

担保権の準共有者による実行申立

直 井 義 典

はじめに

第1章 根抵当権の共有に関する判例・裁判例

第2章 根抵当権の準共有に関する学説

第3章 根抵当権以外の担保権の場合も含めた検討

結語

はじめに

民法398条の14は根抵当権の共有について定めを置くが、担保権の準共有は、明文規定のある根抵当権の場合に限らず、他の種類の担保権についても成立しうる。

担保権の準共有が成立する原因としては、担保権者についての共同相続の開始、担保権の一部譲渡¹⁾、保証人による一部代位弁済、担保権設定者と複数の債権者との間での担保権設定契約の締結などが考えられる²⁾。このうち、担保権の一部譲渡と担保権設定契約締結の場合については、担保権の準共有者が有する被担保債権が同一である場合とそうではない場合とが考えられる³⁾。

被担保債権が同一の場合として、シンジケート・ローンのケースが考えられる。

1) 根抵当権について398条の13が規定を置く。

2) 根抵当権についてではあるが、石田稷『担保物権法』(信山社・平成22年)564頁、森田修編『新注釈民法(7)』(有斐閣・令和元年)378頁[田高寛貴]。

シンジケート・ローンにおいては同順位の担保権の設定が必要となるが、そのための方法としては、個別に担保権を設定した上でこれを同順位のものと定める方法と、最初から担保権を準共有する形で設定する方法の2つの方法が考えられる。そして、担保権の準共有については、契約書が1つにまとまるので簡便であるとの評価がされる一方で、貸付人が債権譲渡を予定している場合等では個別の担保権設定がなされるという⁴⁾。シンジケート・ローンにおいて担保権が設定される場合には、担保権行使のための貸付人の代理人であるセキュリティ・エージェントが選任され、多くの場合にはエージェントがセキュリティ・エージェントを兼ねる。セキュリティ・エージェントは貸付人の代理人であって担保権の帰属主体ではなく、他方で担保権の行使はセキュリティ・エージェントを通じて行われるため、セキュリティ・エージェントに対する指図は原則として多数貸付人の意思決定によることとされる、という⁵⁾。

このようにシンジケート・ローンにおいては担保権の準共有が用いられるわけであるが、実行は担保権の共有者の持分多数決によって決せられる。

それではシンジケート・ローンのように担保権行使のための代理人が選任

-
- 3) もっとも、債権者を異にする数個の別の債権のために1個の担保権を設定しうるかについては、抵当権が他人の債権も担保してしまうことを理由にこれを否定する見解があり（枇杷田泰助「抵当権における準共有の成立」金法195号（昭和34年）38頁、香川保一『改訂担保』（金融財政事情研究会・昭和39年）42-43頁）、登記実務は、昭和7年9月22日民事甲第978号民事局長回答を変更して、この見解に立つ（昭和35年12月27日民事甲第3280号民事局長通達（法務省民事局編『登記関係先例集 追加編Ⅲ』（帝国判例法規出版社・昭和40年）419頁））。

しかしこの登記実務に対しては当初から反対があり（柚木馨編『注釈民法(9)』（有斐閣・昭和40年）22頁〔柚木馨＝高木多喜男〕）、堀内仁「根抵当権の共有」金法636号（昭和47年）41頁（以下、「堀内・前掲①」という）は「共有根抵当権の設定を否定する見解は影を潜めたようである。」としている。近時の通説も、登記実務に反対している（道垣内弘人編『新注釈民法(6)』（有斐閣・平成31年）671頁〔古積健三郎〕）。

- 4) 坂井豊監、渥美坂井法律事務所・外国法共同事業編著『最新シンジケート・ローン契約書作成マニュアル 第4版』（中央経済社・令和3年）44頁〔青木智也〕。
- 5) 酒井・前掲43頁〔青木〕。

されていない場合には、担保権の実行時期や方法はどのように決せられることとなるのだろうか。この点を明らかにすることが本稿の課題である。

以下第1章では、準共有についての明文規定を置く根抵当権について、準共有者のうちの1人による競売申立の可否に関する判例・裁判例を検討する。もっとも、この問題を直接に検討する裁判例は1件のみであり判例は存しないことから、ここでは根抵当権の準共有に対する共有法理の適用に関する判例・裁判例も取り上げることで、共有者の1人による競売申立の可否について共有法理との関係での位置づけをも行うこととする。次いで第2章では、この問題についての学説を分析する。その際にも結論の差異のみならず、共有法理の適用の有無にも着目する。第3章では、前章までで得られた知見に基づき、根抵当権以外の担保権も含めた担保の実行を準共有者のうちの1人のみで行うことができるか、競売以外の実行方法も視野に入れて検討を加えることとする。

第1章 根抵当権の共有に関する判例・裁判例

(1) 398条の14は根抵当権の共有についての規定であるが、規定するのは配当と譲渡についてのみであり、共有者のうちの1人のみで根抵当権を実行できるか⁶⁾については規定を欠く。

傍論ではあるもののこの点について判示した下級審裁判例があることから、この決定の紹介から始めることとする。

【1】東京高決昭和54年5月1日に金法905号42頁

X銀行はYとの間で、Y所有の不動産（土地3筆、建物1棟）に極度額を2,000万円とする抵当権を設定して銀行取引契約を締結し、本契約に基づくYの債務をA信用保証協会が保証した。本根抵当権の元本は昭和51年8月24日に確定し、同年9月1日付で登記がなされた。その後A信用協会は、X銀行に対して本根抵当権によって担保される債務の一部である1970万円余りをYに代位

6) ほとんどの場合に競売によって実行されることとなることから競売申立（398条の20第1項1号）権者は誰かと言い換えてもよいだろう。ただし、根抵当権の実行方法として流抵当も否定されるものではない。

して弁済したので、本根抵当権はA信用保証協会に一部移転した。同年10月1日には、右代位弁済を原因として、A信用保証協会のための本根抵当権一部移転登記がなされた。その後、X銀行が本根抵当権の実行の申立をしたところ、執行裁判所は本件不動産の競売開始決定をした。これに対してYが異議申立を行い、異議申立却下決定がなされたことから、即時抗告の申立をしたものである。

裁判所は、本根抵当権の元本確定後において、X銀行はYに対して、本根抵当権による被担保債権として本件不動産競売開始決定の別紙債権目録に記載されている債権のほか、Yに対して2,000万円の貸付金債権があり、本根抵当権による被担保債権の額は本根抵当権の極度額を超えていたこと、A信用保証協会がYに代位して弁済したのはこの2,000万円の貸付金債権であることを理由に、Aが代位弁済したことによって本根抵当権による被担保債権が30万円弱となったものではない。よって、Xの有する本根抵当権による被担保債権の額は30万円弱であるとの抗告理由は失当である、と判示した。

