

被担保債権範囲を「銀行取引」とする根抵当権と 保証債権との関係

—東京地判平成2年7月10日を中心にして—

中山 知己

目 次

- 1 東京地判平成2年7月10日
 - (1) 事案
 - (2) 判決理由
- 2-1 はじめに
- 2-2 東京高判平成元年7月10日の判断枠組みとの関係
 - (1) 事案
 - (2) 判旨
 - (3) 法的論争点の相違
- 3 学説の分類
 - (1) 積極説
 - (2) 伊藤説
 - (3) 消極説
- 4 若干の検討
 - (1) 民法398条ノ2第2項の構造
—当事者の意思・意思表示との関連性—
 - (2) 保証取引の実態—商慣習か—
 - (3) 保証債務の保証債務まで担保する結果について

(4) 順位上昇の原則に関して—根抵当権の独立的性格—

5 まとめ

1 東京地判平成 2 年 7 月 10 日 (判例タイムス 729 号 255 頁, 判例時報 1384 号 59 頁)

(1) 事案

X₁は所有する土地・建物を売却し、別に購入する本件土地上に建物を新築する予定で、そのための買い替え資金の融資を Y 銀行に依頼した。昭和 59 年 5 月に X₁は購入資金の担保として、本件土地上に極度額を 6600 万円、被担保債権を銀行取引、手形債権、小切手債権とする根抵当権を設定、また昭和 60 年 3 月にも同一内容の根抵当権を共同担保として本件建物上に設定している(この間、つなぎ融資などを受けたりしている)。この根抵当権設定契約書には、被担保債権の範囲として、銀行取引による一切の債権と記載されており、また設定契約締結の際に X₁から差し入れられた銀行取引約定書には、「(適用範囲) ①手形貸付・手形割引・証書貸付・当座貸越・支払承諾・外国為替その他いっさいの取引に関して生じた債権の履行については、この約定にしたがいます。」という条項がある。

他方、昭和 59 年 2 月に X₁は、訴外 A 会社社長の命により、A 会社の出資による B 子会社の代表取締役になっていたが、同年 8 月 B 会社が Y 銀行に銀行取引約定書を差し入れた際に、X₁は代表者として B の連帯保証人となっている。

Y 銀行は、先の根抵当権の極度額に空きがあることから、A 会社に対する貸付金をこの根抵当権から回収しようとし、X₁に対する連帯保証債権は、X₁と Y 銀行との間の銀行取引により生じた債権であり、根抵当権の被担保債権に含まれると主張したため、X₁ならびに買い替え建物の持ち分の贈与を受けた X₁の妻 X₂が、連帯保証債権が被担保債権の範囲に含まれないことの確認を求めた。

東京地裁は X_1X_2 の請求を認容した。

(2) 判決理由

判決は、 X_1 の差し入れた銀行取引約定書の、適用範囲に関する条項中の「いっさいの取引に関して生じた債権」に、 X_1 が第三者の Y 銀行に対する債務を保証した場合の保証債権が含まれるかどうかについて、含まれないとする理由をつぎのように述べる。

まず、被担保債権の範囲を根抵当権設定契約証書は「銀行取引による一切の債権」と記載しているが、他方、根抵当権設定契約者は、別に差し入れた銀行取引約定書の各条項を承認した上で根抵当権を設定していることから、「被担保債権の範囲を画する基準とされた銀行取引とは、銀行取引一般ではなく、この根抵当権設定契約に当たって、 X_1 から差し入れられた銀行取引約定書の適用を受ける銀行取引を意味すると」解する。

「(先の条項の)「いっさいの取引」について、銀行取引約定書には、その当事者についての明示がないが、銀行取引約定書の趣旨からすると、当該約定書で本人とされた者(本件では X_1) と銀行との間の取引のみを指し、他の者と銀行との取引は右の「いっさいの取引」には含まれないものと解される。

そうすると、本件の問題は、 X_1 が第三者の銀行に対する債務を保証した場合の保証債権が、銀行取引約定書の解釈上、第三者と銀行との間の銀行取引に関して生じた債権であるか、あるいは X_1 本人の銀行との間の銀行取引に関して生じた債権であるかにより決すべきことになる。

民法四四八条により、保証債務は、主債務に付従する性質を有し、保証債権の内容は、主債務の内容により定められる。したがって、法律上、保証債権は、主債務について取り交わされる銀行取引約定書の内容に拘束されることとなる。この保証債権の内容について拘束力を

有する銀行取引約定書は、当然のことながら主債務者である当該第三者を本人として作成された銀行取引約定書を指すのであり、保証人にすぎない X_1 を本人とする約定書ではない。したがって、 X_1 自身が銀行に対して自己を本人とする銀行取引約定書を差し入れていても、その銀行取引約定書は、右の保証債権とはなんのかかわりもないものである。

そうであるなら、 X_1 が銀行に差し入れた銀行取引約定書の適用範囲として X_1 が銀行との間の「いっさいの取引」と書かれていても、それは、 X_1 が第三者の債務について銀行と保証契約を結ぶ行為を含まないものと解釈せざるを得ない。

そしてまた、右の保証契約の締結行為は、 X_1 と銀行との間で直接行われる法律行為ではあるが、その間の銀行取引ではないといわねばならない。

その理由について、判決は詳説する。

① 保証契約締結行為は銀行の保証人に対する与信には当たらないし、与信に準ずる行為でもない。「保証契約の締結行為によって信用を供与されるのは、主債務者である当該第三者及び銀行の側であり、信用を供与する側の保証人ではないから」

ただし、例外として「子会社に対する貸付によって、経済的に密接な関係のある親会社が間接的に利益を得るため、保証人となる場合」、保証契約の締結行為が銀行から間接的な信用の供与を受けることとの間に対価的な関係を生じ、まさに財貨の交換としての取引としての性格を帯びる。

② このような保証契約締結行為が、「一般的に銀行との間の財貨の交換としての要素を有しているのなら格別、そうでない以上、単に保証契約が銀行の貸付に付随して銀行の業務で普通に見られる契約であるというだけでは、一般に財貨の交換としての意義で用いられる「取引」という用語の範疇には入らない」。

③ 「今日、銀行が個人的な資金の需要に応じるのが通常となっている現実（本件もその例である。）を見るならば、銀行における用語の用いられ方が、その一般的な用法を離れた特殊なものであっても、銀行外の一般人との間でその用語が用いられる場面においては、その一般的な用法にしたがい解釈されるべき」である。

④ 銀行が第三者に対する債権について保証を求める行為を、保証人との間の銀行取引として扱うのが商慣習であるとする見解に対して、もしそのような商慣習があるならば、保証人は、「明示の合意もないのに、自己とは全く関係のない第三者（第三者が保証すればさらにその先の第三者）の保証債務をも負うことになり」不合理であり、不合理な商慣習が存在するとしても法的にその効力を認めることは困難である。

⑤ 保証責任の全面的追及が過酷にすぎる例が多いこと、そしてその事例の多くで指摘できることは「保証人が保証債務に相応する反対給付を得ていないにかかわらず、その全面的な責任を追及されることが、人々の公平感（いわゆる交換的正義の原則）に反すること」とし、保証契約には売買その他の契約には見られない特殊の問題があるとする。物的な担保を設定する根抵当権の設定契約では、設定者は慎重であり、「他人のために保証人となることを承諾した者であれば、当然に根抵当権の設定も承諾するという経験則があるわけではなく、むしろ、保証人となることは承諾しても、根抵当の設定までは躊躇するということが多し。」

以上のように保証契約には問題が多いから、たんに根抵当権設定契約の存在から、保証債務も被担保債権となるのが当然であるかのような見解は、採用することができない」とする。

