

論 説

担保保存義務に関する一考察(1)

—— アメリカ法における債権者の保証人に対する義務を中心に ——

辻 博 明

- 1 はじめに
- 2 債権者の保証人に対する義務 —— アメリカ法における債権者の義務を中心に
 - 2.1 債権者の保証人に対する義務 —— 義務の性質, 法的構成の推移
 - 2.2 債権者による担保の喪失 —— 免責の要件, 効果
 - ① 免責の要件 —— 担保の侵害, 担保の存在時, 帰責事由
 - ② 効 果 —— 免責範囲, 根拠付け (以上, 本号)
 - 2.3 債権者による一共同保証人の免責 —— 法的構成, 免責の要件, 効果
 - 2.4 免除特約 —— 免除特約の効力とその解釈の展開
- 3 問題点の整理・検討

1. はじめに

債権者は、債務者に対して請求権を有する。それでは、請求権者である債権者が義務を負う場合があるのか。あるとすれば、どのような場合か、それはどのような義務か。本稿において考察する担保保存義務は、「債権者」が一定の義務ないし責務を負うとされる代表例である。もっとも、担保保存義務の存在を認める法系においても、その議論の内容には、沿革的・比較法的に微妙なグラデーションが見られる。

債権者の保証人に対する義務は、「大陸法」における長年の議論（ローマ法から特に Pothier 等の議論）を経て、フランス民法典、ドイツ民法典などの近代

法典にその明文規定が導入されるに至る。法典化された後も、判例・学説において、債権者の義務の性質論、要件論・効果論、さらに免除特約に関する議論の展開が見られる。そこから窺えることは、担保保存義務の議論には、(a)その根底にある原理的部分において、「債権者の義務」の問題があるということである。敷衍すると、保証人に対して過大な損害を蒙らせないようにする義務、債権者の保有する権利を保証人に譲渡する義務などが問題となる。また、(b)解釈論上、保証人の「代位」を保全する義務と密接に関係することが分かる（拙稿「担保保存義務に関する一考察——沿革的・比較法的考察」¹⁴）岡法68巻2号45頁以下）。

一方、「英米法」においても、代位制度が見られるが、エクイティ上の概念の中では最も古いものではないとされる。少なくとも、その創造的行為による概念及び名称は、「フランス法」から借用したものである可能性が高いとされる（Buckland）。代位制度の起源はローマ法にあり、代位法理はイギリスのエクイティ裁判所において確立された後、アメリカ合衆国に導入されたとされる（拙稿「代位（Subrogation）に関する一考察——沿革的・比較法的考察（ローマ法・Pothier・Savigny・Buckland）」岡法70巻1号74頁）。

そうだとすると、(i)アメリカ法においても、大陸法における議論（上記(a)(b)のような議論）が見られるのではないか。保証人は、債権者が保有する担保について権利を有するのではないか。保証人がそのような権利を有するとすれば、債権者の過失によって「担保」が喪失された場合、保証人の免責が問題となるのではないか。保証人の免責が認められる「要件」はなにか。その要件の証明責任はだれが負うのか。免責の「効果」さらに免責の「範囲」はどうか。免責は全額について認められるのか、それとも、侵害された部分に限定されるのか。その「法的構成」はどうか。これらの要件論・効果論は、「共同保証人」の債務を免除した場合にも妥当するのであろうか。

一方、(ii)債権者が担保をめぐる権利について「契約上の義務」を負っている場合はあるのだろうか。この点について、イギリス法においては、保証を引き受ける「条件」が契約に含まれている場合があるとされ、判例法理の展

開・蓄積が見られる。たとえば、債権者が債務者に対する権利を獲得した場合は保全することが明示または黙示の契約条件になっているような場合である。そのような契約条件があるにもかかわらず、債権者が獲得することを約束した担保を喪失または債権者がその保有する担保を解除したような場合が、その典型的なケースである。その要件・効果、特に「法的構成」をめぐる議論は、大陸法と比較すると、その特有の踏み込んだ議論の展開が見られる（拙稿「担保保存義務に関する一考察——イギリス法におけるエクイティー上の義務を中心に——」岡法71巻2号216頁）。それでは、アメリカ法においては、どのような議論の展開が見られるのであろうか。イギリス法の議論と比較するとどうか。なんらかの異同が窺えるか。もしそうだとすれば、どのような展開が見られるのであろうか。

