁の法廷意見は、争点1について、破産債権に該当することを認めた上で、争点2について、相殺の効力を否定した。すなわち、争点2については、無委託保証人が破産者の破産手続開始前に締結した保証契約に基づき同手続開始後に弁済をして求償権を取得した場合には、「保証人が取得する求償権を自働債権とし、主たる債務者である破産者が保証人に対して有する債権を受働債権とする相殺は、破産法72条1項1号の類推適用により許されない」とする。その理由は、つぎの通りである。

まず、破産法において相殺の担保的機能が保護されるのは、「相殺に対する期待」を保護する趣旨であるとして、法廷意見は、民法511条に基づく「相殺の担保的機能」を認めた最大判昭45・6・24民集24巻6号587頁に言及して<sup>(4)</sup>、「相殺の担保的機能に対する破産債権者の期待」は、通常、破産法上も保護されるべきである（破67条）が、例外的に、「破産債権についての債権者

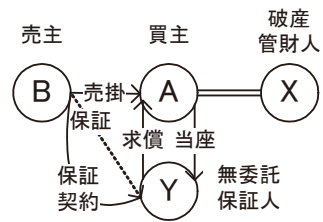


図1 平成24年最高裁判決における事実の概要（保証と構成する場合）

(4) 平成24年最高裁判決の法廷意見は、昭和45年最高裁判決に言及して、「相殺は、互いに同種の債権を有する当事者間において、相対立する債権債務を簡易な方法によって決済し、もって両者の債権関係を円滑かつ公平に処理することを目的とする合理的な制度であって、相殺権を行使する債権者の立場からすれば、債務者の資力が不十分な場合においても、自己の債権について確実かつ十分な弁済を受けたと同様の利益を得ることができる点において、受働債権につきあたかも担保権を有するにも似た機能を営むものである」と述べる。

の公平・平等な扱い〔という〕基本原則…を没却するものとして、破産手続上許容し難い」場合には、相殺は制限される(破71条、72条)ことを述べる。

つぎに、「委託を受けない保証人」の相殺には、破産法上、保護すべき「相殺に対する期待」が認められないことを、法廷意見は、「委託を受けた保証人」の場合と比較して以下のように述べる。

法廷意見は、破産手続開始前の「委託を受けた保証人」について、破産手続開始後に取得した事後求償権を自働債権とする相殺は、「破産債権についての債権者の公平・平等な扱いを基本原則とする破産手続の下においても、他の破産債権者が容認すべきものであり、同相殺に対する期待は、破産法67条によって保護される合理的なもの」であると述べる。これと比較して、「委託を受けない保証人」については、同様の場面において、「相殺に対する期待を、委託を受けて保証契約を締結した場合と同様に解することは困難というべき」であると述べる。その理由について、法廷意見は、委託を受けない保証人の場合には、「破産手続開始後に、破産者の意思に基づくことなく破産手続上破産債権を行使する者が入れ替わった結果相殺適状が生ずる点において、破産者に対して債務を負担する者が、破産手続開始後に他人の債権を譲り受けて相殺適状を作出した上同債権を自働債権としてする相殺に類似し、破産債権についての債権者の公平・平等な扱いを基本原則とする破産手続上許容し難い点において、破産法72条1項1号が禁ずる相殺と異なるところはない」というのである。そこで、このような相殺は、「破産法72条1項1号の類推適用により許されない」とされる。

ここまでにおいて紹介した平成24年最高裁判決は、委託のある保証人に関して述べた傍論と合わせて読むと、委託のある場合とない場合とを対比して「相殺への合理的期待」を検討していることから、あたかも、保護されるべき「相殺への合理的期待」の有無、すなわち、「相殺の担保的機能」の存否は、前述の場面において、破産者の意思(保証委託の有無)によって判断されるという考え方を明らかにしたもののようにも見受けられる<sup>(5)</sup>。そして、同判決の示す考え方は、債務者の危機時期のみならず、平時における相殺の合理的な期待に

ついて考える際にも影響を与えようである。なぜならば、同判決は、破産法上の相殺に関するものではあるが、破産手続開始前に保護されるべき相殺の期待が生じているか否かによって、破産法上もこれを保護すべきか否かを問題としているからである。

### 3. 平成24年最高裁判決の内包する問題

しかし、平成24年最高裁判決の法廷意見においては、本件相殺がなぜ破産法72条1項1号の禁止する相殺に類似するのかが十分には明らかにされていないように思われる。同条は、他人から債権を譲り受けた場合に関する規定であるが、事後求償権は、保証人自身の権利だからである。それにもかかわらず、法廷意見が破産法72条1項1号に類似した状況であると考えるのはなぜであろうか。本件の評釈においても、法廷意見が破産法72条1項1号を類推したことの意味についてさまざまな見解が述べられている<sup>(6)</sup>。平成24年最高裁判決は、前述のように、「相殺の担保的機能」に関して民法上の議論に影響を与える可能性があるが、その前提問題として、このような類推適用の基礎を探るために、同判決において問題とされた保証ファクタリングの法的性質を検討する必要があるものと考えられる。そこで、本稿では、保証ファクタリングの法的性質を解明した上で平成24年最高裁判決の考え方を検討する。

---

(5) 関武志「判批」青法55巻2号(2013年)は、「委託保証人と主たる債務者とは、ともに、事後求償権と反対債権とが相殺適状になると、これらを相殺することで債権回収が可能になる事態を相互に信頼する前提にあったから、そうだとすると、委託関係にある当事者の相殺に対する期待は、公平性の観点からして十分に尊重されなければならない。…これに対し、…無委託保証人の場合には、…債務者は、自らの債権が相殺によって将来に消滅しうるかもしれない可能性について、当初から予知できる状況にはない」(137頁)ものと指摘する。これに対して、田高寛貴「判批」現代民事判例研究会編『民事判例(5)』(日本評論社、2012年)は、「無委託保証は、継続的な取引関係の中で、主債務者の信用維持の役割を担う、主債務者を利するものたりうる。無委託保証にこうした一定の有用性が認められ、また実際に用いられていることからすれば、少なくとも当該保証人は相殺を期待してよい立場にない、という評価の押しつけは許されないであろう」と指摘し、「危機時期の到来前に保証契約が締結されていたという前提は、無委託であっても委託保証と同様の重みをもって受け止められるべき」(135頁)と述べる。

#### 4. 本稿の構成

以上の問題意識に基づいて、本稿では、保証ファクタリングの法的性質について検討するために、保証ファクタリングの実務がどのように行われているかということを確認し（後述 II）、その法的性質を検討する（後述 III）。

