

## 第20回 抵当権(7)：共同抵当権と根抵当権

2009/12/21  
松岡 久和

### 【共同抵当権】（293-299, E165-170）

**Case20-01** AはBから3000万円を借り入れ、その担保として所有するα土地（時価4000万円）とβ土地（時価2000万円）に共同抵当権を設定し、それぞれ抵当権設定登記を行った。その後、Aは、Cに対する2200万円の債務を担保するためαに第2順位の抵当権を、Dに対する800万円の債務を担保するためβに第2順位の抵当権をそれぞれ設定し、抵当権設定登記を行った。その後、Aが債務不履行に陥り、両方の抵当権が実行された場合、どういう結果になるか。

- ① α・βの競売代金が同時に配当される場合
- ② αの競売代金が先に配当される場合
- ③ βの競売代金が先に配当される場合

#### 1 共同抵当権の必要性

- ・担保価値の集積
- ・債権回収不能の危険分散
- ・土地とその地上の建物の一括的な担保価値把握

#### 2 共同抵当権の場合に必要な利益保護の仕組み

- ・競売の順序に関係なく後順位抵当権者の配当期待利益を保護  
⇒共同抵当権設定者の担保価値の有効利用による追加融資期待の保護

#### 3 負担割付けと代位（392条）；いずれの不動産も債務者所有の場合

- ・同時配当の場合：競売価額に応じた負担の割付け
- ・異時配当の場合：同時配当の場合の配当額を先順位抵当権者への代位で実現

**表20-01 配当結果**

	同時配当		異時配当1 (α競売先行)		異時配当2 (β競売先行)	
	α土地	β土地	α土地	β土地	β土地	α土地
第1順位の配当	B 2000万円	B 1000万円	B 3000万円	C 1000万円	B 2000万円	B 1000万円 D 800万円
第2順位の配当	C 2000万円	D 800万円	C 1000万円	D 800万円	D 無配当	C 2200万円
備考	他に差押債権者等がなければ、200万円はAに交付		Cの代位は392条2項による		Dの代位は392条2項による	

#### 4 共同抵当権の目的不動産の一部が物上保証人に属する場合

Case20-02 前問において、α土地が物上保証人Eの所有である場合にはどうなるか。

- ・債務者所有の不動産が先に負担を割り付けられる←最終負担者は債務者A
- ・物上保証人Eは、500条・501条により抵当権者に代位可能でDに優先
- ・物上保証人所有不動産上の後順位抵当権者Cは代位するEから物上代位の法理により配当受領（百93：差押えは不要）

表20-02 配当結果

	同時配当		異時配当1 (α競売先行)		異時配当2 (β競売先行)	
	α土地	β土地	α土地	β土地	β土地	α土地
第1順位の配当	B 1000万円	B 2000万円	B 3000万円	C 1200万円 E 800万円	B 2000万円	B 1000万円
第2順位の配当	C 2200万円	D 無配当	C 1000万円	D 無配当	D 無配当	C 2200万円
備考	他に差押債権者等がなければ、800万円はEに交付			Eの代位は500条、Cの代位はEの代位分への物上代位		他に差押債権者等がなければ、800万円はEに交付

#### 5 共同抵当権の目的不動産がいずれも同一の物上保証人に属する場合

- ・392条を適用（百94）
- ・共同抵当権者が目的不動産の一部についての抵当権を放棄した場合、代位できなくなった後順位抵当権者に対して、その限度で（割付額を超える）優先権を主張できない  
批判 任意売却による先順位共同抵当権者の合理的な債権回収を妨げ不当

#### 6 共同抵当権の目的不動産が別々の物上保証人に属する場合

- ・392条ではなく、500条・501条4号によって共同抵当権者に代位

#### 7 3～6のケースを通じて考察する392条の規律の意義のまとめ

- ・担保目的不動産が異なる所有者であれば、異時配当の場合に、後行競売において500条・501条による代位が可能だが、同一所有者に帰属すると、自分自身が自分に対して代位することはできないので392条の規律が必要になる

### 【根抵当権】（300-318, E170-176）

Q 根抵当権はなぜ必要で、普通抵当権とどこが違うか説明しなさい。

#### 1 根抵当権の意義

- ：一定の範囲に属する不特定の債権を極度額の限度で担保する抵当権（398条の2）  
←継続的取引関係の場合のような増減する債権をまとめて担保する必要性  
抵当権の登記の流用は危ない（第14回講義・レジュメ56頁）

- ・実務の工夫⇒慣習法⇒1971年の民法改正による21か条の追加（付従性の緩和）

## 2 優先弁済権の範囲

### (1) 極度額

- ・優先弁済権が認められる最大限度枠（398条の2第1項、不登88条2項1号）
- ・枠内であれば何年分の利息・損害金でも可（398条の3第1項←→375条）
- ・設定者しかいない根抵当権実行でも配当は極度額内（最判昭48・10・4判時723号42頁）

