

融資契約の法的性質と金融機関の融資義務についての一考察

東京大学大学院法学政治学研究科修士課程
民刑事法専攻 経済法務専修コース 大橋 輝久

序章	1
第1節 本論文の目的	1
第2節 融資者責任の類型と検討の対象	2
第1款 融資合意概念の設定	2
第2款 融資実行前過程の融資者責任の類型化と争点	3
第3款 各種適用法理の相関性	4
第1章 金銭消費貸借契約の法的性質	5
第1節 消費貸借の要物性への疑義	5
第1款 民法587条の通説的解釈	5
第2款 要物性への問題提起	6
第2節 消費貸借の要物性の検討	7
第1款 民法起草時の認識	7
第2款 主要学説の概要	9
2-2-1. 利息付金銭消費貸借と無利息金銭消費貸借を区別する見解(二分説)	9
2-2-2. 利息付金銭消費貸借と無利息金銭消費貸借を区別しない見解	9
第3款 小括	10
第3節 金銭消費貸借の法的性質についての考察	10
第1款 金銭消費貸借は要物契約か	10
3-1-1. 友誼的関係を基礎とした消費貸借の要物性	10
3-1-2. 587条の消費貸借を「友誼的消費貸借」に限定すべきか	11
第2款 諾成的消費貸借を承認する必要性	12
3-2-1. 要物性と合意の拘束力の問題	12
3-2-2. 諾成的消費貸借と消費貸借の予約	13
第3款 小括	14
第2章 融資契約の成立過程の検討	15
第1節 金融機関における融資契約の性質	15
第1款 融資契約の基本的性質	15
1-1-1. 融資契約の社会的性格	15
1-1-2. 融資契約の契約上の特殊性	16
第2款 融資成立までのフロー	16
第2節 融資合意(融資予約)の考察	17
第1款 融資合意とその判断基準	17
2-1-1. 融資の合意と融資契約	17
2-1-2. 融資の合意の判断基準	18
第2款 融資合意の具体的検討	18
2-2-1. 書面による融資合意の意思表示	18

2 - 2 - 2 . 金融機関における一定の進捗行為	20
2 - 2 - 3 . 金融機関への担保提供	20
2 - 2 - 4 . 当事者間の中間的合意	21
2 - 2 - 5 . 金融機関の積極的行動	21
第 3 款 小括.....	23
第 3 節 融資契約の成立	23
第 1 款 日本の契約法と契約意識・契約実務の乖離.....	23
3 - 1 - 1 . 民法に定める契約の成立要件と契約の多様化.....	23
3 - 1 - 2 . 一般的な契約意識と法律の規律との乖離.....	24
3 - 1 - 3 . 契約書（書面）の意義	24
第 2 款 融資契約の成立時期.....	26
3 - 2 - 1 . 融資契約成立時期の検討.....	26
3 - 2 - 2 . 裁判例における融資成立時期.....	27
第 3 款 小括.....	28
第 4 節 融資契約交渉過程の法律関係	28
第 1 款 融資取引への契約締結上の過失理論導入の必要性	28
第 2 款 契約締結上の過失理論の展開	29
第 3 款 契約締結上の過失理論の概要	30
4 - 3 - 1 . 交渉破棄型	30
4 - 3 - 2 . 契約無効型	31
4 - 3 - 3 . 契約有効型	31
第 4 款 小括.....	31
第 3 章 米国における契約交渉論と融資者責任法理	32
第 1 節 英米法における契約締結上の過失理論（fault in contractual negotiation）	32
第 1 款 英米法における交渉自由の原則.....	32
1 - 1 - 1 . 契約交渉に対する伝統的見解と今日の見解	32
1 - 1 - 2 . 伝統的見解としての交渉の自由（Freedom of Negotiation）	33
1 - 1 - 3 . 伝統的見解の修正	33
第 2 款 契約交渉の法的性質と予備的合意の分析	34
1 - 2 - 1 . 交渉（Negotiation）	34
1 - 2 - 2 . 交渉継続の合意（agreement to negotiate）	35
1 - 2 - 3 . 未決定条項を含む合意（agreement with open terms）	35
1 - 2 - 4 . 最終的合意（Ultimate Agreement）	36
第 3 款 小括.....	36
第 2 節 米国における融資者責任法理（Lender Liability）について	36
第 1 款 融資者責任法理の概観.....	36
2 - 1 - 1 . 定義.....	36
2 - 1 - 2 . 法理.....	37
2 - 1 - 3 . 背景.....	37
第 2 款 融資者責任の理論的根拠と判例の検討	38
2 - 2 - 1 . 信義誠実義務違反（breach of duty of good faith）	38

2 - 2 - 2 . 信認義務違反 (breach of fiduciary duty)	39
2 - 2 - 3 . 不法行為上の注意義務違反 (breach of tort duty of due care)	40
2 - 2 - 4 . 不実表示 (misrepresentation)	41
2 - 2 - 5 . 契約や経営への不法行為的干渉の法理	42
2 - 2 - 6 . 契約違反 (breach of contract)	43
第 3 款 小括.....	43
第 4 章 金融機関の融資契約成立過程における責任論の個別的分析	44
第 1 節 取引態様による分類と交渉過程前後の分析	44
第 1 款 分類の基準.....	44
第 2 款 「フェーズ」について	44
第 3 款 「フェーズ」について	45
1 - 3 - 1 . 取引種別.....	45
1 - 3 - 2 . 一括貸付、分割貸付	45
1 - 3 - 3 . コミットメントライン	46
第 2 節 融資契約交渉過程の個別的分析	48
第 1 款 金融機関と顧客の間に基本契約が存在している場合について (フェーズ - A) ...	48
2 - 1 - 1 . 問題提起.....	48
2 - 1 - 2 . 個別検討.....	48
第 2 款 金融機関と顧客が融資の合意をした場合の検討 (フェーズ - B)	49
2 - 2 - 1 . 融資合意から契約成立への過程について.....	49
2 - 2 - 2 . 融資合意の拘束力について	49
2 - 2 - 3 . 融資合意の失効について.....	50
2 - 2 - 4 . 解除特約条項の有効性について	51
2 - 2 - 5 . 金融機関による錯誤無効の主張について.....	52
第 3 款 金融機関と顧客の取引関係からの検討 (フェーズ)	52
2 - 3 - 1 . 継続的な取引関係がある場合 (借主が既取引先の場合) (フェーズ - C)	52
2 - 3 - 2 . 借主が新規取引先の場合 (フェーズ - D)	54
2 - 3 - 3 . 申込態様からの検討	54
第 4 款 小括.....	55
終章 融資契約交渉における金融機関の責任の今後の展開	56
第 1 節 融資者責任における金融機関の留意点	56
第 1 款 米国の融資者責任法理が日本法にもたらすもの	56
1 - 1 - 1 . 公共性と専門性	56
1 - 1 - 2 . 特別の関係について	56
1 - 1 - 3 . 適用する法的根拠と責任・義務の範囲の明確化	57
1 - 1 - 4 . 責任・義務明確化のためのプロセス	58
第 2 款 融資者責任回避のための指針	58
第 2 節 融資者責任法理のこれからの展開	59

序章

第1節 本論文の目的

科学技術の目覚ましい発展と情報化社会の到来により、国民経済社会は大きな変貌を遂げてきたが、今日においても、金融機関¹の果たすべき役割及び責務は依然大きいことに変わりなく、その全般において強い影響力を有している。しかし昨今、金融不祥事の発覚やバブル崩壊に対する責任問題、更には消費者保護法理の広がりにより、金融機関に対する社会の目は厳しくなり、加えて不良債権処理の推進や経営健全性の強化を目的としてなされている一連の貸し渋りや貸し剥がしなどの行為には目に余るものが多くあるとされ、金融機関の法的責任を巡る議論を活発化させている。

金融機関の法的責任については様々な類型があり、またそれぞれ法理が形成されている。つまり法的責任とは、法律上の不利益または制裁を負わされる責任であり、民事責任（損害賠償、原状回復、差止などの手続を被害者が行使して請求し、これを認めて救済を与える責任）、刑事責任（犯罪に対して課される刑罰）、行政責任（企業の違法行為に対して課される免許の取消し、業務停止等の行政処分や秩序罰）に分類できる²。

金融機関が負うべき民事責任についても、その業務の種類や各種取引における時期・時点によって様々なものが生じうるが、本論文においては貸出取引での融資者責任に焦点を当て、融資契約³とそれを巡る金融機関の義務論、融資契約成立プロセスにおける金融機関の法的責任について述べるものである。融資契約は一方が給付や作為などの履行を果たしその対価として反対給付を受けることで全てが完了するタイプの契約とは異なり、その成立から貸金交付を受けて（借主⁴は期中利息を支払う）期限に完済して契約が終了するまで長い契約期間を有するものであるが、実際は当事者間の交渉の開始から契約成立若しくは貸金の交付を受けるまでも一定の期間を要するのが一般的である。当事者間の契約交渉が開始し、金額・期間・金利・担保などの基本条件だけでなく、詳細に規定される借主の義務など消費貸借成立に向けた合意、合意した契約条件を盛り込んだ契約書の作成、抵当権など担保権の設定を経て、金銭の授受まで様々な段階が存在することから、消費貸借を民法 587 条の形式どおりに要物契約とし、借主が金銭の交付を受けていない契約成立前を一括りにして、借主に対する法的保護が一切考慮されないとするは大いに不都合が生じる。また、経済実態においても融資契約はそれのみが独立して存在するわけではなく、借主の経済活動における目的達成のための（必要資金の調達という）一機能に過ぎないため、借主は融資と牽連性のある法律関係を第三者と形成していることも珍しいことではない。つまり、当事者の契約に対する認識・期待感・外部との関係はそれぞれの各段階において大きく異なることから、その段階ごとに法律関係を把握する必要がある。

よって、融資契約はいつ成立し、金融機関はどの時点から借主に対する融資義務を負担することになるのか、そして融資を拒絶した場合の金融機関の責任はどのようなものが生じるのかというこ

¹ 本論文における「金融機関」は、預金の受入及び貸出等の資金仲介機能並びに資金決済機能を有する金融機関（銀行、信用金庫等）に限定するものではなく、資金の貸出市場において、相当の資金供給量を有し、業務として継続的かつ反復的に貸付を行なっている業態（生命保険、損害保険など）を含めた意味として使用する。

² 斉藤治「金融機関の法的責任論の新展開」金融研究 12 巻 2 号（1993 年）53 頁。

³ 本論文で検討の対象とする融資取引は、法人の事業資金の融通を目的とするものであり、消費者取引は対象外とする。よって「借主」は主に企業を想定している。また契約形態については、証書貸付を対象とし、手形貸付については検討外である。

⁴ 「貸主」や「借主」等の呼称について、民法上消費貸借が成立するまでは「当事者の一方」と「相手方」（587 条）契約成立後は「借主」及び「貸主」（590 条）とするのが正確であり、便宜上、「借主となるべき者」や「融資申込者」という表現が適切である場合もあろう。しかし混乱を避けるため、本論では特に断りのない限り、借主または貸主となるべき者を「借主」または「貸主」として扱うこととする。

とを考慮して行動することは、貸主・借主双方にとって非常に重要なこととなる。そのためには、融資契約がどのような性格のものであるかということから考察をはじめていく必要がある。このような問題意識に基づいて、金銭消費貸借契約の法的性質や成立時期の問題、契約締結上の過失論を踏まえた融資拒否時の融資義務（責任）に関する問題について検討を行なった上で、米国における融資者責任（Lender Liability）に関する議論や訴訟の動向を比較検討し、融資責任論における金融機関のあるべき（とるべき）姿について論じて行きたい。

金融機関と融資申込者の間の融資契約の成否という問題は、理論的問題というよりも専ら事実認定にかかわる問題であり、銀行と申込者との間に融資に関する合意が成立したか否かの一点にかかるとの主張があるが⁵、特にこの問題に対する法理や議論は根拠などに一貫性がなく、専ら個別具体的な事実に基づく解決に委ねられてきたというのが現実である。しかしいわゆる融資取引を「業」としてなす金融機関を貸主とする融資取引では、これを融資形式や金融機関と顧客との関係に基づき類型化し、法的理論を構成することは必ずしも不可能ではないのではないか。

従来の民法 587 条や 589 条中心の形式的な解釈にとらわれすぎることなく、契約や意思表示に関する他の民法法理や一般慣習、契約意識からの考察に加え、米国での責任論も踏まえた上で、現代社会における金融機関の融資契約における義務論について検討していく。

第 2 節 融資者責任の類型と検討の対象

第 1 款 融資合意概念の設定

前節で提示した本論の目的を考察するにあたっては、金融機関が一方当事者となる融資取引上生じる責任のある程度時系列に沿った形で段階化する必要がある。金融機関と借主がはじめて接触して契約締結へ向けた交渉を開始し貸金が交付されるという流れにおいて、当事者に責任が発生する「引くに引けない時点」（point of no return）とはどこなのか、そしてどの時点で契約が成立したと見做されるのか。「引くに引けない時点」と契約成立は同一の時点なのか。

通常の契約であれば、契約成立前の契約準備段階において、当事者間に一般私人間の取引関係を超え一定範囲の様々な信義則上の注意義務が存在することが認められ、判例上も確立しているが、交渉の進展に伴い当事者の法的結合関係の度合が段階的に高まっていき、契約の成熟度に応じて、債権者が何らの責任も追及できない場合、信頼利益の賠償を請求しうる場合、履行利益の賠償を請求しうる場合などというように責任の段階も高まっていく契約の「熟度」論⁶も論じられている。しかし融資契約は、交渉を重ねて相手方（金融機関にとっての）との信頼関係が高まったとしても、信頼関係の度合を融資可否の根拠とする性質のものではなく、あくまでも判断基準は相手方の信用状況や条件にあるのであって、両当事者の関係が一定の関係に立ち入り、交渉の俎上に上げられている基本契約条件のレンジが合意可能な範囲に収束しない限り、その法的結合関係において契約の熟度（契約が熟しはじめる）という考え方を採るのは妥当ではない。単に時間の経過で契約交渉過程での責任が重くなるという論理は成り立たない。故に果物が熟していくような意味での熟度論は否定されるべきであって、契約交渉によって合意への距離が近くなったり遠ざかったりする。時間軸はあくまでも一つの要素に過ぎない。融資契約における交渉は、まず両当事者が妥結できる契約条件の領域（ゾーン）⁷内の妥協点へ向けた歩み寄りであり、融資申込人の信用状況やそれを取り巻

⁵ 栗田哲男「銀行融資契約の成否」判タ 736 頁（1990 年）23 頁。

⁶ 鎌田薫「不動産売買契約の成否」判タ 484 号（1983 年）20 頁。

⁷ この「領域（ゾーン）」の概念を言葉では表しにくいだが、仮に最も単純化して表現すると、借主の信用状態からある程度の基本的条件は、x 軸を融資金額、y 軸を金利、z 軸を担保とする 3 次元数上において、球体（正確には「塊」）

く社会的状況によってある程度の基本的な条件領域が決まっていると考えるべきであり、その領域内での条件での契約締結に向けた交渉が進展し、その領域に両者の希望が踏み込んだ場合に契約締結準備へ向けた責任が生じ、基本条件が完全に一致した段階を合意とみなし、そしてこの合意を一般には「融資予約（＝消費貸借の予約）⁸」若しくは「融資合意」⁹という。つまり交渉がこの球体状の基本的条件領域に踏み込まない限り両当事者に契約締結上の責任は発生しない。融資交渉段階における責任は貸主のみにあるとされる（實際上貸主が借主を訴えるメリットはないから裁判例がないのかもしれないが、売買契約では双方に責任発生リスクがある）が、契約締結を望むならば、借主においても条件合意への妥協が必要なのであり、そのような契約締結へ向けた現実的な努力・対応がなされない以上、貸主にも責任は生じないと考えてよい。この球体に到達するまでは、融資契約の締結や交渉を拒絶することが可能であり、仮に顧客に損害が生じて、詐欺や強迫などの不法行為でない以上、金融機関は責任を問われない。

融資契約成立過程で重要なことは、理由は後に詳述するが、融資合意は金融機関にある種の責任を生じさせるがあくまで基本条件の合意に過ぎず、融資契約の成立とは同義に捉えてはならないということである。特に金融機関による融資契約では、金額は多額であり、基本条件の合意後、契約書を作成した上なければ融資実行しないことは慣習的であり、また貸主側だけではなく借主の方からも訴訟上の証明の点から契約書の重要性が強調されてきた。そういう点からも契約の成立判断は慎重であるべきである。融資の合意は、中間的な意思確認（Letter of Intent 的なもの）よりは重いものであるが、予約に類似するものであるので、契約締結に向けた責任が発生しうる。消費貸借の予約が規定された 589 条の規定によると、合意後は、借主が破産し融資予約の効力が失われない限り、結果的に金融機関は貸金交付義務を負うことになる。

融資交渉過程におけるポイントは、融資交渉開始、条件領域到達、融資合意、契約締結、融資実行の 5 つであり、ともに当事者間の交渉状態からその事実を判断するものではなく、（条件領域到達を除けば）当事者による意思に基づいた行為として客観的に判断できるものである。この 5 つのポイントを境として、融資拒絶に関する責任段階は、交渉開始から条件「領域（ゾーン）」に到達前までの段階（フェーズ：契約交渉を打ち切っても、基本的には責任は問われず、交渉離脱は自由）、融資合意までの段階（フェーズ：交渉を打ち切った場合、契約交渉過程における責任（信頼責任）が問われる）、契約締結までの段階（フェーズ：合意後に融資契約締結を拒絶した場合の責任が問われる¹⁰）、融資実行までの段階（フェーズ：契約締結後、融資実行を拒絶した場合の責任（履行利益の賠償）が問われる段階）に分けられる。

第 2 款 融資実行前過程の融資者責任の類型化と争点

で存在する。この球体内のある 1 点が合意点である。ただ基本的な条件といっても実際は当事者により様々な条件が存在し、低次元の関数で表現することは不可能であるから、あくまでも一般概念として提示したまでである。

⁸ 融資予約とは、定められた期日において、あるいは顧客（借主）の要求に応じて融資することを約束することであるから、その中身は金融機関と借主とが金銭消費貸借に関する合意することに他ならない（飯島紀昭「融資予約と責任」酒巻俊雄＝徳本鎮編・金融事故の民事責任（1981 年）202 頁）。

⁹ 融資合意と融資予約は同義語として用いられることが一般的であるが、予約に一方の予約としての効果を持たせようとする多数説に反対する意思表示からも、本論では「合意」を主として用いることとする。

¹⁰ 金融機関において審査が通った場合でも、契約書の文言で合意しなければ契約が成立しないことは十分考えられることである。一般に審査部門による与信判断を合意の前提としているが、法務部門によるリーガルチェックの重要性はどの企業も認識していることであり、案件によっては契約書の文言で合意しない限り最終段階で契約締結を断念するケースもある。そのような場合は、契約書の合意が契約締結の要素となっているのであるから、合意の条件として加えられるべきであり、誠実に交渉がなされている以上、どちらも破談の責任を負う必要はない。ただこの段階での履行拒絶（交渉破棄）事由は非常に制限されるものとなる。

前款における融資契約交渉過程の責任段階の区分に基づいて、本論では考察がなされることとなるが、ここでは、それぞれのフェーズでの基本的な論点について軽く押さえておきたい。

まずフェーズ は、「準備交渉段階」と捉え、交渉からの離脱を自由に認める段階と考える。ここではどの時点で契約交渉が先に示した領域内に入ったのかという見極めが重要である。同様の信用状態にある他の事例を参考にして基準化することになるが、一方当事者に損害が発生しその損害を請求する段にならない限りは意識されることのない観念的なものといえる。米国法では、ここでいう融資合意の概念とは同一ではないが、中間的合意に至るまでを交渉段階としており、交渉を打ち切る自由が原則的に認められている。

フェーズ では融資合意の時期が争点となる。第2章第2節で判断基準についての具体的検討を行う。裁判でよく争われるのは、金融機関が発行する融資証明書の効力や金融機関職員の融資取り組みに対する積極的な言動であるが、現在では前者については効力ありとする認識で銀行側も一致している。後者については、全般的な状況を勘案して判断されることとなるが、融資合意が認められないにしろ、金融機関の過失責任が認められる事例もある。責任の分析については、「特別の関係」に触れ、金融機関と借主に既に継続的な取引関係がある場合と新規取引の場合に分けて検討する。

融資交渉過程の後半部分として、融資の合意後契約成立までがフェーズ であるが、ここでは融資契約の成立時期がポイントであり、契約実務や契約意識、更には契約書の意義にも言及しながらその時期を探る。ここでの責任の分析は、金融機関の完全な融資義務を確定づけると言い難い継続的取引に関する基本契約が借主との間に締結されている場合の個別貸付の拒絶との関係、一般的な融資合意とその失効及び解除特約の有効性について検討する。

最後にフェーズ は融資契約成立から融資実行までの法律関係であるが、ここでは消費貸借契約など何らかの形で融資義務が発生しており、分割貸付やコミットメントラインなどの具体的事例を通じて金融機関の責任について論じる。

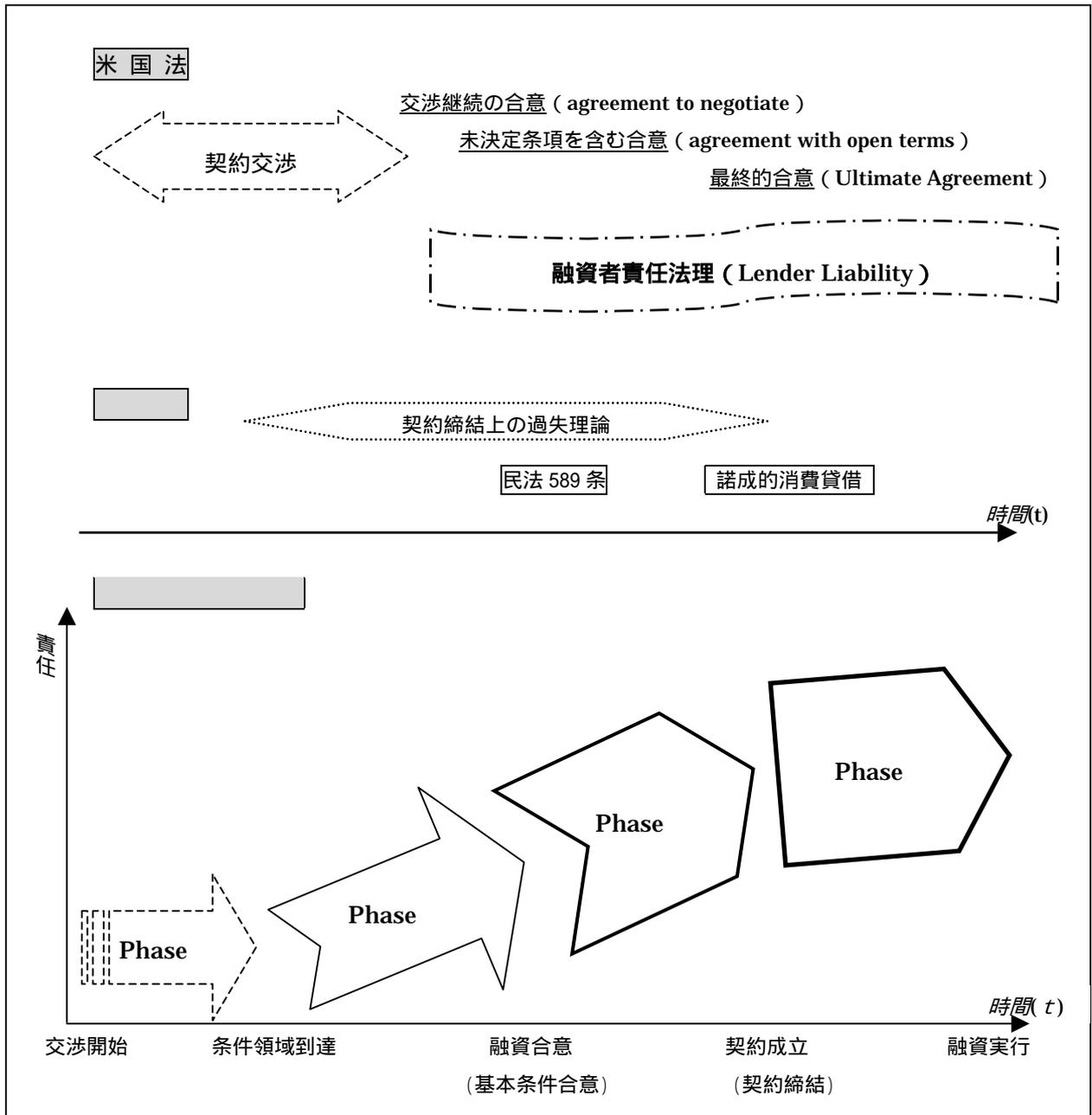
第3款 各種適用法理の相関性

フェーズ ~ (~)における融資義務に関する責任は、他の様々な法理論との組み合わせにより検討される必要がある。金銭消費貸借を規定する民法との関連では、融資合意を 589 条、契約締結を諾成的消費貸借として対応でき、契約締結上の過失理論の交渉破棄型としてフェーズ ・ (・)の段階に、フェーズ ()については完全な債務不履行として考察される。

また融資取引をはじめとして金融取引ではなじみの多い米国法との関連では、契約交渉論において、交渉 (Negotiation) はフェーズ 、最終的合意 (Ultimate Agreement) は契約締結 (成立) 交渉継続の合意 (agreement to negotiate) はフェーズ の中で、未決定条項を含む合意 (agreement with open terms) で一定の法的拘束力を持たせるものは融資合意に対応できる。融資者責任法理 (Lender Liability) は融資者の行動全般にかかってくる責任論であるが、フェーズ に対応するものがメインである。しかし法理自体は非常に汎用性を備えたものであるのでフェーズ ・ でも検討の余地はある。

本論では、民法の消費貸借規定を第1章、実際の融資の合意や契約成立を第2章 (第1節~第3節) 契約締結上の過失論と米国の法理について総論的にその概説をそれぞれ第2章 (第4節) と第3章で論じ、第4章でわが国の融資契約締結上の具体的な責任問題について考察する。

図表 1【責任段階と適用法理の相関図】



第 1 章 金銭消費貸借契約の法的性質

第 1 節 消費貸借の要物性への疑義

第 1 款 民法 587 条の通説的解釈

民法 587 条が定義するところの消費貸借とは、当事者の一方（借主）が相手方（貸主）から金銭その他の代替物を借り受けて消費し、後にそれと種類・品等・数量の同じ物を返還することを約する契約である。終局的に財産権を移転するのではない点で、売買、交換、贈与とは異なり、借主が引渡された物の所有権を取得する（即ち、借主は引渡された金銭その他代替物を自由に利用・処分することができる）という点で、使用貸借や賃貸借といった他の物の貸借の規定とは異なる。契約一般

は両当事者の合意によって成立するものであるが、消費貸借は、使用貸借や寄託と共に、合意のみによっては成立せず、目的物の交付（授受）によって成立する要物契約であるとされる¹¹。

要物契約としての構成からは、当事者間の消費貸借についての合意に法的拘束力は与えられず、目的物の交付があってはじめて契約が成立するのであるから、貸主の「貸す債務」を観念することはできず、つまり借主の「返す義務」しか観念することができないので、要物契約である消費貸借契約は片務契約であるとするのが通説である¹²。

金銭の貸借がその典型例であるが、借主・貸主双方にとって、資本の獲得・投下的手段として極めて重要であり、利息制限法などの各種の特別法の規制を受けながら、担保法と結びついて大きな作用を営んでいる。

第2款 要物性への問題提起

587条の条文上、直接的には「貸主の義務」といったものには全く触れられておらず（587条に限らず、消費貸借について規定する民法第二章第五節全体において）借主の返済債務についてのみ述べられているのであるが、「消費貸借の主たる内容が借主の返済義務にあるとみてはならず」、「それは契約関係の終了と共に初めて生じ」、「目的物を受取るや否や直ちに返還すべき消費貸借は無意味である」ことから、「寧ろ期間の満了又は告知によって契約の終了まで使用を許容する貸主の義務が契約の主眼である」と¹³するのが実態に即した解釈に近い。また、借主は交付を受けた目的物の所有権を取得し、これを自己のものとして消費するのであるから、貸主には目的物を使用貸借させるという義務は生じないものの、ある期間に亘って借主に約定の代替物の利用をさせるという拘束は受けることから、消費貸借は他人の金銭その他の代替物の利用を目的として締結される一種の継続的契約関係であるとされる¹⁴。この代替物を継続的に使用させるという拘束を仮に「貸し続ける債務」（以下、「継続的貸付義務」とする）¹⁵とすると、貸主にも義務を観念することになるわけであるから、そのことから、消費貸借を借主の返済債務のみが観念される一方的な片務契約として把握することの根拠は弱いものと言わざるをえない。また「継続的貸付義務」が発生するには、その前提として貸主が借主に対して金銭その他代替物を交付しなければならないのであるから、継続的貸付義務とは別に、その発生直前に「金銭交付義務（貸付義務）」が貸主に発生していなければならない。金銭の交付が無ければ返還義務も生じない。しかし継続的貸付義務を認めつつも、あくまでも587条が要物契約の構成をとるものとするならば、「継続的貸付義務」は、その債務発生時点にそもそも貸主の「金銭交付義務（貸付義務）」をも包含するものと構成されるか、金銭交付は義務ではなく契約効力や継続的貸付義務の発生要件に過ぎないと構成する必要がある。この継続的貸付義務は、借主に期限の利益がある限り、貸主が負うべき義務であり、債権譲渡により貸主の地位が譲受人に譲渡された場合であっても、有効に譲受人に継承される義務である。消費貸借という契約関係の中には、その成立により貸主と借主のそれぞれが負う債権債務関係が発生していることになる。

¹¹ 587条の条文上は合意について特段触れられてはいないが、民法が定める典型契約の一種である消費貸借においても両当事者間に「合意」が必要であることは言うまでもなく、「合意+目的物の交付」がその成立要件となる。借主の返済義務が生じる以上、単独行為ではなく、合意があって目的物の交付が行なわれると考えることが極めて当然である。

¹² 潮見佳男『契約各論』296頁。

¹³ 来栖三郎『契約法』（1974年）249頁。括弧内は同書で引用されている Gierke, “Dauernde Schuldverhältnisse”, Iherings Jahrbucher, Bd. 64, S.399 による。

¹⁴ 来栖・前掲書(注6)249頁、広中俊雄『債権各論講義（第6版）』（1994年）103頁、幾代通=広中俊雄編『新版注釈民法(15)』（1989年）1頁〔広中俊雄〕

¹⁵ コミットメントラインなど特定の継続的取引での貸主の金銭の「貸付義務」とは別問題である。

両当事者に権利義務が発生する契約が一方からの自然発生的な物の交付で成立するという法律構成は認容し難く、仮にそれらが一方的債権債務関係に過ぎないものと断じるにしても、両者の牽連関係が完全否定され得ない状況にあるものであるならば、そこに合意が存在することは当然にして推察できる。契約は合意によって成立するが、敢えてその合意に成立のための要件としての地位を与えないのであるならば、それを十分説明しうる理由なり根拠が必要である。それが脆弱であるならば、要物的消費貸借としての性質の妥当性について検討し、要物契約としての性格は明確に否定されるべきである。

