

第2章 根担保の随伴性

野村豊弘

1 問題の設定

(1) 具体的事例

抵当権あるいは保証債務の随伴性というのは、抵当権あるいは保証によって担保されている債権が移転するときは、原則として、抵当権あるいは保証人に対する債権も被担保債権とともに移転するということである。このような随伴性は、担保に一般的に認められるものであるが、附従性の一内容あるいはコロラリーと考えられている。

複数の債権を担保するために根抵当権が設定されている場合、あるいは根保証がなされている場合に、被担保債権の一部が切り離されて譲渡されたときに、随伴性が認められるか、すなわち、根抵当権あるいは根保証の効力が譲渡された債権にまで及ぶのかが問題となる。理論的には、抵当権または保証だけでなく、他の根担保についても問題となりうるが、本稿では、根抵当権および根保証に限定して考察する。

たとえば、根抵当権の随伴性が問題となる例として次のような場合が考えられる。売主Aと買主Bとの間の継続的な商品売買契約から生ずる売掛代金債権を担保するために、B所有の甲不動産上に極度額1億円の根抵当権（第1順位）が設定された場合において、Aが数個の売掛代金債権（合計1億2,000万円）のうち、1個の債権（3,000万円）をCに譲渡した。また、Dは、Bに対して、4,000万円の債権を有し、甲不動産の上に第2順位の普通抵当権を有している。その後、Aの根抵当権で担保される元本が確定し、甲不動産の競売が行われ、1億5,000万円で売却されたとすると、その売却代金はどのように配当されるのであろうか。もし、根抵当権について、随伴性が認められないとすると、AからCに譲渡された債権は、その譲渡の時点において、根抵当権によって担保されないことになるから（無担保の債権となる）、根抵当権によって担保される債権は、9,000万円であって、極度額の範囲内であるから、その全額がAに配当される。次に第2順位のDに対して、債権の全額である4,000万円が配当される。そして、売却代金の残額2,000万円は、無担保債権者であるCに配当されることになる（Cとしては、残額1,000万円は他の財産から回収をはかることになる）。これに対して、根抵当権について随伴性が認められるとすると、どのように考えるべきであろうか。仮に、根抵当権によって担保される債権の一部が他人に譲渡されても、譲渡されていない場合と同じに考えるべ

きであるとする（とくに、根抵当権が分割されるなどのことは考えない）、次のように考えられるであろう。AからCに債権が譲渡された売掛代金債権も根抵当権によって担保されるから、Aの債権もCの債権もともに、極度額1億円の限度において優先弁済を得られることになる。この場合には、両者の債権の合計額は、1億2,000万円であるから、第1順位として配当される1億円がどの債権に充当されるかは、弁済充当の問題と考えられる。Cの債権について優先弁済が得られるかどうかは、弁済充当の順序にかかっていることになる。いずれにせよ、1億2,000万円のうち、2,000万円は、優先弁済が得られないことになる。次に、第2順位のDに対して、債権の全額である4,000万円が配当される。そして、売却代金の残額1,000万円は、第1順位として優先弁済を得られなかった債権（合計額2,000万円）の弁済に充てられる。複数の債権が残っている場合には、結局債権額に按分して配当されることになる（各債権は2分の1だけ配当される）。根抵当権によって担保される債権の一部が譲渡された場合に、根抵当権が分割されるなどの効果を読めるのであれば、また異なる結果になるであろうが、ここでは省略する。

また、根保証の随伴性が問題となる例として次のような場合が考えられる。売主Pと買主Qとの間の継続的な商品売買契約から生ずる売掛代金債権を担保するために、極度額1億円とする根保証契約によって、Rが保証人となった場合において、Pが数個の売掛代金債権（合計1億2,000万円）のうち、1個の債権（3,000万円）をSに譲渡した。そして、その後根保証によって担保される元本が確定したとする。もし、根保証について、随伴性が認められないとすると、PからSに譲渡された債権は、その譲渡の時点において、根保証によって担保されないことになるから、Sは、債務者であるQが債務を弁済しないからといって、根保証人であるRに保証債務の履行を請求することはできない。そして、根保証によって担保される債権は、9,000万円であって、極度額の範囲内であるから、その全額について、Pは保証人であるRに対して保証債務の履行を請求することができる。これに対して、根保証について随伴性が認められるとすると（根抵当の場合と同じように、被担保債権の一部譲渡が根保証に影響を与えないとすると）、PからSに債権が譲渡された売掛代金債権も根保証によって担保されるから、Pの債権もSの債権もともに、極度額1億円の限度において、Rに対して保証債務の履行を請求することができることになる。この場合には、両者の債権の合計額は、1億2,000万円であるから、根保証債務の極度額1億円がどの債権に及ぶのかは、弁済充当の問題と考えられる。Sの債権について優先弁済が得られるかどうかは、弁済充当の順序にかかっていることになる。いずれにせよ、1億2,000万円のうち、2,000万円については、Rによる保証債務の履行として弁済が得られないことになる。根保証によって担保される債権の一部譲渡によって、根保証が分割されるなどの効果を読めるのであれば、別の考え方もありうることは根抵当の場合と同

