

保証債務及び連帯債務・連帯債権に関する一考察(1)

—— 沿革的・比較法的考察（ローマ法・Domat） ——

辻 博 明

- 1 はじめに
- 2 Domat による保証債務及び連帯債務・連帯債権の体系化
 - 2.1 保証債務
 - 2.1.1 保証の意義 —— cautions, fidejusseurs の意義・類型, 保証債務の性質, 被担保債権, 附従性
 - 2.1.2 保証人と「債権者」の関係 —— 債権者に対する抗弁, 補充性, 随伴性
 - 2.1.3 保証人と「債務者」の関係 —— 求償権の確立, 求償権の有無, 求償範囲, 求償の制限
 - 2.1.4 保証人間の関係 —— 共同保証人間の求償の可否, その法的構成
 - 2.1.5 保証債務の終了・消滅 —— 主たる債務の消滅・変更・更新・混同等
 - 2.2 債権債務関係における連帯
 - 2.2.1 債務者間の連帯
 - 2.2.2 債権者間の連帯
 - 2.3 Domat による法理・規範の「支柱」
- 3 ローマ法における保証債務及び連帯債務・連帯債権の展開
 - 3.1 保証債務
 - 3.1.1 保証の意義・類型, 保証債務の性質, 被担保債権, 附従性
(以上, 本号)
 - 3.1.2 保証人の債権者に対する抗弁, 補充性, 随伴性
 - 3.1.3 保証人の主たる債務者に対する求償権, 求償範囲, 求償の制限
 - 3.1.4 保証人間の求償の可否, その法的構成
 - 3.1.5 保証債務の終了・消滅 —— 主たる債務の消滅・更改・混同等
 - 3.2 債権債務関係における連帯
- 4 問題点の整理・検討 —— 保証債務及び連帯債務・連帯債権を中心に

二
八

1 はじめに

金融取引の現場において, 抵当権等の物的担保や各種の担保制度が展開し

ている今日においても、保証制度は重要な意義・機能を有している。債権担保制度を遡ると、古代ローマ法では、質制度の発達にもかかわらず、保証制度は常に債権担保の手段として重要な機能を有した。しかも当初は、債務者の連帯関係と保証制度との違いは明確でなく、両制度は隣接制度として併存していた。しかしその後、両制度の「相違」が次第に明らかになり分岐していく（船田亨二・ローマ法（第3巻・改版）617、639頁）。

それでは、わが国の民法典において、両制度（連帯関係・保証制度）の規範はどのように位置づけられているか。まず、民法典は、5編から構成されている。すなわち、第1編（総則）から第5編（相続）までの5つの編からなる。次に、両制度に関する規定は、第3編（債権）・第1章（総則）・第3節（「多数当事者の債権及び債務」）内にあり、第3款（連帯債権）から第4款（連帯債務）、そして、第5款（保証債務）にわたって置かれている。

このことから、まず、(i)わが国の民法典は、深い「階層構造」を呈していること、次に、(ii)保証債務及び連帯債権・債務関係に関する規定は「同一の節」にまとめて置かれていることが分かる（第3節「多数当事者の債権及び債務」）。この構成は、比較法的には、必ずしも一般的なものではない（体系）。そこには、保証債務及び連帯債権・債務関係の位置付け及び解釈等に微妙な影響を及ぼす要素が潜んでいる（原理部分）。

このように、日本民法典はツリー状の深い階層構造を有するが、それはドイツ民法典の「編纂方式」によるもので、「パンデクテン（Pandekten）方式」とよばれる（ただし、物権と債権の位置が逆になっている。）。その編成方式については、近時の学習書では言及されない傾向が見られる（実際、大半の学習者はジェネラリストを目指していること、また、民法典の体系のような基本的内容は極めて抽象的であり、しかも、資格試験等の論点ブロックから外れていることもあって、体系について関心をもって学習する者を目にするのはほとんどない。）。

そのような状況にあって、この点について言及する学習書もある。それによると、(i)「ローマ法大全」の学説彙纂^{がくせつ いさん}の部分を「ディジェスタ（Digesta）」とよぶが、「パンデクテン」とはそのドイツ語表現である。そして、その

ディジェスタ＝パンデクテンを研究対象とした19世紀ドイツ民法学（「パンデクテン法学」とよばれる）が生み出した体系に基づく法典編纂方式がパンデクテン方式である。その特徴は、「体系的・階層的」な点にある。さらに、(ii)民法典の編纂方式には、フランス法のように人・物・行為の3つに分ける「インスティテュート (Institutes) 方式」という方式もある。19世紀後半の当時、フランス民法典は世界で最も優れた民法典とされており、模範とする価値があった。そのような状況にあって、日本でもボアソナード（パリ大学教授）が起草した旧民法典はこの方式にしたがっており、人事編・財産編・財産取得編を中心に編成されていた。これは「ローマ法大全」の法学入門 (Institutiones) の編別に由来するとされる（大村敦志・新基本民法Ⅰ（第2版）18-21頁、内田貴・民法Ⅰ（第4版）22-26頁参照）。

このことから、(i)民法典の体系・編成方式には異なる形態・方式があるが、(ii)それらはその根底（ルーツ）において、なんらかの形で「ローマ法」(特に「ローマ法大全」及びその研究)と関係していることが窺える。

日本民法典の「編纂過程」を辿ると、旧民法典をベースにしつつ、フランス民法典や当時のドイツ民法「草案」だけでなく、オーストリア民法典・スイス民法典その他多数の法典を参考にして起草されている。さらに、民法典の成立後は、明治から昭和初期において、ドイツ法の学説継受が続き、ドイツ法の影響が強い。

それでは、パンデクテン方式に基づいて体系的に配置された条文の中身はどうか。条文の根底にある「法理・規範」のルーツはどこにあるか。特に、その中でも、極めて長い歴史と伝統を有する「保証債務、連帯債権・債務」の場合はどうか。

そこで以下では、その立法過程において、強い影響を与えたフランス民法の根底にある「原理部分」の分析を試みることにする。

そこでまず、それまで複数の法源に散在していた法理・規範の体系化を試みた Domat による分析を辿り整理することにする（後述2）（拙稿「担保保存義務に関する一考察(1)(2)——沿革的・比較法的考察（ローマ法・Domat・Pothier）」岡法74

卷1号63頁以下, 74卷2号1頁以下)。その上で, Domat の分析のベースになったと考えられるローマ法の法理・規範を分析することにする(後述3)。最後に, 問題点の整理・検討を試みることにする(後述4)。