双務契約とは給付債権と反対給付債権を発生せしめる契約でかつその両債権の間に対価的牽連関係があるものをいい、成立上の牽連関係、履行上の牽連関係、存続上の牽連関係が生じる。だが消費貸借は、借主・貸主双方に相手方に対する義務を觀念することができるものの、貸主の継続的貸付義務と借主の返済債務が対価関係にあるかどうかは微妙であるし、成立上の牽連性は認められるにしろ、履行上の牽連関係や存続上の牽連関係は生じない。あくまでそれぞれが一方的債権債務関係と認識されるものに過ぎない。ただ有償契約である利息付消費貸借は継続的貸付義務と利息支払債務が対価的牽連関係にあるので双務契約と捉えることもできるのではないかと思われる。双務契約は必ず同時に有償契約である¹⁶ことから、双務契約かつ無償契約（消費貸借であれば無利息消費貸借）は理論的にありえないことであるので、また利息付消費貸借はあくまで特約と考えられることから、消費貸借の要物性について検討するには、何らかの区別して考える必要がある。

第2節 消費貸借の要物性の検討

第1款 民法起草時の認識

現在の587条は、旧民法の消費貸借に関する規定¹⁷に二三の修正を加え概ねその内容を引き継いだとされる¹⁸。それではなぜ消費貸借を要物契約としたのか。民法起草時の法典調査会での起草委員富井政章博士の説明¹⁹から要点を抽出すると次のとおりとなる。消費貸借は諾成契約であると主張する学説や立法例（スイス債務法）の存在を認識はしているが、消費貸借が要物契約であることはローマ法以来の沿革に依拠したものであること、消費貸借の性質・目的は借主に物を消費させることであるから物の占有の移転が必要なこと、諾成契約であると目的物の授受以前に借主の返還義務が成立してしまう懸念、である。のように諾成契約の主張が内外で強まりつつあることを起草者自身が十分認めていながらも、法典調査会の資料を見る限りでは、要物性の妥当性について特段検討はなされておらず、要物契約主義を採用したことで後年様々な弊害が生じていくことを

¹⁶ 山中康雄「双務契約・片務契約と有償契約・無償契約」『契約法大系』（1967年）73頁。

¹⁷ 旧民法取得編第八章第一節第178条。

¹⁸ 第90回の法典調査会での富井政章博士の陳述による（法務大臣官房司法制度調査部監修『法典調査会民法議事速記録10』（法務図書館史料10）（1981年）269頁参照）

¹⁹ 富井博士は、「羅馬法以来消費貸借ト云ウモノハ要物契約ニ極マツテ居ル而シテ此要物契約ナルモノハ物ノ交附ヲ待テ始メテ成立スルト云フ意味ニ付テハ是迄疑ヒノナイコトデアリマス消費貸借ノ性質及ヒ目的カラ考ヘテモ借主ヲシテ物ヲ消費セシメル為メデアリマスカラ何ウシテモ此占有ヲ移スト云フコトガナクテハナラヌ尤モ近来消費貸借ヲ要物契約トセスシテ諾成契約トスルガ宜イト云フ説ガ起ツテ居ル是ハ近頃随分勢力ノアル説デアツテ現ニ瑞西債務法ノ如キハ即チ其主義ニ依テ消費貸借及ヒ使用代借ノ定義ヲ掲ケテ居ル位デアリマス併シ本案ニ於テハ多少迷ヒハシマシテ理論上ハ或ハ其方ガ正シイカモ知レマセヌ併シ古来普通ニ行ハレテ居ル考ヘヨ一変スル丈ケノ勇氣ハナカツタ」とし、諾成契約とする説に従えば片務契約は殆どなくなって双務契約となってしまうので不安であったから要物契約主義を採用して受取るということが必要としたと述べている（前掲注(18)議事録269頁）。また、消費貸借が目的物の引渡しによって成立するとしたことについては、「契約ト云フモノハ返ヘス義務ヲ生スル、物ヲ受取ラナイデ返ヘスト云フ義務ハ生シテ来ナイ物ヲ受取ツテ始メテ返ヘスト云フ義務ガ生スルドウシテモ物ヲ受取ルト云フコトガ契約ノ要素デアル」と明確に述べている（前掲注(18)議事録274頁）。

見通したような主張や実際に消費貸借の主流をなす金銭消費貸借の実態に即した議論もなされず、定義的な議論に終始していたような感がある。近代の法典が消費貸借を規定するにあたって、漫然と、ローマ法におけるかの *mutuum* つまり「古い友誼的〔＝無利息〕消費貸借の単なる継続」にすぎないものの取扱に、その範を求めたわけであり²⁰、結局はローマ法という古典的な法解釈の域から脱することができなかつたことに過ぎない。

現行の 587 条の条文は要物性を厳格に要求する内容だが、当初起草委員から法典調査会に提示された条文案は「消費貸借ノ名義ヲ以テ金銭其他ノ物ヲ受取リタル者ハ同一ノ種類、品等及ヒ数量ノ物ヲ以テ之ヲ相手方ニ返還スル義務ヲ負フ」²¹とされており、消費貸借の成立要件というよりは、目的物の交付を受けた借主の返還義務が述べられているに過ぎない。この条文案は当時のドイツ民法（BGB）旧 607 条 1 項²²に近い表現であり、ドイツでは消費貸借の性質における要物契約と諾成契約の対立を承知し、その対立の解決の必要性を認めず、借主の返還義務の前提として消費貸借金の事前の受領が必要であることを表現した条文を選択したという指摘がある²³。587 条の条文がこのような文面であったなら、諾成契約とも解釈することが可能であり、消費貸借予約とも整合性がとれるので、諾成的消費貸借の存在根拠を 589 条や無名契約とする必要性は全くなかつたといえる。法典調査会での要物契約の解釈に関する質疑が余り活発でなかつたのはこの柔軟性のある文面によるところが大きいのではないかと。因みに、ドイツでは 2001 年に債務法の大改正が行われ、BGB607 条 1 項を改正した BGB 新 488 条 1 項²⁴では、消費貸借は諾成契約、しかも原則として利息付とすることにより、要物契約説と諾成契約説の歴史的争いに終止符が打たれた²⁵。

寧ろ、消費貸借の予約についての質疑において、消費貸借をなすべきことを約した者が一定の事由が生じたときに契約を解除できるということは、物を交付しなくても契約が成立するように見えるのではないかと、消費貸借を要物契約とする一方で予約を認めることの矛盾の指摘がされている²⁶。これに対しては、「次ノ条ニ謂フ契約ハ本条ニ謂フ契約ト又違ウ貸借契約ヲ為スト云フ契約テ即チ貸借ノ予定ヲ規定シタモノテアル貸借契約ハ本条ニ依テ受取ル時ニ成立スル積リテアル」と富井博士が答えており²⁷矛盾はないとしている。

尚、消費貸借の予約について富井博士は、消費貸借契約成立前の契約は、目的物の引渡しがない間は何時でも予約であり、引渡しがない間は所有権が移らず貸借契約は成立しないから当事者がどのような言い方をしても全て消費貸借の予約であると述べており²⁸、消費貸借の合意は諾成的消費貸借であるとはしないで、全て消費貸借の予約と見做すこととした。起草者の考えからは、この予

²⁰ 広中・前掲書注(14)講義 110 頁。

²¹ 前掲注(18)議事録 268 頁。第 91 回の法典調査会で、「名義ヲ以テ」から「目的トシテ」とした修正案が可決された。その後どのような経緯で現在の条文となったのかは不明である。民法 587 条が起草委員の当初提出したとおりとなっていれば、これほどまでの議論は生まれなかつたであろう。

²² 「金銭その他の代替物を消費貸借の目的物として受領した者は、受領した物と同種、同質及び同量の物を貸主に返還する義務を負う」右近健男編『注釈ドイツ契約法』（1995 年）359 頁〔赤松秀岳〕。

²³ 飯島紀昭「融資約束と金融機関の契約責任」北川教授還暦記念『契約責任の現代的諸相（上巻）』（1996 年）254 頁。

²⁴ ドイツ民法新 488 条（消費貸借契約における契約類型義務）1 項「消費貸借契約により、貸主は、借主に合意された額の金銭を委ねる義務を負う。借主は、約された利息を支払い、満期になったときは、自らに委ねられた貸金を返済する義務を負う」（条文訳は、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』（2003 年）493 頁による）。

²⁵ 椿久美子「消費貸借予約」椿寿夫編『予約法の総合的研究』（2004 年）326 頁。

²⁶ 前掲注(18)議事録 272 頁。

²⁷ 前掲注(18)議事録 272 頁。

²⁸ 前掲注(18)議事録 298 頁。

約を少なくとも一方の予約と断定することは困難である。現在いわれているところの諾成的消費貸借はすべてこれに当てはまることとなりそうだが、その妥当性は後で検討することとする²⁹。

第2款・主要学説の概要³⁰

2-2-1. 利息付金銭消費貸借と無利息金銭消費貸借を区別する見解(二分説)

無利息消費貸借と利息付消費貸借に区別し、前者のみを要物契約とする見解であり、広中俊雄教授と来栖三郎教授の説を採り上げる。

広中説³¹は、587条は無利息消費貸借の規定であるとし、その根拠として、ローマ法以来の沿革の他に、無償契約である使用貸借を要物契約として規定する593条の存在など無償契約の構造を指摘する。つまり無利息消費貸借の背後にある社会的事実を重視すべきであって、法的保護は貸与行為を強制する根拠を有せず、既成事実として現状維持的に機能するにすぎないから要物契約が妥当とする。また無利息消費貸借の予約は本来効力を認められないものであるが、民法が効力を否定しない規定を置いていることにつき、贈与約束規定(550条)を類推し方式契約の拘束力に基づいて履行の強制が認められることに限定される³²。利息付消費貸借は587条の枠外に置き、一種の無名契約として諾成的消費貸借とする(当事者の通常の意味に即したもので、利息付消費貸借という行為を一個の統一的取引の過程として把握)。消費貸借の予約と諾成的消費貸借は区別して考える。諾成的消費貸借によってただちに生じるのは目的物の授受を指向する債権債務関係であり、目的物の授受によって当事者間に当該代替物利用の継続的契約関係が生じ、この継続的契約関係が期間満了または告知によって終了してはじめて借主の返済義務が生じる。

来栖説³³は、無利息消費貸借の場合は587条を適用し、要物契約であるので予約の効力を認めず、利息付の場合には約束に効力を与え、589条の予約の規定を実質的に諾成的消費貸借の規定と見做す。民法では予約を売買の処で規定し、これを有償契約に限って準用しているのであるから、589条も利息付消費貸借(有償契約)の場合の規定であるとする。

2-2-2. 利息付金銭消費貸借と無利息金銭消費貸借を区別しない見解

加藤一郎教授は、借主に貸金交付請求を認めることは消費貸借の要物性に反し、消費貸借の予約において借主の一方的な意思表示で消費貸借が成立するとすれば諾成的消費貸借となって、消費貸借の要物性と衝突するから認められず、金銭の交付によって本契約になるという特殊の予約と解す。予約によって貸主は金銭貸与義務を負うが、貸主は金銭交付請求権をもって要物契約たる消費貸借を強制的に成立させるまでの力は持たず、貸主の債務不履行による損害賠償請求を請求しうるに止

²⁹ 富井博士はその後自説を変更され、解釈論ではなくあくまで立法論であるが、諾成契約が正当であることを主張されていることは興味深い。消費貸借を要物契約とする立法主義が妥当でないことをわが国の学説上最初に明確に唱えたといわれる。「物ヲ受取ラサルニ返還ノ義務アルヘキ筈ナシ、受取りタル后ニ返還スルト云フ義務ヲ、今ヨリ約束スルニ何ノ妨ケアルカ、消費貸借ハ片務契約ナリト云フコトカ先天的ノ考トナツテ居ル、ソレカ誤リニアラスヤト考フ、コレハ Swiss 債務法ニ於ケル如ク、双務契約トシテ方宜シカラント思フ」(富井政章『債権各論 完』(復刻叢書法律学篇 39)(1994年復刻版)246頁)。

³⁰ 民法制定後現在までの主要学説の変遷については、鎌野邦樹『金銭消費貸借と利息の制限』(叢書民法総合判例研究)(1999年)125~164頁、同「金銭消費貸借の法的性格について 要物的消費貸借を存置すべきか」早法74巻3号(1999年)429頁以下において非常に詳細な分析がなされており、本款においても適宜参照した。鎌野教授は、金銭消費貸借は、取引の実体に照らして諾成契約とみられ、また、規範上も要物契約を残すだけの合理的理由はないが、最大の問題は民法が要物契約としている点であるから立法措置が不可欠であり、当面の最善の策は、民法の規定をできるだけ無視することであろうかと述べられている(早法451頁)。

³¹ 広中・前掲書注(14)講義103頁以下、前掲注(14)注民1頁以下を参照。

³² つまり無利息にも利息付にも予約の効力を認めるがそれぞれにつき、550条の類推適用、556条の準用を認める。

³³ 来栖・前掲書注(13)249頁以下。

まるとする（予約を金銭交付に先立つ貸借の合意と解す）³⁴。

第3款 小括

判例上明らかかなことは³⁵、第一は、判例が消費貸借を要物契約とする場合と諾成契約とする場合との区別について、当該金銭消費貸借が無利息か利息付かということをもとにしている点であり、第二は、判例が当該金銭消費貸借を要物契約とする場合も、金銭の授受前だからといって当事者間に何らかの法律関係も生じないと考えているわけではない点である³⁶。二分説に対しては、民法上、利息付と無利息に限定して適用される規定として用意されておらず、第五節の条文構成上は矛盾のない構成となっていることから要物性の原則の下で解釈するべき³⁷とする考えもある。

ただ、判例の立場は、個々の事案に対する立場は概して明瞭であるものの、判例全体を見渡した場合は、極めて混迷しており判然としない状況にある。「消費貸借は要物契約である」とする立場が依然として基本的には維持され、ただ事案によっては「諾成的消費貸借」も認めるといえることであると理解できるが、いかなる事案において、あるいは、いかなる場合において、要物契約ではなく「諾成的消費貸借」となるのかについては明らかではない³⁸。その点からするとこの二分説の論点は極めて明解であるのではないだろうか。

第3節 金銭消費貸借の法的性質についての考察

第1款 金銭消費貸借は要物契約か

3-1-1. 友誼的関係を基礎とした消費貸借の要物性

消費貸借を要物契約として規定することの根拠としては、先述の起草委員の説明にもあるように、古くローマ法に由来する沿革的理由が主張され、また当時の国家が範とした諸国法においても多くは要物契約と規定されていることが示されているが、スイス債務法のように諾成主義を採用して要物主義を棄てるに足る有力な理由がないことが主張されていることからわかるように、強力な理由付けがあるわけではない。法典調査会における質疑でも要物契約とすることに対しては疑問が呈されており、既に制定時から法的論争の種が存在していた。要物性を追求したことにより、これまで公正証書や抵当権設定の問題において或いは目的物の授受の態様について、現実の社会的要請（早く言えば「実務上の要請」）との間で解釈上の問題が発生してきたが、判例・学説は要物性の緩和や抵当権の附従性の緩和など様々な解釈を打ち立ててその要請の実現に应运してきた。当論文の主旨は消費貸借を要物契約とすることの適否ではないので、この場ではこれ以上要物性の緩和や付従性の緩和に言及することは避けるが、実務的要請に対処するために、要物契約構成を覆すことなく、別の理論構成によって実務的に妥当と目される結論が導き出されているという面が強い³⁹。

消費貸借に関する現在の支配的な学説は、要物契約とすることに合理的理由がない以上、契約自

³⁴ 加藤一郎「諾成的消費貸借について」法教3号（1980年）51頁以下参照。

³⁵ わが国の判例は、消費貸借を要物契約とする587条を強行規定とする。要物性を厳格に維持することで実務上不都合が生じる部分については、消費貸借の要物性を前提とした上で、抵当権の付従性の緩和や公正証書の性質を根拠にするなど妥当な解決に努めた（大判明治38年12月6日民録11輯1653頁、大判昭和11年6月16日民集15巻1125頁、最判昭和39年7月7日民集18巻6号1049頁など）。最近では、要物性を原則として維持するも、諾成的消費貸借の認容を前提とした構成をとるものもある。最高裁が初めて諾成的消費貸借の成立を肯定したのものとして、最判昭和48年3月16日（金法683号25頁）は、融資の合意があるだけで貸金の交付はないので、587条の要物的消費貸借が成立したとは見られないが、貸主の金銭給付義務は融資の合意と同時に発生していたとした。

³⁶ 鎌野・前掲論文注(30)早法448頁、第一の点については同・前掲書注(30)叢書148頁も同旨。

³⁷ 鎌野・前掲書注(30)139頁。

³⁸ 鎌野・前掲論文注(30)448頁。

³⁹ 潮見前掲書注(12)303頁。

由の原則に照らしてこれとは別の無名契約である諾成的消費貸借を認め、或いは要物性を緩和することで処理しようとする流れにあるが、第2節では消費貸借の社会的背景を更に精緻に分析した無償契約・有償契約二分論を紹介した。特に広中説の消費貸借が立脚する社会的基盤の相違によりその要物性を検討するという分析方法は、まずは法律ありきで条文解釈に固執することなく、貸主の貸与行為を誘導する背後のもの（好意・感謝等の非物質的要素ないしその基底にある当事者間の「恒常的」関係）⁴⁰など社会関係面からの視角によるものであり一歩進んだものといえる。

しかし、消費貸借の外形面から見て無償契約と有償契約に分類されることは否定しないし、それによって貸主の担保責任に相違が生じることも妥当であるが、消費貸借の成立の本質からは、無償・有償による分類よりも、その分類の基軸となった「恒常的」関係を基準として「友誼的消費貸借」⁴¹と「それ以外の（営利的若しくは制度的な）消費貸借」に分けて考えることがより適切ではないかと思案する。広中教授も同じ無利息消費貸借であっても、共同体的生活の場におこなわれるものとして生まれた（原始的な）無利息消費貸借とそれとは区別されるべき（いわば人工的な）無利息の資金貸付の制度は別個の分析視角が要求されることを述べられている⁴²が、この基準であればこれらをも包含した分析が可能である。友誼的關係から生じる消費貸借の全てが無利息とは限らないし、また制度的な要式性を持つような消費貸借であっても無利息のものも存在する⁴³のであり、前者であっても貸与行為を強制する根拠はなく、後者だからといって法的保護は存立しないということはいえぬはずである。友誼的關係から生じた消費貸借は、無償であれ有償であれ、貸主と借主の強制や違約罰を伴うような約束や合意といったものから発生するものではなく、法によっては支配することができない、換言すれば支配することに適さない貸主の好意や良心から生成される信頼関係に基づいて行われるのであるから、法によって貸与行為を強制することは許されず、目的物が借主に交付されてはじめてその効力が生じるのである。貸主の貸与しようとする意思表示が表示されてもそれを取消することができる。以上より、587条の要物契約は原則として「友誼的消費貸借」を指すものとする⁴⁴。

3-1-2. 587条の消費貸借を「友誼的消費貸借」に限定すべきか

前項で消費貸借に関する沿革と「友誼的消費貸借」の構造を検討し、友誼的消費貸借は民法587条の要物契約であるとしたが、同条は友誼的消費貸借に限定した規定と捉えることは必ずしも適切ではない。「それ以外の消費貸借」であっても要物契約であるものは存在するからである。詳細は後で触れるが、一定限度までの信用を反復的に供与することを貸主が約するコミットメントラインを例とすると、その構造を基本契約（コミットメントライン契約）と複数の個別貸付（消費貸借）から構成される貸付形態と解釈するならば、各個別貸付は要物的消費貸借契約であるから、「それ以外

⁴⁰ 前掲注(14)新版注釈民法(15)14頁〔広中〕。

⁴¹ 友誼的な関係から発生する消費貸借で無償契約と有償契約の双方。

⁴² 前掲新版注釈民法(15)1頁〔広中〕。このような分類方法に基づく、消費貸借は、原始的無利息、人工的無利息、原始的利息付、人工的無利息の4つに分類され、原始的な消費貸借を「友誼的消費貸借」、人工的な消費貸借を「その他の消費貸借」と区別することが可能。人工的無利息消費貸借はある特定の目的により設定されるものであり、通常、特別法の規制を受ける。

⁴³ 社会保障制度などに基づく各種無利子貸付。例として、母子及び寡婦福祉法による修学資金貸付や児童扶養資金貸付などが挙げられる。

⁴⁴ 無償契約にも条件付のものがあることは十分考えられ、その場合は諾成的消費貸借と捉えて問題ない。東京地判平成16年1月26日労判872号（2004年）46頁（留学費用返還請求事件）は、留学費用につき職務復帰後5年間在職することを解除条件とする返還約束をした誓約書を提出したことにより、留学費用についての金銭消費貸借の合意がされたものと認めている（5年未経過で退職しても返還するのは「貸与」された費用のみで、それに対する利息までは求めていないので無償契約である）。

の消費貸借」の要物的消費貸借もありうる⁴⁵。

また、そもそも現代の一般的な消費貸借は要物契約性に合理的理由を認めず、基本を諾成契約として捉えているわけであるが、当事者間の消費貸借の合意に、要物契約として成立させる当事者の意思が介在する場合に限って、つまり両当事者間に貸付義務を認識しないことについての明示の合意や黙示の合意があると推定できる場合などは諾成契約でなく要物契約を認めるべきだろう。ただ同じ内容、性質をもつものであっても、当事者の意思により要物契約となったり諾成契約としたりするように法的性質が変わることは妥当なのだろうか。

第2款 諾成的消費貸借を承認する必要性

3-2-1. 要物性と合意の拘束力の問題

目的物の交付を契約の成立要件とする消費貸借においても、合意が必要であることは他の契約類型と同じである。587条を条文どおり解釈すると、この合意は、借主が受取る目的物と同種・同等・同量の物でもって貸主へ返還することを約束することに対して貸主がそれを受諾することにより成立するものとなり、要求される意思表示は、借主の返還約束という意思表示であるから、一定の妥結した条件の下での「貸そう」、「借りよう」という意思表示の合致とは異なるものとならざるをえない。しかし「その他の消費貸借」では、そのような解釈は現実の消費貸借の正確な理解に基づくものとは言えない。消費貸借は一方的な単独行為ではなく、貸すことと借りることの合意なしには、借主の返還義務はそもそも生じないし、その合意に基づかない目的物の交付はありえない。金銭消費貸借の契約成立過程については後述するが、一般的には借主からの借入れの申込からはじまり、期間・担保・金利等の条件交渉を経て、双方合意に至り契約証書に記名押印（自署捺印）し、目的物たる金銭が授受されるという流れを辿る。どの時点で契約が成立するのかがということが最も重要なことだが、要物性を重視して、それを587条のように目的物授受時点とし、それ以前の合意⁴⁶には法的拘束力を一切認めないとするならば貸主には融資義務や金銭交付義務といったものはないこととなり、合意に達していたにもかかわらず目的物が授受されない場合に借主はどのように保護されるのかという問題がある⁴⁷。587条は専ら借主の返済債務を発生させるための前提として消費貸借契約の成立要件を定めた規定であるから、同条からは直接的に金銭交付義務なり金銭交付請求権は発生しないのであり、貸主側の「貸す義務」の発生をもたらすような契約は、諾成的な消費貸借として新たに構成するか、あるいは消費貸借の予約という局面で語らざるをえないという点に留意すべきである⁴⁸。よって合意に法的拘束力を認めて貸主に金銭交付義務（借主に金銭交付請求権）を発生させるには、諾成的構成をとらなければならない。この合意に法的拘束力を持たせるのが諾成的消費貸借である。つまり「その他の（人工的）消費貸借」は、要物契約とされる一部のものを

⁴⁵ こういう構造の与信契約においては、貸主に貸付義務が発生しているが、それはあくまで基本契約に基づいて発生しているものであり、各個別貸付から生ずるのではない。金銭交付がなされない限り消費貸借自体その存在は認識されず、交付をもってしてはじめて効力が生じる。消費貸借の予約の構成を否定する理由については後述する。尚、当座貸越契約や極度貸付契約は個別貸付の可否について貸主が裁量権を有するため、即ち貸主に応諾するか否かの選択権があるため、個別貸付は要物契約ではなく諾成契約である。

⁴⁶ 契約成立時点はいつかという問題は、合意がどの時点かという問題でもあり、ここでは確定的な時点を示さずに単に目的物授受以前としておくと、金融機関が取扱う金銭消費貸借契約の合意については、第2章第2節において詳細に検討する。

⁴⁷ 貸主からの融資応諾の回答を得て、借主が、予定していた事業や設備投資に必要な資材の発注や請負契約の締結を行った場合、借主にはこれらの撤回や解除に伴う損害が発生したり、必要な資金獲得できないことにより倒産を招いたりする恐れもある。

⁴⁸ 河上正二「銀行取引における契約の成立段階の諸問題」金融法研究11号（1994年）13頁、同「融資契約成立過程における金融機関の責任」金法1399号（1994年）6頁。

除き諾成的消費貸借となるのである。諾成的消費貸借は、第1節で述べた貸主の「継続的貸付義務」と借主の「利息支払債務」、「返還債務」が牽連関係にある双務契約であり、貸主の「金銭交付義務（貸付義務）」は契約の成立若しくは借主が契約上の前提条件を充足することにより発生する。「継続的貸付義務」の債務発生時点に包含されていると構成することも可能であろう。

先に概説を紹介した加藤説は、諾成的消費貸借を否定しないまでも、貸金交付義務を認めてその債務不履行による損害賠償の形にすれば請求が認められやすくなることから、実際上の必要性や実益を銀行へのモラルを説く以外には消極的に解釈している⁴⁹。しかし、貸付義務は587条からは直接的には発生しないのであり、また借主の返還義務の反射的效果として発生するものとの解釈は少し行き過ぎであるから諾成的構成に辿り着かざるをえないし、誰にとって何が実益かということは一概に判断できないものである。仮に銀行のモラルを維持し法令を遵守させることが実質的な効果であるにしても、融資者責任を論証する上では意義があるのではなからうか。

3-2-2. 諾成的消費貸借と消費貸借の予約

消費貸借の予約（589条）については、その規定は置かれているものの、当事者の破産の時に効力を失うことが定められているだけであって、その定義については何ら触れられていない。民法上の予約の意義や民法587条および諾成的消費貸借との関係を巡って、その解釈については大きく見解が分かれている。この予約は一般型の予約（債権的予約）と予約完結権型の予約（形成権的予約）に分類できるが⁵⁰、多くの学説では消費貸借の予約は後者であるとする⁵¹。多数説は、無利息消費貸借については書面による場合のみ認め、利息付については諾成契約とし借主と貸主の双方に予約を認め、予約完結権を有している者の完結権行使によって諾成的消費貸借が成立するとする説⁵²、無利息消費貸借については587条を適用して予約の効力を否定し、実際上の必要性から借主にのみ予約完結権を認めて589条は実質的に利息付の諾成的消費貸借の規定とする説⁵³、予約を無利息・利息付双方の消費貸借に認め（但し、書面によらない場合は550条を類推適用し取消可）取引当事者の通常の意味に即して消費貸借の予約だけでなくさらに進んで諾成的消費貸借を認めるべきとする説⁵⁴に大きく分類できる。

これらの説について検討してみると、まずここでの予約の定義について、民法一般の解釈と異なることを条文上は定義していない。ということは民法上の予約概念⁵⁵の適用が要求されているわけであるから、仮に予約本来の性質に基づき、予約として限定的に解釈して論証を進めていくこととする。そうであると、消費貸借の予約は諾成的消費貸借であると実質的に同視する。説の見解は、予約そのものに本契約としての法的拘束力を認めている点からして整合性がとれない。また判例上、消費貸借の予約における予約義務者（貸主）は予約権利者（借主）に対して反対債権を有していても、これをもって自己の負担する予約上の義務で相殺することはできず、またその反対に予約権利

⁴⁹ 加藤・前掲注(34)55頁。

⁵⁰ 予約とは通常本契約に対する概念であり、一般に当事者間に将来本契約を締結する債務を生じさせる契約（債権的予約）であるとされるが、そのような予約とは別に予約権利者が完結の意思表示（本契約締結の意思表示）をすれば、予約義務者の承認を待たずして本契約が成立するという型の予約（形成権的予約）もある。一般に前者が本来の意味の予約であり、後者は法律上特別に定められた制度であるとされる。（柚木馨＝高木多喜男編『新版注釈民法(14)』（1993年）151頁〔柚木馨・生熊長幸〕、広中・前掲注(14)各論講義47頁他）

⁵¹ 広中・前掲注(14)注民16頁、来栖・前掲書注(14)257頁、飯島・前掲注(23)259頁他。

⁵² 鈴木祿弥『債権法講義（三訂版）』（1995年）371頁。

⁵³ 来栖・前掲書注(14)257頁。

⁵⁴ 広中・前掲注(14)注民16頁。

⁵⁵ 本契約を締結する旨の契約であり、本契約とは別の概念である。

者からの相殺も認められない⁵⁶ことから、当事者の合意で成立する諾成的消費貸借と消費貸借の予約は性質的に異なるものである。よって 589 条存在の前提として諾成的消費貸借が法的根拠を有する有効なものとして認められる必要があるが、諾成契約の有効性の根拠は 589 条ではなく、あくまで契約自由の原則から導くべきである。

次に、売買の規定の有償契約への準用の是非（本来の意味の予約ではなく、法律上特別に定められた制度としての予約を適用することの適否）をもって、予約の性質決定の根拠とみなす見解がと・であるが、売買の規定が他の有償契約へ準用されるのは売買が最も典型的な有償契約であり、両給付の等価的均衡の法理を最も豊かつ完全な姿で展開しているからである⁵⁷。しかし消費貸借で何をもって等価的均衡とするかの判断は困難であり、あくまでも売買の一方の予約に相当する消費貸借の一方の予約（借主の完結権の行使によって消費貸借が成立）として意思表示がなされ、当事者間の意思の一致がない限りこれを認めることは慎重であるべきであろう。その上でとにつき検討すると、本契約である要物的消費貸借（本論でいう「友誼的消費貸借」）の合意の法的拘束力が否定されるのに、その予約を認めることは（例え書面による予約の場合に限定したとしても）矛盾している。貸主の意思による目的物の引渡しがないと成立しない要物契約に関して、その予約完結権の行使を根拠として、強制的に目的物を行使させることは、自発的な惠与の意思を強制させることであって認められず、要物契約の予約は明らかに矛盾している。

消費貸借の予約は、要物的消費貸借においてはそれを認めることはできないが、それでは諾成的消費貸借において一方の予約が認められると解釈すべきであるか。典型契約としての消費貸借にその合理性が見出せないことから、無名契約として諾成的消費貸借という契約類型が編み出されているにもかかわらず、その無名契約の予約を確定的に条文の中で認識し、その法的効果を限定してしまうことは解釈として行き過ぎであり、やはり矛盾しているのではないか。起草者は、589 条について、予約完結権を借主が一方的に持つようなものではなく、目的物が交付されるまでの状態を指し、消費貸借を締結する合意と解釈していた⁵⁸ことに注目すべきである。差当たりこの認識を一部参考にして、これまでの検討のように「予約」概念を民法上の予約の定義に限定して考えるべきであり、一定の法的効果が与えられているのであるから、中間的合意や意思確認程度の拘束の緩いものとして捉えることも不適切であり、結局のところ、消費貸借の予約は、諾成的消費貸借のある程度確定的な合意を指すものである双務予約（ ）としたい。よってこの合意の具体的意味は、あくまでも予約であって本契約そのものではないから未だ契約成立には達しておらず、一方的予約を意味するものでもなく、合意内容の履行義務に違反した者にはその責任が問われる「引くに引けない時点」（point of no return）とする解釈が実務的要請とも整合が取れるのではないか。

