

担保法の新しいパラダイムとその教育

—担保法革命2009とは何か—

加賀山 茂

目次

はじめに

I 担保法革命2009とは何か

- 1 [加賀山・担保法(2009)]は、なぜ、「担保法革命」といえるのか
- 2 担保法のパラダイムを転換させる必要性
- 3 担保法のパラダイムを転換させる方法

II 担保法における新しいパラダイムを構成する知識と推論規則

- 1 新しいパラダイムを構成する知識
- 2 新しいパラダイムを構成する推論規則
- 3 新しいパラダイムによる現行民法の新しい意味づけ

III 人的担保における新・旧パラダイムの比較

- 1 連帯債務の構造に関する基本的な考え方
- 2 連帯債務に関する新しいパラダイムのメリット
- 3 連帯債務者の1人の一部弁済による求償権の発生に関する基本的な考え方

IV 新しいパラダイムによる難問の解決

- 1 連帯債務者間の求償の要件としての事前の通知・事後の通知
- 2 連帯債務者の1人に対する免除の問題に関する新・旧パラダイムの比較
- 3 不真正連帯債務者の1人に対する免除に関する新・旧パラダイムの比較

V 担保法の新しいパラダイムの教育方法

- 1 パラダイムの転換を前提とした教育プログラムの提示の重要性
- 2 新しいパラダイムに基づく担保法のコア・カリキュラムの作成
- 3 担保法における学習到達度チェックのための練習問題

おわりに

参考文献

はじめに

筆者は、担保法の体系書の執筆を計画してから15年を経過した2009年12月に担保法の体系書「加賀山・担保法(2009)」を出版することができた。この体系書の目的は、原則よりも例外が多く、理

論よりも実務優先の世界とされてきた従来の担保法学を、理解が容易な理論体系として再構成することにあった。

担保法の体系化の方法は、担保法を「**債権の掴取力の強化**」という1つの概念(公理)から説き起こし、一方で、**人的担保**を債権の掴取力の「**量の強化**」(債権の掴取力の対象となる責任財産の

複数)として、他方で、**物的担保**を債権の担保力の「**質的強化**」(担保力平等原則の例外としての優先弁済権)として展開し、担保のすべての機能を**債権の効力(いわゆる対外的効力を含む)のみで理論的に説明**できることを論証するというものである。

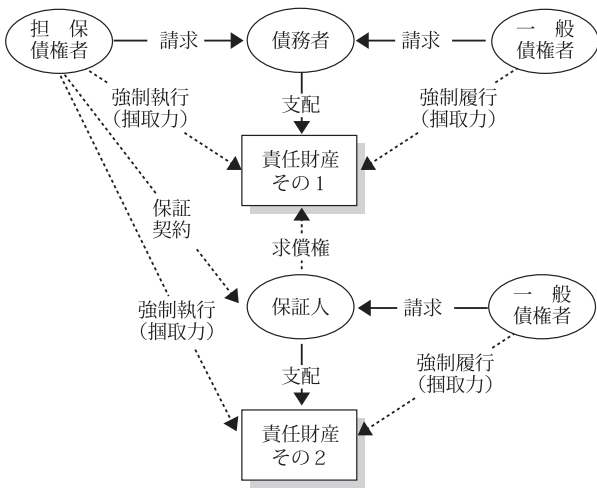


図1 人的担保
債権の担保力の量的強化

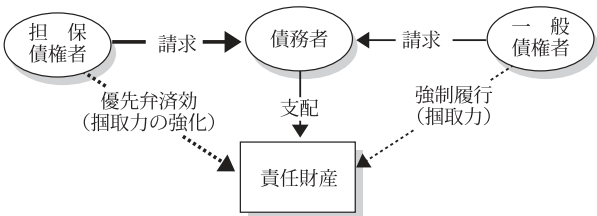


図2 物的担保
債権の担保力の質的強化

これまで、担保法の理論体系を完成する上で最大のネックとなっていたのは、物的担保に特有の機能、すなわち、①直接取立権(「権利質」の機能)、②追及効(「抵当権」の機能)、③事実上の優先弁済権(「留置権」の機能)、④法律上の優先弁済権(「先取特権」等の機能)という4つの機能を、対世的で排他的な支配権としての物権ではなく、相対権といわれている債権の効力として再構成することは不可能であると思われてきたからであった。

この点について、[加賀山・担保法(2009)]では、債権の対外的効力として認められている制度、

すなわち、①債権者代位権(民法423条)・直接訴権(民法314条、613条)、②詐害行為取消権(民法424条~426条)、③同時履行の抗弁権(民法533条)、④相殺(民法505条~512条)という債権法上の4つの制度を、「債権の担保力の強化」という観点から見直すことによって、上記の物的担保に特有の4つの機能が、**債権の効力のみで、すべて説明可能であることを論証**することができた。すなわち、①債権者代位権には第三債務者に対する「直接取立権」の機能があり、②詐害行為取消権には責任財産に対する「追及効」があり、③同時履行の抗弁権等の履行拒絶権には「事実上の優先弁済機能」があり、④相殺には「法律上の優先弁済機能」があることの論証である。その結果として、わが国で最初に**担保法の総論**を創設することに成功し、従来、債権と物権とに切り裂かれていた担保法を、1つの法分野として統合することができた。

担保の機能	機能実現の手段	性質・内容	対象・目的物	民法の根拠条文
担保の手段・総論	直接取立権	債権者代位権 第三債務者に直接取立てを行う権利	債務者の債権	民法423条
	直接訴権	第三債務者に排他的に取立てを行う権利	債務者の債権	民法314条、613条(自賠法16条)
	追及権	詐害行為取消権 受益者、転得者の財産に追及できる権利	第三者の責任財産	民法424-426条
	同時履行の抗弁権	履行拒絶による事実上の優先弁済権	対立する債権・債務	民法533条
優先弁済権	相殺権	牽連性ある債権に対する即時・優先回収権(法律上の優先弁済権)	受働債権	民法511条、468条2項

表1 担保の機能を実現する債権法上の制度(担保法総論)

従来の担保法の考え方は、「物権と債権との峻別」に呪縛されているため、いわゆる縦割り思考に陥っている。すなわち、一方で、「**人的担保**」について、それを多数当事者の債権・債務関係として「**対等の関係**」が妥当する**債権法**の作用として眺めるのに対して、他方で、「**物的担保**」について、それを担保物権として、「**物の排他的支配**」が妥当する**物権法**の作用として眺めるというように、両者をバラバラに眺めてきた。

これに対して、[加賀山・担保法（2009）]は、担保法の全体を「債権の掘取力」という統一的な視点から、掘取力の「量的強化」としての人的担保と、掘取力の「質的強化」として物的担保を統合し、両者を「対等の関係」が支配する債権法の作用として眺め、保証だけでなく、連帯債務においても、また、物的担保においても、**すべての担保に「付従性」の原理が妥当する**という考え方を明らかにしている。

担保法（2009）]は、担保法分野に従来のパラダイム（「ある集団の成員によって共通して持たれる信念、価値、テクニックなどの全体的構成を示すものをいう[クーン・科学革命の構造（1971）198頁]）に代わる、全く新しいパラダイムを教育カリキュラムとともに提唱するものであること、すなわち、クーンのいう『科学革命』に倣えば、「担保法革命」に相当するものであることを論証しようとするものである。

担保の分類 (大中小)			性質・内容	対象・目的物	民法の根拠条文	通用性	
大	中	小					
担保の実体・各論	人的担保	保証	債務者に代わって債務の弁済をする責任	責任財産	民法 446-465 条の 5	債権に対する付従性	
		連帯債務	債務と保証(連帯保証)との結合		民法 432-445 条		
	物的担保	典型担保	留置権	引渡拒絶の抗弁権(事実上の優先弁済権)	動産, 不動産		民法 295-302 条, 194 条, 475 条, 476 条
			先取特権	法律上の優先弁済権	動産, 不動産, 財産権		民法 303-341 条, 511 条
			質権	留置的効力を利用した約定の優先弁済権	動産, 不動産, 財産権		民法 342-368 条
		非典型担保	抵当権	追及効を伴う約定の優先弁済権	不動産, 財産権		民法 369-398 条の 22
			仮登記担保	帰属清算型とされる約定の優先弁済権	不動産		民法 482 条 (仮登記担保法)
			譲渡担保	処分清算型の約定の優先弁済権	動産, 不動産, 財産権		なし (学説・判例) ←立法の必要性大
		所有権留保	譲渡担保の一種 (割賦販売等で利用)	動産, 不動産	民法 128-130 条 (割賦販売法 7 条など)		

表 2 担保法の体系 (担保法各論)

本稿は、これまでに述べた新しい理論体系（「担保法＝債権の掘取力の強化」説）は、従来の担保法の通説とは異なり、例外のない原理（付従性）と「優先順位確定ルール」に基づいて、担保法の難問といわれてきたさまざまな問題を統合的に解決できることを明らかにしようとするものである。そのことを通じて、本稿は、[加賀山・

I 担保法革命2009とは何か

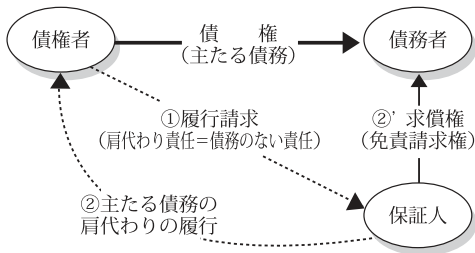
1 [加賀山・担保法（2009）]は、なぜ、「担保法革命」といえるのか

[加賀山・担保法（2009）]は、担保法を「**債権の掘取力の強化**」と位置づける単純・簡潔な体系である。それに基づいて、民法の条文を整合的に説明できる理論体系が、なぜ、「担保法革命」といえるのか。

その理由は、従来の考え方（通説）の信奉者が、この新しいパラダイムに対峙しようとするれば、激しい心の葛藤を避けることができないからである。たとえば、筆者が、この考え方を披露すると、通説を信奉する人々は、多くの場合、「**気分が悪くなった、その話はやめてくれないか**」と言って、耳を塞がざるを得ない。なぜなら、通説の信奉者が、心の平穏を取り戻すためには、これまでの自らの考え方を完全に否定するか、または、筆者の考え方を聞かなかったことにするか、いずれかの方法をとらざるを得ないからである。つまり、この体系は、それが理解されたとたんに、以下に述べるように、従来の理論の中核部分を完全に破壊するという、革命に必然的な効果を生じるからである。

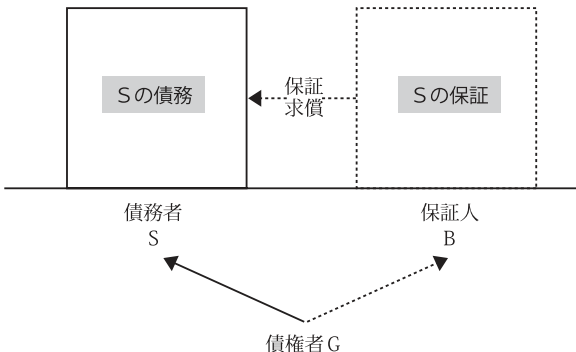
第1に、新しいパラダイムの破壊的効果は、人的担保について、保証「債務」の存在自体を揺るがすことになる。[加賀山・担保法（2009）]では、人的担保の中心概念である**保証**は、債権の掘取力の量的強化、すなわち、**責任財産の個数の拡大**として捉えられる。つまり、これまで、「保証債務」といわれてきたものは、実は、**債務ではなく、**

「物上保証」(民法351条)と同様の「債務のない責任」であることが明らかにされる。すなわち、「保証においては、本来の債務、および、その肩代わり弁済の責任だけが存在する」(民法446条1項)。だからこそ、**保証は、債務に付従する**のである(民法448条)。その結果として、「本来の債務以外に、『保証債務という債務は存在しない』」という結論が導かれる(なお、連帯債務の付従性については、後に詳しく論じる)。



「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[債務の]履行をする責任を負う」(民法446条1項)

図3 保証の構造
保証「債務」は存在しない



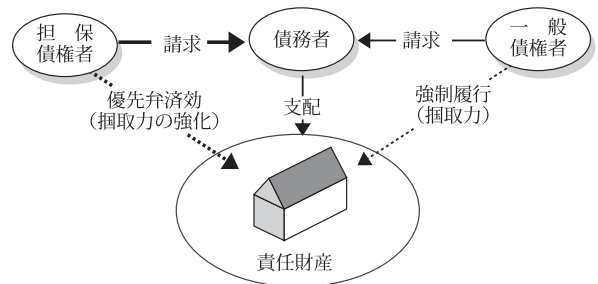
「債務を負わない」保証人だけが求償できる。本来の債務を負う債務者は求償できない。

図4 保証人の求償の構造
債務者は、求償権を有しない

このことは、保証の性質が「債務のない責任」であると決定されることになり、保証「債務」という用語法は誤りであって、捨て去らなければならないことを意味する。このことが、従来の考え方を受け入れてきた人には、耐えられないほどの衝撃を与えるのである。

第2に、新しいパラダイムの破壊的効果は、物的担保についても、その存在を揺るがすことにな

る。[加賀山・担保法(2009)]では、物的担保は、債権の担保力の質的強化、すなわち、**他の債権者に先立って「弁済を受ける権利」**、すなわち、「債権の効力そのもの」であると捉えられる。その結果、これまで、担保「物権」といわれてきたものは、実は、**物権ではなく、租税債権、更正債権**と同様に、「債権者平等の原則の例外」として、特定の債権に、優先弁済権が認められているに過ぎないことが明らかにされる。つまり、「物的担保においては、債権とその効力としての優先弁済効だけが存在する」。だからこそ、**物的担保は債権に付従する**のである。その結果として、「債権以外に、『担保物権という物権は存在しない』」という結論が導かれる。



典型担保	留置権	事実上の優先弁済権	仮登記担保	法律上の優先弁済権 + 帰属清算	
	先取特権	法律上の優先弁済権そのもの		非典型担保	譲渡担保
	質権	法律上の優先弁済権 + 留置的効力 (+直接取立権)	所有権留保		法律上の優先弁済権 + 処分清算
	抵当権	法律上の優先弁済権 + 追及効			

図5 物的担保の構造
担保「物権」は存在しない

このことは、物的担保とは、債権の優先弁済権に過ぎないということになり、担保「物権」という用語法は誤りであって、捨て去らなければならないことを意味する。このことが、従来の考え方を受け入れてきた人には、耐えられないほどの衝撃を与えるのである。

担保法革命によってもたらされる新しいパラダイムは、従来のパラダイムを破壊するだけではない。従来のパラダイムでは、説明が困難であった

担保法上の制度を整合的に位置づけることが可能となる。この点で、担保法革命は、破壊よりも、むしろ、建設的な役割を果たす効用が大きい。例えば、債権法上の保証（民法501条参照）にも該当するとともに、物権法上の担保物権にも該当する（民法351条、これを準用する372条）という「物上保証」については、従来のパラダイムでは、それをどのように位置づけるか困難を伴っていた。しかし、人的担保と物的担保とを統合する新しいパラダイムによれば、「物上保証」を「優先弁済権を伴う有限責任としての人的担保」として、担保法の中で整合的な位置づけを行うことができる。

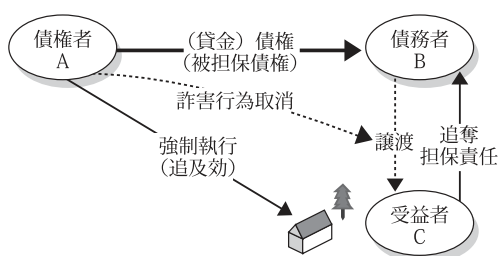


図6 詐害行為取消権の受益者の位置づけ
(優先権を伴わない人的担保・有限責任)

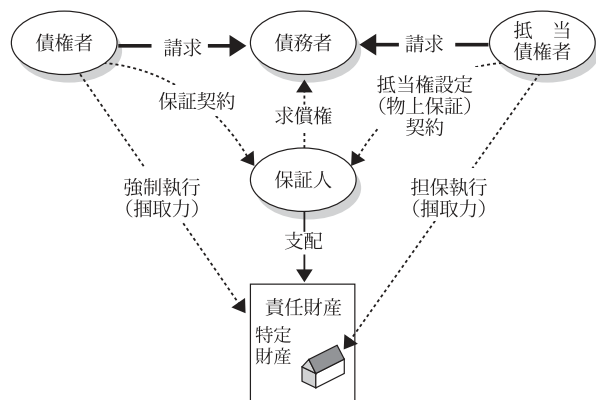


図7 人的担保と物的担保との融合
(優先権を伴う人的担保・有限責任)

以上が、筆者が「加賀山・担保法（2009）」によって、担保法のパラダイムの転換に基づく「担保法革命2009」が生じたと宣言する理由である。もしも、学問上の革命が開始されたのであれば、学界の構成員は、これに賛成するか、反対するか（無視するか）の選択を迫られることになる。

そして、担保法に関する従来の立場からは、以下のような反論がなされると思われる。確かに、「加賀山・担保法（2009）」で主張されている担保法の新しい考え方は、1つの公理から始まって、人的担保と物的担保とを統合する、「単純」で「簡潔」な理論体系を構築しているかもしれない。しかし、そうだからといって、これまで100年以上にわたって継続してきた担保法の従来のパラダイムを捨てて、新しいパラダイムに乗り換える必要があるのだろうか。現に、学界も実務も、従来の担保法のパラダイムで動いているのであるから、それが十分に機能していないというのであれば、そのことの立証責任を負うのは、革命を主張する側にあると。

そこで、以下では、立証責任を負う者として、「加賀山・担保法（2009）」の観点から、担保法のパラダイムを転換させる必要性について論じることとする。

2 担保法のパラダイムを転換させる必要性

「加賀山・担保法（2009）」の立場は、現在の担保法学は、学問的な観点からも、現実の問題の解決機能という観点からも、危機的な状態にあるとの認識から出発している。そして、担保法学が、そのような危機的な状態から脱却するためには、硬直的な「物権と債権との峻別論」の呪縛から免れ、人的担保法だけでなく、物的担保法においても、その根本的な考え方を、債権法の原理に基づく「債権の擱取力の強化」という、担保法の新しいパラダイムへと転換することが必要であると考えている。その理由は、以下の2つである。

第1の理由は、担保物権法には基礎理論が欠けており、担保法、特に、担保物権法は、原則よりも例外が多く、暗記の学問に成り下がっているといっても過言ではないからである。筆者の経験からしても、契約法や不法行為法が得意だという学生はいるが、担保法が好きだという学生には出会ったことがない。しかも、この傾向は、教員にも同様に当てはまる。民法の中で一番教えたくない科目のトップは、担保物権である。このことは、従来の担保法学が、学問的に危機的な状態にある

この証左であろう。この点から考えても、担保法学には、担保法の全体を統合的に理解できるような新しいパラダイムが求められている。

第2の理由は、従来の担保法は、実務上の指針ともなりえていないという危機的な状態にあるからである。経済成長が鈍化し、リストラ等による失業率の増加、学生の就職難が深刻となっている現状において、担保物権（抵当権）を居住権よりも優先させるという担保法の従来のパラダイムは、国民生活の安定の基盤である住居の確保さえも脅かすものとなっている。たとえば、通説は、債権者である担保権者の保護を最優先しており、保証人の保護の法理を欠いているばかりでなく、抵当権の設定登記後に入居した借地・借家人が抵当権の実行によって追い出されるという悲惨な状況を黙認している。なぜなら、従来の考え方によれば、物的担保を物権の観点から排他的支配権として見ているため、賃借権のような債権が先に登記された抵当権に劣後するのは当然のことだと考えられているからである。しかし、経済成長に多くを頼ることができない現状においては、「早い者勝ち」のルールが支配する従来のパラダイムを脱して、債権の種類と性質とを考慮して、債権者、債務者、第三債務者との利害関係を調整できる新しいパラダイムが求められているといえよう。

確かに、担保法の従来のパラダイムを代表してきた[我妻・担保物権(1968)297-298頁]は、「抵当権が利用権を凌駕することは、近代法の理想に反するものであり、これを克服することが現代法解釈の目標と理想である」と明言している。しかし、現行民法の解釈論としては、先に登記された抵当権の実行から賃借権を保護することはできないとして、目標の実現の試みを断念している。

従来のパラダイムが、民法の解釈論として、債権に対して物権に優越的地位を与え、「早い者勝ちのルール」を尊重して、建物の保護を軽視してきたのに対して、筆者の提唱する担保法の新しいパラダイムは、債権の性質と目的とを重視し、「債権の拘取力」という統一的な視点から、「売買は、第三者対抗力を有する賃貸借を破らず」という法理は、売買の一種である競売の場合にも適用

できることを明らかにする。その結果、「競売は、第三者対抗力を有する賃貸借を破らず」という、抵当権者と用益権者との利害対立を調整する機能が担保法においても実現されることになる。

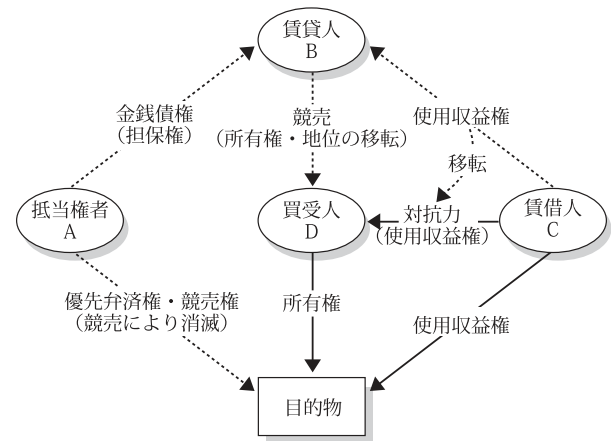


図8 抵当権と利用権との関係
対抗力を有する賃借権は、買受人に対抗できる

このように、担保法の新しいパラダイムは、債権法の分野において債権者と保証人との対立を解消するばかりでなく、物権法の分野においても、担保権の実行から建物を保護することを通じて、抵当権者または不動産の買受人と、用益権との調和をもたらすことができるのである。

そうはいつても、新しいパラダイムの全体像が明確に示され、かつ、パラダイムの変更の具体的な方法とプロセスが示されなければ、安心して新しいパラダイムを採用することはできない。そこで、次に、担保法のパラダイムを変更する方法を具体的に示すことによって、パラダイムの変更が容易かつ有意義であることを示すことにする。

