

## 第02回 抵当権(2)：抵当権の効力

2017/10/04  
松岡 久和

### 【優先弁済を受けることができる範囲】

**Q02-01** 次の命題は正しいか(36頁のCase 7が具体例)。

- ① 抵当権者は、債務者の一般責任財産からも債権を回収することができる。
- ② 抵当権者は、抵当不動産所有者の一般責任財産からも債権を回収することができる。
- ③ 抵当権者は、債務者の一般責任財産に強制執行をした場合において他の差押債権者がいるとき、債権額で按分した額の弁済を受けることができる。

### I 優先弁済的効(369条)の実現(教科書34-38頁)

- ・ 抵当権の実行方法：担保不動産**競売**、担保不動産**収益執行**(民執180条)または**物上代位**(民執193条1項後段)を選択可能だが中心は競売。収益執行や物上代位は「つなぎ」
- ・ 消除主義(民執59条1項)と担保権の優先順位に沿った配当(177条・373条)
- ・ 抵当目的不動産以外からの債権回収は、他の債権者との関係では、無担保部分についてのみ可(394条、破108条：**不足額主義**)
- ・ 物上保証人や抵当不動産の第三取得者の**物的有限責任**  
これらの者は抵当不動産の価額の限度で責任を負うのみで、債務を負担しない(⇒一般債権者としての強制執行はできない)。抵当権の実行によって回収できない債権は、債務者に対する無担保債権として残る

### II 優先権を主張できる被担保債権の範囲(38-43頁)

**Q02-02** 登記済の抵当権が担保する被担保債権の範囲には、どういう制限があるか。また、そうした制限が必要なのはなぜか。

**Case 02-01** (39頁のCase 8の簡略版) Gは、Sに対し、期限1年、利率8%、遅延損害金利率16%の約定で1000万円を貸し付け、その貸金債権を担保するためS所有の土地甲に抵当権の設定登記を備えた。その直後に、甲はSからDに譲渡され移転登記がされた(以下一部略)。

被担保債務が弁済されないまま、契約締結時から6年が経過した。甲の抵当権が実行されて生じた配当原資が2000万円であるとき、この2000万円は、だれにどのように配当されることになるか。

- ・ 被担保債権の登記を要する。
- ・ 抵当不動産の譲渡の効果⇒第三者は抵当権の負担の付いた不動産を取得(物上保証人類似の地位)。抵当権者は所有者が変わっても抵当権を実行できる(**追及効**)。
- ・ 元本+利息債権・遅延損害金債権等の計2年分(375条、不登83条・88条1号・2号)  
※2年を超える利息については満期後の登記で担保可能(375条1項ただし書)  
←後順位抵当権者や一般債権者の担保余力への期待と予測
- ・ 債務者・物上保証人および第三取得者に対しては375条の制限なし(判例・通説)  
←契約時の覚悟+債務者や物上保証人の責任をそのまま承継する第三取得者の地位  
※多様な反対がある：担保価値有効利用や予測可能性確保(この点は応用的論点)

### III 抵当権の効力が及ぶ目的物の範囲(43-53頁)

**Q02-03** 抵当権の優先弁済効は、設定前後に抵当目的物に加えられた従物に及ぶか。

(教科書44頁のCase 9が典型問題)

## 1 付加一体物 (370条; 建物と土地が別であることを明示する唯一の規定!)

### (1) 付合物 (242条): 独立性を失った動産

- ・ 抵当権設定後の付合でも、原則として当然に付合物に効力が及ぶ (例外: 建物や登記・明認方法を備えた立木は、土地とは独立した不動産なので土地の抵当権の効力は及ばない)
- 例外: ①特約 (370条ただし書・不登88条1項4号)、②詐害行為 (370条ただし書)、③権原による付加物 (242条ただし書)

### (2) 従物 (87条) と従たる権利

- ・ 抵当権設定前の従物については87条2項で抵当権の効力が原則として及ぶ (P I 343: 湯屋営業道具と煙突、百 I 82=P I 345: 観賞用石灯籠・庭石)
- ・ 設定後の従物にも効力が及ぶ (P I 344: 抵当権設定後の雨戸・扉・建具類。結論不明)
- ・ 第三者の所有物を抵当不動産所有者の所有物だと誤信しても抵当権の効力は及ばない ← 抵当権の非占有担保性・即時取得なし
- ・ 建物の抵当権は敷地利用権に及ぶ (「従たる権利」、612条と借地借家法20条も参照。百 I 83)

