第22回講義

債権の消滅３：求償と代位

2012/07/02

松岡　久和

【弁済による代位】（E127-129頁、中田339-363頁）

・弁済者代位とか代位弁済（代位を伴う弁済の意味）とも

> **Case　22-1**　ＳがＧから5000万円を期間1年、年利4%、遅延損害金年利8%の約定で借り受け、この借入金債務の担保のために、Ｓの所有する不動産に第1順位の抵当権を設定して登記を行うとともに、Ｘが連帯保証人となった。ＸとＳの間の保証委託契約では、Ｘが保証債務を履行した場合には、元利金に年利15%の利息を付けて償還する旨の求償特約が付されていた。その後、ＳはＹに対する自身の債務のために甲に第2順位の抵当権を設定して登記がされた。Ｓは期限に弁済ができず、期限徒過から2年後にＸが元利金6000万円をＧに弁済した。
> 　その1年後、Ｘは、Ｇが甲の第1順位の抵当権を実行するといくら回収できるか。

1　意義と機能

・求償権：責任財産への最終的負担の実現や無資力リスクの配分・調整のための制度

・代位：弁済により消滅するはずの債権者の債権（とくに担保権）で弁済者の求償権を確保する制度　←求償権の担保のほか弁済の奨励・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（存続擬制）

・原則：原債権と求償権は別個債権（「接ぎ木」構成の否定）。原債権が求償権を担保

→①原債権と求償権では元本額、弁済期、利率・損害金の有無や割合が異なりうる

②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）

③求償権のみを担保することも可能（求償保証、求償権を被担保債権とする抵当権）

④いずれの債権を行使するかは代位者の自由

⑤原債権の担保権は原債権が被担保債権

⇒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し→後順位担保権者の利益を害さない（PⅡ130）

⑥「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

・例外：両債権を一体的に処理する場合

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）等

３　弁済による代位の要件

①債権者の満足（弁済・代物弁済・相殺・混同・担保権実行など何でも良い）

②求償権の発生（委任契約・事務管理・不当利得などが根拠。保証人の求償権を参照）

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

③弁済についての正当な利益（500条の**法定代位**）または債権者の承諾（499条の**任意代位**）

(a) 保証人・連帯債務者・不可分債務者（自身の債務の弁済）

(b) 474条2項の利害関係のある第三者（物上保証人・第三取得者・後順位抵当権者など）

・任意代位の場合には、債権譲渡の手続が必要

４　弁済による代位の効果

(1) 全部代位の場合（501条前段）

・債権者の有していた原債権とその担保が移転≠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（PⅡ131：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

(2) 一部代位の場合（502条）

・担保権は準共有になるが債権者が代位権者より優先（PⅠ366=PⅡ135関連判例①。ただし、PⅡ136：複数の被担保債権の１つを全部弁済した代位権者は全部代位となるので債権者と平等）

・判例（PⅡ134）は、代位者が単独で抵当権の実行を申し立てうるとするが、担保権の処分に当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。

修正と補足：当初のCase 22-1は、物上保証人という別の代位権者も登場してくるので、501条5号を適用して代位の範囲を限定する必要がある少し複雑な設例になってしまいました。それゆえより単純化して、1番抵当権も2番抵当権もＳ自身が設定したものに直します。そのうえで、具体的な帰結を申しますと、ＸがＧに代位して行使する抵当権の被担保債権は原債権なので、5000万円の元本と最後の2年分の遅延損害金800万円を限度として（375条）、5800万円の回収ができるだけであり、Ｘが第三者弁済したと思われる5600万円（＝元本＋利息1年分＋遅延損害金1年分）を新たな元本として年利15％を加えた6440万円にはなりません。これが接ぎ木説を否定し、求償特約がどうであれ原債権の範囲でしか原担保権を代位行使できないとすることの帰結です。

５　法定代位権者相互間の関係（501条後段と各号）－債務者の無資力リスクの公平な分配

Case 22-2　ＳのＧに対する債務について、Ｓが自己所有の甲不動産上に抵当権を設定して登記し、保証人Ｂが保証した。次の場合に弁済した者はＧに代位できるか。

①Ｂが弁済する前に、甲がＳからＤに譲渡されＤが所有権移転登記を備えた場合

②Ｂが弁済した後で、抵当権設定登記を抹消されないままで甲がＳからＤに譲渡さ

れＤが所有権移転登記を備えた場合

③抵当権付の甲がＳからＤに譲渡され所有権移転登記を得たＤがＳの債務を第三者弁済した場合

Case 22-3 甲不動産（2000万円）と乙不動産（4000万円）にＳのＧに対する3000万円の債務（以下、簡略化のため利息・損害金を考慮しないものとする）を担保するため共同抵当権が設定され、いずれも抵当権の負担付で、甲がＸに、乙がＹに譲渡されてそれぞれ所有権移転登記がされた。その後、まず甲の抵当権が実行され、次いで乙の抵当権が実行された。次の場合にＸは乙の抵当権実行の際に代位できるか。

