

## 論 説

# 担保保存義務に関する一考察(2)

—— 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、本誌72巻2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
  - 3.1 先述のように、債権者が主たる債務者の債務の履行を確保する担保を放棄する場合、保証人は、その放棄された担保の価値の限りにおいて免責されると解されている（アメリカ法における一般的傾向）（先述2.2）。それでは、債権者による放棄が問題となる「担保」とはどのような担保が想定されているか。担保の「侵害」があると認定されるのはどのような場合か。保証人の免責が認められる「法的根拠」はどこにあるか。その「免責範囲」はどのように解される方向にあるか。保証人の免責をめぐる「証明責任」はどのように解されているか。最後に、債権者は、その保有する担保の保全について、保証人に対してどのような性質の「義務」を負うと解されているか（債権者の義務の「性質」）。
  - 3.2 先述のように、債権者が共同保証人の1人の債務を免除する場合、他の残った保証人は、免除された保証人の「負担部分」の限度で免責されると解される（アメリカ法における一般的傾向）（先述2.3）。それでは、一共同保証人に対する債務の免除効果は、どのような「法理」によって根拠付けられているのであろうか。特に、その負担部分での「一部」免責を根拠付ける法理はなにか。その「法的構成」にはどのようなものが見られるか。その背景に

はどのような動き・変化があるのだろうか（イギリス法との比較）。

3.3(i) 先述のように、債権者が、共同保証人の1人の債務を免除する場合に、他の残った保証人に対する権利を「留保」することがあるとされる。そのような特約は、先述の共同保証をめぐる免除効果の議論と無関係ではない（先述2.3）。それでは、そのような「権利留保付きの免除」とはどのような法的性質を有するのか。権利留保付きで免除がなされる趣旨はなにか。この権利留保付き免除が導入される背景には、どのような問題が存在するのか。さらに、先述の共同保証をめぐる免除効果の議論とどのような関係があるのだろうか。

(ii) 「免除特約」（本来型）の法的意義・要件・効力はどのように解されているか。リステイトメントによると、免除特約はどのように位置付けられているか。その議論において注目される点はどこにあるか。（以上、本号）

## 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

### 2.3 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

実務においては、「共同保証人」、すなわち数人の保証人が債務を負う場合が少なくない。もっとも、共同保証の形態は多様でしかも複雑である。まず、(i)共同保証人が同一の契約において「合同して (jointly)」債権者に対して債務を負う場合がある。合同型は、複数の保証人が「一体」となって1つの債務を負担する場合である。次に、(ii)共同保証人が同一の契約において「連帯して (jointly and severally)」債務を負う場合がある。連帯型は、複数の保証人が「一体的にまたは個別的に」債務を負う場合である。さらに、(iii)共同保証人が「個別に (severally)」責めを負う場合がある。個別型は、複数の保証人が「個別に各自独立して」債務を負う場合である。

債権者とする、共同保証の設定を受けることができれば、複数の保証人から支払いを受けることが可能となり、債権回収の際のリスクを分散することができる。ところが取引現場においては、諸般の事情から、債権者は共同保証人の1人の債務を免除する場合がある。問題は、この1人の保証人に対する債務の免除効果が他の保証人に及ぶか、及ぶとすればその免責範囲はど

うかである（いわゆる「共同保証と免除効果」の問題）。この点について、コモンローの古い法理によると、債権者が「合同して」（上記(i)）債務を負う共同保証人の1人の債務を免除すると、他の保証人も「完全に」免責されると解される（拙稿・前掲岡法71巻2号206, 216頁）（コモンローにおけるこの古い法理の存在は、アメリカ法における議論においてもその指摘が見られる。また、このコモンロー上の解釈は、連帯型（上記(ii)）の場合も無関係ではない。）。しかし、債権者は、共同保証人の1人の債務を免除する場合、他の保証人が完全に免責されることまでは望んでいないことが多いとされる。それが、債権者の通常の意味であると考えられるからである。実際、アメリカ法においては、債権者が共同保証人の1人の債務を免除する場合、他の残った保証人は、免除を受けた保証人の「負担部分」の限度で免責されると解される方向にある。

共同保証と免除効果の問題は、債権者だけでなく共同保証人の権利関係にも大きな影響を与える問題である。コモンローとは異なる視点から、取引当事者の通常の意味に適合する解釈を導くことができるか。すなわち、「債権者が共同保証人の1人の債務を免除した場合、その『負担部分』について、その効果が他の保証人に及ぶ」という解釈を、どのようにすれば根拠付けることができるか、その「法理」が問題となる。この点について、以下のような議論が見られる。