## 2 果実

- ・ 果実には広く債務不履行時以後効力が及ぶ → 担保不動産収益執行制度の根拠; 抵当権の価値権性に対する理解の転換 (2003年民法改正)

## 3 分離物

**Q02-04** 次の場合、山林の土地の抵当権の効力は、伐採されて売却され、第三者に引き渡された樹木に及ぶか。

- ① 抵当山林の所有者が通常的林業の範囲内で伐採し売却した場合
- ② 抵当山林の所有者が通常的林業の範囲を超えて伐採し売却した場合
- ③ 隣地の所有者が自分の所有地と誤認して伐採し売却した場合

- ・ 判例は、現場に存在する限り搬出禁止 (P I 342)・一括競売を認めるほか、即時取得していない占有者に返還請求を肯定したものもある (百 I 87: 工場抵当権の及ぶ機械)
- ・ 学説には、判例を支持する見解のほか、分離物が抵当不動産から搬出され登記の公示が及ばなくなれば抵当権の効力が及ばなくなるという説 (我妻)、分離により対抗力だけが失われるとする説 (道垣内) などもある

## 【物上代位(1)－代替的物上代位】

**Q02-05** 物上代位とはどういう制度か、その根拠と併せて説明しなさい。その際に、典型例を挙げなさい (53頁のCase 11)。

### I 物上代位の意義と根拠 (53-88頁)

- ・ 目的物の価値変形物 (通常は金銭債権) にも抵当権の効力が及ぶこと (372条・304条)。
- ・ 古典的対立としての、**特権説** (物権説) vs **価値権説** と近時の傾向
- ・ 優先権の存在の公示と特定のため、抵当不動産所有者に価値変形物が帰属している間に「払渡し又は引渡し」前の差押えが必要 (304条1項ただし書)

### II 物上代位の対象 (55-59頁)

- ① 売却代金債権 判例はない。追及効・代価弁済との関係で抵当権には不要との説が多数。
- ② 買戻代金債権 判例 (百 I 87=P I 346)・通説は肯定 ← 解除により消滅する抵当権の代償

- ③損害賠償債権 典型例で異論がない
- ④補償金債権・清算金債権 土地収用法・土地改良法等に明文の規定あり
- ⑤仮差押解放金取戻請求権 判例（最判昭45・7・16民集24巻7号965頁）。議論あり。
- ⑥保険金債権 判例・通説は肯定。過去に異論あり。

### III 物上代位の要件－「払渡し又は引渡し」前の差押え（372条・304条1項ただし書。59-61頁）

- ・具体的な方法は、債権に対する担保権の実行（民執193条・143条以下）
- ・かつての説の対立と現在
  - （抵当権設定登記が他の債権者の差押えより前であることが当然の前提である点に注意）
  - 優先権保全説**（特権説）：自ら先に差押えが必要
  - 特定性維持説**（価値権説）：設定者の一般財産に混入しなければ優先権を認めても他の債権者を害しないから、誰の差押えでもよい
- 自ら先に差し押さえなくてもよいが、先行差押えがあれば配当要求の終期（民執165条）までに差押えが必要（配当要求では不可。P I 348）。

### IV 物上代位と競合する権利との優劣関係（61-64頁）

- ・債権譲渡・質権設定・一般債権者の差押えとの関係
- ・抵当権設定登記と競合する権利の對抗要件や差押えの効力発生時との先後による（百I 84=P I 349・350：登記時基準説、ただしいずれも後述の付加的物上代位の例）
- ・転付命令（民執159条）により執行が終了した後は物上代位はできない（P I 352）

## 【物上代位(2)－付加的物上代位】

### I 抵当権に基づく賃料債権に対する物上代位の可否（64-68頁）

**Q02-06** 抵当権に基づく賃料債権に対する物上代位がそれ以外の物上代位と違って疑問視されていたのはなぜか。どこに特徴があるか。

- (1) 問題の所在 — 抵当権の本質論等との緊張関係
    - ・時代背景：不動産不況による競売困難、高額賃貸物件の登場
    - ・文言（372条・304条1項）←→非占有担保性・果実との均衡（369条・旧371条1項、民執46条2項）
  - (2) 2003年改正を支える考え方
    - ・**無条件肯定説**（百I 84）：(a)先取特権との共通の非占有担保性→単純準用、(b)目的物使用自体への不干涉。学説の論拠：(c)なし崩し的具體化／価値代表、(d)交換価値に反映する使用・収益価値
    - ・「無条件」といっても被担保債権が債務不履行になっていることは必要
      - ←差押えがされるまでは、抵当不動産所有者による使用・収益の自由が保障されなければならない
- 代替的物上代位と異なり、付加的物上代位は抵当権実行の一方法！

