

**講義資料編**

1 抵当権の効力

**Q9-01** 抵当権の効力に関する次の記述は正しいか誤りか。誤っている場合には、誤っている箇所を指摘しなさい。

- (1) 抵当権は目的物の交換価値のみを支配する権利（**価値権**）であり、占有を内容としない点で（**非占有担保権**）、不動産質権と決定的に異なるとする抵当権本質論は、不法占有者に対して抵当権者が自らに明渡しを求めることを認めた平成11年の最高裁大法廷判決（百I84事件、講義I120事件）で、基本的に否定された。
- (2) 抵当権者は同時に債権者でもあるから、**債務名義**（正確な意味は法律用語辞典などで調べてください。典型的なものは確定した金銭給付を命ずる勝訴判決）さえ得られれば、抵当目的不動産以外の債務者の責任財産にも強制執行ができるし、強制管理を行うこともできる。
- (3) Sの所有する甲不動産にH<sub>1</sub>とH<sub>2</sub>のために相次いで抵当権を設定した場合、両者の優劣は登記の先後によって決まる。したがって、仮にH<sub>1</sub>が第一順位、H<sub>2</sub>が第二順位の抵当権者となったとすると、H<sub>1</sub>が被担保債権の全額の弁済を受けた後でなければH<sub>2</sub>は弁済を受けられない。
- (4) Sの所有する甲不動産にH<sub>1</sub>とH<sub>2</sub>のために相次いで抵当権を設定して登記手続を行い、H<sub>1</sub>が第一順位、H<sub>2</sub>が第二順位の抵当権者となった。Sに対するH<sub>1</sub>の被担保債権の弁済期が未到来であっても、H<sub>2</sub>はSに対する自分の被担保債権につき先に弁済期が到来して、Sが債務不履行に陥れば、第二順位の抵当権の実行を申し立てることができる。

2 抵当権と目的物の利用関係との調整（その1－法定地上権は次回に）

**Q9-02** [土地抵当権の場合] 2004年4月、HはSに対する貸金債権を担保するため、S所有の甲土地に抵当権の設定を受け、登記も備えた。その前後から甲には借地人Mがおり、賃借権の対抗要件<sup>1</sup>を備えている（その時点は下記の事例毎に異なる）。その後、Sが債務不履行に陥ったために、Hが抵当権を実行し、Eが買受人となって、甲の所有権の移転登記を備えた。この基本型をもとにした次の各場合について考えなさい。

注1 民法605条（賃借権の登記）もしくは借地借家法10条（土地上のM名義の乙建物の登記等）。

- (1) MがHの抵当権設定登記より6か月前に、甲地上に建物乙を建て、賃借権について対抗要件を備えていた場合、EとMとはどういう関係に立つか。
- (2) MがHの抵当権設定登記より6か月後に、甲地上に建物乙を建て、賃借権について対抗要件を備えていた場合、EとMとはどういう関係に立つか。
- (3) MがHの抵当権設定登記より6か月後に、甲地上に建物乙を建て、賃借権について

対抗要件を備えていたが（ここまで(2)と同じ設定）、さらにその後SがH'（Hとは別人）のために甲に第二順位の抵当権を設定した。H'が二番抵当権を実行して、Eが甲の買受人となった場合、(2)と結論が異なるか。

(4) (2)の問題で抵当権設定登記が2003年9月、乙建物の所有権保存登記が2004年3月になされていたとすると結論は変わるか<sup>2</sup>。

注 2 2003年改正前の旧395条は、短期賃貸借の保護として、次のような規定を置いていた。「第395条 第602条ニ定メタル期間ヲ超エサル賃貸借ハ抵当権ノ登記後ニ登記シタルモノト雖モ之ヲ以テ抵当権者ニ対抗スルコトヲ得但シ賃貸借カ抵当権者ニ損害ヲ及ホストキハ裁判所ハ抵当権者ノ請求ニ因リ其解除ヲ命スルコトヲ得」。この短期賃貸借制度は、2003年の民法改正（平成15年8月1日法律第134号—担保・執行法改正）で廃止されたが、同法付則5条が、「この法律の施行の際（注：2004年4月1日である）現に存する抵当不動産の賃貸借（この法律の施行後に更新されたものを含む。）のうち民法第602条に定める期間を超えないものであって当該抵当不動産の抵当権の登記後に対抗要件を備えたものに対する抵当権の効力については、なお従前の例による。」と定めている。

(5) Mの賃借権が抵当権者Hや買受人Eに対抗できないものであっても、実際にそれに基づいて甲土地の上に建物乙が建てられていると、けっこう面倒なことになる。すなわち、Hは乙の上に抵当権を得ているわけではないから、本来、競売されるのは甲だけのはずである。Mが抵抗すれば、Eは、Mに対して建物収去・土地明渡し訴訟を起こして、強制執行しなければならない。そのような負担をおそれて、甲を競売しても買受人が現れないことも考えられる。このような場合に対応するよう、民法の用意している制度は何か。

