

担保保存義務の忘れられた要件

松岡久和 京都大学教授

一 はじめに

1 問題提起

民法504条は、「第500条の規定により代位をすることができる者がある場合において、債権者が故意又は過失によってその担保を喪失し、又は減少させたときは、その代位をすることができる者は、その喪失又は減少によって償還を受けることができなくなった限度において、その責任を免れる。」と規定している。同条に対しては、実務家から、担保の差替えや任意売却に伴う担保解除など円滑な継続取引に対する障碍となるとの批判があり、古くから担保保存義務免除特約が多用されてきた。判例は、この種の特約の有効性を承認しつつ、担保を喪失する処分等に合理性が欠ける場合には、信義則違反として特約の効力を否定する余地を認め、学説もおおむねこの方向に賛成している¹⁾。ただ、担保保存義務免除特約については、契約の相対効の原則から、担保喪失・減少行為前に登場した第三取得者に対してその効力を正面から認めることが難しく²⁾、かといって、第三取得者等が特約の締結に同意してくれることは期待できない。

特約の有無による法的処理の違いを放置しておい

てよいかという問題意識は、そもそも504条の制度自体がはたして不合理なものかという問い直しに繋がる。とりわけ、取引態様に応じて第三取得者の代位を否定すべき場合があることが有力に主張され、最近では、債権者の負担する注意義務の内容や程度が相手方次第で異なることを認め、第三取得者に対してはそれが緩和される、という議論の精緻化が進んでいる³⁾。

504条をめぐる議論においては、要件として、担保保存義務違反を主張できる代位権者、故意・過失の内容と対象、対象となる担保の範囲、担保の喪失・減少の意味などが議論されるにとどまり、「その喪失又は減少によって償還を受けることができなくなった限度」(以下では、「償還不能限度」と略する)については、議論が乏しく。そもそも要件とすら考えられていないようである⁴⁾。しかし、償還不能限度を明確に要件として位置づければ、504条の制度自体をより合理的なものとして再評価することが可能のように思われる。本稿は、このような観点から新たな可能性を提示しようとするものである⁵⁾。

2 仮説

私の仮説は以下の3点(1)-(3)からなる。それぞれ

- 1) 最判平7・6・23民集49巻6号1737頁。この時点での判例学説状況については、拙稿「判批」リマークス13号(1996年)44頁。
- 2) 代位割合特約(最判昭59・11・16民集38巻7号885頁)のように特約が担保に付随する性格のものであることや、特約に合理性・周知性があることなどを理由として、担保保存義務免除特約の第三者効を肯定する考え方もある。鈴木正和「最判平2・4・12判批」判タ775号(1992年)65頁、「鼎談 金融法務を語る」銀法510号(1995年)34-36頁【伊藤進・上野隆司発言】、角紀代恵「大阪高判平6・5・20判批」金法1428号(1995年)38頁。しかし、契約の相対効原則との矛盾を説明しにくい。
- 3) 古くは、秦光昭「法定代位の本質に関する二、三の疑問点について」堀内古稀『銀行取引法の研究』(1976年)257頁以下。詳しいものとして、高橋眞「債権者の担保保存義務に関する一考察」『求償と代位の研究』(1996年。初出は、1994-1995年)125頁以下、山野日章夫「担保保存義務における類型別義務範囲の考察」金法1416号(1995年)6頁以下、辻博明「担保保存義務に関する一考察——義務内容の不確定性と信義則との関係を中心に」名城50巻別冊(2000年)253頁以下、同「担保保存義務に関する一考察——民法第504条の立法過程を中心に」岡法56巻1号(2006年)33頁以下。さらに、立法以後の判例・学説の展開を総合的かつ詳細に検討するものとして、同「担保保存義務に関する一考察——判例・学説の推移(1)~(4)」岡法56巻2号(2007年)97頁以下~60巻2号(2010年)341頁以下がある(本稿執筆時には未完)。

順に趣旨を説明する。ただ、仮説命題(1)と(2)については、比較的簡単な設例を用いて具体的なイメージをここで示すことが適当であると思われるが、仮説命題(3)については、相対的な独立性も高く、少々複雑な設例に基づき細かい計算まで行う必要があるのので、後に四であらためて説明することにする。

(1) 償還不能限度は、担保保存義務違反による免責を主張する代位権者が主張・立証すべき要件である。

基本的な発想は、従来軽視されてきた504条の償還不能限度を、不法行為責任における権利ないし利益の侵害（ここでは担保の喪失または減少）と損害の間の因果関係の問題に照応するものと理解し、減免責の効果を妥当な範囲に絞ることで、担保保存義務制度が債権者にとって合理的なものとして構成可能なことを示そうとするものである。

(2) 償還不能限度（これが免責額となる）を判断する際には、できるだけ現実的な状況に即した考察を行う。より具体的には、債務者等からの求償不能額を考慮する。

たとえば、注釈民法において石田喜久夫は、次のように述べる。「代位者が債務者の一般財産から求償し、実際に債務者の償還し得なかつた額について免責されるのではない《文献略》。だから、免責は、担保がどれくらい残存しているか、共同債務者や主たる債務者がいかほどの返還能力をもっているかに関係しない。つまり、免責の時期は、債権者の担保喪失・減少が確定したとき、ということになる」。さらに、免責時期を担保喪失時とした大判昭

6・3・16民集10巻157頁を引用し、免責範囲の法定時期についても「担保権の喪失・減少が確定的となった時を標準とすべきであり、確定的となるのは、担保権を実行または実行しうべかりし時である、といってもよいであろう《文献略》⁶⁾。

しかし、担保保存義務は代位の利益を保護する趣旨であり、代位はさらに求償権の担保のための制度である。主たる債務者に求償ができるにもかかわらず、代位権者が免責されるとすれば、代位権者に必要以上の保護を与え、債権者にとって過酷で不合理な結果となる。これを設例で説明しよう。

設例1 債務者Sの債権者Gに対する債務につき、保証人B₁と物上保証人B₂が存在する事例で、債権者が無資力状態に陥ったB₁の保証債務を、どうせ保証人からは回収できないからとして免除した。GがB₂所有の抵当不動産につき抵当権の実行を申し立てた。

上述の通説を文字通り理解すれば、GがB₁の保証債務を免除したことで、B₂がB₁に対するGの保証債権を代位行使する権利（501条5号）が失われたから、B₂は、被担保債権額の半額につき免責を受けることになる。抵当権の不可分性からB₂はGの抵当権の実行を止められないとしても、Gへの配当額を争うことができる。ところが、この設例とは異なって、B₂が抵当権を先に実行されてしまったとすれば、無資力のB₁が存在していても、B₂はSに対する求償のみで満足しなければならない。Sもまた無資力であったなら、B₂は、結局、担保物の価値を全部失う損失を被ったはずである。それに対して、設例1のように、たまたま無資力のB₁が保

4) 最も詳細な注釈書である磯村哲編『注釈民法12 債権3』（1970年）364頁〔石田喜久夫〕は、最近の体系書はこの要件を掲げないと紹介し、自らも因果関係の要件は担保の喪失・減少の有無に関して問題とすれば足りるとして、それ以上論じない。前注の最近の諸論稿や体系書・教科書等でも同様である。せいぜい、高橋・前掲書126頁が「効果としての意義」を検討する必要を指摘し、山野目章夫「ゆきすぎた担保保存義務」金判1028号（1997年）2頁も末尾で因果関係の問題としての検討が必要だとする程度である。最近の中田裕康「債権総論」（2008年）351頁のコラムも因果関係要件の検討の必要性を示唆するが、具体的な展開はされていない。

5) 基本的な発想は前注1)の拙稿「判批」48頁で示していたが、同様の考え方を具体的に展開する文献が存在せず、法科大学院での教材（松岡久和＝潮見佳男＝山本敬三『民法総合・事例演習 第2版』（2009年）140頁以下のⅢ-8「担保保存義務」）を用いた授業の際に受講生に参照させるべきものがなくて不便であった。これを補充するというのも本稿執筆の動機の一つである。

6) 前掲注4)『注釈民法12』〔石田〕365頁、367頁。我妻栄『新訂債権総論』（1964年）267頁〔384〕も、「債務者の一般財産から求償しそれが十分に行われない数額について免責されるのでないことは疑いない」とする。これに対して、石田文次郎『債権総論講義』（1936年）293頁は、損害を被らない代位権者には本条の適用はないとしていたが、現在ではこの見解を受け継ぐ者は見当たらない。

