



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	最高裁判所判例研究
Author(s)	福田, 誠治
Citation	北大法学論集, 39(3), 285-296
Issue Date	1988-10-20
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/36628
Type	departmental bulletin paper
File Information	39-3_p285-296.pdf



最高裁判所判例研究

福田 誠 治

保証人または物上保証人とその両資格を兼ねる者との間における弁済による代位の割合——両資格を兼ねる者も一人として全員の頭数に応じた平等の割合とする

民法五〇一条

昭和六一年一月二七日第一小法廷判決(昭和五七年(サ)七四九号、株式会社静岡マイカン 対 大村あき、配当異議事件)民集四〇巻七号一二〇五頁

〔事実〕債権者をG銀行、債務者をS会社とする銀行取引債務につき、YABCが各々連帯保証をし、YABDは各々自己所有不動産甲乙丙丁に根抵当権を設定し、さらに、F信用保証協

会が信用保証をしていた。なお乙への根抵当権設定後、Gはこのうち丙丁に対する根抵当権を放棄している。債務者Sは手形取引停止処分を受け、Gとの合意に基づき、本件主債務について期限の利益を喪失した。これにより、Fは主債務の全額を代位弁済した。さらに、YはFに求償債務を全額代位弁済した。他方、乙については、FがGに対して代位弁済した後、債権者をX、債務者をSとする債務について後順位根抵当権が設定された。この不動産乙の担保権実行に伴い作成された配当表が表一①のようなものであったことから、XはYに対し表一②のような配当表とすることを求めて、本件配当異議の訴えを提起した。

一審（静岡地富士支部判昭和五五年七月一日）、二審（東京高判昭和五七年三月三〇日）による請求棄却判決を受けて、Xは次のような上告理由を展開する。共同担保者間の負担割合を算定するにあたって、二重資格者を一人として数えるのでは、債権者に対してより重い負担を引き受けた者は他の共同担保者に対してもより重い負担を負うとする民法五〇一条但書四号五号の趣旨に適合する

表一

	X	Y
①	4,998,115 円 〔 $x - 2,844,938$ 円〕	2,844,938 円 〔 $\frac{11,379,758}{4}$ 〕
②	7,245,114 円 〔 $x - 597,939$ 〕	597,939 円 〔 $11,379,753 \cdot \frac{2}{6} + 473,590$ 〕 2,530,800 + 473,590

乙からの配当額（第三者への優先弁済を除く）
= 784 万 3,053 円（= x ）
（甲 = 2,530,800 円、乙 = 473,590 円として計算）

ような説明をなしえない。すなわち、二重資格者を保証人たる一人として数えれば、担保物の価格を無視することになるし、また物上保証人たる一人として数えれば、単なる保証人よりも二重資格者の方が負担が軽くなる場合があり、いずれも不合理である。また、弁済者に二重資格者の資格を選択させる考え方では、選択権の根拠に疑問があるし、弁済や求償の方法によって最終的な負担割合に差が生じてしまうという不都合がある。これに対して、二重資格者を二人として数えるならば、保証人は平等に、物上保証人は担保物の価格に応じて負担を負うとす

る民法五〇一条但書五号の趣旨に適合する。にもかかわらず、原判決は二重資格者を保証人たる一人として数えると判示している。原判決にしたがえば、一〇〇万円の主債務につき、物上保証人甲乙がいて、その担保物の価格が各々八〇〇万円と二〇〇万円であるような場合において、甲乙の負担額は八〇万円と二〇万円であるが、甲がさらに連帯保証をして二重資格者になれば、かえって甲の負担額は五〇万円に軽減されてしまうことになる（説明のため、評釈者による修正がある）。このように原判決には民法五〇一条但書四号五号の解釈を誤った違法がある。なお、上告理由では、二重資格者が一人の場合と複数の場合とは問題が異なるとするが、その理由は不明である。

〔判旨〕上告棄却。「二重の資格をもつ者は他の代位者との関係では保証人の資格と物上保証人の資格による負担を独立して負う、すなわち、二重の資格をもつ者は代位者の頭数のうえでは二人である、として代位の割合を決定すべきである」と考えるのが代位者の通常の意味ないし期待でないことは、取引の通念に照らして明らかであり、また、仮に二重の資格をもつ者を頭数のうえであくまで一人と扱い、かつ、その者の担保物の価格を精確に反映させて代位の割合を決定すべきであると考えるのが

