

第19回 抵当権(6)：抵当権と利用権／抵当不動産取得の利害調整

2009/12/18

松岡 久和

【短期賃貸借制度の廃止と対応策】(233-237, E148-150)

Case19-01 SはHから融資を受けてマンション甲を建設し、甲とその敷地にHのために抵当権を設定し、抵当権設定登記が行われた。完成後の甲には、Mら賃借人がSに敷金30万円を預託して入居した。

① Sのマンション経営が破綻してHが抵当権を実行してEが買受人となったとすると、EはMに明渡しを求めうるか。Mらは敷金の返還をEに対して主張できるか。

② 仮に抵当権が実行されても賃借人が引き続き居住できるという形で居住の安定した賃貸マンションであることを長所として優良な賃借人を集める方策はないか。

1 短期賃貸借制度とその問題点

改正前395条 第六百二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其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

・制度概要

① 602条の短期賃貸借（3年内の建物賃借権）は抵当権設定登記後のものも引受け

② 詐害的短期賃貸借に対しては抵当権者は裁判所に解除請求可能

←**管理行為**の限度で抵当権設定後の利用権者を保護し、抵当目的物の有効利用を確保

・問題点

① 執行妨害の口実としての濫用傾向；抵当権者の大きな負担（解除請求訴訟等）

例 高額の敷金や保証金、賃料前払・安価な賃料、譲渡・転貸自由の特約など
→ 抵当権者や買受人の過大な負担、競売の円滑な実施の困難化

② 競売制度の信頼性・実効性の動揺

③ 不十分な賃借人保護

・ 建物長期賃貸借権や土地賃貸借権（借地借家法で最低30年）は不保護

・ 正常賃貸借でも担保割れになれば解除可能

・ 差押後の賃貸借契約更新は差押債権者に対抗不能

→ 差押時期の先後という偶然による保護の振り分け

・ 買受人からは解約・更新拒絶が容易（「正当事由」が認められやすい）

2 短期賃貸借制度を廃止した2003年改正の特徴

① 抵当権に遅れる賃借権の消除原則→買受人は敷金返還義務を不承継

② **明渡猶予期間**（395条）の新設

； 執行等の前から使用・収益している賃借人に買受時から一律6か月の明渡猶予

（当初3か月から国会審議で6か月に；民執83条2項の引渡命令もこの場合には9か月に延長）

- ・明渡猶予期間中は積極的利用権限なし⇒買受人に対する不当利得返還債務
遅滞の場合の即時明渡請求

③同意引受制度（387条）の新設←収益物件での利用権確保による担保評価の可能性
3要件 ①賃貸借登記、②先順位抵当権者すべての同意（+利害関係人の承諾）

↓ ③先順位抵当権者の同意の登記

買受人の賃借権引受け（敷金返還債務も含む。敷金は登記事項）

3 立法当時に考えられていた問題点

- ①制度改革の方向性；正常賃借人への影響の危惧、検証の必要性（国会附帯決議）
- ②消除原則と居住・営業の安定—とくに高齢者・障害者・外国人等
- ③敷金返還請求権の危殆化←→未払賃料債権への敷金充当（最判平14・3・28民集56巻3号689頁）による保護？（第16回講義）
- ④明渡猶予期間中の法律関係
- ⑤同意引受制度における抵当権者の同意の性質
- ⑥同意登記や賃貸借契約内容変更の登記方法
- ⑦同意引受制度の利用見込み

【抵当権と抵当目的不動産の取得者の利害調整】（224-229, E150-152）

Case19-02 SはHから融資を受けて本件土地甲（評価額1億円前後）に抵当権を設定し、
抵当権設定登記が行われた。流動資金が必要になったSは、Hへの借金を返済するだけ
の余力がなかったので、甲をDに売却することにした。

- ①Dに所有権が移転した場合、Hの抵当権とDの所有権はどういう関係になるか。
- ②Hの側から、売買代金に対して抵当権の効力を主張することができるか。
- ③Dの側から、Hの抵当権の負担を消すにはどのような方法があるか。

1 前提

- ・抵当目的不動産は設定者の所有物で、抵当権設定後も処分は自由
- ・抵当目的不動産の第三取得者は物上保証人的地位に立つ←**抵当権の追及効**

2 代価弁済（378条）

- ：請求に応じて第三取得者が代価を抵当権者に支払うことで抵当権が相対的に消滅
- ・抵当権者に主導権
- ・この制度があることと抵当権の追及効が、売買代金債権への物上代位を否定する近時
有力説の論拠

3 第三者弁済と**抵当権消滅請求**（379条～386条）

(1) 第三者弁済と旧**滌除**制度の機能分担

- ・債務超過不動産ではない場合⇒第三者弁済・求償権（567条参照）と代金債務の相殺
債務超過不動産である場合 ⇒滌除・求償権と代金債務の相殺（577条も参照）

(2) 旧滌除制度の問題点

- ・抵当権者への過重負担として執行妨害のための濫用が多発

民法第2部（物権・担保物権）

- ・ 増価競売義務・自己買受義務・保証金予納義務⇒過度の負担で足下を見られる
- ・ 滌除通知を受けた後1か月の短い熟慮期間⇒資金手当と決断に余裕なし
- ・ 事前の抵当権実行通知⇒滌除権者が誰かの判断と通知コスト、執行妨害の準備猶予？

