慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	根保証における確定前の権利関係
Sub Title	Le droit du créancier à la caution omnibus avant la cloture de la relation entre le créancier et le débiteur principal
Author	平野, 裕之(Hirano, Hiroyuki)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2013
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.26 (2013. 6) ,p.157- 198
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	法科大学院開設10周年記念号 論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20130620-0157

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

根保証における確定前の権利関係

平　野　裕　之

序章　はじめに
　1　本稿の検討課題
　2　用語について――「根保証」及び「確定」
第１章　根保証理論をめぐって――継続的保証説vs根担保説
　1　改正保証法までの議論
　(1)　個別債務根保証（継続的保証説）
　(2)　確定時債務根保証（根担保説）
　2　保証についての新たな提案との関係
　3　改正保証法と根保証理論――未解決にされた問題
　(1)　立法関係者の説明と不可解な規定
　(2)　根抵当権と根保証の違い
　4　根保証理論の意義
第２章　確定前の履行請求
　1　議論の意義の確認
　2　確定前履行請求否定説（否定説）
　(1)　否定説の主張
　(2)　否定説に対する批判
　3　確定前履行請求肯定説（肯定説）
　(1)　肯定説の主張
　(2)　肯定説に対する批判
第３章　確定前の随伴性――確定前に譲渡された債権への保証の効力
　1　はじめに
　2　随伴性否定説（否定説）
　(1)　改正保証法前
　(2)　改正保証法後
　3　随伴性肯定説（肯定説）
　4　随伴性を肯定した場合の権利関係
　(1)　個別債務根保証の事例では
　(2)　確定時債務根保証（根担保型）の事例では
第４章　根保証理論の検討及び２つの根保証の認定

慶應法学第26号（2013：6）

1　2つの根保証は可能・事実認定の問題
(1)　契約書の表現について
(2)　取引通念はどうか
2　明確ではない場合の処理
(1)　契約解釈の基準
(2)　保証人に有利な根保証とは
3　特定保証の併存可能性
第5章　民法（債権法）改正論議
1　確定前の保証人への履行請求
(1)　立法の要否
(2)　確定前履行請求の可能性を明記すべきであるという意見
(3)　確定前の請求を禁止すべきであるという意見
(4)　本稿の立場
2　確定前の随伴性
(1)　全面禁止の提案（特約不可）
(2)　原則否定提案（特約許容）
(3)　肯定提案（排除特約可）
(4)　本稿の立場
3　その後の改正動向
終章　おわりに

序章　はじめに

1　本稿の検討課題

平成16年（2004年）に、根保証についての規定が新設されているが（民法465条の2以下。以下、民法は条文数だけで引用）、この改正（以下、本改正または本改正により導入された規定を**改正保証法**と呼ぶ）により根保証をめぐる問題のすべてが解決されたわけではない。平成23年（2011年）に法制審議会における「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」（44頁）に示された、根保証契約における

①「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「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」、

という問題は、未解決の問題の一部である。

改正論議の最中、平成24年（2012年）12月14日に、この①②の問題を扱う最高裁判決が出されており、本判決は（以下、平成24年判決と呼ぶ）、確定前の随伴性も履行請求も一般論を展開しつつ肯定した[1)]。上記の中間的な論点整理に対しては、否定的な意見が多数寄せられており、もしこれにより立法がされれば、平成24年判決は立法までのあだ花で終わる。しかし、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、それが功を奏したか、平成25年（2013年）の中間試案では①②の問題は改正の対象から除かれてしまった。

確かに平成24年判決の事例は、８億円もの巨額な融資につき保証がされると同時に将来債務も含めて根保証にされたという事例である。保証人としては８億円の負債につき保証する覚悟であり、問題とされている主債務は借り換えされ当初の債務と同一性がある債務であり、５年という保証期間とは関係なく履行請求また債権譲渡に際する保証債務の随伴性を認めても不合理ではない。ところが、平成24年判決は事例判決に止めずに、敢えて一般論を展開したのである。

ところで、①②の問題は、根保証の本質論（根保証理論と呼んでおく）にかかわる議論である。詳しくは後述するが、改正保証法は、いずれの根保証理論に依拠して根保証を規律するか決めずに、どの立場にも適用できる汎用的規定を置いたにすぎない。今回の民法改正でもこのスタンスを変えようという意図は示されていない。そのため、先の問題と共にその根底にある根保証理論は将来共に解釈に任されたことになり、本稿は未解決のままにされた根保証理論を再度洗い直す格好の素材として上記①②の２つの問題を検討してみたい。

1）本判決について、筆者は2013年３月に消費者法判例研究会において報告をする機会に恵まれた。機会を与えて頂いた後藤巻則先生及び貴重なご意見を頂いた出席の先生方にお礼を申し上げたい。

2　用語について――「根保証」及び「確定」

用語について冒頭にお断りしておこう。実は用語は根保証理論と密接に結びついており、継続的保証法理では保証契約の「解約」、「終了」が根担保法理（根保証）では保証される元本の「確定」と称され、いずれの法理によるかで用語も変わるはずである（後述）。ところが、改正保証法はいずれの立場に依拠して立法したわけではないのに、「確定」や「根保証」契約という用語を採用したために混乱を引き起こす原因になっている。

とりあえず最低限の混乱を避けるため、本稿では改正保証法の用語に従うことにする。「一定の範囲に属する不特定の債務を主たる債務とする保証契約」を「根保証契約」と呼ぶ民法465条の２第１項の用語に従い、後述の個別債務根保証と確定時債務根保証のいずれをも含む広義の用語（ないし概念）として「根保証」（広義）という言葉を使用する。また、「確定」も、民法の用語同様に、根担保説のいう確定に限定せず継続的保証説の継続的保証契約の終了の意味も含んだ汎用性のある用語として使用したい。

この問題をめぐっては、根保証理論と意思表示解釈論の２つがポイントであり、以下には、①根保証理論（→第１章）、②確定前の履行請求（→第２章）、③確定前の随伴性（→第３章）、④本稿の立場（→第４章）、そして、⑤立法論（→第５章）の順で考察をしてみたい。

第１章　根保証理論をめぐって――継続的保証説vs根担保説

1　改正保証法までの議論[2)]

⑴　個別債務根保証（継続的保証説）

(a)　基本的理解（西村理論）

現在は民法の用語にもなっているため「根保証」という用語が定着しているが、この議論のパイオニアである西村博士は「継続的保証」の名の下に議論をしていた。根保証契約を「継続的契約関係」と理解して、こう命名したのである[3)]。

用語であるが、「根保証」という用語が汎用的な用語として民法に採用されているため「継続的保証」vs「根保証」という使い分けができなくなっている。しかし、この２つの対立は確定前に個別の主債務に対応した保証債務が成立するのか否かにあるため、「継続的保証」を**個別債務根保証**と呼んでおきたい。個々の主債務が発生するごとに保証契約をするのを省略し、包括的に行う保証契約である。

西村博士は、「継続的保証」（個別債務根保証）を「継続的債権契約の特質を具えている保証契約を指称する」といい、「継続的保証にあっては、保証人は、保証契約成立後その終了に至るまで、終始、継続的に、抽象的基本的保証責任を負担し、契約所定の一定の事由の発生するごとに、この基本的保証責任から派生的に発生する支分債務としての具体的保証債務を負担する」という[4)]。

(b)　主債務ごとに保証債務が成立――権利行使も随伴性も肯定

抽象的基本的保証責任と支分債務としての具体的保証債務という説明は、利息債権につき「基本権たる利息債権」と「支分権としての利息債権」という使い分け[5)]を彷彿させる整理である。しかし、前者を「債権」「債務」と構成する必要があるのかは疑問であり、そのためか、西村博士は「抽象的基本的保証責任」という表現を用い、「債務」とは表現していない[6)]。

2）多くの教科書はいずれかの立場を明らかにしていない。しかし、判例も含めて、任意及び特別「解約権」を問題にしており、また、包括根保証人の死亡の場合に、既に発生した個別の保証債務の相続は認めるという議論を展開しており、継続的保証説の大きな影響を受けているということができる。

3）西村信雄『継続的保証契約の研究』（昭27）参照。

4）西村信雄編『注釈民法⑾』（昭40）144頁［西村］。

5）例えば、我妻栄『新訂債権総論』（昭41）43頁、於保不二雄『債権総論（新版）』（昭47）53頁。この整理に批判的なものとして、近江幸治『民法講義Ⅳ〔債権法総論〕（第２版）』（平12）41頁、淡路剛久『債権総論』（平15）34頁。

6）これに対し、林良平（安永正昭補訂）・石田喜久夫・高木多喜男『債権総論（第３版）』（平８）462頁［高木］は、「かかる保証契約からは、抽象的な基本的保証債務が発生し、具体的な保証債務は、与信契約から具体的な主塗る債務が発生するとともに発生する」と明記する。鈴木禄弥『債権法講義（改訂版）』（昭和62）325頁は、「全体としての保証債務」は、個々の主債務が消滅しても「消滅しない」という表現を採用している。

継続的保証説では、保証の対象となる主債務が発生するごとにそれに対応する「具体的保証債務」が成立する。いわば主債務が発生するごとに通常の保証債務が成立し、個々の主債務につき格別に保証契約をするのを省略しているだけである。主債務ごとにその数に対応する数の保証債務が成立する以上、①主債務の履行請求ができるならばそれについての保証債務の履行を請求でき、また、②主債務に対応する債権が譲渡されれば、それについての個々の保証債務も随伴するはずである。それ以外の次の２点を確認しておこう。

❶　**保証債務の個数**　　１つの保証契約により、α債権及びβ債権の２つの債権（債務）を担保する場合に、

①債権ごとに保証債務が成立するのであろうか（仮に**複数債務説**といっておく）、それとも、
②１つの保証債務が成立しそれにより複数の主債務が担保されるのであろうか（仮に**単一債務説**といっておく）。

この点、目的物ごとに個数を計算する抵当権とは異なりあえて１つの担保（１つの保証債務）とする必要性はなく、複数債務説によるべきである。個別債務根保証においても同様に考えるべきである。根保証では単一債務と構成して１つの保証債務が主債務の増加と共に雪だるま式に拡大するのではない。主債務に対応する債権の一部が譲渡された場合に、主債務合計額が極度額を超えている権利関係をどう理解するかは大きな問題であるが、この点は後述する。