まず、(i)債権者が共同保証人の1人の債務を免除した場合、それによって、他の保証人はその「代位権」及び「負担部分」を侵害されるという主張がある。すなわち、共同保証人は、その相互間において、その負担部分について債務を負っている。具体的には、各保証人は、その債務の弁済「前」でも、エクイティ上、他の保証人にその負担部分について債権者に弁済するよう請求することができる。さらに、一保証人が債務を弁済した「後」は、債権者に代位してまたはその負担部分の権利に基づいて、他の保証人に対して求償することができる。したがって、共同保証人は、その相互間において、一種の「保証関係」にあるとされる。このことから、債権者が共同保証人の1人の債務を免除すると、他の保証人はその代位権だけでなく負担部分の権利も

侵害されることになる」とされる。それゆえ、他の保証人は、免除された一保証人から回収できた「負担部分」の限りにおいて免責されると推論する（「一部免責」）。このように、この主張の根底には、保証法の基本原理があることが窺える（エクイティ）。

次に、(ii)「代位権」の侵害に絞り込んで、そこから一部免責を根拠付ける主張がある（「代位権侵害」限定型）。すなわち、もし債権者が一保証人の債務を免除したとしても、その共同保証人は、免除された保証人「以外」の他の保証人に対しては、依然として代位して権利行使をすることが可能である。それゆえ、免除された保証人の「負担部分」についてその共同保証人の免責効果を認めれば、それで足りるとする主張である。これは、代位権の侵害の有無・範囲の視点から、一部免責を根拠付けようとする主張である。

さらに、(iii)(a)「保証」は、債権者が有する「担保」であると解される。また、(b)先述のように、債権者による担保の喪失によって保証人が「一部免責」されるという判例法理が定着している（先述2.2）。このこと ((a)+(b)) から、この判例法理を共同保証人の1人の債務の免除の場合に類推適用することによって、債権者が一共同保証人の債務を免除した場合、他の保証人は、免除されたその保証人の負担部分の限りにおいて免責されるとする主張がある（Simpson, § 79 ; Williston, § 333 ; Corbin on Contracts, § 931, one volume ed. 1952）。

このような主張（上記(i)~(iii)）が展開された「背景」には、共同保証人が「合同」して債務を負う場合の免除効果（全部免責の発生）の問題があることが窺える。古典的なコモンローの法理による免責効果と取引当事者の通常の意味とのズレである。そこで、債権者は、保証人の1人の債務を免除する場合、その共同保証人に対する権利を「留保」して対応しようとした（取引現場での対応策）。そのような状況にあって、上記のような複数のアプローチ（上記(i)~(iii)）が展開され、近時においては、債権者が数人の共同保証人の1人の債務を免除する場合、他の残った保証人は、免除された保証人の「負担部分」において免責されると解する方向にある（近時の判例・学説）。

それでは、リステイメントはどうか。共同保証の免除効果及びその効果

が及ぶ範囲はどのように解され位置付けられているのだろうか。この点について、たとえば共同保証人 S 1 と S 2 が設定されている場合、債権者がその一保証人 S 1 の債務を免除するとき、その共同保証人 S 2 は、S 1 から「求償できた限り」において免責されるという解釈が採用されている (Restatement Third, Suretyship and Guaranty, § 54)。

これに対して、リステイトメント以前においては、共同保証の類型別の議論、すなわち、(i)共同保証人が「合同して (jointly)」債務を負う場合、(ii)「連帯して (jointly and severally)」債務を負う場合、(iii)「個別に (severally)」責めを負う場合に分けて、各類型がどのような特有の法的性質を有するかという視点からの議論が展開されていた (主要な判例) (イギリス法における判例法理 (拙稿・前掲論文・岡法71巻2号205-207頁) とほぼ同様)。これに対して、リステイトメントでは、共同保証の類型を超越した「統一的」な分析が試みられていることが注目される。しかも、その免責効果を「一部免責」とする方向性が明確に打ち出されている。ここにも、保証法における新たな動きが窺える。

#### 2.4 免除特約 — 免除特約の効力とその解釈の展開

保証人は、債権者による担保の放棄等に「同意」しているような場合、債権者の行為に異議を申し立てることができないと解された。したがって、債権者の侵害行為によって代位権及び求償権を喪失しても、保証人は免責を主張することができない。このような保証人の同意の方式には、債権者がその行為について「個別に」同意をとるものと、「保証契約の内容」として予め免除特約が設定されるものが見られた。保証人が「事前」にかつ「明示的」に同意している場合、保証人に免責効果が発生しないことは明らかであるが、諸般の事情から、保証人の同意が「推定」される場合があるとされた (Simpson, §§ 63,72) (従来の判例・学説の大枠)。

それでは、リステイトメントの内容はどうか。免除特約をめぐる問題は、どのように分析し整理されているのであろうか。この点について、同 § 48(1) は、保証契約その他において、保証人は、債権者が侵害行為を行うことに「同意」し、その免責の権利行使ができない旨を「合意」し、またはその権利を