第 3 款 小括

金銭消費貸借契約は、日常生活の窮乏をしのぐためにされる場合と、他人の資金を利用することにより経済的活動を展開して利益を獲得されるためにある。前者における金融業に対する規制や借主保護施策は特別法によってなされるが、後者は資本主義経済体制の下、その規制は最低限度に抑えるべきものであり、貸出市場のルールにより規律されなければならない。よって消費貸借が民法

⁵⁶ 前者は大判大正 2 年 6 月 19 日民録 19 輯 458 頁、大判明治 45 年 3 月 16 日民録 18 輯 258 頁参照。予約上の義務は、単なる目的物の交付を内容とするものではなく、それによって消費貸借を成立させることを内容とするものであるから、予約義務者が他に債権を有していたとしても、この両債務は「同種の目的」を有していず、550 条の要件を充足しないからである（前掲書注(14)注民(15)37 頁〔浜田稔〕）。

⁵⁷ 山中・前掲注(16)68 頁。

⁵⁸ 前掲注(18)議事録 298 頁。

典の定める要物契約から大きく離れて、契約の自由に則り諾成的消費貸借として今日機能していることは当然の帰結といえよう。消費貸借の法的性格についての見解が衝突する際も、587条に深く触れずにさらにと実務的要請に基づいて処理されているのが常であるが、消費貸借について一度再考すべきであろう。しかし反対に同条が実際に機能せずして無害な状況からは、敢えて現状に追隨する形で改正するプライオリティーは低いとも言えよう。

本節は、特に対象を限定して消費貸借の法的性質の考察を試みたのではなく、あくまでも次章における金融機関の融資契約の成立過程に際しての総論的位置づけにあるものである。

第2章 融資契約の成立過程の検討

前章では消費貸借の法的性質について友誼的關係を基準にこれを分類したが、本論で検討を行なう金融機関の融資契約は利息付消費貸借であり、その成因において友誼的關係を有しない「その他の消費貸借」に分類されることから、原則として要物契約構成をとらず諾成的消費貸借ということになる。よって消費貸借の合意には一定の法的拘束力が生まれ、契約成立により貸金交付請求権が借主に発生する（反対に貸主には貸金交付義務が生じる）ことになるが、金融機関の責任を考察する場合、融資契約の成立過程では当事者の複雑な対応が絡むことから、諾成的消費貸借の法理からストレートに解釈を引き出すことは困難であり、契約法の一般法理や慣習などを援用する必要があるだろう。

第1節 金融機関における融資契約の性質

第1款 融資契約の基本的性質

1-1-1. 融資契約の社会的性格

銀行等金融機関の取引先に対する与信供与は、手形割引、手形貸付、証書貸付、当座貸越、コール・ローン、貸付有価証券、支払承諾や輸出前貸信用状などの貿易金融によって行われる。これらの与信契約の中で前五者は、金融機関の金銭所有権の第三者への移転という法的効果が発生するが、このような法的効果を伴う与信契約を特に融資契約として論ずる。

銀行等の預金受入金融機関にしる、保険会社にしる、預金契約や保険契約に基づいた適切な支払いを確保するために、預金者や保険契約者等の顧客から預かった金銭（預金・保険料等）について確実な運用を行い、預金者や保険契約者の保護を図ることがその社会的責務であるといえる。金融機関では、受入資金の多くを貸出金として運用しているが、社会的責務の実現のためには、まず融資の基本原則⁵⁹を遵守した行動を行い、適切な融資契約を締結することが求められることはいうまでもない。よって融資契約の性質はこのような観点から検討されなければならない、金融機関の責任は消費貸借の一般の貸主に比べればより重いものとなる⁶⁰のであり、一方融資契約がある程度の要

⁵⁹ 貸出政策の決定（本店・本部レベル）、貸出方針の策定（営業店レベル）、実際の運用（同前）にあたっては一般に、安全性の原則、収益性の原則、成長性の原則、流動性の原則、公共性の原則の5原則が判断基準とされる（流動性の原則は広義の安全性の原則に包含され4原則とされることもある）。なお貸付の基本五原則をすべて充足する貸付は現実には容易ではなく、さらに各金融機関の競争激化の中での取引開拓、深耕という要因も影響して、各原則相互間に矛盾を生じるケースに直面することも少なくない。このような場合、個々の貸出においては長期的観点からいずれの原則に重点を置くかと信採上げであるかを明確に認識し、また銀行全体としては社会環境の変化にも柔軟に適應して、各原則相互間の調和を図っていくことが必要である（三菱銀行「銀行貸付の諸形態と原則」鈴木祿弥=竹内昭夫編『金融取引法大系第4巻貸出』（1983年）151頁）。

⁶⁰ 不適切な融資契約においては実行後も責任を問われる。例としては、信用調査が杜撰、或いは決裁権限違反により金融機関やその株主に損害を与えたなど適切な融資決定手続がなされていない契約に関与した役員は、株主代表訴訟などによりその責任が問われることがあり、また融資交渉過程における説明義務違反により顧客に損害を及

式性を具備することから一定の範囲に限定的される。そして更に、金融機関にとってのその融資契約の性質の相違により、性格が微妙に変わってくることに留意する必要もあるだろう。つまり、親密な継続的取引関係から生じた恒常的なものなのか、プロジェクト的なものなのか、生保の融資のように純粋な投資的なものなのかである。

1-1-2. 融資契約の契約上の特殊性

契約は一般に、給付される目的物やサービスの価値と代金の均衡性に当事者は関心を持つ一回的債権関係を構成するものが多いが、融資契約では貸主の関心ごとには返済期限までの長期を視野に入れた確実な債権回収（元本＋利息）にあり、金融機関と顧客との信頼関係に基礎を置く継続的取引関係である。仮に継続的貸付の対価に相当する金利が破格の条件であっても、貸付先に対する信頼関係が醸成されない限り融資することはない。

また融資契約は借主の申込に対して貸主が諾否の判断を行うものであり、契約成立の決定権は貸主が握っている⁶¹。融資の可否や条件等の適否を判断するためには、先ほど挙げた基本原則を念頭に借主の信用状況について多岐の項目に亘る信用調査を定量・定性の両面から組織的に慎重に行い、さらに担保・保証の徴求状況を勘案して総合的な審査が行われる。金融機関にとって従来の融資取引は、安定的な利息収入をもたらす、不動産担保の設定により確実な元本回収が「確約」されていた取引であるが、昨今は不動産価格の低迷・暴落、債務者の経営破綻の多発などの事情により、多様なリスクがあり、金融機関自身の健全性を堅守するためにはそれらのリスク管理への厳格な対応が必要であることが広く認識されるようになってきた。よってこの審査が金融機関にとっては最も重要な過程であるといつてよく、その審査結果は融資諾否判断において絶対的な要素であること、借主にとってもこの審査が重要で避けられないものであることは十分承知しているのが当然の事実であることから、この金融機関の判断は一定の条件の下、裁判の場においても尊重されなければならない。

企業の信用状況は一定のものではなく、その信用を形作る国際情勢、国家の経済政策、取扱製品の需給関係、技術革新動向、消費・産業動向、為替動向、株式動向、金利・債券動向、原油価格などのその業界や企業を取り巻く社会的要因や財務状況、収益状況、資金収支や事業計画の達成状況や不祥事発生状況など当該企業に起因する要因は大きく変化するものであり、ある時の判断がその後も通用するとは考えにくい。そのようなフローの中で締結されようとしている融資契約の特殊性を考慮すれば、本契約について確定的な合意も取り交わしていないのに、融資契約自体やその停止条件付契約的な予約、或いは完結権の一方的行使が可能な予約が当事者間の意思の合致なく成立するとは本来は考えにくい⁶²。契約の成立や合意の意味について、慎重に検討しなければならないのが融資契約の特徴とも言えるだろう。

第2款 融資成立までのフロー

融資拒絶、即ち融資契約の成立・実行がなされなかった場合、融資による資金調達を前提として

ばした場合も損害賠償責任が問われる。金融庁が定める検査マニュアルや事務ガイドラインに沿った行動も求められることに留意。

⁶¹ 企業の資金調達方法が、金融機関からの融資による間接金融から証券発行や債権流動化などの直接金融や市場型間接金融へのシフトが進んでいることや優良貸付先の減少などにより、同業種・異業種問わず金融機関間の競争が激化しており、優良企業に対しては金融機関からの積極的アプローチが行われている。よって実質上は金融機関からの申込といえるケースも多いが、そういう場合でも、あくまでも法律上・手続上の申込者は顧客（借主）である。

⁶² 河上・前掲注(48)金法10頁は、「消費貸借の予約は金銭交付のぎりぎりの段階まで借手の信用状態いかんによって効力を左右される可能性があり……、通常の売買予約のように、一方的な予約完結権行使によって本契約を成立させることができるような性格のものと考えerことは適当でない。」と指摘している。

既に事業計画の準備や着手に取り掛かっていた借主は多額の損害を蒙る可能性があり、実際に損害が生じた際は紛争が生じる恐れがある。損害についての責任の所在、発生要因や貸主の融資義務の存否を検討するためには、融資契約の複雑な成立過程に意義を認め、契約内容とともに的確に分析し、どの時点で貸主に責任が発生し、融資契約はどの時点で成立し、融資拒絶がなされた時点はどこであるのかの詳細な認識が必要である。融資契約の特殊性から、その成立時期を慎重に判断すべきであることは先に述べたが、一律に決定することは困難な問題であると思われる。

融資契約の流れは概ね次のように捉えることができる。融資申込人（借主）に事業計画や増加運転資金などの資金需要があり、資金を自己資金ではなく外部調達すべき事情が存在する。融資申込人が金融機関に借入申込みを行い、申込みに対して金融機関は、融資金額（妥当性）、貸出期間、返済計画、金利、担保（担保権の種類・目的物の評価）、保証（保証人の信用状況）、資金用途（設備資金ならば設備投資計画、運転資金ならば資金繰りの調査）、資金計画（資金収支を調査）、財務諸表分析、販売・生産状況、将来性予測、業界動向、金融取引状況について借主からの提出資料による調査・分析、借主ヒアリング、担保現況調査、主力行ヒアリングを実施し、その妥当性を検討する（この一連の作業を企業審査⁶³という）。金融機関は審査結果を踏まえ、申込人に融資条件を呈示し、合意へ向けた交渉を行う。企業間の総合取引の観点から金額や金利について交渉・検討することもある⁶⁴。融資条件について確定し消費貸借成立に向けた合意がなされると、妥結した合意内容に沿って契約書の作成、契約書の調印、抵当権の設定手続、といった段階を踏んで貸付金の実行が行われる。

それぞれの段階ごとの説明はここでは省くが、現実はこの順序のとおりを実施されるわけではなく、の計画の段階で融資可否の打診が行われる場合もあるし、の条件交渉がある程度まとまりかけてからの審査がなされるケースもあり、進め方は当事者や事案ごとに異なる。ただどの金融機関でもこのような状況に変わりはない。

第2節 融資合意（融資予約）の考察

第1款 融資合意とその判断基準

2-1-1. 融資の合意と融資契約

私は、融資の合意の概念を序章で述べたように考えているが、あくまでもその性質は合意（予約）であって、融資契約の成立とは同義のものではなく、時系列的に前者を経て後者へ至るのであり、契約が成立しない段階である以上、契約交渉段階の一つの経過点という。そうなると成立した諾成的消費貸借と合意（予約）上の権利の相違点はどこに見出せばよいか。消費貸借の予約で述べたように、合意（予約）の段階にとどまる場合には、いまだ具体的に発生していないために金員交付請求権の譲渡・差押えが認められず、一定範囲での信用不安を理由とする失効の可能性が明定された浮動的状态である点に差異が認められる⁶⁵。融資の合意という概念の存在が、契約成立過程や責任生成過程を一層複雑にしているが、融資の合意の意味するところは、融資契約の成立や貸主の「貸す債務（貸金交付義務）」の発生をもたらすのではなく、あくまでも、融資契約（金銭消費貸借契約）を締結することに合意するのであって、融資契約の締結により初めて貸主の貸金交付義務が発生す

⁶³ 貸出先の与信レベル、融資案件の金額、既取引状況や担保条件により金融機関の審査部署や決裁レベルは異なる。

⁶⁴ 金融機関が取引先に投下する資本（株式簿価、社債、貸付金残高の合計から預金残高を控除）に対して、どの程度の収益（配当、利息、付加保険料、融資手数料などの合計から預金利息を控除）を確保するかについて一定の基準を設け、それに見合った金利上げや金額削減を要求するケースもある。

⁶⁵ 河上・前掲注(48)金法9頁。

る。

2-1-2. 融資の合意の判断基準

それで問題は具体的に何が融資契約の合意なのかということになる。合意の効力・効果は、個々の合意ごとに、その内容、目的、交渉経過等の事情を考慮して、合理的な内容を明確にして判断することが重要であり、その名称・形式を問わないものである。よって何が効力を発生させるのかという性質を一律に決定することはできないが、裁判例における判断基準が参考になる。

融資合意に基づいて、借主は第三者との法律関係に入ることもありうる。第三者に対して融資合意の有効性を主張するためには、貸主の意思が表示され証拠として残るものでなければならない。つまり言動などを融資を信頼した理由としてあげるのならば、直接第三者に対してなされるか客観的にみて判断可能な行動でなければならない。

融資の合意の基準を検討するうえで考えられるものとしては、(A)金融機関と借主間の金銭消費貸借予約契約の締結、(B)金融機関による融資証明書の発行、(C)融資合意についての金融機関による念書等の差し入れ(発行)や金融機関と借主間の覚書の締結、(D)金融機関による金銭消費貸借契約証書の作成着手、(E)金融機関内部における決裁取得、(F)借主から金融機関への担保の提供(権利証や担保設定のための委任状提出も含む)、(G)金融機関から借主への Letter of Intent 等の差し入れや両当事者間での Memorandum of Understanding 等の確認書類の取り交わし、(H)金融機関職員による融資実行する旨の確約、(I)借主に融資を期待させる金融機関の積極的姿勢・言動といった客観的(外形的)表示行為があげられる。それとは別にこれらの表示行為の内容を構成し法的効果を決定させる決定要因として、()貸付先、()金額、()金利、()担保(担保権の種類・物件)、()返済条件といった基本条件の確定度合、()契約書の文言の合意がある。さらに表示行為に付帯条件(融資実行条件・融資合意解消条件)ある場合はこの性質や拘束性についても判断の材料となるだろう。よってこれらの2つ(或いは3つ)の角度から合意の法的拘束力が判断されなければならない。

第2款 融資合意の具体的検討

2-2-1. 書面による融資合意の意思表示

まず、外形的表示行為(A)~(C)については、書面での一定の行為であり、融資契約締結や融資義務を負うことの意味表示が明確になされている度合いが強いケースといえる。

特に融資証明書は、発行を受けた者が第三者に対し自己の支払能力の証明に利用されるが、当該発行業務は、金融機関において定例業務として定着しており(発行手数料も徴求)(例として)農地法4条の規定に基づく農地転用に関する農地委員会への申請の際の法令により規定された資金計画の調達を確認できる書面としての添付や、また地方自治体など公的機関に利子補給金を申請する際も提出証明書類など、公的手続における添付書類として利用されることが多い。東京高決昭和34年5月16日(下民集10巻5号1008頁)では、将来融資申込があればこれに必ず用意のある銀行の融資証明書であっても第三者に対する支払不能でないことの証明として効力があるとし、第三者が借主の信用状態を判断する際にその存在が重要な意味を持つことを明確に述べている。この判決からは、支払能力の証明という融資証明書の本来の意義が明らかにされている⁶⁶。

⁶⁶ 河上・前掲注(48)金法11頁では、融資証明書の予約としての意味は間接的效果でしかなく、それ自体が当事者間の契約関係を証拠だてるといよりは、宛先・提出目的に留意して個別にその効果を判断すべきとし、東京高決での融資証明書は直接的には金融機関の「支払保証」あるいは「信用保証」に近く、重要なのは融資証明書の存在ではなく、発行の背景事情にあるとする。ただ間接的效果にしる、当事者間で融資予約の効果を持つ以上、契約関係に与える影響は大きく、金融機関にとっては、融資予約でも、支払保証・信用保証でも実質的には大差ない。

融資証明書の融資予約における効力は支払能力証明の副次的効力といえるが、東京地判平成4年1月27日(金法1325号38頁・判タ793号207頁・金判902号3頁)、及びその控訴審である東京高判平成6年2月1日(金法1390号32頁・判時1490号87頁・金判945号25頁)が参考になる。東京地判は、「融資予約契約は、融資契約そのものではないけれども、被告は原告会社の予約完結の意思表示により所定の内容で融資を実行すべき義務を負うものと解され、」「融資証明書に記載された内容による融資予約契約(金銭消費貸借予約契約)が締結されたと認めることができ、」「利率や融資時期がまだ決まっていない段階では予約契約にとどまる」とし、東京高裁では、銀行が「融資金額、弁済期、借入期間、利率、担保の目的物及び担保権の種類並びに保証人等の貸出条件について具体的な合意に達し、銀行が右貸出条件に基づく融資をする旨を記載した融資証明書を発行して融資する旨の明確な約束をした場合」は、それを免れうる正当な事由なく一方的に融資拒絶したときは不法行為責任を負うことが判示された。第一審判決では、融資予約の成立を認定しているが、控訴審判決では融資予約の成否について言及している部分がなく、「融資約束」の破棄責任だけを認めている。予約についての考え方ははっきりしないものの、消費貸借契約成立と融資約束を分けて認識し、後者を前者の前段階のものとしていることから、融資約束を融資予約と同義で使用しているものとする。

これら判決から言えることは、融資証明書の発行は、金融機関の融資責任を生じさせ、それに記載された内容により融資予約がなされたということである。ただ先の第一審判旨は、金利、融資時期が未決定であることを予約状態にとどまる理由としているが、逆にそれらが決まっている場合は即契約成立となるのかは疑問である。()~()などの主要貸出条件だけが貸主・借主間の融資契約を構成するのではなく、諾成契約である以上、期限の利益喪失事由や借主の諸義務をすべて含めた包括的な権利義務関係が当該当事者間固有の金銭消費貸借契約を構成しているのであって、合意が主要貸出条件の決定にとどまる場合はやはり融資予約と見るべきである。また利息付消費貸借である以上、金利条件は重要なファクターであるから一定の基準と水準(スプレッド)は当事者が認識可能な範囲で決定されているべきである⁶⁷。

この場合、上記()~()といった記載内容となる基本条件の確定度合はどの程度求められるのか。東京高判では、融資証明書発行の前提である、合意に達すべき主要条件を列記しているが、合意には最低限これらの項目が確定決まっている必要があるとするのが原則である⁶⁸。しかし、仮に主要条件についてははっきりと確定していなくても、慎重な対応に終始しがちな金融機関が書面で融資契

⁶⁷ このように述べるとこの裁判例の結論を否定しているように聞こえるかもしれないが、本件では融資証明書では「利率 融資実行時の被告銀行所定の利率(現状年5.7%)」と記載され、基準金利についての認識は当事者間で一致している。この表示は、「短期プライムレート」や「3年物円/円スワップレート」と同様、具体的な基準金利の表示とみなすべきであり、本件では金利は合意しているとするのが一般的。予約時と実行時に一定の期間がある場合、このような取り決めが原則であり、具体的に実金利を確定してしまうことは、金利変動リスクを互いに負うことになるので、判決の認識は適切とは言えない。

⁶⁸ ()貸出先をここで条件の一つとして例示することをナンセンスと考える向きもあるかも知れないが、プロジェクト融資では複数の資金調達受皿会社を用意している場合があって会社ごとに信用リスクが異なることもありうるし、一般に子会社の資金調達では親会社との交渉がなされるが、早い段階ではどの子会社が特定していないケースも十分考えうる。子会社を親会社の実質的一部門として捉えたり、親会社保証・保証予約が入る前提の場合は、両当事者間で、子会社への信用リスクは親会社と同一と考えて交渉することが多い。よって貸付先も合意に必須事項である。()金額については、少々ラフな金額でも、資金計画との整合が取れていれば問題ない。()金利については本文で述べたとおり。()担保については、あくまで借主の信用第一であるが、それを補完するものとして重要。主担保か添担保かの区別までは不要であるが、審査が終了しているこの段階では提供する担保は特定されているのだから担保権の種類・対象は明示されるべき。()返済条件は、一括・分割の別や、分割返済の場合は返済間隔・返済額が必要。その他の条件としては、貸付時期が必要。予約となる以上資金待機コストを金融機関は負うのであるから一定の時期が明示されるべきであろう。

約締結へ向けた意思表示をすることから、融資の意思が固まっていることが容易に推察でき⁶⁹（常識的に判断して、文言がそのように解釈できない内容ならばその限りではないが）、(A)～(C)の様式であればもはや予約の成立は妨げられない。最近では金融機関においても、融資証明書の発行は融資義務を生じさせるとの認識を有しているのが一般的⁷⁰であり、平成6年の東京高判以降はこのような認識で統一されていると考えられる。

なお、金融機関が発行する証明書として定型化している融資証明書と同様に、金融機関の拘束力ある意思表示が明確な書面として(A)と(C)を例示したが、これらについての裁判例は見当たらないものの特に言及する必要は無用だろう。

2-2-2. 金融機関における一定の進捗行為

(D)や(E)のように、契約の締結・成立へ向けた金融機関の行為はどのように見るべきか。契約書の作成に取り掛かろうとしていることは、貸主の行動に契約締結へ向けた意思表示を読み取ることができるのは当然である。しかし、契約書の作成に取掛けているということは、既に最低限主要貸出条件には合意していることを示しているのであって、契約成立の要因とするならばともかく、合意の要因の一つとしてあげることは不適切ではないか。実務的にも、雛型書式を利用する場合は既に合意がなされた後であるし、交渉で契約書を作成していく場合でも、契約の基幹をなすような条件と契約書の文言確定のためのやり取りを並行して行うことは考えにくい。

貸出に関する金融機関の決裁については、営業店専決にしても、本部決裁にしても、あくまでも金融機関の組織内部における意思決定過程の一つに過ぎず、金融機関の意思表示ではない。この事実をもってして金融機関の融資合意の要因を構成することとはできないし、決裁がなされたからといって合意や契約の締結を強制されることはない。

2-2-3. 金融機関への担保提供

(F)のように借主から金融機関への担保や保証の提供がなされた場合については、担保の設定形態や種類ごとに検討する必要があるだろう。普通担保の場合は、契約紐付きであり、契約が既に成立していることが前提⁷¹であるからここでは検討外となる。よって根担保について対象とする。

融資契約にとっての担保の存在は、融資決定過程において決して小さなものではないけれども、第一義的にそれ自体が可否決定の主要因とはなりえない。あくまでも取引先の与信判断における補助材料に過ぎないからである。よって、融資交渉において、有価証券（根）担保の現物提供や根抵当権設定のための権利証や設定登記委任状が提出されたとしても、それが融資合意の認定の要素となることはない。担保提供と融資合意に関する裁判例は存在せず、融資契約の成立や融資合意の事実認定において、金融機関が確約していない理由として担保設定手続がなされていないことが挙げられる程度に過ぎない。宮崎地裁都城支判平成元年1月20日（判タ733号118頁）では、根抵当権設定登記もなされているが、当時の取引は貸出超過であり、原告は債務の支払を遅滞していたこ

⁶⁹ 例えば、「貸出額 億円相当」や「借入日 日頃」ならば、その範囲内で実行することを承諾し、実際の数値とのズレについては金融機関がリスクを負っていると考えられるため、法的拘束力ありとみて差し支えない。

⁷⁰ ある地銀の融資証明書に関する見解は次のとおり。「融資証明書は、融資予約が成立していることを証明するもので、主にお客さまが第三者に自己の支払能力を示す手段として利用されます。融資証明書を発行した場合には、善意の第三者を保護する意味からも融資を行う義務が生じると解されており、正当な事由のない限り拒絶または変更はできないものと考えられています。このため、金融機関側では、発行に関して融資を行うと同様の検討・手続きが必要となります。」（四国銀行2004年4月30日付 News Release より抜粋）

⁷¹ 根担保でない担保権の設定契約においては、「抵当権設定者は、平成 年 月 日付金銭消費貸借契約（以下原契約といいますが）に基づいて債務者が抵当権者に対し負担する下記の債務（以下原債務といいますが）を担保するため、原契約の各条項を承認のうえ、その所有する末尾記載の物件のうえに抵当権を設定しました。」という文言（例）が用いられる。よって担保権設定契約以前に金消契約が成立していなくてはならない。

とから、「新たに融資する約束をしたとは考えられない」として金融機関の責任を否定している。

2-2-4. 当事者間の中間的合意

(G)の効果としては中間的合意や予備的合意とされるものであるが、わが国においてはその法的な意味について、これまで十分な検討がなされておらず、その理由としては、letter of intent の問題が実務的にも複雑な内容を有していることに尽きるからとされる⁷²。ただ一般的な理解は、複雑かつ大型の契約の契約交渉で、重要事項について契約相手方と基本の合意に作成されることのある書面である⁷³。

高額不動産取引や船舶の売買、事業プロジェクトでの契約成立時期の認定には慎重であり、口頭の約束は勿論、中間の合意文書も、当事者意思や交渉経過にもよるのであるが、どちらかといえば、将来の交渉を円滑に進めるための交渉事項の確認とされることが多く、しかも後日に正式契約書の作成を約しているような場合は、当事者によって、その時を契約成立の効果を生じさせる旨の合意があるものと推察される傾向にある⁷⁴。

海外向け大型融資案件やプロジェクトファイナンスなどの特定案件を除き、国内の金融機関が手掛ける一般の融資契約で中間合意文書を取り交わすことは稀だが、仮にこのような文書が取り交わされたとしても、一概にその法的効力は否定されるものではなく、個々の状況に応じた判断がなされるべきである。国際融資取引では、顧客から金融機関が借入の申込に応ずることがある程度確実であることを確認する letter of intent ないしは letter of interest の発行を求められることがあるが、これは金融機関が貸出条件の主要項目について前向きに検討することを表明するものであって、その中に金融機関は融資を行うかどうかについては法的になんら拘束されるものではない旨が明記されるのが通常である。したがって、letter of intent を発行した段階ではコミットメント・フィーを徴求することはまれである⁷⁵。

その文書を交わした当事者の意思に基づき、契約締結する意思を表明した融資合意文書、単なる中間的合意文書に分類されるが、いずれにしても、正当な理由なく（中間）合意を破棄したものは契約締結上の過失責任を負うことになる。

2-2-5. 金融機関の積極的行動

(H)や(I)のような金融機関の行動が、借主に融資実行に対する期待を抱かせ、資金の用途となる事業を進めた挙句、融資が拒絶されて、蒙った損害の賠償を請求するケースが多い。(H)については金融機関の職員により一般に口頭でなされるものであり、口頭の確約だけでも融資合意は成立することとなるが形として明確に残るものではないので合意時点の立証は困難であり、(I)の言動についてもそれ自体からは直接に行為者の意思を推察することは不可能であるので、裁判での事実認定においては、融資申込書の提出、貸出条件の具体的合意、契約書の作成状況、担保不動産の抵当権設定契約の締結や登記申請委任等の処理、稟議の開始等の客観的な状況との関連が重視される⁷⁶。実際にはリップサービス程度の言動があったのかも知れないが、客観的状況を勘案して言辞の存否を認定して契約（合意）の成否を判断している。因みに金融機関が正式決裁がおりたことを相手方に

⁷² 円谷峻『現代契約法の課題 - 国際取引と民法理論 -』（1997年）37頁。ただ関連する問題として、契約の成立の成否が問題となったわが国の裁判例についてはすでに精密な分析がなされている（同書49頁）。

⁷³ 柏木昇「メモランダム・オブ・アンダースタンディングと契約の成立」ジュリ1238号（2003年）132頁。

⁷⁴ 河上正二「契約の成立をめぐる（二）・完」判タ657号（1988年）23頁。

⁷⁵ 山根真文『国際金融法務』（1994年）15頁。

⁷⁶ 金融機関の口頭の確約や言動を問題とした裁判例において、融資実行する旨の確約の成立と融資実行の契約の成立が特に区別されることなく論じられているきらいがあるものの、この論文の趣旨からは融資合意の項で取り上げるのが妥当と考える。

通知することは、借主の申込に対する承諾であり、融資合意は成立する。

裁判例を検討すると、静岡地判平成元年9月28日(金法1254号37頁)は、融資を銀行に申し込んだ原告が、支店担当者が融資可能と言明したにもかかわらず銀行の融資実行拒否のために土地の売買契約が解除され手付金を没収されたことにつき、銀行の債務不履行に基づく損害賠償を請求したものであるが、本部決裁案件であること、借入申込書の提出がないこと、貸出条件が確定していなかったこと、契約書作成されておらず、担保設定の手続もなされていないことから、「融資を実行することを安易に確約するとは到底考え難いところ」として棄却している。

また東京地判平成11年2月4日(金法1579号68頁)⁷⁷は、被告側証言の曖昧さや前記静岡地判と同様の理由で融資合意の主張を退け、さらに「仮に原告の従業員が右のような言辞に出たとしても、最終決裁者の決裁を得た、あるいは消費貸借契約書の調印や融資金の交付が了されたとまでいうのではないのであるから、それは、金融機関の担当者一箇の抱負、見込みを述べ、自らの仲介に係る建設業者と施主との間の交渉の円滑に資するという趣旨以上に出るものではないと理解すべきであり、その程度のことは、金融機関から融資を受けるなどして多少ともその関係の事務処理に接した者にとっては見易いところと考えられる。したがって、原告従業員に右のような言辞があったとしても、それゆえに、原告が本件約束に応じたものとは解し得ない。」とした。金融機関担当者の発言を取引先が抱負、見込み、組織決定事項なのかいちいち斟酌しなければならないとも取れる点は問題なしとは言えないが、このことは、金融機関職員の社会的・儀礼的行動を融資業務上の行動と切り離して評価していることとともに、企業として必要な現実的で常識的な判断を被告に求めているとも取れよう。また、「消費貸借契約書の調印」という部分は、契約の成立に英米法のような捺印証書の必要性を認めているともとれないだろうか。本件では被告の融資申込への対応が杜撰であることも寄与しているが、金融機関にとっては至極妥当は判決といえる。

これらのケースでは、契約(合意)の成立を争い損害賠償を請求する事例が多いが、契約の成立だけを争わずに、契約交渉過程の金融機関の不法行為に基づく損害賠償を予備的請求で争う方が請求を認容される場合もあるのではないか。

