

第三取得者の法的地位について

鶴
藤
倫
道

目次

- はじめに
- 一 従来の学説・裁判例
 - 二 限定説の批判的検討と積極的な評価
 - 三 後順位抵当権者に与える影響
- おわりに

はじめに

例えば、ある法律学の用語辞典によれば、第三取得者とは、「担保物権の設定されている目的物について、その所有権または用益物権を取得した者を」いい、「第三取得者は、担保物権が実行された場合原則として権利を失うことになるので（民執五九二）、被担保債権の弁済について正当な利益を有する者にあたる（民五〇〇・五〇一）」と説明されている⁽¹⁾。ここでは、担保物権の設定された目的物の所有権取得をした第三取得者は、前主が債務者である場合と物上保証人である場合、双方を含むものとして理解されている。そして、民法五〇一条もまた、保証人は第三取得者に対して全額について債権者に代位するが、第三取得者は保証人に対して債権者に代位することができず、また、第三取得者が複数ある場合、その一人は、各不動産の価格に応じて、他の第三取得者に対して債権者に代位するものとしており（民五〇一条一号—三号）、少なくとも、文言上は、債務者からの第三取得者と物上保証人からの第三取得者を区別していない。ところが近時、民法五〇一条一号—三号にいう第三取得者とは、債務者からの第三取得者に限定されると解すべきであり、物上保証人からの第三取得者は、前主である物上保証人と同視されるべきであるという見解が、有力、あるいは、多数となりつつある。それでは、民法五〇一条一号—三号にいう第三取得者とは、文言に素直に従い、債務者からの第三取得者に限定せず、物上保証人からの第三取得者をも含むものと解すべきか（無限定説）、それとも、債務者からの第三取得者に限定するものと解すべきなのであるか（限定説⁽²⁾）。本稿の直接の課題はここにある。

ところで、詳しくは以下の本論で述べるが、近時の債権法改正の法制審議会における審議が、民法五〇一条の規律に限定説を取り込む内容で、その論拠については必ずしも十分に検討されることのないまま進められている。しかし

ながら、限定説は、なお異論のない通説とまでは言えないものであり、しかも、この点に関する最高裁による判断はなく、下級審の裁判例も、無限定説と限定説とに分かれている。さらに、限定説を採る論者においても、その論拠が必ずしも十分に議論されてきたとまではいえない。このような状況下において、安易に限定説を取り込んだ立法化がなされてよいものであろうか。第三取得者の側から言えば、前主が誰であるのかにより効果が大きく異なってくるのであるから、慎重に議論すべきものであろう。さらに、事は債権法にとどまらず、担保物権、とりわけ共同抵当目的物を取扱った第三取得者が登場する場合の解釈に及びうるものである。筆者も、結論としては限定説によるべきものと考えているが、本稿においては、従来の議論を踏まえ、限定説の積極的な根拠付けを試みることにしたい。

そこで、以上のような状況を明らかにした上で、限定説の根拠付けをすべきものと考え、以下のような構成をとることにする。まず、従来の学説・判例状況についてを、検討する(一)。具体的には、冒頭で、民法五〇一条一号・二号で第三取得者が保証人に劣後する理由が、伝統的にはどのように説明されてきたのかを検討し、その中に、限定説を根拠づける契機が存在するか否かを確認する(一(一))。次いで、限定説とこれに対する批判的立場の検討については、最初に限定説の嚆矢となる横田説とこれに対する学説の反応を確認する(一(二))。その後、実務家による限定説の再評価の内容(一(三))と下級審の裁判例がこれに影響を受けてきていることの確認をする(一(四))。そして、実務家による限定説の再評価後、有力(多数)説化する限定説の論拠を中心に検討し(一(五))、近時の債権法改正の議論を紹介する(一(六))。ここまでは、限定説が有力(多数)説化するまでの過程で、その論拠が、時期に応じて、また、論者によってまちまちであることと、必ずしも十分な議論がなされていないことを確認するために、少々冗長ではあるが、時系列に沿った記述となっている。以上の検討を踏まえ、限定説に対する批判的な検討(二(一))と積極的な根拠付けを試みる(二(二))。最後に、民法五〇一条の解釈論として限定説に立つことで、

共同抵当抵当目的物を取得した第三取得者と後順位抵当権者との関係についての解釈に影響を及ぼすことを明らかにし、若干の検討を行うことにする(二三)。

なお、本稿の課題との関係では、登場する当事者が多岐にわたるため、それぞれに記号を付して記述することにし、具体的には、債権者Gの債務者Sに対する債権を担保するため、S所有不動産甲に抵当権が設定され、また、同債権担保のためにAが保証人となり、物上保証人Bがその所有する不動産乙に抵当権を設定しており、債務者Sにより抵当権が設定された不動産甲を取得した第三取得者をC、物上保証人Bにより抵当権が設定された不動産乙を取得した第三取得者をDとする、という基本設例をもとに記述する。また、同種の当事者が複数存在する場合には、各々を区別するために、例えば、物上保証人 B_1 、 B_2 のように記述することにする。

一 従来の学説・裁判例

(一) 伝統的な説明

1 保証人が第三取得者に優先される理由

以下ではまず、「第三取得者」について、債務者Sからの第三取得者Cと物上保証人Bからの第三取得者Dを区別する学説(限定説)が登場する前において、保証人Aと「第三取得者」との関係がどのように理解されていたのかを検討する。つまり、「第三取得者」は、弁済しても債権者Gに代位して保証人に対して権利行使できないが(民五〇

一条二号)、保証人Aは、あらかじめ担保物権の登記に代位の付記登記をすれば、「第三取得者」に対して担保物権を行使できるとされ(民五〇一条一号)、「第三取得者」が保証人Aに劣後されるものとされている理由の中に、債務者Sからの第三取得者Cと物上保証人Bからの第三取得者Dを区別する契機を見出すことができるか否かを検討しようということである。

この点につき、伝統的には、次の三点が理由として挙げられている。すなわち、①第三取得者は登記により担保権の存在を知っており、危険を覚悟の上で目的物を取得していること、②代価弁済(民三七八条)や抵当権消滅請求(民三七九条以下—二〇〇三年改正前の滌除に相当する)などの方法により、損失を免れうること、③保証人は無限責任を負い、主たる債務者が無資力の場合には求償を受けられないという損失を被るおそれがあること、である。

もつとも、論者によつて、三点のうちどれに力点を置くかは異なっている。初期には三点ともを理由として挙げることもあるが、①と②を理由として挙げるのが一般的である。

2 伝統的な説明に対する批判的検討

(1) 保証人が無限責任を負っていることについて

まず、順序は逆になるが、③の理由付けから検討する。③は要するに、無限責任を負う保証人Aは重い責任を負っているのだから、「第三取得者」に保証人Aが優先するというものである。しかしながら、結論から言えば、この理由付けからは、債務者Sからの第三取得者Cと物上保証人Bからの第三取得者Dを区別して取り扱う根拠は見いだせない。それどころか、「第三取得者」が保証人Aに劣後する理由として取り上げること自体が、そもそも不適當だと解される。

(ア) 限定説の契機とはなり得ないこと

まず、債務者Sからの第三取得者Cと物上保証人Bからの第三取得者Dとを区別して取り扱う限定説の契機は、理由③からは見出し出すことができないという点について。

第一に、保証人Aが無限責任を負うのに対して、「第三取得者」は有限責任を負うのにすぎないから、「第三取得者」は保証人Aに劣後する、ということを経由する場合、他人の債務について自己の財産をもって有限責任を負うという点では、物上保証人Bも「第三取得者」と違いがないことになる。そうであるならば、物上保証人Bと「第三取得者」は、相互に代位できるが、ともに保証人Aに対しては代位できない、と結論づけなければ筋が通らないはずである(後述のように、結論としては否定されるべきだが)。

そして、第二に、理由③の帰結として、物上保証人Bと「第三取得者」とが相互に代位できるものと仮定して、かつ、その上で、仮に、限定説に立つことにしてみる。すると、限定説とは、債務者Sからの第三取得者Cと物上保証人Bからの第三取得者Dを区別し、後者については物上保証人Bに準じて扱うとするものであるから、債務者Sからの第三取得者Cと物上保証人Bからの第三取得者Dとは相互に代位できることになる。この結論は、結局、無限定説(債務者Sからの第三取得者Cと物上保証人Bからの第三取得者Dは区別されない)と実際には同じ結果になる。従って、理由③からは、債務者Sからの第三取得者Cと物上保証人Bからの第三取得者Dとを区別する積極的理由は見出せないことになる。

(イ) 第三取得者が保証人に劣後することの理由となり得ないこと

では、理由③が無限定説に積極的な根拠を与えているかと言えば、むしろ、「第三取得者」が保証人Aに劣後することの理由として、この理由③を取り上げることが自体が不適当だと解される。

無限責任を負う保証人Aは重い責任を負っているので、有限責任を負う「第三取得者」との関係で優先されるといふ理由③を前提とするときには、有限責任を負う物上保証人Bは、「第三取得者」と同様の立場にあり、保証人Aとの関係では劣後するという帰結となるはずである、とは前に述べたとおりである。ところが、この帰結と民法五〇一条の規律とは、そもそも相反するものである。つまり、物上保証人Bと「第三取得者」とが相互に代位できると定められていないのはもちろん、かえって、保証人Aと物上保証人Bは互いに代位できる関係に立つものとされているからである（同条五号）。

さらに、民法典の起草過程においては、民法五〇一条二号の保証人Aは物上保証人Bを含むものと解されており、学説上もそのように解されている。^⑥やはり、理由③の帰結とは矛盾することになる。

以上からすれば、理由③によっては、「第三取得者」が、保証人A・物上保証人Bとの関係で劣位に置かれることの説明ができないと言わざるを得ない。それ故であろうか、実際、近時の多くの教科書では、理由③を「第三取得者」が保証人Aに劣後することの理由として取り上げてはいないのである。^⑦

(2) 第三取得者は担保の存在を知り、第三取得者には救済手段が与えられていることについて

そこで、次には、①と②の理由である。①の「第三取得者」は登記により担保権の存在を知っており、危険を覚悟の上で目的物を取得しているという指摘は、債務者Sからの第三取得者Cだけでなく、物上保証人Bからの第三取得者Dであっても同じことである。また、②の「第三取得者」は代価弁済や抵当権消滅請求などの方法により損失を免れうるといふ理由についても、債務者Sからの第三取得者Cに限定された救済方法ではない。従って、①②の理由から、債務者Sからの第三取得者Cと物上保証人Bからの第三取得者Dを区別すべき積極的理由は見いだせないこと

になる。

(3) 小括

以上のように、伝統的な説明による場合には、民法五〇一条一号―三号にいう「第三取得者」について、限定説の言うように、債務者Sからの第三取得者Cに限定をし、物上保証人Bからの第三取得者Dを排除することは、根拠づけることができない。実際、民法典の起草過程からは、この両者を区別していなかったと指摘されているところもある。⁽⁸⁾

そうすると、結論の方向性としては、まず、大きく二つを考慮することができる。すなわち、一方で、「第三取得者」については区別をしない(無限定説の立場)、と結論づけるか、他方で、「第三取得者」については、債務者Sからの第三取得者Cと物上保証人Bからの第三取得者Dとを区別する(限定説の立場)、と結論づけた上で、そのために、別の理由付けを与えるという方向性がある。さらに、後者の立場に立つ場合の理由付けとして、一つは、伝統的な説明によりつつ、物上保証人Bからの第三取得者Dを、民法五〇一条一号―三号にいう「第三取得者」から排除する積極的な理由を見出すか、それとも、伝統的な説明からは離れ、「第三取得者」を債務者Sからの第三取得者Cに限定する理由を見いだすか、という方向性が考えられることになる。⁽⁹⁾

そこで、次には、限定説が、「第三取得者」の区別をどのような理由により根拠づけているのかを検討しておくことにする。

(二) 限定説の登場

1 横田説

債務者Sからの第三取得者Cと物上保証人Bからの第三取得者Dを区別すべきことを最初に論じたのは、大正一一(一九二二)年の横田説であつた。⁽¹⁰⁾

(1) 保証人と第三取得者との関係について

まず、横田説において、保証人Aと「第三取得者」との関係がどのように論じられていたのかを確認する。ここでは、債務者S所有の土地甲に抵当権が設定され、債務者Sの債務を保証する保証人Aが登場し、そして、抵当権の設定された土地甲を取得した第三取得者Cがいるという例を挙げながら、保証人Aが弁済するときには、第三取得者Cに対して債権者に代位することができるが、第三取得者Cが弁済するときには、保証人Aに代位することができない理由として二つのことを挙げている(以下、当事者を示す記号は本稿冒頭の基本設例によつて記している)。

(ア) 保証人には期待権があること

まず、債権者Gに弁済をした保証人Aは、債務者S本人が設定した抵当権が存在するから、債権者Gに代位して、この抵当権を実行することで求償の目的を達することができる地位にあり、このときの保証人Aは、債務者Sの供した担保目的物甲について、求償権を行使することができるという一種の期待権を有するものといふべきだとする。そして、この期待権は、債権者Gに担保保存義務(民五〇四条)のあることから、債権者Gであっても害することがで

きず、債務者S、第三取得者Cもこれを害することができない。そうであるのに、仮に第三取得者Cが保証人Aに対して代位できるとした場合、保証人Aは、その予期に反して完全にはその求償権を行うことができないことになり、保証人Aの期待権は自己の関与しない債務者Sによる担保目的物甲の売却のために害される結果を生じることになってしまう。これが、保証人Aが第三取得者Cに優先する理由なのだ⁽¹⁾と結論づけている。

(イ) 第三取得者には損失を免れる方法が与えられていること

そして、以上に加えて、第三取得者Cには滌除（現在の抵当権消滅請求に相当する）により、自己の損失を免れうる、ということが指摘される。すなわち、まず、債務者Sから担保目的物甲を取得した第三取得者Cは、滌除の手続きを終わるまでは、売主たる債務者Sに対して代金の支払いを拒むことができると同時に、滌除により抵当権を消滅させることで、損失を免れることができる。そうであるならば、第三取得者Cが債務者Sに代金を支払い、さらに債権者Gに債務者Sの債務を弁済するに至る場合には、その結果を保証人Aに負担させるべきではない、というのである。また、第三取得者Cが無償で担保目的物甲を譲り受ける、あるいは、廉価で譲り受けることで、第三取得者Cの出捐により抵当権を消滅させなければならぬ場合は、その出捐は第三取得者C自身が負担すべきものであって、保証人Aに分担させる理由がない、というのである⁽¹²⁾。

