

担保保存義務に関する一考察

——民法第五〇四条の立法過程を中心に——

辻 博 明

- 一 はじめに——問題設定
- 二 現行民法の審議過程——条文の位置・構成・免責方式・免責対象者・担保の時的範囲
- 三 旧民法・ポアソナード民法草案——条文の位置・構成・免責方式・免責対象者・担保の時的範囲
- 四 むすび——問題点の整理・継続的取引の視点から
 - (1) 修正・変更点
 - (2) 制度の位置付け
 - (3) 制度設計の特色——要素の抽出とその組合せから
 - (4) 背景

一 はじめに——問題設定

銀行などからまとまった額の融資を受けようとする場合、通常は（巨大企業の場合は別として）、抵当権の設定とともに保証人などを求められるはずである。これによって、金融機関は、主債務者の返済が滞ったときでも債権回収が確保されることになる。ところが金融機関は、一見して自らにとって不利とも思える行動をとることがある。

たとえば、貴重な担保を解除したり、元の担保より評価の低い担保に差替えたりすることがある。金融機関のこのような行為は、金融実務の現場経験のない者にとっては理解しにくいことである。

そこで、この問題の背景を、一例を挙げて考えることにする。たとえば、経営者が新たな事業計画を実行しようとする、新規の融資を受ける必要が生ずる。その時仮に、先に受けた融資の返済がある程度進んで債務残高が減っていたとする。そうになると、当初設定した担保に余裕が出てくることになる。このような場合に、余裕の見られる担保を一部解除し、それを新規融資の方に回す場合がある。これによって金融機関は、融資の需要に対応でき、担保の有効活用ができるようになるのである。

ところがその一方で、金融機関は深刻な懸念を抱えることになる。うっかり担保の変更に応ずると、担保保存義務（民第五〇四条）に違反し、保証人などから免責主張されるのではないか、という危惧である。そこで実務では、担保保存義務を免除する特約が一般になされている。

さてそれでは、担保の解除や差替えの問題を法的に捉え直すと、その「根底」にはなにがあるのだろうか。金融取引は、長期間継続する。つまり、継続的取引がベースとなる。そうであるならば、時間の経過にもなつて、融資契約締結の当初とは異なる状況が発生し、当事者を取りまく事情は刻々と変化することになる。つまり、ある一時点の断面を切り取って判断できる性質のものではなく、様相を取り込んだ判断・論理が必要となる。問題は、わが国における担保保存義務制度（民第五〇四条）が継続的取引に十分に対応できる制度設計がなされているかという点である。否というのが、一般的な見方ではないだろうか。実務の現場で担保保存義務免除特約がなされているのがその証拠である。

しかし残念なことに、担保保存義務の免除特約による対処にも問題がある。たとえば、債権者と債務者との間に担保保存義務の免除特約があり、債権者が担保の解除を行った後に、債務者から抵当不動産を取得した第三取得者

は、この免除特約の効力を承継するか。判例・学説は免除特約の効力の承継を認める。この結論をとる背景には、免除特約が実務現場で果たしている機能への配慮があると思われる。しかし、その法的構成において、判例・学説は苦慮している。というのは、民法理論・原理にまで戻って考えるならば、免除特約は当事者の契約であり、第三者効はないからである。

【問題の設定】

このように、わが国における担保保存義務制度（民第五〇四条）には、免除特約の設定によってもクリアーできない障壁があることが窺える。制度設計になにか根本的な問題があるように思われる。そこで、担保保存義務制度の導入過程にまで戻って、制度設計のどこに問題があるのかを検証し直すことにする。もし免除特約なしに継続的取引に対応できる制度設計があるのであれば、それが最も望ましいからである。そこで以下では、次の問題点を中心に考察することにする。

- ① 立法者が頭に描いていた制度設計はどのようなものであったのか、それは継続的取引に対応しうる制度であったのか、立法者の理解にはなにか「見落とし」はなかったかが問題となる。これは制度の原理的部分に関わる問題である（検討の方向性）。
- ② 具体的には、(i)条文の位置・構成、(ii)裁判所への免責請求の要否、(iii)免責対象者、(iv)担保の時的範囲の四点を中心に、その変更過程を辿ることにする。というのは、現行民法第五〇四条が誕生する過程で、制度の根幹に関わる部分（(i)から(iv)の四点）に手加えられているからである。これらの変更が制度の「性質」にどのような影響したかを検討する必要があると思われる（具体的検討項目）。

