

担保保存義務に関する一考察

——判例・学説の推移(一〇)——

辻 博 明

- 一 はじめに——問題設定
- 二 初期の判例・学説——動揺期
(以上本誌五六卷二号)
- 三 中期(大正・昭和初期)の判例・学説
——「間接義務」概念の導入・制度の位置付けの対立・民法第三九二条との交錯・特約論の登場・その他
(以上本誌五六卷三・四号)
 - (1) 「間接義務」概念の導入——ドイツ法の注入
 - (2) 制度の位置付けの相違——柚木説と西村説を中心に (以上本誌五六卷三・四号)
 - (3) 民法第三九二条二項との制度的交錯——複雑化の新たな要因
 - (4) 担保保存義務の免除特約論
 - (5) その他の問題点
- 四 後期の判例・学説の大枠形成
(以上本誌五七卷一号)
 - (1) 特約論の重点化——企業法務の展開、判例・学説による制度の微調整 (以上本誌五七卷二号)
 - (2) 要件の「不確定要因」——判例・学説・金融実務家の主張からの抽出
 - (3) 議論の擦れ違いとその背景——法的思考の視点から (以上本誌五七卷三号)
- 五 最近の判例・学説の動向とその到達点
(以上本誌五七卷四号)
 - (1) 免除特約の「援用制限」判決の出現——昭和五〇年代の高裁判決
 - (2) 免除特約の「空洞化」の叫び——金融実務の反応、新たな学説
 - (3) 最高裁平成二年判決の登場——重過失要件の追加 (以上本誌五七卷四号)

- (4) 懸念された問題の現実化——解除ケースの出現
 - ① 最高裁判平成七年判決の登場
 - ② 最高裁判平成七年判決の再検討——判例法理の到達点と残された課題
(以上本誌五八卷一号)
- (5) 免責効果の性質——判例・学説の到達点とその再検討
 - ① 最高裁判平成三年判決の分析
 - ② 免責効果の再検討——担保保存義務制度の趣旨・原理部分から
(以上本誌五八卷二号)
- (6) 民法三九二条二項との枠組みの「交錯」
 - ① 判例・学説の推移
(以上本誌五八卷三号)
 - ② 最高裁判平成四年判決の再検討
- (7) 元本確定「前」の根抵当権者の担保保存義務
 - ① 問題設定
 - ② 学説・裁判例
 - (i) 学説
 - (ii) 裁判例——福岡地裁平成一五年判決
 - (iii) 考察
- ③ 立法過程における議論——民法三九八条ノ七を中心に
 - (i) 根抵当立法要綱草案
 - (ii) 要綱草案「解説」
 - (iii) 根抵当立法要綱草案に対する各界の意見
 - (a) 根抵当権の絶対的な譲渡——金融政策的見地の優先
 - (b) 随伴性の否定——法律関係の複雑化、準共有の不明確さから
 - (c) 保証人保護の代替策——確定申入権、一部地位の調整規定
 - (iv) 民法の一部を改正する法律案要綱案および新根抵当法
 - (a) 民法の一部を改正する法律案要綱案——変更点を中心に

- (b) 新根抵当法とその解説
- ④ 新根抵当法成立後の議論——学説・実務家の主張
 - (i) 根抵当と担保保存義務免除特約
 - (ii) 随伴性の否定の問題点——リスクのしわ寄せ、保証人の求償権
 - (a) 立法者の担保保存義務への不関与の態度
 - (b) 保証人の求償権確保の空洞化
 - (c) 確定を「条件」とした代位期待——取引の終了段階
- ⑤ 本問題の再検討
 - (i) 問題点①の再検討——随伴性否定の貫徹、政策的判断
 - (ii) 問題点②の再検討
 - (a) 保証人の求償権確保手段の事実上の剥奪——立法者の担保保存義務への不関与の態度
 - (b) 担保保存義務が問題となる類型——取引の終了段階、債権者の履行強制、求償権確保への協力拒否
 - (c) 確定事由の改正——確定事由たる「取引ノ終了」の削除（平一五改正）
 - (d) 保証人を保護すべき場合はないか——確定申入権、債権者の害意、信義則上の協力義務違反、合理的理由のない根抵当権の放棄等
- (iii) 本問題の再検討——福岡地裁平成一五年判決を題材に
 - (a) 本判決の推論
 - (b) 原理部分からの再検討——本事実を手掛かりに
 - (イ) 本件の当事者——信用保証協会でない事案
 - (ロ) 本件の弁済——債務残額の弁済事案
 - (ハ) 本件における保証人救済策の模索
 - (c) 実務的視点からの再検討——登録免許税との関係（以上本号）

六
むすび

五 最近の判例・学説の動向とその到達点

(7) 元本確定「前」の根抵当権者の担保保存義務

① 問題設定

根抵当権は、継続的取引から生ずる債務を極度額まで担保する抵当権で、被担保債権が特定していないところに特色がある。民法三九八条ノ二第一項において、「抵当権は、設定行為で定めるところにより、一定の範囲に属する不特定の債権を極度額の限度において担保するためにも設定することができる。」と規定されている。根抵当権は、実務では中小企業を中心として重要な機能を有する。根抵当権はかなり以前から用いられていたが、民法典に明文規定が置かれたのはかなり後のことである（昭和四六年法ニ民法三九八条ノ二ノ民法三九八条ノ三二）。

根抵当規定の中には、担保保存義務と関係する規定がある。それは、民法三九八条ノ七第一項である。同項は、「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。元本の確定前に債務者のために又は債務者に代わって弁済した者も、同様とする。」（傍線・筆者）と規定する。普通抵当においては、債務者のために弁済した者は債権者に代位することができる（民法四九九条ノ民法五〇一条）。これに対して、根抵当においては、保証人等が債務者に代わって弁済しても、根抵当権に代位することはできず、その債権について根抵当権を行使できない（↓「随伴性」の否定）。同項をストレートに解釈すると、担保保存義務が問題となる余地はない。なぜ根抵当権の随伴性を否定する規定が置かれたのであろうか〔問題点①〕。

次に、元本の確定前であれば常に、根抵当権の行使に対する期待を保護する必要はないと言い切れるのだろうか。元本確定前に担保保存義務が問題となる可能性があるのは、債権回収の最終段階である。元本の確定前に、保証人

等が自ら希望して弁済することは少ない。多くの場合は、債権者から弁済を強く迫られたため、保証人がやむなく弁済したと考えられる。債権者が保証人等に弁済を強く迫るのは、債権回収の最終段階である。そのような状況において弁済させられた保証人等には、代位の期待があるのではないか。債権の弁済を保証人に迫っておきながら、債権者が合理的理由もなしに担保を放棄したりすれば、担保保存義務が問題となる場合があるのではないか「問題点②」。

そこで以下では、右の問題点を中心に検討することにする。

② 学説・裁判例

(i) 学説

元本確定前に根抵当権者から個々の被担保債権の譲渡を受けた者は、根抵当権を行うことはできない。第三者が弁済し債権者に代位するときも、根抵当権を行使できない（民法三九八条ノ七第一項）。もし根抵当権が随伴することを認めると法律関係が複雑になりすぎるからであるとする¹⁾。それでは、根抵当権が随伴することを認めるとどのような「複雑な問題」が生ずるのであるだろうか。

