

論 説

担保保存義務に関する一考察(3)

—— 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、本誌73巻1号)

- 3.4 先述のように、債権者の保証人に対する「義務論」(2.1)を起点にして、担保の「喪失」による保証人の免責(2.2)、「一共同保証人の債務免除」による他の保証人の免責(2.3)、「免除特約」をめぐる難解な問題(2.4)について、初期・中期の主要な学説・判例からリステイトメントにおけるその議論の内容・流れを中心に分析を試みた。それでは、その後の議論、特に、リステイトメントにも影響を与えたとと思われる「近時」の主要な判例・制定法にはどのような動きが見られるか。そこで以下では、それらの判例・制定法を辿ることにする。

- 3.5 以上の考察(先述2.1～3.4)から、アメリカ法における保証をめぐる議論、特に債権者の保証人に対する義務に関する議論の大枠は、判例だけでなく制定法及びリステイトメント等によって形成されていることが窺える。それでは、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、その背景にはなにがあるのであろうか。そこで最後に、アメリカ法における議論の根底にある「法理の動き」を辿り整理することにする。

(以上、本号)

- 3.4 先述のように、債権者の保証人に対する「義務論」(2.1)を起点にして、「担保」の喪失による保証人の免責(2.2)、「一共同保証人の債務免除」による他の保証人の免責(2.3)、「免除特約」をめぐる難解な問題(2.4)について、初期・中期における主要な学説・判例からリステイトメントにおけるその議論の内容・流れを中心に分析を試みた。それでは、その後の議論、特に、リステイトメントにも影響を与えたとされ

る「近時」の主要な判例・制定法にはどのような動きが見られるか。そこで以下では、それらの判例・制定法を辿ることにする。

(i)債権者による「担保」の侵害に関する近時の判例及び制定法にはどのような動きが見られるか。

まず、(a) Custom Leasing, Inc. v. Carlson Stapler & Shippers Supply, Inc. 事件は、「担保」の喪失による保証人の免責に関する法理の「目的」について、次のような判断を示す。すなわち、保証人は、債権者が保有する担保等の利益について「代位権」を有する。それゆえ、保証人の同意または権利放棄がないにもかかわらず、債権者が保証人の代位権を「侵害」するならば、それによって、保証人は「損害」を受ける。したがって、その担保が侵害された「限り」において、保証人は「免責」されるという判断を示した。その上で、債権者の過失によって、その担保（リースの機器）の価格下落が生じたような場合、保証人は、それによって受けた損害の限りについて免責されるとした (Custom Leasing, Inc. v. Carlson Stapler & Shippers Supply, Inc., 195 Neb. 292, 237 N.W. 2d 645-649 (Neb. 1976))。

すなわち、被担保債権に設定された担保は、債権者の債権回収力を強化する機能を有する。一方、保証人は、債権者の有する担保に「代位」することができれば、それによってその地位が保護されることになる。ところが、債権者がその担保価値を侵害すれば、保証人は、主たる債務者または共同保証人等に対する求償を確保する手段を奪われることになる。したがって、保証人は、その担保の侵害された限りについて、免責されると解される。

このように、Custom Leasing, Inc. v. Carlson Stapler & Shippers Supply, Inc. 事件は、担保の喪失による保証人の免責を認めるが、それは全部免責ではなく、「一部」免責である。その推論の起点にあるのは、「代位権」の侵害である。その判断の根底にあるのは、「保証法」の法理であることが窺える。

次に、(b)近時の UCC には、債権者による「担保の侵害」に関する規定がある。UCC § 3-605(g) (1995) によると、債権者による担保の侵害行為には、①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」の完了・

維持について「不履行」がある場合、②同価値の担保との「差替えなし」になされる担保の「解除」がある場合、③同9条等に基づく債務者または保証人等に対する担保価値の「保全義務」についての「不履行」がある場合、④「担保の処分において法律上の処分方法に従わない」場合が含まれると規定されている。この規定内容は、先述のリステイトメント §42(2)と類似していることが分かる（先述2.2）。