代位者の通常の意思ないし期待であるとしても、右の二つの要請を同時に満足させる簡明にかつ実効性ある基準を見出すこともできない。そうすると、複数の保証人及び物上保証人の中に二重の資格をもつ者が含まれる場合における代位の割合は、民法五〇一条但書四号、五号の基本的な趣旨・目的である公平の理念に基づいて、二重の資格をもつ者も一人と扱い、全員の頭数に応じた平等の割合であると解するのが相当である。」

〔評釈〕一 ある債務について共同担保者（保証人・物上保証人・担保物の第三取得者）があり、そのうちのある者が代位弁済すれば、弁済者は主債務者に対して求償権を取得する。しかし、主債務者の一般財産や主債務者が提供した担保物をもってしてはその求償権を満足するにたりない場合には、代位弁済者はそのたりない分のうち他の共同担保者の負担部分については、これに求償して負担の公平を図ることができる（民法五〇一条）。しかし、共同担保者のなかでも二重資格者（保証人と物上保証人とを兼ねる者）の負担割合については規定がなく、これを一人と数えるか二人と数えるかが争われていた。本判決は、この問題について判断を示した初めての最高裁判決である。そして、後に述べる第四説・第六説を排斥し、負担割合の算定に際しては、二重資

格者を二重資格者たる一人と数えるとしたものである（後述の第一説を採用）。

さて、本判決の事案のように二重資格者が問題となる場合としては、次の二類型が考えられる。その類型とは、共同担保者にとって不利益な事情（他の保証人の無資力や他人の提供した担保物の価値減少のような事情を除く。共同担保者は、これらについての評価を自己の危険においてなすべきだからである）が共同担保提供後生じなかった類型（第一類型）と、そのような事情が担保提供後実行までに生じた類型（第二類型）である。第二類型では、担保を提供した時点で予測したよりも重い負担を共同担保者に負わせてよいかという問題が生じ、この問題が共同担保者間の負担割合に関する考察に影響を与える。これに対して第一類型ではこのような問題が生じない。

本件で、債権者Gは丙丁に対する根抵当権を放棄することによって、乙の負担を増加させてはいるが（後述四）、Xの後順位抵当権設定後はGの先順位債権に対して乙が実質的に負担する額（債権額から、主債務者や他の共同担保者に求償しうる額を控除した額）を増加させるような事情は存しない。すなわち、本件は第一類型に属し、予測よりも重い負担を負わせてよいかという問題は生じない。

二 現在までにみられる裁判例学説は、すべて第一類型に関するものである。

[illegible]

學說の情況は次の通りである。一人説は、二重資格者を一人として数える説である。一人説はさらに、二重資格者を保証人たる一人として数える説（第一説。小川英明「代位弁済」遠藤浩は

か編『演習民法債権』一七八頁、塩崎勤、安永正昭、後掲各本件評釈。
津守万喜夫「連帯保証人と物上保証人」とを兼ねる者の代位弁済に就
て」日本公証人協会雑誌（一四号二七頁）²⁾、物上保証人たる一人とし
て数える説（第二説。實際に本説を主張する者はいない）、そのいず
れであるかを代位権者に選択させる説（第三説）³⁾。磯村哲編『注釈
民法一二卷』三五一頁（石田喜久夫執筆）に分けられる。

二人説は、二重資格者を代位割合算定にあたつて、頭数二人として数える説である。二人説はさらに、保証人たる責任と物上保証人たる責任とを分けて考える説（第四説。我妻栄『新訂債権総論』二六〇頁、東季彦、判民昭和九年度一五四事件、玉田弘毅「代位弁済における代位資格の重複」民事研修二二三号五頁）と、二つの責任を合わせて考える説（第五説。その計算方法にも、二つの考え方があつた。詳しくは後掲表二に示した二通りの計算をみよ。もっとも、実際にこの説を主張する者はいない。）とに分けられる。

