

2005年度担保物権法試験問題

松岡 久和
2006年1月23日

次の 〃 の両方の問題に答えなさい。全部で50点満点です。提出課題と平常点（50点満点）と加算して最終成績を付けますので、課題（学部生の場合、レポートで代替可能。大学院生の場合、レポートも必須）を提出していない人は受けても無駄です。

〔基礎知識編穴埋め問題〕

次の文章の 〃 に入る法律用語を漢字で書きなさい（20点）。なお、同じ番号には同じ言葉が入ります。

(1) 民法の定める担保物権には、留置権・〃・〃・抵当権の4種類がある。このうち重要なのは、〃・抵当権のように設定契約によって成立する約定担保物権である。〃と抵当権は、占有を権利の内容とするか否かに決定的な違いがあるほか、権利の対象も異なる。抵当権は（少なくとも民法上は）〃や債権には設定できないが（効力がこれらに及ぶことはある）、〃はこれらの上にも設定できる。

(2) 民法上の担保物権のように制限物権として定められてはいないが、権利（主として所有権）の移転あるいは不移転によって、担保物権としての効力を発揮するものを、非典型担保（変態担保）という。非典型担保には、〃・〃・〃がある。これらは、競売手続を介さない〃によって簡易・迅速に債権回収ができる点に特徴があるが、現在では、〃契約に関する法律や判例によって、〃が課されたため、債権者が被担保債権額以上の過大な利益を得ることは難しくなった。とりわけ〃は、法律ができたためにほとんど使われなくなるという皮肉な結果となった。

〃も〃も多様な対象の上に成立する。ただ、〃は、目的物が転売されると追及効を欠く〃売買〃の弱点を補い、目的物を引き上げる形で〃ができることに活躍の主たる場面がある。

不動産を対象とする〃の場合、融資の時点ですでに債権者が登記を備えているから、債権者が目的不動産を第三者に処分することがあり、弁済による目的不動産の回復を求める設定者と第三者との関係が問題になる。判例は、権利移転の形式を重視し、弁済期前や〃行使後の処分は、設定者との契約関係では違法であっても、権利者としての行為であるから有効だとする。そして、判例は、設定者と第三者を対抗関係に立つものと構成するので、原則として登記を先に備えた方が優先することになる。さらに、判例は、弁済期には、債権者は第三者への処分清算と〃のいずれをも選択できるとし、債権者が目的不動産を処分することで〃は消滅するから、両者の間に対抗関係は生じず、第三者が背信的悪意者に当たるかどうかを論じるまでもなく、第三者は確定的に所有権を取得する、とする。これに対して、担保の実質を重視する学説には、むしろ〃を原則とし、弁済期到来後に設定者が〃を行使する前であっても、弁済期到来前の処分や〃行使後の処分の場合と同様に債権者の処分は違法・無効であり、例外的に善意の第三者のみを94条2項の類推適用により救済すべきである、とするものが多い。

〔事例問題〕

次の事例問題を読み、小問に答えなさい。各小問はそれぞれ独立した問題である(30点)。

2004年6月、Sは、更地であった自己所有の甲土地(更地としての時価は約5億円。底地の時価なら1億円)の上に建物を建てるための資金としてHから1億円を借り受け、この返還債務を担保するため、甲土地にHのために抵当権を設定し、Hが登記を備えた。2005年2月に甲地上に乙建物(時価1億円)が完成し、S名義の所有権保存登記がなされた。しかし、いろいろな事情があって、Hは、約定通り乙建物に共同抵当権の追加設定を受けることができなかった。

2005年4月、SがHに対する債務の返済を怠り、債務不履行に陥ったため、同年6月にHが抵当権の実行を申立て、同年12月にEが買受人となって甲土地の所有権移転登記を備えた。現在の時点は2006年1月である。

- (1) 乙建物がS名義で登記されている場合、EとSの法律関係はどうか。本件の事例で、Hが、建物建築資金としてSに融資し、乙建物の建築を承知していたことは、結論に対して影響しないか。
- (2) (1)のようなEとSの法的紛争をそもそも生じさせないようにするために、Hが採れる方法はどのようなものか。
- (3) 設例とは異なって、Hは乙建物にも共同抵当権の追加設定を受け、登記を備えることができた。そのため、Hは、2005年6月に甲土地と乙建物の双方について抵当権の実行としての競売を申し立てた。ところが、2005年3月に新築の乙建物をSから月額300万円(数字にはあまり根拠がないが、これは相場の相当賃料と考えて欲しい)、敷金1000万円、期間3年の約定で借り、引渡しを受けたMが乙建物を占有している(借地借家法31条によりMの賃借権は対抗要件を備えたことになる)。2005年12月に、Eが甲・乙を共に買い受けて、それぞれ移転登記をしたとすれば、EとMとの関係はどうか。

以上