ここで注意すべき点は、同 §3-605(g)は、上記①～④の場合が担保の侵害行為に「含まれる」と規定していることである。この文言から、同 §3-605(g)は担保の侵害行為に該当する「標準的な例」を示しているにすぎないことが分かる。したがって、「それら（上記①～④）以外」の場合が、裁判所によって、侵害行為として認定される可能性があることになる（§3-605, official comment 6）。

また、(c)担保上の利益を得るのに必要な登記等のすべての「手続き」の完了・維持についての不履行をめぐる近時の判例として、Executive Bank v. Tighe 事件がある。同事件は、X銀行がその貸出債権の担保として動産担保権を有したところ、Xがその動産担保の公示に要する貸出証書の手続きを怠り担保の登録手続きが完了しなかったことによって、Y等（融通署名者）の債務が免責されるどうか争われた事案である。その上で、同事件は、Xの担保登録手続きの不履行によって当該担保が不当に「侵害」されたとして、Y等の債務の一部免責を認めた（Executive Bank v. Tighe, 66 A.D. 2d 70, 411 N.Y.S. 2d 939 (App. Div. 1978)）。

同事件の判断から、担保の登録手続きの不履行によって結果的に担保の喪失が生じたような場合においても、保証人はその受けた損失の限りににおいて免責されることが分かる。なお、同事件は、その参照判例として、債権者が担保の登録手続きを怠ったことによって担保の喪失が生じた場合に、保証人の一部免責が争われた Langeveld 判決を引用する（→後述(iii)(d)）。

さらに、(d)債権者の行為による担保の「解除」をめぐる、Transamerica Ins. v. Kennewick 事件は、次のような判断を示す。同事件は、注文者が履行

を受ける前に工事代金を支払ったため、保証人が、担保を奪われたとして、その債務の免責を主張した事案である。同事件は、前払いがなされたことによって、直ちに、保証人に損害が発生するとは認められない。ただし、注文者の「不適切」な前払行為によって、保証人が担保を奪われたような場合は、保証人はその債務を免責されるとし、さらに、保証人に損害が発生しているかどうかは、諸般の事情から、特に、注文者の行為が「合理的」であったか、また「誠実」な行為であったかという点から判断されるとした (Transamerica Ins. v. Kennewick, 785 F. 2d 660 (9th Cir. 1986))。

このように、建築契約の現場において、担保の解除が紛争となることが多い。請負人が履行不能に陥ると、その後、その保証人はその工事を引き継いで完成させることになる。問題は、未完成部分の工事を完成させた後に、保証人は注文者から反対給付を受けることができるかである。本件は、注文者が履行を受ける前に早期に代金を支払ったため、そのことが担保の侵害に該当するかが問題となったケースである。同事件によると、担保の解除があっても、それが取引上合理的な行為であると解される場合、取引上の分別をもって誠実になされた場合、また、同等以上の価値を有する担保と差し替えられたような場合は、保証人は免責されないと解される。

それでは、(e)債権者による担保の「保全」はどうか。この点について、Leberty Nat'l Bank & Trust Co. v. Interstate Motel Dev. 事件は、次のような判断を示した。同事件は、銀行が保証人に対して支払いを求る訴えを提起したところ、銀行が担保の保全を怠ったとして、保証人が債務の免責の抗弁を行使した事案である。すなわち、銀行は貸付債権の担保として動産を譲り受け、その動産に火災保険を設定することを約束したところ、その後、火災が発生しその動産が損傷した。そこで、保証人は、銀行が火災保険への加入の確認を怠り保険金の残債務への充当について懈怠があったとして、債務の免責を主張した。これに対して、同事件は、銀行は保険金の保全手続きをとったとして、銀行の請求を認容した (Leberty Nat'l Bank & Trust Co. v. Interstate Motel Dev., 346 F. Supp. 888 (S.D. Ga. 1972))。

同事件によると、債権者は、その「占有する担保」の管理及び保全について、「合理的な配慮」を行う義務があることが窺える。というのは、担保が債権者の占有下にあるような場合、保証人は自らその担保を保全することができないと考えられるからである。したがって、債権者がこのような管理・保全義務に反した場合は、その限りにおいて、担保の減少があると認定され、その結果、保証人は債務を免責される可能性があることが窺える。

