

民法（債権関係）の改正に関する検討事項(3) 詳細版

目 次

第1	多数当事者の債権及び債務（保証債務を除く。）	1
1	総論	1
2	債務者が複数の場合	3
(1)	分割債務	4
(2)	連帯債務	5
ア	要件	5
イ	連帯債務者の一人について生じた事由の効力等	8
(ア)	履行の請求（民法第434条）	12
(イ)	債務の免除（民法第437条）	13
(ウ)	更改（民法第435条）	16
(エ)	時効の完成（民法第439条）	16
(オ)	他の連帯債務者による相殺権の援用（民法第436条第2項）	18
(カ)	破産手続の開始（民法第441条）	20
ウ	求償関係	21
(ア)	一部弁済の場合の求償関係（民法第442条第1項）	23
(イ)	通知を怠った連帯債務者の求償の制限等（民法第443条）	24
(ウ)	負担部分のある者が無資力である場合の求償関係（民法第444条前段）	26
(エ)	連帯の免除（民法第445条）	27
(3)	不可分債務	28
3	債権者が複数の場合	30
(1)	分割債権	30
(2)	不可分債権 — 不可分債権者の一人について生じた事由の効力（民法第429条第1項）	32
(3)	連帯債権	34
第2	保証債務	37
1	総論	37
2	保証債務の成立	42
(1)	債務者と保証人との間の契約による保証債務の成立	42
(2)	保証契約締結の際における保証人保護の方策	44
3	保証債務の付従性（民法第448条）	46
4	保証人の抗弁等	47
(1)	保証人固有の抗弁 — 催告・検索の抗弁	47

ア 催告の抗弁の制度の要否（民法第452条）	47
イ 催告・検索の抗弁の効果（民法第455条）	48
(2) 主たる債務者に生じた事由に基づく抗弁（民法第457条）	51
5 保証人の求償権	52
(1) 委託を受けた保証人の事後求償権（民法第459条）	52
(2) 委託を受けた保証人の事前求償権（民法第460条, 第461条等）	54
(3) 委託を受けた保証人の通知義務（民法第463条）	57
(4) 委託を受けない保証人の通知義務（民法第463条）	58
6 共同保証 — 分別の利益	60
7 連帯保証	62
(1) 連帯保証制度の在り方	62
(2) 連帯保証人に生じた事由の効力 — 履行の請求	63
8 根保証	65
【参考】 諸外国における保証制度	69
I フランス	69
II ドイツ	76
III アメリカ合衆国	79
IV イギリス	81

※ 本資料の比較法部分は、以下の翻訳・調査による。

- ヨーロッパ契約法原則
 オーレ・ランドーほか編, 潮見佳男ほか監訳『ヨーロッパ契約法原則Ⅲ』（法律文化社, 2008年）
- ユニドロワ（第3次）国際商事契約原則 作業部会第4会期（2009年）
 債務者および／または債権者の複数（草案）
 内田貴 法務省経済関係民刑基本法整備推進本部参与
- 和解による遮断を定める制定法 【15頁】
 石田京子 早稲田大学法務研究科助教・法務省民事局参事官室調査員
- 【参考】 諸外国における保証制度 【69頁】
 石川博康 東京大学社会科学研究所准教授・法務省民事局参事官室調査員
 石田京子

第1 多数当事者の債権及び債務（保証債務を除く。）

（前注）民法第3編第1章第3節（多数当事者の債権及び債務）には、第4款として保証債務に関する規定が置かれているが、保証債務は、まず形式的には、他人の債務（主債務）を履行することを内容とするものであるという点で、同一内容の債務を複数の債務者が負担するものである分割債務、連帯債務、不可分債務とは異なっているし、また、実質的にも、担保としての機能に特化しているという点で、独自の意義を有していると考えられる。

そこで、保証債務については、独立して「第2 保証」において検討することとし、「第1 多数当事者の債権及び債務（保証債務を除く。）」では、保証債務を除いたその余の多数当事者の債権及び債務について検討する。

1 総論

現行民法は、多数当事者の債権債務関係（当事者の一方又は双方が複数である債権債務関係）について、分割債権・分割債務（同法第427条）、不可分債権・不可分債務（同法第428条から第431条まで）、連帯債務（同法第432条から第445条まで）の規定を置いている。

この多数当事者の債権債務関係を規律するための概念として、現行法が定めるもののほか新たに連帯債権を設けるべきであるとの考え方があるが（後記3（3）参照）、このほかに、新たな概念の創設、既存の概念の廃止等をめぐる議論に関して、留意すべき点はあるか。その他、このような現状を踏まえ、多数当事者の債権債務関係に関する規定の見直しに当たり、どのような点に留意すべきか。

（参照・現行条文）

○ （分割債権及び分割債務）

民法第427条 数人の債権者又は債務者がある場合において、別段の意思表示がないときは、各債権者又は各債務者は、それぞれ等しい割合で権利を有し、又は義務を負う。

○ （不可分債権）

民法第428条 債権の目的がその性質上又は当事者の意思表示によって不可分である場合において、数人の債権者があるときは、各債権者はすべての債権者のために履行を請求し、債務者はすべての債権者のために各債権者に対して履行をすることができる。

○ （不可分債権者の一人について生じた事由等の効力）

民法第429条 不可分債権者の一人と債務者との間に更改又は免除があった場合においても、他の不可分債権者は、債務の全部の履行を請求することができる。この場合においては、その一人の不可分債権者がその権利を失わなければ分与される利益を債務者に償還しなければならない。

2 前項に規定する場合のほか、不可分債権者の一人の行為又は一人について生じた

- 事由は、他の不可分債権者に対してその効力を生じない。
- (不可分債務)
民法第430条 前条の規定及び次款（連帯債務）の規定（第四百三十四条から第四百四十条までの規定を除く。）は、数人が不可分債務を負担する場合について準用する。
 - (可分債権又は可分債務への変更)
民法第431条 不可分債権が可分債権となったときは、各債権者は自己が権利を有する部分についてのみ履行を請求することができ、不可分債務が可分債務となったときは、各債務者はその負担部分についてのみ履行の責任を負う。
 - (履行の請求)
民法第432条 数人が連帯債務を負担するときは、債権者は、その連帯債務者の一人に対し、又は同時に若しくは順次にすべての連帯債務者に対し、全部又は一部の履行を請求することができる。
 - (連帯債務者の一人についての法律行為の無効等)
民法第433条 連帯債務者の一人について法律行為の無効又は取消しの原因があっても、他の連帯債務者の債務は、その効力を妨げられない。
 - (連帯債務者の一人に対する履行の請求)
民法第434条 連帯債務者の一人に対する履行の請求は、他の連帯債務者に対しても、その効力を生ずる。
 - (連帯債務者の一人との間の更改)
民法第435条 連帯債務者の一人と債権者との間に更改があったときは、債権は、すべての連帯債務者の利益のために消滅する。
 - (連帯債務者の一人による相殺等)
民法第436条 連帯債務者の一人が債権者に対して債権を有する場合において、その連帯債務者が相殺を援用したときは、債権は、すべての連帯債務者の利益のために消滅する。
2 前項の債権を有する連帯債務者が相殺を援用しない間は、その連帯債務者の負担部分についてのみ他の連帯債務者が相殺を援用することができる。
 - (連帯債務者の一人に対する免除)
民法第437条 連帯債務者の一人に対してした債務の免除は、その連帯債務者の負担部分についてのみ、他の連帯債務者の利益のためにも、その効力を生ずる。
 - (連帯債務者の一人との間の混同)
民法第438条 連帯債務者の一人と債権者との間に混同があったときは、その連帯債務者は、弁済をしたものとみなす。
 - (連帯債務者の一人についての時効の完成)
民法第439条 連帯債務者の一人のために時効が完成したときは、その連帯債務者の負担部分については、他の連帯債務者も、その義務を免れる。
 - (相対的効力の原則)
民法第440条 第四百三十四条から前条までに規定する場合を除き、連帯債務者

の一人について生じた事由は、他の連帯債務者に対してその効力を生じない。

○ (連帯債務者についての破産手続の開始)

民法第441条 連帯債務者の全員又はそのうちの数人が破産手続開始の決定を受けたときは、債権者は、その債権の全額について各破産財団の配当に加入することができる。

○ (連帯債務者間の求償権)

民法第442条 連帯債務者の一人が弁済をし、その他自己の財産をもって共同の免責を得たときは、その連帯債務者は、他の連帯債務者に対し、各自の負担部分について求償権を有する。

2 前項の規定による求償は、弁済その他免責があった日以後の法定利息及び避けることができなかった費用その他の損害の賠償を包含する。

○ (通知を怠った連帯債務者の求償の制限)

民法第443条 連帯債務者の一人が債権者から履行の請求を受けたことを他の連帯債務者に通知しないで弁済をし、その他自己の財産をもって共同の免責を得た場合において、他の連帯債務者は、債権者に対抗することができる事由を有していたときは、その負担部分について、その事由をもってその免責を得た連帯債務者に対抗することができる。この場合において、相殺をもってその免責を得た連帯債務者に対抗したときは、過失のある連帯債務者は、債権者に対し、相殺によって消滅すべきであった債務の履行を請求することができる。

2 連帯債務者の一人が弁済をし、その他自己の財産をもって共同の免責を得たことを他の連帯債務者に通知することを怠ったため、他の連帯債務者が善意で弁済をし、その他有償の行為をもって免責を得たときは、その免責を得た連帯債務者は、自己の弁済その他免責のためにした行為を有効であったものとみなすことができる。

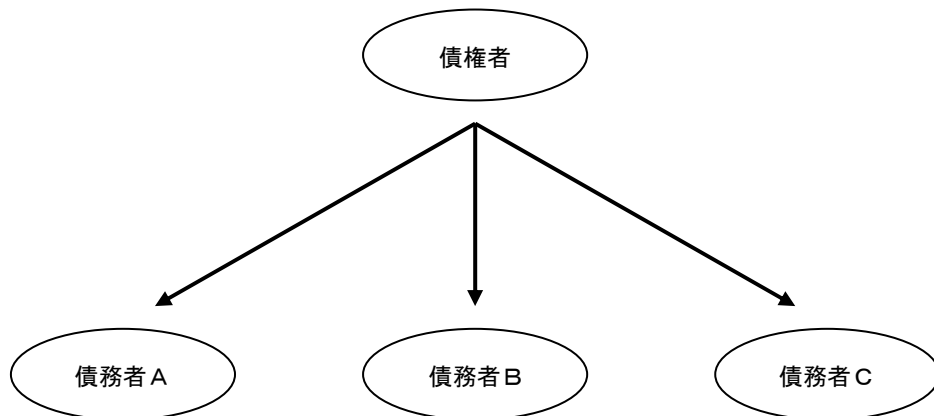
○ (償還をする資力のない者の負担部分の分担)

民法第444条 連帯債務者の中に償還をする資力のない者があるときは、その償還をすることができない部分は、求償者及び他の資力のある者の間で、各自の負担部分に応じて分割して負担する。ただし、求償者に過失があるときは、他の連帯債務者に対して分担を請求することができない。

○ (連帯の免除と弁済をする資力のない者の負担部分の分担)

民法第445条 連帯債務者の一人が連帯の免除を得た場合において、他の連帯債務者の中に弁済をする資力のない者があるときは、債権者は、その資力のない者が弁済をすることができない部分のうち連帯の免除を得た者が負担すべき部分を負担する。

2 債務者が複数の場合



(1) 分割債務

民法第427条は、分割債務について、別段の意思表示がなければ、各債務者は平等の割合で債務を負担することを規定しているところ、この規定については、内部関係（債務者間の関係）ではなく対外関係（債権者との関係）を定めたものであると解されている。すなわち、例えば、債務者間で平等でない負担割合の合意があったとしても、債権者との関係でその旨の別段の意思表示がなければ、債権者との関係では平等の割合による分割債務となる旨を定めているということである。しかしながら、そのことは、条文の文言からは必ずしも明確ではないと指摘されている。

そこで、条文上もこの点を明確にすべきであるという考え方があるが、どのように考えるか。

（参照・現行条文）

○ （分割債権及び分割債務）

民法第427条 数人の債権者又は債務者がある場合において、別段の意思表示がないときは、各債権者又は各債務者は、それぞれ等しい割合で権利を有し、又は義務を負う。

（補足説明）

- 1 分割債務とは、一般に、1個の可分給付について複数の債務者がいる場合に、各債務者に分割された債務であって、各債務者は、分割された自己の債務だけを履行すればよく、他の債務者の分を履行する義務はないとされている。
- 2 民法第427条は、分割債務について、別段の意思表示がなければ、各分割債務者は平等の割合で債務を負担することを規定しているところ、この規定については、内部関係（各分割債務者の間の関係）ではなく対外関係（債権者と各分割債務者との関係）を定めたものであると解されている。各分割債務者の間の内部関係について、各分割債務者の合意で平等でない負担割合（分割債務者間に別段の合意がなけ

れば、明文はないが、その負担割合も平等になると解される。)を定めた場合であっても、債権者との間で別段の意思表示がなければ、分割債務者間の内部関係を債権者に対抗することができず、債権者との関係では、各分割債務者は平等の割合で債務を負担することになるのである。ただし、債権者が内部関係を知っている場合には、各分割債務者は、債権者との関係でも内部関係を対抗することができるかと解されている。

しかしながら、このような解釈は、民法第427条の文言からは必ずしも明らかではないと指摘されている。

- 3 なお、債権者との関係では、各分割債務者は平等の割合で債務を負担するが、内部関係が平等ではないときには、自己の負担すべき割合を超える弁済をした分割債務者は、その部分について他の分割債務者に求償できると解されている。このことについても、明文化すべきであるという考え方がある。

(比較法)

○ ヨーロッパ契約法原則

10:101条 連帯債務、分割債務、共同債務

- (1) 全ての債務者が単一かつ同一の履行をする義務を負い、かつ、債権者が、全部の履行があるまでいずれの債務者に対しても履行を請求することができるときは、その債務は連帯債務である。
- (2) 各債務者が一部の履行をする義務を負うにとどまり、かつ、債権者が、各債務者に対してそれぞれの債務者が義務を負う部分についてのみ請求することができるときは、その債務は分割債務である。
- (3) 全ての債務者が共同して履行する義務を負い、かつ、債権者が、全ての債務者に対してのみ履行を請求することができるときは、その債務は共同債務である。

10:103条 分割債務における責任

分割債務の債務者は、契約または法律に別段の定めのないかぎり、平等の割合において責任を負う。

○ ユニドロワ(第3次)国際商事契約原則 作業部会第4会期(2009年)

債務者および／または債権者の複数(草案)

第1.1条 (定義)

複数の債務者が一人の債権者に対し同一の債務を負う場合において、

- 1) 各債務者が債務の全体について義務を負うときは、債務は連帯であり、
- 2) 各債務者がその負担部分についてのみ義務を負うときは、債務は分割である。

(2) 連帯債務

ア 要件

現行民法は、「数人が連帯債務を負担するときは」(同法第432条)との文言から始まる規定を置くのみで、連帯債務となるための要件を明示していない。

この点については、一般に、法律の規定によるほか、関係当事者の意思表示によっても連帯債務が成立すると解されており、これを条文上も明らかにすべきであるという考え方があるが、どのように考えるか。

(参照・現行条文)

○ (履行の請求)

民法第432条 数人が連帯債務を負担するときは、債権者は、その連帯債務者の一人に対し、又は同時に若しくは順次にすべての連帯債務者に対し、全部又は一部の履行を請求することができる。

○ (共同不法行為者の責任)

民法第719条 数人が共同の不法行為によって他人に損害を加えたときは、各自が連帯してその損害を賠償する責任を負う。共同行為者のうちいずれの者がその損害を加えたかを知ることができないときも、同様とする。

2 行為者を教唆した者及び幫助した者は、共同行為者とみなして、前項の規定を適用する。

○ (日常の家事に関する債務の連帯責任)

民法第761条 夫婦の一方が日常の家事に関して第三者と法律行為をしたときは、他の一方は、これによって生じた債務について、連帯してその責任を負う。ただし、第三者に対し責任を負わない旨を予告した場合は、この限りでない。

○ (役員等の連帯責任)

会社法第430条 役員等が株式会社又は第三者に生じた損害を賠償する責任を負う場合において、他の役員等も当該損害を賠償する責任を負うときは、これらの者は、連帯債務者とする。

○ (役員等の連帯責任)

一般社団法人及び一般財団法人に関する法律第118条 役員等が一般社団法人又は第三者に生じた損害を賠償する責任を負う場合において、他の役員等も当該損害を賠償する責任を負うときは、これらの者は、連帯債務者とする。

○ (多数当事者間の債務の連帯)

商法第511条 数人の者がその一人又は全員のために商行為となる行為によって債務を負担したときは、その債務は、各自が連帯して負担する。

2 (略)

(補足説明)

1 連帯債務とは、一般に、複数の債務者が同一内容の可分給付についてそれぞれ独立して全部の給付をすべき債務であって、債務者の一人又は数人により全部の給付がされたときはすべての債務者の債務が消滅するものであるとされている。

現行民法は、「数人が連帯債務を負担するときは」(同法第432条)との文言から始まる規定を置くのみで、連帯債務となるための要件を明示していないが、この点について、一般には、法律の規定によるほか、関係当事者の意思表示によ

っても連帯債務が成立すると解されている。

- 2 (1) 連帯債務を成立させる意思表示は、契約（関係当事者間の合意）であることが通常であるが、単独行為である遺言によって連帯債務が生じる場合もある（一定の金額の遺贈について共同相続人の連帯債務とする場合がその例である。）とされている。
- (2) 法律の規定によって連帯債務が成立する場合の例としては、上記（参照・現行条文）に掲げた民法第719条、同法第761条、会社法第430条、一般社団法人及び一般財団法人に関する法律第118条、商法第511条1項などがある。

（関連論点）商法第511条第1項の一般ルール化

商法第511条第1項は、「数人の者がその一人又は全員のために商行為となる行為によって債務を負担したときは、その債務は、各自が連帯して負担する」ことを規定する。民法上は連帯とする旨の明示又は黙示の意思表示が必要とされている（大判大正4年9月21日民録21輯1486頁は、「契約ニ依リ連帯債務ヲ負担シタリト為スニハ当事者カ連帯債務ヲ負担スルノ意思ヲ明示若クハ黙示ノ方法ニテ表示スルヲ要シ其表示ナキニ之ヲ推定スルヲ得サルハ数人ノ債務者アル場合ニ別段ノ意思表示ナキトキハ各債務者平等ノ割合ヲ以テ義務ヲ負フヘキ民法第四百二十七条ノ規定ノ反面解釈上明ナル所ナリ」と判示する。）ところ、商法第511条第1項は、数人が一個の商行為によって債務を負担した場合について、商取引の安全を図る観点から、特別規定を設けたものである。

この商法第511条第1項の規定については、取引の安全を図る必要性は商取引のみならず民事取引にも妥当することから、民事の一般ルールとすべきであるとの見解がある。この見解によれば、数人が一個の商行為によって債務を負担した場合に限定せず、数人が一個の行為によって債務を負担した場合には広く一般的に連帯債務の成立を認めることになる。

この見解について、どのように考えるべきか。

（比較法）

○ ヨーロッパ契約法原則

10：102条 連帯債務が生じる場合

- (1) 複数の債務者が、同一の契約に基づき、1人の債権者に対して単一かつ同一の履行をする義務を負う場合、債務者は、契約または法律に別段の定めのないかぎり、連帯して責任を負う。
- (2) 連帯債務は、複数のものが同一の損害について責任を負う場合にも生じる。
- (3) 複数の債務者が負う責任の条件が同一でないことは、その債務が連帯債務であることを妨げない。

○ ユニドロワ（第3次）国際商事契約原則 作業部会第4会期（2009年）

債務者および／または債権者の複数（草案）

第1. 2条 (連帯債務の推定)

複数の債務者が同一の債権者に対して同一の債務を負うときは、特段の事情がない限り、債務者は連帯債務を負うものと推定する。

第1. 3条 (連帯債務者に対する債権者の権利)

数人の債務者が連帯債務を負うときは、債権者は、全部の履行を得るまで、いずれの債務者に対しても履行を請求することができる。

イ 連帯債務者の一人について生じた事由の効力等

現行民法は、連帯債務者の一人について生じた事由の効力が他の連帯債務者にも及ぶかという点について、相対的効力を原則としつつも（同法第440条）、多くの絶対的効力事由を定めている（同法第434条から第439条まで）。

この絶対的効力事由のうち、相殺（同法第436条第1項）及び混同（同法第438条）については、絶対的な効力を生ずることに特段の異論はない。また、それ以外の事由についても、現行法の規定内容を実質的に改正する必要はないという考え方も提示されている。

他方で、連帯債務は一人の債務者の無資力の危険を分散するという人的担保の機能を有するところ、絶対的効力事由が多いことは連帯債務の担保的効力を弱める方向に作用し、通常の債権者の意思に反するのではないかという問題も指摘されている。また、法律の規定により連帯債務とされるもののうち共同不法行為者が負担する損害賠償債務（同法第719条）については、判例・学説は、いわゆる不真正連帯債務として絶対的効力事由に関する一部の規定の適用がないとしている。

以上を踏まえ、現行法が定める絶対的効力事由の見直しの要否について、どのように考えるか。

(参照・現行条文)

○ (連帯債務者の一人についての法律行為の無効等)

民法第433条 連帯債務者の一人について法律行為の無効又は取消しの原因があっても、他の連帯債務者の債務は、その効力を妨げられない。

○ (相対的効力の原則)

民法第440条 第四百三十四条から前条までに規定する場合を除き、連帯債務者の一人について生じた事由は、他の連帯債務者に対してその効力を生じない。

(補足説明)

- 1 現行民法は、連帯債務者の一人について生じた事由の効力が他の連帯債務者にも及ぶかという点について、相対的効力を原則としつつも（同法第440条）、多くの絶対的効力事由を定めている（同法第434条から第439条まで）。

この絶対的効力事由のうち、相殺（同法第436条第1項）及び混同（同法第

438条)については、絶対的な効力を生ずることに特段の異論はない。また、それ以外の事由についても、現行法の規定内容を実質的に改正する必要はないという考え方も提示されている(参考資料2[研究会試案]・181頁参照)。

他方で、連帯債務は、一人の債務者の無資力の危険を分散するという人的担保の機能を有するところ、絶対的効力事由が多いことは連帯債務の担保的機能を弱める方向に作用することから(ただし、履行の請求に絶対的効力があることは、連帯債務の担保的機能を強化する方向に作用する。)、通常の債権者の意思に反するのではないかという問題も指摘されている。また、法律の規定により連帯債務とされるもののうち共同不法行為者が負担する損害賠償債務(同法第719条)については、判例(最判昭和57年3月4日判時1042号87頁)・学説は、絶対的効力事由に関する一部の規定の適用がない不真正連帯債務に該当するとしている。これは、共同不法行為者間には、必ずしも主観的な関連があるわけではないことから、他の連帯債務者に影響が及ぶ絶対的効力事由を認める基礎を欠くという理論的な理由のほか、被害者の利益保護の観点から連帯債務の担保的機能を弱めることが適当ではない(ただし、履行の請求の絶対的効力まで否定する点は、担保的機能を弱める方向に働くことになる。)という実際上の理由に基づくものと解されている。不真正連帯債務については、明文の規定は存在しないが、連帯債務の規定の見直しに当たっては、この取扱いも視野に入れる必要がある。

2 連帯債務に絶対的効力事由が多いことについては、2つの説明の仕方があるといわれている。

まず、連帯債務者間には主観的な共同目的があり、互いに結合している関係にあるとして、連帯債務者の一人について生じた事由が他の連帯債務者にも影響を及ぼすとする見解(主観的共同関係説)がある。これに対し、連帯債務者は、相互に自己の負担部分の限度で主たる債務者の地位に立ち、他の連帯債務者の負担部分の限度で保証人の地位に立つとして、連帯債務者の一人について生じた事由が他の連帯債務者にも影響を及ぼすとする見解(相互保証説)がある。

しかし、主観的共同関係説は、負担部分の限度でのみ生じる絶対的効力事由を説明することができず、他方、相互保証説は、負担部分を超えて一体的に生じる絶対的効力事由を説明することができないという問題を抱えており、結局、いずれの説によっても、絶対的効力事由を統一的に説明することはできないとされている。

3 なお、比較法的には、連帯債務制度はローマ法に由来し、フランス法、ドイツ法に継受されたものであるところ、フランス法では、広汎な絶対的効力を有する連帯債務制度が立法されたのに対し、ドイツ法では、相対的効力を原則とし、例外的な場合にしか絶対的効力を認めない連帯債務制度が立法された。この点に関して、19世紀ドイツ法学においては、連帯債務を、広汎な絶対的効力を有する「共同連帯」と相対的効力を原則とする「単純連帯」とに分類する議論(連帯二分論)がされたが、この分類によれば、フランス法の連帯債務は共同連帯型、ド