(2) 保証人と物上保証人からの第三取得者との関係

(ア) 保証人に偶然の利益を与える理由はない

以上が続いて、債務者Sからの第三取得者Cと物上保証人Bからの第三取得者Dとは区別されるべきことが論じられる。つまり、保証人Aと第三取得者Cの関係に関する検討の帰結は、民法五〇一条の「第三取得者」が、債務者S

からの第三取得者Cである場合には、問題なく説明することができるが、物上保証人Bからの第三取得者Dを含むとすれば、極めて不合理的な結果を生じることになるといっているのである。

では、どのような点が不条理だというのか。民法五〇一条五号によれば、保証人Aと物上保証人Bとの間では、債権額を二分し、各々その限度内において代位権を行使することができることは明かである。ところが、物上保証人Bが抵当権の目的物乙を第三者Dに譲渡し、この第三取得者Dが弁済をした場合に、民法五〇一条二号を文言通りに適用すれば、保証人Aがその半額を負担すべきであった本来の義務を免れることができる結果となり、「保証人をして偶然に義務の免脱を僥倖せしむるの不当なる結果を生ずるに至る」というのである。⁽¹³⁾そして、物上保証人Bが弁済により保証人Aに代位することができる以上は、その承継人たる第三取得者Dもまた、「物上保証人の地位を承継し、弁済によりて保証人に代位し、物上保証人の有する権利の範囲内において、保証人に対してその権利を行うことを得べきものと解するを正当なりとす」、というわけである。⁽¹⁴⁾

(イ) 物上保証人からの第三取得者は物上保証人の地位を承継する

そして、物上保証人Bからの第三取得者Dであっても、濛除により損失を免れることができるのであるから、代位権を認める必要はないのではないかと、という問いを自ら立て、しかし、これに対しては次のように答える。すなわち、「特定承継人がその権利に関して、その前者の法律上の地位を承継するは法学上の原則」なのであるから、物上保証人Bからの「第三取得者は、物上保証人の承継人として保証人に対し代位権を有するものとする解釈の正当なることを信ぜんとす」、⁽¹⁵⁾というのである。

(ウ) 当事者間の均衡

そして最後に、「かくのごとくして、保証人と物上保証人及びその承継人の間に均衡を保つことを得べく、代位の

制度によりて立法者の希図したる目的を完全に達することを得べしと信ず」として、ここまでの内容を結論づけている。

(3) 小括

以上をまとめると、まず、保証人Aと債務者Sからの第三取得者Cとの関係を論じる中で、保証人Aには期待権があり、その期待権を保護するという意味で、保証人Aは第三取得者Cに優先すると論じられている。そして、第三取得者Cが劣位に置かれることで生じる不利益は、自らその損失を免れる方法が与えられていることで、均衡がとれていると考えていることになる。このように解すること、民法五〇一条における「第三取得者」が、債務者Sからの第三取得者Cに限定される理由が述べられているのである。

次に、物上保証人Bからの第三取得者Dとの関係を論じる際には、保証人Aに偶然の利益を与える必要がないこと、また、物上保証人Bからの第三取得者Dは物上保証人Bの地位を承継していることから、物上保証人Bからの第三取得者Dは保証人Aに対して代位できるものと解している。そして、このように解することで、保証人Aと物上保証人B及び物上保証人Bからの第三取得者Dの間の均衡が保たれるのだとしている。この結論は、物上保証人Bからの第三取得者Dを前主である物上保証人Bと同視することを意味し、同時に、物上保証人Bからの第三取得者Dが、民法五〇一条における「第三取得者」から排除されるべき理由として述べられていることを確認することができる。

2 限定説に対する反応（実務家による再評価前まで）

以上の横田説（限定説）に対する反応は、後述の実務家により再評価されるまでは、驚くほど少ない。ここでは、

限定説に賛同するものと限定説に正面から反対する立場を見ておくことにする。

(1) 限定説に立つもの（地位の承継論）

限定説が実務家により再評価される前の段階で、民法五〇一条一号・二号の「第三取得者」とは債務者Sからの第三取得者Cであり、⁽¹⁶⁾物上保証人Bからの第三取得者Dは物上保証人Bであると述べ、⁽¹⁷⁾しばしば、限定説に立つものと紹介されるのが岡村説である。しかしながら、横田説の唱える限定説とは似て非なるものであることに注意が必要である。すなわち、岡村説にあつては、「代位弁済の場合に於けるいわゆる代位は、……実は新たに発生する権利の取得であり、⁽¹⁸⁾「物上保証人や担保財産の第三取得者も一種の債務者である」、⁽¹⁹⁾という理解を前提にしているのである。以下、いまま少しその内容を確認しておく。

まず、第三取得者を主たる債務者Sからの第三取得者Cに限定する根拠として、簡潔に述べれば、債務者Sからの第三取得者Cは、債務者Sの債務を併存的に引き受けている、という理解を前提に、だからこそ、物上保証人Bからの第三取得者Dとは区別されることになり、⁽²⁰⁾そして、債務者Sからの第三取得者Cは、担保不動産甲については債務者Sの地位を承継しているから、債務者Sが弁済しても保証人Aに対して求償できないのと同様、第三取得者Cは保証人Aに対して求償できないのだというのである。⁽²¹⁾

また、物上保証人Bと物上保証人Bからの第三取得者Dについても同様の理解の仕方をし、物上保証人Bも債務者にほかならず、⁽²²⁾物上保証人Bから担保物乙を特定承継した第三取得者Dは物上保証人Bと同視すべきである、⁽²³⁾というのである。

(2) 限定説に反対するもの

限定説の実務家による再評価前の段階では、前主の地位承継論の部分に関して、「担保不動産の所有者としての債務者と对人的給付義務を負担する債務者とを混淆した疑いがあり、ほとんど追隨者をみない」と批判するものが唯一あるのみである。⁽²⁴⁾

この批判は、「第三取得者」が責任だけでなく債務を負うとの前提に立つ岡村説に対しては、まさに当てはまるものと解される。もっとも、横田説に対しても妥当するものかどうかは、なお検討を要するよう思われる。なるほど、横田説においても、前述の通り、物上保証人Bからの第三取得者Dは物上保証人Bの地位を承継すると述べられているが、保証人Aと債務者Sからの第三取得者Cとの関係については、地位の承継とは異なる理由により、債務者Sからの第三取得者Cに限定しているからである。この点については、最後にまとめて検討をすることにした。いずれにせよ、「ほとんど追隨者をみない」との指摘通り、実務家による限定説の再評価であるこの時期、教科書等で限定説は、その紹介すらされていない状況であった。⁽²⁵⁾

(三) 実務家による限定説の再評価

1 第三取得者登場の前後で代位の可否が異なることの不合理

こうした中で、実務家を中心に、限定説が再評価されるようになるのは、一九七〇年代の前半頃からである。中には、特に理由を述べることなく限定説を支持するものもあるが、多くは、債務者Sからの第三取得者Cと物上保証人

Bからの第三取得者Dを、民法五〇一条一号・二号の「第三取得者」として区別しない場合には、債務者Sからの第三取得者C、物上保証人Bからの第三取得者Dが登場する前後で代位の可否が異なり得ることの不合理が根拠として指摘されている。具体的には、次のようなことが述べられている。

(1) 保証人に偶然の利益を与えることの不合理

まず第一に、物上保証人Bからの第三取得者Dを、民法五〇一条一号・二号の「第三取得者」と解する場合、保証人Aと物上保証人Bがいて、物上保証人Bからの第三取得者Dが登場する前の段階では、保証人Aの物上保証人Bに対する代位請求は、頭数に応じてなしうるのにすぎなかったものが(民五〇一条五号)、物上保証人Bからの第三取得者Dが登場すると、保証人Aは全額を代位することができることになり、不合理だということが指摘される。⁽²⁷⁾

(2) 物上保証人が不利益に扱われることの不合理

第二に、債務者Sからの第三取得者Cと物上保証人Bとの関係につき、債務者Sからの第三取得者Cの登場前は、物上保証人Bは債務者Sから求償されることはないのに、債務者Sからの第三取得者Cが登場することで、物上保証人Bに対して代位することができることになるのは不合理だ、と指摘される。⁽²⁸⁾

2 法律関係の複雑さを生じること

以上に加えて、「第三取得者」は前主に対して担保責任を追及できるが(民五六七条)、その場合に、前主が物上保証人Bの場合には、前主たる物上保証人Bが弁済した場合には、保証人Aに対して頭数に応じて代位請求できること

になり、法律関係がきわめて複雑になることも理由として挙げられる⁽²⁹⁾。

3 民法五〇一条六号による一号の準用

さらに、民法五〇一条六号が一号を準用していることを根拠に挙げるものもある。「一号のほうに出る第三取得者ということばを、五号（現在の六号にあたる―筆者注）で準用する意味は、保証人は、五号一項（現在の五号にあたる―筆者注）のとおり頭割りで物上保証人に対して代位するが、弁済後物上保証人から担保不動産を譲り受けた第三取得者に対して代位するためには代位の付記登記を要する、という意味に解するほかないから、その反面解釈として、一でいう第三取得者とは債務者からの第三取得者ということになろう」というのである⁽³⁰⁾。

4 小括―横田説との関係

以上のうち、保証人Aに偶然の利益を与えることの不合理については、すでに横田説で触れられていた点であり、民法五〇一条の解釈として、物上保証人Bからの第三取得者Dを「第三取得者」から排除する理由として述べられていた点である（前述一（二）1（2）（ア））。また、物上保証人Bが不利益に扱われることの不合理については、横田説では必ずしも直接に述べられていたところではないが、保証人Aに物上保証人Bを含むという前提に立てば（前述一（二）2（1）（イ）、横田説が、保証人Aの期待を根拠に、民法五〇一条の解釈として、「第三取得者」は債務者Sからの第三取得者Cに限られると積極的に理由づけていた点と同質のものとして理解することが可能である（前述一（二）1（1）（ア））。

その他、法律関係の複雑さを生じること、民法五〇一条六号による一号の準用という理由については、横田説では

述べられていなかった点であり、実務家による再評価の過程で、新たに付け加えられた理由である。

以上のように、実務家により限定説が再評価されるわけであるが、横田説において述べられていた地位の承継論については(前述一(二) 1(2)(イ))、いずれの実務家も触れていない。横田説に対しては、その地位の承継論が否定的に捉えられ、反対されていた(前述一(二) 2(2)) ことによるのかもしれない。

(四) 裁判例とその傾向

以上のような実務家による限定説が再評価される中で、下級審レベルでは、物上保証人B₁からの第三取得者Dによる他の保証人A・物上保証人B₂に対する代位の可否が争われた事案があり、結論が分かっている。以下、事実の概要と理由を掲げ、若干の検討を行う(事案については、検討の便宜のため、本稿冒頭の基本設例に即して記述している)。

1 裁判例―無限定説

〔裁判例①〕 東京地判昭和五五年一〇月八日判時九九五号

〔事実の概要〕 東京地裁昭和五五年判決の事実の概要は、次のようなものである。⁽³¹⁾ 債権者Gの債務者Sに対する債権を担保するため、S所有建物甲と物上保証人B₁所有土地乙₁に根抵当権が設定され、その後さらに、B₂所有土地乙₂にも根抵当権が設定された。債務者S所有建物甲と物上保証人B₁所有土地乙₁は、第三取得者C(同時にDでもある)に譲渡された後、根抵当権が実行され、GのSに対する債権が消滅したことから、共同根抵当権が設定されている土地乙₂の所有者である物上保証人B₂(原告)が、根抵当権設定登記の抹消を求めた。これに対して、第三取得者C(被告)

が、法律上代位したことを理由に、物上保証人B₂の根抵当権設定登記の抹消手続きに応じることができないと争ったため、第三取得者Cが物上保証人B₂に対して債権者Gに代位することができるかどうかが問題となった。

〔理由〕 東京地裁は、「民法第五〇一条各号の法意からして、第三取得者は物上保証人に対して債権者に代位しないと解するのが相当であるから、被告の抗弁は失当」とする。

〔裁判例②〕 東京高判平成元年五月一〇日金法一二五四号三六頁

〔事実の概要〕 東京高裁判平成元年判決の事実関係は、掲載誌に判決文しか記載されておらず、不明瞭であるが、概ね次のようなものだと思う。すなわち、債権者Gの債務者Sに対する債権を担保するため、物上保証人B所有不動産乙₁と乙₂に根抵当権が設定されたが、債務者Sが破産して、B所有不動産乙₁の競売が開始され、B所有不動産乙₂の第三取得者Dが第三者弁済を理由に配当を受けたため、後順位の債権者が配当表に対する異議を述べ、配当表の変更を請求したというものである。第一審で請求が認容されたため、控訴された。

〔理由〕 東京高裁は、「本件のように、共同抵当の目的となつている物上保証人所有の不動産を第三者が取得し、その後債権者に対して被担保債務を弁済した場合には、その第三取得者は、民法五〇一条但書一号、二号及び五号の法文及びその趣旨に照らし、物上保証人に対して債権者に代位することができないものと解するのが相当である。そして、右不動産の第三取得者は、その不動産に（根）抵当権が設定されていることを知りながらこれを取得するのが通常であつて、債務者又は自らが被担保債務を弁済しない限り抵当権が実行されることを当然に覚悟すべきものであるし、また、右の第三取得者には、代価弁済又は滌除という保護制度を利用する方途も認められている（なお、有償取得の場合には代価の支払いを留保する自由も残されている。）から、右のように解したとしても、第三取得者に不測

の損害を与えることにはならないものというべきである」とする。

〔裁判例③〕 千葉地決平成五年一月三〇日金商九六三号四三頁

〔事実の概要〕 千葉地裁平成五年決定は、後述の東京高裁平成六年決定の原決定である。事実の概要については、次のようなものである。すなわち、債権者GのSに対する債務を担保するため、物上保証人B₁が所有する不動産乙₁と物上保証人B₂が所有する不動産乙₂に、抵当権がそれぞれ設定され、その後、追加して根抵当権が設定されている。不動産乙₁を取得した第三取得者Dは、他の債権者Eのために抵当権を設定し、Eからの競売申立により不動産乙₁は売却され、その配当により、GのSに対する債権が一部弁済された。そこで、第三取得者Dは、物上保証人間の求償権行使として、代位弁済を原因とする付記登記を経由した上で、物上保証人B₂が所有する不動産乙₂に設定された抵当権、根抵当権に基づく不動産競売開始決定の申し立てをしたところ、物上保証人B₂が執行異議の申し立てをしたというものである。

