

講義資料編

不動産質権は、買戻（579～585条）と共に、古い不動産担保の方式である。別段の定めをしなければ、質権者は、目的不動産の使用・収益ができる代わりに、管理費用を負担しなければならない、被担保債権の利息も取れない、という特色がある（356～359条）。最長でも10年という制約があること（360条。買戻の580条と同趣旨）、設定者にとって不動産の占有・利用を奪われてしまう点が不便であること、質権者にとっても管理は負担であることから、ほとんど使われない。講義でも省略する。上記の特徴だけを押さえておけば良いだろう。

1 仮登記担保（仮登記担保契約に関する法律1978年法律78号）

仮登記担保については、教科書等に照らして、法律の条文をざっと一読し、重要な仕組みのみを確認しておけばよい。

Q12-01 仮登記担保の定義を示しなさい。

Q12-02 仮登記担保法は、仮登記担保設定者の権利を守る仕組みとして、どのようなものを規定しているか。

Q12-03 仮登記担保権に関する次の記述の正誤を判断しなさい（太字はキーワード）。

- (1) 仮登記担保権が**私的実行**され、仮登記担保権者が**清算期間**後に目的不動産の所有権を取得して本登記を備え、仮登記の順位保全効により、仮登記後の所有権譲渡や担保権設定は仮登記担保権者に対抗できない。しかし、後順位の担保権者（仮登記担保権者を含む）は、設定者が仮登記担保権者に対して**清算金**請求権を取得すれば、それに物上代位することができる。
- (2) 仮登記担保権が私的実行のために清算金の見積額を設定者や後順位担保権者に通知した場合、設定者や後順位担保権者は、清算期間内であれば、その額が適正な評価額より低いと主張して争うことができる。
- (3) 登記の記載のみからでは、ある仮登記が仮登記担保に該当するか（担保目的の仮登記か）、それとも権利取得の期待権を確保するための（担保目的でない）真正な仮登記かを判断することは難しい。
- (4) 仮登記担保権者は、私的実行を行うことができるのはもちろんであるが、目的不動産の競売や設定者の倒産の場合には仮登記のまま抵当権としての効力が認められ、自ら競売の申立てをすることもできる。
- (5) 不特定の債権を担保する**根仮登記担保契約**は無効である。

2 不動産譲渡担保

Q12-04 不動産譲渡担保が利用される理由はどこにあるか。

Q12-05 2002年11月30日、G社はSに対して3,000万円を年利15%、期間2年、元利一括返済の約定で貸し、その貸金債権を担保するため、Sの兄Bの所有する甲土地(時価8,000万円)を担保として譲り受け、所有権移転登記を行ったが、引き続き甲をBに資材置き場や駐車場として利用させていた。2005年6月5日、Gは甲土地をDに譲渡し、Dが移転登記を備えて、Bに甲土地の明渡しを求めている。

Sの主張 2004年12月1日の弁済期にSがGに借入金の返済ができなかったのはたしかであるが、Gから10か月の弁済の猶予を受けたため、弁済期は2005年10月1日になった。Gは、弁済期を待たずに甲土地を違法に処分したのである。私は、10月1日に、Gに元利金を提供したが、Gは、「すでにDに甲土地を売却しており、今さら弁済されても困る」として受け取りを拒絶した。

Bの主張 弁済期の猶予の事実を私は最近まで知らず、2005年5月末頃、甲土地を取り戻すために、第三者弁済として4,125万円をGの従業員Eに支払った。ただちに所有権の登記名義を私に戻してくれるはずだったのに、裏切られた。甲土地を買い受けたDは、年収300万円程度の20歳代後半のGの従業員であって甲土地を買い受ける資力はないし、Sへの貸付けや弁済期の猶予、私の弁済のいずれにも関与しており、Gがもはや甲土地を処分できないことを十分知っていた。GからDへの譲渡は仮装のものであるか、Gの取締役の命を受け、私から所有権を取り上げることを狙った悪質なものである。

Gの主張 弁済の猶予を相談したのはたしかであるが、猶予期間は6か月であり、6月1日になってもSが元本はもちろん利息もまったく支払わないため、仕方なく甲土地を換金して貸付金を回収した。Bからの弁済金をEが受け取ったという事実は知らないし、Eは5月半ばに別件の横領の疑いで解雇しており、Eが仮にBからの弁済金を受け取っていたとしても、当社のGに対する債権への有効な弁済とはならない。Dへの売却は代金6,000万円で行った。時価よりは少し安いようだが、当社の資金繰りの事情があり売り急いだことと、買主が当社の従業員であるという特別な事情があったからである。