その上で、傍論として次のように判示する。

「なお、本件根抵当権は、その元本が確定した後、A信用保証協会に一部移転されたことは前述のとおりであり、これによれば、爾後本件根抵当権は、債権者X銀行とA信用保証協会との準共有になったものと認められるのであるが、根抵当権の準共有者は、単独でも当該根抵当権の実行申立をすることができるものと解するのが相当であるから、債権者X銀行のなした本件根抵当権実行の申立は、右申立の当時X銀行が本件根抵当権の準共有者の一人にすぎなかったとしても、そのことのゆえに違法と目されるべきものではない。」

本決定は、元本の確定した根抵当権について、弁済による代位を原因として準共有が生じた場合、準共有者の1人である債権者による実行の申立てを認めたものである。傍論においては、根抵当権の準共有者は単独でも当該根抵当権の実行申立をすることができるという、根抵当権一般に通用する判示をするが、本決定の事案との関係では慎重な検討を要する。すなわち、根抵当権の元本確定後の実行申立であることと、代位弁済を原因とする準共有であることの2点

との関係で検討を要するのである。

前者については学説との関係で検討することとして、ここでは、準共有発生原因との関係について検討する。

すでに本決定の評釈で指摘されている⁷⁾ように、根抵当権の被担保債権の一部を代位弁済したことによって根抵当権の準共有が生じた場合、債権者が根抵当権の実行申立をすることができることについては争いがないのに対して、代位弁済者による実行申立の可否については争いがあった。この点につき、平成29年の民法改正によって502条1項が代位者は債権者の同意を得て権利を行使することができるものと規定した。また同条3項は、債権者が行使する権利は代位者のそれに優先すると定める。これにより、代位弁済を原因とする準共有においては、代位者のみでは担保権の実行申立ができない反面、債権者のみで担保権の実行申立ができることが明らかとなった。

【1】決定の事案は、まさに代位弁済を原因として生じた根抵当権の準共有であり、しかも債権者が根抵当権実行の申立をしたものであるから、少なくとも平成29年改正後においては、担保権の準共有者による実行申立の可否について検討することなく解決することのできる事案であると評価することができる。

(2) このことは、次に掲げる最高裁判決が、平成29年改正後の502条3項と同内容の解釈を示した⁸⁾最判昭和60年5月23日民集39巻4号940頁を引用し、共有法理によって説明する原判決を結論において正当とするに止まり共有法理に全く言及しないことから根拠づけられる。

【2】最判昭和62年4月23日金法1169号29頁

昭和51年11月1日、Yは、債務者である訴外Aの所有する土地に、極度額を3,000万円とする第1順位の根抵当権の設定を受け、同月18日に登記を経由した。Xは、昭和54年8月15日、本件土地に極度額を2,000万円とする第3順

7) 古板悦二郎「【1】判決判批」金法932号（昭和55年）39頁。

8) 中田裕康『債権総論 第4版』（岩波書店・令和2年）432頁、池田雅則「60年判決判批」潮見佳男＝道垣内弘人編『民法判例百選Ⅰ 第9版』（有斐閣・令和5年）185頁。

位の根抵当権の設定を受け、同日その旨の仮登記を経由した。昭和54年12月24日にYが本件土地の競売を申し立て、Yは2,800万円余の債権（以下、「 α 債権」という）と1,700万円余の債権（以下、「 β 債権」という）を、Xは2,000万円余の債権を届け出た。訴外B信用保証協会は、昭和55年2月7日、Yに対し β 債権の全額1700万円余を代位弁済し、その結果 β 債権は消滅し、Yの有する根抵当権は右金額の限度でB信用保証協会に一部移転した。B信用保証協会は、同月8日に根抵当権一部移転登記を経由した。B信用保証協会が取得したAに対する求償債権は、昭和56年9月28日の競売代金交付期日までの間に消滅している。また、 α 債権については遅延損害金が増加し、競売代金交付期日には元利金合計で3,800万円余となっている。

執行裁判所は、本件土地の売却代金3,000万円につき、手続費用を除いた全額をYに交付し、Xへの交付額を0とする売却代金交付計算書を作成した。これに対してXが、Yは第1順位根抵当権の極度額から代位弁済額を控除した限度でのみ優先弁済権を有するにすぎず、B信用保証協会の求償債権が消滅した以上B信用保証協会に一部移転した根抵当権も付従性の原則により消滅したから、1,700万円余は後順位根抵当権者であるXに交付されるべきであるとして提訴した。

1審判決である東京地判昭和59年3月23日判時1136号84頁は次のように判示してXの請求を棄却した。

「B信用保証協会が本件貸金(二)の右元利金全額をYに代位弁済した結果、本件根抵当権(二)の一部が右金額の限度でB信用保証協会に移転したものであるところ、この場合のYとB信用保証協会との法律関係は、民法502条の規定により、右根抵当権をその有する債権額に応じて準共有するに至ったものと解するのが相当である。しかして、B信用保証協会の右債権はその後本件売却代金交付期日までに消滅したというのであるから、その時点でB信用保証協会の本件根抵当権(二)に対する準共有権も被担保債権の消滅によって消滅し、その結果、Yのみが右根抵当権の極度額3,000万円の範囲内で他の債権者に優先して売却代金の交付を受け得るに至ったものと解するべきである。」

本判決は、代位弁済によって根抵当権の準共有が成立したが、B 信用保証協会の有していた求償債権が消滅した結果、準共有権も消滅し、Y のみが他の債権者に優先して売却代金の交付を受けるとする。準共有権が消滅した結果についての考え方は明確ではないが、持分権の弾力性によるものと理解されている⁹⁾。なお、本件根抵当権の一部移転に際し、右根抵当権の実行による代金交付がある場合には、Y の債権が B 信用保証協会の債権に優先する旨の特約が結ばれており、最判昭和 59 年 5 月 29 日民集 38 卷 7 号 885 頁が、保証人と物上保証人との間に民法 501 条 5 号但書（現同条 3 項 4 号ただし書き）所定の代位の割合と異なる特約がある場合には、代位弁済をした右保証人は、物上保証人の後順位担保権者等の利害関係人に対する関係において、右特約の割合に応じて債権者が物上保証人に対して有していた抵当権等の担保権を代位行使することができるものと判示していることに照らしても、本判決の判示は妥当とされている¹⁰⁾。