責任競合説は、二重資格者の責任を人的責任と物的責任とにわけ、二つの責任が競合すると考える説である(第六説。「法務の眼」金法一一〇〇号七八頁、池田真朗、後掲本件評釈)。すなわち、二重資格者は、人的責任として債権額を共同担保者の頭数(計算上、人的責任を負担しない物上保証人を含む)で除した額を負担すると同時に、物的責任として物上担保提供者の人的責任の合計

額を担保物の価格で割付けた額を負担すると考える。

岡村説は、保証人となった後に保証債務の履行確保のために物上保証をした場合にのみ一人として数え、他の場合には二人として数える（第七説。岡村玄治「代位弁済の場合真に代位あるか」法学新報六七巻七号六七五頁）。

これらの七つの説のうち、本件最高裁判決で取り上げられており、検討に値すると考えられる第一説・第四説・第六説について、その根拠を挙げると次の通りである。第一説は、二重資格者は、同一債務のために保証人として担保に供している財産

る。また、第六説は、二重資格者は原債権者に対しては人的責任と物的責任とを競合して負担しており、弁済者が代位するに際しても二重資格者は競合した負担を負うと考えることが素直であることを理由とする。このうち第六説に対しては、求償の方法によって最終的な負担額に差が生じうると批判されている（石田喜久夫「他の利害関係人に対する求償権と代位の関係」金法一一四三号一六頁）。この批判については、第六説の主張者自ら予想されてはいるものの、物上担保と保証債務とはその機能効果等を異にする以上差異が生ずるのはやむをえないとするだけで、

権を与えたにすぎないことや、代位割合は頭数による平等が原則であり、担保物の価格による配分的平等は例外であること、簡明にしてかつ実行的な基準であることとを理由とする。第四説は、共同担保者のうち、債権者に対してより重い負担を引き受けた者は他の共同担保者に対してもより重い出捐を忍ぶべきであることを理由とす

表二

	A	B	C
第一説	100 $\left[\frac{300}{3}\right]$	100	100
第二説	120 $\left[\frac{300 \cdot \frac{2}{3} \cdot \frac{300}{300}}{300+200}\right]$	80 $\left[\frac{300 \cdot \frac{2}{3} \cdot \frac{200}{300}}{300+200}\right]$	100 $\left[\frac{300}{3}\right]$
第三説	(A=100, B=100)か、 (A=120, B=80)。 (2 ⁿ -n)通りの組合せがある。		100
第四説	60 $\left[\frac{300}{5}\right]$, かつ 甲=72 $\left[\frac{300 \cdot \frac{2}{5} \cdot \frac{300}{300}}{300+200}\right]$	60, かつ 乙=48 $\left[\frac{300 \cdot \frac{2}{5} \cdot \frac{200}{300}}{300+200}\right]$	60
第五説	132 $\left[\frac{60+72}{1}\right]$	108 $\left[\frac{60+48}{1}\right]$	60
	144 $\left[\frac{300 \cdot \frac{4}{5} \cdot \frac{300}{300}}{300+200}\right]$	96 $\left[\frac{300 \cdot \frac{4}{5} \cdot \frac{200}{300}}{300+200}\right]$	60
第六説 最終的な負担には(2 ⁿ)通りの組合せがある。	100 $\left[\frac{300}{3}\right]$, または 甲=120 $\left[\frac{300 \cdot \frac{2}{3} \cdot \frac{300}{300}}{300+200}\right]$ 人的責任と物的責任は重なる部分で競合	100, または 乙=80 $\left[\frac{300 \cdot \frac{2}{3} \cdot \frac{200}{300}}{300+200}\right]$	100, または 120 $[300-100-80]$, または 80 $[300-120-100]$
第七説	保証と物上保証の時期、およびその際 の意思によって、第一説か、第四説と同じになる。		

nは二重資格者の数。

十分な回答はなされていない。

ここで説明のために、債権者をD、主債務者をEとする三〇〇万円の債権につきABCが連帯保証をし、そのうちABは不動産甲乙（価格は各々三〇〇万円と二〇〇万円）を物上担保に提供して、二重資格者となっていた事を考える。Eが無資力となった場合におけるABCの負担は、各説の主張によれば、表二のようになる。

