

## 民法三九二条について

——共同抵当の目的不動産の全部又は一部を債務者以外の  
者が提供した場合の判例の見解についての検討——

(Concerning to the Article 392 of the Code of Civic Law)

朝 山 善 成

Yoshinari ASAYAMA

一、同一の債権の担保のため数個の不動産の上に設立された抵当権を共同抵当権と称するが、共同抵当の目的不動産の一部又は全部が債務者以外の者の所有物である場合に、民法三九二条二項の適用はないとするのが古くからの判例の見解であり、学説も大勢において半例の見解に賛成しており、この問題は結着しているとの評もある（担保法大系第一巻七二三頁）。しかし、制例の見解には理論的に疑問と思われる点があり、また民事執行法との関係上の問題もあるので、敢えて取上げるものである。

二、まず、共同抵当権の目的不動産の一部につき競売配当がなされる所謂異時配当についての制例の見解を整理する。

(1)、債務者甲所有の不動産(イ)、(ロ)に対して債権者Aが共同抵当権を有し、後順位抵当権者Bが(イ)不動産についてのみ抵当権を有する場合（以下(1)のケースという）において、(イ)不動産について競売がなされ、Aが優先弁済を受けると、Bは民法三九二条二項により、(ロ)不動産に対するAの債権の割付負担額につきAに代位する。

(2)、しかし債務者甲所有の(イ)不動産と物上保証人乙所有の(ロ)不動産とに対し債権者Aが共同抵当権を有し、債権者Bが(イ)不動産のみに後順位抵当権を有する場合（以下(2)のケースという）においては、民法三九二条二項の適用はない。まず(イ)不動産の競売がなされ、債権者Aは優先弁済

を受け、債権者Bは満足を得られなくても、(ロ)不動産に対する債権者Aの割付額につきBがAを代位することはできない。また(ロ)不動産についてまず競売がなされ、債権者Aが優先弁済を受けたとき、物上保証人乙は民法五〇〇条により共同抵当権者Aが(イ)不動産に有した抵当権の全額について代位し、Bに優先して弁済を受け得る(以上(1)(2)最高裁昭和四四年七月三日付判決民集二三卷八号一二九七頁、同旨大審院昭和四年一月三〇日付判決法律新聞二九四五号一二頁)。

(3)、右(2)のケースで債権者Bも(イ)、(ロ)の各不動産に共同抵当権(Aより後順位)を有する場合(以下(3)のケースという)において、民法三九二条二項の適用はないが、(ロ)不動産に対して競売がなされ、債権者Aが優先弁済を受けると、物上保証人乙は民法五〇一条により債権者Aの先順位抵当権を取得するが、民法三九二条二項の規定の趣旨にかんがみ右代位取得した抵当権は後順位抵当権者Bの債権を担保するものとなり、後順位抵当権者Bは民法三七二条、三〇四条一項本文の規定により物上代位すると同様に、物上保証人乙が右取得したAの抵当権から優先弁済を受け得る(最高裁昭和五三年七月四日付判決民集三二卷五号七八五七頁)。

(4)、物上保証人乙所有不動産(イ)と同じく物上保証人丙所有不動産(ロ)に対し債権者甲に対する債権者Aの共同抵当権が設立され、(ロ)不動産につき債務者丙に対する債権者Bの後順位抵当権が設定された場合(以下(4)のケースという)において、民法三九二条二項の適用はないけれど、(ロ)不動産がまず競売され、債権者Aが優先弁済を受けたとき、物上保証人丙は民法五〇一条四号、三号によりAの(イ)不動産に対する先順位抵当権を割付額の限度で代位取得するが、民法三九二条二項の立法趣旨よりして、右代位取得された抵当権はBの債権を担保するものであり、民法三七二条、三〇四条一項の規定による物上代位をなすと同様の結果となり、Bは丙に移転した先順位抵当権の実行により右割付限度額で優先弁済を受け得る(大審院昭和十一年二月九日付判決民集一五卷二一七一頁)。

