

弁済者代位の問題点

村 田 利喜彌

一、はじめに

本稿は、第三者が弁済した場合において取得する求償権と代位について取り上げるものである。この求償と代位をめぐる議論は、中小企業者への融資の道を拓くために設立されている信用保証協会が法律上の問題を提起したといえる。信用保証協会は、債務者との間に求償権について法定利率と異なる損害金に関する特約、および連帯保証人・物上保証人との間に信用保証協会の負担部分を零とする代位の割合に関する特約を締結している。この2つの特約は当事者間では有効であるとしても、信用保証協会が代位弁済したことにより、金融機関から取得した代位根抵当権の行使において、後順位抵当権者等第三者に対して効力を有するかが問題となる。この問題につき最高裁昭和59年5月29日判決民集38巻7号885頁（以下、最高裁昭和59年判決という）で2つの特約は有効であるとされたのであるが、弁済者代位の問題は、特約の有効性の問題だけでなく、原債権と求償権の関係につき、信用保証協会の事案を中心に多数の判例が出されている。最高裁昭和59年判決から25年を経過した現在、個別ケースにおける処理において新たな問題が生じてきており、これにつき検討をすることにする。

キーワード：信用保証協会、代位弁済、被担保債権、求償権、原債権、付従的（主従的）競合、内入弁済、消滅時効

二、弁済による代位の法的性質

信用保証協会が金融機関に代位弁済した場合、民法459条により債務者に対して固有の求償権を取得する。他方、民法501条により求償できる範囲内において、債権の効力および担保として金融機関が有していた一切の権利を信用保証協会は代位行使することもできることになる。代位弁済がなされた場合の弁済者代位の法的性質について、「第三者によるものであれ、とにかく債権およびそれに附随する権利は弁済があれば消滅するものであるから、弁済があったのに債権者の権利が弁済者に移転する、つまり、消滅しない、とする代位弁済制度の性質を説明することは、しかく容易ではない」とされ¹、また「代位弁済の法的性質いかん、これはフランスの民法学説上、論理的に説明しがたい難問である」とされている²。

弁済による代位が求償権を確保するための制度であると理解するとしても、本来的に弁済によって消滅するはずであった債権者の債務者に対する債権（原債権）が代位弁済者に移転するのかもしれないのか、また移転しても元のままの性質を有するのかが問題となる。弁済者代位の法的性質に関しての種々の考え方があり、概略すると以下のとおりとなる。

1. 接木説

名古屋地裁昭和 58 年 10 月 7 日判決（判例タイムズ 521 号 201 頁）において、金融機関が債務者に対して有していた債権は、信用保証協会の代位弁済により消滅するので、弁済による代位として信用保証協会に移転するのは、右弁済によって消滅したはずの債権そのものではなく、信用保証協会が代位弁済により取得した固有の求償権の効力を確保するための担保権その他の権利であり、信用保証協会が取得した求償権に接木されるとする接木説が採用されている。この接木説は、債権自体は第三者の弁済によって完全に消滅するので、債権者である金融機関の債務者に対する原債権がそのまま信用保証協会に移転することはありえないが、その債権に付随する従たる権利のみが信用保証協会が金融機関に代位弁済によって取得した固有の求償権に、いわば接木されるとする見解である。つまり原債権は債務者の関係でも、また、弁済者との関係でも消滅しており、原債権に付随している人的担保である連帯保証人や物的担保である根抵当権に代位することになる。したがって、代位根抵当権の被担保債権は原債権でなく求償権であるとする³。ところで、債権自体は第三者の弁済によって完全に消滅すると説く接木説では、原債権について判決や公正証書といった債務名義がある場合、これを行使しえなくなるから、不正確・不完全な理論である⁴とされていたのであるが、実務感覚にマッチすることから、最高裁昭和 59 年判決が出されるまでは信用保証協会や執行裁判所の実務においても、接木説による処理がなされていた。しかし、最高裁 59 年判決が出された後は、接木説をそのまま採用する学説は存在しないとされている⁵。

2. 法律擬制説

民法の起草委員であった梅謙次郎博士は、「代位ノ性質ニ付テハ諸説紛紛タリト雖モ新民法ニ於テハ第 501 条ニ於テ其性質ヲ明カニシ弁済者ハ自己ノ権利ニ基キ求償ヲ為スコトヲ得ル範囲内ニ於テ債権者ニ代ハリテ其権利ヲ行フコトヲ得ルモノトセリコレヲ詳言スレハ債権ハ弁済ニ因リテ既ニ消滅セリト雖モ弁済者ノ権利ヲ確保スル為メ仮ニ債権者ノ権利ヲ以テ未タ消滅セサリシモノトシテ弁済者ヲシテ此権利ヲ行ハシムルモノナリ」とする⁶。すなわち、債権者の債権は、弁済によって債権者・債務者間においては消滅するが、法律の擬制によりこれを弁済者との関係で存続させ、弁済者に移転したものと扱う擬制的移転であるとする。また、債権の移転ないし譲渡でもなく、委任事務の処理、事務管理の費用支出、保証債務の履行等に基づく求償権を担保するため、法律のフィクションによって、弁済によって消滅した債権をあたかも生きているとみるべきものであって、本来求償権が完全に行われるものであれば代位は不要なはずであるが、弁済者が損失を被ることを免れさせるためにこの制度があるとする見解である⁷。

3. 二分説（寺田説）⁸

保証人の求償権などのように明文の規定によって求償権が確立されている領域においては、通説が説くように、弁済による代位制度が「弁済者の『債務者に対する求償権を確保』するための制度である」という点に異論はないとする。しかし、「弁済による代位は、いわゆる固有の求償権の確保制度に尽きるものではなく、弁済者と被求償者との間の内部的法律関係に基づく

