

非付従的な担保と弁済による代位

亀井隆太

1 はじめに

わが国の民法においては、例えば保証人が主債務者に代わって債務を履行した場合、保証人は事後求償権を取得する（民法 459 条、462 条）。また「求償をすることができる範囲内において、債権の効力および担保としてその債権者が有していた一切の権利を行使することができる」（民法 501 条柱書、弁済による代位）。この意味するところは、判例（最判昭和 59 年 5 月 29 日民集 38 巻 7 号 885 頁、最判昭和 61 年 2 月 20 日民集 40 巻 1 号 43 頁）、通説によれば、原債権の法定移転であり（債権移転説）、また、原債権の移転とともに、随伴性（帰属における付従性）により担保権が移転する。原債権に随伴しない担保については、法律上当然に移転しない（民法 398 条の 7 第 1 項後段参照）。

このように担保の移転は、随伴性によるものであるが、それでは、例えば保証人が弁済した場合、保証人は「代位」により債権者が有した損害担保契約に基づく権利を行使できるのであろうか。損害担保契約には保証と類似する形態もあるので、これは保証債権と同じく弁済者に移転するようにも思われる。しかし、仮に弁済者に「移転」するとしても、損害担保契約は債務者の債務から独立した付従性や随伴性のない独立的担保であり、その場合の移転の法律構成が問題となる。以下では、ドイツ法の状況等を検討しつつこの問題について若干の考察を行う。

2 ドイツ法

(1) 付従的な担保

付従的な担保については以下のようなものである。まず、ドイツ民法典（BGB）においては、弁済した保証人の主たる債権への代位¹は、保証法上の規定である BGB774 条 1 項 1 文の「主たる債務者に対する債権者の債権は、保証人が債権者を満足させる限度で、保証人に移転する」という文言により生じる。そして、付従的な（akzessorisch）担保権に関しては、412 条、401 条によって債権とともに移転がなされる。

(2) 非従的な担保

(a) 判例・通説

ドイツの金融実務上、土地債務など非付従的な担保は重要な役割を演じているが、弁済による代位との関係ではどのような仕組みとなっているのか。

非付従的 (nicht-akzessorisch) な担保権の場合には、BGB774 条 1 項、412 条、401 条は直接適用されない。すなわち、保全土地債務 (Sicherungsgrundschuld)、譲渡担保 (Sicherungsübereignung)、所有権留保 (Vorbehaltseigentum) など、非付従的な担保については代位の明文規定が存在していない。なお、ドイツにおいては付従性・帰属における付従性 (随伴性) を有する担保は、抵当権、質権、保証債務のみを指す (この点に関しては、鳥山泰志「担保権存在条件としての債権(1): 付従性の原則の一考察」一橋法学 3 巻 1 号 (2004 年) 203 頁、小杉茂雄「いわゆる非典型担保における『附従性』について (上)」判タ 478 号 (1982 年) 24 頁以下を参照)。

判例によると、保証人は、主債務者によって設定された非付従的な担保に関して債権者に対する債務法上の移転請求権を有する。2 つの異なる根拠がいわれている。

RG1916 年 12 月 8 日判決では、BGB774 条によって担保として譲渡された有限会社の社員の持分 (Geschäftsanteil) は保証人に移転されないとされたが、譲渡担保と質とは経済的な本質においては同等のものであり、また債権者も担保の目的のために必要な限りにおいて担保所有権を保持しうるのであって、BGB157 条、242 条 (信義誠実の原則) の顧慮の下、債権者が移転を義務づけられることが、当事者 (債権者、保証人、主債務者) の意思であると認められた²。連邦通常裁判所 (BGH) 判例は、BGB 774 条 1 項、412 条、401 条の類推³ないしは BGB401 条 1 項の類推⁴に依拠する。例えば、BGH1980 年 9 月 24 日判決⁵は、譲渡担保や担保のための債権譲渡のような担保権は、法律により直接保証人に移転せず、「BGB774 条、401 条の基本的思惟の類推適用により、支払う保証人への債権者の債務法上の移転義務が認められる」と述べる⁶。

通説⁷は判例を支持している (学説においては、保証債務の補充性から移転義務を導き出す見解⁸、債権者は債権の満足の後、担保物を保証人のための受託者として保持しうるといふ信託的構成説⁹などの見解がある)。

(b) BGB774 条 1 項、412 条、401 条の類推適用説に対する批判

このような移転義務を BGB774 条 1 項、412 条、401 条の類推適用に基づかせることに対しては疑問が投げかけられている。

Herzfeld は、法定移転を定める規定の類推により移転義務を導くことかできるのか、と疑問を呈する。すなわち「法定移転から、法律による義務を押し量ることは非常に奇妙である」と述べる¹⁰。

