

債権の消滅 4：求償と代位

2003/07/04

松岡 久和

【弁済による代位】（教科書469～486頁）

- ・弁済者代位とか代位弁済とも言う。

1 意義と機能

- ・求償権：責任財産への最終的負担割当の実現や調整のための制度。求償利得の特則。
- ・代位：弁済により消滅するはずの債権者の債権等で弁済者の求償権を確保する制度。
求償権の担保・弁済の奨励・債務者の債務不履行の防止

2 法的性質

- ・法律上の債権・担保権等の移転か法律上の擬制か。
- ・原債権と求償権の関係：別個債権（「接ぎ木」構成の否定）だが前者が後者を担保。
元本額、弁済期、利率・損害金の有無や割合が異なる。
消滅時効はそれぞれにつき独自に妥当（最判平7年3月23日民集49巻3号984頁：174条の2による原債権の時効期間延長は求償権には及ばない）。
求償権のみを担保することが可能。
いずれの債権を行使するかは代位者の自由。
原債権の担保権は、原債権を被担保債権とする。求償債権額が特約により原債権額より大きくても、原債権を限度に担保 後順位担保権者の利益を害さない。
この点は判例がそう言い切っているか疑問がある。次頁の追記も参照。
「主従的競合」：原債権は求償権の担保目的で存続。
求償権が存在しなければ代位できない。原債権の行使は求償債権額が限度。
原債権の行使に対して、債務者には二重の抗弁権がある。

- ・さらに近時は、両債権の一体性を強調する傾向が強まっている。

【例】 求償権への一部弁済による原債権の同一額での消滅（最判昭60年1月22日判時1148号111頁）、求償権行使による原債権の時効中断、原債権行使による求償権の時効中断（前掲最判平7年3月23日）、174条/2に関する左記平成7年判決への批判、連帯保証人の1人についての和議開始決定後の弁済による他の連帯保証人の求償の制限（最判平7年1月20日民集49巻1号1頁）。

3 弁済による代位の要件

債権者の満足（弁済・代物弁済・相殺・混同・供託・担保権実行など何でも良い）

求償権の発生（委任契約・事務管理・不当利得など何でも良い）

【**求償権不発生**の例】 贈与の意思、求償権放棄、弁済者が抵当債務額を控除した代金額での第三取得者である場合など弁済者の最終的負担が明確な場合、三者間決済
第三者弁済についての正当な利益（500条の法定代位）

(a) 保証人・**連帯債務者**・**不可分債務者**物上保証人・~~第三取得者~~ (b) 474条2項の
第三者（含、一般債権者）

または

債権者の承諾（499条の任意代位）：この場合は債権譲渡の手続を要する。

弁済は債権者の意思に反してもできるので代位だけができない場合があります問題。

4 弁済による代位の効果

(1) 全部代位の場合（501条本文）

Case44 AはB銀行から500万円を年利5%で借り受け、時価800万円相当の本件不動産に極度額700万円の根抵当権を設定し、あわせてY保証協会に保証人となってもらった。A Y間の保証委託契約では、Yが保証債務を履行した場合には年利14%の損害金を支払うべき旨の特約をした。その後、Aは同一不動産に第2順位の抵当権を設定してXから200万円を借りた。Aが債務の弁済ができなかったため、BはYから弁済を受けた。YがBの権利に代位して本件不動産の第1順位の抵当権に基づく競売を申し立てたところ、Xは、配当手続においてYが配当を受けられる利息は、原債権による5%の範囲か、14%だとすれば最後の2年分140万円が限度であるとして争った。

- ・ 債権者の有していた原債権とその担保の一切の権利を行使可能 契約取消権・解除権
- ・ 代位権は求償権の範囲でのみ行使できる（最判昭61年2月20日民集40巻1号43頁：判決主文で原則として求償権を限度として表示する） 代位権はあくまで求償権確保の手段

