

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

Die Leistung des Bürgen und der Übergang nicht-akzessorischer Sicherheiten im deutschen Recht

亀井隆太

KAMEI Ryuta

要旨 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・分析を試みる。

第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し（日民459条1項後段、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」（日民501条柱書）。

他方、ドイツ民法典（BGB）において、弁済した保証人の主たる債権への代位¹⁾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²⁾。また、付従的な（akzessorisch）担保権に関しては、412条³⁾、401条⁴⁾によって債権と共に移転がなされる⁵⁾。これに対して、非付従的（nicht-akzessorisch）、抽象的な（abstrakt）担保権の場合には、774条1項、

¹⁾ ドイツにおいては、法定の債権移転（gesetzlicher Forderungsübergang, Legalzession, cessio legis）と呼ばれるが、本稿では便宜上これを「代位」と呼ぶこともある。

²⁾ 本稿では、条文については特に断りのない限り、BGBの条文を指す。なお、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〔I〕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）、右近健男編『注釈ドイツ契約法』（三省堂、1995年）を参照している。

³⁾ 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。

⁴⁾ 401条（従たる権利と優先権の移転）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（1項）。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（2項）。

⁵⁾ 寺田正春「弁済者代位制度論序説(3)―保証人と連帯債務者の代位を中心として―」大阪市立大学法学雑誌20巻3号（1974年）300頁以下（以下、寺田「序説」で引用する）、森永淑子「ドイツにおける“Nemo subrogat contra se”原則の一断面：保証人の代位と債権者優先主義をめぐって」福岡大学法学論叢53巻4号（2009年）521頁以下を参照。

412条、401条は直接適用されない。つまり、ドイツの金融実務上、保全土地債務（担保のための土地債務、Sicherungsgrundschuld）⁶⁾、譲渡担保（Sicherungsübereignung）はそれぞれ抵当権、質権に取って代わって⁷⁾、重要な役割を演じているにもかかわらず、それらに付従性（Akzessorietät）が存在しないため⁸⁾、これらについての代位の明文規定が存在していないのである。同じく、所有権留保（Vorbehaltseigentum）（449条）も非付従的であり、774条1項、412条、401条の規定に包含されていない⁹⁾。そこで、債権者を満足させた保証人は、このような非付従的な担保権を行使しうるか否かが問題となる。

以下において述べるように、保証人の保護の必要性を否定する（すなわち、これらの担保権を与えない）見解も存在するが、通説¹⁰⁾、判例¹¹⁾は、これらの担保に関して、保証人には債権者に対する債務法上の移転請求権が帰属する（債権者に移転義務が生じる）と考えている。もっとも、通説、判例においても、その理由づけに関しては様々にいられている。本稿においては、これらの見解およびその根拠に関する議論を辿り、保証人の弁済代位と非付従的な担保の移転に関する法的技術について検討・分析することにする。

第2 判例

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られている。

まず、ライヒ裁判所は、157条¹²⁾、242条¹³⁾の規定から債権者の担保物の移転義務を見

⁶⁾ 保全土地債務（Sicherungsgrundschuld）とは、債権担保のために設定された土地債務を指す講学上の用語であり、債権担保を目的とする点で抵当権と共通するが、保全土地債務は被担保債権との関係で付従性（Akzessorietät）が存しない（1192条1項）点で基本的な差異がある。

⁷⁾ この点に関して邦語文献として、保全土地債務については、中山知己「ドイツ信託法理の一断面—保全土地債務法における信託的構成の展開—」山口経済学雑誌 38巻3号478頁注12（1989年）、倉重八千代「ドイツにおける土地債務の利用急増の原因についての一考察—抵当権制度と土地債務制度の比較から—」ソシオサイエンス（早稲田大学）7号217頁（2001年）、大場浩之「ドイツにおける登記と土地債務（Grundschuld）の関係(2)」早稲田法学 81巻1号50頁以下（2005年）を、譲渡担保については、伊藤進「ドイツ債権担保制度概観」『物的担保論』78頁（信山社、1994年）を参照。

⁸⁾ わが国では、譲渡担保、所有権留保には付従性、随伴性が存すると理解されているが（星野英一『民法概論Ⅱ』[良書普及会、1976年]346頁以下を参照）、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『付従性』について（上）」判タ478号（1982年）24頁以下、長谷川貞之「EU取引法と日本民法への示唆：『ユーロ抵当』構想をめぐる議論を中心に」法学紀要（日本大学）53巻（2012年）238頁（注25）を参照。なお、付従性の概念について、鳥山泰志「抵当本質論の再考序説(1)」千葉大学法学論集 23巻4号（2009年）14頁注30に詳細な検討がある。

⁹⁾ Garantie（損害担保契約）も、ここで問題となる非付従的な担保に該当しうるとされる。Staudinger Kommentar, 13 Aufl., 1997, § 774 Rn21 [Horn]. (以下、Staudinger-Hornで引用)。

¹⁰⁾ Staudinger-Horn, § 774 Rn 21; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5, 5. Aufl., 2009, § 774 Rn10 [Habersack]. (以下、MünchKomm-Habersackで引用); Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 71. Aufl, 2012, § 774 Rn9 [Sprau]. (以下、Palandt-Sprauで引用)。

¹¹⁾ RGZ 89, 193, 195; RG 91, 277, 280; 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.