①抵当権設定時に甲乙が共にＳの所有不動産であった場合

②抵当権設定時に甲が物上保証人Ｂ、乙が物上保証人Ｃの所有不動産であった場合

③抵当権設定時に甲がＳ、乙が物上保証人Ｂの所有不動産であった場合

Case 22-4 ①ＳのＧに対する3000万円の債務について、物上保証人Ｂ所有の甲不動産（2000万円）と物上保証人Ｃ所有の乙不動産（4000万円）に共同抵当が設定され、さらにＤが保証人となった。3000万円全額を弁済したＤは、Ｇに代位して甲乙の不動産上の抵当権を行使していくら回収できるか。

②上記①で甲不動産の物上保証人もＤだったとすると、3000万円全額を弁済したＤは、Ｇに代位して乙の不動産上の抵当権を行使していくら回収できるか（自ら所有の甲不動産の抵当権を代位行使することはありえない）。

(1) 保証人 vs 債務者が設定した担保権の付着した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・抵当権消滅請求による対応も可能。

・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（PⅡ129）。第三取得者登場後の弁済では、代位登記は第三取得者への移転登記の後でも可；501条1号の制限的解釈

※この判例を一般化して501条1号を修正する立法は疑問

(2) 物上保証人相互間、第三取得者相互間（共に同一の債務者もしくは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。392条の共同抵当権の負担割付と同一発想。

・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債務者所有の不動産が先。392条が適用されないのと同じ理由。

(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（PⅡ132）は頭数1人説。

根拠 ①取引通念による代位者の合理的意思や期待、②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。

・頭数の判断基準時は弁済時（PⅡ133：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　①当初から共有持分権で物上保証をした場合との類比、②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＝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）に従って代位

(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

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

おまけの補足：各設例の答えを簡単に示しておきます（設例番号が1つずれていたのも修正しました）。22-2①：判例（PⅡ129）によりＢは付記登記を予めしなくても代位できる。②：同判例によれば501条1号の制約により代位できない（この結論が妥当でないことは立法論として紹介したとおり）。③501条2号により代位できない。

22-3①：501条3号により、不動産価格の割合に応じて3000万円を1:2で甲に割り付けた1000万円を超える1000万円について乙上のＧの抵当権に代位できる（ただし一部代位となる）。②：501条4号により①と同じ結論となる。③：501条3号は適用されず、債務者所有の不動産甲から負担が割り付けられ、Ｓが求償や代位ができないのと同じように、Ｓから甲を引き継いだＸも乙上のＧの抵当権に代位できない。

22-4①：501条5号本文によりＤの負担は3000万円の1/3の1000万円、同ただし書によりＢが667万円、Ｃが1333万円となる（1万円以下四捨五入）。Ｄは、Ｇを代位して、甲から667万円、乙から1333万円を回収できる。なお、各人は債務者Ｓに求償できるがこのような場合、Ｓは無資力のことが多い。それゆえ、501条後段は、代位の割合を調整することで、Ｓの無資力リスクを公平に分担している規定ということができる（もっとも、相互の代位はＳからの求償不能を要件としていない）。②判例（PⅡ132）によれば、ＣとDは頭数2人で割った1500万円を負担限度とするから、3000万円を弁済したＤは、Ｇに代位して乙上の抵当権から1500万円を回収することができる。ちなみに2人説では、Ｄの負担限度は1000万円となり、3000万円を弁済したＤは、Ｇに代位して乙上の抵当権から2000万円を回収することができる。物上保証人1人説では保証人としての資格を無視し501条4号によることになるから、Ｄの負担限度は1000万円（＝3000万円×2000万円／（2000万円＋4000万円））となり、3000万円を弁済したＤは、Ｇに代位して乙上の抵当権から2000万円を回収することができる。保証人1人説では、この事例では頭数一人説と同じになる（物上保証人が他にもいると結論が変わる）。資格併存説では、おそらく、①と同じ扱いになろう。すなわち、Ｄの保証人としての負担限度が1000万円、甲不動産の物上保証人としての負担限度が667万円となり、その合計を超える1333万円が代位により回収を保証されるので、3000万円を弁済したＤは、Ｇに代位して乙上の抵当権の負担限度に当たる1333万円の回収ができることになろう。

頭数1人説は、①の場合に保証人ＤがＢから甲を取得した場合、Ｃの与り知らな

い事情によってＣの負担部分が1333万円から1500万円に増える結果となり妥当でないと思われる。

6　代位権者に対する債権者の義務

Case 22-5　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。
①ＸＹ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。
②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）、付記登記協力義務（501条ただし書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：**Case 22-5**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（PⅡ138関連判例②）。
・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（PⅡ137関連判例②）。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（例外肯定例－PⅡ137、例外否定例－PⅡ137関連判例③）。
　※もっとも前提として担保保存義務違反があっても「そ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った限度」を厳密に検討すれば、免責効果は生じない場合が多く、504条自体が不合理な規定ではない（後掲・松岡②）。
・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（PⅡ138）。

【参考文献】

松岡久和「弁済による代位」内田貴＝大村敦志編『民法の争点』(有斐閣、2007年)184-186頁（松岡①）
松岡久和「担保保存義務の忘れられた要件」現代民事判例研究会編『民事判例Ⅱ　2010年後期』（日

本評論社、2011年）6-21頁（松岡②）