

# 第15回 担保物権法総論・抵当権(1)：抵当権の設定と登記

2010/11/19

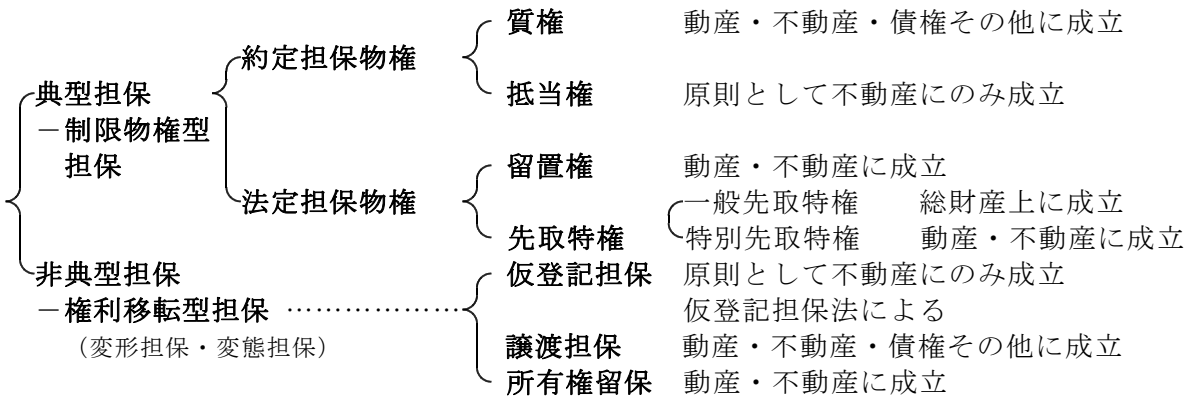
松岡 久和

## 【担保物権法総論】（181-187, E124-128）

### 1 債権担保の必要性和その手段

- ・債権者平等の原則と無資力危険
- ・対処方法：保険、危険分散（多数貸付の高利でカバー）、責任財産確保の制度（債権者代位権、詐害行為取消権、否認権）、債権担保制度
- ・ ①人的担保—債務者（したがってその責任財産）を追加するもの
  - 例 保証、連帯保証、連帯債務など
  - 長所：簡易、不動産など的高額財産がなくてもよい（少額金融に適する）
  - 短所：不確実（優先弁済権なし、共倒れの危険）、高額金融に向かない
- ・ ②物的担保—特定の財産から他の債権者に優先して弁済を受けるもの＝担保物権
  - 例 質権、抵当権（※物上保証：債務者以外の者が担保物権を設定する場合）
  - 長所：確実（ただし、安易な担保評価が回収不能を招くことはある）
  - 短所：コスト高（設定・実行の費用、手間、時間）、有形財産が必要
- ※実務では物的担保と人的担保の併用も多い；問題（再起不能、倒産回避）も有
- 例 会社経営者の個人保証—経営責任の自覚を促す
- 物上保証人の連帯保証—任意売却にも協力させやすくする
- ・その他担保的効力を発揮する制度
  - 買戻し、再売買の予約 → 仮登記担保として応用
  - 相殺（予約）、代理（弁済）受領（脱法行為的な恩給担保など）、振込指定など

### 2 担保物権の概観



### 3 担保物権の効力

- ①優先弁済的効力 留置権には事実的な優先弁済効しかなく破産では消滅（破66条3項）
- ②留置的効力 留置権・質権のみ
- ③収益的効力 買戻し・質権から抵当権等に拡大（2003年改正の不動産収益執行制度）
- ④権利取得の効力 流質は原則禁止。非典型担保の特色→清算義務により①に近づく

#### 4 担保物権に共通する性質

- ①付従性 根抵当権等の根担保はこの例外 → 人的担保（保証債務）にも共通
- ②随伴性 付従性に含まれるとも考える
- ③不可分性 296条→305条、350条、372条で準用。  
例外：担保権消滅請求制度（民再148条以下、会更104条以下、破186条以下）
- ④物上代位性 304条→350条、372条で準用。優先弁済の効果のない留置権にはなし

#### 【抵当権序論】（188-189, 199, E124, 128-130）

##### 1 近代的抵当権の発達

- ・信用経済の発達  
→担保提供後も使用できる担保形式の需要（例 生産信用と住宅購入資金調達）
- ・技術的受け皿としての登記による公示制度の確立  
→特定の原則（＝一般抵当権の否定）・公示の原則・（広義の）順位確定の原則

##### 2 近代的抵当権の典型と日本民法典の抵当権制度の特色

- ・約定担保権であり非占有担保性＋優先弁済的効力（369条1項）
- ・価値権そのものとして純化した投資スキームとしての近代的抵当権論（ドイツ法）  
←→債権担保の手段としてのみの日本の抵当権制度