〔理由〕 千葉地裁は、乙₂の不動産競売開始決定をしたが、B₂からの執行異議の申立てにより不動産競売開始決定を取り消し、その理由を次のように述べる。「抵当権の目的である不動産を第三者が取得し、その後債権者に対して被担保債務を弁済した場合には、その第三取得者は、民法五〇一条但書一号、二号及び五号の法文及びその趣旨に照らし、物上保証人に対して債権者に代位することができないと解するのが相当であり、このように解しても、上記不動産の第三取得者は、その不動産に抵当権が設定されていることを知りながらこれを取得するのが通常であつて、債務者又は自らが被担保債務を弁済しない限り抵当権が実行されることを当然に覚悟すべきものであるし、また、第三取得者には、代位弁済又は滌除という保護制度を利用する方法も認められていることから、第三取得者に不測の損害を与え

ることにはならないというべきである」というのである。

2 裁判例—限定説

〔裁判例④〕 東京高決平成六年五月三〇日判時一五一七号三八頁・金商九六三号四〇頁

〔事実の概要〕 事実関係は、千葉地裁平成五年決定（前述「裁判例③」）と共通するので省略する。

〔理由〕 東京高裁平成六年決定は、次のように述べて、原決定（前述「裁判例③」）を取り消している。「民法は、弁済による代位の効果として、複数の物上保証人がいる場合において、物上保証人の一人が被担保債務を弁済したときは、各不動産の価格に応じて他の物上保証人に代位する旨規定している（民法五〇一条ただし書三号、四号）ところ、ここにいう『物上保証人』には、物上保証人から抵当権ないし根抵当権の目的物を取得した第三者も含まれると解するのを相当とする。民法五〇一条ただし書二号は、抵当権ないし根抵当権の目的物を取得した第三者（以下『第三取得者』という。）は保証人に代位しない旨規定しており、これが物上保証人からの第三取得者としての物上保証人との間に類推適用ないし準用されるとする見解もあるが、同号の規定の趣旨は、債務者所有の不動産を取得した第三者は債務者と同視すべきであるというところにあるものと解されるところ、債務者ではない物上保証人からその所有の不動産を取得した第三者を債務者と同視することは相当ではないので、右のような見解をとることはできないというべきである。このように解さなければ、本来、一人の物上保証人が被担保債務を弁済した場合にはその求償に応じなければならぬ負担を負っていた他の物上保証人が、たまたま前者の不動産を第三者が取得することにより、その負担を免れることになる一方で、他の共同担保となる不動産を取得した第三者の期待を裏切る結果ともなり、当事者間の公平を害することになるからである。第三者にてき除等の手段が存在することは、右の結論を左右しない」という。

〔裁判例⑤〕 水戸地判平成九年四月二一日判時一六二九号一一頁

「事実の概要」 水戸地裁判平成九年判決の事実の概要は、次の通りである。債権者GのSに対する債権を担保するため、被告A₁とA₂は連帯保証をし、さらにA₂は、その所有する不動産乙に抵当権を設定し、その旨の設定登記手続きをしている（したがって、冒頭設例に即して言えば、連帯保証人A₂は物上保証人Bでもある）。また、A₁・A₂（A₂≡B）は、信用保証協会A₃との間で保証委託契約を締結し、信用保証協会A₃がGに代位弁済した場合には、A₃はA₁・A₂（A₂≡B）に対し求償金請求権を取得することが合意され、信用保証協会A₃は、この保証委託契約に基づきSのGに対する債務を代位弁済した。信用保証協会A₃の代位弁済前に、A₂（≡B）に対し貸付けをした有限会社D（A₂≡Bが代表取締役）に対し、この貸金債務を担保するため、A₂（≡B）が、その所有する不動産乙を譲渡担保に供し、これを原因とする所有権移転登記手続きがされ、有限会社Dは、信用保証協会A₃の代位弁済後、不動産乙の第三取得者として、A₃に対し、代位弁済によるA₂（≡B）に対する求償金請求権につき代位弁済した。そこで、有限会社Dは、A₁に求償請求したというものである。

〔理由〕 水戸地裁は、以下のように三つの根拠を挙げながら、「債務者所有の担保不動産の第三取得者は保証人に対して債権者に代位できない（民法五〇一条二号）が、これと異なり、物上保証人所有の担保不動産の第三取得者は、民法五〇一条五号の類推適用により、保証人に対して頭数に依じて債権者に代位できると解すべきである」とする。「けだし①右のように解しないと、保証人から見ても、物上保証人に対しては頭数に依じた代位しかできない（民法五〇一条五号）のに、たまたま第三者が担保不動産を物上保証人から取得したときには、この第三取得者に全額代位できることになるが、かような偶然の事柄で保証人の代位につき重大な差異が生じることになるのは不合理であるし、

②民法五〇一条五号第二文は、物上保証人の担保不動産について第三取得者が生じたときは同条一号が『準用』されると規定するが、これを反対解釈すると同条一号所定の『第三取得者』は債務者所有の担保不動産の第三取得者に限定されることになり、さらに、同じ文言の同条二号の『第三取得者』も同じく債務者所有の担保不動産の第三取得者を意味するものであり物上保証人からの第三取得者を含まないとするのが文理的に正しいことになるし、③仮に、民法五〇一条二号の『第三取得者』に物上保証人からの第三取得者が含まれると考えると、物上保証人からの第三取得者は同号の規定により保証人に対して直接代位請求できないが、他方で右第三取得者は民法五六七条により前主である物上保証人に頭数に応じて代位請求できるから、結局右の考えは、物上保証人からの第三取得者に対し、保証人に対する直接の代位請求を否定する一方、物上保証人を経由する間接的で迂遠な請求のみを容認するものであって合理的でないからである」というのである。

3 小括—裁判例の傾向

(1) 無限定説から限定説へ

以上のように、債務者Sからの第三取得者Cと物上保証人Bからの第三取得者Dを区別すべきか否かについてを扱った裁判例は五件を数えるにすぎない。この五件から裁判例の傾向を語るのは、やや乱暴かとも思われるが、あえて巨視的に捉えるならば、無限定説（「裁判例①」「裁判例②」「裁判例③」）から限定説（「裁判例④」「裁判例⑤」）へという流れを見ることは可能であろう。

(2) 伝統的な理由付けによる無限定説

そして、当初の無限定説の立場をとる裁判例の理由付けは（理由らしい理由を述べない「裁判例①」は別として）、債務者Sと「第三取得者」との関係の規定する民法五〇一条一号・二号についての伝統的な説明（前述一（一）1）によっていることが確認できる（「裁判例②」「裁判例③」）。そして、このような伝統的な説明により理解する限りは、債務者Sからの第三取得者Cと物上保証人Bからの第三取得者Dを区別する積極的な理由は見出せないことは、すでに確認したとおりである（前述一（一）2）。

(3) 実務家による限定説再評価の影響

これに対して、限定説をとる二件の裁判例のうち、まず、「裁判例④」は、物上保証人Bが不利益に扱われることの不合理を主たる理由として、民法五〇一条二号の規定の趣旨を「債務者所有の不動産を取得した第三者は債務者と同視すべきである」というところにあるものと解されるところ、債務者ではない物上保証人からその所有の不動産を取得した第三者を債務者と同視することは相当ではない」とする。これに対して、「裁判例⑤」は、物上保証人Bが不利益に扱われることの不合理は理由として挙げず、別の点に根拠を求め、すなわち、保証人Aに偶然的利益を与えることの不合理、民法五〇一条六号が一号を準用していること、法律関係の複雑さという三つを挙げているのである。両裁判例で挙げられる理由は、既に横田説にもいくつかの点は見られていたところ、いずれも、実務家により限定説が再評価される際に述べられていた諸点であり（前述一（三））、その影響を受けたものと推測される。

(五) 実務家による限定説再評価後の学説状況

1 無限定説

(1) 限定説に触れないもの

前述のように、実務家を中心に、限定説が再評価されるようになるのは、一九七〇年代の前半頃からである。しかし、一九八〇年代以降に限ってみても、研究者の執筆した教科書等においては、なお、限定説が存在することにすら触れないものも多い⁽³³⁾。そして、その多くは、保証人Aと「第三取得者」との関係について、伝統的な説明によつて⁽³⁴⁾ることから、無限定説に位置づけることができるであろう。

(2) 伝統的な説明に依拠するもの

以上とは別に、民法五〇一条一号・二号の伝統的な説明に依拠して限定説を明示的に否定するものがある。すなわち、「第三取得者」は登記により担保権の存在を知っており、危険を覚悟の上で目的物を取得していること、代価弁済や抵当権消滅請求などの方法により損失を免れうることから、保証人Aは「第三取得者」に優先されるのであつて、この利益衡量は債務者Sからの第三取得者Cと物上保証人Bからの第三取得者Dを区別しない⁽³⁵⁾、あるいは、物上保証人Bからの第三取得者Dであっても、抵当物件の取得に際して抵当権の負担を消滅させる方法をとるべきである⁽³⁶⁾、と説明される。

(3) 法律関係の簡明化の観点から

また、債務者Sからの第三取得者Cと物上保証人Bからの第三取得者Dについては、法律関係の簡明を期するため民法五〇一条三号によって決すべきであつて、両者は区別されるべきではない、と指摘されることもある。⁽³⁷⁾

(4) 限定説の論拠に対する明示的反論

以上とは別に、限定説の論拠に承接しつつ、これを否定する見解も見られる。以下、限定説が挙げる論拠に対して、どのように反論されているのか、個別に見ておくことにする。

(ア) 第三取得者登場の前後で代位の可否が異なることの不合理に対して

まず、保証人Aと物上保証人Bがいて、物上保証人Bからの第三取得者Dが登場する前の段階では、保証人Aの物上保証人Bに対する請求は、頭数に應じてなしうるにすぎなかったものが、物上保証人Bからの第三取得者Dが登場すると、保証人Aは全額を代位することができることになり、不合理であるという限定説の指摘に対しては、次のように反論されている。すなわち、「第三取得者」の側からいえば、「譲渡人が債務者か物上保証人かによって、大へんな差がでてくるのは、合理的とはいえない」というのである。⁽³⁸⁾

そして、これに関連して、限定説を否定した場合、物上保証人B₁からの第三取得者Dが登場したときに、他の物上保証人B₂が「棚ボタ」的利益を受けることが妥当か、については、第三取得者は「究極的に抵当権の負担を覚悟するのが普通であり、さらにいうならば、そのように覚悟すべきである」し、第三取得者を救済する方法が与えられているのであるから、「その関知せざる事由によって物上保証人が不利益を被ることは不穏当といえるが、結果的に何がしかの利益に浴することは已むを得ない」とされる。⁽³⁹⁾

(イ) 民法五〇一条六号による一号の準用を根拠にすることに對して

第二に、民法五〇一条六号が一号を準用していることから、六号は物上保証人Bから担保不動産乙を譲り受けた第三取得者Dに對して代位するために付記登記を要するという意味であり、一号でいう「第三取得者」とは債務者Sからの第三取得者Cに限定されるという限定説の主張に對しては、「保証人の弁済後の附記登記の有無によつて、第三取得者に対する代位の能否を決めても、あながち矛盾とはいえない、と弁明できる」とされる。⁽⁴⁾

なお、付言しておけば、この論拠は、限定説に立つ論者からも、否定的に捉えられている。すなわち、「それほど重大な區別が、何故文言上明記されず、右のような操作を通してはじめて発見されるのかという点」で疑問があるし、「民法五〇一条但書五号（＝現行の六号に相当する―筆者注）による一号の準用の意義については、その内容に變遷が見られる。したがつて、この点に依拠して『第三取得者』の概念を論ずるのは危険である」と。⁽⁴⁾

(ウ) 法律關係が複雑さを生じるとの指摘に對して

第三に、「第三取得者」は前主に對して担保責任を追及できるが（民五六七条）、その場合に、前主が物上保証人Bであつて、この物上保証人Bが弁済した場合には、保証人Aに對し頭数に應じて代位請求できることになり、法律關係が複雑になるという限定説の主張に對しては、「かりにそうであるとしても、この論拠はあまり強くない」とされる。⁽⁵⁾

(エ) 地位の承継論に對して

なお、すでに述べたように、横田説においては、限定説の論拠として、前主の法的地位の承継が挙げられていたところ、限定説を再評価する実務家は、このような地位の承継論には必ずしも依拠していない（前述一（三））。したがつて、実務家による限定説の再評価に對する反論として挙げることは適當ではないが、限定説一般に對する批判とし

て、すでに、「担保不動産の所有者としての債務者と対人的給付義務を負担する債務者とを混淆した疑いがある」と批判されていたところである。そして、その後、この批判の意味するところにつき、「第三取得者が前主の地位をそのまま承継すると説くことの非は、債務者（たる抵当権設定者）からの譲受人が債務を承継しないの一事のみをもってしても、明かであることが脳裡をかすめていた」が故の批判であったことが説明され、地位の承継論に対しては、限定説の再評価後にあつても、批判的な見解が表明されている。⁽⁴³⁾

ただし、横田説のいう地位の承継は、物上保証人Bからの第三取得者Dについてのみであつて、批判的な見解が念頭に置いている債務者Sからの第三取得者Cについてのものではなかつたことに注意が必要である。この点については、後でまとめて検討することにする。

2 限定説の有力説化

以上に対して、実務家による限定説の再評価以後、研究者による教科書レベルで限定説が登場するのは、一九八〇年代の後半頃からだと思われる。⁽⁴⁵⁾そして、近時は、一方で、限定説を紹介するにすぎないものもあるが、⁽⁴⁶⁾他方で、限定説が有力説となつている。⁽⁴⁷⁾あるいは、多数説を形成しつつあると指摘するものも見られるようになってきている。⁽⁴⁸⁾そこで、以下では、近時の限定説を採る論者が、どのような論拠によつてその説を認めるのかを確認する。

(1) 理由が判然としないもの

まず、債務者Sからの第三取得者Cと物上保証人Bからの第三取得者Dを区別すべきである、結論だけ述べ、理由が判然としないものがある。⁽⁴⁹⁾ あえていうならば、限定説を再評価する実務家の文献を引用している、⁽⁵⁰⁾あるいは、結

論の分かれている裁判例のうち、限定説による裁判例のみを引用して結論づけている⁽⁵¹⁾、という点を指摘することができる。

(2) 保証人に偶然の利益を与えることの不合理

これに対し、保証人 A に偶然の利益を与えることの不合理を、限定説の根拠とするものがある。すなわち、民法五〇一条にいう「第三取得者」に、「もし、物上保証人からの第三取得者も含まれるとすると、保証人は、物上保証人に対しては頭割り（第五〇一条第五号）でしか代位できないのに、第三取得者になったとたんに全額代位できるという結果を招来してしまうからである。物上保証人からの第三取得者は、保証人との関係では、物上保証人と同様に扱われる⁽⁵²⁾」、というのである。

