

共同抵当において後順位抵当権者が有する 余剰担保価値への期待の保護

清水 恵介

- I 序 説
- II 問題の所在
- III 「余剰担保価値への期待」の実質
- IV 優先権喪失の例外と民法504条2項
- V 結 語

I 序 説

共同抵当に関する民法392条2項後段は、いわゆる異時配当の場合において、後順位抵当権者が、同時配当であったならば先順位の共同抵当権者が他の不動産の代価から受けたであろう割付額の限度で、当該他の不動産に対する抵当権を代位行使できる旨を定める。この後順位抵当権者の代位の規定（以下、「本規定」という。）は、先順位の共同抵当権者に、複数不動産上に存在する複数抵当権の実行の時期や順序についての自由選択権を保障する反面、実行の順序によっては配当額が大きく変動し得る後順位抵当権者の地位に配慮し、同時配当における配当額を異時配当においても保障すべく代位を認めることで、両者の利害を調整し、もって抵当不動産の余剰担保価値の活用を図ることを可能にする法的仕組みである。

かかる共同抵当の規律については、種々の立法主義がみられ、また種々の選択肢があり得る中で、本規定は、イタリア旧民法典2011条（現2856条）

を参考にしたボアソナードの民法草案に由来し、旧民法債権担保編242条2項を経て導入された¹⁾。つまり、ドイツにもフランスにもみられない立法主義を採用するものとなっており、立法後は、本規定の射程範囲を画定すべく、条文の文言からはおよそ読み取れないような判例法理の展開がみられることとなった。しかし、その解釈次第で具体的な配当額が左右される、優れて実践的な規定であるがゆえに、不動産執行・配当実務においてはなおも未決着・未統一の問題が数多く存在し²⁾、判例法理による補充によってもなお、すべての問題を一義的に解決し得るまでには至っていないのが現状といえる。

この点、判例法理の論理的不整合を批判的に検討し、実務の抜本的再考を迫る方向での議論もみられるものの³⁾、本稿では、判例法理をひとまず是認した上で、後記判例にいう「不動産の担保価値に余剰が生ずること」への後順位抵当権者の「期待」を手がかりとして、本規定及びこれに依拠する判例法理の射程範囲の明確化に資する試論を展開したい。

-
- 1) 大島俊之「民法392条の沿革」神戸学院23巻2号1頁(1993年)、織田博子「共同抵当規定の制定過程」駿河台法学7巻1号89頁(1993年)、同「共同抵当の沿革」椿寿夫編『担保法理の現状と課題(別冊NBL31号)』284頁(1995年)など。
 - 2) 実務上の諸課題については、佐久間弘道『共同抵当の理論と実務』(金融財政事情研究会、1995年)が詳しい。かつて、我妻栄『新訂担保物権法』428頁(岩波書店、1968年)が、「共同抵当をめぐる法律関係の複雑さは限りなく拡大しており、「わが国の金融界は、個々の場合の便宜に駆られて、あまりにも複雑な関係を作り、学者や実務家はその解明のために知能を傾けている有様である」と指摘する状況は、依然として変わりがないように思える。
 - 3) 鈴木祿弥「共同抵当における代位の諸問題」金法232号19頁(1960年)〔同『抵当制度の研究』228頁(一粒社、1968年)所収。ただし、同「異所有者に属する不動産上の共同抵当」判タ516号36頁(1984年)より改説〕。近時では、藤田貴宏「共同抵当における二つの代位」独協法学91号181頁(2013年)。

共同抵当において後順位抵当権者が有する余剰担保価値への期待の保護（清水）

Ⅱ 問題の所在

まず、論旨を明確にするために、本規定が適用される典型としての基本事例を挙げることにする。

〔基本事例〕

YがAに対して有する6000万円の貸金債権を担保するため、Aが有する価額8000万円の甲土地と価額4000万円の乙土地とに第1順位で共同抵当権を設定し、XもまたAに対して有する4000万円の貸金債権を担保するため、甲土地にのみ第2順位で抵当権を設定した。

表1 基本事例

	甲土地（価額8000万円）	乙土地（価額4000万円）
抵当権者Y（債権額6000万円）	第1順位共同抵当権 割付額4000万円	第1順位共同抵当権 割付額2000万円
抵当権者X（債権額4000万円）	第2順位抵当権	

この場合、Xの立場からは、このまま第2順位で甲上の抵当権を得ても、本来、甲には2000万円（価額8000万円-Y債権額6000万円）の余剰担保価値しかなく、全額の債権回収を期待できないものの、本規定によれば、甲・乙同時配当における乙の割付額2000万円の限度で乙上の共同抵当権への代位が認められることとなるから、最終的には4000万円全額を回収できるものと期待して、Xは、第2順位での抵当権設定に応じたものと考えられる。つまり、かかる事例こそが、抵当不動産の余剰担保価値の活用を企図する本規定の存在意義を示すものといえる。

本事例のXのような後順位抵当権者の期待は、抽象的には、「代位の期待」と表現される。しかし、この表現のもとでは、民法499条以下の規定に基づく弁済による「代位の期待」と同視され、両代位の制度趣旨の相違が捨

象されかねない点に問題がある。いずれの代位も当事者の意思に基づかない権利の法定移転を帰結する限度で共通するものの、弁済による代位が、「自己の求償権の満足を得ること」への「期待」⁴⁾を保護するものであるのに対し、本規定の代位は、共同抵当物件の価額に応じて配分すれば当該「不動産の担保価値に余剰が生ずること」への「期待」⁵⁾を保護するものであり、その制度趣旨は大きく異なる。それゆえ、本規定によって保護される「期待」を、本稿では、以下、「余剰担保価値への期待」⁶⁾と称して論を進めることとする。