固有の求償権の存否を詮索せずに、弁済の事実のみを要件とする求償制度としての機能を内在している」とする。この場合、「代位とは原債権や担保権等の諸権利の弁済者への移転が生ずることであり、この意味での代位の成立要件としては自己の出捐による弁済の事実が存在することであり、弁済者が債務者又は民法 501 条但書各号が予定する他の法定代位者に向けて右諸権利を行使するに際して、その存在が明らかであるときの固有の求償権は、右諸権利の行使範囲を画定する基準として位置付けるべきことになる」として、「弁済者と債務者との間に内部的な法律関係がないため内部的法律関係によっては求償を根拠づけられないときに、代位は求償の実現方法として用いられることがある」ことになり、「代位はそれ自体求償方法として機能する」とする⁹。そこで、求償権が存在しないとされる後者の場面では、代位によって移転する原債権自体を求償権とみることになる¹⁰。

4. 法律上の債権移転説

債権は、債権者と債務者の間では弁済により消滅するはずの債権が、弁済者のためになお存続し、これが弁済者に移転する（法律上の債権移転）とし、弁済者が旧債権者に代わって債権者になるとする見解である。この債権移転説によると、債権の効力として債権者が有していたいっさいの権利である履行請求権、損害賠償請求権、債権者代位権、債権者取消権などの債権の効力いっさい、すなわち債権そのものが代位され、さらに担保として債権者が有していたいっさいの権利、すなわちすべての人的担保および物的担保に関する権利が代位されるとする。したがって、代位根抵当権の被担保債権は原債権であり求償権ではないということになる。現在の通説であり¹¹、判例でもある。接木説を否定し債権移転説を採用したとされる代表的な最高裁判例を次に見てみることにする。

①最高裁昭和 59 年判決

信用保証協会は、債務者との間に求償権について法定利率と異なる損害金に関する特約、および連帯保証人・物上保証人との間に信用保証協会の負担部分を零とする代位の割合に関する特約を締結している。この2つの特約は、最高裁昭和 59 年判決において、後順位抵当権者等の利害関係人との間でも有効であるとした。判決文はかなり長文であるので、その判決要旨をまとめると以下のようなことになる。

「弁済による代位の制度は、代位弁済者が債務者に対して取得する求償権を確保するために、法の規定により弁済によって消滅すべきはずの債権者の債務者に対する債権（以下「原債権」という）およびその担保権を代位弁済者に移転させ、代位弁済者がその求償権の範囲内で原債権およびその担保権を行使することを認める制度であるから、代位弁済者が弁済による代位によって取得した担保権を実行する場合において、その被担保債権として扱うべきものは、原債権であって、保証人の債務者に対する求償権でないことはいうまでもない。その効果として、債権者の有していた原債権およびその担保権をそのまま代位弁済者に移転させるものであり、決してそれ以上の権利を移転させるなどして右の原債権および担保権の内容に変動をもたらすものではないのであって、代位弁済者はその求償権の範囲内で右の移転を受けた原債権および

担保権自体を行使するにすぎない。したがって、原債権を担保設定した物上保証人はもちろん、この根抵当権等の担保権の存在を前提として根抵当権等の担保権その他の権利関係を設定した利害関係人に対し、その権利を侵害するなどの不当な影響を及ぼすことはありえず、保証人と債務者との間で求償権の内容についての特約並びに保証人と物上保証人との間でなされた代位の割合を変更する特約については、後順位根抵当権者等の利害関係人との間で物権的な関係に立つものではない。したがって、保証人が代位によって行使できる原債権の額の上限は、これらの利害関係人に対する関係においても、約定利率による遅延損害金を含んだ求償権の総額によって画されるものというべきである」とした。

すなわち、求償権を確保するために移転するのは、債権者が債務者に対して有していた債権（原債権）であって、原債権と切り離された担保権ではないので、「代位弁済者が弁済による代位によって取得した担保権を実行する場合において、その被担保債権として扱うべきものは、原債権であって、保証人の債務者に対する求償権でないことはいうまでもない」とし、原債権が消滅したことにより、切り離された担保権だけが移転するとする接木説を否定した。したがって接木説のように「原債権が消滅する」と考えるのではなく、「原債権が移転する」のであり、担保が移転するのは、移転した原債権に担保が随伴すると考えるのである。これを原債権の消滅について「原債権が絶対的に消滅する」のではなく、「原債権が相対的に（債権者との関係で）消滅する」ということであるとする¹²。

それゆえ、弁済による代位の性質については、原債権は、求償権確保のために、その目的の範囲内で存続し、いわば債権者・債務者に対する関係では消滅するが、代位者に対する関係では消滅することなく生き続けことになり、原債権がその固有の性格をもったまま代位弁済者に当然に移転するのであるから、代位根抵当権についての被担保債権は原債権であって、別個の債権である求償権でないとし、求償権は無担保債権であるとする、第1の命題が導かれたことになる。

②最高裁昭和61年2月20日判決民集41巻7号1205頁（以下、最高裁昭和61年判決という）

保証人が代位弁済によって移転を受けた代位根抵当権の競売実行ではなく、求償権者が代位取得した原債権等の給付を求める事案において、最高裁昭和61年判決は、「主文において請求を認容する限度とし求償権を表示すべきである」とした。その理由とするところは、「弁済による代位の制度は、代位弁済者の債務者に対する求償権を確保することを目的として、弁済によって消滅するはずの債権者の債務者に対する債権（以下「原債権」という。）及びその担保権を代位弁済者に移転させ、代位弁済者がその求償権を有する限度で右の原債権及びその担保権を行使することを認めるものである。それゆえ、代位弁済者が代位取得した原債権と求償権とは、元本額、弁済期、利息・遅延損害金の有無・割合を異にすることにより総債権額が各別に変動し、債権としての性質に差違があることにより別個に消滅時効にかかるなど、別異の債権ではあるが、代位弁済者に移転した原債権及びその担保権は、求償権を確保することを目的として存在する付随的な性質を有し、求償権が消滅したときはこれによって当然に消滅し、その行使

