

論
説

担保保存義務に関する一考察

——沿革的・比較法的考察（二七）——

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―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

(2) 立法趣旨（以上本誌六二巻一号）

(3) ドイツ民法——制度の本質、要件・効果

① 制度の本質

(i) 制度趣旨・法的構成（以上本誌六二巻二号）

(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 (以上本誌六二卷四号)

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、共同保証をめぐらる問題

(以上本誌六三卷一号)

(2) 立法趣旨

(以上本誌六三卷二号)

(3) スイス債務法(一九四一年法)——債権者の保証人に対する注意義務の拡大・強化、義務の性質、担保保存義務、共同保証をめぐらる問題

義務、共同保証をめぐらる問題

① 債権者の注意義務——保証人に対する注意義務の性質・拡大・強化 (以上本誌六三卷四号)

② 債権者の担保保存義務——五〇三条一項の意義、要件・有力説の主張、効果

③ 共同保証をめぐらる問題——四九七条三項の特則、特約、錯誤等

④ 整理・検討 (以上本誌六四卷一号)

六 オーストリア民法

(1) 立法趣旨

(以上本誌六四卷二号)

(2) オーストリア民法——債権者の保証人に対する注意義務の拡大・強化、義務の性質、債権者の懈怠、物的担保の放棄、共同保証をめぐらる問題

担保の放棄、共同保証をめぐらる問題

① 債権者の注意義務——保証人に対する注意義務の性質・拡大・強化、消費者保護・銀行の守秘義務

② 債権者の注意義務の現れ・根拠——債権の取立上の懈怠 (以上本誌六五卷二号)

③ 債権者による物的担保の放棄(二三六〇条) (以上本誌六六卷二号)

④ 共同保証をめぐらる問題(二三六三条) (以上本誌六七卷二号)

七 むすび——「債権者の注意義務」の視点からの分析

① 担保保存義務制度の起源・その展開・メカニズム

② 近代法典における債権者の保証人に対する注意義務の状況

③ 債権者の保証人に対する注意義務をめぐらる解釈・法的構成・位置付けの変化 (以上本誌六八卷二号)

④ 要件論の原理部分とその変化——債権者の保証人に対する義務の性質・位置付けから

(a) 免責対象者——免責制度の「中核」となる保護対象者はだれか

(b) 債権者の帰責事由の要否・内容——帰責事由の類型・推移

(c) 担保の喪失等による保証人の損害——保証人による「求償結果」を考慮するか（以上本誌六九卷二号）

(d) 担保・権利の「時的範囲」及び「設定者」

(e) 保存すべき担保・権利の類型

(f) 共同保証人の救済——特別の救済制度（スイス債務法四九七条三項、五〇四条）の導入の意義

⑤ 効果論の原理部分とその変化——債権者の保証人に対する義務の性質・位置付けから（以上本誌六九卷四号）

(a) 効果の発生方式——保証人による主張・抗弁の要否

(b) 効果の内容・性質——免責・損害賠償・拒絶権

(c) 免除特約の効果——保証人による権利放棄の可否、解釈による権利放棄の制限、強行規定の導入

（以上本号）

七 むすび——「債権者の注意義務」の視点からの分析

⑤ 効果論の原理部分とその変化——債権者の保証人に対する義務の性質・位置付けから

(a) 効果の発生方式——保証人による主張・抗弁の要否

債権者が保証人に対する義務に違反した場合、その効果はどのようにして発生するか、法律上当然に発生するか。それとも保証人による主張が必要か。もし主張を要するとすれば、債権者の請求に対する抗弁として主張するか。保証人はどのような内容の主張をしなければならないか。

法が保証人に与える利益として、訴権譲渡の利益があった。もし保証人が弁済をすれば、債権者が有する全ての権利・訴権・抵当権、主たる債務者等に対する権利に代位することを、債権者に求めることができる利益である。

それでは、債権者が自己の行為によって他の債務者に対する訴権を譲渡できなくなった場合、保証人の免責効果は法律上当然に発生したのだろうか。

まず、(i)ポティエは、債権者が自己の行為によって保証人に訴権を譲渡することができない場合、保証人は、訴権譲渡の「抗弁」によって、債権者の請求を「拒む」ことができるとする解釈を展開した。したがって、共同保証の場合は、債権者が共同保証人の一人を免除したことによって、免除を受けた保証人に対する訴権を他の保証人に譲渡することができなくなったとき、債権者は、訴権の譲渡がなされていたならば他の保証人が求償することができた範囲について、訴権譲渡の抗弁によって、請求をすることができなくなると解された(仏古法)(本稿三①②)。

一方、(ii)注釈学派は、ローマ法における訴権譲渡の義務から、過失のある債権者に対する「永久的抗弁」を生み出した。これによって、特に債権者が債権の取り立て等における過失によって訴権の譲渡ができなくなった場合、保証人は給付「拒絶権」に基づく反論が認められた。さらに、(iii)後期普通法において、保証人の免責を、次のように根拠付ける説が登場した。ローマ法において認められていた検索の利益の効果から、債権者が自己の過失によって主たる債務者から弁済を受けることができない場合、保証人は免責されるとする説が主張された。このような場合、検索の抗弁は、延期的抗弁ではなく永久的抗弁であるとされた(本稿四①①)。このように、免責効果をめぐる解釈の展開によって、その抗弁を認める判断をするために当事者による「援用」が必要かどうか、その抗弁はその権利の実行を阻止する主張か、債権者の権利の有無に影響を与えるものが次第に明らかになる。

このように、免責効果をめぐる萌芽的解釈の展開を受けて、その後、フランス民法・ドイツ民法などの近代法において、免責効果及びその発生方式がさらに明確になっていく。

まず、フランス民法二〇三七条の立法過程においては、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。したがって、債権者がその権利及び抵当権に保

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とし、これを受けて成立したフランス民法二〇三七条(現行二二一四条)も、「債権者の行為によって、当該債権者の権利、抵当権及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。それでは、免責の効果はどのようにして発生するのか。この点について、同条の要件を充足しても、免責の効果は法律上当然には発生しないと解されている。債権者の請求に対して、保証人は「抗弁」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(本稿三(3)③(ii))。

また、スイス債務法五〇三条一項(一九四一年法)は、「債権者が、保証の引受の際に存在した、または主たる債権者によってその後獲得されかつ個別に被保証債権のために定められた物的担保またはその他の担保及び優先権を保証人の不利益に減少させる場合、保証人の責任は、損害がその減少額より少ないことが証明されない限り、その減少に応じて減額される。不当利得の返還請求をすることができる。」と規定する。保証人は、債権者が担保保存義務に違反した場合に、その債権者から請求を受けたとき、「抗弁」(Einrede)として、その責任の減額を主張することができる(同条一項一文)。保証人が自己に免責の抗弁があることを知らずに債権者に弁済した場合には、不当利得の返還請求をすることができる(同条一項二文)(本稿五(3)②(iii))。したがって、保証人は、債権者が担保を保証人の不利益に減少させたこと、どの範囲において担保が減少したかを証明すれば足りる。これに対して、損害が発生していないこと、または損害額がそれより少ないことの証明は、債権者が負う。

