

担保保存義務に関する一考察

——判例・学説の推移(四)——

辻 博 明

- 一 はじめに——問題設定
- 二 初期の判例・学説——動揺期
中期(大正・昭和初期)の判例・学説
——間接義務概念の導入・制度の位置付けの対立・民法第三九二条との交錯・特約論の登場・その他
(以上本誌五六卷二号)
- 三 「間接義務」概念の導入——ドイツ法の注入
(1) 制度の位置付けの相違——柚木説と西村説を中心に (以上本誌五六卷三・四号)
(2) 民法第三九二条二項との制度的交錯——複雑化の新たな要因
(3) 担保保存義務の免除特約論
(4) その他の問題点
(5) 小括——判例・学説の大枠形成 (以上本誌五七卷一号)
(6) 後期の判例・学説——企業法務の展開、判例・学説による制度の微調整
- 四 特約論の重点化——議論の座標軸の変換
(1) ① 変化の背景
② 特約論の過熱化とその背景
(i) 免除特約の「空洞化」現象——金融実務の危機感
(ii) 負担割合の特約——信用保証協会による求償権の確保、民法第五〇四条の免責範囲への波及
(iii) 一部有力説の主張——新たな視点の劣勢
(ii) 担保保存義務の免除特約の解釈——鈴木(緑)説

- (ii) 共通担保条項の問題点——清水(誠)説
- (iii) 債権者の注意義務と信義則の視点——星野説 (以上本号)
- (2) 要件の「不確定要因」——判例・学説・金融実務家の主張からの抽出
- (3) 議論の擦れ違いとその背景——法的思考の視点から
- 五 最近の判例・学説の動向とその到達点
- 六 むすび

四 後期の判例・学説

——企業法務の展開、判例・学説による制度の微調整

(1) 特約論の重点化——議論の座標軸の変換

① 変化の背景

先に見たように(先述三)、担保保存義務に関する議論は、大正・昭和初期においては、担保保存義務制度(民法第五〇四条)を正面に据えた解釈論が中心であった。特に、柚木博士と西村博士の主張に見られるように、義務論および制度の位置付けに関する議論が活発になされたといえる。ところが、昭和三〇年代から、その議論の焦点は担保保存義務の免除特約の解釈論に移る。昭和四〇年代以降は、その傾向が鮮明となる。いわば、議論の座標軸が変換したといえる。変化の背景には、なにかあったのであろうか。

当初の銀行の融資関係の約定書は、各銀行がそれぞれ作成しており、その内容や表現も不統一であったようである。ところが、その後それまでの方針を転換し、共通約款を作成することになり、全国銀行協会連合会から銀行取引約定書ひな型が発表されるに至る(昭和三七年)。金融実務の専門家によると、同一顧客が数行と取り引きするよ

うになり、共通の約定が望まれ、また、その方が銀行にとっても便宜であったこと、さらに、銀行の約定書は一方的であるという批判がでたことなどが関係しているとされる。

問題は、特約の意義が重視され、銀行取引約定書の統一化の契機となつた最大の要因がなにかである。それは、銀行と国との間での差押えと相殺をめぐる訴訟である。事案は、訴外A会社はY銀行に定期預金債権を有していたが、A会社は国税を滞納していたため、X(国)は、これを徴収するため、先の定期預金払戻債権を差し押さえ、その通知書がY銀行に送達された。これに対して、Y銀行は、それまでに手形割引によりA会社から取得した約束手形と同額の債権を自動債権として、先の定期預金払戻債権と相殺した。その通知は差押え後にA会社に到達した。Xは相殺の効力および相殺残額を争い、預金返還を求めて、Y銀行に対して提訴した。第一審では、相殺に際してY銀行が手形を交付・呈示しなかつたことを理由に相殺の効力を否定してXを勝訴させたので、Y銀行が控訴した。第二審では、差押え前に、慣習に基づき割引手形の買戻請求権が行使され、それを自動債権とし、弁済期未到来の定期預金債権との相殺の意思表示がなされた場合、差押え前において相殺適状にあったとすべきであるから、相殺は、それをもって差押債権者に対抗できるとし、Y銀行側の主張が結果的に大部分認められた。

問題を整理すると、本件では、国税債権に基づく預金債権差押前に、各手形について買戻しの請求がなされていたため、買戻請求権が発生しており、Y銀行は、差押え前に取得した自動債権である買戻請求権をもってする定期預金との相殺を、差押債権者Xに対抗できた。本件事案では、幸いにして、差押えの直前に買戻請求がなされたこと認定されたため、Y銀行は民法第五十一条の制約(支払の差止めを受けた債権を受働債権とする相殺の禁止)を免れた。つまり、少し事実関係が異なれば結論が変わる非常に微妙なケースであったといえる。差押え前に、買戻請求の意思表示なしに買戻請求権が発生させることができれば銀行側は非常に有利となるが、第二審判決は、特約によって何らの通知を要しないで相殺することができる旨の約定は無効であるとしている。買戻しの効果が当然に発生する

ものとするには限界があり、これでは銀行は相殺を当てにできない。

本件は、争点の多くが民商法に明文がなく、契約条項ないし慣習に委ねられ、従来判例の確立していなかった問題を含み、銀行取引の将来に重大な影響を及ぼすものであった。第二審判決は、一審判決後の議論などを慎重に検討し、銀行側のあまりにご都合主義的な解釈を厳しく批判しつつも、他面において、経済的需要に対して配慮を示した判決である。第二審判決が維持される限り、金融業界は一応その伝統的慣習の動揺を免れるが、経済事実に対する正確公正な法的判断の修練や不完全な約定書の整備など、今後に残された問題はなお少なくないとの指摘がある(西原コメント)。また、買戻しの効果の発生について、銀行の意思表示をまたずに当然にこれを発生させるものとする³ことに、格別の実益を認めない。かかる条項を設けることには反対であるとの当局の意見も見られる(法務省民事局)。

