

Title	分別の利益に関する一考察
Author(s)	齋藤, 由起
Citation	阪大法学. 2019, 69(3-4), p. 291-315
Version Type	VoR
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/87237">https://doi.org/10.18910/87237</a>
rights	
Note	

*Osaka University Knowledge Archive : OUKA*

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

Osaka University

# 分別の利益に関する一考察

齋藤由起

## 一 はじめに

民法四五六条は、同一の主債務に複数の保証人がいる場合（共同保証）における債権者と各保証人の関係において、「数人の保証人がある場合には、それらの保証人が格別の行為により債務を負担したときであっても、第四百二十七条の規定を適用する」と規定する。そして、同条が準用する四二七条は、「数人の債権者又は債務者がある場合において、別段の意思表示がないときは、各債権者又は各債務者は、それぞれ等しい割合で権利を有し、又は義務を負う」とし、債権債務に関する分割主義を定めている。これにより、わが国では、共同保証人が、原則的に保証人の数に応じて分割された保証債務を負うことを、分別の利益と呼んでいる。右の二か条については、二〇一七年の民法（債権関係）改正（平成二九年法第四四号。以下では、「平成二九年改正」と呼ぶ。）によって改正されず、現行規定が維持された。

分別の利益の解釈については、二〇一八年一月頃より、日本学生支援機構（以下では、「同機構」と呼ぶ）の奨学金返還債務の保証をめぐる問題が報道されている。<sup>〔1〕</sup>

同機構の現在の制度によると、同機構から奨学金を借り入れる際には、主債務者たる奨学生の父か母による連帯保証人一名と四親等内の親族による単純保証人一名（同機構はこれを「人的保証制度」と呼んでいる）、または有償の機関保証制度のいずれかを担保として提供しなければならない。<sup>2)</sup>

人的保証制度を利用する場合、連帯保証人が全額支払義務を負うのに対し、単純保証人は、連帯保証人を含めた人数に応じて分別の利益を有する<sup>3)</sup>。しかし、同機構は、主債務者と連帯保証人に支払能力がないと判断した場合にのみ単純保証人に対して分別の利益を知らせずに全額の支払を請求し、保証人から分別の利益が主張された場合にのみ「減額」に応じており、これが法律知識の有無による不公平を生じているとして問題視された<sup>4)</sup>。分別の利益に関する知識なくして奨学金債務の全額を既に返済していた保証人の一部は、同機構を相手取って、分別の利益に基づき支払義務を負う半額を超える分の返還と慰謝料の支払を求めて訴訟も提起したという<sup>5)</sup>。

また、すでに本人による未払額の半額を超えて支払っていた保証人が、最初の新聞報道の後に同機構からの残額請求に対して分別の利益を主張した場合において、同機構は、分別の利益の主張時における残額の半額の支払をさらに請求しており、このことが「過大請求」であると批判された<sup>6)</sup>。後に、同機構は「法解釈の誤り」を認め、保証人が分別の利益を主張した後に支払った部分について返還を認めた<sup>7)</sup>が、他方で、分別の利益の主張前に主債務者の未払額の半額を超えて支払っていた分の弁済は有効であるとする解釈を示したという<sup>8)</sup>。

これらの問題によって同機構が批判を受ける背後には、同機構の公的機関としての立場や、奨学生との情義的な関係（親族関係）に基づく個人である保証人との法知識の格差に照らし、同機構が保証人に対して分別の利益について説明する信義則上の義務ないし社会的責任を負うべきであるという共通認識があるといえよう<sup>9)</sup>。しかし、このような事情があることを考慮に入れたとしてもなお、右の諸問題を生じさせた本質的原因は、分別の利益の理論的

な不明確さにあることは言うまでもない。実際、実務では連帯保証が利用される場合がほとんどであるため、分別の利益が問題となった判例・裁判例は極めて少なく、学説においても、分別の利益の当否にとどまらず、四五六条が適用されることを前提に分別の利益の内容を理論的に検討した論考はわずかであった。<sup>(10)</sup>

そこで、本稿では、分別の利益の沿革や存在意義をめぐる議論に関しては先行研究に譲り、<sup>(11)</sup>平成二九年改正による四五六条の無改正の意味を踏まえ、共同保証における分別の利益の解釈について、とりわけ右の諸問題に焦点を絞り、実体法上の問題と訴訟法上の扱いに注意しながら、従来の学説を整理しつつ検討し、あるべき解釈を示したい。

## 二 分別の利益の再定位

民法の起草者が、共同保証人に分別の利益を原則として認めた趣旨は、「保証人を保護し、法律関係を簡明にする」<sup>(12)</sup>ためではなく、債権債務関係における分割主義の原則（四二七条）を共同保証関係において貫くためであった。<sup>(13)</sup>

学説では、分別の利益によって債権者が各保証人に全部の履行を請求できず、無資力の保証人の負担部分が債権者の損失となるため、分別の利益は担保力を強化するために複数の保証人を求める債権者の意思や保証目的に適合しないと、古くから、立法論として廢止論が強く、<sup>(14)</sup>保証人保護の観点から分別の利益を支持する論者はごく一部にとどまっていた。<sup>(15)</sup>既に指摘されている通り、一九九〇年代以降の基本書においては、分別の利益の当否が私見として述べられること自体がなくなっていた。<sup>(17)</sup>

こうした中、民法（債権法）改正検討委員会の基本方針【三・一・七・〇八】においては、実務上は連帯保証の利用によって分別の利益が問題となる場面は極めて少ないとしながらも、分別の利益を否定し、共同保証人は保証

連帯により全部支払義務を負うことが提案された。分別の利益の廃止は、法制審議会民法（債権関係）改正部会の第一ステージにおいても提案され、強い支持もあったが、保証人の利益のためになる条文は改正しないという理由で、維持されることになった。<sup>(20)</sup> 結果的に、四五六条の文言は現行規定から一言一句変更されなかったが、右の無改正の経緯に照らせば、同条は、今後、<sup>(21)</sup> 保証人の保護のための規定として再定位されなければならないだろう。したがって、同条が共同保証人の数に応じて保証人の負担を軽減するタイプの共同保証類型をデフォルト・ルールとして定めたものであることを正面から認めていく必要がある。このような解釈を推し進めても、債権者を不当に害することにはならないであろう。というのも、債権者は、保証人の数を増やして担保力を強化したければ、各共同保証人と連帯保証の特約を結んだり、<sup>(22)</sup> 各共同保証人と全額支払特約を結ぶか各共同保証人に分別の利益を放棄させること（保証連帯<sup>(23)</sup>）によって、積極的に分別の利益を排除することができるからであり、<sup>(24)</sup> 今までも実際にそのようなされてきたからである。

