

Title	担保債務としての保証債務における付従的保証債務と独立的保証債務：独立の消滅時効の可能性
Sub Title	Le cautionnement, essai d'une règle de l'accessoire et sa caractère de sûreté : la prescription autonome de l'obligation de la caution
Author	平野, 裕之(Hirano, Hiroyuki)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2015
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.88, No.2 (2015. 2) ,p.1- 39
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20150228-0001

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

担保債務としての保証債務における付従的保証債務と 独立的保証債務

—— 独立の消滅時効の可能性 ——

平野 裕之

一 問題設定

- (1) 保証「債務」を想定するが故の問題の発生
 - (2) 本稿の前提理論の確認——保証債務の担保としての本質と付従性
 - (a) 保証債務の別個債務性と付従性をめぐる問題
 - (b) 給付の同一内容性の限界
 - (c) 保証債務の主債務から独立した時効の否定
 - (3) 本稿の扱う問題
- ## 二 主債務と保証債務の時効をめぐる
- (1) 主債務の時効と保証債務の付従性
 - (a) 主債務の時効の保証人による援用
 - (b) 主債務の時効中断をめぐる

- (c) 主債務の確定債権化と保証債務
 - (2) 保証債務の独自の時効可能性（否定）——担保の独自時効否定の原則
 - 三 主債務者の破産免責または法人格消滅と時効——保証債務の付従性という観点から
 - (1) 主債務者の破産免責と保証債務
 - (a) 破産免責の法的構成——主債務の時効の可能性
 - (b) 破産免責と保証債務の付従性
 - (2) 主債務者の破産手続終結決定による法人格消滅
 - (a) 判例の状況
 - (b) 学説の状況
- ## 四 総括と残された複合問題

- (1) 本稿の総括
- (a) 別個債務性から独立の時効を導くべきではない
- (b) 同一内容性の付従性による限界づけ
- (c) 担保債務性による付従性の排除——担保が上位の理念
消滅
- (2) 主債務の確定債権化の効力とその後の主債務者の法人格

一 問題設定

(1) 保証「債務」を想定するが故の問題の発生

保証制度は、債務者（主債務者）の財産に加えて、第三者（保証人）の財産も責任財産とすることにより債権回収の可能性を高める「人的担保」制度である。⁽¹⁾ 即ち、民法は「保証債務」と題する款を設け（四四六条以下「本稿では民法は条文数のみで引用する」）、保証債務を「主たる債務者がその債務を履行しないときに、その履行をする責任」と規定している（四四六条一項）。主債務者の債務（主債務）とは別に保証人の債務（保証債務）を認めているのである（「別個債務性」を承認する考えを「保証債務肯定説」と呼ぶ）。

しかし、担保ということを貫けば異なる構成の可能性もある。近時、加賀山茂教授により、保証債務（また保証人に対する債権）を認めない、法的構成が提案されている。「人的担保は、擔取力を量的に強化し、第三者である保証人の責任財産をも擔取力の対象とする制度である」として、「債務のない責任」として再構成するのである。⁽²⁾ 債務としては主債務一つのみを認め——従って、債権者の保証人に対する「保証債権」も認めない——、その債務の責任財産を保証人の財産にも拡大（擔取力の人的拡大）したのが保証制度であると考えるのである（以下、「保証債務否定説」と呼ぶ）。⁽³⁾ 保証債務否定説では、債務としては主債務だけを考えるが故に、保証債務の付従性、保証債務の時効（本稿では、「時効」は消滅時効の意味で用いる）中断、保証債務の独立した時効の可否などの問題自体が生じないことになる。⁽⁵⁾

保証債務否定説は非常に魅力的である。しかし、論者は一点の曇りもなく現行法の解釈として主張しているが（四四六条一項は「債務」でなく「責任」と規定）、冒頭に指摘した民法の構成と抵触することになるので、解釈論としては無理なように思われる。⁶⁾但し、保証債務否定説の主張は保証の担保としての真髄をつくものなので、その法理による解決を一つの理念モデルとして参考にすることは有益である。

ところで、現行法は保証債務肯定説に依拠し、主債務と保証債務の二つの債務を想定するものの、保証債務は主債務の従たる存在と考えられている。即ち、①「主たる債務……の履行をする」債務であり（四四六条一項）、主債務を当然の前提とし、②「主たる債務の限度」に「保証人の負担」は限界づけられることが明記されている（四四八条）。①から、保証債務は主債務の「給付」を実現すべき義務であり、「給付」内容の同一性が導かれ（「給付の個性」ないし「給付内容の同一性」）、また、②から、「無」を含めて主債務の給付内容を超え得ないという抗弁が認められている（「付従性」と呼ばれる⁷⁾）。四四八条の規定する付従性は保証人の責任を限界づける抗弁事由であり、広く担保という性格とか従たる性格という形で「付従性」が使われる傾向があるが、四四八条に限定して付従性（の抗弁）という言葉は用いられるべきである。

しかし、保証債務には「担保債務性」が認められ、「独立性」をも射程に含めるべきものである（この点は規定がなく法の欠缺がある）。究極的には自ら主債務者にとって代わる地位に立つことが引き受けられていると考えらるべきである。本稿の一つの目的は、民法に規定のない保証債務のこの領域を検討することである。そして、別の債務と構成するが故に、保証債務について独立した時効の可能性が生じてくるが（保証債務の「時効の独立性」、それは債務ということに目を奪われた解決であり、担保という本質からは疑問である。この問題を検討することが、本稿のもう一つの目的である。この二点について、問題意識を次に敷衍してみよう。

(2) 本稿の前提理論の確認——保証債務の担保としての本質と付従性

(a) 保証債務の別個債務性と付従性をめぐる問題 保証債権とはいわなから分かるように、債権者の保証人に対する債権は一つの独立した財産権とは考えられていない。「担保」目的実現のための法的構成として「債権」が想定されているにすぎない。

保証債務が「担保」債務という本質を有するだけでなく、「主債務の代位弁済義務」という法的構造により支えられているが故に（代位弁済義務説「私見」⁹）、保証債務の「給付」内容は必然的に主債務の「給付」内容となり、その帰結として、その成立には主債務の存在を必要とし、主債務が消滅すれば消滅し、主債務の内容以上の給付内容にはなり得ないことになる。この同一内容性の中から保証債務は主債務の「給付」内容を超え得ない、という保証人に有利な主張を取り出して、保証人の抗弁事由として保証債務の「付従性」の抗弁が認められているのである（四四八条）。付従性は、いわば「別個債務性」を制御し「無」も含めて主債務を超えることを否定する保証人保護法理である。

「給付」の同一内容性は、一方で、保証人保護のために、他方で、担保債務という観点から債権者のために制限を受ける。即ち、保証契約後の不利な主債務の「給付」内容の変更の「合意」は保証人には対抗できない（↓(b)①）。他方で、保証契約はいざという事態に対応する担保を負担する合意であり、独立担保義務として存続する可能性を内在しているのである（↓(b)②）。

また、別個債務性から、主債務とは独立して保証債務の時効が考えられている（判例・通説）。しかし、「担保」債務という本質からいえば、担保が独立して時効により消滅することを認めるのは適切ではない。そのため、保証債務の「別個債務性」を時効につき「担保」債務という本質から制限をすべきである（↓(c)）。

(b) 給付の同一内容性の限界

① 事後的な「給付」内容の不利益変更「合意」の対抗不能 保証債務成立後に債権者と主債務者の「合意」により主債務の「給付」内容を変更しても、不利益な変更は保証人には対抗できないと考えるべきである（保証人に有利な変更は原則通り¹⁰）。「主債務を写す鏡」ないし「主債務の代位弁済義務」ということから導かれる主債務の「給付」との同一内容性に対する制限となる。

保証人は、保証契約によりその時点の内容の主債務の「給付」について代位弁済義務を引き受けたにすぎない。当初引き受けた主債務の内容を超え得ないという点では、付従性判断の基準時の問題といえる。但し、これは「合意」は第三者を害し得ないという原則の適用でもあり、法定の効果は、それが生じることを当然予定すべきであり、保証人に不利益な変更であっても保証人に対抗できる¹¹（例えば、一三七条の期限の利益の喪失）。一七四条の二の主債務の確定債権化は、むしろ(c)の問題として考察すべきである。

② 代位弁済義務を超えた独立担保義務としての保証債務 保証契約当初から主債務が成立しなかったり主債務が自然債務であったりすれば、保証人は付従性によりそのことを援用することができる。保証契約により保証人が当初負担する債務は、代位弁済義務であり論理必然的に主債務の「給付」を履行する義務であるため主債務に対する付従性が認められる（以下、「付従的保証債務」と呼ぶ）。

しかし、主債務が成立した後に、主債務者について信用不安が生じたとしても、保証人は責任を免れない。正にそのような事態のための保証制度であるからであり（「担保債務性」の帰結）、究極的には主債務の「給付」を独立して「履行」することを引き受けていると考えるべきである。次のように考えたい。

保証契約で保証人は、当初は付従性のある付従的保証債務（代位弁済義務）を引き受けているが、主債務者が破産免責を受けまたは破産手続終結により法人格を失って、主債務が消滅または自然債務となった場合のために、自ら独立して主債務と同じ内容の給付をなす独立担保義務（以下、「独立的保証債務」と呼ぶ）をも引き受けてい

ると考えるべきである。民法にこのことを明記した一般規定はなく、後述の破産法等に各論的な規定があるだけであるが、法の欠缺として解釈により補完することが認められるべきである。¹²⁾ 主債務という梯子を外されると、付従的保証債務（代位弁済義務）から独立的保証債務（独立担保義務）へと同一性を保ちつつ変容するのである。もはや主債務を前提とした代位弁済義務ではなく、主債務と同じ満足を債権者に与えるべき独立担保義務になる。保証債務の付従性は、代位弁済義務たる付従的保証債務について認められる原理にすぎない。ただ、独立的保証債務の成立時点においてその内容を規律する限りで、四四八条を適用することは認めてよい。

以上は保証契約の解釈としての結論であり（このような解釈法規は任意法規が判例法により創造されるべき）、独立的保証債務を認めない特約は可能である。保証をめぐっては、担保ということと付従性（繰り返し返すが、四四八条の保証人の抗弁事由）とが同意義かのように理解されているが、このように考えるべきである。このことは、たとえ単純保証であっても同様であり、独立的保証債務になれば補充性も失われる。債権としても、独立的保証債務になることにより、独自の財産的価値のある債権へと変容を遂げることもなる。