三、右のとおり判例は、共同抵当権の目的不動産の所有者が債務者だけでない場合に、民法三九二条二項の適用を否定する。その理由は(2)のケースに示されるとおり、物上保証人はその担保提供による求償権につき、債務者の提供する担保物から満足を受け得ると期待するのであり、債務者の事後の行為によって後順位抵当権が設定され、民法三九二条二項による負担割付によって右期待が裏切られるのは酷であるというのである。判例は右の理由により、第二順位の抵当権者のする代位と物上保証人とする代位が衝突する場合には、後者が保護されると判示するが、これは、この場合には民法三九二条二項の適用を排除する趣旨であると理解することができる。そして判例は、この考え方を(2)のケース以外に

民法三九二条について

も拡大一般化し、民法三九二条二項の適用されるのは共同抵当権の目的物が全て債務者の所有する場合に限るとし、それ以外の場合、即ち目的物の一部又は全部が物上保証人の所有物である場合には同条を適用しないとするのである。

ところが、右のように一般化することによって、(3)、(4)のケースのように民法三九二条二項を適用しないことにより、明らかに不当といわざるを得ない結果が生じるので、判例は右の結果を回避するために、民法五〇一条により物上保証人が代位取得する先順位抵当権に対し、後順位抵当権者が民法三七二条、三〇四条による物上代位権を行使することを実質的に認めるという操作により、(3)、(4)のケースにおいて民法三九二条二項を適用するのと同じ結果を導いている。判例において「……民法三九二条二項の規定が後順位抵当権者の保護を図っている趣旨にかんがみ……」としているとおり、右の操作が民法三九二条二項を適用するのと同じ結果を得ようと企図しているものであることは明らかである。

この判例の見解について、特に前記理由づけにつき多数の学説がこれを説得力あるものとして賛成している（我妻新訂担保物権法四五六頁、抽木高木担保物権法三七八頁等）。しかし鈴木禄弥抵当制度の研究二二三頁以下、鈴木正和手形研究一九卷一三頁等の反対説もある。

四、思うに、民法三九二条二項の適用を除外する判例の理由づけは、(2)のケースの場合にはともかく(2)のケースでも括一的扱いに疑問があること後述のとおりであるが)、(3)、(4)のケースにおいて同条項の適用を排除する根拠とはならないと思われる。即ち、(3)のケースの場合、物上保証人乙はその所有する不動産(ロ)についても後順位抵当権者Bのために共同抵当権を設定しているのであり、自らの意思で(ロ)不動産を担保提供しているのであるから、(2)のケースの判例のいう「期待」が債務者の一方的事後行為によって覆えるという場合ではないからである。また(4)のケースでは、先順位抵当権者Aの共同抵当物件は乙、丙の両物上保証人が提供している。この場合、乙、丙は丙いに相手方に対し全額負担を要求し得る立場ではなく、双方が割付額による負担ないし求償を期待し得るにすぎない。したがって、この場合全額求償ないし補償の期待が事後的に消滅するという問題はありえないのである。

そうとすれば、(3)、(4)のケースの場合に判例が、(2)のケースと同様に民法三九二条二項の適用を排除する根拠は不明であると言わねばならず（むしろ判例は(4)のケースで同条項を実質的に適用すべき根拠を種々説示している）、(2)のケースで示された理由により、同条項を、共同抵当権の目的不動産全部が債務者の所有する場合に限り適用し、それ以外の場合には適用しないと一般化することには疑問があるといわねばならない。

五、次に判例は、(3)、(4)のケースにおいて民法三九二条二項を適用しないことによる結果の不当性を回避するため、物上保証人が債務者又は他の物上保証人に対して、民法五〇一条によって代位取得した一番抵当権につき、後順位抵当権者が民法三七二条、三〇四条により物上代位することを認めようとするのであるが、この物上代位の適用につき疑問がある。

(一)、周知のとおり民法三〇四条の物上代位の本質論には二説あり、一説は、担保物権は目的物の交換価値を把握する権利(価値権)であるから、担保物の価値が金銭その他へ形態を変じたときは、目的物の交換価値が具現したものであり、担保権はその代替物の上に当然に及ぶとするものであり、価値権説と呼ばれる。もう一説は、担保物権も物権であるがゆえに、目的物が消滅すれば物権も消滅するのが当然であるが、担保物権を保護するため民法が特則を設けて担保権の優先権を認めたのが物上代位権であるとするものであり、物権説又は特権説と呼ばれる。