さらに、オーストリア民法においては(i)一三六四条は、「保証人は、債権者が弁済を請求しなかった場合においても、債務者の弁済期の経過によって、免責されない。ただし、保証人は、債務者の同意を得て保証した場合には、債務者に担保の提供を請求する権限を有する。債権者も、債権の取立てを怠ったことによって保証人が損害を負う

限りにおいて、保証人に対して責めを負う。」と規定する。すなわち、保証責任は、債権者が債務の弁済期後にその履行を請求しなかった場合でも、消滅しない(同条一文)。しかしそれでは、保証人は、その責任を免れることができず、債権者にその債権の取立てを義務付けることもできない。もつとも、債権者の債権の取立てにおける懈怠があると保証人の求償権を侵害するおそれがあるため、保証人の保護を講じる必要がある。そこで、保証人は、懈怠のある債権者に対して、その受けた損害の賠償を請求することができる(同条二文)、とされる。(a)債権者から訴えを提起された場合には、保証人は、それに対して債権者に対する損害賠償請求権を「抗弁」(Einrede)として主張することができる。債権者が保証人に訴求した時点においてすでに、主たる債務者が支払不能に陥っており保証人の求償が不成功に終わることが確定しているような場合である。また、(b)保証人は、損害が事後に判明するような場合には、債権者に対して損害賠償請求の「訴え」を提起することができる。なお、債権者が懈怠したことの証明責任、また、主たる債務者は債権者による遅滞がなければ弁済していたであろうこと、債権者による保証人への適時の請求がなされていれば保証人の求償権は効を奏したであろうこと(因果関係)の証明責任は、保証人が負う(本稿六②(a))。また、(ii)一三六〇条は、「債権者は、保証の履行以前において、その保証以外に、主たる債務者または第三者によって物的担保が提供されている場合においても、定められた手順に従って保証人に請求することができる。ただし、債権者は、保証人の不利益に物的担保を放棄する権限を有しない。」と規定する。保証人は、同条に基づいて、その物的担保を求償権の満足を得るために行使できなくなったことによって受けた損害の賠償を債権者に対して請求できると解されている(通説)。(a)保証人は、「訴え」を提起することによって右損害賠償請求権を行使することができるが、(b)債権者から支払の請求を受けた場合には、保証人は、その請求に対して「抗弁」(Einrede)を主張することもできる。なお、損害を生じる債権者の行為、放棄された担保物権の価値についての証明は、保証人に課される(本稿六②③)。

最後に、ドイツ民法草案は、債権者が主たる債権に付加されその担保に供された従たる権利（優先権、質権及び他の保証人に対する権利）を放棄した場合、保証人は、債権者が弁済を受けた際にその権利が保証人に移転しそれから賠償を受けることができた範囲において、債務を免れるとし（第一草案六七九条、第二草案七一五条）（本稿四②）、これを受けて成立したドイツ民法七七六条一文は、「債権者が債権と結合する優先権、債権のために存する抵当権若しくは船舶抵当権、債権のために存する質権または共同保証人に対する権利を放棄する場合、保証人は、放棄されたその権利から七七四条によって賠償を受けることができたであろう限度において責めを免れる。」と規定する。もつとも、同条一文による免責の効果は、債権者による担保権等の放棄によって法律上当然に生ずるのではなく、権利消滅的「抗弁」(Einwendung) によるとされる。なお、保証人が債権者による担保権等の放棄を知らずにその債務を履行した場合、保証人は、放棄された担保権等から七七四条によって賠償を受けることができたであろう限度において、債権者に対して「返還請求権」を有すると解される（本稿四③④(ii)）。

以上のことから、(i)債権者が保証人に対する義務に違反した場合、免責効果は、法律上当然に発生するのではなく、保証人の「抗弁」によつてることが窺える。免責効果の発生について抗弁方式が採用され、その内容に関する緻密な議論が展開されているのはなぜか、その効果の制度設計においてどのような意味を有するかが問題となる。(ii)保証人による抗弁によつて、具体的にどのような効果が発生するのか。(a)その抗弁は、債権者には権利が存在するが、債権者が権利を行使できない状態にする「拒絶権」を保証人に与える効果を有するのか。(b)それとも、その抗弁は、債権者の権利自体を「排除」する効果まで有するかが問題となる。右(a)のように、保証人が有するのは拒絶権のみであるとするれば、(ア)保証人は、債権者の権利行使には根拠がないとして、「一時的に」拒絶できるにすぎないのか、(イ)それとも、その抗弁は、再抗弁によつてその効力を失うまで、その権利行使を「永続的に」拒絶できる主張であるのかが問題となる。それに対して、右(b)のように、その抗弁は、債権者の権利自体を排除する効果まで

有するならば、一旦有効に成立した権利を事後的に「消滅」させる効果まで有することになる。その義務違反によって発生する効果は、沿革的・比較法的に一樣ではない。債権者の負う義務の性質が問題となる（後述七⑤(b)）。(iii) 右(a)及び(b)の抗弁は、保証人によって「援用」されなければならないのか、それとも権利行使を阻止する事情として訴訟において「職権」で考慮されるのが問題となる。

一方、日本民法においては、保証人等は、債権者が担保を喪失・減少させたとき、「法律上当然に」免責される（五〇四条）と解されている（通説・判例）。しかし、免責請求の要否をめぐる議論には紆余曲折があり、当初は、当然免責主義が採用されていなかった。(i) 現に、旧民法時代の学説においては、免責請求方式の意義が評価されていた。また、初期の判例には、「担保物減少ニ因ル免責ノ『抗弁』ヲ以テ債権者ノ請求ニ對抗スル保証人ハ其担保物減少ノ程度ヲ定メ其程度ニ相当スル弁済ノ責ヲ免レントスルニ外ナラサレハナリ」（大判明治三五年一〇月二日民録八輯七頁）とし、免責請求方式を維持しているのではないかと思われるものがあり、保証人は、担保物の減少によって当然に免責されるのではなく、免責の「抗弁」（抗弁による免責請求）によって債権者の請求に対抗し、その担保物の減少の程度を定め、その程度に相当する弁済の免責を主張できると解する余地がある（拙稿「担保保存義務に関する一考察——判例・学説の推移（一）」岡法五六卷二号五頁、九頁、一一頁）。さらに、(ii) 五〇四条の立法過程においても、次のような説明が見られる。(a) 旧民法は「免責ヲ請求スルコトヲ得」とし裁判所に免責を請求する方式をとり、当然には免責は得られないとしていた。その理由は、債権者が担保を喪失または減少してもそれによって代位者の権利を妨げることにならない場合があるからである。その例として、非常に後順位の担保であつて担保があつてもなくても同じような場合や、担保が減少した場合でも残りが充分の担保であるときは、当然に免責されることになつては不都合である。それゆえ、裁判所に請求して裁判所がその事情をよく調べて免責の可否を判断するとされていると説明された。ところが、(b) 富井委員は、旧民法の右規定はこのような精神であろうと思つたとしながら、しかし

