

# 梅説の求償制度論

福田 誠 治

- I 序
- II 19世紀フランス法
  - 1 委任法理・事務管理法理・不当利得法理
  - 2 保証人の求償
  - 3 小括
- III 明治23年民法
  - 1 求償の要件と効果
  - 2 通知制度
  - 3 小括
- IV 梅説の位置づけ

## I 序

a) 保証委託関係や真正連帯関係の枠組みにつき今日の通説は委任法理や組合法理から離れている。筆者は別稿でその問題を検討し、保証委託関係については委任法理を解釈目標に据えるべきであると主張した<sup>(1)</sup>。ただし、そこでは梅説について検討課題を残しており、本稿はこれに取り組む。

別稿でみたように、梅説は弁済のための支出および保証人の無過失を求償要件としており、そこに委任法理を反映させる。そうであれば、保証人の通知義務は無過失要件を具体化するものであるし、二重支出ケースでは保証人による事前・事後の通知に着目するはずである。他方で主債務者の通知は保証人の無過失に関わる評価障害事実にすぎな

いし、求償の可否に影響を及ぼしうるのはその通知であって、不通知ではないはずである。ところが、梅説の通知制度論は両支出者に通知を求めており、保証人の通知と主債務者の通知を特に区別しない。しかも、主債務者の通知を保証人保護の義務として正当化し、これを規範的要件であるかのように捉える。求償要件論と通知制度論が対応しないようにみえるが、これはなぜであろうか。本稿は、梅説がそのような解釈に至った様相を探り、梅説の内容を再整理する。

b) 検討の素材とするのは、梅説のうち明治23年民法（いわゆる旧民法）に関わるものである。梅説は同法を批判的に検討することが多くて<sup>(2)</sup>、そこに梅説を理解するための手掛かりがあるように思われる。本稿は19世紀フランス法や Boissonade の注釈との関係で梅説を位置づけ、その解釈意図を浮き彫りにする。明治29年民法下の梅説については別稿で概略をみており、これを末尾で補説するにとどめる。

また、本稿は保証人の求償（保証委託関係および無委託保証関係）に焦点を合わせることにし、連帯債務者の求償（真正連帯関係および不真正連帯関係）を検討対象から割愛する。19世紀後半のフランス法は保証人の求償に関わる通知制度を真正連帯関係に応用するが<sup>(3)</sup>、この議論には未成熟な部分が残っており、保証人の求償に関わる議論と比べると必ずしも丁寧に論じているわけではない。そういったなかで、明治23年民法は真正連帯関係に通知制度を導入しているが、Boissonade の注釈や梅説は詳細に立ち入っていない。このように検討素材が不十分であることから、真正連帯関係については主に注で言及するにとどめる。

c) 本稿の問題関心は求償要件論と通知制度論にあるが、19世紀のフランス法については求償範囲論および委任法理や事務管理法理などの一般法理にも眼を配る。当時のフランス法は求償制度に特則性をみいだしており、保証委託関係を中心に据えて制度を構築し、これを無委託保証関係に及ぼすという構想を採用する。本稿のみるところ、その構想の背後には事務管理法理が隠れている。しかも、それらは主に効果論からいえることであって、当時のフランス法は求償要件などにつ

き曖昧な部分を多く残している。そういったなかで明治23年民法は保証委託の有無等に応じて制度内容を区別し、委任法理や事務管理法理などをそのまま求償制度に反映させるという構想を採用する。そのために法継受の過程ではフランス法が曖昧にしていた諸問題の整理作業を強いられており、本稿の中心的な課題は整理作業の様相を探ることにある。それには、前提となるフランス法について背景的問題に視野を広げ、これをせめて素描することが欠かせない<sup>(4)</sup>。

なお本稿の興味は19世紀のフランス法にあり、そこでの解釈論が取り組むのは1804年フランス民法の原始規定である。求償に関する限り本稿でみる議論傾向はその後も続いており、20世紀以降の解釈論はさほど大きく踏み出していないようである<sup>(5)</sup>。ただし、規定は多くの部分で改正を経ており、原始規定が今日なお効力を有するのは委任規定だけである。特に保証規定は、2006年のオルドナンス (Ordonnance n° 2006-346) による条数の変更と、2021年のオルドナンス (Ordonnance n° 2021-1192) による全面改正を経ている。そこでは通知制度を変更しているが<sup>(6)</sup>、これを本稿は脇に置く。

d) 以下では19世紀フランス法 (Ⅱ)・明治23年民法 (Ⅲ) の順に議論を紹介したうえで、これらに照らして明治29年民法に関わる梅説を位置づける (Ⅳ)。本稿の用語などは別稿に倣う<sup>(7)</sup>。また、規定の引用にさいしては、どの時期のどの法律であるかを特定できる方法で明記する。

## Ⅱ 19世紀フランス法

本章の主な素材は通知制度論であるが (2の後半)、これをみる前に議論の背景を理解するための準備作業を行う。そこで確認したいのは一般的な委任法理や事務管理法理などの議論状況 (1)、求償の範囲論、求償要件や通知制度に関わる共通理解 (2の前半) である。それらを見たとうえで、通知制度論の特徴を整理する (3)。

## 1 委任法理・事務管理法理・不当利得法理

a) 19世紀初頭においては事務管理法理と不当利得法理が未分化であり、古い時期の学説は事務管理者の費用償還請求権を衡平上の不当利得禁止によって根拠づけていた<sup>(8)</sup>。両法理を整理する作業は19世紀を通じて行われている<sup>(9)</sup>。それでも保証人の求償に関わる部分に限って言えば、両法理の基本発想は早い時期から現れている。それは、事務管理法理が事務管理者の無過失および管理時における本人の利益の2点に着目するのに対し、不当利得法理は本人の現存利得に着目するというものである。それを確認しよう。

フランス民法は事務管理者が払うべき注意の程度を定めており（原始規定1374条1項参照<sup>(10)</sup>）、その注意義務違反を理由とする損害賠償責任を示唆する。また、事務管理者の費用償還請求について、その範囲を「すべての有益または必要な費用 (toutes les dépenses utiles ou nécessaires)」としたうえで、その要件として事務が「適切に管理された (bien administrée)」ことを求める（原始規定1375条<sup>(11)</sup>）。それら事務や費用に関わる有益性の判定について<sup>(12)</sup>、通説は管理時を基準にする。そのさい、学説は請求時における有益性の残存が不要であることを強調し<sup>(13)</sup>、請求時の結果を問題にすると、有益性の消滅を懸念して善行を行おうとする意思を遠ざけることになってしまうと説明している<sup>(14)</sup>。

不当利得について、非債弁済（原始規定1376条以下）を別にすれば、当時のフランス民法は一般的な規定を用意していない。それでも学説は関係する諸問題を論じており、その1つは本人の意思に反する事務管理者に訴権・請求権を認めるべきかという問題である。結論は分かれるが<sup>(15)</sup>、2点の共通理解が議論の前提になっている。それは、事務管理規定による費用償還請求が否定されること、および、かりに不当利得返還請求を認めるとすればその範囲は請求時の利得にとどまることである<sup>(16)</sup>。それが共通理解になったのは19世紀後半であるが、問題意識そのものはもっと前に現れており、Troplong 説は現存利得への限定を説いている<sup>(17)</sup>。

b) 事務管理法理と委任法理の差異に移る。委任法理が着目するのは受任者の無過失である。その特徴は費用償還請求の規定に現れており、フランス民法は受任者の立替金や手続費用、損害に関わる償還等の請求を認めるにさいし、奏功性を問わないことおよび受任者の無過失に着目することを明規する（原始規定1999条、2000条<sup>(18)</sup>）。また、支出の日から立替金に対する利息の発生を認める（原始規定2001条<sup>(19)</sup>）。学説はそれらを支持しているようであって、費用の経済性に関わることを定める原始規定1999条2項をもとにして、ここでは経済性が厳しく問われないとする<sup>(20)</sup>。さらに、少なくとも一部の学説は無過失の受任者に不利益を被らせるべきではないという価値判断を委任規定の背後にみいだしている<sup>(21)</sup>。

それを踏まえて事務管理法理の詳細をみる。ここでの費用償還請求は有益性を要件とする点で、委任法理とは異なる。そのために古い時期の学説は費用の経済性を厳しく問うが<sup>(22)</sup>、この点に19世紀後半の学説は立ち入っていない。かえって、具体的な解釈において委任法理との差異を縮小しようとする議論が現れている。問題になったことは3つある。

第1は、原始規定1375条が併記する必要費と有益費を区別し、有益費について償還請求時における有益性の現存を要求すべきかである。古い時期の学説はそれを肯定するが<sup>(23)</sup>、19世紀後半の多数説は支出時を基準として有益費の償還請求を認める<sup>(24)</sup>。第2は、委任の特約による報酬に相当する金額を場合によっては事務管理者に認めるべきかである。たとえば建築関係の職人が仕事を休んで他人の建物を補修した場合を想定し、現実の金銭支出がなくても日当相当額を費用と捉えうるかが争点になっている。学説は否定説<sup>(25)</sup>と肯定説<sup>(26)</sup>に分かれる。

第3は、委任に関わる原始規定2001条を類推すべきかである。原則として遅延損害金の発生には付遅滞を要するところ（原始規定1153条3項<sup>(27)</sup>）、これが事務管理者の費用償還請求にも妥当するかが問題になっている。19世紀後半の多数説は原則にしたがい付遅滞を要求するが<sup>(28)</sup>、

