

担保保存義務に関する一考察

——沿革的・比較法的考察（一二）——

辻 博 明

一 はじめに——問題設定

二 ローマ法

(1) 保証制度の「推移」——担保保存義務制度の視点から

(2) 担保保存義務制度の「起源」とその継受——問題点の整理

三 フランス法

(1) フランス古法——ポティエの主張を中心に（以上本誌六一巻一号）

(2) 立法趣旨

(3) フランス民法——制度の本質、要件・効果（現行二三・四条）、近時の変化（以上本誌六一巻二号）

四 ドイツ法

(1) ドイツ民法典成立前の概要

(2) 立法趣旨（以上本誌六一巻一号）

(3) ドイツ民法——制度の本質、要件・効果

① 制度の本質

(i) 制度趣旨・法的構成（以上本誌六一巻二号）

(ii) 免責対象者

② 免責の要件

③ 効果

④ 整理・検討——フランス法との比較（以上本誌六一巻四号）

五 スイス債務法

- (1) 旧法における議論の概要——義務の位置付け・範囲、要件・効果、共同保証をめぐめる問題
(以上本誌六三卷一号)

立法趣旨

- (3) (2) スイス債務法(一九四一年法)——債権者の保証人に対する注意義務の拡大・強化、義務の性質、担保保存

義務、共同保証をめぐめる問題

(以上本誌六三卷二号)

- ① 債権者の注意義務——保証人に対する注意義務の性質・拡大・強化 (以上本誌六三卷四号)

- ② 債権者の担保保存義務——五〇三条一項の意義、要件・有力説の主張、効果

- ③ 共同保証をめぐめる問題——四九七条三項の特則、特約、錯誤等

- ④ 整理・検討 (以上本誌六四卷一号)

六 オーストリア民法

立法趣旨

- (2) (1) オーストリア民法——債権者の保証人に対する注意義務の拡大・強化、義務の性質、債権者の懈怠、物的

担保の放棄、共同保証をめぐめる問題

(以上本誌六四卷二号)

- ① 債権者の注意義務——保証人に対する注意義務の性質・拡大・強化、消費者保護・銀行の守秘義務

- ② 債権者の注意義務の現れ・根拠——債権の取立上の懈怠 (以上本誌六五卷二号)

- ③ 債権者による物的担保の放棄(二三六〇条) (以上本誌六六卷二号)

- ④ 共同保証をめぐめる問題(二三六三三)

- (a) 共同保証人間の法律関係、求償権(二三五九条)と代位(二三五八条)の法律関係・要件・効果

- (b) 一共同保証人の免責と他の保証人に対するその効果(二三六三条・八九六条・八九四条)——相対効・

絶対効とその解釈・法的メカニズム

- (c) 小括

(以上本号)

六 オーストリア民法

- (2) オーストリア民法——債権者の保証人に対する注意義務の拡大・強化、義務の性質、債権者の懈怠、物的担保の放棄、共同保証をめぐる問題

④ 共同保証をめぐる問題（二三六三条）

(a) 共同保証人間の法律関係、求償権（二三五九条）と代位（二三五八条）の法律関係・要件・効果

一三五九条は、「数人が同一の全額について保証する場合、各自が全額について責めを負う。ただし、その保証人の一人は、全債務を弁済した場合、共同債務者におけると同様に（八九六条）、他の保証人に対して求償権を有する。」と規定する。

数人が同一の全額について保証する場合とは、同一の主たる債務の全額の保証又はその債務の同一の一部額の保証である。「共同保証人」は、各自独立して一部保証をする旨の合意がない限り、保証が共同してなされたか、申し合わせに基づいてなされたか、又は同時若しくは順次に引き受けられたかを問わず、債権者に対して連帯して同一の全額について責めを負う（オーストリア法においては「分別の利益（Beneficium divisionis）」はない）。債務の異なる一部について相互に限定された部分を保証する数人の「一部保証人」真正の一部保証人）は、共同保証人ではない。それ故、一人の保証人による弁済があっても、それは他の保証人にとって関係せず、求償権は考慮されない。もっとも、限度額のある保証部分が重なる場合には、その限りにおいてのみ、一部保証人は共同保証人でもある。したがって、その保証人は、一方において、一部保証額について互いに併存して責めを負い、他方において、その責任が