また、実務においては、債権者による担保の喪失または侵害に対する責任を免れさせる「免除特約（「条項」）」が保証契約に挿入されている場合が一般化している（保証人から個別に「同意」をとる場合もある。）。そのようにして、債権者は、保証人が免責されることを阻止しようとする（大陸法・イギリス法）。それでは、アメリカ法においても、実務の現場において免除特約が見られるのだろうか。そうだとすれば、免除特約の趣旨・効力はどのように解されているのか。共同保証をめぐる免除条項の場合、どのように解されるのであろうか。

最後に、アメリカ法における議論は、イギリス法における判例法理の延長線上にあるのだろうか。それとも、なんらかの異同が浮上しているのだろうか。もしそうだとすれば、どのような展開が見られるのであろうか。その背景にはなにがあるのだろうか（本稿の視点）。

2 債権者の保証人に対する義務 —— アメリカ法における債権者の義務を中心に

2.1 債権者の保証人に対する義務 —— 義務の性質、法的構成の推移

アメリカ法において、債権者は、その保有する担保に対してどの程度・どのような性質の義務を負うと考えられているか、また、その位置付けに変化が見られるか。その背景・理由はなにか。債権者の負う義務は明確に一義的に決まらない部分があり、その義務の内容・性質は複雑な様相を呈する（大陸法・イギリス法と類似の傾向）。実際には、債権者が合理的な配慮を行ったかどうか、信義に則ってなされたかどうか重要な要素となる場合が少なくない。特に紛争となる事例においては、そのような傾向が見られる。そこで、債権者の義務違反が議論となる主要な場合を辿ることとする。

まず問題となるのは、(i)担保の「保全」をめぐる、債権者になんらかの懈怠がある場合である。たとえば、債権者が担保として保有する Lien（先取特権の権利）または譲渡抵当権の「実行を怠った」場合でも、保証人は免責されない。また、債権者が租税滞納処分から譲渡担保権を「保全しなかった」場合、その「換価に懈怠」があったためまたはその目的物に「保険を付けなかった」ため、その保全ができなかった場合、担保物の「損壊・価値の低下を容認」した場合でも、保証人は免責されない。このように、不作為または処分の遅れによって担保価値が失われたとしても、それだけでは不当な行為は見られないとされる。この点について、保証人は、担保価値が低下する前に、いつでもその債務を履行することができる。もし保証人が適切に対応すれば、その担保を確保することができたはずである。ところが、保証人はなにも行わなかった。したがって、担保物の保有者による積極的な侵害行為はなく、免責効果は生じないとする主張が見られる。

それでは、(ii)債権者が担保の保全に必要な行為を「単独」でとることができるような場合はどうか。そのような場合には、債権者はその保全に必要な行為をとることが求められるとされる。たとえば、債権者が譲渡抵当権の「登

録」または「設定」を怠った場合、債務者に債権の譲渡を「通知」しないような場合、保証人はその喪失の限りにおいて免責されると解される。次に、(iii)債権者が担保物を「占有」している場合はどうか。たとえば、債権者が担保として保有する流通証券の裏書人への請求を怠ったようなとき、腐敗しやすい財産の保全への合理的な配慮を欠いたとき、その損失の限りにおいて、保証人に免責効果が生じるとされる。具体的には、債権者がその担保を解除しまたは放棄する場合、また、担保物が壊れやすく腐敗しやすい性質を有するにもかかわらず、債権者が担保物の占有が奪われ破壊されることを容認する場合、さらに、通常の配慮及び注意を欠いたため、その保有する担保物が腐敗し無価値となったような場合、それによって生じる損害は、保証人ではなく、債権者に課されるのが正当であるとされる。このような場合には、債権者に厳しい責任が課される。その背景には、どのような判断・構成があるのだろうか。この点について、次のような分析がある。

先述のように、保証人に免責効果が生じないとされる場合において主張される理由は、保証人は、その債務を弁済し債権者の権利に代位してその担保権を行使することができたという点にある(先述(i))。つまり、保証人は、その権利を自衛することができたにもかかわらず、自らそのための行動をとらなかつたということである。その根底には、なにがあるか。それは、債権者は、担保の保全について「積極的な義務」まで負うものではないということである(義務の性質)。したがって、保証人自身が対応できる問題であるにもかかわらず、自ら対策を講じなかつたのであるから、債権者は、その債権回収・担保の保全のために積極的に行為しなくても、そこには問題はないという判断がある。

