

# 保証の「補充性」補論

——ドイツ保証法における Subsidiarität について——

遠藤 研一郎

- 1 はじめに（問題の所在）
- 2 B G B 七七一一条一文に基づく先訴の抗弁
- 3 B G B 七七〇条二項に基づく相殺の抗弁
- 4 B G B 七七一一条二文に基づく消滅時効の停止
- 5 おわりにかえて

## 1 はじめに（問題の所在）

筆者は本小稿に先立ち、新井誠教授の古稀をお祝いする別稿にて、保証の「補充性」に関する序論的考察を試みた<sup>(1)</sup>が、本小稿はこれと関連し、ドイツ民法（以下、B G B）を素材とした比較法的考察をさらに上乘せするものである。そのような意味で、本小稿の射程は決して広くないが、今後も本領域の研究を継続することを予定している筆者に

とつて、その土台を形成するものとして個人的意義は小さくない。

本小稿と関連する領域における筆者の問題意識は、次のようなところにある。そもそも、保証の補充性という性質は、当然のこととして説明される傾向にあるが、同概念は果たしてどこまで自明なものなのだろうか。体系書等を見ると、補充性の具体的内容として、催告の抗弁（民法四五二条）および検索の抗弁（民法四五三条）が挙げられ、また、連帯保証において、その抗弁がないこと（民法四五四条）が挙げられている。では、学説・立法史の中で、補充性がどこまで本質的な内容であつたのか、また、補充性の内容としてどのようなものが含まれるのか、さらには、当事者が補充性を放棄するという意味はどこにあるのだろうか。この点、必ずしも十分な議論がなされてきたとは言えないようにも感じられる。たとえば、一般的には補充性がないとされている連帯保証・連帯債務・物上保証には、補充性が全くないのだろうか（ないと位置づけるのは、当然なのだろうか）。また、主債務者が有する反対債権につき保証人が相殺の抗弁（履行拒絶）を主張することができる（民法四五七条三項）のは、補充性とどのような関係があるのだろうか。補充性が認められないとされる連帯債務でも、相殺の抗弁の主張ができること（民法四三九条二項）をどのように説明すればよいだろうか。さらに、債権者の主債務者に対する時効の完成猶予および更新の効力が、保証人にも及ぶという規定（民法四五七条一項）を補充性の表れと位置づける見解（二〇一七年改正法以前の論稿<sup>(2)</sup>）があるが、それは妥当だろうか。そうだとすれば、補充性がない（とされる）物上保証や連帯保証においては、その効力は生じないのであるか。疑問は尽きない。

本小稿は、このような疑問を少しでも解き明かすための手がかりを得るために、比較法的考察を加えるものである。従来、ドイツの保証法における補充性（Subsidiarität）については、既に日本においてもそれを概説するものが見

受けられるが、本小稿では、それを参照しつつ、半歩でも深化することを目指したい。なお、やや先走るが、ドイツにおいては、「補充性」としての論じられる領域は、① BGB 七七一条一文における先訴の抗弁 (Einrede der Vorausklage) だけではない。② BGB 七七〇条二項による相殺の抗弁や、③ 債務法現代化法 (二〇〇二年施行) を通じて、先訴の抗弁の条文に続き新たに明記された BGB 七七一条二文による保証債務の消滅時効の停止規定をも補充性の中で論じられる傾向にある。<sup>(4)</sup> そこで以下では、これらを関連させつつ、その立法史も含めて検討を行い、補充性という概念の本質を模索することとしたい。

## 2 BGB 七七一条一文に基づく先訴の抗弁

### (1) ローマ法と補充性

まず、先訴の抗弁を概観する。現行 BGB 七七一条一文によれば、債権者が主債務者に対する強制執行が目的を達成することができなくなるまでは、保証人が債権者の満足を得させることを拒むことができる旨を規定している。延期的な抗弁であり、一般的に、保証の補充性から導かれるものとされている。<sup>(5)</sup> では、このような規定は、どのような歴史を辿ったのであろうか。その基盤は、ローマ法に求めることができると思われる。<sup>(6)(7)</sup>

そもそも、古代ローマ法においては、債権者は、主債務者・保証人のいずれに対しても訴えることは可能であり、ただし、いずれかに対して訴えはなされたもののその成果が上がらない (全部または一部について履行を受け得ない) 場合、同一の訴訟物について再度の訴訟をなし得ぬ原則の適用を受け、両者のうち訴えられなかった方に対する後発

的な訴えが制限されていた。そこで、しばしば、債権者は保証人に対して請求する傾向にあった。確かに、主債務者に返済能力がある場合には、保証人への請求の前に、訴訟以外の方法で、主債務者に請求することが慣行となっていたようであり、それに反する場合には主債務者は、侵害訴訟を提起することができた。しかし反対に言えば、主債務者に支払能力がないということが訴訟外で既に確定している場合には、債権者は保証人に対して責任追及をすることが可能であった。

他方、前述の訴訟リスクを避けるために、債権者のための迂回路が存在していた。まず、債権者が保証人に対し、主債務者を訴えるように委託をし、それに従って保証人が主債務者を訴え、もしその訴えによっても債権者が債権の満足を得られない場合には、債権者は保証人に対して委任反対訴権を行使して、なお弁済を受けることができるという方法が存在した。また、それとは別に、債権者が、回収することができなかった額についてのみ保証人に対して支払うことを約束させるという形態を用いることもなされた。このような形態の場合には、主債務と保証債務の内容が異なるため、債権者は、主債務者から債権の満足を得られない場合には、保証人に対してその満足を受けられるように訴えることが可能であった。しかし、前者に対しては、委任関係が容易に消滅する不便が、後者に対しては、主債務と保証債務が併存しないという点で債権者に不便をもたらした。

これに対し、ユスティニアヌス帝法では、保証の「補充性」がより鮮明なものとなった。まず、前述のような、主債務者と保証人のいずれかを訴えれば、後発的な訴えは認められないという考え方ではなく、保証人は原則的に、債権者が満足を得ることを通じてはじめて、責任から解放されるという考えが示された。<sup>(8)</sup>そしてそのうえで、保証人は、*beneficium excussionis*（今日における先訴の抗弁）が与えられることとなった。五三五年の新勅法 (*Novellae*) 四・

一は、次のように言う。「人あり消費貸借の貸主となりて保証人、委任者、若しくは保証人を受けたる場合に於ては、彼は直ちに先づ委任者若しくは保証人に対して請求すべからず、債務者を無視して債務加入者を煩はすべからず、否彼は金銭を受領して債務を約したる者（主たる債務者）に対して先づ請求すべし。而して若し債権者が債務者より〔正に得べきところを〕受くるに於ては、債務者以外の者に対しては請求をなすべからず、蓋し〔消費貸借物を〕受領せる者（債務者）により満足を受けたる債権者は、其の他の者に対して果して何物を有するを得べけんや。然るに若し債務者より一部若しくは全部の返還を受くるを得ざりし場合に於ては、此の者より受くるを得ざりし限りに於て、保証人若しくは委任者に請求し、以て其の者より残れる部分を取得すべし。……」<sup>(9)</sup>これは、先述のように、主債務者を先に訴えることによつて保証人に対する訴権を失う危険がなくなつた債権者に対して、保証人は抗弁によつて、まず主債務者に対して請求することを求めても差し支えない状態になつたために認められたものである。

そしてこれが、普通法に継受されることとなる。前述の新勅法四・一は、いかなる保証類型にも適用され、裁判所において先訴の抗弁は考慮にいれなければならないものであると理解された。ただし、同時に、先訴の抗弁は（全ては法律上の恩典に対する一般的な放棄で足りるのか、それとも、先訴の抗弁を放棄するといふ明確なものを要するのかという対立はあつたものの、いずれにせよ）保証人がこれを放棄し得る利益であると捉えられた。<sup>(10)</sup>

## (2) ドイツにおけるローマ法の継受

ところで、ローマを継受する前のドイツでは、保証の補充性は、一般的な法命題となつていなかったようである。<sup>(11)</sup>中世末期のドイツ古法における保証の理解は、ユスティニアヌス帝法の源泉である *fiduciusio* とは明らかに区別され

たものとなっていた。保証人保護とは反対に、主債務者の保護として、「保証人の優先的な責任」という思想すら存在していた。<sup>(12)</sup>そしてこのことは、その当時の、債務と責任を厳密に区別するという考え方と相俟って、「保証人は（優先的な）責任を負い、債務者は（劣後的ではあるが）債務を負う」という、極めて形式的な枠組みが導き出される向きもあり、明確な見解への到達を見せていなかった。すなわち、ドイツ中世末期の歴史に関し、主債務者と保証人のどちらに請求するかに関する選択権を債権者が有していたことを前提としつつ、「風紀に基づいて、財産のある債務者に対して先に働きかけられていた」ことを根拠として、保証人の補充的な責任へと移行していったと評価する見解も<sup>(13)</sup>ある一方で、反対に、前述と同様にどちらに請求するかに関する選択権が債権者に存在したことを前提としつつ、「財産のある保証人に対して先に請求する」ことが風紀であったと評価する見解もある<sup>(14)</sup>ことが示すとおり、ドイツ古法において、保証人の責任が優先的なものか劣後的なものかという統一した原理は、存在しなかったものと推測することができる。

これに対し、ローマ法の継受を通じて、補充性が保証の一般的な原則であるという統一的理解がもたらされることになり、遅くとも一八世紀には浸透することとなった。<sup>(15)</sup>ただし同時に、補充性は、その放棄の可能性から、実務上は大きな役割を果たさず、極めて限定的のみ認められていたことも指摘し得る。前述のような普通法と同様、地方特別法においても、放棄の可能性が一貫して周知されていた。そして、議論の対象は、解釈上の問題に向けられていた。特に中世以降、連帯債務者（またはそれと同視するような立場）として保証をした場合、そこに抗弁権の放棄が含まれているかという問題が議論の対象となった。そしてこのような解釈論が、諸法の法定編纂へと傾くことになる。主なものとして、次のような例が挙げられよう。<sup>(16)</sup>