及ぶ一部同額について共同保証人として連帯責任を負う。⁽¹⁾

共同保証人の一人が債権者に弁済した場合、主たる債務者に対する求償権と併存して、他の共同保証人に対する「求償権」が生じる。一三五九条は、共同債務者の場合と同様に、弁済を行う共同保証人に、他の共同保証人に対する求償権を与え、共同保証人の内部関係について連帯債務者の求償準則を準用している。弁済を行う共同保証人は、これ以外にも、他の共同保証人に対する債権者の権利を、「法定譲渡」によって獲得する(後述・一三五八条)。従って、弁済を行う共同保証人は、他の共同保証人に対する求償について、「二つ」の請求原因・根拠を有している(一三五九条(求償権)・一三五八条(代位)⁽²⁾)。

他の共同保証人に対する求償権は、一三五九条の文言によると、八九六条による求償と同様に、共同保証人の一人が全債務を弁済したことによるとされる。連帯して責めを負う共同保証人の一人は、内部関係における負担部分を超えて債権者に対して弁済すれば、その弁済額が主たる債務額の一部にすぎないときでも、直ちに他の共同保証人に対して求償権を有するかという問題は、規定されていない。この点について、その内部関係において自己の負担部分を「超えて」弁済した場合は、求償権を有すると解されている(一三五九条二文・八九六条)(判例・通説)。共同保証人は、他の共同保証人の各負担部分についてのみ請求することができる。求償の要件を充足する共同保証人は、別段の意思表示がない限り、また全債権について又は同一の一部額について責めを負うとする特別な関係が共同保証人間において存在しない限り、共同債務者におけると同様に(八九六条)、それぞれ「等しい割合」で、求償することができる(判例・学説)。負担割合に影響する「特別な関係」は、契約又は諸般の事情から明らかとなり(取引関係・親族関係・雇用関係・実質的な受益関係等)、特別な関係によつては求償権を有しない場合もある。等しい割合によらない求償についての「証明責任」は、その主張者が負う。⁽³⁾

なお、弁済を行った共同保証人には、求償権の限度において、全ての従たる権利として、他の共同保証のほか、

物的担保権⁽⁴⁾、共同債務者に対する権利、損害担保権が法律上当然に移転する。保証以外に物的担保権その他の担保がある場合、求償権は保証人にだけでなく他の担保設定者にもあるのが問題となるが、一三五九条・八九六条（求償規定）は、異なる種類の担保設定者のどの関係においても適用されると解されている（近時の判例・学説⁽⁵⁾）。

一三五八条は、「人的に又は特定の財産をもつて責めを負う者が他人の債務を弁済する場合、その者は、債権者の権利に代位し、弁済された債務の償還を債務者に請求する権限を有する。そのために、弁済を受けた債権者は、弁済者に保有する法的救済及び担保手段を引き渡す義務を負う。」と規定する。

一三五八条は、「法定譲渡」に関する規定であり、人的に又は特定の財産をもつて他人の債務に責めを負う者に適用される。この他人の債務とは、第三者の債務である。一三五八条は、「法律行為」又は「法律」により債権者に対して責めを負う者が実質的に他人の債務を弁済した場合に適用される。その適用範囲は広く、保証、物的担保の場合だけでなく、共同債務者、損害担保者、信用状債務者等においても適用される。さらに、第三者が他人の債務又は他人の損害について法律上責めを負う場合に、債権の移転により、債務ないし損害を本来の弁済義務者ないし損害を発生させた者に負わせる機能を有し、特別法においても問題となる（社会保険法・個人保険法・福祉法・労働法・製造物責任法⁽⁶⁾等）。

債権者の権利への代位の要件は、他人の債務の「弁済」である。代物弁済・相殺・保証人の財産からの強制的な回収等は、金銭による弁済と同様に扱われる。求償は、保証人と債務者との間の合意により、排除又は保留することができ、保証人と債権者との間において別段の定めをすることができる。その限りにおいて、一三五八条二文は、「任意規定」である。債権者の債務者に対する全ての請求権が全て弁済された場合に初めて、その弁済の範囲において、債権及び担保権が移転するとする合意は、有効である。そのような合意は、債権者への完済が競合する保証人の求償権によって侵害されることを回避するものである。もともと、そのような条項は、八七九条三項（普通取

引約款又は契約書式に含まれる契約条項の効力規定)により、無効とみなされるべきであるとする主張がある(Bydinski⁽⁷⁾)。

弁済者(保証人等)は、債権者の権利に代位する。従って、「債権」は、弁済によって消滅することなく、特別な譲渡行為を要せずに、「法律上当然に」弁済者に移転する(法定譲渡)。その結果、主たる債務者は、弁済者に対して責めを負う(判例)。その債権は、その範囲・法的属性及び制限において、債権者が有したのと同じ状態で弁済者に移転する。その結果、主たる債務者は、同一の「抗弁」を有する。法定譲渡によって、債権とともに、「従たる権利」も法律上当然に移転する(通説・判例)。所有権留保、質権・抵当権、債権者が有した執行名義、損害担保者・共同保証人・共同債務者に対する請求権等は移転すると解される⁽⁸⁾。