この点について、いちいち裁判所に請求するのは極めて煩わしいとして、きつぱりと「償還ヲ受ケルコト能ハサル限度ニ於テ其實ヲ免カル」と規定した方がよいと思う。ドイツ民法草案において、保証に関してほほ似た規定があるとしている。この点について、修正案理由は、担保の喪失又は減少によって償還を受けることができなくなったことが確実である以上は、その不能の限度において直ちに免責の結果を生ずべきとしたと説明した（拙稿「担保保存義務に関する一考察——民法第五〇四条の立法過程を中心に」岡法五六巻一号三六頁以下）。もつとも、ドイツ民法草案が当然免責主義をとっていたと断定することができ根拠はない。また、先述のように、ドイツ民法七七六条一文による免責の効果は、債権者による担保権等の放棄によって法律上当然に生ずるのではなく、権利消滅的抗弁によるとされる。(iii)このような紆余曲折を経て成立したのが、五〇四条である。同条は、「第五百条の規定により代位をすることができる者がある場合において、債権者が故意又は過失によってその担保を喪失し、又は減少させたときは、その代位をすることができる者は、その喪失又は減少によって償還を受けることができなくなった限度において、その責任を免れる。」と規定した。同条の成立後は、学説において免責請求方式が主張されることは次第に少なくなり、大正から昭和初期においては、当然免責主義が通説・判例と解される方向に向かう（拙稿「担保保存義務に関する一考察——判例・学説の推移（一）」岡法五六巻二号九頁、同（二）岡法五六巻三・四号三九三頁以下、同（三）・五七巻一号三九頁）。もつとも、当然免責主義の正当性を根拠付ける議論はほとんど見られなくなる。なお、抗弁または援用を待つて発生するとする説は少数であるが主張されている（拙稿・同（八）・岡法五八巻二七三頁）。

それでは最後に、担保保存義務違反の免責効果の発生は、当然免責方式に本質的に馴染む性質のものであるうか。まず、(i)担保保存義務制度の「沿革」を辿ると、債権者が自己の行為によって他の債務者に対する訴権を譲渡できなくなった場合に、保証人がその債権者からの請求を排除することを可能にする救済手段として展開された制度である。すなわち、保証人は、債権者から請求を受けた場合、訴権譲渡の「抗弁」によって、その請求を拒絶し排除

することができると解された(本稿三(1)四①)。次に、(ii)保証人の免責効果は法律上当然に発生するとすれば、保証人には、免責の利益を受けるか否かについて「選択」する余地はないことになる。しかし実際には、その債権者との関係や取引上の事情によっては、保証人は免責を主張しない方がよいと考える場合がある。また、(iii)実際の紛争においては、担保の放棄があったが、それによって償還を受けることができなくなった数額が容易に確定できないケースがある。そのような場合には、保証人の主張、それに対する債権者の反論、提出された資料等に基づいて判断する必要がある。また、償還できなくなった実損害額が問題となるケースにおいても、債権者と保証人の主張立証に基づく分析・判定が必要となる。(iv)担保の喪失時から弁済期までに担保価格に変動があったような場合、担保の喪失時点ではなく、その担保が本来であれば実行されるべきであった時点を基準に額を判断すべきである。債権者は、適切な時期に担保権を実行すべき義務を負っていると解されるからである。担保の喪失・減少によって法律上当然に免責の効果が発生し、その時点で免責額が確定するとすれば、担保価格に変動があった場合への対応が問題となる。

(b) 効果の内容・性質——免責・損害賠償・拒絶権

債権者による義務違反によって、具体的にどのような効果が発生するのか、免責のみか、それ以外の効果は認められる場合があるか。履行の請求や強制執行は可能であるか。その効果の発生する範囲はどうか、その評価はどの時点でなされるか。債権者が負う義務の性質とその効果にはどのような関係があるか。

債権者による義務違反の効果について、まず、(i)(a)フランス民法二三一四条は、「債権者の行為によって、当該債権者の権利、抵当権及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。同条による効果について、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」されると解される。債権者が課されるこの義務は、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。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、その制度の根拠・性質論が議論された当初に主張された不法行為責任説によると、二三四条は、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、保証人に損害賠償を認めるとされる（本稿三③①(i)③(i)④(i)）。また、(b)ドイツ民法七七六条一文は、「債権者が債権と結合する優先権、債権のために存する抵当権若しくは船舶抵当権、債権のために存する質権または共同保証人に対する権利を放棄する場合、保証人は、放棄されたその権利から七七四条によって賠償を受けることができたりであろう限度において責めを免れる。」と規定する。この免責の性質・内容について、通説的見解は、Obliegenheit違反による効果として保証債権の「失効」のみを認め、信義則違反の場合においても保証債権の失効が生ずるにすぎないとする。また、Obliegenheitに違反しても、「履行の請求」はできないとされる。保証債権が失効する範囲は、放棄された担保権等から七七四条によって賠償を受けることができたであろう限度とされ、債権者による担保権等の放棄によって、保証人が他の担保提供者に対する「求償の可能性」を失ったことが考慮される。一方、近時の有力多数説には、七七六条は担保の保存及び換価に関して保証人に対する債権者の注意義務を具体化する規定であり、同条における保証人の権利は損害賠償請求権であるとする主張があり、損害賠償の範囲は保証債権の全額免除を「上限」とするとされる（本稿四③①(i)②(iii)③(i)）。さらに、(c)スイス債務法五〇三条一項（一九四一年法）は、「債権者が、保証の引受の際に存在した、または主たる債務者によってその後に獲得されかつ個別

に被保証債権のために定められた物的担保またはその他の担保及び優先権を保証人の不利益に減少させる場合、保証人の責任は、損害がその減少額より少ないことが証明されない限り、その減少に応じて減額される。不当利得の返還請求をすることができる。」と規定する。同条一項における義務違反の効果は、損害賠償責任（旧スイス債務法五〇九条一項（本稿五(1)③））ではなく、権利の「失効」であると解される。同条一項における義務は、債権者の保証人に対する一般的な注意義務ではなく、保証人に対する誠実義務の現れであり、Obliegenheitと位置付けられている。保証人の責任は、損害が担保の減少額より少ないことが証明されない限り、その減少に応じて減額される（同条一項）。したがって、保証人は債権者が担保を保証人の不利益に減少させたこと及びどの範囲において担保が減少したかを証明すれば、債権者は「担保の減少の範囲」においてその権利を喪失する。これに対して、債権者は、損害の発生がないこと、または損害額がそれより少ないことを主張することができる。これに対して、保証人は、損害賠償請求権のみを有し、その請求権の額に応じて責めが減少するとする有力説がある（本稿五(3)②）。なお、五〇三条四項によると、保証人は、免責されることにより、すでになされた給付の返還を請求することができ、さらに、債権者に帰責性のある限りにおいて、保証人に生じた損害の賠償を請求することができる。この場合、債権者は法的義務を負うとされる（本稿五(3)①(ii)）。

