

# 続・抵当権の複数の被担保債権中の一個債権の保証人による代位弁済と抵当不動産売却代金の配当

—— H17 / 1 / 27 最高裁判決の「理論的分析」 ——

斎藤和夫

- 一 はじめに
  - 二 「裁判」経緯
    - 1 原々審
    - 2 原審
    - 3 最判 H17年
  - 三 三判決「論理構造」の分析
    - 1 一審判決（原債権者優先 / 代位者劣後）
    - 2 原審判決（原債権者優先 / 代位者劣後）
    - 3 本最高裁判決（両者按分弁済）
  - 四 私見——分析と考察——

〈分析1〉 本件三判決経緯——整理と小括——

    - (1) 論点
- 
- (2) 最判 S60年ルール
  - (3) 本件判示「結論」と「理由」
  - (4) 最判 S60年事案との「相違」
  - (5) 一審・原審・最高裁の「論旨展開」
- 〈分析2〉 学説の反応——賛成評釈と反対評釈——
- (1) 原審「高裁判決」〔一部代位〕の成立・原債権者優先への反応
  - (2) 本最高裁判決〔全部代位〕の成立・按分弁済への反応
  - (3) 本件ではいずれの代位が成立しているのか——
- 〈分析3〉 「一部代位 / 全部代位」論(1)——
- (1) 本最高裁判決の立場〔全部代位〕の成立・按分弁済

- (2) 潮見原審／最判評釈の立場（全部代位）の成立・按分弁済
- (3) その「論理構造」如何——「二部代位／全部代位」の識別基準如何——
- (4) その他の本件各評釈の立場如何
- (5) 学説一般の立場
- 〈分析4〉 私見はどう考えるのか（私見疑念と私見）——
- 「二部代位／全部代位」論(2)——
- (1) 私見疑念
- (2) 私見——そもそも「二部代位／全部代位」とは何か——
- (3) 本件における「二部代位」成立
- 〈分析5〉 主たる代位対象は何か——「原債権」か、「原抵当権」か——
- (1) 「原債権」重視の立場（潮見原審評釈）
- (2) 私見（「原抵当権」重視の立場）
- 〈分析6〉 「原債権」論——「原債権」と「原抵当権」はどのような関係にあるのか——
- (1) 「原債権と原抵当権」の関係如何

## 一 はじめに

(i) 「事案分析（利益状況分析）」 H17／1／27最高裁判決については、既に前稿（藤原教授退職記念号・法研八二卷一二号）でその「事案分析（利益状況分析）」をおこなない（前稿サブタイトル参照）、原債権者X公庫と代位連

- (2) 「原債権」存続（非消滅）の必要性と理論構成
- (3) その「理論構成」如何
- (4) 存続擬制論
- (5) 非擬制論（相対的消滅論）
- (6) 私見
- 五 本件結論（私見）
- 1 論点
- 2 私見
- 3 論証、その一
- (1) 利益分析
- (2) 「二部代位」成立の場面（「弁済後」の法律関係如何）
- 4 論証、その2——配当問題、X優先／Y劣後、その簡潔論証——
- (1) 結論
- (2) 「利益」調整・検証
- (3) X公庫の「残余他債権」
- (4) Y銀行の「求償権」

帯保証人Y銀行との間で抵当不動産売却代金が「按分弁済」される、と判示する本判決が、「事案適合性」を欠くものであることを、明らかにした。「按分弁済」とすれば、「原債権者X公庫・連帯保証人Y銀行・主債務者A社」の關係三当事者間關係の利益対立状況における、「衡平」の視点からのその「合理的利益調整」に、反する結果となる、からである。

(ii) 「理論的分析」 引き続き、本稿では、本最高裁判決の「理論的分析」を試み(本稿サブタイトル参照)、本件では「全部代位」が成立し、五〇二条一項準則の射程外であり、「抵当権の準共有」によりXY間で「按分弁済」される、と判示する本判決が、「弁済者代位の法構造」からすれば、「理論的正当性」を欠くものであることを、明らかにする。

—— \*本稿の意図

(i) 私見の批判の骨子は、本件では果たして「全部代位」が成立しているのか、という疑念にある。否、まさに「一部代位」の成立とみるべきではないのか、そして五〇二条一項準則がまさしく妥当すべき場面ではないのか、というのが私見の基本的立場である。

(ii) 本最高裁判決が、いわば単純明快に「抵当権の準共有」により本件問題解決の結論を導出しているのに接するとき、そもそもこの「抵当権の準共有」に対する修正法理である五〇二条一項準則について、これを本最高裁判決は一体どのように理解しているのか、その実体を果たして適確に把握するものなのか、という根源的疑念が生じざるを得ない。しかも、本最高裁判決についての判例評釈中、潮見評釈をはじめとして、その多数が全面的賛同の意を表し、あたかもそれが多数説化していくかの如き学説状況を眼前にすると、上記の疑念はなお一層強まるのである。

(iii) 「弁済者一部代位の法構造」については、既に従前の拙稿②論文(「弁済者一部代位の法構造」・一九八七年二月)

において、私見の立場の一端を示している。しかし、それにもかかわらず、右拙稿の公表後二〇年経過の今、あえて本稿を執筆したのは、上記の疑念をあらためてここで検証し、「弁済者代位の法構造」の実体解明に向けて、本件「事案」と本件「判旨」に即して、なお一層の論証がなされなければならないという、喫緊の内なる動機が存在した、からである。

## 二 「裁判」経緯

1 原々審 (H13年 (ワ) 第二〇一四九号・H15 / 8 / 1 東京地裁判決・金法一七〇九 / 四九) (↓原債権者優先配当・X勝訴)

一審は、「原債権者優先配当」を根拠として、原告 X (原債権者) の不当利得返還請求を認めた。判旨の「論理展開」は次の如くである。

・論旨1…『債権の一部につき代位弁済がされた場合、上記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ものと解するのが相当であるが (最高裁昭和五六年 (オ) 第一一七五号同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)、ここにいう「債権の一部につき代位弁済がされた場合」とは、一個の債権の一部につき代位弁済がされた場合に限られず、当該抵当権が数個の債権を被担保債権としている場合に、その被担保債権のうちの一部の債権全部につき代位弁済がされた場合をも含むものと解するのが相当である。』

・論旨2…『すなわち、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のであって（上記判決の判示理由参照）、この理は、一個の被担保債権の一部につき代位弁済がされた場合のみならず、数個の被担保債権のうち一部の債権全部につき代位弁済がされた場合においても同じく妥当するものであるからである（なお、最高裁昭和六〇年（オ）第七二号同六二年四月二三日第一小法廷判決も、元本確定後の根抵当権についてではあるが、二個の被担保債権のうち一個の債権全部につき代位弁済がされた事案において、上記判例が妥当することを前提としている）

## 2 原審（H15年（ネ）第四五五四号 更生担保権優先関係確認請求控訴事件 東京高裁H16/2/24第二一

### 部民事部判決 控訴棄却 金法一七一八/六九）（↓原債権者優先配当・X勝訴）

Y控訴。控訴審は、一審判決をほぼ全面的に是認（引用あり）し、Y（代位弁済者）の控訴理由に答えるべく、これに以下の判断を付加し、控訴棄却している（↓「原債権者優先配当」）。判旨の「論理展開」は次の如くである。

・論旨1…『Yは、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（以下「昭和六〇年判決」という）は、物上保証人が一個の被担保債権の一部につき代位弁済をした場合における競落代金の配当について代位弁済者が債権者に劣後する旨を判示しているに留まり、本件のように保証人が一個の抵当権によって担保される数個の被担保債権のうち一個の債権を全部弁済した場合は、昭和六〇年判決の場合と事案を異にしているから、本件に昭和六〇年判決を類推適用するべきではない旨、主張する。』

・論旨2…『しかし、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いとの昭和六〇年判決の説示は、本件についても当然に妥当するものであり、担保権の不可分の性質をも考慮すれば、代位弁済者が保証人である場合と物上

保証人である場合とにおいて差異を設けるべき理由はなく、また、代位弁済が一個の被担保債権の一部の代位弁済の場合と一個の抵当権によつて担保される数個の被担保債権のうちの一個の債権全部の代位弁済の場合とで區別すべき理由もない。』

・論旨3 (結論) …『したがつて、本件における抵当権の実行による売却代金の配当について、債権者は代位弁済者に優先して弁済を受ける権利を有するものと解するのが相当である (最高裁昭和六二年四月二三日第一小法廷判決・金融法務事情一一六九号二九頁参照)』

3 最判H17年 (H16年 (受) 第一〇一九号 H17 / 1 / 27 最一小判 破棄差戻し 民集五九 / 一 / 二〇〇)  
 (↓両者按分弁済・Y勝訴)

Yの上告及び上告受理申立て。上告は単なる法令違反をいうものとして棄却されたが、上告受理申立ては受理された。但し、上告受理申立ての理由のうち、民法五〇〇・五〇二I・三九八ノ一四・四八九 (改正前) 等の解釈の誤りをいう部分以外は、排除された。

最高裁は、特段の合意なき限りX / Yの「按分弁済受領」(原債権者 / 代位弁済者「平等配当」) であるとして、原判決を破棄し、XがYに優先して弁済を受ける旨の合意の有無等 (A社管財人は、本件不動産の売却代金につき、暫定的にXの残債権元本額とYの代位取得債権の元本額に応じて按分弁済したにすぎないのであり、正確な按分額の算出の必要性もある) について、さらに審理を尽くさせるため、原審に差し戻した。判旨は次のとおりである。

論旨1 …『不動産を目的とする一個の抵当権が数個の債権を担保し、そのうちの一個の債権のみについての保証人が当該債権に係る残債務全額につき代位弁済した場合は、当該抵当権は債権者と保証人の準共有となり、当該抵当不動産の換価による売却代金が被担保債権のすべてを消滅させるに足りないときには、債権者と保証人は、

両者間に上記売却代金からの弁済の受領についての特段の合意がない限り、上記売却代金につき、債権者が有する残債権額と保証人が代位によって取得した債権額に依りて按分して弁済を受けるものと解すべきである。』

論旨2…『なぜなら、この場合は、民法五〇二条一項所定の債権の一部につき代位弁済がされた場合（前掲最高裁S60/5/23一小判参照）とは異なり、債権者は、上記保証人が代位によって取得した債権について、抵当権の設定を受け、かつ、保証人を徴した目的を達して完全な満足を得ており、保証人が当該債権について債権者に代位して上記売却代金から弁済を受けることによって不利益を被るものとはいえず、また、保証人が自己の保証していない債権についてまで債権者の優先的な満足を受忍しなければならない理由はないからである。』

論旨3…『原判決引用の判例（最高裁昭和六〇年（オ）第八七二号同62/4/23一小判・金法一一六九/二九）は、第一順位の根抵当権を有する債権者が、その元本確定後に、複数の被担保債権のうちの一つの債権に係る残債務全額につき代位弁済を受けた場合、残債権額及び根抵当権の極度額の限度内において、後順位抵当権者に優先して売却代金から弁済を受けることができる旨を判示したものであり、本件とは事案を異にする。』

論旨4（結論）…『（改行）以上によれば、本件抵当権の数の被担保債権（本件各債権）のうちの一つの債権（本件債権（う））のみについての保証人である上告人は、当該債権（本件債権（う））に係る残債務全額につき代位弁済したが、本件管財人によって販売された本件不動産の売却代金が被担保債権（本件各債権）のすべてを消滅させるに足りないものであるから、上告人と被上告人は、両者間に上記売却代金からの弁済の受領についての特段の合意がない限り、上記売却代金につき、被上告人が有する残債権額と上告人が代位によって取得した債権額に依りて按分して弁済を受けるものというべきである。これと異なる原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。そして、被上告人が上告人に優先して弁済を受ける旨の合意の有無等について更に審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻すこととする。』

### 三 三判決「論理構造」の分析

#### 1 一審判決（原債権者優先／代位者劣後）

一審判決の「論理構造」は、どのようなものなのか。その「論旨展開」に注目すれば、次の如くである。

#### (1) 「最判S60年ルール」の提示とその内容（原債権者優先配当）

(i) まず、一審判決は、「最判S60年ルール」を、提示している。

(ii) この判示文によれば、この「最判S60年ルール」は、『債権の一部につき代位弁済がされた場合、上記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ものと解するのが相当である』とされている。

(iii) これは、一部代位における弁済優劣関係（配当優劣関係）如何について、「原債権者優先配当」を判示している、と理解される。

#### (2) その適用範囲（射程距離）如何（↓本件事案ケースにも及ぶ）

(i) 次いで、一審判決は、同ルールの適用範囲（射程距離）として、最判S60年ルールが本件事案ケースにも及ぶ旨、判示している。

(ii) すなわち、一審判決は、最判S60年ルールにいう『債権の一部につき代位弁済がされた場合』とは、①『一個の債権の一部につき代位弁済がされた場合』（S60年判決事案）に限られず、②当該抵当権が数個の債権を

被担保債権としている場合に、『その被担保債権のうちの一部の債権全部につき代位弁済がされた場合』（本件事案）をも含む、と解するのが相当である、としている。

(iii) これは、『債権の一部につき代位弁済がされた場合』（S 60年判決ルールにいう）としては、上記①②の「二つの場合」が包摂されるとして、その概念内容上の定義付けを明らかにし、併せて本件事案ケース②にも最判S 60年ルールが適用され得ることを判示したものである、と理解される。

### (3) その「根拠」如何

(i) では、何故『債権の一部につき代位弁済がされた場合』（最判S 60年ルール）に、上記②の場合（『その被担保債権のうちの一部の債権全部につき代位弁済がされた場合』）も、含まれるのか。

(ii) 一審判決は、その根拠として、まず「弁済者代位の制度趣旨」についての最判S 60年の判示理由を明示的に引用しながら、次のように説示している。

すなわち、一審判決は、「弁済による代位」は、①『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、②『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』、③この担保権実行の場合における『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』（最判S 60年の判示理由参照）、と説示している。

(iii) これは、「弁済による代位」制度の法趣旨としては、代位弁済者の求償権確保のための制度にあり、弁済者の代位により債権者が不利益を被ることを予定していないのだから、競落代金配当については債権者の利益を害してはならない、とするのである。「最判S 60年ルール」（↓原債権者優先配当）趣旨の、再確認である、と理解される。

(4) 判示結論

(i) 結論として、一審判決は、「最判 S 60 年ルール」に示された、「弁済による代位」制度の法趣旨が、本件事案にも、同様に妥当する旨、判示している。

(ii) すなわち、この理（「最判 S 60 年ルール」にいう「弁済による代位」制度の法趣旨）は、①「一個の被担保債権の一部につき代位弁済がされた場合」（「最判 S 60 年事案」のみならず、②「数個の被担保債権のうちの一部の債権全部につき代位弁済がされた場合」（本件事案）においても、同じく妥当する、と判示結論するのである。

(5) 補強論拠の付加（「最判 S 62 年」の明示的援用）

(i) その立論（「最判 S 60 年ルール」の正当性・妥当性）の、いわば補強論拠として、一審判決は、「なお書き」の形で、直近の関連最高裁判決として付加的に言及したものと思われるが、「最判 S 62 年」を明示的に援用している。

(ii) すなわち、一審判決は、「最判 S 62 年」もまた、この「最判 S 60 年ルール」の妥当性を前提として、その判断をしている旨、付加的に指摘している。

(iii) なお、この最判 S 62 年は、元本確定後の根抵当権について、二個の被担保債権のうち一個の債権全部につき代位弁済がされた事案、である。これは、数個債権中の一個債権につきその全額が弁済されている点で、本件事案と共通している。しかし、最判 S 62 年事案では「根抵当権」が設定・登記されており、「普通抵当権」が設定・登記されている本件事案とは、相違もある、ことに注意される。

(6) 一審判決「論旨展開」小括

(i) 「最判S60年ルール」は『代位弁済者は債権者に劣後する』とするものであるが、同ルールにいう『債権の一部につき代位弁済がされた場合』には、①『一個の債権の一部につき代位弁済がされた場合』（最判S60年事案）のみならず、②抵当権が数個債権を被担保債権とし『その被担保債権のうちの一部の債権全部につき代位弁済がされた場合』（本件事案）もまた、含まれる、とした。

(ii) その理由として、「弁済による代位」制度の法趣旨からは、代位弁済者の求償権確保のための制度である、弁済者の代位により債権者が不利益を被ることを予定していない、競落代金配当については債権者の利益を害しはならない、とした。

(iii) 結論として、本件事案には「最判S60年ルール」が適用され、抵当不動産の売却代金からの弁済につき、代位弁済者は債権者に劣後し、したがってXY間で按分弁済がなされた本件では、債権者Xの代位弁済者Yに対する不当利得返還請求は認められる、とした。

2 原審判決（原債権者優先／代位者劣後）

原審判決の「論理構造」は、どのようなものなのか。その「論旨展開」に注目すれば、次の如くである。

(1) 「一審判断」全面的是認

まず、原審判決は、「一審判断」を全面的に是認し、これを引用している。

(2) Y「控訴理由」要約

- (i) 次いで、原審判決は、Yの「控訴理由」を採り上げ、これを次のように要約している。
- (ii) すなわち、原審判決は、Yの控訴理由によれば、「最判S60年ルール」は、『物上保証人が一個の被担保債権の一部につき代位弁済をした場合における競落代金の配当について、代位弁済者が債権者に劣後する旨を判示している』に留まり、本件事案（『保証人が一個の抵当権によって担保される数個の被担保債権のうち一個の債権を全部弁済した場合』）はこれとは異なるから、『本件に昭和六〇年判決を類推適用するべきではない旨』、主張している、と要約している。

(3) Y控訴理由についての判示

- (i) さらに、原審判決は、Yの控訴理由（本件には最判S60年ルールを妥当すべきではない）に対して、次のように判示（反論）している。その判示は、次の三点である（但し、いずれも簡潔な表現に留まり、その理由付けを欠いている）。すなわち、

(ii) 「最判S60年ルール」趣旨の再提示（反論1）

- (α) 原審判決は、「最判S60年ルール」趣旨を再説示し、Y控訴理由に反論している。

- (β) すなわち、『昭和六〇年判決の説示』（弁済者代位は代位弁済者が債務者に対して取得する求償権の確保のための制度であり、そのために債権者が不利益を被ることを予定しない）は、『本件についても当然に妥当する』、としている。

(iii) 「担保権の不可分性」原則の援用（反論2）

- (α) 原審判決は、『担保権の不可分の性質をも考慮すれば、代位弁済者が保証人である場合と物上保証人であ

る場合とにおいて差異を設けるべき理由はな(い)」、としている。

(β) この判示は、どのような趣旨なのか。

私見によれば、「代位弁済者が誰か」に注目すれば、S 60年判決事案は「物上保証人」の代位弁済ケース(抵当権者による「物上保証人」所有不動産に対する抵当権の実行)であった。しかし、本件事案は「連帯保証人」の代位弁済ケース(「連帯保証人」の保証債務履行)であった。この両ケースの相違に注目すれば、「最判S 60年ルール」が本件には妥当しない旨の主張可能性もあり得るところ、その反駁として、原審判決は、『担保権の不可分の性質』原則を、援用したものと判断される。

—— \* 抵当権の不可分性

(i) では、原審判決が『担保権の不可分の性質』原則を援用した、その意味内容は何か。単に上記引用の一文のみがすべてであり、原審判決はそれ以上の言及は何もない、からである。

(ii) 私見はこの趣旨を次のように理解している。まず、「抵当権」への代位者が、保証人であろうと、物上保証人であろうと、当該「抵当権」上に「原債権者と代位者の競合」関係が生じ、その「優劣関係如何」がここでは問われている。さらに、代位されるべき、その代位対象たる「抵当権」自体に注目すれば、それには「抵当権の不可分性」原則が存在・妥当している。したがって、「抵当権の不可分性」原則をその根拠の一つとする「原債権者優先配当」の妥当は、いささかの変更もない。これが原審判決の考えるところであろう(拙稿②論文(「弁済者一部代位の法構造」)一八八頁は、「抵当権の不可分性の原則」がここではどのような意味をもつのかについて、私見の考えを明らかにしている)。

(iv) 区別すべき理由なし(反論3)

原審判決は、『代位弁済が一個の被担保債権の一部の代位弁済の場合』と『一個の抵当権によって担保される数個の被担保債権のうちの一箇の債権全部の代位弁済の場合』とで、『区別すべき理由もない』と判示している。

—— \* 原審判決は、この表現以上の根拠については、まったく示していない。したがって、私見推論ではあるが、原審判決は、①『一個の被担保債権の一部の代位弁済の場合』（最判 S 60 年事案）、②『一個の抵当権によって担保される数個の被担保債権のうちの一つの債権全部の代位弁済の場合』（本件事案）、この二つの代位弁済の「態様」に注目し、この両者を識別しながらも、二つの場合で「最判 S 60 年ルール」妥当の可否を区別すべき、いわば「積極的理由」はない（↓本件事案にも「最判 S 60 年ルール」妥当する）、とするのであろう。

(4) 判示結論（原債権者優先弁済／代位者劣後）

(i) 結論として、原審判決は、『本件における抵当権の実行による売却代金の配当について、債権者は代位弁済者に優先して弁済を受ける権利を有するものと解するのが相当である（最高裁昭和六二年四月二三日第一小法廷判決・金融法務事情一一六九号二九頁参照）』として、原債権者優先弁済の立場を明示している。

—— \* 原審判決は『本件における抵当権の実行による売却代金の配当』と表現しているが、本件では「抵当権の実行」がなされたのではない。更生管財人により抵当不動産の「任意売却」がなされ、その売却代金の弁済受領につき債権者 X・代位者 Y 間で紛争が生じていたのである。とすると、これは原審判決の誤解を生じやすい「表現ミス（?）」ではないか、と考えられる。

(ii) しかも、ここでは、一審判決と同様に、その近時の先例として、「S 62 年判決」を明示的に援用していることに注目される。

(5) 原審判決「論旨展開」小括

(i) 原審判決は、「一審判断」を全面的に是認し、加えて Y の控訴理由（「最判 S 60 年事案は本件事案とは異なる

から、本件事案には「最判S60年判決ルール」を類推適用すべきではない」に対して、反駁した。

(ii) その理由として、

①最判S60年が説示した「弁済による代位」の制度趣旨は本件についても当然に妥当する、②担保権の不可分の性質をも考慮すれば、代位弁済者が保証人か物上保証人かで差異を設けるべき理由はない、③代位弁済が一個の被担保債権の一部の代位弁済の場合、一個の抵当権によって担保される数個の被担保債権のうちの一個の債権全部の代位弁済の場合、この両者を区別すべき理由もない、とした。

(iii) 本件結論として、

「最判S60年ルール」により、債権者は代位弁済者に優先して弁済を受ける権利を有すると解し、Y控訴を棄却した。X不当利得請求訴訟勝訴。

3 本最高裁判決(両者按分弁済)(H16年(受)第一〇一九号 同17/1/27一小判 破棄差戻し 民集五

九/一/二〇〇、判時一八八七/三九)

本最高裁判決の「論理構造」は、どのようなものなのか。その「論旨展開」に注目すれば、次の如くである。

——\*最高裁判示では、原審判断によれば、本件抵当権の数個の被担保債権(本件各債権)のうちの一つの債権(本件債権(う))に係る残債務全額につき代位弁済したにすぎない上告人Yは、不動産売却代金からの弁済受領につき、原債権者である被上告人Xに劣後する、とした。しかし、これは是認できない。その理由は次の如し、としている。

(1) 抵当権の「準共有」

(i) H17年判決は、本件事案(『不動産を目的とする一個の抵当権が数個の債権を担保し、そのうちの一個の債権の

みについての保証人が当該債権に係る残債務全額につき代位弁済した場合』では、債権者と保証人の両者による当該  
 抵当権の「準共有」が成立する旨、判示している。

(ii) 抵当権の「準共有」の成立については、これまでの学説・判例上、ほぼ一致して認められていることであ  
 り、この指摘自体は、特に目新しいものではない、と考える。

