

民法（債権関係）の改正に関する要綱案の取りまとめに向けた検討(4)

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	更改の取扱い	1
2	連帯債務者間の通知義務（民法第443条関係）	3
3	不可分債権及び連帯債権	6
第2	保証人の通知義務及び求償の範囲	8

第1 多数当事者の債権及び債務（保証債務を除く。）

1 更改の取扱い

- (1) 連帯債務者の一人との間で更改があった場合に、他の連帯債務者の債務が消滅するという民法第435条の規律を改め、更改を相対的効力事由にするという考え方があるが、どのように考えるか。仮に相対的効力事由にする場合に、更改の当事者の意思によって、他の連帯債務者の債務を消滅させることができることとするかどうかについて、どのように考えるか。
- (2) 不可分債務者の一人との間で更改があった場合の他の不可分債務者に対する効力については、連帯債務と同様に扱うことが考えられるが、どのように考えるか。

○中間試案第16、3(2)「更改、相殺等の事由（民法第435条から第440条まで関係）」

民法第435条から第440条まで（同法第436条第1項を除く。）の規律を次のように改めるものとする。

ア 連帯債務者の一人について生じた更改、免除、混同、時効の完成その他の事由は、当事者間に別段の合意がある場合を除き、他の連帯債務者に対してその効力を生じないものとする。

イ・ウ 略

(注) 略

(説明)

1 連帯債務者の一人との間で更改があった場合

(1) 問題の所在

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、その負担部分がそれぞれ平等である場合において、Aが債権者との間でAの債務をA所有の自転車を債権者に引き渡すという債務に変更する旨の更改契約を締結したとすると、これによって、Aの債務のみならず、BとCの債務も消滅することになる。

このような規定の趣旨は、それが通常債権者の意思に合致することにあるとされている。すなわち、債権者が連帯債務者の一人と更改をしたときは、①当該債務者の一人に対する債権のみを消滅させて、これに代えて新しい債権を生じさせる場合、②全債務者に対する債権を消滅させて新しい債権がこれに代わる場合の双方があり得、当事者の意思によっては①も可能であるが、特別の意思表示がない場合には当事者は②とする意思であると推測したものである。

民法第435条の規定については、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ものであるが、債務者の一人と更改をしたことによって他の債務者に対する債権が消滅すれば、このような担保的機能を弱めることに

なるから、実務においては、債権者は、更改をした段階では、他の連帯債務者の債務を消滅させる意思までは有していないのがむしろ通常であるという評価がある。

(2) 考えられる改正の内容

債権者は、通常、他の連帯債務者の債務を消滅させる意思までは有していないのが通常であるとする、債権者が連帯債務者の一人との間でした更改が絶対的効力を有するという民法第435条を改め、更改は相対的効力を有するにすぎないという立場を採ることが考えられる。この考え方によれば、上記の例では、Aが債権者との間でAの債務をA所有の自転車を債権者に引き渡すという債務に変更する旨の更改契約を締結したとしても、債権者に対して連帯して30万円を支払うというBとCの義務は存続することとなる。そして、債権者が二重利得することを回避するためには、Aが債権者に対して当該自転車を引き渡すか、B又はCが債権者に対して30万円を支払った場合には、他の連帯債務者の債務も消滅することになり、履行した連帯債務者は他の連帯債務者に対して求償の規定に従って求償をすることができると思えることになる。

もっとも、このような考え方に対しては、更改は新たな債務という経済的損失を負担して旧債務を消滅させる行為であり、更改後の債務の履行によって他の連帯債務者の債務が消滅すると解するのは更改の性質に反するという指摘もある。このような考え方に従えば、更改は弁済と同視することができるのであり、そうであるとすれば連帯債務者の一人について更改が生じた場合には、他の連帯債務者の債務も消滅することになる。