3 担保法のパラダイムを転換させる方法

[加賀山・担保法(2009)]によって、1人で担保法革命を開始したと考えている筆者は、新しいパラダイムを広く理解してもらうため、パラダイムに関する先駆的な業績である[クーン・科学革命の構造(1971)]を読み直してみた。

そして、もしも、[加賀山・担保法(2009)]で示した基本的な考え方が、新しいパラダイムといえるものであり、かつ、担保法に関する共通理解

として、将来の担保法学の発展に有用なものであるとすれば、[クーン・科学革命の構造 (1971) 162-179頁] によって示された、パラダイムを転換させるための一貫した方法を採用するのが適切であると考えに至った。その方法とは以下の通りである。

第1に、パラダイムを転換させるには、長い時間がかかることを覚悟し、多くの人を少しずつ説得していかなければならない。

「コペルニクス説も、コペルニクスの死後1世紀あまりの間は、多くの賛同者を勝ちえなかった。ニュートンの仕事も、『プリンキピア』が出てから半世紀以上の間、特にヨーロッパ大陸においては、一般に受け入れられなかった」[クーン・科学革命の構造 (1971) 170頁]。

「担保法革命」を1人で主張する筆者に対して、職場の同僚は、「失礼だが、あなたの説が理解されるには、100年の単位が必要でしょう」と指摘している。さらに、パラダイムの転換は、論証だけで実現できるほど単純な問題ではない。なぜなら、「現在のパラダイムを信じる人々が、新しいパラダイムへと説を換えることは、一種の改宗の問題であって、外から強制されるものではない」からである [クーン・科学革命の構造 (1971) 178頁]。

第2に、パラダイムの転換が、一種の改宗の問題であり、外から強制されるものではないとしても、パラダイムに関して議論することは、有意義であり、説得が不可能なわけでもない [クーン・科学革命の構造 (1971) 171頁]。

むしろ、**パラダイムについて議論することは、対立するグループ双方にとって利益となりうる。**なぜなら、第1に、新しいパラダイムの主張者は、支持者を得るために、それが従来のパラダイムよりも、「きれいで」、「要領よく」、「簡潔」となるように磨きをかけることになる [クーン・科学革命の構造 (1971) 175頁]。第2に、古いパラダイムの支持者も、新しいパラダイムからの攻撃に対応して、古いパラダイムの改善と整備を行うことになるからである [クーン・科学革命の構造 (1971) 176頁]。

第3に、古いパラダイムの改善と整備が限界を超え、担保法の新しいパラダイムが古いパラダイムに取って代わったといえる状況を想像してみる必要がある。

そのときにどのような現象が生じるかという点、それは、「すべての専門家が再び1つの今や全く異なったパラダイムの下に」[クーン・科学革命の構造 (1971) 172頁] 粛々と仕事をこなしているという状態が出現することになるのである。民法の学界であれば、学者たちが、新しいパラダイムの下で、論文や教科書を執筆し、それに沿って教育を行なっているという状況の出現である。したがって、もしも、そのような状況を実現しようと思うのであれば、新しいパラダイムの下では、どのような教育がなされるのかを示して見せることが最も効果的であり、説得的であるということになる。

そこで、本稿では、新しいパラダイムの概要 (第2章)、新・旧パラダイムの比較 (第3章)、および、従来からの難問を容易に解くことができるという新しいパラダイムのメリット (第4章) を明らかにした上で、新しいパラダイムに基づいた担保法のコア・カリキュラム (練習問題) を示すことにする (第5章)。

II 担保法における新しいパラダイムを構成する知識と推論規則

民法の中で理解が困難な領域の典型としてあげられているのが、債権では、「多数当事者の債権・債務関係」であり、物権では、「担保物権」である。これらは、旧民法においては「債権担保編」に人的担保と物上 (物的) 担保として統一的に規定されていた。ところが、現行民法は、一方で、人的担保を多数当事者の債権・債務関係へ、他方で、物的担保を物権編へと編成替えをしてしまった。このため、担保という考え方、すなわち、「債権の担保力の強化」という統一的な視点が失われてしまい、両者を統一的に理解することが困難となっている。このため、先に述べたように、学生にとっても、また、教師にとっても、多数当

事者の債権・債務関係、とりわけ、連帯債務と、担保物権は難問とされており、これらを得意分野とする学生を見たことがないし、これらを得意分野とする教師も少ないという事態が生じている。

しかし、旧民法の条文と構成から抽出することのできる1つの視点、すなわち、人的担保と物的担保とを「債権の掘取力の強化」という唯一の視点の下で、前者を債権の掘取力の量的強化（責任財産の個数の拡張）、後者を債権の掘取力の質的強化（債権者平等の例外としての優先弁済権）として把握すると、これまで難問とされてきた人的担保（多数当事者の債権・債務関係）、および、物的担保（担保物権）を体系的に統一的に考察することが可能となる。しかも、このような、「担保とは債権の掘取力の強化である」という考え方（「担保法革命2009」で明らかにされたパラダイム）を受け入れると、担保に関する難解な問題を、以下の14の専門的な知識と、付従性と求償に関わる3つの推論規則（①式～③式）を利用するだけで簡単に解くことができるようになる。

1 新しいパラダイムを構成する知識

担保法の新しいパラダイムである「債権の掘取力の強化」を理解するためには、基本的には、以下の14の体系的な知識で足りる。

- 法律知識（概念の分類と性質に関する知識）
 1. 担保…債権の掘取力の強化
 2. 担保法総論（債権回収のための効率的な手段）
 3. 直接取立権…債権者代位権・直接訴権
 4. 追及効…詐害行為取消権
 5. 事実上の優先弁済権…同時履行の抗弁権・不安の抗弁権
 6. 法律上の優先弁済権…相殺
 7. 人的担保…債権の掘取力の量的強化（責任財産の個数を拡大するもの）
 8. 保証…本来の債務を債務者に代わって弁済する責任
 9. 連帯債務…本来の債務+他の債務者に対する連帯保証

$$\bullet R(X \rightarrow Y_n) = f(X \rightarrow Y_n) + \sum \{h(X \rightarrow Y_{-n})\} \dots\dots\dots \text{①式}$$

- 記号の意味…R () : 連帯債務, f () : 本来の債務（負担部分）, h () : 他の債務者に対する連帯保証（保証部分）, → : 請求, X : 債権者, Y_n : 連帯債務者

10. 物的担保…債権の掘取力の質的強化（責任財産から他の債権者に先立って弁済を受けることができるもの）
11. 留置権…引渡拒絶の抗弁権（事実上の優先弁済権としての留置的効力）
12. 先取特権…優先弁済権そのもの
13. 質権…優先弁済権+留置的効力, または, 優先弁済権+直接取立権（権利質）
14. 抵当権…優先弁済権+追及効

2 新しいパラダイムを構成する推論規則

担保法の新しいパラダイムである「債権の掘取力の強化」を使って担保法の問題を解くために必要な推論規則は、基本的には、以下の3つの推論規則（付従性に基づく絶対効, 求償権とその算定, 優先順位の設定ルール）で足りる。

- 法的推論（推論規則）

1. 付従性

- 本来の債務が消滅すれば（不存在, 無効の場合も同様である）, 保証という責任も消滅する…民法448条
- 本来の債務が消滅すると, 必ず, 保証も消滅する
 - …絶対的効力… $\neg f(X \rightarrow Y) \Rightarrow \neg h(X \rightarrow Z)$
 - …②式
- 保証が消滅しても, 債務が消滅するとは限らない
 - …相対的効力… $\neg h(X \rightarrow Z) \neq \neg f(X \rightarrow Y)$
 - …②'式
- 記号の意味…f () : 債務, h () : 保証, X : 債権者, Y : 債務者, Z : 保証人, \neg : 不存在（主として消滅）, \Rightarrow : ならば（含意）, \neq : 必ずしもそうではない（含意の否定）

2. 求償権

- 保証人が本来の債務を肩代わり弁済をする
と、求償権が生じ、保証人は債権者に代位
する…459条～465条, 501条
- 保証人の弁済は、求償権（弁済による代
位）を発生させる
… $h(X \leftarrow Z) \Rightarrow f(Z \rightarrow Y)$ …③式
- 債務者の弁済は求償権（弁済による代位）
を発生させない
… $f(X \leftarrow Y) \neq f(Y \rightarrow Z)$ …③'式
- 記号の意味… $f()$: 債務, $h()$: 保証,
 \rightarrow : 請求, \leftarrow : 弁済, X : 債権者,
 Y : 債務者, Z : 保証人

3. 優先順位

- 優先権の根拠と制限
 - 目的物の価値の増加・維持に最も貢献し
た債権者（保存・供給・環境設定を行っ
た債権者）に優先弁済権が与えられる…

民法330条

- 優先権の合意を得て公示した債権者（抵
当権者）にも、供給の先取特権と同様の
順位が与えられる…民法339条
- 優先順位を有する債権者は、義務を伴う
（一般債権者を害してはならない）
…316条, 394条
- 優先順位のデフォルト値
 - 保存の先取特権 > 供給（売買）の先取特
権 > 環境設定の先取特権（黙示の質権な
ど）…民法330条
 - 供給（売買）の先取特権の順位は、供給
の順序による…民法331条2項
 - 保存の先取特権は、後の保存が先の保存
に優先する…民法330条1項, 331条1項
 - 応用例（不動産先取特権の順位）…民
法331条, 339条
 - 不動産保存の先取特権（後の保存）> 不動

デフォルト値 (初期状態)	新しいパラダイム (黙示の質権の初期値は第3順位だが、先順位を善意取得することができる(民法319条))	
旧民法の考え方 (黙示の質権の初期状態は第2順位)	現行民法の考え方 (黙示の質権の初期状態は第1順位)	
順位の変動	先取特権の順位が変動する実際の場合分け (どの考え方を採用しても、その結果は全く同じ)	
黙示の質権者が他の先取特権を知らない場合		
黙示の質権者が保存の先取特権を知っているが、売買の先取特権を知らない場合		
黙示の質権者が売買の先取特権を知っている場合		

表3 動産先取特権の順位の変動に関する旧民法と現行民法との比較

産工事の先取特権（先の保存）>不動産売買の先取特権=抵当権

- 優先順位のデフォルト値の変更
 - 環境設定の先取特権のうち、民法312条～318条の先取特権（黙示の質権（gage tacite））は先順位を善意取得する…民法319条

3 新しいパラダイムによる現行民法の新しい意味づけ

物的担保の3要素は、①債権（被担保債権）の種類、②目的物、③優先順位である。このうち、前二者は、さほど困難な問題を生じないが、優先順位については、これまで、順位の確定ルールを理論的に説明できる説は存在しなかった。新しいパラダイムでは、物的担保の優先順位について、以下に述べるように、その順位確定のルールを理論的に明らかにしている。その優先順位の確定のルールによると、物的担保の優先順位に関する条文の意味をすべて整合的に説明することができる。

最初に、優先順位について、潜在的な法則を明らかにしている動産先取特権の順位（民法330条）がどのようなメカニズムを有しているのかを、旧民法と現行民法の優先順位の形式的な相違と、実質的な同一性とを明らかにする対照表でもって明らかにする。

物的担保に関する知識と、上記の動産先取特権に規定（民法330条）の背景知識から上記の「優先順位に関する推論規則」を抽出し、さらに、それを展開すると、物的担保の優先順位を次の表4のようにまとめることができる。

この表によれば、事実上の優先弁済権としての留置権を除いて、法律上の優先弁済権に関しては、質権も、抵当権も、すべて、理論的には、先取特権（優先弁済権）の順位の中に吸収されることが理解できる。

以上で、担保法における新しいパラダイムの全体像の説明を終える。以下では、人的担保、特に連帯債務における新しいパラダイムが、従来の難問とされてきた問題（求償の要件、および、連帯

	類型	権利者	順位	順位の変動	順位内での優先関係	
一般	共益費用	共益費用負担者	第0[民法329条2項]	なし(常に第1順位)[民法329条2項ただし書き]	平等[民法332条]	
動産・債権	環境提供	不動産賃貸人、旅館主、運送人(黙示の質権者)	第1[民法330条1項1号]	悪意の場合には、第3順位まで順位が下降する[民法330条2項]	平等[民法332条]	
		質権者	第1[民法334条]			
	保存	保存者	第2[民法330条1項2号]	第1順位まで順位の上進あり[民法330条2項]	後の保存者が先の保存者に優先する[民法330条1項2文]	
	供給	売主、譲渡担保権者	第3[民法330条1項3号]	第2順位まで順位の上進あり[民法330条2項]	先の設定者が後の導入者に優先する[民法331条の類推]	
不動産	保存	後の保存	保存者	第1[民法331条1項]	登記をすると、先に登記をした抵当権に優先する[民法339条]。登記をしない場合には、登記をした第3順位にも劣後する。	後の保存者が先の保存者に優先する[民法330条1項2文の類推]
		先の保存	工事者	第2[民法331条1項]		
	供給	売主譲渡担保権者、抵当権者	第3[民法331条2項]	売買契約と同時に登記が必要[民法340条]。第1順位者が登記をしない場合には、第1順位となる。	先の設定者が後の導入者に優先する[民法331条2項]	
果実	保存	農・工業労務提供者	第1[民法330条3項]	変更なし[民法330条3項]	平等[民法332条]	
	供給	種苗・肥料の供給者	第2[民法330条3項]			
	環境提供	土地賃貸人	第3[民法330条3項]			
一般	供給環境提供	雇用者	第4[民法329条]	変更なし[民法329条]	平等[民法332条]	
		葬式備品供給者	第5[民法329条]			
		日用品供給者	第6[民法329条]			

表4 優先順位の変動と確定のルール

債務者の1人に生じた事由が他の連帯債務者に影響を及ぼすという絶対的効力の問題)をいかに整合的に解決することができるかを明らかにする。

Ⅲ 人的担保における新・旧パラダイムの比較

1 連帯債務の構造に関する基本的な考え方

最初に、従来の考え方と新しい考え方（相互保証理論）とを対比することによって、従来の考え方では、なぜ、連帯債務に関する重要な問題を整合的に解くことができなかったのかを明らかにする（表5、図9、図10）。

なお、相互保証理論そのものは、決して新しい理論とはいえないほどに、かなり前から主張され

てきた（山中康雄「連帯債務の本質」『私法学の諸問題』有斐閣（1955）所収，浜上則雄「連帯債務の本質と免除」法学セミナー1972年8月号），[於保・債権総論（1972）234頁] 参照）。しかし，この考え方については，通説を代表する我妻説がこれを無視してきた上に，債権総論に関する代表的な教科書である [平井・債権総論（1994）329-330頁] が，相互保証理論について，以下のような消極的な評価を下しているため，その本質を理解している人が少ないのが現状である。

（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章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 [民法435条，438条] についての説明に窮する。こう考えると，連帯債務の性質を一義的に定め，そこから連帯債務の要件・効果を導くための前提を論理的・演繹的に導き出すことは困難である。

筆者は，これに対して，平井説を，相互保証理論を正確に理解していない（後に述べるように，平井説，および，内田説は，「連帯債務は保証とは異なり，付従性を有しない」という根本的な誤りを犯している）として退ける。そして，筆者は，相互保証理論に基づいて，連帯債務者間の求償の要件も判断すべきであり，かつ，連帯債務者の1人に生じた事由が絶対的効力を及ぼすかどうかについても，「保証の付従性」に基づいて，一義的かつ，演繹的に導き出すことが可能であると考えている。したがって，筆者の考え方は，平井説，内田説等の現在の通説に対して，パラダイムの転換を求めるものとなっている。

A. 連帯債務に関する新・旧パラダイムの比較

X に対して Y1, Y2, Y3 がそれぞれ 300 万円，200 万円，100 万円を借り受け，各自が X に対して 600 万円の連帯債務を負担する場合を想定し，その場合に，従来のパラダイムと新しいパラダイムとを比較して，図示すると次のようになる（図10）。

	旧パラダイム	新パラダイム
条文	第 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 1 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。	
定義	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 [我妻・債権総論（1954）401 頁]。	連帯債務とは，複数の債務者が，それぞれ，本来の債務(負担部分)と他の債務者の負担部分について連帯保証する部分(保証部分)とを合わせた全額を債権者に負担するものである(連帯債務における相互保証理論)。

表 5 連帯債務の定義・構造に関する新・旧パラダイムの対比

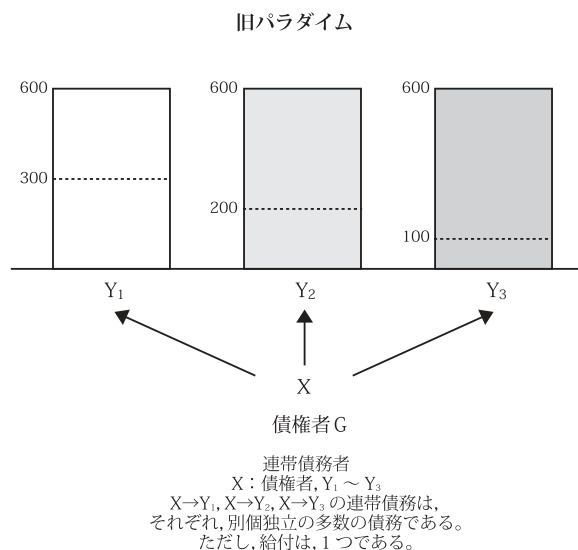


図 9 旧パラダイムによる連帯債務の構造

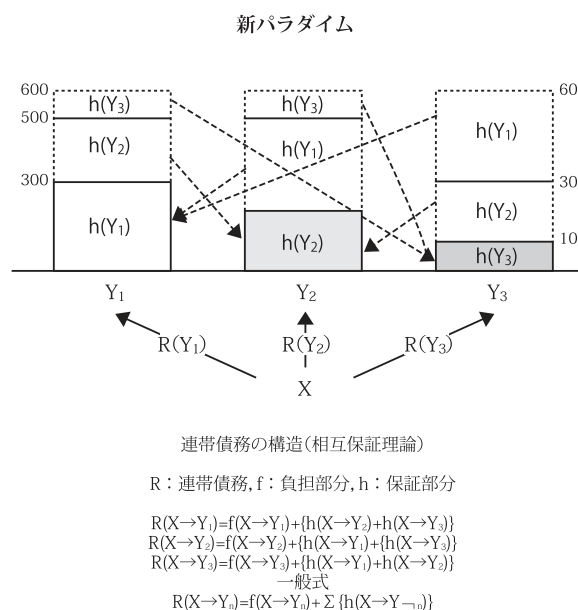


図10 新パラダイムによる連帯債務の構造

B. 連帯債務に関する旧パラダイムのジレンマ

表5, 図9, 図10からも明らかのように, 従来の連帯債務のパラダイムは, 2つの点で矛盾を生じている。

第1に, 従来のパラダイムは, 1つの給付と複数の債務との間で矛盾を生じており, 連帯債務の性質を十分に説明できていない。たとえば, 前記のように, XからY₁が, 300万円, Y₂が200万円, Y₃が100万円を借りて, お互いに連帯債務を負うことを債権者Xに約した場合, 従来の見解では, Y₁, Y₂, Y₃は, それぞれ, 合計600万円について別個独立の債務を負うが, 給付は600万円が限度とされ, Xは, Y₁, Y₂, Y₃から合計1,800万円の支払を受けるわけではない。そうだとすると, Y₁, Y₂, Y₃がそれぞれ, 600万円の別個・独立の債務を負うというのは, 全体で600万円しか債務を負わないという前提と矛盾する。もしも, Y₁, Y₂, Y₃の負う債務が独立でないとすると, それは, どのような債務なのか, はっきりさせる必要が生じている。

第2に, 従来のパラダイムは, 債権者と連帯債務者の1人との間で生じた事由(たとえば, 更改, 相殺, 免除, 混同, 消滅時効)が, 他の連帯債務者にも効力を生じること(絶対的効力)を説明できない。なぜなら, 通説は, 連帯債務は保証ではないのだから, 付従性はない([平井・債権総論(1994)327頁], [内田・民法Ⅲ(2005)372頁])と言い切っている以上, 付従性に頼ることもできないからである。このため, 従来のパラダイムでは, 連帯債務における独立と従属のジレンマの解消はできないことになる。

C. 連帯債務に関する新パラダイムによるジレンマの解消

この点, 新しいパラダイムによれば, このようなジレンマは生じない。図10に示されているように, Y₁, Y₂, Y₃は, それぞれ, 300万円, 200万円, 100万円の本来の債務を負うとともに, Y₁, Y₂, Y₃は, それぞれ, 300万円(Y₂, Y₃の債務に対する連帯保証), 400万円(Y₁, Y₃の債務に対する連帯保証), 500万円(Y₁, Y₂の債務に対

する連帯保証)という連帯保証責任を負っているに過ぎないと考えるため, 以下のように, 従来のパラダイムが陥っていたジレンマはすべて解消されるからである(表6, 図11)。

	旧パラダイムの理論上の問題点 (独立と従属のジレンマ)	新パラダイムによるジレンマの解消
ジレンマ	1. 各債務者が独立に全部の給付をなすべき債務を負担するのであれば, 債権者は複数倍の給付を得られることになるはずである。また, 独立の債務であれば, 債務者の一人が全額を支払っても, それは, 他の債務者には影響を与えないはずである。 2. 一人の債務者が全額を支払うと, 他の債務者が債務を免れるのであれば, その関係は, 独立に全部の債務を負うということと矛盾する。	1. 連帯債務を本来の債務(負担部分)と連帯保証(保証部分)とに分けて理解するため, 旧パラダイムが陥っていた独立と従属のジレンマから, 完全に解放されている。 2. 負担部分に生じた事由については, 弁済を含めて, 保証の「付従性」として, 他の連帯債務者に「絶対的効力」が及ぶことを理論的に説明することができる。同様に, 保証部分について生じた事由については, 付従性は問題とならないので, 他の連帯債務者には, 効力が及ばない(相対的効力)ことも説明できる。

