

## 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——

辻 博 明

- 一 はじめに——現状の概観と問題設定
- 二 問題の背景——貸し剥がし・押し貸し
- 三 貸手責任の認識——その法的思考と契約意識から
- 四 貸手責任の再検討——保証人の位置付け・担保権の実行を中心に
- 五 むすび——本問題の分析の試み

### 一 はじめに——現状の概観と問題設定

銀行は、バブル経済が進展していた当時さかんに融資を行い、保有する貸付残高を急激に膨らませていった。その融資の多くは、土地や投機商品の値上がりを見込んだものであった。たとえば、それまで誰も見向きもしなかつ

たような山林をゴルフ場に開発する計画や、将来の収益が不安定な大型レジャーランドの開発、市場がすでに飽和状態に近づいていた大型スーパーやデパートの多店舗化、投資目的のマンション建設などがある。また、金融商品の知識が全くない素人までが融資をつけて株式や新種の金融商品を購入し、大損をした人が少なくないことはまだ記憶に新しい。当時は、銀行は地主や会社経営者など少しでも融資できそうなところがあれば、頼みもしないの金をおいていくような現象さえがみられ融資が半永続化していた（いわゆる「押し貸し」「ころがし」である）。

ところが、今、銀行はその融資を急激に引き上げようとしている。借手にとってはあまりにも急激な変化に感じられるはずである。特に、担保価値や返済能力に不安がありそうな融資先には厳しく取り立て（いわゆる「貸し剥がし」）、担保権を実行する動きがみられる。このような融資の引き上げによって、それまでなんとかやりくりをしていた借手までもが深刻な資金繰り難に陥っている。特に問題なのは、他人に頼まれて借金の連帯保証人になった人たちの責任である。銀行は、債権回収のために担保権の実行を行い、それでも回収できなかった全額を最終段階で連帯保証人に請求してくるからである。

確かに、契約書の文言によれば、連帯保証人は主債務者とほぼ同様の法的責任を負うと記されているだろう。しかし、ここで一つの疑問が生ずる。それは、連帯保証人は「いかなる場合にも」すべてのしわ寄せをかぶるべき立場にあるのか、という疑問である。銀行は、融資段階においては多くの場合、次のように考えていたのではないだろうか。つまり、「担保物は値上がりが見込める。少なくとも値下がりなどはあり得ない。損はない」と考えていたはずである。ところが、バブル経済の崩壊後、銀行が当てにしていた担保物（その支柱である不動産担保）の価格が予想に反して下落し続け、しかも担保権の実行期を逸したために債権回収不能額が拡大したケースが少なくない。このような場合にも、保証人は債権回収の最終段階においてすべての責任を負わされるのであるだろうか。

#### 「問題の設定」

今問題になっている債権は、銀行がバブル経済の進展期に土地などの担保価値を過信して貸し付けた債権である。つまり、担保物の価格が下落する前に適時に担保権を実行すれば十分回収できた場合が多い。少なくとも、価格が下がりきる前に換価していれば、保証人への請求は少額ですんだはずである。それでも、保証人はすべてのリスクを負担する立場にあるのであろうか。

まずこの問題を考察するには、その背景を知ることが必要と思われる。そこで、今問題となっている「貸し剥がし」とその前提となる「押し貸し」の背景を概観することにする（後述二）。

次に、銀行は、債権回収の最終段階になると、保証人に対して容赦なく全額請求してくる場合が多い（実務ではほとんどが連帯保証人である）。たとえ銀行が担保物の評価を誤り、主債務者の支払能力・収益力を見誤った場合であっても、保証人に全額請求してくる。さらに問題は、債権回収にとって大切なはずの担保の管理を怠ったり担保権の実行期を逸した場合でも、保証人に同様に請求してくる。

ここで、銀行は自らの「貸手責任」をどの程度認識しているのだろうか、という素朴な疑問が生ずる。そこで、銀行側その認識の希薄さが窺える事実的な側面とその背景を、その法的思考と契約意識から概観することにする（後述三）。

さらに、先の の概観に基づいて、貸手責任の「再検討」を試みることにする。特に、債権者（銀行）の「義務」的側面に光を当てることにする。

従来、わが国では、債権者の法的地位は権利中心に議論されることが多く、義務的側面の議論が少なかったように思われる。とりわけ、最近の金融法実務家の議論ではそのような傾向が強いように思われる。しかし、学説や判例を詳細に辿ると、必ずしもそうではないことが垣間見られる。地味ではあるが、重要な視点が隠れているように

思われる。そこで、保証人の「位置付け」と「担保権の実行」を中心に再検討することにする（後述四）。

最後に、以上の考察に基づいて、「貸し剥がし」に内在する法的問題を、債権者の保証人に対する注意義務の視点から分析することにする（後述五）。それによって、保証人の「適正な」法的責任を模索することにする。

## 二 問題の背景——貸し剥がし・押し貸し

本問題の法的な考察に入る前に、まず貸し剥がしと押し貸しの背景を概観することにする（生の実務現場知識がなく間接的な情報に頼らざるをえないが、本題の考察のために必要と考えあえて言及することにする。不十分な点を御容赦願いたい）。

(1) 貸し剥がし 今、銀行は、返済能力・担保物の価値に不安のある融資先には厳しく取り立てを行い、担保権を実行する動きがみられる。その背景にはどのような事情が存在するのであるか。複合的な要素が関係していると思われるが、銀行が今かなり敏感になっているのは「自己資本比率」(8%)というハードルではないかと思われる。特に、国際業務を続けていこうとする大手銀行にとっては、これは避けて通れないハードルである。リスクを負う資産（貸し出し・保有有価証券など）を多く抱え込んでいる銀行や、繰り延べ税金資産で自己資本比率が上げられている銀行にとっては、それはかなり厳しい基準と受け止められているようである。もし苦しい状況に今ある銀行が自己資本比率を引き上げようとするれば、比率計算の分母となる資産を圧縮しようと考えざるを得ない。そのため、融資先に対しては強引に債権を回収することも辞さないことになる（貸し渋りは銀行のとももの一つに対応策である）。特に、主債務者の返済能力やその担保物の価値の不足が表面化し始めた融資先に対しては厳しい