このような理由付けは、すでに横田説においても見られたところであるし、実務家による限定説の再評価においても述べられていたことである⁽⁵³⁾。

(3) 物上保証人が不利益に扱われることの不合理

ところで、近時の学説は、保証人 A との関係だけでなく、物上保証人 B との関係でも、債務者 S からの第三取得者 C が劣位に置かれる理由として、次のように説明をするものがある。少し長いが、そのまま引用する。「物上保証人と第三取得者との関係については、物上保証人と債務者との関係に準じて規律すべきである。すなわち、物上保証人と債務者の間では、最終的には債務者が責任を負うべきであり、債務者に責任を負う余力があるにもかかわらず、物上保証人がなんらかの責任を最終的に負担することは、当事者間に特別の合意（たとえば、物上保証人から債務者へ

の求償はしない旨の合意)がない限り、妥当な解決ではない(物上保証人と債務者との関係は、別の観点からいうならば、保証人と債務者との関係と共通の内容とすべきである)。そして、この判断は、物上保証人と、債務者から担保物を譲り受けた第三取得者との関係にスライドさせるべきである。なぜならば、物上保証人の地位が、債務者から第三取得者に担保物が譲渡されたことによつて、不利に変更される(責任が重くなる)べきではないからである」と⁽⁵⁴⁾。そして、これに続けて、「物上保証人から担保物を譲り受けた者は、物上保証人と同等の地位に置かれるべきである」と結論だけが述べられている。

(4) 保証人(物上保証人)の有する期待の保護

以上とは別に、保証人Aの有していた期待を保護する見地から、限定説を根拠付けるものがあり、次のように説明される。仮に、保証人Aと債務者Sからの第三取得者Cとが頭割りで負担すると、保証人Aは債務者Sにより担保権設定された不動産甲に全部代位ができ求償が可能だと思つて保証人となったのに、後に第三取得者Cが生じ半分しか代位できなくなり、保証人Aの期待が裏切られることになる。それ故に、債務者Sからの第三取得者Cは保証人Aに劣後することになる(民五〇一条二号)。これに対して、物上保証人Bからの第三取得者Dとの関係では、保証人Aにはこのような期待が当てはまらない(保証人Aは最初から物上保証人Bが供した担保不動産乙につき半分しか代位できないと覚悟していた)から、民法五〇一条二号の適用は、物上保証人Bからの第三取得者Dにはない、⁽⁵⁵⁾というのである。

この理由も、既に横田説において述べられていたところであるし、実務家による区別説の再評価においても、同様の趣旨が述べられていた。

(5) 当事者間の法律関係の複雑化の回避

すでに、実務家による限定説の再評価において、債務者Sからの第三取得者Cと物上保証人Bからの第三取得者Dとを区別しない場合には、法律関係が複雑になることが指摘されていたところ、「第三取得者から担保責任を追及された物上保証人が他の物上保証人に対して求償することができるのなら、初めから第三取得者に他の物上保証人に対する代位を認めたところで、その物上保証人には何らの不利益が生ずるわけではないし、むしろそれを認めただろうが、……共同担保があることを前提にして担保付不動産を取得した第三者の期待にも適うものといえる」とも指摘されている。⁽⁵⁶⁾

(6) 前主の立場を承継する（前主の立場に準ずる）

ところで、実務家による限定説の再評価においては、「地位の承継論」は根拠としてあげられていなかったところ、近時は、「第三取得者」は前主の立場を承継する、あるいは、前主の立場に準じることとを理由として挙げるものが多⁽⁵⁷⁾い。

問題は、「第三取得者」は前主の立場を承継する、あるいは、前主の立場に準じるといふことの意味が、いわゆる「地位の承継論」と同質のものであるか否かである。仮に、「地位の承継論」と同様の意味であるとするならば、「担保不動産の所有者としての債務者と対人的給付義務を負担する債務者とを混淆した疑いがある」との批判を受ける可能性があるからである。

もっとも、近時の限定説における表現としては、「地位」ではなく「立場」を承継する、あるいは、立場を「承継する」との表現を避け、立場に「準じる」としていることからすれば、おそらく、単純に「地位の承継論」と同列に

扱うことはできないものと解される。そうであるならば、ここでの「第三取得者」は前主の立場を承継する、あるいは、前主の立場に準じるといふことの意味、根拠が何であるのかが問われるべきことになるであろう。

(六) 法制審議会 民法（債権関係）部会における審議

以上のような学説・裁判例の状況にある中で、現在、法制審議会 民法（債権関係）部会においては、民法五〇一条で定める法定代位者相互間の関係に関して、これを明確化する方向で審議が続けられている。以下では、本稿の課題である「第三取得者」について、債務者Sからの第三取得者Cと物上保証人Bからの第三取得者Dとで区別をすべきであるか、という観点からのみ、審議の内容に触れておくことにする。⁵⁸⁾

1 中間的な論点整理前までの審議状況

平成二二年四月二七日に開催された「法制審議会 民法（債権関係）部会 第八回会議事録」によれば、審議の冒頭で、松尾関係官から、「民法五〇一条は法定代位者相互間の関係に関する規定ですが、条文に明記されていない関係については、これまで判例・学説により補ってきたところで、『イ 法定代位者相互間の関係に関する規定の明確化』では、これらの点について条文中、明確化するという方向性の是非を御議論いただきたいと思ひます」と説明される。⁵⁹⁾そして、同会議で示された「部会資料一〇一—民法（債権関係）の改正に関する検討事項（五）」では、条文中明かではない点として「物上保証人と債務者から担保目的物を譲り受けた第三者との関係」と「物上保証人からの担保目的物の取得者の取扱い」を含む五点が挙げられ、「できる限り明確化すべきである」という考え方が提示さ

れている」とされている。⁽⁶⁰⁾さらには、同会議で示された「部会資料一〇―二 民法（債権関係）の改正に関する検討事項（五）詳細版」では、「債務者から担保目的物を譲り受けた第三者」を「第三取得者」と呼び、「物上保証人と第三取得者との関係」は、「解釈上、保証人と第三取得者と同様に考えるべきである」とされ⁽⁶¹⁾、かつ、「物上保証人からの担保目的物の取得者は、解釈上、物上保証人と同様に扱うべきだと考えられている」と、学説上は限定説で異論がないかのように言い切られている。

次に「弁済による代位」について審議されたのは、平成二三年一月二十五日に開催された第二二回会議であるが、同会議に提出された「部会資料二二」では、本稿との関係で言えば、特に目新しい記述が増えたわけではなく、議事録においても、審議の形跡はない。

そして、平成二三年四月一二日に開催された第二六回会議では、「部会資料二六 民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理案」が提示されるが、その内容は、本稿との関係に限れば、これ以前の「部会資料一〇―一」「部会資料一〇―二」「部会資料二二」と同様である。⁽⁶⁴⁾この第二六回会議で決定された「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理案」でも、これまでと同様の内容が記述され、⁽⁶⁶⁾その補足説明において、「第八回会議においては、民法五〇一条の条文上明かではない点について判例・学説を踏まえて明確にすべきであるという考え方について、特段の異論がなかった」とされている。⁽⁶⁶⁾

2 中間的な論点整理後の審議状況

その後の平成二三年一月一五日に開催された第三五回会議では、「民法（債権関係）に関する中間的な論点整理」に対して寄せられたパブリック・コメントについての審議がされている。その際に提示された「部会資料三三―三

『民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理』に対して寄せられた意見の概要（各論二）によれば、本稿との関係に限れば、寄せられたコメントのうち、解釈に委ねる、規定を丹念に読み解けば足りる、などの慎重論は見受けられるものの、債務者Sからの第三取得者Cと物上保証人Bからの第三取得者Dを区別することに、積極的に反対するものは見受けられない。⁽⁶⁷⁾

平成二四年五月八日に開催された第四六回会議では、改めて「部会資料三九 民法（債権関係）の改正に関する論点の検討（一一）」が示され、これまでと同様、保証人A・物上保証人Bと「第三取得者」の関係については、債務者Sからの第三取得者Cとの関係に限定され、かつ、物上保証人Bからの第三取得者Dは「物上保証人とみなす旨の規定を設ける」、という考え方が提示され、これを「どのように考えるか」と問われている。⁽⁶⁸⁾そして、その補足説明においては、保証人A・物上保証人Bと「第三取得者」の関係について、債務者Sからの第三取得者Cに限定する理由は述べられていない。⁽⁶⁹⁾また、物上保証人Bからの第三取得者Dを物上保証人とみなす点についても、「他の物上保証人との関係、保証人との関係、債務者から担保目的物を取得した第三取得者との関係が問題となる」とは指摘されるが、「いずれについても、解釈上、物上保証人と同一の地位に立つものと扱うべきであると考えられている」と理由らしい理由は述べられていない。⁽⁷⁰⁾なお、当日の会議では、この点について審議はされず、平成二四年五月二二日開催の第四七回会議で、「法定代位者相互間の関係に関する規定の明確化」をめぐる議論はされているものの、「第三取得者」の区別については触れられていない。⁽⁷¹⁾また、「法定代位者相互間の関係に関する規定の明確化」については、第四七回会議において、分科会で審議することとされ、平成二四年七月二四日開催の「第一分科会第五回会議」で審議対象となっている。しかし、ここでも「第三取得者」の区別については触れられていない。⁽⁷²⁾

その後、筆者が参照し得た法制審議会民法（債権関係）部会第六五回会議（平成二四年一月一八日開催）までに

において、「第三取得者」に関して、債務者Sからの第三取得者Cと物上保証人Bからの第三取得者Dを区別することの可否に関して、議論された様子はない。

3 小括

以上のように、法制審議会民法（債権関係）部会においては、一貫して、現行法上の解釈としては、債務者Sからの第三取得者Cと物上保証人Bからの第三取得者Dが区別されているが、これが条文に明記されていないので明確化する、という方向性が示され、学説上は限定説で異論がないものと捉えられているようである。

しかし、ここまで、従来の学説・裁判例の内容を見てきたように、なるほど、近時は、限定説が有力説、あるいは、多数説と目されるものの、多くの教科書では、なおこのような議論のあることすら説明されていない。しかも、決して多くはない裁判例も、巨視的に見れば、債務者Sからの第三取得者Cと物上保証人Bからの第三取得者Dを区別する限定説に向かってシフトしつつあるように見えるが、最高裁レベルでの判例があるわけでもない。さらには、限定説を採る根拠についても、論者によりまちまちである。にもかかわらず、法制審議会民法（債権関係）部会では、この点についての根拠も含め、少なくとも、筆者が参照した限りでは、詳細な議論がされているとは言い難い状況にある。そこで、次には、ここまでの内容を踏まえた検討を行うことにする。

二 限定説の批判的検討と積極的な評価

(一) 限定説の批判的検討

ここまで述べてきた学説・裁判例の状況から、限定説が有力説ないしは通説化していることは事実として確認できる。しかし、そこで述べられる限定説の論拠としては複数のものが挙げられており、また、論者により、そのうちの一つをもって根拠づけるものから、複数あわせて述べることで根拠づけるものまで、様々であった。そこで、以下では、限定説であげられてきた理由のそれぞれが、単独で限定説を積極的に根拠づけ得るものであるのか否かを検討することにする。

1 保証人に偶然の利益を与えることの不合理について

まず、保証人Aに偶然の利益を与えることの不合理という理由につき、仮に、この点のみを限定説の理由とする場合には、なるほど、民法五〇一条にいう「第三取得者」を、債務者Sからの第三取得者Cに限定することの根拠となるであろう。しかしながら、物上保証人Bからの第三取得者Dが排除される結果、この第三取得者Dがなぜ物上保証人Bと同様に扱われることになるのかの説明となっていないわけではない。

ところで、ここで、保証人Aに偶然の利益を与えることの不合理とは、言葉をかえれば、保証人Aに、いわば「棚ぼた」の利益を与える必要はないという意味だと解し得るであろうが、このことは、限定説の根拠とはなり得ない疑いがある。というのも、民法五〇一条は、各法定地位権者の登場時期に応じて区別をしておらず、必ずしも「棚ぼた」

の利益を否定してないように思われるからである。例えば、保証人A₁一人だけがいて弁済をする場合には、債務者S無資力の危険はこの保証人A₁が一人で負わねばならないところ、たまたま、当該保証人A₁より後に、さらに別の保証人A₂や物上保証人Bが登場した場合には、その数に応じて、債権者に代位できるはずである(民法五〇一条五号)。そうすると、当初の保証人A₁から見れば、自己の与り知らないところで、債権者Gと保証契約を締結した保証人A₂、担保権設定契約を締結した物上保証人Bが登場することで、頭割りの対象となる者が増え、債務者S無資力の危険を保証人A₁が一人で負わなくてすむことになるが、これは、A₁にとって「棚ぼた」ではないのだろうか。これもまた「棚ぼた」であるならば、法は、それを予定しているのである。法は、あくまでも、法定代位権者のいずれかが弁済をした時点を基準として、存在する法定代位権者相互の関係を規律することを予定しているのである(最判平成九・一一・一八判時一二六九号五〇頁は、物上保証人提供不動産が、代位弁済時までに相続により共同所有となった場合につき、民法五〇一条五号の頭数を弁済時における人数と解している)。そう考えれば、保証人A₁に偶然の利益を与えることの不合理は、そのみをもつて、限定説の決定的な理由とは言い難いことになるであろう。

2 物上保証人が不利益に扱われることの不合理について

次に、物上保証人Bが不利益に扱われることの不合理という理由についてであるが、ここでの、物上保証人Bと債務者Sとの関係は、保証人Aと債務者Sとの関係と共通の内容とすべきであるから、民法五〇一条一号・二号の保証人Aと「第三取得者」との関係は、物上保証人Bと「第三取得者」との関係と同様に解しようというのは、その通りであろう。

しかし、このことから直ちに、物上保証人Bからの第三取得者Dが、物上保証人Bと同等の地位に置かれるべきで

あるという結論に結びつくものであろうか。物上保証人Bからの第三取得者Dが、物上保証人Bと同等の地位に置かれるべきことの積極的理由が述べられない限り、「第三取得者」の側から見れば、前主が誰であるのかによって扱いが全く異なり、妥当ではないとの批判⁽⁷⁵⁾を受けることになろう。

3 保証人（物上保証人）の有する期待の保護について

以上とは別に、保証人A（物上保証人B）の有していた期待を保護するという見地から限定説を根拠づけようとする立場がある。この説明の問題点は、保証人A（物上保証人B）の具体的な期待を考慮するときには、根拠とならない疑いがあるということにある。