前記のケースとは反対に、金融機関の積極的行動が、融資拒絶につき過失を及ぼしたとする裁判例がある⁷⁸。東京地判平成13年7月19日(判時1780号116頁)は、建築業者が取引銀行から融資を得て土地区画整理事業の保留地を取得した際、右銀行の支店長が引き続き建物建築代金の融資する旨告げながら融資をしなかったことに過失があるとして、右銀行の損害賠償責任が肯定された事例である。この裁判例では、「銀行支店が……建物建築資金を融資する旨を具体的に約した事実を認めるのは困難である」とし、融資合意の成立は否定したが、同時に土地購入資金は融資していること、土地購入価格を支店長が取り決めていること、転売のための買付証明書を形式的に提出させ、「迂回融資まがいの無理な貸付であることのような不審がある」こと、などから「被告銀行において積極的に行動したことが窺われる」とし、融資が不可能なのに融資の可能性を示唆したこれらの行動は、「経営判断を誤らせた点で過失があると認められ」た。これまでの金融機関の言動を根拠

⁷⁷ この裁判では、原告が銀行、被告が取引先(借主)である。借主が合意したと主張する融資合意額の残額の融資を銀行が拒否したため、これに関する損害賠償と既貸付金の銀行への支払利息の相殺を借主が主張。これに対して銀行が融資合意の存在を否定し借主に対し支払いを請求したものの。

⁷⁸ 他に静岡地判昭和62年7月28日(金判826号28頁)があり、「被告の職員であるYに欺罔の意思があったとは認められないけれども、原告Xに保険付融資を実行する旨の言質を与えながら、十分に首肯するに足りる理由を示さずそれを実行しなかったのであるから、その融資を当てにして同人が受けた損害を賠償する責任が被告に存する」とした。融資合意が認められるかについては判断していない。しかし控訴審の東京高判平成元年4月13日(金法1236号30頁・金判826号20頁)は原判決を取消した。

として融資合意や融資契約の成立に基づく損害賠償請求を争った事件では、これらの合意や契約の成立が認められない場合には、金融機関の債務不履行責任や不法行為責任は否認されてきたが、本判決は合意が成立していなくても、過度に期待を持たせるような積極的行動があれば、直接に過失を認定した点で重要な先例として参考になる。

第3款 小括

融資契約の成立過程が複雑であることは事あるごとに述べてきたが、複雑化させているのはこの「融資合意」の存在ではないだろうか。合意であるけれども契約成立であるとはみなされず、されど契約締結へ向けた義務が加重される上に、判例上も理論構築が十分でないからである。融資拒絶における責任段階は、フェーズ ~ すなわち 条件領域前、融資合意前、契約締結前、融資実行前の4段階に区分できることは先述したが、本節で述べた部分は の段階である。しかし当事者を取り巻く状況は一定のものではなく、様々な要因が絡み合って合意の基準が判断されている現状を鑑みると、前款のように、裁判例を金融機関の行動を基準として分類し考察する方法が妥当な分析方法といえよう。しかしその分析からもたらされた結論がすべてのケースに当てはまるわけではない。

第3節 融資契約の成立

第1款 日本の契約法と契約意識・契約実務の乖離

3-1-1. 民法に定める契約の成立要件と契約の多様化

消費貸借、とりわけ金融機関による金銭消費貸借の成立時期について論ずる前提として、我が国における契約に関する考え方について一考する必要がある。我が国の民法は契約の成立について極めて緩やかな要件を定めており、申込と承諾が主観的にも客観的にも合致したときに成立すると理解され、合意のみにより契約が成立するという諾成契約が原則とされている。よって、契約を成立させるためには原則として書面は不要であり、口頭の合意だけで十分である⁷⁹。

しかし合意が申込と承諾だけで成立する場合がすべてではない。契約締結までに長期間の交渉を要し、前提条件を必要とするような契約、複雑な複数の契約により構成されるような複合的な取引の場合には申込と承諾のモデルは全く適合しない。このようなモデルでは何が申込で何が承諾か判別不可能である。民法がモデルとする申込と承諾によって「一瞬」に契約が成立する申込・承諾モデルは、現実売買が単純化され専門化された取引にしか当てはまらない。実際には種々の交渉を経て、合意が徐々に形成されていき、いつ確定的に当事者を拘束する契約が成立したか、申込と承諾モデルでは分析ができない場合が頻繁に起こる⁸⁰。

また契約法が解決を迫られている課題として契約的現象の多様化が指摘されている⁸¹。給付本体の履行義務の発生・変更・消滅にかかる狭義の契約の合意の他に一定の社会的接触や交渉過程、先行的社会関係などが信義則を媒介として契約法的評価の対象となる可能性が拡大していること、取引の複合化に伴う契約関係への当事者としての関わり方の再考の必要性、高度技術の発達による給付内容の多様化、非店舗取引・非対面取引、約款取引の拡大など取引形態の多様化などである。

⁷⁹ 日本人の契約意識を表すものとして興味深いアンケート結果がある。いつの時点から契約の内容を守らなければならぬか、という質問に対して、口頭ではなく契約書(文書)が交わされたとき(63.9%)とする回答が最も多数を占め、以下、一部でもお金を支払ったとき(17.5%)、口頭であっても約束が交わされたとき(10.1%)が続いた(経済企画庁国民生活局消費者行政第一課編『消費者取引と契約 - 約款適正化を中心として』(1982年) 円谷・前掲書注(72)152頁注(1)より)。

⁸⁰ 河上正二「契約の成立をめぐる(一)」判タ655号(1988年)11頁。

⁸¹ 河上正二「現代的契約についての若干の解釈論的課題」棚瀬孝雄編・契約法理と契約慣行(1999年)186頁。

そもそも消費貸借の規定が融資取引の実態と合わないことは前章冒頭より述べていることであるが、消費貸借に限らず、契約の現代化について全般的に法律が対応していないことが理解できる。硬直的になりがちな法解釈から転換し、契約の背景を構成する事実的關係や取引慣習を解釈に取り込み、社会關係や状況に適応した柔軟な契約理論が必要であろう。

3-1-2. 一般的な契約意識と法律の規律との乖離

日本人の権利義務感は、契約あるいは明示の合意から発生するものではなく、人間關係をベースとする取引關係から発生し、契約ないし明示の合意はこの關係の一部を補完するものにすぎない⁸²。また日本人の考える契約關係とは、契約法が前提とする対立關係ではなく共存共栄を目的とする協議關係であるので、したがって、日本人の意識の中では、契約と合同行為との区別がつかない⁸³。

裁判においてさえも、当事者間の融資に関する主要条件のみの「合意」を、消費貸借予約の成立を導く要因と判断するならまだしも、諾成的消費貸借成否の判断基準とする考え方もが採用されるのは、日本の契約に対する態度が、細部については問題が起きたときに対応すればよいとする対応型であり、問題が生じた際には交渉や話し合いで解決しようとする關係依存型であること認めているからではないか。契約当事者の権利義務關係を契約締結時に詳細に規定し、問題が生じた際の解決策も予め検討し定めておくという行為は、「契約は共存共栄を目的とする」という発想から生まれるとは考え難いことである。しかし融資契約などの与信契約は対応型が適している契約類型ではないことは明らかであり、その辺りの認識が適切でない。

契約の形成過程において、特に金銭消費貸借契約では、借主側は自身の事業活動や企業経営における協力者（パートナー）として金融機関を認識し、外の關係から内の關係に取り込むことで協力しあい協同で事業にあたる一つの共同体を作る過程と位置づけるのに対し、貸主側は自らにとっては信用供与という点を特に重視し、リスクの配分という利害が対立する当事者間の意思の合致により成立する過程と捉えていると言え、その認識の差は大きく乖離しているというより、全く異質のものとして存在している。この異質性は、日本独自の契約觀ではなく、日本においても米国においても大差はないと考えられるものであり、与信を供与される側とする側による意識の違いによるものであろう。ただ日本ではメイン・バンク制度の存在が一般的であることに加え、それとも関連することであるが、与信の対角線上にある預金業務においては顧客の協力を求める態度が強く鮮明であることから、顧客側に厳密な意味での「契約意識」が希薄なのではないか。ただこのことが即ち、金融機関は全般的に契約意識が高いことを示しているものではない。

3-1-3. 契約書（書面）の意義

日本では契約を成立させるために原則として書面を必要としないが、他国の状況はどうであろうか。英米法諸国では、契約には申込(offer)と承諾(acceptance)のほかに、約因(consideration)があるか、或いは捺印証書(deed)が作成された場合でないと法的拘束力はない。米国では 5000 ドル以上の価格の商品の売買契約に関しては、署名のある記録(record)によらないと裁判上強制できないとされ⁸⁴、書面、記録がないと裁判上強制できない契約を指定する法律である「詐欺防止法(statute

⁸² 柏木昇「日本の取引と契約法(下)」NBL501号(1992年)16頁。なお、柏木「同(上)」NBL500号16頁も参照。

⁸³ 柏木・前掲注(82)「(下)」17頁。

⁸⁴ Uniform Commercial Code(米国統一商事法典;UCC)第2編201条。なお、UCC第2編は2003年に改正され、同条は、詐欺防止法の要件である契約価格は「500ドル以上」から「5000ドル以上」に引き上げられ、「書面(word)」が「記録(record)」に改められて紙を使用しない電子記録なども記録媒体として含むように改正された。今まで、締結後1年以内に履行されない契約が、詐欺防止法の適用対象となっていたが、(4)項が新設されて、1年ルールが廃止された。

of frauds)が各州で制定されている⁸⁵。また、正式の契約書が作成されてはじめて契約が成立する旨の了解が契約当事者間に存在する場合には、その作成までは契約は成立しないとされる⁸⁶。

一方ドイツ民法(BGB)では、債権契約のうち主なものとしては、不動産所有権の譲渡義務を負担する契約(BGB313条)や贈与契約(同518条)の成立には公証人による書面の作成を必要とし、また不動産を目的とする期間1年超の賃貸借契約(同566条、581条2項)や保証契約(同766条)の成立にも書面の作成を必要とする。またBGB154条2項は、「目的としたる契約に付証書作成の約定を為したる場合に於いて、疑わしきときは、契約はその証書作成迄は成立することなし」と規定しており、この証書作成の約定は、それによりはじめて契約が成立すると推定した規定と解されている。証書作成について明示の約定がなされていない場合でも、契約折衝の際に一方当事者が証書を要求した場合には同条が準用され、証書作成の約定は黙示の合意或いは取引慣習に基づいて成立しえ、特に、長期に亘る、重要で複雑な取引においては書面による確定があってはじめて拘束力が生じることを原則とすべきだと考えられている⁸⁷。

このように日本では、諸外国の立法例に比をみないほど、契約方式の自由が徹底している⁸⁸。契約書はあくまで契約の成立・存在・内容を証明する書面に過ぎないといわれるが、果たしてその考え方は社会的に契約実務の実情と照らし合わせて適切なものか。民法は合意主義に偏りすぎている。

たとえば、穀物や飼料の取引のように、口頭で契約が成立するパターンの契約では、後日その確認のために書面が作成されるケースが一般的であり、契約条件がパターン化されている場合に多く見られる。このような取引で用意される書面は「セールス・コンファメーション」と題されている場合があり、そこからは成立された売買条件を確認するというニュアンスが出ていると見ることができる。慣習上このような場合では、後で用意される契約書は形式的に署名されるだけであって、記載条件についての交渉は行われ⁸⁹ない。このような専門化された商取引では、契約の成立は申込・承諾モデルに基づいており、口頭の契約締結の有効性は妨げられず、契約書は確認書に過ぎないといえる。

しかし契約成立に要式を求めているケースもないことはない。不動産売買においては、「売渡承諾書」や「買付証明書」が交付されることが少なくないが、それらの証明書は、当事者の希望を表示したものに過ぎず、売買契約としての拘束力はないものとされている。それゆえこの書面の交付時点で売買契約の成立を認めることはできない。具体的細目についてまで合意に至った場合においてもなお売買契約が成立したものと見ず、一定の手続(契約書の作成、手付金の授受、司法書士の立会いのもとでの残代金の支払と登記に必要な書類の交付等)を経てはじめて契約を成立させる

⁸⁵ イギリスにおいても同趣旨の制定法(Statute of Frauds)がある。

⁸⁶ 「両当事者のインフォーマルな取決ないし了解といったものを書面化するという合意は、それが実際に書面化されない限り当事者はその合意を自由に撤回できる、ということをも必ずしも意味しない。かかる書面は、通常は当事者の意思にしたがって単なる覚え書きを構成するにすぎず、それがなくても契約の成立を妨げない。しかし、裁判所が当事者の意思を尊重して、予備的交渉の結果が正式な契約書とされるまで法的拘束力ある合意は成立しないと判示することはありえよう。」(木下毅『英米契約法の理論[第2版]』(1985年)265頁)。

なお、融資契約の交渉で取り交わされた文書において最終契約を締結しない権利を留保していることが明示されており、条件が成就するまでは拘束されない旨を明記している場合に、約束的禁反言の適用を否定した事例として、Cohen v. Lehman Brothers Bank, 273 F. Supp. 2d 524 (2003). が挙げられる。

⁸⁷ 太田知行「与信契約の成立」鈴木祿弥=竹内昭夫編『金融取引法大系第4巻貸出』(1983年)96頁。太田論文を引用した部分(ここの段落)で取り上げられたBGBの各条項については、2001年のドイツ民法改正を考慮せず、そのまま引用していることに留意。

⁸⁸ 来栖三郎「日本の手附法」法協80巻6号(1964年)759頁。

⁸⁹ 柏木・前掲注(73)132頁。

意思だと評価される場合が少なくない。具体的細目の合意をもって直ちに契約の成立を認めることは相当ではない⁹⁰。また大型かつ複雑な国際取引のケースでは、原則として詳細契約が調印されない限り契約は成立していないと見てよく、詳細契約の作成調印を予定していた場合には、それまでの合意にはまだ確定的に拘束されないという当事者の意思が認められるケースが多い⁹¹。

よって、契約書を作成する慣行があり（つまりその当事者が締結する同種の他の契約では必ず契約書が使用される）契約書作成が単に後日生ずる可能性ないとはいえない紛争に備え、その証拠として保存することを目的としているのではなく、契約成立を書面の作成という要式行為によるべきだとする合理的理由が存在する場合には、当事者の黙示の合意もしくは取引慣行を理由として、書面の作成（調印）により契約が成立すると解釈することが望ましいように思われる。契約書への署名や捺印を契約成立の要件として要求する理由としては、契約成立と前交渉との区別が明確になること、契約内容が明確になること、義務を負うに際し、当事者に慎重な配慮を促すこと、上記～の結果、取引上、より強い立場にある者が相手の無知、軽率、困窮などに乗じて不当な契約条項を押しついたり、曖昧な条項につけこむことを阻止すること、契約の定型化をもたらすこと、が挙げられている⁹²。

第2款 融資契約の成立時期

3-2-1. 融資契約成立時期の検討

前節では、融資交渉過程における金融機関のどのような行動が融資合意を成立させるのかという点を検討し、前款では、契約の成立に関する一般論や問題点を述べたが、有効に成立した融資合意はどのようにして契約成立へと向かうのか。融資合意（消費貸借の予約）と諾成的消費貸借の効果は、貸金交付請求権が発生して貸主に貸付義務が生ずるということに集約されるからこれを実質的に同一と見做す説に立てば、貸金交付請求権の譲渡性・差押可能性の問題はさておき、あとは貸金交付を残すところであるから融資契約の成立時期は特段に問題とはならない。しかしこれらをそれぞれ別の段階とする私見に立てば、融資合意の後に来る契約成立時期を的確に見極める必要がある。

融資予約が融資契約を締結させる当事者間の意思の合致と主要貸付条件の合意と定義づけるならば、融資契約の成立は貸付条件の完全な合意若しくは双方の相互承諾と捉えられる。そのように理解すると、金銭消費貸借契約の成立を考える上で重要なキーワードは契約書ということになる。契約書の文言交渉も「契約条件」の決定の一部を構成するものである。

複雑な取引においては、合意に達することを必要とする事項が多岐にわたることが少なくない。当事者の少なくとも一方が、合意を必要とする、と表示しているすべての事項について合意が成立した場合にはじめて契約が成立すると思われる。少なくとも一方当事者が合意を必要とする则表示したということは、いかなる場合に認められるべきか。交渉の開始時やその過程において明示的な表示は必要でなく、黙示の表示や一定の意思を推断させるその他の行動によって合意が必要である旨を表示することもできるのではないか。

また、金融機関との取引では、顧客側も当然厳格な対応を望んでいるはずであり、契約後に確認書が交付されるとしても口約束で取引がなされることがないことは当事者も了知済みである。一般的な大多数の顧客は、金融機関による融資契約は、通常、詳細な条項を含む契約書を交わすことにより締結されるものであるという要式性が求められる慣習を認識しているはずであるから⁹³、契約

⁹⁰ 潮見・前掲書注(12)65頁。

⁹¹ 柏木・前掲注(73)132頁。

⁹² 来栖・前掲注(88)761頁。

⁹³ 仮に問題となっているケースの逆の立場で考えてみた場合、金融機関が融資の確約をし、書式によらない口頭で

書等による正式契約の締結が予定されている場合には、それがなされるまでは契約の成立に慎重であるべきだ。

そうであるならば、一方が定型的な契約書を差し入れる場合にしろ、双方協議の上契約書を作成していく場合にしろ、契約書に記載されている条項は当事者が合意を必要としている事項であり、記名押印した契約書の差し入れや契約書の双方調印が契約の成立時期であるということになるのではない。意思表示解釈の原則により、当事者の表示内容が一致していることと内心の意思が一致していることにより契約は成立するが、金融機関の取引においては、契約書上において当事者の表示内容の一致を見ることが可能であり、その内容が自己の内心の意思と一致していることを自署捺印（記名押印）で表明し、印章の印鑑証明書との照合や本人確認書類（戸籍謄（抄）本・住民票・商業登記簿謄本・資格証明書など）の提出で更に補強される。融資契約は契約の締結までに多くのプロセスを必要とする取引であるから、契約の成立に際しても慎重な判断が求められるのであり、このように契約の締結手続もそれに対応して一定の様式性が求められる厳格なものとなるのである。そのように考えると、一般的な合意による契約成立の概念を融資契約に持ち込むことはナンセンスであり、契約締結時（契約書調印時）を契約成立時期とすることに何ら不都合はないであろう。

融資契約においても、契約書の締結（調印）を契約成立とすることは、前款で掲げた5つの理由とも合致し、本論の課題とは離れるが、借主にとっても貸主の説明責任や適合性の原則を主張する際にも役立つであろう。

3-2-2. 裁判例における融資成立時期

融資合意、もしくは融資予約、融資の約束、融資の実行確約と融資契約の成立は、明確に区別がなされておらず曖昧な点が多く、内容的に混在して扱われているが、一般的に融資契約成立・不成立として取り扱われている事件で成立時期の言及があるものについて概観しておく。

主なものとしては、宮崎地裁都城支判平成元年1月20日（判タ733号118頁）、東京高判平成元年4月13日（金法1236号29頁）、静岡地判平成元年9月28日（金法1254号37頁）、東京地判平成4年1月27日（金法1325号38頁他）及びその控訴審である東京高判平成6年2月1日（金法1390号32頁他）、東京地判平成10年1月20日（金判1048号45頁）が挙げられる。

～ の事件では、本部決裁であることや本部で審査が行われた形跡がないこと、借主が既存債務の支払猶予や減額願いを申し出ていたこと、貸付条件が確定していないこと、契約書が交わされたこともなく、担保権設定手続の準備がなされていないことなどを理由とし、銀行の複雑かつ慎重な融資決定過程を前提として、専ら状況的に契約の成立を否定したものである⁹⁴。でも、たとえ借主が計画する事業計画向けに一部融資が実行されたとしても、全体計画が外部要因により定まっていないこと、全体計画についての融資に関する書面が存在しないこと、事業計画の進捗状況が遅滞している場合は、全体計画の融資契約の成立を否定している。では、融資予約契約の成立が認定されたが、あくまでも予約であって、融資証明書作成時点での融資契約自体の成立は否定している⁹⁵。

の契約成立を主張したとしても、顧客は容易にはそれを信じず、その場で正式書面や確認書類の発行を求めるだろう。

⁹⁴ 久保宏之「消費貸借契約における「合意」の意義」産大法学27巻3号（1993年）87頁。

⁹⁵ 裁判例における融資予約（合意）や融資契約の成否の判断では、金融機関と借主の取引関係の濃淡については余り言及されていない。契約成立過程での、金融機関の期待権の侵害や信義則上の責任、不法行為責任を論じるうえで検討される。

これらの裁判例では、諾成的消費貸借の有効性を前提としているが、それが口頭で成立し得るものであるかどうかは必ずしも明確ではなく、契約書の不存在にも言及されているところからすると、とくに多額の銀行融資においては慣例的に契約書の成立をまって成立するものとの考えを示唆するものようであり、「確約」があった場合も、必ずしも本契約の成立を認める必要はなく、予約ないし「中間合意」の成立を匂わせるもの、あるいは何らかの責任を発生させる「言質」といったものが念頭におかれるということが考えられる⁹⁶。

第3款 小括

契約法において契約成立を巡る部分については、法律の規律と契約実務との乖離が著しく、契約締結方式の自由が跋扈しているとも言えよう。契約書に調印しそれを取り交わすことが慣習化されている取引においてさえも、契約成立時期を敢えて両者の意思が合致した時期としてそれを見出す訴訟上の作業は空しいものに思えてならない。しかし一般的な国民意識としては、契約書を取り交わした時期や金銭の支払いをなした時など、明確な何らかの事実行為や意思表示に契約成立の根拠を見出そうとしている。契約法ですべてに対応することが不可能ならば、殊更契約法に基づくモデルを援用することなく、当事者間の意思に基づく運用がなされるべきであろう。

特に融資契約などの金融取引においては、合意はともかく契約成立の判断に関しては、消費者契約などの一部に限ることなくその全般において契約書等の調印を持って成立とみなす要式契約とするべきであるとし、契約の成立には慎重な対応が求められる。

第4節 融資契約交渉過程の法律関係

第1款 融資取引への契約締結上の過失理論導入の必要性

これまで、融資契約の成立過程において、確定的な当事者間の契約締結意思の合致に対する法的評価や解釈の結果としての融資合意と融資契約成立時期について論じてきた。しかしこれは契約成立過程での金融機関の融資義務が具体化するポイントに過ぎず、このポイント到達時に瞬間的に責任が発生することを指すものではない。金融機関は、融資合意や融資契約の成否（時期）を基準に義務や責任問題を捉えがちであり、交渉の結果、合意や契約に至らない際には責任は一切発生せず、あくまでギリギリまで自由な裁量権を有すると考えがちであるが、果たしてそれは正しいのか。一方、交渉する限り必ず成約しなければならないという類のものでもない。

融資交渉過程は、当事者間での条件提示の単なる「投げ合い」ではなく、その成立までに比較的長期間かつ複雑なプロセスを有していることについては既述した。しかし借主にとってみれば、徒に金融機関の融資応諾の回答を待って時を過ごしているわけではない。序章でも触れたように、融資が必要なのは借主に明確な資金使途が存在するからであり、融資契約は資金使途たる事業計画の一翼を担い、企業の社会的経済的活動を資金の面でサポートしている。企業行動には利益追求のために迅速かつ合理的な活動が求められることから、融資交渉中でも借主は、融資を前提とした事業計画の準備に勤しむのであり、第三者との間で契約が結ばれることが多い。工場の設備資金であれば、機械やプラントなどの納入業者との売買契約締結へ向けた準備が進められるであろうし、ビル建設資金であれば、土地の購入のための不動産売買契約や建設業者との請負契約締結交渉が進められ、契約締結まで進むこともありえる。資金滞留による資金コストを抑制するためにもキャッシュのインとアウトを同時に決済することも一般的である。よって融資を受けられるか否かということは借主にとって重大な問題であり、資金が調達できない場合は、事業計画の進捗はもとより企業経

⁹⁶ 久保・前掲注(94)87頁。

営に対しても悪影響を及ぼすこと必至である。これが借主の帰責事由なしに拒絶された場合は、両者間の紛争へと発展することとなるが、当事者間の公正確保が必要になる。専門的知識を必要とする取引や継続的な契約を締結する場合は、契約の準備段階がもつ意義は極めて重要になる。融資契約の成立過程の入り組んだ両当事者の対応に絡んで生ずる紛争解決のためには、成立か不成立といった一刀両断的な取り扱いでは不十分であり、さしあたり、この種の問題性に対応する法理としては、いわゆる契約締結上の過失理論（*culpa in contrahendo*）が注目されるのである⁹⁷。

契約交渉過程における責任について検討するということは、融資契約が成立するとは認められない場合でも、信義則上は一定範囲で相手方に対する利益保護義務を認めて、損害賠償責任に関連づけていく作業であるが、それは融資拒絶に関する責任問題について、事実的な交渉経過の進展度合いによる画一的な判断基準によって断じて行くことを意味するのではなく、基本的には当事者の持つべき意思の解釈を踏まえた上で契約の成否を論じるべきであって、さらに契約形態や事実的關係などを含めた様々な特性に応じて柔軟かつ総合的に対処していこうとするものである。

第2款 契約締結上の過失理論の展開

交渉当事者間には一般的な不法行為法が前提とする関係とは異なるものが存在する。契約交渉の開始によって当事者間に特別な信頼関係が創り出され、相手方の人格や財産に対して増大した影響可能性が生ずるからである。民法には契約交渉に直接関連する規定は（意思表示に関する若干の規定(96条)と申込みと承諾に関する規定(521条以下)を除いて）殆どないので、交渉過程における注意義務違反により損害が生じた場合、債務不履行による損害賠償責任を追及できないかが問題になる。これが、契約締結上の過失の問題である。

1861年にドイツのイェーリングの問題提起に由来する。イェーリングはローマ法源を拡張し、給付不能の場合だけでなく、主体の無能力や契約上の意思の不確実のために契約が無効・不成立である場合にも、無効な契約を有効であると信じたために被った損害すなわち信頼利益の賠償を認めるべきと主張した。現在のドイツでは、契約締結のための交渉・準備行為の開始により、当事者間に法的結合関係が成立し、取引上要請される注意義務・配慮義務が発生するとされ、故意・過失により損害を与えた場合は契約上の義務違反として、責任を負うとされる。英米法でも、不実表示・禁反言等の理論により同種の解決が計られている⁹⁸。

わが国でも、契約締結上の過失責任は、はじめに契約無効の信頼利益の賠償が問題とされた。その後契約締結前の一方当事者の過失により相手方が被った損害を賠償すべき義務があるのかという問題が設定され、契約締結前における信義則の適用の観点から考察されるようになった。鳩山博士は、瑕疵担保責任それ自体が、売買目的物に契約の締結時からすでに欠点を有していたために契約の一部不能（客観的原始的一部不能）である場合に対する契約締結上の責任であり、従って、客観的（原始的）全部不能の場合にも、瑕疵担保責任を類推して信義則に基づいて当事者に過失を要件として賠償責任が認められるべきとし、この場合は契約は成立していないから、契約締結上の過失による責任を不法行為責任とした。契約が有効な場合には契約責任を肯定した⁹⁹。我妻博士は契約責任の範囲を拡張し、原始的不能だけではなく禁止規定に違反する場合にも契約責任としての信頼利益の賠償を認めた。契約の準備段階での過失の場合には、契約が事実上締結されたときには契約の有効・無効にかかわらず契約責任が認められるが、契約が締結されなかったときには一般の不法

⁹⁷ 林良平「融資契約とそれをめぐる義務論」金法1362号（1993年）7頁。

⁹⁸ 内田勝一『債権各論講義ノート（第一分冊）』（1993年）57頁。

⁹⁹ 鳩山秀夫『債権法に於ける信義誠実の原則』（1955年）306頁。原論文は1923年。

行為責任にとどまるとし¹⁰⁰、最近まで通説とされてきた。従来の契約締結上の過失法理は、瑕疵担保責任との関連で論じられ、同責任との均衡上同様の救済が必要であると考えられるケースに適用されると解されてきたが、両責任も契約の無効を前提とする責任であったからであり、一方の責任が過失を前提とし、他方がそれを不要とする相違点は無視されたといつてよく、このような立場ではこの法理の適用が抑制的であった¹⁰¹。

第3款 契約締結上の過失理論の概要

最近の学説は、従来の契約締結上の過失法理に対する抑制的な態度から、積極的に承認する方向へ転換し、同法理による責任を契約責任として認める点で一致している。しかし今日では余りに射程が広がり、契約交渉の不当破棄を含め、契約締結過程において働く信義則上の注意義務に違反する場合が広くこの法理の名のもと語られるため内容が希釈化されてしまい、どのような契約においてどのような性質の注意義務が要請されるのかを確定する役割を果たさなくなっているという指摘もある¹⁰²。諸説により論理構成等に相違があるが、ここで各説について検討を行なうことが目的ではない。ここでは類型と要件、効果などについて概説する。

契約準備段階において争われるような問題があったといつてもその適用領域は3つに分類できる。

4-3-1. 交渉破棄型

まずは、本論文で取り扱っている融資取引での融資拒絶事例のような交渉破棄型である。一方当事者が契約の締結を期待して出捐したのに、相手方の準備過程での義務違反により契約が締結されず、そのために出捐が無駄になり損害が生じたとして争われる。契約自由の原則からは、たとえ契約交渉が進展したとしても、締結を拒むことは自由であり、契約交渉を打ち切ったとしても法的責任を問われるはずはないはずであるが、交渉打ち切り者の不法行為責任や信義則上の責任がまず下級審で認められ¹⁰³、最高裁にもその流れが及んでいる¹⁰⁴。このケースは、(a) 一方の当事者が相手方に締結の可能性ないし蓋然性につき誤信を惹起した場合の「誤信惹起型」と (b) 相手方に「締結は確実である」との信頼を惹起しながら（惹起の時点では誤信ではない）後に交渉を破棄した場合の「信頼裏切り型」に細分類される。(a)では帰責根拠は誤信の惹起（説明義務違反）に求められるので、契約自由の原則との対立は回避できるが、(b)では帰責根拠を交渉破棄に求めるので、契約自由の原則との抵触が問題となる。

既述したような以前の通説では、契約が成立していないこれらの類型は、不法行為責任と構成していたが、学説の多数は契約締結上の過失と解して、債務不履行やそれに類する責任とした。

分類において、「交渉破棄型」とせずに、契約が締結されず準備段階にとどまった場合として分類し、契約締結の準備段階での相手方の身体、健康、財産に対する侵害のケース¹⁰⁵について、契約責任としての契約締結上の過失の責任に包含すべきとの説があるが、これは不法行為法により解決す

¹⁰⁰ 我妻栄『債権各論上巻』（1954年）38頁。

¹⁰¹ 円谷峻『契約の成立と責任〔第二版〕』（1991年）25頁。

¹⁰² 内田貴『民法 債権各論』（1997年）26頁。

¹⁰³ 不法行為責任を認める裁判例として、東京地判昭和56年3月23日（判時1015号84頁）のガス漏れ防災機器総代理店事件、信義則上の責任を認める裁判例として、東京地判昭和53年5月29日（判時925号81頁）の岩波映画事件、東京高判昭和62年3月17日（判時1232号110頁）のブルネイ合併事業事件など。

