

論説

担保保存義務に関する一考察

——判例・学説の推移(一)——

辻
博
明

- 一 はじめに——問題設定
- 二 初期の判例・学説——動揺期
 - (1) 学説
 - (2) 判例
 - (3) 小括
- 三 中期の判例・学説——(以上本号)
制度論の展開・隣接制度との交錯
- 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
- 五 最近の判例・学説の動向とその到達点
- 六 むすび

一 はじめに——問題設定

民法の起草者は、担保保存義務制度の導入段階において、母法(仏・独法)に組み込まれた制度の核心部分に複数の「変更」を加えている(辻「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」本誌五六卷一号三三、四二、四五頁)。たとえば、①現行民法においては、免責者の範囲が法定代位権者まで拡張されている。元々、法典調査会の原案では、保証人と連帯債務者・不可分債務者までであったが、その後の審議の過程において、法定代位権者全般にまで拡張された。②これと関連して、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一括して規定することになる(体系の変更)。この位置・構成の変化によって、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が極めて希薄となる。③旧民法においては、免責請求方式がとられていたが、現行民法においては、当然免責型に修正されている。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、免責を主張をしなくても免責効果は即発生することになる。④ポアソナード民法草案の当初案では、保証等の契約締結時にすでに存在した担保だけが想定されていた。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、保存すべき対象となる担保の範囲が広げられ、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(背景にはポアソナードと日本人委員の対立がある)。⑤担保保存義務制度は、旧民法においては、代位への期待保護制度と位置付けられていたのに対して、現行民法の審議過程においては、代位を阻止したことに對する制裁制度と位置付けられることになる(原理的・位置付け部分の変更)。制度の位置付けが変更された結果、効果論にも変化が生ずる。すなわち、免責効果は絶対的・

確定的なものとして解されることになる。そのため、第三取得者が出現すると、免責効果の承継問題を抱えることになる。

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、審議の過程において制度の核心に関わる部分が変更されている。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、母法とは異なり、免責対象者は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くなっている。そのため、第三取得者も免責対象に入ってくることになった。しかも、ボアソナードの当初案に組み込まれていた免責を「抑制」する装置(免責請求方式・保存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。

現行民法の起草者は、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・属性の変化などを考慮して制度設計をしたとは思えない。金融取引においては継続的取引が中心であるが、その視点が見られない。母法の制度には当然ある装置、つまり当事者の入れ替わり・属性の変化などに対応するための装置が取り払われ、変更されている。これは、制度の表層的な比較だけでは分らない原理部分に関わる問題である。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。

〔問題の設定〕

①立法過程において、担保保存義務制度を弁済者代位のところに一括して規定する方式に転換し、民法典における担保保存義務制度の体系的位位置を変えている。これは、起草者が、弁済者代位による求償の問題と担保保存義務制度の問題との「質的相違」を見落としたためである。問題は、この見落としに、その後の判例・学説が気付いたかどうかである。担保保存義務制度は弁済者代位制度を裏から支える単なる補助的な制度にすぎないのか、それとも債権者の注意義務を核とするもつとひろがりのある制度なのか(制度の位置付け・性質論)。この点は、担保保存義

務の原理部分に関わる問題であり、担保保存義務制度の法解釈の出発点となる。

②次に、起草者は、弁済者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相違を無視し、免責対象者（民第五〇四条）と法定代位権者（民第五〇〇条）としてしまった。その結果、免責対象者は、保証人に限定されず、法定代位権者全般にまで拡張することになった。しかし、担保保存義務制度は保証をルーツとする制度であり、現に母法である独・仏法を見ると、免責対象者は保証人限定型（または保証人プラスα型）である。問題は、なぜ母法では免責対象者を絞り込んでいるかである。免責対象者の範囲を法定代位権者にまで広げると、免責効果の「承継」問題という難問を抱えることになる。継続的取引においては、時間の経過にともなって、物権の移転・当事者の入れ替わりが生じる。当事者の入れ替わりの一例が、担保物権の設定された物の所有権が移転しそれを取得する者（第三取得者）の登場である。第三取得者が登場した場合、免責効果の承継が問題となる。免責を制裁ととらえ、その効果を絶対的・確定的ととらえるならば、免責効果の承継問題は避けて通れない。この問題に対して、判例・学説はどのように対応したかを検証する必要がある（効果論・免責効果の承継問題）。免責対象者を保証人に絞り込み、かつ免責を制裁ではなく代位への期待保護ととらえ、免責を欲する者のみ免責請求を認める方式をとるならば、免責効果の承継問題は生じない。