じである。

これらの例に見られるように、根抵当権あるいは根保証において、随伴性が認められるかどうかによって、被担保債権が譲渡された場合に大きな差異を生ずることになる。

そもそも、このように根抵当あるいは根保証によって担保されている数個の債権のうち、一部が譲渡されることが実務上どの程度行われているのかは、必ずしも明らかではないが、例がないわけではないようである。

(2) 包括根保証に関する立法の経緯

平成16年に民法の現代語化が行われたが、併せて、包括根保証に関する規定が民法に入れられた。この立法は、実務においてそれまで行われていた限度額および期間の定めのない包括根保証を規制するものであるが、それに至る経緯は次のようである。

まず、平成14年6月の閣議決定による「経済財政運営と構造改革における基本方針(2002)」では、「起業の促進・廃業における障害除去という目的実現の観点から個人保証のあり方の検討、見直し」の必要性が指摘されている。

また、金融庁が平成15年7月16日に公表した「新しい中小企業金融の法務に関する研究会」報告書によると、個人保証の問題点(主として経営者保証)として、第1に、保証人である経営者が保証債務の履行により個人資産を失うことをおそれる結果、事業再生の早期着手が妨げられること、第2に、保証人が保証債務の履行により個人資産を失い、経営者として再起するチャンスさらに社会生活の基盤を失ってしまうことが指摘されている。もっとも、第1の点については、事業再生に関して経営者自身にその判断をさせるのが適切かという疑問も提示されている。また、第2の点については、保証人の責任を制限しなくても、民事執行において、債務者に留保しておく財産の範囲を拡大することによって、保証人の保護を図ることができるという反論がある。

さらに、東京商工会議所などにより、不動産担保・保証に過度に頼る融資実務からキャッシュフロー、事業として収益性に着目した融資実務への転換も提言されている。

このような見解に対して、中小企業における経営者個人の包括根保証に一定の合理性のあることも指摘されている。第1に、中小企業の負っている債務について、経営者が個人保証をすることは、経営者が経営に努力するという効果をもたらす点である。第2に、会社の資産と経営者個人の資産とが明確に分離されず、実質的に会社の資産であるべきものが個人資産となっていることが少なくないために、経営者が会社の債務について個人保証することには、実質的な合理性がある点である。このような見解では、もし、経営者個人の包括根保証が認められないと、法人格否認の法理などによるほかなく、債権者の保護が十分にはかれないおそれが

あるとしている。さらに、中小企業では、過小資本が少なくないこと、経営の実態および財務の状況を監視することが債権者にとって大きな負担となることも、経営者または第三者による包括根保証を根拠づけるものと考えられている。

他方、裁判所でも、保証を制限する裁判例が見られる。たとえば、東京地判平成12年9月8日金法1608号47頁は、信用金庫の包括根保証人に対する保証債務の履行請求を信義則によって3分の1に制限して認めている。

このような背景のもとに、法務省では、法制審議会に保証制度部会を設置し、法律の専門家（法務省・裁判所・弁護士・学者）のほかに、金融庁・経済産業省・中小企業庁、金融機関（銀行・信金）、経団連（商社）、連合その他からの委員を得て、平成16年3月から審議を開始し、途中で「保証制度の見直しに関する要綱中間試案」を公表し、意見照会およびパブリックコメントを経て、同年8月に「保証制度の見直しに関する要綱案」をまとめた。その後、法制審議会総会で決定された要綱に沿った法案が国会に提出され、改正法が成立した。

(3) 改正法の内容

このようにして、包括根保証に関して、新たに民法の中に規定が置かれることとなった。これによって、従来のような保証限度額、保証期間の定めのない無限定の根保証は認められないこととなった。すなわち、根保証については、必ず極度額を定めなければならず、極度額の定めのない根保証は無効とされた（民法465条の2第2項）。また、根保証契約の締結から3年を経過すると元本が確定するとされている（民法465条の3第2項）。当事者間の合意によって元本の確定期日を定めることができるが、契約締結の日から5年を超える日とすることはできない（同条第1項）。また、元本確定期日の到来以外に、根保証契約における主たる債務の元本の確定事由として次の3つが定められている（民法465条の3）。第1に、債権者が、主たる債務者もしくは保証人の財産に対し金銭の支払を目的とする債権についての強制執行の申立てをしたとき、または主たる債務者若しくは保証人の財産を目的とする担保権の実行の申立てをしたときである。ただし、強制執行又は担保権の実行の手続の開始があったときに限るものとされている。第2に、主たる債務者または保証人が破産手続開始の決定を受けたときである。第3に、主たる債務者または保証人が死亡したときである。

このように、民法が根保証についての規定をすることとなったのであるが、法制審議会の検討においては、立法の基本的考え方として、根抵当権に関する民法および身元保証法を参考にするとともに、包括根保証に関するこれまでの裁判例も考慮されている。そして、極度額、元本確定期日など重要な点について、明文の規定が置かれることとなったのであるが、根保証に関するすべての問題が解決されたのではないことはいうまでもない。たとえば、特別解約権な

