

民法（債権関係）の改正に関する論点の検討(8)

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	債務者が複数の場合	1
(1)	分割債務	1
ア	成立要件（分割主義）	1
イ	負担割合	1
	（ア）対外的な負担割合（債権者との関係）	1
	（イ）内部的な負担割合（各債務者間の関係）	1
ウ	求償関係	1
(2)	連帯債務	3
ア	成立要件	3
	（ア）法律の規定又は意思表示による連帯債務の成立	3
	（イ）商法第511条第1項の一般ルール化	5
イ	負担割合	6
	（ア）対外的な負担割合（債権者との関係）	6
	（イ）内部的な負担割合（各債務者間の関係）	6
ウ	連帯債務者の一人について生じた事由の効力等	7
	（ア）履行の請求	7
	（イ）相殺，混同	10
	（ウ）更改	11
	（エ）債務の免除	12
	（オ）時効の完成	14
	（カ）他の連帯債務者による相殺の援用	17
	（キ）破産手続の開始	19
エ	求償関係	20
	（ア）一部弁済をした場合の求償関係	20
	（イ）代物弁済又は更改後の債務の履行をした場合の求償関係	22
	（ウ）連帯債務者間の通知義務	23
	（エ）負担部分を有する連帯債務者が全て無資力者である場合の求償関係	26
	（オ）連帯の免除をした場合の債権者の負担	28
(3)	不可分債務	29
ア	成立要件等	29

イ	連帯債務と同様の規定	29
2	債権者が複数の場合	32
(1)	分割債権	32
ア	成立要件（分割主義）	32
イ	権利割合	32
(ア)	対外的な権利割合（債務者との関係）	32
(イ)	内部的な権利割合（各債権者間の関係）	32
(2)	不可分債権	34
ア	成立要件等	34
イ	権利割合	35
(ア)	対外的な権利割合（債務者との関係）	35
(イ)	内部的な権利割合（各債権者間の関係）	36
ウ	不可分債権者の一人について生じた事由の効力	36
(3)	連帯債権	38
ア	成立要件（連帯債権という概念の導入の可否）	38
イ	不可分債権と同様の規定	38
3	合有債権及び合有債務と総有債権及び総有債務	40
第2	保証債務	41
1	保証債務の成立—主債務者と保証人との間の契約による保証債務の成立	41
2	保証債務の付従性	43
3	保証人の抗弁	44
(1)	保証人固有の抗弁	44
ア	催告の抗弁	44
イ	債権者が主債務者に対する債権の回収を著しく怠った場合の保証人の免責	46
(ア)	規定の内容	46
(イ)	連帯保証への適用の可否	46
(2)	主債務者の有する抗弁の利用	50
ア	主債務者が行使することのできる相殺権，取消権又は解除権	50
イ	主債務者が主張することのできる抗弁	50
4	保証人の求償権	52
(1)	委託を受けた保証人が期限前に弁済等をした場合の事後求償権	52
(2)	委託を受けた保証人の事前求償権	54
(3)	保証人による事前・事後の通知	58
ア	委託を受けた保証人	58
イ	委託を受けないが主債務者の意思に反しない保証人	58
ウ	委託を受けず主債務者の意思にも反する保証人	58
5	共同保証—分別の利益	62
6	連帯保証—連帯保証人に対する履行の請求の効力	64
7	根保証	66

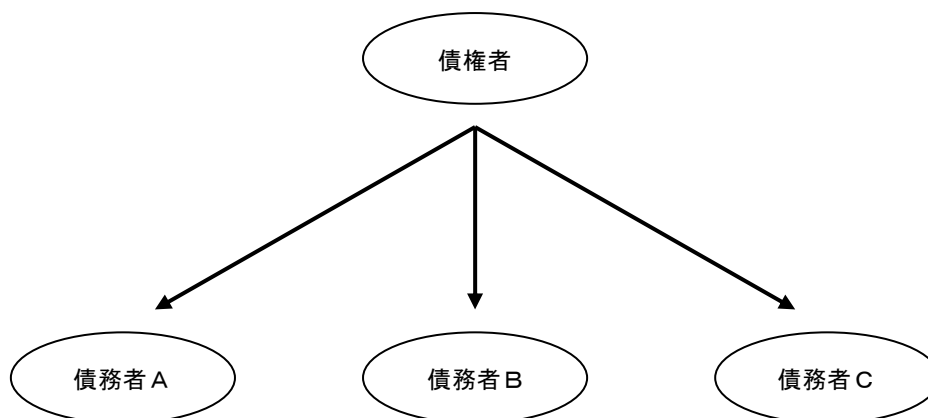
(1) 規定の適用範囲の拡大	66
(2) 根保証に関する規律の明確化	70
ア 元本確定前における保証債務の履行請求	70
イ 元本確定前における保証債務の随伴性	70
ウ 特別の元本確定請求権（特別解約権）	70
8 保証人保護の方策の拡充	73
(1) 保証契約の締結の制限	73
(2) 保証契約の締結の制限以外の保証人保護の方策	74
9 保証類似の制度	77
別紙 比較法資料.....	1
〔ヨーロッパ契約法原則〕	1
〔ユニドロワ（第3次）国際商事契約原則 作業部会第4会期（2009年）債務者および／または債権者の複数（草案）〕	3
〔和解による遮断を定める制定法（Settlement Bar Statute）〕	5
〔諸外国における保証制度〕	6
I フランス	6
II ドイツ	15
III アメリカ合衆国	18
IV イギリス	20

※ 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（Settlement Bar Statute）
 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
- 諸外国における保証制度
 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 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

第1 多数当事者の債権及び債務（保証債務を除く。）

1 債務者が複数の場合



(1) 分割債務

ア 成立要件（分割主義）

同一の可分給付を目的とする債務について複数の債務者がある場合には、当該債務は原則として分割債務となる旨の規定を設けるという考え方があり得るが、どのように考えるか。

イ 負担割合

(ア) 対外的な負担割合（債権者との関係）

分割債務を負担する数人の債務者は、債権者と各債務者との間に別段の意思表示がない場合には、債権者との関係において、それぞれ平等の割合で債務を負担する旨の規定を設けるものとしてはどうか。

ただし、債権者と各債務者との間に上記別段の意思表示がない場合において、債権者が、当該分割債務の成立当時、後記(イ)の各債務者間の別段の意思表示の存在及び内容を知っていたときは、各債務者は、債権者との関係において、当該各債務者間の別段の意思表示による割合で債務を負担する旨の規定を設けるものとしてはどうか。

(イ) 内部的な負担割合（各債務者間の関係）

分割債務を負担する数人の債務者は、各債務者間に別段の意思表示がない場合には、各債務者間の関係において、それぞれ平等の割合で自己の負担部分を有する旨の規定を設けるものとしてはどうか。

ウ 求償関係

上記イ(ア)によって定まる対外的な負担割合が同(イ)によって定まる内部的な負担割合よりも大きい分割債務者は、その内部的な負担割合を超えて弁済その他の自己の出捐により債務を消滅させる行為をした場合には、その超過部分について、他の分割債務者に対し、その者の内部的な負担割合

に応じた求償をすることができる旨の規定を設けるものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第11, 1(1)「分割債務」[35頁(83頁)]

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する民法第427条は、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)を定めたものと解されていることから、これを条文上も明らかにする方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第1, 2(1)[4頁]】

《参考・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。

(比較法)

- ・ヨーロッパ契約法原則第10:101条, 10:103条
- ・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

(補足説明)

1 本文ア(成立要件—分割主義)について

民法第427条は、一般に、同一の可分給付を目的とする債務について複数の債務者がある場合には、当該債務は原則として分割債務となり、各債務者の債務はその人数に応じて分割された額の独立したものとなるという「分割主義」を定めたものとされている。この分割主義の下では、同一の可分給付を目的とする債務について複数の債務者がある場合には、各債務者は、分割された額の自己の債務だけを履行すれば足り、他の債務者の分を履行する義務はないことになる。

裁判実務においても、上記の分割主義を前提として、一般に、判決主文で「被告A及び被告Bは、原告に対し、100万円を支払え。」と命ずるのは、被告らに対して50万円ずつの支払を命ずる趣旨であるとされている(最判昭和32年6月7日民集11巻6号948頁, 大判昭和3年10月31日法律新聞2921号9頁等参照)。

本文アでは、以上の理解を前提として、上記の分割主義を条文上も明らかにするという考え方を取り上げた。

2 本文イ(負担割合)について

(1) 本文イ(ア)(対外的な負担割合—債権者との関係)について

民法第427条は、上記の分割主義のほかにも、分割債務を負担する数人の債

務者は、債権者との関係（対外的関係）において、原則としてそれぞれ平等の割合で債務を負担するという「平等分割の原則」を定めたものとされている。もっとも、この平等分割の原則を前提としても、債権者と各債務者との間の別段の意思表示によって平等でない負担割合が定められている場合には、各債務者はその割合で債務を負担することになるとされている。また、債権者と各債務者との間に別段の意思表示がない場合であっても、各債務者間の別段の意思表示によって平等でない負担割合（内部的な負担割合）が定められており、かつ、債権者がその存在及び内容を知っていたときは、債権者との関係（対外的関係）においても、各債務者はその割合で債務を負担することになるとされている。

本文イ(7)の考え方は、以上の理解を前提として、分割債務者の対外的な負担割合に関する平等分割の原則を条文上も明らかにすることを提案するものである。

(2) 本文イ(1)（内部的な負担割合－各債務者間の関係）について

民法第427条は、この補足説明(1)で述べたとおり、分割債務者の対外的な負担割合に関する平等分割の原則を定めたものとされているが、一般に、分割債務者間の内部的な負担割合についても、平等分割の原則が妥当するとされている。

本文イ(1)の考え方は、この理解を前提として、分割債務者間の内部的な負担割合に関する平等分割の原則を条文上も明らかにすることを提案するものである。

3 本文ウ（求償関係）について

この補足説明2の(1)(2)で述べたところによれば、債権者と各債務者との間の対外的な負担割合と、各債務者間の内部的な負担割合とは、必ずしも常に一致するものではない。そのため、ある分割債務者の負担する対外的な負担割合が内部的な負担割合よりも大きい場合があり得ることになる。この場合において、当該分割債務者が自己の内部的な負担割合を超えて弁済その他の自己の財産による債務消滅行為をしたときは、その超過部分について、他の分割債務者に対し、その者の内部的な負担割合に応じた求償をすることができると解されている。

本文ウの考え方は、この理解に基づき、分割債務者間の求償関係について明文の規定を設けることを提案するものである。

(2) 連帯債務

ア 成立要件

(7) 法律の規定又は意思表示による連帯債務の成立

同一の可分給付を目的とする債務について複数の債務者がある場合には、当該債務は、法律の規定によるほか、当事者の意思表示によって、連帯債務となる旨の規定を設けるものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第11, 1(2)ア(7)「意思表示による連帯債務（民法第432条）」[35頁(84頁)]

民法第432条は、「数人が連帯債務を負担するとき」の効果を規定するのみで、

連帯債務となるための要件を明記していないところ、連帯債務は、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成立すると解されていることから、これを条文上も明らかにする方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第1, 2(2)ア [5頁]】

《参考・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 (略)

(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。

(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)

(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。

(比較法)

- ・ヨーロッパ契約法原則第10:101条, 第10:102条
- ・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1.1条から第1.3条まで

(補足説明)

連帯債務とは、複数の債務者が同一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、債務者の一人がその給付をしたときは全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、連帯債務が成立するための要件を明示していないが、この点については、一般に、法律の規定によるほか、当事者の意思表示によって、連帯債務が成立すると解されている。

連帯債務を成立させる当事者の意思表示は、契約（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成立する場合もあるとされている。例えば、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などが挙げられる。他方で、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、民法第719条第1項、同法第761条、商法第511条第1項、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条などが挙げられる。

本文(ア)は、以上の理解を前提として、同一の可分給付を目的とする債務について複数の債務者がある場合には、当該債務は、法律の規定によるほか、当事者の意思表示によって、連帯債務となることを条文上も明らかにすることを提案するものである。

(イ) 商法第511条第1項の一般ルール化

商法第511条第1項を民事の一般ルールとする内容の規定は、設けないものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第11, 1(2)ア(イ)「商法第511条第1項の一般ルール化」[35頁(84頁)]

「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」ことを規定する商法第511条第1項を参考としつつ、民事の一般ルールとして、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連帯債務の成立を認めるものとするかどうかについて、事業に関するものに限定する要件の要否も含めて、さらに検討してはどうか。

【部会資料8-2第1, 2(2)ア(関連論点)[7頁]】

《参考・現行条文》

(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)

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、前記(ア)の補足説明で述べたとおり、当事者が連帯債務とする旨の意思表示をすることが必要であるとされているが（大判大正4年9月21日民録21輯1486頁等参照）、商法第511条第1項は、商取引の安全を図る観点から、数人が1個の商行為によって債務を負担した場合に関する特別の規定を設けたものであるとされている。

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、同項の規定内容を民事の一般ルールとすべきであるとの見解が主張されている。具体的には、数人が1個の商行為によって債務を負担した場合のみならず、数人が1個の法律行為によって債務を負担した場合にも広く一般的に連帯債務の成立を認めるべきであるとの見解である。

しかし、この見解に対しては、取引の安全を図る必要性が民事取引に妥当するといっても、およそ事業と関係のない取引についてまで、広く連帯債務の成立を認めるのは相当でないとの批判がされている。このような立場からは、組合債務に関して商法第511条第1項を参照した規定を設けるかどうか（中間的な論点整理第53, 2 [172頁(424頁)], 同第62, 3(3)⑤ [187頁(464頁)] 参照)は別として、同項の規定を民事の一般ルールとする必要はないとの考え方が主張されている。本文は、この考え方に基づく提案である。

イ 負担割合

(ア) 対外的な負担割合（債権者との関係）

連帯債務を負担する数人の債務者は、債権者と各債務者との間に別段の意思表示がない場合には、債権者との関係において、それぞれ平等の割合で自己の負担部分を有する旨の規定を設けるものとしてはどうか。

ただし、債権者と各債務者との間に上記別段の意思表示がない場合において、債権者が、当該連帯債務の成立当時、後記(イ)の各債務者間の別段の意思表示の存在及び内容を知っていたときは、各債務者は、債権者との関係において、当該各債務者間の別段の意思表示による割合で自己の負担部分を有する旨の規定を設けるものとしてはどうか。

(イ) 内部的な負担割合（各債務者間の関係）

連帯債務を負担する数人の債務者は、各債務者間に別段の意思表示がない場合には、各債務者間の関係において、それぞれ平等の割合で自己の負担部分を有する旨の規定を設けるものとしてはどうか（なお、求償関係については、後記エ参照）。

○中間的な論点整理第11, 1(2)ウ(キ)「負担割合の推定規定」[38頁(89頁)]

連帯債務者間の求償に関する紛争を防止するため、連帯債務者間の負担割合についての推定規定を新たに設けるかどうかについて、検討してはどうか。

(比較法)

- ・ヨーロッパ契約法原則第10:105条
- ・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1.9条

(補足説明)

1 本文(ア)(対外的な負担割合—債権者との関係)について

現行民法は、連帯債務者の対外的な負担割合に関する規定を置いていないが、一般的には、前記(1)(分割債務)の補足説明2(1)で述べた分割債務者の対外的な負担割合に関する平等分割の原則がここでも妥当し、連帯債務を負担する数人の債務者は、債権者と各債務者との間に別段の意思表示がない場合には、債権者との関係において、それぞれ平等の割合で自己の負担部分を有することになるとされている。

その上で、この平等分割の原則を前提としても、債権者と各債務者との間の別段の意思表示によって平等でない負担割合が定められている場合には、各債務者はその割合で自己の負担部分を有することになる。また、債権者と各債務者との間に別段の意思表示がない場合であっても、各債務者間の別段の意思表示によって平等でない負担割合(内部的な負担割合)が定められており、かつ、債権者がその存在及び内容を知っていたときは、債権者との関係(対外的関係)においても、各債務者はその割合で自己の負担部分を有することになる。これらの点も、前記(1)の補足説明2(1)で述べた分割債務者の対外的な負担割合の場合と同様である。

本文(ア)は、以上の理解を前提として、連帯債務者の対外的な負担割合に関する平等分割の原則を条文上も明らかにすることを提案するものである。

2 本文(イ)(内部的な負担割合—各債務者間の関係)について

連帯債務者の内部的な負担割合についても、この補足説明1で述べた連帯債務者の対外的な負担割合の場合と同様に、平等分割の原則が妥当し、連帯債務を負担する数人の債務者は、各債務者間に別段の意思表示がない場合には、各債務者間の関係において、それぞれ平等の割合で自己の負担部分を有すると解されている。

本文イ(イ)は、この理解を前提として、連帯債務者の内部的な負担割合に関する平等分割の原則を条文上も明らかにすることを提案するものである。

ウ 連帯債務者の一人について生じた事由の効力等

(ア) 履行の請求

連帯債務者の一人に対する履行の請求の効力については、次のような考え方があり得るが、どのように考えるか。

【甲案】 絶対的効力事由とする旨の規定(民法第434条)を維持するものとする。

【乙案】 相対的効力事由とする旨の規定に改めるものとする。

【丙-1案】 絶対的効力事由であることを原則としつつ、各債務者間

に協働関係がない場合に限り相対的効力事由とする旨の規定に改めるものとする。

【丙－２案】 相対的効力事由であることを原則としつつ、各債務者間に協働関係がある場合に限り絶対的効力事由とする旨の規定に改めるものとする。

○中間的な論点整理第 1 1, 1 (2)イ「連帯債務者の一人について生じた事由の効力等」[35頁(85頁)]