X が控訴したが、第 2 審の東京高判昭和 60 年 3 月 28 日判時 1153 号 173 頁は以下のように判示して控訴を棄却した。

「これに反し、一部代位弁済による根抵当権の一部移転は、根抵当権の共有状態を作出し、原根抵当権者と一部代位弁済者の両者が根抵当権全部を共有するに至るのであるから（民法 502 条 1 項）、一部代位弁済者の債権が消滅した場合（右消滅が弁済によるものであるときは、弁済者がさらに民法 499 条又は 500 条による権利を取得するが、本件においては、《証拠略》によれば、保証協会に対する弁済者は本件配当期日までに根抵当権一部移転の登記を経由しておらず、X はその対抗要件の欠缺を暗黙のうちに主張しているものと認められるから、右の点については触れない。）においては、民法 264 条、255 条の類推適用により、一部代位弁済者の有した根抵当権の共有権は原根抵当権者に帰属し、原根抵当権者は、根抵当権の極度額の範囲内で被担保債権につき優先して

9) 「第 1 審判決コメント」判時 1135 号 84 頁、堀内仁「第 1 審判決判批」手形研究 369 号（昭和 60 年）54 頁（以下、「堀内・前掲②」という）。

10) 堀内・前掲② 54-55 頁。

売却代金の交付を受けることができるものと解すべきである。」

本判決も第1審判決と同様に代位弁済による準共有の成立を認めるものであるが、264条・255条を類推適用することを明記し、第1審判決以上に、共有法理による処理を明確にした点に特徴がある。この点を正当とするものもある¹¹⁾。これに対して、抵当権の準共有の性質は、被担保債権額が抵当権設定時から実行時まで増減が本来的に予定されている点で、所有権およびその他の利用権の共有のように固定的な持分を想定しうる場合とは根本的に異なっており、また、債権者が代位者に優先する場合においては債権者の被担保債権額が利息その他の遅延損害金により増加することが考えられる。そして配当額が債権者と代位者に平等に帰属する場合においては債権者の債権と代位者の求償債権の利率が異なることによって持分に変動を来すことがありえ、こうした場合にも255条の類推適用によって説明できるのかを疑問視し、共有の性質論としてではなく〔旧〕502条1項の解釈問題として捉えるべきであるとの見解も見られた¹²⁾。

Xが上告したが、最高裁は以下のように判示して上告を棄却した。

「債権の一部について代位弁済がされた場合、右債権を被担保債権とする抵当権の実行による売却代金の配当については、債権者は代位弁済者に優先するものと解すべきである（最高裁昭和56年(オ)第1175号同60年5月23日第一小法廷判決・民集39巻4号940頁）から、債権者は、代位弁済者の求償権が消滅したと否にかかわらず、自己の有する残債権額及び被担保債権額の限度において後順位抵当権者に優先して売却代金の交付を受けることができるものというべきである。そうすると、原審の適法に確定した事実関係のもとにおいて、本件不動産の売却代金につき、被上告人に対し、その残債権額及び根抵当権の極度額の限度内において、後順位抵当権者に優先して交付すべきものとした本件売却代金交付計算書は相当であり、上告人の請求は理由がないとした原審の

11) 「第2審判決コメント」判時1153号174頁。

12) 織田博子「第2審判決判批」法律時報58巻5号（昭和61年）140-141頁。

判断は、結論において正当である。」

原判決を結論において正当とするものであり、共有法理には全く言及していない。もっとも、昭和60年判決を引用していることから、B信用保証協会が求償権と共に根抵当権をも取得し、準共有が成立すること自体は否定していないものと解されている¹³⁾。

そして、債権者が代位弁済者に優先するとした点につき、理由付けが不十分であるとの批判がある。共有関係にある者の一方にのみなぜ優先関係が生ずるのかについて、本判決は弁済による代位によって債権者が不利益を被ることを予定するものではないと判示するのみであるが、これは代位権は債権者の債権に優先したり、同列となったりすることはないということであり、準共有となった担保権につき債権者が優先する根拠を直接説明していないというのである¹⁴⁾。しかし、本判決の挙げた理由付けは昭和60年判決のそれであり¹⁵⁾、その理由付けを以て説明は足りていると理解したのである。確かに、なぜ債権者が優先するのかを積極的に根拠づけてはいないが、代位者が優先するのでもなく同列となるのでもなければ債権者が優先することとなるのであるから、理由付けとしては十分であろう。

13) 鈴木正和「【2】判決判批」金法1172号（昭和62年）4-5頁。山田誠一「複数債権者・複数担保権者に係る問題」金融法務研究会『動産・債権譲渡担保融資に関する諸課題の検討』（平成22年）40頁註16も、「一部弁済による代位が生じた後、債権者は一部代位者の意思にかかわらず単独で抵当権を行使することができるという考え方に立つ場合は、準共有ではあるが、求償権を確保するための代位が生ずるという制度趣旨から、一部弁済による代位については、特別の規律が妥当すると考えるべきである。」とする。

14) 鈴木（正）・前掲5頁。

15) 昭和60年判決は、「債権者が物上保証人の設定にかかる抵当権の実行によって債権の一部の満足を得た場合、物上保証人は、民法502条1項の規定により、債権者と共に債権者の有する抵当権を行使することができるが、この抵当権が実行されたときには、その代金の配当については債権者に優先されると解するのが相当である。けだし、弁済による代位は代位弁済者が債務者に対して取得する求償権を確保するための制度であり、そのために債権者が不利益を被ることを予定するものではなく、この担保権が実行された場合における競落代金の配当について債権者の利益を害するわけではないからである。」と判示する。

また、同じ論者は、抵当権の共有関係を観念する必要性についても疑問を呈する。すなわち、普通抵当権や確定後の根抵当権については、付従性の原則から、抵当権の設定時に特定された被担保債権は、当事者の合意によっても変更できない。そこで、抵当権の被担保債権は、代位弁済がなされても消滅せず、抵当権もそのまま債権を担保し続ける。ただ、その債権は代位弁済者の求償権を担保するために代位弁済者に移転するため、抵当権も被担保債権を担保したまま代位弁済者に移転するにすぎない。したがって、被担保債権の代位弁済者への移転は501条による代位であるが、抵当権の移転は、付従性の原則から被担保債権の移転によって生ずる法律的に当然の効果にすぎない。被担保債権の一部について代位弁済があった場合も同様であり、1個の債権が代位弁済分だけ分割されて弁済者に移転するが、弁済された双方の債権はそのまま抵当権によって担保されている。1個の債権を担保していた抵当権が、債権に変更なく2個に分割されただけである。この関係について、担保権の共有と観念する必要はない。昭和60年判決のように、本来的に原債権者の債権に優先権を認めるべきものである、というのである¹⁶⁾。

