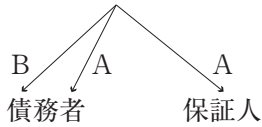


(根) 抵当権の被担保債権を弁済した保証人の代位と債権者の優劣

弁護士 永井 弘二

(根) 抵当権者・債権者



A債権 500万円
B債権 1000万円
両債権につき、債務者所有物件に(根) 抵当権を設定

第1 はじめに

保証人が債権者に保証債務の全額を弁済した場合には、債務者に対して同額の求償権を取得すると共に(民法459、462条)、債権者の債務者に対する債権を代位取得します(同500、501条：上記の図では、B債権がない場合にA債権の保証人がA債権全額を弁済した場合)。この場合、保証人は債権者に代わって(根) 抵当権を行使して配当を受けることが出来るようになります。

それでは、上記の図そのままに債権者にB債権もあり、それがA債権と同じく(根) 抵当権の被担保債権となっていた場合にも、保証人はA債権について債権者に代位して、債権者の(根) 抵当権を行使して配当を受けることができるのでしょうか。

この問題は、債権の一部を弁済した保証人と債権者の優劣についての議論が先行した関係もあり、必ずしもこれまで明確な解決がなされないまま推移してきました。

第2 債権の一部弁済による代位と債権者との優劣(最判昭和60年5月23日・金法1099p12)

1 従前は、上記図で、保証人がA債権の一部のみを弁済した場合、保証人は債権者に代位して(根) 抵当権を行使できるのか、という形で問題になりました。

これは一部弁済による代位についての問題になりますので、民法502条の解釈問題となります。同条は、「一部弁済者は弁済価額に応じて債権者と共に権利行使できる」とされていますので、素直に読めば保証人は「弁済価額に応じて」債権者と「共に」権利行使できる、すなわち、(根) 抵当権を準共有し、それを行使して、価額に応じて配当を受けることができる、ということになります。

しかし、最高裁は、まず、この問題について、保証人は債権者に劣後するとしました。

2 最判昭和60年5月23日(金法1099p12)は、保証人が一部弁済した場合に、保証人は(根) 抵当権を「行使できるが」(競売申立等ができるが)、その結果の配当においては、債権者に負けるとしたのです(民法502条は「行使」ができるだけであると解釈したのです：最判の事案はもっと複雑ですが、結論だけを前提にします)。

具体的には、上記図で保証人がA債権の内300万円だけを弁済し(債権者の残債は1200万)、その後物件が900万円で処分された場合、債権者が900万円全額を取得できる、としたのです。もし、民法502条の文言そのままに保証人も300万円分について(根) 抵当権を準共有したとすれば、900万円の代金が、債権者1200万円・保証人300万円の割合(4対1)に応じて配分され、債権者720万円・保証人180万円をそれぞれ回収するはずでした。

最高裁が上記のような結論を取った理由は、債権者が(根) 抵当権と共に保証人も徴求したのは、自らの債権を保全する趣旨だったのであり、他方、保証人に代位が認められるのはあくまで求償権を保全するためだけに過ぎず、保証人の求償権が債権者の債権保全を邪魔して債権者に不利益をもたらすことは想定されていない、ということでした。

つまり、(根) 抵当権実行と保証人からの弁済の先後によって、債権者が不利益を被ることはおかしいという判断があったのです(昭和60年度最判解説p220)。具体的には、民法の素直な解釈を前提にすると、上記の事案で、債権者が先に(根) 抵当権を実行した場合には、まず900万円を受領し、これはA債権に300万円、B債権に600万円充当され、残債は600万円(A債権200万円、B債権400万円)となります。そして、保証人は300万円の支払能力があるのですから、債権者は保証人からA債権の残債200万円を受領でき、全体として1100万円を回収できます。ところが、上記のとおり保証人が先に300万円弁済した場合には、債権者が回収する金額は保証人から300万円、物件処分で720万円の1020万円に過ぎず、他方、保証人は300万円弁済した後180万円を回収しますから120万円の出捐で済むことになるわけです。これでは、(根) 抵当権実行と保証人の弁済の先後により債権者の回収額が異なることになり不合理であるというわけです。

