

課題解答編

1 共同抵当権

Q11-01 (単位は万円)

|        | 同時配当                 |                      | 異時配当1 (今出川物件先実行)     |   | 異時配当2 (田辺物件先実行)      |  |
|--------|----------------------|----------------------|----------------------|---|----------------------|--|
|        | 今出川物件                | 田辺物件                 | 今出川物件                | 田辺物件  | 田辺物件                 | 今出川物件  |
| 第1順位配当 | G <sub>1</sub> 2,400 | G <sub>1</sub> 1,600 | G <sub>1</sub> 3,000 | G <sub>1</sub> 1,000<br>G <sub>2</sub> 600            | G <sub>1</sub> 2,000 | G <sub>1</sub> 2,000<br>G <sub>3</sub> 400       |
| 第2順位配当 | G <sub>2</sub> 600   | G <sub>3</sub> 400   | G <sub>2</sub> 0     | G <sub>3</sub> 400                                    | G <sub>3</sub> 0     | G <sub>2</sub> 600                               |
| 備考     |                      |                      |                      | G <sub>2</sub> は<br>392条2項<br>でG <sub>1</sub> に<br>代位 |                      | G <sub>3</sub> は392<br>条2項でG <sub>1</sub><br>に代位 |

Q11-02 (単位は万円)

|        | 同時配当                 |                                  | 異時配当1 (今出川物件先実行)     |                                  | 異時配当2 (田辺物件先実行)      |  |
|--------|----------------------|----------------------------------|----------------------|----------------------------------|----------------------|--|
|        | 今出川物件                | 田辺物件                             | 今出川物件                | 田辺物件                             | 田辺物件                 | 今出川物件  |
| 第1順位配当 | G <sub>1</sub> 3,000 | G <sub>1</sub> 1,000             | G <sub>1</sub> 3,000 | G <sub>1</sub> 1,000             | G <sub>1</sub> 2,000 | G <sub>1</sub> 2,000<br>G <sub>3</sub> 500<br>B 500                            |
| 第2順位配当 | G <sub>2</sub> 0     | G <sub>3</sub> 500               | G <sub>2</sub> 0     | G <sub>3</sub> 500               | G <sub>3</sub> 0     | G <sub>2</sub> 0   |
| 備考     |                      | 他に債権<br>者いなければ<br>500万円をB<br>に交付 |                      | 他に債権者<br>いなければ<br>500万円を<br>Bに交付 |                      | G <sub>3</sub> はBが<br>500条によ<br>りG <sub>1</sub> に代<br>位する中か<br>ら優先的に<br>500万回収 |

Q11-03 (1)の場合には、392条が適用されてQ11-01と同じ結論になる。(2)の場合にも結果はQ11-01と同じであるが、先に抵当権を実行されて所有権を失った物上保証人が他方の物上保証人に対して、抵当権者を代位できるとその割合は、501条4号の規定による。先に抵当権が実行された不動産上の後順位抵当権者は、物上保証人の代位した抵当権の上に物上代位をしたのと同様の権利を有する(Q11-02の右下備考と同じ考え方。最判昭和53年7月4日民集32巻5号785頁＝講義I 117事件、最判昭和60年5月23日民集39巻4号940頁＝百I 95事件を参照)。

392条と500条・501条4号の関係は、次のように整理できる。共同抵当権の目的不動産が別人の所有である場合には、求償及び代位の法理（500条や501条）で調整し、後順位抵当権者は、代位された権利から物上代位の法理によって優先弁済を受ける。これに対して、共同抵当権の目的不動産が同一人の所有である場合には、自分自身に対する求償・代位は不可能なので、負担割付と代位（392条）により後順位抵当権者の利益を保護する必要がある。

## 2 根抵当権

**Q11-04** 根抵当権は、普通抵当権のように特定の債権を担保するものではなく、一定の範囲に属する**不特定の債権を極度額の範囲内で担保**する。極度額の範囲では利息や損害金はすべて担保される（375条不適用）。担保される債権が確定する元本確定以前には、被担保債権が存在しなくても根抵当権は成立するし、被担保債権がなくなっても根抵当権は自動的に消滅しない。普通抵当権に比べて、**付従性が緩和されている**のである。

**Q11-05** **包括根抵当権**を認めると、設定者が無資力状態にある場合、自らの被担保債権の額が小さく極度額までまだ余裕がある根抵当権者は、設定者が振出した紙くず同然の手形・小切手や、設定者に対する不良債権を安く買い受け、後順位担保権者や一般債権者を犠牲にして、額面通り優先的に債権を回収することができることになってしまう。包括根抵当権を認めないのも、手形・小切手上的債権は、倒産手続開始前に取得したものか、倒産手続開始後であれば設定者の無資力を知らずに取得したものに限り担保される、という制限を受けるのも（398条の3第2項）、こうした不公正な行為を防止するためである。

### Q11-06

- (1) ×：398条の19第3項により合意された確定期日があれば確定請求はできない。
- (2) ○：398条の19第2項。バブル崩壊後、金融機関等が根抵当権付で不良債権を迅速かつ少しでも高価に処分することが必要となったことに対応し、2003年改正で導入された。登記手続については不動産登記法93条による。
- (3) ×：398条の20第1条3号と同条2項。「**他の債権者によって競売手続が開始した場合**」ではなく、「**他の債権者によって競売手続が開始したことを知った時から2週間を経過した場合**」です。
- (4) ×：398条の20第1項3号は、他の債権者による競売手続の開始のみを確定事由とし、物上代位や収益執行を確定事由とはしていない。収益執行は担保権の実行方法の1つであることから、根抵当権者自身が収益執行の申立てをすると、根抵当権の元本は確定する（398条の20第1項1号）。これに対して、他の債権者によって根抵当権の目的不動産に強制管理や収益執行・物上代位などが行われても、根抵当権の元本は確定しない。抵当権者には、競売による満足の可能性が残されるので、抵当権者は自ら収益執行の申立てをしない限り、収益の配当には与れず手続外に置かれるからである（民執107条4項1号ハ）。

《別表》

|      | 差押え                 | 破産            | 会社更生               | 民事再生           |
|------|---------------------|---------------|--------------------|----------------|
| 所有権者 | 第三者異議の訴え<br>(民執38条) | 取戻権<br>(破62条) | 取戻権<br>(会更64条)     | 取戻権<br>(民再52条) |
| 抵当権者 | 優先弁済権<br>(民執85条5項)  | 別除権<br>(破65条) | 更生担保権<br>(会更2条10項) | 別除権<br>(民再53条) |