

## 第2回講義 抵当権の性質と成立

2002/10/07

松岡 久和

【**抵当権の意義と機能**】(教科書181～186頁、195頁)

### 1 近代的抵当権の発達

- ・信用経済の発達 / 担保提供後も使用できる担保形式の需要 (生産信用と住宅購入資金調達) / 技術的受け皿としての近代的公示制度の確立

### 2 日本民法典の抵当権の特色

交換価値支配性：換価処分による売得金からの優先弁済的効力

非占有担保性：債務者の利用による稼ぎが保障される 質権・留置権：留置的効力

抵当権に収益的効力が全くないか否かは争われる 第3回講義

約定担保物権性・特定の原則・公示の原則

- ・日本の抵当権の手段性：被担保債権と完全に分離した抵当権の存在を認めていない。

価値権そのものとして純化・投資スキームを理想型とする近代的抵当権論

近代的抵当権論	日本法
順位確定の原則	順位上昇の原則：先順位抵当権の消滅により次順位以下の抵当権の順位が上昇する
独立の原則	附従性の原則と所有者抵当制度の否定 (混同消滅)
流通性確保の原則	登記公信力の欠如

【**抵当権の成立**】(教科書 186～195頁)

**Case01** XはYに500万円を貸し付け、抵当権の設定を受けた。Yは弁済期に弁済したが、Xがその後再び同じ条件で500万円を貸し付けることになったので、残存している前回貸付のときの抵当権登記を流用した。今度はYが債務を弁済しなかったため、Xが抵当権の実行に着手した。

Yは流用した登記の無効を主張して抵当権の実行を排除することができるか。

Yの不動産に後順位抵当権者Zが存在する場合はどうか。

**Case02** Yは建物新築資金をXから借りて抵当権を設定したが、新建物が旧建物と構造などが類似していたため、旧建物の登記を流用して、それを基礎に抵当権設定登記を行った。Xの抵当権実行の着手に対して、Yは流用登記の無効を主張して抵当権の実行を排除できるか。

### 1 設定契約とその当事者

- ・法律上は諾成契約ではあるが、実務は必ず設定契約書を作成。
- ・当事者：債権者と債務者もしくは第三者(物上保証人) 抵当権実行後はどうなる？
- ・能力・利益相反・表見代理などがとくに物上保証では問題になりやすい(総則問題)。

## 2 被担保債権（どんな債権に抵当権が設定できるか）

- ・金銭債権以外も被担保債権とできるが（不登 120 条参照）実際は稀。  
条件付債権・将来債権についても現在の有効な成立が認められる

例 保証人が代位弁済によって債務者に対し取得する可能性のある求償権を被担保債権とする抵当権（黒板に図示）

- ・債権の一部や複数の債権を一括して担保することも可能。  
複数の融資債権者の持つ複数債権を一つの抵当権で担保すること（協調融資などの場合の共有抵当権）は実務上できないとされる（同順位抵当権の設定で対応）が、学説には認めるものが多い。

### 抵当権の附従性をめぐる諸問題

成立における附従性(1) - 消費貸借契約が無効な場合 判 百選 83 事件  
判例は無効を前提としつつ無効主張を信義則違反で封じる。有効説もある。

成立における附従性(2) - 金銭交付前の抵当権設定登記の効力

判例・学説とも諾成的消費貸借論や附従性の緩和によって抵当権の成立を認める。  
消滅における附従性 - 一部弁済ではまったく消滅しない（不可分性）

## 3 抵当権の客体（どんな権利に抵当権が設定できるか）

- ・不動産（所有権）・地上権・永小作権（369 条：所有権以外は例が乏しい）  
例外 立木抵当・各種動産抵当・各種財団抵当制度（特別法による）
- ・複数の不動産にも設定可能（共同抵当）
- ・共有持分権上にも理論的には設定可能だが、区分所有建物敷地程度しか利用なし。
- ・未完成建物はいまだ不動産ではないので抵当権は設定できない（登記能力もない）。

## 4 抵当権の登記

- ・登記によって第三者との優劣・順位が決定される（177・373 条）
- ・登記がなくても抵当権は有効に成立するが実行は困難（民執 181 条）

### 無効登記の流用

判例・通説：制限的有效説 - 第三者の利益を害さない限り有効扱い。

流用登記の効力が否定されるのは流用前にすでに後順位抵当権者がいる場合

第三者 Z が登場しない場合・・・流用された登記は有効

無効登記を流用する前にすでに第二順位の Z が存在した場合

・・・Z の順位上昇の利益を考慮して、流用された登記は Z との関係では無効

無効登記の流用後に Z が第二順位の抵当権を取得した場合

・・・流用された第一順位抵当権登記を有効としても、Z の期待を裏切るわけではないから、流用された登記は有効

次回予告：抵当権の効力の及ぶ範囲、とくに付加一体物・果実・物上代位、収益執行。  
（教科書 195 ~ 210 頁）