

担保保存義務に関する一考察

——沿革的・比較法的考察(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)立法趣旨
 - ① 二〇三七条の立法過程における議論
 - (2) 検 討
 - (i) 保証契約の「条件」
 - (ii) 「確実な」求償手段
 - (iii) 「相互的」義務
 - (iv) ポティエの主張との対比
 - (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
 - ① 制度の本質
 - (i) 制度趣旨・法的構成
 - (ii) 免責対象者
 - (イ) 物上保証人

- (i) 第三取得者
 - (ハ) 連帯保証人
 - (ニ) 連帯債務者
- ② 免責の要件
- (i) 権利・担保
 - (a) 対象となる権利・担保
 - (b) 権利・担保の「時的範囲」
 - (c) 共同保証をめぐる問題
 - (イ) 共同保証人の免除
 - (ロ) 他の担保についての錯誤
- (ii) 債権者の行為——不作為・過失
- (iii) 損害
- ③ 効果
- (i) 免責範囲——判定基準
 - (ii) 免責主張の方法——抗弁
 - (iii) 免除特約
- (a) 沿革
- (b) 強行法規化後の解釈（一九八四年三月一日法）
- ④ 検討——判例・学説・立法の変化を中心に
- (i) 保証契約の「片務性」と担保保存義務——債権者の注意義務の視点から
 - (ii) 制度趣旨・法的構成——三三二四条の強行法規化の点から
 - (iii) その他の論点
- (以上本号)

三 フランス法

(2) 立法趣旨

フランス民法二〇三七条は、ボアソナード民法草案および旧民法における担保保存義務に関する規定に強い影響を与えており、日本民法五〇四条の立法過程においても参照された規定である。^①そこでまず、フランス民法二〇三七条（以下では、二〇三七条と記す。）の立法過程における議論を分析することにする。

① 二〇三七条の立法過程における議論

二〇三七条の草案は、立法院 (Corps Législatif) に提出され、立法理由の説明がなされた。債権者への代位は、保証人が弁済をする条件 (condition) (傍線筆者、以下同様) である。債権者への弁済によって、保証人は債権者の権利に代位する。債権者は、自らの行為によって保証人を代位できなくなった場合、保証人に対して請求する資格を有しな^②い (Exposé de motifs par M. Treilhard)。

その後、護民院 (Tribunat) において報告書が付されている。保証人は、債権者が主たる債務者に対して有する権利を取得するという条件において、弁済を引き受ける契約をしている。債権者がその権利および抵当権に保証人を代位させることができなければ、保証人は免責される。代位ができなければ、保証人は、主たる債務者に対する確実な求償手段を有しないからである。債権者が保証人に弁済を求めたのであれば、主たる債務者に対する全ての権利を保証人に委ねることが正当である (Rapport par M. Chabot)。^③

さらに、立法院において説明がなされている。保証人 (Fidjusscur) は、弁済をすれば債権者の権利に代位するという条件において、債権者と保証契約をしている。保証人は、債権者がこの条件を満たすことができない場合、免

責される。債権者は、自らが提供した担保手段を保証人から奪い取ることは禁止されるべきである。草案は、債権者の行為によって、保証人が、債権者の権利、抵当権および先取特権に代位することができない場合、保証人を免責するとしているのは、相互的な義務(*devoir de réciprocité*)を債権者と保証人との間に維持するためである(Discours par M. Lahary)⁴⁾。

② 検討

(i) 保証契約の「条件」

立法理由の説明によると、債権者への代位は、保証人が弁済をする「条件」であるとされ、それゆえ、債権者は、この条件を満たすことができない場合、保証人に対して請求する資格を有しないとされる。保証人は、債権者が主たる債務者に対して有する権利を取得するという条件において、保証契約を締結しているにすぎない。この法的構成によると、たとえば、債権者が、自らの行為によって、その権利・抵当権等に保証人を代位させることができなければ、保証人は免責されることになる。

(ii) 「確実な」求償手段

保証人は、代位できなければ、主たる債務者に対する「確実な」求償手段を有しないとされる。保証人は、債権者の権利・抵当権等に代位できれば、担保等の優先弁済権のある求償手段を取得することになり、債権回収が確保されることになる。債権者は、保証人に対して弁済を強制するのであれば、弁済を受ければ行使することのない主たる債務者に対する権利・抵当権等を保証人行使させることが正当であるとされる。

(iii) 「相互的」義務

二〇三七条の草案は、債権者の行為によって、保証人が、債権者の権利、抵当権および先取特権に代位することができない場合、保証人を免責する、と規定している。これは、債権者と保証人との間に対等な「相互的」義務を

