

## 共同抵当における二つの代位

藤 田 貴 宏

### 一 はじめに

債権者は、抵当目的物の担保価値減少による債権回収上のリスクを回避するため、同一債権の担保として例えば甲、乙といったように二つ以上の不動産について抵当権の設定を受けるいわゆる共同抵当を利用する場合があります、民法三九二条がこの共同抵当における抵当権実行時の代価配当の方法について定めている。同条については、現在、判例の展開を前提に、「三九二条は甲、乙不動産がともに債務者に属するか、ともに同じ物上保証人に属する場合に適用される<sup>(1)</sup>」と解するのが多数説である<sup>(2)</sup>。この解釈は、「債権者が同一の債権の担保として数個の不動産につき抵当権を有する場合（平成一六年改正前文言…債権者カ同一ノ債権ノ担保トシテ数個ノ不動産ノ上ニ抵当権ヲ有スル場合）」と述べるだけで抵当不動産の所有者の属性には一切言及しない同条の文言に照らせば、その適用場面を相当に縮小限定するものと言える。しかし、「甲・乙両不動産が同一の物上保証人所有の場合」にも「民法三九二

条が適用され、両不動産が債務者所有の場合と同じ処理となる」とする「判例の立場」を「妥当」と解する根拠の一つとして、「三九二条にも、共同抵当の目的物がすべて債務者に属する場合についてだけに、その適用を制限する旨の文言はない」という点が指摘されるなど、判例によって示された制限的解釈の方向性が余りに当然視される傾向が見られる。「両不動産が債務者所有の場合」に加えて「両不動産が同一の物上保証人所有の場合」を三九二条の適用範囲に含める根拠としてその「文言」を持ち出す前に、そもそもなぜ同条の適用範囲は限定されねばならないのか今一度批判的に考察する余地が残されているように思われる。

三九二条の適用範囲を限定する議論は、専ら同条二項後段に規定された異時配当における後順位抵当権者の代位が問題となる事案をめぐって、民法五〇〇条に基づく物上保証人の代位との関係如何と併せて展開されてきた。各抵当不動産の所有者が債務者自身であるのか物上保証人であるのかという点だけでなく、各不動産についての抵当権実行の有無や後順位抵当権者の存否といった観点からも様々に想定され得る場面について網羅的に検討することは本稿の企図するところではない。後順位抵当権者の代位と物上保証人の代位に関わる判例理論の形成過程を<sup>(4)</sup>内在的かつ批判的に辿り直すこと(二)、そして、事案解決の指針とされた利害当事者の優劣をめぐる価値判断乃至利益衡量の妥当性を確認しつつ、それに相応しい新たな理論構成を提示すること(三)、が本稿の課題である。

最高裁昭和六〇年五月二三日第一小法廷判決(民集三九卷四号九四〇頁)と同平成四年一月六日第二小法廷判決(民集四六卷八号二六二五頁)を到達点とする現在の判例理論<sup>(5)</sup>は、二つの異なる問題をめぐって昭和初期の大審院判決以来培われてきた理論の融合形態と考えられる。一つ目の問題は、債務者所有不動産の後順位抵当権者の代位と物上保証人の代位との関係であり、価値判断としては後者の利益を優先させ、理論構成としては前者の代位を否定して三九二条の適用範囲を制限するのが判例であった。三九二条二項後段による後順位抵当権者の代位と五〇

○条による物上保証人の代位とは二者択一の関係にあると解されたわけである。これに對して、二つ目の問題、すなわち、物上保証人の代位と当該物上保証人所有不動産の後順位抵当権者の代位の関係では、後者の利益を優先させ、前者が代位した先順位共同抵当権者の抵当権を更に後者が代位行使するという理論構成を、物上代位(民法三七二条、同三〇四条)との類比という形で提示していた。従つて、ここでも、三九二条二項後段による代位そのものは否定され、後順位抵当権者の利益優先という価値判断に即した結論を導くために「物上代位」が動員されたことになる。三九二条の不適用という共通する前提はともかく、利益衡量の面から言えば、担保権実行によつて換価済みの不動産を所有していた物上保証人を、未実行未換価の債務者所有不動産の後順位抵当権者に優先させる前者の判断と、既実行換価済みの物上保証人所有不動産の後順位抵当権者を、当該物上保証人に優先させる後者の判断との組み合わせからは、既実行換価済みの物上保証人所有不動産の後順位抵当権者を、未実行未換価の債務者所有不動産の後順位抵当権者に優先させる判断が無理なく導かれよう。価値判断としてのみならず形式論理的にも妥当と言えるそのような判断を実際に示したのが昭和六〇年判決であつた。

しかし、三九二条二項後段の代位によらず「物上代位」に頼ることが、そのような価値判断の具体化の手段として果たして相応しいと言えるのかどうか。この理論構成をめぐる学理上の疑問は、「共同抵当権の目的不動産が同一物上保証人に属する場合における後順位抵当権者の地位」<sup>6)</sup>について判示したとされる平成四年判決の登場によつて一層顕在化したように思われる。というのも、同判決は、既実行換価済みの物上保証人所有不動産の後順位抵当権者の代位と物上保証人の代位との関係について、後者の物上保証人の代位の発生を否定し、それ故また、「物上代位」にも頼ることなく、端的に三九二条二項後段の適用を認めたからである。昭和六〇年判決と平成四年判決の間には理論構成上決して無視できない齟齬があり、昭和六〇年判決の内に収斂したかに見えた判例理論を平成四年

判決の地平から批判的に捉え直すことも可能と考えられる。共同抵当における代位について首尾一貫した理論を企図するのであれば、判例理論の祖述敷衍に留まることはできない。

## 二 判例の理論構成とその問題点

### 1 債務者所有不動産の後順位抵当権者の代位と物上保証人の代位

#### a 昭和四年判決

債務者所有不動産の後順位抵当権者の代位と物上保証人の代位との関係について、判例は、前者の発生そのものを否定して後者のみを認めている。そのような判断を最初に示したのは、大審院昭和四年一月三〇日第四民事部判決（法律新聞二九四五号一二頁、配当金引渡並びに権利確認請求事件、上告棄却）である。事案の詳細は明らかではないが、債務者所有不動産と物上保証人所有不動産に設定された先順位の共同抵当権に加えて、後者の不動産に設定された後順位の抵当権も有し、物上保証人所有不動産にのみ抵当権を実行して債権の一部弁済を得た債権者に対して、物上保証人が、弁済による代位に基づき債務者所有不動産上の先順位抵当権取得の確認と代価の配当を求めて提訴した事案と考えられる。物上保証人の請求を認めた原審判決を不服とする債権者が上告したが、大審院はこれを退けた。

## ア 五〇〇条の「弁済」と「正当な利益」

上告理由の一点目は、民法五〇〇条の「弁済」は「債務者又ハ第三者ノ意思ニ基ク提供ニ依ル債務消滅ノ方法ニ属ス」るから、「抵当権ノ実行ニ基キ法律上当然債務ノ消滅ヲ来シタル」場合は「弁済」に当たらず、「本件ニ於テ被告人「物上保証人」ハ債権者ニ代位シテ全然其ノ権利ヲ行使スルコトヲ得サルコト是ニ明白ナリ」というものであった。物上保証人による代位そのものを否定するこの上告理由について、大審院は、物上保証人の代位の前提となる求償権の発生を認めた三五一条(三七二条により抵当権に準用)において、債務の「弁済」と抵当権の「実行」とが区別されていることを顧慮しつつも、抵当権者が抵当不動産について「他ノ債権者ニ先チテ自己ノ債権ノ弁済ヲ受ク」とする三六九条に見える「弁済」が抵当権実行による「債権ノ満足」の意味であることは自明であるとし、「民法ノ用語例トシテ弁済ナル文字ハ常ニ狭義即任意ニ債務ノ本旨ニ従フ履行ヲ為ス場合ニ限局」されるとして五〇〇条の「弁済」を狭義に解釈する上告人の主張を「文字論」として排斥している。また、そのような「文字論」批判に加えて、「任意ノ弁済タルト担保物権ヲ実行セラレタルト問ハス其ノ物上保証人ノ出捐ニ因リテ以テ債務ノ本旨ニ従フ満足ヲ債権者ニ与ヘ得タルノ点ハ両者ノ間何等ノ差別ナケレハ」、五〇〇条について「斯ル解釈ヲ採ル可キ何等実質上ノ理由モ亦見出スニ由ナシ」、とも大審院は述べている。

ところで、同じ「判決理由」の末尾には、「若夫レ所謂物上保証人ハ弁済ナキ限り担保権ノ実行ニ因リテ当該財産ヲ失フ地位ニ在ルモノナリ其ノ弁済ヲ為スニ付正当ノ利益ヲ有スルモノノ換言スレハ弁済ヲ為スコトニ因リテ以テ不利益ヲ避クルヲ得ル正当ナル理由ヲ有スルモノタルコトハ言ヲ待タス」、ともある。この指摘は、直接には、物上保証人の代位そのものを否定する論拠として、上告人が、大正一〇年の大審院判決を援用しつつ追加した五〇〇条の解釈に応答するものである。上告人によれば、仮に「抵当権ノ実行」による「債務ノ消滅」もまた五〇〇条に

言う「弁済」に当たるとしても、「物上保証人ハ保証人ト異リ其ノ債務ヲ弁済スル義務ヲ有スルモノニアラス唯債務者カ担保ノ目的物ニ付其ノ担保権ヲ実行スルヲ認容スル義務ヲ有スルニ止ル本件ノ如キ抵当権ノ実行ニヨリ物上保証人タル被告人ニ於テ其ノ担保物タル自己所有物件ノ所有権ヲ失フニ過キササル場合ノ如キハ弁済ヲ為スニ付正当ノ利益ヲ有スルモノト云フコト得サルヲ以テ此ノ点ニ於テモ被告二人代位権ナキコト明白ナリ」というのである。

大審院の見解は、「物上保証人」と「保証人」を峻別する上告人の主張に対する反論としてはともかく、五〇〇条の文言である「弁済をすることについて正当な利益を有する（改正前文言…弁済ヲ為スニ付キ正当ノ利益ヲ有スル）」の解釈それ自体として問題を含んでいるように思われる。というのも、大審院の言うように、物上保証人が「担保権ノ実行ニ因リテ当該財産ヲ失フ」という「不利益」を「避クルヲ得ル」ことこそ五〇〇条に言う「正当ノ利益」であるならば、抵当権実行によって既に不動産の所有権を失った物上保証人にはもはやそのような「正当ノ利益」はないとも解され、むしろ上告人に有利に、つまり、物上保証人の代位を否定する方向に働きかねない。物上保証人の代位として、抵当権実行によって不動産の所有権を失った上での代位以外に、抵当権実行前に第三者として弁済（四七四条）し自己の不動産を失わずに抵当債権者に代位する場合も想定される以上、保証人との相違を理由に物上保証人の代位を否定することは確かにできない。しかし、そうであるとしても、抵当権実行によって所有権を失った物上保証人の代位の要件たる「正当ノ利益」とは何かは必ずしも明らかではない。「抵当権ノ実行ヲ容認スル義務」を負った物上保証人が抵当目的物の所有権を失うことで債務を消滅させる事態を「利益」という文言で説明できるのか。この疑念は、物上保証人の抵当権実行前の弁済を「第三者の弁済」や「法定代位」の典型例と見なし、大審院と同じく自己の所有権の温存を「利益」と説明する現在の教科書的説明の下でも依然解消されてはいな

い。抵当権実行によつて目的物の所有権を失つた物上保証人は「弁済」したとしても「正当の利益」はなく抵当権者に代位しないということになれば、物上保証人が抵当権実行前に弁済し共同抵当債権者に代位しない限り、本稿の主題でもある後順位抵当権者の代位と物上保証人の代位の関係如何という問題がそもそも発生しないことになる。「正当な利益」をめぐるこの疑問は、文言それ自体が価値判断を要求しているため、「弁済」の意義とは異なり、これを単なる「文字論」として退けることは一層困難であるけれども、本稿ではこれ以上立ち入ることなく、さしあたり、「任意ノ弁済タルト担保物権ヲ実行セラレタルトヲ問ハス其ノ物上保証人ノ出捐ニ因リテ以テ債務ノ本旨ニ従フ満足ヲ債権者ニ与ヘ得タルノ点ハ両者ノ間何等ノ差別ナケレハ」との実質論を尊重して論を進めることとする。

イ 三九二条二項の「反対解釈」

昭和四年判決で大審院が退けた二つ目の上告理由は、債務者所有不動産の後順位抵当権者の代位と物上保証人の代位の関係を直接関わるものである。上告人によれば、まず、後順位抵当権者の代位について、三九二条二項の適用対象を「共同担保物件中第二順位ノ抵当権ノ設定アル物件ヲ選定シテ其ノ抵当権ヲ実行シタル場合」に限定し「本件ノ如ク債権者カ共同担保物件中第二順位抵当権ノ設定ナキ他ノ物件ヨリ競売シタル場合」を排除する「文理解釈」は採るべきではないとされ、また、これと物上保証人の代位との関係については、「物上保証人ハ勿論自己ノ物件ヲ以テ債務ヲ消滅セシメタル限度ニ於テ其ノ全額及其ノ支払以後ノ法定利息ニ付主債務者ニ対シ之カ求償権ヲ有スヘキハ第二審判決所論ノ如クナルモ右求償権ニ基ク物上保証人ノ代位権ノ範圍ハ民法第三九二条第二項ノ反対解釈ニヨリ之ヲ不動産ノ価格ニ応シ其ノ之ヲ超過シタル部分ニ限ラサル可ラス」とされる。これらの一般論から、上



告人は、「本件ニ於テ第二審判決カ民法第五〇〇条ノ規定ニヨリ物上保証人タル被告ノ主債務者ニ対スル債権ヲ認メ無制限ニ其ノ金額ニ付上告人等ノ第二順位抵当権ノ目的物ニ対シ之ヲ行使セシメ上告人等ノ利益ヲ蹂躪シタルハ右民法第五〇〇条代位弁済ニ関スル一般ノ規定ヲ適用スルニアタリ同法第三九二条ノ重大ナル制限アルコトヲ遺漏セルモノ」と主張したのである。ここでは、「本件ノ如ク債権者カ共同担保物件中第二順位抵当権ノ設定ナキ他ノ物件ヨリ競売シタル場合」、つまり、三九二条二項後段による「代位」が本来生じ得ない場面を前提に、「第五〇〇条代位弁済ニ関スル一般ノ規定」に対する「第三九二条ノ重大ナル制限」が「第三九二条第二項ノ反対解釈」として説かれている。

上告人の意図は、異時配当時の「次順位ノ抵当権者」の代位による抵当権行使の範囲を、同時配当時に先順位共同抵当権者が配当を受けるべき額、すなわち、不動産価額に応じた債権の按分割付額に限定する三九二条二項後段を、「物上保証人」による代位にも当てはめ、五〇一条による物上保証人の先順位抵当権行使の範囲を、主たる債権者に対する求償債権全額ではなく、三九二条二項後段所定の範囲に限定するところにある。そうであるとすれば、ここで企図されているのは、本来の意味での反対解釈、つまり、「次順位ノ抵当権者」には含意されない「物上保証人」を三九二条二項の適用対象から排除する解釈ではなく、共に代位を根拠に先順位抵当権を行使し得るという両者の置かれた地位の類似性を根拠とした類推解釈と言うべきであろう。ここで「反対」解釈という表現を用いられている理由ははっきりしないが、恐らく上告人は、三九二条二項の趣旨を、先順位抵当権者に「代位シテ抵当権ヲ行フ（現行文言…代位して抵当権を行使する）」者からではなく、逆に、そのように代位行使される抵当権が存する不動産の後順位抵当権者の立場から捉え直した上で、同様の考慮を五〇〇条による法定代位者に類推しているものと解される。物上保証人が抵当権の代位行使先不動産の後順位抵当権者に優先して弁済を受けられる範囲が



三九二条一項所定の負担割付額に限定されるという点が、後順位抵当権者側の利益と位置づけられているのである。それでは、本件のように、債務者所有不動産と物上保証人所有不動産に先順位の共同抵当権が存し、前者の債務者所有不動産に後順位の抵当権が設定されている事案において、なぜそのような三九二条の「反対解釈」による物上保証人への類推適用が求められるのであろうか。同時配当や、「第二順位ノ抵当権設定アル物件ヨリ第一次ニ競売ニ附シタ」場合の異時配当には三九二条が直接に適用され、共同抵当目的不動産の一つに「第二順位ノ抵当権ヲ取得シタルモノヲ保護スル」という同条の目的が達成されるのに対して、もし類推適用を認めなければ、「偶々債権者ニ於テ物上保証人所有ノ物件ヨリ競売シタルカ為第二順位ノ抵当権者トシテ何等ノ配当ヲ受クルコト得サルヘキ不公平ナル結果ヲ生ス」というのが、上告人の主張である。五〇〇条に基づいて債権者に代位した物上保証人に求償債権全額について先順位抵当権の行使認める「一般ノ規定」は、後順位抵当権者の「保護」という三九二条の目的によって「制限」されるべきだといっているのである。

ウ 三九二条二項適用限定論

以上のような上告理由に対して、大審院は、本件のように債務者所有不動産と物上保証人所有不動産に共同抵当権が存している事案で五〇〇条の法定代位に対する三九二条二項の「制限」を一切認めない立場を示した。まず、五〇〇条による代位については、「同一ノ債権ノ担保トシテ債務者所有ノ不動産及第三者所有ノ不動産上ニ夫々抵当権ノ存スル場合ニ債権者ニ於テ先ツ第三者所有ノ不動産ニ対スル抵当権ヲ実行シ依テ以テ債権ノ一部弁済ヲ得タルトキハ第三者ハ其ノ債務者ニ対シテ有スル求償権ノ範圍ニ於テ債権者ニ代位シ当該債権及債務者所有ノ不動産ニ対スル抵当権ヲ債権者ト共同シテ行使シ得ヘキコト民法第五〇〇条ニ依リ疑ナク而カモ此ノ抵当権ナルモノハ右債

権者ノ有セシ抵当権其ノモノニ外ナラサルコト勿論ナルカ故ニ此ノ行使ニ対シ後順位抵当権カ右第三者ニ優先スルノ権利ナキハ当然ナリ」と述べている。ここでは、五〇〇条により債権者に代位して債務者所有不動産上に行使される抵当権が、債権者が有していた先順位抵当権であるが故に、当該不動産上の後順位抵当権に優先するのは当然であること、そして、第三者による代位弁済が債権の一部に留まる場合には、五〇二条一項（債権者ト共ニ其権利ヲ行フ（現行文言…債権者とともにその権利を行使する））により、代位された債権者と代位した第三者がそれぞれ残債権と求償債権について、後順位抵当権者に先んじて、債務者所有不動産上に抵当権を行使できること<sup>(9)</sup>が、確認されている<sup>(10)</sup>。

三九二条二項はなぜこの法定代位者の抵当権行使に対する「制限」とはならないのであろうか。この点、大審院によれば、「所論民法第三九二条第二項ハ同一債権ノ担保トシテ債務者所有ノ数個ノ不動産上ニ抵当権ノ設定アリタル場合ニ於テ債権者カ先ツ其ノ内ノ或不動産ノ代価ニ付其ノ債権ノ弁済ヲ得タルトキハ該不動産上ノ後順位抵当権者ハ右先順位抵当権者カ同条第一項ニ規定ニ従ヒ他ノ不動産ニ付弁済ヲ受ク可キ金額ニ満ソル迄之ニ代位シ其ノ抵当権ヲ行使シ得ヘキコトヲ定メタルニ止リ本件ノ如ク第三者所有ノ不動産カ債権者所有ノ不動産ト共ニ同一債権ノ担保トシテ抵当権ノ目的タル場合ノ関係ヲ定メタルモノニアラス」とされる。三九二条二項の適用範囲をこのように「同一債権ノ担保トシテ債務者所有ノ数個ノ不動産上ニ抵当権ノ設定アリタル場合」に限定し、「第三者所有ノ不動産カ債権者所有ノ不動産ト共ニ同一債権ノ担保トシテ抵当権ノ目的タル場合」をそこから除外する文言上の根拠は同項には見当たらない。にもかかわらず、同項をそのように制限的に解釈しなければ「抵当権ノ実行ニ遭ヒ其ノ不動産ノ代価ヲ以テ代位弁済ヲ為シタル第三者ノ代位権ハ常ニ債務者所有ノ不動産ニ対スル後順位抵当権ノ設定ニ依リ不当ニ害セラルルニ至ル結果ヲ生ス可ケレハナリ」というのが、大審院の示した三九二条二項の制限

的解釈の根拠である。

大審院による三九二条二項の制限的解釈は、共同抵当目的物が何れも債務者所有不動産である場合に同項の適用範囲を限定する側面と、本件事案のように共同抵当目的物に含まれる物上保証人所有不動産について抵当権が実行された場合を適用範囲から除外する側面とにさしあたり区別することができる。大審院の意図は、五〇〇条に基づく「第三者ノ代位権」が「債務者所有ノ不動産ニ対スル後順位抵当権ノ設定」によって「不当ニ害セラルルニ至ル結果」を回避することにあるから、解釈の重点は明らかに後者の適用除外の側面に存する。本件事案のように物上保証人所有不動産について先に先順位共同抵当権が実行された場合に物上保証人の代位によって後順位抵当権者への配当が減少しあるいは失われる事態を「不公平ナル結果」とした上告人の価値判断に対して、大審院の三九二条二項の解釈は、物上保証人が代位によって行使する先順位抵当権の効力を制限することこそ「不当」であるとの価値判断に依拠していると言える。上告人による「第三九二条第二項ノ反対解釈」(物上保証人への類推適用)に十分な理由がない以上、五〇〇条による法定代位がそのまま無制限に認められるべきだといっているのである。物上保証人所有不動産について先に抵当権が実行され、債務者所有不動産の後順位抵当権者が三九二条二項後段に基づき「代位シテ抵当権ヲ行フコト」のもはやあり得ない本件のような事案では、三九二条の適用の限定以前に、適用それ自体がそもそも問題とならない。三九二条二項は「本件ノ如ク第三者所有ノ不動産カ債権者所有ノ不動産ト共ニ同一債権ノ担保トシテ抵当権ノ目的タル場合ノ関係ヲ定メタルモノニアラス」との大審院の判断をそのような意味に解することも確かに可能である。

しかし、大審院による三九二条二項の制限的解釈の内、適用範囲を共同抵当目的物が何れも債務者所有不動産の場合に限定する側面との繋がりにおいてその価値判断を見直すならば、当該解釈の射程はもっと広いものとなる。

というのも、そのような適用限定の下では、上告人が三九二条適用を前提に「当然」視していた点、すなわち、「第二順位ノ抵当権設定アル物件ヨリ第一次ニ競売ニ附シタ」場合に「第二順位抵当権者」が「当然其ノ不動産ノ価格ニ応シテ其ノ之ヲ超過シタル部分ニ付他ノ物件ノ所有者タル物上保証人ニ対シ代位権ニ基キ之カ権利ヲ行使シ得」ることまでが、物上保証人の「代位権」の「不当」な侵害と見なされ否定されることになりかねないからである。

実際、「代位弁済ヲ為シタル第三者ノ代位権」が「債務者所有ノ不動産ニ対スル後順位抵当権ノ設定」によって、「當ニ」不当に侵害されるといふ大審院の言い回しには、債務者所有不動産の後順位抵当権者が先順位共同抵当権者に代位して物上保証人所有不動産に抵当権を行使する場合は勿論、物上保証人が法定代位によって抵当権を行使する場合にまで、三九二条二項適用の不都合が及ぶ事態への懸念を読み取ることも可能である。三九二条二項の適用範囲を共同抵当目的物が何れも債務者所有不動産である場合に限定する解釈に、債務者所有不動産上の後順位抵当権者の「代位権」に基づく物上保証人所有不動産への抵当権行使をも否定する趣旨が含意されているのだとすれば、大審院の議論は、本件事案とは異なる場面を想定した過剰な制限を三九二条二項の射程に加えたことになる。

大審院の言う「第三者ノ代位権」とは、債務者所有不動産への抵当権実行の可否が問題となっている文脈上、五〇〇条による法定代位そのものというよりはむしろ、それを前提に五〇一条が認める権利、つまり、債権者に代位し求償債権の範囲で同人の有していた抵当権を現実に行使し得る権利を意味するはずである。その一方で、債務者が「所有物」の「処分」の一環として自ら所有する不動産上に抵当権を設定することは自由であり(二〇六条)、物上保証人はこれを妨げ得ないどころか当然予測できる。物上保証人にとっても予見可能な債務者の正当な不動産の処分行為によって現れる後順位抵当権者が三九二条二項後段を根拠に先順位抵当債権者に代位し物上保証人所有不動産上に抵当権を行使するとしても、共同抵当権が債務者所有不動産について先に実行される場合にはそもそも

物上保証人に弁済による代位の余地はないのであるから、物上保証人の「代位権」が「不当二害セラルル」とは言えない。

確かに、物上保証人は、債務者所有不動産に対する抵当権設定について予測可能であるとしても、当該抵当権が自らの所有する不動産上に設定された抵当権と共同抵当の関係にあるとか、あるいは、当該共同抵当権に劣後する後順位抵当権であるといったことまでは、共同抵当権の登記（不動産登記法旧一二二条以下、現八三条四号）がない限り知り得ないとも考えられ、債務者所有不動産の後順位抵当権者の代位と物上保証人所有不動産への抵当権行使は、物上保証人にとって不意打ちになる可能性がある。しかし、共同抵当権の登記がなければ、債務者所有不動産の後順位抵当権者も、自らの「代位権」に気付くことなく、物上保証人所有不動産に対する抵当権行使の機会を逸する不利益を被る可能性があり、両者の置かれた利害状況にそれほど違いはない。何れにせよ、共同抵当権の登記の有無とは無関係に三九二条二項後段により法律上当然に後順位抵当権者に付与される「代位権」の存在そのものを否定してまで、現実に生じることのない物上保証人の「代位権」を保護する必要はないはずである。

ところが、三九二条二項の適用範囲を共同抵当目的物が何れも債務者所有の場合に限定する大審院の判断を徹底すると、後順位抵当権者の「代位権」が物上保証人のいわば仮象の「代位権」のために犠牲となってしまう。昭和四年判決は、本件事案のように物上保証人所有不動産上の抵当権実行を受けて物上保証人の「代位権」が現実に行使される場面だけでなく、債務者所有不動産上に抵当権が実行され物上保証人による「代位権」の行使が問題とならない場面も含めて、物上保証人の利益を債務者所有不動産の後順位抵当権者のそれに優先させる価値判断に依拠していた可能性がある。そのような利益衡量を有意味なものとして理解するためには、「第三者ノ代位権」なるものが、現実には法定代位による抵当権行使の不可能な場面においても保護されるべき何かを意味していなければな

らない。債務者所有不動産と物上保証人所有不動産とに共同抵当権が存する場合について、債務者所有不動産上の後順位抵当権者の三九二条二項後段による代位の余地を一方的に否定し、物上保証人の五〇〇条による代位のみを認めた昭和四年判決は大きな疑問点を後に残したことになる。

なお、本判決が三九二条二項の適用を「同一債権ノ担保トシテ債務者所有ノ数個ノ不動産上ニ抵当権ノ設定アリタル場合」に限定する解釈を示した直後、大審院はこの適用限定論を相対化するような判決を下している。大審院昭和五年九月二三日第二民事部判決（法律新聞三九一三号一三頁、損害賠償請求事件、破棄差戻）がそれである。事案ははっきりしないが、A（被上诉人、控訴人、被告）が何れも物上保証人B（被上诉人、控訴人、被告）の所有に属する甲不動産と乙不動産に先順位共同抵当権を有し（A、B、並びに、債務者は同姓であるが関係は不明）、C（上诉人、被控訴人、原告）が乙不動産に後順位抵当権を有していたところ、Cが他物件と共に乙不動産について抵当権の実行を申立て、乙不動産の競売代金からはAが債権全額の弁済を受け、Cは一部弁済を得たに留まった。その後、AはBに「協力して」甲不動産上の先順位抵当権の抹消登記を為し、Bは信用組合からの借入金 の担保として甲不動産に抵当権を設定しその旨登記を経由した。これに対して、Cは、三九二条二項後段に基づいて、Aに代位してB所有の甲不動産に先順位抵当権を行使し残額債権を回収し得たのに、Aの先順位抵当権の抹消登記とBの新たな抵当権設定登記によって右代位権（代位について付記登記はされていない）が侵害されたとして、A及びBを相手取って共同不法行為による損害賠償を求めたようである。

Cの請求を認容した第一審についてAとBが控訴したのを受け、原審は、Cが、自らが乙不動産の後順位抵当権者であることをAに、乙不動産に対する抵当権実行の申立てに当たってはその旨Bに、それぞれ「通知」していたという事実だけでは、「控訴人両名力係争代位権ノ存スルコトヲ知り居リタルコトハ即断シ難ク從テ係争代位権行

使不能トナリタルカ為ニ生シタル損害ハ控訴人両名ノ共同過失ニ基因スルモノナリト結論ニ到達セサル」との理由で、Cの請求を退けた。これに対して、Cの上告を受けた大審院は、AとBに対する「通知」がある以上、「被告人等ハ反証ナキ限り少クモ被告原告人等ノ右登記抹消及抵当権設定登記ニ依り原告人ノ代位権ヲ侵害シタルコトニ付過失アリタルモノト云ハサルヲ得ス」として、原判決を破棄し事件を原審に差し戻した。

この昭和五年判決では三九二条二項の解釈適用が直接問題となつては、共同抵当目的物が同一の物上保証人の所有に属する場合に、先に抵当権が実行された目的物の後順位抵当権者が取得する「代位権」について、その侵害の有無が争われているにすぎない。しかし、そこに言う後順位抵当権者の「代位権」が三九二条二項後段に基づくものであることは自明であるし、「代位権」が生じる余地が無ければその侵害の有無も問題となり得ないのであるから、大審院は、前年の昭和四年判決で示した「同一債権ノ担保トシテ債務者所有ノ数個ノ不動産上ニ抵当権ノ設定アリタル場合」以外にも、三九二条二項の適用を認めていることになる。

その一方で、昭和四年判決が先例として審理上意識された形跡はない以上、昭和五年判決は、昭和四年判決の制限的解釈を修正したのではなく、三九二条二項をその文理に忠実に無制限に適用する解釈を前提としていたと考えるのが自然であろう。これに対して、半世紀以上後の平成四年判決が、「共同抵当の目的不動産がすべて同一の物上保証人の所有である場合」に三九二条二項後段の適用を肯定した際には、後に4で検討するとおり、「同一債権ノ担保トシテ債務者所有ノ数個ノ不動産上ニ抵当権ノ設定アリタル場合」に適用限定する昭和四年判決とこれを先例として踏襲したその後の諸判決をはっきり意識した上での判断であった。従つて、「共同抵当の目的不動産がすべて同一の物上保証人の所有である場合」について、平成四年判決「以前に」、判例上、「傍論で三九二条二項後段の適用を肯定するもの」として昭和五年判決を挙げる観方は、<sup>(1)</sup>そもそも「傍論」と言えるかどうかという点は措く