### II. 保証ファクタリングの実務

保証ファクタリングは、およそ以下のようなスキームである（図2）<sup>(7)</sup>。

- 
- (6) 遠藤元一「判批」銀法56巻9号（2012年）は、法廷意見が破72条1項1号を「借用」（22頁）したものと指摘する。栗田隆「判批」関法62巻6号（2013年）は、「解釈論として許容範囲内」としながら、「自働債権である求償権を破産手続開始前に締結された保証契約に原因のある債権（将来の請求権）とした上で破産法72条1項1号を類推適用したことに意外性を感じざるを得ない」（316頁）と述べている。田村陽子「判批」判時2175号（2013年）は、「最高裁は、いわゆる法の創造的機能としての役割を果たして実質的に妥当な解決を図ったとも言え、最高裁の結論はまずは妥当なように思われる」（124頁）と述べる。松下淳一「判批」金法1977号（2013年）は、「本判決は、停止条件付破産債権を有する者の相殺可能性に制限を加えた」と理解することができる。そしてその理解を、…破産法72条1項1号の類推適用という解釈論で表現している」（28頁）と述べる。このように、本件の評釈の中には、本件の状況が破72条1項1号の想定する場面とは異なるものであると考えるものがある一方で、次のように、原債権の法定移転（弁済者代位）という側面が破72条1項1号の場面と同等であると指摘するものもある。木村真也「判批」金法1974号（2013年）は「原債権と求償権は…求償目的達成に際しての利害関係人間の利益・危殆を調節するための衡量が取り込まれており…原債権に加えられる破産法72条1項1号の規制が求償権に及ぶことも入りではない」（53頁）と述べる。また、潮見佳男「相殺の担保的機能をめぐる倒産法と民法の法理」『現代民事法の実務と理論』（金融財政事情研究会、2013年）は、破産法72条1項1号を類推適用した点において、「民法の弁済者代位における主従的競合論とは異質の特殊な枠組みを採用した」（310-311頁）ものと指摘する（後掲の注29も参照）。さらに、破72条1項1号の趣旨に鑑みて、本件のような場面は、同条において想定されるほどの非難可能性が認められる場面でないことを指摘するものもある（関・前掲論文（注5）139-140頁〔ただし、同論文は、本件の類推適用を「支持されてよい」とする〕、田高・前掲論文（注5）135頁）。これらの見解の他にも、委託を受けた保証人は事前求償権を有しており、これは事後求償権に「密接に関連した『現在債権』」であるが、「無委託保証人は、破産手続開始時点では、破産者に対する『現在債権』は一切有しておらず」、そのために、相殺の期待も、また、債権債務の対立（と同視できる状態）があるとはいえないので、無委託保証人の事後求償権は条件付き債権とならず、「破72条1項1号の類推適用とも整合する」（岡正晶「判批（最判平24・5・28）」金法1954号（2012年）70頁）と述べるものも存在する（本件下級審判決について、佐々木修「判批」銀法723号（2010年）30頁も同様の趣旨を述べている）。

保証ファクタリングの目的は、売掛債権の支払保証をして、売掛債権の回収に伴うリスクを軽減し、売主（債権者）のために取引先への「与信管理」をすることにある<sup>(8)</sup>。

その流れは、おおむね、次のようである。まず、①売主（債権者）がその取引先の中から保証ファクタリングの対象としたい複数の買主（債務者）<sup>(9)</sup>を金融機関に申し出る。つぎに、②金融機関は、その買主（債務者）について信用調査を行った上で、債務不履行などの約定事由が生じた場合に金融機関から売主（債権者）に対してなされる支払いの限度額を決定して売主（債権者）に通知する。そして、③売主（債権者）は、金融機関との間で、取引先の信用度に基づいて決定される保証料率<sup>(10)</sup>による保証料を支払って、保証ファクタリング契約を締結する。この際、金融機関が保証ファクタリングを履行するまでは、保証契約の存在は、保証ファクタリングの対象となる買主（債務者）には知らされることがない<sup>(11)</sup>。このように、取引先である買主（債務者）に知られることなく売主（債権者）が信用リスク（売掛債権が約束通りに履行されないことにより被る可能性のある損害）を管理できるというのが保証

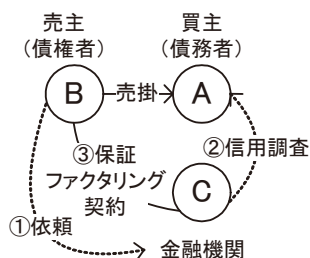


図2 保証ファクタリング契約締結の流れ

(7) 前掲注1に掲げたホームページを参考にした（以下、ホームページから引用する際には同注に挙げたURLを参照）。

(8) たとえば、平成24年最高裁判決の被告となった三井住友銀行のホームページでは「貴社が販売先に対して保有している商取引上の売上債権（受取手形・売掛金）の支払を、弊行が保証する商品です」と紹介されている。

(9) たとえば、三井住友銀行のホームページでは「20社以上」と記されている。

(10) たとえば、三井住友銀行のホームページでは「保証対象とする販売先ごとの信用力に基づき算出した料率を、それぞれの保証限度額で金額加重平均した料率。（販売先ごとに異なる料率を適用するものではありません。）」と記されている。

(11) たとえば、三井住友銀行のホームページでは「販売先に対しては、貴社が保証を掛けている事実は通知いたしません。（※但し、販売先の倒産等により弊行が保証を履行する際には、当該販売先に対して保証の事実を通知します。）」と記されている。

ファクタリングサービスの一つの特徴になっている。④万一、保証ファクタリングの約定期間において対象となる債務者の債務不履行などがあれば、金融機関は、約定の限度額の範囲において、債務不履行となった売掛債権額を売主（債権者）に支払う<sup>(12)</sup>。その上で、⑤金融機関は、同額を買主（債務者）から回収することになる。ただし、買主（債務者）について破産手続きが開始されているような場合には、実際には、金融機関は全額を回収できることは少ないだろう。そして、保証ファクタリングが買主（債務者）に知らせずに締結されるため、金融機関は、買主（債務者）の破産などに備えるために他に担保手段を約定することもできない。そこで、次善の手段として、相殺の担保的機能に頼ることができるかどうかということが金融機関にとっては大きな関心事になるものと思われる。

### Ⅲ. 保証ファクタリングの法的性質

#### 1. 保証として構成することの問題点

平成24年最高裁判決において、保証ファクタリングは、買主（債務者）からの「委託を受けない保証」として構成された<sup>(13)</sup>。確かに、保証ファクタリングでは、債務不履行などが生じた場合には、債務者が支払うべき代金額を金融機関が売主（債権者）に支払うのであるから、あたかも当該金融機関が連帯保証人としてその債務の履行を行ったかのようにも見える（図3）。しかし、保証ファクタリングは、民法上の保証に関してこれまでに学説で議論されてきた内容とは、以下に述べるような相違点がいくつかあり、保証制度の枠組みの中でその仕組みを検討することには困難があるように思われる。

---

(12) たとえば、三井住友銀行のホームページでは「販売先の倒産等により回収不能となった売上債権について、あらかじめ販売先毎に設定した保証限度額を上限として、販売先に代わって弊行が貴社にお支払いいたします。」と紹介されている。

(13) 藤澤尚江「中小企業金融としてのファクタリング取引（上）」阪法54巻1号（2004年）252-253頁に紹介された売掛債権保証型ファクタリングは、本稿で検討する「保証ファクタリング」と同じ仕組みであり、同論考は、これを「債権に対する保証を中心に他のサービスが付加されたもの」（253頁）とする。



第一に、「保証ファクタリング」と「保証」との違いは、保証では保証人と債務者の間に法的なまたは人的な何らかの関わり合いがある場合を想定してきたのに対して、保証ファクタリングでは、金融機関と買主（債務者）の間に、法的にも人的にも関わりがないという点にある。

