

## 研究ノート

# 債権者の保証人に対する義務に関する一考察

—— ドイツ法と DCFR(共通参照枠草案)を中心に ——

辻 博 明

- 1 はじめに —— 問題設定
- 2 ドイツ法
  - 2.1 注釈学派から後期普通法・プロイセン一般ラント法における議論の概要
  - 2.2 ドレスデン草案(1866年) —— 債権者の保証人に対する義務
  - 2.3 民法776条の立法過程における議論
  - 2.4 判例・学説の展開
- 3 DCFR(共通参照枠草案) —— 債権者の保証人に対する義務
- 4 問題点の整理・検討
  - 4.1 ドレスデン草案(1866年)とその後のドイツ民法草案を比較すると、債権者の保証人に対する義務についてどのような違いがあるか。
  - 4.2 債権者の保証人に対する義務について、ドレスデン草案(1866年)以前の伝統的ドイツ法はどのような解釈を展開していたか。伝統的ドイツ法とその原理部分において共通する流れを有するのは、ドイツ民法草案かそれともドレスデン草案か。
  - 4.3 ドイツ民法の立法者がドレスデン草案とは異なる方向に舵を切った「理由」「背景事情」はなにか。
  - 4.4 ドイツ民法草案の構成(先述4.1)は、ドイツの判例・学説のその後の展開にどのような影響を与えたか。ドイツ民法776条の成立後の判例・学説は、原則的にどのような立場をとっているか。債権者の保証人に対する義務を承認しているか。その法的根拠はなにか。その主張には対立があるか。取引上の経験のない保証人に対しても、債権者は説明等の義務を負うと解されているか。ドイツ民法には、311条2項(241条2項の規定による配慮義務を伴う債務関係の発生)等の規定が導入されているが、それらの規定の導入は債権者の保証人に対する義務に影響があるか。
  - 4.5 当時のドイツと同様にまたはそれ以上に保証を重視した法域においては、経済変動等に対して、どのような対応がとられたか。ドイツ民法草案(先述4.1, 4.3)と同様の決定をしたか。
  - 4.6 DCFR(共通参照枠草案)において、債権者の保証人に対する義務を想定する規定が提示されているか(先述3(i)~(iv))。債権者の義務が想定されていると

すれば、どのような義務が提示されているか。DCFRにおいて、債権者の義務を導く直接的な準則があるかが問題となる。その体系上、債権者の保証人に対する義務はどのように位置付けられているか(類型)。

#### 4.7 債権者の義務の展開、消費者の属性の考慮 —— イギリス法との比較分析

### 1 はじめに —— 問題設定

DCFR(共通参照草案)(2009年)は、ヨーロッパ私法の「共通の諸原則及びモデル準則」を提示している。モデル準則は、法的な強制力がないが、当事者(消費者・事業者・公的組織等)が拘束感をもって従う規範として展開するならば、私法の根底にある規範の標準化に影響を与える可能性がある。このモデル準則においては、「債権者の保証人に対する義務」をめぐる準則も提示されている(なお、本稿においては、DCFRを「共通参照草案」と訳すこととした(窪田充見・潮見佳男・中田邦博・松岡久和・山本敬三・吉永一行監訳・ヨーロッパ私法の原則・定義・モデル準則 共通参照草案(DCFR)(2013年))。)

これに対して、ドイツ民法は、その立法過程において、原則として、債権者の保証人に対する義務を否定する方向に舵を切った。その後の判例・通説的見解は、その立場を大枠において維持している(後述2.3, 2.4)。フランス民法や他のドイツ法系とは異なる展開が見られる。そのような展開を辿った理由・背景も問題となる。

そこで、以下では、債権者の保証人に対する義務の視点から、ドイツ法とDCFR(共通参照草案)を比較分析することにする。わが国の民法の解釈に対しても示唆が得られるのではないかと思われる。

## 2 ドイツ法

### 2.1 注釈学派から後期普通法・プロイセン一般ラント法における議論の概要

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。その後この解釈が通説となり、Bartolusもこれを支持した。

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。

第1に、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、保証人は、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。保証人は、検索の利益によって、債権者が主たる債務者から弁済を受けることができない場合にのみ、責めを負う。債権者は、弁済を受けるために有するすべての手段を行使しなければならない。債権者が過失によって訴権を喪失する場合、債権者が主たる債務者に期限の猶予を与えその後主たる債務者が無資力となり弁済を受けることができなくなったことにつき過失がある場合、主たる債務者に対する訴訟追行に

において過失がある場合、債権者が質権を放棄した場合、保証人は免責される。このような場合には、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。

第2に、Arndtsは、すべての保証は、ローマ法における金額貸与の委任と同様に、信義則によって判断されるとした。債権者は、過失によって、保証人に法律上与えられた救済手段の行使をできなくしたにもかかわらず、保証人に対して請求するならば、それは信義則に反することになると主張した。

一方、プロイセン一般ラント法においては、第1部第14節328条以下において、次のように類型に応じて規定がなされた。主たる債務者に対する執行について、債権者に重過失がある場合、それによって生ずる損害は債権者が負担する(同328条)。保証人が催告をしたにもかかわらず、債権者が主たる債務者に対して請求をしなかった場合、債権者が破産債権の届出をしなかった場合、長期間執行を怠りその間に主たる債務者の資力が悪化した等の場合には、債権者に重過失があると解された。また、債権者は、保証契約の存続中において、主たる債務者によって設定された他の担保を保証人の同意なしに放棄することはできない(同331条)。それに反して、債権者が他の担保を放棄した場合、保証人に対する権利を喪失する(同332条)。ただし、他の担保の放棄によって保証人が損害を受けないことを、債権者が十分に証明できる限りにおいて、保証人に対して権利行使をすることができる(同333条)。主たる債務者によって設定された他の担保とは、保証契約の前に主たる債務者によって設定された担保と解された。他の担保の放棄によって保証人が損害を受けない場合とは、その担保が価値を有しなかった場合等である。なお、共同保証人のうちの一保証人の免責によって、他の保証人の権利義務に変更はない(同390条)。すなわち、共同保証人間に連帯関係がある場合、免責された保証人は連帯関係からは免責されずに義務を負い続けるため、他の保証人に損害は生じない。したがって、他の保証人は、332条による免責を主張することができない(拙稿「担保保存義務に関する一考察——沿革的・比較法的考察(3)」岡法62巻1号34-36頁)。

## 2.2 ドレスデン草案(1866年) —— 債権者の保証人に対する義務

ドイツの保証法の出発点は、周知のように1866年のドレスデン草案の規定である。同草案は、保証人のために、948条及び949条において、債権者に義務を課す規定を置いた。

ドレスデン草案948条は、「債権者が、その責めに帰すべき事由により、940条における権利を保証人に移転することができない場合、特に保証の履行時にすでに主たる債務者のために設定されていた質権またはその他の担保を保証人の同意なしに放棄した場合、または、債権者が、保証人に移転すべき諸権利の主張を失効させたことにつき責めを有する場合、保証人は、主たる債務者に対する債権が移転すると期待されていた諸権利によって賠償されていた限りにおいて、その債務から免責される。債権者が主たる債務者からの債権回収を失効させたことについて責めを負う場合、保証人は、債権者がその帰責事由がなければ主たる債務者から弁済を受けることができた限りにおいて、その債務から免責される。」とする規定を導入した。

## 207 債権者の保証人に対する義務に関する一考察

さらに、同草案949条は、「主たる債務者が破産に陥った場合、債権者は、自ら破産債権の届出をしない場合、保証人が債権者に弁済するに際して、940条の規定により保証人に移転すべき破産手続上の債権者の権利を主張することができることを、保証人に遅滞なく通知する義務を負う。債権者は、この義務を懈怠する場合、保証人が債権者の懈怠によって損害が発生したことを証明することができる限りにおいて、保証人に対する請求権を喪失する。」とする明文規定を置いた(Trygve Jansen, Die Bürgschaft in der europäischen Rechtstradition 2016, S.139(以下、Jansenと引用。))。

### 2.3 民法776条の立法過程における議論

債権者の保証人に対する義務がどの程度課されるかという問題は、普通法において争いがあり、近代法(オーストリア民法1360条、プロイセン一般ラント法328条、331-333条(先述2.1)、フランス民法2037条等)において異なる対応が見られた。そのような状況において、ドイツ民法第1草案679条は、債権者の保証人に対する義務を一般的には否定すると決定した。保証の本質によれば、債権者は義務を負うことはない。先訴の利益及び訴権譲渡の利益から、根拠がなくても、債権者の保証人に対する義務が導き出されており、また、学説及びドレスデン草案948条等において、債権者の義務が提案されているが、信義則からも、広範な債権者の義務は導き出されない。そのような広範な義務が債権者に課されたならば、保証の価値が著しく低下し、実務において紛争を引き起こすであろうとされた。一般的注意義務はその範囲を確定することができないため、第1草案679条における場合を除いて、債権者の義務は否定された。679条によると、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、債務を免れるとされた。同条における従たる権利には、優先権も含まれる。同条は、従たる権利が保証契約の締結後に獲得された場合においても適用があるとされた。

