

2017 年度法律文書錬成講座 民法

Xは、Yにも連帯保証人として責任を応分に負担してもらう必要があるとして訴訟を起こした。以下の事実は、この訴訟で、をまとめたものである、以下の事実を読んで、下記の設問に答えなさい。現時点は2017年5月22日であるとする。

【設問 1】 Yの言い分中の下線部の主張は、Xの請求に対して消滅時効の抗弁を主張しているものである。このような主張が成り立つ理由を簡単に説明しなさい（配点 20 点）。

【設問 2】 判決主文を明記した上、Xの請求の当否を検討しなさい。なお、附帯請求については省略し、請求額を論じる場合には、利息・遅延損害金については省略するものとする。（配点 80 点）。

1. 1995 年頃、X は西宮駅近くに所有する甲土地の有効な活用方法を考えていた。A銀行の勧めがあつて、X はB株式会社が、スーパーマーケットや専門店街などの複合施設として使用するビルをB会社が希望する仕様で甲土地上に建設し、10 年間B会社に賃貸するプロジェクトを実施することにした。

2. そこで、X は、このプロジェクトを推進するために、新たにC株式会社を設立し、取締役就任することにしたが、この種のプロジェクトについて豊かな経験があるYに、C会社の代表取締役への就任を要請した。Y から了承が得られたことから、Y と相談をし、X がC会社に甲土地を賃貸し、C会社が甲土地上に乙ビルを建設してこれをB会社に貸すという方式を採用することにした。

建設資金については、A銀行が、C会社に融資してくれることになり、この貸金債権を担保するために、A銀行のために甲土地に抵当権を設定するとともに、乙ビル完成後、このビルにもC会社がA銀行のために抵当権を追加設定し、これに加えて、C会社の代表取締役Yが連帯保証人となることで交渉がまとまった。

1997 年 2 月 1 日、上記のプロジェクトを実施するために、建設予定のビルに抵当権を設定する契約を除き、A銀行・B会社・C会社・X・Yの関係当事者間で契約書を作成した。

1997年2月1日に、X、当社からはYとD、A銀行からは本店融資担当部長EおよびB会社代表取締役Fが同席いたしまして、以下のような契約をいたしました。

まず、当社とA銀行の間に金銭消費貸借契約を締結しました。契約書によれば、以下の点が約定されております。

貸付額3億円、利率年8.4%、利息は均等払いとし毎月末に210万円を支払うこと、弁済期は2002年2月1日（期間5年）です。なお、当社が返済を遅延し、Aからの書面による督促によっても次の返済日まで返済をしなかったとき、当社が支払を停止し、または手形交換所の取引停止処分を受けたとき、担保目的物について差押えまたは競売手続の開始があったとき、当社につき倒産手続の申立てがあった場合など、当社の信用状態に著しい変化が生じた場合には、期限の利益を喪失するとする条項が約定されております。また、Xは、1997年2月1日に、融資の実行と同時に、甲土地についてAのために抵当権を設定いたしました。

一方、Xを賃貸人、当社を賃借人とする甲土地の賃貸借契約が締結されており、その契約書によると、地代は年3000万円、毎年2月1日払いとし、期間は20年となっております。敷金に関する約定はございません。

B会社と当社の間では、B会社を賃借人とする乙ビルの賃貸借契約を締結いたしました。スーパーマーケットや専門店街などの複合施設として使用することを目的としており、賃料は月額600万円、前月末払い、保証金は1億円で、保証金は1997年2月1日に当社の預金口座に入金されています。ただし、賃貸借期間については、乙ビルの引渡しから10年間で、途中の解約は禁止されております。また、BC間の合意によって契約期間を更新することは可能で、更新後は、期間を2年として、BCのいずれかが解約の申し出をしない限り自動更新するものとされておりました。

Bが希望する仕様の乙ビルが完成したのは、1997年8月21日でした。乙ビルは、請負残代金と引き換えに建設業者から当社に引き渡されました。同年8月22日に、乙ビルについて当社名義で所有権保存登記を行い、Aに対する上記借入金の追加担保として、乙ビルに抵当権を設定し、その旨の登記を経由しました。当社は、同年8月29日に、B会社に乙ビルの引渡しを完了しました。

3. 上記のプロジェクトは順調に進み、5年目を迎え、C会社はA銀行に対して3億円の債務を弁済期日である2002年2月1日に返済することができる目途がたった。

そこで、C会社の事業展開との関係で、Yは、2001年秋の取締役会で、新規事業として丙ビルのプロジェクトを決定し、2002年1月には、乙ビルのプロジェクトの売上げを丙ビルのプロジェクトに融通する方針を決定した。しかし、当初計画に比べて資金が必要となったことから、A銀行に対して返済する予定であった上記3億円の資金を融通することにした。

2002年2月1日に、A銀行とX、C会社からは代表取締役のYと専務であったDが同席し、今後の事業の進め方について相談をし、以下の新たな合意をACYX間ですることになりました。

A銀行が当社に新たに2億2001万円を年利4.8%で10年間融資するものとし、2002年2月1日が弁済期日となっている3億円のうち8000万円を返済する方法によることにしました。また、甲土地、乙ビルに設定された抵当権設定登記をそのまま利用するために、8000万円について領収書を作成し、残金2億2001万円については弁済期限を10年延長して、弁済期日を2012年2月2日とし、利率を8.4%から4.8%に下げる条項を新たに約定し、変更契約書を作成し、関係者が署名捺印しました。その後、2008年6月に当社の代表取締役に就任することになったDが、Aの債務について、あらたに、連帯保証人として、この変更契約書に署名・捺印しました。