維持するためであるとされる。相互的義務を債権者に課すことによつて、債権者が自らが提供した担保手段を保証人から奪い取ることを阻止し、その義務に反する場合、保証人は免責されると構成する。

(iv) ポティエの主張との対比

ポティエは、保証契約 (*fidejussio*) の債権者が負う義務を「衡平上」(*equité*) の義務と構成することによつて、保証人の免責を根拠付けようとした。訴権の保存・譲渡をできなくする債権者の行為は積極的行為であり、単なる懈怠では要件を満たさないと解された (先述①②③)。これに対して、債権者の「相互的」義務が肯定されるならば、債権者の行為が不作為にとどまる場合でも、債権者は保証人に対して責めを負うことになると思される。

ポティエによれば、連帯債務者も免責対象者とする構成がとられていた。これに対して、立法過程においては、免責対象者を保証人に絞り込む構成がとられている (なお、連帯債務については二二八五条において別に規定をおいた)。なお、立法院における説明 (二〇三七条) では、保証人を *fidejusseur* と表記している (*Discours par M. Lahary*)。ローマ法における保証契約 (*fidejussio*) を受け継いでいるものと考えられる (先述②)。

- (1) 辻 博明「担保保存義務に関する一考察——民法五〇四条の立法過程を中心に——」岡法五六卷一号三三頁(平一八)。
- (2) Locté, *La Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. XV, 1828, pp. 321, 330.
- (3) Locté, *op. cit.*, pp. 335, 349.
- (4) Locté, *op. cit.*, pp. 371, 388.

(3) フランス民法——制度の本質、要件・効果(現行二三一四条)、近時の変化

フランスにおいては、二〇〇六年に民法その他の担保法関係の規定の改正が行われた。保証については、改正前の二〇一一から二〇四三条の保証関係の規定が、内容の変更なしに条文番号の変更だけをして二二八八から二三

二〇条とされた。その結果、二〇三七条は二三二四条に変更された。^①

① 制度の本質

(i) 制度趣旨・法的構成

二三二四条は、保証の消滅の特別の原因を規定しており、訴権譲渡の抗弁 (exception de cession d'actions)、または、代位の抗弁 (exception de subrogation) とよばれている。^② 二三二四条は、「債権者の行為によって、当該債権者の権利、抵当権および先取特権に対する代位が保証人のためにできないときは、保証人は免責される。これに反するすべての条項は記載されないものとみなす。」と規定する。二三二四条は、保証人の代位について定める二三〇六条の延長線上にあるが、保証人その他の法定代位だけをみれば、一二五一条三号においてすでに規定されており、二三〇六条は一二五一条三号の特別な適用規定にとどまることになる。しかし、二三二四条は、代位の利益の剥奪を保証の消滅原因にまで高めている点が注目される。^③

二三二四条による免責を正当化しその枠組みを明らかにするために、学説・判例において複数の構成が提示され展開されている。^④ 問題の核心は、二三二四条が規定する制度の「根柢」「性質論」である。そこで避けて通れない問題は、債権者に「義務」を課すことの可否と保証契約の「片務性」との関係である。さらに近時においては、二三二四条の「強行法規化」に対応する構成が問題となる。^⑤ すなわち、

まず、債権者は、保証人が弁済するときに保証人に担保を移転できるように保存する義務を負うとする説がある〔契約責任説〕。保証人は、求償のためにその担保を合法的に期待している。^⑥ 保証人と債権者とが契約当事者であり、債権者は担保や保証人の求償手段を保存する義務があると構成する。契約責任説によると、保証は、「双務契約」的な性質を有すると解される。なお、契約責任に基づく説明として、債務不履行による契約の解除、または、同時履行の抗弁 (exceptio non adimpleti contractus) も主張されている。契約責任説等に対しては、保証契約は片務

契約であると位置付ける伝統的な解釈に反するとの批判がある。

次に、二三一四条を「法律上の失権」であるとし、債権者に信義則および衡平上の義務を課すことを正当化する説がある。同説は、信義則上の義務とはいえ、債権者の義務を認めることになるが、二三一四条の強行法規性と対応する。

他方、担保の存在は保証人が契約を決定する「コーズ」(cause)であるとする説がある。同説によれば、保証契約の片務性は問題とならないが、保証人は、担保の消滅や減少の危険までも引き受けるのが通常であることになり、その結果、他の担保の有無は保証契約の締結を決定付ける要素とはならないとの批判がある。⁽⁷⁾

さらに、保証人は、債権者が保証人による代位を保護するという暗黙の「条件」の下で、保証を引き受けているとする説がある。同説によれば、保証契約の片務性と両立する。しかし、現行二三二四条は強行法規化されており、同説ではこの点が説明できない。