③民第五〇四条の規定によると、免責対象者は法定代位権者である。同条の文言を前提とするならば、免責対象者を保証人に限定することは法解釈の範囲を超える。しかし、担保保存義務制度を保証人を中心とする制度と位置付け、免責対象者を段階的に「類型化」する解釈ならば可能なのではないか（免責対象者の類型化）。もしそれが可能であるならば、債権者の注意義務の「段階化」も可能なのではないか。この点について、わが国における判例・学説の到達点を分析する必要があると思われる。

二 初期の判例・学説——動搖期

(1) 学説

① 旧民法時代の学説

(i) 制度の位置付け——契約締結時の期待保護 井上解説は、財第五一二条において、保証人だけでなく連帯債務者も免責対象者とし、担保への代位の期待があつたことの証明は免責の要件としていない。これは、免責対象者を保証人としかつ担保への代位の期待を証明することを要件とする初版・第二版のポアソナード民法草案第五三四条の構成ではなく、新版のポアソナード草案に沿った構成である（辻・本誌五六卷一号三九—四〇頁）。これを見る限りでは、担保への代位の期待保護型をとっていないのではないかという印象をもつ。

しかし、制度趣旨の解説を見ると、連帯債務者または保証人がその義務を諾約した当時には、もし自ら債務を弁済することがあつても債権者の質権または抵当権などに代位すれば自己の地位に危険がないと「思料」した。それにもかかわらず、債権者がそれらの担保を放棄して、これらの者がその義務を諾約した当初の「希望」を空しくした。従つて、これらの者は免責を請求することができる、とされる（磯部解説も同旨¹⁾。さらに、債権者が担保の放棄をするにもかかわらずこれらの者が少しも損害を受けないことがあるとする。その例として、連帯債務者または保証人が義務を約したときに債務者が物的担保を設定していない場合には、連帯債務者または保証人は弁済するときこれらの担保への代位を「心算」することなく義務を約している。このような場合には、裁判所は事情を斟酌して免責の請求の可否をすべきであるとする。それゆえに、当然免責ではなく免責請求方式をとるべきであるとする²⁾。

このように、連帯債務者または保証人がその義務を諾約した当時の代位についての思料、これらの者がその義務

を諾約した当初の希望、連帯債務者または保証人は義務を約したときに債務者が物的担保を設定していない場合には弁済するときにこれらの担保への代位を心算することなく義務を約している、という点に注目している。保証人・連帯債務者の「契約締結時」における代位への「思料」「希望」「心算」、すなわち契約締結時における代位への「期待」が前提とされていることが分る。これは、むしろ初版・第二版のポアソナード民法草案の枠組みに沿った構成である。

以上のことから、担保保存義務制度の理解・位置付けについて、ポアソナード民法草案の初版・第二版案によるのかそれとも新版案によるのか、学説の動揺が窺える(井上・磯部(財第五一二条)³⁾(他方、債権担保編第四五条では新版案がとられ、担保の時間的範囲は限定されていない(宮城解説)。これは、担保を保証契約締結の前後で区別するか否かの点でポアソナードと日本人委員間で対立があったが、ポアソナードが譲歩したことにより、第四五条の審議段階においては、担保を保証契約締結の前後で区別しないことで確定していたためである)(辻・本誌五六卷一四四頁)。これは先のポアソナード民法草案の審議過程における制度設計の対立と無縁ではない。なお、この時代の学説においては、免責請求方式が維持されている(井上・磯部解説⁴⁾)。

(ii) **免責対象者** 旧民法においては、免責対象者は保証人・連帯債務者・不可分債務者である。問題は、保証人とその他の免責対象者との間には段階的な差異があると解されていたのか、それとも並列的な関係と解されていたかである。宮城解説によると、連帯債務者は債権者の権利を安固にする担保であり、負担部分の点を除いて保証人とは異ならないとしている(不可分債務者は連帯債務者に準じて捉えられている⁵⁾)。そこには、保証人とそれ以外の者とを区別する視点が窺えない。つまり、免責対象者は、並列的に位置付けられている。