2-1 はじめに

根抵当権の設定に際しては、債権者・債務者間における特定の継続的取引契約あるいは一定の種類取引を指定して、被担保債権の範囲を限定する必要がある（民法398条ノ2第2項）。そして后者の限定によるならば、他の一般の債権と区別するため、第三者からも一定の債権の範囲を認識しうるような客観性のある内容でなければならないとされる¹⁾。したがって「商取引」とか「商社取引」という事実上無限定な指定は認められないが、「銀行取引」や「信用金庫取引」という基準は、許されている²⁾。

そこで従来、銀行と取引先間で根抵当権を設定する場合に、被担保債権の範囲を「①銀行取引によるいっさいの債権、②貴行が第三者から取得する手形上、小切手上の債権」と定め（根抵当権設定契約のモデル約款）、登記の上でも債権の範囲を「銀行取引、手形債権、小切手債権」としてきた。この「銀行取引によるいっさいの債権」に含まれる債権としては、銀行の与信によって生ずる債権、貸付金債権、当座貸越債権、割引手形の買戻し請求権ないしこれらの債権に付随して生ずる債権—利息、割引料、取立手数料、損害金債権などが挙げられている。

そして、銀行と取引先甲との間の「銀行取引によって生ずる債権」に、第三者乙の債務に関する保証債権すなわち保証債務履行請求権は、含まれると解説されていた³⁾。

ところが、これに反して競売手続において保証債権は当然には担保され

1) 貞家克己・清水湛「新根抵当法」（昭和48年、以下貞家＝清水と略する）42頁。

2) 貞家＝清水・44頁。もっとも、「信用金庫取引」や「信用組合取引」を認めているのに対して、「農業協同組合取引」が認められないことについて「均衡上の問題が残ることは否定しえない」（同書44頁）としている。

3) 貞家＝清水・49頁、堀内仁・鈴木正和・石井眞司「書式と実例による新根抵当実務総覧」（昭和46年）46頁。

ないと判断する裁判所があり、これについて疑問ないし遺憾である旨の指摘⁴⁾がなされ、その後続々と各種金融法務雑誌に積極説が主張されてきている⁵⁾。

裁判例でも、静岡地判昭63年3月14日（金融・商事判例829号28頁）、その控訴審東京高判平元年7月10日（金融・商事判例829号25頁、金融法務事情1234号12頁）、仙台高決平元年12月1日（金融・商事判例841号11頁）があり、いずれも積極の結論を示している。

これに対して、早くから消極説を唱えてきた⁶⁾のが中馬義直教授⁷⁾であり、賛同者⁸⁾や、もと実務家としての経験から注目される見解⁹⁾も見られ、近時興味ある論争を呼んでいる。

以下、保証債権が「銀行取引」という根抵当権の被担保債権の範囲に含まれるかという問題についての、従来の代表的判決と目される東京高裁平成元年7月10日判決との関係を整理して、本判決の特徴を浮き上がらせ、次に学説の状況との関連をみて、問題点を指摘してみたい。

4) 金融法務事情1091号44頁（昭和60年）、同1098号（昭和60年）52頁。

5) 詳細は、後にみる積極説（3(1)）の検討を参照。

6) 中馬教授の見解を折衷説と分類するとらえ方（大西武士教授）もあるが、積極説に反論してきた経緯からみて、ここでは消極説と分類したい。

7) 中馬「I 根抵当権の設定と被担保債権」（加藤一郎・林良平編「担保法大系・第2巻」（昭和60年、以下「中馬・大系」と略する）所収、21頁以下）、同「根抵当権が保証債権に及ぶことの是非〈上・中・下〉」手形研究437号4頁以下、438号30頁以下、439号38頁以下（平成2年）、同「根抵当における被担保債権と保証にもとづく債権」私法判例リマークス1990(1)39頁、同「補説・根抵当権と保証債権」手形研究458号4頁（平成3年）以下。

8) 大西武士「銀行取引法ノート」（平成3年）332頁（当初の見解）。特に積極的論述はないが中馬教授の説明を「極めて説得力に富む」と評している。

9) 三浦多喜雄「根抵当権の被担保債権の範囲の『銀行取引』に『保証債権』が含まれるか」九共経済論集14号（平成2年）67頁以下。

2 - 2 東京高判平成元年 7 月 10 日¹⁰⁾の判断枠組みとの関係

(1) 事案

X は、昭和54年 7 月 Y 信用金庫との間で信用金庫取引契約を締結し、昭和55年 3 月 X の所有不動産上に、Y に対し根抵当権を設定した。被担保債権の範囲は (一) 信用金庫取引による債権、(二) 手形債権・小切手債権とされ、その旨の登記を経由した。

また、X は、昭和54年 3 月、Y 信用金庫と A 会社との信用金庫取引により生じた債務につき連帯保証契約を Y と締結していた。

昭和61年 8 月その根抵当権実行のため競売開始決定が Y の申立てに基づきなされ、その被担保債権債権の中に上の連帯保証にもとづく債権が含まれていたため、X はその保証債権が「信用金庫取引による債権」に含まれないことの確認を求めた。

(2) 判旨

- ① 保証契約は、信用金庫と取引先との間の信用金庫取引契約が継続する過程で直接締結される契約であること、
- ② 保証契約は、保証人と主たる債務者との間での何らかの利害関係(親子会社、元請下請の関係等)が存在する中で、信用金庫が主たる債務者に対して行う融資に関してなされる場合が多いことから、直接には信用金庫の主たる債務者に対する与信行為ではあるが、同時にそれは保証人である取引先に対する与信に準ずる行為とみて差し支えない、
- ③ 具体的な事案では、純粹に個人的動機で保証がなされることもありえないではないが、信用金庫取引の中に保証が含まれるか否かを考えるときには、客観的かつ類型的に判断することが取引の安全に資する

10) 金融・商事判例829号(平成2年)25頁、金融法務事情1234号(平成元年)12頁。

ことになり、保証契約も信用金庫取引における「取引」の中に含まれるものと解するのが相当である、

- ④ 現行の金融取引実務上、銀行や信用金庫等の金融機関が、第三者に対する債権を担保するために取引先に保証を求めることは、通常行われており、その場合、右保証は、与信取引に準ずるものとして、「その他一切の取引」に含まれるものと一般に解釈され取り扱われ、すでに当該取引界における商慣習として定着していることが認められる。

以上要するに、保証契約は、信用金庫と取引先との間の信用金庫取引契約が継続する過程で直接締結される契約であること、取引先に対する与信に準ずる行為であること、取引の安全の見地から客観的かつ類型的に判断し、個人的動機による保証などの例外的場合は除外されること、保証が与信取引に準ずるということは商慣習として定着していることが論旨である。すなわち、①直接契約性、②準与信行為、③客観的類型的判断の要請、④商慣習論が判断の枠組みとして立てられている。

(3) 法的論争点の相違

前記東京地判の判示は、東京高判のそれと比較してどのような点が違うのか。先の①から④の各々について指摘してみたい。

後者は、保証契約の直接契約性を承認し、それにより銀行と取引先との間の「取引によって生ずる債権」という枠組みに結びつけるが、前者はこれを回避する論証を行っている。まず、被担保債権の範囲を画する基準としての「銀行取引」について、—これまでは当事者間の意思に関わらないものとして考察するのが通常であったがそうではなく—銀行と取引先との銀行取引約定書の適用を受けるとした。この点は後に見る議論の立てかたとしてきわめて重要な論点を含むものとして注目しておかねばならない。その上で、保証債務の付従的性質を媒介にして、銀行と取引先との間の銀行取引約定書は保証債権とまったく関係ないという結論を引き出す。そうであるならば、当該約定書に記載される「いっさいの取引」には保証契約締