なお、制度の根拠・性質論が議論された当初に主張された説として、不法行為責任説がある。二三一四条は、保証の消滅原因のうち、保証の特殊性を考慮した制度であり、一三八三条等(不法行為責任)に基づく制度であると主張された。保証人が保証引受時に期待していた諸権利への代位が、債権者の行為によって不能となり求償をすることができなくなったことについて、二三一四条は、保証人に損害賠償を認めていると解した。⁽⁸⁾これに対して、債権者の保証人に対する責任は契約上生じるとし、同条は改正前においては任意法規(二〇三七条)であったため、同説によれば放棄を排除することになるとの批判を受けた。

以上の議論から、次のような疑問が浮かび上がる。保証契約の「片務性」を厳格に貫徹すると、保証契約によって義務を負うのは保証人だけであり、債権者が義務を負うことはないことになる。そうだとすると、二三一四条において、債権者に担保等の保存を義務付けることができるのか。また、情報提供義務等を債権者に課す保証人保護

の新法（後述④）についても、片務性をめぐる疑問が生ずる。もつとも、債権者に義務が課されるとしても、その義務は通常の法律上の義務の内容・性質を有するのか、保証人の給付と釣り合う反対給付と評価できる内容・性質のものか、換言すると、保証人に執行力等を伴う強い権利行使を付与することになるのか。片務性は保証契約の本質・不可欠の要素であるのか、その例外はないのか。これらの点を検討する必要があると思われる。

(ii) 免責対象者

二二一四条による免責を援用することができるのは、「保証人」だけである。もつとも、全ての保証人が免責対象者であると解されており、普通保証人だけでなく、求償保証人 (sous-caution)、副保証人 (certificateur de caution)、手形保証人 (donneur d'aval)、共同保証人 (cofidjuseurs) も免責対象者に含まれる。⁽⁹⁾ 議論のあるのは、物上保証人・連帯債務者等である。

(イ) 物上保証人 物上保証人については当初、保証かどうかにつき見解の対立があったが、他人の債務を担保するために不動産に抵当権を設定した者であり、保証人の性質を有するとして免責対象者とする立場が定着していた。⁽¹⁰⁾ しかし近時、物上保証人が保証であるのかどうか、類推適用を認めるか等につき議論のあるところである。⁽¹¹⁾

(ロ) 第三取得者 抵当不動産の第三取得者は、保証人ではない。債権者は、第三取得者に対して義務を負うことはない。⁽¹²⁾ 第三取得者の場合、担保の保存について黙示的合意はないと解される。⁽¹³⁾

(ハ) 連帯保証人 連帯保証人は保証人であると解される。連帯保証人は債権者との関係においては、保証の規範が適用される。⁽¹⁴⁾

(ニ) 連帯債務者 保証人は第三者のために契約しており、自己の利益のために契約している共同債務者より厚く保護されるべきである。⁽¹⁵⁾ 連帯債務者の場合、担保の保存について黙示的合意はないと解される。⁽¹⁶⁾ ただし、債権者が、弁済を義務付けられ法定代位の利益を有する（二二五一条三号）連帯債務者に対して損害を与えた場合、契約

責任が生ずる可能性がある。⁽¹⁷⁾

② 免責の要件

(i) 権利・担保

二二二四条に基づく免責請求は保証人によって執拗に主張されるため、判例は同条の適用の対象となる権利・担保を、その性質（後述(a)）およびその設定時点（後述(b)）によって制限している。⁽¹⁸⁾

(a) 対象となる権利・担保

二二二四条の適用の対象となる「権利」は、債権の回収のために債権者に優位性を与える「優先弁済権」(droit préférentiel)と解される。この定義によると、同条における権利は担保より幅の広い概念であり、容易に保証人の免責が生ずる。そのため、制限的な解釈がなされている。まず、「一般担保権」(droit de gage general)は含まれない。したがって、債権者が一般担保権を危うくしたとしても、同条の適用はない。一般担保権には優先弁済権がなく、保証人が代位しても優位とならないからである。次に、債権者が債務者に単に「期限の猶予」を与えた場合や、債務者への訴求を怠った場合は、二二二四条による免責は認められない。ただし、期限の猶予等が結果的に担保の喪失または優先弁済権の喪失を生ずる場合には、二二二四条による免責が正当化される。「時効」による権利の消滅、目的物の「価格下落」等である。⁽¹⁹⁾

「担保」については、先取特権、抵当権、質権、動産担保証書、留置権、保証等が、当初から、二二二四条の適用があると解されている。⁽²⁰⁾なお、共同保証も適用対象となる。⁽²¹⁾

(b) 権利・担保の「時的範囲」

権利・担保の「時的範囲」について、二二二四条は規定していない。しかし、二二二四条の適用対象となるのは、保証契約時にすでに存在した権利・担保と解されている。保証人が求償のために「期待」することができるのは、

