



Title	共同抵当権を一部放棄した場合の後順位抵当権者保護の必要性
Author(s)	森, 昌昭
Citation	北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル, 1, 197-221
Issue Date	1994-11
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/22262
Type	departmental bulletin paper
File Information	1_P197-221.pdf



共同抵当権を一部放棄した場合の 後順位抵当権者保護の必要性

もり まさ あき
森 昌 昭

目次

第一章 問題の所在	
第1節 はじめに	198
第2節 問題の所在	198
第二章 共同抵当の本質と民法 392 条	
第1節 共同抵当の定義と本質	199
第2節 共同抵当のメリットとその享受者	201
第3節 共同抵当の本質に関する法規	202
第4節 共同（根）抵当権の利用状況	203
第三章 後順位抵当権者保護の方法	
第1節 後順位抵当権者の同意必要説	204
第2節 放棄物件への代位可能説	205
第3節 割り付け額の放棄説	206
第4節 担保保存義務違反説	208
第四章 後順位抵当権者保護の根拠～二つの視点からの考察～	
第1節 二次的有効活用	209
第2節 後順位抵当権者の期待保護	211
(1) 期待保護説	211
(2) 民法 392 条と期待	212
(3) 期待保護の必要性	213
第五章 まとめと補足的考察	
第1節 前章までの要約	215
第2節 設定者の立場からの検討	216
第3節 実務での対応	216

第一章 問題の所在

第1節 はじめに

同一の債権を担保するために数個の不動産上に設定された抵当権を一般に共同抵当と呼び、金融取引に広く利用されている。この共同抵当の代価の配当に関して民法は、392条1項で、同時配当が行われる場合における、各不動産に対する共同抵当債権の割り付けと、392条2項で、順次に配当が行われる場合における、後順位単独抵当権者の代位を規定し、利害関係者間でその利害を調整することとした。また、後順位抵当権者の代位に関しては、その公示方法としての附記登記について393条で規定している。

しかし、共同抵当権に関する民法上の規定がこれだけしか存在しないため、金融取引の発展に伴い、取引の複雑化、多様化、及び取引関係の長期化が進んでいる現在においては、共同抵当権者、抵当権設定者(債務者、物上保証人)、後順位抵当権者、抵当物件の第三取得者その他多数の利害関係者が登場する結果、全てのケースで妥当な結論を導くことが困難になってきた。そこで、これらの条文の趣旨や債権の規定(500条以下など)を持ち出して、あるいは類推解釈、あるいは法意の類推などの手法を行使して、関係者間の利害を調整することとなった。

しかし、これらの解釈の中には、一見、法律上の弱者のように見える^(註1)後順位単独抵当権者を保護しようとするあまり、共同抵当の本来の目的である、共同抵当権者の債権確保に支障が生ずる結果を引き起こしているケースもあるように感じられる。その一つが、共同抵当権の一部放棄と担保保存義務の問題である。

第2節 問題の所在

例えば、AのSに対する1,000万円の債権の担保として、S所有の甲、乙両物件(価額は各1,000万円)に共同抵当権が設定され、さらにBのSに対する500万円の債権の担保として、甲物件のみに後順位抵当権が設定されている場合について考

えてみよう。

同時配当が行われる場合には、民法392条1項により、Aの債権1,000万円は甲、乙に価額に応じて割り付けられるので、甲、乙各々が予定通り1,000万円で落札(競売費用等は除く)されたとすると、Aは甲から500万円、乙から500万円の配当を受領し、Bは甲から500万円の満足を得ることができる。異時配当の場合でも、民法392条2項によりBに代位権が生じる結果、甲乙どちらが先に競売されても、結局Bは甲から500万円の満足が受けられることになる。

しかし、Aが乙に対する抵当権を放棄した場合には、その後Aが甲を競売して甲から1,000万円の満足を受けたときに、何の調整も行われなければ、結局Bは配当を全く受けられないことになる。

そこで、共同抵当権の一部放棄があると、それが無い場合(同時配当の場合でも、異時配当の場合でも)と比較して、後順位抵当権者Bにとって著しく不利になるという配慮の下で、学説、判例はBを保護する方向で展開されてきた。この問題に対する学説、判例の流れをまとめると概ね次の通りになる。

(1) 旧判例～放棄自由

判例は最初、一部放棄については共同抵当権者の自由だとする立場に立っていた。すなわち処分自由を根拠として、後順位抵当権者Bには共同抵当権者Aの放棄を妨げる権利はなく^(註2)、またBは単に代位を取得するにいたるべき希望を有するに過ぎない者であるから、つまり権利者ではないから、Bの希望が実現されなかったとしても、Aには責任が生じないとした^(註3)。

(2) 判例の変遷～法意の類推

(1)の判例に対しては、Bの保護ないしBの不利益を回避させるべきだという立場から学説の批判が多く、判例もついにこの批判を受け入れその立場を変更することとなった。すなわち、392条と504条の法意の類推により、後順位抵当権者Bは共同抵当権者Aがもし放棄をしなかったならば、自分が代位することができた限度において、Aは甲の競売代価の配当に際してBに優先し得ないと

するに至った^(#4)。

(3) 現在の判例・通説～504条類推

この結論に対して学説は賛成したが、「法意の類推」では根拠としての明確性に欠けるので、学説の多くはその根拠を504条類推に求めた。すなわち、後順位抵当権者の地位は、債務者所有不動産と共に共同抵当権を設定した物上保証人に類似するので、504条類推が妥当だとし^(#5)、そして、現在の判例^(#6)もこの立場に属すると言われている。

(4) 392条類推説～債務割り付け

これに対して、もっと直截的に392条を類推適用すべきだとする強硬な学説では、後順位抵当権者Bには392条によって代位権を取得するであろう期待権があるので、Aは共同抵当権の一部放棄により、Bの期待権を侵害することは許されないとする。この説によると、Aが乙の抵当権を放棄することにつき権限を有するのは、Bの代位期待権を侵害しない範囲である、すなわち、あらかじめ各不動産に割り付けを行い、乙に割り付けられたAの債権額に対応する抵当権のみを放棄できるのであるから、その権限を越えて放棄した結果、Bに不利益を生じさせた場合には、Aが責めを負うことになる^(#7)。

以上のように、現在の判例及び学説は、保護の根拠及び保護の方法（第三章参照）についての相違はあるが、後順位抵当権者に、何らかの保護を与えるべきだという点では一致している^(#8)。しかし、後順位抵当権者の利益とは、共同抵当権者の権利を制限してまで守られるべきものなのだろうか、そしてそれが民法392条の趣旨に合致するのだろうか。

そこで第二章以下では、共同抵当の基本的な性質や民法392条の趣旨等を考察した上で、典型的なケースにおいて共同抵当権者が一部放棄した場合の後順位抵当権者の保護の必要性について検討する。なお、本論の趣旨は、共同抵当権者が一部放棄した場合に、民法392条は後順位抵当権者をどのように扱っているかということであり、物上保証人、第三取得者などが出現する場合について

は、考察の対象とはしない。なぜなら、これについては民法501条等の債権の規定が適用され（判例、通説）、民法392条とは異なる解決がなされているからである（理論はともかくとして実務感覚に合う判断だと思われる）。したがって以下では、特別の断りがない限り、抵当目的物は、債務者または同一の物上保証人所有の不動産とし、また、目的物からの配当額も、便宜上、原則として評価額と同一になるものとする。

第二章 共同抵当の本質と民法392条

第1節 共同抵当の定義と本質

共同抵当は、民法392条1項に『債権者が同一の債権の担保として数個の不動産の上に抵当権を有する場合…』と表現されていることを根拠として、学説も、民法392条1項の条文とほとんど同様の表現を用いて定義しているようである^(#9)。しかし、これでは概念が広すぎ、(狭義の)共同抵当とは性質が異なる累積式共同根抵当まで含まれることになり、ここで議論の対象としようとする共同抵当の定義としては、やや正確さに欠ける。そこで各国の制度も参考にしながら共同抵当の性質について考えてみる。

共同抵当はわが国固有の制度ではなく、欧米各国においても、ほぼ同様の制度が存在している。例えばドイツ、イタリア、オーストラリアなどでは、法律で規定されており（ドイツ民法1132条1項、イタリア民法2809条1項2項、オーストリア不動産登記法15条など）、またフランスは、民法上には共同抵当に関する特別の規定は存在しないが、民法2146条2項、2114条2項（抵当権の不可分性）を根拠として共同抵当の存在が認められている。各国の共同抵当制度の間には、例えば登記を成立の要件としたり（イタリア、オーストリア等）、性質が譲渡担保に近かったり（イギリス、アメリカ等）、異所有者の物件には共同抵当の成立を認めない（スイス）など性質上若干の差異はあるが、共通しているのは次の3点である。

第一は、その目的が同一の債権を担保することであり、第二には、複数の特定物件の上に成立す

る抵当権だと言う事である。そして第三に、共同抵当の効果として、各物件が債権の全額を担保すると共に、債権の各部が共同抵当を組成する抵当権全部によって担保されるということである。

したがって、共同抵当の定義としては『同一の債権を担保することを目的として複数の特定物件の上に成立する抵当権であり、各物件は債権の全額を担保すると共に、抵当権者がその内のある物件から弁済を受けた場合に、他の物件もまたその負担を免れるもの』^(註10)とすることが最もその内容を正確に表現しているのではないかと考える。

ところで、上記により表現される共同抵当の存在意義は、債権回収の確実性を高めるところにある。つまり一個の抵当物権だけでは担保力が不足、あるいは現在の担保価値で担保力が十分であったとしても、将来における担保価値減少の可能性を考慮して、複数の担保を把握し、債権者の持つ特定の債権の完全な満足を確保することである。そして共同抵当の本質とは、この目的達成のために認められている、抵当権連帯の性質と共同抵当権者の自由選択権に求められる。

(1) 抵当権連帯の性質

共同抵当においては、共同抵当権という一個の抵当権が存在するのではなく、抵当目的物の数に応じた複数の抵当権が存在すると理解されている(抵当権不可分の原則)。そして、抵当権連帯の性質とは、これら複数の抵当権が、同一の被担保債権の満足を確保を唯一の目的として、連帯性を持って集束せられているということであり、具体的には次の二つのことを意味する。

第一に、共同抵当を組成する複数の抵当権は、それぞれ目的物の数や価額により分割された債権、いわゆる割付額を担保するのではなく、一つ一つがそれぞれ被担保債権の全額を担保するということである。例えば、1,000万円の債権の担保として、評価額が各1,000万円の甲、乙両物件に共同抵当権が設定されている場合には、甲物件が担保するのは割付額500万円ではなく、1,000万円全額であり、乙物件についても同様である。したがって共同抵当権者は甲物件の競売代金から

