

# 保証債務と相続

後 藤 泰 一

はじめに——疑問点

一 保証債務と相続に関する判例および学説

1. 判例

2. 学説

(1) 保証債務の相続性を否定する立場

(2) 保証債務の相続性を肯定する立場

二 いくつかの視点から

1. 債権者・保証人（被相続人）の意思

2. 相続人の保護——相続人の生活保障

3. 危険な契約類型としての保証——リスクの大きさ

4. 保証人の資産状態——保証人の適合性

おわりに——結びに代えて（私見）

はじめに——疑問点

まず、保証債務と相続に関する以下のような事例を考えてみよう。Bは、営業上の必要からAに対して借金500万円を申し込んだところ、誰か保証人を立てるよういわれた。そこでBは、友人であるCに保証人になって欲しいと懇願した（普通、「君にしか頼めない、迷惑はかけないから」といって頼むだろう——Cとしても、B（の資産状態）を信頼しているからこそ、「保証人として名前を使っていいよ」という程度の気持ちにもなる。また、「もし、君（C）が死んだときには、君の妻子（相続人）に責任を負ってもらいたい」などといって頼む人はいないだろう——そもそもCとしてはBの債務につき自分の妻子（相続人）にまで責任をとらせるなどと思っていないのが

普通であろう)。Cは、Bが古くからの友人でもあるということで、義理を果たすつもりで仕方なく渋々保証を引き受けることにし、AB間における金銭消費貸借契約とともにAC間における保証契約が締結された。ところが、その後、保証人Cが急に死亡し、妻Dと幼い子どもE・Fが相続人となった。相続財産は、居住用の土地家屋（わずかばかりの土地と古い小さな家屋を合せて約700万円）のほかに銀行預金30万円だけであり、日常の家計はかなり厳しい状況にある。他方、近年の不況のあおりをまともに受けていたBは、営業不振に陥り、Aへの借金返済ができなくなってしまった（Bのめぼしい財産はすでに処分されている）。そこで、債権者Aは、Cの相続人に対して保証債務の履行を求めた。妻D（および子E・F）は、Aからの履行請求があってはじめて夫（父）CがBの保証人になっていたこと知った——夫（父）の死後1年ほど経過してからのことだった。相続人は、保証債務を履行しなければならないのだろうか。Bが行方をくらましてしまったような場合には（このようなケースも少なくないのではなかろうか）催告の抗弁権がなく（452条ただし書——主たる債務者が破産手続開始決定を受けたときや行方不明であるときは催告の抗弁権がない）、また、Cが連帯保証をしていた場合には催告・検索の抗弁権がないので、このような場合には相続人にとっていっそう深刻な事態となるだろう。（なお、本稿において、信用保証（根保証）債務や身元保証債務と区別するために通常（普通）の保証債務のことを単に「保証債務」、あるいは、場合によっては「通常の保証債務」ということをあらかじめご了解いただきたい）。

このような事例は（機関保証が増えているとはいえ）どこにでもありそうであるが、こうした問題が取り立てて論じられることは少なかったように思われる。学説のほとんどは保証債務の相続性を当然の如く肯定する（通説といってよい）。他方、判例はどうかといえば、この問題に直接触れたものは見当たらないが、身元保証、信用保証に関する判例が相続開始時においてすでに発生している債務についての相続性を肯定していることからすると、判例も保証債務の相続性の肯定を前提としているものと思われる（判例・学説

については後述する)。このような通説・判例の考え方に従えば、上記の事例における相続人は、Cの保証債務を相続し履行しなければならない(Aに弁済しなければならない)ことになる。妻子は、大黒柱である夫(父)を失ったために日常の生活に窮することになっても、夫(父)が約束した保証債務の弁済をしなければならない(根保証や身元保証の場合のみならず通常の保証の場合であっても、相続によって相続人がきわめて厳しい状況に立たされるという現実があることは否定しえない)。銀行預金30万円だけで完済することはできないから(むしろ、預金などは当座の生活費としてたちまち消費されるだろう)、土地家屋を処分しその売却代金をもって返済に充てることになる——借家住まいになるだろう(もし、相続財産だけで完済できなければ、相続人は自腹を切っても保証債務を弁済しなければならない(無限責任)。そういう意味では、むしろ、保証人よりも重い負担が相続人にのしかかってくることになる)。幼児を抱えた妻(母)Dが働きながら支払うことになる。事情によっては、Dは自己破産さえ覚悟しなければならない。夫(父)が家族のために作った借金であれば、相続人も返済のために一所懸命頑張るかも知れない。しかし、そうではなく、夫(父)が義理で仕方なく渋々引き受けた友人の借金の後始末のために、なぜ父の友人とは何の人的関係もない相続人(妻子)が、そこまでして責任を負わなければならないのだろうか、そういう思いが相続人には当然あるに違いない。こういった気持ち・感情は、保証というものが主たる債務者と保証人の間の特別な個人的関係を基礎として成り立っていることを考えるとごく自然なものであろう。保証契約が人を選ばずして成立することはない。保証債務は債権者と保証人の間の権利義務関係であるが、他人(主たる債務者)の債務を(保証債務という形で)肩代わりしてくれるのは保証人だけである——それ以外の人が保証人に代わって弁済してくれるなどということは実際にはありえない——という意味において、一身専属的性質を有するということもできよう。妻子は、夫(父)を失ったのみならず、まさに夫(父)個人の義理を果たすために、遺されたわずかな財産までも手放さざるを得なくなる。悲しんでいる場合で

はないのである。さらに加えて（後述するように）、保証債務を弁済した相続人としては、主たる債務者に対して弁済全額について求償できることになっているけれども（459条1項）、主たる債務者にはすでにそれだけの資力は残っておらず、結局、肩代わりした分は戻ってこないというのが現実であろう。どうしてそこまでして取引の安定（債権者の保護）を重視しなければならないのか——これが、国民一般の素朴な気持ち・感情ではなかろうか。

相続の根拠ないし相続が果たす役割には、法律関係の安定（取引の安定・債権者の保護）もあるが、他方、遺族の生活保障という役割もある<sup>1</sup>。こちらの方は一体どうなるのだろうか。通説および判例のような考え方・解決策がはたして妥当なのだろうか。

以上のような保証債務の相続に関する問題は、結局のところは、債権者の保護（取引の安定）と保証人の相続人の保護という二つの要請をどのように考えるかという問題に帰着する。

周知のように、信用保証（根保証）や身元保証の債務の相続性に関する問題（主として、保証期間や責任の限度の定めのない保証債務の相続性が認められるのかどうかの解釈論をめぐる問題）については、これまで優れた多くの研究がなされてきた。他方、通常の保証債務についていえば、学説の多くはまさに当然の如くその相続性を肯定するが、そのような中で後述するように中川善之助先生や遠藤浩先生はそれさえ否定する立場を示されたのであった——この考えに立てば上述の私の疑問は解消することになる。私は中川・遠藤両先生の考えに強く惹かれるのであるが、ここで、冒頭のような事例を設定し、私なりに様々考えてみることにした。今後もさらに省察が加えられることになるだろうが、本稿はそのための覚書である。