—— \* 抵当権の「準共有的併存」(私見)

一部代位では、より正確には、「抵当権の準共有」が成立しているのではなく、いわば「抵当権の準共有的併存」と  
 いう特別の法現象がみられ、その限りでは、五〇二条一項は「抵当権の準共有」準則(↓按分弁済)を修正するルール  
 (↓原債権者優先配当)である、と私見は理解している(拙稿②論文一八九頁以下参照)。

(2) 債権者と保証人の両者按分弁済

(i) 本件での抵当権の「準共有」の成立を前提として、H17年判決は、『当該抵当不動産の換価による売却代  
 金が被担保債権のすべてを消滅させるに足りないときには……特段の合意がない限り』、債権者と保証人の両者  
 は抵当不動産の換価売却代金より按分配当されるべし、と判示している。

(ii) 一審・二審判決が「原債権者優先弁済/代位保証人劣後弁済」を判示していたのに対して、一転して、H  
 17年判決は「両者按分弁済」を判示しており、その顕著なコントラストに注目される。

(3) 事案が異なるから「最判S60年ルール」は妥当しない

(i) なぜ「両者平等配当」なのか。その理由として、H17年判決は、本件事案が最判S60年事案(『民法五〇二

条一項所定の債権の一部につき代位弁済がされた場合（前掲最高裁S60/5/23一小判参照）とは異なっていることを、指摘している。事案が異なるから「最判S60年ルール」（原債権者優先配当）は本件には妥当しない、とするのである。

(ii) では、その事案の「違い」とは、具体的に何か。H17年判決は、最判S60年事案と比較して、本件事案は次の三点で違っている、と指摘する。

① 『債権者は、上記保証人が代位によって取得した債権について、抵当権の設定を受け、かつ、保証人を徴した目的を達して完全な満足を得て』いること、

② 『債権者は、保証人が当該債権について債権者に代位して上記売却代金から弁済を受けることによって、不利益を被るものとはいえない』こと、

③ 『保証人が、自己の保証していない債権についてまで、債権者の優先的な満足を受忍しなければならない理由はない』こと、  
の三点である。

(4) 最判S62年への言及（本件とは事案を異にする）

(i) 一審・二審判決は、「原債権者優先／代位保証人劣後」を判示するに際し、同趣旨判決として「最判S62年」を援用していた。

(ii) すなわち、H17年判決は、「最判S62年」は、『第一順位の根抵当権を有する債権者が、その元本確定後に、複数の被担保債権のうちの一つの債権に係る残債務全額につき代位弁済を受けた場合、残債権額及び根抵当権の極度額の限度内において、後順位抵当権者に優先して売却代金から弁済を受けることができる旨を判示した』も

のであり、『本件とは事案を異にする』、と判示している。

(iii) これは、「最判 S 62 年」を自らの立論（「原債権者優先配当／代位弁済者劣後」）の補強論拠として援用した一審・二審判決の立論と、真つ向から対立する指摘である。

(iv) H 17 年判決は何を言おうとしたのか、その趣旨如何。

「最判 S 62 年」（「原債権者優先配当／代位機関保証人劣後」）は本件とは事案を異にする、したがって、本件判決（H 17 年判決・「両者按分弁済」）は「S 62 年判決」に準拠するものではないし、またこれと矛盾・背反するものでもない、という趣旨を言わんとしたのであろう、と私見は考える。

これは、「最判 S 62 年」に背反するのではないか、最高裁判決同士で矛盾・不一致があるのではないか、という批判が加えられることを、予め考慮し、その論理的ディフェンスをした、と思われる。

#### (5) 判示結論

結論として、本最高裁判決は、上告人 Y は『本件抵当権の数個の被担保債権（本件各債権）のうちの一つの債権（う）のみについての保証人』であり、その Y が『当該債権（う）に係る残債務全額につき代位弁済した』場合に、本件管財人販売の『本件不動産の売却代金が被担保債権（本件各債権）のすべてを消滅させるに足りない』ときには、XY 間に上記売却代金からの弁済受領につき『特段の合意がない限り』、上記売却代金から XY 間でそれぞれの『債権額に応じて按分して弁済を受ける』べし（↓「両者按分弁済」）、と判示している。

—— \*本最高裁判決では、①最判 S 60 年ルール（原債権者優先／代位物上保証人劣後）は本件には妥当しない（本件とは事案を異にする）、②最判 S 62 年（原債権者優先）と本件は矛盾しない（本件とは事案を異にするか）、この二点が指摘された。

しかし、本稿は本最高裁判決事案を検討対象とするものであり、最判S 60年と最判S 62年は検討対象から除外している。両判決についての検討は、最判S 60年・拙稿評釈（判例評論三七〇号三六頁以下）に加えて、さらなる別稿に譲る。

#### 四 私見——分析と考察——

##### 〈分析1〉 本件三判決経緯——整理と小括——

###### (1) 論点

本件ケースでは、抵当不動産の換価売却代金が被担保債権のすべてを消滅させるに足りないときに、当該換価売却代金から「原債権者Xと代位保証人Y」はどのような順位で弁済受領し得るのか、が問われた。

###### (2) 最判S 60年ルール

「原債権者と保証人の優劣関係」如何については、既に最判S 60／5／23（民集三九／四／九四〇、判時一一五八／一九二）が、その判例法上のルール（原債権者優先）を判示しており、民法五〇二条一項の法解釈／法適用として、「原債権者優先」の立場を明示していた。

###### (3) 本件判示「結論」と「理由」

(i) 一審判決・原審判決は、最判S 60年ルール（原債権者優先）が本件事案にも妥当する（射程範囲「内」である）として、「原債権者優先」を判示した。

(ii) これに対して、本最高裁判決は、最判S 60年ルール（原債権者優先）は本件事案には妥当しない（射程範囲

「外」である)として、「按分弁済」(「両者按分弁済」)を判示した。

(4) 最判 S 60 年事案との「相違」

- (i) 最判 S 60 年事案は、「一個債権の一部の代位弁済」ケースであった。
- (ii) 本最高裁判決事案は、「数個債権中、一個債権の残債務全額の代位弁済」ケースであった。

(5) 一審・原審・最高裁の「論旨展開」

(i) 一審判決・原審判決は、最判 S 60 年ルール(原債権者優先)を援用し、同ルールにいう『債権の一部につき代位弁済がされた場合』には「数個債権中、一個債権の残債務全額の代位弁済」ケース(本件事案)も含まれるとして、同ルールを妥当させ、「原債権者優先」の判示結論を導出した。

(ii) これに対して、本最高裁判決は、最判 S 60 年事案と本件とは事案を異にする(『民法五〇二条一項所定の債権の一部につき代位弁済がされた場合(前掲最高裁 S 60 / 5 / 23 一小判参照)とは異なる)として、最判 S 60 年ルール(原債権者優先)を妥当させず、「抵当権の準共有」により「按分弁済」(「両者平等」)の判示結論を導出した。

(iii) しかし、この本最高裁判決では、「按分弁済」の、その根拠として「抵当権の準共有」が指摘されたのみであり、それ以上の積極的根拠も説明も、何も示されてはいなかった(但し、最判 S 60 年事案並びに最判 S 62 年事案との、本件事案との差異は、示されてはいた)。

(iv) なぜ、本件事案では「抵当権の準共有」により解決されなければならなかったのか、その積極的根拠が明らかではない。本件事案に即せば、いわば「単純に」、「抵当権の準共有」により問題処理をしてよいのだが、まさしく根幹問題として問われていたにもかかわらず、そうなのである。私見は、ここに本最高裁判決の最大の間

題性がある、と考えている。かくして、本件では、「抵当権の準共有」の修正ルールである五〇二条の理解如何  
〔一部代位〕の理解如何、より広くは「一部代位／全部代位」如何)が、解明対象として浮上せざるを得ない。

——\*五〇二条論(一部代位論)については、既に従前の拙稿②論文〔弁済者一部代位の法構造〕・一九八七年)に  
おいて、私見の立場を明らかにしている。そこでの基本的立場は、現在でも、些かも変わりはない。

### 〈分析2〉 学説の反応——賛成評釈と反対評釈——

学説はどう反応したのか。

#### (1) 原審「高裁判決」〔一部代位〕の成立・原債権者優先)への反応

(i) 本件原審である「高裁判決」(原債権者優先)については、その公表後、二つの判例評釈(潮見評釈・塚原  
評釈)が公にされたが、賛否両論に分かれた。

#### (ii) 判旨「反対論」／潮見原審評釈〔全部代位〕の成立・按分弁済)

潮見原審評釈(04/12)は、判旨「反対論」を主張し、「高裁判決」が「数個債権中、一個債権の残債務全額  
の代位弁済」ケース(本件事案)を五〇二条の「一部代位」の法理によって処理したのは誤りである(同二・  
一三頁)、と論じた。その趣旨を要約すれば、

①五〇二条の規律はそもそもこのような場合を準備範囲にいれたものではない(同二頁)、

②この場合は「全部代位」の典型事例であり五〇二条の「一部代位」ではない(同二・一四頁)、

③ここでの利益調整は「抵当権の準共有」の法理により合理的にでき(同二・一四―一五頁)、したがって按  
分弁済とすべきである(同二五頁)、とした。

(iii) 判旨「賛成論」／塚原原審評釈「二部代位」と同様の状況・原債権者優先弁済

(α) これに対して、塚原原審評釈(05/3)は、判旨「賛成論」を主張して、次のように論じた。

①「数個債権中、一個債権の残債務全額の代位弁済」ケース(本件事案)における利害調整の内容は「一部代位」の場合と実質上ほとんど異なる(同四六頁)、

②したがって、「二部代位」の場合に準じて、代位者は債権者に劣後すべきである(同四六頁)、とした。

(β) 併せて、潮見評釈にも論及し(同四五頁)、

①事は「全部代位」だと言いつける「根拠」が潮見評釈には示されていない(同四六頁)、

②潮見評釈における推論は、それ自体根拠とはなり得ず、「論証すべき命題」に他ならない(同四六頁)、と批判した。

——\*この塚原原審評釈46は、鋭い的確な実務感覚に基づいた思考・論理を展開しており、「筆者(塚原)の前記考察によれば、(本件事案の)内容は、一部代位の場合と異なるものを実質上ほとんど見出すことはできず、したがって「二部代位の場合に準じて、弁済代位者は債権者に劣後するものというのが妥当である」、としている。

最判S62年に論及するに際し、塚原原審評釈四七頁は「筆者(塚原)は、最高裁調査官として、当時弁済による代位の問題について、複数の案件を手懸けていた」と自ら述べられているが、弁済者代位の実務プロフェッショナルとして、まさしく本件問題の実体・実態を正鵠に指摘したものである、と私見は考える。

## (2) 本最高裁判決〔全部代位〕の成立・按分弁済への反応

(i) 本最高裁判決(按分弁済)の公表後、多くの判例評釈(文献リスト参照)が公にされた。評釈中、そのほとんどが判旨「賛成論」であり、疑問を提示したのは、僅か二つであった。

(ii) 判旨「反対論」／塚原原審評釈（「一部代位」と同様の状況・原債権者優先弁済）

(α) 上記引用の塚原原審評釈（05／3）は、原審「高裁判決」評釈ではあったが、評釈者によれば、その脱稿時以降に最高裁H.P.に公表された本最高裁判決（05／1／27）の判決文に接したところから（同四六頁）、補充的に本最高裁判決に対して次のような疑問を提示・付加している（同四六―四七頁）。

(β) その趣旨を要約すれば、

① 本最高裁判決が、代位弁済された債権の「一個性」の観点のみを重視して、高裁判決と正反対の結論を採用したことは、驚きである（「一個の債権」の認定判断基準を提示すべきであるのに、提示がない、からである）（同四六頁）、

