

# 契約による担保設定委託の構造

## — 保証委託と物上保証委託は同質か異質か

松岡 久和（京都大学）

### 1 本報告の概要

日本民法は、委任契約を狭く捉えるフランス法やドイツ法とは異なり、有償・無償を問わず委任者のために受任者が法律行為を行うことを内容としている。保証委託や物上保証委託が、委任者（＝債務者）のために、受任者が債権者との間で保証契約や担保物権設定契約を結ぶことを中心的な内容とする委任契約に当たることには異論はない。本報告は、保証委託契約と物上保証委託契約において委託される内容や費用清算の根拠を考察し、両者の異同を論じる。

### 2 1990年の最高裁判所判決

まず、学説でこの問題が議論されるきっかけとなった1990年の最高裁判決<sup>1</sup>の事件を紹介する。Xは、A信用保証協会に対するYの将来の求償債務を担保するため、自己所有の26個の不動産に極度額3600万円の本件根抵当権を設定した。YがAに対する債務の弁済を怠ったので、Aが本件根抵当権の実行を申し立てた。

そこで、XがYに対して、主位的請求として民法459条（以下、条文は断らない限り民法を指す）に基づく事後求償権、予備的請求として460条2号に基づく事前求償権を主張し、その一部請求として700万円の支払を求めた。しかし、本件根抵当権の目的である不動産の一部が競売されたが、その売却代金は、先順位の抵当権者に配当され、Aには配当されなかった。Yからその旨の抗弁が出されたので事後求償権は成立せず、この訴訟では事前求償権の成否のみが問題になった。

第1審は、物上保証人にも事前求償権が認められるとしたが、YのXに対する物上保証委託が認められないとして、Xの請求を棄却した<sup>2</sup>。第2審はYの委託があったとしても、物上保証人には事前求償権はないとして、Xの控訴を棄却した。

最高裁判所は、次のように述べてXの上告を棄却した。

---

<sup>1</sup> 最高裁判所1990年12月18日判決民集44巻9号1686頁。この判決は多くの関心を集め、末尾の参考文献に掲載したように多数の解説・評釈がある。第1審は神戸地方裁判所1986年5月28日判決民集44巻9号1693頁、第2審は大阪高等裁判所1990年2月28日高民集43巻1号30頁。

<sup>2</sup> 判例集からは理由が明らかでなく、この記述は畔柳正義判事の第2審の解説・判例タイムズ762号54頁による。

「債務者の委託を受けてその者の債務を担保するため抵当権を設定した者（物上保証人）は、被担保債権の弁済期が到来したとしても、債務者に対してあらかじめ求償権を行使することはできないと解するのが相当である。けだし、抵当権については、民法372条の規定によって同法351条の規定が準用されるので、物上保証人が右債務を弁済し、又は抵当権の実行により右債務が消滅した場合には、物上保証人は債務者に対して求償権を取得し、その求償の範囲については保証債務に関する規定が準用されることになるが、右規定が債務者に対してあらかじめ求償権を行使することを許容する根拠となるものではなく、他にこれを許容する根拠となる規定もないからである。

なお、民法372条の規定によって抵当権について準用される同法351条の規定は、物上保証人の出捐により被担保債権が消滅した場合の物上保証人と債務者との法律関係が保証人の弁済により主債務が消滅した場合の保証人と主債務者との法律関係に類似することを示すものであるといえる。ところで、保証の委託とは、主債務者が債務の履行をしない場合に、受託者において右債務の履行をする責に任ずることを内容とする契約を受託者と債権者との間において締結することについて主債務者が受託者に委任することであるから、受託者が右委任に従った保証をしたときには、受託者は自ら保証債務を負担することになり、保証債務の弁済は右委任に係る事務処理により生ずる負担であるといえる。これに対して、物上保証の委託は、物権設定行為の委任にすぎず、債務負担行為の委任ではないから、受託者が右委任に従って抵当権を設定したとしても、受託者は抵当不動産の価額の限度で責任を負担するものにすぎず、抵当不動産の売却代金による被担保債権の消滅の有無及びその範囲は、抵当不動産の売却代金の配当等によって確定するものであるから、求償権の範囲はもちろんその存在すらあらかじめ確定することはできず、また、抵当不動産の売却代金の配当等による被担保債権の消滅又は受託者のする被担保債権の弁済をもって委任事務の処理と解することもできないのである。したがって、物上保証人の出捐によって債務が消滅した後の求償関係に類似性があるからといって、右に説示した相違点を無視して、委託を受けた保証人の事前求償権に関する民法460条の規定を委託を受けた物上保証人に類推適用することはできないといわざるをえない。」

