

担保保存義務に関する一考察

——判例・学説の推移(一五)——

辻 博 明

- 一 はじめに——問題設定
- 二 初期の判例・学説——動播期
(以上本誌五六卷二号)
- 三 中期(大正・昭和初期)の判例・学説
——間接義務概念の導入・制度の位置付けの対立・民法三九二条との交錯・特約論の登場・その他
(1) 「間接義務」概念の導入——ドイツ法の注入
(2) 制度の位置付けの相違——柚木説と西村説を中心に
(以上本誌五六卷三・四号)
- (3) 民法三九二条二項との制度的交錯——複雑化の新たな要因
- (4) 担保保存義務の免除特約論
- (5) その他の問題点
- (6) 小括——判例・学説の大枠形成
(以上本誌五七卷一号)
- 四 後期の判例・学説——企業法務の展開、判例・学説による制度の微調整
(1) 特約論の重点化——議論の座標軸の変換
(以上本誌五七卷二号)
- (2) 要件の「不確定要因」——判例・学説・金融実務家の主張からの抽出
- (3) 議論の擦れ違いとその背景——法的思考の視点から
(以上本誌五七卷二号)
- 五 最近の判例・学説の動向とその到達点
(1) 免除特約の「援用制限」判決の出現——昭和五〇年代の高裁判決
- (2) 免除特約の「空洞化」の叫び——金融実務の反応、新たな学説

- (3) 最高裁平成二年判決の登場——重過失要件の追加
懸念された問題の現実化——解除ケースの出現
(以上本誌五七卷四号)
- (4) ① 最高裁平成七年判決の登場
② 最高裁平成七年判決の再検討——判例法理の到達点と残された課題
(以上本誌五八卷一号)
- (5) 免責効果の性質——判例・学説の到達点とその再検討
① 最高裁平成三年判決の分析
② 免責効果の再検討——担保保存義務制度の趣旨・原理部分から
(以上本誌五八卷二号)
- (6) 民法三九二条二項との枠組みの「交錯」
① 判例・学説の推移
(以上本誌五八卷三号)
- (7) ② 最高裁平成四年判決の再検討
元本確定「前」の根抵当権者の担保保存義務
① 問題設定
(以上本誌五八卷三号)
- ② 学説・裁判例
- ③ 立法過程における議論——民法三九八条ノ七を中心に
- ④ 新根抵当法成立後の議論——学説・実務家の主張
- ⑤ 本問題の再検討
(以上本誌五八卷四号)
- (8) 任意売却処分過程でなされる根抵当権の放棄の「有効性」——担保保存義務との関係
① はじめに——問題設定
② 根抵当権の放棄——絶対的放棄の有効性
③ 任意売却処分の有効性とその問題点の再検討
(以上本誌五九卷一号)
- (9) 担保物の価格下落——「担保権実行」の怠慢と担保保存義務違反
① はじめに——問題設定
② 初期の判例の動向——価格下落と担保保存義務違反
③ 学説の推移

- ④ 最近の裁判例の動向
 - ⑤ 判例・学説の到達点——主な判定要素と問題点の再検討
(以上本誌五九卷二号)
- (10) 担保保存義務の対象となる担保の「時的範囲」
- ① はじめに——問題設定
 - ② 立法過程における議論——ボアソナード民法草案の変更
 - ③ 学説の概要
 - ④ 判例・下級審裁判例
 - ⑤ 担保の「時的範囲」の再検討
(以上本誌六〇卷一号)
- (11) 担保保存義務違反による「損害賠償責任」の有無
- ① はじめに——問題設定
 - ② 担保保存義務の位置付け——民法五〇四条の適用対象・要件からわが国における議論状況
 - ③ 担保保存義務制度の位置付けの「あいまいさ」
 - ④ むすび——担保保存義務違反による損害賠償の検討
(以上本誌六〇卷二号)
- (12) 共同保証人の一人に対する債務免除の効果——担保保存義務の視点から
- ① はじめに——問題設定
- ② 判例
- (i) 最高裁昭和四三年判決
 - (ii) 大審院昭和一五年判決
 - (iii) 小括——判例の枠組の分析を中心に
- (a) 判例の判断枠組
- (b) 保証の趣旨、任期中の保証(最高裁昭和四三年判決)——原審でのYの主張
- ③ 学説——最高裁昭和四三年判決の位置付けと枠組みの分析
- ④ 判例・学説の再検討——判例・通説と異なる視点から

