

# Eine Betrachtung über die Wirkung der persönlichen oder dinglichen - Sicherung bei Unwirksamkeit der gesicherten Forderung (4)

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/2297/35519">http://hdl.handle.net/2297/35519</a>

被担保債権無効・取消の場合における人的・物的担保の効力に関する一考察  
—比較法的検討を踏まえて— (4・完)

長谷川 隆

第一章 序—本稿の目的

第二章 フランス法の状況 (以上、四九卷二号)

第三章 ドイツ法の状況

第一節 若干の断りと前置き

第二節 保証の場合をめぐる状況 (以上、五五卷一号)

第三節 質権、抵当権等の場合をめぐる状況

第四節 ドイツ法のまとめ (以上、五五卷二号)

第四章 まとめ (以上、本号)

## 第四章 まとめ

### 第一節 序—本章の目的と叙述の順序

再三の繰り返しになるが、本論文のテーマは、被担保債権が無効であったり、後に取り消された場合、これを担保していた保証の効力はどうなるか、また、物的担保として抵当権が設定されていた場合は、同様の状況下において、その効力はどうになるのか (以下、便宜上、この問題を成立における附従性の問題とすることがある)、という問題である。

本章は「まとめ」と題しているが、これまでの比較法的検討を踏まえて、上記の、成立における附従性の問題に關して、日本法ではいかに考えるべきか、若干の判例・学説の整理をした後に、私見（試論）を提示することを目的とする。叙述の順序としては、第二節において従来の日本法の状況を概観し、続く第三節では、保証に関する学説の展開と抵当権等に関する判例の変化、さらには、これを踏まえての抵当権に関する学説の状況を整理・紹介する。最後に第四節では、比較法的検討に基づく、日本法解釈論についての私見（試論）の提示を試みたい。

## 第二節 従来の日本法の状況

本節では、手始めに、この問題についての立法者の考えを確認し（以下、第一）、その後、従来の判例・学説の状況に言及したい（以下、第二）。

### 第一 民法典立法者の態度

#### 1 保証について

法典調査会において、保証の条文の起草・提案をしたのは梅謙次郎である。梅博士は冒頭の趣旨説明の中で、原案民法四四八条（民法の現代語化以前における現行民法四四六条）「保証人ハ主タル債務者ガ其債務ヲ履行セザル場合ニ於テ其履行ヲ為ス責ニ任ズ」（濁点は、筆者による）という条文から、主たる債務者に債務がなければ保証人に履行の責任が生じないのは当然出てくる結果である、と述べ、成立における附従性を単純に説いている。<sup>1</sup>

## 2 質権、抵当権について

法典調査会において、質権の分野の条起草者は富井政章であり、抵当権の部分は梅謙次郎が起草を担当した。両博士による冒頭の趣旨説明においても、また、法典調査会での議論においても、各担保物権の成立における附従性の問題は、格別の問題性を有するものとしては扱われていない。加えて、梅博士の著書には、抵当権の附従性の説明は見あたらないが、富井博士は、その著書の中で、「質権ハ担保物権ニシテ債権ニ従タル性質ヲ有ス故ニ原則トシテ其担保スベキ債権ノ存在スルコトヲ必要トス…中略…其法理ハ全然抵当権ニ共通ナルモノト解スベシ」（濁点は、筆者による）と説いている。<sup>3)</sup>

以上のように、民法典の立法者は、保証、質権、抵当権のそれぞれにつき、成立における附従性の原則を何らあやしむべきものとは捉えていなかった。

## 第二 従来の判例、学説の状況

成立における附従性の問題に関して、従来（判例については、おおむね昭和四〇年「一九六五年」あたりまで、学説については、だいたい、一九七〇年代から二〇〇〇年あたりまで）における判例・学説の状況を簡単に振り返っておこう。

### 1 保証について

#### (1) 判例

以下の二件を掲げよう。<sup>3)</sup>

「日・1」 大判昭和十五年二月二十四日 新聞四五四四頁

BはAの実印を盗み、Aの氏名を用いて、AがXより金銭を借用する旨の貸借契約書を作成し、Yはその事実を知らず、Aの主たる債務を連帯保証した。大審院は主たる債務が発生原因が無効であつて発生せざる場合は、当事者がこれを知ると知らざるとを問わず、保証債務は無効である。と判示した。

「日・2」 最判昭和四一年四月二十六日 民集二〇巻四号八四九頁

X農業協同組合の理事長 $Y_1$ は非組合員 $Y_2$ に二五〇万円を融資しようとしたが、同組合の定款上、非組合員に融資ができないので、 $Y_1$ 、 $Y_2$ およびA銀行で合意をなし、X組合が信用農業協同組合連合会から借り受けた二五〇万円をAに預金し、預金の上にA銀行のために質権を設定して、A銀行から $Y_2$ に対して、二五〇万円を融資させた。しかし、実質上は、Xが $Y_2$ に対して貸付けをなしたものであり、 $Y_3$ はこの貸金債務につき、連帯保証をした。その後、 $Y_1$ による不当貸出しが発覚し、関係者への責任追及がなされた。Xは $Y_2$ 、 $Y_3$ に対して貸付金弁済を訴求し、 $Y_1$ 、 $Y_4$ に対して、抵当権設定登記手続きを求めた。 $Y_1$ は新理事長から請求されて、内金二四〇万円につき保証をし、さらに、 $Y_1$ および $Y_4$ の土地上にXのための一番抵当権を設定する旨が誓約された。以上の事実関係のもと、最高裁の下した判断はまず、本件員外貸付けは無効であるというものであった。また、上告理由は $Y_1$ のXに対する保証の被担保債権は不当利得返還請求権であると主張したが、判旨はこの主張を退け、以下のように判示した。原審は、 $Y_1$ の右保証は $Y_2$ の消費貸借契約上の債務を担保するためになされたことを認定し、右消費貸借が無効である以上、右保証もまた無効であると判断しており、従つて、右保証債務を担保するためになされた抵当権設定契約もまた無効であると判断している。これら判断に、審理不盡、理由不備の違法は認められない、と。

以上、判例「日・1」は従来の成立における附従性を単純に説いている。次に、判例「日・2」は、原審の、 $Y_1$ の

保証の被担保債権を、当初の貸付契約から生ずる返還債権であるとする判示をもとに、やはり、保証の成立における附従性を述べるものであるといえよう。

(2) 学説

判例と同様に、従来の学説、とりわけ教科書類の多くも、本論文がテーマとしている問題に踏み込んで見解を披瀝するものは見あたらず、簡単に、保証契約について、無効・取消一般の場合の成立における附従性を説明するにとどまっていた。<sup>3)</sup>

2 抵当権について

(1) 判例

ここでは、しばしば引用される、戦後の代表的な最高裁判例を一件示しておこう。

〔日・3〕 最判昭和三〇年七月一日 民集九卷九号一〇五九頁

XはYに対して、金二〇万円を期間三ヶ月、利息月一割の約定で貸付け、これら債権を担保するため、Y所有不動産に抵当権を設定するよう請求した。本件利息は、旧利息制限法の制限を超えるものであった。原審は、現下の情勢においては、月一割の利率の利息支払い契約は、利息制限法の制限範囲を超過するというだけの理由で、これを公序良俗に反する無効の行為とはいえないから、直ちにこれを無効の債権として登記を拒むことができない、と判示した。これに対して、最高裁は大要次のごとく判示した。いやしくもかかる制限超過の利息に関する限り、その債権を原因とする法律的請求はすべてこれを裁判上無効とすべきである。債務者の意思に反してその支払いの強制その他それを原因とする法律上の主張または強制をすることはすべて裁判上これを否定すべきものと認めるのを妥当とする。制限超過利息を単に裁判上請求し得ないだけであって、当然に