❷　**具体的保証債務は何の効力で成立するのか**　　個別債務根保証では個々具体的な保証債務は「何の効果」として成立するのであろうか。予約というと債権者の予約完結の意思表示が必要になり迂遠であり、保証契約の要件を充たした主債務が発生したらそれを担保する保証債務が成立するという包括的な停止条件つきの保証契約と考えるべきである。条件が成就すれば個別保証契約がその都度成立するという契約の効力が発生・継続しており[7)]、それを終了させることが問題になる。

では、個々の保証債務を発生させる点を根保証契約から抜き出して、これを

「抽象的基本的保証責任」や「基本的保証債務」と構成すべきであろうか（担保債務説については後述）。停止条件つき契約において、条件が成就すれば債務が成立することそれ自体を「債務」という必要はない。権利の側からは条件付き権利とか期待権とか称されるが、条件により約束された効果が発生するという拘束力を債務と構成する必要はない。条件つき合意の効力（拘束力）は、契約と同時に発生しており（条件成就前でも契約は有効）、その契約の効力（拘束力）により条件成就により債務が成立するというだけである。

⑵　確定時債務根保証（根担保説）

⒜　基本的立場

❶　我妻博士の改説　　継続的保証説が支配的理解であった時代に、我妻博士が改説を宣言して、「根保証・信用保証においても、保証人の一般財産による責任が現実の担保価値として把握され、将来その保証が実現される際に、確定された債権によってその帰属と数量が決定される――それまでの経過における被担保債権の変動とは無関係である――とみるのが、両者（筆者注：根抵当・根保証）共通の理論として、事柄を明瞭にするであろう」と述べた[8]（当時は根抵当権も立法前）。明確ではないが、根抵当権と同様の特殊な根担保としての扱いを志向しようとしたのである。「確定」といった概念を導入するなど根担保説の土台がここに見出される（用語も「根保証」による）。

❷　「根保証」法理（根担保説）への展開　　その後、我妻博士の示唆した根抵当権・根保証「両者共通の理論」という方向を発展させ、将来の確定時に存在する保証されるための要件を充たした不特定多数の主債務を保証する契約として、根抵当権に倣った「根保証」法理が次第に形成されていく。本稿では、この「根保証」（狭義）を**確定時債務根保証**と呼んでおく。

7）停止条件つき契約は、無効なのではなく、停止条件が成就したら合意された効果が発生するというペンディングな効果は既に発生しているのである。無効ならば条件成就しようと何らの効果も生じない。

8）我妻・前掲書462～463頁。

①銀行実務家の石井眞司氏により本格的に「根担保」という上位概念を設定して根保証と根抵当権とを性質に反しない限りパラレルな規律をすることが検討され[9)]、②学説においても鈴木禄弥教授が、根保証への根抵当権規定の類推適用を支持し[10)]、③すぐ次に述べるように学理的に荒川教授をこれを発展・集大成し、④松本教授の基本的な支持を受ける[11)]。しかし、西村説（継続的保証説）が通説的な影響力を誇っている学説状況の下では、債権総論の教科書において積極的にこの根担保説を支持する学説は少なく、改正保証法制定当時も未だ学説としては浸透していたとはいえない状況であり、これは改正保証法施行後もとりたてて変わってはいない。

❸ **荒川教授の根保証法理**　根担保説を詳細に展開した荒川教授は、次のようにいう。

「『根担保法理』といった『統一的な法理』の形成の可能性を追求するという観点からするならば、『根保証』も、基本的には根抵当と同様の法的構造を有する保証のみを指すものとして用いることが適切であろうと思われる。すなわち、『根保証』とは、継続的関係から生ずべき不特定の債権を、将来の一定の時期（清算ないし「確定」期）において担保する保証……、したがって、いわゆる具体的・支分的保証債務は問題とならない保証をいうものとして捉えるべきであろう」[12)]。

確定時債務根保証では、根抵当権についての「確定」概念が導入され、継続

9）石井真司「根保証の法律構成の再検討（その１）～（その８・完）」手研286号４頁、288号22頁、291号４頁、295号４頁、299号18頁以下、302号４頁以下、315号16頁（昭54～55）、同「根保証への根抵当権の規定の類推適用」手研334号（昭57）143頁、同「限定根保証の法律関係」金法1000号（昭57）70頁以下、同「根担保と根抵当権」米倉明ほか編『金融担保法講座Ⅱ』（昭61）91頁以下。

10）鈴木禄弥「根保証人の解約権」『判例先例金融取引法』（昭54）186頁。

11）松本恒雄「根保証の内容と効力」加藤一郎ほか編『担保法大系第５巻』（昭59）238頁以下。また、槇悌次「根保証」遠藤浩ほか監修『現代契約法体系第６巻』（昭59）72頁も、根抵当権の規定が性質に反しない限り、根保証に広く類推されていくものと思われるという。同88頁は、根担保を統一的に把握する見地から、継続的契約関係の告知権ではなく、「確定をもたらす事由の１つとしての確定請求権として再構成すべきものである」という。

的保証法理の解約権、保証期間、終了事由は、それぞれ「確定請求権」「確定期日」「確定事由」と再構成される[13)]。ただ注意すべきは、根担保として統一的に理解できるものだけに「根保証」(「確定時債務根保証」)という言葉ないし概念を用いるというだけであり、支分的保証債務が問題となる継続的保証の可能性を否定するものではないことである[14)]。そのため、根担保説の提案の位置づけの評価は微妙である。譲渡担保の所有権的構成vs担保権的構成の議論とは異なり、契約自由の原則によりいずれの根保証も合意可能であり、実際に締結された根保証をいずれと認定すべきかが議論されるべきである。個別債務根保証のほうが「根保証」(広義)としてはより理想的であると評価するものであるといえよう。実務がそのように意識しているという実態分析としてまでは確言するものではない。

❹ **確定までは保証債務は未成立**　確定時債務根保証では、主債務の「確定」までは保証債務は成立しておらず、確定時に保証の要件を充たしている債務について保証債務が成立するだけである。根抵当権とは異なり、確定前に付

---

12) 荒川重勝「根担保論」星野英一編『民法講座別巻(1)』(平２) 190頁。根保証の法的構造を「『継続的関係から生ずべき不特定の債権を、将来の一定の時期(清算ないし『確定』期)において担保する保証、つまり、被保証債務の『確定』前においては保証債務は主債務の発生・消滅に付従せず、主債務の入れ替わり可能性が認められ、したがっていわゆる具体的・支分的保証債務は問題とならない保証』として捉えるときは、個々の被保証債務の発生と『確定』によって具体化する根保証人の『責任』とが明確に分離された形で現れることになる。つまり、根保証に関する後者のような把握の下においてはじめて、根保証と根抵当権は、『債務』と『責任』の関連構造においてもその共通性が指摘されうることになるのである」という(荒川重勝「根保証再論」立命249号［平９］51頁)。

13) 荒川重勝「根保証の『確定』」『鈴木禄弥先生古稀記念　民事法学の新展開』(平５) 199頁以下。鈴木・前掲論文186頁は、根抵当権の確定の趣旨を、性質の許す限り根保証の解釈に及ぼすことが妥当であるという。石井眞司「根保証の法律構成の再検討(その３)」手研286号(昭54) ４頁は、根保証に根抵当権の規定の類推適用を可能な限り認める(同「根抵当、根保証から根担保法へ」金法1088号［昭60］４頁)。

14) 荒川・前掲論文(民法講座別巻) 192頁は、「根保証」の「用語法」を広義には「継続的債権関係から現在および将来発生する不特定の債務の保証」とし、狭義で本文の根保証を用いる。そして、「継続的保証」は「狭義の根保証とは次元を異にするものとして用いる」という。

従性のない保証債務、いわば基本的保証債務とでもいうものを認める必要はない。確定時に要件を充たした主債務がある場合にそれを主債務とする保証債務が成立するという停止条件の合意があるだけであることは、個別債務根保証におけるのと同様である。

(b) **根担保説における根抵当権規定の類推適用――確定期日（保証期間）**

根担保説では、根担保という上位概念を設定して、根保証を性質に反しない限り根抵当権とパラレルな扱いをしようとする[15]。かなりの提案が改正保証法により採用されており、この点だけ見る限り、学理的な立場決定をしてはいないとはいわれるが、根担保説よりの立法が採用されているといった印象を受けざるをえない。内容については省略する。

2　保証についての新たな提案との関係

(a) **「担保給付」の法理**

於保博士は、「担保する給付」という概念を提案し、「不作為給付と同じく、担保意思が表現された状態」にすぎず、「終局的には担保実現のための与える給付がなされることもあるが、担保給付の本体は担保状態にある」という[16]。金山教授は、この於保理論を承継・発展させる提案をしている[17]（根保証を念頭にした議論である）。盗難保険において、保険契約者は、「保険者の担保する給付（安全）を見えない形であれ受けていると評価すべきなのである。保証契約においても、保証の要素の履行は同様に考えられる。つまり、債権者は主債務者との関係でいわば不払いの潜在的な被害者なわけであるが、その場合に備えて普段から保証人に担保する給付をなさしめているわけである」という。このように、①「担保給付」も給付と認めるだけではなく、②担保給付として「潜在的に『支払』の要素をも捉えよう」としており、②の点は於保理論とは異なるという（357頁）。「総体としての担保する給付は、時と共に、主債務者

15）荒川・前掲論文（民法講座別巻）201頁。

16）於保・前掲書25頁以下。

17）金山直樹「与える債務と担保する給付」『日本民法典と西洋法伝統』（平12）354頁以下。

の債務（不履行）の有無ならびに程度に応じて、その具体的内容が変容・発展しうるのだと理解することになる」(358頁)。フランスでは、ムウーリー教授による「(保証により）カバーする債務」(*obligation de couverture*）と「弁済をなすべき債務」(*obligation de règlement*）とを区別する提案は、学説に瞬く間に受け入れられ定着したが、於保理論は教科書の数行に思いつきのように書かれたため（依然として外国法を論拠にしないと相手にされないような時代であったとまではいえない)、日本では同様の着想であったが注目はされつつも学説による採用はされなかった。