- (i) 担保保存義務違反
 - (a) 民法五〇四条における担保——共同保証は同条における担保か
 - (b) 共同保証人間における代位——肯定説と否定説の対立
 - (イ) 立法趣旨
 - (ロ) 学説
 - (ハ) 判例・裁判例
 - (c) 共同保証人間における代位の「実益」
 - (d) 考察——共同保証人間の求償と代位の「関係」から
 - (イ) 担保保存義務違反の「要件」
 - (ロ) 争点の背景——原理部分の違い
 - (ii) 錯誤無効
- (以上本号)

六 むすび

五 最近の判例・学説の動向とその到達点

(12) 共同保証人の一人に対する債務免除の効果——担保保存義務の視点から

① はじめに——問題設定

わが国の金融取引においては、債権者が自己の債権の担保として保証人を要求する場合が多く、しかもその際に複数の保証人（いわゆる共同保証人）が設定されることが少なくない。ところが、債権者が自ら要求して獲得した保証人の一部を免除する場合がある。実務では、保証人の信用状態の変化や保証人と債権者との間の取引関係の変化を受けて、保証人の債務免除がなされる。

ここで法的に問題となるのは、共同保証人の一人に対する債務免除の効果が他の共同保証人にも及ぶかどうかで

ある（傍線筆者、以下同様）。そこで以下では、この問題をめぐる判例および学説の内容を考察し、担保保存義務違反による免責および錯誤無効という新しい視点から再検討することにする。

② 判例

(i) 最高裁昭和四三年判決

（以下では、最判昭和四三・一一・一五民集三二・一二・二六四九を最高裁昭和四三年判決とよぶ。）

最高裁昭和四三年判決の事実関係の概要は以下の通りである。

Hは昭和三四年三月一日主債務者Nに対し、金九〇万円を弁済期同年三月末日、利息並びに遅延損害金ともに三分の約束で貸与し、YおよびMは右債務につきそれぞれNと連帯して保証した。Hは昭和三七年九月二〇日Xに対し、右貸金元本利息および遅延損害金債権を譲渡し、同月二四日付内容証明郵便をもってYおよび主債務者N、連帯保証人Mに対しそれぞれ右債権譲渡の通知をなし、Xは右各債権を取得した。よってXはYに対し、右金九〇万円およびこれに対する昭和三四年三月一日から同月三一日まで右約定利率を利息制限法所定の利率に引直した年一割八分の割合による利息および同年四月一日から支払が終るまで約定による年三割六分の割合による遅延損害金の支払を求めるため本訴請求に及んだ。

Yは、X主張の請求原因事実を争ったが、判決要旨は、Yからの次の仮定抗弁に関する。すなわち、仮りに、Yが、X主張どおり連帯保証をしたものであるとしても、HはMに対する連帯保証債務を免除したから、Yは右金員の二分の一、すなわち金四五万円についてのみ支払義務が存する、と抗弁した。

原審は、Yは、主債務者であるNの前記債務について連帯保証をなしたものであるが、連帯保証人については負担部分なるものは存しないのであるから、これを前提とする民法第四三七条の規定は準用の余地がない」とし、Xの請求を認容した。

Yは上告し、原判決は民法四三七条の解釈を誤った違法があると主張した（上告理由・第一点）。すなわち、原判決は、免除に関する仮定抗弁を排斥したが、しかしながら、大判昭一五・九・二一（後述(ii)）は、保証人間にも連帯の関係を有する連帯保証人の一人に対してなした債務の一部免除は、その保証人の負担部分につき債務全額と免除額との比率に従い算出した金額の限度において他の保証人のためにもその効力を生ずるとするから、原判決は右判例に違反し違法であると主張した。

最高裁昭和四三年判決の多数意見は、「複数の連帯保証人が存する場合であっても、右の保証人が連帯して保証債務を負担する旨特約した場合（いわゆる保証連帯の場合）、または商法五一一条二項に該当する場合でなければ、各保証人間に連帯債務ないしこれに準ずる法律関係は生じないと解するのが相当であるから、連帯保証人の一人に対し債務の免除がなされても、それは他の連帯保証人に効果を及ぼすものではないと解するのが相当である。右によれば、原審が、前記確定した事実関係のもとにおいては、訴外Mに対する債務の免除がなされたとしても、それはYに対し効果を及ぼすものではない」と民法四三七条の準用を否定したのは、結論において正当である」とした。

奥野健一裁判官の反対意見は、「主たる債務者と連帯して数人が保証債務を負担した場合には、各保証人は主たる債務者を通じて、債権者に対して各自全部義務を負担し、各保証人間には連帯債務関係に準ずる法律関係を生ずるものと解するのが相当である（大審院大正六年第(外)七四号、大正六年三月六日言渡判決、録二三輯四七三頁参照）。