このように、更改の性質に着目して、結果的に民法第435条の規律を維持するという考え方があるが、どのように考えるか。

(3) 更改を相対的効力事由とする場合の規定の在り方

以上のように、更改を相対的効力事由とすかどうか自体について議論は分かれ得るが、仮に更改を相対的効力事由とするという立場を採る場合には、その規定の在り方として、民法第435条を削除することが考えられる。しかし、単に民法第435条を削除するだけでは、更改の当事者の意思によって同条と同様の結果を実現することができるか、すなわち他の連帯債務者の債務を消滅させられるかどうかは明確ではない。同条がなければ、更改があった場合の効果については相対的効力の原則を定めた規定(部会資料67A第1、2(5))が適用されることになるが、この規定によれば、例えば、債権者に対してA及びBが連帯債務を負う場合に、債権者とAとの合意によって、Bに生じた事由の効力をAに及ぼすことができる。しかし、債権者とBの更改の際に債権者とBが合意することによって、その更改の効力をAに及ぼすことができるかどうかは明らかでない。むしろ、合意の効力は原則として第三者に及ばないという一般論によれば、更改の当事者の合意によってその効力を第三者である他の連帯債務者に及ぼすことはできないとも考えられる。もともと現在の民法第435条は、特段の合意がない場合における当事者の意思を推測したものであったことからすると、更改の当事者の合意によって、従来の民法第435条が認めていた効力を生じさせることができないこととなるのは適当でないとも考えられる。そこで、更改を相対的効

力事由とする場合には、現在同条に基づいて実現することができていることが改正によってできなくなる事態を避けることを目的として、単に同条を削るのではなく、同条に代えて、更改の当事者がその意思を表示することにより、更改をした連帯債務者以外の連帯債務者の債務を消滅させることができることを明示することが考えられる。もっとも、素案のような規定を設けなくても、他の連帯債務者のすべてに対して債権者が個別に免除をすれば、個別の意思表示を要する点で同条と異なるとは言え、同様の効果を得ることはできるのであり、このような規定を設けることに実務的な必要性がないとも考えられる。実務的な必要性がないとすれば、民法第435条を単純に削除することも考えられるが、どのように考えるか。

2 不可分債務者の一人との間で更改があった場合

不可分債務者の一人と債権者との間で更改があった場合には、同法第429条第1項が準用され、債権者は他の不可分債務者に対して全部の履行を請求することができるが、全部の履行をした不可分債務者に対し、更改をした不可分債務者の負担部分に相当する価額を償還しなければならないことになる。しかし、不可分債務者の一人との間で更改又は免除をした債権者が、その不可分債務者の負担部分を自ら負担する意思であったかどうかについては、連帯債務の場合と同様に問題がある。

また、連帯債務者の一人との間で更改があった場合の処理においては、民法第435条を維持するにせよ、相対的効力事由にするにせよ、旧債務と新債務とが等価値であることが想定されていると考えられるが、民法第429条第1項においては、旧債務の全額ではなく更改をした債務者の負担部分と新債務とが等価値であることが想定されていると考えられる。また、連帯債務においては、更改後の債務の履行を受ければ債権者はそれ以上の権利を有しないと考えられるが、同項においては更改後の債務の履行を受けるとともに、他の不可分債務者からは旧債務の履行を受けることができると考えられる。このように、連帯債務における更改と不可分債務における更改とは想定されている行為の内容が異なっているが、連帯債務と不可分債務とでこのような区別をする合理性があるかどうかには疑問もあり得る。

仮に、連帯債務について債権者の意思は他の連帯債務者の債務を消滅させるものではないとして更改を相対的効力事由に改めるとすれば、このような債権者の意思は、不可分債務者の一人と更改をした債権者においても同様であると考えられる。他方、更改の性質を重視して、弁済と同様に扱い、債務者の一人と更改をした場合には他の債務者の債務も消滅すると考えるのであれば、連帯債務であるか不可分債務であるかによって更改の性質が異なるわけではないから、連帯債務と不可分とで扱いを異にする理由はないと考えられる。したがって、まずは連帯債務者の一人について更改があった場合の扱いを検討した上で、不可分債務についてもこれと同様の規定を設けることが考えられるが、どのように考えるか。