「放棄する (waive)」場合に関する規定を置いている。すなわち、保証人による同意等がある場合は、§ 39(c)(ii)–(iii) (主たる債務の免除)、§ 40(b) (主たる債務の期限の延期)、§ 41(b)(ii) (主たる債務の変更)、§ 42(1) (担保の侵害)、§ 43 (執行の遅れ)、§ 44 (求償のその他の侵害) に該当するときでも、保証人は免責されないとされる。さらに、そのような同意は、それが明示的になされる場合、または、諸般の事情から推定される場合があるとされる。このような同意、合意または権利放棄は、保証人が「保証に基づく抗弁」を放棄する旨が表示されることによってなされる (§ 48(1))。

このように、保証人の免責 (上記 §§ 39-44) は保証人の「保護」を目的とする制度であるが、保証人がそのような保護を任意に放棄することができることとされる。実際に、多くの保証契約において、そのような免責効果を放棄する旨の条項 (いわゆる「免除特約」) が「一般化」しているとされる。したがって、そのような条項がある場合、保証人は、債権者の侵害行為によって損害を受けたとしても、免責を主張することができないことになる。

しかし、保証債務は契約に基づく債務である。したがって、「非良心性 (unconscionality)」及び「誠実かつ公正な取扱い (good faith and fair dealing)」に関する準則の適用がある。それゆえ、その契約内容について一定の制限があるとされる。もっとも、保証人が債権者による保証人の地位の侵害行為について同意を与え、または保証の抗弁を放棄することは、通常は、非良心性の準則に反しないとされる。また、そのような侵害行為が保証人から同意を得た後に、または保証の抗弁が放棄された後になされた場合、通常は、誠実かつ公正な取扱いをする義務に反しないとされる。確かに、通常はそのように解されるとしても、保証人による同意または保証の抗弁の放棄がそれらの準則に反するかどうかは、その同意または放棄の「内容」及びその「事実関係」によることになるとされる。したがって、その有効性が問題となるケースがあることになる。

それでは、保証人による同意はどのようにしてなされるか。この点について、保証人は、債権者による侵害行為に「際して」または「事前」にその同

意を与えることができるとされる。その同意の「表現」または「方式」について、特に要件は課されていない。なお、§48(2)によると、保証人による同意があると「推定」されるケースが示されている。それは、保証人が主たる債務者に「指示」し、または主たる債務者を「代理」して、債権者と行為をする場合である。すなわち、主たる債務者が保証人の指示を受けてそのような同意をする場合には、保証人の同意があると推定するのが合理的であるとされる。また、保証人が主たる債務者を代理して同意する場合においても、保証人はその資格においてその行為に同意していると推定するのが合理的であるとされる (§48(2))。

このような「同意」方式以外に、保証人の免責を阻止するために一般的に用いられる別の方式がある。それは、保証人との「合意」または保証人の「権利放棄 (waiver)」によって、保証に基づく抗弁 (上記 §§39-44) を行使できないようにするものである。これは、保証契約中においてまたはその他において行うことができる。ただし、保証人がその権利を行使しないということが、その内容から読み取れなければならないとされる。それゆえ、保証人が「絶対的または無条件」で責めを負うことが書面において記されていても、それだけでは、通常は、保証人が保証の法律上の地位に基づく免責の抗弁を行使しないことを合意しているとはいえないとされる (リステイトメント) (争点)。もっとも、保証人が保証の法律上の地位を有しないという旨が示されていれば、それによって、保証人が求償権の侵害等による免責を主張できないことが一応分かるため、通常は、それで足りるとされる。なお、保証人が保証に基づく抗弁を放棄することを示す「通常表現」があれば、それで足りるとされ、特に要件は課されていない。保証人は、その免責原因ごとに個別に放棄する必要はなく、契約においてその免責原因を記す必要もないとされる。

同 §48は、保証人に対する特別な「開示義務」または「説明義務」を債権者に課していない。特に、免責原因の放棄の「法的効果」について、開示または説明する義務はないとされる。先述の「誠実かつ公正な取扱い」「非良心性」のような契約上の一般的な保護法理で十分であるとされる。したがって、

保証人との合意において“waiver（権利放棄）”というような表現が用いられていても、通常は、契約上の一般的な原則を超える義務が債権者に課されることはない。実際、「債権者による保証人の求償権の侵害に基づく免責を行使しない」とする保証契約における条項は、厳密には、waiverではなく、保証債務の内容を示す契約条項にすぎないとされる（Restatement Third, Suretyship and Guaranty, § 48）。

### 3 問題点の整理・検討

3.1 先述のように、債権者が主たる債務者の債務の履行を確保する担保を放棄する場合、保証人は、その放棄された担保の価値の限りにおいて免責されると解されている（アメリカ法における一般的傾向）（先述2.2）。それでは、債権者による放棄が問題となる「担保」とはどのような担保が想定されているか。担保の「侵害」があると認定されるのはどのような場合か。保証人の免責が認められる「法的根拠」はどこにあるか。その「免責範囲」はどのように解される方向にあるか。保証人の免責をめぐる「証明責任」はどのように解されているか。最後に、債権者は、その保有する担保の保全について、保証人に対してどのような性質の「義務を負うと解されているか（債権者の義務の「性質」）。

