

『田原睦夫先生 古稀・最高裁判事退官記念論文集 現代民事法の実務と理論』（二〇一三年六月発行）抜刷

保証人と物上保証人の地位を兼ねる者の責任

松岡久和

保証人と物上保証人の地位を兼ねる者の責任

松岡 久和

- 一 はじめに
- 二 従来の判例と学説
- 三 基準自体の再検討
- 四 おわりに

一 はじめに

1 本稿が検討する問題

融資の際に債務者以外の複数の者に担保を提供させることは普通に行われている（以下、保証人と物上保証人、さらに担保財産の第三取得者など、担保の負担を受ける債務者以外の者を「担保提供者」と総称する）。担保提供者の一

人が債務を弁済したり、抵当権が実行されたときは、その者は主たる債務者（本稿では物上保証の場合も含めて最終的な負担者を便宜的にこう表現する）に求償できるが、このような場合には主たる債務者は無資力であることが多い。そこで、出捐者は、求償権を確保するため、債権者に代位して原債権やその担保権を行使することができるとされている（四九九条と五〇〇条の弁済者代位。以下、条文だけの表示は民法を示す）。

代位できる者が複数いる場合に、相互に代位できる範囲を調整する必要がある。というのは、担保設定者に対する担保権の代位行使が、主たる債務者に対する担保権の代位行使と同じ範囲で可能であるとすれば、主たる債務者が無資力になる危険が、代位行使の相手方に転嫁されるか（再代位ができないうとすると、これらの者には、代位すべき権利がないことで求償権の確保が困難となる）、無用な求償の循環を生じてしまう（無制限に再代位ができるとすると、最初の代位者は、代位により得た利益の一部を事後に失う）からである。そこで、五〇一条は、主たる債務者の無資力の危険を代位権者に割り当て（これが負担限度）、求償者の弁済等がその負担限度を超える場合に、他の担保提供者の負担限度の範囲内でのみ代位を認めている。このように、五〇一条は、担保権の実行や弁済の順序に関係なく、代位権者間の無資力危険の負担の配分が公平になるように調整しているのである（注1）。

五〇一条五号（以下、平成一六年改正前の判例・文献も改正後の表現で統一する）は、保証人と物上保証人がいる場合には、まず、その頭数に応じて負担を割り付け、次に、物上保証人が複数いるときは、保証人の負担部分を除いた残額を、担保財産の価格に応じて割り付ける。ある者の所有不動産に（根）抵当権を設定させると同時に他人に（連帯）保証をさせることも少なくないが（このような担保提供者を二重資格者とか資格兼任者と呼ぶ）（注2）、二重資格者の代位や二重資格者に対する代位については明確な規定がない。それゆえ、二重資格者を一人と見るのか（以下ではこれを広い意味で「一人説」と呼ぶ）、それとも二重の資格それぞれを考えて二人と見るのか

(以下ではこれを「二人説」と呼ぶ)、仮に一人説に立つ場合にはどういう資格で一人と考えるのか、代位により保証債権と抵当権の両方が行使できる場合に両方の関係をどう考えるのか、等々の問題について、古くから多様な意見が対立してきた。本稿が扱うのはこの問題である。

2 議論の必要性

昭和六一年の最高裁判決(10)。このように以下では末尾の判例一覧の番号で示す)がこの問題について態度を鮮明にし(注3)、実務はこれに従って運用されている。しかし、学説には、この判決に対する批判も多く、二人説を支持する有力な見解がなお存在し、近時、この判決との関係が問題になる高裁判決が登場した(11)(注4)。このように判例法理自体の射程が必ずしも明確で安定したものになっていない。

しかるに、法制審議会民法(債権関係)部会における民法改正の議論では、定着した判例法理を条文化する趣旨での提案が行われた。すなわち、法制審議会民法(債権関係)部会の資料(以下「部会資料」という)39の四八頁は、「(3) 法定代位者相互間の関係に関する規定の明確化」として「法定代位者相互の間の関係を規定する民法第五〇一条について、以下の①から⑦までのうち全部又は一部の改正を行うという考え方があり得るが、どのように考えるか。」と問い、具体的に二重資格者の問題について、「④保証人と物上保証人との関係(民法第五〇一条第五号参照)については、複数の保証人又は物上保証人の中に両方の地位を兼ねる者がいるときは、この者を一人として扱った上で、全員の頭数に応じた平等の割合で債権者に代位する旨の規定を設けるものとす」との案を示した(その説明は部会資料39の五二頁の五)。しかし、前段落で指摘した状況を見ると、そのように定式化できるほどには議論はまだ落ち着きを見せていないし(注5)、提案の見解には大きな疑問がある。さ

らに付言すると、この問題は、一見技術的で些細なものにも見えるが、保証債務と物上保証の相違や両者の関係の理解という大きな問題にもつながっている。本稿がこの問題を取り上げるのは以上の理由からである。

3 前提自体に対する疑問

さらに、従来の議論は、保証人を単純に一人と数えている五〇一条五号自体の妥当性を当然の前提としてきたのであるが、そのこと自体に重大な疑問がある。そのため、少なくとも立法論を考える場合には、負担部分を決する同号の基準自体の見直しが要請される。本稿は、この点について、ヨーロッパ民法の平準化という試みのなかで提案されている共通参照枠草案 (Draft Common Frame of Reference、以下は略称の「DCFR」で呼ぶ) (注6) のモデル準則案を紹介・検討することで、今後の議論のための手がかりを提供する。

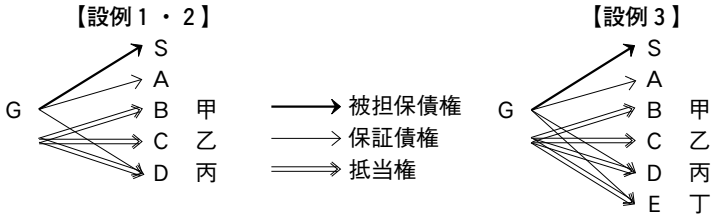
4 設例の設定

この問題では、考え方によって、かなり細かい数字の違いが出てくる。そのため、これまでの議論でも時折見られたところであるが、設例を用いて議論をするほうがわかりやすい。そこで、本稿では図表1のような三つの設例を用意した。

設例1と設例2は、GのSに対する被担保債権六〇〇万円につき、保証人A、物上保証人B及びC、保証人兼物上保証人Dがいる場合で、いずれも物上保証人Bの提供した不動産甲の価格が六〇〇万円、Cの提供した乙不動産の価格が四〇〇万円とする。設例1と設例2は、二重資格者の提供する丙不動産の価格だけが異なり、一〇〇〇万円である場合(設例1)と二〇〇万円である場合(設例2)としている。設例1と設例2は、中田⑦

図表 1 3つの設例

被担保債権額は600万円（利息・遅延損害金等は省略）、登場人物は、保証人A、物上保証人B（甲不動産を提供）・C（乙不動産を提供）、保証人兼物上保証人D（丙不動産を提供）・E（丁不動産を提供）である。



登場する保証人・物上保証人と不動産の価格

【設例 1】 A～Dが存在。甲：600万円、乙：400万円、丙：1000万円

【設例 2】 A～Dが存在。甲：600万円、乙：400万円、丙：200万円

【設例 3】 A～Eが存在。甲：600万円、乙：400万円、丙：1000万円、丁：500万円

三五三頁のものを利用している。これらの設例の設定は、我妻③新二六一頁の設例を発展させ、二重資格者を別途設定することで、各説の違いを浮かび上がらせる工夫が施されている。ただ、二重資格者が一人だけなので一人説の問題性が十分示せない。そこで二重資格者を追加したものが設例 3 である。設例 3 では、設例 1 に保証人兼物上保証人 E を加え、その提供する丁不動産の価格を五〇〇万円とするものである。中田の設例は物上保証人を B₁・B₂ と表記しているが、設例 3 で二重資格者を追加したことから、添え字を使わず記号を振り直す変更を施した。

（注 1） 弁済者代位全体のなかでの五〇一条のこのような位置づけについては、簡略であるが松岡⑦争点一八六頁を参照。共同抵当の場合の負担割付原則による後順位抵当権者の代位（三九二条）も、五〇一条三号・四号と同じ考え方に基づくものと位置づけられる。なお、本稿での文献の引用は、右の例のように本稿末尾の参考文献一覧表の番号と太字で示した略称・該当頁で示す。

（注 2） 連帯保証人と物上保証人を兼ねさせることの意義に

ついで、高山⑦六頁以下は、種々の効用を指摘する。これに対して、椿⑦一二七頁以下は、保証人や物上保証人の保護の観点から責任の制限を設けるべきだとする。

(注3) この判決の解説や評釈として参考文献一覧の⑤に掲げた多数のものがあり、原審(9)の解説や評釈にも④に掲げる多数のものがある。

(注4) この事件は上告がされなかったため、11が確定した。この判決の解説や評釈として本稿末尾の参考文献一覧の⑥に掲げるものがある。11に賛成し、11は10とは事案が異なり両立しうるとするもの(池田⑥三六頁、上原⑥一九五―一九六頁)、10に反対する趣旨で11を支持するもの(椿⑥三一頁)、1011の双方を批判し二人説によるもの(高橋⑥一一八頁)、11は10と矛盾抵触するとするもの(潮見⑥一頁)と評釈類も激しく対立している。議論は落ち着きを見せていないのである。

(注5) 五〇一条一号の付記登記についても、「①保証人は、債務者から担保目的物を譲り受けた第三取得者に対して代位することができる旨の規定を設けるとともに、その担保目的物が不動産である場合に關する民法第五〇一条第一号について、保証人が第三取得者に対して債権者に代位するための要件として、当該第三取得者が債務者から不動産を譲り受けて移転登記をする前に、代位の付記登記をしなければならないことが明らかにするように改めるものとする。」という提案がされているが、疑問がある。松岡⑦立法論四〇二―四〇三頁では、付記登記を削除する提案をしたものの、四〇四頁では、二重資格者の問題につき、判例・通説の見解に個人的には疑問を抱きつつも民法改正研究会での多数意見に従っていた。平成二四年五月二二日開催の第四七回法制審議会民法(債権関係)部会で、筆者は、さらに議論を重ねる必要があることを主張した。沖野眞巳幹事、道垣内弘人幹事、中井康之委員からも、現行規定や判例に疑問がある旨の発言があり、さらに検討を続けることへの支持が得られた。

(注6) DCFRの概略については、川角由和ほか編『ヨーロッパ私法の現在と日本法の課題』三二五頁以下の松岡久和「ヨーロッパ民法典構想の現在」及び三四七頁以下のマリー・ローズ・マクガイア(大中有信訳)「ヨーロッパ契約法から共通参照枠へ」を参照。

二 従来の判例と学説（注7）

1 問題の扱い方

本稿の前半の主たる目的は、判例を定式化する提案に対する疑問を明確に示すことにある。この目的からすれば、すでに相当に整理されている判例・学説の状況を、展開に即して細かく再述する必要はない。そこで、通常の方やり方とはかなり異なるが、まずは2で、これまでの判例と学説の議論の推移を概観する。次いで、3で考え方のパターンを五つに整理し、それぞれにどういう結論になるかを確認する。この問題に関する判例には明確に理由を示すものが少ないので、4の判例分析では、各判決の事案と解決の考え方、及び比較的詳しい⑩の判決理由を、議論の前提として必要な限りで確認する。最後に5で議論を整理し、二人説の妥当性を主張する。

2 判例・学説の展開の概観

この問題が意識されたのは、昭和九年の大審院判決（①）が最初であり、この判決は二人説を退けて一人説をとった。この判決に対する評釈（西村②と東②）は、いずれもこの判決に疑問を投げかけ二人説を支持したが、当時の通説はこの判決に賛成した（柚木③が代表）。しかし、その後、我妻榮が一人説から二人説に改説した（我妻③旧から我妻③新へ）ことで二人説も有力化した。さらに、物上保証人一人説をとると読める高裁の裁判例（③）が登場したことから、一人説という場合どちらの資格に着目するべきかが問題とされ、また、代位による

