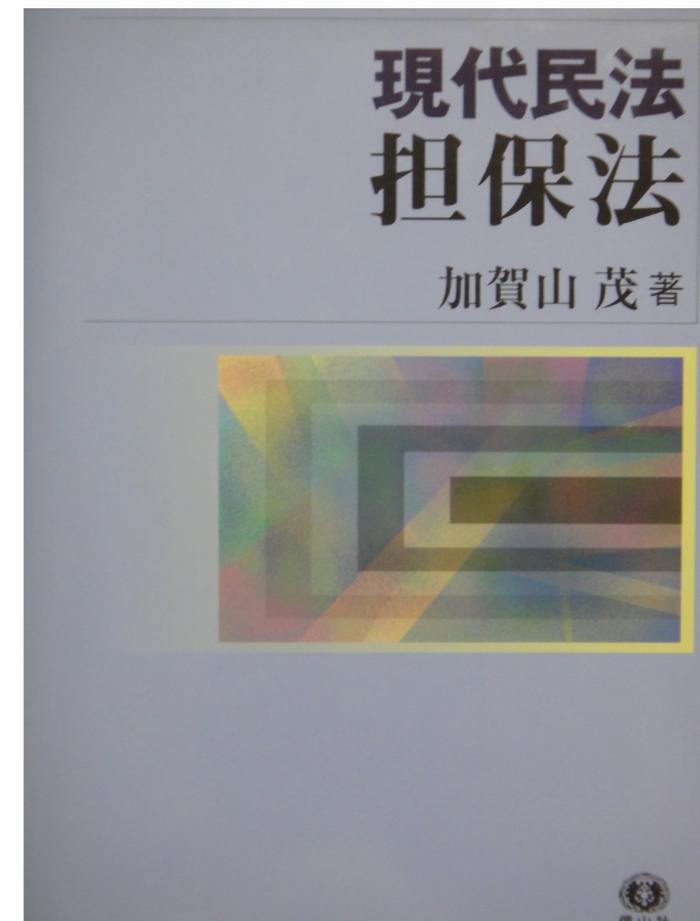


担保法の新しい パラダイムとその教育

- 2011年10月9日 神戸大学
- 日本私法学会 第75大会
ワークショップ
- 司会：名古屋大学 教授
千葉 恵美子
- 報告：明治学院大学教授
加賀山 茂



目次

第1部 基礎編 (20分)

担保法のパラダイム	(体系が出来るまで)
物的担保	優先弁済権の定義条文
優先弁済権とは？	債権＝人に対する請求
債権か？物権か？	債権にも拘取力がある
物権として説明可能か？	物権＝物に対する支配
	優先弁済権の位置づけ
	債権者平等の原則と例外
	優先弁済権の順位
債権として説明可能か？	債権の対外効との関係
	優先弁済権＝債権の拘取力
人的担保	保証の定義条文
保証債務とは？	債務と保証との相違
債務か？責任か？	保証＝債務のない責任
新しいパラダイム	担保法の体系

第2部 応用編 (20分)

人的担保	(連帯債務を中心に)
連帯債務と保証	連帯債務の定義条文
	連帯債務の構造
連帯債務の付従性	相互保証説の評価
	免除の絶対的効力
	絶対的効力＝付従性
連帯債務の求償要件	相互保証理論の効用
共同の免責とは？	負担部分を超える弁済
通知は常に必要か？	事前・事後の通知
	連帯債務の場合
	昭和57年最高裁判決
	基本に戻って考える
	債務者は事前通知不要
まとめ	担保法革命の目的

優先弁済権とは何か？

債権か、物権か？

例外だらけで暗記頼みの担保法から
矛盾のない理論体系で説き直す
まったく新しい担保法へ！

苦手な担保法を克服して民法がもっと楽しくなる  日本評論社

優先弁済権の条文

物権編に規定されているが...実は「弁済を受ける権利」

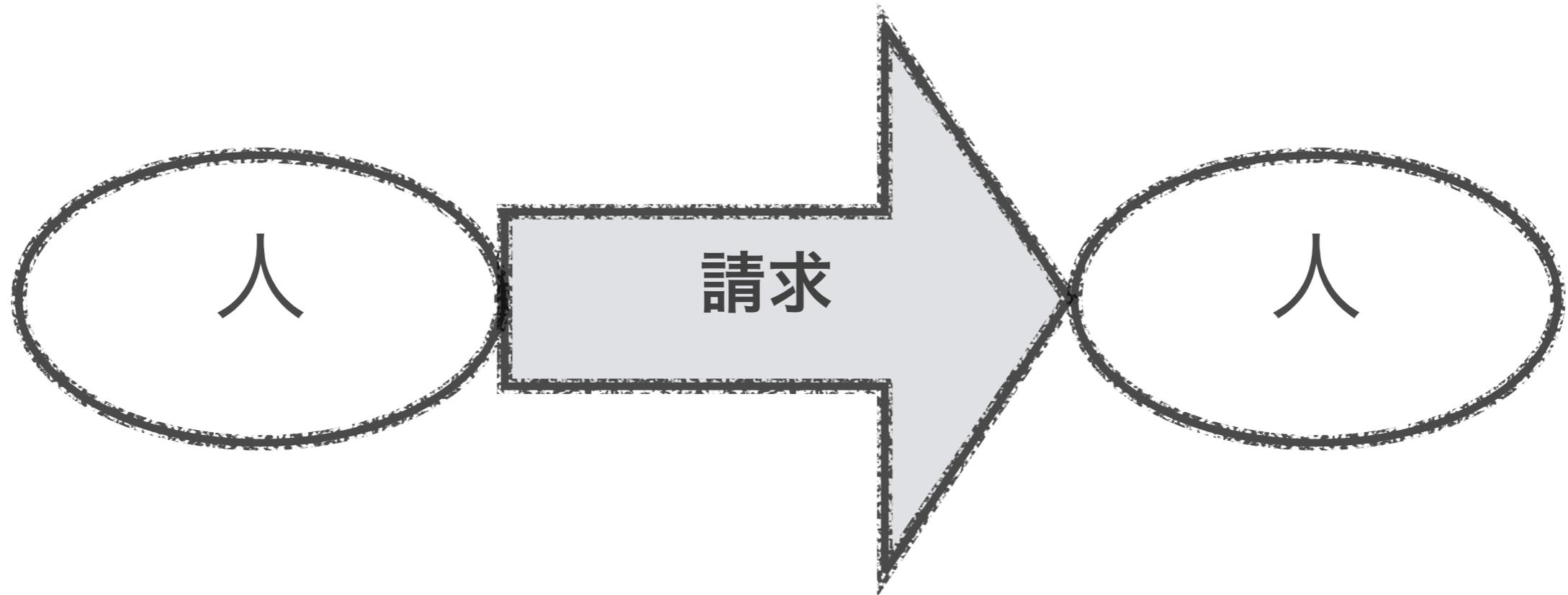
- 「担保物権」の冒頭（定義）条文
- 留置権...他人の物の占有者は、その物に関して生じた債権を有するときは、その**債権の弁済を受けるまで**、その物を留置することができる。
- 先取特権...先取特権者は、この法律その他の法律の規定に従い、その債務者の財産について、**他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受ける権利**を有する。
- 質権...質権者は、その債権の担保として債務者又は第三者から受け取った物を占有し、かつ、その物について**他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受ける権利**を有する。
- 抵当権...抵当権者は、債務者又は第三者が占有を移転しないで債務の担保に供した不動産について、**他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受ける権利**を有する。