¹²⁾ 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。

出す¹⁴⁾。すなわち、RG1916 年 12 月 8 日判決¹⁵⁾においては、担保として譲渡された有限会社の社員の持分 (Geschäftsanteil) が、保証人に移転されうるかが問題となったが、持分の完全権 (Vollrecht) が債権者により取得され、もっぱらその返還 (Rückübertragung) が債務法上義務づけられているような場合、401 条、412 条の直接適用はなく、774 条によって持分は保証人に移転されないとされた。しかし、経済的な本質において、譲渡担保と質は同等であり、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、157 条、242 条の顧慮の下、債権者が移転を義務づけられるということが、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¹⁶⁾。また、RG1917 年 11 月 26 日判決¹⁷⁾においても、この債権者の移転義務に関し、RG1916 年 12 月 8 日判決を引用しつつ、確かに、債権者 (受託者) の交代は場合によっては、債務者に不利益をもたらすかも知れないが、債務者は、抵当権や質権の設定があった場合と同様にこの不利益を引き受けなければならないと判示された¹⁸⁾。

連邦通常裁判所 (BGH) 判例は、774 条 1 項、412 条、401 条の類推¹⁹⁾ ないしは 401 条 1 項の類推²⁰⁾ に依拠する。例えば、BGH1980 年 9 月 24 日判決²¹⁾ は、譲渡担保や担保のための債権譲渡 (Sicherungsabtretung) 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²²⁾。

第 3 学説

1 判例に対する批判

ライヒ裁判所の判決において見られる、非付従的な担保の移転義務が 157 条、242 条による当事者意思から推定されうるという論拠に対しては批判がある。Becker-Eberhard は、いかなる当事者の意思が念頭に置かれているかにつき、ライヒ裁判所は詳しく述べていないと批判する²³⁾。また、Pulina は譲渡担保の場合について、保証人の履行によって満足した債権者は、もはや担保物が誰に帰属するかに関して関心はなく、他方、担保設定者としては、担保物の所有権を取戻すことに関心があるのであり、ライヒ裁判所のような当事者の合意の推測は完全な誤り²⁴⁾ であるという。さらに、Pulina は、担保設定契約実務に

¹³⁾ 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。

¹⁴⁾ RGZ 89, 193, 195; RG 91, 277, 280; RG Warn 1930 Nr11, S. 22, 24=LZ (Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.) 1930, Sp 982, 983.

¹⁵⁾ RG Urt. v. 8. 12. 1916, RGZ 89, 193.

¹⁶⁾ RGZ 89, 193, 194.

¹⁷⁾ RG Urt. v. 26. 11. 1917, RGZ 91, 277.

¹⁸⁾ RGZ 91, 279, 280. (ただし、連帯債務者の求償の事例)。

¹⁹⁾ 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 Sluttgart WM 1990, 1191, 1193.

²⁰⁾ BGH WM 1967, 213, 214; BGH WM 1987, 1804.

²¹⁾ BGH Urt. v. 24. 9. 1980, BGHZ 78, 137.

²²⁾ BGHZ 78, 137, 143.

²³⁾ Becker-Eberhard, Die Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte, 1993, S. 561.

において明示的な同意のない場合、非付従的な担保の移転は排除されており、それゆえ、裁判において推定される当事者意思は、現実離れし、誤りであると説く²⁵⁾。Dieckmannによれば、ライヒ裁判所の論拠は、RG1916年12月8日判決の特別な状況から説明しうるという²⁶⁾。この事例では、担保として移転された有限会社の持分に関し移転義務を規定する契約が存在した。債務者もこの契約の当事者であった。ライヒ裁判所は、債務者の同意の解釈から出発する。その後の判例においてはこれに比肩する状況が存在しないにもかかわらず、RG 1916年12月8日判決に依拠し、「当事者意思」を繰り返し述べる²⁷⁾。

近時のBGHの多数の判決はRG 1916年12月8日判決を引用せず、もはや当事者意思を引き合いに出していない。これらは、上述のように774条1項、412条、401条の類推に依っている²⁸⁾。

2 Dempewolf と Pulina の見解

Dempewolfは移転請求権が保証人に与えられなくとも、保証人は不当に害されないと主張する²⁹⁾。Dempewolfは、信託的な権利の譲渡の場合、債権者・債務者の（黙示の）担保合意により、担保目的が消滅すれば、担保権者は主債務者に返還するということが義務づけられ、保証人もこの担保合意に対抗されるとする³⁰⁾。さらに、Dempewolfは、保証契約後に債権者が債務者より担保の設定を受けた場合、保証人は事後に担保の設定が行われることを知りえなかった、すなわち、担保権の移転を当てにせずに債務者の支払能力を信用して引き受けたのであり、保証債務が発生した時点よりも経済上よりよい地位に置かれることを要求しえないという。これに対して、担保設定が時間的に先行するときは、その保証債務の引き受けに際して、保証人が彼への移転を排除する担保約定を知って、彼がこの担保約定を自らに対して適用させようとしなかったのであれば、保証を引き受けないこともできたであろうという³¹⁾。

Pulinaも保証引受後に設定された担保権の場合、保証人の保護の必要性を否定する。保証人は他の担保設定者なしで保証債務を引き受けることについて心構えをしていたからである。「保証契約の趣旨」によれば、最終的に保証人が他人に負担をかけることを当てることはありえない、として、保証人の保護は正当ではないという³²⁾。

以上の見解に対してDieckmannは、以下のように批判をする³³⁾。

まず、保証の引き受け後に債権者が債務者により担保を設定された場合、保証人の保護

²⁴⁾ Pulina, NJW 1984, 2872, 2873.

²⁵⁾ Pulina, a. a. O., S. 2873.

²⁶⁾ Dieckmann, Der Derivativregeß des Bürgen gegen den Hauptschuldner im englischen und deutschen Recht, 2003, S. 410.

²⁷⁾ RG LZ 1921, Sp 141; RG DR 1941, 2609; BGH WM 1960, 372, 373; BGH WM 1967, 213; BGHZ 78, 137, 143.

²⁸⁾ BGH WM 1961, 350, 351; BGH WM 1969, 209, 210f; BGHZ 42, 53, 56; BGHZ 92, 374, 378, BGHZ 136, 347, 352.

²⁹⁾ Dempewolf, NJW 1958, 979, 980.

³⁰⁾ a. A. Staudinger-Horn, § 774 Rn22.

³¹⁾ Dempewolf, a. a. O., S. 980.

³²⁾ Pulina, a. a. O., S. 2873

³³⁾ Dieckmann, a. a. O., S. 435f.

