

担保保存義務に関する一考察

——沿革的・比較法的考察（一二）——

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・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（以上本誌六一巻一号）

(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（以上本誌六一巻二号）

(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)

立法趣旨

- (3) (2) 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、共同保証をめぐる問題
(以上本誌六三卷二号)

- 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 共同保証をめぐる問題——四九七条三項の特則、特約、錯誤等
(以上本誌六四卷一号)

- ④ 整理・検討

六 オーストリア民法

立法趣旨

- (2) (1) 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、共同保証をめぐる問題
(以上本誌六四卷二号)

- 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

- (a) 債権の取立上の懈怠(一二六四条)、担保設定請求権、賠償、要件・効果、争点(義務の性質等)
(以上本誌六五卷二号)

- (b) 小括

- ③ 債権者による物的担保の放棄(一二六〇条)

- (a) 一二六〇条の意義・根拠、要件(担保の時的範囲、物的担保、放棄行為)・類推適用、効果(損害賠償

- か免責か・その範囲)、行使方法、証明責任、特約の効力(判例)

- (b) 小括
(以上本号)

六 オーストリア民法

- (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、共同保証をめぐる問題

③ 債権者による物的担保の放棄（一三六〇条）

- (a) 一三六〇条の意義・根拠、要件（担保の時的範囲、物的担保、放棄行為）・類推適用、効果（損害賠償か免責か・その範囲）、行使方法、証明責任、特約の効力（判例）

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（Pfand）が提供されている場合においても、定められた手順（一三五五条）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。

一三六〇条は、物的担保がある場合における保証人と債権者との関係について規定している。物的担保は、保証と併存して、主たる債務者または第三者によって設定される場合があるが、保証人の責任に何らの変化も生じない。特に、債権者は、裁判上または裁判外の催告をしても主たる債務者が弁済しなければ（一三五五条）、物的担保があっても、それを無視して、保証人に請求することができる（ただし、最終不足額支払保証（Ausfallbürgschaft）等は例外）。債権者はまず最初に物的担保から回収すべきとする「物的責任の抗弁」（beneficium excussionis realis（担保物に対する先訴検索の利益））は、オーストリア法においては認められていない。⁽¹⁾したがって本来は、債権者は物的担保を放棄することができ、それによって保証人に対する請求権が影響を受けることはない。もともと、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（後述・効果（債権者の責任））。というのは、物的担保の放棄は、保証人に「損害」を与える場合があるからである。物的担保の放棄によって、保証人の主たる債務者に対する「求償権」が侵害される場合があるからである。保証人は、その債務を弁済すれば、被担保債権のために設定されていた物的担保等が保証人に「移転」し、それによって求償できると期待する（一三五八条「法定譲渡」による求償⁽²⁾）。ところが、債権者がその物的担保を放棄すれば、保証人は物的担保の譲渡を受けることができず、保証人の求償が侵害されまたは求償が一部でなくなるおそれがあるからである。そこで、債権者はその損害について責めを負うとされる。このようにして、一三六〇条は、債権者が共同責任を負う者の求償を侵害できない・侵害を禁止するという原則を実現している（後述④・八九四条・八九六条（一）共同債務者の免除とその効果、一三六三条（一）共同保証人の免除と連携）。債権者は、保証人に対して様々な「注意義務」を負う。その明文規定として、一三六〇条とともに、一三五六条（最終不足額支払保証人等に対する請求と債権者の懈怠等）、一三六二条（求償保証人に対する注意義務）、一三六四条（債権の取立てにおける債権者の懈怠）（先述②）等が設けられている。もともと、これらの規定は、研究の展開によって、債権者が保証人に対して負う「包括的（一般的）」注意義務の根拠と解されている（先述①）。なお、一三六〇条において問題となる放棄は「物的担保」の場合であり（後述・「争点」（物的担保の「時的範囲」）、一共同保証人の放棄（免除）の場合には適用されない（後述・要件（放棄の「客体」（物的担保））（一三六〇条の「意義・根拠」⁽³⁾）。