奨学金返還債務の保証においても、同機構が、両親と四親等内の親族をいずれも連帯保証人とせず、親族を単純保証人ととどめていることから、両親と親族等の奨学生本人との人的関係性の緊密性の違いを考慮し、親族等の保証人としての責任を軽減しようとしてきたことが推測される。

### 三 分別の利益の内容

#### 1 「抗弁権」と「抗弁」

奨学金債務の共同保証の例において、同機構は、分別の利益について次のように説明する。保証人は、「本機構

に対し、申し出ることによって、保証人が返還すべき金額を、請求額の二分の一にすることができず。この申し出は、法律（民法）で定められている『分別の利益』という保証人の権利（抗弁権）です。<sup>(25)</sup>

同機構の理解によれば、分別の利益は、保証人がその効果としての保証債務の分割の効果を得るために、保証人からの「申し出」を要する「抗弁権」である。しかし、「抗弁権」や「抗弁」という用語は、実体法及び訴訟法において多義的に用いられているところ、<sup>(26)</sup>右説明のいう「申し出」や「抗弁権」がいかなる法的意味を有するのかが、明らかではない。

実体法上の「抗弁権」とは、「他人の請求権の行使を阻止しうる効力をもつ権利」<sup>(27)</sup>を意味し、原告の訴訟上の請求を排斥するために、被告が証明責任を負う防御方法を意味する訴訟上の「抗弁」とは区別される。<sup>(28)</sup>本稿では、この意味で「抗弁権」と「抗弁」の用語を使い分けることにする。

## 2 分別の利益と「抗弁権」

右の区別に従い、まず、分別の利益が、実体法上の「抗弁権」に該当するかを検討する。

一の冒頭でも述べたように、四五六条及び四二七条の文言から素直に解釈すれば、共同保証人は、主債務の額を平等の割合で分割した額についてしか保証債務を負担しないこと（以下では、「当然分割構成」と呼ぶ）<sup>(29)</sup>が導かれる。四五六条の趣旨に遡っても、同条は、比較法的には分別の利益を否定する国が多い状況の下で、共同保証人が全額について責任を負うという誤解が生じるのを避けるため、わざわざ、分割主義を採用することを明文化したものであるからである。<sup>(31)</sup>条文の構造上も、分別の利益の効果発生を当事者の主張（援用）に委ねる構成（以下では、「抗弁権構成」と呼ぶ）をとるならば、原則として保証人に全部支払義務を負わせて分割主義の原則を否定したうえで、

保証人からの請求による分割請求を認める旨の規定をおかなければならないであろう。<sup>(32)</sup>

抽象的には、実体法上の抗弁権が存在する前提として、債権者に有効な権利が存在しなければならぬところ、保証人は当初から分割された債務しか負担しないので、抗弁権が存在する前提を欠くといえる。<sup>(33)</sup> 古い学説が、分別の利益は、保証人の分割の意思ないし主張の有無にかかわらず、法律上、保証人が数人存在するという事実のみによって当然に生じると述べてきたことも、<sup>(34)</sup> 分別の利益が抗弁権ではないという理解を意味していると考えられる。

実質論としては、分別の利益が、保証人の保証意思との関係でどのように正当化されるのが問題となる。例えば、Xに対するYの一〇〇万円の金銭債務のために、AとBが、それぞれ別個の契約によって単純保証人となり、分別の利益は特約によって排除されていないとする。この場合、AもBも、一〇〇万円の元本全額及びその利息、遅延損害金を主債務として保証する意思を有するのであるから、その保証意思を尊重すべきだと考えるのであれば、<sup>(35)</sup> 分別の利益は一種の免責手段として位置づけられ、その利益を享受するかどうかを保証人の自由な決定に委ねるべく、抗弁権と捉えるのが適切だということになりそうである。

しかし、保証債務の未必性に照らしてみると、保証人が保証意思を有する額というのは、保証人が主債務者に代わって弁済する覚悟を決めた最大限度額である。保証人が実際に支払うべき額が主債務者の弁済や他の担保の実行等によって縮減し得ることは当初から予定されており、そうなる方が保証人にとって望ましい。したがって、他の保証人の存在によって保証債務が当然に分割され、保証人の負担額が小さくなったとしても、保証人の意思に反することにはならないと思われる。

もつとも、当然分割構成と抗弁権構成の違いは、裁判においては、主張・立証責任との関係で一定程度相対化されざるを得ない（2で検討する）。両構成の相違は、分別の利益による負担額を超えた弁済があった場合に、超過

して弁済した部分（以下では、「超過部分」と呼ぶ）についての不当利得返還請求権の成否として顕在化する（3で検討する）。以下では、当然分割構成を前提として、右の二点について検討する。

## 2 分別の利益の主張・立証責任

実体法上、保証債務が当然に分割されるとはいえ、共同保証人の一人に対する保証債務履行請求権が訴訟物となる民事裁判において、分別の利益は「抗弁」事由となる。すなわち、分別の利益は、訴訟物たる権利を一部否定する手段となるため、被告である共同保証人が、分別の利益を基礎づける事実として、同一の主債務について自己の他にも共同保証人が存在することについて、主張・立証責任を負う<sup>36)</sup>。その意味では、厳密な意味で、分別の利益による保証債務の分割は当然に生じるわけではない<sup>37)</sup>。共同保証人が他の共同保証人の存在を知らなかったとしても、実体法上は分割の効力発生に影響しないけれども、事実上、保証人としては裁判で主張・立証する術を欠くこととなる。ただし、複数の保証人が共同被告である場合には、請求原因において共同保証人の存在が請求原因に現れるので、共同保証人の側で他の共同保証人の存在を主張・立証する必要はない<sup>38)</sup>。

ところで、当然分割主義と主張・立証責任の関係は、共同保証の場合に特有のものではない。四二七条が直接適用される分割債務の場合にも、債務者の一人が被告となるときは、債務者の側で、他の債務者の存在について主張・立証責任を負う<sup>40)</sup>。しかし、分割債務は、一個の契約や共同相続といった同一の原因によって生じるのが通常であるため、債務者が他の債務者の存在を知り得るし、後に新たな債務者が分割債務者として加入することもまずない。これに対し、共同保証の場合には、債権者と複数の共同保証人が、同時に、主債務発生契約の契約書の保証人欄に署名押印することで共通の保証契約書を作成して保証契約を結ぶ場合もあるが、各保証契約は債権者と各保証

人間で締結される別個の契約であるから、「各別の行為により債務を負担」することが条文中想定されており（四五六条）、複数の保証人がそれぞれ異なる時に保証契約を締結する場合などには、保証人が、他の保証人の存在を知り得るかどうかは偶然の事情に委ねられているといふほかない。全保証契約の当事者の中では、債権者のみが、全ての保証人の存在を知り得る存在であるが、現状において、債権者に各保証人に対して他の保証人の存在を知らせる義務は確立していない。