この判決（以下では本判決という）の理由を要約すると次の2点にまとめられる。1)物上保証人が被担保債務を消滅させた場合には債務者に対して事後求償権を取得することは351条・372条によって定められているが、事前求償権の根拠となる規定はない。2)保証委託と物上保証委託には類似性もあるが、大きな違いがあるから、保証人の事前求償権を定める460条を物上保証人に類推することはできない。

2)で指摘されている両者の違いが重要である。本判決によると、保証委託の内容は、受託者が債権者との間で保証契約を締結することであり、保証債務の弁済は委任事務処理により生じる負担である。これに対して、物上保証の委託は、物権設定行為の委任であって、受託者は物的有限責任を負担するにすぎない。抵当不動産の売却代金が確定するまでは、求償権の存在や範囲を予め確定することはできない。また、抵当権の実行による配当や物上保証人の第三者弁済は委任事務処理とは解せない、ということになります。

### 3 最高裁判所の判断に対する意見

短い報告時間を考慮し、以下では本判決の理由付けにつき、順次、学説の議論をふまえて私の意見を述べる形をとる<sup>3</sup>。

#### (1) 351条・372条と事前求償権

372条の準用する351条が事後求償権のみを指すことは文言上明らかである。もっとも、同条が物上保証人の事前求償権を積極的に排除する趣旨ともされていない。それゆえ、その点は法の欠缺として、解釈による保証債務の規定の類推適用の可否が検討されるべきである。本判決の理由1)もこの趣旨を説いており妥当である。

#### (2) 保証委託の内容

原審判決は、保証委託の内容には保証債務の履行まで含まれるとしたが、これ以前の学説は、おおむねそのような表現をしてきた。しかし、本判決の評釈には、保証委託を受けた者が負う債務は保証契約の締結に尽き、保証債務の履行まで委託されてはいないと解するものが少なくない。この主張は、一部は正当であり一部は修正を要する。債務者が保証委託を行うのは、債権者からの融資を得るために信用補完が必要となるからである。委託者は「けっしてご迷惑をおかけすることはないので保証人になっていただくようお願いします」と述べて依頼するのが通常である。「代わりに払ってもらいたい」というのは代弁済（立替払い）の委託であり、それではだれも保証人にはなってくれない。保証債務の未必性がひろく強調されることも併せて考えると、保証債務の履行まで委託していると理解するのは当事者の意思に反する。むしろ、委任者には受任者に経済的な負担を与えない義務がある。

他方、受任者の債務は保証契約を締結することだけではない。保証委託契約は継続的契約であり、与信期間内は、受任者は委任者との関係でも保証人であり続ける義務を負う。また、付随的な義務だが、自己の資力の変化等について報告義務や（645条）、債権者に弁済する前後に債務者に対して通知義務も負う（463条）。

#### (3) 保証人の事後求償権と委任契約

伝統的な考え方は、保証委託が保証債務の履行まで委託しているとみるので、事後求償権の性質を、委任事務処理費用の償還請求権（650条1項）が具体化したものと理解する。これに対して、保証債務の履行を委託内容に含まないとする考え方でも、保証債務の履行を

---

<sup>3</sup> 錯綜した議論の整理として、後掲参考文献の定塚評釈6-9頁の分析および図解、高橋評釈・担保法の判例2・230-231頁を参照。

強いられるのは、保証の委託と因果関係のある不可避の出費であり、「委任事務を処理するのに必要と認められる費用」（650条1項）に含めることができる。

保証人の出捐を費用に含めず、損害の賠償（650条3項）と位置づける学説もある。しかし、650条1項の費用は、旧民法財産取得編245条1号の立替金と費用をまとめたものであり、保証債務の履行として保証人が支払った金銭は立替払金と同質の費用である。また、損害賠償構成は、保証人の無過失を不必要に問題にするので妥当でない。

#### (4) 保証人の事前求償権と委任契約

伝統的な考え方によれば、「事前求償権は、委任事務処理費用の前払請求権（649条）の性格を有する。しかし、常に前払請求ができるとすれば保証契約の趣旨に反するし、前払を受けた保証人が保証債務の履行をしない危険もある。そこで、前払請求権の要件を制限し、例外的に認められる場合を定めた特則が事前求償権の制度である」と解される。

