

## 分別の利益・再考

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 尾島, 茂樹 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/2297/17895">http://hdl.handle.net/2297/17895</a>

## 分別の利益・再考

尾島茂樹

- 一 はじめに
- 二 分別の利益の立法理由
- 三 分別の利益の意義
- 四 分別の利益の有無
- 五 分別の利益の主張
- 六 分別の利益と求償
- 七 おわりに

### 一 はじめに

民法四五六条は「数人ノ保証人アル場合ニ於テハ其保証人カ各別ノ行為ヲ以テ債務ヲ負担シタルトキト雖モ第四百二十七条ノ規定ヲ適用ス」と規定し、民法四二七条は「数人ノ債権者又ハ債務者アル場合ニ於テ別段ノ意思表示ナキトキハ各債権者又ハ各債務者ハ平等ノ割合ヲ以テ權利ヲ有シ又ハ義務ヲ負フ」と規定する。これらにより、同一の主たる債務を保証した数人の保証人（共同保証人）は、異なる特約がない限り、債権者に対し、保証人の人数で分割された保証債務を負うに過ぎない。これを分別の利益という。

他方、同一の主たる債務の保証人が数人いる場合（共同保証）に分別の利益が認められるのはあくまで原則であり、先にみたとおりにこれと異なる特約が認められるため、現在では、当事者間の特約により、分別の利益を排

除することが圧倒的に多く、<sup>(1)</sup> 分別の利益自体が争点となることは、實際上、稀であろう。これによってか、従来、分別の利益については、あまり詳しく論じられることがなく、<sup>(2)</sup> 共同保証が論じられるとしても、おもに分別の利益がないもの、とくに数人の連帯保証人がいる場合をめぐってであり、分別の利益は、議論の前提として、あるいは付随的に触れられるにすぎなかった。<sup>(3)</sup>

しかしながら、現在において、分別の利益に関し論述されている教科書・概説書などを見ると、理解の不一致に起因する理論的問題が山積しているように思われる。そこで本稿では、いささか散発的ではあるが、分別の利益をめぐる理論的問題をいくつか取り上げ、論ずることを目的とする。

## 二 分別の利益の立法理由

### 1 問題の所在

現在まで、教科書・概説書などで分別の利益の立法理由として述べられるところは、①保証人の責任を軽減することによって保証人を保護するため、②保証人を平等・公平に扱うことによって保証人を保護するため、③共同保証における法律関係を簡明にするため、④各保証人が当然に全部の責任を負う意思があるとは断定できないため（保証人の意思の推定）、⑤各別の行為をもって保証をした場合の疑義を防ぐため、⑥民法四二七条からの必然的帰結、に大別できる。

論者は、①を述べるもの<sup>(4)</sup>、②を述べるもの<sup>(5)</sup>、③を述べるもの<sup>(6)</sup>、④を述べるもの<sup>(7)</sup>、⑤を述べるもの<sup>(8)</sup>、①と②を述べるもの<sup>(9)</sup>に大別できる。

他方、⑥については、①から④とは別に、あるいはこれらとともに述べられる。すなわち、多数当事者の債権

債務関係の原則規定として民法四二七条を総則においたのだから、共同保証の関係においても、民法四二七条の立法主義、すなわち分割主義を採用せざるを得ない、あるいは共同保証を例外とする十分な根拠がないというのである。<sup>11)</sup> また、このような強い表現をとらないまでも、民法四二七条があり、保証債務もまたひとつの債務であることは当然だから、同一の原則が適用されるとか、民法四五六条がなくとも、民法四二七条により別段の意思表示がない限り、各自平等であると説明するものがあり、体系的には、民法四二七条の分割主義の原則が共同保証に持ち込まれたものであることが説明される。<sup>14)</sup>

結局、①から④は共同保証人に分別の利益を認める実質的な理由付けだが、⑤は、分別の利益を認めることを前提とした注意規定と考え、⑥は、多数当事者の債権債務関係であることからの帰結とする点で、いずれも共同保証のあり方に関する実質的判断を含まない形式的な理由付けである。⑤は⑥を前提とするといってもよい。このように、従来、民法四五六条の立法理由として述べられているものは、質の異なる二つの側面からのものであったといえるけれども、現在の共同保証、とくに民法四五六条の説明において、このことが明確に意識されていないように思われる。

## 2 前提となる議論

分別の利益の沿革上の歴史は古く、起源をローマ法に遡る。その内容は、時期により異なり、また、法の適用範囲にも若干の違いがあるが、保証責任が保証人の弁済能力にかかわらず平等に分割されるというもの、あるいは共同保証人は、全額責任を負うが、債権者の請求に対し、その請求の時に弁済能力を有する共同保証人に分割請求をすることを債権者に請求できるというものがあつた。<sup>15)</sup> ローマ法において分別の利益が採用されるに至つた理由は、貴族および附屬者がいたというローマ法時代の特殊事情の中で保証人の責任が重すぎることを回避する

点にある。すなわち、ローマ法における分別の利益は、政治上、社会上の理由によると特徴づけられること<sup>(16)</sup>からわかるように、附屬者に対し保証をなす道徳上の義務を負う貴族は、附屬者のために信用を与え、恩を売り、附屬させることにより地位を固めていたが、保証は貴族にとつても責任が重く、貴族が、分別の利益を案出し、一方<sup>(17)</sup>で保証を政治的目的に利用する道を失うことなく、他方で責任を軽減するよう試みたと説明されるのである。そうだとすれば、そもそも、分別の利益は保証人保護立法の一環として登場したのであり、結局、先に述べた分別の利益の立法理由のうち①の理由によつたことは明確である。分別の利益の起源は、②から④の実質的理由付け、および多数当事者の債権債務関係のあり方からの形式的理由付けによつたのではないのである。

その後、ローマ法における分別の利益は、近代立法へと影響を与えた。本稿では、分別の利益を認める立法と認めない立法として、例示的に、フランス、ドイツの状況を概観しよう。

まず、フランス民法は、多数当事者の債権債務関係において分割債務の原則をとりながら（フランス民法二二〇条、およびその類推適用）、共同保証においては共同保証人の各自全額負担を原則とし（フランス民法二二五）<sup>(20)</sup>条、さらに共同保証人は、分別の利益を放棄しない限り、弁済資力を有する共同保証人間に分割されるべきことを債権者に請求できるとした（フランス民法二二六条）。この理由は二つあるとされる。一つは、共同保証人の意思の推定である。すなわち、同一の債務を担保する保証人は、互いに他の者を勘定にいれ、他の保証人の参加は自己の責任の一部を縮減させると考えて保証した、と推定されるという。もう一つは、多数当事者の債権債務関係の分割の原則からの形式的理由である。すなわち、フランス民法二二〇条からの帰結とするのである。しかし、第一の理由付けについては、分別の利益を請求権とするのは迂遠であり、当然分割とすべきであるという批判がある。ここでは、先に述べた実質的理由付けのうち④、および形式的理由付けが採用されているといえる。

他方、ドイツ後期普通法でもフランス民法と同様のことが認められていた。<sup>(21)</sup>しかし、ドイツ民法では、草案段階（第一草案六七三条、第二草案七〇九条、第三草案七五三条）から分別の利益は認められず、結局、共同保証人は、共同の行為によって引き受けた場合でなくとも、連帯債務者として責任を負うとされた（ドイツ民法七六九条）。理由書によれば、<sup>(22)</sup>当時、分別の利益を認めていたのはヴュルテンベルクの法典に過ぎず、プロイセン、オーストリア、バーデン、ザクセンの各法典、ヘッセン、バイエルン、ドレスデンの各草案において、分別の利益は認められていなかった。ドイツ民法は、この大勢に従ったものとされ、<sup>(23)</sup>立法においては、沿革的な理由が大きかったものと思われる。そして、立法段階でも議論されたのは、各保証人の保証の時点の問題、<sup>(24)</sup>保証の際の他の共同保証人の存在についての知・不知の問題であつた。<sup>(25)</sup>

ドイツ民法においても、多数当事者の債権債務関係では、分割債務が原則とされる（ドイツ民法四二〇条）。しかし、多数者が、契約により共同して可分給付を行う義務を負った場合は、連帯債務者と推定される（ドイツ民法四二七条）ことにより、この原則を変更し、さらに、共同保証の場合にはドイツ民法七六九条により共同の行為によらない場合も含めることにより、共同保証人が連帯債務者となる範囲が拡大されたことになる。ドイツ民法七六九条のドイツ民法四二七条に対する意義は、この点にあるとされている。<sup>(26)</sup>ドイツ民法七六九条の実質的目的は、債権者の保護にあり、ドイツ民法四二七条と同様である。<sup>(27)</sup>また、ドイツ民法七六九条の内容は、共同保証人が別々の行為で保証した場合にはその保証行為の内容から生じ、共同の行為で保証した場合にはドイツ民法四二七条から生じるというように説明される。<sup>(28)</sup>ここで興味深いのは、共同保証人が別々の行為で保証した場合の共同保証人の意思推定につき、先に述べたわが国で説明されている立法理由の④、およびフランスの分別の利益の立法理由の第一と比べ、逆の推論がなされていることである。