ローマ法の根底にある「原理部分」は, わが国の制度と無関係ではないと思われるからである(本稿の視点)。

2 Domat による保証債務及び連帯債務・連帯債権の体系化

2.1 保証債務

2.1.1 保証の意義——cautions, fidejusseurs の意義・類型, 保証債務の性質, 被担保債権, 附従性

cautions または fidejusseurs という2つの用語は, 取引上の慣用語となっており, 支払能力のない他の者の債務を担保するために自己の名において責めを負う者, すなわち, 「保証人」を意味するとされる。その語源を辿ると, cautions はその債務の「担保」であること, fidejusseurs は契約の相手方の「信義」に基づくことにあるとされる。cautions または fidejusseurs が負う債務は, 他の債務に「附従」する。このことから, cautions が債務を負う債務者のことを「主たる債務者」とよぶとされる。なお, 自ら契約する意思はなく, 助言を与えるにすぎない者は, 保証人として自ら責めを負うことはないとされる。

cautions は, どのような種類の契約にも用いられ, 担保として2つの「機能」を有する。まず, (i)一定の金銭の弁済または他の契約の「履行」を確保する点に重要な機能がある。それは, 保証人が主たる債務の履行を引き受ける場合であり, 仕事の請負及び担保責任などにおいて見られる。次に, (ii)主たる債務者が未成年により免責されたときに, その者に代わって弁済する場合がある。それは, 債務が無効・取り消しなどによって効力を失う場合におけるその債務の「効力」に関する機能である。

cautions は, 次の3類型に「分類」される。まず, (i)契約等により, すな

わち、自らの「意思」によって、使用貸借・消費貸借・担保責任・売買・賃貸借等のために保証人が供される場合である。また、後見人によって設定される場合もある。次に、(ii)「法律上」命じられる場合である。たとえば、ローマ法においては、原告及び被告は裁判手続きにおいて保証人を設定する義務が課された。また、フランスにおいては、勅令(1557年1月)によって、権利の譲受人に保証人を供する義務が課される。保証人の設定がオルドナンス(Ordonnance)によって命じられる場合もある。さらに、(iii)「裁判所」において保証人の設定が命じられる場合もある。たとえば、訴え・当事者の申し出によって、または、裁判官の職権によってなされる場合がそうである。したがって、一定の条件付きで保釈された囚人が出頭することを担保するために保証人が提供されることもある。また、債権者が受領した前払金等を先順位の債権者に返還することを確保するために、保証人が設定される場合もある。なお、その際、保証人の資力、保証人の属性、制限能力者であるかなどが考慮される(Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, sec. I, tit. VI, liv. III, seconde éd., 1697)。

保証債務の「範囲」は、主たる債務を超えることはない。先述のように、保証債務は「附従性」を有するからである。それゆえ、保証債務の範囲が主たる債務を超える場合、または、保証債務により重い負担が課される場合、特段の事情がない限り、保証人は主たる債務の範囲・条件において債務を負うことになる。もっとも、主たる債務の一部についての保証は認められる。条件付きの保証であっても、その負担が主たる債務より軽減されるものは認められる。さらに、保証人の設定は、既存の債務や契約済みの債務だけではなく、「将来債務」についても設定することができる。これによって、融資が実際になされる前に保証人を提供することが実現可能となっている。なお、保証人は、民事法上の訴権が認められる「民事債務 (obligation civile)」だけでなく、裁判上の訴権を行使することができない「自然債務 (obligation naturelle)」についても設定できるとされる。なお、委託を受けずに保証人になることもできるとされる。

このように、保証人は金銭債務だけでなく様々な債務について責めを負うことができるとされるが、保証人を供することが認められない場合がある。具体的には、まず、(i)犯罪及び不法行為による責任を回避するために保証人を供する場合である。というのは、このような目的で保証人を設定すること自体が犯罪行為となると考えられるからである。ただし、加害者による罰金・違約金・利息の支払いを担保するために保証人を供することは認められる。それらの弁済が確保されることは正当と考えられるからである。さらに、(ii)保証人を供することが「善良の風俗」に反する場合があるとされる。

保証債務は、主たる債務に附従する性質を有する。したがって、主たる債務が存在しない場合または消滅する場合、保証人が責めを負うことはない。たとえば、保証された寄託物・使用貸借の目的物が不可抗力によって滅失したような場合、保証人は責めを負わないとされる。もっとも、保証人が行為能力の制限を有する者（例・未成年者）の債務について保証を引き受けたような場合は、主たる債務者が免責されても、保証人は免責されないとされる。

また、保証債務は、原則として、相続人に承継される。ただし、身体の拘束をとまうものは認められないとされる。

なお、役人及び公金の徴収官に課される制裁金については、その保証人は責めを負わないとされる（Domat, art. I - XVI, sec. I, tit. IV）。

2.1.2 保証人と「債権者」の関係 —— 債権者に対する抗弁、補充性、随伴性

保証債務は、主たる債務者が弁済できない場合において、その債務を履行する責めを負うという「補充的」な性質を有する。すなわち、保証債務は、主たる債務者が弁済できない場合にのみ請求可能な債務である。このことから、債権者は、主たる債務者の財産について「検索（discussion）」に必要な手続きを行った後においてのみ、保証人に対して請求することができる。もっとも、慣習法の適用される法域によっては、債権者による検索の手続き・対象財産に相違が見られるとされる。

ただし、主たる債務者の財産を検索することを要しない場合があるとされる。それは、(i)「裁判所」によって保証人が設定された場合（先述2.1.1）、

(ii)主たる債務者が「不在」または「財産を有さず」, 訴求することも弁済を受けることもできない場合である。このような場合は, 原則として, 保証人は請求を受けることになる。

このように, 債権者から請求を受けた場合は, 保証人は先に主たる債務者の財産を検索することが必要であると主張することができる。もっとも, 債権者がその請求権を行使するかどうかは債権者の判断に委ねられるとされる。ただし, 後見人が保証人を供した未成年者が, 成年に達し, その時点では, 後見人は履行が可能であったが, 訴求することを「怠り」, その間に後見人が支払不能となった場合, そのような事情の下においては, 保証人に責めを課すべきではない。後見の計算後の未成年者による懈怠は, 未成年者の責めに帰すべきであるとする議論がある。

次に, 数人の保証人が同一の債務について設定されている場合, 各保証人はその「全額」について責めを負うとされるが, この場合においても, 債権者から請求を受けたとき, 主たる債務者の財産を検索するようにと反論することができる。もっとも, この場合には, 「分別の利益 (benefice de division)」とよばれる権利があるとされる。したがって, 数人の保証人が支払能力を有する場合, 債権者は各保証人に対してその「負担部分」について請求することができるにすぎない。ただし, その中のある保証人が支払不能となる場合またはその債務が取り消し等によって消滅する場合は, 他の者が負担することになるとされる。

さらに, 保証人は, 主たる債務者の債権者に対する「抗弁」を提出することができる。主たる債務が弁済された場合または時効によって消滅したような場合がそうである。このように, 主たる債務が消滅・減少する場合, 保証債務はその附従性によって消滅・減少する。したがって, 主たる債務者が自ら抗弁を提出しない場合でも, 保証人は抗弁を提出することができる。

なお, 保証人が責めを負う相手方は, 保証契約の当事者たる債権者に限定されない。保証債務は主たる債務に「随伴」する性質を有するとされる (Domat, art. I -IX, sec. II, tit. IV)。