後順位抵当権者が有する「余剰担保価値への期待」の保護は、抵当法における規制原理の1つであるといえ、その立法精神は、本規定のほかにも、2年分の定期金等の額に優先弁済権の範囲を制限する民法375条（あるいは398条の21）の規定や、根抵当権における極度額の設定要求（同398条の2第1項）にも看取される⁷⁾。この「期待」が、本規定の射程範囲を画定する上でどこまでの規範的意義を有するかは疑問を挟む余地があるものの、抵当権者による「担保価値」の「把握」が、解釈指針となるばかりか、時として規定の射程範囲を限定する役割を果たすに至っている法定地上権（民法388条）の判例法理の形成動向⁸⁾に鑑みれば、ここでの「余剰担保価値へ

4) 最一小判昭和44年7月3日民集23巻8号1297頁。

5) 最二小判平成4年11月6日民集46巻8号2625頁。

6) 最二小判昭和61年4月18日裁判集民事147号575頁の香川保一反対意見参照。

7) このような規制は、質権にはみられない（民法355条参照）。金銭を担保目的物とする仕組みである敷金（同622条の2参照）においても、賃貸人に次ぐ第2順位の担保権者としての実質を有する敷金返還請求権上の質権者の「余剰担保価値への期待」は保護されない。

8) 民法388条における土地・建物の同一所有者要件は、民事執行法81条によるものとは異なり、抵当権設定時を基準時として判断されるが、このことは、抵当権者による担保価値の把握を論拠とする。また、最高裁判例（最三小判平成9年2月14日民集51巻2号375頁）は、土地・建物の共同抵当において建物が再築された場合に、成立要件を形式的には具備していながらも、「抵当権者は土地及び建物全体の担保価値を把握している」こと（いわゆる全体価値考慮説）

共同抵当において後順位抵当権者が有する余剰担保価値への期待の保護（清水）

の期待」にも同様の役割が文字通り“期待”されると考えることも十分可能であろう。

Ⅲ 「余剰担保価値への期待」の実質

そこで、以下では、後順位抵当権者が有する「余剰担保価値への期待」が規範的概念として有し得る実質を分析すべく、いくつかの問いを立て、この問いに沿って検討を進めることとしたい。

- ① いつの時点での「期待」か？
- ② 「余剰担保価値」の算定はどのように行われるか？
- ③ 「余剰担保価値」の事後的な増価に対しても「期待」を保護すべきか？
- ④ 後順位抵当権者の個別具体的な「期待」は必要か？
- ⑤ 異時配当によっても「期待」を実質的に害さない場合があるか？
- ⑥ 異時配当によっても「期待」が保護に値しない場合があるか？

1 いつの時点での「期待」か？

第1に、いつの時点での「期待」かが問われる。これは、「期待」の基準時の問題であり、以降の問いを検討する上でも基礎となる重要な問いといえる⁹⁾。

そして、ここでの解答は、その制度趣旨からも、抵当権者が当該後順位抵当権の設定を受けた時点での「期待」となり、本来的には、その時点において「期待」された「余剰担保価値」からの債権回収を保障すべきこととなる。本稿では、かかる理解を出発点として考察を進める。

を論拠に法定地上権の成立を原則否定しており、担保価値の把握が規定の射程範囲をさらに限定する役割を果たすに至っている。

9) 森田修『債権回収法講義〔第2版〕』349頁（有斐閣、2011年）の注（33）は、弁済代位につき、担保保存義務（民法504条）との関係で、「秩序の基準時」の問題を取り上げる。

2 「余剰担保価値」の算定はどのように行われるか？

そこで、第2に、「余剰担保価値」の算定がどのように行われるかが問われる。本稿の基本事例を含め、教科書・実務書等にみられる設例は、想定する不動産価額どおりの配当原資が得られたことの仮定のもとで成り立つ説明のための設例にすぎない。

しかし、実際、本規定の適用が現実化する場面としての異時配当（基本事例における甲の配当）時においては、「期待」の本来の基準時である当該後順位抵当権の設定時から時間差がある上、他の共同抵当物件（基本事例における乙）の換価時とも時間差があるため、その間における不動産価額の変動や、時価よりも安い価額での売却により、後順位抵当権者の期待する「余剰担保価値」が減価するリスクは必ずしも回避することができない¹⁰⁾。また、本規定による代位の前提となる割付額の算定も、あくまで同時配当を仮定したものにすぎないため、ここからは、「余剰担保価値」を事前に明確な形で算定することはおよそ不可能であることが確認されよう。

ここで、基本事例を少し変え、Xの後順位抵当権設定時に甲の価額が1億円、乙の価額が5000万円であり、Xの被担保債権額が5000万円であったところ、その後、甲の価額が8000万円、乙の価額が4000万円へと2割減価した（その原因として、土地の市場価額の変動と、売却基準価額を下回るような価額での売却とが考えられる。）という場合（応用事例①、次頁の表2参照）の

10) 我妻栄・前掲注2) 新訂担保物権法446頁は、「それぞれの不動産が現実に競売される時を待って決定することは、後順位抵当権者の代位しうる額を不確定にする」ため、「共同抵当の目的たる不動産の1個について配当が行なわれる時に他の不動産について評価して定める他はない」とするが、競売手続・実務上も実際的ではなく（佐久間弘道・前掲注2) 共同抵当の理論と実務386頁以下）、また、かかる見解のもとでも、後順位抵当権設定時からの変動リスクは回避できないため、いずれにせよ採り得ないであろう。

共同抵当において後順位抵当権者が有する余剰担保価値への期待の保護（清水）

帰結を考えてみると、当初は、Xによる5000万円全額の回収が見込めたものの、その後の減価により、同時配当によっても、本規定による代位によっても、1000万円が未回収となることがわかる。つまり、このような場合、後順位抵当権設定当初の「期待」は完全には保護されないこととなる。