また、Hartmaier は次のように論じている。

BGB401 条が非付従的な担保権に類推適用されるのであれば、法律上当然の移転が生じなければならないはずであるが、それは通説によっても許容されていない（通説は移転義務という構成）。債権者の移転義務は、自動的な（法律上当然の）移転とはまた別のもの（Aliud）であり、それゆえ、BGB401 条から移転義務を導き出すことはできない¹¹。

(c) Dieckmann の見解

このような見解に対して Dieckmann は以下のように反論する¹²。

まず、Dieckmann は BGB774 条の法定移転の歴史的な発展の背景から考察する。債権者の地位への自動的な代位は、訴権譲渡の利益（beneficium cedendarum actionum）の発展形態である。訴権譲渡の利益とは、債権および担保の移転請求権であった。「実際上の合目的性の理由」（aus Gründen der praktischen Zweckmäßigkeit）に基づいて、BGB の立法者は規律の方法として法定移転を与えた¹³。しかしながら、主債務と担保権が移転するという 774 条 1 項のルールは、債権者が移転義務に服するという評価に基礎を置いている。類推の範囲を超えるため、付従的な担保の場合のように自動的な移転は生じないが、BGB 774 条 1 項、412 条、401 条の類推の能力は否定されない。類推適用によって得られた債務法上の請求権は、法律に基づく移転を命じる規定から類推して導かれる。この移転請求権は、法定移転の効果のマイナスされたものであり、別のもの（Aliud）ではない。

3 損害担保契約について

わが国における損害担保契約の形態は多岐にわたるが、これは主たる債務の存在を前提としない（主債務が存在する場合もある）債務者の債務から独立した付従性や随伴性のない独立的担保であるといわれている。

損害担保契約について、新たに民法に規定を設けるべきことについては、法制審議会民法（債権関係）部会でも深くは検討されていないようであるが、損害担保契約は実務において多用されているので、明文規定をおくことの意義は小さくないといわれている¹⁴。

なおフランスでは、フランス民法担保法の改正（2006 年）に際して、損害担保契約の規定が導入されたが、多様な形態が存在するので、定義規定を置くに止めている¹⁵。また、ドイツでは、民法制定過程において、損害担保契約も規定するかどうかの議論がなされたが、当時すでに損害担保の形態が多種多様に存在しており、類型化が困難であるとの理由

で一般規定を置くことを放棄した。現在、実務上種々の損害担保の形態が発展し、それらに対応した多様な判断が求められているという¹⁶。

4 損害担保契約の類型化

損害担保契約については、様々形態があるが、以下の類型化が提案されている¹⁷。

- ①瑕疵担保型
- ②身元保証型
- ③債権損害担保型
- ④履行損害担保型
- ⑤指導念書型
- ⑥損失負担型
- ⑦損失補償型
- ⑧請求払無因保証型

なお、本稿では、保証と類似する形態である③債権損害担保型を特に念頭に置く。

5 被担保債権が保証債務と損害担保により担保されている場合、損害担保人が弁済したときに弁済による代位が生じるか（本稿が問題としているのは次項の6）

(1) わが国における議論

否定説

中原利明氏…「担保人の填補義務の履行は独立した自らの債務の履行であるから、担保人の求償権や代位権を認めることは、損害担保契約は主債務から独立して成立するという性質や、損害を填補するという損害担保契約の本質と相いれない」¹⁸。

また、伊藤進教授も求償や代位を否定する（ただし、民法 422 条の賠償者代位の類推適用により代位が可能だとする）¹⁹。

肯定説

峯崎二郎氏…損害担保人の求償権を前提としつつ、代位の要件を検討して、損害担保人の代位権を肯定する。また、他の担保提供者との代位割合については、「損害担保人は保証人と同じ立場に立つ」と解釈する²⁰。

椿久美子教授…保証類似型損害担保の場合について、「私見は、付従性を前提としない規

定、求償権、法定代位、債権者の担保保存義務、代位者相互間の関係、その他の規定の類推適用を認めることができると解する」とする²¹。

平野裕之教授…「主債務がある場合には求償権や弁済者代位を認めてもよいとも考えられる」²²。

(2) ドイツにおける議論

否定説（通説）

保証人の弁済による代位の規定である BGB774 条 1 項は、損害担保人には類推適用できないとする²³（理由としては、BGB774 条 1 項は保証法を本質的に特徴付けるところの付従性の原則を表明したものであるということが挙げられている²⁴）。