そして、おそらくはフランス民法の影響を強く受け、旧民法債権担保編二三条が作成され、<sup>(29)</sup>それと「同じモノ」<sup>(30)</sup>

として民法四五六条が起草された（法典調査会の起草時では、四五八条）。起草段階では民法四五六条は「数人ノ保証人アル場合ニ於テハ其保証人カ共同シテ債務ヲ負担セサルトキト雖モ第四百二十八条（現行民法四二七条一引用者注）ノ規定ヲ適用ス」という文言であつたので、法典調査会では、まず、「共同シテ債務ヲ負担セサルトキ」の意義が問題となつた。すなわち、そもそもこの文言が意味するところが不明確であるという質問が端緒となり、結局、多数当事者の債権債務関係の総則規定として分割主義を定めた現行民法四二七条が置かれることになつていたから、この文言は不要である、あるいはそもそもこの規定自体が不要であるという議論まで発展していったのである。<sup>31)</sup>この議論に対し、起草者の梅謙次郎は、この条文を書いた理由を次のように説明した。すなわち、これまでヨーロッパなどでも保証人は全部につき義務を負うのが普通であり、分別の利益といふのは一つの利益・特権とみている者が多い。これには色々沿革があり、今日からみれば奇妙だが、沿革上そうなつてゐる。日本では、私の知る限り、債務者が数名いる場合は共同して義務を尽くすから、各債務者が一部分尽くして済むというものではないと思う。保証人も同様だと思ふ。しかし、普通の債務についての条文が変われば、保証についても変わっていくのは当然であるといふことが一つの理由である。また、普通の債務の場合は、時が違い、行為が違い、場所が違つて共同の債務者となるのは稀だろうが、保証の場合は、共同といふのは稀で、数名の保証人は別々に頼まれて保証人となるものが多く、場所、行為、時が違ふのといふの普通であるから、そのような場合に疑いが生ずるのを防ぐといふのがもう一つの理由である、と。結局、梅の説明よれば、梅は、当初、先に述べた立法理由のうち、⑤と⑥を考へていたことになる。

それを受け、法典調査会において民法四五六条の内容についての議論がなされた。<sup>32)</sup>すなわち、たしかに民法四二七条によると、多数債務者の債務は分割され、その中に無資力者がいれば、その負担は債権者が被るが、保証人はもともと各自が全額を保証している者だといふ感覚からいへば、数人の保証人中に無資力者がいても、その

他の資力ある保証人が全額を支払うというのが、保証というものの性質からは至当ではないかというのである。これに対し、梅は、次のように答えた。<sup>34)</sup> すなわち、質問と同様の主義は、フランス、イタリア、スペインにおいて採用されている。しかし、たとえばフランスでは、このような主義は学者も否定的であり、有力な学者も立法の際に反対した。結局、立法の際、このような主義と完全分割の主義が半数半数になり、このような主義に決定されたのであるが、今日の学者は完全分割主義が正しいとしている。われわれ日本人は、普通の債務者が数人ある場合に、それが債務者間に分割されるということは奇妙だと考えるが、分割されないという慣習を民法四二七条によって改めたのである。そして保証に關してだけ従来の慣習を残しておくというのはできない。保証人の性質といっても、わかりにくいものである。たしかに保証人というものは、債権者に損をさせないものであるが、この条文は特約で排除できるのである、と。

そして、最終的に、梅は、「共同シテ」という文言が曖昧であるので、「其保証人カ各別ノ行為ヲ以テ債務ヲ負担シタルトキト雖モ」に改めるといふ提案を行い、意義なく可決された。これが現行民法典の条文の文言となっている。

これに先立ち、民法四二七条（起草時四二八条）については、法典調査会において起草者である富井政章が次のように説明していた。<sup>35)</sup> すなわち、民法四二七条により多数当事者の債権債務関係については分割主義を採用することにする。この理由は、旧民法に散在する規定が分割主義をとったことが疑いがないからである。そして、このことは総則として規定するのであって、保証人相互間その他にも直接適用があるつもりである、と。

この条文に関する議論は、債権者・債務者双方が複数である場合の処理という至極形式的な問題について始められたが、その後、分割主義が実際不便であるという理由から、これを採用すること自体の当否の議論に発展した。<sup>37)</sup> これにつき、富井は次のように答えている。すなわち、このような主義は決して新規なことではなく、諸国

で採用されているのである。このように規定しているのは、ドイツ民法草案だけであるが、旧民法も、分割主義を採用したのは疑いない、と。そして、結局、当初の提案のとおり多数当事者の債権債務関係については、分割主義が採用されることになったのである。

以上の議論は、次のようにまとめることが可能であろう。一方で、そもそも、富井が多数当事者の債権債務関係の原則として分割主義を採用するにあたり、旧民法で個々の規定に定められていた規定を統合するということが念頭にあった。そして、その前提には、それらの個々の規定が分割主義を採用しているということがあった。その中に、共同保証に関する規定もあった。さらには、分割主義を採用するという理由は、旧民法をはじめとする諸国の法政度で採用されているということであり、実質的妥当性は、すくなくとも、議論の中では出てこなかった。

他方、梅は、共同保証に関し分割主義を採用すること、すなわち共同保証人に分別の利益を認めることには、従来のが国の慣習からみて一抹の疑義を抱きながらも、多数当事者の債権債務関係の総則として分割主義を採用した以上、共同保証についても分割主義にならざるを得ないという形式の問題、およびフランスにおいて分別の利益が認められているが、そのあり方が不十分であるという実質の問題をあげ、共同保証に分別の利益を認めることとした。しかし梅のその後の著作から、力点は、前者の形式の問題にあったことが窺える。<sup>(38)</sup><sup>(39)</sup>

### 3 若干の検討

先の議論からわかるとおり、そもそも分別の利益は政治的、社会的意義を有する保証人の保護という理由から発生し、この段階では多数当事者の債権債務関係の分割主義とは無関係であった。その後、近代立法では、多数当事者の債権債務関係につきローマ法以来の伝統として分割主義が採用されるに至ったが（フランス民法一二二〇条、ドイツ民法四二〇条）、あくまで原則であり、必要に応じてかなり大きな修正を受けており、共同保証に

ついでに、この原則自体が放棄されたに等しい（フランス民法二〇二五条、ドイツ民法四二七条、七六九条）。これからみると、多数当事者の債権債務関係の原則と共同保証の分別の利益のあり方が、必ずしも同じである必要はないといえるのではないか。この意味では、法典調査会などで起草者たる梅が強調していることには、疑問符を附さざるを得ない。

また、梅の主張したもう一つの理由にしても、フランスでの立法主義に対する批判は、フランス民法において、多数当事者の債権債務関係につき分割主義が規定され、共同保証につき全額義務が規定され、さらに共同保証人に分別の利益の請求権が規定されるという立法のあり方が迂遠であり、このような規定の仕方をするくらいなら、ストレートに共同保証に分割主義を導入すべきであるという批判なのであって、共同保証の分別の利益のあり方の実質を議論するものではないといえるのではないだろうか。そうだとすれば、いったん多数当事者の債権債務関係の原則と共同保証のあり方を切り離してしまえば、これは理由でなくなってしまうだろう。

さらに、わが国で主張される②（保証人の平等）は、従来まったく議論されず、④（保証人の意思推定）は、ドイツとフランスでまったく逆の推論がなされていることからわかるとおり、薄弱な理由付けである。

結局は、①（保証人の保護）と③（法律関係の簡明さ）を実質的根拠として共同保証に分別の利益が認められるべきか否かが問題として残る。①を考える際には、当然、「債権者の保護」も考えなければならないのであって、そもそものローマ法の特殊事情、およびフランス民法が、容易周到に、分別の利益の請求の結果、資力ある保証人に責任を分担させるとしている点も見のがしてはならない。先の梅の理由付けからは、これが完全に抜け落ちてしまっている。

また、③を考える際には、そもそも、この視角が立法の際の議論から抜け落ちてしまっていることを指摘しなければならぬ。立法者は、共同保証関係に法的簡明さを付与しようとして分別の利益を認めたのではないので

ある。逆に、債権者・債務者双方が複数の場合の複雑さについて議論しているくらいである。さらには、たしかに可分債務における分割主義を保証債務に適用すれば、たしかに法律関係が簡明になるが、これは、実質的には、保証債務のあり方の検討を経た上で考慮するか否かを決定すべきなのであつて、単独では理由とならないだろう。結局、現在、分別の利益を認めるための確たる立法理由を見いだすことができないのである。そして、わが国では古くから民法四五六条の立法主義に反対する主張がかなり強い。<sup>(4)</sup> その結果、この条文を前提として、「連帯特約の認定や利益放棄の認定を活用し、またいわゆる『共同』の意味を明確化ないし限定する、といった解釈論的修正」<sup>(4)</sup>によって、分別の利益が認められる場合を制限しようという主張につながっているのである。

#### 4 まとめ

従来、わが国で分別の利益の立法理由として説明されていることには、実は、分別の利益の実質的理由と、わが国の民法典において民法四五六条を規定しなければならなかつた形式的理由が混在していた。まず、これらを明確に区別しなければならぬ。その上で、歴史的経緯を踏まえ、実質的理由として述べられていることは、現在のわが国には妥当しない可能性が大きく、形式的理由にも必然性がないことが指摘できた。分別の利益、および民法四五六条の立法理由を述べる際には、以上のことに注意する必要があるのである。

### 三 分別の利益の意義

#### 1 問題の所在

共同保証人に分別の利益が認められることは、民法四二七条の適用の結果である。民法四二七条が多数当事者

の債権債務関係につき分割主義を定めたことは、疑いのないところであり、分割主義は債権者と各共同保証人との間で問題とされる。しかしながら、一部に、対内的関係の問題（共同保証人間の問題）と対外的関係の問題（債権者と各共同保証人間の問題）を混乱しているの見受けられるものが存在する。すなわち、第一に、「対外関係における分別の利益」<sup>(43)</sup>「対内関係における分別の利益」という用語を用いて論ずるものがある。第二に、分別の利益は、各保証人の負担部分に関するものであって、各保証人の債務が分割されるか否かの問題には関しないとするものがある。第三に、分別の利益とは、債務額が負担部分に応じて各保証人に分配されることをいうとする<sup>(44)</sup>記述も見られる。第四に、平等の割合をもって分割された債務を、すなわち「負担部分」と説明するものがある。<sup>(45)</sup>また、分割された債務を「負担部分」という用語を用いて説明するものが、いくつか見られる。ここでは、これらの問題について、確認したい。