証債務を免除されると、B₂は、Sからの求償ができる場合であっても責任を半分確定的に免れることになってしまう。このような結論は、債権者の犠牲の下で、B₁が存在していた場合に得ることが期待できた以上の利益をB₂に与える結果となり、容認しがたい。この場合にB₁から償還を受けることができなくなったのは、Gの免除による結果ではないから、GにB₁の無資力危険を転嫁することはできない。

なお、償還不能額の主張・立証責任については、以下の2通りのものが考えられる。担保保存義務違反が典型的に問題となる設例2を用いて話を進める。

設例2 債務者Sが債権者Gに対する債務につき、自らの所有不動産甲に抵当権を設定し、かつ、連帯保証人Bが同債務をSと連帯して保証した。GがSから一部弁済を受けて甲の抵当権を放棄した後、Bに対して債権残額につき保証の履行を求めた。

1つは、BがSから求償ができないこと、すなわちSの無資力の立証が免責には必要だとする考え方で、もう1つは、Bは、甲上の抵当権の喪失を抗弁として主張・立証すれば、代位できた限度で償還不能が一応事実上推定され、担保権放棄にもかかわらずBのSに対する求償が(一定額)可能であることをGが主張・立証しなければならない、という構成である⁷⁾。後者の構成によれば、求償に応じる資力がSにあり、Bがいくらかを回収できることをGが主張・立証すべきことになる。Sの無資力という消極的事実の立証が容易でないこと(検索の抗弁権に関する453条の議論を参照)を考えると、このような立証責任の分配にも一定の合理性がある。しかし、無資力要件の立証は債権者代位権や詐害行為取消権についても問題になっているが、Sの財産状態についてはGとBの距離は等しいと考えられるため、消極的事実よりも積極的事実の方が立証が容易だからとして

反対当事者に立証責任を課することが常に妥当なわけではない。もし後者の考え方によれば、検索の抗弁権の場合とは逆に立証負担が債権者にかかなりの重荷になり、それは結果的に債権者の担保保存義務を必要以上に重くすることになる。それゆえ、原則としては、主たる債務者の無資力の立証は、前者の考え方のように担保保存義務違反を理由として免責を主張する者に負わせる方がよいように思われる。もっとも、免責主張者が消費者であり、債権者が(金融)業者である場合には、後者の考え方を例外的に採用することも考えられる。

(3) 公的競売を予定している担保権の目的物の評価については、競売減価や競売費用を前提にした想定競売価格を考える。

競売減価や競売費用を前提に想定競売価格を考えているのは、とりわけ任意売却に伴う担保権解除の場合に、より蓋然性の高い償還不能限度の予測を可能にして、経済合理性に叶う債権者の行動を保障するためである。

(4) (2)(3)の仮説命題とも、(1)の仮説命題から必ずしも論理必然的に導かれるものではない。それゆえ、(2)(3)とは切り離して(1)のみの妥当性を検討することは可能であり、(1)の仮説命題については肯定しつつも、(2)(3)の仮説命題には反対し、判例・通説の見解を維持することも考えられる。ただ、(2)(3)の仮説命題は、償還不能限度をできるだけ現実性の高いものとして捉えようとする姿勢の表れであり、損害賠償責任における統計処理を用いた逸失利益についての「控えめな算定」とも似て、仮説命題(1)の基本的な発想と親和性がある。

二 立法趣旨と比較法

——仮説の検証その1

この節では、まず、1において、本稿の仮説命題が日本民法504条の立法趣旨においてすでに存在している考え方を素直に展開したものであることを示

7) 大沢慎太郎「フランス担保保存義務の法的構造(1)」早研123号82頁(2007年)27頁によるとフランスでも同様の議論があり、優先権が失われたことによって損害が推定されるとして、後者の考え方がとられている。

す。次に、2において、最近のヨーロッパ私法の動向の中で見られる興味ある提言を紹介し、そこにも本稿の主張する仮説命題を支えるものがあることを示したい。もっとも、2では、本稿の主張する仮説命題に関連するところだけでなく、比較法的な概観や、担保保存義務に関するモデル準則とその説明の全体を紹介する。本格的には、ヨーロッパ各国、とりわけ日本法に強く影響を及ぼしているドイツおよびフランスの詳細な動向を検討することが有益で必要であろう⁸⁾。しかし、本稿では時間と能力の制約からきわめて簡略な検討にとどまる。

1 立法趣旨にみる仮説の可能性

(1) 立法過程の概要⁹⁾

504条に相当する原案502条は、「第497条 [= 現行500条の法定代位]ノ規定ニ依リテ代位ヲ為スヘキ債務者アル場合ニ於テ債権者カ故意又ハ懈怠ニテ其担保ヲ喪失又ハ減少シタルトキハ右ノ債権者ハ其喪失又ハ減少ニ因リ償還ヲ受クルコト能ハサル限度ニ於テ其責ヲ免カル」という内容で提案され（「右ノ債権者」は「右ノ債務者」の誤記）、第66回法典調査会（明治28年2月26日）に審議された。改正対象となった旧民法財産編512条（債務免除¹⁰⁾）、同債権担保編45条（保証人の代位権侵害）・72条（連帯債務者の代位権侵害）・91条2項（不可分債務者の代位権侵害）のほか、当時のフランス民法2037条、オランダ民法1885条、イタリア民法1928条、ポルトガル民法853条、スイス債務法508条、スペイン民法17852条、ベルギー民法草案2120条、ドイツ民法第1草案697条、同第2草案715条が広く参照されている。

起草を担当した富井政章は、①各所に散在している関連規定を代位を妨げたことへの制裁という観点で統合して代位の個所に移動した。②裁判所に免責

請求をする旧民法の方式は煩わしいので、ドイツ民法にならい当然免責とした。③諸国の法律の多くは保証に関する規定となっているが、旧民法にならって連帯債務や不可分債務についても適用して良いから広い表現とした、と起草趣旨を説明した。

主要な議論は2点で、①弁済者が債務を負担した時期以降に設定された担保についても本条が適用されるかと、②「代位ヲ為スヘキ債務者」という表現の適否であった。第1点については、そのような者には代位の期待がないのではないかという指摘があった。この問題は、実は旧民法の制定時に議論され、ボアソナードが日本人委員からの批判を受けて旧民法では担保設定時期を区別しないことになっていた。起草委員の1人であった梅謙次郎は、このことを背景に、担保があることから保証人が弁済期限の猶予に異議を唱えず、債務者に対してさらに信用を与えることがあり、代位の期待はその場合でも保護に値する旨答えた¹¹⁾。この説明を受け、修正案は撤回された。第2点については、旧民法と異なり（前掲注10）も参照）、物上保証人は債務を負わず責任のみを負うため、代位権者に入らないとの疑念が指摘された。梅は、物上保証には保証の規定を準用するから問題ないと答え、「代位ヲ為スヘキ者」では「第三取得者モ何モ遺入ルヤウニナル」として、それでは広すぎるという感触を示した¹²⁾。本条は、いったん原案どおり可決されたが、民法整理会で「代位ヲ為スヘキ者」と改められ、2004年の現代用語化で現行規定の「代位をすることができる者」になった。

(2) 償還不能限度の発想

富井は、立法趣旨の上述②の説明の中で、旧民法が当然免責主義を採らず裁判所に免責請求をしなければならないとしていた理由を、担保の喪失があっ

8) フランス法については、大沢・前注論文(1)~(3)完、早研123号73頁以下、124号（以上、2007年）27頁以下、125号（2008年）1頁以下。

9) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録三』（1984年）336頁以下。前田達明監修、高橋眞＝玉樹智文＝高橋智也編『史料債権総則』（2010年）666頁以下〔玉樹〕が、参照条文やボアソナードの旧民法時の改説、民法整理会などをも加えており、資料的価値が高い。すでに、高橋・前掲注3）127-135頁、辻・前掲注3）岡法56巻1号33頁以下に詳細な分析があるが、いずれも償還不能限度には注目していない。

10) 旧民法では物上保証人や第三取得者も債務を負うとされていたことから、抵当権や質権の放棄による連帯債務者や保証人の免責を定めたこの512条は、「合意上ノ免除」の節に置かれていた。

11) なお、議論の中では主張されていないが、旧民法からの変更につき最も参照されたと思われるドイツ民法が、「放棄された権利が保証の引受後に初めて発生したときも同じ。」と明文でその旨を規定していたことも強く影響していたと思われる。