無効ではなく、その部分についての登記を妨げない、として抵当権の登記請求を認容した原判決には誤解が存する、と。

以上、旧来の判例は、被担保債権の発生原因が無効であれば、抵当権設定契約も無効であるという、成立における附従性の原則をそのまま適用していたといえる。

(2) 学説

これまで、代表的な教科書類では、抵当権の成立における附従性は、特に異論なく説明されており、被担保債権が当初から無効であるかまたは趣及的に取り消されると、抵当権もまた無効であるか、または趣及的に失効すると、説かれていたといえる。<sup>5)</sup>

(1) 『法典調査会民法議事速記録三(商事法務研究会版)』(一九八四年)三八六頁参照。また、梅謙次郎『民法要義卷之三債権編』(一九二一年)一四〇頁も、主債務の無効のみならず取消の場合にも、附従性により保証債務は効力を失う旨を述べている。

(2) 富井政章『民法原論第一巻物権』(一九二二年合冊)四四九頁。

(3) ここで取り上げる判例は、保証の「成立における附従性」に関わるものに限った。ちなみに、保証に関しては、契約解除後の原状回復義務に、契約の履行を保証した保証人の責任が及ぶことがあるのか、という類似の問題があり、周知のように、最判昭和四〇年六月三〇日民集九卷四号一四三頁は、特定物売買の売主のための保証人の保証債務についてこれを肯定した(売主の売買目的物引渡しの不履行により、契約が解除された事案)。従来判例が、契約解除の効果につき直接効果説を採用する限り、原状回復義務は不当利得返還債務であって、本来の保証債務との同一性を欠く、という理由づけで保証責任を否定していたのに対して、本判决が解除の性質論に拘泥することなく、保証契約の趣旨から保証責任の拡大という結論を導き出したことは注目されることであり、学説上も、このような判例の立論に賛同者が多い。しかし、この問題は、いったん有効に成立した契約の事後的解消の場合の保証人の責任の存否ないし範囲という問題として位置づけられるべきであり、本稿が検討対象とする、契約の無効・取消の場合(Ⅱ成立における附従性の存否)という問題局面とは一応区別されるところである。よって、ここでは、上記判例は取り上げないこととした。なお、右判決についての評釈・解説等は少なくないが、さしあたり、寺田正春「判解」『民法判例百選(第四版)』六〇頁を挙げるにとどめたい。また、上記昭和四〇年判決の判断の趣旨を引き継いでい

る最高裁判例、すなわち、最判昭和四七年三月三日民集一六卷二号二七四頁（請負人の債務不履行が原因となつて請負契約が合意解除された場合に、請負人に生じた前払い金返還債務につき、請負人の保証人は責任を負うとしたもの）の存在についても、周知のところであるが、これにも立ち入らない。

(4) 保証については、例えば、於保不二雄『債権総論（新版）』（一九七二年）二五九頁以下、奥田昌道『債権総論（増補版）』（一九九二年）三八六頁、前田達明『口述債権総論（第三版）』（一九九三年）三五五頁以下、平井宜雄『債権総論（第二版）』（一九九四年）三〇五頁、林良平（安永正昭補訂）ほか『債権総論第三版』（一九九六年）四三四頁「高木多喜男執筆」、淡路剛久『債権総論』（二〇〇二年）三八一頁、三八三頁など。

(5) 例えば、我妻栄『新訂担保物権法』（一九六八年）二二五頁、川井健『担保物権法』（一九七五年）一四頁、また、比較的最近の教科書として、中井美雄『担保物権法』（二〇〇〇年）一〇七頁以下、鈴木祿弥『物権法講義（五訂版）』（二〇〇七年）二二三頁など。

### 第三節 保証に関する学説の展開と抵当権に関する判例の変化および関連学説の展開

前節で見た旧来の判例・学説は、昭和四〇年代「一九六五年以降」に入ると、これまでと様相を異にし、変化を示すに至る。以下では、第一で、星野教授の見解を皮切りとして、保証をめぐる比較的最近の学説を紹介するとともに、第二でその問題点を指摘した後、第三では、抵当権等に関する判例の変化を掲げ、続く第四では、抵当権に関する近時の学説を紹介する。そして、本節の最後の第五では、抵当権に関する学説の問題点にふれることとした。

#### 第一 保証に関する学説の展開



1 星野教授の見解

星野教授は、農協の員外貸付けを無効とした、前掲最判昭和四一年四月二六日（日・2）の評釈において、次のような見解を主張した。

(1) 消費貸借が無効で、不当利得返還請求権が存在する場合に、附従性を理由にして担保権（保証や抵当権）の効力を否定するとまでは簡単にいえない。附従性の原則は、金員の授受がないため、被担保債権が成立しない場合の議論であつて、金員が授受されたが消費貸借無効である場合は、別個に考慮すべきではないか。

(2) ア いったん金員が授受された後の返還請求権は、消費貸借に基づくといおうが、不当利得に基づくといおうが、当事者にとつて同じ経済的意味をもつ。

イ 当事者の意思は、消費貸借が無効である場合には、不当利得に基づく返還請求権を担保する意思であつたとすることもできる。

(3) 以上により、借主の保証人の債務および貸金債務担保のための抵当権は、消費貸借の無効による不当利得返還債務に及ぶと解することができる。

2 内田教授の見解

同教授は、おおよそ以下のように説かれる。

(1) 上記最判（「日・2」）のように、金銭交付済みの場合、貸主の意識としては、法律的名目は何であれ、貸した金銭の返還のために保証人をつけた、というものではないか。保証人の意識としても、主債務者が負う「返還債務」を担保する意図があつたのではないか。

(2) 民法には四四九条という附従性の例外を定めた規定があり、同条の根拠は当事者の意思である。このような

民法の態度からすれば、主たる債務が無効になった場合の不当利得返還義務を含めて保証するという意思を当事者が有していると解釈される場合には、それを附従性の原則よりも優先してさしつかえない。

(3) ただし、保証債務が及ぶか否かの判断の際の考慮要素は、当事者意思と主たる債務を無効とする政策の重み(公益性)である。

以上から、内田教授は、前掲最判(日・2)の農協の員外貸付けの場合、保証債務の存続を認める解釈も可能であるとす。

(4) なお、同教授は、債務者が詐欺をして貸付けを受け、債権者が取消した場合には、民法四四九条を類推適用して、債権者保護のため、詐欺を知っている・債務者の保証人の保証責任を存続させるべきであるともいう。

### 3 その他保証責任の存続を肯定する見解

(1) 借金の保証をした者は、その返還債務につき、保証責任を負うべきは当然であるから、消費貸借契約が無効であったとしても、当然に保証人は責任を負う、とする説がある。この見解は、当事者の意思解釈に基づくものではなく、規範的考慮に立つものと解される。

(2) 当事者の意思解釈を基準として、保証人は不当利得についての責任を負う、とする見解がある<sup>(9)</sup>。この見解に近いものとして、問題を保証契約の解釈によって定まる保証債務の範囲の問題と解し、その限度で、附従性の原則は後退することもある、とする主張もある<sup>(10)</sup>。

### 4 法律構成に無効行為の転換を用いる見解

平野教授は、次のようにいう。「融資が無効でも、借主は貸主から現実に金銭を受け取っているためその返還債務

があることは変わりない。そのため、その場合には無効行為の転換（傍線は原文のまま）として、保証契約を貸金債務ではなく、不当利得返還義務の保証契約として有効と考える可能性がある<sup>(12)</sup>。」