複雑さの内実について、最近の体系書は言及しない方向にある²⁾。もっとも、古い注釈書には手掛かりとなる説明がある。それによると、根抵当権の被担保債権の中に根抵当権者以外の者が有する債権が混じることは、新しい根抵当権法（昭和四六年法）が規定する根抵当権の独立的な性質にはなじまない。根抵当権の被担保債権について代位弁済があると、債権者が変わることになる。この場合については、代位弁済者の利益を否定してよいかという問題もあるが、新しい根抵当権の性質上これを否定したとされる³⁾。それでは、代位弁済者の利益を否定してよいかという問題は、なにを意味するのだろうか。

この点について、古い体系書には次のような説明がある。第三者として債務者のために弁済した者や保証人とし

て債務者に代わって弁済した者は、債権者に代位して根抵当権を行うことができるはずだが（民法四九九条—民法五〇一条）、根抵当権についてはこれを否定した（民法三九八条ノ七第一項）。もっとも、保証人については、例外的にこれを認めるべきだとする説もありうる。しかし、保証人が債務者と継続的な関係にあるときは、(a)変動する不特定の求償権のために根抵当権を設定することも可能であり、(b)特定の求償権のために根抵当権の一部譲渡を受けることも可能だから、それらの制度の利用を期待して、例外的取扱いをしないことにしたとされる。⁴⁾

(ii) 裁判例——福岡地裁平成一五年判決

元本確定前の根抵当権者の担保保存義務の有無に関する裁判例として、福岡地裁平成一五年判決（「118」福岡地判平一五・三・一八金商一一七〇・二七）がある。「118」判決によると、「民法は、一定の範囲に属する不特定の債権を極度額の限度において担保する根抵当権においては、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がその債権について根抵当権を行使することを認めず、その随伴性を否定している（同法三九八条ノ七）。以上によれば、元本確定前の根抵当権は、法定代位の対象となるものではなく、担保権設定者その他債権者に法定代位すべき者がこれを行使用することはあり得ないのであるから、これらの者の根抵当権の行使に対する期待を保護する必要はなく、根抵当権者はこの時点で担保保存義務を負うものではないと解するのが相当である。そして、このように解したとしても、担保権設定者その他債権者に法定代位すべき者は、求償権を確保するため、あらかじめ債務者から担保権の設定を受け、又は弁済等の際して根抵当権者から根抵当権の全部又は一部譲渡（民法三九八条ノ一二・同条ノ一三）を受けることもできるのであるから、何ら担保権設定者その他債権者に法定代位すべき者を害するものではない。」とする。

(iii) 考察

伝統的学説は、元本確定前に弁済した「保証人」については、「例外」的に代位を認めるべきだとする説もありうる

るとする(先述(i))。このことから、保証人については、その求償権の代位による確保の必要性を否定しきれないことが窺える。根抵当規定は、保証人も確定前の根抵当権には代位できないとされたが(民三九八条ノ七第一項)、求償権の確保のための代替制度(先述(i)(a)(b)の制度)の利用に言及されており、元本の確定「前」に弁済した保証人の求償権は、他の者が弁済した場合と異なる配慮が必要であることが意識されている。しかし、それらの代替制度は、法定代位のように法律上当然に効果が発生するわけではない。求償権のために根抵当権を設定するには、根抵当権設定者の同意が必要であり、根抵当権の一部譲渡には、根抵当権設定者の承諾が必要である(民三九八条ノ二三)。保証人の求償権の確保は、保証人が単独で行うことができるものではない。やはり保証人の求償権を確実にする必要があるのではないかという疑問が生ずる。

最近の学説の一部には、抵当権の放棄があった時に直ちに免責の効果が生じると解することはできないが、元本確定後の将来の代位の期待を侵害されたことは疑いないとし、保証人の極度額での免責を認め、保証人に同時に解約権を認めるべきであるとする主張がある。

民法三九八条ノ七第一項によると、保証人等が債務者に代わって弁済しても、その債権について根抵当権を行使することはできない。根抵当権の「随伴性」が否定されている。なぜ保証人等の求償権確保を犠牲にしてまでも根抵当権の随伴性を否定する明文規定が置かれたかがまず問題となる〔問題点①〕。

そこで次に、民法三九八条ノ七を中心に、根抵当権法の立法過程における議論を辿ってみることにする(後述③)。

- (1) 内田貴・民法Ⅲ(第三版)四七九―四八〇頁(平一七)、道垣内弘人・担保物権法(第三版)二二九九頁(平二〇)。
 (2) 内田・前掲書注(1)四七九―四八〇頁、道垣内・前掲書注(1)二二九九頁、高木多喜男・担保物権法二五六、二七一頁(第四版・平一七)、高橋眞・担保物権法二五〇頁(平一九)、近江幸治・民法講義Ⅲ二三八―二二九九頁(平一六)、横梯次・担保物権法二八〇頁(昭五六)、川井健・担保物権法一六二頁(昭五〇)。

- (3) 我妻栄・有泉亭著(清水誠・補訂)コンメンタル担保物権法(第三版・平一六)二二二—二二五頁(初版・昭二五)。
- (4) 我妻栄・新訂担保物権法五〇一頁(昭四三)、柚木馨・高木多喜男・担保物権法(第三版・昭五七)四四七頁(初版・昭三二)。
- (5) 平野裕之・債権総論(プラクティスシリーズ)四五〇—四五二頁(平一七)。

③ 立法過程における議論——民法三九八条ノ七を中心に

(i) 根抵当立法要綱試案

法制審議会民法部会財産法小委員会(委員長・我妻栄氏)において、昭和四〇年九月以来根抵当立法について審議が続けられ、同小委員会での審議の経過等を参考として、根抵当立法要綱試案が作成・公表された。同要綱試案・第五(各個の債権の処分等)一項は、「根抵当権により担保される債権が確定前において第三者に移転したときは、その債権は、根抵当権によって担保されないものとする。確定前において第三者に移転したときは、同様とするものとする。ただし、保証人が¹⁾弁済により代位したときは、この限りでないものとする。」(傍線筆者)と規定する。

要綱試案は、保証人の場合には例外を設けている。従来の根抵当権においては、保証人が債務者に代わって弁済した場合には、²⁾ 抵当権の債権に対する随伴性により、これらの者のために根抵当権の一部移転が生ずるものと解する説が有力であり、登記実務もこのような見解のもとに行われていたようである(↓後述^{iv)})。要綱試案は従来の学説・実務慣行を考慮した内容となっている。それではなぜ、保証人の場合には例外が認められたのであろうか。その趣旨について、次のような解説が見られる。