Dの主張 6,000万円は父方の祖父が残した遺産である山林を処分して工面したもので、きちんとGに支払った。たしかに貸付にも弁済の猶予の話し合いにも上司と共に立ち会ったが、EがBから弁済金を受領したという事実は知らない。SやBは、借金をするときはずいぶん腰が低かったが、弁済期が来ても返すあてがなく開き直って横柄な態度だった。

この事例について、判例の所有権的構成と有力学説の担保権的構成の双方の考え方に立って、次の各問いに答えなさい。

- (1) 事実は、おおむねSの主張通りだったとする。すなわち、10月1日まで弁済が猶予されていたところ、Gが6月5日に甲土地をDに譲渡し、Dが移転登記を備えた。5月末にBは4,125万円をEに支払ったが、Eはそれ以前に解雇されており、BのEへの金銭交付は、GのSに対する本件貸付金債権への有効な第三者弁済にはならなかった。

Dは、少なくとも10月1日まで弁済が猶予されていたことを知っていた。GD間の売買契約が虚偽であるとか代金6,000万円をDがGに払っていないという証拠はない。

この場合、DとBの法律関係はどうか。

(2) (1)と異なり、事実は、おおむねGの主張通りだったとする。すなわち、弁済の猶予は6月1日までで、Gは6月5日に甲土地をDに譲渡し、Dが移転登記を備えた。5月末にBが4,125万円をEに支払ったが、Eは、それ以前に解雇されており、BのEへの金銭交付は、GのSに対する本件貸付金債権への有効な第三者弁済にはならなかった。Dは、6月1日まで弁済が猶予されていたことを知っていた。GD間の売買契約が虚偽であるとか代金6,000万円をDがGに払っていないという証拠はない。

この場合、DとBの法律関係はどうか。

(3) (1)(2)と異なり、事実は、半分はBの主張通りだったとする。すなわち、弁済の猶予はGの主張通り6月1日までだったが、5月末にBが4,125万円をEに支払った行為は、Eにつき表見代理が成立して、GのSに対する本件貸付金債権への有効な第三者弁済になった。Dは、Eの代金受領については知らなかった。GD間の売買契約が虚偽であるとか代金6,000万円をDがGに払っていないという証拠はない。

この場合、DとBの法律関係はどうか。

3 不動産の留置権と不動産先取特権

Q12-06 不動産を目的とする留置権について、次の問いに答えなさい。

(1) 不動産留置権には競売等において優先弁済を受ける権利がないにもかかわらず、事実上最優先順位で弁済を受けることができると言われる。そのような効果はどのようにしてもたらされるのか説明しなさい。

(2) Bは、Q12-05の(1)の場合には、損害賠償請求権を被担保債権とする留置権をDに対して主張できないのに対し、(2)の場合には、清算金請求権を被担保債権とする留置権をDに対して主張できる。この両者にはどこに違いがあるのか。

(3) Q12-05の(1)の場合、Dの所有権移転登記具備後に、Bが甲土地に1,000万円をかけて駐車場の整備・舗装の工事を行った結果、甲土地の価値が600万円上昇したとすると、BはDに対して、どういう債権について留置権を主張することが可能か。逆に、Dの方から、Bの留置権の主張を争う方法はないか。

(4) 不動産の売主や不動産の保存・工事をした者には、抵当権のような優先弁済権を持つ不動産先取特権が、約定なくして成立しうるが(325～328条、337～340条)、この不動産先取特権が実際にはほとんど使えないと言われる理由はどこにあるか。

Q9-05の解答例

(1) 甲の所有権がSからDに移転しても、Dの所有権移転登記より前に抵当権設定登記を備えているHは影響を受けないから、逆に、SはHの承諾なく甲をDに売却することができる。HはSが債務不履行に陥れば、Dの所有のままに抵当権の実行を行うことができる(抵当権の追及効)。Dの立場は、Sのために自らの所有不動産に抵当権を設定した物上保証人の地位に近い(たとえば、物上保証人は自らが抵当権者との約定で責任を負担したのであるから、第三取得者に可能な抵当権消滅請求ができないなど、両者の地位は完全にイコールではない)。