まず、(i)債権者による放棄が問題となる「担保」には、譲渡抵当権や質権のほか、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。これらの財産上の利益は、実務において広範な解釈がなされており、様々な利益が包含されることになる。ただし、放棄が問題となるのは、主たる債務のために設定された担保と解されている。

次に、(ii)債権者による担保の「侵害」とは、厳密にはなにを意味するか。それは、単に形式的に担保の放棄などがあるというだけでは足りない。そこに、「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、担保に対する法的な侵害があったとしても、(a)実際にはその担保に価値がなかつ

た場合、(b)債権者が放棄後に残った担保で十分に債権を回収できる場合、(c)放棄された担保の代わりに別の担保が設定された場合、(d)担保の放棄が結果的に残存する担保の価値を高めるような効果があった場合、(e)担保の操作が債権回収上「合理的」な行為と解されるような場合、保証人の免責は生じないと解される。問題は、担保の侵害によって、保証人が実質的に「損害」を受けたかどうかである。この点が、上記(a)～(e)の根底にある。先述のように、保証人がその担保の存在を知っているか、主たる債務者に支払能力があるかどうかにかかわらず、その免責が認められると解されるが(先述2.2①)、その一方で、担保の「侵害」の解釈において、保証人に実質的な損害があることを要するとされる。このようにして、免責効果の発生の制御・調整がなされていることが窺える。なお、ここで問題となる担保の侵害は、債権者による侵害と解されるものでなければならない。したがって、債権者が他の者による担保の侵害を単に放置したようなケースは、保証人の免責が認められないと解される場合がある(後述(vi))。

それでは、(iii)問題の免責の「法的根拠」はどのように解されているのだろうか。その根底には、保証人の「代位権」の侵害にあると解されている。先述のように、アメリカ法においても、保証人の代位権は、「エクイティ上」の権利であるとされる(先述1.2.2②)。この代位権は、その本質において、債権者が獲得したときから、担保に存在すると解される。したがって、保証契約の「前」に獲得された担保だけでなく、保証契約の「後」に獲得されたものにも存在する。また、保証人がその担保の存在を「知らなかった」場合も、保証人の代位権は存在することになる。比較法的にも、かなり強力な権利と位置付けられていることが窺える。これは、担保の時的範囲及び担保への期待の有無と無関係ではない。

それゆえ、(iv)(a)保証人は、放棄されたその「担保の価値の限り」において免責されると解されている(「免責範囲」)。このことから、免責範囲は、「一部」免責と解される方向にあることが窺える(アメリカ法における一般的傾向)。敷衍すると、免責が認められるのは、債権者による担保の侵害によって、保証人

## 61 担保保存義務に関する一考察(2)

が実質的に損害を受けた範囲に限られるということになる。

それでは、(b)(ア)「全部」免責が認められる場合はないのだろうか。この点について、債権者が担保を保有し保全することが「明示的な条件」となっている場合において、その担保が放棄されたときは、「全部」免責が生じるとされる。担保が確保されることが条件とされる場合も、上記の条件に該当する(先述2.2①②)。(イ)この全部免責の問題と関連して、次のような新たな指摘が見られる(アメリカ法)。担保価値が債権額より下回る場合に、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。先例によると、担保が設定されその担保が存在することが「契約の内容」となっていた場合に、債権者がその担保を保証人の同意なしに放棄すると、債権者によるその処分行為は、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(Polak v Everett 事件)。

ところが、これに対して、次のような指摘が見られる。不確定的な負担が保証人に課されるようになりリスク変更の場合、保証人を完全に免責することは公正である。しかし、担保の価額がすでに確定しているような場合、保証人がその担保額を超える損害を受けることが考えられないとすれば、保証人が受けた損害額を超える免責を認めることは、明らかに公正でないといわれる(先述2.2②)。この指摘の根底には、三面関係の調整を「衡平」の視点から図る保証法の展開が窺える(後述3.5)。

それでは、(c)免責範囲の「判定時期」はどの時点とされるか。担保価値が時間の経過にともなって変動するような場合、その判定時期の問題は避けて通ることができない(担保価値の「時的変動」)。というのは、その担保価値をどの時点で評価するかによって、担保の侵害によって保証人が受ける「実質的損害額」が異なるからである。そこには不確定要素が内在することが多いため、最終的には、事例の個別事情を考慮して判断されることになるが、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いわれる。というのは、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(先述2.2②)。