保証債権の行使と抵当権の行使とがどういう関係に立つのか等、議論が錯綜・複雑化していった。この時点では、頭数で割る五〇一条五号をそのまま適用する保証人一人説が比較的多かったようだが、両方の資格をあわせて頭数一人と数える頭数一人説が明確に主張されるようになった(小川③)。この議論の過程では、誤解や混乱もあった(後述する責任選択説の迷走が典型)。

そうしたやや混沌とした裁判例と学説の状況のなかで、最高裁(⑩)は頭数一人説を採用したと思われるが、実は、その点の理解にも一致が見られない。また、学説では⑩を支持する見解が通説ないし多数説と思われるが、この判決を解説する調査官が⑩に批判的な見解を引き続き主張し(塚原⑤)、依然として二人説を支持する見解(前田⑦や潮見⑦)も有力である。さらに、物上保証人一人説を主張するものも登場し(寺田⑤担保。寺田説の理解については後に詳述する)、⑪の影響もあつて一定の支持を集めているほか(池田⑥や上原⑥)、頭数一人説を基本としつつ類型によって例外を認めるように見える見解(中田⑦)などもあり、混沌とした状況は落ち着きを見せていない。

3 五つの考え方と帰結

(一) 五つの考え方

これまで説かれていた学説を分析すると、二重資格者の負担部分についての考え方には基本的には五通りのパターンがあり、これに多様な変形があると整理することができる。引用は網羅的ではなく代表的なものに限っている。

① 保証人一人説

この説は、二重資格者を保証人として五〇一条五号を適用し負担部分を算定する。ただし、物上保証人としての資格自体がなくなるわけではないので、二重資格者の設定した抵当権を債権者に代位して行使することは当然に可能であり（注8）、ただその限度額を定めるに際して物上保証人としての地位を考慮せず、担保物の価格を基準としないのである。保証人一人説の根拠として、まず、負担の重い者の求償権をできるだけ手厚く担保することに合理性があるとするものがある（柚木＝高木③四六二～四六三頁）。また、物上保証人としての有限責任は、（連帯）保証人としての無限責任に吸収されるため、結局、（連帯）保証人の一人として扱われることになるという説明がされている（津守③三〇頁）（注9）。これと同趣旨に帰着する別の表現として、たとえば、両資格を兼ねる者も、同一の債務のため、保証人として担保に供している財産の一部についてただ他の債権者らに対する関係で担保権者に優先権を認めているにすぎず、別個の担保権が存在するというわけではない、というものがある（小川③一八六頁や三和④一四二頁。鈴木⑦三六九頁も同趣旨に帰着する）。

② 物上保証人一人説

この説は、保証人一人説とは逆に、二重資格者を物上保証人として五〇一条五号を適用する。その根拠は、実務的には優先権のある物的担保が重要であり、三九二条でも保護されている後順位担保権者の代位の期待をも配慮するならば、担保物の価格比という基準を重視するべきであるということである（寺田⑤担保二三九頁。北川⑦七八～七九頁も同旨か）（注10）。

③ 頭数一人説

二重資格者の扱いについて民法には規定が欠けていると理解し、二重資格者が負担部分の範囲内で保証人としての責任も物上保証人としての責任も負うことから、五〇一条五号を適用していずれかの資格によって負担

部分を決めるという発想をとらない（安永⑤一一～一二頁）。保証人一人説と同じ論拠が援用されるほか、「簡明にして実効性のある基準」〔10〕として、あるいは、「頭数による代位を認める民法の大原則……に則り」（塩崎⑤二三頁（注11））、頭数を基準とする。このように発想は保証人一人説と異なるものの、論拠にも共通性があり、結局頭数を基準として負担割合を決めることになるので、結論は保証人一人説と完全に一致する。それゆえ、判例評釈や教科書類では、頭数一人説を独立して扱わない整理も少なくないが（たとえば石田⑤民法判例評釈や高橋⑥）、両者の理論枠組みの違いは明確にしておくほうがよい（潮見⑦債権総論Ⅱ三一二頁）。

④ 責任競合説（注12）

この説では、保証人としての負担部分と物上保証人としての負担部分が異なる（五〇一条五号をそれぞれの資格で二回適用して負担部分を算出する）。代位者は、二重資格者に対して、いずれの権利を行使してもよいが（注13）、両者は共通する限度で重なり、一方の担保で満足を受けると他方の担保もその限度で消滅する連帯債務的な負担関係となる、とする。その根拠として、次の三つの命題を満足させるのはこの考え方のみであるとする。

- (i) 重い責任を引き受けた者は代位の場面でも重い負担を忍ぶべきで、物的担保はできるだけ担保物の価格割合を反映するべきである。
- (ii) 二重資格者は同一の債務を担保しているから、両方の負担を合算した金額で担保的負担を負うわけではない。
- (iii) 代位の前後で負担していた担保の性質は変わらない（以上、塚原⑤四五～四五六頁。淡路⑦五六四頁が支持）。

図表 2 各説による設例 1 の帰結

(単位：万円)

		A	B	C	D
保証人一人説／頭数一人説		150	180	120	150
物上保証人一人説		150	135	90	225
責任競合説	保証人として	150	—	—	150
	物上保証人として	—	135	90	225
二人説	保証人として	120	—	—	120
	物上保証人として	—	108	72	180

要するに、責任競合説は、二人説の発想を受け入れつつ、もともと保証債務と物的負担とは相容れない独立した担保としての性質・機能を有し、代位後も代位前と同様に二つの担保権が併存すると解するのである。

⑤ 二人説

この説は、二重資格者をそれぞれの資格で一人合計二人と数えて五〇一条五号を適用し、両方の資格の負担部分の額を加算する(注14)。その根拠は、債権者に対して重い負担を引き受けた者は、担保提供者間でも重い負担を負うべきである、というものであり(田島③二七六頁、我妻③新二六一頁)、計数的に最もきれいで欠点が少ないことも理由とされている(榎本④二〇頁)。

(二) 設例に即した具体的な帰結

以下では設例 1 ～ 3 の具体的な帰結を表で示し、若干の補足説明をする。

(1) 設例 1 の場合

保証人一人説と頭数一人説では、A D が六〇〇万円の四分の一ずつ一五〇万円を負担し、B C は残り三〇〇万円を担保目的物の価格比三対二で負担する。D の担保目的物の価格は負担に影響しない。

図表 3 各説による設例 2 の帰結

(単位：万円)

		A	B	C	D
保証人一人説／頭数一人説		150	180	120	150
物上保証人一人説		150	225	150	75
責任競合説	保証人として	150	—	—	150
	物上保証人として	—	225	150	75
二人説	保証人として	120	—	—	120
	物上保証人として	—	180	120	60

物上保証人一人説では、Aのみが四分の一の一五〇万円を負担し、B C Dは残り四五〇万円を担保目的物の価格比三対二対五で負担する。

責任競合説では二重資格者Dの負担部分は、それぞれの資格として五〇一条五号を適用した結果となる。すなわち、Dは保証人として一五〇万円、物上保証人として二二五万円を負担する。両者は加算されず、代位者は重なる一五〇万円の範囲ではどちらを行使してもよい。

二人説では、保証人がA Dの二人、物上保証人がB C Dの三人の合計五人として五〇一条五号を適用する。すなわちA Dが六〇〇万円の五分の一ずつ一二〇万円を負担し、B C Dは残り三六〇万円を担保目的物の価格比三対二対五で負担する。Dは保証人として一二〇万円、物上保証人として一八〇万円を負担し、両者は合算されてDの負担額は三〇〇万円になる。

(2) 設例 2 の場合

保証人一人説と頭数一人説では、設例 1 と結論が同じになる。Dの担保目的物の価格は負担に影響しない。

物上保証人一人説では、Aのみが四分の一の一五〇万円を負担し、B C Dは残り四五〇万円を担保物の価格比三対二対一で負担する。Dの担保目的物の価格が負担を下げ、保証人としての負担額も小さくなる。

責任競合説では二重資格者Dは保証人として一五〇万円、物上保証人と

図表 4 各説による設例 3 の帰結

(単位：万円)

		A	B	C	D	E
保証人一人説／頭数一人説		120	144	96	120	120
物上保証人一人説		120	115	77	192	96
責任競合説	保証人として	120	—	—	120	120
	物上保証人として	—	115	77	192	96
二人説	保証人として	86	—	—	86	86
	物上保証人として	—	82	55	137	69

して七五万円を負担する。両者は加算されず、代位者は重なる七五万円の範囲ではどちらを行使してもよい。

二人説では、Dは保証人として一二〇万円、物上保証人として六〇万円を負担し、両者は合算されてDの負担額は一八〇万円になる。

(3) 設例 3 の場合

保証人一人説と頭数一人説では、A D Eが六〇〇万円の五分の一ずつ一二〇万円を負担し、B Cは残り二四〇万円を担保物の価格比三対二で負担する。D Eの担保目的物の価格は負担に影響しない。

物上保証人一人説では、Aのみが五分の一の一二〇万円を負担し、B C D Eは残り四八〇万円を担保物の価格比六対四対一〇対五で負担する。Eの担保目的物の価格が負担を下げ、保証人としての負担額も小さくなる。

責任競合説では、二重資格者Dは保証人として一二〇万円、物上保証人として一九二万円を負担する。両者は加算されず、代位者は重なる一二〇万円の範囲ではどちらを行使してもよい。二重資格者Eも保証人として一二〇万円、物上保証人としては九六万円を負担する。両者は加算されず、代位者は重なる九六万円の範囲ではどちらを行使してもよい。

二人説では、保証人がA D Eの三人、物上保証人がB C D Eの四人の合計七人として五〇一条五号を適用する。すなわちA D Eが六〇〇万円の七

分の一ずつ八六万円を負担し、BCDEは残り三四三万円を担保物の価格比六対四対一〇対五で負担する。Dは保証人として八六万円、物上保証人として一三七万円を負担し、両者は合算されてDの負担額は二二三万円になる。Eも保証人として八六万円、物上保証人としては六九万円を負担し、両者は合算されてEの負担額は一五四万円になる（千円以下を四捨五入）。

4 判例の事案と分析

(一) 各事件の事案と解決

①は、連帯保証人と二重資格者の二人がいて、二重資格者が債務全額を弁済してその二分の一を連帯保証人に求償したところ、被告であった連帯保証人が二人説により自己の負担の限度は三分の一であると主張した事例。判決は、被担保債権が同一であるから（理由として舌足らず。学説のいうように物的担保の負担は全財産による保証債務に加えて負担を負うものではないという趣旨と理解されうる）、他の連帯保証人との関係では単一資格の下にその間の頭数に應じて債権者に代位する。二重資格者であっても（明言していないが四六五条により）連帯保証人として、半額の求償権があり、その範囲で債権者に当然代位する、という論理をとる。それゆえ、この判決は、保証人一人説と思われるが、一人説であれば結論は変わらない。

②と③は、四人の連帯保証人のうち二人が持分各二分の一の共有不動産に抵当権を設定した二重資格者であった場合において、その二重資格者の一人が債務全額を弁済した後、他方の二重資格者の設定した持分上の抵当権の実行を申し立てた事例。②は二重資格者を単に頭数一人として計算するのが相当として結論だけを示し、弁済額の四分の一についてのみ抵当権の実行を認めた。連帯保証人の求償権を基礎に考えているから保証人一人説と

理解できるが、頭数一人説とも読める。③もこの結論を維持するものの、物上保証人一人説または責任競合説によっている。もっとも、この事案では二重資格者の持分が等しいので、②の保証人一人説または頭数一人説でも同じ結論となる。二人説では抵当権の実行は弁済額の六分の一のみ可能で、さらに六分の一について保証債務の履行を請求できるはずである。

