

# 根保証の確定前の随伴性

岡山大学大学院法務研究科教授・弁護士

井 藤 公 量

## はじめに

本稿では、根保証における元本確定前の随伴性について検討するが、関連する根保証における元本確定前の請求についても論じることとする。まずは、債権法改正での、この論点の検討状況をみておこう。

## 1 検討課題と債権法改正

### (1) 2つの論点と中間的な論点整理

法制審議会民法（債権関係）部会第6回会議において、

- |  |
|--|
| ① 根保証契約の元本確定前に保証人に対する保証債務の履行請求が認められるかどうか |
| ② 根保証契約の元本確定前に主債務が譲渡された場合に保証債務が随伴するかどうか  |

についても、更に検討するべきであるとの意見が出された<sup>1</sup>。

そこで、平成23年4月12日に決定された「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理<sup>2</sup>」において、次のような整理が示された。

「根保証契約の元本確定前に保証人に対する保証債務の履行請求が認められるかどうかや、元本確定前の主債務の一部について債権譲渡があった場合に保証債務が随伴するかどうかなどについて、検討してはどうか」
---

### (2) 中間的な論点整理に対するパブリックコメント

上記「中間的な論点整理」に対して、パブリック・コメントの手续がとられた。本稿で検討する2つの論点に対する意見は、「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」に対して寄せられた意見の概要（各論1）<sup>3</sup>に掲載されているが、その中から弁護士会の主な意見をみてみよう。

日弁連は、「根保証契約の元本確定前に保証人に対する保証債務の履行請求について、賛成するが、元本確定前の主債務の一部について債権譲渡があった場合には、保証債務の随伴を否定すべきとし、民法398条の7のような規定を設けるべきである」とする。

愛知県弁護士会は、「元本確定前の主債務の一部について債権譲渡があった場合に、保証債務が

<sup>1</sup> 第6回会議議事録： <http://www.moj.go.jp/content/000047183.pdf>

<sup>2</sup> <http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi04900074.html>

<sup>3</sup> 部会資料33-2： <http://www.moj.go.jp/content/000096681.pdf>

随伴するとすることには反対である。根保証の場合、主たる債務者に対する債権が譲渡された場合に、随伴性を有するか否かについて、明確な規律がなく、理論的には、確定前の根保証の場合、根抵当権と同様に随伴性が無いと解すべきであるが、明文の規定を欠いており不十分である。そのため、民法398条の7のような規定を設けるべきである」とする。

大阪弁護士会は、「根保証契約の元本確定前に保証人に対する保証債務の履行請求が認められるかどうかについては、これを認めないものとしたうえで、元本確定事由として債権者からの元本確定請求を認めることにより対応すべきである。元本確定前の主債務の一部について債権譲渡があった場合には保証債務は随伴しないものとするべきである」とする。

福岡弁護士会は、「根保証の場合、主たる債務者に対する債権が譲渡された場合に、随伴性を有するか否かについて、明確な規律がない。理論的には、確定前の根保証の場合、根抵当権と同様に随伴性が無いと解すべきであるが、明文の規定を欠いており不十分である。この点も明確にすべきである」とする。

日弁連消費者委員会有志は、「根保証契約の元本確定前に保証人に対する保証債務の履行請求が認められるべきとの意見については、反対である。元本確定前の主債務の一部について債権譲渡があった場合に保証債務が随伴するとの意見については、反対である」とする。

弁護士会では、元本確定前の随伴性については否定する意見が多い。弁護士会以外の意見でも、否定する意見が多かった。

### (3) 中間的な論点整理後の審議

中間的な論点整理後の法制審議会の審議において、次のような具体的な案が提示された<sup>4</sup>。

#### ア 元本確定前における保証債務の履行請求

根保証契約における主債務の元本が確定する前に、債権者が保証債務の履行請求をすることの可否については、次のような考え方があり得るが、どのように考えるか。

【甲案】債権者は、根保証契約における主債務の元本が確定する前は、保証人に対して保証債務の履行を請求することができない旨の規定を設けるものとする。

【乙案】債権者は、根保証契約における主債務の元本が確定する前であっても、保証人に対して保証債務の履行を請求することができるが、その場合において、保証人が保証債務の履行をしたときは、その履行がされた額の限度で当該根保証契約の極度額が減少する旨の規定を設けるものとする。