にしても、適用限定論の修正なのか文理に忠実な適用無制限論なのかという根本的な相違を看過したもので適切とは言えない。何れにせよ、以下に検討するとおり、昭和五年判決の時点では未だ明確ではなかった最上級審の立場が、その後、昭和四年判決による三九二条二項の適用限定論を踏襲する方向で固まっていたのは確かである。

b 昭和四四年判決

債務者所有不動産の後順位根抵当権者と物上保証人の関係について、昭和四年判決を維持する立場から最上級審としての判断を再び下したのが、最高裁昭和四四年七月三日第一小法廷判決(民集二三卷八号一二九七頁、債権一部不存在確認請求事件、上告棄却)である。事案は概略次のようなものであった。債務者所有の甲不動産に設定された根抵当権と物上保証人所有の乙不動産に設定された根抵当権とは共同抵当の関係にあり(ただし共同抵当としての登記はない)<sup>(12)</sup>、甲不動産に後順位根抵当権が設定されていたところ、物上保証人が、債務者の先順位根抵当権者に対する残債務を第三者として弁済(四七四条)し、債権者に対する求償債権を取得(三七二条、三五一条)すると共に債権者に代位(五〇〇条)したとして、債権者の有していた先順位共同根抵当権の自己への移転(五〇一条)を付記登記し、自らが乙不動産上に設定した根抵当権を抹消登記した上で、甲不動産上に根抵当権を実行した。裁判所が、競売の代価について、物上保証人(被告、被控訴人、被上告人)を求償権全額について後順位根抵当権者に優先させる配当表を作成したのに対して、後順位根抵当権者(原告、控訴人、上告人)は、先順位共同根抵当債権者に代位した物上保証人が乙不動産上の根抵当権設定登記を抹消登記したことにより、先順位共同根抵当債権に乙不動産の価額に応じて割り付けられた被担保債権額については根抵当権を行使できない(つまり同額を物上保証人への配当額から控除すべき)として、配当表の更正を求め提訴した。

## ア 先順位抵当権の一部放棄と三九二条二項

第一審、原審に続いて最高裁も結論としてはそのような訴えを認めることなく、物上保証人が求償債権全額について債務者所有不動産上に先順位抵当権を行使し得るとした。ところで、本件では、先順位共同抵当債権者に代位した物上保証人が行う抹消登記の前提となる実体法上の法律関係を如何に捉えるべきか、も問題となっている。代位者たる物上保証人が自己所有不動産上に抵当権を取得する点を捉えて所有権と抵当権の混同により抵当権は消滅すると解すべきか(一七九条一項本文)、債務者所有不動産後順位抵当権者の物上保証人所有不動産に対する代位権(三九二条二項後段)を「第三者の権利」とみなし混同の例外として抵当権は消滅しないのか(一七九条一項但書)、物上保証人所有不動産上の抵当権の任意の「放棄」を認めるべきか否か、認めるとしてそれを債務者所有不動産の後順位抵当権者を含む第三者に対抗できるのか否か、対抗できるとして債務者所有不動産後順位抵当権に何らかの保護を付与すべきか否か等、その論点は多岐にわたり、しかもそれらは、先順位共同抵当権者自身が抵当目的物の一部について所有権を取得した場合や任意に抵当権を放棄する場合と関連<sup>(13)</sup>づけて扱われる必要がある。

第一審は、共同抵当権者が、抵当目的物の一部について抵当権を放棄しても、残存する抵当目的物の後順位抵当権者が当該目的物について「代位抵当権を取得し得る一種の期待権」に照らし、放棄を後順位抵当権者に対抗できず、また、共同抵当債権者に法定代位した物上保証人が放棄を行っても、右後順位抵当権者の「期待権」の存在により、混同の例外として抵当権は消滅しないとしつつも、物上保証人が法定代位によって行使する抵当権は共同抵当債権者のそれに他ならず、三九二条二項前段が共同抵当権者に抵当目的物の一部からの債権全額の満足を認めている以上、法定代位により共同抵当権者の地位を承継した物上保証人に全額配当する旨の配当表作成は結局のところ適法であるとした。

続く第二審では、「抵当権者が抵当権の目的物につきその権利を放棄することは、抗当債務者と一種の共同責任的地位に在る法定代位者の求償権を侵害する行為であるから、民法五〇四条に定める通り法定代位者は放棄者に対して免責されることによりその損害填補の代償を受ける」が、「損害填補の代償」つまり五〇四条による免責の効果は右侵害行為の当事者である抵当権者と物上保証人との間における「相対的なもの」であるので、本件のように共同抵当目的物の一部について抵当権が放棄された場合に、物上保証人免責の効果が残存する抵当目的物の後順位抵当権者に及ぶことはないし、物上保証人が共同抵当債権者に代位する本件では、後者の立場での抵当権放棄による「権利行使制約の義務」を前者が「承継」することはないとされた。また、控訴人が主張した「民法三九二条の法意」による法定代位者の優先弁済の制約についても、「共同抵当の場合における次順位者の保護は、(前記法定代位者に対する保護が権利者の義務に対する担保保存義務の積極的違背の責任であるのに対比して) 権利者相互間(優劣関係)の権利行使上の調整問題であって、民法第五〇四条の代位と第三九二条第二項の代位とは同列に論ぜられるべきものではなく云々」として認めなかった。

上告審で、再び「民法第三九二条第二項の法意」を根拠に法定代位者の優先弁済の制限を主張され、その際先例が援用されたを受けて、昭和四四判決は、当該先例もふまえた上で、「第二順位の抵当権者と第一順位の共同抵当権者との関係」、具体的には、先順位共同抵当権者による抵当目的物の一部の抵当権放棄が、抵当権の存続する他の目的物の後順位抵当権者の代位権に与える影響如何、について判示した。先例として参照されているのは、大審院昭和十一年七月一日第二民事部判決(民集一五卷一七号一四〇九頁、債権及根抵当権消滅確認並競売異議代位損害賠償請求事件、上告棄却)である。事案は、何れも債務者所有の不動産上に共同根抵当権を有する債権者(であった銀行を合併により承継した銀行が被告、被控訴人、被上告人)が、債務者から一部弁済を受けて抵当目的物

の一部につき抵当権を放棄し、その後、残存する抵当権を実行したところ、後順位抵当権者(原告、控訴人、上告人)が抵当権の侵害を理由とする損害賠償を求めたものである。上告理由の一つ(「上告理由第六点」)において、上告人は、先順位共同抵当債権者による抵当権の一部放棄が五〇〇四条所定の「債権者力故意又ハ懈怠ニ因リ其ノ担保ヲ喪失又ハ減少シタルトキ(現行文言…債権者が故意又は過失によってその担保を喪失し、又は減少させたとき)」に相当するとの理由から、共同抵当権者による残存抵当権の実行は「民法第五〇〇条ノ規定ニ依リテ代位ヲ為スヘキ者(現行文言…第五〇〇条の規定により代位することができる者)」に当たる後順位抵当権者の抵当権を侵害する旨主張した。

これに対して、大審院は、「民法第五〇〇四条ノ規定ハ第五〇〇条ノ規定ニ依リテ代位ヲ為スヘキ者アル場合ニ於テ債権者力故意又ハ懈怠ニ因リテ其ノ担保ヲ喪失又ハ減少シタルトキハ代位ヲ為スヘキ者ハ其ノ喪失又ハ減少ニ因リ償還ヲ受クルコト能ハサルニ至リタル限度ニ於テ其ノ責ヲ免ルト云フニ過キス而モ抵当権ノ一部(即チ同一債権ノ担保タル数個ノ抵当不動産中ノ或モノニ対スル抵当権)ヲ拋棄シタリトテ其ノ残部ノ抵当権(即チ爾余ノ不動産ニ対スル抵当権)ハ勿論存在スルカ故ニ其ノ行使ヲ為シ得サルノ道理無シ唯本件ノ如キ場合ニ於テハ抵当ヲ実行シ競売代金ノ配当ヲ為スニ当リ先順位抵当権者ハ其ノ拋棄ノ目的タル抵当物件ノ価額ニ準シ次順位抵当権者ニ対シ優先弁済ヲ受クルヲ得サルハ必シモ多言ヲ待タス這ハ民法第三九二条及第五〇〇条ノ法意ヲ類推スルニ依リテ知ル得ヘシ例ヘハ甲ハ其ノ債権ノ為メイ及口不動産ニ対シ一番抵当権ヲ有シ乙ハ其ノ債権ノ為メイ不動産ニ対シ二番抵当権ヲ有ストセム二甲カ口不動産ニ対スル抵当権ヲ拋棄シタルトキハ他日イ不動産ニ対スル抵当権ヲ実行シ其ノ競売代金ヲ配当スル場合ニ若シ右ノ拋棄無カリシナラ乙カ民法第三九二条第二項ニ依リ口不動産ニ付キ代位ヲ為スヲ得ヘカリシ限度ニ於テ甲ハ乙ニ対シ優先弁済ヲ受クルヲ得サルモノトス」と述べて上告人の主張を退けた。

大審院の判旨の主眼は、先順位共同抵当債権者が「抵当権ノ一部」を「拋棄」しても五〇四条による担保減少分（抵当権の放棄された不動産の価額）の免責（被担保債権の消滅）は生じず、「残部ノ抵当権」を「行使」することとは後順位抵当権の侵害には当たらないという点に存しており、「抵当権ノ一部」を「拋棄」した先順位共同抵当権者が、「民法第三九二条及第五〇四条ノ法意ヲ類推スル」ことにより、抵当権の放棄された不動産にその価額に応じて割り付けられた債権額（大審院が挙げた例に言う「民法第三九二条第二項ニ依リ口不動産ニ付キ代位ヲ為スヲ得ヘカリシ限度」）については、後順位抵当権者に優先して弁済を受けられないという点は傍論にすぎない。昭和四四年判決で最高裁が「第二順位の抵当権者と第一順位の共同抵当権者との関係」について判示するに当たり参照したのもこの傍論部分である。すなわち、「たとえば、債権者が債務者所有の甲、乙二個の不動産に第一順位のみ抵当権を有し、その後右甲不動産に第二順位の抵当権が設定された場合、共同抵当権者が甲不動産についてのみ抵当権を実行したときは、右共同抵当権者は、甲不動産の代価から債権全額の弁済を受けることができるが（民法第三九二条二項前段）、これに対応して第二順位の抵当権者は、共同抵当権者に代位して乙不動産につき抵当権を行うことができるものとされている（同条同項後段）。したがって、共同抵当権者が、右抵当権の実行より前に乙不動産上の抵当権を放棄し、これを消滅させた場合には、放棄がなかったならば第二順位の抵当権者が乙不動産上の右抵当権に代位できた限度で、右第二順位の抵当権者に優先することができる」と解すべきである（大審院昭和一一年（才）第一四八号、同年七月一四日判決、民集一五卷一七号一四〇九頁参照）、というのである。

イ 三九二条二項適用限定論の踏襲と物上保証人の「期待」

最高裁は、昭和一一年七月判決による例示の手法もそのまま借用した上で、抵当権の一部を放棄した共同抵当権

者は、残存抵当権の実行の際、抵当権が放棄された不動産に三九二条一項により割り付けられていた負担額に限り、後順位抵当権者に優先しないとの大審院の判断を是認している。そのような判断の根拠として、昭和四四判決は三九二条二項の趣旨を敷衍するだけで、昭和一一年七月判決のように「五〇四条ノ法意」をも併せて「類推スル」意図があるのかどうかははっきりしない。しかし、昭和一一年七月判決そのものではなく昭和四年判決との昭和四四判決との繋がりという本稿の観点から注目すべきなのは、むしろ、昭和四四判決が昭和一一年七月判決の手法に従い挙示した事例である。

両判決が挙げる例は、抵当不動産の指示記号を「イ」、「ロ」から「甲」、「乙」に変更されるなど表現の相違が見られるだけで、内容的には全く同じであるが、その用いられた文脈が異なる。昭和一一年七月判決では、事案がそもそも債務者所有の複数の不動産に共同抵当権が設定されているものであったため、そのような場面に議論を限定すべきかどうかは問題としてそもそも意識されていないが、昭和四四年判決では、共同抵当目的物に物上保証人所有不動産を含む事案であったため、例示にあたって、「債務者所有の甲、乙二個の不動産に第一順位の共同抵当権を有し云々」という具合に、共同抵当目的物が何れも債務者所有であること、つまり、「本件」事案とは異なる場面であることを予め確認しておく必要があった。先順位共同抵当権の一部放棄という特殊事情にかかわらず、抵当権が残された不動産の後順位抵当権者が三九二条二項後段による代位に相応する保護を残存する先順位抵当権実行の際に享受し得るとの判断の射程が、昭和四四判決では、共同抵当目的物が何れも債務者所有不動産であった場面に明示的に限定されているのである。そして、そのように三九二条二項による後順位抵当権者の保護を、「同一債権ノ担保トシテ債務者所有ノ数個ノ不動産上ニ抵当権ノ設定アリタル場合」に積極的に絞り込むことこそ前述の昭和四年判決の意図するところであった。昭和四四判決が、吟味すべき論点を、「第二順位の抵当権者と第一順

位の共同抵当権者との関係」と、「第二順位の抵当権者との物上保証人との関係」とに二分し、これに、共同抵当目的不動産が何れも債務者所有の場合と共同抵当目的物に物上保証人所有不動産が含まれる場合との区別を対応させているところは、昭和四年判決の判断を先順位共同抵当権の一部放棄という特殊な場面においても維持するための巧妙な伏線となっている。しかし、前者の論点それぞれ自体、「債権者が債務者所有の甲、乙二個の不動産に第一順位の共同抵当権を有し、その後右甲不動産に第二順位の抵当権が設定された場合」に限定してこれを吟味する必然性は全くないのであるから、「民法第三九二条及第五〇〇条ノ法意」による優先弁済の制限について結論先取りの観を免れない。

昭和四四年判決の事案で直接問題となっている後者の論点、すなわち、「第二順位の抵当権者との物上保証人との関係」について、最高裁は、「右の例で乙不動産が第三者の所有であった場合に、たとえば、共同抵当権者が乙不動産のみについて抵当権を行使し、債権の満足を得たときは、右物上保証人は、民法五〇〇条により、右共同抵当権者が甲不動産に有した抵当権の全額について代位するものと解するのが相当である。ただし、この場合、物上保証人としては、他の共同抵当物件である甲不動産から自己の求償権の満足を期待していたものというべく、その後甲不動産に第二順位の抵当権が設定されたことにより右期待を失わしめるべきではないからである（大審院昭和二年（オ）第九三三号、同四年一月三〇日判決参照）。これを要するに、第二順位の抵当権者のする代位と物上保証人のする代位とが衝突する場合には、後者が保護されるのであって、甲不動産について競売がされたときは、もともと第二順位の抵当権者は、乙不動産について代位することができないものであり、共同抵当権者が乙不動産の抵当権を放棄しても、なんら不利益を被る地位にはないのである。したがって、かのような場合には、共同抵当権者は、乙不動産の抵当権を放棄した後に甲不動産の抵当権を行使したときであっても、その代価から自己の債権



の全額について満足を受けることができるというべきであり、このことは、保証人などのように弁済により当然甲不動産の抵当権に代位できる者が右抵当権を実行した場合でも、同様である」と判示している。

右判旨の前半部分は、先順位共同抵当権者が物上保証に所有不動産についてのみ抵当権を実行した場合に、五〇〇条を根拠に物上保証人が債務者に対する求償債権全額について債権者に代位してその先順位抵当権を債務者所有不動産上に行使し得ることを、昭和四年判決を引用しつつ認めている。「抵当権の全額について代位する」という一見奇妙な表現が用いられてはいるが、「第三者ハ其ノ債務者ニ対シテ有スル求償権ノ範圍ニ於テ債権者ニ代位シ当該債権及債務者所有ノ不動産ニ対スル抵当権ヲ債権者ト共同シテ行使シ得ヘキコト民法第五〇〇条ニ依リ疑ナク」との昭和四年判決の判旨を是認するものであることは看取できる。右判旨部分において重要なのは、共同抵当目的物に物上保証人所有不動産が含まれる場合を三九二条二項後段の適用範囲から排除し物上保証人の代位のみを認める理由として示された価値判断である。昭和四年判決は、既に見たとおり、「代位弁済ヲ為シタル第三者ノ代位権ハ常ニ債務者所有ノ不動産ニ対スル後順位抵当権ノ設定ニ依リ不当ニ害セラルル」ことを懸念しているわけであるが、そこに言う「第三者ノ代位権」の内実は必ずしも明らかではなかった。この点、昭和四年判決では、本件事案のように抵当権実行前に第三者として任意弁済するにせよ、昭和四年判決の事案のように自己所有不動産について抵当権を実行されるにせよ、物上保証人は、将来為し得る代位弁済によって共同抵当目的物に含まれる債務者所有不動産から「自己の求償権の満足を期待していた」とされ、この物上保証人の「期待」が、債務者所有不動産に対する後順位抵当権の設定によって裏切られる事態が不当であるとの価値判断が示されている。昭和四年判決の「第三者ノ代位権」は、法定代位に基づく債務者所有不動産への抵当権行使による求償債権の確実な回収に対する物上保証人の「期待」として敷衍されたのである。

しかし翻って考えてみると、民法が弁済による代位というしくみを設けている以上、法定代位に基づく物上保証人の抵当権行使を法定代位一般の制度趣旨に照らして端的に認めるべきであって、なぜこれを敢えて物上保証人の「期待」の保護という形で正当化する必要があるのだろうか。この点は、二つの意味で疑わしい。まず、上告理由に対する応答としての当否である。昭和四四年判決の上告理由が問題としているのは、共同抵当権の一部放棄が抵当権残存不動産の後順位抵当権者に及ぼす影響如何であり、第一審、原審ともにこの論点について判示してきた。もし「期待」を論ずるのであれば、むしろ、第一審で言及された後順位抵当権者の「代位抵当権を取得し得る一種の期待権」の方であつたはずである。

また、仮に上告人が、民法五〇〇条による法定代位者による抵当権行使においても民法三九二条一項による不動産価額に応じた負担割付が妥当すべきであると主張していたとしても（第一審の原告主張にはその旨見出されるが<sup>14</sup>上告理由には見当たらない）、この主張を反駁するために、物上保証人の「期待」を持ち出すことは、昭和四年判決の「第三者ノ代位権」の場合と同様、果たして必要であろうか。右主張は、昭和四年判決の事実で上告人が主張した「第三九二条第二項ノ反対解釈」、すなわち、債務者所有不動産の後順位抵当権者の配当上の不利益を回避する目的で三九二条二項後段を物上保証人にも類推適用すべきとの主張に内容的に一致する。だとすれば、そのような三九二条の解釈に理由がない旨指摘すれば十分であり（三九二条の文字通りの反対解釈）、物上保証人の「期待」はやはり蛇足のように思われる。

ところが、この昭和四四年判決の「期待」論をそれに続く前記判旨の後半部分と合わせ読むならば全く別の意味合いを帯びてくる。最高裁は、「これを要するに」と、「期待」論を要約する形で、「第二順位の抵当権者のする代位と物上保証人のする代位とが衝突する場合には、後者が保護されるのであって、甲不動産について競売がされた

ときは、もともと第二順位の抵当権者は、乙不動産について代位することができない」と述べる。まず、「第二順位の抵当権者のする代位と物上保証人のする代位とが衝突する」という表現について言えば、「第二順位の抵当権者」が共同抵当目的物を構成する債務者所有不動産の後順位抵当権者であることは文脈上明らかであり、そうである以上、この債務者所有不動産の後順位抵当権者の三九二条二項後段に基づく代位と抵当権行使と、物上保証人の五〇〇条に基づく代位と五〇一条に基づく抵当権行使とが同時に生じて相互に優劣を争うという意味で「衝突する」とは通常あり得ない<sup>(15)</sup>。なぜなら、前者の代位は債務者所有不動産に対して先に抵当権が実行された場合にのみ発生し、後者の代位は物上保証人が代位弁済した場合にのみ発生するからである。仮に「衝突する」とすれば、代位そのものではなく、将来債権者に代位して先順位抵当権を行使できるであろうとの「期待」にすぎない。そのような期待であれば、物上保証人だけでなく、債務者所有不動産の後順位抵当権者にも認められるのであって、第一審が言及していた「代位抵当権を取得し得る一種の期待権」とは正にそれに当たる。

更に注意を要するのは、最高裁が、債務者所有不動産の後順位抵当権者ではなく物上保証人の「期待」を保護すべきとの理由から、債務者所有不動産（「甲不動産」）について抵当権が実行された場合には、その後順位抵当権者は「もともと」物上保証人所有不動産（「乙不動産」）について「代位することができない」と述べている点である。最高裁の言う物上保証人の「期待」とは、本来、「共同抵当権者が乙不動産のみについて抵当権を実行し、債権の満足を得たとき」に、代位弁済した物上保証人が求償債権全額について債務者所有不動産上に先順位抵当権を行使し、その後順位抵当権に優先して配当を受けることを、その要否はともかく正当化する理屈であったはずである。しかしここでは、その同じ「期待」が、債務者所有不動産について抵当権が実行された場合に、後順位抵当権者の代位と物上保証人所有不動産への抵当権行使を否定し、当該後順位抵当権者の「期待」を退ける論拠とされている。

物上保証人が債権者に代位して債務者所有不動産上に抵当権を行使した本件事案において、なぜ債務者所有不動産の後順位抵当権者の代位を否定する必要があるのか。判旨から推察するに、それは、先順位共同抵当権者に代位した物上保証人が自己の求償債権全額について抵当権を行使できる前提として、「共同抵当権者は、乙不動産の抵当権を放棄した後に甲不動産の抵当権を実行したときであっても、その代価から自己の債権の全額について満足を受けることができる」と言うためであり、共同抵当権者が物上保証人所有不動産上の抵当権を放棄したにもかかわらず残存する債務者所有不動産上の抵当権から債権全額について後順位抵当権者に優先して弁済を受けるためには、後順位抵当権者が「もともと」物上保証人所有不動産について「代位することができない」と解しておく必要があると最高裁は考えたのであろう。そのような最高裁の意図はともかく、物上保証人所有不動産に対する抵当権実行の際の物上保証人の代位の「期待」を根拠に、債務者所有不動産に対する抵当権実行の際の後順位抵当権者の代位を否定することにはどう考えても論理の飛躍があり、そのように三九二条二項の適用範囲を限定する肝心の根拠が依然不明なままである。

昭和四四年判決は、昭和四年判決とは異なり、三九二条二項の適用を共同抵当目的物が何れも債務者所有の場合に限定する旨明言してはいない。しかし、抵当権の一部放棄の場合に三九二条二項の趣旨を尊重した昭和一年七月判決の事案を本件事案から区別することを通じて、昭和四年判決以上に明確に三九二条二項の適用限定の一般論が提示されている。この一般論が論拠を欠いたまま後述の昭和六〇判決へと継承されることになる。

c 小括

昭和四年判決と昭和四四判決は、共同抵当目的物として債務者所有不動産と物上保証人所有不動産とが混在し後

者について先に抵当権実行された場合、先順位抵当債権者に法定代位した物上保証人を債務者所有不動産の後順位抵当権者に優先させる価値判断を示しているといえる。しかし、三九二条二項後段による債務者所有不動産の後順位抵当権者の代位が現実が生じておらず、当該後順位抵当権者の代位と物上保証人の代位が実際に衝突しているわけではない以上、右のような価値判断を敢えて示す必要はなく、むしろ五〇〇条と五〇一条を端的に適用すれば済んだとも言える。両判決の問題は、この自明とも言える価値判断を、事案とは直接関係のない場面、つまり、三九二条二項後段による後順位抵当権者の代位と抵当権行使を想定した理論構成によって正当化したところにある。しかも、「同一債権ノ担保トシテ債務者所有ノ数個ノ不動産上ニ抵当権ノ設定アリタル場合」にのみ三九二条二項を適用するその適用限定論は、両判決の意図とは裏腹に、物上保証人の「代位権」乃至「期待」の保護といった理屈では裏付けられない。三九二条二項適用限定論は一種の公理として論証されないまま先例化したのである。

## 2 物上保証人の代位と物上保証人所有不動産の後順位抵当権者の代位

### a 昭和十一年一二月判決

物上保証人の代位と物上保証人所有不動産の後順位抵当権者の代位との関係についても、判例は、昭和四年判決の三九二条二項適用限定論を踏襲して後者の発生そのものを否定し、前者のみを認めている。そのような判断を最初に示したのは、大審院昭和十一年一月九日第四民事部判決(民集一五卷二四号二一七二頁、抵当権代位付登記手続請求事件、上告棄却)である。事案は概略次のようなものであった。すなわち、物上保証人A所有の甲不動産及び物上保証人B所有の乙不動産上に先順位共同抵当権、甲不動産に後順位抵当権をそれぞれ有する債権者(被告、被控訴人、被上告人)が、右乙不動産に対する抵当権実行により債権全額の満足を得たのに対して、Bの債権

者で乙不動産に後順位抵当権を有する者(原告、控訴人、上告人)が三九二条二項後段による代位と先順位抵当権取得を主張して、三九三条に基づく当該抵当権の代位付登記を請求した。原審は、本件事案のように共同抵当目的物が「総テ」物上保証人所有不動産である場合には三九二条二項の適用はなく、右乙不動産に対する先順位抵当権実行によって債権者に代位して甲不動産上に抵当権を行使し得るのは物上保証人Bだけであるとして、本訴請求を退けた。

ア 三九二条の「立法理由」と第三者の「代位権」

上告理由の前半は、原審による三九二条二項解釈の不当性の論証に当てられている。「民法第三九二条第二項ハ同一債権ノ担保トシテ債務者所有ノ数個ノ不動産上ニ抵当権設定アリタル場合ニ於テ債権者カ先ツ其内ノ或不動産ノ代価ニ付其弁済ヲ得タルトキハ該不動産上ノ後順位抵当権者ハ右先順位抵当権者カ同条第一項ニ規定ニ従ヒ他ノ不動産ニ付弁済ヲ受ク可キ金額ニ満ツル迄之ニ代位シ其ノ抵当権ヲ行使シ得ヘキコトヲ定メタルニ止リ本件ノ如ク総テ第三者宅徳平宅太蔵所有ノ不動産カ同一債権ノ担保トシテ抵当権ノ目的タル場合ニハ之カ適用ナキモノト解スルヲ相当トス」との原審の三九二条二項解釈に対して、上告人はまず同条の「立法理由」を確認するところから反論を開始している。その際参照されたのは、一部弁済の場合の三九二条の適用の是非について判示した大審院大正一五年四月八日民事連合部判決(民集五卷五七五頁、抵当権付登記抹消請求事件、破棄自判)である。同判決によれば、三九二条一項所定の同時配当における不動産価額に応じた「負担ノ分割」は、「抵当権不可分ノ原則」(三七二条、二九六条)に基づき債権の全部の満足を得る共同抵当権者の権利が害されない範囲で、共同抵当目的物の後順位抵当権者債権が「公平ニ担保権ノ利益ヲ享有スルコトヲ得ル」ため、右原則の「例外」として認められ

たものであり、異時配当に関する同条二項は、「後順位抵当権者ヲシテ同時配当ノ場合ト同一ナル結果ヲ収メシメ以テ先順位抵当権者ヲ害スルコトナクシテ後順位抵当権ノ利益ノ均衡ヲ維持セントスルモトナリ」とされている。上告人は、原審のように本件事案に三九二条の適用を否定した場合の配当額と、三九二条の適用を肯定した場合の配当額とを、同時配当及び異時配当についてそれぞれ具体的に計算比較した上で、「第三者ノミノ所有ニ係ル数个ノ不動産カ同一債権ノ担保トシテ抵当権ノ目的タル場合」に三九二条の適用を否定することについて、「何等ノ根拠ヲ規定自体ノ上ニ見出シ得サルノミナラス」、右「立法理由」に反した「不公平ナ結果ヲ来ス」と主張したのである。

ところで、上告人の批判する原審の右判示内容の前半部分、すなわち、「民法第三九二条第二項ハ同一債権ノ担保トシテ債務者所有ノ数个ノ不動産上ニ抵当権設定アリタル場合ニ於テ債権者カ先ツ其内ノ或不動産ノ代価ニ付其弁済ヲ得タルトキハ該不動産上ノ後順位抵当権者ハ右先順位抵当権者カ同条第一項ニ規定ニ従ヒ他ノ不動産ニ付其弁済ヲ受ク可キ金額ニ満ツル迄之ニ代位シ其ノ抵当権ヲ行使シ得ヘキコトヲ定メタルニ止リ」との一節は、一見して明らかなどおり、前述昭和四年判決が三九二条二項の適用範囲を限定した箇所とほぼ一致する。原審は、三九二条二項の適用範囲を共同抵当目的物が何れも債務者所有不動産である場合に限定する昭和四年判決の判断に沿う形で、共同抵当目的物が何れも物上保証人所有不動産である本件事案を同条の適用範囲から排除したのである。

また、上告人の引用によれば、本件事案に三九二条二項が適用されない理由として、原審は、「蓋シ若シ然ラスシテ其適用アリトセンカ抵当権ノ実行ヲ受ケタル不動産ノ所有者タル第三者(物上保証人)ハ債権者ニ於テ先ツ其第三者所有ノ不動産ニ対スル抵当権実行ニ因リ其債権全部ノ弁済ヲ得タルモノナルヲ以テ右第三者ハ民法第五〇〇条ニ基キ其ノ債務者ニ対シテ有スル求償権ノ範囲内ニ於テ当然債権者ニ代位シ当該債権及債務者ノ為抵当権ヲ設定



シタル他ノ第三者所有ノ不動産ニ対スル抵当権ヲ実行シ得ヘク而モ此ノ抵当権ハ右債権者ノ有セシ抵当権其モノニ外ナラサルニ拘ラス前記第三者ノ民法第五〇〇条ニ因ル代位権ハ常ニ同一抵当不動産ニ対スル後順位抵当権ノ設定ニ因リ不当ニ害セラルルニ至ルヘク民法カ同条(民法第三九二条第二項)ノ規定ヲ以テ先順位抵当権者ノ権利ヲ害セサル範圍ニ於テ後順位抵当権者ヲ公平ニ保護スルコトヲ目的トシタル律意ニ反スル結果ヲ生スルヲ以テナリ」(括弧内は上告人による補充)、と述べている。この内、「第三者ノ民法第五〇〇条ニ因ル代位権ハ常ニ同一抵当不動産ニ対スル後順位抵当権ノ設定ニ因リ不当ニ害セラルルニ至ル」との行は、昭和四年判決が、「第三者所有ノ不動産カ債務者所有ノ不動産ト共ニ同一債権ノ担保トシテ抵当権ノ目的タル場合」を、三九二条二項の適用範圍から排除する理由として述べた箇所(「第三者ノ代位権ハ常ニ債務者所有ノ不動産ニ対スル後順位抵当権ノ設定ニ依リ不当ニ害セラルルニ至ル」)に酷似する。「同条ノ規定ヲ以テ先順位抵当権者ノ権利ヲ害セサル範圍ニ於テ後順位抵当権者ヲ公平ニ保護スルコトヲ目的トシタル律意ニ反スル」との行に対応する箇所は、昭和四年判決には見出されず、むしろ、上告人の引用する大正一五年判決に示された三九二条の「立法理由」に呼応するとはいえ、原審の三九二条二項解釈が昭和四年判決を先例として強く意識していたと見て間違いない。