(b) **保証「責任」説**

加賀山教授は、保証を物上保証と同様に「債務なき責任」と理解し、「物上保証人と保証人との違いは、前者が、担保に差し出した物の価値の範囲内で有限責任を負うに過ぎないため、一般財産からの弁済の責任を負わないのに対して、保証人は、主たる債務の額の範囲で無限責任を負うため、一般財産からの弁済の責任を負うことになる点だけである」という[18]（146頁)。不可分債務の債権者の債権、連帯債務の債権者の有する債権は認められるが、保証債権という用語はなく、それは、「債務者が債権者に負っている債務だけが本来の債務であり、債権者と保証人との間には、別の債権は存在しない」、「保証は、債権者と債務者との間の債権につき、保証人が責任のみを負っている」という(137頁)。

(c) **根保証への応用可能性**

担保給付法理は、根保証につき確定時債務根保証の立場に立ちつつ、確定前に保証人は「担保給付」をすべき債務を負担しているという主張と理解できる。しかし、先にみたように、停止条件の効力として債権者に期待権（条件付き権利）が成立し、保証人は停止条件付き契約によりその拘束を受けることを認めればよく（法的拘束力)、債務また「給付」を観念する必要はない。確かに、保険であれば保険でカバーする、宝くじならば当選により償金をもらえる

18）加賀山茂『現代民法担保法』（平21）137頁以下、145頁以下。

という期待を給付として受けている（いわば射倖的給付）、大学受験契約（入学契約ではなく）では選考して入学資格が認められるかどうか判定してもらうといった「給付」を問題にできる。保証では停止条件付き保証契約を締結したのでその効力（拘束力）を受けるため、保証人は覚悟をすべきであり債権者はこれに期待できるというだけである。次に、保証「責任」であるが、債務を責任に変えても、確定時債務根保証においてその「責任」が停止条件付きであることに変わりがない。

以上のように新たな２つの説明は本稿では採用せず、先に述べた停止条件付き保証債務という構成を、個別債務根保証及び確定時債務根保証のいずれの事例についても維持すべきであると考える。

３　改正保証法と根保証理論――未解決にされた問題

⑴　立法関係者の説明と不可解な規定

⒜　確定という用語

改正保証法は「確定」という用語を導入しているが、根担保説の採用する根抵当権とパラレルな概念である「確定」法理を導入するものではなく、この時点以後の債務は保証対象にならないということを示す程度の概念として導入したのである。「確定」という用語（また概念）を導入したことで、従前の根保証をめぐる法律関係を根抵当権と同様に規律しようという意図、要するに根担保説に依拠しようとする意図ではなかったことは立法担当者が明言している[19)]。

⒝　根保証理論について

⒜から分かるように、改正保証法は根保証理論について継続的保証説と根担保説のいずれの立場に依拠して立法がされたわけではない。法制審議会における保証規定の改正委員会の座長を務めた野村教授は、「個々の債権との関係は、議論していないといえば議論していないと思います」と述べ[20)]、同委員会の委員であった松本教授も、「確定」という概念を採用したが、根保証の本質、確定前請求や随伴性については、改正保証法は何もいっておらず判例・学説の解釈に委ねられると評している[21)]。

改正保証法は２つの根保証のいずれも否定しておらず、いずれにも改正保証法は適用されるため、「確定」とは、個別債務根保証では保証期間の終期を意味し、確定時債務根保証では正に保証される債務を確定することを意味することになる。ところが、平成24年判決の原審判決は、「根保証の場合に、根抵当権のように明文により随伴性が否定されていないということは、まさに、根抵当権と異なりむしろ随伴性を肯定する趣旨である」と、民法の規定を根拠にして確定前の随伴性を認めている[22)]。しかし、随伴性について何も規定していないことは肯定・否定のいずれとも評価すべきではないはずである。平成24年判決が、原審判決とは異なり、民法規定を根拠にするのではなく契約解釈により解決したのは適切であった。

(c) 465条の４第１項の理解

ところで、改正保証法では気がかりな規定があり、それは「債権者が……保証人の財産について……強制執行又は担保権の実行を申し立てた」ことを確定事由として規定する465条の４第１号である。起草者の意図は不明というしか

19）座談会「新しい保証制度と金融実務(上)」金法1735号（平17）23頁［筒井健夫発言］は、「元本確定期日」という言葉は、従来の金融実務における用語では「保証期間」になるが、保証期間というと、その期間を経過すると、それ以後生じた主債務は保証されないというだけなのに、その期間をすぎたら保証人として何ら責任を負わなくなると誤解されそうなので、根抵当権についての言葉を流用したということである。改正保証法で「確定」という根抵当権で用いられているのと同じ用語が導入されているが、「確定前の法律関係についてまで根抵当と同様に取り扱うべきものとはしていない」、398条の７のような確定前の随伴性を否定する規定を置かず、「これらの点については、従前どおり契約自由の原則を基礎とする解釈論に委ねられている」という（筒井健夫・吉田徹編著『改正民法の解説［保証制度・現代語化］』［平17］34頁以下も同様）。

20）座談会「保証制度の改正」ジュリ1283号（平17）67頁［野村豊弘発言］。

21）座談会「新しい保証制度と金融実務(下)」金法1736号（平17）24頁［松本恒雄発言］。

22）学説でも、「保証期間」や「解約」という言葉を排して「元本確定期日」という用語を導入した「意図」が、解釈において考慮されている（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［平17］10頁）。但し、確定前請求・随伴性という問題点は、根保証の本質をどう捉えるかという大きな問題が背景にあるから、なお検討は続けられるべきであるという（山野目・前掲論文11頁）。

ない[23]。この規定を根保証理論に中立的に解釈すれば、いずれの根保証も改正根保証法では可能なので、①保証債務以外の保証人に対する債権による強制執行・担保権の実行の事例、または、②確定前に保証人への履行請求できる個別債務根保証の事例についての規定、更には、③確定時債務根保証でも、保証人への請求を確定事由と認める規定と考える必要がある[24]。

⑵　根抵当権と根保証の違い

根抵当権では、被担保債権が複数であろうと抵当権は１つであり、抵当権を一度実行することしか考えられないが、根保証をこれとパラレルに考える必然性はない。根抵当権という制度を知らなければ、根保証は個別に保証契約をすることを省略しただけであり、個別の保証契約の束に過ぎないと考えるのが素直であろう（フランスには根抵当権はなく、また、根保証において確定や確定前の履行請求、随伴性といった議論はない）。

改正保証法前には根担保説からの強力な主張があったが、民法（債権法）改正において議論になってからは、慎重な意見が多い。①根保証は契約自由の原則により規律されるのに対して、根抵当権は物権法定主義による厳格な規律がされること、②根保証では根抵当権のように後順位抵当権者を考える必要がないこと[25]、③根抵当権とは異なり部分的な実行ができる（１つの抵当権が成立

23）立法関係者の説明はこの点を意識した説明をしていない。吉田・筒井・前掲書47頁は、「債権者が保証人に対する強制執行の申立てをした場合には、それが保証債務の履行を求めるものであると保証債務以外の債務の履行を求めるものであるとを問わず、保証人の資産状態が悪化しているという債権者の認識が表示されたと見ることができるから、その後に債権者が主たる債務者に対する融資を行った場合には、その融資は、保証人の資力を当てにしないで行われたものと見るのが衡平に資すると考えられる」と説明するだけである。下線部分の保証人への履行請求がどうしてできるのか、熟慮の上で立法されたとは到底いえないところである。

24）なお、個別債務根保証で、債権者による保証人の財産に対する強制執行の申立てを確定事由と解釈するとしても、債権譲渡があった場合の譲受人による強制執行を465条の４第１号に含めるべきではない。債権者・保証人間の契約関係を終了させるのは債権者による強制執行だけに限定されるべきである。

するのとは異なり、主債務ごとに保証債務が成立しその履行請求ができる［個別債務根保証が前提］)、等の差が強調されている[26)]。

根担保説も「根」という点での共通性を強調するだけで、物権・債権の「性質」の差は認めて「性質に反しない限り」という限定をしており、狭義の根保証（確定時債務根保証）しか認めないというものではなく個別債務根保証の合意も認めるのである。

4　根保証理論の意義

改正保証法が根保証理論について立法的制限をしていないため、契約自由の原則に任され、個別債務根保証も確定時債務根保証もいずれの合意も有効である。請求権競合論における競合説vs不競合説、譲渡担保論における所有権的構成vs担保権的構成のようにいずれかという二者選択の理論ではない。では、根保証理論をめぐる２つの学説の対立はどのような意味を持つ議論なのであろうか。

単純に考えれば保証契約を何度も締結するのを省略しただけ――予約だと予約完結の意思表示が必要なので停止条件と考えるべき――と考えられ、継続的保証説（→個別債務根保証）が当然視されるはずである。ところが、根抵当権理論の確立と共に根抵当権のような構成を理念型と考える学説により、根担保説（→確定時債務根保証）が提案されたが、これは、①実務を追認するものか、それとも、②実務に対して理想の根保証を推奨するだけの理想の設計図の提示にすぎないのか、かならずしも判然とはしない。

しかし、日本では我妻博士の提案後に根抵当権が立法により実現され（昭和46年)、その結果、実務の感覚として根抵当権の保証バージョンとして根抵当

25）石田喜久夫「銀行取引と保証契約」同『金融取引法の諸問題』（昭57）207頁（初出『銀行取引法講座下巻』［昭51］）は、根抵当権では後順位の用益権者・担保権者や第三取得者との兼ね合いを考えなければならず、極度額の定めや被担保債権の限定が必須になるが、根保証については契約自由であるが、保証人を過酷な責任から保護する必要があるという。

26）中原利明「保証」金法1874号（平21）56頁。

権とパラレルな理解が浸透している可能性を捨てきれない。もしそうだとすると、当初は別として、現在の根担保説の意義は、理念としての提案、実務推奨、立法論を超えて、明確にいずれと合意されていない場合に、確定時債務根保証と認定すべきであるという提案として評価することができる。