¹⁰⁴ 最判昭和59年9月18日（判時1137号51頁、判タ542号200頁、金判711号42頁；歯科医師入居交渉事件）は、契約準備段階における信義則上の注意義務違反を理由とする損害賠償責任を肯定した。

¹⁰⁵ ドイツでの1911年1月29日帝国最判所のリノリウム・テピッヒ（リノリウム絨毯）事件判決（RGZ 78, 239）、1961年9月26日連邦裁判所のバナナ皮事件判決（BGH HJW 1962, 31）、1976年1月28日連邦裁判所の野菜屑事件判決（BGHZ 66, 51）など。

べきであり、契約締結上の過失理論で処理すべきではない。契約締結上の過失では一般の私人間ではなく、交渉当事者間の特別な関係に存在する当事者の義務が基礎になるのであるから、契約交渉の際に契約とは無縁の法益侵害による損害にまで交渉者の責任を認めることは、付随義務違反に対する責任を徒に拡張することに他ならない。このケースで付随義務としていることは、契約当事者に対して社会生活上求められる義務であり、一般の不法行為法で処理すべき問題である。

要件としては、交渉過程における様々な事情を総合的に判断するため一義的には示さないものの、少なくとも、契約準備・締結過程に付随的注意義務の違反があったこと、賠償義務者に故意・過失等の帰責事由があり、相手方に損害が生じたこと、請求権者の善意・無過失は必要でないことが挙げられる。については、取引通念上、契約締結のための準備・交渉と考えられる関係の生じたことが必要であり、単なる社会的接触では足りない。契約内容に関する事実で相手方の意思決定に重要な影響を及ぼす事実についての調査説明・告知説明義務に違反があったことが必要である。

効果については、信義則上要請される注意義務に違反し損害を与えた場合には損害賠償責任を負い、賠償の範囲については、信頼利益に相当するものに限定され、目的物の利用や転売による利益等に履行利益までは認められない。

4-3-2. 契約無効型

契約締結段階に問題があったとして争われる類型としては他に契約無効型がある。契約交渉が進展し、契約が締結された場合でも契約が有効とならならず、出捐が無駄になったケースである。このケースでは、契約締結時に目的物が既に滅失していた原始的不能につき契約不成立の場合と錯誤や無意識的不合意などの有効障害自由により契約が無効となるケースである。

不成立のケースで原始的不能や原始的の一部不能の場合は、瑕疵担保責任による解決が与えられる。錯誤無効の場合には、契約締結上の過失による責任が肯定される。

4-3-3. 契約有効型

この類型は先の2つのケースとは異なり、契約は有効に成立したが、契約交渉の際の説明や情報提供に不十分な点や不適切な点があったため、当事者の一方が有していた期待と実際の状況が異なったため、紛争となるケースである。

裁判例においては契約が成立している場合でも、一般論として、「契約関係に立つ当事者を規律する信義誠実の原則は、契約の締結及びその履行と不可分一体の関係に立つ準備段階において妥当すべきものであるから、当事者の一方が契約締結の準備段階において信義誠実の原則上要求される注意義務に違反し、相手方に損害を与えた場合には、いわゆる契約締結上の過失があるものとして債務不履行の責任を負う」¹⁰⁶とする。しかし、契約が有効に成立した場合に契約締結上の過失による責任を持ち出す理由は原則としてなく、債務者が債権者に対して種々の説明を加えつつ、その結果として債権者が債務者のサービスを受けるような契約が普遍化しており、そのような現代的な契約のもとでは、契約締結前あるいは契約締結段階での債務者の説明等をも契約の一部として把握することが実態に即している¹⁰⁷。

第4款 小括

契約により保護される領域と責任が発生しない領域の隙間にあたる部分が、いわゆる契約締結上の過失論の適用の守備領域である。契約を第一義的に遵守することは重要なことであるが、契約発効状態にないからといって相手方の保護を作為的に侵すことが許されるべきではないのは当然であ

¹⁰⁶ 東京地判昭和50年5月19日(判時806号62頁)。

¹⁰⁷ 円谷・前掲書注(101)237頁。

る。ただ不法に権益を侵害されたという意識は、客観的に審理されなければならない、それが誰が見ても事実として侵害行為が認められるならばあらゆる法理論を駆使して被害者を救わなければならない。

しかし融資交渉過程における責任を信義則の理論で解決することが本当にふさわしいことなのかどうかはよく議論することが必要であろう。これは商取引全般について言えることである。企業が経営判断として適切に処理した事項につき、裁判所が判断を留保することも考えられ、或いは逆に正当な業務であっても信義則により「ビジネス的には」誤った判断が下される恐れもある。そのようなリスクを回避するためには、交渉当事者は交渉離脱の際のペナルティー条項を規定した法的拘束力を持たせた確認書を事前に締結するなどの対応を迫られるであろう。しかしそれらは交渉力を持つ者のみ可能な方法であり、交渉力・情報力で劣位に立つ者も公平に保護されることが必要である。そのためには、米国の統一商事法典をモデルとするような民法と商法の理念を融合した商取引のための概念の創出やその法規化が望ましいといえる。

尚、常に米国の影響を受け進化を遂げている金融分野においては、その状況をフォローしておく必要がある。最近大企業のみならず中小企業へも広がりを見せているシンジケート・ローンによる資金調達手法やコミットメントラインについても、融資形態や契約書式といったものは従来の国際貸付取引に基づいた部分が多いが、それらの基本スタイルは英米法によるものであり、先端的な融資分野だけでなく、金融機関の責任を問う消費者保護法理についても米国の同様の運動の成果が持ち込まれる場合が多い。次章では、米国における契約交渉上の責任論と融資者責任法理の状況を概観し、それを受けて具体的な融資交渉過程における金融機関の責任論を第4章で検討することとする。

第3章 米国における契約交渉論と融資者責任法理

第1節 英米法における契約締結上の過失理論 (fault in contractual negotiation)

イエーリングの *culpa in contrahendo* の理論は、英米法諸国には直接の影響をおよぼさなかった。しかし、大陸法秩序、英米法秩序がどうであれ、人間の営みの結果、類似の争いが起こることは当然のことであり、ある特定の構造を有する法秩序において、いかなる解決を見出しているのかということが重要であり¹⁰⁸、法秩序が異なると雖も、特に融資契約などの金融取引法の分野においては、米国法における動向を分析することは非常に意義があることである。ここでは前章のわが国における契約締結上の過失理論の展開を受けて、同様の過失責任が、最近の米国法においてどのように扱われているかを Farnsworth 教授の論文¹⁰⁹を主に参考にしてその概略を掴むこととし¹¹⁰、次節の米国における融資者責任法理の検討へと繋ぎたい。

第1款 英米法における交渉自由の原則

1-1-1. 契約交渉に対する伝統的見解と今日の見解¹¹¹

¹⁰⁸ 円谷峻『新・契約の成立と責任』(2004年)138頁。

¹⁰⁹ E. Allan Farnsworth, *Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations*, 87 Colum. L. Rev. 217 (1987).

¹¹⁰ 本節においては、円谷・前掲書注(101)106~133頁、222~227頁、同・前掲書注(108)115~157頁、同・前掲書注(72)38~56頁および樋口範雄「論文紹介 Farnsworth, *Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations*, 87 Colum. L. Rev. 217-94 (1987)」〔1988-2〕アメリカ法 280頁などを適宜参照した。

¹¹¹ Farnsworth, *supra* note 109, at 218-220.

伝統的な米国の契約法理は、日本と同様に、申込と承諾による契約の成立という構造であり、一方の当事者の申込が相手方に受け入れられて契約を形成するまで、両当事者による提案のキャッチボールが続けられるというシンプルな前提で進めていく上には魅力的な規則であるが、このような構造では、今日の主要な取引の複合的な過程には対応することはできない。

今日の主要な取引が契約に至るまでには、会社役員、銀行家、技術者、会計士、弁護士などが関与し、大抵相当長期間の交渉を要する。今日の契約交渉は、古典的な規則が想定するような、単一争点について対立し、一方の得は他方の損というような単純な交渉とは大きな隔たりがあり、多様な争点を抱え、その問題を解決していき、共通の利益を最大化していくものである。交渉担当者により交渉が始められ、まず情報交換や両者の関心点・相違点について識別され、何ラウンドにも亘る交渉で漸進的に主要条件の暫定合意を伴う一連の歩み寄りがなされ、そして最終的に契約条件が「精練」されていく。交渉担当者は、正式の契約は弁護士のチェックを受けて締結するものと考えており、合意のたびに交わされる文書は拘束力を持たないが、他方、弁護士は申込をする権限がないので、作成した文書は申込ではない。そして最終的な合意文書が作成され、両者が調印し交換して契約が成立する。

しかし、交渉が挫折し、契約締結に至らなかった場合は、古典的な規則の下では想定していないような問題が生じる。

1 - 1 - 2 . 伝統的見解としての交渉の自由 (Freedom of Negotiation)

米国法では、原則として契約交渉者が契約交渉を自由に打ち切ることができる。裁判所は伝統的に、契約締結前の責任 (precontractual liability) という危険を負わせることなく、交渉当事者に交渉の自由を与えてきた。申込および承諾に関する古典的な規則の下では、申込を承諾することにより契約が成立するまで、契約上の義務は存在せず、承諾の前に、申込人は申込を取消すことによって自由に手を引くことができるのである。この『契約からの自由』は、第一に、裁判上申込として提案を判じることに不本意であることによって拡張される。さらに、裁判所は、伝統的に、この契約締結前の期間は、契約上のものであれ、それ以外のものであれ、いかなる責任の危険から交渉当事者を解放し、広い『契約交渉の自由』に帰着するとの見解を持っている。原則として、契約前の交渉当事者は、いかなる時点でも、いかなる理由　気が変わった、事情が変化した、もっと良い取引がある　でも、あるいはまったく理由がなくても、責任を負うことなく交渉を打ち切ることができるのである。そのような態度をとることによる唯一のコストは、その者自身が時間、努力および出費という形での交渉上の投資を失うことである。契約前の期間のこのような見解の根底には、コモン・ローの交渉の「射幸的な見解」(the common law's "aleatory view" of negotiation) がある。このような見方は、契約交渉にはリスクが伴い、最終合意の結果として成果を得ることを望んで交渉に入るということは、交渉挫折の結果としての損失を被る危険を引受けることを示す¹¹²。交渉促進と契約締結促進のためには、契約前には何ら責任は負わずに、交渉を打ち切る自由を認める必要があった。

1 - 1 - 3 . 伝統的見解の修正

不当な行動により交渉が成功して最終合意に至ったとしても、不実表示や強迫、不当威圧或いは非良心的条項の法理により、そのような行動をした当事者から取引による利益を奪うことが可能である。しかし類似行為によって交渉が打ち切られた場合については、裁判所は今までもずっと、契約締結前の責任を追及してこなかった。公正な取引の義務は、一般的に契約当事者に課されるように

¹¹² Farnsworth, supra note 109, at 221.

なったけれども、契約締結前交渉まで拡大しようと明確に述べられなかった。Farnsworth 論文では最近、裁判所が契約締結前の責任を認めようとする傾向にあることを指摘している。

法令や判例の面から鳥瞰すると、従来の見解は、約因のない約束には契約としての拘束力を認めてこなかったからであるが、贈与などの単独行為においては約因がないため約束者の約束は拘束力のないものとなってしまったため、受約者の信頼の保護が必要となる。そこで契約法リステイメント 90 条において、契約交渉または約因のない約束によって喚起された信頼が保護されることとなった。しかし英米法の約束的禁反言(*promissory estoppel*)の法理はそもそも例外的な法理であり、例えば、建設下請契約において元請負人に対してなした下請負人の錯誤に基づく計算ミスによる入札 (= 申込) の撤回が問題となった 1933 年の James 事件¹¹³のように、第 1 次契約法リステイメント 90 条は贈与の約束のような片務契約だけに適用されるとして、同条の適用範囲を限定的に解釈してきた。しかし、同様に公共請負建築に関し、落札した下請負人が計算上の錯誤のため履行を拒絶し、他の会社と契約した元請負人がその差額の賠償を求めた 1958 年の Drennan 事件¹¹⁴では、第一次契約法リステイメント 90 条を契約交渉に適用させることを認めるとともに、被告の申込が承諾されるまでは取消されるということが一般的に認識されていたとしても、被告が入札準備について相当な注意を払うべき義務を負う必要があるとして、伝統的見解では承諾の間まで認められていた取消の権利を否定して契約締結前の責任が生じることを認めた。さらに 1965 年の Hoffman 事件¹¹⁵では、スーパーマーケットのフランチャイズ契約交渉において、フランチャイザーが繰り返し約束した出資額を信頼して準備行為をした者への交渉打ち切りに対して、約束的禁反言に基づいて、支出費用の請求が認容されたが、契約交渉中の指示や表示を信頼したものを約因理論とは関係なく約束的禁反言により救済することを明瞭に判示した。

このような経緯を辿り、伝統的な契約交渉の自由の原則は修正され、米国においても契約当事者に契約締結前の責任が及ぶようになってきた。

第 2 款 契約交渉の法的性質と予備的合意の分析

契約交渉の開始から契約の締結に至るまでは 4 段階に分類される。「交渉」と「最終的合意」、その中間として予備的合意があり、予備的合意には「未決定条項を含む合意 (*agreement with open terms*)」と「交渉継続の合意 (*agreement to negotiate*)」がある¹¹⁶。

1 - 2 - 1 . 交渉 (*Negotiation*)¹¹⁷

契約締結前の責任が認められてこなかったことは、損害の算定の困難さにあるが、契約交渉を打ち切ったことによる責任の基礎として、交渉に起因する「不当利得の形成 (*unjust enrichment*)」、交渉中に相手方から行われた「不実表示 (*misrepresentation*)」、交渉中の「特殊な約束 (*specific promise*)」、交渉それ自体から生じる「一般的な義務 (*general obligation*)」が指摘されている。

不当利得の形成は、交渉の一方当事者が利得を得ていながら契約締結を拒絶した場合に問題とされ、交渉中に受けた利益を回復すべき義務がある。この場合の救済方法は原状回復 (利得償還) であるので、不当に得た利益 (財産増加分) の返還か、侵害された方が提供した給付の合理的な価格

¹¹³ James Baird Co., v Gimbel Bros., 1933, 64F. 2d 344.

¹¹⁴ Drennan v. Star Paving Co., 1958, 51 Cal. 2d 409.

¹¹⁵ Hoffman v. Red Owl Stores, Inc., 133 N.W. 2d 267(1965).

¹¹⁶ Farnsworth, *supra* note 109, at 218-220. 尚、予備的合意の例としては、「未決定条項を含む合意」、「交渉継続の合意」のだけでなく、ほかに「取引に従事すべき合意 (*agreement to engage in a transaction*)」、「暫定的合意 (*stop-gap agreement*)」が指摘されている。

¹¹⁷ *Id.* at. 221-243.

の支払による。不実表示や特殊な約束による救済の場合には、内容は信頼利益の回復となり、これらの表示や約束あるいは交渉がなかった状態への回復が認められることになる。いずれにしろ期待利益（履行利益）の賠償は認められず、信頼利益が問題になる。

Farnsworth 教授は、一般的な義務については反対し、ドイツの裁判例を批判して、公正な取引をするという一般的な義務が生じる時点を決めることは困難であり、交渉者に過酷な内容でも契約交渉をまとめなければならないという過度の圧力がかけられることになる旨を指摘している。相手方が交渉の成功を期待して成果を当てにすることを誘発されたならば、一方の当事者は無事に契約交渉を打ち切ることはもはや不可能である、とし交渉そのものから公正に取引すべき一般的な義務が生ずるとする見解も一部存在するが、米国の裁判所はそのような議論を受け入れ難いものとしてきたし、成功が期待される時でさえ、当事者が交渉を打ち切ることの妨げとなるような一般的な義務を判示することを避けてきた。第二次契約法リステイメント¹¹⁸や UCC¹¹⁹においても、契約の履行や履行の強制における誠実義務や公正取引の義務を定めてはいるものの、それを契約交渉の段階までは及ぼしていないことに留意するべきである。

1 - 2 - 2 . 交渉継続の合意 (agreement to negotiate) ¹²⁰

詳細部分に関する条項が設けられたとしても、未決定の条項を含む合意とは反対に交渉当事者はこれに拘束されず、最終的な合意に達するように誠実に交渉を継続するという合意である。不誠実な行為によって交渉が決裂した場合には契約違反の責任が生ずる。誠実に交渉した結果として、最終的な契約に到達しなかったとしても、それぞれの当事者が負うべき責任は何もない。判例においても、両当事者が正式合意のためにあらゆる合理的な努力を払うべきことを定めた letter of intent につき、交渉を継続する合意として有効と判断されている。

1 - 2 - 3 . 未決定条項を含む合意 (agreement with open terms) ¹²¹

未決定条項に関して誠実に交渉する義務が課されるのは交渉継続の合意と同様であるが、ここでは、排他的交渉義務が含まれる。未決定条項を含む合意とは、既に交渉当事者により多くの条項が取り決められ、両者はこれに拘束されることを表明しているが、未決定部分を含む合意である。留保されている部分は最終合意で取り決められることとなる。

この中間合意は、予備的合意として位置付けられるものと、最終的合意として評価されるものがある。両当事者が最終的な合意に達することを想定しない場合は最終的合意を意味し、反対に意味する場合は予備的合意であるが、当事者がどちらを取り決めたのかは、未決定部分について合意ができないときに、既に合意した部分に拘束されるか否かによる。

ユニドロワ国際商事契約原則 (PICC) では意図的に未確定にしておかれた条項を含む契約が、UCC では代価が未定の契約について規定されている¹²²。これらでは未決定条項が存在していても最終的合意として評価され、契約を締結させようとする両当事者の意思が合致すれば契約が成立することとなる。

未決定条項を含む合意において留意すべき点はその合意の効果であるが、合意が最終的合意と評価される場合は、未決定条項に合意ができなくても既に取り交わした合意は有効であり、その内容を実現すべき義務を負い、最終的合意、中間的合意のいずれに評価される場合でも、未決定部分の

¹¹⁸ 第二次契約法リステイメント 205 条。

¹¹⁹ UCC 第 1 編 304 条。Farnsworth, *supra* note 109, at. 239. では改正前の § 1-203 として引用されている。

¹²⁰ Farnsworth, *supra* note 109, at. 263-269.

¹²¹ *Id.* at. 253-263.

¹²² ユニドロワ国際商事契約原則第 2・14 条、UCC 第 2 編 305 条 (Open Price Term)。

交渉を公正に行う義務が課せられることである。そしてこの義務違反の効果は、信頼利益の賠償であり、履行の強制が可能な場合はそれが導かれる。公正な交渉義務が果たされない場合は、その中間合意下での履行の拒絶が正当化され、なおも違反が治癒されない場合は合意解消や合意そのものの全体違反に基づく損害賠償請求も認められ、信頼利益に限定されず、原状回復請求も可能である。

1 - 2 - 4 . 最終的合意 (Ultimate Agreement) ¹²³

最終的な合意に達して契約が成立した段階においても、一定の条項は未決にしておくことや、前提となる事情が変わった場合は、最終合意の改訂交渉をすることを決めることもできる。契約内容の変更のために一方当事者が交渉を求める場合でも、勿論相手方にはこれを拒絶する自由があるが、一旦受けた以上は、契約交渉を自由に打ち切ることができなくなる。

最終的合意後の交渉であっても、当事者は公正に取り組む義務があり、その義務違反に対しては、信頼利益の賠償が課され、義務違反が顕著な場合は、契約自体が既に存在しているから、契約全体の違反として相手方に契約解除と履行利益の賠償が認められることになる。

第3款 小括

英米法系 (コモン・ロー) では、契約の成立については、オールオアナッシングの古典的な考えが依然強いものの¹²⁴、この観点からのみでは問題を解決することができず、契約交渉過程論として把握する必要があるのは英米法系でも同様といえる。日本は大陸法系の影響を受けていることから、契約交渉自体から一般的な義務が生じることを認容してきており、そのような義務から生じる責任が交渉の進捗度合に応じて段階的に成熟していくことが一般に認められている。一方、英米法では申込に法的拘束力がなく、また成立段階で意図的に未確定条項を設けておいてもよいことから、契約交渉の進展に伴いそれまでの合意事項を確定するために中間的合意が必要になってくるのであり、その合意や段階というものは、ぼんやりとしたものではなく視覚的にも意識的にも大きくハリがあるもののように思える。違いを意識させられるのは、中間合意的なものが書式の交換等により要式化され、契約の成立はその合意の積上げ型である英米法系の交渉スタイルと、相手方はある種の特別な関係 (英米法のそれとは異なる) にある場合が多く、基本的に契約有りきで詳細条件決定は後からという日本的な契約交渉のそれが大きく相違しているからであろう。

しかし、英米法の契約締結前の責任についての考え方があくまで比較の上では日本よりも明確性に富むとしても、一概にそれを一般的に適用させることには混乱が伴う。なぜなら、中間的合意というものを意識せずに行われた交渉において、後において紛争が生じた際に中間合意の時点状況を証拠から見出すことは極めて困難だからである。しかしながら、契約交渉段階に歯止めなく一般条項を振り回すことは疑問であり、ある程度追及されるべき責任の基準の明確化が必要になるう。

第2節 米国における融資者責任法理 (Lender Liability) について

第1款 融資者責任法理の概観

2 - 1 - 1 . 定義

1980年代に米国において金融機関に対する訴訟の多発という形で猛威を振るった融資者責任 (Lender Liability) ¹²⁵は、判例法理や特別法によって法理論として複合的に発展してきた。しか

¹²³ Farnsworth, supra note 109, at. 243-249.

¹²⁴ 北川俊光 = 柏木昇 『国際取引法』 (1999年) 57頁。

¹²⁵ “Lender Liability” については、「貸主責任」、「貸手責任」、あるいはそのまま「レンダー・ライアビリティー」とも称されるが、本論では「融資者責任」とする。

し 90 年代に入るとその勢いも沈静化してきたといわれているが¹²⁶、バブル崩壊後のわが国において、融資取引を中心に金融機関の法的責任を問う訴訟が頻発するようになったことから、米国の融資者責任法理を考察し、日本法への応用を検討することは大いに意義がある（本節では、概論に止め、日本法への影響については、終章で検討することとする）。

融資者責任法理はいまだ概念や定義が確立しているとはいいがたいが、広義では、貸付ないし融資の交渉から始まり管理・回収に至る過程で、金融機関に対して提起される可能性のあるあらゆる請求に基づく責任を指し、借主あるいは借主の債権者などの第三者から請求され、狭義では、貸主（金融機関）が借主を過度にコントロールし、経営や事業計画を支配したことによる責任を指すとされる¹²⁷。また、狭義では、貸主の行為により利用者・消費者に被害が発生したとして貸主の責任を問い、損害賠償を求めて提起する社会現象であり、広義では、貸主（Lender）という言葉を使っているが、預金その他の金融サービスの分野でも訴訟は提起されており、理念・生成のプロセス等を考えると必ずしも金融機関の融資行為に限定されるものではなく、すべての行為を射程に入れた、いわば利用者・消費者に対する金融機関の責任と捉えることもできるとされる¹²⁸。

2-1-2. 法理

融資者責任の法理は、製造物責任法理のように特別に一つの新しい法理が創造され、単一法理として成り立っているのではなく、融資者から損害賠償を勝ち取るために訴訟のもとになっている種々の伝統的理論や新しい制定法の解釈を（既存の法理が変容するようなことなく）駆使して、融資過程全般における銀行の借主に対する注意義務を高度化し、これによってその行為に対する違法評価（その帰結としての責任の認定）を積極化する指向性をもった法実践あるいはそのための法理論ということが出来る¹²⁹。融資者責任は、それらの根拠をひとまとめにした呼称であり¹³⁰、コモロまたは衡平法の一般理論によるものと制定法の法理によるものの二つに分けることができる。

前者は、詐欺（fraud）、過失による不実表示（negligent misrepresentation）、信認義務違反（breach of fiduciary duty）、契約違反（breach of contract）、信義誠実義務違反（breach of duty of good faith）などの法律理論であり、後者は環境法（CERCLA¹³¹）、組織暴力団対策法（RICO¹³²）、破産法（Bankruptcy Code）、利息制限法（Usury Law）などの法定責任である。

金融機関の融資義務を検討する本論文の趣旨からは、政策目的としての米国の制定法についてはわが国の銀行の民事上の責任について参考となる余地が少ないことから、主に前者について検討を進めていくこととする。

2-1-3. 背景

80年代に融資者責任訴訟は瞬く間に全米に広がった。80年以前の金融機関を提訴する訴訟は、

¹²⁶ 柏木昇「アメリカ法のレンダー・ライアビリティと日本法への示唆(1)」NBL610号(1997年)8頁、柏木昇「《シンポジウム報告》アメリカのレンダー・ライアビリティと日本法への示唆」金融法研究(13)(1997年)147頁、小林秀之=河村基予「レンダー・ライアビリティーをめぐる近時の動向と今後の展望(上)」金法1405号(1994年)6頁など。

¹²⁷ 小林=河村・前掲注(126)6頁。

¹²⁸ 楠本くに代「米国レンダー・ライアビリティ判例の特徴と最近の動向」長尾治助編『レンダー・ライアビリティ 金融業者の法的責任』(1996年)27頁。

¹²⁹ 日本弁護士連合会編『銀行の融資責任』(1997年)196頁。

¹³⁰ 融資者責任を既存法理の寄せ集めに過ぎないとする多数説的な評価に対して、日弁連・前掲書注(123)205頁は、それらを積極的に活用して銀行の責任を追及することに社会的・実体的な正当性が承認されたからこそ融資者責任という新たな法現象が生成・発展し、固有の法理が作り上げられたと主張する。

¹³¹ Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act.

¹³² Racketeering Influenced and Corrupt Organizations Act.

一方的な融資拒絶により損害を受けたとして顧客が契約上の責任を問うものが主流であったが、80年を境にして融資者訴訟に質的变化が起こり、不法行為や信託義務法理等様々な法理を組み合わせる訴訟を提起する動きが顕著になったという¹³³。

驚異的な融資者訴訟の頻発をもたらした背景としては、第一に、1980年代は途上国債務の償却、エネルギー・農業・不動産関連融資分野の破綻によりローン機会の減少や貸倒引当金や貸倒損失の増加など内外において経営的に厳しい状況に置かれたこと、そして金融自由化政策によって加速された金融機関の業務形態の変貌により金融環境が激変して国内外の同業者・他業者との生き残りをかけた熾烈な競争を強いられることとなり、顧客の利益を犠牲にしたり或いは不適切な営業活動をしてでも利益を獲得しようとする金融機関の問題行動・悪弊が顕在化したことが挙げられる。第二として、70年代以降消費者保護の思想が社会的に広がり借主として消費者が登場するようになり、銀行との融資取引を体験して銀行に対する信頼が揺らぐなど、社会思想あるいは国民意識にも変化が生じたこと、第三として、先駆的な弁護士が、融資者責任法理を利用して強大な銀行を相手に果敢に闘って巨額の懲罰的損害賠償金を獲得するなどの成果を挙げ、それが時宜にかなって融資者訴訟の動機付けになったことが挙げられる¹³⁴。

第2款 融資者責任の理論的根拠と判例の検討

融資者責任訴訟において利用される法律理論については法理のところでも述べたが、それ以外にもそれぞれの裁判例において援用された論理に基づいて、論者により多様な理論的整理や分類がなされている。ここでは、融資実行拒絶や与信供与停止の案件（融資実行義務型）に限定して、その根拠となる一般理論の類型ごとに簡潔に整理していきたい¹³⁵。

2-2-1. 信義誠実義務違反 (breach of duty of good faith)

米国における誠実義務は、UCC第1編201条(19)において、「“誠実”とは、別の方法で規定される第5編（信用状）を除き、事実上の正直と公正な取引の合理的商業基準の遵守を意味する。」と定義され、主観基準であり客観基準とされている。しかし商業的銀行取引関係への誠実の原則の適用可否や適用する場合の範囲については、判例上も意見が分かれている¹³⁶。

日本法との比較で注意すべき点は先にも述べたが、民法1条2項の信義則が私法の原則として規定され契約締結前を含めて幅広く適用されるのに対し、米国法における誠実義務は契約の交渉と締結には適用されず、契約上の権利の履行と強制の局面でしか適用されない付随義務に過ぎないことである。また米国の多数説は誠実義務の適用については制限的であり、契約上の明文規定の効力を超えることはできないとする。このようなことを踏まえた上で、裁判例についてみる。

KMC事件（事件）¹³⁷は、限度貸付契約（line of credit agreement）中に、銀行はいつでも債

¹³³ 楠本・前掲注(128)28頁。

¹³⁴ 日弁連・前掲書注(129)199頁。

¹³⁵ 掲載したそれぞれの事件の概要については、日弁連編・前掲書注(129)197頁以下、ナンシー・ヤング＝ヴィクター・C・ブッシュェル（柏木昇訳）「レンダー・ライアビリティ（融資者責任）とは何か(上)(中)(下)」NBL479号（1991年）12頁、480号46頁、481号44頁、柏木・前掲注(126)シンポジウム報告146頁以下などを適宜参照した。

¹³⁶ ナンシー・ヤング他・前掲注(135)(下)44頁。尚、UCC第1編201条(19)は、2001年改正により、第2編旧103条(1)(b)を吸収する形で改正された。しかしコメントによるとその適用範囲は、売買と小売業に限定されている。

¹³⁷ K.M.C. Co., Inc. v. Irving Trust Co., 757 F.2d 752 (6th Cir. 1985)（概要）米国第6巡回裁判所は、限度貸付契約（line of credit agreement）を終了させる場合にも誠実の原則に従い事前の通知をする必要があり、もし貸主が銀行の請求があり次第弁済するという契約条項の行使に際し、行動の自由を濫用した場合には、それだけで十分に誠実義務違反になると判示した。尚、控訴審は、不誠実に融資を拒否したとの認定は行わなかったが、不誠実に事前に融資を打ち切る旨の通知をしなかったとの認定を行い、もし貸主が30日あるいは7日あるいは48時間前に融資打ち切りの通知をしていたら、判決は異なる展開をしていたであろうと判示した。

権全額の弁済を請求できるという規定があったことを利用して、銀行が新規の融資を拒絶したケースである。陪審は事前通知なしに解約したことは信義誠実義務に違反するとして銀行に賠償を命じ、「信義誠実義務は契約で合意された事項の履行と強制について問題になるのみであり、原則として合意された事項を信義則で変更することはできない」という古典的原則を変更して信義誠実義務を拡大しようとしたが、その流れは定着していない¹³⁸。その後の事件¹³⁹では明文の契約条項が存在する以上、信義誠実原則に優先することが強調されている。信義誠実義務に関する裁判では、全体的にみれば3対1程度の比率で貸主が勝訴する判決が多いようである¹⁴⁰。

契約の性質変更を許してしまうような裁判所における信義誠実原則の適用は適切な判断であるとは思えない。信義誠実原則については契約上不確実な部分であるとか、契約締結時にこの義務に反するような貸主の行為により強迫的に合意させられた条項の正当性の判断など限定して援用すべきである。期限の利益を任意に喪失させることができるというUCCの規定（第1編309条）では、債権者が債務の履行の確実性が害されると誠実の原則に従って信じている場合のみ行使できるとされており、通知について特段の定めはなかったのではないかと。日本の一般的な融資契約においては、当然喪失事由と請求喪失事由について区別して規定していることからこのような問題は生じにくいであろう。

リード事件(事件)¹⁴¹では、限度貸付契約に基づく個別貸付を一覧払約束手形で行っていたが、ある一定事由が生じた際の期限の利益の喪失事由を規定している担保契約中の約款を、債権者が一覧払手形に基づいていつでもこれらの事由なしに弁済請求できると理解することは矛盾とする判示は妥当であるといえる¹⁴²。ただ、手形貸付において債権者は手形上の債権も有することとなるのであるから一概には被告銀行の対応を非難することはできない。当該貸付契約を規律する複数の法律関係が競合関係にあり且つ不安定な状態で、そのうちの一つの法的効果を有効に実現させたと考えられる場合、その適否を誠実の原則で断裁する以外に方法はないのだろうか。懲罰的賠償と認めるほどの事案ではないと思料する。

2-2-2. 信認義務違反 (breach of fiduciary duty)

原則として、銀行と借主の取引は第三者間取引関係 (arm's length transaction) が支配し、信認関係 (fiduciary relation) を発生させることはない。

判例では、信認関係と銀行の貸主借主の関係は両立するものではない(少数)、又は貸主借主の関

John C. Joyce, Lender Liability: The Problem Is Still With Us, 115 *Banking Law Journal* 477 (1998), at 477 は本件や他の何百万ドルもの賠償を銀行に命じた判決に促されるように、融資者責任を扱う訴訟が爆発的に増加したことを指摘しており、柏木昇「アメリカ法のレンダー・ライアビリティと日本法への示唆(2)」NBL614号(1997年)30頁もこの事件は米国の金融業界を震撼させたとして評する。

¹³⁸ 柏木・前掲注(126)報告148頁。

¹³⁹ *Centere Bank of Kansas City v. Distributors* (705 S.W. 2d 42 (Mo. App. 1985))や *Kham & Nate's Shoes No. 2, Inc. v. First Bank of Whiting* (908 F.2d 1351 (7th Cir. 1990)) など。

¹⁴⁰ A. Brooke Overby, *Bondage, Domination, and the Art of the Deal: An Assessment of Judicial Strategies in Lender Liability Good Faith Litigation*, 61 *Fordham L. Rev.* 963 (1993), at 966.

