

【**抵当権と付従性**】

- ・付従性によって被担保債権が消滅すれば抵当権も消滅
 抵当権設定登記は無効となり、無効登記の流用の問題が生じる。
- ・継続的な取引関係では、抵当権の設定・抹消にコストがかかる。
- ・抵当権抹消 新たな設定の間に利害関係人が生じて権利関係が安定しない。

【**根抵当権法概説**】(教科書288～305頁)

1 **根抵当権の意義と性質**

- ・根抵当権 = 一定の範囲に属する不特定の債権を極度額の限度内で担保する抵当権 (398条/2第1項)
- ・付従性の制約 (継続的取引等) 慣習の展開と判例による根抵当権の是認 昭和46年民法改正
- ・**特徴** 付従性の緩和 (極度額内の包括的担保性)、被担保債権の特定性が不要、**包括根抵当権の否定**

2 **根抵当権の設定契約の特徴点**

(1) 極度額

- ・極度額 = 根抵当権者が目的不動産の競売代金から優先弁済を受けうる限度額
 = 目的不動産の価値支配範囲「枠」。換価権能の限界としても機能。
 競売で配当に預かりうる他の債権者が存在しなくても、極度額を超える部分は弁済受領できない(最判昭和48年10月4日判時723号42頁) 極度額は第三者保護目的。
- ・ここでの極度額は債権極度額で374条は適用されない (398条/3)。

(2) 担保される債権の範囲

- ・4種の被担保債権 (398条/2第2・第3項) に限定
 = 包括根抵当権の否定 極度額に余裕のある債権者が不良債権を買い集めて、他の債権者の犠牲の下に不当に儲ける事態を防止

- 債務者との特定の継続的取引から生じる債権
- 一定の種類取引から生じる債権
- 例 銀行取引、信用金庫取引、金銭消費貸借取引、手形貸付取引、保証取引
 × 金融取引、商取引、商社取引、手形取引、根抵当取引、保証債務取引
- 特定の原因に基づいて継続的に生ずる債権
- 手形または小切手上の債権
- 場合には、包括根抵当権否定と同様の理由により、倒産手続等により不良債権化したことを知って取得した債権を除外 (398条/3第2項)

3 **根抵当権の確定前の変動の特徴点**

(1) 総説 - 基本原理

確定前は個々の債権は担保的価値把握（極度額）とは無関係

極度額の範囲の価値把握（＝枠支配）に影響がない限り、後順位抵当権者等の地位には影響がないので、種々の変更についてこれらの者の承諾を要しない。

(2) 当事者の変更

債権譲渡・債務引受けがあっても根抵当権は随伴しない。個々の債務の弁済によっても根抵当権者に代位できない（398条/7）。当事者を交代する**更改**でも根抵当権は新債務には随伴しない（387条/8）。

- ・物上保証の場合、債務者の承諾がなくても、根抵当権設定者（＝物上保証人）と根抵当権者だけで、債務者を変更できる。

根抵当権者もしくは債務者の**相続**の場合 - 確定の原則：相続開始の6か月以内に、相続人につき発生する債権債務をも根抵当権が担保するとの**合意**を登記しない限り、被担保債権は相続開始時に存在する債権に確定する（398条/9）。債務者でない根抵当権設定者（＝物上保証人）が死亡しても、根抵当権には無影響。

会社たる根抵当権者もしくは債務者の**合併・分割**の場合 - 承継原則：自らが合併会社もしくは分割会社である場合以外の根抵当権設定者は、合併・分割を知って2週間以内か、遅くとも合併・分割後1か月以内に元本確定請求ができ、請求があれば被担保債権は、合併・分割時に存在する債権に確定する。この請求がないと、合併・分割後の法人の債権債務も根抵当権によって担保される（398条/10、398条/10/2）。物上保証人が合併・分割しても、根抵当権には無影響。

(3) 根抵当権の内容の変更

極度額の変更：利害関係人（増額の場合 - 後順位者等、減額の場合 - 転抵当権者等）全員の承諾を要する（398条/5）。

被担保債権の範囲の変更：後順位抵当権者等の承諾を要することなく、根抵当権者と根抵当権設定者の合意で自由に変更可。ただし元本確定前に登記を要する（398条/4）。登記は効力要件。

元本確定期日の変更：5年以内という制約があるが、後順位抵当権者等の承諾を要することなく、根抵当権者と根抵当権設定者の合意で自由に変更可。ただし元本確定前に登記を要する（398条/6）。登記は効力要件。