(1) 「根抵当立法要綱試案——昭和四三年四月五日法務省民事局参事官室試案」金法五〇六号九頁(昭四三)。

(ii) 要綱試案「解説」

参事官解説によると、右第五は、確定前における各個の被担保債権の処分と根抵当権との関係について定められたものであるとされる。その上で、「担保されている債権につき債務者のために弁済した者が債権者に代位した場合に、その債権が代位者に移転することとなるが、この場合にも、根抵当権に関してはその一部移転の効果を生ずることなく、当該債権は、根抵当権によって担保されないこととなる。しかし、保証人は、実質的には、①他人である主債務者のために保証債務を負うものであるから、保証人が弁済により代位した場合にまで前述の態度を貫くことは②保証人に酷な結果となるので、この場合は特に例外として、弁済により代位した保証人に対しては、③根抵当権の一部移転が生ずるものとしていとされる。次に、④確定前は根抵当権が増減変動中の段階であるから、仮に保証人が現存の被担保債務の全部を弁済しても、結局債権の一部につき代位弁済があつた場合（民法第五〇二条）に該当し、保証人は、原根抵当権者とともに、その根抵当権を準共有することになる。弁済により代位した保証人の受益に関しては、保証人がつねに根抵当権者に劣後するものとする¹ことも考えられるが、これを画一的に法定することは避け、取引界の実情に応じ、当事者間の特約等によって解決するという方針をとる」とされる。さらに、「物上保証人や連帯債務者についても保証人に準じて考えることを相当とする場合もあると考えられるが、その範囲についてはさらに検討を要する」とされる（番号・傍線筆者）。

要項試案は、保証人について、前記①から④の要素を考慮することによって、例外を認めている。保証人と原根抵当権者との根抵当権の準共有を認める。法律関係の簡明さは後退するが、保証人の求償権確保を考慮している。さらに、物上保証人や連帯債務者についても例外を認めることも提案している。

(1) 貞家克己「根抵当立法要綱試案について」金法五〇七号六一七頁（昭四三）。

(2) 貞家克己「根抵当立法要綱試案の理解のために」金融商事法務研究四四七号五頁（昭四三）。

七〇

(iii) 根抵当立法要綱試案に対する各界の意見

先の要綱試案に対して、金融法に詳しい学者（金融法務経験者を含む）・法曹等から次のような意見が提出される。

(a) 根抵当権の絶対的な譲渡——金融政策的見地の優先

これまでに、各種経済団体の要望や意見が徹せられている。大銀行が不動産金融を敬遠する傾向にあるため、根抵当制度について真に利害関係をもっているのは、相互銀行や信用金庫などの中小金融機関である。根抵当制度が実効性を持つためには、主として中小企業金融の便宜を考慮に入れる必要がある。本試案を全体として眺めると、實際界の要求を実現しようとする基本的態度がその根本に存在し、方向として正しいという意見がある（傍線筆者・以下同様）。

要項試案は、包括根抵当を肯定する態度を初めて打ち出したことが特色であるとし、その内容は全体として債権者に有利な規定に彩られ、銀行業界の意思を十分反映したものであるという意見がある。この点については、限定根抵当で十分とする意見も一部に見られるが、包括根抵当を有効とする要項試案は、根抵当立法を望む経済界にとつて歓迎すべきことであるとする意見、および、実務では、立法的に解決しない限り、安心して根抵当を利用できないとし、要項試案の考え方は、ほぼ満足できるものであり、包括根抵当を認めたのはきわめて賢明であるとする意見がある。

根抵当権制度は、抵当権の附従性を緩和し、抵当権を利用しやすいものにし、事業活動のための金融に便宜なものにしようとして考えられるにいたったが、要項試案はこの目的にそうものである。現行の抵当権の相対的な譲渡および放棄にかえ、根抵当権の全部または一部の絶対的な譲渡を認め、極度額を限度とする担保価値自体を処分す

ることを認められた点を評価し、金融を得ようとする者、あるいは信用を与えようとする金融機関にとってきわめて利益な規定である、との意見がある。⁽⁶⁾

- (1) 「根抵当立法要綱試案に対する学界・法曹界の意見」金法五一〇号四四―四五頁（西島梅治教授・意見）。
- (2) 前掲注(1)資料・二四―二六頁（横井次教授・意見）。もつとも、横井教授は、限度額と実質的信用の差額いかんによっては、設定者における他からの追加資金調達を大幅に阻害し、時として企業間における支配従属の一手段となりかねないことを指摘する。
- (3) 前掲注(1)資料・三五頁（宮川種一郎判事・意見）。なお、後順位担保権者の地位について、要項試案は先順位根抵当権者になるべく有利・安泰な地位を与えようという解決方向が指針となつており、後順位者は一流の金融機関でない場合が多く、彼らへの配慮が不足しているという意見がある（前掲注(1)資料・四六頁（椿寿夫教授・意見））。
- (4) 前掲注(1)資料・三〇頁（仲江利政判事・意見）、前掲注(1)資料・三六頁（山内敏彦判事・意見）。
- (5) 前掲注(1)資料・三三―三四（堀内仁教授・意見）。
- (6) 前掲注(1)資料・二八―四〇頁（鈴木重信調査官・意見）。

(b) 随伴性の否定——法律関係の複雑化、準共有の不明確さから

従来の根抵当権においては、保証人が債務者に代わって弁済した場合には、抵当権の債権に対する随伴性により、これらの者のために根抵当権の一部移転が生ずるものと解する説が有力であり、登記実務もこのような見解のもとに行われていた（後述(四)）。これに対して、要項試案第五は、根抵当権の被担保債権確定前において代位弁済を生じた場合に、保証人を除いて、弁済者は根抵当権に代位しないと規定した。この点について、各界から次のような意見が主張される。

現行法のもとで考える限り、根抵当の準共有のわずらわしさを免れることができない。被担保債権の中の個々の債権が確定前に第三者に移転したときは根抵当の傘から離脱することとなったことによって、実際の処理は簡明に

なる。しかし、保証の代位が一つだけ別異に扱われることはすつきりしないとする意見がある（傍線筆者・以下同様）¹⁾。

次に、要項試案第五第一項の定め（先述①）は、根抵当権制度の人的固定制からいつて当然のことであり、また法理関係の複雑化を避けるという政策的な見地からも支持されるべき立場であるとする意見が主張される。もつとも、保証人が弁済により代位した場合には例外的に離脱を免れるべき立場であることが妥当であるとし、弁済により代位した保証人の受益に関しては、保証人がつねに根抵当権者に劣後するものとする必要がある²⁾とする。

また、保証人を保護しようとする趣旨には賛成であるが、そのために、随伴性の例外を認めようとする立法措置には賛成できないとする意見が主張される。この例外を認めるときは、随伴性の効果について解釈上種々の疑義を生ずるとするとし、立案担当者は、保証人が原抵当権者とともに根抵当権を準共有することとなると説明するが、その準共有の持分が明確でないとする³⁾。

さらに、要項試案第五は、根抵当権の被担保債権確定前において代位弁済を生じた場合に、保証人を除いて、弁済者は根抵当権に代位しない旨を定めるが、法律関係の複雑化を避けるという説明に賛成する意見が主張される⁴⁾。

以上のように、法理関係の複雑化の回避等の「政策的」な見地から、要項試案第五が随伴性の否定に踏み切ったことについて、基本的には賛成する意見が多い。もつとも、保証人の代位の位置付けおよびその保護策については、意見の違いが見られる（後述c）。

(1) 「根抵当立法要綱試案に対する学界・法曹界の意見」金法五一〇号三七—三八頁（昭四三）（浅沼武判事・意見）。
 (2) 前掲注(1)資料・四五頁（西島梅治教授・意見）。