2 連帯債務者間の通知義務（民法第443条関係）

連帯債務者間の通知義務を廃止し、事後通知の先後によって免責行為の有効性を判断することとする場合には、通知が一部の連帯債務者のみに対して行わ

れた場合の処理や、免責行為をしなかった連帯債務者に対する求償の要件などが問題になると思われるが、これらの点についてどのように考えるか。

連帯債務者間の通知義務を存置する場合には、その要件について見直しの必要があるかどうか問題になるが、どのように考えるか。

○中間試案第16、4(2)「連帯債務者間の通知義務（民法第443条関係）」
民法第443条第1項を削除し、同条第2項の規律を次のように改めるものとする。
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場合において、その連帯債務者が、他に連帯債務者がいることを知りながら、これを他の連帯債務者に通知することを怠っている間に、他の連帯債務者が善意で弁済その他共同の免責のための有償の行為をし、これを先に共同の免責を得た連帯債務者に通知したときは、当該他の連帯債務者は、自己の弁済その他共同の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ものとする。

(説明)

1 民法第443条第1項は連帯債務者間の事前通知義務について定め、連帯債務者の一人が事前に他の連帯債務者に通知しないで共同の免責を受けた場合に、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対抗することができることとしている。この規定に対しては、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から、その弁済を遅滞しつつ他の連帯債務者に対する事前の通知をせざるを得ないような義務を課すのは相当でないという批判がある。また、連帯債務者の一人は、他の連帯債務者が債権者に対抗することのできる事由を有していたとしても、その事由を主張する機会を与えるべき立場にはないとの批判もある。これらの批判を踏まえ、中間試案では、事前通知義務を廃止し、事後の通知の先後によって、免責を得た行為のうちいずれを有効とするかを決するという案が示されている。

もっとも、パブリック・コメントの手續に寄せられた意見には、事前通知義務によって実務上特段の問題は生じておらず、積極的に事前通知義務を廃止する理由はないなどとして、事前通知義務を課すという現状を維持すべきであるという意見も少なくない。また、弁済しようとする連帯債務者が他の連帯債務者に事前通知をしたことによって既に弁済がされていたことを知ることもあり、事前通知は現実にはこのような機能を果たしているという評価もある。これによれば、民法第443条第1項の事前通知義務を維持することも十分に考えられる。

2 仮に、民法第443条の定める事前通知義務を廃止し、事後通知の先後によっていずれの行為が有効であるかを決するという制度を設けるとすれば、次のような点について検討することが必要になると考えられる。

(1) 例えば、債権者に対してA、B及びCの3名が連帯債務を負担し、まずAが、次いでB及びCが善意でそれぞれ弁済し、その後、AがBのみに、BがCのみに、CがA

のみに事後の通知をしたとする。このような事例では、AはBに対してAの免責のための行為が有効であることを主張することができ、その負担部分について求償することができるが、CはAに対してCの行為が有効であるとみなすことができるため、AはCに対して求償することができず、逆にAはCの求償に応じなければならないと考えられる。連帯債務者間の求償権はこのように処理され、Aは有効と認められなかった弁済について債権者に対して不当利得として償還を求めると考えられるが、Aの弁済が有効であるかどうかはB又はCとの関係で相対的に決せられており、Aは債権者に対してどのような範囲で償還することができるか、どのような根拠で償還が認められるかが不明確になるように思われるが、どのように考えるか。