1,000万円の満足を受けることもできるし、乙物件から全額の満足を受けることもできる。これは共同抵当物件中、そのいずれが競売されても共同抵当権者が常に被担保債権全額について優先弁済を受け得るための、共同抵当本来の目的に由来する基礎条件であり、また、何らかの事情で一部抵当権が消滅しても、そのために残余抵当権の債権全額を担保するべき使命に変更を来すことなく、共同抵当権者の満足を確実に実現するための必要条件である。なぜならば、先の例で甲が先に競売された場合、共同抵当権者が500万円の満足しか得られないのであれば、その後の乙の抵当権の変動(消失、滅失、価額の低下など)により、共同抵当権者は結局債権の完全な回収が不可能な場合が生じてしまう。しかし甲だけに抵当権を設定した場合には1,000万円全額の回収ができるのに、慎重に多くの担保を取得した共同抵当権者に回収不安が生じるのでは、債権回収の確実性を高めようという共同抵当の目的は意味を失う結果^(註11)になるからである。かつてフランスやプロシヤにおいては、共同抵当の連帯性を認めず、共同抵当権の分割を強制する判決も存在したが、後に否定されており、現在では日本を初めとして欧米各国でも連帯性が承認されている^(註12)。

連帯性のもう一つの内容は、被担保債権が弁済その他の理由で減少しても、このために共同抵当権を組成する抵当権の数が減少することではなく、各抵当権が一樣にその被担保債権の額を減少するだけだということである。先の例で言えば、弁済により被担保債権が1,000万円から500万円に減少したとしても、共同抵当が当然に甲のみ、あるいは乙のみの単独抵当権になるわけではなく、500万円を被担保債権として、甲、乙それぞれに共同抵当権が存在するということである。もしこれが認められないとすると、共同抵当権者の債権確保の目的達成に重大な不安を与えることになり、当然の結果であろう。

(2) 共同抵当権者の自由選択権

共同抵当権者はいずれの物件に対する抵当権を、いずれの時期に、いかなる限度に行使するか

を決定することができるということであり、共同抵当の目的を達成する手段としての一般的要請である。共同抵当を組成する各抵当権は、それぞれ共通の被担保債権の全額を連帯して担保する独立の抵当権であることから、債権確保のために共同抵当権者はこれらの抵当権中の任意の一個または数個ないし全部について、適当と考える時期に、同時または順次に権利を行使し、その代金から債権の一部ないし全部の満足を求めることができる。この共同抵当権者の権利は抵当目的物の所有者が異なる場合にも、あるいは単独後順位抵当権者が存在する場合にも影響を受けることなく、日本及び欧米各国において認められている原則である。(特にドイツ、オーストリアでは同時配当の場面でも原則として共同抵当権者の自由選択権が認められている。)

第2節 共同抵当のメリットとその享受者

共同抵当に特有のメリットとは、例えば共同抵当目的物の内の一つが滅失、消失、価額の下落などによって、設定時に予定していた担保価値を下回るようになった場合でも、他の物件に余裕があればその分をカバーすることができるということ、すなわちリスク分散効果である^(註13)。そして、共同抵当権者がこのメリットを享受するのは当然のことである。しかし一方では、その反射的效果として共同抵当目的物の所有者にとってのメリットにもなり得る^(註14)。

このことは、次の二つのケースを比較すると理解しやすい。

AのBに対する1,000万円の債権の担保として、評価額各500万円の甲、乙両物件に抵当権を設定するときに、①甲乙両物件に極度額1,000万円の(純粋)共同根抵当権を設定するケースと、②甲乙それぞれに極度額500万円の根抵当権を累積的に設定するケースである^(註15)。

①②のケースともAはBに対する1,000万円の債権の担保として総額1,000万円の抵当権を取得しており、競売時に甲乙両物件が評価額どおりの値段で売却されたときには、Aは1,000万円の満

足を受けることができ①②とも差異はない。しかし、何らかの要因で、例えば甲が300万円で、乙が700万円で売却されたときには、①の場合には、Aは1,000万円の満足を受けることができるが、②の場合には、800万円の満足しか受けられない。これは①が共同抵当にすることで、甲の価格低リスクを乙の価格余剰がカバーしているためである。ここで、共同抵当を用いないで①のようにリスク分散効果を得ようとするならば、甲乙それぞれに極度額1,000万円の根抵当権を累積式に設定しなければならない。つまりこの場合共同抵当権者は、共同抵当にすることで倍の極度額の普通抵当と同じ効果を得られるということであり、その結果、設定者にも融資金額が増加するというようなメリットが生じることになる。つまり共同抵当は設定額対比(根抵当の場合は極度額対比)で、担保価値を相対的に高め、抵当目的物件の効率的利用を可能にするものといえる。

以上、リスク分散機能は、複数の共同抵当目的物を一体として捕えると、共同抵当権者にも所有者(設定者)にもメリットは大きい。

次にここで、共同抵当を組成する複数の物件の内の、ある特定の物件にのみ焦点を当てて考えてみると、また別の側面が見えてくる。先の例では、共同抵当にすることで共同抵当権者は甲からいわゆる割り付け額500万円以上(最大1,000万円)の満足を受けることが可能になり、その反射的效果として所有者も甲から割り付け額500万円以上の効用を引き出すのであるが、そのことは甲が割り付け額500万円以上の拘束を受けることを意味する(乙についても同様)。つまり甲の負担は乙のリスク分だけ割り付け額よりも増加していることになる。したがって甲のみについて考えると、共同抵当権設定後の残余価値、すなわち、共同抵当権者が把握した担保価値を控除した後の甲の価値は、500万円以下(最低0円)となる。このことが後順位抵当権者の保護の必要性を考える上で重要なポイントとなる(4章参照)。なお所有者は、甲、乙両物件の価値を総合的に把握するので、甲の残余価値の減少は乙の増加を意味し、このことに

よって個別的な処分等に不便があるとしても、総体としては所有者が特にデメリットを受けることはない^(註16)と考える。

第3節 共同抵当の本質に関する法規

共同抵当を組成する各抵当権の連帯性及び共同抵当権者の自由選択権ないし抵当権行使方法の決定権は、債権確保という共同抵当の目的達成のために必要な条件であり、原則としてこれに制限を加えることはできない。なぜなら、これを制限することは共同抵当制度の存在意義を否定することになるからである^(註17)。

しかしもちろん、特別の必要がある場合、例えば他者の権利を侵害するような場合には、例外として権利の調整のために制限されるべき場面も存在する。また権利の侵害とまで行かない場合でも、制限を加えることにより社会的により妥当な結果を得ることができ、また制限をしても共同抵当の目的達成の妨げにならない場合には、その必要の程度に応じて制限することは許されるだろう。(例えば民法392条1項では同時配当の場合での割付主義という共同抵当に対する制限が明示されている。)ただし、この制限はあくまでも例外的措置であり、制限により侵害される共同抵当権者の権利と、制限により保護される他の関係者の権利ないし利益、あるいは制限により実現される社会的妥当性などは、慎重に比較検討されなければならないだろう。

ところで、わが国の民法には、共同抵当に関する条文は392条1項、2項及び393条しか存在せず、これらの条文にも共同抵当権者が一部抵当権を放棄した場合の処理方法が定められていない。そのために、一部放棄によって社会的に妥当でない結果が生じるのであれば、その不当な結果を回避するために、これら共同抵当に関する条文及び他の民法の条文の趣旨を解釈することで関係者間の利害を調整しなければならないが、ここでは、一部放棄の場合の後順位抵当権者の保護が、民法392条1項、2項の趣旨に合致するののかについて考察する。(なお、民法393条は、代位権者の附記

登記手続きに関する規定であり、この趣旨についても学説上、若干の争いがあるが、ここでは考察の対象としない。)

(1) 民法392条1項

民法392条1項は共同抵当目的物について、その代価が同時に配当されるときには、各物件の価額に応じてその債権を分かつことを規定している。そしてこの「同時にその代価を配当すべきとき」というのは、共同抵当の目的物が、同一の競売手続きによって競売され、その代価が同時に配当される場合である。この規定に従うと、同時配当の場合、共同抵当権者は各目的物の価額から任意に弁済を受けることはできず、各目的物にその価額に応じて被担保債権を割り付け、この割り付け額の範囲内でのみ、優先弁済を受けられることになる。具体的には、債権者Aが1,200万円の債権の担保として(競売)価額1,000万円の甲物件と2,000万円の乙物件に共同抵当権を有する場合に、同時配当が行われたならば、Aは甲から400万円、乙から800万円の弁済を受けることになる。この条文は共同抵当の本質(連帯性、自由選択権)を制限するものではあるが、この条文を根拠に共同抵当の本質が原則として否定される事にはならないことに、異論はないであろう。共同抵当という制度を認める限り、その本質は尊重されるべきものだからである。

この規定の最大の特徴は、例外的に共同抵当の本質が制限される場合にも、共同抵当権者は実質的に何の不利益も受けないということである^(註18)。

共同抵当権者にとっては甲から債権の満足を受けようが、乙から受けようが全く関係ない事であり、この場合に共同抵当の本質が制限されても共同抵当権者の目的達成には全く影響がない。したがって民法392条1項は、共同抵当の本質が制限されても共同抵当権者の目的達成に支障を来さない場合、すなわち同時配当の場合にのみ適用される、例外的な規定であるといえよう。

次に民法が民法392条1項で敢えて例外的規定を置いたことの意味について考える。この規定に

よって利益を受け、あるいは不利益を回避できるのは一体誰なのだろうか。まず、全ての抵当目的物の価値を総合的に把握して、その目的物について優先権を有する者が共同抵当権者以外には存在しない者、例えば所有者ではないことは明らかである。なぜならこのような所有者にとっては、共同抵当権者が甲から満足を受けようが、乙から受けようが、自己の把握する総合的価値には何の影響もないからである。同様の理由で、共同抵当目的物の価値（担保価値）を総合的に把握することができる、全ての目的物を譲渡された第三取得者や、全ての目的物について後順位で共同抵当権を設定した後順位抵当権者、あるいは債務者の財産を総合的に捕える一般債権者も、通常は民法392条1項により影響を受けることはない。

したがって民法392条1項により直接影響を受けるのは、共同抵当目的物中の特定の一部についてのみ、その価値を把握し得るもの、すなわち一部目的物のみ譲渡を受けた第三取得者や、一部目的物にのみ抵当権を設定した後順位抵当権者などである。また、抵当目的物全体にある種の権利を有している場合でも、目的物に対して自分よりも優先権を持っている者の中に、民法392条1項の影響を直接受けるものが存在する場合には、その者も間接的に影響を受けることになる。例えば単独後順位抵当権者が存在する場合の所有者、一般債権者などである。

この点に注目すると、民法392条1項は、共同抵当権者と後順位抵当権者の利害調整というよりも、これら直接、間接に影響を受ける者の間での利害調整を目的としていると考えるほうが自然であろう。なぜなら、民法392条1項によって不利益を負う者も、その対価としての利益を受けるものもこれらの者であるからであり、共同抵当権者には実質的な影響がないからである。したがって、民法392条1項の保護法益は、その利害調整の方法から、それら直接、間接に影響を受ける者の公平維持にあると思われる^(註19)。

(2) 民法392条2項

民法392条2項は、共同抵当権者に対しては、

原則としてどの物件に対しても抵当権を行使し得るという自由選択権を残しつつ、後順位抵当権者の代位という手段を用いて、その場合の共同抵当権者の恣意により、後順位抵当権者が被ることになる、不利益を回避させ、併せて共同抵当目的物をして他への担保提供の道を残すことにより、所有者の保護を図った規定といわれている。