これに対して、実務では、次のような主張が見られるようになる。(a)担保の侵害が主たる債務の弁済期が到来する「前」、または、保証人がその担保の存在を知る「前」に生じたようなケース(自衛困難ケース)においては、上記のような主張は正当でないという反論がある。そこには、債権者に担保の保全に対する「合理的な配慮」を求めても不当ではないケースがあることが窺

える。さらに、(b)債権者は、担保に対して、通常取引上の判断を行使し、諸般の事情において「分別のある取引者」として行為することが求められる。もっとも、債権者は、「信義」に則って過失なく行為するのであれば、単なるその判断の懈怠については責めを負わないとされる。このことから、債権者は担保物をその支配下において管理できるのに対して、債務者は必要なときにその保全ができない状態にあるならば、債権者は債務者に返還すべきその目的物について過失があってはならないとする判断を導くことができる (Williston, A Treatise on the Law of Contracts, §1233, vol.10 3d ed. 1959; Simpson, Handbook on the Suretyship, §74, 1950)。このように、債権者が担保の保全に一定の配慮を行うことが求められるケースがあることが窺える。

このような議論を受けて、さらに近時の判例等が展開されており、その主な内容がリステイトメントにおいて採択されている。それは、債権者による担保の侵害が法的に問題となる場合の抽出である。それは、(a)担保上の利益を得るのに必要なすべての「手続き」または「登記（登録）」の完了・維持について不履行がある場合 (§ 42(2)(a)), (b)等価の担保との「差替えまたは債務の減額なし」になされる「担保の解除」がある場合 (§ 42(2)(b)), (c)主たる債務者または保証人等に対する担保価値の「保全義務」について不履行がある場合 (§ 42(2)(c)), (d)「担保の処分において法律上の処分方法に従わない」場合 (§ 42(2)(d)), である。

次に、このような場合(上記(a)~(d))に該当するとき、債権者の配慮・義務が問題となる。特に、債権者に求められる合理的な配慮・義務である。担保の侵害において問題となるのは、保証人等は、その契約締結時において、債務の弁済に十分な担保があるという期待を有すること、さらに、担保の侵害によって代位・求償が侵害されることである。上記 (§ 42(2)) において注目すべきは、債権者がある行為を行うべきときにその義務を怠る場合、すなわち、「不作為」の場合が明記されていることである(不作為類型の明確化)。それでは、リステイトメント (§ 42(2)(a)~(d)) において、具体的にどのようなケースが想定されているか。

まず問題とされるのは、(i)担保上の利益を得るのに必要なすべての「手続き」の完了・維持について不履行があるとされる場合 (§ 42(2)(a)) である。そのような必要な手続きに懈怠があっても、担保の設定が一応なされていれば、債務者と債権者間においては、その実行は可能である。ところが、他に担保を有する債権者がいる場合、さらにその担保の買受人や破産管財人がいるような場合、これらの者は、上記の手続きを完了していない担保権者よりも優先する。そうだとすると、保証人等は、たとえ代位し担保権を行使しても、当初期待していた額の回収はできないことになるという問題が浮上する。次に、(ii)担保の「解除 (放棄)」 (§ 42(2)(b)) がある場合はどうか。たとえば、債権者が被担保債権の担保を解除する場合、その債権の回収力は明らかに低下する。したがって、代位権を行使する保証人等も損害を受けるとされる。それでは、解除された担保がそれと同等以上の価値を有する担保に「差し替えられる」場合はどうか。そのような場合は、保証人等に損害は生じないとされる。また、(iii)担保価値の「保全」の不履行 (§ 42(2)(c)) がある場合はどうか。その問題の核心はどこにあるか。リステイトメントにおいても、担保の設定を受けた者は、「占有する担保」の管理及び保全については、「合理的な配慮」を行わなければならないとされる。この義務が果たされない場合、その限りにおいて、担保価値が減少するおそれがある。このような担保価値の減少は、担保の侵害に該当するとされる。さらに、(iv)「担保の処分において法律上の処分方法に従わない」場合 (§ 42(2)(d)) とはどのようなケースか。その場合、どのような問題があるとされるか。UCC (統一商事法典) によると、担保の設定を受けた者が担保を処分する場合、同法9条 Part 5 に明記された手続きによらなければならないとされる。UCC の範囲でない担保の処分については、それに準じるものとされる。もし担保の設定を受けた者がその手続きに反して担保を処分すれば、その換価額が低下する可能性があり、その結果、保証人等の受ける損害は大きくなるおそれがある。したがって、このような担保の不適切な処分がある場合、その損害の証明がなくても、それが主たる債務者からの債権回収の妨げとなると認定されるケースがある。さらに、このよ

