

第05回 抵当権(5)：抵当権の処分～特殊な抵当権

2017/10/25

松岡 久和

【**抵当権の処分**】(161-169頁。ほとんど省略する予定)

Q05-01 めぼしい財産が抵当権付債権くらいである抵当権者が被担保債権の弁済期前に融資を受けるにはどのような方法が考えられるか(161頁のCase 26)。

Q05-02 抵当権の譲渡等は何のための制度であり、ほぼ使われていないのはなぜか。

1 抵当権処分の諸態様

- ・債権譲渡担保⇒抵当権も付従して移転。一部譲渡では抵当権は準共有
- ・抵当権のみの処分の必要性：投下資本の流動化⇒転抵当
抵当不動産所有者の資金調達促進⇒抵当権の譲渡等

2 広義の抵当権の処分(1)(2)が狭義の抵当権の処分)

(1) **転抵当**(376条1項前段。転質の個所であわせて議論する予定)

- ・【**性質**】 担保価値の再利用(担保化。抵当権上の抵当権)
- ・【**設定**】 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よい。両被担保債権の弁済期の先後も問題にならない⇒それぞれの実行時に工夫
- ・【**対抗要件**】 二重の対抗要件：①第三者対抗要件付記登記(376条2項)
②債務者対抗要件(377条1項。原債務者への通知または原債務者の承諾(467条1項に準じる)
←原抵当権の付従性による消滅防止する効力確保の対抗要件
- ・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。供託金払渡請求権への物上代位
- ・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くないと実行できない

(2) **抵当権の譲渡等**(166頁Case 27および167頁の図表9・10。376条1項後段・不登90条)

- ・既存の抵当権の優先弁済権を他の債権者に使わせる制度
- ①抵当権の順位譲渡 抵当権者同士で行う。譲渡人の抵当権の枠内で譲受人が優先
- ②抵当権の順位放棄 抵当権者同士で行う。譲渡人と譲受人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。譲渡人の抵当権の枠内で譲受人が優先
- ④抵当権の放棄 無担保債権者に対して行う。譲渡人と譲受人は同順位で按分弁済
- ・いずれも相対的な処分で他の者に影響しないので当事者の合意だけで可能⇒不安定!

(3) **抵当権の順位の変更**(374条)

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

【**抵当権の消滅**】(169-180頁)

1 多様な消滅原因

(1) 物権に共通の消滅原因

- ・物上代位を生じない対象不動産の滅失(権利の消滅。398条による制限あり)
- ・混同(179条)
- ・(絶対的)放棄⇒無担保債権者になる(なお被担保債権の放棄は付従性による消滅)

(2) 担保物権に共通する消滅原因

- ・被担保債権の弁済等(消滅時効、弁済、代物弁済、供託、相殺、**更改**、免除、混同)
⇒付従性による消滅。例外は弁済者代位(499条-500条)
- ・担保権実行としての競売(民執59条1項の消除主義)
- ・担保権消滅請求(破186条-、会更104条-、民再148条-)

(3) 抵当権に固有の消滅原因

- ・代価弁済 (378条)、抵当権消滅請求 (379条以下)、特別規定 (396条・397条)

2 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を否定：被担保債権の消滅時効→付従性による消滅のみ
- ・第三取得者との関係での消滅時効は？
 - ①肯定説：弁済期到来後20年で消滅 (396条の反対解釈+新166条2項：大判大15・11・26民集19巻2100頁。被担保債権も消滅。第三取得者に消滅時効の援用権を認めなかった時代の判決ゆえ先例性は疑問)
 - ②否定説：抵当権だけの消滅時効を否定。397条により取得時効で反射的に消滅

3 抵当不動産の時効取得による消滅 (397条)

Q05-03 397条が適用される典型的な事例を挙げなさい (174頁のCase 28)。

- ・第三者の所定の占有の継続により負担である抵当権が消滅することには争いがないが、通説は所有権の取得時効の反射効として説明 (397条はたんなる注意規定)、反対説は同条を抵当権の消滅時効 (167条2項) の特則と説明
- ・典型例：占有取得後に抵当権設定登記がされ時効期間 (自己の物の取得時効を認める判例では占有取得時から10年または20年) の占有がされた場合
- ・登記済抵当不動産の第三取得者への397条の適用は肯定判例と否定判例が分かれる。
- ・この規定の意義自体に疑問がある (例：物上保証人からの第三取得者の20年以上の占有)
- ・抵当権者の時効中断の方法は検討課題 (最判平24・3・16民集66巻5号2321頁の解説百I⁷93 [松岡] を参照。166条3項ただし書類推適用による承認請求で中断を認めるべきか)