この二つの本質論の違いを前提として、物上代位権の及ぶ範囲、或いは権利行使の要件、手続さらにこれに関する差押の意義効力などについて相異した結論が主張されるけれども、本来右の本質論と右の各結論との間には論理的必然性はないと考えられ、要は相当性、価値観の問題である(筆者大手前論集第一九卷一五七頁以下)。その場合価値権説では、物上代位権の及ぶ範囲、或いは差押の意義効力などについて、割合的に幅広く認めるのに対し、特権説では、これらについて狭く解釈されるということが概略的に言い得るであろう。

(二)、そこで後順位抵当権者が物上保証人の取得した抵当権に物上代位するとする判例の見解は、特権説では勿論、価値権説によっても相当性を欠くように思われる。

ただし物上代位権は、担保物権の目的物が毀損、滅失、売却等され、本来の目的物に対する担保物権の行使が不能となった場合に、その価値に代わるものとして認められるものである。それが担保物権の本来の効力として発生するとみるか、法が特別に認めたものと解するかはこの点では関係がないであろう。ところが判例の見解は、目的物に対する抵当権が実行され、抵当権は目的を達して消滅すべき後においてまで、満足な弁済を得られなかった後順位抵当権者に物上代位権を認めようとするのであるから、かかる見解は物上代位の制度の本来の趣旨を僭越するものと言わなければならない。

(三)、また物上代位権の対象となるものは、金銭の支払請求権、又は物の引渡請求権に限られる(我妻前記二八四頁)。これは民法三〇四条一項本文の文言上明らかであるのみならず、同但書において、払渡、引渡前に差押えることを要するとされていることから、そう解するのが相当

民法三九二条について

である。

ところが、(3)、(4)のケースの判例は、後順位抵当権者は、物上保証人が民法五〇一条により代位取得した先順位抵当権に対して物上代位すると解するのである。かように物上代位の対象として、請求権ではなくして、抵当権を認めるということは、民法三〇四条の本来の意図する範囲を逸脱するものと言わなければならない。

四、さらに物上代位権の対象である請求権が、差押前に第三者へ譲渡された場合には物上代位権は消滅すると解せられている（大審院昭和五年九月二三日付判決等、吉野担保法大系第一卷三七九頁、但し反対抽木高木前掲二七五頁）。

(3)のケースの判例は、物上代位の対象である抵当権が他へ譲渡せられた場合でも、後順位抵当権者は差押も登記もなくして優先弁済を主張しうるとするが、これは右の物上代位に関する一般化的考え方に反するものである。この判例の見解につき、その理論的根拠は明らかでないとい評されているが（石田喜久夫判例時報九二八号一五七頁）、少くとも抵当権に対する差押ということは民法三〇四条の予測せざるであろう。要するに対象を請求権として設けられている物上代位の制度のなかに抵当権という異物を持込むことに問題があると思う。

五、右に関連し、判例の見解のように物上保証人が代位取得した抵当権の上に後順位抵当権者が物上代位すると解する場合、その実行手続に疑問がある。

民法三〇四条の物上代位権の行使手続は、通常は民事執行法一九三条により債権に対する執行手続によるものとされる。ところが、判例の見解のように物上代位の目的として抵当権を認める場合には、その行使手続は民事執行法一八一条の不動産に対する担保権実行手続によるものと思われる。

(i)、そこですで問題は、動産先取特権にもとづく物上代位権の行使につき、最近の下級審の判例は、差押をあたかも第三者對抗要件のように扱い、差押をもって権利主張の前提要件であるとし、しかも民事執行法が制定された現在では、右差押は同法一九三条による差押を唯一の方法と解している（東京地裁昭和五九年五月三一日付決定判例タイムス五三〇号二七九頁、大阪地裁同年一月二八日付決定金融法務事情五五四号三三四頁、東京地裁同六〇年三月九日付決定判例タイムス五五〇号三二二頁等）。これらの下級審の判例の見解は動産先取特権による物上代位に関するものであるが、不動産を対象とする抵当権による物上代位の場合にも同様に解するであろうと予測される。そうとすれば、右下級審の判