このことは、共同保証人間の求償権を定めた民法四六五条一項『……各保証人カ全額ヲ弁済スヘキ特約』という特約には各共同保証人間に連帯の特約ある場合の外に、各共同保証人が主たる債務者と連帯して弁済すべき特約ある場合をも含むものと解すべきところ、この場合に一人の保証人が全額其の他自己の負担部分を超える額を弁済したときの他の共同保証人に対する求償権につき連帯債務者の求償権に関する規定を準用していることは各連帯保証人の相互の關係が連帯債務關係に準ずるものと解したが故であり、また同条二項が『前項ノ場合ニ非スシテ互ニ連帯

セサル保証人……』と規定して、前項すなわち同条一項の場合は共同保証人間の関係が、連帯債務関係であることを前提としているものと解すべきである』各連帯保証人の負担部分については、別段の定のない限り、平等であると解すべきであるから（大審院大正八年(刑)第八七号、大正八年一月一三日言渡判決、録二五輯二〇〇五頁参照）、連帯債務に関する民法四三七条を準用し、連帯保証人の一人に対して為した債務の免除は、その保証人の負担部分についてのみ他の保証人の利益のためにも、その効力を生ずる」とした。

(ii) 大審院昭和一五年判決

(以下では、大判昭和一五・九・二二民集一九・二〇・一七〇一を大審院昭和一五年判決とよぶ。
大審院昭和一五年判決の事実関係の概要は以下の通りである。

A社は大正一五年一月二八日にその所有不動産および機械器具等につき工場抵当法による抵当権を設定してB金融機関から金五万円を弁済期昭和二年一〇月二七日利息年一割の約定にて借受け、YおよびC・Dが連帯保証人となったが、昭和三年一月三〇日右債権者および債務者間においてその弁済期を同年一〇月二七日に延長しこれと同時にXの先代が新たに連帯保証人となった。右消費貸借は主債務者A社の商行為によって生じたものであり、保証人であるXの先代・Y・C・Dは右主債務者と連帯して債務を負担するのみでなく、保証人相互間においても連帯債務を負担するものであり、その負担部分は平等の割合である。B金融機関は主債務者が債務を履行しないためXの先代に対し保証債務の履行を請求したが、Xの先代は京都府裁判所に調停の申立をした結果、昭和七年二月一日〇日同裁判所においてXの先代は右金五万円の保証債務のうち二万円を弁済しB金融機関は残額三万円の債務を免除する旨の調停が成立しXの先代はその約旨に従ってB金融機関に対し三回にわたって金二万円を元金の内入として弁済し残余の元金三万円およびその利息債務全部の免除を受けた。そこでXは、他の三名の連帯保証人に対して求償権を行使した。

右の事実に基づいて原審は右債務の免除はXの先代の負担部分である一万二五〇〇円の限度において他の保証人であるYらの利益のため効力を生じたとしてYらは各自B金融機関に対し残元金三万七五〇〇円の連帯保証債務を負担すると判断した上、Xの先代は元金二万円を弁済したことによりYに対しその負担部分である金五千元および右免責のあった日以後の法定利息につき求償権を有すると判示した。これに対し、Yは上告し、原判決は連帯債務者間の求償権に関する法則の適用を誤った違法があるなどと主張した。