これは、代位弁済においてはそもそも根抵当権の共有関係は生じないとするものである。しかし、根抵当権が分割されたとすると、この分割された根抵当権相互の関係を検討しなければならなくなる。これは501条で規律されるということなのかもしれないが、根抵当権の分割という複雑な理論を観念する必要があるとまでは考えられない。

債権者を代位者に優先させる理由も判例は十分に示していることから、この場面における根抵当権の準共有の成立自体を否定する必要まではないのではない。

【2】判決をめぐる議論を通じて明らかなのは、代位弁済において根抵当権の準共有を観念するにせよしないにせよ、債権者を代位者に優先させるという結論には異論がないということである。そして、その結論の正当化を、共有法理

16) 鈴木（正）・前掲5頁。

をもって図るか、準共有の成立は認めつつも共有法理ではなく60年判決の示した代位弁済の法理をもって図るか、共有自体を否定した上で代位弁済の法理をもって図るかという点に、議論の分かれ目があり、【2】判決は第2の考えに依拠しているわけである。

(3) なお、大審院のものではあるが、代位弁済以外の場面かつ普通抵当権については、抵当権の準共有に共有法理を適用する判例がある。

【3】大判昭和15年5月14日民集19巻840頁

訴外A・Bは、大正11年5月15日にYから金員を借り受け、その担保としてX₁所有の本件土地についてX₁の承諾を受けて抵当権を設定した。またX₁は、訴外C発起の頼母子講から金員を借り受け、CとX₂が保証人となった。そこでX₁はその見返りに将来の求償債権の担保としてCとX₂を債権者として本件土地に第2順位で共有抵当権を設定した。A・Bの債務は昭和4年3月15日までの間に弁済によって消滅し、その結果、第1順位の抵当権は消滅した。そこでX₂は、X₁に対する将来の求償債権及び第2順位抵当権の共有者の1人として、X₁は本件土地の所有者として、第1順位抵当権の被担保債権の消滅確認ならびに第1順位抵当権の登記抹消を求めて提訴した。

大審院は以下のように判示して、請求を認容した原判決を支持し、上告を棄却した。

「第一抵当権ニヨリテ担保セラレタル債権カ既ニ全部弁済セラレ従テ第一抵当権消滅シタルニ拘ラス其ノ債権者カ債権ノ消滅ヲ認メス第一抵当権ノ存在ヲ主張シ且其ノ登記ノ存スルカ如キハ第二抵当権者カ其ノ債権ヲ他ニ譲渡シ若ハ其ノ抵当権ヲ実行セントスルニ際リ相当障害トナリ得ヘキコト言フ俟タスサレハ其レ自体第二抵当権者ノ為不利益ナル状態タルハ勿論之ヲ其ノ儘放置スルニ於テハ時ノ経過ニ従ヒ証拠ノ堙滅ニヨリ第一抵当権ノ債権完済ノ事実ヲ立証スルコト能ハサルニ至ル虞無シトセスサレハカカル第二抵当権者カ証拠ノ存スル間ニ於テ第一抵当権者ニ対シ債権消滅ノ確認並抵当権登記ノ抹消ヲ求ムル訴ヲ提起スルハ自己ノ権利ニ付不当ニ不利益ナル状態ヲ除去シ其ノ正当ナル価値並順位ヲ確保セントスルニ外ナラスシカモ自己ノ債権並ニ抵当権其ノモノヲ訴訟

物トスルモノニ非サルカ故ニ此レ等權利カ数人ノ共有ニ属スル場合ニ於テモカ
カル行為ハ民法第252条但書〔現252条5項〕ニ所謂保存行為ニ属スルモノト
シテ亦所謂必要的共同訴訟ノ問題ヲモ生スルコトナク共有者各自ニ之ヲ為シ得
ルモノト解セサルヘカラス」

本判決は抵当権の準共有につき旧252条但書の適用があることを明言してい
るのであり、抵当権の準共有への共有法理の適用を排除していない。

(4) 以上の判例の分析をまとめると、代位弁済に関し¹⁷⁾、判例は担保権の準
共有が成立することを前提としつつも、共有の法理ではなく代位弁済に独自の
法理によって問題の解決を図っているものと言える。また、代位弁済事例以外
の事例では252条5項を適用したものは見られるが、他の共有規定の適用の可
否については判断が下されていない。ここからは、以下の2つの知見が得られ
る。第1は、担保権の準共有に関して考察を加えるに際しては、代位弁済の事
例を除外するのが適切であると考えられることである。第2は、代位弁済事例
以外の担保権の準共有についても、準共有の法理をそのまま適用することによ
って解決するのが適切であるのかを検討しなければならないということである。

そこで次章では、代位弁済事例以外において、学説が担保権の準共有の場合
において実行申立権者をどのように解しているのかを分析する。

第2章 根抵当権の準共有に関する学説

この問題を明示的に扱う学説は多くはないが、準共有者のうちの1人だけで
根抵当権の実行申立ができるとする見解と、準共有者全員でなければならない

17) 元本確定前に代位弁済をしても、代位弁済者は法定代位によって根抵当権を取得する
ことはできず（398条の7第1項後段）、【1】決定も元本確定後に代位弁済がなされた事例
に対する判断である。しかし、山田晟「根抵当権の譲渡および一部譲渡の基本的性格」金
法636号（昭和47年）40頁の言うように、根抵当権者は保証人の要求により保証人を根抵
当権の共有者とし代位弁済によって保証人に移転した債権を保証人と設定者とが被担保債
権の範囲に加えることを合意してこれを登記することも考えられることから、元本確定前
についても元本確定後と同様の説明が妥当するものとして扱うことも許されるだろう。

とする見解とに分かれる。

(1) まず、準共有者のうちの1人だけで実行申立ができるという見解を見ることとする。

根抵当立法直後の座談会においては、共有者が本来的な権利を実行したにすぎないこと、確定という付随的な効果は生じるものの共有者は最も基本的な権利を行使していることが理由とされていた¹⁸⁾。もっともこの発言の発言者自身が「ぼくはかなり疑問」、「共有者の一人が単独で実行の申立てをすることができると解釈したほうが、妥当みたいな気がする」〔傍点、直井〕としており¹⁹⁾、他の参加者も、特定債権者（普通抵当権者）が一人混じっている場合にもその者が実行することはできるのだから、「これはしょうがないということで一部譲渡という制度はでき上がっているのじゃないですか」〔傍点、直井〕としていた²⁰⁾。

このように当初の見解は、他の共有者の実行時期選択の自由を意識してか、共有者のうちの1人で競売申立ができると結論付けるのを躊躇したものの、持分権というものの性質上²¹⁾あるいは一部譲渡という制度設計上、こうした結論となるのはやむを得ないと考えていた。この段階では特段の積極的な理由は示されていないかった。