それでは、(f)債権者によって担保の「不適切な処分」がなされた場合はどうか。この点について、Girard Trust Bank v. O'Neill 事件は、次のような判断を示す。同事件は、銀行が、担保として保有する売掛代金債権が取立て不能であるとして帳消しにし、保証人に対して、その債務の支払いを請求した事案である。同事件は、売掛代金債権は銀行の管理下にあり、保証人は合理的な方法によってその債権の回収を確保する手段を有しない。したがって、銀行は、保証人のために担保を保全する義務を負うとした。その上で、当該銀行が担保を侵害した場合、その侵害の限りにおいて、保証人はその債務を免責されると判断した（なお、銀行の過失について審理させるため、原審に差し戻し）（Girard Trust Bank v. O'Neill, 219 Pa. Super. 363, 281 A. 2d 670-672 (Pa. Super. 1971)）。

同事件における主要な争点は、銀行が売掛代金債権を回収不能として帳消しにしたことが担保の「不適切な処分」に該当するかという点である。同事件によると、債権者が法に反するような方法で担保を不適切に処分した場合も、担保の侵害に該当することになる。すなわち、担保の不適切な処分が担保の「侵害類型」に該当することが明確になったといえる。したがって、債権者による担保の不適切な処分があると認定される場合、保証人は、担保の侵害がある限りにおいて、その債務を免責されると解される。

最後に、(g)担保の侵害による保証人の「免責範囲」について、近時の判例はどのような立場をとっているか。この点について、Warren v. Washington Trust Bank 事件は、次のような判断を示している。すなわち、一般的な判例法理によると、債権者がその担保を放棄した場合、保証人は「喪失したその担保の価値」の範囲において免責される。これは、「エクイティ上」の原則に

基づく法理によるものであるとした。その上で、同事件は、保証人が担保の放棄によって損害を受けていないとして、担保の放棄に対して異議を申し立てることができないとした (Warren v. Washington Trust Bank, 92 Wash. 2d 381, 598 P. 2d 701 (Wash. 1979))。

このように、Warren v. Washington Trust Bank 事件は、保証人の免責範囲について議論のあったところ、「一部免責」の立場をとる判例法理を再確認し、その法理に基づいて推論し結論を導いていることが分かる。注目すべき点は、その判例法理が契約上の法理によるものではなく、「エクイティ上」の原則に基づくとする分析に言及した点である。

なお、近時の UCC には、債権者による担保の侵害による免責範囲に関する規定がある。同 § 3-605(e) (1995) は、担保の「侵害の限り」において免責されると規定する。また、先述のように、リステイトメントも同様の立場を採択している (先述 2.2②効果 (免責範囲))。

次に、(ii)「一共同保証人の債務免除」をめぐる紛争には、どのような問題が潜んでいるのであろうか。取引の現場においては、債権者が保証人に対して支払いを請求しても、債権全額の回収が見込めない場合がある。そのような厳しい状況にあって、債権者は、債権の一部でも回収できるのであれば、和解に応じることがある。それは、当該保証人がその債務の一部を弁済することを条件に、その保証人の債務を免除するというものである。

それでは、このような「一部弁済」と引き換えになされる「条件付きの債務免除」はどのような法的性質・効果を有するのであろうか。特に問題となるのは、一部弁済とセットでなされる一保証人の債務免除によって、その共同保証人の債務も免責されるのかどうかである。先述の「共同保証人と債務免除」(無条件型)をめぐる議論 (基本モデル) (先述 2.3) にさらに難解な問題が加わる。この点について、近時の判例・学説には次のような議論の展開が見られる。

まず、(a) Bank of the West v. Burlingame 事件は、X 銀行から融資を受けた A 社が債務不履行に陥ったため、X は保証人 B に対して支払いを請求した

