

担保保存義務に関する一考察

——沿革的・比較法的考察（三）——

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（現行二三二四条）、近時の変化（以上本紙六一巻二号）

四 ドイツ法

(1) ドイツ民法典成立前の概要

(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 検 討——フランス古法（ポティエ）との比較分析

立法趣旨

① 民法七七六条の立法過程における議論

② 歴史的背景事情

③ 検 討——フランス民法二〇三七条の立法過程での議論との比較分析（以上本号）

四 ドイツ法

(1) ドイツ民法典成立前の概要

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

ローマ法によると(先述二①②)、保証契約 (*Reinsio*) において、債権者が保証人に対して訴訟を提起した場合、保証人は債権者に対してその有する訴権および債権を担保する質権または他の保証人に対する権利をすべて譲渡するよう請求することが認められるようになった。債権者は保証人に対して訴権譲渡の義務を負ったが、債権者が訴権を保有する場合だけであった。債権者が保証人に対して訴訟を提起して争点が決定され、争点について審判人の審判に服する合意が成立するとその権利は消滅するため、保証人はその権利を譲り受けて行使することができなかった。

これに対して、金額貸与の委任においては、債権者(受任者)が主たる債務者(第三者)に対して訴訟を実行しても保証人(委任者)に対して有する訴権を喪失することはなかった。しかも、委任者である保証人と受任者である債権者は、委任契約を支配する信義則 (*bona fides*) に従って、各自の義務を履行しなければならなかった。各当事者は一切の過失に対して責めを負う誠意契約の関係にあり、債権者の責めに帰すべき不履行について、保証人は損害賠償義務を負わなかった。債権者が注意を怠らなかつたならば主たる債務者から受領することができたもの等を保証人に対して請求することは信義則に反した。債権者は保証人に対して過大の損害を蒙らせないようにする義務を負った(傍線筆者、以下同様)。したがって、債権者が自己の過失によって訴権を喪失した場合には、保証人は債権者からの請求を拒否することができた。ただし、金額貸与の委任に固有の原則を直ちにすべての保証に拡張する

ことはできなかった。

しかし、注釈学派 (Glossatoren) は、金額貸与の委任における原則を、解釈上生ずる矛盾を克服することによって、すべての保証に一般的なものとして取り扱った。すなわち、他人の債務の重畳的な引受という点において両者は共通の内容を有することを理由にして、本質的に異なる場合について同様の取扱いを行い、ローマ法における先の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 (peremptorische Einrede) 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、Bartholus もこれを支持した。⁽¹⁾

その後も、債権者がその過失によって訴権を喪失した場合、訴権譲渡の抗弁は永久的抗弁となりうるとする説が見られた (Pacta)⁽²⁾ が、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。

第一に、ローマ法において認められていた検索の利益 (beneficium excussionis) 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ければ、責めを負う。債権者は、いずれかの時点で弁済を受けることができたならば、弁済を受けられないことについて過失がなかったと主張することはできない。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ぬ。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に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 (excusio excussionis) は、延期的抗弁 (dilatorische Einrede) ではなく永久的抗弁であるとされた。⁽³⁾ Windscheid も、先訴 (Vorauklage) の利益 (いわゆる検索の利益) から、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原因が

債権者の過失にある場合、保証人は請求を受けることはないとした。⁽⁴⁾

第二に、Ardis 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、信義則によつて (ex bona fide) 判断されるとした。債権者は、過失によつて、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。⁽⁵⁾ Demburg は、この主張が正当であるとした。⁽⁶⁾ 保証人に対する債権者の注意義務を信義則から導き出そうとした。

一方、プロイセン一般ラント法においては、第一部第一四節三二八条以下において、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、それによつて生ずる損害は債権者が負担する (同三二八条)。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つた場合、債権者が破産債権の届出をしなかつた場合、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、主たる債務者によつ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 (同三三一条)。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 (同三三二条)。ただし、他の担保の放棄によつ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 (同三三三条)。主たる債務者によつ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つて設定された担保と解された。⁽⁸⁾ 他の担保の放棄によつ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つた場合等である。⁽⁹⁾ なお、共同保証人のうちの二保証人の免責によつて、他の保証人の権利義務に変更はない (同三九〇条)。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。したがつて、他の保証人は、三三二条による免責を主張することができない。⁽¹⁰⁾

② 検討——フランス古法(ポティエ)との比較分析

注釈学派は、金額貸与の委任における原則をすべての保証に一般的なものとして取り扱い、「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。また、ポティエも、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(先述三(1)(ii))と解した(先述三(1)(ii))。

これに対して、後期普通法においては、保証人の免責を、「検索の利益」の効果または「信義則」によって根拠付ける説が登場した。第一に、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解された。この場合、検索の抗弁は、延期的抗弁ではなく永久的抗弁となった。第二に、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する説が主張された。信義則から直接、債権者の保証人に対する注意義務を導き出そうとした。なお、ポティエによると、保証契約における債権者は、訴権譲渡の義務を、「衡平」(equity)上の義務として負うとされた(先述三(1)(ii))。

注釈学派および後期普通法においては、保証人の免責について法的構成は異なるが、債権者の過失が要件とされている(なお、プロイセン一般ラント法においては、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とされる(第一部第一四節三二八条))。他方、ポティエによると、訴権の保存・譲渡をできなくする債権者の行為とは、積極的行為または共謀のある行為であるとされ、単なる懈怠では要件を満たさないとされた(先述三(1)(iii))。