¹⁴¹ *Reid v. Key Bank of Southern Maine, Inc.*, 821 F.2d 9 (1st Cir. 1987) (概要) 債務者が債務不履行事由に該当せず、財務状況も従来から著しく変化していたわけではない状況で、事前通知もなしに銀行が不当に融資を停止させた事案であるが、UCC第1編203条(当時)に基づき、広い範囲で誠実義務を認め、銀行に補償的賠償のみならず懲罰的賠償まで命じた。

¹⁴² 一覧払手形差し入れによる貸付はリード事件のようなケースを招きやすい。日本では短期貸付では一般に手形貸付の形態をとり、実務上、返済期限と支払日が一致した確定日払約束手形を徴求する。生命保険会社による短期貸付では一覧払約束手形の差し入れを受けるが、返済期日が記載された借入申込書の提出を受け、返済期日を明確にしている。

係を擬似信託関係(*quasi-fiduciary*)である(少数)とする対極的な内容を判示するものがあるが、判例の多数は、原則として発生することのない信託関係が、例外的に「特別の事情」あるいは「特別の関係」(*special circumstances/relations*)があると認められる場合には発生することがあるとしている。何が特別の関係であるかについてその要件の確定は困難であるが大凡次のようになる。借主が貸主に特別の信頼を置いていた、借主が貸主から助言を得ており、借主がそれに依存していた、貸主が借主に優越的立場(*superiority*)、影響力(*influence*)および支配力(*dominion and control*)を得ていた、場合である¹⁴³。この3点が信託義務関係を発生させる特別な関係であるが、認定にあたっては、取引関係が開始されてからの期間や両当事者間の情報量の差、貸主が借主の負担で利得を得たかなども考慮されるであろう。

信託関係が発生すると、守秘義務、情報開示義務、借主の最大利益(*best interest of borrower*)のために行動する義務が貸主に生ずることとなる。ただ、裁判所は銀行と借主に信託義務関係を認めることに慎重なようである。しかし、信託義務は法律規範として課されるものだから、実際に信託義務関係が存在する場合には、公序の要請により、免除特約が認められることはないだろう¹⁴⁴。

この特別の関係から金融機関の責任を初めて導いたのがアリゾナ州最高裁によるスチュワート事件(事件)¹⁴⁵判決である。原告は23年もの間銀行から財務アドバイスを受け、たびたび無担保で融資を受けるなど友好関係にあったが、新たに融資を受けた際、不動産への抵当権の設定を求められ、銀行の抵当権を実行することは絶対はないという言葉信じてこれに応じたが、抵当権が実行されたため、実損と懲罰的損害賠償を求めて提訴した。手続上の問題から上訴は棄却されたが、金融機関と顧客との間に特別の関係が認められる場合は、信託義務が発生することが示された。

この事件以後、顧客と金融機関の間に生じやすい特別の関係を認定し、通常の義務よりはるかに高度な信託義務を課すようになった。このスチュワート事件判決から融資者責任のドラマティックな展開が始まったとさえいわれている¹⁴⁶。

特別な関係の要件は抽象的であり、借主の主観的要素を排除して、どこまで客観的な事実に基づき構成できるかということが非常に重要となってくる。特に や の要件が、借主の過度の主観的な思い込みによるミスリーディングの結果生じた損害の賠償請求に利用されることのないように留意する必要があるのではないか。メインバンク制が一般的なわが国の金融取引関係に、仮にこの考え方を導入するならば、特別の関係の定義やその要件について再構成しなければならない。

2-2-3. 不法行為上の注意義務違反(*breach of tort duty of due care*)

医師、弁護士、公認会計士など特別な技能を有する職業に従事する者に対しては、その業務の公共的・専門的性格ゆえに、伝統的に不法行為上の注意義務が課されてきた。金融機関もその公共性・大衆の信頼・高度な専門性・圧倒的な情報量から、顧客や一般大衆に対し、高度な注意義務を負うべきであるという考え方である。この注意義務は、金融機関と顧客の間の特別の行為や事実の存在

¹⁴³ 柏木昇「アメリカ法のレンダー・ライアビリティと日本法への示唆(5)」NBL633号(1998年)54頁。

¹⁴⁴ ナンシー・ヤング他・前掲注(135)(中)47頁。

¹⁴⁵ *Stewart v. Phoenix National Bank*, 64 P. 2d 101 (Supreme Court of Arizona, 1937) (概要)アリゾナ州最高裁は、信頼関係があるとき、法の一般原則では、特別な信頼を寄せられた側には、すべての重要な事実を開示する義務が生じ、虚偽表示や不告知に対しては責任を負わなければならない。この一般原則は、夫婦、親子、後見人と未成年者、弁護士と依頼人、パートナーシップ、ジョイント・ベンチャー等様々な関係に適用されてきた。しかし、銀行が顧客に対しこの義務を負うかどうかは、今まで裁判所で考えられたことはなかった。通常、顧客と銀行の関係は被融資者と融資者の関係であり、信頼関係は生じない。しかし本件については、原告と被告の関係は通常の単なる被融資者と融資者の関係をはるかに超えていると判示し、さらに顧客と銀行の間には財務問題に関する限り、信頼関係が一般に生じやすいとも判示した。

¹⁴⁶ 楠本・前掲注(128)38頁。

を要件としない¹⁴⁷。

この理論を採用したのがジャックス事件（事件）¹⁴⁸であり、融資申込手続を進めることに合意しただけの銀行は顧客に対し注意義務を負うか（負う場合はその根拠）ということが争点であったが、メリーランド州最高裁は、契約関係がなくても、銀行の融資申込者に対して、銀行がプロフェッショナルと顧客との間に生ずる不法行為上の注意義務が生ずることを、その公共的な性格や公共の利益を根源に、オクラホマ州控訴裁判所の先例を示して認め、また銀行業は州法に基づき設立が制限される規制業種であることから示されるように公共的性格を有するがゆえ、銀行に相当の注意力を行使すべき不法行為上の義務を認めることは、州政府の方針に沿うものであり、銀行業の性格や公共の福祉との関係においても妥当であると判示した。

公共性の根拠を設立が免許制や許可制であることに求めているが、この公法上の効果が当該金融機関のみならず、法が予定していない主体（その取引の相手方）にまで及ぼすことは妥当ではない。専門性についても、一般大衆から羨望を受けるようなステータスが与えられることや高度の知識が必要なことが、この理論が求める基準となっているようであり、特殊な職業はそもそも専門性が高いわけであって、どのような職業のどのような業務に高度の専門性を見出すのべきかその根拠は明らかでない。ゆえに公共性や専門性を有することが注意義務を加重するという理論は、その理論的根拠が到って抽象的である。

しかし、本件のような個人取引においては、公共性・専門性の理論を援用してでも顧客の利益を守るべきケースが存在することも考えられなくもないが、採用すべき根拠理論は金融機関の過失であり、職員が業務に忠実でなかったのであるから信義誠実義務違反とすべき事案ではないか。法人取引分野では、顧客においても、必ずしも金融上のものではないにしろ、ある一定の専門性や情報量を有することが経営上必要であり、この理論を持ち出す余地は少ないだろう。

2 - 2 - 4 . 不実表示 (misrepresentation)

詐欺 (fraud) や過失による不実表示 (negligent misrepresentation) を責任追及根拠理論とするものであるが、不実表示に対しては、契約の成立を阻止、取消、契約改訂の3つの法的効果が与えられる¹⁴⁹。

支払いを怠ったとして借主に弁済請求した銀行に対して、銀行が融資約束を遵守しなかった若しくは約束は詐欺だとして借主が銀行を訴えたスタンレーブーツ事件（事件）¹⁵⁰で、テキサス州最高裁判所は、裁判所に詐欺の主張を認めさせるためには、原告は次の6点、(1)重要な言明 (material representation) がなされたこと、(2)それが虚偽 (false) であったこと、(3)言明者が言明したときに虚偽であることを知っていたか、若しくは虚偽であることを知らなかったことや積極的に断定し

¹⁴⁷ 楠本・前掲注(128)38頁。

¹⁴⁸ Jacques v. First National Bank of Maryland, 515 A. 2d 756 (Md. Ct. Spec. App. 1986)（概要）ジャックスは住宅購入契約をし、頭金を支払い、残りの支払いを銀行融資をえて行うこととし、ローンの申込をしたが、銀行がジャックスの与信可能額を誤り、その結果、十分な融資が受けられず、他の高金利の融資を受けざるを得なくなった。メリーランド州控訴裁判所は、ローンの申込手続を行ったり、ローンの額を決定したりすることを貸主が約束し、手数料が支払われることになっていた場合には、貸主と借主の間には黙示の契約が締結されていたと認定でき、この黙示の契約は相当の注意を払って手続を行うということの合意を意味すると判示した。

¹⁴⁹ 木下・前掲書注(86)323頁。

¹⁵⁰ T.O. Stanly Co. v. Bank of El Paso (847 S.W. 2d 218 (Tex. 1992)).（概要）一旦破綻したブーツメーカーが新会社として再建され、新会社への投資家は銀行に対して30万ドルの保証を差し入れ、新会社が銀行に差し入れた合計約22万ドルの約束手形は1本の手形にまとめられた。新会社は銀行にさらに50万ドルのローンを申込んだ。銀行はそれまでの金利を含めて約24万ドルの額面で手形を発行させ、以前の手形と差し替えさせた。その手形の支払いがなされなかったため銀行は新会社と保証人を訴え、逆に新会社と保証人は、銀行が50万ドルの融資契約をしたがその実行をしなかった、または、融資の約束は銀行の詐欺であるとして銀行を訴えた。

たことについて重過失 (recklessly) であること、(4)相手方がその言明に従って行動することを意図していたこと、(5)相手方がその言明を信頼して行動したこと、(6)損害 (damage) が生じていること、につき立証しなければならないとしている¹⁵¹。

クルーズ事件 (事件)¹⁵²やステアリング事件 (事件)¹⁵³も詐欺についての判例であるが、過失に基づく不実表示についての融資義務に関する判例はあまり見当たらない。詐欺の訴訟原因と異なり、過失による不実表示の訴訟原因の場合には、表示者が表示は誤りであることを知っていたという証拠を提出する必要がない¹⁵⁴。

2-2-5. 契約や経営への不法行為的干渉の法理

金融機関が債務者企業の資金計画・事業計画・人事・経営判断等に拒否権を有するなど、経営に関して過度に干渉・支配し、損害を与えた場合の責任を追及する際に援用される法理である。また経営のみならず、特定の契約または将来の契約関係および取引関係、さらにはコーポレートガバナンスに対する干渉まで拡大している¹⁵⁵。債務者を道具のように支配・利用したことから責任を認める道具理論 (instrumentality)、債務者が金融機関に完全に支配され分身に過ぎなくなっている場合、業務に関する一切の責任を負うとする分身理論 (alter ego)、債務者を過度にコントロールした金融機関は債務者の業務に関する一切の義務を負うとする代理理論 (Agency)、或いは意図的に他人の契約や取引に介入してはならないとする介入理論 (interference with contract or business relations) などがある。

借主等への干渉が正当な取引上の利益の追求である場合には不法行為的干渉とはならないが、普通でない支配という実態が認められるときは、融資契約の規定の範疇を超えて融資者責任を課する根拠となる。また債権者がコーポレートガバナンスに干渉してはならないという法理はないように思える¹⁵⁶。よって、この権利を株主以外のステークホルダーがどこまで行使した場合には不法行為的干渉として損害賠償の対象となるのかははっきりしなくなってしまう、会社支配に対する合法的活動と不法行為の区別がつかなくなる恐れがある¹⁵⁷。

判例は、金融機関と借主の関係は、既に融資取引があって、金融機関が債権者としての地位を利用して干渉をしているものが全てと行ってよく、融資契約締結前の状態が問題になっている事例ではない。しかし、両当事者がこのような不法行為的干渉が行われている関係にあり、新たに融資を求められ融資を拒絶した場合は、このような法理に基づいて責任が問われるケースもあるのではないか。

¹⁵¹ しかし、 事件では、言明が将来の行為に関する約束であるので、銀行がその言明をしたときに将来それを履行する意思がなかったことを立証しなければならない。

¹⁵² *Kruse v. Bank of America*, 202 Cal. App. 3d 38, 248 Cal. Rptr. 217 (1988), cert. denied, 109 S. Ct. 870 (1989). (概要) 貸主が融資を匂わせながら故意に実施しなかった事件で、一番では、銀行の支店長の口頭による融資の確約を有効とし、銀行側の責任を肯定した。しかし、控訴審は、原告は支店長が契約を締結する権限を持っていないことを知っていたこと、銀行側が融資を拒否し続けており、融資の履行を信じる理由がまったくなかったこと、そして、例え融資をする約束が詐欺的なものであったとしても、倒産の原因が融資の拒絶にあるのではなく、原告側が自ら抱え込んだ負債にあるとして銀行を勝訴させた。

¹⁵³ *Stirling v. Chemical Bank*, 382 F.Supp. 1146 (S.D.N.Y. 1974), aff'd 516 F.2d 1396 (2d Cir1975). (概要) 貸主の銀行が、借主の取締役等が辞任すれば融資の弁済請求をせず、新たな融資を供与するとの虚偽の約束をし、その虚偽の約束を信じて取締役等が辞任したことに対し、ニューヨーク州南地区アメリカ地方裁判所は、貸主が実行する気がないのに実行すると約束することは詐欺的な不実表示に当たると判示した。

¹⁵⁴ ナンシー・ヤング他・前掲注(135)(上)15頁。

¹⁵⁵ *State Nat. Bank v. Farah Mfg. Co.* (678 S.W.2d 661 (Tex.App.8 Dist. 1984))

¹⁵⁶ 柏木昇「アメリカ法のレンダー・ライアビリティと日本法への示唆(3)」NBL616号(1997年)51頁。

¹⁵⁷ 柏木昇「アメリカ法のレンダー・ライアビリティと日本法への示唆(4)」NBL631号(1997年)30頁。

2 - 2 - 6 . 契約違反 (breach of contract)

金融機関が口頭或いは書面による融資契約に違反したとして責任を問われるケースであり、金融機関が貸主として契約を履行していたならば、借主が得ていたであろう利益が損害とされる。原則として、融資を実行させる特定履行は一部の場合を除き認められていない。

ペントハウス事件(事件)¹⁵⁸では、借主が前提条件の充足や一定事項の保証と表明を実現できないままに融資実行の期限が過ぎていったという事件であり、借主の債務不履行によるケースに過ぎないはずであるが、裁判所は貸主が無理難題を吹きかけてきて融資義務を免れることを目論んだとの見方に立って、常軌を逸脱した貸付行動を根拠として、契約書規定事項から外れて貸主に責任を転嫁し契約違反を構成するとした。尚、控訴裁判所は借主が前提条件を厳密に十分に実現するのでなければ融資の最終手続を行わないという貸主の主張を認め、本件は履行期前契約違反には当たらないと判示し、銀行勝利の逆転判決が下された。至極妥当な判断であると思われる。金融機関側の行動が必要以上に攻撃的であったとしても、そもそもその前提条件が満たされていないという事実を飛び越えて言及する必要はないであろう。

第3款 小括

米国での融資者責任に関する議論については、次の2点が指摘できる。第一には、融資を実行したことに基づく責任と融資を実行しなかったことに基づく責任に区別することができるが、いずれにしても、契約書の調印が終わって貸付が既に実行後、あるいはまさに実行されようとしている段階の責任が中心として論じられている。融資合意や融資契約が成立していることが原則であり、融資契約締結前の交渉打ち切りなどについてはこの法理ではあまり採り上げられていない。第二には、契約書の明示の規定を重要視し、契約の範囲を超えた権利義務を裁判所が認定するようなことは極力回避していこうとする流れにあることである。

日本における融資者責任法理は融資実行義務型、説明義務型(損害賠償型・無効型)、担保適正評価型、経営不当介入型に分類できるが、メインバンク制を受け入れ、金融機関から保護を期待する意識から生まれた融資実行義務型と消費者保護法理の一翼を担うものとしての説明義務型の大きく2つのタイプがメインとなろう。ただ日本では、メインバンク制度が認知されており、メインバンクがない企業は探すのが難しく、経営への支配権や介入権といったものが妥当なものならばある程度許容する風土があるため、米国のような経営への介入権を問題とするカテゴリーは生まれにくいとも思えるが、銀行と企業の関係もここ最近変容していることから参考となるべきケースも出てくることは間違いない。この点については、詳しく終章にて言及したい。

日米の違いを意識して比較すると、米国の融資者責任法理が適用されるテーブルは契約の履行と強制の場面であり、わが国の融資契約締結前の責任については、米国の契約締結過程の過失理論が参考になり、コミットメントラインなど反復的な与信枠供与契約が基本契約として締結されている継続的な融資取引分野については融資者責任法理が参考になる。ただ、金融機関の業務、ひいては融資業務においても数々の段階があり、問題も多様な要因から生じているわけであるから、米国の

¹⁵⁸ Penthouse International, Ltd. V. Dominion Federal Saving & Loan Association, 855 F. 2d 963 (2d Cir. 1988), cert. denied. 490 U.S. 1005 (1989) (概要) カジノ建設資金が不足していた借主に対して被告銀行他12行による協調融資形態によるコミットメントを設定。履行直前になって、抵当権設定を予定していた不動産の権利に瑕疵が見つかり、被告が新たな前提条件を要求。融資の再構築が検討されたが融資団は瓦解した。ニューヨーク連邦地裁は、新たな条件が満たされない限り履行しないと主張したことは履行期前契約違反であり、土地のリース契約の変更、融資実行前のホテル契約委託契約の締結、第三者による建築費用妥当性のチェック等の条件の強要を融資契約の締結を回避するための事実行為であると認定し、借主の側が前提条件を実現できない条件下にあっても、貸主の契約違反の責任を問いうる場面もあることを判示。

融資者責任法理をそのまま当てはめて考えるのは適切でない。しかし、日本における融資義務の類型化において、米国で根拠とされている多様な法理が参考にできるか否か検討されるべきである。

第4章 金融機関の融資契約成立過程における責任論の個別的分析

第1節 取引態様による分類と交渉過程前後の分析

第1款 分類の基準

融資契約の成立過程を検討した第2章では、契約実行へ向けての時間軸に対して当事者の関係を「縦割り」で区切ったそれぞれのフェーズの中でさらに責任の種類などに対応して類型化できるものはそれを行い、金融機関に責任が発生する基点となる融資合意や契約成立の時期に関する議論を展開した。しかし同一のフェーズ内においてもそこで問われる責任は様々であるから、責任発生時期の分析だけでは、具体的な責任内容についての検討は困難である。また分類に資する統一的な指標というものはないに等しいため、統一基準に基づいた類型化は困難という問題もある。一方、それぞれの融資取引が有する形態、性質、商品性ごとなどに詳細に個別具体的に形式化し分析することは、論点を分散させ問題をかえって複雑化する。

そこで本章では、契約交渉過程のそれぞれのフェーズにおいて求められる責任を、「縦割り」区分の基準を利用しつつも、その基本契約若しくは合意条件の範囲、取引形態、当事者の属性、合意に至るまでの当事者の態様などから類型化し、米国における契約締結前の責任論と融資者責任法理との比較検討からの有益な示唆も交えたうえ、具体的な考察を行うこととする。類型の方法としては、まず貸主が借主に対して原則として何ら義務を負わない段階（フェーズ ）と何らかの責任を負うことがある段階（フェーズ ~ ）に分け、後者から当事者間に何らかの契約が成立して貸付義務が発生している段階（フェーズ ）を切り離し、交渉過程の前後の部分として本節で論じる。

契約締結前の交渉過程段階（フェーズ ・ ）は更に次のように類型化して、次節で論ずる。

金融機関と顧客の取引状況や関係に基づく基準からは、フェーズ を(A)金融機関と顧客の間に基本契約が存在し、個別の貸付の実行や消費貸借契約の締結について規定している場合と(B)当事者間で融資合意がなされた状態に分け、フェーズ を(C)金融機関と顧客は既に取引関係にあるが、融資を義務づけるような契約は存在しない場合、(D)金融機関にとって顧客は新規取引先である場合、に区分できる。その他融資形態に着目した基準として、申込態様、借主の資金使途、貸主の融資目的、契約形態によるものが考えられるが、これらも含めて検討する。

第2款 「フェーズ 」について

契約の締結は、交渉当事者の熱意ある交渉の結晶であり、両者の妥協の産物であるとも言える。よって、その成否については両者が応分のリスク及び責任を負担しなければならないことは当然のことであり、金融機関のみが一方的に責任を負うものではないことは言うまでもない。序章でも触れたように、契約締結を望む以上、借主においても妥結へ向けた努力が求められる。

フェーズ は、交渉を開始するも、交渉段階が両当事者の関係から想定できる契約条件の領域に達していない段階であるから貸主が契約責任や信義則上の義務を負担することはない。この段階では、契約交渉の核心にはまだ入っておらず、当事者間に通常の私人間の関係を越える一定の関係が生じているとは言えない。その状況からは将来の契約の成否を判断することは困難であり、信頼関係から生じる義務が発生していない以上、交渉からの自由な離脱が無条件に許容される段階であると考えられる。よって、相手と信頼関係には入らずに交渉を行っているのであるから、当事者には一定の慎重さが要求され、一方的な信頼意識に基づく出捐の法的保護は不要である。これは当事者

間が新規取引の場合だけでなく、既に取引関係にあり、別の契約が既に存在していたとしても同様である。契約自由の世界において、別の取引があることが、条件がかけ離れた状態にある当該交渉に対して契約締結圧力になることはなく、借主がこれに期待することは法的保護のない過度期待と捉えるべきである。

但し、このように厳格な解釈を、詐害的行為による損害が生じた際は適用しないとしても、一般論として貫くことについて必ずしも多くの支持を得ることはできないだろう。基本契約条件の交渉が領域外にとどまっている状態であっても、金融機関が責任を負う場合の例外条件をどのように設定するかということは、当事者間の個別的な事実認定によらざるをえないのだろうが、判断根拠の具体化が必要であることはいうまでもない。そこで先に引用した Farnsworth 教授の指摘する 4 つの責任の基礎を根拠とすることは大いに参考になる。よって「不当利得の形成」、「不実表示」、「特殊な約束」が存在している場合は、損害が生じた者は損害を回復することができるとし、ただ利益の吐き出しという考え方については、日本法的には受入れにくいので採ることはできない。

第 3 款 「フェーズ」について

1-3-1. 取引種別

フェーズ は、当事者間に消費貸借契約など何らかの契約が既に成立しているため、貸主に対して、それらの契約を権原として貸付義務（借主にとっては金銭交付請求権）が発生している段階を指す。よって義務違反行為に対して、契約責任が追及される。具体的には、金銭消費貸借契約は締結したがまだ融資実行がおこなわれていない状態や未実行額が存在している状態である。それぞれの取引種別ごとの法律関係は次のとおりである。

1-3-2. 一括貸付、分割貸付

ここで言う一括貸付とは、分割貸付に対する対義語であるが、金銭消費貸借契約が締結されて契約額が一括で貸し出される一般的な貸付方法であり、実行日が契約日と同日でない契約である。このような方法で実行する理由としては、抵当権を設定登記する必要上、登記の設定原因として実行日より前に消費貸借が成立することが実務上要請されることや、特に国際貸付契約や国内シンジケート・ローンにおいて、貸主が、実行の前提条件となる事実の充足を借主が表明し保証をすることを求めるためである。

分割貸付は、一定金額を貸し付けるプレーンな融資契約をし、それを分割して交付する形態である¹⁵⁹。工事の進捗状況に応じて貸付金が交付される設備資金融資が例とされ、貸付予定金額全額について担保が設定されることもある¹⁶⁰。第一回分貸付がなされた後の残額に対する義務の解釈について、融資義務ありと考えるのか、改めて審査して実行の可否を検討することが可能なかであるが、事情の変更のない限り、残額についての融資義務はあるとするのが一般的な考え方である¹⁶¹。

このような融資契約は消費貸借の予約ではなく諾成的消費貸借であり¹⁶²、契約の成立により貸主の貸す義務が明確に発生していることから、契約に基づく一括貸付や各分割貸付は融資契約に基づ

¹⁵⁹ 分割貸付の類型としては、契約書中に、給付総金額、分割給付金額およびその時期が明示されている場合、貸付総金額は契約書に明記するが、分割給付金額、給付時期は当事者と協議の上定める趣旨の条項が記載される場合、貸付総金額、分割貸付額、交付期限等につき口頭で合意をなし、その後、手形貸付の方法により分割貸付金を交付し、貸付金を全額交付した後に証書を作成する方式があるとされるが（太田・前掲注(87)118頁参照）、本論では及びを分割貸付として定義する。

¹⁶⁰ 中田裕康『継続的取引の研究』（2000年）270頁。

¹⁶¹ 山田卓生「融資契約の不成立と貸主の責任」ジュリ982号（1991年）104頁。

¹⁶² 債務者の地位や権利を譲渡や担保に供するなどの処分を認めない条項が規定されるケースが多い。消費貸借の予約では、これらの譲渡は認められないので、譲渡が可能であることを前提とした規定といえる。

く履行にすぎない。よって貸主が契約で規定されている条件¹⁶³以外の事由で貸付の実行を拒絶することは契約違反であり、借主の救済手段としては、金銭交付請求、金銭消費貸借契約の解除、損害賠償の請求が可能である。損害賠償額についてここで論じることはその目的ではないが、金銭債務の不履行についての損害賠償を規定した 419 条 1 項の制限は、債務者に帰責事由がない場合についての賠償範囲を定めたものであり、これがある場合には、拡大損害の賠償も認められるとする見解¹⁶⁴に賛意を表したい。

1-3-3. コミットメントライン

コミットメントライン契約（融資枠契約）とは、銀行等金融機関（貸主）が、一定期間にわたり一定の融資枠を設定・維持し、その範囲内であれば顧客の請求に基づき、融資を実行することを約束する契約である。コミットメントライン契約締結に際しては、その対価として、契約期間中、顧客から金融機関に対して所定の手数料（コミットメントフィー）が支払われる。なお、当該契約は将来の一定期間にわたるため、融資枠が維持されるためには、顧客の財務状態につき重大な悪影響がないこと等の一定の条件が付されるのが通常である¹⁶⁵。金融機関が利息とは別に徴収する手数料が、「みなし利息」として利息制限法や出資法に抵触する恐れがあるとして、わが国では長らく敬遠されてきた融資形態であるが、その問題点は「特定融資枠契約に関する法律」（以下、特定融資枠契約法）の立法により解消された。従来は類似の契約として当座貸越契約や極度貸付契約が利用されていたが、これらとは、当座貸越契約や極度貸付契約に認められる貸越や個別貸付の諾否の裁量権が、コミットメントラインには認められておらず、またコミットメントラインには手数料が支払われる点においても区別される。コミットメントラインの設定は、適切な流動性の維持、事業活動のための安定的な経常運転資金確保、および健全なバランスシートの維持といった企業の財務方針と一致し、企業から金融機関へのコミットメントライン設定のニーズが高まっている¹⁶⁶。

コミットメントライン契約の法的性質については、諾成的消費貸借の一方の予約とする見解¹⁶⁷、融資のオプション契約とする見解¹⁶⁸、具体的な個々の貸付の基本となる「枠契約」とする見解¹⁶⁹がある。消費貸借の予約とする説は、「当事者の一方の意思表示により当事者間において当事者の一方を借主として金銭を目的とする消費貸借を成立させることができる権利」（同法 2 条）が借主の予約完結権を意味し、予約完結権の性質は形成権であるとする。オプション契約とする説は重要事項がすべて確定し、予約のように交渉の余地を残していないこと、個別融資金額は確定していないものの極度額・極度期間の範囲内に限定されることから借主の権利は予約完結権以上の拘束力があるオプションであるとしている。しかし、私はこれらの前二説には疑問を覚える。

¹⁶³ 具体的には、銀行取引約定書や当該金銭消費貸借契約で定められている期限の利益喪失事由の未実行額の権利の失効規定や、シンジケートローンでは更に加えて、実行前提条件を充足できなかった場合や表明及び保証に違反していることが発覚した場合が該当する。分割貸付契約では、分割貸付可能時期を設定している場合があり、その期限を徒過した場合は未実行額に対する金銭交付請求権が失効する。

¹⁶⁴ 奥田昌道編『注釈民法(10)』（1987年）656頁〔能見善久〕

¹⁶⁵ 揖斐潔 = 古閑裕二「特定融資枠契約に関する法律の概要」NBL663号（1999年）11頁、同「コミットメントライン契約に関する新法の紹介」金法 1545号（1999年）13頁（両論文は内容がほぼ同じであるので、以後、NBL論文を引用する）、金融法委員会『「コミットメント・フィーに関する論点整理」について』（1998年）1頁。