の必要がないという論拠は、現行ドイツ法の評価に不調和である。すなわち、776 条 2 文³⁴⁾によると、保証人が保証債務を引き受ける際に担保権の存在を認識している必要もない。また、担保が保証引受の前に設定された場合に保証債務を引き受けなくてもできたという Dempewolf の論拠は妥当でない。保証人は通常、主債務者に対して契約上義務を負っており、そのような選択の可能性を有していないからである。また、Pulina の言うように「保証契約の趣旨」によっては、誰が債権者の満足の負担を最終的に負うべきかという問題は決せられないという。「保証契約の趣旨」は主たる債権の確保にある。774 条 1 項および 775 条の規定によれば、内部関係においては主債務者が最終的に義務を負う。保証は免除的債務引受 (befreiende Schuldübernahme) ではない。その限りで、保証人は債務者が負担を負うことを当てにしるのである。

3 債務法上の移転請求権

(1) Huber および Becker-Eberhard

判例同様に、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³⁵⁾。しかし、それがいかなる根拠に基づくのかに関しては争いがある。Huber と Becker-Eberhard は、保証契約から移転請求が生ずるという見解を採り、それについて詳細な理由づけを行なっている。彼らは、保証債務の補充性に着目している³⁶⁾。

Huber は、保全土地債務に関して論じる中で、原則的には保証人の移転請求権を肯定せず、債権者が土地債務の保証人への譲渡に関して黙示的に義務づけられたかどうかは、非常に疑問であると考え³⁷⁾。すなわち、担保提供者は疑わしい場合、保証人の求償権を担保しようとは決して考えていないのであり、契約上の担保目的 (Sicherungszweck) は保証人の給付によって解消され、債権者は保証人への移転の権限を有しない。ところが、Huber は保証人が債務者との委託において保証し、債務者が自ら土地債務を設定した場合には、黙示の移転義務が正当化されうるとする。ここで、Huber は、「保証債務の補充性」および「保証契約の趣旨」に着眼する³⁸⁾。保証契約の趣旨とは、債務者の財産が十分でなかった場合に、債権者の満足を確保することである。確かに、債権者は、まず債務者の不動産上から満足を受けるべき必要はない (772 条 2 項参照³⁹⁾)。しかし、債権者は、保証

³⁴⁾ 776 条 (債権者による担保権の放棄) 債権者が債権と結合する優先権、債権のために存する抵当権若しくは船舶抵当権、債権のために存する質権又は共同保証人に対する権利を放棄したときは、保証人は、その放棄した権利から第 774 条によって、償還を受けることができたであろう限度において責任を免れる。放棄した権利が保証引受の後に成立したときも、同様である。

³⁵⁾ Staudinger-Horn, § 774 Rn21; MünchKomm-Habersack, § 774 Rn10; Palandt-Sprau, § 774 Rn9.

³⁶⁾ Huber, Die Sicherungsgrundschuld, 1965, S. 159f; Becker-Eberhard, a. a. O., S. 566f.

³⁷⁾ Huber, a. a. O., S. 159.

³⁸⁾ Huber, a. a. O., S. 160.

³⁹⁾ 772 条 (債権者の執行義務と換価義務) (1) 金銭債権について保証が存在するときは、強制執行は、主たる債務者の動産に対しその住所において、かつ、主たる債務者がその他の場所に営業所を有するときはこの場所においても、住所及び営業所がないときはその居所において、試みなければならない。

(2) 債権者が主たる債務者の動産の上に質権又は留置権を有するときは、債権者は、この物からも満足を求めなければならない。債権者が他の債権のためにもまたその物の上にこの種の権利を有する場合は、この物の価額によって両債権を満たすときに限り、第 1 文の規定を適用する。

人の負担において彼に帰属する債務者の財産に基づいた満足の可能性（すなわち保全土地債務）を用いまいまにするのであれば、債権者は、「保証契約の趣旨」に従って、換価権を保証人に与えなければならないという。土地債務の設定に際して、債務者が保証人の求償権を担保することを考えていなかった場合でも、この場合に債務者の不当な負担は存在しないという⁴⁰⁾。すなわち、主債務者は775条（保証人の免責請求権）⁴¹⁾によって保証人に対して免責を義務付けられており、保証人・債務者間の内部関係において、まず土地債務が換価されなければならないという。また、通常は、保証人・債務者間の契約関係から求償権のための担保約束（Sicherungsabrede）が導かれうる、とする⁴²⁾。

Becker-Eberhard は、非付従的な担保の移転請求権の根拠を保証契約に求める⁴³⁾。Becker-Eberhard にとって決定的に重要なのは、担保設定者が求償の担保について準備ができていないと見なされうるかということである。債務者による担保の設定に際して、反対の合意がなく、または保証が債務者の委託による場合、疑わしい場合には、担保を保証人に移転することが債権者に許されるという。「保証債務の補充性」および「保証契約の趣旨」に着眼する Huber とは異なって、Becker-Eberhard は理由づけにおいて債務者・保証人間の内部関係に着眼している。この「内部の補充性」は、最終的に債務者が負担を負うということを要求する。債権者が担保を用いずに、保証人に請求する場合、保証人は、債務者の財産の被害を免れさせることになる。他方で、債務者は、満足のための財産の客体を残しているものであり、換価を受けることに甘んじなければならない。求償権を有する保証人は、債務者のすべての財産を当てにしうる状態にある。これらの状況にあっては、すでに設定された担保権が保証人に帰属しうるのはもっともであるという⁴⁴⁾。このことは、775条2項によって根拠づけられる。この義務に直面して、債務者は担保の移転を甘受しなければならないと説く⁴⁵⁾。

Huber と Becker-Eberhard の議論に対する Dieckmann の論評は以下のようなものである⁴⁶⁾。

Huber および Becker-Eberhard は、保証法上の三角関係の状況についての詳細な分析に依拠している。しかし、説明のすべてが説得的ではない。保証契約そのものは直接的な債権者の義務を基礎づけない⁴⁷⁾。それゆえ、保証契約は請求権の基礎として排除される。担保設定者としての主債務者の意思や債務者・保証人間における担保合意との関係づけは

⁴⁰⁾ Huber, a. a. O., S. 160.