(2) また、債権者に対して連帯債務を負担するA、B及びCのうち、A、次いでBが弁済し、AのBに対する通知が先に到達したという事案で、A及びBが弁済しなかったCに対して求償した場合には、Cはいずれの求償に応ずべきか。AとBとの間では通知の先後によって決めるとすると、Cに対する関係でもAの通知とBの通知のいずれが先に到達したかによって決すべきであるようにも思われる。しかし、中間試案第16、4(2)は自ら共同の免責を得るための行為をしなかった連帯債務者については何ら特別の規定を設けておらず、原則どおり最初の行為（上記の例ではAの弁済）が有効なものとなると考えられる。したがって、上記の例では、Bから先に求償を受けてもAの求償に応じなければならないが、これはAとBの間では通知の先後によって決めたことと方向性をやや異にするように思われる。

3 以上に対し、民法第443条の定める事前通知義務を維持することも考えられるが、仮にこれを維持するとしても、その見直しの余地がないか、検討する必要がある。例えば、次の点が問題になると考えられるが、どのように考えるか。

(1) 民法第443条第1項は、「債権者から履行の請求を受けたこと」を事前に通知しないで共同の免責を得たことを要件としている。しかし、債権者から履行の請求を受けたことは必ずしも必要ではなく、連帯債務者の一人が弁済等をする旨の通知をしなかったことが重要であるように思われる。そこで、「債権者から履行の請求を受けたこと」という文言を削り、例えば、「あらかじめ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」とすることが考えられる。

(2) また、民法第443条第1項は、「他の連帯債務者に」通知しなかったことを要件としているが、連帯債務者が知らないうちに他の連帯債務者が生じていることもあり得る。事前通知を怠ったことによる不利益を課すには、連帯債務者の一人が他に連帯債務者がいることを知っていたのに通知しなかったことが必要であるとすべきであるから、「他の連帯債務者に」の部分で「知れている他の連帯債務者」とすることが考えられる。

(3) 民法第443条第2項は、連帯債務者の一人が弁済等をした場合には他の連帯債務者に対して事後の通知をしなければならないとすることによって、他の連帯債務者が二重に弁済等をするのを防ぐ趣旨の規定であるとされている。そして、現行法の下では、ある連帯債務について相次いで弁済等をした者がいる場合において、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も事前

の通知をしなかったときは、後に弁済等をした連帯債務者は、同条第1項の事前の通知を怠った以上、同条第2項による保護を受けることはできず、自己の弁済等を有効とみなすことができ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頁参照）。しかし、このような解釈を同条第1項及び第2項から読み取るのは困難であることから、この判例法理を条文上明確にすることが考えられる。

この判例法理を条文上明確する方法としては、同条第2項の「善意で」とあるのを「善意でかつ過失なく」と改めることが考えられる。後に免責のために必要な行為をした者が事前知っている他の連帯債務者に対して通知をしていれば、既に免責が得られていることを容易に知り得たのであり、それを怠った連帯債務者には過失があると言える。したがって、同項による保護を受けるための要件として無過失が必要であることを明確にしておけば、事前の通知を怠った連帯債務者は同項の保護の対象から除外され、結果的に判例と同様の結論となる。また、観点を変えれば、原則として、先に免責のためにされた行為によって債務は消滅しているはずであり、この原則を修正して第2の行為を有効とするためには、その行為者の信頼が正当であること、すなわち善意でかつ過失がなかったことが必要であると考えられ、この点からも、同項の要件を「善意でかつ過失なく」と改めることは正当化されると考えられる。

これに対し、上記昭和57年最判をより直接的に条文に反映させることも考えられる。例えば、民法第443条第2項にただし書を加え、「ただし、その免責を得た連帯債務者が、先に共同の免責を得た連帯債務者に対し、あらかじめ通知しないで弁済をし、その他有償の行為をもって免責を得たときは、この限りでない」とすることが考えられる。

3 不可分債権及び連帯債権

中間試案で示されている連帯債権に関する規定は、これに不可分債権と同様の規律が妥当し、不可分債権との異同はその内容が性質上不可分であるかどうかによるとされる。同様の規律が妥当するのに、現在のように意思表示による不可分債権の制度が用意されているだけでは足りず、このような連帯債権概念を設けるべき実際上の必要性として、どのようなことが考えられるか。

