

第26回講義の補足説明

2011/01/07

09関連

第2文を再説します。保証人が資力を失った場合には、主たる債務者には、代わりの保証人か他の担保を提供する義務があり（450条2項・451条）、これもできないと、提供義務期限の利益を失なうほか（137条3号）、債務不履行となって、債権者は契約の解除ができます。しかし、保証人が保証契約締結時に行為能力を有していれば、その後、行為能力を失っても保証契約は取り消せず、保証人に対する債権者の履行請求は妨げられませんから、保証人の交代や立担保の義務自体が生じません（450条2項が1項1号の場合を挙げていないのはこういう理由からです）。

関連して興味深いが難しい問題提起がありました。主たる債務者が代わりの保証人や担保の提供義務を負うとした場合、いつから履行遅滞責任を負うかという質問です。客観的に保証人が資力を失った時に代担保提供義務が発生し、客観的にはその時点から遅滞となりうるのですが、保証人が資力を失ったことを主たる債務者が直ちに認識できるとは限りません。そこで、不確定期限が付いている債務の場合と類似しているので、412条2項を類推適用して、主たる債務者が代担保義務の発生を知ったときからと考えてはどうかというのが私の回答です。最も詳しい西村信雄編『注釈民法(11)』（有斐閣、1965年。少し古いですが新版は出ていません）238-242頁〔中井美雄〕にもこれに関する記述がありませんので、この回答は考えられる1つの案と言うにとどまります。

10関連

二重の訂正があります。

本問を正解と申しましたが、第2文は、委託を受けた保証人でないと事前求償権がないので、そのことを指摘して間違いとするのが正確でした。お詫びして訂正します（問題文を作成するとき、委託があることを書き込むのを忘れていました）。

講義では、主たる債務者が破産した場合に検索の抗弁権がないのは、破産の場合には、個別執行ができないため、検索の抗弁を出す意味がないからだと説明しました。しかし、講義後の質問で、債務者が物的担保（抵当権など）を設定している場合には、債務者が破産しても別除権の行使ができるから、検索の抗弁権を認める実益があるとの意見があり、西村編・前掲『注釈民法(11)』250頁をみると、保証人は先ず物上担保を実行すべきことを請求しうる旨の記述があるため、検索の抗弁は失われぬ、と訂正します。なお、同頁では、物上保証や他に保証人が居る場合にも言及されていて、その場合には「主たる債務者に弁済をする資力があ」るわけではないので、検索の抗弁権はないとされています。物上保証と保証、あるいは保証相互間に、権利行使の順序があるわけではなく、債権者は自由に選択できることを理由とする方が良い説明であると思います。

14 主たる債務者に対する履行の請求や主たる債務者の債務の承認は、いずれも主たる債務の消滅時効を中断する。

これに対して、~~保証人に対する保証債務の履行の請求~~や保証人が行う保証債務の承認は、~~通常保証か連帯保証かを問わず、主たる債務の消滅時効を中断しない。~~ [基本]

第1文は、民457条1項により、請求のみならず主たる債務者の債務の承認による主たる債務の消滅時効の中断も、保証人に対する関係で効力を生じますので、正しいです。第2文も、保証人はもとより連帯保証人が主たる債務をも承認しても、それには絶対効はありませんから、原則として主たる債務の時効は中断しません。しかし、1)連帯保証の場合には、連帯債務に関する履行請求の絶対効(民458条→434条)が働きますから、保証人に対する履行請求も主たる債務の消滅時効を中断します。また、2)保証人が保証債務を承認する行為が、同時に主たる債務の承認と評価されるとすれば(この見解には賛否両論があります)、主たる債務の時効中断が保証人との関係では認められる可能性があります。1)・2)の点、とりわけ争いがない1)の点で問題文は誤りです。

16関連

問題文の第1文は、「いずれも」の前に「保証人に対する関係でも」と挿入した方が正確でわかりやすかったです。というのは、元の文章のままでは、債務者に対する関係で請求や承認が時効中断事由であることは、147条により自明であると思われるからです。ここで問題にしているのは、債務者に対する時効中断が、保証人に対する関係でも生じるかです。西村編・前掲『注釈民法(11)』263頁によると、457条1項の趣旨は、「主たる債務が時効によつて消滅するまえに、保証債務が時効消滅することのないように、とくに債権の担保を確保するための、實際を顧慮した、便宜的規定である」とされています。すなわち、同条により、主たる債務についての時効中断効が保証人にも及ぶと共に、保証債務の時効も中断する、ということになります。