結行為は含まれないことになり、これは結局、「保証債権は銀行と取引先との間の「銀行取引」には含まれない」という最終判断をもたらすことになる。

地域判決のこのような論理はこれまでの議論にはなかったものと思われる。そして当事者（銀行と取引先）間に特別の合意がない以上、常に保証債権はその間の「銀行取引」に含まれないことになろう。保証債務の付従的性質をもちだすかぎり、保証債権は、第三者を本人とする銀行取引約定書の内容に拘束されることになるからである。のちに述べる消極説においても、責任範囲の無限定性という問題が指摘されてはいたが、それはこのような趣旨の保証債務の付従的性質論によるものではない。それゆえ同判決は他の点では消極説の論証を用いてはいるものの、原則消極（否定）、例外積極（肯定）の論理をとらない。

次に、保証契約を準与信行為とみる点（②）については、東京地判は、「保証契約の締結行為によって信用を供与されるのは、主債務者である当該第三者及び銀行の側であり、信用を供与する側の保証人ではない」とし、また「取引」の意義を「財貨の交換としての意義」に限定して保証契約締結行為を「取引」に含めない。

③の客観的類型的判断の要請については、「銀行外の一般人との間でその用語が用いられる場面においては、その一般的な用法にしたがい解釈されるべき」であるとしてしりぞける。

④の商慣習論については、「明示の合意もないのに、自己とは全く関係のない第三者（第三者が保証すればさらにその先の第三者）の保証債務をも負うことになり」不合理であり、不合理な商慣習が存在するとしても法的にその効力を認めることは困難であるとする。そこでは保証の事例には問題が多いことから、解釈にあたって慎重な態度をとっている。

3・学説の分類

積極説の立場に立つ所論は、その主張の内容においてだいたい共通しているが、その中において伊藤教授の所論は、他の積極説とはやや視角を異にしている（教授以外の論者が安易に「伊藤教授も同様」とすることはできない）ので、主として教授以外の積極説を整理・検討し、その上で伊藤説にふれ、そして消極説に言及することにする。もっとも伊藤説も積極説と重なる所があることはあらかじめ了承されたい。

(1) 積極説

① 根抵当法立案担当者の説明および「銀行業務」について

いわゆる金融実務家ないし弁護士らを中心とした積極説が重視するのは、法務省民事局長回答¹¹⁾であり、立案担当者による解説¹²⁾である¹³⁾。

前者においては「保証取引による債権」も「銀行取引」に含まれるとしており、いわば正面からはっきりと認めている。後者においては、銀行法によって「銀行取引」の範囲が画されることから、保証契約も銀行法によって定められた銀行業務（同法10条2項の付随業務）に含まれると解する以上「銀行取引」に含まれるとする¹⁴⁾。

ここでは、銀行法の規定には保証が明示されておらず、あくまでもその

11) 昭和46年11月11日民事甲3400号法務省民事局長回答（法務省民事局第三課編「新根抵当関係法令通達集」（昭和47年）巻末1頁以下）

12) 貞家＝清水1引用文献。

13) 峯崎二郎「銀行取引には保証取引が含まれるか」金融法務事情1110号（昭和61年）5頁。肯定説（本稿では積極説）のベースになっているのが先の貞家＝清水の文献であるとする。この他にも、石井真司「『銀行取引』と『保証取引』—前者は後者を含むか否か—」判例タイムス757号（平成3年）40頁、上野隆司・石井真司（対談）「いわゆる『銀行取引』に保証取引は含まれるか—根抵当権の被担保債権の範囲に関連して—」金融法務事情1201号（昭和63年）16頁など。

14) 銀行法のほか、商法502条8号を理由とするのが峯崎・前掲論文5頁。

「解釈」として保証が「銀行取引」に含まれていることに注意しなければならない。

② 銀行取引過程論

基本的には①の説明を踏まえながらも、銀行法・商法などの制定法に依拠しない説明が以下のものである。

「根抵当権の被担保債権の範囲を『銀行取引』と定めたときは、銀行取引の過程から通常生ずると考えられる債権は、すべて、その根抵当権によって担保される」と解釈される¹⁵⁾。この定式からさらに、その債権が「通常生ずる」とされるか否かという判断について、予測債権性の問題とする見解があり、また「取引」に関しては、それが根抵当権者と債務者間の直接取引を指すものとされていることから¹⁶⁾、保証取引が「直接」取引といえるかを判断する説もある。もちろん、予測債権性の判断と直接取引性の判断は相互に独立しているとは、必ずしもいえず、いずれか一方を肯定することによって他方も肯定される場合がある¹⁷⁾。

イ) 予測債権性について「保証契約」が、銀行取引の過程において予期されている取引なのかどうか問われている¹⁸⁾。裏から言えば、保証債権は偶発性債権なのかどうか¹⁹⁾である。言うまでもなく、この予測債権性の趣旨は、直接には包括根抵当の禁止原則(398条ノ2)を根拠として、根抵当権の被担保債権は「当事者間で将来発生することを予測できるものに限る」²⁰⁾というものである。保証債権の予測債権性につい

15) 峯崎・前掲論文5頁ほか、中馬・大系19頁も同様。

16) 堀内仁・鈴木正和・石井真司「書式と実例による新根抵当実務総覧」(昭和47年)44頁。

17) 峯崎・前掲論文7頁。

18) 伊藤「根抵当権の被担保債権の範囲を『銀行取引』と定めた場合と『保証債権』の被担保債権適格性」金融法務事情1195号(昭和63年)11頁。

19) 鈴木正和「根抵当取引と保証債権」金融法務事情1092号(昭和60年)4頁。

20) 鈴木同前。

て、積極説はいずれもこれを肯定する。

ロ) 直接取引性については、保証契約が根抵当権者と債務者との間で直接に締結される契約であることから²¹⁾、肯定される。

結局のところ、保証は銀行取引が継続する過程で予想されうる事態であり、直接締結される契約である以上、「銀行取引」に含まれるとする。

③ 保証契約の性質論＝準与信行為論

取引先に対する保証は「与信に準ずる行為である」とする²²⁾。

もともと与信取引のひとつとして、立法当初、保証取引を考えていたとする²³⁾立場もあるが、多くは取引先と第三者とが親会社子会社の関係であったり、提携ローンなどの信用関係をこの議論の前提としている。ところが、そのような取引関係ばかりでなく、それ以外にも個人的事情で保証人となる場合等も絶無とはいえない。そこで、このような信用形態が、それ以外の形態以上に、「一般」もしくは「類型」であるとまでいえるためには、それなりの積極的理由が必要であろう。そこで登場するのが保証（取引）を「銀行取引」に含めるのは商慣習として定着しているとの商慣習論と、被担保債権範囲の確定には客観的に判断すべしとする客観的判断論である²⁴⁾。

イ) 商慣習論

その見解は具体的には次のように説明されている。

21) 石井・前掲論文41頁、平井一雄「銀行取引における根抵当権と保証債権」手形研究433号(平成2年)7頁、峯崎氏は、商法265条の適用においては保証契約は間接取引とされていることを指摘するが、根抵当権の場合は違うとする(同・前掲論文7頁)。

22) 石井「銀行取引と保証取引」金融法務事情1187号(昭和63年)5頁、伊藤・前掲論文9頁以下、東京高判平成元年7月10日など。

23) 上野・石井前掲対談16頁。

24) 伊藤説では後に検討する客観的基準論の立場から、社会的・客観的に保証が「銀行取引」に含まれるとの認識があると思うとする判断の中に商慣習論が組み込まれている。