二 現行民法の審議過程——条文の位置・構成・免責方式・免責対象者・担保の時的範囲

(1) 条文の位置・構成 本条(原案第五〇二条¹⁾)は、旧民法においては債務免除(財第五二二条)、保証・連帯債務・不可分債務(債担第四五条・七二条・九一条二項²⁾)の所に別々に規定されていたが、富井委員は、これはいずれの場合も代位を妨げたという制裁にほかならないとして、代位の所に置くことにしたと説明している³⁾。この点について、修正案理由は、各部に散在し不完全に重複していた規定を代位の所に「一括」したと述べている⁴⁾。ドイツ民法草案や参照の外国法においては保証について規定を設けているが、連帯債務者・不可分債務者にも適用してよいと思つたとしている⁵⁾。

(2) 裁判所への免責請求の要否 旧民法は「免責ヲ請求スルコトヲ得」とし裁判所に免責を請求する方式をとる、当然には免責は得られないとしていた。その理由は、債権者が担保を喪失または減少してもそれによって代位の権利を妨げることにならない場合があるからである。その例として、非常に後順位の担保であつて担保があつてもなくても同じような場合や、担保が減少した場合でも残りが充分の担保であるときは、当然に免責されることになつては不都合である。それゆえ、裁判所に請求して裁判所がその事情をよく調べて免責の可否を判断するとされている。富井委員は、旧民法の右規定はこのような精神であろうと思つたとしながら、しかしこの点について、いちいち裁判所に請求するのは極めて煩わしいとして、きつぱりと「償還ヲ受ケルコト能ハサル限度ニ於テ其責ヲ免カル」と規定した方がよいと思う。ドイツ民法草案において、保証に関してほぼ似た規定があるとしている⁶⁾。この点について、修正案理由は、担保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つたことが確実である以上、その不能の限度において直ちに免責の結果を生ずべきとした、と説明している⁷⁾。

(3) 免責対象者

富井委員の説明によると、ドイツ民法草案の保証の所に本条と似た規定があるが、本条はそ

れを広くしたものである。参照の外国法は保証について本条のような規定を置いていないものが多いが、保証だけでなく、連帯債務、不可分債務についても適用してよいと考え、旧民法にならって「代位ヲ為スヘキ債務者アル場合ニ於テ」とした⁸⁾、とされる。この点について、長谷川委員から、原案第四九七条により代位するのは「利害ノ関ヲ有スル者」と広い規定になったが、これまでの文例によると債務者の中には保証人は含まれないのではないかと、という質問がなされた。これに対して、富井委員は、保証人は債務者の中に入るが、物上保証人は債務者ではないので除いてよいとしたが、梅委員は、物上保証人については保証の規定を準用するつもりであると答えている。次に、算作議長から、「代位ヲ為スヘキ者」ではないか、という質問がなされた。これに対して、梅委員は、そうすると第三取得者もなにもみな入ってしまう、と答えている。長谷川委員は、「第四百九十七条ノ規定ニ依リテ代位ヲ為スヘキ債務者又ハ自己ノ財産ヲ以テ他人ノ債務ノ担保ニ供シタル者」とする修正説をだしたが、梅委員は、そうすると「責ヲ免カル」とは言えないとし、物上保証人については準用することになると答え、原案通り可決された。¹⁰⁾

ところが、現行民法第五〇四条においては、「代位ヲ為スヘキ者」と改められている。この点に関して、富井委員は、整理会において、これは「債務者」という辞が少し狭すぎると思ったとし、保証人も物上保証人も入るつもりであったが、それを債務者というのは少し無理だろうと思う、と説明している。そして、第三取得者についても適用があるとはほとんど想像ができないとし、それでこのように広く改めただけである、としている。¹¹⁾

(4) 担保の時的範囲

免責対象者の債務負担後に設定された担保が含まれるのかどうかに関して、井上委員か

ら次のような質問がなされた。すなわち、たとえば、保証人が保証契約を締結した後、質権または抵当権などが設定され、それを債権者が故意または懈怠によって喪失または減少したような場合には、本条は適用されないと考え、文言上は区別されていない以上はやはり適用されるのか。ただこの場合には、保証人は保証契約後に第三者が