は求償権の存する限度によって制約されるなど、求償権の存在、その債権額と離れ、これと独立してその行使が認められるものではない」とした。すなわち、本判決は、原債権と求償権の債権競合につき、原債権は求償権に付従しており、並列的な請求権競合ではなく、付従的な請求権競合の関係にあることを明確にしたわけであり、この点で、第2の命題が導かれ、両債権の「付従的競合」（主従的）という捉え方が広く行われるようになった。

この両債権の「付従的競合」の意味につき、第三者（法定代位権者）は弁済によって原債権に対する法定担保権を取得し、原債権は求償権を被担保債権とする担保の客体とする見解や¹³、代位制度は、法の規定によって原債権が当然に移転するのであって、約定によるものではなく、いわば、債権という権利の譲渡の方法による法定担保制度であるとする見解がある¹⁴。

この原債権が求償権の法定担保である（求償権は原債権の被担保債権である）とする法定担保説に対して、求償権と原債権以外に担保権という別個の権利を構成するのは無理である¹⁵とするのがある。また、潮見佳男教授は、『原債権が求償権の法定担保である（求償権は原債権の被担保債権である）』とする立場は、異質なものを判例理論の衣の下に包み込んだように思われる。その意味で、『接ぎ木』構成に戻れというものではないにしても、『主従的競合』の名の下の一般理論の独走に歯止めをかけ、再検討を加える必要がある¹⁶とされるに至っている。

5. 新接木説¹⁷

新接木説は、最高裁昭和59年判決が出されるまではなかった考え方であり、原債権と求償権とを別個の債権とすることから生じる不都合を指摘し、いわゆる「接ぎ木」構成を再評価しようとする見解である。この見解は、「実務を処理するうえでは、求償権こそが中心であり、原債権は求償権を満足させるために機能すべきものとして存在しているにすぎない。したがって、保証人の代位弁済により原債権者との関係では原債権は消滅しているものの、原債権は求償権に内在しているものとなり、代位権を行使するときのみ求償権の範囲内¹⁸でという制約のみに機能する。それ故、代位権の行使として原債権に付着していた担保を行使する場合は、原債権の範囲内で求償権を行使することとなり、求償権の総額が原債権の総額より大きい場合は原債権の範囲内で、逆に求償権の総額が原債権の総額より小さい場合は求償権の範囲内で行使することになる。とすると、代位根抵当権の被担保債権は求償権であるとしても、後順位担保権者等第三者を害するものでもなく問題はないと思われる」とする見解である¹⁹。

従前の接木説であれば、原債権は完全に消滅するので、代位根抵当権の被担保債権は求償権になるとしていたので、求償権における損害金特約が、原債権の損害金特約より高率であれば、後順位抵当権者等の利害関係にある第三者の正当な権利を侵害しないで代位弁済の求償権の確保を図るという弁済による代位の原理・構造が破壊される結果となる。また、原債権に判決や公正証書等がある場合にこれを使えないことになり、問題視されていたわけである。

これに対して、新接木説は、保証人が代位弁済したことにより求償権が新たに発生したからといって、原債権について認められた権利が保証人との関係では、消滅するものではなく、原債権について認められた権利は当然に求償権に内在するものとなり、原債権はその性質を代え残映的債権として、その後も認められるとするものである。その点で、接木説のように原債権

が債権者や弁済者との間でも完全に消滅するとしているのとでは異なることになる。

また、最高裁昭和 59 年判決で採用された債権移転説は、弁済者代位について、弁済によって消滅すべきはずの原債権を特別に存続させ、債権者の有していた原債権を法律上、当然に代位弁済者に移転し、その結果として、この原債権を担保する各種の担保権も、原債権に随伴して移転する制度であるから、債権譲渡とは債権の移転では共通しているが、債権譲渡は契約によって移転するものであり、弁済者代位は原債権が求償権の範囲で法定移転となる点で異なる²⁰とし、求償権は独自の存在を失い、権利行使の「粹」としてのみであると考えるのである。

これに対し、新接木説は、原債権は求償権に吸収され内在することになるが、求償権に対して原債権は残映的存在として機能的に残存するものとなるので、担保権の被担保債権は求償権になるとし、求償権が独自の存在を失わないことになる²¹。この考え方に対して、原債権と入れ替わって求償権が担保権の被担保債権となる理論的根拠を見出すことができないとの債権移転説の立場からの批判がある²²が、法定代位制度における、代位権を行使する場合に、求償権と原債権のどちらに重点をおくのが適切かという問題であって、債権移転説では原債権に重点を置き、新接木説では求償権に重点を置いている点で異なるものであり、法定代位制度に理論的根拠を置いている点では、債権移転説でも同様のはずであることからすれば、求償権が担保権の被担保債権となる理論的根拠を見出すことができないとの債権移転説の立場からの批判は当を得ていないといわざるをえない。

以上に述べた新接木説に対して、弁済によって消滅すべきはずの債権者の債務者に対する債権である原債権に、一定の機能を生じさせる以上は、原債権が消滅していると言い切ることは理論的整合性を欠くとして、原債権が一度は弁済により消滅しているという観点から議論を始めるものを新接木説A²³とし、消滅しないで移転するという観点から出発するものを新接木説B²⁴とする学説がある。新接木説Aにおいても、代位弁済した保証人との関係では、原債権が絶対的に消滅するのではなく、債権者との関係で、原債権が相対的に消滅しているに過ぎないと見るわけであるから、新接木説Bとの違いはあまりなく、説明上の違いに過ぎないものではないかと思われる。

