

論 説

担保保存義務に関する一考察(2)

—— 沿革的・比較法的考察（ローマ法・Domat・Pothier） ——

辻 博 明

- 1 はじめに
- 2 ローマ法 —— 保証制度，求償手段，債権者の義務を中心に
 - 2.1 「保証制度」の類型 —— 方式，機能，求償制度の創設
 - 2.2 求償手段の拡大 —— 「訴権譲渡」の利益，譲渡「義務」
- 3 フランス古法 —— Pothier の理論展開
 - 3.1 訴権譲渡の「利益」，訴権譲渡の「抗弁」
 - 3.2 「金額貸与の委任」における展開
 - 3.3 「保証契約（fideiussio）」における解釈の展開
 - 3.4 「連帯債務」への解釈の拡張
 - 3.5 小 括
- 4 Domat による基本要素の「体系化」 —— ローマ法，慣習法等
 - 4.1 保証債務
 - 4.1.1 保証の意義 —— cautions, fidejusseurs の意義・類型，保証債務の性質，被担保債権，附従性
 - 4.1.2 保証人と「債権者」の関係 —— 債権者に対する抗弁，補充性，随伴性
 - 4.1.3 保証人と「債務者」の関係 —— 求償権の確立，求償権の有無，求償範囲，求償の制限
 - 4.1.4 保証人間の関係 —— 共同保証人間の求償の可否，その法的構成
 - 4.1.5 保証債務の終了・消滅 —— 主たる債務の消滅・変更・更新・混同等
 - 4.2 債権債務関係における連帯
 - 4.2.1 債務者間の連帯
 - 4.2.2 債権者間の連帯
- 5 問題点の整理・検討
 - 5.1 ローマ法及び Pothier における議論

（以上，74巻1号）

- 5.1.1 いわゆる担保保存義務とよばれる制度はどのようにして生み出され、どのように展開されたか。その制度が必要とされたのはなぜか。その制度を支えたメカニズム・法制度はなにか。これらの視点から、先述のローマ法における議論及びその後のフランス古法における Pothier の議論（先述 2 及び 3）を辿り、担保保存義務制度の起源・制度を支えるメカニズム・背景事情を分析することにする。
- 5.1.2 ローマ法及び Pothier における議論によると、免責制度の中核となる保護対象者はだれか。債権者の帰責事由の要否・その内容はどうか。担保の喪失等による保証人の損害は考慮されたか。担保・権利の時的範囲及びその設定者はどうか。保存すべき担保・権利の類型はどうか。免責の効果及びその発生方式はどのように位置づけられていたか。
- 5.2 Domat の理論展開
 - 5.2.1 Domat によると、保証契約の成立・効果・消滅を構成する基本要素はどのように「体系化」されたか。特に、求償・代位・抗弁等の理論展開はどうか。また、債務者間の連帯関係についてはどうか。
 - 5.2.2 それでは、Domat の理論展開には、いわゆる担保保存義務制度の理論展開につながる「萌芽的」な議論は存在しないか。Pothier の主張と比較するとどうか。（以上、本号）

5 問題点の整理・検討

5.1 ローマ法及び Pothier における議論

- 5.1.1 いわゆる担保保存義務とよばれる制度はどのようにして生み出され、どのように展開されたか。その制度が必要とされたのはなぜか。その制度を支えたメカニズム・法制度はなにか。これらの視点から、先述のローマ法における議論及びその後のフランス古法における Pothier の議論（先述 2 及び 3）を辿り、担保保存義務制度の起源・制度を支えるメカニズム・背景事情を分析することにする。

①ローマ法において、保証債務関係を発生させる方法として、最初は、誓約 (sponsio)、信約 (fidepromissio) が用いられたが、その求償手段に問題があった（先述 2）。しかしその後、誓約による保証人には、プブリリア法 (lex Publilia) によって、主たる債務者に対する「求償権」が認められるようになった。また、誓約または信約による共同保証人相互間については、アップレ

イア法 (lex Appuleia) によって求償が可能となった。ただし、それは「特別法」に基づく求償手段であった (保証人保護立法)。

ところが、誓約・信約による保証人の保護が様々な方法で進んだため、取引現場では、担保力の強い新たな保証制度が求められるようになった。そのような状況において、その後の保証制度の基軸となったのが、保証契約 (fideiussio) であった。もっとも、この保証契約は次のような問題を孕んでいた。具体的には、保証契約の被担保債権は「既発生」のものを対象としたこと、さらに、保証契約には、先述のプブリリア法 (lex Publilia) の規定の適用がなく、債権者に弁済した保証人が主たる債務者に対して「求償」できなかったことがある。

しかしその後、債権者が保証人に対して訴訟を提起した場合、保証人が債権者に対してその有する訴権及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 (学説の展開)。しかし、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、その権利が消滅したため、保証人はその権利を譲り受けて行使することができないという問題が残った。しかも、債権者が保証人にこのような債権譲渡をするかどうかは債権者の「意思」に委ねられた。このことから、保証人の訴権譲渡「請求権」は完全には確立されていなかったことが窺える。

その一方で、保証契約 (fideiussio) が孕むこのような問題を回避することができ、且つ、実質的に保証の役割を果たす制度が展開された。それが金額貸与の委任 (mandatum pecuniae credendae) である。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く、さらに、債権者は債務者に請求し、債務の履行を受けることができず損害を受けた場合に、委任訴訟を保証人に対して提起することができた。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 (bona fides)」にしたがって、各自の義務を履行しなければならなかった。すなわち、各当事者は一切

の過失に対して責めを負う「誠意契約」の関係にあった。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ったならば主たる債務者から受領することができたもの、損失を避けることができたものを、保証人に対して損害賠償を求めることは信義に反した。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」を負い、主たる債務者に対して請求すべきときに請求せず、または、その債権を担保する質権若しくは保証人の設定を受けることを怠った場合には、保証人に対して責めを負い、保証人が損害賠償をした場合には、債権者は債務者に対して有する債権及びこれに付随する権利を保証人に譲渡することを要した（先述2）。

ここで注目すべき点は、保証契約（fideiussio）と金額貸与の委任（mandatum pecuniae credendae）の制度的な解釈・位置付けが、次第に「接近」したことである。そして、その解釈の過程において壁となったのは、保証契約（fideiussio）の場合においても、債権者が訴権譲渡の利益を侵害したとき、金額貸与の委任の場合と同様に、保証人は債権者に対して「抗弁」を主張することができるかどうかという問題であった。