4. 2007年8月29日以降、BC間の賃貸借契約は、同一条件で自動更新されました。しかし、バブル経済の崩壊後、当社の業績は急激に悪化し、C社の実質的なオーナーとしてYの手腕を高く評価していたXが、Yが行なった経営判断がC会社の業績悪化につながったとして、Yの解任を画策したことから、Yが、2008年6月に突然辞任した。Yの後任として、当時C会社の専務であったDが、代表取締役に就任いたしました。

2010年秋頃からC会社の業績は急激に悪化し、ついに2010年7月31日にはA銀行に対する利息の支払いの遅滞に陥り、その以降支払いができず、Aからの書面による督促によっても次の返済日まで利息を支払わなかったことから、期限の利益を失った。C会社は、結局、2011年1月に事実上倒産した。

ただ、A銀行からC社に支払いの請求が最後にあったのは、2010年12月1日であった。C会社が2011年1月に事実上倒産してからは、A銀行の担当者から請求はなされていない。

5. 2015年7月3日には、A銀行は、乙ビルともに、Xが所有する甲土地について一括売却の申立てをしまして、抵当権が実行されてしまいました。

同年7月7日に競売開始決定があり、同年7月9日に差押登記がなされました。C社には2015年9月17日に競売開始決定正本が送達された。2015年12月9日に一括売却許可決定がなされ、Gが甲土地と乙ビルを買受け、代金納付後、所有権移転登記が経由された。売却代金は甲土地4億円、乙ビルが1億円であり、2016年1月17日に同時配当がなされた。なお、甲土地について後順位抵当権や差押債権者はいない。

6. Yが代表取締役を辞任する際に、1997年2月1日にAとの間で締結した連帯保証契約を解約する旨の意思表示をAに対してしていなかった。しかし、Yは、A銀行によってX所有の甲土地について抵当権が実行されたからといって、自分が連帯保証人であるという理由だけで、XがYに対して応分の負担とするように求めることはおかしいとして、Xからの請求を争っている。また、Yは、A銀行がC社に最後に請求をしたのが、2010年12月であり、A銀行は債権管理を十分していなかったとして、A銀行のC社に対する貸金債権はすでに時効によって消滅しているとして、援用の意思表示をした。

以上

2017 年度法律文書錬成講座 民法

千葉恵美子

1. 訴訟物および請求原因事実

(1) 訴訟物

AY間の保証契約に基づく保証債務履行請求権 1個

ア 物上保証人Xと連帯保証人Yの関係

抵当権を実行されると、物上保証人であるXは、甲土地の所有権を失うが、民法 372 条、民法 351 条に基づいて、債務者であるCに対して求償権を取得する。これに対して、YはCを債務者とする借入金債務の連帯保証人であり、物上保証人であるXが、Yに対して直接の求償権を取得するわけではない。民法 351 条は、保証債務の規定に従って「債務者に対して求償権」を有するとしか規定していないからである。

しかしXは、物上保証人としてCの債務を弁済する正当な利益を有するから、Cに対する求償権を担保するために、貸主Aが有する貸金債権（原債権）およびその担保としてAが有していた一切の権利（抵当権、保証債務の履行請求権など）に当然に法定代位することができる（民 500 条、501 条本文）。

なお、仮に本問と異なり、Xが物上保証人と連帯保証人を兼ねている場合には、Xには共同保証人間の求償権があり（民 465 条 1 項、442 条）、Yに対して直接この求償権を行使するのか、それとも上記のように法定代位に基づく求償権を行使するのかという難問がある。これは、主債務者と保証人間で求償について利息の特約（求償特約）があり、原債権の遅延損害金が民法 465 条による求償権についての遅延損害金を上回るような場合に問題となる。学説は一定していないが、有力説によれば、民法 465 条はこのように物上保証人と保証人を兼ねている場合を想定しておらず、もっぱら代位の規定に従って処理すべきであるとしている（潮見・債権総論Ⅱ〔第3版〕508 頁以下）。しかし、連帯保証人と物上保証人を兼ねている場合の代位割合に関する最高裁の立場（最判昭和 61・11・27 民集 40 卷 7 号 1205 頁）からすると、二重資格者も保証人一人として扱われることになり、ここでも 465 条によるべきだという立論も成り立ちうるであろう。また、連帯保証人として弁済した場合には 465 条、抵当権を実行された場合には 500 条という立論もありえよう（ただし任意弁済した場合には連帯保証人としてなのか、物上保証人としてなのかが実際上区別できないという問題はある）。

イ 求償権と原債権（およびその担保）との関係

弁済者が弁済による代位によって取得した担保を実行する場合、その被担保債権は、原債権であって求償権ではない（最判昭和 59・5・29 民集 38 卷 7 号 885 頁）。求償権と原債権（およびその担保）との関係について、最(三)判平成 23・11・22 民集 65 卷 8 号 3165 頁は、弁済による代位の制度を「代位

弁済者が債務者に対して取得する求償権を確保するために、法の規定により弁済によって消滅すべきはずの原債権及びその担保権を代位弁済者に移転させ、代位弁済者がその求償権の範囲内で原債権及びその担保権を行使することを認める制度」であるとした上で、「原債権を求償権を確保するための一種の担保として機能させることをその趣旨とする」ものであり、「この制度趣旨に鑑みれば、求償権を実体法上行使し得る限り、これを確保するために原債権を行使することができ、求償権の行使が倒産手続による制約を受けるとしても、当該手続における原債権の行使自体が制約されていない以上、原債権の行使が求償権と同様の制約を受けるものではないと解するのが相当である。」と判示している(同旨、最(一)判平成23・11・24民集65巻8号3213頁)。