取り立てを行うことになり、強引に担保権を実行する方向に向う。

しかし、銀行は、融資の際には多くの場合、被担保債権を充たすだけの不動産担保を有していたはずである（巨大企業への融資は別として）。それにも関わらず、なぜ「適時に」債権回収をしなかったのであるか。担保物の価格が下落する前に適時に担保権を実行していれば十分回収できた場合が多い。少なくとも、価格が下がりきる前に換価していれば、保証人への請求は少額ですんだはずである。この点に関して、銀行の最大の「誤算」は地価の下落度ではなかったかと思われる。また、経済の回復力が弱く、融資先の返済力が回復しなかったこともあると思われる。さらに、興味深いのは、ある金融の専門家による次のような指摘である。それによると、これまでに注入された公的資金は銀行の貸し渋り・貸し剥がしを防ぐという思惑があり、それは実質的に大きな不良債権を抱えた銀行や中小企業の延命手段になった、とされる。また、対住専以外にも隠れた不良債権があったことが問題の先送りとなった、との指摘がある。しかし、肝心の融資先の「経営情報」は多くの場合主力行が有しており、銀行自体が協力的な姿勢で情報を開示していれば、もっと早期に実態が浮び上がり事前に対応できたはずである。ここから窺えるのは、わが国のメインバンク制下での銀行・企業間の「もたれあい」体質である（この他にも、私的整理のガイドラインがうまく機能していなかったこと、融資先を再生する制度がなかったことも影響したように思われる）。

(2) 押し貸し それでは、なぜ銀行は抱えきれないほどの融資をし続けたのであろうか。リスク資産を多く抱えることは予想できなかったたのであろうか。いわゆる押し貸しは、貸し剥がしの前提として無視できない問題である。この背景を概観する意義はあるだろう。

まず、これまで、銀行は担保物（特に土地）の値上がりを当てにした過剰な融資を継続してきたといえる。この融資形態は常態化している。それを可能にしたのは、不動産の値上がりを念頭においた「不動産担保中心」の融資

形態があったからではないだろうか（先述①）。さらに、銀行はグループ企業に対しては安易な融資を行ってきたといわれる。銀行はグループ企業の行う事業に対しては有利な条件で融資を行い、その経営が傾いてもそれを支えるという関係があった。それを可能にしたのは、銀行と企業間に株式の持ち合いがあり、相互に安定株主となっていたからである（皮肉なことに今この保有株が障害になっているのだが）。そこにはもたれあいの関係があり、系列銀行の枠内での取引でかなりの利潤を上げることができたといえる。つまり、銀行は、「貸出残高」を維持・増加すればそれに応じて取引ができてきたことになる。背景には、「メインバンク制」があったといえるのではないだろうか。

銀行をとりまく環境が変化し、銀行にとって有利と思われた右の体制・発想が逆に作用している。つまり、不動産担保中心主義に頼ってきたため、融資のノウハウ（融資先の収益力・返済能力の調査ノウハウ）の開発が遅れ、不動産などこれといった有形の担保物を有しないベンチャー企業・ソフト型産業への融資が難しくなっているのではないだろうか。また、預金・貸付業務に偏った営業を続けてきたため、市場のニーズをとらえた新しい金融商品の開発に遅れをとり、参入する外資系金融機関に対する焦りがあるように思われる。これらの要因が複雑にからみあっているとと思われる。

- (1) 二〇〇二年一月一日付朝日新聞「総合デフレ対策を読み解く」（朝刊）、二〇〇二年一月七日付朝日新聞「経済漂流（金融の脆弱）」（朝刊）、東京弁護士会弁護士研修センター運営委員会編・不動産の証券化（平一四）、「倒産手続と民事実体法」（シンポジウム）高木新一郎教授（発言）私法六三号六六頁（平一三）など参照。
- (2) 中小企業への貸し流しは深刻で、その対策として信用保証協会による特別保証制度がすでに実施されたが（九八年から〇一年まで）、その拡充方針が最近固められたようである。しかし、先の公的保証の場合融資先の倒産などによる返

済不能が増え保証協会の代位弁済が連続し、しかも保証協会の回収率は極めて低く最終的に公費の負担が累積することになる見込みである。それでも、金融機関は公的保証を当て込んでその拡大を歓迎している。公的保証の前提としての確な経営審査が必要であるが、そのほとんどが書類審査だったという批判がある（二〇〇二年四月四日付朝日新聞「特別保証、甘い審査のツケ」（朝刊）、二〇〇二年一月二日付朝日新聞「公的保証の適用緩和」（朝刊）など参照）。ここからも、問題の先送りが窺える。

- (3) 二〇〇二年一月七日付朝日新聞「経済漂流（金融の脆弱）」（朝刊）。
- (4) 二〇〇二年一月六日付朝日新聞「日銀の株取得 まずグループ企業から」（朝刊）、二〇〇二年一月六日付朝日新聞「日本低迷 メインバンク制「病根」（日曜版）など参照。

### 三 貸手責任の認識——その法的思考と契約意識から

貸手（銀行）は、自らの立場を権利者の側面から捉えその観点から徹底的に行動する傾向があるように思われる。さてそれでは、貸手としての「責任」の面についてはどのように認識しているのだろうか。貸手責任の法的考察（後述四）を行う前提として、概観しておく必要があると思われる。そこで、この問題を、企業法実務における法的思考および契約意識から分析することにする。そこからなんらかの糸口が得られるのではないかと考えるからである。

長年実務に携わってこられた専門家の考えによると、良い契約書とは、取引から起こる確率の高い事態に対して、この確率に比例した明晰さをもって対処を講じてある契約書である<sup>53)</sup>とされる。しかし、実際に用いられている契約書は必ずしもそうではないようである（以前と比較すると契約書の中身を改善する気運があるのかもしれないが）。日本の重役さんは、法務の人に対して、「よきにはからさず。しかし、まずくなったらいつでも（契約の拘束から）抜

けられるようにしておけ」といってそうである。そこから、ここから曖昧な条項を入れ、紛争が起きたら、誠意をもつて話し合うという取り決めになるようである。確かに、現場での重要な契約は長期的契約が多いように思われる。そうすると、時間の経過に伴って契約の当初に想定していなかったような事情が生ずることが少なくないはずである。これに対応するために、先のように契約書に「協議条項」や「条件見直し条項」が入れられると思われる。しかし問題は、実際にトラブルが生じ協議が整わなかった場合の措置が書いてないことである。それが書かれていない限りその種の条項は無意味である<sup>7)</sup>との指摘がある。問題を権利義務関係からとらえる思考からすれば、それは射的である。

このことから、取引から生ずるトラブルに対応するための合理的で透明かつ詳細な解決基準（ルール）を設定するという思考が極めて薄いことが窺える。つまり、いわゆる「法的思考」が乏しいのではないだろうか。

このように、実務において紛争が生じた場合に、話し合いによる調整が重視されている面があることが分る。しかし、無視できないもう一つの面がある。それは、紛争の話し合いによる解決が決裂し、一旦訴訟レベルの段階にまで至ると解決姿勢が変わるといふことである。つまり、話し合いで相手方との妥協点を模索するという柔軟な姿勢から、予め設定された「特約」<sup>8)</sup>（とりわけ約款）の文言を「厳格に」解釈し自己の権利を強く主張する方向へ向うという面があることである。次に、特約の内容は、一見して「自己に有利な」事実を集め自己に有利な効力を導く構成がなされる傾向があると思われる。特約内容の外部的な機能によるチェックも比較的甘い<sup>9)</sup>。さらに、契約形態・その性質・関連制度との体系的な分析を完全に詰めずに特約化される（つまり「一見して」自己に有利な内容の集積傾向がある）ため、皮肉にも思わぬところで逆に自己に不利に作用する要素が潜んでいる場合がある<sup>10)</sup>。