「一般に銀行と取引先間においては、保証契約は一種の与信取引として行われ、銀行の取引慣行として社会的にも承認されている」とする²⁵⁾。

村田利喜弥氏は、「銀行取引」の中に「保証取引」が含まれるものとして取り扱われ、実務を担当する者としては定着しているもの」とし、「保証を与信取引に準ずるものとして「その他いっさいの取引」に含まれるものと解釈し取り扱うことは商慣習となっている」とする東京高判平成元年7月10日に賛同する²⁶⁾。商慣習論をみれば、「銀行」側はそのように考えてきたと記述される場合が殆どであり（ただし逆に「これまで銀行の取引先も当然そのように思っている」との記述はみられない）、まさしくその記述自体に「慣習」とする根拠があるのか疑問が生ずる。すなわち、一方当事者の見解や取扱いがそれだけで慣習となるのかという点が問題となり、消極説からの批判がなされる²⁷⁾。

ロ) 客観的判断（必要）論

「根抵当権の被担保債権の範囲を『一定の種類取引によりて生ずるもの』と定める場合は、この被担保債権の範囲は、取引の種類を客観的・抽象的に判断して、被担保債権とするか否かを決定しなければならない」とする²⁸⁾。その根拠は二つに分かれる。一つは、根抵当権者（銀行）の取引安全の確保とするもの²⁹⁾であり、もう一つは被担保債権

25) 上野・石井（対談）「“再論”銀行取引に保証取引は含まれるか—東京高判平元. 7. 10に関連して—」金融法務事情1238号（平成元年）16頁，揖斐潔「根抵当権の被担保債権と保証債権」金融法務事情1242号（平成2年）26頁など。

26) 村田「根抵当権の被担保債権の中に保証債権は含まれるか—東京高裁平成元年7月10日判決—」手形研究440号（平成2年）36頁。

27) 中馬・前掲論文437号7頁，大西武士「根抵当権の被担保債権としての『信用金庫取引による債権』の中に保証債権が含まれるとされた事例」金融・商事判例890号（平成4年）45頁，前記東京地判平成2年7月10日判決理由の④。

28) 峯崎・前掲論文5頁，東京高判平成元年7月10日。「できる限り画一的・簡明な解釈により金融取引の安全を図るべきであるという要請」を指摘する見解（黒田直行「保証債権は『銀行取引』を被担保債権の範囲とする根抵当権により担保されるか」手形研究418号（昭和63年）23頁）もこの中にいれることができよう。

29) 峯崎・前掲論文5頁。

適格性の判断は客観的に判断すべしという解釈によるものである³⁰⁾。ここから先の客観的・抽象的判断は「保証取引」が通常銀行取引から生ずるものといえるか否かを判断するという事となり、その取引先が親子会社かどうかという、保証取引の個別的・具体的内容は考察外に置かれる。したがってまた、このような基準をたてるならば、銀行取引約定書などの当事者の合意に関わる個別的・具体的材料を判断することは、論理的にできない。

以上のように、商慣習や客観的判断必要論は、準与信行為論と無関係ではなく、むしろこれを補強する作用を有している、と言えよう。

④ 銀行取引約定書の解釈

積極説においては、以上の理由づけに加えて、銀行取引約定書を適用する場合がある。すなわち、「保証」は同約定書の1条1項の「その他いっさいの取引」に含まれるから、「銀行取引」に含まれ、根抵当権の被担保債権となる³¹⁾。

しかし、先に述べたように、客観的基準論を前提とするならば、当事者間の合意内容は考慮すべきではないのだから、その内容を形成する銀行取引約定書の解釈を云々することはできないはずである。「『保証契約』を約定により銀行取引約定書ひな型の適用を受ける銀行取引に含めるかどうか

30) 吉田光碩「根抵当権の被担保債権を『銀行取引』とした場合、保証債権は担保されるか」判例タイムス750号(平成3年)55頁、伊藤・前掲論文を引用する。ただし、この客観的判断必要論は保証が与信行為に準ずるものであるとの定式を補強するものであり、必ずしも伊藤教授のようなとらえかたではない。

31) 東京高判平元・7・10、全銀協法規小委員会編・新銀行取引約定書ひな型の解説52頁、鈴木正和氏は当初この立場を主張されていた(「根抵当取引と保証債権」金融法務事情1092号(昭和60年)5頁)が、のちに伊藤教授の客観説を採用して保証債権の被担保債権適格性判断に銀行取引約定書の適用を考えるのは不合理とする(同「根抵当権の被担保債権と保証債権に関する判例の概観」金融法務事情1265号(平成2年)10頁)。このほか、揖斐潔「根抵当権の被担保債権と保証債権」金融法務事情1242号(平成2年)25頁など。

は当事者意思の問題であり、そのことによって直ちに客観的に含まれるものとの解釈に繋がるものではない」として³²⁾、結論的には積極説である伊藤教授ですらもこの点を批判する。

⑤ 保証債務の保証債務まで担保する結果について

取引先甲が保証人となった主債務者乙がさらに第三者の銀行に対する債務を保証した場合、乙の保証債務も銀行と甲との根抵当権によって担保されるか、という問題がある。多くの積極説はこれを否定する。村田氏は、根保証人の責任制限に関する東京高判昭和55年9月29日³³⁾と関連づけて、「まったく予測しない面識のない者の債務について負うケースも生じるので否定されているわけであるから」³⁴⁾このような場合は、担保されないとする。保証債務に関する他のケースでの判例を念頭にしている。

峯崎氏も、村田氏と同様に前記東京高判を前提にして、「保証契約や根抵当権設定契約でそのような保証債務が及ぶことが特約されていない限り、保証人や物上保証人は責任を負わないと考えておくのが実務上は無難である」³⁵⁾とした。ここでは論理的に理由づけているのではなく、実際的なし政策的判断によるものであろう。

以上の議論と違って、伊藤教授は、この点を先の直接取引性・客観的判断論に引きつけて論じている。そのような保証債務の特約の存在に関わらず(そのような特約があっても)、被担保債権適格性はないとされるからである(後に検討)。

⑥他の後順位権利者・設定者との関係

32) 伊藤・前掲論文9頁、また鈴木正和・前掲論文(1265号)10頁。

33) 金融・商事判例623号(昭和56年)16頁、金融法務事情950号(昭和56年)52頁。

34) 村田・前掲論文36頁。

35) 峯崎・前掲論文7頁。ただし、「特約のない限り」としていることから、「特約があれば可能とする」見解として理解されている(村田・前掲論文38頁25)。

もともと、消極説より、積極説の立場では、後順位担保権者や設定者を害するのではないかという批判がなされていた³⁶⁾。これに対して、積極説では、極度額の枠に空きがあって、これを利用したところで、後順位担保権者は極度額までは先順位根抵当権者に把握されているものと考えているのでこれを害することはないとする³⁷⁾。

これらの見解の根拠は、「後順位者は、先順位の根抵当権が存在すればその極度額まではそれによって優先されることを覚悟すべきであり、その被担保債権が極度額よりも少額にとどまるであろうと期待しても、それはまったく事実上の期待にとどまり、法律上保護されない」という記述³⁸⁾である。

消極説の批判は、上位の担保権が消滅したら、その分だけ後順位権利者が極度額の枠内に入ることができる（順位上昇の原則を根拠として）のではないかということである³⁹⁾。しかし積極説はこれを事実上の利益にすぎず、法的保護に値しないとみる。

(2) 伊藤説

さて、以上のように積極説に対して指摘される問題点を、その結論を維持しつつ解消しようとするのが伊藤教授⁴⁰⁾であり、しかもそれは客観的判断（必要）論をより徹底化する方向でなされている。以下、その所論をみる。

① 前提としての「民法理論」

伊藤氏の視点は、「根抵当権の被担保債権適格性の問題を、根抵当権の被

36) 中馬・大系22頁において、「予測不可能な保証債権がたまたま生じたからとて、これを『銀行取引』による根抵当権の網に引っかけることは、後順位担保権者等との関係で公平とはいいがた」と述べている。