第2草案715条においても、債権者の保証人に対する義務を否定することに對して異議は唱えられなかった。信義則による義務についても同様の立場がとられた。従たる権利という一般的な表現をとらず、優先権、質権及び他の保証人に対する権利とするべきであるとされた(拙稿・前掲論文(3)・岡法62巻1号38-40頁)。

### 2.4 判例・学説の展開

立法過程における上記(2.3)の議論を経て成立したのが、ドイツ民法776条である。同条は、「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774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。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。」と規定する。同条の制度趣旨・法的構成をめぐって、判例・学説の展開が見られる。

判例は、片務契約である保証契約からは、債権者の保証人に対する義務は、原則として

生じないとし、付随義務としても生じないとする立場を取り続けている。したがって、776条から、保証人の利益を保全する債権者の一般的な注意義務は生じないとする。債権者が主たる債務者によって設定された担保の換価をしないで放置し、または適時に換価しなかったとしても、保証人は、主たる債権を遅滞なく回収することを債権者に対して請求することはできない。債権者は、主たる債務者において破産手続が開始したことについて、保証人に通知する義務はない。債権者は、主たる債務者が支払を遅滞していること、または主たる債務者に対して支払の猶予がなされたことについて、保証人に通知する義務はない。債権者は、不足額の発生について債権者に過失がなければ、主たる債務者に請求する義務を最終不足額支払保証人(Ausfallbürge)に対して負わないとする。

もっとも、判例は、債権者は信義則にしたがって行為する義務を負うとし、保証の場合においても、債権者は、保証契約の締結の前または後において、信義則にしたがって行為する義務を負うとする。したがって、債権者は、信義則に反して、恣意的に保証人の立場を悪化させまたは悪意によって保証人の利益を侵害した場合には、義務違反が問題となる。債権者は、原則として、担保の設定を受けた者として自己の利益を追求することができるため、債務者に対して追加融資をする権限を有する。ただし、債権者が資力に不安のある主たる債務者に対して追加融資をした場合には、債権者の過失による義務違反が生じる。

次に、判例は、契約締結の交渉過程において、原則として、契約の当事者の一方は相手方に対して説明義務を負うとし、適切な説明がなされずに契約が締結された場合、契約締結上の過失(culpa in contrahendo)による免責・損害賠償請求権を一般に承認している。保証契約の場合においても、契約締結上の過失が問題となる場合があるとする。保証は、その契約の性質上、主たる債務者が履行できない場合の危険を引き受けることを前提とするため、債権者は、原則として、保証人にその危険の範囲を知らせる義務はない。しかし、保証人が被担保債権の性質及び保証の危険の範囲に関して錯誤に陥ったことについて債権者に帰責性がある場合、債権者は契約締結上の過失によって責めを負う。例えば、債権者が作成した不適切な契約書式が用いられたことによって保証人がその危険の範囲を誤認した場合、保証人は、債権者の契約締結上の過失によって、その債務からの免責を請求することができる。また、債権者は、保証人にその錯誤について指摘する義務を負い、その義務違反によって損害賠償義務を負うとする。債権者は、保証人が保証を引き受けるかどうかの判断をする際に、ある事情が重要であることを認識できる場合、その事情について説明しなければならないとする。さらに、債権者が保証人に事実関係について説明する場合には、その内容は信義則上真実でなければならないとする。

一方、776条の成立後の学説には展開が見られ、同条の制度趣旨・法的構成について、次のような主張の対立が鮮明になっている。まず、(a)通説的見解によると、同条は、債権者のObliegenheitを規定している。すなわち、債権者は、主たる債権に結合する権利を放棄することによって保証人に不利益を生じさせてはならないというObliegenheitを負っているとされる。片務契約である保証契約は、当事者間に特約がない限り、原則として債権者の契約上の義務は付随義務としても生じない。したがって、同条は例外的性質を有する

特別規定であると位置付けられ、同条からいわゆる法的義務(Pflicht)を根拠付けることはできないとされる。ただし、通説的見解も、債務法は信義則の適用を受けるため、狭く限定された場合であるが、同条を超えて債権者の義務が根拠付けられることを認める。

これに対して、(b)近時の有力多数説によると、776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される。したがって、同条は例外的性質を有する特別規定ではないとされる。この説を深く展開する Knütel の分析によると、立法者は債権者の義務を一般的に否定する立場をとったが、そのような主張は認められないとされる。今日においては、立法当時とは異なり、保証人に対する債権者の保護義務及び配慮義務が承認される方向にあり、そこから保証人に対する債権者の通知義務等が導かれる。したがって、776条は、例外的性質を有する特別規定ではなく、配慮義務を具体化した規定である。また、保証法において信義則の適用が認められる場合が増えるにつれて、通説的見解が主張する同条の例外的性質が徐々に弱くなっており、その結果、同条はもはや例外規定ではないとされる。776条は、その効果について、保証人は、債権者が放棄した権利から賠償を得ることができたであろう限度において免責されると規定する。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。しかし、Knütel は、債権者は保証人に対して配慮義務を負うとし、したがって、積極的債権侵害が問題となり、損害賠償請求権が生ずる。ただし、損害賠償請求権は保証債務の全額免除を上限として認められるとする。Knütel は、保証債権の失効の問題とすることを批判し、契約の補充的解釈によるべきであるとする。そして、債権者の義務の有無の判定要素の具体化を試みている(保証人の正当な期待、債権者の帰責性、保証人自身による自己防衛の可否)。もっとも、Knütel 等の主張に対して、義務の限界・程度を明確にしていけないとの指摘がある。

債権者が合意によって保証人に対して付随義務を負うことは、判例・学説において承認されている。債権者がその義務に反する場合には、積極的債権侵害によって保証人の損害賠償請求権が生ずる。債権者が付随義務を負う旨の合意は、明示的な合意がある場合だけではない。諸般の事情からその旨が推論される場合があるとされる。すなわち、契約類型、契約の解釈、取引慣行等によって、債権者が付随義務を負うと推論される場合もあるとされる。例えば、最終不足額支払保証(Ausfallbürgschaft)は、債権者が債権回収を行った後に生ずる不足額についてのみその契約上保証人が責めを負う旨の保証であり、取引慣行上もそのように解されている。したがって、債権者が最終不足額支払保証人によって提供された担保を当てにして主たる債務者に対する債権回収を怠った場合、そのことについて過失があるときは、債権者は最終不足額支払保証人に対して支払を請求することができないとされる。将来債務の保証は、債務の発生及びその額の増減が債権者の行為によって左右される性質を有する。したがって、債権者は、債務の発生をできるだけ少なくするため、主たる債務者に対して適切に対応する義務を負う。また、最高限度額保証(Höchstbetragsbürgschaft)の場合には、債権者は主たる債務者に対する貸付が信用限度を超えないようにする義務を

負うと解されている(拙稿・前掲論文(4)・岡法62巻2号2頁以下)。

なお、ドイツ民法には、311条2項(241条2項の規定による配慮義務を伴う債務関係の発生)等の規定が導入されている。それらの規定の導入は、債権者の保証人に対する義務に影響があるか。上記(b)のように、近時の有力多数説には次のような主張がある。すなわち、すべての債権債務関係と同様に、保証関係にも信義則の適用があることが承認される方向にある。したがって、保証人に対する説明義務及び保護義務は、債権者にも課される。しかも、学説による契約前及び契約上の保護義務の展開が見られ、さらに、ドイツ民法241条2項及び311条2項において、立法上それらの義務が承認されているとする主張がある(MünchKomm.-Habersack zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.5, 5.Aufl.,2009, §765 Rn.84 (=MünchKomm.-Habersack))。

### 3 DCFR(共通参照枠草案) —— 債権者の保証人に対する義務

DCFRのモデル準則は、Book IからXの準則からなる。それらの準則には、「債権者の保証人に対する義務」とその根底において関係する準則がある。Book IV Part G(人的担保)のChapter 2(「附従的な人的担保」)及びChapter 4(「消費者による人的担保に関する特則」)において提示される準則がそうである。なお、Book I(総則)には、「誠実かつ公正な取扱い」に関する一般的な準則がある。