弁済者は、法定譲渡において、弁済した債務の償還についてのみ請求することができる。従って、「弁済額」を超えて請求することはできず、債権者に負っていた額を超えて請求することはできない(代位の範囲・上限)。代物弁済の合意がなされた場合、債権者の権利は全額について移転する。弁済者が一部弁済をする場合は、「一部移転」が生じる。一部保証人がその保証額を超えて弁済する場合、保証人は一三五八条による請求はできない。その保証人は、保証していない部分については、特別な権利関係(後述)により請求することができるにすぎない⁽⁹⁾。

弁済を全て受けた債権者は、弁済者に存在する全ての「法的救済」(債権証書・その他の証書、手形、執行名義)及び「担保手段」(動産質等)を引き渡さなければならない。保証も移転するため、共同保証人の債務が明らかとなる法的救済も含まれる。債権者は、求償権の行使に役立つことは全て行わなければならない。債権者は、弁済がなされるまで、保証人の求償の保全のために、救済手段及び担保手段を「保存」しなければならない。「引き渡し」とは、法的救済においては、証書の所有権の移転義務を意味し、有形の担保手段においては、現実の返還義務を意味する。なお、債権者は、抵当権の登記簿上の移転及び権利承継者による執行において要する証書を交付しなければ

ならない。債権証書が弁済された債務以外の債務の証明手段として用いられる場合には、弁済者はその返還を請求することができない。ただし、認証された謄本及び証書の閲覧は請求することができる。保証人が債務の一部を弁済したような場合、債権者は残債権を回収するために証書がまだ必要となるため、一部弁済の保証人はその証書を引き渡すよう請求することはできない。一三五八条二文は、債権者に対する保証人及び物上保証人の「情報請求権」の根拠規定でもある。「銀行の秘密」によって、それが制限を受けることはない。⁽¹⁰⁾

保証人と主たる債務者間の特別な関係に基づく求償権は、一三五八条による法定の求償権とは異なる。保証人は、原則として、一三五八条と特別な内部関係に基づいて求償することができる。契約上の内部関係と移転する債権とが一致しない場合は、「内部関係」が優先することになり、その限りにおいて、一三五八条は「任意規定」である。保証人が、一三五八条による求償を主張する場合、主たる債務者は、それと異なる内部関係を「証明」しなければならぬ。特別な関係に基づく求償権が制限を受け、又は全て排除される場合がある。例えば、保証が贈与として引き受けられた場合、保証人が主たる債務者の出捐により弁済した場合、保証人が求償権を放棄している場合、又は、保証人が内部関係において実質的な債務者であるような場合である。⁽¹¹⁾

したがって、共同保証人の一人が債権者に弁済した場合、主たる債務者に対する求償権と併存して、他の共同保証人に対する求償権が生じる。すなわち、弁済を行う共同保証人は、共同債務者の場合と同様に、他の共同保証人に対する「求償権」を有する（一三五九条）。さらに、弁済を行う共同保証人は、他の共同保証人に対する債権者の権利を、「法定譲渡」によって獲得する（一三五八条）。したがって、弁済を行う共同保証人は、他の共同保証人に対する求償について、「二つ」の請求原因・根拠を有する。もっとも、債権者の権利を行使することができるのは、共同債務者たる共同保証人の求償権が及ぶ「範囲」に限られる。一三五八条によって移転した担保手段は、一三五九条・八九六条によって生じた求償権を超過して行使することはできない。それ故、両者の場合における請求権の

範囲は同じである（判例¹²⁾）。

(b) 一 共同保証人の免責と他の保証人に対するその効果（一三六三条・八九六条・八九四条）—— 相対効・絶対効

とその解釈・法的メカニズム

一三六三条は、「保証債務は、債務者の債務に附従して消滅する。保証人は、一定の期間についてのみ債務を負った場合、その期間においてのみ責めを負う。一共同保証人の免責は、債権者に対して効力を生じることが、他の共同保証人に対しては効力を生じない（八九六条）」と規定する。