これに対して、(ii) (a) オーストリア民法一三六〇条但書は、「債権者は、保証人の不利益に物的担保を放棄する権限を有しない。」と規定する。同条但書における効果について、債権者は、この義務に違反した場合には、「損害賠償義務」を負うと解されている。すなわち、保証人は、放棄された物的担保から償還できた範囲において免責されるのではなく、その物的担保を求償権の満足を得るために行使できなくなったことよって受けた損害の賠償を債権者に対して請求できると解されている（通説）。保証人と物的担保の設定者との間において相互の求償権が認められ、債権者は、同条の義務に違反した場合、その放棄された物的担保に最終的に割り当てられたであろう負担部分

について責めを負うと解される。これに対して、債権者が物的担保を放棄した場合、それによって求償権が実行できなかつた限りで、保証人は免責されるとする説が見られたところ、Obliegenheit違反と性質決定することで、この主張は再び評価されている(本稿六(2)③(a))。また、(b)一三六四条二文は、「債権者も、債権の取立てを怠ったことによって保証人が損害を負う限りにおいて、保証人に対して責めを負う。」と規定する。債権者に懈怠のある場合、保証人はこれによってその責めを免れず、たとえ主たる債務者に対する求償が侵害されたまたは不成功に終わったとしても、免責されない。ただし、この場合、債権者は、債権者の懈怠によって「求償」において被った損害について保証人に対して責めを負う(「損害賠償請求権」(有力多数説))。しかし、この義務の性質については議論があり、Obliegenheit違反によって、保証請求権の「失効」ないし一部失効が生じるとする主張がある。もともと、債権者の帰責性を原則として要件とするならば、債権者には単にObliegenheitだけではなく真正の法的義務が課されていることがそこから推論される(本稿六(2)②(a))。

なお、(iii)注釈学派によると、債権者が債権の取り立て等における過失によって訴権の譲渡ができなくなった場合、訴権譲渡の義務から生み出された永久的抗弁によって、保証人は給付「拒絶権」に基づいて履行拒絶ができると解された(本稿四(1)①)。

以上のように、債権者の保証人に対する義務違反によって発生する効果は、沿革的・比較法的に一樣ではないことが窺える。債権者が負っているのは、法的義務ではなくObliegenheitであるとすれば、Obliegenheit違反による効果は、保証債権の失効にとどまり、損害賠償義務が発生することではなく(ドイツ民法(ドイツ法系も類似の解釈)、履行の請求もできないと解される。一方、債権者にも義務が課されるが、それは消極的な義務にとどまるとすれば、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(フランス民法)。沿革的・比較法的には、義務の性質と効果とが連動し、債権者の負う義務の性質が問題となる。なお、比較法的には、債権者の保証人に対する義務をめ

ぐる制度趣旨の説明の場面においては、債権者が義務または責務を負うと表現する場合があるが、義務という表現は条文用語には見られない傾向がある。

これに対して、わが国においては、担保保存義務違反（民法五〇四条）によって、債務または物的負担が「確定的に消滅」し、しかもその効果は「法律上当然発生」とすると解されている（先述七(5)(a)）。しかし、担保保存義務違反の効果について、初期の学説・判例においては議論が見られたが、その後は十分な議論の展開がないまま、右の解釈が通説化していく。免責額の判定基準時についての議論も同様の推移が窺える。もし担保の喪失・減少によって法律上当然に免責の効果が発生し、その時点で免責額が確定するとすれば、継続的取引に対応できるかが問題となる。例えば、担保価格に変動があったような場合がそうである（拙稿「担保保存義務に関する一考察——判例・学説の推移（二）」岡法五六卷三・四号三九三頁以下）。

(c) 免除特約の効果——保証人による権利放棄の可否、解釈による権利放棄の制限、強行規定の導入

保証契約は、片務契約であるところ、ローマ法以来長い年月をかけて、債権者に義務ないし責務を課すことを可能にする解釈を展開することによって、または債権者の義務までは認めないが例外的特別規定（ドイツ民法七七六条）を設けることによって、保証人の保護策が図られてきた（本稿七①～③）。ところが、債権者は、自己に課された義務（ないし責務、例外的拘束）を「免除する特約」を設定することによって、保証人にその権利・救済手段を「放棄」させる動きが比較法的に見られるようになる。そのような状況にあつて議論されたのは、金融取引における担保保存義務の免除特約、特に「約款」による免除条項の問題である。それでは、担保保存義務の免除特約・免除条項に対して対策がとられたか、具体的にどのような対策がとられたのであろうか。保証人を保護する「解釈」はどのような展開されたか、最終的に「立法」による対応にまで踏み込んでいるか。保証人の保護策の「原理部分」が問題となる。

まず、フランス民法においては、(i)初期の学説等によると、二〇三七条（現行二二二四条）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のと解されていた。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。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。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が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。

(ii)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。免除特約があったとしても、「重い非行」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。また、「錯誤」「詐害」の意思等によって、保証人の免責を認めようとした。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かった。(iii)そのような状況にあつてさらに、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（現行二二二四条）は、任意法規ではなく「強行法規」となった（なお、二二二四条を「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有力説は、二二二四条の強行法規性と対応する。）（本稿三(3)①(i)③(iii)）。

このように、フランス民法においては、ドイツ民法その他の近代法に先駆けて、保証人の保護規定が二〇三七条に導入された。もともと当初は、訴権譲渡の利益は、当事者の推定意思に基づくものと解されており、その放棄の可能性及び有効性が認められていた(裁判例)。同条による保証人保護は、近時まで検索の抗弁や分別の抗弁と同程度のものと位置付けられていたとされる。しかし、債権者がその放棄について関心を示すことが一九五〇年代までなかったため、実際に深刻な紛争が生じることはなかった。学説においても、その放棄の可能性が議論されることはほとんどなく、講学上の仮説として述べるにとどまった。ところがその後、「銀行等」によって免除特約が書式化され、実務上急速に普及し取引慣行化するようになり、二〇三七条をめぐる状況が大きく変化することとなった。免除特約の取引慣行化によって、同条による保証人保護の「空洞化」が生じたからである。このような免除特約の一般化に対して、フランスでは多くの「批判」が見られるようになった。そのような強い批判を受けて、まず判例によって(右(ii))、免除特約の有効性を制限する解釈が開された(なお、この判例法理は改正法施行「前」に締結された契約については保証人保護の意義を有する)。しかし、判例による救済の幅には限界があり、その理論面について批判が続いた。そこでさらに、立法による保証人保護にまで踏み込むことになり、「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。」との文言が二〇三七条(現行二三一四条)に追加された(右(iii))。同条は当事者の「推定意思」に基づくものと従来は解されており、改正前においては「公序 (ordre public)」ではなかった。改正法の目的は、保証人が訴権譲渡の利益の放棄を強く迫られることが一般化した状況にあって、銀行等による免除特約の設定要求から保証人を完全に保護することにある。訴権譲渡の利益の放棄が無効となれば、保証人が、主たる債務者等との関係において債権者の地位よりも「劣位」の状態に置かれることはなくなる(本稿三(3)①(i)③(注(49))。