② 本件は「全部代位」より「一部代位」にはるかに近い事案である（同四六頁）、本最高裁判決は債権者からみれば「一部代位」となる場合に「一個性」即「全部代位」の理論により債権者に不利益を生ずる結論を是認している（同四六―四七頁）、

③ 「一個性」即「全部代位」の理論に実質的な理由付けをして具体的な内容を重点して債権の「一個性」の判断基準を設定するのは今後の一つの課題である（本最高裁判決は債権の「一個性」は明白であるとして、事案の個別の検討の必要性を否定したようである）（同四七頁）、という指摘であった。

——\* 反対・疑問評釈として、その他に佐久間評釈がある。

(iii) 判旨「賛成論」／潮見最判評釈（「全部代位」の成立・按分弁済）

(α) 本最高裁判決（05／1／27）に時間的に極めて近接して、潮見最判評釈（05／6）は、判旨「賛成論」を、いち早く主張した。本最高裁での「逆転判決」を動機付けたものとして、上記の潮見原審評釈（04／12）の延長線上で、「按分弁済」論を再び主張したのである。

(β) その趣旨を要約すれば、

① 「数个債権中、一個債権の残債務全額の代位弁済」ケース（本最高裁判決事案）と「一個債権の一部の代位弁済」ケース（最判 S 60 年事案）とは異質であり、後者に妥当する法理を前者に妥当できない（同五五頁）、

② 本件では代位対象となった当該債権につき全額弁済がなされており、当該債権につき債権者が完全な満足を得た以上、もはや当該債権を維持しておく利益は原債権者には存在せず、もっぱら全部代位弁済をした弁済者もつ代位の利益のみを考慮してやれば足りる（同五五頁）、

③ したがって、抵当不動産の売却代金の配当については、抵当権の準共有の法理により処理されるべきである（按分弁済）（同五五頁）、

④ 本最高裁判決が「一部代位に関する判例法理を正しく理解すると共に、本件のような事例に同法理が妥当しないことを明らかにした点で、高く評価されるべきである」（同五六頁）、と主張した。

—— \* 本件最判評釈中、そのほとんどが賛成評釈であり、潮見評釈（原審・最判）に賛同し、本最高裁判決が潮見原審評釈に影響されたものとして、これを肯定的に評価し、むしろ塚原原審評釈（原債権者優先）に対する批判的検討に注力している（たとえば、高橋眞民商評釈や佐藤岩昭判評釈等）ところから、以下での論旨引用を原則として潮見評釈に代表させる。

〈分析 3〉 本件ではいずれの代位が成立しているのか——「一部代位／全部代位」論(1)——

(1) 本最高裁判決の立場（全部代位）の成立・按分弁済

- (i) 本最高裁判決は、本件事案は最判 S 60 年事案とは異なるから、最判 S 60 年ルールは妥当しない、とした。
- (ii) 換言すれば、最判 S 60 年ルールは、五〇二条一項の法解釈／適用として、「一部代位」における原債権者

優先を判示したものであるところ、本最高裁判決は、本件事案は「一部代位」の問題ではなく、「全部代位」の問題であると理解し、最判S 60年ルールを適用しなかった。

(2) 潮見原審／最判評釈の立場（全部代位の成立・按分弁済）

- (i) 同様に、潮見原審／最判評釈もまた、本件事案は「全部代位」の典型例の一つである、と理解した。
- (ii) たとえば、

(α) 潮見原審評釈一一頁は、「一部代位」とは、債権の「一部」につき第三者・保証人等が債務者に代わって弁済をした場合における、弁済者による原債権への代位のことをいう、としている。そして、その具体例として、立法者・梅の提示例（GがSに対する債権額の一部を保証人Bが弁済した場合、GがSに対する債権額の一部保証人Bがこの保証額を弁済した場合）を、挙げています。

(β) したがって、ここから、本件では、一個債権（う）の「全部」につき弁済がなされており（一部弁済の梅・具体例には該当していない）、この全部弁済により「全部代位」が成立している、という理解がなされている。

(3) その「論理構造」如何——「一部代位／全部代位」の識別基準如何——

(i) 潮見原審評釈での、本件では「全部代位」が成立しているとする、その「論理構造」はどのようなものなのか。

(ii) 潮見評釈の論旨を整理すれば、

(α) 一個債権の「全部」の弁済↓「全部弁済」↓これは代位を生じる弁済だから「全部代位弁済」↓これにより「全部代位」が成立↓「一部代位」ではないから最判S 60年ルールは適用されない↓本件ではXY間で「抵当

権の準共有」が成立しているので「按分弁済」とすべし、というものである。

(β) したがって、本件は、「全部代位」の本来ケースであり、「按分弁済」となり、これは当然の結論だ、としたのである。

(iii) 債権「一部」の弁済か、債権「全部」の弁済か

上記の潮見論旨は、債権「一部」の弁済なのか、それとも債権「全部」の弁済なのか、これ如何により、「一部代位／全部代位」を識別している。

——\*1 「一部代位」の成立(潮見)

たとえば、債権の一部についての弁済(Ⅱ「一部弁済」)がなされた場合、その弁済が代位を生じる弁済(保証人による弁済)だから、それは「一部代位弁済」であり、「一部代位」が成立する、と理解している。

——\*2 「全部代位」の成立(潮見)

また、債権の全部についての弁済(Ⅱ「全部弁済」)がなされた場合、その弁済が代位を生じる弁済(保証人による弁済)だから、それは「全部代位弁済」であり、「全部代位」が成立する、と理解している。

(iv) 本件は「一個債権」の「全部」弁済(全部代位弁済)

本件は、最判S60年事案(「一個債権の一部の代位弁済」とは異なり、「数个債権中、一個債権の残債務全額の代位弁済」事案である。そこで、潮見評釈は、その「一個債権」に注目して、当該債権の「全部」につき弁済(Ⅱ「全部弁済」)がなされ、さらにその弁済が保証人による弁済であり、代位を生じるものであるところから、これは「全部代位弁済」であり、したがって「全部代位」が成立する(「一部代位」に関する最判S60年ルールは妥当しない、五〇二条一項の射程「外」である、按分弁済される)、と理解したのである。

(4) その他の本件各評釈の立場如何

(i) 「一部代位」か、「全部代位」か。これをその他の本件各評釈はどのように識別しているのか。

(ii) 債権「一部」の弁済か、債権「全部」の弁済か、これ如何により、両「代位」を識別する立場は、潮見評釈〔全部代位〕の成立・按分弁済のみならず、本件判決結論への賛否を問わず、その他の本件各評釈にも、同様にみられる。

(α) 塚原反対評釈も同様の識別基準

相対立する評釈である塚原評釈（原債権者優先）（同四五頁以下）にも、その基本観として見られる。

——\*1 塚原評釈の論旨展開

塚原評釈四二・四四・四六頁では、本件では数个債権（あ）（い）（う）が全体として一個債権と見てもおかしくない、そうだとすれば債権（う）の債務全部の弁済といっても、それは全体としての一個債権の一部の弁済である、しかし本最高裁判決は債権（う）を一個債権とみて、その弁済を債権全部の弁済とした、では「債権の個性」の基準を提示すべきである、しかしこの基準を本最高裁判決は一切提示していない、代位弁済された債権の「個性」という観点だけを重視して高裁判決と正反対の結論を導出したのは驚きである、という論旨展開がなされている。

——\*2 「場合わけ」をすべし

また、塚原評釈四六頁は、特定ケース（数个債権中の一個債権の保証人が当該一個債権につき全部弁済」という本件ケース）については全部代位になると最高裁で判断されることはあっても、「場合わけ」を一切なくして一律に全部弁済になると判断されるとは、正直なところ予想できなかった、としている。このように、最高裁で「全部代位になる」と判断されたとしても、その際には「なる場合・ならない場合」として「場合わけ」をするであろう、と塚原原審評釈は予想していたが、実際には最高裁は一律に全部代位の成立を認めたのである。

—— \* 3 本件数個債権を実質一個とすれば「一部弁済」となり「一部代位」となる

さらに、塚原評釈四五頁以下は、「数個債権中の一個債権につき全部弁済」の本件事案につき、これを一部代位の問題といふか全部代位の問題といふかは、一定の価値判断をもって観察するのでなければ、解答は得られないとして、本件事案に関しては、数個債権を実質一個とすれば「一部弁済」となり、「一部代位」となる、という構成可能性を指摘している。

(β) 森田賛成評釈も同様の識別基準

同様の識別基準は、森田評釈にも、同様にみられる。

—— \* 1 同一三五頁は、従来からの判例では「代位弁済が一個の債権全部の弁済であるかどうか」という抽象的事実が重視されて」おり、「一部弁済と代位」の問題に関しては、「原債権者優先説と按分配当説を切り分ける基準としては、本判決が提示した（債権の一個性）」という基準が採用されざるを得ないようにも思われる」としている。

—— \* 2 同一三五頁以下は、上記の識別基準を踏まえて、さらに「債権の一個性」の基準・メルクマールを追求している。

(γ) その他の本件各評釈も同様

その他の本件各評釈中（前稿・文献リスト参照）でも、両「代位」の右の如き識別基準は、共通してみられる。

## (5) 学説一般の立場

(i) 学説はどのような立場をとっているのか。

—— \* 1 学説上一般に、「一部代位／全部代位」を正面から採り上げ、これを対比的に定義付ける、という記述・説明はみられない。両「代位」の識別基準如何という、明瞭な問題意識はほとんど何もみられない、というのが学説現

状であろう。しかも、単に「代位」というときには、通例「全部代位」を意味し、あえては逐一「全部代位」として表記するわけではないし、「一部代位」を語るときに、その対比・対称として、「全部代位」の概念表記が利用されることがあるにすぎない、というのが通例である。

——\*2 学説が「一部代位」を語るのは、五〇二条一項の解説において、である。しかし、諸体系書等にあつては、従前の拙稿②論文以前にあつては、ごく簡略に（数行から一頁弱程度）論及するにすぎなかつたし、「利益裁断」の結果として同条の正当性を根拠付ける見解も存在していなかつた。

(ii) 学説上一般に、同様の基準により、両「代位」が識別されている、と判断される。

すなわち、債権「一部」の代位弁済がなされた場合には「一部代位」が生じ、債権「全部」の代位弁済がなされた場合には「全部代位」が生じる、という理解が当然の前提としてなされてきた。

(iii) 我妻・債総二五四頁以下の立場

(a) 我妻・債総二五四頁以下の立場で、これを代表させてみよう。たとえば、「一部代位」に関する民五〇二条一項の解説に際し、そこでは、

「この規定は弁済者が『債権額の一部を弁済』した場合——例えば、一〇〇万円の抵当債権につき、保証人が一〇万円弁済した場合——を定めるものである」（二重鍵括弧・斎藤）、としている。さらに、債権「一部」の代位弁済により「一部代位」が成立する、という理解が示されている。

しかも、債権「一部」の代位弁済により「一部代位」が成立する、という理解は、我妻・債総二五四頁の記述からすると、一部代位について規定する五〇二条の条文文言（『債権ノ一部ニ付キ代位弁済アリタルトキ』・旧規定）（新规定も同様）それ自体に、いわば形式的に準拠した解釈結果である、と判断される。

(b) なお、債権「一部」の代位弁済により「一部代位」が成立する、という我妻・債総の右理解からすれば、

その旨の明確な記述はないが、債権「全部」の代位弁済により「全部代位」が成立する、という理解も、暗黙にして当然の前提として存在している、と判断してよいであろう。

〈分析4〉 私見はどう考えるのか(私見疑念と私見) —— 「一部代位／全部代位」論(2) ——

(1) 私見疑念

(i) 債権「一部」の弁済か、債権「全部」の弁済か、これにより両「代位」成立を識別する、このような学説の一般的思考は次の二つの理由に基づいている、と考えられる。

(a) 第一に、五〇二条一項(旧規定。但し新規定も同様)の条文文言に形式的に準拠した、からである。①同条同項が「一部代位」規定(一部代位における原債権者と代位者の競合関係処理規定)であるところ、同規定には明示的に『債権ノ一部ニ付キ代位弁済アリタルトキ』の文言があり、ここから、債権「一部」の代位弁済↓「一部代位」成立、としたのであろう。②その対応上、債権「全部」の代位弁済↓「全部代位」成立、としたのであろう。