例えば、債務者S所有の不動産甲に担保権設定がされ、当該不動産甲が第三取得者Cに譲渡された後、債権者Gと保証契約を締結した保証人Aが登場する（あるいは抵当権設定契約を締結した物上保証人Bが登場する）、という場合には、すでに債務者Sからの第三取得者Cが登場していたのであるから、保証人A（物上保証人B）には、保護に値する期待がなかった、ということにならないのか、という疑問があるのである。⁽⁷⁶⁾この点につき、「第三取得者出現後の保証人についても、たまたま保証人が現れたことよって第三取得者の代位を認めて保護する必要はないから、保証人の全額の代位を認めるべきである」と述べるものがある。⁽⁷⁶⁾しかし、なぜ、「たまたま保証人が現れ」たら、「第三取得者の代位を認めて保護する必要はない」とまで言えるのだろうか。保証人A（物上保証人B）の期待とは、具体的な当事者の登場の先後を問わずに保護されるべきものだと、いま少し丁寧な検討が必要であるように思われる。

4 当事者間の法律関係の複雑化の回避について

実務家による限定説の再評価に際して、当事者間の法律関係の複雑化を回避することができるという根拠の挙げられることがある。この点に関しては、一般論として言えば、一方、限定説の帰結として、法律関係の複雑が回避できるとしても、仮に、結果の妥当性の点で問題があり、他方、無限定説の帰結としては、法律関係が複雑になるとしても、結果の妥当性が担保されるのであるならば、むしろ、無限定説の方に軍配はあげられるべきであろう。したがって、当事者間の法律関係の複雑化の回避のみをもつては、限定説を根拠づけることはできず、むしろ、限定説の積極的な理由付けは別に求められるべきであり、その結果、副次的に、当事者間の法律関係の複雑化の回避も理由として述べられ得ることになるものと思われる。

5 民法五〇一条六号による一号の準用について

同じく、実務家による限定説の再評価に際して挙げられ、裁判例において根拠とされるものとして、民法五〇一条六号による一号の準用がある。しかしこの点も、無限定説の立場からすれば、民法五〇一条六号は、注意規定にすぎないと答えることも可能なのであって、限定説を積極的に根拠づけるものではない。やはり、限定説の積極的な理由は別に求められ、その結果、はじめて、民法五〇一条六号の必要性を説くことができるものと解される。

6 前主の立場を承継する（前主の立場に準ずる）ことについて

近時は、「第三取得者」は前主の立場を承継する、あるいは、前主の立場に準じるといことが、理由として挙げ

られることが多い。

この説明の問題点は、「第三取得者」が前主の立場を承継する（前主の立場に準じる）ということの意味が、いわゆる「地位の承継論」と同質のものであるか否かにあり、仮に、「地位の承継論」と同様の意味であるとするならば、「担保不動産の所有者としての債務者と对人的給付義務を負担する債務者とを混淆した疑いがある」との批判を受ける可能性があるということは、すでに述べた。また、この点を考慮してであろうか、近時の限定説に立つ学説は、「地位」ではなく「立場」を承継するあるいは、立場を「承継する」との表現を避け、立場に「準じる」としていることからすれば、おそらく、単純に「地位の承継論」と同質のものではないであろう、ということについても、すでに述べた（前述一（五）2（6））。そこで、「第三取得者」が前主の立場を承継する（前主の立場に準ずる）、ということの意味が何であるのかが問題となる。

この点につき、債務者Sと保証人Aとの間では、債務者Sがその所有する担保不動産甲の担保権を実行されても保証人Aに代位することがないのであるから、債務者Sからの第三取得者Cを債務者Sに準じて考えれば、保証人Aに劣後するのは当然と理解できる⁽⁷⁷⁾、と説明されることがある。しかし、このような説明の仕方は、「地位の承継論」を前提にしているようにしか読むことができない。

しかし、次のように説明されるときには、理解の仕方が変わり得る。すなわち、「債務者から取得した者は、最終的に負担が帰属すべき債務者の立場を引き継ぐ面があるが、物上保証人から取得した者は、その物上保証人に準じて取り扱うことができるからである」、というのである⁽⁷⁸⁾。この表現からだけでは判然としないところもあるが、ここでポイントとなるのは、「最終的に負担が帰属すべき債務者の立場を引き継ぐ」という部分であろう。もともと、この立場の論者がこれ以上に説明をするわけではないので、次に、「限定説の積極的な評価」として、この説明の筆者な

りの理解を示すことにする。

(二) 限定説の積極的評価

以上見てきたように、限定説においてあげられる理由は、いずれも単独で限定説を積極的に根拠づけるには、必ずしも十分なものとは言えなかった（あるいは、説明としてなお不十分な点があるというべきか）。ではどのように考えるべきであるのか。結論としては、筆者も限定説に立つべきであると解しており、ここまでの検討を踏まえ、次のように限定説を根拠づけるべきだと考えている。

1 保証人と債務者からの第三取得者との関係

(1) 債務者が最終負担者であること（債権者の債権回収の期待）

まず、債務の最終負担者は債務者Sであり、債権者Gは債務者Sの責任財産から債権回収を図る、という当然のことから出発する。このとき、債務者S所有の不動産甲に抵当権が設定されるということは、債権者（抵当権者）Gは、債務者Sの他の債権者に優先して債権回収を図る地位を取得したということであり、それだけ、債権者（抵当権者）G自身の債権回収の期待が高められているということになる。

このように債務者Sにより設定された担保不動産甲が、債務者Sから第三者Cへ譲渡されたとしても、追及効があるから、債務者Sが不履行に陥っても、第三取得者Cに帰属している不動産甲に担保権行使が可能である。このことは、当該不動産甲は第三取得者Cに帰属しているが、債権者（抵当権者）Gは、債務者Sの責任財産として担保して

いる、と解することができる。

(2) 保証人の求償権確保の期待保護

次に、保証人Aが債務者Sに代わって弁済した場合の保証人Aの地位を考えておこう。

保証人Aが債務者Sに代わり債権者Gに弁済した場合、保証人Aは、債務者Sに対して求償権を取得する。つまり、債務者Sの責任財産から保証人Aは自己の出捐分を回収できる地位を取得するものということが出来る。この求償権を確保することを目的とするのが、弁済による代位の制度であることは、改めて言うまでもないであろう。

この弁済による代位により、保証人Aは、債務者Sに代わって弁済したとしても、債権者Gに代位して、債務者Sに帰属している不動産甲に抵当権行使ができ、これにより債務者Sに対する求償権確保ができるという期待を抱くのである。そして、このような保証人Aの期待は保護されるべきであるから、当該不動産甲が債務者Sから第三者Cに譲渡されても、保証人Aは当該不動産甲に設定された抵当権を債権者Gに代位して行使できるのだ、とは、既述の限定説の根拠としても指摘されていたところである。問題は、そのような保護されるべき保証人Aの期待とは、登場人物(とりわけ第三取得者C)の登場の先後により区別されるような、具体的なものとして捉えるべきかどうかである。

(ア) 具体的な期待と解した場合の問題

例えば、債務者Sからの第三取得者Cが登場する前に保証人Aが登場しているという場合には、なるほど、保証人Aは、債務者Sに帰属している不動産甲につき抵当権行使できるという期待を抱いており、そのような期待は、第三取得者Cが現れたとしても、なお保護すべきである、ということが言える。

ところが、これとは逆に、債務者Sにより担保権の設定された不動産甲が第三取得者Cに譲渡された後に保証人A

が登場する場合には、このような意味での期待は存在しないのではないかと、という疑問があることは、すでに述べたとおりである。例えば、債務者Sに帰属している財産で担保権の目的物となっていない物は、債務者Sに所有権がある以上、債務者Sがこれを第三者に譲渡することは自由であって、(詐害行為取消しの対象とならない限り)この第三者に帰属する。その後、保証人Aが債務者Sに代わって弁済をし、求償権を取得したとしても、この第三者に帰属してしまった財産を求償権確保のために期待できないのは、当然のことである。このことを前提にするならば、債務者Sにより担保権の設定された不動産甲が、すでに第三取得者Cに帰属している場合には、その後に登場した保証人Aは、第三取得者Cに帰属している担保不動産甲に対して、求償権確保のための「具体的な期待を有していない」という捉え方ができ、保証人Aの期待を保護する必要性はなさそうにも思われるのである。

(イ) 債権者に代位することを通じて抱く期待の保護

しかしながら、結論としては、保証人Aの抱く期待は、このような意味での「具体的な期待」と解するべきではない。それは、次のような理由による。

前述のごとく、債務者Sに帰属する不動産甲に抵当権が設定され、これが第三取得者Cに譲渡された場合、第三取得者Cに「帰属」はしていても、なお、債務者Sの責任財産として掘取されている(追及効がある)のであるから、債権者(抵当権者)Gによるこの担保不動産甲からの債権回収の期待は、第三取得者Cが登場する前後とは関係なく保護されていると解することができるのである。そうすると、保証人Aが弁済した場合に、その求償権確保のために、債権者(抵当権者)Gに代位することが許されているということは、保証人Aは、債権者(抵当権者)Gの有する債権の効力を代位することにより、求償権確保ができるという期待を抱くことができるのであり、債権者(抵当権者)Gの期待と同様に、債務者Sからの第三取得者Cの登場時期の先後によって、保証人Aの抱く期待が変わるとこ

るはない、というべきである。

保証人Aの期待を具体的な期待と解する場合には、保証人Aと債務者Sからの第三取得者Cの登場時期に応じて捉える必要が生じ、民法五〇一条一号・二号の説明に窮することになったが、以上のような意味で、保証人Aの期待は、債務者Sからの第三取得者Cの登場時期とは関係なく、一般的に保護されるべきものだと解するべきであり、このように保証人Aの期待保護を捉え直すときには、保証人Aの期待の保護を定めたのが、民法五〇一条一号と解することが可能となる。

(3) 債務者からの第三取得者の立場

(ア) 物的負担の承継

以上のことを債務者Sからの第三取得者Cの側から見てみよう。

まず、債務者Sがその自己の不動産甲に担保権設定をし、これが実行されたとしても、債務者Sは誰に求償していいけるわけではない。債務の最終的には負担者は債務者S自身であるからである。次に、第三取得者Cは、この債務者S所有不動産甲を取得した場合、所有権は第三取得者Cに帰属しているもの、なお、債務者Sの責任財産として取り扱われることになる(追及効がある)から、債務者Sから取得した担保不動産甲が執行されたとしても、第三取得者Cとしては、債務者Sの責任財産として、執行されたものと解すべきことになる。以上のような意味で、債務者Sからの第三取得者Cは、いわば最終負担者として債務者Sが負っている「物的負担」を債務者Sから承継している、と解することができる。この結果、債務者Sからの第三取得者Cは、保証人Aに対して代位することができないということになり、このことを明らかにしたのが、民法五〇一条二号ということになる。

近時の学説が、前主の立場を承継する、あるいは、前主の立場に準じると説明することで、限定説を根拠づけているのは、以上のような、前主の「物的負担の承継」という意味で理解することが可能であろう。なお付言しておけば、前主である債務者Sの負う物的負担の承継と捉える限りは、債務者Sの「地位」と同様であるとか、「地位」の承継と表現することは、債務者Sの債務をも承継するかのような印象を与えることになるから、以下、債務者Sの負う「物的負担の承継」と表現することし、また、このように解し、表現することで、「不動産の所有者としての債務者と对人的給付義務を負担する債務者とを混淆した疑い」を回避することができるものと解する。⁽²⁹⁾

(イ) 第三取得者の不利益（伝統的な説明との関係）

以上のような物的負担を債務者Sからの第三取得者Cが承継し、保証人Sに劣後するとの結論は、一見すると、第三取得者Cに酷なようでもある。しかし、登記があることを前提とすれば、取得しようとする不動産に担保権が設定されているのかどうかは知りうるのであり、それでも取得する場合には、担保権実行される場合があることを覚悟しているのであるし、代価弁済、担保権消滅請求の制度によるということも認められているのであるから、仕方がない。このような説明の仕方は、伝統的な説明が、なぜ、「第三取得者」は保証人Sに劣後するのか、という理由として挙げていたものであるが、債務者Sからの第三取得者Cが保証人Aに劣後するという積極的な理由（債務者Sの物的負担の承継）との関係では、なお意味があるものと解される。

(ウ) 第三取得者の有する期待

ところで、債務者Sからの第三取得者Cが、債務の最終負担者としての債務者Sの物的負担を承継しているとしても、第三取得者Cが、その取得した不動産甲の担保権実行のされた場合には、もちろん、債務者Sに対する求償権は取得する。債務者Sからの第三取得者Cと債務者Sとの間では、債務者Sが債務の最終負担者であるからである。

そして、この債務者Sからの第三取得者Cの求償権確保のため、債権者Gに代位して保証人Aの責任財産を期待することができると問われれば、これは否定すべきことになる。保証人Aは、債務の最終負担者ではなく、債権者Gとの保証契約締結により、自己(保証人A)の責任財産をもって責任を負うにすぎず、債権者Gが扨取する財産は、あくまでも保証人Aの責任財産であるからである。

これに対して、債務者Sからの第三取得者がC₁・C₂のように複数存在する場合には、互いに求償権確保の期待を有していると言つてよい。例えば、債務者Sから不動産甲₁を取得した第三取得者C₁は、まだ第三者に譲渡されていない債務者S所有の財産があれば、その債務者Sの責任財産から求償権確保の期待を抱くのであり、しかも、その債務者Sの責任財産中の特定の不動産甲₂に抵当権が設定されれば、第三取得者C₁としては、債権者に代位してその担保不動産甲₂の担保権実行により、求償権確保できるものとの強い期待を抱くはずである。この担保不動産甲₂が第三者C₂に譲渡されたとしても、なお第三取得者C₁の期待は保護されるべきである。そして、この期待は、債務者からの第三取得者C₁・C₂、各々が債務者Sの物的負担を承継する以上、相互に、どちらが先に第三取得者になったか、ということと区別する理由はないから、債務者Sの物的負担を承継した債務者Sからの第三取得者C₁・C₂相互は、その意味で、平等なのであり、相互に代位することが認められる。このことを明らかにしたのが民法五〇一条三号ということになり、規定上も、その登場時期による区別はされていないのである。

2 物上保証人との関係

以上のことから、民法五〇一条一号から三号にいう「第三取得者」とは、債務者Sからの第三取得者Cに限定されることが説明できたものと考えられる。問題は、民法五〇一条一号―三号にいう「第三取得者」から、物上保証人B