原債権の付従的性質から生じる具体的効果として、最判昭和61・2・20が明示しているのは、求償権が消滅したときは当然に原債権も消滅し、原債権の行使は求償権と離れ、これと独立してその行使が認められないことにとどまる。上記の意味での付従的性質は、弁済による代位の要件・効果から説明できるのであって、担保権の付従性を認めることを介して説明する必要はない。上記の新判例が、上記を超える効果を原債権の付従的性質の具体的意味として付与したものなのかどうか今後の検討課題となる

本問では、XはCに対する求償権を確保するために、原債権であるAのCに対する貸金債権を取得することになる。このことからすると、本問では、AのCに対する貸金債権が訴訟物ではないかと考える者があるかもしれない。確かに、本問で問題となっている連帯保証人Yに対する保証債務の履行請求権は、貸金債権を担保するために、これに随伴する(授業でも指摘したように、代位債権者は、求償権を確保するために原債権を行使でき、原債権を担保するために約定された保証債務が原債権に随伴する結果、保証契約に基づく保証債務履行請求権をも権利行使できることになる。AY間の保証契約に基づく保証債務履行請求権は求償権を確保するために、AからYに直接移転しているわけではない点に注意すること。接ぎ木説ではなく、債権移転説とはこのような考え方である)。しかし、Xは、Cに対する貸金債権の返還請求権について債務名義を取得しても、Yに対して保証債務の履行を強制することはできず、Yの責任財産に対して執行するためには、自己との関係でYに保証債務があることを確定させなければならない。したがって、本問では、XのYに対する「AY間の保証契約に基づく保証債務履行請求権 1個」が訴訟物となる。

なお、原債権及び担保権は、求償権を確保するために存在するものであるから、判決主文では求償の限度を表示するのが原則となる点にも注意することが必要である(最判昭和61・2・20民集40巻1号43頁、最高裁判所判例解説3も参照)。

(2) 請求原因事実

XのYに対する保証債務の履行請求権の発生を基礎づけるためには、どのような請求原因事実を摘示

しなければならないか。

Xには、Cに対する求償権があり、Xは、物上保証人としてCの債務を弁済する正当な利益を有するから法定代位原因があり、Cに対する求償権を担保するに弁済による代位、つまり、債権者の一切の権利が弁済者に移転するという効果が発生することになる。したがって、まずは、①弁済など債権者を満足させる出捐があること、②出捐者に求償権があることが必要になる。これに加えて、③出捐者が弁済をなすにつき正当な利益を有すること、以上の要件が充足されれば、出捐者は債権者に当然に代位することができ、債権者が有していた一切の権利を行使することができる（500条）。

ア ブロックの組み立て

以上の各要件にもとづいて、本問について要件事実を整理すると、第1は、弁済に準じる行為があったことにより、XのCに対する求償権が発生し（民法372条による351条の準用）、法定代位原因であること（民500条：弁済等に正当な利益があること）が必要となる。これに加えて、弁済による代位の効果として、求償権を確保するために、その限度で、原債権及びこれに随伴する担保を行使することができるのであるから（民501条：代位の範囲）、第2に、原債権であるAのCに対する貸付債権についてその発生とその行使が可能であること、第3に、貸金債権に随伴する保証債務の発生を基礎づけるために、上記貸金債務を主たる債務とするAY間の保証契約が成立していることが必要となる。

イ 求償権の範囲

Xは、求償権の範囲内で、原債権及びその担保を代位行使できるにすぎないから、XのCに対する求償権の範囲を画定することが必要となる。そのためには、(a)CのAに対する残債務額と、(b)Xの弁済額（CのAに対する債務について本件競売代金がどのように配当されたか）を明らかにしなければならない。

(a)については、後述するように（2参照）、本問では本件貸付がその後変更している点をどのように評価するかが問題となるが、Aの元本債権額はいずれにせよ2億2001万円となる。

(b)について、本問では、甲土地はXの所有であり、物上保証人の不動産と債務者Cの所有である乙ビルが共同抵当になっていることから、不動産の価格に応じて両不動産に負担を割り付けるべきではない点に留意する必要がある。このような場合には、判例（最判昭和44・7・3民集23巻8号1297頁）・通説によれば、最終的に責任を負うべき債務者の所有する乙ビルの売却代金を先に配当し、それで不足する額だけを甲土地からの配当でまかなうべきことになる。

本問では、甲土地について後順位抵当権や差押債権者などがいないことから、乙ビルの1億円がまずAに交付されるべき額となり、次いで残額1億2001円について甲土地の売却代金4億円からAに弁済金が交付され（民執84条参照）、その残額2億8000万円はXに交付されることになる。したがって、

Xが出捐した額は1億2001万円となり、これが求償権の範囲となる。

ウ 請求額

代位される権利が債務者以外の者に対する権利である場合には、債務者の無資力の危険を公平に分担するために、代位者相互間の調整が必要となる（民501条各号）。Xは物上保証人であり、YDが連帯保証人となっているので、民501条5号により、物上保証人と保証人全員の頭数で割った額について代位できる。なお、仮に本問と異なり、Xが物上保証人と保証人を兼ねている場合については、明文の規定がないが、判例は（最判昭和61・11・27民集40巻7号1205頁）は、二重資格者も一人として扱い、かつ、全員の「頭数」に基づいて平等の割合とする計算する見解を採用している。原債権者に対して二重の負担を負う者が、より重い負担を負うと解することは、代位者の通常の意味ないし期待に合致しないという理由によるものといわれている。

本問では、頭数は3人（XYD）となる。ただし、請求原因では、他の連帯保証人が現れないので、代位の割合については、2人（XY）として計算し、6000万円を請求することが考えられる。この場合、連帯保証人DがいることはXの代位割合を3分の1に減少させる効果を発生させる事実として、Yの抗弁となる。しかし、Xは、AD間の保証契約の成否を争わないであろうから、はじめから3人として計算し、6000万円のうちの一部請求として4000万円を請求してもよいと思われる。