【丙案】明文の規定を設けないこととする。

#### イ 元本確定前における保証債務の随伴性

根保証契約における主債務の元本が確定する前に主債務の範囲に属する債権が譲渡された場合において、当該債権の譲受人に対して保証人が保証債務を負うかどうか（保証債務の随伴性）については、次のような考え方があり得るが、どのように考えるか。

<sup>4</sup> 民法（債権関係）の改正に関する論点の検討(8) [部会資料36] : <http://www.moj.go.jp/content/000094816.pdf>

【甲案】この場合における当該債権の譲受人に対して、保証人は保証債務を負わない旨の規定を設けるものとする。

【乙案】この場合における当該債権の譲受人に対して、保証人は保証債務を負う旨の規定を設けるものとする。

【丙案】明文の規定を設けないこととする。

このように具体的な提案がなされたが、結局中間試案では、最高裁が肯定説の立場で判決（最判平成24年12月14日民集66巻12号3559頁）を出したことから、「この最高裁判決を条文上明記してルールの明確化を図るべきであるという考え方がある一方で、この点について立法をするには、この最高裁判決に対する学界・実務界からの評価を見極める必要があり、明文化は時期尚早であるという考え方とに分かれている」として、とりあげられなかった<sup>5</sup>。以後もこの2つの論点が債権法改正の議論で取り上げられることはなかった。

では、この結果をまねいた最高裁判決はどのようなものだったのだろうか。

## 2 最高裁判決（最判平成24年12月14日民集66巻12号3559頁）<sup>6</sup>

### (1) 事案の概要

A社（SFCGの子会社）が、B社に対し、平成19年6月29日、弁済期を平成20年6月5日として8億円を貸し付けた（貸付①）。同日、Bの親会社であるY社は、Aに対し、Aを貸主とし、Bを借主とする金銭消費貸借契約取引等により生ずるBの債務（貸付①を含む）を主たる債務とし、極度額を48億3,000万円、保証期間を平成19年6月29日から5年間とする連帯保証をした（以下「本件根保証契約」という。）。

その後、Aは、Bに対し、平成20年8月25日、弁済期を平成21年8月5日として7億9,990万円を（前記貸付①の借換えとして）貸し付けた（以下「本件会資金債権」という。）。

Aは、根保証の確定前（根保証期間内）である平成20年9月26日、本件貸金債権をC社（SFCG）に譲渡し、Cは、同日、当該債権をX社（SFCGの関連会社）に譲渡した。

Xは、Yに対し根保証契約に基づく保証債務履行請求として、本件貸金債権の支払いを求めた（1,000万円の一部請求）。

### (2) 原審判決（東京高判平成23年5月31日）

原審は、被保証債権が譲渡された場合には、その譲渡が根保証契約に定める元本確定期日前であ

<sup>5</sup> 民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明 <http://www.moj.go.jp/content/000112247.pdf>

<sup>6</sup> 本判決に関する評釈としては、近藤泰彦・銀行法務21 760号18頁、松本恒雄・金融・商事判例1422号2頁、下村信江・金融法務事情1977号37頁、岩藤美智子・金融法務事情1981号30頁、高部真規子・金融法務事情1990号44頁、阿部裕介・ジュリスト1466号77頁、斎藤由起・別冊ジュリスト224号54頁、角紀代恵・法学教室「判例セレクト2009-2013 I」125頁、吉田光碩・私法判例リマークス48（2014上）22頁等がある。

っても、保証人に対する保証債権もこれに随伴して移転するとして、Xの請求を認容すべきものとした。

これに対しYは、根抵当権と同様に根保証契約の元本確定前の随伴性は否定されるから主たる債務が譲渡されても根保証は移転せず、本件貸金債権について保証債務を負わないと主張して上告受理の申立をした。