⁴¹⁾ 775条（保証人の免責請求権）(1)保証人が主たる債務者の委託を受けて保証をしたとき、又は保証人が保証引受に基づいて事務管理の規定に従い主たる債務者に対して受任者の権利を有するときは、保証人は、次の場合において、主たる債務者に対して保証の免責を請求することができる：

- 1 主たる債務者の財産関係が著しく悪化したとき；
- 2 保証引受の後に生じた主たる債務者の住所、営業所又は居所の変更によって主たる債務者に対する訴追が著しく困難となったとき；
- 3 主たる債務者が自己の債務の履行について遅滞にあるとき；
- 4 債権者が保証人に対して履行につき執行力のある判決の言渡しを受けたとき。

(2)主たる債務者がまだ弁済期に達していないときは、主たる債務者は、保証人の免責に代えて、保証人に担保を供与することができる。

⁴²⁾ Huber, a. a. O., S. 160.

⁴³⁾ Becker-Eberhard, a. a. O., S. 564ff.

⁴⁴⁾ Becker-Eberhard, a. a. O., S. 567.

⁴⁵⁾ Becker-Eberhard, a. a. O., S. 568.

⁴⁶⁾ Dieckmann, a. a. O., S. 417ff.

説得的ではない。Huber が特に顧慮する保証人の責任の（外部の）補充性は、移転請求権の理由づけにおいて条件付きでのみ妥当する。Huber は債権者のための保証の機能につき非常に狭いところから出発する。最終不足額支払保証（Ausfallbürgschaft）⁴⁸⁾ の場合にのみ、Huber の言う「保証の本質」⁴⁹⁾ に応じた補充性が肯定されうる。しかし、保証は一般に、主債務者の不履行の場合に、給付と同等のものを迅速に債権者にもたらず機能をまた有する。特に、連帯保証（selbstschuldnerische Bürgschaft）および請求即払保証（Bürgschaft auf erstes Anfordern）⁵⁰⁾ においてこの機能が明確となる。保証人の責任の補充性を問題とすることは、その他の問題を孕んでいる。すなわち、連帯保証の場合においては、保証人に 771 条⁵¹⁾、772 条に基づく抗弁が帰属しないので、外部の補充性が完全に欠如している（773 条 1 項 1 号⁵²⁾）。したがって、連帯保証の場合、保証人の移転請求権は生じないことになるという反論が成り立つ。すなわち、Huber の論拠は、普通の保証の場合にのみ当てはまる議論であるということになる。実際には、保証人は先訴の抗弁を放棄するのが通例である。しかし、まさに連帯保証人は通例、全額を請求されるので、債務者の財産における担保権を必要とする。債権者は保証人に対して、まず債務者の担保権を換価する義務を負わない。また、補充性は Huber が視野に入れる土地債務には当てはまらない。なぜならば、先執行の抗弁は不動産担保を包含しないからである（772 条 2 項参照）。しかしながら、Huber によって用いられる説明には説得力がある。Huber によって直接扱われていない、譲渡担保の場合を観察するとこれは明らかである。この場合、保証人が給付をしたのであれば、債権者は少なくとも、彼が、法定の予定に従って本来はじめに換価しなければならない（換価することが許される）担保的所有権（Sicherungsgegenstand）を保証人に譲渡するべきである。もっとも、この説明は、連帯保証および 772 条 2 項に該当しない担保に当てはまらない。保証人と主債務者の間の内部関係に依拠されえない。債権者はこれに基づいて義務づけられないからである。775 条から保証人の移転請求権を引き出しえない。Becker-Eberhard の言うように、775 条 2 項からは、担保提供義務は、理由づけられない。

Dieckmann は以上のことなどから「Huber および Becker-Eberhard の説明は、個々の

⁴⁷⁾ Dieckmann は、MünchKomm-Habersack, § 774 Rn10 における叙述「もっとも、保証契約の典型的な趣旨によれば、保証人はそれが付従的であったならば 401 条によって取得できたであろう限りで、担保権の法律行為による移転請求権を有する。それには、とりわけ譲渡担保、所有権留保、担保のために取得された請求権、営業持分、その他の社員権、および保全土地債務が該当する」につき、保証の趣旨は、債権者の確保にあるのであって、保証人に対する義務により債権者に負担を負わせることにあるのではない、としてこれは誤りであると指摘している。Dieckmann, a. a. O., S. 415 Fn 592.

⁴⁸⁾ 最終不足額支払保証とは、債権者が強制執行や破産手続などすべての手段をつくしても弁済をうけない場合に、弁済をうけない部分を支払う保証である。山田晟『ドイツ法律用語辞典 改訂増補版』（大学書林、1993 年）54 頁参照。

⁴⁹⁾ Huber, a. a. O., S. 158.

⁵⁰⁾ 請求即払保証に関しては、潮見佳男「ドイツにおける請求即払保証・損害担保の法理」法学論叢 154 巻 4 = 5 = 6 号 207 頁（2004 年）を参照。なお、774 条は請求即払保証の場合にも適用される。MünchKomm-Habersack, § 774 Rn2.