(3) 抵当権消滅請求制度への衣替え

- ・ 債務超過不動産の流通促進・抵当権を消滅させる必要性のある場合の存在
⇒単純廃止ではなく、改正し印象の悪い名称も変えて再スタート
- ・ 増価競売義務・自己買受義務・保証金予納義務の廃止（384条・民執185・186条の削除）
；消滅請求に対する対抗措置は通常競売。2か月以内に競売を申し立てない場合や競売申立ての取下げ等で承諾擬制。売却見込みがない場合などは承諾擬制では承諾擬制なし（384条4号括弧書き）⇒抵当権は存続
- ・ 熟慮期間の2か月への延長（383条3号、384条1号）
- ・ 抵当権実行通知の廃止（旧381条削除。関連して旧371条1項但書後段と2項も削除）
；消滅請求は抵当権の実行としての競売による差押えの効力発生前まで可能（382条）
- ・ 抵当権消滅時期の明確化（386条）
- ・ 滌除権者を所有権の第三取得者に限定（378条）⇒債務超過不動産の流通促進に純化

【抵当権の処分】（214-217, E156-161）

1 抵当権処分の必要性

2 抵当権の順位の変更（374条）⇒末尾の設例

- ・ 抵当権の順位の絶対的な交替
- ・ 利害関係人の同意＋登記（成立要件・不登89条）
- ・ 影響を受けない者（例 入れ替え当事者より後順位の担保権者）の同意は不要

3 抵当権の順位の譲渡と放棄（376条1項後段・不登90条）⇒末尾の設例

- ① 抵当権の順位の譲渡 抵当権者同士で行う。Aの一番抵当権の枠内でCが優先
 - ② 抵当権の順位の放棄 抵当権者同士で行う。ACは同順位で按分弁済
 - ③ 抵当権の譲渡 無担保債権者に対して行う。Aの一番抵当権の枠内でDが優先
 - ④ 抵当権の放棄 無担保債権者に対して行う。ADは同順位で按分弁済
- ・ いずれも相対的な処分所以他の者に影響しないので当事者の合意だけで可能

4 転抵当（376条1項前段）

- ・ 転質類似の制度で、担保の再利用により融資債権者自身が融資を受けるのに使用
- ・ 設定者の承諾不要、転抵当権の被担保債権額は原抵当権のそれを超えてもいいし、両被担保債権の弁済期の先後も問題にならない
- ・ 転抵当権は原抵当権の被担保債権の弁済期到来後でないと実行できない
- ・ 原抵当権はその被担保債権が転抵当のそれより低額で、かつ、担保価値に余剰がないと実行できない
- ・ 原抵当権の債務者は転抵当権設定の通知を受けると原抵当権者への弁済による原抵当権の消滅を転抵当権者に対抗できない⇒供託。転抵当権は供託金払渡請求権に及ぶ
- ・ 抵当権の順位の処分と転抵当の場合の二重の対抗要件
1) 抵当権の処分の優劣関係は、付記登記の先後による（376条2項）

2)債務者等に対する対抗要件は債権譲渡の対抗要件（467条1項）に準じる（377条1項）

【抵当権の消滅の特則】（243-246, E161-164）

- 1 設定者との関係での消滅時効（396条）
 - ・ 抵当権単独での消滅時効は否定：被担保債権の消滅時効→附従性による消滅のみ
- 2 第三取得者との関係での消滅時効
 - ・ 肯定説：弁済期到来後20年で消滅（396条の反対解釈：大判大15・11・26民19-2100）
 - ・ 否定説：抵当権だけの消滅時効を否定。397条によって20年で反射的に消滅するのみ
- 3 第三者の不動産所有権取得時効による消滅
 - ・ 所有権の原始取得により負担である抵当権が消滅することには争いが無いが、肯定説は397条によって説明、否定説は162条によって説明

設例

X所有不動産（1000万円相当）に、第一順位抵当権者A（被担保債権額200万円）、第二順位抵当権者B（同600万円）、第三順位抵当権者C（同400万円）が設定されていた。無担保債権者D（債権額100万円）が当該不動産を差し押さえた。差押え前に抵当権の処分が行われて対抗要件が備わっている場合、どういう結論になるか。

設定と変更 配当	現 状	抵当権の順位をC・A・Bに変更	AがCに抵当権の順位を譲渡	AがCに抵当権の順位を放棄	AがDに抵当権を譲渡	AがDに抵当権を放棄
第1順位	A 200万	C 400万	C 200万	A 67万 C 133万	D 100万 A 100万	A 133万 D 67万
第2順位	B 600万	A 200万	B 600万	B 600万	B 600万	B 600万
第3順位	C 200万	B 400万	C 200万	A 67万 C 133万	C 200万	C 200万
備 考	D 無配当	D 無配当	D 無配当 A C間はCが優先	D 無配当 A C間は按分配当	A D間はDが優先	A D間は按分配当