また、(v)現場においては、「証明責任」が勝敗を左右することが少なくない。(a)特に問題となるのは、保証人に実質的な侵害が発生したかどうかについての証明である。この点について、保証人への実質的な侵害がないことの証明責任は、債権者側にあると解されている。すなわち、債権者による担保の放棄が分別のあるものであったかどうかについて、保証人側にその負担を課すことはできないとされる (Simpson, § 74)。さらに、(b)先述のように、リステイメントによると、主たる債務者に履行する能力があるかまたは履行するその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に負わせることなく、免責が認められる。この結果、債権者側は、その履行を得ようとすれば、その負担及び費用を負わされることになる (§ 42) (先述 2.2②)。ここにも、保証人保護の視点があることが窺える。

最後に、(vi)原理的に重要な問題として、債権者が負う「義務」がある。債権者は、その保有する担保の保全について、保証人に対してどのような義務を負うか。債権者が負う義務の「性質」「程度」が問題となる。さらに、この義務の性質論は、保証人の免責要件及び免責効果とリンクする複雑かつ難解な問題である。先述のように、債権者による担保の侵害をめぐる重要な紛争例を辿ると、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が多いことが窺える。(a)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ることが窺える。それはなぜか。その解釈の根底には、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ることが窺える。しかし実際には、(b)保証人の免責が認められる場合があると解されている (判例・学説の展開)。問題は、その場合の要件である。(ア)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、(イ)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。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、(ウ)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。さらに、(エ)保証人が自衛行為をとることができる場合においても、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」を求めることができるものが見られる。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。また、このような議論(上記ア～エ)を受けて、近時、リステイトメントは、債権者の行為が担保価値を害する侵害類型を列挙するにいたっている。すなわち、(ア)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))、(イ)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))、(ウ)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))、(エ)「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, 2.2①)。

**3.2** 先述のように、債権者が共同保証人の1人の債務を免除する場合、他の残った保証人は、免除された保証人の「負担部分」の限度で免責されると解される(アメリカ法における一般的傾向)(先述 2.3)。それでは、一共同保証人に対する債務の免除効果は、どのような「法理」によって根拠

付けられているのであろうか。特に、その負担部分での「一部」免責を根拠付ける法理はなにか。その「法的構成」にはどのようなものが見られるか。その背景にはどのような動き・変化があるのだろうか（イギリス法との比較）。

先述のように、コモンローの古い法理によると、債権者が「合同」して債務を負う共同保証人の1人の債務を免除すると、他の保証人も「完全に」免責されると解される（拙稿・前掲岡法71巻2号206, 216頁）。これに対して、アメリカ法においては、債権者が共同保証人の1人の債務を免除した場合、その「負担部分」について、その効果が他の保証人に及ぶと解されている（一部免責）（近時の一般的傾向）。共同保証の類型を超越した統一的な分析が試みられている（先述2.3）。問題は、一部免責を根拠付ける「法理」及びその「法的構成」である。

この点について、以下のような議論の展開が見られる（先述2.3）。まず、(i)債権者が共同保証人の1人の債務を免除した場合、それによって、他の保証人はその「代位権」及び「負担部分」を侵害されるという主張がある。一保証人が債務を弁済した後は、債権者に代位してまたはその負担部分の権利に基づいて、その共同保証人に対して求償することができる。したがって、共同保証人は、その相互間において、一種の保証関係にあるとされる。このことから、債権者が共同保証人の1人の債務を免除すると、他の保証人はその代位権だけでなく負担部分の権利も侵害されることになる。それゆえ、他の保証人は、免除された一保証人から回収できた「負担部分」の限りに関して免責されると推論する。この法理を敷衍すると、一保証人は、自己の負担部分については、共同保証人に対していわば主たる債務者の立場にあり、共同保証人が弁済する責めを負う部分については、その保証人の立場にあるとされる。したがって、もし一保証人の債務が免除されると、その共同保証人は、この一保証人が主たる債務者として責めを負うべき部分（負担部分）まで免責されるとされる。この主張の根底にあるのは、「保証法の法理」であることが窺える。

次に、(ii)「代位権」の侵害に絞り込んで、そこから一部免責を根拠付ける主張がある（「代位権限定型」）。この主張によると、もし債権者が一保証人の債務を免除したとしても、その共同保証人は、免除された保証人以外の他の保証人に対しては、依然として代位して権利行使をすることが可能であるとされる。それゆえ、免除された保証人の「負担部分」についてその共同保証人の免責効果を認めれば、それで足りると主張する。この点を若干敷衍すると、この法理によると、債権者が一保証人の債務を免除したとしても、共同保証人の権利に対する侵害はその一部にすぎない。したがって、一部免責を超えてさらに免責を認める理由がないことになる。

さらに、(iii)債権者による担保の解除によって保証人は「一部免責」されるという判例法理（先述2.2①②）を類推適用する主張がある。この主張を若干敷衍すると、まず、(a)この判例法理によると、債権者が「担保」の保全に必要な行為をとる義務を負っているにもかかわらず、適切な対応をとらなかった場合、保証人は、それによって受けた「損失の範囲」において免責されると解される。次に、(b)「保証」は、債務の弁済のために債権者が保有する「担保」であるとされる。以上のことから（上記(a)+(b)）、債権者が一保証人の債務を免除した場合にこの判例法理を類推適用すれば、その負担部分での一部免責を根拠付けることができるとされる。