(iii) **モデルケース** 想定されているモデルは、単純なケースが中心である。多数の担保が併存するケースや債権額の変動・当事者の入れ替わりなどは想定されていない⁶⁾。

② 梅・富井説——現行民法起草者の主張の変化(第三取得者)

(i) 免責対象者の拡大 梅・富井両博士は、現行民法の立法過程において、免責対象者を第三取得者まで拡張する趣旨ではないと発言していた(辻・本誌五六巻一号三七頁)。ところが、その後の主張には変化が見られる。梅博士は、この点について次のように述べている。すなわち、一旦法定代位を認めた以上はその代位者が保証人であろうと連帯債務者であろうと、第三取得者であることによって区別を設ける理由がないとし、皆これは法律が代位によって保護を与えることを約束した者であるといえる、としている。「皆これは法律が代位によって保護を与えることを約束した者である」との主張から分かるのは、弁済者代位制度の枠組みによる免責対象者の一元化である。

旧民法においては、「合意ノ免除」「保証」「連帯債務」「不可分債務」のところに別々に置かれていた規定が、現行民法の立法過程において弁済者代位のところに一括される。担保保存義務制度の体系上の変更により、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。梅博士の主張の変化は体系の変化に沿った軌道修正といえる。

なお、梅・富井両博士は、免責を代位を妨げたことへの「制裁」と捉えている。この制裁の視点をその後も維持しつつ、第三取得者を含む免責対象者の拡大を容認する方向に変化している。

(ii) 担保変動のモデルケース 担保変動のモデルは、牧歌的で単純なケースが想定されている。梅博士は、債権者自身の利益のためにも通常は担保の放棄や減少はすべきではないとし、時として義侠心や親戚・友人に対する愛情による担保の放棄があるかもしれないが謂れないことであるとしている。そこには、時間の経過に伴って生ずる債権額の変動、複数ある担保の一部を動かすビジネス上の必要性は、想定されていない。

(iii) 不法行為による救済の可能性 梅博士は、制裁手段の一つという視点から、不法行為による責任について言及している。しかし、将来において弁済し代位するかは未だ知ることができないため代位者の権利を害したと

まではいえないとしている(不法行為によるアプローチは、梅・民法要義においては言及されておらず、興味深い)。

八

③ 松波・仁保・仁井田博士(起草補助委員)と岡松説

(i) 免責対象者 起草補助委員であった松波・仁保・仁井田博士によると、債務者に代わって債権者に弁済した他の債権者は、第五〇〇条の規定によって債権者に代位することができる。しかし、第五〇四条は、債権者に代位することができる者に対して責任を免れさせる制度である。従って、債権者に対してなら責任を負担しない他の債権者は含まれない、と解釈していた。⁽¹¹⁾ところが、仁井田博士は、その後の論文(大正四年)において、債権者の担保物権と比べて順位が「後」にある担保物権を有する他の債権者を免責対象者に含めた議論を展開する。⁽¹²⁾このように「後順位担保権者」までも免責対象者に含める解釈は、現在の通説に通ずることになる(後述(ii))。

(ii) 免責の効果 免責の効果について、松波・仁保・仁井田博士は、「責任ヲ免カレシムル」こととし、債務者に代わって債権者に弁済した他の債権者を免責対象者から除外していたことから分るように(先述(i))、第五〇四条の文言(「其責ヲ免ル」)に沿った解釈をしていた。ところが、その後の仁井田論文(大正四年)には、免責効果の解釈に明確な変化が見られる。(a)保証人・連帯債務者・不可分債務者の場合には「債務の減少」と解し、(b)物上保証人・第三取得者の場合には「負担の減少」と解し、(c)後順位担保権者の場合には「優先権の喪失」と解するようになる。⁽¹⁴⁾仁井田論文は、それまで明確でなかった(b)(c)の場合の免責効果を提示した点、免責効果を確定的・絶対的に捉えた点に、意味がある。仁井田論文の解釈はその後の通説形成にインパクトを与えたと思われる。

(iii) 一元化の方向 松波・仁保・仁井田博士によると、第三取得者は保証人に対して債権者に代位し保証人から償還を受けることができないため、債権者が保証人を免除しても第三取得者は免責をえられない、とする(岡松解説も同旨)⁽¹⁶⁾。代位による求償の問題として、担保保存義務制度の問題を捉えていることが分かる。この解釈はその後受け継がれることになる。