まず、(i) DCFR IV.G-2: 107条1項は、「債権者は、主たる債務者の不履行または支払不能及び弁済期の延期の場合に、不当に遅滞することなく、担保提供者に通知しなければならない。この通知は、通知の時点において主たる債務者が負う主たる債務、利息及びその他の従たる債務の被担保総額に関する情報を含まなければならない。新たな不履行の発生に関する追加の通知は、先の通知の後3箇月が経過するまでなされることを要しない。通知は、不履行の発生が単に主たる債務者の従たる債権に関する場合、不履行となった全被担保債務の総額が被担保債務の未払総額の5パーセントに達しない限り、要しない。」と規定し、同条2項は、「前項の場合のほか、包括的根担保においては、次に掲げるとき、合意された増額について担保提供者に通知しなければならない。(a)担保の設定後のその増額が、担保の設定時における被担保債務の総額の20パーセントに達するとき、(b)被担保債務の総額が、本項にしたがって最後の情報提供がなされたまたはされるべきであった時点における被担保債務の総額と比較して、さらに20パーセント増額されるとき。」と規定する。さらに、同条3項は、「1項及び2項は、担保提供者が必要とされる情報を知っている、または知っていることが合理的に期待できる場合、適用されない。」と規定し、その上で、同条4項は、「債権者が本条によって要求される通知を懈怠または遅滞する場合、債権者の担保提供者に対する権利は、その懈怠または遅滞によって担保提供者が損害を受けることを防ぐために必要な範囲まで減免される。」と規定する。

次に、(ii) DCFR IV.G-4: 103条1項は、「債権者は、担保が設定される前に、次に掲げる事項について、担保を提供しようとする者に説明する義務を負う。(a)設定しようとする担

## 203 債権者の保証人に対する義務に関する一考察

保の一般的な効果、(b)債権者にとって入手可能な情報によれば主たる債務者の財産状況に基づいて担保提供者が受ける可能性のある特別の危険。」と規定し、同条2項は、「主たる債務者と保証人との間の信頼関係があることにより、自由または適切な情報に基づいて行為できない重大な危険が存在することを債権者が知っているまたは知るべき理由を有する場合、債権者は、担保提供者が中立の助言を受けたことを確認しなければならない。」と規定する。その上で、同条3項は、「1項または2項によって要求される情報提供または中立的な助言が、担保提供者が担保の申込みまたは担保設定契約に署名した日から少なくとも5日前になされていなかった場合には、担保提供者は、情報提供若しくは中立的な助言を受けた後相当な期間内に申込みを撤回しまたは契約を取り消すことができる。このために、諸般の事情から異なる期間と解されない限り、5日間が相当な期間とされる。」と規定し、同条4項は、「1項または2項に反して、情報提供または中立の助言がなされなかった場合、いつでも申込みを撤回しまたは契約を取り消すことができる。」と規定する。なお、同条5項は、「担保提供者が3項または4項によって申込みを撤回しまたは契約を取り消す場合、当事者が受けた利得の返還は、本第Ⅶ編(不当利得)による。」と規定する。

さらに、(iii)DCFR IV. G.-4:106条1項は、「主たる債務者の同意がある場合、債権者は、情報提供の時点において主たる債務者が負う主たる債務、利息及びその他の従たる債務の被担保総額について、毎年担保提供者に情報提供しなければならない。主たる債務者の同意は、それが与えられた後は、撤回することができない。」と規定し、同条2項は、「IV. G.-2:107条(債権者による通知の要請)3項及び4項は、適切な修正を加えて適用される。」と規定する。

なお、(iv)DCFR I-1:103条1項は、「『誠実かつ公正な取扱い』とは、誠実、率直及び当該取引または関係する他方当事者の利益への配慮を本質とする行為の基準である。」と規定し、同条2項は、「他方当事者が自己に不利益となる一方当事者の先行する発言または行為を信頼することが合理的である場合、一方当事者がその先行する発言または行為に反して行為することは、特に誠実かつ公正な取扱いに反する。」と規定する。

このように、債権者の担保提供者に対する通知義務(上記(i))、債権者の契約締結前の説明義務等(上記(ii))、債権者の毎年の情報提供義務(上記(iii))が提示され、信義則に関する準則も提示されている(上記(iv))。

## 4 問題点の整理・検討

### 4.1 ドレスデン草案(1866年)とその後のドイツ民法草案を比較すると、債権者の保証人に対する義務についてどのような違いがあるか。

先述のように(2.2)、(i)ドレスデン草案948条は、「債権者が、その責めに帰すべき事由により、940条における権利を保証人に移転することができない場合、(a)特に保証の履行時にすでに主たる債務者のために設定されていた質権またはその他の担保を保証人の同意なしに『放棄』した場合、または、債権者が、保証人に移転すべき諸権利の主張を『失効』

させたことにつき『責め』を有する場合、保証人は、主たる債務者に対する債権が移転すると期待されていた諸権利によって賠償されていた限りにおいて、その債務から『免責』される。(b)債権者が主たる債務者からの債権回収を『失効』させたことについて責めを負う場合、保証人は、債権者がその帰責事由がなければ主たる債務者から弁済を受けることができた限りにおいて、その債務から『免責』される。」とする規定を導入した。

さらに、(ii)同草案949条は、「主たる債務者が『破産』に陥った場合、債権者は、自ら破産債権の『届出』をしない場合、保証人が債権者への弁済をするに際して、940条の規定により保証人に移転すべき破産手続上の債権者の権利を主張することができることを、保証人に遅滞なく『通知する義務』を負う。債権者は、この義務を懈怠する場合、保証人が債権者の懈怠によって『損害』が発生したことを証明することができる限りにおいて、保証人に対する請求権を『喪失』する。」とする明文規定を置いた。

ドレスデン草案948条によると、「原則」として、保証人の主たる債務者に対する求償を困難にしましたは求償をできなくする債権者の帰責性のある「どの行為」も、保証人のために作用し、その限りにおいて保証人の「免責」を生じる。(i)(a)は、担保が債権者の帰責性のある行為によって放棄され、そのため、担保が保証人に移転せず、その結果、保証人が主たる債務者に対して求償の制限を受ける可能性が生じた場合に該当する。これに対して、(i)(b)は、保証人が先訴の抗弁を有していたところ、債権者が主たる債務者からの債権回収を失効させたような場合である。同草案949条は、主たる債務者の「破産」の場合における債権者の契約上の義務に関する規定で、「通知義務」を課している。

このように、ドレスデン草案948条・949条は、債権者の「義務」びその「法的効果」に關して明確に規定した。

これに対して、先述のように(2.3)、ドイツ民法第1草案679条は、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、債務を免れるとされた。同条における従たる権利には、優先権も含まれる。同条は、従たる権利が保証契約の締結後に獲得された場合においても適用があるとされた(なお、第2草案715条は、従たる権利という一般的な表現をとらず、優先権、質権および他の保証人に対する権利とするべきであるとされた)。

ドイツ民法草案は、それまでのドイツ法(ドレスデン草案948条・949条を含む)の伝統的な法理を退け、債権者の保証人に対する注意義務を一般的に「否定」する立場をとることを決定した。第1草案679条(第2草案715条)において、保証人の免責を認める規定が置かれたが、それは「例外」規定と位置付けられた。ドイツ民法草案は、保証の「本質」によれば、債権者は、保証によって権利のみを有し義務を負わないとした。すなわち、保証契約の本質は「片務契約」であるということが示唆されている。また、注釈学派及びその後の解釈によって築き上げられた伝統的な法理、たとえば、先訴の利益及び訴権譲渡の利益から債権者の保証人に対する義務を導きだす解釈(上記2.1)を、根拠のないものとして退けた。さらに、学説及びドレスデン草案948条等において、債権者の義務が提案されていたが、ド

イツ民法草案は、「信義則」からそのような「広範な」債権者の義務を導き出すことを否定した。債権者に広範な義務を課したならば、「保証の価値」が著しく低下し、実務において紛争を引き起こすと考えられた。ドイツ民法草案は、それまでの伝統的な法理を、上記のような様々な理由付けをすることによって排除したが、その判断の決め手となったのは、保証の「担保的価値」をできるだけ高めることにあった。

確かに、委員会は、信義則の原則から債権者にも配慮の要請が生じるということを認識していた。しかし、それは、主たる債務者への保証人の包括的な求償を確保しようとするドレスデン草案948条が想定するような広範なものではない(上記)。委員会は、ドレスデン草案948条の内容は、極めて「不確定」であり、債権者の責めが拡大することを警戒したようである。現に、ドイツ民法草案によると、債権者が主たる債務者に対して請求することを「怠った」場合でも、保証人の免責は生じない。保証人は、主たる債務者に対して、適時に債権者に弁済し権利の移転を受け「自ら」対処すれば、自己の権利を担保することができる。それ故、債権者の注意義務を否定しても、主たる債務者の支払不能の場合、通知の有無によって影響を受けることはないとする方向に舵を切った(ドレスデン草案の否定)。結局、保証人の免責が生じるのは、厳格な要件のもとでの担保の「放棄」の場合のみである。保証人は、原則的に、自己の利益の保全について「自己責任」を負うことになる。