その後この結論を支持する論者は、共有根抵当権確定前の段階で、抵当権者のうちの1人に属する債権につき遅滞が生じても、他の共有者が欲しない限り、根抵当権が実行できないことになって不都合であるとの理由を示す²²⁾。さらに、大決昭和6年4月7日民集10巻535頁が一部弁済によって債権者に代位

18) 貞家克己＝清水誠＝清水湛＝岩城謙二『新根抵当法の解説』（昭和46年・商事法務研究会）213頁。

19) 貞家ほか・前掲213頁〔清水湛発言〕。

20) 貞家ほか・前掲213頁〔清水誠発言〕。

21) 横俣次『担保物権法』（有斐閣・昭和56年）270頁も「不動産競売の申立は各共有根抵当権者の基本的な権利」とする。

22) 堀内・前掲①44頁、鈴木禄弥『根抵当法概説 第3版』（新日本法規出版・平成10年）450頁（以下、「鈴木（禄）・前掲①」という）。

した保証人について、残存債務につき期限未到来その他の事由により債権者が抵当権を実行できない場合でも抵当権を実行できるとしていることをも根拠とするものも見られたところである²³⁾。

共有根抵当の性質については、本見解を支持する鈴木禄弥が以下のように論じる。「根抵当権自体が、担保物権でありながら被担保債権への付従性を欠くという独特の性質をもつうえに、その共有は、共有でありながら持分率という観念がない²⁴⁾という独特の性質を持つ」²⁵⁾。そして、共有者の意に反しては、分割請求をして共有関係を絶対的に解消することも、自己の持分権を第三者に譲渡してこの共有関係から脱退することもできないことを指摘し、少なくとも根抵当権が確定するまでは共有関係に止まることを余儀なくされるという拘束を受けるという²⁶⁾。これを正当化する理由として、根抵当権共有という特殊な関係に敢えて入った以上、ある程度の拘束を受けることは甘受すべきであり、共有者の1人に属する被担保債権が遅滞に陥ればその共有者は根抵当権を実行できるから、それまでは共有関係に止まらざるを得ないとしても、別段不当な拘束と言うほどのものではない。そして、これは「一種の合有である、との説明も可能」とする²⁷⁾。

(2) これに対して、準共有者全員でなければ根抵当権の実行申立はできないとするのが、我妻と石田である²⁸⁾。両者の見解は結論が一致するものの、仔細に検討すると根拠が大きく異なることから別個に検討することとする。

23) 堀内・前掲①43-44頁。ただし、平成29年改正によって本判決の先例としての意義は失われており（下村信江「本判決判批」中田裕康＝窪田充見編『民法判例百選Ⅱ 第7版』（有斐閣・平成27年）85頁）、現在ではこの点を根拠とすることはできない。

24) ここで鈴木禄弥は持分率という観念がないとして説明をするが、持分率が刻々と変化するという考え方も成立しうる（鈴木（禄）・前掲②146頁）。本稿の以下の論述では、後者の考え方に基づいて考察を進めている。

25) 鈴木（禄）・前掲①451頁。鈴木禄弥『根抵当法の問題点』（有斐閣・昭和48年）145頁（以下、「鈴木（禄）・前掲②」という）は、「根抵当権（準）共有に249条以下の規定が準用される余地は、ほとんどない。」とする。

26) 鈴木（禄）・前掲①451頁。

27) 鈴木（禄）・前掲①452頁。

(a) 我妻は、398条の14第2項を根抵当権の共有の特殊性を明らかにしたものとして²⁹⁾、ここに示される理論から多くの特殊性が導かれるとする。そして、その特殊性の1つとして持分処分の自由がないことを挙げ、そのコロラリーとして「競売申立も共有者全員が共同してなすべきである。」という³⁰⁾。また、共有根抵当権は取引の終了等の事情が全共有者に生じたときに確定する³¹⁾のであり、それまでは右の事情を生じた共有者の根抵当権のみが流動性を失って特定の債権として担保される、という³²⁾。この2点が相俟って、我妻説においては、他の共有者の元本確定事由の到来によって自己の根抵当権の元本が確定することはなく、根抵当権の準共有者の競売時期選択の自由が保証されることとなっていた³³⁾。

28) 鎌田薫＝松岡久和＝松尾弘『新基本法コンメンタール 物権』(日本評論社・令和2年) 330頁〔荒木新五〕もこの見解をとる。

29) 我妻栄『新訂担保物権法』(岩波書店・初刷昭和43年) 525頁は、同項を「根抵当権の共有者の持分の自由処分を禁ずる意味をもつ。」としている。同524頁は、自由処分を認めると、共有者の1人から持分の一部を譲り受けた者と他の共有者との間の弁済の割合・優劣などの関係が不明瞭かつこぶる複雑になりうる、と言う。なお、本書の根抵当の部分第3刷で書き改められている(序6頁)。本稿では平成7年の第24刷を使用しており、そちらの頁を示す。

30) 我妻・前掲526頁。

31) 我妻が前提としているのは平成15年に削除される前の398条の20第1項1号である。同号は「担保スヘキ債権ノ範囲ノ変更、取引ノ終了其他ノ事由ニ因リ担保スヘキ元本ノ生セサルコトヲ為リタルトキ」と規定していたが、「取引の終了」に該当するのはどのような取引状況であるのかが明確でなかったことから、平成15年改正の際に削除された(道垣内弘人＝山本和彦＝古賀政治＝小林明彦『新しい担保・執行制度 補訂版』(有斐閣・平成16年) 91頁)。

32) 我妻・前掲526-527頁。

33) ただし、398条の20第1項1号が削除された結果、競売申立は準共有者全員でしなければならないとするのみで、元本確定の効果発生を回避することが可能となっている。

なお、元本の確定期日については、共有者ごとに定めることはできないとする見解(柚木馨＝高本多喜男『担保物権法 第3版』(有斐閣・昭和57年) 466頁、高本多喜男『担保物権法 第4版』(有斐閣・平成17年) 282頁)と、共有者ごとに異なってもよいが、確定の効果は全共有者の根抵当権の元本が確定した時に生ずるとする見解(道垣内弘人『担保物権法 第4版』(有斐閣・平成29年) 260頁)に分かれている。

以上のように我妻は、根抵当権の準共有が「特殊の理論に従う結果、民法の共有の規定の準用されるものはほとんどない。」とし³⁴⁾、共有法理から独立に考察を加えた結果、競売申立は根抵当権の準共有者全員でしなければならないとの結論を導くのである。