追記：講義中、Case44の解説につき迷いましたが、Case44に近い事例での判例（最判昭59年11月16日判時1140号76頁）は、原債権の根抵当権が代位行使された場合、後順位抵当権者は極度額の範囲で優先されることを覚悟しているべきものとし、極度額の範囲なら原債権の範囲を超えて抵当権の優先弁済効を主張しうることを認めています。しかし、そうすると、結果的には、求償権が原債権の根抵当権で担保されたに等しく、上記「原債権の担保権は、原債権を被担保債権とする。求償債権額が特約により原債権額より大きくても、原債権を限度に担保」が怪しくなってきます。「信用保証協会が弁済による代位により連帯保証人兼物上保証人の設定した根抵当権から優先弁済を受ける場合に、債務者および保証人と右協会との間で、協会の代位弁済による求償債権の損害金について法定利息と異なる約定がなされていても、協会は右約定をもつて第三者に対抗することができない」という旨の原審判断を是認した最判昭49年11月5日金法738号34頁との関係が矛盾しないのか気になります。昭和59年判決の評釈類で研究を深める必要があります。

(2) 一部代位の場合（502条）

- ・ 担保権は準共有になるが、債権者の方が代位権者より優先する（百 91参照）
- ・ 判例（百40）は、代位者が単独で抵当権の実行を申し立てうとするが、担保権の処分にあたるとして学説の批判が強い。もっとも、近時は、保証協会の代位の利益の保障には合理性があるとの見解もある。
- ・ 自己に不都合な時期に代位権者が競売申立をするのを拒ぐため、代位権放棄条項などが保証契約や物上保証契約の中に盛り込まれることが多い。

5 法定代位権者相互間の関係（501条但書）

Case45 S社がGから融資を受ける際に、S社社長Aと信用保証協会Xが連帯保証人となり、S社専務Bが物上保証人として本件不動産に抵当権を設定した。A B S Xの間で、Sの求償債務につきA Bが連帯保証人としてXに対する保証債務を負う、民法501条但書5号と異なりXはA Bに全額につき代位権行使ができる、との特約を結んだ。その後、Bは自己の不動産に第2順位の抵当権を設定してYから融資を受けた。

Sが倒産したのでXがGに弁済し、Bに対する（第1順位の）抵当権に代位して、求償権全額につき配当を得ようとしたところ、Yが異議を述べた。曰く、501条但書5号でXが代位できるのは1/3にすぎない。Yは第2順位の抵当権者として代位後の剰余金の配当を期待して融資したのであり、Yの与り知らないXらの特約によって不利益を受ける理由がない、と。X Yいずれの主張が認められることになるか。

(1) 保証人 vs 担保物権付不動産の第三取得者

・ 保証人は第三取得者に代位する。第三取得者は保証人に代位できない。

第三取得者は担保の負担を計算できるし、代価弁済・滌除による対応も可能。

・ 保証人・物上保証人が別の担保不動産に代位するためには弁済後、第三取得者の登場前に代位の登記を要する（最判昭41年11月18日民集20巻9号1861頁）。

第三取得者登場後の弁済では、代位登記は第三取得者の移転登記の後でも良い。

(2) 物上保証人相互間、第三取得者相互間（共に債務者の不動産、もしくは共に物上保証人の不動産の場合）

・ 不動産の価格に応じて負担を割り付け、負担部分を超える額は負担部分に応じて代位できる。

・ 債務者からの第三取得者は、物上保証人からの第三取得者には代位できない。

責任を負担するのは最終的には債務者所有の不動産。

(3) 保証人 vs 物上保証人

・ 頭数に応じて負担を分け、さらに物上保証人が数人いればその間では(2)による。

・ 物上保証人兼保証人の負担については、判例（**百43【第3版】 - 最判昭61年11月27日民集40巻7号1205頁**）は頭数1人説。

根拠 取引通念による代位者の合理的意思や期待、簡明で実効性のある基準

批判 片一方の資格を捨象できる根拠や一般財産への執行の可否が不明

学説には、2人説、物上保証人1人説、資格融合1人説、保証人1人説などがある。

追記：講義後の質問で、各説の違いや前記昭和61年判決の射程を議論しましたが、相当複雑で、しかもよくわからない点が多いです。機会があれば、議論を整理して補充する解説をどこかで書いてみたいと思います。