また、スイス債務法においては、(i)旧五〇九条一項(一九一一年法)は、「債権者は、保証人に対して、保証の引受の際に存在した他の担保、またはその後獲得されかつ専ら被保証債権のための他の担保を保証人の不利益に

減少させる場合、またはその有する証拠資料を放棄する場合、責めを負う。」と規定し、保証人を保護していた。もつとも、同条一項は、「任意規定」であると解されていた。したがって、保証人は、その抗弁を事前に放棄することができるとされた。しかし、その放棄は、「一義的かつ明確に」なされなければならないとされ、予め印刷された「書式による広範に及ぶ放棄」については疑問だとする指摘がすでに見られた。(b)このような状況にあって、保証人は、特別な危険を負っており、立法上特別な配慮が求められるとされ、債権者の注意義務を拡大・強化する改正がなされる。その中で特に注目されるのは、スイス債務法四九二条四項（一九四一年法）である。同条四項によって、「保証人は、別段の合意を認める例外規定のない限り、保証法（第四九二条―第五二二条）において保証人に与えられた権利を事前に放棄することはできない。」とする規定が導入された。その結果、保証法における債権者の注意義務その他の多くの重要規定は、「強行規定」と位置付けられた。したがって、保証人が有するその権利を事前に放棄する旨の約定がなされても「無効」となる。(ii) a) スイス債務法において比較法的に注目されるのは、「共同保証人」を救済する特別の制度の導入である（本稿七④ f）。すでに旧四九七条三項（一九一一年法）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。もつとも、旧法においては、保証人は、前提とされた他の保証人が崩壊した場合でも責めを負う旨の「特約」をすることができ、その責任の範囲も合意することができると解されていた。しかしその後、改正四九二条四項（一九四一年法）（右(i) b)）によって、共同保証人を救済する特別規定（四九七条三項）も「強行規定」と位置付けられている。したがって、保証人は、四九七条三項の適用を事前に放棄することはできない（本稿五①③③①(ii)②③(iii)）。

一方、ドイツ民法七七六条は、「債権者が債権と結合する優先権、債権のために存する抵当権若しくは船舶抵当権、債権のために存する質権または共同保証人に対する権利を放棄する場合、保証人は、放棄されたその権利から

七七四条によつて賠償を受けることができたであろう限度において責めを免れる。放棄されたその権利が保証の引受後に成立した場合も、同様である。」と規定している。しかし、同条は、「任意規定」と解されている。したがつて、保証人は同条による免責効果を担保権等の放棄の前またはその後において放棄することができる。もつとも、担保権等の放棄が無制限に認められているのではない。保証人の権利・救済手段を保護する解釈が、判例・学説によつて展開されている。(i)まず、担保権等の放棄は保証契約の「内容を変更」する合意であり、「書面」によることを要する(七六六条一文)。しかも、この場合に、保証人が免責を主張することなく責めを負う旨の意思表示があると解されるためには、担保権等の放棄に対する保証人の「明示の同意」があることを要する。なお、明示的な放棄の意思表示がない場合は、保証人の意思表示の解釈または諸事情から、放棄の有無が推論される。(ii)しかし、実務においては、個別の契約によつて保証人から担保権等の放棄について同意をとる方式ではなく、さらに「書式」を用いて包括的に放棄させる方式が一般化している。特に議論のあるのは、銀行取引における書式による担保権等の放棄である。それは、個別の契約において、放棄する担保権等を指定した上で、保証人の同意をとる方式ではない。したがつて、書式に記載された担保権等を、「包括的」に一括して放棄させることになる。しかし、保証人は、保証契約締結に際して、他の担保が存在することを考慮しそのことを期待して保証を引き受けている。それにもかかわらず、包括的放棄が認められると、保証人の期待に反することになる。そのため、書式による包括的放棄の許容性が問題となった。(a)従来の判例によると、包括的な放棄条項のある信用保証の事案において、恣意的で保証人の不利益となる処分は許されないが、担保権等の換価に際して和解等の処分を行つても、それが「経済的に意味のある場合」には無効とならないと解するものがある(立法規制以前の事案)。担保の処分を原則として認め、信用取引における担保の操作等の必要性を一定の範囲で認める判断である。これに対して、(b)近時の判例によると、包括的な書式による放棄は、信義則に反して保証人に「不当な不利益」を与えたとし、「七七六条の趣旨」に反しさらに普通

取引約款規制法九条二項一号（現行・民法三〇七条）によって無効であると解されている（本稿四③③(iii)）。

このように、(i)ドイツの金融実務における担保の放棄・差替えの一般的な方式は、個別の契約によって保証人からその放棄について同意をとる方式ではなく、約款の条項によって包括的に放棄させる方式であった。訴訟においても、担保の放棄・差替えをめぐる主な紛争が一九七〇年代以降見られるようになるが、包括的な担保の放棄・差替えの事案が中心である。その背景には、信用取引の展開にともなって、金融機関は、主たる債務者との継続的な取引に柔軟に対応するために、担保の操作が必要となったことがある。金融機関（債権者）は、担保の放棄・差替えを行ったとしても、それは自己の保有する担保であり「債権者の自由」の範囲内の行為であるから、当然認められると考えていたようである。しかしその後、担保の放棄等が無制限に認められるものではなく、そこには一定の限界があると解されるようになる。もっとも、担保の放棄等が認められるか否かを判断するには、金融取引の要請に対応する判断基準が必要となる。(ii)ところが、「信用取引」における主な保証は、不特定の入れ替わる債務について利用枠を認める取引であり、立法時において想定されていた特定の債務を対象とするものではない。しかし、そのような複雑な信用取引に対応する判断基準は、その当時の実務において十分には形成されていなかった。そのような状況にあつて、保証人の利益を侵害する恣意的な処分は許されないとする判断が示された（従来の右判例）。しかし、恣意的かどうかだけで紛争に対応できるかが問題となる。恣意的であることの証明責任は保証人にあり、証人側が恣意性の「証明」に関する事実を有しないことが多いからである。これに対してその後、包括的な書式による放棄は、信義則に反して保証人に不当な不利益を与えるとして無効とする判断が登場する（近時の右判例）。(iii)根本的な問題として原理部分にまで遡ると、保証人はどこまで責任を引き受けて契約したか（「保証の目的」）、またそこからどこまで債権者による担保の放棄・差替え権限に対する制限が認められるかが問題となる。保証人の利益は通常は動機にとどまるが、保証人の利益の中には契約の要素と解されるものがあるとするれば、保証人は要素とな