保証は、附従性により又は特別の消滅原因により消滅する。保証は、主たる債務者の弁済ないしその他の履行、主たる債務の無効（不合意・良俗違反の場合等）、主たる債務の免除、主たる債務と債権の混同、主たる債務の消滅時効、更改契約等により、主たる債務とともに消滅する。また、保証は、保証人の弁済、保証人の免責¹³⁾、保証債務と債権の混同、保証債務の消滅時効、保証期間の経過又は保証に関する解除条件の成就、期間の定めのない継続的保証の解約、八七〇条以下（詐欺・強迫・錯誤）による取消し、最終不足額支払保証及び求償保証における債権者による注意義務違反（一三五六条・一三六二条）、保証人の死後三年（一三六七条）、保証人の同意のない債務者の交替等により、保証のみが消滅する¹⁴⁾。なお、一三六三条二文（保証責任の期間制限）は、保証は意思表示をした範囲を超えて拡大することがないとする一三五三条の一般原則が具現化される場合について規定する¹⁵⁾。

一 共同保証人の免責は、債権者に対してのみ効力を有する（相対効）。一共同保証人の免責は、他の共同保証人の一三五九条（先述^{a)}・八九六条（後述）による求償を妨げることはない。免責を受けた一共同保証人が他の共同保証人より後に責めを負った場合でも、他の共同保証人の求償を妨げることはない（この点について異説がある¹⁶⁾）。求償は、共同して保証を引き受けることを前提としない。免責は、共同債務者に影響しないため、「注意義務違反¹⁷⁾」でもない。一三六三条三文は、損害担保にも類推適用されている。なお、一三六三条は、連帯保証人にも適用され

る。⁽¹⁸⁾

一三六三条においては、八九六条が引用されている。八九六条は、「全ての債務を自己の財産をもって弁済した全部義務を負う一共同債務者は、権利の譲渡がなくても、他の共同債務者から、相互に特別の関係がないときは、等しい割合で求償する権限を有する。一共同債務者が債務を負う能力を有しない、又は債務を履行する支払能力を有しない場合、その不足部分は、全ての共同債務者によって同様に引き受けられる。一共同債務者の免責は、求償権について、他の共同債務者に不利益を生じない（八九四条）。」と規定する。

八九六条は、連帯債務者の求償について規定する。八九六条は、契約上の連帯債務だけでなく、不法行為等に基づく法定の連帯債務にも適用がある。求償権は弁済がなされてはじめて発生する。全ての債務を弁済した者は求償権を有するが（同条一文）、その負担部分を超えて弁済した者は求償することができると解されている（判例・通説）。求償を主張するには、自己の財産をもって弁済しなければならない。八九六条は、連帯して責めを負う共同保証人への適用が認められる。求償権の発生及び範囲は、第一に契約または法⁽¹⁹⁾に基づく共同債務者間の特別な関係による。八九六条は、負担部分による求償を考慮しており、連帯して責めを負う共同保証人における求償についても妥当する。次に、特別な関係がない場合における求償は、等しい割合による。⁽²⁰⁾

一共同債務者に「法定」の免責（社会保険法・保険契約法等）がある場合に、八九六条二文の適用がある（判例）。他の共同債務者の責任には影響はなく、法定の免責を受けた共同債務者に対して求償することはできない。それによって、その免責の効果が失われるからである。債権者による一共同債務者の「契約」による免責の場合は、その免責は求償に影響を与えない。「契約」による連帯債務者の場合は、Aが免責され、債務者Bが残り、Cがその後に加わるとき、AとCの間には連帯関係は存在せず、Aに対して求償できるのはBだけである。⁽²¹⁾ただし、免責を受けた共同債務者は、共同債務者から請求を受ける場合、免責の目的がその債務者の「完全な」免責であったときは、

求償に応じた額について債権者に対して償還請求権を有する。数人の損害担保者の一人が免責された場合にも、この原則は妥当する。また、債権者が物的担保の提供者を無償で免責した場合における物的担保提供者間における償還においても、この原則は妥当する（判例）。担保目的で共同債務者として他の者の債務に加わった者に対する求償権は、債権者によるこの共同債務者の免責によって影響を受けない⁽²³⁾。なお、連帯して責めを負う債務者間には、弁済前に同意をとり、通知し、訴訟による場合には訴訟告知する義務等が存在し、その義務の違反により、求償権が減少し又は失効する可能性がある⁽²⁴⁾。

八九六条においては、八九四条が引用されている。八九四条は、「一共同債務者は、債権者と負担を加重する条件を設定することによって、他の共同債務者に不利益を与えることができない。また、一共同債務者が個人として受ける猶予または免責は、他の共同債務者には効力を生じない。」と規定する。