(c) 保証債務の主債務から独立した時効の否定 判例・通説は、保証という債務を主債務とは別に認めることから（別個債務性）、その独自の時効を肯定しているが（時効の独立性）、債務という構成に目を奪われ担保という本質を忘れた議論であり、保証債務につき独立した時効を認めるべきではない¹³⁾（保証債務否定説と同じ結論を実現できる）。三九六条は、抵当権についてのみ規定するが、全ての担保にあてはまる一般原理化が可能である（後述の担保の独自時効否定の原則）。

(3) 本稿の扱う問題

本稿は、以上の基本的視点に依拠して、保証債務の「別個債務性」、その論理的帰結としての「同一内容性」

及び「付従性」、そしてこの二つを超越する可能性のある「担保債務性」に光を当て、(2)に指摘した二つの異なった観点から保証債務の特殊性を再確認したい。それは、保証債務の独立した時効を否定すること、及び、「担保債務性」としての運命として、保証債務が代位弁済義務ではなくなり独立担保義務へと転化する可能性を認めるべきことである。

既に、主債務の時効中断・完成と保証債務、主債務の確定債権化と保証債務、また、主債務者の破産免責また破産手続終了による主債務者たる会社の法人格消滅と時効の問題など、注目される判例もあり学説も判例評釈を中心として議論の蓄積がある。しかし、時効における筆者の立場（確定効果説また時効の効果を自然債務とするに止める立場）と前記の視点とを結びつけると、異なった世界が垣間見えてくる。また、主債務の確定債権化後の主債務者の法人格消滅等、未解決の問題もあり、これについても最後に言及したい。

二 主債務と保証債務の時効をめぐって

(1) 主債務の時効と保証債務の付従性

(a) 主債務の時効の保証人による援用 主債務の時効が完成した場合には、保証人に主債務の時効について援用権が認められている（大判大四・一二・一一民録二二輯二〇五一頁、大判昭七・六・二二民集一一卷一一八六頁）⁽¹⁴⁾。但し、保証人の援用は債権者との相対的な関係でのみその効果が認められるにすぎない（主債務者の援用も相対効とするかは議論がある）。

筆者は、確定効果説を採用しまた債権の消滅時効の効果を強制力の消滅と構成している⁽¹⁵⁾ので、主債務者が時効利益の放棄をしない限り、全ての利益ある者が時効を援用でき（形成権の行使ではなく単なる訴訟上の主張として

の援用)、保証人もこれに含まれる。人的な問題は、判決の相対効により解決される。この反面、主債務が時効の利益を放棄すれば、保証人も含めて主債務者以外の者も時効を援用することができなくなる。債権回収という担保の目的からは、主債務者が時効の利益を放棄する以上は担保たる保証債務はその運命に服すべきであり(物上保証人の抵当権も)、付従性による保証人保護を徒に振りかざすべきではない。この解決は、後述の保証債務は主債務と共にでなければ時効にかからないという原理と整合性を有することになる。但し、一度主債務者が時効を援用し、保証人にもその利益享受について信頼を与えた後は、主債務者が援用を撤回してもその効果は保証人には及ばないというべきか。

(b) 主債務の時効中断をめぐって

(ア) 保証債務への効力——保証債務の独自の時効の否定 民法は、「主たる債務者に対する履行の請求その他の事由による時効の中断は、保証人に対しても、その効力を生ずる」と規定する(四五七条一項)。これは、時効中断効の相対効の原則(二四八条)に対する例外を規定したものであり、主債務者に主債務につき時効中断が生じた場合に、その効力が保証人にも及び保証債務も時効中断をすることを認めた規定である。

しかし、時効中断に限られるべきではなく、三九六条(「抵当権は、債務者及び抵当権設定者に対しては、その担保する債権と同時になければ、時効によって消滅しない」)⁽¹⁶⁾と同様の結論、即ち、「保証債務は、主たる債務と同時になければ、時効によって消滅しない」という結論が認められるべきである。四五七条一項や三九六条の根底に、被担保債権よりも担保だけが先に時効にかかるのを否定する一般原理(以下、「担保の独自時効否定の原則」と呼ぶ)を認めるべきである。⁽¹⁷⁾三九六条の類推適用でも、四五七条一項の拡大適用でもなく、このような法の一般原則を解釈として認めるべきである。⁽¹⁸⁾

担保の独自時効否定の原則という一般原理を認めれば、たとえ保証債務が時効中断しなくても、主債務の時効

が完成しない限り保証債務の時効完成が否定されるので、中断の規定は余計に見えるかもしれない。しかし、後述の独立的保証債務に転化した場合に、保証債務と同一性を有しその時効の起算点・中断を承継するので、四五七条一項の適用を認めることは無意味ではない。

(イ) 何の時効中断を保証人に対して問題にすべきか 抵当権についていえば、被担保債権の時効の他に抵当権の時効が「財産権」の時効として問題となるが（一六七条二項）、右に述べたように抵当権が被担保債権と独立して時効にかかることは認められない。ところが、被担保債権の時効について、債務者だけでなく物上保証人にも時効援用権を認めるため、被担保債権について債務者との関係とは別に、物上保証人との関係で独自の時効中断・完成を問題にしている判例がある。

即ち、物上保証人は被担保債権を承認して自己との関係でも被担保債権の——抵当権は物上保証人による承認で時効中断可能なので被担保債権の時効についての議論⁽¹⁹⁾——時効中断を生じさせることはできず（最判昭六二・九・三判時一三二六号九一頁）、そのこともあり、「三九六条の趣旨」から、被担保債権をめぐって、債務者について生じた時効中断の効力を物上保証人にも及ぼしているのである（最判平七・三・一〇判時一五二五号五九頁）⁽²⁰⁾。その前提には、被担保債権の時効について、援用権者ごとに時効の起算・中断・完成を考え、前記のような処理をしないと、被担保債権の時効が、債務者との関係では完成していないのに物上保証人との関係では完成してしまい、物上保証人が被担保債権の時効を援用して抵当権を消滅させることができるという仮想の結論がある。⁽²¹⁾それは三九六条の被担保債権が時効にかかっていないのに先に抵当権が時効により消滅することを否定する趣旨と抵触する⁽²²⁾というのである。

しかし、時効の起算・中断また停止そして完成（更に確定債権化による時効期間の延長）は、債務者についてのみ検討し、完成が認められたならばその援用（形成権と考えるならば援用権）を債務者だけでなく物上保証人にも

認めるといので足りるはずである。⁽²³⁾ このことは、保証債務についてもあてはまり、四五七条一項は、主債務について保証人との関係でその時効中断を認める規定ではなく、保証債務について時効中断を認める規定にすぎない。⁽²⁴⁾ 主債務の時効の起算、中断、停止また完成は、全て主債務者について問題とし、完成した場合には保証人にも主債務の時効の援用を認めれば足りる。⁽²⁵⁾ 一四八条は時効により直接に権利を取得しまたは債務を免れる者それ自体に適用される規定であり、たとえ実体法上形成権としての援用権を認めるとしても、援用権者ごとに適用されるものではなく、先に指摘した者について時効が完成したならば、他の援用権者にも時効援用権が拡大されるというだけである。更にいえば、確定効果説に立つ本稿の立場では、実体法上の概念としての援用権者を問題としないため、援用権者ごとに時効中断・完成を考えると、問題設定自体が不要となる。

(c) 主債務の確定債権化と保証債務 主債務も保証債務も共に一〇年より短い期間の時効に服する場合に、主債務が確定債権化し一〇年の時効期間になった事例につき、最判昭四三・一〇・一七集民九二号六〇一頁は（以下、昭和四三年判決と呼ぶ）、「民法四五七条一項は、主たる債務が時効によって消滅する前に保証債務が時効によって消滅することを防ぐための規定であり、もっぱら主たる債務の履行を担保することを目的とする保証債務の附従性に基づくものであると解されるところ、民法一七四条ノ二の規定によって主たる債務者の債務の短期消滅時効期間が一〇年に延長せられるときは、これに応じて保証人の債務の消滅時効期間も同じく一〇年に変ずるものと解するのが相当である」と判示する。昭和四三年判決の結論は明快であるが、その根拠づけや法的構成は必ずしも明確であるとは言い難い（公式判例集にも収録されていない⁽²⁶⁾）。次の二つの理解が可能ないように思われる。なお、保証債務否定説では議論さえ不要である。

① 保証債務に民法一七四条の二を適用する まず、昭和四三年判決は、「保証人の債務の消滅時効期間も同じく一〇年に変ずる」と言い切っているため（二つ目の太字部分）、保証債務にも民法一七四条の二が適用され

その時効期間が一〇年に変更されるといふ理解が考えられる。しかし、飽くまでも保証債務自体は確定されておらず（確定債権化の要件を充たしていない）、民法一七四条の二を適用する要件を充たしていないという批判を免れない。

② 保証債務には民法一七四条の二を適用しない　もう一つは、昭和四三年判決が「民法四五七条一項は、主たる債務が時効によって消滅する前に保証債務が時効によって消滅することを防ぐ」ということを根拠にしてゐるため（一つ目の太字部分²⁷）、飽くまでも確定債権化したのは主債務であり、保証債務については判決等により確定債権化しておらず（保証債務には一七四条の二は適用されない）、ただ単に四五七条一項の根底にある一般原理によって、主債務より先に保証債務の時効が完成することが否定されただけという理解が考えられる。

筆者としては、昭和四三年判決は二つ目の太字部分で「一〇年に変ずる」と言い切つてはいるが、むしろ前半部分に重きを置き②の評価を是としたい。但し、次述のように保証債務が主債務よりも先に時効完成することを認めるのが判例であり、担保の独自時効否定の原則まで承認したとはいえない。その意味で中途半端であり、筆者としては先に見たように、担保の独自時効否定の原則という一般法理を認めて（保証債務の確定債権化は不要、その適用により確定債権化した主債務の完成まで、保証債務の時効期間がどうあれその時効完成が猶予されると説明をすればよいと考えている。

(2) 保証債務の独自の時効可能性（否定）——担保の独自時効否定の原則

保証債務否定説では、主債務とは別に保証債務の消滅時効を考へる必要はないが、保証債務肯定説（現行法）では保証債務について時効が問題になる。この点、担保の独自時効否定の原則という一般法理を認める本稿の立場からは、主債務が確定債権化した事例に止まらず、当初から主債務の時効期間よりも保証債務の時効期間が短

い場合にも、保証債務の時効完成は主債務の時効完成まで延期されると考えるべきである(判例・通説は反対)⁽²⁸⁾。これにより、保証債務否定説と同じ結論を実現でき、保証人には主債務の時効の援用のみが認められる。

ただ、保証人は、①主債務の時効を援用して付従性による保証債務の消滅を主張するだけでなく、②主債務の時効完成と同時にしその後であれば保証債務の時効完成は認められるので、保証債務の時効を援用することもできる。主債務の時効については、私見では主債務者が時効の利益を放棄した場合には、保証人も主債務の時効援用ができなくなるが(前述)、保証債務の時効については依然として援用を妨げられない。その意味で保証債務の独立性を認める実益はあり、保証債務肯定説の方が、保証債務否定説よりも保証人を厚く保護できる。