## 一 保証債務と相続に関する判例および学説

### 1. 判例

判例は、身元保証について、その一身専属性の故に相続を否定し（大判昭和18年9月10日民集22巻948頁）、信用保証についても、契約当事者の人的信

用を基礎とするという理由でその相続を否定する（最判昭和37年11月9日民集16巻11号2270頁——「継続的取引について将来負担することあるべき債務についてした責任の限度額ならびに期間について定めのない連帯保証契約においては、特定の債務についてした通常の連帯保証の場合と異なり、その責任の及ぶ範囲が極めて広汎となり、一に契約締結の当事者の人的信用関を基礎とするものであるから、かかる保証人たる地位は、特段の事由のない限り、当事者その人と終始するものであって、連帯保証人の死亡後生じた主債務については、その相続人においてこれが保証債務を承継負担するものではないと解する」のが相当であるとする）。

これに対して、普通の保証債務に関しては、上述のように直接この問題について触れたものは見当たらないが、「判例が、身元保証、信用保証において保証人死亡当時具体的に生じている主たる債務について、その相続性を肯定し、学説もまたこの判例の態度を是としているところから、一時的保証債務は一般の債務と同様に相続によって承継されることが認められているといえることができる」<sup>2</sup>とか、「根保証に関する判例が相続開始時においてすでに発生している債務についての保証債務の相続性を肯定していることからいって、判例もこれを前提としているものとみられる」<sup>3</sup>というように一般に理解されているものと考えられる。上記最高裁昭和37年11月9日判決における「『特定の債務についてした通常の連帯保証の場合と異なり』という文言からも明らか」<sup>4</sup>であり、また、上記の身元保証（大判昭和18年9月10日）において、「保証人死亡当時具体的に生じた債務についての保証債務についてその相続を認めることからみても明らかである。この点、普通の債務と異ならない取扱をしている」<sup>5</sup>と指摘されるところである。

このように、「根保証の相続性については、……大審院時代から問題とされ、判例の積み重ねによって、責任の限度額並びに保証期間の定めのない根保証は相続されないとするのが確定の判例となって」おり、最高裁昭和37年11月9日判決は、「こういった大審院時代以来の判例の判断を確認したものである」<sup>6</sup>と解されるに至っている。

## 2. 学説

ほとんどの学説は上述のような判例の考え方を支持するが（この点は後述する）、これに対して、すべての保証債務の相続性を否定する説がある。まずこの学説から見ていこう。

### (1) 保証債務の相続性を否定する立場

(ア) 中川善之助先生・遠藤浩先生は、すべての保証債務の相続性を否定すべきだと主張された。まず、中川先生は次のように説かれる。

「一般に、被相続人の債務は、相続人に承継されること前述の通りであるが、債務のうち保証債務だけは、特殊な問題を含んでいる。

被相続人が、その友人を信じて、友人の借財にあたり、保証人となったとする。ひとえに個人的信頼の上に立った債務関係である。この保証債務は、相続されるであろうか。相続人は、その主たる債務者を全く信用していないかも知れない。時には父が保証に立つことを極力諫止したのかも知れない。それでも相続人は、主たる債務を保証する責任を相続しなければならないであろうか。

債権関係というものは、もともと当事者の信頼関係に基礎をおくものであるから、その点からいえば、保証債務だけが特別なわけではない。父が借財を頼みたいと思う人は、子が絶対に借りたくない人であるかもしれない。

債権者についても同じことがいえる。父だからこそ貸したのかも知れない。それでも債務が父の死によって消滅してしまつては困るから、債務も相続されることになっているのである。してみれば保証債務も同様、債権者の側からいえば、被相続人が保証人を引き受けたからこそ主たる債務者に貸したのである。それが保証人の死亡によって無保証になつては、債権者が困る。債権者といっても、高利貸のような法の保護に値しないような者ばかりではないのであるから、債権者保護も、法にとっては、相続人保護に劣らぬ重要性をもつ。

この両者の利益較量は、かなりデリケートで難しい。しかし、普通の債

務とは異なり、保証は他人の債務を保証するものであるから、保証人の主たる債務者に対する信頼は絶大であり、極めて一身専属的である。しかも保証は、しばしばそれほどの信頼関係がなくても、義理や弱気や軽率の結果として成立することが珍しくない。自分が借財する場合には、いくら粗忽者でも、返済をしなければならないものと思って借りるのであろうが、保証に立つときは、万が一にも自分が支払わなければならないかも知れないという十分の覚悟をもっている者は、必ずしも多くはない。それでも保証人自身は、保証の責めを免れえないことはいうまでもないが、その者の死後、相続人にまで、この責任を負わすべきかは、甚だ疑わしい。故に私（中川）は、前から、保証債務の相続性を否定してきたのである。

しかし判例は、普通の保証債務については、相続性を認め、ただ、身元保証と信用保証については、その責任が不確定であり、時には極めて広汎となるかも知れない性質のものであるから、全く相互の信頼を基礎とした一身専属的債務であり、相続性を認めることはできないとしている。ただし、身元保証人の補償すべき損害が既に発生して、具体的賠償債務となってしまう後に、身元保証人が死亡した場合には、その補償義務は相続されるとなす。当然であろう。

ほとんどの学説はこれらの判例を支持しているか、格別の異論を立てていない。私も、いうまでもなく、身元保証や信用保証に相続性を認めるべきではないと思っている。<sup>7</sup>

(イ) そして、遠藤浩先生も中川先生と同様の見解を示され（通常の保証債務の相続性を肯定する立場に反対され）、以下のように説かれる。

「債権者は債務者が死亡してもそれが相続人に承継されるからこそ債権の取得に踏みきったともいえる。取引秩序の安定という点からいってこれは正しい。しかし、保証債務の相続までもこの射程圏に入れることには賛成できない。債権者が保証人の相続人まであてにしているとは考えにくい。父が義理と人情に迫られ、いやいや押した保証人欄の署名捺印にその相続人——そのほとんどの人がかかる事実を知らないであろう——が拘束され



るとするのは納得がいかない。

債権者は、当事者がある覚悟をもってなすべき物的担保に本来頼るべきものであると考えるべきではないか。』<sup>8,9</sup>

(2) 保証債務の相続性を肯定する立場

すでに触れたように、従来、保証債務の相続の問題は、責任の限度や保証期間の定めのない信用保証（根保証）や身元保証の相続性の当否をめぐる解釈論が中心となってきた。そして、そこでは、通常の保証債務は当然に相続されることが前提とされている。川井健先生は、「通常の保証債務は、他の金銭債権と性質を同じくするものであって、その相続性は肯定される」<sup>10</sup>といわれる。池田真朗教授も「通常の保証の場合、相続開始前に発生した具体的な保証債務を相続人が相続するのはいうまでもない」<sup>11</sup>とされるが、これも保証債務が他の金銭債権と性質を同じくするという前提があつてのことであろう。その上で、学説は、責任の限度額並びに保証期間の定めのない根保証の相続性を否定することで一致しているが、以下にそれらの主な（代表的な）学説を取り上げておこう。そして、できればそれらの中から（通常の）保証債務にとっても参考となりうる考え方を探してみたいと思う。