例の見解の立場において、果して物上代位権行使の手續として、右のように民事執行法一八一条による手續を認める余地があるのか、疑問であるといわねばならない。それと同時に、右見解においてそもそも抵当権を物上代位の対象として認めることがすでにありえないように思われる。

(ii)、右下級審の判例の見解はともかくとしても、後順位抵当権者の抵当権に対する物上代位の権利行使について、その手續に疑問がある。

(4)のケースで物上保証人丙の代位取得した債権者Aの抵当権につき、後順位抵当権者Bが物上代位すると解するとしても、(4)のケースの判例が判示するとおり、物上代位によって目的抵当権が丙からBに移転するのではない。その権利関係は転抵当に似ているが勿論転抵当ではない。したがって(i)不動産に対する競売手續について、Bが抵当権者又転抵当権者として、その申立又は配当加入することができないことは明らかである。

而るところ民事執行法によりBが(i)不動産について競売の申立又は配当加入をするためには、Bの担保権が登記されていることが必要である(同法一八一条一項三号、五一条)。右判例は物上代位は権利移転ではないから、登記は不要とするけれども、民事執行法上の要件を満たすためには、Bの担保権を表示する登記が存在しなければならない。その場合(ii)不動産に対する抵当権登記のみをもっては物上代位の権利自体を表すものではないこと勿論であるから、民事執行法上の要件は満たされないとわなければならない。

それゆえBが登記不備のため、(i)不動産に対する競売手續に参加し得ない間に手續が進行し、丙が配当金を受領すればBの物上代位権は消滅することとなる。一般の請求権に対する物上代位の場合に、目的請求権に対し物上代位権者が差押をしない間に、一般債権者の差押手續が進行し、有効な転付命令がなされ、又は債権者が競合しないうまま差押債権者が第三債務者より取立を得れば(民事執行法一五五条二項)、これらは民法三〇四条の払渡に該当すると解せられ、物上代位権は消滅すると解せられるが(前記大手前論集)、右の場合はこれと同じ関係である。それゆえかかる結果を免れるためには、Bとしては保全的差押をする必要があると思われるが、その対象ないし手續については疑問がある。

(六)、以上述べた点だけでも、後順位抵当権者を保護するため物上代位の理論を用いる判例の見解は理論的に不明確な問題点を抱えている。判例は右に関し民法三七二条、三〇四条を適用するとは明確には述べず、「……同規定により物上代位するのと同様に……」と表現しているが、論理的説明を回避するものと言わねばならない。

なお、右の点について、筆者の思付きを述べるならば、判例の見解のように、後順位抵当権者の物上代位の対象を物上保証人の取得する先順

民法三九二条について

位抵当権とするのではなく、右対象を物上保証人の取得する債権者の先順位抵当権付債権であると構成するとどうであろうか。そうすれば、前記(三)につき、物上代位の対象は請求権であることを予測する民法三〇四条の適用が可能となるし、また同四についても、差押がこの優劣を決定するポイントとして実効性を有する本来の機能効用を発揮することとなる。そして被担保債権に対する差押、転付命令によって、後順位抵当権者は民事執行法一五〇条、一六四条により(イ)不動産に対する嘱託登記が得られるのであり、そうすれば後順位抵当権者は物上代位を直接表示する登記を取得することになり、民事執行法一八一条による担保権(物上代位)の実行、配当加入が可能となり、前記(五)の手続問題も解消するものと思われる。しかし、そう言うものの、筆者としては前記(二)の点からも判例の物上代位の見解には賛成しかねると言わざるを得ない。

六、(一)、ところで右の判例は共同抵当に関する異時配当の場合であるが、同時配当の場合において民法三九二条一項の適用の有無について古い判例(大審院明治四〇年五月一六日付判決民録一三輯五一九頁)は「民法三九二条ハ数人ノ抵当権者ニ適用スベキ規定ニシテ数人ノ抵当不動産ノ所有者間ニ適用スベキ規定ニ非ス」として、これを否定するが、前記判例の見解から推測すれば、民法三九二条一項が適用されるのは前記(1)のケースで、共同抵当権の目的不動産がいずれも債務者所有に属する場合に限られ、前記(2)～(4)のように右目的不動産の一部又は全部が物上保証人の提供する場合には、同条項の適用を除外するということになる。けだし民法三九二条一項と同二項は、前者が共同抵当における同時配当の規定があり、後者は異時配当の規定であって、両者を統一的に理解する場合右のとりの解釈となるからである。