④は、連帯保証人三人のうちの一人である二重資格者が、債務を弁済して連帯保証人の一人に求償した事例。主たる債務者である会社は倒産し、もう一人の連帯保証人である訴外代表取締役は行方不明になっている。そのため、原告が、無資力の連帯保証人の分の負担を折半して（四六五条、四四四条）、弁済額の二分の一の求償をしたところ、被告が二人説に基づき、三分の一の負担であると主張したようである。判決は、この場合には、連帯保証人二人のほかにも物上保証人一人が存在する場合とは異なり、一人につき単にその担保方法が二つ存在するにすぎないとして一人説を採用し（どの資格で一人とするかは不明）、原告の主張を認容した。責任競合説でも同じ結論となる。これに対して、二人説では、四六五条、四四四条が適用されても、三分の一ではなく、八分の三（ $\frac{11}{12}$ ）の求償を認めることになるはずである。

⑤は、連帯保証人五人のうち三人は無資力、残りの二人が二重資格者の原告と被告で、山林に抵当権（元本極度額五〇〇万円。連帯保証は極度額元本二五〇万円）を設定した原告が、合計約五九六万円を弁済し、請負代金債権（一六八〇万円。連帯保証は極度額元本一二五〇万円）を譲渡担保としていた被告に対して、無資力者三人の分の二分の一を上乗せして（四六五条、四四四条）、弁済額の二分の一を求償した事例。債務の一部は信用保証協会が連帯保証し、連帯保証人五人が保証料債務についても連帯保証していた。掲載誌（判タ三三三三三二九頁）によると、原審はそれぞれの保証の限度額及び物的担保の価額の合計額の割合に応じて代位するものとして請求を

一部認容したようである（学説で主張されているとの説でもない）。これに対して、^⑤は、それぞれ単に一人として頭数を計算し、保証人間の負担部分についても特約がないため平等と推認して負担部分を平等とした。そのうえで、被告も五八七万円を弁済していることを認定し、相殺の抗弁を認めて請求を棄却した。この判決は、保証の限度額や物的担保の価格が異なるにもかかわらず負担部分は平等として扱う徹底した頭数一人説である。保証の限度額を代位割合に反映させる規定がないための苦肉の策と思われるが、保証極度額が五倍、物的担保の価格が三倍強の開きのある当事者間で平等の扱いをすることの妥当性は疑わしく、原審の判断を詳しく知りたいものである。

^{⑥⑦}は、二重資格者である会社経営者に対して、債権者に連帯保証人として弁済した信用保証協会が、特約に基づき全額の求償を主張して抵当権を実行した。そして、複数の後順位担保権者に対する配当分を自分に配当するよう配当表の修正を求めた事例。争点は特約の第三者効の問題であり、^{⑥⑦}とも、二重資格の問題については、五〇一条五号の適用については一人と見るとするのみである。これが一人説のいずれかは不明であるが、二重資格者が一人だけなので、どの説でも結論に変わりがない。さらに、特約による負担割合の修正が入るので、仮に二人説に立っても、結論は変わらない。なお、この事件は、最判昭59・11・16判時一一四〇号七六頁で特約の効力が判断され、原告の主張が認容されているが、最高裁では二重資格者の性格はまったく問題にならなかった。

^{⑧⑨⑩}では、信用保証協会の保証とともに四名の連帯保証人がいて、そのうちの二人が二重資格者であった（極度額が共通の五〇〇〇万円の共同担保）。二重資格者のうちの一人（被告）が、債務を弁済した信用保証協会との求償保証特約に基づき残債務約一〇〇〇万円の弁済を行った後、もう一人の二重資格者の所有する不動産上の

抵当権を債権者に（再）代位して行使した（同人所有の土地の根抵当権設定登記は抹消された）。求償債権額の四分の一である約二八四万円を代位者に配当する旨の配当表に対して、その不動産の（最初の代位登記後に抵当権の設定を受け登記した）後順位抵当権者が二人説に基づいて、代位者への配当は約六〇万円であると主張した。なお、原告は極度額ではなく不動産の評価額比の約二一対四で計算することを主張していた。

⑧⑨⑩は、いずれも頭数一人説を採用して請求を退けたが、理由とするところは少しずつ異なる。

まず、⑧は、

① ①は本件にも妥当する、

② 五〇一条五号は保証人と物上保証人の責任を平等と定めている、

③ 保証人が物上保証人を兼ねても担保財産の分量に変化はなく、物上保証人としての有限責任は、連帯保証人としての無限責任に吸収される、

とする。

⑨は、

① 五〇一条五号が保証人と物上保証人の責任を頭数で決めているのは、それが公平・簡明・合理的だからである、

② 保証人の総財産の価格や物上保証人の担保提供財産の数又は価格を調整の基準とするのはいたずらに煩雑で、必ずしも合理的ではない、

③ 二重資格者は、総財産を一般担保に供するほか、その一部の特定財産を特別担保に供しているにすぎず、資格の兼任だけを理由に単なる保証人よりも二重資格者の負担を重くするべき合理的な理由はない、

④ 二人説では二重資格者に単なる保証人の倍の負担を課することとなり、公平の見地から合理的といえない、という四点を挙げている。

⑩は最も重要なので判決理由を引用しておく。

「民法五〇一条四号、五号の規定は、保証人又は物上保証人が複数存在する場合における弁済による代位に關し、右代位者相互間の利害を公平かつ合理的に調整するについて、代位者の通常的意思ないし期待によつて代位の割合を決定するとの原則に基づき、代位の割合の決定基準として、担保物の価格に応じた割合と頭数による平等の割合を定めているが、右規定は、物上保証人相互間、保証人相互間、そして保証人及び物上保証人が存在する場合における保証人全員と物上保証人全員との間の代位の割合は定めているものの、代位者の中に保証人及び物上保証人の二重の資格をもつ者が含まれる場合における代位の割合の決定基準については直接定めていない。したがつて、右の場合における代位の割合の決定基準については、二重の資格をもつ者を含む代位者の通常的意思ないし期待なるものを捉えることができるのであれば、右規定の原則に基づき、その意思ないし期待に適合する決定基準を求めるべきであるが、それができないときは、右規定の基本的な趣旨・目的である公平の理念にたち返つて、代位者の頭数による平等の割合をもつて決定基準とするほかはないものといわざるをえない。しかして、右の場合に、二重の資格をもつ者は他の代位者との關係では保証人の資格と物上保証人の資格による負担を独立して負う、すなわち、二重の資格をもつ者は代位者の頭数のうえでは二人である、として代位の割合を決定すべきであると考えるのが代位者の通常的意思ないし期待でないことは、取引の通念に照らして明らかであり、また、仮に二重の資格をもつ者を頭数のうえであくまで一人と扱い、かつ、その者の担保物の価格を精確に反映させて代位の割合を決定すべきであると考え

のが代位者の通常の意思ないし期待であるとしても、右の二つの要請を同時に満足させる簡明にしてかつ実効性ある基準を見い出すこともできない。そうすると、複数の保証人及び物上保証人の中に二重の資格をもつ者が含まれる場合における代位の割合は、民法五〇一条四号、五号の基本的な趣旨・目的である公平の理念に基づいて、二重の資格をもつ者も一人と扱い、全員の頭数に応じた平等の割合であると解するのが相当である。」

要約すると、次の二点に尽きる。

① 五〇一条は二重資格者の代位割合の決定基準を定めていないので、代位者の通常の意思ないし期待に適合する決定基準を求めるべきであるが、それができないときは、右規定の基本的な趣旨・目的である公平の理念にたち返って、代位者の頭数による平等の割合をもって決定基準とするほかはない。

② 二人説が代位者の通常の意思ないし期待でないことは、取引の通念に照らして明らかである。二重資格者を頭数一人としたうえで担保物の価格を精確に反映させて代位の割合を決定する、簡明にしてかつ実効性ある基準は見い出せない。

要するに⑩は、ほかに適切な基準がないから、五〇一条四号、五号の基礎にある公平の理念に基づく頭数一人説（注15）が、相対的に簡明にしてかつ実効性ある基準だとしているのである。⑧や⑨の理由づけ（とりわけ⑨の理由づけ）は、基準の合理性の判断のなかで默示的に承認されているのかもしれないが、判決理由では繰り返されず、むしろ規定の欠缺を五〇一条四号、五号の基礎にある公平の理念で補充するなら頭数一人説以外にない、という結論に近いものだけが提示されている。

⑪は、家族間の争いで複数の土地が問題となり、贈与の虚偽表示性、不法行為責任、詐害行為取消なども争

点となったきわめて複雑な事例である。しかし、二重資格者の問題に絞ると（注16）、同一の共有土地甲の持分に根抵当権（極度額一億三八〇〇万円）を設定した物上保証人が四人おり（持分は、Yが四〇分の二〇、X₁が四〇分の九、X₂が四〇分の九、Aが四〇分の二）、ほかに連帯保証人が二人いて、そのうちの一人は破産宣告を受けたB、もう一人が二重資格者となるYであった。甲が根抵当権者によって競売されたので、Xらが無資力のBを除き、頭数一人説によって持分相当額の四分の一の約一七〇万円をそれぞれYに求償した。Ⅲは、無資力者の除外を認めず頭数を五人として、持分相当額からBの五分の一を除いた分につき、Yの持分二分の一の範囲で代位ができるとした（その計算では五四二万円となるところ、Xらの請求をその範囲内であるとして認容。判示はすこぶる不明瞭で、そもそも物上保証人一人説であることすら明示されておらず、その採用理由は書かれていない。XらがYの虚偽表示による財産隠しの被害者であり（抵当権者が善意なので抵当権の無効を主張できなかった）、自らの意思で物上保証人となったものではないことや、持分割合が不均等で頭数一人説では不当にYの責任が軽くなることを避けようとしたと推測される（後二者は判タ一八二号二二―二二三頁のコメントによる）。本件の特殊事情はともかく、担保目的財産価格に差がある場合を考慮することは（注17）、一般化できるものである。

（二）総合的な分析

判例は、一貫して一人説を採用しているように見えるが、少なくとも¹⁰以前には、責任競合説と見る余地もあった。また、一人説のなかでも、どういう資格で一人と見るかについては、三つの説のいずれでもありえた。結論は異ならないが、明確に物上保証人一人説を採用する³もあった。そうしたなかで、⁸⁹¹⁰とりわけ¹⁰が、担保不動産の価格比を採用すれば異なる結論が導かれる事例において、あえて頭数一人説をとったことは、明確で

なかつた判例法理を統一する点で大きな意義を有する。

しかしながら、その判決理由は、有力である二人説や責任競合説を十分な根拠を示すことなく批判し、ほかに適切な基準がないことから頭数一人説を採用するというにすぎず、理論的にはすっきりしない（注18）。その具体的な結論にも疑問の余地がある。こうしたことから学説にはなお反対説が少なくなく、^[10]に対する判例評釈の多様な反応を見ると、判例の頭数一人説は決して安定したものとなっていないといえない。

5 二人説の妥当性

（一）頭数一人説の問題点

以下では、^[10]判例及びこれを支持する学説の問題点を、理論面、具体的な結論の妥当性及び「簡明さ」という基準の危うさの三つの面から指摘する。

（1）理論的な問題点

まず、一人説の「重い負担を負う者を厚く保護する必要性」という議論には根拠がない。五〇一条三号・四号・五号は、物上保証人や第三取得者は、担保目的不動産価格に比例して負担を負うとしており、まったく逆の考え方が代位の基礎とされている（つとに甲斐^③二〇頁。塚原^⑤四五二～四五二頁や福田^⑤七九〇～七九二頁（注3）が丁寧に批判している）。保証人一人説や頭数一人説は、担保目的物の価格が責任に反映されない点を説明できず（小川^③一八六頁や鈴木^④三六頁は説明を放棄している）、立法者意思にも反する（前田^⑦四八一頁）。これを当事者意思や期待に合致するという根拠はどこにもない（淡路^⑦五六三頁）。