### II 付加的物上代位と競合する権利の優劣（68-75頁）

#### (1) 物上代位と賃料債権の譲渡との優劣

**Q02-07**（69頁のCase 13） 抵当権に基づく賃料債権に対する物上代位と賃料債権の譲渡が競合する場合、どういう基準でどちらが優先するか。

- ・**登記時基準説＋第三債務者保護説**（百I 84=P I 349）：両對抗要件の先後による
  - ←304条1項ただし書の趣旨：第三債務者保護⇒第三者との関係は登記が對抗要件
  - ①「払渡し又は引渡し」は債権譲渡を不包含→設定者の財産から逸出しても抵当権には追及効有……先取特権との違い

- ②債権譲渡後の物上代位でも、第三債務者は弁済・供託で免責され不利益なし
- ③物上代位権が目的債権に及ぶことは登記により公示されている。
- ④債権譲渡の優先させると執行妨害が可能
- ・ **差押時基準説**：物上代位の対抗要件は差押え⇒債権譲渡は「払渡し又は引渡し」
  - ①差押え前には設定者は収益も処分も自由
  - ②債権譲渡後の物上代位を否定した判例（P I 331：動産売買先取特権）
  - ③抵当目的不動産とは異なる債権には登記の公示力は及ばない
  - ④執行妨害的債権譲渡は、公序良俗違反や権利濫用で否定
- ・ **二段階基準説**：差押え前に発生した賃料債権については債権譲渡優先、差押え後に発生する賃料債権については物上代位優先
  - ①登記による価値把握は不完全で潜在的、差押えで顕在化
  - ②差押え前の設定者の賃料債権処分の自由を保障⇒譲渡により責任財産から逸出；弁済を受けた債権譲受人は抵当権者に不当利得返還責任を負わない

(2) 転賃料債権に対する物上代位の可否

**Q02-08** 転賃料債権に対する物上代位はどういう事例で問題になるか（70頁のCase 14）。

- ・ **原則否定説**（P I 347：例外の定式は疑問。従前の執行妨害等要件説とほぼ同じ）
  - ①抵当権の負担を負わない賃借人は民法304条の「債務者」には含まない  
⇒転賃料債権は抵当不動産の交換価値の変形物でない
  - ②転賃形式による賃料債権への物上代位の意図的回避は執行妨害で不許；法人格濫用・賃貸借仮装など賃借人を所有者と同視できる場合
- ・ ほかに後順位賃借権限定説、全面肯定説、全面否定説も

(3) 物上代位と賃借人の相殺の主張の優劣

**Q02-09** 抵当権者から物上代位に基づいて賃料債権の取立てを受けた賃借人が、賃借人＝抵当不動産所有者に対する反対債権で相殺を主張できるのはどういう場合か（71頁のCase 15）。

- ・ **登記時基準説**（P I 351：からふね屋事件）・ **二段階基準説\***
  - 原則** 抵当権設定登記と反対債権取得時の先後で相殺の可否を決める。建設協力金債権の場合を除けば、通常は、物上代位が優先。
  - 例外** 原則により物上代位が優先する場合であっても、差押え前に相殺がされると「払渡し又は引渡し」に当たり物上代位権は消滅する（304条1項ただし書）  
\* 差押え前の差押え等の賃料債権処分を認めるため二段階基準説に近い
- ・ **差押時基準説**：差押後に反対債権を取得したのでない限り、相殺が優先（511条参照）  
ただし執行妨害的な相殺は相殺権の濫用

(4) 敷金返還請求権の問題点と意外な解決

- ・ 敷金返還請求権の発生は明渡時（P II 222）⇒つねに相殺は物上代位に劣後←→敷金預託がないと借りられない；多数物件は建設資金融資で抵当権設定済；敷金返還請求権の担保による自衛は困難
- ・ 明渡時の未払賃料債権への**敷金充当**（P I 353）
  - ①敷金返還請求権は未払賃料債権等を控除した残額で発生
  - ②敷金充当は敷金契約の当然の効果で相殺のような意思表示を要しない
  - ③抵当権者は差押前には用益関係に介入不可 → 賃料債権は敷金の充当を  
敷金契約締結の有無は所有者の自由 → 予定した債権