12) もっとも、梅は、その後の著書で第三取得者を含むとしている。梅謙次郎『民法原理 債権総則』（1902年）779頁。

てもそれが代位者の権利を妨げることにならない場合があるからだと推測し、2つの例を示した。1つは、代位対象がかなりの後順位担保権で優先弁済を受けられないから担保があってもなくても同じことになる場合である。もう1つは、担保が減少してもその残りで十分に求償ができる場合である。これらの場合に代位権者が免責されては不都合なので、裁判所が事情をよく調べて免責の可否を判断する方がよいと旧民法では考えられたようだというのである。これに対して、富井は、規定に「償還ヲ受ケルコト能ハサル限度ニ於テ其實ヲ免カル」と明記すれば、そのような免責は生じないとして、免責請求型から当然免責型への変更を提案したのである。この点でも、「債権者が債権と結合した優先権、その債権のために設定された抵当権または船舶抵当権、質権または共同保証人の1人に対する権利を放棄したときは、保証人は、放棄された権利に基づき第774条〔代位による法定的債権移転〕により賠償を取得できたであろう限度において、免責される。』¹³⁾とするドイツ法の強い影響が見てとれる。

富井の挙げている前者の例は、物的担保と人的担保の違いこそあれ、前出の設例1と似ている。担保の放棄がなくても代位に実効性がなかった場合には、担保放棄と償還不能の因果関係がなく免責が生じない。償還不能限度という要件は、免責の可否や量を裁判所の裁量の判断に委ねるのではなく、適切な免責を制御するために設定されたのである。

2 ヨーロッパ私法の動き

(1) ヨーロッパ法原則と共通参照枠草案¹⁴⁾

1992年の域内市場統合以後、ヨーロッパ私法は、とりわけ契約法の領域において、平準化や統一にむけて大胆な歩みを続け、すでに大きな成果をあげつつある。その延長線上には、契約法を超えて統一的な民法典すらも構想されている。その中でも注目されるのは、1つは、ヨーロッパ法原則(Principle of European Law: PEL)の探求である。これは、ヨー

ロッパ民法典スタディ・グループ(Study Group on a European Civil Code: SGECC)が、ヨーロッパ契約法原則(Principle of European Contract Law: PECL)の成功をふまえ、それと同様の手法で、民法の財産法の主要分野につきヨーロッパに共通に妥当すべき諸原則とモデル準則および法律用語の定義を示すものである。もう1つは、共通参照枠草案(Draft Common Frame of Reference: DCFR)である。これは、上述のSGECCと現行EC契約法研究グループ(略称アキ・グループ: Research Groupe on the existing EC Contract Law)を中核とする12の研究グループを統括したジョイント・ネットワーク(Joint Network on European Private Law: CoPECL)が、ヨーロッパ委員会からの委託を受けて、共通参照枠(Common Frame of Reference: CFR)の作成のための準備作業として完成させたものである。両者の関係は、SGECCの研究成果であるPELをCoPECLの他のグループの意見によって修正・補充したという部分が多く、基本的には、PELの成果の圧倒的な部分がDCFRに承継されている。

本稿がとくに注目するのは、やはり比較法の産物であった日本民法の504条が現在比較法的にどういう位置にあるのかを考えるに際して、このような研究が格好の素材であることに加え、ヨーロッパ人的担保法原則のモデル準則2章110条¹⁵⁾と、それを受けたDCFR IV編G部2章110条¹⁶⁾が大きく異なっているからである。

(2) 基礎となる比較法の状況認識

PELもDCFRも、当該問題に関するヨーロッパ連合加盟各国の法制の現状認識を基礎に、その共通点と平準化の方向性を探る方法を採用。比較法的現状認識を記述するノート(Notes、PELでは、国別ノート National Notes)の部分は、その客観的性質から、一般的に両者でほぼ同一内容で、新しい方に、立法と判例の追加や誤記修正がみられる程度で

13) 現行ドイツ民法776条。第1・第2草案もこれとほぼ同じである。

14) 詳しくは、拙稿「ヨーロッパ民法典構想の現在——不当利得法に関するDCFR第Ⅶ編を素材として」戒能通厚=石田眞=上村達男編『法創造の比較法学 先端的課題への挑戦』(2010年)181頁以下を参照。

15) Study Group on a European Civil Code, prepared by Uirich Drobnig, Principles of European Law: Personal Security, sellier, Stampfli and Bruylant, 2007, pp.278-287 (Bispin/Boger)。

16) Christian von Bar and Eric Clive (eds.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference, Full Edition Volume 3, sellier, 2009, pp.2659-2667。

ある。そこで、まずはこの比較法的現状認識の概要を、判例・学説等の引用や細部を省略して紹介する。PELは17節をIからVの5つの部分に分けて叙述する。DCFRは節番号を付していないが、内容は同じである。

I 損害賠償か免責か（第1節）

債権者の担保の喪失・減少等の行為により保証人が不利益を受けないことについては、各国の処理は共通であるが、方法は2つに分かれる。保証人を当然免責とするか保証人に免責請求権を付与する法制が多数であり（ベルギー・フランス・ルクセンブルクの民法2037条（フランスでは2006年改正後は2314条）、デンマーク、イングランド、ドイツ民法776条、ギリシア民法863条、イタリア民法1955条、ポルトガル民法653条、スコットランド、スペイン民法1852条、スウェーデン）、保証人に損害賠償請求権を付与するものは少数である（オーストリア民法1364条2文、オランダ民法7編850条3項）。しかし、後者の効果によっても、保証人は相殺により免責されるので結果には必ずしも差を生じない。

II 債権者の義務の一般的範囲（第2節・第3節）

共同保証人や第三者の提供する物的担保の喪失は、厳密には債権者が債務者に対して有していた権利の喪失ではないが、多くの法体系におけると同様に、保証人の代位の利益を保護するため広く本条の規律に含まれる。

ドイツ民法776条では、担保権の（故意の）放棄行為のみが含まれるとし、保証の片務性を理由に、保証人に対する債権者の一般的な注意義務を否定した。債権者は自らに対する間接義務を負うにすぎず、保証人はその義務を履行強制できないが、債権者は義務違反の結果生じる不利益を甘受しなければならない。そして、債権者の行為が被担保債権に影響し保証人に損害を生じる限りで、保証人は、信義誠実の原則により保護されるにすぎない。責任要件が現在では緩和されているにもかかわらず、保証人の保護のレベルは、特別の規定が置かれている他の法体系におけるよりなお低いと思われる。イングランド、スコットランドの状況もこれに類似する。

III 被担保債権の回収の遅滞（第4節～第9節）

債権回収が遅滞した後で債務者が無資力となって求償が困難になることが問題となる。

オーストリア民法1364条2文は債権者の損害賠償責任を明記する。債権者に過失を要するか否かは争いがあるが、現在の判例・通説は必要説を採る。同条が連帯債務者に適用されるかどうかとも争われている。保証人に過失があれば請求権は減額される。保証人には、債務不履行に陥った債務者に対する担保請求権がある（同条第1文後段）。

これに対して、イングランド法やスコットランド法は、保証人には主たる債務者の義務履行を監督する義務があり、自らが速やかに弁済して主たる債務者に求償することもできるとして、原則として免責を否定する。債務者からの最大限の回収努力が保証の条件である場合や、債権者から債務者に対して弁済猶予があった場合は、この例外として保証人は免責される。イタリア民法1955条の注釈も同様で、単なる遅滞では債務者の状態につき悪意であったり、遅滞が担保力の減少の原因となっても、保証人を免責しない。

ギリシア民法は、債権者の過失や担保権の実行中止により損害が出た場合に免責を肯定する。免責特約では軽過失免責のみが許容され、判例によると21か月の遅滞は債権者の重過失を強く推定させる。他方、免責を受けるには、遅滞が現実には債務者に対する債権回収手段の有効性を損なったことの証明を要する。

ベルギー・フランス・ルクセンブルクの民法2024条（フランス民法は2006年改正後2301条）、ポルトガル民法653条、スペイン民法1833条では、優先権の喪失の責任が確定すれば直ちに免責の効果が生じる。許されない過失となるとするフランス判例のように現実の損害の立証がなくても免責されるとする国とポルトガルのように現実の損害の立証を要する国がある。

ドイツ民法には明文規定がなく、学説は適時執行義務を原則的に認めないが、信義則を介して、保証人は債権者の権利濫用に対して保護される。故意・重過失による保証人の権利侵害の場合や、債務者の破綻につき債権者に責任があって保証人の求償を困難にした場合などがその例である。取得した損害賠償債権による相殺で実質免責が達成される。