優先弁済権の疑問点

物権ではなく、債権として構成すべきではないか？

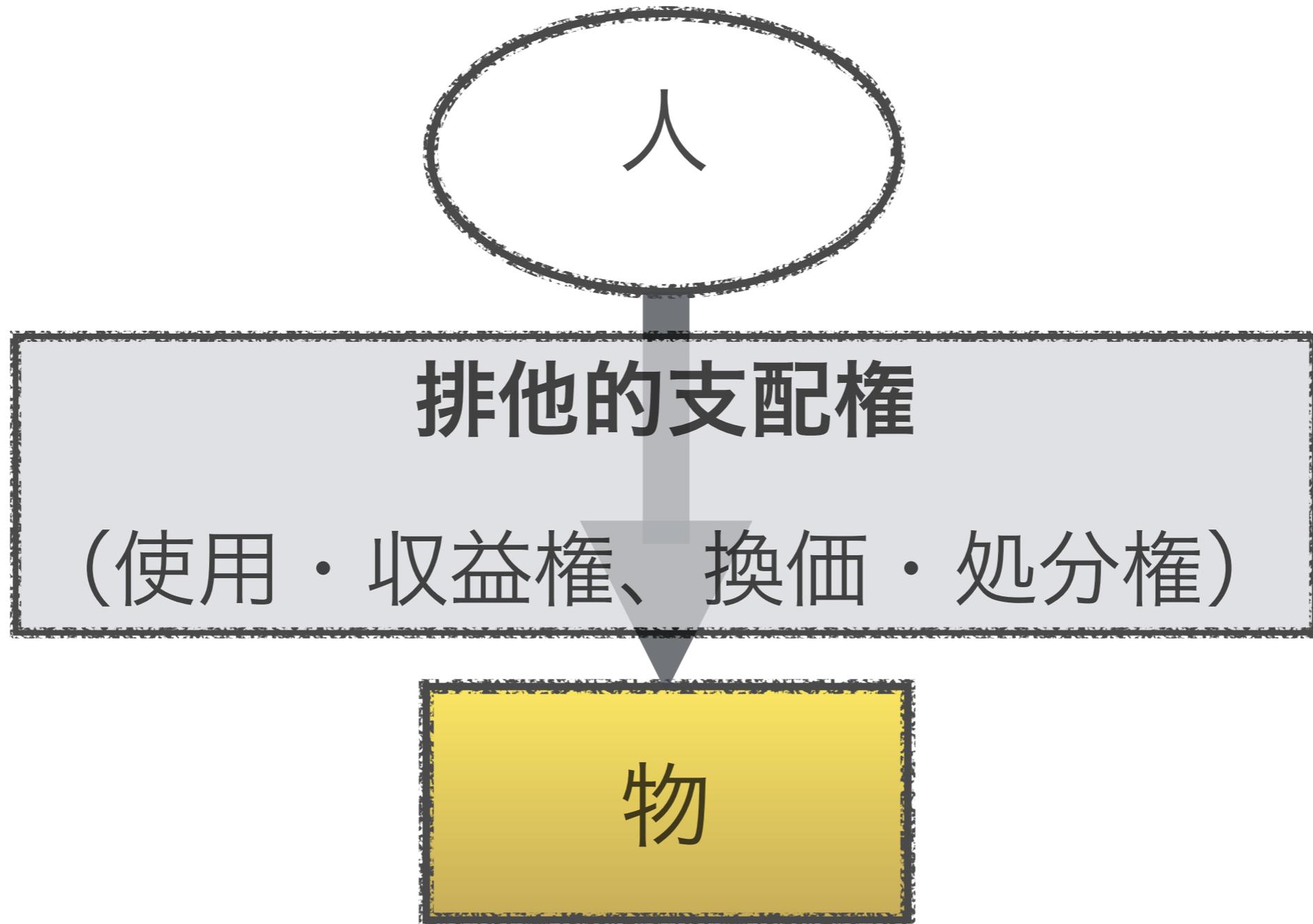
- 債権として構成する場合の疑問
 - **物権編に規定されている!!**
 - 条文は「弁済を受ける権利」
 - **物に対する権利＝物権では？**
 - 債権も物を拵取する。
 - **優先権＝物権ではないのか？**
 - 債権の拵取力は、債務者の物権を凌駕する。
 - 債権にも対外的効力がある。
- 物権として構成する場合の疑問
 - **優先弁済権の定義**が「債権の弁済を受ける権利」(給付保持力)とされている。
 - **対抗要件**が物権法総則（引渡・登記）に従っていないものが多い。
 - **優先順位が時間の先後と逆の場合の方が**多い。
 - **平等な配当を受ける物権が存在する。**