- (3) 前掲注(1)資料・四三頁(水田耕一判事・意見)。
 (4) 前掲注(1)資料・四七―四八頁(石田喜久夫教授・意見)。

(c) 保証人保護の代替策——確定申入権、一部代位の調整規定

保証人を保護しようとする趣旨には賛成であるが、そのために、随伴性の例外を認めようとする立法措置には賛成できない。この例外を認めるときは、随伴の効果について解釈上種々の疑義を生ずるとする。立案担当者は、保証人が原抵当権者とともに根抵当権を準共有することとなると説明するが、その準共有の持分が明確でない(先述(b))。そこで、保証人が弁済により代位した場合についても、確定前には根抵当権が随伴しないものとする建前をとりつつ、保証人に「確定申入権」を認めるべきであるとする意見がある。これによって、確定がなされれば、代位弁済の効果として根抵当権も移転し、保証人の保護をはかることができる。ただし、確定申入権は、保証人が自ら進んで弁済する場合には認めず、債権者から請求その他の権利の行使を受けて弁済をする場合にのみ認めるとする。債権者は、根抵当権を確定させないで維持するか、または保証人の弁済を求めるかを選択できるとする。

保証人が弁済により代位した場合には例外的に離脱を免れるとすることが妥当である。ただし、弁済により代位した保証人の受益に関しては、保証人がつねに根抵当権者に劣後するものとする必要がある。保証人が実質的には他人である主たる債務者のために保証債務を負うものではあるが、保証人を根抵当権者と同順位で受益させるのは問題であるとし、根抵当権者の保証人に対する優先の原則を貫くべきであるとする意見がある。

保証人が現存の被担保債務全額を確定前に弁済しても一部代位を生ずるに過ぎないとしても、原根抵当権者と保証人の受益につき、「これを画的に法定することは避け、取引界の実情に応じ、当事者間の特約等によって解決する」という方針(先述(ii)解説)にはやや疑問が残るとし、特約のない場合には、解決の基準が存しないことになる

から、「基準」を規定すべきとする意見があり、また、³⁾ 弁済により代位した保証人への根抵当権の一部移転については、元来の債権者の有する抵当権との関係について、具体的には、根抵当権の準共有の効果・代位に基づく移転の對抗要件・優先劣後の問題・配当方法等についての「調整規定」が必要であるとする意見がある。⁴⁾

以上のように、随伴性の否定を貫徹し一定の要件のもとで保証人に「確定申入権」を認める意見、他方、保証人の例外を認めるとしても保証人はつねに根抵当権者に「劣後」するとする意見、根抵当権の準共有の効果・優先劣後等についての「調整規定」が必要であるとする意見がある。いずれも根抵当の原理部分にかかわる意見である。

- (1) 「根抵当立法要綱試案に対する学界・法曹界の意見」金法五一〇号四三頁(水田耕一判事・意見)。
- (2) 前掲注(1)資料・四四―四五頁(西島梅治教授・意見)。
- (3) 前掲注(1)資料・四七―四八頁(石田喜久夫教授・意見)。
- (4) 前掲注(1)資料・四九―五〇頁(甲斐道太郎教授・意見)。

(iv) 民法の一部を改正する法律案要綱案および新根抵当法

(a) 民法の一部を改正する法律案要綱案——変更点を中心に

根抵当取引の継続中に、その取引の過程で生じた債権が他に移転した場合に、根抵当権がそれに随伴してその一部移転を生ずるかどうかという点については、従来の見解には対立があった。従来の根抵当権においては、保証人が債務者に代わって弁済した場合には、抵当権の債権に対する随伴性により、これらの者のために根抵当権の一部移転が生ずるものと解する説が有力であり、登記実務もこのような見解のもとに行われていた。先の要綱試案(先述(i))は、保証人は実質的には他人である主たる債務者のために保証債務を負うのであるから、保証人が弁済により代位した場合にまで根抵当権の移転が生じないとする態度を貫くと保証人に酷な結果となるため、保証人に対し

ては根抵当権の一部移転が生ずるとする例外規定が置かれた（先述⁽ⁱⁱ⁾）。

しかしその後、先の要項試案について、各方面から意見が寄せられ、それらの意見を参考として、財産法小委員会において「民法の一部を改正する法律案要綱案」が決定される。この要綱案には重要な「変更点」が見られる。第一に、根抵当権は、流動変動する債権の担保であることを本来的な特質とし、根抵当権の一部移転が生ずるものとすることは法律関係を複雑にするとして、根抵当権の担保すべき元本の確定前における随伴性が明確に否定された。その結果、根抵当立法要綱試案に設けられていた保証人の根抵当権への代位を認める例外規定は削除された。削除に際して、次の要素が考慮されている。

第一に、保証人だけに特にこのような例外を認める理論的根拠に乏しいこと、第二に、実際問題としても、根抵当権の担保すべき元本の確定前に保証人が弁済するという事例が極めて少ないと思われること、第三に、保証人が将来取得すべき求償権を担保するために独自の根抵当権を設定することが従来と比較して容易になったこと、第四に、保証人の取得しあるいは取得すべき求償権を担保するため債権者から根抵当権の一部譲渡を受けるという方法もあること等の事情を考慮したとされる⁽¹⁾。

要項試案にあった保証人の例外規定が削除される背景には、経済取引の便宜を優先する「政策的」な考慮が影響したと思われる（↓後述⁽⁵⁾⁽¹⁾）。

(b) 新根抵当法とその解説

民法の一部を改正する法律が可決され、昭和四十六年法律第九号として公布される。追加された民法三九八条ノ七は、根抵当権の確定前における個々の被担保債権についての変動と根抵当権の関係について定めたものであり、確定前における個々の被担保債権の変動は、根抵当権に影響を及ぼさないものとし、その随伴性を否定する。確定前において、債務者のために第三者が根抵当権の被担保債権たる債権の弁済をした場合、あるいは債務者の保証人

が債務者に代わって弁済した場合にも、これらの者が根抵当権について代位しないこととしている。新根抵当法の解説は、要項案の解説と同様の根拠付けを維持している。

(1) 貞家克己・清水湛「根抵当に関する民法の一部を改正する法律案要綱案の解説」金法五六五号四一六頁、二〇一二頁(昭四四)。

(2) 清水湛「新根抵当法の逐条解説(上)」金法六一八号四四一四五頁(昭四六)。

④ 新根抵当法成立後の議論——学説・実務家の主張

(i) 根抵当と担保保存義務免除特約

民法の改正によって、民法三七八条ノ七が規定された。これによって、根抵当権については、確定前に保証人が債務を弁済しても、代位する債権は根抵当権によって担保されない。つまり、根抵当と他の担保との間には共同担保関係は存在しないと考えるべきである。この趣旨は、根担保一般について同様に適用してよい。根担保においては、確定前の第三者弁済があっても、そもそも代位が問題とならない。そうだとすれば、代位権行使の制限も問題とならず、担保保存義務も、担保保存義務の免除特約も必要ないこととなる(傍線筆者・以下同様)。

右の主張は、民法三七八条ノ七の趣旨(随伴性の否定)を貫徹することによる意義に注目する。その理由は、根抵当においては、根抵当と他の担保との共同担保関係が切り離され、確定前に保証人等から弁済があっても代位が生じないため、債権者は担保保存義務違反に怯える必要がなくなり、その結果、担保保存義務免除特約の蔓延を絶つことができる点にある。確かに、右の主張は、「平常時」の取引が継続している間は妥当するものと思われる。