これに対して、保証債務の履行を委託内容に含まないとする考え方では、事前求償権の内容は保証契約の締結に要する費用程度である。弁済した債務額の事後求償権が費用償還請求権の性質を有するとしても、被担保債務の弁済資金の前払を認めることは、保証委託契約の趣旨に反する。

#### (5) 保証人の事前求償権の性質

事前求償権を委任事務処理費用の前払請求権と位置づけないとすれば、事前求償権の性質は次の2つの考え方のいずれかを基本とすることになる。1つは、事前求償権は、事後求償権の保全のための規定とする事後求償権保全説である。この考え方は、債務者が破産したにもかかわらず、債権者がもつぱら保証人からの弁済に期待して破産財団の配当に加入しない場合（460条1号）に最もよく当てはまる。破産手続開始後に保証債務を履行して事後求償権を取得しても、破産手続への参加が間に合わなければ求償ができなくなるので、破産手続開始時に存在する事前求償権により破産手続に参加させるのである。しかし、このような事後求償権の保全の必要性は、無委託保証人にも等しく当てはまる。そのため、倒産法は委託の有無に関係なく保証人の倒産手続参加を認め（破産法104条3号。この規定は会社更生法135条2項、民事再生法86条2項で準用されている）、さらにこの扱いは物上保証人にも拡張されている（破産法104条5号）。多数説によると同条の「破産者に対して将来行うことがある求償権」は事後求償権を指す。この理解によれば、事後求償権の保全は保証委託による事前求償権と関係なく基礎づけられるため、事後求償権保全説の説明は成り立たなくなる。

もう1つは、事前求償権は、保証人を担保の拘束から解放する請求権であるとする解放請求権説である。この考え方は、日本民法の規律が、保証人の解放請求権（主たる債務者の弁済や供託による免責請求・求償に対する担保請求等）に限定しているドイツやフランスの扱いと比べて過大な保護を与えていると批判し、保証人の解放の限度で謙抑的に運用するべきだとす

る。本判決の考え方の背後にも、あまり合理的でないとの指摘がある事前求償権を広げる解釈は採りにくいという価値観が存在するとも指摘されている。

たしかに、460条では金銭支払請求権が保証人にあるように見える。しかし、461条により主たる債務者は、担保の提供や自己の免責請求を抗弁として主張し、あるいは、自らが供託・担保提供・保証人の免責をすることで支払を免れることができるので、機能的には諸国の問題処理とそれほど大きな違いはない。このように事前求償権の制度が不合理なものでないと評価できれば、逆に適用場面を拡大することには大きな障害はない。

#### (6) 物上保証委託の内容

本判決は、保証委託と対照する形で、物上保証委託は担保権を設定させるだけであり、支払委託を含まないと指摘する。しかし、保証委託契約も支払委託までは含まないと解することができる。物上保証人は、債権者との間で担保権設定契約を結び、与信期間内は担保を提供し続ける債務を負うとともに、担保目的物の価値の変化等についての報告義務(645条)、担保価値が侵害された場合の侵害是正義<sup>4</sup>、第三者弁済をする前後には債務者に対して通知義務を負う(463条の類推適用)。両者は同一の構造で理解でき、本判決の対比は成功していない。

#### (7) 物上保証人の事後求償権と委任契約

本判決の指摘するとおり、担保権の実行や第三者弁済は委託された給付そのものではない。しかし、この理解を前提としても、こうした物上保証人の出捐は物上保証の委託と因果関係のある不可避の出費として委任事務処理費用(650条1項)に含めることができる。351条は、疑義があることから、こうした出捐による事後求償権の発生を明文で確認したものである。

#### (8) 事前求償権の存否と範囲

本判決は、担保目的物を競売しないと求償権の存否や範囲が確定できないから、物上保証人には事前求償権を付与することができないとする。しかし、保証委託の場合においても保証人が任意に弁済しないときには強制執行してみるまでは求償権の存否や範囲は確定できない。また、事前求償権という性質上、正確な評価の確定は要せず、額を概算して処理し事後に精算が行われれば足りる。さらに担保目的物の評価額を前提に物上保証人等の代位の範囲を定める規定が民法には存在する(392条2項、501条3号-5号)。たしかに、物上保証委託の場合には、保証委託の場合と比べて事前求償権の存否や範囲の判断には困難さの程度が高いかもしれないが、両者を質的に異なるというほどの差は存在しない。