なお、同機構の奨学金返還債務の保証の場合には、奨学生本人と保証人・連帯保証人に人的関係の緊密性（親族関係）があることはもとより、それを措いたとしても、筆者の手にある二〇〇五年三月作成の同機構の返還誓約書（借用証書）によれば、一枚の用紙に奨学生本人・連帯保証人・保証人の順で記載欄があることから、保証人は他の保証人（連帯保証人）の存在を容易に知り得るといえよう。

### 3 分別の利益による負担額を超えた弁済と不当利得返還請求の可否

#### （一）不当利得返還請求権の成否

共同保証人の一人が、分別の利益による自己の負担額を超えて弁済した部分（超過部分）について、債権者に対して不当利得返還請求をすることができるかについては、これを否定する見解も述べられているが、その根拠は明らかでない<sup>(4)</sup>。

この点、抗弁権構成によれば、分別の利益を主張せずにされた弁済は全部有効であるため、不当利得返還請求権が成立する余地はない。

これに対し、当然分割構成によれば、共同保証人は、分別の利益によって算出された負担額を超えた部分につい

では何らの義務を負わないから、超過部分の弁済は、他人の債務の弁済、すなわち、他の共同保証人が負う保証債務の弁済であり、<sup>(43)</sup>また、保証債務が主債務の肩代わりの実質を有することに照らせば主債務の弁済であるともいえる。<sup>(44)</sup>この場合について、四六五条二項は、分別の利益を有する共同保証人が超過部分を支払った場合に、他の共同保証人に対し、無委託保証人の主債務者に対する求償権に準じた範囲で求償権を取得することを規定しているが、同項について、たとえば、我妻栄は次のように説明する。

「共同保証人が分別の利益を有するときは、その分割負担額以上は、債権者に対する関係でも、これを弁済すべき義務はない。然し、共同保証人の一人がこの分割負担額を越える額を弁済するときは、主たる債務はそれだけ消滅し、従ってまた、他の共同保証人の分割負担額も縮減する（全額の弁済でないときは負担部分に応じて縮減すると解すべきであろう）。だから、あたかも委託のない保証人が弁済した場合の主たる債務者との関係に類似する（直接には事務管理となるわけだが…）<sup>(45)</sup>」。

たしかに、共同保証人の一人が、超過部分を他の共同保証人の債務と知って弁済した場合には、債権者との関係では他人の保証債務の第三者弁済として有効になり、右の説明のように、他の共同保証人や主債務者との関係では事務管理となり、それぞれに対して求償権を取得する（四六五条二項・四六二条）。しかし、一般に、第三者が自己を債務者と誤信して弁済した場合には、弁済は無効であり、債権は消滅せず、不当利得が成立する。<sup>(46)</sup>共同保証人が超過部分を自己の債務と誤信して支払った場合にも、債権者に対する不当利得返還請求権が成立するはずである。この点、分別の利益を有しながら超過部分を弁済する共同保証人の中には、超過部分を自己の債務と誤信している者が一定数いることが予想されるところ、四六五条二項が共同保証人による超過部分の弁済による不当利得の成立可能性を排除しているのが問題となる。<sup>(47)</sup>しかし、起草者はそのような問題を想定していないようにみえるし、<sup>(48)</sup>学

説の大半も、我妻説と同様に、共同保証人間に事務管理の関係を生じることと言及しているだけであり、判然とし(49)ない。分別の利益自体に否定的な学説が多数説であったことに鑑みれば、分別の利益を制限的(抗弁権的)に捉え、保証人がこれを主張せずに超過部分を支払った場合には他の共同保証人に対する事務管理を擬制し、債権者に対する不当利得の成立可能性を封ずることによって、分別の利益によって債権者に生じる不利益を最小化する解釈もあり得るが、このように明言する学説には出合っていない。むしろ、古い学説には、超過弁済部分を非債弁済として債権者から取り戻し得ることを肯定するものがある。(50)民法が分別の利益による保証債務の当然分割を予定しており、また、共同保証人が弁済時に他の共同保証人の存在を必ずしも知り得ないことからすれば、超過部分を自己の債務として弁済した共同保証人の債権者に対する不当利得返還請求権の成立を否定すべきでないと思われる。

他人の債務を自己の債務と誤信して弁済した者が、給付したものの返還を不当利得によって請求するには、請求原因として、自己が債務者でなかったこと、及び錯誤によって弁済したことについて、主張・立証責任を負う。(51)右の各事由のうち、錯誤による弁済が、他人の債務の弁済が第三者弁済(四七四条)として有効にならないこと、すなわち法律上の原因がないことを基礎づける。これに対し、七〇七条一項は、善意で債権の喪失ないし行使困難に陥った債権者を保護するという趣旨に基づいて、右の不当利得返還請求権の障害事由を定めた規定である。(52)そのため、有効な弁済を受けたとの誤信による証書の毀滅、担保放棄、その債権の時効消滅について、弁済受領者である債権者が主張・立証責任を負う。(53)

そのため、分別の利益を有する共同保証人が、超過弁済した部分を不当利得として返還請求する場合には、まず、他人の債務を「錯誤によって弁済をした」といえるかが問題となる。

「錯誤によって弁済をした」とは、他人の債務を自分の債務と誤信して債務者として弁済した場合を指す。この

点について、大判昭和六年四月二二日民集一〇卷五号二二七頁は、身元保証人の相続人が、先代の死亡後に被保証人たる被用者が起こした横領行為に基づく損害賠償債務について、身元保証人の責任は相続人に承継されないこと（当時の判例〔大判昭和二年七月四日民集六卷四三六頁〕により認められていた——筆者注。）を知らずに、つまり法律上の錯誤によって、自分が身元保証債務を負っていると誤信してした弁済が錯誤による弁済に該当すること前提としていた。学説では、四宮説が法律上の錯誤についてこれを肯定するほか<sup>(55)</sup>、同条の錯誤の意味について直接詳述するものはないが、民法七〇五条に関する解釈を参照すると、債務の不存在を「知っていたとき」は嚴格に解され<sup>(56)</sup>、「弁済時に債務の不存在を積極的に知っていること」が要求され<sup>(57)</sup>、過失によって知らなかったことも、「知っていたとき」とはいえないと解されている<sup>(58)</sup>。これを裏返しに理解すると、「錯誤によって」は広い意味で解釈される。したがって、分別の利益を有する共同保証人が、他の共同保証人の存在を知らなかった場合だけでなく、他の共同保証人の存在は知っていたけれども分別の利益を知らなかった場合に、超過部分を自己の債務と信じて弁済したときも、「錯誤によって」（七〇七条一項）に含まれると解される。

次に、債権者側の抗弁事由である「善意」（の証書滅失等）の対象については、七〇七条一項の趣旨に照らし、債権者が、「債務者でない者が錯誤によって債務の弁済をした」ことを知らなかったこと<sup>(59)</sup>、すなわち、自分（債権者）が債務者（または第三者から）有効な弁済を受けたと誤信したことである<sup>(60)</sup>。