一三六〇条は、「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。その適用（及び類推適用）において、次の三点が問題となる（要件）。まず、(i) 同条における物的担保は、保証の引受「以前」に設定されていなければならないと解されている。保証の引受後に設定された物的担保の放棄は、本条における保護の対象とはならない（ただし、最終不足額支払保証の場合、または、債権者との合意に基づいて、保証人がそのような

担保の成立・存続を期待してよい場合は、異なる⁽⁴⁾。保証の引受以前にすでに物的担保が存在する場合には、保証人は、保証の引受時に、その物的担保によって求償権が担保されることを「期待」している。一方、物的担保が保証の引受後に設定された場合には、保証人は、その物的担保がないことを前提に保証を引き受けており、その物的担保による求償権の担保を期待していないと解されている（通説）。しかし、この解釈に対して、次の点において矛盾があるとする批判的見解がある。(a)保証人は、債務を弁済すれば、一三五八条（法定譲渡（注（2）））に基づいて、債権者から債権証書等の提供を受けるだけでなく、物的担保等の担保手段を行使して求償を実現することができる。特に、保証の引受「後」に設定された物的担保も移転する。そのため、債権者は、保証の引受後の物的担保を放棄すれば、保証人の求償を「侵害」するおそれがある。(b)保証人は、抵当権の設定が保証の引受の前か後かを問わず、債権者に与えられた抵当権の登記を請求することができる（土地登記法（BG）七九条）。(c)保証範囲の変化がともなう将来債務の保証の場合には、債権者の保証人に対する注意義務の不当な制限を生じるとする指摘がある（担保の「時的範囲」）。次に、(ii)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される（一三六〇条）。債務が期限内に弁済されない場合に、債権者が物から弁済を得ることができる物権が物的担保権であり（抵当権等）、このような権利が債権者に帰属する物が、いわゆる物的担保とされる。同条は、物的担保の放棄とのみ規定しているが、その根底にある原理部分是一般化でき、その他の担保に類推適用できると解されている。債権者が物によって債権の弁済が担保されるその他の権利、例えば、所有権留保、優先権、留置権等の放棄の場合に類推適用できると解される。なお、共同保証の放棄（免除）には、同条の適用はないが、この場合には、保証人の保護のために、一三六三条が適用され、共同保証の放棄があっても、免除を受けていない他の保証人から免除を受けた共同保証人に対する求償は制限されない（後述④）（「物的担保」（放棄の客体）の類型）。なお、一三六〇条による保護は、連帯保証人にも適用があり、損害担保者には類推適用がある。さらに、(iii)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される（一三六〇条）。同条の趣旨における放棄は、法律行為による放棄だけではなく、債権者がすでに「獲得済」の物的担保を排除しまたは侵害する行為も該当する。例えば、設定されている担保をより価値の低い担保と差し替える行為、物的担保の事後的な責任減免、また事情によっては担保価値の保全を怠ることも該当する。他方、債権者が提供の申し出があった担保設定を単にしないで放置することは、放棄に該当しない（「放棄」の行為類型⁸⁾）。

債権者は最初に物的担保から回収すべきとする物的責任の抗弁は、オーストリア法においては認められていない。したがって本来は、債権者は物的担保を放棄することができ、それによって保証人に対する請求権が影響を受けることはない。もともと、物的担保の放棄によって、保証人の主たる債務者に対する求償権が侵害され、保証人に「損害」が生じる場合がある。そこで、一三六〇条は、「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。この規定は、物的担保の放棄によって、保証人が受けた主たる債務者に対する求償権に関する損害について、債権者が「責め」を負うことを意味する（後述・「責め」「義務」の意義・性質（争点））。これによって、債権者が共同責任を負う者の求償を侵害できない・侵害を禁止するという原則を実現している。