うな債権回収上の障害が、保証債務等にもどのような効果を及ぼすかが問題となる（§ 44（その他の侵害ケース）（Restatement Third, Suretyship and Guaranty, § 42(2), comment (a)~(f), 1996）。

このように、まず、(i)債権者の負う義務の有無、さらに義務の内容・性質が議論されており、特に問題となった紛争例は、債権者の「過失」が問題となったケース、その中でも債権者の「不作為」による侵害が問題となったケースであることが窺える。次に、(ii)担保の価値を喪失または減少させる債権者の単なる不作為だけでは、原則として、保証人は救済されないとする解釈がとられていたことが窺える。その根底には、債権者が保証人に対してなんらかの義務を負うとしても、それは「積極的な義務」ではないと原理的に位置付けられており、したがって、債権者に単に不作為・過失があるだけでは、基本的には、保証人は免責されないと解されていたことが窺える。もっとも、保証人の免責が肯定される場合があることは否定されてない。問題は、その場合の要件である。さらに、(iii)このような議論を受けて、近時の判例等が展開されており、その主な内容がリステイトメントにおいて採択されている。リステイトメントによると、保証人が免責されるのは、債権者の行為が担保価値を害する侵害類型に該当する場合であるとされる。その上で、先述のように、その侵害に該当する4つの場合が列挙されている。それは、(a)担保上の利益を得るのに必要なすべての「手続き」または「登記（登録）」の完了・維持について不履行がある場合（§ 42(2)(a)）、(b)等価の担保との「差替えまたは債務の減額なし」になされる「担保の解除」がある場合（§ 42(2)(b)）、(c)主たる債務者または保証人等に対する担保価値の「保全義務」について不履行がある場合（§ 42(2)(c)）、(d)「担保の処分において法律上の処分方法に従わない」場合（§ 42(2)(d)）、である。それまでの議論では明確でなかった点、さらに見解の相違が残っていた点が整理されており、債権者が責めを負う場合の類型が明確にされている。保証をめぐる難解な問題、さらに法域によって微妙な差異が見られた法理が統一される方向に向かっている。

2.2 債権者による担保の喪失 — 免責の要件, 効果

① 免責の要件 — 担保の侵害, 担保の存在時, 帰責事由

まず, 担保の侵害が問題となる「担保」は, 主たる債務のために設定された様々な財産上の利益と解されている。質権, 譲渡抵当権のほか, 債権者が差押え等によって得た Lien (先取特権的権利) その他の財産上の利益も含まれるとされる。また, 保証契約締結「後」に獲得されたものも該当する。さらに, 保証人がその契約締結「時」に債権者が他の担保を有することを「知らなかった」場合も, その対象となる。この問題の根底には, 「代位権の侵害」が潜んでいる (エクイティ上の権利)。というのは, 上記のような財産上の利益が侵害されると, 保証人が有する代位権が侵害されることになり, その結果, 保証人に一定範囲の不利益が生じると解されるからである。したがって, この要件論レベルの問題は, 「免責範囲」をどのように解するかという効果論 (後述2.2②) レベルの問題と密接に関係し連動することになる。

それでは次に, 債権者による代位権の「侵害」があると認定されるのは, どのような侵害がある場合と解されているか。それは, 単なる侵害だけでは十分でなく, 代位権に対する「実質的な侵害」がなければならぬと解されている。したがって, たとえ債権者が担保の一部を放棄したとしても, 債権者が依然として「保有する部分で十分な場合」は, 保証人は免責されない。また, 担保の「差替え」がなされたとしても, 保証人が免責を主張できるのは, 放棄された担保と差し替えられた担保とのその価値の差額に限られる。さらに, 債権者が放棄した担保が「価値を有しない」場合は, 保証人は免責されないとされる。

それでは, 紛争例において主な争点となった問題の中で, 特に議論の蓄積があるのはなにか。それは, 債権者の「不作為」による侵害が問題となった場合である。債権者側の単なる不作為によって, 担保価値の喪失または減少が生じた場合は, 保証人の免責効果は生じないと判断するものが多い。たとえば, 債権者が担保として保有する Lien または譲渡抵当権の「実行を怠った」場合, 債権者が租税滞納処分から譲渡担保権を「保全しなかった」場合,