なお、債権者が同機構のような事業者である場合には、分別の利益によって単純保証人が保証人の数で割った割合でしか保証債務を負わないことを知っているのが通常であり、他方で、単純保証人が単なる個人の情義的保証人である場合には、債権者が保証契約締結時に説明したのでもない限り、分別の利益という制度を知らず、保証契約書に主債務額が記載されているだけでは、自己の保証債務額が書面に記載された主債務を保証人の数に応じて分割

した額になることを知らないことの方が自然であるから、共同保証人が超過部分を自己の債務と誤信して弁済していたことに善意であったとは言いきいのではないだろうか。とりわけ、保証人が、自己の保証債務額が主債務額の全額であることを前提として債権者と支払額の交渉（一部免除の懇請）をしたような事情がある場合には、債権者の善意は否定されるだろう。

## （2）既判力による遮断効

（1）で検討したように、分別の利益を知らずに自己の分担額を超えて弁済した保証人は、実体法上、債権者に対し、不当利得として超過部分の返還を請求し得る。もつとも、共同保証人の一人を被告とする保証債務履行請求訴訟（前訴）において、被告である共同保証人が他の共同保証人の存在を抗弁として主張・立証することのないまま原告の請求を認容する判決が確定した場合には、訴訟法上の制約を受ける。

すなわち、この場合には、基準時たる口頭弁論終結時における請求権の存在が既判力によって確定するので、無効による債務の不成立や基準時前の弁済や時効完成といった事情は、既判力によって封ぜられるところ（既判力の遮断効<sup>(61)</sup>）、基準時前に他の保証人が存在していたという主張も、これらの事情と同様に遮断されると考えられる。しかも、通説によれば、当該事由についての当事者の知不知<sup>(62)</sup>、また、主張しなかったことへの過失の有無<sup>(63)</sup>も問わないとされている。

したがって、判決後に自己の負担額を超えて支払った被告たる共同保証人は、後訴において、超過部分について不当利得を主張することはできなくなる。

4 一部弁済と分別の利益による保証範囲

最後に、主債務者や共同保証人が逐次一部弁済をした場合に、分別の利益を有する共同保証人がいかなる範囲で支払義務を負うのかを検討する。この問題については、従来議論されてこなかったが、冒頭(一)でも指摘したように、実際上の問題を生じている。保証人による一部弁済後に新たな保証人が加入した場合の分別の方法等も問題となり、これについては議論もあるが、ここでは、保証人の人数に変動がない場合のみを扱うこととする。

四五六条に基づく分別の利益のある共同保証は、主債務について一定割合を保証するものであり、一種の一部保証(割合保証)であるといえる。割合保証については、保証人が、①先に主債務者が支払った場合にはその額を控除した残額を基準額として、一定割合で支払責任を負うもの、②主債務者のみならず当該保証人が一部弁済した場合であっても、主債務について残額のある限り一定割合で支払責任を負うもの、という二通りの考え方が成り立ち得る。

当事者の意思による割合保証の場合には、通常は①の意味で用いられているようである。<sup>(66)</sup>②は債権者にとって圧倒的に有利であるが、一部保証としての意味を著しく減殺し得る考え方であり、額に関する一部保証について、同様の考え方を契約解釈によって導き出すことは否定されている。<sup>(67)</sup>

法定の割合保証である共同保証人の保証範囲は、四五六条の趣旨に照らして決する必要がある。先に一でみたように、奨学金返還債務の保証について、同機構は当初②を主張していた。

①と②によるAの支払責任額について、具体的にどのような差が生じるのだろうか。例えば、Xに対するYの一〇〇万円の金銭債務について、AとBが分別の利益を放棄せずに単純保証をし(分別の利益による負担割合は各二

分の二)、(1) Yが二〇万円弁済した後に、XがAに対して残額八〇万円を請求した場合、(2) Aが六〇万円弁済した後に、XがAに対して残額四〇万円を請求した場合について検討すると、次の通りとなる。

①によれば、(1)におけるAの負担額は元本四〇万円(＋利息・遅延損害金〔四四七条一項<sup>(68)</sup>〕)である。(2)については、Aは、すでに自己の負担額(五〇万円)を超えて弁済しているものでそれ以上の支払義務を負わない。

②によれば、Aは常に請求時の残額の半額について支払義務を負うのであり、Aがすでに一部弁済をしていたことは、考慮されない。したがって、(1)におけるAの負担額は四〇万円であり、①による帰結と同じであるが、(2)においては、Aは、なお二〇万円の支払義務を負い、これを支払うと最終的に八〇万円を負担することになる。

②は、当然分割構成と相いれず、保証人が分別の利益を主張した時点で初めて将来に向けて免責の効力を生じるとする抗弁構成に親和的である。これに対し、①は、当然分割構成に保証債務の補充性を加味することによって得られる帰結と一致するものであり、また、保証人の数に応じて負担を軽減するという四五六条の新たな趣旨に照らしても、適切である<sup>(69)</sup>。

#### 四 おわりに

以上のように、本稿では、共同保証における分別の利益の基礎理論に関わるいくつかの問題について検討した。これにより明らかになったことは、次の通りである。

四五六条が平成二九年改正によって維持された経緯に照らし、同条は、保証人保護のための規定として再定位される。分別の利益は、共同保証人の負担を軽減するために、共同保証の場合に分割主義の原則を貫くものであり、実体法上、保証債務の分割の効力を当然に生じるが、裁判上は、抗弁事由として、共同保証人の側で他の保証人の

存在を主張・立証しなければならぬ。共同保証人が、分別の利益による自己の負担額を超える部分について、他の保証人の存在ないし分別の利益という制度を知らずに、自己の債務と誤信して弁済した場合には、七〇七条一項の要件を満たさない限り、非債弁済として不当利得返還請求権が成立する。

また、分別の利益を有する共同保証人による保証範囲は、基本的に、主債務額を保証人の数で按分した額であり、主債務者が弁済すると、その額を保証人の負担割合に応じて按分した額が各保証人の負担額から控除され、また、保証人が一部弁済すると、その分は当該保証人の負担額から控除される。

なお、右の解釈は、共同保証の場合に分割主義の原則を貫くという四五六条の当初の立法趣旨に照らして素直に導かれるものであり、平成二九年改正による同条の再定位を経て、より強固なものになると考えられる。

本稿は、奨学金返還請求権の保証をめぐる問題を契機として、分別の利益について検討したものであるが、右に得られた結論はこの問題の特殊性を考慮に入れて導き出されたものではないため、四五六条をめぐる解釈論として扱うに値するものと考ええる。