三 個別ケースにおける検討

1. 債務者の内入弁済

代位取得した原債権についての物上保証人に対し、代位弁済者（保証人）から根抵当権の実行がなされ、それに対する配当異議が出された事件において、多数回にわたり保証人の「求償権」に対する債務者からの内入弁済があった場合の内入金を支払と求償権及び原債権に対する弁済関係について、最高裁昭和 60 年 1 月 22 日判決裁判集 144 号 1 頁（以下、最高裁昭和 60 年判決という）は、以下のように判示した。

「保証人が債権者に代位弁済したのち、債務者から右保証人に対し内入弁済があったときは、右内入弁済は、右保証人が代位弁済によって取得した求償権のみに充当されて債権者に代位した原債権には充当されないというべきではなく、求償権と原債権とのそれぞれに対し内入弁済があったものとして、それぞれにつき弁済の充当に関する民法の規定に従って充当されるべき

ものと解するのが相当である」として、保証人が債権者に代位して物上保証人所有の不動産に対する担保権を行使しうる範囲を定めるべきであるとした。

判決を支持する側からは、「原債権と求償権との関係は債権競合であるところ、後順位利害関係人からみれば債務者の内入弁済によって、後順位利害関係人は、代位弁済の前後でその受けるべき影響は同一でなければならない」とする²⁵。また、「弁済による代位がない場合における債務者の債権者に対する内入弁済と同様に考えて、求償権はもとより原債権にも弁済される」とする²⁶。

これに対して、判決に疑問を持つ側からは、次のような批判が加えられた。「金融実務において、後順位抵当権者等第三者は、先順位担保権がある場合、先順位担保権者の極度額（抵当権であれば被担保債権）を差し引き、その剰余価値を把握しているものであり、先順位担保権者が極度額（被担保債権）で優先弁済を受けることを覚悟して後順位抵当権を設定しているものである。これゆえ、後順位抵当権者等第三者は、先順位担保権の極度額（被担保債権）の中味につき、法的な利害関心をもっていないことから、債務者がした保証人への内入弁済は、後順位抵当権者等第三者にとって法律的には期待できない利益である」とする²⁷。この考え方は、最高裁昭和59年判決において、原債権と求償権は別個の債権であるとしているのに、債務者の内入弁済の場面において、原債権と求償権を同一視して両債権への内入があったものと見なければならないとすることに対し、第1の命題に反するのではないかといった疑問が根底にあるものといえる。また、「債務者から債権者に対してなす弁済は本来自由であって、第三者はその利益を当然に期待しうるものとはいいがたいこと、さらに原債権の行使しうる趣旨が求償権の確保であるならば、弁済によって求償権の一部が消滅しても当然に同一額の範囲で原債権が消滅するとは必ずしもいえないとする余地がある」とする²⁸。

この考え方の背景には、最高裁昭和61年判決において、「代位弁済者に移転した原債権及びその担保権は、求償権を確保することを目的として存在する付従的な性質を有し原債権は求償権に付従している」と説示されたため、原債権と求償権の関係につき、付従的（主従的）な請求権競合の関係にあるという捉え方が広く行われるようになり、「求償権の確保とは、原債権が求償権の担保である」とする法定担保説が生じてきたためである²⁹。このように原債権が求償権の担保であると捉えるならば、担保権の付いた原債権よりも求償権の方が大きいときは、まず求償権だけに充当して原債権とその担保権を温存することにより、「担保」たる代位権を有効に使えることになるから、「内入弁済については、『利害関係人の利益・期待を考慮に入れた価値判断』を介在させる思考様式をとる場合に明らかとなるように、『原債権が求償権の法定担保である（求償権は原債権の被担保債権である）』という点を強調したとしても、それが両債権への同時充当へと直結するわけではない」³⁰ということになる。つまり、最高裁昭和61年判決の「付従的競合」につき、原債権が求償権の担保であると捉える法定担保説は、第2の命題とは相違するのではないかといった疑問が根底にあるものと思われる。

2. 消滅時効

①原債権についての時効中断による求償権への影響

原債権について時効が中断された場合、求償権についても時効が中断されるのかということが問題となる。最高裁昭和 59 年判決により導かれた、第 1 の命題としての原債権と求償権とは別個の債権であるとするのみでは、原債権について時効が中断された場合、求償権についても時効が中断されることにはならない。また、最高裁昭和 61 年判決により導かれた、第 2 の命題としての原債権は求償権に付従しているとする「付従的競合」論からすれば、従である原債権について時効が中断されたとしても、それだけでは主である求償権の時効が中断されることはなく、付従性の論理だけからでは、原債権の行使によって求償権の時効を中断するというのは、論理的に難しいはずである³¹。さらに、潮見佳男教授は、「仮に付従性を最大限に広げて理解したとしても、被担保債権に生じた事柄が従たる「担保」にも波及するかどうかは捉えられるだけであって、従たる「担保」に生じたことが被担保債権に影響するという事は出てこない」ことになる³²。

ところが、求償権についても時効中断されるとする以下のような肯定説に立つ学説がある。「原債権の行使・満足は、実質上、求償権の行使・満足と評価できるから、求償権の時効中断は肯定される」とする³³。また、競売の申立については、「求償権と原債権とは、一応別個の債権であるから、独立に時効にかかり、かつ、独立に時効中断がありうることになるが、原債権を行使して抵当権に基づく競売の申立があったときは、申立書に確保されるべき求償権が合わせて表示されることになるので、求償権についても、時効中断があるとみることは当然であるが、もっと一般的に、原債権を行使したときは、これによってそのいわば被担保債権である求償権について時効中断の効力がある、ということができると思われる」とする³⁴。さらに、「原債権が求償債権に附従する存在であるからには、前者の行使は後者の存在を前提とすることが論理の必然であるから、原債権の消滅時効が中断した場合に、求償債権の時効が中断することは、肯定してよい」³⁵とする。