ところ、Bも破産手続開始を申し立てたため、Bがその所有財産をXに譲渡することで、Xが債務の履行を受けたとする旨の和解が成立した。ところが、Xがその残債務の支払いを求める訴えをその共同保証人Yに対して提起したため、Yが、先に成立した和解によって債務は消滅していると反論した事案である。同事件は、保証人Bがその財産を譲渡した場合、それによって、A社の債務がその全額について履行され消滅したことになるとして、Xはその共同保証人Yに対して支払いを請求することができないとした（Bank of the West v. Burlingame, 134 Or. App. 529,895 P. 2d 1367, 1369-1371 (1995)）。

このように、同事件は、Bがその所有財産をXに譲渡したことによって、A社の債務が履行され消滅しており、XはYに対して支払いを請求することができないと判断した。その判断の根底にはどのような推論が見られるのであろうか。本件の「和解内容」によると、共同保証人の1人が債務免除の条件である「一部弁済」を行えば、それによって、主たる債務者が債権者に対して負う債務の全額について「完全な履行」がなされたのと同様の効力が発生し、主たる債務者が負う債務は消滅することとなる（全部免責）。それゆえ、債権者は他の保証人に対して残債務の支払いを請求することができないと推論していることが窺える。

因みに、動産の引渡しや役務を提供することを条件になされる債務の免除は、債権者による一種の「代物弁済」の申込みであり、債務者による条件とされた（本来の債務とは別の）債務の履行がその免除の申込みに対する承諾に値するとして、代物弁済と同様の効力を有するとする分析がある（Corbin, § 1239）。

次に、(b) Bank of the West v. Burlingame 事件（上記(a)）と同様に一保証人による一部弁済を内容とする和解をめぐる紛争であるが、まったく異なる判断を示した事件がある。それは、Groover v. Commercial Bancorp of Georgia, Inc. 事件である。

同事件は、債務者Aが債務不履行に陥ったため、債権者Xが共同保証人Y及びBに対してその支払いを求めて訴えを提起したところ、XのBに対する請求について和解が成立した。そこで、Yは、この和解によって、Y自身の

債務も免責されたと主張した事案である。同事件は、その和解記録によると、Bの一部弁済によって債務の履行があったとされるものではなく、それはYの債務まで免除する趣旨でなされたものではない。したがって、XはYに対して残額を回収する権利を有すると判断した (Groover v. Commercial Bancorp of Georgia, Inc. 220 Ga. App. 13, 467 S.E. 2d 355-357 (1996))。

このように、同事件も、一部弁済と引き換えになされる債務免除の効果が争われた事案であるが、その和解の内容・趣旨がBank of the West v. Burlingame 事件 (上記(a)事件) のものとは微妙に異なる事案である。同事件は、その和解内容によると、債権者は、共同保証人の1人がその債務の一部を弁済することを条件に当該保証人との和解に応じたにすぎず、それによって債務の全額について履行があったものとする趣旨ではないと認定したケースである。同事件は、この点を起点にして、本件の和解が他の保証人の債務まで免除する趣旨ではないとして、債権者の他の保証人に対する残債務の請求は認められると推論していることが窺える。

それでは、同事件のような場合、他の保証人には債務の免責を受ける余地がまったくないのであろうか。この点について、リステイトメントには、次のような分析が見られる。すなわち、共同保証人の1人が債権者に一部弁済をすることと引き換えにその債務の免除を受けた場合、他の保証人は、その共同保証人の1人から求償することができた額について、残債務から免責されると解されている (§54)。したがって、この場合も、他の保証人が免責を受ける可能性はあることになる (一部免責)。この解釈の根底には、共同保証人の1人が債務を免除されたことによる他の保証人の共同保証人に対する求償権の侵害の問題がある。ただし、先述の「共同保証人と債務免除」(無条件型)をめぐる議論 (基本モデル) と比較すると、より複雑なファクターが内在する (先述2.3)。

それでは最後に、(iii)「免除特約」に関する議論の展開はどうか。先述のように、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、債権者の行為に対して異議を申し立てることができないと解される。保証人が