ところで、すでに指摘したように(三二)、共同保証は、主債務を同一にする複数の保証契約の集合体にすぎないため、その構造上、共同保証人は必ずしも他の保証人の存在を知り得るわけではない。そのため、共同保証人が、事実上、分別の利益の効果を享受できないことがある。このことは、複数の保証人が、別個に、また、順次に、債権者と保証契約を締結する場合に起こり得る。このような場合に、四五六条による保証人の保護の実効性を担保するためにも、共同保証人が他の共同保証人の存在を知る機会を確保できないかが、課題となるだろう。

保証契約の締結は書面でされなければならないが(四四六条二項)、その趣旨は、保証人に責任の認識を促して保証の引受けを慎重にさせるために、保証意思が外部から明らかでない場合にのみ保証契約の効力を認めることにある。<sup>(70)</sup>

この趣旨に照らして保証契約書の必要的記載事項として考えられているのは、債権者・主債務者・保証人の名、主債務（根保証であれば主債務の種類および限度額）、保証する旨の表示などであり、連帯保証の場合には、主債務者と連帯する旨も記載される必要があると思われる<sup>(72)</sup>。このように、保証契約の書面には、保証の本質的な事項であり、かつ、保証契約を締結する意思決定を慎重にさせるために重要な、保証債務による負担の上限を画する情報が記載される。これに対し、他の保証人の存在は、保証債務を縮減する方向に作用する情報であり、同項の趣旨にそのまま適合するものではない。しかし、他の保証人が既に存在する場合には、その存在は、主債務のうち当該保証人が負担する限度となる保証割合を決する情報であることからすれば、記載事項として認める余地はありそうである。

もつとも、当該保証契約後に新たな保証人が加入する場合には、保証契約書によっても対応できない。共同保証の場合に全保証人の存在を知り得るのは、全保証契約の当事者である債権者だけであるが、債権者に、各保証人に対して、他の保証人の存在を知らせる義務を課することはできないだろうか。保証契約締結後の債権者の情報提供義務としては、四五八条の二及び四五八条の三が新設されたが、前者は、一定の要件の下で、主債務の履行状況に関して債権者を主債務者に対する守秘義務から解放する趣旨の規定であり、後者は、保証人が主債務者の期限の利益の喪失を知らないうちに遅延損害金が蓄積して保証責任が拡大することを防止する趣旨の規定である。分別の利益の実効性を確保することはいずれの規定の趣旨の射程にも含まれず、これらの規定の要件をみても適用は困難そうである。このような義務が信義則上認められるかについて、要件と効果も含めて検討していく必要があるが、本稿では、問題点の指摘にとどまらざるを得ない。

なお、債権者が、保証人に対して、分別の利益の法的意味を説明する義務については、一でも指摘したように、

債権者と保証人のそれぞれの立場や両者の法知識の格差を考慮に入れて、信義則に照らして個別に検討されるべきである。

- (1) 例えば、朝日新聞二〇一八年一月一日朝刊(一四版)一面・二面、日本経済新聞二〇一八年一月二日朝刊(一三三版)三八面。
- (2) [https://www.jasso.go.jp/shogakukin/moshikomi/nouhou/hoshu\\_sentakui/index.html](https://www.jasso.go.jp/shogakukin/moshikomi/nouhou/hoshu_sentakui/index.html) (二〇一九年一月一〇日最終アクセス)。なお、現在、同機構の貸与型奨学金の保証について、人的保証制度は奨学金が創設された一九四三年から変わらず存在しているが(朝日新聞・前掲注(1)二面)、現在、人的保証制度を廃止し、機関保証に統一する方向で見直しが進められているようである(日本経済新聞二〇一九年一月九日朝刊(一四版)一面)。
- (3) 勝本正晃『債権総論〔中巻之一〕』(巖松堂、一九三四年)五三〇頁、近藤英吉・柚木馨『註釈日本民法(債権編総則)中巻』(巖松堂、一九三五年)二四九頁、西村信雄編『注釈民法(1)債権(2)』(有斐閣、一九六五年)二六一頁(中川淳執筆)。
- (4) 朝日新聞・前掲注(1)一面・二面、日本経済新聞・前掲注(1)三八面。  
もともと、同機構は、その後、二〇一九年一月二日付で、そのウェブサイト内に、分別の利益に関する同機構の見解(三一で扱う)を表示するに至った。独立行政法人日本学生支援機構ウェブサイト『分別の利益』に係る誤った案内と返金のごとく』([https://www.jasso.go.jp/sp/news/1321553\\_5021.html](https://www.jasso.go.jp/sp/news/1321553_5021.html) (二〇一九年一月一〇日最終アクセス))。
- (5) 朝日新聞二〇一九年五月一日夕刊(一四版)三四面、日本経済新聞二〇一九年五月五日夕刊(四版)一一面。
- (6) 朝日新聞二〇一九年一月九日朝刊(一四版)一面・三八面、同・二〇一九年二月九日朝刊(一四版)三五面。
- (7) 日本学生支援機構ウェブサイト・前掲注(4)。
- (8) 朝日新聞・前掲注(6)「二〇一九年一月九日」一面。
- (9) すでに潮見佳男「共同保証における分別の利益」金法二一一号(二〇一九年)一頁が指摘したうえで、奨学金返還債務の保証における分別の利益に関する考え方を保証に関する民法法理として一般化することに慎重な態度を示している。
- (10) 古い基本書や注釈書には分別の利益を理論的に検討した記述がいくつか見受けられるが、論文は、筆者が採し得た限り