②それではその後、ポティエによってどのような理論展開がなされたのであろうか。この点について、ポティエは、「金額貸与の委任」の場合には、「双務契約」に共通する原則によって、債権者の請求を排除することについて困難な問題が生じることはないと解した（先述3）。契約によって相互に義務を負う場合、契約の一方当事者が自己の不注意によってその義務を履行することができないとき、相手方に対して請求することはできない。この原則によれば、双務契約である金額貸与の委任における受任者（債権者）は、契約の相手方である委任者（保証人）に対して、自己の有する訴権を保存し譲渡する「義務」を負っており、受任者が自己の故意または過失によってその義務を履行できなくなったときは、委任者は受任者に対して「訴権譲渡の抗弁」を主張することによって、受任者からの請求を排除できると解した。

これに対して、保証契約 (fideiussio) の場合、訴権譲渡の抗弁の根拠付けには2つの困難な問題があった。第1に、「金額貸与の委任」の場合とは異なり、債権者が保証人に対して訴権を保存し譲渡する「義務」を負っているとは言えない。すなわち、保証契約は「片務契約」であり、義務を負うのは保証人だけである。第2に、債権者が訴権譲渡の義務を負うとしても、それは単に「衡平 (équité) 上の義務」にすぎず、債権者は訴権の譲渡を拒否する利益がないため譲渡に応ずることになるだけである。したがって、債権者は、自己の有する限りで訴権を譲渡すれば足り、たとえ訴権を保存せず譲渡できなかったとしても、責めを負うことはなかった。

しかし、ポティエは、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と解した。債権者が共同保証人の1人を免除したことによって、免除を受けた保証人に対する訴権を他の保証人に譲渡することができなくなったとき、債権者は、訴権の譲渡がなされていたならば他の保証人が求償することができた範囲について、訴権譲渡の抗弁によって、請求をすることができなくなる。共同保証人は、保証契約締結時において、相互に求償できることを「期待」し、その信頼を前提として保証を引き受けている。もし債権者が自らの行為によってその信頼を奪いとるならば、その行為は衡平に反すると解した。

この訴権譲渡の利益と訴権譲渡の抗弁は、制度的に重なる部分はあったが同じ制度ではなかった。重要な点はその効果の違いである。「訴権譲渡の利益」によれば、保証人は、債権者に弁済した後、債権者の有する権利・訴権・抵当権等の譲渡を債権者に請求することができた。ただし、保証人はそれらの譲渡を請求できるだけで、それ以上の効果はなかった。これに対して、「訴権譲渡の抗弁」によれば、保証人は、債権者が自己の行為によってその有する権利を譲渡できなくなった場合、債権者の請求を拒むこともできた。当初の保証契約 (fideiussio) には訴権譲渡の利益さえ認められなかったが (先述①)、その後それを肯定する解釈が徐々に導入され、さらに、「片務契約」であるこ

とから保証契約に根拠付けることが困難であった訴権譲渡の抗弁も、その後の解釈の展開によって肯定される方向に向かった。

もっとも、その解釈の基本的ベースは、依然として「訴権譲渡の利益と裏表の関係」で捉える解釈にあった（従来の視点）。しかし、そこには「変化の兆し」が見られる。すなわち、訴権譲渡による求償の「期待」の侵害を問題とすることによって、契約上の義務ではないが、そこに「衡平上の義務」違反を認める解釈の「萌芽」が見られる（新たな視点）。双務契約である金額貸与の委任の場合には問題とならなかったが、「片務契約」である保証契約（fideiussio）においては、債権者の保証人に対する義務の根拠付けに関して理論的な壁があった。その壁の一部を乗り越えようとする動きが窺える。

5.1.2 ローマ法及び Pothier における議論によると、免責制度の中核となる保護対象者はだれか。債権者の帰責事由の要否・その内容はどうか。担保の喪失等による保証人の損害は考慮されたか。担保・権利の時的範囲及びその設定者はどうか。保存すべき担保・権利の類型はどうか。免責の効果及びその発生方式はどのように位置づけられていたか。

① 免責対象者 —— 免責制度の「中核」となる保護対象者はだれか

まず、債権者の義務違反によって保護される者、いわゆる「免責対象者」はだれかが問題となる。免責制度の中核となる保護対象者はだれか。その理由はなにか、債権者が負う義務及び制度の本質とどのような関係があるか。免責対象者の範囲に変化はあるか。あるとすれば、どのような変化が見られるか。

ローマ法においては、保証制度が多様化し、「金額貸与の委任（mandatum pecuniae credendae）」は、法的形式は委任であったが、取引の需要のあった「将来債務」の保証を可能にする制度として、事実上保証としての機能を有した。保証人（委任者）の立場に立つ当事者が債権者（受任者）となるべき当事者に対して、主たる債務者となるべき特定の第三者に特定の金額を貸与することを委任し、債務者の金額返還を担保した。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 (bona fides)」にしたがって、各自の義務を履行しなければならなかった。したがって、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うと解された。ここで注目すべき点は、片務契約である保証契約 (fideiussio) の債権者とは異なり、「双務契約」である金額貸与の委任においては、その受任者たる債権者は訴権・担保権の保存・譲渡の「義務」を負うと構成することが可能であったことである。したがって、その債権を担保する質権または保証人の設定を受けることを怠った場合には、委任者である事実上の保証人は債権者からの請求を拒絶できると解することが可能であった。

このように、金額貸与の委任の場合には、双務契約に共通する原則によって、訴権譲渡の抗弁を根拠付けることについて困難な問題が生じることはなかった。しかし、双務契約に共通する原則は直ちに「片務契約」である保証契約 (fideiussio) に拡張することはできなかった (片務契約の壁)。

しかしその後、この壁を乗り越えようとする動きが見られる。金額貸与の委任における原則は保証契約 (fideiussio) にも及ぶものとする「萌芽的解釈」である。その法的構成は様々であるが、各法域においてその解釈が展開された。

フランス古法において、ポティエの解釈は次の2つの点において特色がある。第1に、ポティエは、保証契約 (fideiussio) に基づく「保証人」が免責対象者の「中核」であるとする解釈を展開した。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、訴権譲渡の抗弁によって、保証人は債権者の請求を拒むことができると解した。共同保証人は、保証契約締結時において、相互に求償できることを期待し、その信頼を前提として保証を引き受けている。もし債権者が自らの行為によってその信頼を奪い取るならば、その行為は「衡平」に反するとし、その新たな解釈を根拠付けた。第2に、債権者が、自らの行為によって、連帯債務者の1人に対する訴権を譲渡することができなくなった場合においても、その連帯債務者の負担部分について、他の連帯債務者に対する請求ができなくなると解した。債権者は、