肯定説

BGB774 条 1 項の類推適用により代位を肯定する²⁵。

6 被担保債権が保証債務と損害担保により担保されている場合、保証人が弁済したときに、「代位」により損害担保を行使できるか。

(1) わが国における議論

この点については、直接的に言及している文献は見当たらないが、上記 5 (1) の峯崎氏、椿（久）教授の代位割合についての言及からは、保証人などが弁済した場合にも、債権者が有していた損害担保を行使（代位）しうることが前提となっているものと思われる。

しかし、債権移転にともなう担保（抵当権、保証債権など）の移転は、随伴性によるものであるが、随伴性の否定されるはずの損害担保がどうして移転するのか明らかにされる必要がある。

(2) ドイツにおける議論（損害担保の移転義務）

前述のように、主債務に付従（随伴）しない非付従的な担保については、法律上当然に移転はしないが、BGB774 条 1 項、412 条、401 条の類推適用によって、債権者の保証人に対する担保移転義務が生じるものとされる。Horn によれば、（他の非付従的担保と同様に）損害担保人がもつばら後順位の責任を負っているのではない限りは、債権損害担保の場合にも、債権者の移転義務が生じるという²⁶。

7 今後の課題

保証人など弁済者の損害担保への代位を認めるとしても、上述の随伴性の問題がどのように解決されるべきかは課題として残る。

ここでの考察にあたっては、債権者が、まず誰に請求をしたかという偶然的事情によって異なる結論に至りうることの当否や、弁済者代位制度の趣旨（弁済者の求償権の強化、債権者は弁済を受けた以上、原債権や担保の帰趨には関心がなく、かつその移転による不利益もないこと、弁済が促進されること）を慎重に斟酌することが求められる。

弁済者への損害担保の付与（「代位」）を肯定する場合、この点についてはさらなる検討が必要だが、ドイツのような債権者の担保移転義務という構成も考えられよう。

保証人の弁済による非付従性な担保権の移転の問題は代位の規定の仕方のみならず、担保の付従性の理論に関わる問題でもあり、非付従的な担保と代位の関係につきこれまで議論が見られなかった部分を含め、今後の検討が必要である。

まとめ

ドイツ民法典において、弁済した保証人の主たる債権への代位は、BGB774条1項1文の「主たる債務者に対する債権者の債権は、保証人が債権者を満足させる限度で、保証人に移転する」という文言により生じる（法定の債権移転）。付従的な（akzessorisch）担保に関しては、BGB412条と、付従性のある担保権のみを列挙する401条によって債権と共に移転がなされる。これに対して、非付従的な（nicht-akzessorisch）担保の場合、判例・通説は、債権者の保証人への移転義務が生じるとしている。本稿は、保証人の弁済と非付従的な担保の移転について、その法技術と理論的根拠につき検討・分析を試みた。

判例（ライヒ裁判所および連邦通常裁判所）によると、保証人は、主債務者によって設定された非付従的な担保に関して債権者に対する債務法上の移転請求権を有する。これについて、判例においては、2つの異なった根拠がいわれている。ライヒ裁判所は債権者が移転を義務づけられるのは当事者（債権者、保証人、主債務者）の意思に基づくという。連邦通常裁判所（BGH）判例は、BGB 774条1項、412条、401条の類推に依拠する。連邦通常裁判所（BGH）判例に対しては、BGB 774条1項、412条、401条の類推適用により移転請求権を根拠づけることができるのか否か疑問が呈されている。

学説における支配的な見解も、保証人に非付従的な担保の債務法上の移転請求権が帰属すると考えている。しかし、いかなる根拠に基づくのかに関しては争いがある。

翻って、わが国における非付従的な担保と代位の関係を考えるに、例えば、保証人などの弁済者は損害担保契約の担保権者に代位して損害担保契約を実行しうるのか、という疑

問が生ずる。弁済者は随伴性のないかかる独立的な担保には代位しえないことになりそうである。しかし、損害担保契約には機能的に保証と類似するものもあり、担保権者の権利に「代位」がなしえないことを合理的に説明しえない場合も想定される。保証人に担保の付与を肯定する場合、ドイツのように担保権者の担保譲渡義務という構成も考えられよう。

保証人の弁済による非付従性な担保権の移転の問題は代位の規定の仕方のみならず、担保の付従性の理論に関わる問題でもあり、非付従的な担保と代位の関係につきこれまで議論が見られなかった部分を含め、今後の検討が必要である。