設定した質権や抵当権については少しも期待していないのではないかと。これに対して、富井委員は、期待していないから保護するには及ばないとして明文規定を設けるのも一つの説であるが、本条では広く規定したので適用されるつもりであると答えている。

岡 続いて、井上委員は、そうすると旧民法とは実質が異なっているように思うがそれはどういふことなのか、と質問している。これに対して、富井委員は、旧民法はそういう区別をしていないと答えたのに続いて、梅委員は、ボアソナード氏の説明にそのことが大変論じられてあるとし、フランスには担保提供の前後によって区別する説があるが、そうはいかないとする。なぜなら、はじめは期待していなくても、後に担保ができると安心をして期限が来ても催促をしなかったり、債務者が債権者からさらに長い期限を受けてもそれに対して保証人が異義を唱えないというように、保証人がそれについて債務者に一層信用を増すことになるからである。それゆえ、債権者が故意または懈怠によって担保をなくした場合には、保証人は免責の権利を受けるのが当然である、として可決されている。¹²⁾

三 旧民法・ボアソナード民法草案——条文の位置・構成・免責方式・免責対象者・担保の時的範囲

以上のように、現行民法第五〇四条の審議過程を経て、旧民法の規定の位置・内容がかなり変更されていることが分る。そこで以下では、旧民法における規定の位置・内容を分析し、さらにボアソナード民法草案における変化（初版↓第二版↓新版）を分析することにする。条文の位置・構成、免責方式・免責対象者・担保の時的範囲を中心に分析することにする。

(1) 旧民法財産編第五一二条

同条は、「債権者ノ質又は抵当ノ抛棄ハ其債権ヲ減セス然レトモ連帯債務者又ハ保証人ハ其抛棄ニ因リテ此等ノ担保ニ代位スルコトヲ妨ケテレタルカ為メ債権担保編第四十五条及ヒ第七十二条ニ依リ債権者ニ対シテ自己ノ免責ヲ請求スルコトヲ得」とされる。

同条は、その位置を見ると、財産編第二部「人権及ヒ義務」第三章「義務ノ消滅」第三節「合意上ノ免除」中にある。その位置から見ると、免除の効果としての一般的な場所にある規定である。免責対象者には保証人と連帯債務者が想定されており、該当する各論規定がそこで引用されている。現行民法のように法定代位権者全般にまで拡大されていない。また、放棄された担保の時的範囲を限定する文言、つまり保証契約や連帯債務契約の締結時後に設定された担保を除外する文言は見られない。ただし、当然免責ではなく免責請求方式をとっていることが分る。

次に、同条に至る審議過程をさらに遡って分析する。まず、ボアソナード民法草案第五三四条は、初版・第二版においては、「債権者の質権または抵当権の放棄は、債権自体を減少させない。しかし、保証人が義務を負うに際してその担保への代位を期待していたことを証明するときは、その放棄は、保証人に債権者による自己の免責を請求する権利を付与する」とされていた¹⁴。条文の位置は、旧民法と同様である。しかし、免責対象者は保証人中心の設計であることが分る。しかし、取調委員会での原案およびボ民法草案・新版においては、連帯債務者も免責対象者とされている¹⁵。さらに注目すべき点は、当初においては、担保が保証契約締結時にすでに存在し代位が期待できることが、前提とされていた。つまり、ボアソナードは、担保への代位の期待を保護する観点から、担保の時的範囲を限定していたことが分る。ところがこの点について、取調委員会において日本人委員から強い異議がだされ、ボアソナードは保証契約締結の前後で区別する案を取り下げている（ボ民法草案・新版）。一旦得た代位権は債権者の行為によって奪われることはないとして、ボアソナードの当初の意向とは異なる設計に変更された¹⁶。なお、免責請

求方式がとられている点について、ポ民法草案の初版・第二版では、代位への期待を証明することを前提としていたため、期待の証明の必要性和関係付けて説明されている。¹⁷⁾ 新版においては、後順位の担保の場合や担保の差替えをしても影響のない場合があるとし、このような場合には裁判所の判断を要すると説明している。¹⁸⁾

(2) 旧民法債権担保編第四五条

同条は、「債権者カ故意又ハ懈怠ニテ保証人ノ其代位ニ因リテ取得スルコトヲ得ヘキ担保ヲ減シ又ハ害シタルトキハ総テノ保証人ハ債権者ニ対シテ自己ノ免責ヲ請求スルコトヲ得保証人ノ引受人ハ保証人ノ權利ニ基キ右ノ權利ヲ援用スルコトヲ得」、とされる。