イツ法の連帯債務は単純連帯型ということになる。我が国の連帯債務制度は、基本的には、フランス法の系譜に属しているとされている。

他方、不真正連帯債務の概念は、ドイツ法に由来するものである。ドイツ法においては、上記のとおり、相対的効力を原則とし、例外的な場合にしか絶対的効力を認めない連帯債務制度が立法されていたところ、さらに、求償権の規定が適用されない類型として、不真正連帯債務という概念が用いられるようになったのである。もっとも、我が国における不真正連帯債務については、求償関係が認められており（最判昭和41年11月18日民集20巻9号1886頁）、不真正連帯債務という用語こそ輸入したものの、その概念はドイツ法における不真正連帯債務とは異なるものとなっている。

（比較法）

○ ヨーロッパ契約法原則

10：107条 連帯債務における履行，相殺，および混同

(1) 連帯債務者の1人が履行もしくは相殺をしたとき、または、債権者が連帯債務者の1人に対して相殺をしたときは、その他の連帯債務者は、その履行または相殺の限度で、債権者との関係において責任を免れる。

(2) 連帯債務者の1人と債権者との間で債務の混同が生じたときは、その他の連帯債務者らは、混同の当事者である債務者の負担部分についてのみ責任を免れる。

10：108条 連帯債務における免除または和解

(1) 債権者が、連帯債務者の1人に対して免除をし、または連帯債務者の1人と和解したときは、その他の債務者は、免除または和解の当事者である債務者の負担部分について責任を免れる。

(2) 免除または和解においてすべての債務者を免責する旨が定められているときは、全ての債務者が責任を免れる。

(3) 連帯債務者間の関係では、自らの負担部分について責任を免れた債務者は、免責の時点における負担部分の限度で免責されるにとどまり、10：106条3項に基づいて事後的に責任を負う追加的負担部分については免責されない。

10：109条 連帯債務における判決の影響

連帯債務者の1人が債権者に対して負う責任に関する裁判所の判決は、次の各号に掲げる事項には影響を及ぼさない。

(a) その他の連帯債務者が債権者に対して負う責任

(b) 10：106条に基づく連帯債務者間の求償権

10：110条 連帯債務における時効

連帯債務者の1人に対して履行を求める権利（債権）について生じた時効は、次の各号に掲げる事項には影響を及ぼさない。

(a) その他の連帯債務者が債権者に対して負う責任

(b) 10：106条に基づく連帯債務者間の求償権

10：111条 連帯債務におけるその他の抗弁事由

(1) 連帯債務者の1人は、その他の連帯債務者が主張できるあらゆる抗弁（債務者に固有の人的抗弁を除く）を債権者に対して主張することができる。抗弁の主張は、その他の連帯債務者には影響を及ぼさない。

(2) 求償を求められた連帯債務者は、その債務者が債権者に対して主張できたあらゆる人的抗弁を、求償を求める債務者に対して主張することができる。

○ ユニドロワ（第3次）国際商事契約原則 作業部会第4会期（2009年）

債務者および／または債権者の複数（草案）

第1. 4条 （抗弁権と相殺権の対抗）

債権者から請求を受けた連帯債務者の一人は、自らに固有のまたはすべての連帯債務者に共通の、すべての抗弁権と相殺権を主張することができるが、他の連帯債務者の一人または数名に固有の抗弁権や相殺権を主張することができない。

第1. 5条 （履行および相殺の効力）

連帯債務者の一人による履行もしくは相殺または債権者の連帯債務者の一人に対する相殺により、その履行または相殺の限度で、債権者との関係で他の連帯債務者も債務を免れる。

第1. 6条 （免除または和解の効力）

(1) 連帯債務者の一人に対する免除または連帯債務者の一人との和解によって、特段の事情がない限り、当該債務者の負担部分について、他のすべての債務者も債務を免れる。

(2) 他の連帯債務者が免除された債務者の負担部分について債務を免れたときは、他の債務者は免除された債務者に対して第1. 10条に基づく求償をすることができない。

第1. 7条 （時効期間の経過または停止の効力）

(1) 連帯債務者の一人に対する債権者の権利についての消滅時効期間の経過は、次の各号に掲げる事項には影響を及ぼさない。

(a) 債権者に対する他の連帯債務者の債務

(b) 第1. 10条に基づく連帯債務者相互の求償の権利

(2) 債権者が第10. 5、第10. 6、または第10. 7条のもとで連帯債務者の一人に対する手続を開始したときは、消滅時効期間の進行は他の連帯債務者との関係でもまた停止する。

第1. 8条 （判決の効力）

債権者に対する連帯債務者の一人の責任に関する裁判所の判決は、次の各号に掲げる事項には影響を及ぼさない。

(a) 他の連帯債務者の債権者に対する債務

(b) 第1. 10条に基づく連帯債務者相互の求償の権利

（注）以下においては、現行法が定める絶対的効力事由の見直しの要否に関する議論の参考に供するため、仮に絶対的効力事由を絞り込むという考え方を採用した場合に、どのような制度を設計することになるのかを見通しておくことを目的として、現行法の定める絶対的効力事由のうち、履行の請求（民法第432条）、債務の免除（同法第437条）、更改（同法第435条）、時効の完成（同

法第439条)について、個別に検討することとする(後記(ア)から(イ)まで)。

また、他の連帯債務者による相殺権の援用(同法第436条第2項)と破産手続の開始(同法第441条)についても、連帯債務者の一人に一定の事由が生じている場合の処理という意味では、以上の論点と共通する側面があるので、ここで合わせて扱うこととする(後記(ウ)、(カ))。

(7) 履行の請求(民法第434条)

民法第434条は、連帯債務者の一人に対する履行の請求について、絶対的効力を認めている。

これは、連帯債務の担保的機能を強化する方向に作用し、債権者に有利なものであるが、他方で、請求を受けていない連帯債務者に不測の損害を与えるおそれがあるとの問題も指摘されている。

そこで、履行の請求を絶対的効力事由とはしないという考え方や、絶対的効力事由となる場面を限定すべきであるという考え方などが提示されているが、この点について、どのように考えるか。

(参照・現行条文)

○ (連帯債務者の一人に対する履行の請求)

民法第434条 連帯債務者の一人に対する履行の請求は、他の連帯債務者に対しても、その効力を生ずる。

(補足説明)

- 1 民法第434条は、連帯債務者の一人に対する履行の請求について、絶対的効力を認めている。
履行の請求の主な効果としては、期限の定めのない債務について遅滞に陥ること(同法第412条第3項)と、時効が中断すること(同法第147条第1号)がある。
- 2 履行の請求に絶対的効力を認めることは、連帯債務の担保的機能を強化する方向に作用し、債権者には有利であるが、他方で、履行の請求を受けていない連帯債務者にとっては、自分の知らない間に遅滞に陥っていたり、時効が中断していたりするなど、不測の損害を被るおそれがある。
- 3 この点については、そもそも履行の請求を絶対的効力事由とはしないという考え方もあり得る。しかし、この考え方に対しては、法律の規定による連帯債務の中には、共同不法行為(同法第719条)のように、被害者の利益保護を図るべきものがあり、履行の請求を一律に絶対的効力事由から除外すると、このような被害者の救済に不都合をきたすおそれがあるといった批判があり得る。この点について、どのように考えるか。
- 4 また、債権者の利益と連帯債務者の利益とを調整する観点から、履行の請求について、絶対的効力が認められる場面を限定することも考えられる。

これについて、例えば、連帯債務者間に密接な利益共同関係があるような場合に限って、履行の請求の絶対的効力を認めるとする考え方もある（そのような場合には、連帯債務者の一人が請求を受ければ、他の連帯債務者にもその旨が伝達されることが期待される。）。もっとも、こうした基準が債権者にとって明確であるかどうかは、なお検討が必要である。債権者は連帯債務者間に密接な利益共同関係があると考えて連帯債務者の一人にしか履行の請求をしなかったが、実際には連帯債務者間には密接な利益共同関係があるとは認められなかったため、履行の請求に絶対的効力が認められなかったというような事態が生じるようでは、債権者に不測の損害を生じさせかねないからである。密接な利益共同関係をどのような用語で表現するかについての検討も必要となろう（参考資料1〔検討委員会試案〕・244頁では「連帯債務者の間に協働関係がある場合には」という用語が提案されている。）。

このような考え方について、どのように考えるか。

(イ) 債務の免除（民法第437条）

民法第437条は、連帯債務者の一人に対する債務の免除について、その連帯債務者の負担部分の限度で絶対的効力を認めている。

この点については、連帯債務者の一人に対して債務の免除をする場合の債権者の通常の意味に反すると指摘して、相対的効力にとどめるべきである（負担部分についての絶対的効力を生じさせるためには、他の連帯債務者との関係で債権者がその旨の免除をすればよい）とする考え方が提示されているが、どのように考えるか。

（参照・現行条文）

○ （連帯債務者の一人に対する免除）

民法第437条 連帯債務者の一人に対してした債務の免除は、その連帯債務者の負担部分についてのみ、他の連帯債務者の利益のためにも、その効力を生ずる。

（補足説明）

1 民法第437条は、連帯債務者の一人に対する債務の免除について、その連帯債務者の負担部分の限度で絶対的効力を認めている。

例えば、A、B、Cの3名の連帯債務者が債権者に対して30万円の連帯債務を負い、負担部分が平等である場合に、債権者がAに対して債務の免除をすると、その効力は、Aの負担部分である10万円の限度でB、Cにも及び、その結果、B、Cは連帯して20万円を支払えばよいことになる。ここで、Bが債権者に対して20万円を弁済すると、BはCに対して10万円を求償でき、結局、債権者は20万円を受け取り、BとCとが10万円ずつ支払ったことになる。

仮に民法第437条が存在しなかったとすると、上記の例では、債権者がA

に対して債務の免除をしても、BとCには何らの影響も及ばず、BとCは連帯して30万円を支払わなければならないままである。そして、Bが債権者に対して30万円を支払ったとすると、BはAとCに対して10万円ずつの求償をできることになる。ここでAが10万円の求償に応じたとすると、Aは免除を受けたにもかかわらず10万円の支出を強いられたとして、債権者に対して10万円の求償（不当利得返還請求）をすることができ、結局、債権者は、差引き20万円を受け取り、BとCとが10万円ずつ支払ったことになる。

このとおり、民法第437条の有無にかかわらず、結果的には、債権者が20万円を受け取り、BとCとが10万円ずつ支払うという同一の結論に落ち着くことになるわけであるが、民法第437条が存在した場合の方が、求償の循環を避けられる分だけ、手間や費用が少なくて済むし、循環の間に無資力者が存在することによって生じ得る不公平を回避することができる。同条の存在意義は、こうした求償の循環の回避にあるとされている。

- 2 しかし、民法第437条に対しては、連帯債務の担保的機能を弱める方向に作用するものであるとの指摘のほか、債権者の通常の意味に反するとの指摘もされている。すなわち、債権者が連帯債務者の一人に対して債務を免除するという場合には、一般には、単にその連帯債務者に対しては請求しないという意味を表示したにすぎず、他の連帯債務者に対しても（負担部分の限度とはいえ）免除をする意思を有しないのではないか、というのである。

債務の免除の趣旨が、単にその連帯債務者に対しては請求しないという意味表示にすぎないのであれば、他の連帯債務者には何ら影響が及ぶことはなく（負担部分の限度での絶対的効力も生じない。）、債権者は、他の連帯債務者に対して全額の請求をすることができるとすべきである。また、連帯債務者間の求償関係にも影響が及ばないのであるから、弁済をした他の連帯債務者は、債務の免除を受けた連帯債務者に対しても求償することができるとすべきである。この場合、債務の免除を受けた連帯債務者は、求償に応じたとしても、債権者に対してそれについての求償をすることはできないとすべきである。ここで債権者に対する求償を認めてしまえば、債権者の意思に反するのみならず、いたずらに求償の循環を生じさせることになるだけだからである。

また、債務の免除について、以上のように相対的効力事由とした場合であっても、債権者としては、ある連帯債務者に対して全部免除をするとともに、その連帯債務者の負担部分について他の連帯債務者に対して免除をすれば、現行民法第437条と同様の帰結を得ることは可能である。

以上のような考え方について、どのように考えるか。

- 3 他方、債務の免除の絶対的効力を否定し、弁済をした他の連帯債務者は、債務の免除を受けた連帯債務者に対しても求償することができるとすることは、連帯債務者の一部との早期の和解を困難にするとの指摘もある（加藤雅信ほか「『民法改正学際シンポジウム：民法と他法との対話—学際的民法改正のために』を終えて」法律時報82巻1号74頁〔江頭憲治郎〕参照）。この指摘は、

米国の過半数を超える州では、複数の被告のうちの一部と原告が和解をした場合、和解をしていない共同被告に対し、判決で定められた金額から原告が和解で得た額の全額または一部を差し引く権利を認めることによって、和解をした被告が、和解をしていない共同被告または第三者による負担の請求から免責される旨を定める制定法を定めているとの実情に基づくものではある（後掲（比較法）参照）。

（比較法） 和解による遮断を定める制定法（Settlement Bar Statute）

米国の過半数を超える州では、複数の被告のうちの一部と原告が和解をした場合、和解をしていない共同被告に対し、判決で定められた金額から原告が和解で得た額の全額または一部を差し引く権利を認めることによって、和解をした被告が、和解をしていない共同被告または第三者による負担の請求から免責される旨を定める制定法を定めている。統一不法行為者間負担法（Uniform Contribution Among Tortfeasors Act）の1939年版に準じた立法、同法の1975年版に準じた立法、およびカリフォルニア州、ニューヨーク州における独自の立法があるが、主に証券訴訟および不法行為訴訟の早期解決を目的としたものが多い。

○ 米国証券取引法

21D条(f)(7)

(A) 通則

最終的な評決または判決前に私的な訴訟を和解した対象者は、負担に関して他者から提起される全ての請求から免除される。裁判所への和解の登録をもって、裁判所は、当該訴訟より生じる、和解対象者の原告に対する全ての義務の最終的な免除を構成する、遮断命令を発する。本命令は、当該訴訟より生じる負担についての以下の全ての将来の請求を遮断する。

和解をした対象者に対するいかなる者からの請求、および

和解によって責任の消滅した者以外の者に対する、和解をした対象者からの請求。

(B) 減額

対象者が最終的な評決または判決前に原告と和解を締結した場合、評決または判決は、以下のうち額の大きいものによって減額される。

当該対象者の責任の割合に応じた額、または

当該対象者により原告に対し支払われた額。

○ カリフォルニア民事訴訟法

第877.6条

(a) (1) 二名以上の当事者が共同不法行為者または契約債務の共同債務者であると主張される訴訟のいかなる当事者も、第1005条(b)項に規定される方法による通知を与えることにより、原告または権利主張者と一人以上の被告との間で締結された和解の誠実性の問題について審理を求める権利を有する。（略）

(c) 和解が誠実に行われたことについての裁判所の決定は、他の共同不法行為者または

共同債務者からの和解を締結した不法行為者または債務者に対する、比較過失または比較責任を根拠としたエクイティ上の比較負担、または部分的もしくは比較的損失補填についてのいかなる主張も遮断する。(以下略)

(ウ) 更改（民法第435条）

民法第435条は、連帯債務者の一人と債権者との間に更改があったときは、債権は、すべての連帯債務者の利益のために消滅すると規定する。

この点については、連帯債務者の一人との間で更改をする場合の債権者の通常の意味に反すると指摘して、相対的効力にとどめるべきであるとする考え方が提示されているが、どのように考えるか。

（参照・現行条文）

○ （連帯債務者の一人との間の更改）

民法第435条 連帯債務者の一人と債権者との間に更改があったときは、債権は、すべての連帯債務者の利益のために消滅する。

（補足説明）

- 1 民法第435条は、連帯債務者の一人と債権者との間に更改があったときは、債権は、すべての連帯債務者の利益のために消滅すると規定する。例えば、A、B、Cの3名の連帯債務者が債権者に対して30万円の連帯債務を負い、負担部分が平等である場合に、Aと債権者が合意してAの債務をA所有の自転車を引き渡すという債務に変更したとすると、BとCの債務が消滅するのである。
- 2 この点については、連帯債務者の一人との間で更改をする場合の債権者の通常の意味に反すると指摘して、相対的効力にとどめるべきであるとする考え方が提示されている。また、債務の免除を相対的効力事由とするのであれば（前記「(イ) 債務の免除（民法第437条）」参照）、それとの均衡を保つ観点からも、更改についても相対的効力事由とすることが考えられる。

更改を相対的効力事由とする場合、上記の例では、Aと債権者が合意してAの債務をA所有の自転車を引き渡すという債務に変更したとしても、BとCは連帯して30万円を支払わなければならないままとなる。なお、Aが債権者に自転車を引き渡した場合の求償関係については、後記「ウ(7) 一部弁済の場合の求償関係（民法第442条第1項）」（関連論点）参照。

以上のような考え方について、どのように考えるか。

(エ) 時効の完成（民法第439条）

民法第439条は、連帯債務者の一人について時効（消滅時効）が完成した場合に、その連帯債務者の負担部分の限度で絶対的効力を認めている。

この点についても、連帯債務の担保的機能を弱める方向に作用する絶対

的効力事由をできる限り少なくする等の観点から、相対的な効力にとどまるものとする考え方がある。もっとも、このような考え方に立つとしても、時効が完成した連帯債務者に対して、その後に弁済等をした他の連帯債務者が求償できることとすると、時効制度の趣旨との関係で問題を生じることから、この求償を制限する（その限度で他の連帯債務者にも影響が及ぶものとする）かどうかをさらに検討する必要がある。

この点について、どのように考えるか。

（参照・現行条文）

○ （連帯債務者の一人についての時効の完成）

民法第439条 連帯債務者の一人のために時効が完成したときは、その連帯債務者の負担部分については、他の連帯債務者も、その義務を免れる。

（補足説明）

1 民法第439条は、連帯債務者の一人について時効（消滅時効）が完成した場合に、その連帯債務者の負担部分の限度で絶対的効力を認めている。

例えば、A、B、Cの3名の連帯債務者が債権者に対して30万円の連帯債務を負い、負担部分が平等である場合に、Aについて時効が完成したとすると、その効力は、Aの負担部分である10万円の限度でB、Cにも及び、その結果、B、Cは連帯して20万円を支払えばよいことになる。ここで、Bが債権者に対して20万円を弁済すると、BはCに対して10万円を求償でき、結局、債権者は20万円を受け取り、BとCとが10万円ずつ支払ったことになる。

仮に民法第439条が存在しなかったとすると、上記の例では、Aについて時効が完成したとしても、B、Cには何らの影響も及ばず、B、Cは連帯して30万円を支払わなければならないままである。そして、Bが債権者に対して30万円を支払った場合に、時効の完成しているAに対して求償が許されないとすると、Cに対して10万円の求償をしたとしても、Bは自らの負担部分を超える20万円の負担をしなければならないことになり、結局、債権者は30万円を受け取り、Bが20万円を、Cが10万円をそれぞれ支払うという不公平な結果になる。また、BがAに対して求償することが許されるとすると、Aがさらに債権者に求償するという求償の循環が生じることになる。

民法第439条の存在意義は、こうした不公平な結果の回避ないし求償の循環の回避にあるとされている。

2 しかし、民法第439条に対しては、連帯債務の担保的機能を弱める方向に作用するものであるとの指摘がされている。すなわち、債権者としては、資力のある連帯債務者のみならず、資力のない連帯債務者にも時効中断措置を講じておかないと、後者の時効の完成により、前者の債務も縮減するという思わぬ不利益を受けかねないというのである。

3 そこで、時効の完成についても、連帯債務の担保的機能を弱める方向に作用

する絶対的効力事由をできる限り少なくする等の観点から、相対的な効力にとどまるものとする考え方がある。

この場合、連帯債務者間に密接な利益共同関係があるような場合に限って、時効中断事由である履行の請求に絶対的効力を認めるのであれば（前記「**(7) 履行の請求（民法第434条）**」（補足説明）4参照），それとの均衡を保つ観点から、時効の完成についても、そのような場合に限っては絶対的効力を認めることも考えられる。

- 4 (1) ところで、時効の完成を相対的効力事由とする場合には、連帯債務者間の求償権の在り方について、さらに検討する必要がある。上記1の例に即していえば、債権者に対して30万円を支払ったBは、時効の完成しているAに対して求償することが許されるのかが問題となる。

連帯債務者の一人について時効が完成したとしても、他の連帯債務者には何ら影響が及ばないのであれば、連帯債務者間の求償関係にも影響が及ばないはずであるから、BはAに対して求償することが許されると考えるのが自然である（前記「**(イ) 債務の免除（民法第437条）**」（補足説明）2参照）。この点について、ヨーロッパ契約法原則10：110条やユニドロワ（第3次）国際商事契約原則 作業部会第4会期（2009年） 債務者および／または債権者の複数（草案）1．7条も、連帯債務者の一人について時効が完成したとしても、連帯債務者間の求償権には影響が及ばないとしている。

しかし、時効制度の目的については諸々の議論があるところではあるが、時効制度の目的が、自らが債務を負っていないことや弁済したことの証拠を保全する負担から債務者を解放することにあるのであれば、時効の完成しているAへの求償を認めてしまうと、その目的を貫徹できなくなってしまうという問題が生じることになる。

そこで、この求償を制限する（その限度で他の連帯債務者にも影響が及ぶものとする）ことも考えられる。

- (2) 上記(1)に関連して、BのAに対する求償を認める場合であっても、Aの債権者に対する求償は認めるべきではないし、また、BのAに対する求償を認めない場合には、Bの債権者に対するAの負担部分についての求償は認めるべきではないと考えられる。そのような求償を認めることは、いたずらに求償の循環を生じさせることになるだけだからである。

(オ) 他の連帯債務者による相殺権の援用（民法第436条第2項）

判例は、民法第436条第2項の規定に基づき、連帯債務者が他の連帯債務者の有する債権を用いて相殺の意思表示をすることができるとしているが、このような帰結に対しては、連帯債務者の間では他人の債権を処分することができることになり不当であるとの指摘がされており、学説上、同項の規定は、相殺権を有する連帯債務者の負担部分の範囲で他の連帯債務者は弁済を拒絶することができる旨を定めたものであるとする見解が

有力である。また、同項の規定については、仮に有力学説のように理解するとしても合理性に乏しいとして、これを廃止するという見解も提示されている。

このような状況を踏まえ、債権者に対して債権を有する連帯債務者が相殺を援用しない場合の規律については、どのような方向で見直しをすることが相当であるか。

(参照・現行条文)

○ (連帯債務者の一人による相殺等)

民法第436条 (略)

2 前項の債権を有する連帯債務者が相殺を援用しない間は、その連帯債務者の負担部分についてのみ他の連帯債務者が相殺を援用することができる。

(補足説明)

1 民法第436条第2項は、連帯債務者の一人が債権者に対して債権を有する場合に、その連帯債務者が相殺を援用しない間は、その連帯債務者の負担部分について、他の連帯債務者が相殺を援用できると規定しているところ、判例(大判昭和12年12月11日民集16巻1945頁)は、連帯債務者が別の連帯債務者の有する債権を用いて相殺の意思表示をすることができるとしている(このような考え方は「処分権説」とよばれている。)

例えば、A、Bの2名の連帯債務者が債権者に対して100万円の連帯債務を負い、負担部分が平等である場合に、Aが債権者に対して100万円の反対債権を有していたとすると、民法第436条第2項によれば、Bは、Aの負担部分(50万円)の限度で(すなわち、50万円の限度で)この反対債権を自働債権として相殺の意思表示をすることができることになる。その結果、Bとしては、残りの50万円を債権者に支払えばよいことになる。

仮に民法第436条第2項が存在しなかったとすると、上記の例では、Bが債権者に対して100万円を支払った後、BはAに対して50万円を求償し、Aは債権者に対して反対債権の弁済を請求するというように求償の循環が生じることになる。さらに、ここで債権者が無資力になっていると、Aは反対債権の回収がまったくできなくなってしまうことにもなりかねない。

民法第436条第2項の存在意義は、求償の循環を回避し、反対債権を有する連帯債務者を債権者の無資力の危険から保護することにあるとされている。

2 しかし、連帯債務者が別の連帯債務者の有する債権を用いて相殺の意思表示をできるとの帰結に対しては、連帯債務者の間では他人の債権を処分することができることになり不当であるとの指摘がされており、学説上、同項の規定は、相殺権を有する連帯債務者の負担部分の範囲で他の連帯債務者は弁済を拒絶することができる旨を定めたものであるとする見解(抗弁権説)が有力である。

3 ところで、反対債権を有する連帯債務者が、債権者に対して当該連帯債務を含めた複数の債務を負っている場合には、その連帯債務者としては、自らが有する反対債権との相殺によって、いずれの債務を消滅させるかの選択権を有しているところ、処分権説はまさにこの選択権を侵害するものであるが、抗弁権説もまた、その時点での選択を強要することになるという意味で、この選択権を侵害するものであるという指摘がある。この立場からは、現行の民法第436条第2項の解釈論としては有力学説（抗弁権説）によるとしても、立法論としては、この規定を廃止すべきということになる（参考資料1〔検討委員会試案〕・247頁）。