保証契約時に存在した担保だけだからである。したがって、保証契約後に取得された担保が債権者によって減免されても、保証人は免責されないと解された。⁽²²⁾これに対して、保証契約後に取得された担保も対象とする説が初期から見られた。⁽²³⁾二二二四条が保証人の代位を不能にした債権者に対する「制裁」を規定し、保証人は債権者の有する一切の権利に代位することができるのであれば、担保の時的範囲を限定する必要はない。また、二二二四条の本質を不法行為的な責任と構成するならば、担保の時的範囲を限定する必要はないことになる。その後の学説においては、「信義則」を考慮するならば、担保の設定が保証契約の前か後かによって、債権者に課される義務に違いは生じないとする主張がある。⁽²⁴⁾

近時、時的範囲の制限を緩和する解釈が見られる。保証契約締結時に優先弁済権が存在しなくても、債権者がその権利の設定義務を負っている場合や、通常ならば債権者が権利の設定を行うと保証人が信じていても仕方のない場合には、二二二四条における担保と解されている。⁽²⁵⁾債権者は、保証人によって担保された上に暫定的に仮の担保を設定した場合、その担保を確定的な担保とする義務を負うと解される。例えば、債権者の登記の懈怠があった場合が議論となる。このような義務は、保証人がいなければ、債権者に課されることはない。⁽²⁶⁾

(c) 共同保証をめぐる問題

(イ) 共同保証人の免除

一二八七条三項は、複数の保証人の一人に対して免除がなされても、他の保証人を免責しないと規定する。しかし、判例・学説は、保証人の一人に対する免除の効果は、免除を受けた保証人の「負担部分」について、他の保証人に及ぶ、と解している。⁽²⁷⁾

破棄院は、その解釈の根拠付けとして、次の二つの枠組みを有している。⁽²⁸⁾その一つが二二二四条による免責である。同条によると、債権者が担保を放棄するとき、保証人は、その担保が保証人の求償を担保していた範囲におい

て免責されるからである。⁽²⁹⁾ 破棄院によると、XのJに対する債権について、Y・Fが連帯保証人となっていたが、Xは、連帯保証人FをMに差し替えることを認めておきながら、Yに対して保証債務の履行を求めた事案において、Fが契約関係に残っていたとしても求償できたのは債務の半分のみであったとして、負担部分についての免責だけを認めた。⁽³⁰⁾

なお、第二の枠組みは、連帯債務者の一人に対する免除の効果を規定する一二八五条二項による構成である。同条二項を類推して、免除を受けた保証人の負担部分について、他の保証人も免責されると解する。全証拠から債権者が一保証人にだけ免除を与えたと解される場合には、債権者自身がその負担を負うべきであり、一二八五条二項が類推される。⁽³¹⁾

(四) 他の担保についての錯誤

錯誤は、契約の目的の本質に関する場合にのみ、無効原因となる。保証契約においては、保証人が専門家でない場合に錯誤が生ずることが多いが、錯誤の適用要件を充たすことはほとんどない。保証契約の目的は、保証人の債権、主たる債務者が不履行の場合に債権者に弁済すべき金額であり、錯誤が問題となりにくい。保証人が主張できるのは動機の錯誤であるが、契約においてその動機が明示されていなければならない。

それでは、保証人が代位できると期待していた他の担保の有無・価値について錯誤があった場合はどうか。実際に、錯誤無効が認められることはほとんどない。それは保証人が負う危険であると解されているからである。もっとも、担保の存在が契約の「条件」となっているような場合には、錯誤が問題となる余地がある。⁽³²⁾

(ii) 債権者の行為——不作為・過失

二二三四条は、「債権者の行為によって、当該債権者の権利、抵当権および先取特権に対する代位が保証人のためにできないときは、保証人は免責される。」と規定する。保証人が免責されるためには、優先弁済権・担保への代位

の利益を奪われただけでなく、代位できないことが債権者の行為に「帰因」することが必要である。同条の文言からは債権者の「行為」の内容が明らかでないが、債権者の「非行(故意・過失)」「(faute)を意味すると解されている。軽い非行 (faute d'imprudence)でも故意によるものと同様の効果を生じる。担保を減失・減少させるような積極的な行為だけでなく、債権者の単なる「懈怠」(negligence)でも足りる。債権者の「不作為」(omission)でも同条における行為と解される。また、債権者本人の行為だけでなく、その受任者や被用者の行為でもよい。⁽³³⁾

債権者による不作為の事例としては、債権者が担保の登記を怠ったこと、担保の登記の更新を怠ったこと等がある。他方、債権者による担保の解除、担保の順位の放棄、抵当物件の不利な条件での実行、他の保証人の免除等は、担保を減失・減少させる積極的行為に該当する。⁽³⁴⁾