#### (9) 本判決の判例としての価値と事案の解決

---

<sup>4</sup> 最高裁判所大法廷1999年11月24日判決民集53巻8号1899頁。奥田昌道裁判官の補足意見によれば物上保証人はさらに積極的に担保価値維持義務を負う。

以上のように本判決の理由が展開する論理にはおおいに疑問がある。のみならず、本判決は、Yの委託の有無を認定しないままに行われた判断であり、傍論にすぎないとの評価もある。今後の議論の進展と登場する事案次第では、異なる判断が示される可能性が残る。

報告者の見解では、委託を受けた物上保証人に事前求償権を認めることに支障はなく、保証と物上保証の類似性から肯定されるべきである。本件ではYには倒産手続が開始していないことから倒産法の適用はなく、民法上の事前求償権が問題になる（460条2号の類推のほか担保権が実行されていることは確定判決を受けたことに類比できるので459条1項前段も根拠条文となりえよう）。事前求償権を肯定する考え方に立つとするなら、最高裁判所は、Yの委託の有無を確定し、さらにYの461条の抗弁等の成否を審理させるため、原審に差し戻すべきであった。

## 参照条文

### 民法第351条（物上保証人の求償権）

他人の債務を担保するため質権を設定した者は、その債務を弁済し、又は質権の実行によって質物の所有権を失ったときは、保証債務に関する規定に従い、債務者に対して求償権を有する。

### 第372条（留置権等の規定の準用）

第396条、第304条及び第351条の規定は、抵当権について準用する。

### 第459条（委託を受けた保証人の求償権）

1 保証人が主たる債務者の委託を受けて保証をした場合において、過失なく債権者に弁済をすべき旨の裁判の言渡しを受け、又は主たる債務者に代わって弁済をし、その他自己の財産をもって債務を消滅させるべき行為をしたときは、その保証人は、主たる債務者に対して求償権を有する。

2 第442条第2項の規定は、前項の場合について準用する。

### 第460条（委託を受けた保証人の事前の求償権）

保証人は、主たる債務者の委託を受けて保証をした場合において、次に掲げるときは、主たる債務者に対して、あらかじめ、求償権を行使することができる。

- 一 主たる債務者が破産手続開始の決定を受け、かつ、債権者がその破産財団の配当に加入しないとき。
- 二 債務が弁済期にあるとき。ただし、保証契約の後に債権者が主たる債務者に許与した期限は、保証人に対抗することができない。

三 債務の弁済期が不確定で、かつ、その最長期をも確定することができない場合において、保証契約の後十年を経過したとき。

#### 第461条（主たる債務者が保証人に対して償還をする場合）

1 前2条の規定により主たる債務者が保証人に対して償還をする場合において、債権者が全部の弁済を受けない間は、主たる債務者は、保証人に担保を供させ、又は保証人に対して自己に免責を得させることを請求することができる。

2 前項に規定する場合において、主たる債務者は、供託をし、担保を供し、又は保証人に免責を得させて、その償還の義務を免れることができる。

#### 第649条（受任者による費用の前払請求）

委任事務を処理するについて費用を要するときは、委任者は、受任者の請求により、その前払をしなければならない。

#### 第650条（受任者による費用等の償還請求等）

1 受任者は、委任事務を処理するのに必要と認められる費用を支出したときは、委任者に対し、その費用及び支出の日以後におけるその利息の償還を請求することができる。

2 受任者は、委任事務を処理するのに必要と認められる債務を負担したときは、委任者に対し、自己に代わってその弁済をすることを請求することができる。この場合において、その債務が弁済期にないときは、委任者に対し、相当の担保を供させることができる。

3 受任者は、委任事務を処理するため自己に過失なく損害を受けたときは、委任者に対し、その賠償を請求することができる。

#### 破産法第104条（全部の履行をする義務を負う者が数人ある場合等の手続参加）

1 数人が各自全部の履行をする義務を負う場合において、その全員又はそのうちの数人若しくは一人について破産手続開始の決定があったときは、債権者は、破産手続開始の時に於いて有する債権の全額についてそれぞれの破産手続に参加することができる。

2 前項の場合において、他の全部の履行をする義務を負う者が破産手続開始後に債権者に対して弁済その他の債務を消滅させる行為（以下この条において「弁済等」という。）をしたときであっても、その債権の全額が消滅した場合を除き、その債権者は、破産手続開始の時に於いて有する債権の全額についてその権利を行使することができる。