以下には、確定前の履行請求（→第２章）と随伴性（→第３章）についてのこれまでの議論を紹介し、その後に分析をしてみたい。

第２章　確定前の履行請求

１　議論の意義の確認

確定前の根保証人への請求は、個別債務根保証では可能、確定時根保証では不可能となる。請求できる・できないという議論がされているのには違和感を覚えるが、それは実際にはいずれの根保証がなされているのかをめぐる主張と評価するしかない。「理論的に」いずれかの根保証しか認められない、請求可能か不可能かいずれかしかありえないというのではない。

従来の議論はどちらかというと否定説が優勢のようにみえると評する論稿があるが[27]、我妻説のポイントを多めに評価した嫌いがあり、少なくとも改正保証法後は、肯定説の支持者のほうが多い印象を受ける。

２　確定前履行請求否定説（否定説）

⑴　否定説の主張

継続的保証説が支配的であった時期に、我妻博士は、「基本関係が正常に係属している間は、債権者は、特別の定のない限り、個々の債務について保証人に請求することができ」ないとするのが、①制度の趣旨また②当事者の合理的な意思にも適するという主張をしている[28]。

この説明から読み取るべき点はこうであろう。いずれの根保証の合意も可能

27）佐藤正謙・村上祐亮「保証」NBL 925号（平22）100頁。
28）我妻・前掲書475頁。

であるが（下線部分）、原則として確定時債務根保証の合意と考えるべきであり、その根拠は、①根保証をめぐる当事者の利害関係の合理的な規律からいって確定時債務根保証が適切であり、また、②それ故に当事者の通常の意思は確定時債務根保証を締結するものと考えるべきであることである。否定説を基礎づける論理として、根担保説（→確定時債務根保証）が探し出されたものであり、単なる理念ではなくいわば取引通念に基礎づけていたことは、単に立法論に止まらない議論として評価すべきである。根担保説から改正保証法前からこの結論が主張されていたが[29]、改正保証法後も否定説は新たな支持者を増やしている[30]。

⑵　否定説に対する批判

否定説に対して提示されている批判をいくつかみてみよう（否定説への批判・反論は肯定説への批判・反論と裏表の関係になる）。

⒜　債権者に酷

まず債権者の保護に欠ける、例えば、５年の保証期間を定めた場合に、５年経過するまで保証人に請求できないというのは適切ではないと批判される。これに対しては、債権者に確定請求権を認めれば足りると反論することが考えられる[31]。これに対する再批判としては、それではそれ以降に生じた主債務について保証人の責任追及ができなくなって不都合であるという批判が考えられる。否定説からの再反論として、主債務者に信用不安がなければこれから回収すべきであるし、主債務者に信用不安があるのに保証人から回収することを考えて主債務者と取引を継続すること、保証人を犠牲にして保護すべき正当な期

29）加藤一郎・鈴木禄弥編『注釈民法⒄』（昭44）329頁［鈴木禄弥］、荒川・前掲論文（民法講座別巻）189頁以下、松本・前掲論文242頁等。

30）上甲悌二「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』（平20）237頁、前掲座談会「新しい保証制度と金融実務（下）」［村田利喜弥発言］は、確定前に保証人に履行請求できるのは「理論的におかしい」という。

31）山野目・前掲論文11頁。既に、林良平「根保証人の代位弁済と担保権の移転」手研307号（昭56）75頁は、債権者の請求を根保証の確定とみる可能性を認める。

待といってよいのか疑問になるといえよう。但し、再々批判として、極度額までは保証人は覚悟すべきであるという批判が考えられる。

(b) 保証人が任意に支払ったら不都合

確定前には保証債務が成立していないので、確定前に保証人が任意に支払った場合に――第三者弁済なので主債務に個別の担保がついていればそれへの代位は可能――、保証債務の履行がされたことにはならず、極度額からその額分引かれないのではないかという疑問がある。確かにこの問題はある。根保証人に任意の確定請求権を認めるのは、債権者の利益を害する。しかし、保証人が請求もされずに支払うということはありえず、❶のように債権者の保証人への請求を確定請求権の行使と考えさえすれば、問題は解決されるであろう。またきわめて例外的に主債務者に依頼されて支払った場合には、通常の第三者弁済であり、立法論としてはこの場合にも極度額が減少することを認める規定を置くことで解決すべきである。

(c) 465条の4第1号と抵触する

465条の4第1号は、確定前に保証人への請求ができることが前提になっており、否定説はこの規定に抵触するという批判も考えられる。しかし、先に述べたように、改正保証法はいずれの立場に依拠するか決めず中立的・汎用的な立場から規定を置いたのであり、改正保証法の規定を根拠とするのは正当な主張ではない。

3 確定前履行請求肯定説（肯定説）

(1) 肯定説の主張

改正保証法前は、議論は根担保説（→確定時債務根保証）の側から言及されるため否定説の主張ばかりが目につく。しかし、改正保証法前でも、継続的保証説は、当然視しているためか明示的にこの点を論じるものが殆どないが、債権者は主債務について個別に履行期が到来すれば保証人に履行請求できること、また、保証が弁済者代位の対象になることが認める主張はあった[32)]。

改正保証法後は、改正保証法が適用になる限定根保証について[33)]、根保証

理論についての立場を明らかにしないでポイントごとに論じる傾向があるが[34]、確定前の履行請求を肯定する論稿が増えている。その理由は、①債権者の要請が充たされること、②限定根保証について、保証人が履行した金額分極度額から責任が減少すると考えれば保証人を害することはないこと[35]、③また、465条の4第1号は肯定説と整合的であること[36]（改正保証法の規定を根拠にするのが適切ではないことは既に述べた）、④更には、実際の根保証契約の文言にも適合的であることである。銀行関係者の論稿は当然ながら肯定説を採用し[37]、ある銀行実務家は、元本確定期日前に主債務の支払いが滞った場合に、確定前に保証人への請求を認めないというのは、「債権者にあまりにも酷であるし、実務感覚からも遊離する」と強調する[38]。

⑵　肯定説に対する批判

肯定説への批判は、結局のところ否定説との、結果の妥当性についての価値観の差にあるといっていよい。肯定説のほうが債権者保護に資するのに対し

32）西村・前掲書81頁、前掲注釈民法⑾144頁、154頁［西村］。林良平「根保証人の代位弁済と担保権の移転」手研307号（1981）76頁（我妻説によっても、保証人への履行請求を確定事由とすることが考えられるという［398条の20の類推適用という］）。改正保証法後の論稿であるが、吉田光碩「貸金等根保証契約における保証債務の随伴性」判タ1214号（平18）75頁は、この提案に賛成する。

33）保証人が何度も履行しなければならないとなると、極めて重い責任を負うことになる（注35）参照）。

34）これは批判されるべきではなく、好ましい傾向であろう。理論先行ではなく、先ず結果の妥当性を考え、それを実現できる法的構成はいずれかを考える思考パターンによるべきだからである。

35）例えば、山野目・前掲論文9頁、中田裕康『債権総論（新版）』（平23）499頁、能見善久「根担保――根保証を中心に」『担保法制をめぐる諸問題』（平18）9頁。能見・前掲論文8頁は、包括根保証については、根抵当権と同様に、保証人に履行請求するためには元本を確定させなければならないという。

36）中原・前掲論文57頁は、465条の4第1項は、債権者が保証人の財産に対して強制執行ができることを論理的な前提としており、そうである以上、保証債務の履行を請求することを許しているというべきであると評する。

て、否定説は保証人保護に資することになり、いずれの結論を是とするかという評価の差がみられる。

肯定説への批判とこれに対する反論は、先にみた否定説への批判とそれに対する反論の裏表であり、債権者の保護としては確定請求権を認めればよいと批判するのに対して、それでは保証期間内極度額まで保証の利益がうけられるはずの債権者の利益を不当に害し、保証人は極度額を覚悟しているので支払った分に応じて極度額を減らせばその保護として十分と反論されることになる。

第３章　確定前の随伴性――確定前に譲渡された債権への保証の効力

１　はじめに

根抵当権につき民法は、「元本の確定前に根抵当権者から債権を取得した者は、その債権について根抵当権を行使することができない。元本の確定前に債

37）前掲座談会「新しい保証制度と金融実務（下）」22～23頁［河野玄逸発言］は、確定前の保証人への請求を当然視する。同24頁では、主債務に対応する個別保証債務が既に成立しているという立場を採用していることを、確定前請求肯定の前提として述べる。同24頁［岡本雅弘発言］も河野意見に賛成し、債権者が確定させて請求できないと、保証は使えないツールになってしまうという。

中原・前掲論文57頁も履行請求を認める（根拠は465条の４第１号）。銀行で使われている根保証の保証文言は「……現在および将来負担する一切の債務について保証する」となっていて、「主債務が発生するごとに保証債務が発生することになり、元本確定時に存在する主債務を保証することを合意しているものではない」という（同57頁）。請求できないのは、債権者にあまりにも酷であり、実務感覚からあまりにも乖離するという。これは銀行側からの見方であり、消費者保証人には明確ではなく、実務感覚も銀行側の実務感覚に過ぎない。

その他肯定説として、能見・前掲論文９頁、岡本雅弘「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1783号（平18）５頁、内海順太「新保証制度における元本確定に関する検討」金法1759号（平18）37頁、佐藤・村上・前掲論文101頁、長谷川貞之「貸金等根保証契約の適用範囲とその外延」椿寿夫ほか編『法人保証・法人根保証の法理』（平22）176頁がある（確定前に保証人が任意に支払った場合には、極度額の減少を認めるべきであり、肯定説のほうが減少を認める理論的な難点は少ないとして肯定説を採用）。

38）中原・前掲論文57頁。その他、佐藤・村上・前掲論文101頁も肯定。

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」と規定した(398条の７第１項)[39]。これは根抵当権では１つの抵当権のみが成立し、随伴性を認めると抵当権の準共有により法律関係が複雑になるので、これを避けるという政策的な考慮に基づく（強行規定)。根保証では、１つの基本的根保証債務で複数の主債務が担保されるわけではないので、根抵当権のような考慮は必要ではない（平成24年判決の原審判決が強調した点である)[40]。なお、従来の実務の考え方は「随伴性なし」というのが一般的であるとも評されるが[41]、実務は逆という意見もあるので（後述の法制審議会での議論)、実際の運用実態は確かではない。