この解釈を妥当とみるかは別である。多数説のなかでも、付遅滞を積極的に要求すべきであるとみる学説<sup>(29)</sup>と、解釈論上それをやむを得ないとみる学説<sup>(30)</sup>に分かれる。それに対し少数説は委任規定の類推を肯定し<sup>(31)</sup>、有益である限りにおいて事務管理者は不利益を完全に免れるべきであるとみる<sup>(32)</sup>。

## 2 保証人の求償

a) フランス民法は保証人の求償範囲に債権者への支出額のほか利息・手続費用・損害賠償を含める（原始規定2028条2項、3項<sup>(33)</sup>）。ここでは保証委託の有無を問うていない（同条1項参照）。通知規定は事前・事後の通知を保証人に求めており、それはこうである。一方で、保証人先行ケースにつき事後通知をしなかった保証人の求償を否定する（同2031条1項<sup>(34)</sup>）。他方で、「保証人が請求（poursuivre）を受けず、かつ主債務者に通知せずに支出した場合において、その支出時に主債務者が抗弁権を有しており、債務が消滅した旨の判決を受けることができたときは、保証人は主債務者に対して求償できない。しかし、債権者に対する返還請求権は別である」とする（同条2項）。

b) そのうち求償範囲論を確認しよう。規定上の求償範囲は委任法理が受任者に認める費用等の範囲と大差ない。それを無委託保証関係に適用すべきかが問題になり、これを学説は利息に即して論じる。通説は原始規定2028条に特則性をみだし、無委託保証人にも利息の当然発生を認める<sup>(35)</sup>。それを批判する学説は少数にとどまっており<sup>(36)</sup>、事務管理法理における同旨の問題とは議論傾向が異なる。

解釈操作が向かうのは主債務者の意思に反して保証契約が締結された場合である。一方の学説は不当利得を根拠とする求償を否定し、弁済者代位による求償に委ねるのに対し<sup>(37)</sup>、他方の学説は不当利得を根拠とする求償を認めつつ、手続費用や損害を求償の対象外とする<sup>(38)</sup>。

c) 次に求償要件や通知制度に関わる共通理解ないし学説傾向を4点にわたって確認する。その第1は原始規定2031条2項の定める主債務

者の先行抗弁権として、何を想定するかである。典型例は追奪担保責任に伴う契約無効の抗弁（原始規定かつ現行規定1599条）と時効抗弁であり<sup>(39)</sup>、後にみるように弁済の抗弁を含むかについて議論がある。第2は、抗弁権が先行成立している場合に保証人がなすべきは同条2項所定の事前通知にとどまるかである。学説は、先行抗弁権を認識している保証人に抗弁の活用を求め、これを怠った保証人の求償を否定する<sup>(40)</sup>。

第3は通知制度論において保証委託の有無を問うかである。その有無を問わないことが暗黙の共通理解になっているようであって、少なくとも一部の学説はこの理解を前提にしているし<sup>(41)</sup>、それへの反対を窺わせるものはない。また、通知制度の背後には委任法理があるはずなのに、その連関を明示的に指摘する学説は僅かである<sup>(42)</sup>。

第4は求償要件をどのように設定するかである。後に整理するように、弁済のための支出および保証人の無過失の2点を求償要件とするのが暗黙の共通理解になっているようであるし、一部の学説はこれを比較的にせよ明確に指摘する<sup>(43)</sup>。しかし、学説全体の議論傾向としていえば、通知制度論では場合を分け、個々の場合における着眼点を説く一方で、求償要件論ではその厳密化に意を払っていない。たとえば後にみる Ponsot 説は、保証人の支出が主債務者に利益をもたらさなくても求償できることがある一方で、支出が債務を消滅させても求償できないことがあると述べるにとどまる<sup>(44)</sup>。それが求償要件論と通知制度論の状況をよく示している。

別の学説に即してもう少し細かくみておこう。Pont 説は保証人による主債務者の免責（sa libération vis-à-vis du créancier）が求償の基礎になると述べたり<sup>(45)</sup>、支出が有益であるとともに保証人が無過失であることを要すると述べたりしている<sup>(46)</sup>。そこでの有益性は保証人の支出時ではなく求償時を基準とするものであって、保証人先行ケースにおける保証人の先行支出は主債務者にとって有益でないとみたうえで、事後通知をしなかった保証人の過失に着目して求償を否定する<sup>(47)</sup>。しかも、その通知制度論は抗弁権が先行成立している場合<sup>(48)</sup>、保証人先行

ケース<sup>(49)</sup>、主債務者先行ケース<sup>(50)</sup>に分け、それぞれの場合において保証人の主観的事情に着目すべきことを説く。その着眼点は通知制度上の判定基準（規範上の要件）という意味をもつから、求償要件としては主債務者の免責や支出の有益性を脇に置き、弁済のための支出および保証人の無過失の2点を挙げることになるはずである。それなのに、Pont 説の求償要件論は各場合の判定基準を的確には反映していない<sup>(51)</sup>。

d) 以上の準備作業を踏まえて通知制度論に入る。解釈上の対立点は2つあって、何れも主債務者先行ケースに関わる。それは、原始規定2031条2項にいう抗弁権のなかに弁済の抗弁を含めるか、および、請求を受けて支出する保証人について事前通知の省略を許すかである。19世紀前半の学説は同条2項の抗弁に弁済の抗弁を含めたうえで同条2項の文言から離れており、債権者の提訴を受けて支出する保証人にも事前通知を求め、保証人は主債務者を訴訟に引き込むべきであるとする<sup>(52)</sup>。

それに対し19世紀中葉の Ponsot 説は反対する。保証人が提訴または差押えを中止させるために無過失で (de bonne foi) 支出した場合において求償を否定するのは厳しすぎるとする。ここでの保証人は事前通知をしていないが、他方で主債務者も事後通知をしていないのであって、請求を受けたことで債務の存続を保証人が誤信したという状況で、その不注意 (négligence) を非難して、主債務者の不通知を容赦すべきではないという<sup>(53)</sup>。

同旨の控訴院判決が1857年に出ている<sup>(54)</sup>。そこでは、事後の不通知が主債務者の過失 (faute) に該当すること、主債務者の通知義務は同条1項 (保証人先行ケース) の定める保証人の事後通知義務と相関すること (l'obligation corrélative) を判示したうえで、委任法理に手掛かりを求める。すなわち、「委任に関わる規律によれば、受任者が自己の責めに帰すべき過失なしに事務処理を契機として被った不利益について、委任者は受任者に対して填補義務を負う (民法〔原始規定〕2000条)」とする。

e) その問題提起を受けて、19世紀後半の学説は原始規定2031条2項



の抗弁から弁済抗弁を除外する<sup>(55)</sup>。そのうえで、保証人が請求を受けて後行支出をした場合に関わる議論は2方向に分かれる。一方で Pont 説は過失の有無を保証人について問うたうえで、判定を裁判所に委ねており、その要旨はこうである。賢明な主債務者であれば事後通知をするにしても、これを怠った (*négliger*) からといって求償に応ずるべきであるとはいえない。審査すべきは支出について保証人の責めに帰すべき過失 (*faute*) があったか否かである<sup>(56)</sup>。たとえば保証人が提訴を受けていたとしても、請求を中止させるために主債務者を訴訟に引き込むことができたか否かを審査し、その具体的な事情に応じて求償の可否を判定すべきである。また、差押えを受けていた場合には、事前通知をすることがかえって不利益をもたらすか否かという点や不利益を被る重大な危険性があったか否かという点が重要であり、それに依拠して求償の可否を判定すべきである<sup>(57)</sup>。

他方で Aubry et Rau 説は、請求を受けた保証人に事前通知の省略を許し、主債務者による事後通知の有無に着目する<sup>(58)</sup>。19世紀末の Guillaouard 説などはさらにそれを進めている。そこでは、保証人の事前通知を必要とする特段の事情のない限りにおいて、保証人が請求を受けたか否かを問わずに事前通知の省略を許し、主債務者による事後通知の有無に着目している<sup>(59)</sup>。

f) そのうち Pont 説は保証人の無過失に着目するが、議論の末尾で主債務者の不注意ないし過失に言及している。そこで想定するのは、保証人が差押えを受けており、不通知がやむを得なかったという場合である。Pont 説によれば、主債務者は債務名義の成立を認識しているはずであって、支出が不要である旨を保証人に通知すべきであり、これをしなかったのであるから不注意 (*négligence*) の結果を負担すべきは主債務者であって保証人ではない<sup>(60)</sup>。これを受けて Laurent 説は保証人と主債務者、何れの過失 (*faute*) に帰責するかによって求償の可否を判定すべきであると説いている<sup>(61)</sup>。

### 3 小括

a) 保証人の求償を基軸にして以上をまとめる。求償権の範囲論は求償規定に特則性をみいだすことで保証委託の有無による区別を否定し、保証契約の締結が主債務者の意思に反する場合だけを別扱いする。それは通知制度の射程論も同様である<sup>(62)</sup>。そこに窺えるのは、保証委託関係を中心に据えて求償制度を構築すれば足り、無委託保証関係の独自性にこだわる必要はないとみる構想である。その構想を事務管理法理の議論状況が下支えしている。19世紀の学説は事務管理法理と不当利得法理の差異を強調する反面で、委任法理と事務管理法理の差異を必ずしも明確にしない。もちろん事務管理法理は費用の有益性を重視するが、その具体的解釈論は委任法理への接近を示唆している<sup>(63)</sup>。

b) 19世紀後半の通知制度論は主債務者先行ケースについて対立している<sup>(64)</sup>。3つの観点からその対立およびそこでの前提を考察したい。第1に場合分けの意味を探る。通知制度論は2段階で場合を分けており、第1段階で3つの場合に分ける（原始規定2031条1項所定の保証人先行ケース、同条2項所定の抗弁権が先行成立していた場合、規定が直接に定めていない主債務者先行ケース）。さらに主債務者先行ケースについては第2段階の場合分けとして、①保証人が任意に支出する場合、②差押えを受けて支出する場合、③提訴を受けた場合に細分化しており、これを Ponsot 説や Pont 説が示している。