表2 応用事例①

	甲土地 (価額1億円→8000万円)	乙土地 (価額5000万円→4000万円)
抵当権者Y (債権額6000万円)	第1順位共同抵当権 割付額4000万円	第1順位共同抵当権 割付額2000万円
抵当権者X (債権額5000万円)	第2順位抵当権	

太字の箇所は、基本事例からの変更点を示す（以下同様）。

それゆえ、理想的には、後順位抵当権設定時における「余剰担保価値」への期待を保護すべきであるとしても、その「価値」を具体的に明確な数額をもって表現することはできないのはもちろんのこと、結果的には完全に保護されない場合もあり得ることとなる。

3 「余剰担保価値」の事後的な増価に対しても「期待」を保護すべきか？

第3に、後順位抵当権設定後における「余剰担保価値」の大幅な増価に対しても、後順位抵当権者の「期待」をなお保護すべきかが問われる。つまり、後順位抵当権設定時→甲配當時→乙配當時の時間差において想定される物件価額の変動を超えた大幅な増価がみられた場合、とりわけ、先順位抵当権の被担保債権への弁済等により、その分だけ「余剰担保価値」が増価したような場合に、本規定による代位額も増大させるべきかが問題となり得る。

例えば、基本事例を変え、Xの被担保債権額が5000万円であったため（し

たがって、前記応用事例①における減価後の状況に等しい。), このままでは、同時配当によっても、本規定による代位によっても、1000万円が未回収となるところ、その後、1500万円の弁済によりYの被担保債権額が4500万円まで減少していた場合（応用事例②、後掲の表3参照）は、同時配当・本規定による代位いずれによっても全額回収できる計算となる。

表3 応用事例②

	甲土地（価額8000万円）	乙土地（価額4000万円）
抵当権者Y（債権額6000万円→4500万円）	第1順位共同抵当権 割付額4000万円→3000万円	第1順位共同抵当権 割付額2000万円→1500万円
抵当権者X（債権額5000万円）	第2順位抵当権	

このように、後順位抵当権設定時は「余剰担保価値」が不足ないしは欠けていたところ、その後、先順位抵当権の被担保債権への弁済等により「余剰担保価値」が増価するに至った場合は、前記応用事例①とは逆に、当初の「期待」以上と考えられる債権回収を、本規定による代位によって実現させてよいのかが問われることとなる。

しかし、少なくとも、後順位抵当権設定当初の「期待」の中には、通常予見できる範囲内の状況として、設定後、先順位共同抵当権の被担保債権額が弁済等により減少することも含まれているものと理解することが可能であり、上記の帰結は是認されよう。

次の事例はどうであろうか。基本事例とは異なり、当初はYも価額1億円の甲にのみ抵当権の設定を受けていたが、Xの被担保債権額が5000万円であったために、甲の余剰担保価値4000万円では1000万円の未回収が見込まれていたところ、その後、Xが価額2000万円の乙に、甲との共同抵当権の設定を追加的に受けた場合（応用事例③、次頁の表4参照）である。

共同抵当において後順位抵当権者が有する余剰担保価値への期待の保護（清水）

表 4 応用事例③

	甲土地（価額 1 億円）	乙土地（価額2000万円）
抵当権者Y （債権額6000万円）	第 1 順位 [共同] 抵当権 →割付額5000万円	第 1 順位共同抵当権（追加） →割付額1000万円
抵当権者X （債権額5000万円）	第 2 順位抵当権	

この場合も、前記応用事例②と同様に、Xによる乙への代位を認めるならば、当初の「期待」以上と考えられる債権回収を認めることとなるが、それでよいかが問われる。

このように、後順位抵当権設定後に先順位抵当権者が共同抵当物件を追加した場合は、弁済等による被担保債権額の減少とは異なり、通常予想できる範囲内の状況とはいえ、後順位抵当権設定当初の「期待」に含まれないとして区別する余地があるものの、共同抵当物件を追加することで先順位抵当権者の債権回収リスクを分散する措置をとったことは、追加物件（乙）の割付額のみで当初物件（甲）の「余剰担保価値」を増価させるため、このことは、前記応用事例②のように、先順位共同抵当権の被担保債権が弁済等によって減少した分だけ「余剰担保価値」が増価するのと同視できるともいえる。債務者（A）の立場としても、被担保債権の弁済に代え、追加担保の提供で対応することもあり得るため、弁済等に準じた処理も十分可能ではないかと考えられる。

そして、こうした処理の延長においては、物上保証人（B）所有であった先順位の共同抵当物件（乙）が、後順位抵当権設定後に債務者（A）所有となり、同一所有者に帰属するに至った場合（応用事例④、次頁の表 5 参照）もまた、共同抵当物件の追加に準じて処理する余地があることを示唆する。

表5 応用事例④

	甲土地（価額1億円） A所有	乙土地（価額2000万円） B所有 → A所有
抵当権者Y （債権額6000万円）	第1順位共同抵当権 割付額6000万円→5000万円 ¹¹⁾	第1順位共同抵当権 割付額0円→1000万円
抵当権者X （債権額5000万円）	第2順位抵当権	

この場合は、当初、少なくとも、甲の競売が先行する異時配当において、未回収となるXの債権1000万円につき、本規定による乙への代位は認められないところ¹²⁾、その後、乙が債務者A所有となったことで代位が可能となった点をどう評価すべきかが問われる。これを前記応用事例③のような、債務者による追加担保の提供と同視できるか否かにより評価がわかるものと思われるが、前記応用事例②（弁済）とはやや距離があるともいえ、②③とは区別すべきではないとも考えられる。