連帯債務者との間においても訴権譲渡について「衡平上の義務」を負っているとし、「連帯債務者」も保護対象とする解釈を展開した。

このようにして、ポティエは、それまでの保証人保護の議論を保証契約(fideiussio)のレベルにまで高めた点、及び、連帯債務者も保護対象とした点において、その特色が見られる。特に第1の解釈が注目される。

② 債権者の帰責事由の要否・内容 —— 帰責事由の類型・推移

次に、債権者の保証人に対する義務違反の要件として、帰責事由の要否・内容が問題となる。債権者に過失があれば足りるか、それとも、故意まで必要とされるか。債権者の不作为で足りるか、それとも作為まで必要か。帰責事由の要否・内容は、沿革的にどのような推移が見られるか。

先述のように、ローマ法における金額貸与の委任は、事実上保証の機能を有した。この金額貸与の委任は「双務契約」であるため、債権者(受任者)は、保証人(委任者)に対して、自己の有する訴権を保存し譲渡する旨の義務を負った。したがって、債権者が主たる債務者に対して請求すべきときに請求せず、または、その債権を担保する質権若しくは保証人の設定を受けることを怠った場合には、保証人に対して責めを負った。残された問題は、その場合に、保証人は債権者の請求に対してどのように抗弁できるかであった。ポティエは、債権者が自己の「故意」または「過失」によって契約上の義務を履行できなくなったときは、保証人は債権者に対して訴権譲渡の抗弁を主張することによって、債権者からの請求を排除できると解した。

これに対して、保証契約(fideiussio)は「片務契約」であるため、債権者が保証人に対して訴権を保存し譲渡する義務を契約上負っていると構成することができなかった(上記・金額貸与の委任との相違点)。訴権譲渡の抗弁の根拠付けの困難が大きな壁となった。そこで、ポティエは、債権者が自らの行為によって保証人の信頼を奪いとるならば、その行為は「衡平上(équité)の義務」に反するとして、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、「故意」または「過失」によって保証人に対する請求を取り消した場合、保証人は、訴権譲渡の抗弁によって、債権者の請求を拒む

ことができると解した。ただし、訴権譲渡の義務は衡平上の義務にとどまるため、訴権譲渡の抗弁は、債権者の「積極的行為」や「共謀」のある場合にのみ主張することができ、単なる懈怠では足りないと解した。

③ 担保の喪失等による保証人の損害 —— 実質的損害の有無

債権者による担保の喪失等があると、保証人は代位によって求償できると期待していた担保の譲渡を受けることができなくなり、保証人に損害が発生するおそれがある。そうだとすれば、債権者による担保の喪失等があっただけで、保証人の免責要件を充足するのではないか。それとも、担保の喪失等だけではなく、保証人が求償権を行使した結果、実質的損害を受けていることも要件とされているか。

この点について、ポティエは、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と解した。共同保証の場合は、債権者が共同保証人の1人の債務を免除したことによって、免除を受けた保証人に対する訴権を他の保証人に譲渡することができなくなったとき、債権者は、「訴権の譲渡」がなされていたならば他の保証人が求償することができた「範囲」について、訴権譲渡の抗弁によって、請求をすることができなくなる。共同保証人は、保証契約締結時において、相互に求償できることを期待している。その期待を奪いとる債権者の行為は、それ自体が衡平に反する。このように解することによって、保証人の免責が可能であること及びその免責要件・範囲を根拠付けている。

このことから、第1に、保証人の免責要件として、担保の喪失等に加えて、「求償権」を行使した結果、保証人が「実質的損害」を受けたかどうかには言及されていないことが窺える。第2に、その当時、「訴権の譲渡」が今日より極めて重要な求償手段であったことが、ポティエの議論の根底にあることが窺える。

④ 担保・権利の「時的範囲」

それでは、債権者が保存すべき担保・権利の「時的範囲」に制限はあるの

だろうか。すなわち、債権者が保存すべき担保・権利は、保証契約締結時にすでに存在したものに限定されるか、それとも、債権者が保存すべき担保・権利に時的制限はないのだろうか。

債権者が保存すべき担保の「時的範囲」に関して、ポティエは次のように述べている。(i)共同保証の場合、債権者が共同保証人の1人の債務を免除したことによって、免除を受けた保証人に対する訴権を他の保証人に譲渡することができなくなったとき、債権者は、訴権の譲渡がなされていたならば他の保証人が求償することができた範囲について、訴権譲渡の抗弁によって、請求をすることができなくなる。共同保証人は、保証契約の「締結時」において、相互に求償できることを「期待」し、その信頼を前提として保証を引き受けている。もし債権者が自らの行為によってその信頼を奪いとるならば、その行為は衡平に反する。(ii)したがって、共同保証において、他の保証人よりも「後」に設定された保証人が債権者によって免責された場合、他の保証人は債権者に対して訴権譲渡の抗弁を有しない。というのは、他の保証人は保証契約を締結する際、免除された保証人に対する求償を期待していないからであるとする。なお、この点について、その後のフランス民法にも同様の法的構成が見られ、その影響が窺える。

⑤ 保存すべき担保・権利の類型

債権者が保存義務を負う対象はなにか、それは「担保」のみか、それとも担保以外の「権利」も含まれるか。債権者が保存義務を負う対象には「制限」があるか。債権者が保存すべき担保とは具体的にどのような担保か。

まず、事実上保証としての機能を有した金額貸与の委任は、双務契約であるため、金額貸与の受任者たる債権者は、債務者に対する「訴権」及びこれに附随する質権・保証等の「担保権」を保存し譲渡する義務を負うと解された(ローマ法)。さらにその後、債権者が自己の行為によって他の債務者に対する訴権等を譲渡できなくなった場合、委任者たる保証人は、訴権譲渡の抗弁によって、債権者からの請求を排除することができると解釈されるようになる。

それでは、保証契約 (fideiussio) の場合はどうか。確かに、保証人には訴権譲渡の利益があり、債権者が有する全ての権利・訴権・抵当権、主たる債務者等に対する権利の譲渡を債権者に求めることができた。しかし、片務契約である保証契約について、訴権譲渡の抗弁を根拠付けることは困難であったところ、ポティエは、債権者が自己の行為によって保証人に「訴権等」を譲渡できない場合、衡平上保証人は債権者の請求を拒むことができると解した。これによって、債権者は、「共同保証人及び連帯債務者に対する訴権」についても衡平上の譲渡義務を負うこととなった。このことから、債権者が保存義務を負う範囲が抵当権等の担保権だけでなくその他の権利にも明確に拡張され、その種類も多様になり拡大していることが窺える。