IV 共同保証人の免除（第10節・第11節）

ベルギー、フランス、オランダ、イングランド、スコットランドでは、共同保証人の1人に対する免

除によっても他の共同保証人は免責される。このうち、イングランドやスコットランドでは、他の共同連帯保証人の存在が保証引受けの条件である場合には、免除（不訴求特約や弁済猶予は含まない）により、保証人は全部免責される。そのような条件ではない場合には負担部分に影響が出る範囲での一部免責となる。ドイツ民法776条も、共同保証人に求償可能であった限度で免責とする。この場合、他の保証人は後から生じたものでもよい（同条2項）。フィンランド法も同様である。

フランス民法1285条2項・1287条3項は、1288条と併せて、全部または一部の免責とし、スペイン民法1850条は割合的免責とする。オーストリア民法1363条3文は明文で免除が影響なしとするため、残された共同保証人は免除を受けた共同保証人に対しても求償ができる。ギリシアの通説は、共同保証人の連帯責任を理由として、担保放棄による保証人の免責を規定する863条を共同保証人の1人の免責の場合には適用しない。ポルトガル判例法は免除の割合的絶対効を認める。

V 債権者の有する物的担保の喪失や減少（第12節～第17節）

ベルギー・ルクセンブルク・オランダ・ギリシア・スウェーデンは、この場合に、保証人が担保の利益を失った限りで、全部または一部免責とする。イングランド・スコットランドでは、やはり、条件違反であれば全部免責、そうでなければ一部免責とされる。担保の解除に限らず、債権者は、エクイティ上、担保維持義務を負い、その違反があれば、保証人は損害を受けた限度で免責される。しかし、この義務の範囲はイングランドでは判例法上まだ明確には定義されていない。遅れた担保権実行によって得られる金額が減少したとしても債権者は適時実行義務を負わないとした判例がある。

フランス民法2037条（2006年改正後の2314条）では、保証契約時に存在していた優先権や担保物権が債権者の過失により失われれば、保証人は免責される。グリマルディ委員会は、判例と整合するように免責を損害額に限定する提案を行ったが、2006年改正では採用されなかった。企業の経営難の予防及び同意整理に関する1984年3月1日法律148号により、

免責は強行規定となった。スペイン民法1852条は債権者の行為による代位妨害で免責を認めるが、学説は、過失を含む債権者の有責行為を要件としている。弁済前に免責請求をしていなくても保証人は免責されるが、弁済前に債権者の行為がなされたことが必要である。イタリア民法1955条はスペイン民法と同様の文言を用いるが、不作為は含まない。判例は、法律上もしくは契約上の義務違反の過失と代位権の完全喪失が必要で、権利行使が困難となるだけでは足りないとする。ポルトガル民法653条は、債権者の積極・消極の行為と明記する。また、「権利」とのみ規定するが、抵当権と優先権を含むと解されている。

ドイツ民法776条は権利放棄により774条による満足を得られない限度で保証人は免責されるとする。同条2項により、この権利は保証契約後に成立したものでも良い。債権者の故意行為に対してのみ制裁を課し、異説もあるが軽過失や不作為の場合を含まない。774条の関係で求償権が存在する必要がある。放棄された担保権に経済的価値があることが免責には必要とされる。

ギリシアでは矛盾する判例がある。旧判例は、債権者が腐敗しやすい商品を適時に売却しなかった場合に免責を肯定していた。これに対して、その後の判例は、債権者が質権を設定した商品の確保を怠って債務者に渡してしまい、第三者に転売された事例で、保証人自身が863条の利益を放棄しており担保権放棄も適法だとして、862条の重過失も否定し、免責を認めなかった。しかし、同判決には4人の裁判官の反対意見や強い批判がある。

オーストリア民法1360条は、保証人の弁済前か弁済時に存在していた担保権¹⁷⁾を保証人の不利になる形で放棄することはできないとする。すなわち、担保権放棄は有効だが、債権者は保証人の損害につき無過失責任を負うとされる。同条は所有権留保など他の担保権にも拡張される。

オーストリア法の包括的な義務は、1364条2文から導かれる。判例には、所有権留保の実行を約束したが適時に行わなかったことによる債権者の責任を肯定したものがあ

17) PEL・DCFRの両方とも、“before or at the time of assumption of the dependent personal serity”と表現しているが、同条の原文は、“vor, oder bey Leistung der Bürgschaft”であるため、保証債務の引受時とする英訳は誤りであり、保証人の弁済時である。

(3) PEL と DCFR のモデル条文案

ヨーロッパ人的担保法 2 章110条 債権者の責任
債権者の行為により、保証人¹⁸⁾が債務者に対する債権者の権利および第三者の提供した債権者の人的・物的担保に代位できないとき、または、債務者もしくは第三の保証人がいる場合にその者から完全な求償を得られないときは、債権者は、担保提供者に生じた損害につき責任を負う。

共通参照草案IV編G部2章110条 債権者の権利の縮減

①債権者の行為により、保証人が債務者に対する債権者の権利および第三者の提供した債権者の人的・物的担保に代位できないとき、または、債務者もしくは第三の保証人がいる場合にその者から完全な求償を得られないときは、その担保提供者に対する債権者の権利は、保証人が債権者の行為の結果生じうる損害を免れるのに必要な範囲で縮減する。すでに弁済をしていたときは、保証人は、免責に対応して債権者から回復を求める権利を有する。

②前項の適用は、債権者の行為が、合理的な注意により事務を処理する者に期待されうる注意義務の基準に満たない場合に限られる。

(4) PEL と DCFR の異同

モデル条文の注解に当たるコメント (Comments) は、PEL も DCFR も比較的簡単で、A～Dの4つの部分に分けて叙述している（ここでもPELにのみ節の表示がある）。まずは両者に共通の部分を紹介する。

(a) PEL と DCFR に共通の部分

A 基本的発想（第1節・第2節）

通常は無償で債務を引き受ける保証人は、債権者への弁済を余儀なくされた場合、債務者に対する求償権のほか、人的・物的担保についての代位権を取得する（2章113条）。

本条は、保証人の求償権と代位権の確保のため、債権者の義務違反に制裁を与える。

B 詳細（第3節～第6節）

債権者の義務違反には、債権者が債務者からの債権回収を遅滞している間に債務者の資力が悪化した場合、債権者が担保権を放棄した場合、債務者による担保目的物の滅失・損傷を債権者が過失によって放置した場合など多様である。

こうした行為に対する対応の仕方についての第4節～第6節の説明が、(b)でみるように、両者で異なっている。

C [保証人間の] 求償権への適用（第7節）

本条は共同保証人間の求償の場合にも適用される。すなわち、共同保証人の1人が債務者からの再求償や債務者から受ける利益の分配の可能性を奪う行為を行ったときは、その責任を負う¹⁹⁾。

D 保証人としての消費者（第8節）

本条は、強行規定として消費者が保証・独立保証・連帯債務を負う場合にも適用される²⁰⁾。

(b) PEL と DCFR の大きな相違

両者の大きな相違は2点ある。第1点は、PELが債権者の義務違反の効果を損害賠償としていたのを、DCFRでは債権者の権利の縮減、すなわち保証人の減免責²¹⁾とした点である。PELは、不法行為

18) "security provider"は、1章101条c号の定義によれば、担保目的で債権者に対して債務を引き受ける者をいうとされる。これは、付従性のある通常の保証人のほか、主たる債務に対する付従性を欠く独立人的担保 independent personal security を負担する独立保証人を含む概念である。しかし、人的担保に限ったPELは言うまでもなく、DCFRでもG部の人的担保 personal security に置かれているため、"security provider"には物上保証人を含まない。一方、DCFRは、IX編において動産の物的担保 proprietary security in movable assets を規定し、その1章201条13号において同じ"security provider"という語を、担保を設定する債務者または第三者を意味するものと定義している。債務者をも含む点でIV編の"security provider"の意味とは異なる。日本法ではこちらを「担保設定者」または「担保提供者」という用語が普通である。また、PELやDCFRでも、独立人的担保の場合には求償や代位は当然には生じず、2章101条はもっぱら付従性のある普通の保証人についてののみ妥当する。それゆえ、混乱を生じないようにするため、本稿はあえて"security provider"を保証人と訳しておく。物上保証人に対して債権者が担保保存義務を負う旨の規定は、DCFRの他の箇所にも見当たらない。それゆえ、2章101条の類推適用がどこまで許されるかという解釈問題が残されることになる。