⁵¹⁾ 771 条（先訴の抗弁）保証人は、債権者が主たる債務者に対してなした強制執行がその目的を達しなくなるまでは、債権者の満足を拒絶することができる（先訴の抗弁）。

⁵²⁾ 773 条（先訴の抗弁権の排除）(1)次の各号の場合においては、先訴の抗弁権を排除する：1号 保証人がこの抗弁権を放棄したとき、特に、連帯保証人として保証したとき（2号以下略）。

結論と同様、理由づけにおいても、従われえない。」と結論づける⁵³⁾。

(2) Serick

Serick も、保証人の移転請求権を肯定する。Serick は、その理由づけについて、まず、所有権留保売買に関して、立法者が 401 条において示したように、債権移転に際して留保所有権（Vorbehaltseigentum）は承継されるべきであるとして、以下のように述べる⁵⁴⁾。

留保所有権者（Vorbehaltseigentümer）の留保所有権における担保の利益は、保証人の給付によって消滅する。したがって、この構成の正当性は、留保所有権者の利益を侵害することなく、留保所有権者の移転義務が譲受人の利益に一致することにある。債権者は主債務の満足を受け、それによって売買の客体の返還に向けた請求権は無効である。

次に、譲渡担保の場合に関して、Serick は信託的構成を説く⁵⁵⁾。例えば、債務者が被担保債権を履行せず、債権者が担保を換価しうる場合に、債権者は保証人に担保物を移転する義務および権限を有するという。主債務者が、弁済期の到来した被担保消費貸借債権を履行しえないため、債権者から請求を受けた保証人が給付をした場合、消費貸借債権は法律に基づき保証人に移転する（774 条）。他の合意がない限りは、債権者は保証事故（Sicherungsfall）の存在により、弁済した保証人に担保を移転する義務を負う、という。

Dieckmann は、Serick の見解に対して、以下のように、まず肯定的な評価を加える⁵⁶⁾。

留保所有権の場合に関して、Serick の議論は、法定移転の際、債務者よりも保証人が優遇されるべきであるという立法上の評価に準じている。すなわち、債権者は、満足を受けたので、対立する利益をもはや有していない。債務者が自ら債権者に給付をしていない場合、債務者は自らが設定した担保物を取戻すべきではない。譲渡担保の場合に関して、Serick が債権者の担保物の移転権限を換価権限から推し量ることも、利益状況を顧慮している。なぜなら、債権者が主債務者に担保物の換価よりも保証人への請求を選んだことによって最終的な責任を負った債務者が利益を受けるべきではないからである。

しかし、Dieckmann は、Serick の信託的構成を拒絶する。債権者は保証人から満足を受けた以上、担保目的は解消されており、債権者が引き続いて担保物を保持することにはならないという。また、保証人の立場から見ても、債権者が担保を使用不可能にし、または担保を換価、主債務者に返還するといった危険な状況に置かれることになってしまうとして、信託処理は否定するべきであるという⁵⁷⁾。

4 信託的構成

Serick にも見られたように、信託的構成という法的構成も主張されている。それによれば、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。この構成によれば、債権者が移転の権限を有するか否かという問題が回避される。

H. Roth は、401 条の注釈において、信託的権利、すなわち譲渡担保、担保のための債

⁵³⁾ Dieckmann, a. a. O., S. 418.

⁵⁴⁾ Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, I, 1963, S. 217.

⁵⁵⁾ Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, III, 1970, S. 427-428.

⁵⁶⁾ Dieckmann, a. a. O., S. 419.

⁵⁷⁾ Dieckmann, a. a. O., S. 419f.

権譲渡、所有権留保の場合に関して以下のように述べる⁵⁸⁾。

信託的担保権（譲渡担保、担保のための債権譲渡）並びに所有権留保（449条）はこの意味における従たる権利ではない。それらは、債権とともに自動的に移転するのではなく、殊更に移転がなされなければならない。債権譲渡人・債権譲受人の基本関係において、明示的な合意が欠ける場合、401条の下で、譲渡人の担保権移転義務が導き出されうるかどうかは疑問である。しかし、担保関係、特に譲渡担保および担保のための債権譲渡の場合における信託法的構造が、移転義務をもたらすと反論しうる。したがって、少なくとも譲渡担保および担保のための債権譲渡の場合、担保提供者の同意のない移転は、その利益の危殆化が存在しないため、移転を拒絶することが権利濫用である場合には信頼に反しない。そしてこの場合、担保権は譲渡人の下にとどまり、譲渡人は、保証事故が生じた場合、譲受人のために担保権を換価しなければならない。

このような信託的構成に対して Dieckmann は以下のように批判する⁵⁹⁾。

この構成は、債権者にとって彼が負いたくないであろう負担を必然的に伴う。債権者は、意思に反して受託者になる。債権者は担保の換価を実行しなければならない。しかし、債権者がかような地位に置かれることは彼の利益に一致しない。債権者は費用のかかる物的担保の換価よりも、より簡単な保証人への請求を選択したがゆえに、これは特に当てはまる。債権者の見地からは、保証人による給付によって、債務関係は解消している。しかし、受託者の義務は債権者に存続したままということになってしまう。保証契約は、債権の迅速かつ簡素な解消を可能にするべきである。その上、債権者は2人の信託債権者に対して損害賠償義務を負う危険にさらされる。彼はこの義務の状況に置かれぬ。信託には何らの契約上または法律上の根拠も存しない。主債務が債権者の下にまだある限りで存続する自益信託 (eigennützige Treuhand) の、担保提供者と保証人のためという2つの他益信託 (fremdnützige Treuhand) への変更は望まれえない。信託的構成によって、債務者にとって人的権限と物的権限とがばらばらの状況が生じる。信託による解決は、すべての当事者、とりわけ債権者に不都合な選択肢として拒絶するべきである。

5 774条1項、412条、401条と移転請求権

移転請求権を774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 は移転請求権を774条1項、412条、401条の類推適用に基づかせることに反対をする。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のできるのかという疑問である。すなわち、Herzfeld は「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⁶⁰⁾。債権譲渡という物権行為から唯一譲渡人に課される義務は、402条（報告義務・証書の作成）、403条（文書作成義務）の義務であり、ここからそのような類推は導かれえないと主張する。

また、Hartmaier も、次のように論じている。

401条が移転された債権の非付従的な担保権に類推適用されうるのであれば、自動的な権利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

⁵⁸⁾ Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 5. Aufl., 2007, § 401 Rn 14 [Roth].

⁵⁹⁾ Dieckmann, a. a. O., S. 431ff.

⁶⁰⁾ Herzfeld, JR 1958, 453, 454.

