

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

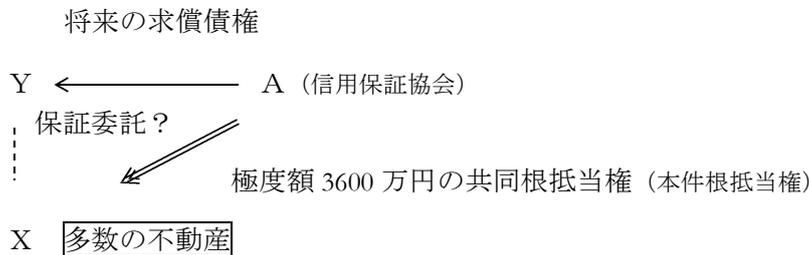
2014年1月6日

松岡 久和

1 本報告の概要

2 平成2年の最高裁判所判決（最判平2・12・13民集44巻9号1686頁）

(1) 事案の概要



- ・ Aが本件根抵当権の実行を申立てたので、XがYに対して、主位的には事後求償権、予備的に事前求償権を主張し、700万円分の一部請求。本件不動産の一部が実行されたが先順位抵当権者に配当されてAには配当がなかったので、事後求償権は不成立。

(2) 訴訟の経緯

- ・ 第1審（神戸地判昭61・5・28民集44巻9号1693頁に「事実」だけ掲載）：請求棄却。物上保証人にも事前求償権が認められるが、YのXに対する物上保証委託が認められない。
- ・ 第2審（大阪高判平2・2・28判時1352号76頁）：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（仮定的判断）。

(3) 最高裁判決と理由

・ 上告棄却

「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。ただし、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うことが出来る。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とができる。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。」

(4) 要点の整理

- ・ 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。

物上保証と保証の違い

①保証委託：受託者が債権者との間で保証契約を締結すること

保証債務の弁済は委任事務処理により生じる負担

②物上保証委託：物権設定行為の委任→受託者は物的有限責任を負担するのみ

抵当不動産の売却代金確定までは、求償権の存在や範囲は確定不能

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

3 最高裁判所の判断に対する意見

(1) 351 条・372 条と事前求償権

- ・ 372 条の準用する 351 条は事後求償権のみを指すが、物上保証人の事前求償権を積極的に排除する趣旨とも解されない。→法の欠缺・解釈による保証債務の規定の類推適用の可否を要検討

(2) 保証委託の内容

- ・ 保証を委託する債務者は保証債務の履行までは依頼していない（保証債務の未必性）

←→立替払い

- ・債務者は、むしろ、受任者に経済的な負担を与えない義務がある⇒求償権
- ・受任者の債務は保証契約を締結することに尽きない。

与信期間中保証人であり続ける義務、各種報告義務（645条）・通知義務（463条）

(3) 保証人の事後求償権と委任契約

- ・以下の3つの考え方が成り立ちうる。

①保証債務の履行まで委託（伝統的通説）⇒事後求償権は委任事務処理費用の償還請求権（650条1項）の具体化

②保証債務の履行を委託内容に含まないとする考え方⇒保証債務の履行を強いられるのは、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）

③保証人の出捐は費用ではなく、損害の賠償（650条3項）

←→ i 650条1項の費用←旧民法財産取得編245条1号の立替金と費用を統合：保証債務として支払ったものは立替金と同質

第245条 委任者ハ代理人ニ対シテ左ノ義務ヲ負担ス

第一 代理人カ代理ノ履行ノ為メ支出シタル立替金又ハ正當ノ費用ノ弁償及ヒ其支出シタル日以来ノ法律上ノ利息ノ弁償

ii 損害賠償構成では、保証人の無過失が問題になる（それは不当）

(4) 保証人の事前求償権と委任契約

①伝統的な考え方：事前求償権は委任事務処理費用の前払請求権（649条）の性格を有するが、保証委託の性質を考慮し、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

②保証債務の履行を委託内容に含まないとする考え方：事前求償権の内容は保証契約の締結に要する費用程度。弁済資金の前払は原則として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

- ・(4)②の考え方による場合の2つの可能性

①事後求償権保全説：事前求償権は事後求償権の保全のための規定

←債権者がもつば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）、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

←→事後求償権の保全の必要性は無委託保証人にも妥当：委託の有無に関係なく保証人の倒産手続参加を認め（破104条3号、会更135条2項、民再86条2項）、物上保証人にも拡張（破産法104条5号）

「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（多数説：条件付や将来の債権の現在化の一環）

②解放請求権説：事前求償権は保証人を担保の拘束から解放する請求権

←日本民法の規律の批判的検討：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保証人を過大に保護⇒保証人の解放の限度での謙抑的運用

- ・若干の検討

460条と461条はセットで解放請求の趣旨を規律⇒独仏の規律

一定の合理性がある適用場面の拡大も可能

(6) 物上保証委託の内容

- ・本判決：保証委託と対照して、物上保証委託の内容を担保権設定に限定し、支払委託を含まないとする。

←→保証委託契約も支払委託までは含まない

物上保証人も与信期間内は担保を提供し続ける債務を負う。報告義務（645条）や侵害是正義務（担保価値維持義務）、第三者弁済の際の通知義務（463条の類推適用）も負う。

(7) 物上保証人の事後求償権と委任契約

- ・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が、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）に含めうる。

(8) 事前求償権の存否と範囲

- ・本判決：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は付与不可

←→保証委託でも求償権の存否や範囲は確定できない場合がある（程度問題）

事前求償権の性質上、概算処理と事後精算で十分

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）

(9) 本判決の判例としての価値と事案の解決

- ・本判決の理由付けは疑問。一人歩きを防ぐ必要
- ・本判決は傍論（Yの委託の有無を認定しないままに行われた判断）
- ・委託を受けた物上保証人に事前求償権を認めてよい（460条2号+459条1項前段類推）
- ・本事件のあるべき解決は破棄差戻：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べきであった。