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)。絶対的効力事由が多いことに対しては、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弱める方向に作用し、通常債権者の意思に反するのではないかという問題が指摘されていることや、共同不法行為者が負担する損害賠償債務(同法第719条)のように、絶対的効力事由に関する一部の規定が適用されないもの(不真正連帯債務)があるとされていること等を踏まえ、絶対的効力事由を見直すかどうかについて、債権者と連帯債務者との間の適切な利害調整に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第1, 2(2)イ[8頁]】

○中間的な論点整理第 1 1, 1 (2)イ(ア)「履行の請求(民法第434条)」[36頁(85頁)]

連帯債務者の一人に対する履行の請求が絶対的効力事由とされていること(民法第434条)に関しては、債権者の通常意思に合致するとの評価がある一方で、請求を受けていない連帯債務者に不測の損害を与えることを避ける観点から、これを相対的効力事由とすべきであるとの考え方や、絶対的効力事由となる場面を限定すべきであるとの考え方が示されている。これらを踏まえて、履行の請求が絶対的効力事由とされていることの見直しの要否について、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第1, 2(2)イ(ア)[12頁]】

《参考・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。

(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。

(比較法)

・ヨーロッパ契約法原則第10:102条

- ・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，第1.3条

（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どうかという点に関して、相対的効力事由であることを原則としつつも（同法第440条）、多くの絶対的効力事由を定めており（同法第434条から第439条まで）、このうち同法第434条は、連帯債務者の一人に対する履行の請求を絶対的効力事由としている。本文の甲案は、この民法第434条の規定を維持することを提案するものである（参考資料2 [研究会試案]・181頁参照）。

しかし、民法第434条の規定に対しては、連帯債務の担保的機能を強化する方向に作用するため債権者にとっては有利であるが、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履行遅滞に陥っていたり（同法第412条第3項参照）、消滅時効が中断していたりするなど（同法第147条第1号参照）、不測の損害を被るおそれがあるとの批判がされている。本文の乙案は、この批判を踏まえ、連帯債務者の一人に対する履行の請求を相対的効力事由とすることを提案するものである。

しかし、乙案に対しては、連帯債務者の一人に対する履行の請求を一律に相対的効力事由としてしまうと、逆に、債権者の通常の意味に反する場合があります。債権者に対して不当な不利益を与えるおそれがあるとの批判がされている。

- 2 そこで、以上の甲案及び乙案に対する批判を踏まえ、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、連帯債務者の一人に対する履行の請求を絶対的効力事由とすべき場合と相対的効力事由とすべき場合とを、一定の要件によって振り分けることが考えられる。

例えば、連帯債務者の間に、請求を受けたことを互いに連絡し合うことが期待できるような協働関係があるかどうかによって、連帯債務者の一人に対する履行の請求を絶対的効力事由とするか相対的効力事由とするかを定める旨の規定を設けるといった考え方が提示されている（参考資料1 [検討委員会試案]・244頁）。

この考え方によれば、①連帯債務者の一人に対する履行の請求を原則として絶対的効力事由としつつ、各債務者間に協働関係がない場合に限り相対的効力事由とする案と、逆に、②原則として相対的効力事由としつつ、各債務者間に協働関係がある場合に限り絶対的効力事由とする案とがあり得る。①の案を採ると、履行の請求が相対的効力事由であることを主張する連帯債務者の側で、協働関係の不存在についての主張立証責任を負担することになり、逆に、②の案を採ると、履行の請求が絶対的効力事由であることを主張する債権者の側で、協働関係の存在についての主張立証責任を負担することになる。

本文の丙-1案は、上記①の案を提示するものであり、本文の丙-2案は、上記②の案を提示するものである。

もっとも、丙-1案及び丙-2案に対しては、「協働関係」の存否という基準は債

権者にとって明確であるとは言えないとの批判がされている。債権者としては、連帯債務者間に協働関係があると考えて連帯債務者の一人に対してのみ履行の請求をしたのに、実際には連帯債務者間には協働関係がなかったために当該履行の請求が絶対的効力事由とはならないといった事態が生ずるようでは、債権者に不測の不利益を与えかねないとの批判である。

この批判を踏まえ、丙－1案又は丙－2案を採りつつ「協働関係」に代わり得るより適切な要件を模索することも考えられる。もっとも、いずれにしてもある程度は抽象的な文言の要件とならざるを得ないため、この批判を踏まえて、甲案又は乙案のいずれかを採ることも考えられる。

(イ) 相殺，混同

連帯債務者の一人による相殺，連帯債務者の一人との間の混同の効力については，これらを絶対的効力事由とする旨の規定（民法第436条第1項，第438条）を維持するものとしてはどうか。

： 《参考・現行条文》
： （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 （略）
： （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。

(比較法)

- ・ヨーロッパ契約法原則第10：107条
- ・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1.7条

(補足説明)

民法第434条から第439条までに定められた絶対的効力事由のうち、連帯債務者の一人による相殺（同法第436条第1項）と、連帯債務者の一人との間の混同（同法第438条）については、これらを絶対的効力事由とすることに特段の異論は見当たらない。

本文の考え方は、この理解に基づき、民法第436条第1項と同法第438条の規定をいずれも維持することを、後記(ウ)から(オ)までの事由（更改，免除，時効）の検討に先立って、確認的に提案するものである。

(ウ) 更改

連帯債務者の一人との間の更改の効力については、次のような考え方
があり得るが、どのように考えるか。

【甲案】 絶対的効力事由とする旨の規定（民法第435条）を維持するものとする。

【乙案】 相対的効力事由とする旨の規定に改めるものとする。

○中間的な論点整理第11, 1(2)イ(ウ)「更改（民法第435条）」[36頁（86頁）]

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に、全ての連帯債務者の利益のために債権が消滅するとしているが、これを相対的効力事由とするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第1, 2(2)イ(ウ) [16頁]】

《参考・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）

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。本文の甲案は、このように連帯債務者の一人との間の更改を絶対的効力事由とする民法第435条を維持することを提案するものである。

しかし、民法第435条の規定に対しては、連帯債務者の一人との間で更改契約を締結する場合の債権者の通常の意味に反するとの批判がされている。すなわち、債権者が連帯債務者の一人との間で更改契約を締結したとしても、その更改契約に基づく債務の履行を受けるまでは、債権者は何らの満足も得られないのであるから、連帯債務者の一人との間で更改契約を締結したというだけでは、債権者は他の連帯債務者の債務を消滅させる意思を有していないのが通常であるとの批判である。

そこで、連帯債務者の一人との間の更改を相対的効力事由と改めるべきであるとの考え方が提示されている。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、BとCは債権者に対して連帯して30万円を支払わなければならないままとなる。そして、Aが債権者に対して当該自転車を引き渡すと、Aの更改契約に基づく債務が消滅するとともにBとCの債務も消滅することになり、AはBとCに対して10万円ずつの求償をすることができることとなる。

本文の乙案は、以上の理解を前提として、連帯債務者の一人との間の更改を相対的効力事由とすることを提案するものである。

(I) 債務の免除

連帯債務者の一人に対する債務の免除の効力については、次のような考え方があり得るが、どのように考えるか。

【甲案】 債務の免除を受けた連帯債務者の負担部分の限度で絶対的効力事由とする旨の規定（民法第437条）を維持するものとする。

【乙案】 相対的効力事由とする旨の規定に改めるものとする。

○中間的な論点整理第11, 1(2)イ(i)「債務の免除（民法第437条）」[36頁(86頁)]

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事由としているが、これを相対的効力事由とするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第1, 2(2)イ(i) [13頁]】

《参考・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。

(比較法)

- ・ヨーロッパ契約法原則第10:108条
- ・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1.6条
- ・「和解による遮断を定める制定法（Settlement Bar Statute）」

(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は、その免除を受けた連帯債務者の負担部分の限度で絶対的効力を生ずると規定する。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、債権者がAに対して債務の免除をすると、その免除の効力はAの負担部分である10万円の限度でBとCにも及ぶことになり、

その結果、BとCは債権者に対して連帯して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20万円を支払うと、BはCに対して10万円の求償をすることができるから、結局、債権者は20万円を受け取り、BとCが10万円ずつを支払ったことになる。

仮に民法第437条が存在せず同法第440条（相対的効力の原則）が適用されるとすると、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は債権者に対して連帯して30万円を支払わなければならないままとなる。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することができることになる。ここで、AがBに対して10万円の求償に応じたとすると、Aは債権者から債務の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）をすることができると考えられる。そうすると、結局、債権者は差引き20万円を受け取り、BとCは10万円ずつを支払ったことになる（ただし、この例において、債権者は、Bに対する30万円の債権に基づいてBから30万円の支払を受けたにすぎず、法律上の原因なき利益を何ら取得していないから、Aの債権者に対する不当利得返還請求権は発生しないとも考えられる。）。

以上のとおり、民法第437条の存否にかかわらず、結果的には、債権者が20万円を受け取り、BとCが10万円ずつを支払うという同一の結論に落ち着くと考えられるが、民法第437条が存在する場合のほうが、求償の循環を避けられるため、手間や費用が少なくて済むし、求償の循環の間に無資力者が現れることによる不公平を回避することもできる。同条の存在意義は、こうした求償の循環や不公平の回避にあるとされている。

本文の甲案は、以上の理解を前提として、連帯債務者の一人に対する債務の免除については、その免除を受けた連帯債務者の負担部分の限度で絶対的効力事由とする民法第437条を維持することを提案するものである。

- 2 しかし、民法第437条の規定に対しては、連帯債務者の一人に対する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の批判がされている。すなわち、債権者が連帯債務者の一人に対して債務の免除をする場合には、債権者は単にその連帯債務者に対しては請求しないという意思を有しているにすぎず、他の連帯債務者に対してまで債務の免除をするという意思は有していないのが通常であるとの批判である。

連帯債務者の一人に対する債務の免除が単にその連帯債務者に対しては請求しないという意思表示にすぎないのであれば、他の連帯債務者にまでその影響を及ぼすべきではなく、債権者は他の連帯債務者に対しては全額の請求をすることができるべきである。また、債務の免除を受けた連帯債務者は、他の連帯債務者からの求償に応じたとしても、債権者に対してその分についての求償（不当利得返還請求）をすることはできないとすべきである。なぜなら、ここで債権者に対する求償を認めてしまうと、債権者の通常の意味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上、理論的に見ても、この補足説明1で述べたとおり、債権

者は債務の免除を受けた連帯債務者でない連帯債務者に対する債権に基づいて当該債権額に相当する金銭の支払を受けたにすぎず、法律上の原因なき利益を何ら取得していないから、債務の免除を受けた連帯債務者の債権者に対する不当利得返還請求権は発生しないと考えられるからである。

なお、債務の免除を相対的効力事由とするとしても、債権者としては、ある連帯債務者に対して全部免除の意思表示をするとともに、その連帯債務者の負担部分の限度で他の連帯債務者に対しても一部免除の意思表示をすれば、民法第437条と同様の帰結を得ることが可能である。

本文の乙案は、以上の理解を前提として、連帯債務者の一人に対する債務の免除を相対的効力事由とすることを提案するものである。

- 3 乙案に対しては、連帯債務者の一人に対する債務の免除を絶対的効力事由とせず、他の連帯債務者が弁済等をした場合に債務の免除を受けた連帯債務者に対する求償を認めるとすると、債権者と連帯債務者の一人との間の早期の和解を困難にしてみようとの指摘がされている。この指摘の背景には、米国の過半数を超える州では、原告が複数の被告のうちの一部と和解をした場合には、和解をしていない被告に対して、判決で定められた支払額から原告が和解で得た額の全部又は一部を差し引く権利が与えられる反面、和解をした被告が和解をしていない被告又は第三者による求償から免責される旨の法律が定められているとの実情があるとされている。

しかし、連帯債務者の一人に対する債務の免除を相対的効力事由とする乙案を前提としても、債権者としては、和解に応じた連帯債務者に対して全部免除の意思表示をするとともに、和解に応じなかった連帯債務者に対しては和解に応じた連帯債務者の負担部分の限度で一部免除の意思表示をすることによって、絶対的効力を持った免除と同様の結果を得ることができるとも考えられる。また、債権者が、和解に応じた連帯債務者から当該和解契約の履行として金銭の支払を受けたのであれば、それは、連帯債務者の一人から弁済を受けたのと同様、当然に絶対的効力事由とすべきものであると考えられる（後記エ(イ)参照）。そうすると、連帯債務者の一人に対する債務の免除を相対的効力事由とする乙案を採ったとしても、債権者と連帯債務者の一人との間の早期の和解を困難にすることには必ずしもならないと考えられる。

(オ) 時効の完成

連帯債務者の一人について時効が完成した場合については、次のような考え方があり得るが、どのように考えるか。

【甲案】 時効が完成した連帯債務者の負担部分の限度で絶対的効力事由とする旨の規定（民法第439条）を維持するものとする。

【乙案】 相対的効力事由とする旨の規定に改めるものとする。

○中間的な論点整理第11, 1(2)イ(エ)「時効の完成(民法第439条)」[36頁(86頁)]

民法第439条は、連帯債務者の一人について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が、これを相対的効力事由とするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第1, 2(2)イ(エ)[16頁]】

《参考・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。

(比較法)

- ・ヨーロッパ契約法原則第10:110条
- ・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1.7条

(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が完成した場合(時効期間が満了した場合)には、その時効が完成した連帯債務者の負担部分の限度で絶対的効力を生ずることを規定する。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とCにも及ぶことになり、その結果、BとCは債権者に対して連帯して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20万円を支払うと、BはCに対して10万円を求償することができるから、結局、債権者は20万円を受け取り、BとCが10万円ずつを支払ったことになる。

仮に民法第439条が存在せず同法第440条(相対的効力の原則)が適用されるとすると、上記の例では、Aについて時効が完成したとしても、BとCには何らの影響も及ばず、BとCは債権者に対して連帯して30万円を支払わなければならないままとなる。そして、Bが債権者に対して30万円を支払った場合において、Aに対して10万円の求償をすることができるると、その求償に応じたAは債権者に対して10万円の求償(不当利得返還請求)をすることになり、求償の循環が生ずることになる(ただし、この例において、債権者は、Bに対する30万円の債権に基づいてBから30万円の支払を受けたにすぎず、法律上の原因なき利益を何ら取得していないから、Aの債権者に対する不当利得返還請求権は発生しないとも考えられる。)。また、仮に時効の完成したAに対しては他の連帯債務者は求償をすることができないとすると、Bは、Cに対して10万円の求償をすることができ

たととしても、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となる。

民法第439条の存在意義は、以上に述べた求償の循環や不公平な結果を回避することにあるとされている。

本文の甲案は、以上の理解を前提として、連帯債務者の一人についての時効の完成について、その時効が完成した連帯債務者の負担部分の限度で絶対的効力事由とする民法第439条の規定を維持することを提案するものである。なお、時効の完成を絶対的効力事由とするものの意味については、諸説あるが、時効の援用が相対効を有するにすぎないことを前提として、他の連帯債務者も当該時効の援用権者となることを意味するとの説明がされている。

2 民法第439条の規定に対しては、連帯債務者の一人についての時効の完成を絶対的効力事由としてしまうと、債権者は、連帯債務者のうち資力のある一部の者からの弁済をあてにしている場合であっても、資力のない連帯債務者についても時効中断の措置を講じておかなければ、その者についての時効の完成によって、資力のある連帯債務者の債務が縮減されてしまうという思わぬ不利益を被りかねないとの批判がされている。

そこで、連帯債務者の一人についての時効の完成を相対的効力事由と改めるべきであるとの考え方が主張されている。本文の乙案は、この考え方に基づく提案である。

ところで、乙案のように、連帯債務者の一人についての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関係について、さらに検討をする必要がある。すなわち、時効制度の目的を、自らが債務を負っていないことや既に弁済を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と捉えるのであれば、時効の完成した連帯債務者に対して他の連帯債務者が求償することを認めてしまうと、上記の目的を貫徹することができなくなるとの指摘がされている。上記の例で言えば、債権者に対して30万円を支払ったBが、時効の完成したAに対して10万円の求償をすることができるとすると、Aが時効制度によって自らが債務を負っていないことや既に弁済をしたことの証拠を保全する負担から解放されたことの趣旨が没却されるとの指摘である。

しかし、一般に、負担部分を有する連帯債務者は、債権者との関係において連帯債務を負うのみならず、他の連帯債務者との関係において求償債務を負う可能性を常に有しているのであるから、債権者との関係において上記証拠を保全する負担から解放されたからといって、他の連帯債務者との関係においても上記証拠を保全する負担から解放されることにはならないとも考えられる。この考え方によれば、連帯債務者の一人について時効が完成した場合であっても、その連帯債務者に対する他の連帯債務者の求償が制限されないことは、特に問題視すべきことではないことになる。

なお、このように他の連帯債務者による求償を制限しないとの考え方を採るとし

ても、つまり、上記の例で言えば、債権者に対して30万円を支払ったBが時効の完成したAに対して10万円の求償をすることができるとの考え方を採るとしても、Aが債権者に対して求償（不当利得返還請求）をすることは認めるべきでないと考えられる。なぜなら、そのような求償を認めると、いたずらに求償の循環を生じさせる結果となるし、理論的に見ても、債権者はBに対する30万円の債権に基づいてBから30万円の支払を受けたにすぎず、法律上の原因なき利益を何ら取得していないから、Aの債権者に対する不当利得返還請求権は発生しないと考えられるからである。

