

共同抵当権の「三つのルール」、その相互関係の解明

— 民法三九二条論 —

斎 藤 和 夫

一 民法三九二条の「三つのルール」

0 「三つのルール」

1 民法三九二条Ⅰ項のルール内容（↓「同時配当」手続における共同抵当権者の、各不動産からの按分負担額に応じての、優先弁済受領権能）

2 民法三九二条Ⅱ項前段のルール内容（↓「異時配当」手続における、共同抵当権者の競売不動産からの、その不動産の按分負担額とは無関係に、被担保債権全額の優先弁済受領権能）

3 民法三九二条Ⅱ項後段のルール内容（↓次順位抵当権者Bの、按分負担額限度での、「非競売」不動産上のAの抵当権について、その代位行使権限）

4 小 括

二 「三つのルール」の相互関係

0 序

1 Ⅰ項ルール（↓「同時配当」ルール）

2 Ⅱ項前段ルール（↓「異時配当」ルール）

3 Ⅱ項後段ルール（↓「異時配当」後の次順位抵当権者の代位権行使権能ルール）

三 結論総括

一 民法三九二条の「三つのルール」

0 「三つのルール」

(i) 本稿の課題

(a) 民法三九二条^(*)では、「三つのルール」が定められている。Ⅰ項のルール、Ⅱ項前段のルール、Ⅱ項後段のルール、の三つである。

(β) では、これらのルールはどのようなものなのか。そして、これらの「三つのルール」はどのような相互関係にあるのか。

(γ) これが本稿の解明の課題である。

(ii) 論述の進行として、

(a) まず、その各ルールの「意味内容」を、私見の基本的立場から、ルール別に、明らかにする(↓本稿一)。

(β) 次いで、解明された「ルール別内容」を踏まえて、「三つのルール」の相互関係如何を解明する(↓本稿

二)。その際、各ルールの「理論的位置付け」に注目し、これを小括する^(**)(↓本稿二1(5)・2(3)・3(5))。

(γ) 最後に、結論を総括する(↓本稿三)。

—— (*) 民法三九二条

Ⅰ項 債権者が同一の債権の担保として数個の不動産につき抵当権を有する場合において、同時にその代価を配当すべきときは、その各不動産の価額に応じて、その債権の負担を按分する。

Ⅱ項 債権者が同一の債権の担保として数個の不動産につき抵当権を有する場合において、ある不動産の代価のみを配当すべきときは、抵当権者は、その代価から債権の全部の弁済を受けることができる。この場合において、次順位の抵当権者は、その弁済を受ける抵当権者が前項の規定に従い他の不動産の代価から弁済を受けるべき金額を限度として、その抵当権者に代位して抵当権を行使することができる。

——（*） 既公表の拙稿研究

(i) 既に「共同抵当権論」（民法三九二条論）については、以下の拙稿を公表してきている。

①拙稿・「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）（一九八四年九月・一〇月・十一月）（↓類型化に基づく「総合的判例研究」を含む）（↓本稿では、「拙稿研究（１）（２）（３完）」一九八四年として引用する）（↓なお、「拙稿研究」は二部構成であり、「拙稿研究（１）」は各ルールの適用要件論解明を目的とした理論的考察であり、「拙稿研究（２）（３完）」は、それまでの判例事例を網羅しながら、その他のさまざまな想定事例を加えて、事例類型化をおこない、その類型的考察を統一的・体系的に試みたものである）。

②拙稿・判例研究（最判S60／5／23）・判時1158／一九二頁・一九八九年

(ii) 本稿は、従前の拙稿研究の論述範囲（↓「拙稿研究（１）（２）（３完）」は、そのサブタイトルからも明らかに、「後順位抵当権者の代位権」（民法三九二条）と「物上保証人の代位権」（民法五〇〇条―五〇一条）の競合問題をトータルに論じたものであり、その分析に際しての前提として、三九二条の「三つのルール」の相互関係如何につき、私見の基本的立場を明らかにしている）中での、三九二条の「三つのルール」の相互関係如何の論点に焦点を絞って、そのさらなる分析と私見総括を試みたものである。

(iii) ①拙稿（「共同抵当権における代位（１）（２）（３完）」論文）では、拙稿以前の「邦語文献」をほぼ洩れなく引用し、「文献リスト」（↓拙稿研究（１）法研57／9／九五―九七参照）としてまとめて掲記しているし、①拙稿公表以降、拙稿論旨（↓公表段階では、通説的見解にかなりの異論を主張するものであったが、その後通説化した）（↓拙稿研究（３）法研57／11／一〇四―一〇七参照）に対する正面からの批判研究も存在せず、体系書・教科書等の多くは基本的には拙稿論旨を踏襲する結果となっているので、「文献詳細」については、従前の「拙稿研究（１）」

を参照していただきたい。

なお、拙稿公表以後の文献としては、金融実務家・佐久間弘道・共同抵当権論〔金法〕連載↓単行著作〕が、詳細である。

1 民法三九二条Ⅰ項のルール内容（↓「同時配当」手続における共同抵当権者の、各不動産からの按分負担額に应じての、優先弁済受領権能[＊]）

(1) 「同時配当」手続の配当ルール（↓被担保債権額の各不動産上への按分負担）

(i) 民法三九二条Ⅰ項は、『債権者が同一の債権の担保として数個の不動産につき抵当権を有する場合において、同時にその代価を配当すべきときは、その各不動産の価額に应じて、その債権の負担を按分する』、と定めている。

