

根保証における元本確定前の履行請求および随伴性について
－「部会資料 36」の第 2、7(2)アおよびイについての提案－

高 須 順 一
赫 高 規

第 1 はじめに

今回の改正作業においては、根保証に関する規律を設けることが検討されている。本日の第 80 回会議では、民法（債権関係）部会資料 70A に基づき審議がなされる予定であるが、この部会資料の第 1 に「根保証」に関する具体的な改正提案が示されている。

しかしながら、中間論点整理において指摘されていた、「元本確定前における保証債務の履行請求」及び「元本確定前における保証債務の随伴性」の各論点（第 12 の 7(2)「根保証に関する規律の明確化」）に関しては、中間試案段階では提案が見送られ、今回の部会資料 70A においても記述を欠いている。

私たちは、今回の債権法改正が明治期以来の約 120 ぶりの抜本的改正であり、かつ、個人を対象とする根保証契約が国民生活の平穏と安定に多大な影響を与える可能性がある事実に鑑みると、単に時期尚早という理由のみで、この論点の検討を断念することは許されないと確信するものである。

そこで、今一度、検討をお願いしたく本提案をなすものである。

第 2 提案の趣旨

- 1 部会資料 36 第 2、7(2)ア「元本確定前における保証債務の履行請求」及び同イ「元本確定前における保証債務の随伴性」の各論点について、これらを取り上げ、債権者のイニシアチブにより元本を確定させる制度を設けることを前提に、元本確定前の保証債務の履行請求及び随伴性を否定する旨の規律を設けるべきである。
- 2 具体的には、現行法の元本確定期日（465 条の 3）の適用対象である根保証契約について、次の規律を設けるものとする。なお、中間試案、第 17、5(2)においては、元本確定期日（民法 465 条の 3）の規律の適用対象を、現行法の貸金等根保証契約よりも拡大し、保証人が個人である根保証契約一般とすることが提案されており、私たちはこれに賛成するものであるが、本論点とは別の論点であり、分かりやすさの観点から本稿では元本確定期日の規律の適用対象である根保証契約を「貸金等根保証契約」と記載する。

具体的には以下のような規律が想定される。

(想定される提案内容)

民法第 465 条の 2 の規定に続けて以下の 3 か条を新たに設けるものとする。

第 465 条の 2 の 2 (元本確定前の保証人の弁済の無効)

保証人が、[貸金等根保証契約]における主たる債務の元本の確定前に、当該債務又はその保証債務についてした弁済は、無効とする。

第 465 条の 2 の 3 ([貸金等根保証契約]の被保証債権の譲渡等)

- 1 元本の確定前に債権者から [貸金等根保証契約]における主たる債務にかかる債権を取得した者は、その債権についてその保証債務の履行を請求することができない。元本の確定前に債務者のために又は債務者に代わって弁済をした者も、同様とする。
- 2 元本の確定前に債務の引受けがあったときは、債権者は、引受人の債務について、その保証債務の履行を請求することができない。

第 465 条の 2 の 4 ([貸金等根保証契約]の元本の確定請求)

- 1 債権者は、いつでも、保証人に対し、[貸金等根保証契約]における主たる債務の元本の確定を請求することができる。この場合において、当該主債務の元本は、その請求の時に確定する。
- 2 債権者が保証人に対して書面により保証債務の履行を催告したときは、前項の請求があったものとみなす。

第 3 提案理由

- 1 元本確定前における根保証債務の履行請求・随伴性について消極説を前提とした立法を行なうべきことについて

(1) 現行民法 465 条の 2 の貸金等根保証契約における元本確定期日前の保証債務の履行請求・随伴性の可否の論点については、貸金等根保証契約規制が設けられた平成 16 年改正の当初より議論を生じているが、その理論構成に争いはあるものの、次の結論についておおむね争いはなく見解は一致しているように思われる。

- ① 債権者が、元本確定期日よりも前に、保証人から、保証債務の履行を受けること、及び、被保証債権譲渡に伴う保証債務の随伴性が認められるべきこと。

債権者の便宜の観点から元本確定期日前の保証債務の履行請求を認めたと

しても、下記②が採用されれば保証人にとって不利益がないと考えられること、随伴性についても同様であることは、根抵当権に関する平成 15 年担保執行法改正の経緯からも明らかであることで争いがない。

- ② 元本確定期日前に、保証人において、保証債務の履行や被保証債権の譲受人に対する保証債務の負担を生じたとしても、保証人の保証債務負担額は極度額を限度とするものであること。