請求権としての債権？

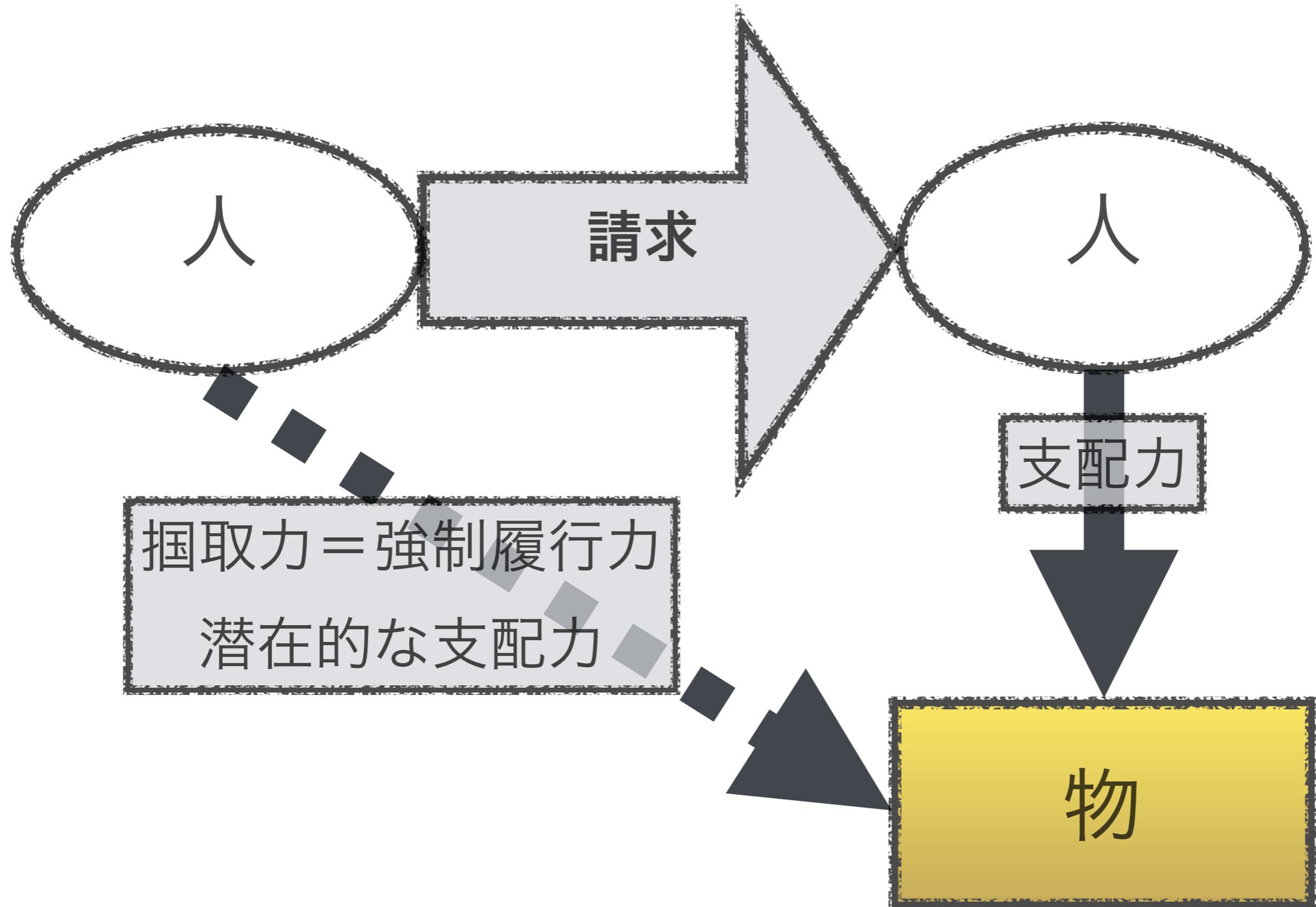


優先弁済権は、債務者の財産に対する「換価・処分権」の問題なので、人と人との関係である債権関係というよりも、人と物との関係である物権の問題のようにも見える。

支配権としての物権？



債権も物を拮取する

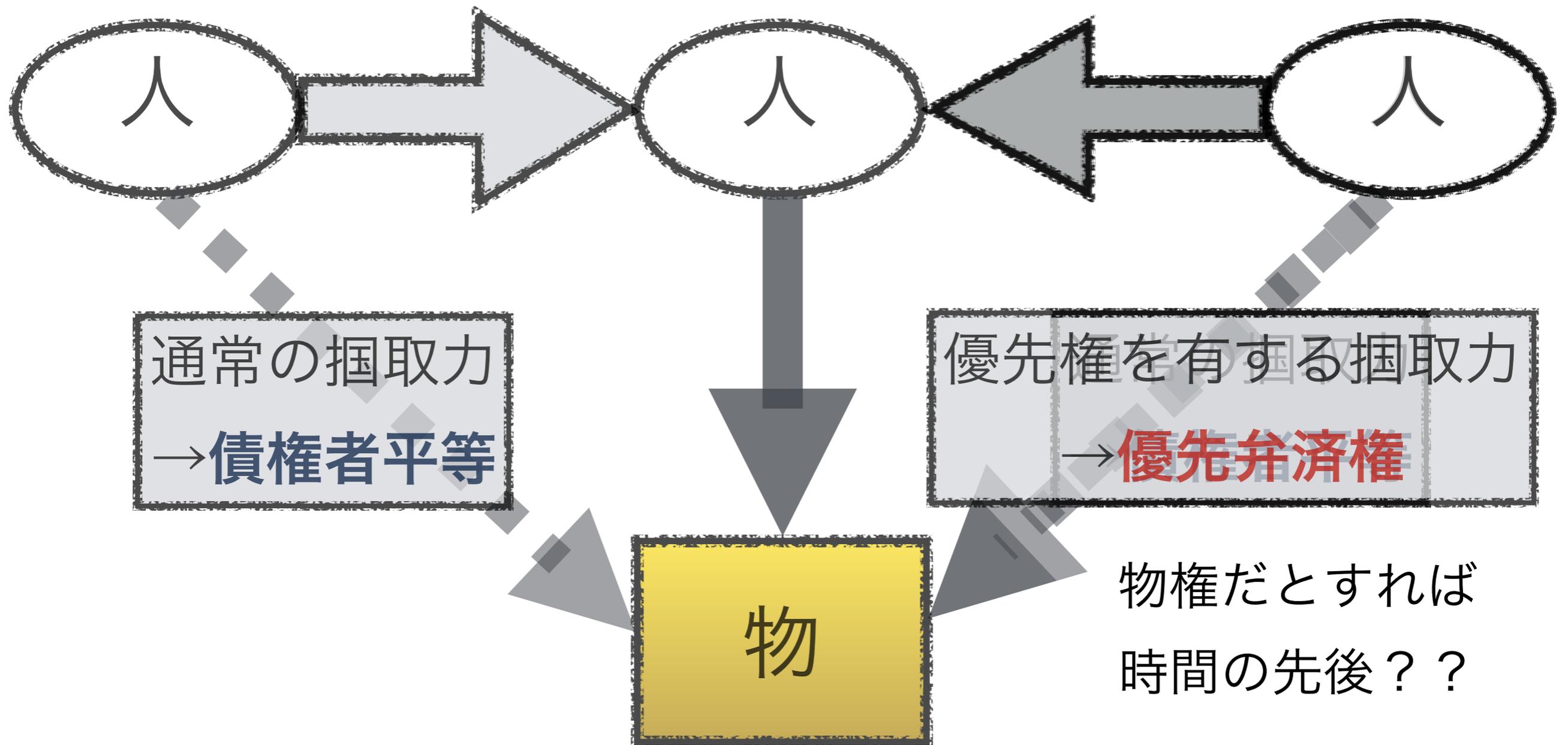


優先弁済権の位置づけ

- 旧民法 債権担保編 第1条
 - **〔債権者平等の原則〕** 債務者の財産が総ての義務を弁済するに足らざる場合に於いては、其価額は、**債権の目的、原因、体様の如何と日付の前後**とに拘らず、**其債権額の割合に応じて之を各債権者に分与**す。
 - **〔優先弁済権〕** 但、其債権者の間に**優先の正当なる原因**あるときは此限りに在らず。

債権者平等の原則と例外

債権者と債権者との間の拮取力の優劣の問題



優先弁済権の順位の特徴

- **第330条**（動産の先取特権の順位）
 - 同一の動産について特別の先取特権が互いに競合する場合には、その優先権の順位は、次に掲げる順序に従う。
この場合において、第二号に掲げる動産の**保存**の先取特権について数人の保存者があるときは、**後の保存者が前の保存者に優先する。**
- **第339条**（不動産**保存**又は不動産**工事**の先取特権）
 - 前二条の規定に従って**登記**をした先取特権は、**抵当権に先立って行使することができる。**

優先順位決定基準としての 目的物の価値の「保存」

● 第330条（動産の先取特権の順位）

- 1 同一の動産について特別の先取特権が互いに競合する場合には、その優先権の順位は、次に掲げる順序に従う。この場合において、第二号に掲げる動産の**保存**の先取特権について数人の**保存**者があるときは、後の**保存**者が前の**保存**者に優先する。
 - 一 不動産の賃貸、旅館の宿泊及び運輸の先取特権
 - 二 動産の**保存**の先取特権
 - 三 動産の売買、種苗又は肥料の供給、農業の労務及び工業の労務の先取特権
- 2 前項の場合において、**第一順位の先取特権者は**、その債権取得の時に**第二順位又は第三順位**の先取特権者があることを**知っていたときは**、これらの者に対して**優先権を行使することができない**。第一順位の先取特権者のために物を**保存**した者に対しても、同様とする。
- 3 果実に関しては、第一の順位は**農業の労務に従事する者**に、第二の順位は種苗又は肥料の供給者に、第三の順位は土地の賃貸人に属する。

不動産先取特権の順位

不動産においても、順位の決め手は、**保存**

- **第325条**（不動産の先取特権）

- 次に掲げる原因によって生じた債権を有する者は、債務者の特定の不動産について先取特権を有する。

- 一 不動産の**保存** ...（後の保存）
- 二 不動産の**工事** ...（前の保存）
- 三 不動産の**売買** ...（供給）

- **第331条**（不動産の先取特権の順位）

- 同一の不動産について特別の先取特権が互いに競合する場合には、その**優先権の順位は、第325条各号に掲げる順序に従う。**

- 2 同一の不動産について売買が順次された場合には、売主相互間における不動産売買の先取特権の**優先権の順位は、売買の前後による。**

平等な配当を受け 物権を認めてよいのか？

- 優先権がないなら債権であって、物権ではないはず。
ところが...
 - 民法 **第332条**（同一順位の先取特権）
 - 同一の目的物について同一順位先取特権者が数人あるときは、各**先取特権者は、その債権額の割合に応じて弁済を受ける。**
- これが物権だとすると、「**物権者平等の原則**」ということになってしまう。

担保物権に特有とされる機能と 債権の対外的効力との関係

担保物権に固有 とされる効力	物権	債権
直接取立権	債権質	債権者代位権
追及効	抵当権	詐害行為取消権
事実上の優先弁済権	留置権	同時履行の抗弁権
優先弁済権	先取特権	相殺の担保的機能

物的担保に関する結論

- 「担保物権」とは、もともと債権に備わっている**債権の擧取力が**、法の規定により（留置権、先取特権）、または、合意と公示により（質権、抵当権、非典型担保）、**債権の優先弁済権として強化されたものである。**
- 債権の他に別個・独立の**「担保物権」という物権が存在するわけではない。**
 - 「担保物権」が**債権に「付従」するのは**、「担保物権」が、別個・独立の権利ではなく、**債権に内在する「擧取力」そのものであることを示している。**
 - 「担保物権」という概念は、**「債権から独立し債権に優越するが、債権に付従する」という矛盾や、原則よりも多い例外を生じさせる**だけであって、物的担保の理解を妨げる**幻影**に過ぎない。

保証は債務か？

主たる債務と別個・独立なのに、付従するとは？

保証の冒頭条文と学説

- 第446条（保証人の責任等）
 - 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**。
- 通説（於保・債権総論（1972）254頁）
 - 保証債務は主たる債務とは**別個独立の債務である**（独立性）が、**主たる債務に付従する**（附従性）。

債務と保証とは**別個・独立の債務**であると考えたと、**付従性と矛盾する**。保証は、**物上保証**と同じく、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（**債務のない責任**）と考えるべきではないか？