この説明によると、一見、民法392条2項は後順位抵当権者及び所有者の保護を目的とした規定のように見えるが、ここでも民法392条2項によって利益を受けるものと、利益を制限されるもの、及び、その利益、不利益などを受ける状況、限度などについて考えてみると、民法392条1項と同様に、共同抵当目的物の一部のみについて権利を有するもの（後順位抵当権者等）及びその者の影響を受けるもの（所有者等）の公平維持を目的にしていると言えるのではないだろうか。そして、民法392条1項が、共同抵当権者の権利を制限しても、共同抵当権者には何の不利益も生じない故に認められた、例外的な規定であると考えれば、民法392条2項も、共同抵当権者に不利益を与えない場合にのみ適用されるべきであろう^(註20)。

第4節 共同（根）抵当権の利用状況

同一の債権の担保として複数の物件について、抵当権を設定する場合は、当然に共同抵当権となり、これ以外の設定方法は存在しない（民法392条1項）。したがってこの場合の共同抵当権の利用率は100%である。

抵当権と違い、根抵当権の場合には、同一の債権の担保として複数の物件に設定するには、（純粋）共同根抵当と累積式根抵当の二つの方法があるが、実際の取引におけるそれぞれの利用状況について考えると、共同根抵当が圧倒的に多い。なぜなら、どちらの方法を利用するのかは、債権者と設定者の意思によるのであるが、債権者にとっては、極度額が同じであるならば共同根抵当の方が有利であり、設定者にとっても、通常は、共同根抵当の方が有利であるからである。（少なくとも

も、設定時には、設定者にとって、共同根抵当権の利用が累積式根抵当権を利用するより不利になることはない)

債権者の意識に関しては、金融法務事情 1361 号に興味深いアンケート調査がある^(註21)。このアンケートによると、回答を寄せた金融機関の 67% が共同根抵当を原則としており、累積式根抵当を原則としていないと回答したのは 4% にすぎない(残りはケースバイケースで対応)。立法当時は、累積式根抵当の利用が活発に行われるものと予想されていたにも拘らず、実際の共同根抵当と累積式根抵当の原則的な選択の基準は圧倒的に共同根抵当が多いことが示されているのである。

共同根抵当を原則とする理由としては、危険分散上有利ということと、担保評価が容易であるということが挙げられているが、前者については共同根抵当の本質的な効果であるので当然であろう。そして後者は、共同根抵当のメリットである危険分散効果と担保価値集積効果から導かれるものである。つまり、危険分散効果により債権者は、ある程度ファジーな評価が許されるのであり、また担保価値の集積効果により、複数の目的不動産を一体として処分するときの評価を出せば足りるということである。

ただし、共同根抵当には事後管理面でのデメリットもあるが(例えば一部解除など)、このデメリットは、一部解除に応じないというように債権者の意思により一応回避できるし、通常、債権者は、債務者の業況に変化がなければ、余剰担保が生じたときには取引拡大のために追加融資に応じることを望むのであり、設定時には、一部解除の場合などは想定していないので、共同根抵当を原則とする金融機関が多いのだろう。さらに、累積式根抵当の場合には、設定額の合計が大きくなるため、担保提供者の理解が得られにくい、ということも原因の一つになっているものと思われる。そのため、一般に累積式根抵当が適当だと思われる場合、例えば所有者が異なる場合や抵当目的物件が離れた場所に存在している場合でも、債権者の共同抵当を好む傾向は変わらないことにな

る^(註22)。

また、先順位に共同抵当権がある場合に、後順位で根抵当権を設定するときには、金融機関は通常、共同根抵当権を設定するのであり^(註23)、したがって、先順位共同抵当権者が一部放棄したとしても、金融機関が単独後順位抵当権者として予期せぬ不利益を受けることは、実際には少ないと思われる。また、金融機関以外の企業や個人が、単独後順位抵当権を設定したとしても、その場合、自己が設定する物件以外の物件を評価すること(先順位共同抵当権の共同担保目録を調査し、その一つ一つについて評価すること)は、殆どないと思われ、したがって先順位共同抵当権者が一部放棄したとしても、害されるべき期待が存在することは極めてまれであろう。

第三章 後順位抵当権者保護の方法

第一章で述べたように、共同抵当権者が一部放棄した場合に、後順位抵当権者に何らかの保護を与えるという点では学説は一致しているが、その方法についての見解は別れている。主な方法としては次の 4 説があり、それぞれの妥当性について検討する。

第 1 節 後順位抵当権者の同意必要説

共同抵当権者が抵当権を放棄するためには、後順位抵当権者の同意を必要とする見解である^(註24)。

この見解に対しては、共同抵当権者は、その目的物件のいずれからでも自由に選択して抵当権を実行することができ、また、その一部物件に対して抵当権を放棄することも自由というべきであるから、共同抵当権者の一部放棄が後順位抵当権者の同意によって拘束されるのは妥当でない、という反対意見が強い。本来、権利の放棄は、権利者の自由であり、第三者によって制限されるべきではないので、当然であろう。

ただし、この説は香川保一氏の見解として紹介されていることがあるが、そこでは香川氏の理論を離れて、『共同抵当権者が抵当権を放棄するため

には、後順位抵当権者の同意を必要』だという文言だけが議論の対象になっているように思われるので、ここで若干の補足をする。

香川氏は、一般に他人の権利の目的となっている権利は、それが放棄されても、その放棄は権利者に対しては無効であるものとするのが、法律上当然の事理であることを根拠として^(註25)、後順位抵当権者の代位の目的となるべき共同抵当権を放棄しても、後順位抵当権者の同意がなければ、その放棄は無効だとする解釈の可能性を指摘している。そして、後順位抵当権者の同意のない放棄を、登記手続上不可能にすれば（後順位抵当権者の同意を証する書面を申請書に添付しなければ、共同抵当権者の一部放棄による抹消の登記を申請することができないものとするれば）、この問題の解決が図られると考えているのである。しかし、同時に、この様な解釈には不動産登記法上、相当無理があると述べている。そこで、法律上無理のない解釈としては、同意のない放棄が無効だとしても、その無効を主張できるのは、仮登記^(註26)によって将来の代位権（代位期待権）を保全している後順位抵当権者に限るとしたのである^(註27)。したがって香川氏の見解によると、この説とは異なり、共同抵当権者が一部放棄した場合には、仮登記をしていない後順位抵当権者は、代位権未取得者と同様に、実質的に何の保護も与えられないということになる。

この香川説に対しては、共同抵当権者と後順位抵当権者は当事者の関係になるので、仮登記の有無は問題とまらないのではないかという疑問が提起されているが^(註28)、共同抵当権者と後順位抵当権者は単に同一物件に対して権利、または権利類似の期待を有する者であり、香川説のように、当事者関係にはないものとして処理するべきであろう。また、もし当事者関係と考えるのならば、登記は抵当権の成立要件ではないので、後順位抵当権が未登記の場合にまで、共同抵当権者は一部放棄の場面において、責任を問われる危険性も生ずるだろう。

第2節 放棄物件への代位可能説

後順位抵当権者は、放棄があっても、放棄がなかったのと同様に代位できるとする見解である^(註29)。

この見解に対しては、①～③の批判がなされており、それぞれについて検討した上で、この説の妥当性についての私の意見を述べる。

①放棄によって抹消された抵当権について、代位権者による抵当権の実行を認めることとなり、抵当権の抹消を信頼して、当該不動産につき担保権を取得した第三者を害するという批判^(註30)。

この点に関しては、付記登記をしていない後順位抵当権者は、放棄の後に権利を取得した第三者に対して、代位権を持って対抗できない^(註31)と考えるならば、少なくとも共同抵当権者の放棄後に当該物件に抵当権を設定した第三者は害されることはない。

②権利放棄は、以下なる動機、理由から行われるものであったとしても、正当に成立している他人の利益ないし権利を害してはならないが、その利益ないし権利を保護するに際して、その影響を第三者（放棄された物件の後順位抵当権者）にまで及ぼすのは妥当ではない。権利を放棄したものとそれにより利益を害される者の間での相対的解決が目指されるべきであるという批判^(註32)。

しかし、②の批判に従うと、共同抵当権者の放棄により第三者（放棄された物件の後順位抵当権者）は、本来自己が受けられなかったはずの利益を享受し、その利益享受の結果として他者が不利益を受けたにもかかわらず、その利益に影響を及ぼす事は許されないことになるが、これは衡平に反するだろう。また、第三者（放棄された物件の後順位抵当権者）が影響を受けるのは、共同抵当権者の放棄により得られた反射的利益の範囲内であり、その意味でも第三者の利益を保護する必要性は低いだろう。なぜなら、影響を受けるのは、本来享受すべき理由のない反射的利益であり、そして影響を受けたとしても、第三者が不利になるわけではないからである。したがって、損害を被った者（後順位抵当権者）と利益を受けたもの

(放棄された物件の後順位抵当権者)、および原因を作った者(共同抵当権者)との間で総合的に利害調整をすることも許されるのではないだろうか。私は民法392条を、目的物件の一部についてのみ権利を有する者相互の公平維持を目的とした規定だと理解しているので、上の利害調整方法は、むしろ民法392条の趣旨に合致しているものと考えられる^(#33)。なお、目的物件の一部について直接権利を有する者とは、残存物件の後順位抵当権者、第三取得者、放棄物件の後順位抵当権者、第三取得者等であり、間接的に一部について権利を有する者とは、所有者、一般債権者などである(第二章参照)。

③放棄の対象である抵当権の設定者は、放棄の利益を受けられず、結局、この者に不利益をしわ寄せすることとなるという批判^(#34)。

後順位抵当権者の利益ないし権利が正当なものだとすると、放棄の対象物件には、共同抵当権者の他に後順位抵当権者も利益ないし権利を有しているのだから、共同抵当権者の権利が消滅しても後順位抵当権者の利益ないし権利が消滅しないのは当然のことであり、本節の見解を採ったとしても、設定者(あるいは一般債権者、放棄された物件の後順位抵当権者)に不利益をしわ寄せすることにはならないだろう。

以上①～③の批判も、後順位抵当権者の利益ないし権利が正当なものだと考える限り、本節の見解を否定する決定的な根拠とはなり得ないだろう。それでは、本節の方法により、後順位抵当権者を保護すべきなのだろうか。私は、次の三つの理由でこの見解は採るべきではないと考える。

第一に、後順位抵当権者には正当の権利(ないしは権利と同様に保護されるべき利益)が、存在しないと考えるからである。第二章でも述べたように、民法392条が、配当の場面における公平維持のための例外規定(例外的に共同抵当権者の自由選択権を制限した規定)だと捉えるならば、共同抵当権者の放棄により後順位抵当権者は代位権を取得することがないのだから、本節の方法では、設定者(あるいは一般債権者、放棄された物件の