一七五六年バイエルン・マクシミリアン民法典 (Codex Maximilianus Bavaricus, civilis) 第四編一〇章一一条は、保証人 (Fidejussor) が、補充的に、被担保債務のうち主債務者が支払うことのできない限りにおいて、責任を負い、順位および先訴検索の利益を有することを示しつつ、それが廃除される場合を列挙する。その三号によれば、保証人が「独立的支那人」または「主債務者」として位置づけられる場合、抗弁の放棄を肯定している。

一七九四年プロイセン一般ラント法 (Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten: ALR) 第一編一四章は、二八三条において、原則的に、債権者が、主債務者に対する権利の追及を通じて、主債務者が自分自身の債務を完全に履行し、また部分的に履行することができるような状態ではないことを証明できるまでは、債権者は保証人に対して先に請求することはできない旨を規定している。他方、同二九七条は、保証人が、明確に独立的な債務者として義務を負い、または、主債務者が先に負担しなければならない旨の抗弁を相当に放棄した場合には、債権者は、主債務者の存在を考慮することなく、保証人に請求することができる旨を規定し、また、同三〇七条は、主債務者が先に負担しなければならない旨の抗弁を保証人が放棄することを、有効なものとしている。

一八六五年ザクセン民法典 (Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen) 一四六一条は、債権者は主債務者の弁済期が到来したら、保証人に対して請求をすることができるが、保証人は、債権者がまず初めに主たる債務者に請求することを求めることができる旨を規定する。そのうえで同一四六二条は、先訴に関する保証人の権利が取り除かれる場合として、保証人がそれを放棄するか、または、独立的な債務者や主債務者として保証をした場合、特に、特定の時間または特定の場所において履行することを約束した場合、さらに、主債務者の滞在場所が不明であり、または主債務者がドイツ連邦を構成する州以外に滞在する場合、主債務者が保証の時点で存在せず、または消滅していた

していたとしても、それによって保証が無効とならないような場合、主債務者が破産状態に陥り、またはその他支払不能となった場合を挙げる。

この中で、一八一一年オーストリア一般民法典 (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Ehländer der Oesterreichischen Monarchie)<sup>(17)</sup> は、特徴的であった。同法一三五五条において、債権者の裁判上または裁判外の催告 (Ernahnung) に対して主債務者が債務を履行できない場合に、保証人は請求され得ることを原則とした。「先訴」ではなく、「催告」という、より弱い保証人保護手段のみを与えていることになる。そのうえで、同法一三五六条では、主債務者が支払うことができなくなった場合にのみ保証するということが明らかなる場合には、保証人は、主債務者が破産状態に陥るか、または、支払うべき時期に主債務者の所在が分からず、そして債権者がそれについて何ら落ち度がない場合のみ、債権者から主張され得るものとし、他方で、同法一三五七条は、「保証人かつ支払人として義務を負う者は、不可分の共同債務者として、完全な債務を負う。すなわち、はじめに主債務者に請求するの、保証人に請求するの、それとも両者に同時に請求するの、債権者の任意である」とした。しかし、その当時、このような立法に追随する法典は見られなかった。<sup>(18)</sup>

### (3) 制定時の議論前史としてのドレスデン草案

さらに、一八六六年の「債務関係法に関する一般ドイツ法草案 (Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse)」(いわゆる、ドレスデン草案) にも触れておきたい。この草案は、一八五九年、ドイツ連邦各国の代表が集まる連邦議会において、連邦共通の立法を作ることに関する提案がなされ、一八六二年にドレスデンにおい

て、債務関係法のための委員会が設置され、その委員会のもとで作成されたものである。周知のとおり、この草案は、後にドイツ民法典の編纂にあたって強い影響を与える。というのも、一八七四年に連邦参議院のもとで組成された第一委員会にて、部分草案の起草の中でも債務法の部分を担当したキューベルの起草が遅れ、一八八一年に第一委員会の本会議が始まった時も部分草案は完成してしなかったが、その際に審議のための資料となったのが、(キューベルも起草に携わった) ドレスデン草案だからである。<sup>(19)</sup>

ドレスデン草案九三四条は、「保証人は、主債務者が債権者から請求を受けるよりも前に請求を受けた場合、主債務者を先に訴えることを求めることができる(先訴の抗弁)。ただし、保証人がこの抗弁を放棄した場合——特に、主債務者として、または独立的債務者(独立的弁済者)として義務を引受けた場合、または、弁済期が到来したら直ちに支払う旨の約束を引受けた場合——、または、主債務者の住所不明または住所変更を原因として主債務者への訴えが相当に困難である場合、さらには、主債務者が破産状態に陥り、または支払能力がなくなった場合には、保証人に、この抗弁は存在しない。」旨を規定する。本規定につき、委員会の多数の意見は、保証の「補充性」という概念が、市民の一般的感情と結びつくであろうことと、主債務者と債権者の通謀に対して、先訴の抗弁が保証人を保護するであろうことを挙げている。<sup>(20)</sup> 他方、この原則に対する例外事由を挙げ、その場合には、「保証人は主債務者とならんで、債務全額について連帯債務者として責任を負う」と位置づけている。<sup>(21)</sup>

また、同草案九三五条は、「一つの債務につき、債権者が主債務者に対する同一の権利の主張において損害を被った額についてのみ、保証人が保証をするという約束をした場合(損害保証)、主債務者の住所不明または住所変更により訴訟が相当に困難であり、または、主債務者が破産状態に陥ったとしても、債権者は、保証人自身よりも前に、主

債務者に対して訴えを起さなければならぬ。」旨を規定する。委員会の多数の意見によれば、損害保証の場合、主債務者にもはや請求することができない損失が確定することが、保証人に対して請求する前提であり、反対に保証人は、先訴の抗弁を盾に取り、債権者がいくら債務者に請求したのかの証明を債権者に求めることができると解していた。<sup>(22)</sup>

#### (4) BGB制定における議論

次に、BGBの制定過程について付言する。BGB制定過程の中で、特に補充性が問題となったのは、第一委員会での議論である。第一委員会で示されたドレスデン草案に対して、プロイセン代表のブランクから同草案の方向性に抛りつつ前述の両条文を結合させる形の提案がなされたのに対し、ザクセン代表のウェーバーからは、ドレスデン草案やブランクの立場に反対する次のような提案がなされた。<sup>(23)</sup> すなわち、「債権者は、保証の対象となっている債務の弁済期が到来した場合、主債務者に先に請求をすることなく、保証人に請求をすることができる」という旨を原則に置きつつ、例外的に、「保証人が義務を負う条件として主債務者に先に請求をすること、主債務者が給付をする資力がなくなった場合にのみ保証をすること、または、保証の対象となつてゐる債務のうち債権者が主張をするにあつて損害を被つた額のみ保証人が責任を負うことを保証人が約束していた場合には、債権者は、主債務者への請求が目的を達することができず、または、主債務者への請求が不能であり、または目的を達することができないままであることが明らかである場合にのみ、保証人に対して請求をすることができる」とする提案であつた。

ウェーバーの提案の根拠は多岐にわたるが、主として、以下のようなものを挙げることができる。①先訴の抗弁が

保証の本質において十分な根拠に基づくものかは、疑わしい。そもそも、このような抗弁を肯定するためには、保証人が保証約束をする際に、主債務者が最初に責任を負うという意思だけではなく、主債務者に対する追及が不毛に終わってしまったか、または、既に不毛に終わることが確定している場合にのみ保証責任を負う旨の意思が示されたことを前提とするが、ローマ法における先訴の抗弁は、ユスティニアヌス帝法によつてはじめてもたらされたということ、また、ドイツ法でも従来、そのような抗弁について不知であったことを考慮すると、そのような意思が前提として維持し得るかどうかは、疑わしい。②現代的な取引においては、先訴の抗弁を放棄することが、少なくともより重要な事例および書面による保証において、むしろ原則となつていることを否定できない。③保証人に法的救済を与えないことは、軽率な保証を防止するのに正当性があり、他方では、このような法的救済を与えないからといって、債権者が常に最初に保証人に請求をするという事態をもたらすものではなく、むしろ、支払能力のある主債務者に対して権利主張をすることは維持されている。

しかし、第一委員会の多数は、このウェーバーの提案に反対した<sup>(24)</sup>。その中の最も主たる理由は、それまでの諸法の立法状況（先述2（2））である。全体の傾向として（例外的に、オーストリア法は独特の規定を置いているが）、主債務者に対する権利行使を断念した場合にはじめて、保証人が請求されるということが取引において一般的な理解となり、その傾向が強まっていること、また、それと異なる合意がなされた場合には、保証人は、より強い責任を引受けなければならぬことを読み取ることができるとされた。そして、保証人からこのような法的救済を取り去ることは、従来の法典で採用されてこなかった内容の「重大な改革」になると評価された。

そしてその後、①編集委員会宛て編集原案（RedVorh）および（編集原案がそのまま採択された）編集委員会決議暫定

集成 (ZustOR) における四六二条 (原則としての先訴の抗弁) および四六三条 (抗弁の廢除原因)、編集委員会草案 (KE) における六六八条および六六九条を経たうえでの第一草案 (G) 六七四条および六七五条、② (帝国司法庁準備委員会では審議されずに突入した) 第二委員会審議後に、第二委員会決議暫定集成 (Ei-YoriZust) および編集会議決議暫定集成 (Ei-ZustRedKom) における六七四条および六七五条を経たうえでの第二草案 (GII) 七一一条および七一二条、修正第二草案 (EII Rev) 七五六条、七五七条、七五八条、③ 第三草案 II 帝国議會提出草案 (GIII) 七五五条、七五六条、七五七条を経たうえで、④ BGB 七七一条、七七二条、七七三条へと至るが、その間、先訴の抗弁が根本から否定されることはなかった。<sup>(25)</sup>