## 5 否定説

上記1から4までの見解とは異なる少数説がある。次のように説かれる。<sup>(13)</sup>「……保証人の責任が過大にならないような配慮が必要である。／民法の保証の規定が、そのほとんどの条文を費やして『保証人の免責』についてなされ、そのような免責の規定（催告・検索の抗弁とその違反による免責、事前求償・事後求償による免責、債権者の担保保存義務違反による免責等）で埋め尽くされていることは、このような保証人保護の条件が満たされた場合にのみ、無償の契約によって過酷な担保責任を負わされる保証人が保護され、『暴利行為』著しい不均衡」という契約の無効原因をkarouじて免れているのだという立法者のメッセージとして、真摯に受けとめるべきである。／このようにして、保証契約そのものが（中略）、債権者を過度に保護する、著しい不均衡を内容とする無償契約であり、民法に規定された数々の保証人の免責規定を通じて、karouじて契約自体の無効を免れているのだという認識に立つならば、保証契約において、『債権者の保護』を理由に、保証人の責任を拡大したり、類推したりすることは、危険極まらない考え方である」と。

## 第二 近時の保証に関する学説の問題点

上述のように、近時の学説を概観したが、解釈上気をついた問題点にふれておきたい。

議論の契機となったのは、前掲昭和四一年の、農協の員外貸付けが無効とされた判例「日・2」である。従って、

これに即した議論がなされるのは自然の成り行きではある。しかし、学説を概観すると、いくつかの問題点が気にかかる。三点ほど挙げておきたい。

1 当事者の意思解釈を決め手とする見解は、問題を一般化した場合、例えば、保証人に無効な債権を保証する意思が見出せない場合（つまり、保証人が、自分は有効な消費貸借だけを保証したのだと主張している場合）をどう扱うのであろうか。

2 先述の（本節第一の）1から3までの各学説は、附従性を問題にせずともよい、とするわけであるが、その理由づけは必ずしも一致していないように見受けられる。

3 他方、否定説によれば、金銭消費貸借契約が無効であれば、保証人は一切責任を負わない、という結論が導かれることになりそうであるが、それは果たして妥当か。

このほかにも、問題点はあるが、ひとまず問題点の挙示をこのくらいにとどめて、次に目を転じ、近時の抵当権に関する判例を紹介することにしよう。

(6) 星野英一「判批」法協八四巻四号五七六頁以下。同『民法概論Ⅲ債権総論（補訂版）』（一九八三年）一七八頁以下ほぼ同旨。

(7) 内田貴『民法Ⅲ債権総論・担保物権』【第三版】（二〇〇五年）三四三頁以下（特に、三四六頁）。

(8) 同条は、制限能力ゆえに取消しうる債務を保証した者は、保証契約の時に於てその取消原因を知っていたときは、主たる債務の不履行の場合又はその債務の取消の場合において、これと同一の目的を有する独立の債務を負担したものと推定する、と定める。同条は、特に行為能力の制限の存在ゆえに取消がなされた場合は、主たる債務とは独立した、一定の事情から債権者に生ずる損害を填補する、一種の「損害担保契約」の成立を規定したものと解されることが多い。例えば、代表的な債権総論の教科書として、この点に言及するものとして、於保・前注（4）二五九頁以下、奥田・前注（4）三八六頁、林良平（安永正昭補訂）ほか・前注（4）四三四頁以下「高木多喜男執筆」など。

(9) 近江幸治『民法講義Ⅳ債権総論』【第三版補訂】（二〇〇九年）一三四頁。

- (10) 野澤正充『債権総論』(二〇〇九年)一七七頁。
- (11) 中田裕康『債権総論(新版)』(二〇一一年)四七二頁。なお、中田教授は、無効原因によっては、保証契約自体も無効になることがある、と補足している。
- (12) 平野裕之『コア・テキスト民法Ⅳ債権総論』(二〇一一年)二〇〇頁(注二五〇)。
- (13) 加賀山茂『債権担保法講義』(二〇一一年)一四三頁以下。なお、加賀山教授の視点とは異なるが、第三者の債務を担保するという保証の性質から、否定説を説く学説もある(松尾弘ほか『ハイブリッド民法三債権総論』(二〇〇六年)一六九頁「古積健二郎執筆」)。

### 第三 抵当権に関する判例の変化

前掲の、昭和三〇年の最判(「日・3」)、が理由づけに用いた理論は、その後、修正を受けるに至った。それは、以下の判例の登場による。

「日・4」 最判昭和四四年七月四日 民集三三卷八号一三四七頁<sup>1)</sup>

事案を簡略化するとこうである。従業員数名で婦人服仕立業を営むXは、そのような団体を結成した事実がないのに、自己を代表者とするI洋服店従業員組合という架空の団体を結成したことにして、A労働金庫の会員資格を取得する手続きを行った。その結果、AはXに融資を行い、昭和三〇年一〇月頃のXへの貸付残高は三〇万円に達した。その頃、Xはほかの債務の弁済資金の貸付けをA金庫に依頼し、本件不動産に、根抵当権を設定して、計四〇万円を借り受けた。しかし、Xはその弁済を遅滞するなどしたため、A金庫は昭和三三年九月根抵当権を実行し、Y<sub>1</sub>が競落して、所有権移転登記を経由した。以上の事実関係のもと、XはY<sub>1</sub>に対して、登記の抹消を求めた。その理由として、実行された根抵当権の被担保債権は、A労働金庫の会員外に対して行った貸付けから生じたものであるから、無効であり、被担保債権の存在しない抵当権も無効であるから、Y<sub>1</sub>は本

件不動産所有権を取得しない、というのである。さて、最高裁の下した判断は、次のような、従来にない判旨を含んでいる。すなわち、XへのA金庫による貸付けは、員外貸付けであり、無効である。しかし、仮に右貸付けが無効であったとしても、Xは借受けた金員を不当利得として、A金庫に返済すべき義務を負っているものというべく、結局債務を負っていることに変わりはない。そして、本件抵当権も、その設定の趣旨からして、経済的には債権者たるA金庫の有する右債権の担保たる意義を有するとみられるから、Xとしては、右債務を弁済せずして、右貸付けの無効を理由に、本件抵当権ないしその実行手続きの無効を主張することは、信義則上許されない、と。

上記判決は、従来の抵当権における成立における附従性の議論に少なからぬ影響を与える判断を示した。すなわち、本件判旨の特徴点は、Xへの貸付けが無効であったとしても、Xは借受けた金員を不当利得しており、本件抵当権は、この不当利得返還請求権を担保する意義をもち、その限りでは無効とは必ずしもいえないことを示唆していることである。つまり、従来の、抵当権の成立における附従性という伝統的な考え方はかなり異なる方向性の判断を含んでいると考えられる。

#### 第四 抵当権に関する学説

上記最判(日・4)を契機として、抵当権に関する成立の附従性に関わる問題が、学説上、若干論じられるようになった。あるいは見落としがあるかもしれないが、以下に、主要な学説を紹介することにした。

#### 1 星野教授の見解

次のように説かれている。被担保債権を発生させる契約が無効である場合には、抵当権は無効であるとされる。しかし、金銭の授受の前ならばこれでよいが、金銭の授受のあつた後は、消費貸借が無効でも、不法原因給付に当たらない限り、不当利得に基づく返還請求権はあるのであるから、抵当権はこれをも担保すると解すべきであり、いわゆる「附従性の原則」はこの場合には当てはまらないと解するのが妥当であろう。こう解しても債務者や後順位抵当権者の利益をも害せず、こう解しないと、債権者の期待が著しく害されるからである。<sup>3</sup>