なお、債権者が主たる債務者に対する求償を妨げる情報を保証人に提供することを怠る不作為があったとしても、原則として、二二二四条における債権者の非行とはならないと、初期の学説以来、解されてきた。⁽³⁵⁾ もっとも最近では、「情報提供義務違反」は、契約締結段階においては詐欺、契約存続中においては民事責任が問題となりうる⁽³⁶⁾とされる。しかも、一九八四年三月一日法第四八条において、保証人に対する情報提供義務が課されるに至った⁽³⁷⁾(後述④)。⁽³⁶⁾

担保等の喪失は、債務者、第三者または保証人の行為に帰因する場合が比較的多い。債権者の受任者でも被用者でもない第三者の行為によって担保等が喪失したような場合には、保証人は免責されないと解されてきた。⁽³⁷⁾ この点について、近時の学説には、第三者に対する不法行為責任を問題とすることができるとする説がある。⁽³⁸⁾ 債権者だけでなく保証人にも帰責性がある場合について、学説は分かれていたが、判例は保証人の免責を認めないとした。⁽³⁹⁾

(iii) 損害

二二二四条は、「債権者の行為によって、当該債権者の権利、抵当権および先取特権に対する代位が保証人のため

にできないときは、保証人は免責される。」と規定する。同条の文言によると、その要件は、債権者の行為および権利・担保の喪失であるが、判例・学説は、保証人の「損害」を第三の要件と解している。したがって、喪失された権利・担保が保証人にとって有益でなければ損害は発生せず、保証人は免責されない。たとえば、担保の順位が低いため保証人にとって有益でなく、放棄されても損害が発生しないような場合には、保証人は免責されない。また、保証人を免除して支払能力のある第三者に差し替えた場合、債権者による担保の換価が最高の条件でなされた場合、債権者の行為に帰責性はあるが保証人にとって有益であるため、保証人は免責を主張できない⁽⁴⁰⁾。

③ 効果

(i) 免責範囲——判定基準

保証人は、債権者の行為によって受けた損害の範囲で免責される。喪失された担保によって債務の一部しか弁済できなかった場合、免責額はその担保物件の額までである。係争中の担保が減少し債務の全額を担保できなくなった場合、債権者が担保物を安価で換価した場合も、発生した損害額についてのみ免責される。共同保証人の免除の場合、請求を受けた保証人は、共同保証人の負担部分についてのみ免責される。その保証人の損害の範囲を負担部分と解している。

損害額の算定基準時は、債務者の不履行時であり、保証人に対する請求時ではない。なお、証明責任について、権利・担保の非行による喪失が明らか場合には、債権者が、保証人に損害が発生していないことを証明しなければならぬ⁽⁴¹⁾。

(ii) 免責主張の方法——抗弁

保証人は、二・三・四条の要件を充足しても、法律上当然に免責されることはない。債権者の請求に対して、保証人は「抗弁」(exception)として免責を主張しなければならない。したがって、債権者から請求を受ける前に、免責

を主張することはできない。訴権譲渡の抗弁 (exceptio cedendarum actionum) に由来する方式である。これに対して近時、免責の確認請求を認めるべきであるとする有力説がある。⁽⁴²⁾

(iii) 免除特約

(a) 沿革

初期の学説等においては、二〇三七条（現行三二二四條）は、保証人の代位権に基づく規定であり、合意によって事前に代位の利益を放棄することができる⁽⁴³⁾と解されていた。訴権譲渡の利益の放棄、いわゆる免除特約の問題が注目されたのは、一九六〇年代以降のことである。⁽⁴⁴⁾債権者と債務者との間の継続的取引においては、担保を解除したり新たな債権に担保を付け替えたりすることが必要となる。このような場合に、保証人が二〇三七条による免責を放棄していれば、債権者は自由に担保を運用することができる。免除特約は担保の運用において有益なため、銀行等において取引慣行化していった。⁽⁴⁵⁾

ところが、免除特約の危険性が指摘されるようになる。免除特約は保証契約内に「事前に」記載されている場合が多く、実際には、免除特約は見ることも読むこともされず、その内容も理解されていない。多くの場合、免除特約に署名するのは「非」専門家であり、銀行等に対して署名を拒否することは困難であり、特約条項の修正は受け入れられない、という問題が浮かび上がった。⁽⁴⁶⁾

これに対して、判例は、衡平に反する場合には、その有効性の制限を試みた。免除特約があつたとしても、重い非行 (faute lourde) のある債権者に対しては、保証人は免責を主張できると解した。⁽⁴⁷⁾また、錯誤、詐害の意思 (fraude) 等によって、保証人の免責を認めようとした。⁽⁴⁸⁾しかしそれによって、専門知識・交渉力の乏しい保証人が十分に保護されたわけではない。