明示的に同意しているような場合、保証人が免責されないことは明らかであるが(先述2.4)、その他の場合について、次のような議論の展開が見られる。

まず、(a)近時の UCC には、免除特約の「方式・表現」に関する規定が見られる。それは、UCC § 3-605(i) (1995) である。同条(i)によると、免責を主張する当事者が免責の根拠となる事実若しくは行為に「同意」する場合、または、その契約書若しくは他の合意書において、両当事者が保証の抗弁または担保の侵害に基づく抗弁を放棄することを明確に若しくは「通常の表現」によって示している場合、本条による免責を受けることができないとされる。

このように、免責の権利 (UCC § 3-605(e)) は、放棄することができるとされ、しかも、同条(i)は、免除特約(条項)の成立要件として、特別な「表現」「方式」を課していない。その他の条項と同様に一般的な基準を充足すれば足りるとされる。すなわち、通常の表現をもって免責請求権を放棄する旨が示されていれば足り、特に専門的な表現を用いることを要しないことになる。ただし、同条(i)の適用が認められるのは、同条(e)に基づく免責の場合であるとされる (§ 3-605, official comment (8))。

次に実際に、免除特約をめぐる紛争が浮上するのは、保証人による同意の有無・趣旨が「明確でない」場合である。それでは、そのような場合について、近時の判例にはどのような展開が見られるのであろうか。特に、同意の「推定」及びその「判断基準」が問題となる。

まず、(b)この点について、Firstsouth, F.A. v. LaSalle Nat'l Bank 事件は、次のような判断を示す。同事件は、保証人が署名するとその債務の支払いを求められ不利な地位に置かれることになる書面に署名した場合でも、保証人は免責請求権を行使できるかが争われた事例である。同事件は、その保証人は不利な地位に置かれることを黙認しているとして、その免責を主張する権利を放棄していると判断した (Firstsouth, F.A. v. LaSalle Nat'l Bank, 699 F.Supp. 1248-1252 (N.D. Ill. 1988))。

同事件によると、保証人がそのリスクが高まることを「知り」ながら、免責請求権を行使せず「黙認」するような態度をとった場合、保証人はその権

利を放棄したものと推定されることになる。しかも、そのような場合、その権利放棄の有無は、保証人の内心における意思からではなく、その行為の外観から「客観的」に判断されていることが窺える。

それでは、(c)保証人が免責に関わる事実を知りながら黙秘する場合はどうか。それによって、免責を主張する権利を放棄したものと推定されるのだろうか。この点について、Trinity Universal Ins. Co. v. Gould 事件は、保証人がその免責請求権を根拠付ける事実の発生を認識しているだけでは、その権利放棄に同意したとはいえない。また、保証人がその事実を認識しながら黙秘したとしても、その権利放棄に同意したことにはならないとした。その上で、保証人がその事実を知っていたにもかかわらず、異議を申し立てることなく、保証関係を継続する旨の態度をとったと合理的に解される場合、そのような一連の行為から、その免責請求権の放棄であると判断した (Trinity Universal Ins. Co. v. Gould, 258 F. 2d 883-886 (10th Cir. 1958))。

同事件によると、保証人の単なる事実の「認識」及び「黙秘」だけでは、権利放棄について同意があると解されない。ただし、保証人が免責請求権を根拠付ける事実の存在を「知り」ながら、あえて「権利行使せず」、かつ、それらの「一連の行為」から結果的にその債務を負い続ける意向があると解することが合理的である場合、権利放棄の同意があると解される。

さらに、実務においては、「保証人が『絶対的または無条件』で責めを負う」とする条項が契約書その他に挿入されている場合が少なくない。それでは、このような場合、保証人はその免責の抗弁を行使しないことに同意していると解されるのであろうか。この点について、次のような議論の展開が見られる。

まず、(d) Langeveld v. L.R.Z.H. Corp. 事件は、債権者が譲渡抵当権の登記手続きを怠ったことが債権者による担保の侵害に当たるかが問題となったところ、債権者が、保証人は「無条件」で債務の保証を引き受けていると主張して、保証人の債務の免責について争った事案である。同事件は、保証人による免責請求権の放棄は、保証契約において「明確に」放棄する旨が示され