## 2 高木教授の見解

同教授は、基本的に星野教授の見解に同調しつつ、その補充的論述をしている。次のごとくである。金銭消費貸借契約に基づく金銭返還債務と同契約無効の場合に生ずる原状回復義務には、法律上の同一性は存しないが、経済的実質的には同一性が存する（履行期、利率が異なるのみ）。もっとも、抵当権登記としてなされた登記事項と実体的関係には不一致がみられ、登記の効力が問題となるが、有効と解してよい。<sup>3</sup>

## 3 内田教授の見解

同教授は、保証債務の附従性に関して述べたこと（本節第一(2)(1)(2)参照）は、ここでも妥当し、抵当権は不当利得返還請求権を担保するというべきだろう、と述べる。<sup>5</sup>

## 4 その他抵当権の存続を肯定する見解

高橋教授は、新たに発生した不当利得返還請求権と被担保債権との間に法的な同一性があるか否かについて疑問があるとしつつも、社会関係としての連続性のあること、抵当権者として債権が実現しない場合に備える必要がある

るのは、被担保債権不履行以外の場合でも同じであると述べ、星野説を引用しつつ、肯定的見解を主張する。<sup>5)</sup>

また、松井教授も、当事者にとつて重要なのは、法律上の名目よりも経済的実質であるとして、問題の抵当権は、端的に不当利得返還請求権を担保するものとして有効に成立すると、述べている。<sup>6)</sup>

#### 5 抵当権の存続につき、やや否定的に解する見解

清水教授は、原則として契約無効であるという法的評価の中には、担保の有効性も認められないという評価が織り込まれていると考えるべきであろう、と述べ、前掲昭和四四年最判は、例外的に抵当権の無効の主張（傍点は原文のまま）が一般条項により否定された事例と受けとめるべきではないか、と論ずる。<sup>8)</sup>

#### 6 近江教授の見解（問題提起）

同教授は、以下のように問題提起をする。<sup>9)</sup> 前掲最判昭和四四年のケース（「日・4」）で、貸付金債権と不当利得返還請求権とは経済的同一性があるといつても、元本額、利息の利率、弁済期などからして直ちに同一性があると考えることは困難である。Xの抵当権無効の主張は信義則上許されないから、その反射的効果として、抵当権は有効として扱われることになるが、それが不当利得返還請求権を担保するするには、抵当権登記が当然に転用（傍点は原文のまま）されるのだとする論理が必要ではなからうか。

#### 7 最判昭和四四年の判断枠組みを妥当とする見解

道垣内教授の唱える説である。すなわち、金銭消費貸借が債権者の詐欺行為によって締結された場合には、債権者の要保護性は低くなるし、物上保証人が設定者である場合には、その者の予測も考慮しなければならない。一律



に抵当権の有効性を認めることには問題があり、場合によって抵当権の無効を主張することが信義則に反するという判例の枠組みが妥当である、と。

### 第五 抵当権に関する近時の学説の問題点ないし課題

上に掲げた諸学説には、気にかかる点や課題として残されている点が見出されるように思われる。ここでは、重要と思われる二点を挙げておきたい。

- 1 保証の場合と比べると、学説の議論は、全体として(ただし、内田教授の見解は除く)実質論中心の傾向が見られるように思われる。抵当権の効力を存続させようとする場合、どのような法律構成をとるべきであろうか。
- 2 これと関連して、抵当権存続肯定説に立った場合、近江教授の指摘するように、抵当権登記が当然に転用されることの論理構成についても、検討の余地がある。

(1) 本判決についての評釈・解説は少なくない。例えば、千種秀夫「判解『民法判例百選Ⅰ(第三版)』一七八頁、四官和夫「判批」法協八七巻九二〇号九八八頁、道垣内弘人「判解『民法判例百選Ⅰ(第四版)』一七四頁、およびこれらが引用する文献など参照。

(2) 興味深いことに、本判決後に、下級裁判所の二つの判決が出現し、一つは本判決とほぼ同趣旨の立場を述べ、他の一つは、本件最高裁の判示内容とは異なり、担保権の効力維持を否定するという結論を採用した。もともと、両判決ともに、抵当権のみが問題とされた事例ではなく、代物弁済予約に基づく、仮登記担保があわせて問題とされている点に特徴がある。それゆえ、これら判決を本文ではなく、注で紹介するにとどめたい。

前者は、「日・5」大阪地判昭和四十七年七月一七日判時六九八号九一頁である。事案は、X農業協同組合が訴外Aにいわゆる員外貸付けを行い、AはXのために、所有していた不動産に、代物弁済予約に基づく所有権移転の仮登記を経由した。ところが、担保不動産の後順位抵当権者Yが、Xの取得した仮登記に基づく担保物権の無効を主張したというものである。判旨は、大要次のごとくである。XからAへの

貸付けを無効と断定する資料はない。しかし、右貸付けを無効としても、AはXに対して借受けた金銭の不当利得返還義務を負い、貸付金返還債権と不当利得返還債権は経済的に同質であるから、先の仮登記担保は、不当利得返還請求権をも担保すると解してよい。仮に、担保物権の附従性に照らして、そのようにいえないときは、Yは信義則に照らし、上記担保物権の効力を否定することは許されない、と。

後者は、「日・6」大阪地判昭和四十七年九月一日判時七〇五号八五頁である。同判決も、農業協同組合の員外貸付けの事案であり、X物上保証人が、借主Yの負担する貸金債務について、複数の自己所有不動産につき、債権者である農協Yのために根抵当権を設定したり、代物弁済予約に基づく所有権移転の仮登記をしたというケースである。XはYらに対して、員外貸付けが無効であるから、これを担保した物的担保権の諸登記は抹消されるべきである、と主張した。これに対して、Yらは、上記貸付けが無効だとしても、借主には不当利得返還債務が課せられ、根抵当権や仮登記担保権はこの不当利得返還債務を担保する、と主張した。判旨は、上記の員外貸付けを無効だと述べた後、前示の代物弁済予約や抵当権設定契約が、かかる不当利得返還請求権を担保する趣旨で締結されたものであるとみとむべき根拠は見出し得ない、と判示した（なお、本判決の評釈として、中馬義直「判批」ジュリスト六一三号一一一頁がある）。

(3) 星野英一『民法概論II物権・担保物権』（一九八九年合本再訂版）二四三頁、同「判批」（本章第三節第一注（6））五七六頁以下。

(4) 高木多喜男『担保物権法（第四版）』（二〇〇五年）一一二頁。さらに、同書一一三頁において、高木教授は、本文のように既存の登記の効力をなお有効と解してよい理由を次のように説明する。「被担保債権の発生原因（消費貸借契約）が登記原因として記載されており、登記原因が実態に一致していない。利息も約定利息が記載されている故に、現状回復義務について発生する法定利息と一致しないのが通常である。まず登記原因の点であるが、普通抵当の設定登記においては、登記原因に被担保債権の発生原因を記載させることにより被担保債権を特定し、これを公示しており、これと実際の被担保債権の不一致は登記の瑕疵である。もともと、普通抵当においては、抵当権の目的物の価値支配の範囲は、もっぱら、債権額と利率（共に登記事項）によって定まり、根抵当が量的側面（極度額）からだけでなく、被担保債権の範囲の面からも目的物の価値支配の限度を画するのと事情を異にする。したがって、後順位債権者にとって重要なのは元本額と利率の公示であって被担保債権の発生原因は、この点についての齟齬をもって登記の無効原因とする程の重要公示事項ではない。問題は利率の点での齟齬であるが、これとても無効原因と解する必要はなく、登記されている利率を上限として登記の対抗力が生ずると解すれば、後順位債権者等の利害関係人を害するおそれがない」と。思うに、以上の説明は、十分に吟味に耐える説得的な見解であるように思われる。