(b) 強行法規化後の解釈（一九八四年三月一日法）

そのような状況にあってさらに、立法による保証人保護が進んだ。一九八四年三月一日法第四九条によって、二〇三七条（「債権者の行為によって、当該債権者の権利、抵当権および先取特権に対する代位が保証人のためにできないときは、保証人は免責される。」）に、「これに反するすべての条項は記載されないものとみなす。」との文言が付け加えられた。保証人の保護を目的とする同法第四九条の制定以降、訴権譲渡の利益を契約によって放棄することは無効とされ、二〇三七条（現行三三二四条）は、任意法規ではなく強行法規と変化し、「公序」となった。なお、解釈上、次の問題がある。

まず、強行法規となった三三二四条の「適用時期」が問題となる。強行法規化された三三二四条は、一九八四年法の施行（一九八五年三月二日）「以後」に締結された免除特約のみ適用される。同法の施行前に締結された免除特約には適用されない。したがって、判例が、錯誤、詐欺の意思、非行によって、衡平に反する免除特約を制限した解決方法は意義を失っていない（先述(a)）。

次に、強行法規となった三三二四条が禁止するのは、保証契約時における免除特約であり、保証契約後における担保の操作に保証人が同意することは禁止されない⁽¹⁹⁾。

④ 検討——判例・学説・立法の変化を中心に

(i) 保証契約の「片務性」と担保保存義務——債権者の注意義務の視点から

保証契約の「片務性」を厳格に貫徹すると、保証契約によって義務を負うのは保証人だけであり、債権者が義務を負うことはないことになる。そうだとすると、①三三二四条において、債権者に担保等の保存を義務付けることができるのか、できるとすればそれはどのような性質・内容の義務かが問題となる（先述①(i)）。②近時は保証人保護立法の展開が進み、たとえば、一九八四年三月一日法第四八条（現在のCMFL三三二二条）によって、債権

者に「情報提供義務」が課され、一九九八年七月二九日法によつてその義務が拡張されている。情報提供義務等を債権者に課す新法においても、右①と同様のことが問題となる。⁵⁰⁾

しかし、債権者が課される右の義務は、「消極的」な義務であり、強制執行等の強制力を保証人に与える性質のものではない。その義務内容は、保証契約の反対給付を形成するものではない。債権者の義務（右①②）は、保証人の義務と均衡する義務ではない。片務性は保証の本質とまではいえない。⁵¹⁾

なお、近時の判例・学説においては、一般法 (*droit commun*) の視点から債権者の民事責任 (*responsabilité civile*) を認めるものがある（先述①(ii)(二)、②(ii)）。債権者が銀行である場合が多いため、銀行の契約責任として展開されている。銀行は、債権者として、保証人の立場を悪化させないように配慮する信義則上の義務（情報提供義務等）を負っていると解される。⁵²⁾ 情報提供義務は、保証契約の反対給付を形成するものではない。

(ii) 制度趣旨・法的構成——二二二四條の強行法規化の点から

二二二四條による免責の枠組みを明らかにするために、学説・判例において複数の構成が展開されている。現在は、二二二四條の強行法規化にも対応するかが問題となる。

まず、契約責任説は、債権者は保証人に担保を移転できるように保存する義務を負うとする。二二二四條による保証人の免責を契約責任と構成すると、現行二二二四條が有する強行法規性をうまく根拠付けることができない。次に、保証人は債権者が保証人による代位を保護するという暗黙の条件の下で保証を引き受けしているとすると条件説は、二二二四條の強行法規性を説明することができない。

二二二四條を「法律上の失権」であるとし、債権者に信義則および衡平上の義務を課す説によれば、二二二四條の強行法規性と対応する（先述①(i)）⁵³⁾。

(iii) その他の論点

実務の視点においては、二二二四条に基づく免責請求は保証人によって執拗に主張されるため、判例は同条の適用の対象となる権利・担保を、その性質およびその設定時点によって制限している。また、判例・学説は、同条の第三の要件として保証人の「損害」を付加している。担保の順位が低いため保証人にとって有益でなく、放棄されても損害が発生しないような場合には、保証人は免責されない。また、保証人を免除して支払能力のある第三者に差し替えた場合、債権者による担保の換価が最高の条件でなされた場合、債権者の行為に帰責性はあるが保証人にとって有益であるため、保証人は免責を主張できない。さらに、代位を妨げる債権者の「行為」は「非行（故意・過失）」（faute）を意味すると解されている。担保の喪失・減少に対する故意・過失ではない（先述②(i)(ii)(iii)）。