同時に、制定過程の中で、先訴の抗弁を明示的にまたは默示的 (保証人が独立的債務者または独立的弁済者として義務を負う場合) に放棄し得ることについても、大きな議論とはならなかった。<sup>(26)</sup>むしろ、債権者が主債務者を訴えることをしなくとも保証人の先訴の抗弁を排除し得るのはいかなる場合かについての議論が中心となった。

前述のとおり、ドレスデン草案九三四条は、抗弁不存在の要素として、①住所不明または住所変更を原因として生じる主債務者への訴えの困難性、②主債務者の破産、③主債務者の支払不能を挙げているが、このうち、①に関しては、保証人が主債務者の住所に関する問題を予め知っていた場合には、抗弁を放棄したものと評価できるため、ここでの射程は、保証が引受けられた後にその事実が生じた場合に限定されるものと評価された<sup>(27)</sup> (結局、BGB 七七三条一項には、保証の引受け後という文言が付されることとなった)。また、③に關し、「支払不能」となったか否かの判断基準は、裁判所の自由な裁量に委ねられていたため、予見可能性に乏しいという点が懸念され、また、強制執行が不成功に終わったものの、主債務者がその後支払い能力を回復したことを根拠として、保証人自身が異議を唱えることは

除外されるべきであることも示された<sup>(28)</sup>。そして、一八七九年の取消法二条を参考に、「強制執行が、主債務者の財産において、債権者への弁済が十分になされないということが推測される場合」という文言が提案された。

他方で、補充性原則が厳守されるのはいかなる場合かという問題も議論の対象となった。これに関し、前述のとおりドレスデン草案九三五条は、損害保証についての規定を置いており、第一委員会でもそれが提案されたが、多数意見は、この規定に代わる規定を補充することなく、削除することを主張した。その理由として、契約上で置かれた先訴の義務の範囲は、具体的な事例における解釈を通じて特定されなければならず、一般的な法律上の規範から導くべきではないという点が挙げられた<sup>(29)</sup>。

#### (5) 現行法およびその一般的な解釈

本節における考察の最後に、現行BGB七七一条一項に関する若干の解釈に言及しておく。まず、「先訴(Vorausklage)」という語はやや抽象的であるが、債権者が主債務者を訴えただけでは不十分であり、主債務者に対して強制執行を試み、その目的が達成されなかったことが必要となる。そこで、先執行の抗弁(Einrede der Vorausvollstreckung)という方が適切であるとの主張もある<sup>(30)</sup>（いずれにせよ、先訴とはそのような意味で用いられている）。同条項における強制執行の試みは、主債務に基づく判決や執行名義をもって、主債務者に対してなされることを要するものであるが、民事訴訟法（以下、ZPO）七〇四条（終局判決）、七九四条一項（それ以外の債務名義）で規定されているいかなる債務名義であっても、BGB七七一条一文の強制執行の基礎となる<sup>(31)</sup>。また、一度、強制執行の試みをするればよく、その後に主債務者が財産を形成したとしても、保証人が同抗弁権を主張できるわけではないと解されている

なお、金銭債務のための保証の場合には、B G B 七七二条にさらなる詳細な規定があり、金銭債務の保証における債権者の強制執行義務および換価義務に関する要件が明示されている。すなわち、同条一項は、金銭債務のための保証が存する場合、B G B 七七一条一項の強制執行は、主債務者の動産に対し、(主たる債務者の住所において、かつ、主債務者がその他の場所で営業所を有する場合にはその場所においても、また、住所や営業所を欠く場合には居所において) 強制執行を試みなければならないものとしている。また同条二項一文は、債権者が主債務者の動産の上に質権または留置権を有するときは、債権者は、この物からも満足を得られるよう求めていかなければならないものとしている。<sup>(33)</sup>

保証人が先訴の抗弁を主張した場合には、債権者は、主債務者と保証人を同時に訴えることが原則的に認められない。確かに、主債務者への給付の訴えとともに、保証人の責任を確認するための訴えをすることは妨げられないが、その際にも、確認の利益を欠く場合には訴えができないと解される傾向にある。<sup>(34)</sup> また、Z P O 二五九条の要件のもとで、保証人に対して将来給付の訴えを求めることができるが、その場合には、限定的要件(Z P O 七二六条一項の要件)のもとでのみ、執行力のある正本を付与することができる<sup>(35)</sup>と解されている。

債権者が、保証人が主張する先訴の抗弁を退けるためには、前述B G B 七七二条によって規定された保証人への請求の要件が充たされていること、または、B G B 七七三条によって抗弁権の放棄のカタログのいずれかに該当することを証明しなければならない。ただし、実務的には、先訴の抗弁の実効性が確保される場面はそれほど多くない。というのも、ほとんどの定型約款に基づく保証契約においては、B G B 七七三条一項<sup>(36)</sup>を根拠として、または商人における保証であるために商法(以下、H G B) 三四九条一項など法律の規定を根拠として、抗弁権が廃除されているから

である。先訴の抗弁権が廃除されることによつて、債権者は、主債務者と保証人を同時に訴追することができる。

特に、連帯保証（独立債務者保証 (selbstschuldnerische Bürgschaft)）。以下、「連帯保証」とする）においては、BGB 七七三条一項一号の適用があり、先訴の抗弁が廃除される。なお、連帯保証契約を締結する際に、その契約の有効性を論じる余地はある。しかし、債権者と保証人との間の個別的な契約においては、その契約文言が明白である限り、先訴の抗弁権の放棄を疑う余地はない。また、その合意が債権者側の準備した約款である場合であつた場合でも、消費者としての保証人がその意味を明確に理解し——すなわち、先訴の抗弁権とはどのような意味なのか、そして、それを放棄するというのはどのような意味なのかを理解し——、放棄の意思表示の文言の不明確性が何ら問題とならない限りにおいて、有効性が確保されると解する傾向にある<sup>(37)</sup>。

### 3 BGB七七〇条二項に基づく相殺の抗弁

#### (1) 保証人による相殺の抗弁と保証の補充性

次に、現行BGB七七〇条二項を取り上げる。

BGB七七〇条は、取消権および相殺権<sup>(38)</sup>という形成権に関する一定の権限を保証人に与えている。すなわち、同条一項では、主債務者がその債務の基礎となる法律行為を取消す権利を有する場合<sup>(39)</sup>に、保証人は、債権者に対して給付の拒絶を主張することができる旨を定めており、それと並んで同条二項では、債権者が主債務者の有する（債権者に対する）弁済期が到来している反対債権に対して相殺を通じて回収を図ることができる場合には、一項と同様に保証

人は、債権者に対して給付の拒絶を主張することができる旨が規定されている。なお、主債務者が有している取消権を保証人自身が行使することができるわけではなく、また、債権者と主債務者の間に対立する債権関係につき、保証人が相殺権を行使することができるわけでもない。<sup>(40)</sup>あくまで、延期的な抗弁権にしかすぎない。

では、本条の立法趣旨はどこにあるのだろうか。まず、一項は、保証の「附従性」に求められる。そもそも、BGB七六八条一項一文によれば、保証人は、主債務者が有する抗弁権を行使することができる旨が規定されているが、同条項は主債務者の有する形成権には適用されない。その代わりに、BGB七七〇条一項がある。債権者が主債務者より先に保証人に権利行使し、その後には保証人が主債務者に求償をし、最終的に主債務者が（取消権を行使したうえで）債権者に請求するという循環を回避することは避けられるべきである。そこで附従的な責任のみを負う保証人は、第一次的な負担はしないことを趣旨とするものと説明される。<sup>(41)</sup>

これに対し、BGB七七〇条二項の位置づけには、争いがある。一方では、二項は一項と同様、保証の附従性の表れであり、同条項は、「主債務者自身（傍点筆者）が、債権者の債権に対して相殺を通じて満足を受け得る限りにおいて」保証人は債権者の回収に対して拒絶をすることができる<sup>(42)</sup>と読むべきであるという主張がある。しかし現在の多数説によれば、同条項はむしろ、保証の「補充性」の表れであり、前述の七七一条と関係しており、債権者が、容易な手段で回収することができる相殺権を有している場合に、それに対して保証人が弁済拒絶の抗弁権を主張し得るという規定であると解する傾向にある。<sup>(43)</sup>以下では、本条項の立法史を辿ることによって、そのように解されることになった背景を明確にしてみたい。

(2) 保証人における相殺の抗弁の継受

前述(2)(1)および(2)のとおり、ドイツにおいてはローマ法の継受があつた後、保証人は主債務者の債務を補うという考え方が支配的となつたが、相殺と交錯する場面においても、その点が強調されるようになる。<sup>(44)</sup> 学説彙纂(Digesta. 以下「D.」) 16.2.4 (Paulus) には、保証人は債務者が課せられた額を限度としてのみ責任を負うにすぎないから、保証人は、債務者が相殺を通じて除かれ得るよりも少ない範囲で債務を負うという旨の内容が記されていた。他方、D.16.2.5 (Gaius) には、債権者によつて訴えられた保証人は、保証人自身が履行をするか、または債務者が負っている債務を相殺するか否かを選ぶことができるという旨の内容が記されていた。この両者が注目された。当時のパンドクテン法学において、債権者が主債務者との相殺を通じて「最も簡易な方法で」<sup>(45)</sup> 満足を得るにも拘わらず、保証人に対して責任追求することへの抵抗感が存在した。また、保証人は、主債務者が有する抗弁を主張する権限があるという原則にも支えられた。ただし、「附従性」と「補充性」の間には、必ずしも明確な区別がなされていなかったようである。前述の両者も、「保証人が主債務者の有する債権をもつて債権者に対して相殺を主張することができる」というように、統一的な考え方もつて理解されていた傾向にある。<sup>(46)</sup>