このように学説が対立する中で、原債権が破産債権として届け出られて確定した後に保証人から代位弁済がなされ、これを理由とする届出名義の変更がなされた事案につき、最高裁平成 7 年 3 月 23 日判決民集 49 卷 3 号 984 頁（以下、最高裁平成 7 年判決という）は、「債権者が主たる債務者の破産手続において債権全額の届出をし、債権調査期日終了後、債権全額を弁済した保証人が債権の届出名義変更の申出をしたときには、代位弁済により保証人が取得した求償権の消滅時効は、求償権の全部について、届出名義変更の時から破産手続の終了に至るまで中断する」とした。その理由とするところは、「届出名義の変更の申出は、求償権に満足を得ようとする届出債権の行使であって、求償権について、時効中断効の肯認の基礎とされる権利の行使があったものと評価するのに何らの妨げもない」というものである。本判決は、原債権の債権調査期日終了後に代位弁済をし、原債権から求償権への債権の届出名義変更がなされた事案であるが、原債権の届出の後に代位弁済がなされたものの、債権調査期日において届出名義の変更がされていないので原債権について債権調査が行われ、その後に原債権から求償権への届出名義の変更がなされた事案においても、最高裁平成 9 年 9 月 9 日判例時報 1620 号 63 頁は、最高裁平成 7 年判決と同様の判断を下した。

したがって、原債権が確定債権となった場合において、代位弁済により原債権から求償権へ

の届出名義の変更がなされたときは、代位弁済の時期は債権調査期日の前後にかかわらず求償権についても時効は中断されるという判例法が確立されたことになる。

②求償権についての時効中断による原債権への影響

求償権について時効が中断された場合、原債権についても時効が中断されるのかといったことも問題となる。最高裁昭和59年判決により導かれた、第1の命題としての原債権と求償権とは別個の債権であるとするのみでは、求償権について時効が中断された場合でも、原債権についても時効が中断されることにはならない。しかし、最高裁昭和61年判決による第2の命題としての原債権は求償権に付従しているとする「付従的競合」論からすれば、主である求償権の行使によって求償権が時効中断された結果、それに従属的（付従的）な債権である原債権の時効が中断するということになる³⁶。

ところが、求償権が時効中断されたとしても原債権の時効は中断しないとする以下のような見解がある。「求償権の行使は原債権の行使を当然の基盤としているわけではなく、また、原債権が時効消滅しても求償権には影響しない」との理由により、求償権の行使により原債権の時効は中断されないとする³⁷。また、最高裁昭和61年判決により第2の命題として導かれた「付従的競合」論よりも、第1の命題として導かれた原債権と求償権とは別個の債権であることを重視して、「求償権について時効中断事由が発生しても、原則として、原債権について時効中断の効果は発生しないと解すべきである。両債権が別個の債権である以上、時効中断事由も別々に考えるべきだからである」とする³⁸。さらに、最高裁判例で導かれた「求償権と原債権とは別債権であるとした上での、主従的競合」は、「保証人ほか人的担保が設定されている場合とも、原因債権と手形債権との関係が問題となる場合とも違う状況が存在しているので、求償権について時効が中断すれば、原債権についての時効も当然に中断するとの見方は、正しくない」とする³⁹。

以上のように、求償権についての時効中断による原債権への影響について考察する場合において、最高裁昭和61年判決による第2の命題としての原債権は求償権に付従しているとする「付従的競合」論からすれば、求償権について時効が中断された場合、原債権についても時効が中断されると解する肯定説が妥当と思われるが、いまだに判例がなく、否定する学説もあるところから、判例がどのように判断するかが待たれるところである。

3. 求償権の消滅は原債権を消滅させることになるか

債権移転説に立つ通説からは、求償権の消滅は原債権を消滅させることになる⁴⁰。また、最高裁昭和61年判決は、原債権は求償権が消滅したときはこれによって当然に消滅するとする。これらの通説・判例によると、弁済・満足により消滅した場合だけでなく、時効消滅した場合も含まれるものと解されており、これが実務上において最も大きな影響を受けているものの一つであり、困った問題ともなっているとされている。なぜならば、代位弁済により移転を受けた代位根抵当権がある場合、求償権の時効が早くきて被担保債権である原債権より先に時効消滅すると、代位根抵当権も消滅してしまうということになるからである。

この点に関し、高橋眞教授は、「求償権が時効消滅した場合、原債権は消滅していないにもかかわらず、代位権の行使が否定されるかという問題を考えるとき、担保としての『附従性』ありとすればこれを肯定すべきことになる。しかし債務者は代位がなければ原債権の請求を受けるべきところ、代位した者の求償権の消滅によってこれを免れることになるが、これは適切か」という問題を提起された⁴¹。そして求償権と原債権との関係につき、最高裁昭和61年判決において、原債権が求償権に付従するとしている点につき、「成立・行使・消滅の全体にわたって、完全な『附従性』を有しておらず、求償権の範囲でのみ原債権を行使し得るという『成立に関する付従性』が認められるに過ぎない」として、「時効の規律については、原債権・求償権とも期間・起算点についてはそれぞれ固有の規律に服する」から、「原債権と求償権とは『単純競合』として考えるのが妥当であり、一方が時効消滅したとしても他方を行使することについては妨げない」とされる⁴²。したがって、「最高裁昭和61年判決の『求償権が消滅したときはこれによって当然に消滅し』という文は、求償権が満足されずに消滅した場合を含むものと解すべきではない」とされる⁴³。