(カ) 破産手続の開始（民法第441条）

民法第441条は、連帯債務者の全員又はそのうちの数人が破産手続開始の決定を受けたときに、債権者がその債権の全額について各破産財団の配当に加入することができるとしている。

しかし、この規律は、破産手続における債権者間の公平を図ることを目的とするものであって、必ずしも民法において規定されなくてはならないものではなく、また、全部の履行をする義務を負う者が数人ある場合の破産手続への参加については、破産法第104条第1項に規定が設けられており、実際に民法第441条が適用される場面は存在しない。

そこで、民法第441条については、これを削除するという考え方があるが、どのように考えるか。

（参照・現行条文）

○ （連帯債務者についての破産手続の開始）

民法第441条 連帯債務者の全員又はそのうちの数人が破産手続開始の決定を受けたときは、債権者は、その債権の全額について各破産財団の配当に加入することができる。

○ （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）

破産法第104条 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お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。

2～5 （略）

（補足説明）

1 民法第441条は、連帯債務者の全員又はそのうちの数人が破産手続開始の決定を受けたときに、債権者がその債権の全額について各破産財団の配当に加入することができるとしている。

2 これに対し、破産法第104条第1項は、数人が各自全部の履行をする義務

を負う場合に、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お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としている。

- 3 民法第441条と破産法第104条第1項との関係については、民法第441条は債権額の全額が破産債権となると定めているところ、破産法第104条第1項は、破産債権となるのは、本来の債権額全額ではなく、破産手続開始時の現存額と定めており、民法第441条を制限するものであると説明されている。

したがって、民法第441条は、実際には適用されることのない条文となっている。

- 4 また、民法第441条の規定は、破産手続における債権者間の公平を図ることを目的とするものであって、必ずしも民法において規定されなくてはならないものではない。

以上を踏まえ、民法第441条を削除することが提案されている（参考資料1〔検討委員会試案〕・247頁）が、どのように考えるか。

ウ 求償関係

現行民法は、第442条から第445条までに連帯債務者間の求償関係についての規定を置いているところ、これを見直すに当たり、どのような点に留意すべきか。

（参照・現行条文）

○ （連帯債務者間の求償権）

民法第442条 連帯債務者の一人が弁済をし、その他自己の財産をもって共同の免責を得たときは、その連帯債務者は、他の連帯債務者に対し、各自の負担部分について求償権を有する。

- 2 前項の規定による求償は、弁済その他免責があった日以後の法定利息及び避けることができなかつた費用その他の損害の賠償を包含する。

○ （通知を怠った連帯債務者の求償の制限）

民法第443条 連帯債務者の一人が債権者から履行の請求を受けたことを他の連帯債務者に通知しないで弁済をし、その他自己の財産をもって共同の免責を得た場合において、他の連帯債務者は、債権者に対抗することができる事由を有していたときは、その負担部分について、その事由をもってその免責を得た連帯債務者に対抗することができる。この場合において、相殺をもってその免責を得た連帯債務者に対抗したときは、過失のある連帯債務者は、債権者に対し、相殺によって消滅すべきであつた債務の履行を請求することができる。

- 2 連帯債務者の一人が弁済をし、その他自己の財産をもって共同の免責を得たことを他の連帯債務者に通知することを怠つたため、他の連帯債務者が善意で弁済をし、その他有償の行為をもって免責を得たときは、その免責を得た連帯債務者は、自己の弁済その他免責のためにした行為を有効であつたものとみなすことができ

る。

○ (償還をする資力のない者の負担部分の分担)

民法第444条 連帯債務者の中に償還をする資力のない者がいるときは、その償還をすることができない部分は、求償者及び他の資力のある者の間で、各自の負担部分に応じて分割して負担する。ただし、求償者に過失があるときは、他の連帯債務者に対して分担を請求することができない。

○ (連帯の免除と弁済をする資力のない者の負担部分の分担)

民法第445条 連帯債務者の一人が連帯の免除を得た場合において、他の連帯債務者の中に弁済をする資力のない者がいるときは、債権者は、その資力のない者が弁済をすることができない部分のうち連帯の免除を得た者が負担すべき部分を負担する。

(比較法)

○ ヨーロッパ契約法原則

10:105条 連帯債務者間の内部負担割合

(1) 連帯債務者は、内部関係においては、契約または法律に別段の定めのないかぎり、平等の割合において責任を負う。

(2) 複数の債務者が、10:102条2項に基づき同一の損害について責任を負うときは、内部関係における責任の負担割合は、その責任を成立させる出来事を規律する法律に従って定められる。

10:106条 連帯債務者間の求償

(1) 連帯債務者の1人が自らの負担部分を超えて履行したときは、他のいずれの連帯債務者に対しても、それらの債務者各自の未履行の負担部分を限度として、自らの負担部分を超える部分を請求することができる。合理的に支出した費用の分担についても同様である。

(2) 前項の規定が適用される連帯債務者は、他のいずれかの連帯債務者に対し、その債務者各自の未履行の負担部分を限度として自らの負担部分を超えて履行した部分を回復するために、付随的担保を含む債権者の権利を行使し、または救済手段を利用することができる。ただし、債権者の優先権および利益を害することができない。

(3) 自らの負担部分を超えて履行した連帯債務者が、あらゆる合理的な努力にもかかわらず、他の債務者から自らの負担部分を超えて履行した部分を回復できないときは、その他の債務者（履行した債務者を含む）の負担部分は、比例的に増加する。

○ ユニドロフ（第3次）国際商事契約原則 作業部会第4会期（2009年）

債務者および／または債権者の複数（草案）

第1.9条 (連帯債務者間の負担割合)

連帯債務者の間においては、債務者は、特段の事情がない限り、平等の割合で負担を負う。

第1.10条 (求償権の限度)

自らの負担部分を超えて履行をした連帯債務者の一人は、その超過部分について、他の連帯債務者のいずれに対しても、各債務者の未履行の負担部分の限度で請求することができる。

第1. 11条 (債権者の権利)

(1) 第1. 10条が適用される連帯債務者の一人は、他の連帯債務者のすべてまたは一部から各債務者の未履行の負担部分の限度で超過部分を求償するために、担保権を含む債権者の権利を行使することができる。

(2) 全部の履行を受けていない債権者は、[求償権を行使する連帯債務者に優先して、]未履行部分につき連帯債務者に対する権利を保持する。

第1. 12条 (抗弁権)

債務を履行した債務者から求償権の行使を受けた連帯債務者は、履行した債務者が債権者に対して主張しなかった連帯債務者に共通の抗弁権および相殺権を主張することができる。また、その債務者は、自らに固有の抗弁権および相殺権を主張することができるが、他の連帯債務者の一人または数人に固有のそれらの権利を主張することができない。

第1. 13条 (求償に対する責任)

自らの負担部分を超えて履行した連帯債務者の一人が、あらゆる合理的な努力にもかかわらず、他の連帯債務者の一人から求償を得ることができなかったときは、履行した債務者を含むそれ以外の債務者の負担部分はその割合に応じて増加する。

(7) 一部弁済の場合の求償関係 (民法第442条第1項)

民法第442条は、「連帯債務者の一人が弁済をし、その他自己の財産をもって共同の免責を得たとき」の求償関係について規定しているところ、連帯債務者の一人が一部弁済をした場合の求償関係は必ずしも明確ではない。とりわけ、求償権の発生のために自己の負担部分以上の出捐をする必要があるかどうかについては、議論のあるところである。

この場合の求償関係について、判例は、連帯債務者の一人が自己の負担部分に満たない弁済をした場合であっても、他の連帯債務者に対して割合としての負担部分に応じた求償をすることができるとしている。

そこで、連帯債務者の一人が一部弁済をした場合に他の連帯債務者に対して割合としての負担部分に応じた求償をすることができることを条文上も明らかにすべきであるという考え方があるが、どのように考えるか。

(補足説明)

1 民法第442条は、「連帯債務者の一人が弁済をし、その他自己の財産をもって共同の免責を得たとき」の求償関係について規定しているところ、連帯債務者の一人が一部弁済をした場合の求償関係は必ずしも明確ではない。とりわけ、求償権の発生のために自己の負担部分以上の出捐をする必要があるかどうかについては議論があり、負担部分を各自の固有の義務であると解する立場からは、自己の負担部分以上の出捐をして初めて他の連帯債務者に求償できると

いう考え方が導かれ得るところである。

2 この点について、判例（大判大正6年5月3日民録23輯863頁）は、連帯債務者の一人が自己の負担部分に満たない弁済をした場合であっても、他の連帯債務者に対して割合としての負担部分に応じた求償をすることができるとしている。

これによれば、例えば、A、B、Cの3名の連帯債務者が債権者に対して30万円の連帯債務を負い、負担部分が平等である場合に、Aが債権者に対して6万円を弁済したとすると、AはBとCに対して2万円ずつ求償できることになる。

（関連論点） 代物弁済又は更改の場合の求償関係

民法第442条は、「連帯債務者の一人が弁済をし、その他自己の財産をもって共同の免責を得たとき」の求償関係について規定しているところ、債務者の一人が代物弁済や更改後の債務の履行をした場合の求償関係は必ずしも明確ではない。

この点について、代物弁済や更改後の債務の履行をした連帯債務者は、その出捐額が共同免責額以上である場合には、共同免責額以上に他の連帯債務者に対して求償することはできず、他方、その出捐額が共同免責額を下回る場合には、出捐額を基に割合としての負担部分に応じて他の連帯債務者に対して求償することができるのと解するのが一般である。この考え方によれば、例えば、A、B、Cの3名の連帯債務者が債権者に対して30万円の連帯債務を負い、負担部分が平等である場合に、Aと債権者が合意してAの債務をA所有の自転車を引き渡すという債務に変更した後、Aが債権者に自転車を引き渡したとすると、自転車の価格が共同免責額（30万円）以上であれば、Aは共同免責額以上にBとCに対して求償することはできず（自転車の価格が60万円であったとしても、AはBとCに対して10万円ずつしか求償できない。）、他方、自転車の価格が共同免責額を下回るのであれば、自転車の価格を基に割合としての負担部分に応じて求償できる（自転車の価格が6万円であるときには、AはBとCに対して2万円ずつ求償できる。）ということになる。

そこで、連帯債務者の一人が、代物弁済や更改後の債務の履行をした場合に、他の連帯債務者に対して、出捐額を限度として、割合としての負担部分に応じた求償ができることを条文上も明らかにすべきであるという考え方があるが、どのように考えるか。

（イ）通知を怠った連帯債務者の求償の制限等（民法第443条）

民法第443条第1項は、求償権を行使しようとする連帯債務者に他の連帯債務者への事前の通知を義務付ける趣旨の規定であるが、これに対しては、連帯債務者は、履行期が到来すれば、直ちに弁済をしなければならない立場にあるのであるから、その際に事前通知を義務付けるのは相当で

はないとの批判的な見解もある。

そこで、事前通知義務を見直すことが考えられるが、どのような点に留意すべきか。また、事前通知義務を廃止する場合には、どのような手当てが必要となるか。

(補足説明)

1 制度の現状

(1) 民法第443条第1項前段は、「連帯債務者の一人が債権者から履行の請求を受けたことを他の連帯債務者に通知しないで弁済をし、その他自己の財産をもって共同の免責を得た場合において、他の連帯債務者は、債権者に対抗することができる事由を有していたときは、その負担部分について、その事由をもってその免責を得た連帯債務者に対抗することができる。」と規定している。この趣旨は、連帯債務者の一人が弁済等をしようとするときには事前に他の連帯債務者に通知しなければならないものとする事により、債権者に対抗できる事由を有している他の連帯債務者に対し、それを主張する機会を与えようとするにある。

例えば、AとBとが債権者に対して連帯債務を負う一方、Aが債権者に対して反対債権を有している場合、債権者から履行の請求を受けたBが、Aへの通知なしに債権者に弁済をしたとしても、AはBからの求償を拒むことができるのである。なお、このとき、Aが、債権者に対する債務を免れ、Bからの求償を拒むことができる一方で、債権者に対して反対債権を行使できるとするのは、公平を欠くことになる。そこで、民法第443条第1項後段は、「この場合において、相殺をもってその免責を得た連帯債務者に対抗したときは、過失のある連帯債務者は、債権者に対し、相殺によって消滅すべきであった債務の履行を請求することができる。」と規定している。この規定は、Aの反対債権がBに移転することを定めたものと解されている。

(2) 他方、民法第443条第2項は、「連帯債務者の一人が弁済をし、その他自己の財産をもって共同の免責を得たことを他の連帯債務者に通知することを怠ったため、他の連帯債務者が善意で弁済をし、その他有償の行為をもって免責を得たときは、その免責を得た連帯債務者は、自己の弁済その他免責のためにした行為を有効であったものとみなすことができる。」と規定して、いわゆる事後通知義務を定めている。この趣旨は、弁済等をした連帯債務者に他の連帯債務者への事後通知を義務付けることにより、他の連帯債務者が二重に弁済等をするのを防ぐことにある。

2 問題点

民法第443条第1項の規定に対しては、連帯債務者は、履行期が到来すれば、直ちに弁済をしなければならない立場にあるのであるから、その際に、弁済を遅滞しつつ他の連帯債務者への事前通知をせざるを得ないような義務を課するのは相当でないとの批判がある。

また、連帯債務者は、他の連帯債務者が債権者に対抗できる事由を有していたとしても、それを主張する機会を与えるまでの義務を負う筋合いにはないという指摘もある。

3 事前通知義務を廃止した場合の手当て

現行法の下では、先に弁済等をした連帯債務者が事後の通知をせず、かつ、後に弁済等をした連帯債務者が事前の通知をしなかった場合には、後に弁済等をした連帯債務者は、民法第443条第1項の事前通知を怠った以上、同条第2項による保護を受けることはできず、その弁済等は有効であったとはみなされないと解されている（最判昭和57年12月17日民集36巻12号2399頁）。この場合には、債権者は、二重に弁済等を受けることになるが、後に弁済等をした連帯債務者は、債権者に対して不当利得返還請求をすることができると解されている。

しかし、単純に事前通知義務だけを廃止すると、上記のような解釈をとることができなくなり、後に弁済等をした連帯債務者の行為だけが常に有効とみなされることとなる可能性がある。こうした帰結については、先に弁済等をした連帯債務者が事後の通知を怠ったためであり、やむを得ないとの見方があるが、他方で、先に弁済等をした連帯債務者も後に弁済等をした連帯債務者もいずれも事後通知をしなかった場合に、後に弁済等をした連帯債務者の行為だけが有効となるのは、遅い者勝ちともいうべき事態であって、好ましくないとの見方もあり得る。

そこで、学説には、後に弁済等をした連帯債務者が、先に弁済等をした連帯債務者に事後通知をする前に、先に弁済等をした連帯債務者から求償を受けた場合には、先に弁済等をした連帯債務者の弁済等を有効とすることを提案するものもある（参考資料1〔検討委員会試案〕・249頁）。

（関連論点） 他の連帯債務者の存在の認識

連帯債務者間の通知に関しては、他の連帯債務者の存在を認識できない場合にまでこれを要求するのは酷であるとの指摘もある。

連帯債務が成立する関係にありながら、他の連帯債務者の存在を認識できないというのは、例外的な事態であるとは思われるが、共同不法行為の場合等には、起こり得ないことではない。

連帯債務者間の通知に関して、他の連帯債務者の存在を認識できない場合には、その義務を課さないことも考えられるが、どうか。

（ウ）負担部分のある者が無資力である場合の求償関係（民法第444条前段）

民法第444条前段は、「連帯債務者の中に償還をする資力のない者があるときは、その償還をすることができない部分は、求償者及び他の資力のある者の間で、各自の負担部分に応じて分割して負担する。」と規定するが、負担部分のある連帯債務者がすべて無資力の場合の処理は必ずしも

明確ではない。

この点について、判例は、負担部分のある連帯債務者がすべて無資力である場合において、負担部分のない複数の連帯債務者のうちの一人が弁済等をしたときは、求償者と他の資力のある者の間で平等に負担をするとしている。

そこで、このことを条文上も明らかにするという考え方があるが、どのように考えるか。

(補足説明)

- 1 民法第444条前段は、「連帯債務者の中に償還をする資力のない者があるときは、その償還をすることができない部分は、求償者及び他の資力のある者の間で、各自の負担部分に応じて分割して負担する。」と規定するが、負担部分のある連帯債務者がすべて無資力の場合の処理は必ずしも明確ではない。

これについて、判例（大判大正3年10月13日民録20輯751頁）は、負担部分のある連帯債務者がすべて無資力である場合において、負担部分のない複数の連帯債務者のうちの一人が弁済等をしたときは、求償者と他の資力のある者の間で平等に負担をするとしている。

- 2 民法第444条前段の文理及び前掲判例に照らせば、負担部分のある連帯債務者が一人でもいれば、負担部分のない連帯債務者には負担を求め得ないことになる。これと異なることを判示しているとも読める判例（大判昭和12年1月20日法学6巻5号121頁）もあるが、これに対しては、負担部分のない連帯債務者に負担を求めることができるのは、負担部分のある連帯債務者がすべて無資力であるという例外的な場合に限られるとすべきであるとの指摘がされている。

(I) 連帯の免除（民法第445条）

民法第445条は、連帯債務者の一人が連帯の免除を得た場合に、他の連帯債務者の中に無資力である者がいるときは、その無資力の者が弁済をすることのできない部分のうち連帯の免除を得た者が負担すべき部分は、債権者が負担すると規定する。

しかし、この規定に対しては、連帯の免除をした債権者には、連帯債務者の内部的な負担部分を引き受ける意思はないのが通常であるとして、削除すべきであるとする見解がある。

この点について、どのように考えるか。

(補足説明)

- 1 民法第445条は、連帯債務者の一人が連帯の免除を得た場合に、他の連帯債務者の中に無資力である者がいるときは、その無資力の者が弁済をすることのできない部分のうち連帯の免除を得た者が負担すべき部分は、債権者が負担

すると規定する。連帯の免除とは、分かりにくい概念であるが、債権者が連帯債務者に対し、債務の額をその負担部分に限定し、それ以上は請求しないとする意思表示であると解されている。この連帯の免除があると、それを受けた連帯債務者だけが負担部分に応じた分割債務を負うが、その余の連帯債務者は依然として全額について連帯債務を負担することになるのである。

例えば、A、B、Cの3名の連帯債務者が債権者に対して30万円の連帯債務を負い、負担部分が平等である場合に、債権者がCに対して連帯の免除をし、その後、Aが債権者に30万円を弁済したとする。このとき、AがBとCに10万円ずつ求償したものの、Bが無資力であった場合には、民法第444条前段によれば、AはBに5万円の追加分担を請求できることになる。しかし、このような追加分担を認めてしまうと、Cが連帯の免除を受けた意味がなくなってしまう。そこで、民法第445条は、このような場合に、AはCに対してではなく、債権者に対して5万円の支払を請求できることとしたのである。

2 しかし、民法第445条に対しては、連帯の免除をした債権者には、連帯債務者の内部的な負担部分を引き受ける意思はないのが通常であるとして、削除すべきとの指摘がある。

なお、連帯の免除は、連帯債務者の一人に対する特殊な債務の一部免除であるから、民法第445条の規定を削除した場合には、免除に関する一般規定（上記「イ(イ) 債務の免除（民法第437条）」参照）が適用されることになる。

(3) 不可分債務

現行民法の下において、不可分債務には、性質上の不可分債務と意思表示による不可分債務とがあり（同法第428条参照）、可分給付を目的とする債務を意思表示により不可分債務とすることも連帯債務とすることもできる。これは、連帯債務には多くの絶対的効力事由が設けられているのに対し、不可分債務にはそれが設けられていない（同法第430条の括弧書部分）という効力の差異があるためである。

ところで、前記(2)イにおける検討の結果として、連帯債務における絶対的効力事由を絞り込むこととする場合には、不可分債務と連帯債務との間に効力の差異がなくなる可能性がある。

前記(2)イの検討結果に依存する問題であるが、仮に両者の効力の差異がなくなるとすれば、不可分債務は専ら不可分給付を目的とし（性質上の不可分債務）、連帯債務は専ら可分給付を目的とするという整理をすることも考えられるが、この点について、どのように考えるか。

(参照・現行条文)

○ (不可分債権)

民法第428条 債権の目的がその性質上又は当事者の意思表示によって不可分である場合において、数人の債権者があるときは、各債権者はすべての債権者のために履行を請求し、債務者はすべての債権者のために各債権者に対して履行をすることができる。

○ (不可分債権者の一人について生じた事由等の効力)

民法第429条 不可分債権者の一人と債務者との間に更改又は免除があった場合においても、他の不可分債権者は、債務の全部の履行を請求することができる。この場合においては、その一人の不可分債権者がその権利を失わなければ分与される利益を債務者に償還しなければならない。

2 前項に規定する場合のほか、不可分債権者の一人の行為又は一人について生じた事由は、他の不可分債権者に対してその効力を生じない。

○ (不可分債務)

民法第430条 前条の規定及び次款(連帯債務)の規定(第四百三十四条から第四百四十条までの規定を除く。)は、数人が不可分債務を負担する場合について準用する。

(補足説明)

1 制度の現状

不可分債務とは、一般に、複数の債務者が債権者に対し、同一の不可分給付について負う債務であって、債権者はどの債務者に対しても履行を請求することができ、また、債務者の一人が履行をすれば、総債務者について消滅するものであるとされている。

民法第430条は、連帯債務についての規定が不可分債務にも準用されることを規定しているが、その括弧書部分で、絶対的効力事由についての規定(同法第434条から第440条まで)は準用されないとしている。このため、不可分債務と連帯債務との最も大きな違いは、連帯債務には多くの絶対的効力事由が定められているのに対し、不可分債務にはそれが定められていないことにあるとされている(ただし、同法第430条は、不可分債権に関する同法第429条も不可分債務に準用されるとしていることから、不可分債務者の一人について更改又は免除があると、債権者は他の不可分債務者に全部の履行を請求することができるものの、更改又は免除のあった不可分債務者の負担部分の額を、全部の履行をした不可分債務者に償還しなければならない。))。

2 見直しの方向性

仮に、前記「(2)イ 連帯債務者の一人について生じた事由の効力等」における検討の結果として、連帯債務における絶対的効力事由を絞り込むこととする場合には、不可分債務と連帯債務との間に効力の差異がなくなる可能性がある。

前記「(2)イ 連帯債務者の一人について生じた事由の効力等」における検討に

依存する問題であるが、仮に両者の効力の差異がなくなるとすれば、不可分債務は専ら不可分給付を目的とし（性質上の不可分債務）、連帯債務は専ら可分給付を目的とするという整理をすることも考えられるが、この点について、どのように考えるか。

（関連論点） 不可分債務の可分化（民法第431条）

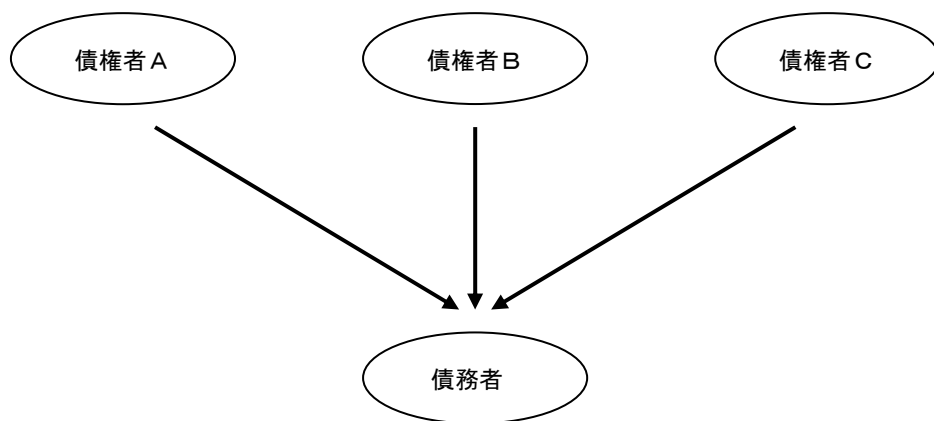
民法第431条は、不可分債務が可分債務となったときは、各不可分債務者はその負担部分についてのみ履行の責任を負うと定めているところ、この規定の趣旨については、不可分債務というのは、給付が分割できないことから認められた特別の概念であり、給付が分割できるようになった場合には、分割債務となるのは当然であると説かれている。

しかし、債権の目的が不可分給付から可分給付となったときに必ず分割債務になるというのでは、当事者の意思（とりわけ、不可分債務の担保的効力を重視していた債権者の意思）に反する場合があることが指摘されている。

そこで、不可分債務について、当事者間に反対の特約がある場合には、債権の目的が不可分給付から可分給付となったときに、分割債務ではなく連帯債務となることを認めるべきであるとする見解がある。

