

債権総論1

第13-14回(保証)

明治学院大学法学部教授
加賀山茂

- 六法とノートを用意してください。
 - 条文が出てきたら必ず六法で確かめましょう。
 - 疑問点は、ノートに書きとめ、理解できたら、メモを追加しましょう。
 - そのノートがあれば、定期試験の準備がとても楽になります。
 - しかも、そのノートは、あなたの一生の宝になることでしょう。

債権総論1 目次 → [総論体系図](#)

■ 債権の目的

- 債権・債務の目的と目的物
 - 債権とは何か
 - 物とは何か, 民法85条の立法理由
 - 債権の目的と債権の目的物の区別
- 債務の種類
 - 種類債権と特定物債権とタール事件
 - 金銭債権と貨幣, 電子マネー, クレジットカード決済, 預金通貨
 - 選択債権と選択債務
 - 結果債務と手段の債務の立証責任

■ 債務の対内的効力

- 債務の不履行
 - 三分説と二分説
- 債務不履行の救済
 - 履行の強制と民事執行法
 - タール事件と危険負担・契約の解除
 - 損害賠償
 - 帰責事由と予見可能性
 - 事実的因果関係と相当因果関係
 - 損害額の算定と差額説
 - 契約自由と損害賠償額の予定

■ 債務の対外的効力

- 債権者代位権
 - 債権者代位権と債権差押え
 - 直接訴権
 - 債権者代位権の転用
- 詐害行為取消権
 - 詐害行為取消権の性質
 - 詐害行為取消権の要件
 - 詐害行為取消権の効果

■ [多数当事者の債権・債務関係](#)

- 可分・不可分債権・債務
- 連帯債務
 - 連帯債務の本質, 相互保証理論
 - 連帯債務者の一人に生じた事由の効力, 不真正連帯債務
 - 求償の要件
- [保証](#)
 - [保証の性質](#)
 - [保証人の保護](#)
 - [通常保証・連帯保証人の保護](#)
 - [根保証の保証人の保護](#)

債権総論の内容 → [位置づけ](#), [目次](#), [Best30](#)



10. 保証責任

- 保証は債務か，債務のない責任か？
- 保証の付従性は，どこから来るのか？
- 保証人の保護はなぜ必要か？



保証とは何か？

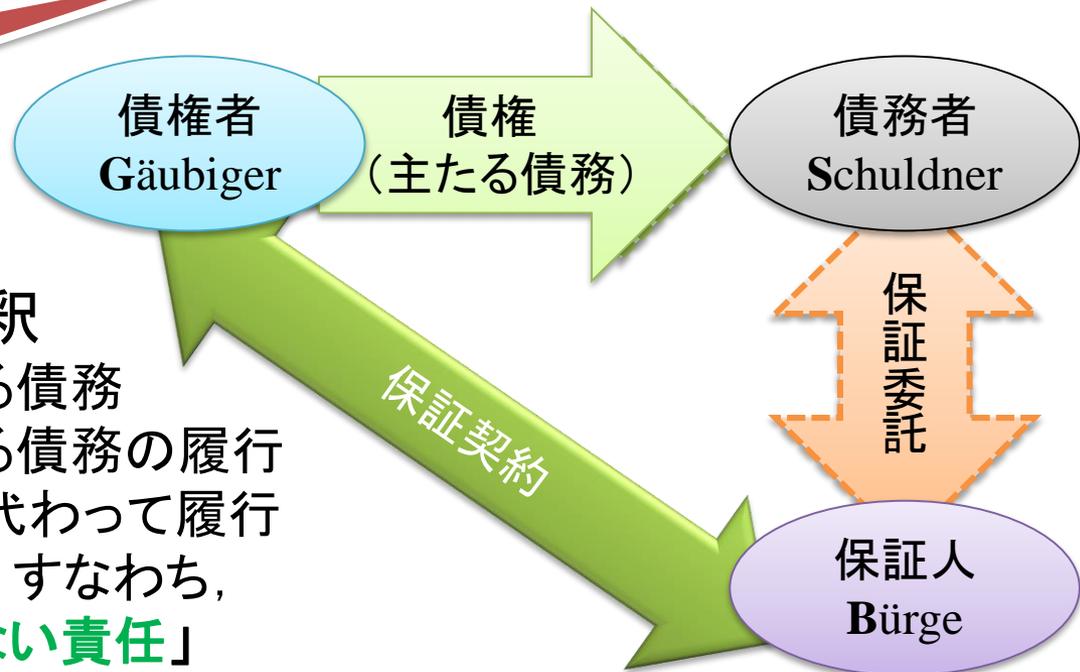
■ 第446条（保証人の責任等）

- ①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。

冒頭条文
はいつでも
大切

■ 条文の厳密な解釈

- その債務：主たる債務
- その履行：主たる債務の履行
- 責任：債務者に代わって履行する責任，すなわち，**「債務のない責任」**



保証の神話と崩壊

■ 保証「債務」の別個・独立性(通説)