(1) 清水誠「保証人の代位制限条項および債権者の担保保存義務免除条項の効力」手形三三四号一〇八頁（昭五七）。

(ii) 随伴性の否定の問題点——リスクのしわ寄せ、保証人の求償権

しかし実際には、根抵当の確定前でも、保証人は債権者から弁済を強く迫られる場合がある。その時すでに、主たる債務者の信用が悪化している場合が多い（「非平常時」）。取引の最終段階において、主たる債務者や第三者からの追加の担保は期待できない。そのような状況において、もし債権者が担保の解除・差替を行つたとしたら、保証人の求償権確保は極めて厳しくなる。債権者が、担保の解除・差替を行えば、保証人の求償が困難になることを知りつつ、合理的理由がないにもかかわらず、担保の解除・差替を行うことが許されるならば、保証人は求償の可能性を一方的に絶たれることになるのではないか。これが残された問題である。

(a) 立法者の担保保存義務への不関与の態度

根抵当法では、根抵当権という物権関係と、それが担保する債権関係とを必要以上に峻別する態度をとつた結果、確定前の根抵当権について、民法三九八条ノ一二で、根抵当権者が根抵当権設定者との合意だけで、根抵当権の譲渡ができることを認めた。債務者や保証人の承諾は必要ない。主たる債務者も保証人の関与なしに、根抵当権を外すことができる。債権者は非常に強力な手段を与えられた反面、保証人らは、なんの対価や代償も見込めないまま、知らない間に担保を剥がされ負担増のリスクを負わされることになる。根抵当はいつ外されるかもしれない全く頼りにならない担保であるから、保証人は予めその危険を覚悟すべきとの立場をとるならば、担保保存義務の低減を容認することになる。

根抵当法の立法者は、担保保存義務には不関与の態度をとつたようである。しかし実務では、根抵当の処分は避けて通れない。担保保存義務との関係をどのように考えるべきか。根抵当権の譲渡が、少なくとも根抵当権者自身

の「主導権」から外れない限り、具体的な場面においての保証人の利益は依然保護される必要があるとし、従来では考えられなかった担保剥奪ができる以上は、担保保存義務の「強化説」が妥当とする主張がある。

(1) 「元本の確定前においては、根抵当権者は、根抵当権設定者の承諾を得て、その根抵当権を譲り渡すことができる」(民法三九八条ノ二第一項…根抵当権の譲渡)。

(2) 宮川種一郎(判事)「担保保存義務について」金法六六五号八頁(昭四七)。

(b) 保証人の求償権確保の空洞化

保証人が元本確定前に弁済しても、確定前において根抵当権に代位できない(民法三九八条ノ七第一項)。次に、保証人が元本確定後に弁済した場合は、根抵当権への代位を肯定できる。それでは、保証人が元本確定「前」に一群の不特定債権を弁済し、元本確定後に根抵当権に代位できるか。問題となるのは、この場合である。

確定前における弁済義務を免除する特約がなければ、保証人が、被担保債権の確定前であることを理由に、当然に保証債務の履行を拒めない。理論的には、債務者に対する求償権のために担保の設定を受け、または債権者の有する根抵当権の一部譲渡を受けることができるが、いずれも保証人単独の意思ではできない。債権者等の承諾が得られなければ、担保の設定も根抵当権の一部譲渡も受けられないため、保証人の求償権確保は空洞化する。

このことから、債権者が、確定前に保証人に履行を強制し、かつ、保証人が求償権確保の方策を求めたにもかかわらず、債権者がこれに応じずに、その後担保権の変更・解除をした場合は、保証人の免責を認める余地があるとする主張がある。

(1) この点について、石田博士は、根抵当権の確定が生ずれば、根抵当権はほぼ普通抵当権と同視できることとなるが、確定

前に弁済した保証人が、確定後は普通抵当権化した根抵当権に代位するとはいえない。元本確定前においては、被担保債権は究極的に根抵当権によって担保されるという保障はないのであるから、そのような債務を保証人が弁済しても、元本確定後の根抵当権への代位を生ずる余地はないとし、無担保債権者に対して保証人が弁済した場合と同様に扱われるとする（石田喜久夫「根抵当権と銀行の担保保存義務」金法七二三号一頁（昭四九））。

(2) 中井美雄「担保保存義務と銀行取引」（銀行取引法講座（下）所収・昭五一）四七九―四八〇頁。

(c) 確定を「条件」とした代位期待——取引の終了段階

根抵当権の場合、確定前は代位ができないのであるから、代位の期待もない。代位の期待がなければ、民法五〇四条の適用もないと一応論理的にはいえそうである。ただ、根抵当も確定すれば代位できる。その意味では、法定代位権者としても、根抵当の確定を「条件」にして代位ができるという期待は持っている。その期待を保護し、民法五〇四条を適用すべきだともいえるとする主張がある。保証人と債務者提供の根抵当がある場合に、債権者が根抵当を放棄して保証人の方に請求してきたとする。この場合において、債権者が保証人に請求してきた段階で、まだ取引が「継続」していれば、代位ができない場合であるから、民法五〇四条の適用はないと考えるべきである。これに対して、債権者が保証人に請求してきた段階において、すでに取引が「終了」していた場合には、もし根抵当権を放棄していなければ確定していたと考えられる。したがって、代位もできたことになる。その代位期待を侵害したのであるから、民法五〇四条が適用されるとする¹⁾。

金融実務の専門家によると、実際の事例としては、だいたい取引の終了段階で保証人に請求する。請求時には根抵当も確定しており、取引の終了になっているというケースが圧倒的であるとの証言がある²⁾。

(1) 高木多喜男・上野隆司・石井眞司・野村重信「担保保存義務をめぐる法的諸問題」〔座談会〕金法一四〇三号二五頁（高木

教授・発言(平上)。

(2) 高木ほか・前掲注(1)座談会二七頁(石井氏・発言)。なお、信用保証協会関係者によると、保証人は、元本確定前には被担保債権の候補ではないが、代位弁済に移行する場合、被担保債権となるものであり、代位期待権を有している。債務者設定の根抵当権があることで根保証人になった者が、代位弁済せざるを得ない状況となった際に、債権者が経済的合理性もなく恣意的に担保権を喪失・減少していた場合は、民法五〇四条により免責を主張することは自然であるとする主張がある(竹本哲夫・金法一六九八号六六、七〇頁(判研・平一六))。

⑤ 本問題の再検討

(i) 問題点①の再検討——随伴性否定の貫徹、政策的判断

民法三九八条ノ七第一項は、「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。元本の確定前に債務者のために又は債務者に代わって弁済した者も、同様とする。」とし、根抵当権の随伴性を否定している。同条一項によると、根抵当においては、保証人等が債務者に代わって弁済しても、その債権について根抵当権を行使できない。なぜ根抵当権の随伴性を否定する規定が置かれたのであろうか〔問題点①〕(先述①問題設定)。

先述のように、当初の法案(「要項試案」)には、保証人に例外を認める規定があったが、審議の過程で削除されている(先述③(i)(iv))。根抵当権は、流動変動する債権の担保であることを本来的な特質とし、根抵当権の一部移転が生ずるものとすることは法律関係を複雑にするという点が指摘されている。第一に、保証人だけにそのような例外を認める理論的根拠に乏しいこと、第二に、実際問題としても、根抵当権の担保すべき元本の確定前に保証人が弁済するという事例が極めて少ないと思われること、第三に、保証人が将来取得すべき求償権を担保するために独自の根抵当権を設定することが従来と比較して容易になったこと、第四に、保証人の取得しあるいは取得すべき求償権を担保するため債権者から根抵当権の一部譲渡を受けるという方法もあること等の事情を考慮したとされ