2.1.3 保証人と「債務者」の関係 —— 求償権の確立, 求償権の有無, 求償範囲, 求償の制限

主たる債務者は、その債務を弁済しまたは保証人に免責を得させることによって、保証人が損害を受けないようにする義務を負う。というのは、その旨が保証契約の属性として「内包」されているからであるとされる。

次に、主たる債務者が債権者に弁済しないため、債権者が保証人に請求し弁済させた場合は、保証人は主たる債務者に対して、その弁済した債務額及び利息を「求償」することができる。この場合、保証人は、任意に弁済する者とは異なり、弁済せざるをえない立場にあるとされる。もっとも、弁済期後は保証人が自らの判断で弁済することができる。したがって、保証人は弁済すべき旨の判決を受けておらず、また、債権者から請求を受けていないような場合でも、主たる債務者に対して求償権を有する。ただし、主たる債務者が弁済し終わっていること、または、債務の無効原因若しくは取消原因を有することを知りながら弁済するような場合、保証人は弁済しても主たる債務者に対して求償することができない。また、保証人が主たる債務者に通知せずに債務を弁済したため、その後、主たる債務者が弁済した場合は、保証人は主たる債務者に対して求償することができないとされる。

これに対して、保証人が督促を受け強制執行または差し押さえを免れるため、主たる債務者が相殺その他の事由を有することを知らずに弁済したような場合は、主たる債務者に対して求償権を有する。ただし、保証人が、主たる債務者に通知することなく弁済する場合は、保証人にその責めがあるとされる。なお、保証人が人的抗弁を行使せずに任意に債務を弁済したような場合は、主たる債務者に対する求償権を有するとされる。また、保証人が延期的抗弁事由を主張せずに弁済したとしても、保証人が責めを負うと直ちに解されることはない。そのような場合、諸般の事情を考慮して判断されることになる。とされる。

因みに、保証人が放置すると損害を受けるおそれがあるような場合には、弁済期前でも訴求することができるとされる。

最後に、債権者が保証人に領収書を与えた場合に、保証人は主たる債務者に求償することはできるかが議論されている。債権者がなんらかの報酬の代償として領収書を交付したような場合は、保証人は主たる債務者に求償することができるとされる。しかし、それが単にその保証人を免責することを意図するにすぎない場合は、債権者は主たる債務者に対して請求することができない。債権者による免除の意思が問題となるとされる (Domat, art. I - XII, sec. III, tit. IV)。

2.1.4 保証人間の関係 —— 共同保証人間の求償の可否、その法的構成

共同保証人のうちの一保証人が債務の全部を弁済したとしても、その保証人は主たる債務者に対して求償権を有するにすぎず、他の保証人に対する求償権は有しないとされる。しかし、保証人が債務を弁済することにより債権者に「代位」する場合は、他の保証人に対してその「負担部分」について求償する権利を有するとされる。この問題は、その根底において、共同保証人が有する次の第3の利益 (benefice) と密接に関係する。すなわち、共同保証人は、次のような3つの利益を有するからである。それは、(i) 検索の利益 (benefice de discussion), (ii) 分別の利益 (benefice de division), (iii) 債権者の権利の譲渡の利益 (benefice de la cession des droits du creancier) である。これらの利益は、共同保証人の負担を軽減し求償を容易にする効果を有するが、その中でも、債権者に弁済した保証人が他の保証人からその負担部分に応じて求償することを可能にする効果を有するのが、上記(iii)の「債権者の権利の譲渡の利益」である。この第3の利益に基づいて、債権者に「代位」することによって、保証人は他の保証人に対して求償することができると解された。

なお、共同保証人の1人が支払能力を有しない場合、または、その債務が無効若しくは取り消される場合、他の保証人はその者が弁済することができない部分を負担する義務を負うとされる (Domat, art. I - II, sec. IV, tit. IV)。

2.1.5 保証債務の終了・消滅 —— 主たる債務の消滅・変更・更新・混同等

主たる債務にその無効・取消事由が存在する場合は、保証債務も消滅するとされる。主たる債務が強迫による場合、詐欺・錯誤による瑕疵がある場合、

または、法・善良の風俗に反するような場合があるとされる。もっとも、主たる債務が人的な抗弁によって無効または取り消された場合、保証債務は消滅しない。主たる債務者が未成年者であるとしてその債務の免責を主張するような場合である。

このように、主たる債務に生じた事由の効力は一義的ではない。主たる債務にその無効・取消等の事由が存在する場合に、その保証債務が存続するかどうかは、その状況によって異なる。保証契約の有効性を判断するためには、主たる債務の性質を考慮する必要がある。すなわち、主たる債務が合法かどうか、当事者に信義に反するような行為がないか、保証人が設定された目的・動機に違法性がないかが問題となる。そのような諸事情から、保証債務の効力が判断されることになる。なお、主たる債務が存在しない場合には、保証人は免責される。

また、債権者と債務者の間で主たる債務の内容が変更される場合、その保証債務が存続することはない。したがって、売主が買主に領収証を提供し、新たに買主から金銭債務証書を受け取るような場合、保証人が保証を引き受けた代金債務は消滅しており、保証債務は附従性により消滅するとされる。また、期間満了により消滅した賃貸借契約が更新された場合、従前の契約の保証人が責めを負うことはない。さらに、債権と債務が同一人に帰属した場合、混同によって、その債権は消滅するとされる。したがって、相続によって、債権者が主たる債務者を承継したような場合、保証債務は消滅する。

なお、引渡債務の保証人については、その目的物が不可抗力によって滅失した場合、保証人はその債務を負うことはない。ただし、主たる債務者が債務の履行につき遅滞に付された後その物が滅失したような場合は、その限りではないとされる。

最後に、共同保証の問題について、たとえ債権者が数人の保証人のうちの1人に対して請求したとしても、それによって、他の保証人がその債務を免責されることはないとする（Domat, art. I - XI, sec. V, tit. IV）。

2.2 債権債務関係における連帯

2.2.1 債務者間の連帯

2人以上の者が同一の債務を履行する責めを負う方式として、次の2つの場合があるとされる。すなわち、(i) 1つは、2人以上の者が共同して全部を履行する義務を負うが、各自はその負担持分についてのみ責めを負う場合であり、(ii) もう1つは、それらの者が全部について債務を負い、各自が単独で全部を履行する義務を負う場合である。

後者(上記(ii))が連帯の方式であり、債権者は各債務者から全部を取り立てる権利を有するとされる。この方式に基づく権利は、「契約」の効果として発生するとされる(後述)。もっとも、それは、その「債務の性質」によって発生する場合もあるとされる。たとえば、複数の者の非行(不法行為)によって損害が発生するような場合である。