このことから、特約に記載された文言通りに厳格に解釈する特約万能的な契約観があることが窺える。

右の の視点から、銀行の貸手責任の認識のあり様を垣間見ることができるようと思われる。まず、銀行は自己の権利的側面の強化には非常に熱心である。例えば、共通担保条項のように、一見して担保力の強化に繋がりにような内容には貪欲でそれらをまるごと特約化し相手方に差し入れてくる（特に中小企業に対しては。ところが減担保義務には全く言及しない）。しかしその反面、例えば、担保権の実行に関しては、その実行を適時に行使するという義務の側面を無視しているように思われる（担保権の実行期を逸して債権回収をミスした場合には貸手責任が問題となりうる）。また、保証契約の締結時の説明においては、保証人は「一心念のために」お願いするとしながら、一旦紛争が訴訟レベルにまでなると、「それが貸手の過失で拡大した債務であっても」最終的な責任は全て負っていただく。そのため保証契約がある。文言もそうなっている「と主張するようである（しかし保証契約時に窓口で最終的なリスクは全て保証人に負ってもらいますよと念押ししたとすれば保証人のなり手はないのではないか、という現場を知る専門家の発言を耳にしたことがある）。また、紛争を念頭においた合理的で透明かつ詳細な解決基準（ルール）が必ずしも設定されていないということがある。例えば、銀行はこれまで土地担保にあぐらをかいた安易な融資に走り、また系列企業やグループ企業に対しては有利な条件で融資をしてきた。今後は、融資先の収益力を含む明確な融資基準・手続きとその審査ノウハウが必要となってくると思われる<sup>11)</sup>。

(5) 柏木昇「企業法務と契約書と予防法学」書齋の窓 四二一号二七頁(平四)。

(6) 新堂幸司「法的なものの考え方——新任の会社役員と語る」七八頁(司法改革の原点所収)(平一三)。その他、石田喜久夫「いわゆる「誠意条項」四〇頁(民法学の内と外所収)(平三) 参照。

(7) 柏木・前掲論文注(五)二六頁。

(8) 中田裕康「継続的取引の研究——一八頁、二七一頁(平二二) 参照。

(9) 北川善太郎「日本の契約と契約法——裁判規範と行為規範を統合する法解釈の枠組み」五八頁(京都大学法学部創立

百周年記念論文集第三巻「民法法」(平一)でも、日本の契約の特色として同様の指摘がなされている。

- (10) 例えば、銀行取引約定書に見られた「包括的共通担保条項」はその皮肉な結果を示す好例ではないかと思われる。これは、担保力強化になる反面、実務では避けて通れない担保の差替えをかえって難しくするという作用がある。担保保存義務の問題と底辺において関係する重要な問題である(この点については従来ほとんど言及がなく、筆者の見限りでは清水誠「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(昭五七)にあるくらいである)。

- (11) この他、私的整理の指針があっても、有名企業には「指針無視」の大型支援が乱発されているという問題があるようである(二〇〇二年一月七日朝日新聞「私的整理ガイドライン弾力化提言」(朝刊))。

#### 四 貸手責任の再検討——保証人の位置付けと担保権の実行を中心に

以上における貸し剥がしの背景・契約意識の概観(先述二・三)に基づいて、貸手責任を「法的」側面から再検討することにする。ここでは、特に貸手(債権者)の「義務」的側面に光を当てることにする。というのは、従来、わが国では、貸手の法的地位は権利の側面を中心に議論されることが多く、義務的側面の議論が薄かったように思われるからである。とりわけ、最近の金融法実務家の議論を見るとそのような傾向が強いように感じられる。しかし、これまでの学説や判例を詳細に辿ると、必ずしもそうではないことが垣間見られる。

そこで以下では、保証人の「位置付け」(後述①)と「担保権の実行」(後述②)を中心に、貸手の法的責任を義務的側面から再検討することにする。

- (1) 保証人の位置付け——あるべき保証責任の模索

金融実務家の保証への「高い期待」<sup>12)</sup> 金融実務に通じた専門家によると、次のような指摘がある。それに

よると、銀行与信取引における保証は、本来、取引の「最終段階」において債権の回収確保の機能を発揮すべきものであるとする。これはどいつの趣旨であろうか。つまり、実務の現場では保証の「担保価値」をどのように位置付けているのであろうかという疑問が生ずる。それによると、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必要があるが、実務においては長期継続的な取引が多いため取引継続中には担保の変更(なお担保物の価格下落(後述②)もここで問題となりうる)や解除がさせられないという事情がある。しかし、銀行は、取引継続中におけるその担保の変更・解除に基づいて保証人から免責主張されること(民五〇四条)を強く警戒する。そこで、その免責主張を阻止し残存債務額の保証人に対する請求を確実にするために保証条項において詳細な規定を設けてきたという経緯がある。

ここから窺えることは、貸手(銀行)の保証への期待度が「極めて高い」ことである。保証条項は、保証の担保価値への期待の高さの反映ではないだろうか。

しかし、はたしてこれが適正な保証責任なのかという疑問が生ずる。先の金融実務家の指摘をよく見ると、貸手側が通常の注意をしていれば阻止できたであろうリスクの適正な分配が抜け落ちている。そこには、債権回収の最終段階における債務額は全て保証人に負わせるという計算がある。

保証契約の「二重性」<sup>13)</sup> この点についても金融実務家による興味深い指摘がある。それによると、保証条項(担保保存義務免除特約)の有効性の判断基準が極めて抽象的なため、銀行は実際の取扱いにおいて、この特約を「念のため」の規定と割り切って、保証人からその都度担保、他の保証の解除・変更について書面による「同意」をとりつけて免責の主張をできないようにしている、とされる。つまり、先にも概観したように(三)、紛争の芽をつむため「話し合い」による調整が重視されていることが分る(法務部は関連する知識を総動員して注意を促す努力

をしている。しかし、無視できないもう一つの面がある。それは、話し合いによる解決が決裂し、一旦訴訟レベルの段階にまでもつれこむと解決姿勢が変わるといふことである。つまり、話し合いで相手方との妥協点を模索するという柔軟な姿勢から、予め設定された保証条項の文言を「厳格に」解釈し自己の権利を強く主張する方向へ向うという面があることである（この面は実際の裁判事例での貸手側の主張からも窺える）。