この点、以上とは逆に、債務者（A）所有であった先順位の共同抵当物件の一部が、後順位抵当権設定後に第三取得者（B）所有となるに至った場合（応用事例⑤、次頁の表6参照）を考えると、この場合は、後順位抵当権者に生じた「余剰担保価値への期待」を事後的に奪うこととなるため、当初より要件を充たしていた本規定による代位は、第三取得者の出現後もなお肯定されるものと解される¹³⁾。

11) 共同抵当物件が債務者と物上保証人とに帰属する場合における同時配当につき民法392条1項が適用されるかについては、これを否定し、債務者所有不動産から優先的に配当するのが多数説とされる（道垣内弘人『担保物権法（現代民法Ⅲ）〔第4版〕』211頁（有斐閣、2017年））。否定説に立つ裁判例として、大阪地判平成22年6月30日判タ1333号186頁、大阪地判平成26年12月4日判時2279号60頁が、肯定説に立つ裁判例として、東京地判平成25年6月6日判タ1395号351頁がある。

12) 前掲注4) 最判昭和44年7月3日。

共同抵当において後順位抵当権者が有する余剰担保価値への期待の保護（清水）

表 6 応用事例⑤

	甲土地（価額 1 億円） A所有	乙土地（価額2000万円） A所有 → B所有
抵当権者Y （債権額6000万円）	第 1 順位共同抵当権 割付額5000万円→6000 万円？	第 1 順位共同抵当権 割付額1000万円→ 0 円？
抵当権者X （債権額5000万円）	第 2 順位抵当権	

もっとも、この場合は、第三取得者所有となった乙の競売が先行した場合に、甲上の共同抵当権への弁済代位（民法499条）がBにつき生ずるため、その後の甲の配当においては、乙からの配当により残債権額が4000万円となったYが同額の優先配当（民法502条3項）を受け、次いでBが2000万円の配当を受ける結果、Xの債権1000万円が未回収となる。それゆえ、仮に、同時配当の場合に割付額の変動を否定すること（つまり、第三取得者出現後も民法392条1項を適用すること）でXの全額回収を確保する解釈を採り得たとしても、かかる乙からの異時配当においてはその結論を維持できず、Xの「期待」は害されることとなる¹⁴⁾。

つまりは、共同抵当物件の譲渡を後順位共同抵当権者において妨げる術がない以上、前記応用事例⑤におけるXの不意打ち的不利益はこれを回避することができず、やむを得ない不利益といえる。それゆえ、前記応用事例④におけるXの棚ぼた的利益もまた、やむを得ない利益といえ、あえて正当化するならば、債務者による追加担保の提供と同視することで、本規定による代位を認めるべきものとする。

13) 道垣内弘人・前掲注 11) 担保物権法214頁。

14) 佐久間弘道・前掲注 2) 共同抵当の理論と実務508頁。

4 後順位抵当権者の個別具体的な「期待」は必要か？

第4に、後順位抵当権者の個別具体的な「期待」（ないしは期待可能性）は必要かが問われる。なぜなら、共同担保の登記（不動産登記法83条1項4号）がなく、かつ、後順位抵当権者が先順位抵当権に他の共同抵当物件があるとの認識を有していなかったような場合には、個別具体的な「余剰担保価値への期待」はなかったものといえ、本規定による代位を認める必要はないとも考えられるからである。この点は、共同担保の登記がなくても、他の共同抵当物件の具体的認識がある場合には代位を認めてよいか、あるいは、逆に、共同担保の登記があれば、他の共同抵当物件の具体的認識がない場合であっても、認識可能性（期待可能性）があるものとして代位を認めてよいかとの問いとして立てることもまた可能である。

この点、評価は難しいものの、前記応用事例②でみたような、弁済による余剰担保価値の増価においては、後順位抵当権者による当該弁済についての具体的認識は不要と考えられ、こうした取扱いとの均衡上、少なくとも他の共同抵当物件についての具体的認識までは不要と解すべきではないかと考えられる。このことは、求償権の回収確保への期待を保護すべく、法定の担保移転の仕組みを採用する弁済代位（501条1項参照）では、代位弁済者において、弁済により移転する担保の存在についての具体的認識が問われないこととも整合的である¹⁵⁾。

5 異時配当によっても「期待」を実質的に害さない場合があるか？

第5に、異時配当によっても「期待」を実質的に害さない場合があるかが問われる。ここで主に想定するのは、先順位共同抵当権者（Y）が代位の対象となる共同抵当物件（乙）上の抵当権を放棄したとしても、その放

15) そうすると、残る問題は、共同担保の登記がなく、かつ、他の共同担保物件についての認識可能性すらなかった場合の処理となるが、実務上は稀であるとも考えられるため、その検討はひとまず保留する。

共同抵当において後順位抵当権者が有する余剰担保価値への期待の保護（清水）

棄の対価として、当該抵当権の「割付額」以上の金額の弁済等により、被担保債権額が減少していたとするならば、これにより後順位抵当権者にとっての「余剰担保価値」はその分だけ増価することとなるから、実質的には「期待」を害さないこととなり、本規定による代位を認める必要はないのではないかとの問題である。

例えば、基本事例とは異なり、Yが乙上の抵当権をその「割付額」に相当する2000万円の弁済と引換えに放棄していた場合（応用事例⑥、後掲の表7参照）、被担保債権額が5000万円のXは、乙上の抵当権への代位は認められなくなるものの、Yが弁済を受けた分だけその被担保債権額が4000万円へと減少し、その分だけXにとっての「余剰担保価値」は増価するから、前記応用事例①と同様に、もともと1000万円が未回収となることは覚悟せざるを得ない以上、Xの「期待」は実質的には害されていないものといえる。そればかりか、仮にYの弁済受領額が乙の「割付額」を超えていた場合（例えば、3000万円の弁済と引換えに放棄した場合）、その超過分だけ「余剰担保価値」はさらに増価し、前記応用事例②のように、当初の「期待」以上の債権回収が実現されることともなる（そして、その債権回収は前述のとおり正当化できる。）。

