6−2　弁済による代位

弁護士　福市 航介

第1　総論

1　代位弁済によって原債権が法定移転すること、当該原債権を担保する各種の担保も原債権に随伴して移転することについては、現行法と同一の規律が維持されるものと考えられる。

2　求償権と原債権の別債権性についても、現行法と同一の規律が維持されるものと考えられる。そのため、各別に元本額、弁済期、利息や遅延損害金の有無・割合を異にするために総債権額が各別に変動する。また、求償権と原債権は、別個に消滅時効にかかる。さらに、求償権と原債権の時効中断の関係も現行法の規律と同一である。そして、求償権に原債権の担保が「接ぎ木」されるわけではないことも同一であると考えられる。

3　また、求償権への内入金は原債権にも影響を及ぼし、求償権と原債権のそれぞれに内入弁済があったとされること、求償権と原債権の主従競合関係（原債権が求償権を確保することを目的として存在するという附従的な性質を有する関係）が認められることは、現行法と同一と考えられる。

4　なお、任意代位については、現行法の「債権者の同意があった」こととという要件が削除された（法案499条）。そのため、任意代位と法定代位の相違点は、債権譲渡の権利行使要件と第三者対抗要件を満たさなければ、代位の事実をもって債務者や第三者に対抗できないことに尽きることになった（法案500条）。

第2　弁済者代位の要件と効果

1　要件

若干の表現の修正が見られるが、現行法の規律を基本的に維持している。

2　効果

(1)　法案501条1項および2項は、現行法501条柱書前段の規律を基本的に維持するものである。原債権の法定移転、原債権と求償権の別債権性、主従競合などは、前記第1に記載のとおりである。

(2)　法案501条2項括弧書は、共同保証人間での代位求償が問題となる場合に、弁済者代位を認めたうえで、その上限を債務者に対する求償権ではなく共同保証人間の求償権（現行法465条、法案465条）とすることとした（民法（債権関係）部会資料80－3・27頁参照。）。この問題については、学説上の対立があったところ、明文の規定で解決された（潮見佳男『民法（債権関係）改正法案の概要』（きんざい、平成27年8月18日）170頁以下参照。）。

(3)　法案501条3項は、現行法501条後段の考え方を基本的に維持するものである。ただし、次の点で修正と補充がなされている（以下は、潮見佳男『民法（債権関係）改正法案の概要』（きんざい、平成27年8月18日）171頁および172頁の記述および指摘の各資料による。）。

ア　保証人や物上保証人が債務者からの第三取得者に代位できることは法案501条1項から当然に導かれるものであるため、これを明示しなくなった（現行法501条1号は保証人について明示している。民法（債権関係）部会資料80－3・26頁参照。）。

イ　保証人が債務者からの第三取得者に代位する場合には、現行法501条1号は代位について予めの附記登記を要件としていたが、法案501条3項は不要とした。代位の附記登記がないことを理由に債権が消滅したという第三取得者の信頼が生じるか疑問であること、抵当権付きの債権が譲渡された場合に、代位の附記登記が担保権取得の第三者対抗要件とされていないこととのバランスを考慮したものである（法務省民事局参事官室「民法（債権関係）の法律の改正に関する中間試案の補足説明」296頁参照。）。法案では、代位の附記登記は、担保権を実行する際における承継を証する公文書（民執181条3項）として位置づけられることになる。

ウ　501条3項5号は、物上保証人からの第三取得者を物上保証人とみなし、通説に依拠した明文化を図った（法務省民事局参事官室「民法（債権関係）の法律の改正に関する中間試案の補足説明」296頁以下参照。）。なお、現行法501条の「第三取得者」について、債務者からの第三取得者のみを指すのか、物上保証人からの第三取得者も含むのかについて学説に対立が生じていた。

(4)　保証人と物上保証人の二重資格について

二重資格者の取り扱いについては、議論があったようであるが（法務省民事局参事官室「民法（債

権関係）の法律の改正に関する中間試案の補足説明」296頁、民法（債権関係）部会資料62・11頁、民法（債権関係）部会資料80－3・27頁参照。）、今後も解釈に委ねられることとなった（民法（債権関係）部会資料83－2・31頁参照。）。

(5)　一部弁済による代位については、代位者が単独で抵当権を実行することができるとした判例（大決昭和6年4月7日民集10巻535頁）を改め、代位者による単独の抵当権実行を認めないこととした上で、これを抵当権以外の権利行使にも一般化して明文化された（法案502条1項）。また、一部弁済による代位が認められる場合であっても、債権者は単独で権利行使することができるという従来の一般的な理解も明文化された（法案502条2項。法務省民事局参事官室「民法（債権関係）の法律の改正に関する中間試案の補足説明」299頁）。

(6)　また、一部弁済による代位の場面において、満足面での原債権者優先主義（抵当権が実行された場合における配当は債権者が代位弁済者に優先するというもの）を認めた判例（最判昭和60年5月23日民集39巻4号940頁、最判昭和62年4月23日金法1169号29頁）を明文化し、かつ、抵当権以外の権利行使にも一般化した（法案502条3項）。

(7)　なお、法案502条4項は、現行法502条2項と同じである。

第3　債権者の担保保存義務

1　法案504条1項は、現行法504条の規定内容を基本的に維持したうえで、債権者が担保保存義務に違反して担保の喪失等をした後に、物上保証人等から抵当不動産を譲り受けた第三者が担保保存義務違反による免責の効力を債権者に対して主張することを認めた判例（最判平成3年9月3日民集45巻7号1121頁参照。）を明文化するとともに、抵当権を超えて一般化した。

2　現行法504条については、銀行取引では、債務者の経営状況の変化等に伴い、債務者から担保の差替えや一部解除の要請がしばしば行われるところ、担保の差替えや一部解除は、少なくとも形式的には同条が定める担保喪失又は減少に当たるため、この要請が合理的であったとしても、債権者としては、法定代位者全員の個別の同意を得ない限り、債務者からの要請に応じることができず、時宜に応じた円滑な取引ができないという問題があった。

3　そのため、金融機関等は、実務上、法定代位者である保証人や物上保証人との間で担保保存義務免除をする特約を事前に結び、その有効性が認められてきた（大判昭和12年5月15日新聞4133号16頁参照。）。もっとも、当該担保保存義務の免除特約は常には有効とはされていないし（最判平成7年6月23日民集49巻6号1737頁）、担保不動産の第三取得者のような特約を締結することができない者との関係では同条の適用の有無が問題となっていた。

4　法案504条2項は、取引上の社会通念に照らして合理的な理由があると認められるときに、免責の効果が生じないこととした。なお、法案504条2項は、引き続き担保保存義務免除特約の効力が認められるとともに、その効力の限界に関する判例も維持されるとの考えに基づくものとされている（法務省民事局参事官室「民法（債権関係）の法律の改正に関する中間試案の補足説明」303頁、潮見佳男『民法（債権関係）改正法案の概要』（きんざい、平成27年8月18日）174頁参照。）。