(カ) 他の連帯債務者による相殺の援用

連帯債務者の一人が債権者に対して相殺適状にある反対債権を有している場合については、次のような考え方があり得るが、どのように考えるか。

【甲案】 反対債権を有する連帯債務者の負担部分の限度で、他の連帯債務者は当該反対債権を自働債権とする相殺の意思表示をすることができる旨を明示する規定を設けるものとする。

【乙案】 反対債権を有する連帯債務者の負担部分の限度で、他の連帯債務者は自己の債務の履行を拒絶することができる旨を明示する規定を設けるものとする。

【丙案】 他の連帯債務者には何らの影響も生じない旨の規定とする（民法第436条第2項を削除する）ものとする。

○中間的な論点整理第11, 1(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）」[37頁（87頁）]

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、これに対しては、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いる。

そこで、他の連帯債務者が相殺権を有する場合の取扱いについては、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とする案や、他の連帯債務者は弁済を拒絶することもできないとする案などを対象として、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第1, 2(2)イ(オ) [18頁]】

： 《参考・現行条文》

： （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。

(比較法)

- ・ヨーロッパ契約法原則第10：111条
- ・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

(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おいて、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、他の連帯債務者は相殺を援用することができる」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、同項について、連帯債務者の一人の有する債権を用いて他の連帯債務者が相殺の意思表示をすることができることを定めたものであるとしている。このような考え方は、処分権説と呼ばれている。

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、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）の限度でこの反対債権を自働債権とする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項が存在しないとすると、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請求をすることになるから、結局、求償の循環に類似した状況が生ずることになる。また、債権者が無資力になっていた場合には、Aは反対債権の回収をすることができないことにもなりかねない。

民法第436条第2項の存在意義は、このような求償の循環に類似する状況が生ずることを回避し、また、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。

本文の甲案は、以上の処分権説の考え方を前提として、連帯債務者の一人が債権者に対して相殺適状にある反対債権を有している場合には、当該反対債権を有する連帯債務者の負担部分の限度で、他の連帯債務者は当該反対債権を自働債権とする相殺の意思表示をすることができることを条文中明らかにすることを提案するものである。

- 2 しかし、甲案に対しては、連帯債務者の一人の有する債権を用いて他の連帯債務者が相殺の意思表示をできるとすると、連帯債務者の間で相互に他人の債権を処分することができることになり、不当であるとの批判がされている。そこ

で、学説においては、民法第436条第2項の規定は、反対債権を有する連帯債務者の負担部分の限度で、他の連帯債務者が自己の債務の履行を拒絶することができることを定めたものであるとの考え方が主張されている。このような考え方は、抗弁権説と呼ばれている。

本文の乙案は、この抗弁権説の考え方を前提として、連帯債務者の一人が債権者に対して相殺適状にある反対債権を有している場合には、当該反対債権を有する連帯債務者の負担部分の限度で、他の連帯債務者は自己の債務の履行を拒絶することができることを条文上明らかにすることを提案するものである（参考資料2 [研究会試案]・182頁参照）。

- 3 しかし、甲案及び乙案に対しては、例えば反対債権を有する連帯債務者の一人が債権者に対して当該連帯債務を含む複数の債務を負っている場合において、その連帯債務者は、本来であれば、自己の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を選択する権利を有するはずであるところ、処分権説はこの選択権をまさに侵害するものであるし、抗弁権説もその時点における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の批判がされている。そして、この批判を踏まえ、現行の民法第436条第2項を削除するとの考え方が提示されている（参考資料1 [検討委員会試案]・247頁）。

本文の丙案は、この考え方に基づき、現行の民法第436条第2項について、連帯債務者の一人が債権者に対して相殺適状にある反対債権を有している場合であっても、他の連帯債務者には何らの影響も生じない旨の確認的な規定に改めることを提案するものである。

もっとも、丙案に対しては、乙案の立場から、抗弁権説を前提とすれば、他の連帯債務者は、連帯債務者の一人の有する反対債権が現存する限りにおいて自己の債務の履行を拒絶することができるにすぎないのであるから、反対債権を有する連帯債務者の上記選択権を侵害することにはならないのではないかとの反論があり得るところである。

(キ) 破産手続の開始

民法第441条（連帯債務者についての破産手続の開始）は、削除するものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第11, 1(2)イ(カ)「破産手続の開始（民法第441条）」[37頁（87頁）]

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が、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ことから、これを削除する方向で、

更に検討してはどうか。

【部会資料 8-2 第 1, 2 (2)イ(カ) [20 頁]】

《参考・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)

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」と規定する。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」と規定する。

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 条は債権の全額が破産債権となる旨規定するのに対し、破産法第 104 条第 1 項は債権の全額ではなく破産手続開始時における現存額が破産債権となる旨規定し、これによって、民法第 441 条を制限するものであるとされている。

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。また、同条は、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るから、必ずしも民法において規定しなければならないものではないとの指摘もされている。

そこで、民法第 441 条については、これを削除するとの考え方が提示されている(参考資料 1 [検討委員会試案]・247 頁, 参考資料 2 [研究会試案]・182 頁)。本文は、この考え方に基づく提案である。

エ 求償関係

(ア) 一部弁済をした場合の求償関係

連帯債務者は、債権者に対して自己の負担部分に満たない額の弁済をした場合であっても、他の連帯債務者に対し、各自の負担部分の割合に

応じた額の求償(上記弁済額に各自の負担部分の割合を乗じた額の求償)をすることができる旨の規定を設けるといふ考え方があり得るが、どのように考えるか。

○中間的な論点整理第11, 1(2)ウ(7)「一部弁済の場合の求償関係(民法第442条)」[37頁(88頁)]

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ことから、これを条文上も明らかにするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第1, 2(2)ウ(7)[23頁]】

《参考・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られなかった費用その他の損害の賠償を包含する。

(比較法)

- ・ヨーロッパ契約法原則第10:106条
- ・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1.10条から第1.13条まで

(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が、連帯債務者の一人が一部弁済をした場合の求償関係については必ずしも明確ではない。特に、求償権の発生のためには自己の負担部分を超える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、自己の負担部分を超える出捐をして初めて他の連帯債務者に対して求償をすることができるという帰結が示されているところである。

もっとも、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額の弁済をした場合であっても、他の連帯債務者に対して各自の負担部分の割合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、その負担部分がそれぞれ平等である場合において、Aが債権者に対

して6万円の一部弁済をしたとすると、AはBとCに対して2万円ずつの求償をすることができることになる。

本文では、この判例法理を明文化するという考え方を取り上げた。

- (2) なお、不真正連帯債務については、連帯債務の場合とは異なり、自己の負担部分を超える出捐をして初めて他の債務者に対して求償をすることができるかと解されているが（最判昭和63年7月1日民集42巻6号451頁参照）、仮に、前記ウ「連帯債務者の一人について生じた事由の効力等」における各検討の結果として、連帯債務における絶対的効力事由を絞ることになる場合には、不真正連帯債務と連帯債務との間に上記求償関係に関する差異のみが残ることになる可能性がある。その場合には、不真正連帯債務という概念を上記求償関係に関する差異のみをもって残す必要があるのかどうか、あるいは、本文のような考え方を改めるべきかどうかといった問題が生じ得る。

(イ) 代物弁済又は更改後の債務の履行をした場合の求償関係

連帯債務者は、債権者に対して代物弁済をし、又は更改後の債務の履行をした場合には、他の連帯債務者に対し、その出捐額の限度で、他の連帯債務者の負担部分についての求償をすることができる旨の規定を設けるものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第11、1(2)ウ(イ)「代物弁済又は更改の場合の求償関係（民法第442条）」[37頁（88頁）]

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ものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第1、2(2)ウ(ア)（関連論点）[24頁]】

(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。しかしながら、連帯債務者の一人が代物弁済をしたり、更改後の債務の履行をしたりした場合の求償関係については、当該連帯債務者が出捐した額と共同の免責を得た額とが必ずしも一致しないことから、どの範囲で求償することが可能であるか必ずしも明確ではない。

この点については、一般に、代物弁済をし、又は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、その共同免責額を基準として他の連帯債務者に対して求償をすることができるにとどまるのに対し、その出捐額が共同免責額に満たない場合には、その出捐額を基準として他の連帯債務者に対して求償をすることができるかとされている。

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、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

債務全額の弁済に代えてA所有の自転車を債権者に引き渡す旨の代物弁済の合意をした後、Aが債権者に対して上記代物弁済合意に基づき当該自転車を引き渡したときは、当該自転車の価額が共同免責額（30万円）以上であれば、当該自転車の価額が例えば60万円であったとしても、AはBとCに対して10万円ずつの求償をすることができるにとどまる。これに対し、当該自転車の価額が共同免責額（30万円）に満たないのであれば、当該自転車の価額が例えば6万円であったとすると、AはBとCに対して2万円ずつの求償をすることができることになる。

また、上記の例で、Aが債権者との間でAの債務のうちの15万円分の弁済に代えてA所有の自転車を債権者に引き渡す旨の代物弁済の合意をした後、Aが債権者に対してその代物弁済の合意に基づき当該自転車を引き渡したときは、当該自転車の価額が共同免責額（15万円）以上であれば、当該自転車の価額が例えば60万円であったとしても、AはBとCに対して5万円ずつの求償をすることができるにとどまる。これに対し、当該自転車の価額が共同免責額（15万円）に満たないのであれば、当該自転車の価額が例えば6万円であったとすると、AはBとCに対して2万円ずつの求償をすることができることになる。

本文の考え方は、以上の理解を前提として、連帯債務者は、債権者に対して代物弁済又は更改後の債務の履行をした場合には、他の連帯債務者に対し、その出捐額の限度で、他の連帯債務者の負担部分についての求償をすることができることを条文中明らかにすることを提案するものである。

(ウ) 連帯債務者間の通知義務

民法第443条第1項(事前の通知を怠った連帯債務者の求償の制限)については、これを削除するという考え方があり得るが、どのように考えるか。仮に同項の規定を削除する場合には、ある連帯債務者について、先に弁済等をした連帯債務者が事後の通知(同条第2項)をする前に、後に弁済等をした連帯債務者による事後の通知がされたときは、後に弁済等をした連帯債務者は、自己の弁済等を有効とみなすことができる旨の規定を設けるものとしてはどうか。

また、民法第443条第1項を削除するかどうかにかかわらず、同条が定める事前・事後の通知については、当該通知をすべき連帯債務者が他の連帯債務者の存在を知らなかった場合には、当該通知をしなかったことによる不利益を受けない旨の規定を設けるものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第11、1(2)ウ(エ)「事前通知義務(民法第443条第1項)」
[38頁(88頁)]

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がある。そこで、この事前通知義務を廃止するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第1, 2(2)ウ(イ) [24頁]】

○中間的な論点整理第11, 1(2)ウ(ウ)「連帯債務者間の通知義務(民法第443条)」[37頁(88頁)]

連帯債務者間の事前・事後の通知義務を規定する民法第443条に関して、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があることから、他の連帯債務者の存在を認識できない場合には通知義務を課さないものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第1, 2(2)ウ(イ)(関連論点) [26頁]】

《参考・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。

(補足説明)

1 事前の通知制度の廃止

(1) 連帯債務者間の事前の通知制度について定めた民法第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。」と規定する。この規定の趣旨は、連帯債務者の一人が弁済等を行うとする場合には事前に他の連帯債務者に対して通知をしなければならないとすることによって、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その事由を主張する機会を与えようとするところにあるとされている。

この規定によれば、例えば、AとBが債権者に対して連帯債務を負う一方で、

Aが債権者に対して反対債権を有している場合には、債権者から履行の請求を受けたBがAに対する事前の通知をせずに債権者に対して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。なお、このとき、Aが、債権者に対する債務を免れるとともにBからの求償を拒むことができる一方で、債権者に対する反対債権を行使することもできるのでは、公平を欠くことになる。そのため、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の上記反対債権がBに移転することを定めたものと解されている。

しかし、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るのは相当でないとの批判がされている。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義務を負う筋合いにはないとの批判もされている。

そこで、本文の第1パラグラフ前段では、民法第443条第1項を削除し、事前の通知制度を廃止するという考え方を取り上げた。

(2) ところで、連帯債務者間の事後の通知制度について定めた民法第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。」と規定する。この規定の趣旨は、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ことにあるとされている。

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、民法第443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）。この場合において、債権者は、両連帯債務者から二重の弁済等を受けたことになるが、後に弁済等をした連帯債務者は、自己の弁済等を有効とみなすことができないため、債権者に対して不当利得返還請求をすることになる。

しかし、本文の第1パラグラフ前段で取り上げた考え方に従って事前の通知制度を廃止してしまうと、上記の解釈、すなわち、後に弁済等をした連帯債務者が事前の通知を怠った場合には民法第443条第2項の保護を受けることができないとの解釈を採ることができなくなるため、後に弁済等をした連帯債務者による

弁済等が常に有効とみなされることになりかねない。このような帰結については、先に弁済等をした連帯債務者が事後の通知を怠ったことによるものであって、やむを得ないとの見方が一方であり得る。しかし、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の通知を怠ったような場合にまで、後に弁済等をした連帯債務者による弁済等が常に有効とみなされるのは、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、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対して事後の通知をする前に、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、後に弁済等をした連帯債務者は自己の弁済等を有効とみなすことができないものとするとの考え方が提示されている（参考資料1 [検討委員会試案]・249頁）。

もっとも、①本来は、先に弁済等をした連帯債務者の弁済等を有効とするのが原則であるから、その原則を反映させるためには、「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から求償を受ける前に、先に弁済等をした連帯債務者に対して事後の通知をした場合に限り、後に弁済等をした連帯債務者は自己の弁済等を有効とみなすことができる」旨の規定としたほうがよいとも考えられる。また、②後に弁済等をした連帯債務者による事後の通知と先に弁済等をした連帯債務者による求償権の行使との先後を問題とするよりも、両連帯債務者による事後の通知の先後を問題としたほうがよい（ただし、ここにいう事後の通知には、求償権の行使が含まれることを明確にしたほうがよい。）とも考えられる。

そこで、本文の第1パラグラフ後段では、以上の理解を踏まえ、先に弁済等をした連帯債務者が後に弁済等をした連帯債務者に対して事後の通知（求償権の行使を含む。）をする前に、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対して事後の通知（求償権の行使を含む。）をした場合には、後に弁済等をした連帯債務者は、自己の弁済等を有効とみなすことができることを条文上明らかにすることを提案している。

2 他の連帯債務者の存在の認識

連帯債務者間の事前・事後の通知制度については、他の連帯債務者の存在を認識することができなかつた場合にまでこれを要求するのは酷であるとの批判がされている。

本文の第2パラグラフでは、以上の理解を踏まえ、事前の通知制度を廃止するかどうかにかかわらず、民法第443条各項の定める事前・事後の通知について、当該通知をすべき連帯債務者が他の連帯債務者の存在を知らなかつた場合には、当該通知をしなかつたことによる不利益（他人の弁済等が有効とみなされたり、自己の弁済等を有効とみなすことができなかつたりすること）を受けないという考え方を提案している。

- (I) 負担部分を有する連帯債務者が全て無資力者である場合の求償関係
負担部分を有する連帯債務者が全て資力のない者である場合において、

負担部分を有しない連帯債務者が弁済等をしたときは、その弁済等をした連帯債務者は、負担部分を有しない他の連帯債務者のうちの資力がある者に対し、平等の負担割合による求償をすることができる旨の規定を設けるものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第11, 1(2)ウ(オ)「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）」[38頁（89頁）]

判例は、負担部分のある連帯債務者が全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との間で平等に負担をするとしていることから、これを条文上も明らかにするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第1, 2(2)ウ(ウ) [26頁]】

《参考・現行条文》

（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との間で、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。

（補足説明）

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、求償者と他の資力のある者との間で、各自の負担部分に応じて分割して負担すると規定しているが、①負担部分を有する有資力者がいない場合には、負担部分を有しない有資力者に対して求償をすることができるかどうか、②仮に、上記場合には負担部分を有しない有資力者に対して求償をすることができるとして、負担部分を有する有資力者が弁済等をしたときであっても、自己以外に負担部分を有する有資力者がいないときは、負担部分を有しない有資力者に対して求償をすることができるかどうかについては、必ずしも明確ではない。

この点に関して、判例（大判大正3年10月13日民録20輯751頁）は、負担部分を有する連帯債務者が全て無資力者である場合において、負担部分を有し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、求償者と他の有資力者との間で平等に負担をすべきであるとしている。この判例の趣旨及び民法第444条前段の文理に照らせば、①負担部分を有する有資力者がいない場合には、負担部分を有しない有資力者に対して求償をすることができる一方で、②負担部分を有する有資力者が弁済等をした場合には、自己以外に負担部分を有する有資力者がいないときであっても、負担部分を有しない有資力者に対して求償をすることはできない

と考えることができる。これらの帰結は、負担部分を有しない有資力者に対して求償をすることができるのは、弁済者が負担部分を有しない連帯債務者であって、かつ、負担部分を有する有資力者が一人もないという例外的な場合に限られるべきであるとの考え方によるものである。

本文の考え方は、以上の理解を前提として、負担部分を有する連帯債務者が全て無資力者である場合において、負担部分を有しない連帯債務者が弁済等をしたときは、その弁済等をした連帯債務者は、負担部分を有しない他の連帯債務者のうちの有資力者に対し、平等の負担割合による求償をすることができることを条文上明らかにすることを提案するものである。