表6 連帯債務における通説のジレンマと新パラダイムによるジレンマの解消

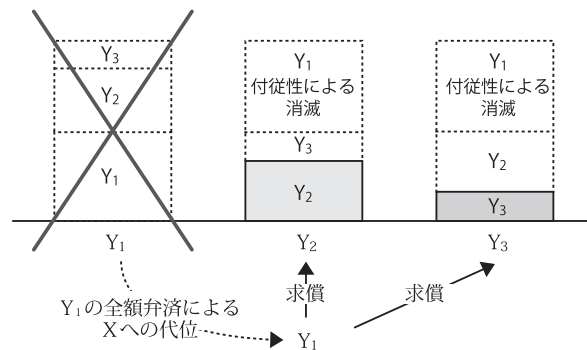


図11 連帯債務の1人が全額弁済した場合の法律関係

2 連帯債務に関する新しいパラダイムのメリット

このようにして, 債権と物権とに分断されてきた担保法全体を債権の分野の問題として, 具体的には, 債権の担保力の強化という面から見ると, これまで, 難問とされてきた問題が容易に解決できるようになる。連帯債務の問題に限っても, 以下のような2つのメリットが生じる。

第1のメリットは, 一部弁済の場合の求償の要件に関するものである。これは, 連帯債務者による弁済の問題であるので, この章(第3章第3節)で論じることにする。第2のメリットは, 連帯債務者の1人に生じた弁済以外の事由(例えば, 免除等)が他の連帯債務者に効力を及ぼすかどうかの問題であり, 最も困難な問題を引き起こしてい

るため、章を改め、第4章（新しいパラダイムによる難問の解決）の第2節と第3節で論じることにする。

A. 連帯債務者間における求償の要件の明確化

第1に、従来の考え方のように、連帯債務は、保証とは異なり、純粋な債務であるとする、連帯債務者の1人が、その負担部分を超えない額の弁済をした場合に、他の連帯債務者に対して求償ができるのかどうかについて明確な答えを出すことが困難であった。ところが、連帯債務を本来の債務（負担部分）と他の連帯債務者の債務に対する連帯保証（保証部分）との結合であると考え、債務者の弁済にとどまる場合には、求償はできないが、債務者の弁済（負担部分）を超えて、保証人としての弁済となった時点から求償権が生じると考えることができ、連帯債務者の1人が負担部分を超えない範囲で弁済しても、他の連帯債務者に対する求償権は生じないことがわかる。そして、それが、国際的な債権法の傾向〔潮見他・ヨーロッパ契約法原則Ⅲ（2008）32頁〕であることも理解することが可能となる。

ここで重要なことは、図12のように、保証人Bが弁済した場合には、求償が生じるが、債務者Sが弁済した場合には、求償は絶対に生じないという点である。その理由は、本来の債務（自分の債務）を弁済した場合には債務が完全に消滅するため求償が生じないのに対して、保証債務を弁済した場合には、他人（債務者）の債務（主たる債務）を肩代りして弁済したのであるから、広い意味での不当利得状態が生じ、これを回復するために、保証人に求償が生じるからである。

単純なことなので、保証の場合には、この点を間違える人はほとんどいない。ところが、これが、次に述べる少し複雑な連帯債務の問題になったとたん、基本を忘れてしまう人が多い。すなわち、連帯債務者が、本来の債務に当たる部分（負担部分）に満たない額を弁済した場合でも、求償が生じるという誤りを犯す人が多い（これがわが国の通説となっている）のであるから、基本を理解することが重要である（図13）。

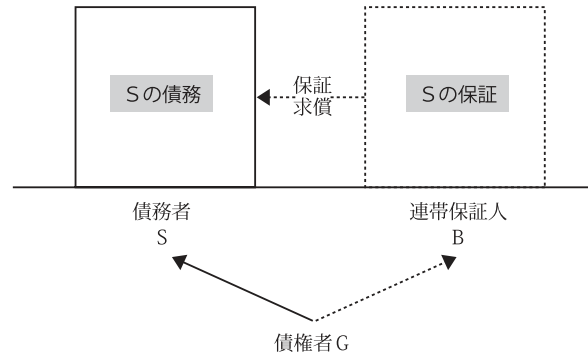


図12 連帯保証の透視図（図4）
（負担部分0の連帯債務）

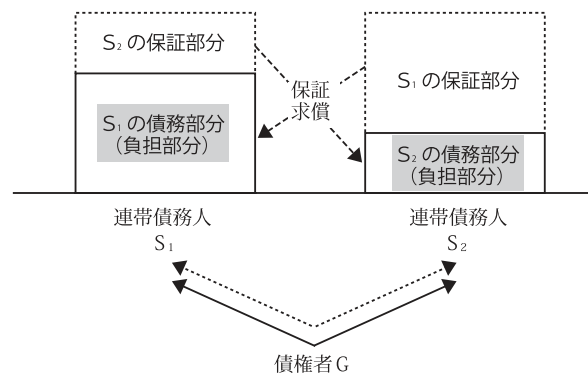


図13 連帯債務の透視図
（通常の債務と連帯保証との結合）

B. 連帯債務者の1人に生じた事由が他の連帯債務者に影響を及ぼすかどうかの基準の明確化

第2に、連帯債務をそれぞれ、従来のように、別個独立の多数当事者の債務だと考えると、連帯債務者の1人に生じた事由は、なるべく、他の連帯債務者に影響を及ぼすべきでないとの考え方が生じる。これに反して、純粋な債務であると信じられてきた連帯債務を、本来の債務と他の債務者に対する連帯保証の組み合わせであると見直すと、「連帯債務者の1人に生じた事由を他の連帯債務者に及ぼすべきかどうか」の基準が明確となる。担保法の新しいパラダイムによれば、連帯債務者の1人に生じた事由が他の連帯債務者に対して影響を及ぼすか（絶対的効力）、及ぼさないか（相対的効力）という区別の基準は、以下のようにして決定される。

- 新しいパラダイムによる連帯債務における絶対的効力と相対的効力との区別の基準
 - 絶対的効力…連帯債務者の1人に生じた事由が、「負担部分」に関して生じた事由であれば、保証の付従性を通じて、他の連帯債務者に影響を及ぼす(民法434条～439条)
 - 相対的効力…反対に、連帯債務者の「保証部分」に生じた事由は、他の連帯債務者に影響を及ぼさない(民法440条)

従来、説明不能と考えられ、それ故に、法政策的な考慮による好ましくない効力であり、縮小解釈・反対解釈をすべきだとされてきた「1人の連帯債務者に生じた事由の他の連帯債務者に対する効力(民法434条～439条)」が、連帯債務の見方を変えることによって、何の不思議もない当然の現象であり、縮小解釈や反対解釈の必要のないものであることが明確となる。

3 連帯債務者の1人の一部弁済による求償権の発生に関する基本的な考え方

連帯債務者の1人が連帯債務の全額を弁済した場合に、その連帯債務者は、他の連帯債務者に対して、それらの負担部分に応じて求償することができることについては、争いがない。先に述べた

ように、たとえば、上記の例で、 Y_1 がXに600万円全額を支払った場合には、 Y_1 は、 Y_2 、 Y_3 それぞれに対して、200万円、100万円の金額を求償することができる(図11)。問題となるのは、連帯債務者の1人が、自らの負担部分以下の弁済をした場合に、果たして、他の連帯債務者に対して求償することができるかどうかである。

A. 連帯債務者の1人が一部弁済をした場合の求償の要件に関する新・旧パラダイムの比較

現在の通説・判例によると、その場合でも、負担部分以下の弁済をした連帯債務者は、他の連帯債務者に対して求償することができるという。たとえば、 Y_1 がXに150万円を支払ったに過ぎない場合でも、 Y_1 は、 Y_2 、 Y_3 それぞれに対して、50万円、25万円を求償することができる(とされている[我妻・債権総論(1954)433頁])。

これに対して、旧民法、および、最近のヨーロッパ契約法原則においては、連帯債務者は、その負担部分を超えて弁済した場合にのみ、他の連帯債務者に対して求償ができるとされている[潮見他・ヨーロッパ契約法原則Ⅲ(2008)32頁]。

	旧パラダイム	新パラダイム
求償	連帯債務者が債権者に負担部分以下の弁済をした場合でも、共同の免責を得たものとして、負担部分の比率に応じて、他の連帯債務者に求償することができる[我妻・債権総論(1954)433頁]。	債権者は、それぞれの連帯債務者に対して全額を請求することができ、負担部分を超えて保証部分を弁済した連帯債務者は、負担部分を超えて弁済した部分についてのみ、連帯保証人として、他の連帯債務者に対して、求償することができる。 「連帯債務者の1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」(ヨーロッパ契約法原則10:106条)。
構造	通説は、保証と連帯債務とは、異なる構造を有するものと考えている。その理由は、保証とは異なり、連帯債務は、真の債務であると考えているからであろう。しかし、そうだとすると、翻って、通説が、保証は、保証「債務」であると主張することの根拠も怪しくなってくる。	<div style="text-align: center;"> <p>推論規則</p> <p>$\neg f(X \rightarrow Y) \Rightarrow$ $\neg h(X \rightarrow Z) \dots$付従性 $h(X \leftarrow Z) \Rightarrow f(Z \rightarrow Y)$ \dots保証人の求償 Yが複数(Y_n)の場合、 Y_nの求償は、 Y_nを除いた $Y \rightarrow n$への求償となる。 例えば、 $(Y_1 \dots Y_{n-1})$への求償となる。</p> </div> <p style="text-align: center;">図14 連帯債務における求償の構造(図13)</p>

表7 連帯債務者の1人が一部弁済した場合に求償権が発生するかに関する新・旧パラダイム比較

B. わが国の通説が世界の傾向から離れる解釈をした原因（民法465条の誤った反対解釈）

それでは、わが国の通説・判例は、なぜ、このような基本的な問題について誤りを犯しているのでしょうか。それは、通説の誤りは、民法465条の誤った反対解釈に由来している。この誤った反対解釈は、単に論理的な誤りだけでなく、その原因が、現行民法の歴史をないがしろにしたために生じたものであり、立法理由の探求が重要であることを示している。

以下の表8を見てみよう。旧民法は、起草者であるボワソナードが、連帯債務とは「債務と保証との結合」であることを理解していたため、保証を先に規定し、その規定を連帯債務に準用していた。ところが、現行民法は、旧民法とは異なり、保証を債権担保という観点からではなく、多数当事者の債権・債務関係として位置づけた。このため、現行民法においては、債務を含む連帯債務を先に規定し、その規定を保証に準用するという順序の変更を行ったのである。

て順序のみを変更するという方針をとった。それにもかかわらず、出来上がった現行民法の求償に関する部分は、共同保証と連帯債務とでは、内容が異なるように解釈できる結果となってしまった。現行民法の規定を見てみると、準用されるべき連帯債務の規定〔民法442条〕には、共同保証の規定〔民法465条〕のような「負担部分を超える額を弁済したとき」という限定がないため、連帯債務の場合には、民法465条の反対解釈が行われ、負担部分を超えない額を弁済したときでも、求償が可能であるという見解が通説・判例となったのである。

現行民法の条文を、内容をそのままにして、順序だけを旧民法と同じように、保証を先に規定し、連帯債務で保証の規定を準用するように変更してみると、内容は同じであるのに、「負担部分を超える額を弁済したとき」という文言が、保証の場合だけでなく、連帯債務の場合にも、同じように適用（準用）される。このため、反対解釈の余地はなくなることがよくわかる。その理由は、一般規定で書かれたことは、書かれていない特別規定にも適用されるからである。

以上の問題については、現行民法の編纂過程を知っておくと、通説のような「誤った反対解釈」に陥るおそれなくなることが理解できる一例として記憶にとどめておくべきである。また、パンデクテン方式においては、条文の順序が重要な意味を持っており、したがって、立法によって条文の順序を変更する際には、準用関係を慎重に取り扱わなければならないという点でも、記憶にとどめておくべきであろう。

IV 新しいパラダイムによる難問の解決

法律学のある分野をマスターしたかどうかは、その分野において解決が求められている問題について、条文または判例の準則に当てはめて、妥当な解決策を導き出す能力が備わっているかどうかで判断することができる。

解決すべき問題の難易は、条文を当てはめるとすぐに解決できるかどうかで決定される。第1に、

	第 465 条〔共同保証人間の求償権〕	第 442 条〔連帯債務者間の求償〕
①現行法の立場：連帯債務の規定を保証の規定が準用する	特別規定： (1) 第 442 条から第 444 条までの規定〔弁済した連帯債務者の求償権〕は、数人の保証人がある場合において、そのうちの一人の保証人が、主たる債務が不可分であるため又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。	一般規定： (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。
立法者の本来の意図を実現するための作業：上欄①の現行民法の条文の内容をそのままにして、旧民法のように、条文の順序だけを入れ替え、保証を先に規定し、連帯債務がそれを準用するという形式に直してみたのが、下欄②である。下欄②にしたがって、現行民法を読み直してみると、現行民法の本当の意味が明らかになる。		
②旧民法の立場：保証の規定を連帯債務の規定が準用する	一般規定： (1) 数人の保証人がある場合において、そのうちの一人の保証人が、主たる債務が不可分であるため又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。	特別規定： (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〔共同保証人間の求償権〕の規定を準用する。

表 8 共同保証人間の求償の要件と連帯債務者間の求償の要件との対比

連帯債務者間の求償〔民法442条〕の問題および共同保証人間の求償〔民法465条〕の問題について、現行民法は、旧民法の内容はそのままにし

事案に適用されるべき条文が見つかり、その条文を適用するだけ（文理解釈をするだけ）で妥当な結論が導き出せる場合には、その問題は簡単な問題とされる（事案によっては、どの条文が適用されるか判断が難しい場合もあるが、例外的な場合なので、ここでは、それも含めて、簡単な問題として扱うことにする）。第2に、これに反して、事案に適用されるべき条文が全く存在しない（法の欠陥）の場合、または、条文は存在するが、その条文をそのまま適用すると、妥当な結論を導くことができないため、法の解釈（条文の結論を肯定するための拡大解釈、類推解釈、反対に、条文の結論を否定するための縮小解釈、反対解釈、例文解釈）をする必要がある場合は、難しい問題である。

ここで問題としている連帯債務の場合、条文を単純に適用したのでは解決できない問題の代表的なものとしては、第1に、連帯債務者の1人が債権者に弁済したが、他の連帯債務者に対する事前の通知（民法443条1項）と事後の通知（民法443条2項）とを怠ったところ、他の連帯債務者が、これまた事前の通知を怠って債権者に二重に弁済した場合、それぞれの連帯債務者は、他の連帯債務者に求償することができるかどうかという問題であり、第2に、連帯債務の1人に対する「全部免除」（民法437条）ではなくて、「一部免除」が他の連帯債務者にどのような影響を与えるかどうかという問題である。

これらの問題については、学説と判例との間で激しい論争がくり広げられており、いまだに、論争に決着がついていない。そこで、このような困難な問題について、新しいパラダイムによれば、どのような決着がもたらされるのかを明らかにすることは、旧パラダイムと新パラダイムの優劣を比較する上で重要な意味を有すると思われる。

1 連帯債務者間の求償の要件としての事前の通知・事後の通知

A. 求償の要件としての事前の通知・事後の通知（民法463条と民法443条との関係）

連帯債務を債務と保証との結合であるという考え方（相互保証理論）は、保証と連帯債務の求償関係について統一的な解決指針を与えてくれる点に特色がある。そればかりでなく、この考え方によれば、さらに難解な問題とされる「通知を怠った連帯債務者間の関係」〔民法443条〕について、混乱に陥っている現在の学説・判例をあるべき解決方向へと導くことも可能となる。

連帯債務者間の求償については、民法443条1項が、求償の要件として事前の通知（連帯債務者の1人が弁済する前に、他の連帯債務者が債権者に対して抗弁を有しているかどうかを確認する義務）を規定するとともに、同条2項が、事後の通知（連帯債務者の1人が共同の免責を得た場合に、他の連帯債務者が債権者に二重弁済をしないよう配慮する義務）を規定している。事前の通知、事後の通知は、ともに他の連帯債務者が求償するための要件であり、この要件を怠った場合には、連帯債務者の1人は、他の連帯債務者に対して求償することができない。二重弁済を受けた債権者から、負担部分を超えて弁済した部分の返還を不当利得に基づいて請求するしかないのである。

(a) 相互に通知を怠った場合に関する学説の対立
連帯債務者の1人が弁済によって共同の免責を得たが、事後の通知を怠っている間に、他の連帯債務者が事前の通知を怠って二重に弁済をしてしまったというように、事後の通知を怠った連帯債務者と事前の通知を怠った連帯債務者とが競合した場合に、どちらの弁済が有効となるかについては、明文の規定が存在しない。このため、解釈の余地が生じており、古くから以下のような学説の対立がある。

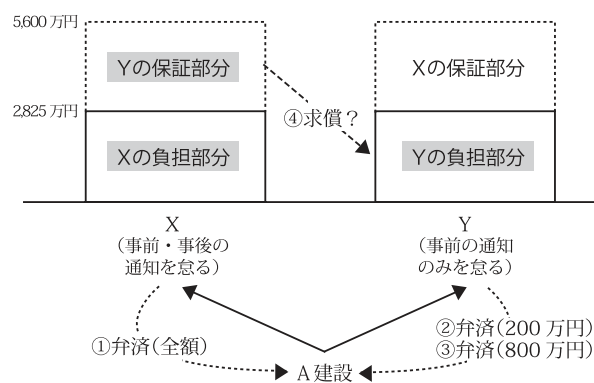
一方で、第1の弁済を有効とし、または、民法443条2項の適用には、同条1項の事前の通知が前提となるとして、事前の通知を怠った連帯債務者に対して民法443条2項の適用を否定する考え

方（民法443条2項適用・否定説）が通説として存在する [我妻・債権総論（1954）438頁]。

他方で、民法443条の2項には、1項の事前の通知は要件となっていないとして、第1の弁済者が事後の通知を怠った場合には、事前の通知を怠った第2弁済者に民法443条2項の適用を肯定する考え方（民法443条2項適用・肯定説）や、両者の過失の程度によって、どちらの弁済を有効とするかを判断するという考え方（折衷説）も存在する（学説については、辻伸行 [民法判例百選Ⅱ〔第6版〕（2009）47頁] 参照）。

(b) 相互に通知を怠った場合に関して民法443条2項の適用を否定した判例

このように学説が対立している中で、最高裁判昭和57年判決は、連帯債務者のうちの1人であるXが、事前の通知と事後の通知の両者を怠って、債権者Aに連帯債務全額を弁済したところ、他の連帯債務者Yが、事前の通知を怠って、負担部分の範囲で債権者Aに弁済をした場合に、全額弁済をしたXがYに対する負担部分の全額について求償請求を行ったという事案について、民法443条2項適用・否定説の立場に立ち、以下のように判示して、Yの民法443条2項の抗弁を否定して、Xの求償を認めた。



(判旨)
連帯債務者の1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。

図15 最二判昭57・12・17民集36巻12号2399頁
民法判例百選Ⅱ〔第6版〕第22事件

しかし、昭和57年最高裁の判断は、第1に、抽象的なレベルにおいても、民法443条の解釈を誤っている。その理由は、民法443条が、連帯債務者間の求償権について、事前・事後の通知を怠った連帯債務者は求償権を行使できないとして、求償権の行使を明確に否定しているにもかかわらず、最高裁が、先に弁済をしたという理由でXにYに対する求償を認めているのは、民法443条の趣旨にも、文言にも反しているからである。

昭和57年最高裁の判断は、第2に、事案の解決としても、負担部分の範囲内の弁済をただけであるため、求償の余地がなく、したがって、事前の通知義務を課されていないYに対して、事前・事後の通知を怠ったため求償権を行使できないはずのXからの求償請求を認めており、具体的な妥当性を欠いている。その理由を詳しく述べると、以下の通りである。

連帯債務を債務と保証の結合と考える立場（相互保証理論）に立つと、求償の要件としての通知は、負担部分を超える弁済（弁済に類似する出捐行為を含む）の場合と、負担部分を超えない弁済の場合とを厳しく区別する必要がある。先に明らかにしたように、第1に、負担部分を超える部分の弁済は、保証人としての弁済であり、共同の免責を生じるために求償が生じる。これに対して、第2に、負担部分の範囲内での弁済は、主債務者としての弁済に外ならず、求償の問題を生じない。したがって、他の連帯債務者に対して事前通知する必要はない。その理由は、一方で、保証人の場合は、債務者への事前の通知が必要であるのに対して、他方で、債務者の場合は保証人への事前の通知が必要とされないのと同じである。保証人の弁済は求償権を生じるため事前の通知が必要であるが、債務者の弁済は求償を生じないので、事前の通知をする必要がないためである。

もっとも、保証に関する民法463条2項は、「連帯債務に関する民法443条（通知を怠った連帯債務者の求償の制限）の規定は、主たる債務者についても準用する」と規定している。この条文からは、主債務者も、保証人に対して、事前・事後の通知が要求されているように見える。しかし、こ

こでも、本来なら、保証の規定を連帯債務に準用すべきであるにもかかわらず、逆に、連帯債務の規定が保証に準用されている点で、その解釈には、慎重な態度が要求される。

通説も、民法463条2項の適用に際して、主債務者の弁済については、事前の通知は問題とならないとしており〔我妻・債権総論（1954）491頁〕、その理由については、〔潮見・債権総論Ⅱ（2005）487頁〕が、以下のように、的確な説明を行なっている。

民法463条2項は、主たる債務者が弁済その他の出捐行為をした場合につき、事前の通知、事後の通知に関する連帯債務の規定（民法443条）を準用している。けれども、事前の通知を定める民法443条1項の規定は、主たる債務者が弁済その他の出捐行為をする場合には、準用の余地がない。なぜなら、「事前の通知」の制度は、弁済その他の出捐行為をした者が債権者に対して有する抗弁をもって対抗できるとするものである。ところが、主たる債務者が弁済その他の出捐行為をしたとしても、主たる債務者は保証人に対して求償権を有しない。だから、ここでは、443条1項を準用する基礎が存在しないのである。

このように考えると、通知を怠った連帯債務者間の求償の問題を論じる場合にも、原則に立ち返り、まず、保証人と主たる債務者間の求償の法理を明らかにした上で、連帯債務者間の求償について考察することが賢明であることがわかる。