後順位抵当権者)に、理由なく不利益を負わせる結果になってしまうからである。第二に、仮に後順位抵当権者が保護されるべき利益を有していたとしても、その保護の方法は民法392条の規定の通りになされるべきであろう。つまり、先順位抵当権への代位である。しかし、一部放棄の場合には、代位されるべき先順位抵当権が消滅しているので、「放棄がなかったのと同様に代位」することは不可能である。そして第三に、実際の取引の安全性の問題である。通常、放棄された物件の後順位抵当権者は、放棄の後は、(放棄した)先順位抵当権者が存在しないものとして、当該物件に対しての優先弁済権を期待し、取引を継続することになる。つまり、その後の取引は、自己の把握する担保価値が増加したものとしてなされることになる。しかし、ここでもし残存物件の後順位抵当権者から、権利を主張された場合には、放棄物件の後順位抵当権者にとってはあまりにも酷なものではないだろうか。そして、残存物件の後順位抵当権者の債権が消滅しない限り、代位権も消滅しないので、何年も経過してからこの権利を主張される恐れがあり、取引の安全上、非常に都合の悪い結果になるのである。ここまでして残存物件の後順位抵当権者を保護する必要もないだろう。

第3節 割り付け額の放棄説

あらかじめ同時配当のような割り付けを行い、各物件についてはその割り付け額を被担保債権とする単独抵当と見て、それが放棄されたものとする見解^(#35)。

この見解が、共同抵当権者に割り付けを強制する根拠は、第一にそれが民法392条の趣旨に合致するからだということであり、第二に、共同抵当権の連帯の性質から、連帯債務に関する民法437条の規定に準じて処理されるべきだという所にある。しかし、前述したように、民法392条を公平のための例外規定と捉えるならば、割り付けの強制がその趣旨に合致するとはいえないし、また、民法437条の準用についても次のような疑問がある。確かに、共同抵当権の連帯の性質は、連帯債

務との類似点も多いが、連帯債務にない付従性があり、連帯債務で通常観念される負担部分がない点が異なっている。その意味では連帯債務よりもむしろ連帯保証に似ているといえる。そして、連帯保証人については民法 458 条により、民法 434 条～民法 440 条の連帯債務の規定が適用されることになっている。しかし、すべての連帯保証人に連帯債務の規定が適用されるわけではなく、判例も、債権者 X が連帯保証人 Y、Z のうち Z のみ免除した事例で、Y、Z 間に保証連帯の特約があるか商法 511 条に該当する場合でなければ、Y、Z 間には連帯債務ないしこれに準じる法律関係は生じないとして、Z に対する免除は Y に対しては影響を及ぼさない（民法 437 条の適用はない）としている^(註36)。これは、民法 437 条が連帯債務者間の求償の循環を回避する目的であることから、保証人相互間に連帯関係が存在しない場合、つまり保証人相互間に求償関係が生じない場合には、本条の適用がないと考えたためであろう。したがって、共同抵当権の連帯の性質が連帯保証（特に保証連帯がある場合の連帯保証）に似ているとしても、物件相互間に求償関係が生じる余地がないのであるから、求償関係の存在を前提とした民法 437 条を共同抵当に準用することは適当ではないと思われる。

そして、この見解を支持することができない最大の理由は、実際の配当の場面において、極めて不都合な事態が生じてしまうからである。（割り付け強制的根拠については、それほど強い反対がないにも拘らず、この見解に対する積極的な支持が少ないのは、この代価配分の結果が容認できないからであろう。）

例えば、甲乙物件（価額は各 1,000 万円）に A が被担保債権 1,000 万円の共同抵当権を設定し、B が甲のみに後順位で被担保債権 500 万円の抵当権を設定しているときに、A が乙の抵当権を放棄した場合について考える。この見解によると、甲についての優先弁済権は A が 500 万円、B が 500 万円となるが、ここで、仮に B の債権及び抵当権が弁済等により消滅したとしても、A は甲から

500 万円を越える優先弁済を受けることができないのである。なぜなら、A の抵当権は、乙放棄の時点で 500 万円に減額されていると考えるからである。

例 1

甲 (1,000 万円) 乙 (1,000 万円)
 A (1,000 万円) ① ①→放棄
 B (500 万円) ②→消滅 (放棄の後)

配当が行われると、甲の代価は、A が 500 万円、設定者（または一般債権者）が 500 万円受領することになる。

また、この見解によると、A が甲乙両物件に先順位で 1,000 万円の共同抵当権を、C が乙のみに後順位で 1,000 万円の抵当権を設定していた場合には、A が乙の抵当権を放棄したとしても、A は甲から 500 万円、C は乙から 500 万円の優先弁済しか受けることはできないとされている。

例 2

甲 (1,000 万円) 乙 (1,000 万円)
 A (1,000 万円) ① ①→放棄
 C (1,000 万円) ②

配当が行われると、甲の代価は、A が 500 万円、設定者（または一般債権者）が 500 万円受領し、乙の代価は、C が 500 万円、設定者（または一般債権者）が 500 万円受領する。（C が 500 万円しか優先弁済を受けられない理由は、もともと C は割り付け額についてのみ優先する期待を有していたにすぎないのであるからと説明されている（高木多喜男・担保物権法・227 頁）。）

しかし、このような結論は、A にとっては後順位抵当権者が不利益を受けない場合にまで、権利を制限されることになるので、民法 392 条の趣旨とは掛け離れるのではないだろうか。また C にとっても、1,000 万円の抵当権を有しているにも拘らず、500 万円しか優先弁済を受けられないことは、とうてい納得できないだろう。なぜなら、通常は、後順位の抵当権者は、先順位の抵当権が減少ないし消滅した場合には、当然に自己の優先

弁済権が増加するという期待を有しているからである。

以上のように、代価の配分において大きな不都合が生じるので、本節の見解を採るべきではないと考える。

第4節 担保保存義務違反説

民法504条を類推して、残存物件に対する抵当権を実行した場合の代価の配分にあたり、共同抵当権者は、もし、放棄がないと後順位抵当権者が代位できた額について後順位抵当権者に優先できないとする見解^(註37)。

この見解は第3節と異なり、共同抵当権者に割り付けを強制しないため、原則として共同抵当権者の自由選択権は尊重され、放棄後の残存物件に対する抵当権も当初の金額のまま存続することになる。ただ後順位者との関係における優先権が制限されるだけである。したがって第3節の例1の場合に、乙に対する抵当権を放棄した後に、後順位抵当権者Bの抵当権が消滅した場合には、共同抵当権者Aは甲に対して債権の全額について優先弁済を受けられるのである。

これは、最も多くの学説の支持を集めている見解であり、一般に、共同抵当権者の優先権を制限する根拠は、民法504条の類推に求められている。すなわち、「後順位抵当権者の地位は、債務者の所有不動産とともに共同抵当権を設定した物上保証人に類似するので、民法504条を類推するのが適当(我妻・前掲456頁)」であるとされるのである。(ただし、民法504条は、弁済により生じる代位権(民法500条)の保護規定であるから、その保護の範囲について、民法392条2項後段と若干の差異があると解釈する余地がある。例えば、民法504条を、債権者が抵当権を放棄したことにより、法定代位権者が債務者に代わって弁済しても、代位権(民法500条)が害され、ために、求償ができなくなる分については、その不利益は債権者が負担すべきであるという規定だと理解すると、第3節の例1の場合には、甲不動産のみでAの被担保債権の弁済は可能であるために、償還不能額は生じ

ないので、したがってBは民法504条による免責を受けることはできないことになる(角喜代恵・判タ823号66頁)。これは民法504条が民法500条の規定を受けていることを重視したための解釈だと思われるが、このような解釈を生じさせないためにも、その根拠を、民法504条と併せて民法392条の法意の類推^(註38)に求めた方が理解しやすいのではないだろうか。)

ところで、民法500条は「当然債権者に代位す」と定めているのに対し、民法392条2項では「代位して抵当権を行うことを得」と表現されている。通常は、敢えて違った意味に解する必要はない^(註39)と解されているが、両代位権に同じ保護を与えようとするのなら、その前提として、両代位権の内容を検討し、性質が同一、または両者に同一の保護が必要だとする価値判断が存在しなければならぬだろう。

① 性質の同一性

民法500条による法定代位と民法392条2項の共同抵当における代位の性質については、学説にも若干の争いがある。

第一は、両代位権の性質を同一と考える説であり(通説)、第二は、その性質を異別と考える説である。すなわち、民法500条の法定代位は法定代位弁済者の求償権を確保するために認められる代位であるのに対し、民法392条2項の代位は求償権の存在を前提とせず、共同抵当の後順位抵当権者に対して特別に認めた代位であるとする。そして、前者では、被担保債権は消滅せず(したがって、その抵当権も消滅せず)、債権者から代位権者に移転するのに対し、後者では、被担保債権が消滅し、被担保債権の移転が生ずることはないとする。このように両者の性質が異なる以上、民法500条の法定代位権者保護を目的とする民法504条の担保保存義務と、民法392条2項の代位権に対する侵害の保護とは別個の問題とする^(註40)。

第二説が指摘する両者の差異(求償権の有無と被担保債権移転の有無)については、第一説を支持する立場でも否定はしていないのであるが、結論を異にするのは、その差異に対する価値観の相

違によるものと思われる。すなわち、第二説では、この差異が存在するが故に、両者の性質が異なると解するのであるが、第一説では、両者の性質を比較する上で、この差異の存在が決定的な要因にならないと考えているようである^(註41)。しかし、求償権の存在や被担保債権移転の問題は、両代位権の性質を考える上で、決して小さな差異ではないので、性質が異なることを前提とした上で、両者に同一の保護を与えることの是非を検討すべきではないだろうか^(註42)。

② 同一の保護を与えることの是非

民法 500 条が予定する代位権者とは「弁済を為すに付き正当の利益を有する者」であり、具体的には、保証人、物上保証人、連帯債務者などの他、後順位担保権者や一般債権者なども含まれると解されている。そして、これら法定の代位権者が債権者に対して「弁済」することにより代位権が発生する。つまり、民法 500 条の代位権の発生には、代位権者の出捐と債権者（被代位権者）の債権回収が伴うのである。

これに対して、民法 392 条 2 項の代位権発生には、このような代位権者の出捐は要求されていない。（例えば、判例は後順位抵当権者であるだけで、代位に対する期待が発生し、この期待を代位権と同様に保護すべきだと言う。）このように、代位権取得につき出捐したものと、何ら出捐していない者に対する保護の必要性には、当然差異が生ずるのではないだろうか^{(註43)(註44)}。

そして、両代位権の保護の必要性が同一ではない以上、民法 500 条の代位権と民法 392 条 2 項後段の代位権を同一視して、共同抵当権の一部放棄の場合に、民法 504 条を類推適用することには問題が多いものとする。

第四章 後順位抵当権者保護の根拠

～二つの視点からの考察～

共同抵当権者が共同抵当目的物の一部について抵当権の放棄を行うと、その場合何の調整もなされないとしたならば、放棄されない目的物に後順位抵当権を設定していた者にとっては、民法 392

条 2 項の代位の対象となるべき抵当権が放棄のために消滅し、同時配当や順次配当が行われた場合には得られたであろう額の債権回収が不可能になる。そして、このような結果は回避されるべきだとの認識を基にして、後順位抵当権者保護理論は展開されてきたのであるが、そのアプローチ方法は大きく二つに分けられる。一つは目的不動産の二次的有効活用であり、もう一つは後順位抵当権者の期待保護である。