上記のような議論の展開を受け、各法域における取扱いの相違が見られたところ、「アメリカ法律協会（American Law Institute）」は、その「負担部分」の限りでの免責を認める方向に舵を切る（Corbin, §931）。これは、古典的なコモンローの古い法理からの脱却を図るものである。その背後には、保証法に基づく法理（エクイティ）への転換の動きが窺える。

さらに、このような流れを受けて、リステイトメントは、共同保証人としてS1とS2が設定されている場合に、債権者がS1の債務を免除すると、S2はS1から求償できた限りにおいて免責される、とする解釈を採択するにいたる（§54）（先述2.3）。このように、S2の免責範囲は、S1に対して求償できた額にとどまること（「一部免責」）が明確になる。それでは、共同保

証人S 2に免責効果が及ぶこと、さらに、その効果が一部免責であることを、リステイトメントはどのように根拠付けているのだろうか。リステイトメントの体系に基づいて、その免責のメカニズム・法的構成を辿るとどうか。

この問題について、リステイトメントは、共同保証人間の求償権が侵害された場合の効果を、次のように分析している (§ 54)。まず、(i)保証人は、その共同保証人に対して「負担部分の権利」を有するとされる。次に、(ii)保証人は、債権者に対して債務を履行した場合、その履行に要した費用の一部を共同保証人に負担させる権利を有するとされる。この権利は、共同保証人間の法律関係を形成する「基本的要素」であるとされる。それにもかかわらず、(iii)債権者がその保証人の共同保証人に対するその基本的権利を「侵害」するならば、債権者のその行為は、その保証人に損害を生じさせるおそれがあり、「保証の地位の侵害」に該当するとされる。そこで、(iv) § 54において、その保証の地位の侵害に関する準則（主たる債務者との関係における侵害ケース）を共同保証の場合（上記(iii)）に適用することにしたとされる (§ 54, comment (a))。

このようなリステイトメントの分析を、§ 54及びその隣接規定に注意して敷衍すると、まず、(i)各共同保証人は、他の保証人に対して相互に、その負担部分の限り (§ 57 (負担割合)) において、主たる債務者と同様の地位にあり、また、その負担部分を超える部分について、保証人と同様の地位にあるとされる (§ 55)。それゆえ、保証人は、その共同保証人に対して「負担部分の権利」を有するとされる (§ 55(1))。したがって、(ii)保証人は、債権者に対して債務を履行した場合、その履行に要した費用の一部を共同保証人に負担させる権利を有するとされる (§ 55(2), 54)。この権利は、共同保証人間の法律関係を形成する「基本的要素」であるとされる (§ 54, comment (a))。それにもかかわらず、(iii)債権者がこの基本的権利（「求償権」）を「侵害」するならば、その侵害行為によって、その保証人に損害が生じるおそれがある。すなわち、この行為は、主たる債務者との関係における保証の地位の侵害の場合における損害 (§ 37) と同様の損害を生じさせるおそれがあるとされる。それゆえ、(iv) § 54において、保証の地位の侵害に関する準則 (§§ 37-49) を共同保証の場

合に適用するとされる (Restatement Third, Suretyship and Guaranty, §§ 37, 54, 55, 57)。因みに、実務上、この保証人の地位の侵害が問題となる代表的なケースは、先述の債権者による「担保の喪失」 (§ 42) 及び「代位権・求償権等の侵害」ケース (§ 44) である (先述 2.2 ①)。

### 3.3 免除特約

(i) 先述のように、債権者が、共同保証人の 1 人の債務を免除する場合に、他の残った保証人に対する権利を「留保」することがあるとされる。そのような特約は、先述の共同保証をめぐると免除効果の議論と無関係ではない (先述 2.3)。それでは、そのような「権利留保付きの免除」とはどのような法的性質を有するのか。権利留保付きで免除がなされる趣旨はなにか。この権利留保付き免除が導入される背景には、どのような問題が存在するのか。さらに、先述の共同保証をめぐると免除効果の議論とどのような関係があるのだろうか。

(ii) 「免除特約」(本来型) の法的意義・要件・効力はどのように解されているか。リステイトメントによると、免除特約はどのように位置付けられているか。その議論において注目される点はどこにあるか。

(i)(a) 債権者によって「権利留保付き」でなされる免除は、免除を受けたその保証人に対して訴えを提起しない旨の契約にすぎないと解される (趣旨)。いわゆる「訴不提起の捺印契約」(covenant not to sue) である。したがって、このような権利留保付きの免除は、債務者の債務を免責したり減免したりする効果を有しないことになる (法的性質)。このことから、この権利留保付き免除は、免除という文言が用いられているが、通常の (真正の) 免除とは異なる性質を内包することが窺える。