(4) 根抵当権の処分（一部当事者の変更を含む）

普通抵当権の処分に関する375条は適用されない。 枠支配権処分の特殊性。

ただし、普通抵当権者からの順位の譲渡・順位の放棄を受けることは可能（398条/15）。これらの処分の登記は対抗要件。

転抵当：後順位抵当権者等の承諾を要することなく、根抵当権者と転抵当権者の合意で可能。転抵当権者の把握している価値は、確定時の根抵当権の把握価値なので、確定前には原被担保債権の弁済を行ってさしつかえない（398条/11）。

根抵当権の全部譲渡：抵当権設定者の承諾を得れば可能。譲渡後の根抵当権者と債務者の間に発生する債権のみを担保することになるが、被担保債権の範囲は同時に変更可能だし、そうされる場合が多い。

根抵当権の二分割譲渡：抵当権設定者や転抵当権者の承諾を得れば可能。譲渡された根抵当上の転抵当は消滅する（398条/12第2項）。二つの根抵当権は相互に無関係に

なる。

根抵当権の一部譲渡：根抵当権設定者の承諾を得れば可能。譲渡人と譲受人が根抵当権を準共有することになる（398条/13） 債権額で按分弁済が原則（398条/14）。

4 根抵当権の確定

(1) 総説

- ・確定 = 被担保債権の具体化。以後根抵当権は、若干の規律を除いて、ほぼ普通抵当権と同様に扱われる（重要なのは付従性・随伴性）

(2) 元本確定事由

合意された期日の到来（398条/6） 期日は合意から5年以内に限る
設定者の確定請求（398条/19） 期日の合意がなく設定から3年を経過した場合。物上保証人の責任制限の意味。確定請求後2週間で確定。教科書の記述は疑問。
新たな元本の不発生（398条/20第1項1号） 取引の終了の有無が争いの種。

根抵当権者自身による競売・差押え（同項2号）

根抵当権者自身による滞納処分（同項3号）

他の債権者による競売・差押え（同項4号） 事実を知ってから2週間で確定

債務者または根抵当権設定者の破産（同項5号） 会社更生等につき争い有。

では競売開始や差押え後の取消しによっても確定に影響がないが、
では、
手続が取り消されると遡及的に確定しなかったことになるのが原則（2項）。救済
融資によって他人の開始した手続きを取り下げさせる方策を講じられる。

純粹共同根抵当の一つについての元本の確定（398条/17第2項）

相続や会社の合併分割の場合（398条/10第3項）

民事再生法の担保権消滅請求の場合（民再148条6項）

(3) 元本確定の登記の問題点

- ・確定の登記はたんに法律関係を宣言するものだが、確定後の被担保債権や根抵当権の処分等の前提として不可欠。
- ・共同申請の原則によると、設定者が協力してくれない場合、手間のかかる確定判決を要する。そのため、上記(2)の確定事由に限って単独申請ができるようにした（不登119条の9）。

(4) 確定後の根抵当権に特有の規律

374条の不適用：極度額の範囲内なら無制限に優先弁済を受けうる

極度額減額請求権（398条/21） 担保価値の有効利用へ

根抵当権消滅請求権（398条/22）：担保割れの場合、極度額弁済や供託による免責を認める。債務者自身は消滅請求不可 弁済義務・抵当権の不可分性

5 共同根抵当ほか（講義ではたぶん省略）

- ・累積共同根抵当と純粹共同根抵当（398条/16～398条/18）

累積共同根抵当 二つの抵当権はそれぞれ独立したものと扱われる。原則形態。

純粹共同根抵当 被担保債権と極度額が共通。二つの抵当権は運命共同体。392条の
代位がある。共同担保の登記（不登122条以下）を要する。手間がかかり、同時確定など不利な点もあるが、登録免許税の点では有利。

- ・共有根抵当：根抵当権の枠を準共有するもの（398条/14）

- ・ 共用根抵当：複数の債務者の債務をまとめて一つの枠で担保するもの

【根抵当権法の改正立法論】

1 根抵当権者の主導による元本確定（新設）

根抵当権者は、元本確定期日を合意なかった場合、担保すべき元本の確定を請求することができる。

2 元本確定の登記（新設）

1により元本が確定した場合、確定の登記は根抵当権者が単独申請でできる。

3 元本不発生という確定事由（398条/20第1項1号）の廃止

【次回予告】

非典型担保(1)として、非典型担保総論・仮登記担保・所有権留保を取りあげます（教科書323～337、355～360頁）。