もっとも、昭和60年最判の結論によれば、上記事案では、物件処分が先行した場合には保証人は2

00万円の負担で済むのに（債権者は1100万円を回収）、先に300万円を弁済してしまった場合には、差額の100万円分を取り返すことができない（債権者は1200万円を回収）ということになりますので（もちろん保証人は債務者に請求するのですが債務者が無資力だからこそ切実な問題になります。）、この問題は、どこまで行っても、結局、債権者と保証人のどちらを優先するのかという問題であることには変わりありません。

その意味で、この昭和60年最判は、一部弁済した保証人よりも債権者が優先することを鮮明にしたと位置づけることができます。

第3 根抵当権の複数被担保債権の一部債権を全部弁済した場合（最判昭和62年4月23日・金法1169p29）

1 それでは、次に、当初に戻って、保証人がA債権の500万円全部を弁済した場合についてですが、まず、債権者の担保権が根抵当権であった場合を考えます（仮に極度額を2000万円とします。）。

根抵当権は、極度額の範囲内で優先権が認められる担保権ですので、2000万円の範囲内では、あたかもA債権は全体の債権の一部に過ぎないというように考えることもでき、そのように考えると、上記昭和60年最判と同様に、債権の一部弁済の場合として、債権者が保証人に優先するとすることも考えられるのです。

他方、民法の素直な解釈からは、この場合は、あくまでA債権という1個の債権を「全部」弁済したのだから、民法502条の解釈問題ではなく、原則どおり同500条、501条により債権者に代位し、根抵当権を準共有すると考えることもできます。

2 最判昭和62年4月23日（金法1169p29）は、結論的には、こうした事例において、債権者は保証人に優先するとしたと見える判断をしました。この最判の事案は保証人による弁済そのものとは異なり、この点は後述しますが、判断としては、昭和60年最判をわざわざ引用するなど、保証人と債権者との優劣を判断したという体裁になっています。

第4 抵当権の場合

1 次に、債権者の担保権が根抵当権ではなく、普通抵当権であった場合が問題となりました。

これまでの上記の判例の流れからすれば、当然、担保権が普通抵当権であった場合でも、債権者はA債権を全額弁済した保証人に優先する、との結論になるのではないかと見られていました。

2 ところが、最判平成17年1月27日（金法17

38p105）は、全く逆の結論を採用し、抵当権の場合には、一部の被担保債権全額を弁済した保証人は債権者と共に抵当権を準共有するとしたのです。

平成17年最判がこの結論を採用した理由は、民法理論の素直な解釈にしたがったことを明らかにすると共に、上記図に即して言えば、保証人は保証したA債権を全額弁済するという義務を全うしたのであり、保証していないB債権の保全のために債権者に劣後しなければならない理由はない、としています。

そして、昭和62年最判については、問題となった事案が、上記図に即して言うと、保証人がA債権を全額弁済した後、保証人自身は債務者から500万円全額の求償を受けており、根抵当権の後順位抵当権者が900万円の売却代金の内、保証人に行くはずだった300万円を自分に寄せ、と争った事案だったことから、弁済した保証人と債権者の優劣について判断したものではない、としたのです。

第5 若干の検討

1 昭和60年最判の一部弁済と債権者・保証人の優劣については、保証人が物上保証人であった場合も含めて（昭和60年最判は物上保証人の場合でした）、ほぼ異論なく定着した解釈となっています。

しかし、上記のとおり、昭和62年最判と平成17年最判については、金融実務界で最も多く利用されている「根」抵当権の場合にどうか、という点では、異論の余地を残したものと言わざるを得ません。