他方、諸邦の一般法にも、相殺に関する規定がいくつか見受けられた。<sup>(47)</sup> そこでは保証人は、主債務者によつて効力が生じた相殺を援用する可能性だけではなく、主債務者の債権を一方的に相殺することができる権利をも与えられているという方向性であつた。たとえば、A.L.R.第一編一六章三二八条によれば、保証人は、主債務者が債権者に対して有する、一身専属的な権利を除いて、主債務者が債務を相殺する権限を有する全てのものを、自己の保証債務から差

し引くことができる旨の規定があった（なお、ALRでは、*ipso iure compensatur* という原則があり、すなわち意思表示をすることなく法律上当然に相殺が生じるとされていた。ALR第一編一六章三〇一条参照）。これは、保証人が負う「附従的」な責任という観点に強く依拠した立法と位置づけることができる。保証人が主債務者の債務について、その都度の状態において附従的に責任を負っていることから、主債務者の全ての抗弁を保証人が主張し得る中、主債務者の相殺の抗弁をも保証人に与えたものと捉えられる。<sup>(48)</sup>

さらに、ドレスデン草案では、相殺規定の中に置かれた三七〇条において、保証人は、債権者に対して主債務者が、有している反対債権について、相殺をもたらしことができる旨が規定された。ここでも、やはり、主債務者が為し得る相殺という視点が強調されていることがわかる。<sup>(49)</sup>

### (3) BGB制定過程における議論

一八七四年に連邦参議院のもとで組成された第一委員会にて債務法の部分を担当したキューベルは、第一委員会のための部分草案における相殺の箇所で、保証人が主債務者の有する債権者に対する反対債権をもって相殺をすることができると否かという問題について、取り組むことを明言し、次のような見解を示していた。<sup>(50)</sup> すなわち、保証人が相殺を必要とする動機について、主として、保証人と主債務者の関係（求償関係）にあるか、または債権者との関係に求めることができるということを前提として、特に後者の関係においては、「保証は債権者に対して、債権者が債務者に対する回収を通じては満足を得ることができない場合を想定し、常に『補充的』に、またはそれを暗黙の前提として、引受けがなされている。そこで、保証人の抗弁の中には、債権者が行使し得る相殺という方法で回収を図るこ

とを指示することも含まれる」と主張していた。<sup>(51)</sup>このような見解の中核には、明らかに、保証の補充性と、債権者の相殺権が存在していたことが分かる。他方、「附従性」という性質は、「それによって、保証人に、他者の財産を処分する権限を与える、すなわち、主債務者の債権を清算する権限を与える」<sup>(52)</sup>ことになってしまふことを根拠として、説明の端緒として慎重を要すべきものとしていた。<sup>(53)</sup>

このようなキューベルの考え方は、現行BGB七七〇条二項の規定と極めて親和性がある。しかし前述(2)(3)のような理由により、実際には、第一委員会においてその提案がなされず、同委員会は、ドレスデン草案と助手の作成した資料集をもとに審議をせざるを得なかったため、審議過程においてキューベルの考え方が直ちに反映されたわけではなく、揺らぎを見せることとなる。それは、以下のとおりである。

まず、第一委員会における本争点についての議論の出発点は、ドレスデン草案九三七条(注(49)参照)であった。ため、保証責任の「附従性」が検討の軸に置かれた。そのため、議論の方向性は、保証人に相殺権を与えることによつて、他者(主債務者)の財産を保証人が処分し得ることになってしまふことを理由に、<sup>(54)</sup>許されないものとされた。さらに、主債務者の反対債権に対する相殺を通じて債権者が満足を受け得ることを根拠として正当化し得る保証人の抗弁ですら、「債権者は、債務者に対して負う債務を、他の債権との相殺をするものとして扱う利益を有している」ということを理由に、<sup>(55)</sup>そのような抗弁を保証人に与えることには否定的であった。そして結局、第一委員会では、保証人の相殺権および相殺の抗弁を、不相当なものとして否定することとなった。<sup>(56)</sup>そしてその後、編集委員会宛て編集原案(RedVorl.)および編集委員会決議暫定集成(ZustOR.)における四五九条、編集委員会草案(KE)における六六五条を経たうえでの第一草案(Pl.)六七一条に結実するが、そこでも同様の考え方が維持された。

しかし、このような第一委員会の結論に対して、その後学説上で、大きな批判が生じることとなる。<sup>(57)</sup> フィッシャーは、この争点について、「保証人にいかなる拒絶をも認めないことを正当なものとする必要があるかどうか、そして、今回の規定が、保証人に不利益を与える債権者と主債務者の通謀を可能とってしまうかどうか」についての検討が必要であるとした。<sup>(58)</sup> また、クレヒは、主債務者が有する（反対）債権を保証人が処分せず、保証人の行為によって債権者と主債務者との間の関係には影響を与えないまま、保証人が履行を拒絶すること、および主債務者による相殺の意思表示を通じて、保証人が保証の拘束力から解放されることを保証人に認め得るとした。<sup>(59)</sup> さらに、リップマンは、主債務者が有する（反対）債権をもつて保証人が相殺をし得ることには反対との見解を示しつつ、保証の「補充性」という性質から、債権者が主債務者に対して相殺を通じて満足を得ることができるような場合、保証人に抗弁権を与えることの正当性を明らかにした。<sup>(60)</sup> 総じて、前述のキューベルの見解と同じ方向性ということができよう。

そしてこのような見解は、第二委員会における審議になって反映されることとなる。同委員会では、債権者が、反対債権との相殺を通じて容易に満足を得ることができるとなる場合には、まずそこから回収を図り、保証人に対して延期的な抗弁（eine dilatorische Einrede）を付与することを正当化できるかどうか、債権者に保証人の選択（相殺を通じた債権の回収）を押し付けることが正当化できるかどうか、議論の対象となった。<sup>(61)</sup> そして、ヤケベルツスキーからは、前述（2）（4）した先訴の抗弁を盛り込んだ第一草案（四二）六七四条に、保証人による相殺の抗弁（主債務者が債権者に対して有する反対債権から相殺を通じて回収を図り得る場合には、保証人は主債務者の履行を拒絶することができるという内容）を追加することが提案され、委員会にて認められた。<sup>(62)</sup> これはまさに、先訴の抗弁の拡張として位置づけられたものと評価することができる。その後、保証人に対して、一定の前提のもとで債務の履行を先延べする独自の抗弁を認める

という趣旨から、主債務者の有する取消権とともに規定することが模索されるようになり、第二委員会決議暫定集成(EI-VorZust)における六七一a条、編集会議決議暫定集成(EI-ZustRedKom)における六七三a条を経たうえで第二章案(EII)七一〇条、修正第二章案(EIIrev)七五五条、第三章案Ⅱ帝国議会提出草案(EIII)七五四条、そして最終的にBGB七七〇条へと結実する。そしてこの保証人の給付拒絶権は、保証人が、たとえ「連帯保証」であったとしても(Ⅱ先訴の抗弁を放棄していたとしても)、債権者自身が相殺を通じた利益を放棄せずに満足を受け得る限り失われないと解された<sup>(63)</sup>。

#### (4) 現行法およびその一般的解釈

以上のような流れの中でBGB七七〇条は制定されたが、このような立法過程から、一項は、主債務者が取消権を有しているということを考慮に入れたものであり、「附従性」の表れとして位置づけられるようになったのに対し、二項は、BGB七七一条の拡張としての抗弁、すなわち補充性の表れとして位置づけられるようになったのである。<sup>(64)</sup> BGB七七〇条二項については、補充性としての性質と関係し、若干の解釈論が展開されている。その点のみを確認しておきたい。

まず、主債務者が相殺権限を欠いていた場合、保証人は抗弁を主張し得るだろうか。これに関し、若干の反対説も存在するが、多数説によれば、BGB七七〇条二項は、保証人が債権者に対して有する抗弁(すなわち、保証人と債権者の関係)であり、主債務者の事情は考慮に入れる必要がなく、債権者の債権回収(満足)の可能性のみを考慮するものであると解している。そして、もし主債務者が債権者に対して相殺を主張する権限を欠いていたとしても、BGB

七七〇条二項によれば、相殺の権限は「債権者」側のみを基準にすれば十分だから、保証人の給付拒絶権は失わず、また同様に、ZPO七六七条によって主債務者側から相殺をすることが廃除されていたとしても、それは債権者側からの相殺の権限の問題ではなく、BGB七七〇条二項を考えるうえで重要ではないことから、保証人の抗弁が妨げられることはない<sup>(65)</sup>と解している。

では、債権者からの相殺のみが禁止されているような場合（主債務者側からのみ相殺をなし得る場合）は、本条項に基づく抗弁は主張し得るのだろうか。ドイツの判例・学説は、対立している。①以前は、BGB七七〇条二項の適用・類推適用を認める見解が主張されていた<sup>(66)</sup>。これは、たとえば、債権者が故意の不法行為によって負わなければならない債務を受働債権として自ら相殺をすることはできないとしても、それを保証人の防衛手段として活用することは考へ得るものとする。また、二項の適用・類推適用には否定的であるものの、一項を類推適用する見解もある<sup>(67)</sup>。すなわち、保証には附従性という性質があるため、債務者が相殺をし得る立場に在る限りにおいて、その範囲内で、保証人はBGB七七〇条一項に基づいて給付の拒絶をすることができる<sup>(68)</sup>。②他方で、BGB七七〇条の適用も類推適用も認めない見解も有力である。ホルンは、主債務者のみが随意に相殺が可能である場合に、債権者の保証人に対する請求は拒絶されるべきではないとする<sup>(68)</sup>。そしてその根拠として、同条一項の類推適用の困難性を指摘する。すなわち、確かに同条一項による保証人の抗弁は主債務者の形成権であり、主債務者が随意にその権利行使をするか否かを決定するが、この形成権は、短期間のうちに権利行使をすることが前提となっており、また、主債務を構成する権利関係の法律上の欠缺に基づくものであるという点において、二項の事例（二項の事例においては、一項と異なり、形成権を行使するのに時間的な制約がなく、また、主債務者の相殺権は、純粹に債務を履行する可能性を与えるものである）とは一線