三 主債務者の破産免責または法人格消滅と時効——保証債務の付従性という観点から

(1) 主債務者の破産免責と保証債務

主債務者が個人であり破産免責を受けたとしても、特約がない限り正にそのような場合に対処するための保証債務であるので、保証人は免責されることはない。破産法が、「免責許可の決定は、破産債権者が破産者の保証人その他破産者と共に債務を負担する者に対して有する権利及び破産者以外の者が破産債権者のために供した担保に影響を及ぼさない」と規定しているので(破産法二五三条二項)⁽²⁹⁾、結論自体には異論を差しさむ余地はない⁽³⁰⁾。しかし、付従性との関係で理論的な説明が必要になる⁽³¹⁾。

(a) 破産免責の法的構成——主債務の時効の可能性 破産免責の効果については、①免責を受けた債務が消滅するという債務消滅説⁽³²⁾と、②債務は免責により消滅せず強制力だけが失われるという債務存続説とがあるが、後者は厳密には、①自然債務になると考える自然債務説⁽³³⁾と、②免責決定までの財産が責任財産とされその後の財

産は責任財産にならないとする責任なき債務説⁽³⁴⁾（ないし責任財産制限説）とに分類できる。⁽³⁵⁾

債務存続説では主債務が存続するが故に、債権者が保証人との関係で保証債務につき債務承認を受ける形で——例えば分割払いを受けている——時効中断措置をとっていたとしても、主債務が時効にかかり、保証人が主債務の時効を援用するという問題が生じる。そのため、主債務の時効の進行・完成を認め、かつ、保証人に主債務の時効援用権を認めるならば、保証債務について時効中断措置をとっておく他に、主債務について時効中断措置をとらなければならないのは、実務上の不都合であると指摘されている。学説には時効を認める主張もある。⁽³⁶⁾しかし、時効を認めたところで、保証人の援用権を否定すれば不都合はないので、実益のある議論とはいえない。

この問題について、最判平一・一一・九民集五三巻八号一四〇三頁は（以下、平成一一年判決と呼ぶ）、「免責決定の効力を受ける債権は、債権者において訴えをもつて履行を請求しその強制的実現を図ることができなくなり、右債権については、もはや民法一六六条一項に定める『権利ヲ行使スルコトヲ得ル時』を起算点とする消滅時効の進行を観念することができない」というべきであるから、破産者が免責決定を受けた場合には、右免責決定の効力の及ぶ債務の保証人は、その債権についての消滅時効を援用することはできない」と判示している（傍点引用者）。⁽³⁷⁾本判決は、「破産免責の効果について、自然債務説の立場に立ち、主債務が存続していることを論理的前提としている」と評されている。⁽³⁸⁾

筆者は債務存続説（また責任なき債務説）でよいと考えるが、権利行使し得ない債権は、時効にかかった債権と同じであり——私見では時効の効果は債務の消滅ではなく自然債務化——、更に屋上屋を架すように時効を問題にする必要はない。⁽⁴⁰⁾この意味で、結論としてはもはや時効を問題としない判例を支持したい。

(b) 破産免責と保証債務の付従性 債務消滅説では主債務が消滅したのに保証債務だけが存続することになりその法的説明が必要になり、また、自然債務説では、付従性からは保証人が主債務についての自然債務の抗弁

を債権者に対抗しうることになるはずなのにどうしてそれが許されないのか、いずれにしても付従性との関係で説明が必要になる。⁽⁴¹⁾責任なき債務説では、主債務のみの限定であるため（限定承認と同様）、保証債務への影響がないことを説明できる。⁽⁴²⁾筆者としては、次のように考えたい。

破産法二五三条二項（旧三六六条の一三）は、相続人の限定承認、破産免責、破産手続終結による法人格の消滅等、主債務からの回収不能が確定した場合に、付従性の認められる代位弁済義務（付従的保証債務）から自らが主債務の給付と同じ給付を実現すべき債務を引き受ける独立担保義務（独立的保証債務）へと変容するという一般原則の適用にすぎないと考えるべきである。従って、一般原則自体を解釈により認めるべきであり、例外的な政策規定として明文のある場合に限定されるものではない。また、保証契約についての解釈原理であり、反対の特約は可能である。⁽⁴³⁾保証債務が同一性を保って独立的保証債務となると、⁽⁴⁴⁾それ以降は主債務と離れて時効が認められる。

(2) 主債務者の破産手続終結決定による法人格消滅

破産免責とは異なり法律規定がない事例として、主債務者たる法人が破産手続終結決定により法人格を失った事例が議論されている。このような事態にも対処するための担保であるため、明文規定はないが、保証人が免責されない結論について異論は聞かない。しかし、主債務者がなくなったのに保証債務が存続することをどう理論的に説明すべきであろうか。

(a) 判例の状況

(ア) 債務消滅説 判例は、古くからこの場合に保証債務が存続することを認めている。大判大一一・七一七民集一卷四六〇頁は（以下、大正二一年判決と呼ぶ）、「保証債務は従たる債務なるを以て主たる債務の消滅し

たるとき亦同時に消滅する」ことを原則とするが、「主たる債務者の人格消滅に因り主たる債務の消滅する場合にも、亦保証債務の消滅するものと為すば、保証債務を認めたる法律の精神に副はざるものと為さざるべからず。蓋し保証人は主たる債務者が其の債務を履行せざる場合に於て其の履行を為す責に任ずるもの」であり、「主たる債務者の人格消滅の為保証債務も亦消滅するものと為さば」、「保証の利益を全然失ふこととなるを以てなり」と判示していた⁽⁴⁶⁾（原文カタカナ・傍点引用者）。

大正一一年判決の根拠は、保証債務を規定する「法律の精神」であり、四四九条のような明文規定はないが、このような場合には主債務なしに主債務と同内容の独立的保証債務として存続⁽⁴⁷⁾することを暗に認めていると考えられる。しかし、学説は保証債務の付従性に拘泥し、後述のように主債務の存続を説明する方向を探ることになる。

(イ) 存続する主債務について時効は適用されない 主債務が残るとすると、債権者が保証人につき時効中断措置をとっていても、主債務が時効にかかりそれを保証人が援用することができるといふことになりかねない。この問題につき、最判平一五・三・一四民集五七巻三号二八六頁は（以下、平成一五年判決と呼ぶ）、「会社が破産宣告を受けた後破産終結決定がされて会社の法人格が消滅した場合には、これにより会社の負担していた債務も消滅するものと解すべきであり、この場合、もはや存在しない債務について時効による消滅を観念する余地はない。この理は、同債務について保証人のある場合においても変わら」ず、「保証人は、主債務についての消滅時効が会社の法人格の消滅後に完成したことを主張して時効の援用をすることはできない」と判示する⁽⁴⁸⁾。平成一五年判決は、大正一一年判決を承継し主債務の消滅を認めるので、存在しない債務について時効を考える余地はないとして保証人による主債務の時効の援用を排斥するが、保証債務の付従性との関係をめぐっては明確な説明はなされていない⁽⁵⁰⁾。

(b) 学説の状況

① 主債務存続説（付従性維持説） 主債務者たる会社の法人格消滅後に主債務の存続を認める学説があり、この立場では主債務者が消滅したのに主債務の存続をどのように説明するのかが問題となる。また、主債務が存続するが故に、その時効が認められ保証人が援用できるのか、破産免責の事例と同様に問題となる（時効を否定する学説は折衷説と呼ばれる）。

①まず、当該法人は残債務の主体たる範囲において権利能力を保持するという主張がなされた⁽⁵¹⁾。残余財産のあり可能性があることを理由とする説明をするものもある⁽⁵²⁾。大正一一年判決の結論を、保証債務の付従性を保持する方向で支えようとしたものである。しかし、一方で、主債務が存続するとその時効中断措置をとらなければならなくなり面倒であるという批判がなされる⁽⁵³⁾が、この点は、時効を否定することで解決される（折衷説）。他方で、理論的な批判が残され、破産終結後の実体のない会社に法人格を存続させることは、会社法理論に混乱をきたすという批判がある⁽⁵⁴⁾。

②また、主債務者が法人格を失い消滅したのに主債務者に対する債権を想定するのは不合理であり、債務者のない主債務の存続を認める提案もなされている⁽⁵⁵⁾。付従性を維持して、債務者のいない債務を認めるのである。しかし、そこまで無理をして付従性に拘泥しなくてよいというのが次の考えである。

② 主債務消滅説——独立担保義務転化肯定説 法人格の消滅により主債務が消滅すると考える学説⁽⁵⁶⁾があり、主債務が消滅するにもかかわらず保証債務が存続することについて、条文根拠を模索する学説があり、破産法旧三六六条の一三（現二五三条一項）の類推適用による⁽⁵⁷⁾ことが提案されている⁽⁵⁸⁾。これに対しては、その類推の基礎をなす本質的類似性の証明を欠くとの批判が加えられている。

また、学説には主債務者また主債務の消滅を認めつつ、「あたかも保証人が主債務者に転化するように考えら

れる」という見解もある⁽⁵⁹⁾。近時は、保証債務が独立の債務として存続することを解釈として認める学説が有力になりつつある⁽⁶⁰⁾。この考えに対しては、保証債務が独立したときには、何を基準に保証債務の内容を決定するののかとの批判があるが、これに対しては、独立した保証債務も独自にその内容を決定できると考えることは不可能でないと、反論がされている⁽⁶²⁾。

筆者としては、破産免責について述べたように、破産法二五三条二項は政策的な例外を認めた規定とは考えず、保証契約の解釈として、付従的保証債務だけでなく独立的保証債務も引き受けていると考えており、それが発動される事由があればよい。付従性に拘泥して主債務者の法人格そして主債務の存続を擬制する必要はない⁽⁶³⁾。主債務と独立して時効完成は認められないという縛りはなくなるなどは、破産免責におけると同様である。

四 総括と残された複合問題

(1) 本稿の総括

(a) 別個債務性から独立の時効を導くべきではない。主債務との別個債務性から、保証債務の独立した時効の可否が問題になるが、担保が被担保債権から独立して時効にかかることを認めるべきではなく、保証債務は主債務と共にでなければ時効にかからないと考えるべきである（担保の独自時効否定の原則という書かれざる法の一般原則の適用）。この結果、主債務が確定債権化された場合には、保証債務が一〇年より短い時効期間であっても、主債務よりも先に保証債務の時効が完成することが阻止される。保証債務に一七四条の二が適用されるのではない。