【共同抵当】 (180-192頁。192頁以下の応用問題は省略。演習課題は別紙)

Q05-04 共同抵当が単独抵当に比べてもつ利点を3つ説明しなさい。

Q05-05 共同抵当はだれのどのような利益を保護しているのか。

Q05-06 共同抵当の基本的な原理を説明しなさい。

1 共同抵当の意義と機能

- ①担保価値の集積
- ②債権回収不能の危険の分散
- ③土地建物の一体的な担保価値把握 (⇒一括売却。全体価値考慮説による法定地上権不成立)

2 共同抵当の設定と公示

- ・設定は同時でも追加でもよい
- ・共同担保目録で公示するが (不登83条1項4号・2項。35頁図表4)、対抗要件ではない
←保護利益=後順位担保権者・抵当不動産所有者の利益≠共同抵当権者の利益

3 共同抵当権の効力

(1) 抵当権者の権利

- ・共同抵当不動産の全部または一部の同時競売も順次競売も可能
- ・残存被担保債権全額につき順位に従った優先弁済権 (不可分性)

(2) 後順位担保権者と抵当不動産所有者の保護の必要性

- ・後順位担保権者：競売の順序に関係なく後順位担保権者の配当期待利益を保護
- ・抵当不動産所有者：担保価値の有効利用による追加融資期待を保護

(3) 同時配当の場合の負担割付 (392条1項)

- ・各不動産の売却価額に応じて債権の負担を按分

(4) 異時配当の場合の後順位担保権者の代位 (392条2項)

- ・同時配当の場合の後順位担保権者への配当が代位により実現
- ・代位の上限は、先順位共同抵当権の割付額と後順位担保権の被担保債権額の低い方
- ・代位の付記登記が必要だが (393条、不登91条・4条2項)、対抗要件ではない (判例)
⇒第三取得者に対して代位者に抵当権が帰属することを確認する確定判決で実行可

4 392条の適用に関する諸問題 (演習問題は別紙)

Q05-07 392条は共同抵当不動産がだれに帰属しているかに関係なく適用されるか。適用されないとすれば、複数の不動産の間の負担割付は何によって決まるか。

(1) 392条の適用範囲 (教科書と順序や表現を変えています)

- ・共同抵当権の設定時に所有者を同じくする不動産 (いずれも債務者所有または同一物上保証人所有) には392条が適用される (P I 361=百 I 92)。
- ・共同抵当権の設定時に所有者を異にする不動産には392条は適用されない (東京地判平25・6・6判タ1395号351頁は適用説。明示の最高裁判例はないが、不適用が前提)。

①債務者所有不動産と物上保証人所有不動産

同時配当の場合、最終責任負担者である債務者の財産から先に負担を割り付ける債務者所有抵当不動産の後順位抵当権者の代位は生じない。

物上保証人は、出捐額を全額弁済者代位できる (499条)

物上保証人所有不動産の後順位担保権者は、物上保証人の代位行使する抵当権から、物上代位の法理により優先弁済を受ける (差押え不要。P I 365、百 I 91=P I 366)。

②異なる物上保証人が所有する不動産

相互間の代位は501条3項3号による (結論的には392条適用と同じ負担割付)

⇒共同抵当不動産が別の所有者に属すると弁済者代位+物上代位によって後順位担保権者は保護できる。392条が必要なのは、共同抵当不動産の所有者が同じで、一方が先に実行されても自分自身に対する弁済者代位が生じない場合である。

(2) 共同抵当権者の抵当権放棄

- ・権利放棄は抵当権者の自由であるが、それによって後順位抵当権者の代位の利益を奪うのは不当⇒後順位担保権者が代位できたはずの限度で、残った不動産についても抵当権者は同人に優先を主張できない (P I 362・364)。

【根抵当】 (195-209頁)