(b) 石田は、準共有者が他の準共有者の同意なしに競売を申し立てることができない理由を、準共有者の1人の申立による競売によって他の準共有者の持分も消滅すると解すべきであるから、結局、各準共有者の持分が処分されることになることに求める³⁵⁾。これだけでは共有法理との関係は明らかとならないが、石田は普通抵当権の共有³⁶⁾についての説明を参照させており、そこでは251条を根拠として同様の説明をする³⁷⁾。すなわち、抵当権の実行は共有物の変更にあたることから、共有者全員の同意がなければならないと解しているのである。また石田は、準共有者が根抵当権に基づいて競売の申立てをしたい場合、共有根抵当権の分割を請求し（264条・256条1項）、分割して自己に帰属した根抵当権に基づき競売を申し立てることになるであろう、と説明する³⁸⁾。

34) 我妻・前掲527頁。

35) 石田・前掲568頁。その際、消除主義との関係にも言及している。

36) 具体的には、「数人が同一の債務者に対してそれぞれ債権を有する場合」としている。そして前掲の昭和35年12月27日民事甲第3280号民事局長通達を妥当でないと明言している（石田・前掲292頁）ことから、ここでは各共有者が当初から別個の被担保債権を有する場合を想定していることがわかる。

37) 山田（誠）・前掲40頁も同様。

38) 石田・前掲568頁。

普通抵当権については、「各債権者は一個の抵当権の設定という点で合意しており、このように解しても不当に害されない」との説明をしており（石田・前掲292頁）共有者全員による競売申立を要求しても不当ではない理由付けに差異があるのだが、これらの理由付けは相互に排斥的なものというわけではない。また、普通抵当権については同一債務者に対して別個の被担保債権を有する債権者が1つの抵当権の設定を受けるケースを想定していのに対し、根抵当権の場合にはこうしたケースばかりでなく設定後に準共有が成立したケースも想定されていることを反映したものであるとも考えられる。設定後に普通抵当権について準共有が成立した場合には、本文の理由づけが妥当することとなるのではなかろうか。

したがって石田は、根抵当権の準共有についても共有法理を適用しているのである。

このように、石田は我妻と異なり、共有法理を適用する結果として、根抵当権の準共有者全員による競売申立を要求するのである。

このうち、256条1項を適用する点については、398条の14第2項との関係で問題があるように思われる。同項は持分を譲渡するには他の共有者の同意のほか398条の12第1項により根抵当権設定者の同意を要するとしたものであるから、持分処分自由は認められていない。その関係で分割請求権も認められないものと解する見解が有力である³⁹⁾。また、分割して自己に帰属した根抵当権に基づいて競売を申し立てることができるのであれば、競売申立時点で存在する抵当権はすべて消滅することになるのだから、結局は準共有者の1人による競売申立を認めたのと変わらないのではないか⁴⁰⁾。

(3) 元本確定後において、共有者は単独で競売申立をすることができるか。これを肯定する見解もある⁴¹⁾。元本確定後には持分率を観念することができることから根抵当権の分割請求ができる⁴²⁾こと、抵当権が複数存する場合には他

39) 我妻・前掲526頁は「分割請求権もないと解すべきは当然であろう。」とするのみであるが、鈴木（緑）・前掲②145頁以下は、共有者間に398条の14第1項ただし書きの特別な定めがある場合とない場合とを分けて事例を挙げながら、各準共有者についての確定的持分率が存在しないことを理由に、分割請求権は、この特別な定めの有無にかかわらず、認められないとの結論を導く。

これに対して山田（晟）・前掲39頁は、元本確定の前後を問わず、256条1項が準用され、分割請求が認められるとする。そして当事者の協議が整わず裁判所に分割が請求された場合に、裁判所が分割を命じるための基準としては、「甲・乙の共有根抵当権の枠に対する持分がはっきりと甲3分の2、乙3分の1と定められ、甲・乙ともにその枠内でのみ債権の弁済を受けうる旨が定められている場合は問題ない」（この場合であっても、甲・乙いずれか一方の有する元本のみがこの枠を超えているのであれば問題が生じることについては、鈴木（緑）・前掲②146-147頁）が、そうでない場合には「共有の成立した原因関係や甲・乙のそれぞれの債務者に対する取引の実情などを考慮して分割の割合を定めるほかはないであろう。」とするが、分割の時点では定まっていない持分率に基づいて分割をせよと言うのでは裁判所に不可能を強いることになるのは、鈴木（緑）・前掲②148頁の指摘する通りである。

の抵当権が実行されることによって抵当権が消滅することを甘受しなければならないことが理由となろうか。

これに対して、普通抵当権の場合と同様であり、抵当権の変更に当たることを理由に、準共有者全員が共同で行う必要があるとする見解もある⁴³⁾。

(4) 以上の学説の分析をまとめると以下のようになる。

元本確定前に共有者の1人が競売を申し立てることはできるか。肯定説は、持分権というものの基本的な性質からする当初の理由づけのほか、持分権者にとっての不都合という実質的な理由づけに依拠していた。これに対して否定説の論者は、共有の性質から考察を加える点で共通しているものの、我妻が根抵当権の共有の特殊性のコロラリーとして結論を導くのに対し、石田は根抵当権の準共有に共有法理を適用して結論を導く点で大きく異なる。

40) 共有者の1人に属する被担保債権が遅滞に陥ればその共有者は根抵当権を実行できるから、それまでは共有関係に止まらざるを得ないとしても不当な拘束ではないとする鈴木禄弥説（鈴木（禄）・前掲①452頁）と、普通抵当権についてはあるが「各債権者は一個の抵当権の設定という点で合意しており、このように解しても不当に害されない」とする石田説（石田・前掲292頁）とは、共有関係解消のきっかけを共有者の1人に属する被担保債権の遅滞に求めるか共有抵当権の分割請求に求めるかに違いがあるものの、類似している。

41) 堀内・前掲①43頁。鈴木禄弥が根抵当の元本確定前の段階に議論を限定していたのも、元本確定後は当然に可能であると解していたことによるものと考えられる。

もっとも堀内は、502条を根拠に代位弁済者は債権者と共にする場合に限って競売申立ができると解する有力説に反対して、債権の代位弁済により抵当権の準共有が生じたケースに関する大決昭和6年4月7日民集10巻535頁が「其ノ權利ニシテ分割行使ヲ為シ得ル場合ニ於テハ債権者ト共同スルコトナク各自其ノ割合ニ応シテ各別ニ之カ行使ヲ為シ得ル趣旨ナルコト同条〔旧502条〕第2項〔現502条4項〕ト対照上毫モ疑ヲ容ルル余地ナケレハナリ」として代位弁済者が単独で競売申立をすることを認めたのを根拠として、一般的に共有者が単独で競売申立をすることができるとするものであるが、平成29年改正法の下で代位弁済の局面ではこの判決の先例としての意義が失われたことは前述したとおりである。もっとも、分割行使の認容可能性が一般的に否定されたものとまでは言えないだろう。