(c) 事前・事後の通知の意味と昭和57年最高裁判決に対する批判

保証に関しては、民法463条は、通説の立場によっても、以下のように解釈されていることを確認する必要がある。

1. 保証人が債権者に弁済その他の出捐行為をする場合
 - 債務者に求償するためには事前の通知・事後の通知が必要である〔民法463条1項〕。
2. 主債務者が弁済その他の出捐行為をする場合
 - 事前の通知は必要がない。

- 事後の通知に関しては、保証人の二重弁済を未然に防止するため、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〕。

そうすると、通知を怠った連帯債務者間の事前・事後の通知に関しても、明文の規定はないが、以下のようなルールを導くことができる。

3. 連帯債務者が負担部分を超えて弁済その他の出捐行為をする場合（保証人が弁済その他の出捐行為をする場合と同じ）
 - 他の債務者に求償するためには、事前の通知〔民法443条1項〕および事後の通知〔民法443条2項〕が必要である。
4. 連帯債務者が負担部分の範囲内で弁済その他の出捐行為をする場合（主債務者が弁済その他の出捐行為をする場合と同じ）
 - 事前の通知は必要がない（明文の規定はない）。
 - 事後の通知に関しては、他の連帯債務者による二重弁済を未然に防止するため、義務づけられている〔民法443条2項〕。

以上の考え方に基づいて、先の最高裁昭和57年判決の事案を検討してみよう。本件の場合、事前・事後の通知が要求されるのは、負担部分を超えて弁済をし、Yに対して求償を求めているXだけである。求償を請求されているYは、自己の負担部分について弁済をしているに過ぎず、先に述べたように、負担部分の範囲内の弁済については主債務者による弁済と同視されるため、民法443条1項の事前の通知は必要とされない。したがって、たとえ、最高裁の見解に従って、一般論としては、連帯債務者の1人は、民法443条2項の適用を受けるための前提として、民法443条1項の事前の通知が必要とされるとしても、本件の場合には、Yの弁済は、負担部分の範囲内であり、求償の問題は生じないので、事前の通知は必要とされない。そのため、本件においては、Yは、事前の通知をしなくとも民法433条2項の効力を受けることができるという、最高裁昭和57年判決の結論とは逆の結論が論理的に導かれることになる。

最高裁やそれを支持する学説が、本件について誤りを犯している原因は、民法465条2項の「誤った反対解釈」によって、連帯債務者は、負担部分の範囲内で弁済をした場合にも、他の債務者に求償ができると考えているからに他ならない。連帯債務者の場合も、共同保証人の場合と同様、負担部分を超えて弁済をした場合にのみ求償ができるのであり、負担部分の範囲内の弁済については、事前の通知は問題とならないことを理解するならば、最高裁昭和57年判決が事案の解決に際して、誤った判断を下していることが理解できる。このことから、保証に関して連帯債務の規定が準用されている場合の解釈については、慎重な判断をすべきことが理解できるであろう。

最後に、事案の解決を離れて、求償の要件としての事前の通知・事後の通知の考え方についてまとめておくことにする。

B. 相互に通知を怠った場合の一般的な解決方法

保証人および連帯債務者に要求される事前・事後の通知は、他人の債務を弁済する際の保証人の注意義務の問題である。他人の債務を弁済する際には、第1に、弁済に先立って、主たる債務者が抗弁を有していないかどうかを確認する義務がある（事前の通知＝求償の要件としての確認義務）。第2に、弁済後は、主たる債務者が二重弁済をしないように配慮するとともに、自らの求償権を確保するために、事後の通知が義務づけられる（事後の通知＝二重弁済を避けるための配慮義務）。したがって、もしも、この要件を満たさずに弁済をした場合には、求償権を行使することができなくなる（求償権の消滅）。すなわち、通知義務に違反した保証人は、二重に弁済した分（負担部分を超えて弁済した部分）を債権者から不当利得として取り戻すしかない。

このような保証人の注意義務を連帯債務に応用したのが、民法443条の規定に他ならない。したがって、相互保証理論の立場は、民法443条の文言どおりの解釈を行い、両当事者ともに求償の要件を欠いている場合には、両当事者ともに求償権を行使できず、二重弁済を受けた債権者から、負

担部分を超えて弁済した分の返還を請求するほかないということになる（加賀山説：求償権の相互消滅説）。

以上の保証人の注意義務に対して、債務者に要求されるのは、事後の通知だけである（民法463条2項は、民法443条を債務者に準用しているが、先に述べたように、債務者は求償権を有しないのであるから、事前の通知は基礎を欠いているとされており、事前通知は必要がない）。しかも、事後の通知も、委託を受けた保証人に対するものに限定されている〔民法463条2項〕。その理由は、債務者に要求される事後の通知は、自らの求償権を確保するための通知ではなく、委託した保証人に対して二重弁済をしないように配慮・警告するためのものだからである。そして、この通知を怠ると、債務者は、たとえ自らの債務を弁済しても、その効果を二重弁済した保証人に対抗できなくなるのである。

2 連帯債務者の1人に対する免除の問題に関する新・旧パラダイムの比較

A. 連帯債務者の1人に対する全部免除の場合

(a) 設例1

Xに対してY₁、Y₂、Y₃がそれぞれ600万円、400万円、200万円を借り受け、各自がXに対して1,200万円の連帯債務を負担する場合に、XがY₁の債務を全額免除したとしよう。その場合、Xは、Y₂、Y₃に対して、いくらの請求ができるか。

(b) 通説による説明

債権者が、連帯債務者の1人に対して債務を免除した場合の他の連帯債務者に対する効力について、通説〔我妻・債権総論（1954）416頁〕によれば、以下のように説明されることになる。

債権者が連帯債務者の1人に対してその債務を免除したときは、民法437条により、その債務者の負担部分について、他の債務者も債務を免れる。Xに対してY₁、Y₂、Y₃がそれぞれ600万円、400万円、200万円を借り受け、各自がXに対して1,200万円の連帯債務を負担する場合に、XがY₁の債務を免除するときは、

Y₂もY₃もY₁の負担部分600万円について債務を免れる。その結果、Y₂、Y₃が600万円の連帯債務を負担することになる。

この規定は、当事者間の法律関係を簡易に決済しようとする一転償（求償の循環）を避ける一ものと説かれる。このような規定がなければ、XはY₂、Y₃からなお1,200万円を請求し、弁済者はY₁に600万円求償し、Y₁はこれをXから不当利得として償還させることになるからである。そして、この規定は、債権の効力を弱めるものとして批判されている。

通説が、連帯債務者の1人が弁済した場合と異なり、連帯債務者の1人が免除された場合に、他の連帯債務者に対して絶対的効力が及ぶことに批判的なのは、以下の理由に基づいている。

弁済の場合は、連帯債務の目的が実現されるため絶対的効力が及んでも、連帯債務の独立性とは矛盾しないが、免除の場合は、連帯債務の目的が実現されているわけではないので、他の債務者に対しても絶対的な効力が及ぶのは、連帯債務の独立性と矛盾するばかりでなく、連帯債務の効力を弱めることになるので、なるべく認めるべきではない。

(c) 相互保証理論による説明

債権者Xが連帯債務者の1人Y₁に対してその債務の全額を免除したときは、Y₁の固有の債務である600万円が消滅するので、Y₁の債務について連帯保証していたY₂、Y₃の保証部分が、それぞれ、600万円の範囲で付従性によって消滅する。したがって、Y₁の連帯債務は消滅し、Y₂の連帯債務は、600万円（負担部分400万円、保証部分200万円）となり、Y₃の連帯債務も600万円（負担部分200万円、保証部分400万円）となる。

このように考えると、民法437条は、連帯債務の本質から必然的に導かれる当然の規定であり、転償（求償の循環）を避けるために、やむなく規定された不合理な規定ではないことがわかる。

連帯債務者の1人によって連帯債務の全額が弁済された場合と連帯債務者の1人が全額を免除された場合の相違は、以下の点にある。

1. 全額弁済の場合には、まず、Y₁の弁済によ

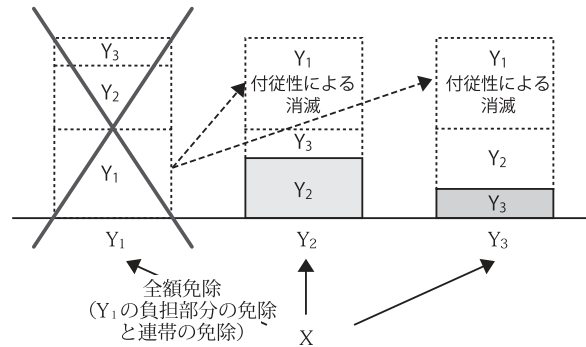


図16 連帯債務者の1人に対する免除が他の連帯債務者に及ぼす影響

るY₁の負担部分の消滅によって、他の連帯債務者Y₂、Y₃の保証部分が付従性によって消滅する。次に、Y₁による連帯部分の弁済を通じて、連帯債務全体の消滅という現象が発生する。もっとも、正確にいうと、連帯債務全体が消滅するのではなく、Y₁による保証部分の弁済を通じて、Y₁のY₂、Y₃に対する求償関係が発生し、XのY₂、Y₃に対する請求権は、代位の規定によってY₁へと移転する。

- これに対して、債権の満足なしに債権の消滅をもたらす免除の場合には、Y₁の負担部分が消滅することにより、他の連帯債務者Y₂、Y₃の保証部分が付従性によって消滅するだけであり、弁済の場合のように連帯債務全体の消滅をもたらすことはない。

(d) 通説に対する相互保証理論からの批判

通説による免除の絶対効の説明が煮え切らないものであるのに対して、相互保証理論に基づく説明は簡潔であり、しかも、民法437条の条文の意味が鮮明となることが明らかとなった。

通説が、民法437条の規定があるにもかかわらず、この条文を含めて、弁済以外の事由に絶対的効力を認めることに批判的な理由は、以下の点にあると思われる。

- 通説の定義によれば、連帯債務とは、「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1人の給付があれば他の債務者も債務を免れる」という債務である。つまり、通

説によれば、連帯債務の目的は同一の給付であり、給付を実現する弁済のみが他の債権者にも影響を及ぼすと考えている。したがって、債務の実現とはいえない更改、免除、混同、消滅時効等については、他の債務者に影響を与えるべきでないという考慮が強烈に働くことになる。

2. 通説によれば、連帯債務者の1人について生じた弁済以外の事由が他の債務者に影響を与えるのは、債務者の間に主観的な共同関係があるためであると考えており、したがって、債務者間にそのような主観的な共同関係がない場合には、連帯債務者の1人に生じた弁済以外の事由は、他の債務者には影響を与えるべきでないということになる。

しかし、連帯債務者の1人に生じた事由が弁済以外の場合でも、連帯債務者の1人の負担部分が消滅すれば、その債務について連帯していた他の債務者の債務に影響が生じるのは、当然のことであるといわなければならない。連帯債務における「連帯」とは、個別に債務を負った債務者が、さらに債務の弁済を確実にするために、債権者との契約により、または、法律の規定（例えば[民法719条]）によって相互に連帯保証しあう関係に入ることにはほかならない。したがって、主たる債務が消滅すれば、連帯保証は付従性によって当然に消滅する。これは、連帯債務者の間に主観的な共同関係があるかないかとは無関係である。

通説の致命的な欠点は、1人の債務者に生じた弁済以外の事由について他の債務者が影響を受けるのは、債務者間に主観的な共同関係がある場合に限り、そのような関係がない場合には影響が及ばないとしている点にある。しかし、連帯債務における共同関係とは、相互保証の関係であり、主観的な共同関係の有無には関係なく、すべての連帯債務が相互保証関係にあることを認識すべきである。

- B. 連帯債務者の1人に対する一部免除の場合
(a) 設例2

Xに対してY₁、Y₂、Y₃がそれぞれ、600万円、400万円、200万円を借り受け、各自がXに対して1,200万円の連帯債務を負担する場合に、XがY₁の債務を半額免除したとしよう。その場合、Xは、Y₂、Y₃に対して、いくら請求ができるか。

- (b) 相互保証理論による学説の説明

半額免除とは、いかなる意味であろうか。その解釈によって、結果は異なる。以下の解釈がありうる。相互保証理論モデルは、いずれの説をとっても、それぞれをうまく説明することが可能である。

1. 半額とは、負担部分も連帯部分も等しく半額を免除することであると考える。判例〈大判昭15・9・21民集19巻1701頁〉のとする見解である。
2. 半額とは、負担部分から優先的に半額を免除することであると考える（柚木説）。
3. 半額とは、連帯部分から優先的に半額を免除することであると考える（我妻説）。

半額を免除することについて、債権者が明確な指定をしていない場合には、判例のように、負担部分と連帯部分とをその割合に応じて比例的に免除すると考えるのが正当であろう。

- (c) 相互保証理論による判例の説明

連帯債務の半額免除について、判例のように、負担部分と連帯部分とをそれぞれの割合に応じて比例的に免除すると解釈すると、XがY₁の連帯債務を半額免除することによって、他の連帯債務者の債務は以下のように変化する。

債権者Xが連帯債務者の1人Y₁に対してその債務の半額を免除したときは、Y₁の固有の債務である600万円の半額（300万円）が消滅するので、Y₁の債務について連帯保証していたY₂、Y₃の連帯部分が、それぞれ300万円の範囲で付従性によって消滅する。したがって、Y₁の連帯債務は600万円（負担部分300万円、連帯部分300万円）となり、Y₂の連帯債務は900万円（負担部分400万円、連帯部分500万円）となり、Y₃の連帯債務も900万円（負担部分200万円、連帯部分700万円）とな

る。

このように、連帯債務を本来の債務（負担部分）と連帯保証（保証部分）との結合だと考えると、連帯債務者の1人に生じた事由が他の債務者に影響を及ぼす場合（絶対的効力）と他の連帯債務者に影響を及ぼさない場合（相対的効力）とを、負担部分の消滅による保証部分の消滅という保証の付従性によって理論的に説明できる。

(d) 通説に対する相互保証理論からの批判

これに対して、通説は、連帯債務内部構造（透視図）を理解していないため、わが国の代表的な教科書の一つである〔内田・民法Ⅲ（2005）372頁〕でさえ、連帯債務と「保証債務との違いは、誰かの債務に対する従たる債務ではない、ということ、付従性…はない」としており、連帯債務においても、負担部分の消滅が付従性によって他の連帯債務者の保証部分に影響することを全く理解していない。その結果として、「絶対的効力事由を広く認めることは、債権者に有利な場合〔民法434条の請求の絶対効〕もあるが、むしろ、連帯債務の担保的効力を弱め、債権者に不利な場合〔民法435条～439条〕が多い」〔内田・民法Ⅲ（2005）373頁〕として、債権者保護の視点から、絶対的効力に対して消極的な評価を下すに至っている。

しかし、連帯債務者の1人に生じた事由が、他の連帯債務者に影響を及ぼす場合と及ぼさない場合というのは、すでに述べたように、1人の連帯債務の負担部分に対する請求による他の連帯債務者の保証部分に対する影響、および、連帯債務者の1人の負担部分の消滅による他の連帯債務者の保証部分の付従性に基づく消滅であり、以下のように、論理必然的な結果である。

第1に、絶対的効力〔民法434条～439条〕とは、連帯債務者の1人の負担部分に対する請求によって保証部分に影響が出ること〔民法457条1項〕、または、負担部分の消滅（更改、相殺、免除、混同）による付従性によって、他の連帯債務者の保証部分が消滅する現象である。

第2に、相対的効力〔民法440条〕とは、連帯債務者の1人の保証部分の消滅によっては、他の

連帯債務者に何らの影響も生じないという現象である。

このように、連帯債務者の1人に生じた事由が他の連帯債務者に対して影響を及ぼしたり、及ぼさなかったりすることは、通説が考えているように、あるときは、債権者に有利となるように、その他の場合には、債務者に有利となるようにというように、立法政策的上の恣意的な判断によって生じる現象ではない。これらの現象は、先に述べたように、保証の規定（債務者に対する請求は、保証人に対しても効力を生じる〔民法457条〕）、および、保証の本質（保証の付従性）から導かれる論理必然的な結果であることを理解することが大切である。

3 不真正連帯債務者の1人に対する免除に関する新・旧パラダイムの比較

A. 相互保証理論に基づく不真正連帯債務の再定義

不真正連帯債務は、もともとは、共同不法行為において寄与部分を観念できなかった時代に、求償が生じない不真正な連帯債務として位置づけられた歴史的な産物に過ぎない。共同不法行為において、加害者間の求償が認められるに至った（〈最一判昭46・9・30判時646号47頁、判タ269号194頁〉、〈最二判昭63・7・1民集42巻6号451頁〉、〈最二判平3・10・25民集45巻7号1173頁〉など）現代においては、無用の概念である。もしも、不真正連帯債務の用語を残すのであれば、その効果については、連帯債務と全く同じであるが、その発生原因については、当事者の意思ではなく、法律の規定によって生じるという意味で、不真正連帯債務という用語を用いることが許されるに過ぎない。不真正連帯債務については、以下の点が明らかとなっている。

第1に、「債務者間で求償が認められない連帯債務」という意味で考え出された「不真正連帯債務」という歴史的な概念が、求償が認められるに至った現在においては、概念として完全に破綻している。

第2に、不真正連帯債務の典型例とされてきた

共同不法行為においても、共同不法行為者には、寄与分（部分的因果関係）に相当する負担部分が存在している。

第3に、不真正連帯債務にも負担部分が存在するということから、共同不法行為者の1人が被害者に損害全額を賠償すると、他の共同不法行為者に対してその負担部分の限度で求償が可能となる。現在の通説・判例は、不真正連帯債務とされる共同不法行為責任についても、加害者間、すなわち、不真正連帯債務者間の求償を認めるに至っているが、そのことは、不真正連帯債務にも負担部分があることを認めざるを得ないことを意味している。このようにして、歴史的な概念である「求償を認めない連帯債務」としての不真正連帯債務という概念の有用性は消滅したことになる。

第4に、このように破綻した不真正連帯債務という歴史的な概念について、エコロジーの観点からは、これまで使われてきた概念を完全に捨て去るのではなく、その概念を厳密に再定義することを通じて、再利用することができる。つまり、その発生原因に着目すると、通常の連帯債務が当事者の合意によって生じるのに対して、不真正連帯債務は、法律の規定（または、その解釈）によって生じるという唯一の相違がある。したがって、不真正連帯債務という概念を、「法律上の連帯債務」（法定連帯債務）として再定義することが可能である。

B. 1人の不真正連帯債務者に生じた事由（免除）の絶対効

通常の連帯債務が当事者の合意によって生じること（約定連帯債務）との対比で、不真正連帯債務を「法律の規定によって生じる連帯債務」（法定連帯債務）として再定義すると、不真正連帯債務においても、不真正連帯債務者の1人について生じた事由が他の不真正連帯債務者に影響する場合（絶対的効力効）があり、連帯債務に関する民法の規定（[民法434条～439条]）が不真正連帯債務にも適用されること、および、その理由が明らかとなる。

不真正連帯債務において、弁済以外の事由につ

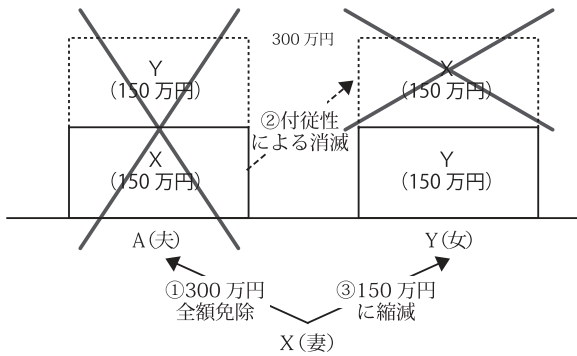
いて、絶対的効力を否定し続けてきた判例（〈最二判昭48・2・16民集27巻1号99頁〉、〈最一判昭57・3・4判時1042号、判タ470号121頁〉、〈最一判平6・11・24判時1514号82頁〉など）といえども、最近になってその考え方を実質的に変更し、不真正連帯債務の場合にも免除の絶対効を認める傾向を示しつつあり（〈最一判平10・9・10民集52巻6号1494頁〉）、相互保証理論を理解することがますます重要となっている。

(a) 不真正連帯債務を理由に免除の絶対効を否定した判例

第1の事例は、配偶者間における単なる債務不履行（不貞行為）の事例であり、他方配偶者と第三者による共同不法行為といえるかどうか微妙な問題であり、第三者に対する請求を最小限に抑えるべき事案において、最高裁は、あえて、免除の絶対効を否定している。

平成6年最高裁判決の事案は、原告（一方配偶者）が他方配偶者に対して連帯債務全額を免除しており、かつ、他方配偶者と第三者（不倫相手）との間に明らかに主観的関連共同が認められる場合である。したがって、不真正連帯債務において、1人の不真正連帯債務者に生じた事由が他の不真正連帯債務者に影響を及ぼすべきでないという理由、すなわち、不真正連帯債務者間には、主観的関連共同がないからという理由も存在しない。それにもかかわらず、最高裁は、そのような重要な事情を無視し、「不真正連帯債務であるから」という唯一の理由に基づいて、第三者の責任を全額認めるという不条理な判決を下している。

この判決の不当性は、判決に応じて、Y（女）がX（妻）に全額である300万円の損害賠償をした場合に明らかになる。その場合、共同不法行為者間においても、求償を認める判例準則によれば、Y（女）は、A（夫）に対して、その負担部分に当たる150万円（原審で確定されている）を求償することができる。そうだとすると、これは、いわゆる民法437条の趣旨説明として通説が認めるいわゆる回り求償（転償）が生じることになる。それを防止するために、民法437条が起草されたのであり、このような場合にこそ、民法437条を



(事案)

X(妻)がA(夫)との婚姻関係を継続中、Y(女)がA(夫)と不貞行為に及び、そのため右婚姻関係が破綻するに至ったとして、Y(女)に対し、不法行為に基づく慰謝料300万円等を請求した事件。

原審は、X(妻)がA(夫)に対して債務を免除したことを理由に、YがXに支払うべき慰謝料は150万円が相当であると判示した(相互保証理論の立場と同じ)。これに対して、最高裁は、原審の判断を覆し、以下のように判示して、Xの請求の全額を認めた。

(判旨)