17関連

補足：問題文は正しいのですが、主たる債務者による時効の利益の放棄が保証人に影響しない相対効しかないことは、保証人が保証債務について時効の利益を放棄した場合も妥当すると思われます。この点については、たしかに直接判示する判例は見当たらないようです。しかし、判例(最判昭62・9・3判時1316号91頁)は、物上保証人が被担保債務や物上保証の存在を承認しても時効中断の効果はないとしています。相対効しかない時効の利益の放棄については、主たる債務者に効果が及ばない結果、保証人は(自らは独自の援用権を失っていたとしても)、主たる債務者自身が主たる債務について時効援用をすれば、付従性を介し、保証債務を免れることになりましょう。そう解さないと、主たる債務者が債務を免れるのに、保証債務だけが存続して、複雑な権利関係が生じてしまうからです。

18関連

補足：設例と離れて一般的に議論したとしても、Yは弁済する前に、主たる債務者Bに対して事前の通知をしなければならず、通常は、Bから、すでに債権はCに譲渡されているとの情報を得ることが可能ですから、事前の通知をしていないと、多くの場合、過失があり、Xへの支払いは無効にはなりません。もっとも、Bがそれ以前に行方不明で事前の通知をしても意味がなく、かつ、弁済前に譲渡について何も情報を得ていなかった場合は、ごく例外的に、478条による免責が得られる可能性があります。

19関連

求償権はどうなるかとの質問がありました。限定承認や破産免責は、債務全体を消滅・制限するのではなく、責任を制限するにすぎませんから、弁済した保証人の求償権自体は、制限なく発生するものと思われます。しかし、主たる債務者は、責任の限度でしか求償を受けないと主張することが可能です。そう解さないと、責任を限定した意味が失われるからです。他方、このことから、保証人は、主たる債務者から求償できない危険を負うことになります。

ちなみに、求償権自体は制限されず給付保持力がありますから、主たる債務者が固有財産や自由財産から任意に保証人に求償債務を弁済すれば、(広義の)非債弁済にはならず、返還請求はできません。

関連質問で、相続人全部が相続放棄をした場合には、保証債務はどうなるのかというものもありました。相続人の一部が相続放棄をしても相続人がいれば、主たる債務は存続しますので、保証人の保証債務には影響しません。これに対して、相続人全員が相続放棄をして相続人がいるかどうか明らかでない場合には、被相続人の財産(債務を含む)は、相続財産法人が構成されてそれが引き継ぎますから、清算が終了して残余財産が国庫に帰属するまでは、清算目的で権利主体が存続することになり、被相続人の死亡によっても主たる債務は消滅しません。したがって、保証債務はやはり存続します。

20関連

主たる債務者の意思に反する場合も、702条3項で事務管理による償還請求の性質を持つのではないかと、との質問がありました。たしかに702条3項は事務管理の規定ですが、現存利益を限度とする償還請求という内容は、まさしく不当利得の法理に従ったものです。

21関連

「何時であっても」の点は、少し微妙な判断かもしれません。その点のみ再説し、さらに補足しておきます。

事前の通知を受けたのに、主張できた相殺の抗弁についてXに何も伝えなかったYは、Xの求償に対して相殺を対抗できなくなります。もっとも、対抗不能となるのは、あくまで事前通知を受けた時点で現実に有していた抗弁ですから、事前の通知以後、保証人の弁済前(考え方によっては弁済したという事後通知の到達まで)に取得した反対債権による相殺については、一考を要します。

ただ、とりわけ委託した保証人からの事前通知であれば、主たる債務者は、いったん回答後も反対債権の取得によって相殺の可能性が生じれば、保証人に通知する信義則上の義務を負うと考えて良さそうに思えますので、問題文は一応正しいと解しておきます。

反対債権の取得は、当然に、保証人の弁済前(考え方によっては弁済したという事後通知の到達まで)に限られます。保証人が弁済してしまえば、受働債権が消滅して主たる債務者は、そもそも相殺を主張できる余地がありませんから、求償請求に対して抗弁を対抗する前提自体が欠けます。この点を指摘すれば、「何時であっても」を間違いとしても良いかもしれませんが、事前通知に回答しなかったからという理由でないことには注意して下さい。

