

# 担保保存義務に関する一考察

——沿革的・比較法的考察（五）——

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（以上本誌六一巻二号）
- 四 ドイツ法
  - (1) ドイツ民法典成立前の概要（以上本誌六一巻一号）
  - (2) 立法趣旨
  - (3) ドイツ民法——制度の本質、要件・効果
    - ① 制度の本質（以上本誌六一巻二号）
      - (i) 制度趣旨・法的構成
      - (ii) 免責対象者
    - ② 免責の要件
      - (i) 担保権・従たる権利
      - (ii) 債権者による放棄

- (iii) 求償の可能性の喪失
- ③ 効果
  - (i) 効果の性質・範囲
  - (ii) 免責主張の方法等——抗弁・過失相殺・返還請求権
  - (iii) 免除特約——判例・学説の推移
- ④ 整理・検討——フランス法との比較 (以上本号)

#### 四 ドイツ法

### (3) ドイツ民法——制度の本質、要件・効果

#### ① 制度の本質

##### (ii) 免責対象者

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(一文)。「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(二文)。「(傍線筆者・以下同様)」と規定する。同条の文言・体系・沿革・立法趣旨によれば、保証人が免責対象者であることに異論はない。

次に、保証人以外に免責対象者があるか、同条の準用が認められる場合があるか、どこまで準用が認められるかが問題となる。損害担保(Garantie)については準用されるが、保証契約との法的な「性質」の相違から、同条二文の準用(類推適用)は認められていない<sup>1)</sup>。質入(Verpfändung)と重疊的債務引受(Schuldbetrieb)の場合については議論があるが、判例は準用を認めていない<sup>2)</sup>。判例は、重疊的債務引受について、保証人との「地位」の違いから、

同条の準用を認めていない。<sup>(4)</sup> 他の担保提供者等に対して求償できたが、担保権等の放棄によって求償の可能性を奪われた者であることが、準用の考慮要素となる（後述②(ii)）。

## ② 免責の要件

### (i) 担保権・従たる権利

七七六条一文は、債権者の行為によって保証人が免責される担保権として、強制執行等の場合における優先権、抵当権・船舶抵当権・質権・共同保証人に対する権利を挙げている。これらの担保権は、附従性を有し、法定譲渡により保証人に移転する権利である（七七四条）。しかし、立法者が想定していなかったが、現在の実務において重要な機能を有する担保権がある。譲渡担保（Sicherungsübereignung）、担保のための債権譲渡（Sicherungsabtretung）、所有権留保（Eigentumsvorbehalt）がそうである。これらの担保権は、附従性を有しないが、七七六条の趣旨・目的から、同条の準用が認められている。債権者が保証人に対してそれらの担保権の移転義務を負う限り、同条一文において挙げられた担保権と同様に扱われると解される。担保のための土地債務（Sicherungsgrundschuld）、定期土地債務（Rentenschuld）も同様である。これに対して、留置権・債権者の相殺権は優先権ではないとされ、一連帯債務者の債務免除は、七七六条において挙げられておらず、また求償の可能性から同条の適用はないとされる<sup>(5)</sup>（後述(iii)）。なお、六四八条・六四八条aによる建築請負人の担保請求権については議論がある<sup>(6)</sup>。

担保権・従たる権利の「時的範囲」について、七七六条二文は、「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。担保権等の時的範囲が広い。したがって、保証契約締結時にまだ成立しなかった担保権等が放棄された場合でも、保証人は免責される。

## (ii) 債権者による放棄

七七六条一文によって保証人が免責されるのは、債権者が担保権等を放棄する場合である。判例・通説の見解によると、同条一文における放棄は、担保権等の喪失を生じる債権者の積極的な故意による行為と解されている。債権者の法律行為による担保権等の放棄として、物的責任の解除、担保権の返還、換価の放棄、順位の放棄、債務の免除等がある。なお、担保物の破壊のように、担保権等に対する事実的な影響であつても、法的または経済的に担保権の喪失を生じるときは、法律行為による放棄と同様であると解される。これに対して、担保権等が適切な価額で換価され弁済に充てられたような場合には、同条における放棄ではないと解される<sup>7)</sup>。また、債権者には担保権等の保存・換価について一定の裁量が認められており、それが一般的な取引慣行の範囲内での行為であると解される場合には許容される。