大審院昭和一五年判決は「本件消費貸借債務ハ主債務者タルA社ノ為商行為タル行為ニヨリ生シタルモノナルコト原審ノ確定セル所ナレハ商法(改正前)第二百七十三条第二項ニ依リ本件各保証人(合計四名)ハ孰レモ主債務者ト連帯シテ保証債務ヲ負担スルト共ニ保証人間ニ於テモ連帯ノ關係ヲ有シ且ソノ各自ノ負担部分ハ之ニ付特別ノ定ナキ以上原審判定ノ如ク平等ト解スヘク所論ノ如クX先代ノ保証カYノ意思ニ關係ナクシテ為サレタレハトテソノ結果ニ差異ヲ生スヘキモノニアラス然ルニ原審ノ認定ニ依レハX先代ハ債権者ヨリ本件金五万円ノ保証債務中元金三万円及利息全部ノ免除ヲ受ケタル上残金二万円ヲ弁済シタリト謂フニ在リテ且本件保証ハ保証人間ニ於テ一種ノ連帯債務關係存スル場合ナルカ故ニ右免除ノ他ノ保証人ニ及ホス効力ニ付テハ当然民法第四百三十七条ニ從フヘク只本件免除ハ元金ニ付テハ一部ノ免除ナレハソノ全部ノ免除アリタル場合ニ比例シタル割合ニ於テ即チ金七千五百円ノ限度ニ於テX先代ノ負担部分ニ付他ノ保証人ノ利益ノ為ニモノノ効力ヲ生シ(利息ニ付テハ全部ノ免除ナレハX先代ノ負担部分全額ニ付右効力ヲ生ス)而シテ右ノ如ク他ノ保証人ノ為ニ効力ヲ生スル範圍ニ於テハ之ニ応シテX先代ノ負担部分減少スルモノト解スルヲ相当トス從テ免除ヲ受ケタル以後ノX先代ノ負担部分ハ結局元金五千元(利息ニ付テハ負担部分零ニ歸シ元金ニ付テハ当初ノ負担部分一万二千五百円ヨリ右七千五百円ヲ控除シタル残額)ナルコト算数上明ナルト共ニX先代ハ民法第四百六十五條第四百四十二條ニ從ヒソノ弁済ニ係ル金二万円中自己ノ負担部分タル右金五千元ヲ超ユル残額金一万五千元ニ付Y外二名ノ保証人ニ対シ平等ノ割合ニ於テ之カ求償権ヲ行使シ得ヘキ

モノトス去レハ原審カ右求償額ヲ算出スルニ付示シタル見解ハ当ヲ得スト雖原判決ノ主文ハ結局相当ナルニ帰ス」とした(旧字体は新字体に直した)。

(iii) 小括——判例の枠組の分析を中心に

(a) 判例の判断枠組

最高裁昭和四三年判決の多数意見は、「複数の連帯保証人が存する場合であっても、右の保証人が連帯して保証債務を負担する旨特約した場合(いわゆる保証連帯の場合)、または商法五一一条二項に該当する場合でなければ、各保証人間に連帯債務ないしこれに準ずる法律関係は生じない」と解し、連帯保証人の一人に対してなされた債務免除につき民法四三七条の準用を否定した。一方、同判決の反対意見は、「主たる債務者を通じて、債権者に対して各自全部義務を負担し、各保証人間には連帯債務関係に準ずる法律関係を生ずる」とし、民法四六五条にその一根據を求め、民法四三七条の準用を肯定している。

最高裁昭和四三年判決の「判断枠組」は、民法四三七条を準用ないし類推適用できるかどうかを基準とし、連帯保証人間の法律関係を連帯債務に準ずる法律関係として把握できるかどうかによって判定する。調査官の解説によると、連帯債務には民法四三七条があるが、連帯保証人の一人に対する債務免除が他の連帯保証人に効力を及ぼすかについては、民法は規定していないから、連帯保証人相互間の法律関係の本質についての把握の如何により、民法四三七条を準用ないし類推適用の有無を決する以外に方法はないとする。同判決は、この点に関する最初の最高裁判決であるとされる。

戦前には、大審院昭和一五年判決(先述⁽ⁱⁱ⁾)があるが、(現行)商法五一一条によって連帯保証人相互間に連帯関係が発生する事案であり、民法四三七条に従って判断しており、大審院昭和一五年判決の事案は最高裁昭和四三年判決の多数意見によっても同様の結論が導かれることになる。なお、最高裁昭和四三年判決の反対意見は、多数意

見とは根拠付けの異なる部分があるが、民法四三七条を準用する。

一〇八

(1) 速報解説・判時五四二号四三頁、判タ二二九号一三七頁、金判一五一号一五頁、金法五三二号二八頁、法時四一卷二二二五頁(昭四四)。

なお、最高裁昭和四三年判決より前に、判例の複数の流れを総合的に分析した上で、連帯保証人相互間には連帯債務に準ずる法律関係は原則として発生しないとする説をまとめたものとして、勝本正晃・総合判例研究叢書民法(連帯保証債務②)一八、一二〇頁(昭四一)があり、本判決の多数意見はこの立場を採用したものと考えられる。