この点も、前記「(2)イ 連帯債務者の一人について生じた事由の効力等」の検討結果と関連する問題であるが、どのように考えるか。

3 債権者が複数の場合



(1) 分割債権

民法第427条は、分割債権について、別段の意思表示がなければ、各債権者は平等の割合で権利を有することを規定しているところ、この規定については、内部関係（債権者間の関係）ではなく対外関係（債務者との関係）を定めたものであると解されている。すなわち、例えば、債権者間で平等でない内部

関係の割合の合意があったとしても、債務者との関係でその旨の別段の意思表示がなければ、債務者との関係では平等の割合による分割債権となる旨を定めているということである。しかしながら、そのことは、条文の文言からは必ずしも明確ではないと指摘されている。

そこで、条文上もこの点を明確にすべきであるという考え方があるが、どのように考えるか。

(参照・現行条文)

○ (分割債権及び分割債務)

民法第427条 数人の債権者又は債務者がある場合において、別段の意思表示がないときは、各債権者又は各債務者は、それぞれ等しい割合で権利を有し、又は義務を負う。

(補足説明)

1 分割債権とは、一般に、1個の可分給付について複数の債権者がいる場合に、各債権者に分割された債権とされている。

2 民法第427条は、分割債権について、別段の意思表示がなければ、各分割債権者は平等の割合で権利を有することを規定しているところ、この規定については、内部関係（各分割債権者の間の関係）ではなく対外関係（各分割債権者と債務者との関係）を定めたものであると解されている。各分割債権者の間の内部関係について、各分割債権者の合意で平等でない内部関係の割合（分割債権者間に別段の合意がなければ、内部関係も平等と解される。）を定めた場合であっても、債務者との間で別段の意思表示がなければ、分割債権者間の内部関係を債務者に対抗することができず、債務者との関係では、各分割債務者は平等の割合で権利を有することになるのである。ただし、債務者が内部関係を知っている場合には、各分割債権者は、債務者との関係でも内部関係を対抗できると解されている。

しかしながら、このような解釈は、民法第427条の文言からは必ずしも明らかではないと指摘されている。

なお、この点についての問題意識は、前記「2(1) 分割債務」と同様である。

(比較法)

○ ヨーロッパ契約法原則

10:201条 連帯債権、分割債権、共同債権

(1) 複数の債権者のそれぞれが債務者に対して全部の履行を求めることができ、かつ、債務者がいずれの債権者に対しても履行することができるときは、その債権は連帯債権である。

(2) 債務者が複数の債権者のそれぞれに対して負う履行義務が各債権者の持分に限られ、かつ、各債権者が自らの持分の限度でのみ履行を求めることができるときは、そ

の債権は分割債権である。

(3) 債務者がすべての債権者に対して履行しなければならず、かつ、各債権者が債権者全員の利益のためになければ履行を求めることができないときは、その債権は共同債権である。

10：202条 分割債権の持分割合

分割債権者は、契約または法律に別段の定めのない限り、平等の割合において権利を有する。

○ ユニドロワ（第3次）国際商事契約原則 作業部会第4会期（2009年）

債務者および／または債権者の複数（草案）

第2. 1条（定義）

数人の債権者が一人の債務者に対し同一の債務の履行を請求することができる場合において、

- 1) 各債権者がその持分の請求だけができるときは、債権は分割であり；
- 2) 各債権者が全部の履行を請求することができるときは、債権は連帯であり；
- 3) すべての債権者が揃って履行の請求をしなければならないときは、債権は共同である。

(2) 不可分債権 — 不可分債権者の一人について生じた事由の効力（民法第429条第1項）

民法第429条第1項は、不可分債権者の一人と債務者との間に更改又は免除があった場合でも、他の不可分債権者は債務の全部の履行を請求することができるが、更改又は免除により債権を失った不可分債権者に分与すべき利益は、債務者に償還しなければならないことを規定している。

この規定については、更改又は免除の場合のみならず、混同や代物弁済の場合にも類推適用されとする見解がある。

このような見解を踏まえて、民法第429条第1項について、不可分債権者の一人と債務者との間に混同や代物弁済が生じた場合についても適用されるものとするかどうかを検討することが考えられるが、どうか。

（参照・現行条文）

○ （不可分債権）

民法第428条 債権の目的がその性質上又は当事者の意思表示によって不可分である場合において、数人の債権者があるときは、各債権者はすべての債権者のために履行を請求し、債務者はすべての債権者のために各債権者に対して履行をすることができる。

○ （不可分債権者の一人について生じた事由等の効力）

民法第429条 不可分債権者の一人と債務者との間に更改又は免除があった場合においても、他の不可分債権者は、債務の全部の履行を請求することができる。

この場合においては、その一人の不可分債権者がその権利を失わなければ分与される利益を債務者に償還しなければならない。

- 2 前項に規定する場合のほか、不可分債権者の一人の行為又は一人について生じた事由は、他の不可分債権者に対してその効力を生じない。

○ (可分債権又は可分債務への変更)

民法第431条 不可分債権が可分債権となったときは、各債権者は自己が権利を有する部分についてのみ履行を請求することができ、不可分債務が可分債務となったときは、各債務者はその負担部分についてのみ履行の責任を負う。

(補足説明)

- 1 不可分債権（民法第428条）とは、一般に、複数の債権者が債務者に対し、同一の不可分給付について有する債権であって、各債権者は全債権者のために履行を請求することができ、債務者は全債権者のために各債権者に対して履行をすることができるものとされている。

そして、民法第429条第1項は、不可分債権者の一人と債務者との間に更改又は免除があった場合でも、他の不可分債権者は債務の全部の履行を請求することができるが、更改又は免除により債権を失った不可分債権者に分与すべき利益は、債務者に償還しなければならないことを規定している。

例えば、AとBの2名の不可分債権者が債務者に対して100万円の価値のある自動車の引渡しを求める不可分債権を有しており、AとBの内部関係が平等であるときに、Aが債務者に対して債務を免除したとしても、Bは債務者に対してなお自動車の引渡しを請求することができる。しかし、免除をしたAにはその利益を与える必要はないから、BはAに分与すべきであった利益を債務者に償還しなければならないというのである。なお、このときBが償還するのは、自動車の共有持分2分の1であるのか、それに相当する価額である50万円であるのかが問題となるが、Bに選択権があるとする見解と、価額であるとする見解とがある。

仮に民法第429条第1項が存在しなかったとすると、上記の例では、BがAにその利益を与えたとしても、Aは免除した分を不当利得として債務者に返還するという、求償の循環が生じるだけのことである。民法第429条第1項の存在意義は、こうした求償の循環の回避にあるとされている。

- 2 (1) 不可分債権者の一人と債務者との間に混同があった場合には、民法第429条第2項によれば、他の不可分債権者には何ら影響が及ばないことになるが、この場合にも民法第429条1項が類推適用されるという見解が有力である（最判昭和36年3月2日民集15巻3号337頁参照）。

もっとも、上記の例についていえば、Aと債務者との間に混同が生じた場合、民法第429条第1項が類推適用されなかったとしても、Bは債務者（＝A）に対して債務の全部の履行を請求することができ、A（＝債務者）に対して利益の分与をするだけのことであり、求償の循環が生じるわけではないから、民法第429条第1項を類推する必要はないとの批判もある。

(2) また、不可分債権者の一人が代物弁済を受けた場合も、民法第429条第1項が類推適用されるとする見解がある。

ただし、この見解に対しては、代物弁済については、債権者に満足を与える事由であるから、そもそも絶対的効力事由と解すべきとの批判もある。

(3) このほか、不可分債権者の一人について時効（消滅）が完成した場合や、不可分債権者の一人と債務者との間で相殺があった場合にも、民法第429条第1項を類推適用すべきとする見解がある。

ただし、相殺については、債権者に満足を与える事由であるから、そもそも絶対的効力事由と解すべきとの批判もある。この批判に対しては、相殺を絶対的効力事由とすると、上記の例では、債務者のAに対する反対債権と不可分債権とが相殺された場合に、Aから利益の分与を受けることになるBがAの無資力の危険を負担することになって、相当ではないとの再批判もある。

(3) 連帯債権

現行民法は、債権者が複数である債権債務関係について、分割債権（同法第427条）及び不可分債権（同法第428条、第429条、第431条）の規定を置くのみであるが、このほか、復代理人に対する本人と代理人の権利（民法第107条第2項）や、転借人に対する賃貸人と転貸人の権利（民法第613条）について、連帯債権という概念を認める見解もある。この連帯債権に関する規定を新設するという考え方があるが、どのように考えるか。

ところで、連帯債務における絶対的効力事由を絞り込むこととした上で、債権の目的が不可分給付であるか可分給付であるかによって不可分債務と連帯債務とを区別することにするのであれば（前記2(3)参照）、債権者が複数である債権債務関係についても、債権の目的が不可分給付であるか可分給付であるかによって不可分債権と連帯債権とを区別するような整理をすることが考えられる。連帯債権に関する規定を新設する場合に、このような概念の整理をすることについて、どのように考えるか。

（補足説明）

1 現行民法は、債権者が複数である債権債務関係について、分割債権（同法第427条）のほかには、不可分債権（同法第428条、第429条、第431条）の規定を置くのみである。

他方、複数の債権者が債務者に対し、同一の可分給付について有する債権であって、各債権者はそれぞれ独立して全部又は一部の給付を請求する権利を有し、そのうちの一人又は数人の債権者がこれを受領すれば、総債権者について債権が消滅するという債権として、条文にはない連帯債権という概念を認める見解もある。その例として挙げられるのは、復代理人に対する本人と代理人の権利（民法第107条第2項）や、転借人に対する賃貸人と転貸人の権利（同法第613条）などである。

連帯債権については、連帯債務の規定が類推適用されると解されていることから、不可分債権と連帯債権との最も大きな違いは、連帯債権には多くの絶対的効力事由が認められている（民法第434条から第439条まで類推）のに対し、不可分債権にはそれほど多くの絶対的効力事由は認められていない（同法第428条）ことにあるとされている。

- 2 ところで、連帯債務における絶対的効力事由を絞り込むこととした上で、債権の目的が不可分給付であるか可分給付であるかによって不可分債務と連帯債務とを区別することにするのであれば（前記「2(3) 不可分債務」参照）、債権者が複数である債権債務関係についても、不可分債権は専ら不可分給付を目的とし（性質上の不可分債務）、連帯債権は専ら可分給付を目的とするという整理をすることも考えられる（このように整理することによって、債務者が複数の場合の規律と、債権者が複数の場合の規律とが、いわばパラレルに対応することになる。）が、この点について、どのように考えるか。
- 3 なお、連帯債権の規定を新設し、かつ、債権の目的が不可分給付であるか可分給付であるかによって不可分債権と連帯債権とを区別するような整理をするのであれば（上記「(2) 不可分債権 — 不可分債権者の一人について生じた事由の効力（民法第429条第1項）」参照）、民法第429条については、不可分債権及び連帯債権に適用される規定に改めることになる。

（関連論点） 不可分債権の可分化

民法第431条は、不可分債権が可分債権となったときは、各不可分債権者は自己が権利を有する部分についてのみ履行を請求できると定めているところ、不可分債務について、当事者間に反対の特約がある場合には、債権の目的が不可分給付から可分給付となったときに、分割債務ではなく連帯債務となることを認めるのであれば（前記「2(3) 不可分債務」（関連論点）参照）、不可分債権についても、当事者間に反対の特約がある場合には、債権の目的が不可分給付から可分給付となったときに、分割債権ではなく連帯債権となることを認めてよいように思われるが、どのように考えるか。

（比較法）

○ ヨーロッパ契約法原則

10:204条 連帯債権の持分割合

- (1) 連帯債権者は、契約または法律に別段の定めのないかぎり、それぞれ平等の割合において権利を有する。
- (2) 自らの持分を超える履行を受領した債権者は、その超過分を、その他の債権者に対し、それぞれの持分を限度として引き渡さなければならない。

10:205条 連帯債権に関するその他の規律

- (1) 連帯債権者の1人が債務者に対してした免除は、その他の連帯債権者に影響を及ぼさない。

(2) 10:107条, 10:109条, 10:110条, および10:111条1項の準則は, 必要な修正を加えた上で, 連帯債権に適用される。

○ ユニドロフ (第3次) 国際商事契約原則 作業部会第4会期 (2009年)
債務者および／または債権者の複数 (草案)

第2. 2条 (分割の推定)

数人の債権者が同一の債務者に対して同一の債務の履行を請求できるときは, 特段の事情がない限り, 分割債権を有するものと推定する。

〈2009年の作業部会において激しい議論の末, 本条は連帯を推定する規定とすることが決まった。〉

第2. 3条 (連帯債権の効力)

(1) いずれの連帯債権者も債務者から全部の履行を請求することができる。

(2) 連帯債権者の一人に対する債務の履行により, 債務者は他の連帯債権者との関係でも債務を免れる。

第2. 4条 (連帯債権に対する抗弁権の対抗)

(1) 債務者は連帯債権者のいずれに対しても, その債権者との関係に固有の, またはすべての連帯債権者に対して主張しうる抗弁権および相殺権を主張することができる。

しかし, 他の連帯債権者の一人または数人との関係に固有の抗弁権または相殺権を主張することができない。

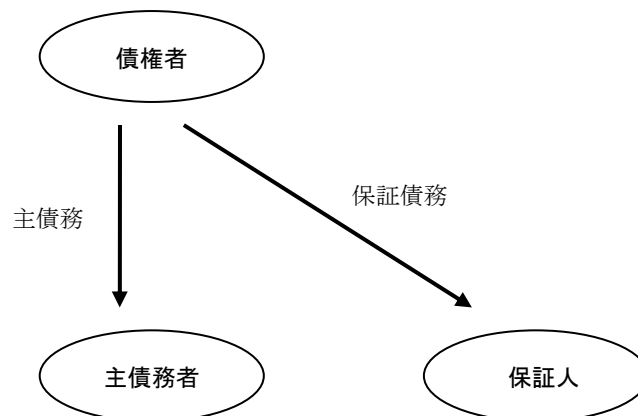
(2) 第1. 5、第1. 6、第1. 7、および第1. 8条の規定は連帯債権に準用する。

第2. 5条 (連帯債権者間の分配)

(1) 連帯債権者の間においては, 債権者は, 特段の事情がない限り, 平等の割合で持分を有する。

(2) 自らの持分を超える履行を受けた債権者は, 超過部分を他の連帯債権者にそれぞれの持分の限度で移転しなければならない。

第2 保証債務



1 総論

保証は、不動産等の物的担保の対象となる財産を持たない債務者が自己の信用を補う手段として、実務上重要な意義を有しているが、他方で、個人の保証人が必ずしも想定していなかった多額の保証債務の履行を求められ、生活の破綻に追い込まれるような事例が後を絶たないこともあって、例えば、自殺の大きな要因ともなっている連帯保証制度を廃止すべきであるなどの指摘もあるところである。

保証については、保証契約の内容を適正化し保証人の保護を図る観点から、平成16年の民法改正により一定の見直しが行われたところであるが、上記の問題意識を踏まえ、なお一層の保証人保護の拡充を求める意見がある。

このような状況を踏まえ、保証に関する規定の見直しに当たり、どのような点に留意して検討を進めるべきか。

(参照・現行条文)

○ (保証人の責任等)

民法第446条 保証人は、主たる債務者がその債務を履行しないときに、その履行をする責任を負う。

2 保証契約は、書面でなければ、その効力を生じない。

3 保証契約がその内容を記録した電磁的記録（電子的方式、磁気的方式その他人の知覚によっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう。）によってされたときは、その保証契約は、書面によってされたものとみなして、前項の規定を適用する。

○ (保証債務の範囲)

民法第447条 保証債務は、主たる債務に関する利息、違約金、損害賠償その他そ

- の債務に従たるすべてのものを包含する。
- 2 保証人は、その保証債務についてのみ、違約金又は損害賠償の額を約定することができる。
- (保証人の負担が主たる債務より重い場合)
- 民法第448条 保証人の負担が債務の目的又は態様において主たる債務より重いときは、これを主たる債務の限度に減縮する。
- (取り消すことができる債務の保証)
- 民法第449条 行為能力の制限によって取り消すことができる債務を保証した者は、保証契約の時ににおいてその取消しの原因を知っていたときは、主たる債務の不履行の場合又はその債務の取消しの場合においてこれと同一の目的を有する独立の債務を負担したものと推定する。
- (保証人の要件)
- 民法第450条 債務者が保証人を立てる義務を負う場合には、その保証人は、次に掲げる要件を具備する者でなければならない。
- 一 行為能力者であること。
- 二 弁済をする資力を有すること。
- 2 保証人が前項第二号に掲げる要件を欠くに至ったときは、債権者は、同項各号に掲げる要件を具備する者をもってこれに代えることを請求することができる。
- 3 前二項の規定は、債権者が保証人を指名した場合には、適用しない。
- (他の担保の供与)
- 民法第451条 債務者は、前条第一項各号に掲げる要件を具備する保証人を立てることができないときは、他の担保を供してこれに代えることができる。
- (催告の抗弁)
- 民法第452条 債権者が保証人に債務の履行を請求したときは、保証人は、まず主たる債務者に催告をすべき旨を請求することができる。ただし、主たる債務者が破産手続開始の決定を受けたとき、又はその行方が知れないときは、この限りでない。
- (検索の抗弁)
- 民法第453条 債権者が前条の規定に従い主たる債務者に催告をした後であっても、保証人が主たる債務者に弁済をする資力があり、かつ、執行が容易であることを証明したときは、債権者は、まず主たる債務者の財産について執行をしなければならない。
- (連帯保証の場合の特則)
- 民法第454条 保証人は、主たる債務者と連帯して債務を負担したときは、前二条の権利を有しない。
- (催告の抗弁及び検索の抗弁の効果)
- 民法第455条 第四百五十二条又は第四百五十三条の規定により保証人の請求又は証明があつたにもかかわらず、債権者が催告又は執行をすることを怠ったために主たる債務者から全部の弁済を得られなかったときは、保証人は、債権者が直ちに催告又は執行をすれば弁済を得ることができた限度において、その義務を免れる。

- (数人の保証人がある場合)
民法第456条 数人の保証人がある場合には、それらの保証人が各別の行為により債務を負担したときであっても、第四百二十七条の規定を適用する。
- (主たる債務者について生じた事由の効力)
民法第457条 主たる債務者に対する履行の請求その他の事由による時効の中断は、保証人に対しても、その効力を生ずる。
2 保証人は、主たる債務者の債権による相殺をもって債権者に対抗することができる。
- (連帯保証人について生じた事由の効力)
民法第458条 第四百三十四条から第四百四十条までの規定は、主たる債務者が保証人と連帯して債務を負担する場合について準用する。
- (委託を受けた保証人の求償権)
民法第459条 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 第四百四十二条第二項の規定は、前項の場合について準用する。
- (委託を受けた保証人の事前の求償権)
民法第460条 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。
- (主たる債務者が保証人に対して償還をする場合)
民法第461条 前二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。
- (委託を受けない保証人の求償権)
民法第462条 主たる債務者の委託を受けないで保証をした者が弁済をし、その他自己の財産をもって主たる債務者にその債務を免れさせたときは、主たる債務者は、その当時利益を受けた限度において償還をしなければならない。
2 主たる債務者の意思に反して保証をした者は、主たる債務者が現に利益を受けて

- いる限度においてのみ求償権を有する。この場合において、主たる債務者が求償の日以前に相殺の原因を有していたことを主張するときは、保証人は、債権者に対し、その相殺によって消滅すべきであった債務の履行を請求することができる。
- (通知を怠った保証人の求償の制限)
民法第463条 第四百四十三条の規定は、保証人について準用する。
2 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、善意で弁済をし、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、第四百四十三条の規定は、主たる債務者についても準用する。
 - (連帯債務又は不可分債務の保証人の求償権)
民法第464条 連帯債務者又は不可分債務者の一人のために保証をした者は、他の債務者に対し、その負担部分のみについて求償権を有する。
 - (共同保証人間の求償権)
民法第465条 第四百四十二条から第四百四十四条までの規定は、数人の保証人がある場合において、そのうちの一人の保証人が、主たる債務が不可分であるため又は各保証人が全額を弁済すべき旨の特約があるため、その全額又は自己の負担部分を超える額を弁済したときについて準用する。
2 第四百六十二条の規定は、前項に規定する場合を除き、互いに連帯しない保証人の一人が全額又は自己の負担部分を超える額を弁済したときについて準用する。
 - (貸金等根保証契約の保証人の責任等)
民法第465条の2 一定の範囲に属する不特定の債務を主たる債務とする保証契約（以下「根保証契約」という。）であってその債務の範囲に金銭の貸渡し又は手形の割引を受けることによって負担する債務（以下「貸金等債務」という。）が含まれるもの（保証人が法人であるものを除く。以下「貸金等根保証契約」という。）の保証人は、主たる債務の元本、主たる債務に関する利息、違約金、損害賠償その他その債務に従たるすべてのもの及びその保証債務について約定された違約金又は損害賠償の額について、その全部に係る極度額を限度として、その履行をする責任を負う。
2 貸金等根保証契約は、前項に規定する極度額を定めなければ、その効力を生じない。
3 第四百四十六条第二項及び第三項の規定は、貸金等根保証契約における第一項に規定する極度額の定めについて準用する。
 - (貸金等根保証契約の元本確定期日)
民法第465条の3 貸金等根保証契約において主たる債務の元本の確定すべき期日（以下「元本確定期日」という。）の定めがある場合において、その元本確定期日とその貸金等根保証契約の締結の日から五年を経過する日より後の日と定められているときは、その元本確定期日の定めは、その効力を生じない。
2 貸金等根保証契約において元本確定期日の定めがない場合（前項の規定により元本確定期日の定めがその効力を生じない場合を含む。）には、その元本確定期日は、その貸金等根保証契約の締結の日から三年を経過する日とする。

3 貸金等根保証契約における元本確定期日の変更をする場合において、変更後の元本確定期日がその変更をした日から五年を経過する日より後の日となるときは、その元本確定期日の変更は、その効力を生じない。ただし、元本確定期日の前二箇月以内に元本確定期日の変更をする場合において、変更後の元本確定期日の変更前の元本確定期日から五年以内の日となるときは、この限りでない。

4 第四百四十六条第二項及び第三項の規定は、貸金等根保証契約における元本確定期日の定め及びその変更（その貸金等根保証契約の締結の日から三年以内の日を元本確定期日とする旨の定め及び元本確定期日より前の日を変更後の元本確定期日とする変更を除く。）について準用する。

○（貸金等根保証契約の元本の確定事由）

民法第465条の4 次に掲げる場合には、貸金等根保証契約における主たる債務の元本は、確定する。

一 債権者が、主たる債務者又は保証人の財産について、金銭の支払を目的とする債権についての強制執行又は担保権の実行を申し立てたとき。ただし、強制執行又は担保権の実行の手続の開始があったときに限る。

二 主たる債務者又は保証人が破産手続開始の決定を受けたとき。

三 主たる債務者又は保証人が死亡したとき。

○（保証人が法人である貸金等債務の根保証契約の求償権）

民法第465条の5 保証人が法人である根保証契約であってその主たる債務の範囲に貸金等債務が含まれるものにおいて、第四百六十五条の二第一項に規定する極度額の定めがないとき、元本確定期日の定めがないとき、又は元本確定期日の定め若しくはその変更が第四百六十五条の三第一項若しくは第三項の規定を適用するとすればその効力を生じないものであるときは、その根保証契約の保証人の主たる債務者に対する求償権についての保証契約（保証人が法人であるものを除く。）は、その効力を生じない。

（参考）

○ 参議院法務委員会における附帯決議（平成16年11月9日）

政府は、本法の施行に当たり、次の事項について特段の配慮をすべきである。

一 保証制度の適正化及び民法の現代語化については、いずれも、国民の日常生活に関連した身近で重要な内容を含んだものであることにかんがみ、その十分な周知徹底に努めること。

二 保証人の保護の在り方については、契約締結後に事情変更があった場合の負担等にも配慮し、法施行後の実施状況を勘案しつつ、引き続き検討を行うこと。

三 貸金等債務のみならず、継続的な商品売買に係る代金債務や不動産賃貸借に係る賃借人の債務を主たる債務とする根保証契約についても、取引の実態を勘案しつつ、保証人を保護するための措置を講ずる必要性の有無について検討すること。

四 契約の書面化、根保証期間の制限、極度額の定め等の今回の改正の趣旨が保証人の

保護にあることにかんがみ、保証契約の締結に際し、銀行を始めとする融資機関の保証人への説明責任が十分果たされるよう必要な措置を講ずること。

五 企業の資金調達の円滑化に資するとの観点から、債権の電子的取扱い等新たな制度に関する法整備についても一層検討を進めること。

右決議する。

○ 衆議院法務委員会における附帯決議（平成16年11月19日）

政府は、本法の施行に当たり、次の事項について格段の配慮をすべきである。

一 根保証契約の適正化については、多数の企業倒産による保証人への責任追及が厳しい現状にかんがみ、個人の保証人が支払能力を超えた保証債務を負担することのないよう、金融機関や保証に依存しがちな企業を始め広く国民に対し、特に極度額の設定や保証期間の制限の制度が創設されたことについて、その周知徹底に努めること。