(二)、ところが、実務の扱いでは、(2)のケースの同時配当の場合に二通りある。

④は民法三九二条一項を適せず、債権者Aはまず債務者甲所有の(イ)不動産の売却代金から優先弁済を受け、それでなお不足する場合、物上保証人乙所有の(ロ)不動産の売却代金から配当を受けるとするものであり、

⑤は民法三九二条一項を適用して各不動産の売却価格によってAの債権額を按分して割付け、Aは満足の配当を受ける。次いで物上保証人乙は(ロ)不動産に対する割付額により負担した金額につき、債務者甲所有(イ)不動産の売却代金の内よりA債権の割付額を差引いた残額に対し、民法五〇一条によりAの抵当権に代位するとするものである。

しかし右⑤の考え方は無用の過程を経るものといわねばならない。割付とは負担額の限度を定めるものであるにも拘らず、一旦割付した額の残額につき代位を認めるというのであれば割付の意味がないことになる。

(三)、それでは同時配当の場合に、(1)のケース以外では民法三九二条一項の適用を排除するのが妥当であろうか。前記(4)のケースの場合、或いは(4)のケースの例を少し変えて、(イ)不動産にも債権者Cの第二順位抵当権が設定されている場合において、先順位者Aへの配当につき、各不動産の割付負担額を定めることが必要であることは明らかである。その場合割付の根拠となる法条は民法三九二条一項以外にはありえないと思われる。ただし民法五〇一条三号、四号の趣旨により、最終的に民法三九二条一項と同じ結論を得ることが可能であるとしても、民法五〇一条の規定は本来物上保証人間等の求償関係の規定であり、右割付配分額を直接に定めるものでないことは言うまでもない。したがって民法三九二条一項の規定の適用を排除して、民法五〇一条の趣旨によって割付配分を定めるとするのは無用の回り道をするものといわねばならない。

また(3)のケースの場合も同様である。この場合民法三九二条一項の適用がないとすれば、まずAの債権はどの不動産の競売代金から配当を受けるのか、直接に規定する法規がないことになる。その場合右規定の適用を排除して、前記(二)、④の考え方をとつても配当額の結果は同じになるであろう。しかし民法三九二条一項を排除し、右(二)、④の考え方をとる根拠が明確ではないといわねばならない。右(二)、④の考え方は、債務者の提供した抵当物と物上保証人の提供した抵当物とに対して共同抵当権の及ぶ効力に法律的に優劣をつけようとするものであるが、後述のとおり、これは債務者と物上保証人の間の債権的関係を物権的關係である抵当権の効力にまで及ばせようとするものであり不当である。

このように、(3)、(4)のケースにおいて民法三九二条一項の適用を排除することには合理的理由はないし、排除することによって問題を徒らに複雑化するものといわなければならない。

以上判例の見解のように、(3)、(4)のケースにおける異時配当において民法三九二条二項の適用を排除することに合理的理由がないと思われるのと同様に、(3)、(4)のケースの同時配当において民法三九二条一項の適用を排除することも同様に相当でないといふべきである。

七、最後に、(2)のケースについて検討する。判例は既に述べたとおり、物上保証人は債務者の提供した共同抵当物件から自己の求償権の満足を得ることを期待していることを理由に民法三九二条二項の適用を排除するのであるが、その場合物上保証人というの言うまでもなく債務者以外の者を指すのであり、登記名義上債務者以外の者がその所有名義不動産を抵当権の目的として提供した場合がこれに該当する。このように物上保証人であるかどうかを形式的名義によって定めることは当然であるとしても、かかる形式によって定められた物上保証人において判例の所謂保護されるべき「期待」が常に存在すると解することは不当である。即ち右の「期待」を有する物上保証人は、当該不動産につき債務者と全