以上のとおり、最高裁昭和61年判決により第2の命題としての原債権は求償権に付従しているとすると「付従的競合」論によれば、求償権が消滅すれば、原債権・担保権も消滅することになると考えられていた。しかし、単純競合説によれば、求償権が実際に弁済を受け満足された場合には、原債権・担保権は消滅するが、時効消滅したとしても、原債権・担保権は消滅せず、担保権を行使できるとするのはこれまでにない考え方であり、画期的なものである。本来、弁済者代位は、代位弁済をした者の利益のために認められた制度である。にもかかわらず、先にも触れたように高橋教授が、「債務者は代位がなければ原債権の請求を受けるべきところ、代位した者の求償権の消滅によってこれを免れることになる」といった、むしろ、代位弁済者に利益をもたらすどころか、弊害をもたらすことになる「付従的競合」論について、根本的に再検討をする必要性のあることを意味しているといえる。

4. 債権行使における補充性

山野目章夫教授は、「ふたつの債権は互いに独立に行使することが可能であるのか、それともいずれかの債権の行使に障害がある場合にのみ他方の行使が許される意味において一方が他方を補充する関係にあるというべきか」という問題を提起される⁴⁴。次の事例により検討することにする。

A銀行が債務者Bに対して1,000万円を貸付けるために、C信用保証協会は債務者の委託を受けて銀行の保証人になった。その際、CがAに代位弁済するときには、AがB所有の甲物件に設定を受けている極度額1,200万円とする根抵当権の全部をCに移転するとする保証条件をAとの間で特約（原債権を被担保債権とする根抵当権であり、以下、条件担保という）をした。また、CはBとの間でBが所有する乙物件に付いて、Cが代位弁済により取得する求償権を被担保債権とする根抵当権の設定を受けた（以下、求償権担保という）。その後、Bが履行遅滞に陥り、CがAに代位弁済したことにより、CはAが有していた原債権と条件担保である甲物件上の根抵当権に代位することになった。

まず抵当権の申立についてであるが、Cは原債権と求償権の2つの債権を有しており、この2つの債権は、最高裁昭和59年判決が示した、原債権と求償権とは別個の債権であるとされている第1命題により、別々に行使できることになる。したがって、Cは、甲・乙物件それぞれに設定されている条件担保と求償権担保につき、競売の申立を同時にしなければならないとの制限はなく、甲・乙物件いずれの競売を先に申立してもよいということになる⁴⁵。この点について異論はないと思われる。

次に、換価ないし配当に移った段階において、配当をなすにつき、従うべき順序があるのが問題となる。単純競合説や新接木説からは、従うべき順序はないということになると思われる。けれども最高裁昭和61年判決が示した、原債権と求償権の債権競合につき、原債権は求償権に付従しており、並列的な請求権競合ではなく、付従的な請求権競合の関係にあるとしている第2命題により、従である原債権を被担保債権とする条件担保である甲物件より、主である求償権を被担保債権とする求償権担保である乙物件のほうから先に配当をすべきであるとする見解がある⁴⁶。

しかし、このような考え方は、実際的ではない。というのは、たとえば、条件担保の甲物件が求償権担保である乙物件より、市場性や価値が高く競落されやすい物件であった場合、市場性や価値が低い乙物件はなかなか競落されにくいことが想定でき、条件担保の甲物件が換価ないし配当がかなり遅れる、もしくは配当がなされないことになるという結果が招来される。このようなことは不良債権の回収に支障をもたらす結果となり、実務的な観点からは、納得されるものではない。また、三の3で述べた求償権の消滅による原債権の消滅同様、代位弁済者に利益をもたらすどころか、弊害をもたらすことになる。したがって、時効に関する問題と同様に、債権行使における補充性の問題についても、「付従的競合」論について、根本的に再検討をする必要がある。

四 私見

1 新接木説を採用

最高裁昭和59年判決および最高裁昭和61年判決で原債権と求償権の関係につき、2つの命題として採用された、「原債権と求償権は別個の債権であり、代位根抵当権についての被担保債権は、原債権であって求償権でないとした上で、原債権は求償権に付従する、付従的な請求権競合にある」とする捉え方は、その後の学説において、「原債権が求償権の法定担保である（求償権は原債権の被担保債権である）」とする原債権の担保的性質が強調されすぎたため⁴⁷、三の個別ケースにおける検討で述べたように、弁済者代位の問題を複雑にし、分かりにくいものになっているといえる。これは、実務上採用されていた「接木説」を否定し、債権移転説を最高裁昭和59年判決が採用したことによるものである。そこで、判例・通説の採用する債権移転説よりも、「保証人の弁済によって原債権は求償権に吸収され内在することになり、弁済者保護のために求償権に対して原債権は残映的存在として機能的に残存する」とする私見である新接木説のほうが、弁済者代位の基本構造がよりの確に解明されているものと考えられるものである。すなわち、新接木説にいうところの、「保証人の弁済によって原債権は求償権に吸収され内在するこ

となる」とは、保証人の弁済により原債権は独立の存在意義を有さなくなり、求償権を強化するために機能的なものとして性質を代えて存在するものとなるということである⁴⁸。そうであるならば、求償権に内在している原債権の行使は求償権の効力の範囲内で求償権そのものの行使であり、原債権の行使が独自の権利行使の意義を持たないことになる⁴⁹。つまり、保証人の代位弁済により移転を受けた代位根抵当権の被担保債権は原債権に代わって求償権となる⁵⁰。以上のような考え方を基本とする新接木説により、三での個別ケースについて再度検討を加えてみることにする。

2 個別ケースの検討

三の1における債務者の内入弁済は、求償権だけでなく原債権にも内入されるのか。保証人の代位弁済により原債権は求償権を強化するために機能的なものとして性質を代えて存在するものとなるが、後順位抵当権者等の利害関係にある第三者の正当な権利を侵害しないで代位弁済の求償権の確保を図るという弁済による代位の原理・構造を考慮する必要性があり、最高裁判昭和60年判決の説示する「求償権と原債権とのそれぞれに対し内入弁済があったものとする」としている結論と同じことになる。