表 7 応用事例⑥

	甲土地（価額8000万円）	乙土地（価額4000万円）
抵当権者Y（債権額6000万円 →4000万円）	第1順位〔共同〕抵当権 割付額4000万円	第1順位共同抵当権 割付額2000万円 → 2000万円の弁済 と引換えに放棄
抵当権者X（債権額5000万円）	第2順位抵当権	

それゆえ、この場合、最高裁判例¹⁶⁾のように、「先順位の共同抵当権者が後順位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」として、放棄がなかったならば代位できた乙の「割付額」2000万円につき、甲の配当上、優先権を喪失するものと扱うならば、Yの残債権額4000万円のうちの2000万円はXとの関係で優先権を失い、甲の配当金8000万円のうち、Xが5000万円全額の配当を受け、Yは（他に債権者がいなければ）残りの3000万円の配当を受けるにとどまることとなり、実質的にXの「期待」が害されない中で、必要以上にXを利することとなる点が問題視されよう¹⁷⁾。

ここでは、乙上の共同抵当権が競売によって消滅するか、それとも任意売却に伴う放棄によって消滅するかにより、結論を異にしてよいかが問題となる。この検討からは、乙の「割付額」以上の弁済によって先順位抵当権の被担保債権額が減少し、その分だけ「余剰担保価値」が増価するならば¹⁸⁾、後順位抵当権者としては、同時配当の場合と同等以上の配当額が得られるため、その「期待」は実質的に害されず、これに重ねて先順位抵当権者の優先権の喪失を帰結すべきではないものと解されよう。

もっとも、他方で、当該「割付額」を下回る額の弁済、例えば、先の事

16) 前掲注5) 最判平成4年11月6日。

17) 前掲注5) 最判平成4年11月6日は、先順位が（純粹）共同根抵当権（民法398条の16）となっており、元本確定前の根抵当権の被担保債権に対する弁済に伴って根抵当権の一部が放棄され、しかも、残存根抵当権に基づくその後の競売では、極度額全額につき配当が行われた事例であって、放棄の対価となった弁済が被担保債権額の減少に結び付かなかったがために、「余剰担保価値」が増価せず、後順位抵当権者の「期待」が害される結果となったものといえる。それゆえ、この判例の立場は、本文中の見解と矛盾するものではない。

18) 前掲注17) で指摘した元本確定前の根抵当権の事例のほか、元本確定後の根抵当権についても、被担保債権額が極度額を超えていれば、弁済があったところで、極度額超過分については弁済が「余剰担保価値」の増価に結び付かないために、「期待」が害される結果となり得る。

共同抵当において後順位抵当権者が有する余剰担保価値への期待の保護（清水）

例において、2000万円ではなく、1500万円の弁済と引換えに乙上の抵当権を放棄していた場合（応用事例⑦、後掲の表8参照）はどうか。この場合、Xは、甲の配当を経ても1500万円が未回収となるため、「期待」は害される計算となるものの、そもそも、ここでの「割付額」は、乙の評価額が4000万円であることを前提とするものであるため、評価人の不動産鑑定を経ない任意売却において、当該売却金額をもって評価額と定めたような場合を想定すると、これによって理念上の割付額が下方修正される結果、例えば、甲と乙の評価額の比率が3:1となった場合、割付額が甲4500万円：乙1500万円となり、「期待」は害されない計算となるに至る。

表8 応用事例⑦

	甲土地（価額8000万円）	乙土地（価額4000万円？）
抵当権者Y（債権額6000万円 →4500万円）	第1順位〔共同〕抵当権 割付額4000万円	第1順位共同抵当権 割付額2000万円 → 1500万円の弁済 と引換えに放棄
抵当権者X（債権額5000万円）	第2順位抵当権	

もちろん、この点は、競売手続における買受価額が基準価額を下回って買受可能価額に近い金額となった場合にも生じ得るが、任意売却においては下限がない分だけ変動幅が大きくなり得るものといえ、そこが競売との有意な差異であるともみられる。しかし、最終的には訴訟の場で、客観的な時価相当額を鑑定し、これに照らして「期待」侵害額を算定すればよいともいえるため、競売と任意売却とで結論を異にすることには結局のところ合理性がないものと解されよう。

6 異時配当によっても「期待」が保護に値しない場合があるか？

最後に、以上のほかで、異時配当によっても「期待」が保護に値しない

場合があるかが問われる。これは一見して、前記第5の問いと区別する意義が明らかでないものの、前記の問いが、甲の「余剰担保価値」が実質的には減価とならない事例を想定したものであったのに対して、この問いが主に想定するのは、甲の「余剰担保価値」が減価し、かつ、本規定による乙への代位が否定されるにもかかわらず、なおも後順位抵当権設定者の「期待」が保護に値しない場合として捉えられる以下の事例である。

すなわち、基本事例とは異なり、被担保債権額が5000万円のXもまた乙上にYに次ぐ第2順位で共同抵当権の設定を受けていた場合（応用事例⑧、後掲の表9参照）、Xとしては、もともと乙の「余剰担保価値」2000万円からの回収も「期待」できる地位にあるため、甲からの異時配当によってYの被担保債権が完済となり、乙上に有するXの共同抵当権の順位が昇進して第1順位となれば、結局のところ、全額の債権回収が可能となる。