からの第三取得者Dを排除する理由が説明できるからである。この点については、以下のように解することができる。

(1) 物上保証人と保証人(他の物上保証人)との関係

まず、物上保証人Bと保証人Aとの関係については、次のように解することができる。すなわち、保証人Aは、その全財産をもって債務者Sの債務を担保するのに対して、物上保証人Bは、その所有する特定の財産をもって債務者Sの債務を担保する、という違いはある。しかし、どちらも、債務者Sの債務を弁済し、債務者Sに対する求償権を取得した場合、最終的には、債務者Sの責任財産から回収することを期待するという意味で、同じ立場にある。このことは、物上保証人が複数(物上保証人B₁と他の物上保証人B₂)の場合であっても同様である。そうであるならば、これらの保証人・物上保証人が、債権者Gに代位して他の保証人・物上保証人に権利行使する場合には、平等に取り扱われるべきであり、相互に優先する立場にはないというべきである。このことを明らかにしたのが、物上保証人相互については、民法五〇一条四号であり、物上保証人・保証人間については、民法五〇一条五号である。そしてどちらの規律も、各々の登場時期による区別は見取ることができないし、区別すべきではない。

(2) 物上保証人と債務者からの第三取得者との関係

以上のように解するならば、物上保証人Bは、保証人Aと同様の期待を有するものであるから、物上保証人Bと債務者Sからの第三取得者Cとの関係は、保証人Aと債務者Sからの第三取得者Cとの関係と同様に解してよいことになる。

(3) 物上保証人からの第三取得者による前主が負う物的負担の承継

また、物上保証人が複数いる場合の相互の関係については、前述のように、同様の期待を相互に有しているからこそ、民法五〇一条四号で、担保不動産の価格による負担が割り付けられているのであるとすれば、物上保証人B₁がその所有する担保不動産乙を第三者Dに譲渡したとしても、他の物上保証人B₂の期待を保護する意味では、物上保証人B₁からの第三取得者Dは、物上保証人B₁の物的負担を承継するものと解すべきことになる。

以上のように、物上保証人Bからの第三取得者Dは、前主である物上保証人Bの物的負担を承継するのであるから、物上保証人Bと同様に取り扱われることになり、この意味で、債務者Sからの第三取得者Cとは区別されることになる。物上保証人Bからの第三取得者Dは、債務者Sの物的負担を承継するわけではないからである。ここに、民法五〇一条一号—三号までの「第三取得者」から、物上保証人Bからの第三取得者Dを排除する積極的な理由を見いだすことができる。

なお、しばしば言われる、物上保証人Bからの第三取得者Dによる物上保証人Bの「地位」の承継とは、以上のような「物的負担」の承継と理解されるべきである。もともと、物上保証人の場合は、そもそも、責任は負っていない債務を負っているわけではないから、その意味では、地位の承継と言っても誤りであるわけではない。ちなみに、そもそも、横田説においても、地位の承継は、物上保証人Bからの第三取得者Dについてのみ言われていたすぎず、債務者Sからの第三取得者Cについては、地位の承継として説明されていなかったということは、改めて確認されるべきであろう。

また、以上のように、物上保証人B₁からの第三取得者Dは、物上保証人B₁が負う物的負担を承継するが故に、前主である物上保証人B₁と同様に扱われ、民法五〇一条一号・二号の「第三取得者」から排除される結果、保証人A、物

上保証人 B_2 は、いわゆる「棚ぼた」の利益を得ることはなくなる。つまり、「棚ぼた」の利益の否定は、限定説の理由ではなく、限定説の帰結として捉えられるべきであろう。

もつとも、保証人 A に偶然の利益を与えることの不合理という論拠（前述二（一）1）を、既述のように、保証人 A・物上保証人 B_2 の期待は、法定代位権者の登場時期とは関係なく、一般的に保護されるべきものだという観点（前述二（二）2（1）（イ）、二（二）3（3））から理解することは可能だと思われる。すなわち、保証人 A・物上保証人 B_2 の保護されるべき期待は、一般的に保護されるべきなのであるから、債務者 S からの第三取得者 C、物上保証人 B_1 からの第三取得者 D の登場の前後で、利益を得たり、不利益を被ったりすべきではない、と。そして、横田説において述べられていた当事者間の均衡とは（前述一（二）1（2）（ウ）、このような意味であったという可能性がある⁸⁰）。

三 後順位抵当権者に与える影響

（一） 問題点の指摘

ここまでの検討は、民法五〇一条の解釈問題であり、「第三取得者」が登場した場合に、その前主が債務者 S であるか、物上保証人 B であるかにより区別すべきであると結論づけるものであった（限定説）。

ところで、弁済による代位が問題となる場面においては、提供された担保不動産が複数あることで共同抵当となっており、しかも、共同抵当の目的物に後順位抵当権が設定されていることも稀ではない。そして、「第三取得者」が

登場する場合においては、後順位抵当権者との関係で、限定説の結論が影響を及ぼし得るはずである。この点については、従来、講学上の債権総論レベルではほとんど論じられてきてはならず、むしろ、担保物権のレベルで論じられる点である。

以下ではまず、「第三取得者」が登場しない場合の共同抵当における後順位抵当権者の地位について、学説と判例の立場を簡単に整理しておく。この点は、本稿の課題と関係する後の検討の前提となるものである。次に、「第三取得者」が登場した場合についての学説を紹介し、最後に、本稿で得られた結論との関係で検討しておくことにする。

(二) 第三取得者が登場していない場合

1 同一の者に共同抵当目的物が帰属している場合

まず、多くの教科書で一般に承認されていることとして、① 民法三九二条が適用されるのは、共同抵当の目的不動産が全て債務者Sに帰属する場合と、全て同一の物上保証人Bに帰属する場合に限られており（最判平成四年一月六日民集四六卷八号二六二五頁）、② 共同抵当の目的不動産が債務者Sと物上保証人Bに帰属する場合と、異なる物上保証人B₁・B₂に帰属する場合には、民法三九二条の適用はないと解されている。

2 債務者と物上保証人に共同抵当目的物が帰属している場合

そして、③ 前記②のうち、共同抵当の目的不動産が債務者Sと物上保証人Bに帰属する場合で、同時に配当され

るときには、民法三九二条一項による割付けはされず、まず、債務者Sに帰属する不動産甲の換価金から、抵当権者Gは配当を受けることになる（債務者Sが債務の最終負担者であることが根拠とされる）。その結果、債務者S所有不動産甲の後順位抵当権者がいる場合、この後順位抵当権者は物上保証人Bに帰属する不動産乙について代位できないことになる。これは、債務者Sに帰属する不動産甲から抵当権が実行された場合であっても同様の結論となる。

④ これに対し、債務者Sに帰属する不動産甲ではなく、物上保証人Bに帰属する不動産乙から先に抵当権実行されるときには、民法五〇一条の代位の問題となり（最判昭和四四年七月三日民集二三巻八号一二九七頁）、抵当権実行された物上保証人B所有不動産乙の後順位抵当権者は、物上保証人Bが代位行使できる債務者Sに帰属する不動産甲に設定された抵当権から優先して弁済を受けることになる（最判昭和五三年七月四日民集三二巻五号七八五頁）。

3 異なる物上保証人に共同抵当目的物が帰属している場合

また、⑤ 前記②のうち、共同抵当の目的不動産が異なる物上保証人B₁とB₂に帰属する場合については、同時配当の場合も、異時配当の場合も、抵当権者Gの有する被担保債権は、民法五〇一条四号に従い、両不動産の価格に応じ、て割り付けられることになる。

(三) 第三取得者が登場する場合

1 債務者からの第三取得者と物上保証人からの第三取得者の区別

では、「第三取得者」が登場した場合には、どう解されることになるのか。この点については、近時の担保物権の教科書においても、債務者Sからの第三取得者Cと物上保証人Bからの第三取得者Dを区別し、それぞれ、前主の地位を引き継ぐ⁽⁸¹⁾、あるいは、前主の資格が承継されると説くものが増えている⁽⁸²⁾。以下では、本稿の問題関心の関係で、この区別を前提とした検討を行う。

2 異なる者に共同抵当目的物が帰属している場合

まず、共同抵当の設定時において、債務者Sと物上保証人Bに帰属していた目的不動産が、それぞれ第三取得者CとDに譲渡された場合と、異なる物上証人B₁・B₂に帰属していた目的不動産が、それぞれ第三取得者D₁とD₂に譲渡された場合には、各第三取得者は、その前主と同様に取り扱われる以上、前述の③から⑤と同一の処理がされることになる。

3 同一の者に共同抵当目的物が帰属している場合

(1) 第三取得者と後順位抵当権者の登場の先後により区別する学説

ところが、もともと、共同抵当の目的不動産が全て債務者Sに帰属していた場合と、全て同一の物上保証人Bに帰

属した場合について述べる学説は、「第三取得者」が登場した時点と後順位抵当権者が登場した時点との先後で、分けて考えている。

(ア) 後順位抵当権者が先に登場している場合

まず、一方不動産に後順位抵当権者が先に登場しており、その後、他方不動産が「第三取得者」に譲渡された場合については、前記①②の共同抵当の目的不動産が同一所有者に帰属していた場合と同様に解し、民法三九二条の適用があるものと解されている⁽⁸⁴⁾。

(イ) 第三取得者が先に登場している場合

(a) 全て債務者に帰属する場合

次に、共同抵当の目的不動産が全て債務者S所有である場合で、一方の不動産が第三取得者Cに譲渡された場合については、前記③④の共同抵当の目的不動産が債務者Sと物上保証人Bに帰属していた場合と同様に処理されるものと解されている⁽⁸⁵⁾。

(b) 全て同一の物上保証人に帰属する場合

ところが、共同抵当の目的不動産が全て同一の物上保証人Bに帰属している場合については、結論の異なる立場が表明されている。

すなわち、ある者は、物上保証人Bと物上保証人Bからの第三取得者Dとでは、物上保証人Bは自己が設定した担保であるから、物上保証人Bがなお所有している担保不動産から弁済されるべきであり、前記③④の共同抵当の目的不動産が債務者Sと物上保証人Bに帰属していた場合と同様に処理すべきであると⁽⁸⁶⁾、また別の者は、物上保証人Bから第三取得者Dが担保不動産を取得した時点で、前記⑤の異なる物上保証人B₁・B₂が共同抵当の負担を負うのと同

様の状況になるとして、「弁済者代位の規定の趣旨に従い、両不動産の負担割合はそれぞれの価額によつて決められる」とする⁽⁸⁷⁾。

(四) 第三取得者と後順位抵当権者の登場の先後で区別することの問題点

1 問題点の指摘

以上のような、後順位抵当権者と「第三取得者」との登場時期により区別する考え方は、「第三取得者」の保護という観点からは、公平であるように思われるし、その登場時期につき、それぞれの対抗要件取得の時点の先後で捉える限りは、物権法の原則に則り、明快であるかのようにである⁽⁸⁸⁾。

しかしながら、共同抵当目的物が、全て債務者Sに帰属する場合と全て同一の物上保証人Bに帰属する場合に関する学説に対しては、次の二点で疑問がある。まず第一に、「第三取得者」が前主の物的負担を承継するという意味で、限定説を承認するのであれば、複数の共同抵当目的物は、どちらも、前主である同一所有者(SまたはB)に帰属する担保不動産として、民法三九二条による処理が行われるべきなのではないか、ということ、第二に、本稿で得られた結論は、「第三取得者」の登場の先後で、法定代位権者相互の代位の関係につき、結論が分かれるべきではないというものであったが、このことと同様に、後順位抵当権者と「第三取得者」との登場時期により区別する考え方は排除されるべきではないか、ということである。以下、具体的に検討してみよう。

2 前主の負担を承継するという観点から

例えば、前述の共同抵当不動産が、全て同一の物上保証人Bに帰属していた場合で、一方の不動産の後順位抵当権者より前に、すでに、他方の不動産を物上保証人Bが第三取得者Dに譲渡していたという状況については、学説の分かれていることは、既に指摘した。

そして、このうちの一方の学説は、物上保証人Bと物上保証人Bからの第三取得者Dとは、物上保証人Bは自己が設定した担保であるから、物上保証人Bにお帰属している担保不動産から弁済されるべきだとして、共同抵当の目的不動産が債務者Sと物上保証人Bに帰属していた場合と同様に処理すべきであるとする。しかしながら、前主の物的負担を承継するという限定説に立ちながら、このような結論に立つことは、矛盾する。物上保証人Bからの第三取得者Dは、物上保証人Bと同視されるべきなのであるから、両担保不動産は、同一の物上保証人Bに帰属している場合と同様に、民法三九二条の適用場面と解すべきことになるはずである。

また、他方の学説は、物上保証人Bから第三取得者Dが担保不動産を取得した時点で、異なる物上保証人B₁・B₂が共同抵当の負担を負うのと同様になるとして、民法五〇一条四号の適用場面と解している。この説は、物上保証人Bからの第三取得者Dは、前主である物上保証人Bの物的負担を承継するという限定説を考慮して、第三取得者Dを「物上保証人」として取り扱う趣旨であろうが、何故に、前主である物上保証人B₁とは異なる物上保証人B₂として取り扱うことになるのか。第三取得者Dは、前主である物上保証人B₁の物的負担を承継するのであるから、前主である物上保証人B₁と同視され、両担保不動産は、同一の物上保証人B₁に帰属しているものとして、民法三九二条の適用場面となるとしなければ、限定説を承認したことにはならないのではないだろうか。

3 登場時期を基準に区別すべきではないという観点から

また、先ほど、本稿で得られた結論は、「第三取得者」の登場の先後で、法定代位権者相互の代位の関係につき、結論が分かれるべきではないというものであり、このことと同様に、後順位抵当権者と「第三取得者」との登場時期により区別する考え方も排除されるべきではないかと述べた。もちろん、本稿で検討したのは、民法五〇一条の適用場面であるから、後順位抵当権者が登場し、その期待を保護するという観点から、そのような見解は適切でない、という批判も考えられないではない。

しかし、古いものであるが、判例は、共同抵当の目的不動産に後順位抵当権者がいないときであっても、各不動産の価額に準じてその負担を分かすべきだとして、民法三九二条による割付けをしている（大判昭和一〇年四月二三日民集一四卷六〇一頁）。この判例は、後順位抵当権者や「第三取得者」の登場順とは関係なく、それ以前に負担の割付けをするものであり、民法三九二条の文言も、登場順とは関係なく、それ以前に負担の割付けをしているものと解することができる⁽⁹⁰⁾。したがって、後順位抵当権者と「第三取得者」の登場時期により区別する考え方は否定されるべきであろう。