２　随伴性否定説（否定説）[42]

⑴　改正保証法前

根担保説（確定時債務根保証説）は、確定前の随伴性も否定する。例えば、石井氏は随伴性を否定し、その理由として、①もし随伴性を認めると、同一人

39）しかし、根抵当権の一部譲渡（398条の13）及び被担保債権の範囲の変更（398条の４）により、譲渡された債権を根抵当権によって担保することは可能であり、これにより随伴性を認めるのと同じ結果を実現することができる（鈴木禄弥『根抵当法概説(新版)』［平５］298頁参照)。

40）なお、小賀野昌一・原田真希「新しい個人保証制度について」金判1204号（平16）５頁によれば、随伴性については特に規定を設けず、根抵当権のように制限規定を置く必要はなく、実務では随伴性が認められると考えられており、実務上制限する要請が特にないため、根抵当権のように制限規定を置かなかったということである。

41）澤重信「貸金等根保証契約と実務上の留意点」銀行641号（平18）16頁。座談会「セミナー根保証」鈴木禄弥ほか編『金融取引法大系第５巻』(昭59）438頁［吉原省三発言］は、「……将来の一定時期における債務を保証しているわけです。ただ途中の債務を個別的に保証しているわけではないからその段階で債務が処分されても随伴性はない」という。明らかにその前提に根保証＝確定時債務保証説の理解が前提にある。同座談会442頁の吉原、石井眞司発言は随伴性否定（石井発言は398条の７を類推適用)、鈴木禄弥発言もこれを聞いてそのような気がしますと賛成。サービサーの実務では、随伴性の有無についての結論が明確ではないことから、保守的に、根保証が随伴しないことを前提とした運用をしているということである（後述『概要』847頁)。

が根保証人になると同時に根抵当権を設定している場合には、一方（根保証）は随伴し他方（根抵当権）は随伴しないという複雑な関係になる、②包括根保証の場合には、複数の債権者のために包括根保証をしたのと同じことになる、③限定根保証の場合に、譲受人は極度額めいっぱい保証されると思っていたのに、その後の債権者（＝譲渡人）の債権の存在により予期せぬ結果を生じることなどを挙げる[43)]。この結論から確定時債務根保証が妥当であることを根拠づけている。また、鈴木禄弥教授も、根担保説によって随伴性を否定するほうが、「法律関係の複雑化を回避しえ、かつ、保証人の通常の意思にも適合するから、妥当というべきであろう」という[44)]。譲受人の保護という問題は、随伴

42）保証債務の随伴性について述べたものではないが、我妻博士は、先の確定前の履行請求を否定する立場から、保証人による弁済者代位についてであるが、次のように述べる。

「保証人は、たとい個々の債務について弁済をしても、代位権は行使しえないと解するのが正当であろう。けだし、前段に述べたように、信用保証は、取引関係が正常に継続する間は、発生変動する債務を全体として保証するものであって、債権者も保証人に対して個々の債務について請求しえないものと解するのが正しいとすれば、保証人もまた、その継続中は、その関係を全体として担保する物的担保権を債権者に代位して実行することはできないと解すべきことはむしろ当然だからである」（我妻・前掲書476頁）。

これも理論的にすっきりしていないと言わざるを得ない。確定まで保証債務がないからとは断言していない。保証人としてでなくても第三者弁済であることは確かであり、代位否定は代位の対象たる物的担保のほうに理由を求めているといえる。未だ根抵当権の随伴性を否定する規定がなかった時代の議論であり、現在では、根抵当権の随伴性を否定する明文規定がおかれたので、根保証＝個別保証集合説により保証人としての履行であるとしても、極度額は減るが根抵当権に代位はできないのは当然である。問題は個々の債務について個別の抵当権が設定された事例であるが、これについては何も述べていないといわざるをえない。

43）石井眞司「根保証の法律関係の再検討（その３）」手研291号（1979）６頁。同「根担保と根抵当権」米倉明ほか編『金融担保法講座Ⅱ』（昭61）87頁も随伴性を否定する（被担保債権に質権が設定された場合に、質権の効力は根保証に及ばないとし、代位弁済も否定する［88～89頁］）。同「根保証への根抵当権の規定の類推適用」手研334号（1982）114～115頁も398条の７の類推適用を肯定（質入れ、転付命令も同様に扱う）。

44）鈴木禄弥編『新版注釈民法⒄』（平５）480頁［鈴木禄弥・山本豊］、旧版328頁以下［鈴木禄弥］も同様）。我妻博士の履行請求の否定と同様に、結果の妥当性＋（それ故の）当事者意思への適合性が根拠になっているといえる。

性に特殊な問題点である。確定前の履行請求は保証人との関係での議論であったが、随伴性の問題は譲渡人と譲受人との利害調整も必要になるのである。

⑵　改正保証法後

⒜　原則として否定

改正保証法後は、根保証「契約」の特質から随伴性否定説を根拠づける試みが提案されている[45]。即ち、能見教授は、「根保証契約を締結した者が優先的ないし独占的に保証の利益を受けるものとして設定される保証であるとするならば、債権譲渡によって債権譲受人が保証の利益を受けるというのは適当ではないということになろう。そこで、根保証の性質から、この問題に関しては根抵当権の規定を類推適用して解決するのが適当である」という[46]。

限定根保証に限定しての議論であるが、債権者が主債務者との間の継続的な取引関係から生じる債務が残っている以上、根保証は根保証契約の当事者である債権者の債権を担保するために優先的に（独占的に）使われるべきものであるというのである。いわば根保証契約の当事者たる債権者に対してのみ保証的効果が及ぶという内容の契約をしているものと推定するものと評し得ようか。なお、判例には一般論として否定説を宣言する判決があるが、確定後の譲渡の事例である[47]。

⒝　明示的特約があれば例外可能

❶　根担保説（→確定時債務根保証）では　①契約自由の原則からいって、確定時債務根保証を原則と考える立場でも、明示の合意があれば随伴性の認められる個別債務根保証も可能なはずである。②他方、確定時債務根保証では、確定前には個々の保証債務は成立していないのでその随伴性を語りえないが、根保証契約と同時に確定時に条件を充たした債務があればそれについて保

45）継続的保証説の立場に立つようであるが、吉田教授は、随伴性を否定して、債権が譲渡されても「根保証債務は移転しない」という説明をして、債権者が常に極度額まで保証されることを認める（吉田・前掲論文［判タ1214号］75頁）。

46）能見・前掲論文８頁（弁済者代位も否定する）。

証債務が成立するという「保証的効力」が発生しており、譲渡された債権が確定時まで存続しているだけで「保証的効力」を認めることも、確定まで債権者に帰属することを停止条件として要求することも可能である。原則否定説は、通常は後者の意思であり、例外的に明示的な合意があれば肯定してもよいと説明をすることが可能である。

❷ **継続的保証説（→個別債務根保証）では**　確定前の履行請求を認め個別債務根保証に依拠しているのに、随伴性については原則として否定する主張がされている。例えば、中田教授は、「根保証契約をする当事者の意思に鑑みれば、原則としては、随伴性はなく、明確な規律を伴う合意のある場合にこれを認めるということになるのではないか」という[48]。長谷川教授も、法律関係の複雑化・無用な混乱を招くことが予想されることから、原則として随伴性を否定し、明確な規律を伴う合意がある場合に限り随伴性を認めるという考えを採り、同様の理解である[49]。個別債務根保証の事例では、確定前に既に具体的保証債務が成立しているので随伴性が認められるのが原則であり、随伴性を否定するためには随伴性を否定する特約が必要になる。譲渡禁止特約の場合には債権が移転しないだけであるが、ここでは保証債権が消滅すると考えざるをえない。

個別債務根保証を前提とし、主債務ごとに保証債務が成立しているにも拘わらず、随伴性を否定するということを理論的にどう説明すべきであろうか。債

47）千葉地判平21.3.19金判1337号46頁は、「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」と、一般論としては否定したが、破産宣告後（＝確定後）の譲渡であったため事案では随伴性を肯定している。そのため、事例では必要のない傍論であった。なお、中原・前掲論文59頁によると、未公刊の東京地判平17.8.29が随伴性を肯定しているということである。

48）中田・前掲書499頁。

49）長谷川・前掲論文176頁。

権者に保証債務に対応する保証人に対する債権の成立を認める以上、保証人に対する債権も移転するはずである。これを否定するのは、債権譲渡禁止特約に準ずる特約によることが必要であろう。そうすると、譲受人の保護との調整という問題は、譲渡性の制限に準じて466条２項の類推適用が可能であろう。

この点、随伴性否定事例は確定時債務根保証、随伴性肯定事例は個別債務根保証と認定すればよいと思われる。但し、譲受人が後者だと思っていたのに前者であった場合のことを考えると、466条２項但書を類推適用できるこの考えは捨てがたい。しかし、根保証契約書が明確ではない場合の認定ルールを決めておきさえすれば、譲受人に契約書を調査することを要求してよいであろう。

３　随伴性肯定説（肯定説）

改正保証法以前から随伴性について肯定説の主張はあった[50]。当時の個別債務根保証を念頭におく継続的保証法理からは当然の結論である。改正保証法後も、根保証を根抵当権と同様に考える論理的必然性はないとして、個別保証の集合体という根保証の理解に基づいて、確定前の履行請求のみならず随伴性も肯定する主張がなされている[51]。野村教授は、被保証債務総額が極度額を超える場合に、どの債務が保証の対象となるのかに関して明確な規範（当事者の合意、合意がなくても弁済充当規定による）があれば、随伴性を認めてもよく、「とくに、債権譲渡の当事者が根保証によって担保されていると考えているかどうかが重要な判断要素である」という[52]。譲渡の当事者、即ち譲受人の意識を持ち出しているところは注目される。