- 通説は、「保証債務は、主たる債務と**別個独立の債務**である[独立性]が、主たる**債務に付従する**[付従性]」と考えている([於保・債権総論(1972)254頁])。

明らかな
矛盾

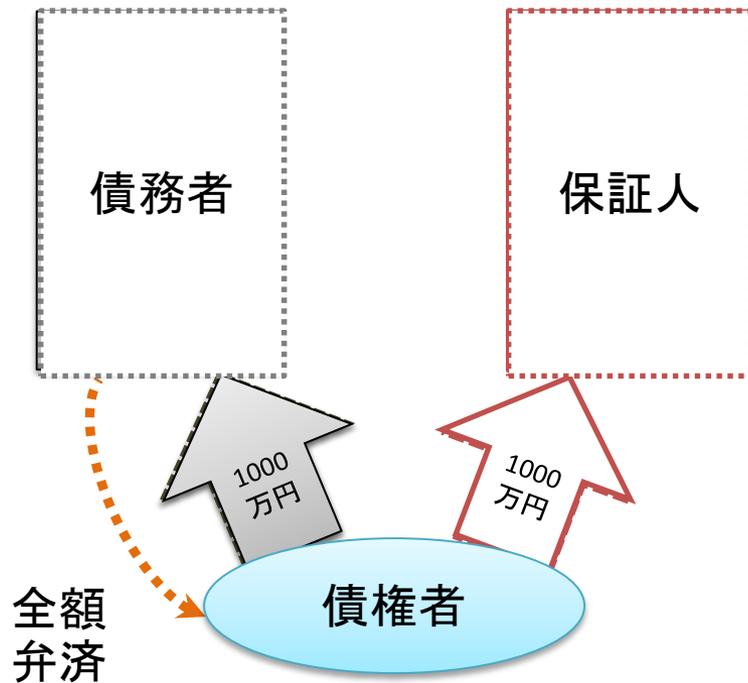
◆ 保証は「債務なき責任」である(加賀山説)

- ◆ 主たる債務と保証「債務」とは「別個・独立の債務」であると考えれば、保証の「付従性」と**矛盾**する。
- ◆ 物上保証が、「債務なき責任」であることに異論は存在しない。それと同様に、保証も、主たる債務が履行されないときに、その債務を肩代わりして履行する責任(**債務なき責任**)と考えるべきである。

債務と保証との決定的な違い

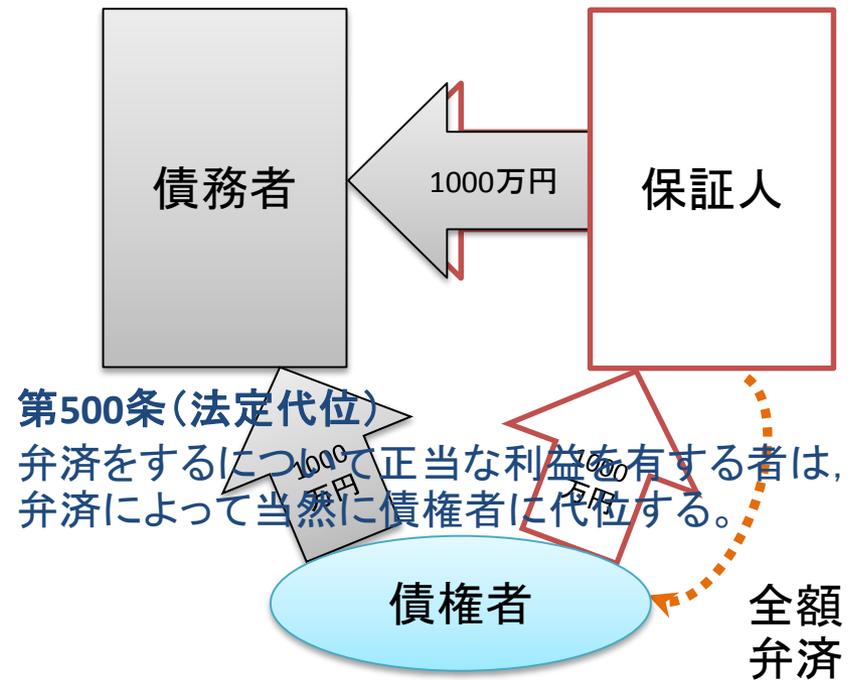
→連帯債務への応用

■ 債務者が弁済した場合



債務は消滅し、保証責任も
付従性によって消滅する。
(求償権は発生しない)