4 第三取得者は負担の割り付けられた不動産を取得する

以上の検討から、次のように結論づけるべきである。すなわち、限定説を前提に、「第三取得者」は、共同抵当の目的不動産を取得することで、前主の物的負担を承継するものであり、また、民法五〇一条と同様、民法三九二条も、「後順位抵当権者や第三取得者の登場順に関係なく、それ以前に負担を割り付ける趣旨」であると⁽⁹¹⁾。つまり、とりわ

け、全て同一の物上保証人Bに共同抵当目的物が帰属していた場合につき、第三取得者Dと後順位抵当権者の登場時期の先後で区別するのではなく、前主である物上保証人Bの物的負担を承継する第三取得者Dは、前主である物上保証人Bと同視することができるのであるから、後順位抵当権者の登場時期とは関係なく、それ以前に負担は割り付けられているのであって、民法三九二条の適用場面となる。そして、「共同担保登記によつて第三者はそのことを容易に認識できるから、登場時期を基準に代位の期待を分けることは不当である」⁽⁹²⁾、と言うことができる。

おわりに

最後に、本論の繰り返しとなるが、改めて得られた結論を述べ、残された課題について触れておくことにする。

本稿で得られた結論は、民法五〇一条一号―三号にいう「第三取得者」とは、債務者Sからの第三取得者Cに限定され、物上保証人Bからの第三取得者Dは、ここから除外され、第三取得者Dは物上保証人Bと同視されるべきである、という限定説であった。

このうち、まず、民法五〇一条一号から三号にいう「第三取得者」とは、債務者Sからの第三取得者Cに限定されるべきである、との根拠は、次のように説明することができる。

① 最初に、債務の最終負担者が債務者Sであるという当然のことを起点にすれば、次のように言うことができる。すなわち、債務者Sに帰属する不動産甲に抵当権設定がされると、保証人Aは、債務者Sに代わり債権者（抵当権者）Gに弁済した場合には、債権者Gに代位して債務者Sに帰属する不動産甲に抵当権行使ができ、債務者Sに対する求償権確保ができるという期待を抱くことになる。不動産甲が債務者Sから第三取得者Cに譲渡されても、このような

保証人Aの期待は保護されるべきである。そして、第三取得者Cに不動産甲は帰属しているが、なお、債務者Sの責任財産として担保されている（追及効がある）ことから、保証人Aが債権者Gの有する債権の効力を代位することによる求償権確保の期待は、保証人Aと第三取得者Cの登場時期の先後とは関係なく、一般的に保護されるべきだと解される。このような保証人Aの期待の保護を定めたのが民法五〇一条一号ということになる。

② 他方で、債務者Sは、自身が債務の最終負担者なのであるから、誰に求償できるわけでもない。そして、債務者Sに帰属する抵当不動産甲が、第三取得者Cに譲渡されても、債務者Sの責任財産として取り扱われることになる（追及効がある）のであるから、当該不動産甲が執行されたとしても、第三取得者Cの所有する不動産甲は、債務者Sの責任財産として執行されることになる。この意味で、債務者Sからの第三取得者Cは、最終負担者として債務者Sが負っている「物的負担」を債務者Sから承継していると解され、ゆえに、保証人Aに対しては代位できないということを示したのが、民法五〇一条二号ということになる。

③ 債務者Sの物的負担を承継する第三取得者Cは酷なようであるが、登記があることから、担保権実行については覚悟しており、代価弁済、担保権消滅請求の制度も認められていることから、仕方がない。また、債務者Sの物的負担を承継する第三取得者Cであっても、債務の最終負担者は債務者Sなのであるから、債務者Sに対する求償権は取得し、しかし、この求償権確保のために保証人Aに対して債権者Gに代位はできない。保証人Aは債務の最終負担者ではなく、債権者Gが担保する財産は、あくまでも保証人Aの責任財産だからである。もともと、債務者Sからの第三取得者が複数存在する場合には、いずれも債務者Sの物的負担を承継した債務者Sからの第三取得者なのであるから、相互に代位することは認められ、このことを明らかにしたのが、民法五〇一条三号ということになる。

次に、民法五〇一条一号から三号という「第三取得者」からは、物上保証人Bからの第三取得者Dは排除され、第

三取得者Dは前主である物上保証人Bと同視される、ということの根拠は、次のように説明できる。

④ まず、保証人Aと物上保証人Bとは、その全財産をもって債務者Sの債務を担保するか、それとも、その所有する特定の財産をもって債務者Sの債務を担保するかという違いはあっても、いずれも、債務者Sに対する求償権を取得した場合には、債務者Sの責任財産から求償権の回収を期待するという点では同じ立場にあり、相互に優先する立場にはない。このことを明らかにしたのが、物上保証人相互について定める民法五〇一条四号であり、保証人・物上保証人間について定める民法五〇一条五号である。それゆえ、物上保証人Bは、保証人Aと同様の期待を有するものと言え、物上保証人Bと債務者Sからの第三取得者Cとの関係は、保証人Aと第三取得者Cとの関係と同様に解してよいことになる。

⑤ そして、物上保証人が複数存在する場合の相互の関係は、④に述べたように、同様の期待を有しているからこそ、民法五〇一条四号が、担保不動産の価格による負担の割付けをしているのであるから、物上保証人B₁がその所有する担保不動産乙を第三取得者Dに譲渡しても、他の物上保証人B₂の期待はなお保護すべきであり、この意味で、物上保証人B₁からの第三取得者Dは、物上保証人B₁の「物的負担」を承継するものと解すべきである。以上のように解するときには、第三取得者Dは、その前主である物上保証人B₁の物的負担は承継しても、債務者Sの物的負担を承継するわけではないのであるから、民法五〇一条一号から三号までの「第三取得者」からは排除され、前主である物上保証人B₁と同視されるべきことになる。

⑥ そして、以上のように根拠づけられた限定説を前提とする場合、共同抵当の場合における後順位抵当権者との関係でも、同様に解すべきである。つまり、とりわけ、全て同一の物上保証人Bに共同抵当目的物が帰属していた場合につき、第三取得者Dと後順位抵当権者の登場時期の先後で区別するのが学説の多数であるが、前主である物上保

証人Bの物的負担を承継する第三取得者Dは、前主である物上保証人Bと同視することができるのであるから、後順位抵当権者の登場時期とは関係なく、それ以前に負担は割り付けられているのであって、民法三九二条の適用場面となる。

以上の限定説によるべきであるとの結論、とりわけ前記①から⑤までについては、近時の債権法改正の方向性と一致するものであり、限定説を前提とした改正の方向性については、積極的に評価してよいものと考ええる。もつとも、本論で従来の学説・裁判例の動向として述べたように、限定説の根拠付けのレベルでは、実務家、研究者の間でも、なお共通の認識が得られているとまでは言えない。つまり、限定説に立つことを言明するものであっても、多くはその根拠を述べず、また、述べていても、論者により帰一することを知らない状況にある。その意味では、なお、その根拠付けの点で議論が尽くされるべきではないかと考える。さらに、改正の方向性は、前記⑥で述べたように、民法五〇一条の問題にとどまらず、民法三九二条の解釈問題にも及ぶものであるから、共同抵当も含めた広範な検討をすべきであろう。

その他、例えば、本稿で得られた結論は、保証人が物上保証人を兼ねている場合に影響を及ぼす可能性がある。判例（最判昭和六一・一一・二七民集四〇巻七号一二〇五頁）は、いわゆる一人説をとるが、保証人が物上保証人を兼ねており、その提供した担保不動産が第三取得者Dに帰属するに至った場合、限定説を前提にすれば、保証人と物上保証人の物的負担を承継した第三取得者Dとの二人と考えることになるはずである。そうすると、限定説の素直な帰結としては、第三取得者Dが前主の物上保証人と同視されるのならば、第三取得者Dが登場する以前において、保証人が物上保証人を兼ねている場合につき、二人説をとる、という解釈もあり得るであろう。他方で、最判平成九・一二・一八判時一二六九号五〇頁は、物上保証人提供不動産が、代位弁済時までには相続により共同所有となっ

た場合につき、民法五〇一条五号の頭数を代位弁済時における人数と解しており、代位弁済時までの法定代位権者の増減はあり得るものとの前提に立つのであるから、一人説をとった上で、第三取得者Dの担保不動産の取得により、頭数が一人増えたと解することも可能である。本稿で、いわゆる棚ぼたの利益だからといって否定されるものではないと述べたところからは(前述二(一)1)、後者の解釈もあり得るところである。限定説と二重資格者との関係についての問題は、別の機会に、改めて検討してみたいと思う。

なお、本稿の課題については、登場人物が多岐にわたり、その各々の利益状況について、必ずしも詳細な検討を行えたわけではなく、思わぬ勘違いがあるかもしれない。各当事者の具体的な利益状況を踏まえた検討についても、他日を期したいと思う。それでも、解釈論上の、あるいは、改正の議論のための、少なくとも材料を提供することができたとするならば、本稿の最低限の目的を達することができたものと思う。

注

(1) 佐藤幸治ほか(編集代表)『コンサイス法律学用語辞典』(三省堂、二〇〇三年)一〇三七頁。

(2) 限定説・無限定説との命名は、倉田卓次「判批(昭和五五・一〇・八)」金法九八八号(一九八二年)一四頁以下によるものであるとの指摘が、新関輝夫「判批(東京高決平成六・五・三〇)判時一五二七号三八頁」リマークス一一号(一九九五年)六四頁以下「六六頁」にある。仮に、限定説の内容を取り込む形で民法五〇一条が改正された後であれば、適切な用語とは言えなくなるであろうが、現行の民法五〇一条一号―三号の解釈問題として、さしあたりは、この用語に従っておくことにする。

(3) 例えば、梅謙次郎『民法原理 債権総論 完』(復刻叢書 法律学篇一七) (信山社、一九九二年) 七四八頁以下。

(4) 例えば、林石田高木『債権総論』(青林書院、一九七八年) 二七二頁「石田喜久夫執筆」が、第三取得者の物上保証人に対する代位を肯定していたが、後に、このことにつき、「他人の債務について自己の財産をもって物的責任を負うという、物上保証人と第三取得者との共通性に着眼して右の如き結論を示した」と説明し、しかし、「民法五〇一条各号を前提として利益衡量を試みる傍ら、いわば体系的解釈の観点から」、「第三取得者は物上保証人に対して代位しないが、物上保証人は求償権全額につき第三取得者

- に対して代位する」という「結論を承認する」と、説を改めている（石田喜久夫「判批（昭和五五・一〇・八判時九九五号六二頁）」判評二七三号（一九八一年）三八頁以下〔三九頁、四〇頁〕）。もっとも、理由は定かでないが、林（安永補訂）Ⅱ石田Ⅱ高木「債権総論〔第三版〕」（青林書院、一九九六年）二九九頁「石田喜久夫執筆」では、旧説の記述が維持されている。
- (5) 起草過程についての指摘は、高橋眞「判批（東京高決平成六・五・三〇判時一五一七号三八頁）」判評四四〇号（一九九五年）二七頁以下〔一九頁〕。
- (6) 例えば、奥田昌道「債権総論〔増補版〕」（悠々社、一九八二年）五四九頁、潮見佳男「債権総論Ⅱ〔第三版〕」（信山社、二〇〇五年）三〇五―三〇六頁、中田裕康「債権総論 新版」（岩波書店、二〇一一年）三五六―三五七頁、民法（債権法）改正検討委員会（編）「詳解・債権法改正の基本方針Ⅲ」（商事法務、二〇〇九年）三三―三四頁（ただし、ここでの説明は、債務者からの第三取得者と物上保証人からの第三取得者とを区別する理由として読むことができるものであり、この点については、本文で取り扱うことにする）。
- (7) 保証人が無限責任を負い、第三取得者が有限責任を負うことを根拠として挙げるものとして、初期には、梅・前掲注（3）七五四―七五五頁、鳩山秀夫「日本債権法総論」（岩波書店、一九三二年）増訂第一三刷（四二三頁など）があり、近時では、松尾Ⅱ松井Ⅱ古積Ⅱ原田「ハイブリッド民法3 債権総論」（法律文化社、二〇〇六年）二七一―二七二頁「原田昌和執筆」がある。
- (8) 高橋・前掲注（5）二九―三〇頁、新関・前掲注（2）六六頁。
- (9) なお、近時、①のように、「第三取得者は、担保負担を覚悟の上で不動産を取得したから」との「理由だけでは、保証人についても同じことが言えるゆえに十分ではないし」、②のように、「代価弁済（民法三七八条、抵当権消滅請求（民法三七九条）などの方法により保護されているからである」との「理由についても、保証人との関係での第三取得者の劣位を説明できるかと言えば、その正当化は困難である。結局、起草者の価値判断が第三取得者に対する保証人の優位というものであったと説明するほかない」、との指摘がある（潮見・前掲注（6）三〇五頁）。この指摘を受けて言うならば、債務者からの第三取得者と物上保証人からの第三取得者とを区別するにせよ、しないにせよ、民法五〇一条一号・二号の理由付けについては、伝統的な説明から離れ、新たな説明が模索されるべきことになるであろう。このことについては、本論で論じることにした。
- (10) 横田秀雄「法律上ノ代位ヲ論ス」法学新報三三卷三号（一九三二年）七五頁以下。
- (11) 横田・前掲注（10）八七―八八頁。
- (12) 横田・前掲注（10）八八―八九頁。
- (13) 横田・前掲注（10）八九―九〇頁。