(5) 内田・本章第三節第一注（7）三九二頁参照。

(6) 高橋真『担保物権法（第二版）』（二〇一〇年）九七頁以下。なお、山野目章夫『物権法』（第四版）（二〇〇九年）二四四頁は、高橋教授の見解と同列の立場に立つものと推測される。同教授は、端的に附従性の緩和をいうことで、前掲の昭和四四年最判（日・4）と同じ結論を導きうるはずだとする。

- (7) 松井宏典『担保物権法(補訂第二版)』(二〇一二年)一四頁以下。
- (8) 清水元『プログレッシブ民法・担保物権法』(二〇〇八年)一四頁以下。
- (9) 近江幸治『担保物権法(新版補正版)』(一九九八年)一二三頁。
- (10) 道垣内弘人『担保物権法(第三版)』(二〇〇八年)二二六頁。この見解を支持するものとして、安永正昭『講義物権・担保物権法』(二〇〇九年)二四二頁(注7)がある。

#### 第四節 若干の私見(試論)

##### 第一 比較法に基づく日本法解釈論についての私見(試論)

##### 1 保証について

(1) 本章第二節および第三節では、保証の附従性の問題についての日本法の現状とその問題点を指摘した。近時の見解は、最判昭和四一年四月二六日の、農協の員外貸付けのケース(「日・2」)を契機として論じるのが大多数である。その議論の大まかな特徴(方向性)として、まず、以下の三点が指摘できるように思われる。

ア いったん金員が授受された後の返還請求権の根拠は、消費貸借といおうと不当利得といおうと、その返還の内容には経済的に同一性がある。

イ 当事者(保証人)の意思は、消費貸借契約が無効であった場合には、不当利得に基づく返還請求権を担保する意思であったといえる。同契約の取消の場合も同様である。

ウ 保証人が不当利得返還責任をも負うとする限りで、成立における附従性の原則は後退する。

(2) 新たな理論構成の提案

ア 私見としても、上記ア・ウにまとめた方向性については理解し得ないわけではない。しかし、事態の本質は、保証人には最初から有効な契約（例えば金銭消費貸借契約）に基づく、返還請求権を保証するという意図があったということであり、同契約無効の場合（例えば、錯誤無効の場合）や同契約の取消（例えば、詐欺・強迫を原因とする取消）の場合の保証責任の存否については、保証契約当事者の意思不明というのが素直なとらえ方ではないだろうか。つまり、同契約無効や取消の場合についての保証責任の有無に関しては、もともと保証契約上欠缺があったのであり、これを諸般の事情から補充的に解釈するというドイツ法における有力な見解（これは判例・学説において支配的であるといえるであろう）がもつとも事態適合的であると思われる。すなわち、ドイツ法に関して既に見た通り、補充的契約解釈という法律構成が、日本法についても当てはまらうと考える。例えば、金銭消費貸借契約締結時に、「同契約解除による原状回復義務についても保証人は責任を負う」などの具体的手がかり（例えば、保証契約書の中に、このような文言が置かれていた場合など）があれば、このような具体的手がかりから類推して、保証人の責任は、契約の無効・取消の場合の不当利得返還債務に関しても、なお及ぶと解されよう。

イ しかし、上記のごとき手がかりが全く存在しない場合はどう扱うべきか。私見は、ここでも補充的契約解釈によつて処理すべきことを提案したい。ただし、そこに信義則などの規範的判断を持ち込むべきである（あるいは、持ち込まざるを得ない）、という立場に立つ。そして、規範的判断の際の判断基準として中心に置かれるべきは、主たる債務者側に無効原因・取消原因がある場合には、保証人は不当利得返還についてもなお責任を負うべきである、とする考慮である。というのは、信義則上、保証人はいわば、主たる債務者側に契約の効力を遡及的に否定する原因があつて、その結果、主たる債務者が不当利得返還債務を負担することとなった場合、いわば主たる債務者の地

位に代替して責任を負うというリスク（危険）を負担していると考えられるのではなからうか。これは、ドイツのペツヒヤー教授の見解<sup>①</sup>（およびこれに同調するライフナー教授の見解）から示唆を受けたものであり、また、最上級審ではないが、ドイツの地方裁判所の判例「独・6」を参考にしたものである（このような考え方を注（2）で述べたように、仮に、「危険領域説」と呼びたい）。また、このような規範的判断基準とは別種の規範的判断要素の例として、ドイツのBGHの判例「独・8」のように<sup>②</sup>、保証人自身が初めから保証人になることの経済的利益を有していた場合には、仮に債権者側に無効・取消原因があっても、保証人になお責任を課してもよいと考える。なお、保証人が不当利得返還義務を負う場合、弁済期が直ちに到来するという負担が彼（彼女）に課されるが、上述のような規範的判断に立つ以上、信義則上、保証人はそれを甘受すべきこととならう。

### (3) 成立における附従性について

保証人が不当利得返還義務をも負う場合において、例外的に保証における成立の附従性は緩和されるといふべきである。その理由として、当初の契約に基づく返還請求と不当利得返還請求がほぼ同一の経済的目的ないし機能を有する場合には、この機能を全うさせるため、端的に、附従性は問題とならない、と根拠づけるべきではなからう<sup>③</sup>。すでに概観してきたように、フランス法、ドイツ法、両法の比較法的現実がこのことを裏付けるものといえよう。

### (4) 内田説への疑義と賛成点

ア 前掲のように、内田教授は、民法四四九条は、行為能力の制限を理由とする取消について保証人がなお責任を負うという内容の、つまり、保証債務の附従性の例外を定めた規定であり、その根拠は、突き詰めれば、それが当事者の意思である、と説明した後、このような四四九条の成立根拠という説明を用いて、保証責任が不当利得責任まで及びうることを理由づけている<sup>④</sup>。しかし、四四九条は、行為能力の制限に抵触するが故に、当初の契約が取

消された場合、その被担保債権は、成立における附従性の原則を理由に消滅してしまうことを前提としているのである。<sup>6)</sup>さらに、前述の通り、わが国の支配的な学説は、同条は、成立における附従性の原則を貫徹させることは、制限行為能力者が契約をすることをはじめから知っている保証人に当てはめるべきではないことから、同条の趣旨は、当該保証人は当初の保証契約とは別個独立の一種の損害担保契約を結んだものであると解しているのである。そうだとすると、成立における附従性の例外として、当初の契約の無効・取消の場合でも、保証債務が存続し、保証人は不当利得返還債務についても責任を負うことがある、という立論の根拠として、内田教授のように、あえて四四九条を引き合いに出すのはやや筋が違うように思われる。ある意味では特殊な条文である四四九条を援用するのは、必ずしも適切ではなく、問題への接近は補充的契約解釈によってなされるべきである、と述べるほうがより妥当であると思われるのである。そして、私見は、そのような根拠付けがまさにドイツ法の主流の考え方である、という比較法検討の成果をその理由として掲げたいと思う。<sup>7)</sup>

イ 他方で、内田教授は、保証債務が不当利得返還債務に及ぶか否かの判断をする際の考慮要素として、当事者意思に加え、主たる債務を無効とする政策の重み（公益性）を挙げているが、これは妥当な解釈態度である。典型的には、主たる債務が公序良俗に反して無効であるとき、保証債務もまた無効とすべきである。なお、金銭消費貸借契約を例にとると、ドイツ法においては、同契約が暴利であつて良俗に反していることから、同契約は無効であると判断される場合であっても、同契約に関する保証は当然には無効とはならない、と捉えるのが判例・学説に共通する支配的な見解である。<sup>8)</sup>この点、日本法とドイツ法の状況は異なるのであるから、日本法においては、すぐ上に掲げた内田教授の見解は妥当といえる。

