

# 弁済による代位の効果に関する意見

2014年6月24日

委員 松岡 久和（京都大学）

第92回会議には出席できませんので、かねて意見を申し上げてきた弁済による代位の効果（部会資料 80-1、第7、10(2)ウ、18-19頁）に絞って意見を書面にて申し上げます。下線部が主張の結論部分です。

## 1 第三取得者の扱いの整理

原案の提案の趣旨は良くわかるが、表現が誤解を生じるおそれがあり、規定の構造自体もわかりにくくなっている。例えば次のように変えることを提案する。提案は、ウの柱書き部分に、原案の(ア)と(カ)を修正しつつ、第三取得者の扱いをまとめて規律する趣旨である。なお、(ア)(イ)(エ)に実質的な変更はないが、(ウ)はわかりにくい準用方式をやめて現行規定を維持する方が良い。

ウ アの場合には、イの規定のほか、次に定めるところによる。その適用においては、物上保証人から担保の目的となっている財産を承継した者を物上保証人とみなし、第三取得者を債務者から担保の目的となっている財産を承継した者に限る。

(ア) 第三取得者は、保証人及び物上保証人に対して債権者に代位しない。

(イ) 第三取得者の一人は、各財産の価格に応じて、他の第三取得者に対して債権者に代位する。

(ウ) 物上保証人の一人は、各財産の価格に応じて、他の物上保証人に対して債権者に代位する。

(エ) 保証人と物上保証人との間においては、その数に応じて、債権者に代位する。ただし、物上保証人が数人あるときは、保証人の負担部分を除いた残額について、各財産の価格に応じて、債権者に代位する。

原案はウの(ア)において第三取得者を括弧書きで限定している。これは、原案(カ)と対になって、担保目的財産の第三取得者が債務者からの特定承継人であるか物上保証人からの承継人であるかを区別する通説的見解を反映する趣旨と思われる、歓迎する。このことはすでに中間試案の段階で提案され異論がなかった、しかし、中間試案は、(ア)の場合にだけ「債務者から担保目的物を譲り受けた第三取得者」として(イ)の場合にはたんに「第三取得者」としていたため、(イ)がわかりにくくなっていた。原案は、これをひとまとめにするため、(ア)の個所に定義を置いて(イ)で繰り返しを避けようとしたものと考えられる。

しかるに、中間試案の「債務者から担保目的物を譲り受けた第三取得者」も転得者を含まないように読めて問題があったところ、原案の「債務者から担保の目的となっている財産を譲り受けた者に限る。」という括弧書きは、「限る。」が明確に転得者を除外するように読めてしまい、誤読のおそれをいっそう助長するおそれが強くなった。

最も簡略な対処方法は、「及びその者からの転得者」を挿入することである。すなわち、(ア)を「債務者から担保の目的となっている財産を譲り受けた者及びその者からの転得者に限る。」とし、(カ)を「物上保証人から担保の目的となっている財産を譲り受けた者及びその者からの転得者は、物上保証人とみなして、(ア)及び(ウ)から(オ)までの規定を適用する。」とするのである。

しかし、第三取得者の扱いを(ア)と(カ)に分けることは、規定の構造を著しくわかりにくいものとしてしまう。むしろまとめて最初に定める方がよい。そして、一般承継人は当然に前主と同じ地位に就くので、「担保の目的となっている財産を譲り受けた者及びその者からの転得者」という長い言い回しよりも、「担保の目的となっている財産を承継した者」と表現する方が簡略で良い。

## 2 保証人と物上保証人を兼ねる者（以下、「兼任者」という。）の扱い

兼任者について保証人一人説を規定化することには弊害が多いので強く反対する。第73回会議に提出した意見書では、根抵当や根保証についての問題提起に重点を置いて、兼任者の扱いに関する具体例を省略したので、問題点を十分ご理解いただけなかったのではないかと思う。以下では、兼任者の問題に絞り、具体例をあげて問題点を指摘する。

実務上兼任者がいる場合が多いにもかかわらず現行民法には明文の規定が欠けているので明確な規律が必要であること、及び、頭数一人説を採った最判昭和61年11月27日民集40巻7号1205頁が存在することは十分承知している。しかし、同判決には、理論的にも具体的な結論においても問題が多い（詳しくは、第73回会議に資料として提供した拙稿「保証人と物上保証人の地位を兼ねる者の責任」346～349頁）。

（実は重要なのだが）理論的な問題点は措いて、具体的な弊害のみを下記の3つの例に示す。そこに見られるように正当化できない不合理な結果が生じる。すでにこの種の問題は実例として生じており、上記最高裁判例に従わない下級審裁判例（仙台高判平成16年7月14日判例時報1883号69頁－物上保証人一人説）が登場している。学説においても、保証人一人説はけっして多数説ではなく、最高裁判例を基本的に受け入れる多数説（頭数一人説）においても、種々の例外の併用が提案されている。原案は、保証人一人説を採用している点で、頭数一人説と同様の問題点を抱えるほか、判例法理の明文化でもないので、正当化がいっそう難しい。保証人一人説の明文化は例外の併用をも封じ、実務にも非常に大きな混乱を招きかねない。私は問題点を煮詰めると頭数二人説に至らざるをえないと考えるが（さらに一部保証や根抵当・根保証の問題に広がる）、この点について残念ながら支持を得られそうにないので、せめて弊害の多い規律を明文化することだけは避けて、検討課題が残ることを示していただきたい。上記1の提案では、それゆえ(オ)を採用していない。

### 【3つの例】

①兼任者の提供した担保目的財産の価格が無視される。例①：3000万円の債務について物上保証をしたA・B・Cの提供した担保目的財産の価格がそれぞれ1億円、1000万円、100万円である場合においてA・Bが保証人を兼任するとき、原案(オ)によれば、A・B・Cの負担部分は平等に1000万円となる。しかも、Aが全額を出捐して債

権者に代位してもCの物的責任は100万円が限度になるので平等な負担は実現せず、負担部分を決めたこと自体が無意味になる。これではおよそ基準とは呼べない。

②兼任者が増えた場合に関与しない者の負担部分が増える。例②：4000万円の債務について保証人A、物上保証人B・C（担保目的財産の価格比を3対1としておく）、兼任者Dがいる場合、原案(オ)によれば、A・Dの負担部分は各1000万円、Bの負担部分は1500万円、Cの負担部分は500万円である。しかるに、その後、AがBの提供した担保目的財産を取得すると、A・C・Dの負担部分は平等に1333万円余となる。譲渡に関与していないCやDの負担部分が増えてしまう。正当化できない結果である。

例③：上記例②の後段を少し変えて、Bが保証債務をも追加して負担すると、やはり不動産価格が考慮されなくなってCの負担が倍増するのみならず、自ら負担を追加して引き受けたBの負担部分はかえって1000万円に縮減する。非常に不合理な結果である。