- (31) 判例評釈等に、石田・前掲注(4)「判批」、宇佐見大司「判批(東京地判昭和五五・一〇・八判時九九五号六二頁)」法時五三卷一〇号(一九八一年)一四八頁以下、倉田・前掲注(2)「判批」がある。
- (32) 判例評釈等に、西尾信一「実務のための金融判決紹介」銀行法務21(一九九五年)六六頁以下、新関・前掲注(2)「判批」、高橋・前掲注(5)「判批」がある。
- (33) 必ずしも網羅的ではないが、例えば、澤井裕「テキストブック債権総論[補訂版]」(有斐閣、一九八五年)一六一頁以下、水本浩「債権総論」(有斐閣、一九八九年)一二五頁以下、平井宜雄「債権総論[第二版]」(弘文堂、一九九六年[部分補正])二〇九頁以下、中井美雄「債権総論講義」(有斐閣、一九九六年)三五三頁以下、松坂佐一「民法提要 債権総論[第四版]」(有斐閣、一九九七年)二四四頁以下、船越隆司「債権総論」(尚学社、一九九九年)四五六頁以下、川井健「鎌田薫(編)『債権総論(青林書院、一九九九年)』三二二頁」「工藤祐敏執筆」、安達三季生「債権総論講義[第四版]」(信山社、二〇〇〇年)三〇二頁以下、淡路剛久「債権総論」(有斐閣、二〇〇二年)五五三頁以下、遠藤浩他(編)「民法(4) 債権総論[第四版増補補訂版]」(有斐閣及書)「(有斐閣、二〇〇二年)二七七頁以下」「石川利夫執筆」、北川善太郎「債権総論(民法講要Ⅲ)[第三版]」(有斐閣、二〇〇四年)七七頁以下、中田「高橋」佐藤「民法4—債権総論(有斐閣アルマ)」(有斐閣、二〇〇四年)一八六頁以下「高橋眞執筆」(ただし、高橋・前掲注(5)、高橋・後掲注(82)では、区別説に立っている)、加藤雅信「新民法大系」(有斐閣、二〇〇五年)三九一頁以下、宇佐見「大島」田中「玉樹」プリメル民法3 債権総論[第二版]」(法律文化社、二〇〇五年)二二二頁以下「玉樹智文執筆」、渡辺達徳「野澤正充『債権総論』(弘文堂、二〇〇七年)」「渡辺達徳執筆」二七七頁以下、円谷峻「債権総論—判例を通じて学ぶ」(成文堂、二〇〇八年)三九七頁以下、川井健「民法概論3(債権総論)[第二版補訂版]」(有斐閣、二〇〇九年)三二二頁以下、吉田邦彦「債権総論講義録(契約法I)」(信山社、二〇一二年)一七〇頁以下。
- (34) ただし、「債務者が設定した担保物の第三取得者は、本来、最終的に責任を負担すべき目的物を譲り受けたものであるから、保証人からする担保権の履行についてはこれを甘受すべきであり、そのリスクは債務者との譲渡契約において処理されるべきものだからである」と述べ、民法五〇一条一号二号につき、債務者Sからの第三取得者Cのみを念頭に置いた説明をしつつ、しかし、物上保証人Bからの第三取得者Dを区別する説明をしないものもある(野村「栗田」池田「永田」民法Ⅲ 債権総論[第三版]」(有斐閣Sシリーズ)「有斐閣、二〇〇五年)二〇七頁」「永田眞三郎執筆」。田山輝明「債権総論[第三版]」(成文堂、二〇一一年)二二六頁も同旨。
- (35) 前田達明「口述債権総論[第三版]」(成文堂、一九九三年)四七九—四八〇頁(なお、同書第二版「一九九〇年」までは、この問題に触れていなかった)。石田・前掲注(4)「判批」三九—四〇頁も同旨。

- (36) 宇佐見・前掲注(31) 一五一頁。
- (37) 宇佐見・前掲注(31) 一五一頁。
- (38) 林(安永補訂) 〓石田〓高木・前掲注(4) 『第三版』二九七頁「石田執筆」(このことは、林〓石田〓高木・前掲注(4) 二七〇頁「石田執筆」で既に述べられていた点である)。
- (39) 石田・前掲注(4) 「判批」四〇頁。
- (40) 林(安永補訂) 〓石田〓高木・前掲注(4) 二九七頁「石田執筆」(林〓石田〓高木・前掲注(4) 二七〇頁「石田執筆」)、石田・前掲注(4) 「判批」四〇頁。
- (41) 高橋・前掲注(5) 三一頁。
- (42) 林(安永補訂) 〓石田〓高木・前掲注(4) 三〇〇頁注(九) (林〓石田〓高木・前掲注(4) 二七二―二七三頁注(九))。
- (43) 石田・前掲注(4) 「判批」三九頁。
- (44) 石田・前掲注(4) 「判批」四〇頁。
- (45) 奥田昌道『債権総論(下)』(筑摩書房、一九八七年) 五四九頁(同・前掲注(6) 「増補版」五四九頁も同じ記述)、鈴木椽弥『債権法講義「改訂版」』(創文社、一九八七年) 三八―三九二頁(同『債権法講義「四訂版」』(創文社、二〇〇一年) 三六六―三六八頁でもほぼ同様の記述だが、同『債権法講義』「創文社、一九八〇年」三三三―三六頁以下では限定説への言及がなかった)が、筆者の知る限りでは最も早い時期のものである。
- (46) 例えば、甲斐道太郎(編)『現代民法講義 4 債権総論「第二版」』(法律文化社、二〇〇一年) 二六一頁「山下末人執筆」。
- (47) 例えば、大村敦志『基本民法Ⅲ 債権総論・担保物権「第二版」』(有斐閣、二〇〇五年) 三五四頁、村田彰(編)『債権総論』(成文堂、二〇〇五年) 二二〇―二二二頁「多治川卓朗執筆」は、限定説を有力説として紹介する。
- (48) 限定説が多数説を形成しつつあると指摘するのは、松岡久和〓中田邦博(編)『新・コンメンタール民法(財産法)』(日本評論社、二〇一二年) 七三四頁「久保宏之執筆」。
- (49) 奥田・前掲注(6) 「増補版」五四九頁、松尾〓松井〓古積〓原田・前掲注(7) 二七三―二七四頁「原田執筆」、奥田〓池田〓潮見(編)『法学講義民法 4 債権総論』(悠々社、二〇〇七年) 三一八―三一九頁「寺田正春執筆」、近江幸治『民法講義Ⅳ 債権総論「第三版補訂」』(成文堂、二〇〇九年) 三四二頁。
- (50) 奥田・前掲注(6) 「増補版」五四九頁は、鈴木正和・前掲注(26) 「判批」三〇頁を引用していることから、実務家の見解に影響を受けたものと推測される。

- (51) 近江・前掲注(49)三四二頁は、明示的に限定説に立つべきだとまで述べているわけではない。しかし、限定説による東京高決平成六・五・三〇判時一五七号三八頁を引用して、「物上保証人」には物上保証人からの転得者も含まれるとしていることから、限定説に立つものと解される。
- (52) 角紀代恵『基本講義 債権総論』(新世社、二〇〇八年)五七頁。
- (53) 高橋・前掲注(5)三一—三三頁も、「物上保証人からの」第三取得者が登記によって情報を得、滌除等も可能であるとしても、それ故に前主の地位以下に引き下げられ、それによって保証人等が、当該担保目的物の譲渡がなければ得られなかった地位の向上を得ることまでも正当化することはできない」として、限定説に立つ。そして、そもそも横田説の「地位の承継」論も「権利・義務の承継が認められている以上、承継が行われたという偶然的な事実によって、関係者の利害状況が大きく変動するのは不合理である、特別な理由があるのでない限り、あたかも承継がなかったのと同様の利益状況が維持されるべきである」との意味で理解すべきだとしている。
- (54) 民法(債権法)改正検討委員会(編)・前掲注(6)三三—三四頁。
- (55) 平野裕之『プラクティスシリーズ債権総論』(信山社、二〇〇五年)八三頁。宮本健蔵(編)『マルシェ債権総論』(第二版)〔嵯峨野書院、二〇一〇年〕四二三頁「奥富晃執筆」も同旨。
- なお、平野・前掲八三頁は、債務者からの第三取得者が保証人に劣後することの根拠としては、本文に記述した、①保証人による期待の保護に加え、②他方で、第三取得者は債務者の負担(全部負担)を引き継ぐものであり、それを覚悟して取引に入る者であることが考えられる」としつつ、しかし、物上保証人からの第三取得者との関係では、この「①②の根拠があてはまらない。……従って、五〇一条後段二号はここでは適用にならないものといわねばならない」とする。
- (56) 新関・前掲注(2)六七頁。
- (57) 鈴木祿弥・前掲注(45)「四訂版」三三六—三三八頁は、債務者からの第三取得者に限って第三取得者と呼ぶことにするとし、その理由は「物上保証人からの不動産取得者は、物上保証人に準じて扱われるからである」と述べ(三六六頁)、また、債務者からの第三取得者は、「保証人に対する関係では、前主たる債務者と同じ地位に立」つ(三六七頁)、あるいは、「前主たる債務者の立場を承継」する(三六七—三六八頁)から、保証人が優先されることになるものと述べている。
- その他、内田貴『民法Ⅲ 債権総論・担保物権』(第三版)〔東京大学出版会、二〇〇五年〕八三—八四頁、潮見・前掲注(6)三〇五—三〇七頁(同『プラクティス民法 債権総論』(第四版)〔信山社、二〇一二年〕三八七—三八八頁も参照)、中田裕康『債権総論』(岩波書店、二〇〇八年)三四二—三四三頁(同・前掲注(6)「新版」三五四頁)、宮本健蔵(編)『マルシェ債権総論』(嵯

- 磯野書院、二〇〇八年）四二一―四二三頁【奥富晃執筆】（同・前掲注（55）【第二版】四三―四二四頁【奥富執筆】、池田真朗『新標準講義民法債権総論』（慶應義塾大学出版会、二〇〇九年）一七五頁。
 (58) <http://www.moj.go.jp/shingiji/shingikai/sakken.html>で、法制審議会民法（債権関係）部会の審議内容については、確認することができる。以下、引用する「部会資料」「議事録」等については、同ホームページからダウンロードしたpdf版によっている。なお、筆者が参照し得たのは、法制審議会民法（債権関係）部会第六五回会議（平成二四年二月一八日開催）までである。
- (59) 第八回会議「議事録」三二頁。
- (60) 「部会資料一〇―一 民法（債権関係）の改正に関する検討事項（五）」八頁。
- (61) 「部会資料一〇―二 民法（債権関係）の改正に関する検討事項（五）詳細版」三三頁。
- (62) 「部会資料一〇―一 民法（債権関係）の改正に関する検討事項（五）詳細版」三三頁。
- (63) 「部会資料二二 民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理のたたき台（二）」は、平成二三年一月二五日の法制審議会民法（債権関係）部会第三二回会議において提示されたものであり、「部会資料一〇―一」「部会資料一〇―二」の内容に、新たに、ア、法定代位者間で民法五〇一条各号所定の代位割合を変更する旨の特約が結ばれた場合に関する判例法理と、イ、物上保証人所有不動産と債務者所有不動産に共同抵当が設定され、物上保証人不動産に後順位抵当権が設定されている場合で、先に物上保証人不動産の抵当権実行がされたときに、後順位抵当権者が物上保証人に優先して債務者所有の担保不動産から配当が受けられるとする判例法理についての明文化の可否が、論点として付け加わっているものである。
- (64) 「部会資料二六 民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理案一九九頁。
- (65) 「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」六三一―六四頁。
- (66) 「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明」一五三頁。
- (67) 「部会資料三三―二 民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」に対して寄せられた意見の概要（各論二）三二―三三三頁。
- (68) 「部会資料三九 民法（債権関係）の改正に関する論点の検討（二一）」四九頁。
- (69) 「部会資料三九 民法（債権関係）の改正に関する論点の検討（二二）」五〇、五二頁。
- (70) 「部会資料三九 民法（債権関係）の改正に関する論点の検討（二一）」五二頁。
- (71) 第四七回会議「議事録」一九―二二頁。
- (72) 第一分科会第五回会議「議事録」一八―二四頁。

- (73) 「棚ぼた」の利益という意味に解しているのは、石田・前掲注(4)「判批」四〇頁。
- (74) 石田・前掲注(4)「判批」四〇頁。
- (75) このことは、保証人の期待保護を根拠として述べる平野・前掲注(55)八三頁も、保証人の期待は裏切られることがなく、「検討を要する」としている。
- (76) 宮本健蔵(編)・前掲注(55)四二三頁【奥富執筆】。
- (77) 池田・前掲注(57)一七五頁。
- (78) 中田・前掲注(6)三五四頁。
- (79) なお、潮見・前掲注(6)三〇五—三〇七頁(潮見・前掲注(57)三八八頁)は、第三取得者は前主の「地位を承継する」と述べ、一読すると、地位の承継論を根拠とするかのようであるが、別の箇所では、担保保存義務免除特約の効力が第三者に及ぶか(民五〇四条)に関する最判平成七・六・二三民集四九卷六号一七三七頁の「免責の効果が生じていない状態の負担がある物権を取った」が故に、「債権者に対し、民法五〇四条による免責の効果を主張することができない」とする判決文を、「地位の承継によって『改めて』免責の効果が生じることはない」と読み替え、説明している(潮見・前掲注(6)三四一頁)。つまり、「ある負担がついた物権の第三者による取得」を「地位の承継」と読み替えているのであるから、第三取得者が前主の「地位を承継する」とは「物的負担の承継」という意味で用いているものと解される。
- (80) 横田説のこのような理解の可能性については、高橋・前掲注(5)三一—三三頁も参照。
- (81) 道垣内弘人「担保物権法」【第三版】(有斐閣、二〇〇八年)二〇九頁。
- (82) 高橋眞「担保物権法」【第二版】(成文堂、二〇一〇年)二二六頁。
- (83) 担保物権の教科書以外で、共同抵当不動産の後順位抵当権者との関係を論じる中で、債務者からの第三取得者と物上保証人からの第三取得者とを区別すべきことを指摘するものとして、吉原・前掲注(27)一四五頁、一五一頁、倉田・前掲注(2)一八頁、鎌田薫「共同抵当」【民法ノート物権法①】【第二版】(日本評論社、二〇〇一年)二四七頁以下【二六三頁】。
- (84) 後順位抵当権者は、同一所有者に帰属する不動産の場合と「同様の処理になることを期待し、また覚悟していたとすべきである」ことを理由に挙げるのが、道垣内・前掲注(81)二〇九—二一〇頁。高橋・前掲注(82)二一六—二一七頁も同旨。
- (85) 債務者所有不動産から弁済されるべきであることを理由に挙げるのが、道垣内・前掲注(81)二一〇頁、民法三九二条の割付けは、「後順位担保権者の保護のためのものであるから、後順位のない場合には必要がない」ことを理由に挙げるのが、高橋・前掲注(82)二一七頁。

- (86) 道垣内・前掲注(81) 二一〇頁。
- (87) 高橋・前掲注(82) 二一七頁。
- (88) 鎌田・前掲注(83) 二六三頁。
- (89) 内田・前掲注(57) 四七一頁参照。
- (90) 最近のものでは、松岡久和「弁済による代位」内田貴Ⅱ大村敦志(編)『民法の争点(有斐閣、二〇〇七年)一八四頁以下「二八五頁」が、民法三九二条は、後順位抵当権者と第三取得者の登場順に関係なく、それ以前に負担を割り付ける趣旨だと解している。
- (91) 松岡・前掲注(90) 一八五頁。
- (92) 松岡・前掲注(90) 一八五頁。