1 原債権

①貸金契約

Aは、Cに対して、1997年2月1日、3億円を貸し付けた（以下「本件貸金」という。）。※1

②弁済期の合意

Aは、Cとの間で、2002年2月1日、本件貸金返還債務について残金2億2001万円の弁済期を2012年2月2日とする旨合意した（以下「本件変更合意」という。）。

③期限の到来 ※2

2012年2月2日到来。

2 保証契約

Yは、Aとの間で、1997年2月1日、1記載のCの本件貸金返還債務を保証する契約を締結した（以下「本件保証契約」という。）。※3

3 法定代位原因

① 弁済をする正当の利益

- ・ Xは、Aとの間で、1997年2月1日、Aの本件貸金返還請求債権を担保するため、甲土地について抵当権設定契約を締結した（以下「本件抵当権」という。）。

- ・ Xは、上記契約当時、甲土地を所有していた。※4

② 弁済

本件抵当権が実行され、不動産競売手続により甲土地が売却され、納付された売却代金の中から、弁済金1億2001万円が、2016年1月17日、Aに交付された。 ※5

よって、

Xは、求償権1億2001万円の範囲内で、Aに代位して、Yに対し、本件保証契約に基づく保証債務金6000万円の支払を求める（民法372条、351条、500条、501条5号）。 ※6

※1 貸借型理論をとらない前提の摘示である。貸借型理論をとる場合は弁済期の主張を要する。

また、本問では附帯請求を省略するので、利率の約定も省略している。なお、遅延損害金については、約定利率の4.8%ではなく6%となる（民法419条、商法514条）。

※2 請求原因事実として考えた場合には、①当初の弁済期である「2002年2月1日の到来」、②変更合意による弁済期である「2012年2月2日の到来」、③期限の利益喪失の3つの選択がありうる。本問では②でよいが、実務上は、分割払いの場合に残債務について一括請求するため、および遅延損害金の利率の差額を取得するために、③を主張することが多い。その場合には、以下のようになる。

「Aは、Cとの間で、本件変更合意の際、利息（毎月末限り均等払い、年4.8%）の支払期限を経過し、Aからの書面による催促によっても次の返済日まで返済をしなかったときは、期限の利益を失う旨を合意した。2010年7月31日経過。AはCに対し、同年8月中に書面で催告をした。2010年8月31日経過。」となる。なお、本問では附帯請求は問われていないが、上記のとおり、期限の利益喪失約款の内容を特定するために利率等を摘示した。

これに対し、期限の利益喪失を争う側において、「各支払期限前の弁済の提供」を主張することができる。

※3 連帯保証契約は、保証契約と別の契約類型ではなく、保証契約に連帯である旨の特約がされることにより成立するとの考え方によると、連帯の約定は、これによって利益（454条参照）を受けるものが主張する必要がある。

※4 抵当権設定契約は、設権的契約であることから、抵当権設定契約当時のXが不動産の所有者であることが必要となる。なお、AX間の抵当権設定契約が締結されていれば、Xは、弁済をするについて正当な利益を有することになるから、同登記の摘示をする必要はない（なお、S59年5月29日の最判の判例解説において、代位弁済者は、利害関係人との間で物権的な対抗関係に立つことはない」と記載されているとおり、本件におけるXとYは、対抗関係に立つものではないことにも留意すること。法定代位（500条）の場合には、弁済によって当然に債権者に代位することになるからである）。

※5 本件抵当権の実行について、競売開始決定（事件番号）、売却許可決定、配当等の手続（本件

では弁済金交付、民事執行法 84 条 2 項) の経過を具体的に摘示すべきものとも思われるが、X の弁済の内容を特定する限度で摘示するに止めた。

Comment 弁済による代位の要件・効果と債権法改正

(1) 弁済による代位の要件

現行 499 条と 500 条の規定については、任意代位と法定代位を包括する要件として、債務者のために弁済した者は、債権者に代位するという弁済に代位の一般的要件をおくことになった(改正 499 条)。任意代位と法定代位の違いは、任意代位の場合には、代位の効果を債務者・債務者以外の第三者に主張するためには、467 条 1 項・2 項に準じて、対抗要件を具備する必要がある点である(改正 500 条)。現行法では、任意代位の場合には、債権者の承諾を要するものと規定されているが、この点については削除されることになった。弁済を受領したにもかかわらず、代位のみを拒絶することを認めるのは不当であるから、代位について債権者の承諾を要件とする必要はないことを理由とする。法定代位、すなわち、債務者のために弁済をした者が、弁済について正当な利益を有する場合には、当然に代位の効果を債務者・債務者以外の第三者に主張することができ、現行法が維持されている。

(2) 弁済による代位の効果

現行 501 条本文の規定を維持し(改正 501 条 1 項・2 項)、求償権の範囲内で、債権の効力および担保としてその債権者が有していた一切の権利を行使できると規定した。また、共同保証人間での求償については、保証人間で求償権を認めた上で、この求償権の範囲内で弁済による代位が可能であることを明記した。

現行 500 条は、代位される権利が債務者以外の者に対する権利である場合には、債務者の無資力の危険を公平に分担するために、代位者相互間の調整規定を弁済による代位の効果として規定しているが、代位者相互の関係については、現行 501 条後段の規定を原則として維持している(改正法 501 条 3 項)。