一方で念のためと保証人をお願いしつつ、他方で厳格に度を越した請求をするという矛盾した二つの面が共存する。はたしてこの二重性を理解して保証人になっている人はどのくらいいるのだろうか（個人会社の社長が会社の事業資金の融資を受けるため保証する場合はやや性質が異なる。ただ個人会社の場合でも経営者の事業再生の問題が今後浮上すると思われる）。やはり、適正な保証責任の模索が必要なのではないだろうか。

適正な保証責任の模索——債権者の「注意義務」の視点から 現実にこのような二重性が保証契約にあるとすれば、それは実際に紛争が起きた場合を想定した適切な判断基準とはなりえないはずである。透明で適正なルールによる解決を目指す法的思考には馴染みにくいものである。したがって、実際の紛争の解決に適用してしかるべき適正な保証責任の調整基準が必要となると思われる。その手掛かりはどこにあるのだろうか。

(イ) 民法の規定の分析 民法典およびその特別法（身元保証法）の規定にはどのような調整規範が用意され、それはどのように解されているのであるうか。いくつかの手掛かりになる規定があるので、まずその内容を概観することにする。

(i) 「民第四五五条」 同条は、保証人から催告および検索の抗弁権の行使があつたにもかかわらず、債権者が催告または執行することを怠りその後主たる債務者の資産状態が悪くなり全部の弁済を得られないときは、保証人は、債権者が直ちに催告または執行すれば弁済を得たであろう限度においてその義務を免れる、とする。同条の内

容から、保証人の免責規定が含まれていることが分る。ただし、免責があるのは、保証人が催告および検索の抗弁権を行使した「後」の場合である。

このことから、抗弁権の行使前には、債権者が主たる債務の履行期がきたのに請求を怠っていても、保証人は免責されないことになる。また、実務で普及しているが両抗弁権のない連帯保証は対象外ということになる。しかし、同条の底流にある精神はそのようなものであるうか。実際には、履行期の到来後は、保証人は（連帯保証であるかを問わず）債権者が主たる債務者に「適時に」請求し執行することを期待しているのではないだろうか。問題は、保証人のこの「期待」をどの程度法的な要素として考慮するかということにある（この点につき第四五五条の拡張解釈を主張する有力説（星野説）があるが、意外に一般化していない）。

(ii) 「民第五〇四条」 同条は、保証人などの法定代位権者がある場合において、債権者が故意または過失によってその担保を喪失または減少したときは、代位すべき者は、その喪失または減少によって償還を受けることができない状態に至った限度においてその責めを免れる、とする。

融資の現場においては、主たる債務の担保として不動産に抵当権が設定されている場合が多い。抵当権などの確実な担保がある場合、保証人は自らが悪く債権者に弁済することになつたとしても、債権者に代位してその抵当権などによって債務者から確実に求償することができる。つまり、保証人は代位の期待を有するはずである。ところが、債権者（例えば銀行）は、取引上の内部的な考慮によって（これは素人には意外に思えるが）、保証人が当てにしている抵当権などを放棄したり差替えたりすることがある。これによって、保証人は代位の支えを失ふことになり、結果的に求償ができなくなり損害を受ける場合が生ずることになる。これは、保証を引き受ける際の重要な考慮要素の一つである保証人の代位の期待を大きく裏切ることになる。そこで、同条は、保証人などを保護するため債権者に一種の担保保存の義務を課し、債権者がそれに反した場合に保証人の免責を認めている。ただし、

同条のいう義務内容（それがいわゆる法定義務か間接義務かという問題）については以前はかなり議論されたが、最近においては真正面から議論されることは少なくなっている。つまり、義務論や制度論を飛び越して、各論的な個別問題に一気に議論が突入する傾向が見られる。<sup>15)</sup>しかし、根本的な問題は、同条のいう義務が単に個別規定のある場合にのみ認められる義務なのか、それとも同条のいう義務は債権者が注意義務を負う複数の場合のうちの一つにすぎないのかどうかである。もし後者であるならば、債権者の保証人に対する義務群は拡大することになり、保証人の保護は強化されることになるはずである（少数であるがこれを肯定する有力説がある（西村説・星野説）（ただ債権者の注意義務の拡大を認めると保証契約が片務契約であるという位置付けをどのようにクリアするかという問題が少し残る））。

(iii) 「民第一一条一項」 同規定は信義則について定める。これは権利者によるすべての権利行使に課される義務であり、保証債権者の場合も例外ではないはずである。そうであるとすれば、民法典などに個別規定がなくても、債権者の保証人に対する義務が信義則によって導き出せる場合があることになる。<sup>16)</sup>なお、諸外国の保証法においては、このような発想に基づく変化が明確になりつつある。

(iv) 「身元保証法」 民法典以外にも保証人を保護する規定が見られる。身元第三条は、使用者の注意義務を規定する。同条によると、身元保証人の責任を発生させ加重させるような恐れのある場合には、使用者（債権者）がその旨を保証人に遅滞なく通知する義務がある、とされる。使用者にこの通知義務を課したのは、身元保証人に同法第四条による解約権を適時に行使する機会を与える狙いがある。これによって、身元保証人は、当初予想しなかつたような事情の変化による責任の加重を回避することが可能となる。さらに、同法第五条によって、被用者の監督に関する使用者の過失の有無が身元保証人の損害賠償責任などの金額の決定について斟酌すべき事由とされている。つまり、被用者の監督義務が使用者にあることが規定されていることが窺える。ただし、この義務は我々が通常イメージするような法的義務ではない。それに違反した場合、そのサンクションは損害賠償や強制力を生ずるような

性質のものではなく、保証責任の制限に作用する効果を有することが分る（義務の多様性の一例）。このように身元保証法には現在でも再検討されるべき斬新な発想が多く含まれ、しかもその発想が具体化されている点で注目される。ただ、その底流にある精神は身元保証法という個別法に限った世界で認められるものなのか、それとも個別法を超えて債権者の協力を要する事態において一般的に認められるべきものなのか問題となる。

(v) 債権者の保証人に対する注意義務—— 一般的注意義務の視点から このように、民法典およびその特別法（身元保証法）の規定には、債権者との関係において保証人の法的責任を免責する調整規範が含まれていることが分る（先の(i)）。さてそれでは、それらの規定は、単にそこで定められた個別の問題を例外的に処理するためのものにすぎないのであるのか（「例外的な」注意義務か）、それとも、そこに定められた注意義務は、債権者の保証人に対する「一般的注意義務」の一つの現れなのであるのか、という疑問が生ずる。もし後者であるとするならば、その注意義務はさらに広がり有するはずである。この点については、次の三点から分析することにする。