(ii) これは、共同抵当権の「同時配当」手続における「被担保債権額の各不動産上への按分負担」を定めたものである、と理解できる。

(2) 共同抵当権者 A の「法的地位／権限」如何（↓A の各不動産からの按分負担額に应じた優先弁済受領権能）

(i) では、このⅠ項ルールは、共同抵当権者 A の「法的地位／権限」如何という視点からは、どのような意味内容として理解すべきなのか。

(ii) まず確認すべきは、本条Ⅰ項ルールの登場主体は共同抵当権者 A のみであり、この「A の法的地位／権限」を定めたものである、ということである。

(iii) さらに、その意味内容は、共同抵当権とは、複数の不動産（↓たとえば、甲不動産と乙不動産）を担保対象として設定／成立した抵当権であるが、このような共同抵当権の場合、その実行において、同時に甲不動産と乙不動産の代価を配当すべきときは、その甲不動産の価額と乙不動産の価額に応じて、被担保権の負担を按分し、共同抵当権者Aは各不動産から按分負担額に応じた優先弁済受領権能を有する、というものである。

(3) 具体例

(i) たとえば、共同抵当権者A、その被担保債権額三億円、甲不動産の価額三億円相当、乙不動産の価額二億円相当、という事例を想定し、甲乙両不動産共に債務者S所有であり、共にその価額で競売売却された、とする。

(ii) この場合、Aの被担保債権額三億円は、甲不動産の価額と乙不動産の価額の「割合比」、すなわち「三対二」で按分（↓甲不動産は一億八〇〇万円の按分負担、乙不動産は一億二〇〇万円の按分負担）されるので、結局のところ、共同抵当権者Aは、甲不動産売却代金三億円から一億八〇〇万円の配当を、乙不動産売却代金二億円から一億二〇〇万円の配当を、それぞれ受領できる（↓Aは計三億円の全額弁済を受け、残債権はゼロとなり、Aの共同抵当権は消滅する）ことになる。

(iii) なお、甲不動産売却代金の残余金一億二〇〇万円、乙不動産売却代金の残余金八〇〇万円、計二億円は、甲乙両不動産の所有者Sに返還され、Sにはもはや残債権はない。

——（*） 拙稿研究（1） 法研57／9／70—73参照

2 民法三九二条Ⅱ項前段のルール内容（↓「異時配当」手続における、共同抵当権者の競売不動産からの、

その不動産の按分負担額とは無関係に、被担保債権全額の優先弁済受領権能^(***)）

(1) 「異時配当」手続の配当ルール、その一(↓被担保債権額の異時競売不動産上への全額負担)
 (i) 民法三九二条Ⅱ項前段は、『債権者が同一の債権の担保として数個の不動産につき抵当権を有する場合において、ある不動産の代価のみを配当すべきときは、抵当権者は、その代価から債権の全部の弁済を受けることができる』と定めている。

(ii) これは、共同抵当権の「異時配当」手続における「被担保債権額の異時競売不動産上への全額負担」を定めたものである、と理解できる。

(2) 共同抵当権者Aの「法的地位／権限」如何(↓異時競売不動産の代価からの、その不動産の按分負担額とは無関係に、被担保債権全部の優先弁済受領権限)

(i) このⅡ項前段ルールは、共同抵当権者Aの「法的地位／権限」如何という視点からは、どのような意味内容として理解すべきなのか。

(ii) まず確認すべきは、本条Ⅱ項前段ルールの登場主体は共同抵当権者Aのみであり、この「Aの法的地位／権限」を定めたものである、ということである。

(iii) その意味内容は、甲乙両不動産を目的物とする共同抵当権の場合、その実行において、甲不動産と乙不動産のいずれか一方のみの代価を配当すべきときは、その異時競売不動産の代価から、その不動産の按分負担額とは無関係に、被担保債権の全部の弁済を受けることができる、というのである。

(3) 具体例

(i) たとえば、右述の例で、共同抵当権者A、その被担保債権額三億円、甲不動産の価額三億円相当、乙不動産の価額二億円相当、という事例を想定し、甲乙両不動産共に債務者S所有であるところ、甲不動産のみがその価額で競売売却された、とする。

(ii) この場合、Aの被担保債権額三億円は異時競売された甲不動産上に全額負担されるので、結局のところ、共同抵当権者Aは、甲不動産売却代金三億円から債権全額三億円の配当を、受領できる（↓Aは計三億円の全額弁済を受け、残債権はゼロとなり、Aの共同抵当権は消滅する）ことになる。

(iii) 競売されなかった乙不動産上においてもAの共同抵当権は消滅し、乙不動産は抵当権拘束から解放され、無負担のものとなる。

——（**） 拙稿研究（1）法研57／9／七三—七四参照

3 民法三九二条Ⅱ項後段のルール内容（↓次順位抵当権者Bの、按分負担額限度での、「非競売」不動産上のAの抵当権について、その代位行使権限^{（**）}）

(1) 「異時配当」手続の配当ルール、その二（↓次順位抵当権者Bの、按分負担額限度での、「非競売」不動産上のAの抵当権について、その代位行使権限）

(i) 民法三九二条Ⅱ項後段は、『この場合において、次順位の抵当権者は、その弁済を受ける抵当権者が前項の規定に従い他の不動産の代価から弁済を受けるべき金額を限度として、その抵当権者に代位して抵当権を行使することができる』、と定めている。

(ii) これは、共同抵当権の「異時配当」手続の場合において、一定限度での（↓先順位共同抵当権者Aが仮に同

時配当手続であれば受け得た按分負担額、それを限度とした、「次順位抵当権者Bによる、先順位共同抵当権者Aの非競売不動産上への抵当権についての、代位行使権限」を定めたものである、と理解できる。

(2) 次順位抵当権者Bの「法的地位／権限」如何(↓Bの、按分負担額限度での、「非競売」不動産上のAの抵当権について、その代位行使権限)