債務者間の連帯は、各債務者が債権者に対して全部について責めを負う旨の契約を締結することによって発生する。したがって、その旨が示されていない場合は、連帯関係は存在しないとされる。そのような場合は、各債務者はその負担部分についてのみ責めを負うことになる。これは、2人以上の者が責めを負う場合において、疑問のあるときは、その債務者に有利に解されるからである。次に、債務者間に連帯して債務を負う旨の合意がある場合でも、債権者は、債務者に他の債務者の負担部分を請求する前に、その債務者の財産を検索する義務を負うとされる。ただし、債務者が分別の利益を放棄する場合は、各債務者は全部について弁済する義務を負う。この場合、債務者は他の債務者に対して求償権を有するとされる。なお、使用貸借、売買、賃貸借、寄託、さらに、遺贈、後見その他を目的とするものであっても、債務者間に連帯関係が生じる。また、各債務者は全額について責めを負うが、そこに付されるその他の条件が異なることはある。

連帯して責めを負う債務者の1人が他の債務者に代わって弁済する場合、その債務者は他の債務者に対して「求償」することができる。ただし、それはその「負担部分」に限られる。というのは、この債務者が他の債務者に代

わって弁済したと解されるのは、その負担部分にすぎないからである。もし各債務者が全部について求償することが認められるとすれば、求償の循環を生じさせるおそれがあるとされる。債務者が分別の利益を放棄して、他の債務者に代わって弁済をする場合は、その債務者は債権者に「代位」してその地位を承継することになる。ただし、その債務者は、自己の負担部分を「除いた部分」について、他の者に対して訴権を有するとされる。

連帯して責めを負う債務者が債権者に対して共通の抗弁を有する場合、その効力は他の債務者に及ぶとされる。たとえば、強迫、善良の風俗違反、無効及び弁済による消滅の抗弁がある。さらに、その債務者の1人が債権者に対して債権を有する場合、他の債務者はその債務者の負担部分の限りにおいて債権者に対して相殺を主張することができる。もっとも、未成年、制限能力（浪費）、自然死、法的死亡のような債権の回収に対する人的抗弁は、他の債務者の連帯関係にその効果は及ばないとされる。

なお、債権者は、連帯して責めを負う債務者の1人に対して請求した場合においても、他の債務者に対して請求することができるとされる。また、債権者が債務者の1人に対して請求する場合、それによって、そのすべての権利が保全され、すでに進行した時効期間はその効力を失うとされる（Domat, art. I-IX, sec. I, tit. III）。

2.2.2 債権者間の連帯

連帯関係にある各債権者は、全部の履行を請求し受領する権利を有する。ただし、その給付のすべてを自己のものとすることはできない。また、その権利の行使に際して、債権者はその行使について他の債権者に通知する義務を負う。債務者は、連帯関係にある債権者の1人に弁済することにより免責される。債権者間の連帯関係は、その連帯関係を根拠付ける権原が必要とされる。それゆえ、数人の債権者がある場合においても、その連帯関係を根拠づける権原がないときは、債権者はその持分しか請求することができないとされる。

このように、債権者は全部の履行を請求し受領することができるが、その

債権を更改することもできる。さらに、債権者は債務者に指図して第三者にその給付をさせることもできる。ただし、この債権者は、更改等による変更について、他の債権者に通知し説明する義務を負うとされる。

なお、債権者の1人が裁判上の請求を行う場合、それによって、すでに進行した時効期間がすべて遡及的にその効力を失うとされる (Domat, art. I—VI, sec. II, tit. III)。

2.3 Domat による法理・規範の「支柱」

以上のことから、それまで複数の法源に散在していた保証債務及び連帯債務・連帯債権の法理・規範が、ドマによって「体系的」に整理・分析されていることが窺える (先述2.1, 2.2)。

まず、保証債務の法理・規範は、①保証の意義 (先述2.1.1)、②保証人と「債権者」の関係 (先述2.1.2)、③保証人と「債務者」の関係 (先述2.1.3)、④保証人間の関係 (先述2.1.4)、⑤保証債務の終了・消滅 (先述2.1.5) という構成 (5節) を採用し、権利義務の体系としての整理が試みられている。さらに、連帯債務・連帯債権の法理・規範も、①債務者間の連帯 (先述2.2.1)、②債権者間の連帯 (先述2.2.2) という枠組みによる体系化が展開されている。なお、債務者間の連帯 (「契約」) (先述2.2.1) においては、「不法行為」による連帯責任との関係も念頭に置いた体系化が推し進められていることが注目される。

それでは、ドマによる保証債務の法理・規範の「支柱」を形成する部分はなにか。

①まず、「保証の意義 (保証・第1節)」 (先述2.1.1) について、次のような議論が展開されている。すなわち、

(i) 保証制度が内包する2つの「本質」が明確にされている。それは、保証制度には、「担保」という側面だけでなく、「信義」に基づく制度という側面があるということである (保証制度の原理部分)。その分析は、保証人を意味する用語 (cautions, fidejusseurs) の「語源」を辿ることによって導かれている (沿革)。

(ii)次に、保証制度には、次のような2つの「機能」があるとされる。具体的には、(a)主たる債務の「履行」を確保する機能だけでなく、(b)主たる債務が効力を失った場合に、主たる債務者に代わって弁済する債務の「効力」に関する機能もあるとされる。

(iii)さらに、保証債務の基軸となる「特性」がより明確になっている。それは、保証債務の「附従性」である。そこから、保証人と「主たる債務者」の区別、さらに「連帯債務」との相違が明確になっている。

(iv)このように、保証債務は、主たる債務に「附従」する性質を有することから、主たる債務が存在しない場合または消滅する場合、保証人が責めを負うことはないとされる（消滅の附従性）。

(v)この保証債務の性質論（上記(iii)）と連動する形で、保証債務の「範囲」をめぐる議論が展開されている。すなわち、保証債務の範囲が主たる債務を超える場合、または、保証債務により重い負担が課される場合、特段の事情がない限り、保証人は主たる債務の範囲・条件において債務を負うことが明確になっている。

(vi)そして、保証人の設定は、既存の債務や契約済みの債務だけではなく、「将来債務」についても設定することができると解されており、この解釈が定着する方向に向かっている（附従性の緩和）。これによって、融資が実際になれる前に保証人を提供することが実現可能となっている。

(vii)なお、保証人の「類型」には、(a)「契約等」により自らの「意思」によって設定される場合だけでなく、(b)「法律上」その設定が命じられる場合、(c)「裁判所」において命じられる場合もあるとされる。もっとも、取引上、保証債務の基軸となるのは、当事者が契約等によって設定される場合である（上記・類型(a)）。使用貸借・消費貸借・担保責任・売買・賃貸借等のために保証人が供される場合、後見人によって設定される場合もあるとされる。このように、保証人は様々の債務について設定することができるとされるが、その一方で、保証人を供することができない場合が明確になっている。具体的には、保証人を供することが「善良の風俗」に反する場合である。たとえば、

仲裁人による公正な判断を担保するために保証人を設定するような場合がある。また、嫁資の返還が必要となるためのために保証人を設定することも、結果的に、婚姻関係にある者の不和をもたらすことになるため、善良の風俗に反するとされる。なお、犯罪及び不法行為による責任を回避するために保証人を供することは認められないとされる。このように、保証人の設定の場面においても、「信義」を重視する視点が窺える（保証制度の本質）。