## 2 前提となる議論

従来議論では、分別の利益はもっぱら債権者と各保証人との対外的関係の問題であるとしている。<sup>(46)</sup>すなわち、従来の議論では、分別の利益が認められる場合、各保証人が平等の割合、すなわち主たる債務を共同保証人の人数によって分割した額をもって債権者に対し分割債務を負うことについては、ほとんど異論はない。<sup>(47)</sup>もちろん、「平等の割合をもって」という部分は強行規定ではないから特約をもって異なる定めをすることができ<sup>(48)</sup>る。

そして、最高裁は、傍論ではあるが、分別の利益につき、次のように述べる。すなわち、「分別の利益は、数人の共同保証人がある場合に、保証人の債権者に対する関係における問題であって、保証人と債務者、ないしは保証人相互間の内部関係については、なんらかかかわりのない問題である」。<sup>(49)</sup>

これを受け、近時、学説においても、共同保証人の求償権に関する記述の中で、次のような指摘がなされてい

る。すなわち、「共同保証人に分別の利益がある場合には、負担部分を超えて弁済した保証人は、委託を受けない保証人の求償権に関する規定に従って、その超える額についてだけ求償することができる（民法四六五条による四六二条の準用）。負担部分を超える「額」（「割合」ではない）を弁済したことが他の共同保証人に対する求償の要件となっている。頭数で主債務額を割った額を超えない額を一部弁済した場合には求償ができない（連帯債務者間の求償の場合と異なる）。また、分別の利益を超えて債権者に弁済したことは、求償権の発生要件たるにとどまり、分別の利益が直ちに弁済後の求償割合や内容を決定するわけではない。つまり、分別の利益は、保証人の債権者に対する関係であって、保証人と債務者、保証人相互間の内部関係においては、求償権の有無および範囲は、内部の実質的な法律関係（実質上の主債務者はだれか、債権者との関係で保証人とされている者が内部関係においても保証人として把握されていたのか、負担部分について特約があるか等）をも考慮して定められる（最判昭和四六年三月一六日民集二五卷二号一七三頁）<sup>52</sup>」というのである。

### 3 若干の検討

歴史的にはともかく、現在、分別の利益が債権者と各共同保証人の間の関係に関するものであることに異論があるとは思われない。そして、分別の利益により、保証債務は共同保証人の頭数により平等に分割される点についても同様である。もちろん、これと異なる特約は有効であるが、内容が債権者と共同保証人間の法律関係を定めるものであるから、この特約は、債権者と各保証人との間の特約で、かつ債権者と各共同保証人の間の債務について定めるものでなければならない。

他方、各共同保証人間で、あるいは主たる債務者も加えて、主たる債務を最終的にいかに負担するかを特約することも可能である。しかし、これは、あくまで特約をした者の間での内部的な負担の定めであって、債権者と

の関係では問題とならないはずである。たとえば、無資力共同保証人の負担割合を一〇割とすると、残りの共同保証人に對し債権者が請求できないという結論は不当であり、認めることができない。先に引用した近時の見解は、このことを明確にしたといえようが、「負担部分」を主債務額を保証人の頭数で割った額と等しいとすることを前提とする点で、いまだ不十分であるように思われる。<sup>(54)</sup>

以上の議論によれば、分別の利益は、対外的関係の問題、すなわち債権者と各共同保証人間の問題であり、負担部分は、対内的関係の問題、すなわち主たる債務者も加え共同保証人間で債務を最終的にいかに負担するかの問題である。そして、「負担部分」という用語は、共同保証人の求償権の要件を定めた民法四六五条に用いられており、対内的関係に関する用語といえる。先に引用された最高裁判決を前提とすれば、対外的関係と無関係に「負担部分」を定めることが可能である。

#### 4 まとめ

このことから、私は以下のことを提唱したい。分別の利益の効果が債権者と各共同保証人間で分割債務となることであることを確認したうえ、混乱を避けるため、<sup>(56)</sup>債権者と各共同保証人との関係では「負担部分」という用語を用いない。このかわりに、たとえば「分担された債務」あるいは「分担債務」という用語を用いるのが分かりやすく、これで足りる。「負担部分」という用語は、主たる債務者に加え共同保証人間の最終的な債務の負担割合のみを指すものとして用い、それは最終的には、一定の金額となって表すことができる（民法四六五条にいう「負担部分ヲ超ユル額」はこれによって定められる）。そして「分担債務」は債権者と共同保証人間に特約なければ共同保証人間で平等であり、「負担部分」は、共同保証人間に特約なければ共同保証人間で平等であるから、それらは、一致することもあるが、特約があれば一致しないのは当然である。

これにより、現在、一部で混乱している求償の問題（本稿六参照）を明確にすることができるものと考えられる。

## 四 分別の利益の有無

### 1 問題の所在

古くから現在まで、分別の利益が認められるか、認められないかを説明するにあたり、民法四六五条の分類を用いるものがある。すなわち、民法四六五条は、共同保証人間の求償権を定めた規定であり、分別の利益が認められない場合の規定が一項、分別の利益が認められる場合の規定が二項と分類したうえ、この定義を前提に、一項に掲げられるもの（プラス連帯保証）が分別の利益が認められないものであるという説明をするのである。<sup>(58)</sup>しかし、これには、以下に述べるように問題があるように思われる。

また、「連帯保証人でない多数の保証人の間で各自全額を弁済する特約がある場合」<sup>(60)</sup>の意味内容につき問題となり得る。通常、これを「保証連帯」とし、民法四六五条の「各保証人全額ヲ弁済スヘキ特約アル」場合のこととするのだか、<sup>(61)</sup>ここでも、「分別の利益を受けないのは、その旨の特約（全額弁済の特約）のある場合だ」<sup>(62)</sup>ということを前提として議論している。以下にみるように、実は、「保証連帯」という用語が、論者により多義的に使用されていることが、問題を複雑にしているのである。<sup>(63)</sup>

### 2 前提となる議論

先にも述べたとおり（三）分別の利益の意義、民法四六五条は共同保証人間の求償権を定めた規定であり、その内容は、共同保証人間の利益の調整である。他方、分別の利益を認めるか否かは、債権者と共同保証人の間

の問題であり、適用の場面が異なる。このことに、現在、まったく異論がないだろう。そして、従来、堅実に、次のように述べられていた。すなわち、「共同保証人は、原則として、分別の利益を有する」が、<sup>(64)</sup>「共同保証人は、例外として、分別の利益をもたない場合がある。民法は、明言していないが、(傍点、引用者)、左の場合はこれに属する。／(イ)主たる債務が不可分であるとき・・・／(ロ)保証人間に連帯関係があるとき(保証連帯)・・・／(ハ)共同保証人の各自が主たる債務者と連帯する(連帯保証)とき」。<sup>(65)</sup>すなわち、共同保証人が分別の利益を有しない場合を民法は明言していないとしたうえ、具体例として、不可分債務、保証連帯、連帯保証をあげているのである。

たしかに、民法四六五条一項に掲げられる場合、すなわち、主たる債務が不可分債務である場合、各保証人が金額を弁済すべき特約がある場合を、分別の利益が認められない具体例として、あくまで例示的に示すのならば理解できるが、分別の利益が認められない場合を民法四六五条一項から演繹的に導こうという記述も見られるのである。<sup>(66)</sup>

そして、分別の利益が認められない場合を民法四六五条一項との関連で導く見解はもとより、そうでない見解も、この条文にあげられていない、保証人が主たる債務の連帯保証をした場合に分別の利益を認めないという結論を導くのに苦勞している。すなわち、現在の通説は、共同保証人が主たる債務者の連帯保証人である場合、結論として分別の利益を認めず、これに異論はまったくない。その理由とするところは、連帯保証では、催告・検索の抗弁権がないだけでなく、金額を弁済するという趣旨を含むからであるということになるが、<sup>(68)</sup>「民法の形式的な解釈としては、多少疑問の余地がないでもない」。<sup>(69)</sup>すなわち、「分別の利益を受けないのは、その旨の特約(全額弁済の特約)のある場合だということを明らかにして、もう一度第四五六条を見ると、そこには連帯保証人は除く、とは書いてない。そこで条文から極めて形式的に解釈すると、連帯保証なるものは、単に「待てし

し」(「催告・検索の抗弁権がないことを指す—引用者注)がきかないだけであって(四五四条の明文)、全部弁済という性質をもたない。多数の連帯保証人の場合にも、連帯保証人の頭数に応じて弁済すべき額は割れる(四五六条が適用される)。頭数に応じて割れない、すなわち、各保証人全額弁済の責任を負うためには、さらに保証人間の連帯の特約(四五六条を排斥する特約)をしなければならぬ、ということになりそうである<sup>(70)</sup>。ということである。しかし、最後には、判例が連帯保証人に分別の利益を認めないことを示し、「それで社会の一般的通念に適している、と思ふ<sup>(71)</sup>」とし、理論的な根拠付けを放棄したような形になっている<sup>(72)</sup>。そのほか、連帯保証については、各保証人が全額弁済の義務があるのだから、分別の利益がないのは当然であるとか、連帯保証はその特質上当然に分別の利益を有しないと<sup>(73)</sup>か、当事者間の「特約」の効果でなく、連帯保証の本質から生ずる当然の結果であるとか、スイスの考え方を引用し、連帯保証では「論理上」同時に保証連帯も成立しているといわれる<sup>(74)</sup>。他方、判例は、<sup>(75)</sup>連帯保証人が債務全額の履行の義務を負っているので、連帯保証の特約により分別の利益の放棄したこととなり、連帯保証人が分別の利益を有しないのは連帯保証の本質上当然である<sup>(76)</sup>と説明している。