(b) 同一内容性の付従性による限界づけ。保証債務は、担保ということまた「主債務の代位弁済義務」とい

うことから、保証債務における「給付」の内容は主債務の「給付」内容になる（給付の一個性ないし同一内容性）。そのため、保証債務は主債務の「給付」内容を超え得ないという「付従性」の原理が保証人保護法理として認められている（四四八条）。そして、保証債務で引き受けた「当初の主債務」の給付内容を超え得ないものとして、付従性判断の基準時は保証契約時と考えるべきである。そのため、法定の効果は別として、債権者・主債務者間でその後に主債務の内容を加重する合意は、保証人には対抗できない。

(c) 担保債務性による付従性の排除——担保が上位の理念　保証債務は担保債務として、代位弁済義務（付従的保証債務）という当初バージョンから、究極的には独立担保義務（独立的保証債務）という最終バージョンへと変容することを宿命づけられている。主債務者が破産免責を受けた場合、また、破産手続終結決定により主債務者たる法人が消滅した場合には、正にそのような事例に対処するための「担保債務」であるから、保証債務は付従的保証債務から独立的保証債務へと変容を遂げる。但し、これは保証契約の解釈原理であり、特約により代位弁済義務（付従性ある保証債務）のみを認め、求償の余地のある限度での保証とすることは可能である（明示の特約が必要）。保証債務が存続することを根拠づけるために主債務が存在することを擬制する必要はない。主債務が消滅または自然債務化した後は、独立的保証債務についての時効完成が可能になり、債権者はこの時効のみに注意を払えばよいことになる。

(2) 主債務の確定債権化の効力とその後の主債務者の法人格消滅

前記(1)の問題の複合問題を考えて本稿を終えることにしよう。破産債権の債権表への記載がなされ主債務について確定債権化の効力が生じ（最判昭四四・九・二民集二三卷九号一六四一頁）、保証債務が主債務より時効期間が短くてもその時効期間満了による時効が認められなくなった後に、主債務者が破産手続終結決定により消滅した

とする。この場合に、それ以後、独立的保証債務になった保証債務の時効は、どうなるのであろうか。この点は、これまで議論が全くなされていないといつてよい。

主債務の確定債権化は保証債務の確定債権化をもたらし保証債務に一七四条の二の適用を導くものではなく、主債務の時効期間が延長されたため、保証債務が短期の時効期間に服するものであっても主債務の時効完成までその時効完成が延長されたにすぎない。飽くまでも保証債務は判決等で「確定」され確定債権化されているわけではない。保証債務が確定債権となり時効期間が一七四条の二により一〇年になったわけではないのである。

そうすると、前提たる「主債務の時効完成までその時効完成が延長される」という梯子を外されることになり、独立的保証債務の時効が認められることになるが、その時効期間はどう考えるべきであろうか。主債務者の法人格消滅に伴い主債務が消滅したならば、主債務の時効完成まで保証債務の完成を引き延ばすという前提が失われ、独立的保証債務化した保証人の債務の時効だけを考えればよくなるのである。⁽⁶⁴⁾

昭和四三年判決また昭和四六年判決の法的構成が必ずしも明らかではないため、その点を解明した上でその応用問題としてこの問題を考える必要があるが、破産手続きの終結と同時に付従的保証債務は独立的保証債務に転化し、それと共にその時効が起算されることになると考えるべきである（同一性ある付従的保証債務はその時点まで中断）。その期間については、債務の「確定」がされていないので一七四条の二は適用されず、当初の保証債務の時効期間が適用されるべきである。そして、このことは、破産手続き終結による主債務者の法人格消滅の事例だけでなく、破産免責の事例についてもあてはまるものと思われる。

(1) 事実上の効果として、主債務者が保証人に迷惑をかけまいとして、事業の経営に努力をすることを期待できるだけでなく、他はさておきまず主債務の弁済に努力することなども、債権者は期待しているものといえる。

(2) 加賀山茂『債権担保法講義』(日本評論社・平二三) 一一二頁(同『担保法』[信山社・平二二] 八頁以下、一三七頁以下も同様であるが、以下引用は前書による)。保証人の責任は、物上保証人の責任と同じく債務なき責任であるという(同・前掲書一二頁。一二八頁も参照)。保証契約を、保証人が自己の財産を責任財産とする合意(債権契約ではなく物権的合意)と理解することになろう。加賀山教授は、抵当権等の担保「物権」についても独立した「物権」を認めることに反対する。債務者所有の財産の場合には債権の責任財産に対する効力を強化するものであり(優先的効力)、物上保証人の場合には、保証人のように一般財産に広く責任財産としての効力を認めるのではなく、特定の財産についてのみまた優先権を併せて付与しその効力を強化するものと考えている(加賀山茂『債権に付与された優先弁済権』としての担保物権『民法学の軌跡と展望』[日本評論社・平一四] 二九一頁以下、同・前掲書一五頁、三二頁以下)。

(3) フランスのポティエが dette が一つであることから保証債務の付従性を導こうとしていたといわれているが(Anne-Sophie Barthez, Dimitri Houtcieff, *Traité de droit civil. Les sûretés personnelles*, Paris : LGDJ, 2010, p.50, n°34)、現代でもシムレールは、二つの債務(債務関係)があると「*un*」の dette 「*un*」の dette しかなく、一つの dette であるが故に、dette についての事由は全て保証人の債務 (obligation) に影響を及ぼすのであると説明している(Philippe Simler, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, 4^e éd., Litec, 2009, n°47 [dette 一元論])。Laurent Aynès, Pierre Crocq, *Les sûretés : la publicité foncière*, 6^e éd., LGDJ, 2013, pp.27 et s., n°121 が、債権者に付与される強制力 (pouvoir de contrainte) を obligatio と呼び、約定された給付を debitum と呼び、これは主債務者と保証人とで同一であると説明していることからすると、dette と obligation とを分ける議論は、dette をむしろ「給付」と理解すれば分かりやすくなる。保証人は主債務者の dette (給付) を履行する責任を負い、保証人に独自の obligatio (強制力) が成立するが、保証人のなすべき debitum (給付) は、主債務者の債務のそれ(給付)そのものであるというのである(主債務者と保証人の債務の objet が共通といえよとも評される)。債務と責任とを分けるのではなく、主債務者の債務の内容たる「給付」について保証人が責任を負うというのは、後述の私見である代位弁済義務説と実質的には変わることはない。

(4) 加賀山教授の保証債務否定説では、「保証の付従性」ということになり、「保証の付従性」とは、「主たる債務」

の外に、『保証債務』という別の債務が存在するわけではないこと、そして、保証とは、債務ではなく『主たる債務』を担保するための保証人の『責任』であることを証明するものである」と説明される（加賀山・前掲書一三頁）。通説に対しては、別個独立の債務として保証債務を認めつつ、主債務に対する付従性を認めることは、「明らかな自己矛盾であり、理論自体が破綻している」とまでいう（加賀山・前掲書一三頁）。保証債務について更に担保（保証だと副保証）を設定するということはあり得ないことになる。また、弁済者代位では、保証付きの原債権を取得するだけである。

(5) しかし、主債務者の破産免責、または、主債務者たる法人の破産手続終結による法人格の消滅の場合に、保証人の「責任」がどうなるのかという問題は残されることになる。その場合にどこにも債務がないのに「債務なき責任」を保証人に存続させることは困難が伴う。本稿同様、そのような事例のために、保証人自身が債務（独立担保債務）を負担することを停止条件付きに約束していると構成せざるを得ないと思われる。

(6) ドイツにおいては古くから議論があり、債務としては主債務者の債務だけと考え、保証人は責任だけを負うという考えもあったが、少なくとも日本の民法の解釈としては、保証債務を負うものと解さざるを得ないというのが学説である（我妻栄『新訂債権総論』〔岩波書店・昭三九〕四五〇頁）。加賀山教授は、民法の「保証債務」という用語法自体が誤りであるとし、四四六条の「保証人は、主たる債務者がその債務を履行しないときに、その履行をする責任を負う」という規定は、「保証」が「債務」ではなく「責任」であることを正しく表現しているという（加賀山・前掲書一三頁）。加賀山説に対する批判として、松岡久和「民法学のあゆみ 加賀山茂著『現代民法 担保法』法時八四巻六号（平二四）一〇七頁以下が、保証人への強制執行には物上保証とは異なりやはり保証人に対する債権を想定しなければならない、保証債務についてのみ違約金や損害賠償額の予定をしたり（四四七条二項）、物的担保を設定できることをどう説明するか等の疑問を呈している（これに対する加賀山教授とのメールでのやり取りによる反論も記述している）。

(7) 保証債務の付従性としては、①成立における付従性（主債務が成立しなければ保証債務も成立しない）、②内容における付従性（主債務の内容を超える内容の履行を保証債務で義務づけることはできない）、③消滅における付従性（主債務が消滅すれば保証債務も消滅する）、及び、④主債務の抗弁を援用できる（主債務に同時履行の抗弁権が

あれば、保証債務の履行請求に対してもこれを対抗できる)、という四つの内容に分類されている。奥田昌道『債権総論(増補版)』(悠々社・平四)三八〇頁以下は、保証債務の性質として、「別個債務性」、「内容同一性」及び「付従性」とを挙げ、付従性については、その定義やそれからどのような帰結が導かれるかなど、学説上曖昧な点が多く、見解も分かれていることを指摘する。西村信雄編『注釈民法(1)債権(2)』(有斐閣・昭四〇)一九四頁以下(樺寿夫)は、「別個債務性」、「内容同一性」及び「付従性と担保債務性」とに分類し、付従性の機能を保証人の減責ないし免責の方向で理解する傾向があることから、「逆の方向に進む保証債務の諸現象」を説明するのにも「債権担保のための債務である、という性質を準備しておくほうが好都合であろう」と指摘する(二二頁)。本稿の基本的視点と一致するものである。なお、柴崎暁『手形法理と抽象債務』(新青出版・平一四)、同『民法四四九条の成立と付従性なき人の担保』山形大学法政論叢二四〇二五号(平一四)五三頁以下も参照。

フランスでもほぼ同様の議論が保証の付従性として議論されているが、④の主債務者の抗弁の援用については、債務者の一身に専属する抗弁権を保証人は援用し得ないと考えられ、近時、主債務者が詐欺を受けてした売買契約の代金債務の保証事例で、詐欺無効(相対的無効≡日本で言う取消し)を主債務者の一身に専属するものとして保証人による援用を否定している(Cass. ch. mix. 8 juin 2008, D. 2007, 1782, obs. Avena-Robardet)。しかし、この判例に対しては学説の批判が強い。