(i) では、このⅡ項後段ルールは、異時競売不動産上の次順位抵当権者Bの「法的地位／権限」如何という視点からは、どのような意味内容として理解すべきなのか。

(ii) まず確認すべきは、右述のⅡ項前段ルールの登場主体が共同抵当権者Aであり、この「Aの法的地位／権限」を定めたものであるところ、これを受けて、Ⅱ項後段ルールは、共同抵当権者Aに加えて、異時競売不動産上の次順位抵当権者Bも、登場している場合の、ルールであり、この「Bの法的地位／権限」を定めたものである、ということである。

(iii) その意味内容は、甲乙両不動産を目的物とする共同抵当権の場合、その実行において、甲不動産の一方のみの代価を配当すべきときに、先順位共同抵当権者Aはその「異時競売」甲不動産の代価から債権の全部の弁済を受けることができるが、この場合、「異時競売」甲不動産上の次順位抵当権者Bは、按分負担額(↓非競売乙不動産は一億二〇〇〇万円の按分負担額)限度で、「非競売」乙不動産上のAの抵当権について、その代位行使権限を有する、というものである。

(3) 具体例

(i) 競売不動産上の後順位抵当権者Bの存在事例

たとえば、右述と同様例（↓先順位共同抵当権者A、その被担保債権額三億円、甲不動産の価額三億円相当、乙不動産の価額二億円相当、甲乙両不動産共に債務者S所有）で、さらに甲不動産上に後順位抵当権者Bが存在し、その被担保債権額一億円であり、甲不動産のみがその価額で競売売却された、という事例（↓競売不動産上の後順位抵当権者Bの存在事例）を想定する。

(ii) 先順位共同抵当権者Aの全額優先弁済受領

この場合、後順位抵当権者Bが存在していても、先順位共同抵当権者Aの法的地位（権限）は、その先順位なるが故に、いささかも変化はないから、右述のように、Aは競売された甲不動産の売却代金三億円から債権全額三億円の配当を受領し、その結果、競売甲不動産上で共同抵当権は消滅し、それは競売されなかった乙不動産上においても同様に、共同抵当権は消滅する。

(iii) 「Bの利益」は保護されないのではないか、という疑問

(a) では、競売された甲不動産上の後順位抵当権者Bの立場はどうなるのか。甲不動産競売により、Bにはもはや何も配当されるもの（原資）はなくなってしまうのか。そうであるとすれば、Bの本来の利益（↓同時配当であれば、共同抵当権者Aは、甲不動産売却代金三億円から一億八〇〇〇万円の配当を受領し、その残余は本来Bへの配当原資となるものである）は何も護られないことになってしまうのではないか、という疑問が生じてくる。

(b) 換言すれば、Bは、自らは甲不動産上の後順位抵当権者として、先順位共同抵当権者Aの担保価値把握（甲不動産価値の把握）に引き続いて、その甲不動産価値の「剰余（残余）価値部分」を担保価値把握していたにもかかわらず、甲不動産競売により、その売却代金三億円はすべて先順位共同抵当権者Aに配当されてしまい、Bには何も配当されるべき原資はなくなってしまった、からである。

(iv) 「Bの利益」保護の手段（↓「非競売」不動産上のAの抵当権についての、Bの代位行使権限）

そこで、民法三九二条Ⅱ項後段のルールの登場である。これは、競売甲不動産上の後順位抵当権者Bの利益保護のために、Bは、競売されなかった乙不動産上のAの抵当権を代位行使して、非競売乙不動産の一億二〇〇万円の按分負担額を限度として、乙不動産の競売売却代金二億円からその自己の債権額(↓一億円)を確保できる、というルールであり、競売甲不動産上の後順位抵当権者「Bの利益」保護の手段である。

—— (***) 拙稿研究(1) 法研57/9/七四—七九参照。

4 小 括

(1) 民法三九二条Ⅰ項ルール(↓「同時配当」)手続における共同抵当権者Aの配当受領権能)

(i) 「共同抵当権者Aの法的権能」の視点から

民法三九二条Ⅰ項ルールは、「同時配当」手続において、共同抵当権者Aは、甲乙各不動産の「按分負担額」に応じた優先弁済受領権能を有する旨、定めたものである。

(ii) 「共同抵当権の目的不動産」の視点から

なお、このルールを共同抵当権の目的たる「甲乙両不動産」の視点から表現すれば、「同時配当」手続において、共同抵当権の目的たる甲乙両不動産は、共同抵当権者Aの被担保債権額を、その各不動産の競売売却価額に応じて、「按分負担」して、配当原資として提供しなければならない、ということができる。

(2) 同条Ⅱ項前段ルール(↓「異時配当」)手続における共同抵当権者Aの配当受領権能)

(i) 「共同抵当権者Aの法的権能」の視点から

同条Ⅱ項前段ルールは、「異時配当」手続において、共同抵当権者Aは、競売甲不動産から、甲不動産の本来

「按分負担額」とは無関係に、被担保債権全額の優先弁済受領権能を有する旨、定めたものである。

(ii) 「共同抵当権の目的不動産」の視点から

なお、このルールを共同抵当権の目的たる「甲乙両不動産」の視点から表現すれば、「異時配当」手続において、競売甲不動産は、甲不動産の本来「按分負担額」とは無関係に、その競売売却価額全額を被担保債権全額のために配当原資として提供しなければならない、ということができる。

(3) 同条Ⅱ項後段ルール（↓「異時配当」手続において共同抵当権者Aが配当受領した場合における、競売甲不動産の次順位抵当権者Bの、「非競売」乙不動産上のAの抵当権について、その代位行使権能）