保証ファクタリングは、買主（債務者）の委託に基づかないのみならず、買主（債務者）にあえて知らせないままに行われる。もちろん、民法上、保証委託がない場合にも（民462条1項）、さらには債務者の意思に反している場合にも（同条2項）、保証契約を締結しうる。しかし、そのような保証がなされる背景には、保証人になろうとする者と債務者との間に何らかの（法的または人的な）関わり合いがあるのが一般的であって、見ず知らずの第三者が頼まれもせずに保証債務を引き受けてくれることは普通には起こりえない。そこで、情義的な関係を考慮すれば、たとえ委託のない保証であっても、保証契約の締結によって債務者のために事務管理が成立すると考えることに抵抗がないものと思われる<sup>(14)</sup>。このことは、平成24年最高裁判決において問題とされたように<sup>(15)</sup>、保証契約が締結された後に債務者に対する破産手続開始決定があり、その後に保証人が弁済をして求償権を取得する際に、求償権が破産債権に該当するかどうかという問題を考える上で重要になってくる。これに対して、保証ファクタリングの場合には、結果的には買主（債務者）の利益になり得るとしても、金融機関には、買主（債務者）のためにするという意思はみられず、保

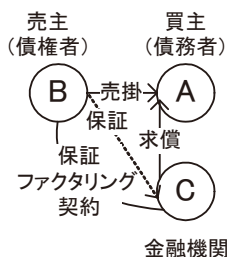


図3 保証ファクタリングの法律関係（保証と構成する場合）

(14) 栗田隆「主債務者の破産と保証人の求償権——受託保証人の事前求償権と無委託保証人の事後求償権を中心にして——」関法60巻3号（2010年）45-78頁は、「主債務者の事務管理と評価するためには、保証契約が締結されないと、主債務者に不利益が生ずるという関係が必要であろう」（67-68頁）と指摘する。しかし、利他的意思がある場合に、結果として損失を生じさせてしまったときにも、事務管理が成立することは否定されないことからすれば、事務管理によって、結果として利益が生じるかどうかということは事務管理の成立の可否に関わりのないものと考えられる。問題は、事務管理の要件となる管理意思の存否にあるように思われる。

証ファクタリングの締結によって、買主（債務者）のための事務管理が成立するかどうかということが問題となり得る<sup>(16)</sup>。

「保証ファクタリング」と「保証」との違いは、第二に、債権者と債務者間の契約が有償か、無償かという違いにある。一方で、保証契約は、常に、無償契約として考えられてきた<sup>(17)</sup>。ところが、保証ファクタリングでは、売主（債権者）から金融機関に対して「保証料」が支払われ、有償契約となっている。

従来、情義的保証に対して、機関保証や法人保証が特別な性質を有するものであることが主張されてきた。しかし、そこにおいても、保証委託の対価として、債務者が保証人に対して保証委託料を支払うのであり、債権者と保証人の保証契約は無償で行われることが想定されてきた<sup>(18)</sup>。ところが、保証ファクタリングでは、買主（債務者）にその存在を知らされない代わりに、売主（債権者）が「保証料」を支払うのである。もちろん、金融機関からみれば、信用リスクを引き受ける対価を保証委託料という形で債務者から受け取ろうが、保証料という形で債権者から受け取ろうが、経済的には大して違いがない<sup>(19)</sup>。しか

(15) 平成24年最高裁判決の法廷意見は、原審の判断を支持して、求償権は民法の規定に従って発生するのであり、「無委託保証人が弁済をすれば、法律の規定に従って求償権が発生する以上、保証人の弁済が破産手続開始後にされても、保証契約が主たる債務者の破産手続開始前に締結されていれば、当該求償権の発生基礎となる保証関係は、その破産手続開始前に発生しているということが出来るから、当該求償権は、『破産手続開始前の原因に基づいて生じた財産上の請求権』（破産法2条5項）に当たるもの」と述べる。

(16) 事務管理の要件となる管理意思をどのように捉えるべきかという困難な問題がある。不当利得と区別するために、この要件を厳格に解するとすれば、保証ファクタリングにおいては、買主（債務者）のための事務管理が成立しないということになりそうである。これに対して、客観的に本人に利益があれば管理意思が認められるものと考えれば、保証ファクタリング契約締結時に、買主（債務者）のための事務管理が成立するとも考えられる。平成24年最高裁判決の法廷意見では、保証ファクタリングの締結自体が事務管理に該当するかどうかという点については判断されていない。田村・前掲論文（注6）は「主債務者のためというよりも、やはり債権者のための事務管理であると言わざるをえない」（125頁）と指摘する。「事務管理」（民697条以下）ではないが、本件の場合、通常の保証とは異なり、債権者の委託によって締結されるものであることに注目すべきということは、田村・前掲論文（注6）の主張するところであろう。

(17) 平井宜雄『債権総論（第2版）』（弘文堂、1994年）305頁。

し、三者間の関係を法的に捉えた場合に、金融機関が対価をどちらから受け取るのかということは、大きな影響を与えるものといえる。なぜならば、保証料の存在は、売主（債権者）と金融機関の間で締結される保証ファクタリング契約が有償契約であることを示すのであるが、このことは、従来、保証契約の特徴が対価関係なくして保証人が片務的に債務を負担することにあるものと捉えられてきたことと相容れないからである。

第三に、「保証」と「保証ファクタリング」との違いは、債務者の肩代わりか、または、債権者の肩代わりかという点にある。

一方で、民法において議論されてきた保証は、個々の債務者の信用（弁済能力）の補充（「債務」の肩代わり）のために行われるものである。他方で、保証ファクタリングでは、複数の買主（債務者）が組み合わせられており、個々の債務者の信用（弁済能力）の補充を目的としていない。ここでは、売主（債権者）から金融機関に支払われる保証料は、対象とされた買主（債務者）の信用力（弁済能力）を総合的に考慮（加重平均）して計算される。金融機関は、これによって、その引き受ける信用リスクを最小化している。このように、保証ファクタリングにおいては、個々の債務者の信用（弁済能力）を補充することは目的となっていない。そうではなく、保証ファクタリングにおいては、売主（債権者）が負うべき信用リスクを一定の範囲において金融機関が負担するもの（「信用リスク」の肩代わり）と見ることができる。

ところが、債権者の負担する信用リスクを肩代わりすることを目的とする契

---

(18) 伊藤進「『機関信用保証』論——法人保証の提唱を契機として——」椿寿夫=伊藤進編著『法人保証の研究』（有斐閣、2005年）99-100頁、江口浩一郎編『信用保証（第3版）』（2005年、金融財政事情研究会）153頁、298頁。植田兼司「デリバティブ保証の概要」金法1449号（1996年）27-28頁によると、損害保険会社の行ってきたデリバティブ保証の分野においては、「債権者の委託による保証」を「債務者の委託のない保証」として取り扱ってきたようである。しかし、このような実務上の取扱いを民法においてどのように理論的に位置づけるかについては、学説では議論されてこなかったようである。