19) PELでは損害賠償責任、DCFRでは免責という違いがある。また、これに関連して参照している条文の位置が変わり、PELでは1章109条のコメントを指示しているが、DCFRでは、IV編G部1章107条（共同保証人：債務者への求償）を参照している。

20) ここでも参照する条文がPELとDCFRで異なっているが、内容は同じである。もっとも、DCFRが強行規定であることを示すため参照しているIV編G部4章102条1項は、2項の誤記である。

21) いずれにも「(割合的な)免責」(pro tanto) discharge」という表現が使われているが、全部免責を否定するわけではないので、減免責としておく。

構成では保証債務額以上の損害賠償請求権を付与できることと、損害賠償請求構成が一般契約法(PECLの9:501条以下の損害賠償の範囲を指示)とより良く調和することを理由として挙げていた。これに対して、DCFRは、債権者に自らの権利を守る債務ないし義務を課すことは望ましくないし、担保額を超える損害賠償を認めると、債権者に担保を失う以上の不利益を与えてしまいかねないからである、とする。

第2点は、PELになかった第2項がDCFRでは新たに設けられたことである。PELの解説も注意の程度を論じているので無過失責任を課す趣旨ではないように思われるが、モデル準則の文言からはその点が明らかではなかった。PELは、債権者の払うべき注意の程度の判断基準は客観的な利益侵害なのか有責な行為や不作為を含む(主観的な)注意義務を課すものなのかとの問いを立てたうえ、「行為conduct」という用語を基準として選んだことで、本条の規範は客観的基準を意識的に採用したとして、以下の3つの根拠を挙げる。①債権者と保証人の間は、連帯保証か通常保証かに関係なく、相互的な債権債務関係によって拘束されており、債権者は、権利行使に際して、自らと保証人の利益のためにどの債権者も果たすことを法により期待されているのと同程度の注意を払うよう義務づけられている。②債権者が払うことを期待される妥当な注意の程度については、個人的な能力次第で合理的にみて異なるため、有責性culpabilityの度合いを考慮するとすれば本条の適用がはるかに困難になってしまう。③多くの保証は債務者が自ら弁済ができるだろうと希望して無償で行われるため、保証人には特別な保護が必要である。債権者が、主として自らの利益を守るためにはあるが、同時に保証人の利益のためにも守らなければならない要件が厳しくなればなるほど、保証人の保護が厚くなる。以上の説明は、いずれもいささか趣旨がわかりにくい、主観的過失ではなく客観的過失を要するとするようである。

これに対して、DCFRは、同じ問いについて、2項が、合理的な注意により事務を処理する者に期待される基準が求められる判断基準であることを明らかにしている、とのみ述べ、PELの①～③のような根拠を挙げないで、以下の補足的な説明を加え

る。すなわち、この基準は、たとえば債権者の能力や職業経験に左右されない客観的な基準であるが、債権者の何らかの過失negligenceを要する。合理人に期待されることがない行動をとらなかったからといって、権利を失うことはない。本条が、IV編G部1章107条(共同保証人：債務者への求償)において準用されるため、このことは「他の共同保証人に対して求償する」保証人にとっても重要である。以上のようにPELは過失を要件とすることを明記し債権者の合理的行動を保証しようとした。

(5) 若干の考察

本稿の問題関心に絞って、若干の考察を加える。

(a) 担保保存義務より広い義務

PELもDCFRも、保証人の担保に対する代位の利益のみならず、代位によって確保される求償の利益をも保護している。いずれのモデル準則も、完全な求償を得られない場合を含み、具体的には、債務者からの被担保債権の回収を遅滞している間に債務者が無資力となったという物的・人的担保の喪失には含まれない場合をカバーしている(強いていえば一般担保の喪失と表現可能ではあるが)。

(b) 損害賠償と免責の選択

DCFRは、PELの選択を変更し、比較法的に多数と思われる免責(=債権者の権利の縮減)という効果に変えた。喪失した担保の限度を超える損害賠償を認めることは、PELのように長所と理解できる一方で、(無過失責任的な行為責任とされるといっそう)債権者に過酷な負担となる。そして、この制度において債権者が負う義務は、損害賠償を基礎づける義務ではなく、自らの権利を守るための間接義務である、とするドイツ法の理解からは、そのような広範な損害賠償責任を認めることには同意できないとされたからと思われる²²⁾。

他方、PELのみならずDCFRも、損害賠償構成を採っても、保証人が相殺することによって実質的には免責と同じ結果となるとして、構成の違いは重要でないとする。しかし、不法行為構成では、債権者の従業員等の(共同不法行為)責任追及が可能になるものの、損害の把握が理論的に難しい²³⁾。それゆえ、損害の発生を回避する免責構成には合理性があり、それを採用する法制が多いことは理由がある。DCFRの選択の変更は適切であるが、両構成

の違いを重要でないとする評価は、PELの提案の
残映であっていささか大雑把にすぎる。

(c) 免責構成と損害賠償構成の共通性

両構成に違いがあることは上述の通りであるが、
反面、債権者に責任を負わせる要件やそこで行われ
る衡量や大部分の帰結は共通している。そして、実
際、免責構成を採るフランス・ドイツでも、その要
件から外れる場合は損害賠償請求で補われる。免責
構成を採る DCFR でも、減免責は債権者の行為の
結果生じうる損害を免れるのに必要な範囲で生じる
ことになる。これは日本民法504条における償還不
能限度という考え方と同じである。それゆえ、因果
関係とそのような(仮定的)損害は、債権者の故意
または過失²⁴⁾および代位または求償の利益の侵害と
共に、損害賠償請求の場合に被害者が立証責任を負
うことと照応して、免責を主張する者が主張・立証
しなければならないものと思われる。

三 判例・裁判例の再検討

——仮説の検証その2

本節では、504条の適用が問題となっている71判
決²⁵⁾から、償還不能限度が判断されている事例と償
還不能限度を問題にすることが可能であった事例を、
ほぼ網羅的に拾い上げる²⁶⁾。多数の論点の問題
になっている判例・裁判例であっても、償還不能限
度に関連する限りで事案と判旨を紹介し、コメント
を付す。

1 判例・裁判例

[1] 大判昭11.3.13民集15巻339頁

債権者が主債務者の提供した土地の抵当権の一部
を放棄した後、残部を履行しても不足があるので、
債務者と連帯保証人3名に対して履行を請求した事
例で、放棄された土地の価格がこの間に下落したよ
うである。原審が残存抵当権の履行時を基準に喪失
担保の評価をしたのに対して、連帯保証人が全部喪

22) ドイツ法が、一定の絶対権およびこれに類する権利の侵害や保護法違反を介さない一般財産損害ないし経済損害につききわめて限定的な不法行為構成を採ること(ドイツ民法826条で故意の良俗違反が要件となる)、保証契約は片務無償契約であり債権者は基本的に保証人に対して債務を負わないことから、ドイツ法の担保権放棄の責任は、不法行為でも債務不履行でもない特別の法定責任と理解されたと推測される。これに対し、日本法では不法行為要件は広く、また契約当事者間に広く信義則が適用されると解されているので、債権者の負う義務は、契約関係のない第三取得者や後順位担保権者等との関係では不法行為上の義務、契約関係にある当事者間では契約当事者間の信義則上の義務と考えることができ、これにより債権者の負担する注意義務の内容や程度が相手方次第で異なることを理論的に正当化しうる。すでに山野目・前掲注3)はこの旨を提案しており、この点では賛成したい。もっとも、担保権設定時期をフランス法のように保証契約締結前に限定する同論文の提案には賛成できない。比較法的に広くそのような一致が見られるわけではなく、ドイツ法を参照した立法時の選択にも十分な理由がある。また、求償や代位や分別の利益に関して、392条・456条・465条・501条3～5号は、後順位担保権者・共同保証人・物上保証人・後順位担保権者などの登場順を区別しない処理をしており、登場順による具体的な期待を問題にすれば、必要以上に法律関係を複雑にして、実務的な処理が困難となるからである。

23) 大沢・前掲注7) (3)早研125号6頁以下が紹介・検討するフランスの議論(保証人独自の損害の賠償を考えると、求償との二重取りの問題を生じるなど)が参考になる。さらに、免責効が生じないことから、債権者の権利行使は金額につき適法であり、債務の弁済や担保権の実行を損害とするのは、評価矛盾の誹りを免れない。さらに、債権者の請求には法律上の原因があり、債務の弁済や担保権の実行を不当利得とすることはできない。免責請求権構成も、免責請求に遡及効を認めるのであれば、弁済後の不当利得や損害賠償請求の根拠付けが難しい。旧民法の免責請求権構成は、比較法的にも少数である。共通参照草案IV編G部2章110条1項2文が弁済後の回復請求権を明記するのは、それが不当利得なのか損害賠償なのかは不明確であるが、損害賠償構成から免責構成に転換した帰結を示すためと思われる。