37) 峯崎・前掲論文6頁、村田・前掲論文35頁。

38) 中川善之助・遠藤浩編「基本法コンメンタール・物権」（昭和51年）〔清水誠〕230頁。

39) 中馬・前掲論文（437号）9頁。

40) 伊藤・前掲論文6頁。

担保債権につき民法理論としてどのように考えられているか⁴¹⁾ということである。すなわち当事者の合意による「一定の種類取引」の基準に関して、諸家を引用し⁴²⁾、先の「銀行取引という言葉によって社会一般に慣用的に理解されている内容をもつ取引」という「民法理論」としての解釈を導いている。「社会一般に慣用的に」というフレームは重要である。それは、当該問題である保証債権の被担保債権適格性の判断に際し、「銀行取引」の客観的内容として「保証契約」も含まれるかという問題設定を行っていることから明らかであろう。

② 保証契約との関係

伊藤説においては、先の①から保証契約を銀行取引に含めるかどうかについて当事者の意思はなんら意義をもたない。この点は伊藤説が登場して以降のいくつかの通説が引用している点でもある。「枠の入口を決めるのは当事者の自由意思による、しかし、いったん決められた入口の基準は客観的に決ま⁴³⁾り、事はもっぱら保証契約が銀行取引に含まれるとすることが「社会的にみて客観性を有するもの」といえるかどうかにかかるとある。そこで、当事者の意思に依拠しない理由として、たとえば不動産売買にもとづく代金債務を、被担保債権の範囲を「銀行取引」とする根抵当権によって担保する旨の当事者間の意思が存在しても、被担保債権適格性を有するものではないことを挙げている。

しかし他方において、保証契約そのものの把握は、他の積極説と同様である。保証によって取引先は反対利益を計算していることを想定し、「銀行が、その取引先の保証で第三者に融資するということは、銀行の取引先に

41) 同・7頁。

42) 伊藤・前掲論文8～9頁では、鈴木禄弥、堀内仁＝鈴木正和＝石井真司、清水湛、貞家克己、清水誠らの説明や対談での発言を列挙している。

43) 同・9頁。

対する与信取引の一連としてなされるもの」との判断が、「客観的に存在するものとして、今日、一般的に承認することができる」⁴⁴⁾とするからである。

③ その他の理由づけ

このほか、直接取引性については、先の客観性論（＝取引先の保証による第三者への融資が、取引先に対する与信取引の一連、保証は銀行取引の過程のなかに含まれるということは客観的に承認されている）にもとづき、保証契約も銀行・取引先間で直接締結されることから、直接取引性を肯定される。

予測債権性については、先の客観性論から、「被担保債権適格性承認の要素としての予測債権性の判断についても、客観的でなければならない」とする⁴⁵⁾。

そして、銀行と取引先間の主観的予期・予測になかった取引でも、それが客観的に銀行取引の過程における取引として承認されれば、被担保債権適格性を有することになる⁴⁶⁾。

その結果、先の認識にもとづき、「客観的な」予期・予測性があるとして予測債権性を承認する。すなわちここでは本来、当事者の主観面の問題であるはずの予期・予測が客観化され、その中身が実質的には取引慣行に化しているといえよう。当事者が予期・予測していたかどうかはもはや関係なく、社会一般的に保証契約が銀行取引の過程に含まれるならばそれで必要十分だからである。

44) 同前。

45) 保証契約は銀行取引の過程においては偶然的なものとする中馬の指摘にも、予測債権性を肯定する見解にも反対する。それらの見解は、予測性を判断する基準・観点を「債務者の主観」に求めているので、もし予測性をそのような「根抵当権者と債務者間の内部的・主観的問題であるとするならば、原則否定、例外肯定の論理を承認しなければならぬ」（同・10頁）なくなるとする。

46) ここでいう客観性は、「法定されることによって定まる場合もあるが、通常は社会的・一般的に承認されている取引慣行によって定まるものと解される」（同・11頁）。

また、保証債務の保証債務まで担保する結果をもたらすとの批判に対しては、先の東京高判(昭和55・9・29)の立場に立たなくても、「取引先乙の保証債務は、銀行と取引先甲との直接の与信取引によるものと解することができないし、銀行取引として客観的に予期・予測される取引として承認されているとはいえない」ことから、被担保債権適格性を否定する⁴⁷⁾。

以上、伊藤説を含めて多くの積極説は、根抵当法立案担当者等の解説ならびにその後の銀行実務、銀行法にいう銀行業務の解釈、銀行取引の過程から生ずる債権かどうか(予測債権性と直接取引性)、保証(取引)の準与信行為論とそれを補う商慣習論と客観的基準論、銀行取引約定書の解釈を主たる根拠とすることによって、また消極説から批判される点であるところの、保証債務が本人の知らない第三者にまで広がる可能性と後順位担保権者・設定者を害する可能性を否定することによって、結局保証債権を「銀行取引」の中を含めるのである。

(3) 消極説

積極説に対して、真っ向から論陣を張るのが中馬教授であり、大西武士教授がかつて「消極説の方が理論的には正しい」とされていたが⁴⁸⁾、このたび、近年における法解釈論議と慣習論とを参照し、中馬説を裏付けたとみられる⁴⁹⁾。また、視角を異にするのが三浦教授である⁵⁰⁾。

47) 伊藤・前掲論文13頁。

48) 大西・前掲書332頁。

49) 大西・前掲論文39頁以下、同「根抵当権の被担保債権と『銀行取引』の範囲(1)・(2)・(3・完)」金融法務事情1321号6頁以下、1322号29頁以下、1323号24頁以下(平成4年)。このほか、直接取引性からみて「根保証契約や保証契約を銀行取引に含まれると解するには疑問を感ずる」とする見解(安武敏夫「新版・民法演習2物権」(昭和56年)211頁)も一応消極説に入れられよう。香川保一「改訂担保」(昭和39年)660頁は、根抵当立法前の状況を前提とする。貞家=清水・前掲書の記述は、積極消極両方の側からそれぞれの立場に引きつけた読み取りかたが可能となるので、今となつてはどちらともとれないのではないか。

50) 三浦・前掲論文67頁以下

a) 基本的枠組み

ア) 中馬説

中馬教授の説において基本的に「銀行取引」とは、銀行の与信取引を意味し、銀行が取引先をして第三者のために保証をさせる合意はこれに含まれない⁵¹⁾。

しかし、例外として、特別の事情のある場合、すなわち①根抵当債務者たる親会社の子会社のために保証した場合の保証債権、②系統金融機関が組合に対しその組合員への転貸資金を融資する場合に、転借人たる組合員（個人または会社）が債務者組合のために保証したときの保証債権の場合には、これらの保証債権は、当該親会社あるいは組合員たる当該個人または会社が自己の借入債務のために設定した根抵当権によって当然に担保されうる⁵²⁾。

イ) 大西説

教授の「銀行取引」の論理的分析によれば、商法502条8号の「銀行取引」とは、金銭その他有価証券の交換価値の転換を媒介する行為であって、保証取引は同法の「銀行取引」に該当せず、また銀行法10条2項の「付随業務」にも保証取引は含まれない⁵³⁾、とする。さらに、銀行取引約定書については、その1条1項は、「同約定書の適用範囲を決めたものであって「銀行

51) したがって、原則として「銀行取引」による債権にあわせて保証債権を根抵当権で担保するためには、保証債権の発生原因となる継続的保証契約を締結し（398条ノ2第2項前段の「特定ノ継続的取引契約ニ因リテ生ズルモノ」にあたと解する）、かつ「保証取引」「継続的保証」などの登記をする必要がある。根抵当権設定登記の時にはなかった「保証取引」などの登記を後日に追加しうる（398条ノ4）。