まず第一に、債権者の保証人に対する注意義務の「必要性」をどの程度重視するかが問題となる。その前提として、債権者の注意義務が必要とされるのはどのような状況においてなのかを知る必要があるだろう。例えば民五〇四条が規定する債権者の担保保存義務が必要とされる背景には、融資当事者の状況に変化がある場合が少なくない。銀行（債権者）の融資業務は、継続的・長期的なものが中心であり、取引継続中に融資先（主債務者）の要請で担保の放棄・差替が必要となることがある。というのは、融資先が新規事業の展開などのために別の融資が必要となり差し入れた担保をその方に振り向けたいという場合があり、また融資残額との関係で担保に少し余裕が見えてきた場合などがあり、融資需要に変化が生ずるためである。しかし、銀行の判断で行き過ぎた担保の操作が行われると、保証人の担保への期待が裏切られ求償が害される可能性がある。そこで、債権者に担保保存の注意義務が課されているのである。つまりそこには、「時間の経過」に伴って契約当事者をとりまく事情の変化があることが分



る。これにうまく対応して保証人を含む当事者の法的責任を調整するには、債権者の注意義務が必要になる場合があることが窺える。この必要性を重視するならば、債権者の注意義務は必ずしも個別規定において定められた場合に限定されないことになるはずである（西村・星野博士の主張の根底にはこの発想があると思われる）。特に信用保証や身元保証などの継続的保証においては債権者の協力が必要となる場合があり、その注意義務の重みは通常の保証と比較して増すことになるはずである。しかし一方、逆に保証の「担保的価値」を重視しその価値を高めたといえるならば（日本の銀行の本音はそうであると思われるが）、債権者の注意義務は個別規定に限定された例外的な定めすぎないという方向に向うことになるはずである。

第二に、「制度論」と「原理的部分」の問題がある。つまり、民法が規定する保証人免責規定（先の①）が想定する制度的・原理的部分からの分析である。例えば、先の民五〇四条は単に保証人の地位の期待を保護するための「便宜規定」にすぎないと解する立場をとるならば、担保保存義務は同条が規定する例外的な義務であり、しかもそれは通常の法律上の義務ではないということになる。また、身元保証法も雇用関係の特性を考慮した特別法にすぎないと解するならば、同法の精神は狭く制限されることになるかもしれない。さらに、民四五五条は、単に保証人の有する催告と検索の抗弁権の効果を強化する効果を有するにすぎないと狭く解することもできる。これに対して、担保保存義務制度は弁済者代位制度の補完制度や便宜的制度ではなく「信義則」と関連する制度であるならば、民五〇四条は債権者の保証人に対する一般的注意義務の存在を前提とし、そこから流出する個別的注意義務を規定したものと見ることができ（沿革的・比較法的考察の問題として興味深い点である）。また、身元保証法は継続的保証の代表であり信義則的な発想が制度の根底にあると思われる、義務の拡大が予想される。さらに、民四五五条についても、右のように狭く解する（従来型の解釈）のではなく、同条の精神から拡張解釈をすることも可能なはずである。というのは、実際には、履行期の到来後は、保証人は債権者が主たる債務者に「適時に」請求し執行すること

を期待していると思われるからである（例えば星野説<sup>②</sup>）。

第三に、保証契約の沿革に根ざす法技術的な問題がある。保証契約は片務契約である。もしこの解釈を厳格に貫くならば、明文の例外規定（例えば先の①）がある場合を超えて債権者の注意義務を認めることは難しくなる。この懸念が生ずるかもしれない。しかし、先のように債権者の協力を要する場合があることは否定できない。その要請を法的世界に投影しようとするならば、債権者に各場合の必要に応じた義務が課されれば足りるはずである。つまり、債権者の注意義務は保証契約の片務契約性に反するような性質の義務までは要しない。信義則上の要請に対応する多様な義務群となるはずである。そうであるならば、債権者の一般的注意義務を肯定しても、保証契約の片務契約性という形式的な問題をクリアーできるのではないかと思われる（この点も沿革的・比較法的考察の問題として興味深い）。

保証への「期待度」——期待の違いを生ずる要因と背景 金融実務の現場においては、銀行（債権者）の保証に対する期待度がかかなり高いように思われる（先述（一））。しかし、銀行は、融資を確保するだけの不動産担保を要求する場合が多い（巨大企業への融資の場合は別として）。しかも、有力な銀行は主導的な立場にあり、自己に有利な順位・条件で確実な担保の設定を受けている場合が多いはずである。なぜ保証に対してそれ程高い期待を有するのであろうか。債権者の期待度と保証を引受ける側の義務感との間にはかなりのズレがあるように思われる。この違いを生ずる要因・背景は何なのであろうか、という疑問が生ずる。

保証契約は、主たる債務の履行を担保することを目的とする。保証人となる者と主債務者との間には一定の内的「関係」があつて、主債務者からの依頼を受けて保証を引き受ける場合が多い。その関係は多種多様であり、事案によって異なる。したがって、保証人が有する保証債務への義務感も様々の段階があるはずである。一方、債権者

は保証人の資力・社会的信用などを総合的に判断して、「担保的価値」を計算するはずである。したがって、債権者の保証への期待度にも様々の段階があるはずである。<sup>20)</sup> このことから、当事者間の内的関係および担保価値の評価によって、保証債務への義務感および期待度に違いが生ずることが窺える（保証契約の背景）。

このことは、事実的側面にとどまらず、保証責任の「法的」構成に反映することになる。つまり、保証人側の立場からすれば、それは保証人保護制度に反映する要素である。他方、債権者側の立場からすれば、債権保全の強化に反映する要素でもある。このことから、保証責任の法的構成は様々の形態があることが推論できるはずである。

現に、保証責任の法的構成を比較法的・歴史的に辿ると一様でないことが分る。一九世紀後半の近代諸国の法典においては、保証への期待を維持した法的構成がなされている。<sup>21)</sup> ところがその後、それら諸国の学説の動きおよびそれを受けた判例における変化が次第に見られるようになり、債権者側の義務は拡大する方向に向う。<sup>22)</sup> さらに、最近では債権者側の義務の拡大だけではなく、義務群の多様化と強化傾向が窺える。

このように、保証には本質的に二つの矛盾する側面があることが分る。つまり、債権者の債権の保全を担うという側面と、他人の債務の弁済という負担からの免責要請の側面とである。このバランスをどこでとるか、どの要素を重視するかによって違いが出ることになる。<sup>23)</sup>

## (2) 貸手の「担保権実行」の怠慢——担保物の価格下落による回収不能

問題の所在 銀行は融資の際に不動産担保を有している場合が多い（少なくとも融資先が中小企業や個人の場合にはそうである）。ところが、銀行が当てにしていた不動産担保（特に土地）の価格下落により、債権の回収が困難になっている場合が少なくない（今深刻な問題となっている）。これによって（さらにここに先述二の諸要因が重なり）、債権回収に拍車がかかり、主債務者への返済請求の圧力が強まり、さらに連帯保証人にも強く返済を迫るという状

