

担保保存義務に関する一考察

——沿革的・比較法的考察(七)——

辻 博 明

- 一 はじめに——問題設定
- 二 ローマ法
 - (1) 保証制度の「推移」——担保保存義務制度の視点から
 - (2) 担保保存義務制度の「起源」とその継受——問題点の整理
- 三 フランス法
 - (1) フランス古法——ポティエの主張を中心に (以上本誌六一巻一号)
 - (2) 立法趣旨
 - (3) フランス民法——制度の本質、要件・効果(現行三三二四条)、近時の変化 (以上本誌六一巻二号)
- 四 ドイツ法
 - (1) ドイツ民法典成立前の概要 (以上本誌六一巻一号)
 - (2) 立法趣旨
 - (3) ドイツ民法——制度の本質、要件・効果
 - ① 制度の本質 (以上本誌六一巻二号)
 - (i) 制度趣旨・法的構成
 - (ii) 免責対象者
 - ② 免責の要件
 - ③ 効果
 - ④ 整理・検討——フランス法との比較 (以上本誌六一巻四号)

五 スイス債務法

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

(2) 立法趣旨

① 保証法改正の原理的問題——改正の必要性・理念・体系、情報提供義務

(i) 改正の必要性

(ii) 理念・体系、情報提供義務

② 債権者の注意義務をめぐる議論——見解の対立とその要因

③ 共同保証をめぐる問題——立法草案四九七条四項

④ 整理・検討

(以上本号)

五 スイス債務法

(2) 立法趣旨

スイスにおいては、旧スイス債務法(一九二一年法)後における経済恐慌等を経て、旧債務法における保証規定の改正を求める議論が展開されている。以下では、保証法改正の原理的問題、債権者の注意義務、共同保証をめぐる問題を中心に、一九四一年法の立法過程における議論を分析することにする。

① 保証法改正の原理的問題——改正の必要性・理念・体系、情報提供義務

(i) 改正の必要性

まず、保証法を改正する必要性があるのか、従来のスイス債務法の規定では十分に対応できないのかについて、

次のような議論が展開されている。

当時のスイスにおいては、統計上その範囲・程度は明らかでないが、保証をめぐる多くの事案において深刻な問題が生じていることは疑いの余地がない。保証をめぐる訴訟件数が増加しており、保証に関係する破産等の事案が増加しており、法改正を求める提案・要望がなされていた。しかしその一方で、法改正までは必要がないとの反論が見られた。保証人の危機は経済恐慌によるところが多く、また、すでに債務を負っている保証人は法改正によって救済されることはない。それに対応する別の救済策によるべきであるとする反論である。

これに対して、次のような主張がなされている。保証人は全財産の何倍もの債務を負っている場合が多く、その給付能力を超えていることは無視できない。破産債務者は、その債務の数および額を十分に把握することなしに、複数の継続的な保証を引き受けている場合が多い。しかも、保証人は相互に保証しあっていることが悲惨な結果を生じる。村落の住民の多くは、保証などによって相互に運命共同体として縛り付けられており、債務者が支払不能となると、その影響は村全体に及ぶことになる。立法者が見逃せない問題は、保証制度の濫用である。保証を引き受ける者にその危険について注意を促し、経験のなさ (Unerfahrenheit)・軽率性 (Leichtgläubigkeit)・情誼性 (Gutherzigkeit) から保証人を保護することが課題であるとされる。近時の厳しい経験から教訓を得て、保証の引受に慎重になる者もいると考えられるが、そのことがすべての者に妥当するわけではない。また、景気の回復とともに、そのような経験は忘れさられる。債務者から保証の引受を依頼された者が、単なる形式にすぎないと思つて署名する場合がある。このような場合には、保証法の改正による救済が効果的である。スイスにおいては、保証による信用貸しが諸外国よりも一般化している。これは、スイスの社会的特性によるものと考えられるが、法改正による保証人の多様な保護が必要である。スイス法律家協会 (Der Schweizerische Juristenverein) は、法改正に賛成している (一九三五年九月九日総会¹⁾)。

(ii) 理念・体系、情報提供義務

スイスにおける当時の経験から、保証法の改正の方向性は明らかとなっていた。それは、保証人の保護の必要性である。しかし改正において、立法者は、保証が当時の経済において有する意義に注意すべきであるとされる。保証人を保護しすぎると、保証人は免責され債権者が担保を失うことになり、経済全体に損害が生じるからである。スイスにおいて、保証はなくてはならない制度となっている。多くの銀行取引において保証が設定されており、保証がなければかなりの信用貸しが減少することになる。保証は多くの企業活動を維持し、国民生活に活力を与えている。保証人に対して請求がなされる場合、合理的な範囲にとどめられるべきであるとされる。