そのうち第1段階の場合分けに何か重要な意味があるとは思えない。それは、当時の学説が求償時における主債務者の利益に着目し、これを前提にして保証人による事前・事後の通知を論じているからである。求償時の利益に着目することは保証人先行ケースの議論に現れており、後行支出をした主債務者は保証人の先行支出による利益を享受しないと捉えている<sup>(65)</sup>。そのような観念のもとでは保証人による事前通知と事後通知を区別する契機が存在せず、当時の学説にとって2つの通知制度は同質のものであったはずである。また、主債務者先行ケースを原始規定2031条2項の射程から除外するのは第2段階の場合分けを可

能にするためであり、その射程論自体に特段の意味はないと思われる。そのため、保証人の無過失に着目し、これを判定基準とするのが少なくとも出発点の発想であるといえる。

第2段階の場合分けは規定の欠缺を明らかにする。同条2項は保証人が請求を受けた場合を直接には定めておらず、そのために②と③が議論の対象になっている。その議論は、①において保証人による事前通知の有無に着目することを前提にしており、この点は後にみるように法継受史のなかで重要な意味をもつ。

c) 第2に、上記②と③に焦点を合わせて対立の核心を探る。対立しているのは保証人による事前通知の省略を定型的に許すべきかという点である。Pont説は保証人の無過失にこだわって、具体的な過失の有無を保証人について問い、不通知の評価を裁判所に委ねる（原始規定2031条2項の例示化）。それに対し、Aubry et Rau説は主債務者の不通知に眼を向けて（同条1項の裏返し）、保証人による事前通知の省略を定型的に許し（同条2項の反対解釈）、Pont説よりも求償権の成立を容易にしている。すなわち、本来であれば主債務者による通知の有無は保証人の無過失を評価するための考慮事情にすぎないはずであるが、その不通知を規範上の判定基準にすることで評価の定型化を図っている。そうすると、両説は具体的な次元の判定基準において対立するが、保証人の無過失を抽象的な次元の求償要件とする点で一致しているといえる。問題を提起したPonsot説が自らその核心を突いている。対立の核心はどのような場合に保証人を無過失（bonne foi）と評価するかにある。

議論傾向としてすでに指摘したように、通知制度論は細かく場合を分けたうえで個々の場合における具体的な判定基準を示すことに興味を向けており、その反面で、個々の判定基準を総合し、抽象的な求償要件を整理することには十分な意を払っていない<sup>(66)</sup>。以上の整理からすると、その求償要件は弁済のための支出および保証人の無過失（bonne foi）であり、この点で暗黙の共通理解が成立している。

d) 第3に、通知制度論が具体的な判定基準を明確にしているかを確

認する。諸学説は個々の場合における保証人や主債務者の不通知を取りあげ、過失や無過失を説いており、これが判定基準にあたる。ところが Pont 説はそこに別のものを混入しており、保証人の無過失を判定基準とすべきことを説きつつも主債務者の過失に言及する<sup>(67)</sup>。それは判定結果を補助的に正当化するためにすぎないが、論旨を曖昧にするという作用を伴っている。おそらくはその影響を受け、Laurent 説は主債務者の過失を判定基準に取り込んでおり、これは Pont 説と Aubry et Rau 説を折衷するものになっている。

e) このように求償要件論や通知制度論は保証人の無過失を基軸に据えており、これが具体的な解釈論に現れているが、さりとてそれを明確にしておらず、整理の不十分な問題を抱えている。しかも、保証委託関係を中心に求償制度を構築し、これを無委託保証関係に及ぼすという構想を採用する。それらの事情が法継受を困難にしていることを次にみる。

### Ⅲ 明治23年民法

明治23年民法は委任法理や事務管理法理などをそのまま求償制度に反映させており、規定はこの構想を求償範囲に即して示している。それに伴って求償要件や通知制度についても保証委託の有無等に照らして区別することになるが、これに関わる諸問題の多くをフランス法は曖昧にしていたところであり、その整理作業が Boissonade の注釈などに現れている。本章は、まず求償の要件・効果(1)と通知制度(2)に分けて規定・注釈・梅説を紹介し、次に注釈と梅説の差異を整理する(3)。通知制度論において注釈はフランス法の Pont 説から離れているうえ、梅説はさらに異なる発想を採用しており、その差異を明らかにしたい。

## 1 求償の要件と効果

a) 明治23年民法は保証人の事後求償に関わる要件・効果を1ヶ条にまとめる。そこではまず各保証人に共通の要件として、①「主タル債務ヲ弁済シ其他自己ノ出捐ヲ以テ債務者ニ義務ヲ免カレシメタ」ことを定める（債権担保編30条柱書き本文）。次いで保証人と主債務者の法律関係に着目し、これが委任・事務管理・不当利得<sup>(68)</sup>の何れであるかに応じてそれぞれの求償範囲を定める。保証委託関係では支出した元利のほか手続費用、支出額に対する利息、損害を含めており、そのさい、②「其債務者ニ義務ヲ免カレシメ又ハ債務者ノ名ニテ弁済シタル元利……」という文言を用いている（同条1号前段）。それら①と②は「弁済」と主債務者の免責（「義務ヲ免カレシメ」）を並列するが、フランス語文は②だけでなく①でも選択を示す接続詞（ou）によってその2点を連結している<sup>(69)</sup>。

それにつき注釈は弁済のための支出および不可避性（すなわち保証人の無過失）が求償要件であるという理解を示している。注釈がいうのはこうである。保証委託関係では委任から直接的かつ不可避的に生ずるもの（une suite directe et nécessaire du mandat）である限りにおいて不測の不利益につき填補を受けることができる（財産取得編245条3号）。それを当てはめると、保証人の支出時に債務が消滅していた場合であっても通知していれば求償できることになる。それを示すために上記②の文言は主債務者の免責に加えて「弁済」を挙げており、ここでいう「弁済」は債務消滅効を伴わない支出を含んでいる<sup>(70)</sup>。

梅説もそれとほぼ同旨を説いたうえで<sup>(71)</sup>、保証委託関係の特徴は主債務者の利益を問わずに求償権が成立しうる点にあるとしている<sup>(72)</sup>。

b) 無委託保証関係について、明治23年民法は保証契約の締結が主債務者の意思に反するか否かに応じて求償範囲を区別する。そこでは、「有益ノ限度」という同一の文言を使いつつ、原則として「債務者ノ義務ヲ免カレシメタル日」を基準時としたうえで（債権担保編30条2号前段）、意思に反する場合には「保証人ノ求償ノ日」を基準時とする（同

条2号後段)。同法は一般的な事務管理について「管理者カ管理ノ為メニ出シタル必要又ハ有益ナル諸費用」の償還請求を認めており（財産編363条1項）、そこでの有益性の要件をそのまま無委託保証関係に反映させている。

「有益ノ限度」という文言は求償範囲を画するためのものであるが、同時に求償要件としての機能を担っており、これが Boissonade の注釈に現れている。注釈の要旨はこうである。ここで着目するのは主債務者の利益であり、保証人の支出時に債務が消滅していれば主債務者は求償義務を負担しない。また、主債務者が免責を受けた時点を基準としてその利益を評価する。ただし、保証人は自己の過失によって債務消滅を主債務者が認識しないという事態（保証人先行ケース）を生じないようにすべきであり、これを通知制度が定めている。さらに、フランスでは利息に関する委任の規律を事務管理に拡張するが、これは事務管理法理（*principes de la matière*）から離れている。主債務者の利益に着目するのであるから求償の対象は支出額だけである<sup>(73)</sup>。

梅説も注釈と同旨を説いている<sup>(74)</sup>。それらの説明は通知制度の射程に関わる理解を示しているが、これについては後にみる。

## 2 通知制度

a) 注釈などをみる前に、通知に関わる規定を保証委託の有無に分けて整理する。まず保証委託関係に焦点を合わせると、明治23年民法は3つの規定を用意する。それは、① 保証人の事後通知を求める規定（債権担保編33条1項）、② 主債務者の事後通知を求める規定（同条2項）、③ 保証人の担保附帯請求を求める規定（同編32条1項）である。そのうち①は保証人先行ケースを想定するのに対し、②および③は主債務者先行ケースなどを想定したうえで、②は保証人が提訴を受けずに支出する場合を、③は提訴を受けた場合をそれぞれ想定する<sup>(75)</sup>。

規定の文言上、①と②は何れも先行支出者の事後通知だけを定めるが、これは必ずしも後行支出者の事前通知を不問に付する趣旨ではな

いようである。また、両規定は不通知の効果について文言上の対照性を欠いており、①は「其求償権ヲ失フ」とするのに対し、②は保証人の後行支出について主債務者が「責任アリトノ宣告ヲ受クルコト有り」とする。②の文言は裁判所の裁量を認めるものであり、裁量の内容が問題になる。それらの詳細は後にみる。