(ア) 川井健先生は、信用保証に関して以下のように説明される。

「通常の保証債務においては保証債務は当然相続されるが、限度額と保証期間の定めのない信用保証において保証人が死亡したときに、将来発生する債務を当然その相続人が負担するというのは、相続人にとって酷である。保証人は主たる債務者の資力状態を信頼して保証契約を締結したはずだからそこに人的関係がある。保証人の相続人はそのような人的関係を有していない。そこで、保証人が死亡したときには、すでに発生していた債務は相続の対象となるが、死亡後に発生する将来の債務については相続が否定される。判例も継続的売買取引について将来負担することあるべき債務についてした責任の限度ならびに保証期間の定めのない連帯保証契約における『保証人たる地位は、特段の事由のないかぎり、当事者その人と終始するものであって、連帯保証人死亡後生じた主債務については、その相



続人においてこれが保証債務を承継負担する者ではない』としている」<sup>12</sup>と。

上記の「保証人は主たる債務者の資力状態を信頼して保証契約を締結したはずだからそこに人的関係がある。保証人の相続人はそのような人的関係を有していない」という部分は、通常の保証においても同じようにいえるのではなかろうか。通常の保証人は主たる債務者の資力状態を信頼して保証契約を締結したはずだからそこに人的関係がある。その相続人はそのような人的関係を有していないと。そして、その人的関係というのは、すでに触れたように、それまでの付き合いから生じる特別な人間関係であり、それは、保証をせざるを得ないと意識させるまでに高まった人間関係であるといえる。例えば、義理を果たすためとか、恩に報いるためとか、好意とか、そういったものであろう。そういう点では、主たる債務者と保証人の関係は無償契約を導くところの人間関係と同じような背景をもっているとも考えられる——保証人は、主たる債務者に対してはそういう立場にいる人間だということであるが、これに対して、債権者との関係ではそういう人的な関係はない。

(イ) 鈴木禄弥先生は以下のように説明される。

「いわゆる一身専属の債務は相続されない。たとえば、講演や芸術上の創作をする債務、および雇用契約・委任契約・組合契約による債務は相続されない。問題となるのは保証債務で、保証債務一般が相続されない、とする説もあり、また、以前の判例は、身元保証（大判昭2・7・4民6・436、大判昭18・9・10民集22・984）や包括的信用保証（大判大14・5・30評論15民8）のように、個人的信頼関係に重きを置く内容の不確定な継続的保証債務についてのみは、相続が生じない、としていた。しかし（身元保証についてはともかく）包括的信用保証については、保証限度額が定まっているかぎり、保証債務の相続性を否定する根拠はない、というべきである（最判昭37・11・9民集16・11・2270）」<sup>13</sup>とされる（この鈴木禄弥先生の考え方からすれば、当然のことながら額が初めから定まっている通

常の保証債務の相続性を否定する根拠はない、ということになるのである(う)。もう少し詳しく聞いてみよう。保証債務における人的関係は、保証人と主たる債務者との関係ではいえるが、債権者と主たる債務者の間には特別な人的関係の存在は必要でなく、また、継続的保証債務における保証人の責任の広汎性につき、保証人の責任の量的な無限定性(どれだけ巨額になるかわからない)という点にあるのではなかろうかとされ、その上で判例法の趣旨につき、「継続的保証債務は、通常はその保証限度が定まっていなかったから、相続性はないが、例外的に保証限度が定まっているときは、相続性が認められる、ということになる」とされ(そして、このような判例の理解・解釈論の妥当性は相続人の利益の立場から考察することによってはじめて明らかになるとされる)、そうした上で、「保証限度額が定まっていなかった場合には、相続人には単純承認・限定承認ないし放棄の選択の基準が与えられないことになるから、かかる保証債務の相続性は認められない。これに反して、保証限度額が定まっていれば、相続人は限度額一杯までの保証債務の発生すべきことを覚悟したうえで、上述の選択をなすべきであり、そこまでは保証債務が発生しないことを期待しての単純承認は、相続人みずからの危険においてなされる一種の投機として見られるべきものである」<sup>14</sup>と述べられる(泉久雄先生も早くからこの立場をとられる——後述)。

- (ウ) ところで、泉久雄先生は、学説が責任の限度額並びに保証期間の定めのない根保証の相続性を否定する理由につき、大きく二つに分けることができるとされる。一つは、継続的保証責任は一身専属の義務として相続を否定することが法律政策上ないし司法政策上妥当なのだと考える立場と(西村信雄先生)、もう一つは、保証債務の性質という面からだけでなく、すなわち、相続人の保護といういわば相続法の観点からその妥当性を判断すべきであるとする立場(泉久雄先生や鈴木禄弥先生)があるとされる<sup>15</sup>。
- (i) 西村信雄先生の考えはこうである。すなわち、継続的保証責任のうち責任の限度額並びに保証期間の定めのないものは、法律政策上ないし司

法政策上の考慮に基づく一身専属義務に属するとされ、「保証人は一般に保証を引受けるについて何らの報酬を受けることがないのが通例であり、且つ、親族・師弟・友人・知己等の情誼的關係にもとづいて引受けることが多いが、この情誼的性質も継続保証にあってはとくに著しいように思われる。このように、保証の引受が、保証人と被保証人との個人的な情誼的動機にもとづく場合が圧倒的に多いことを考えると、永続的で広汎な範囲に及ぶ保証責任を保証人の相続人にまで承継せしめることは、相続人に対して過酷ではないかという疑問が生ずる。この疑問はもちろん単なる感傷的ないし感情的の問題ではない。問題の重点は、むしろ保証制度のより円滑なる遂行という点にあると思われる。けだし、永続的且つ広汎なる継続保証責任を一旦が引受けたが最後、その責任は自己一代にとどまらず、累を保証人の相続人にまで及ぼすということになると、保証の引受けることが……どうしても渋りがちになるだろうからである。この点からみて、この種の継続的保証責任はこれを一身専属の義務とすることが法律政策上ないし司法政策上妥当と考えられるのである」といわれるのである<sup>16</sup>。

- (ii) 泉久雄先生（鈴木禄弥先生と同様の立場）は、保証債務の相続性につき、債務そのものの性質というよりは、相続人の保護との利益較量、つまり法政策的角度から判断するのが正しいと思うとされ、「債権者からみれば、保証債務であっても相続の対象とされることにこしたことはないが、相続人にとっては望ましいこととはいえないからである。ここに、問題を解く鍵があるといってよい」<sup>17</sup>といわれる。泉先生の考えをさらに追ってみよう。

「私はこの問題についてつぎのように考える。まず、債務の相続は一般に債務の性質から論理必然的に導き出されることではない、という前提に立つ。本人の意思によらずに債務を負うこと（債務引受）はない筈だからである。ことを保証に限っていえば、基本的保証債は保証人その人と終始すべきであって、死後まで存続するとしても、相続利益の範囲

