

第08回 仮登記担保・譲渡担保(1)

2017/11/15
松岡 久和

【非典型担保総論】(9-11頁)

Q08-01 非典型担保の特色について述べなさい。

Q08-02 非典型担保における共通の課題は何か説明しなさい。

- ・特色：権利移転（不移転）形式・私的実行←→制限物権形式・公的競売
- ・発達理由：譲渡担保で詳しく説くところを参照
- ・課題：清算義務の徹底＝担保目的による制約、合理的範囲内での当事者の合意の尊重

【仮登記担保】(287-306頁)

Q08-03 仮登記担保とはどういうものか、譲渡担保との違いを指摘して説明しなさい。

I 仮登記担保の意義と基本的な仕組み

- ・権利移転による被担保債権の優先的回収を仮登記の順位保全効で確保（仮登記1条）
- ・権利移転根拠：①停止条件付代物弁済契約、②代物弁済予約（以上482条）、③売買予約（556条1項）。違い：予約完結の意思表示（②③の場合）の要否
- ・暴利行為的濫用に対して公序良俗違反の無効（90条）では対処できず、清算義務を全面的に肯定した判例（最大判昭49・10・23民集28巻7号1473頁）を制定法化（1978年）
- ・仮登記担保権の付従性・随伴性・不可分性・物上代位性（付従性・随伴性には異論有）

II 仮登記担保権の設定と対抗要件

1 仮登記担保契約の特徴

- ・金銭債権の担保の目的での権利移転約束が不可欠（仮登記1条）
- ・仮登記・仮登録できる権利は担保の対象になるが中心は不動産所有権（仮登記20条）

2 対抗要件

- ・仮登記・仮登録が対抗要件。被担保債権の公示を欠き担保価値の効率的利用は困難

III 仮登記担保の効力

1 仮登記担保権の二面的効力

- ・①私的実行による権利取得効（仮登記2条以下）
- ・②公的競売・倒産における抵当権に準じる優先弁済効（仮登記13条・15条・19条）
清算完了前は公的手続が優先。清算完了後は第三者異議可能

2 私的実行による権利取得効

Q08-04 受戻権とはどういう権利で、何のために定められているのか。

- ・被担保債権の範囲には抵当権のような制限（375条）はない（仮登記2条2項の「債権等」）
- ・効力が及ぶ対象の範囲は設定契約による。定めがなければ抵当権（370条）に準じる
- ・後順位の仮登記担保権者は物上代位ができる（仮登記4条2項）
- ・清算金見積額等の**2種の通知義務**⇒違反すると公的競売に持ち込まれ私的実行否定
 - 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（仮登記2条1項）
：設定者の債務の弁済や受戻権行使の機会を保障
 - ②後順位担保権者・第三取得者など利害関係人に対する通知義務（仮登記5条）
：後順位者等の失権の警告、第三者弁済・物上代位等の機会の保障

- ・2か月の清算期間後に所有権移転（仮登記2条1項）⇒清算期間経過前の本登記は無効
- ・清算金支払と移転登記や引渡しは**同時履行**（仮登記3条2項）。違反は原則無効（同条3項）
- ・物上代位権を保障する期間中の清算金債権の処分禁止や供託（仮登記6条・7条）
- ・受戻権：清算金が支払われるまで債務相当額（清算期間終了時の目的物の所有権移転により債務は消滅している）を提供して所有権を取り戻せる設定者の形成権（法11条）
 - ←清算義務の強化：債権者の承諾や受領がなくても所有権が復帰
- 清算期間経過から5年の経過又は第三者の所有権取得で受戻権は消滅（同条ただし書）
- ・法定借地権（仮登記10条）：法定地上権と3点で異なる。
 - 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）、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 強制競売等における優先弁済権

- ・仮登記のままでも抵当権の準じる優先弁済権（仮登記13条1項・16条1項）
- ・優先弁済権を主張できる被担保債権の範囲は抵当権同様（仮登記13条2項・3項⇒375条）

4 設定者の倒産 抵当権に準じる扱い（仮登記19条）

IV 仮登記担保権の消滅 略

V 仮登記担保法の功罪

Q08-05 仮登記担保法の長所を指摘するとともに、仮登記担保が使われなくなった理由を説明しなさい（305-306頁）。

- +大胆で精緻な利害調整：清算義務の徹底、受戻権、優先弁済権、物上代位確保等
- 根仮登記担保権は競売や倒産で失効（仮登記14条1項・19条5項）⇒実質的禁圧
 - ←被担保債権額・極度額の非公示
 - 帰属清算原則による清算金用意の負担（債権者が債務者！）