保証は親しみやすく最も古い信用手段であり、その必要性は変わるところがない。保証人の責任の軽減は進んできた。その方針で進むことになるが、限度を超えてはならない。保証による合意内容は守られなければならない。そうでなければ、取引上の信用が害されることになる。その際、対立する利益の調整が問題となる。保証人に不当な給付を負わせることはあってはならないが、その一方で、保証が有益で実務上重要な信用制度であることを忘れてはならない。したがって、保証人が、契約の前に、その負担の重さおよび危険の程度について明確に説明を受けられるような配慮が求められる。そのような説明があれば、軽率な保証を避けることができる。保証は著しい危険性をともなうが、保証人がその負担の範囲を十分に知って保証を引き受けた場合には、保証人に全額の負担を求めても不当ではない。

立法草案は、国民経済における保証への期待を害することなく、保証人の立場を改善することを目的とする。これは、保証の成立要件の厳格化、特に要式性の導入や保証能力の制限によって、また、保証債務の軽減によって、さらに、一定の要件の下での保証人の免責、求償権の強化によって達成される。保証人の保護規定が強行法規とされるかどうか、検討される必要がある。

従来の体系によって、大きな問題は生じていないが、求償規定と保証の消滅規定が保証法の後部に移された。また、保証人の責任と権利に関する規定が分けて規定されるようになった。新法は旧法よりも規定が詳細となっているが、条文の数に変更はないため、各条項の規定内容が多くなっている。⁽²⁾

なお、保証人が主たる債務者の財産関係について知らされていたならば、誤った保証はなされないと考えられる。情報提供と保証の有効性が問題となる。現行法においては、債権者の保証人に対する「一般的」な調査・通知義務は存しない。しかし、判例によれば、債権者は、欺罔の意図をもって誤った評価を保証人に引き起させることは許されないと解されている。実務においては、保証人は、情報提供があるまで保証引受の署名を拒否することによって、債権者に情報の提供を迫ることができる。そこで、法改正専門委員会において、債権者の保証人に対する情報提供義務は否決された。なお、銀行において、情報提供サービスが任意に行われている。銀行の秘密が考慮されており、情報提供の義務化は問題とならないとされる。⁽³⁾

② 債権者の注意義務をめぐる議論——見解の対立とその要因

そこで、以下においては、担保等に対する債権者の注意義務をめぐる議論を辿ることとする(時系列)。この債権者の注意義務は、立法過程において最後まで見解の対立が見られた重要な問題である。見解の対立を生ずる要因・背景をも分析することにする。

まず、Bundestratの報告によると、保証の引受後に設定された担保が返還された場合(立法草案五〇二条一項)において、次のような問題が生じるとされた。一九一一年に債務法が改正されるまでは、保証の引受後に設定された担保を減少させることも禁止されていた。しかし、次のような不都合な問題を生じた。というのは、銀行において一般に、特定の債務のために設定された担保(Pfand)はその主たる債務者の他の全ての債務をも担保する旨の条

項 (Kausel) が用いられていたからである (傍線筆者・以下同様)。例えば、銀行が保証による信用貸しを行った後、先の条項を付けて動産質による貸付を行った場合に、銀行は、保証による信用貸しが存続しているにもかかわらず、その保有する有価証券を返還すれば責めを負うことになる。この条項は、担保の設定者に非常に不利に作用する。このような弊害を是正するために、一九一一年において、「(保証の引受後に獲得され) かつ専ら (ausschliesslich) 被保証債権のために定められた (他の担保を保証人の不利益に減少させる場合)」という文言が挿入された。しかしその後、一つの担保が複数の個別に (speziell) 指定された債権のために明示的に設定された場合に、十分な対応ができるかが問題となった。その文言を厳密に解すれば、債権の消滅を生ずることなしに、担保の返還や差し替えをすることができると解しうる。しかし、判例によれば、先の文言は、「個別に (speziell) 被保証債権のために定められた」という場合と同様に解されなければならないとされた。そこで、第一草案においては、その趣旨に沿った修正がなされた。保証による信用貸付を考慮すると、この提案が支持されるべきであるとされた。⁽⁴⁾