(オ) 連帯の免除をした場合の債権者の負担

民法第445条（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）の規定は、削除するものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第11、1(2)ウ(カ)「連帯の免除（民法第445条）」[38頁（89頁）]

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が、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の指摘がある。そこで、同条を削除するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第1、2(2)ウ(エ) [27頁]】

《参考・現行条文》

(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。

(補足説明)

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おいて、他の連帯債務者の中に無資力者がいるときは、その無資力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、債権者がこれを負担することを規定している。

連帯の免除とは、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て、それ以上は請求しないとする意思表示のことをいう（特殊な一部免除であると

説明されている。)。債権者が連帯債務者の一人に対して連帯の免除をすると、これを受けた連帯債務者だけが自己の負担部分に応じた額の分割債務を負うことになり、その他の連帯債務者は依然として全額について連帯債務を負うことになる。そのため、連帯債務者の一人に対する連帯の免除は、その性質上当然に相対的効力事由であると考えられる。

民法第445条の趣旨を具体例に即して述べると、次のとおりである。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、債権者がCに対して連帯の免除をした後に、Aが債権者に対して30万円を弁済したとする。このとき、AがBとCに対して10万円ずつの求償をしようとしたものの、Bが無資力者であった場合には、民法第444条前段によって、AはCに対して5万円の追加分担の請求をすることができることになる。しかし、このようなCに対する追加分担の請求を認めてしまうと、Cが連帯の免除を受けた意味がなくなる。そこで、Aは、Cに対してではなく、債権者に対して5万円の支払を求めることができる。

しかし、この民法第445条の規定に対しては、連帯の免除をした債権者としては、通常、連帯債務者の内部的な分担についてまで引き受ける意思は有していないとの批判がされており、同条は削除すべきであるとの見解が主張されている。もちろん、同条を削除したとしても、連帯の免除という法律行為そのものが否定されるわけではない。したがって、仮に民法第445条を削除した場合には、上記の例では、連帯の免除を受けたCは、同法第444条前段に定められたとおり、Aからの5万円の追加分担の請求に応じなければならないことになると考えられる。

本文の考え方は、以上の理解を前提として、民法第445条を削除することを提案するものである。

(3) 不可分債務

ア 成立要件等

同一の不可分給付（性質上の不可分給付に限る。）を目的とする債務について複数の債務者がある場合には、当該債務は不可分債務となる旨の規定を設けるという考え方があり得るが、どのように考えるか。

また、上記の考え方を採る場合には、不可分債務の債権者及び各債務者は、不可分債務の目的が不可分給付から可分給付となったときに当該債務は連帯債務となることを合意によって定めることができる旨の規定を設けるものとしてはどうか。

イ 連帯債務と同様の規定

不可分債務についての負担割合、不可分債務者の一人について生じた事由の効力、不可分債務者間の求償関係等については、いずれも連帯債務と同様の規定（前記(2)イからエまで参照）を設けるという考え方があり得るが、どのように考えるか。

○中間的な論点整理第11, 1(3)「不可分債務」[38頁(90頁)]

仮に、連帯債務における絶対的効力事由を絞り込んだ結果として、不可分債務と連帯債務との間に効力の差異がなくなる場合には、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かどうかについて、更に検討してはどうか。

また、その際には、不可分債務における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旨の特約を認めるかどうかについても、併せて更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第1, 2(3)[28頁], 同(関連論点)[30頁]】

《参考・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。

(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 本文ア(成立要件等)について

(1) 不可分債務とは、現行法の下では、複数の債務者が債権者に対し、同一の不可分給付(性質上又は当事者の意思表示による不可分給付)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全ての債務者の債務が消滅するものとされている。

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、その括弧書きの部分で、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。そのため、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、不可分債権についての同法第429条が不可分債務に準用されるとしているから、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対して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とされている。

ところで、仮に、前記(2)ウ「連帯債務者の一人について生じた事由の効力等」における各検討の結果として、連帯債務における絶対的効力事由を絞ることになる場合には、不可分債務と連帯債務との間に効力の差異が無くなる可能性がある。その場合には、不可分債務と連帯債務の概念の整理として、不可分債務は専ら性質上の不可分給付を目的とし、連帯債務は専ら性質上の可分給付を目的とするものであると理解することが考えられる（参考資料1 [検討委員会試案]・241頁参照）。

本文アの第1パラグラフでは、この考え方を前提として、同一の不可分給付（性質上の不可分給付に限る。）を目的とする債務について複数の債務者がある場合には、当該債務は不可分債務となる旨の規定を設けるという考え方を取り上げた。

(2) 民法第431条は、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と規定する。この規定の趣旨については、不可分債務とは給付を分割することができない場合に認められる特別の概念であるから、給付を分割できるようになった場合には分割債務となるのが当然であるためとの説明がされている。

しかし、債権の目的が不可分給付から可分給付となった場合に必ず分割債務となるというのでは、当事者の意思（特に、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との指摘がされている。

そこで、本文アの第2パラグラフでは、この指摘を踏まえ、かつ、この補足説明(1)で述べた新たな概念整理（性質上の不可分給付を目的とする不可分債務、性質上の可分給付を目的とする連帯債務）を採用することを前提として、不可分債務の債権者及び各債務者は、不可分債務の目的が不可分給付から可分給付となったときに当該債務は連帯債務となることを合意によって定めることができることを条文上明らかにすることを提案している。

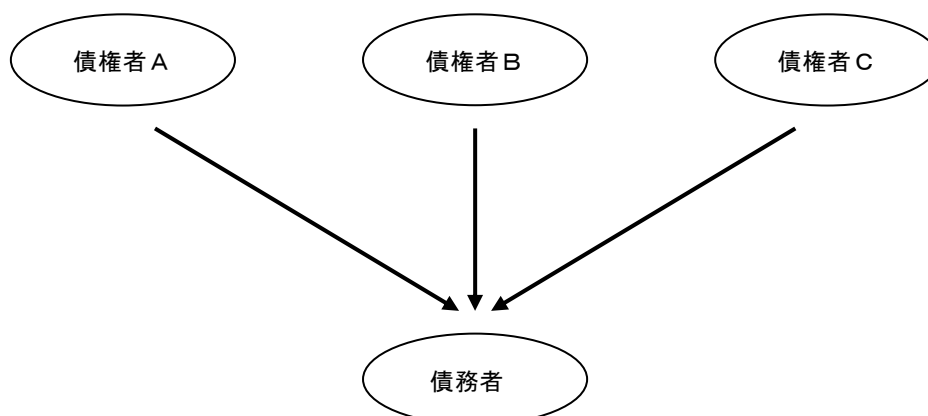
2 本文イ（連帯債務と同様の規定）について

この補足説明1(1)で述べたとおり、不可分債務と連帯債務の概念の整理として、不可分債務は専ら性質上の不可分給付を目的とし、連帯債務は専ら性質上の可分給付を目的とするものであるという理解をする場合には、不可分債務と連帯債務との差異は、給付の性質が可分か不可分かという点のみとなるから、不可分債務

についての負担割合，不可分債務者の一人について生じた事由の効力，不可分債務者間の求償関係等については，いずれも連帯債務と同様の規定（前記(2)イからエまで参照）を設けることが考えられる（参考資料1 [検討委員会試案]・250頁参照）。

本文のイでは，この考え方を取り上げた。

2 債権者が複数の場合



(1) 分割債権

ア 成立要件（分割主義）

同一の可分給付を目的とする債権について複数の債権者がある場合には，当該債権は原則として分割債権となる旨の規定を設けるという考え方があり得るが，どのように考えるか。

イ 権利割合

(ア) 対外的な権利割合（債務者との関係）

分割債権を有する数人の債権者は，債務者と各債権者との間に別段の意思表示がない場合には，債務者との関係において，それぞれ平等の割合で債権を有する旨の規定を設けるものとしてはどうか。

ただし，債務者と各債権者との間に上記別段の意思表示がない場合において，債務者が，当該分割債権の成立当時，後記(イ)の各債権者間の別段の意思表示の存在及び内容を知っていたときは，各債権者は，債務者との関係において，当該各債権者間の別段の意思表示による割合で債権を有する旨の規定を設けるものとしてはどうか。

(イ) 内部的な権利割合（各債権者間の関係）

分割債権を有する数人の債権者は，各債権者間に別段の意思表示がない場合には，各債権者間の関係において，それぞれ平等の割合で自己の権利部分を有する旨の規定を設けるものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第11, 2(1)「分割債権」[39頁(90頁)]

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する民法第427条は、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ことから、これを条文上も明らかにする方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第1, 3(1)[30頁]】

《参考・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。

(比較法)

- ・ヨーロッパ契約法原則第10:201条, 第10:202条,
- ・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2.1条

(補足説明)

1 本文ア(成立要件—分割主義)について

民法第427条は、一般に、同一の可分給付を目的とする債権について複数の債権者がある場合には、当該債権は原則として分割債権となり、各債権者の債権はその人数に応じて分割された額の独立したものとなるという「分割主義」を定めたものとされている。この分割主義の下では、同一の可分給付を目的とする債権について複数の債権者がある場合には、各債権者は、分割された額の自己の債権だけを行使することができ、他の債権者の分を行使することはできない。

裁判実務においても、上記の分割主義を前提として、一般に、判決主文で「被告は、原告A及び原告Bに対し、100万円を支払え。」と命ずるのは、被告に対して原告A及び原告Bそれぞれに対する50万円ずつの支払を命ずる趣旨であるとされている(前記1(1)の補足説明1参照)。

本文アは、以上の理解を前提として、上記の分割主義を条文上も明らかにするという考え方を取り上げたものである。

2 本文イ(権利割合)について

(1) 本文イ(ア)(対外的な権利割合—債務者との関係)について

民法第427条は、上記の分割主義のほかにも、分割債権を有する数人の債権者は、債務者との関係(対外的関係)において、原則としてそれぞれ平等の割合で債権を有するという「平等分割の原則」を定めたものとされている。もっとも、

この平等分割の原則を前提としても、債務者と各債権者との間の別段の意思表示によって平等でない権利割合が定められている場合には、各債権者はその割合で債権を有するとされている。また、債務者と各債権者との間に別段の意思表示がない場合であっても、各債権者間の別段の意思表示によって平等でない権利割合（内部的な権利割合）が定められており、かつ、債務者がその存在及び内容を知っていたときは、債務者との関係（対外的関係）においても、各債権者はその割合で債権を有するとされている。

本文イ(ア)は、以上の理解を前提として、分割債権者の対外的な権利割合に関する平等分割の原則を条文上も明らかにすることを提案するものである。

(2) 本文イ(イ)（内部的な権利割合－各債権者間の関係）について

民法第427条は、この補足説明(1)で述べたとおり、分割債権者の対外的な権利割合に関する平等分割の原則を定めたものとされているが、一般に、各債権者間の内部的な権利割合についても、平等分割の原則が妥当するとされている。

本文イ(イ)は、この理解を前提として、分割債権者の内部的な権利割合に関する平等分割の原則を条文上も明らかにすることを提案するものである。

(2) 不可分債権

ア 成立要件等

同一の不可分給付（性質上の不可分給付に限る。）を目的とする債権について複数の債権者がある場合には、当該債権は不可分債権となる旨の規定を設けるという考え方があり得るが、どのように考えるか。

また、上記の考え方を採る場合には、不可分債権の債務者及び各債権者は、不可分債権の目的が不可分給付から可分給付となったときに当該債権は連帯債権（後記(3)参照）となることを合意によって定めることができる旨の規定を設けるものとしてはどうか。

《参考・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。

（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 不可分債権とは、現行法の下では、複数の債権者が債務者に対し、同一の不可分

給付（性質上又は当事者の意思表示による不可分給付）について有する債権であって、各債権者は全ての債権者のために履行を請求することができ、また、債務者は全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であるとされている。

そして、前記1(3)の補足説明1(1)で述べたとおり、不可分債務と連帯債務の概念の整理として、不可分債務は専ら性質上の不可分給付を目的とし、連帯債務は専ら性質上の可分給付を目的とするものであるという理解をする場合には、不可分債権と連帯債権（この概念の導入の可否については後記(3)参照）の概念の整理としても、不可分債権は専ら性質上の不可分給付を目的とし、連帯債権は専ら性質上の可分給付を目的とするものであるという理解をすることが考えられる（参考資料1〔検討委員会試案〕・239頁参照）。

本文アの第1パラグラフでは、この考え方にに基づき、同一の不可分給付（性質上の不可分給付に限る。）を目的とする債権について複数の債権者がある場合には、当該債権は不可分債権となる旨の規定を設けるという考え方を取り上げた。

- 2 民法第431条は、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る」と規定している。この規定の趣旨については、不可分債権とは給付を分割することができない場合に認められる特別の概念であるから、給付を分割することができるようになった場合には分割債権となるのが当然であるためとの説明がされている。

しかし、債権の目的が不可分給付から可分給付となった場合に必ず分割債権になるというのでは、当事者の意思に反する場合があるとの指摘がされている。また、不可分債務について、その目的が不可分給付から可分給付となったときに当該債務は連帯債務となることを当事者の合意によって定めることができるとするのであれば（前記1(3)の補足説明1(2)参照）、不可分債権についても、同様の取扱いを認めるべきであると考えられる。

本文アの第2パラグラフは、以上の理解を踏まえ、かつ、この補足説明1で述べた新たな概念整理（性質上の不可分給付を目的とする不可分債権、性質上の可分給付を目的とする連帯債権）を採用することを前提として、不可分債権の債務者及び各債権者は、不可分債権の目的が不可分給付から可分給付となったときに当該債権は連帯債権となることを合意によって定めることができることを条文上明らかにすることを提案するものである。

イ 権利割合

(ア) 対外的な権利割合（債務者との関係）

不可分債権を有する数人の債権者は、債務者と各債権者との間に別段の意思表示がない場合には、債務者との関係において、それぞれ平等の割合で自己の権利部分を有する旨の規定を設けるものとしてはどうか。

ただし、債務者と各債権者との間に上記別段の意思表示がない場合において、債務者が、当該不可分債権の成立当時、後記(イ)の各債権者間の

別段の意思表示の存在及び内容を知っていたときは、各債権者は、債務者との関係において、当該各債権者間の別段の意思表示による割合で自己の権利部分を有する旨の規定を設けるものとしてはどうか。

(イ) 内部的な権利割合（各債権者間の関係）

不可分債権を有する数人の債権者は、各債権者間に別段の意思表示がない場合には、各債権者間の関係において、それぞれ平等の割合で自己の権利部分を有する旨の規定を設けるものとしてはどうか。

(補足説明)

1 本文(ア)（対外的な権利割合－債務者との関係）について

現行民法は、不可分債権者の対外的な権利割合に関する規定を置いていないが、一般的には、前記(1)の補足説明2(1)で述べた分割債権者の対外的な権利割合に関する平等分割の原則がここでも妥当し、不可分債権を有する数人の債権者は、債務者と各債権者との間に別段の意思表示がない場合には、債務者との関係において、それぞれ平等の割合で自己の権利部分を有することになるとされている。また、この平等分割の原則を前提としても、債務者と各債権者との間の別段の意思表示によって平等でない権利割合が定められている場合には、各債権者はその割合で自己の権利部分を有することになることや、債務者と各債権者との間に別段の意思表示がない場合であっても、各債権者間の別段の意思表示によって平等でない権利割合（内部的な権利割合）が定められており、かつ、債務者がその存在及び内容を知っていたときは、債務者との関係（対外的関係）においても、各債権者はその割合で自己の権利部分を有することになることも、前記(1)の補足説明2(1)で述べた分割債権者の対外的な権利割合の場合と同様である。

本文(ア)は、以上の理解を前提として、不可分債権者の対外的な権利割合に関する平等分割の原則を条文上も明らかにすることを提案するものである

2 本文(イ)（内部的な権利割合－各債権者間の関係）について

不可分債権者の内部的な権利割合についても、この補足説明1で述べた不可分債権者の対外的な権利割合の場合と同様に、平等分割の原則が妥当し、不可分債権を有する数人の債権者は、各債権者間に別段の意思表示がない場合には、各債権者間の関係において、それぞれ平等の割合で自己の権利部分を有するとされている。

本文イ(イ)は、この理解を前提として、不可分債権者の内部的な権利割合に関する平等分割の原則を条文上も明らかにすることを提案するものである。

ウ 不可分債権者の一人について生じた事由の効力

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ついて定める民法第429条第1項の規定を維持することとしてはどうか。また、不可分債権者の一人と債務者との間に混同や代物弁済の合意があった場合についても、同項の規定と同様に、他の不可分債権者は債務者に対して債務の全部の履行を請求することができるものの、混同又は代物弁済の

合意により債権を失った不可分債権者に分与すべき利益を債務者に対して償還しなければならない旨の規定を設けるものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第11, 2(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)」[39頁(90頁)]

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する。この規定について、混同や代物弁済の場合にも類推適用されるとする見解があることから、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も適用される旨を明文化するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第1, 3(2)[32頁]】

《参考・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。

(補足説明)

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には、他の不可分債権者は債務者に対して債務の全部の履行を請求することはできるものの、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を債務者に対して償還しなければならないと規定している。

例えば、A、Bの2名の不可分債権者が債務者に対して時価100万円の自動車の引渡しを求める不可分債権を有しており、A、Bの権利割合がそれぞれ平等である場合において、Aが債務者に対して免除の意思表示をしたときは、Bは債務者に対して当該自動車の引渡しを請求することができるものの、免除の意思表示により債権を失ったAに分与すべき利益を債務者に対して償還しなければならない。