ている場合にのみ認められるとする判断を示した上で、本件においては、そのような明確な放棄があったとは認められないとした (Langeveld v. L.R.Z.H. Corp., 74 N.J. 45, 376 A. 2d 931-936 (N.J. 1977))。

同事件は、保証人による免責請求権の放棄があると認められるには、保証契約において放棄する旨が「明確に」示されていなければならないとする立場をとった。このことから、その根底には、保証人による担保への代位権は、契約によって容易に剥奪できる性質のものではないとする判断があることが窺える。

また、先述のように、UCC § 3-605(i) (1995) によると、免責を主張する当事者が免責の根拠となる事実若しくは行為に「同意」する場合、または、その契約書若しくは他の合意書において、両当事者が保証の抗弁または担保の侵害に基づく抗弁を放棄することを明確に若しくは「通常の表現」によって示している場合、本条による免責を受けることができないとされる (先述(a))。

このように、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とされるならば、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たとしても、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に同意しているとまではいえないことになる (因みに、リステイトメントはこの立場を採択したものと思われる。) (先述 2.4)。

これに対して、同事件とは異なる判断を示したものがある。それが、(e) Istituto Mobiliare Italiano, S.p.A. v. Motorola, Inc. 事件である。同事件は、保証人が「無条件」で債務の保証を引き受けている場合、債権者による担保の侵害があったとしても、その免責を主張することはできないとする判断を示した (Istituto Mobiliare Italiano, S.p.A. v. Motorola, Inc., 689 F. Supp. 812-817 (N.D. Ill. 1988))。

このように、保証人が「無条件」で保証を引き受ける旨の特約がある場合、それは、通常、債権者が他の担保によることなく保証人に請求することができると解されるにすぎないとする主張がある (同旨・上記(d) Langeveld v. L.R.Z.H.

Corp. 事件) ところ、本事件は、さらに一步踏み込んで、保証人が無条件で責めを引き受けた場合、その保証人は、保証の地位に基づく免責の抗弁を主張することができないとする判断を示した。

3.5 以上の考察 (先述 2.1～3.4) から、アメリカ法における保証をめぐる議論、特に債権者の保証人に対する義務に関する議論の大枠は、判例だけでなく制定法及びリスティメント等によって形成されていることが窺える。それでは、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、その背景にはなにがあるのでしょうか。そこで最後に、アメリカ法における議論の根底にある「法理の動き」を辿り整理することにする。

以上の考察 (先述 2.1～3.4) から、アメリカ法における保証をめぐる議論、特に債権者の保証人に対する義務の大枠は、長年にわたる判例における議論、さらに近時の制定法及びリスティメント等によって形成されていることが窺える。そのような状況において、リスティメントは、それまでに蓄積された異なる主張・立場の検討を試みるとともに、次のような問題点を指摘している。

それは、保証をめぐる準則、特に「保証に基づく抗弁」ほどその主張・立場の相違が見られる問題はないという指摘である。すなわち、その法域によって、また、その内容によって、さらに、コモンローから UCC までの推移によって、その準則に相違が見られるとされる。それでは、なぜ保証に基づく抗弁に関する準則にはそれほど相違が見られるのであろうか。その根底にはなにがあるのでしょうか。

まず、保証は、①主たる債務者と債権者、②保証人と債権者、③主たる債務者と保証人の「三面関係」から構成されているとされる。このうち、①主たる債務者と債権者の関係及び②保証人と債権者の関係は、当事者による契約等によって形成される。これに対して、③主たる債務者と保証人の関係はどうか。それは、当事者の行為 (契約等) ではなく、「法」によって形成され

るとされる。

それでは、法による主たる債務者と保証人の関係とは、具体的にどのような関係を意味するか。問題は、そこにどのような法理が存在するかである。その根底には、保証人が負う「履行義務」(その有無・範囲)、履行後の「求償」「代位」に関する法理が存在する。これらの法理はいずれも、本稿の考察対象(先述2.1～3.4)と原理的に密接に関係するものである。

