

## <判例評釈>

# 事前求償権と消滅時効

—東京高裁平成19年12月5日判決—

平成19年12月5日東京高裁第11民事部判決（平成19年（ネ）第1502号・求償金請求控訴事件）判時1989号21頁，金判1283号33頁—原判決取消，請求認容（確定）

能 登 真 規 子

### I 事実

### II 判旨

### III 評釈

- 1 問題の所在
- 2 求償権と消滅時効
- 3 事前求償権の法的性質
- 4 本判決の特色と意義

## I 事 実

本件は、委託により連帯保証契約を締結したX（原告・控訴人）が、主債務者Y社（被告・被控訴人）に対して、主債務の弁済期到来を理由に、事前求償権の行使として貸付元本相当額等の支払いを求めた事案である。

訴外A（信用金庫）は、Y社に対し、平成2年8月1日に弁済期を平成3年7月31日として3000万円（貸付①）を、平成2年9月27日に弁済期を平成3年9月30日として3800万円（貸付②）を貸し付けた。Xは、Y社の委託を受け、各貸付日にA信金との間で貸付①，②に基づくY社の債務（本件主債務）を連帯して保証すると合意した（保証[1]，保証[2]）。Xは昭和61年にY社に入社した経理事務者であった。貸付①，②ともに、上記各弁済期が経過した。平成17年7月5日、債権者A信金，主債務者Y社，連帯保証人XおよびB（Y社の代表取締役）は、残元本の弁済期を同年10月17日に猶予する旨を含む弁済方法の合意をした。その後もA信金とY社との間では弁済期の猶予がなされ

たようであるが、Xは平成16年10月にY社を退社しており、その後の変更契約にはXは関与していない。貸付①、②の平成19年5月15日(控訴時)現在の残元本は、①につき2230万円、②につき135万円であった。

Xは、Y社に対し、本件主債務の弁済期が到来していることを理由に、保証[1]、[2]の委託契約に基づく事前求償権として、貸付元本合計2365万円の支払を求めた。Y社は、Xの主張した請求原因を認めたが、抗弁として次の主張をした。(1)主債務である貸付①、②の弁済期の猶予により、保証人は事前求償権を行使できない。(2)貸付①、②の当初の弁済期(平成3年7月31日、同年9月30日)から10年を経過していることにより消滅時効が完成している(Y社は平成18年12月22日の弁論準備手続期日に消滅時効を援用した)。(3)貸付①、②は、A信金から期限の猶予を受けてY社で分割弁済をしているし、Xは保証契約当時の当初のY社の資力を判断して保証人となることを承諾したという経緯もなく、そもそもY社が本件貸付を受けたのは、Xのために土地の転売利益を出そうとしたことに端を発したものであるため、Xの事前求償権の行使は権利濫用に該当する。

第一審(原審、東京地判平成19・2・27金判1283号39頁)は、Yの主張した(2)の消滅時効の抗弁を認め、Xの請求を棄却した。「民法460条2号但書の事前求償権の要件は、債務が弁済期にあることであるが、ここでいう弁済期は、保証契約成立時の弁済期を標準として定めるものであり、その後に債権者が期限の猶予をしても、保証人の事前求償権の行使を拒絶することはできない(同号但書)。その趣旨は、保証人は、保証契約成立時の債務者の一般財産を考慮に入れて保証したものであるから、債権者が期限の猶予をしたからといって、これによって保証人の求償の時期を延期させるべきではないというものである。Yの抗弁(1)には理由がないのであり、Xの事前求償権が成立しているという結論になる。」「保証人が事前求償権を行使できるのは、保証契約成立時の弁済期経過後であることは明らかである。そうすると、消滅時効の起算点は、それぞれの当初の弁済期である平成3年7月31日及び同年9月30日ということになり、Y社による消滅時効の援用の意思表示によって、上記事前求償権は消

減していることになる。」「民法460条2項但書の趣旨を上述のとおりと解するならば、事前求償権は保証契約成立時の弁済期に権利行使が可能となることは明らかであり、弁済期に関する債権者による期限の猶予について、債務者及び委託を受けた保証人の合意書面を作成したからといって保証人による事前求償権が阻害されるものと解するだけの根拠はない」。

X 控訴。X は、訴訟提起時と同じく、主債務者、債権者、保証人の中で残元本の弁済期の猶予を含む支払方法の合意がなされた後に、その猶予された弁済期が到来したことを理由に、残元本と遅延利息の支払いを求めた。Y 社は、債務の猶予が事前求償権の行使を阻害するという抗弁は主張せず、当初弁済期からの期間の経過による消滅時効、保証人の権利濫用のみを主張した。

## II 判 旨

本判決(控訴審判決)は、原判決を取り消し、X の請求を認容した(確定)<sup>1)</sup>。事前求償権の時効消滅を否定し、Y 社による権利行使の濫用の主張を認めなかったものである。

「委託に基づく保証にあつては、その委任契約に基づき、受託者である保証人は、委託者である債務者に対して、委託に係る事務である保証債務の履行に先立って、これに要する費用として弁済すべき債務に相当する金銭の支払を請求し得るはずであるが(民法649条)、無制限にこれを認めるときは、保証を委託した意味がなくなることから、民法は、その請求をなし得る場合を、保証人に弁済を命ずる裁判の言渡し(同法459条1項)、債務者の破産と債権者の配当への不参加、主債務の弁済期の到来及び弁済期不確定の場合の10年経過(同法460条)といった保証債務の履行責任が現実化した場合に限定して、弁済後になし得る事後求償(同法459条1項)と同旨の請求を弁済前にすること(事前求償)を認めている。このように、民法は、事前求償権を行使し得る場合を限定しているが、その趣旨は、保証債務の履行責任が現実化する以前においては、