④ 整理——動搖・変化の背景

旧民法時代の学説においては、担保保存義務制度の位置付けに動搖が見られる。代位者が契約締結時に有した期待の保護を重視するかどうか、ポアソナード民法草案の初版・第二版案によるか新版案によるか、制度の位置付けに動搖がある。

立法過程においては、第三取得者は免責対象者からを除外されていた。少なくとも、起草者であった梅・富井博士はその立場であった。ところが、岡博士もがその主張を変え、第三取得者を免責対象者に含める解釈を展開する。その後の学説においては、後順位担保権者にまで拡張されている。これは、担保保存義務制度が弁済者代位制度の枠組みで捉えられることよって、免責対象者を拡張・一元化する解釈が急速に進展したためである。

免責の効果は、免責対象者の拡張に伴って多様に解されるようになった。第五〇四条の文言（「其責ヲ免ル」）の解釈からは引き出せないような解釈がなされている（「優先権の喪失」という後順位担保権者の場合の免責効果が典型例）。また、免責を債権者に対する制裁とし、免責効果を確定的・絶対的に捉える方向性が見られる。

このように、当初、制度の位置付けに動搖があったが、その後は第五〇四条の体系的な位置・文言に沿った解釈が急速に定着する。(a)免責対象者の一元化を前提とする解釈は急速に定着するが、保証人と他の法定代位権者を段階的に類型化する解釈は見られない。債権者は、保証人に対しては、他の法定代位者に対する場合より高度の注意義務を負うという視点が全く見られない。担保保存義務制度は保証人を中心とする信義則に基づく制度であるという位置付けは、当時の学説には見られない。(b)免責請求方式の意義は、旧民法時代の学説では評価されていたが、その後の学説においては語られなくなる。(c)免責効果は確定的・絶対的なものと解する方向性が見られる。(d)学説の議論の念頭にあるモデルケースは、保証人一人と抵当権一件だけといった単純なものであり、複数の担保が複雑に絡む場合や、継続的な取引の過程で担保の一部を動かす必要性のある場合や、担保を動かしても問題のない場合は

想定されていない。

- (1) 井上正一・民法[明治二十三年]正義財産編第二部卷之二(日本立法資料全集別巻五六、平七復刻)二五六―二五七頁、磯部四郎・民法[明治二十三年]釈義財産編第二部人権及ヒ義務(下)(日本立法資料全集別巻八四、平九復刻)三二二―三二一丁以下。
- (2) 井上・同右二五八―二五九頁。
- (3) 宮城浩蔵・民法[明治二十三年]正義債權担保編第一巻(日本立法資料全集別巻六〇、平七復刻)二七一頁以下(債担四五条)、三八〇頁以下(債担七二条、四五四頁以下(債担九一条))。
- (4) 井上・前掲書注(1)二五八―二五九頁、磯部・前掲書注(1)三二二―三二一丁。
- (5) 宮城・前掲書注(3)三八一頁、四五四頁以下。
- (6) 宮城・前掲書注(3)二七五頁。
- (7) 梅謙次郎・民法[明治二十九年]債權第一章総則完(日本立法資料全集別巻二〇、平八復刻)五〇一頁、同・民法原理債權総則完(明治三五完結、平四復刻)七七九頁。
- (8) 梅・同右、同・民法要義卷之三債權編(大元、昭五九復刻)三四頁、富井政章・債權総論完(大三、平六復刻)二七六頁。
- (9) 梅・前掲書注(7)。
- (10) 梅・前掲書注(7)。
- (11) 松波仁一郎・仁保龜松・仁井田益太郎・帝国民法[明治二十九年]正解第五卷債權(日本立法資料全集別巻九九、平九復刻)六六五頁。
- (12) 仁井田益太郎「代位弁済」法協三三卷一号九八頁(大四)。
- (13) 松波ほか・前掲書注(11)。
- (14) 仁井田・前掲論文注(12)。
- (15) 松波ほか・前掲書注(11)六六四頁。
- (16) 岡松參太郎・民法理由下巻(明三三)三一八頁。

(2) 判例

次に、初期の判例を概観し、その推移と特徴を整理することにする。

① 初期の判例の傾向

(i) 制度の位置付け——期待保護型か制裁型か　ボアソナード民法草案および旧民法においては、担保保存義務制度は代位の期待保護制度と位置付けられ、免責請求方式が採用されていたが、現行民法の立法過程において、制裁制度と位置付けられ、当然免責方式に変更された(辻・本誌五六巻一三三六、四二頁以下)。