補足：委託していない自称保証人からの事前通知に対しては、主たる債務者は、そもそも回答しなければならないものではありません。まして、信義則上の通知義務などを主たる債務者に負わせるべきではないでしょう。

また、委託をしていない保証人からは、意思に反しない場合も免責を受けたときに利益を受けた限度でしか求償されませんから、事前通知後、保証人が弁済するまでの間に取得

した反対債権による相殺の抗弁の主張が認められます。

さらに、保証契約が意思に反する場合に至っては、さらに求償を受けたときに利益を受けている限度でしか求償されませんから、事前通知後、保証人の求償（弁済したとの事後通知の到達時点でも良いように思います）までの間に反対債権を取得していると、相殺できたはずだとの期待を保護するため、抗弁が主張できます。

以下では、**25～30**（講義で取り上げることができた**29**を除く）の回答を示します。

25 主たる債務者の3000万円の債務につき、A・B・Cと一緒に（単純）保証をした場合においては、債権者は、各保証人に1000万円ずつしか請求できないが、連帯保証や保証連帯の特約があれば各人に3000万円全額を請求できる。~~A・B・Cが互いの存在を知らずに、順次、3000万円の（単純）保証をした場合にも、債権者は3000万円全額を請求できる。~~ [超基本]

465条1項の規定は、各保証人が全額弁済責任を負うことを前提にしており、連帯保証や保証連帯の特約は、そこにいう「各保証人が全額を弁済すべき特約」に該当します。連帯の特約があれば、準用される432条の趣旨から全額弁済義務があると解されるのです。第1文は正しい。456条の規律には批判もありますが、「格別の行為により」と明文で定めており、第2文の場合にも、各通常共同保証人の債務は、1000万円になりますので（**分別の利益**）、誤りです。

26 主たる債務者の3000万円の債務につき、A・B・Cが連帯保証をした場合、1500万円を弁済したAは、直ちに主たる債務者に求償でき、主たる債務者の債務がなお1500万円残っていても~~B・Cに対して500万円ずつ求償できる。~~ [超基本]

共同保証人間に求償権が認められる理由は、共同保証人間に求償権が認められるのは、主たる債務者が無資力となるリスクをこれらの者の間に公平に配分し、いち早く弁済した者が不利益を受けないようにするためです。しかし、その要件として、465条1項は、「その全額又は自己の負担部分を超える額を弁済した」ことを必要としており、Aの負担部分1000万円を超える500万円についてのみ、B・Cに250万円ずつ求償できるにすぎません。連帯債務者の一部弁済による求償の場合とは、扱いを異にしている点に注意してください。なお、Aの求償に応じて支払ったB・Cは、もちろん主たる債務者に再求償できます。

27 一定の範囲に属する不特定の債務を担保する~~根保証契約は、保証人が法人でない場合、責任を負う限度である極度額を書面で定めていないと無効である。~~ [超基本]

貸金等根保証契約は、根保証一般について、極度額を「書面で」定めないと無効になるとしているわけではありません。さらに、適用される範囲が、貸金等の債務の根保証に限られます（465条の2）。

28 貸金等根保証契約において、元本の確定する期日が6年後と定められてもこの約定は無効であり、元本は、法の

規定する確定事由が途中で生じる場合を除き、~~契約時から5年を経過した時に確定する。~~ [超基本]

465条の3の第1項により、たしかに5年を超える元本確定期日の定めは無効になりますが、同条2項で、契約締結時から3年で確定することになります。

30 身元保証契約は、単純な保証ではなく、損害担保契約の趣旨をも含むと解される。身元保証法により、責任の存続期間が限定され、身元保証人には一定の場合に解約権が認められるのみならず、裁判所は、一切の事情を斟酌して身元保証人の責任を限定することができる。 [超基本]

身元保証契約は「被用者ノ行為ニ因リ使用者ノ受ケタル損害ヲ賠償スルコトヲ約スル」もので、被用者の故意・過失を問わないと考えられていますから、被用者自身の損害賠償債務に附従しない独立した債務を負う損害担保契約の性質を帯びると解されています。第1文はその通りです。身元保証法は、1条・2条で存続期間や更新を限定し、4条で身元保証人の解除権を定めています。さらに、5条で一切の事情を考慮した責任限定を規定しています。これらはいずれも6条で片面的強行規定とされています。いずれも身元保証法の規定通りです。