八九四条は、債権者と一共同債務者との事後的な「合意」による連帯債務の変更についての原則を規定している。各債務は独立性を有しており、そのような合意は、原則として、それに直接に関係する当事者においてのみ効力を有する。負担を課す合意によって、他の共同債務者に不利益が及ぶことはない⁽²⁴⁾。債務の承認は、債務者にとって不利益な行為であり、当然に個別の効力しかない。それによって、時効の中断効は他の者に対しては及ばない。更改（一三七六条以下）及び和解（一三八〇条以下）においては、契約の当事者でない共同債務者の責任が影響を受けるか又は解消されるか否かは、契約締結者の「意思」による。なお、八九四条が規定する原則は、「法定」の債務の変更にも適用される。すなわち、過失及び遅滞は、その当該共同債務者に対してのみ効力がある。遅滞の発生は、各共同債務者についてそれぞれ証明されなければならない。受領遅滞のある場合にも同様に適用がある。催告は、個別に請求を受ける共同債務者に対して表示されなければならない。解約告知は、その全ての相手方に対して表示されなければならない⁽²⁵⁾。消滅時効は、各共同債務者に対してのみ効力がある（時効の停止・中断効）。時効の完成は、各

共同債務者について個別に証明する必要がある。⁽²⁶⁾

債権者は、各債務者を全部又は一部について「免責」する権限を有する。一共同債務者が受ける免責は、疑問のある場合は、その共同債務者個人についてのみ効力を生ずる。このような制限が意図されていたかどうかは、「解⁽²⁷⁾釈」の問題である。その場合、特にそれがなされた「目的」によって解釈がなされ、「求償関係」も考慮される。その解釈よって、免責について異なる解決が導かれる可能性がある。これは、猶予等の場合にも適用される。当該共同債務者に対する債権だけではなく「全債権」を放棄する意思表示は、他の共同債務者に対して効力を生ずる（判例）。共同債務者が担保の目的でなされた場合、その共同債務者の免責は、「一担保」の放棄としての意味しか有しない（判例）。当該債務免除の目的が一共同債務者の「完全な免責」である場合には、その債務免除がなければ内部関係において求償権を有した他の共同債務者にも、その免除効果が及ぶ。なお、連帯債権者の一人による債務免除は、他の共同債権者の権利には影響しない。⁽²⁸⁾

(c) 小 括

数人が同一の全額について保証する場合、各自が全額について責めを負うとされる（一三五九条一文）。すなわち、共同保証人は、連帯して「全額」の責任を負うとされ、いわゆる分別の利益はない（ドイツ法でも共同保証人は連帯債務者として責めを負うとされる（ドイツ民法七六九条））。その保証人の一人は、全債務を弁済した場合、「共同債務者」におけると同様に（八九六条）、他の保証人に対して求償権を有する、とされる（一三五九条二文）。もともと、保証人の一人が、その内部関係において自己の負担部分を「超えて」弁済すれば、共同債務者の場合と同様に、「求償権」を有する（判例・通説）。共同保証人は、他の共同保証人の「負担部分」（別段の意思表示がない限りまた特別な内部関係の証明がない限り「等しい割合」）についてのみ請求することができる。さらに、人的に又は特定の財産をもつて責めを負う者が他人の債務を弁済する場合、その者は、債権者の権利に「代位」し、弁済された債務の償還を債

務者に請求する権限を有する。弁済を受けた債権者は、弁済者に保有する法的救済及び担保手段を引き渡す義務を負う、とされる(一三五八条)。弁済者は、弁済額を超えて請求することはできず、債権者に負っていた額を超えて請求することはできない(代位の範囲・上限)。弁済を行う共同保証人は、「法定譲渡」により、他の共同保証人に対する債権者の権利を受けることもできる。なお、一三五八条二文は、「任意規定」であるとされる(ただし、諸般の事情を考慮して相手方に「著しい不利益」を与える条項については、八七九条三項(普通取引約款又は契約書式に含まれる契約条項の効力規定)により、無効とみなされるべきであるとする有力な主張がある)。

以上のことから、共同保証人の一人が債権者に弁済した場合、主たる債務者に対する求償権(本来の求償権)と併存して、共同債務者の場合と同様に、他の共同保証人に対する「求償権」(負担調整の請求権)を有する(一三五九条)。さらに、弁済を行う共同保証人は、他の共同保証人に対する債権者の権利を、「法定譲渡」によって獲得する(一三五八条)。したがって、弁済を行う共同保証人は、他の共同保証人に対する求償について、「二つ」の請求原因・根拠を有する。もともと、債権者の権利を行使することができるのは、共同債務者たる共同保証人の求償権が及ぶ「範囲」に限られる。一三五八条によって移転した担保手段は、一三五九条・八九六条によって生じた求償権を超過して行使することはできない(共同保証人間の法律関係、求償権(一三五九条)と代位(一三五八条)の法的関係)。