同条は、債権担保編第一部「対人担保」第一章「保証」第三節「保証ノ消滅」に規定されている。その位置からも分るように、免責対象者は保証人である。放棄された担保の時的範囲を限定する文言は見られない。また、当然免責ではなく免責請求方式をとっていることが分る。

次に、ポアソナード民法草案を見ると、第一〇四五条は「債権者が故意または懈怠により保証人の代位によって取得することができた担保を減少しまたは危うくしたときは保証人は債権者に対して自己の免責を請求することができる。すべての保証人は区別なくまた副保証人は保証人の権利に基づいて右の権利を援用することができる」、とする。条文の位置は、旧民法と同様で保証の消滅の所である。しかし、同条においては、すでに同民法草案の初期の段階（第二版）から担保の時的範囲を限定する文言は削除されている。これは先の紛糾（ポ民法草案第五三四条と密接に関連する法定代位（第五〇五条）の審議におけるポアソナードと日本人委員との対立（先述(1)）、つまり担保を保証締結の前後で区別するか否かの論争の結果が波及している。なお、免責方式については、免責請求方式がとられている。その理由付けは、債権者の懈怠について争いとなることがあるため裁判所に請求することにしたとされてい

る。²¹⁾

(3) 旧民法債権担保編第七二条

同条は、「債権者カ連帯債務者ノ一人ヨリ供シタル担保ニシテ他ノ債務者ノ弁済シテ代位スルコトヲ得ヘキモノノ全部又ハ一分ヲ毀損シ又ハ滅失セシメタルトキハ他ノ債務者ハ其担保ヲ供シタル者ノ部分ニ付キ連帯ノ義務ヲ免カレント請求スルコトヲ得右ノ請求ニ因リテ宣告シタル免責ハ連帯ノ任意免除ト同一ノ効力ヲ有ス」とされる。

同条は、債権担保編第一部「对人担保」第二章「債務者間及ヒ債権者間ノ連帯」第三款「債務者間ノ連帯ノ終了」中に位置する。免責対象者は連帯債務者であり、免責請求方式をとっていることが分る。

ボアソナード民法草案第一〇七三条の注釈によると、²²⁾ 保証の場合にはその免責範囲が全額となるが、連帯債務の場合には本質上その負担部分であり異なるとして、保証と連帯債務の所に各々規定を設けたと説明されている。これは、保証と連帯債務に共通の原則規定（先述第五三四条）があるが、保証と連帯債務との相違点を考慮して設けられた規定であるとされる。

(4) 旧民法債権担保編第九一条第二項

同条は、「債権者カ不可分ニテ義務ヲ負ヒタル債務者ノ代位ニ因リテ得ルコト有ル可キ担保ヲ滅失セシメ又ハ減少セシメタルトキハ其債務者ハ債権者ニ対シテ第七十二条ノ免責ヲ援用スルコトヲ得」とされる。

同条は、債権担保編第一部「对人担保」第三章「任意ノ不可分」中の規定である。不可分債務者が免責対象者であり、連帯債務の場合に従って免責を請求することができるとしていることが分る。

ボアソナード民法草案第一〇九五条においても、債権者は、不可分債務者にとって必要な法定代位を危うくした

場合、保証や連帯債務の場合と同様に責めを負うのは当然で正当であるとして、第一〇七三条（連帯債務の規定）の援用を認めている⁽²⁸⁾。免責対象者の拡張を不可分債務者まで認めている。

四二

四 むすび——問題点の整理・継続的取引の視点から

以上の考察から、立法段階における担保保存義務の制度設計の変更とその背景が浮び上がった。そこで最後に、本稿の考察目的である問題点（先述①②）を中心に、継続的取引の視点から、整理することにする。