第 1 節 二次的有効活用

共同抵当権者の一部放棄について何の制限もないならば、後順位抵当権者は抵当不動産の担保価値を評価するに際しては、当該目的物件は、先順位で共同抵当権者の被担保債権額全額の負担を負っているものとして評価しなければならなくなる。したがって甲乙物件（各 1,000 万円）に A が 1,000 万円の共同抵当権を、B が後順位で甲のみに 1,000 万円の抵当権を取得する場合には、甲は A の債権 1,000 万円全額の負担を負っていると、B が評価することになるので、B にとっての甲の担保価値は 0 になる。そうすると B は後順位で抵当権を取得しようという意欲を失い、不動産の担保価値の実現は疎外されることになる。そして、残余価値があるにも拘らず、共同抵当権の目的となった不動産による、以後の金融の途が、結果として閉ざされることになる^(註45)。そこで民法 392 条 2 項を、後順位抵当権者保護を通して共同抵当権の設定された不動産の担保価値の効率的な利用のために設けられた規定であると解釈し、この規定の存在意義を全うするために、後順位抵当権者に対する保護を与えるのが妥当である、とする考えである。ここで言う二次的有効活用とは、金融取引における共同抵当目的物の事後的な効率運用の事であり、具体的には、不動産を担保提供、または売却することによって所有者が資金を得る場合に、その金額が当該不動産の客観的価値に近いほど、その不動産は有効活用されているとみなす（単に有効活用と表現されることも多い）。

ところで、二次的有効活用に根拠を置いた後順

位抵当権者保護理論が正当化されるためには、次の三つの前提条件が必要となる。第一に、民法 392 条 2 項の趣旨、あるいは目的が、不動産の二次的有効活用にあるということである。第二に、後順位抵当権者を保護することにより、不動産の二次的有効活用が実現されるということである。そして第三に、不動産の二次的有効活用が共同抵当権者の権利（自由選択権など）より以上に価値があるということである。

(1) 第一の前提

第二章でも触れたように、条文を素直に解釈すると、民法 392 条 1 項は同時配当の場面での、共同抵当目的物の一部についてのみ権利を有する者、及び、その者の影響を間接的に受ける者が存在する場合に、それらの者の公平維持を図ろうとした規定だと考えられ、民法 392 条 2 項は、順次配当の場面でも、同時配当と同一の結果になるように、後順位抵当権者の代位という手段を採用したものと解釈するのが自然であろう。したがって民法 392 条 2 項の趣旨は、それらの者の公平を目的とした利害調整であり、物件自体の有効活用(担保価値、交換価値の実現という意味での有効活用)がその趣旨であると解釈するのは、技巧的すぎるのではないだろうか。確かに、民法 392 条 2 項の利害調整により、関係者にとっては、自己の把握している目的物の評価が容易になり、それが有効活用につながる可能性も否定できないが、それはあくまでも結果であり、それ自体が目的であるとはいえない。

また、民法 392 条 1 項が同時配当の場合での、民法 392 条 2 項が順次配当の場合での、共同抵当権者には何の影響もないが故の例外的に認められた規定であると考えれば(第二章参照)、同時配当でも順次配当でもない場合(放棄や滅失など)にまで、例外規定の適用範囲を広げることには問題も生じると思われる。仮に民法 392 条 1 項 2 項が、結果的に目的物件の有効活用につながるがゆえに、その目的を有効活用にあると解釈したとしても、民法 392 条 1 項 2 項は、条文上は共同抵当権者の権利を害さない場面のみでの適用であるの

に、一部放棄の場合にまで適用するのは、共同抵当権者の権利を害するものであるから、安易な拡張解釈は許されないと考えるからである。

(2) 第二の前提

後順位抵当権者に対するこのような保護が、実際に不動産の二次的有効活用につながるのであろうか。

確かに後順位抵当権者にこのような保護が与えられれば、後順位抵当権を取得しようとする者にとっては、自己の把握する担保価値評価が安定する事になり、後順位抵当権取得に対する意欲は増大し、その意味では不動産の二次的な有効活用につながるといえる。しかしその事により、共同抵当権の目的となっている物件の解除については、共同抵当権者は極めて消極的になるのであり、解除の対象となっている物件の二次的な有効活用はかえって疎外されることになる。

例えば、各 1,000 万円の甲乙両物件に共同抵当権 1,000 万円が設定されている場合に、債務者がさらに資金を必要とするため、乙の売却を考えたとする。本来、共同抵当権者は、甲に対しても、乙に対しても、1,000 万円の抵当権を行使できる立場にあるので(例外的に同時配当の場合は割り付け主義が採られるが)、甲から債権全額が得られるのであり、所有者から乙の担保解除を申し込まれたならば、それを断る理由はない。しかし、後順位抵当権者の保護を考えるならば、状況は変わってくる。理論的には、この場合に後順位抵当権者が存在していたとしても、共同抵当権者は乙解除の見返りとして、乙の売却代金から割付額 500 万円の弁済を受け、甲に対する抵当権を 500 万円に減額すれば、何の問題もないように見えるが、実際には、共同抵当権者はこのような処理に対して極めて消極的にならざるを得ない。その原因は、不動産価額の相対(あいたい)性に基づく評価の困難と、後順位抵当権者などの存在を共同抵当権者が把握する事の困難さにある。

共同抵当権者が先の理論的行動をとるためには、共同抵当権者が甲の価値を 1,000 万円、乙の価値を 1,000 万円と評価していることが必要であ

る。しかし、相対取引が原則である不動産の価額は、売却の相手、売却の時期などにより、大きく変化することは少なくない。したがって、乙の実際の売却価額が1,000万円を上回る事もあるし、また実際に乙が1,000万円売却されたとしても、乙の実質的価値が1,000万円を越えている場合もある。この場合、後順位抵当権者保護の理論により、共同抵当権者は後順位抵当権者から評価の間違ひについて追及された場合には、責任を負わねばならなくなる。通常、債務者から「乙を1,000万円売却する」と言われれば、共同抵当権者は乙の時価が1,000万円と判断することが多く、債務者が故意に売却額を虚偽申告しても、その時点では虚偽である事を見抜くのは困難である。また債務者が実際に乙を1,000万円売却したとしても、その後1,000万円以上で転売されたときには、乙の客観的価値が1,000万円を越える場合もあり、共同抵当権者は判断ミスにつき責任を追及されかねない。(平成4年最高裁判決は、放棄の対象物件乙を過少評価したために、共同抵当権者はその判断ミスにつき責任を追及された。)

共同抵当権者は債権の完全な満足を目的として共同抵当権を設定しているのである。しかし、一部放棄について、理論的な行動を採ったとしても、このような危険性が存在するのであれば、危険を犯してまで一部解除する事には消極的にならざるを得ないであろう。したがって、後順位抵当権者を保護することは、後順位抵当権者になろうとする者の意欲を高め、甲の二次的有効活用のためには効果があるかもしれないが、共同抵当権者の解除に対する意識を妨げるために、乙の二次的有効活用に対しては、かえって疎外要因となるのである。そして、複数の物件を担保に取得するときに、共同抵当権を設定することが一般となっていて、また先順位に共同抵当権が設定されている場合には、後順位者もそれに合わせて共同抵当権を設定する機会が多い現代においては、後順位抵当権者保護理論により、不動産の金融的価値実現が疎外される場合のほうが多いと思われる。そして、後

順位抵当権者保護の理論がないとしても、所有者が共同抵当目的物の金融面での有効活用を欲するのであれば、多くの債権者が希望するように、目的物全てに後順位共同抵当権を設定すれば良いのである^(註46)。

(3) 第三の前提

民法392条が不動産の二次的有効活用を目的とした規定だということは、その条文上明らかではなく、解釈の問題であるという事は前に述べた。

一般に共同抵当権者の権利(自由選択権など)は共同抵当権者に当然に帰属するものであるから、その行使は権利の濫用には当たらない。したがって、明文を越えて、不動産の二次的有効活用のために共同抵当権者の権利を制限するという解釈をするためには、それが共同抵当権者の権利(自由選択権など)より以上に価値がなければならぬだろう。しかし、不動産の二次的有効活用が、所有者にとっての利益になるであろう事は認めるとしても、それが他者の権利を制限してまで実現されるべき価値があるのかについては疑問である。なぜなら、共同抵当権を設定することにより、所有者も、設定額との対比でより多くの資金調達を可能にするというメリットを享受しているのである(第二章参照)。したがって所有者は一次的には物件の価値(割り付け額を上限とした価値)を越えた担保価値を実現しているのに、二次的有効活用をそこまで重視し、共同抵当権者の権利を制限する必要はないと考えるからである。

第2節 後順位抵当権者の期待保護

(1) 期待保護説

共同抵当権者が同時配当により満足を受ける場合は、共同抵当物件の価額割合に応じて、各物件から割り付け額についての満足を受ける結果(民法392条1項)、共同抵当目的物の一部に対して後順位で抵当権を設定する者は、その物件価値から共同抵当権者の割り付け額を控除した額だけ満足を受けることができる。また、共同抵当権者が順次に配当を受けた場合でも、後順位抵当権者に代位が認められる結果(民法392条2項)、後順位抵

当権者は同時配当の場合と同じだけの満足を受けられる。そして、後順位抵当権者は、先順位共同抵当権者がどのような配当により満足を受けたとしても、当該物件から共同抵当権者の割り付け額を控除した額だけの満足は受けられるのであり、その額についての優先弁済権を期待するようになる。また、後順位抵当権者はそのような期待があるからこそ、後順位で抵当権を設定するのであり、その期待は保護されなければならないとする説である。

そして、通常民法では、単なる期待は保護に値しないとされているにもかかわらず、この期待を保護しようとする理由は、この後順位抵当権者の期待は単なる期待と異なり、法で当然に認められている代位権に基づく期待なので、権利に対するのと同じ程度の保護が必要だとするからである。したがって、後順位抵当権者の期待を無にするような共同抵当権者の一部放棄は許されない、あるいは、一部放棄自体は許されるとしても、その事により後順位抵当権者の期待を害する事は許されないとされる。(期待の保護方法については説がわかれるが、期待に対する保護が必要だとする点に関しては一致している。)

ここではまず、民法392条が後順位抵当権者の期待保護を目的とした条文ではないことを確認した上で、この場合の後順位抵当権者の期待保護が、共同抵当権者の権利を制限してまで実現されるべきものなのか、ということを検討する。

(2) 民法392条と期待

民法392条の目的が後順位抵当権者の期待ではないということを論証するために、ここでは民法392条が適用される典型的ケースについて考察する。

民法392条は、共同抵当権者が同時配当、または順次に配当を行い共同抵当物件から満足を受けた場合には、後順位抵当権者は当該物件から共同抵当権者の割付額を控除した金額を受けることができるということを明示している。具体的には、甲乙(評価額それぞれ1,000万円)両物件に先順位者が1,000万円で共同抵当権を設定し、後順位

者が甲のみに1,000万円の抵当権を設定している場合に、同時配当、または順次配当が行われたならば、後順位抵当権者は甲から500万円の満足を受けられるということである。そのため後順位抵当権者の多くは、自己の抵当権を設定するときに、このような結果が将来実現されるであろうことを期待することになる。(ただしこの期待は、同時配当、または順次配当が行われた場合についての期待であり、したがって共同抵当権者の一部放棄などのように配当が行われない場合にも生じるであろう期待は、一応ここには含めない。)