### (3) 判旨

上告棄却。

「根保証契約を締結した当事者は、通常、主たる債務の範囲に含まれる個別の債務が発生すれば保証人がこれをその都度保証し、当該債務の弁済期が到来すれば、当該根保証契約に定める元本確定期日（本件根保証契約のように、保証期間の定めがある場合には、保証期間の満了日の翌日を元本確定期日とする定めをしたものと解することができる。）前であっても、保証人に対してその保証債務の履行を求めることができるものとして契約を締結し、被保証債権が譲渡された場合には保証債権もこれに随伴して移転することを前提としているものと解するのが合理的である。そうすると、被保証債権を譲り受けた者は、その譲渡が当該根保証契約に定める元本確定期日前にされた場合であっても、当該根保証契約の当事者間において被保証債権の譲受人の請求を妨げるような別段の合意がない限り、保証人に対し、保証債務の履行を求めることができるというべきである」。

### (4) 判決の債権法改正議論における意味

この判決に関し、平野教授は、平成24年判決はこの問題が立法論議に上がっているのを知りつつ、敢えて機先を制して一般論として確定前の随伴性・履行請求可能性を認める判決を出したのであり、それが功を奏し、この論点が中間試案で改正の対象からはずれたとされる<sup>7</sup>。

### (5) 最高裁判決以前の下級審裁判例

なお、最高裁判決が出る以前に異なる立場を採用した下級審判決がある。

「一般に、基本的な継続的取引関係から生ずる多数の債務を担保することを予定している保証契約においては、その基本的関係が正常に継続している間は、特別の定めがない限り、個々の主債務が移転しても保証債務は移転しないものの、基本的関係が終了した場合には、その時点で存していた債務のみを担保することに定まると解されるところであり、そうであれば、それ以後においては、主債務の移転に伴って、保証債務もまた移転していくものと解するのが相当である」(千葉地判平成21年3月19日金判1337号46頁)。

## 3 2つの性質論の対立

根保証をどのように考えるかについては理論的対立がある。

<sup>7</sup> 平野裕之『根保証における確定前の権利関係』慶應法学第26号159頁

**A説 継続的保証説**（個別保証集積説、西村信雄編『注釈民法(11)』144頁〔西村信雄〕）

根保証は個別保証の集積であり保証期間中発生する個々の主たる債務を保証する。したがって、主債務の履行請求が可能であれば、それについて保証債務を請求でき、また、債権が譲渡されれば保証債務は随伴することになる。

**B説 根抵当権類似説**（我妻榮『新訂債権総論〔民法講義Ⅳ〕』462頁～463頁）

根保証は、根抵当権と同様に保証期間が終了し確定した時点で存在する債務を担保するものであるから、主債務の確定までは、保証債務は成立していない。

したがって、保証対象は元本確定時に存在する債権となるから元本確定前の請求、随伴性はいずれも否定される。

**4 確定前の履行請求**

根保証において元本確定前に債権者が、保証人に対して保証債務の履行請求をすることができるかについては、これを肯定する説と否定する説で争いがある<sup>8</sup>。なお、各理由付けは、民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明による。

**A説 肯定説**

理由<sup>9</sup>)

- ① 継続的保証説：確定前の履行請求は肯定されることになる。つまり、根保証は、根抵当権その他の根担保物権とは異なり、根保証人自身が独自の債務を負担するものであって、その法的性質は、複数の主債務についての保証の集合体とも言うべきものである。
- ② 債権者保護：元本確定期日の前に主債務者が債務不履行に陥った場合において、元本確定期日又は元本確定事由の発生時まで保証債務の履行請求を待たなければならないというのは、債権者にとって受け入れ難い帰結である。  
 なお、極度額のある根保証の場合、保証人による弁済により極度額が縮減するのか否かが問題となるが、これについては肯定説は次のように考えればよいとする。
- ③ 保証人に不利益なし：元本確定前における保証債務の履行請求を認める場合、保証人が保証債務を履行したときは、その履行がされた額の限度で当該根保証契約の極度額が減少すると考えるべきである。