次に、Nationalrat においては、明確な見解の対立が見られる。多数意見によると、次のような主張がなされている。本審議会において、speziell という文言を削除し一八八一年の旧規定に戻すとする提案がなされている。一方、Bundesrat と審議会の少数意見は、この提案によると、保証がまだ存続している間に、主たる債務者によって他の担保が提供された場合、債権者はその担保を減少させることができないとして、担保が個別に (speziell) 被保証債権のために定められた場合にのみ、債権者の注意義務を承認すると主張している。しかし、この主張にしたがって speziell という文言が挿入されると、銀行は担保を返還できるようになるため、保証人は他に担保があることを期待することができなくなり、多大な損害を受けることになる。そこで、専門委員会 (一四対三) および審議会 (一〇対四) は、speziell という文言を削除することとした。債権者に対して、被保証債権のための担保の保存を求めることができることは明らかである。そこで、審議会の多数意見と専門委員会の見解に賛成すると主張した (Huber

おまへ Abey の主張)。

これに対し、Nationalrat の少数意見は、speziell という文言を残すように提案した。旧法の文言は、多数意見の主張するような内容であった。しかし、債務者が保証の引受後に新たな債権のためにさらに担保を提供した場合に、担保は債務者の全ての債務を担保する旨の条項が付されたとき、その担保を放棄することが許されなくなる。このような問題に対応するため、ausschliesslich という文言を挿入する意見が出され、一九一一年に両 Räte において承認された。一方、判例は、この原則を緩和し、ausschliesslich という文言は文字通りに解する必要はなく、speziell を意味すると解すれば十分であるとした。したがって、保証債権と併存して他の債務関係のためにも担保が提供されている場合でも十分である。ただし、少なくとも、その保証債権が個別に (speziell) 挙げられていなければならぬ。第一草案においては、判例を考慮して speziell という文言が挿入された。しかし、専門委員会は、旧法の文言に戻すことを可決した。それにも関わらず、司法省は、個別に保証債権を挙げて担保が提供されている場合にのみ、その保証人の免責を認めるとした。一九一一年の改正がなされた理由は、旧法の文言に大きな問題があつたからである。銀行実務においては、いわゆる包括的条項 (Generalklausel) が用いられており、最初に担保が設定された債権だけでなく、既存の全ての債権について責めを負うことになる。これは、正当にして合理性を有する。この包括的条項に反対するのであれば、保証法の改正においてではなく、動産担保法の改正において考慮されなければならない。保証人は、その条項によって利益を受ける場合もある。また、銀行の秘密により、他の担保の存在を保証人に告げることは禁止されており、担保が個別に設定されていなければ、保証人は担保の設定について知らないはずである。しかし、多数意見によると、保証人が担保の設定について全く知らなかった場合でも、銀行等の信用供与者は担保を減少させることが許されない。多数意見が採用されれば、銀行等は保証の引受後の担保を明示的に排除しなければならないとされた (Miller-Amriswil の主張)。採決の結果、審議会の多数意見が七三対二三

で可決された⁽⁵⁾。

しかし、Ständerat の審議会は、Nationalrat が *speziell* という文言の削除を決定したのに対して、その文言を挿入する案を發議した。これによって、銀行は、実務において一般化している包括的担保条項 (*generelle Pfandklausel*) を再び用いることができることとされた (Iten の主張)。採決の結果、この發議が可決された⁽⁶⁾。一方、この決定の送付を受けた Nationalrat は、審議会の多数意見を可決した⁽⁷⁾。

兩 Rat においつこのような見解の対立がある中、Ständerat においては、Nationalrat の見解によって *speziell* という文言を削除すると、銀行は、実務では包括的担保条項が用いられているため、全ての担保に対して注意義務を負うことになり、その取引に支障が生じるとされた。その上で、外来語である *speziell* に代えて、ドイツ語である同旨の *eigens* を採用するとされた (Iten の主張)。一方、Nationalrat の見解を支持する主張も見られたが (Klönig の主張)、Ständerat においては、*eigens* という文言を挿入する提案が一八対四で可決された⁽⁸⁾。

これに対して、Nationalrat の多数意見は、*eigens* という文言を挿入すべきであるとする Ständerat の決定は受け入れられないとした。保証人が担保の存在を知っているか否かに関わらず、銀行は、保証人に不利益となる権利放棄をすることはできないと主張した。もともと、今回の審議会においては、Nationalrat の従来決定に対する賛否が同数となり (七対七)、多数意見を形成することができなかったとされた (Huber および Aebly の主張・報告)。一方、Nationalrat の少数意見は、それまでの主張に加えて、保証法の重要部分が強行法規性を有することになり、多数意見の内容が承認されれば、保証契約においてその内容を変更することができなくなり、担保の放棄ができなくなる⁽⁹⁾と主張した (Müller-Amiswil の主張)。採決の結果、従来の Nationalrat の見解が七五対四〇で可決された⁽⁹⁾。