上告人は、「右説明ハ昭和四年一月三〇日言渡サレタル御院昭和二年(オ)第九三三号事件判決ノ理由ヲ殆ト其儘引用セラレタルモノノ如シ」と指摘し、原審の判断の背後に昭和四年判決の存することを的確に見抜いた上で、昭和四年判決による三九二条二項解釈を、「事実関係ヲ異ニス」る本件事案に当てはめることの不当性を指摘している。すなわち、「右御院判決ノ場合ニ於テハ債務者所有ノ不動産ト第三者所有ノ不動産トニ共同抵当権ノ設定アリ其ノ後債務者ニ於テ更ニ其ノ所有不動産ニ後順位ノ抵当権ヲ設定シ第三者ハ該後順位抵当権ノ設定ニ何等関与セサルモノナリ然ルニ本件ニ於テハ共ニ第三者所有ノ不動産ニ共同抵当権ノ設定アリ而モ第三者自ラ其ノ所有不動産

ニ後順位ノ抵当権ヲ設定シタル場合ナリ前者ノ場合ニ於テ第三者カ自己ノ何等関与セサル債務者ノ後順位抵当権設定行為ノ為メ不利益ヲ強ヒラルコトアラハ則チ不当ニ害セラルモノト謂フヘシ然レ共後者ノ場合ニ第三者カ自ラ設定シタル後順位抵当権ノ為メ所有不動産ニ関スル利益享受ノ制限ヲ受クルハ寧ロ当然ニシテ之ヲ以テ不当ニ害セラルモノト謂ヒ得ヘキニ非サルヤ明カナリ」といふのである。

原審の言う「同一抵当不動産ニ対スル後順位抵当権ノ設定」とは、上告人の敷衍するとおり、「第三者自ラ其ノ所有不動産ニ後順位ノ抵当権ヲ設定シタル場合」を指すことは文脈上も明らかである。そうであるとすれば、原審は、三九二条二項の適用を排除して先順位共同抵当債権者に法定代位した「第三者」たる物上保証人の利益保護の図る根拠として、昭和四年判決で問題となつた債務者所有不動産の後順位抵当権者との関係における場合と全く同一の根拠が、当該物上保証人の所有不動産の後順位抵当権者との関係においても妥当すると考えたことになる。上告人は、「後順位抵当権設定行為」への物上保証人の「関与」の有無に照らして、昭和四年判決の判断そのものは認めているようであるが、「第三者カ自己ノ何等関与セサル債務者ノ後順位抵当権設定行為ノ為メ不利益ヲ強ヒラルコトアラハ則チ不当ニ害セラルモノト謂フヘシ」とのその理解は、昭和四年判決からは直ちに導き出されない上、同判決を先例として参照した前述昭和四四判決における「期待」論とも異なる観点に立つており注目される。ただし、物上保証人は、債務者所有不動産に対する後順位抵当権の設定には「関与」していないとしても、債務者の財産処分行為としてそれを予期し得る立場にある。そうである以上、三九二条二項の適用を限定し後順位抵当権者の代位を否定する論拠としてはやはり不十分である。

イ 上告人の三九二条二項適用論

原審の三九二条二項解釈に対する上告人の右批判において決定的に重要なのは、原審が、物上保証人の代位と物上保証人所有不動産の後順位抵当権者の代位との関係が問題であるはずの本件事案の解決にあたって、債務者所有不動産の後順位抵当権者の代位と物上保証人の代位との関係について判示した昭和四年判決に依拠する愚を指摘した点である。その上で、上告人は、「問題ハ第三者(物上保証人)カ自ラ其ノ所有不動産ニ後順位抵当権ヲ設定シタル場合ニ於テ後順位抵当権カ民法第三九二条第二項後段ノ規定ニ依リ先順位抵当権ヲ代位スルヤ又ハ第三カ後順位抵当権者ヲ排斥シテ債権者ノ有セシ抵当権(先順位抵当権)ヲ代位行使シ得ルヤニアリ」と述べて、議論をあるべき方向へと転換する。上告理由の後半部分には、この物上保証人の代位と物上保証人所有不動産の後順位抵当権者の代位との関係を見据えた三九二条二項の解釈論が展開されている。

上告人は、本件事案のように共同抵当不動産が異なる物上保証人によつて所有されなかつそれぞれ不動産に後順位抵当権者が存する場合に、原審のごとく物上保証人の五〇〇条による代位と五〇一条による抵当権行使のみを認め、三九二条二項後段による後順位抵当権者の代位と抵当権行使を排斥するならば、物上保証人と後順位抵当権者何れにとつても「不当不公平ナル結果」をもたらすと主張する。まず、物上保証人については、先にその所有する不動産について抵当権の実行を受けた物上保証人は五〇一条四号に基づき不動産価額に按分して割り付けられた債権額の限度で他の物上保証人所有不動産に対して抵当権を行使し得るのに対して、そのような法定代位に基づく抵当権の実行を受けた物上保証人は後順位抵当権者への配当故に、本件事案で言えば全く得るところがない。このような不利益は、先順位共同抵当権の実行態様如何により何れの物上保証人にも生じる可能性があり、「民法第五〇一条第四号ニ於テ物上保証人間ノ平等ヲ規定シタル趣旨ト矛盾スル」とされる。また、後順位抵当権者につい

ては、先に抵当権の実行を受けた不動産の後順位抵当権者は先順位共同抵当権者に劣後して当該不動産から配当を、物上保証人の法定代位による抵当権行使を受ける不動産の後順位抵当権者は先順位抵当権者の法定代位者たる物上保証人に劣後して当該不動産から配当を、それぞれ得るに留まり、何れの後順位抵当権者も共同抵当権の実行態様如何により回収可能額が大きく左右される可能性がある。このような事態は、原審が本件における三九二条二項の適用排除の根拠とした同項の趣旨、すなわち、「先順位抵当権者ノ権利ヲ害セサル範圍ニ於テ後順位抵当権者ヲ公平ニ保護スルコトヲ目的トシタル律意」にむしろ反することになる。

物上保証人と物上保証人所有不動産の後順位抵当権者それぞれの利害に照らして、原審の三九二条二項解釈の不当性を再度確認した上告人は、最後に本件事案に対する三九二条の適用を主張する。すなわち、「民法第三九二条ニ所謂數個ノ不動産トアルハ第三者ノミノ所有ニ係ル數個ノ不動産ヲ包含セスト解スヘキ文理上並ニ論理上ノ根拠ナキノミナラス民法同条及五〇一条第四号第三号等ノ規定ニ於テ同一ナル地位ニアル多數當事者間ノ保護ノ公平ヲ企図シタル立法理由並ニ抵当権ノ性質殊ニ民法第三七二条ニヨリ準用セラルル第三〇四条ノ物上代位ノ規定ノ精神ニ徴スルトキハ民法第三九二条ノ規定ハ同一債権担保ノ為メ第三者ノミノ所有ニ係ル數個ノ不動産ニ抵当権ノ設定アリタル場合ニモ当然其ノ適用アリ其ノ結果民法第五〇〇条第五〇一条第四号ノ規定ハ一定ノ制限ヲ受ケ物上保証人ハ後順位抵当権者ノ代位シタル後尚残額アルトキニ始メテ現実ニ其ノ代位権ヲ行使シ得ヘキモノト謂ハサルヘカラス此ノコトタルヤ抵当権設定者ハ抵当不動産競売セラレタル場合ニ其ノ代価中ヨリ先ツ抵当権者ニ弁済セラレタル後尚残額アルト始メテ之ヲ自己ニ収メ得ルト同様ナリ」というのである。

本件事案に三九二条を適用して後順位抵当権者の代位と抵当権行使を認めるべき根拠として、ここには、三九二条の「文理」と「論理」(「數個ノ不動産」とあるだけでその帰属主体について何等限定無し)、同条及び五〇一条

四号の「立法理由」(「同一ナル地位ニアル多数当事者間ノ保護ノ公平」)、「抵当権ノ性質」、の三つが挙げられている。この内、前二者は上告理由中に既に言及されていた点であり、その意味するところも明らかである。これに対して、「抵当権ノ性質」として「物上代位ノ規定ノ精神」が特に言及されている趣旨ははっきりしない。恐らくは、担保目的物の価値代替物に対する権利行使を認めて担保権者(抵当権者)の保護を図る点を物上代位の制度趣旨(精神)と捉える立場から、先順位共同抵当債権者との関係では物上保証人であり後順位抵当権者にとっては(債務者)でもある者が法定代位により他の物上保証人所有不動産上に取得する(抵当権)を「債務者カ受クヘキ金銭其ノ他ノ物(現行文言・債務者が受けるべき金銭その他の物)」(三七二条により抵当権に準用される三〇四条一項本文)と解して物上代位そのものを認めることはできないとしても、この抵当権者の物上代位に類比することで、三九二条二項後段による代位と抵当権行使を補充的に正当化しようとしたものであろう。ここで敢えて補充的というのは、上告人が本件への三九二条二項の適用を主張している以上、共同抵当権の実行された物上保証人所有不動産の後順位抵当権者の代位はあくまで同項後段に基づくものであり、原審のように物上保証人の法定代位のみを認める立場を前提として、「物上代位ノ規定ノ精神」を根拠にこれにいわば便乗するような議論ではないからである。

上告人による三九二条解釈によれば、三九二条は五〇一四号に対する「一定ノ制限」となり、「物上保証人ハ後順位抵当権者ノ代位シタル後尚残額アルトキニ始メテ現実ニ其ノ代位権ヲ行使シ得ヘキモノ」とされる。重要なのは、三九二条二項後段による後順位抵当権者の代位と抵当権行使が、五〇〇条と五〇一条による物上保証人のそれが並存するとの前提の下に、前者の後者に対する優先が主張されている点である。物上保証人所有不動産の後順位抵当権者の代位がそのように物上保証人に代位に優先する理由としては、物上保証人が当該後順位抵当権者との関係で「抵当権設定者」の立場にあること、そして、法定代位に基づく他の物上保証人所有不動産に対する抵当権行

使も、抵当権実行による配当残額の回収と同様に、自ら抵当権を設定した相手方の権利行使を経て「尚残額アルトキニ始メテ」可能となること、が指摘されている。

ウ 三九二条二項適用限定論の踏襲と「物上代位」論

以上のような上告人の三九二条解釈を大審院は次のように論じて退けた。すなわち、「例へハ甲カ乙ニ対シテ金五千円ノ債権ヲ有シ之ニ対シテ丙ハ其ノ所有ノ価格七千五百円ノイ号土地ニ丁ハ其ノ所有ノ価格五千円ノロ号土地ニ夫々一番抵当権ヲ設定シ其ノ後丁ハ戊ニ対スル金四千円ノ債務ニ付ロ号土地ニ二番抵当権ヲ設定シタル所一番抵当権者タル甲カ先ツロ号土地ノ競売代金ヨリ債権全額五千円ノ弁済ヲ受ケタル場合ニ於テハ丁ハ民法第五〇一条第四号第三号ノ規定ニ依リイ号土地トロ号土地ノ価格ニ応シテ甲ニ代位シ甲カイ号土地ニ対シテ従来有シタル一番抵当権ハ爾後乙ニ対スル丁ノ求償権五千円ヲ三千円ノ限度ニ於テ担保スルコト勿論ニシテ甲ノ右一番抵当権ハ丁ニ移転スルモノナルカ故ニ毫モ二番抵当権者タル戊ニ移転スルモノニ非サルコト明白ナルト共ニ戊ハ今ヤロ号土地ヨリ毫末ノ弁済ヲ受ケ得サルモノナルコト言ヲ待タスト雖之カ為戊ノ前記四千円ノ債権ニ対シテハ何等特別ナル担保権ノ設定カナリシト同一ノ結果ヲ生スルモノト為スハ決シテ解釈ノ当ヲ得タルモノニ非ス乃チ民法第三九二条第二段ノ規定ニ依リテ次順位抵当権者ヲ保護スル立法ノ趣旨ヲ考フレハ右ノ如キ場合ニ於テハ甲ヨリ丁ニ移転シタル一番抵当権カ戊ノ債権ヲ担保スルモノニシテ恰モ戊ハ該抵当権ノ上ニ同法三七二条第三〇四条第一項前段ノ規定ニ依ル物上代位ヲ為スト同様ノ結果トナリ戊ハ丁ニ移転シタル右抵当権ノ実行ニ依リ其ノ被担保額三千円ノ限度ニ於テ自己ノ前記四千円ノ債権ノ弁済ヲ受クルコトヲ得ヘク若シ他ノ方法ニ依リテ該債権カ完済セラレタルトキハ右ノ抵当権ハ戊ノ債権ノ担保タル負担ヲ免ルルカ故ニ茲ニ初メテ丁ハ自ら該抵当権ノ実行ニ因リテ乙ニ対スル前示求償

権ノ内金三千円ノ優先弁済ヲ受クルヘキコトヲ得ヘキモノト解スルヲ相当トス」というのである。

大審院は、共同抵当目的物が異なる物上保証人の所有に属する場合において先に抵当権の実行を受けた物上保証人〔丁〕と当該物上保証人から抵当権を設定を受けた後順位抵当権者〔戊〕との関係が問題となる場面を例示して議論を展開しており、その限りでは、債務者所有不動産の後順位抵当権者と物上保証人との関係について判示した前述昭和四年判決に安易にも依拠した原審の判断の過ちを、上告人の指摘のとおり、認めたかのように見える。しかし、共同抵当権者の先順位抵当権は五〇一条四号（改正前の条文では四号によって準用される三号）に基づき他の物上保証人〔丙〕所有の不動産（イ号土地）に割り付けられた額の限度で法定代位者たる物上保証人〔丁〕に移転するとし、「毫モ二番抵当権者タル戊ニ移転スルモノニ非サルコト明白ナルト共ニ戊ハ今ヤロ号土地ヨリ毫末ノ弁済ヲ受ケ得サルモノナルコト言ヲ待タス」と述べている以上、三九二条二項の適用を「同一債権ノ担保トシテ債務者所有ノ数個ノ不動産上ニ抵当権ノ設定アリタル場合」に限定する昭和四年判決の同条解釈は、共同抵当目的物が異なる物上保証人に属する場合で五〇〇条による物上保証人の代位のみを認めた本判決においても、暗黙の内に踏襲されていることになる。そして、そのような三九二条二項の適用限定の根拠は本判決においてもやはり示されていない。それ故、先順位抵当権者が法定代位者たる物上保証人に移転する「カ故に」当該物上保証人所有不動産の後順位抵当権者「ニ移転スルモノニ非サルコト明白」などという言明は、結論先取りにすぎず、何等の説得力もないと言える。

一方で、大審院は、後順位抵当権者にとって「何等特別ナル担保権ノ設定カナリシト同一ノ結果ヲ生スルモノト為スハ決シテ解釈ノ当ヲ得タルモノニ非ス」と述べて、本件のような事案で原審のように物上保証人の代位のみを認めることの不当性は強く意識しているようである。ところが、そのような不当性を回避する議論が、昭和四年判



決から引き継がれた根拠のない三九二条二項の適用限定のために、極めて奇異な方向へと展開されることとなった。大審院によれば、物上保証人所有不動産の後順位抵当権者の「債権」は、法定代位により当該物上保証人に「移転」した先順位抵当権によって「担保」されるが、これは、三九二条二項後段による代位に基づくものでは勿論なく、「恰モ」法定代位者たる物上保証人の右先順位抵当権上に「物上代位ヲ為スト同様ノ結果」とされる。上告人による「物上代位ノ規定ノ精神」への言及を逆手にとったかのような大審院の議論は、しかし、上告人の主張とはその前提を全く異にしている。

上告人は、後順位抵当権者が三九二条二項後段に基づき先順位共同抵当債権者に代位し抵当権を行使し得る前提で、そのような後順位抵当権者による抵当権行使を認める三九二条の立法趣旨と物上代位のそれ（「精神」）の類似性を、三九二条二項適用の論拠として追加しているにすぎない。これに対して、昭和四年判決による三九二条二項の適用限定の延長線上において後順位抵当権者への先順位抵当権の「移転」を否定するのが大審院の立場であるから、後順位抵当権者に対する保護の根拠条文を同条に求めることはできないはずである。ところが、大審院は、「物上代位ヲ為スト同様ノ結果」と言いつつ、他方で、「民法第三九二条第二項後段ノ規定ニ依リテ次順位抵当権者ヲ保護スル立法ノ趣旨ヲ考フレハ」とも述べており、肝心の根拠条文ははっきりしない。直接適用ではなく、類推適用や「立法ノ趣旨」の援用であっても、三九二条二項後段に根拠を求めることは、三九二条二項の適用限定という議論の前提と程度の差はあれ矛盾する。そのような矛盾を避けるとすれば、三七二条と三〇四条を根拠条文とし、上告人の議論とは全く逆に、三九二条二項後段の「立法ノ趣旨」との類比を、後順位抵当権者による「物上代位」としての抵当権行使の補充的な論拠と位置づける他ない。仮にそのように解する場合でも、大審院が三〇四条一項本文の文言「債務者」に拘り、物上保証人が後順位抵当権者との関係で「債務者」である場合にのみ「物上代

位」による保護を付与する趣旨なのか、それとも、上告人のように「抵当権設定者」一般を想定した議論なのか、本件事案を踏まえて大審院が設定した事例は前者を示唆するとはいえず、明らかではない。三〇四条一項但書の「差押」の要否や態様に至っては全く不明である。

しかし、それ以上に根本的に疑問なのは、物上保証人所有不動産の後順位抵当権者の保護を物上保証人のそれに優先させるべきとの価値判断において上告人と一致し、また、後順位抵当権者が優先弁済を受けられる額も五〇一条四号と三九二条一項による割付額の一致故に三九二条二項後段による代位を端的に認めた場合と変わらないにもかかわらず、大審院がなぜ敢えて「物上代位」という迂遠な理論構成を採る必要があったのかという点である。「物上代位」と言えば優先弁済を受けられたが、三九二条二項後段による代位を前提とする付記登記手続の請求を退けた原審の判断そのものは正しいとの結論の悪さはそのような疑問を一層際立たせている。

ここで注目したいのは本判決と昭和四年判決との繋がりである。昭和四年判決において三九二条二項の適用を「同一債権ノ担保トシテ債務者所有ノ数個ノ不動産上ニ抵当権ノ設定アリタル場合」に限定した大審院の判断に確たる根拠がないことは既に指摘したし、本判決の上告人もそのような同条解釈の不当性を訴えていた。このような批判に対して、大審院が本判決において昭和四年判決を先例として引用し三九二条二項の適用限定を維持する旨はつきり表明することも可能であったはずである。しかし、本判決は、昭和四年判決には言及することなく、適用限定の不都合を「物上代位」で取り繕うかのような内容となっている。一体何故か。この謎を解く手掛かりの一つと考えられるのは、両判決が何れも「大審院第四民事部」の同じ裁判長（須賀喜三郎）の下で出されているという点であろう（他に判事一人を加えて判事五人中二人が共通している）。八年近く前に自ら示し、その後下級審<sup>16</sup>においても踏襲されていた判断について、その是非をあらためて問われた「大審院第四民事部」が、適用限定の不都合を意識

しつつも、「物上代位」論の手段によって何とか批判を切り抜けようとする姿を本判決から読み取るのはさほど困難ではない。

b 昭和五三年判決

物上保証人所有不動産の後順位根抵当権者と当該物上保証人との関係について、昭和十一年一月二月判決の「物上代位」論を維持する立場から最上級審としての判断を再び下したのが、最高裁判所昭和五三年七月四日第三小法廷判決(民集三三卷五号七八五頁、配当異議事件、上告棄却)である。事案は概略次のようなものであった。債務者所有不動産(甲土地及び乙建物)と物上保証人所有不動産(丙土地)を共同抵当目的物として、第一順位から第三順位までの根抵当権が、乙建物と丙土地を共同抵当目的物として、第四順位の根抵当権がそれぞれ設定されていたところ、物上保証人所有の丙土地について根抵当権が実行され、第一順位根抵当権者が債権全額、第二順位根抵当権者(被告、被控訴人、被上告人)が債権の一部の弁済をそれぞれ受ける一方、物上保証人はその求償債権と法定代位に基づき取得した第一順位根抵当権とを他人に譲渡し、更に譲受人が当該求償債権及び第一順位根抵当権の一部を第三順位根抵当権者(原告、控訴人、上告人)に譲渡、第一順位根抵当権の右各移転について付記登記も経由された。その後、債務者所有の甲土地及び乙建物についても根抵当権が実行され、当初の根抵当権の順位に応じた競売代金の配当表が作成されたのに対して、第三順位根抵当権者が一部譲渡を受けた第一順位根抵当権に基づく優先弁済を主張して配当異議を申立てた。

ア 「物上代位」論の踏襲とその諸論拠

最高裁は、第一審、原審に続いて、当該異議申立を退けた。その論拠として援用されたのが昭和十一年二月判決の「物上代位」論であった。最高裁によれば、「債務者所有の不動産と物上保証人所有の不動産とを共同抵当の目的として順位を異にする数個の抵当権が設定されている場合において、物上保証人所有の不動産について先に競売がされ、その競売代金の交付により一番抵当権者が弁済を受けたときは、物上保証人は債務者に対して求償権を取得するとともに代位により債務者所有の不動産に対する一番抵当権を取得するが、後順位抵当権者は物上保証人に移転した右抵当権から優先して弁済を受けることができるものと解するのが、相当である。ただし、後順位抵当権者は、共同抵当の目的物のうち債務者所有の不動産の担保価値ばかりでなく、物上保証人所有の不動産の担保価値をも把握しうるものとして抵当権の設定を受けているのであり、一方、物上保証人は、自己の所有不動産に設定した後順位抵当権による負担を右後順位抵当権の設定の当初からこれを甘受しているといふべきであつて、共同抵当の目的物のうち債務者所有の不動産が先に競売された場合、又は共同抵当の目的物の全部が一括競売された場合との均衡上、物上保証人所有の不動産について先に競売がされたという偶然の事情により、物上保証人がその求償権につき債務者所有の不動産から後順位抵当権者よりも優先して弁済を受けることができ、本来予定していた後順位抵当権による負担を免れうるというのは不合理であるから、物上保証人所有の不動産が先に競売された場合においては、民法三九二条二項後段が後順位抵当権者の保護を図っている趣旨にかんがみ、物上保証人に移転した一番抵当権は後順位抵当権者の被担保債権を担保するものとなり、後順位抵当権者は、あたかも、右一番抵当権の上に民法三七二条、三〇四条一項本文の規定により物上代位をするのと同様に、その順位に従い、物上保証人の取得した一番抵当権から優先して弁済を受けることができるものと解すべきであるからである（大審院昭和十一年（オ）

第一五九〇号同年一二月九日判決・民集一五卷二四号二一七二頁参照)、というのである。

右判旨の末尾部分、すなわち、「物上保証人所有の不動産が先に競売された場合においては、民法三九二条二項後段が後順位抵当権者の保護を図っている趣旨にかんがみ、物上保証人に移転した一番抵当権は後順位抵当権者の被担保債権を担保するものとなり、後順位抵当権者は、あたかも、右一番抵当権の上に民法三七二条、三〇四条一項本文の規定により物上代位をするのと同様に、その順位に従い、物上保証人の取得した一番抵当権から優先して弁済を受けることができる」との一節は、共同抵当目的物が異なる物上保証人に属し各目的物の後順位抵当権者が一人であった事案を前提に示された昭和十一年一二月判決の「物上代位」論を、共同抵当目的物として債務者所有不動産と物上保証人所有不動産が混在し後順位抵当権者が複数存する本件事案に適応させつつ(「物上保証人所有の不動産が先に競売された場合においては…その順位に従い…」、ほぼそのまま再現している)。

本判決の特徴としてむしろ注目されるのは、法定代位者たる物上保証人に優先して後順位抵当権者を保護すべき理由として昭和十一年一二月判決が無担保状態に対する危惧(「何等特別ナル担保権ノ設定ナカリシト同一ノ結果ヲ生スル」)に言及するに留まっていたのに対して、より詳細は理由づけが試みられている点である。まず、「後順位抵当権者」について、「共同抵当の目的物のうち債務者所有の不動産の担保価値ばかりでなく、物上保証人所有の不動産の担保価値をも把握しうるものとして抵当権の設定を受けている」という点が、物上保証人に優先する理由として指摘されている。物上保証人所有不動産の後順位抵当権者と物上保証人の優劣を論ずる文脈で、後順位抵当権者が「債務者所有の不動産の担保価値」を元々把握しているかのような議論は一見分かりにくい。これは、「後順位抵当権者」が、先順位抵当権者と同じく、共同抵当権者であり、しかも、共同抵当目的物に債務者所有不動産と物上保証人所有不動産が混在する本件事案のような場面が想定されているためであろう。従って、物上保証人所有

有不動産の後順位抵当権者と物上保証人の優劣一般に妥当するものではなく、理由づけとしての射程は狭いと言わざるを得ない。

次に、「物上保証人所有の不動産について先に競売がされたという偶然の事情により、物上保証人がその求償権につき債務者所有の不動産から後順位抵当権者よりも優先して弁済を受けることができ、本来予定していた後順位抵当権による負担を免れうるというのは不合理である」との指摘は、後順位抵当権者の無担保状態を将来することへの危惧を「物上保証人」の立場からその棚ぼた的利益として表現したものにすぎず、昭和十一年二月判決の理由づけと変わらない。

一方、「物上保証人」が「自己の所有不動産に設定した後順位抵当権による負担を右後順位抵当権の設定の当初からこれを甘受している」との指摘や、「共同抵当の目的物のうち債務者所有の不動産が先に競売された場合、又は共同抵当の目的物の全部が一括競売された場合との均衡」への配慮は、むしろ、昭和十一年二月判決が退けた上告理由において、三九二条適用を肯定する論拠と一致する。というのも、そこでは三九二条の適用否定がもたらす「不当不公平ナル結果」が同時配当や異時配当における配当額の具体的な計算とともに主張されていたし、後順位抵当権者に劣後する物上保証人の立場が抵当権実行後に「尚残額アルトキ」その返還を受け得る「抵当権設定者」のそれに類比されていたからである。

いずれにせよ、これらの最高裁の議論は、物上保証人所有不動産の後順位抵当権が物上保証人に優先して保護される理由とはなり得ても、そのような保護の理論構成として特に「物上代位」を選択することを正当化するものとは言えない。それ故、三九二条二項の適用を限定する先例つまり昭和四年判決との帳尻合わせという疑念は本判決にも当てはまる。実際、「判例も民法三九二条二項の適用は共同抵当の目的物がすべて債務者の所有に属する場合

にのみ適用され、共同抵当の目的物の一部が債務者以外のものの所有に属するときは適用されない(大判昭一一・一二・九、民集一五、二一七二、大判昭四・一・三〇、新聞二九四五等)とするものであり、原判決もその結論から解すれば、かく解しているものと思われる(上告理由「第一点」の5)<sup>(17)</sup>との上告人の指摘に対して、最高裁は何等反駁を加えてはならず、三九二条二項の適用限定を自明の前提としているように見える。

イ 先順位抵当権の「物上代位」における差押と登記

ところで、上告人は、第一順位抵当権の一部移転を受け付記登記も経由したにもかかわらず当初の第三順位での配当表が作成されたのは「抵当権ノ順位ハ登記ノ前後ニヨル」とする三七三条に違背する(上告理由「第一点」の1)、「物上代位」という理論構成によりつつ三〇四条一項但書所定の「差押」を不要とすることに根拠がない(同「第二点」)、第一順位抵当権の一部移転の付記登記を経由した上告人が当該抵当権につき登記を欠く被上告人等に劣後するのは「登記ヲ為スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ対抗スルトコヲ得ス」とした一七七条に違背する(同「第三点」)、などと述べて原審判断の不当を主張している。この内、後二者の上告理由に依る形で、最高裁は、前記判示部分に続けて、「この場合において、後順位抵当権者は、一番抵当権の移転を受けるものではないから、物上保証人から右一番抵当権の譲渡を受け付記登記を了した第三者に対し右優先弁済権を主張するについても、登記を必要としないものと解すべく、また、物上保証人又は物上保証人から右一番抵当権の譲渡を受けようとする者は不動産登記簿の記載により後順位抵当権者が優先して弁済を受けるものであることを知ることができるのであるから、後順位抵当権者はその優先弁済権を保全する要件として差押えを必要とするものではないと解するのが、相当である」と述べた。



上告人は、自らもまた「物上保証人の弁済による代位を優先させ民法三九二条二項は適用されない」(上告理由「第一点」の5)と解し、物上保証人所有不動産の後順位抵当権者の「物上代位」の可能性それ自体は認める立場から、被上告人等が「物上代位」及びそれに基づく先順位抵当権行使の要件を満たしていない旨主張したのである。これに對して、最高裁は、「物上代位」の要件たる「差押」については、後順位抵当権者の優先弁済権は「不動産登記簿の記載」から知り得ること、抵当権の對抗要件たる「登記」については、「後順位抵当権者は、一番抵当権の移転を受けるものではない」、つまり、そもそも物権変動が存しないことを、それぞれ理由として、何れも不要であると結論づけている。

昭和十一年二月判決の「物上代位」論を共有する上告人に対する最高裁の応答には、「差押」の機能理解の相違(代位目的物の特定)を強調する上告人に対して、最高裁は優先弁済権の公示に着目する<sup>(18)</sup>以外に、「物上代位」論の意外な利点を見て取ることができる。というのも、登記の観点からは、三九二条二項よりも「物上代位」の方が後順位抵当権者の優先弁済権の確保が容易であるように見えるからである。「不動産登記簿の記載により後順位抵当権者が優先して弁済を受けるものであることを知る」ことができる」という最高裁の理屈は、物上保証人のみならず(物上保証人については、自らが設定者である以上、登記を介した認識可能性などそもそも問題とならない)、本件事案の上告人のように物上保証人から先順位抵当権の転々譲渡を受けた者を含む第三者一般との関係でも妥当するものであり、そうであるとすれば、例えば、共同抵当の登記が為されていないため三九二条二項後段による代位権の確認が遅れるような場合であっても、後順位抵当権者は物上保証人から抵当権の設定を受けた当初から当該後順位抵当権の設定登記によって「物上代位」による優先弁済権を確保していたと言える。

更に、先順位抵当権に「物上代位」する後順位抵当権者は、当該先順位抵当権の「移転を受けるものではない」

から、「第三者」に対して「優先弁済権」を主張するに際して「登記を必要としない」との理屈も、後順位抵当権者による「優先弁済権」の主張を容易かつ確実にするものである。しかも、この登記不要論は、仮に三九二条二項適用を肯定した場合に、先順位抵当権の付登記をめぐり後順位抵当権者と物上保証人とが対抗関係に立ち、先に付登記を備えた方が優先弁済権を確保するといった事態を避けることができる。上告理由の「第三点」はまさにそこを逆手にとったものであった。<sup>(19)</sup> 対抗問題としての処理は、物上保証人所有不動産の後順位抵当権者を当該物上保証人に優先させるといふそれ自体正当な価値判断に矛盾する可能性がある。

しかし、これらの「物上代位」論の利点も見かけのものでしかない。「不動産登記簿の記載により後順位抵当権者が優先して弁済を受けるものであることを知ることができる」という理屈は、三九二条二項後段に基づく後順位抵当権者の代位と先順位抵当権取得についてもそのまま当てはまるし、敢えて「物上代位」の利点と解するとしても、共同抵当登記がある場合や、本件事案のように後順位抵当権者自身も共同抵当権者である場合には、後順位抵当権者自身にとつても三九二条二項後段による代位権の存在は容易に認識可能となるから、それによつて「物上代位」論を正当化できるほどに強力なものとはいえない。

