

## 第5回講義の補足説明

2017/09/06

たくさん補足を書いています、気になるところだけ読んでいただく程度で良いです。とりわけ、私の説による思考実験部分は、時間の関係で省略いたしましたので、補足説明では丁寧に取り上げたいと思います。

### 1 松岡説について

#### (1) あくまでも思考実験

松岡説への批判や支持の状況は明らかではありません。講義では、判例・通説への批判のため思考実験として使用しているという位置づけです。まずは判例・通説を正確に理解してください。

また、一般的な試験では、まずは、日本法の現状の正確な理解があるかどうか問われます。判例の論理と結論を正確に示し、通説がそれを理論的に補強している場合には、それを加えることで、出題の趣旨に80%くらい答えられたことになります。そのうえで判例の論理だけでは答えが出にくい問題への応用力が問われます。以上のことに正確に答えるだけで時間的にもスペース的にも一杯になるのが普通です。判例への批判的考察や別の考え方の提示は、余力があれば、平均的な答案との違いをアピールする材料になり、加点事由となることが多いでしょう。しかし、答案は、私見を述べる場ではありませんので、問われていることに十分答えないまま、別の考え方で説明しても、採点者には、解答者に基礎的な理解があるかどうか判断しかねて、低い評価しか得られないことが多いです。

以上の点から、求償と代位の問題について、まだ独自説である松岡説を中心に据えて解答を書くのは危険である、と警告しておきます。

#### (2) 時価の80%基準

時価の80%を基準と考えることに対しては、個々の事情に影響される不動産の競売価格の評価として硬直的だという批判も考えられます。しかし、松岡説では80%を固定的に考えているわけではなく、平均落札額が時価の80%前後になるという統計的・経験的事実を根拠としているに過ぎません。それは、幼児や家庭の主婦が死亡した場合の逸失利益の算定と似ています。被害者はプロスポーツの超一流選手となれたかもしれませんし、就職もままならないプー太郎の状況に置かれたかもしれません。しかし、賃金統計を用いて控えめにヨリ蓋然性の高い額で損害を算定する方が、ゼロとしたり過大な期待を込めた額とするより説得力があります。その額を中心にしながら、被害者側が逸失利益がより大きいと考える特段の事情を立証する余地はあります。

逸失利益の算定が賃金平均統計と連動するように、平均落札額の推移によってパーセンテージは変化します。さらに、失われた担保目的物の価格について、より大きな免責を根拠付ける事情、たとえば、担保保存義務違反の担保解除直前に任意売却の話がまとまりかけていたとか、周辺の開発進展の期待によって他地域に比べ地価上昇率がとくに高かったなど、を代位権者が立証することは可能です。逆に、スラム化や過疎化により他地域に比べて地価下落率がとくに高かったとか、同地域の競売成功率が極度に低かったなどの事情は、平均よりも下げる事情となるでしょう。

いずれにしても、時価額を機械的に基準にするよりは現実的であり、償還不能限度や因果関係の問題を厳密に考えようとする松岡の基本的な考え方も整合的です。

### (3) 主張・立証責任について

松岡説は、「担保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こととその数額」を、要件の一部と考えて、担保保存義務による減免責を主張する者が主張・立証責任を負うと考えています。ただ、この構成しかありえないわけではありません。判例・通説と妥協して、これを減免責の効果の問題と捉え、担保の喪失又は減少があれば原則としてその担保の時価額だけ代位の利益が失われているとの推定がされ、「担保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数額がそれと異なること」を債権者が効果縮減の抗弁として主張・立証すべきだという考え方も成り立ちうるでしょう。無資力という消極的事実の立証が容易でないこと（検索の抗弁権に関する453条の議論を参照）を考えると、このような立証責任の分配にも、理由があります。

しかし、無資力要件の立証は、債権者代位権や詐害行為取消権でも問題になっていますが、消極的事実だからといって必ずしも立証責任が反対当事者に課せられるものではありません。償還限度の主張立証を債権者に負担させると、結果的に債権者の担保保存義務を必要以上に重くすることになりますので、必ずしも妥当ではありません。さらに、不法行為の場合に被害者が因果関係や損害額を主張・立証しなければならないこととの均衡も考えると（担保保存義務違反により不法行為責任が生じるという見解もあり、減免責ではなくもっぱら不法行為責任を追及することも可能です）、前者の考え方のように、代位権者に償還不能限度の立証を求めても良いと思います。