1) 本稿において、「    」内の下線は筆者による。省略は「…略…」と表記する。また、漢数字は算用数字に、カタカナはひらがなに置き換えたものがある。

事前求償権の行使を制限するものにすぎず、履行すべき受託事務（保証債務の履行）が存在するにもかかわらず履行前の請求が許されなくなる場合を予定するものと解することはできない。また、事前求償に応じて支払われた金銭は主債務の弁済に用いられることにより事後求償権の発生を阻止し、また、事前求償に応じた支払がされる前に主債務の弁済があれば、その弁済分は事前求償の範囲から控除される関係にあるように、事前求償は、事後求償と同一の経済的給付を目的とし、事後求償権の不履行への不安を除去し、事後求償権の履行をあらかじめ保全する機能を有するものであるから、保証債務が存在し、その履行により保全されるべき事後求償権の発生が見込まれる場合に、事前求償権の消滅を認めることは相当ではない。

したがって、委託に係る事務である保証債務が存在し、その債務の履行により事後求償権の発生が予定されている限り、履行前の請求あるいは事後求償権の保全が許されなくなる理由はないというべきであるから、受託保証人の事前求償権は、受託事務である保証債務の履行責任が存在する限り、これと別個に消滅することはない（その消滅時効が進行を開始することもない）と解すべきである。…略…（最高裁判所昭和60年2月12日第三小法廷判決・民集39卷1号89頁は、事前求償権と事後求償権とを別個の請求権であるとするものであって、上記判断はこれと抵触するものではない。）」

### Ⅲ 評 釈

#### 1 問題の所在

保証人は、弁済その他自己の財産（出捐）をもって債務を消滅させるべき行為（免責行為）をすることにより、主債務者に対して、求償権を取得する〔民法459条1項後段、462条〕。消滅時効は、「権利を行使することができる時から進行する」〔民法166条1項〕から、この求償権の消滅時効の起算点は、原則として免責行為をした日の翌日〔民法140条〕となる。

ところが、保証人が、主債務者の委託を受けて保証をした場合においては、一定の場合に、免責行為前であっても、主債務者に対して、「あらかじめ、求

償権を行使することができる」〔民法460条〕と認められている。この、あらかじめ行使される求償権を、「事前求償権」と呼ぶ（前述の免責行為によって生じる求償権は、事前求償権と対比させる場合には「事後求償権」である）。

民法上、委託を受けた保証人が事前求償権を行使できるのは、「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。）〔民法460条2号〕のほか、民法459条1項前段、民法460条1号、3号に所定の場合である。事前求償権は、これらに加えて、あるいは、これらを変更して、主債務者と保証人との間で締結される保証委託契約、支払承諾契約の中に設けられた求償特約によって生じる場合もある<sup>2)</sup>。たとえば、民法460条1号所定の場合よりも早い時点から、たとえ保証人が債権者に対して弁済等の免責行為を行う前であったとしても、主債務者に対して求償しうる旨が定められる。このように、事前求償権は、事後求償権とは異なる事由に基づき異なる時点から行使されうるものである。そのため、事前求償権は、事後求償権とは異なる時点において消滅時効にかかる解される余地がある。そして、そのような結論をとる場合には、事前求償権につき消滅時効が完成したときに、保証人は主債務者に対し、事後求償権についても行使しえなくなるか否かという問題が派生する。

本件第1審である原審は、現に、保証人が主たる債務の弁済期到来を理由に事前求償権の行使として貸付元本相当額の支払いを求めたのに対して、事前求償権は保証契約成立時の弁済期より権利行使が可能となり、本件においては、消滅時効の援用の意思表示により本件事前求償権は消滅しているものと判示した。ところが、本判決は、原審とは結論も理由づけも全く異なる判断を示し、保証債務の履行責任が存在する限り、受託保証人の事前求償権はこれと別個に消滅することも、その消滅時効が進行を開始することもなしとして、保証人の事前求償権の行使を許した。

この事前求償権を消滅時効にかからない権利だとした本判決の判断は、他に例のないものであり、下級審裁判例ではあるものの、保証制度における事前求

2) 潮見佳男『債権総論Ⅱ』〔第2版〕信山社（2001年）432頁。

償権をめぐる議論に対し本判決の与えるインパクトは小さくない<sup>3)</sup>。従来の裁判例において事前求償権そのものの消滅時効の成否を扱ったものは存在しないようであるが、事前求償権の法的性質・制度趣旨や事前求償権と事後求償権との関係については、これまでも、事後求償権の消滅時効の起算点をめぐる最高裁昭和60年2月12日判決<sup>4)</sup>や、事前求償権の規定は受託物上保証人に対しては類推適用できないとした最高裁平成2年12月18日判決<sup>5)</sup>等を契機に議論が重ねられてきており、これらの議論に照らし合わせた分析検討が不可欠である。

## 2 求償権と消滅時効

原審は、事前求償権が消滅時効の対象となることを当然の前提に、民法460条2号但書の「債務が弁済期にあるとき」の「弁済期」を保証契約成立時の弁済期とし、その時点より消滅時効の進行が開始するとの判断を示した。これに対して、本判決は、受託保証人の事前求償権が保証債務の履行責任が存在する限り消滅時効の進行が開始しないとし、その根拠を、保証債務の存在と保証債務の履行による事後求償権の発生可能性に求めている。

### A 消滅時効の起算点

民法167条によれば、債権〔1項〕、所有権および債権以外の財産権〔2項〕は、それぞれ10年、20年の間行使されないときは、時効によって消滅する。

主債務者Y社は、主債務の当初弁済期からの10年の経過による事前求償権の消滅時効を援用し、原判決はその主張をいれて保証人Xの請求を排斥した。事前求償権は期限の定めのない債務〔民法412条3項〕であり、Xは貸付元金に合わせて昭和18年5月31日（訴訟提起時）からの遅延利息の支払いを求めている。期限の定めのない債務はいつでも請求が可能であるから、その消滅時効の起算点は基本的には債権成立時と解される<sup>6)</sup>。

3) 本稿執筆時に参照しえた本判決〔東京高判平成19・12・5〕の判例評釈等は、塩崎勤・民事法情報259号(2008年)52～56頁、中村有希・金判1295号(2008年)8～11頁、渡邊力・判時2005号(判評594号)(2008年)180～183頁、匿名コメント・金判1283号(2008年)33～37頁である。