⑥ 効果の発生方式 —— 保証人による主張・抗弁の要否

債権者が保証人に対する義務に違反した場合、その効果はどのようにして発生するか、法律上当然に発生するのか。それとも保証人による主張が必要か。もし主張を要するとすれば、債権者の請求に対する抗弁として主張するのか。

先述のように、法が保証人に与える利益として、訴権譲渡の利益があった(先述3.1)。すなわち、もし保証人が弁済をすれば、債権者が有する全ての権利・訴権・抵当権、主たる債務者等に対する権利に代位することを、債権者に求めることができる利益である。それでは、債権者が自己の行為によって他の債務者に対する訴権を譲渡できなくなった場合、保証人の免責効果は法律上当然に発生したのであろうか。

ポティエは、この点について、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」ことができるとする解釈を展開した(先述3.3)。したがって、共同保証の場合は、債権者が共同保証人の1人の債務を免除したことによって、免除を受けた保証人に対する訴権を他の保証人に譲渡することができなくなったとき、債権者は、訴権の譲渡がなされていたならば他の保証人が求償することができた範囲について、訴権譲渡の抗弁によって、請

求をすることができなくなると解された（ただし、効果の発生方式には、比較法的に多様性が見られる。）。

5.2 Domat の理論展開

5.2.1 Domat によると、保証契約の成立・効果・消滅を構成する基本要素はどのように「体系化」されたか。特に、求償・代位・抗弁等の理論展開はどうか。また、債務者間の連帯関係についてはどうか。

①先述のように、取引上いわゆる「保証人」を意味する慣用語として、cautions と fidejusseurs という2つの用語が見られるとされる（先述4.1.1）。ドマによると、その語源を辿ると、cautions は債務の「担保」を意味するものであるが、fidejusseurs は相手方の「信義」に基づくことを意味するとされる。因みに、fidejusseurs という用語はすでに古語となっているが、その語源の暗示するところはその制度の根底にある原理部分を理解する点において重要である。

次に、保証債務の「附従性」が明確になっている。それと連動するように、保証債務の「範囲」も明確となっている。すなわち、保証人は主たる債務の範囲及び条件において債務を負うとされている。また、一部保証や条件付きの保証が認められることも明確になっている。さらに、既存債務だけでなく、「将来債務」についての保証も認められている。

保証債務の附従性を前提とした議論が展開される方向にあるが、保証人が行為能力の制限を有する者（未成年者等）の保証を引き受けたような場合には、主たる債務者が救済されたとしても、保証人は免責されることはなく、債権者の権利を消滅させる効果を有する意思表示に瑕疵（詐欺等）があるようなときでなければ、債務は存続するとされる。このような場合、債権者は保証人の設定を受けることによってその損害を担保しており、また、保証人自身もそのような事態の発生を知らなかったとはいえないとされる。この問題は、次の cautions の「機能」とも関係する。

この担保たる cautions には、2つの「機能」があるとされる。まず、(i)契

約の「履行」の確保を目的とする機能がある。さらに、(ii)主たる債務者が未成年により免責されるときに、その者に代わって弁済することによって、その「損害を填補」をする機能がある。

cautions には3つの「類型」があるとされる。具体的には、(i)契約等により自らの「意思」によって設定される cautions, (ii)その効力が「法律上」発生する方式の cautions, (iii)「裁判所」によってその設定が命じられる cautions がある。保釈保証人・保釈金のような機能を有する cautions がかなり重要な機能を有していたことが窺える（因みに、英米法にも、bail（保釈保証人、出廷等担保人）があり、注目される。）。

保証人は、民事法上の訴権が認められるいわゆる「民事債務 (obligation civile)」だけでなく、裁判上の訴権を行使することができない「自然債務 (obligation naturelle)」についても設定することができるが言及されている。さらに、委託を受けずに保証人になることが明確になっている。

このことから、初期のローマ法と比較すると、保証債務の「附従性」がより明確に位置づけられており、さらに一步進めて、その附従性の「緩和」が推し進められていることが分かる。また、委託を受けない保証を可能にする解釈が展開されており、さらに、自然債務の保証の可能性が模索されていることが窺える。このように、ローマ法においては体系的に明確でないところが点在したが、それらの点の「体系的」な分析・整理が進んでいることが分かる。

このように、取引現場の要請を受けて保証制度の展開が進む一方で、保証人の設定が認められない場合も浮かび上がっている。それは、(i)犯罪及び不法行為による責任を回避するために保証人を供する場合である。さらに、(ii)保証人を供することが「善良の風俗」に反する場合である。それでは、善良の風俗に反する場合とはどのような場合か。たとえば、組合員が共同組合員による背任を防止するために保証人を設定する場合や、仲裁人による公正な判断を担保するために保証人を設定するような場合である。また、嫁資の返還が必要となるためのために保証人を設定することは、結果的に、婚姻関係

にある者の不和をもたらすことになるため、善良の風俗に反するとされる。

慣習法（フランス）によると、相続人指定のように、他の契約では違法となる合意が夫婦間の契約において容認されるが、その一方で、保証人の設定については、「信義」が重視されており、厳しい解釈が展開されていることが窺える。

なお、保証債務は、原則として、相続人に承継される。ただし、身体の拘束をとまうものは認められない。というのは、保証人にはその相続人の身体まで拘束するような権限はないからであるとされる。また、保証人の相続人は、保証人の地位を承継する。それゆえ、保証人に許与される法恩たる「検索の利益」「分別の利益」「訴権譲渡の利益」（先述4.1.4）の行使が、保証人の相続人にも認められるとされる（Domat, art. I-XVI, sec.I, tit. IV）。

②さてそれでは、保証人は、債権者から請求を受けた場合、直ちに弁済しなければならないのだろうか（「債権者」との法律関係）。

債権者は、「検索（discussion）」に必要な手続きを尽くす必要がある。その場合、主たる債務者が現に保有する財産が検索の対象の中心となるとされる。債権者が検索に必要な手続きを尽くしても、主たる債務者から弁済を得ることができない場合、保証人に対して請求することが認められる。このことから、保証債務が内包する本質的な性質が明確になっていることが窺える（保証債務の「補充性」）。もっとも、慣習法（フランス）の適用される法域によって、その検索の手順・対象財産について相違が見られるとされる。