(8) 給付内容の同一性と付従性の関係であるが、担保でありまた代位弁済義務という法的構成をとるが故に、保証債務の給付内容は主債務の給付内容と同一になり、同一の給付なので主債務の給付内容を超え得ないという抗弁が成立するという三段論法の構造になるのか。内容同一性には付従性を説明する道具たる機能がない、主債務に付従するかは内容が同一とも説明されることがあるともいわれる(樺・前掲書二〇二頁)。しかし、論者自身が「述語は約束事さえはつきりしていたら十分だと思ふ」といわれるように、付従性を狭く四四八条の主債務の給付内容を超え得ないという抗弁に限定すれば、右のように考えてよいと思われる。従たる法律関係といった担保と同意義の用語として広く付従性という用語を用いるのではなく、四四八条の抗弁の限度に止めておくべきである(同じ担保といっても「債務」という構成をとる保証に特殊な問題)。担保に共通の広義の付従性に対して狭義の付従性といってもよい。

(9) 四四六条一項の「主たる債務……の履行をする」債務とは、①主債務と同じ「給付」をする債務であり、但し担

保のためのものであり従たる債務と考えるか（従たる債務説「四四八条は従たる債務であることの確認規定」、または、②主債務を代位弁済すべき債務なのか（代位弁済義務説）は議論がある。従たる債務説が比較的有力であるが（我妻・前掲書四五〇頁、淡路剛久『債権総論』「有斐閣・平一四」三八〇頁など）、筆者は代位弁済義務説を採用する。結論に具体的な差が出る議論ではない。代位弁済義務説では、担保ということからだけでなく、代位弁済義務ということから論理的に保証債務の付従性が導かれ、代位弁済なので主債務者に求償できることも容易に説明ができる。なお、ドイツ民法では、保証債務は主債務者に代わって債権者を満足させる保証人自身の債務と理解されているが、日本民法の起草者は、四四六条について、ドイツ民法のような規定の仕方もあるが、主債務と保証債務が別個の債務であることを明確にするために、このような規定にしたと説明している（花本広志「保証債務の『消滅』における附従性』について」一橋論叢一〇九巻一号「平六」八二頁）。

(10) 我妻・前掲書四八四頁等通説。民法（債権法）改正の要綱原案では、四四八条に二項を追加して、「主たる債務の目的又は態様が保証契約の締結後に加重されたときであっても、保証人の負担は加重されない」という規定を導入しようとしている。

(11) 主債務の内容の不利な変更は保証人に効力を及ぼすべきではないが、これは主債務者と債権者の合意についての原理であり、「法定の」変更は念頭には置かれていないと評されている（花本・前掲論文八四頁）。

(12) 現行法解釈としては、四四六条一項も四四八条も付従的保証債務についてのみ規定していると考えられることになるが、四四六条一項の「主たる債務……の履行をする責任」には、主債務を代わりに履行する債務（代位弁済義務）の他、主債務と同じ給付内容の満足を与える履行義務（独立担保義務）も解釈のしようによっては含める余地がある（四四八条は前者についての規定と制限解釈をする）。

(13) 別個の債務であるため、保証債務だけ免除を受けることができ、また、保証債務について更に保証（副保証）をしたり抵当権の設定も可能である。免除以外の保証債務の消滅原因は、時効を除いて主債務に満足を与え主債務も同時に消滅させるものである。債権者の意思に基づく免除以外に、時効を保証債務の独自の消滅原因として認めるべきではない。

(14) 物上保証人らに時効援用権を否定していた時代でも、保証人には時効援用権が認められていた。これは、主たる

債務者の有する抗弁権の援用を保証人に認める BGB 七六八条を参照にしたものであるが、ドイツでは債権は消滅時効により消滅せず時効の抗弁権を成立させるだけなのに対して、日本民法では債権自体を消滅させるのでこの差を無視して、日本法へと BGB 七六八条の議論を導入することはできないと指摘されている(花本・前掲論文八七頁)。

(15) 拙著『民法総則(第三版)』(日本評論社・平二三) 四八九頁。当然に消滅するものと構成すると、利益といえども強制し得ないという私的自治の原理また自己決定権の尊重ということと抵触が大きい。自然債務化であれば当然に効力を生じさせても任意の履行は可能であり大きな不都合はない。主債務が時効により自然債務になったことを保証人は援用できるだけであり、保証債務も消滅することはない。抵当権についても被担保債権が自然債務になるだけで、抵当権は消滅せず実行ができないだけであるが、実行できない抵当権になれば抵当権だけ消滅させる余地はある(抵当権自体の時効については消滅を認めてよい)。

(16) 保証人に匹敵する第三者が抵当権を負担する物上保証の場合にもこの原則が適用され、抵当権の追及力が問題となる第三取得者のみが例外とされる(後順位抵当権者の援用権を問題にする必要はない)。

(17) フランス法では、日本のように類推適用という解決を用いることはなく、背景に一般原理がある場合にはその一般原理を法の一般原則として解釈上条文規定の有無にかかわらず認めようとしている。法の一般原則については、片山直也「詐害行為の類型と法規範の構造」『私権の創設とその展開 内池慶四郎先生追悼論文集』(慶應義塾大学出版会・平二五) 二〇五頁は、フランスにおける「一般的法原則」の法源性が肯定され、フロードも一般的法原則の一つであり、責任財産保全に止まらない広い射程を持つことを指摘していることが注目される。日本でも、法律の精神とか法律(ないし特定の条文)の趣旨を根拠にする判決がみられる。

(18) 旧民法債権担保編二九五条は「抵当ノ時効ハ不動産カ債務者ノ資産中ニ存スル場合ニ於テハ債権ノ時効ト同時ニ非サレハ成就セス」という現行三九六条に承継される規定を置く他に、「右ノ場合ニ於テ債権ニ関シ時効ノ進行ヲ中断スル行為及ヒ之ヲ停止スル原因ハ抵当ニ関シテ同一ノ効力ヲ生ス」と規定し、四五七条一項とパラレルな規定も有していた。三九六条では中断の規定が消え、四五七条一項では時効完成を否定する規定が設けられなると足並みがそろっていないが、特別の意味をこれに認めるべきではない。なお、四五七条一項は、旧民法債権担保編二七条に由来し、「債務者ニ対シテ時効ヲ中断シ又ハ債務者ヲ遲滞ニ付スル行為ハ保証人ニ対シテ同一ノ効力ヲ生

ス」(一項)と規定されていた他、「保証人ニ対シタル右同一ノ行為ハ保証人カ債務者ノ委任ヲ受ケ又ハ債務者ト連帯シテ義務ヲ負担シタルトキニ非サレハ債務者ニ対シテ効力ヲ生セス」(二項)と、保証人への時効中断の主債務者への効力も認めていたのである。一項の理由は「債務者保証人ヲ代表スルヲ以テ」ということであり(ポアンナード氏起稿『再閣修正民法草案註釈 第四編』一〇九頁)、趣旨は明確ではない(フランス語の原文も保証人は主債務者により *représentée* されるからと記述されている)。

(19) 本判決は、「物上保証人が債権者に対し当該物上保証及び被担保債権の存在を承認しても、その承認は、被担保債権の消滅時効について、民法一四七条三号にいう承認に当たるとはいえず、当該物上保証人に対する関係においても、時効中断の効力を生ずる余地はない」と論じる(傍点引用者)。

(20) 本判決は、「物上保証人が、債務者の承認により被担保債権について生じた消滅時効中断の効力を否定することは、担保権の付従性に抵触し、民法三九六条の趣旨にも反し、許されない」という(公式判例集にも掲載されていない)。控訴審判決は、「Xは、本訴において、債権者代位権に基づき、Aの有する本件債権についての時効援用権を代位行使するものであり、本件根抵当権は本件債権と別個に時効消滅することはないから、本件債権について時効中断が認められる以上、Xの請求を認容する余地はない」(傍点引用者)と論じている。被担保債権の時効を問題として認めることは明らかである。

第三取得者についても、学説は債務者についての時効中断の効力が及ぶことを認めている(柳川俊一「抵当不動産の第三取得者は抵当権の被担保債権の消滅時効を援用することができるか」金法七二三号「昭四九」一六頁、松久三四彦「判批」判評三三三二二号「判時一二〇一号」[昭五九]一八八頁、徳本伸一「時効中断の影響について」消滅時効を中心に「民事法学への挑戦と新たな構築 鈴木祿弥先生追悼論集」[創文社・平二〇]一七〇頁等)。また、第三取得者についても物上保証人についてと同様の判決が将来予測されている(菅野佳夫「判批」判タ八八一号「平七」七三頁)。

(21) 鈴木祿弥『民法総則講義(改訂版)』(創文社・平二)二八六頁は、債務者の承認による被担保債権の時効中断は一四八条により物上保証人には及ばず、物上保証人は「被担保債権の時効消滅について援用権を有する」(傍点引用者)と論じる(篠塚昭次・前田達明編『新・判例コンメンタール民法2総則(2)』[三省堂・平三]一四一頁「荒川重

勝」も同様)。なお、一四八条自体の議論については、松久三四彦「民法一四八条の意味」同『時効制度の構造と解釈』(有斐閣・平二三)二四四頁以下参照。四宮和夫「時効」谷口知平・加藤一郎編『新民法演習Ⅰ総則』(有斐閣・昭四二)二四九頁もこのような問題意識である。その上で、三九六条の沿革からして、債務者の時効中断は、物上保証人が「債務の時効を援用する場合にも及ぶ」と論じている(同二五〇頁)。

(22) 担保権の付従性には意味がなく、三九六条の趣旨に意味があると指摘されている(難波孝一「判批」NBL五八七号「平八」六一頁)。しかし、本判決が、三九六条の趣旨を根拠として挙げる必要があるかは検討の余地があり、付従性ということも決め手となる論拠ではないと評されている(大橋洋一「判批」判タ九一三三三「平八」三五頁)。三九六条への言及は適切ではなかったとする評価もある(山野目章夫「判批」リマークス二二二号「平八」一三三頁)。

(23) 判例としても、大阪高判平五・一〇・二七判タ八四六号二一五頁は、一四八条は物上保証人には適用されないとする。また、東京地判平一三・六・八金法一六一八号八二頁は、抵当不動産の第三取得者につき独自に時効の進行は考えられないと述べており、このような立場(一四八条不適用説)を採用しているものと考えられる。学説としても、関沢正彦「抵当不動産の第三取得者による時効援用権と主たる債務の時効中断」金法一六二五号(平一三)五頁は、物上保証人や第三取得者については、「その者の独自の時効進行を議論する前提を欠く」ためそもそも一四八条の適用は問題とならないという(徳本・前掲論文一七八頁は同旨か)。松久・前掲論文も、一四八条は物的範囲についての規定であり、物上保証人は、被担保債権については当事者ではなく一四八条がそもそも適用されないという。物上保証人に一四八条を適用しない考えに対しては、物上保証人に援用権を認めることと矛盾する可能性が指摘されている(難波・前掲判批六二二頁)。