(5) 平野説への疑問点

学説中には、本稿で検討している問題を、無効行為の転換により基礎づけようとする、平野教授による見解があ

るのはすでに見たところである。ここで、無効行為の転換とは、無効の法律行為が他の法律行為の要件を備える場合に、後者の法律行為として効力が生ずることを認めることだといわれる<sup>(10)</sup>。そして、今問題となっているのは無効な（ただし、公序良俗という無効原因がある場合は除く）金銭消費貸借契約上の債務の保証を、不当利得返還債務の保証をするものとして改めて認めるか否かである。つまり、前述の無効行為の転換が認められる場合というのは、消費貸借に基づく返還債務についての保証は無効だけれども、同保証は別の有効な法律行為の要件を備えているといえる場合でなければならぬはずであろう。そうだとすると、無効行為の転換を援用する学説は、この点の検討を十分に行ってはいないのではなからうか<sup>(11)</sup>。

#### (6) 加賀山説への応接

前掲のように、加賀山教授は、民法の規定は、その多くが保証人の免責を志向しているから、債権者の保護を理由に保証人の責任の拡大を許すべきではない、とする見解を唱える<sup>(12)</sup>。しかし、第一に、上記(2)で述べたように、私見は、問題を補充的契約解釈によって処理すべし、というものであり、その具体的内容は、主たる債務者側に無効・取消原因がなかったり（危険領域説）、保証人自身に保証による利益追求の意図がないと判断される場合等においては、保証人はさらなる保証責任を免れる、と解する。つまり、私見では、契約の無効・取消に関する一般的な場合全てにおいて、保証人を常に、加重的な責任を負うという不利な立場に置く、という解釈を提案するのではないのである<sup>(13)</sup>。また、第二に、比較法的検討の結果、契約の無効・取消の場合に、保証人は、不当利得返還責任を完全に免れるとする見解は、必ずしも多数説を形成してはいない、と見受けられることも、保証人の完全免責という見解への反論になり得るように思われる。加賀山教授の見解には、確かに、傾聴すべきものが含まれているけれども、以上二点により、私見では、直ちに、同教授の主張には与できないのである。

#### (7) 補足的な指摘

最後に、私見というわけではないが、補足的に指摘しておこう。現在、債権法の改正に向けて、具体的な検討作業が進んでいるが、債権法中の保証に関して、本稿のような問題意識からの議論は、筆者が見た限りでは、全くなされていないようである。<sup>(15)</sup>

## 2 抵当権について

### (1) 補充的契約解釈という法律構成の提案

私見としては、保証の場合と同様に、抵当権の場合についても補充的契約解釈という法律構成を採用することを提案したい。<sup>(16)</sup> その理由を以下に、具体的に述べよう。

例えば、「金銭消費貸借契約に基づいて借主＝債務者に交付した金銭の返還をともかく確実なものにしたい」と考える周到な貸主＝債権者は、経済合理性という考慮に則って、自己の不動産に抵当権を設定することに同意した不動産所有者との間で、次のような内容の抵当権設定契約を締結することは十分に予想されるところである。すなわち、まず、金銭消費貸借契約に基づく返還請求権（これを前者という）を被担保債権とする第一順位の抵当権の設定を受けるとともに、同時に、上記契約の無効・取消しを原因として、前者が遡及的に失効した場合に生ずる不当利得返還請求権（これを後者という）を被担保債権とする第二順位の抵当権の設定を受ける、というものである。

かかる手段を講じておけば、前者が遡及的に失効して、伝統的な附従性原則に従い第一順位の抵当権が消滅したとしても、後者の債権は順位が上昇した抵当権によって担保され続けるからである（なお、後者の債権は、将来のなしいしは条件付き金銭債権であるが、このような債権も抵当権の被担保債権となりうることは、判例・学説の認めるところである<sup>(17)</sup>）。ところが、実際上は殆どの場合、抵当権設定契約当事者間では、前者を被担保債権とする抵当権設



定の合意をするにとどまり、その旨の登記を行うものの、後者に関する抵当権設定の合意はなされず、登記も經由されることがないと見られる。つまり、この点についての当事者の合意は不明である、といいうるであろう。そこで、筆者は、この状況を抵当権設定契約（ただし、上記のようなやや特殊な・抵当権設定契約）における合意の欠缺と捉えることができるのではないかと考えるのである。そして、このような見方が許されるとするならば、本論文のテーマを抵当権の場合につき問題とする場合において、先に見たドイツ法上の議論を参考にして、抵当権設定契約に関しても、補充的契約解釈という手法を用いるべきことを提唱したのである。

## (2) 上記の法律構成を提案する理由

ア その第一の理由としては、当初の抵当権設定契約に欠落していた、契約無効・取消しの場合の不当利得返還請求権をも、被担保債権とする意思があつたといふべきか否かにつき、補充的に解釈することは、保証の場合と同様に事態適合的な意味をもつといえるように思われるからである。より具体的にいえば、すでに紹介したわが学説中には、抵当権が不当利得返還請求権を担保するものとしてなお存在し続けるか、という問題をめぐり、一律に肯定の見解を表明するものと受け取れる主張が見いだされるが、ことはそれほど単純ではなく、当事者を取り巻く諸事情を勘案した相対的な判断が求められるべきであろう。その意味で、補充的契約解釈という枠組みのもとで、後述(4)アで述べる判断基準に依拠しつつ、問題の解決を図ることが、事案の特徴に即した妥当な解決を導きうると考えるからである。

イ 第二の理由はこうである。学説中には、成立における附従性の原則を維持しつつ、例外的に、信義則などの一般条項を根拠として、金銭消費貸借契約に基づく返還債権が無効等により消滅した場合に、これを担保する抵当権の無効を主張することを抵当権設定契約当事者等に対して認めない、と構成する見解が見られる。<sup>20</sup>しかし、一般条項による問題解決はできうる限り避け、それに代わる適用可能な法律構成の構築を図ることが目指されるべきだ

というのが、現在の民法学者の共通理解になっているといえよう。このことに照らすと、信義則などの一般条項を用いる立論には不満足なものを覚えざるを得ず、それゆえに、本論稿は、上記のごとき新たな法律構成を提案したいのである。

### (3) 当面の課題

そうすると、目下の課題は、例えば、金銭消費貸借に基づく交付済み金銭の返還請求権を担保するための抵当権が設定されているという状況を、不当利得返還請求権のための有効な抵当権を設定したという合意の現れである、と補充的に解釈しうるか否か、その判断基準として、いかなるものが適切であるのか、という問題に帰着することになる。

### (4) 補充的契約解釈を行う際、留意すべき点

上述のような理解に誤りがないとするならば、補充的解釈によって問題を解決しようとするときに、留意すべき点として、さしあたり、以下の四点を挙げることができよう。

ア まず第一に、抵当権の場合の処理に当たっても、規範的判断を持ち込むべきことは、保証の場合と異ならないと思われる。そして、その際には、ここでも、保証の場合と同様に、まずは「危険領域説」の考え方を導入すべきであろう。すでに保証に関して述べたように、「危険領域説」の内容をなす判断基準は、当事者のリスク分配をはかる上で、妥当性があると考えられるからである。もともと、「危険領域説」を用いるに当たっては、注意的に述べておかねばならないことがある。それは、同説の内容である判断基準は、前述のように、ドイツの下級裁判所判決を参考に私が採用したものであって、同基準はそもそも債権者―債務者―保証人という三当事者の存在を前提にしていた、ということである。従って、抵当権設定者が物上保証人の場合には、抵当権者―債務者―物上保証人という三当事者が関係するのであるから、保証において述べたことが格別の困難を伴わずに当てはまるものと思われるが、