次に、物上保証人の有限責任は保証人の無限責任に吸収されるという論拠は、両責任の関係を誤解している。

物的担保と人的担保は別のものである。保証債務引受前にすでに物的担保に供している特定財産の担保価値は一般財産から「別除」されており（前田⑦四八二頁に同旨）、一般財産に含まれるのは担保余剰価値だけである。他方、債権者には債務者の一般財産に対する支配権はないため、保証人が同時にであれ又は追加的にであれ物的担保を設定すると、物的担保の対象財産は一般財産から逸出する（だからこそ詐害行為取消しや否認の対象となる）。このように両責任が別のものであるからこそ、それぞれの資格で代位し・代位されるというのが民法の基本的な考え方になっているのである。

また、有限責任が無限責任に吸収されるという論拠は、物的担保のほうが重視されている実務の感覚とも相容れない（表現は異なるが塚原⑤四五二―四五四頁も同旨）。なお、根保証の限度額を併用根抵当権の極度額に合わせる解釈があるところ、それを援用して両責任は加算されないとする議論もある（注19）。しかし、それは債権者に対する根保証人保護の問題であり、それによって保護されても、二重資格者は根抵当権と根保証の同額の責任をそれぞれ負うため、一方による他方の吸収の論拠とはならない。

(2) 具体的な結論の不当性

設例1の二重資格者Dは、BやCより担保価値の大きな不動産を提供しているのに、その責任は保証人Aと同等で軽い。Dが保証債務を負っていないければ、Bが甲に設定した後順位担保権者は、共同抵当関係を見て甲乙丙への割付を考え（五〇一条四号）、甲に四六五万円の余剰担保価値があると期待できたのに、後にDが保証債務を負うことで、余剰担保価値が四二〇万円に下がってその期待を裏切られる（我妻③新二六一頁や前田⑦四六七頁を参照）。この批判に対しては、物的責任が軽くなるのは代位負担額の問題にすぎず、保証人となることで無限定責任を負い、他の保証人が無資力になればその分負担額が増加するから（連帯保証の四四四条の適用か?）、責任

軽減だけをもって一概に不当とはいえないとの反論がある（近江⑦三二五頁）。しかし、これは物的な代位負担額が減ることへの批判には何も答えていない。

これとは逆に、設例2では、二〇〇万円の丙に抵当権を設定した二重資格者Dが、四〇〇万円の乙に抵当権を設定したCよりも重い負担を負う。ここでは二重負担ゆえに分担責任も重くなっており、「重い負担を負う者を厚く保護する必要性」という一般論は妥当していない。しかも、保証人としての責任が増えるのは理解できるとしても、丙の物的負担が増えるので、今度は丙の後順位抵当権者が期待を裏切られるおそれがある。

設例3では、二重資格者DE同士の分担関係において担保目的物の価格比二対一がまったく考慮されず、担保目的物の剰余価値が、高額の不動産の所有者に理由もなくシフトする結果となる。さらに全員が二重資格者である場合には、担保目的物の価格比が完全に無視されて、五〇一条四号の考え方と相容れない結果となる（東②五一六―五一七頁、我妻③新二六一頁）。この批判に対して、この場合には担保目的物の価格比を考慮する例外扱いをすることも考えられるが（中田⑦三五四頁）、物的担保提供者が複数いる場合には同様の処理をしないと不合理なことになる。そしてそこまで例外を広げていくと物上保証人一人説と類型ごとに使い分けるところまで行き着くだろう。しかし、それは振分け処理を加えることで基準を複雑にするため、簡明さを重視した頭数一人説の出発点と矛盾することになる。

担保目的不動産の譲渡があった場合にも不合理なことが生じる。たとえば、設例1で保証人Aが物上保証人Bから甲を譲り受けたとすると、頭数が三人になり、ACDは平等に二〇〇万円ずつ負担することになる。物的担保を加えたAの責任が重くなるのはよいとしても、譲渡に関与していないCDの負担が増える結果は是認しがた（つとに東②五一六頁が指摘）。同じ設例1で今度は二重資格者Dが担保目的物を第三者Eに譲渡したとする

と、頭数が五人になり、A Dは一二〇万円、B C Eはそれぞれ一〇八万円、七二万円、一八〇万円の負担となる。どちらの例においても、譲渡の前後で保証債務と抵当権の数は変わらないのに、負担部分が増減する。譲渡の場合には、負担部分を承継したり（前者のケース）、分有する（後者のケース）という修正を施す見解もある（平野⑦旧六七頁。安永⑤一〇頁も例外処理を許容するがその内容は不明）。しかし、これも例外を基準に組み入れることで頭数一人説の出発点からは離れていくことになる。

(3) 「簡明さ」の濫用のおそれ

物上保証人が死亡して共同相続関係となった場合に、弁済時における人数を頭数とすることにより法律関係の簡明を期するのが相当であるとした最高裁判決が登場した（最判平9・12・18判時一六二九号五〇頁）。二重資格者がからむ事例であり、^[10]を応用したものと考えられる。評釈類には意外に賛成が多いが、被相続人の地位をそのまま共同で承継するという相続法の基本原理に抵触する（反対意見があるが少し視角が異なる）。すなわち、相続された担保目的不動産の価値が増えたわけではないのに、相続人全員の合計負担額が増える。この判決と同じ論理によれば、保証債務が共同相続された場合にも、相続人は分割された額の債務を負うにすぎないのに、頭数としては各人が一人として負担を受けることになるはずである（求償との関係で複雑な事態となることについて、小野秀誠「判批」金判一〇五一号六三頁）。「簡明さ」を重視して頭数一人という基準で割り切ろうとすると、大きな犠牲を払うことになりかねない。

(二) その他の説の問題点

(1) 保証人一人説及び物上保証人一人説

いずれの説にも頭数一人説に対して指摘した理論的問題点が妥当する。それに加えて、一方の資格を捨象して決められた負担部分が、なぜ捨象されたほうの負担部分にも妥当するのかは理論的に説明できず、五〇一条五号をそのまま適用しようとするところに無理がある（淡路⑦五六三頁、潮見⑦プラクティス三九四頁）。

保証人一人説の具体的な問題点は頭数一人説とまったく同じである。他方、物上保証人一人説では、頭数一人説と（逆方向で働くが）同質の問題が生じる。すなわち設例2のDや設例3のEは、保証に加えて物上保証をしたために、責任がかえって軽くなってしまう、当事者の通常の意味や期待に反する。

(2) 責任競合説

たとえば、設例1のDが抵当権を実行された場合であれば、負担部分二二五万円を超える三七五万円について代位ができるが、保証債務を弁済した場合であれば、四五〇万円まで代位ができることになる。抵当権の実行を避けるために弁済したとするとどちらになるのか。いずれにせよ、弁済者の責任負担額が決まらなければ、総額いくらの額について代位ができるのかが不明である。代位弁済者の請求の仕方によって、被代位者相互間の責任負担が変動し、負担額を確定することが不可能となったり、負担の不公平が生じうる（石田③一七頁など。塚原⑤四六二～四六三頁自身が弱点だと自認する）。

また、二重資格者が複数いて保証人としての責任のほうが大きい者と物上保証人としての責任のほうが大きい者が混在している場合など、連帯保証人間の求償関係も加わって、きわめて複雑な計算となり、「簡明にして実効性のある基準」とならない（⑩、前田⑦四八二頁、中田⑦三四二頁）。なお、担保目的物の譲渡によりこの説の

いう競合関係がどう変化するのは、まったくわからない。

(三) 二人説に対する批判への反論

(1) 理論的な批判

人的担保提供者と物的担保提供者としてそれぞれ二人とするとところに批判が集中している。しかし、まず、物上保証人の有限責任は保証人の無限責任に吸収されるという理由づけでの批判が成り立たないことは、すでに示したとおりである（前記二五(一)(1)）。

次に、二つの担保方法が競合的に提供されているだけで数量的に倍する責任を負担しているわけではなく、双方の資格に対して数量的に二重に代位されるということとはありえないとの批判がある（安永⑤九―一〇頁、淡路⑦五六三頁）。必ずしも数量的に倍にならないことは(2)で具体的に示すことにして、ここでは、「二重に代位される」かどうかを考えたい。二重資格者が保証債権と抵当権の両方を代位行使されるのは、批判している他説でも同じなので、ここでの批判は両責任を加算するかたちで計算することに向けられていると思われる。すなわち、債権者がいずれかの担保を行使して満足を得れば他方も付従性に基づいて消える関係にあるから二重の負担を負ってはいない。債権者に対してそのような責任競合の状態にあるのであれば、代位によって債権者の権利を行使する場合でも同様に二つの担保は競合する関係にあり、両責任を単純加算するのはおかしい、という趣旨の批判が責任競合説から加えられることになる（塚原⑤四五五頁）。これに対しては、二重資格者に対して両方の担保が選択可能であるという意味で代位の場合も責任は依然として競合するが、債権者の権利行使のような全額責任ではなく、代位の場合には求償権を確保する目的で負担のあるべき姿を実現する手段としての性格から負担部分に

制限された責任となるので、両責任は重ならず、むしろ資格ごとに最終負担を考えて単純加算するのが自然である、と反論できる。

最後に、⑩は、二重資格の各資格の負担を加算することは、代位者の通常の意味ないし期待とはいえず、取引通念に反すると批判する。しかし、取引観念上いずれが正しいかは必ずしも確定しがたく（前田⑦四八二頁）、立証も反証も許されない水掛け論にすぎないため、批判自体に説得力が欠ける（塩崎⑤二〇三頁）。

(2) 具体的な結論の妥当性

二つの資格の負担を加算すると負担が倍加して重すぎるという上記の批判は妥当しない。設例1ではたしかに頭割りの一五〇万円に比べて二重資格者Dの負担は三〇〇万円と倍加している。しかし、これは提供した担保目的物の価格が高いことをたまたま反映しているにすぎない。設例2のDや設例3のEの合計負担額は頭割りの額をわずかに増加させたにすぎず、物的負担自体は、保証人としての負担が増えるのに反比例して、保証人を兼ねない場合より軽くなる。この点をとらえて、物上保証のみをする場合より二重資格のほうが物的負担が小さくなるとの批判がある（鈴木④三三頁）。しかし、債権者との関係では負担が軽くなるわけではないし、担保が増えれば担保提供者の負担が下がるのは何の不思議もない。

むしろ、二人説は人的担保と物的担保につき、それぞれ頭割りと担保目的物価格比という民法の用意した二つの基準をそのまま用いるため、一方を無視することで一人説が陥った不当な結果は論理的に生じない。さらに、両担保は独立して負担を計算されるため、担保目的物の譲渡がされても、その前後で負担が変動するという不合理は生じない。計算は民法自体が用意したものであり、それ以外に例外処理を用意する必要もなく、原則一本で処理できるため、これ以上に「簡明にしてかつ実効性ある基準」は存在しないというべきである。

(注7) 末尾に掲げるようにこの問題についての文献は非常に多い。そのなかで、⑤の沖野評釈・福田評釈・塚原解説がきわめて詳しいので、本稿は、これらの整理を参照の中心に置き（もちろん本稿とこれらの理解には異なる部分がある）、⑥⑦の文献によって以後の展開を加えるという方法によっている。

(注8) かつては、保証人一人説では二重資格者の抵当権が行使できなくなると批判する見解も少なくなかったし、現在も時にそのような記述がされる（たとえば椿⑥三〇頁）。しかし、抵当権が行使できなくなる理由を見出すことはできず、その批判の前提となる理解が誤っている。

(注9) 津守説は、実務上は原則化している連帯保証のみを論じており、分別の利益のある普通保証の場合に妥当しないのではないかと批判されている。しかし、普通保証の場合も共同保証人が自己の負担部分を超える額を弁済したときには、範囲こそ異なるものの他の共同保証人に求償ができ、代位も可能である。その論理構造は、普通保証の場合にも妥当し、以後の一人説の理論的支柱を形成したと評しうる。

(注10) 寺田⑤判例講義一一〇頁は、「物上保証人として一人説」と自説である「一人・担保物価格比説」を区別しているが、後者による割付額の計算方法は前者とまったく同一である。むしろ、同一〇九頁の表の数字は何か所も間違っている。特に「物保人^(マダ)として一人説」において、物上保証人Cの負担部分が担保物の価格比と異なっている理由の説明はなく、誤記でないとすると不可解である。それゆえ、本稿は寺田説を物上保証人一人説と位置づける。