24) PELでは故意・過失が要件なのかどうか明らかではない。DCFRは過失責任を明記しているが、何に対する故意・過失なのかは、やはり明らかでない。

25) TKC判例検索システムを使用し、2011年1月31日現在、法条に民法504条を指定して検索した結果70件に、東京高判平11.11.29金判1085号15頁の事実関係を明確にするため検索ではヒットしなかったその原審の東京地判平11.3.31金判1085号19頁1件を加えた。この事例のように、71件の中には同一事件に関する複数の判決が含まれる。

26) 大阪地判平14.3.15金判1171号47頁は、主として、確定後の共同根抵当権の一部が任意売却と引き換えに放棄された場合に、残りの抵当不動産の後順位抵当権者が、代位の利益を害されたとして残りの不動産の競売手続において配当異議の主張ができるかという問題を扱っている。ただ、本件は、非常に複雑な事案で、償還不能限度以外の多数の論点が錯綜しており、これを紹介することは本節の目的に適さない。のみならず、中心論点も、「392条に関する最判平4.11.6民集46巻8号2625頁の判断を、所有者を異にする物上保証人間の共同抵当の場合に類推できるか」という問題を担保保存義務の問題と絡めて扱っており、本来の担保保存義務の問題とは異なる。そこでこの判決は、本節の分析では対象外とし、任意売却と免責額に関する判断につき、次節で触れるにとどめる。

失の場合の判例²⁷⁾との不均衡・保証人保護・保証契約の解除権発生時との対応関係などを理由に担保喪失時を基準とするべきであると主張した。

判決は、この主張を退け、次のように述べる。代位権者の損害＝免責額は残存不動産の実行価格次第で変わるし、喪失した抵当権も同時に実行されたと想定される。それゆえ、残余抵当権の実行当時における放棄抵当権の目的物の価格を標準として免責の限度を定めるべきである。全部喪失の場合はやむをえず喪失時となるが、しいて基準時を統一する必要はない。また、放棄の代償として設定された追加担保の実行による競売代金は控除するのが当然である。

学説はこの判例を免責額の評価基準時の問題としてのみ取り上げているが、本判決では、全部喪失の場合との対比で、償還不能限度の認定をより具体的に現実性の高いものとしようという考え方が強く表明されている。この考え方を押し進めると、全部喪失の場合も、本来代位が可能であった時点と比較した償還不能額を認定するべきであるが、昭和6年判決（注27）を参照）は、これを担保喪失時での評価で代えて認定することを許容する趣旨と解される。

[2] 東京控判昭12.3.22新聞4126号16頁

業績不良の会社の記名株式を質物として預かっていた債権者が任意売却処分のために債務者に返還したが売れず、その後、株式が会社倒産により無価値になったあげく、震災により消失した。保証人に対する履行請求に対し保証人が免責を主張した。

裁判所は、債務者への返還によっても質権は消滅しないため担保保存義務違反の問題とならない、とした。

仮に本件で質物の返還が担保保存義務違反となるとしても、質物は任意処分を試みた時点で無価値であり、担保権の放棄によって償還不能が生じたという関係がないため、免責は否定される。

[3] 最判昭30.10.27民集9巻11号1720頁

債権者が恩給証書を債務者に返還した後に連帯保証人に履行を請求した。

裁判所は、恩給担保自体は有効に成立するが、代理弁済受領の委任の解除権を放棄する特約は恩給法11条の脱法行為として無効となるため債務者はいつでも恩給金受領の委任を解除して恩給証書の返還を請求できる。それゆえ、債権者が債務者から交付を受けた恩給証書を任意に債務者に返還しても、担保の喪失・減少には当たらないと判示した。

弁済者が債権者に代位して恩給担保を取得しても強制できない関係にあるとみれば、仮に恩給証書の返還が担保の喪失であるとしても、それは償還不能の原因ではないと解することができ、免責は生じない。

[4] 最判昭41.4.12金融判例4号18頁

債権者が、優先する租税債権が存在することから、競売処分で200万円以上の弁済を受けることは不可能と判断して、200万円と引き換えに抵当権を放棄したうえ、残額53万円を連帯保証人に請求した。

判決は、債権者の処置は相当であり故意・過失により担保を喪失した場合に当たらず、さらに担保保存義務免除特約も有効である旨を指摘する。

本件は適正価格での任意売却に伴う担保解除の場合と同様の構造を持つ。判決のようにこの種の担保解除措置の合理性を理由として免責を否定することもできるが、担保権の放棄は、担保喪失につき故意があると同時に、代位権者の求償権をも害する故意又は重過失があると評価される。それゆえ、とりわけ特約がない場合には、免責を否定・制限するには、この担保権の放棄によって連帯保証人の求償権や代位権が侵害されたものではない、という構成を採用する方が504条に沿う解釈として妥当性が高いように思われる。これは、銀行が極度額50万円以上の弁済を受けるため任意処分を許して67万円を受領し抵当権設定登記を抹消した場合に、不法行為を理由とする損害賠償責任を否定した例（大阪地判昭42.5.30金法497号33頁）も同様で、違法性の問題というより、償還不能を損害とした場合の因果関係の問題である。

27) 大判昭6.4.17新聞3266号11頁。事案の詳細は不明である。担保の全部喪失の場合、弁済を待たずに滅失時の価格を基準として免責効が生じると判示した。我妻・前掲注6) 267頁 [383] は、この判例を挙げて、一般財産からの求償の可否を問題にしない例とするが、債務者が無資力で当該不動産しか有していないことが明らかな場合である可能性があるため、そうは断言できない。

[5] 山形地米沢支判昭55. 3. 31判時990号233頁

火災保険のつけられた建物に根抵当権を得た債権者が質権設定や保険金請求権への物上代位を行わず、根抵当権設定者の1人である債務者が火災保険金を受領して行方不明になった後に、連帯保証人に支払いを請求した。

判決は、物上代位権不行使は担保保存義務違反であるが保険金額が明らかでなく免責額の立証がないとしながら、連帯保証人への全額請求は信義則違反で権利濫用となるとする。そして、残存根抵当権からは回収が期待できないことなどから極度額の半額750万円を債権者が負担するべきであるとして、1650万円の請求のうち900万円を認容した。

判決は、控え目に償還不能限度を認定したうえで、過失相殺的な評価を暗に行っているようにも思われる²⁸⁾。判決では、そのような判断要素を明示するべきであって、一般条項に依拠し何をどう考慮して結論を出したのかわからない本判決の判断過程の不透明さには、おおいに問題がある。

[6] 福岡高判昭59. 4. 26判時1143号93頁

Y₁・Y₂は、債務者Sから十分な不動産担保があり迷惑を掛けないと依頼されて、信用保証協会Xに対する求償債務の連帯保証人になった。債務者が抵当権の設定された不動産を造成して売り、その売却代金で債務を返済するというので、Xは、Y₂の所有山林へ担保を差し替えた。しかし、Sは売買代金を持ち逃げした。連帯保証債務を弁済したXが差し替えられた山林の抵当権を実行したが、価格が低いうえ売れなかったので取り下げ、Yらに求償保証の履行を請求した。

判決は、担保保存義務特約があつても、連帯保証人が物的担保があることが動機となつて連帯保証したような場合において、債権者が故意又は重大な過失により担保を喪失し、又は担保の価値を減少させたような場合には、債権者は、信義則上、前記特約の効果を主張することができない。本件では時価の4倍以上の粗雑な評価をしたうえで担保差替えに応じたXに重過失がある。Y₁は、債務の1/2か差替え後の担保の評価額の低い方以上の責任を免れる

(本件では後者)、とした。

この判決が担保保存義務違反を認めた点は上告審(最判平2. 4. 12金法1255号6頁)で破棄された。しかし、義務違反が認められるとした場合の効果の判断は妥当である。本来の債務者は行方不明で求償ができないが、連帯保証人間での求償(465条)が可能であり、それを上限として残存する担保を代位行使し、その分は回収できるからである。なお、私見ではさらに、Y₂が提供した担保のほかには求償できる財産を有していないことをも認定する必要がある。