内での責任の存続と考えるのが論理的である（しかしわが相続法はそのような形での債務の相続を一般的には承認していない）。

相続人に保証債務が承継されることは、新たな（多数の）保証人を創設することを意味する。そのことが債権者にとって望ましいことに違いないが、相続人にとっては苦痛である。現行相続法は、相続人の無限責任をとっているからである（この主義のことでは、相続人の財産による新たな債務引当の発生を意味する。被相続人の生前の債務状態がそのまま継続するのではないのである）。しかも、まだ具体的債務となっていない基本的債務のために、限定承認や相続放棄をするのはナンセンスである。

だから私は、相続人に予測がつかない責任の発生する可能性をもつ、保証債務の相続は否定されるべきものと考え。つまり、相続人には、相続人の救済制度とされている相続放棄、あるいは限定承認申述のための合理的判断の機会を与えられるべきであって、そのために債務の相続は、相続開始時において、具体的にその額が確定されうべき状態になければならない、と考えるのである。以上のことを『一身専属』という用語を用いて説明すれば、広い意味では、債務はすべて一身専属の性質をもっているが、現行相続法は債権者保護のために、相続開始時までに発生した具体的債務の相続を認めているから、具体的債務となった保証債務は相続されるが、基本的身元保証や包括的信用保証（賃貸借の場合も同じ）は、相続性を有しない。つまり、民法896条にいわゆる一身専属的義務である、ということになる。

以上のようにして、判例学説ともに、保証債務の相続性を否定して、相続人の保護をはかるとともに、人的保証の限界を明らかにしている。しかし、立法論的ではあるが、保証債務一般の相続性を肯定しても、解決は同じ方向に向けられるように思われる。それは、基本的身元保証や包括的信用保証を相続した相続人に解除権を与えることによって問題を解決するのである。身元保証の無償性に着目すれば（この点にこそ身元

保証の相続性を否定する実質的根拠があるというべきかも知れない)、相続人に解除権があたえられるのが妥当であるし、包括的信用保証においても、具体的債務の発生していない限り、債務者の変更は債務者の意思にかからせるのが合理的だからである。この方が、相続という偶然の事実によって、保証債務の存続を遮断してしまうよりは、その存続の当否を当事者の意思によらせる点において合目的的であると思われる。]<sup>18</sup>そして、「今、これを改める必要を感じていない」とされる<sup>19</sup>。

- (エ) 上記においてまさに泉久雄先生や鈴木禄弥先生が述べられるように、相続人に予測のつかない責任の発生する可能性をもつ証保債務（保証限度額の定まっていない根保証（信用保証）債務）の相続は否定されるべきとの説明は明快である。そのような保証債務が相続の対象とされることは、まさしく「相続人にとっては望ましいこととはいえない」し、「相続人にとっては苦痛である。現行相続法は、相続人の無限責任をとっているからである（この主義のことは、相続人の財産による新たな債務引当の発生を意味する。被相続人の生前の債務状態がそのまま継続するのではないのである）」（泉久雄先生・上述）。まったくその通りでありそこに疑問の余地はない。

ただ、そのような「相続人にとっては望ましいこととはいえない」状況、「相続人にとっては苦痛である」状況は、何も根保証や信用保証の債務を相続した相続人に限ったわけではない。程度の問題ということもあろうが、冒頭の事例における通常の保証債務の相続人（妻子D・E・F）にとってもその相続は苦痛そのものといわなければならない、これは決して望ましいことではない。そうであるならば、むしろ思い切って通常の保証債務も相続の対象としないとする選択肢もありうるのではないかと思えてならないのである。

- (オ) 2004年（平成16年）の民法改正によって貸金等根保証契約に関する規定が新しく追加された<sup>20</sup>。貸金等根保証契約とは個人が貸金等債務を根保証することをいうが、「経営者である個人が保証人になることによってその

資産を失い、その事業の再生が困難になるのを防ぐために、厳格な規定が新設された」<sup>21</sup>ものである。したがって、法人による保証は対象外となる。「法人の場合には、通常限定責任であり、かつ、その経営活動の一環として行われるであろうから、生活の破綻という心配はない。」<sup>22</sup>

貸金等根保証契約の具体的な内容は以下のようなものである。(i)貸金債務とは、「金銭の貸渡または手形の割引を受けることによって負担する債務」をいう（民法465条の2第1項）。したがって、売買代金債務とか継続的供給契約上の債務の保証、賃貸借契約から生ずる債務の保証などは除外される。(ii)書面でなければ、その効力を生じない（465条の2第3項・446条2項・3項）(iii)極度額を定めなければ、その効力を生じない（民法465条の2第2項）。(iv)元本確定期日につき、保証人の保証期間を制限する趣旨の元本確定期日が制限されている。①その定めがある場合、貸金等根保証契約の締結の日から5年を超える定めは、その効力を生じない（465条の3第1項）。②その定めがない場合、その元本確定期日、貸金等根保証契約の締結の日から3年を経過する日とする（465条の3第2項）（上記①において元本確定期日が効力を生じない場合を含む）。(v)そして、保証債務の相続性に係ってくる改正規定として、元本確定事由がある。すなわち、①債権者が、主たる債務者又は保証人の財産について、金銭の支払を目的とする債権についての強制執行又は担保権の実行を申し立てたとき（ただし、強制執行又は担保権の実行の手続の開始があったときに限る——465条の4第1号）、②主たる債務者又は保証人が破産手続開始の決定を受けたとき（同第2号）、③主たる債務者又は保証人が死亡したとき（同第3項）には、貸金等根保証契約における主たる債務の元本が確定する。「これらの事由は、いずれも根保証契約の締結時には予想できなかった著しい事情変更に定型的に該当すると考えられることから、その事由が生じた後に行われた融資等については、元本確定期日の到来前であっても、保証人に責任を負わせるべきではないという考慮に基づくものである」<sup>23</sup>とされている。そして、保証人の死亡を元本確定事由の一つにしたのは、

上述の包括根保証に関する従来の判例法理を「明文化するとともに、その趣旨を極度額の定め等のある限定根保証にも及ぼそうとするものである」<sup>24</sup>とされる。

かくして、当該規定が求めている要件を満たして貸金等根保証契約が有効に成立すれば、保証人が死亡したときに元本が確定し、「これによって、保証人の相続人は、保証人の死亡時に存在した確定した主債務についてのみ保証債務を相続すればよいことになる」<sup>25</sup>（なお、この点、前述のように鈴木禄弥先生は、「包括的信用保証については、保証極度額が定まっているかぎり、保証債務の相続性を否定する根拠はない、というべきである」<sup>26</sup>と主張されていた）。このように、貸金債務の根保証につき、保証人となった個人が重い責任を負い生活破綻を招きかねないという心配から貸金等根保証契約に関する規定が設けられたのであるが、保証人が死亡したときに存在した主債務（それで確定する）の保証債務について、（単純承認をした）相続人がその責任を負わざるを得ない。このように改正規定は保証人の保護を意図したものではあるが、しかし、プラスの相続財産が乏しい相続人にとっては保護にならない。これは、保証人の財産（相続財産につながる財産）や収入と保証限度額との間の均衡・バランスがとれていないことに起因する問題である。改正規定においても、個人保証人のみならずその相続人をどこまで保護するかという一つの大きな問題は依然として残されたままであるといった指摘がある（本稿二の5を参照）<sup>27</sup>。