ところが、銀行側の受止め方は異なる。銀行としては、業務に関して生じた債権の保全・回収が生命線であると公言する。債権保全・回収のための手段として、銀行が最も有利かつ確実と考えていたのは預金との相殺権であるが、第一審での敗訴によってその不備が露呈したと受け止められた。銀行は、それまでの約定書の不備を痛感し、約定書の内容の整備検討とその統一化への道に邁進することになる。約定書の内容の整備の過程において、担保保存義務の免除特約の強化も議論され、以後、金融実務の専門家を中心として、特約による理論武装が本格化する⁴ことになる。

特約を非常に重視したのは、銀行だけではない。信用保証協会も同様である(後述②(II))。中小企業への融資において、その信用補完のため、信用保証協会の保証が活用される。もし債務が返済不能となれば、信用保証協会は代位弁済した後、求償債権の回収をする必要がある。信用保証協会の場合、求償債務者との間に預金取引がなく、銀行のように預金債権との相殺による債権回収を当てにできない。そこで、信用保証協会は、主たる債務者の銀行に

対する債務の保証人を、協会と債務者の保証委託契約に参加させ、協会が弁済すれば全額を保証人に求償できる旨の負担割合の特約を設定し、求償債権の確保を図ってきた。信用保証の実務家を中心として活発に議論がなされ、特約の整備が進むことになる。

ところが、学説は一部の研究者を除いて低調となる。担保保存義務の問題は、体系書においても詳しくは取り上げられない状況が長く続く。信用保証協会による負担割合の特約の内容についても、同様である。

このような状況において、担保保存義務論は事実上「実務主導型」で急速に展開する。

- (1) 西尾信一「銀行取引約款のあり方」四頁（銀行取引の法理と実際・所収）（平一〇）。
- (2) 第一審・京都地判昭三三・一一・一一下民集八・一二・二三〇二、第二審・大阪高判昭三七・一二・二八高民集一五・五・三〇九。
- (3) 西原寛一「三菱判決の概要とその問題点」金法三〇五号一頁（昭三七）、水田耕一（法務省民事局）「三菱控訴審判決からみた銀行取引約定書の検討」金法三〇五号五頁（昭三七）。前田庸・ジュリ二二五号八四頁（第一審判研・昭三六）、同・ジュリ三一九号八七頁（第二審判研・昭四〇）。
- (4) 西尾・前掲論文注（一）四頁、石井眞司ほか「銀行取引約定書ひな型二〇年を振り返って」金法一五〇〇号八頁（石井氏発言）（平九）、天野稔ほか「銀行取引約定書と債権回収の実務」銀法二一五号四頁（天野氏執筆）（平八）。
- (5) 争点の多くが民法に明文規定がなく、契約条項ないし慣習に委ねられてきた。この点につき、当然ふれるべき問題を怠慢や無関心から見逃してきたとの指摘がある（橋寿夫「契約の自由と銀行取引」〔序論〕法時四一巻七号五頁（昭四四））。

② 特約論の過熱化とその背景

(i) 免除特約の「空洞化」現象——金融実務の危機感

金融実務では継続的・長期的な融資が中心であり、取引継続中に債務者からの要請で担保の変更（差替え・解除など）が必要となることがある。担保に少し余裕が見えてきた場合や、新規事業の展開のために別の融資が必要となり担保をそちらの方に振り向けたい場合など、融資需要に変化が生ずることがある。そのような場合に、取引関係のある顧客（債務者）から担保の変更を求められると、金融機関はその要請を断れないであろう。しかしその際、懸念されるのが担保保存義務違反による保証人などの免責である。そこで念のために、担保設定時に担保保存義務の免除特約が設定されている。このような免除特約の設定は、担保保存義務制度の「外側」での調整方法でありいわば対処療法的な手段であるが、金融実務の現場では一般化している。

金融実務の専門家は、免除特約の必要性を積極的に主張し続けている。このような傾向は、銀行取引約定書が統一された後、特に昭和四〇年代から目立つようになる。免除特約の設定による免責効果の封じ込めは、対処療法的な方法としては一応の効果があった。しかし、次のように、学説は免除特約の有効性に慎重なスタンスをとったため、免除特約を設定しても必ずしも万全でないことが、現場において認識されはじめた。その結果、金融実務では、免除特約に依存することへの不安と怯えが生じ、これが現場の新たな不安定要因となっていた。

学説においては、昭和四〇年代半ばまでに、免除特約の効力に合理的限界ありとする有力説がほぼ出揃うことになる（西村・椿・鈴木（緑）・石田（喜）説など）。まず、西村博士は、具体的諸事情に応じ、かつ信義誠実の原則に従って合理的な意思解釈をなすべきとされ、そこから免除特約も担保保存の注意義務を全面的に免除するものではなく、ある程度これを軽減する趣旨であるとされる。西村博士の主張の前提には、保証契約の特殊性を考慮する視点が存在する。実際の特約文言は当事者の意思するところよりも過大な意味を表現する場合が多いことを指摘されてい