さらに、この問題は、その原理部分において、債権者による「リスク変更」をめぐる法理と関係する。契約上理論的には、確かに、債権者に対して最終的に責めを負うのは、主たる債務者である。しかし、保証人は債権者に対して責めを負っており、非常時に入ると、そのリスクを負う可能性が高い。そうだとすると、保証人は、まず、保証を引き受ける時点において、主たる債務者や共同保証人等に対して求償することができるかどうか、そのリスク評価をする必要がある。さらに、保証を引き受けた後も、保証人は油断をすることができない。最も問題となるのは、「債権者によるリスク変更」である。このようなリスク変更は予想することが難しく、保証人は大きな「損害」を受ける可能性がある(Restatement, Ch. 3, Topic3, Title B, Introductory Note)。

債権者によるリスク変更によって、保証人が本来有すべき地位が不当に侵害されるならば、それは重大な問題である(「保証の地位の侵害」)。そのような侵害に対して、保証人はどのような措置を講ずることができるか。先述のように、保証人は、「保証に基づく抗弁」(§37～§49)を行使することができる。それら複数の抗弁の中で、実務上特に問題となるのは、§42(担保価値の侵害)(先述2.2, 3.1), §44(その他の求償権の侵害)(先述2.2), §54(共同保証人の求償権の侵害)(先述2.3, 3.2)に基づく「免責」の抗弁である。これらの抗弁を実際に行使するには、その法的構成・要件・効果が問題となる。ところが、それらの点を詳細に辿ると、その法域・内容によって、また、コモンロー上の判例によるかその他の判例によるか、UCC・州法によるか、さらに、リステイメントによるかによって、「不統一」が見られる。たとえば、保証人の免責範囲について、その受けた「損害の限り」において免責されるとするも

の(一部免責)があるが、「全部」免責まで認めるものも見られる(先述2.2, 2.3)。さらに、債権者による侵害行為に対する「同意」または免責請求権の「放棄」がどのような効果を有するかという点についても、不統一が見られる(「免除特約」の問題)(先述2.4)。これらはいずれも、本稿の中核部分の問題である。

そこで最後に、準拠する法によってその主張・立場の相違が見られる「保証に基づく抗弁」の問題をめぐる議論の「推移」さらに現在の「到達点」を辿り、その根底にある「法理」を整理することにする。なお以下では、その主張・立場・法的構成の違いが明確に投影されるケース((i)~(iii))を抽出し分析することにする。

まず、(i)債権者が「担保」を侵害する場合、保証人は侵害された「担保の価値の限り」において免責されると解されている(「免責範囲」)(近時の判例・UCC・リステイトメント(先述3.4(i)(g)))。また、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。換言すると、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(アメリカ法における近時の一般的傾向)。

それでは、「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。ところが、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、注目される。

それは、担保価値が債権額より「下回る」場合である。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。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条件とされ、「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(イギリス法))

(拙稿・前掲論文・岡法71巻2号196, 208, 216頁)。これに対して、次のような指摘が見られる。すなわち、不確定的な負担が保証人に課されるようなり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う指摘である（アメリカ法における新たな展開）(先述2.2②, 3.1)。この主張の根底には、保証人が受けた「実損害」の限りでその免責を認めるとする法理が窺える（「衡平」を重視する法理）。

次に、(ii)債権者が「共同保証人」の1人の債務を免除した場合はどうか。この点についても、その主張・立場の違いが見られ、イギリス法においては、「共同保証人」が「合同して (jointly)」または「連帯して (jointly and severally)」債務を負う場合において、債権者が共同保証人の1人の債務を免除すれば、他の保証人は完全に免責されると解されている（「全部」免責）。この場合、債権者がその有する共同保証人を保全し確保することが保証契約の「条件」となっていると解されるからである。すなわち、この場合、保証契約は、共同保証人全員によって履行されることが契約の内容となっていると解される。それにもかかわらず、債権者が共同保証人の1人を免責するならば、条件が成就されなかったこととなり、債権者による契約の一部不履行により、保証人の全部免責が生じるという法的構成がとられる（拙稿・前掲論文・岡法71巻2号200, 205-207, 216頁）。