冒頭のような事例において、かりに主たる債務が貸金等根保証契約によるものである場合、保証人の死亡時に存在した主債務をもって元本が確定し、相続人D・E・Fはその範囲で保証債務を履行しなければならないのであるから、銀行預金のほか土地家屋の売却代金を弁済に充てるほかなく、相続人にとって保護にはならない。

## 二 いくつかの視点から

### 1. 債権者・保証人（被相続人）の意思



相続させてまで債権者の保護（取引の安定）を図らなければならない理由は何だろうか——そこまでして債権者を保護しなければならないのだろうか。保証債務の相続性を認めるか否かは、どちらが現時の社会生活に妥当するかという法政策的問題・国民の法感情的問題ともいえるが<sup>28</sup>、さらに素朴なことをいえば当事者の意思はどうかといった点も見逃してはならないように思う。

この点に関して、上述した遠藤浩先生の「債権者が保証人の相続人までにしてしているとは考えにくい」（遠藤浩先生・上述）という指摘がとても気になる（そもそも、債権者にはそこまでの意思はないのではないかということである）。この指摘は案外的を射ているように思われてならないのである。

保証人（被相続人）はどうだろうか。やはり、相続人に保証債務を承継させてまで責任をとるなどと考えるのではないのか（もちろん相続人も保証債務の相続などしたくないと当然思っているだろう）。まさに、「自分が借財する場合には、いくら粗忽者でも、返済をしなければならないものと思って借りるのであるが、保証に立つときは、万が一にも自分が支払わなければならないかも知れないという十分の覚悟をもっている者は、必ずしも多くはない。それでも保証人自身は、保証の責めを免れえないことはいうまでもないが、その者の死後、相続人にまで、この責任を負わすべきかは、甚だ疑わしい」（中川善之助先生・上述）のである。これを相続の根拠という視点から考えてみるとどうなるだろうか（かなり強引なやり方であるかも知れないが）。

遠藤浩先生は、相続の根拠につき、エンデマンや中川善之助先生の書かれたものを読むと、相続の根拠として相続人の生活の保障とか配偶者や子の協力によってできた相続財産の清算といった理由があげられてきたということに続けてつぎのようにいわれる。「しかし、それが決定的とはいえない、最近そう思うんですね。それは、私が人に物をあげますね、贈与契約、それか売買契約をする。そんなして、私は、売ったもの、あげたものを、与えられた人が、煮て食おうが焼いて食おうが自由です。そういうふうにして与えて

います。ところが被相続人が死んで、相続人がそれを受け継いでいる。なんで相続人がおやじさんの財産を一体自由にできるんだろう。そんなつまんないことを考えているんです。ある日、カントをチラッと読んだら、カントに出てるんですね。カントは、相続というのは被相続人と相続人との意思の暗黙の合致だと。俺が死んだらこれおまえにやるよと、そういう意思が合致しているから、相続人は自由に使えるんだと、というようなことが書いてあるんですね。それがヒントとなって、私は最近になって、相続人が親父さんの財産を自由に処分できるというのは、被相続人の意思がそれにあるからだ、被相続人が生前にですね、財産を子どもに残して、これで生活してほしいと、そう願っているから相続が行われるんだというような考え方をしているんですね<sup>29</sup>と。

たしかに、カントの書を調べると、「相続とは、死に行く者の全資産が、生き残る者へ、両者の意志の一致によって移転すること (translatio) である」と述べられている<sup>30</sup>。

以上のことは、もっぱら積極財産の相続に関わる内容であるが、私は、保証債務の相続についても通じるところがあるように思うのである。(少なくとも)保証債務だけは妻や子どもたちに責任を負わせたくない、それが被相続人の意思である、だから保証債務は相続されないのだと。ここに保証債務の相続を否定しうの一つの理由があると思われるのである。

## 2. 相続人の保護——相続人の生活保障

ところで、従来、相続の根拠ないし相続の役割としては、一般に、積極財産については、①遺族の生活保障、②相続財産の清算があげられる。また、消極財産については、③法的安定(取引の安定(債権者の権利の安定・債権者の保護)があげられる<sup>31</sup>。冒頭の事例では、遺産における積極財産は730万円(土地家屋・銀行預金)、消極財産(保証債務)は500万円だから、保証債務を相続しこれを弁済すれば相続人には230万円しか残らないことになるが、相続財産を当てにして当面の生活を維持しなければならない相続人にと

って何の保護にもならない（生活が保障されない）ことは明白であろう。

以上のように相続人の生活保障という点も無視できない。そこで、上記の相続の根拠に関する遠藤浩先生の考えを保証債務との関連で推し進めるとどうなるだろうか。相続人が被相続人の財産を自由に処分できるというのは、被相続人が生前に、「財産を子どもに残して、これで生活してほしいと、そう願っているから相続が行われる」——被相続人の意思がそうだったからなのである。これを保証債務と相続の問題に関連付けて考えていくと、妻子の生活保障のために、保証債務まで引き継がせるつもりはないという被相続人の意思があるから保証債務は相続されないのだといえなくもない。上述した遠藤浩先生の「債権者が保証人の相続人まであてにしているとは考えにくい。父が義理と人情に迫られ、いやいや押した保証人欄の署名捺印にその相続人——そのほとんどの人がかかる事実を知らないであろう——が拘束されるとするのは納得がゆかない」<sup>32</sup>との主張がここでいっそう重みをもってくる。このように考えてくると、保証債務は、法政策的な判断のもとに保証人だけが履行義務を負うものであって、そういう意味において民法867条にいう一身専属的な義務だということになる。

以上のように、債権者が保証人の相続人まであてにしているとは考えにくい（この点については少なからず異論があるかも知れない）、また、保証人が保証債務を自分の相続人に引き継がせようと思っているとは考えにくい。相続人も当然のことながら保証債務を相続したくないと思っているはずである。そうすると、保証債務の相続を認めなければならない必然性とは何か。たしかに、債権者の保護・取引の安定という要請を無視するわけにはいかないが、しかし、通常の保証債務の相続性を肯定しなければ債権者の保護・取引の安定というものがまったく実現できないということにならないであろう。遠藤浩先生の「債権者は、当事者がある覚悟をもってなすべき物的担保に本来頼るべきものであると考えるべきではないか」（遠藤浩先生・上述）という主張は十分に説得力をもっている。

### 3. 危険な契約類型としての保証——リスクの大きさ

「個人保証は、古くから危険な契約類型とされ、友人や親戚が義理で引き受けた保証債務のために、身の破綻を招くような事例がよく挙げられてきた。」<sup>33</sup>そして、保証制度は、主たる債務が履行されないときに、保証人が全財産をもって履行すべき義務を負うものであるから、「ある意味では、物的担保よりも危険な制度である。それゆえに、親族間や極めて親しい友人間などでしか使われないし、いな、現在では、それらの者も、その危険性ゆえに、なかなか保証人にはならないのが一般的」であり、このような社会状況が機関保証（さらには信用保険・保証保険といった各種の保険制度）を生み出したのであった<sup>34</sup>。