学説には、四五七条一項を物上保証人に類推適用する提案もある(丸山昌一「被担保債権の消滅時効の中断」野田宏・後藤邦春編『裁判実務大系14担保関係訴訟法』「青林書院・平三」三七頁、柳川・前掲論文一六頁、富山満「物上保証人の時効援用」金法一四七六号「平九」二二五頁)。但し、これらの議論が、四五七条一項の抵当権版の議論(抵当権の時効中断)をしているのか、それとも被担保債権についての議論をしているのかは必ずしも明確ではない。

四五七条一項の根拠については、菅野・前掲判批七四頁は、四五七条一項を「付従性より当然生じる効果を規定

したもの」と理解し、付従性により物上保証人（更には第三取得者や後順位抵当権者）にも、債務者に生じた時効中断の効力が及ぶと論じる。中断を認めないのは「従たる保証債務に反すべく」と説明されたり（岡松参太郎『註釈民法理由下巻』〔有斐閣・明三〇〕一九七頁）、平井宜雄『債権総論（第二版）』（弘文堂・平六）三一〇頁は、四五七条一項を「保証債務の付従性の帰結の一つ」というなど、付従性を根拠にしている。付従性と担保ということが混乱されており、担保の趣旨と理解すべきであろう。四五七条一項を付従性から生じる結果とは考えず、便宜の規定と位置づけるのが通説的理解といわれる（椿・前掲書二〇七頁、西村信雄編『注釈民法(1)債権(2)』〔有斐閣・昭四〇〕二六三頁〔中川淳〕参照）。

(24) 明確に論じられることは少ないが、松久・前掲論文二八六頁注58等がこのことを明言する（それ以前に、中川・前掲書二六三頁）。なお、主債務の時効中断と保証債務との関係については、秋山智恵子「保証債務の『別個』債務性の意義―特に、主たる債務の時効中断について―」法学新報一一七巻九号（平二三）一三三頁以下も参照。

(25) 問題として指摘されているのは、債権者が保証人から分割弁済を受けていた場合に、これにより保証債務につき承認を理由として時効中断が生じるが、主債務について時効中断が生じないとすると、保証人が突如主債務の時効を援用することが考えられることである。この場合に、保証人との関係での主債務についての相対的な時効中断効を認めることで対処することが提案されている（塚原朋一「判批」ジュリ九四〇号〔平二〕九五頁）。例えば、五年の時効期間の債務の保証人が時効起算から三年後に一〇〇万円の中の五〇万円を支払ったとして（利息は度外視する）、それから二年経過すれば主債務の時効が完成する。主債務について時効中断措置をとらない以上仕方ないところであり、保証人は残額五〇万円について時効を援用できるといふべきである（弁済分は時効前に弁済で消滅している。時効完成後の弁済とは異なり、主債務者が時効を援用して求償を拒むことはできない）。

(26) その後、最判昭四六・七・二三判時六四一号六二頁、判タ二六六号一七八頁（以下、昭和四六年判決と呼ぶ）も同旨を判示しており、「民法一七四条ノ二の規定によつて主たる債務者の債務の短期消滅時効期間が一〇年に延長されるときは、これに応じて連帯保証人の債務の消滅時効期間も同じく一〇年に變ずると解するのが、当裁判所の判例（昭和四三年判決を援用）であるから」、Yの債務が連帯保証債務であるとすれば、主債務と同じく……「から一〇年の時効期間に服することになる」という。調査官により、昭和四六年判決が昭和四三年判決を引用したことにより

「この解釈が確定判決となったといつてよいであろう」と評されている（小倉顕「判批」〔金法六二七号「昭四六」二六頁〕。小川善吉「判批」〔金法六四六号（昭四七）一八頁〕は、昭和四六年判決につき、「昭和四三年判決のような取扱いを受けることがなく、判例の日陰から嫡出の座に据えられるべきものである」と評している。昭和四六年判決が積極的な理由づけを示していない点については、「このような時効期間の変更は、判決の確定に伴つて法律上当然に生ずる効果であり、主たる債務に成立の当初から内在する性質のものというべく、保証契約の際に主たる債務について当然予定された法律効果でもあるから、主たる債務についてのこのような変更は、保証債務の附従性の点からも、また契約当事者の合理的な意思の点からも、保証債務についてもその効力を生ずると解するのが相当である」（傍点引用者）と判示した第一審判決（東京地判昭四四・一・二〇下民集二〇巻一・二号一九頁）が妥当なものと評価されている（石田喜久夫「判批」判タ二七一号「昭四七」六一頁）。

なお、保証債務についての確定債権化は主債務にその効力が及ぶことはない（大判昭二〇・九・一〇民集二四巻八二頁）。この判決は、「当該判決の当事者間のみに関り発生する効力にして、縦令債権者と連帯保証人との間の判決に因り債権確定したるときと雖も、該当事者の間に於てのみ短期時効は十年となるに過ぎずして、当事者以外の主たる債務者との関係に於ては右確定判決は時効期間に付何等の影響なく、該債権は依然短期時効に服すべきものと解するを相当とす」（原文カタカナ）という原則を宣言する。確定した債権だけに効力が認められるのが原則であり（兼子一「判批」『判例民事法昭和一八年度〜昭和二二年度』「有斐閣・昭三〇」四〇頁は、確定判決の既判力から根拠づける）、また、担保の法理は主債務について考えられるだけである。但し、昭和二〇年判決に反対する学説もある（我妻栄『新訂民法総則』〔岩波書店・昭四〇〕五〇一頁、川島武宜編『注釈民法(5)』〔有斐閣・昭四二〕三七七頁「平井宜雄」等）。連帯保証の場合に連帯債務の規定が準用され請求の絶対効が生じることを拡大するか、または、保証人との訴訟で理由中において主債務が確定されることを根拠にするか、いずれかによらざるを得ないが賛成し得ない。

(27) 四五七条一項が援用されたのは、昭和二〇年判決についての前注の兼子評釈が、主債務の確定債権化についても言及し、四五七条一項は、「時効の点では主債務と保証債務の足並みをそろへさせて、主債務の方を押さえておけば、保証債務だけが先に時効に罹らないやうにする趣旨と解される」として、これを根拠に、「付従的に保証債務もこれ

に応じることになると見るべきであろう」と述べていたのを参考にしたものと思われる。

(28) 判例は、主債務よりも先に保証債務の時効が完成することを認める。大判昭一三・四・八民集一七卷六六四頁は、「保証債務は……、主たる債務の一部を為すものに非ず之とは別個独立の債務なるを以て、保証債務に付主たる債務の存続期間より短き存続期間を定め其の他独立の消滅原因の存在を認むることは毫も保証債務の性質に反するものに非ず。従て消滅時効の期間の如きも主たる債務と保証債務とに付各別個に之を定むべく、主たる債務が民事債務にして保証債務が商行為に因りて生じたる債務なるときは、短期時効の規定に該当せざる限り前者は十年の消滅時効に罹り後者は五年の消滅時効に罹るものと解すべく、……尤も民法第四五七条第一項……は保証契約に於ける当事者の意思を推測し債権者を保護せむとする便宜の規定にして、保証債務の附従性より当然生ずる結果に非ざるを以て、此の規定より推論し消滅時効に付ては保証債務は常に主たる債務と其の運命を共にし時効消滅の如きも保証債務の因りて生じたる行為の性質の如何を問ふことなく、常に主たる債務のそれと一致すべきものと為すが如きは正当に非ず」という(原文カタカナ)。学説も判例を支持している(例えば、柚木馨・高木多喜男補訂『判例債権法総論(補訂版)』〔有斐閣・昭四六〕三〇〇頁)。四宮和夫「判批」『判例民事法昭和一三年度』〔有斐閣・昭一四〕一六八頁以下も、本判決に賛成し、四五七条一項を「保証債務の付従性に基づく当然の規定ではなくして、主債務の消滅時効せざるうちは保証債務もこれを時効消滅せしめまいとする便宜の規定である」という(傍点引用者)。

四五七条一項を債権者は時効中断を主債務者について行えば足りるという便宜的政策的規定と考えると、その例外規定の趣旨をどこまで拡大できるかという観点から考察することになり、確定債権化にまで及ぼすに止まるのは論理的な帰結である。しかし、四五七条一項を「当事者の意思を推測し債権者を保護せむとする便宜の規定」とする理解は疑問であり、また、保証債務が主債務を離れて独立して時効にかからしめないのは保証債務の付従性の問題というよりは、担保としての一般法理の帰結である。なお、昭和四六年判決の第一審判決である東京地判昭四四・一・二〇下民集二〇卷一・二号一九頁は、四五七条一項は「保証債務……が主たる債務の担保を目的とする債務であるところから、当事者の合意による場合は別として、主たる債務と離れて、別個に時効消滅することは、保証債務の目的(担保的機能)に反するものであり、一般的に、主たる債務が存在する限りこれが保証債務によつて担保されているものと考える契約当事者(特に債権者)の意思にもそわないものとして、主たる債務者に対する履行の

請求のみならず、すべての時効中断の効力が保証人におよぶとしたものと考えられ、これは民法四四七条、四四八条などの規定と共にいわゆる保証債務の附従性にもとづいて定められたものであり、抵当権に関する同法三九六条の規定とも共通するものと考えられる」と述べており、明言しないが保証債務の独自の時効を否定する結論につながりそうである。

(29) 改正前からあった規定であり(旧三六六条の一三)、政策的な理由から付従性の原則の例外を定めた規定と考えられていた(中田淳一「破産法・和議法」[有斐閣・昭三四]二四九、二六八頁、宗田親彦「破産法概説(全訂版)」[法学書院・昭五八]三七五、三九七頁、伊藤眞「破産免責の再構成」同「債務者更生手続の研究」[西神田編集室・昭五九]二二頁、小林秀之「破産から民法がみえる」[日本評論社・昭六二]一〇八頁など)。破産法旧三六六条の一三と同旨を定めていた会社更生法旧二四〇条二項(現二〇三条二項)について、最大判昭四五・六・一〇民集二四卷六号四九九頁は、「会社の保証人その他会社とともに債務を負担する者および物上保証人(以下「保証人等」という。)の負担する債務および責任は、会社債権者の債権を人的または物的に担保して、債権者が会社から完全な満足をうけられない場合に備えることをその主要な目的とするものであり、会社が窮境に陥つた場合にこそ、その担保としての効用をはたすべきものである。」「そして、同法二四〇条二項は、右のような免責制度の目的および性質にかんがみ、会社債権者の犠牲と保証人等の負担する債務および責任の性質を実質的に考量し、保証債務や担保権の附従性および連帯債務の連帯性に関する民法所定の原則の例外として、更生計画の効力につき会社と保証人等との間に差異を設け、更生計画が保証人等に対し影響を及ぼさないことを定めたものと解すべきである」と判示する(傍点引用者)。重要なのは、この規定が政策的な特別規定であり、規定がない以上は同様の処理ができないのかという点にある。筆者は本文に述べるように、この規定は確認規定ないし意思推定規定であり、規定がなくても同様の解決が可能であると考えている。この規定は、補償や担保が主債務者無資力のときにこそ「存在する意味があるのだから、保証や担保の趣旨に照らし当然のことを規定したものである」とも評されている(松並重雄「判例解説」『最高裁判所判例解説民事篇平成一五年度(上)』[法曹会・平一八]一七七頁)。