③は提訴を受けて被告となった保証人のために担保附帯請求の制度が用意されていることに関わる（同編29条1項）。ここでの担保附帯請求権は今日でいう事前請求権<sup>(76)</sup>（平成29年改正後の明治29年民法460条3号）に相当するが、さらに請求の効果として主債務者の抗弁権を遮断する。その抗弁権とは弁済抗弁のような排訴抗弁（明治23年民法債権担保編32条1項）や条件・期限の利益のような延期抗弁（同条2項）である<sup>(77)</sup>。③は抗弁権の遮断という発想を裏返して、請求権の不行使による事後求償の制限を定めており、保証人がたとえ債権者に対して敗訴しても求償金請求において抗弁対抗を受けることとしている。その点で、担保附帯請求制度は今日でいう事前通知制度や訴訟告知制度（平成8年民事訴訟法53条1項）と同様の機能を伴う<sup>(78)</sup>。

b) 次に、上記3規定の射程が無委託保証関係に及ぶかを整理する<sup>(79)</sup>。③がこれに及ばないのは明らかであり、③の関連規定は保証委託が要件であることを明規する<sup>(80)</sup>（明治23年民法債権担保編29条2項）。また、先にみた求償要件論は①と②の射程を示している<sup>(81)</sup>。Boissonadeの注釈は、保証契約の締結が主債務者の意思に反するのではない限りにおいて①の射程に無委託保証関係を含める一方で、②の射程に無委託保証関係が及ばないという理解を示唆する。しかし、後にみるように梅説は①だけでなく②の射程にも無委託保証関係を含めている。

c) 3規定に関わる Boissonade の注釈を紹介する。上記③が求償を制限することについて、注釈はその理由を保証人の過失に求める。すなわち、保証人が主債務者を訴訟に引き込まずに債権者に対して敗訴しても、この結果につき保証人自身を非難できるだけであるとする<sup>(82)</sup>。同様の説明を①についても示している<sup>(83)</sup>。

文言上、②は主債務者の事後通知を挙げるが、注釈はこれを必ずしも重視しない。注釈の要旨はこうである。債権者の請求を受けるのは保証人ではなく主債務者であるのがより自然であり、そのために支出前の照会をなすべきは主債務者ではなくて保証人である。ただし、双方の過失 (responsabilités respectives) を裁判所で審理する余地を残すために、②は事情に応じて問題を処理すべきことを定めている<sup>(84)</sup>。

注釈はそれを示したうえで具体例を挙げるが、これは①に関わる例であり、保証人先行ケースにおける主債務者の事前通知を問題にする。それにつき、保証人が請求を受けた時点で (au moment où la caution a été requise de payer) 主債務者が不在中または収監中であり、帰宅後に保証人による支出の有無を照会しないまま支出した場合においては、主債務者に過失があるとしている<sup>(85)</sup>。おそらくそこで想定するのは、保証人が催告を受けて事前・事後の通知を発信したが、これらを主債務者が受領できなかった場合であろう。そのほか、真正連帯関係についてであるが、場合によっては、不通知に伴う求償権の喪失が支出額の全部ではなくて一部にとどまることを示している<sup>(86)</sup>。

d) 梅説に移るが、その通知制度論の進め方は複雑である。冒頭では保証委託関係と無委託保証関係を分け、それぞれを説明しているのに、途中から2つの求償関係を併せ論じている。しかもその併論部分に梅説の核心的な特徴が現れている。そのため、叙述の順を追って議論を紹介する。

梅説はまず上記③を取りあげつつ②にも言及し、保証委託関係の主債務者先行ケースに焦点を合わせて3点を説く。すなわち、㊶ 保証人から担保附帯請求を受けた主債務者は訴訟に補助参加して抗弁すべきである<sup>(87)</sup>。㊶ 保証人が「敢テ主タル債務者ヲ訴訟ニ参加セシムルコトヲ為サスシテ、濫リニ訴訟ニ答弁シ又ハ忽チ債権者ノ請ヲ容レ、弁済ヲ為サンカ、是レ保証人ニ過失アリト謂ハサルコトヲ得ス<sup>(88)</sup>」。主債務者が抗弁権を有していれば保証人の過失によって主債務者は「損害」を被ることになってしまう。それを避けるために③は求償を制限して



いる<sup>(89)</sup>。㊦ それは「過失ニ関スル通則ノ適用」にすぎないから、提訴を受けずに支出する場合(㉒)にも「類似論法」が妥当し、主債務者が先行抗弁権を証明すれば事前通知をしなかった保証人は求償できない<sup>(90)</sup>。

そのうえで無委託保証関係の主債務者先行ケースにも言及する。梅説によれば、㉑ ここでは主債務者が利益を享受しないから求償権は成立しない。ただし、保証人が請求を受けたか否かを問わず事前通知をし、これに対して主債務者が「敢テ」返答しなかった場合、または虚偽の返答をした場合には、「其過失」によって保証人に「損害」を与えたのであるから「其賠償トシテ保証人ノ請求ヲ受ケサルヘカラサルナリ<sup>(91)</sup>」。

そこには重要な特徴が2つある。第1に、保証人の後行支出を回避するための行動を保証人と主債務者の双方に求めている。それを㉓に即していうと、㉑は保証人の担保附帯請求を求める一方で、㉒は主債務者の補助参加等を求めており、ここでは補助参加や抗弁活用を保証人の立場からではなく主債務者の立場から捉えている。㉒に即していうと、規定が定める主債務者の事後通知とは別に、㉑は保証人の事前通知を求めている。

第2に、㉑は無委託保証関係の主債務者先行ケースでも求償の余地を残しており、ここでは主債務者の返答について「敢テ」という表現を使っている。その表現が示唆するように、現に事前通知を受けた主債務者が返答しなかったことについて故意過失がある場合を想定するようである。他方で、㉑は同じ表現を保証委託関係における保証人の担保附帯請求について使っている。そうすると、無委託保証関係では主債務者の過失に着目するのに対し、保証委託関係では保証人の無過失に着目しているといえそうである。本稿は差し当たりそのように梅説を捉える。

e) 次いで梅説は上記㉑(保証人先行ケース)と㉒(主債務者先行ケース)を説く。ここでは保証委託関係と無委託保証関係を併せ論じつつ、説明を前半と後半に分ける。梅説は前半で2規定を概観し、㉑による求

償権の喪失は「過失ニ関スル通則ノ適用」にすぎず、保証人による事後の不通知が過失に該当するという<sup>(92)</sup>。

また、②が主債務者の過失に着目するものであると捉え、規定は不完全であるとする<sup>(93)</sup>。そのうえでいったん主債務者先行ケースから離れ、主債務者と保証人それぞれが支出するさいに事前通知すべきかを問う。梅説によれば、主債務者が照会せずに支出しても、「通常、過失アル」とはいえないのに対し、保証人が照会せずに支出すれば「必ス過失アル」といえる<sup>(94)</sup>。

f) それを受けて後半で詳論に入り、上記①と②を個別に説明する。①についてはこうである。もし主債務者が「注意深キ人」であれば保証人に支出の有無を照会し、返答を待って支出の是非を判断するであろうが、「此注意ヲ缺キタリトモ敢テ過失アリト為スヘカラス」。それは、保証人が支出しようとする場合は「必ス先ツ主タル債務者ニ照会スルコトヲ要スレハナリ」。ただし、「保証人ヨリ照会ヲ為シタル後、主タル債務者若シ弁済ヲ為サント欲」する場合や「暫ク不在ニシテ帰来後弁済ヲ為サント欲スル」場合には照会をすべきであり、照会せずに支出した主債務者には過失がある<sup>(95)</sup>。

同様の発想を②についても示しており、それはこうである。主債務者が保証契約の締結を知っており、これを拒まなかったのであれば、支出の事実を保証人に通知するのが「尋常ノ注意」である。「然リト雖トモ保証人ハ予メ主タル債務者ニ照会シテ、然ル後、始メテ弁済ヲ為スヘキ義務アルカ故ニ、主タル債務者カ通知ヲ怠リタルハ通常其過失ト看做サス」。ただし、「前段ノ場合ニ引例セルカ如キ特別ノ事情アルトキハ特ニ主タル債務者ニ過失アリト看做スナリ」。それでも主債務者が事前に照会していれば、事後通知をしなかったからといって必ずしも過失があるとはいえない<sup>(96)</sup>。

最後に梅説は①と②の効果に眼を向け、その文言が異なることを不調和と捉える。批判の矛先を向けるのは、①が保証人の不通知に関わる評価を「明定」し、「裁判官ニ於テ之ヲ左右スルコト」を許さない一

方で、②が主債務者の不通知に関わる評価を裁判所に委ねていることである。梅説は解釈論として、「苟モ法律ノ明文ニ触レサル限りハ、法官ハ能ク双方ノ過失ノ輕重ヲ図リテ判定ヲ下ササルヘカラス」とする<sup>(97)</sup>。

### 3 小括

a) Boissonade の注釈は委任法理と事務管理法理をそのまま求償制度に反映させるという構想を採用しており、これが求償の要件論や範囲論にとどまらず通知制度の射程論にも現れている。それを無委託保証関係に即していえば、注釈は保証人先行ケースに関わる債権担保編33条1項に限って無委託保証関係を射程に取り込んでいる<sup>(98)</sup>。そのため、保証人先行ケースでは保証人の無過失が判定基準であり、主債務者先行ケースなどでは支出の有益性（保証人の支出時点におけるその有益性）という求償要件が判定基準となる。