<sup>8</sup> 潮見教授は、この論点に関し「かつては根抵当権類似説を説く立場から、これを否定する見解も主張されていた。しかし、今日の学説で、否定説を積極的に展開するものは見当たらない」とされる（潮見佳男著『新債権総論Ⅱ（法律学の森）』142頁）。

<sup>9</sup> 理由①②③は、前掲中間試案補足説明224頁、225頁参照。

## B説 否定説

理由<sup>10)</sup>

- ① 根抵当類似説：根保証も、根抵当権その他のいわゆる根担保の一種であるから、基本的には根抵当権と同様の規律に従うべきである。
- ② 当事者の合理的意思：債権者と根保証人の合理的な意思としては、主債務の元本が確定して初めて保証債務の履行が可能になることを前提としているはずである。

## 5 確定前の随伴性

根保証において被保証債務の1つを債権者が第三者に譲渡したとき、根保証もこれに随伴して移転するについては、これを肯定する説と否定する説で争いがある。なお、各理由付けは民法（債権関係）に関する中間試案の補足説明による。

### A説 肯定説

理由<sup>11)</sup>

- ① 継続的保証説<sup>12)</sup>：根保証は、根抵当その他の根担保物権とは異なり、根保証人自身が独自の債務を負担するものであって、その法的性質は、複数の主債務についての保証の集合体とも言うべきものである。
- ② 不都合性なし：随伴性を認めたとしても、保証人が譲渡債権に随伴した保証債務の履行をすればその履行がされた額の限度で保証人の責任が減少すると解されるので、特に法律関係が複雑化するわけではない。

### B説 否定説

理由<sup>13)</sup>

- ① 根抵当類似説：根保証も、根抵当権その他のいわゆる根担保の一種であるから、基本的には、根抵当権と同様の規律（民法第398条の7参照）に従うべきである。
- ② 当事者の合理的意思：債権者と根保証人の合理的な意思としては、主債務の元本が確定するまでは、当初の債権者に対する不特定の債務を保証することを前提としているはずである。
- ③ 法律関係の複雑化：随伴性を認めてしまうと、複数の債権者との関係で主債務が存することと

<sup>10</sup> 理由①②は、前掲中間試案補足説明224頁参照。

<sup>11</sup> 理由①②は、前掲中間試案補足説明225頁参照。

<sup>12</sup> 継続的保証説（個別保証集積説）をとる立場からでも随伴性を認めると法律関係が複雑化する、あるいは、根保証の債権者が誰であるかの期待を保護する必要があるとして随伴性を否定する説がある（中原利明「保証」金法1874号59頁、60頁）。

<sup>13</sup> 理由①②③は、前掲中間試案補足説明225頁参照。

なり、法律関係が徒に複雑化してしまう。

## 6 契約自由の原則との関係

前掲平成24年最高裁判決で須藤正彦裁判官は補足意見で次のようにいう。

「根保証契約については、契約自由の原則上、別段の合意により保証債権に随伴性を生じさせないようにすることも自由であり、したがって、例えば、根保証契約において、主たる債務の範囲に含まれる債務のうち、元本確定期日の時点で主債務者が当初の債権者に対して負う債務のみについて保証人が責めを負う旨の定めを置いておけば、その定めは、法廷意見における『譲受人の請求を妨げる別段の合意』と解されて、そのとおりの効力が認められるというべきである」。

要するに、根保証は契約自由の原則が妥当する契約であり、根保証契約の内容は当事者が自由に定めればよいということであろう。このような考えからすると、確定前の請求や確定前の随伴性については学説の争いは、当事者の意思が不明の場合にいずれで処理するのが妥当であるかの争いであるともいえる。