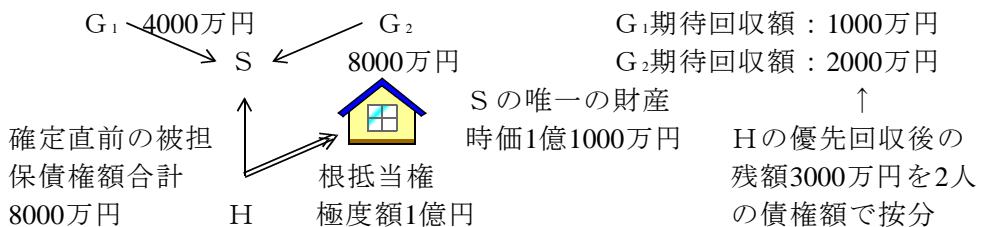
**【反対説】** 設定者は保護を要しないから被担保債権額いっぱいまで

### (2) 被担保債権の種類は4種＝包括根抵当の禁止

- ①特定の継続的取引契約により生じる債権（398条の2第2項）
- ②一定の種類取引から生じる債権（398条の2第2項）
- ③契約以外の特定の原因に基づいて継続的に生じる債権（398条の2第3項）
- ④手形・小切手上の請求権（398条の2第3項）

←包括根抵当を認めると一般債権者を犠牲にして不当に利益を得ることが可能（参考図）  
⇒同趣旨から手形・小切手上の債権は倒産手続開始前の取得か、開始後は設定者の無資力について善意の場合に限って担保（398条の3第2項）

《参考図》



包括根抵当が許されれば、Hは、たとえばG<sub>1</sub>がSに対して有する債権を1200万円て売らせて、根抵当権の実行により極度額いっぱいまで回収する。債権譲渡前より、Hが800万円、G<sub>1</sub>が200万円利益を得るが、その分だけG<sub>2</sub>への配当が減少する。

## 3 根抵当権の元本の確定

- ・元本確定事由（表20-03）
- ・2003年改正の根抵当権者からの元本確定請求の必要性：不良債権の迅速な処理
- ・元本確定後は付従性・随伴性有
- ・元本確定後も残る根抵当権に特有の性質
  - ①担保される範囲（既述2(1)）
  - ②根抵当権設定者の極度額減額請求（398条の21第1項）←担保余力の活用
  - ③根抵当権消滅請求（398条の22第1項）；全額弁済責任を負う債務者や保証人は不可

## 4 元本確定前の変動

- (1) 債権譲渡・債務引き受け・弁済者代位・更改による当事者の交替
- (2) 債務者の変更
- (3) 債権者の交替
- (4) 相続と法人の合併
- (5) 被担保債権の範囲の変更

- (6) 極度額の変更
- (7) 元本確定期日の変更
- (8) 転抵当権の設定
- (9) 根抵当権の全部譲渡・分割譲渡・一部譲渡

5 共同根抵当権

- ・ 累積共同根抵当権と純粹共同根抵当権

表20-03 根抵当権の元本の確定事由

類型	確定事由	適用条文	備考
(a) 合意	合意された確定期日の到来	398条の6	1)合意から5年以内（設定者の元本確定請求権を保障するため） 2)当事者だけで期日の変更・更新可能 3)登記が効力発生要件
(b) 確定請求	設定者からの確定請求	398条の19 1項	1)設定から3年以上の経過が要件 2)請求から2週間の経過で確定
	根抵当権者からの確定請求	398条の19 2項	1)いつでも確定請求ができる 2)請求時に直ちに確定
(c) 根抵当権の 実行	根抵当権の実行の申立て	398条の20 1項1号	競売手続や担保不動産収益執行の開始、物上代位の差押えが要件
	滞納処分による差押え	同2号	国または地方公共団体が根抵当権者である場合
	他の債権者による競売手続・滞納処分の開始	同3号	1)手続開始を知って2週間を経過して初めて確定 2)他の債権者による強制管理・収益執行や物上代位手続が開始しても確定しない
	債務者または設定者の破産宣告	同4号	会社更生・民事再生については、(d)の末尾欄を参照
(d) その他	根抵当権者や債務者の相続	398条の8 4項	相続開始後6か月以内に、相続開始後に発生する一定の債権について担保する旨の合意をして登記しなければ、相続開始時に確定
	根抵当権者や債務者の合併・分割	398条の9 3～5項 同条の10 3項	債務者が根抵当権設定者以外である場合、5項の期間内に確定請求すれば、合併・分割時に確定
	純粹共同根抵当の1つについての元本の確定	398条の17 2項	
	担保権消滅請求	民再148条 6項・7項 会更104条 7項・8項	1)消滅許可決定の送達時から2週間の経過で確定 2)申立ての取下げや許可取消しの場合には確定しない