(2) 栗山忍・最高裁判所判例解説民事篇(昭和四三年度)八五二頁、栗山・金法五三四号二二頁(判研、昭四四)。

(b) 保証の趣旨、任期中の保証(最高裁昭和四三年判決) —— 原審でのYの主張

原審は、Yは、昭和二二年六月ごろからA社T工場に勤務し、請負関係の業務を担当していたところから、右工場の指定請負業者であったNと知合い同人が昭和二二年三、四月ごろ以降Hから金員を借用するに当り、その都度Mとともにその連帯保証人となっていたこと、昭和三四年三月一日現在において右借受金の総額が金九〇万円と なったので、同日Yおよび右NならびにMの代理人Gの三名においてH方に赴き、同人との間において右借受金債 務の存在することを確認し、主債務者Nは右金員を月五分の利息を付して同月二一日までに支払う旨約束し、Yお よびMの代理人Gがそれぞれこれに連帯保証をなすことを約束し、Gにおいてその旨の借用証(甲第一号証)を作 成し、Yはその名下に自己の印章を押捺してHにこれを交付したものであることが認められる。

Yは右認定の事実を争い、Yが連帯保証人となったのは、HにおいてNらがT工場から受け取るべき請負代金中 から円滑に貸金の回収ができるように便宜を与えるためにはかならず、その趣旨を出るものではない旨主張するが、 かような事実をこれを確認するに足る証拠はなく、またYは、Yが連帯保証責任を有するのは、YがT工場に勤務 中にかぎるものであり、YにおいてT工場からK炭坑に転勤するに至った後の貸借については何ら責任を有しない

旨抗争するけれども、かかる事実もまたこれを確認するに足りるものはない。」とした。

貸主の債権回収が順調に進み、保証人が在任期間を無事終了してしまえば、問題が表面化することはない。しかし、本件は債権回収中に事故が起こり、連帯保証人であるYに対して支払請求がなされた事案である。Yとしては、「話が違う。そのような趣旨で保証を引き受けたのではない。もう転勤している。」と主張したのだと思われる。

保証の依頼を受けた者の多くは、その法的な責任の重さについて十分な説明を受けず、説明されてもその内容を十分に理解しないまま、言われるがまま署名・捺印に応じているのが実情である。Yが主張するように、円滑な債権回収に便宜を与える趣旨でやむなく保証を引き受けたのではないか。事実認定を左右する経験則であり、現場の慣例が問題となる。

③ 学 説——最高裁昭和四三年判決の位置付けと枠組みの分析

同一の主たる債務につき数人の連帯保証人がいる場合に、保証人間に連帯（いわゆる保証連帯）の特約がなく商法五十一条一項にも該当しないとき、連帯保証人間にはどのような関係が生ずるか。この点について、教科書でも採り上げられていなかった論点であり、最高裁昭和四三年判決は先例を明確化した点に意義がある、とする判決当初の指摘がある¹⁾。

最高裁昭和四三年判決の多数意見を妥当とする説は、連帯保証人間には、連帯保証人であるということだけでは連帯関係は生じないとし、その間に相互保証的な主観的共同の関係があることを必要とする。この説の根底には、連帯保証人間に絶対的効果が発生することを抑えて、債権の担保的効力を強化する狙いがある²⁾。

これに対して、奥野裁判官の反対意見の結論には賛成するが、その理由付けには問題があるとする分析がある。数人の連帯保証人がその相互間においても連帯して保証債務を負担する旨を債権者に対して特約した場合、各保証

人の負担している債務は、一面においては連帯保証債務であり、同時に他面においては連帯債務であるから、民法四六五条一項を待つまでもなく、民法四三七条も当然に「適用」されるとする。さらに、数人の連帯保証人があり、かつ、保証連帯に該当しない場合には、民法四三七条が「準用」されるとする。この説の根底には、民法四三七条の準用を認めなければ、求償の循環が生じることになり、それは免除を与えた債権者の通常的意思に反するとの評価がある。民法四六五条一項によつて、免除を受けた連帯保証人は他の連帯保証人から求償を受けることになり、免除を受けた実益をほとんど失うからである。³⁾

さてそれでは、最高裁昭和四三年判決の後、学説は、共同保証人の一人に対する債務免除の効果は他の共同保証人にも及ぶかという問題を、どのような「枠組」で捉えているのであろうか。①数人の連帯保証人がある場合の保証人相互間の関係として、判例は、連帯保証人相互間にいわゆる保証連帯の特約があるなどの事情のない限り、各保証人間に連帯債務ないしこれに準ずる法律関係を生ずるものではなく、連帯保証人の一人に対して債務の免除がなされても、右債務の効力は他の連帯保証人には及ばないとしているとし、最高裁昭和四三年判決の判旨と奥野反対意見を支持する有力説を比較し分析する説⁴⁾、②共同保証人が分別の利益を有しないときは、債権者に対する関係においては全額を弁済する義務があるので連帯債務と同様の関係を生ずるとし、奥野反対意見を支持する説⁵⁾がある(②説が学説ではむしろ有力)。従来の学説は、連帯保証人相互間に民法四三七条を準用あるいは類推適用できるかどうかを判断枠組としており、その点で共通している。これに対して、最近、免除が認められる場合についても、⁶⁾免責の根拠は民法四三七条ではなく、③民法五〇四条に求めるべきであるとする説が主張されている。