(i) 次順位抵当権者Bの法的権能」の視点から

同条Ⅱ項後段ルールは、そのⅡ項前段ルール（共同抵当権者が競売甲不動産から、甲不動産の本来「按分負担額」とは無関係に、被担保債権全額の優先弁済受領した場合）を受けて、この場合において、競売甲不動産上の次順位抵当権者Bは、「非競売」乙不動産上のAの抵当権について、「非競売」乙不動産の本来「按分負担額」限度で、代位行使権能を有する旨、定めたものである。

(ii) 「共同抵当権の目的不動産」の視点から

なお、このルールを共同抵当権の目的たる「甲乙両不動産」の視点から表現すれば、そのⅡ項前段ルール（競売甲不動産が、甲不動産の本来「按分負担額」とは無関係に、その競売売却価額全額を被担保債権弁済のために配当原資として提供した場合）を受けて、この場合において、「非競売」乙不動産は、競売甲不動産上の次順位抵当権者Bの債権のために、乙不動産の本来「按分負担額」限度で、その競売売却価額から配当原資として提供しなければならない、ということができる。

二 「三つのルール」の相互関係

ルールの本筋は「AとB」の利益調整規定であり、「BC間調整・衡平」は条文文言「読み取り（読解）」の結果である。

0 序

(i) 右に述べてきたように、三九二条には、「Ⅰ項ルール、Ⅱ項前段ルール、Ⅱ項後段ルール」という、「三つのルール」が置かれており、そのルール内容を個別的に明らかにした。

(ii) では、これらの「三つのルール」はどのような相互関係にあるのか。共同抵当権がこれらの「三つのルール」の総体であり、共同抵当権の「法構造」の解明のためには、その各ルール内容の解明のみならず、「三つのルール」の相互関係の解明もまた、必須のものとなる、からである。しかも、後者の「三つのルール」の相互関係如何の問題は、共同抵当権の「法構造」が三ルールの「トリアーデ構造」であるのだから、共同抵当権の「法構造」の解明にとつての、まさしく枢要キーとなっている。

(iii) しかし、この点につき、三九二条は、別段、何も述べていない。しかも、日本民法上、共同抵当権規定は、本条規定を含めて、僅か「二カ条」（三九二条・三九三条）のみであり、しかも三九三条は単なる登記手続規定にすぎない。条文規定上の手掛かりは、ほとんど、何もない、のである。

(iv) では、どうすればよいのか。私見によれば、三九二条の「Ⅰ項ルール、Ⅱ項前段ルール、Ⅱ項後段ルール」、これを基本前提として、その「理論的帰結」を探索（条文解説）する、この「方法アプローチ」が極めて

肝要である、と考える。換言すれば、従前の拙稿研究によれば、ドイツ法上の理解を踏まえながら、あるべき「共同抵当権の法構造」を基軸として、その「理論的分析（考察）」が必須不可欠である、ということである。

1 I項ルール（↓「同時配当」ルール）^{（*）}

既述のように、I項ルールは、「同時配当」手続における共同抵当権者Aの各不動産からの「按分負担額」相当の競売売却代金の優先的配当受領権能を、定めたものである。

（1）「同時配当」手続とは（↓「同時競売申立て」を必須前提としない）

「同時配当」手続とは、どのような場合なのか。

（i）共同抵当権の目的不動産の全部について競売が行われ、各競売代金の総額が共同抵当権者Aをはじめとして関係債権者に配当される場合である（我妻四三四頁）。必ずしも全部の目的不動産につき同時に競売申立てがなされる必要はなく、別々の時点で競売申立てがなされた場合でも、その後、手続が併合して進行させられ、すべての目的不動産の競売代金が同時に配当される場合も、ここでの「同時配当」手続に該当する（我妻四三四頁）。

（ii）「同時配当」手続は、一般的には、「同時競売申立て」により生じるが、必ずしも「同時競売申立て」あることに限定されず、別々の時点で競売申立てがなされた場合でも、手続併合により、「同時配当」手続が実施されることもある、ということである。

（2）実務上、どのような場合に行われるのか（↓稀である）

「同時配当」手続は、実務上、どのような場合に行われるのか。

(i) 結論を先述すれば、「同時配当」手続それ自体が実施される場合は、実務上、稀であり、その限りで、I 項ルールが現実に応用される場合もほとんどない、といえる。

(ii) その理由は、二つある。

(a) 第一に、共同抵当権者 A は、その目的不動産の「全部」について競売申立てをすることも、その「一部」(目的不動産の一個又は数個)について競売申立てをすることも、その権能上、いずれも自由であり、したがって、その「一部」について競売申立てがなされた場合には、「同時配当」手続に至り得ない、からである。

しかも、後日、残り全部の目的不動産について競売申立てがなされた場合でも、先行の競売手続との手続併合がなされなかったときには、やはり「同時配当」手続に至り得ない、からである。

(β) 第二に、仮に同時競売が申立てられた場合にも、これらの目的不動産を「一括売却」(一括競売)に付するか、それとも「個別売却」(個別競売)に付するか、については、たとえ「一括売却」の諸要件具備のときにも、最終的には執行裁判所の「裁量」に委ねられており、その結果、「一括売却」(一括競売)に付せられないときには、「同時配当」手続に至り得ない、からである。なお、「一括売却」の諸要件のクリヤーのためには、実務上、様々なハードルもあり、煩瑣である。

しかも、「一括売却」(一括競売)に付せられたとき(↓「一括売却」の諸要件具備を前提とする)でも、目的不動産の一部の不動産の競売売却代金で共同抵当権者 A の債権が充足するときには、民執法七三条の明文規定(「超過売却禁止」の原則)により、それ以上の売却はストップするので、やはり「同時配当」手続に至り得ない、からである。