改正によって変更されている点としては、現行 502 条 1 号では、保証人が債務者からの第三取得者に代位する場合に、付記登記をすることを要件としていたが、これを削除した。また、債務者からの第三取得者のみを「第三取得者」とし、物上保証人からの第三取得者については「物上保証人」とみなすとする規定をおいた(改正 501 条 3 項 5 号。現行 501 条の規定について、債務者からの譲受人だけが「第三者取得者」であるのか、物上保証人からの譲受人も含むかが明確でなかったことから、通説に従い、明文の規定をおくことにしたものである。なお、物上保証人と保証人を兼ねる者がいる場合の代位割合については、最判昭和 61・11・27 民集 40 巻 7 号 1205 頁に基づいた明文の規定は置かれなかった。今後もこの点については、解釈にゆだねられることになるが、判例理論は維持されていることになる。

(3) 一部代位の要件と効果

一部代位については、代位弁済者は債権者とともになしに原債権を行使できないが、債権者は単独で原債権を行使できるとする規定がおかれることになった(改正 502 条 2 項)。一部弁済した代位者も、債権者と共同で抵当権を行使する必要はなく、各自がその債権額に応じて権利を行使できるとする判例理論(大決昭和 6・4・7 民集 10 巻 535 頁、最判平 17・1・27 民集 59 巻 1 号 200 頁など)を変更し、通説に従って明文の規定がおかれることになった。また、一部代位の効果について

は、権利行使によって得られる担保目的財産の売却代金などの金銭について、債権者が代位権者に優先すること（原債権者優先主義）が明文で規定された。この点は、抵当権の実行の場合判例上解釈で認められてきた考え方が、抵当権の実行の場合にとどまらず、一部代位の一般的効果として規定されるものである（改正 502 条 3 項）。

（4）債権者の担保保存義務

判例は、債権者が担保を喪失させた後に、他の抵当不動産を取得した第三取得者についても法定代位者と同様、504 条にもとづいて免責を主張できるとして、免責によって責任が消滅した不動産を第三取得者は取得したものと解している（最判平 3・9・3 民集 45 巻 7 号 1121 頁）。この判例理論を抵当不動産が問題となる場合を超えて、債権者の担保保存義務違反の効果として、担保の喪失又は減少によって償還を受けることができなくなった限度において、代位権者の責任を減免するという一般的な規定が置かれることになった（改正 504 条 1 項）。同時に、債権者が担保を喪失し又は減少させたことについて、取引上の社会通念に照らして合理的理由がある場合には、代位権者の免責・減責の効果は障害されるとする規定がおかれることになった（改正 504 条 2 項）。判例は、原則として、担保保存義務免除特約を有効と解している（最判昭和 48・3・1 金法 679 号 34 頁）が、他方で、特約の効力を主張することが信義則違反・権利濫用となる場合があることを認めている（最判平成 2・4・12 金法 1255 号 6 頁）。どのような場合に、信義則違反・権利濫用になるかが問題となるが、債権者の行為が金融取引上、合理性があり、かつ、特約の文言にもかかわらず、保証人などの法定代位者などの正当な代位の期待を奪うものでないときは、特約の事情がないかぎり、債権者が免除特約の効力を主張することは信義則違反・権利濫用にはならないと解している（最判平成 7・6・23 民集 49 巻 6 号 1737 頁）。その担保の喪失又は減少が代位をすることができる者の正当な代位の期待に反しないときは、代位権者の免責・減責は障害されるとする上記判例理論と改正法の障害要件に違いがあるのかどうかは、今後の解釈論にゆだねられることになる。

2. Yの抗弁とその当否

- （1）連帯保証債務消滅の抗弁を主張することはむずかしい。
- （2）全部請求の場合には他の連帯保証人の存在の抗弁を主張する。
- （3）主たる債務の消滅時効の抗弁を主張する。

（1）変更合意の解釈と連帯保証債務消滅の抗弁

①変更合意の解釈

最初のAC間の金銭消費貸借契約に基づく貸付金3億円の弁済期日である2002年2月1日に、ACXY間で新たな合意をしており、この契約上で負担した債務2億2001万円と元の金銭消費貸借契約上の貸金債務3億円の関係をどのように法的に整理するかが問題となる。これについて、以下の3つの解釈が成り立つ余地があるものと思われる。

（a）Xは、この変更契約は、3億円を一旦返済して、あらたに2億2001万円を貸し付けたのではなく、

当初の借入金のうち 8000 万円を当初の弁済期日である 2002 年 2 月 1 日に返済し、2 億 2001 万円については弁済期を 10 年間延長し、利率を 8.4% から 4.8% に下げる内容の契約であると主張している。

このように解すると、C は最初の契約に基づく債務のうち、未だ 2 億 2001 万円について返済していないことになり、被担保債権は消滅しておらず、Y の連帯保証債務は付従性によって消滅していないものと解されることになる。なお、この場合、A Y 間の連帯保証契約は 1997 年 2 月 1 日に締結されており、保証後、かなり長い期間が経過していることになる。継続的な取引関係から生じる将来の不特定な債務の保証については、保証人の解約権が問題となる余地がある（民法改正によって貸金等根保証契約について元本確定期日の定めがある場合には、465 条の 3 がある点にも注意すること）が、前述のように、本問では特定債務の保証であり解約権を問題とする余地はない。