なお、金融実務家からは、「実務担当者らもっぱら担保保存義務だけを意識して、連帯債務の免除の絶対効までは考慮しないのではないか」という指摘がある。⁷⁾

- (1) 椿寿夫「複数連帯保証人の連帯関係および一人に対する債務免除の効力」(判例サブノート) 法七一七三号一〇七頁(昭四五)。
- (2) 山中康雄・判評一二五号三〇頁(判研、昭四四)。国井和郎・担保法の判例Ⅱ 二二〇頁(判研、平六)。
- (3) 西村信雄・民商六一卷一号九八頁(判研、昭四四)。
- (4) 奥田昌道・債権総論(増補版) 四一三頁(平四)、北川善太郎・債権総論(第三版) 一三三六頁(平一六)、中田裕泰・債権総論 四七七頁(平二〇)。
- (5) 於保不二雄・債権総論(新版) 二八六頁(昭和四七年)、柚木馨・高木多喜男・判例債権法総論(補訂版) 三二〇―三二一頁(昭四六)、遠田新一「連帯保証と一人に対する債務免除」(乾昭三編・法七増刊セミナー法学全集8所収) 一七七頁(昭四九)、林良平・石田喜久夫・高木多喜男・債権総論(第三版) 四六〇頁(高木・執筆)(平八)、淡路剛久・債権総論 四一五頁(平一四)。
- (6) 平野裕之・債権総論(ブラックテイスシリーズ) 四四五頁(平一七)。辻博明「共同保証と免除効果」(法雑三一巻二号二八九頁(昭五九)、辻「共同保証と免除効果——判例・学説の問題点の分析と担保保存義務の視点からの再検討——」名城四九巻二号一頁(平一一)。さらに遡ると、「ことに、民法五〇四条との関係からも(奥野)反対意見が妥当であろう。」とする於保博士の指摘がある(於保・前掲書注(5)二八七頁注(二二))。
- (7) 杉原武・金法一四二二号四二頁(判研、平七)。

④ 判例・学説の再検討——判例・通説と異なる視点から

共同保証人の一人に対する債務免除の効果が他の共同保証人にも及ぶかどうかという問題について、最高裁昭和四三年判決の調査官は民法四三七条を準用するしかないと明言する(先述②(iii)(a))。この問題について、民法四三七条の準用が唯一の解決方法なのだろうか。

(i) 担保保存義務違反

最近の学説には、免責の根拠は民法四三七条ではなく、民法五〇四条に求めるべきであるとする説が主張されている(先述③)。この問題の解決方法として、担保保存義務違反として構成することができるのだろうか。

(a) 民法五〇四条における担保——共同保証は同条における担保か

民法五〇四条における担保は、物的担保か人的担保かを問わないと一般に解されている。¹⁾ もつとも、民法五〇四条にいう担保とは、物的担保に限り人的担保は含まないと解するか、人的担保を含むとしても他の共同保証人の総財産は含まないと解する立場をとるならば、共同保証人の一人に対する債務免除には民法五〇四条の適用はないことになる。

(b) 共同保証人間における代位——肯定説と否定説の対立

(イ) 立法趣旨 立法時の原案四九八条但書一号は、「不可分債務者、連帯債務者又は保証人ノ一人ハ他ノ共同債務者ニ対シ其各自ノ負担部分ニ付テノミ債権者ニ代位ス」と規定していた。梅博士は、代位できることはこの規定に籠もっていると説明している。²⁾

しかし右規定は立法過程において削除されている。この点について、共同保証人間の代位につき民法五〇一条には明記されていないが、立法時の原案四九八条一号において「不可分債務、連帯債務又ハ保証人ノ一人ハ他ノ共同債務者ニ対シ其各自ノ負担部分ニ付テノミ債権者ニ代位ス」とされていたものが、現五〇一条本文において「自己ノ権利ニ基キ求償ヲ為スコトヲ得ヘキ範圍内ニ於テ」という文字が入ったために、削除してよいものとされたという経緯があり、この経緯から見れば代位を否定していないとの分析がある。³⁾ 梅博士が民法典成立後に記した文献によると、保証人が数人ある場合において別段の契約のない限りは各自の頭数に応じて債務を分担する（民法四五六条）。したがって、保証人の一人が全額その他自己の負担部分を超える額を弁済したときは各自平等の割合をもって求償権を有す（民法四六五条）。代位の場合においても、また右の割合で求償をするとしている。⁴⁾