(19) 平野裕之『保証人保護の判例総合研究』（信山社、第2版、2005年）7-9頁において、保証人保護の必要性の根拠が明確に整理されている。

約について、民法においては、これまでその特徴に照らした研究が十分に行われてきたとは言いがたい状況にあるものと思われる<sup>(20)</sup>。

ここまで述べたように、保証ファクタリングは、保証とは異なる特徴を有している。確かに、保証ファクタリングは、売主（債権者）にとっては、売買債権の回収を確実にする手段となる。そこで、一見すると、売主（債権者）からは、保証ファクタリングは、資力の十分な金融機関が買主（債務者）の負担する買掛債務を保証する契約のようにもみえる。しかし、保証ファクタリングは、担保的機能を有するのみである。これをその名称から保証そのものとして構成することは、契約目的や内容からみて、その実態に即した法律構成とはいえないものと考えられる。

そこで、以下において、さらに、その法的性質を検討していくことにする。

---

(20) 伊藤・前掲論文（注18）は、「機関信用保証」という概念について、「信用」負担担保においては、債務を対象とするのではなく、信用を対象とすることから、「民法上の保証規定や保証法理では律しきれない」ものと述べる（98頁）。これに対して、潮見佳男『債権総論Ⅱ——債権保全・回収・保証・帰属変更——（第3版）』（信山社、2005年）429頁は、「機関信用保証論自体がそもそも保証債務の典型的思考様式から脱し切れておらず、かえって『代位弁済』義務の発想や『補充性』の強化の思想にみられるように保証債務の典型的思考様式に依拠して」いるものと指摘する（同書423頁も参照）。また、「〔保証〕協会が債権者・主債務者・保証人・物上保証人といったさまざまな関係者との関係で、種々の法的な内容につき、最も有利かつ優位な地位を保有すべしとする結論が、さしたる媒介項なしで説得力をもちうるか」（椿寿夫「法人（による）保証論のための序説」椿=伊藤編・前掲書（注18）30頁）との指摘があった。これに対して、伊藤進「『法人〔根〕保証』と『機関〔信用〕保証』」椿寿夫ほか『法人保証・法人根保証の法理—その理論と実務—」（商事法務、2010年）において、「信用保証協会の保証およびそれに類似する保証を構成する…保証契約は『債務の保証』であるとして規律した上で、その保証を全体としてみると『信用保証』取引としての特性を有していることに着目して、その特性に対応するように『法人信用保証』制度における『三角関係』および複層的『多角的法律関係』を規律する」ことが提言されている（39頁）。このようにして、債権と信用リスク（債務と信用）とを切り離すことを企図した機関信用保証論は、結局、従来の保証理論を基礎に据えることによって、債権と信用リスクとを一體的に捉える思考様式のままにとどまることになったものといえる。そこで、この考えをもってしても、これまでは、民法学上、債権と信用リスクとを分離して、信用リスクのみを取引の対象とする場面は、十分に検討されてきたとは言いがたいように思われる。

## 2. クレジット・デフォルト・スワップ (CDS) と保証ファクタリングの比較

平成24年最高裁判決の評釈の中には、「保証ファクタリング」がクレジット・デフォルト・スワップ (CDS) と同じ機能を果たすことを指摘するものがある<sup>(21)</sup>。CDS は、「信用リスク」を取引の対象とする金融商品であり、後に述べるように、債権者にとっては、CDS は、保証と同様に、債権を担保する機能を有する<sup>(22)</sup>。しかし、民法には、CDS を想定する規定がなく、そのような取引に関する議論も十分な蓄積があるとはいえない状況である。そこで、保証ファクタリングが CDS と類似するものとすれば、両者を比較しながら検討することが、保証ファクタリングの法的性質を検討する上で有益であろう。

CDS<sup>(23)</sup> は、次のような取引である。債権者は、その取引先 (参照組織) の信用リスクをヘッジするために、その信用リスクを受け入れる代わりとしてキャッシュフローを求めるプロテクション (信用リスクからの保護) の売手に対して、リスク受入れの代価 (プロテクションの代金であるプレミアム) を支払う (図4)。

---

(21) 比護正史「判批」白鷗ロー7号 (2013年) 162-3頁。なお、田中輝夫「クレジット・デフォルト・スワップの法的問題」金法1655号 (2002年) 15頁は、「委託のない保証は、とくにデフォルト・スワップに似ているといえる。しかし、保証の要件である主債務をプロテクションの買手が保有していること (附従性) は、要求されない。…プロテクションの売手には、検索や催告の抗弁権もない。また、代位権や求償権や随伴性もない」と指摘する。

(22) 杉浦正和「クレジット・デフォルト・スワップ (CDS) における『信用』の分離——信用保証の5つのカテゴリー、4つの『無化』、3つのデカップリング——」早稲田大学 WBS 研究センター早稲田国際経営研究40号 (2009年) 1-11頁において、連帯保証、機関保証 (法人保証)、CDS (裏保証)、トレード対象としての CDS の順に、「『信用 (クレジット)』の意味合いは希薄化し、『信用』という言葉が本来持つ意味から遊離していく」(7頁) ことが指摘されており、興味深い。

(23) CDS の基本的な仕組みについて、永野学「信用リスクを取引する——クレジットトレーディングからクレジットデリバティブ、資産流動化まで」(シグマベイスキャピタル、1998年) 146-150頁、河合祐子=糸田真吾著『クレジット・デリバティブのすべて (第2版)』(財経詳報社、2007年) 45-52頁、矢島剛『CDS のすべて——信用度評価の基準指標として——』(きんざい、2013年) を参照。「中小企業融資と保全・管理」銀法777号 (2014年) においても、「経営者保証機能を代替する信用補完」の一つとして、機関保証とは別に CDS が紹介されている (60-61頁)。

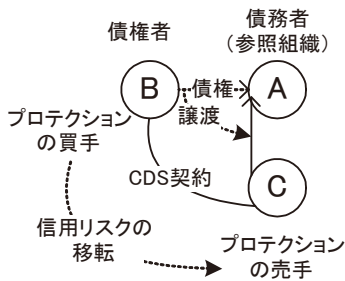


図4 CDS契約の法律関係

債権者（プロテクションの買手）の取引先である債務者（参照組織）にデフォルトなど（予定されたクレジット・イベント）が生じた場合、CDSの決済として、債権者（プロテクションの買手）は、①デフォルトに陥った債権などの現物を譲渡し、プロテクションの売手からその現物相当額を受け取るか、または、②クレジット・イベントによって下落した債権の市場時価とその額面との差額をプロテクションの売手から受け取るようになる<sup>(24)</sup>。すなわち、債権者（プロテクションの買手）は、プレミアムを支払うことによって、CDS契約を締結する時点において、将来発生しうる信用リスクをプロテクションの売手に移転させることができるようになる。

このようにして、CDSは、債権者が信用リスクを回避するために、債務者に対して担保（物的担保・人的担保）を求めることもなく、また、債務者の関与もなく（さらには、その認識さえもなく）、債権者自身がイニシアティブを取って、債務者よりも信用力（弁済能力）の高いプロテクションの売手に、その信用リスクを移転させる手段となる。CDSには、その基本的な機能として、取引先（参照組織）にCDS取引を行ったという事実を伝えることなく、債権回収を確実にする担保機能が含まれる<sup>(25)</sup>。

保証ファクタリングは、このようなCDSのスキームと類似している。確かに、CDSには市場性があり、国際的な基準に基づいて取引されるのに対して、保証ファクタリングは、市場性はなく、また、金融機関ごとに独自の契約書を用いている<sup>(26)</sup>という違いがある。しかし、売主（債権者）が対価を支払って、