ただし、検索を要しない場合があるとされる。それは、(i)裁判所によって保証人が設定された場合である（先述4.1.1）。というのは、そのような場合、保証人によるすみやかな履行が求められるため、検索による遅れが許されないからであるとされる。たとえば、受益者が財産を受けた後、継伝処分で指定された子が誕生したとき、継伝指定者たるその子に恵与財産を継伝させるために、保証人の供与が命じられる場合があるとされる。また、(ii)主たる債務者が不在または財産を有しないため、債権者が訴求しても弁済を受けることが期待できない場合、裁判所によって相当の期限が許与されない限り、保

証人は請求を受けることになる。

このように、保証人は、原則として、債権者に対して、先に主たる債務者の財産を検索することが必要であると主張することができる。ただし、債権者がその請求権を行使するかどうか、どの時点で主たる債務者に対して権利行使するかは、最終的に債権者の判断に委ねられる。したがって、債権者は主たる債務者に対する検索を引き延ばすことができる。しかし、その間に、主たる債務者の資力が変化するおそれがある。そのような場合、保証人はその地位をどのように防御できるかが問題となるはずである（後述5.2.2）。

次に、保証人は、主たる債務者が債権者に対して有する抗弁を提出することができるのだろうか。できるとすれば、どのような抗弁か。この点について、主たる債務が弁済された場合や時効により消滅したような場合、保証人はその旨を主張することができるとされる。したがって、主たる債務者が抗弁を提出しない場合、保証人がその抗弁を提出することができることが明確になっている。

さらに、保証人が責めを負う相手方は、保証契約の当事者たる債権者に限定されない。保証債務は債権・債務の移転とともに「随伴」する性質を有するとされる。

それでは最後に、数人の保証人が同一の債務について設定されている場合、それらの保証人は、債権者に対してどのような責めを負うか。この点について、各保証人はその「全部」について責めを負うことが明確になっている。ただし、共同保証人には「分別の利益 (benefice de division)」があるとされる。したがって、分別の利益がある場合、債権者は各保証人に対してその「負担部分」について請求することができるにすぎない。このように、共同保証人の相互関係及び分別の利益をめぐる法的関係が「体系的」に整理されていることが窺える (Domat, art. I-IX, sec. II, tit. IV)。

③このような手続き（上記②）を経て、保証人がその債務を弁済した場合、主たる債務者に対して「求償」することができる（「主たる債務者」との法律関係）。その際、保証人は、その弁済した債務額だけでなく、利息や場合によっ

ては手続費用も求償することができるとされる。このような求償「範囲」の問題は、その根底において、どのような問題と関係しているのであろうか。

この点について、保証人は、第三者の債務を自発的に弁済する事務管理者等とは異なり、その債務を弁済する義務を負わされているとされる。すなわち、もし保証人が弁済をしなければ、債権者から訴えられその財産の差し押さえを受けるおそれがある。そのようなリスクを回避するためには、保証人は弁済せざるを得ない立場におかれていることになる（保証人の「法的地位」）。

保証人は、「弁済期後」は、債権者から請求または弁済をすべき旨の裁判の言渡しを受けていなくても、自ら弁済をすることによって、主たる債務者に対して求償することができる。というのは、保証人は弁済期にある債務を弁済する義務があり、その弁済によって主たる債務も消滅することになるからであるとされる。

ただし、保証人がそのまま放置すると求償することができなくなる場合には、「弁済期前」でも、主たる債務者に対して訴求することができるとされる。たとえば、主たる債務者がその財産を浪費する場合、または、その財産の差し押えを受けるような場合である。そのような場合、保証人は「異議」を申し立てることができる。さらに、そのような状況に対応する他の「措置」を講じることができるとされる。

それでは、主たる債務者が相殺その他の事由を有することを知らずに、保証人が督促・強制執行または差し押えを回避するために弁済をした場合はどうか。このような場合、保証人は主たる債務者に対して求償権を有するとされる。というのは、主たる債務者は、保証人にあらかじめ「通知」しなかったことについて帰責性があるからである。ただし、主たる債務者が保証人に通知する時間がなかったような状況において、保証人が、債権者から請求を受けておらず、やむを得ない事由がないにもかかわらず、主たる債務者に通知せずに弁済をしたような場合は、保証人にその責めがあるとされる。もっとも、複数の要因が絡む複雑な事例の場合、その帰責事由の有無を判断することは容易ではない。そのような場合、どのようにその判断がなされるか。こ

の点について、保証人及び主たる債務者がどのように対応したか、すなわち、その通知が適時になされたか、保証人による弁済及びその範囲が適切であったか、異議の申し立てが適切になされたかといった事情を「総合的に判断」することになるとされる。これらの事情は、求償権の「有無」及び求償「範囲」にも影響することになる。

最後に、債権者が単に保証人を免責する意図をもって弁済証書を交付するような場合、債権者の主たる債務者に対する権利は存続するとされる (Domat, art. I-XII, sec. III, tit. IV)。

このように、保証人の主たる債務者に対する「求償権」の存在及び位置付けが明確にされており、求償の「範囲」及びその「時点」、さらに、求償の「制限」を受ける場合について議論が展開されていることが分かる。保証人に求償権が「存在」することを前提にした「体系的」な分析が見られ、特別法 (勅法・勅令) がある場合や求償を根拠づける訴権がある場合において例外的に求償権を認めるとする古典的な法的構成からの脱皮が進んでいる点が注目される。このような議論は、その大枠において、その後のフランス民法における構成と通底することが窺える。

④ それでは、数人の保証人がある場合、それらの保証人間の関係はどのように位置づけられているのだろうか (「共同保証人間」の法律関係)。

まず、この問題の議論が展開される前提として、共同保証人に法律上「3つの利益 (benefice)」が与えられていることが重要である。その利益とは、(i) 「検索の利益 (benefice de discussion)」, (ii) 「分別の利益 (benefice de division)」, (iii) 「債権者の権利の譲渡の利益 (benefice de la cession des droits du créancier)」である。まず、(i) 「検索の利益」は、主たる債務者の財産が検索された後においてのみ、保証人は訴求されるという効果を有するとされる (先述 4.1.2)。次に、(ii) 「分別の利益」は、数人の保証人がある場合、各保証人は、原則として、その負担部分についてのみ責めを負うという効果を有するとされ、他の保証人の中に支払能力を有しない者がある場合、または、その債務が無効若しくは取り消しされる者がある場合、それらの保証人の負担部分は他の保