る内容を十分に理解していなければならない。無効となった条項があるとすれば、解釈によるその補充も必要となる。約款における担保の放棄条項についても、保証人はその内容を理解している必要がある。担保の放棄条項は、保証人の保護制度（七七六条）を排除し、保証人の権利たる利益を骨抜きにするおそれがある。そうだとすると、担保の放棄条項は、保証人に不利益となる契約内容の「変更」を含んでおり、保証の本質的な目的に反するとして制限を受けると解される。(iv)保証の目的は、主たる債務者の信用を確保することにある。保証人は、主たる債務者が負う債務の最終的な負担者ではない。弁済した保証人は、単独で責任を負う場合や最終不足額支払保証人として責任を負う場合は別として、通常は、その存在を「期待」し認識可能な他の担保提供者との間において「負担を分担」する関係にあり、それを前提に契約に入り責任を引き受けている。それ故、担保提供者間にすでに存在する償還関係に対して、債権者はその同意なしに介入することはできないと解されている（七六九条、七七四条）。債権者が担保を保証人または他の担保提供者に譲渡し、その相互間の償還を保全することは、債権者の「義務」としてその契約類型から当然に組み込まれていると解されている。保証人の期待する担保を債権者が保全することは、契約の主たる要素であり、約款における条項によって一方的に変更できる性質のものではない。(v)もしそれに反して、債権者が一方的にその義務を免除することを約款によって要求するならば、契約類型上存在すべき保証の法的効果を変更する、不当に不利益となる条項が存在すると解される。三〇七条一項は、「普通取引約款における条項は、その作成使用者の相手方にとって信義則に反して『不当に不利益』である場合、『無効』である。不当に不利益であることは、条項が不明でかつ理解できない場合にも生ずる。」と規定し、さらに、同条二項一号は、「普通取引約款における条項が法律上の規律を逸脱しその『本質的な趣旨』と相容れない場合、疑問のあるときは、不当な不利益と解される。」と規定する。したがって、債権者が保証人の利益を考慮することなく一方的に担保を放棄することができるとの旨の条項は、「七七六条の根底にある本質的趣旨」に反し、三〇七条二項一号により無効と解される。

なお、内容が抽象的で要件等が不明な条項が問題となる場合もある。三〇五条c一項は、「普通取引約款における条項が、諸般の事情から、特に契約書の外観から、その作成使用者の相手方が予測する必要のないほど通常とは異なる場合、それは契約の要素とならない。」と規定する。担保の放棄の要件が多義的で明確でないような場合、その条項は契約の要素とならないと解される（本稿四③④注(19)）。

また、オーストリア民法一三六〇条は、「債権者は、保証の履行以前において、その保証以外に、主たる債務者または第三者によって物的担保が提供されている場合においても、定められた手順に従って保証人に請求することができる。ただし、債権者は、保証人の不利益に物的担保を放棄する権限を有しない。」と規定する。しかし、同条は、「任意規定」であるとされる。したがって、同条に基づく保証人の保護を排除する特約が見られ、その有効性が重要な論点となっている。特に実際に問題となっているのは、銀行がその債権のために設定されたまたは設定される他の担保を放棄しても、保証人の責任には変化がなくその効力は存続する旨を定めた保証の「書式」における条項の効力である。保証債務に関する普通取引約款または契約書式における合意条項は、オーストリア民法八七九条三項による制限を受ける。同条三項は、「相互の主たる給付を構成しない普通取引約款または契約書式に含まれる規定は、当該諸事情を考慮して、相手方に著しい不利益を与える場合には、無効である。」と規定する。(a)まず、八七九条三項による効力制限が及ぶのは、「相互の主たる給付を構成しない」約款・契約書式における規定である（附带的条項）。(b)次に、相手方に「著しい不利益」を与えることが要件とされる。それでは、保証人に著しい不利益を与えるとはどのような場合か、また、その判定はどのようにしてなされるかが問題となる。判例は、保証人が保証の引き受けを決心できたのは、担保の設定が「期待」できたからである、それにもかかわらず、債権者は、保証の書式による条項において、債権者がその債権のために別途設定されたまたは設定されるいかなる担保を放棄しても保証人の責任には変化がなくその効力が存続する旨を定めることによって、法定譲渡に基づいて保証人に移転

すべき担保を自己の判断によって放棄しても、保証人の責任に変化が生じない旨の権利を留保している、その結果、一三六〇条に基づく保証人の保護は排除され、保証人の弁済による法定譲渡は「その価値を喪失」している、したがって、この条項は、八七九条三項によって「無効」であると判断した。一三六〇条但書に基づく保証人の保護が剥奪されれば、保証人の法的地位が一方的に悪化し、保証人は「著しい不利益」を受けることになる。同条但書に基づく保証人の保護はどのような「性質」を有するものか、本来、一方的に剥奪できる性質のものか、八七九条三項によって、それが無効となる場合があるかが問題となる。判例は、(a)保証人の担保設定への「期待」がどの程度であったか、その期待が「保証契約締結の重要な考慮要素」であったかを分析し、(b)担保の設定が遵守されているか否かの「情報」にアクセスし確認できたのはだれか、情報提供・通知・説明すべき「地位」にあったのはどれかなどの諸事情を総合的に考慮し、無効か否かを判定していることが窺える(同旨・学説)(本稿六(2)③(a))。

さらに、債権者の注意義務の免除特約の効力をめぐる議論は、担保保存義務だけにとどまる問題ではない。債権者は、保証人に対するその注意義務に基づいて、債務者の遅滞及び支払不能が迫っていることを、保証人がそのことについて知らず、そのため一三六四条一文によって債務者に対して担保設定請求権を行使しないことが予想されるときは、保証人に通知しなければならない。しかし、主たる債務者の遅滞に関する債権者の「通知義務」は、契約条項によって免除することはできるとされる(ただし、消費者保護法二五条b二項等の場合は除く)。そのため、この場合にも「免除特約」の効力が問題となる。この点について、保証人が主たる債務者に対しても情報請求権を行使できない場合、またはその行使に不当な困難を伴う場合には、このような免除条項も、保証人に「著しい不利益」を与えるとして、八七九条三項によりその効力が問題となる(本稿六(2)②(a))。

一方、保証債務に関する普通取引約款または契約書式における合意条項は、オーストリア民法八六四条a(「不意打ち条項」)による制限を受ける場合もある。同条aによると、約款・書式における「異常な条項」は、保証人に

とって「不利益な」内容であり、証書の外観その他の事情から通常は「予期」できない内容である場合、その内容について債権者から保証人に指摘がない限り、保証契約の要素たる「内容とならない」(一方、先述の八七九条三項においては無効か否かが問題となる)。明示的な説明・指摘がない限り、合理的でない保証人の責任の加重は保証契約の内容とならない。なお、同条 a は、特に銀行取引における約款・書式による契約において意義を有する(Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Peter Rummel, 3. neubearbeitete und erweiterte Auflage, 2. Band, 2002, Vor §1360 Rz 5 (= Gamerith in Rummel))。