い。債権者の移転義務は、法定移転に対して法律上のマイナスではなく、法律上別のもの（Aliud）であり、それゆえ、401条から移転義務を導き出せない⁶¹⁾。

このような見解に対して Dieckmann は以下のように反論する⁶²⁾。

まず、Dieckmann は 774 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⁶³⁾。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⁶⁴⁾。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。例えば Selb は 255 条（代償請求権の譲渡）⁶⁵⁾ に関する叙述の中で、訴権譲渡の利益の「根本理念」は法定移転においても存続しているとしている⁶⁶⁾。それゆえ、類推に対する方法上の異議は拒絶されるべきであるとする。また、Dieckmann は、774 条 1 項、412 条、401 条の規範目的の顧慮によっても、類推が提供されうると考える⁶⁷⁾。法定の債権移転の主要な趣旨は、保証人の求償権を確保し、求償を容易にするために、担保権および優先権を移転することにある。非付従的な担保を設定した場合の保証人の移転請求権も、774 条 1 項、412 条、401 条による求償の強化の趣旨に合致している。それゆえ、401 条に包含される担保権との類似性が顧慮される⁶⁸⁾。土地債務においては、抵当権との機能の同一性ゆえに特に類似性が容易に推測される。また、譲渡担保は質権のように扱われている。例えば、ドイツ倒産法（InsO）51 条 1 号は、担保提供者の倒産において担保的所有者は取戻権（Aussonderungsrecht）を有さず、質権債権者と同様に別除権（Absonderungsrecht）のみを有することを規定する⁶⁹⁾。債権者が最終的に義務を負う主債務者から担保権の設定を受けたにもかかわらず、主債務の満足のために保証人に対して請求した場合、保証人にその求償のために担保権を自由に使用することが公平に適う。債務者にとって酷な結果とはならない。債務者は最終的に債務を負うべきだからである。債務者はいずれにせよ、債務者が自らの債務を履行しない場合、その担保が換価されることを覚悟していなければならない。なぜならば、主債務は消滅するのではなく、移転するので、担保権の目的はまだ実現されていないからである。被担保債権の存続にもかかわらず、担保がその設定者に返

⁶¹⁾ Hartmaier, Ausgleichsfragen bei mehrfacher Sicherung einer Forderung, 1963, S. 152.

⁶²⁾ Dieckmann, a. a. O., S. 423.

⁶³⁾ 普通法上の訴権の譲渡の方式が、法律上当然の移転の形に変遷した状況につき、寺田「序説(3)」310 頁以下、森永淑子「保証人の弁済による代位—ドイツにおける『法律に基づく債権移転』をめぐる議論の展開を中心として(1)」法学 60 卷 3 号 562 頁以下を参照。

⁶⁴⁾ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. II, 1896, S. 673.

⁶⁵⁾ 255 条（代償請求権の譲渡）物または権利の喪失に対して賠償しなければならない者は、物の所有権又は第三者に対する権利に基づいて賠償権利者が有する請求権の譲渡と引換にのみ賠償する義務を負う。

⁶⁶⁾ Staudinger Kommentar, 13 Aufl., 1995, § 255 Rn1 [Selb].

⁶⁷⁾ Dieckmann, a. a. O., S. 428ff.

⁶⁸⁾ Staudinger-Horn, § 774 Rn21. は、非付従的な担保権の移転について、担保目的及び担保権の経済上の類似性ゆえに、弁済をなした保証人に対する債権者の義務が認められなければならない、とする。

⁶⁹⁾ ドイツ倒産法 51 条：以下の者は、第 50 条に掲げる債権者と同等とする。1 号 債権者が請求権の担保のために動産を譲渡したか又は権利を譲渡した債権者。（2 号以下略）。木川裕一郎『ドイツ倒産法研究序説』（成文堂、1999 年）283 頁。

還される理由は存在しない。かかる主債務者と保証人の利益の抵触に際して、BGBは債務者の利益よりも保証人の利益を優先させている。これは、抽象的な担保の場合にも貫徹されなければならない。付従的な抵当権であろうと抽象的な土地債務であろうと、差異は生じない。類推の基礎は、訴権譲渡の利益の衡平の判断を法律形式に移行させる774条1項、412条、401条の法定規定である。片務的な契約としての保証契約の性質が、保証人との法律関係に基づき債権者にある種の義務を課さないということにはならない。かような義務が法定移転の基礎をなす。付従的な担保に関する代位のための立法上の判断は、抽象的な担保のためにも適用される。ただし、付従的な権利(401条)の場合のような自動的な取得は排除される。なぜなら、類推によって処分権上の取得要件を補いえないからである。774条1項、412条、401条の類推の能力は否定されえない。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うる。この移転請求権は、法定移転の効果のマイナスであり、別のもの(Aliud)ではない。

6 小括

学説における支配的な見解は、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⁷⁰⁾。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。ライヒ裁判所の当事者意思の推定という論拠に対しては学説から批判がある。Pulinaはライヒ裁判所のような当事者の合意の推測は完全な誤りであるという。HuberとBecker-Eberhardは、保証債務の補充性に着眼している。しかし、これについてDieckmannは、保証人と主債務者の間の内部関係によって債権者は義務づけられえないとして批判する。他方、信託的構成という法的構成も考えられている。それによれば、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ようという。これに対してDieckmannは、信託的構成を拒絶する。債権者は、保証人から満足を受けた以上、担保目的は解消されており、債権者が引き続いて担保物を保持することにはならず、また、保証人の立場から見ても、債権者が担保を使用不可能にしたり、担保を換価、主債務者に返還するという危険な状況に置かれることになるとして、信託処理は否定するべきであるという。HerzfeldとHartmaierは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に反対する。Hartmaierは、401条が類推適用されるのであれば、自動的な権利の移転が生じなければならないはずであると説き、債権者の移転義務は、法定移転に対して、法律上のマイナスではなく法律上の別のもの(Aliud)であって、401条から移転義務を導き出せないという。これに対してDieckmannは、保証人の求償権の確保・求償を容易化という法定の債権移転の主要な趣旨から考察する。非付従的な担保を設定した場合の保証人の移転請求権は、774条1項、412条、401条による求償の強化の趣旨に合致するという。ただし、付従的な権利(401条)の場合のような自動的な移転は排除されるという。

⁷⁰⁾ Staudinger-Horn, § 774 Rn21; Münchkomm-Habersack, § 774 Rn10; Palandt-Sprau, § 774 Rn9.