4) 最三判昭和60・2・12民集39巻1号89頁。

5) 最三判平成2・12・18民集44巻9号1686頁。

6) 我妻栄『新訂民法総則』〔民法講義I〕岩波書店(1965年)485頁。

保証人 X は、主債務の弁済期が猶予により延期されたため、事前求償権の消滅時効の起算点は猶予後の新たな弁済期以降となると主張したが、裁判所は、原審、本判決ともに、しかし異なる理由で、これを認めなかった。ここでは、事前求償権の消滅時効がどの時点から進行するのかという問題とともに、保証人 X は事前求償権が消滅時効にかかりうることそれ自体については何ら争っていないことに注目したい。本判決は、事前求償権については、保証債務の履行責任が存在する限り、そもそも消滅時効の進行がないとの判断を示したが、これは当事者の主張とも異なる独自の法律構成であった。

消滅時効の起算点に関する原審の判断を批判して、本判決は、前記判旨部分の後、末尾部分で次のように述べている。「なお、弁済期到来後に債権者が主債務者に対してさらに期限を猶予しても、これを保証人に対抗することができない（民法460条2号ただし書）との趣旨は、保証債務の履行責任が現実化した場合には、その後の弁済期の猶予があっても、弁済期の到来により現実化した保証債務の履行の可能性（危険）が消滅したのとはせず、事前求償権の行使を許すことにある。そして、事前求償権を行使するかどうかは保証人が決し得るところであり、主債務者との間において自己の権利行使を制限する合意をすることも妨げられない（事前求償権の規定は強行規定ではない。）から、債権者、主債務者及び保証人の合意により弁済期が変更され、これに保証人と主債務者との間での事前求償権の行使はしないとの合意が含まれると認められる通常の場合においては、主債務者が保証人に対してこの合意の効果を主張することが禁じられる理由はない（仮に受託に係る保証債務が存在するにもかかわらず事前求償権の消滅時効が進行するとの見解に立ったとしても、本件では、平成17年10月17日に弁済期が到来したことになる。）」

民法460条2号の「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」という部分は、保証人が弁済期における債務者の一般財産を考慮に入れて保証したものであるから、債権者が期限の猶予をしても、これによって保証人の求償の時期を延期させるべきではないという趣旨で設けられたものである<sup>7)</sup>。債権者が主債務者に対して与えた

猶予期限により保証人も間接的に利益を受けその期限の到来までは請求を受けるおそれがないため、保証人のために利益のみがあり損害はないように見えるが、猶予を与えた時点では資力のあった主債務者が猶予期限到来までの間に無資力になるおそれがある。そのため、保証人がその猶予を認めずに債務がすでに弁済期にあるものとして事前求償権を行使できるものとしたと説明される<sup>8)</sup>。

したがって、Y社による事前求償権不成立の抗弁を、原審が「保証人は、保証契約成立時の債務者の一般財産を考慮に入れて保証したものであるから、債権者が期限の猶予をしたからといって、これによって保証人の求償の時期を延期させるべきではない」として封じたことは正当であるが、原審が、これをさらに、Xによる事前求償権の消滅時効の起算点に直結させたことには問題がある。本判決も述べているように、債権者、主債務者及び保証人の合意により弁済期が変更された場合には、通常、保証人と主債務者との間で事前求償権の行使はしないとの合意があると見ることができるであろう。事前求償権の規定は強行規定ではなく、3者間で期限の猶予がなされた場合には、民法460条2号の弁済期を猶予後の弁済期を指すのだと解釈することが可能である<sup>9)</sup>。

もちろん、本判決は、事前求償権は一定の場合には消滅時効にかからないとしており、事前求償権の消滅時効が進行するとの立場で書かれている上記説示部分は傍論となろう。しかし、Xの事前求償権の行使を認めるという結論を導くためには本判決傍論のような解釈をすることも可能であった。そうでありながら、本判決はこれとは別の法律構成を採用したのである。

## B 消滅時効にかからない財産権

所有権以外の財産権はすべて、所定の期間の経過により時効によって消滅する〔民法167条〕。しかしながら、抵当権の消滅時効に関する民法396条<sup>10)</sup>のよ

7) 我妻栄『新訂債権総論』〔民法講義IV〕岩波書店(1964年)492頁。

8) 梅謙次郎『民法要義卷之三債権編』有斐閣(1912年)185~186頁。

9) 渡邊2008・注(3)183頁。

10) 民法396条「抵当権は、債権者及び抵当権設定者に対しては、その担保する債権と同時になければ、時効によって消滅しない。」

うに、明文で消滅時効にかからないとされる場合が定められているほか、性質上、消滅時効にかからないとされる権利がある<sup>11)</sup>。物権的請求権（物上請求権）や相隣権〔民法209条以下〕、共有物分割請求権〔民法256条〕は一定の法律関係が存在する場合に必ずこれに伴って存在する権利として時効にかからないとされ、また、担保物権は債権の存続する限り、担保物権だけが消滅時効にかかることはないと解すべきであるとされる<sup>12)</sup>。

本判決は、「民法は、事前求償権を行使し得る場合を限定しているが、その趣旨は、保証債務の履行責任が現実化する以前においては、事前求償権の行使を制限するものにすぎず、履行すべき受託事務（保証債務の履行）が存在するにもかかわらず履行前の請求が許されなくなる場合を予定するものと解することはできない」、「受託保証人の事前求償権は、受託事務である保証債務の履行責任が存在する限り、これと別個に消滅することはない（その消滅時効が進行を開始することもない）」との判断を示した。これを、事前求償権を独立して時効にかからない権利の1つとして上記の例に追加することができるであろうか<sup>13)</sup>。

事前求償権が時効にかからない権利であるとするといくつかの解決の困難な問題が生じることになり<sup>14)</sup>、本判決の法律構成には賛同しがたいとの意見もすでに見受けられるところである<sup>15)</sup>。しかし、これに対して、後述するように、事前求償権の法的性質の検討を経て、本判決と同様に、事前求償権の時効

11) 時効の中断に関するものであるが、民法457条1項も主債務が消滅する前に保証債務が時効によって消滅することを防ぐための規定だと解されている。

12) 我妻1965・注(6)500頁。

13) 山野目章夫「事前求償権の不思議」金判1285号(2008年)1頁では、「本件判決は、〈独立して時効にかからない権利〉の新しい例を発見した」のだといわれる。