#### 4.2 債権者の保証人に対する義務について、ドレスデン草案(1866年)以前の伝統的ドイツ法はどのような解釈を展開していたか。伝統的ドイツ法とその原理部分において共通する流れを有するのは、ドイツ民法草案かそれともドレスデン草案か。

先述のように(2.1)、(i)「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、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、その後この解釈が「通説」となった。(ii)「後期普通法」においては、(a)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、保証人は、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」とされるとする説が主張された。債権者は、弁済を受けるために有する「すべての手段」を行使しなければならない。債権者が過失によって「訴権を喪失」する場合、債権者が主たる債務者に「期限の猶予」を与えその後主たる債務者が無資力となり弁済を受けることができなくなったことにつき過失がある場合、主たる債務者に対する「訴訟追行」において過失がある場合、債権者が「質権を放棄」した場合、保証人は免責される。このような場合には、検索の抗弁は、延期的抗弁ではなく永久的抗弁であると解された。また、(b)Arndtsは、すべての保証は、ローマ法における金額貸与の委任と同様に、「信義則」によって判断されると、債権者は、「過失」によって、保証人に法律上与えられた救済手段の行使をできなくしたにもかかわらず、保証人に対して請求するならば、それは信義則に反すると解した。(iii)プロイセン一般ラント法は、第1部第14節328条以下にすでに明文規定を置いている。主たる債務者に対する執行について、債権者に「重過失」がある場合、それによって

生ずる損害は債権者が負担する(同328条)。保証人が催告をしたにもかかわらず、債権者が主たる債務者に対して「請求をしなかった」場合、債権者が破産債権の「届出をしなかった」場合、「長期間執行を怠り」その間に主たる債務者の資力が悪化した等の場合には、債権者に重過失があると解された。また、債権者は、保証契約の存続中において、主たる債務者によって設定された他の担保を保証人の同意なしに「放棄」することはできない(同331条)。

このように、上記(i)～(iii)の伝統的ドイツ法とその原理部分において共通する流れを有するのは、債権者の義務を肯定し保証人の保護を中核に据えるドレスデン草案であることが窺える。

#### 4.3 ドイツ民法の立法者がドレスデン草案とは異なる方向に舵を切った「理由」「背景事情」はなにか。

19世紀の最後の4半世紀に、債権者はかなり有利な方向に振り子が振れたとの指摘がある。すなわち、ドレスデン草案948条は債権者の義務を肯定するそれまでの通説を反映する内容を規定していたが、ドレスデン草案948条と、債権者の義務を否定とするドイツ民法第1草案の決定との間に、1871年から1873年の「大恐慌」があり、銀行取引において明らかに重点の変化があった。19世紀の後半、特に最後の30年間においては、信用取引の意義が恒常的に増大し、それがドイツの銀行の主要な課題となっていた。広範な義務が債権者に課されると、「保証の価値」が著しく低下し、実務において紛争を引き起こすことが危惧された。これらの経済的背景が、債権者の義務の「否定」による「保証の強力な信用手段化」の決定を促進した。それは、時代的な制約を受けた決定であったと考えられる(拙稿・前掲論文(3)・岡法62巻1号39-40頁)。

この立法者の決定は、その後のドイツ法における債権者の保証人に対する義務の展開において、「原理的部分」にまで大きな影響を与えることになる。特に、ライヒ最高裁判所による判例形成に強い影響を与えることになり、その大枠は連邦裁判所判例によって承継されることになる。

#### 4.4 ドイツ民法草案の構成(先述4.1)は、ドイツの判例・学説のその後の展開にどのような影響を与えたか。ドイツ民法776条の成立後の判例・学説は、原則的にどのような立場をとっているか。債権者の保証人に対する義務を承認しているか。その法的根拠はなにか。その主張には対立があるか。取引上の経験のない保証人に対しても、債権者は説明等の義務を負うと解されているか。ドイツ民法には、311条2項(241条2項の規定による配慮義務を伴う債務関係の発生)等の規定が導入されているが、それらの規定の導入は債権者の保証人に対する義務に影響があるか。

先述のように(2.4)、(i)判例は、「原則」として、債権者の保証人に対する義務を「否定」する立場をとり続けており、ドイツ民法草案の大枠を維持している。もっとも、(ii)判例には、動きがあり、債権者は「信義則」にしたがって行為する義務を負うとし、保証の

場合においても、債権者は、保証契約の締結の「前」または「後」において、信義則にしたがって行為する義務を負う場合があるとする。したがって、(a)債権者は、信義則に反して、「恣意的に」保証人の立場を悪化させまたは「悪意」によって保証人の利益を侵害した場合には、義務違反が問題となる。債権者は、原則として、担保の設定を受けた者として自己の利益を追求することができるため、債務者に対して追加融資をする権限を有する。ただし、債権者が「資力に不安」のある主たる債務者に対して追加融資をした場合には、債権者の「過失」による義務違反が生じる。(b)判例は、契約締結の「交渉過程」において、原則として、契約の当事者の一方は相手方に対して説明義務を負うとし、適切な説明がなされずに契約が締結された場合、「契約締結上の過失(culpa in contrahendo)」による免責・損害賠償請求権を一般に承認している。保証契約の場合においても、契約締結上の過失が問題となる場合があるとする。保証は、その契約の性質上、主たる債務者が履行できない場合の危険を引き受けることを前提とするため、債権者は、原則として、保証人にその危険の範囲を知らせる義務はない。しかし、保証人が被担保債権の性質及び保証の危険の範囲に関して「錯誤」に陥ったことについて債権者に「帰責性」がある場合、債権者は契約締結上の過失によって責めを負う。例えば、債権者が「作成」した「不適切な」契約書式が用いられたことによって保証人がその危険の範囲を「誤認」した場合、保証人は、債権者の契約締結上の過失によって、その債務からの「免責」を請求することができる。また、債権者は、保証人にその錯誤について「指摘」する義務を負い、その義務違反によって「損害賠償義務」を負うとする。債権者は、保証人が保証を引き受けるかどうかの判断をする際に、ある事情が「重要」であることを「認識」できる場合、その事情について「説明」しなければならないとする。さらに、債権者が保証人に事実関係について説明する場合には、その内容は信義則上「真実」でなければならないとする。(c)契約類型、契約の解釈、取引慣行等によって、債権者が付随義務を負うと「推論」される場合もあるとする。例えば、「最終不足額支払保証」については、債権者が最終不足額支払保証人によって提供された担保を「当てに」して主たる債務者に対する債権回収を「怠った」場合、そのことについて「過失」があるときは、債権者は最終不足額支払保証人に対して支払を請求することができない。「将来債務」の保証は、債務の「発生」及びその額の「増減」が債権者の行為によって左右される性質を有する。したがって、債権者は、債務の発生をできるだけ少なくするため、主たる債務者に対して適切に対応する義務を負う。また、「最高限度額保証」の場合には、債権者は主たる債務者に対する貸付が信用限度を超えないようにする義務を負うとする。

#### 四一

一方、先述のように(2.4)、(iii)776条の成立後の学説にも展開が見られ、同条の制度趣旨・法的構成について、次のような主張の「対立」が鮮明になっている。まず、(a)「通説的見解」によると、同条は、債権者のObliegenheitを規定している。すなわち、債権者は、主たる債権に結合する権利を放棄することによって保証人に不利益を生じさせてはならないというObliegenheitを負っているとされる。片務契約である保証契約は、当事者間に特約がない限り、「原則」として債権者の契約上の義務は付随義務としても「生じない」。

したがって、同条は「例外的」性質を有する特別規定であると位置付けられ、同条からい  
 わゆる法的義務(Pflicht)を根拠付けることはできないとされる。ただし、通説的見解も、  
 債務法は「信義則」の適用を受けるため、「狭く限定された場合」であるが、同条を超えて  
 債権者の義務が根拠付けられることを認める。これに対して、(b)「近時の有力多数説」に  
 よると、776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」とであるとされる。したがって、  
 同条は例外的性質を有する「特別規定ではない」とされる。この説を深く展開する Knütel  
 の分析によると、立法者は債権者の義務を一般的に否定する立場をとったが、そのような  
 主張は認められないとされる。今日においては、立法当時とは異なり、保証人に対する債  
 権者の保護義務及び配慮義務が承認される方向にあり、そこから保証人に対する債権者の  
 通知義務等が導かれる。したがって、776条は、例外的性質を有する特別規定ではなく、配  
 慮義務を「具体化」した規定である。また、保証法において信義則の適用が認められる場  
 合が「増える」につれて、通説的見解が主張する同条の例外的性質が徐々に弱くなって  
 おり、その結果、同条はもはや例外規定ではないとされる。776条は、その効果について、保  
 証人は、債権者が放棄した権利から賠償を得ることができたであろう限度において「免責」  
 されると規定する。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。しかし、Knütel は、債権者は保証人に対して「配慮義  
 務」を負うとし、したがって、積極的債権侵害が問題となり、損害賠償請求権が生ずる。  
 ただし、損害賠償請求権は保証債務の全額免除を上限として認められるとする。Knütel  
 は、保証債権の失効の問題とすることを批判し、契約の補充的解釈によるべきであるとし  
 る。そして、債権者の義務の有無の判定要素の具体化を試みている(保証人の正当な期待、  
 債権者の帰責性、保証人自身による自己防衛の可否)。もっとも、Knütel 等の主張に対して、  
 義務の限界・程度を明確にしていけないとの指摘がある。(iv)なお、判例・学説において、債  
 権者が「合意」によって保証人に対して付随義務を負うことは承認されている。債権者が  
 付随義務を負う旨の合意は、諸般の事情からその旨が推論される場合があるとされる。す  
 なわち、契約類型、契約の解釈、取引慣行等によって、債権者が付随義務を負うと「推論」  
 される場合もあるとされる。