- (1) 平野裕之「改正経緯及び不動産担保以外の主要改正事項」ジュリー一三三五号三九頁（平一九）等参照。
- (2) A. Colin et H. Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, t. II, 7^e éd., 1932 n° 991.
- (3) Ph. Simler, Cautionnement, garanties autonomes et garanties indemnitaires, 4^e éd., Lextec 2008 n° 794.
- (4) Solange Berant-Robet, La décharge de la caution par application de l'article 2037, Revue trimestrielle de droit civil 1974 312 n^{os} 7-9.
- (5) Ph. Simler et Ph. Delebecque, Les sûretés, La publicité foncière, précis Dalloz, 4^e éd., 2004 n° 260 ; Simler, op. cit., Cautionnement n° 798 ; Ph. Malaurie et L. Aynès, Les sûretés, La publicité foncière, Defrénois, par L. Aynès et P. Crocq, 2^e éd., 2006 n° 281 ; Ph. Simler, la renonciation par la caution au bénéfice de l'article 2037 du Code civil, JCP 1975, I, 2711, n° 9-23.
- (6) M. Plantoi et G. Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. XI, 2^e éd., par R. Savatier 1954 n° 1557. 他方、双務契約性にひいて批判が見られた(MM. Aubry et Rau, Cours de droit civil français, t. VI, 5^e éd., 1920 par Bartin § 429 note 11-5)。
- (7) Simler, op. cit., JCP n° 12-15.
- (8) Baudry-Lacantinerie et Wahl, Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, 3^e éd., 1907 n^{os} 1173-1174.

- (9) Simler et Delebecque, op. cit., n° 261 ; Simler, op. cit., Cautionnement n°s 800 — 808.
- (10) Baudry-Lancantine et Wahl, op. cit., n° 1187 ; Aubry et Rau, op. cit., § 429.
- (11) Simler, op. cit., Cautionnement n° 807.
- (12) Baudry-Lancantine et Wahl, op. cit., n° 1187 ; Aubry et Rau, op. cit., § 429.
- (13) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., n° 1558.
- (14) Baudry-Lancantine et Wahl, op. cit., n° 1188 ; Aubry et Rau, op. cit., § 429 ; Simler, op. cit., Cautionnement n° 802.
- (15) Baudry-Lancantine et Wahl, op. cit., n° 1189. なお字説には「フランス古法は、保証人にだけでなく、連帯債務者にも訴権譲渡の利益を認めつた。この解決は論理的である。ところが、連帯債務者は全額について責めを負っているのではなく、その負担部分についての責めを負っているにすぎず、連帯債務者は他の連帯債務者に対する求償を考慮しており、そのため訴権譲渡の利益を期待してつるからである。」とする分析が見られた (Colin et Capitant, op. cit., n° 993.)°
- (16) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., n° 1558.
- (17) Simler, op. cit., Cautionnement n° 801.
- (18) Simler et Delebecque, op. cit., n° 264 ; Malaurie et L. Aynès, op. cit., n° 283.
- (19) Simler, op. cit., Cautionnement n°s 812 — 815 ; G. Marty, P. Raynaud, et Ph. Jestaz, Les sûretés, La publicité foncière, Sirey, 2^e éd., 1987 n° 620.
- (20) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., n° 1559 ; Colin et Capitant, op. cit., n° 992.
- (21) Simler, op. cit., Cautionnement n° 818.
- (22) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., n° 1559 ; Aubry et Rau, op. cit., § 429 ; Colin et Capitant op. cit., n° 992 ; Simler et Delebecque, op. cit., n° 266 ; Malaurie et L. Aynès, op. cit., n° 284. 権利・担保の時的制限は条件説による構成よりも致す⁹ (Simler, op. cit., Cautionnement n° 824)°
- (23) Baudry-Lancantine et Wahl, op. cit., n° 1179.
- (24) Solange Betant-Robet, op. cit., n° 48.
- (25) Simler, op. cit., Cautionnement n°s 827 — 828 ; Simler et Delebecque, op. cit., n° 266 ; Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°s 283 — 284 ; Marty, Raynaud et Jestaz, op. cit., n° 620.
- (26) Simler, op. cit., Cautionnement n° 829.
- (27) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., n° 1555 ; Mazeaud, Ranouil et Chabas, op. cit., n° 50 — 2 ; Simler et Delebecque, op.

