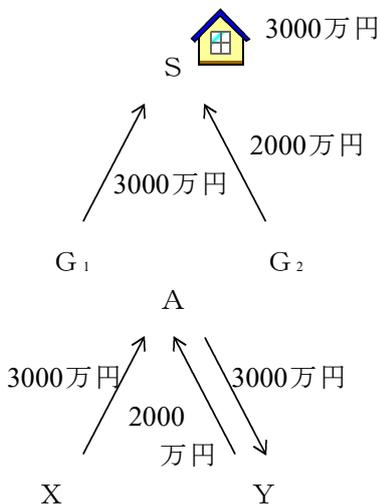


【担保物権法全体の概観】

- Q01-01 担保が必要な理由を説明しなさい。
 Q01-02 人的担保と物的担保の代表例を挙げ、その特徴を対比して述べなさい。

I 債権担保の必要性とその手段

- ・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、不動産などの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が、問題（再起不能、倒産回避）もある
- 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



左の上の図で、GらがSの甲不動産を競売して3000万円の配当原資（売得金から諸費用等を控除したもの）があるとすると、G₁に□万円、G₂に□万円が配当される。

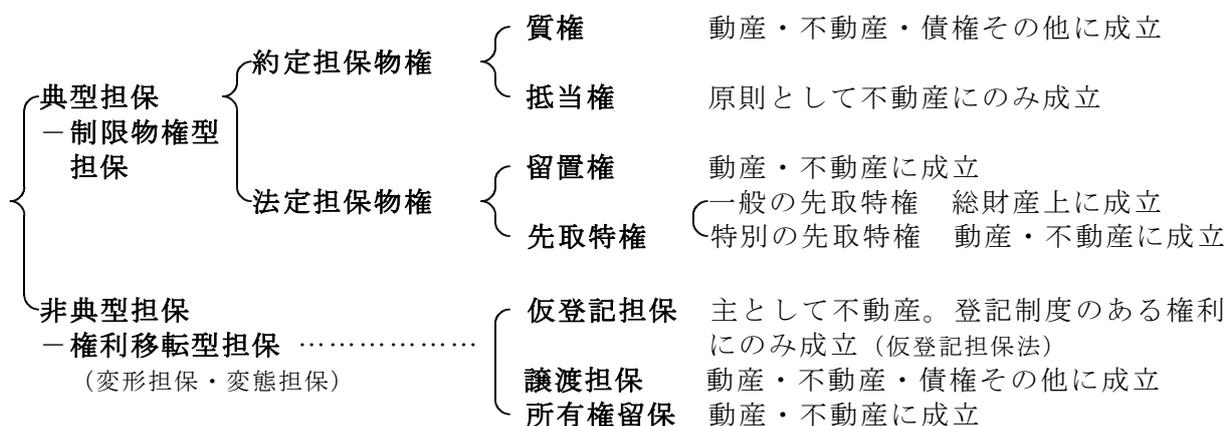
これに対して、左の下の図のように、YがAの債務者の地位にあり、XがAのYに対する債権を差し押さえた場合、YはAに対する2000万円の債権によって相殺することで、全額を回収した結果になり、Xは100万円しか回収できない（505条・511条）。

このように、相殺は、債務者が自分に対して有している債権について、一種の物的担保の設定を受けたのと同様の優先的な地位を事実上もつことになる。

これを相殺の担保的機能という。

II 担保物権の概観

- Q01-03 民法に規定がある担保物権は、まとめて何と呼ぶか。4つの担保物権をすべて挙げなさい。これらは2つずつに分かれるがその基準は何か。
 Q01-04 民法に規定がない担保物権は、まとめて何と呼ぶか。主要なもの3つを挙げなさい。



Q01-05 担保物権に(ほぼ)共通する中心的な性質はどういうものか。

Q01-06 担保物権に(ほぼ)共通する中心的な効力はどういうものか。

III 担保物権に共通する性質

- ①付従性：担保物権がその成立・存続・態様・消滅等において被担保債権と運命を共にするという性質。
- ②随伴性：担保物権が被担保債権の移転に従って移転する性質(付従性から導かれ、付従性の内容に含まれる)。
 ※①②は人的担保(保証債務)にも妥当するが、根抵当権では被担保債権確定前は妥当しない。
- ③不可分性：被担保債権が存在する限り対象全体に担保物権を行使できるという性質(296条→305条・350条・372条)
- ④物上代位性：担保物権の対象が売却・賃貸・滅失・損傷等によって消滅しても価値変形物や債権に優先的効力を及ぼすという性質(304条→350条・372条)

		留置権	先取特権	質権*	抵当権	仮登記担保	譲渡担保	所有権留保
効力	優先弁済的効力	△**	○	○	○	○	○	○
	留置的効力	○	×	○	×	×	通常×	×
	収益的効力	×	×	不動産○	×	×	×	×
	権利取得効力	×	×	×	×	○	○	○
性質	付従性	○	○	○	○	?***	?	?
	随伴性	○	○	○	○	?	?	?
	不可分性	○	○	○	○	○	○	○
	物上代位性	×	○	○	○	○	○	?