以上のような理解に対して、加賀山教授は、「保証契約の趣旨に反して、保証人に過酷な責任を課すものであり、直ちに改正すべきである」と断じる(加賀山・前掲書一五一頁「批判として」、松岡・前掲書評一〇八頁)。本稿で

はこの点は、任意規定と考えるのであり、現在提案されている改正案では保証契約締結前段階において公証人が関与するので、公証人としてはこれを排除する特約を提案すべきである。公証人を後見的に介入させる個人保証法の改正提案は、これを活かすも殺すも実際の運用における公証人の資質にかかっている。

(30) 主債務者の債務免除では、付従性により保証債務も消滅する。しかし、主債務者について免除ないし不請求の合意しても債権者が保証人から債権回収をすることを考えている場合もあり、破産手続外の破産免責に匹敵する処分である。私的整理手続きにおいて個人にしか認められない破産免責を法人について行うのに等しい（破産免責の規定の類推適用を提案するものとして、船越隆司『債権総論』〔尚学社・平一〕三三五頁）。そのため、無制限に認めることはできないが、破産手続きの開始のための要件が充足されている事例については、主債務者のみの免責（自然債務化）により保証債務を後述の独立担保債務化すると考える余地がある。

最判昭四六・一〇・二六民集二五巻七号一〇一九頁は、債権者会議において主債務者につき支払不能を発表するに至ったため債権者委員会が開催され、主債務者に対する債権額のうち八〇パーセントを免除すること、連帯保証人から債権を取り立てることを決議し、保証人はこれを承認し何年かかっても支払う旨を述べた事例で、「同人は右意思表示によつて主たる債務につき免除があつた部分につき付従性を有しない独立の債務を負担するに至つたものというべく、同人が負担していた連帯保証債務は右の限度においてその性質を変じたものというべきである」とした。しかし、上記要件を充たす限り保証人の同意は不要である。要件を充たしていないのに保証債務を損害担保債務に転化するためには保証人の同意が必要であり、要件充足が微妙な事例については念のために保証人の同意を得ておくことは実務上有益である。

(31) フランスでも、日本民法四四九条と同様の二二八九条二項があり、現在ではこの場合には保証ではなく独立債務 (porte-gant) を負担したものと理解されており、民法はこの場合しか規定していないが、現在では同様の例外を主債務者の更生手続きについても認めるべきであると評されている (Barthez, Houtieff, op.cit. pp.68 et s. n. 81 et s.)。商法六二―二八条では債務者に猶予を与えているが、これは保証人には影響はないものと、伝統的に考えられている。しかし、保証人にもその利益を与える立法は可能であり、本規定は法人に限定され、自然人たる保証人は猶予の利益を受けることになる。

(32) 兼子一『強制執行法・破産法(新版)』(弘文堂・昭三七)二六七頁、伊藤眞『破産法・民事再生法』(有斐閣、平二二)五四一頁以下(債権者が裁判外の圧力によって、破産者に事実上弁済を要求したり、更改によって通常の債務として復活させるよう要求したりする危険があるという)。既に、堀内仁「あなただつたらどう処理する(4)」金法三五三三号(昭三六)二七頁、会社更生法についてであるが、吉原省三「判批」金法八五一〇号(昭五三)三頁が、債務消滅説に依拠している。福永有利「求償債権の時効期間長期化の実務上の意義」銀法五一〇号(平七)二四頁も同旨。債務消滅説に対しては、主債務のない保証債務を觀念することは、付従性の原則に反しないのかという批判がある(片岡宏一郎「判批」判タ一〇一六号「平一二」三九頁)。また、物上保証人について、被担保債権のない担保権が存在しているのか、担保権実行時には被担保債権の明示が要求されるが、それをどう説明するのかなどの問題点が指摘されている(田頭章一「判批」法教二七六号「平一五」九一頁)。なお、法人格の消滅事例とは異なり、破産免責の場合に債務消滅を認める考えでは、保証債務が独立して存続することは当然視されている。

(33) 山木戸克己『破産法』(青林書院新社・昭四九)三〇〇頁、山垣清正「破産免責の効力」金法一二二四号(平二)一一頁等通説といえる。

(34) 責任なき債務説は、責任財産の「範囲」の制限と構成するものであり、「単に責任が債務者の特定財産たる破産財団に限定されることを意味するにとどまる」というものである(金山直樹「破産免責と民法理論」別冊NBL六〇号「倒産手続と民事実体法」『商事法務・平一二』一九三頁)。責任なき債務説は限定承認(九一五条、九二二条)の事例とパラレルに考えるものである。主たる債務について相続人による限定承認があつた場合には、責任財産が相続財産に限られるというだけで、債務自体は制限されず相続人に承継されるので、保証債務には影響を与えないと考えられている(我妻・前掲書「債権総論」四八五頁、淡路・前掲書四〇〇頁など。大判昭五・一二・二四民集九卷一二〇五頁、東京控判昭一二・九・二五評論二六卷民法八四〇頁)。弁済されなかつた部分は自然債務となることも説明される(船越・前掲書三三六頁)。

(35) この他に、山野目教授は、個人の破産免責と会社の破産手続終了とにつき共通の説明を用意すべきであるとして、後述する債務者なき債務存続説を提案する。

(36) 中田裕康「判批」金法一五八八号(平一二)三二頁、金山直樹「判批」『倒産判例百選(三版)』(有斐閣・平一

(四) 二〇四頁、鳥山泰志「判批」一橋論叢一三三二巻一号(平一六)四五頁、柴崎暁「判批」早稲田法学八二巻一号(平一八)二七三頁など。松久三四彦「判批」判評四九九号(判時一七一五号「平一二」)一三頁は、主債務者破産免責の場合には、保証債務の主債務に対する付従性を一般に否定し、保証債務を主債務と切り離した独立の存在とするれば、主債務が自然債務になっても時効が考えられるとしても、保証債務には影響はなく、保証人に援用権を認める必要もないものと考えている。ドイツ連邦通常裁判所一九八一年二月二五日判決は、主債務者たる有限会社が破産により解散してその債務が消滅したとしても、付従性の原則に例外を認め、保証人の責任は存続するとし、また、同二〇〇三年一月二八日判決は、会社の解散によって消滅した主債務の消滅時効の完成を認め、これを保証人が援用することとを認める(鳥山・前掲判批四三三頁による)。

(37) 既に最判平九・二・二五判時一六〇七号五一頁が、破産免責を受けた債権につき「訴えをもって履行を請求しその強制的実現を図ることができなくなった」として、詐害行為取消権の前提を欠くことになったとして、詐害行為取消しを否定している。

(38) 藤野元博「判批」東亜大学紀要三号(平一六)九七頁。鳥山泰志「担保権存在条件としての『債権』(1)一橋法学三巻一号(平一六)一九五頁は、「判例法上、法人解散及び破産免責の場面で担保権の存続の可否を説明するため自然債務といった被担保債権の存否がその決め手とされたことはこれまで一度もない」という。平成一一年判決が自然債務説をとったと即断すべきではないと評するものとして、水元宏典「判批」法教二三七号(平一二)一四六頁がある。

(39) 但し、債務存続説の意味が担保を存続させるということに限られるにすぎないのであれば、後述のように独立債務に同一性を保つて変わること容認する以上、破産免責においても債務消滅説を採用してもかまわないと考える。

(40) 時効による債務(債権)の消滅を認めるならば、免責債務が自然債務であるとしても、「時効の援用による完全な消滅……を認めることは妨げない」というが、「消滅時効援用後は自然債務になるところは別論であるが」とも述べられている(松久・前掲判批一二頁)。

(41) 松久・前掲判批一三頁は、保証債務が破産免責により「主債務と切り離した独立の存在とする」といい、法人における破産手続終結による法人格消滅についても類推適用を提案する。

(42) 金山・前掲論文 (NBL論文) 一九三頁は、既に限定承認の場合につき保証人の責任が消えるのではないことが認められている以上、「免責制度が民法の世界に新たな構造を持ち込んだものとはいえない」のであり、「破産免責は、保証債務の付従性を破る制度とはいえないのである」という。最も説得的な学説であり、本稿も破産免責についてはこの責任なき債務説を支持したい。

(43) 金山直樹「破産免責・法人破産と民法理論」國井還曆『民法学の軌跡と展望』(日本評論社・平一四) 五一―五頁は、責任消滅説に立つて、「主債務が免責という変容を被ったのに、保証債務は微動だにしない、そのようなことは民法上、当事者の合意のみによって達成できる事柄である。……免除にもかかわらずに保証債務だけを残存させるには、保証人の承諾が必要であつて、その場合、保証人は、債務者に対し右免除部分については附従性を有しない独立の債務を負担するに至ると解されている」と述べる。これに対して、柴崎・前掲判批二六三頁は、「このような特例は、付従性を以つてその本質とする保証に関しては、法令の規定により強制的に生じる態様の転換であり、民法四四八条を前提に契約した当事者の意思を超える効果とすべきである」と主張する。調査官解説では、付従性の例外であるが、「保証人や物上保証人は、主債務者が無資力になつたとき(その典型が破産)においてこそ、存在する意味があるのであるから、保証や担保の趣旨に照らし当然のことを規定したものである」と説明している(松並・前掲判例解説一六八頁)。

(44) 保証人による独立担保債務の履行により、実益はないが主債務も消滅することを認めてよい。しかし、保証人から主債務者への求償権も免責前の財産のみを責任財産とするという制限を受ける。また、独立担保債務になつた後は、四五七条一項の適用はなく、たとえ主債務者が主債務を承認したとしても、それにより保証人に時効中断の効力が及ぶことはない。

(45) 主債務者が会社の場合、破産手続開始の決定により会社は解散し、会社の法人格は、破産手続による生産の目的の範囲内で存続し、破産手続の終了によつて消滅する(破産法三五条)。但し、残余財産が残されている場合には、これを清算する必要があるため、無主の財産として扱うのは適切ではないので、この場合には法人格は消滅してないと考えられている(大判大五・三・一七民録二二輯三三四頁。鶴井俊吉「判批」銀行六二九号「平一六」七八頁等参照)。この場合には、主債務の時効が考えられるが、一六六条の解釈として時効の再進行を否定すべきことは