(24) CDSの決済方法について河合＝糸田・前掲書（注23）10頁、48頁、および、矢島・前掲書（注23）154-162頁を参照。さらに、市場がある場合には、入札決済も新たな手法として導入されて標準的な方法となっていることがこれらの文献で紹介されている。

(25) 矢島・前掲書（注23）52頁。

買主（債務者）の知らないままに、それよりも信用力の高い金融機関に信用リスクを引き受けさせることのできる基本的な仕組みは類似しており、いずれも、債権の担保機能を内包する。

CDS に類似するものとして保証ファクタリングを見れば、同スキームは、買主（債務者）に信用（弁済能力）の補完を提供することを目的とするよりは、むしろ、

売掛債権の信用リスクをヘッジすることを望む売主（債権者）から、一定期間、保証料率に従った金銭（プレミアムに相当する保証料）を受け取る代わりに、金融機関がその信用リスクを引き受けることを目的とする契約として捉えることができる。このように、保証ファクタリングは、保証に近づけて債務者の履行責任を引き受ける契約として捉えるよりも、CDS に近づけて債権者の直面する信用リスクを引き受けるものとしてその仕組みを説明する方がより実態（保証ファクタリング契約の目的、保証料率の計算方法、債権者から金融機関への保証料の支払い、債務者の不知）に適合するものと思われる。

CDS に類似したものとして保証ファクタリングを捉えることができるとしても、さらに、その法的性質を検討するという課題が残されている。このため

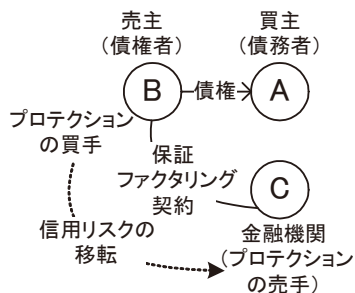


図5 保証ファクタリングの法律関係 (CDS の一種と考える場合)

(26) CDS には、市場があり、現在では、ISDA による標準化が行われている。これに対して、保証ファクタリングには、今のところ、市場がなく、標準的な書式も存在しないようである（筆者不詳『委託なき保証取引』の標準型を作りませんか?」金法1906号（2010年）112頁も参照）。このように保証ファクタリングが金融商品として市場において投機の対象となっていないことは、債権の担保手段という本来の目的を安定的に実現するためには重要なことであろうと思われる。保証ファクタリングがCDSのように市場において金融商品として取引されるようになれば、現実とは離れて信用リスクが取引され、一方で債権者の側には債権を管理することを怠るモラルハザードが生じうる可能性があり、他方で債務者の信用状況が十分に調査されずに安易に保証ファクタリングの対象とされる可能性がある。保証ファクタリングは、債権を担保する機能が重要なものであり、この機能を貫徹するためには、保証ファクタリングを商品として取り扱う金融機関が買主（債務者）の信用力を見積もりながら保証料率を適切に計算することが重要になるだろう。

には、その名称に見られるように、「保証ファクタリング」と「債権譲渡（ファクタリング）」とを比較して検討することが有益と思われる。そこで、以下では、保証ファクタリングと債権譲渡（ファクタリング）とを比較しながら、保証ファクタリングの法的性質について検討を行うことにする。

### 3. 債権譲渡（ファクタリング）と保証ファクタリングの比較

#### A. 信用リスクの取引を実現する民法上の法理

保証ファクタリングを CDS の一種としてみる場合、前述のように、保証料は、信用リスク引受の対価となる。しかし、債権でなく信用リスクを取引の対象とする契約の法的性質は、民法上、明確でない。

民法の既存の理論では、保証は、債務（者）と責任とを切り離す理論となる。また、民法569条（債権の売主の担保責任）は、債権譲渡後も債権の売主に信用リスクを負担させる点において、債権と信用リスクとを分けて考えるものといえる。しかし、保証ファクタリングは、債権者から金融機関へ信用リスクを移転させようとする契約であってこれらの規定が想定する状況とは異なる。債権と信用リスクとを切り離して信用リスクのみを移転させる取引については、民法は規定を備えていない。そこで、信用リスクの移転は、現行民法上、債権の移転として捉えざるを得ず、保証ファクタリングは債権譲渡と考えられることになる<sup>(27)</sup>。

#### B. 保証ファクタリングをプット・オプションの売買とする考え方

債権の帰属の変更という観点から見れば、保証ファクタリングにおいては、売主（債権者）は、債務不履行などの約定の事由が生じれば、予約完結権行使することによって、約定の限度額において、当該債権を売却する権利（プツ

---

(27) 金融機関による債務引受と構成する余地もないではないが、その場合には、金融機関と買主（債務者）の間に債務引受を生じさせるような法的関係がないことや、金融機関が売主（債権者）から受け取る「保証料」の役割に関する説明が困難となるだろう。また、債務不履行が生じたときに、売主（債権者）が金融機関に有する債権は、売主（債権者）が買主（債務者）に対して有する債権と同一性を有しないことも、債務引受と構成すべきでないことを示しているものと考えられる。



ト・オプション) を行使して当該債権額を受け取ることができる。ここにおいて、保証料は、売主(債権者)にとっては、プット・オプションを取得するための対価となる。債務不履行などの契約に定められた条件が成就すれば、売主(債権者)は、このオプションを行使して、金融機関との間で債権売買契約を成立させることができる<sup>(28)</sup>。この際、プット・オプションが行使される時点における当該債権の市場価値ではなく、約定の限度額があるものの、保証ファクタリングを締結した時点における当該債権額で売買契約を成立させることができる。そのために、保証ファクタリングは、債権者にとって、債権の担保機能を果たすことになる。

保証ファクタリングを保証契約と考えるならば、対象となる債務の不履行が生じた場合、金融機関は、それを売主(債権者)に対して「(代位) 弁済」し、その上で、債務者に対してその支払額相当を「求償」するものと考えられる。これに対して、保証ファクタリングを前述のように債権譲渡契約と捉えるならば、保証ファクタリングにおいて「(代位) 弁済」の名目で金融機関から売主(債権者)に対して支払われる金額は、売主(債権者)から金融機関への債権譲渡の対価に相当し、金融機関は、「求償」という名目で、実際のところは、譲り受けた当該債権を買主(債務者)に対して行使するのである(図6)<sup>(29)</sup>。確かに、保証の履行によって弁済による代位が生じることは、債権譲渡が行われたのと類似する。しかし、弁済による代位と債権譲渡とは、明確に区別されるべきものと思われる

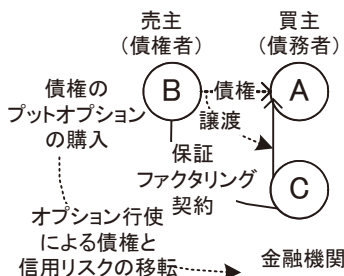


図6 保証ファクタリングの法律関係 (債権譲渡と考える場合)

(28) 保証ファクタリング契約の条項によっては、停止条件付きで債権譲渡が生じることも考えられるのであるが、通常は、売主(債権者)の請求に基づいて、保証ファクタリングの履行がなされるであろうことから、以下では、プット・オプションを行使することによって債権譲渡が生じるものとして論じる。