また、登記不要論やそれによる対抗問題的処理の回避にも、「物上代位」と言いつつ「差押え」を不要とする不自然さを相殺するだけの説得力はない。昭和二年一二月判決の「物上代位」論を踏襲する前に、本来ならば、三九二条二項の適用を「同一債権ノ担保トシテ債務者所有ノ数個ノ不動産上ニ抵当権ノ設定アリタル場合」に限定する昭和四年判決以来の大前提こそ問われるべきであった。物上保証人所有不動産の後順位抵当権者を当該物上保証人に優先させる価値判断に忠実であるならば、物上保証人が法定代位によつて取得した先順位抵当権に「物上代位」させるよりも、三九二条二項を端的に適用し、物上保証人は、昭和十一年一二月判決の上告人が主張したよう

に、同項後段に基づく後順位抵当権者の代位と抵当権行使を待ち「尚残額アルトキニ始メテ現実ニ其ノ代位権ヲ行使シ得」と解するべきではないだろうか。

また、そのように二つの代位を并存させたとしても、右価値判断に矛盾するような対抗問題は生じない。というのも、物上保証人の法定代位と先順位抵当権取得による優先弁済は、後順位抵当権者の優先弁済を経て「尚残額アルトキニ始メテ現実ニ」生じ得るものによらず、両者の代位による先順位抵当権の取得が対抗関係に立つとは考えられないからである。むしろ必要なのは、このような事理に適合的な登記のあり方を示すことであろう（後述三二a）。

c 小括

昭和一一年一二月判決と昭和五三判決は、共同抵当目的物中の物上保証人所有不動産が抵当権実行により換価された場合に当該不動産の後順位抵当権者を物上保証人に優先させる価値判断を示している。そして、両判決の事案では、五〇〇条による物上保証人の代位と三九二条二項後段による後順位抵当権者の代位が現実には衝突し競合し得るのであるから、何れを優先させるか判断する必要はあったし、後者を優先させる結論も、物上保証人が後順位抵当権者との関係では当該抵当権の効力を甘受すべき抵当権設定者の地位にある以上、正当であると解される。両判決の問題は、抵当権者と設定者の関係に照らしそれ自体は正当と言える価値判断を裏付けるにあたって、二つの代位を并存させ、一方の代位に基づく抵当権行使を優先させるという素直な理論構成を採れなかったという点にある。昭和四年判決以来の三九二条二項の適用限定の公理を踏襲した結果、そのような理論構成はそもそも不可能となり、右価値判断において劣後すべきであった物上保証人による法定代位と抵当権の確定的取得を認めた上で、後順位抵

当権者に「物上代位」させるといふ迂遠で価値判断とも齟齬をきたすような理屈を立てざるを得なかったのである。「物上代位」論は、そのような価値判断との緊張関係を孕みつつ、三九二条二項の適用限定という昭和四年判決以来の公理と共に、次に見る昭和六〇判決へと引き継がれることになる。

### 3 昭和六〇年判決における理論構成の破綻

以上にみてきた二つの系列の先例では、共同抵当目的物として債務者所有不動産と物上保証人所有不動産とが混在する場合に先順位抵当債権者に代位する物上保証人を債務者所有不動産の後順位抵当権者に優先させる価値判断と、共同抵当目的物中の物上保証人所有不動産が抵当権実行により換価された場合に当該不動産の後順位抵当権者を物上保証人に優先させる価値判断とが、「代位権」を介した求償債権の確実な回収に対する物上保証人の「期待」、物上保証人が代位取得した先順位抵当権への後順位抵当権者の「物上代位」という理論構成と共に提示され、この「期待」論と「物上代位」論とは、三九二条二項の適用限定を前提とするものであった。二つの理論構成は、半ば公理化された三九二条二項の適用限定に支えられ、価値判断との不整合を抱えたまま、再度最上級審によつて是認踏襲されることになる。最高裁判所昭和六〇年五月二三日第一小法廷判決(民集三九卷四号九四〇頁、配当異議事件、上告棄却)がそれである。

昭和六〇年判決の事案は概略次のようなものであった。債務者所有の甲不動産と物上保証人所有の乙不動産とに第一順位共同根抵当権、甲不動産に第二順位及び第三順位の根抵当権、乙不動産に第三順位及び第四順位の根抵当権をそれぞれ有し、物上保証人との間でいわゆる代位権不行使特約(債権者と債務者の取引継続中は物上保証人は債権者の同意なしに代位権を行使できない旨の特約)を結んでいる債権者A(原告、控訴人、上告人)は、右共同

根抵当権に基づき競売を申立て、先に換価された乙不動産から債権の一部弁済を得た。その後、甲不動産も換価され、物上保証人の債権者で乙不動産に第二順位の根抵当権を有するB(被告、被控訴人、被告上人)を第二順位とする交付表が作成されたのに対して、Aは自らの第二順位及び第三順位の根抵当権がBが代位行使する根抵当権に優先する旨主張して異議を申し立てた。第一審、原審ともに交付表に誤りはないとし、最高裁も、Aに対する配当額の変更の必要は認められたがBの配当額には変更はないとして、原審の判断を結論において是認しAの上告を退けた。

a 「物上代位」論と代位権不行使特約

上告人がまず主張したのは代位権不行使特約の第三者効であった。先順位共同根抵当権者と物上保証人との間の根抵当権設定契約に付された代位権不行使特約は、「物上保証人所有の不動産に後順位根抵当権を取得した者を拘束するものではない」とした原審の判断に対して、当該特約は、物上保証人が法定代位によって取得する権利に関するものであり、そのような権利に相当する先順位根抵当権「それ自体に特約にもとづく制約が付着していた場合、その制約は後順位根抵当権をも制約するはずである」と主張したのである(「上告理由第一」)。

この上告理由について最高裁は次のように判示した。すなわち、「共同抵当の目的である債務者所有の不動産と物上保証人所有の不動産にそれぞれ債権者を異にする後順位根抵当権が設定されている場合において、物上保証人の不動産について先に競売がされ、その競売代金の交付により一番根抵当権が弁済を受けたときは、物上保証人は債務者に対して求償権を取得するとともに、代位により債務者所有の不動産に対する一番根抵当権を取得するが、物上保証人所有の不動産についての後順位根抵当権者(以下「後順位根抵当権者」という。)は物上保証人に移転した右根抵当権から債務者所有の不動産についての後順位根抵当権者に優先して弁済を受けることができるものと解するのが相当

である(最高裁昭和五〇年(オ)第一九六号昭和五三年七月四日第三小法廷判決・民集三三卷五号七八五頁参照)。右の場合において、債務者所有の不動産と物上保証人所有の不動産について共同根抵当権を有する債権者が物上保証人と根抵当権設定契約を締結するにあたり、物上保証人が弁済等によつて取得する権利は、債権者と債務者との取引が継続している限り債権者の同意がなければ行使しない旨の特約をしても、かかる特約は、後順位抵当権者が物上保証人の取得した抵当権から優先弁済を受ける権利を左右するものではないといわなければならない。ただし、後順位抵当権者が物上保証人の取得した一番抵当権から優先して弁済を受けることができるのは、債権者が物上保証人所有の不動産に対する抵当権を実行して当該債権の弁済を受けたことにより、物上保証人が当然に債権者に代位し、それに伴い、後順位抵当権者が物上保証人の取得した一番抵当権をあたかも物上代位するようにこれを行わしめることによるものであるが、右特約は、物上保証人が弁済等をしたときに債権者の意思に反して独自に抵当権等の実行をすることを禁止するにとどまり、すでに債権者の申立によつて競売手続が行われている場合に後順位抵当権者の右のような権利を消滅させる効力を有するものとは解されないからである」と。

右判旨でまず明示されているのは、「共同抵当の目的である債務者所有の不動産と物上保証人所有の不動産にそれぞれ債権者を異にする後順位抵当権が設定されている場合」において、物上保証人所有不動産の後順位抵当権者が、弁済による法定代位により物上保証人が取得した先順位抵当権に「あたかも物上代位するようにこれを行わしめることで、債務者所有不動産の後順位抵当権者に優先して弁済を受けられるという点である。この「物上代位」論の先例としては前述昭和五三年判決が参照され、昭和十一年一二月判決は引用されていない。

本判決は、「共同抵当の目的である債務者所有の不動産と物上保証人所有の不動産にそれぞれ債権者を異にする後順位抵当権が設定されている場合」との場面設定の下に、「物上代位」論が提示されているが、この場面設定に

は「物上代位」論の射程を限定するような積極的な意味合いはなく、単なる事案の簡略化と解される。確かに、参照された昭和五三年判決の事案も、共同抵当目的物中に債務者所有不動産と物上保証人所有不動産が混在してはいたが、それぞれについて「債権者を異にする後順位抵当権が設定されている」わけではなく、物上保証人が法定代位により取得した先順位抵当権をその求償債権と共に後順位共同抵当権者の一人が譲り受けた事案であった。そのような想定場面の齟齬は、昭和五三年判決と昭和十一年一二月判決との間にも同様に見られた。というのも、昭和五三年判決は、「債務者所有の不動産と物上保証人所有の不動産とを共同抵当の目的として順位を異にする数個の抵当権が設定されている場合」を想定したのに対して、参照された昭和十一年一二月判決の事案では異なる物上保証人の所有する不動産が共同抵当目的物を構成していたからである。一方で、昭和十一年一二月判決の事案における各物上保証人所有不動産には、本判決すなわち昭和六〇判決の場面設定と同じく、「債権者を異にする後順位抵当権が設定されている」。これらの点を勘案するならば、本判決で再び是認された「物上代位」論の射程は、共同抵当目的物に含まれる物上保証人所有不動産に後順位抵当権者が存する場合に広く及ぶことになろう。

「上告理由第一」の主眼は、むしろ、「物上代位」論を前提としつつ、先順位共同抵当債権者と物上保証人との間の代位権不行使特約の存在を理由に、「物上代位」に基づく後順位抵当権者の先順位抵当権行使を妨げることにある。この点、右判旨では、代位権不行使特約は、「物上保証人が弁済等をしたときに債権者の意思に反して独自に抵当権等の実行することを禁止するにとどまり」、本件事案のように債務者所有不動産について「すでに債権者の申立によって競売手続が行われている場合」には、後順位抵当権者が法定代位者たる物上保証人の取得した先順位抵当権に「物上代位」する「権利」を「消滅させる効力を有するものとは解されない」とされている。「弁済により物上保証人に移転した債権者の先順位抵当権が後順位抵当権者の被担保債権を担保するものとなる」という「効果」



は「契約によって生ずるものではない」<sup>(20)</sup>と述べた原審は、後順位抵当権者の「物上代位」が法律上の効果である点に着目していたと言えるから、契約(根抵当権設定契約)やそこに付加された特約の相対効という一般原則に依拠する最高裁の判断は、原審とは異なるが矛盾しない論拠から、原審の判断を是認したことになる。

ところで、仮に本件事案に三九二条二項が適用され、後順位抵当権者Bが同項後段に基づいて共同抵当権者に代位し債務者所有不動産について先順位抵当権に基づく配当を求め得るとするならば、代位権不行使特約の第三者効をめぐる議論はそもそも無用となる。というのも、この議論は、特約を結んだ物上保証人が法定代位によって取得した先順位抵当権に後順位抵当権者が「物上代位」するという理論構成を採るが故に生じるものと言えるからである。もし五〇〇条に基づく物上保証人の代位と三九二条二項に基づく後順位抵当権者の代位が別々に生じるとすれば、前者の特約による負担が前者が取得した先順位抵当権に付着し「物上代位」を介して後者に継承されるなどという理屈は成り立ち得ない。その意味で、代位権不行使特約の後順位抵当権者に対する効力という問題の立て方は、三九二条二項の適用限定を暗黙の前提としている。しかし、既に見たとおり、上告審では、三九二条二項の適用限定はおろか、「物上代位」論の当否さえ争われていない。

この点、原審には興味深い議論が見出される。昭和五三年判決がその「物上代位」論によって優先弁済を得られるとした「後順位抵当権者」とは、B(被告)ではなくA(原告)自身であるとの配当異議(「異議理由(二)」)<sup>(21)</sup>が第一審で退けられたのを受け、原審において、A(控訴人)はこの「異議理由(二)」について次のように敷衍した。すなわち、「最高裁判所昭和五三年七月四日判決の事案では、後順位抵当権者がいずれも主債務者の物件と物上保証人所有の物件とのうえに共同抵当権を有しているので、同判決のいう「後順位抵当権者」が、主債務者所有の物件のうえの後順位抵当権者を指すのか、物上保証人所有の物件のうえの後順位抵当権者を指すのか不明確で

あるが、判例はもとも民法三九二条二項が適用されるのは債務者所有の数個の不動産の上のみ抵当権が存する場合に限るとの見解をとっており、物上保証人所有の物件の上の後順位抵当権者に右法条に基づく代位権を認めないのであるから、昭和五三年判例のいう「後順位抵当権者」とは、債務者所有の物件のうえの後順位抵当権者を指すことは当然である。被控訴人は債務者所有の本件建物については抵当権を有していなかったのであるから、右の「後順位抵当権者」に当たらない<sup>(22)</sup>、というのである。

「民法三九二条二項が適用されるのは債務者所有の数個の不動産の上のみ抵当権が存する場合に限る」との「判例」とは、典拠は示されていないが、昭和四年判決及びこれを踏襲した昭和四四年判決を指すことは明らかであり、三九二条二項の適用限定が本件事案の処理の前提として意識されていることになる。他方、控訴人の右陳述そのものは、昭和五三年判決が、「後順位抵当権者」を一方的に「債務者所有の物件のうえの後順位抵当権者」と捉え、「物上代位」論ではなく三九二条二項による後順位抵当権者の優先弁済を認めたというそれ自体誤った理解の下で始めて妥当するような一種の詭弁である。「後順位担保権者が所有者（物上保証人）の取得した代位権の如きものに物上代位権を及ぼしうる謂われはない」との「物上代位」否定論<sup>(23)</sup>もあくまで控訴人の見解であって、昭和五三年判決が「物上代位」論を踏襲したという事実は変わらない。原審も、昭和五三年判決の判旨を引用した上で、「右は物上保証人と物上保証人の所有不動産に対する二番以下の抵当権者との優劣に関する説示であり、しかも債務者所有の不動産と物上保証人所有不動産とが等しく各順位の抵当権の目的となっている事案であるから、「後順位抵当権者」の意義はおのずから明白である」と述べて、昭和五三年判決に関する控訴人の右陳述を退けている。しかし、そもそも本件事案に三九二条二項後段による代位が認められないのは何故かについては全く吟味されておらず、控訴人の指摘する三九二条二項の適用限定の先例を、昭和五三年判決（で踏襲された「物上代位」論）の自明

の前提と見なしているようである。同じことは、物上保証人所有不動産の後順位抵当権者と当該物上保証人との優劣に関する先例として昭和五三年判決を参照するに留まった上告審たる本判決にも言える。

b 一部弁済と代位

本判決の事案と、「物上代位」論の先例である昭和十一年二月判決や昭和五三年判決の事案とは、物上保証人所有不動産の後順位抵当権者と物上保証人との関係が問題となり得るといふ点では確かに共通しているが、既に見たとおり様々な点で異なっている。中でも、共同抵当権の実行を申立て先に競売された物上保証人所有不動産の代価から一部弁済を得た先順位抵当権者Aが、一部弁済故に先順位抵当権者の地位を依然保ったまま、後に競売された代価の配当順位について異議を申立て、しかも、自身が先に換価された物上保証人所有不動産の後順位抵当権者であり、なおかつ、後に換価された債務者所有不動産の後順位抵当権者でもあるという点は、物上保証人所有不動産の後順位抵当権者が先順位抵当権への「物上代位」によって優先する相手をめぐって、最高裁が新たな判断を下す契機となった。

原審は、Aが、先に競売された物上保証人所有不動産の代価から第一順位抵当権者として一部弁済を得た額と、後に競売された債務者所有不動産の代価から同じく第一順位抵当権者として弁済を得る額に、物上保証人所有不動産の第二順位抵当権者Bが、法定代位者たる物上保証人取得の第一順位抵当権に「物上代位」して、債務者所有不動産の代価から弁済を得る額を加えた合計額が、Aの第一順位抵当権の被担保債権額に一致するから交付表に誤りはないとしていた。これに対して、Aは、先に競売された物上保証人所有不動産の代価から第一順位抵当権者として一部弁済を得た額と、後に競売された債務者所有不動産の代価から交付表と同じく第一順位抵当権者として弁

済を得る額との合計が、同抵当権の被担保債権額と一致せず不当である旨主張した(「上告理由第二」)<sup>(24)</sup>。

この「上告理由第二」について、最高裁は、「債権者が物上保証人の設定にかかる抵当権の実行によって債権の一部の満足を得た場合、物上保証人は、民法五〇二条一項の規定により、債権者と共に債権者の有する抵当権を行使することができるが、この抵当権が実行されたときには、その代金の配当については債権者に優先されると解するのが相当である。ただし、弁済による代位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の制度であり、そのために債権者が不利益を被ることを予定するものではなく、この担保権が実行された場合における競落代金の配当について債権者の利益を害するいわれはないからである」と判示した。ここでは、物上保証人所有不動産に対する抵当権実行によって先順位共同抵当債権者が一部弁済を得た場合に、五〇二条一項により当該弁済額に応じて債権者に代位し先順位抵当権を行使し得るとされる物上保証人と依然先順位抵当権者の地位にある債権者との間の配当上の優劣について判示されているのであって、右物上保証人の所有する不動産の後順位抵当権者と右債権者との間の優劣については直接ふれてはいない。

確かに、物上保証人が弁済による代位によって行使し得る先順位抵当権に更に後順位抵当権者が「物上代位」するとの理論構成を採る以上、前者が行使し得る抵当権の優劣に関する右判旨は後者のそれにもそのまま当てはまることにならう。しかし、そうだとすれば、右判旨は上告人Aの主張を受け入れたことになる。Aは、先順位抵当権者たる自らの優先的地位は当然の前提としてただその配当額の不足を指摘しているだけであり、右判旨は、まさにその前提部分、すなわち、共同抵当目的物で先に競売された物上保証人所有不動産の代価から一部弁済を得た先順位抵当権者(本件事案のA)が、配当上、後に競売された債務者所有不動産の代価の配当において、「弁済代位者」として先順位抵当権を行使し得る物上保証人や当該抵当権に「物上代位」する後順位抵当権者(本件事案のB)に

優先するという点を認めたとと言える。実際、最高裁は、後に競売された債務者所有不動産の代価からAが第一順位抵当権者として配当を受ける額をその指摘通り修正し、その限りで「原審の判断は違法」で、執行裁判所が作成した交付表は「変更されるべき」と述べている。<sup>(25)</sup>にもかかわらず原告が退けられたのは、当該「変更」によっても肝心のBの配当額には変化はなく、AにはBを相手取って「配当につき異議を述べる利益」がないからである。

当該交付表は、Aが第一順位の共同抵当権者であると同時に、物上保証人所有不動産について、第二順位抵当権者であるBに次ぐ第三順位抵当権者の地位にあることを看過して作成されたもので、「物上代位」論を前提とするならば、当該不動産の代価からAが第一順位抵当権者として一部弁済を得た額、つまり、物上保証人が自らの求償権権のためにAに代位して第一順位抵当権を行使し得る額の内、Bの第二順位抵当権の被担保債権額を除いた残額について、Aは第三順位抵当権者として自らの第一順位抵当権に「物上代位」して回収し得るはずであった。これがAの指摘する配当不足分に当たり、原審はこの「物上代位」論の当てはめのミスに気付かなかったようである。

とはいえ、原審も、AとBが何れも物上保証人所有不動産の後順位抵当権者の地位にあることは意識していた。しかしそれは、共同抵当目的物上の後順位抵当権もまた共同抵当権である事案に関する昭和五三年判決に言う「後順位抵当権者」の「不明確」さを指摘した控訴人に対する応答という文脈で、昭和五三年判決の事案とは異なり、物上保証人所有不動産にのみ第二順位抵当権を有するBが、物上保証人所有不動産の後順位抵当権者としてはBに劣後する第三順位と第四順位に留まるが、債務者所有不動産の後順位抵当権者としては第二順位と第三順位に立つAに対して、債務者所有不動産の代価の配当にあたって優先し得るかどうか、という形で吟味された。ここで、原審は、弁済による代位によって債務者所有不動産上に先順位抵当権を行使し得る物上保証人を代位による求償権満足への「期待」故に当該不動産の後順位抵当権者に優先させた昭和四四年判決の判旨を引用し、これに昭和五三年

判決の「物上代位」論を組み合わせた上で、物上保証人所有不動産の後順位抵当権者∨物上保証人∨債務者所有不動産の後順位抵当権者という優劣の定式を提示している。この定式に従えば、本件事案において、物上保証人不動産の第二順位抵当権者であるBは、同不動産の第三順位抵当権者としてのAだけでなく、債務者所有不動産の第二順位抵当権者としてのAにも優先することになる。

昭和五三年判決の「物上代位」論と昭和四四判決の「期待」論を組み合わせて右の三者間の優劣に関する価値判断を正当化する原審の見解は、Aが物上保証人所有不動産の第三順位抵当権者でも債務者所有不動産の第二順位抵当権者でもなく専ら第一順位の共同抵当権者の立場から、代位権不行使特約の第三者効等を、Bの優先弁済を妨げる根拠として主張した上告審では、表立って言及されることはなかった。しかし、本判決が、後順位抵当権者の存する債務者所有不動産の代価の配当をめぐる争いについて、昭和五三年判決を引用してその「物上代位」論を踏襲する旨明言している以上、原審の右見解は暗黙の前提とされているはずである。それどころか、物上保証人所有不動産の代価から一部弁済を得たに留まる先順位抵当権者は代位弁済者たる物上保証人に優先するとの本判決の前記判示部分は、原審の見解を肉付けし、債務者所有不動産の代価の配当順位について、先順位抵当債権者∨物上保証人所有不動産の後順位抵当権者∨物上保証人∨債務者所有不動産の後順位抵当権者という定式を提示したとも解し得る。

### c 価値判断と理論構成の不整合

問題は、右定式に表現されるそれ自体としては正当と解される価値判断を裏付ける理論構成として、「期待」論や「物上代位」論が果たして相応しいかどうかである。1と2で既に検討したとおり、何れの理論も三九二条二項



の適用限定という昭和四年判決以来の前提を遵守する中で生み出された。しかし、三九二条二項の適用を「同一債権ノ担保トシテ債務者所有ノ数個ノ不動産上ニ抵当権ノ設定アリタル場合」に限定する根拠ははっきりしないまま、本判決もまた半ば公理化されたこの適用限定によって規定されている。仮に本件事案に三九二条二項が適用され、同項後段に基づく物上保証人所有不動産の後順位抵当権者の代位と、五〇二条一項に基づく物上保証人の代位とが並存すると解しても、右定式通りの優劣関係を導くことは十分に可能である。

しかも、右定式を肉付けしたように見える本判決の判旨、つまり、「債権の一部につき代位弁済がされた場合、右債権を被担保債権とする抵当権の実行による競落代金の配当については、代位弁済者は債権者に劣後する」(判決要旨三)との判断は、本件事案に三九二条二項が適用される場合には全く無用となる。なぜなら、この場合、物上保証人所有不動産の後順位抵当権者は、「代位弁済者」たる物上保証人の取得する先順位抵当権に同人の求償債権の範囲で「物上代位」するのではなく、三九二条二項後段に基づき債務者所有不動産への負担割付額の範囲で先順位抵当権を直接に代位行使するからである。そうであるとすれば、後順位抵当権が設定されている共同抵当目的物が、債務者所有なのか、それとも、物上保証人所有なのかという区別は、三九二条二項後段による代位と先順位抵当権の行使の可否それ自体にとつてさしあたり問題とならないことになる。

そして、先に抵当権が実行され換価された共同抵当目的物の後順位抵当権者が、一部弁済を得ただけで依然として先順位抵当権を有する債権者に「劣後する」という結論は、前述大正一五年判決において既にはっきり示されていた。同判決の事案の概略は、甲不動産と乙不動産に第一順位の共同抵当権を有する債権者Aが、乙不動産の競売代金(競売申立人はB)から債権の一部弁済を受けると共に、残額については債務者から任意弁済を受けた上で、甲不動産上に残存する第一順位抵当権の抹消登記を為したのに対して、乙不動産上に第二順位の抵当権、丙不動産





者の代位が容認されている。<sup>(27)</sup>しかしその一方で、一部弁済の場合には右「先順位抵当権者ノ利益」が依然として優先されるべきであるから、全部弁済の場合のように後順位抵当権者について「直ニ之ヲ代位セシメ即抵当権の法定移転ヲ認め」るべきではなく、この場合、後順位抵当権者は、「将来ニ於テ代位シテ抵当権ヲ行使シ得ヘキ地位ヲ有スル」に留まり、この「将来ニ於テ確定スヘキ権利移転ノ請求権」について「代位付記ノ仮登記」を為し得るにすぎない、と判示された。<sup>(28)</sup>このように、後順位者抵当権者Bの三九二条二項後段による代位それ自体は可能である以上、代位付記登記の抹消請求の前提としてBにそもそも代位権がないとするCの主張自体が失当であるとして、結局、原審の判断は破棄されることとなった。

先順位抵当権の放棄や共同抵当目的物の第三者取得者の地位といった問題はひとまず措き、前述の一部弁済における先順位抵当権者と抵当権既実行不動産の後順位抵当権者の優劣に關して言うならば、この大正一五年判決には、三九二条二項後段に基づき「将来ニ於テ代位シテ抵当権ヲ行使シ得ヘキ地位ヲ有スル」後者が依然として先順位抵当権者の地位に留まっている前者に「劣後する」との価値判断と「代位付記ノ仮登記」という理論構成が明瞭に示されている。そして、この価値判断と理論構成は、昭和五三年判決の事案への応用を介して、先に抵当権が実行された共同抵当目的物が物上保証人所有不動産である本昭和六〇年判決にも妥当し得る。先に抵当権の実行された物上保証人所有不動産の代価から先順位共同抵当権者が全部弁済を受けた前述昭和五三年判決の事案との関係では、当該不動産の後順位抵当権者に三九二条二項後段による代位を認め、物上保証人の五〇〇条による代位との並存を前提としつつ、前者を後者に対する優先させる理論構成として、この大正一五年の判決のそれを当てはめることができる。これを前提に、昭和六〇年判決の事案についても、後順位抵当権者は先順位抵当権者が残額債権について配当を受け「尚残額アルトキ」、物上保証人は後順位抵当権者が配当を受け「尚残額アルトキ」にそれぞれ初めて代位

し先順位抵当権を行使し得る地位にあるにすぎず、そのようないわば停止条件付きの抵当権取得について代位付記の仮登記を為し得るに留まるとの理解が成り立つと考えられるのである。このような理論構成が、三九二条二項の適用限定を前提に劣後者である物上保証人の代位に優先者である後順位抵当権者が依拠するような「物上代位」論よりも、先順位抵当債権者∨物上保証人所有不動産の後順位抵当権者∨物上保証人という価値判断の定式に相応しいのは明らかであろう。

しかも、昭和六〇年判決のように、一部弁済と得た先順位共同抵当債権者と一部弁済を為した物上保証人との關係を、五〇二条一項に基づき、先順位共同抵当権の準共有と見なす場合、準共有者間の配当上の優劣を如何に説明するかという理論上の難点が、物上保証人が代位取得し債権者と準共有する先順位抵当権への「物上代位」という構成の下に、物上保証人所有不動産の後順位抵当権者の地位にまで及ぶことになる。これに対して、大正一五年判決の理論構成は、「代位付記ノ仮登記」という法技術によって代位権の発生そのものを序列化することで、右難点をも克服することができる。

確かに、一部弁済による代位について定める五〇二条一項の文言「債権者ト共ニ其ノ権利ヲ行フ(現行文言…債権者とともにその権利を行使する)」の解釈については、「第五〇二条第一項ニハ債権ノ一部ニ付代位弁済ヲ為シタル者カ其ノ弁済シタル価格ニ応シ債権者ノ権利ヲ行使スルニ付何等ノ制限ヲ設ケサルヲ以テ残存債務ニ付債権者カ其ノ権利ノ実行ヲ為シ得ル時期ニ達シタルト否トヲ問ハス一部代位者ハ同条項ニ基キ債権者ノ権利ヲ行使シ得ルモノト解セサルヲヘカラス」と判示して、一部弁済者による代位と確定的な抵当権取得を認めた先例(大審院昭和六年四月七日第二民事部決定、民集一〇卷五三五頁、不動産競売事件ノ競売申立却下決定ニ対スル抗告事件、取消差戻)が存する。

しかし、「一部代位者」(昭和六年判決では保証人)による代位付記の本登記と抵抗権の行使を認めるこの先例は、一部弁済に際して五〇二条一項の代位と三九二条二項後段の代位を並存させつつ抵当権の確定的取得を認めずに「代位付記ノ仮登記」を求める先の議論と矛盾するわけではない。なぜなら、昭和六年判決の判旨は、共同抵当目的物中の物上保証人所有不動産について先に抵当権が実行されて「一部代位者」の地位に立つ物上保証人にも妥当し得るとしても、昭和六〇年判決の事案のように当該不動産に後順位抵当権者が存している場合をも想定しているとは言えないからである。同じく「一部代位者」の地位に立ち得る後順位抵当権者に対して当該後順位抵当権の設定者たる物上保証人は劣後し(昭和一一年一二年判決、昭和五三年判決)、後順位抵当権者は先順位共同抵当権者に劣後する(大正一五年判決)との価値判断に従えば、「一部代位者」たる物上保証人に先順位抵当権者を差し置いて抵当権を行使させる必要は全くない。昭和六年決定の判断はあくまで五〇二条一項による代位が単独で生じる場合に、「債権者ト共ニ其権利ヲ行フ」との文言の解釈として、妥当すると解すべきであり、三九二条二項後段による後順位抵当権者の代位が並存し得る場合には、後順位抵当権者が物上保証人に優先する価値判断に照らして、五〇二条一項ではなく三九二条二項の「立法理由」が尊重されねばならない。大正一五年判決の言うように、「抵当権不可分ノ原則」に基づく先順位抵当権者の全部弁済への利益を害しない範囲での「後順位抵当権者ノ利益ノ均衡」の維持という「立法理由」によって、一部弁済に対する三九二条二項の適用が正当化されるとすれば、その理は、「後順位抵当権者」に劣後する物上保証人が「一部代位者」として現れる場面にも妥当するはずである。

結局、後に抵当権が実行された債務者所有不動産の代価の配当について一部弁済者たる物上保証人が債権者に劣後するとの昭和六〇年判決の判断は二重の意味で不要かつ不合理であった。一つには、異時配当により一部弁済を得た先順位共同抵当権者と後順位抵当権者との間の優劣が争われている以上、大正一五年判決に即して、三九二条

二項が適用されるべきで、そもそも物上保証人の代位に立ち入る必要さえなかったと言えるからである。一つには、一部弁済者たる物上保証人の「配当」における「劣後」という判断は、昭和六年決定の「一部代位者」による抵当権の確定的取得と実行という先例との関連づけにより、先順位抵当債権者∨物上保証人所有不動産の後順位抵当権者∨物上保証人という価値判断の定式にそぐわない事態、すなわち、「代位付記ノ仮登記」を為し得るに留まる後順位抵当権者にさえ劣後するはずの物上保証人が代位付記の本登記を備え抵当権を実行するという事態を、「配当」においては先順位抵当債権者に「劣後」するとはいえ、認め<sup>(29)</sup>たかのような印象を与えるからである。