このように、債権者は不利益な物的担保の放棄権限を有しないと規定することによって、債権者に「不作為義務」（法定の放棄禁止）があることが示されている。この放棄の禁止は、債権の効力しか有しない。担保の放棄は、法的に有効である。しかし、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⁹⁾。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）。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った限りで、保証人は「免責」とする説が見られたところ¹⁰⁾、オプリーゲンハイト（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（相殺の必要性がなく消滅時効の危険もなく、直ちに債権者の請求権が減少する。）（「効果」）。この損害賠償請求権は、保証人が「訴え」を提起することによって行使することができる。また、債権者から支払の請求を受けた場合、保証人は、その請求に対して「抗弁」を主張することもできる（「行使方法」）。損害を生じる債権者の行為、放棄された物的担保の価値についての「証明」は、保証人に課される。これに対して、債権者は、その放棄によって求償は制限されていないこと、または保証人の主張よりも制限を受けた求償の範囲が狭いことを証明しなければならない（債権者は、主たる債務者に支払能力があること、保証人が利用できる事後に設定された他の担保があること等を主張することも考えられる。）（「証明責任」）。今日においては、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ている⁽¹¹⁾。したがって、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（なお従来の説によると、債権者は放棄された物的担保によって担保されなかった額の支払いで満足しなければならなかった。）（効果の「範囲」）⁽¹²⁾。

一三六〇条は、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旨の「特約」が設定される場合がある。特に実際に問題となるのは、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⁽¹³⁾。判例（OGH 9. November 1988（後述））によると、一三六〇条に基づく保護を排除する旨の書式による特約は、八七九条三項（普通取引約款または契約書式に含まれる契約条項の効力規定）によって無効となる場合があるとされる。その主な論点は、(i) 八七九条三項による条項の無効の主張は「抗弁」によってのみ行使することができるか、(ii) 金融機関がその債権のために別途設定されたまたは設定され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は存続する旨が定められた金融機関が使用する保証の書式における条項は、八七九条三項によって「無効」となる場合があるか、(iii) 信用保証人は、金融機関が他の担保が喪失する危険が切迫していることを自己に指摘することを

「期待」することができるとかである。

【事実関係の概要】 訴外亡A (X_1 の兄弟、 X_2 の婿、一九八六年九月九日死亡)は、子供服取引を営んでいたが、経済的に厳しい状況にあった。そこで、Aは、一九七九年秋に四〇万〇五〇万シリングの信用貸しの責任の引き受けを X_2 に頼んだ。Aが信用貸しについて相談したYの担当者Bは、Xらが責任信用貸しを受けること、普通保証では足りないことをXらに伝えた。Xらは、一九八〇年六月二日付の書面で、Aによって求められていた四五万シリングでの強制和議のための銀行責任の引き受けを、Y銀行に依頼した。Yは、同日付けの書面において、Xらに申入額についての責任信用貸しを認めた。信用貸しの価値は、Aによる強制和議の履行の銀行保証 (Bankgarantie) として用いることとされた。なお、信用貸契約には、次のような条項が含まれている。「信用被供与者は、保証 (Garantie) の表明の要求に際して、この責任信用貸しを同額の割賦弁済信用貸し (一括弁済も可能) に改めることとし、一九八一年六月一日から月額六五〇〇シリングの分割返済を行うこととする。その他の点についての詳細は承諾を得て決める。信用被供与者は、割賦弁済信用貸しにおいて生じうる変更に必要な書面に署名する義務を負う。」とされた。

一九八一年に、Yは、専ら強制和議の履行のために、四五万シリングの信用貸しをAに認めた。Xらは、この信用債務について各自全額の保証をした。Xらが保証人として連署した一九八一年三月九日と二三日の信用供与契約において、Aは、「国内の保険機関において直ちに生命保険を先の額について締結し」、Yに、「それからの権利、特に、保険金受取権限に質権を設定する」義務を負った。この定めは、契約書式にタイプライターで打たれた文字で挿入されていた。契約書の書式用紙には、さらに、信用貸しは全ての担保が設定された後にはじめて請求されうるとする条項があった。その他の点については、信用貸しの関係には、「オーストラリア金融機関の普通取引約款」が適用される。