Q05-08 根抵当権が必要である理由を説明しなさい。

Q05-09 根抵当権の特色を示すキーワードを3つ挙げなさい。

Q05-10 元本確定前に被担保債権が譲渡されたり、弁済による代位が生じた場合、根抵当権はその債権を担保するか。

1 根抵当権の意義

：一定の範囲に属する不特定の債権を極度額の限度で担保する抵当権 (398条の2)

←継続的取引関係の場合のような増減する債権をまとめて担保する必要性

抵当権の登記の流用は危ない (第1回講義末尾)

- ・実務の工夫⇒慣習法⇒1971年の民法改正による21か条の追加
- ・付従性の緩和：被担保債権がなくても成立、なくなっても存続、被担保債権に不随伴
- ・元本の確定により、その時点の被担保債権を極度額の限度で担保

2 根抵当権の設定

(1) 被担保債権の範囲：4種に限定＝包括根抵当の禁止

- ①特定の継続的取引契約により生じる債権（398条の2第2項）
- ②一定の種類取引から生じる債権（398条の2第2項）
- ③契約以外の特定の原因に基づいて継続的に生じる債権（398条の2第3項）
- ④手形・小切手上の請求権（398条の2第3項）

←包括根抵当により一般債権者を犠牲にして利益を得ることを防止（198頁図表14）

(2) 極度額

- ・優先弁済権が認められる最大限度枠（398条の2第1項、不登88条2項1号）
- ・枠内であれば何年分の利息・損害金でも可（398条の3第1項←→375条）
- ・設定者しかいない根抵当権実行でも配当は極度額内（最判昭48・10・4判時723号42頁）

3 実行手続の前提としての元本の確定

- ・元本確定事由（201頁図表15。3種類＋その他。合意優先。5年以内・更新可…根保証と同旨）
- ・根抵当権者からの元本確定請求による即時確定←不良債権の譲渡への根抵当権の随伴
- ・元本確定後は付従性・随伴性が生じる
- ・元本確定後も残る根抵当権に特有の性質
 - ①担保される範囲（上記2(2)）
 - ②根抵当権設定者の極度額減額請求（398条の21第1項）←担保余力の活用
 - ③根抵当権消滅請求（398条の22第1項）；全額弁済責任を負う債務者や保証人は不可

4 元本確定前の法律関係

- ・個々の債権の譲渡・債務引受け・弁済者代位・更改による当事者の交替（398条の7）：根抵当権は随伴せず！
- ・被担保債権の範囲の変更・債務者の変更（398条の4）：登記が効力要件
- ・極度額の変更（398条の5）：不利益を受ける利害関係人の承諾が必要。付記登記が成立要件
- ・元本確定期日の定めまたは変更（398条の6）：登記が効力要件
- ・根抵当権者または債務者の相続（398条の8）：合意の登記をしないと相続時に確定
- ・根抵当権者または債務者の合併（398条の9）：物上保証人や第三取得者が確定請求しないと合併後の債務についても担保
- ・根抵当権者または債務者の会社分割（398条の10）：物上保証人や第三取得者が確定請求しないと分割後の両会社の債務についても担保
- ・転抵当権の設定（398条の10）：設定の通知や原債務者からの承諾は不要。根抵当権の被担保債権の弁済には転抵当権者の承諾を要しない
- ・根抵当権の譲渡（398条の11-14）：普通抵当のような譲渡・放棄、順位譲渡・順位の放棄はできず、絶対効のある全部譲渡・分割譲渡・一部譲渡が可能。設定者の承諾や一部消滅する場合の転抵当権者等の承諾が必要

5 共同根抵当権（398条の16-18。省略）

- ・累積共同根抵当権と純粹共同根抵当権

【特殊な抵当権】（209-210頁。省略）

- ①立木抵当権 立木法により登記した樹木の集団に地盤から独立して抵当権設定可能
- ②財団抵当権 不動産・動産・各種権利を1個の財団として抵当権設定可能
- ③特殊な物権上の抵当権 漁業権・試掘権・ダム使用権に抵当権設定可能
- ④動産抵当権 登記・登録のある比較的高額の大型動産に抵当権設定可能
- ⑤抵当証券 抵当権を証券化して流動化するもの