- では、中島玉吉「分別ノ利益ヲ論ス」同『民法論文集』（金刺芳流堂、一九一五年）二五〇頁（初出京法六卷五号（一九一一年）七五頁以下）、尾島茂樹「分別の利益・再考」金沢法学四二卷二号（二〇〇〇年）一二九頁以下のみである。
- (11) 中島・前掲注(10) 二四三頁以下、尾島・前掲注(10) 一三一頁以下、椿久美子「共同保証と分別の利益」円谷峻編著『社会の変容と民法典』（成文堂、二〇一〇年）二〇七頁以下。
- (12) 我妻栄『新訂債権総論』（岩波書店、一九六四年）五〇四頁をはじめとする多くの学説が、分別の利益の存在理由として挙げている。分別の利益に関するリーディングケースと目される大判大正七年二月五日民集二四輯一三六頁（事実と判決内容については、後掲注(36)参照）も、分別の利益の制度趣旨を保証人の保護にあると解していた。
- (13) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法制審議会議事速記録三』（商事法務研究会、一九八四年）一五〇頁以下（富井政章発言）・四五六頁以下（梅謙次郎発言）、梅謙次郎『民法要義卷之三（債権編）』（一九一二年版復刻版）（有斐閣、一九八四年）一六八頁。
- (14) 中島・前掲注(10) 二五〇頁、石坂音四郎『日本民法債権総論中巻』（有斐閣、一九二一年）一九七一―一九七二頁、磯谷幸次郎『改訂債権法論（総論）』（再訂六版）（巖松堂書店、一九三一年）五一九―五二〇頁、近藤 榊木・前掲注(3) 二四六頁、我妻・前掲注(12) 五〇四頁、西村編・前掲注(3) 一九〇頁（椿寿夫執筆）、二六〇頁（中川淳執筆）、鈴木祿弥『債権法講義（第四版）』（創文社、二〇〇一年）四五七頁など。
- (15) 西村編・前掲注(3) 七頁（西村信雄執筆）。
- (16) 椿・前掲注(11) 二二二―二二四頁。
- (17) 奥田昌道『債権総論（増補版）』（悠々社、一九九二年）四一二頁、前田達明『口述債権総論（第三版）』（成文堂、一九九三年）三七六頁、平井宜雄『債権総論（第二版）』（成文堂、一九九四年）三三二頁、林良平（安永正昭補訂） 榊石田喜久夫 榊高木多喜男『債権総論（第三版）』（青林書院、一九九六年）四五八頁、北川善太郎『債権総論（第二版）』（有斐閣、一九九六年）二二三頁、船越隆司『債権総論』（尚学社、一九九九年）三五五頁、川井健『民法概論3 債権総論（第二版）』（有斐閣、二〇〇六年）、加藤雅信『新民法体系Ⅲ』（有斐閣、二〇〇五年）四八〇頁、平野裕之『プラクティス債権総論』（信山社、二〇〇五年）四四三頁、潮見佳男『債権総論（第三版）』（信山社、二〇〇五年）五〇二頁、内田貴『民法Ⅲ（第三版）』（東大出版会、二〇〇五年）三五九頁、中田裕康『債権総論（第三版）』（岩波書店、二〇一三年）五〇七頁など。

- (18) 「民法（債権関係）部会資料八一―二六〇頁、「民法（債権関係）部会資料三六―六三―六四頁、法務省民事局参事官室「民法（債権関係）の改正に関する中間的論点整理の補足説明」（二〇一一年五月）第二一・五（九八頁）。
- (19) 「法制審議会民法（債権関係）部会第六六回会議議事録」一四―一六頁（三上徹発言）。
- (20) 「民法（債権関係）部会資料五五」一四頁「取り上げられない事項」、「第六六回会議議事録」・前掲注（19）一八頁「道垣内弘人発言」（もつとも、道垣内教授は個人としては廃止してよいと述べていた。なお、催告の抗弁権（四五二条）も、同様の理由で維持されることになった。
- (21) 四五六条自体が改正されているわけではないので、同条を保証人保護のための規定として再定位するには、平成二九年改正による改正民法の施行日（一部の規定を除き、二〇二〇年四月一日）を待つ必要はないように思われる。もつとも、本稿で示す解釈論は、保証人の保護を持ち出すまでもなく、同条の当初の起草趣旨を前提とした場合にも導き出されるものであり、平成二九年改正以前に締結された保証契約に及ぶことに、問題は無い。
- (22) 大判明治三九年二月二〇日民録一二輯一六七六頁、大判大正六年三月六日民録二三輯四七三頁、大判大正六年四月二八日民録二三輯八一―二頁。
- (23) なお、「保証連帯」という用語について、従来の学説における使われ方は多様であり、その意味は明確でなかった。①全額支払特約が債権者と各共同保証人間および各保証人間でされる場合を保証連帯と呼ぶことについては一致している。最広義に捉える見解は、このほかに、②全額支払特約ないし分別の利益の放棄が債権者と各共同保証人間でのみされる場合と、③全額支払特約が各保証人間でのみされる場合を挙げる（奥田・前掲注（17）四一―四二頁。奥田説は②を「不真正保証連帯」と呼ぶ。これに対し、古い学説には、保証連帯を「保証人間の連帯」と理解し、①と③のみを挙げるものがあつた（勝本・前掲注（3）五三五頁、西村・前掲注（3）二九九頁（西村信雄執筆）。西村説は③を「不真正保証連帯」と呼ぶ。なお、奥田・前掲注（17）四二頁は、③の類型は理論的にはあり得るけれども実際上あるのが疑わしいとする。）。判例にも、保証連帯には共同保証人間に連帯の合意があるという理解を前提とし、そのような合意のない複数の連帯保証人間に保証連帯関係はないとして、保証人間に連帯債務又はこれに準ずる法律関係を否定したものがある（最判昭和四三年一月二五日民集二三卷一二号二六四九頁。同判決の調査官解説は、保証連帯の内容について右記西村説による①の説明を引用する）。しかし、近時の学説は、保証連帯を分別の利益との関係のみで捉え、保証連帯の場合には分別の利益を否定し、

③を想定していない(②を明確に挙げるものとして、前田・前掲注(17)三七七頁、鈴木・前掲注(14)四五七頁、林ほか・前掲注(17)四五八頁、高橋眞『入門債権総論』(成文堂、二〇一三年)二五八頁、松尾弘・松井和彦・古積健三郎・原田昌和『新ハイブリッド民法3債権総論』(法律文化社、二〇一八年)一九六頁。平成二九年改正では連帯一元論が指向されており、①と②を区別するの必要がなくなったので、本稿では、①と②を合わせて保証連帯と呼ぶことにする。

(24) 實際上、特に個人を保証人とする保証契約の締結の際には、特約の有無やその内容をどうするかについて事実上の決定権を有するのは、債権者であることが多いであろう。

(25) 日本学生支援機構ウェブサイト・前掲注(4)。

(26) 坂田宏『民事訴訟における処分権主義』(有斐閣、二〇〇一年)一〇〇頁参照。

(27) 於保不二雄『民法総則講義(復刻版)』(新青出版、一九九六年(初版有信堂、一九五一年)三二頁。一般に、実体法上の抗弁権の典型例としては、催告の抗弁権(四五二条)、検索の抗弁権(四五三条)、同時履行の抗弁権(五三三条)が挙げられる。

(28) 於保・前掲(27)三三頁、坂田・前掲注(26)一〇〇頁等。

(29) 岡松参太郎『註釈民法理由下巻債権編』(二八九九年版復刻版)〔信山社出版、一九九二年〕九五頁、梅・前掲注(13)一六七頁、石坂・前掲注(14)一九七三―一九七四頁、曄道文藝『共同保証ノ場合ニ於ケル保証人間ノ求償關係』京法一三卷五号(一九一八年)二四頁、中島玉吉・前掲注(10)二六三頁、磯谷・前掲注(14)五一九頁、勝本・前掲注(3)五二六・五二九頁、近藤・前掲注(3)二四六頁、我妻・前掲注(12)五〇四頁、西村編・前掲注(3)二六〇頁〔中川淳執筆〕、於保不二雄『債権総論(新版)』(有斐閣、一九七二年)二八五頁、鈴木・前掲注(14)四五七頁、奥田・前掲注(17)四二二頁、前田・前掲注(17)三三六頁、平井・前掲注(17)三三二頁、林ほか・前掲注(17)四四八頁、船越・前掲注(17)三五四頁、加藤・前掲注(17)四八〇頁、平野・前掲注(17)四四三頁、内田・前掲注(17)三五九頁、中田・前掲注(17)五〇七頁、潮見佳男『新債権総論』(信山社、二〇一七年)七三〇頁など。