Xらは、同時に、連帯保証人として割賦弁済信用貸しに責めを負うとする義務の表示に署名した。Xらによる署

名に際して、Aは、Xらが受取人とされる生命保険証券をX₁にも提示した。一九八一年三月三〇日付の書面において、Yは、そのようにして処理された責任信用貸しの責任からXらを免責した。Aは、最初に一九八一年六月一日から月額七〇〇〇シリングについて割賦金の弁済をした。しかしその後、Aは病気になる。割賦弁済信用貸しは、Yによって一九八二年八月一日に解約された。また、Xらもその通知を受けた。一九八六年八月一七日付の書面によって、一九八六年九月の信用貸し割賦弁済の一九八六年一月までの猶予の申し出が、Xらになされた。すなわち、「先の三信用保証人は残額（利息及び費用を含む）についてXらによって引き受けられた保証の趣旨において各自全額について責めを負うことが、全当事者の相互間の話し合いにおいて明確に確認された。」という内容であった。Xらは、この書面に署名しYに返送するよう求められたが、それを拒否した。

Yは、その生命保険契約の締結と保険金請求権への質権設定を要求せずに、信用貸金を支払った。信用貸債権のかなりの部分は未払いで、Aによる遺産によって完済できない。

Xらは、次の点の確認を求めている。Yは、Xらに対して保証による債権を有しない。Aへの信用貸金の支払前に譲渡制限付きの生命保険契約を締結するという保証の本質的な前提に関して、XらはYによって錯誤に陥れられた。信用担保の設定は、信用貸し及び保証契約の条件であった。いずれにしても、Yは、貸し出しが時期尚早であったことによって、Xらに対する保護義務及び注意義務を侵害している。それ故に、保証契約による債権に対して、同額の損害賠償請求権が主張される。最後に、Aの生存中に信用債権の回収を済ませておくことはYの責務であると思われる。猶予合意に際しての保証債権の承認は問題とならないとした。

Yは、次のように抗弁した。信用貸金の支払は、Aによる生命保険契約の締結及び質権設定とは無関係でなされている。Xらは、最初から、いずれにせよYより以前にその生命保険が存在しないことを知っていた。生命保険は、信用貸しの合意及び保証にとって重要ではない。したがって、Xらによって主張された錯誤は否認される。一三六

○条の類推適用による損害賠償請求権も問題とならない。一九八一年三月の合意の錯誤による取消権は、先に主張されている損害賠償請求権と同様に時効によつて消滅している。さらに、Xらは、割賦弁済の請求に際して保証契約による義務を承認しているとした。

一番は、訴えの請求を棄却した。Xらは、Aが強制和議の履行後に再び信用力が回復すれば、責任信用貸しは割賦弁済信用貸しに転換されることを知っていた。Xらが割賦弁済信用貸しの保証を引き受けなければならぬことは、Xらには明白であった。Xらは、二二万五〇〇〇シリングまで責任信用貸しに責めを負っていた。信用貸しの担保のために、Xらは白地手形に署名した。Xらは、信用貸しは一ヶ月ないし一ヶ月半だけ続くと考えていた。責任信用貸しの供与後に初めて、AはXらに二二万シリングという内容の生命保険証券を呈示した。しかしその後、Aは半年分の保険料しか振り込まなかった。そのことをXらが知ったのは一九八六年の始めである。Yによる資金で、強制和議はAによつて履行された。遅くとも一九八一年三月二三日までに、責任信用貸しは割賦弁済信用貸しに転換された。Yにとつては、Aによる生命保険契約の締結は、責任信用貸しの割賦弁済信用貸しへの転換の条件ではなかった。というのは、Xらはいずれにしても銀行保証によつて請求を受けるからである。

Aによる生命保険契約の締結及び質権設定後に初めて消費貸借金を支払うことに關して正式に条件と評価される条項があつたとは考えられない。確かに、Xらは、保証に署名する際に消費貸借のためのその担保を期待していたであろうが、署名を拒んだ際に同様に厳しい責任信用貸しによる請求を受けることは予期しなければならなかった。それ故に、主たる債務者の生命保険への期待は、その契約締結のための重要な動機ではない。Aの保険料支払不能によつて、保険による保護はいずれにしても消滅した。