(注11) 塩崎⑤二〇四頁は「一人説を採るのがベター」と述べていて、頭数一人説が理論的に正しいという主張はしていない。むしろ同説によることで著しい不公平が生じる場合には、特約認定による事案に即した弾力的な解決を試みる必要があることも指摘している。

(注12) 提唱者の塚原自身が自説をこう呼んでいるのでそれに従うが、資格融合説、資格併存説、責任併存説などの表現もある。いずれにしても、誤解を生みやすい表現であり適切ではない。というのは、他の説でも、二重資格者に対しては、保証債権も抵当権も行使でき、責任が競合するとか併存するといえるからである。この説の核心は、一人説を基本としながら資格ごとに異なる負担部分を認める点にある。

(注13) この説につながるものとして資格選択説を取り上げる整理も少なくない。しかし、提唱者の石田喜久夫の見解は迷走している。すなわち、当初は弁済をした二重資格者が代位する場面を念頭に置いてどの資格で代位するか選択できるとしていたが、『注釈民法⁽¹²⁾』三五二頁、後には二重資格者に対する代位の場面における代位者の選択を論じている(石田⑤重判解七七頁)。しかも、この意味での資格の選択を認めるのが判例・通説であると述べながら(林②高木②石田③二七一頁)、責任競合説を想起させる趣旨も述べ、内容が詰まっていないことを自認し見解が揺れている(石田⑤民法判例評釈一二二頁(注12)、一二三―一二四頁)。こうしたことから本稿では独立した説としては取り上げない。

(注14) 岡村③六九三―六九四頁は、原則として二人説をとりつつ、保証人が「保証債務の履行を確保する趣旨で」物上保証人となった場合に限り、保証人一人と数えんとする。この説には、主観的な基準により結論が安定しないとの批判があり、支持者はない。また、保証債務への物的担保設定に類比する例外を認めるだけであって、基本的には二人説であり、時期区分説などとして独自に取り上げるほどでない。

(注15) 高橋⑥一一七頁や石田⑤民法判例評釈一二〇頁のように、⁽¹⁰⁾を保証人一人説と理解するものも少なくないが、すでに述べたように保証人一人説とは論理構造を異にする。

(注16) 原審の青森地判平15・10・30判タ一一八二号二一六頁では二重資格に関係する土地は訴訟物でなく、控訴審で請求が追加されたものである。⁽¹¹⁾の持分に関する事実認定はいまいでわかりにくく、本稿は、高橋⑥の事実関係の整理に依拠する。

(注17) 後述三・二(3)を参照。担保目的財産の価格が異なっている、根抵当権極度額が基準となればXらとYの負担額は均等となる可能性がある。

(注18) 「理由付けも丁寧かつ説得的」(安永⑤一二頁)という評価もあるが、「無理論」で(ほかに適切な解決がないから)「仕方がない」というのが一人説の本音」だという批判的な感想(石田⑤重判解七七頁)及び趣旨や理由が明らかでなく論証のない公平判断がされているという指摘(沖野⑤一〇〇七―一〇一頁)がある。塩崎⑤二〇四頁や奥田⑦五五四頁(注6)も、難点を自覚しつつほかに基準がないとして消極的に判例を支持するにす

ぎない。

(注19) 最判平6・12・6判時一五一九号七八頁を意識した椿⑦一三二頁。

三 基準自体の再検討

1 問題提起

(一) 五〇一条五号の特異性と限界

「はじめに」の3で示した問題意識をより詳しく説明する。

(1) 五〇一条五号に内在する矛盾

保証人と物上保証人の間の負担割合を定めている五〇一条五号は、法典調査会に提案された当初原案では存在しなかったところ、最初の審議の際に井上正一委員から指摘を受けて、修正提案の際に急遽追加されたものであった(注20)。そもそも、代位割合に関する調整自体についても、旧民法財産編四八三条が詳しく定めていた程度で(これが現行民法五〇一条に引き継がれた)、当時の諸外国の立法例には、旧民法以外に参照できる規定は見当たらなかった(注21)。まして、五号に当たる問題については、旧民法にも規律がなかった。この規律は、二回の審議期日の間にあったわずか四日間ですべてに作りだされたものだったのである。この提案は、当時最先端の試みであったと高く評価できるものの(注22)、急ごしらえのものであったことは否定できない。そして、同号が提示する基準自体が矛盾をはらんでいる(注23)。すなわち、五〇〇〇円の債務につき、三人の連帯保証人

(負担割合は特約がなく平等)と二人の物上保証人が存在する場合において、物上保証人の提供した財産の価格がそれぞれ七〇〇円と三〇〇円だったとき、五号の基準によると、負担部分は、保証人各人が五分の一の一〇〇〇円、物上保証人が担保物の価格に応じて二〇〇〇円を七対三に割り振るので一四〇〇円と六〇〇円になる。しかし、連帯保証人の一人が五〇〇〇円全額を弁済したとすると、弁済者は、物上保証人の物的有限責任ゆえに、物上保証人からは担保価値の合計の一〇〇〇円しか回収できない結果となり、同号による負担配分は実現しないのである(注24)。

(2) より根本的な問題点

もう一つの問題はいつそう大きい。現行民法の立法時には、保証も担保物権の設定も確定額の被担保債権全額について行われることを暗黙の前提としていたと思われる。しかし、一部保証や一部担保は可能であり、そのように被担保債権額の一部についてのみ担保を提供している者についても、全額の担保提供者と同じ頭数や担保目的物の価格を基準とすることは大いに疑問である。さらに、その後の取引の発展に応じて、立法時には想定されていなかった根抵当権や根保証(とりわけ極度額があるもの)が多用されている。基準は、こうしたものをもカバーできるものでなければならぬ。根抵当権や根保証の担保提供者は極度額が責任の上限となるはずであり、無限責任と連動する頭割りという発想や極度額と関係のない担保目的物の価格は、これらの場合の負担配分の基準として不適切である。しかし、これまでこうした点を自覚した議論は、ほとんど見当たらない(注25)。

〔8〕
〔10〕の事件はこれを議論する格好の素材となりえた事例であったが、頭数一人で割り切ること、むしろ問題を回避して「簡明にして実効性のある基準」を選んだと考えられなくもない。

ところで、二〇〇四年の民法改正で極度額の定めのない根保証を無効とする貸金等根保証の規律が設けられ

(四六五条の二第二項)、これを根保証一般に拡張することが現在の民法改正の議論で検討されており、極度額が根担保一般に責任限度として機能する方向にある(注26)。それだけに、根保証や根抵当を考慮に入れた問題の検討がますます必要となる(注27)。

そこで、本稿は、その手がかりとして、DCFRのモデル準則案とその解説(注28)を紹介し、批判的に考察することにした。ヨーロッパでも代位割合の調整について一般的な規定を置く国は少なく、多くは判例法によって連帯債務者間の規定を類推適用するなどによって準則が形成されているにすぎない(注29)。そうしたヨーロッパ私法の現状を改善する提案をしているDCFRのモデル準則案には、見るべきところが多いと思われるからである。

2 DCFRの規律

(一) DCFRのモデル準則案

DCFRの第IV編は、Specific contracts and the rights and obligations arising from themと題して、A部からH部まで、売買、賃貸借、役務提供、委任等の八つの契約各則を定めている。そのG部は付従性のある保証を中心とする人的担保 personal security を規定している(注30)。G部には、通則、付従的人的担保、独立的人的担保、消費者による人的担保の特則という四つの章があり、第一章の通則のなかに、定義(二〇一条)、適用範囲(二〇二条)、債権者の承諾(二〇三条)、担保のための共同債務(二〇四条)、債権者に対する複数の担保提供者の連帯責任(二〇五条)、複数の担保提供者(注31)の内部求償(二〇六条)、複数の担保提供者の主たる債務者に対する求償(二〇七条)、連帯債務の規定の補充的適用(二〇八条)という表題の付された八カ条が置かれている

(注32)。

本稿が参照するのは一〇六条である。一〇六条は次のように定めている。

- (1) 前条(注33)の場合において、複数の人的担保提供者の間又は人的担保提供者と物的担保 *proprietary security* 提供者との間における求償については、以下の各項に定めるところによるほか、第三編第四章第一〇七条(連帯債務者間の求償)(注34)に定めるところによる。
- (2) この条の規定の適用にあたり、各担保提供者の負担部分は、第八項の規定が適用される場合を除き、第三項から第七項までの規定に従って決定される。
- (3) 担保提供者の間に別段の合意のない限り、各担保提供者は、担保提供者の間においては、自己が引き受ける最大リスク *maximum risk* がすべての担保提供者が引き受ける最大リスクの総額に対して占める割合で責任を負う。その基準時は、最後の担保が成立した時点とする。
- (4) 人的担保については、最大リスクは、担保の極度額の合意によって決定される。極度額の合意がない場合には、被担保債権額、又は、途中勘定債務が担保されているときの与信限度額による。担保された途中勘定債務に与信限度額がないときは、最終残高による。
- (5) 物的担保については、最大リスクは、担保の極度額の合意によって決定される。極度額の合意がないときは、担保として提供された財産の価格による。
- (6) 第四項第一文の場合における極度額又は第五項の場合における極度額若しくは価格が、最後の担保が成立した時における被担保債権額よりも高いときは、被担保債権額が最大リスクとなる。
- (7) 与信限度額の定めのない信用供与を担保する極度額の定めのない人的担保がある場合において、極度額

の定めのある他の人的担保権又は物的担保権の最大リスクは、その極度額が担保される取引の最終残高を超えるときは、当該最終残高を限度とする。

- (8) 第三項から前項までの規定は、主たる債務者の提供する物的担保には適用しない。債権者が満足を受けた時点で債権者に対して責任を負っていなかった担保提供者にも適用しない。

(二) コメントからうかがえる内容

以下では、モデル条文案の規律内容を解説するコメント Comments 部分(注35)を用いて、概略を示す。

(1) 各担保提供者の引き受けた最大リスクに応じた負担部分に基づく求償と代位

均等負担が推定される連帯債務者間の求償とは異なり、いま問題にしている場合には、担保提供者ごとに引き受けたリスクの範囲が異なり、それぞれが引き受けた最大リスクに応じた割合で責任を負い、それに応じて求償関係(注36)が定まる。すなわち、担保提供者全員の最大リスクの総額を分母とし、各担保提供者の引き受けた最大リスクを分子とする割合が負担割合であり、具体的な負担額は、最大リスクの合計額(被担保債権額が主たる債務者の一部弁済などによりその合計額を下回っているときは被担保債権額)に、負担割合を乗じて算出されるのが原則である(以上、三項)。もちろん債務者に対する求償は別の問題であり、弁済をした担保提供者は、以上のような制限を受けることなく、全額につき債務者に求償することができる(八項前段)。

負担割合を定める上記の規律は、デフォルト・ルールであり、保証人など人的担保の提供者は、契約により自由に負担部分を定めることができる(三項冒頭の留保)。

最大リスクが算定されるのは、原則として、最後の担保が成立した時点である(以下この時点を「基準時」とい

う)。債権者が満足を受けた時点までに免責されていた担保提供者は、求償を受けない（八項後段）（注37）。
(2) 人的担保の場合の最大リスクの決定基準

人的担保の最大リスクは、まずは極度額による。極度額の定めがない確定額債務の担保では基準時の被担保債権額、被担保債権額が浮動する途中勘定の場合に与信限度額の定めがあればその額、定めがなければ債務の最終残高のいずれかによって決まる（四項）。

以上の(1)(2)が四つの例で説明されているので、簡略化して紹介し、必要な部分は補足を加える（注38）。

【設例1】 三〇〇〇ユーロの債務につき、Aが極度額一〇〇〇ユーロ、Bが極度額二〇〇〇ユーロの連帯保証人となった。最大リスクの合計額は三〇〇〇ユーロであり、AとBの負担割合は一对二である。