を画することを挙げる。そして、あくまで保証人は、債権者自身が相殺を貫徹し得る限りに於いて、相殺を根拠とした給付拒絶権を有するにすぎないものとする。また、キーンレは、ホルンと同様の観点から一項の類推適用を否定するとともに、二項の類推適用も否定する。すなわち二項は、保証責任の「補充性」の観点から規定されたものであることを前提として、債務者に対して相殺を通じて簡易に満足を得ることが出来る債権者を対象とする場合にのみ必要な規定であり、主債務者に負担をかけることを規範の目的としていないことから、主債務者が片面的に相殺権を有している場合には、二項の類推の基礎を欠くものとする。<sup>(69)</sup>

なお、債権者が主債務者に対して他の債権を有していた場合はどうであろうか。一般的には、次のように考えられている。たとえば、主債務者Sの債権者Gに対する債務（このGの有する債権を $\alpha$ とする）を保証人Bが保証する一方で、GもSに対して債務を負っており（このGの負う債務を $\beta$ とする）、また、GはSに対して、Bが保証していない別の債権（このGの有する債権を $\gamma$ とする）をも有している場合である。このような場合であっても、Gが $\alpha$ （自動債権）と $\beta$ （受働債権）とを相殺することが出来る状況であることは疑いないため、Bがその抗弁を主張して給付拒絶することは可能である。<sup>(70)</sup>しかし、Gが $\gamma$ （自動債権）と $\beta$ （受働債権）とを實際に相殺した場合には、Bには、BGB七七〇条二項による給付拒絶権は、もはや存在しない。Gは、BGB三九六条に基づく法律上の形成権としての相殺権を行使しているだけであり、相殺は正当化されるからである。したがって、保証人が給付拒絶をすることが出来るのは、保証契約において、Bが保証をした債権ではない債権（ $\gamma$ ）によってGが相殺をすることを予め放棄しているような場合に限定される。<sup>(71)</sup>

さらに、BGB七七〇条二項を排除する合意の有効性が問題となる。前述（2（5））のとおり、先訴の抗弁が否定

される連帯債務の種類にあつても、当然に同条項を排除することにはならないと理解されている。しかし、「個別の契約」において、契約条項の文言にBGB七七〇条二項を排除する内容を盛り込むことは可能であると解されており、実際に取引実務上もそのような契約条項を盛り込むことも珍しくなく、原則的に条項の有効性が確保される。<sup>(72)</sup>これに対し、債権者が「取引約款」によってBGB七七〇条二項の規定を排除しようとする場合、原則的に有効という扱いにはなっていない。約款利用者である債権者における回収上の利益を認識し得る一方で、債務の履行を相当の期間延期することができる抗弁に対する保証人の利益も存在する。そして、場合によっては当該廢除条項が無効となると解されている。<sup>(73)</sup>連邦通常裁判所の判決には、主債務者が有する反対債権の存在が争われておらず、また、確定力があるにもかかわらず、相殺の抗弁を取引約款で保証人に放棄させることは、保証人にとって不相当に不利益なものであり、BGB三〇七条に従つて無効となつたものがある。<sup>(74)</sup>

#### 4 BGB七七一条二文に基づく消滅時効の停止

(1) 前提…主債務の消滅時効局面における保証人の抗弁権

さらに、現行BGB七七一条二文に触れておく。同条は、前述(2)の先訴の抗弁と関係し、保証人が先訴の抗弁(BGB七七一条一文)を主張することによって、保証人に対する債権者の請求権の時効は、債権者が主債務者に対して行った強制執行が目的を達しなくなるまでは、停止する旨を規定したものである。

まず、本条の検討の前提として、主債務の消滅時効と主債務に関する保証人の抗弁権について、確認をしておきた

い。ドイツでは、二〇〇二年に施行された債務法現代化法 (Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts) に基<sup>(75)</sup>き、消滅時効に関する規定が大きく改正されたが、それによれば、債権者が保証人に対して有する請求権の消滅時効は、原則的な規定であるBGB一九九条および一九九条に従うこととなる。すなわち、「①請求権が発生し、かつ、②債権者が、請求権を基礎づける事情および債務者がいかなる者かについて、知りまたは重大な過失がなければ知り得た、その年の終了」を起算点として消滅時効が進行し (主観的起算点。BGB一九九条一項)、三年で時効が完成する (BGB一九九条) とともに、請求権の発生を起算点として消滅時効が進行し (客観的起算点)、一〇年で時効が完成する (BGB一九九条四項) ものとなっている。<sup>(76)</sup>そして、主債務と保証債務の別個債務性から、保証債務の時効は、主債務の時効には依存せず (独立して) 進行する。

他方、保証人は、主債務者が主張することができる抗弁を自らも主張することができる (BGB七六八条一項)、そして、保証がなされた後に保証人の地位が悪化するような法律行為上の変更は制限されなければならない (BGB七六七条一項三文) という考え方を反映し、主債務者が抗弁権を放棄したとしても、保証人はその抗弁権を失うことはないものとされている (BGB七六八条二項)。この規定は、保証債務の附従性から導かれるものであり、「第三者の権利からの抗弁は与えられない」という考え方の例外として位置づけられる。<sup>(77)</sup>保証人が負う義務が主債務者のその都度の状態を基準とする旨を規定したBGB七六七条の延長線上に位置づけられる。この規定が存在しないと、保証人は、主債務者がその抗弁を主張した場合にのみ、その抗弁の恩恵を受けることになるが、同規定の存在によって、主債務者が抗弁を主張しない場合や、放棄などを通じて主債務者が抗弁をもちや主張し得ない場合であっても、保証人がその抗弁を主張することができるのである。

ところで、保証人が主張し得るBGB七六八条二項の抗弁の中には、主債務の弁済猶予や留置権などのほか、主債務の時効の抗弁も含まれると解されており、そして、保証人が、保証債務の時効が完成する前に債権者から請求を受け、この権利関係が争われている間に主債務につき消滅時効が完成したとしても、保証人は主債務の時効の援用をすることができると解されている<sup>(78)</sup>。保証人に対して訴訟を提起することによって、主債務者に対する債権者の債権の時効が停止することはない（ただし、債権者は、主債務者をも訴えることによって、主債務の時効を停止させることができ、主債務の時効が満了したという抗弁を保証人が主張することを阻止することができる）。

## (2) 保証人の先訴の抗弁と消滅時効の停止

以上のようなことを前提として、BGB七七一条二文の立法趣旨は、どのように位置づけられるべきであろうか。BGB二〇九条に従って、時効が停止している間は、時効期間の中に算入されないが、債務法現代化法以前は、BGB旧二〇二条二項に従って、保証人による先訴の主張は、時効停止事由には該当しなかった。また、旧二〇二条に類似の規定であるBGB現行二〇五条は、「債務者が債権者との合意に基づいて一時的に給付を拒絶する権限を有している限り、時効は停止する」旨を規定しているが、これは請求権の主張を阻害する他の事由には適用されないものと解されていた。他方、債務法現代化法以後の時効法によれば、従来の三〇年という一般的な債権の消滅時効期間が大幅に短縮化され（BGB一九五条、一九九条）、BGB七六五条に基づく保証債務もそれに含まれるため、債権者としては、特に、主債務者に対する強制執行のために三年を超える時間を要するような場合に、先訴の抗弁が廃除されていない保証人に対する時効管理が困難となってしまうおそれがある。そこで、債権者が保証人に対して、

必要以上に早い時期にB G B二〇四条（特に、一項一号による訴えの提起）を通じて時効の停止措置をとらなければならぬことの不便さを避けるために、B G B七七一条二文が規定されたのである。<sup>(79)</sup> すなわち、時効期間が短期である法制度の中では、保証の補充性は時効完成リスクと結びつく危険性があり、それを回避する方策が必要となってくるのである。

ところで、本条におけるドイツの議論の中で注目すべきなのは、保証人が先訴の抗弁を主張していない状況の中で債権者が主債務者に対して強制執行を試みる場合でも、時効が停止する余地はあるのかという点についてである。<sup>(80)</sup>

これに関し、もし保証人が先訴の抗弁を主張する必要があるとすると、保証人が先訴の抗弁を主張したことを債権者が確実に証明できない限り、主債務者に対して権利行使をしている間に保証人に対して時効の停止がなされず、後に時効期間の満了を保証人に主張されてしまう危険があること、また、改正法の起草者も、その点を十分に考慮していなかったように見受けられることをその根拠として、保証人による先訴の抗弁の主張までは必ずしも必要とせず、抗弁の存在自体が時効の停止を導き、債権者が主債務者に対してB G B七七一条一文に依じて権利行使するまでその停止状態は続くものと解する見解がある。<sup>(81)</sup>

しかし条文上は、明らかに、保証人が先訴の抗弁を実際に主張したことを要件としており、このことからすると、先訴の抗弁を保証人が債権者に主張することが、停止の起算点になると解するのが素直な文理解釈と言える。（債務法現代化法の）起草者や有力説も同様に解している。また、このように解することによって、「保証人が、いつ消滅時効の停止が始まったのかを知ることができるという利点」があることを挙げる見解もある。<sup>(84)</sup> なお、このように解すると、消滅時効の停止は、保証人が債権者に先訴の抗弁を主張するという内容の意思表示が債権者に到達したことに