判例・通説の見解によると、担保権等の喪失を生じる債権者の不作為・過失による行為は、七七六条一文における放棄には当たらないと解される。債権者が主たる債務者に対する適時の請求を怠る場合、その権利行使に過失がある場合等がそうである。債権者は、担保物の破壊や価格下落等に対して特別な措置を講ずる義務はないとされる。これに対して、担保権等について債権者の保存義務等が認められる場合には、不作為が放棄と評価されるとする主張が通説の見解にもある<sup>8)</sup>。さらに、近時の有力多数説は、七七六条は担保の保存およ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した規定であるとする(先述①(i)a)。この有力多数説によれば、債権者が担保権等の喪失を放置すれば、注意義務違反となると解される<sup>9)</sup>。

## (iii) 求償の可能性の喪失

七七六条一文は、「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らう限度において責めを免れる。」と規定する。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、免責の要件と解される。求償の可能性が失われない場合には、同条の適用はない。たとえば、ある債務について異なる担保提供者が同順位において責めを負う場合、それらの者は相互に「連帯債務者」と同様の求償義務を負うと解され、この求償関係は、一旦生ずると、事後的に一方的に影響を受けることはない。つまり、発生した求償関係は、債権者が担保権を放棄しても存続する。また、「共同保証人」の一人を免責しても、共同保証人間の内部的な求償権は影響を受けないと解されるようになってい<sup>(11)</sup>る。

担保権等の放棄と保証人の求償の可能性の喪失との間に関連性がなければならぬ。したがって、担保権等の放棄が求償の可能性の喪失と関係しない場合には、同条の適用はなく、保証人より劣後して責めを負う担保権等を放棄しても、免責されない。債権者による担保権等の放棄によって求償権が侵害されなければ、同条の適用はない。たとえば、担保権等の放棄がその受益者の求償関係における負担部分を超えない場合がそうである。放棄された担保権等は、価値を有しなればならない。したがって、保証人に移転したであろう時点において担保権が価値を有しない場合や、求償関係にある共同債務者が無資力である場合には、同条の適用はない。この場合、同条の効果を契約侵害による損害賠償と位置付ける説によれば（先述①(i)(a)、損害がないと解される。なお、放棄された担保権等から保証人が求償することができたかどうかは、内部関係ではなく、保証人の債権者に対する法的関係から判定され<sup>(12)</sup>る。

### ③ 効果

#### (i) 効果の性質・範囲

判例・通説の見解によると、債権者は、担保権等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、いわゆる *Obliegenheit* を負っているにすぎない。債権者は、担保に関して損害賠償請求権を根拠付ける

法的義務 (Pflicht) を負っていない。したがって、七七六条によって生ずる効果は、Obiegenheit 違反による保証債権の「失効」(Verwirkung) であるとされる。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る。これに対して、近時の有力多数説は、同条は担保の保存およ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した規定であるとする。Kunze<sup>13)</sup>によれば、債権者は保証人に対して配慮義務を負うとされ、したがって、同条による効果として、積極的債権侵害による「損害賠償請求権」が生じるとされる。ただし、損害賠償請求権が認められる範囲は、保証債権の全額免除を上限とするとされる(先述①)。

### (ii) 免責主張の方法等——抗弁・過失相殺・返還請求権

免責の要件についての証明責任は、保証人が負うとされる。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なく、職権によって考慮される権利消滅的「抗弁」(Einwendung) によるとされる。担保権等の喪失の原因が保証人の行為にもある場合には、債権者は「過失相殺」を主張することができる。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。<sup>14)</sup>

### (iii) 免除特約——判例・学説の推移

七七六条は「任意規定」と解されている。したがって、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。もっとも、担保権等の放棄は同条の内容を変更する合意であり、七六六条一文により「書面」によることを要する。担保権等の放棄に対する保証人の明示の同意がある場合には、保証人には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。明示的な放棄の意思表示がない場合でも、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。

実務においては、個別の契約によって保証人から放棄について同意をとる方式よりも、「書式」を用いて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放棄である。個別の契約において放棄する担保権等を指定して保証人の同意をとる方式とは異なり、書式によって「包括的」に担保権等を放棄させることは、保証人が他の担保を考慮して保証を引き受けた期待に反すること等から、その許容性が問題となっていた。<sup>15)</sup>

従来判例によると、包括的な放棄条項のある信用保証 (Kreditbürgschaft) 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っても、それが経済的に意味のある場合には、普通取引約款規制法 (AGBG) 九条二項一号 (現行・民法三〇七条二項一号) の適用はなく、無効とならないと解された。<sup>16)</sup> 信用取引における担保の操作等の必要性から、書式による同条の適用の排除を認めていた。<sup>17)</sup>

これに対して、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適切な不利益を与えるとし、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によって無効であると解されている。<sup>18)</sup> 同様の解釈が通説化している。<sup>19)</sup>