債務者が一五〇〇ユーロを弁済しても負担割合は変わらず、残債務一五〇〇ユーロにつき、Aの負担部分は五〇〇ユーロ、Bの負担部分は一〇〇〇ユーロとなる。

【設例2】 一月にAが三〇〇〇ユーロの債務につき極度額三〇〇〇ユーロの連帯保証をしたところ、五月に債権者とAは、極度額を二〇〇〇ユーロに減額する旨を合意した。六月に債務残高が三〇〇〇ユーロある状況で、Bが極度額一〇〇〇ユーロの連帯保証人となった。最後の担保が成立した六月が基準となり、AとBの負担割合は二対一であり、A・Bの負担部分は、それぞれ二〇〇〇ユーロと一〇〇〇ユーロとなる。六月以後に債務残高が増えてもAもBも極度額以上の責任は負わない。

【設例3】 与信限度三〇〇〇ユーロの途中勘定につき、Aは極度額二〇〇〇ユーロの、Bは無制限の連帯保証人となった。後に与信限度が五〇〇〇ユーロに拡大され、五〇〇〇ユーロの債務が発生した。AとBは、基準時点の与信限度の三〇〇〇ユーロについてのみ連帯して責任を負う。Aの最大リスク

が二〇〇〇ユーロであるのに対して、Bのそれは基準時点で三〇〇〇ユーロであり、その負担割合は二対三である。それゆえ、Aの負担部分は三〇〇〇ユーロに五分の二の割合を乗じて一二〇〇ユーロ、Bの負担部分は一八〇〇ユーロとなる。他方、与信枠拡大後の二〇〇〇ユーロについては、Bのみが責任を負い（注39）、これを弁済しても負担部分のないAに求償することはできない。

【設例4】

債務者の現在及び将来の全債務について、Aは極度額一〇〇〇ユーロ、Bは極度額なしの連帯保証人となった。債務残高が九〇〇〇ユーロになったとすると、AとBの負担割合は一対九となり、Aの負担部分は九〇〇〇ユーロに一〇分の一を乗じて九〇〇ユーロ、Bの負担部分は八一〇ユーロとなる。

(3) 物的担保の最大のリスクの決定基準

物的担保の最大のリスクは、原則として、極度額、極度額の定めがなければ基準時の担保設定財産の価格によって決まる（五項）。明確な説明を欠くが、物的有限責任という性質を考慮していると思われる。注意すべきは、担保財産の価格は、日本法のように担保実行時の価格（注40）ではなく、基準時の価格であり、担保財産の価値が後に減しても負担割合には影響がない、とされていることである。次の設例はこれを説明する。

【設例5】

三〇〇〇ユーロの債務につき、Aが極度額二〇〇〇ユーロの連帯保証を引き受け、Bが契約時に二〇〇〇ユーロであった自動車甲を担保目的で債権者に譲渡した。二年後に債務者が一〇〇〇ユーロしか弁済できなかったため、債権者はAから残債務二〇〇〇ユーロの支払を受けた。自動車の価格が五〇〇ユーロに減じていても、当初の各担保提供者の負担割合の一対一は不変であり、弁済時を基準とした四対一にはならないから、AはBに対して二〇〇〇ユーロに二分の一を乗じた

一〇〇〇ユーロの償還請求権を有する。もともと、Bは自動車の価格の限度で責任を負うだけなので（物的有限責任）（注41）、AがBから回収できるのは五〇〇ユーロのみである。

(4) 極度額と被担保債権額の関係（上記(2)(3)の基準の例外）

両者の関係はやや複雑である。基準時点での極度額（物的担保で極度額の定めがない場合には担保目的物の価格。以下「極度額等」と総称する）が被担保債権額より低い場合には、責任限度である極度額等が最大リスクとなる（四項一文・五項一文）。しかし、逆に、極度額等が（基準時の）（注42）被担保債権額より高い場合には、実際の責任の上限である被担保債権額が、最大リスクとなる（六項。後述設例6）。しかし、基準時点でいったん極度額等以上の被担保債権が成立し、その後に債務者が弁済して被担保債権額が極度額等以下になっても、原則に戻って、極度額等が基準となる。債務者の弁済が最大リスクに影響するとすれば、多くの場合、より高いリスクを負担している担保のほうに有利な結果をもたらしてしまうからである（後述設例7）。

極度額の合意がない人的担保同士の間では、最大リスクは最終的な被担保債権額となり、担保提供者は平等に負担を分かち（四項二文・三文。後述設例8）。物的担保では担保目的財産の価格が基準となる（五項二文）。極度額の定めのある担保と定めのない担保の間では、最終的な被担保債権額が極度額以上であれば、極度額と被担保債権額の比を基準とする（四項。上記設例4）。しかし、最終的な被担保債権額が極度額以下のときにこの基準を用いると不合理な結果となるので、最終的な被担保債権額について、担保設定者が平等に負担を分かちという例外処理をする（後述設例9）。

【設例6】

三〇〇〇ユーロの債務について、Aが極度額四〇〇〇ユーロ、Bが極度額一〇〇〇ユーロの連帯保証人となった。債権者に残債務の三〇〇〇ユーロを弁済したAは、Bに七五〇ユーロの償還を求

めることができる。Aの責任限度は極度額の四〇〇〇ユーロではなく、三〇〇〇ユーロなので、Bの負担割合は五分の一ではなく四分の一である。

【設例7】

三〇〇〇ユーロの債務について、Aが極度額一〇〇〇ユーロ、Bが極度額二〇〇〇ユーロの連帯保証人となった。最初から貸付額が一五〇〇ユーロであれば、設例6の考え方によってBの最大リスクは一五〇〇ユーロにとどまるから、AとBの負担割合は二対三になる。しかし、設例7では、三〇〇〇ユーロの貸付けがありBの最大リスクは二〇〇〇ユーロとなって、AとBの負担割合は一対二となる。その後の債務の弁済によっても、負担割合は、より高いリスクを負っているBに有利には変化しない。

【設例8】

AとBは、将来の債務をも含む債務について、いずれも包括的で極度額の定めのない連帯保証人となった。主たる債務者の債務の額の多寡にかかわらず、AとBは二分の一の責任を分担する。

【設例9】

AとBは、将来の債務をも含む債務について連帯保証人となったが、Aの連帯保証には極度額一〇〇〇ユーロの定めがあり、Bの連帯保証には限定がなかった。最終的な被担保債権額が五〇〇ユーロである場合、AとBの負担割合を四項の原則によって二対一としたのでは、限定的なリスクを引き受けたAの負担のほうが無限定なリスクを引き受けたBの負担より重くなって妥当ではない。それゆえ、七項によってAの最大リスクを被担保債権額に修正し、AとBは二分の一の責任を分担する結果となる。

(三) 若干の考察

(1) DCFR自体についての留意点

個別の検討の前提として、DCFR自体に内在している限界に留意する必要がある(注43)。すなわち、DCFRはEU圏内での渉外的な契約とそれに深く関係する動産所有権・動産担保等を対象としているが、登記・登録手続を含む不動産担保や執行・倒産は、対象外である。こうした法領域は、各国法の規律が特に多様であり、それぞれの伝統と文化を反映している。こうした法領域では各国の立法権が留保されており、ヨーロッパの多様性の保持という要請と結びついて、その平準化や統一は、契約法の場合とは比べものにならないほど困難の度合いが高い(もつとも、契約法を超える私法全体の平準化を求める考え方は、そもそも私法が統合的な有機体であるという認識を前提としているため、平準化の動きを主導している先進的な学者たちからも、部分的な平準化や統一では足りないとの批判がある)。本稿が取り上げる求償と代位の問題においても、不動産担保やその実行手続がきわめて重要であるところ、DCFRがその点に払うことができる考慮には限界がある。この意味で、DCFRのモデル準則案が不動産担保やその実行手続をも射程に入れた一般的な規律として有用であるかどうかは、慎重に検討する必要がある(注44)。

(2) 二重資格者の責任

本稿が前章で検討対象とした二重資格者の問題についてDCFRがどういう立場をとるのかは、モデル準則案に直接の規律がなく、また、コメントにも言及がないため、残念ながら必ずしも明らかではない。ただ、四項と五項で人的担保と物的担保の最大リスクについて別々に規定していることから、いずれか一方の基準によって負担部分を決め他方を無視することは考えにくい。日本法の議論で典型的に想定されていたようにいずれの担保に

も極度額の限定がない場合には、人的担保では被担保債権額、物的担保では担保財産の価額という別の最大リスクが基準となる。そのうえで、三項に基づいて最大リスクの総額に対して、それぞれの最大リスクが占める割合を考えるのであるから、二重資格者については、人的担保提供者としての負担割合と物的担保提供者としての負担割合が単純に加算されるものと考えられる。これは前記二で示した二人説と同じ考え方である。

(3) 頭割り平等という扱いの限定

複数の担保提供者について、極度額等が同一であるとき、全部の担保に極度額の定めがないとき、及び一部の担保に極度額の定めがない場合において被担保債権額が極度額等より低いときには、同一の極度額や被担保債権額が基準となり、全員が平等に負担を分かつことになる。これは頭割りによる平等負担（注45）ということだが、きわめて限定的である。このような条件を満たさない場合には、極度額、与信限度額、担保目的物の価額が基準となるため、むしろ頭割りにはならない場合のほうが多い。提案は、頭割りではなく、最大リスクを基準とする割合的な分担が比較法的にも多数だという認識を基礎に置いているとみられる（注46）。

(4) 基準の公平性・合理性

提案されている基準は、確定債務の全額についての担保設定のみならず、被担保債権額の一部についての担保設定や、実務上非常に多いと思われる極度額を定めた担保設定、さらには、無限定な包括根担保までを、最大リスクで統一的に規律しようとしており、基準としての包括性・整合性が高いと思われる。

また、五〇一条五号に内在する矛盾として紹介した例（前掲1（一）①）は、異なる解決となる。すなわち、連帯保証人三人と物上保証人二人の責任割合は、五〇〇〇…五〇〇〇…五〇〇〇…七〇〇…三〇〇となり、連帯保証人は各自一五六二・五円、物上保証人はそれぞれ二一八・七五円、九三・七五円を負担する。弁済者が物上保証

人二人から回収できる額は合計三一・五円にしかないが、代位行使できる抵当権の範囲にとどまるため、矛盾は生じない。これは、負担する責任の多寡に比例したより合理的で公平な帰結ではないかと思われる。

(5) 基準の問題点

しかし問題も多い。三点を指摘しておきたい。

第一に、具体的に今回取り上げた負担配分問題に関するモデル準則案は、比較法的な検討をふまえているとはいえ、判例法を含めた各国法の規律が十分固まっておらず、実際の適用によって十分検証されているものではない思考実験という性格が否めない。さらに議論を重ねて修正し、洗練させる必要があるだろう。たとえば、基準としての最大リスクは耳慣れない概念であり、必ずしも理解しやすいものではない。察するところ、それが意味しているのは、債権者との関係で担保提供者が負う責任の限度額であり、端的にそう表現するほうがわかりやすいのではなからうか。

第二に、公平な結論を維持するためとはいえ、モデル準則案は、例外ルールによって補充されるかなり複雑な構造になっており、平明で使いやすい基準とは言にくい。とりわけ、基準時を最後の担保が成立した時に固定するように見えながら、担保設定者は、確定額についての担保設定でない限り、基準時後に増えた被担保債権額についても最大リスクの範囲内では債権者に対して責任を負う。それゆえ、最大リスクは、実際には求償と代位が問題になる弁済時や、被担保債権額の中間最高時の被担保債権額から選択される多元的なものとなってしまう、非常にわかりにくい（注47）。規律のわかりにくさゆえに、この規律を具体的設例に適用した結果が正しいのかについても疑いが生じている（設例3）。

