

【非典型担保総論】(教科書301～302頁)

Q21 非典型担保の例をあげ、それがなぜ発達してきたのか、典型担保とどの点がどのように異なるのかを説明しなさい(1999年度試験問題第2問より)。

1 権利移転形式による担保

典型担保：制限物権形式の担保 - 設定者の自由の確保・担保価値の有効利用

2 非典型担保発達の理由

典型担保制度の欠如の補充

例 動産抵当権の不存在

典型担保制度の短所の回避

例 抵当権実行の困難、滌除・短期賃貸借制度など

担保権者の「うまみ」

暴利行為防止 清算義務の肯定へ

3 非典型担保論の課題

所有権移転形式と担保の実質をどう調和させるか。

：担保目的・物権法規制の趣旨に反しない合理的な範囲での当事者意思の尊重

【仮登記担保】(教科書302～314頁)

Q22 仮登記担保が立法によって抑圧されたといわれるのはなぜか。
目的物を確実に取得したい仮登記担保権者はどういう点に気をつけるべきか。
後順位の担保権者は、どのようにして自己の権利を確保できるか。
仮登記担保と不動産利用権の利害調整は、抵当権の場合とどこが違うか。

1 仮登記担保の意義と機能

(1) 意義と債権担保の仕組み(仮登記1条)

・停止条件付代物弁済契約、代物弁済予約(482条)、**売買予約**(556条)

(2) 判例の展開と立法的解決

・本来の代物弁済や売買予約では清算義務がなく、これを悪用する暴利行為が横行
公序良俗違反(90条)で例外的に対処

最大判昭和49年10月23日民集28巻7号1473頁による担保実質重視(清算義務)と1978年の「仮登記担保契約に関する法律」の制定。

2 仮登記担保権の設定

- (1) 仮登記担保契約
 - ・土地または建物所有権も目的とするものがほとんどだが、それに限定されない。
 - ・根仮登記担保は実質的には否定されているに近い(3(3)(d))。
- (2) 仮登記または仮登録
 - ・所有権の場合、甲区に登記。被担保債権額が公示されず、担保かどうかの判定が困難。

3 仮登記担保権の効力

- (1) 私的実行による権利取得と競売手続による優先弁済
 - ・**実行の二面性**。競売は他の債権者のイニシアチブによる(仮登記15条)。
- (2) 私的実行の場合の効力 - **清算義務**(仮登記3条1項)とその確保の仕組み
 - (a) 仮登記担保権の効力の及ぶ範囲 物上代位の法定に注意(4条2項)。
 - (b) 被担保債権の範囲 374条の制限がない。
 - (c) 私的実行の手続
 - ・債務不履行
清算金見積額等の**通知**(仮登記2条・5条)
清算期間2ヶ月の経過による所有権移転(仮登記2条1項)と被担保債権の消滅
清算金支払義務・清算完了までの設定者の**受戻権**(仮登記11条:5年経過か第三者の所有権取得で消滅)
 - ・**留置権**による清算金請求権の確保 最判昭和58年3月31日民集37巻2号152頁
 - ・後順位担保権者の保護 - 物上代位か担保権の実行の選択・物上代位権の確保措置
 - ・利用権との調整 - 設定者の**法定借地権**(仮登記10条)・短期賃貸借の否定
担保権者による停止条件付利用権の設定は容易だから法の介入は不要。
- (3) 競売等による優先弁済権
 - (a) 仮登記のままでの優先弁済権
 - ・仮登記13条1項、倒産の場合19条 - **別除権**(破92条以下)や**更生担保権**(会更123条以下)。
 - (b) 仮登記担保権の届出と失権効
 - ・担保目的か否かの判別を届出によらせる(仮登記17条)。
 - (c) 被担保債権の範囲
 - ・374条に準じ、利息・損害金等の最後の2年分に限る(仮登記13条2・3項)。
 - (d) 根仮登記担保権の実質的な否定(仮登記14条・19条4項)。