証人が負うことになる」とされる(先述4.1.2)。そして、(iii)「債権者の権利の譲渡の利益」は、債権者に弁済をした保証人が他の各保証人に対してその負担部分に応じて求償することを実現する効果を有するとされる。

これら3つの利益は、共同保証人の負担を軽減しその求償を容易にする効果を有するが、その中でも、保証人の他の保証人に対する求償を可能にする効果を有するのが、上記(iii)の「債権者の権利の譲渡の利益」である。この第3の利益に基づいて、債権者に「代位」することによって、保証人は他の保証人に対して求償することができると解された(先述4.1.4)。

それでは、共同保証人間の関係はどのように位置づけられているか。特に、その保証人間の「求償の理論構成」が問題となる。この点について、(i)共同保証人のうちの1人が債務の全部を弁済したとしても、主たる債務者に対して求償権を有するが、他の保証人に対する求償権は有しないとされる。というのは、その保証人は自己の債務を履行したにすぎないからであるとされる。保証人の1人が分別の利益を行使せずに弁済をすると、主たる債務が消滅するため、主たる債務に附従する性質を有する他の保証人の債務も消滅するとされる。(ii)しかし、保証人の1人が債権者に債務を弁済し「代位」する場合は、その保証人は、他の保証人に対して、その「負担部分」について求償権を有するとされる。すなわち、債権者の権利が代位によってこの保証人の1人に移転する場合、この権利は弁済によって消滅することなく「存続」と構成されている。具体的には、債権者がその権利を売却したと解する構成が継受され生かされている。なお、債権者がその代位を拒否する場合は、保証人は訴えを提起し代位することができるとされる。

このことから、ドマも代位に基づく求償を肯定し推進していることが分かる。これらの点において、その後におけるポティエの主張と重なる部分が少なくないことが窺え、注目される。

なお、共同保証人の中に支払能力のない者がある場合、または、ある者の債務が無効若しくは取り消される場合、他の保証人はその者の負担部分について責めを負うことになる。というのは、共同保証人は全部について責めを

負っているからであるとされる (Domat, art. I-II, sec. IV, tit. IV)。

⑤それでは、保証債務はどのような場合に消滅するとされるか (保証債務の「消滅原因」)。

まず、主たる債務にその「無効・取消事由」がある場合、保証債務も消滅するとされる。主たる債務について強迫・詐欺・錯誤がある場合、または、法や善良の風俗に反するような場合である。というのは、このような無効・取消事由のある債務に担保を設定することは認められないからであるとされる。もっとも、主たる債務者が人的な抗弁 (例・未成年たる事由) を主張して救済される場合は、その限りでない。というのは、そのような場合に、主たる債務者が救済されたことによって生じる損害を担保するために、債権者は保証人を設定しているからであるとされる。

保証契約の効力を判断する場合、主たる債務の性質を注視する必要があるとされる。すなわち、主たる債務が「合法」であるか「違法」であるか、当事者が「誠実」であるか「不誠実」であるか、保証人がどのような「目的・動機」で設定されたか等の事情が考慮される。このような諸事情に基づいて、保証債務の効力が総合的に判断されることになる。このことから、保証債務が有効に成立し存続するかどうかは、その状況によって異なることが窺える。

次に、主たる債務が「存在しない」場合、保証人が責めを負うことはないとされる。たとえば、主たる債務が弁済された場合、債権者との示談によって免責されたような場合である。このことから、保証人は、主たる債務が存在する場合にのみ責めを負うとする解釈が、ここで確認され明確になっていることが分かる。

また、債権者と債務者の間で主たる債務の内容が「変更」される場合、その保証債務が存続することはない。売主が領収証を買主に提供し、新たに買主から金銭債務証書を受け取るような場合がそうである。この場合、保証人が引き受けた元の代金債務は消滅している。したがって、保証債務も附従性により消滅するとされる。また、期間満了により消滅した賃貸借契約が「更新」された場合、従前の契約の保証人は、責めを負うことはない。この場合、

保証人は、新たに債務を負うことに同意しない限り、その責めを課されることはない。というのは、ここで問題となる新たな債務は、保証人が引き受けた当初の債務とは別の債務だからであるとされる。

そして、債権と債務が同一人に帰属した場合、「混同」によって、その債権は消滅するとされる。したがって、保証人が主たる債務者の地位を承継する場合、また、保証人が債権者の地位を承継する場合、保証債務が消滅する。さらに、債権者が保証人の地位を承継する場合、そして、債権者が主たる債務者の地位を承継する場合、主たる債務者が保証人の地位を承継する場合も、保証債務は消滅するとされる。

さらに、引渡債務の保証人は、その目的物が「不可抗力」によって滅失したような場合、その債務を負うことはないとされる。

なお、債権者が数人の保証人のうちの1人に対して請求権を行使したとしても、他の保証人はその債務を免責されないことが確認され明確になっている (Domat, art. I-XI, sec. V, tit. IV)。

これらは、ローマ法においてすでに議論のあった問題であるが、その後も議論の展開が見られた論点である。

⑥最後に、2人以上の者の連帯関係はどのように位置づけられているのであろうか。

この点について、その連帯関係には、(i)「債務者間」の連帯と(ii)「債権者間」の連帯があるとされる(先述4.2)。その中でも、特に体系的な議論の展開が見られるのが「債務者間」の連帯関係である。

(i)「債務者間」の連帯は、2人以上の者が債権者に対して全部について責めを負い、各自が単独で全部を履行する義務を負う関係であるとされる。それでは、債務者間の連帯はどのようにして「発生」と考えられているか。この点について、連帯関係の項目では、各債務者が債権者に対して全部について責めを負う旨を合意する場合、すなわち、「契約」によって成立する場合を中心に議論が展開されている。

ただし、債務者間の連帯は、「債務の性質」によって発生する場合があると

される。それは、「不法行為等」の非行により複数の者が各自全部について責めを負うような場合である。なお、債務の性質によって発生する場合の問題（特に効果論）は、契約によって発生する場合（後述）とは別の項目で体系化が進んでいるが、一方で、その「相互関係」を視野に入れた議論も展開されている。