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は債務者に対して当該自動車の引渡しを請求することができるとしても、Aに対してその利益を分与することになり、また、Aは自ら免除をした債務者に対してBから分与を受けた利益を不当利得として返還することになる。民法第429条第1項の存在意義は、このような求償の循環を回避することにあるとされている。

ところで、判例は、不可分債権者の一人と債務者との間の混同についても、民法第429条第1項が類推適用されるとしている（最判昭和36年3月2日民集15巻3号337頁参照）。これに対しては、上記の例で言えば、Aと債務者との間に混同が生じた場合には、民法第429条第1項が類推適用されないとしても、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）に対してその利益を分与することになるだけであって、求償の循環が生じるわけではないから、同項を類推適用する必要はないとの批判がされている。しかし、この批判に対しては、Aと債務者との間に混同が生じた場合にBが債務者（＝A）に対して債務の全部の履行を請求することができるのは、民法第429条第1項が類推適用されるからこそであるとの反論もあり得るところである。

また、不可分債権者の一人と債務者との間で代物弁済の合意がされた場合についても、更改と代物弁済の合意とが類似の性質を有することから、民法第429条第1項を類推適用すべきであると考えられる（参考資料1 [検討委員会試案]・240頁参照）。

本文の考え方は、以上の理解を前提として、現行の民法第429条第1項の規定を維持しつつ、不可分債権者の一人と債務者との間に混同や代物弁済の合意があった場合についても、同項が適用されるのと同様の結果とすることを条文上明らかにすることを提案するものである。

(3) 連帯債権

ア 成立要件（連帯債権という概念の導入の可否）

同一の可分給付を目的とする債権について複数の債権者がある場合には、当該債権は、法律の規定によるほか、当事者の意思表示によって、連帯債権となる旨の規定を設けるという考え方があり得るが、どのように考えるか。

イ 不可分債権と同様の規定

連帯債権という概念を導入する場合には、連帯債権についての権利割合、連帯債権者の一人について生じた事由の効力等については、いずれも不可分債権と同様の規定（前記(2)イ及びウ参照）を設けるという考え方があり得るが、どのように考えるか。

○中間的な論点整理第11、2(3)「連帯債権」[39頁(91頁)]

民法には明文の規定は置かれていないものの、復代理人に対する本人と代理人の

権利（同法第107条第2項）や、転借人に対する貸貸人と転貸人の権利（同法第613条）について、連帯債権という概念を認める見解があることから、連帯債権に関する規定を新設するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第1, 3(3) [34頁], 同(関連論点) [35頁]】

(比較法)

- ・ヨーロッパ契約法原則第10:201条, 204条, 205条
- ・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条から第2.5条まで

(補足説明)

1 本文ア(成立要件—連帯債権という概念の導入の可否)について

現行民法は、債権者が複数である場合の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。

これに対し、下級審裁判例(東京地判平成14年12月27日判時1822号68頁等参照)や学説には、連帯債権という概念を認めるものがある。そこでは、連帯債権とは、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全ての債権者の債権が消滅するものとされている。また、連帯債権の例としては、復代理人に対する本人及び代理人の権利(民法第107条第2項)、転借人に対する貸貸人及び転貸人の権利(同法第613条)などが挙げられている。

また、前記1(2)ア(ア)の補足説明で述べたとおり、連帯債務については、法律の規定によるほか、当事者の意思表示によっても成立するものとされているから、連帯債権という概念を導入する場合には、これについても、法律の規定によるほか、当事者の意思表示によっても成立するものとすべきであると考えられる。

さらに、前記(2)アの補足説明1で述べたとおり、連帯債権という概念を導入する場合には、不可分債権と連帯債権の概念の整理として、不可分債権は専ら性質上の不可分給付を目的とし、連帯債権は専ら性質上の可分給付を目的とするものであるという理解をすることが考えられる。

本文アでは、以上の理解を前提として、同一の可分給付を目的とする債権について複数の債権者がある場合には、当該債権は、法律の規定によるほか、当事者の意思表示によって連帯債権となる旨の規定を設けて、連帯債権という概念を導入することを提案している。なお、「約定連帯債権」という概念を導入するという考え方も示されている(参考資料2 [研究会試案]・180頁参照)。

2 本文イ(不可分債権と同様の規定)

一般に、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ため、不可分債権と連帯債権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のに対し（民法第434条から第439条までの類推適用）、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ことにある（同法第428条）とされている。

しかし、この補足説明1で述べたとおり、不可分債権と連帯債権の概念の整理として、不可分債権は専ら性質上の不可分給付を目的とし、連帯債権は専ら性質上の可分給付を目的とするものであるとの理解をするのであれば、不可分債権と連帯債権との差異は、給付の性質が可分か不可分かという点のみとなるから、連帯債権についての負担割合、連帯債権者の一人について生じた事由の効力等については、いずれも不可分債権と同様の規定（前記(2)イ及びウ参照）を設けることが考えられる（参考資料1 [検討委員会試案]・241頁参照）。

本文イでは、以上の理解に基づき、連帯債権という概念を導入する場合には、連帯債権についての権利割合、連帯債権者の一人について生じた事由の効力等については、いずれも不可分債権と同様の規定を設けるという考え方を取り上げた。

3 合有債権及び合有債務と総有債権及び総有債務

多数当事者の債権及び債務に関する一般的な規定として、合有債権及び合有債務に関する規定や総有債権及び総有債務に関する規定は、設けないものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第11, 3「その他（債権又は債務の合有又は総有）」[39頁（91頁）]

債権又は債務について合有又は総有の関係が生じた場合に関する規定を新設するかどうかについて、検討してはどうか。

《参考・現行条文》

（組合財産の共有）

民法第668条 各組合員の出資その他の組合財産は、総組合員の共有に属する。

（組合員に対する組合の債権者の権利の行使）

民法第675条 組合の債権者は、その債権の発生の際に組合員の損失分担の割合を知らなかったときは、各組合員に対して等しい割合でその権利を行使することができる。

（組合の債務者による相殺の禁止）

民法第677条 組合の債務者は、その債務と組合員に対する債権とを相殺することができない。

（信託財産の合有）

信託法第79条 受託者が二人以上ある信託においては、信託財産は、その合有とする。

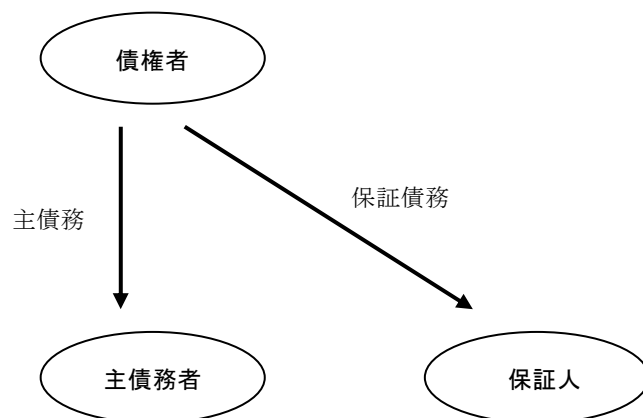
(補足説明)

多数当事者の債権及び債務に関する一般的な規定として、前記1では、債務者が複数である場合の分割債務、連帯債務、不可分債務の3類型を取り上げ、また、前記2では、債権者が複数である場合の分割債権、連帯債権、不可分債権の3類型を取り上げた。

もっとも、多数当事者の債権及び債務に関する類型は、これらのものに限られるわけではなく、例えば、合有債権及び合有債務や、総有債権及び総有債務という類型があると言われている。合有債権及び合有債務の例としては、組合の債権及び債務（民法第668条、第675条、第677条等参照）、信託財産である債権（信託法第79条）などが挙げられ、また、総有債権及び総有債務の例としては、権利能力のない団体の債権及び債務などが挙げられている。しかし、これらは、組合契約や信託行為における法律関係の問題として、また、団体に関する法律関係の問題として取り扱ったほうが理解が容易であり、多数当事者の債権及び債務に関する一般的な規定としては、合有債権及び合有債務、総有債権及び総有債務に関する規定を設けるのは相当でないと考えられる。

本文の考え方は、以上の理解に基づくものである。

第2 保証債務



1 保証債務の成立—主債務者と保証人との間の契約による保証債務の成立

債権者と保証人との間の契約（保証契約）のほか、主債務者と保証人との間の契約（保証引受契約）によっても、保証人の債権者に対する保証債務が成立する旨の規定を設けるものとしてはどうか。その際、①保証引受契約もまた、書面でしなければ効力を生じない旨の規定と、②債権者は、保証人に対する意思表示によって、当該保証債権の取得を放棄することができる旨の規定を併せて設けるものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第12, 1(1)「主債務者と保証人との間の契約による保証債務の成立」[40頁(92頁)]

債権者と保証人との間の契約(保証契約)のほか、主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ものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第2, 2(1)[42頁]】

《参考・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、債権者と保証人との間で保証契約を締結する必要がある。実際には、保証契約の締結に先立って、債務者が保証人に対して保証をすることを委託し(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ことが多いとされているが、この保証委託契約は、保証債務の成否に影響を及ぼすものではない。

これに対して、実務上、社債に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などにおいては、多数の債権者との間の契約ではなく、債務者との間の契約(保証引受契約)によって、保証債務を成立させることを認めるニーズがあるとの指摘がされている。また、債権者にとっても、債務者と保証人との間の契約によって保証債務の成立が認められたとしても、その保証債権の取得を自らの意思で拒絶することができるのであれば、特段の不利益はないと考えられる。そこで、債権者による保証債権取得の拒絶が認められることを前提として、債務者と保証人との間の契約による保証債務の成立を認めるべきであるとの見解が主張されている。

債権者が保証債権の取得を拒絶する方法としては、債権者の同意がない限り債務者と保証人との間の契約による保証債務の成立は認められないとすることも考えられるが、この方法を採用すると、債務者と保証人は、債権者が同意をするまでの間、自由に保証引受契約を合意解除することができることになる。そうすると、例えば、社債の格付けを維持するために債務者と保証人が保証引受契約を締結し、その格付けを維持した後で、当該保証引受契約を債権者による同意の前に合意解除することも可能となりかねない。そこで、債権者による保証債権取得の拒絶の方法としては、

債権者が保証債権の取得を遡及的に放棄することができるという方法を採用することが考えられる。

ところで、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、保証契約が慎重に締結されるようにすることが必要であると考えられたことによるものである。この趣旨は、債務者と保証人との間の保証引受契約にも妥当すると考えられるため、保証引受契約にも書面性を要求することが考えられる。

本文の考え方は、以上の理解を前提として、主債務者と保証人との間の契約（保証引受契約）によって保証人の債権者に対する保証債務が成立する旨の規定を設けるとした上で、①保証引受契約は書面でなければ効力を生じない旨の規定と、②債権者は保証人に対する意思表示によって当該保証債権の取得を放棄することができる旨の規定を設けることを提案するものである。

- (2) 他方、保証引受契約という類型を設けるという考え方に対しては、保証債務の成立を容易にする方向のものであるとして、保証人保護の観点から反対する意見がある。しかし、現在でも、併存的債務引受においては、債務者と保証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、引受人が実質的に保証人と同等の地位に立つことに照らすと、本文の考え方は、現状よりも保証人保護を後退させるものではない。むしろ、書面要件などの保証人保護のルールが、従来の保証契約よりも広く適用されることになる点で、保証人保護に資する考え方であると見ることができる。

もっとも、保証引受契約という類型を設ける有用性があるのは、實際上、経済合理性のある取引として保証が行われる場面に限られるように思われる。そこで、保証引受契約という類型を創設する場合に、保証人保護に反するおそれが払拭し難いのだとすれば、その適用対象を、保証人が法人である場合に限るものとするという別案も考えられる。

2 保証債務の付従性

保証債務の内容（債務の目的又は態様）が主債務より重い場合には、主債務の限度に減縮される旨の規定（民法第448条）を維持しつつ、①主債務の内容が保証契約の締結後に減縮された場合には、保証債務の内容も主債務の限度に減縮される旨の規定、②主債務の内容が保証契約の締結後に加重された場合であっても、保証債務の内容は加重されない旨の規定を設けるものとはどうか。

○中間的な論点整理第12、2「保証債務の付従性・補充性」[41頁（94頁）]

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民法第448条との関係で、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ことをも条文上も明らかにするかどうかについて、更に検討してはどうか。

また、そもそも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ことから、これらに関する明文の規定を設けるかどうかについても、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第2, 3 [46頁], 同 (関連論点) [47頁]】

《参考・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)

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という性質）、随伴性（主債務が移転するときはこれと共に移転するという性質）、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くなるという性質）等があるとされている。また、付従性には、成立における付従性（主債務がなければ成立しないという性質）、内容における付従性（主債務より重くなることはないという性質）、消滅における付従性（主債務が消滅すれば消滅するという性質）があるとされている。

このうちの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、保証債務の内容も主債務の限度に減縮されることを規定する。また、この規定の解釈として、保証契約の締結後に主債務の内容が減縮された場合には、保証債務の内容もそれに応じて減縮されるとされている。例えば、主債務の弁済期が延期された場合には、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）。本文の①は、この解釈を条文上も明らかにすることを提案するものである。

これに対し、保証契約の締結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。もっとも、この点については、上記の付従性の趣旨から、保証契約の締結後に主債務の内容が加重された場合であっても、保証債務にその影響は及ばないと解されている。本文の②は、民法第448条から直ちに導くことのできないこの解釈を明文化することを提案するものである。

3 保証人の抗弁

(1) 保証人固有の抗弁

ア 催告の抗弁

催告の抗弁の制度（民法第452条、第455条）については、次のよ

うな考え方があり得るが、どのように考えるか。

【甲案】 催告の抗弁の制度を廃止するものとする。

【乙案】 催告の抗弁の制度を維持するものとする。

○中間的な論点整理第12, 3(1)ア「催告の抗弁の制度の要否（民法第452条）」
[41頁（95頁）]

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、これを廃止すべきであるとする意見もあるが、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意見もあることから、その要否について、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第2, 4(1)ア [47頁]】

《参考・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。

（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つ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。

（補足説明）

1 現行民法は、保証債務の補充性にに基づき、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、まず主債務者に催告するよう請求することができる権利をいう（同法第452条本文）。

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から（大判大正5年11月4日民録22輯2021頁）、その実効性には疑問が示されている。むしろ、催告の抗弁が行使されると、債権者は、主債務者が無資力などの場合であっても、必ず主債務者に対する催告をしなければならないため、債権者の権利行使を不当に遅延させる結果となりかねないとの指摘がされている。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であると言われている。

そこで、以上の理解を前提として、催告の抗弁の制度を廃止すべきであるとの考え方があり得る。本文の甲案は、この考え方に基づくものである。

- 2 しかし、甲案に対しては、債権者は、催告の抗弁を行使されたとしても、裁判外で催告をすれば足りるのであって、大きな負担を負うものではないから、あえてこの制度を廃止するまでのことはないとの指摘がされている。また、保証債務に補充性がある以上、催告の抗弁を行使された債権者が、主債務者が無資力などの場合であっても、まずは主債務者に催告をしなければならないのは当然のことであって、それによる権利行使の遅延が仮に生じたとしても、それは不当な遅延とは言えないとの指摘があり得るところである。さらに、保証人保護のための制度である催告の抗弁の制度を廃止することは、保証人保護を後退させる方向での改正になるから相当でないとの指摘もされている。

本文の乙案は、これらの指摘を踏まえ、催告の抗弁の制度を維持することを提案するものである。

イ 債権者が主債務者に対する債権の回収を著しく怠った場合の保証人の免責

(ア) 規定の内容

催告又は検索の抗弁が主張されたにもかかわらず、債権者がこれを怠ったために主債務者から全部の弁済を受けられなかった場合に、保証人がその義務を免れる旨の規定（民法第455条）は、これを維持するものとしてはどうか。

また、上記規定とは別に、債権者が、保証人との関係でその負担を不当に重くすることがないように行動すべき信義則上の義務に違反して、主債務者に対する債権の回収を著しく怠ったために、債権者が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、債権者が主債務者に対する債権の回収を怠らなければ弁済を得ることができた限度において、その保証債務を免れる旨の規定を設けるものとしてはどうか。

(イ) 連帯保証への適用の可否

仮に上記(ア)の第2パラグラフの規定を設ける場合において、その規定が連帯保証にも適用されるかどうかについては、次のような考え方があり得るが、どのように考えるか。

【甲案】 民法第455条と同様に、連帯保証には適用されないものとする。

【乙案】 民法第455条とは異なり、連帯保証にも適用されるものとする。

○中間的な論点整理第12, 3(1)イ「適時執行義務」[42頁(95頁)]

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。この規定について、その趣旨を拡張して、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かどうか、更に検討してはどうか。

また、仮に適時執行義務に関する規定を設ける場合には、これが連帯保証にも適用されるものとするかどうかについても、検討してはどうか。

【部会資料8-2第2, 4(1)イ [48頁]】

《参考・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 本文(ア)(規定の内容)について

(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点にある。

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おいて、債権者に「保証人に対する信義誠実の態度に欠けたところ」があったときは、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(ただし、この判例は直接には民法第504条の問題を論じたものである。)。また、学説においても、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ことを指摘し、民法第455条や同法第504条をその現れであるとみる見解が主張されている。

そこで、以上の判例及び学説を踏まえ、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であるとする見解が主張されている(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る見解である。

(2) しかし、この見解に対しては、主債務者を当面の危機から救済するために債権者が弁済期の延期などの対応をしたところ、結果的にかえって主債務者の資力が悪化してしまったような場合にまで、適時に執行をしなかったとして適時執行義務違反を問われることになりかねないところ、これは債権者にとっては受け入れ難い結果であるとの批判がされている。もっとも、この批判は、「適時に執行」という文言が必ずしも適切でないという点に向けられたものであって、前掲判例が