なお、昭和六〇判決判決が、「すでに債権者の申立によつて競売手続が行われている場合」を前提に、代位権不行使特約の後順位抵当権者に対する効力を否定しているため、本判決が「不行使特約の対外効を一般的に否定する趣旨かどうかは判然とせず」、また、本判決は「特約がない場合に、物上保証人が単独で実行し得るかどうか、について判断したものではない」、との指摘が見られる。<sup>(30)</sup>しかし、仮に本判決の事案に三九二条二項が適用され、後順位抵当権者に直接同項後段による代位が認められるならば、既に述べたとおり、物上保証人による特約の第三者効はそもそも問題とならない。また、代位権不行使特約が無い場合に、一部弁済後抵当権未実行前に、物上保証人自ら先順位抵当権を実行できるか否かという後者の問いについても、後順位抵当権者が存しない限り、昭和六年決定の延長線上で、「一部代位者」たる物上保証人は単独で実行可能ということになる。しかし、後順位抵当権者が存する場合には、大正一五年判決に調和させて考えるべきで、後順位抵当権者が代位付記の仮登記しかできないのに、これに劣後する物上保証人が単独で代位付記の本登記を為して抵当権を実行できるというのは背理であろう。

## d 小括

昭和六〇年判決は、まず、「共同抵当の目的である債務者所有の甲不動産及び物上保証人所有の乙不動産に債権を異にする後順位抵当権が設定され乙不動産が先に競売された場合に甲不動産から弁済を受けるときにおける甲不動産の後順位抵当権者と乙不動産の後順位抵当権者の優劣」(判示事項一)について、債務者所有不動産の後順位抵当権者に物上保証人を優先させる「期待」論(昭和四四年判決)と、物上保証人に物上保証人所有不動産の後順位抵当権者を優先させる「物上代位」論(昭和五三年判決)とを組み合わせた上で、「乙不動産の後順位抵当権者は、物上保証人に移転した甲不動産に対する一番抵当権から甲不動産の後順位抵当権者に優先して弁済を受けることができる」(判決要旨一)、と判示した。昭和五三年判決のみが参照されているのは、先順位共同抵当権者が同時に債務者所有不動産の後順位抵当権者でもあったという同判決の事案に照らして、同判決が既に「期待」論との結びつきを含意していたと考えたからであろう。実際、原審では、昭和五三年判決の事案と本件事案との違いが結論を左右するものではない点を論証するために、昭和四四年判決が引用されていた。「期待」論と「物上代位」論の結合はそれまでの判例の展開からすればごく自然な成り行きと言える。

しかし、この「期待」論と「物上代位」論の結合は、本判決において、代位権不行使特約の第三者効の有無(物上保証人がその所有の不動産及び債務者所有の不動産につき共同抵当権を有する債権者との間で代位権不行使の特約をした場合と物上保証人所有の不動産の後順位抵当権者の優先弁済を受ける権利)判示事項二、並びに、債権者と代位弁済者の優劣(債権の一部につき代位弁済がされた場合の競落代金の配当についての債権者と代位弁済者との優劣)判示事項三という二つの争点について判示することを余儀なくさせた。逆に言えば、これらは、「期待」論と「物上代位」論という前提がなければ、そもそも吟味される必要のない疑似問題であった。

共同抵当目的物の内で先に抵当権が実行され換価された物上保証人所有不動産の後順位抵当権者が、後に抵当権が実行され換価された債務者所有不動産の代価配当において、当該債務者所有不動産の後順位抵当権者に優先するという結論を導くために、物上保証人が代位弁済者として行使し得る先順位抵当権に「物上代位」させ、同時に、求償債権の満足への「期待」故に債務者所有不動産の代価配当に際して優先される当該物上保証人の地位をも承継させるとする判例の理論構成は、右結論を導く手段としては迂遠に過ぎる。1と2で検討したとおり、「期待」論も「物上代位」論も、昭和四年判決における三九二条二項の根拠無き適用限定から派生したものであった。この半ば公理化された前提を廃棄し、三九二条二項をその文言通り、「同一債権ノ担保トシテ債務者所有ノ数個ノ不動産上ニ抵当権ノ設定アリタル場合」以外にも広く適用し、同項後段による後順位抵当権者の代位と五〇〇条による物上保証人の代位とを並存させるならば、「期待」論や「物上代位」論に頼る必要はなくなる。その場合、後順位抵当権者は物上保証人の代位行使し得る先順位抵当権に「物上代位」するわけではないから、物上保証人が先順位共同抵当権者と結んだ「代位権不行使の特約」の影響の有無をという問題そのものが生じないし、「期待」を根拠とする物上保証人の優先的地位が後順位抵当権者に継承されるわけではないから、「債権の一部につき代位弁済がされた場合」に物上保証人（「代位弁済者」）が先順位抵当権者（「債権者」）に劣後するか否かではなく、むしろ、一部弁済における後順位抵当権者と先順位抵当権者の優劣が直裁に問われることになる。三九二条二項の適用限定の不都合を「期待」論と「物上代位」論で埋め合わせてきた判例の理論構成は、この昭和六〇判決において、本来吟味する必要のない疑似問題を幾つも生み出し、文字通り破綻したのである。



4 平成四年判決における二つの代位

昭和六〇判決に至るまで実務を規定し続けてきた三九二条二項の適用限定という先例は、その後、最高裁判平成四年一月六日第二小法廷判決(民集四六卷八号二六二五頁、不当利得返還請求事件、上告棄却)において一定の修正を被ることとなる。この平成四年判決の事案は概略次のようなものであった。A(被告、被控訴人、上告人)が、何れも同一の物上保証人の所有する甲不動産及び乙不動産、並びに、丙不動産及び丁不動産に、それぞれ先順位共同根抵当権を有し、B(原告、控訴人、被上告人)が甲不動産に後順位根抵当権を有していたところ、Bは、丙不動産について売買予約し所有権移転の仮登記を経由したC等の要請に応じて、右後順位根抵当権を「解除」し、丁不動産について新たに後順位抵当権を設定を受けた。次いで、Aは、丙不動産を購入し所有権移転登記を経由していたCの要請に応じて、被担保債権の代位弁済と引き換えに、甲に対する根抵当権と丙に対する根抵当権を「放棄」した。その後、Aの申立により乙不動産上の根抵当権及び丁不動産上の先順位根抵当権が実行されたが、丁不動産の競売代金は先順位者であるAに配当され、Bは全く配当を得られなかった。そこで、Bは、Aが丙不動産上の根抵当権を放棄しなければ、三九二条二項後段により、同不動産の価額に応じて割り付けられたAの被担保債権額の範囲で同不動産上に根抵当権を代位行使できたはずであるとして、既に同不動産の代価全額の配当を受けていたAに対し、右割付額に相当する金額の支払いを、不当利得返還請求権あるいは不法行為による損害賠償請求権に基づき求めた。第一審はBの請求を退けたが、原審は認容したため、Aが上告した。

a 原審の「衝突」論

原審(仙台高裁平成元年九月一八日判決)は、「民法三九二条二項の解釈適用」について、まず、「債権者が債務者所有の甲、乙二個の不動産に第一順位の共同抵当権を有し、その後右甲不動産に第二順位の抵当権が設定された場合、共同抵当権者が甲不動産についてのみ抵当権を実行したときは、右共同抵当権者は、甲不動産の代価から債権全額の弁済を受けることができるが(民法三九二条二項前段)、これに対応して、第二順位の抵当権者は、共同抵当権に代位して乙不動産につき抵当権を行うことができるものとされている(同条同項後段)。したがって、共同抵当権者が、右抵当権の実行より前に乙不動産上の抵当権を放棄し、これを消滅させた場合には、放棄がなかったならば第二順位の抵当権者が乙不動産上に代位できた限度で、右第二順位の抵当権者に優先することができないと解すべきである<sup>(31)</sup>」、とされ、昭和一一年七月判決及び昭和四四年判決が先例として参照された。

1bで見たとおり、昭和一一年七月判決は、何れも債務者所有の不動産上に共同抵当権を有する者が一部不動産について抵当権を放棄した事案に関するものではあったが、当該「拋棄」によって五〇四条に言う担保減少分の免責は生じず、「残部ノ抵当権」の行使は後順位抵当権の侵害には当たらないとするもので、抵当権の放棄された不動産にその価額に応じて割り付けられた債権額について後順位抵当権者に優先して弁済を受けられないという点は傍論にすぎない。一方、昭和四四年判決は、共同抵当目的物として債務者所有不動産と物上保証人が混在する事案に関するものであり、そもそも三九二条二項は適用されず、抵当権実行前の任意弁済により先順位共同抵当債権者に代位した物上保証人は、先順位共同抵当権者の立場で物上保証人(つまり自己)所有不動産上の抵当権を放棄しても、求償債権全額について債務者所有不動産上に先順位抵当権を行使できるとしたものであった。ただし、この昭和四四年判決では、右判示内容と比較する形で、やはり傍論として、何れも債務者所有の不動産に共同抵当権を

有する者が目的物の一方について抵当権を放棄した場合の帰結につき言及され、昭和十一年七月判決の右傍論も引用されている。平成四年判決の原審が述べたところはこの二重の傍論とも言うべき箇所をそのまま引き写したものであった。

後順位抵当権者(控訴人B)が、先順位共同抵当権者(被控訴人A)による抵当権放棄の影響を受けることなく、三九二条二項後段によって自らに与えられるはずであった配当上の利益を保持できるとの原審の判断は、三九二条二項が、「共同(根)抵当権の目的物全部が一人の債務者の所有に属する場合」に留まらず、本件事案のように「共同(根)抵当権の目的物全部が一人の物上保証人の所有に帰属している場合」にも適用があるとの解釈を前提としている。それ故、この原審の判断は、三九二条二項の適用を「同一債権ノ担保トシテ債務者所有ノ数個ノ不動産上ニ抵当権ノ設定アリタル場合」に限定する昭和四年判決以来の前提に矛盾するように見える。先順位共同抵当権者たる被控訴人Aもまさにその旨主張し、昭和四年判決のみならず、昭和十一年一二月判決、昭和四四判決、昭和五三判決も援用した。この被控訴人による一連の先例引用は、三九二条二項の適用限定論が共同抵当をめぐる実務の共通の前提となっていたという本稿の見立てにも沿うもので興味深い。

この被控訴人の主張について、原審は、「右挙示の判例の事案は、いずれも、第三者である物上保証人の民法五〇〇条による代位権が存する場合において、後順位抵当権者の民法三九二条二項後段に基づく代位権の優劣ないし存否が問題となったものであるが、本件は、共同(根)抵当権の目的物全部が一人の物上保証人の所有に帰属している場合であるから、右物上保証人の民法五〇〇条に基づく代位権と後順位抵当権者の民法三九二条二項後段に基づく代位権との衝突は起こりえない<sup>(32)</sup>」との理由で、これを退けた。しかしながら、原審の述べるところは、被控訴人の主張に対する反駁としてのみならず、議論自体としても奇妙と言わざるを得ない。

まず、被控訴人は、三九二条二項の適用を「同一債権ノ担保トシテ債務者所有ノ数個ノ不動産上ニ抵当権ノ設定アリタル場合」に限定してきた先例に依拠しているのであるから、その主張を論駁するためには、被控訴人が援用する諸判決が前提としてきた三九二条二項の適用限定の是非そのものについて吟味し、少なくとも本件事案については従来の適用限定論が妥当しない理由を示す必要がある。ところが、当の適用限定論が確たる論拠のないまま踏襲されてきたためにそのような議論を展開する手掛かりがそもそも欠けている。そこで、原審は、「第三者である物上保証人の民法五〇〇条による代位権が存する場合」かどうかという基準を用いて、先例の適用限定論の射程が本件事案に及ぶのを回避しようとしているが、なぜ三九二条二項後段による後順位抵当権者の代位の可否が「物上保証人の民法五〇〇条による代位権」の存否によって左右されるのが明らかではない。cでふれるとおり、本件事案のように「共同（根）抵当権の目的物全部が一人の物上保証人の所有に帰属している場合」に「物上保証人の民法五〇〇条による代位権」が生じないと考える必然性はなく、仮に当該代位権が生じないとしても、「物上保証人の民法五〇〇条に基づく代位権と後順位抵当権者の民法三九二条二項後段に基づく代位権との衝突は起こりえない」という点は、先例の適用限定説を無根拠のまま温存しつつ特に本件事案において「後順位抵当権者の民法三九二条二項後段に基づく代位権」を認める理由にはならない。

また、原審は、被控訴人の援用する四つの判決の事案について、「いずれも、第三者である物上保証人の民法五〇〇条による代位権が存する場合において、後順位抵当権者の民法三九二条二項後段に基づく代位権の優劣ないし存否が問題となった」としているが、その趣旨は必ずしも明らかではない。昭和四年判決や昭和四四年判決の事案のように、先に抵当権の実行を受け共同抵当債権者に代位し先順位抵当権者を行使し得る物上保証人と、後に当該先順位抵当権の実行を受ける債務者所有不動産の後順位抵当権者との「優劣」が問題となる場面では、そもそも

「後順位抵当権者の民法三九二条二項後段に基づく代位権」は問題となり得ないし、昭和十一年二月判決や昭和五三年判決の事案のように、先に抵当権の実行を受けた物上保証人所有不動産の「後順位抵当権者の民法三九二条二項後段に基づく代位権」の「存否」が問題となる場面であっても、三九二条二項の適用限定論により後順位抵当権者自身の代位権は否定され物上保証人の代位権のみが認められた上で、物上保証人が代位によって取得した先順位抵当権に後順位抵当権者が「物上代位」するとの理論構成が採られるため、結局のところ、本件事案と同じく、「物上保証人の民法五〇〇条に基づく代位権と後順位抵当権者の民法三九二条二項後段に基づく代位権との衝突は起りえない」。原審の「衝突」論は全くその役割を果たしていないのである。

b もう一つの「期待」論

先順位共同抵当権者たる上告人Aは、後順位抵当権者たる被告Bの請求の根拠である代位権を否定するため、昭和四年判決の三九二条二項の適用限定論をこれを支持する諸学説と共に再度援用し、併せて、昭和四四年判決による「期待」論にも言及している。先に1bで検討したとおり、先順位抵当権の代位行使を介した求償債権の確実な回収に対する物上保証人の「期待」とは、そのように先順位抵当権が代位行使される先の不動産の後順位抵当権者に対する優先を根拠付けるものであって、三九二条二項後段による後順位抵当権者の代位の可否とは本来無関係なはずであった。ところが、昭和四年判決の適用限定論と抱き合わせる形で昭和四四年判決がこの「期待」論を展開する直前、物上保証人の右「期待」を保護することと、三九二条二項の適用を「同一債権ノ担保トシテ債務者所有ノ数個ノ不動産上ニ抵当権ノ設定アリタル場合」に限定して物上保証人所有不動産の後順位抵当権者の債務者所有不動産に対する先順位抵当権の代位行使を否定することとを、物上保証人所有不動産の「担保価値」の有効

利用の名の下に混同する学説が現れていた(後述三一参照)。上告人はこれを共同抵当目的物が同一物上保証人の所有に属する本件事案にも応用する形で、Bの代位権の排除を狙ったようである。また、先順位共同抵当債権者(に任意弁済によって代位した物上保証人)による抵当権の一部放棄に關しても、昭和十一年七月判決を参照した昭和四四年判決の傍論部分ではなく、昭和四年判決を参照し三九二条二項の適用限定論と「期待」論とを組み合わせた判決理由、すなわち、抵当権を放棄した共同抵当債権者が残る抵当権の實行によって「事項の債権の全額について満足を受けることができる」とした箇所が援用され、自らへの配当に誤りがなかった旨主張されている。<sup>(33)</sup>

最高裁は上告人の右主張(「上告理由第一点」)を「独自の見解に立つて原判決を論難するもの」として正面から取り合うことなく、次のように論じてAの上告を退けた。すなわち、「共同抵当権の目的たる甲・乙不動産が同一の物上保証人の所有に属し、甲不動産に後順位の抵当権が設定されている場合において、甲不動産の代価のみを配当するときは、後順位抵当債権者は、民法三九二条二項後段の規定に基づき、先順位の共同抵当債権者が同条一項の規定に従い乙不動産から弁済を受けることができた金額に満つるまで、先順位の共同抵当債権者に代位して乙不動産に対する抵当権を行使することができる」と解するのが相当である。ただし、後順位抵当債権者は、先順位の共同抵当債権の負担を甲・乙不動産の価額に準じて配分すれば甲不動産の担保価値に余剰が生ずることを期待して、抵当権の設定を受けているのが通常であつて、先順位の共同抵当債権者が甲不動産の代価につき債権の全部の弁済を受けることができるため、後順位抵当債権者の右期待が害されるときは、債務者がその所有する不動産に共同抵当権を設定した場合と同様、民法三九二条二項後段に規定する代位により、右期待を保護すべきものであるからである。甲不動産の所有権を失つた物上保証人は、債務者に対する求償権を取得し、その範囲内で、民法五〇〇条、五〇一条の規定に基づき、先順位の共同抵当債権者が有した一切の権利を代位行使し得る立場にあるが、自己の所有する乙不動産に

ついでみれば、右の規定による代位を生じる余地なく、前記配分に従った利用を前提に後順位の抵当権を設定しているのだから、後順位抵当権の代位を認めても、不測の損害を受けるわけでもない。所論引用の判例は、いずれも共同抵当権の目的不動産が同一の物上保証人の所有に属する事案に関するものではなく、本件に適切ではない。

そして、右の場合において、先順位の共同抵当権者の代位の対象となっている乙不動産に対する抵当権を放棄したときは、先順位の共同抵当権者は、後順位抵当権者が乙不動産上の右抵当権に代位し得る限度で、甲不動産につき、後順位抵当権者に優先することができないのであるから（最高裁昭和四一年（オ）第一二八四号同四四年七月三日第一小法廷判決・民集二三卷八号一二九七頁参照）、甲不動産から後順位抵当権者の右の優先額についてまで配当を受けたときは、これを不当利得として、後順位抵当権者に返還すべきものといわなければならない（最高裁平成二年（オ）第一八二〇号同三年三月二二日第二小法廷判決・民集四五卷三号三二二頁参照）、と。

原審に続いて最高裁も、本件事案のように共同抵当目的物が「同一の物上保証人の所有」に属する場合について、「債務者がその所有する不動産に共同抵当権を設定した場合と同様」に、「民法三九二条二項後段に規定する代位」を認めるわけであるから、原審も参照した昭和四四年判決の傍論に従う限り、先順位共同抵当権者Aが後順位抵当権者Bの代位の対象となっている丙不動産に対する抵当権を放棄したときは、Aは、Bが丙不動産上の右抵当権に代位し得る限度で、丁不動産につき、Bに優先することができないことになる。Aが既に丁不動産からBの右優先額についてまで過剰に配当を受けてしまった場合には、これを不当利得としてBに返還すべきとした点も含め、その推論には、先例との整合性において特に問題はないようにも見える。しかし、ここで注意しなければならぬのは、昭和四年判決以来の適用限定論を前提に、これを正面から撤回することなく、共同抵当目的物が同一の物上保証人の所有に属する場合にも三九二条二項の適用を認めるに至ったその論拠である。



最高裁が、原審の「衝突」論を繰り返すことも上告人の「期待」論を正面から論駁することもせず、まず提示したのは新たな「期待」論とでも言うべきものであった。共同抵当目的物の後順位抵当権者は、三九二条一項に基づいた先順位共同抵当権の被担保債権の割付によって各目的物に生じる「担保価値」の「余剰」を「期待」して抵当権の設定を受けるのが「通常」である。ところが、先順位共同抵当権者が、三九二条二項前段に従って、後順位抵当権の設定された共同抵当目的物の代価から「債権の全部の弁済を受ける」ならば、後順位抵当権者の右「期待」が「害される」ことになる。そこで、三九二条二項後段は、後順位抵当権者に代位を認めて、右「期待」の「保護」を図っているというのである。

ここで論じられているのは、一見して明らかのように、三九二条全体の立法趣旨に他ならない。そして、共同抵当目的物の何れからでも「債権の全部の弁済」を受けられる先順位共同抵当権者と、各目的物の「担保価値」の「余剰」を「期待」している後順位抵当権者との間の利害調整という見立ては、これまで繰り返し言及してきた大正一五年の大審院連合部判決が「先順位抵当権者ノ利益ヲ害スルコトナクシテ後順位抵当権者ノ利益ノ均衡ヲ維持スルコト」を三九二条の「立法理由」と見なしたことを連想させる。実際、大正一五年判決の言う「先順位抵当権者ノ利益」とは、「抵当権不可分ノ原則」に基づき「債権ノ全部」につき優先弁済を得られる利益であった。後順位抵当権者間の「利益ノ均衡」も、結局、先順位抵当権を代位行使する後順位抵当権者と当該代位行使を受ける目的物の後順位抵当権者とが互いに三九一条所定の割付額を超えて利益を得たり不利益を被ることがないという趣旨であるから、そこには、右割付額を基準とした各不動産の「担保価値」の「余剰」に対する後順位抵当権者の「期待」の保護も当然含意されよう。

しかし、大正一五年判決の「立法理由」論とも呼応するこの新たな「期待」論は、本件事案において、「債務者

がその所有する不動産に共同抵当権を設定した場合と同様に三九二条二項を適用する論拠として上手く機能していない。理由は二つある。まず、本件事案では、後順位抵当権が存する共同抵当目的物について抵当権が実行される前に、代位行使し得る先順位抵当権が共同抵当権者自身によって放棄されているため、そもそも後順位抵当権に代位を認めてその「期待」を保護する前提に欠けている。共同抵当権者による抵当権放棄が後順位抵当権者の「期待」の侵害となり得るとしても、「先順位の共同抵当権者」が何れの目的物から「債権の全部の弁済を受けることができる」という前提で後順位抵当権者の「期待」が保護されるに留まるといって三九二条二項の右趣旨に照らせば、共同抵当権者が全部弁済を受ける過程で偶々抵当権を「放棄」したからといって直ちに同項後段を持ち出して後順位抵当権者の「期待」を保護するとの理屈は成り立ちにくい。「民法第三九二条及第五〇四条ノ法意ヲ類推スル」ことで同様に共同抵当権者の優先弁済額の限定を図った前述昭和十一年七月判決の傍論に照らしても、債権者の「故意」や「懈怠(過失)」を要件とする五〇四条との均衡上、放棄者の主観的要件を考慮し得る理論構成、例えば、不法行為による損害賠償の方が、三九二条一項による割付をそのまま優先弁済額の限定とみなしてそれを超える配当受領を不当利得を位置づける本判決よりも、後順位抵当権者の「期待」を保護する理屈としては適切であろう。<sup>34)</sup> 本判決は、その意味で、昭和四四年判決の傍論が昭和十一年七月判決を参照しつつも「五〇四条ノ法意」を省いて単純に三九二条を根拠とした余波と解することもできる。

また、共同抵当権者による抵当権の放棄をという本件事案の特殊性を捨象して、共同抵当目的物が「同一の物上保証人の所有に属する」場合一般における三九二条二項適用の論拠として、本判決の「期待」論を捉えたとしても、事情は変わらない。というのも、後順位抵当権者の右「期待」は、三九二条の文言を前提にする限り、これら二つの場面以外、つまり、共同抵当目的物として債務者所有不動産と物上保証人所有不動産が混在する場合や、共同抵

当目的物が異なる物上保証人の所有に属する場合にも妥当するはずだからである。にもかかわらず、後順位抵当権者の「期待」が本件事案への三九二条二項適用の論拠とされたのは、同項の適用を「債務者がその所有する不動産に共同抵当権を設定した場合」に限定する昭和四年判決以来の前提が議論の起点になっているからであろう。本判決の「期待」論は、少なくとも最高裁の意図としては、三九二条の立法趣旨一般としてではなく、三九二条二項の適用限定論の修正理由として提示されているのである。すでに論じたとおり、前提となっている適用限定論そのものに根拠がないのであるから、「期待」論が最高裁の意図どおりの機能を果たすことはあり得ない。

他方、本判決の「期待」論を、大正一五年判決の「立法理由」論と同じく、三九二条の立法趣旨を敷衍したものと捉えるならば、三九二条二項後段による後順位抵当権者の代位をその文理どおりに広く認めるための論拠となるし、三九二条二項の解釈をあるべき姿に立ち戻らせる契機ともなり得る。大正一五年判決が昭和四年判決の適用限定論以前の判決であることを考え合わせると、本判決にそのような契機を見出すこともあながち不当とまでは言えないであろう。

### c 物上保証人の「立場」と「物上代位」論の回避

本件は先順位共同抵当権者と共同抵当目的物の後順位抵当権者との間の争いであり、また、物上保証人が代位弁済した事案でもないから、三九二条二項後段による後者の代位権を正当化する「期待」論に加えて、訴訟当事者ではない物上保証人の「立場」、つまり、「債務者に対する求償権を取得し、その範囲内で、民法五〇〇条、五〇一条の規定に基づき、先順位の共同抵当権者が有した一切の権利を代位行使し得る立場」まで判決理由の中で論じられたのには奇異な印象を受ける。これは、「上告理由第一点」に援用された昭和四年判決と昭和四四年判決がいずれ

も物上保証人による代位弁済を含む事案(ただし後者の事案は抵当権実行前の任意弁済による代位)であったことから、「所論引用の判例は、いずれも共同抵当権の目的不動産が同一の物上保証人の所有に属する事案に関するものではなく、本件に適切ではない」との結論を導くために必要であったとさしあたり解し得る。しかし同時にこれは、昭和四年判決の明示した三九二条二項の適用場面、すなわち、「同一債権ノ担保トシテ債務者所有ノ数個ノ不動産上ニ抵当権ノ設定アリタル場合」以外の場面で同項後段による後順位抵当権者の代位の可能性を認めるにあたり、共同抵当目的物が異なる物上保証人の所有に属する場合や共同抵当目的物中に債務者所有不動産と物上保証人所有不動産とが混在する場合について、三九二条二項後段による後順位抵当権者の代位をいわばアプリアリに排除し、五〇〇条による物上保証人の代位のみを認め、「物上代位」という理屈で後順位抵当権者の保護を図ってきた先例(昭和十一年一二月判決、昭和五三年判決、昭和六〇年判決)との矛盾を回避しようとしたものと解することも可能である。<sup>(35)</sup>

従来の「物上代位」論に従えば、共同抵当目的物が何れも同一の物上保証人の所有に属する場合であっても、自己の所有する共同抵当目的物の一つに抵当権の実行を受けた物上保証人は、五〇〇条によって先順位共同抵当債権者に代位し、五〇一条によって先順位抵当権をやはり自己の所有する残りの抵当目的物に行使する地位に立ち、後順位抵当権者Bはこの物上保証人が代位行使し得る先順位抵当権に「物上代位」することになるはずである。本判決は、この「物上代位」論に頼らずに、三九二条二項後段による後順位抵当権者自身の代位を認めたわけである。

本判決は、後順位抵当権者の「物上代位」の前提となる物上保証人の「法定代位」について、代位行使される抵当権の目的物が「自己の所有する」不動産である場合には「法定代位を生じる余地はな」とする。確かに、物上保証人の法定代位が生じなければ、後順位抵当権者の「物上代位」を認める余地もない。自己所有の不動産につい

ては「法定代位」による抵当権行使は認められないというのは、「同一物」について「所有権」と「他の物権」(ここでは抵当権)が「同一人に帰属した」とき「当該他の物権は消滅する」という混同(一七九条一項本文)を根拠とするものと推測される。

しかし、そうであるとすると、ここで回避したいはずの「物上代位」論が逆に足枷となる。なぜなら、「物上代位」論によれば、物上保証人が弁済による代位によって自己所有不動産上に取得する「他の物権」つまり先順位抵当権は、後順位抵当権者という「第三者」が有する「物上代位」の「権利」のまさに「目的」となっている(一七九条一項但書)と解し得るからである。この混同の例外という理屈は、物上保証人が抵当権実行前に任意の代位弁済によって先順位共同抵当債権者に代位し、自己所有不動産上の抵当権を「放棄」した事案に関する昭和四四年判決においても、暗黙の内に前提とされていた。そのような抵当権の「放棄」は、債務者所有不動産の後順位抵当権者の物上保証人所有不動産に対する代位権(三九二条二項後段)を「第三者の権利」とみなし、混同の例外として抵当権が消滅しないと解するのでなければ(しかしそれは三九二条二項適用限定論に矛盾する)、本来不要であった。そもそもこの種の混同の例外を認めるべきか否かについても議論の余地はあるが、<sup>(36)</sup>いずれにせよ、混同を理由とする法定代位の否定だけでは「物上代位」論を回避するのに十分とは言えない。

更に、抵当権の「放棄」をめぐる昭和四四年判決との比較は、物上保証人の「立場」に言及する本判決の根本的な問題を明らかにしてくれる。昭和四四年判決の事案では、先順位共同抵当債権者に代位した物上保証人が自己所有不動産上の抵当権を「放棄」したのに対して、本件事案では、先順位共同抵当権者A自身が抵当権実行前に不動産の第三取得者Cによる代位弁済を受けて同不動産上の抵当権を「放棄」している。それ故、本件事案では、本判決の言う「物上保証人」の「立場」、すなわち、「債務者に対する求償権を取得し、その範囲内で、民法五〇〇

条、五〇一条の規定に基づき、先順位の共同抵当権者が有した一切の権利を代位行使し得る立場」はそもそも問題とならない。「物上代位」論との調和を企図して物上保証人の代位を否定する議論は、本件事案の解決に不可欠な判決理由ではなく、やはり文字通りの傍論なのである。

昭和四四年判決は、物上保証人の求償債権の満足に対する「期待」を根拠に、先順位抵当権が代位行使される債務者所有不動産の後順位抵当権者に対する優先を認めたと、この場合、三九二条二項適用限定論の下に、後順位抵当権者による代位の可能性そのものが最初から否定されているから、物上保証人が代位した先順位共同抵当権者の立場で自己所有不動産上の抵当権を「放棄」しても、債務者所有不動産の代価の配当において三九二条一項による負担割付額による制約を受ける謂れはない。これに対して、本件事案のように、物上保証人所有不動産に後順位抵当権者が存していて、同じ物上保証人の所有する別の共同抵当目的物上の抵当権が放棄された場合には、後順位抵当権者の「期待」が害される恐れがあるから(またそれ故に三九二条二項後段が適用可能であるから)、先順位共同抵当権者の優先弁済の範囲は同条一項による負担割付額に限定されるべきというのが本判決の見立てなのである。

このように、本件事案の解決にあたっては、先順位共同抵当権者の優先弁済の範囲が、同人の抵当権の放棄によって代位の機会を奪われ「担保価値」の「余剰」への「期待」を侵害された後順位抵当権者との関係で、その理論構成はともかく、限定される旨判示するだけで十分であった。従来の「物上代位」論が機能し得ない事案であるにもかかわらず、本判決が、物上保証人と同人所有不動産の後順位抵当権者との関係についてまで敢えて脱線して説き及んだのは、「物上代位」論そのものではなく、むしろ、その論理的前提となってきた三九二条二項の適用限定論との帳尻あわせを意識したためと考えるべきではないだろうか。

「物上代位」論は、三九二条二項の適用が「同一債権ノ担保トシテ債務者所有ノ数個ノ不動産上ニ抵当権ノ設定

「アリタル場合」場面に限定されるとの前提で、それ以外の場面、特に、共同抵当目的物中に物上保証人所有不動産と債務者所有不動産が混在する場合で、物上保証人所有不動産の後順位抵当権者を物上保証人に優先させる価値判断を具体化するために導入された理論構成であった。しかし、そのような価値判断の具体化は、三九二条二項の適用をその文理に忠実に広く認め、右のような場合にも、同項後段による後順位抵当権者の代位と五〇〇条による物上保証人の代位を並存させたとしても、代位行使され得る先順位抵当権によって優先弁済の恩恵を受ける序列が価値判断として明確である以上、実現可能である。また、劣後者たる物上保証人にまず確定的に先順位抵当権を取得させた上で、優先者たる後順位抵当権者がこれに「物上代位」と考えると考えるよりは、後順位抵当権者が三九二条二項後段による代位によって先順位抵当権を直接行使し得ると解した方が右価値判断にも整合する。