(30) ドイツでは、分別の利益を否定し、各共同保証人は全額について連帯して支払義務を負う(保証連帯)とする(ド民七六九条。DCFR IV:G-1:105と同様である)。スイスでは、共同して保証した場合において、各共同保証人は自己の負担部分について単純保証、他の保証人の負担部分について副保証する(ス債四九七条一項)。フランスでは、後掲注(32)のよう

に、全額支払義務を原則としつつ、抗弁権として分別の利益の主張を認める。

(31) 「未定稿本民法修正案理由書」三七八―三七九頁（廣中俊雄編著『民法修正案（前三編）の理由書』（有斐閣、一九八七年）四三八―四三九頁所収）。

(32) このような立法例として、フランス民法は、債権債務関係について原則的に分割原則を採用したうえで（仏民一三〇九条）、共同保証の場合には全部支払義務を原則としつつ、分別の利益の請求を例外として位置づけている。

仏民一三〇二条 数人の者が同一の負債について同一の債務者のために保証人となったときは、それらの者は、それぞれ、負債のすべてについて義務を負う。

仏民一三〇三条① ただし、共同保証人のそれぞれは、分別の利益を放棄していない場合に限り、債権者があらかじめその訴権を分別し、それぞれの保証人の負担部分に縮減することを要求することができる。

② 保証人の一人が分別を言い渡された時に保証人の中に支払不能の者がいたときは、その保証人は、その支払不能について按分して義務を負う。保証人に対してはもはや、分別以降に生じる支払不能を理由として追及することができない。

条文の訳出に当たり、法務大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典―物権・債権関係―』（法曹会、一九八二年）二八六頁を参照した。

(33) 中島・前掲注(10) 二六三頁。

(34) 石坂・前掲注(14) 一〇七六頁、中島・前掲注(10) 二六三頁、嘩道・前掲注(29) 二四頁、勝本・前掲注(3) 五二六・五三二頁。東京区判大正一五年七月一六日法律評論一六卷四〇三頁。

(35) 潮見・前掲注(29) 七三一頁は、このような立場から、立法論として、分別の利益の考え方を廃止すべきであったと述べるが、このような立場を敷衍して平成二九年改正によって維持された民法四五六条を解釈すると、抗弁権構成を支持する方向となるであろうか。

(36) 定塚孝司「民法の要件事実（保証債務）」故定塚孝司判事遺稿論集刊行会『主張立証責任論の構造に関する一試論』（判例タイムズ社、一九九二年）八二頁、縣俊介「保証契約」伊藤滋夫編『民事要件事実講座第三卷』（青林書院、二〇〇五年）一七七―一七八頁、岡口基一『要件事実マニュアル総論・民法1（第五版）』（ぎょうせい、二〇一六年）六二六頁、

大江忠『要件事実民法(3)債権総論(第四版)』(第一法規、二〇一八年)二七三頁。民法の基本書のうち、共同保証人の主張・立証責任に言及するものとして、鈴木・前掲注(14)四五三頁、潮見・前掲注(29)七三二頁。

大判大正七年二月五日・前掲注(12)は、Xに対するAの金銭債務について、YとBが異なる時に別個の契約により単純保証契約を締結した事案において、民法四五六条及び四二七条に基づき保証債務の分割を認めたものであるが、YがBの存在を抗弁として提出されたことが前提とされている(二三九—一四〇頁)。

(37) 尾島・前掲注(10)一四九頁。

(38) 西村編・前掲注(3)二六一頁(中川淳執筆)。

(39) 定塚・前掲注(36)八二頁、司法研修所編『改訂紛争類型別の要件事実 民事訴訟における攻撃防御の構造』(法曹会、二〇〇六年)頁四〇頁、縣・前掲注(36)一七八頁、岡口・前掲注(36)六二六頁。

(40) 大江・前掲注(36)一三八頁、大江忠『要件事実民法(8)相続(第四版)』(第一法規、二〇一四年)三八八頁。

(41) 大判大正七年二月五日・前掲注(12)・(36)もそのような事案に関するものであった。

(42) 潮見・前掲注(9)一頁。

(43) 平野・前掲注(17)四四六頁。

(44) 大判昭和六年四月二日民集一〇卷二二七頁。この判決は、身元保証人の相続人が、先代の死亡後に被保証人たる被用者が起こした横領行為に基づく損害賠償債務について身元保証責任を負うと誤信して弁済した分について、債権者たる使用者に対して不当利得として返還請求をしたところ、債権者の被保証人に対する不法行為に基づく損害賠償請求権が短期消滅時効(三年)にかかっていたため、債権者が七〇七条一項に基づいて支払を拒んだという事案について、大審院は、自らを身元保証人であると誤信して弁済した場合に七〇七条が適用されることを前提に、本件では、債権者は、被保証人に対して不法行為に基づく損害賠償請求権のほかに不当利得返還請求権を有し、それは時効にかかっていることを理由に、七〇七条一項の要件が満たされないとして、身元保証人として弁済した相続人からの不当利得返還請求を認めたものである。

学説は、(身元)保証人は、自分の債務として弁済するものであるから、保証債務が存在しない場合には狭義の非償弁済(七〇五条)の問題となるが、保証債務が実質的に他人の債務の弁済であることを理由に、有効な弁済と誤信して受領した債権者を保護するために七〇七条の適用を認めることに賛成している(我妻栄『債権各論下』(岩波書店、一九七二