抵当権設定者が、被担保債権の債務者本人の場合に「危険領域説」なる基準を用いることに問題はないのか、という点を確認しておく必要がある。しかし、私見では、結論的に、抵当権者＝抵当権設定者＝債務者という二当事者の場合でも、いずれの当事者側に無効・取消原因があったか、よって抵当権の存続の可否を判断することに、三当事者の場合と同じく、合理性が認められると考えるものである。これを具体的にいうならば、保証の場合と同様に、抵当権設定者である債務者の側に無効原因・取消原因がある場合は、抵当権は不当利得返還請求権をも担保するものとして存続する。つまり、抵当権設定者は、自らの側に無効・取消原因がある場合には、信義則上そのリスクを負担することとなり、彼(彼女)は抵当権がなお不当利得返還請求権を担保するものとして存続することを甘受すべきことになろう。

以上のような理解によるならば、道垣内教授の挙げる債権者による詐欺が行われた場合という例(これについては、本章第三節第四七参照)においては、債務者側に取消原因はないので、抵当権の効力は取消後の不当利得返還請求権に及ばず、抵当権は附従性により消滅することになろう。

イ 第二に、例えば、被担保債権が公序良俗に反して無効な場合に、これを担保する抵当権をも無効とするのが公益的要請にかなう。そこで、保証の場合に内田教授が唱えているのと同様に、抵当権の場合にも、抵当権の維持・存続の可否の判断に際して、被担保債権を無効とする政策の重み(公序良俗違反か単なる強行法規違反か、等)を考慮すべきである。

ウ 第三として、金銭消費貸借契約に基づく返還請求権を担保するものとして登記されている抵当権を、それが原契約無効等の場合の不当利得返還請求権をも担保しうるものとする、との解釈的結論を最終的に導くためには、その前提として、成立における附従性の否定が容認されなければならない。そして、その理由付けについては、保証の場合と同様に考えてよいであろう。

工 第四として、前掲のように、金銭消費貸借契約が無効等の場合に、抵当権存続肯定説を採用したとき、不当利得返還請求権を担保するものとして、抵当権登記が当然に転用されることの法律構成が必ずしも明確ではない、という指摘があったところである。<sup>123)</sup>

なるほど登記簿上、登記原因としては、例えば、金銭消費貸借契約と記載され、また、登記簿上には約定利息が記載されているので、不当利得返還の場合に適用される法定利率と一致しない、という、権利義務の実体関係と公示内容の不一致という問題が生じてしまうことは否定しがたいところである。しかし、高木教授はこれら登記の問題に関しては対処可能であるとされる。<sup>124)</sup>つまり、筆者は、同教授の見解の中には、上記近江教授による問題提起に対して、説得的な解答になっている部分が多く含まれていると思われ、補充的契約解釈に当たっても、同教授の説くところに依拠することが有益だと思われる。そこで、ここでは、便宜のため、すでに紹介した同教授の見解の要点を以下に、再度、まとめておくこととした。

① 普通抵当においては、抵当権の目的物の価値支配の範囲は、もっぱら債権額と利率によって定まる。従って、後順位債権者にとって重要なのは、元本額と利率の公示であって、被担保債権の発生原因は登記の無効原因とされるほどの重要公示事項ではない。

② 利率の点の齟齬については、登記されている約定利率を上限として登記の対抗力が生ずると解すれば、後順位債権者等の利害関係人を害するおそれはない。

繰り返しになるが、このように、高木説では、当初の抵当権登記のままであっても、不当利得返還請求権を担保するという公示として有効であると解するのであり、これを支えるのは、抵当権登記についての上記のような実質的判断だということになる。それでもさらに、この点についても法律構成が必要だと問われるのであれば、私見としては、実体的関係と登記の齟齬があったとしても、それが登記法上要請される登記の目的・機能からさほど大

大きく逸脱することがなく、それがため、当該登記の利害関係人に不測の損害を与えないならば、登記の転用は認められる余地がある、という理論を提唱するほかないと思うのである。

最後に、当初の抵当権が不当利得返還請求権を担保すると解される場合、その弁済期が直ちに到来することについては、そのことが抵当権登記の後順位債権者等の利害関係人の利益を具体的に害する例は見出し難く、格別の問題を生じさせるものではないといえよう。<sup>25)</sup>

### 第三 むすび

以上、本論文は、その第一章でもお断りしたように、前稿を基礎としつつ、新たにフランス法の研究を加え、また、ドイツ法の紹介部分には相応のリニューアルを施し、最後に、日本法に関して、従来の議論とはやや異なる解的提案を試みたものである。本稿を書物にたどっていえば、「改訂増補・新版」とでも表現できるであろう。

ところで、フランス法およびドイツ法に関する考察を試みた結果、少なくとも、両法の判例は、本稿のテーマにつき、伝統的な「成立における附従性」を重視する立場からの転換を示している点で共通しており、興味深いものがあった。もつとも、本論文で展開した、日本法の解的提案は、主としてドイツ法の判例ないし学説を参考としている部分が多いのは事実である。この点の是非については、読者諸賢のご批判に待つほかはない。

いずれにしても、本論文は、従来あまり正面から論じられず、かつ、必ずしも定説が見られない、人的・物的担保に関する解釈問題の検討を行ったものである。もちろん、論じ足りない点があるであろうし、思い違いをしている箇所があるかもしれない。とはいえ、比較法研究をもとに、ひとまず現時点での私見(試論)を述べてみた次第である。

大方のご教示をいただければ幸いです。

(1) ペツヒャー、ライフナーの見解については、本論文における第三章第二節第三②および同箇所付した注(11)を参照されたい。

(2) ドイツの判例「独・6」は本論文第三章第二節第二②で紹介した地方裁判所判決である。判旨は、補充的契約解釈という法律論を採用し、その際に考慮すべきこととして、無効原因が、債権者・債務者のいずれの「危険領域」(Rechtsbereich)にあったか、という判断基準を述べている。同判例は、かかる判断基準を採用する理由を明示しているわけではない。しかし、私見は、この考え方(このような判断基準を仮に「危険領域説」と呼ぶことにする)は補充的契約解釈の際に用いる判断基準として、有用なものと思われ、大いに賛意を表するものである。その理由は、こうである。主たる債務者の保証人は、当初の被担保債権を過渡的に失効させる原因が債務者側にある場合には、そのことから生ずる保証責任の存続およびその内容が不当利得返還債務に転化するという危険を負担する(あるいはそのような危険を覚悟する)と解しても、必ずしも保証人を理由なく過酷な地位に置くわけではなく、むしろ、取引上のリスク分配として、合理性にかなうと思われるからである。要するに、信義則上、保証人は、契約の無効・取消原因が、主たる債務者側にある場合には、当初の保証内容とその目的がほぼ同一の新たな債務を負うこととなっても、甘んじてそれを負担する、いわば「法的運命」にある、と解して妨げないと考えられるわけである。このことは、保証人兼任が主たる債務者の委託に基づく場合を想起すると、かかる考慮が一定の妥当性をもつことが理解しやすいように思われる。例えば、主たる債務者に頼まれ、彼を信用するが故に、彼の借り受けた金銭の返還についての保証をした者が、後に、右金銭貸借の際に、主たる債務者が、詐欺をしたという事実が発覚し(例えば、返済できる見込みは全くないのに、主たる債務者が債権者に十分な返済能力を備えていると虚偽の説明をし、債権者を欺罔して、同人と融資契約を結んだような場合が考えられよう)、同契約が取消され、不当利得返還債務が生じた場合において、保証人が同債務についての保証責任をなお負うとしても、これは、信義則上、致し方ないといえるのでなからうか。保証人は、「主たる債務者を信用のおける人物であると判断した自分が愚かであった」とあきらめて、保証責任の存続を受け入れざるをえないとの評価が成り立つと思われるのである。

