

第19回 抵当権(7)：共同抵当権と根抵当権

2015/01/05
松岡 久和

【共同抵当権】

Case 19-01 AはBから3500万円を借り入れ、その担保として所有する甲土地（時価3000万円）と乙土地（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500万円の債務を担保するため、甲に第2順位の抵当権を、Dに対する100万円の債務を担保するため乙に第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。Aが債務不履行に陥り、両方の抵当権が実行され時価の80%で売却された場合、どうなるか（利息・遅延損害金・手続費用は考慮しない）。

- ①甲と乙が一括売却されて競売代金が同時に配当された場合
- ②甲の競売代金が先に配当された場合
- ③乙の競売代金が先に配当された場合

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
- ・土地とその地上建物の一体的な担保価値把握（⇒第17回講義の全体価値考慮説）

2 共同抵当権の場合に必要な利益保護の仕組み

- ・偶然的な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を保護

3 共同抵当の設定と公示

- ・設定は同時でも追加でもよい。
- ・共同担保目録で公示するが（不登83条1項4号・2項）、対抗要件ではない。

4 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19-01 Case 19-01の配当結果

	同時配当		異時配当1 (甲の競売が先行)		異時配当2 (乙の競売が先行)	
	甲	乙	甲	乙	乙	甲
第1順位の配当	B 2100万円	B 1400万円	B 2400万円	B 1100万円 C 300万円	B 1600万円	B 1900万円 D 100万円
第2順位の配当	C 300万円	D 100万円	C 無配当	D 100万円	D 無配当	C 400万円

※CやDが第1順位で受ける配当は392条2項の代位による。

※乙の売却代金の配当後の残金100万円は他に配当の与える差押債権者等がなければ所有者Aに交付される。

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

Case 19-02 前問において甲土地が物上保証人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（多数説?）←最終負担者は債務者
※この場合にも392条が適用されるとする裁判例（東京地判平25・6・6判タ1395号351頁）があるが、事案が特殊で一般論としては疑問（高橋眞・金法2001号33頁）
- ・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（P I 363、最判昭44・7・3民集23巻6号1297頁）
- ・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を受領（P I 365、百 I 93=P I 366：差押えは不要）

表19-02 Case 19-02の配当結果

	同時配当		異時配当1 (甲の競売が先行)		異時配当2 (乙の競売が先行)	
	甲	乙	甲	乙	乙	甲
第1順位の配当	B 2400万円	B 1100万円	B 2400万円	C 1100万円	B 1600万円	B 1900万円 D 100万円 E 400万円
第2順位の配当	C 無配当	D 100万円	C 無配当	D 100万円	D 無配当	C 無配当

- * Eが第1順位で受ける配当は500条・501条の代位による。Dは物上代位の法理によりEに優先する。
- * 乙の売却代金の配当後の残金400万円は他に配当に与える差押債権者等がなければEに交付される。

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 I 94=P I 361）
- ・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）優先を主張できない（P I 362）
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

- ・共同抵当不動産の所有者が異なれば、異時配当の場合、後の競売において500条・501条による代位が可能で、それを基礎として後順位担保権者も残余担保価値の把握を保護される（上記4）。他方、共同抵当不動産が同一所有者に帰属すると、異時配当の場合、後の競売において自分自身に対する代位は考えられないので、それを基礎とする後順位担保権者の保護が図れなくなる。そこで392条による後順位担保権者の直接の代位を求める規律が必要になる。

【応用問題】（省略。気になる方は、松岡・法セミ700号69頁を参照）

AはBからの借入金の担保として自らの所有する土地甲と土地乙に（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、抵当権のついたまま甲をXに売却して移転登記を行い、それと前後して、Yに対する債務を担保するため乙に第2順位の抵当権を設定し、抵当権設定登記を行った。Aが債務不履行に陥り、両方の抵当権が実行され、同時配当がされることになった。この場合、392条による負担割付は行われるか。

【根抵当権】

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13回講義末尾）
- ・特色：付従性の緩和
- ・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

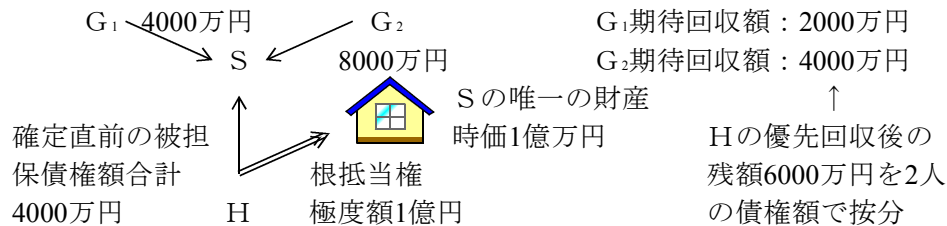
(1) 極度額

- ・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権利行使可能
375条の場合との均衡も問題

(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、G₁がSに対して有する債権をたとえば2500万円で購入して、根抵当権の実行により極度額1億円まで回収できる。債権譲渡前より、Hが1500万円、G₁が500万円利益を得るが、G₂への配当は2000万円分減少する。

3 根抵当権の元本の確定

- ・元本確定事由（表19-03）
- ・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 元本確定前の変動とその特徴

- (1) 被担保債権の範囲の変更・債務者の変更（398条の4）：登記が効力要件
- (2) 極度額の変更（398条の5）：不利益を受ける利害関係人の承諾が必要
- (3) 元本確定額の定めまたは変更（398条の6）：登記が効力要件
- (4) 個々の債権の譲渡・債務引受け・弁済者代位・更改による当事者の交替（398条の7）：根抵当権は随伴せず！
- (5) 根抵当権者または債務者の相続（398条の8）：合意の登記をしないと相続時に確定
- (6) 根抵当権者または債務者の合併（398条の9）：物上保証人や第三取得者が確定請求しないと合併後の債務についても担保
- (7) 根抵当権者または債務者の会社分割（398条の10）：物上保証人や第三取得者が確定請求しないと分割後の両会社の債務についても担保
- (8) 転抵当権の設定（398条の10）：設定の通知や原債務者からの承諾は不要。根抵当権の被担保債権の弁済には転抵当権者の承諾をしない。
- (9) 根抵当権の譲渡（398条の11-14）：普通抵当のような譲渡・放棄、順位の譲渡・順位の放棄はできず、絶対効のある全部譲渡・分割譲渡・一部譲渡が可能。設定者の承諾や一部消滅する場合の転抵当権者等の承諾が必要

5 共同根抵当権（398条の16-18）

- ・累積共同根抵当権と純粹共同根抵当権（略）

表19-03 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

民法第2部（物権・担保物権）

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	残りの不動産の純粹共同根抵当権も同時 に元本が確定
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