言うような、債権者に「保証人に対する信義誠実の態度に欠けたところ」があるような場合に、債権者による保証債務の履行請求が制限されることまで否定するものではないと考えられる。

そこで、「適時に執行」に代わり得る適切な文言が問題となる。

ここで問題とされているのは、債権者が保証人との関係でその負担を不当に重くすることがないように行動すべき信義則上の義務に違反して、主債務者の財産からの回収を怠ったと言えるかどうかである。そこで、その旨をそのまま条文化することが考えられる。

本文の(ア)では、以上の理解を前提として、第1パラグラフにおいて、催告又は検索の抗弁が行使された場合における民法第455条を維持することを提案しつつ、第2パラグラフにおいて、それとは別の制度として、債権者が、保証人との関係でその負担を不当に重くすることがないように行動すべき信義則上の義務に違反して、主債務者に対する債権の回収を著しく怠ったために、債権者が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、債権者が主債務者に対する債権の回収を怠らなければ弁済を得ることができた限度において、その保証債務を免れる旨の規定を設けることを提案している。ここで「著しく」怠ったという要件とした趣旨は、主債務者を当面の危機から救済するために弁済期の延期などの対応をするといった債権者の合理的な行動については、この要件の対象とはならないことを明確にするという点にある。

2 本文(イ)（連帯保証への適用の可否）について

(1) 現行民法第455条は、催告又は検索の抗弁が行使されたことを前提とする規定であるから、催告又は検索の抗弁が認められない連帯保証（同法第454条参照）については、適用の余地はない。これに対して、本文(ア)の第2パラグラフの規定は、催告又は検索の抗弁が行使されることを前提とするものではないから、必ずしも連帯保証について適用の余地がないとまでは言えない。

もともと、本文(ア)の第2パラグラフの規定も、民法第455条と同様に、保証債務の補充性を理論的根拠とするものであると考えられるから、一般に連帯保証債務には補充性がないと説明されていることからすると、本文(ア)の第2パラグラフの規定も連帯保証には適用がないということになる。本文(イ)の甲案は、この理解に基づく提案である。

(2) もともと、保証債務の補充性は、一般に保証債務の付従性から派生する性質であると説明されているところ、連帯保証債務は、付従性を否定されているわけではないから、連帯保証債務に補充性がないという上記の説明は、連帯保証債務に催告又は検索の抗弁がないという限度において理解し、付従性に由来する最低限の補充性は否定されていないと解することも不可能とまでは言えないと考えられる。実務上も、例えば、連帯保証債務の履行請求権を被保全債権として連帯保証人の不動産を差し押さえる場合には、主債務者に目ぼしい財産がないことについての疎明を求められるのが通例である。また、第6回会議においては、実務上の保証はそのほとんどが連帯保証であるから、連帯保証でない保証にしか適用され

ない制度を設ける実益は乏しいとの指摘もされている。

本文(イ)の乙案は、以上の理解を前提として、本文(ア)の規定を連帯保証にも適用することを提案するものである。

(2) 主債務者の有する抗弁の利用

ア 主債務者が行使することのできる相殺権、取消権又は解除権

保証人は、主債務者が債権者に対して行使することのできる相殺権、取消権又は解除権を有する場合には、その抗弁権の行使によって主債務者が主債務の履行を免れる限度で、債権者に対して保証債務の履行を拒絶することができる旨の規定を設けるものとしてはどうか。

イ 主債務者が主張することのできる抗弁

保証人は、主債務者が債権者に対して主張することのできる抗弁を、債権者に対して主張することができる旨の規定を設けるものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第12, 3(2)「主たる債務者の有する抗弁権(民法第457条)」
[42頁(96頁)]

保証人が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規定する民法第457条第2項については、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とする規定に改めるかどうかについて、更に検討してはどうか。

また、民法には、主債務者が債権者に対して相殺権を有する場合の規定しか置かれていないことから、主債務者がその余の抗弁権を有している場合の規定を設けるかどうかについても、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第2, 4(2)[51頁], 同(関連論点)[52頁]】

《参考・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 (略)

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 本文ア（主債務者が行使することのできる相殺権、取消権又は解除権）について

(1) 相殺権

民法第457条第2項は、保証人は主債務者の反対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を定めたものとする見解がある。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、被担保債権の債務者が抵当権者に対して有する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」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有する反対債権の処分権限まで保証人に与えるのは過大であるとして、保証人は、主債務が相殺によって消滅する限度で保証債務の履行を拒絶することができるにとどまると解している。

ところで、持分会社の社員は、一定の場合に持分会社の債務を弁済する責任を負うという点で、保証人に類似した立場に置かれているところ（会社法第580条参照）、同法第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おいて、持分会社がその債権者に対して相殺権を有するときは、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。一般に、この規定は、上記の通説の立場を前提としたものであるとされている。

そこで、本文のアでは、以上の理解に基づき、会社法第581条第2項を参考として、保証人は、主債務者が債権者に対して行使することのできる相殺権を有する場合には、その抗弁権の行使によって主債務者が主債務の履行を免れる限度で、債権者に対して保証債務の履行を拒絶することができることを条文上明らかにすることを提案している。

(2) 取消権、解除権等

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であり、主債務者が取消権、解除権等を有する場合については、解釈に委ねられているのが現状である。

もっとも、この点については、一般に、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、保証債務の履行を拒絶することができる」と解されている。

また、この補足説明(1)で述べたとおり、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おいて、持分会社が債権者に対して取消権又は解除権を有するときは、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、本文のアでは、以上の理解に基づき、会社法第581条第2項を参考として、保証人は、主債務者が債権者に対して行使することのできる相殺権を有する場合は、取消権又は解除権を有する場合にも、その抗弁権の行使によっ

て主債務者が主債務の履行を免れる限度で、債権者に対して保証債務の履行を拒絶することができることを条文上明らかにすることを提案している。

なお、相殺権、取消権、解除権のほかにも、代金減額請求権など主債務者が債権者に対して行使することのできる抗弁権があり得るところ、これらの抗弁として機能する形成権についても、本文アと同様の取扱いを認めるべきかどうかの問題となり得る。どのように考えるか。

2 本文イ（主債務者が主張することのできる抗弁）

一般に、保証人は、保証債務の付従性に基づき、主債務者の有する抗弁を主張することができる（最判昭和40年9月21日民集19巻6号1542頁参照）。したがって、例えば、主債務者が、契約の無効の抗弁（主債務の不発生）、弁済・相殺の抗弁（主債務の消滅）、同時履行の抗弁（主債務の履行請求の阻止）などの抗弁を有する場合には、保証人も、債権者に対してそれらの抗弁を主張することができる。つまり、主債務者が本文アの相殺権、取消権、解除権を行使した場合には、保証人は主債務者の主張することのできる相殺の抗弁（主債務の消滅）、契約取消し・契約解除の抗弁（主債務の不発生あるいは消滅）を主張することができる。

ただし、上記各抗弁のうち、主債務の不発生や消滅に関する抗弁については、主債務者の主張することのできる抗弁を保証人が主張するというより、むしろ、保証債務の成立の付従性や消滅の付従性に基づいて、保証人自身が自己の有する抗弁として主張することができる（と理解するほうが自然であるとも言い得る。もっとも、他方で、主債務の履行請求の阻止に関する同時履行の抗弁などについては、保証人自身の有する抗弁とは言い難いようにも思われる。これらを踏まえれば、「主債務者が債権者に対して主張することのできる抗弁」を保証人も債権者に対して主張することができる（と規定しておくことには、十分意味があると考えられる。

また、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おいて、その社員は、持分会社が主張することの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（と規定しているところ、一般に、持分会社が同条第2項の相殺権、取消権、解除権を行使した場合には、その社員は、同条第1項に基づき、持分会社の主張することのできる抗弁を債権者に対して主張することができる（と解されている。

本文のイでは、以上の理解に基づき、会社法第581条第1項を参考として、保証人は、主債務者が債権者に対して主張することのできる抗弁を債権者に対して主張することができることを条文上明らかにすることを提案している。

4 保証人の求償権

(1) 委託を受けた保証人が期限前に弁済等をした場合の事後求償権

委託を受けた保証人が、主債務の期限が到来する前に、保証債務の弁済等をした場合には、主債務者は、保証人に対し、上記弁済等の当時利益を受け

た限度で求償に应ずれば足りる旨の規定を設けるものとしてはどうか。

また、その場合において、主債務者は、主債務の期限が到来した後で求償に应ずれば足りる旨の規定を設けるものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第12, 4(1)「委託を受けた保証人の事後求償権（民法第459条）」[42頁(96頁)]

委託を受けた保証人による期限前弁済は、委託の趣旨に反することがあることから、この場合における保証人の事後求償権は、委託を受けた保証人についてのもの（民法第459条第1項）ではなく、委託を受けない保証人と同内容のもの（同法第462条第1項）とするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第2, 5(1)[52頁]】

《参考・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。

（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つた費用その他の損害の賠償を包含する。

（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 求償の範囲

民法第459条第1項は、委託を受けた保証人が弁済や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、委任契約であるから、委託を受けた保証人が弁済に要する費用については、委任事務の処理に要する費用として、委任者である主債務者に対して請求をすることができる（同法第649条、650条）、このような委任に関する規定の特則として、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。

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、保証債務の期限の利益を放棄して弁済等をするところがあるが、このような保証債務の期限前弁済は、保証委託の趣旨に反することがあるとの指摘がされている。例えば、主債務者も保証人も債権者に対する反対債権を有していたところ、債権者の資力が悪化したため、保証人が保証債務の期限の利益を放棄して債権者に対して自己の反対債権を自働債権とする相殺を行うことがあり得るが、これは、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ものであるというのである。

そこで、委託を受けた保証人が期限前に弁済等をした場合については、保証委託の趣旨に反することがあることを踏まえ、その場合の事後求償権の範囲を、委託を受けない保証人の事後求償権の範囲と同様のものと定めるべきであるとの見解が主張されている。つまり、事後求償権が認められる範囲を、委託を受けた保証人が期限前弁済等をしたときに主債務者が利益を受けた限度（民法第462条第1項参照）にとどめるべきであるとの見解である。

本文の第1パラグラフの考え方は、この見解に基づくものである。

2 求償の時期

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に弁済等をした場合においては、主債務者の期限の利益を害さないようにするため、その保証人による事後求償権の行使は、主債務の期限の到来を待たなければならないとしている。

本文の第2パラグラフの考え方は、この判例法理を明文化することを提案するものである。

なお、この第2パラグラフの考え方は、委託を受けない保証人が期限前に弁済等をした場合についても同様に妥当し得ると考えられる。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

委託を受けた保証人の事前求償権については、次のような考え方があり得るが、どのように考えるか。

【甲案】 事前求償権の制度を廃止するものとする。

【乙案】 事前求償権の制度を維持するものとする。

○中間的な論点整理第12, 4(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）」[42頁(97頁)]

仮に適時執行義務に関する規定を設ける場合（前記3(1)イ参照）には、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を規定する民法第460条を維持するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第2, 5(2) [54頁]】

： 《参考・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 (略)

(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主債務が弁済期にあるとき(同条第2号)、

③主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）を挙げている。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）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。

保証委託契約は、委任契約であるから、委託を受けた保証人が弁済をするのに必要な費用については、委任者である主債務者に対して前払請求をすることができる（同法第649条）、委託を受けた保証人について、常にこの前払請求を認めてしまうと、主債務者にとっては、保証人に保証委託をした意味がなくなる。したがって、保証委託契約の趣旨からは、一般の委任契約の場合とは異なり、費用前払請求権は認められないのが原則となる。

しかし、委託を受けた保証人であっても、事前に求償を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ため、例外的に事前求償権を認める必要がある。委託を受けた保証人の事前求償権は、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。

2 他方、債権者には、保証人との関係でその負担を不当に重くすることがないように行動すべき信義則上の義務があるとし、債権者がこの義務に違反して主債務者に対する債権回収を著しく怠った場合には、保証人は一定の範囲で免責される旨の規定を設けるという考え方がある（前記3(1)イ参照）。仮に、このような規定を設けるのであれば、委託を受けた保証人の保護に関し、事前求償権の制度の必要性を代替することができるとの指摘がされている（参考資料1 [検討委員会試案]・260頁参照）。

そこで、上記指摘にいう代替可能性を、前記3(1)イの規定との関係で具体的にしてみると、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（民法第460条第1号）については、債権者が主債務者に対する債権の回収を著しく怠るものと評価し得る。したがって、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で保証人はその保証債務を免れるとの規律を設けることによって、事前求償権の制度を代替することが可能になると考えられる。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のであるから、破産手続に参加するために事前求償権を認める必要はない。

次に、②主債務が弁済期にあるとき（民法第460条第2号）については、もともと主債務の弁済期が到来しただけで直ちに事前求償権が発生するという規律の合理性に対して疑問があるという指摘がされているところである。また、保証人としては、債権者が主債務者に対する債権の回収を著しく怠ったために債権者が主債務者から全部の弁済を得られなかった場合にその保証債務を免れることが規定されていれば、その保護に欠けるところはないと考えられる。したがって、ここでも、事

前求償権の制度を代替することができていると考えられる。

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（民法第460条第3号）については、上記の①②とは異なり、そもそも事前求償権という制度になじまないとの指摘がされている。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、終身定期金債務の保証などが挙げられているが、これについては、主債務の額が定まらないなどの問題があるから、事前の求償にはなじまないというのである。

最後に、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（民法第459条第1項）については、債権者が主債務者に対する債権の回収を著しく怠ったために債権者が主債務者から全部の弁済を得られなかった場合にその保証債務を免れることが規定されていれば、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だけで足りると考えられる。したがって、ここでも事前求償権の制度を代替することができると考えられ得る。

本文の甲案は、以上の理解に基づき、前記3(1)イの免責規定が設けられることを前提として、委託を受けた保証人の事前求償権の制度を廃止することを提案するものである。

- 3 ところで、甲案の別案として、事前求償権の制度を廃止した上で、これに代わる制度として、保証人の主債務者に対する担保供与又は供託の請求権を明文化するという考え方があり得る。この考え方は、事前求償に応じた主債務者のリスクを考慮すれば保証人に事前求償権を与える合理性は認められないとする一方で、保証人の求償不能のリスクについては保証人に担保供与又は供託の請求権を与えることによって回避することができるという観点から、委託を受けた保証人には事前求償権ではなく担保供与又は供託の請求権が与えられることを明文化すべきであるとするものである。また、この考え方は、前記3(1)イの免責規定によって事前求償権の制度を代替することができることを根拠とするものではないから、当該免責規定が設けられるかどうかにかかわらず採用し得るという点にも特色がある。
- 4 事前求償権の制度を廃止すべきとする甲案に対しては、事前求償権には保証人による能動的な回収を可能にする側面があるから、適時執行義務や前記3(1)イの免責規定によっては事前求償権の制度を代替することはできないとの批判がされている。また、事前求償権の制度の廃止は、この補足説明2で述べたとおり、前記3(1)イの免責規定が設けられることを前提とするものであるから、同(イ)の「連帯保証への適用の可否」において甲案（連帯保証への適用否定説）を採って、当該免責規定の連帯保証への適用を否定する場合には、少なくとも連帯保証については、事前求償権の制度を廃止する前提を欠くことになるとの指摘がされている。

本文の乙案は、以上の理解を前提として、委託を受けた保証人の事前求償権の制度を維持することを提案するものである。

なお、仮に本文の乙案を採用する場合であっても、この補足説明2で述べたとおり、民法第460条第3号（主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、そもそも事前求償権という制度になじまないものであって、規定の合理性がないと考えられることから、同号のみを削除することについて検討する必要がある。

(3) 保証人による事前・事後の通知

ア 委託を受けた保証人

委託を受けた保証人が弁済等しようとする場合における事前通知の制度(民法第463条)を廃止するという考え方があり得るが、どのように考えるか。

仮に事前通知の制度を廃止して、委託を受けた保証人及び主債務者による事後通知の制度のみを残す場合には、①先に弁済等をした保証人が主債務者に対して事後の通知(求償権の行使を含む。)をする前に、後に弁済等をした主債務者が保証人に対して事後の通知をしたときは、主債務者は、自己の弁済等を有効とみなすことができ、他方、②先に弁済等をした主債務者が保証人に対して事後の通知をする前に、後に弁済等をした保証人が主債務者に対して事後の通知(求償権の行使を含む。)をしたときは、保証人は、自己の弁済等を有効とみなすことができる旨の規定を設けるものとしてはどうか。

イ 委託を受けないが主債務者の意思に反しない保証人

委託を受けないが主債務者の意思に反しない保証人による事前通知の制度を廃止するものとしてはどうか。

また、委託を受けないが主債務者の意思に反しない保証人が主債務者よりも先に弁済等をした場合において、保証人が主債務者に対して事後の通知(求償権の行使を含む。)をする前に、主債務者が弁済等をしたときは、主債務者は、自己の弁済等を有効とみなすことができる旨の規定(現行の民法第463条第1項、第443条第2項、第462条第1項参照)を設けるものとしてはどうか。

ウ 委託を受けず主債務者の意思にも反する保証人

委託を受けず主債務者の意思にも反する保証人による事前通知及び事後通知の制度は、いずれも廃止するものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第12、4(3)「委託を受けた保証人の通知義務(民法第463条)」[42頁(97頁)]