(b)そこで、Y の側からは、以下のような主張がなされる可能性がある。2002 年 2 月 1 日に最初の 3 億円について弁済があり、新たに 2 億 2001 万円の貸付があった、つまり借換え（準消費貸借）があったとする主張した上で、旧債務を担保するために締結された保証契約は、消滅の付従性によって消滅していると主張することが考えられる。しかし、準消費貸借契約が成立していることから直ちに旧債務についていた担保が新債務に承継されないという結論が導けるわけではない。判例は、新債務と旧債務の同一性が失わせる意思が当事者にあるかどうかによって判断しており、同一性を失わせる意思が明確でない限り、旧債務との新債務の同一性を維持する趣旨であると推定すると解している（最判 50・7・17 民集 29 卷 6 号 1119 頁）。本問では、そのような意思があったことを示す事実はなく、かえって抵当権設定登記の流用など、たとえ旧債務は消滅したとしても、それとの同一性を示す事実があるので、このような解釈をすることは困難であろう。新債務と旧債務の同一性という基準によらずに、準消費貸借契約の解釈という観点から旧債務についていた担保が新債務に承継されるのかを検討する学説の立場にたっても、本問の場合には、抵当権設定登記の流用する事実があることから、同様の結論になるものと解される。

(c)その他に、旧債務が消滅したことを基礎づけるために、本件変更合意は更改であるとする主張がなされるかもしれない。更改があったといえるためには、債務の要素を変更する目的で、契約がなされること必要となる（民 513 条）。本件事案では、金額・弁済期・利率について変更があり、債権内容について重要な要素について変更があるものといえるが、変更契約の当事者である ACXY には、元の債務の担保（抵当権など）を消滅させる意思はないことから、旧債務を消滅させる意思があるわけではなく、更改意思を基礎づける事実はあるとはいえないものと解される。

さらに言えば、いずれにせよ本問では、2002 年 2 月 1 日に、Y は、残債務 2 億 2001 万円の範囲で、連帯保証人となることを確認しているから、連帯保証債務自体がすでに消滅していると主張することはできないものと解される。

(2) 他の連帯保証人の存在

前述のように、他の保証人Dの存在は、Xが2分の1の代位割合で請求をした場合には、Xの代位割合を3分の1に減少させる効果を発生させる事実として、Yの抗弁となる。

(3) 消滅時効の抗弁と時効の中断の再抗弁

主たる債務が時効によって消滅していることを理由として、消滅の付従性により連帯保証債務も消滅しているとして、Xの請求を退けることができないかどうかを検討することになる。本問の主要な争点となるのはこの点である。

① 時効期間

本件変更契約によれば、CのAに対する借入金債務（主たる債務）2億2001万円について、Cが期限の利益を喪失したのは2010年8月31日である（Dの言い分とその認定による）。したがって、全額について権利を行使できるのは2010年9月1日であり（民166条）、判例（大判昭和6・6・9法律新聞3292号14頁）によれば、消滅時効の起算点は、その翌日である2010年9月2日となる（民140条：初日不算入の原則の適用）。本件借入金債務は商事債務であるから時効期間は5年であり（商法522条、会社5条）、2015年9月1日の経過により、AのCに対する貸付債権の消滅時効が完成するものと解される。また、変更合意のみを前提とすると、その弁済期は2012年2月2日であり、消滅時効の起算点は2012年2月3日となって、2017年2月2日の経過により、貸付債権の消滅時効が完成する。

*授業後に、質問があった点は2点ある。1つは、残貸金債権全額について権利を行使できるのは2010年9月1日であるのであれば、140条2項によることができないのか、なぜ、1項によらねばならないのかという点である。確かに、期限の利益は8月31日の午後24時まで主張することができるが、権利行使は、9月1日午前0時から理論的には可能である。ただ、問題となっているのは、消滅時効期間の起算点であり、現実的に権利行使できる時点から時効期間を計算しないと権利者は現実には権利行使ができないのに、権利が消滅することになってしまう。本件で問題となっているのは、A銀行の貸金債権であり、普通は銀行業務が行われている時間外に権利行使をすることはないはずであり、完全に1日として使えないときにも1日と計算することは、債権者の権利行使を保障しないことになるからである。したがって、140条2項の適用を認める余地はないものと解される。

第2の質問は、9月2日を起算点とし、起算点にさかのぼって消滅時効の効果が生じるとすると、9月1日には権利行使ができたはずであり、この間の遅延損害金が発生していることになるのではないのかというものである。つまり、遅延損害金の起算点と時効の起算点がずれることに問題はないのかという質問である。

最判昭和57・10・19民集36巻10号2163頁は、両者をいいて関連づけ統一して解釈する必要はないとした上で、時効期間算定にあたり初日を算入するとすれば、被害者が損害及び加害者を知った時が

午前零時でない限り、被害者の損害賠償債権行使の期間が完全に三年間にみたなくとも時効消滅することになるとした原審の判断を支持し、民法 724 条所定の 3 年の時効期間は、被害者又はその法定代理人が損害及び加害者を知った時から進行するが、右の時効期間の計算についても、138 条により 140 条の適用があるから、損害及び加害者を知った時が午前零時でない限り、時効期間の初日はこれを算入すべきものではないと解している。

もっとも、上記判決の真の判決理由は、時効期間の計算のしかたに関する判示部分であるにすぎないから、遅延損害金の起算点をどのように解するべきかが上記の判例から必ずしも明らかになっているわけではない。消滅時効によって権利行使が可能な時点であった起算点にさかのぼって債権が消滅するというのは、当該債権について権利行使はできないということであり、弁済期以降の利息・遅延損害金を支払う義務を負わないと解すべきである。

②援用権者

民法 145 条の当事者（援用権者）については、時効により直接利益を受ける者であり、消滅時効の場合には、権利の消滅によって直接利益を受ける者に限定されている（最判昭和 48・12・14 民集 27 巻 11 号 1586 頁）。本問では、Y は連帯保証人であり、連帯保証債務は、主たる債務が消滅すると付従性によって消滅することから、Y は権利の消滅によって直接利益を受ける者として、主たる債務である C の借入金債務の消滅時効を援用できるものと解される（大判昭和 7・6・21 民集 11 巻 1186 頁、大判昭和 8・10・13 民集 12 巻 2520 頁）。