以上のように、(v)ドイツの判例・通説的見解は、債権者が、保証人に対して、信義則に  
 よって行為する義務を負う場合を徐々に肯定する方向にあるが、原則的には、債権者の保  
 証人に対する義務を否定する立場を維持している(上記(i)(ii)(iii)(a))。判例・通説的見解によ  
 ると、保証人は、主たる債務者がその債務を履行しない場合における履行の責任だけでなく、  
 「債権者の過失」に基づく損害についても責めを負うことになる。したがって、債権者  
 は、原則的には、保証人の利益を考慮する必要がなく、保証人は、自らの利益の保全につ  
 いて「自己責任」を負うことになる。しかしこれに対して、判例・通説的見解によって形  
 成された諸原則では、保証人の保護が不十分であるとの主張がある。たとえば、(a)「取引  
 上経験のない」保証人(例・「非」専門家等)に対する説明義務である。取引上通常経験のな

い保証人と経験のある債権者(例・銀行)とを同等に扱い、保証人への説明の必要性を否定することは、実生活の現実と矛盾する。債権者は、通常は、高度の知識と経験を有する地位にあるが、取引上経験のない保証人は「自己の決定の意味及び範囲」を適切に判断することができない。その限りにおいて、取引上経験のない者との保証においては、債権者に「説明義務」を課す必要があるとする主張である。特に、主たる債務者の「近親者」(例・配偶者や親子等)が情誼により保証を引き受ける場合、保証契約締結前に説明がないと、保証人は自己の負うリスクの実態を適切に判断することができないとする主張がある。また、(b)債権者と保証人との間に、「特別な信頼関係」がある場合、債権者は保証人に対して説明義務を負うべきである。特別な信頼関係は、「継続的契約関係」(例・雇用契約、組合契約、長期的な取引関係等)がある場合に形成されるとする主張がある(MünchKomm-Habersack, § 765 Rn.89-90; Burghardt, Aufklärungspflichten des Bürgschaftsgläubigers, 1985, S.67 f.; Jansen, SS.158-159.)。

それでは、(vi)ドイツ民法には、311条2項(241条2項の規定による配慮義務を伴う債務関係の発生)等の規定が導入されている。それらの規定の導入は、債権者の保証人に対する義務にどのような影響があるか。

先述のように(2.4)、近時の有力説には次のような主張がある。すなわち、すべての債権債務関係と同様に、保証関係にも信義則の適用があることが承認される方向にある。したがって、保証人に対する説明義務及び保護義務は、債権者にも課される。しかも、学説による契約前及び契約上の「保護義務」の展開が見られ、さらに、ドイツ民法241条2項及び311条2項において、立法上それらの義務が承認されているとする主張がある。

そこで、241条2項、311条2項及びその関連規定の内容を辿ると、まず、(a)241条2項は、「債務関係は、その内容により、他方の当事者の権利、法益及び利益を配慮することを、いずれの当事者にも義務付けることができる。」と規定する。次に、(b)311条2項は、「241条2項の規定による『義務』を伴う債務関係は、次に掲げる行為のいずれかによっても発生する。1. 『契約交渉の開始』、2. 当事者の一方が、何らかの法律行為上の関係で、相手方に対して自己の権利、法益及び利益に対して影響を及ぼす可能性を与え、または相手方に対してこれらを委託する契約の『準備』、3. 同様の『取引上の接触』。」と規定する。さらに、(c)280条1項は、「債務者が、債務関係から生じる義務に違反したときは、債権者は、これによって生じた『損害の賠償』を請求することができる。債務者が義務違反について責めを負わないときは、この限りでない。」と規定する。

近時の有力説は、保証契約は確かに片務契約であり、したがって、債権者が保証人に対して「給付義務」を負うことはない。しかし、上記241条2項及び311条2項における「保護義務」は排除されないと主張する。これらの規定の導入は、債権者の保証人に対する義務の解釈に影響がないとはいえないと解される。

#### 4.5 当時のドイツと同様にまたはそれ以上に保証を重視した法域においては、経済変動等に対して、どのような対応がとられたか。ドイツ民法草案(先述4.1, 4.3)と同様の決定をしたか。

スイスにおいても、旧スイス債務法(1911年法)後における「経済変動等」を経て、同法における保証規定の改正(1941年法)に向けた議論が展開された。当時のスイスにおいては、その社会的特性により、保証による信用貸しが諸外国よりも「一般化」し重要な存在となっており、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た。立法者は、(a)法改正による「保証人の多様な保護」の必要性を認める一方で、(b)当時の経済において有する「保証の意義」に注意すべきであると考えた(多数意見)。というのは、保証人を保護しすぎると、保証人が免責され債権者は担保を失うことになり、経済全体に損害が生じるためである。そこで、相対立する上記(a)と(b)の要素の調整ポイントをどこにおくかが問題となった。

このような状況にあって、改正法(1941年法)においては、ドイツ民法草案とは「異なる対応」がとられた。すなわち、(i)債権者の「特別」の義務に関する「複数」の規定が導入され(503条以下)、しかも新たに、492条4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。その結果、保証法における債権者の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。(ii)しかしその一方で、債権者の「一般的」注意義務は、旧スイス債務法におけると同様に、認められなかった(ただし、保証人が保全のために自ら介入できない限りにおいて一般的注意義務を肯定する説が一部にある)。債権者の一般的注意義務は、信用制度としての保証行為に著しく厳しい負担を課すことになると考えられたからである(拙稿・前掲論文(7)・岡法63巻2号18-21頁、同(8)・岡法63巻4号2-11頁)。

#### 4.6 DCFR(共通参照枠草案)において、債権者の保証人に対する義務を想定する規定が提示されているか(先述3(i)~(iv))。債権者の義務が想定されているとすれば、どのような義務が提示されているか。DCFRにおいて、債権者の義務を導く直接的な準則があるかが問題となる。その体系上、債権者の保証人に対する義務はどのように位置付けられているか(類型)。

まず、(a)先述のように(3(i)~(iv))、DCFRにおいては、債権者の保証人に対する義務の存在を「想定」する規定が提示されている。まず、議論の起点において、債権者の義務を原則として否定するドイツ民法とは異なる(先述2.3, 2.4)。次に、(b)DCFRは、債権者の義務として、第1に、IV.G-2:107条において、債権者の通知義務(先述3(i))を、第2に、IV.G-4:103条において、債権者の契約締結前の説明義務等(先述3(ii))を、第3に、IV.G-4:106条において、債権者の毎年の情報提供義務(先述3(iii))を提示している。しかも、債権者の契約締結前の説明義務等及び債権者の毎年の情報提供義務は、「消費者」による人的担保に関する「特別」(先述3(ii)(iii))として明記されている。なお、DCFR I-1:103条は、総則に位置し、信義則に関する準則である(先述3(iv))。(c)このように、DCFRにおいては、

確かに、債権者の義務の存在を想定する規定が提示されている(上記(b))が、それらが債権者の義務を導き出す「直接的」な準則であるかは明確でない。債権者の保証人に対する「一般的」な義務に関する準則であるかが問題となる。

そこで、DCFRにおいて提示されている準則を見ると、まず、(i)DCFR IV.G-2:107条1項は、「債権者は、主たる債務者の不履行または支払不能及び弁済期の延期の場合に、不当に遅滞することなく、担保提供者に通知しなければならない。この通知は、通知の時点において主たる債務者が負う主たる債務、利息及びその他の従たる債務の被担保総額に関する情報を含まなければならない(1文)。新たな不履行の発生に関する追加の通知は、先の通知の後3箇月が経過するまでなされることを要しない(2文)。通知は、不履行の発生が単に主たる債務者の従たる債権に関する場合、不履行となった全被担保債務の総額が被担保債務の未払総額の5パーセントに達しない限り、要しない(3文)。」と規定し、同条2項は、「前項の場合のほか、包括的根担保においては、次に掲げるとき、合意された増額について担保提供者に通知しなければならない。(a)担保の設定後のその増額が、担保の設定時における被担保債務の総額の20パーセントに達するとき、(b)被担保債務の総額が、本項にしたがって最後の情報提供がなされたまたはされるべきであった時点における被担保債務の総額と比較して、さらに20パーセント増額されるとき。」と規定する(先述3(i))。