14) 中村2008・注(3)11頁には、①事前求償権は事後求償権が消滅しない限り消滅しないのか（事前求償権と事後求償権とを別個の請求権であるとした最高裁昭和60年2月12日判決との関係をどのように解するか）、②保証人による免責行為後には事後求償権だけでなく事前求償権についても新たに消滅時効が進行することになるのか、③事後求償権が発生すると事前求償権は消滅するのか（特に、主債務者の債権に対する差押えに先んじて、事前求償権を自働債権とする相殺を行う実務に影響が及ぶのではないか）といった問題があると指摘されている。

15) 中村2008・注(3)11頁、渡邊2008・注(3)183頁。

消滅の可能性を否定する見解もまた現れている。

### 3 事前求償権の法的性質

本判決は、その結論を導く前提として、事前求償権の法的性質を次のように説いた。「事前求償に応じて支払われた金銭は主債務の弁済に用いられることにより事後求償権の発生を阻止し、また、事前求償に応じた支払がされる前に主債務の弁済があれば、その弁済分は事前求償の範囲から控除される関係にあるように、事前求償は、事後求償と同一の経済的給付を目的とし、事後求償権の不履行への不安を除去し、事後求償権の履行をあらかじめ保全する機能を有するものであるから、保証債務が存在し、その履行により保全されるべき事後求償権の発生が見込まれる場合に、事前求償権の消滅を認めることは相当ではない。」これは、2のBで述べた「履行すべき受託事務（保証債務の履行）」との関連性に加えて、「事後求償権」との関連性を強調して、事前求償権が消滅時効により消滅する状況が限定されるべきであることをいうものである。

しかし、本判決は、それと同時に、その判断が事前求償権と事後求償権とを別個の請求権であるとした最高裁昭和60年2月12日判決に抵触するものではない旨、明言している<sup>16)</sup>。この昭和60年判決は、信用保証協会による主債務者、求償保証人に対する求償金請求を認めたものであるが、消滅時効の起算点について、両求償権の発生要件の差異、事前求償権に付着する抗弁の存在と消滅原因〔民法461条〕により、事前求償権と事後求償権は別個の権利である、法的性質も異なると判示したものである<sup>17)</sup>。権利の別個性、そして事前求償権の法的性質に関する従来の議論との関係が問題となる。

#### A 求償権の個数論争

「保証人が主たる債務者の委託を受けて保証した場合」の「委託」を委任契約の一種であるとする見方には、現行民法典の起草当時から現在までほぼ異論

16) 本判決も2個説に立つものと位置づけられる(塩崎・注(3)53頁、匿名コメント・注(3)35頁参照)。

17) ただし、事前求償権と事後求償権との関係については言及していないとしつつも、事前求償権については、別途に時効管理をする必要があると述べるものもある(高山満「求償権と消滅時効」〔最三判昭和60・2・12〕金法1421号(1995年)94~97頁(97頁))。

はないようである<sup>18)</sup>。問題は、保証委託が委任契約であるということの意味をどの程度まで求償権の位置づけ、解釈に反映させるかである<sup>19)</sup>。

事前求償権の法的性質、事後求償権と事前求償権との関係をめぐる議論の契機となった比較的初期の判例として、最高裁昭和34年6月25日判決<sup>20)</sup>がある。

### (1) 初期の判例～最高裁昭和34年6月25日判決～

事案は、商工中金からの融資を受けた主債務者Aについて信用保証協会Yが保証し、その求償権の保全のためにBに連帯保証させ、B所有不動産に2番根抵当権を設定したところ、2番抵当権者の申立てでB所有不動産の競売がなされ、配当表作成時には代位弁済を行っていなかったYが配当を受けたため、配当を受けなかった4番抵当権者XがYの債権不存在確認と不当利得の返還を求めたというものである。

最高裁は、「民法460条2号は主債務が弁済期に在るということだけで保証人の求償権の事前行使を可能としているのであつて、所論のような場合を除外して解釈しなければならないという根拠はどこにも見当らない」と判示して、配当期日以前に主債務の弁済期が到来していた場合には、Yの配当要求は正当であると<sup>21)</sup>した。

18) 岡松参太郎『民法理由債権編』(1897年)202～203頁、梅1912・注(8)182頁、石坂音四郎『日本民法第三編債権総論(中巻)』有斐閣(1921年)1093～1095頁、我妻栄1964・注(7)487～488頁、491頁、中川淳＝西村信雄編『注釈民法(11)』有斐閣(1965年)272、275頁〔中川淳〕、星野英一『債権総論』良書普及会(1978年)188頁、平井宜夫『債権総論』〔第2版〕弘文堂(1994年)243頁、林良平(安永正明補訂)・石田喜久夫・高木多喜男『債権総論』〔第3版〕青林書院(1996年)450～451頁、潮見2001・注(2)420～421頁、431頁、淡路剛久『債権総論』有斐閣(2002年)402～403頁、加藤雅信『新民法大系Ⅲ債権総論』有斐閣(2005年)475頁等。

ただし、信用保証協会が保証を行う場合については、山本進一＝保住昭一＝伊藤進＝上井長久「信用保証の法的意義について—信用保証協会における信用保証(協会保証)の法的性質」法律論叢49巻6号(1977年)41～136頁参照。

19) 受託物上保証人に事前求償権が認められるか否かが争われた最高裁平成2年12月18日判決では、「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うことが出来る」とされて、これが物上保証(担保物権の設定)と異なるとされて、類推適用が否定された。

20) 最三判昭和34・6・25民集13号6巻810頁。

この34年判決においては、民法460条の求償権事前行使の規定を用いることによって、保証人による弁済のない時点、保証人の求償権を担保する根抵当権の被担保債権がいまだ確定していないと思われる時点において、すでに現在の債権として確定しているというテクニックが用いられている<sup>22)</sup>。そのため、事前求償権と事後求償権は同一のものであると必ずしも明示しているわけではないものの、その当然の前提として、抵当権の被担保債権である主債務者のために免責行為をした場合の求償権と460条の求償権とが同一債権であるという立場を採っていたことを推測することができる<sup>23)</sup>。