【譲渡担保(1)】（307-322頁）

- Q08-06** 不動産・動産・債権等という対象毎に最も期待されている単体の譲渡担保の機能はどういうものか。
- Q08-07** 譲渡担保の有効性に対して投げかけられた疑問を3つ挙げて、それがどう解消されてきたかを説明しなさい。
- Q08-08** 譲渡担保の法的構成につき、大きく対立する2つの考え方を説明しなさい。

I 譲渡担保の意義と機能

1 譲渡担保の意義と担保の仕組みと機能

- ・意義：担保のために権利を移転し、被担保債権の弁済により権利が復帰
 - 私的実行**（代物弁済または売却・弁済充当）による債権回収
- ・狭義の譲渡担保と**売渡担保**の異同（P I 370）……被担保債権の存否
 - ⇒統一的理解／譲渡担保の推認（百 I 95=P I 373）
- ・機能：暴利取得の正当化機能は**清算義務**（百 I 96=P I 383）により否定
 - ①法律上の担保制度の（とりわけ実行手続の）欠点・弱点の克服
 - ：時間と費用、競売価格の低迷、抵当権・質権のさまざまな制約
 - ⇒私的実行による簡易・迅速な債権回収、担保価値の有利な実現
 - ※もっとも後順位者権利者の排除機能は担保対象となる財産権に大きな制約
 - ②法律上の担保制度の不足⇒動産抵当制度の欠如を補完
 - ←設定者が占有・使用を継続したままでの担保化の需要
 - 新規担保創造機能：権利質の不足を補う（ゴルフ会員権譲渡担保など）

③債権回収迅速化機能；第三債務者が確実に支払ってくれる金銭債権の場合

④新規担保創造機能 **例** 営業権・のれん・ゴルフ会員権など

2 譲渡担保の有効性

- ・慣習法による担保物権として承認、判例法理による展開（実体法規定なし）
- ・①虚偽表示（94条1項）←→当事者の担保意思
- ②物権法定主義（175条）違反←→慣習法による物権≠「創設」
- ③質権（345条・349条）の脱法行為←→留置的効力を有する質権特有の規律

3 譲渡担保の法的構成

| | | |
|--------------------|-------------|---------------|
| ①信託的譲渡説 | 権利が債権者に移転 | 設定者は債権的権利のみ |
| ②物権的期待権説・設定者留保権説ほか | 権利が債権者に移転 | 設定者にも物権的権利がある |
| ③抵当権説・担保権説 | 担保物権を債権者が取得 | 設定者には負担付権利が残る |

判例は信託的譲渡説から担保権的構成に接近：担保目的の範囲内の権利移転

（314-316頁） **例** a)借地上の建物の譲渡担保と612条違反、b)倒産手続上の処遇、c)不法行為者に対する物権的請求権、d)損害保険契約、e)滌除権・抵当権消滅請求権、f)物上代位、g)根抵当権との併用、h)譲渡担保権の多重設定。詳細は略）

4 譲渡担保権

- ・譲渡担保権の付従性・随伴性・不可分性・物上代位性（付従性・随伴性には異論有）
：316頁のCase 37と318頁の説明（応用的な議論なので省略）

II 譲渡担保権の設定と対抗要件

Q08-09 設定者が無権利者だった場合、債権者は譲渡担保権を取得できるか。

Q08-10 譲渡担保権設定の対抗要件はなにか。

1 譲渡担保権設定契約

- ・諾成・不要式の債権契約
- ・被担保債権に制限なし。包括根譲渡担保は無効説も有力
- ・譲渡可能な権利や利益はすべて対象
- 例** 所有権・債権・株主権・手形や小切手上の権利・知的財産権・契約上の地位

2 譲渡担保権設定者の処分権限

- ・無権限者の処分では、原則として、譲渡担保権は取得できない
- 例外** 動産・有価証券 占有改定では即時取得は不成立（判例・多数説）
不動産・債権等など 94条2項の類推適用

3 対抗要件

- ・不動産 譲渡登記（177条）。登記原因は、売買・贈与・譲渡担保等
- ・動産 占有改定による引渡し（183条・178条）または動産譲渡登記（動産債権譲渡特例3条1項）
- ・債権 確定日付のある証書による債権譲渡の通知もしくは承諾（467条2項）または債権譲渡登記（動産債権譲渡特例4条1項）