保証人の通知義務について規定する民法第463条は、連帯債務者の通知義務に関する同法第443条を準用しているところ、仮に、連帯債務者の事前通知義務を廃止する場合(前記第11、1(2)ウ(イ)参照)には、委託を受けた保証人についての事前通知義務も廃止するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第2、5(3)[57頁]】

○中間的な論点整理第12, 4(4)「委託を受けない保証人の通知義務（民法第463条）」[43頁（97頁）]

保証人の事前通知義務（民法第463条, 第443条）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ところにあるが、委託を受けない保証人の求償権の範囲は、もとより主債務者が「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することができる事由を有している場合には「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も、事前通知義務を廃止するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第2, 5(4) [58頁]】

《参考・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 本文ア（委託を受けた保証人）について

(1) 事前通知の制度の廃止

民法第463条第1項は、連帯債務者間の事前通知について規定する同法第443条第1項を保証人について準用している。この趣旨は、保証人が弁済等をし

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って、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る場合にそれを主張する機会を与えようとする点にある。

もっとも、連帯債務者による事前通知の制度については、これを廃止することが検討されている。その理由としては、①連帯債務者の一人は、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るのは相当でないこと、②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義務を負う筋合いにはないことが挙げられている（前記第1，1(2)エ(ウ)参照）。

委託を受けた保証人も、連帯債務者と同様に、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、上記①の理由が妥当する。そこで、委託を受けた保証人による事前通知の制度についても、これを廃止すべきであるとの見解が主張されている。本文アの第1パラグラフでは、この見解を取り上げた。

もっとも、この見解に対しては、上記①の理由は確かに保証人にも妥当するが、上記②の理由は保証人には妥当しないのではないかとの批判があり得るところである。つまり、委託を受けた保証人は、連帯債務者の一人とは異なり、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る場合には、主債務者のためにその事由を主張する機会を与える義務を負うのではないかとの批判である。どのように考えるか。

(2) 事後の通知制度のみを残す場合の規律

委託を受けた保証人による事前通知の制度を廃止して、委託を受けた保証人による事後通知の制度（民法第463条第1項，第443条第2項）及び主債務者による事後通知の制度（同法第463条第2項，第443条第2項）のみを残す場合（なお，求償権を取得することのない主債務者による事前通知の制度は，もともと存在しないと解されている。）において，先に弁済等をした者と後に弁済等をした者とがいずれも事後の通知を怠ったときに，同法第443条第2項によって，後に弁済等をした者の弁済等が常に有効となるのでは，遅い者勝ちともいうべき事態となって，好ましくないと考えられる（前記第1，1(2)エ(ウ)の補足説明1(2)参照）。

そこで，①先に弁済等をした保証人が後に弁済等をした主債務者に対して事後の通知（求償権の行使を含む。）をする前に，主債務者が保証人に対して事後の通知をしたときに限り，主債務者は，自己の弁済等を有効とみなすことができ，他方，②先に弁済等をした主債務者が後に弁済等をした保証人に対して事後の通知をする前に，保証人が主債務者に対して事後の通知（求償権の行使を含む。）をしたときに限り，保証人は，自己の弁済等を有効とみなすことができる旨の規定を設けることが考えられる（前記第1，1(2)エ(ウ)の第1パラグラフ後段参照）。

本文アの第2パラグラフは，この考え方に基づく提案である。

2 本文イ（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

(1) 事前通知の制度の廃止

民法第463条第1項は、連帯債務者間の事前通知について規定する同法第443条第1項を保証人について準用している。この趣旨は、保証人が弁済等を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って、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る場合にそれを主張する機会を与えようとする点にある。

ところが、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、その求償権の範囲が、主債務者が「その当時利益を受けた限度」（民法第462条第1項）にとどまるとされている。そして、委託を受けないが主債務者の意思に反しない保証人が弁済等をした当時、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は「その当時利益を受けた限度」から除外されることになる。したがって、委託を受けないが主債務者の意思に反しない保証人は、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、その保証債務の弁済等をした当時、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ことになる。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、事前通知を義務づける意義が乏しい。

そこで、本文イの第1パラグラフでは、以上の理解を前提として、委託を受けないが主債務者の意思に反しない保証人による事前通知の制度を廃止することを提案している。

(2) 事後の通知制度のみを残す場合の規律

現行の民法第463条第1項、第443条第2項、第462条第1項によれば、委託を受けないが主債務者の意思に反しない保証人が主債務者よりも先に弁済等をした場合において、保証人が主債務者に対して事後の通知をする前に、主債務者が弁済等をしたときは、主債務者は、自己の弁済等を有効とみなすことができる。なお、委託を受けない保証人に対する主債務者による事前通知や事後通知の制度は存在しない（民法第443条第2項参照）。

本文イの第2パラグラフでは、委託を受けた保証人に関する本文アの第2パラグラフとの関係を分かりやすく整理するために、上記の現行法下における帰結をそのまま明文化することを提案している。

3 本文ウ（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

(1) 事前通知の制度の廃止

民法第463条第1項は、連帯債務者間の事前通知について規定する同法第443条を保証人について準用している。この趣旨は、保証人が弁済等を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って、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る場合にそれを主張する機会を与えようとする点にある。

ところが、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、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。そして、委託を受けず主債務者の意思にも反する保証人が主債務者に対して求償をした時まで、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は「現に利益を受けた限度」から除外されることになる。したがって、委託を受けず主債務者の意思にも反する保証人は、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、主債務者に対して求償をした時まで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ことになる。そうすると、委託を受けず主債務者の意思にも反しない保証人については、事前通知を義務づける意義が乏しい。

そこで、本文ウでは、以上の理解を前提として、委託を受けず主債務者の意思にも反する保証人による事前通知の制度を廃止することを提案している。

(2) 事後通知の制度の廃止

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、保証人が主債務者に対して求償をした時まで、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の求償をすることができないことになる。したがって、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ことになる。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ことになる。そうすると、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ことになる。

そこで、本文ウでは、以上の理解を前提として、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、事前通知及び事後通知の制度をいずれも廃止することを提案している。

5 共同保証—分別の利益

保証人が数人ある場合には、各保証人は、債権者との間に別段の合意がない限り、各自連帯して保証債務を負担する旨（保証連帯）の規定を設けるという考え方があり得るが、どのように考えるか。

○中間的な論点整理第12, 5「共同保証—分別の利益」[43頁(98頁)]

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すぎない（分別の利益）ことを規定する民法第456条に関し、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保証する（保証連帯）ものとするかどうかについて、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意見があることにも留意しつつ、更に検討

してはどうか。

【部会資料8-2第2, 6 [60頁]】

《参考・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)

同一の主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、第427条は、共同保証の場合において、各共同保証人は原則として頭数で分割された額の保証債務を負担するにす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。

しかし、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るから、かえって保証の担保的効力が弱くなるとの批判がされている。また、保証人の通常の意味としても、他に保証人がいるというだけで債権者に対する保証債務が軽減するとは考えないはずであるとの批判もあり得るところである。

そこで、分別の利益に対するこれらの批判を踏まえ、共同保証の場合には、各共同保証人は原則として各自連帯して全額の保証債務を負担するものとすべきであるとの見解が主張されている。この共同保証人間の連帯関係は、一般に保証連帯と呼ばれ、主債務者との間の連帯関係（連帯保証）と区別されている。本文では、この見解に基づき、共同保証の場合には、各共同保証人は債権者との間に別段の合意がない限り保証連帯の関係になる旨の規定を設けるという考え方を取り上げた。

もつとも、この考え方に対しては、保証人保護を後退させる方向で現状を変更するのは相当でないとの観点から、現行の民法第456条、第427条のとおり、共同保証の場合には、別段の合意がない限り各共同保証人に分別の利益を認めることとした上で、分別の利益を否定したい債権者に対しては、各共同保証人との間でその旨の合意をするよう求めるべきであるとの批判がされている。どのように考えるか。

なお、実務上の保証はそのほとんどが連帯保証であると言われているところ（前記3(1)イの補足説明2(2)参照）、現行法の下では連帯保証には分別の利益がないと解されていることから（大判大正8年11月13日民録25輯2005頁参照）、民法第456条、第427条を維持したとしても分別の利益が問題となる場面はそれほど多くないと考えられる。

6 連帯保証—連帯保証人に対する履行の請求の効力

連帯保証人に対する履行の請求の効力が主債務者にも及ぶかどうか（絶対的効力事由とするか相対的効力事由とするか）については、次のような考え方があり得るが、どのように考えるか。

【甲案】 絶対的効力事由とする旨の規定（民法第458条、第434条）を維持するものとする。

【乙案】 相対的効力事由とする旨の規定に改めるものとする。

【丙—1案】 絶対的効力事由であることを原則としつつ、主債務者と連帯保証人との間に協働関係がない場合に限り相対的効力事由とする旨の規定に改めるものとする。

【丙—2案】 相対的効力事由であることを原則としつつ、主債務者と連帯保証人との間に協働関係がある場合に限り絶対的効力事由とする旨の規定に改めるものとする。

○中間的な論点整理第12, 6(2)「連帯保証人に生じた事由の効力-履行の請求」[44頁(99頁)]

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こと（民法第458条、第434条）を見直す必要があるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第2, 7(2)[63頁]】

： 《参考・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どうかに関する同法第434条から第440条までの規定を連帯保証に準用している。もっとも、主債務者について生じた事由の効力に関しては、保証債務の付従性によって保証人にも及ぶことから、同法第458条の規定は、専ら連帯保証人について生じた事由の効力が主債務者にも及ぶかどうかに関するものと解されている。したがって、連帯保証人に対する履行の請求の効力は、同法第458条、第434条によって、主債務者にも及ぶことになる。本文の甲案は、この現行法の規定を維持し、連帯保証人に対する履行の請求を絶対的効力事由とすることを提案するものである。

甲案に対しては、連帯保証人は主債務者の関与がなくとも債権者と連帯保証人との間の契約のみによって出現し得るところ、主債務者の関知しない連帯保証人に対して履行の請求がされたというだけで、主債務者との関係でも履行の請求の効力が生ずるのでは、主債務者に不測の損害を与えかねないとの批判がされている。本文の乙案は、この批判を踏まえ、連帯保証人に対する履行の請求を相対的効力事由とすることを提案するものである。

乙案に対しては、連帯保証人に対する履行の請求を一律に相対的効力事由としてしまうと、例えば主債務者が行方不明となった場合に主債務について履行の請求の効力を及ぼすことが難しくなってしまうとの批判がされている。また、保証人の事後求償権の消滅時効は、たとえ事前求償権が生じていたとしても保証人による弁済等があった時点から進行を開始するとされているから（最判昭和60年2月12日民集39巻1号89頁）、主債務者の関知しない連帯保証人が弁済等をすれば主債務者は新たな求償債務を負うことになり、実質的にはその時点での主債務の消滅時効に対する期待を失うことになる。したがって、連帯保証人に対する履行の請求を相対的効力事由としたとしても、主債務者の関知しない連帯保証人によって主債務の消滅時効に対する期待が失われる事態を回避することができるわけではないとの指摘もされている。

2 そこで、以上の甲案及び乙案に対する批判や指摘を踏まえ、債権者の利益と主債務者の利益とを調整する観点から、連帯保証人に対する履行の請求を絶対的効力事由とすべき場合と相対的効力事由とすべき場合とを、一定の要件によって振り分けることが考えられる。例えば、主債務者と連帯保証人との間に協働関係があるかどうかによって、連帯保証人に対する履行の請求を絶対的効力事由とするか相対的効力事由とするかを決すべきであるとの見解があり得る（前記第1、1(2)ウ(ア)の補足説明2参照）。

この見解によれば、①連帯保証人に対する履行の請求を原則として絶対的効力事由としつつ、主債務者と連帯保証人との間に協働関係がない場合に限り相対的効力事由とする考え方と、逆に、②原則として相対的効力事由としつつ、主債務者と連

帯保証人との間に協働関係がある場合に限り絶対的効力事由とする考え方とがあり得る。①の考え方を採ると、履行の請求が相対的効力事由であることを主張する主債務者の側で、協働関係の不存在についての主張立証責任を負担することになり、逆に、②の考え方を採ると、履行の請求が絶対的効力事由であることを主張する債権者の側で、協働関係の存在についての主張立証責任を負担することになる。

本文の丙－1案は、上記①の考え方を提案するものであり、本文の丙－2案は、上記②の考え方を提案するものである。

もっとも、丙－1案及び丙－2案に対しては、「協働関係」の存否という基準は債権者にとって明確であるとは言えないとの批判がされている。債権者としては主債務者と連帯保証人との間に協働関係があると考えて連帯保証人に対してのみ履行の請求をしたのに、実際には主債務者と連帯保証人との間には協働関係がなかったために当該履行の請求の効力が主債務者には及ばないといった事態が生じかねず、債権者に不測の不利益を与えるおそれがあるとの批判である。

この批判を踏まえ、「協働関係」に代わり得る適切な要件を模索することも考えられるが、ある程度は抽象的な文言とならざるを得ないと思われる。この点を決定的な難点と見るならば、甲案又は乙案に対して指摘される難点と対比しつつ、いずれの案の難点が最も支障が少ないかを判断することになるものと考えられる。

7 根保証

(1) 規定の適用範囲の拡大

民法第465条の2以下の根保証に関する規定の適用範囲については、次のような考え方があり得るが、どのように考えるか。

【甲案】 貸金等債務が主債務の範囲に含まれるものという要件を削除し、保証人が個人である根保証契約一般に適用範囲を拡大するものとする。

【乙案】 適用範囲を拡大しないものとする。

○中間的な論点整理第12, 7(1)「規定の適用範囲の拡大」[44頁(100頁)]

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(同法第465条の2から第465条の5まで)が、保証人保護を拡充する観点から、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の適用範囲を広げるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第2, 8[65頁]】

《参考・現行条文》

(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。

（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。

（参考）

○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。

(補足説明)

1 根保証契約に関しては、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（保証人が法人であるものを除く。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。

すなわち、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（民法第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、保証人が法人である根保証契約であって主債務の範囲に貸金等債務が含まれるものについて、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。

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、経営者等を保証人とし、保証の限度額や保証期間の定めのない包括根保証契約が多用されていたところ、厳しい経済状況の下で、保証人が予想を超える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。

2 ところで、平成16年改正で新設された規定の適用対象が、その主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、様々な経済取引において利用されている根保証契約一般を適用対象とすると、各種取引への影響の有無等を把握しつ

つ検討作業を進めるのに相当の時間を要することが見込まれたことから、早急に措置を講ずる必要性が指摘されていた部分に対象を絞り込んだためである。

平成16年改正による新設規定の適用対象が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。

そこで、根保証契約については、保証人保護を更に拡充する観点から、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。本文の甲案は、以上の理解を踏まえ、民法第465条の2以下の根保証に関する規定の適用範囲について、貸金等債務が主債務の範囲に含まれるものという要件（同条第1項）を削除し、保証人が個人である根保証契約一般に拡大することを提案するものである。

- 3 本文の甲案に対しては、根保証契約の機能は主債務に係る契約の類型ごとに異なることや簡便な根保証制度の有用性などを指摘して、規定の適用範囲の拡大については慎重な態度を採るべきであるとの指摘がされている。例えば、パブリックコメントの手续に寄せられた留意点の指摘を見ると（部会資料33-2 [743頁以下]参照）、①家賃債務についての根保証契約は、明渡し時までの賃料、原状回復費用、故意又は過失による損害賠償債務等の一切の賃借人の債務を保証することに意味があり、賃貸人及び保証人もそのような認識の下で根保証契約を締結しているのであるから、極度額や元本確定期日の設定にはなじまない旨の指摘、②中小企業に対してその仕入代金、事務用品の購入費、社用車の給油費等の事業活動のために必要な費用の決裁に用いるクレジットカードを発行する場合には、当該企業の代表者との間で根保証契約を締結することが多いところ、この根保証契約にまで規定の適用範囲が拡大されてしまうと、元本確定期日が到来するたびに根保証契約を締結し直さなければならないことになり、ひいては中小企業にとっての利便性をも損なうことになりかねない旨の指摘、③信販会社と加盟店との間のクレジットカードの取扱いに関する加盟店契約においては、当該加盟店の代表者との間で根保証契約を締結することが多いところ、その根保証契約は主として加盟店が健全なクレジット取引を阻害する行為をした場合における信販会社に対する損害賠償債務等を保証するものであるから、極度額や元本確定期日の設定にはなじまない旨の指摘がされている。

本文の乙案は、これらの指摘を踏まえ、規定の適用範囲を拡大しないことを提案するものである。

(2) 根保証に関する規律の明確化

ア 元本確定前における保証債務の履行請求

根保証契約における主債務の元本が確定する前に、債権者が保証債務の履行請求をすることの可否については、次のような考え方があり得るが、どのように考えるか。

【甲案】 債権者は、根保証契約における主債務の元本が確定する前は、保証人に対して保証債務の履行を請求することができない旨の規定を設けるものとする。

【乙案】 債権者は、根保証契約における主債務の元本が確定する前であっても、保証人に対して保証債務の履行を請求することができるが、その場合において、保証人が保証債務の履行をしたときは、その履行がされた額の限度で当該根保証契約の極度額が減少する旨の規定を設けるものとする。

【丙案】 明文の規定を設けないこととする。

イ 元本確定前における保証債務の随伴性

根保証契約における主債務の元本が確定する前に主債務の範囲に属する債権が譲渡された場合において、当該債権の譲受人に対して保証人が保証債務を負うかどうか（保証債務の随伴性）については、次のような考え方があり得るが、どのように考えるか。