## 2 甲上の抵当権放棄の場合の乙上の抵当権の存在

B<sub>2</sub>は、乙上にB<sub>1</sub>の設定した抵当権も、1/2の負担部分を限度として代位行使ができるから（501条5号）、甲上の抵当権の放棄によって全額の償還が不可能となったとは言えないのではないかと、との疑問がありえます。しかし、ここでの問題は、Gに代位する甲上の抵当権の行使によってSに対する求償ができたかどうかなのです。504条の文言も、「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」とあり、失われた代位権によって償還請求ができなくなった限度を指示しています。かつ、「免責は、担保がどれくらい残存しているか、共同債務者や主たる債務者がいかほどの返還能力をもっているかに関係しない。」とする判例・通説（磯村哲編『注釈民法(12)』（有斐閣、1970年）365頁〔石田喜久夫〕）を文字通りに理解すれば、重要なのは、甲上の抵当権の行使によってSから償還請求ができなくなった限度であって、その他の当事者に対する権利を代位行使できるかどうかは関係がないことになります。

松岡説は、判例・通説の考え方を批判していますが、本件の結論としては、やはり、乙上の抵当権の存在は免責額に影響しないと考えます（後述3(2)）。最終責任負担者である債務者の財産上の担保権と、物上保証人の財産上の担保権とは、意味が異なるのです。

### 3 甲上の抵当権放棄の場合のB<sub>1</sub>の免責額

#### (1) 判例・通説

判例・通説では、甲上の抵当権放棄により、甲の時価6000万円全額が代位による回収が不能となったとして、Bらは免責されることになるはずですが、B<sub>1</sub>は抵当権抹消登記請求が、B<sub>2</sub>は保証債務不存在確認請求ができることとなります。Gの乙上の抵当権が不存在となれば、後順位抵当権者であるIも第2順位抵当権に基づく直接の妨害排除請求として、Gの第1順位抵当権登記の抹消を請求できます。なお、これが認められる以上、B<sub>1</sub>のGに対する抵当権抹消登記請求をIが債権者代位権によって行使する必要はありません。

B<sub>1</sub>の免責額については、少々検討を要します。B<sub>1</sub>は、乙上の抵当権が実行された場合、乙の所有権を失ってSに対して3000万円の求償権を取得します。弁済者代位は、求償権を確保するものゆえ求償権額が上限となるので、免責されるのは3000万円の限度にとどまるとも考えられます。こう考えたとしても、B<sub>1</sub>は、そもそも乙の時価相当額である3000万円を限度に物的有限責任を負っていたにすぎないので、3000万円の免責を受けて結局全責任が消滅し、抵当権設定登記の抹消を請求できる、と構成できるでしょう。もっとも、正確には、B<sub>1</sub>が負う責任は、法律上はあくまで被担保債権額6000万円全額についてであり、乙の価格による限定は事実上のものにすぎません。乙の価格が上昇して4000万円で売れば求償額も代位できる金額も4000万円になります。それゆえ、判例・通説では、失われた甲の担保価値の範囲で責任を免れるというべきでしょう。

それゆえ、免責される金額は6000万円というべきでしょう。というのは、たとえば、B<sub>1</sub>が抵当権の実行を免れるため、被担保債権6000万円のうち半額を第三者弁済したとしても、弁済と引き換えにGから抵当権の放棄を得ない限り、なお乙上の抵当権は残債務3000万円を担保することになります（担保物権の不可分性）。この点でもB<sub>1</sub>は3000万円しか責任を負っていない、とはいえません。B<sub>1</sub>の免責額を3000万円と考えると、乙はなお3000万円の責任を負うから、抵当権の抹消登記請求はできないことになり、抵当権が実行されても甲上の抵当権を代位行使できないことによる損失を被ってしまう不当な結果となります。

