

部会資料76Bの第1の3（根保証における元本確定前の履行請求の可否及び随伴性の有無）に関する意見

高 須 順 一

## 第1 意見の趣旨

上記論点については、部会資料76Bの11頁に記載された「要綱案のイメージ」（判例と異なる考え方として整理されている案、本意見書においてB案と表示する案）に従った取り纏めを行うべきである。

## 第2 上記意見の理由

### 1 はじめに

上記論点については、部会資料76Bの9頁以下において、①平成24年最判に従って規定を設ける考え方（以下、「A案」という。）、②判例と異なる考え方（以下、「B案」という。）、という表現で2つの要綱案のイメージが提示されている。

私は、この論点が、中間試案の段階において、一度、明文化の努力が見送られながら、その後の部会審議を経て今回、改めて審議対象となったことについて、まず、関係各位の努力に対し敬意を表するものである。

そのうえで、今回の審議にあたっては、以下のような観点からの検討が必要と考え、理解の便宜のため本意見書を提出させていただく次第である。

### 2 理論上の背景は必ずしも一義的に結論を導くものではないこと

部会資料9頁には、「確定前の履行請求の可否、随伴性の有無についての意見の対立は、根保証について、保証期間中に発生する個々の主債務を保証するものであるという理解と、元本が確定した時点で存在する債務を担保するのが根保証であるという理解の相違を背景とするものである」との指摘がある。この指摘は、これまでの学説の状況を分析するという点においては至当なものであるが、立法論としては、別な理解が可能であると考ええる。

すなわち、仮に根保証は保証期間中に発生する個々の主債務を保証するものであるという理解を前提としても、債権者あるいは債権の譲受人の保証債権行使の必要性と保証人の保護の必要性とを適正に調整するという観点から履行請求及び随伴性について一定の規律を設けることは、十分に合理性のある考え方である。部会資料に指摘される平成24年判決は、根保証は原則的には保証期間中に発生する個々の主債務を保証するものとの理解が前提にあるようにも読めるが、仮に

これを前提としても、立法論において、無条件に確定前の履行請求あるいは随伴性を肯定しなければならないということでは決してない。B案は債権者が確定請求をすることを前提に履行請求及び債権譲渡を認める見解であり、根保証は保証期間中に発生する個々の主債務を保証するものであるという理解を前提としたうえでB案を採用することも十分に可能というべきである。

### 3 立法において考慮すべき事由

この点は、第80回会議において、赫高規弁護士と私とで共同で提出した、「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」と題する意見書に詳細に記述したところである。債権者あるいは債権の譲受人の保証債権行使の必要性と保証人の保護とを適正に調整するという観点から立法を行う場合には、以下の3点を確保することが必要である。

- ① 債権者が、元本確定期日より前に、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。
- 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。
- 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。

上記3点の要請を、今回の部会資料のA案、B案がそれぞれどこまで実現することができるかということと比較、検討すると以下のとおりとなる。

	A案からの帰結	B案からの帰結
①の要請	○	○（ただし、確定請求を前提とする）
②の要請	△（ただし、解釈上、②の帰結を導く事は可能）	○
③の要請	×	○

以上より、私は、B案こそが今回の立法化にあたっては相応しい内容であると

考えるものである。

#### 4 平成24年判決の特殊性

A案は平成24年判決を前提とするものではあるが、平成24年判決は前項における①の論点のみが判断事項となったものであり、②及び③の論点について直接に言及するものではない。そこで、この判決の判断事項のみをもって、単純にA案を採用することは妥当性を欠くというべきである。

のみならず、平成24年判決は、その事案において特殊性を有していたことを看過してはならない。すなわち、当該事案は、主たる債務者と保証人との間に以下のような特別の関係が存在したことが第1審判決の理由で明らかにされている。

(第1審・東京地方裁判所平成22年10月27日判決の理由中の記述の要旨)

(ア) 主たる債務者は、保証人の不動産部門から独立して設立された有限会社であり、保証人の本店所在地に、事務所が設置されている保証人の子会社であった。

(イ) 主たる債務者の取締役である某1と、保証人の取締役である某2は夫婦であった。

(ウ) 主たる債務者の経理・財務を担当していた某3は、保証人の財務部部長であった。

すなわち、主たる債務者と保証人に「密接な関係」(原審たる東京高等裁判所平成23年5月31日判決の理由中における指摘)があった事案なのである。このような事案に関する判決である平成24年判決をもって、単純に立法化を行うことは慎重でなければならないと思料するものである。

#### 5 結論

平成16年民法改正において、民法465条の2以下が新設され、貸金等根保証契約に関する規律が設けられたのは、主たる債務者の信用力ではなく、保証人の資力を目当てに債権者が新たな貸付けを繰り返し、保証債務額を増大させることの不当性が、社会的に容認できないものとして認識された結果である。この点の認識は今回の改正においても引き続き重視され、根保証契約一般への規律の拡大が検討されているところである。

そうであれば、元本確定前の履行請求の可否及び随伴性の有無の論点についても、「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」を抑制する方向で立法がなされるべきことは当然の帰結である。A案では、この問題に対する有効な解決策にはならず、B案に基づく立法を行うことが必要と考える次第である。

さらに、付加的理由であるが、平成15年民法改正により、根抵当権制度についても、根抵当権者による元本確定請求の制度が新設され（民法398条の19第2項）、確定請求を行ったうえで、根抵当権の被担保債権を抵当権付で譲渡することが可能となったこととの整合性を図るうえでも、B案は分かりやすい規律であると考えられる。根抵当権と根保証では、その性質が異なっており、必ずしも同一の規律を設けなければならないものではない。この点は既に各種文献において指摘されているところではあるが、その点を踏まえたうえで、規律の分かりやすさという観点から、根保証についても債権者の確定請求という規律を導入することには、一定の合理性があるというべきである。

以 上