(2) パターン 時価での売買(1) 抵当権登記抹消後の移転登記

S・Dの時価相当額での売買契約、DからSへの代金額の一部弁済、受領代金等による抵当権の被担保債権の弁済、抵当権設定登記の抹消、残代金と引き換えに甲の移転登記。

パターン 時価での売買(2) 第三者弁済または代価弁済による移転登記後の抵当権登記抹消

S・Dの時価相当額での売買契約、甲の所有権移転登記、DによるSの債務の第三者弁済(Sに対する求償権をDが取得)あるいはHの代価弁済請求、求償債権と代金債権の相殺または代価弁済部分の代金債権の消滅、抵当権設定登記の抹消。

パターン 抵当権の被担保債権額分を控除した額での売買 第三者弁済または単純な弁済による移転登記後の抵当権登記抹消

S・Dの「時価相当額 - 被担保債権額」での売買契約(Dが債務引受をすることもある)、甲の所有権移転登記、DによるSの債務の第三者弁済または引き受けたD自身の債務の弁済、抵当権設定登記の抹消。

(3) 抵当権設定者Sに経済的な余力があれば、パターン は可能。これに対して、パターン は、抵当権者が、予想競売価格よりも売買代金での満足の方が高いと思えば代価弁済を選択することがありうるが、そうでなければ、被担保債権全額が弁済されるまで抵当権は残る(不可分性)。そのため、6,000万円を支払って5,000万円前後の甲を入手しようという者は現れにくい。パターン の売買が成り立たないのは明白。

(4) 379～385条により、Dに5,000万円前後で抵当権消滅請求をさせる。

(5) 主要点を列挙すれば次のとおり。

- ・ **抵当権実行通知**・1か月の滌除催告期間の廃止 抵当権実行まで消滅請求可。
- ・ 滌除/抵当権消滅請求を受けた後の抵当権者の考慮期間を1か月から2か月に延長。
- ・ 対抗措置としての1割増の価額での**増価競売**から、通常の競売へ。
- ・ 競売で買受人がない場合の**自己買受義務**の廃止 買受人がなければ競売手続は取り消されるが、元に戻るだけで承諾擬制は働かない。
- ・ 自己買受義務の廃止に伴い保証金予納も廃止。
- ・ 競売の取り下げには他の抵当権者の同意は不要。
- ・ 滌除権者であったが実例が乏しい地上権・永小作権取得者を消滅請求権者から除外。

Q10-5の答え

処分の方法	処分者	処分の相手方	同意や承諾を要する者	競売の場合の配当金の配分
抵当権の譲渡	H ₂	G	H ₂ 、G	G：3,000万円 H ₂ ：2,000万円
抵当権の放棄	H ₃	G	H ₃ 、G	G：500万円 H ₃ ：500万円
抵当権の順位の譲渡	H ₁	H ₃	H ₁ 、H ₃ 、A	H ₃ ：3,000万円 A：7,000万円 H ₁ ：1,000万円
抵当権の順位の放棄	H ₂	H ₄	H ₂ 、H ₄	H ₂ ：1,923万円 H ₄ ：3,077万円
抵当権の順位の変更	H ₂	H ₄	H ₂ H ₃ H ₄ 全員の合意	H ₄ ：6,000万円 H ₃ ：配当なし H ₂ ：配当なし

抵当権の譲渡・放棄は、抵当権者が無担保債権者に対して行う。

抵当権の順位の譲渡・放棄は、順位のある抵当権者間で行う。

抵当権や抵当権の順位の譲渡の結果、譲渡人は譲受人に優先される。譲渡人の被担保債権額 円が譲受人の被担保債権額 円より小さければ、譲渡人は無担保債権者となり、譲受人は の範囲で優先弁済権を行使できるに止まる（譲渡人の後順位者に不利益を被らせない）。逆に が を超える場合には、譲受人は 全額について優先弁済を受ける。譲渡人も、 - の限度で優先弁済権を有する（後順位者に棚ぼた利益も与えない）。

抵当権や抵当権の順位の放棄の結果、放棄者は放棄を受けた者と同順位になり、 を、 : の割合で分配する（放棄者の後次順位者には ± いずれの影響も与えない）。

抵当権や抵当権の順位の譲渡・放棄は、以上のように、当事者間だけの相対効を有し、譲渡人/放棄者の後順位者に影響を与えないから、後順位者の同意・承諾を要しない。

抵当権の順位の変更は、変更される順位の間にいる債権者に影響を及ぼすから、影響を受ける全員の合意が必要である。