52) そして、継続的保証契約は存しないが、根抵当債務者がたまたま第三者のため保証したことにより銀行の取得した保証債権は、これを特定の債権として被担保債権に加える手続（不登法117条2項）をすることにより、根抵当権の被担保債権とすることができる。

53) 大西・前掲論文43～44頁。

取引」を定義したものではないから、同項における「その他いっさいの取引」に保証取引が該当するとしても、根抵当権の被担保取引たる「銀行取引」に直結しない⁵⁴⁾という。

商法・銀行法のそれぞれ関連する規定について、いわば正面から保証取引が「銀行取引」に含まれないとする法解釈論である⁵⁵⁾。ところが、この論理的分析によって、また商慣習の認定によっても、保証取引を銀行取引に含めることは困難としながら、利益衡量の結果、例外的に含まれるという区別をする。その結果、中馬教授と同様、原則例外の二分法となる⁵⁶⁾。ただし、実務的には消極説の取り扱いを要求する⁵⁷⁾。

ウ) 三浦教授

三浦教授にあって、特徴的なことは、第一にその理論構成にあるというよりも、まず問題把握の視点である。それは、保証債権が銀行取引に含まれるか否かについて、当事者の意思・意思表示の問題としても捉えていること(保証意思があるか否か)であり⁵⁸⁾、積極説と、特に客観的基準論を一貫する伊藤説と決定的に対立する(大西教授とも異なる)。第二に、積極説の有力な根拠とされている商慣習論に対して、三浦教授の豊富な実務経験をベースにした、有力な反証を挙げていることである⁵⁹⁾。第三に、中馬教授

54) 大西・前掲論文44頁。

55) ただし、その解釈の根拠、またそれをめぐる積極説との対話などについてはとくに論証がない。

56) 「保証取引が保証人に対する与信に該当する場合とそうでない場合があり、この両ケースは典型的に区別することができる」(大西・前掲論文46頁)ことから。もっともこれは裁判における事後的実体的判断である。

57) 「執行実務においては申立段階では要件の形式的審理のみがなされ実質的審理はなされない手続構造になっているので」、「法形式に従って消極説により取り扱うべき」であるとする(大西・前掲論文46頁)。

58) 三浦・前掲論文77頁。

59) 三浦・前掲論文69頁以下。立法当初、各地の説明会・講習会、各地裁での説明では積極・消極両方の説明があったことを紹介し、この点について不明確であったとしている。

同様、保証取引には様々な形態があり一律に取扱えないことを指摘していることである。ただし、教授の解釈論そのものは、ただちに消極説にいれるべきか微妙な点もある。銀行取引約定書第1条の「その他いっさいの取引」および根抵当権設定契約書第1条の「銀行取引によるいっさいの債権」には「保証取引」（保証債務）も当然含まれるという基本的解釈（銀行関係者の主張）は従来通りでよい（傍点筆者）としても⁶⁰⁾としているからである。もっとも、現状では執行裁判所において含まれないと解釈されていることを根拠にして、「保証取引」を「銀行取引」に含めるためには、「①銀行取引、②手形債権、小切手債権」に、「③保証取引」を追加すべきであるとする。⁶¹⁾

b) 積極説に対する批判

消極説の立場から積極説に加えられる批判について、ここでとりあげるべき論者を中心にして整理するならば、以下の通りである。

① 根抵当法立案担当者の説明について、

中馬教授によれば、立案担当者の通達や見解は決め手にはならないとされる⁶²⁾。先の回答や解説を文脈から限定的に解し、とくに例外的な場合のみ、保証による債権も担保されると解している。

また、保証取引も銀行法によって定められた銀行業務（付随業務10条2項）に含まれるとの解釈に対しては、先の基本的定式が決定的である。すなわち「銀行取引」とは、銀行の与信取引を意味するのであって、「根抵当債務者たる取引先が第三者のため銀行に対し保証するのは、いわば銀行の「受益」取引であって、「銀行取引」=与信取引とは異質である」とする⁶³⁾（大西教授も同様か）。

60) 三浦・前掲論文77頁。

61) 三浦・前掲論文77頁。

62) 中馬・前掲論文437号10頁。

63) 中馬・前掲論文437号5頁。

三浦教授によれば、実は立法当時、この点について不明確であったことが指摘されている⁶⁴⁾。

② 銀行取引取引過程論：予測債権性と直接取引性に対して

基本的に積極説は、第三者のために保証がなされるのは通常予想されうる事態であるとするのに対して、保証債務の発生は予測不可能とする。「一般的には、取引先が銀行に対し、はたして第三者のために保証をすることがあるか、あるとしてもその合計額がいくらになるかは、銀行にとっても当該取引先にとってもわからない」⁶⁵⁾からである。また、保証取引の多様性を指摘する見解からすれば、積極説のように一律に判断することは無理があると批判される⁶⁶⁾。直接取引性について疑問に感ずるとされるのが安武教授である⁶⁷⁾。

③ 準与信行為論

中馬教授は積極説の構成、すなわち準与信行為として保証を捉えることに対してただちに反対してはいない。保証が与信取引の一環として行われることを認め、三者を一体としてみれば、全体が与信取引だということができるとしているからである。しかし「甲・銀行間の法的関係は甲が銀行に対し保証債務を負うことで足りている」⁶⁸⁾のであって、それを越えて保証が与信に準ずる行為だというのはおかしい、と批判し、保証人甲が保証する理由に乙との経済的な利害関係の存在を指摘する積極説に対して、「乙からの受益に対する報いは（乙を通じての銀行からの間接的受益に対する報いも）甲が保証責任を負うことで済んでいる」⁶⁹⁾とする。

64) 三浦・前掲論文69～72頁。

65) 中馬・前掲論文437号8頁。

66) 三浦・前掲論文81頁。

67) 安武・前掲書211頁

68) 中馬・前掲論文(437号)5頁。

69) 中馬・前掲論文5頁。

大西教授によれば、準与信行為論のような理論構成は「中間的構成」であるとして批判されている⁷⁰⁾。

④ 商慣習論と客観的基準論に対して

積極説が、準与信行為論を補強していた有力な論拠は商慣習論であった。これに対して、決定的ともいえる反証を挙げたのが三浦論文である。また中馬教授によって、そのような商慣習がかりに存在するとしても、「一般的道理（保証の異質性—筆者注）にも銀行取引約定書の構造にも反する」と批判されている⁷¹⁾。

さらに、三浦教授は「合意の認められない保証取引（特に偶発的または詐害的保証取引）は如何に銀行取引に含まれると解釈し、主張しても裁判所としては認めるわけにはいかない」と指摘する。保証人の保証意思や当事者の合意の解釈の観点からなされるこの指摘は、客観的基準論に対しても同様に妥当するであろう⁷²⁾。被担保債権適格性の判断にあたって、従来の積極説にたつ説明とくに客観的判断（必要）論や伊藤教授の客観的基準論に対して、当事者の合意、その合理的解釈が提起されているものと受け取ることができよう。

⑤ 銀行取引約定書の解釈

中馬教授によれば、「『いっさいの取引』のなかには第三者のための保証はふくまれないとみるのが約定書の構造上は妥当である」とする。「もし『いっさいの取引に関して生じた債務』のなかに誰か第三者のためにした保証債務が含まれるとすれば、銀行取引約定書に署名した保証人は、実質上、自己のまったく知らない赤の他人のためにも保証をせねばならぬことになる

70) 大西・前掲論文44頁。

71) 中馬・前掲論文7頁。

72) 三浦・前掲論文77頁。

73) 中馬・前掲論文7頁。

う」⁷³⁾。このように保証債務の限界の不存在という結果をもたらすことからそのような解釈の不合理性を指摘する。

大西教授は、「銀行取引約定書一条一項は同約定書の適用範囲を決めたものであって『銀行取引』を定義したものではないから、同項における『その他いっさいの取引』に保証取引が該当するとしても、根抵当権の被担保取引たる『銀行取引』に該当しない」⁷⁴⁾。また三浦教授も「銀行取引約定書一条に、保証取引を加えるべきである」⁷⁵⁾とする。