(3) 実務上、どのような実益があるのか(↓単独では、ほとんどない)(↓II 項前段/後段ルールの適用場面での

「副次的・補助的ルール」

I項ルールは、実務上、どのような実益があるのか。

(i) 右に述べたように、「同時配当」手続それ自体の実施が稀であり、したがってI項ルール(↓「同時配当」ルール)適用の場面も稀であるのだから、I項ルールの実務上の実益も、自ずと消極的判断とならざるを得ない。端的に、実益はほとんどない、といえる。

(ii) では、I項ルールは、実務上、ほとんど無意味である、と単純に片付けてしまつてよいのか。否、である。I項ルールは、それ自体単独では、実益はほとんどないが、II項前段／後段ルールの適用場面では、その予備前提(↓次順位抵当権者の代位権行使の「範囲確定基準」として、重要な意味をもってくる。

(iii) 端的に、I項ルールは、II項前段／後段ルールの適用場面で、その「副次的・補助的ルール」として、機能している。

(4) 目的各不動産上への被担保債権額の価格比「按分負担」責任を定めたものではない

(i) 既述のように、I項ルールは、「同時配当」手続における共同抵当権者Aの各不動産からの按分負担額相当の競売売却代金の優先的配当受領権能を、定めたものである。

(ii) しかし、これは、「同時配当」手続において、共同抵当権の目的たる甲乙両不動産が、共同抵当権者Aの被担保債権額を、その各不動産の競売売却価額に応じて、実体法上、「按分負担」責任を負っている、ということとを意味していない。換言すれば、I項ルールは、実体法上、目的各不動産の価格比での、各不動産における被担保債権額の「按分負担」責任を、定めたものではない、ということである。では、その理由は何か。

(iii) その第一の理由は、仮に、実体法上、目的各不動産の価格比での、各不動産における被担保債権額の「按

分負担」責任を、定めたものだ、と理解するのであれば、

(a) 「共同抵当権の法構造／本質」を基軸として考察すれば、ドイツ法上の理解によれば、共同抵当権であるということは、その本質上、必然的に「債権の分割強制 (Teilungszwang der Forderung)」(↓各不動産上への被担保債権の「按分負担」責任化／「割付」責任化)を正面から「拒否」し、その「拒否」したところに、まさしく共同抵当権の「本質的メルクマール」が存在する、からである。

(b) 換言すれば、「債権の分割強制」を許容し、これを貫徹・妥当させたところには、もはや「共同抵当権」は成立も存立もせず、そこには単に「分割された各債権」を被担保債権とする複数の「個別抵当権 (Einzelnhypothek)」が成立／存立するにすぎない、からである。そして、これらの複数の「個別抵当権」の総体が「共同抵当権」を組成／構成するものではないこと、無論、言うまでもない。

(γ) 右の点について、付言すれば、

① 共同抵当権とは、「一個の債権」を被担保債権として、「複数の不動産」を担保目的物として、成立するものである。ここでは、「複数の」目的不動産と「同数の」共同抵当権が、成立している、と理解しなければならぬ。たとえば、目的不動産が「二個」であれば、「二個」の共同抵当権が成立している、と理解するのである。

② その理由は、「一物一権主義」の原則が妥当する、からである。換言すれば、「一物一権主義」の原則の妥当の下では、「複数の」目的不動産上に、これらを一括して「一個の抵当権」が成立する、という法構成は、日本民法上、そもそも採り得ない、からである。

③ 端的に、「共同抵当権」という特殊抵当権(≡普通抵当権)が、その目的不動産の個数ごとに、成立するが、その被担保債権はあくまで発生原因を同じくする単独一個のものである、ということを確認しておかなければならない。

(iv) その第二の理由は、仮に、実体法上、目的各不動産の価格比での、各不動産における被担保債権額の「按分負担」責任を、定めたものだ、と理解するのであれば、

(a) 「抵当権の不可分性」の原則に背反する、からである。

(β) 換言すれば、共同抵当権も抵当権の一種であり、「抵当権の不可分性」の原則に基づけば、その目的各不動産はそれぞれ債権全額の責任を負担する（↓目的各不動産の「全額責任化」）（↓本則としてのⅡ項前段ルール）、からである。

(γ) ここでは、「抵当権の不可分性」の原則に反する重要な例外を許容しなければならない、必要性・必然性・理由も、まったく見られない。

(v) その第三の理由は、仮に、実体法上、目的各不動産の価格比での、各不動産における被担保債権額の「按分負担」責任を、定めたものだ、と理解するのであれば、

(a) その対応上、登記手続法は、分割された債権額（↓按分債権額／割付債権額）を目的各不動産上に登記すべき旨、定めていなければならないが、わが国の不動産登記法上、そのような定めはまったく存在していない、からである。

(5) 小括 I 項の「同時配当」ルールの理論的位置付け

I 項の「同時配当」ルールは、理論上、どのような意味をもつのか。

I 項ルールが共同抵当権者 A への「同時配当」ルールであるところから、I 項ルールから次の理論的帰結を導出できる。結論を四点に小括すれば、

(i) 「同時競売申立権能」を論理的前提とする

第一に、「Ⅰ項の「同時配当」ルールは、共同抵当権者Aの「同時競売申立権能」を論理的前提とする。

(ii) 「手続法上のルール」である(↓実体法上の「按分負担責任化」規定ではない)

第二に、「Ⅰ項の「同時配当」ルールは、「同時配当」手続という、ごく極限された手続法上の側面においてのみ、妥当するルールであり、実体民法上の明文規定ルールとして存在しているのにもかかわらず、端的に「手続法上のルール」であり、実体法上の「按分負担責任化」規定ではない。

