

【抵当権の実行】(教科書230～259頁、228～229頁)

Q17 被担保債権がすでに消滅している場合には、抵当権設定者はどのような手段で抵当権の実行を阻止できるか。

第三者の所有物にその者に無断で抵当権が設定され、第三者が知らない間に実行されてしまった場合、第三者・買受人・配当受領債権者・債務者の関係はどうか。設定者が倒産した場合は抵当権はどうか。

1 実行手続の概要

抵当直 流特約の有効性(372条 349条参照)とそれへの疑問

- ・実行手続の概要(教科書232頁参照)

競売申立・差押 現況調査・評価・配当要求の終期の決定・債権届の催告

最低売却価格の決定・物件明細書の作成・売却日時や場所の公告・期間入札など

- ・売却許可決定・代金納付 弁済金交付または配当手続

2 実行妨害とそれに対する手続法上の対処手段

- ・実行妨害：詐欺的な短期賃貸借設定、不法占拠、過大な留置権、建物築造(233頁)。

- ・対処手段 民事保全法24条による占有移転禁止の保全処分(今後活用可能か?)

民事執行法による保全処分(平成8年改正による)

- ・売却のための保全処分(民執55条)
- ・競売開始決定前の保全処分(187条の2)
- ・買受申出をした差押債権者のための保全処分(68条の2)
- ・買受人のための保全処分(77条)

3 競売申立に関する諸問題

- ・申立要件：担保権の存在、被担保債権の存在、弁済期の到来(民執181条)

：法定文書による迅速処理が原則。添付書類については教科書242頁。

- ・申立取下げが可能な段階では、任意売却による債権の弁済が可能。

- ・第三取得者は取得価格が債権全額を下回る場合、全部の抵当権抹消には滌除を要する。

- ・借地上建物の競売の場合には、地代等の第三者弁済による借地権確保が必要なことが多い。差押債権者の求償権確保(民執56条・9条)。

4 競売開始決定に関する諸問題

- ・差押の処分禁止効は相対効だが、当該手続に関与する全債権者に及ぶ(手続相対効)。

- ・不服申立：執行異議(+執行停止の裁判)か通常の訴訟手続-審理の難易による。

- ・二重開始決定を得ておく意義-先行手続の取下げ・取消等に備える。

5 売却準備手続の諸問題

超過売却不可の原則・一括競売(債務者の同意が必要)。

6 引受主義と消除主義

- ・ 原則として消除主義。一番抵当権より先順位の賃借権や仮登記上の権利（仮登記担保を除く）・短期賃借権・留置権・最先順位の占有質権のみが消滅しない。

7 売却手続・配当手続とその後の諸問題

剰余主義原則 - 無剰余の場合、剰余の証明か買受等の保証をしないと手続が無駄。

- ・ 競売手続の停止・取消、売却許可・不許可の決定、次順位買受制度

代金納付時の所有権移転。抵当権不存在の場合も買受人の所有権は保障される（民執184条）。ただし、手続保障が前提（最判平5年12月17日民集47巻10号5508頁 教科書255頁の判決の日付は誤植です）。

買受人は設定者から代金の返還を求めうるほか、設定者が無資力の場合には、配当受領債権者からも代金の返還を求めうる（民568条）。

- ・ 借地権付建物の買受人は、賃借権譲渡につき、地主の承諾かこれに代わる裁判を求めなければならない（借地借家法20条）。賃借権不存在なら568条類推適用される（最判平8年1月26日民集50巻1号155頁）。
- ・ 配当受領債権の有無や額の争いは配当異議訴訟によるが、配当異議訴訟を行わなかった抵当権者も、後に順位に反する配当を受けた者に不当利得の返還を求めることができる（最判平3年3月22日民集45巻3号322頁）。一般債権者の不当利得請求は否定される（最判平10年3月26日民集五二巻2号513頁）。
- ・ 不動産引渡命令（民執83条） - 平成8年改正で引渡命令の相手方を拡大して強化。