第三に、DCFRを参照するには、日本民法との違いにも留意する必要がある。DCFRが代位割合ではなく

求償権の制限として問題をとらえている点や、担保目的物の価格も原則として基準時に固定して考えている点は、日本法での一般的な理解とは異なるため、その適否を考える必要がある。ここでは特に基準時の問題を取り上げよう。

基準時の固定は、自らの関与しない契約後の事情の変化によって不利益な影響を受けないようにする工夫として、一定の説得力を有する。しかし、責任財産に対する排他的支配力を欠く人的担保では、そもそも保護に値する期待は強くない。代位の対象となりうる物的担保の目的物の滅失・損傷や経年変化による価格の減少は予測できるものであり、各担保提供者は、代位ができなくなることによる負担増を一定の範囲では覚悟するべきものと考えられる（注48）。物的担保の場合の後順位担保権者の配当への期待や、担保設定者の担保価値の有効利用という利益は、たしかに尊重に値する。三九二条や五〇一条三号・四号自体が、すでにそのための工夫を行っている。しかし、共同担保の一方が補償を受けることなく失われた最悪の場合には、後順位担保権者は、極度額もしくは被担保債権額の分だけ先順位担保権に優先されて自らの把握する残存担保価値が減り、代位もできないことを覚悟しなければならない。また、担保提供者間の別段の合意によって求償や代位の割合が変えられるとすれば（注49）、後順位担保権者はそれを前提に行動をするべきで、法定の割合に対する期待の保護にはそれほど強い要請が働かないとも考えられる。さらに、モデル準則案によっても、設例5では、最終的な負担配分が実現しない矛盾が生じてしまっているし（注50）、求償と代位の関係もいささか不明確である。

（注20） 錯綜した審議を整理し、参照された外国法の条文の訳も付されているので、『法典調査会民法議事速記録3』ではなく、『史料債権総則』を指示することにする。同書六三二頁（注1）、六三五頁（井上委員と富井委員のやりとり）、六三七頁（富井の修正提案理由）。

(注21) 『史料債権総則』六二二～六二六頁、六三一～六三三頁。

(注22) この問題について、ドイツやフランスでは激しい論争があったが、当時の通説的見解は頭数によるとしていた。日本の立法者はこれにならった(『注釈民法』¹² 三五一頁〔石田〕)。

(注23) 五〇一条五号の沿革についての指摘に続いて、以下の例は、高橋^⑥ 一一八～一一九頁による。

(注24) 榎本^④ 二〇頁は、物的有限責任ゆえに物上保証人から回収できなかった残額は、保証人間で均等負担するとう考え方がありうると示唆する。椿^⑥ 三一頁も、^{④⑤}をも援用して、四六五条、四四四条を類推することで同様の調整を提唱する。これに対して、池田^⑥ 三六頁は、異質の利害関係人の間にまでこれらの規定を一般化する根拠はないと批判する。

(注25) 塩崎^⑤ 二〇四頁は保証限度額比によって割合を決定する考え方がありうると指摘する稀な例である。また、^⑤の原審が独自の判断をしているが(前記二四(一))、公刊されていない。さらに、三九二条の解釈において、先順位の担保権が存在する場合には、担保目的不動産の競売代価からその被担保債権額を控除して同条の「不動産の価額」とするとされているのは、数少ない修正の例である。しかし、このような考え方は自覚的に拡張されている。それどころか、我妻^③ 新五三三頁や『新版注釈民法』⁹ 七二三頁〔高木〕は、累積共同根抵当権について、総債務額が極度額の総和に満たない場合、三九二条一項を類推適用し、極度額ではなく担保不動産の価額に応じて負担を割り付けるとしており、極度額は基準とされていない。しかし、大いに疑問である。

(注26) 「部会資料8-2」の第2の8(六五～六七頁)、「民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理」第12の7(1)(四四頁)、「部会資料36」の第2の7(1)(六六～六九頁)、「部会資料50」の第2の4(一一三～一五頁)。

(注27) 筆者は平成二四年一月六日開催の第六一回部会において、この旨の発言を行っており、本稿はそれを具体化するものである。

(注28) ヨーロッパ民法典スタディ・グループのヨーロッパ法原則シリーズの一つである『ヨーロッパ人的担保法原則』が先に二〇〇七年に刊行され(Study Group on European Civil Code, Principles of European Law: Personal Security, prepared by Ulrich Drobnig, Munich, Seller, 2007 cited as PEL/Drobnig, Pers. Sec.)、DCCF

R 第Ⅳ編 G 部は、微修正を施しているが、基本的にはこれを承継している (Christian von Bar and Eric Clive (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference* (DCFR) Full Edition, Munich, Sellier, 2009, Volume 3 cited as DCFR vol.3 pp.245-2798)。両者の関係については、前掲(注6)の『ヨーロッパ私法の現在と日本法の課題』三二七―三二八頁、三三一頁(ヨーロッパ不当利得法原則とDCFRの関係について述べたものだがほぼ同じことがここにも妥当する)。一部にモデル準則案の異同があるが、紹介するモデル準則案の内容や解説はほぼ同一である。以下では、新しい DCFR vol.3 のほうで引用する。

(注29) DCFR vol.3 p. 2562 によれば、一般的な規定を置いているのはデンマーク約束手形法とオランダ民法だけであり、pp.2565-2566 は、とりわけ保証人などの人的担保の提供者と物的担保の提供者の間の調整については、多くの国が苦勞していることを示している。

(注30) 人的担保には、スタンバイ信用状などを含む付従性のない独立的なものや、担保のための共同債務(連帯債務に相当)も含まれるが、保険契約は含まない。DCFR W.G.1: 102。

(注31) 求償の場合の担保提供者には、自己の所有物に物的担保を設定した(主たる)債務者自身は含まれない一方で、人的担保を提供した者(前注参照)と物的担保を提供した物上保証人の双方を含む。

(注32) PEL/Drobning, Pers. Sec. では、通則部分に一〇カ条を置いていたが、契約の自由と解釈に関する規定が、DCFR 第Ⅱ編の契約その他の法律行為という総則の規定に吸収されたため、二カ条少なくなっている。PECL を引用していたものがDCFR に置き換わるという変更がある以外は、条文内容の変更は少ない。I: 104 PEL/Drobning, Pers. Sec. が DCFR W.G.1: 103(1)に移行し、二項に一方的引受けによる人的担保の成立が追加されたのが内容的には最も大きな変更である。以下で紹介する DCFR W.G.1: 106 は、内容的には I: 106 PEL/Drobning, Pers. Sec. と変わらないが、後者の二項 a 号、e 号が DCFR では独立して三項、八項という体裁に変わっている。

(注33) DCFR W.G.1: 105 は、「債権者に対する複数の担保提供者の連帯責任」という表題の下に次のように定める。

債権者は、引き受けられた範囲で、人的・物的担保のいずれをも全額につき行使できる（人的担保についても分別の利益はない）、という趣旨である。

(1) 複数の人的担保提供者が同一の債務若しくは一つの債務の同一の部分の履行請求権を担保し、又は同一の担保目的のために一方的約束を引き受けた限り、各担保提供者は、担保提供者が債権者に対して引き受けた範囲内で、他の担保提供者と連帯して責任を負う。この規定は、これらの担保提供者がそれぞれ独立して担保を引き受けたときも適用する。

(2) 前項の規定は、人的担保に加えて、物的担保が主たる債務者又は第三者によって提供された場合にも、適切な補正を加えたうえで適用する。

(注 34) DCFR III : 1074, 「連帯債務者間の求償」という表題の下に次のように定める。

(1) 連帯債務者の一人が自らの負担部分を超えて履行したときは、他の連帯債務者のいずれに対しても、こ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の填補を求める権利を有する。合理的に支出した費用の分担についても同様とする。

(2) 前項の定めが適用される連帯債務者は、債権者の優先する権利を害さないことを条件として、他の連帯債務者のいずれに対しても、こ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て履行した部分を填補するために、従属的な担保権を含む債権者の権利を行使し、又は救済手段を利用することができるとができる。

(3) 自らの負担部分を超えて履行した連帯債務者が、合理的な努力を尽くしたにもかかわらず、他の債務者から自らの負担部分を超えて履行した部分の填補を受けることができないときは、履行した債務者を含む他の債務者の負担部分がその割合に応じて増加する。

なお、DCFR 第三編は、発生原因から切り離して債権債務関係に共通する規律を置く「債権総則」を内容としている。要は、負担部分を基準として一項で求償権、二項で代位を定めるとともに、三項で無資力の連帯債務者の負担の分担（日本民法四四四条に相当）を定めるものである。PEL/Drobnig, Pers. Sec. 1 : 106条(1)は、

PECL 10:106を指示していた。DCFR III:4:107は、内容的にはこれと同じであるが、表現は微妙に変わっている。本稿の上記の訳も、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』三二頁「野々村和喜」から少し変更している。

(注35) DCFR vol.3 pp. 256-256z. わかりやすくするため、省略したり前後を入れ替えたりしている。解説自体がそう長くないので、対応する個々の頁は、原則として表記しない。

(注36) DCFRにも弁済者代位は存在するが、DCFRは、日本民法とは異なっており、物的担保の提供者に対しても求償権が発生するとしており、代位権ではなく求償権の調整という構成をとっている。

(注37) この点は特に、付従性のある人的担保の提供者が、主たる債務の弁済によって責任を負わなくなった後で、弁済した独立的な人的担保の提供者から求償を受けることを避ける趣旨であるという。DCFR vol.3 p.256z.

(注38) いちいち定義に戻って確認していただくのは煩瑣であり、ここでは具体的イメージが明確になるほうがよいので、原文で付従的人的担保と表現されているところは連帯保証人、物的担保と表現されているところは物上保証人に入れ替える。また、説明にあわせて説明や対比例などを加える。さらに、説明の理解しがたい点は注記する。

(注39) 極度額を定めなかったとはいえ、保証契約後の与信限度の拡大によって、Bが契約時の三〇〇〇ユーロを超えて責任を負うという説明は、理解しがたい。

(注40) 三九二条につき、『新版注釈民法(9)』六一九頁（高木）。五〇一条についての『注釈民法(12)』の注釈には価格算定の基準時についての記述が見当たらない。なお、三九二条は「価額」、五〇一条は「価格」としており、表記は統一されていない。

(注41) 原文は、「Bから一〇〇〇ユーロを請求するB is entitled to demand 1000 from B」が、「Bは人的な債務を負わないので since B is not personally obliged」と表現しているが、求償権と求償債務の関係が不明確だと感じる。それゆえ、筆者の解釈として、物的有限責任という説明を加えている。

(注42) 六項が基準時の被担保債権額を考慮しているのは理解しがたい。追加的に与信がされた場合には、極度額の範

圈内であれば、最も高くなった時点での被担保債権額が最大リスクとなつてしかるべきだからである。

(注43) 松岡・前掲(注6)三三九〜三四一頁で不当利得法に焦点を当てて検討したのと同じことが、この問題にも妥当する。

(注44) もっとも、このことは、たとえば代位の付記登記という制度の存置を当然の前提とするものではない。前掲(注5)を参照。

(注45) 比較法ノートの部分で、イタリヤ法・スペイン法・スコットランド法の見解として、“*per capita*”と表現されてゐる。DCFR vol.3 p.2567 at 22.