二 根保証契約の適正化にあたっては、担保力に乏しい中小企業者等に対する信用収縮が起きないように、また、中小企業金融の円滑化が阻害されることのないよう、必要に応じ対応を検討すること。

三 個人の保証人保護の観点から、引き続き、各種取引の実態やそこにおける保証制度の利用状況を注視し、必要があれば早急に、継続的な商品売買に係る代金債務や不動産賃貸借に係る賃借人の債務など、貸金等債務以外の債務を主たる債務とする根保証契約についても、個人保証人を保護する措置を検討すること。

四 民法の現代語化については、日常生活や経済活動などのあらゆる場面と密接に関連するものであることから、早期に、国民全般に浸透するよう、積極的な広報活動を行い、その周知徹底に努めること。

右決議する。

2 保証債務の成立

(1) 債務者と保証人との間の契約による保証債務の成立

現行民法の下では、保証債務が成立するには、基本的に債権者と保証人との間で保証契約が締結される必要があるが、実際には、保証契約の締結に先立って、債務者が保証人に保証することを委託し、債務者と保証人との間で保証委託契約が締結される場合が多いとされている。

また、保証と同様の人的担保としての性質を有する併存的（重疊的）債務引受けについては、債務者と引受人との間の第三者のためにする契約（同法第537条）によって成立するとされている。

こうした事情を踏まえ、債務者と保証人との間の契約（保証引受契約）によっても保証債務が成立することを認めるべきとする考え方があるが、どのように考えるか。

(参照・現行条文)

○ (保証人の責任等)

民法第446条 保証人は、主たる債務者がその債務を履行しないときに、その履行をする責任を負う。

2 保証契約は、書面でなければ、その効力を生じない。

3 保証契約がその内容を記録した電磁的記録（電子的方式、磁気的方式その他人の知覚によっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう。）によってされたときは、その保証契約は、書面によってされたものとみなして、前項の規定を適用する。

(補足説明)

1 現行民法の下では、保証債務が成立するには、基本的に債権者と保証人との間で保証契約が締結される必要がある。

実際には、保証契約の締結に先立って、債務者が保証人に保証することを委託し（民法第459条、第460条参照）、債務者と保証人との間で保証委託契約が締結される場合が多いとされているが、保証委託契約は保証債務の成否に影響を及ぼすものではなく、また、保証人が債務者の意思に反してでも債権者と保証契約を締結することもあるとされている（同法第461条参照）。

2 この点について、債務者と保証人との間の契約によっても保証債務が成立する場合を認めるべきとする考え方がある。

(1) この考え方の理由としては、まず、併存的（重疊的）債務引受けとの均衡が挙げられる。併存的債務引受けは、引受人が債務者と併存して債務を負うことになるという点で、保証と同様の人的担保としての機能を有しているところ、通説・判例（大判大正6年11月1日民録23輯1715頁）は、債務者と引受人との間の第三者のためにする契約（民法第537条）によって併存的債務引受けが成立することを認めている。これとの均衡を考えると、債務者と保証人との間の契約（保証引受契約）によって保証債務が成立することも認められるべきというのである。

(2) また、この考え方は、実務的な必要性もその理由としている。社債に保証（銀行保証）が付される場合や、電子記録債権に保証が付される場合については、債権者と保証人との間の契約によって保証債務が成立するというよりも、債務者と保証人との間の契約によって保証債務が成立とした方が、実態に即した構成だというのである。

3 仮に、前記2の保証引受契約によっても保証債務が成立するとの考え方を採る場合には、さらに次のような手当てを考える必要がある。

(1) 保証契約については、平成16年の民法改正によって、書面でなければ効力を生じないものとされている（民法第446条第2項）。これは、保証人保護の観点から、保証を慎重ならしめるため、保証意思が外部的にも明らかになっている場合に限りその法的拘束力を認めるものとするのが相当であると考えられたこ

とによるものである。

保証引受契約についても、この趣旨は妥当するので、同様に書面性を要求することが考えられる。

- (2) また、債務者と引受人との間の第三者のためにする契約によって併存的債務引受が成立する場合と保証引受契約との均衡を図る観点から、規律の整理が必要となり得る。

例えば、第三者のためにする契約によって併存的債務引受が成立した場合には、債権者の受益の意思がなければ、その効力は発生しないとされ（民法第537条第2項）、併存的債務引受の効力が発生した後は、債務者又は引受人はこれを変更したり、消滅させたりすることができないとされ（同法第538条）、引受人は債務者との間の契約に基づき債務者に対して主張し得る抗弁をもって債権者に対抗することができる（同法第539条）ところ、保証引受契約についても、これらと同様の規律を設けるべきとする見解もある。

(2) 保証契約締結の際における保証人保護の方策

保証契約については、平成16年の民法改正によって、書面でしなければ効力を生じないものとされている（民法第446条第2項）。これは、保証人保護の観点から、保証を慎重ならしめるため、保証意思が外部的にも明らかになっている場合に限りその法的拘束力を認めるものとするのが相当であると考えられたことによる。

このような保証契約締結の際における保証人保護の方策については、これをより一層拡充する観点から、保証契約締結の際に、債権者に対して、保証人が保証の意味を理解するのに十分な説明をすることを義務付けたり、主債務者の資力に関する情報を保証人に提供することを義務付けたりすることなどを提案する見解がある。

こうした提案を踏まえ、保証契約締結の際における保証人保護の方策について、どのように考えるか。

（参照・現行条文）

○ （保証人の責任等）

民法第446条 保証人は、主たる債務者がその債務を履行しないときに、その履行をする責任を負う。

2 保証契約は、書面でなければ、その効力を生じない。

3 保証契約がその内容を記録した電磁的記録（電子的方式、磁気的方式その他人の知覚によっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう。）によってされたときは、その保証契約は、書面によってされたものとみなして、前項の規定を適用する。

（補足説明）

1 保証契約については、平成16年の民法改正によって、書面でしなければ効力を生じないものとされている（民法第446条第2項）。これは、保証契約が無償で、情義に基づいて行われる場合が多いことや、保証契約の際には保証人に対し現実履行を求めることとなるかどうか不確定であり、保証人において自己の責任を十分に認識していない場合が少なくないことなどを考慮し、保証を慎重ならしめるため、保証意思が外部的にも明らかになっている場合に限りその法的拘束力を認めることとされたものである。

2 この点については、さらに保証人保護を拡充する観点から、書面によらない保証契約を無効とするにとどまらず、保証契約締結の際に、債権者に対して、保証人が保証の意味を理解するのに十分な説明をすることを義務づけたり、主債務者の資力に関する情報を保証人に提供することを義務付けたりすることなどを提案する見解がある。

保証人に対する説明義務については、平成16年改正の際に、参議院法務委員会において、「契約の書面化、根保証期間の制限、極度額の定め等の今回の改正の趣旨が保証人の保護にあることにかんがみ、保証契約の締結に際し、銀行を始めとする融資機関の保証人への説明責任が十分果たされるよう必要な措置を講ずること。」との附帯決議がされている（前記「1 総論」（参考）参照）。

これに関する立法提案としては、例えば、次のようなものがある。

○ 参考資料1 [検討委員会試案]・253頁

【3.1.7.02】（保証契約等の締結）

〈1〉（略）

〈2〉債権者は、保証契約の締結にあたって、次に定めるところに努めなければならない。（略）

〈7〉（略）

〈4〉保証人に、その責任の内容につき、正確な認識を形成するに足りる情報を提供すること

〈9〉（略）

〈3〉（略）

○ 参考資料2 [研究会試案]・184頁

436条 保証契約における説明義務等と取消権

①：保証契約を締結しようとする債権者は、その保証契約に伴う危険と負担を保証人が理解できるように説明する義務を負う。ただし、その保証人の特性がこのような説明を要しないときは、この限りでない。

②：（略）

③：前二項に反し保証契約が締結された場合には、保証人は、その保証契約の取消しを裁判所に請求することができる。

④：（略）

○ 日本弁護士連合会「統一消費者信用法要綱案」（2003年8月）

第11 保証

2 契約締結前の書面交付義務

- (1) 与信業者は、保証契約を締結しようとする場合には、保証人になろうとする者に対し以下の書面を交付しなければならない。
- ① 主たる債務の契約内容及び保証契約の内容を説明する書面
 - ② 主たる債務者に関する信用調査の結果を記載した書面
- (2) 上記(1)に違反した場合には、その保証契約を無効とするほか、与信業者に刑事罰を科する。

保証人に対する説明義務の規定を設けることについては、契約締結の場面一般に通用する説明義務の規定を設けることの可否とも関連して、保証契約締結の場面に特有の説明義務の規定を設けることが適当であるのかどうか問題となる。

また、説明義務違反の効果に関しても、説明義務を努力義務とするもの（前掲参考資料1）、保証契約の取消原因となるもの（前掲参考資料2）、保証契約が無効となるもの（前掲統一消費者信用法要綱案）など、様々な提案がされており、さらに慎重に検討する必要がある。

なお、諸外国における保証契約の成立における情報提供の在り方等については、後記「【参考】 諸外国における保証制度」参照。

- 3 保証引受契約による保証債務の成立を認める場合には（前記「(1) 債務者と保証人との間の契約による保証債務の成立」参照）、保証引受契約の締結時における保証人保護の方策についても、以上を踏まえた検討をする必要がある。

（関連論点） 保証契約締結後の保証人保護の在り方

保証契約締結後の保証人保護の方策についても、債権者に対して主債務者の返済状況を保証人に通知する義務を負わせること、分割払の約定がある主債務について期限の利益を喪失させる場合には保証人にも期限の利益を維持する機会を与えることなど、様々な提案がされている。

これらの点について、どのように考えるか。

3 保証債務の付従性（民法第448条）

民法第448条は、いわゆる保証債務の内容に関する付従性について、保証債務の内容（債務の目的又は態様）が主債務よりも重い場合には、その内容が主債務の限度に減縮されることを規定するが、保証契約が締結された後に主債務の内容が加重された場合の処理については、明文の規定は存在しない。

この点については、保証契約が締結された後に主債務の内容が加重されても、保証債務には影響が及ばないと解されているところ、これを条文上も明らかにすべきであるという考え方があるが、どのように考えるか。

(参照・現行条文)

○ (保証人の負担が主たる債務より重い場合)

民法第448条 保証人の負担が債務の目的又は態様において主たる債務より重いときは、これを主たる債務の限度に減縮する。

(補足説明)

1 一般に、保証債務には、付従性（主債務を担保する目的のために存する性質）、随伴性（主債務が移転するときにはこれとともに移転する性質）、補充性（主債務が履行されないときに初めて履行しなければならない性質）等の性質があるとされており、さらに、付従性については、成立における付従性（主債務がなければ成立しない）、内容における付従性（主債務より重くなることはない）、消滅における付従性（主債務が消滅すれば消滅する）の3つの側面があるとされている。

このうち内容における付従性について、民法第448条は、主債務の内容（債務の目的又は態様）が主債務よりも重い場合には、その内容が主債務の限度に減縮されることを規定する。この規定の解釈として、保証契約が締結された後に主債務の内容が軽減された場合には、保証債務の内容もそれに応じて軽減されるとされている。例えば、主債務の弁済期が延長された場合には、その効力は保証債務にも及ぶと解されている（大連判明治37年12月13日民録10輯1591頁）。

2 これに対し、保証契約が締結された後に主債務の内容が加重された場合の処理については、明文の規定が存在しない。

しかし、この点については、保証債務の付従性の趣旨から、保証契約が締結された後に主債務の内容が加重されても、保証債務には影響が及ばないと解されている。このような解釈は、民法第448条から直ちに導くことのできるものではないことから、これを明文化する方向で検討することが提案されている。

(関連論点) 付従性や補充性に関する明文の規定

前記（補足説明）1に記載した保証債務の性質については、内容における付従性に関する民法第448条や、補充性に関する同法第452条、第453条といった規定はあるものの、その多くは解釈に委ねられているのが現状である。

この点について、改正提案の中には、付従性や随伴性に関する明文の規定を置くことを提案するものもある（参考資料2〔研究会試案〕・184頁）が、どのように考えるか。

4 保証人の抗弁等

(1) 保証人固有の抗弁 ― 催告・検索の抗弁

ア 催告の抗弁の制度の要否（民法第452条）

民法第452条本文は、債権者が保証人に履行を請求したときに、保証人はまず主債務者に催告するよう請求することができること（催告の抗弁）を規定している。

催告の抗弁の制度については、保証人保護の制度として実効性が乏しいこ

となどから、これを廃止すべきとする見解もあるが、他方で、保証人保護を後退させる方向で現状を変更すべきでないとする見解もある。

催告の抗弁の制度の要否について、どのように考えるか。

(参照・現行条文)

○ (催告の抗弁)

民法第452条 債権者が保証人に債務の履行を請求したときは、保証人は、まず主たる債務者に催告をすべき旨を請求することができる。ただし、主たる債務者が破産手続開始の決定を受けたとき、又はその行方が知れないときは、この限りでない。

(補足説明)

- 1 現行民法は、保証債務の補充性に基づき、保証人に催告の抗弁（同法第452条）と検索の抗弁（同法第453条）を認めている。

このうち、催告の抗弁とは、債権者が保証人に履行を請求したときに、保証人はまず主債務者に催告するよう請求することができるというものである（同法第452条本文）。

- 2 しかし、催告の抗弁については、これを行使された債権者は、裁判外で主債務者に対して履行を催告すれば足り、催告の結果がどのようなものであったかは問われないとされていること（大判大正5年11月4日民録22輯2021頁）から、その実効性には疑問が示されている。また、比較法的にみても、検索の抗弁を認める立法例はあっても、催告の抗弁を認める立法例は異例といわれている。

学説には、こうした事情を踏まえて、催告の抗弁の制度を廃止すべきとする見解もある。

- 3 他方、債権者としては、催告の抗弁を行使されたとしても、裁判外での催告で足りるのであって、大きな負担を負うものではないことからすると、あえてこの制度を廃止するまでのことはないとも考えることもできる。

むしろ、保証人保護の制度である催告の抗弁の制度を廃止することは、保証人保護の理念を後退させることになるとして、相当ではないとの指摘もある。

イ 催告・検索の抗弁の効果（民法第455条）

民法第455条は、催告の抗弁又は検索の抗弁を行使された債権者が催告又は執行をすることを怠ったために主債務者から全部の弁済を得られなかった場合には、保証人は、債権者が直ちに催告又は執行をすれば弁済を得ることができた限度において、その義務を免れることを規定する。この規定の趣旨は、債権者の懈怠による弁済額の減少については、保証人の責任を免ずるべきであるということにある。

この規定については、その趣旨を拡大して、債権者が主債務者の財産に対して適時に執行をすることを怠ったために主債務者からの弁済額が減少した場合一般に適用される規定に改めるべきとする見解もあるが、どのように

考えるか。

(参照・現行条文)

○ (催告の抗弁)

民法第452条 債権者が保証人に債務の履行を請求したときは、保証人は、まず主たる債務者に催告をすべき旨を請求することができる。ただし、主たる債務者が破産手続開始の決定を受けたとき、又はその行方が知れないときは、この限りでない。

○ (検索の抗弁)

民法第453条 債権者が前条の規定に従い主たる債務者に催告をした後であっても、保証人が主たる債務者に弁済をする資力があり、かつ、執行が容易であることを証明したときは、債権者は、まず主たる債務者の財産について執行をしなければならない。

○ (連帯保証の場合の特則)

民法第454条 保証人は、主たる債務者と連帯して債務を負担したときは、前二条の権利を有しない。

○ (催告の抗弁及び検索の抗弁の効果)

民法第455条 第四百五十二条又は第四百五十三条の規定により保証人の請求又は証明があつたにもかかわらず、債権者が催告又は執行をすることを怠ったために主たる債務者から全部の弁済を得られなかったときは、保証人は、債権者が直ちに催告又は執行をすれば弁済を得ることができた限度において、その義務を免れる。

○ (委託を受けた保証人の事前の求償権)

民法第460条 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。

○ (債権者による担保の喪失等)

民法第504条 第五百条の規定により代位をすることができる者がある場合において、債権者が故意又は過失によってその担保を喪失し、又は減少させたときは、その代位をすることができる者は、その喪失又は減少によって償還を受けることができなくなった限度において、その責任を免れる。

(補足説明)

- 1 民法第455条は、催告の抗弁又は検索の抗弁を行使された債権者が催告又は執行をすることを怠ったために主債務者から全部の弁済を得られなかった場合

には、保証人は、債権者が直ちに催告又は執行をすれば弁済を得ることができた限度において、その義務を免れることを規定する。この規定の趣旨は、債権者が催告又は執行をすることを怠ったために主債務者からの弁済額が減少した場合には、それは債権者の懈怠によるものであるから、その分については保証人の責任を免ずるべきであるということにある。

- 2 ところで、判例（大判昭和8年9月29日民集12巻2443頁）は、債権者が、主債務の弁済期が到来したにもかかわらず、抵当権を実行しないでいたために、抵当権の目的物の価額が著しく下落した場合に、債権者に保証人に対する信義誠実に欠けたところがあったときには、保証人はその受けるべき不利益の限度においてその責任を免れると判示しているところ、これについては、民法第455条の趣旨を拡大して適用したものであるとみる見解もある。

また、学説には、債権者には保証人の負担を不当に重くしないように配慮する義務があるとの法理の存在を指摘し、民法第455条や同法第504条をその現れであるとみる見解もある（なお、同法第504条は、沿革的には、保証人保護のための規定であったところ、その保護の対象が、法定代位をすることができる者一般に拡大されたものである。）。

こうした見解を踏まえ、民法第455条について、債権者が主債務者の財産に対して適時に執行をすることを怠ったために主債務者からの弁済額が減少した場合一般に適用される規定に改めるべきとする考え方がある（参考資料1〔検討委員会試案〕・256頁参照）。すなわち、債権者が、主債務者の財産に対して適時に執行をすることを怠ったために主債務者から全部の弁済を得られなかった場合には、保証人は、債権者が適時に執行をすれば弁済を得ることができた限度において、その義務を免れることとすべきというのである。

- 3 このような考え方に対しては、「適時」という要件が必ずしも明確でないという観点から、債権者が「適時」に執行をすることを怠ったことを主張立証しようとする保証人にとって困難が伴うとの指摘や、「適時」を厳格に解する場合には債権者にとって酷な事態が生じ得るとの指摘がある。
- 4 民法第460条第1号は、主債務者が破産手続開始の決定を受けたにもかかわらず、債権者がその破産財団の配当に加入しないときには、保証人は主債務者に対して事前求償権を行使できることを規定するが、上記2のような考え方を採用する場合には、主債務者が破産手続開始の決定を受けたにもかかわらず、債権者がその破産財団の配当に加入しないときには、保証人は、債権者が破産財団の配当に加入していたならば弁済を得ることができた限度において、その義務を免れるとの規律に改めることにより、債権者が主債務者の財産に対して適時に執行をすることを怠った場合の一類型に再構成することが考えられるという指摘もある（参考資料1〔検討委員会試案〕・256頁参照）。
- 5 なお、現行民法第455条は、催告・検索の抗弁が行使されることを前提とするものであるから、催告・検索の抗弁が認められない連帯債務（同法第454条参照）においては、適用の余地はない。

このことは、仮に同法第455条を債権者が主債務者の財産に対して適時に執行することを怠ったために主債務者からの弁済額が減少した場合一般に適用される規定に改めた場合であっても、変わらないものと解される。

(2) 主たる債務者に生じた事由に基づく抗弁（民法第457条）

民法第457条第2項は、保証人は、主債務者の債権による相殺をもって債権者に対抗することができる」と規定している。

この規定については、保証人が主債務者の有する債権を用いて相殺の意思表示ができると解する見解もあるが、一般には、他人である主債務者の債権の処分権限まで保証人に認めるのは過大であるとして、保証人は相殺によって主債務が消滅する限度で履行を拒絶できるととどまると解されている。

そこで、この一般的理解を前提に、保証人は主債務者の債権による相殺によって主債務が消滅する限度で履行を拒絶できるととどまることを明文化するという考え方があるが、どのように考えるか。

（参照・現行条文）

○ （主たる債務者について生じた事由の効力）

民法第457条 主たる債務者に対する履行の請求その他の事由による時効の中断は、保証人に対しても、その効力を生ずる。

2 保証人は、主たる債務者の債権による相殺をもって債権者に対抗することができる。

○ （社員の抗弁）

会社法第581条 社員が持分会社の債務を弁済する責任を負う場合には、社員は、持分会社が主張することができる抗弁をもって当該持分会社の債権者に対抗することができる。

2 前項に規定する場合において、持分会社がその債権者に対して相殺権、取消権又は解除権を有するときは、社員は、当該債権者に対して債務の履行を拒むことができる。

（補足説明）

1 民法第457条第2項は、保証人は、主債務者の債権による相殺をもって債権者に対抗することができる」と規定している。

2 この規定については、保証人が主債務者の有する債権を用いて相殺の意思表示ができると解する見解がある。下級審裁判例にも、この規定の類推適用により、物上保証人が、抵当権者に対して、被担保債権の債務者が抵当権者に対して有する債権を用いて相殺の意思表示ができるとしたものがある（大阪高判昭和56年6月23日下民集32巻5＝6＝7＝8号436頁）。

しかし、通説は、他人である主債務者の債権の処分権限まで保証人に認めるのは過大であるとして、保証人は相殺によって主債務が消滅する限度で履行を拒絶でき

るにとどまると解している。

- 3 ところで、持分会社における社員は、一定の場合に持分会社の債務を弁済する責任を負う点で、保証人に類似した立場に置かれている（会社法第580条参照）ところ、会社法第581条第2項は、社員が持分会社の債務を弁済する責任を負う場合に、持分会社がその債権者に対して相殺権を有するときには、社員は債権者に対して債務の履行を拒むことができると規定している。
- 4 そこで、前記通説の立場からは、会社法第581条第2項の規定を参考にしつつ、主債務者が債権者に対して相殺権を有するときには、保証人は主債務者の債権による相殺によって主債務が消滅する限度で履行を拒絶できるととどまることを明文化することが考えられる（なお、類似の論点として、前記「第1 2(2)イ(オ) 他 の連帯債務者による相殺権の援用（民法第436条第2項）」参照）。

（関連論点）主債務者の有するその他の抗弁

現行民法は、主債務者が債権者に対して相殺権を有する場合についての規定を置くのみ（同法第457条第2項）であり、主債務者がその余の抗弁を有している場合については、解釈に委ねられているのが現状である。

この点に関して、保証人は、保証債務の付従性にに基づき、債務者の有する抗弁権を援用することができると解されており、また、主債務者が取消権又は解除権を有する場合には、保証人は、取消権又は解除権が行使されるかどうかは確定されるまでの間は、保証債務の履行を拒絶できると解されている（なお、大判昭和20年5月21年民集24巻9頁は、保証人は主債務者の取消権を行使することはできないとする。）。

また、前記（補足説明）3のとおり、持分会社における社員は、一定の場合に持分会社の債務を弁済する責任を負う点で、保証人に類似した立場に置かれている（会社法第580条参照）ところ、会社法第581条第1項は、社員が持分会社の債務を弁済する責任を負う場合に、社員は持分会社が主張することができる抗弁をもって持分会社の債権者に対抗することができる」と規定し、また、同条第2項は、持分会社がその債権者に対して取消権又は解除権を有するときには、社員は債権者に対して債務の履行を拒むことができると規定している。

そこで、会社法第581条第1項及び第2項の規定を参考にしつつ、上記の解釈を明文化するという考え方があるが、どのように考えるか。

5 保証人の求償権

(1) 委託を受けた保証人の事後求償権（民法第459条）

民法第459条第1項は、委託を受けた保証人が弁済等によって主債務を消滅させた場合の事後求償権について規定しているところ、委託を受けた保証人が期限前弁済をした場合については、委託の趣旨に反することがあることから、委託を受けない保証人の事後求償権と同内容のもの（同法第462条第1項参照）で足りるとする見解がある。

この点について、どのように考えるか。

(参照・現行条文)

○ (連帯債務者間の求償権)

民法第442条 (略)

2 前項の規定による求償は、弁済その他免責があった日以後の法定利息及び避けることができなかった費用その他の損害の賠償を包含する。

○ (委託を受けた保証人の求償権)

民法第459条 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 第四百四十二条第二項の規定は、前項の場合について準用する。

○ (委託を受けない保証人の求償権)

民法第462条 主たる債務者の委託を受けないで保証をした者が弁済をし、その他自己の財産をもって主たる債務者にその債務を免れさせたときは、主たる債務者は、その当時利益を受けた限度において償還をしなければならない。

2 (略)

(補足説明)