る(先述三(4))。次に、椿博士は、担保保存義務を免除する特約に基づく債権者の行為については、少なくとも信義則違反や権利濫用の可能性を十分審理すべきであるとされる。この主張の背後には、保証人を中心とする類型論の発想(西村博士の指摘)があり、さらに保証人に対する法的保護と債権者に対する法的保護とを比較衡量し解決を見いだそうとする問題意識がある。もともと、金融実務の専門家は、西村説・椿説の根底にある原理部分には関心を示さない。鈴木(緑)博士は、担保減少が銀行の保証人を害する意図での場合または過失に基づく場合はもちろん、債権回収という見地から少なくとも広い意味での客観的合目的性も存しない場合には、銀行の担保(保証を含む)の滅失ないし減少の行為は、免除特約(保証条項)があっても第五〇四条の効果を生じさせるとされる。また、石田(喜)博士は、「五〇四条の任意法規性」―「特約の全面的許容」(原文のまま)という筋をチェックする理論としては、一般条項というスピードのエースを使用するよりはかに道はないとされる。石田博士の主張にも保証人を中心とする類型論の発想があり、西村博士・椿博士の主張と共通する部分がある。

この後、金融実務の専門家を中心に、これらの学説の主張が繰り返し引用され、免除特約には不安定要因があることが指摘される。学説の引用において気掛かりな点は、金融実務にとって不利な部分は引用されず、学説を支える原理部分が分析されていないことである。金融実務の専門家が互いにその主張を引用しあい、実務主導での多数説形成の方向に向かうのは、この時期からである。

免除特約があっても合理的な限界があると通説的理解に対して、金融実務の専門家は反発し、金融実務関係の雑誌論文を通じて本格的に実務側の見解を発信し理論武装をはじめめる。実務家の中でも石井氏の主張は最も明確で、実務家の見解を代表する主張を繰り返し力説する。石井氏は、学説のいう免除特約の有効性の限界を画する基準は極めて抽象的であり、銀行としては、貸付先などから申し出があつて担保の変更に応じても問題がないのかどうか判断に迷いを生ずると反論する。金融実務の専門家は基準がはっきりしないと反発する。しかし、担保保存義

務制度が原理部分において信義則と密接に関係する制度であるならば、学説が免除特約の効力が不確定要素からなり規範的評価を含むのは当然のことである。金融実務の専門家は、この原理部分を直視し、そこを起点にして議論し直すべきである。そうであれば、右のような反論は出てこないはずである。この当時すでに、融資の現場だけでなく、判例・学説においても、担保保存義務の議論の座標軸は免除特約論に移っており、その結果、担保保存義務制度論は免除特約論に取り込まれていた。担保保存義務制度論は免除特約論に「投影」されていたともいえる。担保保存義務の免除特約論という小窓を通じて、担保保存義務制度本体の様相・矛盾を議論していたといえる。これは免除特約が蔓延するわが国特有の傾向であり、実務主導型領域の産物であるといえる。

次に、学説と金融実務家の主張には、その推論の起点において大きな相違がある。学説の推論の起点には保証人保護の思想がある。これに対して、金融実務家は債権回収の最優先の法的構成が求められている。推論の根底に両者の価値判断の相違があり、それが法的推論・法的構成に反映することになる。

この視点から、石井氏の主張を辿ると興味深い。銀行から保証人に対し、個別の同意を求めたか否かを問わず、保証人が担保、他の保証の解除・変更によって損害を被ったと否とを問わず、銀行が担保、他の保証を解除・変更するについて、銀行取引上債権者として通常要求される適当な注意を払っている限り、特約の効力は認められるべきであるとする。担保、他の保証を解除・変更する時期を基準として、銀行がその解除・変更をしても、貸付債権の保全上格別支障がなく、保証人がその時点で代位しても貸付先に対する求償に支障をきたさないという実質を、銀行が相当な注意をもって判断して処置する以上、銀行は、取引の継続中、その都合によって担保、他の保証の解除・変更をしても、この特約によって救われるとする。この主張の要点は、次の二点である。

(a) 第一に、銀行が担保・保証を解除・変更する際に要する注意義務の内容は、銀行取引上債権者として通常要求されるレベルの注意でよいとする。問題は、銀行取引上債権者として通常要求される注意義務の具体的な内容で

ある。注意義務違反か否かの判定に際して優先される要素は何かが重要である。債権回収に関する要素を最優先とするのであれば、銀行取引上債権者として通常要求されるレベルの注意の内容は、債権者側に有利な要素で構成されることになり、それは「債権者側」から見た合理性である。

(b) 第二に、その判断の基準時であるが、担保・保証の「解除・変更時点」としている。担保・保証を解除・変更しても、解除・変更の時点で銀行取引上債権者として通常要求される注意を払っておけば、結果的に保証人などに損害を与えても責任を負わないでよいことになる。

石井氏の主張の支柱は、保証の位置付けにある。銀行与信取引における保証は、本来、取引の最終段階において貸付債権の回収確保の機能を発揮するものであるとし、銀行は保証人に対して貸付先の最終残存債務額の出捐を請求できることが必要であるとし、担保の解除・変更と保証人の免責とが結びつくことはその障害となるとする。石井氏は、銀行取引における保証の「担保的価値」を極限まで高く位置づけている。保証を最後の砦と位置付け、債権回収の不手際を保証人に押しつける構図である。民法の起草者もその後の判例・学説も、だれも言っていないことを当然の前提としている。石井氏は、個人会社への融資に際してとられる社長の個人保証を例に挙げ、保証による債権回収の一般的な必要性を力説する。しかし、そこには論理のすり替えがあるように思われる。個人会社においては、会社（主債務者）の財産と社長（保証人）の財産との区別が不明確であることが多く、会社と社長とが経済的に実質上一体であることが少なくない。そこで、会社財産から回収できない債権は、保証によって債権回収される。いわば、投網を打つようにして関係者の全財産から回収する方策がとられている。非常に荒っぽいやり方であるが、これであれば、会社資産の正確な評価をしなくても事足りる。金融機関にとって、保証は命綱なのである。しかし、個人企業の場合には会社と社長とが経済的に実質上一体であるという特殊事情があり、そのような特殊な事例から保証の必要性を「一般的に」正当化することは論理のすり替えである。そもそも問題の多い個人会社の場