(iii) 「特則」ルールである(↓特則的実行形態)

第三に、「Ⅰ項」ルールという、その条文中の冒頭としての位置付けにもかかわらず、これは共同抵当権の配当における「特則」規定であり、その「本則」規定は後に続く「Ⅱ項前段」ルールである、と理解すべきである。換言すれば、「同時競売／同時配当手続」は共同抵当権の「特則的実行形態」である。

(iv) 「副次的・補助的」ルールである

第四に、「Ⅱ項前段」ルールと「Ⅱ項後段」ルール、この両ルールの機能する場面を離れては、「Ⅰ項」ルールは、独自の存在意義をもたない、いわば「副次的・補助的」ルールである(拙稿研究(1) 八五頁注(27) 参照)。

——(*) 拙稿研究(1) 法研57/9/七〇—七三参照。

2 Ⅱ項前段ルール(↓「異時配当」ルール^(**))

既述のように、「Ⅱ項前段ルールは、「異時配当」手続において、共同抵当権者Aは、競売甲不動産から、甲不動産の本来「按分負担額」とは無関係に、「被担保債権全額」の優先弁済受領権能を有する旨、定めたものである。

- (1) 「異時配当」手続とは
- (i) 「異時配当」手続とは、どのような場合なのか。
- (ii) 共同抵当権の複数の目的不動産中の「一個の不動産」につき、その競売売却代金が配当される場合が、これである。

(2) 実務上、どのような場合に行われるのか

- (i) 「異時配当」手続とは、実務上、どのような場合なのか。
- (ii) 共同抵当権者Aは、その複数の目的不動産中のいずれの不動産についても、競売権を有しており、複数の目的不動産中から任意に「一個の不動産」を選択し（↓自由選択権能）、これにつき競売申立てをおこない（↓異時競売申立権能）、その競売売却代金が配当される場合に、実施される手続である。

(3) 小括 II項前段の「異時配当」ルールの理論的位置付け

II項前段の「異時配当」ルールは、理論上、どのような意味をもつか。II項前段ルールが共同抵当権者Aへの「異時配当」ルールであるところから、II項前段ルールから次の理論的帰結を導出できる。結論を四点に小括すれば、

(i) 「異時競売申立権能」と「自由選択権能」を論理的前提とする

第一に、II項前段の「異時配当」ルールは、共同抵当権者Aの「異時競売申立権能」と、その論理必然的前提としての「自由選択権能」を、論理的前提とする。

(ii) 「手続法上のルール」であると同時に、「実体法上のルール」でもある

第二に、Ⅱ項前段の「異時配当」ルールは、「異時配当」手続という、一般的・通例的な手続法上の側面において妥当する「手続法上のルール」であると同時に、その前提としての「実体法上のルール」でもある。すなわち、「異時配当」手続では、共同抵当権者Aは競売甲不動産の競売売却代金から「債権全額優先弁済受領権能」を有しており、実体法上、共同抵当権の目的甲乙各不動産はそれぞれ被担保債権額の「全額負担」責任を負っている旨、定めたものである。

(iii) 「本則」ルールである (↓本則的実行形態)

第三に、「Ⅱ項前段」ルールという、その条文中の第二次的な位置付けにもかかわらず、これは共同抵当権の配当における「本則」規定であり、三九二条におけるもつとも根幹たる、独立したルールである (↓その「特則」規定は、既述のように、「Ⅰ項」ルールである)。換言すれば、「異時競売／異時配当手続」は共同抵当権の「本則的実行形態」である。

(iv) 共同抵当権者Aの権能規定である (↓単独で意味ある枢要ルール)

第四に、「Ⅱ項前段」ルールは、共同抵当権者Aの権能規定であり、単独独立した、共同抵当権におけるもつとも枢要なルールである。

— (**) 拙稿研究 (Ⅰ) 法研 57 / 9 / 七三—七四参照。

3 Ⅱ項後段ルール (↓「異時配当」後の次順位抵当権者の代位権行使権能ルール^(***))

既述のように、Ⅱ項後段ルールは、そのⅡ項前段ルール (共同抵当権者Aが競売甲不動産から、甲不動産の本来「按分負担額」とは無関係に、被担保債権全額の優先弁済受領した場合) を受けて、この場合において、競売甲不動産上の次順位抵当権者Bは、「非競売」乙不動産上のAの抵当権について、「非競売」乙不動産の本来「按分負担

額」限度で、代位行使権能を有する旨、定めたものである。

(1) 「抵当権の代位行使」とは

(i) ここで抵当権の代位行使とは、先順位共同抵当権者Aの先順位抵当権が後順位抵当権者Bに法律上当然に移転（↓法定移転）することの意味している。

(ii) より具体的には、甲不動産の競売により、その競売売却代金から先順位共同抵当権者Aは債権全額の弁済を受けたのだから、Aの共同抵当権は、①競売甲不動産において（↓抵当権実行による消滅）のみならず、②非競売乙不動産において（↓付従性による消滅）もまた、消滅する。本来的には、このような「抵当権消滅」という結果となる。

(iii) しかし、本来、消滅すべきはずの非競売乙不動産上の抵当権、これを法律上「存続擬制」し、競売甲不動産上の後順位抵当権者Bに法律上「権利移転」させ、Bの権利行使（↓「Aの抵当権」のBによる代位行使）を可能とする、これが本ルールの「抵当権の代位行使」の構造である。

(iv) なお、「Aの抵当権」のBへの移転では、「抵当権」のみの法定移転であり、その「被担保債権」は移転しない。この点で、民法五〇〇条・五〇一条に基づく物上保証人の代位権の場合（↓「抵当権」のみならず、「被担保債権」もまた、移転する）と、相違している。