民法の極度額規制は、保証人が根保証契約に基づいて負う一切の責任の上限を明確化することにより根保証人を保護するにあることからすれば、最終的に、極度額を超えた根保証債務の履行を強制されうるような考え方は妥当でないとする点で争いはない。

- ③ 元本確定期日前に債務者の信用力が低下し、債権者が保証人に保証債務の履行を求める事態に至ったにもかかわらず、極度額の残り枠が存していることを奇貨として、保証人の資力を目当てに、債権者が主債務者への新たな貸付け等を行なうことが望ましいものではないこと。

保証人の資力のみを目当てとした新たな与信が許容されないことで争いはない。

- (2) 上記①及び②の帰結は、元本確定前の保証債務履行請求につき積極説に立つ場合でも、保証債務の履行額の限度で当該根保証契約の極度額が減少するとの考え方（以下、「極度額減少説」という。）を採用すればこれらを導くことができる。しかし積極説によれば、③の帰結は直ちには導かれず、債権者の保証人に対する説明義務や信義則、権利濫用の法理などによって個別に対応されざるを得ないことになる（山野目章夫「根保証の元本確定前における保証人に対する履行請求の可否」金法 1745 号 11 頁、参照）。

これに対し、元本確定前の保証債務履行請求につき消極説に立った場合には、債権者のイニシアチブによる元本確定を認める考え方を採ることと組み合わせることにより、①の帰結を容易に導くことができ、さらに②のみならず③の帰結をも導かれることになる。もっとも、現行民法の条文を前提とすると、法解釈論として、債権者のイニシアチブによる元本確定を認めるのはかなり困難であることは否定できず（立法からそれほど時を経ていないにもかかわらず根抵当規定の準用により解釈論で実質的に新たな仕組みを設けることとなってしまう）、これが、消極説を採用することのハードルとなっているといえる。

かかる議論状況を踏まえるならば、新たな民法において、債権者のイニシアチブによる元本確定の制度を設けることを前提に、元本確定前の保証債務履行

及び保証債務の随伴性を否定する規律を設け、事実上異論のない上記①～③の帰結を導くことができるようにすべきである。上記各論点は中間試案に積極的に取上げられたところであり、かかる消極説の規律が今回の改正作業においては提案されるべきである。

なお、部会資料 35、第 2、7(2)ア及びイには、甲案として消極説の考え方が紹介されているものの、この考え方は、債権者のイニシアチブによる元本の確定を認める前提（上記①の帰結）を採らない消極説（債権者は、保証期間または主債務が発生する基本関係が終了したときにはじめて保証債務の履行請求をすることができるとするのが、根保証の制度趣旨にも当事者の合理的意思にも適するとする我妻榮『新訂債権総論』475 頁の見解）であるものと理解される。しかし、この見解は現在支持されていないというべきであり、検討対象として適切ではない。

2 最判平成 24 年 12 月 14 日の位置付け及び規律を設けないことの不当性について

周知のとおり、最判平成 24 年 12 月 14 日は、貸金等根保証契約に該当しない、法人間の根保証契約の解釈論として、元本確定期日前の保証債務の履行請求及び随伴性についての積極説を採用したが、仮にこの最判の射程が貸金等根保証契約の解釈論に及ぶとしても、債権者のイニシアチブによる元本の確定を認める制度を欠いている現行法を前提とした解釈論に過ぎないのであって、立法論としてかかる元本確定制度を設けることを前提に消極説の規律を設けることは、何ら妨げられていないというべきである。

他方、この論点について何らの規律を設けずに今後の解釈に委ねられた場合は、学説上の一致点である上記①～③の帰結のうち、もっぱら債権者の便宜に関わる①の帰結は上記平成 24 年最判により採用されることが明らかになっているものの、同最判が極度額減少説を採用するか否かを明らかにしていないことから、保証人保護に関わる②の帰結の採否が不明確なままとなり、さらには同最判が前提とする積極説の立場からは③の帰結を直ちに導けないという課題を残すこととなって、妥当でない。

今回の改正では、現行法の貸金等根保証契約の規律を拡大し、根保証契約であって保証人が法人でないもの（部会資料 70 A の第 1 の 1 において「個人根保証契約」と表現されるもの）に関して、一定の規律を設けることが提案されている。その趣旨が個人保証人の保護であることは明らかであり、この趣旨を貫こうとするならば、元本確定前における根保証債務の履行請求、随伴性について消極説を前提とした立法を行うことが重要と確信するものである。