二番は、一審判決を確認し、訴訟物の価値が三〇万シリングを超えたとした。さらに、提出された書類から、一九八一年三月二三日と二四日の別の保証において、債権のために別途設定されたまたは設定されるとの担保をYが

放棄しても、Xらの責任に変更が生じないとされていたことが確認された。また、Yは、Xらに通知することなしに、その他のすべての担保をその裁量によって換価する権利を留保していた。この書類はXらによって署名されており、したがって、民訴法二九四条によって証明された意思表示はXらによるものとみなされ証拠補充を要しないことは、一審において確認されている。Yにとって、Aによる生命保険契約の締結は、責任信用貸しの割賦弁済信用貸しへの転換の条件ではなかった。というのは、Xらはいずれせよ銀行保証によって請求を受ける可能性があったからである。

責任信用貸しの割賦弁済信用貸しへの転換は、追加的な担保を要する危険の増大を意味しない。それ故に、一審は、Aによる生命保険契約の締結とAへの割賦弁済信用貸しの許諾との条件関係を正当に否定した。Xらにとっても、債務関係の更改は、重要な経済的な意味をほとんど有しない。少なくとも契約の締結時において、民法八九六条における求償ができると考えられたからである。Xらは、信用貸し契約及び保証契約の条件の不成就、錯誤による取消、最後にYによる契約上の保護義務及び注意義務違反から生じる損害賠償請求権との相殺によって債務が消滅したとして、その主張の確認を請求した。これらすべての法的原因について重要なことは、別途設定された信用保証貸しの担保を放棄しまたはその裁量によって換価することができることをXらが明示的にYに認めたことである。訴訟当事者がAによる生命保険契約の締結とそこから生じる請求権への質権設定を信用貸し契約と保証契約の条件にしていなかったことは、一審と同様である。Xらには、実際確かにAの生命保険が見込まれることが保証の引き受けの要因になったかもしれない。しかし、このような契約締結の動機は、それが明示的な条件に挙げられている場合のみ、民法九〇一条によって考慮される。合意内容によれば、Xらはそうはしていない。Xらが保証をAの生命保険契約と関係付けていたとは考えられない。Xらは、すでに設定されまたはこれから設定される他の担保をいつでも放棄できるとする権限を明示的にYに与えており、Aの生命保険がXらにとって特に重要ではなかつ

たと思われる。いずれにしても、Xらはこれを保証の明示的な条件にしていなかった。また、錯誤による取消も認められない。Xらが信用貸しの担保について誤った想定をしておりそれがYに起因するとしても、Xらは保証の意思表示に拘束される。意思表示の対象となったその主たる事実や本質的な性状に関わる錯誤についてのみ、民法八七一条による取消が認められる。信用貸しの担保があるとの想定は、契約締結の本質的なものではない。Xらは、別途設定された担保の放棄をYに委ねている。Xらは、信用貸し担保の放棄をXらが明らかに(裁判上または裁判外において) 相殺を求めた損害賠償請求権の対象にした。しかし、このような損害賠償請求権について、違法性はない。というのは、Yは、付加的な信用貸し担保を放棄することを留保していたからである。したがって、契約上の保護義務及び注意義務の違反はYの負うべきものではない。

【判 旨】(Xらの上告、二審判決の破棄・差戻し) Xらは、Yによって生じた錯誤、Yが裁判外で請求する保証責任の無効、Yによる契約上の説明義務及び保護義務の違反による損害賠償請求権とXらの保証から生ずる債権との同額での相殺による債務消滅の抗弁を主張して、その確認請求を行う。

錯誤による取消に対しては、Yによってその時効消滅の抗弁が主張されている。錯誤による契約の取消は、契約の締結から三年以内に行使しなければならない(民法一四八七条)。取消の対象の保証債務は一九八一年三月にすでに成立しているが、Xらが訴えを提起したのは一九八七年二月一九日であるから、いずれにせよ錯誤による取消権は時効消滅している。