■ 保証人が弁済した場合



保証人の求償権を確保するために、
債務は消滅せず、保証人へと法定移転する。
(求償権が発生する)

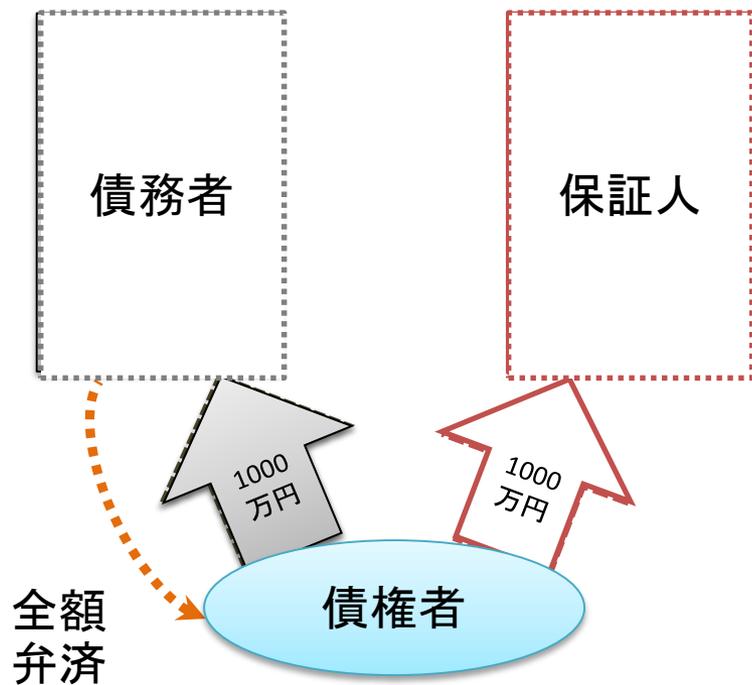
保証人の保護の法理

- 保証人の保護はなぜ必要か？
- 保証人の保護の法理の構造は何か？
- 保証の規定は，片面的強行規定か？



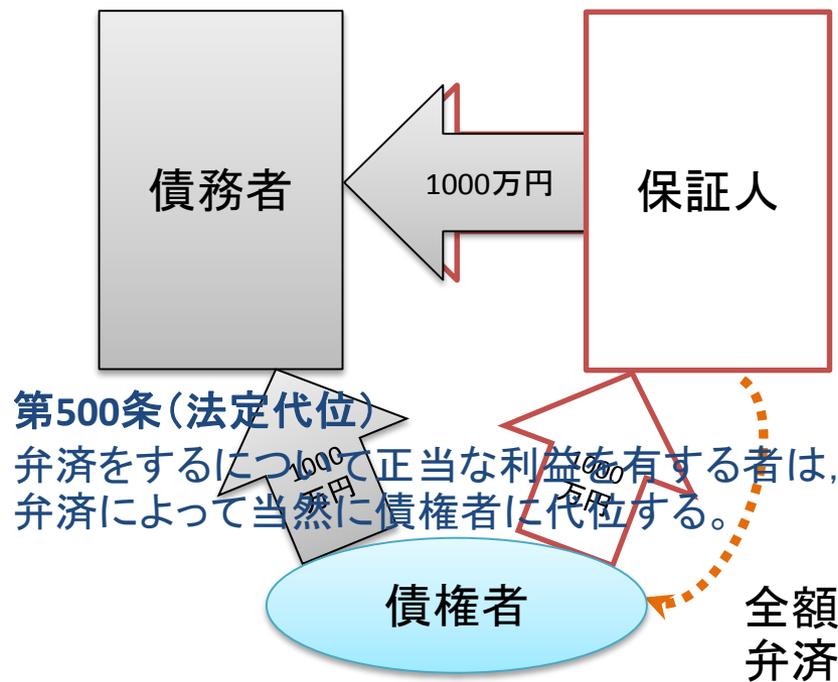
保証の付従性とは何か？

■ 債務者が弁済した場合



債務は消滅し、保証責任も
付従性によって消滅する。
(求償権は発生しない)