### 3 若干の検討

まず、そもそも分別の利益の有無を民法四六五条の分類から演繹的に導く説明は、妥当性を欠くのだろう。繰り返し述べるように、民法四六五条は、共同保証人間の対内的関係を定めた規定であるに過ぎず、対外的関係である分別の利益の有無とは論理的つながりはない<sup>(79)</sup>。分別の利益の有無は、民法四六五条とは切り離して考えられるべきである。

それでは、何を基準として分別の利益の有無を定めるべきか。先にみたとおり、わが国の民法は、民法四五六条により共同保証人が分別の利益を有するのを原則とする。したがって、例外に該当する場合に分別の利益が認

められないことになる。例外は主たる債務の性質が債権者保証人間の特約によって生ずる。明確な例外の一つは、主たる債務が不可分債務である場合であり、この場合には債務の性質上、分別の利益が認められないということである。問題ない。

分別の利益の原則を覆す特約は、共同保証人が債権者との間で分別の利益を放棄する特約を結んでいるか否かによると簡潔にまとめることができる。換言すれば、共同保証人が債権者との間で何らかの特約を結んでいる場合、その特約が分別の利益を放棄する趣旨であれば、共同保証人は分別の利益を失い、そうでなければ、分別の利益を享受する。そして、分別の利益の放棄は、黙示の意思表示によってもなされる。すなわち、保証人の締結した特約が分別の利益の放棄の趣旨を含むものであれば、明示的に分別の利益の放棄がなされなくとも、分別の利益は放棄される。いいかえれば、特約の中に分別の利益を享受することと矛盾するような趣旨のものが含まれていれば、保証人が分別の利益を享受することを認識していたか否か、締結した特約が分別の利益の放棄の内容を含むことを認識していたか否か、にかかわらず、分別の利益は放棄されたとされるべきである。したがって、分別の利益の放棄は、保証人の主観によらず、特約の内容から客観的に定めることができる。そして、客観的というのは、当該特約の性質上、債権者と共同保証人との間にいかなる債権債務関係が設定されるのかという観点から検討されるということであり、より具体的には共同保証人が債権者との間で債権者に対し全額支払の義務を負うという特約を結んでいれば、これに該当するといえる。

このように考えれば、分別の利益の有無という問題については、従来のような個別的説明によらず、包括的にまとめることができ、具体的には、債権者・保証人間の特約が分別の利益の放棄という内容を含むか否かを検討すればたりることとなる。

ここで、少し検討を要する問題となるので、先に述べておかなければならないのは、「連帯」ということ

味である。「連帯保証」の効果は、民法典に直接定められるものは、民法四五四条により催告・検索の両抗弁権が失われ、また民法四五八条により民法四三二条から四四〇条（連帯債務者の一人について生じた事由の効力の規定）を適用するということである。これによれば、たしかに、債権者との関係での「全額支払」は導かれない。しかし、民法四五八条からはもれてしまったが、民法四三二条の趣旨は当然に連帯保証にいかされるとすべきではないだろうか。立法の際の議論でも、連帯保証人は保証人という資格と連帯債務者という資格と二つ備えることになる<sup>(80)</sup>と説明されている。そして、民法四三二条は、同時・順時に総債務者に対し全部・一部の履行請求を認める。この「全部請求」ということは、「連帯保証」においても当然に内容として含まれると考えられるのである<sup>(81)</sup>。結局、連帯保証の場合、分別の利益は、連帯の特約の中に全部支払の趣旨が含まれることにより、黙示の意思表示によって放棄される。これは、連帯保証の場合に、催告・検索の抗弁権が認められないことを、黙示の放棄によって説明するのと同様である<sup>(82)</sup>。

これに対し、「連帯」の特約と「全額弁済」の特約が別物であることを前提とする記述がある。すなわち、民法四六五条一項の説明として、「共同保証人が連帯保証人であるときには、その上に各共同保証人の全額弁済の特約がなくとも、なおこの条項が適用される<sup>(83)</sup>」というのである。しかし、連帯保証において民法四三二条が明文で準用されなかったのは、先に述べたとおり、「全額弁済」が当然のことだからではなからうか。そもそも一人による連帯保証では全額弁済は問題とならず、当然に全額弁済の義務が生ずる。この点にまったく異論がない。全額か否かが問題となるのは、保証人が数人いるからにはかならない。この場合にも、一人による連帯保証の場合に当然に前提とされた「全額弁済」が該当する、すなわち「連帯」の特約の中に「全額弁済」の特約が含まれるとして問題ないのである。

そこで、第一に、共同保証人が共同して保証契約を締結し、債権者との関係で共同保証人間の連帯の特約をし

た場合は、共同保証人は、全額支払の特約により分別の利益を失う。第二に、共同保証人が主たる債務者と連帯して保証債務を負担した場合は、全額支払の特約により分別の利益を失う。第三に、共同保証人が、主たる債務者と連帯することはないが（催告・検索の抗弁権を失わない）、全額支払の特約を債権者との間で締結した場合は、全額支払の特約により分別の利益を失う。第四に、共同保証人間に連帯の特約があるが、債権者との関係では何らの特約がない場合は、債権者と共同保証人間に各自全額支払の特約があるが、債権者との関係では何らの特約がない場合は、債権者と共同保証人間に分別の利益を排除する特約がないので、分別の利益は失われない。第五に、共同保証人間に各自全額支払の特約があるが、債権者との関係では何らの特約がない場合は、債権者と共同保証人間に各自全額支払の特約があるが、債権者との関係では何らの特約がない場合は、分別の利益は失われない。

#### 4 まとめ

従来は、分別の利益の有無の問題につき、対外的関係と対内的関係を混乱しながら論じられてきたように思われる。このことは、民法四五六条が対外的関係に関する条文であり、民法四六五条が対内的関係に関する条文であるにもかかわらず、それを明確に意識することなく論じてきた結果であろう。分別の利益の有無は、対外的関係の問題に他ならず、民法四六五条は無関係であり、主たる債務の性質、あるいは共同保証人が債権者に対し分別の利益を放棄する趣旨の特約を締結したか否かによって決定すれば足りるのである。

## 五 分別の利益の主張

### 1 問題の所在

裁判上、分別の利益が認められるために、いかなる主張が必要となるかが、ここでの問題である。先にみたよ

うに、歴史的、比較法的には分別の利益が抗弁として認められるという法制があることとの関係で、従来は、問題とされてきたと考えられるが、<sup>(84)</sup>ここでも、以下のように混乱がみられる。

## 2 前提となる議論

この問題に言及する文献は多くはない。たとえば、「保証債務ノ分割ハ法律ノ規定ニ依リ保証債務ノ性質上当然生スルモノニシテ抗弁権ニ非サルカ故ニ、裁判所ハ保証人ニ於テ其抗弁ヲ提出スルト否トヲ問ハス職権ヲ以テ之ヲ調査スヘク」という記述がみられる。<sup>(85)</sup>これによれば、民事訴訟手続において分別の利益については「職権調査主義」採用したのだとも読めなくはない。職権調査事項の判断資料については、一般に職権探知主義が行われる。「職権探知」という用語の通常の意味は、裁判過程において「当事者の態度いかんにかかわらず裁判所が判決の基礎資料を積極的に収集すること」<sup>(86)</sup>とか、「民事訴訟法上、裁判所が当事者の弁論に拘束されることなく職権で事実の探知および証拠調べをなす主義」<sup>(87)</sup>と説明される。これをそのまま前提とすると、債権者が保証人の責任を追究する裁判では、裁判所が、他の保証人の有無、分別の利益の放棄の趣旨を含む特約の有無に関連する事実を積極的に調査し、保証人の分別の利益の有無を判断するということになってしまう。

他方、「債権者若シ全額ヲ保証人中ノ一名ニ請求スルトキハ裁判官ハ職権ヲ以テ其訴ヲ分タシム」と、<sup>(88)</sup>表現上、訴えられている保証人が共同保証人中の一人であることを明確に前提としたうえで、記述を行うものがみられる。

また、古い大審院判決において、分別の利益を認めた判決の中に、他の共同保証人の存在については分別の利益を主張する保証人が抗弁しなければならぬことを前提とする判決があり、<sup>(89)</sup>下級審判決例でも「分別ノ利益ハ数人ノ保証人アルニ至リタル時<sup>(90)</sup>ハ当事者ノ主張又ハ援用ヲ待タス当然ニ之ヲ生スルモノニシテ」とするものがある。

そして、現時、弁論主義との関係を述べるものがわずかにあり、分別の利益が認められるためには、保証人は

自己のほかに保証人があることを主張・立証しなければならぬとされている。<sup>(91)</sup>

### 3 若干の検討

おそらく、先に述べた職権調査的記述に基づく仮定は、現代の通常民事訴訟では受け入れられないだろう。もちろん、その記述するところも明確でない。そもそも、他の共同保証人の存在については、分別の利益を主張する保証人に主張・立証責任があり、これに成功すると分別の利益自体の主張がなくても裁判所は債権を分割しなければならぬという趣旨にも読めるからである。しかし、これだとすると、すくなくとも他の共同保証人の存在については、保証人が抗弁しなければならぬということになり、厳密な意味では法律上当然に債権が分割されるのではない。

結局、現時点では、解釈上、重要な争いとはなっていないが、分別の利益の主張については、以下のことを確認しなければならない。まず、分別の利益を主張する保証人は、同一の主たる債務につき自己の他に共同保証人が存在することを主張・立証しなければならない。このことを裁判所が職権で調査することはない。しかし、証拠上、保証人が数人あることが確定され、かつ訴えられている保証人が分別の利益を失っていないければ、かりに当該保証人が分別の利益自体を主張しなくとも裁判所は保証債務を分割すべきである。分別の利益の主張という、この限りにおいて、保証人は主張責任を負わず、事実に基づいて裁判所が「職権で」保証債務を分割することになる。結局、他の共同保証人の存在、特約の存在は事実問題だが、分別の利益の有無は法律問題ということになる。