合ですら、その収益力・返済能力を正確に評価できるならば、保証に過剰に頼る必要性はないはずである。

わが国の零細企業や個人会社における資産管理のずさんさは周知の事実である（このことを誰よりもよく知るのは零細企業からの少額の顧問料を主な収入源とする税理士である）。それにもかかわらず、金融機関、特に邦銀は、融資先の資産状態および将来の返済能力を適正に評価するノウハウの蓄積をしてこなかった（評価の精度がある水準まで上があれば保証に頼る必要はない）。巨大企業への融資に保証を求めることはほとんどない。中小零細企業の信用力のなさを保証でカムフラージュしているのであれば、その融資の実体は過剰融資である。返済期限までにトラブルがなければ更新が繰り返され、融資は根雪状態になる。過剰融資が表面化しないのは運がよいだけで、もともと実体の伴わない信用供与であるから、どこかで躓きがあつて融資が打ち切られると、直ちに返済不能となり過剰融資であることが露見する。問題は、過剰融資のリスクを誰が負担させられるかである。最終的に「ババ」を引くのは誰かである。石井氏は、そのために保証人はあると断言する（先述・石井見解：「銀行与信取引における保証は、本来、取引の最終段階において貸付債権の回収確保の機能を発揮するもの」）。石井氏の発言は、債権者（金融機関側）の立場を極限まで延長したものである。保証人への過剰な責任押付論は、保証への度を越した「高い担保的価値」の期待にある。保証の担保的価値に大いなる期待をもつことがそもそも矛盾なのである。西村説以来の学説の推論の起点はそこにある。金融実務の専門家の視点とは、そもそも推論の起点が異なる。

金融実務の専門家の間で免除特約に対する危惧が問題となっていたまさにその時に、「72」最判昭四八・三・一金法六七九・三四が登場する。「72」判決の事案は、X信用金庫が会社に建設機械などの動産を担保として融資をし、その残金の支払いを連帯保証人 Y_1 、 Y_2 に対し請求したところ、 Y_1 、 Y_2 は、Xが担保を喪失したことにより第五〇〇条によって免責されたと主張した。これに対して、Xは、担保保存義務の免除特約があつたと反論した事案である。

「72」判決は、「右契約において、保証人に対する関係における債権者の担保保存義務を免除し、保証人が民法五〇

四条により享受すべき利益をあらかじめ放棄する旨を定めた特約は有効であり、本件の事実関係のもとにおいて、X信用金庫が右特約を援用することを妨げられるものでもないとし、右一六〇万円の請求を認容すべきものとした原審の認定判断は、正当として是認することができ、右認定判断に所論の違法はない」とした。

「72」判決は、免除特約の有効性を認めしたが、「本件の事実関係のもとにおいて」としている。「72」判決は事例判決であり、免除特約の有効性はその事案では認容されたが、事実関係が異なれば免除特約の援用が認められない可能性が残ることになる。現にこの後、金融実務の専門家からは、この点への危惧が一層強く主張されるようになる。すなわち、「72」判決は、特約の有効性を再確認しつつも、本件事実関係のもとで特約の援用を妨げないといういい方をしているのは、あるいは学説への傾斜を示す前兆かも知れないとか、他の事実関係のもとでは特約の援用が許されないことがあり得ることを示唆した前提だったのかもしれないという指摘が見られるようになる。⁸⁾「72」判決の事実関係を左右する要素の一部を挙げると、担保変更の際の主たる債務者の資力・経営状態、債権者のその事実の知・不知（+調査を尽くしたか）、保証人への説明と同意、それまでの融資の経緯などがある。これらの要素の濃淡・組合せの違いによっては、免除特約の援用が認められない場合もありうる。石井氏は現場知識を使ってシミュレーションをはじめめる。銀行がその取引上債権者として通常要求される適当な注意を払ったかどうかを基準とするが、その具体的な「評価要素」として、貸付残高、その増減見込、その他の担保のポジション、貸付先の既往仕振り、信用状況、担保の変更・解除の内容、その必要理由などを挙げ、それらの総合的判断の必要性を主張している。総合判断への言及は、それまでの金融実務家の議論には見られなかったことである。「72」判決を契機に、石井氏は免除特約の有効性の判定要素を具体的に抽出し、不確定要素を列挙している。

このような状況下にあつて、「72」判決の後、免除特約の効力を制限する下級審判決が続くことになる（「80」東京高判昭五四・三・二六、「86」福岡高判昭五九・四・二六）（後述五）。金融実務の専門家は、このような流れを、担保

保存義務免除特約の「空洞化現象」とか「迷走する」裁判例と称して、現場での慎重な取り扱いを呼び掛けるとともに、免除特約の有効性を確立する最高裁判例の待望論が見られるようになる。そして、この後登場するのが、右