3 第1項に規定する場合において、破産者に対して将来行うことがある求償権を有する者は、その全額について破産手続に参加することができる。ただし、債権者が破産手続開始の時ににおいて有する債権について破産手続に参加したときは、この限りでない。

4 第1項の規定により債権者が破産手続に参加した場合において、破産者に対して将来行うことがある求償権を有する者が破産手続開始後に債権者に対して弁済等をしたときは、その債権の全額が消滅した場合に限り、その求償権を有する者は、その求償権の範囲内において、債権者が有した権利を破産債権者として行使することができる。

5 第2項の規定は破産者の債務を担保するため自己の財産を担保に供した第三者（以下この項において「物上保証人」という。）が破産手続開始後に債権者に対して弁済等をした場合について、前2項の規定は物上保証人が破産者に対して将来行うことがある求償権を有する場合における当該物上保証人について準用する。

## 参考文献

### 1 事前求償権の立法上の沿革

前田達明監修『史料債権総則』（成文堂、2010年）354-373頁

國井和郎「フランス法における支払前の求償権に関する一考察」阪大法学145号・146号（1988年）249頁

### 2 1990年の最高裁判決の解説と評釈

富越和厚・ジュリスト975号74頁、同・法曹時報44巻3号672頁、同・最高裁判所判例解説民事篇平成2年度501頁

山野目章夫・法学教室131号104頁、同・判例タイムズ757号52頁

村田利喜弥・手形研究455号21頁

伊藤進・民商法雑誌105巻1号84頁

山田誠一・金融法務事情1304号52頁

石田喜久夫・京都学園法学5号63頁

高橋眞・法学教室138号別冊附録判例セレクト'91・24頁、同・私法判例リマークス（法律時報別冊）4号42頁、ジュリスト増刊（担保法の判例2）229頁

米倉明・法学協会雑誌109巻4号701頁

副田隆重・法学セミナー438号128頁

鳥谷部茂・別冊ジュリスト137号94頁、同・別冊ジュリスト160号94頁、同・別冊ジュリスト176号94頁（いずれも『民法判例百選Ⅱ 債権』の第4版-第5版補訂版）

川井健・ジュリスト臨時増刊980号70頁

矢崎正彦・判例タイムズ790号36頁

小沢征行・金融法務事情1581号132頁

國井和郎・法律時報63巻6号28頁

定塚誠・判例タイムズ783号4頁

半田吉信・奥田昌道ほか編『判例講義 民法Ⅱ 債権』（悠々社、2002年）74頁

田高寛貴・松本恒雄＝潮見佳男編『判例プラクティス 民法Ⅰ 総則・物権』（信山社、2010年）346頁

### 3 関連する研究書・研究論文その他

淡路剛久＝新美育文＝椿久美子「保証法理の物上保証人等への適用可能性(4)」金法1267号（1990年）19頁〔新美〕

山野目章夫「物上保証人の事前求償権」判タ811号（1993年）26頁

高橋眞『求償権と代位の研究』（成文堂、1996年）1頁以下、とくに57頁以下（初出、民商法雑誌108巻2号（1993年））

伊藤進ほか「〔シンポジウム〕委託ある物上保証人の事前求償権（連続企画 最近の担保判例とその評価）：6判例を素材にして／検討会（その2）」法律時報63巻8号6頁

### 4 関連する体系書等

我妻栄『新訂民法講義Ⅴ<sub>3</sub> 債権各論 中巻二』（岩波書店、1962年）682-684頁

三宅正男『契約法（各論）下巻』（青林書院、1988年）989-992頁

幾代通＝広中俊雄編『新版注釈民法(16)債権(7)』（有斐閣、1989年）271頁〔明石三郎〕

我妻栄『新訂民法講義Ⅳ 債権総論』（岩波書店、1964年）487-493頁

潮見佳男『債権総論Ⅱ〔第3版〕』（信山社、2005年）482-498頁

中田裕康『債権総論〔第3版〕』（岩波書店、2013年）501-504頁

伊藤眞『破産法・民事再生法〔第2版〕』（有斐閣、2009年）219-220頁

山本和彦ほか『倒産法概説〔第2版〕』（弘文堂、2010年）163-167頁

伊藤眞ほか『条解破産法』（弘文堂、2010年）723-724頁、727-728頁