よって開始し、強制執行を債権者が主債務者に対して試み、それが目的を達成せずに終結したことによって終了する。また、取引実務上で頻繁に用いられている「連帯保証」の合意の場合、先訴の抗弁はBGB七七三条一項一号に従って廃除されるので、そのような場合には、七七一条二文による消滅時効の停止の余地がない。債権者はこの場合、保証の請求権の時効の停止を、保証の請求権自体に対するBGB二〇四条等に基づく措置を通じて導くこととなる。<sup>(85)</sup>

## 5 おわりにかえて

総じて言えば、保証の「補充性」は、ローマの時代に遡り存在していたものであり、その継受、一八世紀における諸邦による立法、そしてドイツ民法の制定過程の中で、保証の性質の一つとして位置づけられるようになったことを確認することができる。しかし同時に、ローマの時代から必ずしも保証に必然的なものではなく、BGB制定前および制定過程においても、保証の補充性を認めるべきかについては、相当程度、揺らぎが見受けられることも認識することができる。また、補充性を特約によって放棄し得ることが、古くから認められてきたことにも留意する必要がある。これは、「附従性」が保証の本質である（附従性のない人的担保は、もはや保証とは位置づけられない）と解されてきたのとは対照的である。

日本法の可能性については冒頭のとおり別稿で序論的考察を展開しているが、それを補うべく、本小稿の最後に、筆者が本小稿の検討を通じて感触を得た、日本法に示唆を与える可能性がある点について、若干だけ触れておきた

い。

まず、先訴の抗弁については、ドイツの立法史を通じて、必ずしも保証の本質とはなっていない（補充性を原則としないこともあり得るし、また、特約によって自由に排除することも可能である）ことが浮き彫りとなった。今日においては、特に連帯保証の場合に先訴の抗弁を放棄したものとして扱われ、それが取引上で多くみられる取扱いであることは、先訴の抗弁がもはや、保証の本質ではないことを意味しているようにも思われる。諸外国の立法においても、必ずしも先訴の抗弁を認めるのが原則となっていないことは、<sup>(86)</sup>日本の今後の保証法を考える際に、一つの参考となろう。

次に、相殺の抗弁については、まず、ドイツにおいて、これも補充性の一内容として位置づけられるようになったことは、傾聴に値する。BGBの制定を通じて、主債務者が有する相殺権という形成権に基づく保証人の履行拒絶権という視点から、債権者が極めて簡易な方法での債権回収方法として有する相殺権を有しながら保証人に履行請求することへの拒絶権という視点へと移行し、「補充性」の表れと再評価されることになったのである。たしかに「債権者は、まず、主債務者の有する財産から回収を図るべきである」という次元では、先訴の抗弁も相殺の抗弁も同様であるのだから、相殺の抗弁は補充性の中で論じ得る可能性を大いに含んでいるものと評価できる。そしてドイツでは、仮に先訴の抗弁を主張し得ない連帯保証であったとしても、それによって直ちに相殺の抗弁までも否定されるわけではないと解されている点にも留意する必要がある。相殺が、意思表示のみによって行い得る極めて簡易な回収手段であるとするのならば、保証人に、先訴の抗弁にも増して相殺の抗弁を認める必要性は高いかもしれない。だとすれば、むしろ相殺の抗弁（日本民法でいえば、四五七条三項）の方がより補充性の本質に近い所に位置づけられないだろうかという問題意識も芽生える。今後、検討が必要である。

さらに、時効の局面においては、主債務の消滅時効の更新により保証債務も更新するというのが日本の規定（民法四五七条一項）であり、学説の中にはこれを、補充性から説明する見解があることは冒頭で示したとおりであるが、ドイツ法でも、先訴の抗弁により保証債務の消滅時効の停止という効果が生じるものとしており、補充性と時効進行の否定を結びつけていることは、注目に値する。ただし、ドイツ法との比較を通じて改めて感じるのは、（そもそも消滅時効により権利消滅という強い効力を生じさせる必要があるかという点から問題となるが、それを留保したとしても）ドイツの時効法では（更新ではなく）停止事由にとどまっていること、さらに、保証人が先訴の抗弁を主張した場合に限定して消滅時効が停止することなどからすると、保証の補充性は、時効の局面では限定的にのみ認められるものと言えるという点である。ドイツ法では、主債務と保証債務は独立して時効が進行し、ただ、債権者が主債務について権利主張している間は、先訴の抗弁を主張した保証人に対して時効が停止するという、弱い効力しか生じない。日本法でも、もし民法四五七条一項を補充性から導き、債権者保護を図る規定と位置づけるのであれば、立法論として完成猶予で十分である可能性があるし、また現行法の解釈論として、補充性のみで同条を説明することは、一定の困難を伴う可能性がある。

最後に、本小稿では、補充性があるとされる保証を素材として、先訴の抗弁、相殺の抗弁、保証債務の時効の停止という関連する三場面に限定して、しかもドイツ法に限定して、比較法的な考察を加えたにすぎない。しかし、このような考察から、補充性とは一定の距離を置く、連帯債務（Gesamtschuld）、担保のための併存的債務引受（Sicherungsschuldbeitritt）などにおいて、どの程度認め得るのか（または、全く認められないのか）の考察、さらには、物上保証の場面にも関心対象を拡大したうえで、担保法の中で補充性という性質をどのように再構築すべきかの検討

の必要性を痛感する。この点については、別稿を期したい。

- (1) 遠藤研一郎「保証の「補充性」概念の序論的考察―連帯保証・連帯債務との比較を通じて―」『高齡社会における民法・信託法の展開（新井誠先生古稀記念論文集）』（日本評論社）所収予定。
- (2) 平林美紀「連帯債務と連帯保証―保証の補充性・附従性と、時効管理の観点から―」南山法学二九卷一号（二〇〇五年）一頁
- (3) 法務省『諸外国における保証法制及び実務運用についての調査研究業務報告書』（商事法務、二〇一二年。ドイツの保証制度については、原田昌和執筆。右近健男編『注釈ドイツ契約法』（三省堂、一九九五年）六五〇頁以下も参照。
- (4) Trygve Jansen, Die Bürgschaft in der europäischen Rechts tradition: eine historische Analyse des deutschen Bürgschaftsrechts und dessen Berücksichtigung im Draft Common Frame of Reference, 2016, S.44ff.
- (5) BGH Urt. v. 27.7.2006 (BGHZ 169, S.1, 16 = ZIP 2006, S.1825, 1829f.); Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.6, Schuldrecht -Besonderer Teil W, §§705-853, 7.Aufl. 2017 [zitiert: MünchKomm / Bearbeiter], § 771 BGB Rn.1 (Mathias Habersack); J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.2, Recht der Schuldverhältnisse, §§765-778 (Bürgschaft), Neubearbeitung von Norbert Horn, 2013 [zitiert: StaudingerKomm / Horn], § 771 BGB Rn.1.
- (6) ローマでは、保証の方式として、sponsio・fidepromissio・fideiussioが順番に発達していった (Vgl. Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations -Roman Foundations of the Civilian Tradition, 1990, S.117)。当初は保証債務関係と連帯債務関係には明確な区別がなかったが、徐々に保証人保護の立法がなされる中で両者の区別が進み、保証人の債務が主債務者の債務に附従し、補充する性質を有するものとされるに至った。後述のとおり、特にユスティニアヌス帝法によって、保証債務の附従性・補充性が明らかになった（船田亨二「ローマ法・第三卷（改訂版）」（一九七〇年、岩波書店）六四〇頁）。
- (7) 以下のローマ法の概要につき、特に注釈を付すもの以外は、Mathias Schmoekkel / Joachim Rückert / Reinhard Zimmermann (Hg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. III -2 Schuldrecht besonderer Teil, §§ 657-853, 2013 [zitiert: HKK / Bearbeiter], S.2297f. (Hans-Peter Haferkamp); Karlheinz Rudolf Maier, Die Bürgschaft in süddeutschen

- und schweizerischen Gesetzbüchern 16-18. Jahrhundert, 1980, S.119ff. 参照。
- (8) Zimmermann, aa.O. (6), S.125ff. 勅法類集 (Codex) 8,40,28 には「保証人の証書についても、多くはかかる事由の約束から予見されていることを発見するからであって、そうしてその故に、一般法規によつて、いかなる方法によつても、債権者に満足が与えられない限り、保証人中の一人または債権者自身が選択されることによつては、解放されることはなく、債権者に全金額が完済されまたは他の方法で同人に満足が与えられるまでは権利は完全に存続することを規定する」とある(邦訳につき、岡徹「ローマ法の訴権競合についての一考察(一)」関西大学法学論叢三七卷五号(一九三七年)四三三頁)。
- (9) 邦訳につき、田中周友「儒帝新勅法第三・四・五号邦訳」法学論叢三七卷五号(一九三七年)四三三頁
- (10) Maier, aa.O.(7), S.122ff.
- (11) Maier, aa.O.(7), S.129ff.
- (12) Maier, aa.O.(7), S.130
- (13) Fr. Beyerle, Der Ursprung der Bürgschaft. Ein Deutungsversuch vom germanischen Rechte her, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, germanistische Abteilung 47, 1927, S.621
- (14) Rudolf Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 5.Aufl., 1930, S.513
- (15) HKK / Haferkamp, aa.O.(7), S.2298
- (16) Vgl. Ronny Duckstein / Gero Pfeiffer, Die Einrede der Vor-Ausklage (§ 771 BGB), JR 2010, S.231, 232; Franz Philipp v.Kübel und Hilfsarbeiter, Vorlage »Bürgschaft und Kreditauftrag«, in: Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Werner Schubert (Hg.), Recht der Schuldverhältnisse (zitiert: v.Kübel, Vorlage), Teil 3, Besonderer Teil II, 1980, S.434ff.
- (17) なお、当時の A G B G の位置づけにつき、小野秀誠「オーストリア一般民法典(一八二一年、A B G B) の二〇〇年：啓蒙と官房学の結合」一橋法学一四卷二号(二〇一五年)五七九頁も参照。
- (18) Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Horst Heinrich Jakobs = Werner Schubert (Hg.), Recht der Schuldverhältnisse III, 1983 (zitiert: Jakobs = Schubert), S.483
- (19) 石部雅亮「ドイツ民法典編纂史概説」石部雅亮編『ドイツ民法典の編纂と法学』(九州大学出版会、一九九〇年)二四頁