なお、分別の利益に関する最も重要な問題とされるものとして、共同保証人間で具体的な分担債権額がいかに決定されるべきか、という問題が指摘されている。この指摘は、以上の議論において、法律上、当然に分別の利

益が認められるという見解を前提とし、分別の時期、分別された額を定めるのが重要だとするのである。<sup>(93)</sup>

たしかに、分別の利益が認められる共同保証人が減少する場合は、通常、債権者がその共同保証人（分割された保証債務を負担する）を免除したと考えられるので、法律関係は比較的明確であるけれども、共同保証人が増加する場合には、この問題は重要である。しかし、以上に述べたことを前提とすれば、分別の利益を有する保証人が債権者から保証債務を請求された場合に、裁判外でも、裁判上でも同一の主たる債務につき他に保証人が存在することを主張（・立証）して分別の利益が認められることにならざるを得ないから、債権者の請求の時点で有効な共同保証人が何人存在するかによって決せざるを得ない。この限りにおいて、この問題は明確に結論づけることができるのである。

#### 4 まとめ

現在の解釈上、また実務上も争いとなるとは思われないが、一部に誤解を招きかねない記述があるので、以上のように確認した。また、従来、難問として設定されてきた分別の時期、分別の額の問題も、以上のことを前提とすれば、明確に位置づけることができる。

## 六 分別の利益と求償

### 1 問題の所在

共同保証人間の求償は、民法四六五条により定められる。<sup>(95)</sup>以下にみるとおり、通説は、共同保証人に分別の利益がない場合とある場合に区別し、それぞれに民法四六五条一項二項を対応させ、非常に明快にこの問題を論じ

ているが、分別の利益の有無が債権者と共同保証人との対外的関係を扱うのに対し、求償権が共同保証人との対内的関係を扱う点で、つながりに必然性がない。<sup>96</sup>このように通説には、根本的問題があるように思われる。

## 2 前提となる議論

通説は、民法四六五条一項が、分別の利益のない場合の共同保証人間の求償権を定めたものであり、同条二項が、分別の利益のある場合の共同保証人間の求償権を定めたものであるとする。<sup>97</sup>その説明は、以下のとおりである。<sup>98</sup>すなわち、民法四六五条一項は、不可分債務と保証連帯を規定する。「然し、この条項は、共同保証人が、債権者に対する関係で全額を弁済すべき義務を負うために、いかえれば、分別の利益をもたないために、共同保証人の内部関係における負担部分以上を弁済した場合に関する」。他方、民法四六五条二項の「前項ノ場合ニ非シテ互ニ連帯セサル保証人」とは、要するに、分別の利益を有する場合の意味である。「共同保証人が分別の利益を有するときは、その分割負担額以上は、債権者に対する関係でも、これを弁済すべき義務はない。然し、共同保証人の一人がこの分割負担額を越える額を弁済するときは、主たる債務はそれだけ消滅し、従つてまた、他の共同保証人の分割負担額も縮減する（全額の弁済でないときは負担部分に応じて縮減すると解すべきである）。だから、あたかも委託のない保証人が弁済した場合の主たる債務者との関係に類似する（直接には事務管理となるわけだが）」。

これに対する異論は、私の調べ得た限り、わずかに一つだった。<sup>99</sup>すなわち、第一に、民法四六五条が共同保証人間の対内的関係を扱うのに対し、分別の利益の有無は債権者に対する対外的関係の問題であること、第二に、一項に属する者に分別の利益を有する保証人が含まれていることをあげている。すなわち、一項に属する者のうち、共同保証人相互間で、各自全額を弁済すべきことを特約した場合は、<sup>100</sup>分別の利益を有する共同保証人である

とする。

実は、「保証連帯」という用語の意味が学者によっていろいろに理解されていて不明確である。<sup>(10)</sup> すなわち、多くの学者は、民法四六五条一項にいう「各保証人カ全額ヲ弁済スヘキ特約アル」場合を保証連帯と考えているが、<sup>(11)</sup> その旨の合意を、すなわち「連帯の特約」としたうえで、その合意が (a) 債権者と各保証人、および各保証人間でなされる場合、(b) 債権者と各保証人との間でのみなされる場合、(c) 各保証人間でのみなされる場合、に区別できるとする。<sup>(12)</sup> (a) は真正保証連帯、(b) (c) は不真正保証連帯と呼ばれる。

分別の利益がある場合、自己の分割負担額を超えて債権者に弁済した共同保証人が他の共同保証人に求償できるのは、事務管理または不当利得の關係を生ずるからとか、贈与の意思がなければ不当利得となるとか説明するものもあるが、ほとんどのものは、事務管理となることを示し、<sup>(13)</sup> 求償を認める。さらには、民法四六五条がなくとも一般的理論によって同一の結果に帰すると明言するものもある。<sup>(14)</sup> この際、誰に対する事務管理になるかという点については、<sup>(15)</sup> 明言しないものも多いが、「他人の債務の支払」という観点で「他の保証人との関係で」ということになる。

ところで、民法四六五条一項にいう「各保証人カ全額ヲ弁済スヘキ特約アル」場合、各保証人が誰と当該特約を締結するのか、が明確でない。たとえば、保証人間の特約であるとか、<sup>(16)</sup> 各保証人と債権者間の特約であるとか、<sup>(17)</sup> 説明される。起草者の見解もいま述べた二様に読めないこともない。<sup>(18)</sup> すなわち、「各保証人」とした理由として、次のように述べている。「各保証人カ全額ヲ弁済スヘキ特約アル」コトヲ予想セリ是レ他ナシ保証人ノ一人カ全額ヲ弁済スヘキ特約アルモ若シ他ノ者ニシテ一部分ニ付テノミ義務アルモノトセハ他ノ保証人ヨリ之ヲ觀レハ其特約ヲ為シタル保証人ハ任意ニ之ヲ為シタルモノニシテ從テ其全額ノ弁済ヲ為シタルモ畢竟任意ニ之ヲ為シタルニ同シ」と。

### 3 若干の検討

そもそも民法四六五条の「各保証人カ全額ヲ弁済スヘキ特約」は、連帯の特約と同じものだろうか。条文の文言をそのまま読めば、「全額弁済」であって「連帯」ではない。たしかに、さきに検討したところによれば、「連帯」には「全額の弁済」の趣旨が含まれているが、同じものではない。すなわち、連帯の特約があれば全額弁済の特約があると考えてよいが、全額弁済の特約があるからといって、連帯の特約があるとは考えてはならないのではないか。「連帯」の特約と「全額弁済」の特約は別物であって、それぞれの特約を別に検討する必要がある。

また、民法四六五条の「各保証人カ全額ヲ弁済スヘキ特約」は、保証人と誰の間の特約であるべきか。繰り返し述べているように、民法四六五条は共同保証人間の求償を規定した条文であり、さらには、通説は、分別の利益のある場合、「負担部分ヲ超ユル額」の弁済は他の共同保証人との関係で事務管理になるという。そうだとすれば、求償権を取得する共同保証人は、他の共同保証人との関係によりその求償権の態様が異なることにならざるを得ないのでないか。そうだとすると、共同保証人間の求償権と分別の利益の有無は、直接には結びつかないと思わざるを得ない。求償権との関係では、共同保証人が他の共同保証人との関係で債権者に対しいかなる義務を負うのかが問題なのである。

さらには、民法四六五条の「自己ノ負担部分」とは何か。ここでは、問題が明確になる分別の利益のある場合を例にとり、説明しよう。先に述べたとおり、分別の利益を有する共同保証人は、主たる債務の額を共同保証人（連帯保証人を含む）<sup>(ii)</sup>の人数で分割した額の保証債務を負う。いわゆる平等分割である。他方、保証においては、ほとんどの場合、最終的に債務を負担するのは主たる債務者であり、保証人は一応の責任と考えているだろう。また、保証人が数人いても、各保証人が主たる債務を内部的にどれだけ負担するかを特約することは稀に違いない。しかし、先にみた判例にあるとおり、主たる債務の最終的な負担割合は、主たる債務者を含めた保証人間で

定めることができ、これらの者の間の求償権は、これを前提とすることになる。そうだとすれば、民法四六五條にいう「自己ノ負担部分」というのは、主たる債務者を含めた保証人間で定める最終的な債務の負担割合であるということにならざるを得ないのでないか。

そこで、まず第一に、数人の保証人が債権者に対し互いに連帯して保証債務を負担とした場合（共同して保証をする場合に想定することができる）、保証債務についてみれば、他の共同保証人との関係において、これは連帯債務に他ならない。もちろん、主たる債務を前提とする保証債務ではあるが、これはまさしく保証人間において連帯債務である。したがって、この場合、共同保証人間の求償なのではなくて、連帯債務者間の求償なのであり、適用されるべき条文は、民法四六五條一項ではなく、民法四四二條から四四五條そのものである。<sup>16)</sup>

次に、主たる債務が不可分であるか、共同保証人間の特約で全額の支払義務を負う場合、共同保証人は、他の共同保証人との関係において自己の負担部分を超えて弁済する義務を負う。この場合、民法四六五條一項が適用される。これは、分別の利益の有無とは無関係である。

最後に、共同保証人が、他の共同保証人との関係において、自己の負担部分を超えて弁済する義務を負っていない場合（たとえば、主たる債務者と連帯する保証も、この場合に該当する）、民法四六五條二項が適用される。これは、分別の利益の有無とは無関係である。