(1) **修正・変更点** 担保保存義務制度は、沿革的には保証にルーツがあり、比較法的に見ても保証人中心の制度である。ところがわが国においては、免責者の範囲が極めて広い。まず法典調査会では当初、保証人に加えて連帯債務者・不可分債務者に適用してよいと考え、旧民法にならって「代位ヲ為スヘキ債務者」が免責対象者とされていた。ところが、その後の審議の過程において、「代位ヲ為スヘキ者」と改められ、免責対象者の範囲がさらに拡大することを予期させる質疑応答がなされている（第三取得者がその例である）。ポアソナード民法草案・旧民法においては、保証・連帯債務・不可分債務のところ個別に規定されていたのを、現行民法においては、弁済者代位のところで一括して規定することになる（条文の位置・構成）。条文の位置・構成が変更され、担保保存義務制度は弁済者代位制度を裏から支える制度と位置付けられることになり、保証人中心の制度という原理部分の理解は極めて希薄となる。

次に、旧民法においては、免責を主張するには免責請求する方式がとられていた。ところが、現行民法においては、当然免責型に変更されている。当然免責方式によると、第五〇四条の要件に該当しさえすれば、免責主張をしなくても免責効果は即発生することになる。代位を阻止したことへの制裁的な効果ととらえられている。しかしこ

れでは、免責を欲しない者にも免責効果が発生することになる。

保存すべき対象となる担保の時的範囲については、ボアソナードの原案では、保証契約締結時にすでに存在した担保だけを想定していた。これは、契約時に存在する担保への代位の期待を重視した制度設計である。ところが、その後の審議過程において、時的範囲が広げられ、契約締結後に設定された担保も対象とされるに至っている（ボアソナードと日本人委員の対立）。旧民法における担保保存義務制度は代位への期待保護の色彩が強かったのに対して、現行民法の審議過程においては代位阻止への制裁の色彩が強調されている（原理的・位置付け部分の変更）。免責効果を制裁として絶対的に捉える方向に向うことになる。そのため、第三取得者が出現すると、免責効果の承継問題（先述二）を抱えることになる。

(2) 制度の位置付け 問題は、継続的取引に対応する制度として位置付けられていたかである。時間の経過にともなう事情の変化に対応しうる制度かどうかネットワークとなる。継続的取引においては、時間の経過にともなって担保を動かす必要が生ずる。免責対象者が広がり過ぎると、債権者は担保を動かすことが難しくなる。第三取得者の問題も生じ、制度設計上無視できない点である。現に、諸外国では免責対象者を絞り込んでいる。

ボアソナードは、一貫して裁判所への免責請求方式をとっている。その原理部分は、現在においても学ぶべき視点があると思われる。というのは、後順位の担保の場合には、担保を動かさなかったとしても、元々代位が期待できないケースもあるはずである。また、担保の差替えにしても、代位に影響しない場合もあるからである。慎重な判定が必要な場合があるため、免責の適否について裁判所に判断を求めることにする。このような発想が背後にある。その後の立法過程において、免責請求方式から当然免責主義に変更されたが、ボアソナード民法草案の制度設計の背後にある原理部分をどの程度理解した上で修正だったのであろうか。

現行民法の審議過程において、代位への期待保護の側面よりも制裁面を前面に出す方向性が見られる。免責効果

は絶対的・確定的に解されることになる。現に、担保の全部を喪失した場合の免責額決定の基準時は、担保の喪失が確定した時と解されている(判例)。しかしこれでは、担保喪失後の担保物の価格変動などの事情に対応しにくくなる。客観的にみて実行されるべき時の担保物の価格相当分が代位できなくなり損失を被っているのであるから、免責額決定の基準時は、喪失または減少された担保が客観的にみて実行されるべきであった時である(同旨・我妻栄・債総二六八頁)。実行すべき時は、債権者の注意義務で決まる。この義務は、債権者が信義則上負う注意義務の一つ(西村・星野)、損害軽減義務、ドイツ法における *Obliegenheit* とみることができる。²⁶⁾

旧民法における担保保存義務は、保証人などの人的担保のところに規定されていた。富井委員と梅委員は、第三取得者にまで免責対象者を拡大する気はなかったようである。²⁷⁾ところが、その他の委員には曖昧な理解が残り、その後の学説・判例の解釈は第三債務者にまで拡大することになる。これは、担保保存義務の規定が弁済者代位のところに一括して規定されることになり、免責対象者の範囲が法定代位権者全般にまで広げられたからである。問題は、保証人以外の法定代位権者が、免責対象者として保証人と同等・並列的な法的地位に立つことである。というのは、債権者は、保証人だけでなく法定代位権者全体に対しても高度の注意義務を負わなければならないからである(法定代位権者の「類型化」と担保保存義務の内容・程度の「段階化」が必要となる)²⁸⁾。さらに、担保の時的範囲も拡大している。保証人などが契約を締結した後設定された担保の保存も必要とする修正を加えている。修正が重ねられたことによって、少しでも担保を動かすと免責効果が即時に発生する制度に変更されていったことが分かる。