それでは、(b) なぜ権利留保付きの免除が用いられるようになったのであろうか。この問題は、債権者が共同保証人の 1 人の債務を免除する場合と無関係ではない。先述のように、共同保証人間の法律関係には、複数の類型が見られ、その中で特に議論が展開されたのは、共同保証人が同一の契約において「合同」して債権者に対して債務を負う場合である。合同型の場合、コモ

ンローの古典的な法理によれば、債権者が合同して責めを負う共同保証人の1人の債務を免除すると、他の保証人も「完全に」免責されることになる(解された(先述2.3))。ところが実際には、債権者は、その共同保証人の1人の債務を免除するとしても、他の保証人が完全に免責されることまで望んでいないことが多かった。そのため、債権者は他の保証人に対する権利(請求権)を「維持する方法」が必要となった(背景事情)。このような状況において、他の保証人に対する権利留保付きの免除制度が導入されることになる(コモンロー裁判所)。債権者は、他の保証人に対する権利を「留保」しておく限り、その免除の効果を他の保証人に及ぼさないとする解釈を導くことができたからである。このような対応策を導入することによって、当事者の多くが通常は意図しない不合理な免除効果(保証人全員の完全免責)をもたらすコモンローの法理を回避し、債権者が他の保証人に対する権利を「維持」することが可能となった。

ところが実際に、このような権利留保付きの免除制度を実務に導入することは容易ではなかった。というのは、複数の法的にクリアしなければならぬ難解な問題が立ちはだかったからである。

この点を敷衍すると、(a)上記のように、Yが合同債務者の1人である場合に、XがYの債務を免除すると、他の合同債務者の債務も免責されることになる(完全免責)(上記・コモンローの法理)。しかし、多くの場合、これは当事者の意思に反した。そこでさらに、このような不合理な法理の適用を回避するために、次のような解釈を展開する必要がある。それは、もしYがその債務を免除されたとしても、債権者が他の合同債務者に対する権利を「留保」する限り、それは免除ではなく、「訴不提起契約」とする新たな解釈の導入である。この訴不提起契約は、実際には、債権者が他の債務者を免責する意思を有しないことを明確にする機能を有することになった。

さらに、(b)いわゆる「訴訟循環(circuity of action)」の発生の問題が存在した。これは、1回の訴訟で同一の目的を達成することができるにもかかわらず、複数の訴訟手続が必要となる迂回的な訴訟の問題である。というのは、

たとえばXがYに対して訴えを提起した場合に、もしXの請求が認められたとしても、Yは、Xが訴不提起契約に違反したとして、直ちに、Xの請求額と同額の損害賠償を請求する訴えを提起することによって、その請求された額を取り戻すことができたからである。そこで、訴訟循環を回避する仕組みが必要となった。この点について、実務は、二重の訴えを認めずに、Yの訴えだけを認め勝訴とすることによって、1回の訴訟で簡潔に同一の目的を達成する解釈が展開されることになる。そして、このような解釈が、共同保証の場合にも適用され、定着することになる (Simpson, § 79 ; Corbin, § 924, 1239, 1251 ; Williston, §§ 338, 338C, 1230)。

それでは、(ii)「免除特約」(本来型)の法的意義・要件・効力は、どのように解されているか。取引現場において一般化しているのは、免除特約である。

まず、(a)リステイトメント「以前」における議論はどうか。保証人は、債権者による担保の放棄等に「同意」しているような場合、債権者の行為に異議を申し立てることができないと解されていた。この同意の方式には、債権者が「個別に」同意をとる方式と、「保証契約の内容」として予め免除特約が設定される方式が見られた。保証人が「事前」にかつ「明示的」に同意している場合だけでなく、保証人の同意が、諸般の事情から「推定」される場合があると解されていた(先述2.4)。このようにして、免除特約に関する解釈の大枠が形成されていた。

次に、(b)そのような従来の議論(上記(a))を受けて、「リステイトメント」において、先述のような免除特約に関する緻密な分析が展開される(先述2.4)。その内容を敷衍すると、

まず、(ア) § 48(1)によると、保証契約その他において、保証人は、債権者が侵害行為を行うことに「同意」し、その免責の権利行使ができない旨を「合意」し、またはその権利を「放棄する (waive)」場合があるとされる。このように、免除特約(広義の免除特約)には、個別同意型のほか、合意型及び権利放棄型の3類型がある。保証人によるこのような同意等がある場合は、本来、「保証に基づく抗弁」 (§ 39(c)(ii)-(iii) (主たる債務の免除), § 40(b) (主たる債務の期