- cit., n° 248 ; Malaurie et L. Aynès, op. cit., n° 264.
- (28) JCP 1986, II, 20576, note Bernard-Henri Dumortier (cass. civ. 1^{re}, 11 juillet 1984).
- (29) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., n° 1555.
- (30) Cass. civ. 13 juin 1939, D. H. 1939, 417. なお、本判決における共同保証人の免除は債権者の「作為」の問題、さらに免責範囲とされた負担部分は「損害の範囲」の問題と関係する (Simler, op. cit., Cautonnement n° 833, 840)。福田誠治「一九世紀フランス法における連帯債務と保証 (一)」北法四七巻六号一七〇〇頁 (平九) 参照。
- (31) Simler et Delebecque, op. cit., n° 248 ; Malaurie et L. Aynès, op. cit., n° 264.
- (32) Malaurie et L. Aynès, op. cit., n° 213 ; Simler et Delebecque, op. cit., n° 87 ; Mazeaud, Ranouil et Chabas, op. cit., n° 26 ; Marty, Raynaud et Jestaz, op. cit., n° 581 - 582.
- (33) Simler, op. cit., Cautonnement n° 830 - 831 ; Simler et Delebecque, op. cit., n° 267.
- (34) Simler, op. cit., Cautonnement n° 833 - 834 ; Simler et Delebecque, op. cit., n° 267.
- (35) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., n° 1560 ; Baudry-Lancantinierie et Wahl, op. cit., n° 1176.
- (36) Simler, op. cit., Cautonnement n° 816, 834 ; Marty, Raynaud et Jestaz, op. cit., n° 619.
- (37) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., n° 1560 ; Baudry-Lancantinierie et Wahl, op. cit., n° 1177.
- (38) Simler, op. cit., Cautonnement n° 837.
- (39) Baudry-Lancantinierie et Wahl n° 1176 ; Aubry et Rau, op. cit., § 429 note 13 ; Planiol, Ripert et Savatier, n° 1560 ; Simler, op. cit., Cautonnement n° 832.
- (40) Simler, op. cit., Cautonnement n° 838 ; Simler et Delebecque, op. cit., n° 268 ; Malaurie et L. Aynès, op. cit., n° 286.
- (41) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., n° 1561 ; Baudry-Lancantinierie et Wahl, op. cit., n° 1181 ; Simler, op. cit., Cautonnement n° 839 - 840 ; Simler et Delebecque, op. cit., n° 268.
- (42) Baudry-Lancantinierie et Wahl, op. cit., n° 1180 ; Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., n° 1562 ; Simler, op. cit., Cautonnement n° 797.
- (43) Baudry-Lancantinierie et Wahl, op. cit., n° 1186 ; Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., n° 1560.
- (44) Simler et Delebecque, op. cit., n° 262 ; Simler, op. cit., Cautonnement n° 809 ; Malaurie et L. Aynès, op. cit., n° 291.
- (45) Simler, op. cit., JCP n° 41.
- (46) Simler, op. cit., JCP n° 24, 29 ; Solange Berant-Robet, op. cit., n° 24 ; フランスの経済状況からの立法動機の分析 (大澤

- 慎太郎「フランス担保保存義務の法的構造(2)」法研論集(早大大学院)一二四号三〇頁(平二二)参照。
- (47) Cass. civ. 16 octobre 1979, DS 1980, IR 212.
- (48) Simler et Delebecque, op. cit., n° 262; Simler, op. cit., JCP n°s 35, 41, 44.
- (49) Simler, op. cit., Cautionnement n°s 809—810; Simler et Delebecque, op. cit., n° 262; Malaurie et L. Aynès, op. cit., n° 291; Marty, Raynaud et Jestaz, op. cit., n° 619; Mazeaud, Ranouil et Chabas, op. cit., n° 40.
- (50) Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°s 296—297; Simler et Delebecque, op. cit., n° 59; Marty, Raynaud et Jestaz, op. cit., n° 619; 松岡久和「保証論」(シムレール教授「債權讓渡から契約讓渡へ」「新たな人的担保」姫路獨協大学フランス民法セミナー報告——債權法および担保法を中心として(池田真朗・松岡久和)法時六六卷一二号一〇一頁(平二二)、「能登真規子」フランス倒産法における保証人の法的地位(1)彦論三五—号一四七頁(平二六)、大澤慎太郎「フランスにおける保証人の保護に関する法律の生成と展開」比較法学(早大比較研究所)四二卷一—号六七頁、三号三六頁(平二二)参照。
- (51) Simler et Delebecque, op. cit., n° 59; 能登・前掲注(50)論文三五三—号一三八頁(平一七)。
- (52) Malaurie et L. Aynès, op. cit., n° 294; Simler, op. cit., Cautionnement n° 816; Mazeaud, Ranouil et Chabas, op. cit., n° 41; 大澤・前掲注(46)論文一二四号四〇頁以下参照。
- (53) Simler et Delebecque, op. cit., n° 260; Simler, op. cit., Cautionnement n°s 798, 809—810; 山野目章夫「フランス民法典二〇三七の一九八四年における変容」比較法雑誌一九卷二号一一七頁以下参照(平七)。