表9 応用事例⑧

	甲土地（価額8000万円）	乙土地（価額4000万円）
抵当権者Y（債権額6000万円）	第1順位共同抵当権 割付額4000万円	第1順位共同抵当権 割付額2000万円
抵当権者X（債権額5000万円）	第2順位共同抵当権	第2順位共同抵当権

つまり、この事例においては、本規定による乙への代位を認める必要はないこととなる¹⁹⁾。

また、このような場合は、前記応用事例⑥⑦とは異なり、Yが乙上の抵当権を無条件で（あるいは条件があったとしても、甲・乙上の当該共同抵当権に何らの影響をも与えない条件で）放棄した事例（応用事例⑨、次頁の表10参照）においても、乙上の抵当権への代位が認められなくなる一方で、乙上の共同抵当権の順位が昇進して第1順位となり、全額の債権回収が可能となる

19) 我妻榮・前掲注2) 新訂担保物権法442頁参照。

共同抵当において後順位抵当権者が有する余剰担保価値への期待の保護（清水）

ため、前記最高裁判例にいう優先権の喪失は生じないものと解される²⁰⁾。

表10 応用事例⑨

	甲土地（価額8000万円）	乙土地（価額4000万円）
抵当権者Y （債権額6000万円）	第1順位〔共同〕抵当権 割付額4000万円	第1順位共同抵当権 割付額2000万円 → 無条件で放棄
抵当権者X （債権額5000万円）	第2順位共同抵当権	第2順位共同抵当権 → 第1順位共同抵当権

このように、後順位抵当権者もまた、先順位抵当権と同じ担保物件上に後順位で共同抵当権の設定を受けていた場合においては、後順位抵当権の「期待」を保護すべき必要性がないこととなる。

そして、ここでの帰結から得られるもう1つの示唆は、後順位抵当権者の立場からすると、代位の対象物件上の抵当権が放棄されたことによるリスクを回避するため、当該物件上にも次順位の共同抵当権の設定を受けておくとの対応が可能であったといえるのであるから、少なくとも当該対象物件の存在を知っていながら、あえてそこに次順位の共同抵当権の設定を受けなかった場合は、当該対象物件上の抵当権の放棄による優先権の喪失を帰結しなくてもよいのではないかとの観点である。もちろん、融資内容に見合った抵当物件の選択の中であえて設定を受けないことも十分あり得るため、かかる対応の可能性のみで直ちに「期待」が保護に値しなくなるとは思われないが、以上にみた計算上の「期待」侵害の有無とは別の観点からなお後順位抵当権者の保護が否定されるケースの存在が示唆されよう。

20) 東京地判平成9年9月17日金判1050号51頁は、同様の事例において同様の結論を採る。

Ⅳ 優先権喪失の例外と民法504条2項

1 暫定的まとめ

以上の検討から、本規定（民法392条2項後段）の射程範囲を画定する上で重要と思われる、後順位抵当権者の「余剰担保価値への期待」の実質の一端が明らかとなった。これによれば、この「期待」は、後順位抵当権設定時の「期待」を起点としつつも、本規定の適用の可否を判断するにあたっては、その時点での権利や価額を固定的に捉えてその「期待」を考慮すべきものではなく、被担保債権への弁済や共同担保の追加など、その後の共同抵当をめぐる権利や価額の変動をも、予見可能な範囲で考慮し得るばかりか、後順位抵当権者における具体的な認識すらも不要であるとの意味において、抽象的な「期待」にとどまるものと解される（前記応用事例①～⑤）。すなわち、ここでは、後順位抵当権者の「余剰担保価値への期待」が、本規定の射程範囲を画定する上ではさほどの規範的意義を有しないことを確認できる。

ただ、他方で、代位の対象となる共同抵当物件上の抵当権を放棄した場合については、それが任意売却に伴い被担保債権額を減少させるものであることや、順位昇進を生じさせるものであることから、結果的には後順位抵当権者の「期待」を害さず、あるいは「期待」が保護に値せず、いずれにせよ、判例が認める先順位抵当権者の優先権の喪失を導くべきではないと解すべき例外的ケースがあり得ることとなる（前記応用事例⑥～⑨）。すなわち、ここでは、後順位抵当権者の「余剰担保価値への期待」が、放棄による優先権の喪失という判例法理の射程範囲を限定する上で、一定の規範的意義を有し得ることが確認されよう。

2 放棄による優先権喪失と民法504条

そこで、この後者にいう判例法理の適用範囲の限定をいかなる法律構成

共同抵当において後順位抵当権者が有する余剰担保価値への期待の保護（清水）

によって正当化すべきかが問題となる。この判例法理において、放棄による優先権喪失については、これを、「民法第392条及第504条ノ法意ヲ類推スル」と構成するものがみられる²¹⁾。つまり、本規定だけでなく、弁済代位における債権者の担保保存義務を定める民法504条の法意をも類推することで放棄による優先権喪失を正当化する。504条（現在の民法504条1項）は、代位の対象となる担保の喪失・減少を咎める点において、代位の対象となる共同抵当権の放棄を咎める判例法理との共通項を見出し得る。しかし、次に掲げるいくつかの相違もみられる。

(1) 効果面

まず、効果面が大きく相違する。放棄による抵当権喪失の事例を想定すると、504条（弁済代位）においては、抵当権の放棄によって償還不能となる限度での免責の効果が放棄の確定により直ちに生ずるものと解される²²⁾のに対し、共同抵当においては、放棄があっても、後順位抵当権が設定された物件の配当に至らなければあるべき割付額を算定できず、それゆえ優先権の喪失額も算定できないために、その効果は配当を待って生じるものと解される。こうした相違は、抵当権への代位の目的が、弁済代位においては、求償権の優先回収を確保する点にあって、抵当権の放棄により直ちに影響が及び得るのに対し、共同抵当においては、あくまで異時配当の場合に同時配当と同等の優先回収を確保する点にあって、配当時にはじめて具体的な算定が可能になるとの相違に由来するものと考えられる。