[7] 名古屋地判昭61. 12. 26判時1244号107頁

暴力団構成員の所有で競売にかけても買受人の出現が期待できない不動産につき、債権者が抵当不動産の第三取得者から評価額2200万円弱より低い1650万円の支払いと引き換えに抵当権抹消に応じ、残額について連帯保証人に請求した。

判決は、担保保存義務免除特約の効力には触れず、「原告が抵当権実行手続によって本件不動産から弁済を受け得る額は、金1650万円を超えることがなかったものと認めるのが相当」とした。そのうえで、故意又は懈怠により担保を喪失したとは、担保保存義務に反する違法な行為又は不作為によって担保を喪失した場合をいうものと解すべきところ、債権者の判断は、取引界の実情から見て信義則に反するほど失当であるということとはできず、担保保存義務を履行しなかった違法な行為又は不作為ということとはできない、として免責の抗弁を否定し、請求を認容した。

本件は、[4]と同様に、故意または懈怠による担保の喪失を制限する判断と並んで、仮に違法な担保の喪失があつても、それによる償還不能が生じていない、と構成することも可能な事例である。

[8] 最判平7. 6. 23民集49巻6号1737頁

AがB生命から融資を受けるに際し、Aの連帯保証人となったYの求償債権を担保するため、Aの実姉Cが自己の所有する本件不動産に根抵当権を設定した。CY間の根抵当権設定契約にはYの担保保存義務を免除する特約が付されていた。融資は2回に

28) 免責構成においても、損害賠償構成における過失相殺同様の考慮により、償還不能の一部が代位権者の行為にも起因して債権者による担保の滅失・減少にのみ帰責できない、として一部免責とすることが可能である。

分けて実行され、まず本件不動産についての根抵当権設定時にその担保価値に見合うものとして1億5000万円が、次いでA所有の不動産への追加共同根抵当権設定時にはほぼその担保価値に見合うものとして2億5000万円が貸し付けられた。Cの死亡後に、Aが追加融資分の残元利金全額を弁済し、YはCの相続人の了解を得ずに本件追加担保を放棄した。というのは、追加融資分の弁済は、本件追加担保の目的物件の売却代金によってなされ、根抵当権の放棄は任意売却への協力として行われたのであった。その後、Yは連帯保証人として第一次融資分残債務をBに弁済した。一方、Cの子の一人であるXは、右放棄の後、遺産分割又は他の相続人からの買受けにより本件不動産を取得し、Yに対して、免責の効果を主張して根抵当権設定登記の抹消登記手続を求めた。第一審（京都地判平3・11・25判時1418号117頁）は、本件根抵当権解除には故意または重大な過失があるため、Yが特約を主張するのは信義則に反し、権利濫用に当たるとして免責を認めた。これに対して、第二審（大阪高判平6・5・20金法1391号51頁）は、逆に、本件の事情から、Yが本件特約の効力を主張することは信義則違反・権利濫用には当たらないとした。

最高裁は、当該保証等の契約及び特約が締結された時の事情、その後の債権者と債務者との取引の経緯、債権者が担保を喪失し、又は減少させる行為をした時の状況等を総合して、債権者の右行為が、金融取引上の通念から見て合理性を有し、保証人等が特約の文言にかかわらず正当に有し、又は有し得べき代位の期待を奪うものとはいえないときは、ほかに特段の事情がない限り、債権者が右特約の効力を主張することは、信義則に反するものではなく、また、権利の濫用に当たらない、とした。

論点の中心は、担保保存義務免除特約の効力と、それが有効で免責が生じない場合に、第三取得者が独自に免責の効果を主張できるかであり、免責は否定された。ただ、担保保存義務免除特約がなかった場合や、それが存在しても第三取得者が担保解除前に登場した場合にも免責を否定するには、因果関係を問題にせざるをえない。すなわち、任意売却が失敗してYが根抵当権を解除することがなかったとすると、Yは4億円を債権者に弁済してAに求償することになり、その担保としてAの所有の不動産だけで

は足りず、結局X所有不動産の根抵当権も実行されざるをえない。その段階では、Xには、もはや代位行使することができる債権者の担保は存在しなかったはずである。あるいは、追加融資分の弁済により、第一次融資分1億5000万円について、Xが物上保証するだけの状態になったと考えることもできる。この場合には、Xが債務を弁済しても、代位行使できる担保は存在しない。いずれにしても、A所有不動産上の根抵当権の放棄によってXの償還不能が生じたことにはならないため、免責は認められない。

[9] 最判平8・12・19金法1482号77頁

信用保証協会Xが弁済と引き換えに求償債務の根抵当権を放棄した行為による別の連帯保証人Yの免責が問題となっているようであるが、事案の詳細は不明である。

判決を引用する。「Xのした本件の根抵当権放棄により、これをしないでGに対する弁済がされなかった場合に比べて、XのSに対する求償金債権で物的担保により満足を受けることのできないものの額がより多額になったということはできないから、Xの右行為は、金融取引上の通念から見て合理性を有するものであり、Yが担保保存義務免除特約の文言にかかわらず正当に有し、又は有し得べき代位の期待を奪うものとはいえない」。

この事例でも直接的には免責特約の効力が問題になっており、担保放棄の合理性があるため特約の効力を主張できるとされた。ただ、判決が合理性の判断に繰り込んで検討している実質は、担保放棄によって償還不能が生じていないという因果関係の問題であり、特約のない場合をも考慮すると、合理性の問題とせず端的に償還不能限度の要件の問題とする方が射程が広い。

2 若干の考察

判例・裁判例では、喪失した担保の価値の判断基準時、担保保存義務違反の成否、担保の喪失・減少の有無、担保保存義務免除特約の効力主張の是非などの論点に隠れて、償還不能限度の要件は明確に意識されていない。とりわけ近年は、担保保存義務免除特約の効力に重点が置かれ、担保の喪失・減少の合理性の有無が結論を左右する傾向にある。これは、これまでの判例が学説の状況を反映した仕方

ない結果である。しかし、特約が存在しない場合や特約の第三者に対する効力が認めにくい場合を含めると、償還不能限度の問題を他の問題に組み込んで論じるのではなく、端的に独立した要件として意識する方が生産的である。そのような目で改めて判例・裁判例を眺めると、その中ですでに実質的には償還不能限度の判断が行われており、仮説の導入は従来の判例・裁判例にも十分に受容されうるのみならず、判断過程を透明化することができる。

四 具体的設例

四では仮説命題（とりわけこれまで説明していないその(3)）を設例に即して具体化し、より明確にしよう。

1 設例²⁹⁾

設例3 SのGに対する債務（債権額1億円。利息や損害金は簡略化のため省略する。以下も同じ）を担保するため、S所有の甲地とB₁所有の乙地に共同抵当権の設定登記がされた。さらに、B₂がSの委託に基づいて、Gに対して連帯保証債務を負担した。SがGへの債務を返済できなくなった時点で、甲の時価は8000万円程度、乙の時価も4000万円程度と評価された。競売を申し立てても買受人が現れる見通しがなく、また、買受人が現れても、せいぜい時価の8割程度でしか売却できず³⁰⁾、競売費用もおおむね売却額の2%前後を要するため、債権全額の回収は困難と予想された。そのため、GはしばらくSの業績や地価の動向を見定めようとして、抵当権を実行しなかった。

GはSから懇請を受け、次のような任意売却案

を検討した。「時価の9割以上の価格で甲または乙を任意売却し、その売却代金をGへの弁済に充てる。Gは、弁済を受けて、抵当権を放棄し登記を抹消する。」

甲・乙いずれかの任意売却が時価の9割+手続費用の価格で成功した場合、この案に同意しなかったB₂は、Gから残債務額につき連帯保証債務の履行を請求された場合、担保保存義務違反を理由として何らかの権利主張ができるか。

2 通説的見解により想定される結論

本件において、B₂は、Sの1億円の債務につき連帯保証債務を締結しており、連帯保証人としてGに弁済をすれば、Sに求償できるのみならず、同時に、S所有の甲地とB₁所有の乙地上の抵当権をGに代位して行使することができる地位にあった(500条・501条5号)。Gが甲または乙地上の抵当権を放棄することは、このB₂の代位の利益を害する担保保存義務違反となる(504条)。これらの抵当権が放棄されたことにより、Sに対するB₂の求償権が無担保になってしまい、そのこと自体が、B₂がSに対する求償権を全額につき償還を受けることができなくなった限度であるとみるとすれば、Gからの保証債務の履行請求を甲・乙の時価相当額分、すなわち、甲地上の抵当権放棄の場合に8000万円、乙地上の抵当権放棄の場合は4000万円³¹⁾、連帯保証債務を免れることになろう(前掲注6の石田(喜)・我妻の見解を参照)。