次に、一共同保証人の免責は、債権者に対して効力を生じるが、他の共同保証人に対しては効力を生じない(八九六条)、とされる(一三六三条三文)。一共同保証人の免責は、債権者に対して「相対的」にのみ効力を有する。一共同保証人の免責は、他の共同保証人の一三五九条・八九六条による「求償」を妨げることはない(八九六条三文)。免責を受けた一共同保証人が他の共同保証人より後に責めを負った場合でも、他の共同保証人の求償を妨げることはない(共同して保証を引き受けることが求償の前提とされていない)。また、その免責は他の者に影響しないため、

「注意義務違反」ではない」とされる（これに対して、P. Bydliński は、先に保証を引き受けた者の保証引受時にはまだ存在せずその後に保証に加わることを期待していなかった保証人が免責された場合、求償権は排除されるべきであるとする。）（なお、一三六〇条は、「債権者は、保証人の不利益に『物的担保』を放棄する権限を有しない。」と規定するところ、一三六〇条における物的担保は、保証の締結「以前」に設定されていなければならないとされる⁽²⁹⁾）。一三六三条三文が引用する八九六条を辿り、さらに八九四条まで遡ると、一共同債務者が受ける免責は、疑問のある場合は、その共同債務者個人についてののみ効力を生ずるが、このような制限が意図されていたかどうかは、最終的にはその免責の目的の「解釈」に委ねられ、その際、「求償関係」の状態が重要な考慮要素となる（オーストリア法の傾向）。したがって、その解釈によっては、免責について異なる解決が導かれる可能性がある。当該共同債務者に対する債権だけではなく「全債権」を放棄する意思表示と解されるか、「一担保」の放棄と解されるか、それとも、一共同債務者の「完全な免責」と解されるかが問題となる（一共同保証人の免責と他の保証人に対するその効果（一三六三条・八九六条・八九四条））。

- (1) Riedler, Zivilrecht II, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, 2010, SS. 245-246 ; Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Peter Rummel, 3. neubearbeitete und erweiterte Auflage, 2. Band, 2002, § 1359 Rz 1, 1a (=Gernerth in Rummel); Kurzkommentar zum ABGB, herausgegeben von Helmut Koziol, Peter Bydliński, Raimund Bollenberger, 4. überarbeitete Auflage, 2014, § 1359 Rz 1, 2 (=P. Bydliński in Kurzkommentar); Dullinger, Bürgerliches Recht II, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 3. aktualisierte Auflage, 2008, 6/38 ; Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht, auf Grundlage der von Helmut Koziol und Rudolf Weiser gemeinsam herausgegebenen 1.-10. Auflage, bearbeitet von Rudolf Weiser, 13. neubearbeitete Auflage, 2007, S. 151 (=Koziol-Weiser); System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, zuletzt bearbeitet von Armin Ehrenzweig und Adolf Ehrenzweig, 3. vollkommen neu bearbeitete und erweiterte Auflage, 2. Buch, Das Recht der Schuldverhältnisse, 1. Abteilung, Allgemeine Lehren bearbeitet von Heinrich Mayrhofer, 1986, S. 132 (=Ehrenzweig); Gschnitzer, Österreichisches

- Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 2., neubearbeitete Auflage, von Christoph Faistenberger, Heinz Barta und Bernhard Eccher, 1991, S. 266-267 ; Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Heinrich Klang, 4. Band, 1935, § 1359 I, 2 (=Ohmeyer in Klang).
- (2) Gamerith in Rummel, § 1359 Rz 2 ; Riedler, a. a. O., S. 245 ; Dullinger, a. a. O., 6/38 ; P. Bydłinski in Kurzkomentar, § 1359 Rz 1 ; Koziol-Welser, a. a. O., SS. 150-151 ; Gschnitzer, a. a. O., SS. 266-267, 273 ; Ehrenzweig, a. a. O., S. 144 ; Ohmeyer in Klang, § 1359 3a).
- (3) Gamerith in Rummel, § 1359 Rz 3, 4 ; Riedler, a. a. O., S. 246 ; Dullinger, a. a. O., 6/38 ; P. Bydłinski in Kurzkomentar, § 1359 Rz 1 ; Koziol-Welser, a. a. O., S. 151 ; Ehrenzweig, a. a. O., S. 144.
- (4) 拙稿「担保保存義務に関する一考察——沿革的・比較法的考察(一一)——」岡法六六卷二号九一頁注①参照。
- (5) Gamerith in Rummel, § 1359 Rz 7, 7a, 7b, 7c ; Riedler, a. a. O., S. 247 ; Dullinger, a. a. O., 6/39 ; P. Bydłinski in Kurzkomentar, § 1359 Rz 1 ; Koziol-Welser, a. a. O., S. 151 ; Gschnitzer, a. a. O., S. 273 ; Ehrenzweig, a. a. O., S. 145.
- (6) P. Bydłinski in Kurzkomentar, § 1358 Rz 1, 2 ; Gamerith in Rummel, § 1358 Rz 1, 1a, 2, 3 ; Riedler, a. a. O., S. 245 ; Koziol-Welser, a. a. O., S. 150 ; Gschnitzer, a. a. O., S. 273 ; Dullinger, a. a. O., 6/38.
- (7) P. Bydłinski in Kurzkomentar, § 1358 Rz 3, 15 ; Gamerith in Rummel, § 1358 Rz 4, なお「八七九条三項は、相互の主たる給付を構成しない普通取引約款又は契約書式に含まれる規定は、当該諸事情を考慮して、相手方に「著しい不利益」を与える場合には、無効である」と規定する。
- (8) P. Bydłinski in Kurzkomentar, § 1358 Rz 1, 5-10, 12 ; Gamerith in Rummel, § 1358 Rz 5 ; Riedler, a. a. O., S. 245 ; Koziol-Welser, a. a. O., S. 150, なお「法律上当然に移転する権利には、留置権は該附せず(通説は保管の移転と結びつける)」、保全所有権も該当しない(債権的な譲渡請求権はあり)。
- (9) Gamerith in Rummel, § 1358 Rz 6 ; P. Bydłinski in Kurzkomentar, § 1358 Rz 13 ; Riedler, a. a. O., SS. 245, 247.
- (10) Gamerith in Rummel, § 1358 Rz 9 ; P. Bydłinski in Kurzkomentar, § 1358 Rz 11 ; Koziol-Welser, a. a. O., S. 150 ; Gschnitzer, a. a. O., S. 273.
- (11) Gamerith in Rummel, § 1358 Rz 11 ; Koziol-Welser, a. a. O., S. 150 ; Gschnitzer, a. a. O., S. 273, なお「特別な関係として」「委任」「事務管理」が考慮される。保証が債務者の委任により引き受けられた場合、保証人は必要費又は有益費の償還請求権及び損害賠償請求権(一〇一四条)を有する。委任のない場合には、保証が主たる債務者の利益において引き受けられ、その事務が主たる債務者の利益となるときは、保証人は一〇三七条に基づいて費用の償還請求をするものがあつて(Gamerith in

- Rummel, § 1358 Rz11 ; Koziol-Welser, a. a. O., S. 149)。
- (12) Gamerith in Rummel, § 1359 Rz2, 3 ; § 1358 Rz6 ; P. Bydlnski in Kurzkomentar, § 1359 Rz 1 ; Riedler, a. a. O., S. 245 ; Ehrenzweig, a. a. O., S. 144 ; Ohmeyer in Klang, § 1359 3d) ; Dullinger, a. a. O., 6/38.
- (13) 保証人の免責は、無償行為であるが、贈与とは限らない。免責には書式（一三四六条二項）を要せず、公証行為を要しない（Gamerith in Rummel, § 1363 Rz3）。なお、保証人の免責が通常は無償でなされることはないため、債権者が保証人を免責する趣旨・目的が問題となる（P. Bydlnski in Kurzkomentar, § 1363 Rz5）。
- (14) Gamerith in Rummel, § 1363 Rz1, 2, 3 ; P. Bydlnski in Kurzkomentar, § 1363 Rz1, 2, 3, 5, 6, 7 ; Ehrenzweig, a. a. O., SS. 118, 123, 135-139 ; Gschnitzer, a. a. O., SS. 270-271, 274 ; Koziol-Welser, a. a. O., S. 152 ; Dullinger, a. a. O., 6/24, 6/40 ; Ohmeyer in Klang, § 1363 I, II 1.
- (15) Gamerith in Rummel, § 1363 Rz4 ; P. Bydlnski in Kurzkomentar, § 1363 Rz3.
- (16) これに対して、先に保証を引き受けた者の保証引受時にはまだ存在せずの後に保証に加わることを期待しつつなかつた保証人が免責された場合、求償権は排除されるべきであるとする主張がある（P. Bydlnski in Kurzkomentar, § 1363 Rz4）。
- (17) Gamerith in Rummel, § 1363 Rz5 ; § 1359 Rz5 ; P. Bydlnski in Kurzkomentar, § 1363 Rz4 ; Riedler, a. a. O., S. 246 ; Ehrenzweig, a. a. O., SS. 109, 134, 145 ; Gschnitzer, a. a. O., SS. 266-267 ; Koziol-Welser, a. a. O., S. 151 ; Dullinger, a. a. O., 6/38, 6/40 ; Ohmeyer in Klang, § 1363 II 1b) .
- (18) Gamerith in Rummel, § 1363 Rz5, 6.
- (19) 法律上の求償事例として、共同保証人の求償のほか、連帯して責を負う加害者の求償、履行補助者に対する使用者の求償、自動車責任法における求償、製造物責任法における求償等がある（Gamerith in Rummel, 3, neubearbeitete und erweiterte Auflage, I. Band, 2000, § 896 Rz6）。
- (20) Gamerith in Rummel, § 896 Rz1, 2, 3, 4, 5, 6a, 7 ; Ehrenzweig, a. a. O., SS. 89, 103, 106-108 ; P. Bydlnski in Kurzkomentar, § 896 Rz1, 2, 3, 4 ; Koziol-Welser, a. a. O., SS. 139-140 ; Dullinger, a. a. O., 6/6, 6/38 ; Gschnitzer, a. a. O., SS. 255-256 ; Riedler, a. a. O., S. 245f. ; Gschnitzer in Klang, 2. Band/2. Halbband, 1934, § 896 I.
- (21) 「法定の連帯」（特に不法行為債務）においては、免責が連帯債務の成立前に表示された場合においても、求償には影響しない（Gamerith in Rummel, § 896 Rz8）。
- (22) ただし、判例は、担保の免責によって侵害された担保提供者は、ドイツ民法一一六五条により、債権者に抗弁することができるとする（Gamerith in Rummel, § 896 Rz8）。ドイツ民法一一六五条は、「債権者が抵当権を放棄する場合、債権者が一一八