間の延長), § 41(b)(ii) (主たる債務の変更), § 42(1) (担保の侵害), § 43 (執行の遅れ), § 44 (求償のその他の侵害) が認められるケースでも, 保証人は免責を主張することができないとされる。その中で理論的に判例・学説において特に問題となるケースは, 「担保」の侵害型 (§ 42(1)) (先述 2.2) 及びその応用型である「共同保証人」の 1 人の債務の免除型 (§ 54) (先述 2.3) である。

実際には, (イ)このような保証に基づく抗弁 (上記 §§ 39-44) は, 保証契約の「条項」を用いて放棄させる方式が一般化している (狭義の「免除特約」)。このことから, 取引現場においては, 債権者が保証人にその放棄内容について説明し個別に同意を取る方式ではなく, 「約款」によって免責の主張を放棄させる方式が主流であることが窺える。

また, (ウ)債権者が侵害行為を行うことの「同意」は, それが「明示的」になされる場合と, 諸般の事情から「推定」される場合がある。もっとも, 保証に基づく抗弁を放棄する旨が表示されていなければ, 明示的な同意があるとは認定されない。この点が実際に争点になることが少なくない。また, 諸般の事情とはなにか, その内容の解釈も問題となる。同意はどの時点で行うことができるか。それは, 債権者による「侵害行為時」だけでなく, 「事前」に与えることもできるとされる。もっとも, このような同意の「表現」「方式」については, 特に要件は課されていない。なお, 同意の「推定」が現場で問題となるケースがある。それは, 保証人が主たる債務者に「指示」を与えまたは主たる債務者を「代理」して, 債権者と行為をする場合である。すなわち, 主たる債務者が保証人の指示を受けてそのような同意をするような場合や, 保証人が主たる債務者を代理して同意する場合である。そのような場合は, 保証人がその資格においてその行為に同意していると推定するのが合理的であるとされる (§ 48(2))。

さらに, (エ)免責の権利行使をしない旨の「合意」や免責の「権利放棄」(上記(ア)) は, 保証契約その他に行うことができる。もっとも, リステイトメントは, 保証人がその権利を行使しないことが, その内容から分かることが必要であるとする。それゆえ, 保証人が「絶対的または無条件」で責めを

## 51 担保保存義務に関する一考察(2)

負うと書面に記載されていても、それだけでは、免責の抗弁を行使しない旨の合意があるとは解されないとする（争点）（ただし、これと異なる立場をとる判例がある（後述3.5））。もっとも、保証人が保証の法律上の地位を有しないという旨が示されていれば、通常は、一応それで足りるとされる。それによって、保証人が求償権の侵害等による免責を主張できないことが分かるからである。保証人が保証に基づく抗弁を放棄する意思が示されていることが必要とされる。なお、保証人は、複数の免責原因がある場合、その免責原因ごとに個別に放棄する意思を示す必要はない。また、契約においてその免責原因を記す必要はない。

なお、(オ)保証人に対する特別な「開示義務」または「説明義務」は、債権者に課されていない（§48）。したがって、保証人との合意において“waiver（権利放棄）”というような表現が用いられていても、通常は、契約上の一般的な原則を超える義務が債権者に課されることはない。実際、「債権者による保証人の求償権の侵害に基づく免責を行使しない」とする旨の条項は、厳密には、waiverではなく、保証債務の内容を示す契約条項にすぎないとされる。

最後に、(カ)免除特約の「有効性」である。そこで問題となるのは、保証人が債権者の申し出に応じて免除特約を締結すると、保証人の地位に基づいて免責の抗弁を主張する権利を完全に失ってしまいますのかという点である。これは、免除特約をめぐる紛争における最も難解な問題である。債権者は保証人に対して特別な開示義務または説明義務を負わないとされる（上記(オ)）。そうだとすると、免責原因の放棄の「法的効果」についても、そのような義務を負わないことになる。しかしそれでは、保証人はかなり厳しい状態に追い込まれることになる。それではどのような対応が考えられるか。この点について、保証契約にも、「非良心性（unconscionability）」及び「誠実かつ公正な取扱い（good faith and fair dealing）」に関する準則の適用はありとされる。そうだとすると、保証人による同意または保証の抗弁の放棄がそれらの準則に反するかどうか争点となる。その判断は、その同意または放棄の「内容」及びその「事実関係」によることになる。それゆえ、免除特約があったとしても、

債権者に行き過ぎた行為や濫用があれば、免責が問題となる可能性があることになる。

そうだとすると、その適用の判断基準が問題となる。免除特約の内容が保証人に一方的に不利となるようなものかどうか、保証人の属性、債権者との関係・立場、取引事情その他を総合的に考慮して判断されるものと思われる。ただし、保証人が債権者による保証人の地位の侵害行為について同意を与えまたは保証の抗弁を放棄すること自体は、通常は、非良心性の準則に反しない。また、そのような侵害行為が保証人から同意を得た後または保証の抗弁が放棄された後になされた場合、通常は、誠実かつ公正な取扱いをする義務に反しないと解される。