

【仮登記担保】（E II 189頁コラム56、教339～350頁）

- ポイント52 仮登記担保法ができて仮登記担保が使われなくなったのはどうしてか。  
ポイント53 仮登記担保設定者の権利を守る仕組みとして、どういうものがあるか。  
ポイント54 仮登記担保設定後の後順位担保権者は、どのような保護を受けるか。

1 仮登記担保の意義と機能

- (1) 意義と債権担保の仕組み（1978年・仮登記担保法1条。以下、この項では法と略す）  
(2) 判例の展開と立法的解決 —— 立法による衰退の皮肉  
・暴利行為（90条）から清算義務（最大判昭和49年10月23日民集28巻7号1473頁）へ。

2 仮登記担保権の設定

- (1) 仮登記担保契約  
・目的物：権利移転につき仮登記ができるもの。土地・建物所有権が中心。  
(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目的かどうか判定困難。

3 仮登記担保権の効力

- (1) 私的実行による権利取得又は競売手続による優先弁済  
・実行の二面性（後述(2)(3)）。競売は他の債権者が申し立てた場合に限る（法15条）。  
(2) 私的実行の場合の効力—清算義務（法3条1項）とその確保の仕組み  
(a) 担保権の効力の及ぶ範囲 物上代位法定（法4条2項）。  
(b) 被担保債権の範囲 民法375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（法2条・5条）  
→清算期間2か月の経過による所有権移転（法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（法11条。消滅事由にも注意）  
・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（法10条）・短期賃貸借の否定  
(3) 競売等による優先弁済権  
(a) 仮登記のままの優先弁済権（法13条、倒産の場合法19条）  
(b) 仮登記担保権の届出と失権効（法17条）  
(c) 被担保債権の範囲（法13条2・3項≒民法375条）  
(d) 根仮登記担保権の実質的な否定（法14条・19条4項）。

**【不動産譲渡担保】**（E II 179～189頁、教351～371頁（ただし動産や債権譲渡担保を含む））

**ポイント55** 不動産譲渡担保が利用される理由は何か。

**ポイント56** 譲渡担保について、判例と通説的見解の違いは、どういう点について生じ、近時の判例が学説に歩み寄っていると言われるのはどういう点か。

**ポイント57** 譲渡担保権者が譲渡担保目的不動産を第三者に転売して移転登記をしてしまったら、設定者と第三者の関係はどうか。**この点が特に重要**

**1 不動産譲渡担保の意義と機能**

- (1) 不動産譲渡担保の意義と機能
- (2) 譲渡担保の有効性－94条・175条・345条・349条等との関係
- (3) 所有権の移転か担保権の設定か

**2 譲渡担保の設定**

**3 譲渡担保の効力**

- (1) 目的物の利用関係
- (2) 譲渡担保権の実行
  - ・清算義務
  - ・処分清算と帰属清算
  - ・設定者の受戻権
- (3) 譲渡担保の対外的効力
  - ・第三者の侵害に対する保護
  - ・譲渡担保権者から権利を取得した第三者との関係
    - ①弁済期前の処分
    - ②弁済期到来後受戻権行使前の処分
    - ③受戻権行使後の処分
  - ・譲渡担保権者の債権者による差し押さえや譲渡担保権者の倒産

**4 譲渡担保の消滅**

## 【抵当権執行妨害とその対処方法】

### 1 平成11年大法院判決

#### (1) 意義

- ①平成3年判決からの軌道修正：抵当権価値権論を維持しつつ不法占有による抵当権侵害を肯定。
- ②代位請求のみならず傍論ではあるが抵当権自体に基づく妨害排除請求を肯定。  
要件：「第三者が抵当不動産を不法占有することにより、競売手続の進行が害され適正な価額よりも売却価額が下落するおそれがあるなど、抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるとき」：換価権もしくは優先弁済権の侵害
- ③侵害是正請求権を被保全権利とする債権者代位権の転用事例の追加。
- ④所有者のための管理を目的とする抵当権者自身への直接の明渡しの肯定。

実態を直視し、執行妨害に対する毅然たる態度を示した象徴的意義が大きいほか、民事執行法の保全処分に理論的基礎を与え、民事保全法上の保全処分を利用可能とした。

#### (2) 問題点

- ①妨害排除請求はどの時点から可能か。任意売却のための利用は可能か。
- ②代位請求は、無理な技巧ではないか。何らかの歯止めを要するのではないか。
- ③競売手続の進行阻害のみで抵当権侵害と評価しうるか。単なる妨害排除請求と抵当権者自身への明渡請求では要件が異なるか。
- ④占有者に占有権原がある場合には代位請求は使えないが、抵当権に基づく妨害排除請求なら認めることができるか。旧395条但書の解除請求とはどういう関係になるか。
- ⑤抵当権設定者による抵当権侵害の場合に妨害排除請求が可能か。
- ⑥抵当権者自身に対する明渡し後の法律関係（管理占有の内容）はどのようなものか。
- ⑦直接の妨害排除請求・代位請求と保全処分はどういう関係になるか。

### 2 平成17年判決

#### (1) 意義

- ①具体的事例における抵当権に基づく妨害排除請求の肯定。
- ②不法占拠事例以外における抵当権に基づく妨害排除の肯定。
- ③抵当権者への明渡請求の要件の明確化。要件：適切な維持管理の期待不能
- ④抵当権者の使用料相当損害金請求の否定。
- ⑤併用賃借権の効力否定を維持（最判平元年6月5日民集43巻6号355頁を踏襲）

#### (2) 問題点

- ①執行妨害目的の要件は不可欠か。
- ②賃貸借契約・転貸借契約の効力はどうか（無効？有効？）
- ③民執55条の「価格減少行為」（おそれを含んでいることに注意）と抵当権侵害との関係
- ④抵当権侵害の損害賠償請求の可否

ケースA

	同時配当		異時配当1(深草物件先実行)		異時配当2(瀬田物件先実行)	
	深草物件	瀬田物件	深草物件	瀬田物件	瀬田物件	深草物件
第1順位配当	G <sub>1</sub> 300万	G <sub>1</sub> 600万	G <sub>1</sub> 800万	G <sub>1</sub> 100万 G <sub>2</sub> 400万	G <sub>1</sub> 900万	G <sub>3</sub> 300万
第2順位配当	G <sub>2</sub> 400万	G <sub>3</sub> 1000万		G <sub>3</sub> 1100万	G <sub>3</sub> 700万	G <sub>2</sub> 400万
備考	他に債権者がいなければSに100万を交付		G <sub>2</sub> は無配当	G <sub>2</sub> の第一順位の配当受領は392条2項の代位による		他に債権者がいなければSに100万を交付

ケースB

	同時配当		異時配当1(深草物件先実行)		異時配当2(瀬田物件先実行)	
	深草物件	瀬田物件	深草物件	瀬田物件	瀬田物件	深草物件
第1順位配当	G <sub>1</sub> 800万	G <sub>1</sub> 100万	G <sub>1</sub> 800万	G <sub>1</sub> 100万	G <sub>1</sub> 900万	G <sub>3</sub> 500万 B 300万
第2順位配当		G <sub>3</sub> 1200万		G <sub>3</sub> 1200万	G <sub>3</sub> 700万	
備考	G <sub>2</sub> は無配当	他に債権者がいなければ300万円をBに交付	G <sub>2</sub> は無配当	G <sub>2</sub> は392条2項による代位ができない。Bに300万を交付		G <sub>2</sub> は無配当。G <sub>3</sub> は、Bが500条によりG <sub>1</sub> に弁済者代位する中からBに優先して500万回収