ところが、初期の判例には、この変更の流れに必ずしも沿わないものがある。

第一に、債権者が抵当権を放棄した時の第三取得者からその後抵当不動産を取得した者が第五〇四条による免責を主張したケースがある(〔5〕長崎控判明四二・六・一八新聞五八七・一一)(〔5〕判決は後述の免責効果の承継問題とも関係する(ⅠⅤ(ⅱ)免責の効果))。同判決は、担保減少後に担保物を取得した第三取得者は、その取得当時に債権者が別に担保を減少したことを知っていたかどうかを問わず取得前に債権者の担保減少によってその利益を害されるものとは認められないとし、第五〇四条による免責主張を否定している。ここでは、担保物の取得時に債権者が別に担保を減少したことを知っていたかどうかを問わないとされている。なぜ他の担保の減少を知っていたかどうかを問わないのだろうか。担保減少後に担保物を取得した第三取得者は、取得当時にすでに存在しない担保には代位できない。そうであるならば、代位への期待はないはずであるから、担保の放棄によって不利益を受けることはないとは判断されることになる。このことから、同判決は、担保物への代位の「期待」の有無を免責の主たる要件と位置付けていることが分かる。同判決の理解によれば、担保保存義務制度は、代位への期待保護制度として位置付けられることになる。

第二に、「1」大判明三五・一〇・二民録八・七は、「担保物減少ニ因ル免責ノ抗弁ヲ以テ債権者ノ請求ニ対抗スル

保証人ハ其担保物減少ノ程度ヲ定メ其程度ニ相当スル弁済ノ責ヲ免レントスルニ外ナラサレハナリ」とする。同判決によれば、保証人は、担保物の減少によって当然に免責されるのではなく、免責の「抗弁」(すなわち免責請求)によって債権者の請求に対抗し、その担保物の減少の程度を定め、その程度に相当する弁済の責めを免れようと主張することになる。「I」判決の注目点は、免責の抗弁という表現が判決文において用いられているという点だけにとどまらず、免責範囲の決定時についてもその後主流となる判例とは異なる(ⅠⅤ(ii)免責範囲の決定時)。

(ii) **免責範囲の決定時** 右の「I」判決は、「債権者ノ担保物ヲ減少シタルカ為タメ保証人カ主債務者ヨリ償還ヲ受クルコト能ハサルニ至リタル限度ハ保証人カ債権者ノ請求ニ依リ之ニ弁済ヲ為サ、ルヘカラサル時ニ於ケル担保物ノ価額ニ因リ定ムヘキモノ」とする。すなわち、債権者が担保物を減少したため保証人が主たる債務者から償還を受けることができなくなった限度は、保証人が債権者の請求によりこれに弁済しなければならぬ時における担保物の価額によって定めるべきものであるとする。同判決は、債権者から請求を受けて保証人が抗弁した上で弁済することを念頭において、「弁済時」を免責範囲の決定時とする。弁済を前提とする場合の実際の流れに則した理解がある。

ところが、その後の主流となる判例は、担保の「喪失確定時」を免責範囲の決定時とする(担保の全部喪失ケース)。担保の喪失確定時に免責が生ずるゆえ、その免責の生ずる時(すなわち担保の喪失確定時)に免責範囲も確定すると解される。免責範囲の決定時の捉え方の違いは、免責効果を確定的に捉えるかどうかとも関係する(ⅠⅤ(iii)免責の効果)。

(iii) **免責の効果** もし免責に確定的・絶対的な効果があるとするならば、免責効果の承継は肯定されるはずである。もし確定的・絶対的な効果はないと解するならば、免責対象者の代位への期待の侵害の有無によって相対的に判定されることになるはずである。免責効果について、初期の判例にはバラツキが見られる。