それでは、二重資格者の問題を如何に考えるか。共同担保者の負担割合を検討するにあたって、民法の条文からは、次の三つの基準を引き出すことができる。

①代位の方法によって、最終的な負担割合に差を生じないこと（民法三九二条、四六五条一項・四四四条）。

②物上保証人相互間については、提供担保物の価格に応じた負担を負うこと（民法五〇一条但書四号）。

③他の場合は原則として平等であること（民法四五六条・四二七条、五〇一条但書五号本文）。

このように、民法は物上保証人相互間においては担保物の価格に応じた負担を負うと規定している（五〇一条但書四号）。しかし、他の場合（③）のように平等ではなく担保物の価格による割付とした理由は必ずしも明確ではない。民法が保証人と物

上保証人との負担割合を平等としたことについて、たとえば本件の一審判決（金商七五九号一三頁）は、保証人が弁済に十分な資力を有し物上保証人も十分な担保を提供している場合（法は、保証も物上担保も弁済に十分であるのが通例であるとみる）には、両者は実質上平等の責任を負っているからであると説明している。しかし、物上保証人間でもこのように考えるならば、負担割合は平等になる筈である。

この問題については、富井政章『民法論綱人権之部下巻』二五一頁が、第三取得者相互間の代位に関して、「債務ノ額ヲ超過シタル価格ヲ有スル不動産ハ其債務ノ額ヲ限界トシテ要求ノ割合ヲ定ムヘキヲ当然トス何トナレハ其額以外ニ於テハ寸分ノ負担ナケレハナリ」と述べていることを手掛りにして、次のように考えることはできないだろうか。一〇〇万円の債権について、ABがそれぞれ六〇万円と四〇万円の物上担保を提供している場合を考える。ABの負担額は六〇万円と四〇万円である。では、ABの提供する担保物の価格が六〇〇万円と四〇〇万円であった場合どうか。通説はやはり六〇万円と四〇万円を負担額とするであろう。しかし、後者の例で、債権者から請求を受ければCDはいずれも一〇〇万円を優先配当すべきであることに着目すれば、負担割合は平等（五〇〇万円ずつ）であるとはい

えないか。このことは、次のように言い換えることができる。共

同抵当における割付の際に基準となる不動産の価格とは、競売された場合における売却代金から手続費用や先順位担保権者への配当を控除した額である（香川保一「共同抵当に関する疑問」

ジュリスト一四〇号一〇頁、書記官研修所実務研究報告書『競売事件における配当に関する研究』九一頁）。これは、当該不動産について共同抵当権者が把握する担保価値が先順位債権額を控除した

余剰価値であることに起因する。この考え方を一貫させれば、共同抵当権者が把握する担保価値は債権額を超えることはあり

えず、超過部分は後順位者または担保提供者が把握することになる。そして、このように共同抵当権者が把握する担保価値が、各不動産の負担基準になると考えるのである。このように考えるならば、債権額未満の価格しかない担保物を提供している物

上保証人は、その担保物の価格を限度とする一部担保をしていることになる（結果同旨、鈴木禄弥「債務なき責任について」法学四七巻三号二六三頁）。そして、この一部担保の趣旨は、「債務の残額ある限りその額までは弁済の責めに任ずる」ものと解する

のが妥当であろう（我妻栄『新訂債権総論』四六七頁。「債務の残存ある限り」とは、主債務者・他の保証人等の弁済によって、なお残額がある場合を指すと解するのが妥当である。奥田昌道『債権総論下』

三九二頁の注参照）。

このような試論に対しては、一部保証の場合とは一貫しないと批判されるかもしれない。すなわち、五〇万円の債権につき、全部保証人A、二〇万円の一部保証人B、三〇万円の一部保証人Cがいた場合に、その負担額はそれぞれ約三十一万円（ $20 + 10 \cdot \frac{1}{2} + 20 \cdot \frac{1}{3}$ ）、六万円（ $20 \cdot \frac{1}{3}$ ）、一十一万円（ $10 \cdot \frac{1}{2} + 20 \cdot \frac{1}{3}$ ）になる（西村信雄編『注釈民法一』巻二六一頁（中川淳執筆）。我妻栄『新訂担保物権法』四三九頁、香川保一「共同抵当に関する諸問題（七完）」金法二六六号一八頁も、共同担保の場合について同様の考え方を示す）が、これでは、相互の負担割合は五対二対三にならないからである。しかし、これは一部保証の場合における負担割合の計算方法がおかしいと考える。保証人がBCだけの場合には、負担額を計算するさいに、BとCの保証部分は重ならないとするのに（債権者は五〇万円全額をBCから取れる）、全部保証人Aがいれば、なぜBとCの保証部分が重なることになるのか。BCしかないときには負担が二〇万と三〇万であるならば、Aが保証したことにより、BCの負担は、二対三の割合で軽減されるべきではないか。だとすると、ABC間の負担割合は、五対二対三で、物上担保の場合と同じ結論になるのである。