民法719条所定の共同不法行為者が負担する損害賠償債務は、いわゆる不真正連帯債務であって連帯債務ではないから、その損害賠償債務については連帯債務に関する同法437条の規定は適用されないものと解するのが相当である(最二判昭48・2・16民集27巻1号99頁参照)

図17 最一判平6・11・24判時1514号82頁

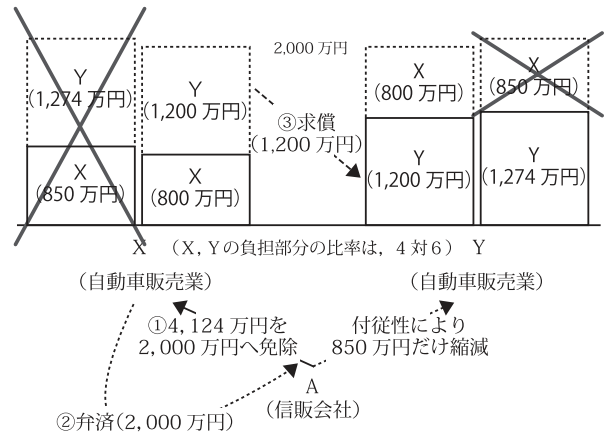
適用して債権者の全額賠償を制限すべき場合であった。つまり、平成6年最高裁判決は、理論的な面からも、また、事案の具体的な解決の面からも、何らの合理性も認められない。

このような不条理な判決理由が長続きするはずはない。最高裁は、最近になって、「不真正連帯債務だから…」というような硬直的な判断に修正を加えるようになりつつある。

(b) 不真正連帯債務にもかかわらず、実質的に免除の絶対効を認めた判例

第2の事例は、自動車販売業者Yの従業員Bが、信販会社Aと提携関係にある自動車販売業者Xを巻き込んで、架空の自動車販売契約によって、クレジット会社(信販会社A)から3,303万円を詐取した詐欺事件である。XはAとの間の和解に基づき和解金2,000万円を支払った後、Bの負担部分について、使用者であるYに対して求償金として1,600万円および遅延損害金の支払を求めた(最一判平10・9・10民集52巻6号1494頁(民法判例百選Ⅱ〔第6版〕第23事件))。

不真正連帯債務を法定の連帯債務として再定義し、その内容は通常の連帯債務と同じであるとして、連帯債務者の1人に生じた事由のうち負担部分に関するものは、付従性に基づき、他の連帯債



(判旨)

①[不真正連帯債務における負担部分の承認と求償の承認]
XとYが共同の不法行為により他人に損害を加えた場合において、XがYとの責任割合に従って定められるべき自己の負担部分を超えて被害者に損害を賠償したときは、XはYの負担部分について求償することができる。

②[不真正連帯債務における免除の絶対効の形式的な否定]
XとYが負担する損害賠償債務は、いわゆる不真正連帯債務であるから、XとA(被害者)との間で訴訟上の和解が成立し、請求額の一部につき和解金が支払われるとともに、和解調書中に「被害者はその余の請求を放棄する」旨の条項が設けられ、被害者がXに対し残債務を免除したと解し得るときでも、連帯債務における免除の絶対効を定めた民法437条の規定は適用されず、Yに対して当然に免除の効力が及ぶものではない(最二判昭48・2・16民集27巻1号99頁、最一判平6・11・24裁判173号431頁参照)。

③[不真正連帯債務における免除の絶対効の実質的な承認]
しかし、被害者Aが、右訴訟上の和解に際し、Yの残債務をも免除する意思を有していると認められるときは、Yに対しても残債務の免除の効力が及ぶものというべきである。そして、この場合には、Yはもはや被害者から残債務を請求される可能性はないのであるから、XのYに対する求償金額は、確定した損害額である右訴訟上の和解におけるXの支払額を基準とし、双方の責任割合に従いその負担部分を定めて、これを算定するのが相当であると解される。

仮に、本件和解における上告人の支払額2,000万円を基準とし、原審の確定した前記責任割合[4対6]に基づき算定した場合には、本件共同不法行為におけるXの負担部分は800万円となる。したがって、XはYに対し、その支払額のうち1,200万円の求償をすることができ、右の違法はこの範囲で原判決の結論に影響を及ぼすことが明らかである。

図18 最一判平10・9・10 民集52巻6号1494頁
民法判例百選Ⅱ〔第6版〕第23事件

務者の保証分に影響を与えるとする相互保証理論の立場に立つと、最高裁の結論は、理論的にも説明することができる。

その理論的説明は、以下の通りである。

第1に、債権者Aが連帯債務者の1人であるXに対して、連帯債務4,124万円を2,000万円へと縮減したことは、Xの連帯債務のうち、2,124万円を免除したことを意味する。この一部免除の意味については、XとYとの負担割合に応じた免除がなされるというのが判例の考え方である(大判昭15・9・21民集19巻1701頁)。そうすると、本件の場合、債権者Aは、Xの負担部分を850万円、保証部分を1,274万円、合計で、2,124万円を免除したことになる。

第2に、債権者Aの連帯債務者の1人Xに対する一部免除の結果は、民法437条により、その負

担部分に関する免除（850万円）のみが、付従性によって、他の連帯債務者であるYに対して絶対的効力を有する。したがって、Yの連帯債務は、850万円の範囲で消滅する。

第3に、連帯債務者の1人であるXが免除された連帯債務の全額である2,000万円の弁済をすると、その負担部分（800万円）を超えた保証部分（1,200万円）の弁済のみについて、他の連帯債務者であるYに対して求償することができる。

最高裁は、免除の絶対効を認めないとしつつ、「被害者Aが、右訴訟上の和解に際し、Yの残債務をも免除する意思を有していると認められるとき」は「Yに対しても残債務の免除の効力が及ぶものというべきである」と述べている。しかし、被害者Aと加害者Xとの和解の効力は、契約の相対効の原則に従って当事者外のYには及ばないのであるから、結局のところ、最高裁の結論は、不真正連帯債務において不真正連帯債務者の1人に対する免除が他の不真正連帯債務者に影響を及ぼすという、免除の絶対効を認めたことになっている。

このようにして、和解の効力が当事者以外に及ばないことを前提にすると、最高裁の結論を理論的に説明できるのは、新しいパラダイムに基づく相互保証理論のみであることが明らかとなったと思われる。

V 担保法の新しいパラダイムの教育方法

1 パラダイムの転換を前提とした教育プログラムの提示の重要性

『科学革命の構造』を明らかにしたクーンが、「共有する例題としてのパラダイム」というテーマで論じているように、すべての人がパラダイムを理解するようになるためには、理論的な体系書を執筆しただけでは不十分であり、以下のように、一定の量の練習問題を解きながら理解できるように編成された教材に基づいて教育を行う必要があるという〔クーン・科学革命の構造（1971）213-218頁〕。このことは、自然科学だけでなく、法学教育についても妥当すると思われる。

科学の学生は、教科書の1章を読んでそれを完全に理解するが、しかし章末に付せられた多数の問題を解くには困難を感じるとよく言う。このような困難も、普通同じようにして解消される。つまり、学生は教師の助けがあろうとなかろうと、その問題を彼がすでに出会った問題と同じようにみなす方法を見付ける。その類似点を認め、2つ、あるいはそれ以上の特徴的問題のアナロジーを捉えて、彼は記号を関連づけ、かつて有効であることを証明済みの方法でそれを自然〔社会〕と結びつける。たとえば、 $f=ma$ 〔ニュートンの運動の第2法則〕のような法則のスケッチは、1つの道具として機能し、学生にいかなる類似点を見付けるかを教え、見出されるべき状況のゲシュタルトの信号を発する〔クーン・科学革命の構造（1971）215-216頁〕。

$f=ma$ やその他の記号的一般化のように、さまざまな状況の間の類似性を見出す能力は、学生が例題とペンと鉛筆で、あるいは実験室の中で行なうことによって得られる主なものであると私は思う。個人によってそれぞれ異なるが、一定数の問題を済ませた後で、彼は科学者として直面する状況を、彼の専門家グループの他のメンバーと同じゲシュタルトで見ることになる。彼にとっては、教育を受けるはじめに出会った状況とはもはや同じ状況ではない。その間に彼は、長期にわたってテスト済みで、そのグループの公認の〔ものの〕見方を身につけたのである〔クーン・科学革命の構造（1971）216頁〕。

自然の知識は、ルールや法則よりも、むしろ類似的関係を学びながら得られ、それによって物理的状態の見方〔たとえば、ガリレオにおける斜面を転がる球の落下速度の発見、ホイヘンスにおける振子の振動速度の発見、ベルヌイの流体の流出速度の発見など〕を体得することができる。…このような学び方は、言葉の手段だけでは決して得られるものではない。むしろ言葉は、それがいかに機能するのかの具体例と共に与えられてのみ学ばれる

のである [クーン・科学革命の構造 (1971) 217-218頁]。

大学の法学部、法学研究科、および、法科大学院の教育目標は、学生に、「専門的な法知識を習得させる」とともに、「法的推論の能力を育成させる」ことにある。具体的には、学生が、これまで経験したことのない問題に直面した場合にも、以下のようなプロセス (IRAC: Issue, Rules, Application/Argument, Conclusion) を通じて、解決策を提示できる能力を獲得することであろう。具体的には、以下のようなプロセスを踏むことによって、その能力が養われる [加賀山・学習法入門 (2007) 33-36頁]。

第1に、問題となっている事実を丹念に調査し、どこに問題があるのかを的確に把握する (Issue)。第2に、その問題を解決するには、従来であればどのようなルールが適用されてきたのかを知って、その事件にも適用してみる (Rules)。第3に、そのようなルールを適用したのでは、具体的に妥当な結論が導き出せない、または、疑問の余地があるとしたら、その他に、どのようなルールや原理・原則を適用することが可能となるのかを検討する (Application)。第4に、その考え方を採用した場合、従来の考え方からどのような反論が予想されるか、それに反論できるかどうか十分に議論を重ねる (Argument)。第5に、当事者の利害、衡平、信義則等を総合的に勘案して、両当事者が納得する解決策を提示する (Conclusion)。

以上のようなプロセスを踏んで、これまで解いたことのない問題に遭遇した場合にも、問題の解決に取り組むことのできる能力を育てるという作業は、実は、パラダイム論争に決着をつける作業でもある。なぜなら、「パラダイム論争で重要な点は、どのパラダイムが、今までに完全には解けなかった問題に、将来、解こうという研究方向を与えるかである。科学を進めるいろんな道のうちのどれを採るかの決定が要請される時、その決定は過去の栄光よりも、将来の約束によらねばならない」 [クーン・科学革命の構造 (1971) 177頁] からである。

2 新しいパラダイムに基づく担保法のコア・カリキュラムの作成

「担保法革命」を実現するために、担保法のコア・カリキュラムを作成する。このカリキュラムは、担保法を学習する学生たちが、学習到達度チェック・リストとしても利用できる。

このコア・カリキュラム (学習達成度チェック・リスト) を作成するに当たっては、第1に、司法制度改革審議会の意見書 (2001) にある教育目標 (専門的な法知識を確実に習得させるとともに、それを批判的に検討し、また発展させていく創造的な思考力、あるいは事実に基づいて具体的な法的問題を解決していくため必要な法的分析能力や法的議論の能力等を育成する) を前提とした上で、第2に、担保法における重要な概念の定義、要件と効果が理解できているかどうか、重要な判例 (ここでは、主として民法判例百選ⅠⅡ [第6版] で取り上げられている判例) について、事案、判例要旨、関連判例、学説の対応について理解できているかどうかを確認することを念頭においている。

これらの学習到達度チェック・リストは、第1に、予習段階では、六法、教科書、民法判例百選等を見ながら文章に書いて説明できるように準備するのに役立つ。第2に、講義では、作成した説明文章が十分なものであるかどうかを確認し、また、講義で当てられた場合には口頭で説明できるかどうかを確認するのに役立つ。第3に、復習段階では、用意した説明文章を訂正し、試験の前には、六法だけを頼りにして答案が作成できるかどうかを確認するのに役立つ。

学生たちが、以下に示すコア・カリキュラム (学習到達度チェック・リスト) にしたがって学習を進め、学習到達度を確認しながら担保法の学習を行うならば、担保法を短期間のうちにマスターすることが可能となると思われる。

3 担保法における学習到達度チェックのための練習問題

担保法の新しいパラダイムを前提にして、担保法を学習した後は、学生たちが、新しいパラダ

イムを理解しているかどうかをチェックすることが必要である。このようなチェック・リストを用意することで、学生たちは、新しいパラダイムを完全に習得することになる。

なお、★印の意味は、以下の通りである。

- ★……基礎レベル
- ★★……中級レベル
- ★★★…上級レベル

A. 担保法総論

■ 学習到達度チェック(1)物権と債権の交錯 ■

1. 物権について

- ★物権とは何か。定義を述べなさい。
- ★★物権（本権）の種類（3つ）を述べ、個々の物権（8つ）を挙げて分類しなさい。
- ★★★個々の物権のそれぞれの特色を①使用・収益権，②換価・処分権の観点から説明しなさい。

2. 債権について

- ★債権とは何か。定義を述べなさい。
- ★★債権の発生原因（4つ）を列挙し、それぞれに対応する具体例を述べなさい。
- ★★★債権の発生原因における請求権の名前（履行請求権，費用償還請求権…など）を述べて，説明しなさい。

3. 物権と債権との交錯について

- ★債権と物権とが交錯する場面で生じる「拮取力」について，その定義を述べなさい。
- ★★拮取力を根拠づける民法の条文を挙げて，直接強制，代替執行，意思表示に代わる判決，不作為債務の強制について説明しなさい。
- ★★★拮取力を根拠づける民事執行法の条文を挙げて，民法の強制履行に関する条文との関係を整理しなさい。

4. 債権者平等の原則と例外について

- ★債権者平等の原則とは何か（旧民法財産取得編第1条2項には，この原則が明文で規定されていたので参照すること）。
- ★★強制執行が可能な債務者の財産（物または権利）のことを何と呼ぶか。旧民法財産取得編第1条1項では，この点についてどのように規定していたか。
- ★★★債権者平等の原則の例外として，債権に優

先弁済権が生じる場合について，旧民法財産取得編第1条2項ただし書きは，どのような規定をしていたか。

■ 学習到達度チェック(2)担保法の本質 ■

1. 担保一般について

- ★担保とは何か。定義を述べなさい。
- ★★債権の拮取力を強化する方法として2つの制度を挙げて説明しなさい。
- ★★★現行民法では，担保という用語が最初に出てくる条文は，民法29条（不在者管理人の担保提供及び報酬）であり，これは，本質的には，手続法に関する規定である。このような担保（立担保）について，民事訴訟法75条（担保提供命令），民事訴訟法77条（担保物に対する被告の権利）は，興味深い規定を設けている。この制度を，原告敗訴の場合に被告が負担した訴訟費用の償還を確実にするための制度（一種の債権担保）として考えた場合，被告の権利に関する規定には，物的担保に関する2つの特色が現れている。さて，民事訴訟法75条，77条に規定されている立担保に関する被告の権利の特色を2つ挙げなさい。

2. 人的担保について

- ★人的担保とは何か。定義を述べなさい。
- ★★人的担保は，債権の「拮取力」をどのように強化しているのか説明するとともに，人的担保が「付従性」という性質を有している理由を説明しなさい。
- ★★★民法448条の保証債務の「付従性」について，「保証債務は独立の債務であるが主たる債務に従属する」[於保・債権総論（1972）254頁]という従来の考え方には，どのような矛盾があるのか，その矛盾を解消するにはどのように考えればよいか検討しなさい。

3. 物的担保について

- ★物的担保とは何か。定義を述べなさい。
- ★★物的担保は，債権の「拮取力」をどのように強化しているのか説明しなさい。
- ★★★物的担保のうち，「留置権」と「質権」とを比較し，それぞれについて，使用・収益権，換価・処分権があるかどうかを検討しなさい。

4. 担保の機能を実現するメカニズムについて

- ★債権の「拮取力」を強化するために，第三債務

者に対する「直接取立権」を実現しているのは、債権の中のどのような制度か。

- ★★債権の「掘取力」を強化するために第三者に対する「追及効」を実現しているのは、債権の中のどのような制度か。
- ★★★債権の「掘取力」を強化するために「他の債権者に先立って債権の弁済をできる」ようにしているのは、債権の中のどのような制度か。

■ 学習到達度チェック (3) 担保法の歴史と担保法の体系 ■ 担保法の歴史

1. 現行民法の基盤について

- ★担保法は、現行民法では、どの編のどの章に規定されているか。
- ★★現行民法は、何を土台にし、何を修正することによって起草されたのか。
- ★★★現行民法の起草に際して、何を土台とし、それをどのように修正したのかを条文ごとに解説している文書は何か。

2. 債権担保法の歴史と展望について

- ★旧民法とは何か。その原文はどのようにして確認することができるか。
- ★★旧民法の債権担保編は、どのように編成されていたのか。
- ★★★2006年にフランス民法典の改正によって、フランスの担保法の編別はどのように変化したのか。

3. 債権担保における物権法と債権法との関係について

- ★現行民法において人的担保と物的担保とが分離されている理由は何か。
- ★★人的担保と物的担保とを分離することのメリット、デメリットは何か。
- ★★★旧民法の債権担保編の章立てをよく読み、現行法と順序、名称等がどのように異なっていたかを指摘し、旧民法が現行民法よりも優れている点があれば、それを指摘しなさい。

担保法の体系

1. 担保法の体系について

- ★担保法の体系を一言で表現しなさい。
- ★★人的担保と物的担保をそれぞれ一言で表現しなさい。
- ★★★物的担保の効力とされてきた直接取立権、追及効、優先弁済権のそれぞれについて、債権の

どのような制度の中にそれが見出せるかを具体的に説明しなさい。

2. 担保法の通有性について

- ★担保法全体に通じる性質としての「通有性」を一言で表現しなさい。
- ★★人的担保の「付従性」はどのように説明されるか。
- ★★★物的担保の「付従性」はどのように説明されるか。

3. 物的担保の通有性について

- ★担保物権の「通有性」とは何か。
- ★★担保物権に「付従性」があるということは、担保物権が債権に従属するということを意味する。このことは、担保物権は、独立の物権であるという通説の考え方と矛盾する。このジレンマを解決する方法は存在するか。
- ★★★担保物権の「不可分性」とは何か。抵当権の実行によって抵当不動産が競売されたが競売代金が債権額に満たないという場合でも、抵当権は消滅する（残債権は無担保債権となる）。これは、担保物権の「不可分性」と矛盾しないか。

■ 学習到達度チェック (4) 担保法における従来の学説の問題点 ■

1. 担保物権の概念について

- ★従来の担保法の学説は、民法にない用語である「担保物権」をどのようなものとして定義してきたか。
- ★★担保物権を「換価・処分権」を有する物権と考えたとしよう。その場合に、「換価・処分権」も優先弁済権（物上代位）も有しない留置権は担保物権といえるだろうか。
- ★★★相殺、取立委任、振込み指定、仮登記担保、譲渡担保、所有権留保が担保物権といえるかどうかは、通説によると、どのような基準で判断され、その結果はどのようなものとなるか。

2. 担保物権の通有性について

- ★従来の担保法の学説は、担保物権の内包としての「通有性」をどのように説明してきたか。
- ★★担保物権の「通有性」としての「付従性」には例外が存在するか。「付従性」に例外が存在するとしたら、それは、通有性といえるか。
- ★★★通説は、根抵当権は「付従性」が緩和され

ているというが、そうだとすると、「通有性」が緩和された根抵当権は担保物権といえるか。

3. 無体物を目的とする権利について

- ★従来の学説は、「無体物」である権利を目的とする担保物権についてどのような説明を行ってきたか。
- ★★民法369条2項の「地上権、永小作権」を目的とする抵当権は、「権利の上の抵当権」であるため、立法者も、物権としての「真の抵当権」と言い難い[民法理由書(1987)361頁]としていた。通説は、これに対して、どのような答えを用意しているか。
- ★★★民法362条の権利質は、「無体物」を目的とするものであり、物権とはいえないというのが立法者の見解であった[梅・要義巻二(1896)438頁]。通説は、これに対してどのような答えを用意しているか。

4. 担保物権を好きになれない人が多い理由について

- ★あなた自身は、担保物権を苦手とする方か。苦手である場合には、その理由は何か。
- ★★あなた自身は、担保物権の本質、通有性、對抗要件について、それぞれの担保物権ごとに矛盾のないように説明することができるか。
- ★★★あなた自身は、優先弁済権を債権の効力ではなく、純粋な物権の効力として説明することができるか。特に、後順位担保権者の優先弁済権を純粋な物権の効力として説明できるか。

■ 学習到達度チェック(5) 債権における直接取立権(債権者代位権・直接訴権) ■

1. 債権者代位権の性質

- ★債権者代位権の性質を「債権差押え」との対比で説明しなさい。
- ★★債権者代位権の要件を列挙しなさい。
- ★★★債権者代位権の行使の範囲は、被保全債権と目的債権によって二重に制限されるとした昭和44年の最高裁判決〈最三判昭44・6・24民集23巻7号1079頁〉との対比で、抵当権に基づく抵当目的物の引渡請求を債権者代位によって認めた平成11年の最高裁大法廷判決〈最大判平11・11・24民集53巻8号1899頁〉を取り上げ、批判的に検討しなさい。

2. 完全直接訴権(自賠法16条)について

- ★「完全直接訴権」の例を挙げて債権者代位権との異同を説明しなさい。
- ★★保険会社が被害者の直接訴権に応じて保険金を弁済した場合、反対に、加害者が被害者に損害賠償をした場合とで、結果にどのような違いが生じるかを示し、そのような結果を理論的に説明しなさい。
- ★★★平成20年最高裁判決〈最三判平20・2・19民集62巻2号534頁〉の事例を紹介し、自賠法16条の直接訴権が老人保健法(現在は、高齢者の医療の確保に関する法律)に基づいて被害者に対して医療行為をした市町村長の保険会社への直接請求に優先する理由を説明しなさい。