2 利害状況を整理すると、実は、保証人がA債権を全部弁済した場合には、上記の一部弁済の場合と異なり、平成17年最判のように（根）抵当権を準共有すると考えた方が、保証人の弁済と担保権の実行等との先後で差が生じないという結果になります（金法1738p105の「コメント」）。

具体的には、上記図で、先に保証人がA債権500万円全額を弁済し、その後（根）抵当権者が担保権を実行等した場合、売却金の900万円は1000万円対500万円の割合で（根）抵当権者と保証人に分配されますので、（根）抵当権者は600万円、保証人は300万円を回収します。結果、（根）抵当権者は1100万円を回収し、保証人は200万円を出捐したことになります。先に物件が900万円で売却された場合には、A債権に300万円、B債権に600万円が充当されますので、残債はA債権200万円、B債権400万円となり、保証人の責任は200万円になります。結果、（根）抵当権者は売却金900万円と保証人からの回収200

万円の合計1100万円を回収し、保証人の出捐は200万円となり、先に弁済した場合と同じ結果となるわけです。

もし、昭和62年最判のように債権者が優先するとすると、保証人が先に弁済した方が、(根) 抵当権者が回収する金額は増えることとなります。

このような違いは、保証人が一部弁済したか全部弁済したかにより生じています。この点が、保証人が一部弁済した場合の利害状況と決定的に異なることとなります。

平成17年最判が判断理由で、「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。」としているのは、こうした保証人の弁済と担保権実行等の先後での均衡をも考慮した結果とも見られます。

したがって、保証人が全部弁済した場合には、平成17年最判のように考える方が合理的ではないかと思えます。そして、こうした具体的利害状況については、担保権が根抵当権であるか抵当権であるかにより左右されるものではありません。

2 京都大学大学院の潮見佳男教授は、平成17年最判の原審である東京高裁判決（結論は債権者が優先するという平成17年最判と反対の結論でした。）を批判して、昭和62年最判は、一部弁済である昭和60年最判との事案の違いを明確に意識していた訳ではなく、あくまで一部弁済の事案として処理したのではないかと指摘しています（金法1725 p 8）。また、平成17年最判自体が、昭和62年最判は、直接弁済した保証人との優劣ではなく後順位抵当権者との優劣について判断したものに過ぎない、としているのは上記のとおりです。

この潮見教授の見解や、平成17年最判の言い回しからは、「根」 抵当権の場合も、抵当権と同様に準共有となるとも考えられます。

他方、昭和62年最判の事案自体は、やはり根抵当権の複数被担保債権の一部債権を全額弁済した事案であったことや、その判断の言い回しが保証人と債権者の優劣についての昭和60年最判を引用して判示していることを強調して、平成17年最判の射程距離は「根」 抵当権の場合にまで及ばず、「根」 抵当権の場合は昭和62年最判で解決されていると説く論者もいます（金法1734 p 40・同1738 p 105の「コメント」）。

結局、「根」 抵当権の場合の問題は、平成17年最判によっても十分に解決されたとは言えず、昭和62年最判をどのように捉えるのか、平成17年最判は根抵当権の場合をも射程に入れているのか、

などのさらなる議論と判例の蓄積が必要なようです。

4 なお、平成17年最判の判断理由を前提にすると、上記図で保証人がA債権のみならずB債権をも保証していたが、A債権のみを先に全額弁済した場合は、一部弁済の場合と同様に債権者が優先すると考えても良いのではないかとの疑問も生まれます（通常は、保証人の一部弁済はA、B債権に按分充当され、この場合は昭和60年最判の一部弁済の場合に該当することになりますが、特殊事情でA債権のみの弁済となることも実務的にはあり得ます。）。

しかし、実は、平成17年最判の事案自体が、弁済しなかった他債権について（上記図でのB債権について）、保証人は保証をしていた事案でした。したがって、平成17年最判は、上記図で保証人がB債権をも保証していた場合でも、A債権全部の弁済により抵当権を準共有するとの判断を示したものとと言えます。

以上