⑥ 保証債務の保証債務まで担保する構成について

前記⑤で述べたように、銀行取引約定書の1条1項の「その他いっさいの取引」に保証が含まれるならば、自己のまったく知らない他人のためにも保証を負うことになり、そのような結果は「不自然で、当事者の意思に合せず、無理を強いるもの」と、中馬教授はその不合理性を指摘する⁷⁶⁾。これに対して、積極説は、根保証人の責任制限に関する判例もあって問題はないと見ている（上述2(1)⑤）。大西教授はこの論点をどう見ているのか、必ずしも明らかではない。

⑦他の後順位担保権者・設定者との関係

積極説は、すでにみたように、後順位担保権者等は極度額を前提に行動しており、また極度額によって利益調整されるのだから、保証債権を「銀行取引」による債権に含めても不都合はないとしていた。これに対して、中馬教授は、根抵当制度においても順位上昇の原則は妥当し、「執行段階で先順位根抵当権者の被担保債権額が極度額に足りないときは、次順位者がその差額部分(空き枠)に上昇してくるのは当然」⁷⁷⁾とし、適格性のない保

74) 大西・前掲論文44頁。

75) 三浦・前掲論文77頁。

76) 中馬・前掲論文7頁。

77) 中馬・前掲論文9頁。

証債権をその空き枠に充填することは後順位者等を害する不当の行為であるとする。ただし、三浦教授はこの点についてのみ、中馬教授に反対し、積極説に同意している。理由は積極説と同様で、「後順位者は先順位者の極度額を承知の上で後順位で設定した」からである⁷⁸⁾。大西教授の構成においては、中馬教授の提唱される、後順位担保権者の期待を法的保護の範囲内とみるか否かは、触れられていない。

4 若干の検討

すでに学説の分類やその検討については数多くでていたので、本稿では主として積極・消極両説の対立点、そこで残された課題をできる限り客観的に明らかにするように努めたい。

(1) 民法398条ノ2第2項の構造—当事者の意思・意思表示との関連性

同条に定める被担保債権範囲の決定基準については、多くの解説があるが、鈴木禄弥教授⁷⁹⁾によれば、次のように説明されている。

根抵当法では、基本契約を必要としない基本的態度をとる一方、政策的理由から純粹包括根抵当のみならず、取引包括根抵当さえ否定した。その包括根抵当権の否定は、2段階になされる。まず第一に取引債権にのみ被担保債権適格性を与え、さらに第二に被担保債権決定基準（①債権者基準，②債務者基準，③債権範囲基準）によって絞りをかける。この③について、「イ限定が限定としての意味をもちうる程度に取引債権の範囲を狭めるものであること，ロ限定の内容がある程度客観的に明瞭であること」がいわれ、またロについては、「一定の種類取引をもって担保すべき債権の範囲を定めた場合には、客観的に担

78) 三浦・前掲論文73頁。

79) 鈴木「根抵当法概説」(昭和48年，以下「鈴木・概説」と略する)26頁以下。

保すべき債権の範囲を画する基準として、その内容を第三者が認識できるようにその取引の種類を記載」すべきものとしている（昭和46年10月4日法務省民事甲第3230号法務省民事局長通達）。

多くの積極説が主張するように、債権範囲基準は客観的に判断されるべきであるとの要請は、結局ここにその根拠を有しているように思われる。ただ、注意すべきは、鈴木の説明はいかなる「取引」を承認するかについての判断基準を呈示しているものであって、承認された個々の具体的な「取引」にいかなる債権が含まれるかの「解釈」基準とされているかどうか、またそうすべきかどうかの問題が残されているのではないかということである。いうまでもなく積極説はそれが解釈基準を示しているものと解している。

そして、当事者の合意・意思表示との関係で重要な記述が見られる。

「問題なのは、語の通常の意味では××取引から生ずるものとはいえないような債権について、根抵当権者と抵当不動産所有者のあいだで、これを××取引から生ずるものと解する、という合意がなされている場合、または逆に、語の通常の意味では、××取引から生ずるものというべき債権につき、これを××取引から生ずるものとは解さない、という合意が当事者間に存する場合である。しかし、根抵当権の債権範囲基準がどのようなものであるかは、根抵当権という物権の問題であり、一定の債権範囲基準をもつものとしての根抵当権設定登記は、かかる範囲の債権を担保するものとしての根抵当権の成立要件である（単なる対抗要件ではない）。したがって、債権範囲基準は、客観的に理解されるその意味内容によって定まり、当事者の単なる特約によってそれが左右されることはない、と解すべきである」⁸⁰⁾

したがって、保証取引をふくまない「銀行取引」をしたいという当事者

80) 鈴木・概説62頁。

81) 鈴木・概説62頁。

がいても、積極説の立場ではそれができないことを指摘されることがあり⁸¹⁾、また、被担保債権の範囲確定がそもそも当事者の合意によるものとする見解⁸²⁾があるが、上述説明はそのような当事者の合意・意思についての考慮の余地を与えるものではなかろう。この点についての論及が消極説にはやや足りないのではないか。

しかし、だからといって—積極説のいうように—客観的に理解される意味内容として、「銀行取引」に保証（取引）が含まれるという結論に直結することにはならないと思われる。保証が銀行取引に含まれるとの規定がない以上、それは銀行法に定める銀行業務や、商法などの法律に関する解釈問題に他ならないからである。大西教授の主張する、積極説とは異なる解釈が登場するのもその意味で理解できよう。したがって、もし積極説がここで述べた鈴木教授の記述を根拠にしてただちに自説を裏付けているとすれば、そこに論理の飛躍があるといわざるを得ない。もっとも積極説も周到に準与信行為論に加えて、商慣習論で自説を補強されている。その点については後述する。

(2) 保証取引の実態—商慣習か—

現在では、取引における保証（契約）のありようについての認識は、積極説によっても消極説と大差がなくなっているのではないかと思われる。積極説においても、個人的事情による保証があることを否定しなくなっている（前記東京高判）。というよりは、むしろそのような実態そのものは、積極説の構成ではあまり問題にならず、「銀行取引」の客観的意味ないし類型的判断もしくは保証を「銀行取引」に含めることを商慣習とする判断が決定的となろう。

しかし、三浦論文の出た現在では、商慣習論の色はあせているように思われる。たしかに一部の金融実務家が指摘するように、保証を「銀行取引」

82) 三浦・前掲論文78頁。

に含める取り扱いをしてきた金融機関もあるかもしれないが、そのように扱ってこなかった銀行実務の「慣行」も指摘されており⁸³⁾、筆者個人の知人（何人かの銀行関係者）に質してもそのような確定した「商慣習」があるものとは伺えない。

なお、保証の法的意義について保証が異質なもので与信取引とは決定的に違う（中馬教授・大西教授も同様か）との理解について、これを程度の評価の問題とする指摘があるが⁸⁴⁾なお検討を要する。

(3) 保証債務の保証債務まで担保する結果について

多くの積極説は、保証債務に関する責任限度を示した判決でもって、消極説の心配はとるに足りないものであるとし、また積極説の難点ともならないとするものであろう。しかし、準与信行為論では客観的・類型的判断ないし画一的処理を主張していながら（したがって多少の例外的事態があっても目をつぶる）、保証債務の保証債務を担保する場合はこれを除外するという立場は、政策的にはともかく、解釈論としてはいささか一貫しないのではないかという疑問が生ずる。その点、伊藤教授が「取引先乙の保証債務は、銀行と取引先甲との直接の与信取引によるものと解することができないし、銀行取引として客観的に予期・予測される取引として承認されているとはいえない」⁸⁵⁾とするのは、解釈の一貫性という観点からは理解できよう。もちろん、その当否は教授の客観的な予期・予測という基準、要するに先にみた客観的基準論についての考察如何による。