通説の考え方が上記のいずれを採るのかは明らかではありませんが、担保の喪失・減少によって代位の利益が具体的にどう害されたかをそれほど具体的に考えていない点、および、不可分性の通常理解からすると、6000万円免責説になりそうです。

#### (2) 松岡説

Gが甲上の抵当権を放棄せずに実行したとしても、甲から現実に回収可能と予想されるのは4800万円程度でした（CP⑤）。B<sub>1</sub>やB<sub>2</sub>は、1200万円程度の残債務について引き続き物上保証人としての責任や連帯保証債務を負担せざるをえませんでした。その分の求償は、そもそもSの一般財産に期待するしかなかったのですから、この1200万円分については、「甲上の抵当権の喪失によって償還を受けることができなくなった」という関係が存在せず、免責の対象とはなりません。それゆえ、Bらは、甲不動産の競売予想価格の限度である4800万円を上限として免責を受けうることになります。

乙上の抵当権が実行された場合のB<sub>1</sub>や連帯保証債務を弁済したB<sub>2</sub>は、Sから1200万円を求償することができますが、それはSの一般財産に期待するしかなく、Sが無資力であれば各自の負担額は1/2の600万円となります。

## 4 乙上の抵当権放棄の場合のB<sub>2</sub>の免責額

### (1) 判例・通説

判例は不明ですが、通説によれば、乙の時価3000万円の範囲で、B<sub>2</sub>は、501条5号によって3000万円（＝6000万円÷2を超える分）まで乙上のGの抵当権を代位行使できたはずですから、3000万円の限度で保証債務の履行を拒めることになりそうです。代位により甲上の抵当権から6000万円回収できると考えると、通説が実際にこういう結論に至るのかやや疑問もありますが、注釈民法の記述を文字通り受け取ればそう考えるほかありません。

### (2) 松岡説

甲上の抵当権が放棄された場合とは異なり、B<sub>2</sub>がGに弁済をした後に、甲上のGの抵当権を代位行使して実行すれば、4800万円程度は回収が可能であり、その部分は、乙上の抵当権の放棄によっても影響がありません。したがって、「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」という因果関係がなく、免責は生じません。乙上の抵当権の放棄によって回収が困難になったと考えられるのは、1200万円（＝6000万円－4800万円）以下です。そして、501条5号の考え方によりB<sub>1</sub>・B<sub>2</sub>は平等の割合で主たる債務者から求償できない危険を負うとして、Sに甲の他にめぼしい責任財産がないことを立証できれば、B<sub>2</sub>は、保証債務の600万円分の縮減を主張することが認められるでしょう。この場合、B<sub>1</sub>に乙の他にめぼしい責任財産があるかどうかは問題になりません。B<sub>1</sub>はB<sub>2</sub>に対して、代位される抵当権につき乙の価格の限度で責任を負う（物的有限責任）とはいえ、一般責任財産を引き当てとする求償債務は負わないからです。

少し角度を変えた説明もできます。乙上の抵当権が放棄されると、B<sub>1</sub>は完全に免責され、B<sub>2</sub>の連帯保証債務のみが残ります。B<sub>2</sub>は債務全額を弁済させられると、甲上の抵当権を代位行使しても、4800万円しか回収できず、1200万円は全部負担することになり、乙上の抵当権が残っていた場合と比べて600万円の負担増になります。こうして、B<sub>1</sub>に600万円分を分担させることができたはずなのにできなくなったからその額を減責せよという意味でも、B<sub>2</sub>の主張は正当化できます。

## 5 Iの保護

### (1) 問題状況

Iは、甲上の抵当権が存在していれば、乙上の抵当権が先に実行されても、Gに（一部）代位して甲上の抵当権から満足を受けるB<sub>1</sub>から、物上代位の法意によって被担保債権を回収できたはず（最判昭53・7・4民集32巻5号785頁）。Gの甲上の抵当権放棄により、このようなIの期待が裏切られて、不利益を受ける理由はありません。かといって、IはGに対して債務や責任を負っていませんから、仮にGにB<sub>1</sub>に対する担保保存義務違反があるとしても、Gに対する関係でのIの減免責は考えられません。そこで、どう考えるかが問題になります（上述のとおり、B<sub>1</sub>が全部免責されるとする判例・通説によれば、本件ではIはGの第1順位抵当権の不存在確認や設定登記の抹消が請求できますが、一部免責に止まる場合には問題は深刻です）。なお、392条に関してですが、不法行為責任論を採る見解（高木多喜男「後順位抵当権者のための共同抵当権者の担保保存」金法1382号（1994年）26頁）によれば、ここでもIはGに対する不法行為責任を追及することができるだけだということになるでしょう。