以上の結論は、任意売却によって債権者が被担保債権の一部について満足を受けたか否かに左右されないため、抵当権の放棄は担保の減少に当たる³²⁾。

29) 設例3は、松岡ほか前掲注5)『民法総合・事例演習』140頁以下のⅢ-8の事例を本稿の問題に絞るため簡略化し、かつ、教育的配慮から債権額や売却額等の数字を変更したものである。

30) 執行実務においては最低競売価格の決定について、いわゆる競売市場修正という減価を行っており、時価の8割前後が標準的な競売価格である。競売による不動産の取得には一般市場での購入と異なって買受人に特有の負担があり、競売が「化粧直し」をした後に転売することを予定した一種の卸売であるとみられている。山崎敏充「不動産競売の理念と現実」民訴雑誌44号(1998年)110頁、山本弘「抵当権の効力と目的物の占有・利用」民訴雑誌44号(1998年)142頁。

31) B₂は、501条5号により1億円の半額の負担を越える5000万円につきGのB₁に対する権利を代位できるが、乙不動産の時価が4000万円であり、B₁は責任を負うが求償債務を負うわけではないので、乙不動産の価格以上の代位はできない。失った代位の利益もせいぜい4000万円分である。

32) 大判明40.5.16民録13輯519頁、大判昭13.12.17大審院判決全集6巻3号26頁。これらをこの趣旨で引用しているのは、前掲注26)の大阪地判平14.3.15。

3 仮説による結論

(1) 単純な放棄の場合

まず甲地上の抵当権の単純な放棄の場合、仮説によれば、Gが甲上の抵当権を実行しても、現実に回収可能と予想されるのは、8000万円の時価の80%から手続費用を控除した6272万円前後である。B₂は、3728万円程度の残債務について連帯保証債務を負担せざるをえず、すでにSが抵当権の実行によって甲を失っているという想定の下では、その分の求償はSの一般財産に期待するしかなかった。そうだとすると、その部分は、「甲地上の抵当権の喪失によって償還を受けることができなくなった」わけではなく、免責の対象外である。この考え方によるならば、B₂は、甲地の競売予想価格の限度である6272万円を上限として免責を受けるにとどまる。

次に乙地上の抵当権の単純な放棄の場合、仮説によれば、B₂がGに全額を弁済をした後に、Gの抵当権を代位行使して甲地を競売すれば、上記のとおり6272万円程度は回収が可能であり、その部分は、乙地上の抵当権の放棄によっても影響がないから、「その喪失又は減少によって償還を受けることができなくなった」という関係が成り立たず、免責は生じない。乙地上の抵当権の放棄によって回収が困難になったと考えられる上限は、1億円から6272万円を差し引いた3728万円以下である。この額と、現実的には乙地の想定競売代金から手続費用を控除した額の低い方を償還不能限度と考えるべきである。甲地同様に乙地から得られる金額を計算すると、4000万円の時価の80%から手続費用を控除した3136万円である。そして、501条5号によりB₁・B₂は平等の割合で主たる債務者から求償できない危険を負うと考えると、Sに甲のほかにはめばしい責任財産がないことを立証できれば、B₂は、保証債務の1568万円分の縮減を主張することが認められるにとどまる。なお、この場合に、B₁に乙のほかにはめばしい責任財産があるかどうかは関係ない。B₁はB₂に対して、抵当権の負担という責任を負うとはいっても、一般責任財産を引き当てとする求償債務は負わないからである。

(2) 任意売却に伴う抵当権放棄の場合

上述のように、Gが甲地上の抵当権を実行していたとしても、期待可能な競売代金は6272万円程度であり、Sに対する債権が3728万円残るから、B₂はなお同額の連帯保証債務を負い、Sが無資力であれば保証債務を弁済してもSからは求償ができない(せいぜい、乙地上の抵当権を実行して半額の1864万円を回収できるにすぎず、1864万円の負担となる)。

これに対して、本件提案の甲地の任意売却が成功すると、Sの残債務は3000万円になり、むしろB₂の負う回収不能の危険は低減する。この任意売却案は、むしろどの当事者にとっても利益となる。そうだとすれば、適正価額以上での任意売却のための担保権放棄は、形式的には担保保存義務に対する故意の違反に当たるとしても、それによって償還を受けることができなくなった部分が存在しないから、減免責の効果は生じない。

Gがまず乙地上の抵当権を実行していたとしても、3136万円が弁済に充てられて残債務額は6864万円になる。Gが次いで甲地上の抵当権を実行して6272万円を回収したとしても、Sの債務は592万円残るだけでなく、B₂はB₁から連帯保証債務の代位により乙地の競売代金額の1/2に当たる1568万円を取り戻される。Sが無資力であれば、この場合においても、これに592万円の1/2を加えた1864万円を、B₂は負担せざるを得ない(甲・乙の抵当権の実行順は結論に影響しない)。

これに対して、本件提案の乙地の任意売却が成功すると、Sの残債務は6400万円になり、甲地の抵当権の実行後に残る債務額は128万円となる。この半額に、B₂がB₁から乙の任意売却代金の半額である1800万円につき連帯保証債権を代位行使されれば、B₂の負担は1864万円となる。すなわち、この場合も、この抵当権放棄によって償還を受けることができなくなった部分が存在しないから、減免責の効果は生じない³³⁾。

33) なお、B₁・B₂の無資力危険負担額は、上述のように乙地の任意売却の成否には(そしてその額によっても)影響されない。一見奇異なようであるが、債務者所有の甲地の任意売却の場合と異なって、任意売却によって債務者の財産が増加するわけではなく、その額は多寡に関係なく債務者から求償されるべきものだからである。

(3) 仮説命題(3)への批判³⁴⁾と反批判

前掲注26の大阪地判平14. 3. 15は、この点を論じる唯一と思われる判決である。任意売却価額と競落価額との差額については、極度額の減少を認めるべきではないとの主張に対して、次のように述べる。「一般に、不動産競売による売却価額に比し任意売却価額の方が高額であるとしても、常に任意売却によった場合の方が高額で売却し得るとは限らないし、当該不動産につき具体的に想定される競落価額を適正に算定することも困難である。／また、任意売却を行うことに債権者が同意し、これに協力したとしても、任意売却は債権者のみによって行われるものではないから、仮に競落価額を適正に算定し得るとしても、この価額と任意売却価額との差額を全て任意売却に同意した債権者に帰属させるべき理由はなく、他方、具体的事案ごとに、関係者の任意売却に向けた努力を評価して、上記差額の帰属主体、帰属割合を決するのは著しく困難である。／結局、任意売却がなされた不動産の価値を判断するには、実際の売却価額を基準にせざるを得ない」。

たしかに任意売却が常に適正に競売より高額で行われるとは限らず、有効性のチェックは必要だが、任意売却をするかしないかの関係者の判断は、経済合理性に裏付けられることが多いため、任意売却額は自ずから競売価格よりも高くなる傾向にある。他方、想定競落価格を適正に算定することが困難だと

言ってしまうと、担保喪失の場合の免責額が算定できなくなる。鑑定評価・統計的数値・経験則などによりより確からしい額を認定するしかない。また、差額が任意売却に同意した債権者にのみ帰属するかのような前提は誤っている。債務者や物上保証人は債務や責任額を圧縮することができ、担保権の負担も減るため間接的に一般債権者にも利益となりうる。帰属主体や帰属割合を厳密に論じる必要はそもそもないと思われる。

五 おわりに

本稿の主張する仮説は、立法時に考慮されていたものの忘れられていた要件を再認識するものであり、比較法的にも支持されうる考え方に基づく。そして判例・裁判例においても、償還不能限度という考え方は実質的にはすでに考慮されており、この仮説によってより合理的な結論を導くことが可能である。従来の実務は、この要件を忘れて504条を必要以上に不合理な規定と解し、担保保存義務免除特約の重用を招いた。そのうえ、さらにその制限的解釈や派生的な問題をめぐって過度に複雑な議論が展開しているように思われる。本稿の主張する仮説によれば、担保保存義務の幻に必要以上に怯えることはなくなる。

(まつおか・ひさかず)

34) 任意売却処分の一般的な問題点の指摘は、辻・前掲注3) (1) 民法59条1号157頁以下、とくに166頁以下。本稿は、紙幅の関係で、償還不能限度との関係に絞って論じ、この点への応接には別の機会を持ちたい。