加えて、一点補足したい。それは、「危険領域説」と名付けた判断基準も硬直的に用いられるべきではなく、これは、あくまで一応の基準といふべきであるから、その例外も認められて然るべきである。つまり、同説によれば、債権者側に無効・取消原因がある場合は、保証人は、不当利得返還債務を負わなくてもよいこととなるが、保証人が、保証契約締結の際に、既に、債権者側に無効・取消原因があることを知っていた場合には、保証人の責任の存続を肯定する、という例外的な処理を認めるべきであろう。そして、前掲昭和四一年最高裁判決(「日・2」)は、員外貸付けを行った債権者(「農協」)の側に、無効原因があるものの、借主の保証人(「農協の代表理事」)がそのことを

当然に承知していたというケースであるから、「危険領域説」による帰結の例外として、保証人の責任存続は肯定されるべきであろう（以上の考慮は、加藤雅信『債権総論』（二〇〇五年）四七二頁が既に説くところに多くを負っている）。

(3) 同判例については、本論文第三章第二節第一を参照されたい。

(4) ここで、例えば、売買契約における買主のために保証人がついたという場合を例にとると、仮に錯誤により売買契約が無効とされた場合（ここでは、主たる債務は、買主の負う代金支払い債務であると仮定し、錯誤者は買主であるとする）、先述のように無効原因が主たる債務者側にあるから、保証人は、買主の負担すべき売買目的物の返還債務をも保証することになりそうである。ここで、売買代金債権と目的物返還債権が経済的にほぼ同価値であるとすれば、私見の解釈に従う限り、この場合にも成立における附従性は否定される、とも解される余地が出てくる。しかし、既に第三章で見たように、ドイツ法における議論の多くは、当初の被担保債権と不当利得返還請求権がともに金銭債権の場合を主な論争の対象にしており、私の掲げた上例のような別種の債権が問題となる場合、保証責任が当然に維持されるか否かについては、ドイツ法においてもわずかな議論しかなく問題解決の方向性は必ずしも明らかではない。経済的には同一性を有すると評価できるが、別種の債権が問題となっている場合をどう解すべきか、という問題は今後の課題とし、本稿では、少なくとも経済的に同一性のある二つの金銭債権が問題となっている場合には、保証責任は維持される、という見解にとどめておきたいと思う。

(5) 内田・本章第二節第一注（一）三四四頁以下。

(6) 本条の起草担当者である梅博士は次のようにいう。「主たる債務ト云ウモノハ既ニ取消サレテ消エテ居ルノニ保証人丈ケノ義務ガ保証人トシテ残ルト云ウノハドウシテモ保証ノ性質ニ反スル」と、『法典調査会民法議事速記録三（商事法務研究完全版）』（一九八四年）三九五頁参照。

(7) なお、蛇足ながら、関連する事柄を付け加えておこう。内田教授は、前掲のように（本章第三節第一（2）（4）、債務者の詐欺による取消の場合につき、債務者の保証人がなお不当利得責任を負う根拠として、民法四四九条の類推適用を提案している。しかし、上述したような同条の性格的特殊性、および同条の法文が取消原因を行為能力の制限に限定していること、さらに、本論文第二章第一節1（2）で紹介したように、同条の母法と目されるフランス民法二〇二二条二項も、主として無能力の場合に適用されていることから、内田教授の上記提案には、疑問が残るところである。

(8) これにつき、第三章第二節第一（2）を参照していただきたい。

(9) 平野説については、本章第二節第一（4）を参照されたい。

(10) 例えば、代表的な説明として、四宮和夫『能見善久『民法総則（第八版）』（二〇一〇年）二八三頁。

(11) やや繰り返しになるが、無効行為の転換を主張する見解は、先に引用した教科書に叙述されている限りでは、無効行為の転換という法

律構成を支えるところの、無効により消滅するはずの保証契約が消滅せず、不当利得返還債務を担保するものとして存続することについて、肝心の理論的説明を伴っていないといわざるを得ないように思われる。

(12) 加賀山説の内容については、本章第三節第一5を参照いただきたい。

(13) 本論文第二章第三節2において紹介したフランスのマロリー教授も、類似の見解を主張していた。

(14) ちなみに、同趣旨のことは、フランスの学者である、キャブリラック・ムリーも示唆しているところである。

(15) まず、民法(債権法)改正検討委員編『詳解債権法改正の基本方針Ⅱ契約および債権一般(2)』(2009年)四一九頁以下〔第七章保証〕には、本稿の取り上げた問題についての意識的な議論は見あたらない。また、商事法務編『民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理の補足説明』(2011年)九八頁以下〔第二二保証債務〕についても同様である。さらに、2011年4月中旬現在において、法務省のウェブサイトに公開されている、保証債務に関する法制審議会の議事項目や、『民法(債権関係)に関する中間試案の補足説明』、さらには、同中間試案においても、本稿のテーマに関する格別の議論や新たな条文等の提案は見出されない。

(16) 本節第一2で述べる私見は、前稿(4・完)の第四章2において示唆した、抵当権に関する問題の解決の方向性とは大きく異なるものである。

(17) 判例として、例えば、最判昭和五六年一月三〇日判時一〇二四号四七頁、学説としては、例えば、近時においては、高木・前掲書(本章第三節第四注(4))一一二頁、道垣内・前掲書(本章第三節第四注(10))一一四頁、加賀山・前掲書(本章第三節第二注(13))三三九頁などが挙げられる。なお、本文に示したような、抵当権設定契約およびその登記の例は、わが国において、問題なく実際に起こりうることを考え、措定したものである。というのは、当初の債務の不履行があった場合に、将来発生する可能性のある、その額が予定された損害賠償請求権を担保するための抵当権設定が実際上しばしば行われていることに照らすと(この点につきより詳しくは、小池信行ほか監修・不動産登記実務研究会編『Q&A権利に関する登記の実務VII・第四編担保権に関する登記(一)』(2011年)三七〇頁以下参照)、本文において例示したような第二順位の抵当権設定契約の締結およびその登記も、実務上十分にそれらが行われる可能性があると思われるからである。なお、同じく抵当権の場合に、補充的契約解釈による問題解決を提案するドイツの学説において、実際にこのような具体例をもとに議論が展開されているわけではないことを注記しておきたい。

(18) これら議論につき、本論文第三章第三節第二3および同節第三2(4)参照。

(19) 本章第三節第四で紹介した、不当利得返還請求権を担保するものとしての抵当権の存続を肯定する星野、高木両教授の見解ほか、高橋、松井教授の各見解もこれに該当するよう思われる。

(20) 例えば、本章第三節第四5で取り上げた清水教授の見解、また、同章同節第四7で紹介した道垣内教授らの見解がここに属すると考え



られる。

(21) 「危険領域説」については、本節第一の注(2)で若干の解説を加えている。

(22) 保証の場合における理由づけにつき、本章第四節第一(3)を参照されたい。

(23) 近江教授による問題提起である。本章第三節第四(6)を参照いただきたい。

(24) これについての高木教授の見解は、高木・前掲書(本章第三節第四注(4)一二二〜一二三頁、および、上記注(4)の記述を参照されたい。

(25) 一般に、後順位抵当権者は、先順位抵当権の被担保債権の弁済期が突然に早まることは当然に予期すべきことである(例えば、先順位抵当権者と被担保債権の債務者との間で約定されていた、期限の利益喪失の特約に基づき、債務者の信用不安事由が生じた場合など)。このような理由もあって、一九六四年の不動産登記法改正により、以降、元本の弁済期が登記事項から外された。この点につき、香川保一「不動産登記の一部改正法の解説」登記先例解説集四卷三号(一九六四年)三五頁以下(特に四一頁以下)。