債務者間の連帯をめぐる議論は、「契約」に基づいてその効果が発生する場合を中心に展開されている。したがって、その契約の「内容の解釈」が問題となることになる。たとえば、2人以上の債務者が債務を負う場合、連帯して責めを負う旨が約されていないときは、連帯関係は存在しないとされる。そのような場合、各債務者はその負担部分についてのみ責めを負うことになる。というのは、2人以上の者が責めを負う場合において、疑問のあるときは、その債務者に有利に解するとされるからである。

それでは、債務者間に連帯関係がある場合、その「相互関係」はどのように解されるのだろうか。この場合、その債務は分別され、債権者は債務者の1人に全額を請求することはできないとされる。債権者は、各債務者の財産に対して「検索」を行う義務を負うことになる。ただし、債務者が「分別の利益（benefice de division）」（上記④、先述4.1.2）を「放棄」した場合は、各債務者は全部について責めを負う。したがって、債権者は、検索をすることなしに、各債務者に対して全部の履行を請求することができるとされる。

次に、連帯関係にある債務者間の「求償関係」はどうか。まず、債務者の1人が他の債務者に代わって弁済をする場合、その債務者は他の債務者に対して求償することができる。ただし、それはその「負担部分」に限られるとされる。というのは、その債務者が他の債務者に代わって弁済をしたのはその負担部分にすぎないと解されるからである。もし各債務者が全部について求償することが認められるとすれば、求償の循環を生じさせるおそれがあるとされる。次に、債務者が分別の利益を放棄して、他の債務者に代わって弁済をする場合、その債務者は債権者に「代位」してその地位を承継することになる。ただし、その債務者は、自己の負担部分を「除いた部分」について、

他の者に対して訴権を有するとされる。

このことから、連帯関係にある債務者間に存在する「負担部分」の概念が明確にされるとともに、債務者間の「求償の根拠」、「手段」及び「範囲」について体系的な位置付けが進んでいることが窺える。

それでは、債務者の1人について生じた事由は、他の債務者に対してその効力を生じるか。この点について、まず、債務者の債権者に対する「抗弁」には、他の債務者にもその効果が及ぶ共通の抗弁があるとされる。たとえば、強迫、善良の風俗違反、無効及び弁済による消滅の抗弁がある。次に、債務者の1人が債権者に対して債権を有する場合は、他の債務者は債権者に対して「負担部分」において相殺を主張することができるとされる。これによって、その債務者が相殺権を行使せずに支払不能に陥るような場合に対応することができる。もっとも、未成年、制限能力（浪費）、自然死、法的死亡のような人的抗弁は、他の債務者にはその効果が及ばないとされる。このような抗弁によって債務が消滅することはなく、各債務者は全部義務を負うとされる。

それでは、どのような債務について、債務者間の連帯関係は成立するか。この点について、どのような原因による債務であっても、連帯関係は生じるとされる。具体的には、使用貸借、売買、賃貸借、寄託、さらに、遺贈、後見その他を目的とするものでも、債務者間に連帯関係が生じるとされる。

連帯関係にある各債務者は全額について責めを負うが、その担保の有無・内容及び弁済期その他の「条件」について違いがあってもよいとされる。また、債権者は債務者のうちの1人に請求しても、さらにその後、他の債務者に請求することができるとされる。このことから、債務者の1人に対して請求権が行使されても、債権者は他の債務者に対する請求権を喪失しないことが明確にされていることが窺える。さらに、債権者が債務者の1人に対して請求する場合、すでに進行した時効期間はその効力を失うとされる（Domat, art. I-IX, sec. I, tit. III）。

(ii)最後に、「債権者間」の連帯に関する議論の展開も見られる。連帯関係に

ある債権者の権利義務関係が問題となる。この点について、連帯関係にある債権者は、各自「全部」の履行を請求し受領する権利を有するとされる。ただし、債権者が権利を行使するには、連帯関係を証明する「権原」が必要とされる。

一方、債務者は、その債権者のうちの1人に弁済をすれば免責されることが明確になっている。また、債権者は、債権を「更改」することもできる。さらに、債務者に「指図」して第三者にその給付をさせることもできるが、更改等による変更について、他の債権者に通知し説明する義務を負うとされる。

なお、債権者の1人が裁判上の請求を行うことによって、すべての債権者について、すでに進行した時効期間が遡及的にその効力を失うとされる (Domat, art. I-VI, sec. II, tit. III)。

このように、「債権者」の連帯関係についても、その「体系化」が進んでおり、その大枠の形成が進んでいることが窺える。

5.2.2 それでは、Domatの理論展開には、いわゆる担保保存義務制度の理論展開につながる「萌芽的」な議論は存在しないか。Pothierの主張と比較するとどうか。

まず、先述のポティエの議論を辿ると、そこには、「担保保存義務制度の礎」となる理論が展開されていることが窺える (先述3)。ポティエは、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、それが主たる債務者に対する訴権であれ、共同保証人に対する訴権であれ、債権者が保証人を免除したためであれ、故意・過失によって保証人に対する請求を取り消した場合であれ、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と解した。すなわち、(i)債権者が主たる債務者を免除した場合は、附従性により保証人も免責される。そして、(ii)共同保証の場合は、債権者が共同保証人の1人を免除したことによって、免除を受けた保証人に対する訴権を他の保証人に譲渡することができなくなったとき、債権者は、訴権の譲渡がなされていたならば他の保証人が求償することができた範

囲について、訴権譲渡の抗弁によって、請求をすることができなくなると解した。共同保証人は、保証契約締結時において、相互に求償できることを期待し、その信頼を前提として保証を引き受けている。もし債権者が自らの行為によってその信頼を奪いとるならば、その行為は衡平に反するとした。ただし、共同保証において、他の保証人よりも後に設定された保証人が債権者によって免除された場合、他の保証人は債権者に対して訴権譲渡の抗弁を有しないと解した。というのは、他の保証人は、保証契約を締結する際、免除された保証人に対する求償を期待していないからであるとした。

さらに、複数の者が連帯して債務を引き受ける場合、それらの者は、全額の弁済をすれば、他の債務者に求償することができるという信頼の下に、各自全額について責めを負っている。したがって、債権者が、自らの行為によって、連帯債務者の1人に対する訴権を譲渡することができなくなった場合、その連帯債務者の負担部分について、他の債務者に対する請求ができなくなる。ポティエは、上記の共同保証の場合と同様の論証を行った。