50）前掲座談会「セミナー根保証」438頁［鈴木正和発言］は、根抵当権みたいに法律で随伴性を否定していない以上は、「当然随伴性も出てくる」と主張する。

51）中原・前掲論文58頁。

52）野村豊弘「根保証の随伴性」金融法務研究会編『担保法制をめぐる諸問題』（平18）19頁。

4　随伴性を肯定した場合の権利関係

(1)　個別債務根保証の事例では

個別債務根保証では、個々の債権に対して具体的な保証債務が成立し、債権が譲渡されるとそれが随伴し、確定前でも保証人への履行請求ができる。問題は、総債権額が極度額を超えている場合である。例えば、極度額50万円の根保証で、α債権100万円が成立しこれを譲渡後、β債権100万円が成立した場合、保証債務はどうなるのであろうか。α債権につき50万円の保証債務が成立するが、β債権には成立しないのであろうか[53)]。そうではなく、根保証の被担保債務の基準を充たす以上は、すべて根保証の被担保債権になると考えられ、その結果として一部保証同様の関係になるが、複数の債務が保証されかつ一部保証になる権利関係をどう理解し、また、債権の一部の債権が譲渡されたらどのような権利関係になると考えるべきであろうか。いくつかの考えが可能である。

(a)　保証責任のみの限定

200万円の主債務に対して200万円の保証債務が成立するが、保証人の責任（強制力）が50万円に制限されるだけと考える可能性があり、それをここにあてはめると、主債務α及びβに対応してそれぞれ100万円総額200万円の保証債務が成立するが、その責任が極度額50万円に限界づけられることになる。α債権が譲渡された場合、保証人はα債権を有する譲受人とβ債権を有する譲渡人

53）一部保証でも同様の問題は生じる。例えば100万円の債務について50万円の一部保証の場合には、①100万円の保証債務が成立して責任が50万円に限界づけられるのか、②保証債務が50万円になるのであろうか。通常は後者と考えられているであろうが、ここで債権の一部譲渡、例えば50万円の譲渡があったらどうなるのであろうか。ⓐ保証つきの債権部分かどうか譲渡に際して合意していないと、25万円ずつの保証債務に分かれるのか（保証人が50万円をいずれかに支払うと25万円分は無効［478条適用の余地はある］になる）、それとも、ⓑ100万円全体が保証されているので不可分性からして、債権者が２人になってもそれぞれの債権につき50万円を限度として保証されているという関係は存続し、その関係を実現する構成として、譲渡人と譲受人のいずれにも50万円の保証債務が連帯債務として帰属しているというべきか。２つの債権について特定保証をしかつ一部保証をした場合は、はじめから保証額を限度とした保証債務は２つ成立し連帯債務になると考えるべきである（抵当権の準共有とのバランス論からも妥当）。

のいずれに対して弁済しても有効であり、また、２つの債権の保証債務（保証債権）の効力は平等であり、譲受人と債権者（譲渡人）の請求が競合した場合には額に応じて平等に扱われよう。ただ、全額につき保証債務はあるとすると、保証人が極度額50万円を超えて支払った場合には全額有効になり返還請求ができなくなってしまう。

(b) **保証債務の限定**

やはり責任（債権の強制力）だけの制限ではなく、保証債務自体を制限するのが極度額であろう。そうすると、主債務が200万円の場合に保証債務も極度額50万円を限度として成立すると考えるべきであるが、主債務が複数ある場合にはどう考えるべきであろうか。いくつかの考えが可能である。

❶ **単一債務説**　保証債務は１つだと考える単一債務説では１つの50万円の保証債務によりα債権とβ債権とが重畳的に保証されることをうまく説明できる。しかし、債権譲渡があったらどうなるのか（債権者が２人になっても保証債務１つというわけにはいくまい）、疑問が残る。複数債務説が支持されるべきことは既に述べた。

❷ **複数債務説**

α) **分割債務説**　主債務ごとに保証債務の成立を認める複数債務説でも、先ず、保証債務を主債務ごとに分割してα債権とβ債権につきそれぞれ25万円ずつの保証債務が成立していると考えることが可能である。しかし、保証という担保の不可分性と抵触する恐れがあり、また、保証人がいずれかに50万円全額支払った場合に25万円は無効になってしまう。

β) **不可分債務説**　そこで、担保の不可分性より（給付の不可分性が理由ではない）、α債権（100万円）とβ債権（100万円）につき、50万円の保証債務がそれぞれ成立し、50万円という共通の責任制限を認めるべきである。譲渡によってもこの関係が変わることはなく[54]、不真正連帯債権のような関係に

54）根抵当権では不可分的に被担保債権全額に抵当権の効力が及び、物的責任が極度額に制限されることになる。保証債務を認めない加賀山説では同様に一般財産による物的責任が制限されるだけである。

なる。この場合、合計で極度額限度を超える請求が債権者と譲受人とによりなされた場合、債権の売主としての担保責任がない以上債権額に応じて平等というべきであろう[55]。但し、内部における分配義務は問題として残される[56]。

⑵　確定時債務根保証（根担保型）の事例では

確定時債務根保証でも、確定前の債権に対する「保証的効力」を譲渡後も存続させることができるが、この類型では確定までは譲受人も保証人への履行請求はできない。確定後は、確定後の担保される複数の債権の一部の譲渡と同じ法律関係になり、⑴の議論をそのままあてはめることができる（ここでも不可分債務説によるべきである）。

第４章　根保証理論の検討及び２つの根保証の認定

１　２つの根保証は可能・事実認定の問題

改正保証法は根保証につき何ら制限をしていないので、２つの根保証のいずれの合意も有効でありかつ改正保証法が適用される。いずれかの根保証しかありえないと考える必要はない。根保証理論は、それぞれの根保証と認定された場合にその内容を解明するものとして意義がある。しかし、実際になされているのがいずれの根保証なのか、また、それが明確でない場合にいずれと解釈されるべきなのかは、別に考えるべき問題である。

平成24年判決はこの点につき判断をした初めての判決であり、近時は保証類

55）α債権（200万円）とβ債権（100万円）だとすると、それぞれにつき極度額を限度とする50万円の保証債務が成立し競合するが、α債権が譲渡され両債権が別の債権者により行使された場合には、債権額に応じて（２対１）平等に扱われるべきである。

56）分配義務を認めるのであれば初めから分割債務にすればよいようにも思えるが、保証人が極度額まで１人の債権者に支払ったから一部無効になるので、保証人の弁済保護（478条の代用）のために不可分債務にする余地はある。従って、債権者間の利害調整の問題であるが、債権の二重譲渡のように自由競争に任せるのが適切と思われる事例とは異なり、分配義務を認める余地はあろう。

型に応じた考察の必要性が認められるようになっているにもかかわらず[57]、それを無視して敢えて一般論を展開している。根保証（広義）の解釈としてはどうあるべきなのか、以下では考察してみたい。

⑴　契約書の表現について

根保証の契約書においては、保証期間を定めた上で「［主債務者］が、［債権者］に対して現在及び将来負担する一切の債務を連帯保証する」と表現されることが多いが、この文言からいずれの根保証か明らかであろうか。平成24年判決の補足意見で須藤裁判官は、この文言から確定前の履行請求も随伴性も認められることが明らかだというのであるが[58]、果たしてそうであろうか。

民法の「根保証」の定義もそうであるが、上記の表現は２つの根保証いずれにも該当する。２つの根保証を区別する基準は、「確定」まで具体的な保証債務は発生しておらず保証人への履行請求ができるか否かにあるが、いずれに限定する文言はない。従って、文言だけから客観的に見る限りいずれとも判断ができない。

⑵　取引通念はどうか

平成24年判決の法廷意見が「通常」という基準を示したのは、取引通念を問題にする趣旨であると思われる。確かに当初は個別債務根保証が当然視され、沿革的にはこの文言も個別債務根保証を意味して作られたと思われる。しかし、その後、根抵当権が明文化され、根保証の実務にも少なからず影響を及ぼしているとすれば、状況は変わっている可能性がある。法律知識のない保証人については、そもそも根保証をどれだけ理解しているか怪しいところであり、

57）個人保証を中心として形成されてきた保証法理に対して法人保証の特殊性を探ることで、種々の保証人に応じた扱いが必要なことが認知されるに至っている（椿寿夫・伊藤進編著『法人保証の研究』（平17）参照）。

58）須藤補足意見だけでなく、中原・前掲論文57頁は、このような文言から、主債務が発生するごとに保証債務が発生することになると評している。

保証人側の通常の意思をさぐるのは難しい。かといって銀行側の理解が有無を言わさず押し付けられるものではない。抵当権法理の確立により、銀行実務家（石井氏）により根担保説が提唱されることに象徴されるように、根保証における実務の意識に影響が出ている可能性がある。残念ながら筆者は銀行側の取引通念、個人保証人側の通常の意思いずれについても、確言できるだけの資料的裏付けを有していない。

2　明確ではない場合の処理

⑴　契約解釈の基準

仮にいずれの根保証か、慣習等からしても明らかにできないとしたら、契約の認定はどうなされるべきであろうか。ない合意を埋める補充的解釈ではなく、「作成者（＝ここでは債権者）に不利に」の原則また「債権者に不利に」の原則を適用することが考えられる。他方で、担保契約ということからは、「債権者に有利に」を旨として解釈すべきなのか、それとも、無償契約（しかも情義的かつ軽率に保証人がなしてしまう）なので「保証人に有利に」という特別ルールによるべきなのか。この点は、保証人の類型に応じて使い分けるべきである。個人保証人については「保証人に有利に」、個人会社の経営者（そうでない経営者保証は個人保証に準じてよい）や法人による有償保証、親会社や関連会社等による法人保証については「債権者に有利に」でよいと思われる。後者では個別債務根保証と認定されようが、随伴性は譲渡人と譲受人の利害関係の問題なので債権譲渡契約の解釈になる（原則として随伴性を認めるべきか[59]）。以下には、個人保証について検討してみたい。

⑵　保証人に有利な根保証とは

債権者にとっては、個別債務根保証の確定前でも極度額まで保証人に請求で

59）根保証が問題となる事例では集合債権譲渡担保がされるであろうから、譲渡担保が実質的には担保権の設定であることを考えれば、譲渡担保の実行時に債権の実質的な移転の効果を認めれば問題は解決されるであろう（確定後の譲渡には随伴性が認められる）。