8 倒産手続と抵当権（教科書228～229頁）

- ・ 破産の場合：破産手続に関係なく抵当権を実行できる（**別除権**。破92・95条）
もっとも、不足額については破産債権として権利行使ができるが（破96条・97条）そのためには債権届出期間前に抵当権を実行して不足額を確定する必要がある。
- ・ 会社更生の場合：**更生担保権**として優先順位が保障されるが（会更123条・228条1項1号）会社の再建のために、その実行は更生計画により制限を受ける。
- ・ 民事再生の場合：破産同様、別除権となる（民再53条）。しかし、再生債務者の再生のために、担保権実行の中止が命じられる場合がある（民再31条）
事業の継続に欠くことができない財産については、再生債務者等がその上の担保権を裁判所の許可を得て消滅させることができる（**担保権消滅請求制度**、民再148条）。一方、担保されない債権の部分に関しては、再生債権者として最初から手続参加ができ（民再88条・94条2項・182条）再生計画の作成前に不足額が確定していることを要しない（民再160条）。

【共同抵当】(教科書223～229頁)

Q18 共同抵当とはどういうもので、なぜ用いられるのか。

共同抵当の場合、公平な配当をもたらすための準則はどのようなものか。抵当権設定者が誰と誰なのか場合を分けて考えてみよう。

1 共同抵当の用いられる理由

土地と建物の一括把握、担保価値の集積、危険分散
後順位抵当権者の利益をどのように保護するかが課題。

2 共同抵当の目的不動産が設定時にすべて債務者の所有に属していた場合および双方とも物上保証人の所有であった場合 百選 91事件

- ・設定後に譲渡があっても基本的な考え方(負担割付主義)は変わらない。

同時配当の場合：負担割付主義の原則(392条1項)

異時配当の場合：代位によって負担割付主義の結果が確保される(392条2項)。

これによって、不動産の担保価値の有効利用がはかれる。

ただし、代位には付記登記が必要(393条)。

一部の抵当権の放棄は後順位債権者に影響を与えない。

例 Aが新宿物件の抵当権を放棄すると、渋谷物件の競売に際しては、割付額300万円を越える優先権を後順位者に主張できない。 百選 91事件

3 共同抵当の目的不動産の全部または一部が物上保証人の所有に属していた場合

- ・片方が債務者の所有である場合には、負担は最終的には債務者に帰すべきだから(物上保証人には500条の弁済者代位が可能) 割付主義は適用されない。

同時配当の場合：債務者所有物件の代価から先に弁済に充てられる

異時配当の場合：債務者所有の不動産の後順位抵当権者は392条2項の代位は不可。

物上保証人の不動産の後順位抵当権者は、物上保証人が法定代位する抵当権に代位する(物上代位に類似)。百選 88事件

【設例1】 Sは・から900万円を借用するに際して、自己所有の渋谷物件(換価時価800万円相当)と新宿物件(換価時価1,600万円相当)に共同抵当権を設定した。その後、Sは渋谷物件に第二順位の抵当権を設定して・から400万円を、また、新宿物件に第二順位の抵当権を設定して・から1,200万円を借り入れた。

同時配当の場合と異時配当の場合でどのように配当が行われるか(次頁の表)。

	同時配当		異時配当1(渋谷物件先実行)		異時配当2(新宿物件先実行)	
	渋谷物件	新宿物件	渋谷物件	新宿物件	新宿物件	渋谷物件
第1順位配当	・ 300万	・ 600万	・ 800万	・ 100万 ・ 400万	・ 900万	・ 300万
第2順位配当	・ 400万	・ 1000万		・ 1100万	・ 700万	・ 400万
備考	他に債権者がいなければSに100万を交付		・は無配当		他に債権者がいなければさらに・に100万を配当	

異時配当の場合、・・・の第一順位の配当受領は392条2項の代位による。

【設例2】 Sは・から900万円を借用するに際して、自己所有の渋谷物件（換価時価800万円相当）と物上保証人B所有の新宿物件（換価時価1,600万円相当）に共同抵当権を設定した。その後、Sは渋谷物件に第二順位の抵当権を設定して・から400万円を、また、Bは新宿物件に第二順位の抵当権を設定して・から1,200万円を借り入れた。

	同時配当		異時配当1(渋谷物件先実行)		異時配当2(新宿物件先実行)	
	渋谷物件	新宿物件	渋谷物件	新宿物件	新宿物件	渋谷物件
第1順位配当	・ 800万	・ 100万	・ 800万	・ 100万	・ 900万	・ 500万 B 300万
第2順位配当		・ 1200万		・ 1200万	・ 700万	
備考	・は無配当	他に債権者がいなければBに300万を交付	・は無配当	・は392条2項による代位ができない。Bに300万を交付		・は無配当

異時配当2の場合の渋谷物件の第一順位配当は、Bが500条により・の第一順位抵当権に弁済者代位し、その中から・が一種の物上代位によって500万をBよりも優先して配当を受ける。