況が見られる。

しかし、ここで一つの疑問が生ずる。それは、担保物の価格下落のリスクは本来だれが負担すべき性質のものなのであるかという疑問である。確かに、「経済の変動」による価格下落は、債権者が積極的行為によって招いたものではない。その点において、債権者が担保物を毀損したり放棄したような場合とは異なる。しかし、不動産担保の価格下落が進みきる前に銀行が「適時に」担保権を実行し換価していれば、債権の回収はできたのではないだろうか。たとえ全額の回収ができなかったとしても、少なくとも、今問題になっている程までは回収不能額が拡大しなかったのではないだろうか。もし銀行側が考慮した上であえて担保権の実行をしなかったのであるならば、その時点で実行すべきでないかと判断したならかの要因があるはずである。そうであるならば、銀行側が債権回収の先延しを正当化する考慮要因があったのかどうか、あったとしてもそれがどの程度のものであったのかは、リスク分配において重要となるのではないだろうか。つまり、価格下落によるリスクは一律に連帯保証人の負担にシワ寄せされるわけではなく、先の正当化の要因の有無・濃淡によっては、銀行側と連帯保証人側との間でそのリスク分配が微妙に異なってくるのではないだろうかということである。

さらに、右の疑問を法的な視点から展開するならば、債権者の「義務」の問題は避けて通れないと思われる。確かに、経済の変動による価格下落は、債権者が積極的行為によって招いたものではない。しかし、債権者に担保権を適時に実行する義務があるとすれば、価格下落も債権者の注意義務違反による担保の減少、つまり担保保存の義務違反（民五〇四条）の問題が浮上するのではないだろうか。従来どちらかというと、担保権の実行は権利の側面から考察されてきたように思われるが、担保権の実行を判断したその時の諸般の状況によっては、債権者の義務の視点を加えて議論する必要があるように思われる。

そこで以下では、右の疑問点を中心に従来の議論を再検討することにする。まず、担保物の価格下落は民五〇四

条のいう担保の減少に該当するかどうか（「理論的分析」：柚木・西村説の対比）（後述）、次に過失要件との関係（後述）、最後に判例における判断の分岐点とその要素（後述）を再検討することにする。

担保物の価格下落——担保の減少（民五〇四条）か　経済変動による担保物の価格下落は、民五〇四条（担保保存義務）に該当するのであろうか。つまり、価格下落が同条のいう担保の減少に該当するのかがまず問題となるはずである。経済変動による担保物の価格下落に関する議論は、最近では深く議論されることはない。しかし、従来の研究の軌跡を辿ると、この問題に関して今でも参考になりうる貴重な議論がある。その代表的なものは、柚木博士と西村博士の研究である（西見解は対照的な立場をとっていること、さらにも制度論にまで及ぶ緻密な研究に基づくという点で注目し値する）。そこで、西見解の主張を中心に検討することにする。

まず、「柚木」博士は次のような主張をかなり初期に（昭一〇）展開され、その後も一貫して主張された<sup>24</sup>。それによると、社会観念上、担保の価格下落は担保の減少と称することはできないだけでなく、実質的に見ても、価値下落の問題を生ずるのは常に弁済期以後のことであり、この時期においては保証人などはいつでも債権者に弁済してその担保権に代位できる。この時期以後に担保の価値が減少しても、なら保証人らは自己の正当な期待を裏切られたとはいえない、とされる。さらに、弁済期後の債権者の懈怠（過失）は代位者の懈怠の結果までも債権者の負担に帰せしめることはない、とされる。この見解において注目すべき内容は、次の三点ではないかと思われる。第一に、弁済期以後においては保証人ら（法定代位権者）は弁済して担保権に代位できるということを強調する。つまり、価格下落する前に保証人らは早めに弁済し代位して「自己防衛」（適時に担保物を確保）すべきとする。第二に、この見解は、第五〇四条は単に法定代位権者の代位の「期待」を保護する例外的な制度にすぎないと立場をとる（制度の位置付け。柚木見解の起点はそこにある）。第三に、担保権の「実行義務」には否定的である（債権者の

態度の信義則の面からの議論には消極的である。債権者の注意義務の視点からの議論はない）。この結果、右の期待を害していない以上、価格下落のリスクは保証人らが負うという推論が導かれる。

これに対して、「西村」博士は、対照的な主張を展開される。すなわち、担保物の価格下落は担保の減少とされる。その上で、それが民五〇四条の免責事由に該当するかどうかは、担保物を適当な時期（価格の低落以前）に換償せず、したがってそれが有した担保価値を実現しなかったことが、債権者の故意または懈怠（過失）によるものといえるかどうかにかかっている、とされる。景気の変動の予測は困難であるとしても、担保物の時価が債権額を弁済して充分なときは、それ以上に価格の高騰を待つ必要はどこにあるのか。債権者が担保権を実行できる時期が到来した後に、担保物の価格が債権額を完済できる程度に達したときは債権者としては自分自身の利益のためにも直ちに担保権の実行にとりかかるべきである。物価はいつ低落するか測ることができないから、担保物が相当の担保価値を有する間に機を逸せず実現することが、法定代位権者に対する注意義務である。とりわけ保証人に対しては、高度の注意義務を負担するとされる。西村見解の注目点（柚木見解と対比すると）は、第一に、債権者による担保権の「実行義務」に積極的の言及されていることである。第二に、その背景には債権者の「注意義務」の視点があり、そこから推論が展開されていることである。第三に、担保保存義務制度は信義則上の制度と位置付けられていることである（西村見解と柚木見解とは制度の位置付け自体が異なる。つまり議論の出発点が異なることとなる）。

過失要件との関係——相互移入関係　次に、民五〇四条は過失を要件とする。右の担保の減少（価格下落）と過失要件との関係の捉え方には、見解の相違が見られる。そのような相違が生ずる背景にはどのような問題があるのだろうか。その根底には、担保保存義務制度の位置付けの相違が存在するのかもしれない。そこで、担保の減少（価格下落）と過失との関係を分析することにする。

まず、見解の相違が最も顕著に現れるのは、柚木説と西村説（右）である。柚木説によると、経済変動による担保物の価格下落は民五〇四条にいう担保の減少にはあたらないとされる。この結果、過失の判定に進む前に、同条に該当しないという結論が導かれることになる。ここで注意すべき点は、価格下落が担保の減少に該当するかどうかの判定に際して、他の諸事情が考慮されずに推論が終わることである。つまり、この判定方式は、同条における各要件を「個別に」判定するという特色を有すると思われる。これに対して、西村説によると、価格下落は担保の減少にあたるとした上で、同時に過失要件の判定に入る。そして、債権者の注意義務の問題は当該事案の具体的諸事情の「総合判断」によって判定しようとする姿勢が見られる。つまり、過失・担保の減少などの要件を個別に判定するのではなく、法定代位権者の属性（保証人かその他の者か）・保証契約の内容（継続的保証か否か）・保証人と債権者・債務者との内部関係など諸般の事情を読み込んで判定する姿勢を重視される。したがって、担保の減少要件と過失要件とは総合的に判定されることになり、それらの要件は相互移入的・補完的なものとなる傾向がある。この背景には、西村博士が担保保存義務制度を「信義則」上の制度と位置付けていることと関係していると思われる（これに対して柚木博士はその制度を代位の期待保護制度と位置付けている）。