そしてこの期待は、民法392条がその実現を規定している以上、保護の必要性を考えるまでもなく、結果として当然に保護されることになるが、ここで重要なのは、民法392条が期待を保護するために存在するのではなく、民法392条が存在するが故にその実現を後順位抵当権者が期待することである。したがって、民法392条が存在する以上、後順位抵当権者の期待の有無に拘らず、この状態は実現されなければならない。例えば、先順位者が甲のみに単独抵当権を設定し、後順位で抵当権を設定した後順位抵当権者は、その後先順位抵当権者が乙を追加入担したとしても、少なくとも設定時には、このような期待(後順位抵当権者が500万円の満足を受けられるという期待)は持っていないはずである。また、後順位抵当権者が甲乙両物件を低く評価している場合(甲乙合計で1,000万円と評価した場合)、あるいは何らかの事情で先順位共同抵当権者の被担保債権全額の負担を甲が受けているものとして評価した場合(債権確保の現実性を重視する金融機関では、このような評価をすることが少なくない)には、後順位抵当権者は、少なくとも設定時にはこのような期待を持たない。しかし、このように後順位抵当権者に期待が存在しないとしても、配当の場面において共同抵当権が存在する場合には、民法392条1項、2項の適用を受ける結果、後順位抵当権者は、甲から500万円の満足を受けられるのである。(もちろんこれらの場合でも、例えば、先順位抵当権が乙の追加により共同抵当権になった場

合を停止条件とする期待が存在しているとみなすことも理論的には可能であるが、設定時には、後順位抵当権者はそこまで考えていないことが通常である。）

このように考えると、民法 392 条は後順位抵当権者の期待保護規定と解釈されるべきではなく、共同抵当権者の各物件からの満足の受け方を規定した条文と解釈しなければならない。したがって、民法 392 条の趣旨は、特定の者（後順位抵当権者など）の保護ではなく、特定の状態（配当の受領方法、及びその結果の状態）の実現であると言えるのではないだろうか。そして、この状態を実現させることの必要性は、公平維持に求めるべきものとする。

(3) 期待保護の必要性

民法 392 条が後順位抵当権者の期待保護を目的としたものではないとしても、保護の必要性が全部否定されるわけではない。なぜなら期待を保護することが民法 392 条が意図した状態の実現につながり、保護しないことが民法 392 条の意図を妨げるとしたならば、そのような期待は保護されるべきだからである。したがって、例えば先の例で、後順位抵当権者の、「配当が行われたならば、甲から 500 万円の満足を受けられるだろう」という期待は保護されるべきであるし、また後順位抵当権者が「どんな場合でも甲から 500 万円の満足を受けられるだろう」という期待を抱いていたとしても、乙が滅失した場合にはこの期待は実現される事はないが、これは民法 392 条の意図するところと掛け離れており、この場合の後順位抵当権者の期待を保護する必要はないからである。つまり、民法 392 条が意図するのは配当が行われたときの状態であるので、後順位抵当権者のこの期待はどんな場合にも保護されるというわけではなく、保護する必要があるのは配当の場面（または配当に準ずる場面）に限られると考えるべきではないだろうか。

ところで、共同抵当権者の一部放棄を配当が行われた場合に準じる場合として、この場合の後順位抵当権者の期待に保護を与えるのが民法 392 条

の意図に合致するといえるのだろうか。確かに、後順位抵当権者にとっては、どちらも乙に対する抵当権が消滅し、先順位共同抵当権者が乙の代価を受けなかったとしても、それは先順位共同抵当権者の自由であり、配当の場合でも先順位共同抵当権者は配当を拒絶する自由があることからすると、両者は非常に似ていると感じるかもしれない。しかし、この場合にまで後順位抵当権者の期待を保護しようとする、共同抵当権者は配当の場面に以上を権利を制限されることになり、民法 392 条の意図以上の状態が生じてしまうのである。つまり、一部放棄を配当に準じる場合と考えるならば、共同抵当権者は、放棄物件の対価を貰わなかった場合はもちろん後順位抵当権者から責任を問われることになるのであるが、しかし配当の場合とは異なり、たとえ放棄物件の対価として、その売却額全額を債権回収に充当したとしても、依然として責任を問われる危険性が生じてしまうのである（裁判所で認定された価額が売却額を上回る場合等）。

ここで、後順位抵当権者の期待を保護しても、しなくても、民法 392 条の意図とは少しずれる結果が生じてしまうので、どちらが民法 392 条の意図により近いのかということを検討しなければならない。すなわち、民法 392 条は、期待を保護することによって制限される共同抵当権者の権利と、保護しないことによって妨げられる公平な状態（民法 392 条が後順位抵当権者の保護規定だと解釈するならば、妨げられた後順位抵当権者の利益と置き換えても良い）のどちらをより重視しているかである。そして私は、次の三つの理由から、公平（または後順位抵当権者の保護）の要請は、共同抵当権者の権利より劣ると考える。

① 民法 392 条の規定の仕方

前述したように民法 392 条の条文自体は、配当の場面、すなわち共同抵当権者の利益が実質的に害されない場合のみにおいて、共同抵当権者の権利を制限しているのである。したがって、一部放棄を配当に準じる場合として考えるとしても、その事により、共同抵当権者に実質的な不利益を負

わせるのはその趣旨ではないし、また、一部放棄の場合に、配当が行われたとき以上に共同抵当権者の権利を制限するというのも不合理だと思われる。

② 民法 392 条の運用の仕方

実際の法の運用においては、配当が行われた場合にさえ、後順位抵当権者の利益を保護しない、(あるいは民法 392 条の予定した公平な状態を実現させない) 場合が存在する。共同抵当権者の順位が交錯している場合である。

順位の交錯の多くは、先順位者が甲のみに単独で抵当権を、後順位者が甲乙に共同抵当権を設定しているときに、先順位者が乙を追加して共同抵当権としたときに生じる。

	甲	乙
A	①	② (追加)
B	②	①

この場合民法 392 条の趣旨を貫こうとするならば、A、B それぞれが把握する甲の価値、乙の価値を算出して、それぞれの債権を価額割合で案分しなければならない。しかし、現行の配当実務においては、後から追加されたAの乙に対する抵当権がないものとして、A、B が把握する甲、乙の価値を算出しており、乙に余剰が生じたときのみ、A は乙から、その分の満足を受けられるのである。そして、現行実務が民法 392 条の規定を無視する理由は、第一に計算が複雑なためであり、第二にAが乙を追加設定するときには、Aには民法 392 条を根拠とした期待が存在しないからであるとされている。

しかし、計算が複雑だとしても、決して不可能ではない^(註47)、パソコンなどが普及している現代においては、それほど時間をかけずに算出することができるのであり、第一の理由は説得力を持ち得ないのである。そして、第二の理由も民法 392 条が期待保護を目的とした規定ではなく、前述したように、期待が存在しない場合でも民法 392 条の趣旨は、配当が行われた場合には、通常実現されているので^(註48)、その場合と比較すると、均衡を失うことになるだろう。

私は、順位が交錯している場合も、民法 392 条の趣旨を貫くべきものと考え、従来このような実務に対して批判がなされなかったことを考えると、もともと後順位抵当権者保護の必要性(あるいは民法 392 条により実現される状態の必要性)は、それほど大きなものではなかったということが推測されるのである。とすると、必要性が小さいにも拘らず、共同抵当権者の権利を侵害する事は許されないのではないだろうか。

③ 各国の対応

共同抵当物件が一部放棄された場合の、各国の対応を見ると、日本ほど後順位抵当権者を保護している、逆にいうと、共同抵当権者の権利を制限している国はない(スイスは、共同抵当権者の自由選択権自体を否定しており、厳密な意味での共同抵当制度は存在しないので除外する)。

例えば、ドイツでは、共同抵当権者の権利が実質的に害されないと思われる同時配当の場合においてさえ、執行物に対する共同抵当権者の自由選択権は尊重されているのである。ドイツの不動産強制競売法 122 条 1 項には、同時競売の場合の割付が規定されているが、通説は、この場合にもドイツ民法 1132 条 1 項の自由選択権は妨げられないとしている^(註49)。ただし、例外として、悪意、すなわち詐欺的な場合の選択権行使は許されないとされている。

また、フランスでも、原則として、共同抵当権者の目的達成を妨げる制限は許されないとされており、制限が許されるのは、例外的に、正当な利益がない場合(権利濫用)と詐欺的な場合のみとされている^(註50)。

フランスのこの原則は、抵当権の基本的原則である不可分性によって説明されている。すなわち、フランスの学説によると、「抵当不動産に関する抵当権の不可分性から、同一債務について数個の不動産に抵当権が設定せられた場合には、債権者はその選ぶところにしたがって不動産のいずれでも抵当権の全部を持って追及できる。不可分性より生じるこの選択権の行使により、他の抵当権者が損害を受ける場合でも抗弁が許される事はな

い」^(註51)のである。

また、イギリス、アメリカ、イタリア、オーストリアなどにおいても、原則として共同抵当権者の権利は尊重され、その権利に対する制限は例外的な場合（詐害的、権利濫用など）に限られているのであり、わが国のように、後順位抵当権者に対する責任を負わせるために、一部放棄した共同抵当権者全てに対して、その権利を原則として制限している国は見当たらないのである。

このように各国の対応を考慮するならば、一般的に、後順位抵当権者保護の必要性は共同抵当権者の権利を制限するほど、大きくないのではないかとと思われる。そして、一部放棄の場合の後順位抵当権者の保護規定が、条文上明らかでない以上、わが国においても、後順位抵当権者の保護が当然に必要とされているという前提は、もう一度、考え直されるべきではないだろうか。

第五章 まとめと補足的考察

第1節 前章までの要約

前章までに述べた事をまとめると、次のようになる。

(1) 共同抵当の本質は、共同抵当目的物の連帯の性質と、そこから生じる共同抵当権者の自由選択権にある。この本質は尊重されるべきものだが、共同抵当権者が無制限に権利を行使すると、共同抵当目的物の一部について権利を有する者相互間に不公平が発生するので、それを防止するために民法392条1項、2項が置かれた。

(2) 民法392条1項は同時配当の場面での割り付けを、民法392条2項は順次配当の場面での後順位抵当権者の代位権を規定し、これにより後順位抵当権者は配当の場面では一定の保護を受けることになる。しかし、だからといって、配当以外の場合にまで、当然にこの条文の適用があると考えることには疑問がある。なぜなら第一に、民法392条の目的は不公平の是正であって、1項の割り付けと2項の後順位抵当権者の代位は、そのための一つの手段であり、これにより実現される後順位抵当権者の保護は、不公平是正の結果である

と考えるからである。そして第二に、この条文が直接には、共同抵当権者の権利を制限しても、共同抵当権者の利害には実質的に影響がない、配当の場面についての規定であるからである。したがって、配当以外の場合にも同条の適用があるとするためには、不公平是正の要請、ひいては後順位抵当権者保護の要請と、それにより害される共同抵当権者の権利とを比較し、前者により多くの価値がなければならぬ。しかし、不公平是正の要請自体は、通常、他者の権利（自由選択権）を害してまで実現されるべきものではないだろう。