¹⁶⁶ 特定融資枠契約に関する法律第2条では、コミットメントライン契約について、「この法律において「特定融資枠契約」とは、一定の期間及び融資の極度額の限度内において、当事者の一方の意思表示により当事者間において当事者の一方を借主として金銭を目的とする消費貸借を成立させることができる権利を相手方が当事者の一方に付与し、当事者の一方がこれに対して手数料を支払うことを約する契約」と定義している。

¹⁶⁷ 揖斐 = 古閑・前掲注(165)NBL11頁、潮見・前掲書注(12)337頁。

¹⁶⁸ 宮川不可止「コミットメントライン契約の法的性質」法時 72 卷 7 号（2000年）58頁。

¹⁶⁹ 中田・前掲書注(160)32頁。

基本契約たるコミットメントライン契約と個別貸付契約は二層構造であり、個別貸付が実行されても基本契約の性質に変容をきたすことはないのは明らかである。予約完結権を行使して本契約となれば、予約契約は本契約に切り替わる（転化する）ので、もはや予約契約自体は意味がない（妥当な表現かどうかは疑問だが消滅する）¹⁷⁰。コミットメントラインはこのような契約ではなく、理論的には一個の基本契約から無数の金銭消費貸借契約が発生しうる。個別契約が返済されれば、貸出可能枠は更に返済分だけ復元する。この場合に意味する予約やオプションは権利についての契約であり、一旦行使したものが自動的に再発生（復元）することはない。よって、消費貸借の予約による契約構造の解釈は、借入可能額が増減するような枠契約型の融資契約（コミットメントライン、当座貸越、極度貸付、クレジットカードによる借入など）の解釈としては不適切である¹⁷¹。しかし、基本契約は、消費貸借を行うことを約束し、権利義務について予め決めておく契約であり、裁量権がないことを除けば、機能的には諾成的消費貸借に類似する点にも留意が必要だ。必ずしも旧来からの民法の構造に特定化し、一つの契約類型に押し込める解釈は適切な方法とは思えず、性質決定を容易にすることは困難であるが、基本契約（「枠契約」）と個別契約（消費貸借）の二層構造の複合契約とするのが妥当ではないか。

コミットメントラインにおける貸主の融資義務はどう捉えるべきか。融資拒絶の場合、枠契約と個別契約の二重構造を前提とすると、貸付義務が履行されないことは、基本契約と個別契約のそれぞれの不履行が問題となるはずである¹⁷²。しかしコミットメントラインに限定して言えば、個別貸付契約としての貸付義務は基本契約において定められており、この基本契約である「枠契約」を締結することにより、貸金交付義務を発生させる。個別の消費貸借からは導かれない。コミットメントラインにおける融資拒絶は、基本契約上のみ債務不履行となるのである。このことからコミットメントラインの個別貸付契約は要物契約と見なすこともできるのではないか。なぜなら、消費貸借からは貸主の貸付義務は生ぜず、契約が成立するのは、借主が貸主に借入申込書を提出したとき（借主の承諾は不要であるので、申込という表現は不適切か）でも、貸主が応諾した場合でも（コミットメントラインでは、原則として貸主に応諾の権利は付与されない）なく、貸金交付時期である。けだし要物契約は無利息消費貸借の場合のみ適用されるという考え方は適切ではなくなり、要物契約の利息付消費貸借もあり得るのである。よって、貸主が融資を拒絶した場合は個別貸付契約自体が発生しないので、借主の法的保護は基本契約によらなければならない。貸主は基本契約で決められた明示の融資拒絶事由（特約）に借主の状態が合致しない限り、融資を拒絶できないのである。特定融資枠契約法では、融資免除事由についての規定は置かれていないが、消費貸借の予約、諾成的消費貸借としての法的構造をとらないものの、実質的には類似していることから、コミットメントライン契約で設定可能な特約は、これらに準じたものとなる。同法の立法目的はあくまでもみなし利息に関する問題点の解決にあるとしても、コミットメントラインが特別法において認められた融資形態であることに鑑みると、融資拒絶事由は極力限定されるべきであるし、金融機関が特約に基づき与信を停止することができるケースは、従来の融資に比べてもより明確且つ限定的に規定さ

¹⁷⁰ 例えば他の予約について考えるに、保証予約契約において、予約完結権を持つ貸主がその権利を行使すれば、保証契約に切り替わるのであり、当然保証予約契約というものは存在しない。また、予約と本契約は一対一で対応するものであるから、予約完結権の行使により予約自体の意味はなくなる。

¹⁷¹ 貸出枠が復元することはないが、限度貸付契約も同様。基本契約100億円のうち50億円が実行されたとしても、予約が50億円残っていると解釈できるのか。予約から本契約へ一部のみが転化することは予約の性質にそぐわない。よって限度貸付契約も消費貸借の法理では説明しきれず、その法解釈には枠契約の法理が妥当するのではないか。

¹⁷² 中田・前掲書注(160)272頁。

れなければならない。

第2節 融資契約交渉過程の個別的分析

第1款 金融機関と顧客の間に基本契約が存在している場合について（フェーズ - A）

2-1-1. 問題提起

前款では、貸主に裁量の余地がなく個別の貸付が義務として規定されているケースについて検討したが、本款では、金融機関と顧客の間に融資に関する基本契約が存在するものの、個別の消費貸借契約の締結については、貸主は協議して消費貸借契約を成立させるよう誠実に交渉する義務を負う場合や、諾成的消費貸借契約は成立しているものの、個別貸付については融資義務の度が緩い場合について検討する。基本的には融資義務が明確に生じているわけであるが、基本契約の性質によって義務の度が弱められているパターンなので、融資拒絶や交渉打ち切りに対する責任は、契約責任と考えるのが自然である。

構成としては、基本契約（「枠契約」）と個別貸付の二層構造であり、具体的には、限度貸付、極度貸付等が該当する。またこのような形式をとっていなくても、経営支援計画に基づく契約などで、一定額の貸付に合意している場合も含まれるだろう。

このケースで問題となるのは、融資の拒絶は可能なのか、一定の融資義務を発生させる基本契約と個別貸付との関係をどのように捉えるかという点である。

2-1-2. 個別検討

限度貸付とは、貸付累計額の最高限度を設定し、借主の請求に応じて、その限度内でその累計額に達するまで貸付を分割して実行する形態で、融資期間が長期に亘り、資金計画に不確定要素の多い設備資金において利用され、弁済条件は予め定められず、貸付額確定後に債務承認・弁済契約を締結する¹⁷³、と定義される。その法的性質は諾成的消費貸借であり、個々の分割貸付について金融機関は融資義務を基本的に負うが、通常の一般的な分割貸付と比較して、完全な融資義務を負わないとされるのは、限度貸付と借主の資金計画が密接にリンクしているからである。通常の分割貸付の場合は、借主は契約額全額の貸付実行を貸主に請求できるが、限度貸付の場合は、資金用途として合意した用途に必要とされる資金が契約額に満たない場合は、貸主はその満たない部分については融資拒絶が可能であり、金融機関に貸付金総額の決定権が留保権されているといえる。金融機関は借主の設備投資計画の進捗状況や資金運用状況につき、逐一報告を求め、若しくは状況の改善を指導することができると思われる。このような行為は見方によれば、経営への一種の干渉行為ととれないこともないが、目的を逸脱しない限り、不当な支配とみなされることはなく、正当な取引上の利益の追求と評価される。故にこのような状況下において、資金計画上不要な資金の融資を拒絶したとしても何ら貸主としての責任を問われることはない。ところで、金融機関が借主からアップフロントフィーなどと呼ばれるような融資手数料を徴求していた場合も同様に解釈して問題ないだろうか。手数料の設定方法によって、解釈が変わることもありうるが、貸主は限度枠設定のための対価として受け取る以上、借主の融資実行に対する期待度は高まるのであるから、融資義務が加重されると考えて問題ないだろう。

極度契約もコミットメントライン契約と同様に、その契約範囲内で貸付と返済が反復される契約であるが、極度貸出枠の設定のための手数料を徴収しているわけではないから、金融機関が融資責任を免れうる特約付与への制限は相対的に緩い。しかし基本的に個別貸付の実行において審査をす

¹⁷³ 中田・前掲書注(160)270頁。

ることはない。金融情勢の変化が生じた場合や当座勘定貸越約定書（旧雛型）6条で定めた事由の場合には、個別貸付のみならず極度額の減額、貸越の中止、契約の解除ができる。ただ、金融機関が顧客に対して極度額を設定するという事は、その額を限度として融資なり手形割引が可能であるという期待を持たせているわけであり、その期待に基づいて月々の資金計画を練って事業を行っているわけであるから、金融機関のこれらの事由に基づかない一方的な理由による融資拒絶や極度額の見直し等は許されず、契約が成立している以上、借主の損害発生に対してはその逸失利益を賠償しなければならない。

第2款 金融機関と顧客が融資の合意をした場合の検討（フェーズ - B）

2-2-1. 融資合意から契約成立への過程について

融資合意の概念と裁判例の検討を中心とするその成否の基準については、序章第2節と第2章第2節で考察した。融資合意はあくまで基本的条件の合意であって、契約の成立は意味しない。合意をした当事者は、契約締結のために誠実に最終交渉に臨む義務を負っており、契約関係からの違法な離脱に対しては契約責任が問われることとなる。具体的に離脱が認められるのは、以下に述べる合意の失効と解除特約による場合であるが、当事者が信義則に反する行いをした場合や誠実に交渉を行わない場合も可能であると思われる。しかし、信義則や誠実義務に対する違反の認定については基準が明確とは言えず、認められることは稀少ではないか。この合意により諾成的消費貸借や消費貸借の予約が成立するとする見解からは、金融機関に貸付義務が生ずることとなるが、契約書締結をもって契約が成立するとする私見については先に述べたのでここでは繰り返さない。

この融資合意は、米国契約法における「未決定条項を含む合意（agreement with open terms）」に類似しており、当事者は合意条項に拘束されることとなるが、最終的な合意に向けた「交渉継続の合意（agreement to negotiate）」としての意味も兼ね備えていることから、最終的な合意として評価されるものもあるので未決定条項を含む合意とはイコールではない。期限の利益喪失条項をはじめとする各種特約やコバナンツ条項の位置付けが高まりつつある最近の融資契約書の傾向を考慮すると、最終的な契約書の合意が非常に重大で神経を使う作業であることが想像つくであろう。契約書で合意に至らなかった場合には、両当事者に不成立の原因があるのであるから、金融機関に一方的な責任を問うのではなく、最終的な合意に向けた交渉に対する借主の姿勢についても検証すべきであろう。

2-2-2. 融資合意の拘束力について

融資合意の概念、判断基準や性質についてこれまで検討してきたが、その本質は、契約成立へ向けた誠実交渉義務にあると思われる。融資合意の効果としての法的拘束力は、すべての取引において等しいものではなく、誠実交渉義務の度合いにより大きく変わってくる。融資合意が認められても、誠実交渉義務の程度が弱いと判断される場合には、それに比例してこの合意の持つ法的拘束力も緩いもの或いは弱いものとされるのが当然である。

誠実交渉義務は明示で規定されるケースは稀少であることから、それが黙示されていることが認められれば明示の場合と同等に扱ってよいと言えるが、その判断要素は成立へ向けた（交渉）過程の中で当事者が拘束される意思を持っていたか否かである。当事者の意思の判断は、合意されている条件の範囲、当事者の性質、取引の大きさ・複雑さ、取引の性質、（予備的）合意に至る前後の当事者の態様などを考慮して判断されるべきだとする¹⁷⁴。

合意に基づく誠実交渉義務の有無を判断する際の考慮要素としては、当事者の義務の意思を示す

¹⁷⁴ Farnsworth, supra note 109, at. 260-262.

文書の存在、交渉の経緯、未決定事項の存在、一部履行の有無、当該種類の取引における慣行などが挙げられる¹⁷⁵。ここでは詳細な分析は行わないが、先に融資合意の具体的検討として述べたそれぞれの基準と照らし合わせて、個別的な判断がなされるべきである。

2-2-3. 融資合意の失効について

一旦有効に成立した融資合意が失効する場合はあるのか。ありうるとすればどのような場合なのか。

消費貸借の予約を規定する民法 589 条は、諾成的消費貸借契約や融資合意（予約）についても準用されると解されているのであるから¹⁷⁶、借主に対し破産宣告があれば貸付義務は消滅することになる。融資予約は予約契約そのものが失効し、諾成的消費貸借は金銭交付義務が消滅する。589 条は借主だけでなく当事者の一方が破産したときとしており、貸主が破産した場合にも予約の失効を与えた。この点については、破産債権者との関係においては、破産者から信用の供与を約束された者の貸金引渡の債権などに破産債権としての処遇を与えるまでもないという趣旨からであり、消費貸借の予約の趣旨とその実際上の目的にも反するからである¹⁷⁷。ただ他国の立法例には見ないところである。

問題は借主の「破産」の範囲をどこまで認めるかということであるが、判例¹⁷⁸は連帯債務者の一人が家資分散の宣告を受けた場合に貸付義務者はその他の連帯債務者に対する関係でも貸付義務を免れると判示した。破産を予約失効原因とすることの意義は、借主の弁済の資力がないことが明確であるということであるから、この判例の射程は、破産のように消費貸借の基礎である信用を喪失するに等しい借主の状態にも及ぶこととなり、不安の抗弁を認めて融資予約が失効する。学説も、予約権利者のために保証人となることを約した者の破産や、事情変更の原則の適用により、借主となる者の財産状態が著しく変更したときには予約を解除でき、債務を免れうるとしている¹⁷⁹。しかし事情変更の原則の適用は一般的ではないので、借主の返還が確実であることが、貸主にとっての重要な動機（前提ないし基礎）であり、しかも相手方にも明らかであるから、予約後に借主の財産状況が著しく悪化し返還が不確実となったときは、貸主となるべき者が解除権を留保していなくても、契約の前提ないし基礎の消滅による契約解除の理論（動機錯誤の判例理論に近い）が働く余地がある¹⁸⁰とする三宅教授の考え方に賛同したい。また貸主が借主の悪化している財産状態を救済する意図のもとに消費貸借の約束をした場合、その約束後さらに借主の財産状態が悪化したとしても貸主は融資義務を免れないと解することができるが、借主が破産にまで至った場合には、その効力は失われると解すべきである¹⁸¹。但し、この破産の意味については、清算型倒産処理手続開始を指すものとし、民事再生や会社更生などの再建型倒産処理手続開始については依然効力を失わないとすることが妥当である。

¹⁷⁵ Teachers Insurance and Annuity Association of America v. Tribune Co., 670 F. Supp. 491 (S.D.N.Y. 1987)

¹⁷⁶ 前掲注(14)注民(15)18 頁〔広中〕、37 頁〔浜田〕。

¹⁷⁷ 三宅正男『契約法（各論）下巻』（1988 年）577 頁。前掲注(14)注民(15)38 頁〔浜田〕は、貸主が破産した場合に予約がなお有効であるとすれば、借主は破産債権者として配当加入をすることになり、借主に対する返還請求権は破産財団を構成することになるであろうが、このようなことは手続が煩雑で、破産財団にとっても必ずしも有利でないとする。

¹⁷⁸ 大判昭和 12 年 5 月 26 日（民集 16 卷 730 頁）。なお当時の旧破産法 386 条 2 項は、家資分散の宣告を受けたものにつき、他の法令を適用の場合は破産者とみなすとしていた。

¹⁷⁹ 前掲注(14)注民(15)37 頁〔浜田〕および当該部分表記の参考文献参照。

¹⁸⁰ 三宅・前掲書注(177)576 頁。

¹⁸¹ 鎌野・前掲書注(30)叢書 162 頁。

2-2-4. 解除特約条項の有効性について

それでは一旦有効に成立した融資合意を、破産のように法定失効事由によらずに、金融機関が一定の条件を設けて一方的に取消すことや解除することは可能なのか。金融機関による、条件付の口頭による確約や一定の条件成就を前提とした積極的言動といったものも実際にありうることであろうが、口頭確約や積極的言動というものから直接的に融資合意の成立が導き出されない以上、検討する意義は薄いので、融資合意書面（具体的には融資証明書）上の合意解除特約の有効性について考えてみたい。

融資証明書は金融機関が取引先に対し融資する旨を証した書面であるから、取引先はこれを第三者に提示し、自己の支払能力を示す手段として使用するのが通常である。しかし融資証明書は金融機関内での融資実行可否の組織決定が下される前に発行されるものであり、また融資の交渉過程は複雑であるから、金融機関としては、融資証明書の発行により融資予約が成立したとする予約完結権の行使による融資義務の履行請求や融資証明書が融資に対する過度の期待を持たせたとする債務不履行或いは不法行為に基づく損害賠償責任追及を回避する際の方策が必要となる。となると、融資証明書には、使用目的・提出先を明確に記載するとともに、融資・担保等の条件、融資を免れる条件（免除特約）等を具体的に明記し、取引先から信義則違反、契約不履行、不法行為責任を問われないよう、融資証明書の機能・効果を十分説明し、納得してもらっておかなければならない。

福岡地判昭和59年2月28日（判タ528号244頁）では、融資証明書が発行されているが融資が実行されなかったのは、融資証明書記載の条件が履行されなかったことにあり、付帯条件（融資実行条件・融資予約解消条件）は有効であることが判示されている¹⁸²。

よって、融資証明書が発行されているが、一旦成立した融資義務を免れうる（融資拒絶できる）ケースとしては、融資を拒絶する正当事由がある場合（例えば、債務者の破産（589条）またはこれと同視できる場合）、融資証明書の書面上に特約として明記されている失効事由が生じた場合、が考えられる。の事由については、一般に破産をはじめとする信用状態の悪化があげられるが、契約交渉が最終段階で破綻となった場合（契約書が不合意）や信頼関係を破綻させるような事柄についても当然拒絶事由として認められるべきではないか。の特約については、「債権保護の必要」、「金融情勢の変化」、「当行の業務上の都合」など恣意的・抽象的表現と受取れるような条項については批判が強い¹⁸³。このような信用悪化による履行拒絶権については、金融機関は他人の金銭の管理者的地位にあるのだから、一般に善管注意義務を負い、細心の注意を融資の相手方の信用状態に対しても用いるべきとするその職責の上からも妥当なものであるが、融資可否の前提条件となるべき担保・保証提供義務や期限の利益喪失に該当するような場合など客観性、合理性がある内容に限るべきである¹⁸⁴。

東京高判平成6年2月1日（金法1390号32頁）は融資証明書を発行し未回収のまま融資拒絶をした銀行の不法行為責任が認められた事件であるが、でもなく、融資義務が消滅したというには「融資証明書を回収」するか、少なくとも融資を期待している関係者に書面でその旨を伝え、書面で了解させておく程度の配慮をすべきであったとされる¹⁸⁵。一方、融資証明書発行の前提が変化したことを銀行が理解したにも関わらずそのままにしていることが問題を複雑化させたわけであ

¹⁸² ここでの議論とは離れるが、条件付の融資予約が認められるということは、融資予約をデフォルトルールとして一方的予約であるとは構成していないことを意味しており、双務予約とすることが妥当であることの論拠となる。

¹⁸³ 椿寿夫「銀行の融資拒絶・打切りと法的責任」ジュリ1030号（1993年）14頁。

¹⁸⁴ 同旨、宮川不可止「融資予約」銀法502号（1995年）30頁。

¹⁸⁵ 当該判決についての掲載誌のコメント参照（金法1390号33頁）。

るが、融資証明書を回収しえたからといって責任を免れうるかどうかは別問題という指摘¹⁸⁶もあることに留意すべきである。

2-2-5. 金融機関による錯誤無効の主張について

融資合意がなされた場合であっても、貸主の融資可否判断に影響を及ぼすような借主の状況が借主の故意の過失により引起された場合、例えば、借主の財務状況につき事前に開示されていなかったことや提出されるべき資料が隠匿されていた場合に、このことを理由に借主が動機の錯誤を主張できるか。このような金融機関による錯誤無効の主張は許されるのか。或いは詐欺取消を主張することができるのか。この場合、融資契約は成立しておらず、合意の段階にとどまっているのであるから、錯誤・詐欺による契約の無効・取消は主張することができない。契約準備・締結過程において付随的義務違反があったと捉え、金融機関の意思決定に重要な影響を及ぼす事実についての告知説明義務違反として、融資合意の破棄、交渉の離脱が正当化されるだろう。

第3款 金融機関と顧客の取引関係からの検討（フェーズ）

これまで述べてきた金融機関の融資契約交渉の破棄に関する責任は、借主との交渉過程の後半部分（フェーズ）かつ各論的な内容であったが、これから述べる部分は交渉過程の最もオーソドックスな部分である。基本的には契約交渉が高度の蓋然性をもって契約の成立を確信しうる程度にいたった場合には、相手方の期待を侵害しないように誠実に契約の成立に努めるべき義務が生ずる。当事者の取引態様により金融機関が融資の諾否を決定すべき時期が変わってくるのではないか、それゆえに追うべき責任の発生にも違いが生じてくるのではないかというのが素朴な問題提起である。

2-3-1. 継続的な取引関係がある場合（借主が既取引先の場合）（フェーズ - C）

金融機関と借主との間には既に金融取引関係がある場合における金融機関の責任について考える。その時点では具体的な契約関係がなくても、過去に契約関係にあり、現時点でも金融機関の担当者が訪問するなど継続的な接触がある関係や、融資を義務づける契約が存在するものの、今般の融資交渉はその契約に基づくものではない場合も含まれる。

貸主と借主の間に具体的な継続的貸付に関する契約は存在しないが、継続的な取引関係にある当事者間では、商習慣等により、何らかの貸付義務が生じる場合があることが指摘されている¹⁸⁷。融資契約においては貸主の与信判断が尊重されるべきであることを先にも述べたが、その金融機関がメインバンクであるなど、借主と取引関係が密接である場合は、一般の貸主よりも大きな責任が求められる場合がある。特に借主の事業計画や資金計画に対し、メインバンクなどの事前確認が行われることは当然の事実といえるが、借入計画の策定や借入先の選定などについてもメインバンクが影響力を持つ場合が多く、巨額の設備投資を数行から調達する場合にはメインバンクの調整的機能が重要である¹⁸⁸。米国の融資者責任法理では、金融機関と借主が「特別の関係」にある場合は、金融機関に信認義務が発生するとされる。わが国における金融機関と顧客の関係では大抵がこの特別の關係の要件に合致してしまい、そのまま当てはめることは危険であるものの、金融機関の対応に対して借主の期待が高まることは否定できず、信義則上の義務が生じていると考えることに疑問の余地はないであろう。そのことは裁判例からも明らかであり、金融機関と借主の関係について、「金融機関は交渉を通じて顧客の利害に重大影響を及ぼしうる密接な関係に立っていて、顧客の財産に損害を与えないよう配慮すべき信義則上の義務を負い、取引上是認できるような正当な事由がない

¹⁸⁶ 河上・前掲注(48)金法 11 頁および当該論文中的注(12)参照。

¹⁸⁷ 中田・前掲書注(160)275 頁。

¹⁸⁸ 松本崇「融資予約の不履行と不法行為責任」私法7号（1993年）39頁。

のに、融資を一方的に拒絶すれば、この義務違反による損害賠償責任を負うことになる¹⁸⁹とされる。金融機関は借主を信頼して融資をするわけであるが、信頼関係を損なうような状態に陥ったり、行為がなされた場合は、借主に与えた期限の利益を喪失させる権利を保有するわけである。その見返りとして、金融機関にも借主からの信頼に対して信義則上の義務を負うことは衡平な関係であると思われる。

貸主が借主から信頼を受けているということは、借主に対して正しく判断すべき助言や判断の基となる情報を提供する義務もあると思われ、何でも引受けることが借主の利益の拡大につながるわけではなく、資金計画からみて妥当と判断できないような金額の融資を適切な時期に拒絶することもまた必要なのである。借主との関係が深く内情に通じている貸主であればあるほど、融資の申込に対する判断材料を豊富に持っているわけであるから、断ることができる時期は他と比較して相対的に早期となるはずである。勿論、ギリギリまで検討を懇願される場合もあり、また資金用途によっては審査にかかる時間にも差が生じることから一概には言えないだろう。

それでは、借主の資金使用による責任の違いというものは生じるのだろうか。一般的に経常的に発生する運転資金については、毎年同じ時期の申込であったり、既貸付金の折り返しであったりする場合が普通であり、金融機関と借主の間に資金供給についての暗黙のルールが存在することも多く、金融機関に対する借主の期待度は高いといえる。運転資金だからといって審査が簡便化されるべきとするわけではないが、審査が複雑な設備資金よりも迅速な対応を求められるであろう。融資拒絶がなされた場合、運転資金であるため、逸失利益という面から借主に生ずる損害は比較的少額であるものの、資金繰りに破綻をきたして支払不能や支払停止に陥り、不渡りを出して倒産手続に追い込まれることも認識して慎重に対応しなければならない。設備資金については、設備投資計画に関する金融機関の理解が必要であるから検討には時間を要し、借主は必要な情報を提供しなければならず、貸主はそれを求める権利がある。借入を申し込む以上、借主にも相応の説明義務があると思料する。よって借主がその義務怠っているようであれば、相対的に貸主の交渉義務というものは弱くなり、当然にして信義則上の義務というものも逡減していく。融資交渉が長期に及んで後に金融機関が取り組み不可として交渉を破棄しても、融資契約の成否の要因は先天的には設備計画にあるのであるから、信認関係の強弱に言及するよりもまずは計画の妥当性の検討が肝要である。

一方、わが国の金融機関が貸付先の資金使用を厳重にチェックしていることや、融資先の経営支援として役員等を派遣することについて、融資者責任が求められることもありうることからこのような慣行を見直すべきとする論説も見受けられる¹⁹⁰。このような見解は、金融機関に金融支援を躊躇させ融資先企業の利益や株主利益をかえって棄損することになるのであり、借主と良好な信頼関係を維持しているのであれば、必要以上に融資者責任を意識する必要はない¹⁹¹。また、金融機関が貸主としての立場だけでなく、大株主である場合もケースとして多い。しかし同じステークホルダーであるものの、株主と債権者の利益は対立するものであり、貸主が株主であることをもってより大きな責任を持たせることには賛成できない。

尚、融資合意の破棄（融資拒絶）により金融機関が負う可能性のある責任は、融資契約を締結す

¹⁸⁹ 東京高判平成6年2月1日（金法1390号32頁・判時1490号87頁・金判945号25頁）。

¹⁹⁰ 小林＝河村・前掲注(126)7頁。

¹⁹¹ 第2章第1節でも触れたが、金融機関の行動を批判する前提問題として、金融機関の融資金の原資は顧客から預託された金銭であり、資金管理者の責務として、その資金運用先に対する適切な一定の関与は必要であることを認識すべきである。金融機関の投下資本の「公共性」を勘案すると、金融機関や大口債権者によるコーポレートガバナンスの確立・強化を痛感する。

る期待を裏切った誠実交渉義務違反と相当因果関係にある損害に対する損害賠償であり、この損害賠償請求権には契約法規範が適用される。

2-3-2. 借主が新規取引先の場合（フェーズ - D）

当事者間に既取引がなく初めて与信契約を締結するパターン、及び与信取引は新規だが他の金融（関連）取引が存在する場合における金融機関の義務論である。この場合の金融（関連）取引とは、預金取引、外国為替取引、保険取引、証券関連取引等の与信以外の取引を指す。金融機関と借主が互いに新たな取引の開始を目指すことは、契約交渉としては最も基本的なパターンであり、契約締結上の過失論の理論における分類の交渉破棄型が参考になり、基本的には前項と同様の論理構成をとる。

金融機関は借主が新規先であることから内容を把握することに務め、その財務状況や経営方針など自らの与信判断に必要な情報の収集に傾斜しがちである。一方借主も求められる事項に関して積極的に資料を提出し情報を提供していくことで、融資に対する期待感が日増しに強まっていくことは明白である。このような両者の行動によるすれ違いを避けるためには、金融機関は融資取組スタンスについて詳細に説明する義務があるのではないかと。与信取引以外の他の金融取引がある場合でも、それらの取引との勧誘方針やリスクに対する認識の相違などをはっきりと伝える必要がある。借主が融資契約の締結の可能性について誤信を惹起したとしても、この説明義務を怠っていなければ責任を求められることなく、惹起の責任は借主にあるといえる。

融資交渉が進展して、そこで適切な理由に基づいて交渉から離脱するには、融資合意の具体的検討（第2章第2節第2款）において示したような融資合意を形成させないことである。融資合意が成立する場合の交渉破棄は前款での議論の問題となるが、合意が成立している場合は離脱の要件が限定されてくる。だが、合意が有効に存在していると判断されない場合でも、金融機関が融資拒絶の責任が問われる場合がある。誤信惹起型以外にも、借主に融資は確実であるとの信頼を惹起させながら交渉を破棄してその信頼を裏切るケースである。金融機関の積極的行動が融資拒絶につき過失を及ぼしたとする東京地判平成13年7月19日（判時1780号116頁）および静岡地判昭和62年7月28日（金判826号28頁）を参照、なお後者は控訴審（東京高判平成元年4月13日（金法1236号30頁・金判826号20頁））で原判決が取消された¹⁹²。金融機関の積極的行動が借主に過度の期待を持たせるものであれば、融資合意や契約成立が認められない段階においても、金融機関の過失が認められる。

フェーズにおける融資拒否の決定時期の遅延についての興味深い裁判例として、東京地判平成10年8月31日（金法1547号49頁）が挙げられる。この事件では、融資拒絶についての不法行為を認めたものではなく、融資拒絶の時期を遅延させたことによる不法行為を認めたものであるが、一定の期間内に融資を得ることが必要であるような特段の事情のある場合には、融資の機会も法的な利益として保護されることがあり得るといふべきであり、この判決はその法理を認めている¹⁹³。尚、金融機関が契約交渉を破棄し融資拒絶したものの、交渉への双方の熱意がクール・ダウンしており、その時点で拒絶しなくても、当事者の関係がいずれフェードアウトしていき交渉が決裂することが蓋然性が高いと予測できた場合には、責任が軽くなると思われる。

2-3-3. 申込態様からの検討

融資取引における申込人は形式上借主であるが、実際の取引では必ずしも借主から金融機関にアプローチするものではないことは脚注(61)において述べたとおりである。このように昨今は、金融

¹⁹² 第2章第2節第2款の該当部分（2-2-5）を参照。

¹⁹³ 升田純「現代型取引をめぐる裁判例(128)」判時1866号（2004年）26頁。

機関が敷居を高くして借主からの接触を待つということはもはや古典的な手法であって、融資取引可能な新規先や追加融資が可能な企業をリストアップして融資先開拓として資金セールスすることが一般的になりつつあり、資産流動化又は特定事業とのタイアップによる提案型融資も広がりつつある。このように金融機関からの売込みによる勧誘をうけることは、借主サイドとしてもごく当たり前のこととして認識していることであり、どちらから交渉のアプローチをかけたかということ自体はそんなに大きな意味を持つものではない。金融機関としては、借主に過度の期待を惹起させないよう細心の注意を持って行動すればいい。ただ、提案型融資の場合、借主は内容やストラクチャーに対して期待するであろうことは容易に想像できるし、いざという段階での金融機関の融資拒絶はジョイントベンチャー（JV）などの大型のケースでは借主に損害が発生することもあるであろうから、責任が求められることはいうまでもない。米国では、JV やパートナーシップなどでは、特別な信頼関係があるとして、重要な事実の開示義務が生じたが、融資者と被融資者の関係を超えている場合も同様とされる。このような考え方はわが国の提案型融資にも取り入れられる可能性があると考えられることから注意が必要である。