債務と保証との違い

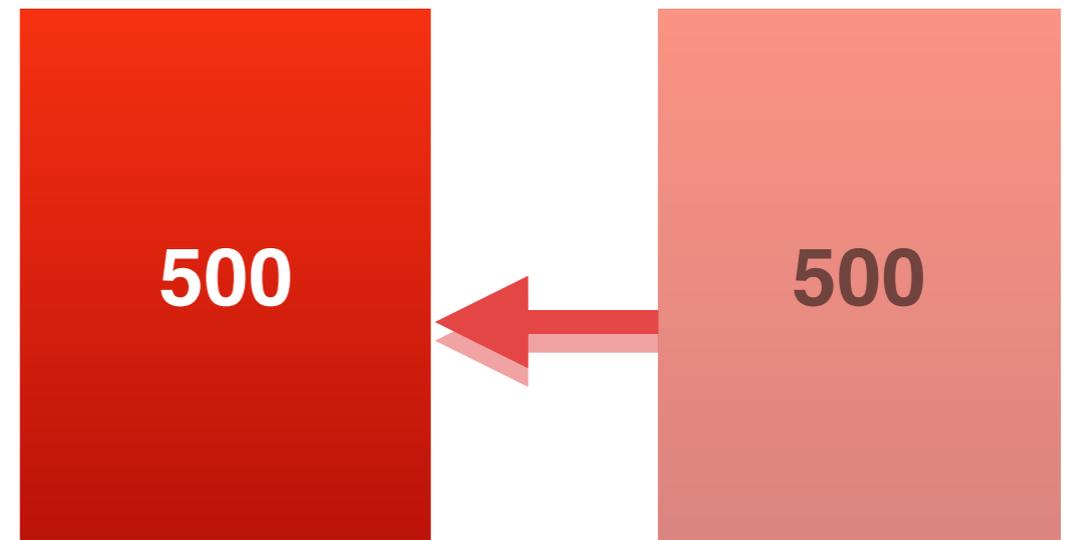
債務者が弁済する場合



債務者

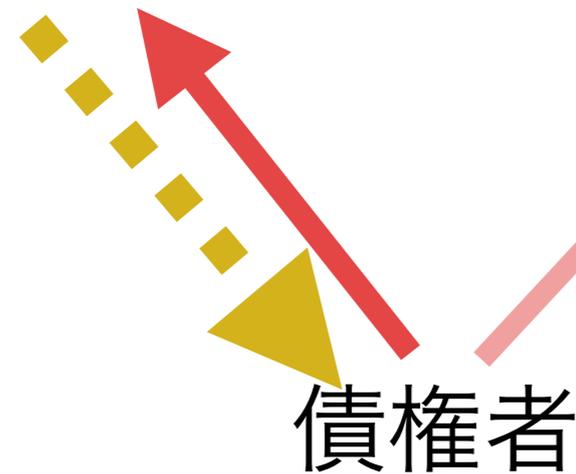
保証人

保証人が弁済する場合



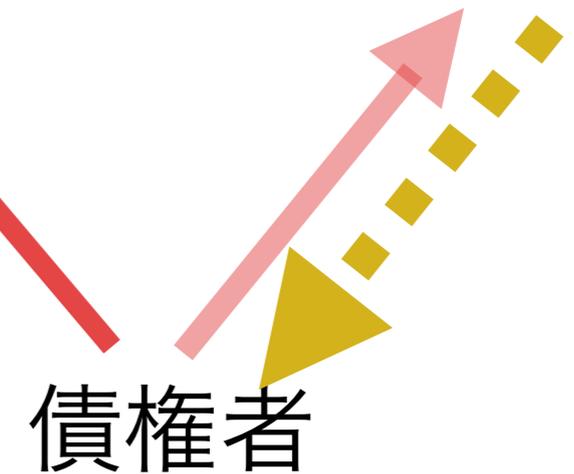
債務者

保証人



債権者

民法501条 債権者に代位した者は、求償できる範囲内において、債権者が有していた一切の権利を行使することができる。

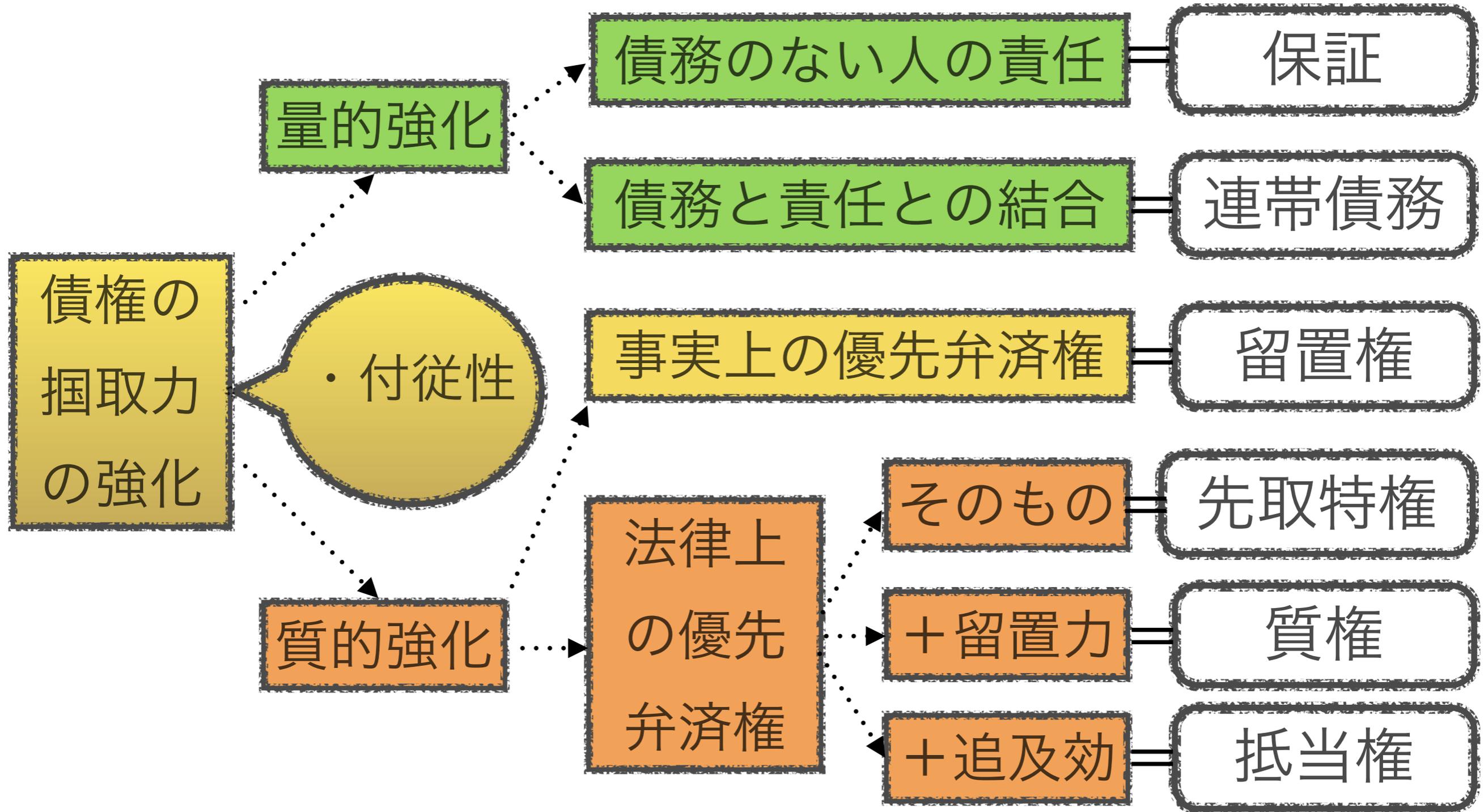


債権者

保証に関する結論

- 保証とは、債務者ではない第三者としての保証人が債務者の債務を肩代わりして履行する「**債務のない責任**」である。
 - 「**債務のない責任**」という点で、**保証**と**物上保証**とは共通する。両者の違いは、**保証**が債権額の限度内で**無限責任**を負うのに対して、**物上保証**の場合には**有限責任**しか負わない点にある。
- **保証債務という債務は存在しない。**
 - 通説のように、債務の他に**別個独立の保証債務がある**と考えると、**保証の付従性と矛盾する**。保証債務という考え方は、物上保証を含めた保証の理解を妨げる債権の**幻影**に過ぎない。

担保法の体系





Coffee break

目次

第1部 基礎編 (20分)

担保法のパラダイム	(体系が出来るまで)
物的担保	優先弁済権の定義条文
優先弁済権とは？	債権＝人に対する請求
債権か？物権か？	債権にも拘取力がある
物権として説明可能か？	物権＝物に対する支配
	優先弁済権の位置づけ
	債権者平等の原則と例外
	優先弁済権の順位
債権として説明可能か？	債権の対外効との関係
	優先弁済権＝債権の拘取力
人的担保	保証の定義条文
保証債務とは？	債務と保証との相違
債務か？責任か？	保証＝債務のない責任
新しいパラダイム	担保法の体系

第2部 応用編 (20分)

人的担保	(連帯債務を中心に)
連帯債務と保証	連帯債務の定義条文
	連帯債務の構造
連帯債務の付従性	相互保証説の評価
	免除の絶対的効力
	絶対的効力＝付従性
連帯債務の求償要件	相互保証理論の効用
共同の免責とは？	負担部分を超える弁済
通知は常に必要か？	事前・事後の通知
	連帯債務の場合
	昭和57年最高裁判決
	基本に戻って考える
	債務者は事前通知不要
まとめ	担保法革命の目的

連帯債務の冒頭条文と学説

3人の債務者が債権者からそれぞれ、300万円、200万円、100万円を借りることにして、債権者に対して連帯して債務を負うと約束したとする。この連帯債務は、どのような効果を生じるのだろうか？