- (20) v.Kübel Vorlage, aa.O.(16), Teil 3, S.433
- (21) v.Kübel Vorlage, aa.O.(16), Teil 3, S.433
- (22) v.Kübel Vorlage, aa.O.(16), Teil 3, S.442f.
- (23) 以下、主張の根拠も含む。Jakobs = Schubert, aa.O.(18), S.481ff.
- (24) Jakobs = Schubert, aa.O.(18), S.484
- (25) ただし、第二委員会でも第一委員会と同様の疑問が出された。Jakobs = Schubert, aa.O.(18), S.492. また、学説上で先訴の抗弁に対する反対意見があった。Joseph Unger, Die Einrede der Vorausklage und der Begriff der Bürgschaft im Deutschen Entwurfe, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 29, 1890, S.11ff. によれば、保証人は、単に債務者の無資力を担保するのみならず、債権の実行が容易かつ迅速になることをも担保するものだから、主たる債務者が履行しなければ、直ちに保証人に履行の責任を負わせるべきであり、先訴の抗弁は、保証債務の性質および目的に反し、債権者に不利益を与え、さらに保証人の意思にも合致しないとする。
- (26) ただし、ドレスデン草案(本文Ⅱ(3))にあった「弁済期が到来したら直ちに支払う旨の約束を引受けた場合」は、必要なものとして削除の対象となった。Jakobs = Schubert, aa.O.(18), S.484
- (27) Jakobs = Schubert, aa.O.(18), S.485
- (28) Jakobs = Schubert, aa.O.(18), S.487
- (29) Jakobs = Schubert, aa.O.(18), S.487
- (30) Duckstein / Pfeiffer, aa.O.(16), S.233. なお、同論文は、「Voraus-Klage」ではなく「Vor-ausklage」を強調する。
- (31) MünchKomm / Habersack, aa.O.(5), § 771 Rn.3
- (32) MünchKomm / Habersack, aa.O.(5), § 771 Rn.3; StaudingerKomm / Horn, aa.O.(5), § 771 Rn.7
- (33) なお、解釈論上、動産の讓渡担保権や所有権留保も本条項の射程に含まれると解されうる。
- (34) MünchKomm / Habersack, aa.O.(5), § 771 Rn.6; StaudingerKomm / Horn, aa.O.(5), § 771 Rn.10
- (35) MünchKomm / Habersack, aa.O.(5), § 771 Rn.6; StaudingerKomm / Horn, aa.O.(5), § 771 Rn.10
- (36) 同項によれば、先訴の抗弁を排除する事由として、①保証人が先訴の抗弁権を放棄したとき、特に、連帯保証人として保

- 証をしたとき、②保証の引受け後に、主債務者の住所、営業所または居所が変更されたため、主債務者に対する訴追が著しく困難となったとき、③主債務者の財産について破産手続が開始したとき、④主債務者の財産に対する強制執行による債権者が満足を得ることができないと認められるとき、の四つが挙げられている。
- (37) Peter Derleder / Kai-Oliver Knops / Heinz Georg Bamberger (Hg.), *Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht*, Bd.1, 3.Aufl., 2017, § 27 Bürgschaft (Kai-Oliver Knops), Rn.71f., 93
- (38) 後述のとおり、BGB制定前の普通法時代においては、*ispo iure compensatur* の原則があり、相殺適状になれば債権関係は消滅したものとみなされるものとなっていた（A I R 第一編一六章三〇一条参照）が、現行BGBではそれは踏襲されず、相殺権は形成権と位置づけられた。
- (39) なお本条項は、解除や減額のみならず他の形成権にも類推適用される。MünchKomm / Habersack aaO.(5), § 770 Rn.6.
- (40) RG Urt. v. 17.10.1904 (RGZ 59, S.207, 210); BGH Urt. v. 11.6.1992 (NJW 1992, S.2286, 2287); Friedrich Harter, *Einreden des Bürgen*, in: Friedrich Harter (Hg.), *Besonderes Vertragsrecht -aktuelle Probleme*, Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, 2002, S.515, 518
- (41) Katharina Klingel, *The Principles of European Law on Personal Security as neutrals Recht für international Bürgschaftsverträge*, 2009, S.212
- (42) Reinhard Zimmermann, *Die Einrede der Aufrechenbarkeit nach § 770 Abs.2 BGB*, JR 1979, S.495, 498
- (43) BGH Urt. v. 19.9.1985 (BGHZ 95, S.350, 361); BGH Urt. v. 16.1.2003 (BGHZ 153, S.293, 299); Arndt Kiehle, *Gibt ein Aufrechnungsrecht des Hauptschuldners dem Bürgen eine Einrede gegen den nicht aufrechnungsgerechtigten Gläubiger? -Zur Auslegung des § 770 BGB und zum Innenverhältnis von Schuldner und Bürge*, AcP 208 (2008), S.635, 674; Volker Wiese, *Der Schutz des Bürgen durch die Einrede der Aufrechenbarkeit -am Beispiel von Aufrechnungsverboten gemäß § 394 BGB*, JR 2006, S.397, 398; Vladimir Primaczenko, *Die Einrede der Aufrechenbarkeit in § 770 II BGB und § 129 III HGB*, JA 2007, S.173, 174; MünchKomm / Habersack aaO.(5), § 770 Rn.2, 3; Staudinger / Horn, aaO.(5), § 770 Rn.1.
- (44) Heinrich Dernburg, *Geschichte und Theorie der Compensation nach römischem und neueren Rechte*, mit besonderer

Rücksicht auf die preussische und französische Gesetzgebung, 1868, S.457ff.; Fridolin Eisele, Die Compensation nach römischem und gemeinem Recht, 1876, S.297ff.

(45) Dernburg, aa.O.(44), S.459

(46) Dernburg, aa.O.(44), S.457ff.; Eisele, aa.O.(44), S.297ff.; なお、近時の学説を見ると、D.16.2.4とD.16.2.5を分けて理解する見解がある (Kiehle, aa.O.(43), S.640f.)。D.16.2.4は、保証人の責任の「附従性」との関係で示したものと理解する。すなわち、主債務者が相殺し得ることを前提として、実際に相殺がなされれば「附従性」によって保証人の責任もその分に減少するのだから、保証人の責任はその範囲に限定されるのだという考え方が示されたものとして捉える。これに対しD.16.2.5は、保証人自身が相殺をし得るというものではなく、むしろ、債務者が相殺をなし得る場合にその範囲で責任を負わないことのみを扱ったものであると理解する。すなわち、債権者が相殺し得ることを前提として、先訴の抗弁と同様に「補充性」の観点から、債権者に対して、主債務者への権利を先に行使せよ(権利行使するまでは、その限りにおいて給付を拒絶する)と主張できるのだという考え方が示されたものとして捉える。

(47) Kiehle aa.O.(43), S.642f.やHKK / Zimmermann, aa.O.(7), Rn.41は、A L R第一編第一六章三二八条のほかに、一八五三年大公国ヘッセン草案第四編第一章三二三条および、一八六一年バイエルン草案第二編第二章一九二条を挙げている。

(48) Wilfried Schlüter, Die Einrede der Aufrechenbarkeit des OHG-Gesellschafters und des Bürgen, Festschrift für Harry Westermann zum 65. Geburtstag, 1974, S.509, 514

(49) なお、同草案では、同規定と並んで、保証に関する規定の中の九三七条において、「保証人は債権者に対し、主債務者が被担保債務に関して有している抗弁をも用いることができる。」としつつ、①その抗弁が主債務者に一身専属的に帰属する場合、または、②その抗弁が、主債務者によって主張される場合のみ主債務の消滅という効力が生じ、債権者がその抗弁に対して保証を通じて安定した状態が維持されるべきであるような場合が、その例外として置かれた。そして、主債務に含まれた抗弁の例として相殺を明記すべきかどうか委員会が議論されたが、結局、否決された。そして、三七〇条の議論の中でも、相殺の扱いが決して明らかとなっていないことがうかがえる。Kiehle aa.O.(43), S.643.