る(先述③(v)a)。

保証人の代位を認めると、根抵当権者と保証人との調整が必要となるが、随伴性を否定すれば、その調整は不要となり、法律関係が簡明となる。根抵当権の全部または一部の「絶対的」な譲渡が認められ、極度額を限度とする担保価値自体を処分することができる。金融を得ようとする者、金融機関にとってきわめて利益な規定である。

根抵当権は、発生する多くの債権は任意に弁済されることを予期し、担保はいわばその背景にあって最後の守りとして存在する。確定する前の被担保債権は根抵当の枠にはいつているだけで、その根抵当によって終局的に担保されることに定まったものではない。弁済による代位があつた場合、根抵当権も当然にこれに随伴するものとなすべきかどうかは、政策的に考慮すべきことである(我妻¹⁾。要項試案にあつた保証人の例外規定が削除される背景には、経済取引の便宜を優先する「政策的」な考慮が影響している。随伴性否定の究極の狙いは、根抵当権の独占と絶対的譲渡にある。

(1) 我妻栄・新訂担保物権法四六四、五〇〇頁(昭四三)。

(ii) 問題点②の再検討

元本の確定前であれば常に、根抵当権の行使に対する期待を保護する必要はないのか。元本確定前の担保保存義務が実際に問題となるのは、債権回収の最終段階である。元本の確定前に、保証人が自ら希望して弁済することは少ない。保証人は、債権者から強く弁済を迫られたため、やむなく弁済するのである。そのような状況において弁済させられた保証人は、保護する必要があるのでないか。債権者は、自ら債権の弁済を保証人に迫っておきながら、合理的理由もないのに担保を放棄したりすれば、担保保存義務が問題となる場合があるのではないか「問題点

② (先述①問題設定)。

(a) 保証人の求償権確保手段の事実上の剥奪——立法者の担保保存義務への不関与の態度

先述のように、保証人が将来取得すべき求償権を担保するために独自の根抵当権を設定することが従来と比較して容易になったこと、保証人の取得しあるいは取得すべき求償権を担保するため債権者から根抵当権の一部譲渡を受けるという方法もあるとされる(先述③(ii)(a))。しかし実際には、確定前における弁済義務を免除する特約がなければ、保証人が、被担保債権の確定前であることを理由に、当然に保証債務の履行を拒めない。さらに、立法者は、保証人は右のような自衛策を採ることができるとするが、実際は容易でない。債権者に対する求償権のために担保の設定を受け、または債権者の有する根抵当権の一部譲渡を受けられればよいが、いずれも保証人単独の意思ではできない(先述④(ii)(b))。求償権のために担保の設定を受けるには、担保設定者の承諾が必要である。債権者から根抵当権の一部譲渡を受けるには、根抵当権設定者の承諾が必要であり(民法三九八条ノ二三)、法律上当然に譲渡されるわけではない。実際には、信用保証協会は優位な立場にあり、保証人に対して全額について求償できる旨の特約を置いている。立法段階の議論において「調整規定」を設けるべきとする傾聴すべき意見があったが(先述③(iii)(c))、現在の実務の現場では金融機関に有利な特約が支配している。

保証人に対する請求は多くの場合債権回収の最終段階であり、その時点においては、そもそも担保が不足しており、もし唯一の担保である根抵当権が放棄されるようなことがあると、求償権の確保の望みは絶たれる。実際には、保証人の求償権確保手段は剥奪されたに等しい。

債権者には根抵当権を自由に処分する非常に強力な手段が与えられており、法改正前では考えられなかった担保剥奪ができる。保証人は知らない間に担保を剥ぎ取られリスクを負わされる。立法者は、根抵当権における担保保存義務の問題に触れるべきであったと思われるが、不関与の態度をとった(先述④(ii)(a))。

(b) 担保保存義務が問題となる類型——取引の終了段階、債権者の履行強制、求償権確保への協力拒否

実際には、債権者が保証人に対して請求してくるのは「取引の終了」段階である。取引の終了が確定事由であれば、その請求の時点には、根抵当権は確定しているというケースが圧倒的である。すでに取引が終了していた場合には、もし根抵当権を放棄していなければ確定していたと考えられる。したがって、代位もできたことになる（先述④(ii)(c)）。債権者が、確定前に保証人に履行を「強制」し、かつ、保証人が求償権確保の方策を求めたにもかかわらず、債権者がこれに応じずに、その後担保権の変更・解除をした場合は、保証人の代位期待を侵害したのであるから、民法五〇四条が適用されると考えられる（先述④(ii)(b)）。

(c) 確定事由の改正——「取引ノ終了」の削除（平一五改正）

元本の確定事由として、民法旧三九八条ノ二〇一項一号は、「担保スベキ債権ノ範囲ノ変更、取引ノ終了其他ノ事由ニ因リ担保スベキ元本ノ生ゼザルコトト為リタルトキ」と規定していた。ところが、平成一五年の法改正によって、この確定事由は削除された。その理由は、「取引ノ終了」という事由は、終了の時点・有無が不明確であること、確定前の根抵当権の譲渡を受けようとするとき、すでに取引が終了し被担保債権元本が確定していれば、確定前の根抵当権を取得できないという問題点が生じていたとされる¹⁾。

この改正によって、取引が終了していた場合でも、根抵当の確定は生じないことになる。確定事由から「取引ノ終了」（先述(b)）が削除されたことは、根抵当における担保保存義務の議論に影響する（後述(d)）。

(1) 道垣内弘人・担保物権法（第三版）二四九頁（平二〇）、高木多喜男・担保物権法二七七―二七八頁（第四版・平一七）。

(d) 保証人を保護すべき場合はないか——確定申入権、債権者の害意、信義則上の協力義務違反、合理的理由のない根抵当権の放棄等

実際には、債権者が保証人に対して請求してくるのは「取引の終了」段階である。取引の終了が根抵当権の確定事由ならば、保証人への請求時点ですでに取引が終了していた場合、もし債権者が根抵当権を放棄していなければ確定しており、代位もできたはずであり、代位期待の侵害として、担保保存義務違反が問題となりうる。

ところが、平成一五年の法改正によって、確定事由から「取引ノ終了」が削除されており（先述(c)）、保証人への請求時点で取引が終了していても、根抵当は確定しない。確定を条件にして代位ができるという期待は主張しにくい。確定事由からの「取引ノ終了」の削除は、担保保存義務の封じ込め作用を孕んでいる。

さてそれでは、保証人を保護すべき場合は全くないのか。これが残された課題である。

(イ) 保証人保護策の模索①——伝統的学説・判例の枠組から、確定申入権 担保保存義務の規定（民法五〇四条）は、弁済による代位の項目の最後に置かれている。その条文の位置からも分かるように、立法者は、担保保存義務を弁済による代位を裏から補完する制度と位置付けた（通説・判例も同意¹⁾）。わが国における担保保存義務制度は、法定代位権者の代位期待を保護する制度である。一方、民法三九八条ノ七第一項は、根抵当権の随伴性を否定し、保証人にその例外を認めていない。確定時に存在する債権だけが、根抵当権を行使できる。確定前に保証人が弁済しても、根抵当権を行使できない。