しかし、Xらは、その保証の停止条件が現在まで成就していないと主張している。Yは信用受益者Aに対して生命保険の質入れを条件としており、約定された信用貸しはすべての担保の設定と関係付けられていた。生命保険による権利の質入れがないため、Xらの責任はまだ有効となっていないとする。

Xらは、実際このような条件が挿入された信用貸しの合意に署名しており、また一九八一年三月九日と二三日の

証書での信用貸しから生じる債権を担保するため連帯保証責任を引き受けた。証書の文言のみによれば、生命保険から生じる権利の質入れ後に信用貸しがされて有効となる債務を保証しているようであるが。一審の確認によって、この点について信頼できる判断ができず、手続きの瑕疵がある。

Xらによって署名された保証の書式の項目第七において、Y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が定められている。Yは、一審においてこの権利を主張しなかった。しかし、二審は弁論の補充なしにYによる担保の放棄権限を確認しているが、手続きの瑕疵がある。二審が弁論を補充していれば、Xらは保証の項目第七における契約規定の無効を主張することができたであろう。民法八七九条三項における無効を考慮するには、その主張を要する。

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が、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、民法八七九条三項によって無効となる。相手方の不利益について問題となるのは、普通取引約款または契約書式を用いて任意法規を回避することによって相手方の法的地位の悪化を生じさせる場合である。

Yは、Xらの保証の書式の項目第七によって、民法一三五八条に基づいて保証人に与えられる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た。Xらは、Aの生命保険の設定が期待できたことによって始めて、保証の引き受けを決心できた。この条項によって、民法一三六〇条に基づく保証人の保護が排除されている。保証人の弁済による法定譲渡は、それ以前に担保が放棄されることによって、その価値を喪失している。したがって、この条項は、本件での主張及び諸事情からすれば、民法八七九条三項によって無効であると思われる。

生命保険の権利への質権設定による担保はYだけでなく法定譲渡を受ける保証人にも重要であることを、Yは考

慮しなければならない。Aが担保の設定義務を遵守しているかを確認できるのは、Aの契約相手方であるYだけである。判例によると、銀行の顧客である信用受益者は、金融機関が保険の保護を守るために対処すること、及び、必要な場合には、その保護の喪失が迫っていることを明示することを期待することができる。Yは、Aによる生命保険の権利への質権設定がまだなされていないことをXに通知すべきであった。保険者は、Aの保険料の支払遅滞についてYに情報提供すべきであった。Xらに対するY側の保護義務、説明義務及び注意義務違反によって、Xらは保険の保護を受ける可能性を奪われた（「特約」の効力（判例¹⁴））。

(b) 小 括

一三六〇条は、「物的担保」がある場合における保証人と債権者との関係について規定している。オーストリア法においては、債権者はまず最初に物的担保から回収すべきとする「物的責任の抗弁」が保証人には認められていない。したがって本来は、債権者は物的担保を放棄することができる。ところが、債権者が物的担保を放棄すれば、保証人はその物的担保の「譲渡」（一三五八条による法定譲渡）を受けることができず、「求償」ができなくなるため、「損害」を受ける場合がある。そこで、一三六〇条において、債権者はその損害について「責め」を負うとされる（一三六〇条の「意義・根拠」）。なお、オーストリア民法においては、人的担保である共同保証人の放棄（免除）の場合については、一三六〇条ではなく、一三六三条において別途対応されている（オーストリア民法の特色）。

一三六〇条による債権者の責任の成立要件において注目されるのは、まず、同条における担保の「時的範囲」である。同条における物的担保は、保証の引受「以前」に設定されていなければならないと解されている。保証の引受以前にすでに物的担保が存在する場合には、保証人は、保証の引受時に、その物的担保によって求償権が担保されることを期待しているとされ、保証人の保証「引受時」における物的担保による求償の「期待」が重視されている（通説）。これに対して、批判的見解は、保証人は、債務を弁済すれば、一三五八条（法定譲渡）に基づいて、物