③中断

ただ本問では、A 銀行は C 社に 2010 年 12 月 1 日まで借入金債務の弁済を請求しており、また、A 銀行によって 2015 年 7 月 3 日に競売の申立てがなされ、開始決定がなされたのが 2015 年 7 月 7 日、差押えの登記がなされたのが 2015 年 7 月 9 日、開始決定の正本の到達時が 2015 年 9 月 17 日である。そこで、時効の中断事由がないかどうかを検討することが必要になる。

時効中断の根拠をめぐっては、真の権利者が権利を行使する点に根拠を求める権利行使説、真の権利関係が確定した点に求める権利確定説、多元説が対立している。承認が中断事由となる理由および時効中断の効力の発生時期が請求時、差押え・仮差押え・仮処分の申請時点となっている点を合理的に説明できるかという点に、上記見解の対立点がある。

本問は、権利行使説による説明がしやすい事案ということになるであろうが、問題は、X は物上保証人であり、A による抵当権の実行によって甲土地の範囲で物的責任を負担しているにすぎない点にある。

判例（最判平成 8・9・27 民集 50 巻 8 号 2395 頁参照）は、抵当権実行としての競売の申立ては請求には該当しない、その競売開始決定正本の送達には催告に該当しない、競売の申立て及び送達をもって裁判上の催告と解することもできないと解している。確かに、抵当権実行としての競売は、被担保債権

に基づいて申立てが行われているわけではないが、被担保債権の回収を目的として抵当権を実行していることから、被担保債権の行使することに等しいと解されること、また抵当権の実行については、不動産執行の規定が準用されており、競売の前提として目的物が差し押さえられること（民執 188 条、同 45 条 1 項）から、差押えに準じて中断事由に該当するものと解している（最判昭和 50・11・21 民集 29 卷 10 号 1537 頁など）。

レポートでは、この点についてほとんどの人が、できていなかった。抵当権実行としての競売の申立てについて、147 条 2 号の差押えにあたると解している者がほとんどであった。そもそも 147 条 2 号の差押えの場合になぜ時効の中断効が認められているのかについて理解していないし、抵当権者は責任をおっているが、債務を負担しているわけではないこと、被担保債権の有無にかかわらず抵当権があることが証明されれば、抵当権の実行の可能であることを理解できていないことに、原因がある。

抵当権実行としての競売の申立てについて、147 条 2 号の差押えに準じて時効中断の効力があると解するとして、時効中断の効力はいつから発生するのか。時効中断は、当事者および承継人の間においてのみ効力を有することから（民 148 条：中断の相対効）、物上保証人に対して競売の申立てをする場合のように、差押えが債務者に対してなされないときには、本来であれば債務者との関係では被担保債権について消滅時効を中断しないことになってしまう。そこで、民 155 条では、差押えは、時効の利益を受ける者に対してこれをなさないときは、これをその者に通知した場合にはじめて時効中断の効力が生じると規定されている。この点、民事執行法 45 条 2 項では、競売開始決定は、債務者に送達されなければならないと規定されているが、担保不動産の競売手続との関係では、強制競売の規定における「債務者」を原則として「債務者および所有者」と読み替えるものとされており（平成 7 年 9 月 5 日最判の判例解説 8 1 1 頁参照）、物上保証の場合には、物上保証人である抵当権設定者＝抵当不動産の所有者と被担保債権の債務者に競売開始決定が送達されることになる。

判例（最判昭和 50・11・21 民集 29 卷 10 号 1537 頁、最判平成 7・9・5 民集 49 卷 8 号 2784 頁参照）・通説は、抵当権者が物上保証人に対して競売の申立てをし、執行裁判所のした競売開始決定による差押えの効力が生じたのちに、競売開始決定の正本が債務者にも送達された場合には、民 155 条により、債務者に対して、当該抵当権の実行にかかる被担保債権について消滅時効の中断の効力が生じると解している。なお、この中断の効力の発生時期については、不動産競売の申立てがなされた時点か、それとも競売開始決定の正本が債務者に到達したときかについては争いがあったが、最判平成 8・7・12 民集 50 卷 7 号 1901 頁は、債務者に対する時効中断の効力はその正本が債務者に到達したときに生じると判示している（公示送達〔民訴 110 条、民執 20 条〕でも中断の効力が生ずるとするものとして、最決平成 14・10・25 民集 56 卷 8 号 1942 頁）。不動産競売の申立てがなされた時点とすると、競売開始決定を知らないうちに消滅時効の中断が生じることになり、債務者に不測の不利益が生じるおそれがある。

るからである。

ただ、本問は共同抵当の事案であり、債務者C所有の乙ビルとX所有の甲土地が一括競売されている。債務者C自身について競売の申し立てがあったことになるから、被担保債権につき債務者に対して権利行使があったと解すべきである。したがって、民 155 条を問題にするまでもなく（本問では、競売開始決定の正本がC社に到達した 2015 年 9 月 17 日ではなく）、競売の申立て時である 2015 年 7 月 3 日に時効中断の効力が生じているものと解される（147 条各号の中断事由と中断効が生じる時期との関係についても復習しておくこと）。

結局、主たる債務である貸金債権の消滅時効は中断されていることになり、Xの請求は認容されることになる。

Comment 債権の消滅時効と債権法改正

債権の消滅時効期間については改正法で多く変更されることになった。債権者が権利行使をすることを知った時から5年間権利行使をしなかったとき（主観的起算点）と権利行使をすることができる時から10年（客観的起算点）によることになった。これに伴い、短期の消滅時効と商事債権の消滅時効の規定が廃止されることになった（改正166条）。