このように考えると、本件で問題とする二重資格者の負担割

合について二人説がいうように、債権者に対してより重い責任を負った者は他の共同担保者に対してもより重い負担を負うと考えるのは妥当ではない。ただし、二人説のようにいえるのは、提供する(人的・物的)担保が債権額の一部しか担保しない場合に限られ、二重資格者は債権全額を担保する以上、提供する担保の価額の大小は負担額に影響を与えないことになるからである。このような考え方に對しては、津守説に對するのと同様の批判が予想される(注(2)参照)。すなわち、二重資格者が連帯保証をしていた場合は右のようということができても、普通保証の場合は妥当しいのではないかという批判である。これに對しては、普通保証人として分別の利益(民法四五六条)により人的責任を実質的に負担している額と担保物の価額とを足して、その額が債権額を超える場合には通常の連帯保証人と同様に全部担保者としての負担を負い、超えない場合にはその額を以て一部担保者として負担部分を計算すれば、考え方を一貫させることになるであろうか。

以上のように考えれば、本判決が採用した第一説と同一の結論となる。なお、損害保険における同時重複保険について同旨の規定があること(商法六三二条一項)⁵⁾も試論の理由づけとして挙げる事が許されるだろう。

三では、第一類型に関する以上のような判例の考え方や学説の議論は第二類型をも射程とするであろうか。本判決が出たことにより、二重資格者から後順位抵当権の設定を受ける場合に、不当に担保余力を小さく計算する必要がなくなったとする者もいる(大西武士、後掲本件評釈)。しかし、本件上告理由においてXが主張するように、複数いる物上保証人の一人がさらに連帯保証して二重資格者になればかえって負担を減じ、他の共同担保者の負担を増加させる場合がある。このように、第二類型においては法定代位権者の予測が問題となることから、第一類型と同一に論じることとはできない。ここでいう法定代位権者の予測とは、共同担保者にとつては、自己とは無関係な行為により、主債務者が無資力となった場合の負担割合が増加しないであろうという予測であり、共同担保者の後順位抵当権者等にとつては、後順位抵当権等設定後、自己に優先する債権への配当額が増加しないであろうという予測(ともに、他の共同担保者の資力や担保価値の減少から生じる負担・配当額の増加は除く)である。

この予測の問題を、判例がどう考えているかは不明であるが、第一類型に関する最判昭和五九年五月二九日民集三八巻七号八八五頁は、共同担保者間でなされた負担割合に関する合意を、物上保証人に対する後順位抵当権者に主張しうるとしている。

その理由として五九年判決は、先順位抵当権を設定・公示している以上、後順位抵当権者はその公示額全額が自己に優先することを甘受すべきであること、および後順位抵当権者と債権者や他の共同担保者との間には、物権変動におけるような対抗関係は存しないことを挙げる。このことから、最高裁は、後順位抵当権設定後になされた負担割合に関する合意を、後順位抵当権者に主張しうると考えているともいえる。この推測が正しいならば、第二類型において二重資格者の負担割合を議論する実益は存しないことになる。なぜなら、二重資格者による後順位抵当権設定後、共同担保者間でその二重資格者の負担割合を一〇〇%とする合意があれば、後順位抵当権者は、公示されている先順位債権額全額について優先される。このため、設定時において後順位抵当権者は、先順位で登記されている債権の全額について自己に優先することを覚悟する。したがって、二重資格者の負担割合についてどの説をとるかは、後順位抵当権者の予測に影響を及ぼさないからである（他の共同担保者の予測についても、同様のことがいえる。七八二頁の上告理由が挙げる例を参照）。