き、また、保証つきで債権を譲渡（譲渡担保）できることは利益である。債権者の利益が保証人の不利益に直ちにつながるとは限らないが、保証人にとっては個別債務根保証は確定時債務根保証よりも不利というべきであろう。極度額が定まっている限り、保証人の責任は変わらないともいえそうであるが、やはり確定まで個別に何度も支払請求を受けない、煩わされないというほうが保証人には有利である。また、保証人からの回収ができなければ、主債務者に信用不安が生じた場合に債権者として適時に取引を打ち切り、回収不能になり保証人から回収されることになる金額はそう大きな額になることはない。ところが、保証人から回収しつつ主債務者との取引を継続すると、保証人は極度額一杯まで責任を採らされる可能性がある。

もしこのように確定時債務根保証と推定することが許されるとしても、随伴性の問題は別である。この点は、債権譲渡の自由が認められているので保証人に取り立てて不利益はない（また、確定までは請求されない）。従って、債権者の通常の意思を優先してよいと考えられ、債権者が銀行、賃貸人、継続的取引の相手方等多様であるので、一概には決し得ず結論は留保したい。

3　特定保証の併存可能性

平成24年判決は、８億円の融資に際して根保証契約がされており、貸付・返済が継続的に行われる事例や継続的供給契約上の債務の根保証とは異なり、実質的には８億円の融資についての保証と考えられるものである。この場合には、個別の債務の保証の集積である個別債務根保証は対応できるが、確定時債務根保証であっても、根保証と併存して個別保証がされていると考えることはできよう。従って、根保証自体は、確定時債務根保証であっても、契約解釈として契約時の債務につき個別保証がされているという解決をすることは可能であり、債務額、その後の取引が予定されているか等種々の事情から契約解釈として併存的な個別保証を認定できる。

第５章　民法（債権法）改正論議

立法論であれば、個別債務根保証を禁止し確定時債務根保証のみを認めることさえ可能である。法制審議会における議論以前に、学者の研究会である２つの研究会の立法提案が出されているが、根保証理論には手をつけずまた確定前の請求及び随伴性の問題については何も規定していない。法制審議会における民法（債権法）改正作業において中間論点整理で検討課題として取り上げられパブコメの対象とされて（平成23年［2011年］）、本格的な立法論議の対象となったにすぎない。その後、中間論点整理についての意見表明という形で、数多くの意見が出されている[60)]。法務省によりパブコメの意見の概要が紹介され[61)]、また、法務省に提出された意見は書物にまとめられているが[62)]、インターネットに公開されているものも含めて検討対象としたい。

１　確定前の保証人への履行請求

⑴　立法の要否

先ず、そもそもこの点について立法することが必要なのかが議論されるべきであり、中間論点整理もこの点を「検討してはどうか」という形でパブコメへの諮問をしている。検討すべきではないという意見はなく、検討すべきであるとだけのパブコメもだされているが、より積極的にこれを肯定するまたは否定する意見が数多く出されている[63)]。

60）銀行や貸金業者が中小企業などに融資する際に求めてきた個人保証について、法制審議会（法相の諮問機関）が原則として認めない方向で改正を考えているようであり、もしこれが実現すれば、個人保証に関する限りは根保証としては賃貸保証が問題になるにすぎなくなる。

61）金融財政事情研究会編『「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』（平24）。以下、本書を『概要』で引用する。

62）商事法務編『民法（債権関係）部会資料集第２集〈第１巻〉』（平25）第２部参考人説明資料。

⑵　確定前履行請求の可能性を明記すべきであるという意見

意見を出している者の立場は重要なので、その所属で分けて紹介する。①先ず、銀行側関係者から確定前履行請求の可能性を明記することに賛成する意見が出されている[64)]。②一般社団法人流動化・証券化協議会民法改正ワーキング・グループ「『民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理』に対する意見」（平成23.8.1）は、「元本確定前の根保証債務の履行請求について、履行請求を肯定する旨の明文の規定を設けるとともに、元本確定前に保証人が保証債務を履行した場合、履行した金額について極度額の減少を認める規定を設けるべきである」。「立法によって取扱いが明確化される必要性がむしろ高い点であり、デフォルトルールを明確化した上で、合意による別途の取扱いを認めるべきである」という意見を表明している。③法曹界からは、日本弁護士連合会「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理に対する意見」（平成23.9.15）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」（91頁）というが、理由の説明はない[65)]。

⑶　確定前の請求を禁止すべきであるという意見

逆に、確定までは保証人への履行請求を禁止する明文規定の導入を求める意

63）既に中間論点整理の前に、いくつかの論稿で残された問題点として指摘され、また、「保証契約の根本的部分に関することであり、解釈に委ねる、あるいは、当事者の契約内容に委ねるというのは、相当ではなく立法的な解決が必要であると考える」という意見が出されていた（上甲・前掲論文237頁）。

64）中原・前掲論文56頁。平成23年８月の全国銀行協会「『民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理』に対する意見」33頁は、「根保証の随伴性および元本確定前の履行請求の可否については、民法にデフォルトルールを設ける方向で検討すべきである」と述べるだけである。

65）仙台弁護士会「『民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理』に対する意見書」（平23年10月20日）81頁は、根保証契約の元本確定前に人対する債務履行請求が認められかどうかについては、意見が一致しなったため意見を留保しているが、仮にこれを認める場合には元本確定前保証人が弁済した額に応じて極度減される旨の明文規定を置くべきと意見があったという説明をしている。

見がある。弁護士個人または弁護士会の意見は概ねこの立場である。「保証人の責任範囲の明確化という観点から」、確定後でないと保証人に対する履行請求を認めず、確定事由を広げて債権者からの確定請求権を明文化する、保証人に対する履行請求を端的に法定の確定事由とするという提案がある[66)]。大阪弁護士会の意見も、端的に債権者に確定請求権を認めればよい問題であるとして、確定前の履行請求には反対である[67)]。大阪弁護士会民法改正問題特別委員会有志により法制審議会に提出された「保証の主要論点についての条文提案」（平成24.3.27）は、条文形式で確定前の履行請求を禁止する立法提案をしている[68)]。

66）上甲・前掲論文237頁。榛葉隆雄「『民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理』に関する意見募集に対する意見」全国クレジット・サラ金問題対策協議会『民法（債権法）改正と保証人保護』（平23）88～89頁は、債権者の保証人への履行請求を元本確定事由として加えるべきことを主張する。確定前の保証人への履行請求を確定事由にする提案としては、司法書士個人の意見がある（『概要』840頁）。債権者に確定請求権を認めその意思表示を必要とするのではなく、裁判外であろうと保証人への履行請求で確定するという提案である。明確化の観点からは、書面による確定の意思表示を必要とし、確定しなければ履行請求を認めないというほうが法律関係の簡明化のためにはよいと思われる。

67）大阪弁護士会編『民法（債権法）改正の論点と実務〈上〉』（平23）369頁以下。なお、日弁連消費者対策委員会有志が法制審議会に提出した「『民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理』に対する意見書～消費者の観点から～」（平成23.6.28）は（商事法務編『民法（債権関係）部会資料集第２集〈第１巻〉』［平25］に収録されている）、「根保証契約においては、もともと、債権額が、保証人の把握し得ない、債権者と主債務者間のやりとりで、変動するという危険性がある。その上に、元本確定前に履行請求を認めるとなれば、保証人が弁済した後に、さらに、主債務者が借入れをなすなどして債務額が増加した場合、保証人の当初弁済時点での期待（債務が減額するであろうという期待）に反する結果となる危険性もある」という意見で反対する（28頁）。極度額があるので、どういう意味かは判然としない。

68）提案1010条は、「債権者は、根保証契約における主たる債務の元本が確定しないときは、保証人に対し、根保証契約に基づく債務の請求をすることができない。」と明記し、他方で、1011条の元本の確定事由の中に「債権者が、保証人に対し元本の確定を請求したとき」（１項４号）と規定し、そして、「債権者が保証人に対し元本の確定前に根保証契約に基づく請求をしたときは、前項第４号に定める元本の確定の請求があったものとみなす」（２項）と、確定請求権を認めれば足りるという意見を条文化している。

以上の意見は、保証人を保護するという観点から論じられているので、禁止規定としての提案と評価するのが素直であろう。但し、想定されているのは個人保証人であり、それ以外の保証人についてまで禁止するつもりなのかは不明である。但し、極度額があるにもかかわらず、確定させずに請求することを禁止する理由は、必ずしも明らかにされていない。

⑷ 本稿の立場

⒜ 任意規定に止めるべきか

原則としての任意規定をいずれの根保証とすべきであろうか。

❶ 請求を認める明文規定を置く（個別債務根保証を原則とする） 先ず、確定前にも保証人への請求を認める任意規定を置くことが考えられる。任意（推定）規定に過ぎないため、確定時債務根保証との明確な合意をしてこの推定を排除することができるが、債権者主導で締結される保証契約では、確定時債務根保証に敢えて変更する合意がされるとは考えられず、適切ではない。

❷ 請求を認めない明文規定を置く（確定時債務根保証を原則とする） 他方、あくまでも確定時債務根保証との推定規定に止め、個別債務根保証の合意をすることによって確定前の請求を可能にすることを認めることが考えられる。個人保証の場合には、個別債務根保証の明確な特約がされたとしても、消費者契約法10条により無効とされる可能性がある[69]。しかし、確定前に請求できるという特約だけを無効にするという問題ではなく、また、消費者契約法10条が適用になるほどの不利益を消費者に与えるとも確言できないので、個人保証人については確定時債務根保証しか認めないことを明記したほうがよいのではなかろうか。

69）日本大学法学部民事法・商事法研究会「『民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理』に対する意見」日本大学法学紀要53巻（平23）377頁は、保証人が債権者の請求に応じて任意に支払った場合に極度額が減らないといった不都合も生じることから、否定する必要はないと述べるが、どういう規定にするのか（認める規定を置くのか、否定して特約を認める規定を置くのか）は明言はしていない。

(b) 個人保証については強行規定とする（個別債務根保証の禁止）

そこで、①個人保証については、確定まで履行請求を禁止してよい（強行規定）。②他方、個人保証人以外については、強行規定とする必要もない。ただ確定時債務根保証を推定し確定まで履行請求を認めない任意規定を置いて、特約により排除することを認めておけばよいであろう。③個人保証でも、個人会社の経営者保証については例外を認める余地はあるが、個人会社以外では代表取締役また取締役のなす保証であっても、保証人保護が必要であり①に準じて扱うべきである。