適用限定論が「物上代位」論に頼ることを余儀なくさせているわけであるから、「物上代位」論と価値判断との不整合は、結局、適用限定論それ自体に由来する。本判決は、その適用限定論の廃棄、つまり、表立った判例変更は回避しつつ、共同抵当目的物が同一の物上保証人の所有に属する場面を三九二条二項の適用範囲に取り込むことによって、適用限定論の難点を部分的に是正したことになる。

適用限定論の部分的修正という本判決の意義は、共同抵当債権者に代位可能な物上保証人の「立場」について判決理由中に言及されるもう一つの論拠からも読み取ることができる。本判決によれば、物上保証人が共同抵当目的物たる自己所有不動産に後順位抵当権を設定する場合、三九二条一項による「先順位共同抵当権の負担」の「配分」に応じた「利用」を「前提」としているはずであるから、「後順位抵当権者の代位を認めても、不測の損害を受けるわけではない」とされる。この論拠は、一見して明らかなくとおり、上告人が依拠した昭和四四年判決やこれを支持する学説の「期待」論への応答である。ここで後順位抵当権設定の「前提」とされる「先順位共同抵当権の負担」



の「配分」に応じた「利用」の意味するところは明確ではないが、三九二条一項による被担保債権の割付の結果生じる各不動産の「担保価値」の「余剰」の「利用」という趣旨であれば、右論拠は、aでふれた新たな「期待」論つまり、同じく各不動産の「担保価値」の「余剰」に対する後順位抵当権者の「期待」の保護という論拠と表裏一体の関係にあると言え、結局ここでは、適用限定論を前提に三九二条二項の適用場面を拡張する新たな「期待」論によって従来の「期待」論が論駁されていることになる。昭和四四年判決の「期待」論は、三九二条二項による後順位抵当権者の代位が現実には生じ得ない事案でこの代位の不都合を指摘し、併せて適用限定論の正当化も図っていたわけであるから、従来の「期待」論に対する本判決の右応答に適用限定論そのものに対する批判を読みとることはむしろ理に適う。

ところで、物上保証人が共同抵当目的物たる自己所有不動産の「担保価値」の「余剰」を有効に「利用」して、同じ債務者や別の債務者のため、あるいは、自ら融資を受けるために、後順位抵当権を設定するという事態は、本件事案のように共同抵当目的物が「同一の物上保証人の所有」に属する場合だけでなく、昭和四四年判決の事案のように物上保証人所有不動産と債務者所有不動産が共同抵当目的物として混在する場合であっても、等しく生じ得る。物上保証人の「不測の損害」についても、そもそも物上保証人には、債務者がその所有する不動産の「担保価値」の「余剰」を「利用」して後順位抵当権を設定することを妨げる権限はないのであるから、たとえその後順位抵当権者が物上保証人所有不動産に先順位抵当権を代位行使してきても「不測の損害」とまでは言えないであろう。加えて、三九二条一項による負担の「配分」を「前提」に「担保価値」の「余剰」の「利用」として後順位抵当権が設定されているから同条二項後段による後順位抵当権者の代位をその「期待」どおり認めてもよいとの理屈は、適用限定論を維持しつつ本件事案について新たに三九二条の適用を正当化する議論としては結論先取りの観を否め

ない。

d 小括

以上から明らかなように、本判決が提示する新たな「期待」論や物上保証人の「立場」論は、大正一五年判決の「立法理由」論と同じく、三九二条の適用と同条二項後段による後順位抵当権者の代位を一般的に認める論拠にはなり得ても、「債務者がその所有する不動産に共同抵当権を設定した場合」(昭和四年判決の言う「同一債権ノ担保トシテ債務者所有ノ数個ノ不動産上ニ抵当権ノ設定アリタル場合」と、本件事案のように共同抵当目的物が「同一の物上保証人の所有」に属する場合とにそれを敢えて限定する論拠としては機能しない。ところが、これら二つの場面に適用を限定する理由は依然はっきりしないまま、本判決によって修正された適用限定論が学説上也広く受け入れられ今日に至っている。

本判決が昭和四年判決以来の適用限定論の撤回にまで踏み込まなかったのは、何より、先順位共同抵当権者自身による抵当権の放棄という本件事案の特殊性によるものと思われる。ここでは、三九二条二項後段による後順位抵当権者の代位も、五〇〇条による物上保証人の代位も、現実には生じることではなく、抵当権の残存する不動産の代位について先順位抵当権者と後順位抵当権者の配当のあり方が問題となるにすぎない。判決理由は、上告理由に回答するために、共同抵当目的物の一部の抵当権実行により物上保証人の代位の可否が問題となる場面をわざわざ仮定して、後順位抵当権者の代位権を正当化したが、後順位抵当権者の「期待」と物上保証人の「立場」(自己所有不動産に対する抵当権の代位行使の不可能性と後順位抵当権者の代位権に対する予測可能性)によって正当化された代位権が本件事案の解決にあたって果たす役割とは、抵当権を一部放棄した先順位共同抵当権者の優先弁済額を

制限することではしかなかった。三九二条二項の適用限定論の難点は、「物上代位」論における価値判断と理論構成の不整合として表面化するわけであるから、物上保証人の代位が現実には生じていないため物上保証人所有不動産の後順位抵当権者による「物上代位」の是非を正面から吟味する必要のなかった本判決が、適用限定論の枠内に留まったのは致し方ないとも言えよう。

### 三 共同抵当における代位の並存、序列、範囲

二で検討したとおり、昭和四年判決で示された三九二条二項適用限定論は、平成四年判決における修正を経て、共同抵当目的物が同一人に帰属する場面に適用を限定するという形で依然維持されている。これに対して、本稿は、後順位抵当権者による右代位をより広く、共同抵当目的物中に債務者所有不動産と物上保証人所有不動産とが混在する場面や、共同抵当目的物が異なる物上保証人の所有に属する場面においても認めるべきと考える。そもそも三九二条には後順位抵当権者の代位を限定する文言上の手掛かりがないのであるから、論証のあり方としては、これを敢えて限定する側の論拠の有無や当否を検討することでさしあたり十分であろう。二では、まさにそのような意図から判例理論の展開を内在的かつ批判的に跡づけた。以下では、この判例理論の展開に呼応して現れ、判例を支持する現在の通説的立場の形成に寄与したと考えられる主要な学説にも目を配りつつ、本稿の立場を再度整理し提示することにした。

1 後順位抵当権者の代位と物上保証人の代位の並存

a 債務者所有不動産の後順位抵当権者の代位との関係

三九二条二項の制限的解釈を最初に示した昭和四年判決に対する学説上の評価としてまず注目すべきなのは、我妻栄『担保物権法』（昭和十一年）における記述である<sup>37</sup>。ここでは、「債務者以外の者の所有物について競売が行われたとき」の「第五〇〇条による抵当権の代位と第三九二条第二項による代位との優劣如何」との問題設定の下、「第三九二条第二項は債務者所有の数箇の不動産の上に抵当権の存する場合に限るとなし、物上保証人を優先せしめる」のが昭和四年判決であるとされている。また、「物上保証人を優先せしめる」理由として、昭和四年判決は、五〇〇条に基づく「第三者ノ代位権」が「債務者所有ノ不動産ニ対スル後順位抵当権ノ設定」によって「不当ニ害セラルルニ至ル」としか述べていなかったため、その趣旨を推察敷衍する形で、「共同抵当の目的物を提供せる物上保証人は債務者の所有物の担保力に信頼するものにして、第五〇〇条の規定は正にこの信頼を保護するものなるが故に、これについて後順位抵当権者生ずるもこれによって物上保証人の右の保護を廃すべきではないとすることが判例の根拠であろう」とも指摘されている。

このように推測された昭和四年判決の「根拠」について「一理ある見解である」としつつも、著者自身は判例の見解には与していない。「共同抵当の目的物を提供し物上保証人となる者は不動産の価格に応じた被担保債権の按分額だけはこれを負担することを甘受せるものとして、債務者所有の不動産の上の後順位抵当権者の地位を保護するをもって、不動産の担保価値を十分に利用する目的からみてより平明な理論となすのではなからうか」というのである。ここで意図されているのは、物上保証人による先順位抵当権の代位行使を、三九二条一項によって債

務者所有不動産に割り付けられる負担額の範囲に制限することであり、「求償権ニ基ク物上保証人ノ代位権ノ範囲ハ民法第三九二条第二項ノ反対解釈ニヨリ之ヲ不動産ノ価格ニ応シ其ノヲ超過シタル部分ニ限ラサル可ラス」とした昭和四年判決の上告理由にほぼ一致する。異なるのは、「偶々」物上保証人所有不動産について先に抵当権が実行された場合に債務者所有不動産の後順位抵当権者が被る「不公平ナル結果」に着目する上告理由に對して、「不動産の担保価値」の有効な「利用」というより一般的な観点から右制限が正当化されている点である。

この我妻旧説(後の改説と區別するため旧説と称する)については、「共同抵当の債権額を常に必ず当初から目的不動産の各々について配分(割付)せしめ、各不動産についてその配分額以上の優先額を認めずとするが如き制度は、共同抵当制度自体を否定するものである<sup>38)</sup>」との著者自身の共同抵当理解と整合し得るかどうかも問題となるが、根本的に疑問なのは、「第五〇〇条による抵当権の代位と第三九二条第二項による代位との優劣如何」との問題設定それ自体である。というのも、物上保証人所有不動産について先に抵当権が実行され換価されたという前提では、五〇〇条による物上保証人の代位のみが問題となり、先順位抵当権の代位行使先である債務者所有不動産の後順位抵当権者について三九二条二項後段による代位はそもそも生じ得ないからである。つまり、この場合、二つの代位は「優劣如何」という関係には立たないのである。このような問題設定上の過ちは、三九二条二項の適用場面制限の是非と、五〇〇条及び五〇一条に基づく物上保証人の先順位抵当権の代位行使の範囲という本来別個に吟味されるべき問題を短絡した昭和四年判決の誤謬をそのまま受け継いだものと言える。

我妻旧説は、その批判対象である「判例」(昭和四年判決)と同じ誤謬を起点とした議論であったにもかかわらず、戦後も一定の支持を得た。例えば、鈴木祿弥『抵当制度の研究』(昭和四三年)は、「後順位抵当権者ないし抵当不動産所有者の利益の調節」が問題となる「共同抵当の内部関係」について、「共同抵当権者がいかなる形で自己の

債権の満足を計ろうとも、後順位抵当権者は、共同抵当につき同時配当がなされた場合より劣悪な地位を与えられてはならない」との「原則」を立てた上で、この「原則」に相応しい「解釈」として、我妻旧説の前記箇所を抜粋引用している<sup>(39)</sup>。右「原則」を三九二条の「法文の趣旨」から導き得るのかどうかも疑問であるし、五〇一条に基づいて物上保証人が先順位抵当権を代位行使する範囲を限定する論拠として、三九二条一項による割付をあたかも自明の前提の如く持ち出すことの不自然さも特に意識されてはいない。

このような議論は、逆に、三九二条の適用範囲と物上保証人による先順位抵当権の代位行使の範囲という二つの問題が区別されていないことの証拠となる。実際、右「原則」が実現され三九一条一項による負担割付分が後順位抵当権者に「確定的に与えられている」と解するために「三九二条二項後段の規定は抵当不動産の所有者がことなる場合にも適用するものと考えなければならない」との主張には、二つの問題の混同がはっきり見て取れる。債務者所有不動産の後順位抵当権者と物上保証人の何れの利益を優先させるかという価値判断の次元では正反対であっても、後順位抵当権者の代位が現実には生じ得ない場面で三九二条二項後段の「適用」の可否を論ずるところは判例の論法と軌を一にする。昭和四年判決の上告理由の「反対解釈」がそうであるように、後順位抵当権者の保護のためとはいえ、代位が現実には生じない場面で、三九二条二項後段を「適用」して物上保証人による先順位抵当権の代位行使を制限することには無理がある。そのような代位行使制限の是非や範囲は三九二条の「適用」とは別に検討されるべきであろう<sup>(41)</sup>。

なお、この三九二条二後段「適用」説から示唆を得た論者から、判例の難点の一つとして、「同時配当の場合との不均衡」が指摘されることがある<sup>(42)</sup>。ここに言う「不均衡」とは、異時配当では求償債権全額について債務者所有不動産上に先順位抵当権を代位行使し得るのに対し、同時配当においては三九二条一項によって自己所有不動産の

割付額を負担することになる物上保証人の地位の不安定さである。しかし、少なくとも右鈴木説が「共同抵当につき同時配当がなされた場合より劣悪な地位を与えられてはならない」として配慮を示しているのは、「三九二条二項の〈代位〉の問題」を論じている以上当然ではあるが、「後順位抵当権者」の立場であつて「物上保証人」のそれではない。<sup>(43)</sup>この点を措くとしても、「同時配当の場合との不均衡」という議論自体もそれほど説得力はない。というのも、異時配当との間の「不均衡」は共同抵当不動産の価額や被担保債権額の大きさによつて変動するあくまで相対的なものである上、そもそも三九二条一項所定の負担割付は物上保証にあつて予測可能な法律効果であるし、物上保証人所有不動産が先に換価される異時配当では債務者よりも先に所有権を喪失したいわば代償として同時配当よりも相対的に有利な立場に置かれるのはむしろ合理的とも言えるからである。何れにせよ、根拠のない適用限定論を三九二条一項にまで及ぼす理由は見当たらない。

更に、鈴木説が判例の「不都合」として実際に指摘している点、すなわち、後順位抵当権設定後に共同抵当目的物が第三者に譲渡された場合の後順位抵当権者の「取分」の「変動」<sup>(44)</sup>について言えば、「譲渡前に存在した後順位抵当権者の割付に対する期待」<sup>(45)</sup>なるものは文字通りの「期待」にすぎず、譲渡前に現実に三九二条二項後段による代位が生じたわけではない以上、先に抵当権の実行を受けた第三取得者による先順位抵当権の代位行使を、鈴木説の想定するような二つの共同抵当目的物について異なる第三取得者が現れた場合には、「各不動産の価格に応じて」(五〇一条三号)、共同抵当目的物の何れかについて第三取得者が現れた場合には、求償債権全額について(五〇一条)、それぞれ認めざるを得ない。共同目的物所有者による処分行為を後順位抵当権者との関係で如何に評価するかという問題はあるにせよ、後順位抵当権設定登記が第三取得者への所有権移転登記に先んずる場合に、第三取得者の法定代位や先順位抵当権の代位行使が制限されるといった議論は、<sup>(46)</sup>後順位抵当権者の「期待」を三九二条二



項による代位自体と混同するものとして、我妻旧説や鈴木説と同様の誤謬に陥っており、再検討の余地がある。

最高裁が昭和四四年判決において昭和四四年判決を踏襲敷衍し、「期待」論による物上保証人保護の立場を明確にしたのと相前後して、学説上も判例支持が一般化する。その象徴が昭和四四年判決が現れる直前に公刊された我妻栄『新訂担保物権法』（昭和四三年）における改説である。債務者所有不動産が自己所有不動産と共に共同抵当目的物となることによって「求償権は確実に効果を収めうる」との「物上保証人の期待」を保護し、物上保証人所有不動産の「担保価値の利用」は物上保証人自身に委ねるのが「一層妥当」だといっているのである。<sup>47</sup> 昭和四四年判決の「期待」論は、我妻旧説が昭和四四年判決について「一理ある」として推測敷衍した内容、すなわち、「共同抵当の目的物を提供せる物上保証人は債務者の所有物の担保力を信頼する」との観方に符合する。<sup>48</sup> 右改説は、後順位抵当権設定による債務者所有不動産の「担保価値」の有効利用（債務者及びその後順位抵当債権者の利益）と、求償債権の実現に対する物上保証人の「期待」の何れを保護すべきかという専ら価値判断上の変更に由来するものであり、議論の枠組みは旧説と変わらない。昭和四四年判決が、昭和四四年判決と同様あるいはそれ以上に、物上保証人保護を三九二条二項の適用限定に結びつけたのに対応して、この我妻新説も、旧説と実質的に変わらない枠組み、すなわち、物上保証人の代位と債務者所有不動産の後順位抵当権者の代位との間に生ずる「衝突」<sup>49</sup>を「いかに調整すべきか」との問いに対する答えとして提示されている。<sup>50</sup> 後順位抵当権者の代位が現実には生じない場合で三九二条二項の適用の可否を論ずることの不合理さが意識されることなく判例支持が広がったことが、昭和四四年判決において「期待」論と根柢のないまま抱き合わせて再度提示された三九二条二項適用限定論が通説化する要因になったとも解される。

物上保証人所有不動産について先に抵当権が実行された場合に、物上保証人の「期待」の保護のため、先順位抵

当権の代位行使を求償債権全額について認める議論と、三九二条二項の適用を共同抵当目的物が何れも債務者の所有に属する場合に限定し、共同抵当目的物中に債務者所有不動産と物上保証人所有不動産が混在する場合には、前者について抵当権が実行されてもその後順位抵当権者は後者について先順位抵当権を代位行使できないとする議論とが、二つの代位の「衝突」という誤った問題設定の下に、相互の関連性が不明なまま同居していたのが昭和四四年判決の問題点であった。我妻新説の系譜に連なる通説的見解は、この議論枠組みにそのまま依拠したまま、物上保証人を債務者所有不動産の後順位抵当権者に優先させるそれ自体正当な価値判断を具体化した昭和四四年判決の「期待」論を支持するだけでなく、三九二条二項の適用限定の正当化をも図っている。しかも、そのような正当化が、債務者所有不動産の「効率的な担保利用」や後順位抵当権者の「確実で平等な地位」という観点から三九二条を「適用」して同不動産の後順位抵当権者の保護を図る見解(前記我妻旧説・鈴木説)への批判という形で為されているために、誤った問題設定に基づく主張を同一の議論枠組みの中で批判するといういわば二重の誤謬が生じている。

すなわち、通説的見解<sup>(51)</sup>によれば、三九二条を「適用」して物上保証人による先順位抵当権の代位行使の範囲を限定する見解には、物上保証人が、「一項所定の割付額相当分」について、「自己と関係のない」債務者所有不動産の後順位抵当権者のために「物上保証」することになって、「思わぬ負担を甘受させられてしまう」という難点があり、「配分方法さえ決まっていれば少なくとも後順位抵当権者の予測可能性は保証される」ので、「物上保証人の代位に対する期待を犠牲にしてまで」、「後順位抵当権者間の同等扱いに拘泥すべきではない」というのである。しかし、物上保証人所有不動産について先に抵当権が実行され、債務者所有不動産の後順位抵当権者が先順位抵当権を代位行使する余地がもはやない場面、つまり、三九二条二項が適用され得ない場面での物上保証人の代位の是非や範囲

を論ずる文脈において、逆に債務者所有不動産について先に抵当権が実行され、本来ならば、三九二条二項後段に基づく不動産の後順位抵当権者の代位が生じて、物上保証人は代位するどころかこの後順位抵当権者による先順位抵当権の代位行使を「甘受」すべきはずの場面を想定し、物上保証人はそのような不利益を「甘受」する謂れないから、物上保証人の右「代位」は正当であるとか、三九二条二項を「適用」すべきではないとか主張することは、明らかに論理的整合性を欠く。というのも、債務者所有不動産について先に抵当権が実行され物上保証人の代位がもはや生じ得ない場面での不利益は、物上保証人所有不動産について先に抵当権が実行され物上保証人の代位が現実には生じる場面で当該代位を正当化する根拠にはなり得ないし、物上保証人所有不動産について先に抵当権が実行され三九二条二項が適用できない場面に敢えて「適用」する見解の難点も、本来適用できる場面で三九二条二項の適用を排除する理由にはならないからである。

共同抵当目的物として債務者所有不動産と物上保証人所有不動産が混在し、なおかつ、債務者所有不動産に後順位抵当権者が存する場合に、当該不動産について先に抵当権が実行されたならば、後順位抵当権者は三九二条二項後段に基づき先順位抵当権を物上保証人所有不動産に代位行使できると解すべきであり、「判例・通説」による三九二条二項の適用限定論には説得力がない。右に言う物上保証人の「思わぬ負担」も、後順位抵当権の設定が債務者の財産権行使の自由に属する以上、最初から予見可能であり、そのようなリスクは債務者からの保証委託に際して予め対処しておくべき事柄であろう。

他方、物上保証人所有不動産について先に抵当権が実行された場合には、物上保証人が五〇〇条により債権者に代位し五〇一条によりその先順位抵当権を債務者所有不動産に代位行使し、当該不動産の後順位抵当権に優先して配当を受けることができるというだけで、三九二条二項後段による代位などは一切生じない。このような各条文の

素直な解釈は、昭和四四年判決のように物上保証人の「期待」による正当化がそもそも必要かどうかは疑問とはいえず、この「期待」論の根底にある価値判断(物上保証人∨債務者所有不動産の後順位抵当権者)とも整合する。

結局のところ、債務者所有不動産の後順位抵当権者の代位と物上保証人の代位とが同時に生じ並存するとすれば、例えば、債務者所有の不動産甲、乙、そして、物上保証人所有の不動産丙に共同抵当権が存していて、乙と丙について先に抵当権が実行されたというような場面に限られる。この場合に生じる乙の後順位抵当権者の代位と物上保証人の代位との間に優劣は見出し得ないから、両者は甲に対する先順位抵当権を共有するものと考えざるを得ない(二六四条による準共有)。

b 物上保証人所有不動産の後順位抵当権者との関係

共同抵当目的物に債務者所有不動産と物上保証人所有不動産とが混在する場合、あるいは、共同抵当目的物が異なる物上保証人の所有に属している場合において、後順位抵当権の設定された物上保証人所有不動産について先順位共同抵当権が実行されると、三九二条二項後段による後順位抵当権者の代位と五〇〇条による物上保証人の代位とがまさに同時に成立する事態が生じる。しかし、判例は、昭和四四年判決以来の三九二条二項適用限定論を踏襲して物上保証人の代位のみを認める一方で、価値判断(物上保証人所有不動産の後順位抵当権者∨物上保証人)に沿った結論を導くために、物上保証人が代位取得した先順位抵当権に後順位抵当権者が「物上代位」<sup>(32)</sup>するとの理論構成を採用している。判例の依って立つ価値判断については学説上もほとんど異論はないとされ、本稿も後順位抵当権者の利益を当該抵当権の設定者のそれに優先させる価値判断に何等疑念を抱くものではない。問題は理論構成である。二で指摘したとおり、判例の「物上代位」論は、三九二条二項適用限定論という大前提と右価値判断との間に

何とか折り合いを付けるための苦肉の策とも言うべきものであり、判例を支持する学説も、理論構成の当否には立ち入らずにいわば消極的にこれを是認し、議論の力点をむしろ三九二条二項適用限定論の正当化に置いている。

例えば、柚木馨『担保物権法』（昭和三三年）は、「物上代位」論を初めて提示した昭和十一年二月判決を起点とした考察を踏まえて、「共同抵当の目的物中に債務者の所有物と第三者の所有物とが混在する場合」（ただし昭和十一年二月判決の事案は共同抵当目的物が異なる物上保証人の所有に属する場合であった）の「第三者」、「債務者所有の不動産上に設定された後順位抵当権者」、「代位弁済者の所有不動産上に二番抵当権を有する者」の三者が地位について次のような一般論を提示している。<sup>53</sup>すなわち、そのような場合、「第三者はその全弁済額について債務者所有の不動産上に代位抵当権を行使しうる地位にあり（民五〇〇条・五〇一条本文）、従って究極において債務者所有の不動産は全債務額について責任を負担する反面に第三者所有の不動産は競売に際してもその価値代表者たる代位抵当権を取得しうる地位にある」ので、「債務者所有の不動産上に設定された後順位抵当権者は共同抵当権者の全債権額を弁済した余剰を取得するにすぎないことを甘受する」一方、「代位弁済者の所有不動産上に二番抵当権を有する者はその不動産の価値代表者の上にその権利の実質的存続を期待しうる」とされる。この一般論に従えば、「第三者」たる物上保証人がその所有不動産について先に抵当権の実行を受けた場合、債務者所有不動産の後順位抵当権者との関係では、「不動産の価値代表者」たる先順位抵当権の代位行使により求償債権全額について優先弁済を得られるが、物上保証人自身の所有不動産の後順位抵当権者との関係では、自らが代位取得した「不動産の価値代表者」たる先順位抵当権について、後順位抵当権者の「権利」の「実質的存続」を認めざるを得ない、ということになる。

ここで注目されるのは、債務者所有不動産に後順位抵当権者がいる場面と物上保証人所有不動産に後順位抵当権

者がいる場面とが一括して論じられている点である。これは、論駁の対象として、「第三九二条は一項・二項を問わずすべての共同抵当に適用あるものであるとし、従つて目的物中に物上保証人や第三者取得者の所有物が存しこれがまず競売せられるときには、その第三者の代位とその目的物上の後順位抵当権者の代位とが競合し、而して第三者は目的物の価格に応じた負担を予期すべきものであるから、両者の順位としては後順位抵当権者の代位権が優先する、という見解<sup>(54)</sup>」を想定していたためと考えられる。「担保物権法」にはこの「見解」の主張者は明示されていないが、『担保物権法』の記述をほぼそのまま採録する柚木馨編『注釈民法』第九卷(昭和四〇年)の該当箇所<sup>(55)</sup>では、右「見解」(「判例理論」との関係で「反対説」と位置づけられている)の典故として、我妻旧説と柚木『担保物権法』以後に現れた鈴木説とが指示されている。我妻旧説は、aでみたとおり、抵当権実行を受けて先順位抵当権を代位行使する物上保証人と、代位行使先の債務者所有不動産の後順位抵当権者との優劣について、求償債権全額について優先弁済を認めるという形で前者を優先させた昭和四年判決の立場を「一理ある」としつつも、これに与することなく、物上保証人の優先弁済の範囲を三九二条一項所定の負担割付額に限定することで後順位抵当権者を保護し、その限りで「第三九二条第二項による代位」を「第五〇〇条による代位」に優先させる立場を表明していた。この我妻旧説は、昭和四年判決の評価という文脈で、「共同抵当の目的物を提供する物上保証人」と「債務者所有の不動産の上の後順位抵当権者」との関係を吟味するものであるから、「債務者所有の不動産上に設定された後順位抵当権者は共同抵当権者の全債権額を弁済した余剰を取得するにすぎないことを甘受する」との観点からこれに反駁することは確かに可能である。

柚木説は、我妻旧説を、「目的物中に物上保証人や第三者取得者の所有物が存しこれがまず競売せられるときには、その第三者の代位とその目的物上の後順位抵当権者の代位とが競合し、而して第三者は目的物の価格に応じた負担



を予期すべきものであるから、両者の順位としては後順位抵当権者の代位権が優先する」との「見解」として敷衍し、昭和十一年二月判決の事案のように共同抵当目的物が異なる物上保証人の所有に属する場面にこの「見解」を当てはめ、後順位抵当権者が三九二条二項後段により先順位抵当権を代位行使する「結果」は「判例と大差ない」とするなど、本来予定されていた場面を超えた射程を有するものとして我妻旧説を扱っているように見える。しかし、逆に「判例」との間で「大差を生ずる」場面として論じられているのは、「共同抵当の目的物中に債務者の所有物と第三者の所有物とが混在する場合」で、なおかつ、債務者所有不動産に後順位抵当権者が存し、物上保証人所有不動産について先に抵当権が実行された場合、つまり、昭和四年判決の事案に対応する場面である<sup>(56)</sup>。

とすれば、「かような場合に三九二条二項を適用して債務者の所有物と第三者の所有物とを同列に扱い、しかも後順位抵当権者に優先権を与えんとするのは、全く妥当をかくものといわざるをえない」とし、「三九二条第二項」を「代位弁済者の介入なき場合における均衡規定」と結論づける<sup>(57)</sup> 柚木説は、昭和十一年二月判決を起点とした議論から、いつのまにか昭和四年判決と我妻旧説とを対立軸とするそれにすり替わってしまったことになる。そのような議論の混乱については、二つの代位が現実には「衝突」し得ない場面で両者の優劣を論ずる我妻旧説の難点共々、目をつむるとしても、三九二条二項が一体なぜ「代位弁済者の介入なき場合における均衡規定」と言えるのか、換言すれば、同項の適用限定論は何故支持されるべきなのか、この点について何も論証はない。というのも、先順位抵当権を専ら「代位弁済者」の立場から「第三者の所有物」の「価値代表者」と解すること自体は、三九二条二項による後順位抵当権者の代位の否定という結論を先取りするものにすぎないからである。

一方、肝心の「物上代位」論に対する評価として、柚木説は、「尤も、物上代位の理論をこの場合に導入するときは技術的に複雑な疑問を生ずるのであるうし、本件のような場合には殊に後順位抵当権に優先権を認めることに



よつて結果に大差を来さずして平明な結果をえられるかに観ぜられるけれども、その理論の根拠をみいだすに苦しむ反面に物上代位の理が最もこの問題に妥当すると考えられるから、結論として判例の態度に賛意を表したい」と述べている。しかし、その煮え切らない表現にも示唆されるとおり、ここには、昭和十一年一月判決の価値判断(物上保証人所有不動産√物上保証人)と、自らも与する三九二条二項適用限定論とを両立させることの困難さの指摘(「技術的に複雑な疑問を生ずる」)以外に何等積極的な内容を見出すことはできない。素直に三九二条二項を適用して後順位抵当権者の代位を認めるにあたって、なぜ「その理論の根拠をみいだすのに苦しむ」のか、逆に、「物上代位の理が最もこの問題に妥当すると考えられる」のはなぜか、不明なままである。債務者所有不動産に後順位抵当権者が存する場合と物上保証人所有不動産に後順位抵当権者が存する場合とを一括して扱う柚木説の利点は、論者自身がそれを意識していたか否かは別として、昭和十一年判決の「物上代位」論が昭和四年判決の三九二条二項適用限定論を前提としたものであることを結果として示したところにあると考えられる。

「第三九二条第二項は代位弁済者の介入なき場合における均衡規定なのである」という柚木説の命題を、同項適用限定論と「物上代位」論を組み合わせる判例理論の支持という文脈で継承していると考えられるものとしては、例えば、佐久間弘道『共同抵当の理論と実務』(平成七年)がある。佐久間説によれば、三九二条二項の代位による「後順位抵当権者の代位」と、五〇〇条、五〇一条による「弁済による代位」とは、「抵当権の法律上の移転(法定移転)」をもたらす点では共通するが、「前者の代位は、共同抵当権者と後順位抵当権者との間の利害の調整を図つた物権法上の代位であり(抵当権が直接的に移転する)、後者の代位は、債権の消滅に関して、債権者、主たる債務者及び代位弁済者の間の利害の調整を図つた債権法上の代位であつて(抵当権の移転は債権の移転に随伴するにすぎない)、その法理を異にする」<sup>(58)</sup>、とされる。これら二つの「法理」の相違を「共同抵当における利害関係人間の