このように、ポティエの主張は、債権者が自己の行為によって他の債務者に対する訴権を譲渡できなくなったとき、「訴権譲渡の抗弁」によって、債権者の請求を排除することができるかどうかを問題としている。「訴権譲渡の利益」と裏表の関係で捉えられている。ポティエは、まず、(i)ローマ法等の文献を確認し、「金額貸与の委任」の場合には、「双務契約」に共通する原則に基づいて、「訴権譲渡の抗弁」によって債権者の請求を排除できると主張している。その上で、さらに、(ii)それまで解釈上の確かな根拠がなかった「保証契約 (fideiussio)」についても「訴権譲渡の抗弁」の主張を認める解釈を展開している。その根底には、保証契約における債権者は、訴権譲渡の義務を、「衡平 (équité) 上の義務」として負うとする解釈がある。保証契約の締結時における求償の「期待」を衡平の法理によって保護するという新たな根拠付けが導入されている。なお、ポティエは、「連帯債務」の場合にも同様の法的構成に基づく解釈を展開している。

このことから、ポティエの主張が、その大枠において、その後のフランス

民法の展開に大きな影響を与えたことが窺える。

これに対して、ドマの主張（先述4）には、確かに、ポティエが主張したような保証人に対する「債権者の義務」という新たな視点からの理論展開は見られない。しかし、ドマの分析には、その根底において、担保保存義務制度の展開に通ずる議論が潜んでいないか。ポティエの理論展開につながる「萌芽的」な議論が存在しないか。

先述のように、保証人は、債権者から請求を受けた場合、まず、債権者に対して、主たる債務者の財産を「検索」するように主張することができる。そして次に、債権者が検索に必要な手続きを尽くしても、主たる債務者から弁済を受けることができない場合は、保証人に対して請求することできるとされる。その上で最終的に、保証人が債権者に弁済をした場合には、主たる債務者に対して「求償」することができるとされる（「事後求償」）。このようにして、主たる債務者から求償することができれば、保証人は損害を受けることなく解放される。

ところが、主たる債務者に請求するかどうかの決定権を有するのは債権者であるため、保証人が債権者にその請求権の行使を義務付けることはできない。そのため実際には、債権者は、自己の判断で、その請求を遅らせることもできた。しかし、債権者がその請求の判断を誤るようなことがあると、その請求権の「適切な行使時点」を逸することになる。もしその間に、主たる債務者がその財産を浪費または財産の差押えを受けるようなことがあると、主たる債務者が「無資力」に陥るおそれがあり、保証人が「求償不能」となるリスクが高まることになる。

そこで、そのような場合は、「弁済期前」でも、保証人は主たる債務者に対して訴求し、また、異議を申し立てることができるとする議論が展開されている（保証人の自衛手段）（先述4.1.3、5.2.1③）。

さらに、後見人が保証人を供した未成年者が、成年に達し、その時点では、後見人は履行が可能であったところ、訴求することを怠り、その間に後見人が支払不能となった場合、そのような事情の下においては、「保証人に責めを

課すべきではない」とされる（先述4.1.2, 5.2.1②）。このことから、後見の計算後における未成年者の懈怠は、未成年者の責めに帰すべきであるとする議論が、ここで問題となっていることが窺える。

因みに、ドイツ後期普通法には、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、免責されるとする説が見られる。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い場合にのみ、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ない。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（exceptio excussionis）は、延期的抗弁（dilatorische Einrede）ではなく永久的抗弁（peremptorische Einrede）であるとされた（Girtanner, Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte, 1850, SS. 483-490）。また、ヴィントシャイトも、先訴（Vorausklage）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（Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, 9. Aufl., 1906, SS. 1093-1096）（一方、アルンツは、債権者が過失によっ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」に反するとする説を主張している（Arndts, Lehrbuch der Pandekten, 14. Aufl., 1889, SS. 695-696）。また、デルンブルクはこの主張が正当であるとした（Dernburg, Pandekten, Bd. 2, 7. Aufl., 1903, S. 225）。なお、先述のように、フランス古法において、ポティエは、保証契約における債権者は、訴権譲渡の義務を「衡平（équité）上の義務」として負うとする理論を展開している。保証契約の締結時における求償の期待を衡平の法理

によって保護するという根拠付けがなされている（先述3.3）。

このように、比較法的にも、すでにこの当時、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ないとする解釈が定着する方向にある。すなわち、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た後に主たる債務者が無資力に陥ったことにつき過失がある場合、債権者の訴訟追行に過失がある場合、債権者が担保を放棄した場合、保証人は免責されると解される方向にある。そこでの議論を辿ると、債権者が請求を怠ったような場合だけではなく、保証・質権等を放棄し「免除」した場合も問題となっていることが分かる。

なお、「免除」をめぐるても、議論の展開が見られる。すなわち、ドマの分析によると、債権者が保証人に領収書を与えた場合、保証人は主たる債務者に求償することができるかが議論されている。債権者がなんらかの報酬の代償として領収書を交付したような場合は、保証人は主たる債務者に求償することができるとされる。しかし、それが単にその保証人を免責することを意図するにすぎない場合は、債権者は主たる債務者に対して請求権を有するとされる（先述4.1.3）。

このように、「免除」(広義)が問題となるのは、(a)保証人をもっぱら免責する目的で行う場合（本来の免除）だけでなく、(b)債権者が保証人に対してなんらかの補償を行うために、その代替手段として免除という制度を借用する場合もあることが明確にされている。このことから、債権者の「免除意思の内容」が重要な要素であることが認識されていたことが窺える。免除の実質的な意思内容の「解釈」の問題である。

最後に、以上のドマによる議論を辿ると、どのような特徴が見られるのであろうか。

まず、先のドマによる分析・整理は、「ローマ法学」と「慣習法学」の「両面から」展開されていることが分かる。

そこで注目すべき点は、(i)ローマ法における原典（テキスト）の内容を確認しその原理部分を再確認するとともに、さらに、(ii)その当時のフランスの取

引現場においてすでに実用化されていた慣習法、すなわち、「生ける法」の分析が推し進めていることである。

その背景には、(i)ローマ法が複雑な「訴権構造」を有し、その内容には当時の実務と適合しない部分が見られたこと、さらに、(ii)現場において実際に適用された慣習法は、その内容が地域によって「異なり」、その適用範囲にもズレが見られたという事情が窺える。

そのような状況にあって、ドマは、先述のように、ローマ法の複数の原典に断片的に散在する規範を再確認するとともに、法域によってその内容及び適用範囲が異なる慣習法に通底する「共通要素」を分析することによって(先述4.5.2.1)、統一的な規範を抽出し、その「体系的な再編」を模索する作業を展開していることが窺える。