以上のような構成は、民法四六五條一項二項に分けられて規定された趣旨、およびそこで用いられている文言に極めて合致するといわざるを得ないのである。

#### 4 まとめ

重要なことは、分別の利益が債権者と共同保証人との間の問題であるのに対し、求償が共同保証人間の問題で

あることである。たしかに、条文の規定の仕方に明確性を欠く点は否定できないが、通説は、このことを軽視し、安易にこれらを結び付けたといわざるを得ない。求償権は、共同保証人間の問題として、分別の利益の有無とは切り離して考えられるべきであり、特約は、誰と誰との間の特約であるかを明確にしなければならない。

## 七 おわりに

以上、散発的ではあるが、分別の利益をめぐる問題点をいくつか検討した。ここで、本稿の要点をまとめておこう。

第一に、従来、分別の利益の立法理由として述べられているところは、その一面を表しているに過ぎず、中には、理由として極めて薄弱なものもある。分別の利益の立法理由は、その歴史的経緯も含めて、意識的に、いかなる場面での立法理由かを明らかにすべきである。

第二に、分別の利益は、債権者と共同保証人間（対外的関係）で問題となるものであって、共同保証人（場合によっては、主たる債務者も含む）間（対内的関係）の負担部分とは、直接は無関係である。

第三に、分別の利益の有無は、主たる債務の性質、あるいは債権者と共同保証人間の特約によって決せられるべきであり、そのような特約としては、全額支払の（趣旨を含む）特約が該当する。

第四に、分別の利益は、保証人が同じ主たる債務につき他に保証人が存在することを立証することにより当然に生じ、分別の利益の主張自体は必要ない。

第五に、共同保証人（場合によっては、主たる債務者も含む）間の求償の問題は、共同保証人（場合によっては、主たる債務者も含む）間の対内的問題であり、分別の利益とは直接は無関係である。求償権の根拠条文は、

表：共同保証と分別の利益に関するまとめ

主たる債務の種類	特約の種類	特約の当事者	特約と分別の利益の関係	対外的関係		対内的関係		備考
				分別の利益の有無	催告・検査の抗弁権の有無	負担部分（特約がなければ保証人間で平等）	保証人間の求償の根拠条文	
可分債務	連帯保証（主たる債務者と連帯して）	債権者－保証人	分別の利益の放棄	なし	なし	主たる債務を加保証の期間による	民法465条2項	共同連帯保証
	全額弁済	債権者－保証人	分別の利益の放棄	なし	あり	〃	民法465条2項	
	連帯（保証人が互いに連帯して）	債権者－保証人	分別の利益の放棄	なし	あり	〃	民法465条2項	不真正保証連帯（奥田説）
	連帯（保証人が互いに連帯して）	債権者－（保証人－保証人）	分別の利益の放棄	なし	あり	〃	民法442条以下	真正保証連帯
	連帯（保証人が互いに連帯して）	保証人－保証人	無関係（保証人内部における対内的関係の定めにかぎらない）	あり（平等分割）	あり	〃	民法442条以下	不真正保証連帯（西村説） 実際にはほとんど考えられない
	全額弁済	保証人－保証人	無関係（保証人内部における対内的関係の定めにかぎらない）	あり（平等分割）	あり	〃	民法465条1項	
	なし			あり（平等分割）	あり	〃	民法465条2項	換義の共同保証
不可分債務			なし	あり	〃	民法465条1項		

保証人が債権者との関係で連帯している場合には、民法四四二条から四四四条が直接適用され、主たる債務が不可分であるか各保証人間で全額支払の（趣旨を含む）特約を締結している場合には、民法四六五条一項が適用され、その他の場合には、民法四六五条二項が適用される。

以上のように、分別の利益については、対外的関係、対内的関係を明確に区別することにより、従来の議論で不明確であった問題を簡潔に説明することが可能となる。この点が、本稿の最大の意義と考える。以上の議論を、議論の余地がなく当然の前提としてことも含め、表にまとめておく。

注

- (1) 星野英一『民法概論Ⅲ(債権総論)』(昭和五三年・良書普及会)一九三頁、平野裕之『債権総論(第二版補正版)』(平成八年・信山社)四一八頁、内田貴『民法Ⅲ』(平成八年・東京大学出版会)三二九頁、岡村玄治『債権法総論(第五版)』(昭和九年・巖松堂書店)二一四頁は、民法四五六条の適用される場合として、保証人死亡時の遺産相続人の保証債務を掲げる。
- (2) 解説などを除き、分別の利益を主たる課題として論じたものは、おそらく中島玉吉「分別ノ利益ヲ論ス」京法六卷五号七五頁以下(明治四四年)が唯一か。信用保証を主題としながら、分別の利益につき比較法も交えかなり深く検討するものとして、星野英一「中小漁業信用保証の法律的性格」同『民法論集二卷』(昭和四五年・有斐閣)一八一頁以下、とくに、二〇一頁以下。
- (3) 辻博明「共同保証と免除効果(一)」法雑三二卷一號一九〇頁以下(昭和五九年)、およびこの文献の二九三頁注(三)に掲げられる文献(おもに、最判昭和四三年一月一日民集二二卷二二號二六四九頁を契機とする)参照。
- (4) 柚木馨「判例債権法総論下(再版)』(昭和三三年・有斐閣)九七頁、松坂佐一「民法提要債権総論(第四版)』(昭和五七年・有斐閣)一八六頁、奥田昌道『債権総論(下)』(昭和六二年・筑摩書房)四二二頁(同『債権総論(増補版)』(平成四年・悠々社)四二二頁(以下、悠々社版は省略する))。
- (5) 金山正信『債権総論』(昭和三九年・ミネルヴァ書房)一五五頁、高島平藏『債権総論』(昭和六二年・成文堂)二〇八頁。
- (6) 勝本正晃『債権総論中卷之一(再版)』(昭和一九年・巖松堂)五二七頁、同『債権法概論(一〇版)』(昭和三一年・有斐閣)三〇八頁。
- (7) 三瀧信三『民法第四百五十六條ノ趣旨』法協三六卷六号九三九頁(大正七年)、横田秀雄『債権総論(訂正一〇版)』(大正二年・清水書店)六四六頁、同『債権法総論(六版)』(昭和五年・巖松堂)二六七頁。
- (8) 岡松参太郎『民法理由債権編(九版)』(明治三二年・有斐閣書房)一九五頁、仁井田益太郎「保証債務(承前)」新報二四卷一〇号五一頁(大正三年)。
- (9) 中川善之助『債権総論』(昭和三二年・青林書院)一八九頁、西村信雄編『注釈民法一一卷債権二』(昭和四〇年・有斐閣)二六〇頁(中川淳執筆)、前田達明「口述債権総論(第三版)』(平成五年・成文堂)三七六頁。
- (10) 梅謙次郎『民法要義卷之參』(明治四四年・私立法政大学ほか)一六八頁。これを受けて、平井宜雄『債権総論(第二版)』(平成六年・弘文堂)三三三頁。
- (11) 星野・前掲注(1)一九三頁。

- (12) 磯谷幸次郎『債權法論(総論)』(改訂四版)。(大正一四年・巖松堂) 五一―八頁。
- (13) 三浦・前掲注(7) 九三九頁。同旨、横田(六版)・前掲注(7) 二六七頁、同(一〇版)・前掲注(7) 六四四頁。
- (14) 西村綱・前掲注(9) 六頁以下(西村執筆)。
- (15) 分別の利益に関するローマ法の状況に関しては、中島・前掲注(2) 七六頁以下、辻・前掲注(3) 二九〇頁以下、同「ローマ法における共同保証と免除効果」法維三二卷三三六頁以下(昭和六〇年) 参照。さらに、末松謙澄「ガイウス羅馬法解説(訂正増補)」(大正六年・有斐閣書房) 三三五頁、原田慶吉「ローマ法」(昭和二四年・有斐閣) 四二頁、船田亨二「ローマ法三卷(改版)」(昭和四五年・岩波書店) 六四五頁以下、六五四頁以下、六五七頁、六六三頁、柴田光蔵「ローマ私法概説」(昭和五四年・創文社) 四四五頁、塙浩「フリッツ・シュルツ」古典期ローマ私法要説「塙浩著作集八」(平成四年・信山社) 六五二頁。ただし、一口にローマ法といっても、本文に述べたように時期によりかなり変遷がみられる。本稿はローマ法を直接の検討対象とはしていないので、記述は本文の程度にとどめる。詳しくは、本注に掲げた文献参照。なお、以下、ローマ法に関する記述は、これらの文献によった。
- (16) 中島・前掲注(2) 七六、八一頁。
- (17) 中島・前掲注(2) 八〇頁。
- (18) 星野・前掲注(2) 二〇一頁以下は、フランス、ドイツ、スイスを取り上げる。
- (19) 以下、フランス民法の記述は、神戸大学外国法研究会編「仏蘭西民法田財産取得編(二) 復刻版」(昭和三二年・有斐閣) 一六五頁以下、同編「仏蘭西民法V 財産取得編(四) 復刻版」(昭和三二年・有斐閣) 一三三頁以下によった。
- (20) この原則は、フランス普通法の原則に反している。
- (21) B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9. Aufl. § 479 (1906). 辻博明「ドイツ法における共同保証と免除効果(一)」法維三二卷二号三三六頁以下(昭和六〇年) 参照。
- (22) Motive II, 666 f.
- (23) なかでも、大きな影響を与えたと考えられるプロイセンの状況に関しては、辻・前掲注(21) 二四七頁以下。
- (24) Protokolle II, 467 f.
- (25) Motive II, 666 f.
- (26) Lippmann, *Das Bürgerliche Gesetzbuch über Einheits- und Mehrheitschuld in Bürgerschaft und Gesamtschuld*, AcP 111, 186, 165 (1913); Kanka, *Die Mitbürgerschaft*, JherJb 87, 123, 138 f. (1938); Ermann, 8. Aufl. (1989) § 769 Rdnr. 1 (Selter);