連帯債権について、不可分債権に関する民法第429条第1項を適用することの適否について、どのように考えるか。

○中間試案第16、9「不可分債権」

- (1) 民法第428条の規律を改め、数人が不可分債権を有するときは、その性質に反しない限り、連帯債権に関する規定を準用するものとする。
- (2) 民法第431条のうち不可分債権に関する規律に付け加えて、不可分債権の内容がその性質上可分となったときは、当事者の合意によって、これを連帯債権とすることができるものとする。

○中間試案第16、8「連帯債権」

連帯債権に関する規定を新設し、次のような規律を設けるものとする。

- (1) 連帯債権を有する数人の債権者は、すべての債権者のために履行を請求することができ、その債務者は、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ものとする。
- (2) 連帯債権者の一人と債務者との間に更改、免除又は混同があった場合においても、他の連帯債権者は、債務の全部の履行を請求することができるものとする。この場合に、その一人の連帯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ものとする。
- (3) 上記(2)の場合のほか、連帯債権者の一人の行為又は一人について生じた事由は、他の連帯債権者に対してその効力を生じないものとする。

(説明)

1 連帯債権概念の必要性

連帯債権（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の給付を請求する権利を有し、そのうちの一人の債権者がその給付を受領すればすべての債権者の債権が消滅するもの）については、裁判例や学説にこれを認めるものがあるほか、金融実務等において有用な概念であるとして、これに関する規定を設けるべきであるという指摘がある。中間試案では、このような指摘を踏まえて、連帯債権に関して、法令又は法律行為の定めがある場合に連帯債権が成立すること、連帯債権には不可分債権と同様の規律を設けることなどを内容とする案が示されている。

中間試案についてのパブリック・コメントの手續に寄せられた意見の中にも、法律行為の定めによる連帯債権の重要性を指摘するものがあった。もっとも、連帯債権に関する規律を設けるとしても、その内容が不可分債権に関する規律と全面的に同様のものとなり、不可分債権との差は、債権の内容が性質上可分であるかどうかであるとするれば、法律行為によって発生する連帯債権は、現在でも認められる当事者の意思表示による不可分債権（民法第428条参照）と変わらないとも考えられる。中間試案についてのパブリック・コメントの手續に寄せられた意見の中にも、連帯債権の規定の創設が一種の概念整理であるという理解の下に、従来概念を改める必要はないとの意見も見られる。

これに対しては、連帯債権と不可分債権が同様の規律に服するとしても、連帯債権概念自体は意思表示による不可分債権とは別に従来から認められてきた概念であり、これと不可分債権との関係が不明確であったのであれば、概念を整理する必要があること、債務者が複数の場合の中には連帯債務になる場合と不可分債務になる場合とがあるが、その区別の基準と、連帯債権と不可分債権の区別の基準がずれることは適当でなく、意思表示によって不可分債権になっていた関係を連帯債権と整理し直すことが必要であるとの反論もあり得る。しかし、同時に、連帯債権概念を導入するとするれば、意思表示による不可分債権という制度が用意されているだけでは足りず、連帯債権概念を設ける実際上の必要性の有無についてより議論を深める必要があると考えられるが、どのように考えるか。

2 連帯債権について民法第429条第1項の規律を適用することの相当性

連帯債権に関する規定を設ける場合には、これと不可分債権との差は、その目的が性質上可分であるか不可分であるかの差に過ぎないとして、中間試案においては、不可分債権に関する規定と同様の規定を設ける案が示されており、民法第429条第1項についても連帯債権に妥当することが前提とされてきた。

しかし、民法第429条第1項が、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ととしたのは、その債権の内容が不可分であるからであると考えられるように思われる。すなわち、同項後段の規定により、更改又は免除をした債権者に分与されるべき利益は履行者に償還されなければならない、債権者が最終的に保持し得るものではないから、これをもともと請求することができないこととするという考え方もあり得る。しかし、性質上不可分な債権はその一部分を履行する意味がないから、他の債権者としては不可分な債権の全部の履行を請求するほかなく、履行を受領した後、更改等をした債権者に分与されるべき利益を履行者に償還することは合理的であると考えられる。