- 民法432条（履行の請求）

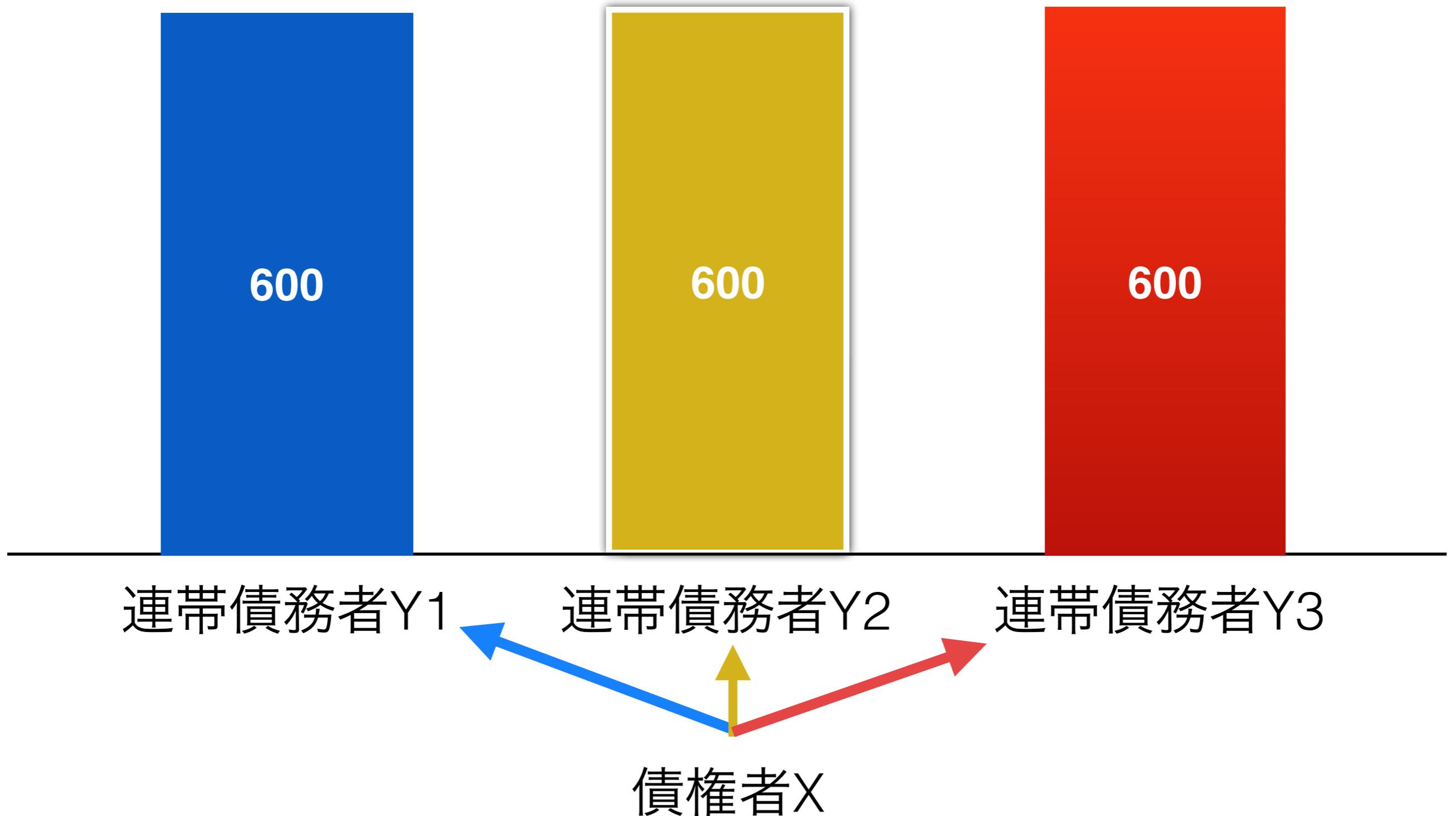
- 数人が連帯債務を負担するときは、債権者は、その連帯債務者の一人に対し、又は**同時に若しくは順次にすべての連帯債務者に対し、全部又は一部の履行を請求することができる。**

- 通説（我妻・債権総論（1954）401頁）

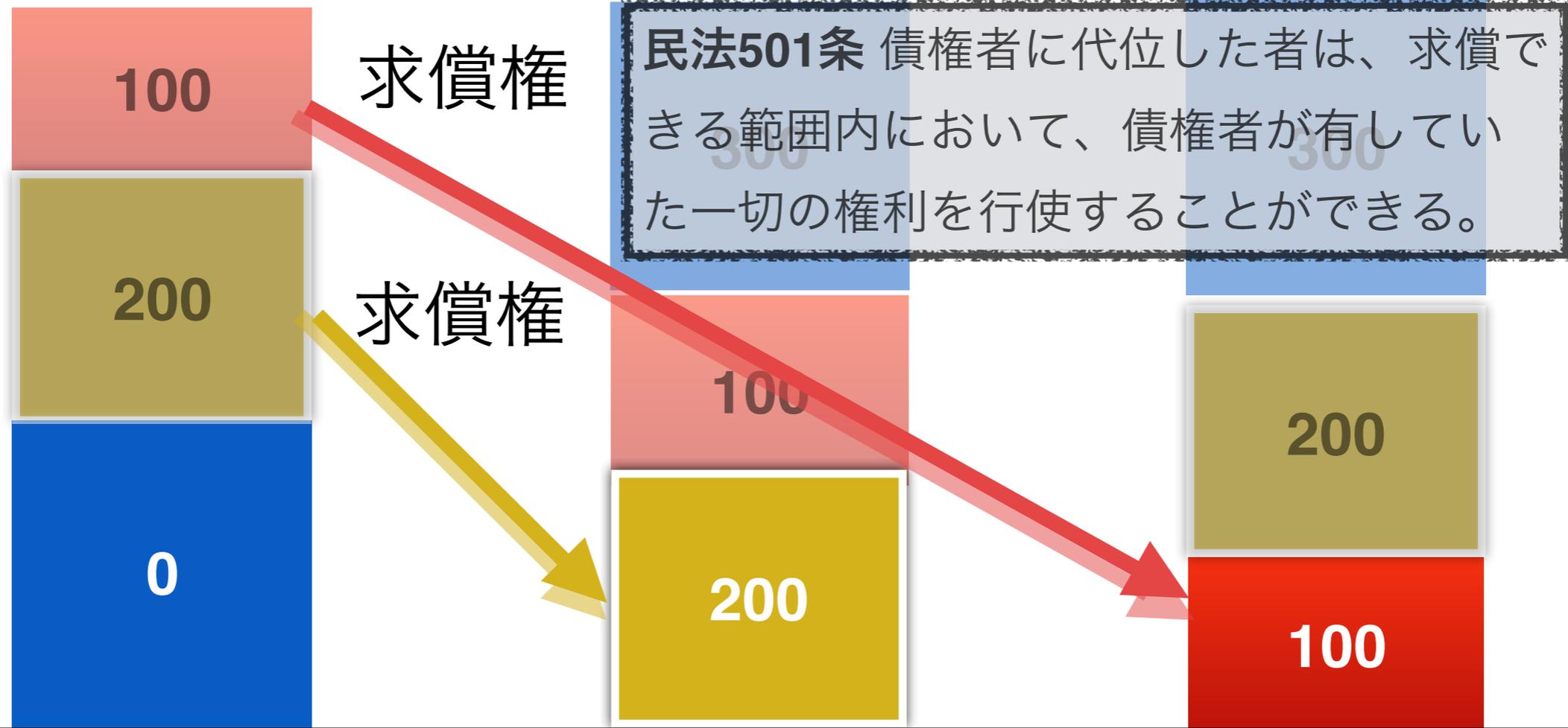
- 連帯債務とは、数人の債務者が、同一の給付について、**各自が独立に全部の給付をなすべき債務を負担し**、しかもそのうちの一人の給付があれば他の債務者も債務を免れる多数当事者の**債務**である。

