

【根抵当権】(教科書266～283頁)

Q19 根抵当権は普通の抵当権とどこが違うか。  
根抵当権が必要な理由は何か。

1 根抵当権の意義と性質

- ・付従性の制約(継続的取引等) 慣習の展開と判例による是認 昭和46年民法改正へ
- ・特徴 付従性の緩和、被担保債権の特定性が不要、**包括根抵当権の否定**

2 根抵当権に特殊の効果

根抵当権のキーワード:(債権) **極度額**(398条の2、3第1項 374条不適用)、4種の被担保債権(398条の2、398条の3第2項)、登記効力要件規定(398条の4第3項)、**元本確定期日**(398条の6)、元本確定請求(398条の19)、元本確定事由(398条の20)  
元本確定前は、極度額だけが重要で、被担保債権との付従性・随伴性は否定される。

- ・極度額の変更(398条/5)には**利害関係人の承諾を要する**。
- ・元本確定前は転抵当以外の処分ができない(398条/11第1項)  
若干の例外を除いて元本確定後は普通抵当権とほぼ同じになる(付従性・随伴性)。

**例外** 優先弁済を受ける範囲は**極度額が上限で374条の制限がない**。

**極度額減額請求権**(398条/21) 担保価値の有効利用へ

**根抵当権消滅請求権**(398条/22) 担保割れの場合の免責(物上保証人を含む)

3 共同根抵当

- ・**累積共同根抵当と純粹共同根抵当**

累積共同根抵当 二つの抵当権は**それぞれ独立したものと扱われる。原則形態**。

純粹共同根抵当 被担保債権と極度額が共通。二つの抵当権は**運命共同体**。392条の**代位がある**。共同担保の登記(不登122条以下)を要する。

【質権概説】(教科書284～300頁)

Q20 質権の特色はどのような点にあるか。  
責任転質の場合の法的構成は具体的にどのような点に違いを生じるか。

1 質権の意義と機能

- ・占有担保性の原則。もっとも、占有は、不動産質では不可欠でなく、権利質では擬制。

2 質権の設定

- ・譲渡質入禁止の物や債権が多いことに注意。とりわけ銀行預金債権などの譲渡禁止。
- ・動産質・権利質では包括根質も有効 利害関係人が出現しにくい。

- ・不動産質は買戻と同様10年が最長で、現代的利用の妨げとなっている。  
**要物契約性**は現在では否定する見解が有力。違いは占有を失った不動産質の保護。  
動産質・不動産質では引渡は占有改定では足りない(345条)
- ・動産質では善意取得(192条)で無権利者から設定を受けた場合も質権を取得可能。
- ・動産質では占有を失うと、占有回収の訴えによるしか保護がない(353条)
- ・不動産質の対抗要件は登記(177条)、権利質では権利の種類によりきわめて多様。

### 3 質権の効力

- ・質権の及ぶ範囲や果実についても、目的となる権利の種類による偏差がある。
- ・質権同士が競合する場合は指図による占有移転の先後による(355条)が、善意取得による修正もあり得る。
- ・権利質では設定者や第三債務者は権利消滅に制約を受ける(一種の留置的効力)。
- ・使用収益している最先順位の不動産質権は、消除主義の例外となる(民執59条)。
- ・占有する質権者は善管注意義務を負う。不動産質では、自らの利用や他人への賃貸も可能だが、管理費用を負担し、利息を取ることが原則としてできない(357~359条)。  
動産質では簡易の弁済充当、不動産質では使用収益、権利質では直接取立による債権回収ができる。  
**流質契約は原則的に禁止(349条)**。ただし、弁済期到来後の特約・商事質権・質屋は例外。

### 4 質権の消滅

- ・義務違反の場合の設定者の消滅請求権(298条3項)。
- ・不動産質権の場合の代価弁済や滌除。  
判例は任意の質物返還でも対抗力が失われるだけであるとする。この議論は不動産質権でのみ意味がある。学説では質権消滅説も有力だが、要物契約性を否定する見解では判例の方が妥当であろう。

### 5 転質

- ・**責任転質と承諾転質**
- ・**共同質入説**・・・直接取立権肯定。原質権の被担保債権を拘束する理由を導きやすい。  
**質物質入説**・・・直接取立権否定。368条の文言に忠実。原設定者の拘束を364条または376条の類推適用で肯定するので、この点では共同質入説と差がない。
- ・転質権者が通常の質権と過失なく誤信すれば192条で原質権による制約が遮断される。
- ・責任転質では不可抗力についても責任を負う(348条後段)。
- ・責任転質の実行には、転質の被担保債権と原質のそれが共に弁済期にあることが要件で、原質権の被担保債権だけが弁済期にあるときには、転質権者は、売得金の供託を請求でき、転質権は供託金還付請求権上の質権に転換する(367条3項)。
- ・原質権者は、転質権者が被担保債権に充当した剰余金から優先弁済を受け、さらに余りがあれば設定者に交付される。
- ・承諾転質権は、原質権による制約を受けないから、転質に承諾を与えた設定者は、転質権の被担保債権が弁済されないと質物を取り戻すことができない。