3. 不完全直接訴権(民法613条)について

- ★「不完全直接訴権」の例(例えば民法613条)を挙げて債権者代位権との異同を説明しなさい。
- ★★転借人が貸貸人の直接請求に応じて転借料を支払った場合、反対に、賃借人が貸貸人に賃料を支払った場合とで、結果にどのような違いが生じるのかを示し、そのような結果を理論的に説明しなさい。
- ★★★民法613条1項2文の「賃料の前払をもって貸貸人に對抗することができない」の反対解釈について、誤った反対解釈と正しい反対解釈との両者を提示し、誤った反対解釈が生じる原因について説明しなさい。

4. 債権者代位権の転用について

- ★債権者代位権の転用について、登記請求権の代位行使〈大判明43・7・6民録16輯537頁〉と、賃借人による貸貸人の妨害排除請求・返還請求の代位行使〈最二判昭29・9・24民集8巻9号1658頁〉との異同を説明しなさい。
- ★★通常の債権者代位権には「無資力」要件が要求されるのに対して、債権者代位権の転用の場合には、「無資力要件」が要求されない理由を債権者代位権に関する学説のそれぞれの立場に立って説明しなさい。
- ★★★残代金債権を被保全債権として、移転登記請求権の代位行使を認めた昭和50年最高裁判決〈最一判昭50・3・6民集29巻3号203頁〉を取り上げ、この場合に「無資力」要件が不要とされた理

由を理論的に説明しなさい。

■ 学習到達度チェック(6)債権における目的物に対する追及効(詐害行為取消権) ■

1. 詐害行為取消権の性質について

- ★詐害行為取消権の性質を法律行為の「取消し」との対比で説明しなさい。
- ★★詐害行為取消権の要件を、客観的要件と主観的要件とに分け、それぞれについて列挙しなさい。
- ★★★離婚に伴う財産分与・慰謝料支払合意に対する詐害行為取消権の行使を認めた平成12年最高裁判決〈最一判平12・3・9民集54巻3号1013頁〉をとりあげ、民法424条2項の意味を明らかにしなさい。

2. 詐害行為取消権における「取消し」の意味について

- ★詐害行為取消権の「取消し」の意味を学説・判例の発展に即して説明しなさい。
- ★★明治44年大審院判決〈大判明44・3・27民録17輯117頁〉をよく読み、訴権、相対的取消し、価格賠償の意味を説明しなさい。
- ★★★特定物債権に基づく詐害行為取消権を認めた昭和36年最高裁判決〈最大判昭36・7・19民集15巻7号1875頁〉が、最終的には移転登記請求を否定したのはなぜか、移転登記請求を否定した昭和53年最高裁判決〈最大判昭53・10・5民集32巻7号1332頁〉を参照して、その理由を説明しなさい。

3. 詐害行為取消権の「取消し」の効果について

- ★詐害行為取消権が「すべての債権者の利益のためにその効力を生ずる」[民法425条]としている意味を説明しなさい。
- ★★債権譲渡通知に対する詐害行為取消権の行使を否定した平成10年最高裁判決〈最二判平10・6・12民集52巻4号1121頁〉を取り上げ、債権者が他の債権者を受益者として訴える場合の限界について検討しなさい。
- ★★★債務者の財産を逸失させて利益を受けた債権者に対して、他の債権者が詐害行為取消権を行使して、逸失財産から全額の満足を受けることを認めた昭和46年の最高裁判決〈最二判昭46・11・19民集25巻8号1321頁〉を取り上げ、そのような結果が公平の原則から認められるべきかどうかを検討しなさい。

■ 学習到達度チェック(7)債権における事実上の優先弁済権(同時履行の抗弁権) ■

1. 同時履行の抗弁権の「適用」事例について

- ★請負契約に関する民法633条の条文に即して、民法533条の同時履行の抗弁権の「適用」について説明しなさい。
- ★★請負契約について民法533条が「準用」される民法634条2項を例にとって、同時履行の抗弁権と留置権との異同を説明しなさい。
- ★★★自動車の所有者Aが交通事故を起こし、自動車修理業者Bが修理代金を30万円と見積もって修理をしたところ、修理に瑕疵があり、Aに10万円の損害が生じたが、Aが自動車の売買代金100万円をCに支払っておらず、CがAの自動車を差押え、競売によって60万円の競売代金が得られたとする。A、B、Cは、この競売代金からいくらの配当を受けることができるか。

2. 同時履行の抗弁権の「準用」事例について

- ★同時履行の抗弁権について、民法533条が準用されている条文をすべて列挙し、どの債権とどの債権とが同時履行の関係に立つかを答えなさい。
- ★★同時履行の抗弁権について、条文にはないが、判例によって認められている例(例えば、弁済請求と受取証書交付請求など)を列挙しなさい。
- ★★★同時履行の抗弁権が否定されている判例を調べ、なぜ、否定されているのかを答えなさい。

■ 学習到達度チェック(8)債権における法律上の優先弁済権(相殺) ■

1. 相殺の要件と機能について

- ★相殺の成立要件を列挙しなさい。
- ★★相殺の障害要件を列挙しなさい。
- ★★★相殺の担保的機能とは何か。少なくとも2つ(3つが望ましい)の具体例を挙げて説明しなさい。

2. 相殺の担保的機能について

- ★相殺の担保的機能に関する学説を列挙して相違点を説明しなさい。
- ★★相殺の担保的機能を認めた判例のうち、昭和39年大法院判決〈最大判昭39・12・23民集18巻10号2217頁〉と昭和45年大法院判決〈最大判昭45・6・24民集24巻6号587頁〉の違いを述べなさい。
- ★★★相殺の担保的機能に関する学説について、

実務が無制限説で動いているのに対して、通説が制限説Ⅰ（弁済期前後基準説）となっている理由を説明するとともに、相殺の担保的機能が認められるべき理由と要件について整理しなさい。

3. 相殺の相互性の要件と三者間相殺について

- ★自働債権 α （債権者B、債務者A）と受働債権 β （債権者A、債務者B）とが相殺適状となった後に、受働債権 α についてAからCに対する債権譲渡なされたとする。この場合、受働債権の債務者であるBは、民法468条2項にしたがって、債権譲受人Cに対して相殺の抗弁をもって対応することができる。この場合に、相殺の意思表示の時点で、相殺の相互性の要件は失われているにもかかわらず、相殺の抗弁が認められるのはなぜか。少なくとも2つ（3つが望ましい）の理由を挙げて答えなさい。
- ★★債権譲渡と相殺との関係に関する最高裁判決〈最一判昭50・12・8民集29巻11号1864頁〉の事案と要旨を述べ、学説の傾向を整理しなさい。
- ★★★三者間相殺を否定した最高裁判決〈最三判平7・7・18判時1570号60頁、判タ914号95頁〉の事案と判旨、および、その問題点を説明しなさい。

B. 人的担保

■ 学習到達度チェック(9) 人的担保総論 ■

1. 保証と連帯債務との関係について

- ★連帯債務が人的担保の一種とされるのはなぜか。保証「債務」自体が債務の「担保」であるというのは、概念矛盾とならないか。
- ★★保証とは異なり、債務であるはずの連帯債務について、連帯債務者の1人が全額を弁済すると他の連帯債務者への求償ができるのはなぜか、その理由を説明しなさい。
- ★★★通説が、連帯債務は債務であって保証ではないので、付従性の問題は生じない（例えば、[平井・債権総論（1994）327頁]、[内田・民法Ⅲ（2005）372頁]）としているのはなぜか。たとえば、連帯債務の免除に関する民法437条が、「連帯債務者の1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」と規定しているのは、債権者によって連帯債務者

の1人の負担部分が免除されると、それに対応する「他の連帯債務者の保証部分が付従性によって消滅する」ことを規定しているのではないか。つまり、連帯債務者の1人の負担部分の消滅は付従性によって他の連帯債務者の保証部分の消滅をもたらすからこそ、他の連帯債務者は、債権者に対しても、連帯債務が縮減していること（絶対的効力）を主張できるからではないのか。

2. 保証人の主たる債務者への求償および連帯保証人間の求償について

- ★主たる債務者が債権者に弁済しても求償が生じないのに、保証人が債務者に弁済すると求償権が生じるのはなぜか。
- ★★保証人の求償権の条文上の根拠は何か。保証人の求償権は、どのような制度によって強化されているか。
- ★★★共同保証人間の求償については、「自己の負担部分を超える額を弁済したとき」に限って他の共同保証人に対して求償できる[民法465条]のに対して、連帯保証人間の求償については、「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442条]と規定し、「自己の負担部分を超える額を弁済したとき」という文言がないのはなぜか。

3. 求償の要件としての事前・事後の通知について

- ★主たる債務者は保証人に対して事前の通知を必要とするか。その理由は何か。
- ★★保証人が主たる債務者に対して事前の通知、事後の通知をしなければならないのはなぜか。
- ★★★昭和57年最高裁判決〈最二判昭57・12・17民集36巻12号2399頁（民法判例百選Ⅱ〔第6版〕第22事件）〉が事前の通知を怠った連帯債務者の1人に対して、民法443条2項の適用を否定したのはなぜか。本件において、事前・事後の通知を怠って全額を弁済した連帯債務者の求償を認めたことは、具体的な事案の解決として妥当か。

4. 物上保証人について

- ★通常の保証と物上保証とはどこが違うか。保証人と物上保証人との二重資格を有する者に対して、最高裁昭和61年判決〈最一判昭61・11・27民集40巻7号1205頁〉は、保証人と物上保証人との

関係をどのように判断しているか。

- ★★物上保証人には、保証に関する求償の規定が準用されている〔民法351条〕にもかかわらず、物上保証人について、最高裁平成2年判決〈最三判平2・12・18民集44巻9号1686頁〉が委託を受けた物上保証人の事前求償権を否定したのはなぜか。
- ★★★物上保証人と抵当権が設定された不動産の「第三取得者」と、詐害行為取消権を行使された「受益者・転得者」の地位について、その異同を説明しなさい。

■ 学習到達度チェック(10)保証 ■

1. 保証契約について

- ★保証契約は、片務契約か双務契約か。無償契約か有償契約か。
- ★★書面によらない保証契約が無効とされる〔民法446条2項〕のはなぜか。
- ★★★親が子の奨学金の保証人になったり、賃貸保証人になったり、身元保証人になったりするのはごく普通のことであり、現代社会において、保証人にならずに一生を送ることは困難である。それにもかかわらず、『「保証するな」は親の遺言』とか、『「連帯するな」は親の遺言』という警世の言葉が使われているのはなぜか。保証人に対するリスク負担は合理的か。

2. 保証の付従性について

- ★主たる債務が消滅すると保証債務が消滅するのはなぜか。
- ★★民法449条（取り消すことができる債務の保証）のように、付従性のない債務は、どのような債務といわれているか。
- ★★★売主の保証人は、売買契約が解除された場合の売主の原状回復義務についても及ぶか〈最大判昭40・6・30民集19巻4号1143頁（民法判例百選Ⅱ〔第6版〕第24事件）〉。

3. 保証の補充性について

- ★催告の抗弁権、検索の抗弁権の意味と、その効果について説明しなさい。また、通常取引において、保証といえば連帯保証といわれるほどに、連帯保証がよく使われる理由について説明するとともに、賃貸保証が連帯保証とされていることが合理的かどうかを検討しなさい。

- ★★催告の抗弁権、検索の抗弁権に対して、債権者はどのような対応が必要か。債権者は保証人に対して何らかの義務を負うか。

- ★★★通常の保証と共同保証、保証連帯、連帯保証との違いについて説明しなさい。

4. 継続的保証（根保証）について

- ★根保証とは何か。どのような種類があるか。
- ★★2004年民法改正によって追加された貸金等根保証とは何か。貸金等根保証の場合、保証人はどのようにして保護されているか。
- ★★★大審院判例〈大判大14・10・28民集4巻656頁、大判昭9・2・27民集13巻215頁〉、および最高裁判決〈最二判昭39・12・18民集18巻10号2179頁〉によって確立された根保証人の任意解除権、特別解除権は、民法改正によって不要となったのか。それとも、今なお意味を有しているのか。

5. 債権者の担保保存義務について

- ★債権者は保証人に対して契約上の債務を負うか。
- ★★債権者が保証人に対して負う担保保存義務は、契約上の義務か、不法行為上の義務か、信義則上の義務か。
- ★★★債権者の担保保存義務を免責する特約は、第三者に対してもその効力を有するか。平成3年最高裁判決〈最三判平3・9・3民集45巻7号1131頁〉と平成7年最高裁判決〈最二判平7・6・23民集49巻6号1737頁（民法判例百選Ⅱ〔第6版〕第41事件）〉とを比較しながら、最高裁平成7年判決の妥当性について検討しなさい。

■ 学習到達度チェック(11)連帯債務と不真正連帯債務 ■

1. 連帯債務者の1人がした弁済の他の連帯債務者への影響について

- ★連帯債務者の1人が連帯債務の全額を弁済した場合に、他の連帯債務者も連帯債務を免れるのはなぜか。
- ★★連帯債務者の1人が連帯債務の全額を弁済した場合に、他の連帯債務者に対して、その負担部分の範囲で求償できるのはなぜか。
- ★★★連帯債務者の1人が連帯債務者の全額を弁済した場合に、別個・独立の債務である連帯債務が他の連帯債務者との関係でも消滅するのはなぜか。

か。その理由を説明しなさい。

2. 連帯債務者の1人に対する免除の他の連帯債務者への影響について

- ★債権者が連帯債務者の1人に対して連帯債務の全額を免除した場合に、他の連帯債務者に対して、その負担部分の限度で連帯債務が消滅するという影響を受けるのはなぜか。
- ★★Xに対してY₁、Y₂、Y₃がそれぞれ600万円、400万円、200万円を借り受け、各自がXに対して1,200万円の連帯債務を負担する場合に、XがY₃の連帯債務を全額免除したとしよう。その場合、Xは、Y₂、Y₃に対して、いくら請求ができるか。
- ★★★Xに対してY₁、Y₂、Y₃がそれぞれ600万円、400万円、200万円を借り受け、各自がXに対して1,200万円の連帯債務を負担する場合に、XがY₃の連帯債務を半額免除したとしよう。その場合、Xは、Y₂、Y₃に対して、いくら請求ができるか。

3. 不真正連帯債務について

- ★不真正連帯債務とは何か。負担部分はあるのか。
1人の不真正連帯債務者が全額を弁済した場合、その債務者は、他の不真正連帯債務者に対して求償できるか。求償できるとして、どの範囲で求償できるのか。
- ★★平成6年最高裁判決〈最一判平6・11・24判時1514号82頁〉の事案において、A（夫）とY（女）との間の行為は、Xに対する共同不法行為となるか。また、共同不法行為になるとしてA（夫）とY（女）の間には、連帯債務を否定する理由としてよく挙げられる「主観的共同関係の不存在」という事情を認めることができるか。また、A（夫）とY（女）との間に負担部分に相当する寄与部分は存在するか。もしも、Y（女）がX（妻）に全額である300万円の賠償をして、Y（女）がX（妻）に全額を賠償した場合、Y（女）は、A（夫）に対して、その負担部分の150万円を求償することができるか。できるとしたら、免除の絶対効を認めるのと同じにはならないか。
- ★★★平成10年最高裁判決〈最一判平10・9・10民集52巻6号1494頁〉は、第1に、不真正連帯債務における負担部分の存在を承認し、不真正連帯債務者間の求償を認めている。
それにもかかわらず、第2に、最高裁は、「Y₁と

Y₂が負担する損害賠償債務は、いわゆる不真正連帯債務であるから、Y₁とX（被害者）との間で訴訟上の和解が成立し、請求額の一部につき和解金が支払われるとともに、和解調書中に『被害者はその余の請求を放棄する』旨の条項が設けられ、被害者が甲に対し残債務を免除したと解し得るときでも、連帯債務における免除の絶対的効力を定めた民法437条の規定は適用されず、乙に対して当然に免除の効力が及ぶものではない（最二判昭48・2・16民集27巻1号99頁、最一判平6・11・24裁民173号431頁参照）」と判断している。

第1の判断と第2の判断は、互いに両立するだろうか。すなわち、複数債務者間に負担部分が存在し、債権者が1人の債務者の負担部分を免除しても、他の債務者に影響が及ばないとするのは、論理的に可能だろうか。通説・判例の見解に基づいて、両者が両立するとする事由を挙げた上で、本件の事案にそのような事由が存在するかどうか検証しなさい。

第3に、最高裁が、「X（被害者）が、〔Y₁との間の〕訴訟上の和解に際し、Y₂の残債務をも免除する意思を有していると認められるときは、Y₂に対しても残債務の免除の効力が及ぶものというべきである。そして、…Y₁のY₂に対する求償金額は、確定した損害額である右訴訟上の和解における甲の支払額〔2,000万円〕を基準とし、双方の責任割合〔4対6〕に従いその負担部分を定めて、これを算定するのが相当である」と判断したことは、第2の判断と矛盾しないかどうか、「和解の効力が当事者外の第三者に及ぶことはない」との前提の下で、検討しなさい。

C. 物的担保（典型担保）

■ 学習到達度チェック(12)留置権の成立要件・対抗力 ■

1. 留置権の成立要件

- ★留置権の成立要件を民法295条にしたがって列挙しなさい。
- ★★留置権の成立要件のうち、「被担保債権が『物に関して生じた債権』であること」という要件を、通説にしたがって2つに分類し、それぞれについて具体例を挙げて説明するとともに、2つ

に分類されている分類の基準が何かを明らかにしなさい。

- ★★★留置権の成立要件に関する通説の2分類のうち、第1類型の「債権が物自体から生じた場合」とは何を意味しているのか説明するとともに、第2類型のうち、「債権と物の引渡請求権とが同一の生活関係から生じた場合」という類型が誤りであるとされている理由を具体例を挙げて説明しなさい。

2. 留置権の成立障害要件

- ★民法295条2項は、「前項の規定は、占有が不法行為によって始まった場合には、適用しない」と規定している。これは、前項と併せて読むと、民法295条は、全体として、「他人の物の占有者は、その占有が『不法行為によって始まったのではない場合には』、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」と解することができる。このように1項と2項とを併合して、1つの条文と考えた場合と、現行民法のように、1項と2項とに分離した場合とで、どのような違いが生じるか。
- ★★民法295条の基礎となった旧民法債権取得編92条1項は、「債権者が既に正当の原因に由りて其債務者の動産又は不動産を占有し」として、実質的に、「占有が不法行為によって始まったのではないこと」を成立要件としていた。現行民法は、この要件を2項に移し、成立障害要件として規定している。両者を比較した場合、どちらの規定の仕方の方が、留置権の成立が認められやすくなっているか。
- ★★★占有取得時には適法な占有であったが占有権原喪失後に悪意または有過失で必要費・有益費を支出して費用償還請求権を取得した場合〔民法196条〕に、民法295条2項を類推適用して、留置権の成立を否定すべきか、それとも、民法196条2項ただし書きに規定されている期限許与制度によって留置権を制限するかで、判例と学説が対立している。判例は、上記の場合に、民法295条2項を類推して、留置権の成立を否定している（〈最一判昭41・3・3民集20巻3号386頁〉、〈最二判昭46・7・16民集25巻5号749頁（民法判例百選I〔第6版〕第80事件）〉、〈最一判昭51・6・17民

集30巻6号616頁〉）。昭和46年最高裁判決の事例を取り上げ、判例の見解にもかかわらず、留置権を成立させるべきかどうかについて、検討しなさい。

3. 留置権の対抗要件

- ★留置権の対抗要件は何か。
- ★★留置権の第三者対抗要件が認められた昭和47年最高裁判決〈最一判昭47・11・16民集26巻9号1619頁（民法判例百選I〔第6版〕（2009）第79事件）〉を取り上げ、留置権の成立時点における牽連性が二者間の牽連関係であるのか、三者間の牽連関係なのかを検討しなさい。
- ★★★昭和43年最高裁判決〈最一判昭43・11・21民集22巻12号2765頁〉を取り上げ、二重譲渡の第1買主の留置権が、登記を得た第2買主に対抗できるかどうかを検討しなさい。その際、三者間の牽連性をどのように考えるべきか、また、留置権の対抗要件としての「占有の継続」と不動産物権変動の対抗要件との関係をどのように調整すべきかについて検討しなさい。

■ 学習到達度チェック(13)留置権の効力・消滅 ■

1. 留置権の効力について

- ★留置権と質権との違いを、留置的効力と通有性に関して説明しなさい。
- ★★留置権の果実に関する効力の特色を、占有者の果実取権との対比で説明しなさい。
- ★★★留置権者の必要費の償還請求権と有益費の償還請求権との違いについて説明しなさい。

2. 留置権の消滅について

- ★留置権の消滅原因を列挙しなさい。
- ★★留置権者は、目的物を使用・収益することができるか。使用・収益をした場合の効果は何か。
- ★★★有益費の費用償還請求権について、所有者の請求によって裁判所が期限の許与を与えた場合（民法299条2項但し書き）、占有を失わないにもかかわらず、留置権が消滅する理由を説明しなさい。反対に、留置権者が占有を失った場合でも、留置権を消滅させない方法（民法203条但し書き等）について説明しなさい。

3. 留置権の再構成について

- ★留置権の成立要件のうち、牽連性の要件をわかりやすく表現し直しなさい。

- ★★留置権の成立要件のうち、期限到来の要件が必要とされる理由と、その弊害とを述べなさい。
- ★★★留置権の成立要件のうち、占有が不法行為から始まったことでないことという要件について、占有が適法に始まったという要件の立て方をした場合にどのような違いが生じるか、昭和46年最高裁判決〈最二判昭47・7・16民集25巻5号749頁（民法判例百選Ⅰ第80事件）〉を参考にして説明しなさい。

■ 学習到達度チェック(14)先取特権の種類と順位 ■

1. 先取特権の種類について

- ★先取特権とは何か。先取特権を定義している条文は何か。他の物的担保と比較した場合の先取特権の特色は何か。
- ★★先取特権の種類（3分類）を述べ、それぞれに該当する先取特権をすべて列挙しなさい。
- ★★★先取特権の種類は何を基準にいくつに分類されているか。先取特権の名称は、何を基準に命名されているか。

2. 動産先取特権の優先順位について

- ★動産先取特権が認められている政策的な理由は何か。そのような政策的考慮は先取特権の順位に影響を与えているか。
- ★★動産先取特権の順位は何を基準に決定されているか。「後の保存が先の保存に優先する」のはなぜか。
- ★★★果実に関する先取特権について、順位の高い順に述べ、なぜ、そのような優先順位となっているのか理由を説明しなさい。