(3) 制度設計の特色 ― 要素の抽出とその組合せから 立法過程において修正が重ねられてきた現行民法第五〇四条は、どのような特色を有するのであろうか。現行制度の特徴的な要素を抽出し、その組合せを分析することにする。

担保保存義務制度（第五〇四条）の要件から特徴的な要素を抽出すると、①当然免責主義に変更されたため、免責の必要性があるかを判定する裁判所の裁量の余地がなくなったこと、②母法（仏独法など）と異なり、免責対象者は保証人以外にも広げられており、審議過程において第三取得者にも拡張する下地ができたこと、③保存すべき担保の範囲が拡大されたこと、たとえば保証契約の締結後に設定された担保を動かした場合も免責を認めることにしたこと、④担保解除・差替の必要性・合理性は考慮要素とされていないこと、⑤求償権の行使結果は考慮されていないこと、が分る。その効果を分析すると、審議が進むにつれて、免責の制裁としての側面が前面に押し出されていく。その結果、ある時点で一旦免責効果が生ずると、その効果はその時点で確定的となる。その後第三債務者が現れると、免責効果の承継が問題となる。

次に、これらの要素の「組合せ」を見ると、興味深い。要件が内包する要素①②③④⑤は、債権者が少しでも担保を動かすと免責を生じさせる作用を有する組合せになっていることが分る。免責は、ある一時点で確定し、その後の変化する事情は考慮されない。

フランス法ベースの旧民法をドイツ民法草案を参照して修正したとされるが、審議の過程において制度の核心に関わる重要な要素を見落としたのではないか。母法とは異なり、免責対象者が保証人に限定されておらず、免責対象者の範囲が極めて広がっている。そのため、第三取得者も免責対象に入ってくるようになった。しかも、当初の原案には見られた免責を「抑制」する装置（免責請求方式・保全すべき担保の範囲の絞り込み）が審議過程で取り払われており、免責が容易に発生する設計に変更されている。比較法的にみても、この点は明らかである。

(4) 背景 それではなぜ、このような設計になったのであろうか。立法当時において、契約関係の時間的経過に伴う担保の増減や当事者の入れ替わり・属性の変化など諸事情の変化への対応が念頭にあったのだろうか。この点はかなり疑問である。継続的・長期的取引に対応する視点はなかったのではないだろうか。母法の制度には当

然ある核心部分に変更が加えられている。

現に、ボアソナードと日本人委員との見解の違いから、審議が想像以上に紛糾した場面も見られる（たとえば「保
存すべき担保の範囲」）。最終的にはボアソナードが妥協して終わっているが、不満を残したようである。²⁹ 両者には、
原理部分の理解にズレがあったように思われる。背景にあるのは、制度の表層的な比較だけでは分らない原理部分
の理解ではないかと思われる。

- (1) 原案第五〇二条は「第四百九十七条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テ償還ヲ受クルコト能ハサル限度ニ於テ其責ヲ免カル」とさ
れている。なお、「右ノ債権者」とあるのは「債務者」とすべきところの誤りであると思われる。
- (2) 旧民法の規定については、後述三を参照されたい。
- (3) 法典調査会民法議事速記録・三（日本近代立法資料叢書3、昭五九）三三三六頁。なお、債権者とは契約関係のない第三者取
得者や後順位抵当権者に対する関係でも債権者に担保保存義務を課した点について、担保保存義務の理論的な根拠よりも簡明
さの要請を重視したとする指摘がある（福田誠治「担保者相互間における求償とその求償期待の保護——負担分配において、
精確な意味での均衡を探究することは公平に合致するか——」（西村重雄・児玉寛編『日本民法典と西欧法伝統』（平一一）
四五七頁）。筆者も同感である。立法者は、代位による求償の問題と担保保存義務制度の問題の「質的な違い」を見落とした
と思われる。「制度の位置付け」の核心に関わるポイントである（後述四(1)(2)）。
- (4) 民法修正案理由書・第四九〇条。
- (5) 法典調査会民法議事速記録・前掲注(3)三三三六頁。
- (6) 同右・三三三六頁。
- (7) 民法修正案理由書・第四九〇条。
- (8) 法典調査会民法議事速記録・前掲注(3)三三三六頁。
- (9) 同右。
- (10) 法典調査会民法議事速記録・前掲注(3)三三三六—三三三八頁。
- (11) 法典調査会民法整理会議事速記録（日本近代立法資料叢書14、昭六三）二六七頁。