【甲案】 この場合における当該債権の譲受人に対して、保証人は保証債務を負わない旨の規定を設けるものとする。

【乙案】 この場合における当該債権の譲受人に対して、保証人は保証債務を負う旨の規定を設けるものとする。

【丙案】 明文の規定を設けないこととする。

ウ 特別の元本確定請求権（特別解約権）

一定の特別な事情がある場合には、根保証契約の保証人は、主債務の元本の確定を請求することができる旨の規定を設けるという考え方があり得るが、どのように考えるか。

○中間的な論点整理第12, 7(2)「根保証に関する規律の明確化」[44頁(101頁)]

根保証に関して、いわゆる特別解約権を明文化するかどうかについて、更に検討してはどうか。また、根保証契約の元本確定前に保証人に対する保証債務の履行請求が認められるかどうかや、元本確定前の主債務の一部について債権譲渡があった場合に保証債務が随伴するかどうかなどについて、検討してはどうか。

このほか、身元保証に関する法律の見直しについても、根保証に関する規定の見直しと併せて、検討してはどうか。

【部会資料8-2第2, 8 [65頁]】

(補足説明)

1 本文ア（元本確定前における保証債務の履行請求）について

(1) 現行民法は、根保証契約における主債務の元本が確定する前に、債権者が保証人に対して保証債務の履行を請求することができるかどうかについて、明文の規定を設けておらず、学説上、肯定・否定の両説が対立している。

否定説は、①根保証も、根抵当権その他のいわゆる根担保の一種であるから、基本的には根抵当権と同様の規律に従うべきであること、②実際上も、債権者と根保証人の合理的な意思としては、主債務の元本が確定して初めて保証債務の履行が可能になることを前提としているはずであることなどを理由として、元本確定前における保証債務の履行請求を認めるべきでないと主張する。

本文アの甲案は、この見解に基づく提案である。

(2) 一方、肯定説は、①根保証は、根抵当権その他の根担保物権とは異なり、根保証人自身が独自の債務を負担するものであって、その法的性質は、複数の主債務についての保証の集合体とも言うべきものであること、②実際上も、元本確定期日の前に主債務者が債務不履行に陥った場合において、元本確定期日又は元本確定事由の発生時まで保証債務の履行請求を待たなければならないというのは、債権者にとって受け入れ難い帰結であるし、現に、実務では元本確定前に保証債務の履行請求をする例が見られることなどを理由として、元本確定前における保証債務の履行請求を認めるべきであると主張する。その場合において、保証人が保証債務を履行したときは、その履行がされた額の限度で当該根保証契約の極度額が減少すると考えるべきであるとする。

本文アの乙案は、この見解に基づく提案である。

なお、本文アの乙案の後半部分（極度額の減少）は、極度額の定めがあることを前提とする規律であるから、極度額の定めが義務づけられている場合（前記(1)参照）のみを適用対象とするか、又は任意に極度額の定めがされている場合をも適用対象とするかについて、更に検討する必要があると考えられる。

(3) 本文アの甲案と乙案は、いずれも任意規定を設けることを提案するものであるが、いずれの考え方を原則と見るかについて、学説は分かれている。また、実務上も、一定の取扱いが既に確立されているとの指摘は見当たらない。

本文アの丙案は、このような状況を踏まえ、この問題については明文の規定を設けるにはまだ議論が成熟していないとして、引き続き解釈論に委ねることを提案するものである。

2 本文イ（元本確定前における保証債務の随伴性）について

(1) 現行民法は、根保証契約における主債務の元本が確定する前に主債務の範囲に属する債権が譲渡された場合において、その債権の譲受人に対して保証人が保証債務を負うかどうか（保証債務の随伴性）について、明文の規定を設けておらず、学説上、肯定・否定の両説が対立している。

否定説は、①根保証も、根抵当権その他のいわゆる根担保の一種であるから、

基本的には、根抵当権と同様の規律（民法第398条の7参照）に従うべきであること、②実際上も、債権者と根保証人の合理的な意思としては、主債務の元本が確定するまでは、当初の債権者に対する不特定の債務を保証することを前提としているはずであること、③随伴性を認めてしまうと、複数の債権者との関係で主債務が存することとなり、法律関係が徒に複雑化してしまうことなどを理由として、元本確定前における保証債務の随伴性を否定すべきであると主張する。

本文イの甲案は、この見解に基づく提案である。

- (2) 一方、肯定説は、①根保証は、根抵当その他の根担保物権とは異なり、根保証人自身が独自の債務を負担するものであって、その法的性質は、複数の主債務についての保証の集合体とも言うべきものであること、②随伴性を認めたとしても、保証人が譲渡債権に随伴した保証債務の履行をすればその履行がされた額の限度で保証人の責任が減少すると解されるので、特に法律関係が複雑化するわけではないことなどを理由として、元本確定前における保証債務の随伴性を肯定すべきであると主張する。

本文イの乙案は、この見解に基づく提案である。

- (3) 本文イの甲案と乙案は、いずれも任意規定を設けることを提案するものであると考えられるが、いずれの考え方を原則と見るかについて、学説は分かれている。また、実務上も、一定の取扱いが既に確立されているとの指摘は見当たらない。

本文イの丙案は、このような状況を踏まえ、この問題について明文の規定を設けるにはまだ議論が成熟していないとして、引き続き解釈論に委ねることを提案するものである。

3 本文ウ（特別解約権）について

平成16年の民法改正の際に見送られた検討課題としては、前記(1)「規定の適用範囲の拡大」の問題以外にも、特別の元本確定請求権（特別解約権）を明文化するかどうかという問題がある。すなわち、根保証契約の保証人は、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など、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ことを前提として、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（特別解約権）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、法律上に明文の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。

もっとも、特別の元本確定請求権（特別解約権）の明文化に当たっては、まず、元本確定期日に関する制限（民法第465条の3）が設けられている貸金等根保証契約（前記(1)参照）を対象として検討するのか、それ以外の根保証契約、特に法人が保証人である根保証契約をも対象として検討するのかが問題となる。その上で、具体的にどのような条文を想定するのかを検討する必要があるが、この作業が困難である事情は、平成16年改正の当時と大きな変化はなく、これまでのところ特段の立法提案も示されていない。

本文のウでは、以上を踏まえ、根保証契約における特別の元本確定請求権（特別解約権）の規定を設けるという考え方を取り上げているが、引き続き明文規定を設けないで解釈論に委ねることも考えられる。

8 保証人保護の方策の拡充

(1) 保証契約の締結の制限

主債務者が消費者の場合における個人を保証人とする保証契約や、主債務者が事業者の場合における経営者以外の個人を保証人とする保証契約については、一定の例外（債権者が消費者である場合など）を除き、無効とする旨の規定を設けるという考え方があり得るが、どのように考えるか。

○中間的な論点整理第12、8(1)「主債務の種別等による保証契約の制限」[44頁(102頁)]

主債務者が消費者である場合における個人の保証や、主債務者が事業者である場合における経営者以外の第三者の保証などを対象として、その保証契約を無効とすべきであるとする提案については、実務上有用なものまで過剰に規制することとなるおそれや、無効とすべき保証契約の範囲を適切に画することができるかどうかなどの観点に留意しつつ、検討してはどうか。

(補足説明)

保証契約は、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。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。そこで、一定の類型の保証契約については、これを一律に無効とする旨の規定を設けることにより、当該類型の保証を制度として廃止すべきであるとの見解が主張されている。また、この見解を更に推し進めて、個人を保証人とする保証契約を全て一律に無効とする見解なども主張されている。

本文では、これらの見解のうち、①主債務者が消費者の場合における個人を保証

人とする保証契約，②主債務者が事業者の場合における経営者以外の個人を保証人とする保証契約については，一定の例外（債権者が消費者である場合など）を除き，無効とするとの見解を取り上げた。

もっとも，この見解を含む上記各見解に対しては，実務上有用な保証についてまで過剰な規制をすることになるおそれがあるとの批判や，無効とすべき保証契約の範囲を明確かつ的確に画することは困難であるとの批判がされている。例えば，①十分な資力を有する者が親族の住宅ローンの保証人となることができないために，その親族が保証料を支払って保証会社を利用せざるを得ないといった場面や，②親が子の奨学金債務の保証人となることができないために，例えば連帯債務者とならざるを得ないこととなり，子に主債務者としての責任を果たしてほしいと考える親の意図とは異なる法律構成を採らざるを得ないといった場面などが挙げられている。どのように考えるか。

(2) 保証契約の締結の制限以外の保証人保護の方策

保証契約の締結の制限以外の保証人保護の方策として，次のような規定の全部又は一部を設けるとい考え方があり得るが，どのように考えるか。

① 保証契約締結の際における保証人保護の方策

- (a) 保証契約締結の際に，債権者に対して，保証人がその知識や経験に照らして保証の意味を理解するのに十分な説明（連帯保証の場合には連帯保証の効果など具体的な意味を理解するのに十分な説明）をすることを義務付ける旨の規定
- (b) 保証契約締結の際に，債権者に対して，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る旨の規定
- (c) 一定額を超える保証契約の締結の際に，債権者に対して，保証人に説明した内容を公正証書に残すことを義務付ける旨の規定
- (d) 保証契約書における一定の重要部分について，保証人による手書きを要求する旨の規定
- (e) 保証人の資力に照らして過大な保証を禁止する旨の規定

② 保証契約締結後における保証人保護の方策

- (a) 保証契約締結後に，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ことを義務付ける旨の規定
- (b) 保証契約締結後に，債権者に対して，分割払の約定がある主債務の期限の利益を喪失させる場合には保証人に期限の利益を維持する機会を与えることを義務付ける旨の規定

③ 契約条項の効力の制限

- (a) 債権者が保証人に対して負うべき担保保存義務を免除する旨の条項について，その効力を制限する旨の規定
- (b) 保証人が保証債務を履行した場合の主債務者に対する求償権の範囲を制限する条項について，その効力を制限する旨の規定

○中間的な論点整理第12, 1(2)「保証契約締結の際における保証人保護の方策」
[40頁(92頁)]

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、個人の保証人が想定外の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、より一層の保証人保護の拡充を求める意見がある。このような事情を踏まえ、保証契約締結の際における保証人保護を拡充する観点から、保証契約締結の際に、債権者に対して、保証人がその知識や経験に照らして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などの方策を採用するかどうかについて、保証に限られない一般的な説明義務や情報提供義務(後記第23, 2)との関係や、主債務者の信用情報に関する債権者の守秘義務などにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、より具体的な提案として、一定額を超える保証契約の締結には保証人に対して説明した内容を公正証書に残すことや、保証契約書における一定の重要部分について保証人による手書きを要求すること、過大な保証の禁止を導入すること、事業者である債権者が上記の説明義務等に違反した場合において保証人が個人であるときは、保証人に取消権を与えることなどの方策が示されていることから、これらの方策の当否についても、検討してはどうか。

【部会資料8-2第2, 2(2)[44頁]】

○中間的な論点整理第12, 6(1)「連帯保証制度の在り方」[43頁(98頁)]

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り、このような連帯保証制度に対して保証人保護の観点から問題があるという指摘がされている。そこで、連帯保証人の保護を拡充する方策について、例えば、連帯保証の効果の説明を具体的に受けて理解した場合にのみ連帯保証とならすべきであるなどの意見が示されていることを踏まえて、更に検討してはどうか。

(略)

【部会資料8-2第2, 7(1)[62頁], 部会資料20-2第1, 3(3)[20頁]】

○中間的な論点整理第12, 1(3)「保証契約締結後の保証人保護の在り方」[41頁(93頁)]

保証契約締結後の保証人保護を拡充する観点から、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たり、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たりするなどの方策を採用するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第2, 2(2)(関連論点)[46頁]】

○中間的な論点整理第12, 1(4)「保証に関する契約条項の効力を制限する規定の要否」[41頁(94頁)]

事業者の保証人に対する担保保存義務を免除する条項や保証人が保証債務を履行した場合の主債務者に対する求償権の範囲を制限する条項に関し、その効力を制限する規定の要否について、不当条項規制(後記第31)との関係に留意しつつ、検討してはどうか。

(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、書面でなければ効力を生じないものとされた(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、保証契約締結の際には保証人に対して現実に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、保証契約が慎重に締結されるようにすることが必要であるとされたものである。

もともと、現在では、上記の考慮を踏まえ、なお一層の保証人保護の拡充を求める見解が主張されている。

2 具体的には、保証契約締結の際における保証人保護の方策に分類されるものとして、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債権者に義務付けること(本文①(a))、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債権者に義務付けること(本文①(b))、一定額を超える保証契約については保証人に説明した内容を公正証書に残すことを債権者に義務付けること(本文①(c))などの提案がされている。また、連帯保証契約については、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が単純保証の場合よりも高いとの指摘がされていることから、特に連帯保証の効果などの具体的な意味を理解するのに十分な説明をすることを債権者に義務付けること(本文①(a)の括弧書き)が提案されている。

一方、これらの保証人保護の方策については、保証に限られない一般的な説明義務や情報提供義務(中間的な論点整理第23, 2[76頁(184頁)]参照)を超える義務をこの場合にだけ設けることに対する疑問や、主債務者の資力に関する情報と言ってもその範囲を明確かつ的確に画することは困難ではないかとの疑問、また、公正証書を残すことによる保証人保護の実効性に対する疑問(特に情義に基づいて行われる保証の場合)や、保証人保護を図る上で連帯保証か単純保証かを区別する必要はないのではないかとの疑問、さらには、全体として本来規制する必要のない場面にまで過剰な規制をすることにならないかとの疑問が示されている。どのように考えるか。

なお、保証人に対する説明義務については、平成16年の民法改正の際に、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。

- 3 また、同じく保証契約締結の際における保証人保護の方策に分類されるものとして、保証契約書における一定の重要部分について保証人による手書きを要求すること（本文①(d)）、保証人の資力に照らして過大な保証を禁止すること（本文①(e)）などの提案もされている。

これらの保証人保護の方策については、手書きを要求することによる保証人保護の実効性に対する疑問（特に情義に基づいて行われる保証の場合）や、「過大な保証」の意味を明確かつ的確に定義することは困難ではないかとの疑問、さらには、本来規制する必要のない場面にまで過剰な規制をすることにならないかとの疑問が示されている。どのように考えるか。

- 4 次に、保証契約締結後における保証人保護の方策に分類されるものとして、主債務者の返済状況を保証人に通知することを債権者に義務付けること（本文②(a)）、分割払の約定がある主債務の期限の利益を喪失させる場合には保証人に期限の利益を維持する機会を与えることを債権者に義務付けること（本文②(b)）などの提案がされている。

これらの保証人保護の方策については、毎回の弁済期の度に返済状況を通知させるのでは債権者の事務的負担が重過ぎ、結果的にそのコストが金利等に転嫁されるのではないかとの疑問や、毎回の弁済期である必要はないとすればいかなる時期に通知をするかを的確に定めることは困難ではないかとの疑問、また、実務上よく見られる1回の弁済期の徒過による期限の利益喪失条項が用いられている場合には、主債務者が弁済期に弁済しなかったことを保証人に通知した時点では既に期限の利益喪失の効果が生じてしまっているから、保証人に期限の利益を維持させるためにどのような機会を与えればよいのか判然としないとの疑問、さらには、本来義務付ける必要のない場面にまで過剰な義務付けをすることにならないかとの疑問が示されている。どのように考えるか。

- 5 また、保証契約に関する契約条項の効力を制限する類型のものとして、債権者が保証人に対して負うべき担保保存義務を免除する旨の条項や（本文③(a)）、保証人が保証債務を履行した場合の主債務者に対する求償権の範囲を制限する条項（本文③(b)）について、その効力を制限することが提案されている。

これらの保証人保護の方策については、民法第90条や不当条項規制（中間的な論点整理第31〔95頁（237頁）〕参照）などによる規制を超えてこの場合にだけ特に効力の制限をすることに対する疑問や、上記各条項は実務上定着したものであるとも言い得ることから本来規制する必要のない場面にまで過剰な規制をすることにならないかとの疑問が示されている。これらの疑問を踏まえつつ、保証人保護の方策の拡充について、どのように考えるか。

9 保証類似の制度

損害担保契約など、保証契約に類似するが主債務への付従性がないとされるものについては、明文の規定を設けないものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第12, 8(2)「保証類似の制度の検討」[45頁(102頁)]
損害担保契約など、保証に類似するが主債務への付従性がないとされるものについて、明文規定を設けるべきであるとの提案については、その契約類型をどのように定義するか等の課題があることを踏まえつつ、検討してはどうか。

(補足説明)

損害担保契約など、保証契約に類似するが主債務への付従性がないとされるものについては、保証契約に類似する制度として明文の規定を設けるべきであるとの見解が主張されている。もっとも、現段階では、特に具体的な立法提案等も示されておらず、このような状況の下で、損害担保契約などについて保証契約に類似する制度として明文の規定を設けることは困難であると考えられる。

本文では、以上を踏まえ、損害担保契約など、保証に類似するが主債務への付従性がないとされるものについては、明文の規定を設けないことを提案している。

〔ヨーロッパ契約法原則〕

第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。

第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。

第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。

第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。

第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。

第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。

第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。

第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

第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

第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。

第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で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。

第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かぎり、平等の割合において権利を有する。

第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。

第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。

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。

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

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つたときは、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。

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。

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。

〔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)

〔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ず推定され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*, 3e 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ず、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。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. 1re, 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. 1re, 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が連帯共同債務者 (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、その財産をまえもっ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ず、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っているときは、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、またもし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。

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も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を負わない。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つ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〕