連帯債務の構造

相互保証理論



連帯債務の弁済1



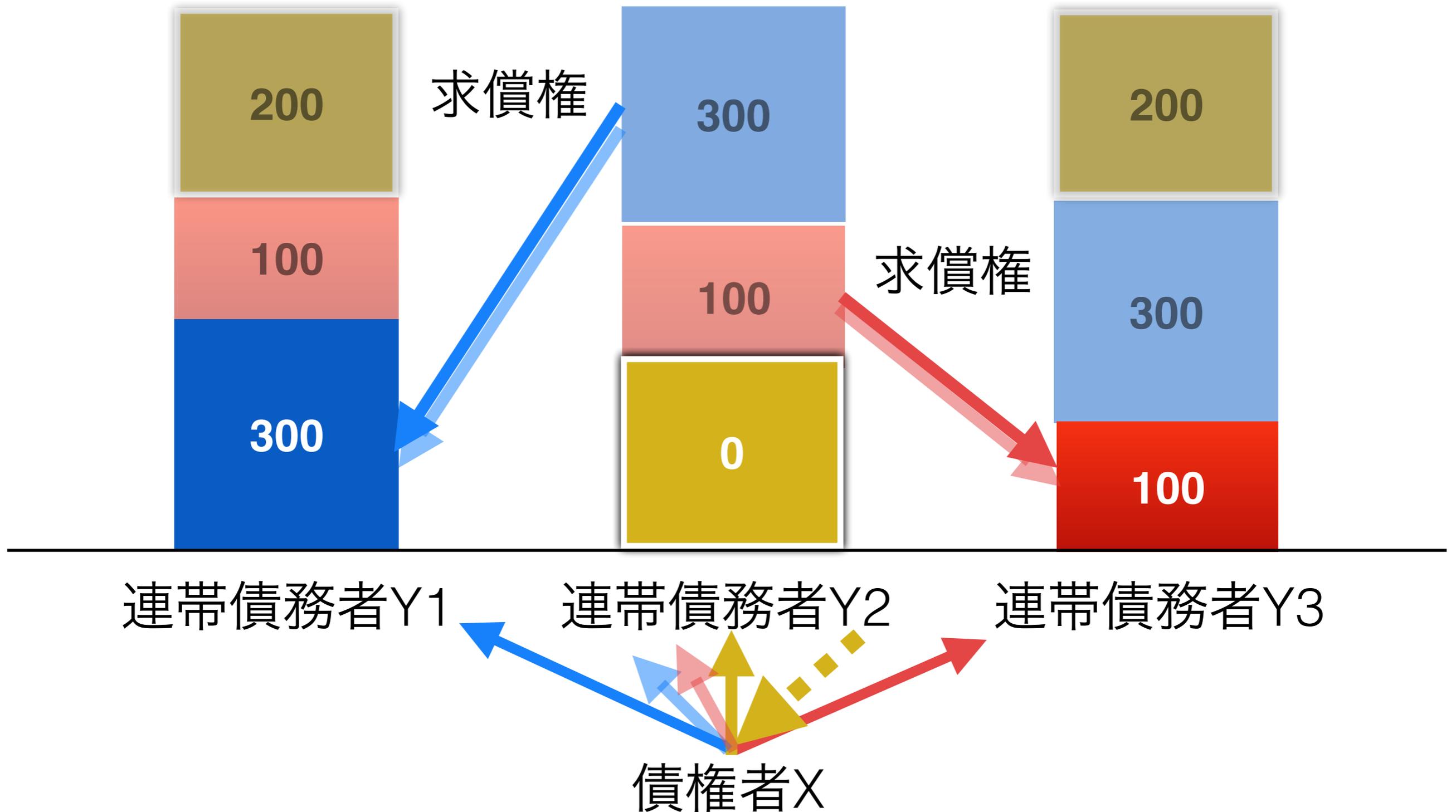
連帯債務者Y1

連帯債務者Y2

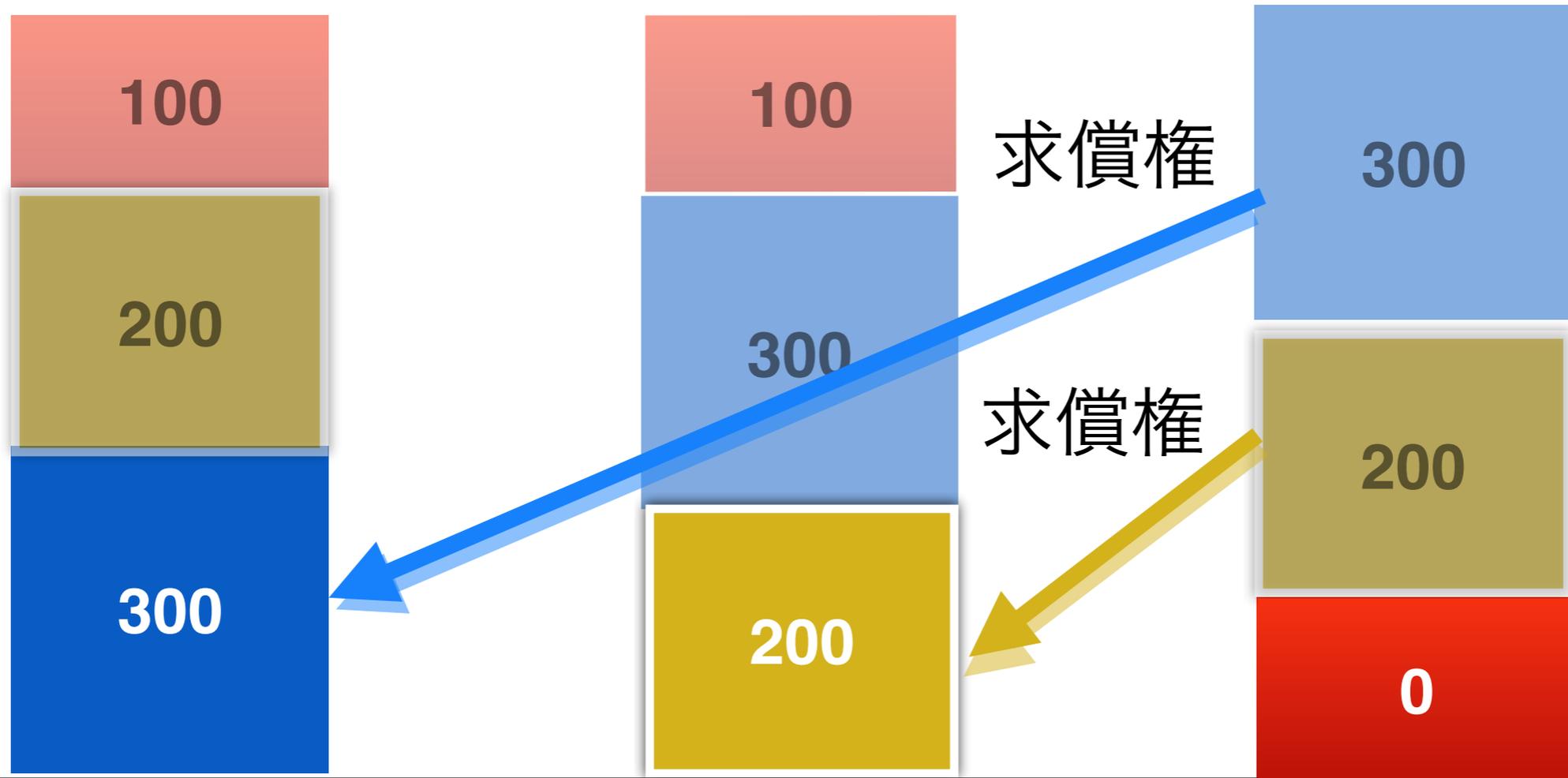
連帯債務者Y3

債権者X

連帯債務の弁済2



連帯債務の弁済3



連帯債務者Y1

連帯債務者Y2

連帯債務者Y3

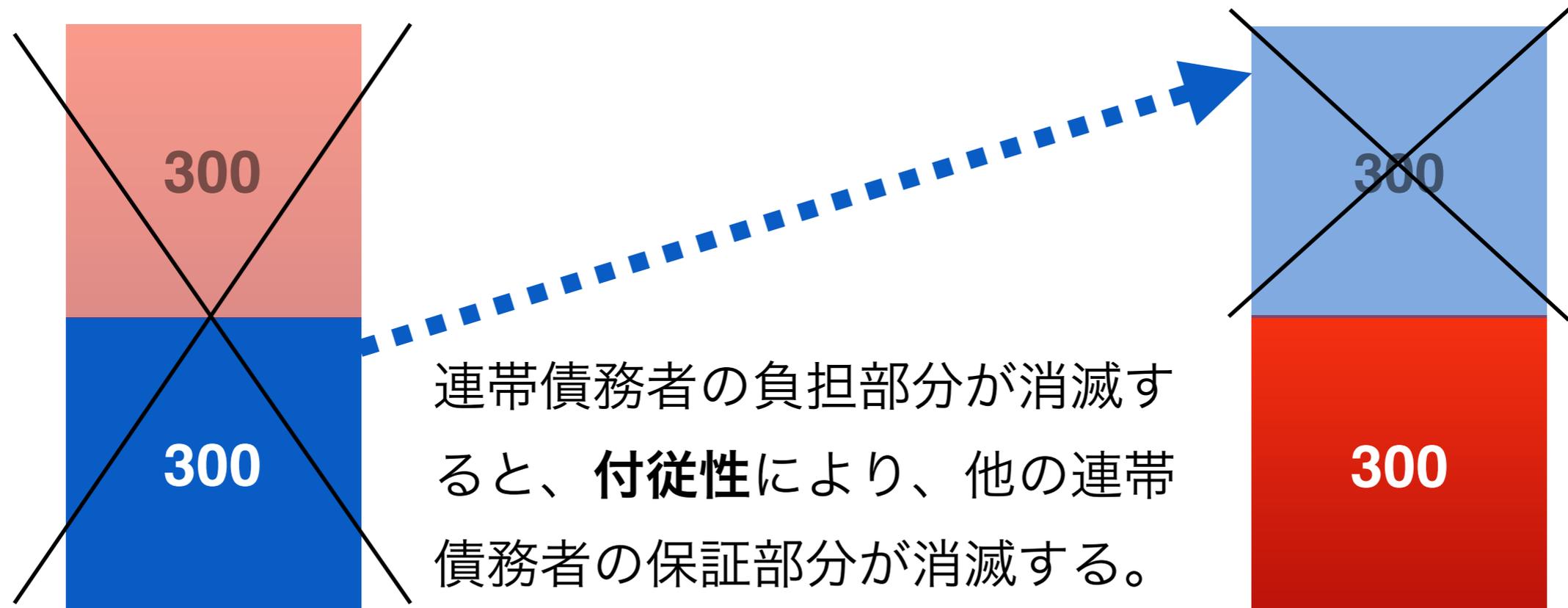
債権者X

連帯債務に関する 相互保証理論の評価

- 平井説（平井・債権総論（1994）327, 330頁）
 - 〔保証と異なり〕 **連帯債務においては、複数の債務の間に主従の別（付従性）が存在せず**、各自が同一内容の独立の債務を負担しているにとどまる（327頁）。
 - 〔相互保証〕説はきわめて明快であり、連帯債務を対人担保の側面において理解しようとする本書の立場の理論的根拠となるものではあるけれども、**負担部分を基礎とした効果を生じる場合以外の場合（435条〔更改：代物弁済〕、438条〔混同：民法438条によって弁済をしたものとみなされる〕）**についての説明に窮する（330頁）。
- 平井説は、相互保証理論を理解した上での批判のように見える（内田・民法III(2005)374頁も「**この考え方は明快で理解しやすいが、請求の絶対効などはうまく説明できない**」としている）が、**連帯債務には付従性が存在しないとしていることから、相互保証の本来の意味を理解せずに批判している**ことがわかる。

