

【当事者の変動】(教科書196～203頁)

Q12 転抵当、抵当権の譲渡・放棄、抵当権の順位の譲渡・放棄・変更は、何のために行われ、相互にどこが違うか説明しなさい。

1 抵当権者の変動 - 抵当権の処分

- (1) **転抵当** (375条1項前段): 抵当権を担保に使用するもの。
- ・担保の対象: 原抵当権? 原抵当権の被担保債権 + 原抵当権?
  - ・**二重の対抗要件**: 付記登記 (375条2項) + 通知または承諾 (376条1項)
  - ・転抵当権実行可能時期: 原抵当権の被担保債権の弁済期以降
  - ・転抵当権の保障: 原抵当権の被担保債権は供託を要する
- (2) 抵当権の譲渡・放棄、順位の譲渡・放棄、順位の変更 (373条2項、375条、376条)
- 設例** S所有不動産(時価1億円)。一番抵当権者A(被担保債権額2000万円)、二番抵当権者B(同3000万円)、三番抵当権者C(同6000万円)、無担保債権者D(債権額2000万円)。

	当事者	効果	具体的結果	登記
譲渡	BとD	相対効	D 2000万円、B 1000万円、A Cに無影響。	対抗要件
放棄	BとD	相対効	B 1800万円、D 1200万円、A Cに無影響。	対抗要件
順位譲渡	BとC	相対効	C 6000万円、B 2000万円、A Dに無影響。	対抗要件
順位放棄	BとC	相対効	C 5333万円、B 2667万円、A Dに無影響。	対抗要件
順位変更	A B C	絶対効	B 3000万円、C 6000万円、A 1000万円。Dに無影響。	効力要件

当事者はA D、C D、A C、A Bなどの組み合わせもありうる。その場合については、各自が考えて欲しい。

- (3) **弁済者代位** とりわけ保証人による弁済者代位
- ・代位による**求償権の確保** (500条) - 原担保権の利用
  - ・一部弁済なら債権者と弁済者が準共有だが、債権者優先。代位制限特約を多用。
  - ・保証人・物上保証人の責任割合 (501条4号、5号)。二重資格でも判例は一人計算。
  - ・債権者の**担保保存義務** (違反 免責。504条)。担保保存義務免除特約を多用。
- (4) 債権譲渡による抵当権の移転 随伴性。抵当権は付記登記。

2 債務者、抵当権設定者の変動

- (1) 債務引受 免責的債務引受の場合、物上保証人の同意がない限り抵当権は消滅。
- (2) 抵当目的不動産所有権などの譲渡
- ・第三取得者は**物上保証人的地位**に立つ 代価弁済・滌除制度による保護

## 【**抵当目的物の変動**】(教科書203～205頁)

### 1 更地の上の建物建築

- ・ 抵当権は建物に及ばない。一方、敷地利用権は抵当権者・買受人に対抗できない。
- ・ 抵当権者の一括競売権(389条) 競売の容易化、建物取壊による社会的無駄の回避  
優先弁済権は更地評価される敷地競売代金に限定
- ・ 一括競売義務の有無：判例反対
- ・ 第三者築造の場合には一括競売権はない。建物だけが譲渡された場合には争い有。

### 2 建物の増改築

- ・ 増築部分にも抵当権が及ぶ。改築で抵当権は消滅し、建物や抵当権登記の流用は無効。

### 3 抵当目的建物の合棟・合体

- ・ 抵当権飛ばしに平成5年不登法改正で対処。合体登記に抵当権者の承諾書を要す。

## 【**権利関係の変動—第三取得者の利益との調整**】(教科書206～211頁)

Q13 抵当権の負担の付いた不動産の所有権を譲り受けた者が抵当権の実行を避け、所有権取得を確実なものとする方法は何か。民法の手当とその問題点を述べなさい。

### 1 代価弁済(377条) - 抵当権者にイニシアチブ。

- ・ 代価を抵当権者に支払うことにより抵当権が消滅。
- ・ 実際は第三者弁済が多く、代価弁済はほとんど使われない。

### 2 滌除(378条～387条) - 第三取得者にイニシアチブ。

- ・ 意義：オーバーローンの場合に第三取得者が申出額の支払・供託で抵当権を消滅させる制度(不動産流通の保護) 被担保債権額以下だと抵当権者には損害。
- ・ 抵当権者が拒否した場合：申出額の1割増以上での増価競売(請求：1か月以内、実行その後1週間以内)。申し立てないと滌除の承諾が擬制される(384条1項)

**三重の負担**： 抵当権者は抵当権実行時期の選択権を喪失

増価競売申立時に保証金納付を要する(民執186条)

買受人が現れないと、申出額の1割増で自己競落を要す(民384条2項)。

- ・ 滌除権者：主たる債務者・保証人、その承継人以外の第三取得者(379条)。  
停止条件付第三取得者の制限(380条)。

**判例** 実行前の譲渡担保権者は滌除権なし(最判平7年11月10日民集49巻9号2953頁)  
共有持分取得者は滌除権なし(最判平9年6月5日民集51巻5号2096頁)

#### ・ 滌除手続

抵当権実行の前提として滌除権者への抵当権実行の通知(381条)

第三取得者はこの通知がなければいつでも滌除を行える(382条1項)

第三取得者からの通知後1か月以内の滌除通知(382条・383条)

通知がなければ競売手続に入れる(387条)

抵当権者が増価競売請求をするか否かの決断期間(1か月、384条)・通知(385条)

滌除の意外な有効利用の工夫につき教科書208頁のウィンドウ 参照

【参考】 青木雄二『ナニワ金融道』 ~ の第54話~80話が、地上げ・短期賃貸借・代物弁済・瑕疵担保責任・第三者弁済・滌除・増価競売などの好例。