## (2) 392条に関する判例法理の援用

判例（最判昭44・7・3民集23巻8号1297頁<LEX/DB27000805>や最判平4・11・6民集46巻8号2625頁<LEX/DB 27813802>）は、392条についてですが、「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甲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、後順位抵当権者が甲不動産上の右抵当権に代位し得る限度で、乙不動産につき、後順位抵当権者に優先することができない」（本件にあわせて甲・乙を入れ換えています）と判示しています。Iはこれを援用して（根拠条文はなく、強いていうなら1条3項）、乙の競売に際し、配当異議訴訟により、GはIに対して優先権を主張できないと争うか（判例・通説では乙上のGの抵当権は全部消滅するのでIは2000万円の配当を求めることができ、松岡説では1200万円が免責されるのでIが主張できるのは同額まで）、配当後に損害賠償請求や不当利得返還請求を行うこととなります（必読判例①の争い方は不当利得返還請求の形でした）。

## 6 Hの同意擬制？

Hは利益を受けることがあるだけなので任意売却案への同意擬制を考えても良いのではないかと疑問があります。しかし、いくら有利であっても契約の申込みに対して承諾する義務がないことや、Hが抵当権を同意なく奪われたり、奪われることに同意しなければならぬ理由はありません。また、先順位抵当権者Gがいるため、抵当権実行時期を自分だけで決めることはできないものの、甲土地が今後値上がりして、Hにも300万円以上の配当が可能になることもありえます。それゆえ、同意が擬制されることはありません。

Hの抵当権を消すには、抵当権消滅請求（379条以下）によることとなります。すなわち、抵当権を付けたままでSが甲をDに売却し、第三取得者Dが抵当権消滅請求を行ないます。共同で計画を練っているGが抵当権消滅請求に反対して競売を申し立てることはありませんし、配当を受ける可能性が低いHが対抗策として競売を申し立てても、無剰余を理由に競売開始決定が取り消され、Hは承諾を擬制されて（384条4号）、GとHの抵当権は消滅することとなります（386条。Hには1円も回りません）。

もっとも、抵当権消滅請求を行うのは煩瑣であるし、リスクが伴います。また、Hの抵当権が消滅しても、抵当権設定登記を抹消するには、抹消登記手続申請に対するHの任意の協力か、Hに抹消登記手続を命ずる確定した勝訴判決が必要となります。本件設例の(3)の場合にGが100万円を積み増しているのは、交渉によってHの同意を取り付けるためのものです。

## 7 担保保存義務免除特約

### (1) 担保保存義務免除特約一般の扱い

判例（大判昭12・5・15新聞4133号16頁<LEX/DB 27545153>）は、民法504条が任意規定であることを理由に、古くから、特約の有効性を認めており、債権者に担保処分時期を逃した過失があっても民法504条は適用されないとしました。これに対して、学説では、**特約の付合契約性**に着目して、特約の効力を制限する見解が有力でした。例えば、西村信雄『継続的保証の研究』（有斐閣、1952年）250頁は、特約の効果は注意義務の軽減にとどまるとし、加藤一郎＝鈴木禄弥編『注釈民法(17)』（有斐閣、1971年）331頁〔鈴木禄弥〕は、担保の喪