梅博士の立法過程における説明と民法典成立後の見解を総合して判断すると、共同保証人間の代位を認めていたと考えられる。

(四) 学説 共同保証人間については、分別の利益を有する場合には、負担部分以上の弁済をしたときに、その部分について、他の保証人に対して、(委託を受けない保証人の主たる債務者に対すると同様の) 求償権を取得し、その範囲で代位する。分別の利益を有しない場合には、他の保証人に対して、連帯債務者相互間におけると同様の求償権を取得し、その範囲で代位するとする説⁵⁾、民法は、多数当事者の債権関係の規定において、共同保証人相互間の求償関係を規律しており、相互の求償権の限度で債権者に代位できるとする説⁶⁾、連帯保証人A、Bがいて、Aが債権者に債権の全部を弁済したとする。このとき、Aは、債務者に対して求償権を取得するとともに、Bに対しても求償権を取得する。負担部分は、原則として平等であると考えられる。したがって、弁済した額の二分の一について、Bに対する求償権を取得する。さらに、民法五〇〇条および五〇一条により、連帯保証人Aは、弁済による代位によって債権者が有していたBに対する連帯保証債権を、取得すると考えるべきであるとする説がある⁷⁾。これに対して、共同保証人相互間については、求償権に関する規定があり、これで解決できるとする説⁸⁾、共同保証人間の求償権が論じられている局面では、民法五〇一条にいう代位の問題は排除されることになりはしないかとする説がある⁹⁾。

(イ) 判例・裁判例 共同保証人間の代位について、判例は、「民法五〇一条但書四号、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関し、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、代位者の通常の意思ないし期待によっ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……」、としており(最判昭六一・一一・二七民集四〇・七・一二〇五)、共同保証人間の代位の可能性を前提に、代位の割合を平等としている。また、連帯保証人の一人について和議開始決定があり和議認可決定が

確定した事案において、「和議債務者に対して求償権を有するに至った連帯保証人は、債権者が債権全部の弁済を受けたときに限り、右弁済による代位によって取得する債権者の和議債権（和議条件により変更されたもの）の限度で、右求償権を行使し得るにすぎないと解すべきである。」とし（最判平七・一・二〇民集四九・一・一頁）、共同保証人たる和議債務者に対する和議債権を代位によって取得することができることを前提に構成している。なお、下級審裁判例にも、共同保証人間の代位を前提に判断したものがある（大阪高判平二・三・一二・一九金法一六四三・七七）。

(c) 共同保証人間における代位の「実益」

共同保証人間では代位による保証債権の取得によらなくても、共同保証人には直接の求償権が認められており、代位の実益はあまりないともいえる。⁽¹⁰⁾ 共同保証人間の代位に消極的な立場をとれば、そのように解されるはずである。これに対して、複数の保証人のみが登場する場合に、代位を認めることは法定代位を定めた民法五〇〇条の趣旨には合致し、原債権についての保証債務につき債務名義があるときには、これを認める実益があるとの指摘がある。⁽¹¹⁾ 求償権にはないが、原債権に債務名義や確実な担保等があれば、債権回収を有利に実現することができる。

(d) 考察——共同保証人間の求償と代位の「関係」から

(イ) 担保保存義務違反の「要件」 共同保証人の一人に対する債務免除の効果が他の共同保証人にも及ぶかどうかという問題は、担保保存義務違反の要件をどのように解釈するかによって、その結論が異なる典型的なモデルである。教科書の設例などで扱われる物的担保の放棄などのケースでは問題とならない深く緻密な解釈が問われる。

民法五〇四条は、「⁽¹⁾ 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⁽²⁾ 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。」とする。

民法五〇四条における免責対象者は、「法定代位権者」である（⁽¹⁾ 第一要件）。共同保証人間の法定代位（民法五〇

○条)を肯定する立場をとるならば、第一要件を満たす。共同保証人間の代位自体を否定するならば、民法五〇四条の適用はない。

民法五〇四条における「担保」の喪失・減少に該当するか(②第二要件)。同条における担保には人的担保も含まれると解するならば、第二要件を満たす。同条にいう担保には、人的担保は含まれないと解するか、または人的担保を含むとしても他の共同保証人の総財産は含まないと解するならば、同条の適用はない。