3. 不動産先取特権の優先順位について

- ★不動産先取特権の順位が、保存、工事、売買となっているのはなぜか。
- ★★不動産先取特権のうち、保存と工事の先取特権は適切に登記すると、先に登記された抵当権に優先するのはなぜか。
- ★★★不動産売買の先取特権と抵当権とが競合した場合、両者の優先関係はどのような基準で決定されるか。

■ 学習到達度チェック(15)先取特権の物上代位 ■

1. 物上代位の意義について

- ★物上代位とは何か。物的担保の3要素、すなわち、①被担保債権、②目的（対象）、③優先順位

について、具体例を挙げて説明しなさい。

- ★★物上代位と追及効とはどのような関係にあるのか、具体例を挙げて説明しなさい。
- ★★★民法の中で「受けるべき金銭」という用語法が使われているすべての条文を検索し、それが、何を意味するかを説明しなさい。その上で、物上代位の目的（対象）は、「金銭その他のもの」（有体物）なのか、それとも、「債務者が受けるべき金銭」、または「債務者が受けるべきその他のもの」（無体物）なのか、説明しなさい。

2. 物上代位の要件について

- ★物上代位の行使要件を列挙しなさい。
- ★★物上代位の要件である「目的物の売却、賃貸、滅失または損傷」の意味について、具体例を挙げて説明しなさい。
- ★★★物上代位の要件としての「目的物の売却…によって債務者が受けるべき金銭」の中に、目的物の請負によって債務者が受けるべき請負代金が含まれるかどうかについて、平成10年判決〈最三判平10・12・18民集52巻9号2024頁（民法判例百選Ⅰ〔第6版〕（2009）第81事件）〉を踏まえて説明しなさい。

3. 物上代位の要件としての差押えの意義について

- ★物上代位の要件としての、「その払渡し又は引渡しの前」の意味について、何の払渡しなのか、また、何の引渡しなのかを明らかにして、説明しなさい。
- ★★「払渡し又は引渡しの前に差押えをしなければならぬ」という意味とその理由を説明しなさい。
- ★★★担保権の実行における「差押え」の意味について、民事執行法193条（債権及びその他の財産権についての担保権の実行の要件等）は、同法143条を準用しており、物上代位は、執行裁判所が目的債権の差押命令を行うことによって開始されることになっている。そうだとすると、民法304条が、「先取特権者は…その払渡し又は引渡しの前に差押えをしなければならぬ」と規定していることは、どのような意味をもつか。

■ 学習到達度チェック(16)先取特権の優先順位決定のルール ■

1. 先取特権の優先順位決定のルールについて

- ★一般先取特権について、優先順位の高いものから列挙しなさい。その中で、共益費用の先取特権の優先順位の特徴を述べなさい。
- ★★動産先取特権について、果実に対する先取特権を除いて、優先順位の高いものから列挙しなさい。その後、第1順位の先取特権者が第三順位の先取特権を知っている場合について、優先順位の高いものから列挙しなさい。最後に、果実に対する先取特権について優先順位の高いものから列挙しなさい。
- ★★★不動産先取特権について、優先順位の高いものから列挙しなさい。その上で、不動産工事の先取特権よりも、不動産保存の先取特権の方が順位が高い理由を説明しなさい。

2. 先取特権の優先順位決定の要因分析について

- ★民法330条3項の果実に関する先取特権の優先順位について、果実の生育の順序にしたがって、それに貢献した順序で先取特権者を並べてみなさい。成立の順序が先取特権の優先順位と逆になっていることを確認しなさい。
- ★★民法330条1項の「後の保存者が前の保存者に優先する」という意味を具体例を挙げた後に、その理由を説明しなさい。
- ★★★民法330条3項の果実に関する先取特権について、すべての先取特権者が保存の先取特権者であると考えた場合、優先順位が「後の保存者が前の保存者に優先する」という原理に合致しているかどうか検討しなさい。

3. 先取特権と他の物的担保との優先関係について

- ★動産売買の先取特権者と質権者との間の優先順位について、民法330条2項の準用を含めて説明しなさい。
- ★★動産売買の先取特権と譲渡担保権者との間の優先順位について、昭和62年最高裁判決〈最三判昭62・11・10民集41巻8号1559頁〉を踏まえて、説明しなさい。
- ★★★不動産売買の先取特権と抵当権との優先順位について、動産売買の先取特権が抵当権に優先

する場合の要件について説明しなさい。

■ 学習到達度チェック(17)質権 ■

1. 質権の性質について

- ★質権とは何か。留置権、先取特権、抵当権と比較してどのような特色を有するか。
- ★★質権は占有を伴う物的担保である〔民法342条〕といわれているが、質権者は常に目的(物)を占有しているか。
- ★★★質権の留置的効力と留置権とを比較した場合、質権の留置的効力は、その質権に優先する権利に対しては対抗できない。その場合、質権に優先する権利とはどのような権利なのか、具体例を挙げて説明しなさい。

2. 動産質について

- ★動産質の成立要件と対抗要件を列挙しなさい。
- ★★質権者が質物を債務者に任意に返還した場合、質権は消滅するか、それとも、対抗要件を失うに過ぎないか。
- ★★★転質とは何か。学説の対立を整理して、それぞれの学説の問題点を指摘しなさい。

3. 不動産質について

- ★不動産質の成立要件と対抗要件を列挙しなさい。
- ★★指図の移転による不動産質とは何か具体例を挙げて説明しなさい。
- ★★★不動産質に存続期間が設けられているのはなぜか説明しなさい。

4. 権利質について

- ★権利質の成立要件と対抗要件を列挙しなさい。
- ★★民法363条は、2003年の改正以前は、「債権を以て質権の目的と為す場合に於て其債権の証書あるときは質権の設定は其証書の交付を為すに因りて其効力を生ず」と規定されていた。これに対して現行の民法363条は、「債権であってこれを譲り渡すにはその証書を交付することを要するものを質権の目的とするときは、質権の設定は、その証書を交付することによって、その効力を生ずる」(平成15(2003)年法134本条全部改正)とされている。改正によって、何が変更されたのかを説明しなさい。
- ★★★先取特権、抵当権に基づく物上代位と債権質に基づく直接取立て〔民法366条〕との異同に

ついて説明しなさい。

■ 学習到達度チェック(18) 抵当権の基本的な考え方 ■

1. 抵当権の登場人物について

- ★抵当権が問題となる場合の利害関係人をすべて列挙しなさい。
- ★★後順位抵当権者とは何か、物権における一物一権主義との関係を含めて検討しなさい。
- ★★★抵当権における順位昇進の原則と順位確定の原則について、具体例を挙げて説明しなさい。

2. 抵当権における物的担保の通用性について

- ★抵当権の付従性の原則と例外について述べなさい。
- ★★抵当権の随伴性について、抵当権の処分とどのような関係に立つかを説明しなさい。
- ★★★抵当権の不可分性と、抵当権の実行に際して、競売代金が債権額に満たない場合でも、抵当権が消滅することとの関係を説明しなさい。

3. 抵当権の対抗力について

- ★抵当権の対抗要件は何か。
- ★★抵当権の対抗要件の根拠条文は何か。留置権の場合、留置権の箇所に対抗要件に関する規定がないからといって物権総則の民法177条が適用されるわけではない(不動産留置権の対抗要件は、登記ではなく、占有の継続である)。そうだとすると、抵当権の箇所に対抗要件の根拠条文がないという理由で、物権総則の民法177条を適用することは許されないのではないか。
- ★★★抵当権の登記の流用について、許される場合と許されない場合とを区別して説明しなさい。

■ 学習到達度チェック(19) 抵当権の効力の及ぶ範囲 ■

1. 抵当権の被担保債権について

- ★抵当権の被担保債権について、付従性との関係で、消費貸借契約の要物性がどの程度緩和されているかを説明しなさい。
- ★★抵当権の被担保債権の範囲に関して、利息が最後の2年分についてのみ及ぶという意味を具体例を挙げて説明しなさい。
- ★★★抵当権の被担保債権の範囲に関して、利息を利息制限法の範囲内で法定利率よりも高く定めた場合、この約定が第三者に対抗できるかどうか

について、最高裁昭和49年判決〈最三判昭49・11・5金法738号34頁〉と昭和59年判決〈最三判昭59・5・29民集38巻7号885頁(民法判例百選I〔第6版〕第39事件)〉とを読み比べ、その相違点を説明しなさい。

2. 抵当権の目的(無体物)について

- ★民法369条2項の地上権・永小作権に対する抵当権について、通説の見解を説明しなさい。
- ★★民法369条2項の地上権・永小作権に対する抵当権と地上権・永小作権に対する質権(権利質)との相違を説明しなさい。
- ★★★民法369条2項の地上権・永小作権に対して、立法者は、「真の抵当権と謂い難い」[民法理由書(1987)361頁]としていた。その理由は何か。

3. 抵当権目的(有体物)について

- ★土地と建物が別個の不動産であることの根拠条文を示しなさい。
- ★★不動産の構成物、不動産に従として付合した物(付合物)、不動産の従物を具体例を示して区別しなさい。
- ★★★抵当権は、設定後の不動産の従物に及ぶかどうか、判例の変遷(〈大判昭5・12・18民集9巻1147号〉(従物は付合物には含まれない)、〈大連判大8・3・15民録25輯473頁〉(抵当権は従物にも及ぶがその根拠は民法87条2項による)、〈最二判昭44・3・28民集23巻3号699頁(民法判例百選I〔第6版〕第84事件)〉(従物は付合物に含まれる)、〈最一判平2・4・19判時1354号80頁、判タ734号108頁〉(ガソリンスタンドに対する抵当権は地下タンクに及ぶ)を踏まえて、説明しなさい。

■ 学習到達度チェック(20) 抵当権の処分 ■

1. 抵当権の処分について

- ★抵当権の処分にはどのようなものがあるか。
- ★★抵当権の処分の対抗要件は何か。
- ★★★抵当権の処分は、債権と優先弁済権との分離を認めるものである。これは、付従性、随伴性の原則にどのような影響を与えるか。

2. 転抵当について

- ★転抵当とは何か。転質とはどのように異なるか。
- ★★転抵当の法的性質に関する学説を挙げて説明しなさい。

- ★★★学説によって転抵当の効果のどの点が異なるか具体例で説明しなさい。

3. 抵当権の放棄・譲渡, 抵当権の順位の譲渡・放棄について

- ★抵当権の放棄・譲渡について, 合意の当事者が誰か, それぞれの効果がどうなるかを具体例で説明しなさい。
- ★★★抵当権の順位・放棄について, 合意の当事者が誰か, それぞれの効果がどうなるかを具体例で説明しなさい。
- ★★★抵当権の放棄・譲渡, 抵当権の順位の譲渡・放棄について, 言葉の意味がよく伝わるように, それぞれの性質を一言で表現しなさい。

■ 学習到達度チェック(21) 抵当権の実行 ■

1. 抵当権の実行手続きについて

- ★抵当権の実行にはどのような方法があるか2つを列挙しなさい。
- ★★通常の強制執行と担保権の実行とは, どのような違いがあるか。
- ★★★旧競売法と現在の担保権の実行手続きの違いについて説明しなさい。

2. 担保不動産競売手続きの流れについて

- ★抵当権の実行手続きの開始について説明しなさい。
- ★★抵当権の実行手続きのうち, 換価手続きについて説明しなさい。
- ★★★抵当権の実行手続きのうち, 配当手続きについて説明しなさい。

3. 担保不動産担保収益執行手続きについて

- ★担保不動産収益執行と強制管理との関係について説明しなさい。
- ★★担保不動産収益執行と担保権の実行としての不動産競売手続きとの関係について説明しなさい。
- ★★★担保不動産収益執行と物上代位の関係について説明しなさい。

■ 学習到達度チェック(22) 抵当権の物上代位 ■

1. 抵当権に基づく物上代位の行使要件について

- ★抵当権に基づく物上代位権の行使要件を列挙しなさい。
- ★★抵当権の設定者が目的物件を売却した場合に, 抵当権者は売買代金に対して物上代位権を行使

することができるか。

- ★★★抵当権の設定者が目的物件を焼失させた場合に, 抵当権者は火災保険金債権に対して物上代位権を行使することができるか。これを肯定する大審院の判例〈大連判大12・4・7民集2巻209頁〉と否定する学説〔清水(元)・担保物権(2008)42-43頁〕などを対比して検討しなさい。

2. 抵当権者の物上代位権と他の債権者との競合について

- ★物上代位の対象である賃料債権が第三者に譲渡された場合に抵当権者と債権の譲受人とでどちらが優先するか。物上代位を優先させた平成10年判決〈最二判平10・1・30民集52巻1号1頁(民法判例百選I〔第6版〕第87事件)〉と, 先取特権に基づく物上代位に関して物上代位は債権の譲受人に対抗できないとした平成17年最高裁判決〈最三判平17・2・22民集59巻2号314頁〉とを対比して検討しなさい。

- ★★物上代位の対象である賃料債権が第三者によって差し押さえられて転付命令が下された場合, 抵当権者と債権の差押権者とでどちらが優先するか。債権譲渡に関して債権譲渡よりも物上代位権の効力を優先させた上記の平成10年判決と, 物上代位権の効力よりも転付命令の効力を優先させた最高裁平成14年判決〈最三判平14・3・12民集56巻3号555頁〉とを対照して検討しなさい。

- ★★★物上代位の対象である賃料債権について, 賃借人が敷金返還請求権と相殺した場合, 抵当権者と賃借人とでどちらが優先するか。平成13年最高裁判決〈最三判平13・3・13民集55巻2号363頁〉と平成14年判決〈最一判平14・3・28民集56巻3号689頁〉とを対比しながら検討しなさい。

3. 抵当権の賃料債権に対する物上代位権の行使の適否について

- ★抵当権の設定者が目的物件を賃貸した場合に, 抵当権者は賃料に対して物上代位権を行使することができるか。平成元年最高裁判決〈最二判平1・10・27民集43巻9号1070頁(民法判例百選I〔第6版〕第86事件)〉を参考にして検討しなさい。
- ★★抵当目的物が転貸された場合の転貸賃料債権に対する物上代位権の行使の可否について, 物上代位権の行使を否定した平成12年最高裁判決〈最二

判平12・4・14民集54巻4号1552頁)を参考にして検討しなさい。

- ★★★抵当権者は目的物に対して追及効を有している上に、担保不動産収益執行によって賃料債権に対して優先弁済権を有している。それ以上に物上代位の権利を与える必要があるか(民法394条参照)。抵当権者の賃料債権に対する物上代位が廃止されなかった理由を説明するとともに、抵当権者の物上代位が行使されている現状について、その理由が現状を反映しているかどうか検討しなさい。

■ 学習到達度チェック(23)共同抵当 ■

1. 同主同時配当, および, 同主異時配当について

- ★民法392条2項の後順位抵当権者の代位権について, その要件を列挙しなさい。
- ★★債務者が所有する価額3,000万円の甲不動産, 2,000万円の乙不動産, 1,000万円の丙不動産があり, 第1に, 甲・乙・丙上にAの債権額3,000万円の共同抵当権が設定され, 第2に, 甲・乙上にBの債権額1,500万円の共同抵当権が設定され, 第3に, 甲・乙上にCの債権額1,000万円の共同抵当権が設定され, 第4に, 丙上にDの債権額500万円の単独抵当権が設定されたとする。甲・乙・丙の不動産が同時に競売された場合, A・B・Cは, それぞれの不動産から, いくらの配当を得ることができるか。
- ★★★上記の例において, Aが甲不動産の抵当権のみを実行して全額の配当を受けた後, 乙不動産, 丙不動産の抵当権が順次実行された場合に, B, Cは, それぞれ, どの不動産からいくらの配当を受けられることができるか。

2. 異主異時配当について

- ★民法392条2項の後順位抵当権者の代位権は, 債務者所有の不動産とともに, 第三者(物上保証人)所有の不動産が共同抵当の目的物となっている場合にも行使することができるか。最高裁昭和44年判決(最一判昭44・7・3民集23巻8号1297頁)を参考にして考察しなさい。
- ★★民法392条2項の後順位抵当権者の代位権は, 共同抵当の目的不動産が同一の物上保証人の所有に属する場合にも行使することができるか。最高裁平成4年判決(最二判平4・11・6民集46巻8号

2625頁(民法判例百選I〔第6版〕第94事件))を参考にして検討しなさい。

- ★★★債務者B所有の甲不動産とともに, 第三者(物上保証人)C所有の乙不動産が共同抵当の目的物となっており, しかも, 双方の不動産にそれぞれ, D, Eという後順位抵当権者が存在する場合において, 甲上の後順位抵当権者Dと乙上の抵当権者Eとは, どちらが優先するか。第1に, 甲上の後順位抵当権者に物上保証人Cが優先することを明らかにした昭和53年最高裁判決(最三判昭53・7・4民集32巻5号785頁)を参照し, 第2に, 昭和60年最高裁判決(最一判昭60・5・23民集39巻4号940頁(民法判例百選I〔第6版〕第93事件))を参照して検討しなさい。

■ 学習到達度チェック(24)法定地上権 ■

1. 法定地上権の制度について

- ★民法388条の法定地上権とは何か。
- ★★法定地上権の制度はなぜ必要か。法定地上権の目的は何か。
- ★★★法定地上権の制度を廃止すべきであるとの見解[内田・民法Ⅲ(2005)419頁]について, その適否を検討しなさい。

2. 法定地上権の類型について

- ★土地・建物のうち, 建物だけに抵当権が設定された後に抵当権が実行された場合, 法定地上権は, 誰のために成立するか。反対に, 土地・建物のうち, 土地だけに抵当権が設定された後の抵当権が実行された場合, 法定地上権は, 誰のために成立するか。これらを統一して考えると, 法定地上権は何を保護するために成立するといえるか。
- ★★共同抵当の目的となっていた建物が取り壊されて, 再築された場合, 土地の抵当権が実行された場合, 法定地上権は成立するか。「個別価値考慮説」に立って法定地上権の成立を肯定した昭和52年判決(最三判昭52・10・11民集31巻6号785頁)と, 「全体価値考慮説」に立って法定地上権の成立を否定した平成9年最高裁判決(最三判平9・2・14民集51巻2号375頁(民法判例百選I〔第6版〕第91事件))とを比較しながら検討しなさい。
- ★★★土地・建物がともに共有の場合に, 土地だけに抵当権が設定された場合, 法定地上権は成立

するか。この場合に法定地上権の成立を否定する平成6年最高裁判決〈最三判平6・12・20民集48巻8号1470頁（民法判例百選Ⅰ〔第6版〕第92事件）〉と、土地だけ共有の場合に法定地上権の成立を肯定する昭和44年最高裁判決〈最三判昭44・11・4民集23巻11号1968頁〉、建物だけ共有の場合に法定地上権の成立を肯定する昭和46年最高裁判決〈最三判昭46・12・21民集25巻9号1610頁〉とを対比しながら検討しなさい。

3. 法定地上権の要件について

- ★民法388条の法定地上権の成立要件を列挙しなさい。
- ★★民事執行法81条の法定地上権の成立要件には、土地と建物が最初から存在することが前提とされていない。民法388条の場合にも、抵当権の設定時、または、抵当権の実行時に土地と建物の所有者が同一人であればよく、抵当権の設定時に土地と建物との所有者が同一人であることという要件は必要はないのではないか。その要件は不可欠であるとする昭和36年判決〈最二判昭36・2・10民集15巻2号219頁〉と、一番抵当権設定時には、土地と建物の所有者が同一人でない場合においても、法定地上権の成立を認めた平成19年最高裁判決〈最二判平19・7・6民集61巻5号1940頁（民法判例百選Ⅱ〔第6版〕第90事件）〉を参考にして検討しなさい。
- ★★★建物保護の観点から、民法388条の要件について、条文に規定されていないにもかかわらず、旧388条を前提として追加されてきた要件（「抵当権設定時に」建物が存在すること、「抵当権設定時に」土地と建物の所有者が同一人であること）について、民事執行法81条の考え方を参考にして、「抵当権設定時に」という学説が追加している要件を削除し、「抵当権の設定時、または、抵当権の実行時に」というように要件を緩和することによって、建物の保護を推進するとともに、抵当権者と買受人の利益を害することがないような新しい要件論を検討してみなさい。

■ 学習到達度チェック (25) 抵当権と用益権との調和 ■

1. 抵当権と用益権との調和に関する理想論について

- ★〔我妻・担保物権（1968）297-298頁〕を讀ん

で、「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。」という文章の意味を説明しなさい。

- ★★〔我妻・担保物権（1968）297-298頁〕を讀んで、「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ろうと思われる。」という文章の意味を説明しなさい。
 - ★★★〔我妻・担保物権（1968）297-298頁〕を讀んで、「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。」という文章の意味を説明しなさい。
- ### 2. 抵当権と用益権との調和に関する解釈論上の困難について
- ★〔我妻・担保物権（1968）297-298頁〕を讀み、「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。」という文章における「現行民法の目標と理想」とは何かを説明しなさい。
 - ★★〔我妻・担保物権（1968）297-298頁〕を讀み、「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。」という文章における「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」という意味とその理由を説明しなさい。
 - ★★★〔我妻・担保物権（1968）297-298頁〕を讀み、「現行民法の目標と理想」を実現する方法を検討しなさい。

3. 抵当権と用益権の調和との観点から見た場合の担保法改正の問題点について

- ★現行民法387条の「登記をした賃借権」の意味について説明するとともに、これまで、抵当権の実行を妨害する手段として悪用されてきた「登記をした賃借権」を賃借人に要求することの「逆説的な」意味を検討しなさい。
- ★★現行民法398条の一括競売によって建物の保護が確保できるかどうかを検討しなさい。また、「抵当権の設定後に抵当地に建物が築造されたとき」であって、「その建物の所有者が抵当地を占有するについて抵当権に対抗できることができる権利を有する場合」とは、どのような場合をいうのか説明しなさい。
- ★★★民法旧395条で規定されていた「短期貸借の保護」の規定が削除された理由を説明するとともに、新395条によって抵当権の登記の後に借地借家法に基づく対抗要件を備えた賃借人の保護として十分に機能しうるかどうかについて検討しなさい。

