民法　司法令８－１５　肢ウ

第１　肢の結論

誤っている

第２　免責的債務引受を行う場合に，担保を移す際の手続

１．問題の所在

ＡのＢに対する金銭債権を被担保債権として，物上保証人であるＣ所有の甲土地に抵当権が設定されている（３６９条）。そして，Ｂの債務についてＤが免責債務引受をしている（４７２条１項）。この場合に，Ｃについていた，抵当権をＤが負担する債務に移すことができるか。その手続が問題となる。

２．結論および理由

（１）結論

債権者は，担保を引受人が負担する債務に移すことができる。もっとも，引受人以外の者が設定した場合は，その承諾を受けなければならない（４７２条の４　１項本文ただし書）。

引受人Ｄと抵当権設定者Ｃは，別人なので，Ｃの承諾が必要である。よって，承諾していなくてもとする，肢は誤っている。

（２）理由

確かに，債権者Aからすると，債務者がDに変わった場合，それまで設定していた担保がなくなるのは，債権の確実性が落ち不利益である。既存の抵当権を再設定するのも不便であるので，担保を移すことを認めるべきとも思える（７２条の４　１項本文）。

しかし，不当である。債権者の意思で動かせるとすると，抵当権者に不利益が生じる恐れがあるからである。

すなわち，物上保証人からすると，債務者の資力や，信頼を見て，担保責任を負っている。債務者交代した場合でも，責任を負うとすることは，資力や信頼が異なる以上，予想に反する責任となってしまうからである。

この結論は，物上保証人とって不意打ちとなり問題であるので，保護する必要がある。

そこで，法は，７２条の４　１項ただし書で，物上保証人（担保権設定者）に承諾という手続保障を設けることで，債権者の都合で一方的に変更できないとした。

この規定により，債権者の便宜を図りつつも，物上保証人（担保権設定者）を保護していると考える。よって，Ｃの承諾なくして，Ａはその抵当権をＤが負担する債務に移すことはできない。

以上