DCFR IV.G-2:107条1項によると、債権者は、保証人がその「危険性を判断し」、主たる債務者に対して「救済を請求」すること(IV.G-2:111)ができるように、主たる債務者の不履行、支払不能または弁済期の延期について保証人に情報提供しなければならない。債権者は、情報が提供された時点における主たる債務、利息及びその他の従たる債務の未払総額を、その通知において示さなければならない(1文)。もし不履行が継続するならば、その情報は先の情報提供の後3箇月ごとに更新しなければならない(2文)。なお、その他の従たる債務のみの不履行の場合には、原則として、通知は要しないとされる(3文)(DCFR-Full Edition IV.G-2:107 Comments A.,p.2611)。もっとも、包括根担保型の場合、その債務額は常に「変動」する。したがって、そのように日々変動する債務額に関する情報を逐次提供させることは、債権者に過剰な負担となる。そこで、同条2項は、債務総額の「大幅な増加」(20%)(同条2項(a)(b))がある場合のみ、通知義務が課されている(DCFR-Full Edition IV.G-2:107 Comments B.,p.2612)。

さらに、DCFR IV.G-2:107条3項は、「1項及び2項は、担保提供者が必要とされる情報を知っている、または知ることが合理的に期待できる場合、適用されない。」と規定し、その上で、同条4項は、「債権者が本条によって要求される通知を懈怠または遅滞する場合、債権者の担保提供者に対する権利は、その懈怠または遅滞によって担保提供者が損害を受けることを防ぐために必要な範囲まで減免される。」と規定する(先述3(i))。

DCFR IV.G-2:107条3項は、保証人がすでに情報を提供されている、または容易に関連情報を獲得することができる場合、またはできる限りにおいて、同条1項及び2項における情報提供は要しないとする。会社(主たる債務者)の「取締役」のような場合がそうである。なお、その証明責任は、「債権者」が負うとされる(DCFR-Full Edition IV.G-2:107

Comments C.p.2612)。その上で、同条4項は、債権者が要求される通知(同条1項及び2項)を懈怠しまたは遅滞する場合の「制裁」を規定する。債権者が通知を懈怠し、その間に主たる債務者が支払不能となると、保証人は主たる債務者から救済または弁済を受けることができなくなる。そこで、同項は、保証人の責任の「減免」を認めている(DCFR-Full Edition IV.G-2 : 107 Comments C.D.p.2612)。

次に、(ii) DCFR IV.G-4 : 103条1項は、「債権者は、担保が設定される前に、次に掲げる事項について、担保を提供しようとする者に説明する義務を負う。(a)設定しようとする担保の一般的な効果、(b)債権者にとって入手可能な情報によれば主たる債務者の財産状況に基づいて担保提供者が受ける可能性のある特別の危険。」と規定する(先述3(ii))。

担保提供者が人的担保(保証等)を引き受けることによって被る危険性を考慮すると、担保提供者が主たる債務者の経済的状況に関する情報を入手できるようにすべきである。DCFR IV.G-4 : 103条は、担保提供者が「消費者」である場合の保護に関する特別準則である。特に、主たる債務者の「近親者」は、血縁者に対する「情誼」から主たる債務者の経済的状況に目を向けずまた目を瞑ることが多い。そこで、「追加的な情報」を提供し、保証人等の担保提供者がその「危険性をよりの確に判断」できるようにする必要がある。保証等の人的担保は、通常は主たる債務者の近親者や「友人」が無償で引き受けており、したがって消費者が関係することが非常に多い。実際、信用を供与することによって、その資産を失うおそれがある(DCFR-Full Edition IV.G-4 : 103 Comments A.p.2740)。

DCFR IV.G-4 : 103条1項(a)においては、保証による「一般的・客観的」な法的・経済的危険性が問題とされる。債権者は、保証人が消費者の場合、保証人がその効果について「精通していない」という前提で対応しなければならない。保証の引き受けによって生じる「実際の危険」について、保証人は明確かつ完全に理解していなければならない。一方、同条1項(b)においては、主たる債務者「個人」の財産上の危険性が問題とされる。信用の供与が中長期的な場合には、主たる債務者に関する情報はさらに広汎かつ綿密なものとなる。主たる債務者の年齢及び健康状態のようなその「将来」の経済的状況に関する情報も該当する。債権者が開示義務を負うのは、契約「締結時」において「入手可能」な重要情報である。銀行等の「守秘義務」によって、債権者が保証人に情報を開示することができない場合、債権者は、当該情報の提供について主たる債務者の「同意」を得なければならない。それに反した場合、本条3項から5項(後述)における「責め」を負わなければならない。債権者が情報提供する権限がない旨を開示することを怠った場合、保証人に対して「損害賠償義務」を負う(DCFR-Full Edition IV.G-4 : 103 Comments B.p.2741)。

DCFR IV.G-4 : 103条2項は、「主たる債務者と担保提供者との間の信頼関係があることにより、自由にはまたは適切な情報に基づいて行為できない重大な危険が存在することを債権者が知っているまたは知るべき理由を有する場合、債権者は、担保提供者が中立の助言を受けたことを確認しなければならない。」と規定する(先述3(ii))。

DCFR IV.G-4 : 103条2項は、債権者が担保を提供しようとする者が第三者から「中立」の助言を得ていることを「確認」する義務に関する準則である。債権者が認識していた旨

が申し立てられる場合、十分な「証明」を要する。さらに、債権者の認識可能性が申し立てられる場合には、主たる債務者と保証の引受人間の「信頼関係」に関する債権者の認識可能性を「推定」できる事実について証明しなければならない。もっとも、保証人と主たる債務者との間に信頼関係があることだけでは、2項の要件を充足しない。というのは、家族構成員の関係が良好に機能している場合には、各人の中立及び金融関係の情報の入手は可能だからである。これに対して、「未経験者」「病人」「高齢者」等の場合には、その場の諸事情に左右されるおそれがある。このような場合には、担保提供者が自由に適切な情報に基づいて行為することができないおそれがある。中立の助言は、法的な支援を提供する「消費者団体」によってなされる。重要なまたは複雑な事例においては、中立の「弁護士」による助言が必要である。その「費用」は、担保提供者または主たる債務者が負担する(DCFR-Full Edition IV.G-4 : 103 Comments B, pp.2741-2742)。

DCFR IV.G-4 : 103条3項は、「1項または2項によって要求される情報提供または中立的な助言が、担保提供者が担保の申込みまたは担保設定契約に署名した日から少なくとも5日前になされていなかった場合には、担保提供者は、情報提供若しくは中立的な助言を受けた後相当な期間内に申込みを撤回しまたは契約を取り消すことができる。このために、諸般の事情から異なる期間と解されない限り、5日間が相当な期間とされる。」と規定し、同条4項は、「1項または2項に反して、情報提供または中立の助言がなされなかった場合、いつでも申込みを撤回しまたは契約を取り消すことができる。」と規定する。なお、同条5項は、「担保提供者が3項または4項によって申込みを撤回しまたは契約を取り消す場合、当事者が受けた利得の返還は、本第Ⅶ編(不当利得)による。」と規定する(先述3(iii))。

DCFR IV.G-4 : 103条3項から5項は、同条1項または2項に反する場合の「制裁」に関する規定である。同条1項または2項に反する場合、「消費者」は担保の提供において「不注意」があったとみなされる。したがって、当該制裁の適用においては、消費者たる担保提供者が実際に「不利益」を受けたか否かを問わない。同条3項は、情報提供または中立の助言がなされたが、所定の期限までにそれらがなされなかった場合に適用される。一方、同条4項は、情報提供または中立の助言が全く提供されなかった場合に適用される。もっとも、同条4項の準則は、広義に解される。したがって、一応情報が提要されたが、それが明らかに「不完全」なものであり誤解を招くこととなるような場合にも適用されなければならない。なお、すでに履行がなされている場合には、同条5項に基づいて、当事者が受けた利得は不当利得の準則(第Ⅶ編)によって返還される(DCFR-Full Edition IV.G-4 : 103 Comments C, pp.2742-2743)。

なお、DCFR IV.G-4 : 102条2項により、DCFR IV.G-4 : 103条は「強行規定」とされる(DCFR-Full Edition IV.G-4 : 103 Comments D, p.2743)。

さらに、(iii) DCFR IV. G.-4 : 106条1項は、「主たる債務者の同意がある場合、債権者は、情報提供の時点において主たる債務者が負う主たる債務、利息及びその他の従たる債務の被担保総額について、毎年担保提供者に情報提供しなければならない。主たる債務者の同意は、それが与えられた後は、撤回することができない。」と規定し、同条2項は、「IV.