(viii) また、保証債務は、原則として、相続人に承継される。ただし、身体の拘束をともなうものは認められない。それゆえ、相続人は、保証人が有した「検索の利益 (benefice de discussion)」「分別の利益 (benefice de division)」「債権者の権利の譲渡の利益 (benefice de la cession des droits du creancier)」(先述 2.1.4) を行使することができる。

(ix) さらに、ドマの分析は、民事法上の訴権が認められるいわゆる「民事債務 (obligation civile)」の保証だけでなく、裁判上の訴権を行使することができない「自然債務 (obligation naturelle)」の保証、さらに、「無委託」の保証にも及んでいる。

②次に、「保証人と『債権者』の関係（保証・第2節）」(先述 2.1.2) はどうか。

(i) 債権者は、「検索 (discussion)」に必要な手続きを尽くす必要がある。その場合、主たる債務者が現に保有する財産が検索の対象の中心となるとされる。すなわち、債権者が検索に必要な手続きを尽くしても、主たる債務者から弁済を得ることができない場合、保証人に対して請求することが認められる（「検索の利益」）。

(ii) このことから、保証債務が内包するもう一つの本質的な性質が明確になっていることが窺える（保証債務の「補充性」）。

(iii) このように、保証人は、債権者に検索に必要な手続きを尽くすように求めることができる（上記(i)）。もっとも、主たる債務者に対して請求権を行使するかどうか、どの時点で権利行使をするかは、最終的に債権者の判断に委ねられる。ところが、債権者が主たる債務者に対する検索を引き延ばしている間に、主たる債務者が無資力に陥るおそれがある。そのような場合、保証

人はその地位をどのようにして防御できるかが問題となる（「債権者」の懈怠）。

(iv) それでは、保証人は、主たる債務者が債権者に対して有する「抗弁」を提出することができるのだろうか。できるとすれば、どのような抗弁か。この点について、主たる債務が弁済された場合や時効により消滅したような場合、保証人はその旨を主張することができる（抗弁の「援用」）。したがって、主たる債務者が抗弁を提出しない場合、保証人がその抗弁を提出することができる（抗弁の「援用」）が明確になっている。

(v) また、数人の保証人がある場合、各保証人は「分別の利益」を有するとされる（「共同保証人」の分別の利益）。したがって、数人の保証人が支払能力を有する場合、債権者は各保証人に対してその「負担部分」について請求することができるにすぎない。

(vi) なお、保証人が責めを負う相手方は、保証契約の当事者たる債権者に限定されない。保証債務は主たる債務に随伴する性質を有するとされる。このことから、保証債務が有する第3の特性が明確になっていることが窺える（保証債務の「随伴性」）。

③ それでは、「保証人と『債務者』の関係（保証・第3節）」（先述2.1.3）はどうか。問題は、保証人がその債務を弁済した場合に、主たる債務者に対して「求償」することができるかどうかである。

(i) 先述のドマの分析によって、保証人の主たる債務者に対する「求償権」の存在及び位置付けが明確にされている。それは、保証人に求償権が「存在」することを前提にした「体系的」な構成である（先述2.1.3）。注目すべき点は、特別法（勅法・勅令）がある場合や求償を根拠づける訴権がある場合において例外的に求償権を認めるとする古典的な法的構成（「初期」のローマ法）からの脱皮が見られる（求償権の確立）。

(ii) 次に、保証人の求償権が認められるとすれば、その求償「範囲」が問題となる。この点について、保証人は、その弁済した債務額だけでなく、利息や手続費用も求償することができる（抗弁の「援用」）。その理由はなにか。この点について、保証人は、第三者の債務を自発的に弁済する事務管理者等とは異なる

り、もし弁済をしなければ、債権者から訴えられその財産の差し押えを受ける立場にあるとされる。すなわち、そのようなリスクを回避するためには、保証人は弁済せざるを得ないことになる。求償範囲の問題は、その根底において、保証人の置かれている「地位」と密接に関係していることが窺える（保証人の「法的地位」）。

(iii)-1 このように、保証人に求償権が認められるとすれば（上記(i)）、保証人は求償権をどの時点で行使することができるかが問題となる（求償の「時点」）。この点について、まず、「弁済期後」は求償権を行使することができる。債権者から請求または弁済をすべき旨の裁判の言渡しを受けていなくても、弁済期後、保証人は、自ら弁済することによって、主たる債務者に対して求償することができる。というのは、保証人は弁済期にある債務を弁済する義務があり、その弁済によって主たる債務も消滅することになるからである。

(iii)-2 それでは、「弁済期前」でも求償権を行使することができるか。できるとすれば、どのような場合か。それは、保証人がそのまま放置すると求償することができなくなる場合である。たとえば、主たる債務者がその財産を浪費する場合、または、その財産の差し押えを受けるような場合であるとされる。

(iv)このように、ドマは、保証人に求償権が存在することを前提にした法的構成の体系化を展開している（上記(i)～(iii)）。しかしその一方で、ドマの分析は、保証人の求償が「制限」を受ける場合にも及んでいる。たとえば、主たる債務者が弁済し終わっていること、または、債務の無効原因若しくは取消原因を有することを「知って」いながら、保証人が弁済したような場合である。そのような場合、保証人は主たる債務者に求償することができないとされる（求償の「制限」）。

さらに、ドマは、「複数の要因」が絡むより複雑なケースの分析も試みている。それは、当事者の帰責事由を容易に判断することができない場合である。そこで問題となるのは、その「帰責性」の判断である。この点について、保

97 保証債務及び連帯債務・連帯債権に関する一考察(1)

証人及び主たる債務者がどのように対応したか(「両当事者」の置かれていた状況・その対応)、すなわち、その通知が適時になされたか、保証人による弁済及びその範囲が適切であったか、異議の申し立てが適切になされたかといった事情を「総合的」に判断している点が注目される(「不確定」事由の判定)。

なお、これらの事情は、上記の求償権の「有無」及び求償「範囲」(上記(i)(ii))にも影響することになる。

(v)上記のドマの分析は、債権者による「保証人の免除」にも及んでいる。すなわち、「免除」(広義)が問題となるのは、(a)保証人をもっぱら免責する目的で行う場合(本来の免除)だけでなく、(b)債権者が保証人に対してなんらかの補償を行うために、その代替手段として免除という制度を借用する場合もあることが明確にされている。このことから、債権者の「免除意思の内容」が重要な要素であることが認識されていることが窺える。免除の実質的な意思内容の「解釈」の問題である。

以上の議論(上記(i)~(v))は、その大枠において、その後のフランス民法における原理部分と通底することが窺える。

④それでは、数人の保証人がある場合、それらの保証人間の関係はどのように位置づけられているのだろうか(保証・第4節)(先述2.1.4)(「共同保証人間」の法律関係)。主として問題となるのは、共同保証人間の「求償」の可否及びその「法的構成」である。

(i)まず、この問題の分析の前提として、共同保証人には法律上「3つの利益(benefice)」があることが確認されている。その利益とは、(a)「分別の利益(benefice de division)」, (b)「債権者の権利の譲渡の利益(benefice de la cession des droits du creancier)」, (c)「検索の利益(benefice de discussion)」である。