1 民法第459条第1項は、委託を受けた保証人が弁済、代物弁済等によって主債務を消滅させた場合の求償関係について規定している。

保証委託契約は、委任契約（同法第643条）であるから、委託を受けた保証人の弁済については、委任事務処理費用として、委任者である主債務者に対して償還請求をすることができる（同法第649条、650条）ところ、こうした委任に関する規定の特別規定として、委託を受けた保証人の求償権に関する規定（同法第459条から第461条まで、第463条）が置かれているのである。

2 ところで、委託を受けた保証人が、主債務の弁済期が到来する前に、期限の利益を放棄して保証債務を弁済することがある。

しかし、このような期限前弁済は、委託の趣旨に反することがあると指摘されている。例えば、主債務者も保証人も債権者に対して反対債権を有していたところ、債権者の資力が悪化した場合に、保証人が期限の利益を放棄して債権者との間で相殺を行うということは、債権者の無資力のリスクを主債務者に負わせて自己の利益を図ることになるというのである。

そこで、委託を受けた保証人が期限前弁済をした場合については、委託の趣旨に反することがあることから、その場合の事後求償権は、委託を受けない保証人の事後求償権と同内容のもので足りるとする見解がある。つまり、事後求償権が認められる範囲は、保証人が期限前弁済をした当時に主債務者が利益を受けた限度にとどまるというのである（民法第462条第1項参照）。

3 なお、判例（大判大正3年6月15日民録20輯476頁）は、委託を受けた保

証人が期限前弁済をしたとしても、主債務者の期限の利益を害することはできないから、求償権の行使は弁済期の到来を待たなければならないと判示している。

そこで、仮に前記2の見解を明文化するのであれば、この判例法理についても併せて明文化する方向で検討することが考えられるが、この点について、どのように考えるか。

(2) 委託を受けた保証人の事前求償権（民法第460条、第461条等）

民法第460条は、委託を受けた保証人が事前求償権を行使することができることについて定めるが、仮に、同法第455条を債権者が主債務者の財産に対して適時に執行をすることを怠ったために主債務者からの弁済額が減少した場合一般に適用される規定に改める場合（前記4(1)イ参照）には、委託を受けた保証人に事前求償権を認める必要性は失われるとの指摘もある。

この点について、どのように考えるか。

（参照・現行条文）

○ （委託を受けた保証人の求償権）

民法第459条 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 第四百四十二条第二項の規定は、前項の場合について準用する。

○ （委託を受けた保証人の事前の求償権）

民法第460条 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。

○ （主たる債務者が保証人に対して償還をする場合）

民法第461条 前二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。

○ （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）

破産法第104条 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にお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 (略)

3 第一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, 5 (略)

(補足説明)

1 民法第460条は、委託を受けた保証人が事前求償権を行使することができる場合として、①主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(同条第1号)、②債務が弁済期にあるとき(同条第2号)、③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10年を経過したとき(同条第3号)を挙げる。

このほか、④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たとき(同法第459条第1項)についても、委託を受けた保証人が事前求償権を行使することができる場合の一つであると解されている。

2 保証委託契約は、委任契約(民法第643条)であるから、委託を受けた保証人の弁済については、委任者である債務者に対して、必要な費用の前払を請求できる(同法第649条)ところ、このような前払請求を常に認めていたのでは、主債務者にとって、保証人に保証を委託した意味がなくなってしまう。したがって、保証委託契約の趣旨からは、一般の委任契約とは反対に、費用前払請求権は認められないことが原則となる。しかしながら、委託を受けた保証人であっても、事前に求償しなければ主債務者の財産が散逸してしまうなどの危険があり得るので、例外的に事前求償権を認めるべき必要がある。前記1の事前求償権は、このような観点から、委任契約における受任者の費用前払請求権を制限しつつ、必要な範囲で例外的に認められたものと考えられる。

なお、主債務者は、委託を受けた保証人からの事前求償に応じても、なお債権者から支払を請求されるおそれがあることから、民法第461条は、主債務者に対し、(a)事前求償に応じる代わりに、委託を受けた保証人に担保を提供させ、又は自己に免責を得させるよう請求すること(同条第1項)、(b)事前求償に応じずに、保証人に支払うべき金額を供託するか、相当な担保を提供するか、又は保証人免責を得させること(同条第2項)を認めている。

3 委託を受けた保証人の事前求償権は、前記2のとおり、保証人保護の観点から例外的に認められた制度であるが、主債務が弁済期にあるというだけで事前求償権が認められている点(民法第460条第2号本文)に見られるように、なおも合理的

な範囲に限定されていないという問題がある。

他方で、仮に民法第455条を債権者が主債務者の財産に対して適時に執行をすることを怠ったために主債務者からの弁済額が減少した場合一般に適用される規定に改めるとした場合（前記「4(1)イ 催告・検索の抗弁の効果（民法第455条）」参照）には、これによって、委託を受けた保証人に事前求償権を認めるべき必要性を代替することができるとの指摘もある（参考資料1〔検討委員会試案〕・260頁参照）。

この指摘によれば、まず、①主債務者が破産手続開始の決定を受けたにもかかわらず、債権者がその破産財団の配当に加入しないときには、保証人は、債権者が破産財団の配当に加入していたならば弁済を得ることができた限度において、その義務を免れるとの規律に改めることにより、債権者が主債務者の財産に対して適時に執行をすることを怠った場合の一類型に再構成することができるから（前記「4(1)イ 催告・検索の抗弁の効果（民法第455条）」（補足説明）4参照）、事前求償権を認める必要性は失われることになる。なお、主債務者について破産手続開始の決定があった場合には、保証人は、破産法第104条第3項により、将来行使することがある事後求償権に基づいて破産手続に参加することができるから、破産手続に参加するために事前求償権が必要となることもない。

また、②債務が弁済期にあるときについては、債権者が主債務者の財産に対して適時に執行をすることを怠ったために主債務者から全部の弁済を得られなかった場合に、保証人が、債権者が適時に執行をすれば弁済を得ることができた限度において、その義務を免れることとすれば、保証人の保護は十分に図られることになるから、事前求償権を認める必要性は失われることになる。

これに対し、③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10年を経過したときについては、そもそも事前求償という制度にはなじまないと指摘されている。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の例としては、終身年金債務の保証や終身定期金の保証などが挙げられているが、これらについては、主債務の額が定まらないのであるから、事前に求償すべき金額も定まらないというのである。

④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たときについても、債権者が主債務者の財産に対して適時に執行をすることを怠ったために主債務者から全部の弁済を得られなかった場合に、保証人が、債権者が適時に執行をすれば弁済を得ることができた限度において、その義務を免れることとしておくのであれば、事前求償権を認めずとも、委託を受けた保証人の保護は事後求償権で足りると考えることができる。

- 4 以上の考え方に対し、委託を受けた保証人の事前求償権には、例えば、保証会社が事前求償権を行使することによって債権者である銀行の回収業務を手助けし、その結果として、保証会社も保証債務の履行を免れることができるなどの実務上のメリットがあるとの指摘もある（沖野眞已ほか「債権者代位権，詐害行為取消権，多数当事者の債権および債務の関係，債権譲渡（中）」NBL908号58頁〔吉元

利行発言] 参照)。

また、前記3のとおり、委託を受けた保証人の事前求償権の制度の廃止は、民法第455条を債権者が主債務者の財産に対して適時に執行をすることを怠ったために主債務者からの弁済額が減少した場合一般に適用される規定に改めることを前提とするものであり、委託を受けた連帯保証人については、同条を改正した後の規定であっても、その適用はないと解される(前記「4(1)イ 催告・検索の抗弁の効果(民法第455条)」(補足説明)5参照)ことから、事前求償権の制度は、少なくとも連帯保証との関係で、これを廃止する前提を欠くとの指摘もある。

(3) 委託を受けた保証人の通知義務(民法第463条)

民法第463条第1項は、求償権を行使しようとする連帯債務者の事前・事後の通知義務に関する規定である同法第443条を準用しているところ、連帯債務においては、連帯債務者は、履行期が到来すれば直ちに弁済をしなければならない立場にあるのであるから、その際に事前通知を義務付けるのは相当ではないとして、事前通知義務を廃止するかどうかを検討されている(前記第12(2)ウ(i)参照)。

連帯債務者の事前通知義務の存廃に関して指摘されている理由は、委託を受けた保証人についても該当し得るものであることから、委託を受けた保証人についても、事前通知義務を廃止するかどうかを検討することが考えられるが、どうか。

(参照・現行条文)

○ (通知を怠った連帯債務者の求償の制限)

民法第443条 連帯債務者の一人が債権者から履行の請求を受けたことを他の連帯債務者に通知しないで弁済をし、その他自己の財産をもって共同の免責を得た場合において、他の連帯債務者は、債権者に対抗することができる事由を有していたときは、その負担部分について、その事由をもってその免責を得た連帯債務者に対抗することができる。この場合において、相殺をもってその免責を得た連帯債務者に対抗したときは、過失のある連帯債務者は、債権者に対し、相殺によって消滅すべきであった債務の履行を請求することができる。

2 連帯債務者の一人が弁済をし、その他自己の財産をもって共同の免責を得たことを他の連帯債務者に通知することを怠ったため、他の連帯債務者が善意で弁済をし、その他有償の行為をもって免責を得たときは、その免責を得た連帯債務者は、自己の弁済その他免責のためにした行為を有効であったものとみなすことができる。

○ (通知を怠った保証人の求償の制限)

民法第463条 第四百四十三条の規定は、保証人について準用する。

2 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、善意で弁済をし、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、第四百

四十三条の規定は、主たる債務者についても準用する。

(補足説明)

- 1 民法第463条第1項は、求償権を行使しようとする連帯債務者の事前・事後の通知義務に関する規定である同法第443条を準用している。この趣旨は、委託を受けた保証人が弁済等しようとするときに、主債務者への事前通知を義務付けることにより、主債務者が債権者に対抗できる事由を有している場合に、それを主張する機会を与えようとするにある。

なお、同法第463条第2項は、委託を受けた保証人との関係では、主債務者についても同法第443条を準用しているが、主債務者は、委託を受けた保証人に対して求償権を行使する余地はなく、債権者に対抗できる事由を有している委託を受けた保証人にそれを主張する機会を与える立場にはないから、事前通知義務（同条第1項）については準用されず、委託を受けた保証人が二重に弁済等することを防ぐために、事後通知義務（同条第2項）のみが準用されると解されている。

- 2 ところで、連帯債務においては、連帯債務者は、履行期が到来すれば、直ちに弁済をしなければならない立場にあるのであるから、その際に事前通知を義務付けるのは相当ではないとして、同法第443条第1項の事前通知義務を廃止するかどうかを検討されている（前記「**第1 2(2)ウ(イ) 通知を怠った連帯債務者の求償の制限等（民法第443条）**」参照）。

委託を受けた保証人についても、履行期が到来すれば、直ちに弁済しなければならない立場にあるのは、連帯債務者と同様である。そうすると、委託を受けた保証人についても同様に、事前通知義務を廃止するかどうかを検討することが考えられる。

- 3 委託を受けた保証人の事前通知義務のみを廃止した場合には、先に弁済等をした委託を受けた保証人も後に弁済等をした主債務者もいずれも事後通知をしなかった場合に、後に弁済等をした主債務者の行為だけが常に有効となるのは、遅い者勝ちともいふべき事態であって、好ましくないとの見方もあり得る。

そこで、学説には、後に弁済等をした主債務者が、先に弁済等をした委託を受けた保証人に事後通知をする前に、先に弁済等をした委託を受けた保証人から求償を受けた場合には、先に弁済等をした委託を受けた保証人の弁済等を有効とすることを提案するものもある（参考資料1「検討委員会試案」・258頁）。

(4) 委託を受けない保証人の通知義務（民法第463条）

民法第463条第1項は、求償権を行使しようとする連帯債務者の事前・事後の通知義務に関する規定である同法第443条を準用している。

ところで、事前通知義務の趣旨は、債権者に対抗することができる事由を有している主債務者に対し、それを主張する機会を与えようとするにあるところ、委託を受けない保証人については、もとよりその求償権の範囲は、主債

務者が「その当時利益を受けた限度」（同法第462条第1項）又は「現に利益を受けている限度」（同条第2項）においてしか認められておらず、主債務者が債権者に対抗できる事由を有している場合には、それについては「利益を受けている限度」から除外されることになるため、事前通知義務の存在意義は乏しい。

そこで、委託を受けない保証人については、事前通知義務を廃止するという考え方があるが、どのように考えるか。

（参照・現行条文）

○ （通知を怠った連帯債務者の求償の制限）

民法第443条 連帯債務者の一人が債権者から履行の請求を受けたことを他の連帯債務者に通知しないで弁済をし、その他自己の財産をもって共同の免責を得た場合において、他の連帯債務者は、債権者に対抗することができる事由を有していたときは、その負担部分について、その事由をもってその免責を得た連帯債務者に対抗することができる。この場合において、相殺をもってその免責を得た連帯債務者に対抗したときは、過失のある連帯債務者は、債権者に対し、相殺によって消滅すべきであった債務の履行を請求することができる。

2 連帯債務者の一人が弁済をし、その他自己の財産をもって共同の免責を得たことを他の連帯債務者に通知することを怠ったため、他の連帯債務者が善意で弁済をし、その他有償の行為をもって免責を得たときは、その免責を得た連帯債務者は、自己の弁済その他免責のためにした行為を有効であったものとみなすことができる。

○ （委託を受けない保証人の求償権）

民法第462条 主たる債務者の委託を受けないで保証をした者が弁済をし、その他自己の財産をもって主たる債務者にその債務を免れさせたときは、主たる債務者は、その当時利益を受けた限度において償還をしなければならない。

2 主たる債務者の意思に反して保証をした者は、主たる債務者が現に利益を受けている限度においてのみ求償権を有する。この場合において、主たる債務者が求償の日以前に相殺の原因を有していたことを主張するときは、保証人は、債権者に対し、その相殺によって消滅すべきであった債務の履行を請求することができる。

○ （通知を怠った保証人の求償の制限）

民法第463条 第四百四十三条の規定は、保証人について準用する。

2 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、善意で弁済をし、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、第四百四十三条の規定は、主たる債務者についても準用する。

（補足説明）

1 民法第462条は、委託を受けない保証人が弁済、代物弁済等によって主債務を

消滅させた場合の求償関係について規定している。

保証人が主債務者の委託を受けずに保証をした場合には、保証人と主債務者との関係は事務管理（同法第697条）となるから、保証人の弁済については、事務管理費用として、主債務者に対して償還請求をすることができる（同法第702条）ところ、こうした事務管理に関する規定の特別規定として、委託を受けない保証人の求償権に関する規定（同法第462条、第463条）が置かれているのである。

- 2 民法第463条第1項は、求償権を行使しようとする連帯債務者の事前・事後の通知義務に関する規定である同法第443条を準用している。保証人の事前通知義務の趣旨は、債権者に対抗できる事由を有している主債務者に対し、それを主張する機会を与えようとするところにある。

ところで、委託を受けない保証人については、もとよりその求償権の範囲は、委託を受けない保証人が主債務者の意思に反しないで保証をした場合には、主債務者が「その当時利益を受けた限度」（同法第462条第1項）にとどまり、また、委託を受けない保証人が主債務者の意思に反して保証をした場合には、主債務者が「現に利益を受けている限度」（同条第2項）にとどまる。そして、主債務者が債権者に対抗できる事由を有している場合には、それについては「利益を受けている限度」から除外されることになる。

したがって、委託を受けない保証人については、事前通知義務を課することによる実際上の意義は乏しいのが現状である。

- 3 なお、連帯債務において、連帯債務者は、履行期が到来すれば、直ちに弁済をしなければならない立場にあるのであるから、その際に事前通知を義務付けるのは相当ではないとして、同法第443条第1項の事前通知義務を廃止するかどうかを検討されていることは、前記「**第1 2(2)ウ(イ) 通知を怠った連帯債務者の求償の制限等（民法第443条）**」のとおりであるが、同項を削除してしまうと、委託を受けない保証人が主債務者の意思に反しないで保証をした場合について、同項後段の「この場合において、相殺をもってその免責を得た連帯債務者に対抗したときは、過失のある連帯債務者は、債権者に対し、相殺によって消滅すべきであった債務の履行を請求することができる。」との規律の準用ができなくなってしまう（委託を受けない保証人が主債務者の意思に反して保証をした場合については、同法第462条第2項後段に同様の規律が明記されている。）。

そこで、委託を受けない保証人が主債務者の意思に反しないで保証をした場合について事前通知義務を廃止する際には、同法第443条第1項後段の規律を同法第462条第1項に移記するなどの手当てが必要となる。

6 共同保証 ― 分別の利益

民法第456条は、複数の保証人が保証債務を負担する場合（共同保証）に、各共同保証人は、原則として頭数で分割された保証債務を負担するに過ぎないことを規定する（分別の利益）。

しかし、これに対しては、債権者は、保証の担保的効力を強めることを期待し

て保証人の数を増やすはずであるのに、この規定が適用される結果として、一人の保証人に対して全部の履行を請求することができなくなるばかりか、共同保証人の中に無資力の者がいると、その部分の担保を失うことにもなり、かえって保証の担保的効力が弱くなるという問題点が指摘されている。

このような観点からは、分別の利益を認めずに、数人の保証人があるときには、各共同保証人は全額について債務を保証する（保証連帯）こととするという考え方があるが、他方で、保証人保護を後退させる方向で現状を変更すべきでないとする見解もある。

この点について、どのように考えるか。

（参照・現行条文）

○ （分割債権及び分割債務）

民法第427条 数人の債権者又は債務者がある場合において、別段の意思表示がないときは、各債権者又は各債務者は、それぞれ等しい割合で権利を有し、又は義務を負う。

○ （数人の保証人がある場合）

民法第456条 数人の保証人がある場合には、それらの保証人が各別の行為により債務を負担したときであっても、第四百二十七条の規定を適用する。

○ （共同保証人間の求償権）

民法第465条 第四百四十二条から第四百四十四条までの規定は、数人の保証人がある場合において、そのうちの一人の保証人が、主たる債務が不可分であるため又は各保証人が全額を弁済すべき旨の特約があるため、その全額又は自己の負担部分を超える額を弁済したときについて準用する。

2 第四百六十二条の規定は、前項に規定する場合を除き、互いに連帯しない保証人の一人が全額又は自己の負担部分を超える額を弁済したときについて準用する。

（補足説明）

- 1 同一の主たる債務について、複数の保証人が保証債務を負担することを共同保証という。民法第456条は、共同保証の場合に、各共同保証人は、原則として頭数で分割された保証債務を負担するに過ぎないことを規定する。これは、共同保証人の分別の利益と呼ばれている。
- 2 共同保証人が分別の利益を有することに対しては、債権者は、保証の担保的効力を強めることを期待して保証人の数を増やすはずであるのに、この規定が適用される結果として、一人の保証人に対して全部の履行を請求することができなくなるばかりか、共同保証人の中に無資力の者がいると、その部分の担保を失うことにもなり、かえって保証の担保的効力が弱くなるとの逆説が指摘されている。
- 3 そこで、共同保証の場合に、分別の利益を認めずに、各共同保証人は全額について債務を負担する（民法第465条第1項参照）こととすべきであるという考え方がある。この考え方が提示する結論は、一般に、保証連帯と呼ばれている。

保証連帯においては、共同保証人間で求償が行われる場合には、連帯債務者間の求償に関する規定が準用される（同項）。なお、連帯債務者間の求償関係に関する検討事項については、前記「第1 2 (2)ウ 求償関係」に記載したとおりである。

また、民法第465条第2項は、共同保証人の分別の利益を前提とするものであるから、分別の利益を認めないこととする場合には、削除することになる。

4 以上に対し、保証人保護の観点から、共同保証の場合には当然に分別の利益が認められるべきであるとの意見もある。

7 連帯保証

(1) 連帯保証制度の在り方

連帯保証人は、催告・検索の抗弁が認められず、また、分別の利益も認められないと解されている点で、連帯保証ではない通常の保証人よりも不利な立場にあるが、このような連帯保証制度が存在することについて、保証人保護の観点から問題があるという指摘がある。

実際の取引において保証が用いられる場合のほとんどは連帯保証であるといわれているが、連帯保証制度に対するこうした指摘を踏まえ、その制度の在り方や見直すべき点について、どのように考えるか。

（参照・現行条文）

○ （催告の抗弁）

民法第452条 債権者が保証人に債務の履行を請求したときは、保証人は、まず主たる債務者に催告をすべき旨を請求することができる。ただし、主たる債務者が破産手続開始の決定を受けたとき、又はその行方が知れないときは、この限りでない。

○ （検索の抗弁）

民法第453条 債権者が前条の規定に従い主たる債務者に催告をした後であつても、保証人が主たる債務者に弁済をする資力があり、かつ、執行が容易であることを証明したときは、債権者は、まず主たる債務者の財産について執行をしなければならない。

○ （連帯保証の場合の特則）

民法第454条 保証人は、主たる債務者と連帯して債務を負担したときは、前二条の権利を有しない。

○ （連帯保証人について生じた事由の効力）

民法第458条 第四百三十四条から第四百四十条までの規定は、主たる債務者が保証人と連帯して債務を負担する場合について準用する。

（補足説明）

連帯保証とは、保証人が主債務者と連帯して債務を負担することを合意した場合の保証である（民法第454条、第458条参照）。金融機関の融資を始めとする実際の取引では、保証が用いられる場合のほとんどは連帯保証であるといわれている。

連帯保証人は、催告・検索の抗弁が認められておらず（同法第454条）、また、分別の利益についても認められないと解されている点で（大判大正6年4月28日民録23輯812頁）、連帯保証でない通常の保証人よりも不利な立場にある。このことについて、連帯保証は、通常の保証に比べて担保的効力が強い反面、保証人が予想を超える過大な保証責任の追及を受けるおそれもより高まるという指摘がされている。

こうした事情を踏まえ、連帯保証制度の在り方や見直すべき点について、どのように考えるか。

(2) 連帯保証人に生じた事由の効力 — 履行の請求

民法第458条は、連帯保証人について生じた事由の効力について、連帯債務者の一人について生じた事由の効力等に関する同法第434条から第440条までの規定を準用している。もっとも、連帯保証人には、連帯債務者と異なり負担部分がないことなどから、実質的に準用の意義を有するのは、履行の請求が絶対的効力事由であることを規定する同法第434条のみであるとされている。

しかし、連帯保証人に対する履行の請求の効果が主債務者にも及ぶものとする（同法第458条、第434条）に対しては、主債務者の関与しない連帯保証契約によって主債務者が不利益を受けるのは不当であるとの批判もある。

この点について、どのように考えるか。

（参照・現行条文）

○ （連帯債務者の一人に対する履行の請求）

民法第434条 連帯債務者の一人に対する履行の請求は、他の連帯債務者に対しても、その効力を生ずる。

○ （連帯債務者の一人との間の更改）

民法第435条 連帯債務者の一人と債権者との間に更改があったときは、債権は、すべての連帯債務者の利益のために消滅する。

○ （連帯債務者の一人による相殺等）

民法第436条 連帯債務者の一人が債権者に対して債権を有する場合において、その連帯債務者が相殺を援用したときは、債権は、すべての連帯債務者の利益のために消滅する。

2 前項の債権を有する連帯債務者が相殺を援用しない間は、その連帯債務者の負担部分についてのみ他の連帯債務者が相殺を援用することができる。

○ （連帯債務者の一人に対する免除）

民法第437条 連帯債務者の一人に対してした債務の免除は、その連帯債務者の負担部分についてのみ、他の連帯債務者の利益のためにも、その効力を生ずる。

○ （連帯債務者の一人との間の混同）

民法第438条 連帯債務者の一人と債権者との間に混同があったときは、その連帯債務者は、弁済をしたものとみなす。

○ (連帯債務者の一人についての時効の完成)

民法第439条 連帯債務者の一人のために時効が完成したときは、その連帯債務者の負担部分については、他の連帯債務者も、その義務を免れる。

○ (相対的効力の原則)

民法第440条 第四百三十四条から前条までに規定する場合を除き、連帯債務者の一人について生じた事由は、他の連帯債務者に対してその効力を生じない。

○ (連帯保証人について生じた事由の効力)

民法第458条 第四百三十四条から第四百四十条までの規定は、主たる債務者が保証人と連帯して債務を負担する場合について準用する。

(補足説明)

- 1 民法第458条は、連帯保証人について生じた事由の効力について、連帯債務者の一人について生じた事由の効力等に関する同法第434条から第440条までの規定を準用している（なお、主債務者について生じた事由については、保証債務の附従性により保証人にも及ぶことから、同法第458条の適用はないと解されている。）。

もっとも、連帯保証人については、負担部分が存在しないため、負担部分を前提とする規定である同法第436条第2項（他の連帯債務者による相殺権の援用）、第437条（免除）、第439条（時効の完成）はもとより準用の余地がない。

また、更改、相殺は、債務消滅原因であるから、債権者と保証人との間で更改又は相殺がされれば、主債務は消滅するのであり、あえて同法第435条（更改）又は第436条第1項（相殺）を準用する意義はないといわれている。