(2) 要件面

要件面に関しては、弁済代位に関する504条が、債権者の「故意又は過失」

21) 大判昭和11年7月14日民集15巻17号1409頁。

22) 磯村哲編『注釈民法（12）』365頁以下〔石田喜久夫〕（有斐閣、1970年）。代位者が債務者の一般財産から求償し、実際に債務者の償還し得なかった額について免責されるのではなく、債権者の担保の喪失・減少が確定した時に免責されるものと解されている（喪失につき大判昭和6年3月16日民集10巻157頁、減少につき大判昭和11年3月13日民集15巻339頁など）。

の要件を明文で要求している点が、共同抵当では要件とはならないとすれば、相違の1つとして把握されることとなる。この点、504条の法意を類推する限り、504条と同等の要件を共同抵当の場面にも要求すべきとも考えられるが、弁済代位においては、担保の放棄によっても求償権まで奪い去るものではない以上、債権回収の容易性を減ずる結果を生ずるだけで、代位権者に確定的な被害を生じさせるものではなく、後述する担保保存義務免除特約の可能性とも相まって、担保の放棄が主観面から正当化される余地があるといえるのに対し、共同抵当においては、同時配当と同等の優先回収を確保できたか否かある程度客観的に判断でき、確保できなかった場合には、先順位抵当権者の主観を問わず、優先権の喪失により調整を図るべきものと解され、それゆえ、「故意又は過失」は要件にならないとして、504条とは別異に解することが可能である。

（3）特約の可能性

また、504条（弁済代位）においては、担保保存義務免除特約により、その規律を緩和する実務動向がみられる。これは、法定代位権者が担保の負担を約定する際に債権者との間で特約を結ぶことが可能であることを前提とするが、共同抵当においては、先順位共同抵当権者と後順位抵当権者との間での同様の特約を結ぶことが期待できないために、これを前提に置くことができず、こうした相違は、放棄に対する先順位共同抵当権者への規律を緩和しない方向で作用することになるものと思われる。

以上によれば、前記の共通項を除くと相当な相違がみられるところであり、判例が504条の法意の類推にとどめたのも、こうした種々の相違を踏まえた表現と捉えられる。

3 民法504条2項新設の経緯

504条をめぐる近時の動向として、2020（令和2）年4月1日に施行された改正民法による504条2項の新設が挙げられる。つまり、改正民法は、「債権者が担保を喪失し、又は減少させたことについて取引上の社会通念に照

共同抵当において後順位抵当権者が有する余剰担保価値への期待の保護（清水）

らして合理的な理由があると認められるとき」には代位権者の免責を生じないものとする504条2項を新設した。

そこで、この規定の新設経緯に触れると、この規定は、法制審議会の部会の前身として組織された民法（債権法）改正検討委員会による「債権法改正の基本方針」においては存在せず、加藤雅信教授を代表とする民法改正研究会が、「日本民法改正試案」393条として、「（新）第388条（弁済による代位）第1項の規定により代位をすることができる者がある場合において、債権者が故意又は過失によって通常の取引において合理的と考えられる事由なくその担保を喪失し、又は減少させたときは、その代位をすることができる者は、その喪失又は減少によって償還を受けることができなくなった限度において、その責任を免れる」（下線部は筆者による。）との改正提案をしていたことに端を発する²³⁾。これが法制審議会での「中間的な論点整理」（第17の10（4）ア）において、「担保保存義務に関し、合理的な理由がある場合には債権者が担保保存義務違反を問われたいとする方向で規定を設けるべきか」との整理へと結び付き、これが、「その担保の喪失又は減少が代位をすることができる者の正当な代位の期待に反しないとき」は免責されないとの「中間試案」（第22の10（4）イただし書）となり、いったんは「代位の期待」が正面から要件化された。ところが、その後の「要綱仮案の原案」（その2第7の10（4）イただし書、部会資料80-1）では、「その担保を債権者に代位して行使することができるものと期待することについて合理的な理由があると認められないとき」は免責されないとの規定へと書き改められ（その後の「要綱仮案の第二次案」（部会資料82-1）では維持さ

23) 民法改正研究会『民法改正と世界の民法典』525頁（信山社、2009年）。これは、日本私法学会のシンポジウムに向けた第1次案である。この案は第2次案である「日本民法典財産法改正試案」395条（同書601頁）や、第3次案である「民法改正国民・法曹・学界有志案」399条（民法改正研究会編『民法改正国民・法曹・学界有志案』176頁（日本評論社、2009年））でも基本的に維持されている。

れた。), さらに, 「要綱仮案 (案)」 (第23の10 (5) ウ, 部会資料83-2) の段階で, 現行法に近い, 「その担保を喪失し, 又は減少させたことについて, 取引上の社会通念に照らして合理的な理由があると認められるとき」との表現へと書き改められるに至った。

この最後の修正については, 「要綱仮案の第二次案」ではどのような場合にただし書に該当するのかを読み取ることが困難であるとの意見 (第92回会議, 中井康之委員発言) があったため, 判例を踏まえて書き改めたとされる²⁴⁾。もっとも, この意見は, (民法110条にみられるような) 「正当な理由」ではなく, あえて「合理的な理由」とした意味を問うものにすぎなかった。つまり, これでは, 何が「合理的」かがわからず, 基準とならないのではないかとの懸念を示すものであったが, この意見を踏まえた修正では, 「合理的な理由」の文言を維持した上で, 代位行使への「期待」の文言を外し, 他の多くの改正規定に入ることが予定されていた「取引上の社会通念に照らして」の文言²⁵⁾に置き換えることで対応する結果となった。つまり, 「中間試案」 (厳密には, 「民法 (債権関係) の改正に関する論点の検討 (11)」 第1の10 (5) イ (ア) [部会資料39] の段階) から「要綱仮案の第二次案」まではみられた“代位の期待”の要件は, かかる意見を機に失われることとなった。