る。後に述べるように、対抗要件について、両者はその扱いが異なるからである。

従来議論されてきたファクタリングの機能と、本稿の検討する保証ファクタリングの機能とを比較すれば、以下のように考えることができる。

- (29) 潮見佳男「相殺の担保的機能をめぐる倒産法と民法の法理」『現代民事法の実務と理論』（金融財政事情研究会、2013年）は、「民法の相殺法理が倒産法の相殺法理へと波及しているというよりは、倒産法の相殺法理が民法の相殺法理へと波及しているという特徴を見てとることができ…最判平24・5・28は、倒産法上の相殺法理と民法法理との関係を考えさせる点で…一つの試金石となる」（275頁）とした上で、平成24年最高裁判決について、次のように指摘する。すなわち、同判決では、求償権を自動債権とする相殺が問題となったのであって、弁済代位された原債権を自動債権とする相殺が問題となったわけではないにもかかわらず、破72条1項1号を類推適用した点において、「民法の弁済者代位における主従的競合論とは異質の特殊な枠組みを採用した」ものと指摘する（同論文310-311頁）。そして、「倒産手続の場面では主従的競合関係が崩壊しているところがあり」（同論文311頁）、代位弁済において原債権に対する制約を求償権の行使にも及ぼすべきことを主張し、委託の有無にかかわらず、破産手続き開始後に取得した保証人の事後求償権による相殺は、一切認められないものとする（同論文322-323頁）。この学説は、「一定の場合には…『求償権』は、たかだかその金額の面での上限…を画するにすぎないものとなる」（潮見佳男「倒産手続きにおける弁済者代位と民法法理」加賀山先生還暦記念『市民法の新たな挑戦』（信山社、2013年）346頁）という独自の枠組みを基礎に据えて展開されるものである（潮見・前掲論文「相殺の担保的機能をめぐる倒産法と民法の法理」323頁注66）。しかし、平成24年最高裁判決は、民法511条に関する昭和45年最高裁判決を引用して、そこで認められた相殺の担保的機能を破産法も保護すべきという立場を明らかにしているのであるから、民法上の相殺の担保的機能に関する問題が破産法上の相殺の扱いに影響を与えたのであって、逆ではないように思われる。そして、民法上は、弁済による代位は、求償権の存在を前提として生じるというのが一般的理解であり、平成24年最高裁判決がこのような一般的な理解と異なる見解を示したものとまでは読むことができないように思われる。平成24年最高裁判決の調査官解説は、「本判決は、本件求償権は、『破産手続開始後に取得した他人の破産債権』ではないものの、本件求償権を自動債権とする相殺は、破産手続開始時には相殺適状となっていないこと、破産者の意思に基づくことなく保証人の行為によって保証人が破産債権を取得し相殺適状が生じたことの点で、破産法72条2項1号が規定するのと類似する状況があることから、同号を類推適用し、その相殺を禁止したものと見える」（柴田・前掲解説（注3）300頁）と述べている。また、平成24年最高裁判決の興味深いもう一つの点は、「差押えと相殺」に関する判断と理解されている昭和45年最高裁判決を引用しながら、そこに述べられた合理的相殺の期待がない場面として、債権譲渡がなされた場合の相殺を禁止する破72条1項1号を類推適用する点である。差押えと譲渡の両場面で相殺の担保的機能に関する考え方が異なるかという問題があるところ、平成24年最高裁判決は、両者の間に違いを見いだしていないとみることができるのである。

先行研究によって、ファクタリングには、信用調査・資力保証機能、業務代行機能、金融機能があることが明らかにされている<sup>(30)</sup>。そして、同研究では、ファクタリングのこれらの機能は、いずれかが特に強調されるべきものでなく、どの方面からでも導入しうることが明らかにされている<sup>(31)</sup>。この先行研究の成果を参考にすれば、保証ファクタリングも、ファクタリングの一種として整理することができるものと考えられる。従来議論されてきたファクタリングは、金融機能を重視するものであった。これに対して、保証ファクタリングは、信用調査・資力保証機能を中心にするものであり、金融機能は予定されていないといつてよい<sup>(32)</sup>。しかし、このことは、保証ファクタリングをファクタリングに分類することを妨げるものではないものと考えられる。

しかし、保証ファクタリングを債権譲渡と構成するには、さらに以下のような課題を検討しなくてはならない。

まず、保証ファクタリングを債権譲渡と構成すると、部分的な譲渡が生じる場合があるということである。保証ファクタリングでは、通常、「限度額」が定められている。この限度額を債権買取代金の限度額と考えて、保証ファクタリングの実行によって、金融機関は、限度額を超える債権全額について買主（債務者）に対して請求できると考えることも可能である。しかし、平成24年最高裁判決の事例にみられるように、保証ファクタリングが実行された後に、金融機関は、売主（債権者）に支払いをなした範囲でしか買主（債務者）に対して請求しないようである。この場合、保証ファクタリングの対象となる売掛債権が保証ファクタリング契約に定められた限度額を超過するときには、限度額の範囲において債権譲渡が部分的に行われたと考えざるを得ない。このことは、次に述べる対抗要件においても問題となりそうである。

最大の問題は、前述のように、保証ファクタリングが買主（債務者）の知ら

---

(30) 田邊光彦『ファクタリング取引の法理論』（金融財政事情研究会、1978年）119-122頁。

(31) 田邊・前掲書（注30）119-122頁。

(32) 取引先である買主（債務者）の信用調査を行う点において、業務代行機能はあるといつてよいだろう。

ないところで行われるので、通知・承諾という対抗要件を（理論的というよりも実務的に）備える余地がないということである。このように保証ファクタリングが買主（債務者）に知らされないのは、法的な問題というよりも、企業間の取引において、取引先に信用不安を抱いていることを知られたくないという実務の要請に応えるものであろう。そこで、どのように対抗要件を備えればよいかということが問題となりそうである。

保証ファクタリングにおいて対抗が問題となるのは、平成24年最高裁判決の事例に見られるように、買主（債務者）に対して金融機関が債務を負担しているという場合であろう。この場合に、金融機関が買主（債務者）に対して債権を取得したことを買主（債務者）の他の債権者に対抗することができれば、相殺によってその債務を免れるとともに債権を回収しうるからである。しかし、平成24年最高裁判決によれば、保証人としての金融機関は、買主（債務者）の危機時期に保証ファクタリングを履行しても、相殺の合理的期待を有しないものということになる。また、保証人が求償し、債権者に代位する場合には、法定代位が生じるのであり、これには対抗要件を備える必要がない（民500条）。法定代位において対抗要件が不要とされていることは、通常、保証人にとって有利に働く。ところが、平成24年最高裁判決を通じて相殺が制限された無委託保証人については、むしろ、対抗要件を備えることによって他の債権者に優先する手段を模索する必要が出てきたのである<sup>(33)</sup>。それにもかかわらず、法定代位には対抗要件が民法において予定されていないために、保証ファクタリングを無委託保証と構成する限りは、金融機関が他の債権者に優先してその債権を回収する手段は存在しない。そこで、金融機関が相殺を望む場合には、保証ファクタリングを債権譲渡と構成することによって、その対抗要件を考えるこ