的担保等の担保手段を行使して求償を実現することができるとし、債権者が保証の引受後の物的担保を放棄すれば、保証人の求償を「侵害」するおそれがあること等を主張し、通説には矛盾があると批判する（争点・担保の「時的範囲」）。また、同条は、物的担保の放棄とのみ規定しているが、その根底にある原理部分は「一般化」できると解される方向にあり、その他の担保に類推適用できるとされる（「物的担保」の類型）。さらに、同条の趣旨における「放棄」の解釈の展開も見られ、法律行為による放棄に限定されない。債権者がすでに「獲得済」の物的担保であれば、それを排除しまたは侵害するその他の行為も該当すると解されている（低価値の担保との差替え、担保価値の保全懈怠等）（「放棄」の行為類型）。

債権者は不利益な物的担保の放棄権限を有しない（一三六〇条）と規定することによって、債権者に「不作為義務」（「法定の放棄禁止」）があることが示されている。同条における義務に違反した場合、債権者は「損害賠償義務」を負うと解されている（通説）。これに対して、義務違反の効果として、保証人の「免責」を主張する説が見られ、オププリングンハイト（Obiegenheit）違反と構成されている（争点・「効果」）。なお、保証人は、「訴え」の提起または「抗弁」によってこの損害賠償請求権を主張することができる（「行使方法」）。損害を生じる債権者の行為、放棄された物的担保の価値についての「証明」は、保証人に課される（「証明責任」）。債権者は、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（効果の「範囲」）。

一三六〇条に基づく保証人の保護を「排除」する旨の「特約」の効力の問題は、オーストリア法においても、実務上重要な論点である。八七九条三項（普通取引約款または契約書式に含まれる契約条項の効力規定）によると、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、無効であるとされる。ここで問題となるのは、同条三項における相手方に著しい不利益を与える場合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である。OGH (9. November

1988) 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が定められていると認定し、その条項によって、債権者は、法定譲渡(二三五八条)に基づいて保証人に移転する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おり、その結果、一三六〇条に基づく「保証人の保護」は排除されており、したがって、この条項は、当該事案における主張及び諸事情からすれば、八七九条三項によって無効であるとした(「特約」の効力(判例)(同旨・学説))。当該条項の内容(法定譲渡に基づく保証人の求償手段たる担保を債権者が「一方的に剥奪」することを許容するとする内容)だけでなく、当該保証人が保証を引き受ける際に前提として考慮した要素(保証人の求償手段たる当該担保の設定への「期待」の有無・その程度等)を「総合判断」することによって、「無効」となる場合があることを導いていると思われる。

- (1) なお、ドイツ民法七七二条二項、スイス債務法四九五条二項には、保証人による物的責任の抗弁に関する規定がある。
- (2) 保証人と主たる債務者との間には、通常、①委任等の合意による「内部関係」があり、保証人は内部関係に基づいて求償できる。もしそのような合意による関係がなければ、②「事務管理」の準則によって処理される。さらに、保証人は、③「法定譲渡」(二三五八条)に基づいて、債権者から債権証書・情報等の提供を受けることができることにも(なお情報提供請求権は銀行の秘密に優先)、物的担保等の担保手段を行使して求償を実現する¹⁷⁾ことができる(Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht, auf Grundlage der von Helmut Koziol und Rudolf Weiser gemeinsam herausgegebenen 1–10. Auflage, bearbeitet von Rudolf Weiser 13., neubearbeitete Auflage, 2007, SS. 149–150 (=Koziol-Weiser): Kurzkomentar zum ABGB, herausgegeben von Helmut Koziol, Peter Bydliński, Raimund Bollenberger, 4., überarbeitete Auflage, 2014, § 1358 Rz 11f (=P. Bydliński in Kurzkomentar): Geschnitzer Österreichisches Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 2., neubearbeitete Auflage, von Christoph Faistenberger, Heinz Barta und Bernhard Eccher, 1991, S. 273)。

(17) Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Peter Rummel, 3., neubearbeitete und