保証委託関係について、注釈は弁済のための支出および保証人の無過失が求償要件であるとみている<sup>(99)</sup>。また、梅説は不通知に関わる評価の法定という意味を同条1項にみいだすが<sup>(100)</sup>、注釈がそのような意味を与えているようには窺われない<sup>(101)</sup>。さらに、主債務者先行ケースに関わる同条2項について、注釈は保証人による事前通知の有無に着目すべきことを説きつつも、主債務者による事後の不通知にも眼を配り、双方の不通知（ないし通知）に関わる評価を裁判所に委ねる。そのため、注釈にとって通知制度は保証人の無過失（bonne foi）という求償要件を具体化したものであり、この要件を評価するための考慮事情の1つとして主債務者の不通知（ないし通知）を位置づけていると思われる。

b) 同条2項の注釈は裁判所の裁量を認めるが、これには2つの含意がある。それを浮き彫りにするために注釈を当時のフランス法と対比し、裁量の中身を整理しよう。当時のフランス法は無過失（bonne foi）の保証人に求償を認めており、どのような事情があれば無過失であると評価できるかを問う。そのさい、主債務者先行ケースを細分化し、

① 保証人が任意に支出する場合、② 差押えを受けて支出する場合、③ 提訴を受けた場合に分けるが、①での着眼点は保証人による事前通知の有無であることが議論の前提になっている。そのうえで、②および③において通知の定型的な省略を許すべきか、すなわち保証人の無過失という評価の射程を拡張すべきかについて見解が対立している。Pont 説は保証人の不通知がやむを得ないものであったという具体的な事情を求め、その評価を裁判所に委ねるのに対し、Aubry et Rau 説は主債務者の不通知に着目し、保証人による通知の定型的な省略を許す。さらに Laurent 説は両説を折衷する。このように、①では主債務者の不通知を脇に置くのに対し、②ではその不通知を考慮すべきかについて争っているのもあって、①と②は異質な問題である。しかも、①で主債務者の不通知を脇に置くことはフランス民法の規定上明らかであり、①と②を区別すべきことも明白である。

他方で注釈は保証人の不通知と併せて主債務者の不通知を考慮するとともに、①と②を同条2項の射程に含め、異質な問題を1つの規定に同居させている。そのため、注釈が裁判所に委ねた裁量の中身は2つある。第1に、②において主債務者の不通知を考慮することを許し、保証人の無過失 (bonne foi) に関わる評価を裁判所に委ねる。この点で注釈は Laurent 説とほぼ同旨であって、ここではフランス法の枠内にとどまっている<sup>(102)</sup>。第2に、担当する事件が①と②の何れであるかに応じて、主債務者の不通知を考慮すべきか否かを見極めるよう裁判所に求めている。ここでも評価するのは保証人の無過失であるが、評価にさいして考慮すべき事情を裁判所は選別しなければならない。しかも、同条2項は①と②を取り込んでおり、裁量が考慮事情の選別という意味を含んでいることは規定上明らかでない。その意味を裁判所は自らみいださなければならないのであるが、換言すれば注釈はかなり自由な裁量を認めており、この発想はフランス法にない。

c) 梅説はどうか。注釈との差異は通知制度論にあり、2つの特徴それぞれに手を加えている。第1に、通知規定の効果論では保証人先行

ケースであれ主債務者先行ケースであれ主債務者の不通知に意味をもたせるべき場合があるとして、2つのケースで裁判所の裁量の有無が異なることを不調和であると位置づける<sup>(103)</sup>。注釈は主債務者先行ケースの保証人が不通知であっても求償の余地を残しているが、梅説はこれと同様に保証人先行ケースの保証人が不通知であっても求償の余地を残す。その主眼は、保証人の無過失 (bonne foi) を判定基準としつつ、保証人や主債務者による不通知に関わる評価を裁判所の裁量に委ねることにある。

第2に、無委託保証関係の主債務者先行ケースを債権担保編33条2項の射程に取り込んでおり、ここでも通知制度を介した求償の余地を残している<sup>(104)</sup>。そのさい、着目するのは主債務者の過失であって、これを判定基準とするのであろう。梅説にとって、主債務者先行ケースにおいて何を考慮し、何を重視するかは保証委託関係と無委託保証関係とで異なる。そうであれば2つの求償関係を1つの規定に同居させることはできないはずであるが、注釈はこれと類似のことをしている。異質な問題である上記①と②を同条2項の射程に取り込むさいに、注釈は事案適合的な考慮事情の選別を裁判所に委ねることでその難関を切り抜けている。おそらく梅説はそのことを正確に理解したうえで、さらに応用・拡張し、保証委託の有無に応じた考慮事情の選別や軽重の判定を裁判所に委ねるのであろう。それにより、無委託保証関係の主債務者先行ケースにも通知制度の射程を及ぼしている。

d) 梅説はその2点を規定に対する批判として論じる。そこでは第1点を強調するが、重要性がより高いのはむしろ第2点であって、これが梅説の内容を明らかにする。考慮事情の軽重に関わる判定までも裁判所に委ねると、通知制度が示すのは求償権の成否判定基準ではなくて、判定に関わる裁判所の裁量およびそこでの考慮事情にすぎない。梅説にとって、保証委託関係の判定基準を示すのは保証人の無過失という求償要件であって、それゆえに保証人による事前・事後の不通知が主要な考慮事情となる。他方で、無委託保証関係については、求償

要件たる支出の有益性だけでは判定基準として足りない。それでも、事務管理法理は事務管理者の注意義務違反による損害賠償責任（財産編362条3項本文）を定めており、これに照らせば保証人先行ケースの判定基準が保証人の無過失であることは明らかである。それと異なり、主債務者先行ケースの判定基準が主債務者の過失であることは事務管理法理から直ちに導出できるわけではないが、この判定基準も明白であると考えたのであろう。

要するに、判定基準に関わる理解は注釈と梅説とでほぼ共通しており、重要な差異は通知制度に与える役割にある。判定基準を示すという役割を注釈は求償要件と通知制度の双方に与える。梅説はその役割を通知制度から剥奪し、その判定基準は求償要件や事務管理法理などから導出できると考えて、この作業を裁量に委ねている。

#### IV 梅説の位置づけ

a) 明治23年民法下の梅説にとって鍵になるものは2つあり、それは求償要件などが示す判定基準および通知制度が認める裁判所の裁量である。そのうち求償権の成否判定基準についていうと、この基準は保証委託関係と無委託保証関係とで異なる。規定は明確さを欠くものの求償範囲と併せて求償要件を定めており（債権担保編30条各号）、それぞれの求償要件が判定基準そのものまたはその手掛かりを示している。通知規定がその求償要件を敷衍する必要は低くて、そこに示すのは成否判定における裁判所の裁量と考慮事情にとどまる。通知ないし不通知の評価にとどまらず、具体的にどの不通知に着目するかといった考慮事情の選別や軽重の判定は裁判所の裁量に属する。梅説は注釈が認めた裁量を拡張し、そのように通知制度を捉えていると思われる。

b) 梅説はそれを明治29年民法下でも維持するのであろうか。梅説に沿って求償規定の特徴を整理するとこうである。① 保証委託関係の求償要件は弁済のための支出および保証人の無過失であり、明治29年民

法がこれを示している（平成16年改正前459条1項）。② 同法は保証人に事前・事後の通知を求めており（同463条1項、443条1項、2項）、これは保証人先行ケースにおける保証人に2つの通知を求めることを意味する。③ 同法は主債務者にも通知を求めており（同463条2項）、これは主債務者にも事前・事後の通知を求めることを意味する<sup>(105)</sup>。ただし、④ 請求を受けずに支出する主債務者について同法は事前の不通知を不問に付する一方で<sup>(106)</sup>（同443条1項参照）、⑤ 明文はないものの、保証人は請求を受けずに支出する場合であっても事前通知を要する<sup>(107)</sup>。⑥ 無委託保証関係の主債務者先行ケースでも通知制度（同463条1項、443条1項）を介した求償の余地がある<sup>(108)</sup>。⑦ 同法の通知規定は裁判所の裁量を文言に示しておらず（同443条1項、2項参照）、梅説も裁量に言及しない。

そのうち④と⑦以外の諸点は明治23年民法下の梅説と連続しており、特に①は同法の不備を補うという意味をもつ。その連続性という観点からいって特に重要なのは②、③、⑥である。明治23年民法下の梅説をそこに読み込めば、明治29年民法下の通知制度論も考慮事情を挙げたにすぎないとみることができる。梅説がかつての発想をその後も維持していたという確証はないが、法継受史のなかで位置づける限りにおいて、梅説は明治29年民法下でも通知制度に裁量をみいだしていたといえそうである<sup>(109)</sup>。同法下の議論だけをみると梅説は保証人の通知と主債務者の通知を同じ土俵で論じており、別稿ではこれに違和感を抱いたが<sup>(110)</sup>、本稿のように捉えると違和感は解消する。

c) 今日の解釈論はそこからどのような示唆を得るべきであろうか。たとえ梅説が通知制度に裁量をみいだしていたとしても、これを今日の解釈論にそのまま活かすことはできない。別稿でみた通り、同時代の学説でさえかつての梅説とはおよそ異なる通知制度論を展開している。しかも、明治29年民法が保証委託関係に関わる通知制度を準用規定にとどめるなど、幾多の契機が積み重なったことで、今日では通知制度論にとどまらず、求償要件論ですら梅説から離れている。

今日の視点からみて重要性が高いのは求償制度全体に関わる構想である。明治23年民法は委任法理や事務管理法理などをそのまま求償範囲に反映させるが、求償要件に関する限りその試みは不完全であり、これを明治29年民法が完成させている。その構想をどこまで徹底するかを別にすれば、今日の解釈論も構想を受け継いでいる。しかも、平成29年改正は保証人の求償に関わる通知規定を連帯債務者の求償に関わるそれから独立させただけで、無委託保証関係に関わる通知規定に事務管理法理や不当利得法理をそのまま反映させている。残る問題は差し当たり保証委託関係であり、これに関わる求償要件や通知制度を委任法理といかに調和させるかが課題となっている。