注* 質権以下の約定担保において、根担保の場合には、元本確定前には付従性・随伴性が欠けるが、そのことは表示していない。

** 留置権には事実上の優先弁済権があるが民事留置権は破産において失効する。

*** ?印の個所は明文の規定や判例がなかったり、あっても一般化しにくい。

IV 担保物権の効力

- ①優先弁済的効力 ←物権の排他性。民事留置権を除く全担保物権の効力
- ②留置的効力 留置権・質権・買戻型譲渡担保のみの効力
- ③収益的効力 不動産質権のみの効力(不動産収益執行は不動産担保物権に共通)
- ④権利取得効力 非典型担保の効力。清算義務が強化され①に近づく

【抵当権の意義と機能】

Q01-07 抵当権の特徴と、抵当権がなぜ担保物権の中心を占めているのかを説明しなさい。

- ・非占有担保性（価値権）。換価権（競売等による）・優先弁済権（369条1項）
- ・登記による公示
- ・背景：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（公示の原則）
特定の原則（＝一般抵当権の否定）・取引安全の保護⇒登記により動産に拡張可能

【（普通）抵当権の設定】

I 抵当権設定契約

- 1 性質：諾成契約性と契約書作成の実務
 - ・物権契約説 vs 債権契約説 処分行為 vs 義務負担行為、物権行為の独自性
- 2 当事者：設定者（債務者もしくは第三者である物上保証人）と債権者

Q01-08 保証人と物上保証人の異同を説明しなさい。

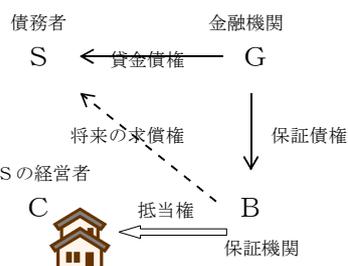
- ・無限債務を負う保証人、物的有限責任のみを負う物上保証人（ただし、担保から解放されるには被担保債権全部の消滅が必要。不可分性。372条・296条）
 - ・いずれも他人の債務への担保提供
⇒弁済させられたり担保物を失えば求償が可能（372条・351条。事前求償権は解釈問題）
 - ・生じやすい問題（主に民法総則の諸問題：能力・利益相反・代理権限等）
- 3 被担保債権

Case 01-01 AはYから借入れをする前に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。

Case 01-02 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、XY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。

- ・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時点で被担保債権にできる
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（図）
 - ・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

【図】 将来の求償権の物上保証



抵当権の設定で対応可能

- ①消費貸借契約が無効な場合（百I 81=P I 30：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（P I 339）
→諾成的消費貸借契約を認めるか条件付債権として有効（新587条の2参照）
- ③複数債権者の債権を1つの抵当権で担保すること（協調融資などの場合の準共有抵当権）は実務上登記不可→同順位

4 抵当権の対象

- ・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
借地上の建物への抵当権設定⇒従たる権利（87条類推）としての借地権も付随的に対象。ただし、実行時に譲渡制限があるので注意（借借20条）
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）

II 設定者の処分権限

- ・無権利者・無権限者の設定契約は債権的に有効だが、抵当権は無効
←公信力の欠如。例外：94条2項類推適用、本人の追認・追完
- ・抵当権は多重設定が可能⇒順位は登記で決める

【抵当権設定登記】

- ・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
- ・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）
- ・登記の記録事項（権利の登記一般の不登59条のほか、不登83条1項・88条1項）
乙区に記録（35頁図表4）。弁済期は記録されない。

★無効登記の流用

：普通抵当権を根抵当権のようにして無効になったはずの登記を使い回す場合

Case 01-03 AはB所有の不動産甲に抵当権の設定登記を得て500万円をBに貸し付けた。Bがこの債務を弁済した後、Aは再び同様の条件でBに500万円を貸し付け、残っている抵当権設定登記をそのまま用いた。この2番目の貸付けにおいてBが債務を弁済しなかったため、Aは抵当権の実行を申し立てた。

[1]他に利害関係人がいない場合、Bは抵当権の実行を阻止できるか。

[2]流用前にすでに甲に後順位抵当権者Cや第三取得者Dがいた場合は、AとCやDの関係はどうなるか。

[3]上記[2]の場合とは逆に、流用後に甲に後順位抵当権者Eや第三取得者Fが登場した場合どうなるか。

判例・通説：**制限的有効説**—第三者の利益を害しない限り有効

；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（PI 249）

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（PI 248）