二 (ii)まず、「分別の利益」(上記(a))は、共同保証人に特有の法恩たる利益である。共同保証人は、債権者からの請求に対して、この分別の利益に基づいて、その負担部分についてのみ責めを負うと主張することができる(先述②(v), 2.1.2)。なお、共同保証人の中に支払能力のない者がある場合、または、その中のある者の債務が無効若しくは取り消される場合、他の保証人はその

者の負担部分について責めを負うことになる。

(iii)次に、「債権者の権利の譲渡の利益」(上記(b))は、債権者に弁済をした共同保証人が他の各保証人に対してその負担部分に応じて求償することを実現する効果を有するとされる(先述2.1.4)。

先述のように、保証人が弁済した場合、確かに、主たる債務者に対する求償権は認められている(先述③(i), 2.1.3)。しかし、共同保証人の中の1人が弁済しても、その保証人は他の保証人に対して求償権を有しなかった。

このような状況にあって、債権者に弁済した共同保証人は、「代位」することによって、他の保証人に対して、その「負担部分」について求償権を有するとする解釈が定着する方向に向かう。すなわち、「債権者の権利の譲渡の利益」に基づいて、債権者に「代位」することによって、保証人は他の保証人に対して求償することができるという構成が採用されている。

このように、「債権者の権利の譲渡の利益」は、共同保証人間の「求償」及びその「法的構成」をめぐる議論において、長年にわたって越えることが困難とされた「求償の壁」を突破する極めて重要な役割を担っていることが分かる。ドマは「代位」に基づく「求償」を推し進めており、この点において、その後における「ポティエ」の主張と重なる点が注目される。

(iv)なお、「検索の利益」(上記(c))は、主たる債務者の財産が検索された後においてのみ、債権者は保証人に対して請求することができるという効果を有するとされる(先述②(i), 2.1.2)。共同保証人は、この検索の利益も行使することができることが確認されている。

⑤さてそれでは、保証債務はどのような場合に「消滅」とされているか(保証・第5節)(先述2.1.5)(保証債務の「消滅原因」)。

(i)まず、主たる債務にその「無効・取消事由」がある場合、保証債務も消滅することが明確になっている。それは、主たる債務について強迫・詐欺・錯誤がある場合、または、法や善良の風俗に反するような場合である(主たる債務の「消滅」)。ただし、主たる債務者が人的な抗弁を主張して救済される場合は、この限りでないとされる。

なお、保証債務の効力を判断する場合、主たる債務が「適法」であるか、さらに、当事者が「誠実」であるか、保証人がどのような「目的・動機」で設定されたかといった事情を考慮して、「総合的」に判断されている。特に、保証の原理部分ともいえる「信義」が重視されていることが窺える（先述①(i), 2.1.1.1)。したがって、保証債務が存続するかどうかは、それらの事情によって異なることになる。

(ii)次に、主たる債務が「存在しない」場合も、保証人が責めを負うことはないとされる。主たる債務が弁済された場合、債権者との示談によって免責されたような場合である（主たる債務の「不存在」）。このように、保証人は主たる債務が存在する場合にのみ責めを負うとする解釈が明確になっている。

(iii)また、引渡債務の目的物が「不可抗力」によって滅失したような場合、その保証人が債務を負うことはないとされる。

(iv)さらに、債権者と債務者の間で主たる債務の内容が「変更」された場合、保証債務が存続することはない。この場合、保証人が引き受けた元の債務は消滅しており、保証債務も附従性により消滅するとされる（主たる債務の「変更」）。また、期間満了により消滅した賃貸借契約が「更新」された場合、従前の契約の保証人は責めを負うことはない（主たる債務の「更新」）。ただし、保証人が責めを負うことに同意した場合は、この限りでない。

(v)そして、債権と債務が同一人に帰属したときは、その債権は消滅すると解される。したがって、保証人が主たる債務者の地位を承継する場合、または、保証人が債権者の地位を承継する場合、保証債務は消滅するとされる（「混同」）。

このように、「保証債務」（上記①～⑤）の法理・規範に関する「体系化」が推し進められており、その大枠が形成されていることが窺える。また、伝統的なローマ法の法理・規範と当時のフランス慣習法との融合が窺える。

⑥さてそれでは、2人以上の者の「連帯関係」はどのように位置づけられているか。この点について、連帯関係には、「債務者間」の連帯と「債権者間」の連帯があるとされる。その中でも、特に体系的な議論の展開が見られ

るのは「債務者間」の連帯関係である（連帯関係・第1節）（先述2.2.1）（「債務者間」の連帯関係）。

(i)「債務者間」の連帯は、2人以上の者が債権者に対して「全部」について責めを負い、各自が単独で全部を履行する義務を負う関係であるとされる。この債務者間の連帯は、(a)連帯関係の項目（第1節）では、「契約」によって発生する場合を中心に議論されているが、(b)「不法行為等」によって発生することも確認されている（「債務の性質」による連帯）。注目すべき点は、この債務の性質（上記(b)）による連帯の問題（特に効果論）は、連帯関係の項目（上記(a)第1節（契約上の連帯））とは「別の項目」で体系化が進んでいること、さらにその一方で、両者（上記(a)(b)）の「相互関係」に関する議論が展開されていることである。

(ii)次に、債務者間の連帯が「契約」によって発生するかどうかは、その「契約の内容」の解釈による。したがって、2人以上の者が債務を負う場合であっても、連帯して責めを負う旨が約されていないときは、連帯関係は存在しない。この場合、各債務者はその負担部分についてのみ責めを負うとされる。2人以上の者が責めを負う場合、疑問のあるときは、その債務者に有利に解されるからである。

(iii)上記の債務者間の連帯（上記(i)(a)）は、使用貸借、売買、賃貸借、寄託、さらに、遺贈、後見その他を目的とするものであっても生じるとされる。

(iv)それでは、2人以上の者が連帯して債務を負う場合、債務者間の「相互関係」はどのように解されているか。(a)その債務は分別され、債権者は債務者の1人に対して全額を請求することはできないとされる。債権者は、各債務者の財産に対して「検索」を行う義務を負うことになる。(b)ただし、債務者が「分別の利益 (benefice de division)」を「放棄」した場合は、各債務者は全部について責めを負う。したがって、債権者は、検索をすることなしに、各債務者に対して全部の履行を請求することができるとされる。

(v)さらに、連帯関係にある債務者間の「求償関係」に関する議論の展開が見られる。(a)まず、債務者の1人が他の債務者に代わって弁済をする場合、

その債務者は他の債務者に対して求償することができる（債務者間の「求償権」）。ただし、それはその「負担部分」に限られる。というのは、その債務者が他の債務者に代わって弁済をしたのはその負担部分にすぎないと解されるからである。もし各債務者が全部について求償することが認められるとすれば、求償の「循環」を生じさせるおそれがあるとされる。(b)次に、債務者が分別の利益を放棄して、他の債務者に代わって弁済をする場合、その債務者は債権者に「代位」してその地位を承継することになる。ただし、その債務者は、自己の負担部分を「除いた」部分について、他の者に対して訴権を有するとされる。