- (1) Girtanner, Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte, 1850, SS. 211—216. なお Baldus は、債権者が、保証人から催告を受けたにもかかわらず、遅滞により主たる債務者が無資力となり訴権の行使が不成功に終わった場合、保証人に対する悪意があるときのみ、訴権譲渡の抗弁が問題となり、それ以外のときは、検索の抗弁が考えられるとする (ebenda, S. 214)。
- (2) Puchta, Pandekten, 3. Aufl., 1845, S. 548.
- (3) Girtanner, a. a. O., SS. 483—490.
- (4) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, 9. Aufl., 1906, SS. 1093—1096.
- (5) Arndts, Lehrbuch der Pandekten, 14. Aufl., 1889, SS. 695—696.
- (6) Dernburg, Pandekten, Bd. 2, 7. Aufl., 1903, S. 225.
- (7) Koch, Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, Bd. 2, 8. Aufl., 1886, SS. 270—271; Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, Bd. 3, 2. Ausg., 1843, SS. 291—293; Dernburg, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, Bd. 2, 3. Aufl., 1882, SS. 717—718; Förster und Eccius, Preussisches Privatrecht, Bd. 2, 7. Aufl., 1896, SS. 403—404.
- (8) Förster und Eccius, a. a. O., SS. 403—404. なお、保証の執行の前または執行の際に設定済の担保がここで問題となるとする説がある。ところのものは、執行の後に設定された担保が放棄されても、保証人の立場は悪化しないからであるとする (Bornemann, a. a. O., S. 292)。
- (9) Koch, a. a. O., S. 271; Dernburg, a. a. O., S. 718.
- (10) Koch, a. a. O., S. 279; Bornemann, a. a. O., S. 92. もっとも、複数の保証人が連帯せずに各々が独立して保証した場合は事態が異なるとする分析がある。この場合は、弁済した保証人は、債権者の訴権の譲渡を受けることよってのみ、他の保証人に対して請求することができるため、一保証人の免責によって債権者が訴権を譲渡することができなくなると、他の保証人の立場は悪化する場合があるとする (Bornemann, a. a. O., SS. 292—293)。

(2) 立法趣旨

日本民法五〇四条の立法過程において、ドイツ民法第一草案六七九条および第二草案七一五条が参照されている。両草案の内容は、フランス民法二〇三七条とともに、日本民法五〇四条の立法過程における議論に大きな影響を与えた。そこでまず、両草案(ドイツ民法七七六条の立法過程)における議論を分析することにする。

① 民法七七六条の立法過程における議論

債権者の保証人に対する注意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（オーストリア民法一三六〇条、プロイセン一般ラント法三二八条、三三二―三三三条、フランス民法二〇三七条等）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、ドイツ民法第一草案六七九条は、債権者の保証人に対する注意義務を「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。先訴の利益およ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注意義務が導きだされており、また、学説およびドレスデン草案九四八条等において、債権者の注意義務が提案されているが、「信義則」からも、広範な債権者の注意義務は導き出されない。そのような広範な注意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、第一草案六七九条における場合を「除いて」、債権者の注意義務は否定された。六七九条によると、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 (Vorzugrecht) 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^①。

第二章案七一五条においても、債権者の保証人に対する注意義務を否定することに対して異議は唱えられなかった。信義則による注意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^②。

② 歴史的背景事情

一九世紀の最後の四半世紀に、保証債権者に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

レスデン草案九四八条は債権者の注意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、ドレスデン草案九四八条と、債権者の注意義務を否定するドイツ民法第一草案の決定との間に、一八七一年から一八七三年の大恐慌があり、銀行取引において明らかに重点の変化があった。一九世紀の後半、特に最後の三〇年間にあっては、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。これらの「経済的背景」が、債権者の注意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つたと考えられる⁽³⁾。

③ 検討——フランス民法二〇三七条の立法過程での議論との比較分析

ドイツ民法草案は、それまで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。第一草案六七九条(第二草案七一五条)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、注釈学派およびその後の解釈よつて築き上げられた伝統的な法理、たとえば、先訴の利益および訴権譲渡の利益から、債権者の保証人に対する注意義務を導きだす解釈を、根拠のないものとして退けた。さらに、学説およびドレスデン草案九四八条等において、債権者の注意義務が提案されていたが、ドイツ民法草案は、債権者の注意義務を「信義則」から導き出すことも退けた。債権者に広範な注意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された。すなわち、それまで通説を反映していたドレスデン草案九四八条と第一草案の決定との間に、大恐慌が発生し、銀行取引における重点の位置の明確な変化が生じた(一九世紀後半)。そのような経済的背景が、保証の強力な信用手段化を決定する促進力となつたと考えられる(先述②)。ドイツ民法草案は、それまでの伝統的な法理を、右のような様々な理由付けをすることによって排除しているが、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であつたと思われる。

これに対して、フランス民法二〇三七条の立法過程における議論（一九世紀初頭）によると、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されたが、これは、債権者と保証人との間に「相互的」な義務を維持するためであるとされた。相互的な義務を債権者に課すことによって、債権者が自ら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した（先述三(2)）。

- (1) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 2, 1888, SS. 678—680.
- (2) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 2, 1898, SS. 480—482.
- (3) Knittel, Zur Frage der sog. Dilligenzpflichten des Gläubigers gegenüber dem Bürgen, in Festschrift für Plume zum 70., Bd. 1, 1978, SS. 564—565.