まず、「2」大判明三九・六・二九民録二二・一〇五三は、「民法第五〇四条ニ依リ第三取得者カ抵当債権ノ一部ニ対シ弁済ノ責ヲ免レ得ル場合ト雖モ抵当権ハ依然トシテ存在シ消滅セサルハ勿論毫モ其変更ヲ生スヘキ理ナキヲ以テ抵当登記ノ変更ヲ許シ得ヘキモノニアラス」とする。同判決は抵当権の不可分性を理由に抵当登記の変更を認めなかつたのであるが、注目すべき点は、第五〇四条の免責効果について「債権の減少」を想定している点である。次に、「3」大判明四〇・五・一六民録一三・五一九は、抵当権が放棄された場合にその放棄時における第三取得者において免責がすでに生じているとした上で、その後この抵当不動産を取得した承継人にも免責の効果が及ぶことを肯定している。もつとも、同判決の事実関係の詳細は不明であり、承継人が特定承継による者か包括承継による者かは不明であるが、もし同判決が特定承継の事実であったとするならば、免責効果の承継を認めたことになる。

これに対して、免責効果の承継を否定したものがある（「5」長崎控判明四二・六・一八新聞五八七・一一）。債権者が抵当権を放棄した時の第三取得者からその後抵当不動産を取得した者が、第五〇四条による免責を主張し、またその譲渡により免責主張の権利を取得したと主張したが、「5」判決は、(a)担保減少後に担保物を取得した第三取得者は、その取得時に債権者が別に担保を減少したことを知っていたかどうかを問わず、取得前に債権者の担保減少によってその利益を害されるものとは認められないとし、第五〇四条による免責主張を否定した上で(先述(i))、(b)免責の効果について、債権者に対して一定の行為または不行為を請求することはできるものではなく、債権者は免責部分についてその権利を行使することができないにすぎないとし、免責の利益は債権ではなく譲渡の目的とはならないとし、免責効果の承継を否定した。この推論の前提にあるのは、代位への期待を害した場合のみ免責効果が生ずるとの考えである(右(a))。したがって、(a)の捉え方によれば、免責の効果は当然には承継されない。というのは、「5」判決の捉え方によれば、免責は確定的・絶対的效果を有するものではないと解されるからである。

(iv) **免責対象者** 前述「2」「3」「5」判決および後述「6」判決は、抵当不動産の第三取得者ないしその第二次

取得者が関係する事案である。第三取得者は、第五〇〇条における法定代位権者であるとし、それゆえ第五〇〇四條にいう免責対象者であるとしている(「3」判決)。その他、この当時すでに、後順位担保権者を法定代位権者とする判決も見られる(「4」東京控判年月日不詳・明四二(ナ)第一二二一号新聞六六四・一三)。

(v) その他の論点

第一に、免責の判定に際して「残担保」の有無を考慮するかについては、「6」宮城控判明四三・四・二七新聞六四八・一三は、第五〇〇四條の法意は代位をなすべき者を喪失または減少した担保の価格に応じてその責めを免れさせるものであり、代位をなすべき者が残留担保によって償還を受けることができるか、または連帯債務者に対して償還を求めることができるかを問う必要はないとしている。そこでは、「求償結果」を考慮することなく、喪失・減少した担保価格によって画一的に免責が判定されていることが分かる。

第二に、「一部弁済・一部放棄」の事案がすでに登場している。すなわち、担保の放棄が無条件になされたのではなく、債務の一部弁済を受けることを条件に債権者が担保を放棄した場合である。放棄された担保に見合う弁済がなされたことが、免責の判定において考慮されるかどうか。この点について、先の「3」大判明四〇・五・一六は、担保の放棄が一部弁済を受けた場合であっても放棄された担保価格に応じて免責されるとしている。一部弁済後の債務残額と一部担保放棄後の残担保とのバランスなど諸般の事情を総合的に考慮する視点は、そこには見られない。免責要件の充足(こ)では担保の一部放棄は、各要件ごとに個別に判定されることが分る。

第三に、主観的要件である「故意」の内容は、担保の喪失または減少の故意で足りるとされ、代位をなすべき者の免責を予見したか否かは問わないとしている(右「3」判決)。担保の喪失・減少を認識していさえすれば足り、代位をなすべき者の免責まで予見している必要はない(過失も同様)。このことから、第五〇〇四條の主観的要件は、容易に充足することになり、免責が生じやすいことになる。同条の主観的要件の中身は、通常の故意・過失とは異なる。これは、担保保存義務が通常の法的義務とは性質が異なり、オププリーゲンハイト(Obiegenheit)ないし間接義務