(注46) DCFR vol.3 pp.2567-2568 at 23-25. もっとも、法規定には明確なものがなく、判例法や学説によつており、反対説もあるとしている。また、ノートの25では、フランスの学説が被担保債権の最終残高によるとしていることをも割合的責任の文脈であげているが、この場合には頭割りと見るべきであろう。

(注47) 担保目的財産の価格以上の極度額が設定された場合についても、日本のⅢのような事例で問題になる。この事例では極度額が一億三八〇〇万円であつたのに対して担保目的物(持分)の価格は約七〇〇万円であつた。物的有限責任の観点から、やはり担保目的物の価格が基準となつてしかるべきだとも思えるが、それではさらに基準が追加されていっそう複雑になり、整理・統合の必要性がますます高まる。

(注48) 債権者による代位の利益の侵害は、担保権設定者が甘受すべき範囲には入らず、それゆえ担保保存義務違反による減免責(五〇四条)は正当である。もっともこの制度の解釈・運用には、反省するべき点が少なくない。その一例として、松岡久和「担保保存義務の忘れられた要件」現代民事判例研究会編『民事判例Ⅱ 二〇一〇年後期』六頁以下。

(注49) 最判昭59・5・29民集三八巻七号八八五頁は、次の理由で、第三者に対しても特約どおりの代位権行使を認めた。①特約による代位でも原債権額や原根抵当権の極度額以上の権利行使はできないから、第三者の利益を不当に害することはない。②五〇一条各号は特約その他の特別な事情がない場合の補充規定にすぎず、特約を妨げない。③五〇一条五号は、三九二条のように第三者の権利を積極的に認めて代位割合を規定したものではなく、第

三者が特約によって受ける不利益は、みずからが処分権限を有しない他人間の法律関係によって事実上反射的にもたらされるものにすぎない。

通説もこの判決に賛成する。代位割合を定める規定が任意規定であるとする点で、日本法もDCFRも同じである。もともと、公共性のある信用保証協会の保証という点を度外視してこの判例法理を一般化することは疑問であるし、保証人と物上保証人の関係を規律する限りでの五〇一条五号を超えて、同条三号・四号までが三九二条と趣旨の異なる規定であるとする理解には賛成できない。この問題の検討は本稿の主題からは外れるので、これ以上は立ち入らない。

(注50) 日本民法のように弁済時ないし担保権実行時を基準として維持するなら、設例5において四対一という負担割合と考えることにも、一定の合理性があるように思われる。

四 おわりに

本稿の主張を要約する。頭数一人説をとる判例を条文化することには問題があり、むしろ理論的にも実践的にも二人説が妥当である。しかし、頭数や担保目的物の価格を基準に負担配分を考えるとという前提自体に問題があり、基準を再検討する必要がある。DCFRには、問題点や留意点も少なくないため、そのモデル準則案をそのまま日本法に受け入れるのは困難であり、なお慎重な議論と工夫が必要である。しかしながら、最大リスクないし責任限度額を基準として負担割付を考えようというDCFRの基本的な考え方は、これまで十分検討されてこなかった問題に対する示唆に富む新たな解決案を提示している。難点や留意点を割り引いても、その規律は、日本民法の改正を検討するうえで、なお非常に参考になる。本稿が民法の改正作業に少しでも役立てば幸いである。

〈判例一覽〉

- ① 大判昭9・11・24民集一三卷二三号二一五三頁
- ② 福岡地決昭46・9・7判タ二七一号一九七頁
- ③ 福岡高決昭46・10・25判タ二七一号一九五頁〔②の即時抗告審〕
- ④ 東京地判昭47・9・22金商六七三三二八頁
- ⑤ 福岡高判昭50・9・10判タ三三三三二一八頁
- ⑥ 横浜地判昭52・7・12判時八七六号一〇七頁
- ⑦ 東京高判昭53・12・25判タ三七八号九四頁〔⑥の控訴審〕
- ⑧ 静岡地富士支判昭55・7・15金判七五九号一三頁
- ⑨ 東京高判昭57・3・30判時一〇四四号三七六頁〔⑧の控訴審〕
- ⑩ 最判昭61・11・27民集四〇卷七号一二〇五頁〔⑨の上告審〕
- ⑪ 仙台高判平16・7・14判時一八八三三六九頁

〈参考文献一覽（日本法関連のみ）〉

① 関係する立法資料

・『法典調査会民法議事速記録3』三〇八～三二二頁、三二〇～三三三頁、三四九～三五八頁

・前田達明監修、高橋眞ほか編『史料債権総則』六三〇～六四四頁〔高橋眞〕

② 昭和九年判決の評釈

・西村信雄・民商一卷一〇二二頁

・東季彦・判民（昭和九年度）五一三頁

③ 昭和六一年判決以前の教科書・論文等〔②④を除く〕

・柚木馨「判例を中心とする代位弁済論」神戸商大創立三十周年記念論文集六六七頁

・津守万喜夫「連帯保証人と物上保証人を兼ねる者の代位弁済に就て」日本公証人協会雑誌一四号二七頁

・田島順ほか『註釈日本民法（債権編総則）下巻』二四三頁〔柚木〕

- ・田島順『債権法』二七六頁
- ・我妻榮『債権総論(改版)』一三九頁・我妻③旧で引用
- ・岡村玄治「代位弁済の場合真に代位はあるか」新報六七卷七号六七五頁
- ・我妻榮『新訂債権総論』二六〇～二六二頁・我妻③新で引用
- ・金山正信『債権総論』二〇六頁
- ・磯村哲編『注釈民法』三五一～三五二頁〔石田喜久夫〕
- ・柚木馨・高木多喜男『判例債権法総論(補訂版)』四六二～四六三頁
- ・川上弘一「②批判」判タ二八三号九四頁
- ・小川英明「代位弁済」遠藤浩ほか編『演習民法(債権)』一七八頁
- ・於保不二雄『債権総論(新版)』三九一頁
- ・山下孝之「保証人の代位請求」法時四五卷九号一八七頁
- ・玉田弘毅「代位弁済における代位資格の重複」民研二二三号五頁
- ・水本浩『民法セミナー債権総論』二一四～二一五頁
- ・星野英一『民法概論Ⅲ 債権総論(補訂版)』二六二頁
- ・松坂佐一『民法提要債権総論(第四版)』二〇三頁
- ・林良平・高木多喜男・石田喜久夫『債権総論(改訂版)』二七一頁〔石田〕
- ・甲斐道太郎「保証人と物上保証人」手研三三四号二〇頁
- ・T(注51)「法務の目」金法一一〇〇号七八頁
- ・塚原朋一「弁済による代位をめぐる最高裁判例の概観と展望」金法一一四三号五頁
- ・石田喜久夫「他の利害関係人に対する求償権と代位の関係」金法一一四三号一五頁
- ・東京高判昭和五七年判決の解説・評釈
- ・石外克喜・判タ五〇五号(昭和五七年度主判解)七五頁
- ・榎本恭博・金法一〇二五号一四頁
- ・鈴木正和・手研三三三三三三三〇頁

④

- ・三和一博・法時五五卷八号一四〇頁
- ・橋本恭宏・明治大学短期大学紀要三二号九三頁
- ・橋本恭宏・Law School 四九号一四四頁
- ・安永正昭・判評二九六号一八頁
- ・吉原省三・金法一〇〇三三四頁
- ・昭和六一年判決の解説・評釈
- ⑤ 東法子・手研四〇三三四頁
- ・阿部隆彦・金法一一六四五二頁
- ・池田真朗・法セ三八九号一一六頁
- ・石田喜久夫・ジュリ八八七号（昭和六一年度重判解）七六頁
- ・石田喜久夫・民商一〇〇卷四号六八五頁以下（同『民法判例評釈』一一四頁以下に所収）
- ・岩城謙二・法令ニュース四七一三三九頁
- ・大西武士・銀行実務一七卷五号一一二頁
- ・小川英明・別冊ジュリ一〇五号九〇頁
- ・沖野眞己・法協一〇五卷七号九九六頁
- ・塩崎勤・金法一一六〇号一六頁（同『金融・商事判例の研究』一八九頁以下）
- ・塩崎勤・判タ六七七号（昭和六二年度主判解）七八頁
- ・関沢正彦・金法一二〇四四四頁
- ・関沢正彦・金法一四二二九〇頁
- ・田井義信・経営と法律六一号二七頁
- ・塚原朋一・ジュリ八七八号六〇頁
- ・塚原朋一・曹時四一巻一〇号一二六頁（収録された判解民昭和六一年度四三八頁で引用）
- ・寺田正春・法教八九号別冊（判例セレクト'87）一八頁
- ・寺田正春・椿寿夫ほか編『担保法の判例Ⅱ』二二六頁

・寺田正春・奥田昌道ほか編『判例講義 民法Ⅱ 債権』一〇八頁

・福田誠治・北法三九卷三号二八五頁

・堀内仁・手研三九三号四〇頁

・無署名・法時五九卷二号一〇四頁

・無署名・金法一一四四号二一頁

・森井英雄・判タ六四三号八二頁

・安永正昭・金法一一五二号六頁

⑥ 仙台高判平成一六年判決の解説・評釈

・池田眞朗・金法一七八〇号（金融判例研究一六号）三三三頁

・上原由起夫・判評五六一号三〇頁

・潮見佳男・金商一二一八号一頁

・高橋眞・金商一三三六号一六頁

・谷本誠司・銀法六四七号六四頁（六五八号四三頁に字句を修正して再録）

・椿久美子・リマークス三二二号二八頁

・無署名・判タ一一八二号二二頁

⑦ 昭和六一年判決以降の体系書・教科書類・論文（⑥を除く）

・高山満「物上保証人に連帯保証人を兼ねさせることの法律実益」金法一一四七号六頁

・水本浩『債権総論』一二九～一三〇頁

・奥田昌道『債権総論（増補版）』五五二頁、五五三～五五四頁（注6）

・山田誠一「求償と代位」民商一〇七卷二号一六九頁

・新関輝夫『債権総論』一一八頁

・前田達明「口述債権総論（第三版）」四八一～四八二頁

・平井宜雄『債権総論（第二版）』二二一頁

・中井美雄『債権総論』三五六頁

- ・ 椿久美子「物上保証兼連帯保証について」ジュリー一〇九九号一二七頁
- ・ 平野裕之『債権総論 債権法講義案Ⅰ(第二版補正版)』六七〇～七二頁(欄外番号77)・・・平野⑦旧で引用
- ・ 林良平ほか(安永正昭補訂)『債権総論(第三版)』二九九頁〔石田〕
- ・ 柚木馨Ⅱ高木多喜男編『新版注釈民法(9)』七二二頁〔高木多喜男〕
- ・ 船越隆司『債権総論』四六〇頁
- ・ 安達三季生『債権総論講義(第四版)』三〇七頁
- ・ 内田勝一『債権総論』三三八～三四〇頁
- ・ 鈴木祿弥『債権法講義(四訂版)』三六九～三七〇頁
- ・ 淡路剛久『債権総論』五五九～五六四頁
- ・ 北川善太郎『債権総論(民法講要Ⅲ)(第三版)』七八～七九頁
- ・ 内田貴Ⅲ『債権総論・担保物権(第三版)』八五～八六頁
- ・ 平野裕之『債権総論』八六～九一頁・・・平野⑦新で引用
- ・ 加藤雅信『新民法大系Ⅲ 債権総論』三九二頁
- ・ 潮見佳男『債権総論Ⅱ(第三版)』三一〇～三一二頁
- ・ 大村敦志『基本民法Ⅲ 債権総論・担保物権(第二版)』三五四頁
- ・ 水辺芳郎『債権総論(第三版)』三五一頁
- ・ 松岡久和「弁済による代位」内田貴Ⅱ大村敦志編『民法の争点』一八四頁
- ・ 渡辺達徳Ⅱ野澤正充『債権総論』二八五頁〔渡辺〕
- ・ 松岡久和「弁済の立法論的考察」太田知行ほか編『民事法学への挑戦と新たな構築 鈴木祿弥先生追悼論集』三七一頁
- ・ 野澤正充『債権総論 セカンドステージ債権法Ⅱ』三〇〇頁
- ・ 池田眞朗『新標準講義民法債権総論』一七六頁
- ・ 川井健『民法概論3 債権総論(第二版補訂)』三八〇～三八一頁
- ・ 近江幸治『民法講義Ⅳ 債権総論(第三版補訂)』三二三～三二五頁

- ・清水元『プロGRESS民法 債権総論』二九四～二九五頁
 - ・円谷峻『債権総論（第二版）』三九一頁
 - ・中田裕康『債権総論（新版）』三五二～三五四頁
 - ・潮見佳男『ブラクティス債権総論（第四版）』三九二～三九六頁
- （注51） 塚原⑤四七一頁（注10）によれば、これは塚原が匿名で執筆したものである。