民法上は、保証人が主たる債務者に代わって弁済した場合、保証人は主たる債務者が負う債務についての最終的な負担者ではないのだから、弁済した保証人は主たる債務者に対して弁済額全部について求償できる。民法459条1項は、「保証人が主たる債務者の委託を受けて保証をした場合において、過失なく債権者に弁済をすべき旨の裁判の言渡しを受け、又は主たる債務者に代わって弁済をし、その他自己の財産をもって債務を消滅させる行為をしたときは、その保証人は、主たる債務者に対して求償権を有する」と定める。要するに、主たる債務者から委託を受けて保証人になったときは、保証人に損害が生じないよう完全な求償ができる<sup>35</sup>。しかしながら、肩代わりした分を主たる債務者から取り戻すのは現実的には難しいであろう（ない者からは取れない<sup>36</sup>）——主たる債務者が一家で行方不明になっているような場合にはいっそう困難である（上で述べたが相続人の保護に欠ける——相続人の生活保障が困難となる）。そういう視点から考えても保証人はかなり大きなリスクを負うことになる。「個人保証の場合には、伝統的理解によれば、個人的情誼でされ、求償金の回収について実際には強い期待感を抱かないと観念され」<sup>37</sup>ており、「求償金回収は、民法の保証に関する規律の持つ最大の関心の一つだと言ってよい」<sup>38</sup>といわれるところである。

このように保証制度の危険性というものは（責任の限度や保証期間の定め

のない信用保証や身元保証の危険性はもちろんのことである)、誰しも否定し得ないところである。そのような危険性を有する保証債務をなぜ当然の如く相続させるのだろうか——そういう考え方は、そもそも法政策的判断からいっても適切であるとは思えないのである。

#### 4. 保証人の資産状態——保証人の適合性

これまで取り上げてきた問題は、まさに保証人の資産状態に起因する。保証人が死亡したとしても、相続財産をもって、一方で遺族の生活保障をカバーすることができ、他方で保証債務を履行することができるという状態にあるのであれば何の問題もない。少なくとも、保証人の財産・収入と保証額のバランス（保証債務を弁済しても遺族の生活はある程度保障できるという意味でのバランス）は重要なポイントになろう。この点につき、平成16年の改正による貸金等根保証契約に関する座談会において、「保証人の適合性」を問題にすべきとの意見（平野（裕之）発言）に関連して、これは「根保証だけではなくて、個別保証の保証についても、個人保証をどこまで保証するかという問題の一つだと思います」との意見（野村（豊弘）発言）も出されている<sup>39</sup>。さらに、立法論として、保証契約締結に際して、保証人の適合性を要求するというのであれば、保証債務の相続によって遺族が路頭に迷ってしまうような事態はかなり回避できることになるだろう。

おわりに——結びに代えて（私見）

かくして、私は、以下のように考えるに至った。すなわち、原則として、相続人は保証債務を相続せず（上記においていくつかの視点でみてきたように、保証債務とはそういう性質を有する債務であり、この意味で端的に一身専属的なものと考えざるを得ない——896条ただし書）、例外的に、相続させるのが妥当だと思われる特別な事情がある場合には相続させる。例えば、主たる債務者と保証人とは密接な関係（親子関係・兄弟関係のほか親族関係など）にあり、主たる債務が何らかの形で保証人やその相続人の利益につなが

っているような場合である——そのような場合には、例外的に相続人は保証債務を相続すると考えるのである。

ちなみに、例外的に特別の事情があれば相続を肯定するというやり方は、身元保証契約の場合においてであるがみられる。すなわち、身元保証人と本人の相互の信用を基礎として成立し存続すべきものであるから、特別の事情がない限り、この契約は、当事者その人と終始すべき一身専属的性質を有し、その地位が相続されるものではないとされている<sup>40</sup>。そして、この特別の事情に基づいて身元保証債務の相続が認められた事例として大審院昭和12年12月20日判決があるが、この判決は、実兄が身元本人（弟）の手腕性格素行等を推奨して同人の雇入を懇請し、父が身元保証契約をしたところ、父が死亡し実兄が家督相続した事案につき、「特別の事情」があるとして、基本的身元保証契約の相続を肯定したものである<sup>41</sup>。

以上のことを繰り返すならば、原則として相続を否定し、例外的に特別の事情があれば相続を肯定するということである。特別の事情を債権者が立証しなければならないことになろうが（例外の利益を受ける者がその立証責任を負うという伝統的な手法を前提にすれば）——これは債権者にとって不利になるが——それくらいリスクは覚悟すべきであり、それがいやならば物的担保を利用すべき（遠藤浩先生による指摘——上述）であろう。このような考え方はもとより判例・通説と異なるが、中川善之助先生が述べられたように、「この両者の利益較量は、かなりデリケートで難しい」（上述）ものであることは疑いない。そうであればこそ絶えざる批判的検討が行われるべきものとする。

<sup>1</sup> 中川善之助＝泉久雄『相続法（第四版）』法律学全集24（2002年・有斐閣）10頁以下参照。

<sup>2</sup> 谷口知平・九貴忠彦編『新版注釈民法(27)相続(2)相続の効果』（右近健男）（1989年・有斐閣）36頁～37頁。

<sup>3</sup> 秦光明「債務者・保証人の死亡」手形研究334号86頁。

<sup>4</sup> 道垣内弘人「包括的信用保証債務の相続性」家族法判例百選〔第4版〕（1988年）174

頁。

- <sup>5</sup> 遠藤浩「相続雑感」遠藤浩先生随想集刊行委員会編『遠藤浩随想集 百花繚乱たれ』(2006年・勁草書房) 139頁。
- <sup>6</sup> 泉久雄「責任の限度並びに保証期間の定めのない根保証も相続性」ジュリスト増刊(担保法の判例2) 187頁。
- <sup>7</sup> 中川善之助＝泉久雄・前掲『相続法(第四版)』176頁。
- <sup>8</sup> 遠藤浩・前掲「相続雑感」遠藤浩先生随想集刊行委員会編『遠藤浩随想集 百花繚乱たれ』139頁。
- <sup>9</sup> なお、中川一郎「保証債務の非相続性」法学論叢第37巻第5号(昭和12年) 858頁以下は、保証債務の非相続説を主張し、以下のように結論付けている。すなわち、「保証債務は、我国固有法に於いても、ゲルマン法に於いても、又ローマ法に於いても、元来非相続性を有していた。然るに、債権者の債権をより確実に保全せんとする過去の経済社会に於ける取引の必要上、此非相続性は否認され、相続性が認められるに至った。そして一旦相続性が認められるや、それは経済的優越者として現はれる債権者に利益なるが故に、長らく維持された。遂にそれは当然自明の原則であるかの如く、人々をして錯覚を生じせしめたが、尚且我々はこれが否認を諦めることが出来なかった。誠に保証法ほど法律が国民に呪わしく感ぜられたものはなからう。出来得るならば、我々はそれを救済しなければならぬ。勿論其際債権者に不当な損害を与えてはならぬ。然し、既述の如く、債権者は如何に保証法が彼に苛酷となっても、絶対に損害は被らぬであろう。元来無償にて他人に自己の負担すべき危険を転嫁している債権者には、保証契約が常に法的拘束力なしとなるも、新に他のより合理的な債権保全手段を選ぶことを余儀なくされるのみである。かかる見地よりして保証に非相続性を認めることは、元来廃滅の運命にある此不合理的の制度としての保証を、それが制度として存する限り、幾分なりとも合理的ならしめんとすることに外ならない。又、他方それは保証制度を廃滅させ、より合理的な身元保険・信用保険制度への転化を促進するものである。私は本稿に於いて、かかる意図のもとに、保証債務一般の非相続性を認め、其理論構成を試みた。それは判例と大差なきものであるかも知れないが、非相続性を一般化した点は異なる。私は、継続的債権関係を発生せしむる純粹無償契約の一般原則として非相続性を認めた。此契約に於いては、理論上非相続性が一般原則であり、相続性を認めんとすれば特別法を必要とするのである。又、私は此種の債務は一身専属的債務であるとも論断した。最後に、前述の如く、判例は、大正14年以来学説に先立って、特殊の保証につき非相続性を承認して来た。然し、其理論構成を以ては、度々述べし如く、非相続性を何ら特殊の保証に限定すべき理由を見出さない。今や一日も早く実務家が保証一般についても非相続性を認められ、且其理論構成の是正に協力されんことを希ふものである」と。なお、大正14年の判例というのは大審院大正14年5月30日判決のことであり、保証責任の限度額および保証期間の定めのない信用保証に関する事案において最初に非相続性を認めた判例である。
- <sup>10</sup> 川井健『民法概論 5 親族・相続』(2007年・有斐閣) 155頁～156頁。
- <sup>11</sup> 池田真朗『民法Ⅲ債権総論 [第3版]』野村豊弘・栗田哲男・池田真朗・永田眞三郎