さらに、混同についても、債権者と保証人との間で混同が生じた場合、同法第438条（混同）が準用されると、弁済したものとみなされ、連帯保証人は主債務者に求償権を取得することになるが、同条が準用されなかったとしても、連帯保証人は債権者の立場で主債務者に主債務の支払を請求すれば足りるのであり、それで差し支えないとする考え方もある。

したがって、実質的に準用の意味があるのは、同法第434条（履行の請求）だけとされている。

- 2 現行法の下では、連帯保証人に対する履行の請求の効果は、主債務者にも及ぶ（同法第458条、第434条）。

これに対しては、連帯保証人は、主債務者の関与なしにも出現し得るところ、債権者が主債務者の関知しない連帯保証人に対して履行の請求をしたからといって、主債務者との関係でも時効の中断が生ずるのは妥当ではないとして、連帯保証人に対する履行の請求の効果は主債務者には及ばないこととすべきとの考え方もある。

もっとも、保証人の事後求償権の消滅時効は、保証人による免責行為があった時点から進行を開始するとされている（最判昭和60年2月12日民集39巻1号89頁）から、主債務者の関知しない連帯保証人が弁済等をした場合には、主債務は消滅する

ものの、主債務者は新たに求償債務を負うことになるという点で、実質的にはその時点での時効消滅の期待を失うことになる。したがって、上記の考え方を採用したとしても、主債務者の関与しない連帯保証人の行為によって主債務の時効消滅の期待が失われる事態は避けられないとの指摘もある。

- 3 なお、連帯債務者の一人について生じた事由については、現行法の定める絶対的効力事由を見直すこと方向での検討が考えられていることについては、前記「第1 2 (2)イ 連帯債務者の一人について生じた事由の効力等」参照。

8 根保証

根保証に関しては、平成16年の民法改正により、主たる債務の範囲に金銭の貸渡し又は手形の割引を受けることによって負担する債務（貸金等債務）が含まれるもの（貸金等根保証契約）に対象を限定しつつ、保証人が予想を超える過大な責任を負わないようにするための規定が新設されたところである（同法第465条の2から第465条の5まで）。

この点については、さらに保証人保護を拡充する観点から、例えば、主たる債務の範囲に貸金等債務が含まれない根保証にまで、平成16年改正で新設された規定を及ぼすという考え方や、判例によって認められているいわゆる特別解約権を明文化するという考え方があるが、どのように考えるか。

○ （貸金等根保証契約の保証人の責任等）

民法第465条の2 一定の範囲に属する不特定の債務を主たる債務とする保証契約（以下「根保証契約」という。）であってその債務の範囲に金銭の貸渡し又は手形の割引を受けることによって負担する債務（以下「貸金等債務」という。）が含まれるもの（保証人が法人であるものを除く。以下「貸金等根保証契約」という。）の保証人は、主たる債務の元本、主たる債務に関する利息、違約金、損害賠償その他その債務に従たるすべてのもの及びその保証債務について約定された違約金又は損害賠償の額について、その全部に係る極度額を限度として、その履行をする責任を負う。

2 貸金等根保証契約は、前項に規定する極度額を定めなければ、その効力を生じない。

3 第四百四十六条第二項及び第三項の規定は、貸金等根保証契約における第一項に規定する極度額の定めについて準用する。

○ （貸金等根保証契約の元本確定期日）

民法第465条の3 貸金等根保証契約において主たる債務の元本の確定すべき期日（以下「元本確定期日」という。）の定めがある場合において、その元本確定期日とその貸金等根保証契約の締結の日から五年を経過する日より後の日と定められているときは、その元本確定期日の定めは、その効力を生じない。

2 貸金等根保証契約において元本確定期日の定めがない場合（前項の規定により元本確定期日の定めがその効力を生じない場合を含む。）には、その元本確定期日は、

- その貸金等根保証契約の締結の日から三年を経過する日とする。
- 3 貸金等根保証契約における元本確定期日の変更をする場合において、変更後の元本確定期日がその変更をした日から五年を経過する日より後の日となるときは、その元本確定期日の変更は、その効力を生じない。ただし、元本確定期日の前二箇月以内に元本確定期日の変更をする場合において、変更後の元本確定期日に変更前の元本確定期日から五年以内の日となるときは、この限りでない。
- 4 第四百四十六条第二項及び第三項の規定は、貸金等根保証契約における元本確定期日の定め及びその変更（その貸金等根保証契約の締結の日から三年以内の日を元本確定期日とする旨の定め及び元本確定期日より前の日を変更後の元本確定期日とする変更を除く。）について準用する。
- （貸金等根保証契約の元本の確定事由）
- 民法第465条の4 次に掲げる場合には、貸金等根保証契約における主たる債務の元本は、確定する。
- 一 債権者が、主たる債務者又は保証人の財産について、金銭の支払を目的とする債権についての強制執行又は担保権の実行を申し立てたとき。ただし、強制執行又は担保権の実行の開始があったときに限る。
 - 二 主たる債務者又は保証人が破産手続開始の決定を受けたとき。
 - 三 主たる債務者又は保証人が死亡したとき。
- （保証人が法人である貸金等債務の根保証契約の求償権）
- 民法第465条の5 保証人が法人である根保証契約であってその主たる債務の範囲に貸金等債務が含まれるものにおいて、第四百六十五条の二第一項に規定する極度額の定めがないとき、元本確定期日の定めがないとき、又は元本確定期日の定め若しくはその変更が第四百六十五条の三第一項若しくは第三項の規定を適用するとすればその効力を生じないものであるときは、その根保証契約の保証人の主たる債務者に対する求償権についての保証契約（保証人が法人であるものを除く。）は、その効力を生じない。

（補足説明）

- 1 根保証に関しては、平成16年の民法改正により、主たる債務の範囲に金銭の貸渡し又は手形の割引を受けることによって負担する債務（貸金等債務）が含まれるもの（貸金等根保証契約）については、保証人が予想を超える過大な責任を負わないようにするための見直しが行われ、民法第465条の2から第465条の5までの規定が新設されたところである。

すなわち、個人を保証人とする貸金等根保証契約について、①貸金等根保証契約は、極度額を定めなければ効力を生じない（同法第465条の2第2項）、②貸金等根保証契約における保証人は、契約日から最長5年以内の元本確定期日までの間に行われた融資についてのみ責任を負う（同法第465条の3第1項・第2項）、③貸金等根保証契約における保証人は、主たる債務者や保証人が、(a)強制執行を受けた場合、(b)破産手続開始の決定を受けた場合、(c)死亡した場合には、その後に行われた融資につ

いては保証債務を負担しない（同法第465条の4）との規定が設けられ、さらに、法人を保証人とする貸金等根保証契約について、④その求償権について個人が保証人となる場合に、その個人を保護するための特則（同法第465条の5）が設けられたのである。

- 2 このような見直しがされたのは、中小企業が融資を受ける際には、その信用補完の手段として、経営者等により、継続的に発生する不特定の債務を保証の対象とする、保証の限度額や保証期間の定めのない、いわゆる包括根保証契約が多用されていたところ、中小企業を取り巻く厳しい経済状況の下で、保証人が予想を超える過大な保証責任の追及を受ける事例が多発し、包括根保証契約に対する民事法上の規制を講ずる必要が指摘されていたことを踏まえたものである。

そして、平成16年改正で新設された規定の適用対象が、その債務の範囲に貸金等債務が含まれる根保証に限定されたのは、次のような理由による。すなわち、根保証契約は、様々な経済取引において利用されているため、保証人保護のために採るべき措置としても種々のものが想定され、そのような措置を講じた場合における取引への影響の有無及びその程度を把握することも容易でないことから、すべての根保証契約を対象としてその契約内容の適正化を図ろうとすれば、その検討作業に相当の時間を要することが見込まれた。このため、平成16年改正においては、融資に関する根保証契約について早急に措置を講ずる必要性が指摘されていたことを踏まえ、それ以外の根保証契約については、ひとまず適用対象から除外することとされたのである。

- 3 平成16年改正で新設された規定の適用対象が、その債務の範囲に貸金等債務が含まれる根保証に限定されたことに対しては、参議院法務委員会において、「貸金等債務のみならず、継続的な商品売買に係る代金債務や不動産賃貸借に係る賃借人の債務を主たる債務とする根保証契約についても、取引の実態を勘案しつつ、保証人を保護するための措置を講ずる必要性の有無について検討すること。」との附帯決議がされ、また、衆議院法務委員会においても、「個人の保証人保護の観点から、引き続き、各種取引の実態やそこにおける保証制度の利用状況を注視し、必要があれば早急に、継続的な商品売買に係る代金債務や不動産賃貸借に係る賃借人の債務など、貸金等債務以外の債務を主たる債務とする根保証契約についても、個人保証人を保護する措置を検討すること。」との附帯決議がされている（前記「1 総論」（参考）参照）。

そこで、根保証契約については、さらに保証人保護を拡充する観点から、平成16年改正で新設された規定を貸金等債務が含まれない根保証にまで及ぼすことが考えられるが、どうか。また、その検討の際には、例えば、貸金等根保証契約について契約締結時に必ず元本確定期日が定まるものとし、かつ、その最長期間を5年に制限している現行民法第465条の3の規律が、そのまま貸金等債務が含まれない根保証一般に適用しても実務上の支障を生じないものであるかどうかといった点についても、検討を要すると考えられるが、どうか。

- 4 また、平成16年改正の際に見送られた検討課題には、特別の元本確定請求権（いわゆる特別解約権）を明文化するかどうかというものもある。すなわち、根保証の保証人は、法定の又は合意による元本確定期日の到来前であっても、①主債務者と保証人との

関係、②債権者と主債務者との関係（取引態様）、③主債務者の資産状態のいずれかに著しい事情の変更があった場合等、一定の特別な事由がある場合には、保証すべき債権の元本の確定を請求することができると解されていることを前提に、これを明文化するかどうかという検討課題である（特別解約権を認めたものと解されている判例として、大判昭和9年2月27日民集13巻215頁参照）。

上記のような事情変更の徴表と見られる定型的な幾つかの事由については、平成16年改正において、法律上当然の元本確定事由として明文化された（民法第465条の4）。しかし、特別の元本確定請求権の明文化については、現行法の下でも信義則等の一般条項により救済が図られており、特段の手当てをしなくても現在よりも保証人の保護が後退することにはならないと考えられる反面、法律上に明文規定を設けることに対しては、考慮すべき様々な要素を的確に表現することが極めて困難であり、裁判規範としてあまりにも不明確なものとなるおそれがあるという問題が指摘されていたことなどを踏まえ、改正を見送ることとされた。

この点については、平成16年改正の際に、参議院法務委員会において、「保証人の保護の在り方については、契約締結後に事情変更があった場合の負担等にも配慮し、法施行後の実施状況を勘案しつつ、引き続き検討を行うこと。」との附帯決議がされている（前記「1 総論」（参考）参照）。

以上を踏まえ、この検討課題について、どのように考えるか。

【参考】 諸外国における保証制度

I フランス

1 成立における方式

1-1. 現行法の状況

保証は諾成契約であるが、2292 条により、保証は明示的でなければならないと規定されている。これは、連帯債務関係の成立（1202 条）や、債務者の指図による更改（1275 条）におけるのと同様の要請である。また、保証の証拠方法に関しては、保証が商行為でありかつ商人に対する関係で証明が行われる場合（cf. 商法 L. 110-3 条）と、保証債務が 800 ユーロを超えない場合（cf. 1341 条）には証拠方法に制限はないが、それ以外の場合には、手書きの書面による証拠に制限されている（1326 条）。

以上が保証の成立要件及びその証拠に関する一般的規律であるが、保証人保護の観点から、特別法によりその要件がさらに加重される場合がある（以下につき、Laurent Aynès/Pierre Crocq, *Les sûretés: La publicité foncière*, 3^e éd. 2008, p. 71s. を参照）。まず、①消費者与信または不動産与信のために自然人が私署証書により保証をした場合については、債務総額等を含む法律所定の保証文言を手書きで記載して署名を行うことが必要であり、この要件が満たされない場合には保証は無効となる（消費法典 L. 313-7 条）。また、消費者与信または不動産与信のために自然人が連帯保証を引き受けるときは、検索の利益を放棄し債務者と連帯して義務を負う旨の手書きの記載と署名が必要となり、この要件が満たされない場合には保証は無効となる（消費法典 L. 313-8 条）。また、②自然人と事業者である債権者との間の保証においては、取引形態にかかわらず、以上の消費法典 L. 313-7 条および消費法典 L. 313-8 条と同様の規律が妥当する（自然人が事業者である債権者との間で私署証書により保証を引き受けた場合につき、消費法典 L. 341-2 条；自然人が事業者である債権者との間で連帯保証を引き受けた場合につき、消費法典 L. 341-3 条）。③居住用賃貸借における賃料の担保のために自然人が保証を引き受けた場合には、賃料額、その改訂の条件、期限の定めのない場合等における保証人の解約権限について手書きで転記し、保証人が債務の性質及び範囲について知っていることを手書きで記載し、署名を行わなければならない（1989 年 7 月 6 日法律 22-1 条）。

[参照条文]

（民法典の邦訳については、法務大臣官房司法法制調査部『フランス民法典—物権・債権関係—』法務資料 441 号〔1982 年〕を参照した）

フランス民法 1326 条

一方の当事者のみが他方に対してある額の金銭を支払い、又は代替物を引き渡すことを約す法律行為は、この約務を引き受ける者の署名並びにその者の手で全文字及び数字で書いた金額又は数量の記載を含む証書において認定されなければならない。差異がある場合には、その私署証書は、全文字で書かれた金額について効力を生じる。

フランス民法 2292 条

保証は、なんら推定されない。保証は、明示的でなければならない、それが締結され

た限度を越えて拡大することができない。

フランス消費法典 L. 313-7 条

本編第1章及び第2章にかかる取引のうちの一つに関して私署証書により保証人として契約をした自然人は、以下の通りの、かつこの内容でなければならない手書きの記載をし、署名をしなければならない。これを怠ったときは、その約務は無効である：「私は、元本、利息、及び万一の場合には、違約金または・・・の期間の遅延利息の支払いを含む・・・の金額の範囲でXの保証人となることにより、Xが自らその履行をしなかったときは、私の収入及び財産によって支払うべき金額を貸主に支払うことを約します。」

フランス消費法典 L. 313-8 条

本編第1章及び第2章にかかる取引のうちの一つに関して債権者が連帯保証を求めるときは、保証人となる自然人は、以下の通りの手書きの記載をして、署名をしなければならない。これを怠ったときは、その約務は無効である：「私は、民法 2298 条において規定される検索の利益を放棄してXと連帯して義務を負うことにより、債権者が予めXに対して追行することを求め得ないままに、債権者に対して支払うことを約します。」

フランス消費法典 L. 341-2 条

事業者である債権者に対して私署証書により保証人として契約をしたすべての自然人は、以下の通りの、かつこの内容でなければならない手書きの記載をし、署名をしなければならない。これを怠ったときは、その約務は無効である：「私は、元本、利息、及び万一の場合には、違約金または・・・の期間の遅延利息の支払いを含む・・・の金額の範囲でXの保証人となることにより、Xが自らその履行をしなかったときは、私の収入及び財産によって支払うべき金額を貸主に支払うことを約します。」

フランス消費法典 L. 341-3 条

事業者である債権者が連帯保証を求めるときは、保証人となる自然人は、以下の通りの手書きの記載をして、署名をしなければならない。これを怠ったときは、その約務は無効である：「私は、民法 2298 条において規定される検索の利益を放棄してXと連帯して義務を負うことにより、債権者が予めXに対して追行することを求め得ないままに、債権者に対して支払うことを約します。」

1989 年 7 月 6 日法律 22-1 条

(1)～(2) 〔略〕

(3) 本編の適用にかかる賃貸借契約から生じる債務の保証がいかなる期間の記載も含んでいないとき、または保証の期間が定めのないものとされているときは、保証人は、保証を一方的に解約することができる。この解約は、当初の契約であるかまたは継続若しくは更新された契約であるかにかかわらず、貸主が解約の通知を受けた際の賃貸借契約の期間満了の時に効力を生じる。

(4) 保証人となる者は、賃貸借契約において定められている賃料額及びその改訂の条件を手書きで転記し、自身が締結した債務の性質及び範囲を知っていることを明白かつ一義的に手書きで記載し、かつ前項を手書きで転記し、署名をしなければならない

ない。貸貸人は、保証人に対し、貸貸借契約の写しを交付しなければならない。この方式が遵守されないときは、保証契約は無効となる。

1－2．担保法改正草案

フランスでは、2006年に担保に関する諸規定が民法典第4編として再編成されているが、2005年3月31日に司法省に提出され2006年の担保法改正の基礎となった「担保法改正に関する準備草案（担保法改正草案）」では、保証に関しても様々な内容上の修正と規定の整備が行われていたものの、独立担保（2321条）と支援状（2322条）に関する規定の新設以外の点に関する保証制度の実質的な見直しは見送られることになった。

成立における方式に関しては、担保法改正草案では、現行民法2292条に対応する規律が2999条において定められているほか、2300条において、保証は書面によって行われるべきことを原則としつつ、書面に不備等があった場合には保証人がその約定の性質と範囲を知っていたことを証明することによってそれに代えることができる旨規定されている（担保法改正草案2300条）。

[参照条文]

フランス担保法改正草案2999条

保証は、なんら推定されない。保証は、明示的でなければならず、それが締結された限度を越えて拡大され得ない。

フランス担保法改正草案2300条

- (1) 自然人により私署証書において行われたすべての保証の証書は、その自然人によって、全文字かつ数字によりその主たる約務の金額が記載されなければならない。
- (2) この記載が欠けているまたは不十分なときは、債権者は、保証人がその約務の性質及び範囲を知っていたことを、一切の方法によって証明しなければならない。
- (3) 保証人となることについての私署証書による委託も、同様の規定に従う。

2 成立における情報提供

保証契約の締結に際しての情報提供に関しては、民法や消費法典等の規定によって要求されている手書きの書面の記載内容を通じての情報提供（上記1を参照）が一定の役割を果たしているほか、詐欺による保証契約の無効が判例によって（錯誤無効の主張等と比べて）比較的容易に認められている（この点につき、Aynès/Crocq, *supra*, p. 71s.）。すなわち、債務者が回復不可能な危機状態にあることを保証契約の締結に際して債権者が保証人に対し伝えなかったときは、その債権者の沈黙により詐欺が認められ得る。ただし、債権者が債務者の危機状態について知らなかった場合（Cass. civ. 1^{re}, 11 févr. 1986, Bull. civ. I, n°22）や、保証人と主債務者との関係から、主債務者の危機状態が保証人自身によって認識され得るものであった場合（Cass. civ. 1^{re}, 19 mars 1985, Bull. civ. I, n°98）には、詐欺は認められない。

3 「連帯保証」に対応する制度の扱い

3-1. 現行法の状況

フランスでは、連帯保証の制度が実務上広く用いられており、現在では締結される保証の大多数は連帯保証であるとされる (Aynès/Crocq, *supra*, p. 45s.). 連帯保証においては、保証人は検索の利益を有せず、保証人と主債務者とは連帯共同債務者 (codébiteur solidaire) と同様に扱われることになる (2298 条)。

また、自然人が事業者たる債権者との間で締結した連帯保証に関しては、保証債務の総額が一定額に制限されることを明示していない限り、連帯の約定および検索の利益を放棄する旨の約定は書かれざるものと見なされる (消費法典 L. 341-5 条)。従って、事業者と自然人の間で債務総額を制限しない保証が締結される場合には、(公署証書による場合であっても) それを連帯保証とすることは認められない。

[参照条文]

フランス民法 2298 条

保証人は、債務者〔の支払い〕がない場合にのみ債権者に対して支払う義務を負う。その場合には、債務者は、その財産をまえて検索されなければならない。ただし、保証人が検索の利益を放棄し、又は保証人が債務者と連帯して義務を負う場合には、その限りでない。この場合には、その約務の効果は、連帯負債について定めた原則によって規律される。

フランス消費法典 L. 341-5 条

事業者である債権者のために自然人によって合意された保証契約において定められている連帯の約定及び検索の利益を放棄する旨の約定は、保証人の約務が主たる債務、利息、費用及び従たるものを含む明確に契約上定められた総額に制限されないときは、書かれざるものと見なす。

3-2. 担保法改正草案

担保法改正草案においては、特約のない限り民事保証は単純保証に、また商事保証は連帯保証となる旨の規定が置かれている (担保法改正草案 2294 条) ほか、現行民法 2298 条に対応する規律が 2309 条において定められている。なお、連帯保証における債務総額の制限に関する消費法典 L. 341-5 条に相当する規律は、担保法改正草案では定められていない。

[参照条文]

担保法改正草案 2294 条

保証は、特約がない限り、民事保証か商事保証かに従って、単純保証か連帯保証となる。

担保法改正草案 2309 条

(1) 検索の利益により、保証人は、まず主債務者に対して追行する義務を債権者に負わせることができる。

- (2) 債務者と連帯して義務を負う保証人、検索の利益を放棄した保証人並びに裁判上の保証人及び物上保証人は、検索の利益を主張することができない。

4 保証人保護のための制度等の有無

4-1 現行法の状況

フランスにおける保証人保護のための制度としては、保証の締結に際しての手書き記載の要請（上記1）、事業者と自然人の間の連帯保証における債務総額の制限の要請（上記3）のほか、債務総額の推移や無期限の保証における任意解約権に関する債権者の通知義務、主債務者の支払事故に関する債権者の通知義務、自然人である保証人の最低限の財産の保護、事業者と自然人との間での過大な保証の禁止といった規律が、民法典や消費法典などに分散した形で定められている。

(1) 債務総額の推移や無期限の保証における任意解約権に関する債権者の通知義務

債務総額の推移や無期限の保証における任意解約権に関する債権者の通知義務に関しては、通貨金融法典 L. 313-22 条、消費法典 L. 341-6 条、民法 2293 条という 3 つの条文において、相互に適用範囲を重畳する形で規定が置かれている。

まず、通貨金融法典 L. 313-22 条は、金融機関との間で企業に対する融資に際し保証が締結された場合に関し、債務総額の推移および保証が無期限の場合には任意解約権の存在につき、少なくとも年 1 回通知する義務を負い、これを怠ったときは前回の通知以降の利息に関する権利を失う旨規定している。ここでは、債権者や主債務の内容につき一定の制限が加えられている一方、保証人について自然人であるか否かは問題とされていない。これに対し、この通貨金融法典 L. 313-22 条の規律の適用対象を拡大する（債権者が事業者である場合一般に拡大する）趣旨で規定された消費法典 L. 341-6 条では、事業者である債権者と自然人である保証人との間で保証が締結された場合に関し、債務総額の推移および保証が無期限の場合には任意解約権の存在につき、少なくとも年 1 回通知する義務を負い、これを怠ったときは前回の通知以降の違約金または遅延利息に関する権利を失う旨規定されている。さらに、民法 2293 条では、自然人が主たる債務について制限のない保証を引き受ける場合に関し、債務総額の推移につき、債権者は保証人に対し少なくとも年 1 回通知する義務を負い、これを怠ったときは、負債に従たるすべてのもの、費用及び違約金について権利を失う旨規定されている。この民法 2293 条では、主たる債務に制限がない自然人による保証の場合に限定した上で、以上の通知義務に関する規律の適用対象がすべての債権者に拡大されている。

(2) 主債務者の支払事故に関する債権者の通知義務

事業者である債権者との間で自然人が保証を締結した場合、主債務者の不払いが生じたときは債権者は直ちに保証人に対し支払事故についての通知をしなければならない、これを怠ったときは、債権者は違約金または遅延利息に関する権利を失う（消費法典 L. 341-1 条）。

(3) 自然人である保証人の最低限の財産の保護

自然人である保証人が生活に必要な最低限の財産までも奪われることを回避するために、民法 2301 条は、消費法典 L. 331-2 条（債務超過状態の処理手続において債務者

に留保されるべき最低限の収入額等に関する規定)によって定まる最低限の財産については、債権者は保証人に留保しなければならない旨規定している。

(4) 事業者と自然人との間での過大な保証の禁止

保証債務と保証人の財産とが比例性 (proportionnalité) を欠く保証については、消費法典 L. 313-10 条と L. 341-4 条によって、その効力を否定される。すなわち、消費法典 L. 313-10 条は、金融機関が消費者与信または不動産与信に際して自然人との間で保証を締結する場合につき、保証債務の内容が保証人の収入及び財産と比べて均衡を失しているときは、債権者は保証契約を主張することができない旨規定する。さらに、消費法典 L. 341-4 条によって、自然人による過大な保証の禁止に関する以上の規律の適用対象が事業者一般に拡大されている。

[参照条文]