-
- ¹ ドイツにおいては、法定の債権移転 (gesetzlicher Forderungsübergang, Legalzession, cession legis) と呼ばれる。
- ² RGZ 89,193,194.
- ³ BGHZ 42,53,56 f; BGHZ 78,137,143; BGHZ 92,374,378; BGHZ 110,41,43; BGHZ 130,101,107; BGHZ 136,347,352; BGHZ 144,52,54 f; BGHZ WM 2000,1141,1144; OLG Stuttgart WM 1990,1191,1193.
- ⁴ BGH WM 1967,213,214; BGH WM 1987,1804.
- ⁵ BGHZ 78,137.
- ⁶ BGHZ 78,137,143.
- ⁷ Staudinger-Horn, §774 Rn21; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.5, 5. Aufl., 2009, §774 Rn10 [Habersack]; Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 71. Aufl., 2012, §774 Rn9 [Spraul].
- ⁸ Huber, Die Sicherungsgrundschuld, 1965, S.159f; Becker-Eberhard, Die Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte, 1993, S.566f.
- ⁹ Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.2, 5. Aufl., 2007, §401 Rn 14 [Roth].
- ¹⁰ Herzfeld, JR, 1958, 453, 454.
- ¹¹ Hartmaier, Ausgleichsfragen bei mehrfacher Sicherung einer Forderung, 1963, S.152.
- ¹² Dieckmann, Der Derivatvregreß des Bürgen gegen den Hauptschuldner im englischen und deutschen Recht, 2003, S.423ff.
- ¹³ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. II, 1896, S.673.
- ¹⁴ 中原利明「保証」金融法務事情 1874号 (2009年) 61頁以下。
- ¹⁵ 平野裕之「保証規定の改正をめぐるいくつかの問題点」慶応法学 19号 (2011年) 50頁。
- ¹⁶ 椿久美子「損害担保契約の多様性と指導念書、請求払無因保証 (上)」NBL778号 (2004年) 65頁を参照。
- ¹⁷ 椿久美子「損害担保契約の多様性と指導念書、請求払無因保証 (上)」NBL778号 (2004年) 67頁以下を参照した。
- ¹⁸ 中原利明「保証」金融法務事情 1874号 (2009年) 61頁以下。
- ¹⁹ 伊藤進「狭義の保証人以外の人的担保『金融法取引大系 (5)』(有斐閣、1985年) 297頁

- 20 峯崎二郎「損害担保契約」『担保法大系(5)』(金融財政事情研究会、1984年)749頁以下。
- 21 椿久美子「損害担保契約の多様性と指導念書、請求払無因保証(中)」NBL780号(2004年)67頁。
- 22 平野裕之『コア・テキスト 民法(4)債権総論』(新世社、2011年)196頁(注244)。
- 23 Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2, §§ 765-778 (Bürgschaft), 2013, Vorbem zu §§ 765-778 Rn. 246 [Horn].
- 24 Kim, Zessionsregreß bei nicht akzessorischen Sicherheiten, 2004, S. 70.
- 25 Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, Hb 2, 13. Aufl., 1994, S. 77; Castellvi, WM 1995, 868 ff. なお、Förster, Die Fusion von Bürgschaft und Garantie, 2010, S. 449によれば、フランス、イタリアでは保証に関する規定が損害担保人にも類推適用されるという見解が支配的であるという。
- 26 Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2, §§ 765-778 (Bürgschaft), 2013, Vorbem zu § 774 Rn. 21 [Horn].

※参照条文 (BGB)

157条 (契約の解釈)

契約は、取引の慣習を顧慮し信義誠実の要求に従って、之を解釈することを要す。

242条 (信義誠実に適った給付)

債務者は、取引の慣習を顧慮し信義誠実に適うように、給付を行う義務を負う。

401条 (従たる権利と優先権の移転)

(1) 債権のために存在する抵当権、船舶抵当権及び質権、並びに債権のために設定した保証に基づく債権は、譲渡した債権と共に新債権者に移転する。

(2) 強制執行又は破産の場合につき債権と結合した優先権は、新債権者も行使することができる。

412条 (法律上の債権移転)

第399条から第404条まで、第406条から第410条までの規定は、法律に基づく債権の移転に準用する。

774条 (法律上の債権移転)

(1) 主たる債務者に対する債権者の債権は、保証人が債権者を満足させる限度で、保証人に移転する。この移転は、債権者の不利益に主張することができない。主たる債務者と保証人との間に存在する法律関係に基づく主たる債務者の抗弁は、影響を受けない。

(2) 共同保証人は、互いに第426条に従ってのみ責任を負う。

※BGBの条文訳については、柚木馨＝高木多喜男『現代外国法典叢書(1) 独逸民法(1) 民法総則』

(有斐閣、1955年)、椿寿夫＝右近健男編『ドイツ債権法総論』(日本評論社、1988年)[右近健男、松井宏興]、右近健男編『注釈ドイツ契約法』(三省堂、1995年)[鶴井俊吉]を参照した。

※本稿は、拙稿「ドイツ法における保証人の弁済と非付従的な担保権の移転」千葉大学人文社会科学研究第25号(2012年)に基づくものである。