42) 鈴木（禄）・前掲②149頁は、元本確定後の分割請求を認める。

43) 山田（誠）・前掲46頁。もっとも、後述するように山田誠一はこの局面では抵当権の分割請求を認める。

また、肯定説の論者と否定説の論者との間にも共通性が見られる点がある。肯定説の鈴木禄弥と否定説の我妻はいずれも根抵当権の特殊性を強調し、確定までは共有関係から離脱することはできないとして分割請求を否定する点では共通しているが、前者が共有者自身の被担保債権の履行遅滞によって共有関係からの離脱を可能とするのに対し、後者が全共有者について元本が確定してはじめて根抵当権が確定するものと解する点が結論の相違を導く。鈴木禄弥は共有者の1人に属する債権について遅滞が生じても単独では根抵当権が実行できないのでは不都合であるという実質的な根拠によって結論を導くが、同様の問題意識は否定説を主張する石田にも見られ、石田は共有根抵当権の分割請求権を認めることで不都合を回避できるとするのである。ただ、分割請求については、持分率を観念できないことを理由に否定する見解が有力であった。

元本確定後については結論が分かれており、この場面では分割請求が認められることを理由に肯定する見解と、普通抵当権との共通性から共有法理を根拠に否定する見解とがある。

第3章 根抵当権以外の担保権の場合も含めた検討

前章まででは、根抵当権の準共有者のうちの1人による競売申立の可否をめぐる議論を分析した。本章では、根抵当権以外の担保権の場合も含め、共有者の1人による担保権実行の可否について検討を加える。

(1) 元本確定前の根抵当権については、共有者全員一致でなければ実行申立ができないものと解する。

我妻の指摘するように、根抵当権に関しては398条の14第2項が共有の特殊性を定めたものと言うべきであり、また、根抵当権の場合はとりわけ持分率の変動が大きく、共有者のうちの1人のみで実行申立ができるとすると他の共有者の利益を害することとなるからである。

確かに鈴木禄弥の指摘するような問題はあり得る。しかし、債務者が、共有者のうちの特定の1人の有する債権についてのみ履行を続けることによって他の共有者が抵当権を実行できない状態となっている場合には、詐害行為取消権

を行使すれば足りるものと解する。

(2) 根抵当権以外の担保についてこの問題を検討するものとしては、石田と山田誠一が普通抵当権について論じているのが目につく。前述の通り、石田は根抵当権の場合と普通抵当権の場合とを同じように考えており、普通抵当権については251条を根拠に共有者のうちの1人による競売申立を否定する。競売申立によって他の共有者の持分も消除されることから、共有物の変更行為に当たると解するわけである。普通抵当権の準共有の場合に分割によって準共有を終了させることの可否につき石田は明らかにしていないが、根抵当権の場合につき根抵当権の特性に触れることなくこれを肯定していることから、この場合であっても分割請求を認めるものと思われる。山田誠一はこの点を明らかにしており、分割によって抵当不動産の所有者や後順位抵当権者に不利益が生じないかが重要な考慮要素になるとしつつ、被担保債権の履行期が到来しているならば、抵当権が実行されないことによってこれらの者に生じている事実上の利益が保護されなければならないかは疑わしいこと、抵当権の不可分性も準共有である抵当権が分割されない理由とはならないことを理由として、少なくとも準共有者全員の合意によって分割できるものとする⁴⁴⁾。

しかし、共有者に不利益が生じないこともまた、この場合に要求されるところである。そのため、実行申立後に持分率の変化する可能性がないかが問われなければならない。利息その他の定期金は最後の2年分のみが被担保債権の範囲に含まれる（375条）ことから、普通抵当権の場合であってもごくわずかではあるが準共有者間の持分率は変化しうる⁴⁵⁾。

そこで持分率の変化の有無の点では、同一の債権を担保するための抵当権なのか、それとも抵当権の共有者によって異なる債権を担保するための抵当権な

44) 山田（誠）・前掲41頁。その上で、「抵当権は価値把握権であるので、抵当権の準共有者の1人が民法256条の分割請求権^{ママ}の行使することにより、特に協議や裁判を経ずに分割することができると考えられる。」（山田（誠）・前掲41頁註19）とする。

45) これに対し鈴木（緑）・前掲②148-149頁は、確定後の共有根抵当権については持分率の変化があるとするものの、普通抵当権については持分率は定まっていると言う。

のかという相違が重要であると考えられる。

前者の場合においては被担保債権の利率や遅延損害金の率が同一であるから一定の持分率を観念することができ、抵当権の実行時期の選択はもっぱら担保目的物の価額に関わる。現時点で担保割れが生じており、かつ、将来の担保目的物の価額変動予測に対立がある場合には、抵当権の実行時期をめぐって共有者間の利害対立が生じることとなるが、こうした事情がない限り、共有者間の対立は先鋭化しない。したがって、この場合には共有者の1人による競売申立は認めても良いように思われる。

これに対して後者の場合には、普通抵当権の場合であろうとも、持分率は実行時まで刻々と変化するものであることから、抵当権の実行時期の選択は担保目的物の価額のみならず、他の共有者との関係でいかなる割合で1つの抵当権から債権の回収を図れるかにも関わることとなる。そのため、実行時期によって抵当権の実行による債権回収率に影響が生じることから、抵当権実行時期選択の自由はより尊重されるべきである。したがって、この場合には共有者全員でなければ競売申立は認めるべきではないものと解する。これに対しては、第1順位抵当権が共有の場合に第2順位の抵当権者が競売申立をすることはできるのだから⁴⁶⁾、抵当権実行時期選択の自由は認められないのではないかとの疑問が生じるだろう。しかし、抵当権の共有持分権と1個の抵当権の効力とを同じに解さなければならない理由はない。

こうした被担保債権の同一性のほかに、抵当権の共有が生じた原因にも着目すべきである⁴⁷⁾。根抵当権共有という特殊な関係に敢えて入った以上、ある程度の拘束を受けることは甘受すべきというのは鈴木禄弥の主張するところであるが、これが妥当するのは、自らの意思で共有関係に入った場合に限られるからである。前述のように、鈴木禄弥は、共有者の1人に属する被担保債権が遅

46) 剰余主義の問題は生じないことを前提とする。

47) 山田（誠）・前掲37頁以下も、1個の抵当権が当初1人の債権者に帰属していたが後発的に複数の債権者に帰属する場合と、1個の抵当権が当初から複数の債権者に帰属する場合とを分ける。