調整」という観点から見れば、「物権法上の代位」は「共同抵当不動産の所有者が同一の場合の共同抵当権者と後順位抵当権者との調整」を担い、「債権法上の代位」は「所有者が異なる場合の所有者間の調整」を担うということになるので、「民法五〇〇条、五〇一条の債権法理が適用されるのは、共同抵当不動産の所有者が異なり、それらの間に求償・弁済者代位の関係が生じる場合であり、そのような関係の生じない所有者が同一の場合にのみ、物権法理である民法三九二条が適用される<sup>(59)</sup>」。佐久間説はこのように述べて三九二条の適用限定を正当化している。

「求償・弁済者代位の関係」が生じない「所有者が同一の場合」にのみ、「共同抵当権者と後順位抵当権者との調整」のため三九二条が適用されるとの主張は、表現こそ違うが、内容的には、「第三九二条第二項は代位弁済者の介入なき場合における均衡規定なのである」と述べた柚木説にはほぼ一致する。しかも、佐久間説は、「物権法上の代位と債権法上の代位の法的性質の相違」に着目することによって、三九二条二項の適用を限定する判例の立場の論証に成功したようにも見える。しかし、判例が「物上代位」論によって切り抜けてきた場面、すなわち、「共同抵当不動産の所有者」が「物上保証人と債務者」または「異なる物上保証人」で、なおかつ、後順位抵当権者の存する物上保証人所有不動産について先に抵当権が実行された場合に、「共同抵当権者と後順位抵当権者との間の調整」の必要が生じるにもかかわらず、何故「債権法上の代位」のみが生じて「物権法上の代位」は生じないのか、この根本的な疑問は依然解消されていない。

そのような難点がはつきり見て取れるのが次の一節である。そこには、「民法三九二条は、共同抵当不動産のすべてが同一の所有者に属する場合における共同抵当権者と後順位抵当権者との調整の場合に適用され、共同抵当不動産の所有者が異なり、それらの所有者間に求償・弁済者代位の関係が生じる場合には、所有者間の調整（ただし、この場合には、共同抵当権者と後順位抵当権者との調整を「物上代位借用の理論」によってあわせて行う）を、弁

済による代位の規定の適用によって解決すべきことになる。したがって、この後者の場合には民法三九二条の適用は排除されるから、物上保証人の弁済による代位と後順位抵当権者の民法三九二条二項による代位の競合または衝突は生じない<sup>(60)</sup>、とある。「共同抵当不動産の所有者」間に「求償・弁済者代位の関係」が生じる場合に、「共同抵当権者と後順位抵当権者との調整」を三九二条ではなく「物上代位借用の理論」に委ねなければならないのは一体何故か、それが問題であるのに、その理由は一切示されていない。「共同抵当不動産の所有者」間に「求償・弁済者代位の関係」が生じる場合に「民法三九二条の適用は排除される」理由がはつきりしない以上、「物上保証人の弁済による代位と後順位抵当権者の民法三九二条二項による代位の競合または衝突は生じない」などと決して言えないはずである。

三九二条二項適用限定論と「物上代位」論を組み合わせた判例理論に与する以上のような学説に対して、物上保証人所有不動産の後順位抵当権者にも端的に三九二条二項後段に基づく抵当権の代位行使を認めるべきとの見解も存する。例えば、aでふれた鈴木説によれば、「後順位抵当権者」は、「共同抵当の内部関係」において、「同時配当がなされた場合より劣悪な地位を与えられてはならない」との配慮から、「民法三九二条二項後段の規定は抵当不動産の所有者がことなる場合にも適用するものと考えなければならぬ」とされるから、共同抵当目的物中に債務者所有不動産と物上保証人所有不動産が混在する場合や、共同抵当目的物が異なる物上保証人の所有に属する場合にも、当然後順位抵当権者による先順位抵当権の代位行使が認められることになる。しかも、この場合には、先に抵当権の実行を受け代位弁済した物上保証人から先順位抵当権の代位行使を受けた債務者所有不動産の後順位抵当権者が、自らはもはや先順位抵当権を代位行使する余地はないにもかかわらず、三九二条一項所定の負担割合に則って当該代位行使を限定し（物上保証人は求償債権全額ではなく代位行使先不動産に割り付けられた負担額に

限って代位行使できる)、自らの配当額を確保するといったそれ自体条文解釈としては無理のある議論ではなく(鈴木説はこれをも三九二条二項後段の「適用」と解している)、三九二条二項後段が文字通り適用され、後順位抵当権者は残存する共同抵当目的物に先順位抵当権を代位行使できると解されるはずである。

実際、鈴木説は、債務者所有不動産と物上保証人所有不動産に先順位共同抵当権が存し物上保証人所有不動産に後順位抵当権が存する場合について、物上保証人は後順位抵当権設定によって債務者所有不動産への割り付けられた負担額分の「価値」を当該後順位抵当権者に「把握せしめていた」ので、物上保証人自身に「代位権を行使せしめる根拠がない」とし、右「価値」については後順位抵当権者が「三九二条二項の代位により把握する」と述べている。<sup>(61)</sup>物上保証人による先順位抵当権の代位行使の範囲を三九二条二項の「適用」により割付負担額に限定することの当否は既にaで述べたのでここでは措くにしても、右見解にはそれ以上に根本的な疑問がある。というのも、抵当権の実行を受けた物上保証人に「代位権を行使せしめる根拠がない」との主張を、仮に弁済による代位や先順位抵当権の代位行使を全く否定する趣旨に解するならば、この見解は、判例理論やこれを支持する学説とは逆の意味で、二つの代位、つまり、三九二条二項後段による後順位抵当権者の代位と五〇〇条による物上保証人の代位との関係を択一的に捉えていることになるからである。

三九二条二項後段に基づき後順位抵当権者に直接の代位を認めるならば、確かに、価値判断との整合性を「物上代位」論を介することなく確保することができる。しかし、その一方で、物上保証人の代位には本当に「根拠がない」のであろうか。物上保証人が抵当権実行によってその所有する不動産を失ったのは確かであり、債務者に対する求償債権も当然発生するはずである(三七二、三五一条)。そうであるとすれば、物上保証人が五〇〇条により先順位共同抵当債権者に代位し、五〇一条によりその先順位抵当権を代位行使し得る地位にあることもまた否定でき

ない。必要なのはむしろ、そのように現実に他人の不動産に先順位抵当権を代位行使できる地位にある者が複数存在する場合に、そのような地位の並存を認めた上で、価値判断の応じた序列を理論的に裏付けることではなからうか。

内容が不明確なまま用いられることの多い「代位権」という表現を、右のように抵当権実行を受けて現実に共同抵当(債)権者に代位しその先順位抵当権を取得行使できる地位乃至資格という意味に捉えるならば、この「代位権」は、代位がもはや不可能な場面でも保護が主張される代位への「期待」とは明確に区別されねばならない。共同抵当目的物中に債務者所有不動産と物上保証人所有不動産が混在する場合には、昭和四年判決の上告理由による三九二条二項の「反対解釈」や鈴木説による同項の「適用」論が企図しているのは、物上保証人所有不動産について先に抵当権が実行された場合に物上保証人による先順位抵当権の代位行使を受ける債務者所有不動産の後順位抵当権の「期待」の保護にすぎないし、逆に、昭和四四年判決の「期待」論や我妻新説は、実際に抵当権の実行を受けた物上保証人の「代位権」と、債務者所有不動産について先に抵当権が実行された場合に同不動産の後順位抵当権者による先順位不動産の代位行使を受ける物上保証人側の「期待」とを区別せず、それぞれか、後者の「期待」の保護を三九二条二項適用限定論の論拠にすり替えるという背理を犯していることになる。

これに対して、抵当権の実行を受けた物上保証人所有不動産の後順位抵当権者と物上保証人との関係においては、三九二条二項、五〇〇条、五〇一条の素直な解釈として、両者の「代位権」がまさに並存すると解すべきであり、択一的にこれを捉える理由はないというのが本稿の立場である。この点、判例の「物上代位」論やこれを容認する柚木説に対する批判を経て、二つの「代位権」の並存を認めたとも解し得る見解が既に存在する。そこでは、判例が「物上代位」と言いながら、その要件たる「差押え」(三〇四条一項)を不要としている点について、「そのような処理」は「仮託」にすぎず、「端的に」あるいは「率直に」後順位抵当権者の「民法三九二条による代位」を物

上保証人の「民法五〇〇条による代位」に「優先させる」のが「即物的構成」で「わかりやすい」と評されている。<sup>(63)</sup> この見解は、「後順位抵当権者の民法三九二条による代位に優先を認める」と述べるだけで、鈴木説のように物上保証人の「代位権」行使に「根拠がない」としているわけではないから、二つの「代位権」の並存を容認する趣旨にも解し得る。しかし、仮にそのように解釈できるとして、並存する「代位権」を「利益衡量」に応じて順位付ける理論構成は何も提示されていない。二つの「代位権」が並存すると解する以上、先順位抵当権が代位行使される先の不動産の価額次第では、後順位抵当権者が配当を得た後に、物上保証人が何らかの仕方配当に与る余地はあり、それ故、一方の「代位権」の行使を優先させつつも、他方の「代位権」が行使される可能性を残しておくなければならない。

右見解では、「後順位抵当権者の民法三九二条による代位に優先を認める」という立場とは別に、判例の「物上代位」論の改良も提案されている。すなわち、後順位抵当権者の優先を認めるにしても、「物上代位法理を使用する方法が、所有者を異にするときは民法三九二条は働かないとする一般理論との整合性の見地から、望ましい」としつつ、判例のように、「物上代位」の対象である「価値変形物」を先順位抵当権と捉え、しかも、「差押え」という要件を不要とするよりはむしろ、抵当権実行によってその所有不動産を失った物上保証人の「求償権」を「価値変形物」と捉え、その「差押え」を「物上代位」の要件とすべきと<sup>(64)</sup>いうのである。この場合、後順位抵当権者は、当該「求償権」に付従しこれに伴って移転する先順位抵当権を行使することになるが、こちらの修正された「物上代位」論にも問題があるように思われる。というのも、物上保証人の「求償権」に物上代位しこれに付従する先順位抵当権を行使する場合、その被担保債権が「求償権」である以上、後順位抵当権者は物上保証人の「求償権」の範囲で配当を受けられることになるが、これは、三九二条二項後段によって先順位抵当権が代位行使された場合



に配当され得る額、つまり、同条一項による負担割付額と異なる可能性があるからである。

共同抵当目的物が異なる物上保証人の所有に属する場合には、三九二条一項(「各不動産の価額に応じて」と五〇一条四号(「各財産の価格に応じて」)との割付基準の一致により、債務者所有不動産と物上保証人所有不動産に共同抵当権が存する場合には、後者について先順位抵当権が存するため通常は回収が期待できないにもかかわらず何らかの理由で不動産の価額に対応する被担保債権(乃至極度額)について(根)抵当権が設定されるなど例外的場面でのみ、三九二条二項後段適用と「求償権」への「物上代位」との間で配当可能額は一致する。これに対して、既に先順位共同抵当権の存する物上保証人所有不動産のいわゆる担保余力を踏まえて後順位抵当権が設定されるような場合に、「求償権」への「物上代位」を認めるならば、後順位抵当権者は、自らが当初想定していた範囲を超えて、つまり、抵当目的物の担保余力だけではなくその「交換価値」全体について、先順位抵当権を行使できるところになってしまう。換言すれば、三九二条二項後段による代位よりも「物上代位」論による方が後順位抵当権者が優先弁済額が大きくなる可能性がある。右見解による「物上代位」論改良の提案には、この優先弁済額の相違に対する配慮は見出されず、むしろ、三九二条適用論との相違は単に「理論構成」上のそれにすぎないと解しているように見える。<sup>(65)</sup>

以上からすると、先順位共同抵当権の目的物でなおかつ後順位抵当権も設定された物上保証人所有不動産が抵当権実行により換価された場合に、三九二条二項後段に基づく後順位抵当権者の「代位権」と、五〇〇条及び五〇一条に基づく物上保証人の「代位権」の並存を認めようとするならば、二つの疑問に答える必要があろう。一つは、後順位抵当権の「代位権」行使を優先させつつ、如何なる理論構成によって物上保証人の「代位権」行使の余地を担保するののかという点であり、もう一つは、三九二条一項所定の負担割付額の範囲に限定される後順位抵当権者の



「代位権」と、求償債権権全額に及ぶ物上保証人「代位権」との間に存する代位の範囲の相違を、前者を後者に優先させる価値判断との関係において如何に整合的に説明するのかという点である。

## 2 物上保証人所有不動産の後順位抵当権者の代位と物上保証人の代位

### a 代位の序列―代位付記の仮登記―

三九二条二項後段による後順位抵当権者の「代位権」と、五〇〇条及び五〇一条による物上保証人の「代位権」とは、現実にも共同抵当（債）権者に代位しその先順位抵当権を取得行使し得る地位乃至資格であつて、両者の「代位権」が並存し得るとしても、両者が同時に代位し抵当権を取得するわけではない。というのも、仮に同時に先順位抵当権を代位取得するとすれば、両者は当該抵当権を同順位で共有することになり（二六四条）、物上保証人所有不動産の後順位抵当権者を物上保証人に優先させる価値判断に矛盾する。物上保証人は、昭和十一年一月二日判決の上告人が主張したように、三九二条二項後段に基づく後順位抵当権者の代位と抵当権行使を待ち「尚残額アルトキニ始メテ現実ニ其ノ代位権ヲ行使シ得」と解すべきである。

また、二つの「代位権」の関係を対抗問題として捉えて、代位付記の本登記（三九三条）の先後によつて相互の優劣を確定することも、右価値判断に合致した効果の発生が偶然に委ねられることになり不当である。既に二二bイで指摘したとおり、ここで必要なのは、価値判断に相応しい事態を導き得る登記のあり方を示すことである。その手掛かりは、ある大審院判決に見出すことができる。その判決とは、先順位共同抵当権者（共同抵当目的物は何れも債務者所有）が異時配当により債権の一部弁済を得たに留まる場合に抵当権既実行不動産の後順位抵当権者が三九二条二項後段に基づき代位できるか否かについて判示した前記大正一五年判決である。

この大正一五年判決によれば、「先順位抵当権者カ其ノ債権ノ一部ノ弁済ヲ受ケタル場合ニ在リテハ先順位抵当権者ハ其ノ残額債権ニ付他ノ抵当不動産ノ上ニ依然トシテ抵当権ヲ有シ其ノ残額債権ノ弁済ヲ受ケル迄ハ抵当権ヲ失フモノニ非サルヲ以テ此ノ場合ニ於テハ後順位抵当権ハ先順位抵当権者カ将来他ノ抵当不動産ノ代価ニ付其ノ残額債権ノ完済ヲ受ケタル場合其ノ他其ノ抵当権ノ消滅スヘキ場合ニ於テ始メテ其ノ抵当権ノ代位ヲ為シ得ヘキモノニシテ従テ先順位抵当権者ノ抵当権カ未タ消滅スヘキ場合ニ非サル間ニ於テハ後順位抵当権者ハ将来ニ於テ代位シテ抵当権ヲ行使シ得ヘキ地位ヲ有スルニ過キサリナリ然レトモ此ノ如キ地位ヲ有スル者ハ不動産登記法第二条第二号ニ所謂将来ニ於テ確定スヘキ権利移転ノ請求権ヲ有スルモノニ他ナラサルヲ以テ代位付記ノ仮登記ヲ為シ以テ其ノ権利ヲ保全スルコトヲ得ルモノト解セサルヘカラス」とされる。

勿論、ここに判示されているのは、異時配当によつて一部弁済を得た先順位共同抵当権者と、抵当権既実行不動産の後順位抵当権者との関係であつて、物上保証人所有不動産の後順位抵当権者と当該物上保証人との関係とは直接関わりはない。しかし、他の共同抵当目的物に対する抵当権実行による「残額債権ノ弁済」その他の事由(例えば残額債権の任意弁済や抵当権の放棄)による先順位共同抵当権の「消滅」後に「始メテ其ノ抵当権ノ代位ヲ為シ得」る後順位抵当権者の地位は、「将来ニ於テ確定スヘキ権利移転ノ請求権ヲ有スル」という点において、物上保証人所有不動産の後順位抵当権者による代位と抵当権実行の後「尚残額アルトキ」に法定代位に基づく抵当権行使が「現実ニ」可能となる物上保証人の地位に似通つてるように思われる。

そうであるとすれば、後順位抵当権者の存する物上保証人所有不動産について抵当権が実行され先順位共同抵当権者が被担保債権全額につき満足を得た場合においては、三九二条二項による後順位抵当権者の代位とそれに基づく先順位抵当権の移転がまず確定的に生じ、物上保証人は、三九二条一項による債務者所有不動産への負担割付額に

応じて後順位抵当権者が配当を得て「尚残額アルトキ」といういわば黙示の停止条件の下に、先順位抵当権の移転を請求できる権利を取得するだけで、「代位付記ノ仮登記ヲ為シ以テ其ノ権利ヲ保全スルコトヲ得ル」に留まると解する余地があるのではないか。その場合、法定代位に基づく付記登記である以上、保全される請求権の相手方は、先順位抵当権の確定的移転を得た後順位抵当権者ではなく、先順位共同抵当権者自身でなければならず、後順位抵当権者が三九三条に基づいて代位付記の本登記を経由していたとしても、債務者所有不動産に対する抵当権実行から残額債権の満足が得られれば当該付記登記は抹消されるはずであり、物上保証人の右仮登記が条件成就を受けて本登記が經由される時点では、同一の先順位抵当権の主登記にかかわる付記登記として相互の順位（不動産登記法旧七条Ⅱ現行一〇六条、四条二項）が問題となることもない。

また、法定代位に基づく先順位抵当権の法定移転について右のような停止条件を黙示に読み込むことは、昭和五三年判決が「差押」不要の論拠として述べた点、すなわち、「不動産登記簿の記載により後順位抵当権者が優先して弁済を受けるものであることを知ることができる」との理由から無理なく正当化できるように思われる。そして、そのような条件は、物上保証人の求償債権と共に、将来確定すべき先順位抵当権移転の請求権が譲渡される際にも当然読み込まれることになる。

物上保証人の求償債権取得や弁済による代位と同時に先順位抵当権の移転も確定的に生じ、求償債権の譲渡に伴って移転した当該先順位抵当権に後順位抵当権者が「物上代位」として解するよりも、以上のように解する方が、物上保証人所有不動産の後順位抵当権者を当該物上保証人に優先させる価値判断により忠実と言える。<sup>(67)</sup>

b 代位の範囲―過剰代位の回避―

物上保証人所有不動産の後順位抵当権者と物上保証人双方の「代位権」を並存させつつ、前者についてまず先順位抵当権の法定移転がまず確定的に生じ、後者の「代位権」については、「代位付記ノ仮登記」によって黙示の停止条件（尚残額アルトキ）付の抵当権移転請求権が保全されるに留まると解するならば、「代位権」の並存時の序列の固定と劣後「代位権」の維持はひとまず達成され、先に指摘した一つ目の問題は解消される。これに対して、「代位権」の及ぶ範囲の相違に関わる二つ目の疑問は依然未解決である。

三九二条二項後段による後順位抵当権者の代位範囲が同条一項による負担割付額に限定され、五〇〇条及び五〇一条による物上保証人の代位範囲が求償債権全額に及び得るといふこの相違は、物上保証人の代位取得した先順位抵当権に後順位抵当権者が「物上代位」するとの判例の理論構成ではそもそも生じることはない。換言すれば、ここでの問題は、後順位抵当権者が負担割付額を超えて物上保証人の求償債権の範囲で自らの被担保債権の満足を得るとの「物上代位」論の帰結に対する評価如何に帰着する。

この点に関しては興味深い見解<sup>(68)</sup>が存する。この見解は、昭和五三年判決の「物上代位」論の評価にあたって、まず、「物上保証人の弁済者代位権に物上保証不動産上の後順位抵当権者が優先すべき実質的理由」を検討している。その考察の起点となっているのは、「物上保証不動産上の後順位抵当権者は―それが物上保証人自身の債務の担保としてであれ他人の債務の担保としてであれ―その目的たる物上保証不動産の全価値を最優先的に把握している」との「解釈」である。そしてそれは、「債務者所有不動産上の後順位抵当権者は物上保証不動産上の先順位抵当権に代位しない（民法三九二条二項後段の不適用）とする判例理論」（昭和四四年判決が念頭に置かれている）の「基本的価値判断」、すなわち、「物上保証不動産の価値利用は物上保証人自身に任ねるべきである」との観点に適合的

な「解釈」として導出されている。<sup>(69)</sup>

「物上保証不動産上の後順位抵当権者」は、「その目的たる物上保証不動産の全価値を最優先的に把握している」が故に、「物上保証人の弁済者代位権」に「優先すべき」であるとの理屈を、「債務者所有不動産と物上保証人所有不動産とを目的とする共同抵当において、物上保証不動産が先に競売され、その結果物上保証人の弁済者代位が生ずる場合」にも妥当させるために、この見解は、「債務者所有不動産が先に競売・配当された場合と同じ結果が得られるように解釈・調整すべき」との指針を提示する。<sup>(70)</sup>ここで企図されている「債務者所有不動産が先に競売・配当された場合」との「均衡」とは、「債務者所有不動産上の後順位抵当権者は物上保証不動産上の先順位抵当権に代位しない(民法三九二条二項後段の不適用)とする判例理論」を前提に、この場合は「順位上昇」によって「物上保証不動産の全価値」を「把握」できる「物上保証不動産上の後順位抵当権者」に対して、「物上保証不動産」が「先に競売・配当された場合」にも、同等の地位を確保させるとの趣旨のようである。

そのような「均衡」を実現し得る「法律構成」として、この見解は、「民法三九二条二項後段の類推適用」を主張している。<sup>(71)</sup>「民法三九二条二項後段を根拠として、物上保証不動産上の後順位抵当権者は異時配当の場合には債務者所有不動産上の先順位抵当権に代位する」と解するのが、「後順位抵当権者の優先弁済権確保の方法」としては「簡明直裁」ではあるが、「判例理論」に反する上、「民法三九二条二項後段は同条一項所定の配分額の限度で代位を認めるにとどまる」から、「債務者所有不動産が先に競売・配当されその後に物上保証不動産が競売された場合」との「均衡」も達成できない。そこで、右のような場合に「物上保証不動産上の後順位抵当権者」が「順位上昇」により「把握」し得たであろう範囲、つまり、「右後順位者に配当されたであろう額の限度」まで、「代位の範囲」を「拡大」した上で、後順位抵当権者の代位を認めるべきだといっているのである。この場合、「物上保証人の弁済によ

る法定代位(民五〇〇条)と物上保証不動産上の後順位抵当権者の民法三九二条二項後段の類推適用による(代位)とが、債務者所有不動産上の先順位抵当権を代位の客体として(競合)し、両者はこの先順位抵当権を準共有することに「なる」が、先にふれた「実質的理由」、つまり、「物上保証不動産上の後順位抵当権者」による「物上保証不動産の全価値」の「把握」故に、「後順位抵当権者が物上保証人に優先する」とされる。<sup>(72)</sup>そして、昭和五三年判決が、後順位抵当権者の「物上代位」という「法律構成」を採りつつも、「民法三九二条二項後段が後順位抵当権者の保護を図っている趣旨」を考慮したり、「差押え」を不要としたりしている点を踏まえるならば、同判決の「法律構成」それ自体を、「実質上」、「民法三九二条二項後段の類推適用によつたもの」と解するのが「穏当」であり「妥当」であるとも主張されている。<sup>(73)</sup>

以上のような見解は、三九二条二項後段による物上保証人所有不動産の後順位抵当権者の代位と五〇〇条による物上保証人の代位との並存を認める点では、これを「競合」と呼ぶかどうかは別として、本稿の立場と変わらない。問題は、並存する二つの代位の序列乃至優劣、そして、それぞれの代位の範囲をめぐる理解である。右見解によれば、後順位抵当権者が物上保証人に優先する「実質的理由」は前者による「物上保証不動産の全価値」の「把握」であるとされるが、そのような価値の「把握」がなぜ債務者所有不動産の後順位抵当権者による代位を否定してまで保護されねばならないのか、説得力ある論証は見られない。「物上保証不動産の価値利用は物上保証人自身に任ねるべきである」とされるが、物上保証人が債務者による後順位抵当権設定という財産処分的事後的に介入しこれを無力化することが果たして妥当であるのか、この点こそ吟味されるべきであろう。

また、物上保証人がその求償債権全額について先順位抵当権を行使し、三九二条二項後段による後順位抵当権者の代位とは一切「衝突」も「競合」もすることなく、債務者所有不動産の後順位抵当権者に優先して配当を受け得

ることと、そのような物上保証人の地位を物上保証人所有不動産の後順位抵当権者との関係でどのように位置づけるべきかは全く別次元の問題である。「物上保証不動産の全価値」の「把握」というそれ自体論証不足の論拠によって、物上保証人所有不動産の後順位抵当権者が物上保証人の右地位に取って代わることを正当化することなどできない。「物上代位」にせよ「民法三九二条二項後段の類推適用」にせよ、仮にそれを許すならば、後順位抵当権者は、他の共同抵当目的物の後順位抵当権者との衡平を確保するために予め法定された枠組み、すなわち、三九二条一項所定の負担割付額を超えて、物上保証人の求償債権全額にまで、先順位抵当権を代位行使できることになる。そのような代位の範囲の「拡大」は、それを積極的に正当化する理由がないばかりか、他人（代位行使先不動産の後順位抵当権者）の犠牲の下に他人（物上保証人）の地位に便乗することとなって、不要かつ過剰な代位と評さざるを得ない。

二つの代位の並存を先順位抵当権の「準共有」と解しつつ両者の優劣関係を理論的にどのように説明し構成するのも不明であるが、そもそもその優劣関係の「実質的理由」（物上保証人所有不動産の後順位抵当権者による当該不動産の「全価値」の「把握」とその具体的帰結（三九二条一項所定の負担割付額を超える先順位抵当権の代位行使）に説得力がないのであるから、右「類推適用」説には賛同できない。「物上代位」論の前提である三九二条二項適用限定論（「判例理論」）を起点に三九二条二項後段の類推「適用」を主張すること自体、論理的に明らかに矛盾している。むしろ、この見解は、三九二条二項の適用限定という昭和四年判決以来の前提が、実務のみならず学説においても如何に根強く浸透し自明化されているかを示す一例と解される。

他方で、「物上代位」論の帰結として生じる後順位抵当権者の過剰代位を問題視していると解し得る見解もその後現れている。この見解は、平成四年判決がなぜ「物上代位」論を採用しなかったのか、その理由の推察という文



脈で提示されたものである。それによれば、「共同抵当権の目的不動産（甲不動産・乙不動産）がすべて同一の物上保証人の所有に係り、甲不動産について後順位抵当権者が存在する場合」に「後順位抵当権者の保護を図るに際して」、平成四年判決のように三九二条二項後段に依拠するのではなく、「昭和五三年判決にある物上代位類似の法理を用いた場合」には、「好ましからざる結果が招来されることになる」とされる。ここで「物上代位類似の法理」の「好ましからざる結果」と評されているのは、「たとえば、乙不動産にも後順位抵当権が設定されている場合には、共同抵当権の被担保債権額が甲不動産についての後順位抵当権者の被担保債権額よりも大きいと、その差額について、物上保証人は、自己の設定した乙不動産上の抵当権に優先してしまう」という点、そして、「甲不動産上の後順位抵当権者は、その被担保債権額について、乙不動産から共同抵当権の被担保債権額の限度まで優先弁済を受けることができる結果、もし、その被担保債権額が、共同抵当権の乙不動産についての割付け額より大きい場合には、共同抵当権の目的不動産がすべて債務者の所有に係る場合よりも有利な地位に立つことになる」という点の二つである。<sup>(75)</sup>

この内、第一点目は、同一の物上保証人の所有に属する共同抵当目的物で先に抵当権が実行された不動産の後順位抵当権者の被担保債権額が、先順位共同抵当権者の被担保債権額より小さい場合、物上保証人が代位取得する先順位抵当権に右後順位抵当権者が「物上代位」という構成を採るならば、右後順位抵当権者が配当を受けた後に先順位抵当権の被担保債権額として残存する「差額」につき、物上保証人が、当該先順位抵当権の代位取得者として、やはり自己の所有に属する代位行使先不動産に自ら設定した後順位抵当権に優先して配当を受けることのないことを着目するものである。共同抵当目的不動産が同じ物上保証人に属し、各不動産に存する後順位抵当権も同人自身の設定によるものである以上、何れの不動産について先に抵当権が実行されようと、抵当権既実行不動産の

後順位抵当権者との関係では勿論、抵当権代位行使先不動産の後順位抵当権者との関係でも、物上保証人が優先される理由はないであろう。これは、平成四年判決が「物上代位」論を踏襲しなかった点を肯定的に評価する文脈で既に指摘されていた点であり、同判決の事実のように共同抵当目的物が「同一の物上保証人の所有」に属する場合における物上保証人と後順位抵当権者との関係にまさに当てはまる議論と言える。

しかしそうであるが故に、この議論は、共同抵当目的物が異なる物上保証人に属する場合（昭和十一年一二月判決の事案）や、共同抵当目的物中に債務者所有不動産と物上保証人所有不動産が混在する場合（昭和五三年判決の事案）における「物上代位」論採用の是非そのものには全く関わらないことになる。また、既に24cで述べたとおり、抵当権実行前に共同抵当権者自身によって抵当権の一部が放棄されてしまい、物上保証人の代位も後順位抵当権者の代位も「物上代位」も現実には生じる余地のない平成四年判決の事案の特質を踏まえるならば、同判決が「共同抵当権の目的不動産が同一の物上保証人の所有に属する場合に、民法三九二条二項後段の適用を認め、後順位抵当権者の代位を認めた」という点こそむしろ批判的に吟味されるべきである。右のような議論は、平成四年判決を看過して同判決の傍論とも言うべき仮説的議論をそのまま受け取った上で、これを裏付けるべく展開されているにすぎない。

これに対して、「物上代位類似の法理」の「好ましからざる結果」として指摘された第二点目は、まさに「物上代位」論一般の難点を突いたものと言える。というのも、先に抵当権が実行された物上保証人所有不動産（「甲不動産」）の後順位抵当権者の被担保債権額が、三九二条二項後段による代位の範囲である同条一項所定の負担割付額（共同抵当権の乙不動産についての割付け額）を超える場面は、共同抵当目的物が「同一の物上保証人の所有」の属する場合に限られないからである。この場合、後順位抵当権者が物上保証人の代位取得した先順位抵当権に「物

上代位」するとの構成を採るならば、当該先順位抵当権が物上保証人の求償債権の担保として代位取得された以上、後順位抵当権者は、「共同抵当権の被担保債権額」(≡先順位共同抵当権者が満足を得た額≡抵当権既実行不動産の価額≡物上保証人の求償債権全額)の範囲で、つまり、三九二条一項所定の負担割付額を超えて、先順位抵当権を代位行使し得ることになる。このような結果は、物上保証人所有不動産の後順位抵当権者が、当該不動産が先に抵当権の実行を受け換価されたという偶然事を奇貨として、先順位抵当権の代位行使先不動産の後順位抵当権者を犠牲に棚ぼた的利益を得ることを許すことになり、抵当権不可分原則に裏付けられた先順位共同抵当権者の優先という枠組みの中で可能な限り後順位抵当権者間の衡平を図ろうとする三九二条の立法趣旨に明らかに反する。その意味で、右第二点目の指摘は「物上代位」論がもたらす後順位抵当権者の過剰代位を的確に批判したものとして評価できる。