これに対し、潮見教授は、随伴性に関して、「根保証債権の譲受人は根保証契約の当事者ではないし、根保証契約の内容を知りうる立場にない」ことから「個々の根保証契約の解釈に依拠するのではなく、また、契約自由の原則に依拠するのではなく、被保証債務の1つが譲渡された場面における根保証の随伴性を扱う客観的な規範を探求し、この規範に従って問題を解決するのが妥当である」としたうえで、根保証の随伴性を肯定する<sup>14</sup>。この立場からは、当事者が随伴しないと定めたとしても、これをもって保証人は債権の譲受人に対抗することはできないということになる<sup>15</sup>。

## 7 本稿の立場

これまでの議論の流れの大枠を一応たどってきたところであるが、最後に本稿の立場を示しておわろうと思う。

「① 根保証契約の元本確定前に保証人に対する保証債務の履行請求が認められるかどうか、② 根保証契約の元本確定前に主債務が譲渡された場合に保証債務が随伴するかどうか」については、最高裁判決が出されたこともあり、今回の債権法改正では改正がみおくれたが、根保証契約というものの金融取引で占める重要性に鑑みれば、解釈や当事者の契約にゆだねるのではなく、やはり立法的な解決が必要であったと思われる。

そこで、立法において、どのような規定をおくべきと考えるかである。

「① 根保証契約の元本確定前に保証人に対する保証債務の履行請求が認められるかどうかの点」

<sup>14</sup> 潮見・前掲債権総論Ⅱ746頁、747頁。

<sup>15</sup> 潮見・前掲債権総論Ⅱ748頁。

については、保証人保護という観点から確定後でなければ保証人に対する履行請求を認めない<sup>16</sup>とし、個人保証については強行規定とする<sup>17</sup>。

「② 根保証契約の元本確定前に主債務が譲渡された場合に保証債務が随伴するかどうか」については、①を認める立場でもこの②で否定説をとる者も多いことなどから、ここでも確定前の随伴性は否定すべき<sup>18</sup>で抵当権と同様の規程（民398条の7）をおくべきであるし、全面的に禁止すべきである。②については保証人保護もあるが随伴性を認めると、本来の債権者と譲受人の関係をどのように考えるべきなのか、極度額を超える被保証債権の一部が譲渡された場合に譲受人と本来の債権者のどちらがどれだけ請求できるのか等をはじめとする複雑な問題が実務上生じざるを得ない<sup>19</sup>ことになるからである。

今回の債権法改正でこのような立法がなされなかったのは残念であるが、根保証契約の解釈においても、別段の合意がない限りは、上記のような解釈が今後の実務においてもとられるべきであると考ええる。

## 8 おわりに

今回のテーマは2017年7月26日（水）仙台弁護士会館で開催された「債権法改正十番勝負研修会（その5）債権譲渡取引と保証」でも議論されており<sup>20</sup>、否定説をとる実務家もまだ多く、今後の実務の動向が注目されるところである。

<sup>16</sup> 上甲第二「根保証に関する平成16年改正と残された実務的問題点」『民法改正を考える』237頁参照。

<sup>17</sup> 平野・前掲「根保証における確定前の権利関係」192頁参照。

<sup>18</sup> 保証被害対策全国会議のパブリックコメントは「根保証契約は継続的かつ人的な関係に基づく契約であり、債権の一部譲渡により、予期せぬ債権者に対する責任（あるいは、複数の債権者に対する責任）を負わせることは根保証人を不安定な地位に追いやることとなる」とする（前掲・部会資料33-2参照）。また、上甲・前掲論文237頁は「この問題は、…元本確定前の履行請求はできないという立場に立ち、同様に確定前の債権譲渡については随伴性を否定するというのが、論理的に明快であるものと考えられ、また、当事者の合理的意思に合致する」とする。

<sup>19</sup> 中田裕康『債権総論 [第3版]』514頁参照。

<sup>20</sup> 高須順一「債権法改正十番勝負前半戦を振り返る」日弁連法務研究財団 JLF. NEWS 67号7頁。山野目章夫「2004年臨時国会の二つの宿題と今般の債権法改正」同 JLF. NEWS 67号11頁。鎌田健司「債権法十番勝負研修会（その5）債権譲渡取引と保証」同 JLF. NEWS 67号17、18頁。