一方、従来の通説は過失要件との関係をどのように捉えているのであろうか。通説は、価格下落の問題を過失要件の項目で整理している（ただしそこでの考察は「過失による担保の減少」としてまとめて分析する傾向がある）。つまり、原則としては、債権者には担保権の実行義務はないとしつつも、特別の事情のある場合（判例の内容分析による）には、過失による担保の減少とされる可能性を否定しない<sup>17)</sup>。西村説ほど鮮明ではないが、要件の相互移入関係を前提とする推論があるように思われる。通説は、それまでの判例の捉え方・流れを重視し整理している。特に、同条による免責判断の分岐点となる「特別事情」の有無・その中身については、判例の事案の分析をベースとしている。そうであるならば、価格下落に関する判例が右の要件の判定に際してどのような要素を考慮しているのかは興味

深い。この点を、次の において考察する。

判例の判断の分岐点——その要素の抽出 担保物の価格下落による保証人などの免責に関して、判例の判断は分かれている。免責を認めるものとそうでないものとが見られる。その判断の分かれ目となるのは、特別事情の有無である。原則として債権者に担保権の実行義務はないとしつつも、特別事情があるとされた事案においては、価格下落は過失による担保の減少に該当するとされ、民五〇四条によって保証人らの免責が認められている。それでは、判例において特別事情として考慮された「要素」とは何なのであろうか。この視点から判例の事案（肯定・否定例全体<sup>18)</sup>）を再検討することにする。

(イ) 債権者の「怠慢度」 主たる債務の「弁済期が到来」したにもかかわらず、「長期間」にわたって抵当権の実行を怠り、その間の経済変動によって担保物の価格が下落し、適時に実行していれば回収できた債権が回収できなくなり「大きな損害」を生じたといふような事情である（後掲判例注（28）大判昭八）。ここでは債権者として取引上要求される適切な裁量とその限界が、これら事情（そこに含まれる要素）を総合的に考慮することによって判定されているように思われる（このことから、逆に保証人側に怠慢がある場合には、そのことが免責主張を主張する際にマイナスに作用することになる。例えば、保証人が担保物の価格下落を知りながら徒に放置したような場合である。つまり、保証人が価格下落を知りながらその事実を知らない債権者に通知せず放置した場合、また適時の担保権の実行を促さなかったような場合、さらに保証債務を履行し代位して自ら担保権を実行し危険を防止できなかったにもかかわらず放置したような場合である（後掲判例注（28）千葉地判昭三五（保証人側の怠慢を重視した事案））。

(ロ) 「法定代位権者」の属性 免責対象者が誰であるかが暗黙のうちに考慮されているように思われる。保証人と他の法定代位権者（第三取得者・後順位抵当権者など）とでは、判例においてもその扱いが微妙に異なるように

思われる（後掲判例注（28）大判昭八（保証人であることを重視した事例））。

（イ）「担保物」の性質 担保価値が低下しやすい性質の担保であるかどうかも無視できない。物的担保とされる不動産でも、建物は土地とは異なり放置すると価値が低下しやすい性質を有する。特に木造の家屋はそのような性質を有するはずである（後掲判例注（28）大判昭一〇（木造家屋の事案））。価格下落した担保物がどのような性質を有するものであったか、そのことを債権者が知っていないながら放置したのかも問題となると思われる。

（ニ）「取引継続中」か 取引が継続しているかどうかは、実務では無視できない事情である。つまり、長期の継続的な取引が当事者の念頭にある場合（系列銀行・企業間の継続的な取引、人的な内部関係のある取引など）には、債権者側（銀行）としては、その内部関係・取引実績を無視して安易に担保権を実行することは難しい（これによって短期の融資でも現場の裁量で半永久的に貸し続ける「ころがし」と化し適時の担保権実行を難しくするという弊害を生じる）。

もし一方的に担保権を実行すれば取引関係の清算を招きかねない（後掲判例注（28）大判昭一一（情誼上取引を中止しにくいという事情）、後掲判例注（28）大判昭一三（期間の定めのない取引））。しかし、取引が事実上終了しているにもかかわらず、徒に実行しないのは問題である（後掲判例注（28）大判昭一〇（取引が事実上中止されたまま放置されていた事案））。

（12）石井眞司「銀行の担保保存義務免除の特約」ジュリ四七二号一四（昭四六）、同「担保保存義務免除の特約」金法六八九号一六六頁（昭四八）、同「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」手研一九六号二三頁（昭四八）参照。なお、保証への「高い期待」は、石井氏だけではない。他の多くの金融実務家においてもそうである。問題は、それが法的推論・法的正当化を行う際の「当然の前提」とされていることである。

（13）石井・前掲論文（手研）二四頁。ただし、最近の判例の展開によって、石井氏ら実務家が望む方向に判例理論がかな

り動いたため、本文の記述より貸手に有利になっている。つまり、現在では、担保保存義務の免除特約は「念のため」（事実上の機能）ではなく、法的な機能が増している。

（14）星野英一「中小漁業信用保証の法律的性格」二四三頁（民法論集第二巻所収（昭四五））。

（15）拙稿「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」名城五〇巻別冊二五八頁（平一一）。

（16）西村信雄・継続的保証の研究二〇頁（昭二七）、星野・前掲論文注（14）二四五頁。

（17）星野・前掲論文注（14）二四四頁。

（18）鳩山秀夫・日本債権法（総論）三六二頁（大五）ほか、その後の有力説では柚木馨・判例債権法総論下巻二八〇頁（昭二六）がある（民五〇四条は一般的注意義務の一現れであるとは見ない立場）。

（19）星野・前掲論文注（14）二四四頁。

（20）林良平「保証責任追及に関する最近の判例の傾向について」金法二二四八号六頁（平五）参照。

（21）西村・前掲書注（16）二二六頁。西村博士はすでに五〇年も前にこの点を指摘されている。

（22）債権者の注意義務がその後二〇世紀半ばに拡大する傾向については的確な指摘がある。それは星野博士の研究である（星野・前掲論文注（14）二〇一、二三四頁以下）。ところが、この指摘の部分は金融実務家によってあまり引用されない傾向があるように思われる（他の部分の引用はあるが）。