その課題については別稿で検討している。今日の通説は梅説の求償要件論を等閑視しているが、これを見直すべきであることをみた。そこに本稿が付加したのは、見直しの必要性を法継受史の観点から裏付けたことにある。

- (1) 福田誠治「求償制度の解釈目標（上）、（下）」駒法22巻1号（2022年）1頁以下、2号（2023年）掲載予定。
- (2) 吉井啓子「旧民法講義三部作を読む」法時70巻7号（1998年）30頁、片山直也「梅の債権担保論」新生通信10号（2001年、梅謙次郎『民法債権担保論』解題）6～7頁。
- (3) 後掲注(47)所掲の文献を参照。なお、本稿でいう真正連帯関係はフランス民法や明治23年民法にいう「連帯債務者」の求償関係を指す。
- (4) すでに先行研究によって、19世紀フランス法における委任法理・事務管理法理・不当利得法理の相互関係は相当に明らかとなっている。磯村哲「仏法理論に於ける不当利得法の形成」『不当利得論考』（2006年、初出1946年）161頁以下、齋藤哲志『フランス法における返還請求の諸法理』（2016年、初出2013年）269頁以下参照。

本稿はそれに多くを負っており、特に2つの点を踏まえている。第1に、19世紀初頭には事務管理法理と不当利得法理が未分化であったところ、議論を経ることで、不当利得返還請求権の範囲を現存利得に制限することが共通理解を獲得している（磯村・前掲166頁以下、齋藤・前掲275頁以下）。第2に、当時の学説は委任と事務管理の親近性をみいだしている（磯村・前掲171頁以下）。そのうち第2点は本稿にとってより重要性が高い。その



親近性を効果論に即してみることで、事務管理法理が委任法理に接近するという議論傾向があったことを確認する。

- (5) 比較的最近の学説であっても19世紀の通知制度論を乗り越えておらず、これに対する疑念を示すにとどめている。P. Simler, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires* 5 éd. (2015) n° 633. また、真正連帯関係についても19世紀の議論を受け継いでいる。P. le Tourneau et J. Julien, *Répertoire civil Dalloz* (2004) v° *Solidarité* n° 147.
- (6) 後掲注(34)。
- (7) 福田・前掲注(1) 駒法22巻1号4頁以下。
- (8) C-L. Delvincourt, *Cours de Code civil t.3* (5 éd 1834) note 1 de la page 223 (Notes p.448) ; C-B-M. Toullier, *Le droit civil français t.11* (6 éd. s.d. [1845-1847]) n° 49 ; A. Duranton, *Cours de droit civil français t.13* (4 éd. 1844) n° 636 ; R-T. Troplong, *Du mandat (Le droit civil expliqué t.16, 1846)* n° 73.
- (9) 前掲注(4)。
- (10) 原始規定1374条1項：「事務管理者は事務処理にさいし善良な家父としてすべての注意を払わなければならない」。
- (11) 原始規定1375条：「事務が適切に管理された場合において、本人は、事務管理者が本人の名で契約した債務の履行義務を負うとともに、事務管理者自身が引き受けたすべての債務について管理者に対して填補義務を負い、さらに管理者が支出したすべての有益または必要な費用につき管理者に対して償還義務を負う」。
- (12) 費用の有益性とは別に事務 (l'affaire) の有益性を問題にするのは、たとえば本人が朽ちるに任せていた古い建物を修繕した場合を想定するからである。Troplong, *op. cit. supra note (8)* n° 87.
- (13) 後掲注(14)に挙げるもののほか、Toullier, *op. cit. supra note (8)* t.11 n° 51 ; Duranton, *op. cit. supra note (8)* t.13 n° 671 ; V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code civil t.5* (8 éd. 1889) art. 1375 n° I ; C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français t.4* (4 éd. 1871) § 441 note 14 ; L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations t.7* (nouv. éd. 1885) art. 1375, n° 9 ; G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, *Des obligations t.4 (Traité théorique et pratique de droit civil t.15, 3 éd. 1908)* n° 2818.
- (14) A-M. Demante et E. Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil t.5* (2 éd. 1883) t.5 n° 354 bis I ; F. Laurent, *Principes de droit civil t.20* (3 éd.1878) n° 329 ; C. Demolombe, *Cours de code Napoléon t.31* (1882) n° 188, spécialement p.168.
- (15) 主要な争点は、本人の反対を押して事務管理を開始したことに請求権に関する事務管理者の放棄意思をみいだすべきかにあり、㊦ 肯定説、㊧

否定説 ㊦ 裁判所に判定を委ねる学説に分かれる。㊦を主張するものとしてたとえば、Toullier, *op. cit. supra note (8)* t.11 n° 55. ㊦として、Demante et Colmet de Santerre, *op. cit. supra note (14)* n° 175 bis XI. ㊦として、Duranton, *op. cit. supra note (8)* t.12 (4 éd. 1844) n° 19.

(16) Aubry et Rau, *op. cit. supra note (13)* t.6 (4 éd. 1873) § 578 note 12 ; F. Mourlon, Répétitions écrites sur le Code civil t.2 (8 éd. 1869) n° 1668 ; Laurent, *op. cit. supra note (14)* t.20 n° 333 ; Demolombe, *op. cit. supra note (14)* t.31 n° 48, 184 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit. supra note (13)* t.4 n° 2849 XXVI.

(17) Troplong, *op. cit. supra note (8)* n° 84 ss. 文脈は異なるが同旨、Duranton, *op. cit. supra note (8)* t.13 n° 640. ただし、Troplong 説は本人の意思に反する場合を事務管理に含めているし、Duranton 説が論じているのは管理者のためにする意思で他人の事務を管理した場合である。

(18) 原始規定1999条1項：「受任者が委任事務の遂行のために支出した立替金および手続費用 (les avances et frais) について委任者は受任者に対して償還義務を負うとともに、合意があればその報酬について支払義務を負う」。

同条2項：「受任者の責めに帰すべき過失がない限りにおいて、たとえ事務処理が奏功しなかったとしても委任者はその償還や支払を免れないし、手続費用や立替金をヨリ低廉化することができたことを口実として、その減額を求めることはできない」。

同2000条：「受任者が事務処理にさいして被った損害についても、その責めに帰すべき過失がない限りにおいて委任者は填補義務を負う」。

なお、原始規定1999条1項にいう「立替金および手続費用」は、明治29年民法650条1項にいう「費用」に相当する。

(19) 原始規定2001条：「受任者の立替金に関わる利息について、委任者は受任者に対し、確認された立替えの日以降の分につき支払義務を負う」。

学説は、同条の制度趣旨を受任者の不利益を回避することに求めているようであり、一部の学説はこの制度趣旨を前提にして同条を事務管理者の費用に類推する (後掲注(32))。類推否定の立場から、同条の制度趣旨につき同旨を説くものとして、Laurent, *op. cit. supra note (14)* t.28 (3 éd. 1878) n° 11.

(20) C-L. Delvincourt, *op. cit. supra note (8)* t.3 note 2 de la page 133 (Notes p.242 s.) ; Duranton, *op. cit. supra note (8)* t.18 (4 éd. 1844) n° 266 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit. supra note (14)* t.8 (1884) n° 220 et 220 bis II à III ; P. Pont, Commentaire-traité des petit contrat t.1 (Explication théorique et pratique du Code civil t.8, 2 éd. 1877) n° 1087. ただし、19世紀後半の学説は受任者の無過失を重視しており、そこでの説明は費用の経済性を厳しく問わないという意味を含んでいない。

- Laurent, *op. cit. supra note (14)* t.28 n° 9 ; G. Baudry-Lacantinerie et A. Wahl, Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction (Traité théorique et pratique de droit civil t.24, 3 éd. 1907) n° 705.
- (21) Troplong, *op. cit. supra note (8)* n° 628 ; Aubry et Rau, *op. cit. supra note (13)* t.4 (4 éd.) § 414 note 4 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit. supra note (14)* t.8 n° 221 ; Pont, *op. cit. supra note (20)* t.1 n° 1085.
- (22) Toullier, *op. cit. supra note (8)* t.11 n° 53 ; Troplong, *op. cit. supra note (8)* n°s 136 et 628.
- (23) Delvincourt, *loc. cit. supra note (8)* ; Duranton, *op. cit. supra note (8)* t.13 n°s 671 s. おそらく同旨のものとして、Larombière, *op. cit. supra note (13)* t.7 art. 1375 n° 7参照。
- (24) Marcadé, *loc. cit. supra note (13)* ; Demolombe, *op. cit. supra note (14)* t.31 n°s 187 s. ; Mourlon, *loc. cit. supra note (16)* ; Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit. supra note (13)* t.4 n° 2817. 同旨、Toullier, *op. cit. supra note (8)* t.11 n°s 51 s.
- (25) Laurent, *op. cit. supra note (14)* t.20 n° 331 ; T. Huc, Commentaire théorique et pratique du Code civil t.8 (1895) n° 384.
- (26) Demolombe, *op. cit. supra note (14)* t.31 n° 174 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit. supra note (13)* t.4 n° 2821.
- (27) 原始規定1153条は金銭債務の遅延損害金を定めており、同条3項は損害金発生の起算点を原則として請求 (la demande) の日とする。そこでの請求は裁判上のものを指すが、1900年4月7日の法律は同条3項を改正し、起算点を支払催告 (la sommation de payer) の日に変更している。D.P. 1900, 4, 43; S. 1900, 5, 1017.
- (28) 後掲注(29)、注(30)に挙げるもののほか、Toullier et J.B. Duvergier, *op. cit. supra note (8)* t.11 n° 54 note a ; L. Domenget, Du mandat, de la commission et de la gestion d'affaires t.2 (1862) n° 1337 ; Huc, *op. cit. supra note (25)* t.8 n° 383.
- (29) 委託がないのに介入するのであるから投資を期待したはずはなく、献身・無欲の情によって導かれているはずであるとみる。Larombière, *op. cit. supra note (13)* t.2 (nouv. éd. 1885) art. 1153 n° 37, spécialement p.87 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit. supra note (14)* t.5 n° 354 bis II ; Laurent, *op. cit. supra note (14)* t.20 n° 330.
- (30) Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit. supra note (13)* t.4 n° 2820.
- (31) 後掲注(32)に挙げるもののほか、Troplong, *op. cit. supra note (8)* n° 680 ; Marcadé, *op. cit. supra note (13)* t.5 art. 1375 n° II ; Mourlon, *op. cit. supra note (16)* t.2 n° 1666.
- (32) Delvincourt, *op. cit. supra note (8)* t.3 note 9 de la page 222 (Notes p.447) ; Duranton, *op. cit. supra note (8)* t.13 n° 674 ; Aubry et Rau, *op.*