確定期日の定めのない場合には、根抵当権者はいつでも担保すべき元本の確定請求ができる（民法三九八条ノ一九第二項）。根抵当権者が優先弁済権の行使に着手したとき、根抵当権の担保すべき元本は確定する（民法三九八条ノ二〇第一項一号）。このように、根抵当権者は、確定の選択ができるにもかかわらず、あえて根抵当権を実行せず、確定前に保証人に弁済を強く迫る場合がある。しかし、このような場合でも、保証人は当然には弁済を拒否できな

い。ところが、保証人が確定前にやむなく弁済に応じて、根抵当権を行使できない。

主たる債務者が支払不能状態にあり、保証人が求償権確保の方策を求めたにもかかわらず、債権者がこれに応じないような場合、保証人に信義則上「確定申入権」を認めるべきである。代位期待の侵害として、担保保存義務違反が問題となりうる。

(四) 保証人保護策の模索②——債権者の信義則上の協力義務の観点から わが国においては、担保保存義務は弁済による代位の補完制度と位置付けられているが、担保保存義務は、その沿革・比較法的視点から分析すると、信義則上の保証人保護の制度である。しかも、債権者が負う義務は担保保存義務だけではない。担保保存義務は債権者が負う義務の一つにすぎない。債権者は、保証人に対して、「信義則」上の「協力義務」を負うと解される。比較法的にもその方向にある。

確定前に債権者が保証人に弁済を強制すれば、保証人は根抵当権に代位できず、求償権の確保ができなくなることは十分予測される以上、債権者は保証人の求償権の確保に協力すべきである。保証人のリスクが十分予測されるにもかかわらず、求償権の確保に協力せずに、合理的理由もなく担保の解除・差替えを行うとすれば、債権者には保証人に対する「害意」が推認される。その場合には、債権者が信義則上負う協力義務違反となり、保証人は免責されると解すべきである。

(ハ) 保証人の解約権——最近の学説 元本確定後の将来の代位の期待を侵害されたことは疑いないとし、保証人の極度額での免責だけでなく、解約権まで認めるべきである、とする説が最近主張されている²²⁾。この説は、根保証契約の解約にまで踏み込む。

(1) 辻博明「担保保存義務に関する一考察——民法五〇四条の立法過程を中心に——」岡法五六巻一号四四頁(平一八)。

(2) 平野裕之・債権総論四五〇—四五二頁(プラクティスシリーズ・平二七)。

八六

(iii) **本問題の再検討——福岡地裁平成一五年判決を題材に**

元本確定前の根抵当権者の担保保存義務の有無は、理論的に未解決の難問である。実務的にも、背後で登録免許税の税額が絡む複雑な問題である。ところが、この問題に関する最高裁判例はない。福岡地裁平成一五年判決〔118〕福岡地判平一五・三・一八(金商一一七〇・二七)は、下級審裁判例であるが、この難問について判断したおそらく唯一の裁判例である。そこで最後に、本判決を題材に、未解決の難問を分析することにする。

〔118〕判決の事実関係の概要は以下の通りである。

被告Eは、昭和六一年四月三〇日、被告Eの被告Cに対する債務を担保するため、被告Cとの間で、被告Eの所有する本件土地建物について、極度額を金一億四四〇〇万円とする根抵当権を設定すると合意をし、同年五月二日、この合意に基づき、本件土地建物について本件根抵当権の登記を経由した。

被告Cは、昭和六一年一〇月三〇日、被告Eに対し、最終弁済期を平成一三年一〇月三十一日として金一億五〇〇〇万円を貸し付けた。

原告(A株)は、昭和六一年一〇月三〇日、被告Eの委託を受け、被告Eの被告Cに対する債務を担保するため、被告Cとの間で、原告の所有する土地及び建物について抵当権を設定すると合意をし、同日、この合意に基づき、右の土地及び建物について登記を経由した。

原告は、平成二二年一月二〇日、被告Cに対し、被告Eの被告Cに対する債務について、被告Eに代わって残額六八七七万六七二円を弁済した。

ところが、被告Cは、昭和六三年二月一二日、被告Eの同意を得た上、本件土地建物についての後順位根抵当

権者であった信用組合①との間で、本件根抵当権について順位変更の合意をし、同月一五日、この合意に基づき、順位変更の登記を経由した。また、被告Cは、平成三年五月八日、被告Eの同意を得た上、本件土地建物についての後順位根抵当権者であった信用組合②との間で、本件根抵当権について順位変更の合意をし、同日、この合意に基づき、順位変更の登記を経由した。

なお、信用組合①を根抵当権者とする現在順位番号一番の根抵当権の極度額は一億九〇〇〇万円であり、信用組合②を根抵当権者とする現在順位番号二番の根抵当権の極度額は二億四〇〇〇万円である。本件土地建物の平成一三年度固定資産評価額は合計一億五〇〇〇万円程度であり、これについての先順位根抵当権の極度額は合計四億三〇〇〇万円である。

原告は、被告Cは、本件根抵当権について担保保存義務（民法五〇四条）を負うものというべきであるところ、その義務を怠り、被告Eと共同して、本件各順位変更をして実質的にこれを喪失又は減少させ、これによって原告の被告Eに対する求償債権の回収を不能にし、もって原告に本件弁済と同額の損害を与えたとして、被告Cに対し、不法行為、債務不履行又は不当利得の請求を行った。

これに対して、被告Cは、担保保存義務は、担保権者が自己の有する担保権等について法定代位すべき者に対して負う義務であるところ、担保権が根抵当権である場合には、根抵当権には随伴性がなく（民法三九八条の七）、法定代位の対象となるものではないから、担保権者は、根抵当権について担保保存義務を負わないものというべきである等と反論した。

〔118〕判決は、次のように判示し、元本確定前の根抵当権は、法定代位の対象となるものではなく、根抵当権者は根抵当権の確定前の時点において担保保存義務を負うものではないとした。

「民法は、他人の債務を担保するため物上担保権を設定した者（以下「担保権設定者」という。）が、その債務を弁

済し、又は物上担保権の実行によって担保物の所有権を失ったときは、保証債務に関する規定に従って債務者に対して求償権を取得するものとし（同法三七二条・三五一条）、この求償権を確保するため、法の規定によって当然に、弁済等によって消滅すべきはすの債権者の債務者に対する債権（以下「原債権」という。）及びその担保権を担保権設定者に移転させ、担保権設定者とその求償権の範囲内で原債権及びその担保権を行使することを認めている（法定代位、同法五〇一条）。そして、同法は、将来原債権及びその担保権を行使することのあり得る担保権設定者その他債権者に法定代位すべき者の期待を保護するため、これらの者がある場合に、債権者が故意又は懈怠によって原債権の担保権を喪失又は減少したときは、担保権設定者その他債権者に法定代位すべき者は、その喪失又は減少によって償還を受けることが不可能となった限度においてその責任を免れるものとし、債権者に担保保存義務を負わせている（同法五〇四条）。他方、同法は、一定の範囲に属する不特定の債権を極度額の限度において担保する根拠権において、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がその債権について根拠権を行使することを認めず、その随伴性を否定している（同法三九八条ノ七）。