(2) 「抵当権の代位行使」には「按分負担額」限度がある

(i) 「Aの抵当権」のBによる代位行使は、その価額上、無限定的に認められるわけではない。「価額限界」（↓「按分負担額」限度）が設けられている。端的に、「Aの抵当権」のBによる代位行使は、「非競売」乙不動産

の本来「按分負担額」限度で、認められる。

(ii) より具体的には、既述の基準例では、「Aの抵当権」のBによる代位行使により、Bは、非競売乙不動産の一億二〇〇〇万円の按分負担額を限度として、乙不動産の競売売却代金二億円からその自己の債権額(↓一億円)を確保できる。

(3) その「ルール趣旨」は何か(↓共同抵当権者Aと次順位抵当権者B、この両者間調整である)

(i) 共同抵当権者Aの、共同抵当権者としての、正当な権能の行使(↓自由選択権に基づく甲不動産についての異時競売申立権の行使、↓異時競売甲不動産の競売売却代金からの債権全額の優先弁済受領)により、異時競売甲不動産上の次順位抵当権者Bには、ある種の「歪み(ひずみ)」「(↓不利益)が生じる結果となり、この「歪み」をAB間で事後的・制度的に調整/是正する、これがⅡ項後段の「ルール趣旨」である。

(ii) ここで、Bに生じるある種の「歪み」(↓不利益)とは、具体的に何か。そこで、Ⅰ項ルールが意味をもつてくる。

(a) 既述のように、このルールを共同抵当権の目的たる「甲乙両不動産」の視点から表現すれば、「同時配当」手続において、共同抵当権の目的たる甲乙両不動産は、共同抵当権者Aの被担保債権額を、その各不動産の競売売却価額に應じて、「按分負担」して、配当原資として提供しなければならない、ということが出来る。

(b) したがって、「同時配当」手続であれば、甲不動産上の次順位抵当権者Bには、甲不動産の「按分負担額」部分(↓Aへの配当)を前提として、その「残余価値」部分(↓Bへの配当)が留保されているはずだったのであり、Bにはこの「残余価値」部分の追及が許容されなければならない。

(7) 換言すれば、甲不動産が存在し、その全体価値のうち、まずAが甲不動産の「按分負担額」部分を把握し、

次いでBがその「残余価値」部分を把握していたところ、甲不動産の異時競売により、その競売売却代金（↓甲不動産の全体価値）からAが債権全額の配当を受け、もはやBにはその「残余価値」部分の把握が失われる（↓「歪み」（↓不利益）結果となったので、その利益回復が確保されなければならない、ということである。

(4) ドイツ民法の立場

ドイツ民法には、そもそもわが国の民法三九二条Ⅱ項後段（↓後順位抵当権者Bの代位行使権能）のような規定（↓B保護規定）は、存置されていない。先順位共同抵当権者Aの自由選択権能に基づく異時競売申立／異時配当手続が実施され、その結果生じ得る後順位抵当権者Bの「不利益」は、当初より後順位抵当権者Bにおいて、その忍受を覚悟すべし（後順位抵当権者Bの「そもその劣後的地位」が、当然の前提とされている）という基本的立場が貫かれている。

(5) 小括 Ⅱ項後段の「異時配当」後の次順位抵当権者の代位権行使権能ルールの理論的位置付け

Ⅱ項後段の「異時配当」後の次順位抵当権者Bの代位権行使権能ルールは、理論上、どのような意味をもつか。Ⅱ項後段ルールが、共同抵当権者Aへの「異時配当」実施後の、次順位抵当権者Bにおいて生じた不利益救済のための、Bの代位行使権能ルールであるところから、Ⅱ項後段ルールから次の理論的帰結を導出できる。結論を四点に小括すれば、

(i) 「Aの抵当権」のBへの法定移転

第一に、Ⅱ項後段ルールは、本来、消滅すべき筈の非競売乙不動産上の抵当権、これを法律上「存続擬制」し、競売甲不動産上の後順位抵当権者Bに法律上「権利移転」させ、Bの権利行使（↓「Aの抵当権」のBによる代位

行使)を可能とする、ものである。

(ii) 「実体法上のルール」であると同時に、「手続法上のルール」でもある

第二に、Ⅱ項後段ルールは、「実体法上のルール」であると同時に、「手続法上のルール」でもある。「異時配当」後に次順位抵当権者Bに「Aの抵当権」を法定移転させるという限りで、「実体法上のルール」であり、その抵当権を「代位行使」できるという限りで、「手続法上のルール」である。

(iii) 「ルール趣旨」は何か(↓「AB間」利益調整)

第三に、Ⅱ項後段のルール趣旨は、共同抵当権者Aの正当な権能行使により甲不動産異時競売／異時配当手続が実施された場合、Aがその競売売却代金から債権全額優先弁済受領できるが、この場合、次順位抵当権者Bにおいて不利益が生じるところから、その不利益救済のためにBに付与された手段、これがBの代位行使権能である。端的に、Bの不利益救済がⅡ項後段のルール趣旨である。

なお、学説一般は、後順位抵当権者相互間の衡平(BC間衡平)を強調するが、これは、「不動産所有者の残余価値利用」と同様に、あくまでもサブの副次的趣旨にすぎない。

(iv) Ⅱ項前段のルールとの関係(↓その「事後的調整ルール」)