- Munchener, 3. Aufl. (1997) § 769 Rdnr. 4 (Habersack) ; Staudingers, 13. Aufl. (1997) § 769 Rdnr. 4 (Horn).
- (27) Münchener, aO. [Fn. 26] § 769 Rdnr. 1.
- (28) I. Eneccerus—H. Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse* (1958) § 192 Anm. 11.
- (29) 旧民法二三条一項は次のように規定する。一人ノ債務者ノ為メ数人ノ保証人アルトキハ債務ハ均一ニテ当然其間ニ分タル但不均一ニテ分別スルコトヲ定メ又ハ其保証人方或ハ債務者ト共ニ或ハ各自ノ間ニ連帯シテ義務ヲ負担シ若クハ其他ノ方法ニテ分別ヲ放棄シタルトキハ此限ニ在ラス。
- (30) 『法典調査会民法議事速記録三』(昭和五九年・商事法務研究会) 四五五頁の梅謙次郎発言。
- (31) 『法典調査会民法議事速記録三』前掲注(30) 四五五頁以下。
- (32) 以下の記述は、『法典調査会民法議事速記録三』前掲注(30) 四五六頁以下による。
- (33) 『法典調査会民法議事速記録三』前掲注(30) 四五七頁以下。
- (34) 『法典調査会民法議事速記録三』前掲注(30) 四五八頁以下。
- (35) 『法典調査会民法議事速記録三』前掲注(30) 一五〇頁以下。
- (36) 保証に関する規定もあげている。
- (37) 債権者・債務者双方が複数である場合、処理が複雑であるという議論である。
- (38) 民法四五六条という規定をおく理由は、共同保証の場合に、とくに別々の行為によって保証がなされた場合に疑義を生じさせないためということになる。
- (39) 梅・前掲注(10) 一六八頁。
- (40) 我妻栄『新訂債権総論』(昭和三十九年・岩波書店) 三三七頁。
- (41) 中島・前掲注(2) 八二頁、仁井田益太郎『保証債務』新報二四卷九号五一頁(大正三年)、石坂音四郎『日本民法債権総論(中)合本』(大正五年・有斐閣書房) 一〇七一頁以下、磯谷・前掲注(12) 五一九頁以下、近藤英吉『柚木馨』注釈日本民法債権編総則(中)『(昭和二〇年・巖松堂) 二四六頁、岡村・前掲注(1) 二二四頁、柚木・前掲注(4) 七頁、我妻・前掲注(40) 五〇四頁、鈴木祿弥『債権法講義(二訂版)』(平成四年・創文社) 四五三頁。反対、西村編・前掲注(9) 七頁(西村執筆)。
- (42) 西村編・前掲注(9) 一九〇頁(椿寿夫執筆)。
- (43) 嘩道文芸『共同保証ノ場合ニ於ケル保証人間ノ求償關係』京法一三卷五号六二六頁以下(大正七年)(同『民法研究』(大正

一〇年・弘文堂書房)二四五頁以下所収) (以下、『民法研究』の頁で引用する)。本文の用語は、二四九頁以下。

(44) 岩田新『債權法新論(第一版)』(昭和一八年・有斐閣)一五一頁。この考え方は、そもそも民法四二七条が分割主義を定めたのではなく、各債務者の負担部分を定めたものであるという考え方(同・一一四頁)を前提としている。

(45) 水本浩『債權総論』(平成元年・有斐閣)二二七頁、椿寿夫ほか『口述債權総論』(昭和五二年・有斐閣)三五〇頁(水本浩執筆)。

(46) 北川晋太郎『債權総論(民法講要Ⅲ)(第二版)』(平成八年・有斐閣)二二三頁、遠藤浩ほか『民法(4)(第四版増補版)』(平成一年・有斐閣)一九九頁(山崎賢一執筆)。

(47) たとえば、梅・前掲注(10)一六七頁、我妻栄Ⅱ有泉亭『法律学体系債權法』(昭和二六年・日本評論社)一三三頁、柚木馨『保証人の求債権をめぐる諸問題(中)』金法二六二号六六頁(昭和三六年)、奥田・前掲注(4)四一四頁、野村豊弘ほか『民法Ⅲ債權総論(第二版)』(平成七年・有斐閣)一六三頁(池田真朗執筆)、林良平ほか『債權総論(第三版)』(平成八年・青林書院)四五九頁(高木多喜男執筆)など。

(48) たとえば、勝本・前掲注(6)『中巻之一』五二九頁。

(49) 平等に債務が分割されることを明示するものとして、川名兼四郎『債權総論』(明治三七年・金刺芳流堂)二七〇頁、石坂・前掲注(41)一〇七六頁、嘉山幹一『債權総論(合本改版)』(大正一五年・敬文堂書店)三五二頁、梶康郎『民法釈義債權編(再版)』(昭和二年・松陽堂)一五〇頁、吾孫子勝『債權法総論(再版)』(昭和三年・巖松堂)一八四頁、中島弘道『民法債權法論(第五版)』(昭和七年・清水書店)五四八頁以下、近藤Ⅱ柚木・前掲注(41)二四九頁、磯谷・前掲注(12)五一八頁、三浦・前掲注(7)九三九頁、仁井田・前掲注(8)五一頁、金山・前掲注(5)一五五頁、吾妻光俊『債權法』(昭和二年・弘文堂)六六頁、中川・前掲注(9)一八七頁、津曲藏之丞『債權総論(上)』(昭和三四年・青林書院)二五二頁、柚木・前掲注(4)九六頁以下、石本雅男『債權法総論』(昭和三六年・法律文化社)三〇三頁、我妻・前掲注(40)五〇四頁、於保不二雄『債權総論(新版)』(昭和四七年・有斐閣)二八五頁、森泉章ほか『民法講義4債權総論』(昭和五二年・有斐閣)二二七頁(石外克喜執筆)、星野・前掲注(1)一九二頁、松坂・前掲注(4)八六頁、乾昭三ほか『新民法講義4金融取引法』(昭和五九年・有斐閣)一五四頁(中井美雄執筆)、奥田・前掲注(4)四二二頁、高島・前掲注(5)二〇八頁、前田・前掲注(9)三三六頁、澤井裕『テキストブック債權総論(補訂版・増補)』(平成元年・有斐閣)一一〇頁、近江幸治『民法講義Ⅳ(債權法総論)(部分補訂)』(平成六年・成文堂)二五三頁、潮見佳男『債權総論』(平成六年・信山社)三一四頁、平井・前掲注(10)三三二頁、池田真朗『スタートライン債權法』(平成七年・日本評論社)二四四頁、野村ほか・前掲

- 注(47)一六二頁、林ほか・前掲注(47)四五八頁(高木執筆)、内田・前掲注(1)三二八頁、船越隆司「債権総論」(平成一年・尚学社)三五四頁。したがって、「債権額を各人に分割した額についてのみ履行の責に任ずべきもの」(田島順「債権法(第四版)」(昭和一八年・弘文堂書房)一八〇頁以下。同様の記述として、本田純一ほか「債権総論」(平成九年・弘文堂)一六三頁(本田純一執筆)という説明は、債務と責任の区別という観点からは不十分というべきであろう。判例も、分別も利益がある場合、平等分割となるとする(大判明治三〇年一月四日民録三輯一〇巻六頁、大判大正七年二月五日民録二四輯一三六頁)。
- (50) 石田文次郎「債権総論講義(第八版)」(昭和一五年・弘文堂書房)一七五頁以下。「原則として」という留保を付けて「平等」というのはこの意味である。同旨、勝本・前掲注(6)「中巻之一」五二六頁、同・前掲注(6)「概論」三〇八頁、小池隆一「債権法総論(訂正第三刷)」(昭和三四年・泉文堂)二三三頁、西村編・前掲注(9)二六〇頁、二六一頁(中川執筆)、鈴木・前掲注(41)四五三頁。
- (51) 最判昭和四六年三月一六日民集二五卷二号一七三頁。
- (52) 潮見・前掲注(49)三一五頁。
- (53) 潮見・前掲注(49)三一五頁。
- (54) さらに、引用判例は、「連帯保証」を問題とする判例であり、分別の利益に関する点は傍論である点にも注意を要する。
- (55) 最判昭和四六年三月一六日民集二五卷二号一七三頁。
- (56) 西村編・前掲注(9)二八七頁(西村執筆)参照。
- (57) 同前も、区別のためこれを用いる。
- (58) この考え方は、古くから現在まで、ほとんど異論のない通説といってよいであろう。石坂・前掲注(41)一一三七頁以下、勝本・前掲注(6)「中巻之一」五三六頁、同・前掲注(6)「概論」三〇八頁、鳩山秀雄「日本債権法総論(改版)」(大正一四年・岩波書店)三三四頁、岩田新「増訂債権法概論」(昭和六年・同文館)一九六頁、田島・前掲注(49)一八一頁、石田・前掲注(50)一七六頁、吾妻・前掲注(49)六六頁、我妻有泉・前掲注(47)一三二頁以下、小池・前掲注(50)二二三頁、我妻・前掲注(40)五〇五頁以下、中川・前掲注(9)一八七頁以下、一九〇頁、金山・前掲注(5)一五六頁、津曲・前掲注(49)二五三頁、柚木・前掲注(4)九九頁、於保・前掲注(49)二八五頁以下、東季彦「債権法総論」(昭和六年・有斐閣)一三九頁、水本・前掲注(45)三五二頁、星野・前掲注(1)一九四頁、森泉ほか・前掲注(49)二二八頁以下(右外執筆)、松坂・前掲注(4)一八六頁、奥田・前掲注(4)四一四頁、高島・前掲注(5)二〇九頁、森田三男「債権法総