〔86〕高裁判決の上告審判決である〔97〕最判平二・四・一二である（後述五）。

- (1) 椿寿夫「債権者の担保保存義務——保証人を中心として——」金法五二二号一八頁（昭四三）、鈴木祿弥・注釈民法第一七卷三三二頁（加藤一郎・鈴木祿弥編）（昭四四）、石田喜久夫・注釈民法第一二卷三六八頁（磯村哲編）（昭四五）、なお、これらの説に続いてその後、中井教授の主張がある（中井美雄「担保保存義務と銀行取引」四七四頁（銀行取引法講座・下）（昭五一））。
- (2) 石井眞司「銀行の担保保存義務免除の特約」ジュリ四七一号一四頁（昭四六）。
- (3) 石井・同行一五頁。
- (4) 石井「銀行保証約款における担保保存義務免除の特約——その通説的理解への疑問」手研一九六号三三頁（昭四八）、同・前掲論文注（2）一一四頁。
- (5) 拙稿「新しい保証法の位置付けと課題——金融機関の注意義務と新ガイドラインを中心に——」名城五五卷二号九七、一一二頁（平一七）。
- (6) 拙稿「債権者の保証人に対する注意義務に関する一考察——いわゆる「貸し剥がし」問題を中心に——」名城五二卷四号三五、四四頁以下（平一五）。
- (7) 西村信雄・継続的保証の研究（昭二七）二二六頁。
- (8) 石井眞司「担保保存義務免除の特約」金法六八九号一六七頁（昭四八）、同「債権者の担保保存義務免除特約とその空洞化現象」判タ六一〇号二二頁（昭六一）。
- (9) 石井・前掲金法論文注（8）一六七頁、堀内仁「代位制限条項と債権者の担保保存義務」手研三〇七号七八頁（昭五六）。これらの考察では、判例から評価要素を細かく拾い上げる努力がある。
- (10) 石井・前掲判タ論文注（8）二三頁、同「担保の変更・解除をする際の留意点——担保保存義務免除特約の効力とその限界——」金法一三四号二三頁（昭六一）。

(ii) 負担割合の特約——信用保証協会による求償権の確保、民法第五〇四条の免責範囲への波及

中小企業は、物的担保力に乏しく、経営者の人的信用力に頼ることが多く、信用力が十分でない。もし中小企業が銀行その他の金融機関から貸付けを受けようとするならば、その信用力を補う必要がある。信用力の補完ができれば、融資を円滑に受けることができる。中小企業者等が金融機関から融資を受けるについて、その貸付金等の債務を保証することを主な業務とするのが、信用保証協会である（信保第一条）。

信用保証協会の歴史は古くすてに昭和一二年に東京で設立されており、その後全国に拡大していった。いわば中小企業の信用力の直接的な補完を狙った制度である。戦後、信用保証協会による保証は、中小企業への融資において盛んになるが、そもそもそれは無償・情誼的な保証ではなく、経営上採算をとることが求められる。そのため、協会が代位弁済する場合、求償権の回収確保が不可欠となる。しかし、信用保証協会は、銀行の場合（先述①②）とは異なり、求償債務者との間に預金取引がなく、預金債権との相殺によって債権回収を確保することができない。そこで、民法第五〇一条（担保負担者間の負担割合）の定めにもかわらず、信用保証協会は、求償権の確保のために、負担割合を変更する特約を設定している。具体的には、信用保証協会は、主たる債務者の銀行に対する債務の保証人を、協会と債務者の保証委託契約に参加させ、弁済額に高い遅延損害の約定を設け、さらに協会が弁済すれば全額を保証人に求償できる旨の「負担割合」の特約を設定し、求償権の確保を図っている。ネックとなるのは、特約の第三者効である。この問題について、判例は、根抵当権はその極度額の範囲内で原債権を担保することになりはならず、代位弁済者の求償権の範囲が特約によって定められている場合でも、その特約は、担保不動産の物的負担を増大させることにはならないから、代位弁済者は後順位根抵当権者等の利害関係人に対し右特約の効力を主張することができるとし、裁判上一応の決着が付けられる（ただし根抵当権の事案）（〔87〕最判昭五九・五・二九民集三八・七・八八五）（▽事案の内容は注（3）参照）。

そうであるならば、債権者の担保保存義務に関し民法第五〇四条を適用する場合も、法定代位権者は、特約による求償権の範囲を債権者等の利害関係人に対して主張することができるかという問いが立つ。この点について、下級審判決であるが、右の「87」最高裁判決を引用して次のような推論を展開するものがある。「92」東京高判昭六〇・七・一七判時二一七〇・八六、「88」東京地判昭五九・九・二五金商七二七・一〇（「92」判決の原審）。

事案は、XはAのYに対する債務について、Bらとともに連帯保証人兼物上保証人となり、その際XとBらとの間でXの負担部分を零とする特約がなされた。その後YはBらの要請によりBら所有不動産の抵当権を放棄した。ところが、Aが倒産し未払いの債務が残った。XはYの抵当権放棄のため、Bらに対する抵当権を法定代位により行使できなくなったとして、第五〇四条による免責を求めた。「92」判決において問題となるのは、免責範囲は、民法が規定する範囲（第四六五条一項（共同保証人間の求償権）が準用する第四四二条一項（連帯保証人間の求償権）、第五〇一条四号、五号（物上保証人間、保証人と物上保証人間の代位割合））によるか、それともXの負担部分を零とする先の特約の範囲によるかである。