(ウ) 争点の背景——原理部分の違い 共同保証人間の代位を肯定する説と否定する説が対立している(先述ある(先述(イ))。しかし、代位否定説が主張するように、共同保証人間の求償については求償権で解決することができると考えられる。たとえば、弁済した保証人が共同保証人に対し求償権(民法四六五条一項)を行使する場合には、弁済した金額の利息・諸費用・損害賠償にも及ぶ。求償権に約定利息が設定されていることが通常であり、求償の範囲については、代位権を行使するよりもむしろ有利だともいえる。しかも、原債権に債務名義や担保権がない場合には、代位の意味はないともいえる。求償権が主たる求償手段で代位は従たる機能を有すると構成するならば、このように解することもできる。

しかし、右とは異なる構成をすることもできる。たとえば、代位を共同保証人間の主たる求償手段または独立の求償手段と構成する立場をとるならば、結論は異なる。共同保証人は、全額を弁済した場合には他の保証人に対して求償することができる¹⁾と期待して保証を引き受けている。債権者は一方的に他の保証人の代位の期待を奪うことはできない。債権者が共同保証人について債務免除することによって代位をできなくするならば、他の保証人は代位できたならば償還を受けることができた額について免責されるといえる。

他方、共同保証人の一人に対する債務免除には相対的な効果しかない²⁾と構成するならば、他の保証人の共同保証

人に対する求償権は侵害されることはなく、免責を認める必要はない。因みに、わが国の裁判例にも、「免除の絶対的効力を規定した民法四三七条は、その趣旨からして強行規定とは言い難く、したがって、当事者の合意によって本条の適用を排除し、相対的効力しか生じないものとすることもできるし、更には免除行為の意思解釈から本条の適用を排除し、相対的効力しか認めないことも許されるものと解される。」としたものがある（大阪地判平成元年五月三〇日判タ七二五号一六八頁）。

(ii) 錯誤無効

共同保証に加わろうとする保証人は通常、契約締結時において他の保証人が弁済時まで脱落することなく存在するとの前提に立っている。債権者がこの前提について認識しまたは認識可能であるにもかかわらず、共同保証人の債務を免除するならば、それは予期しない共同保証人の脱落の場合に該当し、期待を裏切られた保証人は免責されるべきである。比較法的には、右のような解釈をとることによって、共同保証人の保護を強化する構成がある（スイス債務法）。

これに対して、わが国の判例は、「保証契約は、保証人と債権者との間に成立する契約であって、他に連帯保証人があるかどうかは、通常は保証契約をなす単なる縁由にすぎず、当然にはその保証契約の内容となるものではない。」とし、保証契約の内容となっていない場合、錯誤無効の主張をできないとする（最判昭三二・一一・一九民集一・一三三・二二九九）。しかし、共同保証に加わろうとする保証人にとって、他に有力な保証人がいることは重要な要素であり、債権者がその事情について認識可能であるような場合には、錯誤無効を認めるべきである。

(1) 石田喜久夫・注釈民法（磯村哲編・債権(3)）三五九頁（昭四五）、柚木馨・高木多喜男・判例債権法総論（補訂版）四六五頁（昭四六）、平野裕之・債権総論（ブラックテイスシリーズ）九四頁（平一七）、中田裕泰・債権総論三五〇頁（平二〇）。

- 鈴木祿弥・債権法講義(三訂版、平七)三六九頁、西村信雄・継続的保証の研究(昭二七)參照。
- (2) 法典調査会民法議事速記録(法務図書館史料8)八一頁(昭五六)。
- (3) 高橋眞「信用保証協会取引における重要問題」金融法研究・資料編(8)、シンポジウム「変革期における信用保証協会保証」一八頁(平四)。
- (4) 梅謙次郎・民法要義(卷之三)三一六頁(大正元年版復刻、昭五九)。
- (5) 我妻栄・新訂債権総論二六二頁(昭三九)。
- (6) 奥田昌道・債権総論(増補版)五四八頁(平四)。
- (7) 山田誠「求償と代位」担保提供者相互間の法律關係」民商一〇七卷二号一八八頁(平四)、内田貴・民法Ⅲ「第三版」八三頁(平一七)。
- (8) 星野英一・民法概論Ⅲ(債権総論)二六二頁(補訂版、平四)。
- (9) 潮見佳男「求償制度と代位制度」主従的競合」構成と主従逆転現象の中で」(中田裕泰・道垣内弘人編・金融取引と民法法理所収)二五五頁(平一二)。
- (10) 平野・前掲書注(1)八一頁。
- (11) 安永正昭「協会と他の保証人及び物的担保」(金融法研究・資料編(7)「1」信用保証協会報告書)五五頁(平二)。