後順位抵当権者の過剰代位という「物上代位」論の難点が、物上保証人と後順位抵当権者何れの「代位権」とも本来無関係な特殊な事案を扱った平成四年判決を契機に意識され指摘されたのは、恐らく、「物上代位」論の採用を余儀なくさせてきた三九二条二項適用限定論の少なくとも一角が本判決によつて崩れたからであろう。しかし、過剰代位は、共同抵当目的物が「同一の物上保証人の所有」に属する場合だけではなく、それが異なる物上保証人の所有に属する場合や、債務者所有不動産と物上保証人所有不動産とから成る場合にも生じ得る。三九二条二項後段による後順位抵当権者の「代位権」と、五〇〇条、五〇一条による物上保証人の「代位権」との並存させる本稿の立場では、三九二条二項適用限定論と共に「物上代位」論が全面的に廃棄されるため、そもそも過剰代位の生じる余地はない。

二つの「代位権」は、判例の価値判断(物上保証人所有不動産の後順位抵当権√物上保証人)を確実に反映する

形で、明確な序列を持つて並存し得る。そのような序列を可能にする代位付記の仮登記という道具立ての着想を得た大正一五年判決には、後順位抵当権者の過剰代位回避の論拠となる三九二条の「立法理由」もまた明示されていた(二二aア参照)。同判決に着目し依拠する点では、本稿の立場は、昭和一一年一二月判決の上告理由のそれと軌を一にする。というのも、そこでは、大正一五年判決の「立法理由」に依拠する形で、物上保証人は三九二条二項後段に基づく後順位抵当権者の先順位抵当権の代位行使を待ち「尚残額アルトキニ始メテ現実ニ其ノ代位権ヲ行使シ得」る旨主張されていたからである。後順位抵当権者の「代位権」は、序列において物上保証人の「代位権」に優先するが、その行使は「立法理由」に照らし三九二条所定の範囲に限定されねばならない。三九二条二項適用限定論を単に廃棄するのではなく、二つの「代位権」の並存を敢えて強調するのは、物上保証人に「代位権」行使の余地を残しておくためなのである。

- (1) 内田貴『民法Ⅲ(第三版)』(平成一七年)四六九頁。
- (2) 後述平成四年判決以降の体系書、教科書類として、例えば、近江幸治『民法講義Ⅲ(第二版補訂)』(平成一九年)二二二頁、大村敦志『基本民法Ⅲ(第二版)』(平成一七年)二六九頁以下、鈴木祿弥『物権法講義(五訂版)』(平成一五年)二八二頁、高橋眞『担保物権法(第二版)』(平成二二年)二二五頁、道垣内弘人『担保物権法(第三版)』(平成二〇頁)二〇六頁以下。
- (3) 道垣内・前掲注(4)二〇六頁以下。
- (4) 柚木Ⅱ高木編『新版注釈民法(九)』(平成一〇年)六二五頁以下(高木多喜男)参照。
- (5) 中田Ⅱ潮見Ⅱ道垣内編『民法判例百選Ⅰ(第六版)』(平成二二年)一八八頁以下(九三事件・石田剛)、一九〇頁以下(九四事件・大塚直)。
- (6) 前掲注(5)一九〇頁(九四事件の表題)。

(7) ここで「大正十年御院判決例」として援用されているのは、大審院大正一〇年一月一八日第一民事部判決(民録：一九六六頁)と考えられ、その「判決要旨」には、「抵当権ノ附着セル土地ヲ讓受ケタル者カ抵当権ノ実行ニ因リ其所有權ヲ失ヒタルトキハ抵当權設定者ハ之カ為メ債務ヲ免カレ即チ法律上ノ原因ナクシテ土地所有者ノ財産ニ因リ競売代金ニ相当スル利得ヲ為シタルトモノナルヲ以テ該所有者ハ抵当權設定者ニ対シ其利得ヲ求償シ得ヘキ權利ヲ有スト雖モ債權者カ其債權ヲ満足スルコトヲ得タルハ抵当權ノ実行ニ因ルモノニシテ土地所有者ノ弁済ニ因ルニ非サレハ土地所有者ハ弁済者トシテ其求償權ノ範圍ニ於テ当然債權者ニ代位スルヲ得サルハ勿論抵当權ノ実行ニ因リ抵当土地ノ所有權ヲ失フヘキモノナレハ其所有土地ニ依リ債權者ニ満足ヲ与ヘタル關係ニ於テモ之ニ付キ正当ノ利益ヲ有スル者トシテ当然代位スルヲ得サルモノトス」とある。

(8) 例えば、角紀代恵『基本講義債權総論』(平成二〇年)四五頁。

(9) 本判決のように、物上保証人所有不動産に対する抵当権実行により一部弁済を得た先順位共同抵当権者と、代位弁済者たる物上保証人とを、五〇二条一項により、先順位抵当権を「共同シテ行使シ得ヘキ」関係を見なすことについては、債務者所有不動産に対する抵当権実行により一部弁済を得た先順位抵当権者に、当該不動産の後順位抵当権者として三九二条二項後段により先順位抵当権を代位行使し得る者を劣後させる後述大正一五年判決の判断との整合性が問題となり得る(道垣内・前掲注(2)二〇五頁参照)。この点については、仮に優劣を認めるとしても、大正一五年判決のように先順位者が完済を得るまではそもそも抵当権の代位行使を認めないという意味での優劣なのか、抵当権の代位行使は可能であるが配当においては劣後するという意味での優劣なのか、を区別する必要がある。問題は、共同抵当権者と物上保証人が先順位抵当権を共有(二六四条)すると解しつつ、従ってまた、その共有持分に基づき各人が抵当権実行を申立てられ得る(共有とは明言してはいないが「各自其ノ割合ニ応シテ各別ニ之カ為シ得ル」ことを肯定する先例として大審院昭和六年四月七日第二民事部決定、民集一〇卷五三五頁がある)とした場合、両者に間に先順位抵当権それ自体の順位を離れて配当上の優劣を觀念することが理論的に果たして可能なかどうか、である。後述昭和六〇年判決は、理論構成は不明ながら、これを肯定している(後述3b及び後注(67)参照)。

(10) なお、「第三者」や「第三者所有ノ不動産」といった表現は、当時の五〇一条四号及び五号に「自己ノ財産ヲ以テ他人ノ債務ノ担保ニ供シタル者」とあって(物上保証人)が未だ条文上の文言として用いられていなかったという点に加え、例

えは(物上保証人所有ノ不動産上ニ抵当権ノ存スル場合)といった言い回しに伴う不自然さ(「物上保証人」という表現それ自体に抵当権等の物的担保の存在が含意されている)にも配慮して用いられたものと解される。抵当権設定は物上保証人たる地位に論理的時間的に先行するから、例えば、「債務者所有の不動産甲と物上保証人所有の不動産乙に共同抵当権が設定される」(石田・前掲注(5)一八八頁)といった言い回しにも、同様の不自然さは指摘できよう。しかし、共同抵当目的物の所有主体が、「債務者」でも「第三取得者」でもなく、「物上保証人」であることを明示することが意図されているとすれば、このような言い回しは逆に有用であり、本稿でも不自然さを承知で用いることにする。その一方で、昭和四年判決の議論を、法定代位者による権利行使に関する一般論として捉え、ここでは、法定代位の主体として「物上保証人」だけではなく抵当目的物の「第三取得者」(五〇一条二号、三号)も含む「第三者」一般が想定されていたとの解釈も成り立ち得よう。

(11) 大塚・前掲注(5)一九一頁。

(12) その後、民法第二編第一〇章第四節「根抵当」の新設(昭和四十六年改正、昭和四十七年施行)を経て、現行法上、根抵当については、「その設定と同時に同一の債権の担保として数個の不動産につき根抵当権が設定された旨の登記をした場合に限り」、三九二条と三九三条が適用されることとなった(三九八条の一六)。そのような「共同根抵当」の登記を欠く場合、すなわち、「累積根抵当」(三九八条の一八)と三九二条との関係については、佐久間弘道『共同根抵当の理論と実務』(平成七年)三九一頁以下参照。

(13) 高木・前掲(4)六二二頁以下。

(14) 一三〇七頁

(15) 債務者所有不動産甲、同じく債務者所有不動産乙、物上保証人所有不動産丙に共同抵当権が存していて、乙と丙について抵当権が実行された場合には、乙の後順位抵当権者の代位と物上保証人の代位とが同時に成立する余地はあるが、昭和四四判決においてそのような場面が想定されているとは考えられない。なお、佐久間・前掲注(12)三二二頁は、このような場合、乙の後順位抵当権者は、丙を除く甲と乙の代価が共同抵当権者の債権に充当されてなお余剰が生じる場合に、乙に先順位抵当権を代位行使し得るにすぎないから、丙の代価が共同抵当権者の債権に充当されて物上保証人が甲上に先順位抵当権を代位行使しても、後順位抵当権者の代位が妨げられることはない、との理由から、後順位抵当権者の代位と



物上保証人の代位の「競合・衝突は起こりえない」とする。しかし、このような議論は、物上保証人所有不動産に対しては三九二条二項後段による後順位抵当権者の代位をそもそも認めないという前提、つまり、三九二条二項の適用限定論の下でのみ通用する。問題はそのような適用限定論に根拠があるかどうかなのである。佐久間説については後述三・一b参照。

- (16) 広島地裁尾道支部昭和八年五月一六判決(法律新聞三五七五号二頁、抹消登記回復請求事件、請求棄却)。本判決の事案は、国(被告)が租税債権(酒造に関わる「造石税」)の担保として債務者自身の所有する不動産甲、並びに、物上保証人(計三名何れも被告)の所有する不動産乙にそれぞれ「第一順位ノ抵当権」の設定を受け、原告が貸金債権の担保として、右債務者所有不動産甲について「第二順位ノ抵当権」の設定を受けていたところ、国が、右共同抵当目的物全体について担保権実行を申立て、先に競売された債務者所有不動産甲の代価全額を「取納」し、国の右先順位抵当権の設定登記が抹消された。これに対して、債務者所有不動産甲の後順位抵当権者たる原告が、三九二条二項後段に基づいて、物上保証人所有不動産乙への先順位抵当権の代位行使を主張し、国の有していた先順位抵当権の右抹消登記の回復を求めたものである。これに対して、裁判所は、「民法第三九二条第二項ハ同一債権ノ担保トシテ債務者所有ノ数個ノ不動産上ニ抵当権設定アリタル場合ニ於テ債権者カ先ツ其ノ内ノ或不動産ノ代価ニ付其ノ債権ノ弁済ヲ得タルトキハ該不動産ノ後順位抵当権右先順位抵当権者カ同条第一項ノ規定ニ従ヒ他ノ不動産ニ付弁済ヲ受クヘキ金額ニ満ツル迄之ニ代位シ其ノ抵当権ヲ行使シ得ヘキコトヲ定メタルニ止マリ本件ノ如ク第三者所有ノ不動産力債務者所有ノ不動産ト共ニ同一債権ノ担保トシテ抵当権ノ目的タル場合ヲ定メタルモノニアタサルヲ以テ(大審院昭和二年(才)第九三三号同四年一月三〇日民事第四部判決評論一八巻民法三〇四頁参照)原告ハ該規定ニ基キ被告仙松、佐一、好治ノ本件不動産ニ付被告国ノ有セル抵当権ヲ代位行使スルニ由ナキモノト謂ハサルヘカラス」(同一四頁)と述べ、昭和四年判決の三九二条二項適用限定論を根拠に原告の請求を退けた。

- (17) 七九三頁以下。

- (18) ここでは三〇四条一項但書の「差押え」の意義をめぐる議論一般(例えば生熊長幸「民法三〇四条・三七二条(先取特権・抵当権の物上代位)」広中『星野編』『民法典の百年Ⅱ』(平成一〇年)五三七頁以下)には立ち入らない。

- (19) 「上告人は一番根抵当権上への二番抵当権者らの代位は「不動産に関する権利の変更」と解されるから登記せられて始めて対抗力をもつもの」とされなければならないと解するものであり、この登記手続は、所謂物上代位の公示としては民法



三〇四条一項の差押手続によらなければならぬと解するものであり、又は民法三九二条二項、三九三条に従って登記手続がなされなければならぬと解する」(七九七頁)。ただし、最後の「又は民法三九二条二項、三九三条に従って登記手続がなされなければならぬと解する」との一節が、「上告人は物上保証人の弁済による代位を優先させ民法三九二条二項は適用されないと解する」(七九三頁)との前提に明らかに矛盾する。

- (20) 九六九頁。
- (21) 九六五頁。
- (22) 九六〇頁以下。
- (23) 九六一頁。
- (24) 九五二頁以下。
- (25) 九四六頁以下。
- (26) 五八一頁以下。
- (27) 五八三頁「果シテ然ラハ云々」以下。
- (28) 五八四頁「茲ニ注意ヲ要スヘキハ云々」以下。
- (29) 道垣内・前掲注(2)二〇五頁。
- (30) 石田・前掲注(5)一八九頁。
- (31) 二六五〇頁。
- (32) 二六五一頁。
- (33) 二六二八頁。
- (34) 「不法行為に基づく損害賠償」による処理を示唆するものとして、角紀代恵「判例評釈」判タ八二三号(平成五年)六六頁、高木多喜男「同一物上保証人の所有する共同抵当物件と後順位抵当権者の代位」椿Ⅱ川又Ⅱ奥田Ⅱ鈴木編『私法判例リマーカーズ八・一九九四上』(平成六年)三九頁。
- (35) その一方で、「物上代位」論との関連を当然視して、本判決の判旨と「物上代位」論を比較するのは、物上保証人の代位が生じていない本件事案に照らす限り、やはり適切とは言えない。

- (36) 平成四年判決の評価という文脈において、例えば、近江幸治「共同抵当権の目的不動産が同一の物上保証人に属する場合と後順位抵当権者の代位」『平成四年度重要判例解説』ジュリスト一〇二四号(平成五年)七六頁が、後順位抵当権者の物上代位の方法による優先弁済の「前提」として「かかる抵当権(自己所有物件に対する抵当権)の実行が手続上可能かどうか」との疑問を呈し、「二七九条一項但書(混同の例外)は、それが可能とされる場合の説明の道具にすぎない」とするのに対して、大塚・前掲注(5)一九一頁は、平成四年判決の事案においても、「第三者が物上代位の対象としている代位抵当権が混同の例外(民一七九条一項但書)として消滅しないと解する余地」はあるとする。
- (37) 我妻栄『担保物権法』二〇一頁以下。
- (38) 我妻・前掲注(37)一九七頁。
- (39) 鈴木禄弥『抵当制度の研究』二二九頁以下、二三六頁以下。
- (40) 鈴木・前掲注(39)二三六頁。
- (41) 共同抵当目的物中の物上保証人所有不動産について先順位共同抵当権が実行された場合に、抵当権残存不動産の後順位抵当権者の立場如何という問題については、さしあたり、抵当権残存不動産が、抵当権既実行不動産の所有者と異なる物上保証人、同一の物上保証人、債務者の何れの所有なのかで区別して論じるべきであろう。異なる物上保証人の所有に属する場合には、五〇二条四号により、三九二条一項と同様の割付が生じるので、先順位抵当権を代位行使する他方の物上保証人の優先弁済が当該割付額に限定される結果として後順位抵当権者の利益もその限りで保護されることになる。同一の物上保証人の所有に属する場合は、平成四年判決の事案のように既実行不動産に後順位抵当権者が存する場面でなければ、代位行使すべき先順位抵当権が混同(一七九条一項本文)によって消滅すると解して特に問題はないので、抵当権未実行不動産の後順位抵当権者は順位上昇の利益を享受できる。問題は、債務者所有の場合であり、後順位抵当権者による先順位抵当権の代位行使が現実には生じ得ない場合に三九二条二項を「適用」することは不可能である一方、五〇一条四号との均衡上、後順位抵当権者に配当に対する何らかの「期待」を想定して、物上保証人による代位行使に何らかの制限を加えるべきとの考えも成り立つ。そして、このような後順位抵当権者の「期待」は、平成四年判決が提示した新たな「期待」論とも一脈通じるところがあるように思われる。というのも、平成四年判決も、後順位抵当権者の配当額を確保するために三九二条を「適用」して、先順位抵当権者の優先弁済権を制限しているからである。しかし、平成四年判決の事案は、

- 共同抵当目的物が何れも同一の物上保証人の所有に属する場合に、先順位共同抵当権者自身が右目的物の一部について抵当権を放棄したというものであるし、後順位抵当権者との関係で優先弁済権を制限されたのは、先順位共同抵当債権者に代位した物上保証人ではなく、一部弁済を得た先順位共同抵当権者自身であり、後順位抵当権者も抵当権残存不動産(文脈上は抵当権未実行不動産に対応)ではなく抵当権放棄不動産(抵当権既実行不動産に対応)のそれである。また、先順位共同抵当権者(乃至その代位者)による抵当権の「放棄」については、放棄が無ければ生じたかもしれない先順位抵当権の代位行使に対する後順位抵当権者の「期待」を侵害すると解して、五〇四条との均衡上、主観的要件の充足次第では不法行為による損害賠償等による救済も不可能ではないのに対して(ただし平成四年判決のように三九二条の「適用」による保護は論外である)、共同抵当目的物の一部について抵当権が実行された場合には、そのような権利行使はまさに三九二条が想定する共同抵当の常態であるから、先順位抵当権者(乃至その代位者)の優先弁済権を制限する理由はやはり見出しがたい。債務者所有不動産の後順位抵当権者は、自らの不動産について先に抵当権が実行されれば三九二条二項後段による代位を利益を享受する反面、物上保証人所有不動産について先に抵当権が実行された場合の物上保証人による代位によるリスクを甘受すべきであり、このリスクへの対処は後順位抵当権の設定時に債務者との関係で予め図られるべきである。
- (42) 星野英一「債務者所有の不動産と物上保証人所有の不動産とが共同抵当の目的となつている場合には、代位弁済した物上保証人は前者につき債権者に代位して抵当権を実行し全額配当を得ることができる」(最高裁判所民事判例研究五二)法協八九卷一一号(昭和四七年)一六三六頁、寺田正春「共同抵当における物上保証人の代位と後順位抵当権者の代位」同志社法学三二卷五・六号(昭和五五年)、二八七頁以下。
- (43) 鈴木・前掲注(39)二二六頁。星野前掲箇所が出典の一つとして鈴木説を挙げているのは誤解であらう。
- (44) 鈴木・前掲注(39)二二五頁以下。
- (45) 星野・前掲注(42)一六三六頁。
- (46) 例えば、内田・前掲注(一)四六九頁以下。
- (47) 我妻栄『新訂担保物権法』四五七頁。なお、「判例」(昭和四年判決)の三九二条二項適用限定論の帰結として、共同抵当目的物として債務者所有不動産と物上保証人所有不動産が混在する場合、前者について先に競売・配当が行われると後

- 者についても「共同抵当権は消滅」し、同不動産の後順位抵当権者は「これに代位しえない」とした裁判例として、同書では当初、広島地裁尾道支部昭和八年五月一六日判決(注(15)参照)が挙げられていたが(四五九頁)、「根抵当に関する新立法」を受けた一部補正の機会(昭和四六年刊第三刷)に削除されると共に、「従って、A「先順位共同抵当権者」が乙「物上保証人所有不動産」の上の共同抵当権を放棄して甲「債務者所有不動産」のみから弁済を受けても、B「債務者所有不動産の後順位抵当権者」は何らの保護も受けえない」(「」内は引用者による)との一文が挿入され、その典拠として昭和四四年判決が新たに挙示されるに至った(第三刷四五九頁)。
- (48) 我妻旧説と昭和四四判決の「期待」論の連関に留意する見解として、例えば、伊藤進「共同抵当における異時配当と後順位抵当権者の地位」椿編『担保法の判例Ⅰ』(平成六年)一一三頁。
- (49) 「衝突」という表現は、昭和四四判決自体に由来し(第二順位の抵当権者のする代位と物上保証人のする代位とが衝突する場合には、後者が保護される)前掲民集一二九九頁)、同様の問題設定についてその後も広く用いられている。例えば、寺田・前掲論文、二七六頁、伊藤前掲、一一五頁。
- (50) なお、前記鈴木説も後に判例支持へと改説されている。鈴木『物権法講義(三訂版)』(昭和六〇年、二〇〇頁)。
- (51) 学説の網羅的検討は本稿の目的ではないので、ここでは石田・前掲注(5)一八九頁において敷衍される「判例・通説」に従う。
- (52) 石田・前掲注(5)一八九頁。
- (53) 柚木馨『担保物権法』三三八頁(d)。
- (54) 柚木前掲注(53)、三三七頁、(c)。
- (55) 柚木編『注釈民法(九)』二〇五頁。
- (56) 柚木・前掲注(53)三二八頁。
- (57) 柚木・前掲(53)三二八頁。
- (58) 佐久間・前掲注(12)三二七頁以下。
- (59) 佐久間・前掲注(12)三二九頁。
- (60) 佐久間・前掲注(12)三三一頁。

- (61) 鈴木・前掲注(39) 二二七頁。
- (62) 石田喜久夫「判例批評」民商八〇巻六号(昭和五五年) 七四六頁以下。
- (63) 石田・前掲注(62) 七四七頁、七四九頁注(1)。
- (64) 石田・前掲注(62) 七四七頁。
- (65) 「物上代位」論を踏襲した昭和五三判決について、「本判決じたいも、物上保証人が自己の所有不動産に後順位抵当権を設定したからには、その負担を覚悟すべきであり、 $\wedge$ 物上保証人の保護 $\vee$ を、この後順位抵当権者に對しても保証する筋合いは無い、と考えているのである」とした箇所(石田・前掲注(62) 七四三頁)を、まさに「物上保証人の後順位抵当権者にとつては、弁済者の代位理論によるほうが有利ということになる」との観点から、この「有利さ」に対する消極的な評価として引用する見解(伊藤・前掲注(48) 一一六頁)もあるが、これは全くの誤解であろう。というのも、右箇所は、債務者所有不動産に先順位抵当権を代位行使する物上保証人を同不動産の後順位抵当権者に「求償権」の範囲で優先させた昭和四四年判決(物上保証人の代位と後順位抵当権者の代位とが衝突する場合)との関係で、評釈対象である昭和五三年判決、つまり、物上保証人を「自己の所有不動産」の後順位抵当権者に劣後させる判断(二つの代位が「本件のように競合するとき」を区別し評価したもの)にすぎない。右誤解は、物上保証人の代位と債務者所有不動産の後順位抵当権者の代位との関係に「衝突」、物上保証人所有不動産の後順位抵当権者の代位と物上保証人の代位の関係に「競合」という表現をそれぞれ当てる従来の図式と、直接の評釈対象である昭和六〇年判決の事案が「衝突・競合状態」であるとの認識を前提に(伊藤・前掲注(46) 一一五頁)、後順位抵当権者が物上保証人の弁済による代位に「物上代位」という理屈でいわば便乗することの当否という論点を、「衝突」と「競合」の区別の可否の問題と混同したところ由来する。「物上保証人の保護 $\vee$ 求償権実現の確保」を「後順位抵当権者に対しても保証する筋合いは無い」との議論は、「物上保証人の代位と後順位抵当権者の代位とが衝突する場合と、両者が本件のように競合するときとを、全く同じように扱いて得べきか」(石田・前掲注(62) 七四三頁)との問いの下で提示されている。これに対して、「物上代位」を介した便乗の当否という論点は、ここで両者において共有されている図式によれば、「競合」の場面に特有の問題である。現実が生じ得ない代位との「衝突」を想定し、これを「競合」の場面に對置する図式自体の難点がこのような誤解の温床となっているとも考えられる。

(66) 五八五頁。

(67) なお、物上保証人の所有する不動産への抵当権実行により被担保債権の一部弁済を得た共同抵当債権者と、五〇二条一項により弁済額に応じて先順位抵当権を代位行使し得る右物上保証人との関係についても、後順位抵当権者との関係と同様に、あるいはそれ以上に、大正一五年判決の言う「代位付記ノ仮登記」によつて共同抵当権者の満足を優先させるべきようにも見える(その場合、いわゆる代位権不行使特約によつて物上保証人の代位権行使を予め制限しておく必要はなくなる)。しかし、そのような理解は、「債権者とともにその権利を行使する」という同項の文言の解釈として無理があるだけでなく、「代位権」の序列化を企図する本稿の立場にも直接には関わりがない。というのも、一部弁済を得た共同抵当権者と一部弁済を為した物上保証人との関係では、三九二条二項後段による後順位抵当権者の代位はそもそも問題とならず、それ故、複数の「代位権」の並存という「代位権」の序列化の前提が欠けているからである。また、大正一五年判決との整合性に関しても、後順位抵当権者の代位が発生しない(物上保証人所有不動産に後順位抵当権が設定されていない)場合には、抵当権の不可分性に基づく共同抵当権者の満足優先という三九二条の「立法理由」が妥当しないので、五〇二条一項の解釈として大審院昭和六年四月七日決定(前注(9)参照)が述べるところ(「債権ノ一部ニ付代位弁済アリタルトキハ代位者ハ其ノ弁済シタル価格ニ応シテ債権者ト共ニ其ノ権利ヲ行使シ得ルコト民法第五〇二条第一項ノ規定ニ徴シ明白ナリ蓋シ之カ行使ニ付債権者ト共同スルノ要ナク各別ニ之カ行使ヲ為シ得ルコト民法第五〇二条第一項ノ規定ニ徴シ明白ナリ蓋シ同法条ニハ単ニ「債権者ト共ニ其ノ権利ヲ行フ」トアルニ過キサルモ其ノ権利ニシテ分割行使ヲ為シ得ル場合ニ於テハ債権者ト共同スルコトナク各自其ノ割合ニ応シテ各別ニ之カ行使ヲ為シ得ル趣旨ナルコト同法第二項ト対照シ毫モ疑ヲ容ルル余地ナケレハナリ而シテ右第五〇二条第一項ニハ債権ノ一部ニ付代位弁済ヲ為シタル者カ其ノ弁済シタル価格ニ応シ債権者ノ権利ヲ行使スルニ付何等ノ制限ヲ設ケサルヲ以テ残存債務ニ付債権者カ其ノ権利ノ実行ヲ為シ得ル時期ニ達シタルト否トヲ問ハス一部弁済者ハ同条項に基キ債権者ノ権利ヲ行使シ得ルモノト解セサルヘカラス」民集一〇巻五四〇頁)と、大正一五年判決との間にも何等矛盾はないと解すべきである。他方で、一部弁済を為した物上保証人が単独で先順位抵当権を代位行使し得るにせよ、「其ノ弁済シタル価格ニ応シ債権者ノ権利ヲ行使スルニ付何等ノ制限ヲ設ケ」ずとした昭和六年決定には反対し、「一部弁済者」たる物上保証人は、代価の配当上、共同抵当権者に劣後するとの五〇二条一項解釈も、先順位抵当権の共有(準共有)との関係で困難を伴うが不可能とまではいえないであろうし、二3bで見たとおり、昭和

六〇判決は実際にそのような立場を示している(石田・前掲注(5)一九五頁は、昭和六〇判決がこの点で「昭和六年の大審院決定を實質的に変更した」との理解に与して、昭和六〇判決が「配当の局面における債権者優先主義」を採用したとする)。しかし、この配当上の優劣を「物上代位」論を介して物上保証人所有不動産の後順位抵当権者にそのまま承継させることは大正一五判決に矛盾する。大正一五判決によれば、後順位抵当権者は、三九二条の「立法理由」に照らして、「代位権」の行使それ自体において共同抵当権者に劣後するのである。

大正一五年判決の「停止条件附移転の理論」とこれを前提とした「附記の仮登記」に対しては、例えば我妻・前掲注(47)四五頁以下が「疑問に思う」とし、後順位抵当権者は、「同時配当におけるそれぞれの不動産の負担額を限度として」、共同抵当権者に次ぐ配当順位を有する者として、「直ちに、現実(停止条件附でなく)取得する」ことができ、そのように「みずから競売を実行する権能を有する」以上は、「附記の仮登記」ではなく「附記の本登記」をすべき旨主張している。その論拠としては、「共同抵当権制度に含まれる不動産の担保価値の合理的利用の理想」が指摘されているが、ここで、「ある程度まで割付け主義を導くことによって共同抵当権者の利益を多少犠牲にしながらも簡明な軌道を作ること」(我妻・前掲(47)四二八頁以下)、あるいは、「ある一定の状態以上に複雑な関係を生じさせる場合には、まず割付けるべきものとする」と(我妻・前掲(47)四三九頁)を模索する「立法」論乃至「民法の改正論」が強く意識されていることは、「同時配当におけるそれぞれの不動産の負担額を限度として」という表現からも容易に見て取れる。そうであるとすれば、大正一五年判決の示した三九二条の「立法理由」の当否に直接立ち入ることなく、その理論構成のみを批判する右議論には違和感が残る。とはいえ、「割付け主義」を相対的な強化を目指す立法論やこれを指針とした右議論は、旧著「担保物権法」で示され内容的に大正一五年判決の「立法理由」論にも対応する次のような理解に矛盾するわけではない。すなわち、そこには、「共同抵当は数個の不動産を一括してその担保価値を把握し、一々の不動産の有する価格、その価格の変動、競売の難易等によって煩わされることなく、その何れからでも自由に優先先済をえんとするものであって、抵当権の不可分性を利用してその地位の強化を図るものである。従って、いやくも債権の担保を制度の中心として共同抵当の制度を認める以上、共同抵当権者の右の如き優位を許容するを至当とする。共同抵当の債権額を常に必ず当初から目的不動産の各々について配分(割付)せしめ、各不動産についてその配分額以上の優先権を認めずとするが如き制度は、共同抵当制度自体を否定するものである」(我妻・前掲注(37)一九六頁以下)、とあった。後順位抵当権者に担保権実行申立の権能を認



めても配当において共同抵当権者に劣後するのであれば、「各不動産についてその配分額以上の優先権を認めずとする」わけではないからである。それ故、一部弁済を得た共同抵当権者との関係で、後順位抵当権者に、一部弁済を為した物上保証人と同様に、単独で担保権実行を認めることは現行法の解釈としても十分可能であると思われる。しかし、仮に判例変更により大正一五年判決の立場が放棄され、先順位共同抵当権者と代位権者(物上保証人や後順位抵当権者等)との関係一般に「配当の局面における債権者優先主義」が妥当することになったとしても、代位権者の間の優劣をも同様に解する必然性はない。問題は、三九二条二項適用限定論や「物上代位」論の克服に向けて、物上保証人所有不動産の後順位抵当権者の代位権と物上保証人の代位権の序列を如何に理論的に裏付けるかである。本稿はその手がかりとして大正一五年判決の「代位付記ノ仮登記」に着目しているのである。

(68) 寺田・前掲注(42) 二九八頁以下。

(69) 寺田・前掲注(42) 二九九頁以下。

(70) 寺田・前掲注(42) 三〇二頁以下。

(71) 寺田・前掲注(42) 三〇三頁以下。

(72) 寺田・前掲注(42) 三〇五頁。

(73) 寺田・前掲注(42) 三〇二、三〇三、三〇五頁以下。

(74) 角・前掲注(34) 六二頁以下。この見解に肯定的に言及するものとして、高木・前掲注(34) 三九頁、大塚・前掲注(5) 一九一頁等。

(75) 角・前掲注(34) 六三頁。

(76) 高木「共同抵当における諸問題」(金法一三四九号(平成五年) 九頁)。

(77) 角・前掲注(34) 六二頁。