論」(昭和五三年・学陽書房)二二八頁、前田・前掲注(9)三七八頁、澤井・前掲注(49)一一〇頁、安達三季生「債権総論講義(新訂第三版)」(平成七年・信山社出版)一八一頁、近江・前掲注(49)二五四頁、潮見・前掲注(49)三一五頁、池田・前掲注(49)二四五頁、平野・前掲注(1)四二〇頁、林ほか・前掲注(47)四五九頁(高木執筆)、平井・前掲注(10)三三三頁、野村ほか・前掲注(47)一六三頁(池田執筆)、北川・前掲注(46)二二三頁、内田・前掲注(1)三二九頁、本田ほか・前掲注(49)一六四頁(本田執筆)、我妻栄Ⅱ有泉亭(清水誠補訂)『コンメンタール債権総則(新版)』(平成九年・日本評論社)二二六頁、船越・前掲注(49)三五八頁、遠藤ほか・前掲注(46)一九九頁(山崎執筆)。反対、西村綱・前掲注(9)二八七頁以下(西村執筆)。

- (59) 津曲・前掲注(49)二五三頁以下、金山・前掲注(5)一五五頁、於保・前掲注(49)二八五頁、星野・前掲注(1)一九三頁、椿ほか・前掲注(45)三五一頁(水本執筆)、森田・前掲注(58)二八一頁、奥田・前掲注(4)四一三頁、澤井・前掲注(49)一一〇頁、北川・前掲注(46)二二三頁、前田・前掲注(9)三七七頁、赤松秀岳「口述講義債権総論」(平成六年・信山社出版)一九四頁、潮見・前掲注(49)三一四頁以下、安達・前掲注(58)一七八頁以下、鈴木・前掲注(41)四五三頁、林ほか・前掲注(47)四五八頁(高木執筆)、船越・前掲注(49)三五五頁。

- (60) 我妻栄「新版民法案内Ⅳ」(昭和四年・一粒社)一六四頁、我妻栄(水本浩補訂)『民法案内Ⅴ—(債権法総論・中)(全訂第一版)』(昭和五七年・一粒社)一九八頁。

(61) 同前。

(62) 同前。

(63) 西村綱・前掲注(9)二八八頁(西村執筆)。

(64) 我妻・前掲注(40)五〇四頁。

(65) 同前・五〇四頁以下。

(66) たとえば、椿ほか・前掲注(45)三五二頁(水本執筆)には、この傾向が如実に読み取れる。そのほか、程度の差はあるが、注(58)に掲げた文献には、このような傾向があるのではないか。

(67) 我妻・前掲注(40)五〇五頁など枚挙にいとまがない。

(68) 我妻・前掲注(60)一六三頁、我妻(水本補訂)・前掲注(60)一九七頁。

(69) 我妻・前掲注(60)一六三頁、我妻(水本補訂)・前掲注(60)一九七頁。

(70) 我妻・前掲注(60)一六四頁、我妻(水本補訂)・前掲注(60)一九八頁。

- (71) 我妻・前掲注(60)一六五頁、我妻(水本補訂)・前掲注(60)一九九頁。
- (72) 星野・前掲注(1)一九三頁は、連帯保証人に分別の利益を認めないことに關し、「あまり明かではないが、既に慣習となつてゐることであり、これによいであらう」とする。
- (73) 我妻・前掲注(40)五〇五頁、船越・前掲注(49)七三〇頁。
- (74) 西村編・前掲注(9)二六一頁(中川執筆)。
- (75) 西村編・前掲注(9)二八九頁(西村執筆)。
- (76) 西村編・前掲注(9)一九〇頁(椿執筆)。
- (77) 大判明治三九年二月二〇日民録二二輯一六七六頁、大判大正六年四月二八日民録二三輯八二二頁など。
- (78) とくに、大判大正六年四月二八日民録二三輯八二二頁。
- (79) 西村編・前掲注(9)二八七頁(西村執筆)。
- (80) 『法典調査会民法議事速記録三』前掲注(30)四四〇頁。
- (81) これを明示するものとして、船越・前掲注(49)七三〇頁。
- (82) たとえば、『法典調査会民法議事速記録三』前掲注(30)四四〇頁。
- (83) 我妻・前掲注(40)五〇六頁。
- (84) 中島・前掲注(2)九三頁以下。
- (85) 磯谷・前掲注(12)五一九頁。同旨?、近藤||柚木・前掲注(41)二五〇頁。
- (86) 竹内昭夫ほか編集代表『新法律学辞典(第三版)』(平成元年・有斐閣)七六二頁。
- (87) 杉村敏正ほか編集代表『新法学辞典』(平成三年・日本評論社)五七二頁。
- (88) 岡松・前掲注(8)一九五頁。同旨、勝本・前掲注(6)『中卷之一』五三三頁、田島・前掲注(49)一八二頁。
- (89) 大判大正七年二月五日民録二四輯三卷一三六頁。
- (90) 東京区判大正一五年七月一六日評論一六卷民法四〇三頁、とくに、四〇五頁。
- (91) 鈴木・前掲注(41)四五三頁。
- (92) 中島・前掲注(2)一〇〇頁。
- (93) 石坂・前掲注(41)一〇七六頁、近藤||柚木・前掲注(41)二五〇頁以下参照。
- (94) 中島・前掲注(2)一〇〇頁、石坂・前掲注(41)一〇七七頁、安達・前掲注(58)一八二頁。

- (95) 歴史的には、分別の利益がある場合に、自己の負担部分を超えて支払った共同保証人に求償権を認めるかは問題である(中島・前掲注(2)二七五頁参照)。わが国の民法が分別の利益のある共同保証人に他の共同保証人に対し一定の求償権を認めたことは、条文中、異論がない。「主たる債務者の資力が十分でないときに、出捐をした保証人だけが損失を負担しなければならなくなつては、共同保証人間の公平に反すると考えたためである」(我妻・前掲注(40)五〇五頁)。なお、分別の利益を有する共同保証人が錯誤により過払いした場合、不当利得により取り戻すことができることとされる(岡松・前掲注(8)一九六頁)ので、共同保証人に求償権が生ずるのは、自分の分担債務額を超えて債務を弁済するという認識を有している場合となる。
- (96) 西村編・前掲注(9)二八七頁(西村執筆)。  
注(58)に掲げた文献参照。
- (97) たとえば、我妻・前掲注(40)五〇六頁以下。以下の記述は、これによる。
- (98) 西村編・前掲注(9)二八七頁(西村執筆)。  
同前・二八八頁(西村執筆)。
- (99) 西村・前掲注(9)二八八頁(西村執筆)。
- (100) 西村・前掲注(9)二八八頁(西村執筆)。
- (101) たとえば、我妻・前掲注(40)五〇六頁、奥田・前掲注(4)四一一頁。
- (102) 奥田・前掲注(4)四一一頁以下。ただし、本文に述べた(c)は、実際上あるのか疑わしいとする。
- (103) 奥田・前掲注(4)四一二頁は、(b)のみを不真正保証連帯とするニュアンスであり、逆に西村編・前掲注(9)二八八頁は、(b)に言及せず、(c)を不真正保証連帯とする。
- (104) 沼森雄「綜合日本民法論一」(昭和七年・巖松堂)五五八頁、同「綜合日本民法論別巻第四(第三版)」(昭和一八年・巖松堂)三八七頁、横田(六版)・前掲注(7)三〇〇頁、同(一〇版)・前掲注(7)七四〇頁は不当利得とし、横田(六版)・前掲注(7)三〇二頁、同(一〇版)・前掲注(7)七四三頁は事務管理とする。
- (105) 川名・前掲注(49)二七〇頁。
- (106) 岡松・前掲注(8)二二八頁、石坂・前掲注(41)一一三八頁、石田・前掲注(50)一七六頁、勝本・前掲注(6)「中巻之」五三六頁、磯谷・前掲注(12)五六二頁、曄道・前掲注(43)二五三頁、横田(六版)・前掲注(7)三〇二頁、同(一〇版)・前掲注(7)七四三頁、金山・前掲注(5)一五六頁、近藤||袖木・前掲注(41)二八八頁、中川・前掲注(9)一八八頁、袖木・前掲注(4)九九頁、我妻・前掲注(40)五〇七頁、於保・前掲注(49)二八六頁、松坂・前掲注(4)一八六頁、奥田・前掲注(4)四一四頁、前田・前掲注(9)三七八頁、鈴木・前掲注(41)四五四頁、近江・前掲注(49)二五

- 四頁。事務管理または準事務管理とするものとして、田島・前掲注(49)一八一頁。
- (108) 於保・前掲注(49)二八六頁。
- (109) 岡松・前掲注(8)二二八頁、石坂・前掲注(41)一一三八頁、磯谷・前掲注(12)五六一頁、勝本・前掲注(6)『中巻之一』五三六頁、近藤Ⅱ柚木・前掲注(41)二八八頁、岡村・前掲注(1)二三一頁、金山・前掲注(5)一五六頁、柚木・前掲注(4)九九頁、松坂・前掲注(4)一八六頁、平野・前掲注(1)四二〇頁。
- (110) たとえば、我妻・前掲注(60)一六四頁、我妻Ⅱ水本・前掲注(60)一九八頁。
- (111) たとえば、我妻・前掲注(40)五〇五頁以下、我妻Ⅱ有泉(清水)・前掲注(58)二三七頁。
- (112) 梅・前掲注(10)二〇一頁以下。
- (113) 我妻・前掲注(60)一六七頁、我妻Ⅱ水本・前掲注(60)二〇二頁の具体例は、これに反するが、誤解のように思われる。
- (114) 最判昭和四六年三月一六日民集二五卷一七三頁。注(52)も参照。
- (115) 梅・前掲注(10)二〇一頁。

(平成一二年二月)