第四に、Ⅱ項後段のルールは、Ⅱ項前段のルールの適用／貫徹より生じた結果の、次順位抵当権者Bの利益回復において、その「事後的調整ルール」である。

——(***) 拙稿研究(1) 法研57/9/七四—七九参照。

- ・ BC間の衡平、所有者による目的不動産の担保価値の合理的利用
- ・ 制限的解釈の必要性(比較法的考察)
- ・ 保護の限界(目的不動産の全部の債務者所有性)

三 結論総括^(*)

(i) 三九二条には、①「Ⅰ項ルール」、②「Ⅱ項前段ルール」、③「Ⅱ項後段ルール」、の三つのルールがある。これらの「三つのルール」の相互関係は次のように総括できる。

(ii) すなわち、

②「Ⅱ項前段ルール」があるところ、その貫徹／適用（↓Aの甲不動産異時競売／異時配当）により、①「Ⅰ項ルール」の按分負担額（↓甲乙各不動産の価格比按分負担）を基準として、Bには不利益（↓甲不動産の「残余価値」部分の把握、それが失われる）が生じる結果となるので、その利益回復のための手段として、③「Ⅱ項後段ルール」は「Aの抵当権」のBによる代位行使権能を認めたものである。

(iii) 従前学説との対比において、私見の立場を整理すれば、

(a) 基本ルールは②「Ⅱ項前段ルール」であり、これが共同抵当権者Aの権能規定（↓共同抵当権の「権利規定」）である。

(b) ③「Ⅱ項後段ルール」は、②「Ⅱ項前段ルール」適用後の、次順位抵当権者Bの利益回復規定（↓代位権付与）である。

(γ) ①「Ⅰ項ルール」は、③「Ⅱ項後段ルール」適用に際しての、「価額限界」規定（↓代位権行使の価額限界）である。

——(****)「拙稿研究(1)(2)(3完)」一九八四年(↓拙稿以前と以後)、その一

(i) それ以前の学説一般にあつては、①「I項ルール」を基本原則と意識し、『ある程度まで割付け主義を導くことによつて——共同担当権者の利益を多少犠牲にしながらも——簡明な軌道を作ることであらうと考えられる』(我妻・担物法四二八—四二九)としてきた。このような認識は、鈴木・担当制度研究二三〇・二三一・二三六にも見られる(↓「I項ルール」を基本的解釈基準とする)し、またこのような発想(↓同時配当並びにそこの按分負担が「原則」として構成されるべし、という発想)は、既に梅・要義五七四にも見られた(拙稿研究(1) 法研57/9/八四—八六参照)。

(ii) それ以前の学説一般にあつては、「債権の分割強制」を拒否したところに共同担当権の本質的メルクマールが存在する、というドイツ法的理解が、まったく意識されていなかった(↓それ故に、割付主義を導入、「I項ルール」の基本的解釈基準化、が主張されていたのであらう)。この点についての詳細は、ドイツ強制担当権の拙著/拙稿研究(↓強制担当権の場合にも、共同担当権の負担化が許容されるか否か、については、歴史的な立法編纂過程で、再三再四、論議されてきた)に示してある。

(iii) 「拙稿研究(1)(2)(3完)」一九八四年「以後」にあつては、わが国の学説上、当然の如く、②「II項前段ルール」の基本原則化が示され、①「I項ルール」の比重は矮小化・形骸化されている。

——(****)「拙稿研究(1)(2)(3完)」一九八四年(↓以前と以後)、その二

(i) ドイツ法上、「後順位担当権者の代位権制度」(↓③「II項後段ルール」)は存在していない。この点をとらえて、『後順位担当権者の保護のためには特別の法規がなくなくてはならぬ。故に、ドイツ民法よりも、わが民法の方が遙かに合理的であるといえる』(石田文次郎・総括担当論二—三)(S7年)、という学説の指摘も見られた。

(ii) これは、ドイツ民法が『後順位担当権者の利益をほとんど顧慮していない』(石田文次郎既出)ことを批判しながら、『共同担当権者の利益を多少犠牲にしながらも』(我妻既出)、『後順位担当権者の保護』をより一層貫徹すべし、という立場の表明である。

(iii) しかし、私見によれば、共同抵当権の本質的構造から、異時競売／異時配当手続を実行の本則的形態とし、しかもその結果としての後順位抵当権者の法的地位の劣位化を前提認識としながらも、代位権によるその保護をより限定化すべし、と論じた（拙稿研究（1）法研57／9／八六参照）。

(iv) このような私見の基本認識は、その後の最高裁判決（↓拙稿・判例研究（最判S 60／5／23）・判時1158／一九二頁・一九八九年参照）にも、踏襲された。これは、拙稿研究における類型的考察での「想定事例」についての、はじめての最高裁判決事例（↓「拙稿研究（2）（3完）」一九八四年）となった。

——（***）「拙稿研究（1）（2）（3完）」一九八四年（↓以前と以後）、その三

(i) それ以前の学説一般にあつては、共同抵当権の解説具体例としては、通例、「三個」の目的不動産を想定しそれが一般化されてきていた（我妻・担保法のいう『基準例』）。

(ii) しかし、共同抵当権のルール（三九二条）を説明・解明するに際して、なぜ「三個」の目的不動産を想定するのか、それではかえって事態・問題を複雑化してしまい、難解化・解決困難化するのではないのか。このような疑問から、当時の学説一般の説明事例（基準例）とは異なるが、「拙稿研究（2）（3完）」の類型的考察にあつて、あえて「二個」の目的不動産を想定し、共同抵当権事例の「基準例」とした。

(iii) 現在では、「二個」の目的不動産を基準例とする説明は、珍しくはなく、その後の最高裁判決の判旨説明（判決文）を含めて、むしろ普通・一般化・普遍化している（但し、石田穰・担保法（民法体系）・二〇一〇年参照）。