これに対して、その後も、Ständerat においては、実務に及ぼす先の問題点が主張された (Iten の主張⁽¹⁰⁾)。それを受けた Nationalrat において、次のような報告・主張がなされた。審議会は、Ständerat の見解を決して正当である

とは認めないが争いを回避するため、それに同意した。そこで、審議会の名において Sänderat に同意する旨の発議を行うとされた (Huber および Aedy の報告・主張)。採決の結果、全会一致で承認された。¹¹⁾

なお、草案においては、従来の規定よりも債権者が注意義務を負う「担保」を明確にするため、新たに優先権 (Vorzugsrecht) が挙げられている (立法草案五〇二条一項)。それには、留置権等も含まれるとされた。¹²⁾

③ 共同保証をめぐらる問題——立法草案四九七条四項

旧スイス債務法四九七条三項 (一九二一年法) は、「保証人が、同一の主たる債務につき他の保証人も責めを負うという債権者に認識可能な前提において、保証を引き受けた場合、保証人は、この前提が生じないときは、免責される。」と規定していた (先述①②iii)。この規定の改正をめぐって、次のように、免責要件の明確化・補充および免責効果の類型化が議論されている。

まず、Bundestrat の報告によると、草案においては、判例に基づく補充がなされている (立法草案四九七条四項)。それゆえ、共同保証人の一人が保証の引受後に免責される場合は、当初予定された共同保証人の一人が責めを負わない場合と同様に扱われるべきであり、その場合においても、他の全ての共同保証人は免責されるべきであると考えられた。これに対して、専門委員会において、他の全ての共同保証人が全部免責されることは公正でない場合があるという反論がなされた。この点については、草案の後半の文言を、「…保証を引き受けた場合、保証人は、この前提が生じないとき、または、保証人の一人が保証の引受後に債権者によって免責されるとき、適切な範囲についての一部免責だけでは公正でない限り、免責される。」とすることによって考慮できるとされた。また、第一草案は、共同保証人の一人の債務が保証の引受後に無効と宣告され、当事者がその瑕疵を知りまたは知り得なかった場合にも、免責を認めるとしていた。しかし、専門委員会は、共同保証人の一人の署名が無効であることを理由に全ての

保証人を免責すると公正でない場合が生じる可能性があるとした。そこで、裁判官は、他の全ての共同保証人の全部免責とすべきか一部免責に止めるべきかを決定しなければならぬとされた。¹³⁾

次に、Nationalratにおいて、右の立法草案(同条四項)について、審議会から、「保証人が、同一の主たる債務につき他の保証人も責めを負うという債権者に認識可能な前提において、保証を引き受けた場合、保証人は、この前提が生じないとき、保証人の一人が保証の引受後に債権者によって免責されるとき、または、その保証が無効と宣告されるとき、免責される。後者の場合、裁判官は、公平を要するときは、適切な範囲についての一部免責のみを認めることができる。」とする提案がなされた。審議会の提案について、次のような主張が見られる。共同保証人が免責される要件の明確化が求められる。先の債務法改正において、実務上すでに形成された準則が採用され明文化された。それは、他の保証人も責めを負うという前提が生じない場合、保証人は免責されるとする準則である。この方針は、本案においてさらに展開され、債権者が保証の引受後に共同保証人の一人を免責する場合においても保証人の免責が生じるとされている。審議会は、同様に、保証が無効と宣告される場合にも保証人の免責が生じるとする案を發議している。債権者は、保証人と同様に、保証の無効宣告について帰責性のないことが多い。そのため、この場合は特別な取り扱いを要する。事情によっては、債権者にそのような無効宣告の全ての結果を負わせ、既存の保証人に対する全ての請求権を失効させることは、不公平となる可能性がある。審議会の發議によって、この場合には、公平を要する限り、裁判官は、適正な範囲についての一部免責のみを認めることができるとすべきであるとされた(HuberおよびAebyの主張)。採決の結果、本案は承認された。¹⁴⁾

Nationalratの決定を受けたStänderatは、その決定に賛成するとして審議会の發議を承認した。¹⁵⁾その後、条文の表記(仏語)の一部修正を経て、両Ratにおいて承認された。¹⁶⁾