この他、(i)「良俗違反」による無効は、保証契約においても問題となる。法定の禁止事項または良俗に反する契約は、無効であるとされる(オーストリア民法八七九条二項)。近親者による保証契約の良俗違反をめぐる問題はその代表例である。判例は、債権者(銀行)と保証人との「交渉力」に不均衡があり、債務額が保証人の「資力」をはるかに超えており、保証人が「決定の自由」が十分でない状態において契約を締結し、債権者がこれらの事情について「認識可能」であった場合、良俗違反により、保証債務は無効となる場合があるとする(暴利行為)。保証契約の「内容・成立」について同意がなく、債権者にこれらの事情について認識しなかったことにつき過失があることが問題となる。(ii)さらに、債権者による「権利濫用」による保証責任の追及が争われる場合がある。この場合は、右(i)の保証契約の内容の問題ではなく、債権者の「請求方法」に基づくものである。債権者は、良俗に反する方法によって保証人に故意に損害を与える場合、それが権利の行使によるものであっても、保証人を侵害する目的が明らかであるときは、責めを負うことになる(オーストリア民法一二九五条二項)(Gamerith in Rummel, Vor §1360 Rz 5a, 5b)。

なお、消費者が保証契約等の当事者の場合、「消費者保護法」による保護も問題となる。(a)消費者が共同債務者・保証人または損害担保者として債務に加わる場合、債権者は、債務者が弁済しないまたは完済しないおそれがある

ことを認識しまたは認識しなければならぬときは、保証人等に債務者の経済状態を指摘しなければならぬ。事業者が「情報提供」を怠る場合、保証人等は、そのような情報があつても債務を引き受けたと考えられるときにのみ、責めを負うとされる(消費者保護法(KSchG)二五条c)。(b)さらに、消費者が保証人等の場合、裁判官は、諸般の事情を考慮して、その債務が給付能力と不均衡がある限りにおいて、その「減免」をすることができるとされる(同法二五条d)。保証人等による債務の引き受けが完全な良俗違反には至っていない場合にも認められる(本稿六(2)①②(a))。

以上のように、フランス民法においては、ドイツ民法その他の近代法に先駆けて、保証人の保護規定が二〇三七条に導入された。(i)同条は、初期及び中期の段階においては、「任意法規」であると解され、免除特約の設定が可能であるとされた。債権者がその放棄について関心を示すことは一九五〇年代までなかったため、実際に深刻な紛争が生じることはなかった。学説においても、その放棄の可能性が議論されることはほとんどなく、講学上の仮説として述べるにとどまった。(ii)しかしその後、金融取引の展開によって、免除特約は担保の運用において有益であるとして銀行等において取引慣行化する。(iii)これに対して、免除特約の危険性が指摘されるようになる。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。また、「錯誤」「詐害」の意思等によって、保証人の免責を認めようとした。しかし最終的には、フランス民法は、立法による保証人保護に踏み込む。

注目すべき点は、初期及び中期の段階(右(i)(ii))に見られる「推移」は、フランス民法だけではなく、ドイツ民法その他においても類似の動きが見られることである。担保保存義務に関する規定は任意法規とされ、その免除特約の設定が可能であると解され、免除特約の効力制限に関する議論の展開がなかった。そのような状況において、金融実務が先行しその独走を許すことになる。

その後、免除特約の危険性に対して、(a)フランス民法においては、右(iii)のように、まず錯誤・詐害の意思等のよ

うな解釈による対応が試みられたが、(b)ドイツ民法においては、右のように、約款をめぐる緻密な解釈が展開され（旧スイス債務法（一九一一年法）も解釈による対応）、(c)さらに、普通取引約款規程法を経て民法典に基準規定が導入される（オーストリア民法は民法典と消費者保護法で対応）、(d)スイス債務法（一九四一年法）は、フランス民法（一九八四年法）よりも先に立法による強行法規の導入に踏み込んでいる。

このように、免除特約の危険性に対する対応「類型」には、複数の段階的なアプローチがあることが分かる。その中には、「解釈」による対応（右(a)(b)、その内容のコントロール基準を規定するもの（右(c)）、さらに強行法規であることを「法定」するもの（右(d)）があることが窺える。右の解釈による対応には、民法の基本的枠組みによる対応（右(a)）と、普通取引約款の書面要件等をめぐる議論の積み重ねに基づく新たな対応（右(b)）が見られる。後者（右(b)）の対応の流れは、書面要件を課した上で、法律規範の根底にある趣旨から契約内容を分析し、証明の負担等も考慮し段階的に判断している点が注目される。

最後に、フランス民法及びスイス債務法は、立法による強行法規の導入にまで踏み込んでいるが、そこにはどのような事情があるのだろうか。歴史的な背景及び隣接制度の要因が関係しているのであろうか。

フランス民法においては、(i)二〇三七条の立法過程における議論によると、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。保証人は、代位ができなければ、主たる債務者に対する「確実な求償手段」を有しない。債権者は、自らの行為によって保証人を代位できないとした場合、保証人に対して請求する資格を有しない。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」されるべきであるとし、相互的な義務を債権者と保証人との間に維持した（本稿三(2)①）（一方、ドイツ民法は債権者の法的義務を「否定」した（立法過程の議論・本稿四(2)①））。(ii)この議論（右(i)）と関係して、保証人の求償手段の沿革を辿ると、代位はすでにローマ法において求償手段として重要な機能を有したのに対して、求

償訴権の展開は遅れる。共同保証人において、求償訴権が衡平によつて生ずるとされたのはフランス古法においてであり、人的な求償権が正式に認められるのはフランス民法二〇三三条においてである。後期普通法においても、共同保証人間には原則として求償権がないとされたため、訴権譲渡の利益が意義を有した。共同保証人間における求償権が認められるのは、ドイツ民法七七四条においてである（拙稿「共同保証人間における求償と代位」名城四六巻三号五六頁以下）。右(i)の議論においても、代位が求償手段として重要と考えられていることが窺える。これに対して、その後のドイツ民法においては、保証人による求償結果を考慮する解釈がとられている（オーストリア民法にも類似の解釈が見られる（本稿七④(c)）。(iii)さらに、フランスの金融取引の現場においては、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、免除特約は見られることも読むこともされず、その内容を理解されていない。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かった。これに対して、判例はその有効性の制限を試みたが、専門知識・交渉力の乏しい保証人が十分に保護されなかったとされる。そのような状況にあつて、立法（一九八四年法）によつて保証人保護が導入される（本稿三③(iii)）。

また、スイス債務法においては、債権者の注意義務に関する規定は、すでに旧スイス債務法（一九一一年法）において設けられていたが、強行規定とはされていなかった。そのため、債権者（銀行）は、保証人が担保保存義務等の保証人保護手段を主張することを事前に放棄させることができた。しかしその後、スイス債務法においては、保証法を改正し、強行法規の導入に踏み込んでいる。その当時のスイスにおいて、どのような事情が見られたのであるか。(i)スイス債務法（一九四一年法）の立法過程における議論によると、保証人に対する「立法上の特別な配慮」の必要性が主張されている（これに対して、ドイツ民法は「保証価値重視」に舵をきる（立法過程・本稿四②①②））。その理由はなにか。まず、保証人は、他人の債務について責めを負つており、保証を引き受けても、債権者から反