## (2) 2個説

昭和34年判決に対しては、両求償権は費用の償還という終局的な目的を同一にすることおよび委任契約にその原因を求めうる債権であるという点では共通しているが、それ以上の共通性を見いだすことは困難で、とりわけ訴訟物理論との関係で両求償権の同一性を論証することには難点があるとの指摘がなされた<sup>24)</sup>。後に、2個説、事後求償権保全説と呼ばれることになる林説は、次のような内容からなるものであった<sup>25)</sup>。

「委任費用は前か後かに支払われるべきもので、両者併存することはな」いが、「現行民法では、求償権の概念が確立し、事前と事後は別々の要件のもとに成立する、おのおの別々の請求権として登場し」た。しかし、事前求償権と

21) もっとも、昭和34年判決は、保証人は事後求償権に担保権が設定されている場合でも事前求償権を行使しようと何の限定もなく認めたものとはいえない。事後求償権に担保が設定されている場合には事前求償権を行使しえないとした古い裁判例(大決昭和15・8・23判決全集7輯29号9頁)と異なり、昭和34年判決の事案は、担保の提供を受けた保証人が第三者による担保権の実行に際して配当要求をしたもので、かつ、配当金の受領が免責行為後になされたものだったからである。

22) 倉田卓次「判解」〔最一判昭和34・6・25〕曹時11巻8号(1959年)103～109頁、林良平「保証人の求償権を担保する根抵当権の民法第460条第2号の場合における効力」〔最一判昭和34・6・25〕法学論叢67巻1号(1960年)99頁。

23) なお、後の登記実務においては、被担保債権について事前求償権と事後求償権は区別されておらず、登記原因も保証委託契約が包括的なものか単一のものかに応じて「保証契約による求償債権」、「保証委託契約による求償債権」の両者があるといわれている(國井和郎「事前求償権による抵当権実行の可否」銀法511号(1995年)100～103頁、特に100頁)。

24) 林1960・注(22)99頁。

25) 林良平「事前求償権と事後求償権」金法1143号(1987年)29～35頁(31頁)。

事後求償権は、「同一内容について併存できる点で、委任の費用についての請求権とは、かなり事情の異なった制度であることが、明らかである。事前求償権は、4つの場合に限り「(法定されて)成立する」ものであって、「独立して存立するが、事後求償権の保全のため、という目的でのみ成立する権利である」。

### (3) 1個説

昭和34年判決の当時、一般的には、事前求償権はとりたてて事後求償権と対比されるべき別個の権利とは位置づけられていなかったようである<sup>26)</sup>。

概説書においても、「予め求償しうる場合」<sup>27)</sup>とされており、求償権としての一体性・同一性は当然視されていたと解される<sup>28)</sup>。起草者による制度趣旨の説明<sup>29)</sup>からも今日でいう事前求償権と事後求償権との連続性がうかがわれる。委託を受けた保証人の求償権は、委任事務処理の費用の償還請求権に相当するものと位置づけられていた<sup>30)</sup>。事前求償権に関しては「受任者は費用の前払を請求しうるのが原則だが(649条)、保証人の求償については、特別の場合にだけこれを認めた」のであり、「委託を受けた保証人は、例外的に、予め、すなわち弁済その他の免責行為をしないうちに、求償することができる」<sup>31)</sup>と

26) 水田耕一「保証人による求償権の事前行使の方法」金法138号(1957年)324頁、倉田1959・注(22)103～109頁、水田耕一「保証人による求償権の事前行使と相殺」金法400号(1960年)43～45頁、柚木馨「保証人の求償権をめぐる諸問題(上)(中)(下)」金法261号(1961年)24頁、262号18～22頁、263号12～17頁、9頁、特に(上)参照。

27) 我妻1964・注(7)191頁。我妻榮『債権総論』〔第7刷改版〕岩波書店(1948年)235頁では、見出しにもなっておらず、「委託を受けた保証人は、例外として、予め求償を為しうる。」と記述される。

28) 前田陽一「主たる債務者に対しいわゆる事前求償権を取得した保証人が主たる債務の弁済等により取得する求償権の消滅時効は右行為をしたときから進行する」〔最三判昭和60・2・12〕法協108巻6号(1991年)182～192頁(185頁)は、学説は一般的説明にとどまっていたと解する。

29) 梅1912・注(8)182～183頁。委任契約の受任者である保証人は、委任者である主債務者に対して委任契約より生じる権利を有しており「保証人は保証に因りて何等の損失を被るへからざるもの」であるとの前提により、民法460条に定められた場合においては保証人が弁済その他の行為をなしていなくても、「若し今に於て主たる債務者に対し求償権を行ふに非ざれば復其求償権を行ふことを得ざるか又は之を行ふも殆ど其効なきに至るの虞なしとせざるを以て本條の規定を設けた」のだとされる。

30) 我妻1964・注(7)487～488頁。我妻1948・注(27)234～235頁に同じ内容の記述があるが、字体や言い回しが異なるのみである。

される。

実務においては、事後求償権と事前求償権とが同一であるか否かによって扱いに違いが生じるさまざまな問題<sup>32)</sup>が、両求償権を同一、1個であるとの認識のもとで処理されていたようである<sup>33)</sup>。

以上のように、事前求償権と事後求償権はいずれも委任に基づく費用償還請求権の性質を有し、同一であるという構成に対しては疑問が示されていたが、一般的には1個説が当然のものとされていた。こうした中で、事前求償権の成立時から消滅時効期間が経過した場合には、保証人は、もはや免責行為を行ったとしても、主債務者等に対して求償権の行使をなしえないのか、という問題が現実の訴訟として現れた。最高裁昭和60年2月12日判決<sup>34)</sup>である。

#### (4) 2個説の採用 ～最高裁昭和60年2月12日判決～

主債務者である会社Y1が、訴外A銀行から貸付を受け、信用保証協会Xがその債務を保証した。Xは、Aに対して保証債務を履行した後、主債務者Y1、求償債務の連帯保証人Y2に対し、それぞれ履行を請求した。XとY1社との間の保証委託契約においては、Y1社が銀行取引停止処分を受けたときには、Xは、債権者に対し代位弁済する前でも、求償できる旨の事前求償条項が設けられていた。Y1社は昭和51年7月3日に銀行取引停止処分を受け、Xは翌年2月18日に代位弁済をおこなった。本件提訴は昭和57年2月15日で、消滅時効の起算点を事前求償権発生時とすれば5年7カ月後、事後求償権発生時とすれば5年以内の時点であった。