その「換価に懈怠」があったためまたはその目的物に「保険を付けなかった」ため、その保全ができなかった場合、また、担保物の「損壊・価値の低下を容認」した場合である。このような場合には、担保物の保有者に不当な行為は見られないとして、保証人の免責は問題とならないとするのが実務では有力であった(先述2.1)。したがって、このような場合には、債権者に過失があったとしても、保証人の免責効果は生じないことになる。

これに対して、債権者が担保の保全に必要な対応をとることが求められる場合があるとされる。たとえば、(i)債権者が譲渡抵当権の「登録」または「設定」を怠った場合、債務者に債権の譲渡を「通知」しないような場合、保証人は免責されるとされる。これらは、債権者が担保の保全に必要な行為を「単独で」とることができたケースである。それにもかかわらず、債権者がその保全に必要な行為をとらなかった場合である。次に、(ii)債権者が担保として保有する流通証券の裏書人への請求を怠ったような場合、腐敗しやすい財産の保全への合理的な配慮を欠いた場合は、保証人に免責効果が生じるとされる。これらは、債権者が担保物を「占有」している場合である。すなわち、債権者が通常の配慮及び注意を欠いたため、自らの支配・管理下にある担保が価値を喪失した場合である(債権者の管理下にある担保の保全を保証人等に期待することは難しいとの判断がある)。このような場合は、債権者が厳しい責めを負わされることになる。また、(iii)債権者に担保の保全に要する「合理的な配慮」を求めることは、不当な負担ではないとするものが見られる。そもそも、主たる債務の弁済期が到来する「前」に、または、保証人が担保の存在を知る「前」に担保の侵害が生じた場合に、保証人がその状況・リスクを察知し、自らその債務を弁済して債権者の権利に代位することによって、適時に担保権を行使するようなことは、保証人には期待できないと考えられるからである。(iv)それではさらに、保証人が自衛行為をとることができる場合でも、債権者が一定の配慮を怠らないことは求められるだろうか。この点について、債権者に「通常取引上の判断」「分別のある取引者としての対応」を求めることはできるとするものが見られる。そうだとすると、債権者は、「信義」に

よりかつ過失なく行為するかどうかが問題となると解される。なお、主たる債務者の支払能力があること、すなわち、保証人が確実に求償できるかどうかは重要な要素ではないとする主張がある（代位権の侵害を重視する分析）。

一方、取引現場においては、債権者による担保の保有が保証を引き受ける「明示的な条件」とされている場合がある。そのような場合、その条件に反して担保が放棄されたようなときは、保証人は完全に免責されると解されている（Simpson, § 74; Williston, §§ 1232-1233）。

このような従来議論を受けて、さらに近時の判例等が展開されており、それらの内容がリステイメントにおいて整理し再構成されている。先述のように、(a)担保上の利益を得るのに必要なすべての「手続き」または「登録（登録）」の完了・維持について不履行がある場合（§ 42(2)(a)）、(b)等価の担保との「差替えまたは債務の減額なし」になされる「担保の解除」がある場合（§ 42(2)(b)）、(c)主たる債務者または保証人等に対する担保価値の「保全義務」について不履行がある場合（§ 42(2)(c)）、(d)「担保の処分において法律上の処分方法に従わない」場合（§ 42(2)(d)）が明記されている（先述 2.1）。

その内容において注目すべき点は、従来議論において明確に言及されなかった類型（上記(d)）、すなわち、法律上の処分方法に反する担保の処分がある場合（§ 42(2)(d)）が明記されていることである。

UCCによると、担保の設定を受けた者が担保を処分する場合、同法 9 条 Part 5 に明記された「手続き」によらなければならない。UCC の範囲でない担保の処分については、それに準じるものとされる。もし担保の設定を受けた者がその手続きに反して担保を処分すれば、その換価益が低下する可能性があり、その結果、保証人等の受ける損害は大きくなるおそれがある。したがって、このような担保の不適切な処分がある場合、その損害の証明がなくても、それが主たる債務者からの債権回収の妨げとなると認定されるケースがある。さらに、これが、保証債務等の免責効果の問題に波及することになる（§ 44（その他の侵害ケース）（Restatement Third, Suretyship and Guaranty, § 42(2), comment (a)~(f)）。