対給付を受けない(①「片務性」)。しかも、保証人は、物的担保の提供者と異なり、その「全財産」が責任財産とされる。次に、保証人は、主たる債務者の信用を補完している(②「経済的特性」)。債権者は、唯一の担保である保証を当てにして、主たる債務者に信用貸しすることが多い。物的担保があったとしても、その換価によって担保されない部分の「危険」を負担するのは、保証人である。債権者は、保証がなければ自らが負わなければならない危険を、保証人に転嫁しているとされる。さらに、保証人は、主たる債務者から頼み込まれて「親切心」から責めを引き受けることが多い。そのような状況において、保証人が事実関係を客観的に認識し保証の危険性を的確に判断することは期待できない。保証契約書については、金融機関が自己に有利な内容の「書式」を作成し差し入れられることが一般的であり、保証人がその内容を読んで理解しているとは必ずしもいえないとされる(③「軽率性」)。以上の点(右①②③)は確かに重要であるが、それらはスイス以外にも見られる事情である。ここで注目すべき点は、当時のスイスにおいては、保証による信用貸しが「諸外国よりも一般化」し、保証をめぐる深刻な問題が生じており、保証人の保護がさらに必要と考えられていたということである(④「社会的特性」)。(ii)このような議論に基づいて、スイス債務法(一九四一年法)は、四九二条四項において、「保証人は、法律上異なる定めのない限り、本節(保証)において保証人に与えられた権利を事前に放棄することができない。」とする規定を導入した(本稿五(2)①③①)。

それでは、わが国における免除特約に関する議論はどうか。(i)判例(最判平成七年六月二三日民集四九卷六号一七三七頁)は、「債権者の右行為が、金融取引上の通念から見て『合理性』を有し、保証人等が特約の文言にかかわらず正当に有し、又は有し得べき代位の期待を奪うものとはいえないときは、他に特段の事情がない限り、債権者が右特約の効力を主張することは、信義則に反するものではなく、また、権利の濫用に当たるものでもないというべきである。」とする。(ii)一方、学説(柚木説・我妻説)の議論には、すでに重要な提言が見られた。判例の法的構成は、その学説の主張と重なる部分がある。まず、弁済額の割合と放棄された担保物の価格の割合とが「調和」する場合

には、担保の減少とはいえないとする説が登場する（柚木説・昭二六）。さらに、一部弁済の額が債務全額に対して占める割合と解放された担保物の価格が担保物全体の価格に対して占める割合とが調和し、かつ債権者の予想が「経済界の一般常識」に反しない場合には、債権者の故意・過失による担保の減少には当たらないとする説が主張される（我妻説・昭三九）（拙稿「担保保存義務に関する一考察——判例・学説の推移（五）」岡法五七卷三号五三頁以下）。

(iii)ただし、右の学説は免除特約の「ない」場合における議論、すなわち、民法五〇四条自体の議論であるのに対して、判例法理は免除特約の「ある」場合における議論である。戦後、わが国の実務事情から、担保保存義務に関する議論の座標軸は免除特約論に転換していった。そのため、担保保存義務論は免除特約論に取り込まれ、免除特約論に投影されることになった（拙稿・前掲論文（四）岡法五七卷二号一二三頁以下）。その結果、免除特約論と五〇四条自体の議論は接近化傾向がみられ、重なる部分が多い。免除特約に関する議論の蓄積は、その特約の「有無に関わらず」、すなわち、五〇四条自体の議論にも応用できるかどうかが問題となる（拙稿・前掲論文（七）岡法五八卷一号七五頁）。

右判例（最判平成七年六月二三日）は、「債権者の右行為が、金融取引上の通念から見て『合理性』を有し、保証人等が特約の文言にかかわらず正当に有し、又は有し得べき『代位の期待』を奪うものとはいえないときは、他に特段の事情がない限り、債権者が右特約の効力を主張することは、信義則に反するものではなく、また、権利の濫用に当たるものでもないというべきである。」とし、債権者の行為の「合理性」に加えて保証人等の正当な「代位の期待」を考慮している。これに対して、改正民法五〇四条二項（平成二九法・新設）は、「前項の規定は、債権者が担保を喪失し、又は減少させたことについて取引上の社会通念に照らして『合理的な理由』があると認められるときは、適用しない。」とし、保証人等の正当な「代位の期待」という文言はそこにはない。(i)(a)もつとも、同条二項の審議過程を辿ると、「代位の期待」という表現について議論があり変遷が見られる。審議の中盤までは、五〇四条

の趣旨は代位をすることができる者の代位の期待の保護にあるとして、「ただし、その担保の喪失又は減少が代位をすることができる者の正当な『代位の期待』に反しないときは、この限りでないものとする。」と表現されていた（部会資料五五・四三―四四頁、七〇A・四六頁）。ところが、その後の審議において、「ただし、その担保を債権者に代位して行使することができるものと『期待する』ことについて『合理的な理由』があると認められないときは、この限りでない。」と改められ（部会資料八〇―一・二〇頁）、さらに、審議の終盤において、「イの規定は、その担保を喪失し、又は減少させたことについて、取引上の社会通念に照らして『合理的な理由』があると認められるときは、適用しない。」という表現に改められた（部会資料八三―一・四一頁）。仮にこの表現の変更には内容の変更をもたらず意図はなかったとしても、結果的に五〇四条の根底にある「本質的趣旨」の変更を孕むことにならないか。

(b)また、判例の事案とは異なり、すでに第三取得者が物上保証人から物件を取得した後に担保の喪失・減少が生じた場合は、担保の喪失・減少の時点における代位権者である第三取得者と債権者との間には担保保存義務免除特約が存在しないため、判例の見解によれば、免除特約の効力が生ずる余地はなく、五〇四条が適用されることになる。金融実務は、この場合に五〇四条が適用されることには問題があると見る。しかし、第三取得者の出現時点による効果の違いを免除特約だけで対応することには限界がある（拙稿・前掲論文（七） 岡法五八巻一号七五―七六頁）。このような場合に、正当な「代位の期待」という要素はどのような意味を有するか。(ii)改正民法五〇四条二項における証明責任は、判例の場合とは異なるのか、それとも実質的に差は生じないのか。(iii)改正民法五〇四条一項一文は、「弁済をするについて正当な利益を有する者（以下この項において「代位権者」という。）がある場合において、債権者が『故意又は過失』によってその担保を喪失し、又は減少させたときは、その代位権者は、代位をするに当たって担保の喪失又は減少によって償還を受けることができなくなる限度において、その責任を免れる。」と規定する。担保保存義務違反における故意・過失の「内容」はどのようなものか。通常の義務違反の場合と同じか、それとも

異なるものがあるか、それはなぜか。このように、担保保存義務（五〇四条）に関する重要な複数の論点が、担保保存義務の免除特約論に投影されていることが窺える（わが国における従来の議論の特徴）。

〔付記〕

担保保存義務に関する大陸法を中心とする沿革的・比較法的考察は、ここで一つの区切りとする。本稿の考察から、①担保保存義務に関して慎重に検討すべき複数の問題が潜んでいることが窺える。②それは改正民法五〇四条の解釈だけではない。③債権者の注意義務という視点からは、担保保存義務の問題にとどまらないことになる。