後掲注(50)で説明する。

(46) 加藤正治「判批」志林二五巻一号(大一一)七六頁、松本丞治「判批」法協四一卷六号(大一二)一一五六頁
 『判例民法大正十一年度』[大一一三]二九一頁)などが支持。

(47) 主債務の消滅を肯定するため、「保証人は独立の担保契約(いわゆる損害担保)をしたのと同じの地位に立たされることになる」と評されている(鶴井・前掲判批七八頁)。

(48) この判決以前に、大阪高判平八・一一・二七金判一〇三二号四一頁がある。こうして、破産免責の場合も破産手続終結による法人格消滅の場合も、主債務について時効を問題にする必要がなくなつたが、「主債務者が破産宣告を受けない場合、たとえば、取引停止処分を受けた場合や、相続人なくして死亡した場合とかであれば、引き続き、連帯保証人に対する時効中断であるとともに、主債務者に対する時効中断も必要であること等を留意する必要がある」と指摘されている(藤野・前掲判批九八頁)。

(49) 大審院判決には大正一一年判決があつたが、調査官解説により、本判決は「債務消滅説を採ることを最高裁として初めて明らかにしたものである」と説明されている(松並・前掲判例解説一八四頁)。

(50) 破産手続終了後に清算の対象とされる財産が存する場合には、清算の目的の範囲内で法人格が存続することになると考えられるため(↓前掲注(45))、その間に保証債務の時効中断措置をとつても主債務の時効が完成してしまふという疑問が残される。それは予測可能性という観点から疑問が提起されていた(水元・前掲判批一四七頁)。この点、債権者が当該財産の存在を知つていたという特段の事情がない限り、「破産手続きの終了後当該財産の発見までの間、債権者の会社に対する権利行使が現実に期待できたといえないから、その権利行使が現実に期待できるようになった時まで消滅時効は進行しないと解することができる」と評されている(松並・前掲判例解説一八六頁。出水順「判批」リマックス二九号「平一六」一三五頁、森田幸生「判批」金法一六九七号「平一六」四三頁も同旨)。

(51) 我妻・前掲書(債権総論)四八五頁は、「保証人の責任を免れさせるべきではないから、会社は、残債務の主体たる範囲において権利能力を維持し、保証債務の存続を維持すると解すべきであろう」と説明している。その他、於保不二雄『債権総論(新版)』(有斐閣・昭四七)二七五頁、奥田・前掲書四〇一頁、林良平ほか『債権総論(第三版)』(青林書院・平八)四四八頁、下村信江「批判」判タ一一三六号(平一六)八九頁、田高寛貴「判批」判タ一〇

○九号(平一一)六八頁、金山・前掲論文(NBL論文)一九七頁、同(國井論文)五二七頁以下、大内義三「判批」金法一一八七号(平一六)六〇頁、森田・前掲判批四三頁、藤野・前掲判批九八頁、田高寛貴「債務者破産の場合における保証・物上保証の帰趨」法政論集二〇一号(平一六)三五五頁など(古積健三郎「判批」法セミ五八四号「平一五」一一七頁も同旨か)。債務存続説の背景には、物上保証の場合に債務消滅説では債務が一切なくなってしまうことの回避との一貫的処理ということもある。実務感覚からは債務消滅説には違和感があり(債権がないのに配当を受けられる、被担保債権の表示はどうするのかといった実務における担保実行手続きをどうするのかの問題がある)と指摘、自然債務として存続しつつ時効を認めない考え(折衷説)が結果において最も適切であり、また、実務感覚にもマッチするといわれる(村田利喜弥「判批」銀行五五六号「平一〇」二七頁)。

(52) 破産者が法人である場合、残余財産があるときは法人格は存続しているものと考えられ(↓前掲注(45))、追加配当をすることになるが(破産法二八三条一項)、破産手続きが終了した会社に残余財産があったかどうかは、外部の債権者には容易に判明しないのであり、残余財産が後に判明した場合は、消滅した法人格が復活し、存続するというのであれば、債務消滅という考えを貫徹することはできなくなり、法的安定性が害されることを理由に、「主債権会社に残余財産がある場合等を考えると、破産終結後もその権利帰属主体として法人格が残ると考えるべきである」という主張がある(藤野・前掲判批九八頁。森田・前掲判批四三頁も同様の説明をする)。

(53) 田高・前掲判批六八頁は、物上保証について、被担保債権は存続し時効が考えられるが、時効中断の相手方は物上保証人になるという。

(54) 片岡・前掲判批三九九頁。

(55) 山野目章夫「倒産と債権の効力の実体的変動」別冊NBL六〇号『倒産手続と民事実体法』(商事法務・平一二)一一一頁は、「問題とする債務は、『履行を強制されるべき債務が存しない状態において存続する』ものと考えることも、可能であろう」という(同一一六六頁以下も参照)。

(56) 伊藤・前掲書、小林・前掲書の他、福永・前掲論文二四頁等。

(57) 松久・前掲判批一三三頁。伊藤・前掲書は破産法三六六条の一三等の「趣旨」を理由とする。最高裁判決はないが、東京高判平一一・三・一七は既述のようにこの立場である。

- (58) 山野目・前掲論文(別冊NB L) 一六二頁。
- (59) 吉岡伸一「主債務者破産の場合における保証債務履行請求権の時効管理」銀法六二三号(平一五) 一五頁。「言わば損害担保契約上の債務に転化する」という説明もされている(片岡宏一郎「判批」金法一六八七号「平一五」五頁)。この論者は、物上保証についても、債務者である会社の法人格は消滅し、被担保債権も消滅するが、物上保証人の責任が独立した債務(損害担保債務)に転化して存続すると主張している(片岡・前掲判批「判タ一〇一六号」三九頁)。
- (60) 鳥山泰志「担保権存在条件としての『債権』(3・完)」一橋法学三卷三号(平二五) 二二五(六頁注二九二頁は、「自然人が破産免責を受けた場面と債務超過等を理由として法人が解散した場面との間には、破産免責と法人解散のいずれもが債務者の無資力に起因する事由であるという点に本質的類似性を見出すことができ」という。柴崎・前掲判批二七八頁は、「少なくとも破産終結決定の後の保証人の義務は、強い独立性を有しているということになり、主債務の消滅時効の援用は最早望むことはできないと解すべきではないのか」、「このような保証はもはや保証ではない。これは付従性のない人的担保たる、法定の『独立の債務』である」という。「法定の」ということについて補足しており、二七八頁注(39)で、「民四四九の『独立ノ債務』はそのような契約がなされたものと『推定』する規定であり、これに対して破三二六・三六六ノ一三(新破二五三Ⅱ)はそのような債務負担行為と看做す趣旨であるといふべきであろうか」と述べている。その他、独立債務を肯定する学説として、船越・前掲書三三六頁以下、山田誠一「判批」金融判例研究一四号(金法一七一六号「平一八」) 二八頁、鶴井・前掲判批七八頁。片岡・前掲判批(金法一六八七号) 四頁も「言わば損害担保契約上の債務に転化する」という。
- (61) 金山・前掲論文(國井還暦) 五〇六頁。
- (62) 鳥山・前掲論文二二六頁。鳥山論文は、破産免責事例と法人格消滅事例とをパラレルに扱う。同二二六頁は「保証の担保目的から、付従性による主債務への従属という運命から解放されて純然たる保証債務ではなくなるとしても、それが何らかの人的担保権として存続可能であることに違いはない。主債務が自然債務として存在するのか、それとも全く存在しないのかといった問題が直接に保証債務の存続の可否の判断に影響を及ぼすことはない」という。また、同二二七頁「このような理解からは、保証債務の存続が問題となり得る一連のケースには統一的な説明が加えられる。

つまり、破産免責や和議、法人の破産による解散は、いずれも債務者の無資力に起因する事件であり、その事由が保証人の責任に影響を及ぼすことはない。限定承認がなされた場合も相続人なき主債務者が死亡した場合も同様である」という。また、「以上のように考えるならば、主債務なきところで保証債務の存続を肯定する最高裁や破産免責との関係で提唱された債務消滅説の理解に必ずしも不都合はない」という。

(63) 会社解散前に主債務の時効が完成していた場合には、保証人の時効援用権には影響はない(鳥山・前掲判批四五頁参照)。このことは、主債務者が破産免責を受けた場合も同様である。筆者の確定効果説では、時効完成により当然に消滅時効の効力が発生し、主債務は自然債務化しこれは保証人が援用しうる付従性の妥当範囲内であり、保証人は主債務の自然債務化を援用でき、その後、債務者が免責を受けたり破産手続終結により法人格を失っても、時効利益の放棄がされない限りは変わることはない。

(64) なお、物的担保についても同様の問題がある。大審院また最高裁を通じてこの点の判決はないが、東京高判平一・三・一七金判一〇六四号三頁、金法一五四七号四六頁は、第三者が提供した根抵当権について、「法人について破産手続が開始された後破産終結決定が行われた場合、当該法人に対する債務は消滅するが、破産法三六六条の一三の趣旨を類推して、右債権を担保するために設定された根抵当権の効力には影響を及ぼさず、その場合、独立して存続することになった根抵当権については、被担保債権ないしその消滅時効を觀念する余地はないから民法一六七条二項の原則に従い二〇年の時効によって消滅する」と判示している。理論的な説明としては、物上保証には抵当不動産の価格を限度とする物的債務を負担していると考え、物的債務は原則として被担保債権に対して付従性が認められるが、保証債務同様に独立担保債務たる物的債務(依然として物件価格を限度とする)に転化して存続すると考えることができる(物的債務については、鈴木禄弥「債務なき責任」について」法学四七巻三号「平四」一頁以下「同『物的担保制度をめぐる論集』(テイハン・平一二)四一頁以下」、同「物権法講義(五訂版)」「創文社・平一九」二二六頁、二三四頁参照)。

抵当権の実行ができる時から一六七条二項の二〇年の時効を問題にすることができるが、債権についての一〇年の時効を享受できたのに、二〇年の抵当権の時効に服することになり、物上保証人がこのような変化を受忍すべきであるという根拠は見出し難いとの批判が考えられる(小磯武男「判批」金法一六九二号「平一五」四三三頁)。しか

し、上記のように物上保証人に物上債務を認め時効が可能になったならば、一六七条一項の一〇年の時効を適用する余地がある。また、保証人と物上保証人がいる場合に、主債務（被担保債権）がないと弁済者代位ができなくなるという批判もされている（小磯・前掲判批四四頁）。この場合には、共同保証人間は四六五条一項の求償権が認められるが、これを保証人から物上保証人ないし物上保証人間に類推適用することが考えられる（抵当権につき弁済者代位も認める）。