三の2の消滅時効での①の原債権についての時効中断による求償権への影響については、原債権の行使により原債権の時効は中断していることになるが、原債権の行使は求償権の効力の範囲内で求償権そのものの行使であり、その原債権の時効中断状態を代位弁済により求償権に受け継ぐことになるから、求償権についても当然に時効中断の効力があることになる⁵¹。この点では、最高裁平成7年判決と理由は異なるものの時効中断の効力があるとする結論は同様となる。②の求償権についての時効中断による原債権への影響は、保証人の弁済により原債権は独立の存在意義を有さなくなり、求償権を強化するために機能的なものとして性質を代えて存在するものとなることから、原債権は独自の消滅時効の完成によって消滅することがないことになる⁵²。それゆえに、求償権について時効が中断されたとしても、原債権が時効により消滅することがない以上、まして原債権の時効が中断されるという問題自体が生じないことになる。

三の3の求償権の消滅は原債権を消滅させることになるかについても、原債権の時効消滅を考慮する必要はないので、求償権が時効消滅したとしても、原債権自体の時効による消滅という問題自体が生じないことになる。したがって、原債権と求償権における時効問題につき、新接木説によれば、原債権は求償権に吸収され、残映的債権に過ぎないから、原債権の時効の進行については観念する必要はないので、求償権のみの消滅時効を考えればよいということになる。また、原債権の消滅時効についても観念することはないので、求償権だけの時効管理でよいことになる⁵³。

三の4の債権行使における補充性についても、最高裁昭和61年判決のように「付従的競合」論を考慮する必要はないので、条件担保・求償権担保についての競売申立や換価・配当には順序はなく、いずれからでも競売申立ができ、配当に与ることができることになる。以上のように、新接木説によるならば、個別ケースにおける問題について、簡明に解決することができ、かつ、実務的な感覚にもマッチしたものとなる。

五 おわりに

保証人が債務者との間で求償権について法定利率と異なる損害金に関する特約、および連帯保証人・物上保証人との間で負担部分を零とする代位の割合に関する特約は、最高裁昭和 59 年判決において、後順位抵当権者等第三者に対して効力を有するとの判断が示され、弁済者代位の法的性質については、接木説を否定し、債権移転説を採用して、原債権と求償権は別異の債権であり、担保権の被担保債権は原債権であるとする第 1 の命題が導かれた。また、最高裁昭和 61 年判決は、債権と求償権の債権競合につき、原債権は求償権に付従しており、並列的な請求権競合ではなく、付従的な請求権競合の関係にあるとする第 2 の命題が導かれた。

しかし、これら最高裁判決により導かれた 2 つの命題は、弁済者代位の構造の解明が進められたと評価することができるものの、原債権は求償権に付従するとする「付従的競合」が、求償権は原債権の被担保債権であるとする「法定担保説」が生じたため、新たな問題が生じてきていることについては、三の個別ケースで検討し指摘したところである。特に、求償権が時効消滅した場合、原債権も消滅するとしているが、弁済者代位がないときには時効消滅を主張できないのに、弁済者代位により求償権が生じたことにより、原債権の時効消滅を主張できるとするのは、何のための弁済者代位制度なのかの根本問題を孕んでいる。この点で、近時において、高橋教授は債権移転説に立ちながらも単純競合説により、酒井弁護士は新接木説により、求償権が時効消滅した場合においては、原債権は消滅しないとする新解釈が展開されている。これまで、最高裁判決により弁済者代位の原理・構造が解明されたと見られていたが、ほんの一部を解明したものに過ぎないといえる。このような観点から、今後において、私見とするところの新接木説により、弁済者代位の問題となる点につき、研究を進めたく思っている。

注

- 1 石田喜久夫・磯村哲編『注釈民法 (12)』333 頁 (有斐閣、1970 年)。
- 2 貞家克巳「弁済による代位」金融法務事情 500 号 37 頁 (1968 年)。
- 3 石田喜久夫「代位弁済制度の意義および機能」椿寿夫編『代位弁済』手形研究 307 号 4 頁 (1981 年)、同「代位弁済制度の意義・機能」椿寿夫編『代位弁済—その実務と理論【新版】』銀行法務 2 1 別冊 1 号 6 頁 (1995 年)、村田利喜弥「弁済者代位の実務上の問題点」椿寿夫編『担保法理の現状と課題』別冊 N B L 31 号 187 頁 (1995 年)。
- 4 貞家・前掲 (注 2) 37 頁。
- 5 渡邊力『求償権の基本構造—統一的求償制度の展望—』96 頁 (関西学院大学出版会、2006 年)。
- 6 梅謙次郎『民法要義卷ノ三債権編』298 頁 (有斐閣、大正元年版復刻、1984 年)。
- 7 石田・前掲 (注 1) 333 頁、奥田昌道『債権総論』538 頁 (悠々社、増補版、1992 年)、前田達明『口述債権総論』470 頁 (成文堂、第 3 版、1993 年)。
- 8 二分説 (寺田説) という学説名は、渡邊・前掲 (注 5) 96 頁で使われている学説名に倣ったものである。
- 9 寺田正春「弁済者代位の機能と代位の要件・効果—第三取得者の弁済による求償と代位に関連させて」椿寿夫編『担保法理の現状と課題』別冊 N B L 31 号 135~136 頁 (1995 年)、同「弁済者代位制度論序