(b) 第二に、論理上の「言い換え」がなされていた、からである。①「代位弁済」の概念は「弁済による代位」の概念と同義である(我妻・債権二四七頁の概念用法参照)ところ、債権「一部」の弁済を「一部代位弁済」と「言い換え」表記し、これを「弁済による一部代位」と同義とし、ここから、債権「一部」の代位弁済↓「一部代位」成立、としたのであろう。②同様の論理上の「言い換え」により、債権「全部」の代位弁済↓「全部代位」成立、としたのであろう。

(ii) しかし、債権「一部」の代位弁済というときの「一部」と、「一部代位」成立というときの「一部」とは、厳格に異なった意味内容である、と私見は考える。前者の「一部」は債権金額としての「一部額」を意味するのに対して、後者の「一部」は代位対象たる原「権利(債権・抵当権)」の「一部分」を意味し、両「一部」概念は

截然と区別される、と理解されるからである。

(iii) ここに、すなわち、①債権「一部」の弁済↓「一部」代位弁済↓「一部」代位成立、②債権「全部」の弁済↓「全部」代位弁済↓「全部」代位成立、という形式的論理構造（債権「一部」を代位対象「一部」にそのまま「概念スライド」させる、債権「全部」を代位対象「全部」にそのまま「概念スライド」させる）それ自体に、まさしく学説の識別基準の不当性がある、と私見は考える。

——\*上記「概念スライド」論の実質的・具体的不当性

(i) 「一個債権」の存在する場合とすれば、

(a) まず、

①債権「一部」の代位弁済（「一部」代位弁済）により、「一部」代位が成立し、

②債権「全部」の代位弁済（「全部」代位弁済）より、「全部」代位が成立する、  
ということは確かである。

(b) この限りでは、

①債権「一部」弁済（「一部」代位弁済）↓「一部」代位成立、

②債権「全部」弁済（「全部」代位弁済）↓「全部」代位成立、

という識別基準は、その形式的論理構造（「概念スライド」論）それ自体の不当性を別にすれば、結果は不当ではない、と私見も考えている。

(ii) しかし、「数個債権」の存在する場合とすれば、上記の識別基準は、その「形式論理」も「結果」も、妥当ではない、と私見は考える。

「弁済者代位の法構造」（本質・実体）を踏まえるならば、数個債権中の一個債権の「全部」につき代位弁済（＝全部

代位弁済」がなされたときにも、「全部代位」ではなく、「一部代位」が成立しうることを、正面から承認しなければならない、からである。まさしく本件事案の場合がこれに該当する。

(2) 私見——そもそも「一部代位／全部代位」とは何か——

(i) 私見の概念識別（原「権利（債権・担保権）」上への一部の・部分的な代位なのか、全部的・全面的な代位なのか）

私見によれば、「弁済者代位制度」の基本構造を起点とすれば、「一部代位／全部代位」は、

①原「権利（債権・担保権）」上への一部の・部分的な代位なのか（↓一部代位）、

②全部的・全面的な代位なのか（↓全部代位）、により概念識別されなければならない、と考える。

(ii) 「一部代位」とは

「一部代位」とは、原「権利（債権・担保権）」上に、弁済者が一部の・部分的に代位する場合である。したがって、「一部代位」では、原「権利（債権・担保権）」上に、原「権利者」に加えて（原「権利者」が従前と同様に存立しながら、原「権利者」は離脱・退場していない）、弁済者が一部の・部分的に代位者として登場し、両者競合問題が生じる。競合の場面であり、原債権者は未だ債権の完全満足をしておらず、原「権利（債権・担保権）」上に残留している。

(iii) 「全部代位」とは

「全部代位」とは、原「権利（債権・担保権）」上に、弁済者が全部的・全面的に代位する場合である。したがって、「全部代位」では、原「権利（債権・担保権）」上に、弁済者のみが全部的・全面的に代位者として登場し、両者競合問題は生じない。非競合の場面であり、原債権者は債権の完全満足により原「権利（債権・担保権）」上

から完全離脱する（原債権者の完全満足・完全離脱・退場）。

(iv) 私見の識別基準

(α) そのポイントは、

① 弁済者は原「権利（債権・担保権）」上に一部の代位するのか、全部的に代位するのか、

② 原債権者は債権の不完全満足により原「権利（債権・担保権）」上に残留しているのか、債権の完全満足により原「権利（債権・担保権）」上から完全離脱するのか、

③ 両者競合問題が生じるのか、生じないのか、  
以上三点に集約される。

(β) 前者であれば、「一部代位」であり、後者であれば、「全部代位」である。これが両代位の概念識別基準である、と私見は考える。

### (3) 本件における「一部代位」成立

(i) 上記のように、債権「一部」の代位弁済がなされたのか、それとも債権「全部」の代位弁済がなされたのか（換言すれば、弁済が債権の「一部」か「全部」か）、これにより、「一部代位／全部代位」が区別されるのではない。

——\*この限りでは、五〇二条一項文言は、単に一般の場合（一個債権存在の場合）を想定して、『債権ノ一部ニ付キ代位弁済アリタルトキ』と規定したにすぎない、と理解されなければならない。

(ii) 私見は、「弁済者代位制度」の基本構造の起点にかえり、「『弁済』が一部か、全部か」によってではなく、原「権利（債権・担保権）」上への「『代位』が一部分か、全部のか」により、両代位が識別されるべきである、

と考えている。

たとえば、債権「全部」の代位弁済がなされた場合であっても、その弁済結果として、原「権利（債権・担保権）」上に、なお原「権利者」が従前と同様に存立・残留しながら、弁済者が一部の・部分的に新たに代位者として登場している場面では、まさしく「一部代位」が成立している、と理解しなければならない。

(iii) 本件では、数個債権中の一個債権につき全部弁済がなされたが、その弁済結果として、原「権利（債権（あ）（い）・抵当権）」上に、なお原「債権者」が従前と同様に存立・残留しながら、原「権利（債権（う）・抵当権）」上に、弁済者が一部の・部分的に代位者として登場しており、ここでは両者競合が生じ、まさしく「一部代位」成立の場面である。端的に、競合あるところ「一部代位」の成立あり、と私見は理解するものである。

(iv) 本最高裁判決は、本件事案では、「弁済者一部代位」は成立しておらず、「弁済者全部代位」が成立している、と判断している。

しかし、私見によれば、「弁済者一部代位」が成立している、とみるべきである。したがって、本件事案では、民法五〇二条一項の適用（最判 S 60 年ルール）が問題となり、まさしくその適用場面の一つである、と私見は考えるのである。

——\*「一部額」代位弁済

(i) 既に従前の拙稿（①論文「共同抵当権における代位」、②論文「弁済者一部代位の法構造」）では、債権の「一部」についての代位弁済を「一部額」代位弁済、債権の「全部」についての代位弁済を「全部額」代位弁済（「全部額」代位弁済）、という概念表記を利用している。

(ii) このような概念表記は、当時の学説上も（現時の学説上も）、まったく一般的なものではなかったが、私見としては、五〇二条の存在を前提として、『代位弁済』のもつ特殊な概念意味内容を考慮すれば、同条解釈論において「一

「部代位／全部代位」の概念用法の誤用（形式的論理による「概念スライド」）を予め回避する必要がある、と考えていたからである（しかし、それにもかかわらず、我が国の学説上、「概念スライド」論による識別基準が当然の前提とされてきたことについては、既述(1)参照）。

〈分析5〉 主たる代位対象は何か——「原債権」か、「原抵当権」か——

(1) 「原債権」重視の立場（潮見原審評釈）

(i) 潮見原審評釈一一頁以下は、「一部代位」とは、債権の一部につき第三者・保証人等が債務者に代わって弁済をした場合における、弁済者による『原債権』への代位のことをいう（二重鍵括弧・斎藤）、としている。ここでは、代位対象として、『原債権』を指摘している。

(ii) 代位対象としては、学説上一般に、「原債権」のみならず、「担保（人的担保・物的担保）」もまた、挙げられているのが通例であるが、この点に関して、潮見原審評釈は次のように述べている。

(a) 潮見原審評釈一一頁は、梅・具体例（債権者が債務者に対する債権額の一部を保証人が弁済した場合、債権者が債務者に対する債権額の一部保証人がこの保証額を弁済した場合）にあつては、弁済された債権が『抵当権その他の物的・人的担保のついた債権』であることは、「一部代位」成立の要件でも前提でもない（二重鍵括弧・斎藤）、としている。

(b) さらに、同一一頁は、仮に当該債権が抵当権により担保されたものであつたときには、一部代位により抵当権の一部移転（これにより抵当権の準共有）が生じるが、これは、『原債権』への一部代位の結果として、抵当権もまた随伴性によりその一部が代位弁済者に移転する、ということを意味するにすぎない、としている。

(iii) 以上の趣旨を前提として、五〇二条準則につき、潮見原審評釈一一頁は次のようにまとめている。

一部代位弁済の場合には、一部代位弁済者が『原債権』を取得する場面の特殊性を考慮に入れて、代位弁済者側の代位の利益（求償確保の利益）と原債権者の完全満足の利益とを調整すべく、『原債権』の帰属・支配・行使面で、「全部代位」の場合と異なる特別の準則を設ける必要があり、これが五〇二条準則である（二重鍵括弧・斎藤）、としている。

——\*立法者の「利益裁断」の結果としての五〇二条

(i) 五〇二条論（一部代位論）として、「原債権者・債務者・弁済者／代位者」の三関係当事者間の「利益衡量的分析」の視点から、その「利益調整」の結果として五〇二条ルールの正当性を根拠付けるべきである、という私見の試み（ヘックの「利益法学の方法論」に触発されたものであり、五〇二条についての立法者の「利益裁断」の結果探求は、単に五〇二条に限らず、あらゆる基幹条文について、その探求が必要とされなければならない）については、既に前掲拙稿②論文・「弁済者一部代位の法構造」において提示している。

(ii) なお、潮見原審評釈では、五〇二条の利益調整の具体的内容については、上記本文に引用した趣旨以上には、具体的には示されていない。

(2) 私見（原抵当権）重視の立場

(i) 上記のように、潮見原審評釈二頁以下では、弁済者代位を「弁済者による『原債権』への代位」と定義付け、その代位対象として『原債権』を指摘し、『抵当権その他の物的・人的担保（のついた債権）』は「一部代位」成立の要件でも前提でもない（二重鍵括弧・斎藤）、とした。

端的に、代位対象としては『原債権』のみが肝要であり、『抵当権その他の物的・人的担保（のついた債権）』は副次的なものにすぎず、代位にあつては担保があつてもなくともよく、その「成立」に関係はない、という趣

旨が述べられている。

(ii) しかし、学説上一般に説かれているように、弁済者代位の代位対象は、より広く捉えられるべきであり、原債権者の「原権利（債権・担保）」であり、したがって、弁済者代位は「弁済者による『原権利（債権・担保）』への代位」である、と私見は把握している。

——\*代位の効果（五〇一条本文）

(i) 我妻・債総二五三頁は、弁済者／代位者は、履行請求権・損害賠償請求権・債権者代位権・債権者取消権などのように、その債権について債権者の有する権能のすべてを行使できる、としている。さらに、これを捉えて、これは要するに弁済者／代位者に「債権自体が移転することに他ならない」、としている。加えて、したがってまた、担保（物的担保・人的担保）が移転することも当然である、としている。

(ii) 以上、我妻・債総二五三頁にあっても、代位対象は原債権に付着する広範囲な権能を包摂したものとされ、当然に担保（物的担保・人的担保）もまた代位対象としてこれに包摂されており、このような認識は学説上一般の理解と同様である。

(iii) しかも、代位対象として重視されなければならないものは、原債権ではなく、原抵当権である、と私見は考える。では、その理由は何か。これは、弁済者代位制度の真の「狙い（目的）」は何か、を明らかにすることにより答えられよう。