**Q9-03** [建物抵当権の場合(1)－現行法] 2004年4月、HはSに対する貸金債権を担保するため、S所有の建物乙に抵当権の設定を受け、登記を備えた。その前後から乙には借家人Mがおり、賃借権の対抗要件<sup>3</sup>を備えている（その時点は下記の事例毎に異なる）。その後、Sが債務不履行に陥ったために、Hが抵当権を実行し、Eが買受人となって、乙の所有権の移転登記を備えた。この基本型をもとにした次の各場合のバリエーションについて考えなさい。

注 3 民法605条（賃借権の登記）もしくは借地借家法31条（Mへの乙建物の引渡し）

- (1) MがHの抵当権設定登記より1か月前に、乙を賃借して引渡しを受けていた場合、EとMとはどういう関係に立つか。
- (2) MがHの抵当権設定登記より1か月後に、乙を賃借して引渡しを受けていた場合、EとMとはどういう関係に立つか。
- (3) (2)でMが賃貸借契約締結時にSに預けていた敷金や保証金はどうか。その返還を確実にするためにはどういう方法が考えられるか。
- (4) マンション・アパートやオフィスビルなど賃貸物件として建てられた建物については、建築資金の貸付債権を担保するため、ほとんどの場合に建物に抵当権が付いていて、賃借人は、抵当権設定登記以後に入居する場合が多い。このような賃借人は、設例(2)のような処遇を受ける。しかし、抵当権者としても、賃貸物件については、優

良な賃借人が長期にわたって居住してくれることが、抵当目的建物の経済的効用を大きくし、場合によっては収益執行や賃料債権に対する物上代位ができる機会も増える。そこで、抵当権より遅れる建物賃借人の居住が、抵当権の実行によっても影響を受けないようにし、優良な賃借人の入居を確保するという方法はないか。

**Q9-04** 〔建物抵当権の場合(2)－2003年改正前の短期賃貸借保護制度〕 2000年2月、HはSに対する貸金債権を担保するため、S所有の建物乙に抵当権の設定を受け、登記を備えた。2004年3月、MはSから2年契約で乙を賃借し、その引渡しを受けた。2005年5月、Sが債務不履行に陥ったために、Hが抵当権を実行し、乙に差押えの登記がなされた。同年11月、Eが買受人となって、乙の所有権の移転登記を備えた。

- (1) この場合、MとEの関係はどうか(前掲注2を参照)。
- (2) 設例を少し変えて、Mが乙を賃借して引渡しを受けたのが2003年4月である場合と、2003年6月である場合では、MとEの関係は異なるか。
- (3) 元の設例で、MがHの抵当権の実行を妨害しようとする場合、従来どのような形で短期賃貸借制度を悪用してきたか。それに対して、抵当権者にはどのような対処方法があったか。
- (4) 短期賃貸借制度には、前問のような執行妨害型の許害的な短期賃貸借のほかに、どのような問題点があるとされたか。

### 3 抵当権と抵当目的物の第三取得者

**Q9-05** HはSに対する6,000万円の貸付金債権を担保するため、S所有の甲土地に抵当権の設定を受けた。Sは甲地上に建物を建築して新たな事業を営む計画を持っていたが、本業の業績不振によってその計画は頓挫した。またSは、本業の赤字体質を改善するため、遊休地となった甲を手放したい。一方、Dは、甲の所有権を取得したいと考えている。なお、問題の単純化のため、貸付金債権の利息・遅延損害金等は考えないこととする。

- (1) SはHの承諾なく甲をDに売却することができるか。Dが所有権移転登記を備えれば、HとDの関係はどうか。
- (2) 甲の時価が8,000万円である場合、S・D・Hはどういう行動をとるのが通常か。
- (3) 甲の時価が5,000万円である場合、(2)のような方法は使えるか。
- (4) 甲の時価が5,000万円であり、Hが被担保債権6,000万円の弁済を受けなければ抵当権設定登記の抹消には応じないと主張している場合、SやDに認められる対抗策はどのようなものか。
- (5) (4)の制度は、2003年の法改正により、「<sup>てきじよ</sup>滌除」という名前と呼ばれていた制度を改善したものである。この法改正では、主として、滌除制度のどのような点を改正したのか。簡単に要点を説明しなさい。

## 第8回の解答編（一部）

**Q8-01** なぜ担保が必要なのかを説明しなさい。さらに、物的担保（典型として抵当権）と人的担保（典型として保証契約）のそれぞれの特徴と長所・短所を簡単に説明しなさい。

キーワード：債権者平等原則、無資力危険、債権回収の確実化、金融の促進助長

物的担保－優先弁済権確保－確実・安全－高コスト

人的担保－責任財産追加（優先弁済権なし）－簡易・迅速－低コスト

**Q8-02** 民法上の担保物権4種と3種の非典型担保について、担保物権の効力や共通すると言われる性質が当てはまれば○、当てはまらなければ×、どちらとも言えない場合には△を書き入れ、△については説明を欄外に付して、次の表を完成しなさい。なお、「追及効」とは当該担保物権の目的財産の所有権が債務者ないし設定者から第三者に移転した場合に、この第三者に対しても元の担保物権を主張できるという性質を言う。