---

(33) 田高・前掲論文（注5）135頁は、無委託保証について「債務者が危機時期を迎える前に、保証契約が締結され、かつ債務者がその存在を了知できる状態を債権者において作出しておけば相殺はなお許容されてよい」として、対抗要件による解決策を指摘する。保証ファクタリングでは、債務者にあえてその事実を知らせないことがスキームとなって組み込まれていることから、実務上は、通知や承諾による対抗要件を備えることに関する困難があり、このような実務に配慮する必要性があるかどうかということが問題となりそうである。

とができるようになるのである。

上記の考えに対しては、金融機関は、すでに保証料を受け取って、その引き受ける信用リスクを最小化する手段を講じているのであるから、対抗問題においてことさら有利に扱う方法を考える必要はないとの考えも成り立ちうる。しかし、保証ファクタリングは、債権の担保手段として有用であると考えられる<sup>(34)</sup>。保証ファクタリングは、売主（債権者）のイニシアティブによって設定することができる担保手段である。継続的取引の相手方である買主（債務者）に担保を提供する負担を求めることがないばかりでなく、取引先の信用調査を専門機関に委ねることもできる。さらには、保証ファクタリングは、有償双務契約であって、保証にみられるような契約関係における当事者間の不均衡がない。保証ファクタリングは、信用リスクの取引という民法がこれまで想定してこなかった債権の担保手段であるが、保証料率の計算が適切な根拠に基づいてなされている限りは、有益な担保手段である。

しかし、信用リスクの取引は、時として、想定していなかったリスクを生じさせることもある<sup>(35)</sup>。特に、経済の悪化によって多額の不履行が生じた場合には、金融機関が保証ファクタリングに基づく多額の支払義務を履行せねばならないことになるかもしれない。ところが、そこまで想定して保証料率を設定することは、たとえ計算が可能であったとしても、金融機関により高い保証料率を設定させることになって合理的でないように思われる。そこで、金融機関に相殺の主張を認めることによって、保証ファクタリングにより取得する債務者に対する債権を確保する余地を残すことも検討に値するものと思われる<sup>(36)</sup>。こ

(34) 実務での利用については、吉元利行「委託のない保証の実状（特集・無委託保証の事後求償権と破産手続での相殺—最高裁平成24年5月28日判決をめぐって—）」銀法747号（2012年）24-29頁が詳しい。同論文には、「委託のない保証」に関する様々な形態の取引が紹介されている。しかし、それらの取引がどのような法的性質を有しているか、すなわち、保証なのか、保証的な機能を有している異なる契約なのかについては、個別的に検討する必要があるように思われる。その上で、平成24年最高裁判決の射程が及ぶ事例であるかどうかを判断する必要があるだろう。

(35) リーマン・ショックにおいて、アメリカン・インターナショナル・グループ（AIG）は、多額のCDSを履行せねばならない状況に陥った。保証ファクタリングがCDSに類似するものであるとすれば、その取引態様によっては、同様の問題を生じさせる可能性がある。

れによって、保証料率が適切な値に維持され、保証ファクタリングが締結しやすくなる。

そこで、保証ファクタリングを予約権付きの債権譲渡として構成し、その対抗手段を考えることを試みる。確かに、それは、現在のところ、明確ではない<sup>(37)</sup>。保証ファクタリングを債権譲渡予約と構成して対抗要件を備えるには、特例法に基づく債権譲渡登記制度を借用することを認めざるを得ないものと思われる。

前述の困難な問題にもかかわらず、保証ファクタリングを債権譲渡として構成することは、平成24年最高裁判決の整合的な理解にも役立つ。同判決は、保証ファクタリングを履行した金融機関の主張する相殺を制限するのに、破産手続開始後に破産者に対する債権（自働債権）を他人から取得して行う相殺を制限する破産法72条1項1号を「類推」適用する。保証ファクタリングが保証契約であるとすれば、破産法72条1項1号の想定する相殺とは状況が異なるようにみえるのに対して<sup>(38)</sup>、保証ファクタリングが債権譲渡予約であるとすれば、この説明は容易になる。保証ファクタリング契約自体は破産手続きの開始よりも前に締結されているのであるが、予約完結権の行使は、破産手続開始後だからである<sup>(39)</sup>。平成24年最高裁判決は、Yが主張するように保証ファクタリングを保証契約と考えているようにみえるが、破産法72条1項1号を根拠条文にすることによって、同契約が実質的には債権譲渡（ファクタリング）であることを明らかにしたものと理解することができる。

ここまでにおいて、本稿では、保証ファクタリングをCDSおよび債権譲渡と比較することによってその法的性質を検討してきた。さらには、保証ファクタリングにおいては、買主（債務者）の信用度等に応じて加重平均されて決定される保証料率に基づく金銭（保証料）を金融機関が売主（債権者）から徴収

---

(36) 藤原彰吾「判批」金法1954号（2012年）5頁は、「最高裁での判断が示された以上、金融機関としては相殺できないことを前提に今後の対応を考えるしかない」と述べる。筆者は、本稿において提言するように、保証ファクタリングを債権譲渡として構成して対抗要件を備えることによって、平成24年最高裁判決を前提としても、相殺を可能とすることができるものとする。

することによって、金融機関が保証ファクタリングにより引き受ける信用リス

(37) 債権譲渡担保に関するものであるが、最判平13・11・27民集55巻6号1090頁（平成13年最高裁判決）は、債権譲渡予約についてなされた確定日付ある証書による通知・承諾に対抗力を認めない。平成13年最高裁判決においては、本契約と予約型との違いから、予約型においては、予約完結権行使の時点で債権が移転するものとして予約契約締結時には対抗要件を備えることができないと考えられているのであるから（富越和厚「判解」最判解民事篇平成13年度（下）710頁）、保証ファクタリングにおいても同様に、売主（債権者）が予約完結権を行使するまでは確定的に債権が移転しておらず、この時点では、通知・承諾による対抗要件を備えることができないとの考えもありうる。しかし、以下に述べるように、保証ファクタリングは、債権譲渡担保の場合とは場面が異なるので、前述の判例の考えは、保証ファクタリングには及ばないとも考えることも不合理ではないように思われる。債権譲渡の場合には、しばしば、譲渡担保権者（譲受人）と、譲渡人に対する他の債権者との競合が問題となるのに対して、保証ファクタリングの場合には、金融機関が引き受ける債権は、不履行などに陥った価値の少ないものであるから、売主（債権者）に対する他の債権者との競合はあまり問題とならないであろう。保証ファクタリングでは、むしろ、買主（債務者）に対して負う債務を金融機関が相殺によって免れることによって、保証ファクタリングによって買い受けた債権を回収することについて、買主（債務者）の他の債権者との間で競合が生じうる。そこで、債権譲渡担保の場合とは利益状況が異なるために、譲渡担保のためになされた債権譲渡予約に関する平成13年最高裁判決とは異なる考えを採用しうるものと思われる。もしも平成13年最高裁判決によって保証ファクタリングについては金融機関がその対抗要件を具備することができないとすると、金融機関は、債権譲渡ではなく、保証債務の弁済による代位が生じたこと主張せざるを得ない。ところが、平成24年最高裁判決は、金融機関が保証ファクタリングを保証と主張したことを鵜呑みにせずに、破72条1項1号の類推適用という形で、保証ファクタリングにおいては債権の移転が生じているという実態を明らかにしたものと見ることができる。そうすると、これらの判例によれば、金融機関が保証ファクタリングを締結する場合には、保証の履行に基づく事後求償権（および弁済による代位）によって相殺を主張することも、債権譲渡の対抗要件を備えた上で相殺を主張することもできなくなってしまう。売主（債権者）がその取引先である買主（債務者）に対して信用不安を抱えていることを知られたくないという実務的要請に応えつつ、この問題を解決するには、債権譲渡予約の対抗要件に関する前述の判例法理は、保証ファクタリングには及ばない、と考える必要がある。一方で、従来議論されてきた債権譲渡予約は、債権譲渡担保の一種であって、譲渡人が金融を得る手段として利用されるものであった。他方で、保証ファクタリングは、譲渡人である売主（債権者）が金融機関から金融を得ることを目的として締結されるのではなく、その取引先である買主（債務者）の信用リスクを管理するために締結されるという違いがある。このような違いから、平成13年最高裁判決を前提としても、保証ファクタリングの場合には、契約締結時点において対抗要件を有効に備えることができるものと考えられる。