と位置付けられることと関係する。

第四に、抵当権の「不可分性」について、第五〇四条との関係において言及する判決がある(先述(四)免責の効果)。先の「2」大判明三九・六・二九は、第五〇四条によって第三取得者が抵当債権の一部に対して弁済の責めを免れる場合でも、抵当権は不可分の性質を有するとして債権者の承諾または例外規定のあるときを除いて抵当権は消滅しないとしている。しかし、継続的取引においては債務残額の変動があり、余裕のある担保を他の取引に転用したいという需要がある。「2」判決のような解釈を貫くと、担保の有効利用はできない。

② 整理

以上のように、初期の判例には、担保保存義務制度の位置付けに動揺が見られる。「5」判決のように、制裁制度ではなく、代位への期待保護制度と位置付けるものがある。また、「1」判決のように免責請求方式を維持しているのではないかと思わせるものがある。

免責効果についても、判例にはバラツキが見られる。被担保債権の減少を想定していると思われる「2」判決や、免責の承継を認めているのではないかと思われる「3」判決がある一方で、免責の効果は債権者に対して一定の行為または不作為を請求することができるものではなく、免責の利益は債権者ではなく譲渡の目的とはならないとする「5」判決がある。

免責範囲の決定時について、「1」判決は免責対象者が弁済する場合を念頭において弁済時とし、実際の流れに即した構成をとっている。担保の喪失確定時を免責範囲の決定時とするその後の判例とは異なる。

免責対象者を見ると、第三取得者が関係する事案が少なくない(「2」「3」「5」「6」判決)。因に、保証人と債権者との間には「契約関係」があり、債権者は保証人の存在を知っている。したがって、債権者は保証人の代位を予想しており、代位対象の担保の保存が求められて当然である。これに対して、第三取得者と債権者との間には契約関係

はない。第三取得者のような契約の当事者でもない者に対しては、債権者は保証人に対するのと同レベルの高度の注意義務を負うのだろうか。右の判決には、第三取得者と保証人とを区別する視点は見られない。

免責要件の判定方式は、諸要素を「総合的」に判断する方式ではない。現に、残担保物の有無および他の担保者の有無・その資力は考慮されていない(先述「6」判決)。債権者が一部弁済を受けてそれに見合う担保を一部放棄したとしても、一部弁済の事実が考慮されていない(「3」判決)。その判定方式は、複数の要素を読み込んで全体のバランスを総合的に判断するのではなく、各要件ごとに「個別」にかつ画一的に判定する方式である。

第五〇四条における故意は担保の喪失または減少の故意であるとし、代位をなすべき者の免責を予見したことは問わないとする(「3」判決は第五〇四条の過失の解釈にも影響を及ぼす)。これは、担保保存義務が通常の法的義務とは性質が異なり、オププリーゲンハイト(Obiegenheit)ないし間接義務と位置付けられることと関係する(義務の性質論)。

「2」判決は、第五〇四条によって抵当債権の一部に対して弁済の責めを免れる場合でも、抵当権の不可分性を理由に抵当権の消滅は許されないとしている。しかし、債務残高および担保評価額も変動することの多い継続的取引において、合理的な範囲での担保の「解放請求」を全く認めないでよいのか。制度の位置付けとも関連する問題である。

以上のように、初期の判例には、制度の位置付けにおいてなお動揺が残っていることが窺える。担保保存義務制度を免責対象者の代位への「期待」を保護する側面に重点をおく判決(「5」判決)と「制裁」の側面を重視する判決の両方が見られる。もともと、全体的の流れとしては、制裁型のものが主流で、当然免責・確定効・免責承継を肯定し、かつ諸要素を総合判断するのではなく各要件ごとに個別・画一的に判定する方向にあるように思われる。

(3) 小括

このように、初期の判例・学説においては、担保保存義務制度の位置付けがまだ定まりきっていないことが窺える。特に、免責効果についてはそうである。しかし、全体的な流れとしては、①担保保存義務制度を「制裁」制度と位置付け、②免責は「当然」に生じ、③その効果は「確定的」「絶対的」な性質を有し、④「承継」を肯定する方向にある。

さらに、この時期の判例・学説において、⑤担保保存義務制度を「弁済者代位制度」の枠組みで捉える理解が定着する。そこには、債権者の注意義務が核となる保証人を中心とする信義則上の制度という位置付け・理解は見られない。継続的取引を念頭においた理解、つまり時間の経過に伴って変化する当事者間の諸事情を総合的に考慮して判定する視点は見られない。