	優先弁済的効力	留置的効力	収益的効力	権利取得的効力	追及効	付従性	随伴性	不可分性	物上代位性
留置権	△ <sup>*1</sup>	○	△ <sup>*2</sup>	×	×	○	△ <sup>*3</sup>	○	×
一般先取特権	○	×	×	×	×	○	○	○	×
動産先取特権	○	×	×	×	×	○	○	○	○
不動産先取特権	○	×	△ <sup>*4</sup>	×	○	○	○	○	○
動産質権	○	○	△ <sup>*2</sup>	×	×	○	○	○	○
不動産質権	○	○	○	×	○	○	○	○	○
権利質権	○	×	×	×	○	○	○	○	○
普通抵当権	○	×	△ <sup>*4</sup>	×	○	○	○	○	○
根抵当権	○	×	△ <sup>*4</sup>	×	○	△ <sup>*5</sup>	△ <sup>*5</sup>	○	○
仮登記担保	△ <sup>*6</sup>	×	×	○	○	○	○	○	○
動産譲渡担保	△ <sup>*7</sup>	×	×	○	○	○	○	○	○
不動産譲渡担保	△ <sup>*7</sup>	×	×	○	○	○	○	○	? <sup>*9</sup>
債権譲渡担保	△ <sup>*7</sup>	×	×	○	○	○	○	○	? <sup>*9</sup>
所有権留保	△ <sup>*7</sup>	×	×	△ <sup>*8</sup>	○	○	○	○	? <sup>*9</sup>

※注意：質権については根質は考えなくてよいものとする。譲渡担保についても、集合財産譲渡担保は今回は考えなくてよいものとする。

\*1 留置権は国税徴収法による公売処分では優先弁済を受けるが、民事執行手続では優先弁済権を認められない。しかし、競売によっても消滅せず買受人に引き受けられるため、事実上は最優先順位で弁済を受けることになる。なお、民事留置権は債務者の破産の場合に消滅するが、商事留置権は最後順位の先取特権とみなされて優先弁済を受ける（破66条）。

\*2 298条2項、350条により債務者（質権の場合、設定者）の承諾があれば使用・収益ができる。

\*3 肯定説もあるが、債権譲受人が占有を取得することが必要であるし、譲受人のもとで新たに留置権が成立したとも考えうる。

\*4 いずれも不動産収益執行が可能であるし、賃料債権等に対する物上代位権も行使できる。しかし、担保権者自

らが貸主となって収益できるのではないので、不動産質権の収益的効力とは意味が異なる。

- \*5 元本確定後は普通抵当権と同様、付従性も随伴性も有するが、元本確定前は、両者とも緩和されている。
- \*6 仮登記担保は清算完了前に目的物について競売が開始されると、もはや私的実行はできず、仮登記のままでも抵当権とほぼ等しい優先弁済権が認められる（仮登記13・19条）。
- \*7 譲渡担保や所有権留保は、判例のような所有権的構成に立つと、目的物に対する他の債権者の執行に対して、担保としての優先弁済権ではなく所有権者として第三者異議（民執38条）の主張ができる。担保的構成に立つ学説の多数説は、実質に着目して担保として優先弁済を認めれば足りるとするが、その法的構成は多岐に分かれる。
- \*8 所有権留保は、判例のように文字通りの効果を認めるとすれば、その名の通り、所有権取得ではなく、留保（所有権の未移転）と表現しなければならない。
- \*9 動産譲渡担保については、転売授權により譲渡担保権を失った代償としての転売代金債権に対して、物上代位権を認める最高裁判例があるが、それ以外の譲渡担保や所有権留保についてもこの判例の趣旨が妥当するかどうかは争われており、消極的な学説が多いようである。なお、仮登記担保には物上代位を認める明文の規定がある（仮登記4条2項）。

**Q8-03** 次のうち、抵当権の設定できないものに×を付けなさい。見解に対立がある場合には、△を付けて簡単な説明を付けなさい。

- (1) 土地 ○
- (2) 未登記建物 ○：抵当権登記の前提として所有権保存登記は必要だが。
- (3) 地上権 ○：369条2項
- (4) 賃借権 ×：369条2項の反対解釈。地上建物に従たる権利として、建物抵当権の効力が及ぶと考えられてはいるが（Q8-07(7)）、賃借権自体には抵当権は設定できない。
- (5) 永小作権 ○：369条2項
- (6) 抵当権 △：376条1項で可能のように見えるが、転抵当権の性質については、抵当権説、質権説（権利質）、無名担保権説などがあり、抵当権に抵当権を設定するという理解は、必ずしも一般的ではない。
- (7) 自動車 ○：自動車抵当法がある。もともと利用は少ないようである。
- (8) 航空機 ○：航空機抵当法がある。
- (9) 立木 ○：立木法がある。
- (10) 未分離果実 ×：特別な立法はなく、土地の一部である未分離果実に抵当権を設定する方法はない。
- (11) 鉄道関連施設全部 ○：鉄道抵当法や軌道抵当法がある。
- (12) 同一コンビニチェーン店の店舗すべて ×：この場合の特別法はない。