免除の絶対効のメカニズム

- 第437条（連帯債務者の一人に対する免除）
 - 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。**



連帯債務者の一人について生じた事由の 他の連帯債務者に対する効力

- **第440条**（相対的効力の原則）

- 第434条から前条までに規定する場合〔**履行の請求**、**更改**、**相殺**、**免除**、**混同**、**消滅時効**〕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。

- **絶対的効力**

- 一人の連帯債務者の負担部分（本来の債務）の消滅によって、他の連帯債務者の保証部分が**付従性によって消滅する（免除、消滅時効の絶対効）**。
- **負担部分を超えた弁済（満足消滅）**の場合（弁済のほか、更改・代物弁済、相殺、混同）は**付従性のほかに求償権（通説によれば、全部消滅）が生じる**。
- 唯一の例外である「履行の請求」は、**民法457条1項**（主たる債務者に対する**履行の請求**その他の事由による時効の中断は、**保証人に対しても、その効力を生ずる（広い意味での付従性）**）に基づいている。

連帯債務者間の求償の要件

現行民法の規定

民法442条（連帯債務者間の求償）

(1)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。

民法465条（共同保証人間の求償）

第442条...の規定は、...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。

旧民法の順序への復帰

民法465条（共同保証人間の求償）

数人の保証人がある場合において、...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**は、他の保証人に対し、各自の負担部分について求償権を有する。

民法442条（連帯債務者間の求償）

(1)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**、第465条の規定を準用する。

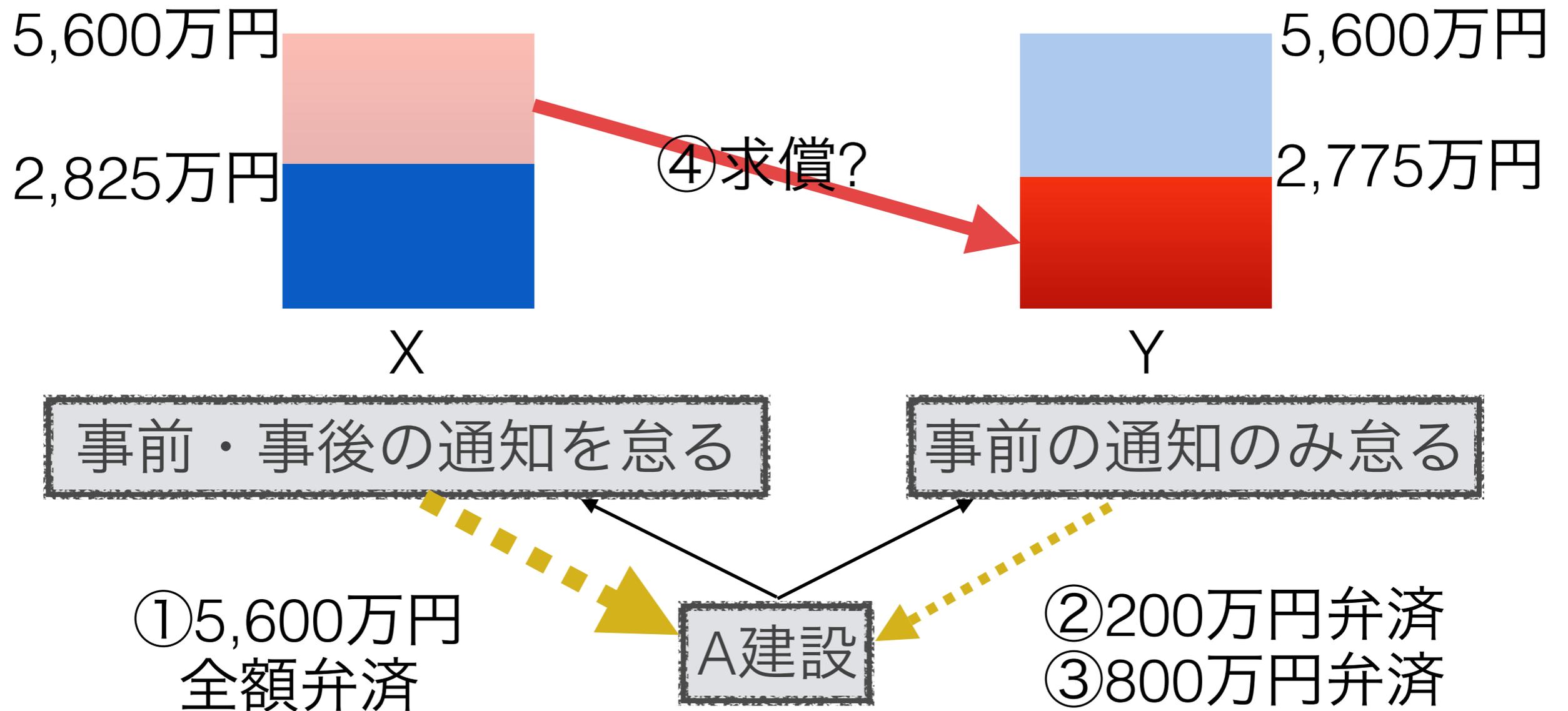
連帯債務者の求償の要件としての負担部分を超える弁済

- ヨーロッパ契約法原則10:106条
 - 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部分を限度として、自らの**負担部分を超える部分を求償することができる。**
(潮見他・ヨーロッパ契約法原則III (2008) 32頁)
- 現行民法 第489条 (法定充当)
 - 二 すべての債務が弁済期にあるとき、又は弁済期にないときは、**債務者のために弁済の利益が多いものに先に充当する。**

相互保証理論のまとめ

- 絶対的効力（民法434条～439条） と 相対的効力（民法440条） の説明
 - 免除、消滅時効の絶対的効力 ... 負担部分の消滅と付従性による保証部分の消滅。
 - 弁済、更改・代物弁済、相殺、混同の絶対的効力 ... 負担部分を超えた弁済（満足消滅）に基づく、付従性による保証部分の消滅、並びに、求償権の発生、および、弁済による代位（通説によれば、全部消滅）。
 - 請求の絶対的効力 ... 民法457条1項（主たる債務者に対する**履行の請求**その他の事由による時効の中断は、保証人に対しても、その効力を生ずる（広い意味での付従性））
- 相互保証理論の効用（価値中立性）
 - 債務（負担部分）と保証（保証部分）とを厳密に区別するため、上記のように、連帯債務者の一人に生じた事由の絶対的効力、相対的効力のすべての現象を条文から**演繹的に説明**できる。
 - 連帯債務について**どのような説を採用しても**（例えば、一部弁済の場合の割合的充当説、一部免除の場合の諸学説など）、その説を条文から**演繹的に説明**できる。

求償の要件としての 事前の通知・事後の通知



求償の要件としての 事前・事後の通知の条文

- **第443条**（通知を怠った連帯債務者の求償の制限）

- 1〔**事前の通知**〕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。...

- 2〔**事後の通知**〕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。

最二判昭57・12・17

民法判例百選II第22事件

- 連帯債務者の一人〔Y〕が弁済その他の免責の行為をするに先立ち他の連帯債務者〔X〕に対し民法443条1項の通知をすることを怠った場合は、すでに弁済その他により共同の免責を得ていた他の連帯債務者〔X〕に対し、同条2項の規定により自己の免責行為を有効であるとみなすことはできない。