これに対し、債権の目的がその性質上可分なものである場合には、履行を請求する債権者は、当初から更改等をした債権者に分与されるべき利益を除いて履行を請求することも可能なはずであり、民法第429条第1項と同様の規律を設けなければならない必然性はないように思われる。もっとも、同項と同様の規律を設けることが必然ではなくとも、連帯債務に関する規定において、債権者の通常の意味などを考慮して、債務者の一人に生じた事由の効力を絶対的効力から相対的効力に改めることが検討されているのと同様に、連帯債権についても、更改や免除は相対的効力を有する（他の債権者の請求権に影響を与えない）と考えるべきであるとの判断もあり得る。

以上の点について、どのように考えるか。

第2 保証人の通知義務及び求償の範囲

1 保証人の通知義務については、次のとおりの措置を講ずることが考えられるが、どのように考えるか。

- (1) 委託を受けた保証人の事前通知については、連帯債務者の事前通知の議論を踏まえ、これと同様の規定を設けるものとする。
- (2) 委託を受けない保証人の事前通知（民法第463条第1項による同法第443条第1項の準用）を廃止するものとする。
- (3) 主債務者の意思に反して保証をした保証人の事後通知（民法第463条第1項による同法第443条第2項の準用）を廃止するものとする。

2 保証人の求償の範囲については、次のような規律を設けることが考えられるが、どのように考えるか。

- (1) 民法第462条第1項に次の規定を加える。

民法第462条第1項の場合において、主たる債務者が、その当時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。

(2) 民法第462条第2項に次の規定を加える。

民法第462条第2項前段の場合において、主たる債務者が、保証人が自己の財産をもって免責を得た後求償の日以前に自己の財産をもって免責を得たことを主張するときは、保証人は、債権者に対し、主たる債務者に対する当該財産の返還債務の履行を請求することができる。

○中間試案第17、3(2)「保証人の求償権」

民法第463条の規律を次のように改めるものとする。

ア 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、保証人が弁済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る行為をしたにもかかわらず、これを主たる債務者に通知することを怠っている間に、主たる債務者が善意で弁済その他免責のための有償の行為をし、これを保証人に通知したときは、主たる債務者は、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ものとする。

イ 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、主たる債務者が弁済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にもかかわらず、これを保証人に通知することを怠っている間に、保証人が善意で弁済その他免責のための有償の行為をし、これを主たる債務者に通知したときは、保証人は、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ものとする。

ウ 保証人が主たる債務者の委託を受けないで保証をした場合（主たる債務者の意思に反して保証をした場合を除く。）において、保証人が弁済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る行為をしたにもかかわらず、これを主たる債務者に通知することを怠っている間に、主たる債務者が善意で弁済その他免責のための有償の行為をしたときは、主たる債務者は、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ものとする。

(説明)

1 保証人の通知義務

(1) 民法第463条第1項は、連帯債務についての同法第443条第1項を準用しており、保証人が共同の免責を受けようとするときは事前に通知しておかなければ、不利益を受ける可能性がある。この事前通知については、連帯債務者間の事前通知（前記第1）と同様に、事前通知の制度を存続するか、廃止した上で免責のための行為が複数ある場合には通知の先後で優先する行為を決することが検討されている。委託を受けた保証人については、連帯債務者における議論を踏まえて、これに従って規定を設けるべきであると考えられる。

(2) 民法第463条第1項は、同法第443条が準用される保証人の範囲を限定していないから、委託を受けない保証人についても同条が準用されることになる。しかし、委託を受けないが主債務者の意思に反しない保証人については、もともと、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」にとどまる（同法第462条第1項）から、主債務者に対する事前の通知を怠ったかどうかにかかわらず、弁済等をした当時、主債務者が債権者に対抗することのできる事由を有していた場合には、その事由に係る分の金額について求償をすることができない。そうすると、委託を受けないが主債務者の意思に反しない保証人については、連帯債務者について事前通知を廃止するかどうかにかかわらず、事前通知の準用を排除すべきである。