第4 非付従的な担保の移転と代位規定の関係

1 Dieckmann の評価

BGB は、保証法上の「代位」において、普通法上の訴権譲渡の利益とは異なって、法定移転という法技術を選択した。このことによって、担保の付従性の有無によって、自動的な権利の移転と移転請求権という2つの異なった法技術が存在することになった。BGB の立法者は「実際上の合目的性の理由」(aus Gründen der praktischen Zweckmäßigkeit)⁷¹⁾に基づいて法定の債権移転の法技術を採用した。この法定移転は、主債務の移転を規定する774条1項1文と、付従性を要求する401条の準用によって、主債務と付随的な従たる権利のみをその対象とした。実務上広く普及した、土地債務、譲渡担保、所有権留保といった抽象的な担保に関しては法定規定の適用がなされない。このBGBの法技術に関して、付従性ではなく、債権者の全ての地位に着眼するプロイセン一般ラント法(ALR)、フランス民法典(Code civil)、オーストリア一般民法典(ABGB)に比して、不適當であるとして、Dieckmann は以下のように評価する⁷²⁾。

ABGB1358条⁷³⁾は、担保権の取得を主債務と結び付けないで、「債権者の権利」(die Rechte des Gläubigers)に着眼する。これは主債務者に対する債権者のすべての法的地位を含む。BGBがABGBのように、主債務者に対する債権者の法的地位を結合点としていたならば、代位の法技術は統一的であったであろう。もしBGBが、ALR⁷⁴⁾、Code civil⁷⁵⁾、ABGBのような、債権者の権利へのEintritt(代位)規定に依ったならば(DieckmannはこれをEintritt構成と呼ぶ)、抽象的な担保をも包含していたはずである。抽象的な担保の移転に関する根拠づけも問題とならなかった。類推と結びつく法の不安定さは回避されたはずである。BGBは401条1項において付従的な担保権のみを列挙し、担保の範囲につき閉じられた規定を置く。かくして、774条1項、412条、401条はユーロ抵当(Eurohypothek; Eurohypothek)⁷⁶⁾といった新しく生ずる非付従的な担保権に対して閉じている。すなわち、ユーロ抵当も類推に基づくことになろう。

⁷¹⁾ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. II, 1896, S. 673.

⁷²⁾ Dieckmann, a. a. O., S. 491.

⁷³⁾ ABGB 1358条：人的にまたは特定の財物によって責任を負う他人の債務を弁済する者は、債権者の権利に代位し、債務者に弁済された債務の償還を求めうる。この目的のために、満足を受けた債権者は、弁済者にすべての既存の法的救済および担保を引き渡す義務を負う。Wer eine fremde Schuld bezahlt, für die er persönlich oder mit bestimmten Vermögensstücken haftet, tritt in die Rechte des Gläubigers und ist befugt, von dem Schuldner den Ersatz der bezahlten Schuld zu fordern. Zu diesem Ende ist der befriedigte Gläubiger verbunden, dem Zahler alle vorhandenen Rechtsbehelfe und Sicherungsmittel auszuliefern. (下線部筆者)。

⁷⁴⁾ ALRにおける保証人の弁済代位の客体は、債権者のすべての権利(alle Rechte)である(ALR I 14 § 338)。ALRの代位について詳しくは、寺田「序説(3)」317頁以下を参照。

⁷⁵⁾ フランス民法2306条(保証人による代位) 負債を支払った保証人は、債権者が債務者に対して有していたすべての権利について代位する。La caution qui a payé la dette est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur. (下線部筆者)。訳は、稲本洋之介他訳・法務大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典一物権・債権関係一』(法曹会、1982年)参照。

2 Hawellek の批判

Hawellek は、Dieckmann の上述のような考え方を批判して以下のように述べる⁷⁷⁾。

Dieckmann は通説を支持し、法定移転の場合の 401 条を準用して、担保権の移転を要求しうるとする。これについて、ドイツ法が法定移転を債権譲渡の規定に基づかせる構造上の欠落であると Dieckmann は考える。しかし、その批判は正当ではない。Dieckmann が考えるようには Eintritt 構成は一様ではない。Dieckmann が依拠するオーストリア法の見解は非付従的な担保権の自動的な移転を支持している。しかし、所有権留保の場合、支配的な見解によると自動的な移転は拒絶される。また、譲渡担保の場合、学説は一致していない。スイス法の代位⁷⁸⁾においては信託的担保権は移転しない。法定の債権移転とは最も程遠いイギリス法⁷⁹⁾でも、非付従的な権利の移転は確実なものとはされていない。スペインにおいては、非付従的な権利はこれまでほとんど注目されなかったため、スペイン民法典 1212 条の代位が非付従的な権利も含んでいるかは不明である。

非付従的な担保が代位に際して移転するか、いかなる方法で移転するかは、代位が基礎をなす法的構成からは導き出されえない。代位を債権者の権利への Eintritt として構成する法制においても、弁済者の支払い後に存続するすべての権利に関して、その権利が支払われた債権と緊密に結びつく結果、権利が弁済者に移転すべきことになるのか否かが吟味されなければならない。こうして、通例の方法または自動的な代位の方法いずれかによって移転がなされるのかが決定される。

第5 おわりに

以上、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をめぐる議論の一部の概要を見てきた。Dieckmann は、非付従的な担保権の移転義務（移転請求権）は、保証債務の補充性や、保証人・債務者間の内部関係、信託的構成からは導かれえないと考える。また、Dieckmann は、774 条 1 項、412 条、401 条による法定移転の趣旨を考察し、その類推適用により非付従的な担保の移転が基礎づけられるが、自動的な移転は排除されるという。これは説得的な説明であると思われる。しかし、「BGB が ABGB のように、主債務者に対する債権者の法的地位を結合点としていたならば、代位の法技術は統一的であったであろう」という Dieckmann の主張に関しては、非付従的な担保が代位に際して移転

