

2 抵当権の処分

Q10-04 次の転抵当に関する記述のうち、誤っているものはどれか（複数ありうる）。誤りの箇所も指摘しなさい。

(1) 転抵当は原抵当権とその被担保債権を共同で再度担保に入れるものであるという考え方（債権・抵当権共同質入説）に対しては、原被担保債権に質権を設定すれば、随伴性によって原抵当権にも質権効力が及ぶため、権利質のほかに376条1項でわざわざ転抵当という独自の制度を定める必要がなくなってしまう、という批判がある。

：

(2) 転抵当を行うには抵当権設定者の同意を要する。

×：設定者の承諾を得ないで行う責任転抵当が認められている。

(3) 転抵当権の被担保債権の額は、原抵当権の被担保債権の額を上回ってもかまわないし、両債権の弁済期の先後を問わない。

：転抵当権者が優先弁済権を行使できるのは、転抵当権の被担保債権と原抵当権の被担保債権の少ない方に限られるから、前者が後者を上回っていても差し支えない。また、いずれかの債権の弁済期が先に来ても他方の債権の弁済期が来るまでは転抵当権は実行できないので、弁済期の先後も問題にならない。

(4) 転抵当権の対抗要件は、登記（付記登記）だけではなく、債務者・保証人・原抵当権設定者やこれらの者の承継人など、原抵当権の被担保債権を弁済する可能性のある者に対しては、債権譲渡の467条に従い、転抵当権者がこれらの者に通知をするか、これらの者から承諾を得なければならない。

×：第三者に対する対抗要件は付記登記であるので正しいが（376条2項）、通知は原抵当権者から行わなければならないし、通知又は承諾の主体は、原抵当権の被担保債権の債務者のみである（377条1項）。

(5) 転抵当は原抵当権をその被担保債権から切り離して担保に入れるものであるという考え方（単独処分説）に立てば、転抵当権者は、原抵当権の被担保債権を取り立てることができない。

：原抵当権の被担保債権は転抵当権の目的とはなっていないので、377条2項（通知・承諾がある場合の無承諾弁済の禁止）が定めた場合以外は拘束を受けない。

Q10-05 今、Sが有する甲不動産（競売での売却価額1億6,000万円）上には、第1順位から第4順位までの抵当権者H₁・H₂・H₃・H₄が抵当権設定登記を有し（被担保債権額は、H₁が1億円、H₂が5,000万円、H₃が3,000万円、H₄が8,000万円）、H₁は、第1順位の抵当権にAのために転抵当権を設定していた（この被担保債権額は7,000万円）。Sには、これらの抵当権者のほか、

Gという無担保債権者（被担保債権額3,000万円）がいたとする。抵当権の処分を整理した次の表の空欄を埋めなさい。

処分の方法	処分者	処分の相手方	同意や承諾を要する者	競売の場合の配当金の配分
抵当権の譲渡	H ₂	G	H ₂ 、G	G：3,000万円 H ₂ ：2,000万円
抵当権の放棄	H ₃	G	H ₃ 、G	G：500万円 H ₃ ：500万円
抵当権の順位の譲渡	H ₁	H ₃	H ₁ 、H ₃ 、A	H ₃ ：3,000万円 A：7,000万円 H ₁ ：1,000万円
抵当権の順位の放棄	H ₂	H ₄	H ₂ 、H ₄	H ₂ ：1,923万円 H ₄ ：3,077万円
抵当権の順位の変更	H ₂	H ₄	H ₂ H ₃ H ₄ 全員の合意	H ₄ ：6,000万円 H ₃ ：配当なし H ₂ ：配当なし