「92」判決は、(i)債権者の有する担保は究極的には法定代位権者の取得する求償権のための担保として機能することが予定され、かつそのように法定代位権者によって期待されているものであるから、債権者が法定代位権者の求償権の範囲について認識していなかったとしても、法定代位権者の右期待を債権者の抵当権の放棄という一方的行為によって喪失させることは許されないとし、(ii)法定代位権者の求償権の範囲について特約がなされることは世上ままあるとし、債権者は、担保保存に当たり、このことを念頭において対処すべきであり、法定代位権者に照会するなどして、特約の存否・内容を知ることができるとし、債権者の担保保存義務に関し第五〇四条を適用する場合も、法定代位権者は、債権者の認識または承諾の有無を問わず、特約による求償権の範囲を債権者に主張できるとした。

問題は、まず、(i)法定代位権者は債権者の認識または承諾の有無を問わず特約による求償権の範囲を債権者に主張できるとし、その前提として、求償権の範囲について特約は債権者が調査すればその存否・内容を知ることができたとしている点である。これは、結果的に、債権者に「問合義務」を課したことになるのではないか。そうであるならば、(ii)特約で求償権の範囲を変更した当事者は、その変更内容を債権者に通知すべきではないだろうか。「92」判決はこの点には言及してないが、債権者が法定の求償範囲の変更を知り得ない場合もあることを考えると、特約をした当事者から債権者への通知義務を課すべきではないか。

(1) 全国信用保証協会連合会編・信用保証(第二版・平八)一八頁以下。

(2) 林良平「弁済による代位における求償権と原債権——信用保証委託契約を中心として」(金法二一〇〇号五三頁(昭六〇))、塚原朋一・最高裁判例解説・民事篇(昭和五九年度)二八〇頁(平一)。

(3) 特約論が過熟化する過程には、いくつかの攻防があった。最初のうちは、このような特約をしなくても、信用保証協会の保証は、実質は一種の損害担保契約を締結していると主張して、協会の意図した目的が達成できると考えていたようである。しかし、信用保証協会保証は民法上の保証の規定が適用されるという解釈が一般的となるにつれて、協会だけが優先的に求償できるといえなくなる。そこで、保証委託契約に先のような特約を設けて対応しようとした。ところがその後、特約の効力が担保物の第三取得者や差押債権者などの利害関係者を有する第三者に対しても効力を有するかが問題となった。本件信用保証委託約定書六条一、二項の約定が、上告人が債務を弁済した場合において、その求償権及び代位の範囲を第三者との関係についても定めたものではなく、単に保証人との間において上告人に負担部分がない旨を定めたものと解するほかない」とされ、「債務者及び保証人と上告人との間で上告人の代位弁済による求償権の損害金について法定利息と異なる約定をしても、上告人は右約定をもって第三者に対抗することができない」とされ、協会の主張が否定された(最判昭四九・一一・五金商四四五・七)。これを受けて、協会は、直ちに特約の不備を改め、求償権の範囲および代位割合を明確に規定した新条項を設けるに至る(江口浩一郎「保証委託契約の対第三者効をめぐる判例の変遷」(手研三五七号二九頁(昭五九))、石井眞司ほか(座談会)「昭和五九年度重要判決の実務に及ぼす影響」(手研三六二号四七頁(堀内仁氏発言)(昭五九))。

そのような状況にあつて、この問題に裁判上「応」の決着が付けられるのが、「87」最判昭五九・五・二九民集三八・七・八

八五である。事案の概要は、訴外B会社が訴外信用金庫Aから融資を受けるに際し、B会社の代表者Cが連帯保証人になるとともに物上保証人となり根抵当権を設定した。それでも担保不十分として、信用保証協会Xが保証した。Xは、債務者であるB会社との間で求償権につき約定利率による遅延損害金を支払う旨の特約をし、物上保証人Cとの間で第五〇一条但書五号所定の代位割合と異なる特約をしていた。その後、B会社が支払不能となったため、Xが代位弁済した。そこで、担保不動産の競売手続の配当において、後順位抵当権者Y、Zとの間でXがした先の特約の効力が問題となった。〔87〕判決は、保証人が、債務者及び物上保証人との間で、代位弁済の場合の求償権の利率及び代位の割合に関する特約をした場合、(1)第一に、民法第四五九条二項によって準用される民法第四四二条二項は、任意規定であって、債務者との間で法定利息に代えて約定利息による遅延損害金を支払う旨の特約をした保証人は、物上保証人及び後順位抵当権者等の利害関係人に対する関係において、約定利率による遅延損害金を含んだ求償権の総額を上限として移転した原債権を行使することができるとし、(ii)第二に、代位の割合について定める民法第五〇一条但書五号は補充規定であって、物上保証人との間でこれと異なる特約をした保証人は、後順位抵当権者等の利害関係人に対しても、右特約の効力を主張することができる。その求償権の範囲内で右特約の範囲に應じ抵当権等の担保権を行使することができる、とした。

これによって、実務は、負担割合の特約の利害関係人に対する効力の支えを判例法上一応は得ることになる。ただし、後順位抵当権者以外の者について、一般論としてそういえるかは問題が残ると思われる。

(4) 岸上晴志・法時五八巻八号二二六頁(昭六一)、近江幸治・評論二二八号四六頁(昭六一)、片岡宏一郎・椿寿夫・手形三三五号一二頁(昭六一)(以上・判研)。

③ 一部有力説の主張——新たな視点の劣勢

以下では、金融実務とは異なる視点から光を当てた有力説を紹介することにする。あえてここで整理するのは、これらの主張が実務側の大波の勢いにかき消されているからである。