(50) v.Kübel Vorlage, aa.O.(16), Teil 1, 1980, S.1086

(51) v.Kübel Vorlage, aa.O.(16), Teil 1, 1980, S.1086

- (22) v.Kübel Vorlage, aa.O.(16), Teil I, 1980, S.1086
- (23) 各段のノシヤクを發想材にペンチトシテ其の中びの點を採りて了す。Demburg, aa.O.(44), S.457ff.; Eisele, aa.O.(44), S.297ff.
- (24) v.Kübel Vorlage, aa.O.(16), Teil 3, S.450
- (25) v.Kübel Vorlage, aa.O.(16), Teil 3, S.450
- (26) Jakobs = Schubert, aa.O.(18), S.472; Zimmermann, aa.O.(42), S. 497f.
- (27) 之レを採リテ其ノキチルル。aa.O.(43), S.646 各段を採リテ其ノ中びの點を採りて了す。
- (28) Otto Fischer, Recht und Rechtsschutz: eine Erörterung der Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Civilprozess im Beziehung auf den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1889, S.116
- (29) Johannes Krech, Die Rechte an Grundstücken nach dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1889, S.133
- (30) Lippmann, Zur Lehre von der Kompensation nach dem Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts 32, 1893, S.157, 229
- (31) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Im Auftrage des Reichs-Justizamts bearbeitet von Achilles, Gebhard & Spahn, Bd. II [zitiert: Prot. II], S.469ff.
- (32) Jakobs = Schubert, aa.O.(18), S.492f.
- (33) Prot. II, aa.O.(61), S.471.
- (34) BGH Urt. v. 19.9.1985 (BGHZ 95, S.350, 361); BGH Urt. v. 16.1.2003 (BGHZ 153, S.293, 299)
- (35) BGH Urt. v. 11.4.1957 (BGHZ 24, S.97, 99); BGH Urt. v. 16.1.2003 (BGHZ 153, S.293, 301); MünchKomm / Habersack aa.O.(5), § 770 Rn.8; StaudingerKomm / Horn, aa.O.(5), § 770 Rn.8
- (36) Dieter Medicus, Die Akzessorietät in Zivilrecht, Jus 1971, S.497, 501; Zimmermann, aa.O.(42), S.496ff.
- (37) MünchKomm / Habersack, aa.O.(5), § 770 Rn.10
- (38) StaudingerKomm / Horn, aa.O.(5), § 770, Rn.9

- (69) Kiehle aa.O.(43). S.651ff. 674
- (70) BGH Urt. v. 16.1.2003 (BGHZ 153, S.293, 298ff.) : BGH Urt. v. 14.10.2003 (BGHZ 156, S.302, 310) : Gero Fischer, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Bürgschaft und zum Schuldbeitritt -Teil I -, WM 1998, S.1705, 1712; Klaus Tiedtke, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Anwendung des AGB-Gesetzes im Bürgschaftsrecht seit 1980, ZIP 1986, S.150, 153ff.
- (71) BGH Urt. v. 16.2.1984 (WM 1984, S.425)
- (72) StaudingerKomm / Horn, aa.O.(5), § 770 Rn.16
- (73) Tiedtke, aa.O.(70), S.153ff
- (74) Vgl. Fischer, aa.O.(70), S.1712
- (75) 改正法の概要について、ネーター・シュレヒトリーム編(半田吉信訳)『ヨーロッパ債務法の変遷』(信山社、二〇〇七年)五五頁以下(Reinhard Zimmermann 執筆。遠藤研一郎訳)。また、Heinz-Peter Mansel / Christine Budzikiewicz, Das neue Verjährungsrecht, 2002; Uwe Gottwald, Verjährung im Zivilrecht, 2005を参照。
- (76) BGB一九九条一項により、消滅時効の開始のために、「請求権が発生したこと」が重要となるが、これに関し、保証人に関する請求権がいつ発生するのか、すなわち、いつ弁済期が到来したのかという問題が、解釈論上で争われている。一方では、時効は、債権者によって保証人への請求がなされた時にはじめて、時効が開始すると解する見解がある(Daniel Schlößer, Die Hemmung der Verjährung des Bürgschaftsanspruchs nach neuem Schuldrecht, NJW 2006, S.645, 647f.; Barbara Gay, Der Beginn der Verjährungsfrist bei Bürgschaftsforderungen, NJW 2005, S.2585, 2588; Staudinger Komm / Horn, aa.O.(5), § 765 Rn.112)。他方、保証債務の履行期が到来すれば、追加的に給付の請求を行わなければ、主たる請求権の発生に伴って時効は進行すると解する見解もある(Jörg Hohmann, Verjährung und Kreditsicherung, WM 2004, S.757, 760; Klaus Tiedtke, Aus dem Hauptschuldverhältnis abgeleitete und eigene Einreden des Bürgen, JZ 2006, S.940, 945)。
- (77) MünchKomm / Habersack, aa.O.(5), § 768 Rn.1; StaudingerKomm / Horn, aa.O.(5), § 768 Rn.1
- (78) BGH Urt. v. 12.3.1980 (BGHZ 76, S.222); BGH Urt. v. 10.5.1990 (NJW 1990, S.2754); BGH Urt. v. 5.11.1998 (NJW 1999, S.278); MünchKomm / Habersack, aa.O.(5), § 768 Rn.5; StaudingerKomm / Horn, aa.O.(5), § 768 Rn. 13, 15

- (7) Bericht des BT-Rechtsausschusses, BT-Drs. 14 / 7052, S.206; MünchKomm / Habersack, aa.O.(5), § 771 Rn.7; StaudingerKomm / Horn, aa.O.(5), § 771 Rn.2
- (80) Schlöber, aa.O.(76), S.646
- (81) MünchKomm / Habersack, aa.O.(5), § 771 Rn.8
- (82) Bericht des BT-Rechtsausschusses, aa.O.(79), S.206
- (83) StaudingerKomm / Horn, aa.O.(5), § 771 Rn.2
- (84) Schlöber, aa.O.(76), S.646
- (85) Mansel / Budzikiewicz, aa.O.(75), § 8 Rn.6
- (86) 以下の紹介は、基本的に、HKK / Halerkamp, aa.O.(7), S.230ff.; Klingel, aa.O.(41), S.204ff.; 法務省・前掲注(3)を参照しつつ、さらに以下で個別に示す文献を確認しつつまとめた。
- まず、法形式上は、保証の補充性を原則としている諸国がある。①フランス民法三二九八条は、保証人は、債務者による債務の履行がない場合にしか、債権者に対して弁済の義務を負わず、債務者は予め自己の財産に対して檢索 (discute) されなければならない旨を規定し、保証の補充性を原則として置いている (なお、大澤慎太郎「フランス法における保証債務の履行と保証人の保護」早法九一卷三号三三二頁によれば、フランスにおける保証人に与えられる基本的な抗弁権として、①「檢索の利益 (bénéfice de discussion)」②「分別の利益 (bénéfice de division)」③「代位のない利益 (bénéfice de non subrogation)」の三つがその具体的内容として挙げられている)。この抗弁は、債権者が主債務者を訴追し、主債務者に対する強制執行が目的を達することができなかったことを債権者が証明するまで、保証人が債権者から訴追を受けることに対する時間的猶予を与えるものであるうえ、さらに、フランス民法三三〇一条によって、債権者が可能性を指摘された強制執行を実施しなかったところ、その後主債務者が支払不能に陥った場合、もし債権者が強制執行を実施していたのならば回収できたであろう財産的価値の限度において、保証人は支払いを免れることとなる。なお、この抗弁を主張するためには、さらに、④保証人が、その件に関する応訴の前に抗弁を主張しなければならず、また、債権者が、執行文言付きの公正証書などの執行名義を自由に行使できる場合には、保証人は、支払請求を受領する前に抗弁を主張しなければならないという制約、⑤フランス民法三三〇〇条に従い、一部の例外を除いて原則的に、債権者が価値のある財産を有していることを保証人が証

明しなければならぬという制約、③同条に従い、債権者が強制執行をするのに必要な額の金銭を保証人が支払わなければならない(この場合には、保証人が支払った額の範囲において主債務者に賠償請求する)という制約が課される。②オーストリア民法一三四六条は、「第一の債務者が債務を履行できない場合に、債権者の満足を得させることを義務付けられる者」を保証人と定義づけ、第一の債務者が主債務者であり、保証人は、劣後的債務者(Nachschuldner)と位置づけている。そしてオーストリア民法一三五五条は、主債務者が債権者から裁判上または裁判外で催告を受けたにもかかわらず、債務の履行がなされなかった場合にはじめて、保証人は請求を受け得る旨を規定している。③スイス債務法(スイス民法典は、ドイツ民法典の強い影響を受け、一九〇七年二月一〇日に制定され、一九二二年一月一日に施行された。ただし債務法については、一九世紀半ばのブルンチュリのチュエリッヒカントン法の影響を受け、別の法典であるスイス債務法典が一九一一年に制定された。スイス法の民法体系に関し、半田吉信「スイス債務法総則編の改正」駿河台法学二八巻一号(二〇一四年)参照)も、単純保証(einfache Bürgschaft)を法律上の原則形態の位置づけ、四九五条一項において、保証人の補充的な責任を規定している。

他方、法形式上も、保証の補充性を原則としない諸国もある。④イタリア民法一九四四条一項は、連帯債務の規定の中で、保証人が主債務者と連帯して債務の支払いについて責任を負う旨を規定しており、補充性が原則となっていない。確かに、保証人の責任を補充的責任とする旨の合意をすることは可能であるが、フランス法と同様、保証人は、主債務者に対する強制執行を軽減するための協力をしなければならず(同条二項)、また、実際に実務上、そのような合意はほとんどなされていないとの指摘がある(Kerstin Brixius, Verbraucherrecht in Deutschland und Italien, 2001, S.168; Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Die Bürgschaft im Recht der Mitgliedsstaaten der Europäischen Gemeinschaften, S.35)。⑤イギリス法においては、保証人は、詐欺防止法に従って、債権者に対し、主債務者とともに常に連带的に責任を負わなければならない。債権者が、債権の弁済期後に主債務者に一度請求しなければならないことを保証人が求めることができるかどうかが争われたが、通説的な見解では、保証の連帯債務的な性質から、原則的にそれを否定されるものと解している。⑥アメリカ法でも、保証法リステイトメント五一一条は、原則として、債権者は、保証人に対して強制執行をする前に、主たる債務者に対して強制執行を行っている必要はないとしている(例外的に、債権者が主たる債務者からの回収に失敗したことが、保証債務の履行の条件になっている場合は、この限りではない。また、債権者が主たる債務者の財産上に担保権を有してお

り、その担保権を実行しないことが保証人に特別な困難を生じさせ、他方、担保権実行が債権者に対して、重大な損害または負担とならない場合には、保証人には、まず、担保権実行を行うべきことを主張することができる。

(本学法学部教授)