(38) このような判例の「類推」適用について、平成24年債高裁判決に対する学説の見解は、前掲注6に紹介した。

クを最小化できるという仕組みは、保険にも類似している<sup>(40)</sup>。ただし、信用保険では対象とする買主（債務者）を選択することができないのに対して、保証ファクタリングでは対象とする買主（債務者）を選択することが商品の特徴の一つとなっていること、また、信用保険には免責事由があるのに対して保証ファクタリングでは約定で免責事由も定められていないという違いがある。しかし、このような違いが法的性質の違いにまで結びつくかどうかについてはさらに検討の必要があるように思われる。この問題を検討するには、保険と保証、担保目的でなされるファクタリングの間の比較が必要であるが、筆者の専門を超えるために、本稿では、問題を指摘するに留めたい。

#### IV. おわりに

本稿における検討結果をまとめると、以下の通りである。

保証ファクタリングは、債権を担保する機能を有している。しかし、この機

---

(39) そこで、保証ファクタリングについても特例法によって債権譲渡登記をして対抗要件を備えることができれば、このような相殺の制限に服さずに、保証ファクタリングによって取得した買主（債務者）に対する債権を用いて、この者に対して金融機関が負担する債務を相殺することができるものといえる。これに対して、平成24年最高裁判決の事例のように対抗要件が備えられていない場合には、金融機関は相殺を主張することはできないことになって、平成24年最高裁判決の帰結と同様になる。

(40) 矢島・前掲書（注23）は、「CDSはリスクに対する保険といえる」（8頁）と述べている。相田洋『NHKスペシャル・マネー革命（1）』（日本放送出版会社、2007年）は「最も似ているのが損害保険で、加入者が支払う保険料がオプション価格で、保険会社が約束の事態になって支払うべき保険金が約束の価格である。損害が発生しない限り保険会社は保険料を丸儲けできる。損害が発生したときには加入者は価格の減った物件を約束の値段で保険会社に買い取らせることができる。これが損害保険で、一種のプット・オプションの取引である」(250頁)と述べる。また、「掛け捨て保険とCDSの対比 デリバティブは、リスク確立と期待金利によって将来価値を計算する点で、前述の掛け捨て保険と構造は同じです。この保険が銀行間で売買されているのが、CDS（Credit Default Swap 債権の回収を保証する保険）という仕組みのデリバティブです。CDS、①対象とする債権（原資産）が、②借り手の倒産によって回収不能（デフォルト）になったとき、③額面の金額の回収を、保険料をもらっていたどこかの金融機関（カウンターパーティー）が保証する保険です。相手に支払うのは保険料です」（吉田繁治『マネーの正体』（ビジネス社、2012年）305頁）と述べるものもある。

(45)



能は、保証によって実現されているのではない。保証ファクタリングの名称に付された「保証」は、保証類似の機能、すなわち、債権の担保機能を意味するにとどまり、「保証」それ自体ではないのである。

保証ファクタリングを保証と区別すべき理由は、それぞれの目的に表れている。保証が債務者の責任を肩代わりするものであるのに対して、保証ファクタリングは、債権者が抱えている、債権が履行されないことによって生じる損害、すなわち、「信用リスク」を肩代わりするものである。保証ファクタリングにおいて、売主（債権者）から徴収される保証料が、売主（債権者）の希望する複数の買主（債務者）の信用リスクを考慮して加重平均して決定されるのは、対象となる個々の買主（債務者）の債務を肩代わりするというよりも、これらの債務者に対して債権者が抱える信用リスクを肩代わりするというその契約の目的をよく示すものと思われる。保証ファクタリングは、金融機関が信用リスクを引き受ける代わりに、売主（債権者）が保証料を支払うという有償双務契約である。そこで、保証ファクタリングは、その目的の違いに照らして、保証とは異なる理論構成を必要としている。

民法には、債権と信用リスクとを分離し、信用リスクのみを取引するという契約が想定されていない。保証ファクタリングは、まさに、信用リスクのみを取引することを目的とする契約である。しかし、信用リスクを先に移転させておくことは、民法における既存の理論では想定されておらず、そこで、信用リスクを対象とする取引は、既存の理論を用いると、債権譲渡として構成されることになるものと考えられる。保証ファクタリングを債権譲渡として構成する場合には、信用リスク引受けの対価としての保証料は、債務不履行がある場合に金融機関に対象債権を引き受けさせる権利（プット・オプション）の対価と見ることができる。このようにして、保証ファクタリングは、保証ではなく、予約完結権（プット・オプション）付き債権売買契約と構成されることになる。

このように考えれば、本稿のはじめにおいて紹介した平成24年最高裁判決において、「破産法72条1項1号」が根拠条文として挙げられていることを整合

的に理解できる。同条は、「破産手続開始後に他人の破産債権を取得したとき」に破産者に対して債務を負担する者が相殺をすることを制限するものである。保証人の事後求償権が自働債権である場合には、「自己」の債権であるはずであり、なぜ破産法72条1項1号が根拠条文となるか不明となる。しかし、保証ファクタリングが債権譲渡契約であるとすれば、破産法72条1項1号の想定する状況に類似しているといえる。そして、平成24年最高裁判決で問題となった事案においては、破産手続開始前に保証ファクタリングが締結されたにもかかわらず、その対抗要件が備えられていない。そこで、破産手続開始後に売主（債権者）によって予約完結権（プット・オプション）が行使されて、金融機関が債権を取得して、このことが買主（債務者）に通知されたとしても、「破産者に対して債務を負担する者が、破産手続開始後に他人の債権を譲り受けて相殺適状を作出した上同債権を自働債権としてする相殺に類似」しているといえるのであるから同条を類推することが可能となる。これに対して、保証ファクタリングを債権譲渡契約と構成すれば、平成24年最高裁判決の事例とは異なって破産手続開始前に債権譲渡の対抗要件が備えられていれば、破産手続開始後に予約完結権が行使されても、相殺を認めることができるものと考えられる。この場合の対抗要件を備えるために、どのような方法が考えられるのかを検討することが今後の課題である。

〔付記〕 本稿は、科学研究費・若手（B）〔25780076〕の助成による研究成果の一部である。

—ふかがわ ゆか・法学部准教授—