2 確定前の随伴性

確定前の随伴性については、確定前の履行請求を認める立場でも原則は否定する提案が有力であり、確定前履行請求とはパラレルには考えられていない。

(1) 全面禁止の提案（特約不可）

保証被害対策全国会議のパブコメ（7・完）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。随伴性は否定されるべきである」という。日弁連消費者対策委員会有志意見は、「根保証契約においても、同規定（筆者注：398条の7第1項）と整合性を図るべきであるし、確定前に随伴性を認めれば、責任の範囲が不明確となるため保証人保護のためには、これを否定すべきである」という（28～29頁）。日本弁護士連合会意見（平23.9.15）は、随伴性については、「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」という（91～92頁）。「理論的には」随伴性がないという説明は違和感がある[70]。大阪弁護士会の意見も、「根抵当権と整合性、保証人保護の観点からは、これを否定すべきと考えられる」と反対である[71]。保証人にとって債権者が誰かは重大な関心事で

あることを否定提案の根拠に挙げる説明もされている[72)]。なお、随伴性を否定しても、保証人の協力を得て等しい結論を実現することはできる[73)]。

⑵　原則否定提案（特約許容）

⒜　確定前の履行請求も否定する提案

他方で、また、確定前の保証人への履行請求を否定する立法提案をする弁護士により、同様に確定前の被保証債権の譲渡については随伴性を否定するのが、「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も合致する」といいつつも、任意規定として当事者が反対の合意ができるようにすべきであると主張されている[74)]。随伴性についてだけ禁止する趣旨であろうか。

70）福岡県弁護士会『判例・実務からみた民法（債権法）改正への提案』（平23）212頁も、「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」と述べる。

71）大阪弁護士会・前掲書370頁。先の大阪弁護士会民法改正問題特別委員会有志による「保証の主要論点についての条文提案」はこれを条文化し、（根保証の被保証債権の譲渡等）1012条「元本の確定前に債権者から根保証契約における主たる債務に係る債権を取得した者は、その債権について保証人に対し根保証契約に基づく請求を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根保証契約における主たる債務を弁済をした者も、同様とする。」（１項）、「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、保証人に対し根保証契約に基づく請求をすることができない。」（２項）という規定を提案する。

72）榛葉・前掲論文88頁。司法書士の個人意見（『概要』840頁）にも、随伴性を否定する規定を置く提案がある。愛知県弁護士会も398条７のような明確に随伴性を否定する規定を導入すべきであるという（『概要』844頁）。弁護士個人の意見で否定（『概要』847頁）。根抵当権との整合性・保証人の保護の観点から、随伴性に反対の弁護士個人意見（『概要』847頁）、同じ理由により否定する堂島法律事務所弁護士有志の意見（『概要』848頁）。

73）佐藤・村上・前掲論文103頁は、明文規定で随伴性を否定すべきであると主張するが、債権者と保証人との合意で極度額を減額し、そして、保証人と譲受人との合意で譲り受けた債務について新たに保証をすることができるので不都合はないという。このような特約も可能なことから、日本大学法学部民事法・商事法研究会・前掲論文377頁は、否定説によるべきであるという。

(b) 確定前の履行請求は肯定

銀行関係者により、確定前の履行請求について立法論として肯定しつつも、①法律関係の複雑化の回避、②根保証契約の当事者の意思、③根保証人の債権者が誰であるかの期待の保護のために、随伴性を有しないものとするのを原則とすべきであるという主張がされている[75)]。一般社団法人流動化・証券化協議会民法改正ワーキング・グループ「『民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理』に対する意見」（平成23.8.1）も、随伴性を否定する規定を置きつつも、任意規定に止める提案をする。

(3) 肯定提案（排除特約可）

中間論点整理後の法制審議会の会議では、銀行関係者から随伴性を認める立法提案を支持する意見が出されている（後述）。これを否定する特約は否定しないものと思われる。これに確定前の履行請求を認める立法を組み合わせると、債権者に偏りすぎである印象は否めず、個人保証についてはコンセンサスが得られるとは思われない。

(4) 本稿の立場

(a) 個人保証人

個人保証人については、「確定前の随伴性」を否定する規定を置くことが許されよう。せめて確定までは随伴性が否定され、債権者がばらばらになることから回避できるようにすべきである。個人保証人をとる以上は、債権者としてもこのような不利益を甘受すべきであり、無償で保証人になる個人保証人については、ありうる限りの配慮がされてしかるべきである。但し、個人保証人で

74）上甲・前掲論文237頁。中原・前掲論文60頁も同様。足立格ほか「座談会　債権法改正における『保証』の論点」事業再生と債権管理133号（平23）48頁［栗生香里発言］も、随伴性を認めると法律関係が非常に複雑となり、随伴性を肯定することが自然とはいえないと評する。

75）中原・前掲論文60頁。

も、個人会社の経営者保証人については、「確定前の請求」及び「確定前の随伴性」共に特約を認めてもよいであろう。

(b) **個人保証人以外**

法人による根保証の場合には、基本的に当事者の合意に任せ、規定をなんら置かないという選択肢もありえる。ただ契約解釈の争いを避けるために、また、個人保証と学理的に足並みをそろえるために、いずれの問題について個人保証と共通の否定する規定を置き（確定時根保証を基本形とする）、法人保証の場合には特約により異なる合意をすることを認め、債権者の自助努力に委ねても個別債務根保証を明記する契約書を開発すればよいだけであり不都合はない。

3　その後の改正動向

(a) **中間論点整理後の審議**

中間論点整理後の法制審議会の審議では、より具体的な案が作られる。次のようである（「部会資料36」70頁）。

(2) 根保証に関する規律の明確化

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。

【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。

法制審議会民法（債権関係）部会第44回会議（平成24年４月３日開催）で、この案について審議され、実務家による発言がされている[76]。

❶ 弁護士委員による弁護士会の意見の紹介　先ず、岡正晶委員（第一東京弁護士会）が、弁護士会の多数の意見を紹介する。①元本確定前の履行請求について、「大半は甲案賛成でございます。根抵当権と同様のシステムにしておくことでよいのではないかというのが理由でございます。ただ、家賃保証については少し別に考えてもいいのではないかという意見はございました。加えて、債権者からの元本確定請求制度を、それを設ければ、あるところで打ち切って、債権者が請求できるのではないかという意見もございました」と述べる。②また、元本確定前の随伴性についても、「基本的には甲案が分かりやすいだろうと。ただし、債権者のほうから確定請求できる制度を組み合わせればよりよいのではないかということでございます」と説明する。

❷ 金融関係委員の発言　次に三上徹委員（三井住友銀行法務部長）により、「アとイに関しましては、これは任意規定である、契約で変え得るという前提でのお話になりますが、乙案を支持します。これだけ議論になっているのに、丙案のように明文化の機会を逃すこともったいないと考えています。今の実務は乙案を前提にできておりまして、もし仮にデフォルトルールとしてで

76）『法制審議会民法（債権関係）部会第44回会議 議事録』32頁。

も甲案になるのであれば、経過措置を置いて、施行前のものはこれまでどおりの解釈というような形にしていただかないと、大混乱が生じると思います」と述べられる[77]。

以上の２つの背景に弁護士会また銀行業界を抱えた委員による団体の意見の紹介がされただけで、この点について特に立ち入った議論はされていない。

(b) **中間試案における改正の放棄**

2013年３月の「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」では、根保証の確定前の履行請求及び随伴性の問題は改正対象からはずされた（32頁参照）。但し、経営者保証を除いて、根保証・特定保証を問わず、貸金等債務について個人保証を禁止するかどうか引き続き検討するものとしており、個人保証禁止で問題が概ね解決されるという目論見であろうか。しかし、継続的供給契約上の債務についての根保証や賃貸保証などは禁止の対象とされていないので、今後も問題は残される。貸金等債務の個人保証禁止さえ実現されるかは未確定である。中間試案は相当スリム化されており、直前に平成24年判決が出されたことで解決済みと考えたのであろうか。いずれにせよ、平成24年判決は立法までのあだ花で終わらないことになった。

終章　おわりに

平成24年判決の事案は、８億円もの融資の際に根保証をしたものであり、たとえ確定時債務根保証とされても個別保証が併存している、そして、当初の債務が借換えによって同一性を保っているのが現在の主債務であり、保証人への請求を認める結論に問題はない事例である。それなのに事例判決に止めず一般論を展開し、立法的解決が放棄されたためその一般論だけが独り歩きしてしまう可能性がある。

ある問題を成文法による立法と判例法による立法のいずれに任せるか、立法

77）確定前の随伴性に関しては、実務は否定を前提として運営されているという意見もあるので、いずれが正しいのか分からなくなってしまう。

をめぐる方法論についての格好の素材が提供されている（一般的・抽象的な規定に止め、具体化は判例に委ねるというのが、民法の方針であったはずである）。包括根保証禁止のように判例法では無理な解決は、成文法によらざるをえない。確定前の履行請求や随伴性についても、契約自由に任される問題なので、これを禁止・否定するためには明文規定が必要である。従って、問題はそこまでの立法が必要なのかということにかかってくる。

これまで問題になっていないのは、実際には確定までは個人保証人に対して債権者が履行請求することがなかったからであろうと思われる。これから益々需要の増す債権譲渡については、確定前に債権譲渡が行われる事例が集合債権譲渡担保以外でも行われる可能性があり、個人保証については立法により随伴性を否定しておく必要性が全くないわけではない。立法が期待できなくなった現在としては、平成24年判決の妥当範囲をそれに対応する事例、即ち法人保証、また、当初の債務について個別債務がなされている事例に限定すべきである。そして、個人保証については、保証人に有利な確定時債務根保証と推定すべきである。そうしても、個別債務根保証を明記する契約書が整備されるだけであろう。もし債権者が確定前に保証人への履行請求をしたり債権譲渡をしたりして問題が生じて来たならば（そうならないことを望む）、その時に改めて立法を考えても遅くはない。