■ 保証人が弁済した場合



第500条(法定代位)
弁済をするについて正当な利益を有する者は、
弁済によって当然に債権者に代位する。

保証人の求償権を確保するために、
債務は消滅せず、保証人へと法定移転する。
(求償権が発生する)

付従性の例外(1/2)

制限能力者に対する独立担保契約

- **第449条**(取り消すことができる債務の保証)
 - ←【制限行為能力者の債務の保証】
 - 行為能力の制限によって取り消すことができる債務を保証した者は、保証契約の時に於いてその取消しの原因を知っていたときは、主たる債務の不履行の場合又はその債務の取消しの場合においてこれと同一の目的を有する**独立の債務**を負担したものと推定する。

付従性の例外(2/2)

債務者の破産免責の場合→[Q10](#)

■ 破産法第253条(免責許可の決定の効力等)

- ①免責許可の決定が確定したときは、破産者は、破産手続による配当を除き、破産債権について、その責任を免れる。ただし、次に掲げる請求権については、この限りでない。
 - 一 租税等の請求権(共助対象外国租税の請求権を除く。)
 - ...
- ②免責許可の決定は、破産債権者が破産者の保証人その他破産者と共に債務を負担する者に対して有する権利及び破産者以外の者が破産債権者のために供した担保に影響を及ぼさない。

保証の範囲(1/2) → [保証の別個・独立性](#)

■ 第447条(保証債務の範囲)

- ①保証債務は、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を包含する。
- ②保証人は、その保証債務についてのみ、違約金又は損害賠償の額を約定することができる。

■ 第448条(保証人の負担が主たる債務より重い場合)

- 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。

保証の範囲(2/2)

付従性の原則の範囲内での多様性



補充性による保証人の免責と 連帯保証の場合の例外

■ 通常の保証債務の補充性

■ 催告の抗弁権(民法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。

■ 検索の抗弁権(民法453条)

- 債権者が前条〔催告の抗弁権〕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**。

■ 補充性に違反する場合の効果(民法455条)

- 第452条〔催告の抗弁権〕又は第453条〔検索の抗弁権〕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**。

■ 連帯保証の例外(民法454条)とその危険性

- 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2条〔催告・検索の抗弁権〕の権利〔保証の補充性〕を有しない。

債権者の義務違反による 保証人の免責

民法

- **第504条**(債権者による担保の喪失等)
 - 第500条〔法定代位〕の規定により代位をすることができる者〔例えば、保証人〕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
- この規定は、わが国では、任意規定と解されている。

フランス民法典

- **第2314条**
 - 債権者の行為によって保証人が債権者の権利、抵当権及び先取特権について代位ができなくなるに至ったときは、保証人はその責任を免れる。
 - これに反するすべての条項は書かれなかったものとみなす(強行規定)。

根保証(1/4)

発生・消滅する債権を「債権枠」として保証する契約

- 根保証の意味
 - 債権者と債務者との間の継続的な契約関係から現在および将来発生し、消滅する複数の債権を包括的に保証する契約
- 2004年の民法改正に取り込まれたもの
 - 貸金等根保証契約(民法465条の2から465条の5)
 - 書面によらないもの、包括根保証は、いずれも無効。
 - 保証の範囲は、性質(貸金)と極度額(「債権枠」)に制限されている。
- 2004年の民法改正に取り込まれなかったもの
 - 特別法のあるもの
 - 身元保証契約
 - 民法の解釈に委ねられているもの
 - 賃借人の債務の保証、経営者保証



根保証(2/4)

民法改正(2004)による根保証人の保護

- 書面の作成[民法446条2項, 3項, 465条の2題3項]
 - 根保証契約を含む保証契約は書面(契約書)によらなければ無効とする。
- 極度額(限度額)の定め[民法465条の2]
 - 極度額の定めのない根保証契約は無効とする。
- 元本確定期日(保証期間の制限)[民法465条の3]
 - 根保証をした保証人は, 元本確定期日までの間に行われた融資に限って保証債務を負担する。
 - 元本確定期日は, 契約で定める場合には契約日から5年以内, 契約で定めない場合には契約日から3年後の日とする。
- 元本確定事由[民法465条の4]
 - 以下の場合には, 主たる債務の元本が確定する。根保証をした保証人は, 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。
 - 主たる債務者または保証人が, 強制執行を受けた場合
 - 主たる債務者または保証人が, 破産手続開始の決定を受けた場合
 - 主たる債務者, または, 保証人が死亡した場合

根保証(3/4)