- 著（2008年・有斐閣Sシリーズ）150頁。
- <sup>12</sup> 川井健『民法概論 3 債権総論（第2版補訂版）』（2009年・有斐閣）230頁。
- <sup>13</sup> 鈴木祿弥『相続法講義（改訂版）』（2006年・創文社）50頁。
- <sup>14</sup> 鈴木祿弥『「根保証の相続性」金融法務事情500号31頁以下参照。
- <sup>15</sup> 泉久雄・前掲「責任の限度並びに保証期間の定めのない根保証の相続性」ジュリスト別冊担保法の判例II187頁。
- <sup>16</sup> 西村信雄「責任の限度ならびに保証期間の定めのない根保証の相続性」民商49巻2号227頁。同じ立場に立つ見解として、五十嵐清「保証債務」小山昇ほか『編遺産分割の研究』（1973年・判例タイムズ社）262頁、また、鈴木祿弥・前掲「根保証の相続性」金融500号31頁参照。
- <sup>17</sup> 泉久雄・前掲「責任の限度並びに保証期間の定めのない根保証の相続性」ジュリスト別冊担保法の判例II189頁、なお、泉久雄「相続人・相続財産」『総合判例研究叢書民法(26)』（1965年・有斐閣）289頁以下参照。
- <sup>18</sup> 泉久雄・同前「相続人・相続財産」『総合判例研究叢書民法(26)』303頁。
- <sup>19</sup> 泉久雄・前掲「責任の限度並びに保証期間の定めのない根保証の相続性」ジュリスト別冊担保法の判例II189頁。なお、道垣内・前掲「包括的信用保証の相続性」175頁は、前掲最高裁昭和37年11月9日判決が、「連帯保証人の死亡後生じた債務については、その相続人においてこれが保証債務を当然負担するものではない」と述べていることからすれば、相続性が否定されるのは、基本的保証債務（保証人たる地位）であって、相続開始時に既に発生している具体的な個別の保証債務は相続されることになることとされる。また、保証人が死亡する以前に主たる債務者が負った債務については相続人が任を負うわけであるが、「しかし、継続的取引から生じる債務は常に入れ替わっており、相続時点で存在した債務と相続人への支払請求時点の債務が、額が同じでも同一性がない場合もありうる。この点、債務の内容が入れ替わっていても、相続時点の債務額を責任限度額として、その限度までは相続人の責任を認めるべきであるとする説（注釈民法(11)172頁〔西村信雄〕）もあるが、議論はまだ詰められていない」（道垣内・前掲「包括的信用保証の相続性」175頁）との指摘があった——この点につき、貸金等根保証契約については、平成16年に立法的解決が図られた。
- <sup>20</sup> 保証制度の改正と民法の一部改正に関しては、例えば、吉田徹＝筒井健夫編著『改正民法「保証制度・現代語化」の解説』（2005年・商事法務）、野村豊弘ほか「座談会・保証制度の改正」ジュリスト1283号52頁、筒井健夫「保証制度の見直しに関する民法の一部改正」ジュリスト1283号80頁以下、平野裕之「いわゆる継続的保証（根保証）」別冊ジュリスト・民法判例百選II債権〔第6版〕52頁以下などを参照。ほかに、近江幸治『民法講義IV債権総論〔第3版〕』（2005年・成文堂）231頁以下、川井健『民法概論 3 債権総論（第2版補訂版）』（2009年・有斐閣）231頁以下なども参照。
- <sup>21</sup> 川井健・前掲『民法概論 3 債権総論（第2版補訂版）』231頁～232頁。
- <sup>22</sup> 近江幸治・前掲『民法講義IV債権総論〔第3版〕』231頁。
- <sup>23</sup> 筒井健夫・前掲「保証制度の見直しに関する民法の一部改正」ジュリスト1283号83頁。
- <sup>24</sup> 筒井健夫・前掲「保証制度の見直しに関する民法の一部改正」ジュリスト1283号84頁。