（23）このような前提論を指摘するものはあまり多くないが、林・前掲論文注（20）七頁の指摘が明確である。

（24）柚木馨「債権者の担保喪失に因る代位弁済者の免責」民商一卷一号九七頁（昭一〇）、その後のものとして柚木・前掲書注（18）二八六頁（昭二六）。

なお、同様の主張をするものとして、近藤英吉・論叢三〇巻五号八一八、八二五頁（昭九）（判研）、石本雅男・債権総論一八八頁（昭二六）がある。

（25）西村・前掲書注（16）二三四頁、二四二頁。すでに、昭和二三年に信義則の視点から保証人の免責を考え、その一度として担保保存義務制度を位置付ける研究が見られる（西村「担保の喪失減少と保証人の免責——保証法に於ける信

義則の一適用」日本公証人協会雑誌二二号一六頁(昭一三)。

なお、石田文次郎博士は、抵当物件の競売を求めるか否かは抵当権者の自由に取捨できるとしつつも、法の目的または信義公平の原則によって評価されなければならない。法の目的に違背し、または信義誠実の原則を無視して、権利行使の自由を認めることはできないとされる。その上で、抵当物の価格の下落することが誰にでも予見できる場合に、しかも保証人から抵当権の実行の催告があったときには、債権者は直ちに抵当権を行使すべきであり、それを怠ったときは、民五〇四条に該当するとされる。抵当権者の権利行使の自由からだけの単調な議論を形式論として批判される(石田・法学一卷一〇号一〇四頁(昭七)(判研))。その他、価格下落による保証人の免責には慎重な立場をとりつつも、下落するまで不必要に抵当権の実行を延滞し、保証人に全損害を負担させることが権利濫用になる場合があるとする見解もある(田島順・債権法二八〇頁(昭一五))。

(26) 西村・前掲書注(16)二三〇―二三二頁。

(27) 我妻栄・新訂債権総論二六五頁(昭三九)、於保不二雄・債権総論(新版)三九二頁(昭四七)など。

(28) 大判昭八・九・二九民集二・二四四三(免責肯定例)、大判昭一〇・一一・二八民集一四・二二八三(肯定例)、東京地判大二三・一一・五評論二民二〇〇八(否定例)、大判昭七・三・八評論二民一一九三(否定例)、大判昭一一・六・九判決全集三・六・九(否定例)、大判昭一三・六・七判決全集五・一四・一一(否定例)、千葉地判昭三五・五・一〇判時二三四・二三(否定例)。

## 五 むすび ― 本問題の分析の試み

以上の考察に基づいて、今問題となっている「貸し剥がし」(担保価値の低下や返済能力に不安のある融資先に厳しく取り立て担保権を実行する動き)に内在する法的問題を、債権者の保証人に対する注意義務の視点から分析することにする。それによって、保証人の「適正な」法的責任を模索することにしたい。

担保物の価格下落による保証人ら(法定代位権者)の免責問題は、理論的な蓄積があり(先述四②) .. 柚木・西村説など)、ある程度の判例の蓄積もある。そこから、免責(民五〇四条)が認容される特別事情となりうる要素を抽出することができると思われる(先述四②)。理論的蓄積と考慮要素は、免責判定において貴重である。

ただ、今問題となっている貸し剥がしに内在する法的問題を検討しようとする場合、その前提として従来型にはない特殊性があるならばそれは無視できないはずである。まず、(i) 土地神話の崩壊・不動産担保中心主義の挫折がある(これまでわが国では、担保物(特に土地)の値上がりを当てにした過剰な融資がなされてきた。担保の柱となる土地の価格下落はこれまで少なくとも戦後は経験したことのない問題である。価格下落がどこで底を打つかを見定める判断材料が乏しかった)。さらに、(ii) 自己資本比率(自己資本比率のハードルをいかにクリアし生き延びるかという側面)、(iii) 公的資金の注入の思惑(注入された公的資金が不良債権回収の先送りに作用したという側面)、(iv) 銀行と企業(融資先)との間のもたれあい体質(この関係が客観的なデータに基づく適時の回収を遅らせたという側面)、(v) 保証の担保価値重視(最終段階において責任を負うのは保証人であるという融資側の保証依存体質)、(vi) 実務の契約観などが複合的に作用していると思われる(iii) (v) は銀行側に不利な要因(以上先述二・三・四①)。

このような従来とは異なる状況下において、保証人の適正な法的責任はどこに見い出されるのだろうか。保証人と債権者(銀行)間のリスク分配を左右するのは何なのかが問題となる。実務において多くの場合、銀行は取引先の信用悪化にもなって期限の利益を喪失させることができる旨の特約をおりているはずである。「期限の利益喪失約款」。この特約に基づいて、銀行は自らの判断で融資を打ち切り債権を回収できる立場にいる。そうであるならば、銀行側による「融資打ち切り」の妥当性が問題とならと思われる。銀行側がその判断の妥当性を主張するには、自己の有利な地位に相応の措置を講じる必要があるのではないだろうか。つまり、債権者としてその立場に応じた義務を負うはずである。

銀行は、融資に係る様々の情報を有している（「情報の格差」）。特に、メインバンクは最も重要な情報を有している。それは、融資先の資産・返済能力はもちろん経営のノウハウにまで及ぶ場合が少なくない。一方、融資先およびその保証人は情報の量・質およびその解析能力において劣る場合が少なくない（特に中小零細企業の経営者は想像以上に融資関連の情報に疎い。住宅ローンのような個人の借主はその種の問題について全くの素人であるのが普通である。それらの保証人はさらに疎い）。期限の利益を喪失させても債権回収すべき状況かどうか、回収の見込みはどの程度あるか、担保権の実行はいつなされるべきか、といった判断が的確にできる立場にいるのは、銀行側である。少なくとも、そのインシアチブをとるべきである。そのような状況において、担保権の実行は、債権者の権利であって義務ではないと主張することができるのであろうか。債権者が担保権の実行をしなければ、保証人は弁済し代位して自ら担保権を実行し価格下落を防げばよいといえるのであろうか。リスクの拡大防止に協力する義務は契約当事者全員が負うとしても、リスクを左右する重要な情報と判断力を有する当事者（銀行）がより義務を負うものと思われる。そうであるならば、融資先に信用不安の前兆が生じた場合、銀行は融資先および保証人と「交渉」し「助言」しさらには「警告」を行う義務を負うべきである。さらに、信用不安が進行した場合には、取引を打ち切り適時に担保権を「実行」する義務を負うと思われる。諸般の要素（先述四）の要素（過去の判例から抽出）・右の(i)

(vi)の事情（新たな要素）・期限の利益喪失約款の存在）を総合的に考慮した結果、銀行の不作為がやむを得ないと解される事情のない限り、価格下落によるリスクについて保証人は免責されると解されるべきである（民五〇四条）。