(3) 一方で、民法392条の目的を、後順位抵当権者の保護にあるとする見解も直ちに否定する事は難しいが、仮に同条をそのように解したとしても、共同抵当権者の権利を害してまで、後順位抵当権者に保護を与える必要もないと思われる。なぜなら、後順位抵当権者保護の根拠が、他者の権利を害するほどの価値があるとは思われないからである。後順位抵当権者保護の根拠については従来、異なる二つの視点から考察されてきた。すなわち、不動産の二次的有効活用と後順位抵当権者の期待である。しかし、前者については、二次的な有効活用のために後順位抵当権者に保護を与えることにより、かえって、後順位抵当権設定後の不動産の活用を疎外することになるという矛盾が生じてしまうし、そして、そもそも不動産の個別的な二次活用の要請が、共同抵当権者の権利を制限する根拠となるほど価値があるとは考えることも疑問である。また、後者については、後順位抵当権者に期待が存在しない場合にまで、後順位抵当権者を保護する事について説明が付かないし、実際の法の運用を見ると、後順位抵当権者保護の要請は、計算が複雑になると無視されてしまう程度の価値しか有しないものと考えられるからである。したがって、共同抵当権者が共同抵当目的物の一部を放棄した場合に、共同抵当権者の権利を害してまで、後順位抵当権者を保護する必要はないものとする。ただし、後順位抵当権者を保護する必要がないとしても、共同抵当目的物の所有者が異なる場合には、民法500条、504条に明記さ

れているように求償権保護の要請が強いので、結果的に後順位抵当権者が利益を受けることを否定するわけではないが、これは後順位抵当権者の保護と言うよりは、求償権者を保護する反射的效果と言うべきであろう。

第2節 設定者の立場からの検討

以上(1)～(3)が、共同抵当権者の立場、および後順位抵当権者の立場から、本問について考察したところの、私の見解である。そしてこの見解は、共同抵当権に利害関係を持つ、第三の主役である設定者の立場からも支持されるものと考えられる。

一般に、後順位抵当権者が単独の抵当権を取得するのは、設定者が自己所有の不動産の有効活用を望むからだと考えられている（特に有効活用説ではそれを前提として、二次的有効活用の疎外原因を取り除こうとしている）。しかし、有効活用の意味を不動産の客観的価値に見合うだけの資金調達と考えるならば、単独で抵当権を設定しようが共同抵当権を設定しようが、設定者にとっての有効活用には差異は生じないのである。例えば、AがSに対して1,000万円の債権を、BがSに対して500万円の債権を有しているときに、S所有の甲、乙両物件（各1,000万円）に抵当権を設定するとする。ここで、Aが先順位で共同抵当権を取得していた後に、(例1)Bが甲のみに単独で後順位抵当権の設定を受けた場合と、(例2)甲、乙に後順位共同抵当権の設定を受けた場合とを比較してみよう。

(例1)

	甲 (1,000)	乙 (1,000)
A (1,000)	①	①
B (500)	②	

(例2)

	甲 (1,000)	乙 (1,000)
A (1,000)	①	①
B (500)	②	②

設定者Sにとっては、どちらも甲、乙を活用し

て、合計1,500万円の資金を調達しているのであり、最終的に抵当権が実行されたとしてもSの手元に500万円残ることになり、所有物件の一次的な有効活用度は変わらない。そして二次的に甲乙を有効活用する場合でも、(例1)(例2)どちらも資金調達余力は500万円となり、つまり二次的有効活用度にも差異はない。そうすると、所有者Sが、Bの希望(Bは(例2))を希望することが多い。第二章アンケート参照)に反してまで(例1)の方法を選んだということは、二次的有効活用のためというよりも、Bの乙に対する拘束力を嫌ったと解する方が、実態に合っていると思われる。したがってSは、乙の処分に対してBの意向が影響を及ぼす、従来の学説、判例は支持しないものとする。そして、このように考えるならば、後順位抵当権者保護の根拠は、ますます小さくなるのである。従来、設定者の意思についてはあまり考察の対象とされていないが、抵当権が設定者(S)と抵当権者(B)の契約によるものである以上、後順位抵当権者(B)の保護に対して設定者(S)の意思は何らかの影響を及ぼすものと考えられるからである。

第3節 実務での対応

金融取引においては、担保の変更、解除、差替、追加というような事態は頻繁に起こり得るが、現行の判例・学説に従うと、共同抵当権者及び所有者は、かなりの不便を強いられているのである^(註52)。しかし、後順位抵当権者の保護を重視するあまり、共同抵当権者及び所有者の不便、不都合については、ほとんど議論されていないように感じられる。そして、そもそも民法392条及び民法504条は、取引の継続中に起こる担保の変更、解除、差替、追加などということを想定していたのだろうかとの疑問さえ湧いてくるのである^(註53)。このような不合理を背景として、一部の学者や実務家からは判例理論に対する疑問も提起されている^(註54)。

私は、従来の判例・学説のように共同抵当権者の一部放棄を実質的に制限するよりも、ドイツや

フランスなどのように原則として共同抵当権者に放棄の自由を認め、詐害的な場合にのみ、権利濫用などを理由として、共同抵当権者に一定の責任を負わせる方が、実務感情にも合致し、理論的にも可能だと考えるのであるが、しかし、判例が固まり、学説の多くも判例を支持し、判例理論に従った実務も行われている^(注55) 現在においては、従来の判例が変更される可能性は極めて少ないだろう。したがって、これからも共同抵当権者は、仮に担保に余剰が生じたとしても、その放棄(解除)には極めて慎重な対応をする必要がある。そして、放棄に応じる場合には、放棄物件の代価を受領していたとしても、その後の価額変動により、責任を追及される可能性のあることを覚悟しなければならないし、また、後順位抵当権者の同意が得られた場合でも、その後、解除までの間に、新たな後順位抵当権者が出現しないように注意を払わなければならないだろう。

(注1) 椿寿夫・判時590号124頁は、後順位抵当権者保護の理由の一つとして、「後順位抵当権者の実態が種々の意味での弱者であること(大企業でさえ銀行に対しては順位をゆずらされる弱者である)」を挙げているが、後順位抵当権者が単独で抵当権を設定するのは、決して、先順位順位者との関係で弱い立場にあるからではない。なぜなら、後順位者は後順位で共同抵当権を取得することも、単独後順位抵当権を取得することもでき、そのことに対して先順位共同抵当権者が関与することはないからである。

(注2) 大判大6.10.22 民録23巻1410

(注3) 大判昭7.11.29 民集11巻2297

(注4) 大判昭11.7.14 民集15巻1409

(注5) 我妻栄・新訂担保物権法456頁

(注6) 最判昭44.7.3 民集23巻8号1297頁

(注7) 加藤一郎・民法演習II 199頁, 高木多喜男・担保物権法217頁

(注8) 小林資郎・金融担保法講座II 116頁

(注9) 「同一の債権の担保として数個の不動産

の上に設定された抵当権を共同抵当権という。」我妻栄・新訂担保物権法424頁

「抵当権の目的となり得る数個の物件の上に、同一の債権を担保するために設定された数個の抵当権をいう。」香川保一・改定担保489頁

(注10) 島内龍起・共同抵当論50頁

(注11) 梅謙次郎・民法要義・巻之二・518頁

甲が子丑両不動産に共同抵当権を、乙が子の不動産のみに後順位抵当権を設定して、子の不動産のみの代価を配当する場合に、甲が半額(割付額)しか受けられないのであれば、「普通ノ債権者スラ一部弁済ヲ強ヒラレルコトナキヲ原則トスルニ不可分ナル抵当権ヲ有スル甲ニシテ却テ一部弁済ヲ強ヒラレニ不動産ニ付テ抵当権ヲ有シナカラ却テ子不動産ノミニ付テ抵当権ヲ有スル者ニ及ハサルカ如キ結果ヲ生シ極メテ不公平ナリト謂ウヘシ」

(注12) 島内龍起・共同抵当論163頁

(注13) この他に、担保価値の集積効果(単純な集積効果、及び複数物件を一体として見ることによる価値増大)が挙げられることもあるが、これは単に複数の物件に抵当権を設定したことの効果であり、共同抵当特有の効果とは言えないだろう。(累積式根抵当にも集積効果はある。)

(注14) 従来は、担保価値が必要以上に拘束されるというデメリットが強調されているために、所有者にとってもメリットがあるということはあまり意識されていないように思われる。

(注15) 比較の対象として根抵当権を想定したのは、わが国の民法では、同一債権の担保として複数の物件に抵当権を設定する場合、抵当権者及び設定者の意思に関わりなく、設定された抵当権は共同抵当権となるので、共同抵当と普通抵当との同一条件での比較が困難なためである。

(注16) 個別的に処分等をする場合の不便は、設

定者が享受するメリットの対価であり、メリットに比べ特に大きな不便を強いられているわけではないと思われる。

(注17) 島内龍起・共同抵当論 177 頁

(注18) 梅謙次郎・民法要義・巻之二・517 頁

甲が子丑両不動産に共同抵当権を、乙が子不動産のみに後順位で抵当権を設定し、同時配当された場合に、民法 392 条 1 項により、甲が子丑両不動産から平等の配当を受けることについて、「甲ニ取りテハ毫モ損失ナク子不動産ノミニ付テ弁済ヲ受クルト殆ト異ナルコトナキナリ故ニ本条ニ於イテハ原則トシテ甲ハ子丑両不動産ニ付キ平等ニ弁済ヲ受クヘキモノトセリ」

(注19) 民法 392 条 1 項が、後順位抵当権者の保護規定ではなく、公平維持の規定であることは、次のケースの B と D を比較すると理解しやすい。

	甲 (100)	乙 (100)
A (100)	①	①
B (50)	②	
C (50)		②
	甲 (100)	乙 (100)
A (100)	①	① (D 設定後追加)
D (50)	②	
E (50)		②

配当が行われると、A は甲乙から割付額の満足を受け、その結果 B および D が 50 の満足を受けられる。しかしこれは、少なくとも D の保護のためではない (B の保護のためであると言う事はできるかもしれないが)。なぜなら、D には保護に値する利益がないからである。それなのに、D が 50 の満足を受けられるのは、例えば A が甲から 100 の満足を受け、D が満足を受けられないとすると、その分 E の受領額が増えるが、そのような結果は D と E の関係においては、公平に反するからである。つまり、民法 392 条 1 項は、D の配当 50 について保護

するのではなく、その分を E が受領する状態を回避しようとしている、と理解するべきであろう。したがって、民法 392 条が B と D を区別していない以上、B および D が 50 の満足を受けられるのは、B と C または D と E の公平のためだと考えるのが自然であろう。

(B (または D) が受領する「50」に対する優先権を数式で示すと、

民法 392 条を後順位抵当権者の保護規定だと解する立場では、

$B > A, B > C$ 、となるが、

民法 392 条を公平維持の規定と考えるならば、

$B > C$ となるだろう。

(注20) 梅謙次郎・民法要義・巻之二・519 頁

「本条ノ規定ハ甲ノ権利ヲ害スルコトナクシテ乙ヲ保護セント欲スルモノナリ故ニ以テ公平ナル規定ト為スヘシ」

(注21) これは、金融機関の根抵当権実務に関する平成 5 年 6 月時点 (回収基準日) でのアンケート調査であり、回答が寄せられたのは、都市銀行 6, 地方銀行 47, 第二地方銀行加盟銀行 44, 信用金庫 104, 信用組合 67, 信託銀行 6, 特殊銀行 (政府系金融機関など) 4, 信用農業協同組合連合会 20, 農業協同組合 28, 信用保証協会 39, 商社 7, ノンバンク 6 となっている。