- 説（一）一保証人と連帯債務者の代位を中心として」62頁以下（法学雑誌第20巻第1号、1973年）。
- 10 渡邊・前掲（注5）96頁
 - 11 淡路剛久『債権総論』539頁（有斐閣、2002年）、我妻栄『債権総論』247頁（岩波書店、1964年）、林良平（安永正昭補訂）＝石田喜久夫＝高木多喜男『債権総論〔第三版〕』286頁（青林書院、1996年）石田・前掲（注1）334頁。
 - 12 塚原朋一『最高裁判所判例解説民事篇昭和59年度（15事件）』283頁（1989年）。林良平「弁済による代位における求償権と原債権—信用保証委託契約を中心として」金融法務事情1100号55頁（1985年）。
 - 13 石田喜久夫「他の利害関係人に対する求償権と代位の関係」金融法務事情1143号14頁（1987年）。
 - 14 塚原朋一「保証人と債務者及び保証人と物上保証人との間で成立した特約の第三者に対する効力」手形研究368号12～13頁（1985年）。
 - 15 清水暁「破産債権として届出がなされ時効中断している債権の代位弁済によって取得した求償権自体については時効中断の手段を講じなかったが、右破産債権の承継を破産裁判所に届け出た場合、求償権について時効中断の効力が及ぶとされた事例」判例評論425号46頁〔判例時報1491号192頁〕（1994年）
 - 16 潮見佳男「求償制度と代位制度—『主従的競合』構成と主従逆転現象の中で」中田裕康＝道垣内弘人編『金融取引と民法法理』253頁（有斐閣、2000年）。
 - 17 新接木説という学説名は、渡邊・前掲（注5）96頁で使われている学説名に倣ったものである。
 - 18 高橋眞「弁済者代位における原債権と求償権—消滅時効に関連して」銀行法務21・655号18頁（2006年）および酒井廣幸「物上保証人に対する担保不動産競売手続を承継した代位弁済者の求償権の時効中断の有無（上）—最三判平成18・11・14について」NBL850号41頁（2007年）において、「原債権は求償権に内在しているものとなり、代位権を行使するときのみ求償権の範囲内という制約のみに機能する」における「求償権」は「求償権」ではなく「原債権」ではないのかという指摘がある。これについては、保証人の代位弁済により原債権は求償権に内在することになるので、代位権を行使するときは、「原債権」の範囲内での行使を前提としているのであり、求償権の範囲が原債権の範囲より小さいときは求償権の範囲内となることから、「原債権」の範囲とすることには問題がある。
 - 19 村田利喜弥「消滅時効における原債権の確定と求償権との関係」ジュリスト1130号124頁（1998年）。
 - 20 角紀代恵「代位弁済と債権譲渡の異同・長短」椿寿夫編『代位弁済—その実務と理論【新版】』銀行法務21別冊1号25頁（1995年）。石田・前掲（注1）334～335頁
 - 21 酒井・前掲（注18）41頁。
 - 22 高橋・前掲（注18）19頁。
 - 23 村田・前掲（注19）124頁。
 - 24 酒井・前掲（注18）41頁。
 - 25 塚原朋一『判例・先例金融取引法（新訂版）』351頁（金融財政事情研究会、1988年）。
 - 26 寺田正春「委託を受けた保証人の弁済による求償権と弁済により代位行使される原債権との関係」手形研究378号16頁（1986年）。
 - 27 村田利喜弥「代位弁済をした保証人に対して債務者のした内入金を支払と求償権および原債権に対する弁済関係」手形研究378号10頁（1986年）。
 - 28 高橋眞『求償権と代位の研究』107頁（成文堂、1996年）。
 - 29 石田・前掲（注13）14頁、塚原・前掲（注14）12～13頁。
 - 30 潮見・前掲（注16）253頁
 - 31 清水・前掲（注15）192頁、村田・前掲（注19）123頁、上野隆司＝佐久間弘道＝塩崎勤＝山野目章夫「〔座談会〕不動産競売と時効管理をめぐる実務上の留意点」〔塩崎発言〕金融法務事情1469号31頁（1996年）

- 年)。
- 32 潮見・前掲(注16) 243頁。
- 33 上野隆司「原債権または求償権の一方に対する時効の中断、援用、放棄等他の債権の帰趨」銀行法務 21別冊1号185頁(1995年)、伊藤進『信用保証協会法概論』276頁(信山社、1992年)。
- 34 塚原・前掲(注14) 16頁。
- 35 山野日章夫「求償債権と原債権の関係—相互性仮説の検証」ジュリスト1105号140頁(1997年)。
- 36 清水・前掲(注15) 191頁、村田・前掲(注19) 123頁、塩崎発言・前掲(注31)〔座談会〕31頁、上野・前掲(注33) 185頁、山野日・前掲(注35) 140頁、ただし、法定代位のみ肯定する。
- 37 上野隆司「逆は必ずしも真ならず—代位弁済後の求償権と原債権の消滅時効—」金融法務事情1337号5頁(1992年)。
- 38 秦光昭「消滅時効における求償権と原債権との関係」金融法務事情1398号73頁(1994年)
- 39 潮見・前掲(注16) 252~253頁。
- 40 寺田正春「委託を受けた保証人と債務者・物上保証人との間の求償特約と代位の効力—弁済による代位の基礎理論—」民法の基本判例132頁(1986年)、林・前掲(注12) 57頁、潮見・前掲(注16) 253頁。
- 41 高橋・前掲(注18) 21頁
- 42 高橋・前掲(注18) 22頁
- 43 高橋・前掲(注18) 21頁
- 44 山野日・前掲(注35) 139頁
- 45 山野日・前掲(注35) 139頁
- 46 山野日・前掲(注35) 139頁
- 47 潮見・前掲(注16) 252頁がこの点を指摘している。
- 48 清水・前掲(注15) 192頁
- 49 清水・前掲(注15) 192頁
- 50 酒井廣幸「物上保証人に対する担保不動産競売手続を承継した代位弁済の求償権の時効中断の有無(下)—最三判平成18・11・14について」NBL851号107頁(2007年)において、「競売開始決定正本中に表示されている原債権は代位弁済による移転後は求償権と一体のものとしてラップされたものとなり、求償権が担保権の被担保債権」となるとする
- 51 酒井・前掲(注50) 107頁。
- 52 酒井・前掲(注50) 105頁。
- 53 酒井・前掲(注50) 105頁。