- erweiterte Auflage, 2. Band, 2002, § 1360 Rz 1f. Vor § 1360 Rz 4 (=Gamerith in Rummel) : Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Heinrich Klang, 4. Band, 1935, § 1360 1-2 (=Ohmeyer in Klang) : P. Bydliński in Kurzkomentar, § 1360 Rz 1f ; Dullinger, Bürgerliches Recht II, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 3., aktualisierte Auflage, 2008, 6/30, 34 : System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, zuletzt bearbeitet von Arnin Ehrenzweig und Adolf Ehrenzweig, 3., vollkommen neu bearbeitete und erweiterte Auflage, 2. Buch, Das Recht der Schuldverhältnisse, 1. Abteilung, Allgemeine Lehren bearbeitet von Heinrich Mayhofer, 1986, SS. 122, 131, 143 (=Ehrenzweig) ; Riedler, Zivilrecht II, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 4., Auflage, 2010, S. 249.
- (4) なお、ドイツ民法七七六条、スイス債務法五〇三条一項は、担保の範囲をその成立時点によつて区別しない。
- (5) Gamerith in Rummel, § 1360 Rz3 ; Gschütz, aa. O., S. 273 ; Ehrenzweig, a. O., S. 143 ; Ohmeyer in Klang, § 1360 3a) ; P. Bydliński in Kurzkomentar, § 1360 Rz 2 ; Dullinger, a. O., 6/30, 31.
- (6) なお、共同保証の放棄(免除)の場合に、ドイツ民法七七六条は、オーストリア民法一二六〇条とは異なる対応をいふ。
- (7) Gamerith in Rummel, § 1360 Rz1a, 5, 6 ; Ohmeyer in Klang, § 1360 3b), 5 ; P. Bydliński in Kurzkomentar, § 1360 Rz1, 5 ; Ehrenzweig, a. O., S. 112, 134.
- (8) P. Bydliński in Kurzkomentar, § 1360 Rz4 ; Gamerith in Rummel, § 1360 Rz4 ; Ohmeyer in Klang, § 1360 3c).
- (9) 過失要件を挙げないが、その根拠については、議論の展開が見られなく(P. Bydliński in Kurzkomentar, § 1360 Rz4)。
- (10) Ehrenzweig, a. O., S. 134, なお、ドイツ民法七七六条も、その効果として保証人の「免責」を認める。
- (11) 主たる債務者が自己の物に物的担保を設定した場合、その物的担保は、全額を弁済する保証人に移転する。一共同保証人が物的担保を設定した場合には、その物的担保は、弁済者の共同保証人に対する求償部分についてののみ責めを負う。第三者が物的担保を設定した場合においては、従来の説は、保証人にのみその第三者に対して求償を認め、第三者には保証人に対して求償を許さなかった。というのは、保証人のみがその全財産をもって責めを負っており、第三者は個別の財産のみをもって責めを負っているからであるとされた。これに対して、今日においては、保証と物的担保は「対等」であることが承認されており、両手段のうちの一方が優先することは認められないと解されている(近時の学説・判例)。一三六〇条は、債権者と保証人間の関係については規定しているが、保証人が物的担保の設定者に対して優先な地位にあるとは定めていない。
- なお、求償の「範囲」については、物的担保の価値が主たる債務をカバーしており、したがって保証人と物的担保の設定者が同一の額の債権のために担保を提供している場合には、保証人と物的担保の設定者は「同額」で責めを負うと解される。これに対して、保証は主たる債務をカバーしているが物的担保の価値がカバーしない場合には、両者は、連帯責任を負う範囲に

おごつてのみ清算責任を負うと解られる (Gamerith in Rummel, § 1359 Rz7a)°。

- (12) P. Bydliński in Kurzkomentar, § 1360 Rz3, 4, § 1346 Rz20 : Gamerith in Rummel, § 1360 Rz 2, 8, § 1359 Rz7a ; Ohmeyer in Klang, § 1360 2, 4 ; Ehrenzweig, a. a. O., S. 134 ; Riedler, a. a. O., S. 249.
- (13) Gamerith in Rummel, Vor § 1360 Rz 5, § 1360 Rz 4a ; P. Bydliński in Kurzkomentar, § 1360Rz6.
- (14) SZ 61/235.