4 民法504条2項類推の可否

もっとも, この最後の修正は, 表現の明確化を図るものであって, 実質的な内容を変更する趣旨ではないとも説かれているため²⁶⁾, 「担保保存義務免除特約の有効性に関する最高裁判例²⁷⁾」の判断枠組みを参照し, 民法504条の趣旨が, 代位者の代位の「期待」の保護にあるとされていること

24) 「部会資料83-2」32頁。

25) 他に, 民法95条1項柱書, 400条, 412条の2第1項, 415条1項ただし書, 478条, 483条, 541条ただし書, 548条の2第2項で使用されている。

26) 「部会資料83-2」32頁。

27) 最判平成7年6月23日民集49巻6号1737頁。

共同抵当において後順位抵当権者が有する余剰担保価値への期待の保護（清水）

を考慮したとする、中間試案についての補足説明²⁸⁾は現行の504条2項の説明にも妥当しよう²⁹⁾。しかも、この「合理的な理由」を充たす場合の1つとして、「抵当権を設定している不動産を適正価格で売却し、その代金を債務の弁済に充てることを前提に、その抵当権を抹消する事例」が想定されている³⁰⁾。

それゆえ、504条（現504条1項）の法意の類推に依拠する優先権喪失の判例法理が、後順位抵当権者の「期待」を害さないか、あるいは「期待」が保護に値しない場合には適用されないことを示す根拠規定として、この新504条2項を援用することが可能と思われる。すなわち、かかる場合は、先順位共同抵当権の放棄に、「取引上の社会通念に照らして合理的な理由があると認められる」ものとして、判例の表現を借りれば、民法504条2項の法意を類推し、優先権喪失の効果は生じないものと解することが許されよう。

V 結 語

以上の結論は、本規定及びこれに依拠する判例法理の射程範囲の一端を照らし出したものにすぎない。

28) 商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』303頁（商事法務、2013年）。

29) 潮見佳男『民法（債権関係）改正法の概要』195頁（金融財政事情研究会、2017年）は、504条2項を、「中間試案」と同様に、「その担保を債権者に代位して行使することができるものと期待することについて合理的な理由」があるときの例外準則を明記するものと説く。もっとも、他方で、「これは改正前民法504条が過失の中に取り込んでいた障害要件を明示したものであり、これによって何らかの変更がもたらされることが企図されているわけではない」とも説く。

30) 筒井健夫＝村松秀樹『一問一答民法（債権関係）改正』198頁（商事法務、2018年）。

とりわけ、今日、弁済代位制度との棲み分けに関し、これを本規定に優先させる一連の判例法理が示す構想への根本的評価が問われており³¹⁾、その中でも、いわゆる「物上代位類似の法理」により、物上保証人所有不動産上の後順位抵当権者が債務者所有不動産上の共同抵当権に代位することを認めた判例法理³²⁾の評価が重要と思われる³³⁾。この判例法理は、弁済代位制度を適用しながらも実質的には本規定による代位と同様の帰結をもたらすものであり、基本的には本稿での検討結果が妥当と思われるものの³⁴⁾、弁済代位における特約の影響等も考えられるため、別途検討を要する点もあり得よう。

土地・建物を別個独立の不動産とする日本法制のもとで他国以上に共同抵当が利用され易い中、抵当制度における余剰担保価値の安定的活用を図

-
- 31) 森田修・前掲注9) 債権回収法講義340頁は、「合意による修正に対して、後順位抵当権者に認められる利益が、501条代位の局面と392条代位の局面とで何故かくも異なることになるのか、それは妥当なのか、その棲み分けを、果たして同一所有者基準という392条の一種の限定解釈によってははかることが何故正当化されるのかは、検討されるべき問題として残っている」と述べる。
- 32) 大判昭和11年12月9日民集15巻24号2172頁、最三小判昭和53年7月4日民集32巻5号785頁。
- 33) 森田修編『新注釈民法（7）』283頁〔森田修〕（有斐閣、2019年）は、「複数の担保権が共に抵当権である共同抵当の場面で499条が適用される場面と、一方は人的担保であり他方が抵当権である共同担保の場面で499条が適用される場面とでは、499条の代位に認められる特約可能性一般に違いがあると見ることもできる。前者の場面では392条の認める後順位抵当権者の物権的保護の必要性が、392条の適用そのものはないにしてもその『趣旨』としてなお影響して、特約に抗して保護されるべきY〔後順位抵当権者を指す。筆者注〕の利益の性格が異なる」と述べ、両者の区別の正当化を試みる。
- 34) 大阪地判平成14年3月15日金判1171号47頁は、「物上代位類似の法理」による代位の「期待」が、対象物件上の共同抵当権の放棄によって害された場合に、先順位共同抵当権者の優先権の喪失を導いた裁判例であり、このような事例においても、優先権喪失の例外につき民法504条2項の法意の類推が考えられよう。

共同抵当において後順位抵当権者が有する余剰担保価値への期待の保護（清水）

る上で、本規定及びこれに依拠する判例法理の仔細な検討・解釈が今日なお重要であることを強調し、本稿を閉じたい³⁵⁾。

（日本大学法学部教授）

35) 小賀野晶一教授とは、様々な場で接点があり、20歳離れていながらも、その温厚なお人柄に甘えて、勝手ながら一方的に親しみを込めて交流をさせていた。この場を借りて、これまでの学恩に感謝申し上げたい。