(a) 弁済者代位制度の真の「狙い（目的）」は、弁済者の「求償権確保」にあり、その実効性を確実化するために、弁済者に原債権者の「原権利」上に代位を認めたものであり、その際、原債権者の「原権利」の、端的に「担保（物的担保・人的担保）」の転用にある、と私見は理解している。これが、メインの主目的である。

(b) 換言すれば、弁済者代位の「制度趣旨」は、原債権者の「担保（物的担保・人的担保）」を弁済者に転用さ

せ、それにより弁済者の「求償権確保」を実効性あるものとする、ことにある、のである。

—— \* 1 たとえば、椿・八頁は、「弁済者代位は求償権を担保権でもって武装強化できる点に効用が存する」と、いみじくも指摘されている。これは、独仏の諸立法例にあつても、共通の認識である。

—— \* 2 石田(喜)・六頁も、「債権への代位(債権移転)を認めねばならないのは、これに付従する人的・物的担保によって、弁済者の求償権の満足を確保する必要があるからである。それならば、端的に担保権などへの代位を認めるほうが、簡明であろう」としているし、さらに、「求償権確保のために、旧債権者の債権に付属していた権利に弁済者が代位する、とみるほうが、むしろ適当であろう」としている。

—— \* 3 外国法に関する邦語文献として、寺田・一四頁も、仏法上の弁済者代位では、「債権者の債権に付されている諸利益、とくに債務者などの財産上に設定された先取特権・抵当権・保証などの担保を利用できる点に、代位の実益がある」とし、同・一七頁は、ドイツ法やその法律構成を同じくするスイス法にあつても、「弁済者代位の実益は、債権者の債権に付された担保を弁済者自身の求償のために転用できることにある」として、これは「各国共通である」としている。

(iv) では、「原債権」の転用は、制度の真の「狙い(目的)」から外れるのか。

(α) 私見は、「原債権」の転用は、真の「狙い(目的)」から外れ、二次的・副次的意味しかもたない、と考えられている。弁済により弁済者は既に「求償権」(弁済者如何により民法上の求償権根拠規定が存在しており、根拠規定を欠くときには、「衡平」の観点から広く不当利得返還請求権が求償権を根拠付ける、と私見は考える)を取得しており、「求償権」がある以上、これに加えて、さらに「原債権」の転用は、弁済者にとつてもはや不要といえる、からである。

(β) 端的に、弁済者にとつて二つの債権(「求償権」と「代位対象債権たる原債権」)は不要であり、弁済対象の

「原債権」は代位対象として二次的・副次的意味しかもない、ということである。

——\*1 求償権成立についての明文根拠規定

(i) 求償権の成立・内容は、原則として「弁済者と債務者の関係」如何により、決定される。但し、日本民法上、弁済による求償権成立については、個別的に明文根拠規定が置かれている。

(ii) たとえば、保証人・物上保証人・連帯債務者についての、四五九以下・三五二・四四二以下の条文が、その例である。また、その他の弁済者についても、「当該弁済者と債務者の関係」により、あるいは委任事務処理の償還請求権（委託による弁済・六五〇参照）や事務管理の償還請求権（委託によらない弁済・七〇二参照）として、求償権成立が根拠付けられる（我妻・債総二四九頁）。

——\*2 弁済者代位の「要件」としての求償権取得

(i) 弁済者代位の「要件」と一つとして、「第三者または共同債務者の一人が弁済をなし、求償権を取得すること」（我妻・債総二四九頁）が、学説上、指摘されている。

(ii) 上記のように、保証人・物上保証人・連帯債務者では、求償権取得の個別の明文根拠規定があるし、その他の弁済者であっても、受任者や事務管理者の費用償還請求権規定により、求償権取得が根拠付けられるので、「弁済による求償権取得」の要件具備は弁済者にとって比較的容易である。

——\*3 弁済者代位制度の「求償権」とは何か

(i) 「求償権と弁済者代位権の関係」につき分析する権・八頁以下では、「いわゆる求償権が何を意味するか明確ではない」という、まさしく鋭いというべき問題意識から、次のように指摘する。

(ii) ここでは、「法定代位権者の範囲拡大」の学説・判例の傾向に注目しながら、「弁済による求償権取得」の代位要件化を考察すれば、ここで「求償権」とは、個別の明文根拠規定による求償権というよりも、むしろ「かなり一般的な

『償還請求の権利』を意味するといわねばならない」という的確な指摘(椿・九頁)がなされている。さらに、とすれば受任者・事務管理者の費用償還請求権のみならず、「不当利得の返還請求権(七〇三条)」まで包摂してもおかしくない(椿・一三頁)、という指摘がなされている。

(iii) 私見もこの指摘に共感し、弁済者代位制度の「求償権」は、弁済者・債務者間の「衡平」の観点から、広く「不当利得の返還請求権(七〇三条)」をその基盤たる根拠規定とし、この意味で不当利得法理の妥当する一場面である、と考えるものである。換言すれば、弁済者代位制度の「求償権」要件は、弁済者如何によつて個別の様々な根拠規定により裏付けられているが、その基盤は「不当利得の返還請求権(七〇三条)」にある、と端的に理解するのである。

——\* 4 「求償権」と「原債権」の請求権競合

(i) 両者は一つの目的に向けられた二個の債権であり、請求権競合となる、という点で、学説は一致している(旧くは、柚木・「保証人の求償権をめぐる諸問題・下」・金法二六三／一三、さらには星野・論集二／二五二等)。

(ii) この請求権競合の場面で、後述(分析6)でも論及するように、私見は、「原債権」は存続擬制の擬制的存在であるのに対して、「求償権」は明文根拠規定による実在的存在であるところから、その競合の実体は「求償権」という債権一本である、と理解するものである。

〈分析6〉「原債権」論——「原債権」と「原抵当権」はどのような関係にあるのか——

(1) 「原債権と原抵当権」の関係如何

「原債権」と「現抵当権」はどのような関係にあるのか。弁済者代位制度の狙いが、求償権確保のための「原債権」転用にあるとすれば、同じく代位対象としての「原債権」は代位制度においてどのように位置付けられるのか。

——\*代位では、一般的に「原債権」は存続擬制とされている。代位対象としての真の狙いが「抵当権」転用にあるすれば、「原債権」はなぜ存続擬制とされるのか、という問題でもある。

(2) 「原債権」存続（非消滅）の必要性と理論構成

(i) 一般原則からすれば、債権は弁済（債権者の満足）により消滅する。しかし、債権消滅とすれば、それにより抵当権も消滅する（抵当権の付従性）結果となり、弁済者にとって「担保（物的担保・人的担保）」利活用（流用）が不可能となってしまう。

(ii) とすれば、「担保（物的担保・人的担保）」を生かし、それを利活用（転用）（↓その存続（非消滅））させるためには、論理必然的に「原債権」を存続（非消滅）させなければならない。

(iii) かくして、「原債権」存続（非消滅）のための「理論構成」の必要性が浮上してくる。

(3) その「理論構成」如何

(i) では、弁済（債権者の満足）による債権消滅（一般原則）にもかかわらず、それを存続（非消滅）とするためには、どのような「理論構成」が必要となってくるのか。

(ii) 独仏学説史上、既に克服された諸見解を度外視すれば、現段階では、二つの「理論構成」の可能性（債権存続の擬制論⇔非擬制論）がある、と私見は考えている。

(iii) 以下では、私見による理解・再構成を踏まえて、これを説明しておく。

——\*「弁済者代位制度」の理論構成

(i) 永い歴史的経緯

上記の一般原則（債権者の満足による債権消滅）に抵触することのないように、特別の「理論構成」の必要性が必然化し、古くはローマ法からフランス法やドイツ法に至るまで、諸学説により様々な「理論構成」の試みがなされてきた。それは、極めて精緻であり、かなり技術的要素が強い。

(ii) わが国の一般的学説

わが国の一般的学説もまた、その延長線上に位置しながら（上記の独仏の諸学説に準拠しながら）も、その「理論構成」にそれ程立ち入ることをせず、「弁済者代位」をさりげなく簡潔に構成・説明しているか、あるいはこれにほとんど何も論及することなく、日本民法上の各論的検討に入っているのが、通例である。本件各判批も、同様である。

(iii) 我妻・債総二五四頁での理論構成

(α) たとえば、我妻・債総二五四頁は、代位の性質として、「弁済によって消滅すべきは債権の権利が、法律上当然に、弁済者に移転するのであって、譲渡ではない（したがって、對抗要件を必要としない）（通説・判例）」としている。また、五〇一条本文の説明に際し、代位の効果として、同二五三頁は、「要するに、その債権自体が移転することにならぬ……。……したがってまた、担保が移転することも当然である」、としている。

(β) さらに、同二四七頁は、弁済により消滅すべき債権及びこれに伴う担保権は悉く弁済者に移転するが、これは「理論的に正確に言えば、第三者の弁済は、弁済者の代位を生ずる限度では、債権の相対的消滅を生ずる、というべきである」、としている。

(γ) 以上、いずれの記述も、極めて簡潔である。

(iv) 邦語文献

なお、外国法に関する邦語文献として、岡松参太郎・「代位の性質」・法学志林一〇／三／一以下、寺田・「外国の代位弁済制度の概略」・手形研究三〇七／一四以下・S 56が、その法律構成に論及する。

(v) 判例

判例では、「債権者の債権は、弁済によって債権者・債務者間では消滅するが、弁済者のためにはなお存続し、この弁済者が旧債権者に代って債権者となる」(最判S 53/7/4・民集三三/七)とするものがある。旧債権者に代って弁済者が登場する、という限りで、「人の代位」としての法構成がみられる。

(4) 存続擬制論

(i) 原債権は本来消滅するが、これを存続擬制し、これに弁済者を代位させる、という理論構成である。

——\*「弁済者代位」を「法的主体(人)の交代」とする点で、いわば仏型構成に接近する(⇩独型・法定移転)。

(ii) これは、代位主体たる「権利主体(代位者)」に注目し、原「権利」上における「人の交『代』」(権利主体の交『代』)を法構成するものである。すなわち、「弁済者代位」の構造は、原「権利」上に存立していた原債権者Gが退場し、彼に『代』り、弁済者Bが代位者として登場し、その地『位』に就く、というものである。

(iii) 原「権利」上における「G退場/B登場」であり、G地『位』にBが『代』わって就くという、「人の交『代』」(権利主体の交『代』)が、ここでの理論構成の核となっている。

——\*キーワードは、「人」の交代・移動、代位対象たる原「権利」は移動・移転せず、その原「権利」上に人が移動する、原「権利」上で「G退場/B登場」、Bは代位者となる、というものである。

(5) 非擬制論(相対的消滅論)

(i) 原債権は、対原債権者G関係では消滅するが、それは相対的消滅であり、絶対的には消滅しておらず、対債務者S関係では弁済者のために存続し、弁済者Bに法定移転する、という理論構成である。

——\*「弁済者代位」を「債権の法定移転」とする点で、いわば独型構成に接近する（◇仏型・人の交代）。

(ii) 対G関係と対S関係、この二つの場面で原債権の帰趨を区別している。債権目的論（債権は債権者の満足を目的とする）からすれば、弁済（債権者の満足）により、債権は目的を達成し消滅する（債権者の満足↓目的達成↓目的範囲内で債権消滅）。したがって、対G関係では、債権は消滅（相対的消滅）する。しかし、求償のために利用すべき範囲内では、債権は目的を達していない。そこで、対S関係では、法律はその範囲内で債権を存続させ、当該債権を「弁済者／代位者」のためにこの者に移転させた、とするのである。

(iii) これは、代位対象たる原「権利」に注目し、原「権利」の法定移転を法構成し、これを「弁済者代位」の構造と理解するものである。

——\*キーワードは、代位対象たる原「権利」の移動・移転（「人（法的権利主体）」は動かない）（SからBに移転）、対G関係では債権消滅（相対的消滅）、しかし対S関係では債権存続、この債権が法の規定により弁済者Bに移転（法定移転）、当該債権をBは特定承継、Bは代位者となる、というものである。