⁷⁶⁾ ユーロ抵当 (Eurohypothec; Eurohypothek) は非付従的な担保権として構想されている。この点に関しては、長谷川・前掲論文 215 頁以下、中山知己「〈資料〉シュテッカー『ユーロ抵当』—EC 不動産担保法の基本構想」山口経済学雑誌 41 巻 1 = 2 号 (1993 年) 125 頁以下、倉重八千代「欧州統合によるドイツ抵当制度への影響—抵当権の付従性を考えながら」社会科学研究所紀要 (早稲田大学) 別冊 6 号 (2000 年) 103 頁を参照。

⁷⁷⁾ Hawellek, Die persönliche Surrogation, 2010, S. 284ff.

⁷⁸⁾ スイス法の代位は、法律上の文言によると Dieckmann の用語法の Eintritt 構成に分類される。スイス債務法 110 条：第三者が債権者を満足させる限りで、債権者の権利は法律により第三者に移転する…。Soweit ein Dritter den Gläubiger befriedigt, gehen dessen Rechte von Gesetzes wegen auf ihn über: …(下線部筆者)。

⁷⁹⁾ イギリス法の保証人の代位については、拙稿「イギリス法における保証人の求償と代位に関する一考察」千葉大学人文社会科学研究所 24 号 (2012 年) 122 頁以下、山根眞文「英国法における保証 (Suretyship)」金法 1129 号 49 頁 (1986 年) を参照。

するか、いかなる方法で移転するかは代位が基礎をなす法的構成からは導き出されえないという Hawellek の考察に説得力があり、Eintritt 構成により、すべての担保権の自動的な移転が直ちに導かれるというものではないというべきであろう。これ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、今後の検討課題である。

翻って、わが国の代位の構造を見るに、判例（最判昭和 59 年 5 月 29 日民集 38 卷 7 号 885 頁、最判昭和 61 年 2 月 20 日民集 40 卷 1 号 43 頁）、通説⁸⁰⁾ は、日民 501 条柱書の文言「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」の効果を、原債権の法定移転として捉えている（債権移転説）。つまり、弁済による代位制度は、求償権の効力を確保するために、原債権を法律上当然に弁済者に移転させる制度である。さらに、法定の債権移転の結果として、原債権に伴って担保も移転する⁸¹⁾。すなわち、「厳密に言えば、この担保の移転は、人的・物的担保権の随伴性によるのであって、弁済者代位制度そのものの効果ではない⁸²⁾。したがって、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ことになる（日民 398 条の 7 第 1 項後段参照）。

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。損害担保契約の形態は多岐にわたるが、これは主債務の存在を前提としない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。したがって、債権移転説によれば、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⁸³⁾、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、かかる場合には、弁済者に、損害担保契約への「代位」（担保の付与）を認める必要が生じよう。この点、銀行による貸付契約に際しての損害担保契約において、担保人が損害を填補して債務者の債権者に対する債務を消滅させた場合、担保人の担保権利者の権利への代位を認めようという見解⁸⁴⁾ においては、担保人と他の担保提供者の代位割合（日民 501 条各号を参照）が必然的に問題となるところ、この代位割合につき、損害担保人は「保証人と同じ立場に立つ」という解釈が提示されている⁸⁵⁾。日民 501 条各号は代位の循環を回避する趣旨の規定である⁸⁶⁾ ことからすれば、この見解は、他の担保提供者（弁済者）が損害担保に代位するこ

⁸⁰⁾ 於保不二雄『債権総論』388 頁（有斐閣、新版、1972 年）、我妻栄『新訂債権総論』247 頁（岩波書店、1964 年）など。

⁸¹⁾ 平野裕之『債権総論』（プラクティスシリーズ）71 頁（信山社、2005 年）。

⁸²⁾ 潮見佳男『債権総論Ⅱ』279 頁（信山社、第 3 版第 2 刷、2008 年）。

⁸³⁾ 吉田光碩「損害担保契約と保証」別冊 NBL61 号（2000 年）28 頁以下を参照。

⁸⁴⁾ 小澤征行ほか「損害担保契約についての一考察」金法 1035 号 14 頁（1983 年）（これとはほぼ同一内容・峯崎二郎「損害担保契約」『担保法大系(5)』[1984 年] 749 頁以下）。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 頁も「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。これに対して、中原利明「保証」金法 1874 号（2009 年）61 頁は「求償権や法定代位を認めることは損害担保契約の本質に反するので認められない」とする。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 頁も法定代位を否定するが、日民 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。

⁸⁵⁾ 小澤ほか・前掲論文 15 頁、峯崎・前掲論文 769 頁。

⁸⁶⁾ 奥田昌道『債権総論（増補版）』548 頁（悠々社、1992 年）。

ともまた認めることを前提としているのであろう。しかし、このように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⁸⁷⁾。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。もっとも、この点についてはさらなる議論をまたなければならない。その際には、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⁸⁸⁾）を慎重に斟酌することが求められよう。

⁸⁷⁾ なお、民法（債権法）改正検討委員会の改正提案の条項の場合でも状況は同様である。【3.1.3.13】（弁済による代位）3項は「代位者は、債務者に対して取得する求償権の範囲内において、原債権を被担保債権とする担保物権、原債権を主たる債権とする保証債権その他の担保として債権者が有していた権利を行使することができる。…」と規定する（下線部筆者）。ただし、法定の債権移転と担保の随伴という構成は採っていない（同2項参照）。民法（債権法）改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針Ⅲ—契約および債権一般(2)』30頁（商事法務、2009年）。

⁸⁸⁾ 平井宣雄『債権総論』（弘文堂、第2版、1994年）200頁参照。