主債務者と求償保証人は、事前求償権と事後求償権とが別個なものとして存

31) 我妻1964・注(7)491頁。

32) (ア)旧破産法26条(現在の破産法104条)の債権届出、(イ)求償権を被担保債権とする抵当権・根抵当権の設定とその配当加入・実行、(ウ)求償権を自動債権とする相殺、(エ)事前求償権についての公正証書の作成による債務名義の確保等がある。香川保一「保証人の求償権担保の根抵当権とその事前行使」〔最三判昭和34・6・25〕金法386号(1964年)24～27頁、清水湛「保証人の求償権の担保について」民事研修116号(1966年)11～28頁、下出義明「事前求償権をめぐる法律問題」金法649号(1972年)5～7頁等。

33) 塚原朋一＝武田美和子「求償権および事前求償権の消滅時効の起算点」手形研究475号(1993年)65～67頁(66頁)。

34) 最三判昭和60・2・12民集39巻1号89頁。

在しているわけではなく求償権のみが存在しているという考え方に立脚して、事前求償しうる要件が具備された時点から求償権の消滅時効が進行すると主張した。これは、1個説の原則的な考え方に即した主張である。

しかし、最高裁は、次のように判示し、信用保証協会による主債務者、求償保証人に対する請求を認め、主債務者らの主張を退けた。

「主たる債務者から委託を受けて保証をした保証人（以下「委託を受けた保証人」という。）が、弁済その他自己の出捐をもつて主たる債務を消滅させるべき行為（以下「免責行為」という。）をしたことにより、民法459条1項後段の規定に基づき主たる債務者に対して取得する求償権（以下「事後求償権」という。）は、免責行為をしたときに発生し、かつ、その行使が可能となるものであるから、その消滅時効は、委託を受けた保証人が免責行為をした時から進行するものと解すべきであり、このことは、委託を受けた保証人が、同項前段所定の事由、若しくは同法460条各号所定の事由、又は主たる債務者との合意により定めた事由が発生したに基づき、主たる債務者に対して免責行為前に求償をしようする権利（以下「事前求償権」という。）を取得したときであつても異なるものではない。けだし、事前求償権は事後求償権とその発生要件を異にするものであることは前示のところから明らかであるうえ、事前求償権については、事後求償権については認められない抗弁が附着し、また、消滅原因が規定されている（同法461条参照）ことに照らすと、両者は別個の権利であり、その法的性質も異なるものというべきであり、したがつて、委託を受けた保証人が、事前求償権を取得しこれを行行使することができたからといつて、事後求償権を取得しこれを行行使しうることとなるとはいえないからである。」

事後求償権の消滅時効は、事前求償権を行行使しうることになった時から進行するのではないとした昭和60年判決の結論それ自体に対しては、1個説、2個説のいずれの立場<sup>35)</sup>からも異論は見られないようである<sup>36)</sup>。

求償権は1個の権利であり、事前求償権と事後求償権とは単に発生時期の違

35) さらには統合説と呼ぶべき見解もある。高木多喜男ほか「〈シンポジウム〉保証人の弁済と求償」金融法研究4号（1988年）42～87頁（75頁）〔星野英一発言〕。

36) 柴田保幸「判解」〔最三判昭和60・2・12〕曹時41巻6号（1989年）89～103頁（94頁）。

いを示すにすぎないとする1個説では、「求償権は、原則として免責事由発生後に事後求償権として発動するが、一定の要件のもとに事前求償権の姿をとりうる。しかし、このことは、決して二つの請求権が存続することを意味しない」<sup>37)</sup>のだと強調された。しかし、1個説の立場では、本来的には、事後求償権が時効消滅した場合には事後求償権も同じく消滅するという帰結がもたられるはずである。しかし、実際には、そのような本来的意味に固執する見解はなく<sup>38)</sup>、修正・変容が加えられている。1個説の代表的論者と目される石田説<sup>39)</sup>は、「求償権が事前求償権のかたちをとっている場合は、その消滅時効はそれなりに…略…進行するが、事後求償権の姿が出現するときは、もはや事前求償権などはこれを語る余地はない、と言わねばなるまい」と述べていた。

これに対して、昭和60年判決が採ったとされる2個説でも、発生事由、消滅事由、債権内容において異なる両者が密接な関係にあることまでは否定されない。事後求償権の消滅時効の起算点は、事前求償権の行使可能性とは無関係に免責行為時とされたが、これとは異なる問題について両求償権を別異の権利として扱うか、密接な関係にあるとして同一に処理するかが検討すべき問題として残されることになる<sup>40)</sup>。

## B 近時の学説

昭和60年判決は、事前求償権と事後求償権は別個の権利で、法的性質も異なるとの一般論を提示した。学説の議論の中心も、求償権の個数をめぐるものか

37) 石田喜久夫「保証における求償権の消滅時効」〔最三判昭和60・2・12〕ジュリスト862号〔昭和60年度重要判例解説〕(1986年)58～60頁(60頁)。その他、1個説を明確に支持するものとして、石井眞司「事前求償権と事後求償権は別個の権利か」金法1112号(1986年)4～5頁、國井和郎「事前求償権と事後求償権」金融法研究・資料編3号(1987年)62～84頁(76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—わが国の事前求償権との関連において」阪大法学145=146号(1988年)245～272頁(270～272頁)等がある。また、1個説が今日なお根強い、サイレント・マジョリティかもしれないとの発言もあった(シンポジウム1988・注(35)50頁〔國井和郎発言〕)。

このほか、前田1991・注(28)182～192頁(190頁)は、「権利」とそこから個々のに派生し具体化した「請求権」を区別し、権利としては1つであるが、消滅時効は個々のな請求権ごとに考えるというものである。

38) 國井1987資料編・注(37)75頁。

39) 石田1986・注(37)60頁。

40) 柴田1989・注(36)99頁。

ら<sup>41)</sup>、結果の妥当性を顧慮しながら事後求償権との関係で事前求償権にどのような機能と意義を付与するかという、より実践的なものに移ってきている<sup>42)</sup>。本判決の論点である事前求償権の消滅時効の可否も、こうした流れの中に位置づけることが可能である。