(注22) 例えば、所有者が異なる場合 (会社の土地と社長の建物という場合など)、共同根抵当を原則とすると回答したのが 83%, 累積式根抵当を原則とすると回答したのは 7% にすぎない。

(注23) 先順位に合わせて共同根抵当とするのは 56%, 自社が行っている通常の方法によるのは 20%, ケースバイケースが 22%, という回答結果であるが、自社が行う通常の方法は共同根抵当が多いのであるから、ほとんどの場合、後順位として共同根抵当を取得するものと思われる。

- (注 24) 石田文次郎・担保物権法論(上) 324 頁
- (注 25) 民法 398 条や 179 条 1 項の規定の存在や、また、判例においては、地上権または賃借権に基づき、他人の土地に所有する建物のみを抵当権の目的とした場合に、地上権または賃借権の放棄のみならず、その合意解除も抵当権者に対抗し得ないとしているのも同様の趣旨である。(大判大正 11.11.24)
- (注 26) 判例は、共同抵当権者が一部弁済を受けたときに、後順位抵当権者の代位権の仮登記を認めているが、香川説によると、後順位抵当権者は、その抵当権の設定時に、すでに停止条件付代位権(代位期待権)が発生しており、その権利を保全するための仮登記を認める。
- (注 27) 香川保一・改定担保(基本金融法務講座三) 585 頁以下
- (注 28) 吉野衛・担保(不動産法体系Ⅱ) 378 頁
- (注 29) 柚木馨=高木多喜男・担保物権法・388 頁、島内龍起・共同抵当論・878 頁以下、昭和 38.4.24 山口地判・下民集 14 卷 4 号 812 頁
- (注 30) 吉野衛・前掲 378 頁、加藤一郎・「抵当権の処分と共同抵当」民法演習Ⅱ 199 頁
- (注 31) 柚木馨・注釈民法(9) 209 頁以下
- (注 32) 角喜代恵・判タ 823 号 65 頁
- (注 33) 民法起草者である梅謙次郎氏が、その草案の中で、第 388 条(現 393 条)の後段に、「登記官吏ガ代価ノ配当ヲ終ヘタル不動産ニ付キ登記抹消ノ請求ヲ受ケタルトキハ其抹消ヲ為スト同時ニ代位ノ付記ヲ為スコトヲ要ス」としたのは、この問題を、むしろ、放棄された物件の権利者と残存物件の権利者との間で解決を図ろうとしたことの表れではないだろうか。ただし、この文言は法制審議会において、民法の中に入れるのは相応しくないので、登記法の中に入れてとして削除されている。しかし、現行の不登記法にはこの文言は存在しない。(第 53 回民法議事速記録(日本近代立法資料叢書 2・937 頁)参照)
- (注 34) 高木多喜男・担保物権法 237 頁
- (注 35) 加藤一郎・民法演習Ⅱ・199 頁、高木多喜男・担保物権法・227 頁
- (注 36) 最判昭 43.11.15 民集 22 卷 12 号 2649 頁
- (注 37) 我妻栄・新訂担保物件法 456 頁、最判昭 44.7.3 民集 23 卷 8 号 1297 頁等
- (注 38) 大判昭 11.7.14 民集 15 卷 1409 頁
- (注 39) 我妻栄・担保物権法 449 頁他
- (注 40) 香川保一・改定担保(基本金融法務講座三) 532 頁
- (注 41) 例えば、近江幸治・判評 401 号 35 頁「しかし、両制度における代位権の性質は、「求償権」がその分水嶺になるか否かは疑問であろう。もともと「代位」というのは、利得の偏りを正すための公平を期する制度であって、求償権の存在はその一因にすぎないからである。…したがって、500 条の代位と 392 条 2 項の代位は同一的性質の代位と考えて差し支えないものと思う。」
- (注 42) 第一説は、消極的な理由のみが述べられる事が多いので、明確な根拠を示す第二説に比べて、説得力が弱いように感じられる。例えば、「違った意味に解する必要はない(我妻栄・担保物権法 449 頁)」、「同一的性質の代位と考えて差し支えないものと思う。(近江幸治・判評 401 号 35 頁)」など。
- (注 43) 民法 500 条の目的が、自らの出捐により、債務者等に対する求償権を取得した利害関係者に対し、代位を認めることによって、その求償権の実現を確実にし、代位権者の保護を図ることにあるのに対して、民法 392 条の目的を公平維持だと考えるならば(第 2 章参照)、保護法益が異なる以上、保護の方法、必要性などに差異があると考えることが、むしろ自然であろう。
- (注 44) さらに、代位権者に与える保護が、被代位権者に与える影響なども考慮するなら

ば、両代位権に同一の保護を与えることには、問題が多いと思われる。民法 500 条により、債権者の担保が代位権者に移転したとしても、債権者は不測の損害を受けることはない。なぜなら、保証人、物上保証人、連帯債務者などに対しては、債権者が契約によりある種の債権（保証債権等）を有しているため、債権者は、これらの者から民法 504 条の責任を問われる可能性を認識しているためであり、仮に責任を問われたとしても、「不測」の損害とはなり得ない。また、後順位抵当権者や一般債権者など、債権者（被代位権者）とは何の関係もない者が、民法 500 条の代位権者として、民法 504 条の責任を追及することは、債権者にとって予測できない事であるが、この場合でも、債権者は不測の損害を受けることはない。なぜなら、この場合通常は、代位権発生前の担保保存義務違反に付いて責任を問われることはないし、また仮に責任を問われたとしても、債権者が受けた予想外の利益（後順位抵当権者や一般債権者などからの弁済受領）の範囲内で責任を負えばよいからである。

これに対して、民法 392 条 2 項の代位権の発生要件には、被代位権者との関係に於いては、代位権者の行為が何ら要求されていないので、先順位共同抵当権者が一部放棄した場合の後順位抵当権者を民法 500 条の代位権者と同一だと考える立場に立つと、共同抵当権者（被代位権者）が不測の損害を受ける場合が生じるのである（例えば、共同抵当権者が一部放棄に際して、後順位抵当権者の有無を謄本で確認した後、後順位抵当権が設定された場合など）。

(注 45) 鈴木禄弥・抵当制度の研究・230 頁

(注 46) 例えば、土地と、その土地上の建物について考えると、それらを個別に売却、あるいは担保として活用しようとしても、その実現は困難であろう。本来の価値よりも、

非常に低い価格でしか、買い手、あるいは資金提供者が現れないからである。しかし、この場合、不動産の有効活用が疎外されている、と考える者はいないだろう。土地、建物を一体として活用しようとするれば、十分に目的が達せられるからである。同様に、共同抵当目的物も、一体としての有効活用はできるのであるから、個別的な物件の二次的有効活用にはそれほど拘る必要もないのではないだろうか。

(注 47) 物件が 2 個の場合は 2 元方程式で、3 個の場合は 3 元方程式、n 個の場合は n 元方程式により、算出される。(伊藤善博他著・不動産執行における配当に関する研究・582 頁参照)

例えば

甲(競売代金 K 円) 乙(売却代金 M 円)

A(債権額 A 円) ① x ② w

B(債権額 B 円) ② z ① y

1 順位で A が甲から受ける配当額を x

B が乙から受ける配当額を y

2 順位で A が乙から受ける配当額を w

B が甲から受ける配当額を z

とすると、次の等式が成り立つ。

A にとっての甲の価値は K、乙の価値は (M-y) となるので、価額で案分すると

$$x = KA / \{K + (M - y)\}$$

同様に $y = MB / \{M + (K - x)\}$

ここで、 $K + M = \alpha$ とおくと

$$x = KA / (\alpha - y) \quad \dots\dots ①$$

$$y = MB / (\alpha - x) \quad \dots\dots ②$$

①式に②式を代入すると

$$x = KA / \{\alpha - MB / (\alpha - x)\}$$

$$= KA(\alpha - x) / \{\alpha(\alpha - x) - MB\}$$

故に

$$x\alpha(\alpha - x) - xMB = KA(\alpha - x)$$

故に

$$\alpha x^2 + (MB - \alpha^2 - KA)x + KA\alpha = 0$$

故に

$$x = \frac{\alpha_2 + KA - MB \pm \sqrt{(MB - \alpha_2 - KA)^2 - 4KA}}{2\alpha}$$

上の式に、あらかじめ与えられている数値(A, B, K, M, $\alpha = K + M$)を代入すると、x は求められる。

そして、x の値が判明すると、yzw は簡単に求められる。

(注 48) 例えば

	甲	乙	
A	①	① (追加)	
B	②		

この場合は、B に期待が存在しなくても、A の債権は甲乙で案分される。

(注 49) 島内龍起・共同抵当論 232 頁

(注 50) 島内龍起・共同抵当論 240 頁

(注 51) 島内龍起・共同抵当論 240 頁

(注 52) 例えば、担保差替の場合、何らかの事情で、解除と追加を同時に行う事ができない場合もあるが、追加の後で解除が行われたときに、判例のように後順位抵当権者を保護するならば、共同抵当権者にとって極めて不合理な事態が生じるのである。

当初設定状況

	甲 (100)	乙 (100)	丙 (100)
A (210)	①	①	
B (100)	②		

(被担保債権)

→丙物権追加

	甲 (100)	乙 (100)	丙 (100)
A (210)	①	①	①
B (100)	②		

→乙物件解除

	甲 (100)	乙 (100)	丙 (100)
A (210)	①		①
B (100)	②		

判例理論に従うと、A は乙解除の責任を問われるため、配当を 170 (甲から 70, 丙から 100) しか受けることができず、B は甲から 30 の配当を受けるが、明らかに不合理

だと思われる。

(注 53) 石井真司・金法 1347 号 5 頁

(注 54) 鎌田薫・金法 1364 号 35 頁

「後順位抵当権者の側で損失を回避する途もあり得るのであって、合理的理由を有する一部担保解除に伴うリスクを一方的に共同抵当権者に押し付けることのない柔軟な解決方法を模索する必要性は失われていないように思われる。」鈴木正和・判タ 816 号 87 頁

「このような保存義務を他の担保物件の後順位抵当権者、第三取得者にも債権者は負担しなければならないことには、実務家として極めて疑問である。」堀内仁・「再検討を要する共同抵当制度」不動産研究第 5 巻第 3 号 211 頁「民法の共同抵当の規定は有害無益と言うべきであり、将来民法を改正する際には十分検討する必要がある。」

(注 55) 金融機関が後順位単独抵当権者として抵当物件を評価する場合には、自社設定物件以外の担保物件 (上の例で B にとっての乙、丙) の管理が困難なために、先順位共同 (根) 抵当権の設定額 (極度額) 全額を控除することが多いと思われるが、特殊なケースでは先順位割付額を控除して評価する (すなわち、いわゆる後順位抵当権者としての期待を有する) 場合もある。

(もり まさあき (株)北洋銀行融資第一部)