- (12) 法典調査会民法議事速記録・前掲注(3)三三七—三三八頁。
- (13) 現代法制資料編纂会編・明治旧法集(昭五八)財産編九九頁。
- (14) Boissonade, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon*, tome 3, première éd., 1882, p. 666; *idem*, tome 2, 2^e éd., 1883, p. 646.
- (15) 法律取調委員会民法草案財産取得編再調査案議事筆記(日本近代立法資料叢書11, 昭六三)三六二頁。Boissonade, *op. cit.*, tome 2, nouvelle éd., 1891, p. 706.
- (16) 法律取調委員会民法草案財産編人權ノ部議事筆記(日本近代立法資料叢書9, 昭六二)一五頁以下、法律取調委員会民法草案財産編中用取権ニ関スル議事筆記(日本近代立法資料叢書9, 昭六二)一一二頁以下(第五〇五条の審議での紛糾)。
- Boissonade, *op. cit.*, tome 2, nouvelle éd., p. 727 note (2), なお、この紛糾については「玉樹智文」史料・債権総則(四六)「民商九六卷二号二六四頁(昭六二)の分析が詳細である。
- (17) Boissonade, *op. cit.*, tome 3, première éd., p. 667; *idem*, *op. cit.*, tome 2, 2^e éd., p. 664.
- (18) Boissonade, *op. cit.*, tome 2, nouvelle éd., p. 727.
- (19) 現代法制資料編纂会編・前掲注(13)債権担保編九頁。
- (20) Boissonade, *op. cit.*, tome 4, 2^e éd., 1889, p. 93; *idem*, *op. cit.*, tome 4, nouvelle éd., 1891, p. 98.
- (21) 第一〇四五条は「懈怠の場合にのみ適用される」を明記しよう(Boissonade, *op. cit.*, tome 4, 2^e éd., p. 99; *idem*, *op. cit.*, tome 4, nouvelle éd., p. 104)。
- (22) 現代法制資料編纂会編・前掲注(13)債権担保編一四頁。
- (23) Boissonade, *op. cit.*, tome 4, 2^e éd., p. 152; *idem*, *op. cit.*, tome 4, nouvelle éd., p. 159.
- (24) 現代法制資料編纂会編・前掲注(13)債権担保編一七頁。
- (25) Boissonade, *op. cit.*, tome 4, 2^e éd., p. 180; *idem*, *op. cit.*, tome 4, nouvelle éd., p. 190.
- (26) 辻博明「わが国における義務研究の到達点——オンプリーケメント(Obliegenheit)を中心に——」名城五三巻四号一三頁以下、二六頁以下(平一六)。
- (27) 第三取得者について同様の指摘をするものとして、高橋眞「債権者の担保保存義務に関する一考察(上)」龍法二七巻三号五九頁(平一六)(求債権と代位の研究(二三三頁(平八)に所収)がある。また、第三取得者に関して、高橋教授による次のような指摘がある。旧民法においては物上保証人・第三取得者も債務を負担するものとされていたが、現行民法においてはこれを改めている。しかし第五〇四条の効果としての「責ヲ免ル」がそのままであるため、物上保証人・第三取得者は当然にはこ

の効果に適合せず、物上保証人については質権・抵当権の箇所で準用すべきものとされている。これを見ると、立法の時点では、「責ヲ免ル」の表現は、第五〇四条の適用資格者の範囲に一定の限界があるものと解されていたことを反映するもののように思われる、とされる。ところが、その後の解釈はそれとは異なり拡大し、そのような限定的な意味が希薄となる。

(28) 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——」名城五〇巻別冊二六三頁

(平一三) (法定代位権者の「類型論」)。

(29) ボアソナードにとって不本意な妥協であったこと、日本人委員(今村委員)からの反駁による修正であることが、残された記述から窺われる (Boissonade, op. cit., tome 4, 2^e éd., p. 83; idem, op. cit., tome 4, nouvelle éd., p. 87)。