3 具体的な規律の在り方について

- (1) 債権者のイニシアチブで元本を確定させる制度の具体的な規律を検討するにあたっては、根抵当権に関する規律が参考になる。

根抵当権においては、その権利行使にあたる競売等の申立てが元本確定事由とされており（398 条の 20 第 1 項 1 号）、これに加え、根抵当権者はいつでも元本確定請求が可能であるものとされている（398 条の 19 第 2 項）。根抵当権の実行のほかに、元本確定請求の制度が設けられたのは、金融機関等の不良債権処理の際に、根抵当権を実行せずに、その被担保債権を担保権付きで譲渡するニーズが存するからであり、同制度は平成 15 年担保執行法改正により導入されたものである。同制度は、元本確定期日の定めがある場合には適用されないが（同条 3 項）、根抵当権の場合、実務上は、元本確定期日の定めをする場合は極めて稀であるといわれている。なお、根抵当権の場合とは異なって、貸金等根保証契約においては、元本確定期日の定めをしないときは、同契約締結から 3 年経過日が元本確定期日とされる（465 条の 3 第 2 項）。

- (2) 以上を参考にするならば、[貸金等根保証契約]において債権者による元本確定請求を認める旨の規定を設けることは十分に可能というべきである。そこで、本提案の 465 条の 4 では、債権者はいつでも元本確定請求ができる旨を規定することとし、この場合においては、当該主債務の元本は請求時に確定するものとした。

なお、この点に関して、[貸金等根保証契約]における債権者の保証人に対する権利行使は、保証債務の履行請求にほかならないから、当該請求をしたことをもって主たる債務の元本確定事由とすることが考えられる。しかしながら、債権者の保証人に対する言動が債権者の意図に反して保証債務の履行請求と受け取られるなどして紛争が生じることも懸念されるところであり、元本確定事由としては、より明確な事由を設定するのが妥当であるように思われる。そこで、前述のとおり、本提案の 465 条の 2 の 4 においては、あくまで債権者が保証人に対して主債務の元本の確定請求をしたことをもって元本が確定するものとした。

一方で、債権者が実質的に元本確定の意思を有しながら、その旨の表示を意図的に避け、履行請求を行うことの弊害も想定される。このような場合に元本確定請求の表明に拘泥することは妥当性を欠く結果となる。そこで、債権者が書面により保証債務の履行を催告したときは、債権者として元本を確定させる意思が明らかになっているといえることから、かかるときには、元本確定請求

をしたものとみなすこととした。これが本提案の 465 条の 2 の 4 の 2 項である。

- (3) 「貸金等根保証契約」については、元本確定前の保証人への履行請求は認められず、また、主たる債務が譲渡されても保証債務は随伴しない。その必要が生じた場合、債権者は元本確定請求を行い、元本を確定させたうえで履行請求や債権譲渡を行うべきことになる。これが本提案の骨子である。

そこで、債権者が確定請求を行うことなく保証人に対して履行請求を行い、これに応じて保証人が履行した場合の効果についても定めておくことが必要である。債権者が保証人に対し口頭で保証債務の履行を請求し、これに応じて保証人が保証債務を履行した場合や、保証人が債権者の求めに応じて債権者の預金口座に振り込むなどして保証債務を履行した場合などのケースにおいて、主債務の元本が確定する前に保証人が保証債務を履行する事態が生じうるところであり、これらの場合に弁済が無効となることを、明文をもって規定しておくのが妥当である。

また、当該規律の潜脱防止の観点から、保証人が、主債務を第三者弁済した場合にも、同様に弁済が無効とされるべきである。

本提案の 465 条の 2 の 2 は、これらの点を明らかにしている。

なお、部会資料 70 A の第 1 の 2 (1)ウにおいて、自発的意思ある場合に例外的に個人保証を有効とする可能性が検討されているところであり（ただし、私たちはこの点に必ずしも賛同するものではない）、その帰趨と平仄を合わせ、保証人が真の意味で自発的に元本確定前に保証債務を履行した場合には弁済を有効と取扱うことも検討されてよいと考える。本提案では弁済行為の効力が問題となり、上記第 1 の 2 (1)ウにおいては保証契約の有効性が問題とされるのであるから、単純に同一の規律を設けることはできないかもしれないが、その趣旨において統一性ある規律を設けることは不可能ではない思料される。

- (4) 元本確定前に被保証債権の譲渡等がなされた場合に、保証債務の随伴性が認められない点についても、明文をもって規定しておくのが妥当である。本提案の 465 条の 2 の 3 は、根抵当権に関する 398 条の 7 の規定を参考にして、主債務にかかる債権の譲渡の場合、主債務についての弁済による代位の場合、主債務について債務引受けがあった場合のそれぞれについて、保証債務の随伴性が否定されることを明らかにした。

以上