このこと（上記(a)(b)）から、連帯関係にある債務者間には「負担部分」が存在することが明確にされるとともに、債務者間の「求償権」の存在、その「根拠」及び「範囲」が確認され、さらに、「代位」による場合について、その体系的な位置付けが進んでいることが窺える。

(vi)それでは、債務者の1人について生じた事由は、他の債務者に対してその効力を生じるか。(a)まず、債務者の債権者に対する「抗弁」には、他の債務者にもその効果が及ぶ共通の抗弁があるとされる。たとえば、強迫、善良の風俗違反、無効及び弁済による消滅の抗弁がある。(b)次に、債務者の1人が債権者に対して債権を有する場合は、他の債務者は債権者に対して「負担部分」において相殺を主張することができる（とされる）。これによって、債務者が相殺権を行使せずに支払不能に陥るような場合に対応することができる。もっとも、未成年、制限能力（浪費）、自然死、法的死亡のような人的抗弁は、他の債務者にはその効果が及ばないとされる。

(vii)債務者間の連帯は、2人以上の者が債権者に対して全部について責めを負い、各自が単独で全部を履行する義務を負う関係であるとされる（上記(i)）。ただし、その担保の有無・内容及び弁済期その他の「条件」について違いがあってもよいことが確認されている。

(viii)また、債権者は債務者のうちの1人に対し履行を「請求」しても、さらにその後、他の債務者に請求することができるとされる。このことから、債

権者は、債務者の1人に対して請求権を行使しても、他の債務者に対する請求権を「喪失しない」ことが明確になっている。

(ix)さらに、債権者が債務者の1人に対して請求する場合、すでに進行した「時効期間」はその効力を失うことが確認されている。

⑦最後に、「債権者間」の連帯に関する議論の展開も見られる（連帯関係・第2節）（先述2.2.2）（「債権者間」の連帯関係）。

(i)まず、連帯関係にある債権者は、各自「全部」の履行を請求し受領する権利を有するとされる。ただし、債権者が権利を行使するには、連帯関係を証明する「権原」が必要とされる。

(ii)次に、債務者は、連帯関係にある債権者の1人に弁済をすれば免責されることが明確になっている。また、債権者は、債権を「更改」することもできる。さらに、債務者に「指図」して第三者にその給付をさせることもできる。ただし、更改等による変更について、他の債権者に通知し説明する義務を負うとされる。

(iii)また、債権者の1人が裁判上の請求を行うことによって、すべての債権者について、すでに進行した「時効期間」が遡及的にその効力を失うとされる。

このように、債権債務関係における「連帯」(上記⑥～⑦)の法理・規範についての「体系化」も推し進められており、その大枠が形成されていることが窺える。

3 ローマ法における保証債務及び連帯債務・連帯債権の展開

3.1 保証債務

3.1.1 保証の意義・類型、保証債務の性質、被担保債権、附従性

債務者には、自己の名において責めを負う債務者と、他の者の委託を受けて責めを負う債務者がある。この他の者の委託を受けて責めを負う債務者のことを、保証人とよぶ。保証人は、債務の担保のために設定される(D.44.7.1, § 8) (CIC.IV.574) (CIC = Otto, Schilling, Sintenis, Das Corpus Iuris Civilis, 1832)。

従来のローマ法によると、物的な訴えにおいて、物の占有者が係争物を返還できない場合、または、価格賠償に応じることができない場合に備えて、債務の履行を確保するため、保証人の設定が求められた。また、代理人が本人に代わって応訴する場合、保証人の設定が義務付けられた。さらに、事務管理者が訴えを提起する場合も、所有者が同意している旨の保証が義務付けられた。というのは、所有者の同意がなければ、再び紛争が発生するおそれがあったからである。後見人及び保佐人が訴えを提起する場合も同様である。ただし、本人が自己の名で訴えを提起する場合、保証人の設定は求められなかった。また、人的な訴えにおいて、本人が自己の名で訴えを受ける場合も、同様である。

一方、新たなローマ法においては、自己の名で訴えを受ける場合、保証人の設定は訴訟要件とされておらず、保証人の設定が促されることはあるが、当事者が裁判所に出頭し誓約すれば足りる。ただし、事務管理者による訴訟の場合は、その者が裁判所において代理人として行為することについて、係争物の所有者が承認しない限り、その者は保証人の設定を義務付けられる。後見人または保佐人についても同様である。また、訴えの提起を受けた当事者は、裁判所に出頭し誓約して保証人を設定すれば、代理人を設定することができる。また、自ら保証を引き受けるならば、裁判外において代理人を設定することもできる。ただしこの場合、自己の財産への抵当権の設定が義務付けられる。また、被告が不在者である場合、訴訟代理人を設定するには、物的・人的訴訟ともに、保証人の設定を要する。古来の規範によると、訴訟上、保証人の設定なしに、第三者の物を取り扱うことができないとされるからである。なお、これらの保証の類型・方式は、地方の州にも適用があるとされる (Inst. 4.11.) (CIC. I.191-193)。

五

保証人の設定は、どのような債務についても認められる (D.46.1.1.) (CIC. IV.691)。一般的には、すべての債務について、保証人を設定することができる (D.46.1.8 § 6) (CIC. IV.693)。保証人は、他の債務者のために責めを負う債務者であり、債権の担保力の強化のために供される。保証人は、物的債務、

口頭または書面による合意に基づく債務についても設定することができる (Inst. 3.21.1) (CIC. I.141)。

保証人は、「吾は誓う」「吾はその意思がある」と誓約することによって設定される。また、「吾は担保を設定する」と誓約することによって設定することもできる。保証人は、どのような債務についても設定することができる (D.46.1.8, § 1, 2) (CIC. IV.693)。なお、保証人は、遺言で指定された後見人が設定することもできるとされる (D.46.1.8 § 4) (CIC. IV.693)。

保証人は、民事債務または自然債務について設定される (D.46.1.16, § 3) (CIC. IV.696)。保証人が設定される債務が民事債務であるか自然債務であるかは問わない。保証人は、奴隷のために責めを負うこともあるとされる (Inst. 3.20.1) (CIC. I.141)。

保証人が主たる債務者との契約時に設定されていなかった場合でも、その後、保証人の設定を受けることができる。なお、期限または条件等付きで、保証人を設定することができる。また、少なくとも、将来的に自然債務が存在するならば、将来債務に対しても、既存債務の場合と同様に、保証人を設定することができる (D.46.1.6) (CIC. IV.692)。保証人は、主たる債務が発生する前に設定することもできる (Inst. 3.20.3) (CIC. I.141)。保証人が設定された後、主たる債務者に金銭の貸与がなされた場合でも、保証人は責めを負う (D.46.1.55) (CIC. IV.710)。Julianus によると、保証人が被担保債権の発生前に設定される場合でも、保証債務は効力を有するとされる (D.15.1.50) (CIC. II.203)。

