

## 第23回 仮登記担保・譲渡担保概論

2010/12/24~~20~~

松岡 久和

### 【非典型担保総論】（337-338, E179）

#### 1 権利移転（不移転）形式による債権担保

- ・法律上の担保物権＝制限物権

#### 2 非典型担保発達の理由

- ①法律上の担保制度の不足の補完
- ②法律上の担保制度の（とりわけ実行手続の）欠点の克服→私的実行
- ③法律上の担保制度の厳格さの回避→債権者の「うまみ」狙い

#### 3 非典型担保論の現代的課題

### 【仮登記担保】（339-350, E189コラム⑤）

**Question** 仮登記担保の特色と問題点を述べなさい。

#### 1 仮登記担保の意義と機能

- ・仮登記担保契約の定義（仮登記担保契約に関する法律（以下今回に限り「法」と略す）1条）
- ・債務不履行の場合の権利移転の根拠となる契約；抵当権との併用が多い
  - ①停止条件付代物弁済契約（482条）：債務不履行で自動的に権利移転
  - ②代物弁済予約（同）：債権者に予約完結権
  - ③売買予約（556条）：代金と貸金債権は相殺処理
- ・本来の代物弁済や売買予約では清算義務なし
  - 暴利行為が横行
  - 当初、公序良俗違反（90条）で対処
  - 清算義務の全面的肯定（最大判昭49・10・23民28-7-1473）
  - 仮登記担保法の制定（1978年）
  - 強力な規制に不動産譲渡担保にシフト

#### 2 仮登記担保権の設定に関する留意点

##### (1) 仮登記担保契約

- ・対象となる物や権利 仮登記・仮登録可能な権利。不動産所有権中心（法20条参照）
- ・被担保債権 金銭債権に限る（法1条）

##### (2) 仮登記または仮登録

- ・抵当権と違って所有権では登記簿の甲区に仮登記（所有権以外は乙区）
- ・被担保債権の記載なし
  - 担保目的か否かは判断不能
  - 届出の催告（→3(3)(b)）

### 3 仮登記担保権の効力

#### (1) 総説 — 私的実行または優先弁済の二面性

- (a) 私的実行手続による権利取得
  - ★競売や倒産手続開始後は私的実行は貫徹できない（法15条1項・19条）
  - ※私的清算完了後の仮登記担保権者は、仮登記のまま第三者異議可能（同条2項）
- (b) 公的競売手続による優先弁済：仮登記のまま抵当権扱い（法13条・19条）
  - ★仮登記担保権者自身には競売申立権なし（法12条）
- 後順位担保権者（仮登記担保権者を含む）は、(a)（→物上代位・後述(2)(c)）か(b)か選択

#### (2) 私的実行と清算確保の仕組み

- 担保の実質を重視する特色：**清算義務**（法3条1項）、**受戻権**（法11条）

##### (a) 仮登記担保権の効力の及ぶ範囲

- 仮登記担保契約による。定めがなければ抵当権（370条付加一体物）に準じる

##### (b) 被担保債権の範囲

- 抵当権（375条）類似の制限なし（例外：後順位仮登記担保権者の物上代位。法4条3項）

##### (c) 私的実行の手続

###### i 清算金見積額等の2種の通知義務

- 清算金請求権者は設定者（法3条1項）；後順位者は物上代位等で保護
- 清算金額＝清算期間満了時の目的物価額－被担保債権額（法3条）
- ①設定者に対する清算金見積額または清算金ゼロの通知義務（法2条1項）
  - ←弁済や受戻権行使の機会の保障；通知懈怠では私的実行は不可
- ②後順位者・第三取得者など利害関係人に対する通知義務（法5条）
  - ←私的実行による失権の警告、第三者弁済・物上代位などの機会の保障
  - 通知懈怠では本登記の承諾請求不可。後順位担保権者は清算期間経過後も競売申立てが可能（法12条類推。最判昭61・4・11民40-3-584）

###### ii 所有権移転と被担保債権の消滅

- **2か月の清算期間後に所有権移転**（法2条1項）；→清算期間経過前の本登記は無効
- 目的物の価額≥被担保債権額 → 清算義務→差額返還義務発生
- 目的物の価額<被担保債権額 → **清算後**、無担保債権存続（法9条）
- 見積額<客観価格 → 清算金額の増加
- 見積額>客観価格 → 清算金減額なし ←後順位者の保護・債権者の自己拘束

###### iii 清算金支払義務

- 清算金の支払と移転登記や引渡しは同時履行（法3条2項）
- 設定者に不利な特約は清算期間経過後にされたもの以外は無効（法3条3項）
- 清算金債権への差押え等
  - 設定者への弁済不可・供託して通知（法7条）
  - 供託金還付請求権に対する物上代位
- 清算期間中の清算金債権の処分禁止（法6条） → 物上代位権の確保

###### iv 本登記請求等の相手方と簡略な登記手続（法18条）

##### (d) 設定者の受戻権

- 目的物の所有権移転により債務は一応消滅。しかし、清算金が支払われるまで、設定者は債務相当額を弁済して所有権を取り戻せる（法11条）
- 受戻権は形成権：行使により債権者の承諾がなくても目的物の所有権は復帰
- 消滅：清算期間満了時から5年経過 or 第三者の目的不動産取得（同条ただし書）

★受戻権を行使した設定者と第三取得者の関係（前提となる場面の限定性に注意）

- ・ 第三者の権利取得と受戻権による権利復帰は対抗関係：例外は背信的悪意者排除
- ・ 設定者は、受戻権を対抗できなくても清算金債権を被担保債権とする目的物留置権を取得し、清算金の支払だけは確保可能（最判昭58・3・31民37-2-152）

(e) 法定借地権：抵当権の場合の法定地上権との違い

- ・ ①土地に仮登記担保権が設定された場合に限定（建物の仮登記担保権者は賃借権仮登記で自衛可能）、②賃借権、③私的実行に限定（公的競売では388条・民執81条等による）

(3) 競売等による優先弁済権

(a) 仮登記のままでの優先弁済権：仮登記の一般理論の修正

- ①先順位の担保権の実行 → 仮登記のある権利は失効：担保の実質が無視
- ②後順位の担保権の実行 → 仮登記のある権利は引受け：競売困難

→ 失効の代わりに仮登記のまま優先弁済権を肯定（法13条1項・16条1項）

(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

- ・ 私的実行の場合と異なり抵当権の375条に準じる2年分に制限（法13条2・3項）

(d) 根仮登記担保権の処遇

- ・ 根仮登記担保権は優先弁済権を否定（法14条・19条5項）；実質禁圧・批判有  
← 被担保債権額や極度額が公示されず他の債権者等を害する

#### 4 仮登記担保権の消滅 略

以下の部分は1月6日の不動産譲渡担保の回に繰り込みます。