② 効果 — 免責範囲, 根拠付け

債権者がその担保を侵害する場合, 保証人はその担保が有する「価値の限り」において免責されると解されている。したがって, 通常は, 免責効果は「一部免責」にとどまることになる。このように, 一部免責を主張する立場が一般化する傾向がある(アメリカ法)。

それでは, このような解釈がとられる背景にはなにがあるか。その解釈において重視されている内容を辿ると, その根底にあるのは, 保証人の「代位権の侵害」の問題であることが窺える。まず, この議論の前提として, 保証人は, 債務を弁済すると, 債権者が有する担保権に代位することがある(大陸法・イギリス法と同様)。しかも, この保証人の代位権は, 債権者が獲得したときからその担保に存在するとされる。もっとも, 保証人による代位の実態は, それだけでは理解しにくい様相を呈する。代位権は, そのルーツを辿ると, 「エクイティ上」の権利であるとされる(先述1)。それゆえ, 保証人は, その担保の存在を知っているかどうかにかかわらず, 担保に対する期待と実質的な利益を有することになる。その利益とは, 債権者がその担保に有する権利への代位である。したがって, 保証契約の後に獲得された担保や, さらに保証人が知らなかった担保でも, 債権者が侵害すれば, それが「免責対象」となるという解釈を導き出すことが可能となる。

次に, 保証人の代位権の侵害は, 単なる侵害の事実があるだけでは十分でなく, 「免責効果は生じない」。たとえば, 債権者が担保の一部を放棄したとしても, 債権者が保有する部分で十分な場合は, 免責効果は生じないと解される。また, 債権者が主たる債務者から債権を回収するために担保を合理的に用いる場合は, 免責効果は生じない。たとえば, 債権者による担保の放棄が合理的な行為であると解される場合, 債権者に取引上の思慮分別のあると証明されるような場合である。さらに, その放棄された担保に価値がない場合も, 免責効果は生じないと解される。一方, 担保の「差替え」があるような場合は, 免責効果が発生するとしても, それは, 放棄された担保と差し替えられた担保の価値の「差額」の範囲でのみであるとされる。なお, 差替え

による差額の有無が問題となる場合、その「証明責任」は債権者に課される。

さらに、効果論においても、その議論の展開・蓄積がかなり見られるのは、債権者の「不作為」による侵害ケースである。不作為ケースにおける免責効果の認定は、その判断の分かれ目が不透明で難解な性質を内包し、実際に紛争となることが多い問題である。もっとも、実務では、債権者の単なる不作為による担保の侵害だけでは、保証人は「免責されない」とする事例が多い。その根底には、債権者は保証人に対して「積極的な義務」は負っていないという判断がある。したがって、たとえ債権者に過失があったとしても、保証人は「免責されない」とされる。たとえば、債権者が担保の実行を怠った場合でも、保証人は免責されない。また、債権者が担保を保全しなかった場合、換価に懈怠があった場合、担保物に保険をかけなかった場合、担保物の損壊・価値の低下を容認した場合も、保証人は免責されない。すなわち、担保価値が不作為または対応の遅れによって失われたとしても、それだけでは、担保物の保有者に不当な行為は見られないとされる。

もっとも、この問題の議論は、上記の分析にとどまらず、さらに展開されている。まず問題とされたのは、債権者が担保の保全に必要な行為を単独でとることができる場合である。そのような場合は、債権者が担保の保全に必要な行為をとることが求められるとされる。それにもかかわらず、適切に対応しなかった場合である。たとえば、債権者が担保の登録をしないで放置した場合、債務者に債権譲渡の通知をしなかったような場合である。そのような場合、保証人は、それによって発生した「損失の範囲」において、「免責される」と解される。さらに、債権者が担保物を占有している場合においても、議論の展開が見られる。たとえば、債権者が担保として保有する流通証券の裏書人への請求を怠ったようなとき、腐敗しやすい財産の保全への合理的な配慮を欠いたときも、その担保が受けた「損失の範囲」において、保証人に「免責効果が生じる」とされる。具体的には、債権者がその担保を解除しまたは放棄する場合、担保物が壊れやすく腐敗しやすい性質を有するにもかかわらず、債権者が保有する担保物の占有が奪われ破壊されることを容認する