(i) 担保保存義務の免除特約の解釈——鈴木(緑)説

鈴木(緑)博士は、担保保存義務の免除特約について、次のような解釈を提言されている(先述②(i))。担保減少が銀行の保証人を害する意図での場合または過失に基づく場合はもちろん、債権回収という見地から少なくとも広

い意味での「客観的合目的性」も存しない場合には、銀行の担保（保証を含む）の滅失ないし減少の行為は、免除特約があつても第五〇四条の効果を生じさせる、とされる。金融実務の専門家は、この部分を鈴木（禄）説として引用することが多い。

他方で、鈴木博士は、金融実務の専門家との座談会において、免除特約の効力について、次のような発言をされている。それは、保証条項第二項が規定する免責の意味の解釈である（保証条項第二項は、「保証人は、貴行が都合によって担保もしくは他の保証を変更、解除しても免責を主張しません」と規定していた）。鈴木博士は、保証条項の第二項の「免責を主張しません」の免責という意味の解釈について、「ある具体的な担保を減らしたから本当に求償ができなくなった分だけの免責という問題と、その部分が減ったから減った金額だけ自動的に免責されるという二通りが可能です」とされ、その上で、「担保が減ったからその金額が自動的に減るということについては、この第二項が働くとしても、その結果求償ができなくなったものについては、その分の免責の主張は依然可能だ、という解釈も成り立ちます」とされる。最終的に求償不能となった部分については、免責の主張は依然可能という解釈もできるということは、その部分については、免除特約（保証条項第二項）は働かないことになる。

金融実務の専門家は、債権回収における合理性を強調し、保証人の立場を無視した身勝手とも思える金融機関側の主張を正当化するために、鈴木博士の複数の提言・発言を引用する傾向があるように思われる。鈴木（禄）説は債権回収からみた合理性に言及しているが、金融実務の専門家がいうニュアンスとは異なる。金融実務の専門家は、担保減少があつても、免除特約があり、かつ債権回収という見地から客観的合目的性があれば、免責効果が発生しないことを根拠付けようとしている。しかし、担保保存義務の免除特約は、それ自体としては有効であるとしても、その効力には合理的な限界があるとするのが有力学説の主張であり、鈴木（禄）説も保証条項が銀行の担保保存義務を手放しに免除したものと解すべきでないとし（権論文引用）（先述②（1））、大枠においては他の学説と同一線上

にあると思われる。

一三八

(一) 石井眞司ほか(座談会・鈴木博士発言)「約定書の主な問題点と改正の方向」金法二・七六号九三頁(昭六三)。

(ii) 共通担保条項の問題点——清水(誠)説

銀行が融資を行う場合、通常は担保の設定を求める。その際、銀行は、設定を受けた担保はその担保する債務だけでなく、現在および将来生ずる一切の債務を共通に担保することを求める。銀行取引は、通常反復継続して行われることが多く、債権の保全・回収を有利に進めるためには銀行側にとって合理的かつ効率的に感じられたからだと思われる。銀行取引約定書ひな型第四条二項には、「貴行に現在差し入れている担保および将来差し入れる担保は、すべて、その担保する債務のほか、現在および将来負担するいっさいの債務を共通に担保するものとします」との規定(いわゆる「共通担保条項」)があった。さらに、保証条項一項には、「保証人は、本人が第一条に規定する取引によって貴行に対し負担するいっさいの債務について、本人と連帯して保証債務を負い、その履行についてはこの約定に従います」と規定されていた。現場取引においては、それに沿った約定書が差し入れられていたし、現在も同様の約定が当事者間でなされている。

しかし、共通担保条項に潜む根本的な問題点を指摘する主張が見られる(清水(誠)説)。そこには、担保保存義務に関する従来の議論においては、あまり注意が払われなかった指摘が含まれており重要である。

それによると、共通担保条項さらに保証条項第一項がともに効力を生ずるとすれば、債権者と債務者との間に生ずるすべての債権が、約定書署名者である債務者・保証人の差し入れる担保との間に包括的な結合関係を生ずることになる。物上保証人との間にも場合によっては同じようなことが生ずる。とすれば、およそなんらかの第三者

弁済があれば、ほとんど常に代位の問題が生じ、担保保存義務の問題が生じうることになる。そのような「幻影」に怯えて作られたのが、保証条項第二項と第三項である、とされる（ここで問題とされる保証条項の内容は、「保証人は、貴行がその都合によって担保もしくは他の保証を変更、解除しても免責を主張しません。」（保証条項第二項）、さらに、「保証人が保証債務を履行した場合、代位によって貴行から取得した権利は、本人と貴行との取引継続中は、貴行の同意がなければこれを行使しません。もし貴行の請求があれば、その権利または順位を貴行に無償で譲渡します。」（保証条項第三項）、というものである）。そして、銀行側が自ら種を播いた幻影への怯えを、次のような比喩的な表現で指摘される。つまり、いわば包括的共通担保条項という大綱をかぶせてしまい、その網の大きさに不安を覚えて、さらにもう一枚、もう一枚と、大綱をかぶせようとしたものが、保証条項第二項と第三項である。その大綱がどういう意味をもつものであるかは、決してさだかではないままにと。その上で、清水博士は、個別的担保関係という基本へ立ち返ることを主張される。