■ 学習到達度チェック(26) 抵当権の消滅 ■

1. 抵当権の消滅原因について

- ★抵当権の消滅原因をすべて列挙しなさい。
- ★★抵当権の消滅原因を、Ⅰ物的担保に共通の消滅原因とⅡ抵当権に特有の消滅原因の2つに分けて分類しなさい。そして、それぞれの分類の下で、Ⅰについては、①物的担保の通常性に基づくものと②被担保債権の一部が存続する場合でも抵当権だけが消滅するものに細分し、Ⅱについては、被担保債権の一部の満足でも抵当権が消滅するものと②被担保債権が満足されないまま抵当権が消滅するものに細分して、抵当権の消滅原因をすべて構造化してみなさい。
- ★★★上記のほかに、抵当権の消滅原因として、物権に共通の消滅原因（例えば、目的物の滅失・混同）があるとされているが、抵当権の場合目的不動産が滅失しても、再築された建物に抵当権が存続するとする判例〈最三判平6・1・25民集48巻1号18頁〉があり、物上代位権として抵当権は生き残る場合がある。また、抵当権と所有権が同一人に帰した場合の混同による消滅は、債権の混同の規定〔民法520条〕の類推と付従性によって説

明可能である。さらに、物権は目的物の放棄によって消滅するはずであるのに、抵当権はその目的を放棄した場合でも消滅しない〔民法398条〕。このように考えると、抵当権の消滅原因として、物権に共通の消滅原因があるわけではないということになるが、そのように考えてよいかどうか検討しなさい。

2. 代価弁済と「『対抗』代価弁済」としての抵当権消滅請求について

- ★代価弁済とは何か。代価弁済は誰のイニシアティブで実行されるのか。抵当権の実行手続きと比較した場合、どの点が異なっているのか。
- ★★抵当権の消滅請求とは何か。抵当権の消滅請求は、誰のイニシアティブで実行されるのか。抵当権の消滅請求の制度はなぜ認められるのか。代価弁済の制度を抜きにしてこの制度は認められるか。代価弁済と消滅権消滅請求との両者はどのような点で補完しあっているのか。
- ★★★抵当権の消滅請求は、抵当権の滌除の制度を修正した制度である。抵当権の消滅請求は、抵当権の滌除の制度をどの点で修正しているか。両者の違いを説明しなさい。

3. 抵当権の時効による消滅について

- ★民法396条だけを読むと、抵当権は、債務者または抵当権設定者以外の者に対しては、抵当権は、被担保債権とは別に消滅することがあると解釈できるように思われる。この解釈方法は、何解釈といわれているか。この解釈方法は適切か。
- ★★民法396条と民法397条とをあわせて読むと、債務者または抵当権設定者に対しては、被担保債権の消滅とは別に抵当権が消滅することはなく、また、債務者または抵当権設定者が抵当不動産を時効取得しても（自己の物の時効取得は認められている（〈最二判昭42・7・21民集21巻6号1643頁〉、〈最一判昭44・12・18民集23巻12号2467頁〉））抵当権は消滅しないと解釈できるように思われる。この解釈方法は、何解釈といわれているか。この解釈方法は適切か。
- ★★★民法397条は、抵当権は、債務者または抵当権設定者以外の者が抵当不動産を時効取得すると、抵当権は消滅すると規定している。通説は、時効取得は原始取得であるから、目的不動産の制

限物権は自動的に消滅すると解している。しかし、原始取得によって制限物権が自動的に消滅するというのであれば、債務者または抵当権設定者が抵当不動産を時効取得した場合でも抵当権は消滅するはずであるが、その場合には、抵当権は消滅しないのであるから、通説の説明は成り立たない。それでは、民法397条による抵当権の消滅は、どのようにして説明可能なのであろうか。抵当権の目的とされた動産が搬出された場合について、「第三者において即時取得をしない限り、抵当権者は、搬出された目的動産に対して取り戻しを請求できる」とした判例〈最二判昭57・3・12民集36巻3号349頁（民法判例百選I〔第6版〕第89事件）〉を参考にして、追及効の限界の観点から検討しなさい。

■ 学習到達度チェック(27)根抵当権 ■

1. 根抵当権の成立要件について

- ★根抵当とは何か。
- ★★根抵当権における被担保債権の要件である「一定の範囲に属する不特定の債権」〔民法398条の2第1項〕について、I取引関係から生じる不特定債権とII取引関係外から生じる不特定債権とに2分し、Iについては、①具体的債権特定基準（特定の継続的取引によって生じるもの）と②抽象的債権特定基準（一定の種類取引によって生じるもの）に細分し、IIについては、①特定の原因に基づき債務者との間に継続して生じる債権と②手形上または小切手上の請求権とに細分して、具体例を挙げて説明しなさい。
- ★★★根抵当権の成立要件としての根抵当権の要素をすべて列挙するとともに、当事者が必ず定めなくてはならないものと、当事者が定めなくてもよいものとに分類しなさい。

2. 根抵当権における物的担保の通有性について

- ★根抵当権において、「付従性」の要件はどのような点で緩和されているか。
- ★★労働関係の一般先取特権〔民法306条1号、308条〕を例にとって、この場合の被担保債権は特定しているかどうか、さらに、目的財産は、特定しているかどうかを検討しなさい。この場合について、「付従性」の要件はどの程度緩和されているのか、あわせて検討しなさい。

- ★★★根抵当権は、「枠支配」の権利だといわれている。一般先取特権も、「枠支配」の権利といえることができるか。この点から、根抵当権と一般先取特権との共通点と相違点とを検討しなさい。

3. 根抵当権の処分について

- ★根抵当権の処分の種類を列挙しなさい。普通抵当権の処分として認められているもののうち、根抵当権の処分としては認められないものは何か。
- ★★根抵当権の処分として認められている根抵当権の譲渡について、それを3つの種類に分類し、具体例を挙げて説明しなさい。
- ★★★共同根抵当と累積根抵当との違いを具体例を挙げて説明しなさい。

4. 根抵当権の確定について

- ★根抵当権の確定事由を列挙しなさい。
- ★★根抵当の確定期日の要件と、確定期日が定められていない場合の確定請求の要件について、具体的に説明しなさい。
- ★★★根抵当権が確定した後の法律関係について、普通抵当権との共通点を具体例を挙げて説明しなさい。

D. 物的担保（非典型担保）

■ 学習到達度チェック(28)仮登記担保 ■

1. 仮登記担保の意味について

- ★仮登記担保とは何か。当事者の合意の内容はどのようなものか。
- ★★仮登記担保は、判例法の集積を立法化したものである。判例はどのような変遷をたどったか。代表的な判例（〈最一判昭42・11・16民集21巻9号2430頁〉、〈最大判昭49・10・23民集28巻7号1473頁〉）を例として、判例法の内容を説明しなさい。
- ★★★仮登記担保の成立要件を列挙するとともに、対抗要件としての仮登記の意味を説明しなさい。

2. 仮登記担保の実行について

- ★仮登記担保の実行のプロセスを、〔近江・講義Ⅲ（2007）280頁〕を参考にしながら、左側に債権者側の行為、右側に債務者・設定者側の行為として図示しながら整理しなさい。
- ★★仮登記担保の清算期間の起算点と終期とを述

べ、清算期間までに債権者側がなしうる行為と債務者側がなしうる行為について説明しなさい。

- ★★★清算期間の終了によって担保目的物の所有権が移転するにもかかわらず、債務者は清算金の支払を受けるまでは、債務額に相当する金銭を債権者に提供して担保目的物の受戻しを請求できる〔仮登記担保法11条〕。債権者の清算金支払請求権と仮登記担保権者の所有権の移転・本登記請求とを同時履行の関係に立たせてもよいと思われるのに、そうしなかった理由は何か。

3. 仮登記担保の立法上の問題点について

- ★仮登記担保が立法されるまでの法律実務の変遷について概略を説明しなさい。
- ★★仮登記担保と不動産譲渡担保とを比較した場合、どの点に違いがあるか。その違いが、両者の利用率の違いを生じさせているか。
- ★★★仮登記担保は、現在、余り利用されていないといわれている。債権者にとって利用のインセンティブが欠けるされる点を列挙し、どのような改善をなしうるのか検討しなさい。

■ 学習到達度チェック (29) 譲渡担保 ■

1. 譲渡担保の成立要件について

- ★譲渡担保の成立要件を列挙しなさい。
- ★★譲渡担保は、3つの嘘から成り立っているといわれている。その嘘と真の意図とを比較して述べなさい。また、譲渡担保は3つの嘘から成り立っているということは、通謀虚偽表示だと思われるが、譲渡担保契約が有効であるとされているのはなぜか。
- ★★★通常の売買（譲渡）と、譲渡担保とを区別する基準は何か。最高裁平成18年判決〈最三判平18・2・7民集60巻2号480頁（民法判例百選I〔第6版〕（2009）第95事件）〉を参考にして、説明しなさい。

2. 譲渡担保の実行について

- ★担保権の実行手続きとして、これまで、民事執行法に基づく担保権の実行方法（競売、不動産収益執行）のほか、裁判上の実行手続きとしての動産質権の簡易の実行〔民法354条〕、私的実行としての代価弁済〔民法378条〕、対抗・代価弁済としての抵当権消滅請求〔民法379条～386条〕をみてきた。譲渡担保における実行方法は、私的実行に

属するが、これらの実行手続きと比較してどのような特色を有するか。

- ★★譲渡担保の実行方法としては、帰属清算方式と処分清算方式があるといわれている。帰属清算型の譲渡担保に関する昭和46年最高裁判決〈最一判昭46・3・25民集25巻2号208頁（民法判例百選I〔第6版〕第96事件）〉、および、平成15年最高裁判決〈最一判平15・3・27金法1702号72頁〉とを対比して、どのような違いが生じるのかを検討しなさい。

- ★★★譲渡担保の実行方法を考える上で、方法次第で大きな弊害が生じることを認識する必要がある。平成6年最高裁判決〈最三判平6・2・22民集48巻2号414頁（民法判例百選I〔第6版〕第97事件）〉は、譲渡担保の実行が、方法いかんによっては、不当な結果が生じることを示す典型例といえる。この判決の事案をよく読んで、要旨とは離れて、事案の解決としての妥当性を有するかどうかを検討しなさい。

3. 集合物譲渡担保について

- ★集合動産譲渡担保とは何か。一般先取特権の目的物と比較した場合に、どのような差があるか。
- ★★集合動産譲渡担保の要件を判例（〈最一判昭54・2・15民集33巻1号51頁〉、〈最三判昭62・11・10民集41巻8号1559頁〉、〈最一判平18・7・20民集60巻6号2499頁（民法判例百選I〔第6版〕第98事件）〉など）を参考にして説明しなさい。
- ★★★集合動産譲渡担保の効力の及ぶ範囲について、目的物が一定の場所から離脱した場合に追及できるかどうかについて、平成18年最高裁判決〈最一判平18・7・20民集60巻6号2499頁（民法判例百選I〔第6版〕第98事件）〉を参考にして検討しなさい。

4. 集合債権譲渡担保について

- ★債権譲渡担保とは何か。債権質とはどの点で異なるのか説明しなさい。
- ★★集合債権について、質権を設定せずに、譲渡担保とする実益は何か。
- ★★★集合債権譲渡担保について、対抗要件を含めてその法理を確立した平成13年最高裁判決〈最一判平13・11・22民集55巻6号1056頁（民法判例百選I〔第6版〕第99事件）〉を参考にして、集

合債権譲渡担保の対抗要件について説明しなさい。

■ 学習到達度チェック(30)所有権留保 ■

1. 所有権留保の法的性質について

- ★所有権留保とは何か。
- ★★所有権留保を条件付権利として構成し、その場合の問題点を指摘しなさい。
- ★★★所有権留保を譲渡担保（担保的構成）として構成してみなさい。条件付権利と構成した場合との違いについて説明しなさい。

2. 所有権留保の濫用について

- ★自動車のオートローンに関する所有権留保つき売上の仕組みを説明しなさい。
- ★★消費者が代金を支払っているのにサブ・ディーラーがディーラーに売買代金を支払わないから留保所有権に基づいて車を引き上げるという販売方法のどこに問題があるか考えるか。
- ★★★最高裁の一連の判例（特に、昭和50年最高裁判決〈最二判昭50・2・28民集29巻2号193頁（民法判例百選Ⅱ〔第6版〕第100事件）〉）を読み、どのような場合に留保所有権に基づく自動車の引き上げが権利の濫用となり、どのような場合にそれが正当化されるか検討しなさい。

3. クレジット契約における所有権留保について

- ★割賦販売における所有権留保について割賦販売法における条文の根拠を示して説明しなさい。
- ★★ローン提携販売の場合の所有権留保は誰が行うのか、割賦販売法を参考にして説明しなさい。
- ★★★クレジット販売において所有権留保を行うのは誰なのか、割賦販売法を参考にして説明しなさい。

おわりに

〔加賀山・担保法（2009）〕によって、これまで、「債権法」と「物権法」に分断されていた担保法は、1つの理論体系としてのまとまりを持つことが可能となった。この理論体系は、「債権の担保力の強化」という1つの概念によって成立し、いずれの構成要素も、「付従性」という共通の性質を有する債権法上の制度として位置づけられてい

る。これが、筆者が1人で開始した「担保法革命2009」の出発点であり、これは、以下のようなパラダイムから成り立っている。

第1に、この担保法の体系においては、担保法を構成するそれぞれの制度は、「担保力の量的強化」（人的担保）か、「担保力の質的強化」（物的担保）かの基準によって2分される。そして、前者である人的担保は、債務のない責任（保証）か、債務と債務のない責任との結合（連帯債務）かの基準によって区別される。後者である物的担保は、「事実上の優先弁済権」（留置権）か、「法律上の優先弁済権」かの基準で2分され、さらに、後者の「法律上の優先弁済権」については、優先弁済権そのもの（先取特権）か、優先弁済権に留置的効力が付加されている（質権）か、または、直接取立権が付与されている（権利質）か、優先弁済権に追及効が付与されている（抵当権）かによって区分されることが明らかにされた。さらに、非典型担保についても、優先弁済権が競売によらずに、帰属清算によって実現されるか（仮登記担保）か、処分清算によって実現される（譲渡担保、所有権留保）かによって分類されることが明らかとされている。担保法のこのような分類は、以下のような構造のリストにまとめることができる。（ ）内はあえて空欄にしているので、読者が埋めてみると理解が深まると思われる。

●担保法の構造

○債権の担保力の強化

- 債権の担保力の量的強化（責任財産の多数）
⇒人的担保

- 「債務のない責任」…(①)

- 「債務のない責任」と「本来の債務」との結合…(②)

- 債権の担保力の質的強化（優先弁済権）⇒物的担保

- 事実上の優先弁済権…(③)

- 法律上の優先弁済権

- 実行が競売手続によるもの

- 優先弁済権そのもの

- …(④)

- 優先弁済権 + 留置的効力
…(⑤)
- 優先弁済権 + 直接取立権
…(⑥)
- 優先弁済権 + 追及効
…(⑦)
- 実行が市場で行われるもの (非典型担保)
 - 優先弁済権 + 帰属清算
…(⑧)
 - 優先弁済権 + 処分清算
…(⑨),
(⑩)

第2に、この理論体系のうち、責任財産の多数によって債権の拘取力を強化する人的担保については、究極的な責任としての「債務」と、求償権によって最終的には免責されるべき「債務のない責任」としての「保証」が厳格に区別される。債務には付従性はなく、求償権も発生しないが、保証には付従性(民法448条)があり、求償権が発生する(民法458条~465条)。そして、保証と本来の債務とが結合した「連帯債務」においては、債務部分に対する変更は、付従性を通じて、他の連帯債務者に絶対的効力を生じるが(民法434条~439条)、保証部分に対する変更は、債権の相対効の原則により、他の連帯債務者に影響を及ぼさない(民法440条)。

このことは、以下のような式で表現することができる(①式は、連帯債務における相互保証理論を、②式、②'式は、連帯債務における絶対的効力、および、相対的効力を、③式、③'式は、保証人の弁済による求償権の発生、および、債務者による弁済による求償権の不発生を表している)。

1. 連帯債務者 Y_n の連帯債務(R)は、 Y_n の債権者Xに対する債務(f)と、他の連帯債務者 Y_{-n} の債権者Xに対する保証(h)との結合である(相互保証理論)。

$$\circ R(X \rightarrow Y_n) = f(X \rightarrow Y_n) + \sum \{h(X \rightarrow Y_{-n})\}$$

…①式

2. 債務者Yの債権者Xに対する本来の債務(f)が消滅すると、必ず、保証人Zの債権者Xに対する保証(h)も消滅する(絶対的効力)。

反対に、保証人Zの保証(h)が消滅しても、債務者Yの債権者Xに対する本来の債務が消滅するわけではない(相対的効力)。

$$\circ \neg f(X \rightarrow Y) \Rightarrow \neg h(X \rightarrow Z) \dots\dots\dots \text{②式}$$

$$\circ \neg h(X \rightarrow Z) \neq \neg f(X \rightarrow Y) \dots\dots\dots \text{②'式}$$

3. 保証人Zの債権者Xに対する保証(h)が弁済されると、保証人Zから債務者Yへの**求償権が生じる**。

反対に、債務者Yの債権者Xへの本来の債務が弁済されても、債務者Yから保証人Zへの**求償権は生じない**。

$$\circ h(X \leftarrow Z) \Rightarrow f(Z \rightarrow Y) \dots\dots\dots \text{③式}$$

$$\circ f(X \leftarrow Y) \neq f(Y \rightarrow Z) \dots\dots\dots \text{③'式}$$

第3に、この理論体系のうち、物的担保を実現する優先弁済権については、その順位とその変動は、民法の条文の趣旨から導き出される以下のような「**優先順位確定ルール**」によって整合的に説明される。

● 優先順位の初期値(デフォルト値)は、①保存 > ②供給(売買等) > ③環境設定(黙示の質権等)の順位である(民法330条3項の趣旨)。

○ ①保存の順位は、「後の保存が先の保存に優先する」というルールによって変動する(民法330条1項2文)。

○ ②供給の順位は、「先の供給が後の供給に優先する」というルールによって確定する(民法331条2項)。

○ ③環境設定の順位は、環境設定者が、先の保存・先の供給を知らない場合には、先順位を「善意取得」することによって変動する(民法319条)。

このようなパラダイムに基づいて、従来のパラダイムの転換を目指す「担保法革命2009」は、筆者の同僚の言によれば、「結果が出るには、100年を要する事業」だという。そうだとすると、この事業は、筆者が死ぬまでには完成しないことになる。したがって、筆者としては、若い世代がこの

事業を引き継いでくれることを願わざるを得ない。筆者の夢は、担保法における従来のパラダイムの欠陥が若い世代によって見破られ、以下の新しいパラダイム（5つの命題）が、いつの日にか、広く受け入れられることである。

1. 保証は「債務のない責任」である（保証債務という「債務」は存在しない）。
2. 担保物権とは債権の優先弁済効にすぎない（担保物権という「物権」は存在しない）。
3. すべての担保は債権者に換価・処分権限を与えるだけである（所有権移転型担保という担保は存在しない）。
4. 売買も、抵当権も、ともに、対抗力を有する適法賃貸借を覆すことができない（抵当権は、適法賃貸借を破らず）。
5. 非典型担保は帰属清算を脱し、処分清算へと移行する（非典型担保における帰属清算の廃止）。

本稿は、これらの命題のうち、主として、人的担保（保証、連帯債務）を中心に論じるにとどまった。物的担保を中心とした理論の展開は、紙幅の関係上、別稿に譲らざるを得ない。筆者は、現在、『担保法講義』日本評論社（2011年6月刊行予定）を執筆中であり、その発刊後に、物的担保を中心とした担保法革命についても論じるつもりである。

参考文献（公表年順）

- [民法理由書（1987）]
 広中俊雄『民法修正案（前三編）の理由書』有斐閣（1987）
- [梅・要義卷二（1896）]
 梅謙次郎『民法要義』卷之二（物権編）明法堂・有斐閣（1896）
- [我妻・債権総論（1954）]
 我妻栄『新訂債権総論〔民法講義Ⅳ〕』岩波書店（1954）
- [我妻・担保物権（1968）]
 我妻栄『新訂担保物権法〔民法講義Ⅲ〕』岩波書店（1968）

- [クーン・科学革命の構造（1971）]
 トーマス・クーン（中山茂訳）『科学革命の構造』みすず書房（1971）
- [於保・債権総論（1972）]
 於保不二雄『債権総論〔新版〕』有斐閣（1972）
- [平井・債権総論（1994）]
 平井宜雄『債権総論〕〔第2版〕弘文堂（1994）
- [内田・民法Ⅲ（2004）]
 内田貴『民法Ⅲ債権総論・担保物権〕〔第2版〕東京大学出版会（2004）
- [潮見・債権総論Ⅱ（2005）]
 潮見佳男『債権総論〔第3版〕Ⅱ－債権保全・回収・保証・帰属変更－』信山社（2005）
- [加賀山・学習法入門（2007）]
 加賀山茂『現代民法 学習法入門』信山社（2007）
- [近江・講義Ⅲ（2007）]
 近江幸治『民法講義Ⅲ担保物権〕〔第2版補訂〕（2007）
- [潮見他・ヨーロッパ契約法原則Ⅲ（2008）]
 潮見佳男他訳『ヨーロッパ契約法原則Ⅲ』法律文化社（2008）
- [清水（元）・担保物権（2008）]
 清水元『プログレッシブ民法〔担保物権法〕』成文堂（2008）
- [加賀山・担保法（2009）]
 加賀山茂『現代民法 担保法』信山社（2009）
- [民法判例百選Ⅰ〔第6版〕（2009）]
 中田裕康，潮見佳男，道垣内弘人『民法判例百選Ⅰ総則・物権〕〔第6版〕有斐閣（2009）
- [民法判例百選Ⅱ（2009）]
 中田裕康，潮見佳男，道垣内弘人『民法判例百選Ⅱ債権〕〔第6版〕有斐閣（2009）

穴埋め問題の答え

- ①保証，②連帯債務，③留置権，④先取特権，⑤質権，⑥権利質，⑦抵当権，⑧仮登記担保，⑨譲渡担保，⑩所有権留保