④ 整理・検討

スイス債務法（一九四一年法）の立法過程においては、保証法の改正論議が中心となっている。その背景には、経済恐慌による保証をめぐる深刻な問題の増加がある。保証の経験がなくその危険性を理解せずに軽率に情誼から保証を引き受ける者を「保護」することが課題とされ、法改正の必要性が主張されている。しかしその一方で、保証人を保護しすぎると、「経済」全体に損害が生じるとし、対立する利益の「調整」が議論されている。特にスイスにおいては、保証が有益で実務上重要な信用制度であることが主張されている。そこで、保証人が契約前にその負担の重さ・危険の程度について明確な「説明」を受けることができれば、軽率な判断を避けることができるとし、保証人がその負担について理解して契約をした場合には、保証人に全額の負担を求めるといって主張されている。なお、債権者の保証人に対する情報提供の義務の一般化には慎重な姿勢が見られ、銀行実務の運用に委ねられている。

一方、債権者の担保等に対する注意義務（立法草案五〇二条一項）については、活発な議論が展開されている。そこで具体的な争点になっているのは、*speziell*（最終案における *eigene*）という文言を削除するかどうかであるが、見解の実質的な対立は、債権者がどの担保に対して注意義務を負うか、すなわち、債権者の注意義務の「範囲」にある。*Nationalrat*の当初の決定によると、債権者（金融機関）は全ての担保について注意義務を負うことになるが、*Ständerat*の見解によると、その注意義務の範囲は限定されることになる。

このような見解の対立が生ずる背景には、スイスの銀行実務において一般化していた包括的担保条項の存在がある。この条項が付された貸付においては、担保が特定の債権のために設定された場合でも、その担保は他の全ての債権をも担保することになる。そのため、債権者は担保を放棄することが難しくなるという問題がある。担保が個別に（*speziell*）設定された場合には、保証人はその担保について通知を受けている。したがって、保証人はその担保を期待している可能性がある。これに対して、包括的担保条項による担保の場合には、保証人はその担保の存在

を知らないのが通常である。しかし、Nationalrat の当初の見解によると、保証人が担保について知らなかった場合でも、債権者は担保を減少させることができなくなる。両 Rat において見解の対立が続いたが、債権者の注意義務を拡大すると取引に支障が生じること等から、最終的には、Nationalrat が Ständerat の主張に譲歩する形で可決・承認されている。なお、右の包括的担保条項をめぐる議論は、わが国において多用された担保条項をめぐる問題と無縁ではない（いわゆる「共通担保条項」¹⁷⁾）。

次に、共同保証人については、旧スイス債務法四九七条三項（一九一一年法）において免責特則が導入されている。しかし、先述の改正審議（一九四一年法）においては、さらに、判例に沿って、共同保証人の一人が保証の引受後に債権者によって免責される場合、共同保証人の一人の債務が保証の引受後に無効と宣告される場合にも、他の保証人は免責されるとし、免責要件の詳細化・明文化がなされている（改正法の方向性）。また、後者の場合には、保証の無効宣告について債権者に帰責性のないことが多いとして、全部免責を認めるか否かという all-or-nothing の判断形態に限定するのではなく、裁判官が個別に「一部免責」のみを決定できる方式を導入している。

- (1) Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zur Revision des Bürgschaftsrechts vom 20. Dezember 1939 (= Botsch. 39), SS. 844–847.
- (2) Botsch. 39, SS. 847–850.
- (3) Botsch. 39, SS. 866–868.
- (4) Botsch. 39, SS. 889–890.
- (5) Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat, 1940 (= NatR. 40), SS. 145–149.
- (6) Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat, 1940 (= Ständer. 40), SS. 410–411.
- (7) NatR. 40, SS. 691–697.
- (8) Ständer. 41, S. 142.

- (9) NatR. 41, SS. 216-220.
- (10) Ständer. 41, SS. 175-176.
- (11) NatR. 41, S. 331.
- (12) Botsch. 39, S. 889; NatR. 40, S. 146; Ständer. 40, S. 411.
- (13) Botsch. 39, S. 885.
- (14) NatR. 40, SS. 134-136.
- (15) Ständer. 40, S. 407.
- (16) NatR. 40, S. 691; NatR. 41, SS. 12-13, 445; Ständer. 41, SS. 141, 267.
- (17) 拙稿「担保保存義務に関する一考察——判例・学説の推移（四）」岡法五七卷二号四七二頁（平一九）。