G.-2：107条(債権者による通知の要請)3項4項は、適切な修正を加えて適用される。」と規定する(先述3(iii))。

上記(i)のように、IV.G.-2：107条において、債権者が保証人に通知することがすでに求められている。ただし、それは、主たる債務者の不履行や支払不能のような被担保債権の「重要な変化」に関する情報提供である。「消費者」による人的担保については、IV.G.-2：107条の根底にある基本思想を「拡張」し、消費者には毎年情報の提供がなされるべきである。「長期の信用供与」の場合には、保証の危険性は忘れ去られるおそれがあるため、消費者への定期的な情報提供は有益である。また、事業者は年度末に勘定の決算を行うのが通常であるため、債権者にとって大きな負担とはならないとされる(DCFR-Full Edition IV.G-4：106 Comments A.p.2766)。

DCFR IV. G.-4：106条においては、IV.G.-2：107条(上記(i))の場合とは異なり、毎年の情報提供について主たる債務者の「同意」が要件とされている(同条1項)。それはなぜか。IV.G.-2：107条において問題となるのは、主たる債務者の不履行や支払不能のような被担保債権に関する「重要な情報」である。それゆえ、その情報は主たる債務者の「同意がなくても」担保提供者に通知されなければならない。これに対して、DCFR IV. G.-4：106条において問題となる情報は、主たる債務の総額のような非常に「取扱いに注意を要する情報」である。したがって、主たる債務者の「同意」が要件とされる(DCFR-Full Edition IV.G-4：106 Comments B.p.2766)。なお、開示される情報は、主たる債務及び利息等の数値は「情報提供の時点」におけるものでなければならない(DCFR-Full Edition IV.G-4：106 Comments C.pp.2766-2767)。

このように、DCFR IV. G.-4：106条1項によって毎年の情報提供が課されるが、担保提供者がすでにその情報を知っている場合、または知っていることが合理的に期待できる場合には、情報提供する必要はない(例外)(DCFR IV. G.-4：106条2項、IV. G.-2：107条3項)。たとえば、担保提供者である保証人が債務を負う会社の取締役の配偶者であるような場合である(DCFR-Full Edition IV.G-4：106 Comments D.p.2767)。なお、情報提供を懈怠しまたは遅滞する場合、「制裁」が課される(DCFR IV. G.-4：106条2項、IV. G.-2：107条4項)(DCFR-Full Edition IV.G-4：106 Comments E.p.2767)。

なお、DCFR IV. G.-4：106条は、消費者である担保提供者の不利益となる変更はできない(IV.G.-4：102条2項)(DCFR-Full Edition IV.G-4：106 Comments F.p.2767)。本条は、担保目的による共同債務者に適用される。債権者は、「実質的」な債務者の債務について、担保目的による債務者に情報提供しなければならない(DCFR-Full Edition IV.G-4：106 Comments G.p.2767)。

先述のように、(iv)DCFR I.-1：103条は、「『誠実かつ公正な取扱い』とは、誠実、率直及び当該取引または関係する他方当事者の利益への配慮を本質とする行為の基準である。他方当事者が自己に不利益となる一方当事者の先行する発言または行為を信頼することが合理的である場合、一方当事者がその先行する発言または行為に反して行為することは、特に誠実かつ公正な取扱いに反する。」と規定する(先述3(iv))。

DCFR のモデル準則の多くは、誠実かつ公正な取扱いと関係する。したがって、総則においてその内容を定義することは有益である。なお、他方当事者の利益への配慮において、他方当事者の利益が優先されることまでは要しない。もっとも、法的関係にある当事者は、害意のみによって行為することがあってはならない。その配慮の内容は、当該契約の本質等の諸般の事情によって判断される。多くの商事契約においては、誠実かつ公正な取扱いに基づく配慮が求められるとされる(DCFR-Full Edition I-1: 103 Comments A.p.136)(なお、当事者の交渉における指針を提示する DCFR III-1: 103条がある。)

このように、(a) DCFR I-1: 103条(上記(iv))に基づいて、契約当事者は、「相互に配慮する義務」を負うと解される。また、IV.G-2: 107条(上記(i))において債権者の通知義務に関する準則が提示されている。したがって、債権者の保証人に対する義務を拡大する解釈が展開される可能性は否定できない(債権者の義務が拡大強化された例として、スイス債務法・オーストリア民法がある。)(拙稿・前掲論文(8)岡法63巻4号2頁以下、同(11)・65巻2号77頁以下)。契約締結「前」においても、当事者相互の配慮義務を肯定する解釈がさらに展開される可能性がないとはいえない。これに対して、(b)債権者が、保証人に対して、信義則によって行為する義務を負う場合があるとしても、個別に慎重に判断されるべきであるとの主張も考えられる。というのは、DCFR IV.G-4: 103条(上記(ii))は、確かに、人的担保に対する債権者の説明義務等に関する準則を提示するが、それは「消費者」による人的担保(保証等)のみを適用対象とする「特則」だからである。DCFR IV.G-4: 103条が「例外的」な特則であるとすれば、DCFR の「体系上」、債権者の保証人に対する義務が承認されるとしても、それは例外的な場合であると解することができる。少なくとも、契約締結「前」については、そのような解釈が可能である。

DCFR(上記(i)~(iv))において、債権者の保証人に対する義務の存在を想定する準則が提示されている。しかも、それらの準則はDCFR の体系に基づいて規定されている。すなわち、DCFR の Book IV Part G(「人的担保」)の Chapter 2(「附従的な人的担保」)、Chapter 4(「消費者による人的担保に関する特則」)、さらに Book I(「総則」)に設けられている。それでは、保証契約の締結前と契約後の義務の視点及び当事者の属性の視点から、上記の準則を整理するとどうか(類型)。

まず、(a) DCFR IV.G-4: 103条は、債権者の契約締結前の説明義務等を提示している(「消費者」による保証等が対象)。同条は、契約締結「前」における債権者の義務に関する準則である。なお、上記 DCFR I-1: 103条は、信義則に関する準則であるところ、契約締結「前」における債権者の義務と無関係ではない。一方、(b) DCFR IV.G-2: 107条は債権者の通知義務(「保証人全般」が対象)、DCFR IV.G-4: 106条は特別の通知義務(「消費者」による保証が対象)に関する準則を提示している。これら(b)は、契約締結「後」における債権者の義務に関する準則である。

#### 4.7 債権者の義務の展開、消費者の属性の考慮 —— イギリス法との比較分析

先述のように(2.4)、ドイツ民法776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774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。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。」と規定する。しかし、判例は、片務契約である保証契約からは、債権者の保証人に対する義務は、「原則」として生じないとし、付随義務としても生じないとする立場を取り続けている。また、通説的見解によると、776条は、債権者のObliegenheitを規定している。すなわち、債権者は、主たる債権に結合する権利を放棄することによって保証人に不利益を生じさせてはならないというObliegenheitを負っているとされる。片務契約である保証契約は、当事者間に特約がない限り、「原則」として債権者の契約上の義務は付随義務としても生じない。したがって、同条は例外的性質を有する特別規定であると位置付けられ、同条からいわゆる法的義務(Pflicht)を根拠付けることはできないとされる。

これに対して、DCFR(共通参照枠草案)においては、債権者の保証人に対する「義務」の存在を想定する複数の規定が提示されている(先述3(i)~(iv), 4.6)。しかも、保証契約締結「前」における義務に関する規定も提示されており(DCFR IV.G-4:103)、その根底においては、「消費者」という属性が考慮されていることが窺える(先述3(ii), 4.6(ii))。保証の引受人が消費者である場合、通常は、保証の引受けにあたって自由かつ慎重に決定する十分な能力を有せず、その説明が必要であると解されている。このように、ドイツ民法とDCFRにおける債権者の義務の位置付けの違いは、他の法域と比較しても明確である。

そこで最後に、DCFR IV.G-4:103条において提示されている規範を中心に、新たな視点から分析することにする。同条は、保証契約締結「前」の債権者の義務に関する規定であり、かつ「消費者」による人的担保に関する特則である。

DCFR IV.G-4:103条1項は、「債権者は、担保が設定される『前』に、次に掲げる事項について、担保を提供しようとする者に『説明』する義務を負う。(a)設定しようとする担保の一般的な効果、(b)債権者にとって入手可能な情報によれば主たる債務者の財産状況に基づいて担保提供者が受ける可能性のある特別の危険。」と規定し、同条2項は、「主たる債務者と担保提供者との間の『信頼関係』があることにより、自由にまたは適切な情報に基づいて行為できない重大な危険が存在することを債権者が知っているまたは知るべき理由を有する場合、債権者は、担保提供者が『中立の助言』を受けたことを『確認』しなければならない。」と規定する。その上で、同条3項は、「1項または2項によって要求される情報提供または中立的な助言が、担保提供者が担保の申込みまたは担保設定契約に署名した日から少なくとも5日前になされていなかった場合には、担保提供者は、情報提供若しくは中立的な助言を受けた後相当な期間内に申込みを『撤回し』または契約を『取り消す』ことができる。この点について、諸般の事情から異なる期間と解されない限り、5日間が相当な期間とされる。」と規定し、同条4項は、「1項または2項に反して、情報提供または中立の助言がなされなかった場合、いつでも申込みを撤回しまたは契約を取り消すことができる。」と規定する。なお、同条5項は、「担保提供者が3項または4項によって