滞に陥れば共有者は根抵当権を実現できるのだから、それまでは共有関係に止まらざるを得ないとしても不当な拘束ではない、という。私見によれば、自ら共有関係に入ったのであれば、共有者全員が共同ですのでなければ抵当権を実行できないものとしても、そのことを当初から予見できる以上は、他の共有者の抵当権実行時期選択の自由を害しさらに共有法理を無視してまで、共有者の1人による競売申立を認める必要はないものと考ええる。

これに対して、自らの選択によらずに抵当権の共有関係に入った場合には、共有者の保護が図られてもよさそうである。しかし、合意によらずに抵当権の共有が生じるのは、被担保債権の代位弁済の場合と抵当権者につき共同相続が発生した場合である。このうち、代位弁済の場合については、既述の通り、弁済による代位の法理が優先適用されることとなるから、ここでの問題から除外すべきである。共同相続の場合については、相続による利得は相続人にとっては僥倖に過ぎないものと言うべきであるから、共有に伴う拘束が強いものであっても、やむを得ないだろう⁴⁸⁾。よって、この場合においても共有者の1人による競売申立を認める必要はない。

このように抵当権の共有が発生した原因にも着目すると、被担保債権の同一性の有無、すなわち持分率を観念することの可否に関わりなく、共有者全員でなければ普通抵当権に基づく競売申立はできないものと解すべきである。その根拠は、一定の持分率を観念できる場合には264条・251条となるが、これが変動する場合は共有規定が準用される余地はなく、持分処分自由がないという我妻が根抵当権について示した理由によることとなる。

(3) ここまでは抵当権の競売のケースを検討してきたが、抵当権以外の担保に基づく競売や競売以外の実行方法の場合はどうなるのだろうか。

48) 最判平成28年12月19日民集70巻8号2121頁が共同相続された普通預金債権、通常貯金債権及び定期貯金債権は、いずれも、相続開始と同時に当然に相続分に応じて分割されることはなく、遺産分割の対象となると判示したのを受けて、仮にこれを金銭債権全般に拡大するのであれば、遺産分割手続を通じて抵当権の共有が発生するのを一定程度は回避することもできる。もっとも、こうした拡大解釈が一般に支持されているわけではない。

(a) 抵当権以外で競売が問題となるのは動産質と不動産質である。

動産質においては、動産を占有しているのは設定者ではない。そのため、競売を開始するには動産を債権者または提出を拒まない第三者が占有している必要がある（民執法124条）。このことは、占有者が第三者である場合に、その第三者が提出を拒むと競売を開始できないことを意味する。動産質の共有においては、第三者に質権の目的動産を占有させ、なおかつ、第三者による提出が認められる要件を合意しておけば、共有者の1人のみで競売を開始することはできないこととなる。多くの場合に質権設定時にこうした合意がなされるであろうから、抵当権の場合に比べて、事実上問題は少ないこととなろう。こうした合意がない場合には、共有者全員でなければ競売申立ができないのが問題となるが、普通抵当権の場合と別異に解する理由はないだろう。

不動産質においても、設定者が占有をしていない点は動産質と同様である。しかし、実行の手続は抵当権の場合と共通である。そのため、抵当権と同様に解すれば足りる。

(b) 次に競売以外の実行方法について検討する。

動産質においては、正当な理由があれば、鑑定人の評価に従った流質を裁判所に請求することも可能である（354条）。流質の請求は競売と同様に裁判所に請求することとされているから、競売の場合と同様に解すればよいだろう。

債権質の場合は、質権の目的債権を質権者が直接に取り立てることができる（366条1項）。そのため、質権の実行手続が極めて簡便である。特に、債権者が金融機関であり、債務者が当該金融機関に対して有している預金債権を質権の目的とした場合には、金融機関の相殺の意思表示のみで質権の実行は完了することとなる。この場合に預金の受入れ金融機関が質権共有者の1人であるとする、質権の実行が簡便に行えることは、他の共有者が質権の実行を阻止するのが極めて困難であることを意味する。確かに、366条2項により、質権の目的が金銭債権である場合、質権者は自己の債権額に対応する部分に限って取り立てることができるから、共有者のうちの1人のみが質権を実行しても特に問題がないようにも見える。しかし、被担保債権額が質権の目的債権の額を上

回る場合に、共有者が自己の債権額に対応する部分を正確に算定するために、他の共有者の有する債権額も把握しなければならず、結局は抵当権を実行しようとする共有者が配当手続をとることを強いられるのと変わらないこととなる。また、被担保債権たる金銭債権は分割債権であるとしても1個の抵当権はそれに応じて分割されるわけではないから、366条2項によっても共有者のうちの1人に帰属する被担保債権の額を取り立てることができるのか疑問がある。したがって、債権質も共有者全員でなければ実行できないものと解すべきである。

譲渡担保においても、配当手続がないことが問題となる。判例は、後順位譲渡担保権者による譲渡担保権の実行につき「配当の手続が整備されている民事執行法上の執行手続が行われる場合と異なり、先行する譲渡担保権者には優先権を行使する機会が与えられず、その譲渡担保は有名無実のものとなりかねない」⁴⁹⁾と判示する。これと同様の理由は、順位を同じくする共有者間でも妥当することから、譲渡担保の場合であっても、共有者全員でなければ実行をすることができないと解すべきである。

結語

以上の考察により明らかとなったのは以下の点である。

第1に、代位弁済による担保権の準共有については弁済による代位の規定のみが適用される。

第2に、競売による場合については、被担保債権の同一性の有無に関わりなく、結論としては共有者の1人による担保権実行はできないものと解する。その根拠は、根抵当権については398条の14第2項があること、その他の担保権については共有法理の適用を排除する理由がないこと、自らの意思によって担保権の共有状態に入った場合には、担保権実行の要件を事前に想定することができる一方、自らの意思によらずに担保権を共有するのは代位弁済の場合と共

49) 最判平成18年7月20日民集60巻6号2499頁。

同相続の場合であって、後者の場合には相続人保護の程度は低くてもやむを得ないことによる。そして、持分率が観念できる場合には264条・251条により、それが観念できないときは持分処分自由が認められないことによって説明される。

第3に、競売以外の担保権実行方法による場合には、実行手続が簡便であるために他の共有者による担保権実行の阻止が極めて困難であり、かつ、配当手続が存しないことから、担保権者全員一致でなければ担保権を実行できない。

* 本稿は、令和5年度科学研究費補助金・基盤研究(c)による研究成果の一部である。

(なおい・よしのり 筑波大学ビジネスサイエンス系教授)