改正の不備を埋める判例による根保証人の保護

- 最二判昭39・12・18民集18巻10号2179頁(民法判例百選Ⅱ〔第6版〕第25事件)
 - 期間の定めのない継続的保証契約は、保証人の主債務者に対する信頼が害されるに至った等保証人として解約申入れをするにつき相当の理由がある場合には、右解約により債権者が信義則上看過できない損害をこうむるような特段の事情がある場合を除いて、保証人から一方的に解約できるものと解するのが相当である。
- 判例法理の有用性
 - 2004年の民法改正によってカバーされない包括根保証契約の解釈
 - 例えば、賃貸保証契約、身元保証契約等の貸金等根保証契約以外の契約
 - 2004年改正によってカバーされる根保証契約の解釈
 - 元本の確定事由が列挙されているだけであり[民法465条の4]、確定事由の一般条項が欠落している以上、判例法理は、今なお、先例としての価値が失われていない。

根保証(4/4)

民法(債権関係)改正の動向

- 貸金等根保証契約から個人根保証契約へ
 - 民法465条の2～465条の5の領域拡大と改正
- 事業に係る債務についての保証契約の新設
 - 民法465条の6～465条の10の新設
 - 公正証書による契約締結の義務付け
 - 経営者保証の制限と理事・取締役, 執行役等に対する適用除外
 - 保証委託の際の保証人に対する債務者の情報提供義務の新設
- 保証人に対する債権者の情報提供義務の新設
 - 民法458条の2(主たる債務の履行状況に関する情報の提供義務)
 - 民法458条の3(主たる債務者が期限の利益を喪失した場合における情報の提供義務)

保証のまとめ

■ 通説

- 保証は、「保証債務」といわれているように、その性質は主たる債務とは**別個独立の債務**である。
- しかし、主たる債務が成立しなければ、保証債務も成立しない。
- また、主たる債務が弁済によって消滅すれば、保証債務も消滅する。
- このように、保証債務は、「**付従性**」という性質を有している。

■ 加賀山説

- 保証は、他人の債務の履行の引受けである。主たる債務だけが債務であり、保証は、従たる債務でもなく、「**債務のない責任**」である。
- 債務者が弁済すると、債務も責任も消滅する。
- しかし、**保証人が弁済すると、債務は消滅しない**(この点が通説と決定的に異なる)。
- そして、保証人の**求償権を確保するために、債務は、法定移転**(弁済による代位)する。

定期試験仮想問題(10/10) → [Q1](#)

- 破産した債務者は、破産法による免責手続を通じて復権する(破産法253条1項, 255条)。しかし、保証人は、むしろ苦境に立つ。[破産法253条](#)2項が以下のように規定しているからである。
 - 破産法253条
 - ②免責許可の決定は、破産債権者が破産者の保証人その他破産者と共に債務を負担する者に対して有する権利及び破産者以外の者が破産債権者のために供した担保に影響を及ぼさない。
- しかし、保証人の立場に立てば、債務者とともに苦難の道を歩むのであれば、それは甘受せざるをえない。だが、本来、最後まで責任を負うべき債務者だけが免責され、付従性があるはずの保証人だけが免責を受けないというのでは、あまりにも保証人に酷であり、かつ、不公平である。
 - したがって、保証人の求償権を確保するために、保証人がいる場合には、破産者を免責しないという国も存在する(フランス破産法がその例)。
- 破産法253条2項の解釈または改正を通じて、保証人の付従性(民法448条)を確保、または、回復すべきかどうか、[アイラック\(IRAC\)](#)で論じなさい。

活用すべき文献

- 民法の入門書(DVD付)
 - 加賀山茂『民法入門・担保法革命』信山社(2013)
- 民法(財産法)全体を理解する上での助っ人
 - 我妻栄=有泉亨『コンメンタル民法』[第3版]日本評論社(2013)
 - 金子=新堂=平井編『法律学小辞典』有斐閣(2008)
- 契約法全体についての概説書
 - 加賀山茂『契約法講義』日本評論社(2009)
- 債権総論の優れた教科書
 - 平井宜雄『債権総論』[第2版]弘文堂(1994)
- 債務不履行に関する文献
 - 平井宜雄『損害賠償法の理論』東京大学出版会(1971)
 - 浜上則雄「損害賠償における「保証理論」と「部分的因果関係の理論」(1)(2・完)民商66巻4号(1972)3-33頁, 66巻5号35-65頁
- 債権者代位権・直接訴権, 詐害行為取消権, 連帯債務, 保証の文献
 - 加賀山茂『債権担保法講義』日本評論社(2011)