申込みを取消しまたは契約を取り消す場合、当事者が受けた利得の返還は、本第七編(不当利得)による。」と規定する(先述3(ii))。

DCFR IV.G-4 : 103条におけるNOTES(比較法)によると、イギリス法においては、「消費者保護の特別規定」における契約締結前の情報提供の要請(ConsCredA s.105 para. 5)(DCFR-Full Edition IV.G-4 : 103 Notes, pp.2744, 2745, 2752)、さらに、「判例」の展開によって、不当威圧の原則及び擬制認識の原則から、債権者の契約締結前の義務が導かれているとされる。

イギリス法においては、債権者に契約締結前における多様な義務が課されている。特に、担保提供者と主たる債務者との間に「信頼関係」または情誼的な拘束が存在する場合には広汎な義務が課されている。近時、判例において、このような義務の存在及びその範囲に関する議論の展開が見られる。イギリス法においては、当事者間に親子関係または弁護士と依頼人のような関係がある場合には、反証を許さない不当威圧(undue influence)の推定が認められることがある。一方、その他の非商事取引においては、担保提供者が、主たる債務者に対する信頼があったことを証明することができ、担保の引受けが当事者の関係から直ちに説明できないがその説明を要することを証明できる場合には、主たる債務者と担保提供者間の不当威圧の存在が証拠によって推定される。この証拠に基づく推定がある場合、その反証がなければ、債権者は不当威圧について現実の認識を有しまたは認識を有していたと擬制される。その結果、担保提供者は債権者に対して有効な抗弁を有することになる。この推定は、夫婦関係の存在の主張のみでは適用されない。もっとも、配偶者の一方が他方に担保を提供した場合、擬制認識の推定に反論するための準則が判例において展開されている。特に、配偶者の一方が他方の事業または会社のために担保を提供したすべの事例において、債権者は調査を課されており、保証人になることによって危険が生じることを担保提供者に理解させるための措置を講じ、中立の助言を受けるように助言しなければならぬ。さらに、担保提供者が法的な助言を受けた場合でも、弁護士が担保提供者に担保取引の書類の性質及びその意味を完全に説明したことを確認する書面を弁護士に要求したことを担保提供者に情報提供する義務がある。債権者は、夫婦のために行為している助言者とは別の弁護士を指定できることを担保提供者に助言しなければならない。また、債権者は、担保を提供する当該配偶者に直接またはその弁護士に他方の配偶者の財産状態に関する情報を提供しなければならない(DCFR-Full Edition IV.G-4 : 103 Notes, pp.2747-2748)。

この判例法理(保証の事例)をもう少し辿ると、まず、保証契約は、その両当事者によってすべての重要事項が「完全に開示」されることを要する契約ではないとされる(Royal Bank of Scotland Plc. v. Etridge(No.2)[2001] UKHL 44, [2002] 2 AC 773 at [81](以下、判例②と引用。))。したがって、債権者には主たる債務者との取引に関する要素または主たる債務者が債権者に影響を与えるすべての要素を開示する「一般的」な義務はない。また、債権者は、保証の引受人が保証契約の前に知るべきすべての重要事項を、債権者の知る得る限りにおいて、その引受人に助言することも要しない。

しかし、債権者に開示義務が課される場合があるとされている。それは、主たる債務者

の財産関係に予想外の変化が生じたような場合だけではない。保証人の権利に影響するまたはその可能性のある「契約上通常ではない状況」が見られる場合にも認められるべきであるとされる(判例② at [118])。特に議論の展開があるのは、保証の引受人が、「第三者の不当威圧」によって、保証契約を締結させられ、担保提供者として利用される場合である。不当威圧とは、当事者の一方が、相手方から「不当な影響」を受けることによって、その自由な判断ができなかった場合であるとされ、「取消権」が認められる。不当威圧は、不当な外的行為または強制的「現実的な行使」がある場合には「成立」する。さらに、強い立場にある者が当事者間の「信頼関係」を濫用しまたは支配関係を悪用したことから、不当威圧が「推定」される場合もある(判例② at [8]-[11])。このうち、実際に紛争となるのは、当事者の信頼関係等から生ずる不当威圧である。しかも、特に議論の展開が見られるのは、「夫婦間」における紛争事例である。

この不当威圧の「証明責任」は、不当な威圧を受けたと主張する者(例・保証人)が負うのが原則である。ただし、次の場合((i)(ii)には、その負担が軽減されると解されている。まず、(i)親と子、医師と患者、弁護士と依頼者のような「特殊な関係」が存在する場合には、そのような関係が存在することを証明すれば足りるとされ、信頼関係を有したことまで証明する必要はない。これは、「反証を許さない」推定(いわゆる「みなし」)である。次に、(ii)(a)相手方との間に「信頼関係」があったこと、(b)当該取引がその関係から直ちに説明できないがその説明を要することを証拠によって根拠付ければ、証明責任の「転換」が生じる。信頼関係(上記(a))の存在の証明は、「夫婦」関係があれば見いだされることが多いとされる。実務上、妻の信頼を夫が濫用した事例があり、注目されている。それに加えて、その取引がその関係から直ちに説明できず説明を要するとされる(上記(b))。したがって、その取引によって、不当威圧を受けた者に明らかに「不利益」が生じ不当であることを要する。当事者間に信頼関係があることのみでは、不当威圧の推定はなされない(判例② at [3][13]-[21][24])。

実際には、「第三者」(例・主たる債務者)が保証人に対して不当威圧を行ったような場合でも、諸般の事情によっては、債権者の責任が問題となる事例が少なくない。(i)借主(主たる債務者)による不当威圧の存在について、債権者に「現実の認識」がある場合、保証契約の取消しが認められるとされる。さらに、(ii)債権者に現実の認識がない場合、その「認識の擬制」によって、債権者の責任が問題となるときがあるとされる。妻が夫の債務の保証人になると申し出ている場合に、(a)その取引には妻の財産的な利益はなく、(b)妻を保証人とさせ夫が不正を行う危険が潜んでいるとき、債権者は「調査」を課されるとされた(Barclays Bank plc.v. O'Brien [1994] 1 AC 180 at 195-196(以下、判例①と引用。))。さらに、判例法理の展開がなされ、妻が夫の債務の保証人になることを申し出る場合には、銀行は調査を課されたとの主張が見られるようになる。また、不当威圧が見られる関係は多様であることから、保証人と主たる債務者が「非商事」の関係である場合へと議論が展開している(判例② at [44]-[49][86]-[88])。

このような議論を受けて、債権者の「義務内容」の展開が見られる。債権者側の防御・

反論とも関係する。まず、(i)債権者は、私的な(夫は不在の)会合に妻が「出席」し、そこで保証責任の範囲についての「説明」及びその危険に関する「警告」を受け、「中立の法的助言」を受けるよう強く勧告されたことを主張しなければならない。債権者は、不当威圧の存在する蓋然性のある事実を「知って」いる場合には、妻が「個別に」助言を受けたことを主張すべきであるとされた(判例① at 196-197)。さらに、債権者(銀行)は、妻を代理する弁護士の名前を「妻に直接」確認し、弁護士がその書類の性質及びその実務的な解釈を妻に完全に説明したことが書面によって確認された場合、それがどのような意味を有するかについて、妻に直接情報提供しなければならないとされる。その内容としては、(a)その書類に一旦署名すると、その「法的拘束力」を争えないことを、妻に説明すべきである。(b)妻が助言を受ける弁護士を独自に「選定」することができること、(c)夫の弁護士と「同じ弁護士」であるかどうかについて、妻に情報提供すべきである。すでに弁護士が夫と妻の代理人として行為している場合には、「別の弁護士」を希望するかについて妻に確認すべきであるとされる。なお、債権者(銀行)は、妻から「直接回答」があるまでは、その取引を進めてはならない。次に、(ii)債権者(銀行)は、融資の目的、夫の債務額、融資額及び期間等について「弁護士に情報提供」しなければならない。なお、債権者は、その情報開示について顧客から「同意」をとる必要があり、その同意なしに取引を進めることは認められない。債権者は、妻が夫によって取引に誘導されまたは自由な意思によるものでないと確信しまたはその疑いをもつ場合、その事実を妻の弁護士に情報提供しなければならないとされる(判例② at [79](1)(2)(3))。

以上のように、イギリス法(判例・消費者特別法)における債権者の保証人に対する義務の展開は、比較法的に、DCFR(共通参照枠草案)における保証法の展開と類似する方向性が窺え、興味深い。