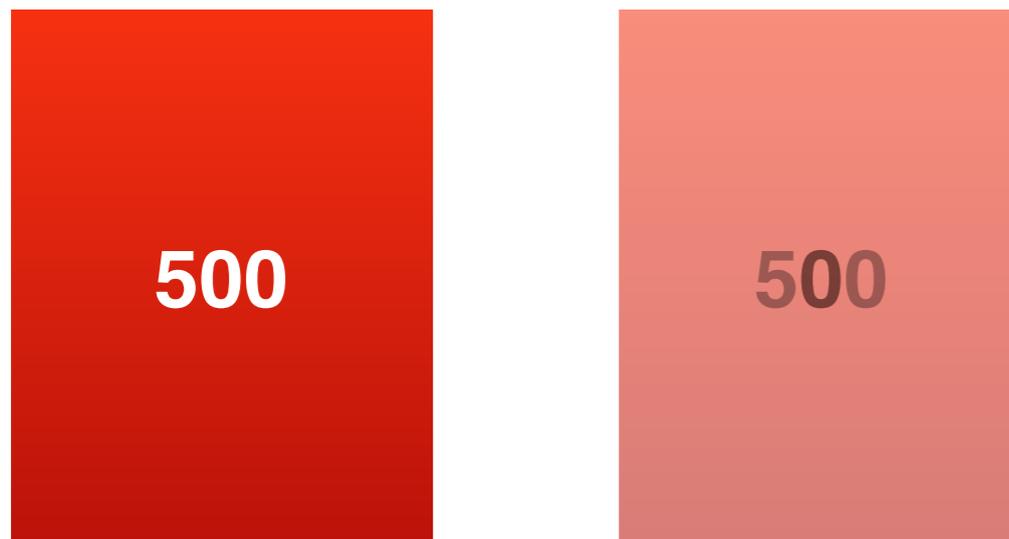
保証の場合の求償の要件 としての事前・事後の通知

- **第463条**（通知を怠った保証人の求償の制限）
 - 1 **第443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443条の規定〔のうち、2項の事後の通知について〕は、主たる債務者についても準用する。**

負担部分の弁済 ← 債務者

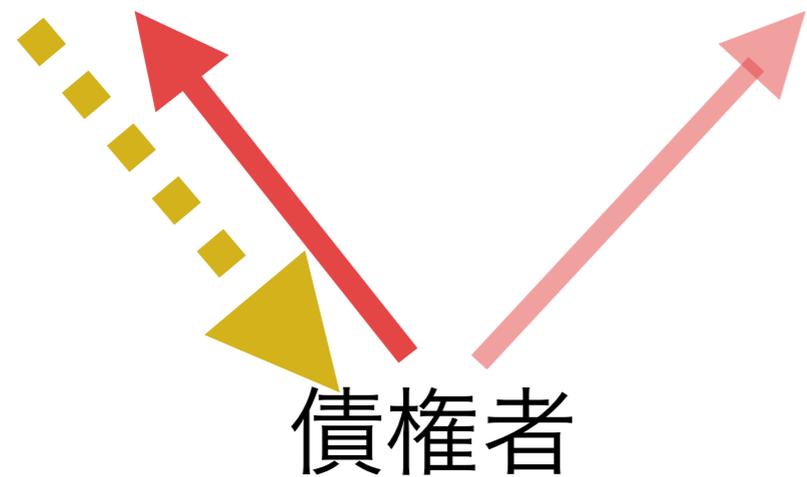
連帯部分の弁済 ← 保証人

債務者が弁済する場合



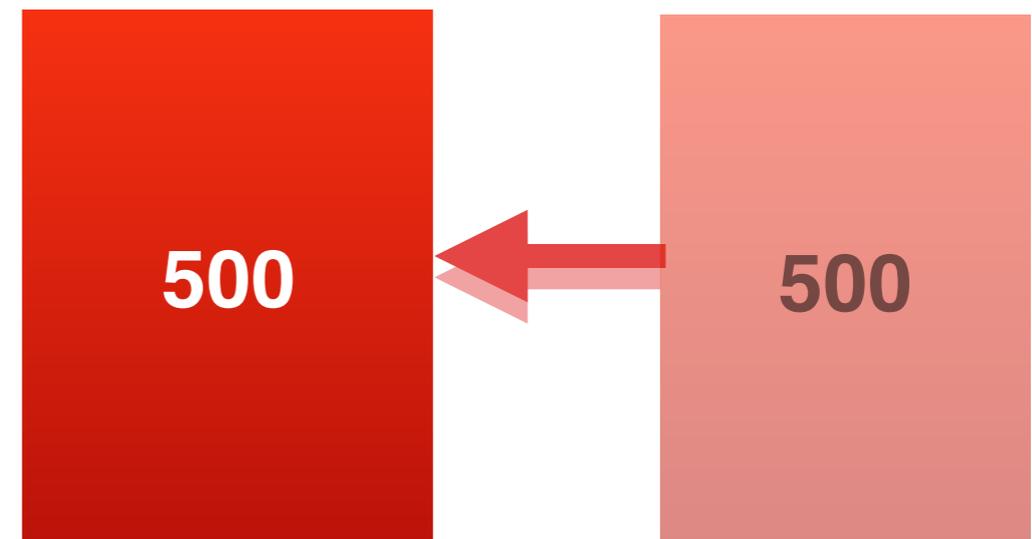
債務者

保証人



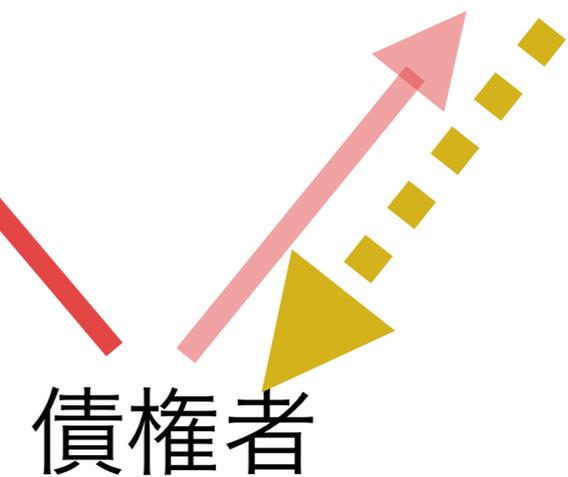
債権者

保証人が弁済する場合



債務者

保証人



債権者

保証の基本に戻って考える

- 連帯債務者が**負担部分の範囲内**で弁済等をする場合
 - =**債務者**として弁済その他の出捐行為をする場合に該当する
 - **事前の通知は必要がない**（求償が生じないから）
 - 事後の通知は、**委託を受けた保証人に対してのみ**義務づけられている（民法463条2項）
- 連帯債務者が**負担部分を超えて**弁済等をする（**共同の免責**を得る）場合
 - =**保証人**として弁済その他の出捐行為をする場合に該当する
 - **事前の通知が必要**である（求償の要件として）
 - **事後の通知も必要**である（二重弁済しないように）

担保法革命のめざすもの

- **保証債務という債務は存在しない**
 - 債務を肩代わりして履行する保証人の求償権を保護すべきである。
 - 求償権を妨げる制度や契約は無効とすべきである。
- **担保物権という物権は存在しない**
 - 債権の優先弁済効に過ぎない抵当権と、賃借権との調和を実現する。
 - 売買と同様「抵当権は対抗力を有する賃貸借を破らず」を実現する。
- **従来の担保法の考え方の破壊**
 - 例外ばかりで暗記に頼らざるえない担保法の現状を打開したい。
 - 担保法の体系の構築により、学問的発展のための契機としたい。

人的担保法の課題

保証人の求償権の保護の徹底

- 克服されるべき判例（判例は、信義則上の義務まで破壊しようとしている）
 - 保証人に対する関係における**債権者の担保保存義務を免除**し、保証人が本条により享受すべき利益をあらかじめ放棄する旨を定めた**特約は有効**である。（最判昭48・3・1金融法務679-34）
 - 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。**これに反するいかなる契約条項も書かれなかったものとみなす。**
- 克服されるべき債権法改正の基本方針（委託を受けた保証人の保護に反する）
 - 3.1.7.11 **保証人の事前求償権**
 - 現行民法460条（保証人の事前求償権）の規定は、**削除**する。
 - 立法提案は債権者保護に偏っている。債権者に権利適宜執行義務を課すことで十分と考えているが、**保証人のイニシアティブによる方法も併存させるべき**である。
 - ドイツ民法775条においても、また、フランス民法典2307条においても、事前求償権が維持されていることに対する考察なしに、削除提案がなされているのは不可解。

物的担保法の課題

抵当権は対抗力を有する賃貸借を破らず

- [我妻栄・担保物権（1968）297-298頁]
- 根本に遡れば、**抵当不動産をみずから用益する者が、競売によって、その用益者としての地位を覆滅されることも批判の余地のある問題である。**けだし、現代における不動産所有権は、漸次、客体を物質的に利用する内容を失い、これを他人に物質的に利用させて対価を徴収する機能に転化しようとしているのであり、法律の理想も「所有」に対する「利用」の確保へと向かいつつあるときに、不動産所有権の上の**抵当権が終局において不動産の「所有」と「利用」の両者を把握する結果となることは、右の法律理想を裏切るものである。**
- 不動産所有権の上の抵当権もまたその不動産の対価徴収機能の有する交換価値だけを把握するものとなし、**目的物の物質的利用権は抵当権によって破壊されないものとするのが、「所有」と「利用」の調和を図ろうとする現代法の理想を貫くもの**であり、また価値権と利用権との間の真の調和を図るゆえんであると思われる。
- 現行の制度をして直ちにこの理想に達せしめることは不可能であろう。しかしわれわれはここに**現行法解釈の目標と理想と**をおくべきである。

ご静聴ありがとうございました



2011年10月9日

明治学院大学法科大学院教授 加賀山 茂