以上によれば、元本確定前の根拠権は、法定代位の対象となるものではなく、担保権設定者その他債権者に法定代位すべき者がこれを行使することはあり得ないのであるから、これらの者の根拠権の行使に対する期待を保護する必要はなく、根拠権者はこの時点で担保保存義務を負うものではないと解するのが相当である。そして、このように解したとしても、担保権設定者その他債権者に法定代位すべき者は、求償権を確保するため、あらかじめ債務者から担保権の設定を受け、又は弁済等の際に根拠権者から根拠権の全部又は一部譲渡（民法三九八条ノ二二・同条ノ二三）を受けることもできるのであるから、何ら担保権設定者その他債権者に法定代位すべき者を害するものではない。」

(a) 本判決の推論

本判決は、「元本確定前の根抵当権は、法定代位の対象となるものではなく、担保権設定者その他債権者に法定代位すべき者がこれを行使用することはあり得ないのであるから、これらの者の根抵当権の行使に対する期待を保護する必要はなく、根抵当権者はこの時点で担保保存義務を負うものではないと解するのが相当である。そして、このように解したとしても、担保権設定者その他債権者に法定代位すべき者は、求償権を確保するため、あらかじめ債務者から担保権の設定を受け、又は弁済等に際して根抵当権者から根抵当権の全部又は一部譲渡（民法三九八条ノ一・同条ノ二三）を受けることもできるのであるから、何ら担保権設定者その他債権者に法定代位すべき者を害するものではない」とする。

本判決は、民法三九八条ノ七第一項を起点として、同条の立法趣旨（先述③(iv)）に沿った推論を行っている。

(b) 原理部分からの再検討——本事実を手掛かりに

〔118〕判決は、「元本確定前の根抵当権者の担保保存義務の有無が訴訟になった数少ない事案である。」

(イ) 本件の当事者——信用保証協会でない事案 本件の当事者は信用保証協会ではない。当事者が信用保証協会であれば、「代位割合」の特約を融資の条件とするため、本件のような紛争の芽は事前に摘み取られている。もし紛争になった場合でも、担保保存義務免除特約を設定しているため、免除特約下での担保の差替等の有効性が問題となるにとどまり、担保保存義務違反自体が争点となることは極めて少ない。

〔118〕判決は、「担保権設定者その他債権者に法定代位すべき者は、求償権を確保するため、あらかじめ債務者から担保権の設定を受け、又は弁済等に際して根抵当権者から根抵当権の全部又は一部譲渡（民法三九八条ノ一二・同条ノ二三）を受けることもできるのであるから、何ら担保権設定者その他債権者に法定代位すべき者を害するものではない」とする。しかし、保証人が弁済しても、その「単独」の意思で担保設定を受けることはできず、また根

抵当権の一部譲渡を受けることもできない。しかも代位問題に精通する信用保証協会は、保証人との間では代位弁済した「全部」について債権者に代位して根抵当権を行使できる旨の特約をさせており、保証人は根抵当権の全部又は一部譲渡を受けることはできない。「118」判決および根抵当法は、右のようにして求償権を確保できるとの前提で推論しているが、実際には求償権の確保は極めて難しい。

(ロ) 本件の弁済——債務残額の弁済事案 本件では、物上保証人が債務の残額を代位弁済した事案であり、債務額が分かっていた事案である。

しかし通常は、元本確定前に第三者が代わって弁済しても、債務残額は決まらない。根抵当権は、発生する債権が任意に弁済されることを予期し、最後の守りとして存在する。根抵当権の随伴性は否定されており、根抵当権を行使できる債権は確定の時に存在するものに限られる。したがって、確定前に保証人が弁済して債権者に代位しても、根抵当権に代位することはできない(民法三九八条ノ七第一項)。根抵当権に代位するには、確定していなければならぬ。しかし、確定請求できるのは、根抵当権設定者と根抵当権者である(民法三九八条ノ一九)。保証人についてはその提案があったが実現しなかった(先述③(ロ)(c)各界意見)。

次に、保証人への請求時は、多くの場合、取引の終了段階であるため、「取引ノ終了」が確定事由であった当時は代位の期待が問題となる余地があった(ただし平成一五年法により確定事由から削除される(先述⑤(ロ)(c))。)

本件の場合、根抵当権についての順位変更がなされたのは、原告が被告に代わって残額を弁済するかなり以前のことである。順位変更されたときはまだ取引が継続していたとすれば、他の確定事由がなければ、確定前であり、根抵当権は法定代位の対象とならず、根抵当権者は担保保存義務を負わないことになる。

(ハ) 本件における保証人救済策の模索 わが国においては、担保保存義務は弁済による代位の補完制度と位置付けられているが、担保保存義務は、その沿革・比較法的視点から分析すると、保証人を中心とする信義則上の制

度である。担保保存義務は債権者が負う複数の義務の一つにすぎないとすれば、債権者は、信義則上、保証人に対する協力義務も負うと解すべきである。確定前に債権者が保証人に弁済を迫ればどうなるか。保証人は根抵当権に代位できず、求償権の確保ができない。債権者は保証人の求償権の確保に協力すべきである。

本件において、根抵当権についての順位変更がなされたのは、原告が被告に代わって残額を弁済するかなり以前のことであるが、もし保証人のリスクが十分予測されたにもかかわらず、合理的理由もなく順位の変更が行われ、保証人から求償権の確保のための協力要請があったにもかかわらずそれを拒絶したというような「特段の事情」がある場合には、債権者は求償権確保の協力義務に違反したと解され、保証人は免責されるべきである（先述⑤(ii)(iii)）。

(c) 実務的視点からの再検討——登録免許税との関係

最後に、実務的視点から検討する。金融実務の専門家には、担保保存義務に対する次のような懸念が残る。具体的には、登録免許税が関係する。担保物件の「差替え」等の申出があった場合、登録免許税の観点から、追加設定の上で一部抹消を行っているのが実務であり、一時的にせよ共同担保関係が発生する。登録免許税法によると、抵当権の追加設定（一件につき二五〇〇円）や抹消（不動産一個につき二〇〇〇円）は税額が低額であるが、抵当権を一部抹消した後に差替えの抵当権を新規設定すると、税率が極度額の一〇〇〇分の四とされるため、極度額が高額の場合には税額がかなり高額になる（登録三三條二項、登録免許税法別表第一(5)(15)）。そのため、実務では税額を考慮して、抵当権の追加設定・一部抹消方式をとるようである。この手法によると、一時的に共同抵当関係が発生する。そこで、実務家は次のような懸念を表明する。代位弁済に移行する場合、債務者設定の根抵当権があることで根保証人になった者が、代位弁済を迫られたとき、債権者が担保の一部抹消をすれば、民法五〇四条による免責を主張してくるのではないかという懸念である。

しかし、過度に担保保存義務違反に怯えるべきではない。問題は、被担保債権が確定していたか、確定前の事案においては、信義則から見ても債権者の協力義務違反があったかどうか、根低当権の放棄等について合理的理由があったかどうかである(先述(b)(ロ)(ハ))。

- (1) 竹本哲夫(信用保証協会)・金法一六九八号六六頁(判研・平一六)。
- (2) 竹本・前掲注(1)判研七〇頁。