近代的抵当権	日本の抵当権
順位確定の原則	順位上昇の原則
独立の原則（所有者抵当・土地債務）	付従性の原則（混同消滅）
流通性確保の原則（登記公信力）	登記公信力の欠如

#### 【（普通）抵当権の設定】（190-198, E130, 132-134）

##### 1 抵当権設定契約

- ・諾成契約性（保証契約は2004年に要式契約化）と契約書作成の実務
- ・当事者：設定者（債務者もしくは物上保証人）と債権者
- ・生じやすい問題（主に民法総則の諸問題：能力・利益相反・代理権限等）→192-193頁を参照

##### 2 被担保債権

**Case15-01** Y組合はXに500万円を貸し付け、この貸金債権を担保するため、X所有の不動産甲に抵当権の設定を受け登記を備えたが、X Y間の金銭消費貸借契約は、組合員以外への貸付けで無効だった（いわゆる員外貸付）。この場合、Xは、Yの抵当権の実行を排除できるか。買受人Zが登場した場合、Xは甲の所有権を主張できるか。

**Case15-02** AはYから借り入れをする前にYのために抵当権を設定し抵当権設定登記をしたが、実際に元本がYからAに交付されたのは3か月後だった。Yに続いてAに融資をし第2順位の抵当権の設定を受けたXは、Yの抵当権の無効を主張できるか。

## 民法第2部（物権・担保物権）

- ・金銭債権以外も可能だが稀（不登83条1項1号参照）
- ・条件付債権・将来債権についても現在時点で被担保債権とできる
- 【例】保証機関が将来取得する可能性のある求償権を被担保債権とする抵当権
- ・債権の一部や複数債権担保も1つの抵当権で担保可能

### ★抵当権の成立における付従性をめぐる諸問題

①消費貸借契約が無効な場合 百83・P30（信義則違反構成）

②消費貸借元本交付前の抵当権設定登記

要物契約性を厳格に考えると問題だが判例は緩やかに肯定：大判明38・12・6民録11輯1653頁・P339

→諾成的消費貸借契約を認めるか条件付債権として有効

③複数債権者の債権を1つの抵当権で担保すること（プロジェクト融資などの場合の準**共有抵当権**）は登記不可だが肯定説も有力→同順位抵当権の設定で対応可能

※複数債務者に対する債権を1つの抵当権で担保することは可能

### 3 抵当権の客体

- ・不動産（所有権）・地上権・永小作権（369条2項：実例は乏しい）  
特別法による拡張：立木・採石権・漁業権・各種動産抵当・各種財団抵当  
農地や借地上の建物については実行時に制限があるので注意  
物の一部にも設定可能。複数の不動産にも設定可能（**共同抵当**）  
共有持分権上にも理論的には設定可能だが、区分所有建物敷地程度しか利用なし
- ・未完成建物には抵当権は設定不可（登記もできない）

### 【抵当権設定登記】（198-200, E）

**Case15-03** XはYの不動産への抵当権設定と引き換えに500万円を貸し付けた。Yは約定通り弁済期に弁済したが、登記を抹消しないでおいたところ、その後再び同じ条件で500万円を貸し付けることになったので、先の登記をそのまま流用することにした。今度はYが債務を弁済しなかったため、Xが抵当権の実行に着手した。

①Yは流用した登記の無効を主張して抵当権の実行を排除することができるか。

②Yの不動産に後順位抵当権者Zが存在する場合に、ZはXの登記の無効を主張して自己の優先を主張できるか。

- ・登記によって第三者との優劣・順位が決定される（177・373条、不登4条1項）
- ・登記への記載事項（権利の登記一般の不登59条のほか、不登83・88条）  
①債権額、②債務者の氏名／名称と住所、③所有権以外の目的となる権利、④共同担保関係（共同抵当）、⑤利息、⑥損害賠償額、⑦債権の条件、⑧付加物に関する特約、⑧抵当証券発行特約と元本・利息の弁済期や支払場所の特約
- ・登記がなくても抵当権は有効に成立するが（意思主義・対抗要件主義）、実行は困難なうえ（民執181条1項各号）、優先弁済を他の債権者に主張できないため意義に乏しい

★無効登記の流用

判例・通説：制限的有効説－第三者の利益を害さない限り有効

；流用登記の効力が否定されるのは後の抵当権成立前に後順位抵当権者がいる場合  
←順位上昇の期待の保護

流用後に登場した第三者には正当な信頼なし（最判昭49・12・24民集28巻10号  
2117頁・P249）

**注意** 取り壊された建物保存登記の流用による抵当権設定は完全に無効（最判昭40  
・5・4民19-4-797・P248）