### (1) 事後求償権と事前求償権との関係

事前求償権と事後求償権とを異なる権利であるとする2個説の支持が広がっている<sup>43)</sup>。両求償権の牽連性をどの程度認めるか、どのように認めるかにより見解が分かれる。前述した事後求償権保全説<sup>44)</sup>のほか、事前求償権と事後求償権は形式的には併存するが、事後求償権の行使はその担保的な性格から事後求償権の範囲でのみ認められるとする形式的併存説<sup>45)</sup>、主債務を介した関連性すなわち一方が弁済されればその範囲で他方も消滅するという限りでのみ両者の結びつきを認める独立併存説<sup>46)</sup>がある。

41) シンポジウム1988・注(35)には「1個か2個かといってみたところではない(71頁) [米倉明発言]、「とにかく無理に一元説と二元説のどちらかに押し込める必要はない(74~75頁) [星野英一発言]との発言がある。

42) 國井1987資料編・注(37)76頁、塚原=武田1993・注(33)65頁、山田誠一「第5章保証61消滅時効における事前・事後求償権」〔最三判昭和60・2・12〕金法1581号(2000年)126~127頁。

43) 後述する諸見解のほか、小杉茂雄「主たる債務者に対しいわゆる事前求償権を取得した保証人が主たる債務の弁済等により取得する求償権の消滅時効の起算点」〔最三判昭和60・2・12〕民商93巻4号(1986年)119~137頁がある。小杉説は、事前求償権の規範へと規範統合させることを狙う(588頁)ものであるため1個説に分類されることもあるが、全体の論調は2個説であるように思われる。

44) 林1987・注(25)31頁、柴田1989・注(36)96頁、森田修『債権回収法講義』有斐閣(2006年)263頁。

高橋眞『求償権と代位の研究』成文堂(1996年)27頁(初出「事前求償権と事後求償権」金法1242号(1990年)63~67頁)も一時期、この立場に含めうる見解をとっていたが、後に改説した(同書85~88頁)。

45) 秦光昭「求償権をめぐる諸問題」金法1110号(1986年)53~63頁。債権回収の手段として、求償権を被担保債権とする抵当権の設定、公正証書を債務名義とする強制執行等で事前求償権が活用可能であるとされる。また、受働債権の差押後に代位弁済をした場合の相殺について、事前求償権を事後求償権の担保となる債権だと位置づけることによって説明が容易になるともいわれる。

46) 吉原省三「保証人の事後求償権と事前求償権の関係について」金法1145号(1987年)6~12頁。事前求償権と事後求償権は別個の権利で、保証人が弁済をしても事前求償権は消滅しないものとされる。事前求償権に基づく訴訟の途中で保証人が弁済をした場合に、事前求償権の消滅の抗弁は封じられる。平野裕之『債権総論』〔第2版補正版〕信山社(1996)

また、保証人の予め行使する求償権は現実に発生した確定的な債権というよりも保証人保護のために与えられた権利的地位であるとする考え方<sup>47)</sup>が、昭和34年判決の10数年前、2個説の登場に先立って、事前求償権による相殺の可否に関する判例の評釈として示されたが、この見解は後の議論に影響を与え続けている<sup>48)</sup>。

事前求償権に一般の債権とは異なる意味を付与し、事前求償権を再構成する試みも見られる。いずれも従来の議論や起草趣旨、沿革<sup>49)</sup>や比較法による検討をふまえて、事前求償権を「事後求償権の発生そのものを防ぐために、保証からの免責を求める権利」<sup>50)</sup>、「保証人が自己の損害を防止するためにみずからの免責または担保を請求しうるために認められた特別の権利」<sup>51)</sup>と位置づける。

、年) 414頁もこれを支持する。

47) 戒能通孝『判例民事法昭和15年度』116事件〔大判昭和15・11・26〕(1942年) 460～464頁(462頁)、石黒一憲「判批」〔京都地判昭和52・6・15〕ジュリスト720号(1980年) 160～163頁(162頁)。いずれも事前求償権による相殺の可否に関する判例の評釈であるが、昭和15年判決では相殺が否定され、昭和52年判決では認められた。戒能説は判旨の理論構成に反対し、保証人の予め行使する求償権は、現実に発生した確定的な債権というよりも、保証人保護のために与えられた権利的地位であるとする。石黒説は保証人が弁済をし、その求償権が現実に発生した場合には、いわゆる事前求償権なるものは、いわば目的を失って消滅する、と考えた方が自然であるようにも思われるとし、保証人が実際に弁済をする前から、ともかく債権らしきもの(「権利的地位」)を有していたということは相殺への期待という点で考慮してよいとするものである。

48) 半田吉信「求償債権の消滅時効」千葉大学法学論集16巻2号(2001年) 1～27頁(10～11頁)はこの戒能説を支持する。

後に自説を發展させる高橋説にも権利的地位説への共感が見られた。高橋眞「求償権と代位の研究」成文堂(1996年) 18頁(初出「委託を受けた保証人の求償権の消滅時効の起算点」〔最三判昭和60・2・12〕香川法学6巻3号(1986年) 113～125頁(124頁)は「制度の趣旨から事後求償権の確保のために事前求償権が存続することを認めるとしても、それは事後求償権と併存し、対等の資格で競合する権利というよりも、実質的には、将来取得さるべき債権であった事後求償権を担保するためにとられた法的手段の基礎として評価さるべきである(事前求償権をそれだけで存続させる意味はない)」とする。

49) 民法459条の沿革をめぐっては西村重雄「保証人の事前求償権—民法四五九条のローマ法的沿革—」『民事法学の新展開』〔鈴木禄彌先生古稀記念〕有斐閣(1993年) 221～250頁(247頁)がある。

50) 高橋眞「求償権と代位の研究」成文堂(1996年) 86～87頁(初出「事前求償権の法的性質」民商法雑誌108巻2号(1993年) 173～205頁)は、保証委託契約の趣旨、信用供与期間の終了を理由とする保証人の免責の手段としての金銭の支払請求権であるとする。