○債務総額の推移や無期限の保証における任意解約権に関する債権者の通知義務

フランス通貨金融法典 L. 313-22 条

- (1) 自然人または法人による保証を条件として企業に対する融資に合意した金融機関は、毎年遅くとも 3 月 31 日までに、保証人から満足を受ける債務として前年の 12 月 31 日において残存する、元本及び利息、手数料、費用及び従たるもの総額、並びにその約務の期間について、保証人に対して知らせなければならない。保証が期間の定めのないものであるときは、いつでも解約する権限があること及びそれを行行使する際の条件について知らせなければならない。
- (2) 前項において定める手続きが遵守されないときは、保証人とその手続きをとる義務を負う金融機関との関係において、前回の通知から新たな通知がなされる日までに発生した利息に関する権利が失われる。主債務者によって行われた弁済は、保証人と金融機関の関係において、債務の元本の決済に優先的に充当されたものと見なす。

フランス消費法典 L. 341-6 条

事業者である債権者は、毎年遅くとも 3 月 31 日までに、被担保債務として前年の 12 月 31 日において残存する、元本及び利息、手数料、費用及び従たるもの総額、並びにその約務の期間について、自然人である保証人に対して知らせなければならない。保証が期間の定めのないものであるときは、いつでも解約する権限があること及びそれを行行使する際の条件について知らせなければならない。これを怠ったときは、保証人は、前回の通知から新たな通知がなされる日までに発生した違約金または遅延利息について、支払う義務を負わない。

フランス民法 2293 条

- (1) 主たる債務の無制限の保証は、負債のすべての従たる〔債務〕に及ぶ。最初の請求の費用及び保証人に対して行う最初の通知後のすべての費用についても同様である。
- (2) 保証が自然人によって締結されたときは、保証人は、少なくとも年 1 回、当事者によって合意された日、または合意がなければ契約が行われた日付において、

担保されている債権及びその従たるものの金額の推移につき、債権者により情報の提供を受ける。これを怠ったときは、負債に従たるすべてのもの、費用及び違約金について権利を失う。

○主債務者の支払事故に関する債権者の通知義務

フランス消費法典 L. 341-1 条

特別の規定がない限り、保証人となる自然人は、弁済を求めることができる月において決済されない第 1 回目の支払事故が生じたときは、直ちに主債務者の不履行について事業者である債権者によって知らされなければならない。債権者がこの義務を遵守しないときは、保証人は、最初の支払事故の日からそれについて知らされた日までの間に発生した違約金または遅延利息について、支払う義務を負わない。

○自然人たる保証人の最低限の財産の保護

フランス民法 2301 条

保証人が前条によって許される財産の表示を行い、かつ、検索のために十分な金銭を供与した場合にはすべて、債権者は、保証人に対して、提示された財産の限度で、追行の欠如によって生じる主債務者の支払不能について責任を負う。いかなる場合においても、保証から生じる債務の総額は、消費法典 L. 331-2 条において定められた最低限の財産を、保証人となった自然人から奪う結果を生ぜしめることはできない。

○事業者と自然人との間での過大な保証の禁止

フランス消費法典 L. 313-10 条

金融機関、支払機関または通貨金融法典 L. 511-6 条第 5 号に規定される機関は、自然人によってなされた本編第 1 章または第 2 章にかかる与信取引に関する保証契約につき、その締結時において保証人の約務が保証人の財産及び収入に対し明白に比例性を欠いていたときは、保証人が請求された時点で保証人の財産がその債務を実現させることを許容する場合でない限り、その保証契約を主張することができない。

フランス消費法典 L. 341-4 条

事業者である債権者は、自然人によってなされた保証契約につき、その締結時において保証人の約務が保証人の財産及び収入に対し明白に比例性を欠いていたときは、保証人が請求された時点で保証人の財産がその債務を実現させることを許容する場合でない限り、その保証契約を主張することができない。

4-2. 担保法改正草案

担保法改正草案においては、以上において見たような消費法典等における規定のいくつかを民法典に統合しつつ、保証人保護に関する規定を整理すべきことが提案されている。具体的には、①書面性の原則的要求（担保法改正草案 2300 条〔上記 1 を参照〕）、②自然人による過大な保証の禁止（担保法改正草案 2305 条）、③債務総額の推移や無期限の保証における任意解約権に関する債権者の通知義務（担保法改正草案 2307 条）、④保証人の最低限の財産の保護（担保法改正草案 2314 条）である。各規定における規律の特

徴としては、まず、自然人による過大な保証の禁止に関する担保法改正草案 2305 条については、保証債務の内容が保証人の収入及び財産と比べて均衡を失っている場合の効果が保証債務の減額とされている点が、債権者による保証契約の主張を否定する消費法典 L. 313-10 条及び L. 341-4 条の規律とは異なっている。また、担保法改正草案 2307 条では、複数の法律によって重疊的に規定されている債務総額の推移等に関する債権者の通知義務につき、一般的な適用範囲を有する単一の規定によって統合することが提案されている。

[参照条文]

担保法改正草案 2305 条

非事業者として自然人により行われた保証は、その締結時において保証人の収入及び財産に対し明白に比例性を欠いていたことが明らかになったときは、請求された時点で保証人の収入及び財産が保証人にその債務を実現させることを許容する場合でない限り、減額され得る。

担保法改正草案 2307 条

- (1) 事業者である債権者は、毎年 3 月 31 日までに、自然人であるすべての保証人に対して、前年の 12 月 31 日において残存する負債の元本及びその従たる債務の金額について、知らせなければならない。これを怠ったときは、前回の通知の日から新たな通知がなされる日までに発生した利息及び従たるものについて権利を失う。債権者と保証人の関係では、この期間に行われた弁済は、債務の元本に優先的に充当される。
- (2) 保証が期間の定めのないものであるときは、事業者である債権者は、保証人の解約権限につき保証人に対し知らせなければならない。

担保法改正草案 2314 条

いかなる場合においても、債権者の訴訟は、自然人である保証人から、消費法典に規定されている最低限の財産を奪うことはできない。

[石川博康]

II ドイツ

1 成立における方式

保証の成立に関しては、書面によることが必要であり、またその書面は電子的方式によらないものであることを要する（766 条）。書面によることを要するのは保証人の側の意思表示のみであり、それ以外の意思表示については書面でなくともよいとされる。なお、保証が保証人にとって商行為である場合には、766 条の適用はなく、書面であることは要しない（商法 350 条）。

[参照条文]

ドイツ民法 766 条（保証の意思表示の書式）

保証契約が有効であるためには、保証の意思表示が書面によって示されることを要

する。電子的方式による保証の意思表示は、排除される。保証人が主たる債務を履行する限り、方式の不備は治癒される。

ドイツ商法 350 条

保証、債務約束または債務承認については、保証が保証人の側でまた約束及び承認が債務者の側で商行為である場合には、民法第 766 条第 1 文及び第 2 文、第 780 条並びに第 781 条第 1 文及び第 2 文は適用されない。

2 成立における情報提供

保証契約においては、一般的な債権債務関係と同様、信義則上の義務としての教示義務 (Aufklärungspflichten) や保護義務は生じ得るものの、債権者側の情報提供義務などについて定める特別の法律上の規定は存在しない。また、教示義務については、債権者が債務者の財産状況や保証によって引き受けることになるリスクの大きさなどについて債務者に教示する義務は原則として存在しない、というのが判例および通説の見解である (この点につき、*Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5: Schuldrecht - Besonderer Teil III*, 5. Aufl. 2009, §765 (Mathias Habersack), Rn. 87)。判例において債権者の教示義務が認められているのは、保証に関する債務者側のリスクにつき、債権者の行態により債権者において認識され得る債務者の錯誤が惹起された場合や、債権者がそのリスクを意図的に小さなものに見せかけた場合などである (BGH WM 1996, 944; NJW 1988, 3205; 1997, 3230; BGHZ 165, 363)。

3 「連帯保証」に対応する制度の扱い

3-1. 連帯保証

ドイツでは、単純な保証においては先訴の抗弁 (771 条; 債権者による主たる債務者に対する強制執行が不奏功に終わるまで、保証人は弁済を拒絶することができる) が認められているが、連帯保証 (selbstschuldnerische Bürgschaft) においては先訴の抗弁が排除される (773 条 1 項第 1 文)。保証が保証人にとって商行為である場合には、商法 349 条によって先訴の抗弁が排除され、連帯保証と同様に扱われることになる。また、先訴の抗弁を排除する旨の合意については、保証人にとって不利となるため、766 条第 1 文によって定められていると同様の方式を具備することが必要となる (BGH NJW 1968, 2332)。

なお、ドイツでは連帯保証は実務上広く用いられており、特に銀行との間で保証人が立てられるときには、先訴の抗弁が排除され連帯保証として保証が引き受けられるのが一般的であるとされている (Dieter Medicus, *Schuldrecht II: Besonderer Teil*, 13. Aufl. 2006, S. 194)。

3-2. 請求即払保証

以上の連帯保証の他、保証人の抗弁を全面的に排除し債権者の地位をより強いものとした保証の一形態として、請求即払保証 (Bürgschaft auf erstes Anfordern) がある (請求即払保証につき、Stefan Arnold, *Die Bürgschaft auf erstes Anfordern im deutschen*

und englischen Recht, 2008 (Erlangen, Diss.); *MünchKomm. zum BGB* (-Habersack), a. a. O., §765, Rn. 98ff.; 潮見佳男「ドイツにおける請求即払保証・損害担保の法理」法学論叢 154 巻 4=5=6 号 207 頁〔2004 年〕を参照)。請求即払保証は、民法典上規定されていない非典型担保として元来は国際取引などの場面で用いられていたものであったが、現在では商人間以外の取引などにおいても比較的広範に用いられている。請求即払保証においては、契約上保証人の一切の抗弁が排除されるのが一般的であり、この場合には、明白な権利濫用の場合 (BGH NJW 1988, 2610; ZIP 1989, 1108) にしか保証人からの抗弁は認められない。

請求即払保証は、保証人にとっては重大なリスクを引き受ける契約であるため、判例上、約款による請求即払保証は銀行等の信用供与機関による保証の場合にのみ認められ (BGH ZIP 1990, 1186)、また個別契約による請求即払保証の場合でも、保証人が請求即払の意味を理解しておらずまたこの点についての教示義務が債権者によって尽くされていない場合には、請求即払保証は通常の保証としての効力しか認められないとされている (BGH NJW, 1992, 1446; 1998, 2280)。

[参照条文]

ドイツ民法 771 条 (先訴の抗弁)

保証人は、債権者による主たる債務者に対する強制執行が奏功しなかった場合でない限り、債権者に満足を与えることを拒絶することができる (先訴の抗弁)。保証人が先訴の抗弁を主張したときは、保証人に対する債権者の請求権の消滅時効は、債権者による主たる債務者に対する強制執行が奏功せずに終わる時まで、停止される。

ドイツ民法 773 条 (先訴の抗弁の排除)

(1) 以下の各号の場合には、先訴の抗弁は排除される。

1. 保証人が抗弁を放棄したとき、特に、保証人が連帯保証人として保証したとき
2. 主たる債務者に対する訴訟追行が、保証の引受けの後に生じた主たる債務者の住所、営業上の支店、または居所の変更によって著しく困難となったとき
3. 主たる債務者の財産に関し破産手続が開始されたとき
4. 主たる債務者の財産に対する強制執行が債権者に満足を得させるに至らないと見込まれるとき

(2) 第 3 号および第 4 号の場合においては、債権者が質権または留置権を有する主たる債務者の動産から債権者が満足を得ることができる場合に限り、抗弁が認められる。この場合、第 772 条第 2 項第 2 文の規定が適用される。

ドイツ商法 349 条

保証が保証人にとって商行為であるときは、保証人は先訴の抗弁を有しない。信用委任により保証人として責任を負う者についても、以上の要件の下で同様に扱われる。

4 保証人保護のための制度等の有無

保証人の保護に関する民法上の規定としては、保証契約における方式の要請 (766 条)、保証債務の範囲における付従性 (767 条 1 項)、保証人の抗弁 (768 条、770 条、771 条)、

債権者による担保の放棄による免責（776 条）などの規定が置かれているが、この点に関するその他の特別の規定は特には存在していない。従って、保証契約の有効性に関しては、良俗違反（138 条 1 項）や約款規制に関する諸規定によって規律されるに過ぎず、また契約締結に際しての保証人に対する情報提供に関しても、原則として債権者は教示義務を負わないとされる（上記 2 を参照）。

保証の良俗違反に関しては、判例上、主債務者の近親者による保証の有効性をめぐり、近親者保証の事案につき憲法異議を認容した連邦憲法裁判所の判決（BverfGE 89, 214）に応える形で、近親者保証が良俗違反により無効とされる場合についての判断基準が連邦通常裁判所の判例によって継続形成されてきた（vgl. BGH NJW 2000, 1182; 2002, 2228; 2005, 971）。そこでは、近親者保証の良俗違反性の判断に際し、保証人に対する資金的要求が保証人の履行能力に比して著しく過大であるかどうか、保証人と主たる債務者との間に感情的な結び付きが存在しているかどうか、保証人自身の経済的な利益が欠けているかどうか、保護に値する債権者利益が欠けているかどうか、といった点が考慮されている（以上につき、Wolfgang Fikentscher/Andreas Heinemann, *Schuldrecht*, 10. Aufl. 2006, S. 671; *MünchKomm. zum BGB* (-Habersack), a. a. O., §765, Rn. 23ff. を参照のこと）。

〔石川博康〕

Ⅲ アメリカ合衆国

1 成立における方式

米国においては、様々な態様に基づく保証契約が認められている。保証法の第三次リステイトメント（Restatement (Third) of Suretyship and Guaranty、以下、リステイトメント）では、保証の義務が生じうる契約の類型として次の 6 項目を掲げている。（第 2 条）①債権者と保証人間の契約、②主たる債務者、保証人、債権者間の契約、③主たる債務の保証のために保証人の財物の担保権を債権者に認める契約、④債権者が当該契約の意図的な受益者となる場合に、保証人が主たる債務者の債務について保証人となることに合意する、当該保証人と主たる債務者間の契約、⑤当事者の交替無しに第三者が債務者の債権者に対する義務を引き受け、このことにより当該第三者が主たる債務者となり、元債務者が保証人となることについての債務者と当該第三者の契約、⑥債務者が第三者に対し担保権または譲渡担保権に服している財物を移転し、その結果として当該第三者が主たる債務者となり、元債務者が保証人となることについての債務者と当該第三者との契約。

保証契約の成立には、一般の契約の成立に求められる諸条件（交渉および約因の存在等）のほか、書面によることが求められる。（リステイトメント 11 条）1677 年に定められたイギリス詐欺防止法第 4 条を起源として、今日、メリーランド州、ニューメキシコ州、ルイジアナ州を除く州では保証契約の書面要件が制定法によって定められている。

【例】ニューヨーク州一般債務法 § 5-701 書面によらなければならない合意

- a. 以下の場合において、いかなる合意、約束、または引受けも、それまたはその覚書もしくは防備録が書面によってなされ、負担を負う当事者またはその正当な代理人が署名をしない限り、無効である。

1. (略)
2. 他人の債務、懈怠、不履行を保証する場合。

2 成立における情報提供

通常、保証人が保証人となることの申込みに対して、債権者は融資を行うことによって当該申込みを承諾するものであり、保証人が申込みの際にこれを求めている限りは、保証人に対する承諾の通知は別段必要ではない。しかし、保証人がこのような融資が行われたかどうかを確かめる適切な手段を持たない場合には、債権者による通知が求められる。債権者が保証人に対し承諾の通知をするための合理的な注意を払わなかった場合には、保証人の義務は免除される。(リステイトメント 8 条)

さらに、保証人が債権者の不実表示に基づいて保証契約を締結するに至った場合、保証債務は取り消すことができる。この際、不実表示の他に以下の 3 つの要件が求められる。①不実表示が詐欺的または重大なものであったこと。②当該不実表示が保証人を保証契約締結に至らしめたこと。③不実表示に依拠したことについて、保証人が正当化されること。また、保証人が主たる債務者もしくは第三者による不実表示に基づいて保証契約を締結した場合には、当該不実表示について善意でありこれを知る合理的理由のない債権者が、保証債務に価値を置きこれに著しく依拠していない限り、保証債務は取り消すことができる。(リステイトメント 12 条)

3 「連帯保証」に対応する制度の扱い

米国では保証の意味で“surety”と“guarantor”の二つの言葉が用いられる。伝統的には、“surety”は主たる債務者と同一の債務を負う連帯保証人を意味し、“guarantor”は主たる債務者に債務不履行が生じた場合に責任を負う保証人を意味する。(リステイトメント 15 条) もっとも、このような区別を州法上廃止した州も多く、二つの言葉の概念に実務上それ程差異は無いとの指摘も存在する。例えば、カリフォルニア州民事訴訟法典 § 2787 (1939 年改正) は次のように定める。

Surety と Guarantor の区別はここに廃止する。これらの用語およびその派生語は、本法典または本州において現在有効な、もしくは将来施行される他の制定法もしくは判例法において、本条に定義される通り同義の意味を有する。Surety または Guarantor は、他人の債務、懈怠、不履行を保証することを約束し、または財物をこれらの保証として抵当に入れる者をいう。回収保証および継続的保証は保証債務の一形態であり、これらに関連する規定に効果を与えるために必要な場合を除き、保証契約一般に関連する全ての規定に服する。信用状は保証債務の一形態ではない。本条の目的のために、信用状とは、商法第 5 部に規律される合意の有無に関わらず商法 5102 条(a) (10) 条に定義される信用状を意味する。

債務者が債務不履行となった場合には、通常債権者は直ちに保証人に保証債務の履行を求めることができる。保証人が債権者に対し、まずは主たる債務者の責任を追及するように求めるためには、予め保証契約において取り決めをしておく必要がある。このような取り決めを回収保証 (guaranty of collection) と呼ぶ。当事者間でこの言葉が用いられた場合には、債権者は主たる債務者の居場所を特定できず訴訟を提起できない場合、主たる

債務者が破産している場合、もしくは債権者が主たる債務者に対する判決手続を経てもなお債権を回収できない場合にのみ、保証人は責任を負う。(リステイトメント 15 条(b)) もっとも、このような条件を経ないと保証人に保証債務の履行を求められないとなると、そもそもの保証契約を締結する利便性が損なわれるため、実際には回収保証を用いる例は稀である。(Lopucki, Commercial Transaction, 3rd., 584)

4 保証人保護のための制度等の有無

保証人を保護する一つの例として、主たる債務者が更生手続を開始した場合に、保証人に対する債権者の回収活動に差止命令を出した判決例がある。(F. T. L., Inc. v. Creaster Bank (In Re F. T. L., Inc.), 152 B.R. 61 (Bankr. E.D. Va. 1993)) 通常、債務者が更生手続を開始した場合には、債権者の債務者に対する債権回収活動は自動的に停止される。これは、債権者に対し債務者の資産に対する公平な分配をするための強制的かつ集中的な議論の場を与え、債務者に対し現実的な更生計画を作成させるためであると説明される。自動停止を規定した条文 (11 USC § 362) では債務者もしくは破産財産に対する法的手続および判決の強制を停止するが、保証人に対する債権回収の停止は規定していない。しかし、本事件では、保証人に対する債権者の権利実現が債務者の更生に著しい不利益を与える可能性のあることを理由に、債権者の保証人に対する回収活動の差止を命じた。

〔石田京子〕

IV イギリス

1 成立における方式

英国では、1677 年に制定された詐欺防止法 (Statute of Fraud) により、保証契約の締結は書面によることが義務付けられている。

詐欺防止法第 3 章 § 4

他人の債務不履行または懈怠に対して責任を負う特別の約束については、その合意またはその覚書もしくは防備録が書面によってなされ、負担を負う当事者またはその当事者が合法に権限を授与した他人が署名をしない限り、訴訟を提起できない。

保証契約は、その性質においては個別の保証契約と継続的保証契約に区別することができ、その成立の様態においては債務者－保証人間の契約によるもの、債権者－保証人間の契約によるもの、もしくは債務者－債権者－保証人の三者間契約によるものに区別することができる。いずれの場合であっても、保証契約は単なる書面要件のほか、捺印証書または約因 (契約成立の要件となる取引上の対価を意味する英米法上の概念) が存在することが求められる。また、契約を規律する諸原則 (詐欺、不実表示、不当威圧に基づく取消等) は、保証契約にも当然に適用される。

2 成立における情報提供

保証契約の締結にあたり、債権者は、保証人となる者に対して一般的な情報開示の義務は負わない。しかし、債務者との契約において、保証人となる者がこれを知っていたら保

証人とならなかったであろう特異な特徴が存在する場合には、債権者は、その事実を保証人となる者に対し開示する義務があり、これを怠った場合には保証契約は取り消すことができる。(Royal Bank of Scotland Plc v Etridge (No. 2) [2001] UKHL 44, [2002] 2 AC 773)

3 「連帯保証」に対応する制度の扱い

通常、契約で別段の定めのない限り、保証契約を締結した保証人は、主たる債務者が債務不履行に陥った際に債務を履行する義務のみならず、主たる債務者に債務を履行させる義務も負っていると理解されている。この理解に基づいて、債務者の破産後に債権者が主たる債務にかかる契約を終了した後に、主たる債務の残額に利息を付した金額を損害額として、保証人の支払責任を認めた判例がある。(Moschi v Lep Air Services Ltd [1973] A.C. 331)

また、主たる債務者が債務不履行に陥った場合には、債権者は保証人に対し保証債務の履行を当然に求めることができ、主たる債務者に請求または執行を既に行ったことを示す必要のないことが判例法上確立している (Ewan McKendrick ed., Code on Commercial Law (2010), 892)。ただし、保証人が債権者から単独で訴訟を提起された場合には、保証人は第三者を訴訟に引き込む民事訴訟規則上の手続を用いて、主たる債務者を追加的当事者とするように裁判所に求めることができる。(Chitty on Contracts (30th ed, 2008), ch44-111)

民事訴訟規則第 20 部規則 5 原告以外の者に対する反訴

(1) 原告以外の者に対する反訴を求める被告は、裁判所に対し、その者を追加的当事者として手続に加える命令を申立てなければならない。

4 保証人保護のための制度等の有無

保証人は、債権者の自らに対する権利行使が可能になった時点で、予防的訴訟 (quia timet action) を提起し、裁判所に対し、保証人が主たる債権者に対する求償権を有することの宣言、および主たる債務者による債権者への支払い命令を求めることができる。(Wolmershausen v Gullick [1893] 2 Ch. 514)

債権者が、保証人の同意なしに主たる債務者の支払期日を延長した場合には、保証人は保証債務から完全に解放される。(Samuell v Howarth (1817) 3 Mer 272, per Lord Eldon LC at 279) これは、同意なしに行われた期日の延長が、延長された期日の下でも主たる債務者から求償を得られるかどうかを検討する保証人の機会を奪い、もとの契約において認められた保証人に対する救済手段を喪失させるためであると説明される。

イギリスでは現在のところ、専ら保証人の保護を目的とした制定法は存在しないが、「1977 年不公正契約条項法」(Unfair Contract Terms Act 1977)、および専ら消費者契約に適用される「1999 年消費者契約規制における不公正条項」(Unfair Terms in Consumer Regulations 1999) は、保証契約にも適用される。例えば、債権者が、過失により保証人に対する十分な説明を行わなかった場合の自らの責任を排除する条項を入れて、保証人と保証契約を締結した場合には、そのような契約は合理性を欠き無効となる可能性がある。また、保証人が消費者と見なされる場合や債権者の取引標準約款を用いて保証契約が締結

された場合には、債権者の債務者に対する契約責任を排除する条項も合理性を欠き、保証契約が無効となる可能性がある。

1977 年不公正契約条項法 § 2 過失

- (1) 契約上の条項または通知によって、特定の者または一般に対し、過失による死亡もしくは人身被害に対する自らの責任を排除または制限することはできない。
- (2) その他の損失または損害については、契約条項が合理性の要件を満たさない限り、過失に対する自らの責任を排除または制限することはできない。
- (3) 契約上の条項または通知が、過失に対する責任を排除または制限することを目的としている場合には、これに対する合意もしくは意識はそれのみを持ってその者の自発的な危険の引受けを意味しない。

1977 年不公正契約条項法 § 3 契約により生じる責任

- (1) 本条は、一方当事者が消費者として取引する場合または相手方の取引標準約款を用いて行う場合の契約当事者に適用される。
- (2) 一方当事者に対し、相手方は次に掲げる契約条項を用いてはならない。
 - (a) 契約違反を行った場合の自らの責任を排除もしくは制限する条項。
 - (b) 契約条項が合理性の要件を満たす場合を除き、以下の権利を付与する条項。
 - (i) 契約上の履行を合理的に期待されるものと著しく異なるものとする権利。
 - (ii) 契約上の義務の全部または一部を全く履行しないこととする権利。

1999 年消費者契約規制における不公正条項 第 5 規則（抄訳）

- (1) 個別に交渉していない契約条項は、それが誠実要件に反し、契約から生じる両当事者の権利義務に重大な不均衡をもたらす消費者に不利益に働く場合には、不公正と見なす。

〔石田京子〕