*cit. supra note (13)* t.4 (4 éd.) § 441 p.724 note 12 ; Demolombe, *op. cit. supra note (14)* t.31 n° 171, spécialement p.150.

(33) 原始規定2028条1項：「支出した保証人は主債務者に対して求償権を有し、これは保証契約の締結に関する主債務者の認識の有無を問わない」。

同条2項：「その求償権は元本のほか利息および手続費用について生ずる。ただし、保証人が求償できる手続費用は、自己が請求を受けた旨を主債務者に通知した後に支出した分に限られる」。

同条3項：「損害が生じていれば、保証人はその損害賠償も請求できる」。

原始規定2028条（2006年改正後の2305条）は2021年改正後の2308条に相当する。同改正後の文言はかつてと異なっており、特にかつての1項後段を削除している。

(34) 原始規定2031条1項：「先行支出した保証人が自己の支出を主債務者に通知しなかった場合には、後行支出をした主債務者に対して求償できない。しかし、債権者に対する返還請求権は別である」。

原始規定2031条（2006年改正後の2308条）と異なり、2021年改正後の2311条は保証人の事前通知に焦点を合わせている。また、かつての2項は保証人が請求を受けた場合に限り事前通知を求めていたが、改正後の規定はその限定を削除している。

(35) Duranton, *op. cit. supra note (8)* t.18 n° 352 ; Aubry et Rau, *op. cit. supra note (13)* t.4 (4 éd.) § 427 p.688 note 8 ; D.A. Ponsot, *Traité du cautionnement en matière civil et commerciale* (1844) n° 241 ; Laurent, *op. cit. supra note (14)* t.28 n° 233 ; Pont, *op. cit. supra note (20)* t.2 (Explication théorique et pratique du Code civil t.9, 2 éd. 1878) n° 244 ; Huc, *op. cit. supra note (25)* t.12 (1899) n° 216 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit. supra note (20)* n° 1080.

(36) Demante et Colmet de Santerre, *op. cit. supra note (14)* t.8 n° 261 bis II ; Larombière, *op. cit. supra note (13)* t.2 art. 1153 n° 37.

(37) Aubry et Rau, *op. cit. supra note (13)* t.4 (4 éd.) § 427 note 15 ; Huc, *op. cit. supra note (25)* t.12 n° 214. 同旨、Duranton, *op. cit. supra note (8)* t.18 n° 317 ; Laurent, *op. cit. supra note (14)* t.28 n° 236 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit. supra note (20)* n° 1104. そのうちAubry et Rau説は旧説を改めたものである。

不当利得返還請求権を認めるか、それとも弁済者代位制度に委ねるかという問題は、代位による求償権の確保という機能を重視するか否かに関わる。その点につき、寺田正春「弁済者代位制度論序説(1)」法雑20巻1号(1973年)63頁参照。

(38) Aubry et Rau, *op. cit. supra note (13)* t.3 (1 éd. 1839) § 427 note 6. 同旨、R-T. Troplong, *Du cautionnement et des transactions* (Le droit civil expliqué t.17, 1846) n° 329 et *op. cit. supra note (8)* n° 81, 83 et 85 ;

- Ponsot, *op. cit. supra note (35)* n° 251 ; F. Mourlon, *Traité théorique et pratique des subrogations personnelles* (1848) p.407 s. ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit. supra note (14)* t.8 n° 261 bis VI. おそらく同旨、Pont, *op. cit. supra note (20)* t.2 n° 245.
- (39) Ponsot, *op. cit. supra note (35)* n° 246 ; Pont, *op. cit. supra note (20)* t.2 n° 250 ; Laurent, *op. cit. supra note (14)* t.28 n° 238 ; Huc, *op. cit. supra note (25)* t.12 n° 227.
- (40) 前掲注(39)所掲の文献のほか、Delvincourt, *op. cit. supra note (8)* t.3 note 12 de la page 145 (Notes p.263). ただし、良心規定に関わる時効抗弁については保証人自身が時効を援用するのではなく、主債務者を呼び出して、これに援用するか否かを判断させるべきであるとしている。
- (41) 後にみるように、主債務者先行ケースにおいて主債務者による事後の不通知を考慮すべきかが議論になっている。肯定・否定の両説に分かれるが(d)以下)、何れも無委託保証関係を議論の視野に取り込んでいる。Pont説は無委託保証では主債務者が保証の存在を知らない場合があることを理由の1つとして、その事後通知を脇に置くべきであるとする。それに対し、Ponsot説やAubry et Rau説は主債務者による事後通知の有無を考慮するが、その射程を限定し、保証の事実を主債務者が認識していた場合に限っている。Pont, *op. cit. supra note (20)* t.2 n° 255, spécialement p.143 ; Ponsot, *op. cit. supra note (35)* n° 249 p.281 ; Aubry et Rau, *op. cit. supra note (13)* t.4 (4 éd.) § 427 note 16.
- (42) 連関を明示するものとして、Demante et Colmet de Santerre, *op. cit. supra note (14)* t.8 n° 264. そのほか、後掲注(54)参照。
- 他方で、原始規定2031条を真正連帯関係に類推するさいに、Demolombe説は一般不法行為制度(原始規定1382条、1383条)を引用し、その帰責原理を同条にみいだすことで類推を正当化している。Demolombe, *op. cit. supra note (14)* t.26 (1875) n° 428. 同旨、Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit. supra note (13)* t.2 (*Traité théorique et pratique de droit civil* t.13, 3 éd. 1907) n° 1270.
- (43) 支出の有益性を脇に置き、保証人の無過失を求償要件上の鍵にするものとして、Demante et Colmet de Santerre, *loc. cit. supra note (42)* ; Mourlon, *op. cit. supra note (16)* t.3 (8 éd. 1870) n° 1151.
- (44) Ponsot, *op. cit. supra note (35)* n° 250.
- (45) Pont, *op. cit. supra note (20)* t.2 n° 229. 同旨、Laurent, *op. cit. supra note (14)* t.28 n° 237 ; Huc, *op. cit. supra note (25)* t.12 n° 227.
- (46) Pont, *op. cit. supra note (20)* t.2 n° 253.
- (47) この点で同旨、Duranton, *op. cit. supra note (8)* t.18 n° 356 ; Troplong, *op. cit. supra note (38)* n° 380 ; Demante et Colmet de Santerre, *loc. cit. supra note (42)* ; Mourlon, *loc. cit. supra note (43)*.

さらに、真正連帯関係につき同旨、Larombière, *op. cit. supra note* (13) t.3 (nouv. éd. 1885) art.1214 n° 3 ; Demolombe, *loc. cit. supra note* (42) ; Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit. supra note* (42).

- (48) Pont, *op. cit. supra note* (20) t.2 n° 250.
- (49) Pont, *op. cit. supra note* (20) t.2 n° 254.
- (50) Pont, *op. cit. supra note* (20) t.2 n<sup>os</sup> 255, 258.
- (51) 後に Pont 説と並んで Aubry et Rau 説をみるが、そこでは求償要件論に立ち入らないまま、3つの場合に関わる具体的な次元の判定基準だけを示すにとどめている。Aubry et Rau, *op. cit. supra note* (13) t.4 (4 éd.) § 427 p.690.
- (52) Delvincourt, *op. cit. supra note* (8) t.3 note 11 de la page 145 (Notes p.263) ; Duranton, *op. cit. supra note* (8) t.18 n° 357 ; Aubry et Rau, *op. cit. supra note* (13) t.3 (1 éd.) § 427 note 7. そのうち Aubry et Rau 説は後に見解を改めている。
- なお、ここでいう訴訟への引込みは担保附帯請求 (1806年フランス民事訴訟法原始規定32条) を指しており、その概要を明治23年民法に則して後に紹介する。Ⅲ 2 a)。
- (53) Ponsot, *op. cit. supra note* (35) n° 249, spécialement p.277. 同旨、Trop-long, *op. cit. supra note* (38) n<sup>os</sup> 382 à 386.
- (54) Lyon, 14 mai 1857, D.P. 1858, 2, 83 ; S. 1858, 2, 16 ; J. Pal. 1858, p.509. この事件では債権者を異にする2口の債権が問題となっている。主債務者が弁済した2年後に、受託保証人が主債務者に事前通知をしないまま債権者に対して支出したが、一方の債権については債権者の請求を受けていないのに対し、他方の債権についてはその請求 (des poursuites) を受けていた。これによる求償金請求訴訟において、判決は請求の有無を区別し、請求を受けて支払った分については求償を認める。
- (55) 同条2項が主債務者先行ケースを定めていないとみる。Pont, *op. cit. supra note* (20) t.2 n° 255 ; Laurent, *op. cit. supra note* (14) t.28 n° 240.
- (56) Pont, *loc. cit. supra note* (55). おそらく同旨、Demante et Colmet de Santerre, *op. cit. supra note* (14) t.8 n<sup>os</sup> 264 bis I à II ; Huc, *op. cit. supra note* (25) t.12 n° 228.
- (57) Pont, *op. cit. supra note* (20) t.2 n° 258.
- (58) Aubry et Rau, *op. cit. supra note* (13) t.4 (4 éd.) § 427 note 16 et 17. ただし、無委託保証関係に関して前掲注(41)参照。同説の萌芽は第3版(1856年)に現れているが、第4版で主債務者の事後通知に着目すべきことを補筆している。
- (59) L. Guillouard, *Traité du cautionnement et des transactions* (2 éd. 1895) n° 178 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit. supra note* (20) n° 1089. 特段の事情の例として、主債務者の支出予定について保証人が事前