## (6) 私見

(i) 代位の「結果」（代位の「効果」）如何についてみれば、「G」S間の原「債権・抵当権」関係が「B」S間関係にスライドしている、という限りでは、両説（存続擬制説・法定移転説）は共に同様である。

(ii) とすれば、問題は、①原債権の存続擬制を前提として、代位を代位対象上の「権利主体の交代」と構成（仏型）するか、②原債権の対G関係での相対的消滅（対S関係では消滅していない）を前提として、「代位対象の法定移転」と構成（独型）するか、そのいずれが日本民法上の法解釈論として適合的か、にある。

(iii) いわば、①代位対象上で「人が動く（人の代位）」のか、②それとも人は動かず「代位対象それ自体が動

く(権利の法定移転)」のか。日本民法上の法解釈論として、そのいずれが理論構成として適合的なのか、の問題である。

(iv) 従前の拙稿②論文では、「弁済者代位制度」に関する日本民法の独特の立法系譜・法規定・独学説継受等をトータルに考慮して、上記のいずれの構成にも準拠せず、「第三の道」を歩んでいる。

(α) すなわち、原債権は存続擬制される(この点で①型構成に接近する)、さらに続いて原債権は当然移転する(この点で②型構成に接近する)、以上を法解釈論として承認する、というものである。端的に、弁済により本来消滅すべき原債権は「存続擬制」され、原債権者から弁済者に「当然移転(法定移転)」する、これが「弁済者代位の法構造」である、と理解したのである。

(β) 日本民法上、原債権の「法定」存続擬制についても、その「法定」移転についても、その明確な明文根拠規定を欠いているところから、私見は、以上の理論構成を、法解釈論上、主張している。

(γ) なお、以下、拙稿②論文で論じられたこの基本的趣旨(キーポイント)につき、なおその論旨の「補充説明」のために、本稿にて新たに「\*注」で補足しておきたい。

—\*1 乖離点

私見は、原債権は存続擬制としながら、「人の代位」構成は採らない。この点で、①型構成から乖離する。さらに、原債権は当然移転としながら、「原債権の相対的消滅」構成は採らない。この点で、②型構成から乖離する。

—\*2 仏民法への接近

弁済者代位制度に関する立法経緯よりすれば、日本民法は、仏民法並びにその系譜をひく伊民法を、その母法としている。そして、仏民法上、代位一般規定が存在し、代位は「人の交代(交替)」と構成され、旧くはポティエに代表されるように、原債権の「存続擬制論」が有力であった。したがって、以上の限りで、日本民法(学)は、仏民法並びに

その法解釈論に、自ずと接近せざるを得ない。

—— \* 3 独民法学からの影響

明治期以降の日本民法学の発展経緯よりすれば、日本民法学は、独民法学からの影響を、その学説継受・理論継受という形で、極めて濃厚に受けている。たとえば、代位の性質についても、「弁済によって消滅すべきは債権が、法律上当然に、弁済者に移転する」(我妻・債総二五四頁) という学説の指摘に接するとき、「債権移転」を統一的なキーワードとして、代位を「法定の債権移転」と構成する独民法学からの影響を、看取せざるを得ない。

—— \* 4 独型・「債権移転」基軸の法典構成

独法体系は、債権が「ある法的主体から他の法的主体に移転」(人から人に移動) するという法的現象(「債権移転」)に注目して、これを三つの類型に識別している。①債権の任意譲渡(両当事者の意思による譲渡)、②法定譲渡(法律の規定による法律上当然の譲渡)、③執行処分としての譲渡(執行裁判所による強制譲渡)、の三つである。そして、代位は、②の「法定譲渡」の一場合、すなわち債権の「法定移転」として、位置付けられている。

—— \* 5 独型・弁済者「代位(Surrogation)」の一般原則の不存在

(i) 独民法は、弁済者「代位(Surrogation)」の一般原則(弁済により弁済者は原債権者の原権利上に代位する)を認めておらず、そもそもその「代位一般規定」を欠いている。しかし、その弁済が実質的には他人の債務の弁済であり、広く第三者弁済であるとすれば、債務者との関係では、弁済者の立場は保護・カバーされなければならない。では、独民法はどのような方策を採ったのか。

(ii) 独民法は、第三者弁済により、当該債権は原債権者より弁済者に法定移転する、と法規定している。弁済者に「弁済者代位」を認めるのではなく、弁済者への「債権の法定移転」を認めることにより、弁済者の利益において、その立場を保護・カバーしたのである。しかも、「弁済者」如何(誰が弁済者か)によって、その規定上、個別的にそ

の「債権の法定移転」が定められている。

——\*6 「弁済による代位」や「代位弁済」の概念用法（↓独民法上は適合しない）

独民法上の法律構成を前提とすれば、弁済により「代位」は生じないのだから、日本民法の法解釈論上において一般的に利用される、「弁済による代位」や「代位弁済」の概念用法は、独民法上の制度説明には、必ずしも適合しないことになる。独民法上の制度設計の下では、弁済の法的効果論として、「代位」を論ずることは、できない、ということである。独民法上、あくまで、弁済による「債権の法定移転」として、論じられなければならない。

——\*7 独民法上の債権「デュアルの構造」

(i) 上記のように、独民法上、弁済者「代位一般規定」を欠いているところから、弁済者への「債権の法定移転」により、弁済者の立場を保護・カヴァーした。いわば、デュアルな形での、「原債権」転用が、弁済者の利益のために、企図されたのである。

(ii) 原債権を法定移転させ、これをダイレクトに弁済者のための「求償債権」として使う、という構造からすれば、債権は元来、いわば「デュアルの構造」をもっている、といえよう。原債権には、その構造上、原債権者の「本来債権性」と弁済者の「求償債権性」という、二つの機能・性質があり、第三者弁済により、原債権者の本来債権が弁済者の求償債権に転換する、と理解できる、からである。

——\*8 日本民法上の債権存続擬制・法定移転の「手段」性

(i) しかし、日本民法上にあつては、弁済者代位の根拠「一般規定」（四九九条以下）が存在し、弁済者如何によつて、規定上、個別的にその「求償権根拠規定」（四五九条以下・三五一条・四四二条以下）も存在している。したがつて、日本民法上、「原債権の移転」を法構成したとしても、その債権移転のもつ意味は、独民法上におけるとは、自ずと異なるものとならざるを得ない。

(ii) ここでは、弁済者には求償権（↓その根拠規定により個別具体的な「求償債権」となる）が許与され、この求償債権確保のために、代位の根拠「一般規定」（五〇一条等）により、弁済者代位が成立する、からである。とすれば、日本民法上、「原債権移転」は、それに付随する「担保権移転」を招来するためにとって、まさしく主としてこれのための、必要とされるのである。

(iii) 私見は、日本民法では「求償権根拠規定」がある、弁済者はこの「求償債権」を行使すればよい、この限りでは「原債権」を使う必要はない、しかし求償債権確保のためには「抵当権」転用は必要である、そこで「原債権」存続擬制し「抵当権」を存続させ共に移転させる、とすれば債権存続擬制・法定移転はそれ自体「目的」ではなく「手段」（担保権転用のための手段）にすぎない、という論理展開に基づくものである。

——\*9 原「権利義務関係」のスライド

(i) 理論構成の結果としての原権利義務関係「スライド」

上記の擬制論・非擬制論、このいずれも「全部代位」を念頭においての理論構成である。しかも、両説は、「G」・S間の原「債権・抵当権」関係が「B」・S間関係にスライドしている（以下、原権利義務関係「スライド」論と称する）、という限りでは、共に同様であった。

(ii) 原債権者G「退場」と弁済者B「登場」

これを、私見は、

① 「全部代位」では、原「債権・抵当権」上における、原債権者Gの「完全・全部的・全面的退場」、弁済者Bの「完全・全部的・全面的登場」、という法現象として、理解した。

② また、同様に、「一部代位」では、原債権者Gの「不完全・一部の・一面的退場」（換言すれば、原債権者Gの「不完全・一部の・一面的残留」）、弁済者Bの「不完全・一部の・一面的登場」、という法現象（競合現象）として、理解

した。ここでは、原「債権・抵当権」上における「原債権者Gと弁済者Bの競合」が生じている。

(iii) 原債権者「不要」↓弁済者「転用」

(α) 「弁済者代位制度」では、弁済による原債権者の満足の結果、原「債権・抵当権」が消滅すべきところ、弁済者の利益のために、これが存続させられる。これは、原債権者にとってもはや「不要」となったものを、弁済者の利益のために、「転用」させる、ということ意味している。

(β) このような観点からは、

① 「全部代位」では、原「債権・抵当権」がGにとって全面的不要となり、これをBが全面的転用し、

② 「一部代位」では、Gが一部の不要となったものを、Bが一部の転用する、といえよう。

——\*10 G B間利害調整

(i) Gにとつてもはや不要となった担保権、これを求償権確保の実効性確保のためにBに転用させる。これが弁済者代位の構造である。

(ii) ①全部代位では、G全面的不要、B全面的転用、そっくりBがGに「成り代わる」、というものである。したがって、「G B間利害調整」は必要なし、といえる。

(iii) ②しかし、「一部代位」では、事情が異なり、G一部の不要、B一部の転用、代位対象たる原「権利」上で「G B両者競合」、というものである。したがって、「競合問題」の解決が必要となり、この調整ルールが五〇二条一項であると私見は理解している。

——\*11 本件事案では(う)債権存続擬制の必要性はない

(i) (う) 債権は完全弁済により消滅すべきであるが、これを存続擬制する、これが弁済者代位であった。  
(ii) しかし、厳密に言えば、本件事案では、この場合であっても、(う) 債権存続擬制の必要性はない。なぜなら、

(う) 債権が消滅しても、他の(あ・い)債権は従来どおり存在しているのだから、当該原抵当権も従来どおり存続し続けており、(う)債権存続擬制の必要はない、のである。

(iii) 弁済により(う)債権がそのまま消滅したとしても、なおBは当該原抵当権上に代位できる。ここでは「GB両者競合」が現出し、その「競合解決ルール」としての五〇二条一項適用の場面となる。

## 五 本件結論(私見)

### 1 論点

一個抵当権の數個被担保債権中の一個債権、その一個債権についての連帯保証人Y銀行による債権全額の弁済、これにより生じる「代位」とは、「全部代位」なのか、「一部代位」なのか。さらに、抵当不動産の売却代金は原債権者X公庫と連帯保証人Y銀行(代位者)との間でどのように配分されるのか。

### 2 私見

まさしく「一部代位」成立の場面であり、五〇二条一項により抵当不動産の売却代金は「原債権者X公庫優先／連帯保証人Y銀行(代位者)劣後」で配分され、五〇二条一項の法解釈／適用に関する「最判S60年ルール」が妥当する、と私見は考える。この点で、本件最判(全部代位の成立、S60年ルールを適用せず)の理論的不当性がある。

### 3 論証、その1

(1) 利益分析

(i) X公庫の「残余他債権の回収」の利益

(α) X公庫には、どのような利益が認められるのか。

(β) 原債権者X公庫の立場からすれば、数個被担保債権中の一個債権(う)につき、連帯保証人Y銀行より当該債権全額の弁済を受けても、なお残余の他債権(あ)(い)を有しており、X公庫には「残余他債権の回収」の利益が認められる。

(γ) そして、その弁済受領後であっても、原債権者X公庫は、従前から同様に、当該「抵当権」の権利主体者であり、「残余他債権」の権利主体者であり続けている。

(ii) Y銀行の「求償権確保」の利益

(α) Y銀行には、どのような利益が認められるのか。

(β) 弁済者たる連帯保証人Y銀行の立場からすれば、当該弁済は「代位を生じる弁済」であり、弁済者Y銀行は求償権確保のために原権利者Xの「原権利」上に代位しており、Y銀行には「求償権確保」の利益が認められる。

(γ) そして、その弁済後にあつては、連帯保証人Y銀行は、新たに、民法規定による法定代位権者として、「債権(う)・原抵当権」上に代位し、新たに「債権(う)・原抵当権」の権利主体者となっている。