それでは、アメリカ法においては、どのような解釈が展開されているか。その判例の流れを遡ると、「合同」して責めを負う共同保証人の1人の債務が免除された場合、他の保証人は「完全に」免責されるとするものが主流であった（初期の判例）。それらは、コモンローの古典的な判例法理によるものであることが窺える。

しかし、取引現場では、債権者は、共同保証人の1人の債務を免除するとしても、多くの場合、他の保証人が完全に免責されることまで望んでいない

ということが問題となった。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」する旨の合意を用いることによって対応しようとした（後述(Ⅲ)権利留保付き免除）。

一方、コモンローとは異なる視点から、適切な解釈を導くことができないか。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、どのようにすれば正当に根拠付けることができるか。「一部免責の法理」が議論されるようになる。そこで、その法的根拠について、次のような見解が見られるようになる（学説の展開）。

まず、(a)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である。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おり、一種の保証関係にあるとする。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推論する。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主張する（「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、(b)「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とする。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を認めれば、それで足りると主張する。

さらに、(c)「保証」は、債権者が有する「担保」の1つであると解される。しかも、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）。そこで、この担保の喪失に関する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」

し、それによって、免除された保証人の「負担部分」についての一部免責を根拠付けようとする主張が見られるようになる。

このような議論が展開され、各法域の取扱いに相違が表面化する状況において、「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 (共同債務関係)。さらに、「リステイトメント」も、その侵害を受けた負担部分の限りにおいて免責されるのが通常であるとする方向に向かう。リステイトメントは、共同保証の合同・連帯・個別類型を区別せず一括して、負担部分の免責を明記するにいたる (§54)。ここで注目すべき点は、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点、さらに、その免責効果を「一部免責」とする方向が明確にされている点である (アメリカ法における動き・変化)。

そのような状況において、判例は、次第に、債権者が共同保証人の1人の債務を免除する場合、他の保証人は原則としてその保証人の「負担部分」についてのみ免責されるとする方向に推移し、近時の判例にもその解釈が受け継がれている (先述2.3, 3.2, 3.4)。

最後に、(iii)「権利留保付き免除特約」のケースを中心に、アメリカにおける保証法理の推移・その背景を分析することにする。先述のように、取引現場では、債権者が、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」する旨の合意を用いることが少なくなかったとされる (先述(ii))。

この点を敷衍すると、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判例法理によれば、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 と解された (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のが通常であった。そこで、債権者は他の保証人に対する権利を「維持

する方法」を必要とした。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ると解されるようになったからである。このような対応策を導入することによって、当事者が通常意図しない不合理な効果(保証人全員の完全免責)をもたらすコモンローの判例法理を回避し、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(先述2.4, 3.3)。もっとも、近時の判例・制定法等は、保証人が実質的に損害を受けた範囲に限って一部免責を認める方向にあり、敢えて「権利留保付き」で免除することが必要な場面はなくなりつつある。

このように、以上の3つのケース(上記(i)~(iii))を辿ると、保証人の保護・免責を根拠づける法理・準則に相違があることが窺える。長期にわたる議論の蓄積に基づいて、「保証法」の形成が進んでいることが分かる。それは、保証関係以外にも適用のある契約法・不法行為法における一般準則によるものではなく、保証特有の法律関係に適用される緻密な準則の展開が見られる。問題は、その根底にある動き・変化である。それは、保証人の免責を根拠づける法理・準則が、古典的なコモンロー上の判例法理から、当事者の衡平の視点を重視するエクイティ上の法理への置き換わり・転換が進んでいることである。

このことから、アメリカ法における法理・準則には、イギリス法における判例法理の延長であるとはいえない部分があること、むしろその根底において、大陸法に接近する方向に向かっていることが窺える。因みに、先述のように、代位制度の起源はローマ法にあり、代位法理(英米法)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が(先述1)、その隣接制度との関係において、微妙な変化・推移が見られることが分かる。