- に通知を受けていた場合を挙げる。
- (60) Pont, *op. cit. supra note (20)* t.2 n° 258, spécialement p.145.
- (61) Laurent, *loc. cit. supra note (55)*.
- (62) 2 b)、c)。
- (63) 1 b)。
- (64) 2 d)、e)。
- (65) 2 c)。同様の理解は一般法理にも現れている。事務管理法理であるからといって支出時の有益性に着目することを当然視するわけではなくて、請求時の有益性に着目することを議論の出発点に据えている。1 a)。
- (66) 2 c)。
- (67) 2 f)。
- (68) 明治23年民法は「不当ノ利得」のなかに非債弁済や添付・侵害利得などのほか事務管理を含めたうえで、本人の意思に反する場合を事務管理の亜種と位置づける。財産編361条2項、363条2項参照。
- (69) 同じことが真正連帯関係についてもいえることを含めて、Code civil de l'empire du Japon accompagné d'un exposé des motifs t.1 (1891) p.360 et 372.
- (70) G. Boissonade, *Projet de Code civil pour l'empire du Japon accompagné d'un commentaire* t.4 (nouv. éd. 1891) t.4 n° 78.
- (71) 梅謙次郎『民法債権担保論』(1892～1893年、復刻版2001年) 204～205頁。
- (72) 梅・前掲注(71) 219頁。
- (73) Boissonade, *op. cit. supra note (70)* t.4 n° 79.
- (74) 梅・前掲注(71) 223～225頁。
- (75) Code civil de l'empire du Japon, *op. cit. supra note (69)* t.4 (1891) p.43 et 45. また、d) でみるように梅説の理解も同じである。
- (76) 一般には事前求償権と表現されるが、これよりも事前請求権という表現の方がより適切である。福田誠治『保証委託の法律関係』(2010年) 4頁。
- (77) 具体例につき、Boissonade, *op. cit. supra note (70)* t.4 n° 83および梅・前掲注(71) 231頁。
- (78) ただし、当時の手続法が定めていたのは訴訟告知の要件だけであったことから(大正15年改正前の明治23年民事訴訟法59条1項)、訴訟告知の効果として抗弁遮断を生ずるかについて解釈論が対立していた。佐野裕志「第三者に対する訴訟の告知」新堂幸司編代『講座民事訴訟③』(1984年) 279～280頁、菱田雄郷「訴訟告知の効力について」高田裕成ほか編『民事訴訟法の理論(高橋宏志先生古稀祝賀論文集)』(2018年) 354頁参照。
- (79) 真正連帯関係に眼を向けると、明治23年民法は上記①～③を保証委託関係について用意したうえで、これを真正連帯関係に準用する(債権担保編65条)。準用の向きが明治29年民法とは反対方向になっている。ただし、

担保附帯請求権に関わる規定の一部については保証委託関係と真正連帯関係のそれぞれに独立した規定を用意している（同編24条、56条1項）。

- (80) 梅説はそのように捉える。梅・前掲注(71) 229頁。
- (81) 1 b)。
- (82) Boissonade, *op. cit. supra note (70)* t.4 n° 83.
- (83) Boissonade, *op. cit. supra note (70)* t.4 n° 84.
- (84) Boissonade, *op. cit. supra note (70)* t.4 n° 85.
- (85) Boissonade, *loc. cit. supra note (84)*. ただし、1889年の初版および理由書には該当部分の記載がない。Code civil de l'empire du Japon, *op. cit. supra note (69)* t.4 p.45.
- (86) Boissonade, *op. cit. supra note (70)* t.4 n° 162.
- (87) 梅・前掲注(71) 196頁。講義案ではそれを敷衍し、「保証人ニ対スル訴訟ニ参加シテ保証人ト與ニ債権者ニ対シ答弁ヲ為シ又ハ速ニ其請求ニ応シ、以テ保証人ヲシテ訴訟ノ累ヲ免カレシムルハ其義務ナリト謂フヘシ」とし、この義務を保証委託契約から導いている。梅謙次郎『民法対人担保（民法債権担保編講義）』（1892年頃、岡孝編『梅謙次郎著作全集 CD 版 5』）108頁。
- それと異なり、Boissonade の注釈は事前請求権を論じるさいに、これをもっぱら保証人の権利という観点から捉えており、主債務者の義務とは捉えていない。Boissonade, *op. cit. supra note (70)* t.4 n° 81.
- (88) 梅・前掲注(71) 229～230頁。
- (89) 梅・前掲注(71) 230～231頁。
- (90) 梅・前掲注(71) 232～233頁。そこでいう「過失ニ関スル通則ノ適用」という表現は別の箇所にもみられる（後掲注(92)）。それはフランス法を参照したものであろう。前掲注(42)。
- (91) 梅・前掲注(71) 233～234頁。求償の要件論でも同旨を説いており、主債務者が「敢テ之レヲ保証人ニ通知セス」、保証人の後行支出を招いた場合には求償の余地があるとしている。梅・前掲注(71) 220頁。
- (92) 梅・前掲注(71) 234～235頁。
- (93) 「以上ハ保証人ニ過失アル場合ナリ。請フ是レヨリ主タル債務者ニ過失アル場合ヲ論セン。仏伊両国ニハ一切之レニ関スル法文ナキカ故ニ頗ル疑問ヲ惹起セリ。我邦ニハ……規定アリト雖トモ、其規定不完全ナルカ故ニ未タ敢テ疑問ノ根ヲ断ツコト能ハス」。梅・前掲注(71) 239頁。
- (94) 梅・前掲注(71) 239～240頁。それは Boissonade の注釈とおおよそ同じである（前掲注(84)）。
- (95) 梅・前掲注(71) 240～241頁。そこで挙げる2例のうち後者は注釈の例示と同じである（前掲注(85)）。他方で前者が指すのは、保証人の事後通知を受領する前に主債務者が後行支出をしたが、これに先立って事前通知を受領していた場合であろう。



- (96) 梅・前掲注(71) 242～243頁。
- (97) 梅・前掲注(71) 243頁。
- (98) 2 b)。
- (99) 1 a)。
- (100) 2 f)。
- (101) 2 c)。
- (102) 当時のフランス法が②と③を同列に置くのに対し、注釈は②につき Laurent 説を支持し、③につき Pont 説を支持するようである。その不調和に違和感を覚えるが、ここではそれを脇に置く。
- (103) 2 f)。
- (104) 2 d) ㊥、f)。なお、無委託保証関係で主債務者の過失に着目して求償の余地を残すことは、有益性に着目する事務管理法理と矛盾しないように思われる。福田誠治「委任等の法理からみた二重支出の不利益割当基準」大塚龍児先生古稀記念論文集刊行委員会編『民商法の課題と展望』(2018年) 402頁以下。
- (105) ①～③につき、福田・前掲(1) 駒法22卷1号18頁以下。
- (106) 梅謙次郎『民法要義卷之三〔訂正増補33版〕』(1912年、復刻版1984年) 196～197頁、梅謙次郎『民法原理債権総則』(1902年頃、復刻版1992年) 620頁参照。ただし、そこでは無委託保証関係の主債務者について、請求を受けた場合であっても事前通知を不要であるとしている。
- (107) 梅・前掲注(106)『原理』649頁。そこでは、請求の有無を問わずに保証人の事前通知を求めるとともに、これを保証委託関係と無委託保証関係を併論するなかで説いており、無委託保証関係の主債務者先行ケースでも求償の余地があることを示唆する。ただし、その2点は必ずしも定かでない。梅・前掲注(106)『要義』196頁は請求を受けた場合に限定するかのようには説いているし、梅謙次郎『民法債権(第一章)』(1912年頃、岡編・前掲注(87)『CD版4』) 453頁は該当箇所を削除している。
- (108) 前掲注(107)。
- (109) 梅・前掲注(106)『要義』180頁は、保証委託関係の主債務者先行ケースで求償権が成立するには「主タル債務者ニ過失アリテ、保証人ニ過失ナキコトヲ要ス」と述べる。しかし、明治23年民法下での梅説を参照すると、それは双方の通知に関わる事情を考慮対象にするという意味にすぎないといえる。明治29年民法下の梅説にとっても基本的な判定基準は保証人の無過失 (bonne foi) であり、これを求償要件が示している。
- (110) 福田・前掲(1) 駒法22卷2号V 1 b)。

(2022年11月7日提出)