失・減少に客観的合目的性を欠く場合には特約の効力を否定しました。

そのような中で、参考判例は、担保が減少し代位の利益を害する結果となることにつき故意または重大な過失がある場合その他特段の事情がある場合には、特約の援用は、信義則違反あるいは権利濫用に該当する、との一般的定式を示しました。この判決は、同旨の学説（椿寿夫「債権者の担保保存義務」金法512号（1968年）18頁、磯村哲編『注釈民法(12)』（有斐閣、1970年）368頁〔石田喜久夫〕に影響を受けたものと思われます。この判決では、特約は有効であり、その効力は、注意義務の軽減（軽過失では問題にならない）と、故意・重過失の対象を代位の利益の侵害にずらす点に認められます（この対象の移動により、例えば、故意の担保放棄でも代位の利益の侵害がなければ担保保存義務違反とはなりません）。さらに、必読判例②は、債権者の行為が、金融取引通念上合理的で、正当な代位の期待を奪うものではない場合には、担保保存義務免除特約の効力を主張することは、信義則違反・権利濫用には当たらない、と判示しました。参考判例も必読判例②も、具体的事例では特約の効力を認めており、判例は、権利濫用・信義則違反による例外の認定には慎重な態度を採るものと思われます。

なお、(2)の任意売却案についても、これらの判例を踏まえたうえで、弁済と引き換えにする抵当権の放棄は必ずしも故意の担保保存義務違反に当たらない、とする見解がありえましょう。ただ、これらの判例は担保保存義務免除特約が存在する場合の判断であり、本件設例の(2)の場合は、そのような特約がない場合に任意売却を一部の関係者の同意や承諾なく行くと担保保存義務違反による減免責が主張されるおそれがないかを尋ねています。特約がない場合には、抵当権の放棄は故意の担保保存義務違反になるというのが、おそらく判例・通説の理解です。これに対して、松岡説のように504条自体を文字通り解すれば、この種の適正価格での任意売却による清算では、担保保存義務違反はあっても減免責が生じないことになり、不合理な結果を生じません。なお、改正民法新504条2項では、担保を喪失・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」は、減免責の効果が生じないものとしており、担保保存義務免除特約がない場合にも、特約がある場合とほぼ同じ結論になります。

## (2) 第三取得者に対する担保保存義務免除特約の効力

### (a) 必読判例②の判示とそれに対する批判

必読判例②は、担保保存義務免除特約の有効性を論じるとともに、特約が有効な場合、担保喪失・減少行為後の第三取得者は、504条の免責の効果が主張できないとしました。その理由は、「第三取得者は、免責の効果が生じていない状態の担保の負担がある物件を取得したことになり、債権者に対し、民法504条による免責の効果を主張することはできない」からでした。

この考え方に対しては、特約に公示性がなく第三取得者が特約の存在を知らず、共同抵当関係にあった債務者所有の甲が任意売却された経緯も知らなかった場合において、担保放棄により前主に免責効が生じていると過失なく信じて買い受けたときには酷な結果となる、との批判が可能でしょう（94条2項類推適用により第三取得者を保護できるかもしれません）。

### (b) 特約の第三者効

特約の第三者効について、学説は対立しています。

第三者効肯定説は、代位割合特約（最判昭59・11・16民集38巻7号885頁<LEX/DB 27490199>を参照）のように特約が担保に付随する性格のものであること、信用保証協会の保証の特約に

合理性・周知性があることなどを理由に、第三取得者は担保保存義務違反を主張できない、と主張しています（鈴木正和「参考判例判批」判タ775号（1992年）65頁、「鼎談 金融法務を語る」銀法510号（1995年）34～36頁〔伊藤進・上野隆司発言〕、角紀代恵「必読判例②の原審判批」金法1428号（1995年）38頁）。しかし、肯定説を採用しても、本件のように個別的に合意された特約には周知性があるとは考えにくく、何より、第三者効否定説が中核的な論拠としている契約の相対効原則との矛盾を説明できません。

したがって、特約の効果は契約当事者でないEには及ばないため、E自身に対して、民法504条の適用を考えなければならないことになりましょう。もっとも、特約の効力がEに及ばないとしても、本件任意売却処分は必要かつ合理的で、Eの代位の利益が侵害されていない（損害がない）として、Eに免責の効果は生じないと解すべきです。この結論は、判例・通説よりも、松岡説のような504条の免責構造の理解による方が説明が易しいと言えます。