そこで、右の指摘の意味を一つずつ辿ってみることにする。銀行は、その約定書において、自己に有利に作用すると思われる要素をすべてかき集めたような条項を設定しようとする。共通担保条項もその一つである。確かに、担保力の強化の点だけからみれば、共通担保条項は銀行にとって有利な条項のようにみえる。ところが視点を变更后、担保保存義務の世界から眺めると、共通担保条項は、皮肉なことに銀行にとって極めて不利に働くのである。というのは、共通担保条項および保証条項第一項のような約定が設定されると、債務者・保証人・物上保証人などの担保との間に包括的な結合関係が生じるため、第三者弁済があれば、ほとんど常に代位の問題が生じ、担保保存義務の違反が生じやすい状況を作り出していることになるからである。つまり、皮肉なことに担保保存義務の違反が極めて生じやすい条件設定を気付かずに出して、そのような危険な条件下で銀行は担保の放棄や差替えを行っていることになる。担保保存義務違反の問題に常に引掛かる状況に自らを曝していることになる。そこで、担保

保存義務違反による免責を封じようとした。それが、保証条項第二項・第三項（免除特約）である。

第五〇四条は、元々、立法段階において比較法的に見ても免責効果が発生しやすい制度設計に変更してしまったという経緯がある上に（先述二）、その後、判例・学説による制度本体の解釈が十分に追い付かなかったことに加え、右のように、銀行は、共通担保条項を設定して担保力の強化に猛進し過剰担保の抱込みに陥ったため、かえって担保保存義務の幻影に怯え苦しむ要因に拍車をかけたといえるのではないだろうか。実務では根担保が一般的になっているわけで、現在の担保・保証の取り方からすれば、共通担保条項は削除すべきであったと思われる。

（一）清水誠「保証人の代位制限条項および債権者の担保保存義務免除条項の効力」手研三三四号一〇八頁（金融取引と保証・所収、昭五七）。

（iii）債権者の注意義務と信義則の視点——星野説

星野博士は、担保保存義務制度に関して、制度の性質論・義務論に及ぶ次のような分析を提示し、その中で、わが国の民法の解釈上、債権者は保証人に対し一定の範囲の注意義務を負っていると解したいとされる。

まず、外国の立法・判例の動向分析から、債権者の「一般的注意義務」が認められる方向にあるとされる。もしこの分析が正しいならば、債権者は担保保存義務にとどまらず、一般的に多様な注意義務を負うことになるはずである。

次に、星野博士は、法文に明らかでない義務の存在を「信義則」に基づいて認めることの可否を取り上げ、そこで信義則に基づく債権者の受領義務を承認する学説を例として挙げ、そこから、信義則に基づく保証契約における債権者の注意義務の存在の可能性を模索される。そこには、担保保存義務制度を信義則というより大きな枠組みで捉える視点がある。わが国においては、従来、担保保存義務制度を第五〇四条の条文の位置から、弁済による代位

の補充制度と位置付けるのが一般的であるが、右の分析によると、制度の位置付け自体が異なってくることになる。現に、星野博士は、その体系書において、担保保存義務制度は弁済による代位の所に定められているが、もつと大きな問題に関する制度であり、実質的な意味での信義則に基づく制度といつてよいと明言されている¹²⁾。

さらに、保証契約は保証人のみが債務を負い、債権者は債務を負わないというのが従来の一般的な解釈である(保証契約の片務契約性)。この点について、星野博士は、保証契約が厳格な「片務契約」であることを根拠に保証人に対する債権者の注意義務を承認することに反対するのは、あまりにも形式的であるとし、今日においては、この意味で保証を片務契約と解することの妥当性が問われなければならないとされる。

このように、星野博士による比較法的考察から窺えることは、債権者の一般的注意義務を認める方向性である。つまり、債権者の注意義務の「拡張傾向」である。保証および担保保存義務との関係において、債権者の注意義務の拡張傾向を明確に提示した研究は少ない。この点において、星野博士の研究(昭三二)は、西村博士の研究(昭二七)をさらに展開する内容となつていふと思われる。

しかし、このような星野博士の指摘は、その後の担保保存義務に関する議論においてはあまり重視されていないように思われる。

これは、どのような要因と関係しているのだろうか。興味深いところである。この点について推論すると、(i) 第一に、担保保存義務制度の問題は、金融実務の専門家を中心となつて議論する時代がその後長く続き、実務主導型の領域となつていく。債権者の注意義務は、換言すると金融機関の注意義務であり、その義務が拡張されることは金融機関側にとつてとても受け入れられることではない。具体的には、金融機関の注意義務が拡張すれば、担保の差替え・放棄にとどまらず、債権の管理・担保の管理などについても広く注意義務を負うことになり、金融機関の責任が重くなる。例えば、適時に担保権を実行しなかつたことにより、適時に実行していれば可能であつた額で

の換価ができず十分に債権回収ができなかった場合も、債権者の義務違反が問題となってくる（債権者の不作為による義務違反）。(ii) 第二に、保証契約を片務契約と解する伝統的な法理があり、それが壁となっている。債権者の注意義務を認めようとすれば、その前提として、保証契約を片務契約と解することの再検討、さらには片務契約・双務契約の意義を再検討する必要がある。(iii) 第三に、債権者が注意義務を負うとしても、債権者が負う注意義務の性質が問題となる。債務者が負う義務とは同列に語れない性質がある。そうであるとするれば、債権者の注意義務の性質が問題を原理解部分から分析し直す必要がある。これは大きな問題であり、金融実務家が直さざるを得なくなる。これも制度の原理部分に関わる大きな問題である。

(1) 星野英一「中小漁業信用保証の法的性格」一八一頁以下、二三四頁以下、二四三頁以下（民法論集第二巻・所収、昭四五（昭三一・初出））。

(2) 星野英一・民法概論Ⅲ（補訂版・平四）二六四頁。