- <sup>25</sup> 池田真朗・前掲『民法Ⅲ債権総論〔第3版〕』野村豊弘・栗田哲男・池田真朗・永田眞三郎著151頁。
- <sup>26</sup> 鈴木禄弥・前掲『相続法講義（改訂版）』50頁。
- <sup>27</sup> 野村豊弘ほか・前掲「座談会・保証制度の改正」ジュリスト1283号60頁～61頁（平野裕之・野村豊弘発言）。
- <sup>28</sup> 中川一郎・前掲「保証債務の非相続性」法学論叢第37巻第5号866頁～867頁参照。
- <sup>29</sup> 遠藤浩・前掲「相続雑感」遠藤浩先生随想集刊行委員会編『遠藤浩随想集 百花繚乱たれ』264頁。
- <sup>30</sup> カント全集第11巻『人倫の形而上学』吉澤傳三郎・尾田幸雄訳（1975年・理想社）147頁（「第1部 法論の形而上学的基礎理論」「法論の第1部 私法」「第2章 外的な或る者もの取得する仕方について」「挿入節 選択意志の外的対象の観念的取得」「II 相続（相続財産の取得 *Acquisitio hereditatis*）」。もう少し引用しておこう（なお、訳文の「意志」という表現をそのまま引用した）。「相続とは、死に行く者の全資産が、生き残る者へ、両者の意志の一致によって移転すること（*translatio*）である。——相続人の（指定相続人の *heredis instituti*）取得と被相続人の（遺言人 *testatoris*）の放棄、すなわち、私のもの及び君のもののこの交替は、一瞬間に（死の瞬間に *articulo mortis*）、つまり、後者〔被相続人〕がまさに存在しなくなるときに行われるのであって、それゆえ、もともと、継起する二つの作用、すなわち一方の者がまず自分の占有を放棄し、それに続いて他方の者が占有を開始するという二つの作用を前提とするところの、経験的意味における移転（*translatio*）ではなくて、一個の観念的種取得である。——遺言（終意処分 *dispositio ultimatæ voluntatis*）なき相続は自然状態においては考えられないことであり、そして、相続契約（*pactum successorium*）であろうと、主体が存在しなくなるちょうどその瞬間に私のもの及び君のものの或る移転が可能であるかどうか、またいかにして可能であるかという問題に帰着するのであるから、相続による取得の仕方はいかにして可能であるか？という問題は、相続の実施の種々の可能的な諸形式（これらはただ公共同体においてのみ成立する）からは独立して吟味されなくてはならない。『相続人によって取得することは可能である』——けだし、被相続人カイウスは、彼の最終的意志において、彼の約定については何も知らないティティウスに、自分の資産は死亡の場合にティティウスに移転すべきことを約定かつ意志表示し、それゆえ、彼が生きているかぎり、この資産の唯一の所有者であり続ける。さて、いかにも単なる一方的意志によっては何ものも他方の者に移転しえないのであって、そのためには約定に加うるにさらに相手方の受諾（*acceptatio*）と一つの同時的意志（*voluntas simultanea*）とが必要とされるのに、この意志が今の場合には欠けている。というのは、カイウスが生きているかぎり、ティティウスは明示的に受諾して、この受諾を通じて取得するというわけにはいかないからである。なぜなら、カイウスはただ死亡の場合についてのみ約定したのだからである（というのは、もしそうでなければ、所有権は一瞬間共有されることになろうが、こういうとは被相続人の意志ではないからである）。——だが、それにかかわらず、ティティウスは暗黙のうちに遺産に対する或る所有権的権利

を、一種の物権として、すなわち排他的に遺産を受領する権利（休止物件における権利 *ius in re iacente*）として取得し、それゆえ、この遺産は上述の時点においては *hereditas iacens*（休止相続財産）と呼ばれる。さて、あらゆる人間はこういう権利を必然的に（なぜなら、それを受領することによって確かに得るところはありうるが、決して失うところはありえないのだから）、したがってまた暗黙のうちに受領するものであり、そして、カイウスの死後におけるティティウスはこういう場合に当たるのであるから、彼は約定の受諾を通じて相続財産を取得しうるのであって、たとえそれまでに何ほどか間があったにしても、相続財産は全く無主物（*res nullius*）であったわけではなくて、ただ空位の物（*res vacua*）であったにすぎない。なぜなら、彼は遺された資産を自分のものにすることを欲するか否かという選択の権利を排他的に有していたからである。」（同書147頁～149頁より）

- <sup>31</sup> 中川善之助＝泉久雄・前掲『相続法（第四版）』12頁～13頁。
- <sup>32</sup> 遠藤浩・前掲「相続雑感」遠藤浩先生随想集刊行委員会編『遠藤浩随想集 百花繚乱たれ』139頁。
- <sup>33</sup> 内田貴・同前『民法Ⅲ〔第3版〕債権総論・担保物権』334頁。
- <sup>34</sup> 近江幸治・前掲『民法講義Ⅳ債権総論〔第3版〕』208頁。
- <sup>35</sup> 内田貴『民法Ⅲ〔第3版〕債権総論・担保物権』（2005年・有斐閣）355頁。
- <sup>36</sup> 保証人の相続人は支払った分を取り戻すため主たる債務者に求償しようとしたが、この者が死亡していたので、その相続人に対して求償権を行使しようとしたところ、その相続人は相続債務が過大であるため相続を放棄していたとする。そうすると、保証人の相続人は求償さえできずこの者の生活は保護されないままになってしまうが、他方、主たる債務者の相続人は相続放棄によって生活はしっかり保護される、という不公平な結果になってしまうというようなことも考えられる。
- <sup>37</sup> 潮見佳男『債権総論Ⅱ〔第3版〕債権保全・回収・保証・帰属変更』（2005年・信山社）427頁。
- <sup>38</sup> 潮見佳男・同前『債権総論Ⅱ〔第3版〕債権保全・回収・保証・帰属変更』427頁。
- <sup>39</sup> 野村豊弘ほか・前掲「座談会・保証制度の改正」ジュリスト1283号60頁～61頁参照。
- <sup>40</sup> 川井健・前掲『民法概論3 債権総論（第2版補訂版）』236頁、近江幸治・前掲『民法講義Ⅳ債権総論〔第3版〕』235頁などを参照。
- <sup>41</sup> 大審院昭和12年12月20日判決は、つぎのように述べている。「身元保証契約ニ因ル保証人ノ責任カ特別ノ事情ナキ限り保証人ノ死亡ニ因リ消滅シ其ノ相続人ニ移転セサル所以ノモノハ身元保証人ハ普通ノ特定債務ノ保証人ト異リ広汎ナル範圍ニ於テ責任ヲ負担スルコトアルヘキモノナレハ身元保証契約ハ保証人ト被用者ト相互ノ对人的信認関係ヲ基礎トシテ成立スルヲ常トシ從テ之ニ因ル保証人ノ責任ハ通例専属的性質ヲ有スルモノナルノ点ニ在リ故ニ身元保証契約締結当時保証人ノ相続人ト被用者トノ間ニモ保証人ト被用者トノ間ニ於ケルト同様ノ信認関係存在シ使用者及保証人共ニ此ノ事情ヲ領シテ契約ヲ為シタルカ如キ場合ニハ之即右ノ所謂特別ノ事情アルトキニ該当シ保証人ノ責任ハ其ノ死亡ニ因リ消滅セス相続人ニ移転スルモノト謂ハサルヘカラス原判決ハ措辞精確ヲ欠クノ嫌アルモ被上告銀行カ成瀬重次郎ヲ雇入ルルニ当リ実兇タル

## 保証債務と相続

上告人ハ同人ノ手腕性格素行等ヲ推賞シテ雇入ヲ懇請シタル関係上自ラ身元保証人タラントシタルモ当時未タ非戸主タリシ為之ヲ避ケ戸主タリシ上告人先代ナル父次平カ身元保証ヲ為シタル事実及当時上告銀行及次平ニ於テモ右事情ヲ領シ居リタル事実ヲ証拠ニ依リ認定シタルモノト解シ得ヘク判文中本件身元保証契約当時既ニ関係者一同カ将来次平死亡セハ同人ノ身元保証契約ニ因ル責任ヲ上告人ニ於テ相続ニ因リ承継スヘキコトヲ予期シ居リタル旨判示セルモ畢竟右ノ趣旨ヲ説明シタルモノニ外ナラス而シテ斯カル場合ニハ身元保証人タル次平ノ責任ハ同人ノ死亡ニ因リ消滅スルコトナク相続人ニ移転スヘキコトハ前記説明ニ徴シテ明カナリ」(大判昭和12年12月20日民集16巻2019頁)。