また、シンジケート・ローン取引の増加により貸主の借主との関係にも大きく変化を及ぼしている。ジェネラルシンジケーション方式がとられれば、借主は全く直接の接触を持つことなくある特定の貸主から融資を受けることがありうるが、このようなケースではアレンジャーの役割が非常に大きなものとなるだろう。ローンの組成方法でベストエフォート型を選んだ場合の融資合意後の融資拒否などでも、従来の方法とは別の責任追及がなされるのであろう。

第4款 小括

冒頭からの定義に従い、融資交渉から実行までの過程を4段階に分け、フェーズ と については、契約関係や取引態様に応じて類型化し、フェーズ と のように金融機関の責任の有無が明確なものから順に考察した。

フェーズ は、契約条件でだいたいどの範囲で契約の合意ができるかということ、契約交渉の手の内を開示することにもなりかねないから¹⁹⁴、現実的には難しい話である。よって交渉当事者は、自分たちの交渉がフェーズ の内と外のどちらにあるのか認識しづらく、訴訟においても客観的な基準は提示し難い。融資は厳密には市場性のある取引ではないので確定的な判断はできないものの、信用格付や通常利用している社債など類似取引における指標をベンチマークとして利用することはある程度可能だ。しかし、当事者が重視する条件は金利であるとは言い切れず、基本条件といえども多面的であることから、双方が強調する条件が別のものであることも珍しいことではない。

フェーズ での主張は、同じ段階であっても、当事者属性や取引態様が異なることにより、負うべき責任が変わってくるということである。

フェーズ は、合意が成立している以上、当事者の属性や取引関係からその責任を判断するのではなく、合意や関係を形づくる基本契約自体から責任が導かれなければならない段階であり、ここで重要なのは、当事者は共通の基盤の上に立っているということである。

最後にフェーズ では、基本契約と個別貸付の関係が明確であり、融資義務を免れるということ限定される、というより例外的なことである。例え、前提となる資金計画や事業計画が頓挫した場合であっても、融資拒絶事由に該当しない限りは、貸主は融資義務を負うこととなる。

¹⁹⁴ 融資交渉で最後までもめるのは金利であることが多いが、貸主は応諾可能な利率の幅（特に下限）、借主も最大限出せるラインを本音ベースで明かすことはできない。

終章 融資契約交渉における金融機関の責任の今後の展開

第1節 融資者責任における金融機関の留意点

第1款 米国の融資者責任法理が日本法にもたらすもの

これまで、わが国における融資取引の法的性質と金融機関が負担すべき義務の考察に加えて、米国において展開されている融資者責任法理や契約締結前の責任論についての紹介や多少の検討を行ってきた。米国の法理がわが国の法体系に対してどのような影響を及ぼしうるのかという点につき、法的な議論から逸脱する部分も含むことを断った上で、金融機関の融資義務との関係で補足する。特に、わが国にも利用されそうな考え方について一考したい。

1-1-1. 公共性と専門性

ジャックス事件（事件）¹⁹⁵では、公共性や専門性を有する者は高度の注意義務を負うとする理論を銀行に対しても適用した。それに対する見解は該当の箇所ですべて繰り返さないが、公法による規制は、国民全体の利益を確保することを目的としているが、個々の取引に直接的な影響を及ぼすことは意図していない¹⁹⁶。公法上の規制は、特別法等の明確な根拠に基づいて行政庁が命令や行政指導により、事業者の活動に制約を加えるもの（行政責任）であって、公共性という抽象的な概念を用いて制裁を裁判所が一般私人間の関係に行うこと（民事責任）は疑問である。また、その民間主体が行う業務は公共事業や公共サービスではなく、公共団体からの委託事務でもないのであるから、仮に公共性を有するとしても、公共機関の注意義務のレベルを明示しそれと比較することなく、民間企業に必要以上に注意義務を加重することは行過ぎた解釈であろう。これが金融機関より公共性は希薄だが、社会生活に強い影響力を持つ事業者の場合、どのような結論となるのだろうか。

わが国では民間金融機関等のマーケットメカニズムに委ねるだけでは資金配分機能が十分に発揮されないことを補完するために、公的金融機関が設けられ、そのことから民間金融機関に広範囲の融資実行義務を課す方向の解釈は妥当でないことを指摘する見解がある¹⁹⁷。しかし住宅金融公庫の融資業務の廃止方針にも見られるように、民業圧迫の改善と特殊法人改革の流れから、従来民間を補完する形で公的金融機関が実施してきた業務を民間金融機関が行うようになると、民間金融機関にもより高い公共性が求められることになる。よって、今まで手がけてこなかった高リスクの分野に参入せざるをえない状況に巻き込まれやすくなるのではないか。民間企業としての営利性と衝突も含め、新たな責任を負う事態になることを危惧する。

専門性については、他にも専門性を有する業務は多く、金融機関など一部の専門職務が高い注意義務を負うことになることは妥当ではないと思料する。過度の注意義務を負担することになると、事務が煩雑になり、合理性や効率性にも悪影響を及ぼしかねない。商取引では自己責任の思想が重視されると思われるが、しかしながら消費者取引ではこのような観点が必要であることはいうまでもない。しかし、その場合は契約交渉に関する話ではなく、契約成立後の説明義務の問題であろう。

1-1-2. 特別の関係について

わが国の金融機関と借主の関係が「第三者間取引関係」にあたるかどうかという点については、通常の審査過程を経た貸付であれば、貸主の審査基準に照らし合わせて与信判断がなされたと推定

¹⁹⁵ 事件の概要については前掲注(148)を参照。

¹⁹⁶ 斉藤・前掲注(2)87頁。

¹⁹⁷ 斉藤・前掲注(2)76頁。

できることから、該当するものと考えてよいだろう。経営支援や利息棚上げなどが行われている場合は、独立当事者間の取引であると見ることはできないため、非該当とするべきだろう。しかしメインバンクなど借主と関係の深い金融機関であれば支援計画等に直接的に関与するものの、取引関係が濃いとはいえ、計画等への協力を強いられる非主力金融機関の扱いについては、これらはこのような状況下では主体的に行動することはないので、第三者間取引関係にはあたらないものの、特別な関係は生じないとしてよいのではないか。

米国法では、信認義務が発生すると守秘義務、情報開示義務、借主の最大利益のために行動する義務が生じるとされるが、これは米国における一般的な第三者取引関係と特別の関係の間に大きな差異があることに起因しているのであろう。メインバンク制が一般的な日本の金融慣行に照らし合わせれば、金融機関が負うべき義務は、裁判例において一般的に示されるような「顧客の財産に損害を与えないよう配慮すべき信義則上の義務」が妥当な範囲というべきであり、取引上の当然に生じる義務として一般化した守秘義務は、金融機関に限らず積極的に守られるべきであるものの、必要以上の情報開示義務や借主の最大利益のために行動する義務が規律化されるほどの関係は、メインバンク制からは生じないと思われる。

信認義務は信託における受託者に発生する義務であることが示すように、委託者が自分の財産管理を受託者に信託する場合のような、ある者が他人に特別の信頼を置くことが必要で、借主が貸主を信頼しているケースがあることも承知しているが、融資取引における当事者関係は借主が貸主に何かの管理や行為を委託したりするものではなく、リスクをとって金銭を委託するのはむしろ貸主であり、流れの点からは逆である。金融機関にとってみれば、金銭の管理を受託している場合には信認関係にあるといえるが、資金の出し手として純粹に考えれば、そのような関係は考えられないであろう。純粹に融資取引だけが醸し出す関係を見極めたうえで、なおも特別な関係と見做さなければならぬ要素があるのか否かという観点からの検討がなされるべきである。

このような米国法の理論を整理して日本法的にアレンジするならば、当事者間に発生している信頼関係から金融機関がすべての取引において特に加重された注意義務を負わなければならないとする考え方は妥当ではないため、よって融資取引に対する裁量権が制限されるような特別な義務を負うのではなくて、裁量権が相手方の立場・利益を不当に侵害しない方法で行使されなければならないということに帰着する。

1-1-3. 適用する法的根拠と責任・義務の範囲の明確化

米国の融資者責任法理が、わが国の同様の問題の解決には直接的に適用することは困難であることが明らかとなったが、判例の積み重ねで理論構築してきた歴史からは、金融機関の責任根拠の具体化がわが国より進んでいることは明らかである。また陪審制度を採用していることから、法律の専門家ではない陪審員が過失を認定するための法的根拠に一定の具体性を具備させる要請があることもまた確かである。信認義務に関しても、それが生じる関係と発生しない関係を区別し、更に発生しない場合の特別の関係の要件を整備することによって、信認義務関係から導き出される義務が具体化されている。事実認定が同じならば、そこから生じる判断も等しくなる。問題点は、具体的事実の要件への当てはめにおいて、感情的な意識が混じって拡張した判断がなされ、法的な予測を大きく外れる判決が出ることであろう。

翻って考えるに、わが国においても、同様の事案の過失認定の法的根拠が共通の一貫した内容で構成される必要があることは当然のことである。法的根拠の明確化のためには、立法的対応を選択しない以上、判例・裁判例の蓄積による概念の共通化が必要であるが、その前提としては、個別事案における法的判断において具体的な根拠が示され、負うべき責任や義務の範囲が明確化されるべ

きと思料する。金融機関が課されるべき法的責任や義務を、公共性や専門性、社会性など抽象的な概念を根拠として構成することは避け、特別法が規定する特殊なものを除き、一般の事業法人のそれ以上に高度なものに拡張するべきではない。

1-1-4. 責任・義務明確化のためのプロセス

融資拒絶に対する責任の法理が確立していない現状において、合理的な結論を導出するための議論を簡潔に示すと次のようになるだろう。ただ、判断基準をマニュアル化することは、責任・義務を極大化或いは極小化させる恐れがあり、具体的事案に対する機動性を失うことに留意が必要だ。

契約交渉過程における5つのポイントとなる時期の判定基準の明確化と各交渉段階(フェーズ)の認識。特に合意の概念の具体化と時期の明確化が最も重要である。

金融機関と借主の融資交渉がどの段階で決裂もしくは一方的な破棄がなされたのかということ、交渉記録や当該金融機関の他のケースを綿密に調査することにより正確に認識する。このことは一般原則である信義則の適用を抑制するためにも重要である。

フェーズ ならば交渉からの離脱は基本的に自由である。原則論の応酬や条件の隔たりが大きく容易に埋めることが困難な場合は、相互の利益の実現に障害となるからであり、既存の利益を害する恐れもある。詐欺、不実表示や不当利得形成などの詐害的行為、特別の約束の存在による合理的で予見可能な信頼関係の醸成が認められる場合の例外的対応を明確化し、交渉過程で得た情報の利用制銀や守秘義務に関しては、当事者間の特別の契約の存在有無に限らず原則化する(他のフェーズでも同様)。

フェーズ の場合は、取引関係から一般的な信義則が適用される「信頼関係」、注意義務が加重される「特別の関係」についての基準が必要であるが、融資取引に限定される「関係」ではなく、契約取引全般に関係するものであるから抽象的な概念になりがちである。まず、金融機関の関係を「新規取引」と「既取引」に区分するが、判断基準は基本的には共通である。金融機関は拒絶のための手順を踏んでいるか。具体的には拒絶事由を借主に明示し、交渉打開や改善のための余地・時間的猶予を与えることが求められる。また借主の現状について考慮がなされているか、損害発生の予見性があるかどうかも重要な判断事項であり、借主の交渉に対する対応が適切か否かも検討対象になる。一旦積極的な態度をとったため借主に大きな期待を与えた場合は、先にこれを鎮める必要があるだろう。共通基準に基づくものの、既取引関係にある場合の方が金融機関にとって厳しい運用がなされる。

フェーズ の時点では、当事者の基本契約や合意内容から金融機関に契約締結のため(実現化)の義務が課されているのであるから、先に検討したとおり、融資拒絶事由は限定されたものになる。

フェーズ においては、契約条項から外れた融資拒絶はもはやできない。

第2款 融資者責任回避のための指針

90年代に入って米国における融資者責任訴訟が下火になったことの原因は、銀行側の紛争解決への積極的取組の反映であるとの見方もできるが、一見沈静化と見えても、それは単に再調整や再編成に過ぎず、銀行業は伝統的な機能を超えて激しく業務を拡大させつつあるのであるから、新しいタイプの訴訟に巻き込まれる頻度はますます高くなっているものであり、従来 of 融資者責任法理を拡張する蓋然性を秘めているとされる¹⁹⁸。しかし、金融機関に過度の法的責任や義務を負担させているものではないことから、金融機関が自己の法的責任及び義務を正確に把握していれば訴

¹⁹⁸ 楠本・前掲注(128)42頁。

訟を未然に避けることも可能なのではない¹⁹⁹。これまでの議論のまとめとして、融資者責任回避のための融資契約締結過程における金融機関の行動の実務的指針について考えてみたい。この程度のことに配慮するだけでも、取引の適正化にかなり寄与するのではないか。

前提問題として

リスクある投資商品の勧誘方針と同様に、融資取引に関してもその指針となるようなものを公表するのも一案だろう。なお、金融機関がメインバンクである場合は、取引先に対して、日頃よりメインバンクの責任範囲を明確に示しておく必要がある。それとは別に内部規程を整備し、法令遵守の考え方を組織内に徹底させ、顧客対応を必要とする職員の教育に力を入れるべきである。また、徒に借主に期待感を与えたり、その利益の機会を不当に侵害することを避けるためにも、審査や決裁業務のスピードアップを心がけ、明確なスケジュール化を行い、それを前提に顧客との折衝がなされるべきではないか。持ち回りの稟議決裁方式より、会議形式の決裁方法が採られるのが望ましい。

融資交渉について

借主への必要以上の干渉は避けるべきであり、交渉過程では、借主の資金計画や事業計画の決定作業に関わらないことが肝要である。助言を求められてもあくまでも第三者の立場にたった意見にすぎないことを明示する必要がある。また借主へ発信する文書の解釈が、後に締結する契約書の内容と異なる場合、契約上の範囲を超える義務を課される可能性があるため、そのようなリスクを封じ込めるため、法務セクションによるリーガルチェック体制の確立が欠かせない。

契約書や合意文書について

契約書条項や合意の明確化が必要であり、内容が不明瞭なために、補充のための合意や契約解釈の余地を与えない。また、信義則に反するような一方的な支配的立場によるものではなく、相手方の立場に一定の配慮をした内容とすることも留意すべきである。また契約締結前に交わした文書の解釈で契約書の内容と異なるものは無効とする条項を挿入することも不要な争いの抑制に貢献する。貸主が裁量権を有する条項については明瞭な表現が用いられ、行使事由・時期・方法等が明確・明瞭に示されなければならない。

第2節 融資者責任法理のこれからの展開

金融機関の貸付方法は、依然、従来からの伝統的な個別相対型が中心であるが、2000年以降その方法に変化が見られはじめ、新しい形態のローンが拡大している。その主なものはシンジケート・ローンとコミットメントラインであり組成額・設定額が急激に増加し、大企業ではもはや一般的な融資形態となっている²⁰⁰。また、投資する事業や不動産の収益性に着目し、その収益性のみ（収益を生み出す事業・不動産）を担保に融資するノンリコースローンなど新しいタイプのものが次々に登場している。特にシンジケート・ローンは、個別相対型貸付とは異なり、複数の金融機関によりリスクが負担され、融資条件の設定に透明性や客観性が求められる。

¹⁹⁹ 同旨、斉藤・前掲注(2)95頁。

²⁰⁰ 日本銀行検査局発表の金融経済統計によると、シンジケート・ローン（ターム・ローン）の2004年度上半期の組成実績は、632件、28,980億円。日銀統計からは残高はわからないが、およそ15兆円程度とされる（みずほリサーチ2003年8月号）。2004年9月末時点のコミットメントライン契約額残高は198,085億円、利用額残高は26,246億円。最新ではないが、(株)格付投資情報センター（R&I）による国内主要企業240社（2002年6月調査時点でR&Iから格付を取得社数）を対象にした調査によると、有効回答202社のうち55%にあたる112社がコミットメントラインを導入しており、その殆どの契約に財務上のコベナンツ条項が設定されていた（「R&I NEWS RELEASE」2002年7月17日号）。

わが国が、80年代にシンジケート・ローンによる融資取引の展開が始まった米国の貸出市場の動向を今後迎えることを予測するならば、さらなる市場拡大と貸出債権流通市場の発展に向かうだろう。実際にこれまで、日本ローン債権市場協会（JSLA）による標準的な契約書の作成や取引情報の整備など流通市場創設へ向けた環境整備が進められてきた。また最近、不特定多数の機関投資家が貸出債権を自由に売買できる流通市場での取引を前提として、シンジケート・ローンに対して格付けが行われた²⁰¹。このように流通市場の環境は整いつつあるといえるが、そのことは、貸主の融資目的の変容を意味しているのではないか。つまり、従来は絶対的な融資量、融資占率を誇ったメインバンクが単独では大きな与信リスクを取ることなく、融資取引を仲介・管理することによって手数料収入を得るアレンジャーやエージェント業務を指向するようになり、メインバンクの与信枠削減分を地方銀行や生命保険会社などの資金余剰金融機関や年金資産が投資目的で負担するという構図である。

このような金融機関と企業を巡る関係の変化は、取引先の資金調達に関する仲介者（アレンジャー）や資金決済や融資契約の管理者（エージェント）としてのこれまでのメインバンクの役割・責務を新たに構成し確立する必要に迫られよう。メインバンク制の揺らぎは、金融機関の機関投資家化を招く。新しい関係では、従来型の日本的な金融機関（銀行）によるコーポレートガバナンスは経営への過度の関与と見做されるから、資金面全般で面倒を見るというような借主に期待を抱かせる様な形ではなく、旧メインバンクは財務コンサルタントとして、他の金融機関は機関投資家として健全経営を求める立場で、つねに独立取引者としての関係が求められるようになるだろう。関係がドライなものになれば、金融機関が融資者責任を課されるケースは従来よりも明らかに減ることは確かであり、新しい融資者責任法理が求められる。しかし中堅企業までこのような新しい波が押し寄せようとしている一方で、融資拒絶により融資者責任が問われる可能性が比較的高い中小企業においては、伝統的な個別相対型貸付が未だ大勢を占めていることを鑑みると、金融機関は、新しい融資取引状況に則した融資者責任への対応とともに、これまで検討してきたような融資者責任を避けるための方策も依然有効であることには変わりはない。

将来的には、貸出取引が市場依存度を高めていくことに比例して、融資者責任法理もより具体的に明確な理論として発展していくことであろう。現在は、その理論形成の途上にあるのである。

以上

²⁰¹ 対象は、東京三菱銀行をアレンジャー兼エージェント、みずほコーポレート銀行をジョイントアレンジャーとする三菱商事(株)向けのシンジケート・ローン（日本経済新聞 2004年11月5日、「R&I NEWS RELEASE」2004年11月5日号）。

参考文献一覧

【凡例】 文中で引用したもの

教科書・概説書・体系書（契約法）

- 富井政章『債権各論 完』〔復刻叢書法律学篇 39〕(1994年復刻版) 244頁
我妻栄『債権各論上巻』(1954年) 38頁
山中康雄「双務契約・片務契約と有償契約・無償契約」契約法大系 (1967年) 58頁
来栖三郎『契約法』(1974年) 249頁
奥田昌道編『注釈民法(10)』(1987年) 656頁〔能見善久〕
三宅正男『契約法(各論)下巻』(1988年) 525頁
幾代通=広中俊雄編『新版注釈民法(15) 債権(6)』(1989年) 1頁〔広中俊雄〕、33頁〔浜田稔〕
柚木馨=高木多喜男編『新版注釈民法(14) 債権(5)』(1993年) 151頁〔柚木馨・生熊長幸〕、187頁
〔柚木馨・高木多喜男〕
内田勝一『債権各論講義ノート〔第一分冊〕』(1993年) 57頁
広中俊雄『債権各論講義(第6版)』(1994年) 103頁
鈴木祿弥『債権法講義(三訂版)』(1995年) 371頁。
内田貴『民法』(1997年) 237頁
潮見佳男『契約各論 - 総論・財産権移転型契約・与信供与型契約』(2002年) 295頁

(金銭)消費貸借の成立に関する諸研究

- 加藤一郎「諾成的消費貸借について」法教 3号(1980年) 51頁
太田知行「与信契約の成立」鈴木祿弥=竹内昭夫編『金融取引法大系第4巻貸出』(1983年) 86頁
久保宏之「消費貸借契約における「合意」の意義」産大法学 27巻3号(1993年) 61頁
宮川不可止「融資予約」銀法 502号(1995年) 22頁
鎌野邦樹『金銭消費貸借と利息の制限』(叢書民法総合判例研究)(1999年) ~ 164頁
鎌野邦樹「金銭消費貸借の法的性格について 要物的消費貸借を存置すべきか」早法 74巻3号
(1999年) 429頁
椿久美子「消費貸借予約」椿寿夫編『予約法の総合的研究』(2004年) 323頁

融資契約成立過程での融資拒絶に関する金融機関の責任と判例研究について

金融機関の融資責任について

- 飯島紀昭「融資予約と責任」酒巻俊雄=徳本鎮編・金融事故の民事責任(1981年) 202頁
椿寿夫「銀行の資拒絶・打切りと法的責任」ジュリ 1030号(1993年) 10頁
林良平「融資契約とそれをめぐる義務論」金法 1362号(1993年) 6頁
関西金融判例・実務研究会「融資契約における金融機関の説明義務」金法 1362号(1993年) 18頁
河上正二「銀行取引における契約の成立段階の諸問題」金融法研究 11号(1994年) 1頁
河上正二「銀行取引における契約の成立段階の諸問題」金融法研究・資料編(10)(1994年) 2頁
河上正二「融資契約成立過程における金融機関の責任」金法 1399号(1994年) 6頁
飯島紀昭「融資約束と金融機関の契約責任」北川還暦・契約責任の現代的諸相(1996年) 245頁
山根聡恵「消費貸借成立のプロセスと融資義務」関西大学大学院法学ジャーナル 67号(1998年) 101頁
中田裕康『継続的取引の研究』(2000年) 253頁

判例評釈・判例研究

- 栗田哲男「銀行融資契約の成否」判タ 736号(1990年) 23頁

山田卓生「融資契約の不成立と貸主の責任」ジウリ 982号(1991年)102頁
野口恵三「銀行が融資予約契約をしながら不当に融資を拒絶したことは不法行為にあたるか」NBL511号(1992年)54頁
松本崇「融資予約の不履行と不法行為責任」私法 7号(1993年)36頁
久保宏之「融資予約後の融資拒絶と不法行為責任」法時 65巻7号(1993年)98頁
飯島紀昭「契約準備段階における信義則上の義務違反に基く損害賠償義務が認められた事例」判評 391号(1995年)16頁
橋本恭宏「銀行の支店長が融資の可能性を示唆しながら、融資をしなかったことに過失があるとした事例」銀法 612号(2002年)78頁
升田純「現代型取引をめぐる裁判例(125)~(129)」判時 1859号(2004年)28頁、1862号14頁、1865号3頁、1866号25頁、1868号15頁

契約締結準備段階における責任

鎌田薫「不動産売買契約の成否」判タ 484号(1983年)17頁
河上正二「契約の成立をめぐる(一)・(二)」判タ 655号(1988年)11頁、657号14頁
今西康人「契約準備段階における責任」石田・西原・高木遺暦・不動産法の課題と展望(1990年)173頁
円谷峻『契約の成立と責任〔第2版〕』(1991年)
池田清治「契約の交渉破棄とその責任(1)~(7)」北大法学論集 42巻1号~6号、43巻1号(1991年~1992年)
円谷峻『現代契約法の課題 - 国際取引と民法理論 - 』(1997年)
藤田寿夫「取引交渉過程上の法的責任」椿古稀・現代法取引法の基礎的課題(1999年)533頁
円谷峻『新・契約の成立と責任』(2004年)

コミットメントライン(融資枠)契約

菅原雅晴「コミットメントラインの法的性格とその有効性」金法 1522号(1998年)87頁
金融法委員会「『コミットメント・フィーに関する論点整理』について」(1998年)
揖斐潔 = 古閑裕二「特定融資枠契約に関する法律の概要」NBL663号(1999年)8頁
揖斐潔 = 古閑裕二「コミットメントライン契約に関する新法の紹介」金法 1545号(1999年)13頁
菅原雅晴「コミットメントライン実務の運用上の留意点」金法 1546号(1999年)57頁
宮川不可止「コミットメントライン契約の法的性質」法時 72巻7号(2000年)55頁
和波宏典「『特定融資枠契約に関する法律の一部を改正する法律』の概要 コミットメントライン契約の借主の範囲の拡大」金法 1619号(2001年)6頁
金融法務委員会『金融取引における『利息』概念についての検討』(2002年)

予約について

椿寿夫「予約研究序説」法時 67巻8号(1995年)75頁
潮見佳男「取引法における予約の意義・機能」椿古稀・現代法取引法の基礎的課題(1999年)275頁

履行請求権と履行の強制

能見善久「履行障害」別冊 NBL51号(1998年)103頁

金銭債務の債務不履行に伴う損害賠償責任・不法行為責任

能見善久「金銭債務の不履行について」加藤一郎編・民法学の歴史と課題(1982年)191頁

窪田充見「金銭債務の不履行と損害賠償」前田達明編代・民法法理論の諸問題下巻(1995年)327頁

契約締結後の事情変更の原則

久保宏之「契約締結後の事情変更」石田・西原・高木三先生還暦記念論文集刊行委員会編・金融法の課題と展望(1990年)217頁

契約法全般

鳩山秀夫『債権法に於ける信義誠実の原則』(1955年)

来栖三郎「日本の手附法」法協80巻6号(1964年)759頁

柏木昇「日本の取引と契約法(上)(下)」NBL500号(1992年)16頁、501号(1992年)16頁

内田貴「現代契約法の新展開と一般条項(1)~(5)」NBL514号6頁、515号13頁、516号22頁、517号32頁、518号(以上1993年)26頁

棚瀬孝雄「関係的契約論と法秩序論」同編・契約法理と契約慣行(1999年)1頁

樋口範雄「意思患者関係と契約 契約とContractの相違」棚瀬孝雄編・契約法理と契約慣行(1999年)77頁

山本敬三「民法における「合意の瑕疵」論の展開とその検討」棚瀬孝雄編・契約法理と契約慣行(1999年)149頁

河上正二「現代的契約についての若干の解釈論的課題」棚瀬孝雄編・契約法理と契約慣行(1999年)185頁

和田仁孝「契約実践と合意のゆらぎ フランチャイズ契約紛争をめぐって」棚瀬孝雄編・契約法理と契約慣行(1999年)207頁

北川俊光=柏木昇『国際取引法』(1999年)

柏木昇「メモランダム・オブ・アンダースタンディングと契約の成立」ジュリ1238号(2003年)130頁

その他民法関連

法務大臣官房司法制度調査部監修『法典調査会民法議事速記録10』(法務図書館史料10)(1981年)

その他融資に関する研究全般

北川善太郎「国際ローン契約の国際化」法学論叢110巻4・5・6号(1982年)141頁

三菱銀行「銀行貸付の諸形態と原則」鈴木祿弥=竹内昭夫編『金融取引法大系第4巻貸出』(1983年)149頁

山根眞文『国際金融法務』(1994年)

沢野直紀「国際貸付契約の構造」岩原紳作=神田秀樹編・商事法の展望(1998年)429頁

レンダー・ライアビリティー

Robert M. Berger「融資申込みと融資約定に関連する銀行等の金融機関側の責任」国際商事法務18巻2号(1990年)139頁

ナンシー・ヤング=ヴィクター・C・ブッシュェル(柏木昇訳)「レンダー・ライアビリティー(融資者責任)とは何か(上)(中)(下)」NBL479号(1991年)12頁、480号46頁、481号44頁

ナンシー・ヤング=ウィリアム・テニス(柏木昇訳)「米国におけるレンダー・ライアビリティー法理のその後の発展」NBL507号(1991年)4頁

ウィリアム・M・バーグ他「米国におけるレンダー・ライアビリティーを避けるための実務指針」金
法 1362 号 (1993 年) 26 頁

齊藤治「金融機関の法的責任論の新展開」金融研究 12 巻 2 号 (1993 年) 53 頁

行沢一人「商取引における誠実義務の機能 アメリカの貸付者責任法制の視点から」私法 55 号
(1993 年) 263 頁

A. Brooke Overby, *Bondage, Domination, and the Art of the Deal: An Assessment of Judicial
Strategies in Lender Liability Good Faith Litigation*, 61 *Fordham L. Rev.* 963 (1993)

小林秀之 = 河村基予「レンダー・ライアビリティーをめぐる近時の動向と今後の展望(上)(下)」金法
1405 号 (1994 年) 6 頁、1406 号 30 頁

楠本くに代「米国レンダー・ライアビリティ判例の特徴と最近の動向」長尾治助編『レンダー・ライ
アビリティ 金融業者の法的責任』(1996 年) 26 頁

日本弁護士連合会編『銀行の融資責任』(1997 年) 197 頁、263 頁

柏木昇「アメリカ法のレンダー・ライアビリティと日本法への示唆(1)~(8)」NBL610 号 6 頁、614
号 27 頁、616 号 45 頁、631 号 27 頁、633 号 52 頁、637 号 47 頁、638 号 45 頁、640 号 60 頁 (1997,
1998 年)

曾野和明 = 柏木昇 = 瀬川信久「《シンポジウム》金融機関の貸手責任(レンダーズ・ライアビリティ)」
金融法研究(13) (1997 年) 145 頁

長谷川俊明「国際金融取引と貸手責任(1)・(2)」国際金融 1022 号 (1999 年) 90 頁、1024 号 68 頁

政氏義雄「レンダー・ライアビリティー(コンプライアンス雑記帳 6)」銀法 605 号 (2002 年) 74
頁

John C. Joyce, *Lender Liability: The Problem Is Still With Us*, 115 *Banking Law Journal* 477
(1998)

外国法関係 (レンダー・ライアビリティーについては除く)

木下毅『英米契約法の理論[第 2 版]』(1985 年)

E. Allan Farnsworth, *Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and
Failed Negotiations*, 87 *Colum. L. Rev.* 217-94 (1987)

樋口範雄「論文紹介 Farnsworth, *Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair
Dealing and Failed Negotiations*, 87 *Colum. L. Rev.* 217-94 (1987)」アメリカ法 1988 年号 280
頁

右近健男編『注釈ドイツ契約法』(1995 年)

Keith A. Rowley, *A Brief History of Anticipatory Repudiation in American Contract Law*, 69 *U.
CIN. L. Rev.* 565-639 (2001)

吉川吉樹「論文紹介 Rowley, *A Brief History of Anticipatory Repudiation in American Contract
Law*, 69 *U. CIN. L. Rev.* 565-639 (2001)」アメリカ法 2002 年号 379 頁

半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』(2003 年)

木村仁「アメリカにおける予備的合意と誠実交渉義務」椿寿夫編『予約法の総合的研究』(2004 年)
254 頁

以 上