保証人の負担が主たる債務者より重い場合、保証人がその責めを負うことはない。保証人の負担が主たる債務者より軽い場合は、その限度において責めを負う。主たる債務者に条件が付されない場合、期限付きまたは条件付きで保証人を設定することができる。しかし、主たる債務者に条件が付されるが、保証人には条件が付されない場合、保証人が責めを負うことはない (D.46.1.8, § 7) (CIC. IV.693)。ローマに居住する主たる債務者はその履行地がローマ近郊の都市 Capua とされ、保証人の履行地は遠方の州都 Ephesus とされ

る場合、保証人が責めを負うことはない(D.46.1.16, § 1, 2)(CIC.IV.696)。
 保証人の負担を主たる債務者より軽減することはできるが、その負担を加重することはできない。それゆえ、Julianusによると、主たる債務者は吾にその債務を履行し、保証人は吾または Titius に履行すると約した場合、その負担は保証人の方が軽いとされる。というのは、保証人は Titius に弁済することでもできるからである。主たる債務者は Stichus または Pamphilus の給付について責めを負い、保証人は Stichus の給付についてのみ責めを負う場合、保証人の負担の方が軽いとされる。もし Stichus が死亡するならば、保証人は免責されるからである(D.46.1.34)(CIC.IV.703)。保証人は、主たる債務者が負う金銭や物の一部について責めを負うことができる(D.46.1.9)(CIC.IV.694)。保証人は、主たる債務より重い責めを負うことはない。それに対して、保証人は、その負担が主たる債務者より軽い場合は、その責めを負うことができる。それゆえ、被告が10金貨の履行責任を負う場合に、保証人が5金貨について責めを負うことはできる。主たる債務が無条件である場合に、保証債務に条件を付すことはできる。同様に、債務の履行期及び期間の猶予においても問題となる(Inst.3.20.5.)(CIC.I.141)。保証人は、期限付きまたは条件付きで債務を引き受けることができる(D.46.1.6, § 1.)(CIC.IV.692)。債務の履行地が指定される場合、債務者はその条件が加重されこととなる。というのは、その場合、債務者は指定された履行地以外で弁済することができないからである。それゆえ、主たる債務は条件が付されず、一方、保証債務はその履行地が指定される場合、保証人が責めを負うことはないとされる(D.46.1.16, § 1)(CIC.IV.696)。

保証人は、主たる債務者の委託を受けないで保証を引き受けることができる(D.46.1.30.)(CIC.IV.702)。不在者の保証人は、事務管理訴権を有するが、委任訴権は有しない。主たる債務者の委託がないからであるとされる(D.17.1.20, § 1)(CIC.II.284)。

保証人は、犯罪行為に関する訴えについて責めを負う場合がある(D.46.1.8, § 5.)(CIC.IV.693)。すなわち、通常は、保証人を犯罪のために供するこ

とはできないが、窃盗の被害者が罰金・違約金等の支払いを受けるために保証人の設定を受けることは禁じられていない。それによって、被害者への支払いが担保されるからである。しかし、窃盗犯が、自己の取り分を担保するために、保証人の設定を受けることはできない。また、窃盗犯が、罰金・違約金等の支払いのために、教唆者から保証人の設定を受けることはできない。犯罪者の仲間のために、保証人が供することは認められないからである (D.46.1.70, § 5.) (CIC.IV.715)。妻は、自己の判断で、その財産を夫に管理させることはできるが、夫は、妻の意に反して、嫁資に属さない財産を管理することはできないとされる (C.5.14.8.) (CIC.V.764)。

汝に土地を売却した者が、裁判所の決定により、単に年齢に基づく救済を受ける場合は、保証人自身はその契約について責めを負う (C.2.24.2) (CIC.V.354)。汝がその年齢に基づく救済により原状に復される場合、汝の保証人は汝が売却した父の土地の買主に対して責めを負う。ただし、汝の保証人は、その債務を弁済しまたは弁済をすべき旨の判決を受けた場合、委任訴権を行使することができる (C.2.24.1) (CIC.V.353-354)。ただし、Marcellus によると、後見人の授權なしに債務を負った被後見人の保証人または浪費者の保証人は、委任訴権を有しないとされる (D.46.1.25.) (CIC.IV.700)。

特定の者に帰属する抗弁は、他の者が行使することはできない。したがって、ある組織の構成員のみが有する抗弁は、保証人が行使することはできないとされる (D.44.1.7.) (CIC.IV.529)。

汝の契約の相手方が弁識能力を有しない場合、汝は保証人の設定を受けることができない。その契約は無効であるだけでなく存在しないからである。ただし、その契約が法的手続きにしたがって締結される場合は、保証人は責めを負う (D.46.1.70, § 4.) (CIC.IV.715)。主たる債務者が救済される場合、その効果は保証人に及ぶとされる (D.14.6.9 § 3.) (CIC.II.174)。

保証人が裁判所への出頭を担保するために設定される場合、その保証人の資力及び執行の容易性が要件となる。法務官によると、親・子・妻・嫁等の出廷を求める者がある場合、その出廷を担保する保証人の設定が義務付けら

れる。その場合、保証人に資力等があれば、富裕であることまでは要しない。出廷担保保証人に対する訴えは、紛争の目的の価額まで認容される。なお、利息がそこに含まれるかについては議論がある (D.2.8.2) (CIC. I.309)。

保証人に資力はあるが、裁判管轄が問題となる場合はどうか。亡 Pius 帝によると、原告はそのような保証人を拒否することができるとされる。保証人の設定を必要する場合に、被告が訴えの提起を受けた地において保証人を容易に設定できないときは、その州内の他の町において設定することが許される。しかし、その保証人の設定が任意である場合は、他の場所での設定は認められない。目的物たる動産に保証人が設定されていない場合に、目的物の回収ができないおそれがあるときは、保証人が設定されまたは紛争が終了するまで、裁判所は目的物を保管しなければならない (D.2.8.7) (CIC. I.311)。保証人は、弁済をする資力を有しかつ執行可能な者でなければならない。それゆえ、奴隷、父権の下にある子または妻を保証人とすることはできないとされる。ただし、債権者がその保証人の設定を認めた場合は、その限りでない (D.46.1.3.) (CIC. IV.691)。

保証人だけでなく、その相続人も保証債務を負うとされる。相続人は保証人の地位を承継するからである (D.46.1.4, § 1.) (CIC. IV.692)。保証債務は、保証人の相続人に承継される (Inst. 3.20.2.) (CIC. I.141)。保証人による行使が認められる救済手段はその相続人にも帰属すると、Pomponius は記している (D.46.1.27, § 3.) (CIC. IV.701)。

Caracalla 帝等の勅令によると、官吏の保証人は、処罰されることはなく、また、誓約していない限り、過料を課されることもない (D.46.1.68.) (CIC. IV.713)。亡 Severus 帝等によると、公吏の保証人は、その職務の遂行については責めを負うが、処罰されることはないとされる (C.11.34.1.) (CIC. VI.565)。