(3) 委託を受けず主債務者の意思にも反する保証人の通知義務

ア 委託を受けず主債務者の意思にも反する保証人については、もともと、その求償権の範囲が、主債務者が「現に利益を受けている限度」にとどまる（民法第462条第2項）から、事前通知を義務づける意義が乏しい。そこで、連帯債務者について事前通知を廃止するかどうかにかかわらず、事前通知の準用を排除すべきである。

イ 委託を受けず主債務者の意思にも反する保証人については、上記のとおり、その求償権の範囲が、主債務者が「現に利益を受けている限度」（民法第462条第2項）にとどまるとされているから、保証人が事後の通知を怠ったかどうかにかかわらず、保証人が主債務者に対して求償をした時までに主債務者が弁済等をしていた場合には、その弁済等に係る金額の求償をすることができない。つまり、主債務者は、自己の弁済等を有効とみなすことができるから、委託を受けず主債務者の意思にも反する保証人については、求償の関係では、事前の通知のみならず、事後の通知を義務づける意義も乏しい。そこで、中間試案では、委託を受けず主債務者の意思にも反する保証人については、事後通知の制度も廃止するものとしている。

2 保証人の求償の範囲

(1) 委託を受けないが主債務者の意思に反しない保証人の求償権

民法第462条第1項は、委託を受けないが主債務者の意思に反しない保証人の求償権の範囲を、弁済等の当時主債務者が利益を受けた限度に限定している。したがって、保証人による弁済等の当時、主債務者が相殺の原因を有していたときは、主債務者が相殺権の行使によって債務を免れる分の金額は、求償することができないことになる。しかし、この場合に、主債務者は保証人の行為によって主債務を免れ、しかも求償をも免れるとするのは不相当である。そこで、民法第462条第2項後段と同様に、この場合には、保証人は、債権者に対し、主債務者が有していた債権の履行を請求することができる旨の規定を設ける必要がある。

(2) 主債務者の意思に反する保証人の求償権

この（説明）の上記1(3)イのとおり、主債務者の意思に反する保証人は、自己の財産をもって免責を得ても、その後主債務者が自己の財産をもって免責を得た場合には、求償をすることができない（民法第462条第2項）。この場合には、その保証人は債権者に対して不当利得の返還請求が認められるべきである。しかし、保証人が債務を弁済した時点では有効な弁済であり、その後主債務者が弁済をしたとしても、保証人の弁済がさかのぼって無効な弁済になるわけではないと考えるとすれば、保証人は自ら履行したものの返還を請求することはできないはずである。この場合には、主債務者の弁済が無効であり、その返還請求権が成立しているから、本文2(2)は、保証人が

主債務者に代わってその返還義務の履行を請求することができることとしている。

なお、この考え方は、保証人が弁済をした後に主債務者が弁済をした場合には、主債務者は求償を拒むことはできるが（民法第462条第2項前段）、債権者との関係ではなお保証人による最初の弁済が有効な弁済であるという考え方を前提としている。

これと異なり、主債務者が弁済をした場合には、主債務者の意思に反する保証人に対してこれを主張して求償を拒むことができるだけでなく、債権者との関係でも主債務者の弁済が有効になり、これに先立つ保証人の弁済は無効になると考えれば、本文2(2)のような規定がなくても、保証人は不当利得返還請求権に基づいて自ら履行したものの返還を求めることができるから、このような規定は不要となる。しかし、このように考えると、意思に反する保証人が弁済をしたときはいったん有効な弁済と扱われるが、その後主債務者が弁済をすると、保証人の弁済は無効であったことになり、債権者の地位が安定しないようにも思われる。