場合、通常の配慮及び注意を欠いたため、担保物が腐敗し無価値となったような場合があるとされる (Simpson, § 74 ; Williston, §§ 1232-1233)。このように、不作為ケースにおいても、一定の要件を満たす場合には、その免責効果の発生が肯定されるときがあることが窺える。

一方、取引現場においては、いかなるときでも、債権者が担保を保有することが、保証人が保証を引き受ける「明示的な条件」とされる場合がある。このような条件がその契約に付されている場合に、どのような免責効果が発生するか、その免責範囲がどのように解されるかが問題となる。債権者がこのような条件に反して担保を放棄した場合、その免責範囲は単に一部 (pro tanto) だけにとどまらず、「完全な」免責効果が発生すると解される。

この免責効果(「全部免責」)の問題と関連して、さらに次のような議論の展開が見られる。それは、担保価値が債権額より下回る場合である。問題は、そのような場合に、債権者がその担保を侵害したとき、どのような免責効果が発生するか、完全な免責効果まで発生するかである。この点について、その担保が当初の保証契約締結時において債権者に提供された担保である場合、そのような担保の放棄は、リスクの変更に値する保証契約の変更であり、保証人は完全に免責されるとする事件があるとされる (Polak v. Everett, 1. QBD, 669)。

なお、ここで議論となっているのは、担保が設定されその担保が存在することが「契約の内容」となっていた場合である。そのような場合に、債権者がその担保を保証人の同意なしに放棄するとき、どのような効果が発生するか。この問題に関して、一定の原則を示した先例とされるのが、Polak v Everett 事件である。同事件によると、そのような場合における債権者による処分行為は、保証人の権利の変更にあたるとされ、保証人は「全部免責」を受けるとされる (拙稿・前掲論文・岡法71巻2号196, 208頁)。

この問題について、次のような指摘がある。すなわち、不確定的な負担が保証人に課されるようなリスク変更の場合は、確かに、保証人を完全に免責することによって公正に対応できると思われる。しかし、担保の価額がす

に確定しているような場合は、保証人がその担保額を超える損害を受けることは考えられないように思われる。そうだとすると、保証人が受けた損害額を超える免責を認めることは、明らかに不公正であるとされる (Williston, § 1234; Simpson, § 74)。新たな指摘が浮上している (アメリカ法)。

それでは、リステイトメントにおいては、免責の効果・範囲はどのように規定し位置付けられているか。この点について、債権者が担保を侵害する場合、保証人等が代位権 (§§ 27-31) を行使して回収できる最高額と担保価値の「差額」について免責される (§ 42(1)) と明記し、より明確にされている。このように、同条 (§ 42) (1) によると、その免責範囲は、その被担保債権と担保価値の比較によって判定される。たとえば、担保が侵害される前に、被担保債権が十分に担保されている場合、すなわち、担保価値が被担保債権額を上回っていた場合、担保の侵害後、担保価値が被担保債権額を下回るときのみ、損害が存在する。したがって、このような場合は、その不足額の範囲において免責効果が発生するとされる。これに対して、担保が侵害される前に、担保価値がすでに被担保債権額を下回っているような場合は、その減少額の範囲において免責効果が発生するとされる。

さらに、リステイトメントにおいて、担保価値の「時的変動」の問題、すなわち、担保価値が時間の経過にともなって変動する場合の問題について分析が試みられている (§ 42, comment g)。どの時点の担保価値に基づいて免責範囲が決定されるべきかが問題となる。ところが、その判定時点の選定には明確な基準がなく困難をとまなう。したがって、この問題の解決は、最終的には個別事例の諸事情によることになる。担保の侵害によって実際に生じる「損害額」は、その担保価値をどの時点で評価するかによって影響を受ける。したがって、保証債務の履行期より前の時点で、担保価値は判定されるべきではないとされる。それが、保証人等が「代位権」を獲得することができる最初の時点であるからである。

なお、担保の侵害に該当する場合 (先述 2.1, 2.2①)、主たる債務者が履行する意思があるかどうかにかかわらず、その侵害が認められる限りにおいて、

259 担保保存義務に関する一考察(1)

免責効果が発生するとされる (§ 42(1))。主たる債務者が履行する能力があるかまたは履行する意思があるかどうかについて、その「証明」の時間、費用及びその他の負担を保証人等に負わせることなく、その免責を認めている。この結果、債権者側は、その履行を得ようとするれば、その負担及び費用を負わされることになる (Restatement Third, Suretyship and Guaranty, § 42(2), comment (g))。