(4) 順位上昇の原則に関して—根抵当権の独立的性格—

たしかに積極説のいうように、後順位者は実際には先順位の極度額まで

83) 三浦・前掲論文70頁。

84) 池田真朗「銀行取引を被担保債権決定基準とする根抵当権と連帯保証債権」金融法務事情1304号（平成3年）47頁。

85) 伊藤・前掲論文13頁。

あきらめているであろう。しかし現実に極度額よりも少額にとどまったならば、その分だけ自分の優先部分もとれるかもしれない—実際にはともかく、法律的に認められる可能性として—と期待しておかしくないし、その期待を「まったく事実上の期待」として法的保護の枠外におくことに法的根拠があるかどうかが問題となろう。要するに、この意味における後順位者の順位上昇の期待を法的レベルで保護できるか、である。

この点について、最近の教科書⁸⁶⁾では、順位昇進の原則を「条文上の根拠はないが、わが抵当法の基調をなしているものとされている。この制度の下では、後順位権者は順位昇進に対する潜在的な期待権を有する」とし、「順位昇進の期待権が制度的に保障されている」⁸⁷⁾とする。そうであるならば「期待権」であれば「事実上の期待にとどま」らないし、「制度的に保障されてい」れば「法律上保護されない」はずがない⁸⁸⁾。

したがって、問題はまず第一に、順位昇進に対して後順位権者は「期待権」を有するか、第二に、根抵当権においてもそれは妥当するか、であろう。後者においては、とくに根抵当権の根本的理解につながる問題であろう。根抵当権の極度額については「極度額に相当する目的物の担保価値の独立的支配権」⁸⁹⁾という理解があるからである。確かに、元本確定前においては根抵当権の独立的性格は強化されているとみることができる。

しかし、他方において、確定根抵当権の性質に関して、それは「一種の普通抵当権であり、ただ若干の点で一般の普通抵当権に関するのとはちがった規制を受けるにすぎない、というべきである」⁹⁰⁾との説明もあり、現在の

86) 椿寿夫編「現代民法講義3 担保物権法」(平成3年)26頁 [近江幸治]。

87) 同前30頁。

88) そして、「後順位抵当権者の処分権能(換価権)は、剰余の生ずる場合にかぎって認められ」、「先順位抵当権によって換価された場合は、その残余部分につき物権的な支配権を有する」(同前30頁)とされており、後順位抵当権者の残余価値支配権が説明され、それは順位上昇について中馬教授の語る内容と一致する。

89) 村田・前掲論文35頁。

90) 鈴木禄弥「根抵当法の問題点」(昭和48年)198頁。

民法の規定からするとその理解のほうが納得できる。はたして元本確定して後も独立的抵当権として根抵当権を理解できるのか、積極説からはこの点についてとくに論及がない。

また積極説の反論・批判は、順位上昇の原則との関連を考察したうえでなされているとも思われたい。後順位権利者との関係について、根抵当制度の趣旨を後順位権利者は極度額によって保護されるということにのみ、問題を限定して把握しているのではないか。この点についてまだ検討の余地が残されているように。

5 まとめ

(1) 以上の検討から、東京地裁判決について若干のコメントをしたい。

第一に、判決における積極説に対する反論その他の論証は基本的に中馬教授と同様とみられる。ただし、原則消極、例外積極とせず、新しい論点を呈示している。すなわち、当事者の「銀行取引」の理解に際して、保証債務の法的性質ならびに用語の理解について一般人の理解に依拠して銀行取引約定書の適用範囲を検討したことである⁹¹⁾。基本的に当事者の意思解釈を重視していることが明らかであり、すでに述べたように、そのこと自体が許されるかどうかの問題である。積極説の立場では客観的判断を要求し、とくに伊藤説では当事者の意思・合意といった主観的要素を入れてはならないとしているからである。ここでもう一度、これら積極説に大きく影響を与えた鈴木・概説の記述を検討することが必要ではなからうか。とくに、その説明において、被担保債権範囲基準について「根抵当権という物権の問題」(傍点筆者)であるから「当事者の単なる特約によってそれが左右されることはない」とされている点である。設定者に保証意思があるかない

91) なおこの点については、鈴木(正和)氏によってただちに反論されている。鈴木・前掲論文9頁以下。

かが厳しく問われる段階で、物権債権峻別論によって問題が処理されるのは妥当でないと考える。とくに執行裁判所で当事者の保証意思が問題とされたり⁹²⁾、「それによらない旨の特約ない限り商慣習により」保証債権は銀行取引に含まれるとされて（東京高判平元年7月10日）結局合意が問題とされ、またこれらを総合して銀行取引約定書・根抵当権設定契約書などの解釈との関連性を考えるとき、積極説の客観的判断を要求する立場は妥当であるか、疑問が残る。

第二に、本件においては、もともと X₁が自宅を建てるために根抵当権を設定していたことである。したがって、本来の「銀行取引」をするために設定された根抵当権ではない。また根抵当権によって保証債務まで担保されることについての了解があったわけでもなかろう。本件に関しては少なくとも判旨の結論は妥当と思われる。

(2) ここで基本的課題に関連して二点ほど指摘し、今後の課題としたい。

第一に、根抵当権の被担保債権の範囲確定論においては当事者の意思関係がどのように解釈論上構成されるのか、についてもう一度明らかにする必要があるのではないか。先にみたように、いったん決定された被担保債権範囲については当事者の意思から独立した「客観的基準」を立てられたり（伊藤教授）、そうでなくても「客観的類型的判断」を要求したりする一方で、なお根強く契約意思・合意に関する問題が指摘され続けている⁹³⁾。これらの見解を、客観的判断を要求している法の趣旨を理解しないものとしりぞけることは簡単かもしれない。しかしこのような状況においては、やはり根抵当権の被担保債権確定における契約意思の解釈論的意義が問われ

92) 三浦・前掲論文72頁。

93) 三浦教授・前掲論文が当事者の意思との関わり—約款取引との関連という視点を強調し、池田・前掲論文47頁は「被担保債権の範囲画定は、そもそも当事者の合意によるのであるから、もともと債務者の反対の意思が推測されるような場合にまで、保証債権を被担保債権に含ませるのは、やはり不合理性が高い」と指摘される。

と思う。

第二に、日本法における根抵当権が結局のところ、価値権として純化ないし方向づけられるべきかどうかである。被担保債権の範囲確定という解釈論においても、根抵当権を独立的抵当権として位置づけ、これを論拠とする発想が一部の論者にみられる（村田氏など）が、当然ながら無条件にそうはいえないであろう。ことは根抵当制度論ならびに担保権としての認識と政策的判断に関わる基本的問題であり（中馬教授の所論と同様）、たんに細かい技術的問題にとどまらなないと考える。ただちに結論の出るような問題でもないが、この観点からの検討も追及すべきであろう。最近、ドイツにおいても土地債務（Grundschuld）の被担保債権範囲論を、判例は盛んに取り上げている⁹⁴⁾。ドイツ法の土地債務は債権を前提としない抵当権であることから、日本法のように条文にもとづく「取引」による限定などいっさい存在しない。それゆえ、当初から法政策的にどの程度の被担保債権範囲を与えるかという課題を実務、とくに判例に委ねており、興味ある素材を提供している。

94) BGHZ 101, 30; BGHZ 99, 203; BGHZ 101, 29; BGH NJW 1972, 2084; BGH NJW 1975, 122 など。

* なお、本件に関しては、村本道夫弁護士よりご教示頂いた。ここに記して感謝したい。