#### ④ 整理・検討——フランス法との比較

そこで以下では、フランス法における議論と比較し、整理・検討することにする。

制度の「趣旨」「法的構成」について、通説の見解は、片務契約である保証契約は、当事者間に特約がないまたは信義則の適用がない場合、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とする。そこから、七六条を例外的性質を有する特別規定であると位置付け、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する。この解釈は大枠において立法趣旨に沿うものである。しかし、立法当時にはなかった Obliegenheit という新たな概念を用いて、その制度趣旨を法的に再構成しており、また、信義則等による法的義務

の発生を認める点で異なる。これに対して、有力多数説は、七七六条は債権者の *Obliegenheit* ではなく、注意義務 (*Sorgfaltspflicht*) を具体化した規定であるとす。したがって、通説的見解とは異なり、同条は例外的性質を有する特別規定ではないとする。その方向性が最も鮮明であるのが、*Knutel* の主張である。*Knutel* は、保証の場合にも債権者の一般的な注意義務を肯定しており、そこから保証人に対する債権者の通知義務等だけでなく、七七六条における債権者の義務も導き出している。その上で、免責「効果」の性質について、保証人の請求権を法的な義務違反に基づく損害賠償請求権であるとする。七七六条においては、*Obliegenheit* 違反ではなく、積極的債権侵害が問題となるとする。さらに、*Knutel* は、同条違反の効果として、保証債権の失効のみを主張する通説的見解によると、債権者に対して一定の行為を要求することができないとする。一方、判例は、原則として、保証人に対する債務者の注意義務を認めない立場を取り続けているが、例外的範囲を慎重に限定しつつも、債権者の注意義務が生ずる場合があることを承認する方向に向かっている。信義則の適用のある場合、契約締結上の過失の適用がある場合、債権者が保証人に対する注意義務を合意によって引き受けた場合である（先述①(i)(a)、③(i)）。

このように、判例・通説的見解は、原則として、保証人に対する債務者の注意義務を認めないとするが、例外的範囲を慎重に限定しつつも、債権者の注意義務が生ずる場合があることを承認する方向に向かっている。しかも近時においては、七七六条は債権者の注意義務を具体化した規定であるとする主張が有力となり通説的見解を凌ぐほどになっている。フランス法における議論と比較すると、ドイツ法においては、沿革的に見ても、債権者の保証人に対する義務を認めることに非常に慎重であったが、長い議論の積み重ねを経て、債権者の保証人に対する義務を一定の範囲で承認する方向にある。

免責の第一「要件」である担保権等について、七七六条二文は、「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。したがって、保証契約締結時にまだ成立していなかった担保権等が放棄さ

れた場合でも保証人は免責され（先述②(i)、フランス民法（先述三③②(i)(b)）におけるよりも担保権等の時的範囲が広い。次に、免責の第二要件である放棄について、判例・通説的見解によると、債権者は、原則として、担保物の破壊や価格下落等に対して特別な措置を講ずる義務を負わないため、債権者の不作為・過失による担保権等の喪失は七七六条における放棄には当たらないと解される（フランス民法との相違（先述三③②(ii)））。これに対して、近時の有力多数説は、七七六条は担保の保存およ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した規定であるとし、債権者が担保権等の喪失を放置すれば、注意義務違反となると解される（先述②(ii)）。債権者による放棄の内容・範囲は、制度の位置付け・法的構成と深く関わる。さらに、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、免責の第三要件と解されており、求償の可能性が残っている場合には同条の適用がないことになる。議論のあるのは、連帯債務や共同保証の場合であり、「免責対象者」の範囲に影響する（先述②(iii)、①(ii)）。求償できる地位にあったか、担保の放棄によって求償の可能性が失われたかが問題となる。

フランス民法と比較すると、ドイツ民法においては、担保権等の移転よりもむしろ求償権の存在が重視されていることが窺える。フランス民法においては、求償の可能性を巡る議論は前面に出てこない。原理部分に関わる問題である。

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、職権によって考慮される権利消滅的な抗弁によるとされる（先述③(ii)）。フランス民法においても、保証人は抗弁として免責を主張しなければならぬとされる（先述三③②(ii)）。これに対して、日本民法五〇四条の立法過程においては、担保権等の放棄によって直ちに免責の効果が生ずると改められている。ドイツ民法草案にはほとんど同一の規定があるとする説明がある<sup>20</sup>。その後の判例・学説における免責効果の発生に関する解釈に影響を与えたと思われる。