- 年)一一二八頁等。なお、藤原正則『不当利得法』(信山社、二〇〇二年)七一頁は、七〇七条が類推適用されるとする。(45) 我妻・前掲注(12)五〇七―五〇八頁。
- (46) 松坂佐一『不当利得法(新版)』(有斐閣、一九七三年)一八七頁、谷口知平編『注釈民法(18)債権(9)』(有斐閣、一九七六年)五九二頁(山木戸克己執筆)、(石田喜久夫執筆)六二六―六二七頁、谷口知平『甲斐道太郎編『新版注釈民法(18)債権(9)』(有斐閣、一九九一年)六三三頁(松本博之執筆)、藤原・前掲注(44)七〇頁。
- (47) この点については、福田誠治教授より、研究会の席上でご教示いただいた。記して御礼申し上げる。
- (48) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(13)五二二頁(梅謙次郎)、梅・前掲注(13)二〇二頁参照。
- (49) 石坂・前掲注(14)一一三八頁、磯谷・前掲注(14)五六一頁、勝本・前掲注(3)五三六頁、近藤『柚木・前掲注(3)』二八八頁、於保・前掲注(29)二八六頁、奥田・前掲注(17)四一四頁。なお、梅・前掲注(13)二〇二頁は、他の共同保証人との間で「不当利得」の関係を生じるとする。
- (50) 岡松・前掲注(29)一九五―一九六頁、中島・前掲注(10)二六三頁。
- (51) 谷口『甲斐編・前掲注(46)六三三頁(松本博之執筆)。小室直人「不当利得請求権の主張・立証責任」谷口知平教授還暦記念発起人『不当利得・事務管理の研究(2)』(有斐閣、一九七一年)一九二頁は、七〇七条を権利滅却規定であるととする。
- なお、藤原・前掲注(44)七五頁は、弁済者が錯誤に基づかないことについては、弁済受領権者が抗弁事由として主張・立証責任を負うとする。
- (52) 小室・前掲注(51)一九二頁、谷口『甲斐編・前掲注(46)六三三頁(松本博之執筆)。
- (53) 谷口編・前掲注(46)五九二頁(山木戸克己執筆)、谷口『甲斐編・前掲注(46)六三三頁(松本博之執筆)。
- (54) 事案および判旨の概要の紹介は、前掲注(44)を参照。
- (55) 四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為上巻』(青林書院新社、一九八一年)一五〇頁。
- (56) 窪田充見編『新注釈民法(15)債権(8)』(有斐閣、二〇一七年)一八五頁(川角由和執筆)。
- (57) 四宮・前掲注(55)一四六頁。
- (58) 大判昭和一六年四月一九日新聞四七〇七号一一頁、我妻・前掲注(44)一一二六頁、四宮・前掲注(55)一四六頁、谷

- 口Ⅱ甲斐編・前掲注(46) 六六七頁〔石田喜久夫執筆〕。
- (59) 谷口Ⅱ甲斐編・前掲(46) 六八二頁〔石田喜久夫執筆〕
- (60) 松坂・前掲注(46) 一五二頁、小室・前掲(51) 一九二頁。
- (61) 高橋宏『重点講義民事訴訟法上(第二版補訂版)』(有斐閣、二〇一三年) 六〇三頁、中野貞一郎Ⅱ松浦馨Ⅱ鈴木正裕編『新民事訴訟法講義(第三版)』五〇三頁〔高橋宏執筆〕、伊藤眞『民事訴訟法(第六版)』(有斐閣、二〇一八年) 五四三頁。
- (62) 伊藤・前掲注(61) 五四三頁。
- (63) 高橋・前掲注(61) 六〇八頁、中野Ⅱ松浦Ⅱ鈴木・前掲注(61) 五〇三頁〔高橋宏執筆〕。
- (64) 中島・前掲注(10) 二六四頁以下、勝本・前掲注(3) 五三二―五三三頁、近藤Ⅱ柚木・前掲注(3) 二四九頁、西村編・前掲注(3) 二六二頁〔中川淳執筆〕。
- (65) 主債務者の弁済額の控除は、当事者の合意によって割合保証がされる場合には当事者の意思に基礎づけられるが、分別の利益のある共同保証については、単純保証人の責任は主債務者が支払えないときに支払う補充的(二次的)責任であることによつて、根拠づけられる。
- (66) この意味での割合保証について、勝本・前掲注(3) 三七八頁が言及している。判例としては、最判昭和六二年七月一日○日金法一一六七号一八頁がある。
- 実際に、信用保証協会による信用保証について、同協会と金融機関の協働による中小企業等の適切な支援を目的として、主債務者の不払事故の際の責任を両者の間で分担する責任共有制度があり、「部分保証方式」と「部分金方式」の二つの方式から金融機関が選択するが、「部分保証方式」は、このタイプの割合保証である。この制度は、二〇〇〇年四月に初めて導入され(江口浩一郎編『信用保証(第三版)』〔金融財政事情研究会、二〇〇五年〕一八八頁)、現在では、一部の例外を除き、原則的にすべての保証が責任共有制度の対象となっている(一般社団法人全国信用保証協会連合会ウェブサイト――<http://www.zenshinhoren.or.jp/guarantee-system/hokan.html>〔最終アクセス二〇一九年一月一〇日〕)。
- (67) 額に関する一部保証について、一部保証の当事者意思が明確でない場合において、「債務の残額のある限りその額までは弁済の責に任ずるもの」と解する我妻説(我妻・前掲注(12) 四六七頁)が通説と目されてきたが、これが、例えば、一〇〇万円の主債務について五〇万円のみ保証をする場合に、①保証人の出捐の上限を五〇万円とする趣旨であるのか、②保

証人は債務の残額がある限り、常に五〇万円まで支払責任を負うのであり、主債務者ではなく保証人が五〇万円支払った場合も、残額がある限り五〇万円を限度に責任を負い続けるとする趣旨であるのかについて、学説による我妻説に対する理解が分かれている。通説は①の意味で理解しており、②を指すと理解する少数有力説（於保・前掲注（29）二六五頁、林ほか・前掲注（17）四三九頁、前田・前掲注（17）三五九頁）も、一部保証の当事者意思が不明確な場合のデフォルト・ルールとしては、①を支持する。なお、平成一六年改正により保証契約の締結には書面要件が課され（四四六条二項）、書面要件を満たすには、債権者・債務者の名・保証人の名、被保証債権、保証する旨の表示などの保証契約にとって本質的な事項の記載が要求されると解されているところ（中田・前掲注（17）四八四頁）、一部保証については、これらの記載事項に加えて保証限度額を書面に記載することになる（一部保証の一種である個人根保証に関する民四六五条の第二・三項、四六五条の六第二項一号口参照）。そうすると、現在では、額に関する一部保証の趣旨は、①の意味に解され、②の可能性は排除されよう。

〔68〕 本文の設例は利息と遅延損害金を無視しているが、遅延損害金の発生も考慮に入れると、実際には、弁済すべき時、訴訟においては第二審の口頭弁論終結時における主債務の総額が基準額となり、それを保証人の数に応じて分割した額が保証人の負担額となる。

〔69〕 東京高判昭和六三年二月六日東京高裁（民事）判決時報三九卷九一一二号一〇一頁も、このような考えに基づいている。

〔70〕 吉田徹・筒井健夫『改正民法の解説〔保証制度・現代語化〕』（商事法務、二〇〇五年）一三頁、中田・前掲注（17）四八三頁。

〔71〕 注（67）掲載文献を参照。

〔72〕 平成二九年改正により新設された事業のための貸金等債務のための保証の場合の保証意思宣明公正証書の記載事項に関する民法四六五条の六第二項イ・ロの括弧書きを参照。

\*本稿は、科学研究費補助金基盤研究（C）課題番号17K03461に基づく研究成果の一部である。