このように、五九年判決の射程が、第二類型における共同担保者間の負担に関する考究に影響を及ぼすことになる。思うに、

共同担保権を設定し必要な対抗要件を備えているからといって、共同担保権者や後順位抵当権者等はその全額の優先弁済を甘受すべきだと考えるならば、保証人や担保物の担保価値を不当に固定することになるであろう（このことは、共同抵当に関する三九二条の説明にさいしていわれる。柚木馨『担保物権法（旧版）』三二二頁、我妻栄『新訂担保物権法』四二六頁）。これに類似した考え方は、民法五〇四条にみることができる。すなわち、同条は法定代位権者の求償権に対する期待を保護している。同条の精神を類推すれば、共同担保者や後順位抵当権者等が、その予測に反する不利益を被ることは防ぐことができる。もっとも、同条は債権者を害しないために、要件として「担保の滅失減少」、「債権者の故意懈怠」、および効果として「責めを免れる」と規定している。しかし、ここで類推しようとしている場合は債権者を害する訳ではないから、これらの文理にこだわる必要はないとはいえないだろうか。

以上のように考えると、法定代位権者の予測は常に保護される。ここではじめて第二類型において二重資格者の問題を議論する実益が生まれ、かつ問題の所在は第一類型と同一になるのである。このことから、第二類型における問題についても、本件判決の射程は及ばせてもよいといえる。

四 最後に、本件では不動産丙丁に対する根抵当権が債権者Gによって放棄されている。したがって、XはGの担保保存義務違反(民法五〇四条)を主張することができたであろう。もっとも、本件主債務は銀行取引債務であるから、担保保存義務免除特約が結ばれていたと推測される(銀行取引約定書保証条項第二項)。しかし、最近高裁段階ではあるがこの免除特約を無効とする判決がでており(東京高判昭和五四年三月二六日判時九二六号五八頁、福岡高判昭和五九年四月二六日一一四三号九三頁)、この点を主張することが可能であったと思われる。

(1) 塚原調査官の後掲解説は、昭和五〇年福岡高判を、物上保証人たる一人として数えた説に分類する。しかし、同判決の事案は二重資格者一人、連帯保証人四人の事案であり、昭和九年大判と同一の事案に分類するのが妥当ではないか。

(2) 津守説は、塚原調査官の解説では、独立した説に分類されるが(大西武士、鈴木正和、各原判決評釈も同様)、第一説に分類すべきではないか。この説は、物上保証人としての有限責任は連帯保証人としての無限責任に吸収されることを理由としている。このため、普通保証をなし

た二重資格者は分別の利益(民法四五六条)があるから、これを保証人たる一人として数える根拠に欠けると批判されている(小川英明、前掲一八五頁)。しかしこの点はどうあれ、普通保証をした二重資格者は二人と数えることを津守説が主張しているように読み取れないから、根拠に薄弱な点はあるものの第一説として分類するのが妥当であろう(安永正昭、後掲本判決評釈は同旨)。

(3) 近藤英吉ほか『註釈日本民法債権編総則下巻』二四二頁(柚木馨執筆)、柚木馨「判例を中心とする代位弁済論」『神戸商業大学創立三十周年記念論文集』六六七頁は、二重の負担を負う二重資格者は、より多くの保護を受けるべきであることを理由として第三説を主張する(ただし選択権は二重資格者に与える)。この理由づけは、債権者に対する責任の重さと共同担保者間における負担の重さを反比例させ(二人説は両者を比例させる)、二重資格者は債権者に対して重い責任を引受けたのだから、求償関係においてはより広く代位を認めるべきだと考えることに基づく。このように柚木説と二人説とで相反する説明がなされている原因は、右の二つの重さの関係を説明する際に着目する条文が異なる(柚木説は民法五〇一条

但書一号二号、二人説は三九二条、五〇一条但書三号四号) ことにある。ここでは、第三取得者に対する関係で保証人が保護されている理由を柚木説は誤解しており、この誤解に基礎づけられた右のような説明は成り立たないと考えられる、という結論だけを指摘しておく。