「免除特約」は、実務においては、書式を用いて放棄させる方式が一般化しており、銀行取引において重要な機能を有しているとされる。しかし、書式によって包括的に担保権等を放棄させることは、保証人の他の担保に対する代位の期待に反すること等から、従来から議論が見られた。判例は当初、保証人の不利益となる恣意的な行為は許されないとしつつも、それが経済的に意味のある場合には、普通取引約款規制法九条二項一号（現行・民法三〇七条二項一号）の適用はなく、無効とならないと解していた。これに対して、近時の判例は、その判断を変更し、包括的な書式による放棄は信義則に反し保証人に不適切な不利益を与えるととして、七七六条の趣旨に反し普通取引約款規制法九条二項一号によって無効であると解するに至り、通説化している（先述③(iii)）。包括的な文言による書式等による免除特約の効果に制限を加える方向にある。これに対して、フランス民法は、保証人の保護をさらに推し進めており、二〇三七条（現行二三一四条）を強行法規と位置付けるに至っており（一九八四年）、免除特約は認められない（先述三(3)③(iii)）。

最後に、七七六条に基づく免責の「実務」上の意義が問題となる。七七六条は任意規定と解されており、包括的な書式等による場合には無効となるとされるが、免除特約を一律に禁止しているわけではない。また、債権者が担保権等を放棄しても、保証人が他の担保提供者に対する求償の可能性を失わない場合には、同条の適用はない。近時の判例は、保証人の求償の可能性が残る場合があることを具体的に認めている（先述②(ii)）。また、同条における免責対象者の範囲は広くない<sup>21</sup>。これらの点から、現在の実務においては、七七六条に基づく免責効果の生ずる場合が多いとはいえないと思われる。

(1) RGZ 72, 138, 142.

(2) MünchKomm. -Habersack zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5, 5. Aufl., 2009, § 776 Rn. 2.

- (3) Staudinger/Horn, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Bearbeitung, 1997, § 776 Rn 23.
- (4) BGH WM 1962, 1293.
- (5) Staudinger/Horn, § 776 Rn 7 ff.; Soergel/Pecher, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5/1, 12. Aufl., 2007, § 776 Rn 10ff.; MünchKomm., -Habersack, § 776 Rn 6 ff.
- (6) 同条における建築請負人の担保請求権は優先権ではなくとする説がある(Staudinger/Horn, § 776 Rn 8.)。
- (7) BGH NJW 1981, 761, 762.
- (8) Staudinger/Horn, § 776 Rn 11ff.; Soergel/Pecher, § 776 Rn 12; MünchKomm., -Habersack, § 776 Rn 8 ff.
- (9) Knitel, Zur Frage der sog. Dilligenzpflichten des Gläubigers gegenüber dem Bürgen, in Festschrift für Plume zum 70., Bd. 1, 1978, S. 589.
- (10) BGHZ 108, 179, 183.
- (11) BGH NJW 1992, 2286. これに対して、共同保証人が相互に独立して保証を引き受けた場合には、債務免除を受けた一共同保証人は、他の共同保証人に対する求償関係からも免責されるとする説が見られた(MünchKomm., Pecher zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3/2, 2. Aufl., 1986, § 769 Rn 6)。
- (12) Staudinger/Horn, § 776 Rn 9, 15, § 774 Rn 65 ff.; Soergel/Pecher, § 776 Rn 13; MünchKomm., -Habersack, § 776 Rn 5, 11.
- (13) Staudinger/Horn, § 776 Rn 16 ff.; Soergel/Pecher, § 776 Rn 24; Knitel, a. a. O., S. 559, 591.
- (14) Staudinger/Horn, § 776 Rn 16 ff.; Soergel/Pecher, § 776 Rn 23 ff.
- (15) Tiedtke, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Anwendung des AGB-Gesetzes im Bürgschaftsrecht seit 1980 ZIP 1986, 150, 155.
- (16) BGHZ 78, 137, 143.
- (17) BGHZ 95, 350, 358 f.
- (18) BGHZ 144, 52; BGH NJW 2002, 295.
- (19) Soergel/Pecher, § 776 Rn 15ff.; 25ff.; MünchKomm., -Habersack, § 776 Rn 3 ff.; Staudinger/Horn, § 776 Rn 20 ff.
- (20) 辻博明「担保保存義務に関する一考察——民法五〇四条の立法過程を中心に」岡法五六卷一三三頁(平一八)。
- (21) ただし、抵当権については、七七六条と類似の規定が一一一六五条にある。同条は、債権者による抵当権の放棄等による「債務者」の免責を規定する。