く独立の利害ないし立場を有する者でなければならない。逆にいえば、例えば債務者が当該不動産を実質的に所有しているが、所有名義を他人に借りている場合、或いは共同事業者で実質的経済的に債務者と共同して債務を負担すべき立場にある者の場合などにおいては、右の「期待」を認めることができないことは明らかである。

我国の現状において不動産を所有するにつき親族、知人、従業員、法人など他人名義がほしのままに使用されることは周知の事実である。かかる他人名義を使用することは、抵当権の設定前に生じる場合もあれば、設定後に生じる場合もある。作為的に名義の譲渡変更がなされることも考えられる。後順位抵当権設定後に所有名義の変更のあった場合に、譲受人が単に名義を貸したにすぎないときは勿論のこと、譲受人が実質的利害を以って譲受けたときにおいても、譲受人には右の「期待」はないというべきであり、保護される理由はない。

このように形式的に定められる物上保証人に常に右の「期待」があり、これが保護されると解するのは不当であるというべきであり、形式的に物上保証人所有の不動産が共同抵当物件の一部になっているときに、そのことをもって括一的に民法三九二条二項の適用を排除すると解するのは行き過ぎといわねばならない。形式的には物上保証人に該当する場合であっても、実質的、具体的に保護すべき「期待」を認めうる場合であるかどうか、検討されるべきことが必要である。

八、思うに、抵当権の目的物に及ぶ効力は、その目的物が債務者の所有物であると、物上保証人の所有物であると優劣はないのであり、共同抵当の場合における利害関係を調整する一般的规定が民法三九二条である。ところが、(2)のケースの判例は、物上保証人の利益を後順位抵当権者の利益に優先させるのであるが、これは物上保証人と債務者との間の内部的債権関係において、後者が全責任を負うべきという関係を、第三者である後順位抵当権者に物権的に承認させようとするものであり、抵当権の目的物に及ぶ効力に優劣ないし順位をつけようとするものである。また前記六、(二)、④において、まず債務者所有不動産の競売代金から先順位者Aの債権の配当をするという考え方も、抵当権の及ぶ効力に順位をつけるものであるが、これも債務者がまず負担すべきであるという債権関係の発想によるものと思われる。

しかしかかる債権的關係により物権的關係である抵当権の一般的な効力である優劣ないし順位を決定ないし変更するには明文による根拠が必要であると思われる。(2)のケースの判例によれば、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、後方が保護されるとするが、これは民法三九二条二項の原則を民法五〇〇条、五〇一条により排除する趣旨と理解することができる。しかし物上保証人

は民法五〇一条により債権者の一番抵当権を代位取得するけれども、同条は本来民法三五一条、三七二条による物上保証人の求償権を確実にするための補充的、二次的な権利ないし制度であるにすぎないものであるのみならず、その規定の趣旨において、民法三九二条の原則を論理的、一般的に排除するものではない。物上保証人と後順位抵当権者との各利益が相衝突する場合に、民法三九二条の原則により割付額の限度で物上保証人の犠牲を容認するか、民法三九二条の原則を排除して物上保証人の利益を保護するかは価値観の問題であり、判例は後者の見解を選択するわけであるが、右に述べたとおり、(2)のケースで、しかも実質的利益を有する物上保証人の場合において右選択の実質的理由は理解できるとしても、単なる形式的な物上保証人の場合、さらに(3)、(4)のケースの場合も含めて一般に物上保証人が登場した場合には、民法三九二条の適用を排除すると解することの実質的理由のないことは既に述べたとおりである。したがって実質の意味においても、民法五〇一条が一般的に同法三九二条を排除する規定であるとは認め難いと言わなければならない。

(2)のケースで民法三九二条を排除する判例の実質論は理解できるけれども、その価値判断が絶対的とも言い切れない。(2)のケースの実質的理由のある場合にのみ同条の適用を排除するということの形式法文条の根拠も明らかでないといわねばならない。

以上の結論として、判例の見解には賛成し難く、民法三九二条は物上保証人も含めて共同抵当権に適用される一般的規定であると統一的に理解すべきであり、物上保証人はその提供する不動産の価額に応じた負担額は自分の損失に帰するも已むをえぬと覚悟すべきであるとする旧我妻説を今なお妥当と考える次第である。