また、時効の効果を障害する「中断」については「更新」（＝時効期間が新たに進行する）、「停止」については「完成猶予」という用語に改められることになった。改正法では、権利行使の意思が明らかにしたと評価できる場合には「完成猶予」とし、権利の存在について確証がえられたと評価できる場合を「更新」に区分することにした。本問で問題となった担保権の実行については、明文で規定がおかれることになり（改正148条）、当該事由が終了するまでは、原則として、時効が完成しないものとされ（＝「完成猶予」）、権利の満足が絵られないときは、当該事由の終了時点から時効期間が新たに開始することになった（＝更新）。中断の相対効をさだめた現行148条（改正153条）とその例外を規定した現行155条（改正154条）は、維持されることになった。

＊時効の中断効は相対効であり、時効中断は、当事者および承継人の間においてのみ効力を有するという民 148 条の条文を理解していないのが、かなり多かった。基本的な知識であり、復習しておくこと。

＊レポートの中には、主たる債務に対する時効の中断は、保証人に対してもその効力が生じるとする 457 条 1 項の規定にもとづいて、本問でも時効中断の効力が X にもおよびと解した者があった。しかし、X は物上保証人であって、（連帯）保証人ではない。X は、A が甲土地について抵当権に基づいて競売の申し立てを行った点が時効中断事由に該当すると主張しているのであるから、148 条（中断の相対効）によれば、本件では、抵当権者と設定者（AX）の間で中断効が生じることになり、あらためて時効が進行になることになるはずである。しかし、155 条は、148 条の例外規定として中断の効果の及び人的範囲を拡大し（通説）、物上保証人に対して抵当権が実行された場合には、時効の利益を受ける債

務者に対しても中断効を認めるとともに、債務者への通知時に中断の効力が生じたことを定めた規定ということになる。ただ、本問では債務者所有する不動産が一括競売されたことにより、Cに対する通知時点まで中断の効果が生じないと解する必要がないから、上記の結論になる。

Comment 458 条による準用規定と債権法改正

現行458条は、434条から440条までの規定を連帯保証に準用しているが、改正法では、連帯債務に関する絶対的効力事由・相対的効力事由に関する規定について見直しが行われ、履行の請求・免除・時効の完成については相対的効力事由となった。これに伴い、改正458条では、更改・相殺・混同を除き、相対的効力事由となる。連帯保証人に対する履行の請求の効力が主たる債務者にも及ぶことについては、連帯保証人は主たる債務者の関与なしに出現し得るのであるから、主たる債務者に不測の損害を与えかねないと考えられるからである。そこで、改正法では、連帯保証人に対する履行の請求は、当事者間に別段の合意がある場合を除き、主たる債務者に対してその効力を生じないものとするようになった。

主債務者について生じた事由の効力に関しては、保証債務の付従性によって保証人にも及ぶことから（現行及び改正457条参照）、458条は、専ら連帯保証人について生じた事由の効力が主債務者にも及ぶかどうかに関するものと解されている。

配点表

1. Yの消滅時効の抗弁（設問2 20点）

1-1 主たる債務の時効消滅によって保証債務も付従性によって消滅することになり、Yの主張が、訴訟物との関係で有効な抗弁となることが示されているか。（5点・①）

1-2 主たる債務であるA銀行からC社に対する貸金債権について消滅時効の効果の主張ができるかどうかを検討しているか（10点・②）

＊消滅時効の要件の摘示と事実のあてはめ：権利行使はいつから可能か（期限の利益喪失条項）、時効の起算点、時効期間、援用の意思表示

1-3 主たる債務の消滅時効を保証人Yが援用できるかどうか検討しているか。（5点・③）

2. 請求の当否（設問3 40点）

2-1 本件訴訟の訴訟物

2-1-1 「AY間の保証契約に基づく保証債務の履行請求権」となることを指摘できているか（5点・④）。

2-1-2 上記が訴訟物となることを理論的に説明できているか（10点・⑤）。

＊弁済による代位による原債権の移転と原債権に随伴する保証債務履行請求権

2-2 請求原因関係

2-2-1 求償権の根拠とその範囲（1億2001万円）を説明できているか

（10点・⑥）

2-2-2 請求額（代位できる権利の範囲）について理解できているか。（5点・⑦）

2-3 抗弁1：変更合意の解釈と連帯債務消滅の抗弁（10点・⑧）

＊要点は解説参照。

2-4 抗弁2：主債務の消滅時効の抗弁（10点・⑨）

2-4-1 時効中断事由の解釈（10点・⑩）

＊民147条に該当する事由があるときに、なぜ時効中断の効力があるのかについて理解しているか。その上で、抵当権実行としての競売の申立てを差押えに準じて時効中断事由に該当することを理解しているか。

2-4-2 本問において時効中断の効力が発生する時点（10点・⑪）

＊競売開始決定の正本がC社に到達したのは、2015年9月17日であるが、本問が共同抵当の事案であり、債務者C所有の乙ビルとX所有の甲土地が一括競売されていることから、

民 155 条の問題にはならず、競売の申立て時に時効中断の効力が発生したことになることを理解しているか。

3. 判決主文 (10 点・・・⑫)

3. 裁量点

裁量点 A (10 点・・・⑬)

*答案の完成度 (全体の論理的展開力・一貫性など)

全員について採点 A+は9～、Aは8、B+は7、Bは6、Cは5、D (不可) 4 以下。

裁量点 B (加算事由がある場合だけ 10 点を限度・・・⑭)

4. 合計点 110 点 (①～⑪100 点+裁量点 A10 点)・・・⑮

以上