ど、残された問題は少なくない。これらの立法されなかった点については、これまでの判例・学説の考え方が妥当するものと思われる。随伴性の有無に関する問題もその1つである。

2 根抵当権における随伴性

(1) 被担保債権の特定承継

かつて、根抵当権の随伴性が認められるかどうかについては、根抵当権についての立法当時、学説に争いがあったが⁽¹⁾、立法的に解決された。すなわち、随伴性を否定し、根抵当権によって担保されている債権が譲渡された場合に、譲受人は根抵当権を行うことができないとされている（民法398条の7第1項）。随伴性を認めることによって生ずる複雑な関係の生ずることを防止するためと解されている⁽²⁾。

もっとも、現行法においても、根抵当権の一部譲渡（民法398条の13）および被担保債権の範囲の変更（民法398条の4）の方法によれば、譲渡された債権について根抵当権によって担保することができ、実質的に随伴性を実現することが可能である。

(2) 債権者（根抵当権者）の包括承継

なお、債権者について、相続・合併があった場合には、債権の移転が生ずるが、民法398条の7は適用されず、民法398条の8（相続）、398条の9（合併）の規定が適用される。

(3) 債権者（根抵当権者）の営業譲渡

ところで、債権者（根抵当権者）の営業譲渡に伴い、債権が譲渡される場合に、特定承継と解するか（民法398条の7適用）、合併に準ずるものとするかが問題となる。学説では、2つの可能性が指摘されている⁽³⁾。

3 根保証における随伴性

根保証における随伴性については、明文の規定が置かれていないことから、随伴性が認めら

(1) 担保権不可分の原則から、担保権は債権の譲渡に伴わないとする見解（石田文次郎『担保物権法』339頁）と根抵当権は、被担保債権額が未確定なだけであるから、普通抵当と異ならないと解し、根抵当権によって担保されている債権が譲渡されたときは、根抵当権の一部移転を生じ、根抵当権者と債権譲受人とが根抵当権を準共有するという見解（我妻栄『新訂担保物権法』489頁）があり、後者が通説とされていた（堀内仁監修・鈴木正和・石井真司編『新根抵当法と銀行実務』219頁以下）。

(2) 柚木肇・高木多喜男編『新版注釈民法(9)』692頁（高木）。

(3) 柚木・高木・前掲書692頁（高木）。

れるかどうかについて議論がなされている。法制審議会においても、この問題は必ずしも、正面から取り上げられてはいなかった。結局、この問題は解釈論に委ねられているということになる。ただし、法制審議会では根保証については、随伴性が認められるという理解を前提にしていたものと考えられている⁽⁴⁾。

(1) 随伴性を認める見解⁽⁵⁾

明文の規定がない以上、随伴性が認められると解することも十分に可能であると思われるが、とくに、理論的に、1個1個の債権についての保証の集合体が根保証であると解することによって、随伴性を認めることが可能になるという見解が見られる⁽⁶⁾。

いずれにせよ、もし、随伴性を認めるとすると、さまざまな問題を生ずる。すなわち、根抵当権に関してなされていた議論のように、債権が譲渡された時点において、本来の債権者と債権の譲受人とが保証債務の履行を請求する権利について、準共有のような関係になると考えるべきであろうか。その場合に、それぞれの持分の割合をどのように考えるべきであろうか。このことが問題となるのは、債権譲渡の時点と、元本の確定時点とでは、本来の債権者の債権と譲受人の債権との合計額および比率は必ずしも同一ではないからである。そこで、債権が譲渡された時点における債権の比率によってそれぞれの持分が決定されると解するか、それとも、元本が確定した時点における債権の比率によってそれぞれの持分が決定されると解するかが問題である。とくに、元本が確定した場合に、両者の債権の総額が保証限度額を超えている場合に、重要な意味を持つてくる。

(2) 随伴性を認めない見解

根保証においては、随伴性を認めないとする見解も多く主張されている。たとえば、平野裕之教授は、座談会で、債権が発生しても、元本が確定しなければ、保証債務が発生しない以上、随伴性が認められないのは当然であると述べている⁽⁷⁾。また、吉田光碩教授は、法制審議会での審議の趣旨を踏まえて、随伴性を認めることは予測可能性を損なうものであるから、随伴性を否定すべきであるとしている。

随伴性を認めないのであれば、複雑な関係を生じないことはいうまでもない。

(4) 吉田光碩「貸金等根保証契約における保証債務の随伴性」判例タイムズ72頁注(5)参照。

(5) 吉田・前掲論文75頁。

(6) 渡辺隆生「極度根保証取引と被保証債権の譲渡」金融法務事情1777号21頁。

(7) ジュリスト1283号67頁。

4 結語

確かに、根保証の随伴性を認めるとすると、当事者間の関係が複雑になることは避けられない。しかし、継続的な取引から生ずる被保証債権の総額が保証極度額を超える場合に、どの債権が保証債務の対象となるかに関して、明確な規範（当事者間の合意で定めることができるが、合意がないときは、弁済充当の規定によることになろうか）があれば、随伴性を認めてもよいようにも思われる。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重要な判断要素であると考えられる。実務の実態に即した解釈論が必要であろう。