——\*1 「代位対象」如何

(i) この場合、その代位対象は具体的に何か。一般的に言えば、代位対象は原権利者の「原権利」であり、本件では具体的には原「債権・抵当権」である。

(ii) より正確には、ここでの弁済が数個被担保債権中の一個債権(う)についての全額弁済であるから、弁済された

当該「債権(う)」上に、代位がなされている。しかも、当該「債権(う)」は一個抵当権の複数被担保債権中の一個債権であるから、「債権(う)」上への代位の結果として、「抵当権の付従性」により「原抵当権」上にも、代位がなされることになる。したがって、本件における代位対象は「債権(う)」・「原抵当権」である。

—— \* 2 真の狙い如何

- (i) 原抵当権の転用にある。
- (ii) 債権(う)と求償請求権は「請求権競合」の関係にあるが、求償請求権がその根拠規定に基づく実在債権であるのに対して、債権(う)は擬制された虚構の存在であり、競合の実体は求償請求権にある。債権(う)はダミーであり、原抵当権を生かし、これを転用するためのみ、債権(う)が存在擬制された。Y銀行は、債権(う)をとおして、原抵当権に乗り入れ、自己の求償請求権確保のために原抵当権を転用する。これは、原抵当権への、いわば間接的な関与である。

(iii) なお、Y銀行としては、直接的な形で原抵当権利用のために、当初より求償請求権を被担保債権として抵当権設定・取得の手段も、可能である(求償抵当権)。

(2) 「一部代位」成立の場合(「弁済後」の法律関係如何)

弁済後、両者の法律関係はどのようなものとなったのか。

(i) 上記のように、本件弁済後、原債権者X公庫は、「残余他債権(あ)(い)・原抵当権」の権利主体者たり続けている。他方、連帯保証人Y銀行は、「債権(う)・原抵当権」上に代位し、新たにその権利主体者となっている。

(ii) Y銀行の代位対象となった「原抵当権」に注目すれば、この「原抵当権」上には、一方には残余他債権(あ)(い)の抵当債権者X公庫が存在し、他方には債権(う)の抵当債権者Y銀行が存在し、この両者が「競

合」している。これは、Y銀行の弁済を契機として、同一「原抵当権」上に、抵当債権者X公庫が「残留」しながら、そこに弁済の結果としての抵当債権者Y銀行が新たに「登場」している、という法律関係である。

(iii) 上記の新たに現出した法律関係は、「一部代位」か、それとも「全部代位」か。

私見は、「原抵当権」上の一部分に新たに代位者としてのY銀行が登場し、従来からの抵当債権者X公庫と「競合」するに至り、これは両者競合、まさしく「一部代位」成立の場面に他ならない（「全部代位」成立の場面ではまったくなく）、と考える。

#### 4 論証、その2——配当問題、X優先／Y劣後、その簡潔論証——

##### (1) 結論

(i) 抵当不動産の換価売却代金はどのように配分されるべきか。

(ii) 五〇二条一項により、抵当不動産の換価売却代金は「X優先／Y劣後」で配分されるべきである、と私見は考える。

##### (2) 「利益」調整・検証

(i) 上記のように、同一「原抵当権」上においてX公庫とY銀行が競合し、X公庫には「残余他債権の回収」の利益が認められ、Y銀行には「求償権確保」の利益が認められる。

(ii) では、両「利益」は、両者間の「衡平」確保の視点から、どのように調整されるべきか。その「利益」内容が検証されなければならない。

##### (3) X公庫の「残余他債権」

X公庫の「残余他債権」は、「原抵当権」設定時の当初から存在し、そもそも「原抵当権」の被担保債権とさ

れていたものである。端的に、当初より「原抵当権」の被担保債権性を有し、「原抵当権」による担保的保全を享受し得る、「実在の」被担保債権である。このことは、Y銀行弁済/X公庫弁済受領「後」にあつても、些かも変化していない。

(4) Y銀行の「求償権」

(i) Y銀行の「求償権」は、より具体的には四五九条の明文規定による債権（委任事務処理費用償還請求権）であり、広く「求償請求権」のことである。これは、「原抵当権」設定段階には存在しておらず、そもそもは「原抵当権」の被担保債権ではなかったところ、Y銀行の弁済により初めて生じた債権である。

この債権は、そもそも当初より「原抵当権」の被担保債権性を有しておらず、「原抵当権」による「担保」的保全も享受していなかったものである。

(ii) では、Y銀行の弁済/代位により、この「求償権」は新たに「原抵当権」の被担保債権となるのか。

「原抵当権」の被担保債権とはなり得ず、Y銀行は、単に求償権「確保」のためにのみ、「原抵当権」を転用できるとはできない、と私見は考える。端的に、Y銀行の代位した「原抵当権」は、求償権「担保」の原抵当権ではなく、求償権「確保」の原抵当権にすぎない。

(α) Y銀行の「求償権」が「原抵当権」の被担保債権性をもち得ないとすれば、Y銀行が代位した「原抵当権」の被担保債権は何か。

勿論、ここでの「原抵当権」の被担保債権性を有しているのは、弁済対象であった債権(う)である。「原抵当権」設定段階に存在し、そもそも当初より「原抵当権」の被担保債権であった、債権である。弁済を契機として、この「債権(う)・原抵当権」上に、Y銀行は代位したのである。

(β) 債権(う)は完全弁済されたのだから、本来消滅する筈である。しかし、その完全弁済にもかかわらず、

債権（う）は法律の擬制により存続させられている。債権（う）の消滅、付従性による原抵当権の消滅、この連鎖を断ち切ることが、必要だったからである。したがって、この意味では、債権（う）はもはや擬制的・虚構的存在にすぎない。

——\*上述の如く、弁済により債権消滅となれば、付従性により原抵当権も消滅することとなり、求償権者は原抵当権を転用できなくなってしまうところから、弁済者代位制度では弁済対象たる債権の存続擬制が法構成されている、からである。

(7) 弁済対象たる債権（う）は、原抵当権転用の目的のために存続擬制された、いわばバーチャルなものであり、そのようなものに弁済者Y銀行は代位したにすぎない。Y銀行の求償のための債権は、あくまでその根拠規定たる四五九条債権（委任事務処理費用償還請求権）であり、これが実在債権としてある。

したがって、バーチャルな債権（う）、実在債権としての四五九条債権、この両債権はいわゆる「請求権競合の関係」にあるが、Y銀行の債権者としての実体は「四五九条債権」にある、と考えられる。

(8) 虚構的な「債権（う）」、これを被担保債権とする「原抵当権」、これらの両者（虚構的な債権（う）・原抵当権）に代位した弁済者Y銀行、このY銀行はその求償権（四五九条債権）「確保」のために原抵当権を転用する、これが「弁済者代位制度の構造」である。

換言すれば、Y銀行は、その求償権（四五九条債権）「担保」のために原抵当権による担保的保全を享受し得るのではなく、単に求償権（四五九条債権）「確保」のために（求償権回収を実効性あるものとすべく）、いわば間接的に原抵当権を転用できるにすぎない。

(iii) 弁済者と債務者との「事後的・内部的調整措置」としての「求償権」

(a) 上記のように、Y銀行の「求償権」は、四五九条債権（委任事務処理費用償還請求権）であり、広く求償請

求権である。とすれば、これは弁済者と債務者との、もつぱら「内部関係」によって決せられるものである（我妻・債総二四九頁・求償関係は「弁済者と債務者との内部関係」である）。

(β) 求償関係が「衡平」の視点からの弁済者と債務者との「事後的・内部的調整関係」だとすれば、「求償権」はその内部的調整の措置にすぎず、その結果は「外部関係」に些かも影響を与えるものであってはならない。求償の方法・額・範囲の内部的調整の措置が、原債権者の「残余他債権の回収」の利益（これは抵当権利用による担保的保全がなされた回収である）、これにいかなる不利益・干渉・影響をも与えるべきではない、と私見は考えられる。

(γ) 換言すれば、まず先行して債権者・債務者間の「原債権債務関係」が「決済」されなければならず、その「決済後」にあつてはじめて、「求償債権債務関係」が「決済」されるべし、ということである。後者はそもそも前者の処理決済後の事項である、からである。この限りでは、両債権（原債権と求償債権）には、「決済」の時的関係として、時間的先後関係（優劣関係）がある。

(iv) Y銀行の法的地位それ自体に劣後性あり

(α) Y銀行は原債権者X公庫に劣後されざるを得ない。これは、原債権者X優先の積極的理由があるから、なのではない。そもそもY銀行の法的地位それ自体に劣後せざるを得ない理由がある、からである（この点で、H17年判決が原債権者Xの優先的弁済を受ける根拠を探索し、これが不存在であるとして、その結論（両者按弁済）を導出しているのは、不適當である。三三(3)）。

(β) 虚構的な債権（う）に代位したにすぎないY銀行、彼の真の实在債権は求償権であり、四五九条債権であり、その求償権「確保」のために原抵当権を転用できるにすぎない。原抵当権の「転用」権限者にすぎない代位者Y銀行は、自ずと原抵当権の本来的「利用」権限者たる原債権者X公庫に、劣後せざるを得ない。

(γ) さらに、上記のように、求償関係に注目すれば、それは「弁済者と債務者との内部的調整関係」にすぎな

いだから、原債権者に元来認められていた「残余他債権の回収」の利益（抵当権利用・担保的保全がなされた回収）に、いかなる不利益・干渉・影響をも与えるべきものではない。換言すれば、主債務者A（系列子会社）の主債務を「保証」すべく、主債務者とはほぼ同格レベルの「連帯」保証人となったY銀行（親会社）は、その「保証債務」履行に伴う「事後的・内部的調整措置」としての求償債権行使にあっても、なお「保証人」たる地位の延長線上に位置する「求償債権者」として、原債権者X公庫に劣後せざるを得ない（保証人の「そもそもの劣後的地位」については、拙稿②論文参照）。

(θ) なお、付言すれば、債権の一部額弁済者に「一部代位」が認められるべきかについては、そもそも歴史的・理論的・立法的に議論のあった（代位否定論あり）ところであり、ここからも「代位者劣後」の本来的構造が看取されよう。

——\*その他の「重要論点」については、拙稿②論文において、ほぼ網羅的に論及しているので、基本的にはそれ譲りたい。また、本稿引用文献は拙稿②論文公表「後の」もの、とりわけ本件判例評釈を中心とし、本文叙述に必要な限りでその引用を簡易化している。したがって、②論文公表「以前の」文献については、②論文中の「文献リスト」がほぼ網羅的にリスト・アップしているので、これを参照されたい。

なお、本件最判以外のいくつかの「重要最判」についての、さらなる検討は、既に紙数も尽きているところから、別稿に委ねる。

完

#### 【基本文献リスト】

前稿（法研81/12号）の「文献リスト」を参照されたい。ここでは、基本的にはその重複を避け、提示する。

一 解説として、

- ① 椿寿夫・「求償権と弁済者代位権の関係」・手形研究 25/2/8 以下・S56/1
- ② 石田喜久夫・「代位弁済制度の意義および機能」・手形研究 25/2/4 以下・S56/1
- ③ 寺田正春・「外国の代位弁済制度の概略」・手形研究 25/2/14 以下・S56/1

二 判例研究として、

- ① 塚原朋一・原審判例研究・金法 1734/40・05/3・原審判決に賛成
- ② 潮見佳男・原審判例研究・金法 1725/8・04/12・原審判決に疑問反対
- ③ 同・本件最高裁判例研究・銀行法務 21/645/54・05/4・最判に賛成

三 関連拙稿として（執筆時以前の諸文献については、「文献リスト」として、ほぼ網羅的に記載してあるので、それに委ねる）

- ① 斎藤和夫・「共同抵当権における代位（1）（2）（3完）——後順位抵当権者と物上保証人の優劣関係、その類型的検討——」・慶應法研 57/9・10・11/・(S59/9・10・11) (1984/9・10・11)
- ② 同・「弁済者一部代位の法構造——原債権者と一部代位者の競合関係、その利益較量的分析——」・慶應法研 60/2/159 以下・S62/2 (1987/2)