・ 頭数の判断基準時は弁済時（最判平9年12月18日判時1629号50頁 - 弁済前に単独所有の物上保証人が死亡して共同相続が開始した事例）。

根拠 当初から共有持分権で物上保証をした場合との類比、追加担保設定や相続、担保権滅失など頭数の変化は防げないので、基準は簡明な方がよい。

批判 当事者の1人の死亡という偶然の事情による変動の不合理的 = 代位者の通常の合

理的意思や期待に反する。 共同相続人全員で1人説。

(4) その他

・不可分債務者相互間、連帯債務者相互間、共同保証人相互間等では、求償割合（430条、442条、464条、465条）による代位

(5) 代位割合変更特約

・公序良俗に反しない限り有効 後順位抵当権者の期待は反射的利益で保護に値しない。
批判 501条を基礎とした画一的な簡明処理により、特約の効力は当事者間で調整。

6 代位権者に対する債権者の義務

Case46 SはYから2億円を借り受けるに際して、自己所有の甲不動産（時価1億5000円）と物上保証人X所有の乙不動産（時価1億円）に抵当権を設定した。その後、SはYと交渉し、甲不動産を任意処分による一部弁済を行うこととした。この約定に沿ってYは甲不動産の抵当権を解除し、Sは甲不動産をDに売却して代金1億円をYに弁済した。そこで、XがYに対して、甲不動産の抵当権解除行為は担保保存義務違反に当たるので、自分は免責されるとして乙不動産の抵当権の抹消を求めた。

X Y間に担保保存義務免除特約がある場合とない場合で結論が異なるか。

抵当権設定後、Xが乙不動産をZに譲渡していた場合、Zとの関係では担保保存義務やその免除特約の効力はどうなるか。

・任意代位の場合の通知義務（499条2項）、附記登記協力義務（501条但書1号参照）、債権証書・担保等の交付義務（503条）

・担保保存義務（504条）：債権者が故意または懈怠によって担保を喪失・減少した場合には、法定代位権者は償還不能の限度で免責される（例：Case45で債権者Gが物上保証人Bの抵当権を解除し、S・A・Bがいずれも無資力になった場合、XのGに対する保証債務が消滅する。物上保証人が代位権者なら担保権の負担がその限度で消滅）。

担保保存義務違反が生じる前に登場した第三取得者も義務違反によって免責を受けうる（最判平3年9月3日民集45巻7号1121頁）。

・実務上は銀行の継続的融資業務を妨げるとして嫌われ、「担保保存義務免除特約」が結ばれている。判例は、一般的にはこのような特約も有効であるとする。ただ、担保喪失・減少行為に合理性が欠けるか、代位権者の代位の利益を害することについて故意・重過失がある場合には、信義則違反や権利濫用を理由に特約の効力が主張できない、という例外も認めている（最判平7年6月23日民集49巻6号1737頁）。

・担保保存義務免除特約が有効な場合、問題になった行為以後に現れた第三取得者は、免責の効果が生じていない状態の担保の負担がある物件を取得したことになり、債権者に対し504条による免責の効果を主張できない（前掲判例）。

【参考文献】

松岡久和「物上保証人に対する担保保存義務免除特約の主張の効力とその後の第三取得者」私法判例リマークス13号44頁以下(1996年)

2003年度民法第三部債権総論レジュメ24

高橋眞 『求償権と代位の研究』(成文堂、1996年)

潮見佳男 『債権総論 〔第2版〕 231頁以下(信山社、2001年)

【次回予告】

- ・ 債権の消滅 5 : 相殺 (教科書497～514頁)。