## (2) 事前求償権の消滅時効

ところが、同じく2個説と呼びうるとはいえ、その消滅時効の可否についての結論は同じではない。肯定説は、事後求償権に対する事前求償権の独自性・別異性を認め、事前求償権の成立時から消滅時効が起算されるとする<sup>52)</sup>。否定説は、事前求償権の法的性質より事後求償権とは独立に消滅時効にかかるものではないとする。時効消滅を制限する理由とされる事前求償権の法的性質は見解により異なる。その否定の根拠は、あるいは独立に時効にかかるかにも問題があるような「権利的地位」の性質に<sup>53)</sup>、あるいは事後求償権に対する例外的な権利としての特殊性に<sup>54)</sup>、またあるいは保証委託契約に基づく信用供与期間の終了による「負担のない状態への原状回復」請求に<sup>55)</sup>求められている。

1個説支持者の中でも事前求償権の時効による消滅の可能性については賛否両論がある。一方は、事前求償権の消滅時効は請求原因発生時から進行し、その完成によって消滅に帰するが、その後に保証人が免責行為をなすときには、原則に戻って、保証人の償還請求のための当然の権利たる（事後）求償権が成立するという<sup>56)</sup>。他方は、求償不能のおそれが存する限り常に続いていく事前求償権には時効消滅はありえないとする<sup>57)</sup>。

51) 潮見2001・注(2)430頁は、事前求償権規定の沿革および起草趣旨にてらして、保証人が自己の損害を防止するためにみずからの免責または担保を請求しうるために認められた特別の権利、解放請求権の一種として理解するのが適切であるとする。起草趣旨については潮見佳男「〈史料〉債権総則(29)」民商報雑誌88巻6号(1983年)137～892頁参照。

52) 林1987・注(25)34頁、潮見2001・注(2)431頁。

53) 匿名コメント〔最三判昭和60・2・12〕金判735号(1986年)4頁は「事前求償権の性質は、通常金銭債権というよりは免責行為によって生ずる事後求償権の保全権能という性質をもっているもので(この点につき、大判昭和一五・一一・二六民集一九卷二二号二〇八八頁についての評釈である戒能・判民昭和一五年度四六二頁参照)、独立に時効にかかるかにも問題があるような性質のものである。」としていた。

54) 高橋1986・注(48)17～18頁。

55) 高橋眞『求償権と代位の研究』成文堂(1996年)30頁。

56) 國井1987資料編・注(37)77～78頁。

57) シンポジウム1988・注(35)74頁〔好美清光発言〕。

#### 4 本判決の特色と意義

本判決は、受託保証人の事前求償権が受託事務である保証債務の履行責任の存在する限りこれと別個に消滅時効にかからないとの判断を示したが、その理由づけは上記の錯綜する学説のいずれとも異なっている。

保証委託契約が委任に基づくものとみることには異論がないとしても、事前求償権を「制限された委任事務処理費用の前払請求権」、「事後求償と同旨の請求」とする見方は、事後求償権保全説によって批判されている。本判決が別の箇所「事後求償権の履行をあらかじめ保全する機能」を消滅時効に制限をかける論拠とするが、それは事後求償権保全説に沿うものである。本判決が述べるように、委任事務処理費用請求権説の主張と事後求償権保全説の主張をそのまま並存させるのは困難であるように思われる。また、事前求償権を委任事務処理費用の前払請求権と見るのであれば、同じ債権であるのに、なぜ事前求償権は時効にかからないのか、詳細かつ説得的な説明が必要とされよう<sup>58)</sup>。

「事後求償権の発生を阻止」することと「事後求償権の履行をあらかじめ保全する」ことも、どちらを重視するかによって事前求償権の権利内容に差の生じる可能性がある。前者を重視する免責請求説は事前求償権を消滅時効にかからない権利だと構成する方向にあるが、後者を重視する事後求償権保全説は事前求償権の消滅時効の進行を認めるのはすでに述べたとおりである。本判決の結論は正当であるが、法律構成には難点が残されているといわざるをえない。

破産法に免責制度が導入されて以降、法制度上も、民法制定時に比べて、保証人に課せられる負担は重くなっている<sup>59)</sup>。したがって、保証人の保護を民法制定時よりも厚くすることも妥当であるように思われる。保証人保護措置である事前求償権を、被担保債権に対する担保物権のように、あるいは、所有

58) 渡邊2008・注(3)、中村2008・注(3)、匿名コメント2008・注(3)参照。

59) 破産法及び和議法の一部を改正する法律(昭和27年6月7日法律第173号)が制定・施行され、破産法に免責制度が創設された昭和27年以降、わが国では、主債務者が破産に至った場面においては、保証人は主たる債務者に帰せられるべきであった債務負担をすべて被る立場に位置づけられている。

権に対する物権的請求権のように、事後求償権または保証債務の履行義務に従属した存在として、独立して消滅時効にかからない権利だと解することによって、本判決同様の結論を導くことも考えてよい。

しかし、そのような考え方がなお制度趣旨や沿革により許されないのであれば、より無理のないものとして、事前求償権については謙抑的な運用の必要性<sup>60)</sup>が説かれてきた趣旨をふまえ、民法166条1項の「権利を行使することができる時」の具体的な解釈判断によって、本判決同様に保証人の事前求償権行使を認めることが考えられる。すなわち、本判決が傍論で述べたように、主債務者・債権者・保証人の3者で期限の猶予がなされた場合に、民法460条2号の弁済期を猶予後の弁済期を指すのだと解釈する。この場合、所定の消滅時効期間の経過により事前求償権を行使しえない場合も生じうるが、昭和60年判決に従い、事後求償権の行使には影響しないと解すれば足りるのではないだろうか。

[付記] 本稿は、科学研究費補助金（若手研究（B）、課題番号20730063）の助成による研究成果の一部である。

脱稿後、渡邊力「受託保証人の事前求償権—『事前に求償する』という意義の再検討」名古屋大学法政論集227号（2008年）397～422頁、吉岡伸一「いわゆる事前求償権の消滅時効の進行（東京高判平19.12.5）」金法1854号（2008年）44～50頁に接した。

---

60) 國井1995・注(23)102頁。