(3a) このほか、塚原調査官の解説では、二重資格者について代位の法律関係を二重に想定することは代位の法律関係をより複雑にする、との批判が挙げられている。これに對しては、その具体的意味が不明確であるとの意見が研究会の席上で出された。すなわち、右の批判が、法律関係が複雑になった結果、負担割合を算定する計算が難しくなることをいうのであれば、負担が画一的に決まりさえすれば問題はないと再批判できるし、担保物の評価作業という手間がかかることをいうのであれば、衡平のために価格による按分を基準とした法文を無視することになるであろう、という意見である。法律関係の複雑化がどのような実害を及ぼすかを明らかにする必要があるだろう。

(4) この記述は、ボワソナードの註釈にしたがったものである。Projet de Code civil pour l'Empire du Japon,

accompagné d'un Commentaire. t.2 nouvelle éd. n°539, p.658. として、この考え方は民法起草当時のフランスにおける学説の議論に由来するものと思われる。Voy. DEMOLINIERE, Cours de Code Napoléon. t.27 n°659 ; Aubrey et Rau, Cours de droit civil français. t.4 4ed. § 321 4; COLMET DE SANTERRE, Cours analytique de Code civil. t.5 n°197 bis. VI à IX; DONNEDIEU DE VABRES, note précitée au D.P. 1913.2.65

(5) 弁済による代位と保険代位との間に類似性をみいだしうることに對しては、寺田正春「弁済者代位制度論序説(一)」法学雑誌二〇卷一号六八頁が指摘している。

(6) 佐久間弘道「物上保証人と共同抵当権者との間の代位権不行使特約の物上保証人所有不動産上の後順位抵当権者に対する効力」手研三八四号一二頁は、民法五〇四条の代わりに信義則を用いて処理している。また同論文では、後順位担保権者の予測を保護しえない場合(主債務者が物上保証人に対する債権を以て物上保証人が取得した求償権と相殺した場合、物上保証人設定の後順位抵当権者は求償権に物上代位して他の担保から弁済を受けることができない)が指摘されている。

(7) もっとも、寺田正春、前掲(一)法学雑誌二〇卷一号五二頁、同(二)法学雑誌二〇卷二号二二一頁は、担保保存義務の沿革を検討されたうえで、法定代位権者の範囲と担保保存義務を主張しうる者の範囲とが一致すると考えることについては疑問があるとされる。

なお、本件については、塚原朋一調査官の解説(ジュリスト八七八号六〇頁)のほかに、岩城謙二教授(法令ニュース四七一号三九頁)、堀内仁氏(手研三九三三四〇頁)、大西武士教授(銀行実務一七巻五号一一二頁)、池田真朗助教授(法セミ三八九号一一六頁)、安永正昭教授(金法一一五二号六頁)、石田喜久夫教授(ジュリスト八八七号七六頁)、塩崎勤判事(金法一一六〇号一六頁)、森井英雄氏(判タ六四三三二頁)、東法子氏(手研四〇三三三四頁)、寺田正春教授(判例セレクト'87)の評釈等がある。また、原判決については、吉原省三氏(金法一〇〇三三四頁)、鈴木正和氏(手研三三三三三〇頁)、橋本恭宏講師(明治大学短期大学部紀要三二号九三頁、ロー・スクール四九号一二四頁)、榎本恭博判事(金法一〇二五号一四頁)、三和一博教授(法時五五巻八号一四〇頁)、安永正昭教授(判時一〇八五号一

八一頁)、石外克喜教授(判タ五〇五号七五頁)の評釈等がある。

附記 脱稿後、沖野眞巳氏の研究(法協一〇五巻七号九九六頁)に接した。同研究では、判旨のいう「負担割合決定基準の簡明さ」について、「簡明さの要請もまた五〇一条の要求するところ」であるとされているが、その意味があいまいである。「簡明さ」を、代位の方法によって最終的な負担割合に差を生じないことの意味に理解すれば、たしかに「簡明さ」は法律上保護さるべき利益となっている(前述七八六頁)。しかし、「簡明さ」を、負担割合を算出する計算の簡単さであると解するならば、この意味での「簡明さ」は法文上からは出てこないのではないか。あるいはこれ以外の意味で用いているのであろうか。