三条により抵当権を解消する場合、又は債権者が他の者に優先を認める場合、人的な債務者は、この処分がなければ、一一六四条（債務者への抵当権の移転）の規範により、その抵当権から償還することができる限りにおいて、免責される。」と規定する。なお、八九六条は、不動産の担保提供者間における求償に類推適用される。また、それは動産担保提供者間の場合についても妥当する（Gamerith in Rummel, § 896 Rz12）。

- (23) Gamerith in Rummel, § 896 Rz8, 9 ; P. Bydłinski in Kurzkomentar, § 896 Rz7 ; Ehrenzweig, a. a. O., S. 109 ; Koziol-Welser, a. a. O., S. 138 ; Dulinger, a. a. O., 6/6, 6/38, 6/40 ; Riedler, a. a. O., S. 246 ; Gschnitzer in Klang, § 896 I 2.

- (24) この事後的な変更には、有利な条件と負担を課す条件とがある。なお、八九四条は、連帯債権に準用され、一連帯債権者と債務者との合意は、これらの者についてのみ効力がある（Gamerith in Rummel, § 894 Rz1a ; P. Bydłinski in Kurzkomentar, § 894 Rz 4）。

- (25) なお、倒産手続きにおいて一連帯債務者に認められた減額、債権者の債権と一共同債務者の債務との混同（債権譲渡等による混同）、判決等は、その当該当事者におけるのみ効力がある（Gamerith in Rummel, § 894 Rz7, 8, 9, 10 ; Ehrenzweig, a. a. O., SS. 103-104 ; Gschnitzer, a. a. O., SS. 254-255）。

- (26) Gamerith in Rummel, § 894 Rz1, 2, 3, 5, 6 ; Ehrenzweig, a. a. O., SS. 94, 100-104 ; Gschnitzer in Klang, § 894, III, § 896 I 2 ; P. Bydłinski in Kurzkomentar, § 894 Rz1, 3 ; Koziol-Welser, a. a. O., S. 138 ; Gschnitzer, a. a. O., SS. 254-255 ; Dulinger, a. a. O., 6/5.

- (27) なお、連帯債務者が求償からも免責されても、債権者が他の共同債務者に負担部分を超えて請求するならば、求償の循環が生じる可能性がある（八九六条三文も参照）。

- (28) Gamerith in Rummel, § 894 Rz4 ; Ehrenzweig, a. a. O., S. 103 ; Gschnitzer in Klang, § 894, III B ; P. Bydłinski in Kurzkomentar, § 894 Rz 2 ; Koziol-Welser, a. a. O., SS. 138-139 ; Dulinger, a. a. O., 6/5, 6/6.

- (29) 拙稿「担保保存義務に関する一考察——沿革的・比較法的考察（一一）——」岡法六六卷二七七八頁以下参照。