

## 2009年度冬学期 民法第3部 シケプリ (2)

シケタイ：酒本、小林、飯永、川北、松浦、白浜、酒井、島貫、坂本、大澤、名部、松下

### 目次

|               |                        |    |
|---------------|------------------------|----|
| 第15回 (11月26日) | 多数当事者の債権関係 (第3節第3款まで)  | 2  |
| 第16回 (11月30日) | 多数当事者の債権関係 (第3節第4款)    | 7  |
| 第17回 (12月3日)  | 債権債務の移転 (第2節第3款2(2)まで) | 18 |
| 第18回 (12月7日)  | 債権債務の移転 (第11章の終りまで)    | 26 |
| 第19回 (12月10日) | 担保物権の概観、留置権、先取特権       | 35 |
| 第20回 (12月14日) | 質権、抵当権 (第2節まで)         | 45 |
| 第21回 (12月17日) | 抵当権 (第3節)              | 55 |
| 第22回 (12月21日) | 抵当権 (第4節)              | 62 |

## 第 15 回 (11 月 26 日) 多数当事者の債権関係 (第 3 節第 3 款まで)

文責：名部 惇

### 第 3 節 債務者が複数である関係 (P413～)

#### 第 1 款 分割債務

##### 1 意義

1 個の可分給付にてるき複数の債務者がいる場合において各債務者に分割された債務。

#### 第 2 款 連帯債務 (P414)

##### 1 意義

複数の債務者が債権者に対し、同一内容の可分給付についてそれぞれが独立して全部の給付をなすべき債務であって、債務者の 1 人または数人により全部の給付がなされれば総債務者について消滅するというもの。

不可分債務：

- ・ 性質上の不可分

例) 借りていたマンションを明け渡す債務があったが、債権が 3 人に相続された

米 900 グラムは可分だが、特約によって不可分債務にできる

428 条。弁済と履行の供給は絶対的効力を持つ。

429 条 2 項。原則が 2 項、例外が 1 項。

P50 の 10-2 の図参照。

900 万円の馬一頭を引き渡す債務を、A が免除。それでも、BC は引き渡せと言える。償還は実際には金銭で行われることが多い。免除は A が勝手にやったことだとして、A に分配後 AS 間で不当利得で処理というやり方も考えられる。これでは A が無資力のリスクを A に負わせることになる。

債務者が複数の場合：

分割債務：

無資力のリスクを債権者が負う。別段の意思表示を認めるとか、性質上の債務だと言うことで対応。

分割にならない場合、当事者の言動、地域の慣習とかを総合判断。

一人について生じたことは他の債務者に影響を及ぼさない。

内部関係も存在しない。自分の分だけ。払ってやるのは第 3 者弁済になる。

連帯債務：

432 条。

好きな割合で ABC に請求してもいい。上限は当然変わらないが。

同じ内容で可分でなくてはならない。

## (2) 性質 (P415)

### (a) 基本的内容

7 つに整理。

①全部給付義務 (432 条)

②債務者のうち誰かが履行すると他の債務者は債務を免れる；給付の一倍額性、という。

\*給付の一回性とはいわない。

③影響関係の特徴として、絶対的効力事由が多い。434～439 条。

④求償権。442 条。

⑤一人についての無効や取り消しは他の債務者には影響しない。433 条。

⑥債務者ごとに債務の態様が違っていてもいい。利子、金額、期限。

⑦個別措置が可能。一人の債務についてだけ保障するとか。

### (b) 個数論

連帯債務は一般に債務者の数に応じて複数あるという説が通説。

主観的共同関係説：連帯債務ではサインす阿寒に主観的な共同目的があり互いに結合している関係があると考えそこから絶対的効力・求償関係を説明する。

相互保障説：債務者がお互いに保証し合っている。連帯債務者はそれぞれ自己の負担部分については保証人の地位に立つと考え、そこから絶対的効力・求償関係を説明する。

どちらも連帯債務の全ての規定を統一的に説明できてはいない。両方の説の面があるという人もいる。

## 2 連帯債務の成立 (P419)

契約によって生じる。

連帯の特約が黙示的に認められる (多数説)。

商法 511 条。多数当事者間の規定。ジョイント・ベンチャーなどの場合など。

共同不法行為は特殊な連帯。後述。

## 3 効力

### (1) 対外的効力

連帯債務者の一人が破産した場合→テキスト参照。

## (2) 影響関係

P51 の 10-4 の図参照。

基本は影響しないという相対的効力。例外が 434～439 条

相殺→436 条 1 項。10-5 の図。

問題なのは A が相殺しない間に BC に請求された場合→2 項。

相殺権説：負担部分の範囲で相殺できるとする。

抗弁権説：履行を拒絶する抗弁権を持っているにすぎないとする。多数説。

債権者に有利な契約：

一人に請求すると他の債務者にも請求することになる。大事な効果が時効の中断。期限のない債務について遅滞に陥らない。

自分の知らない間に時効が中断する不利益をどう説明するのか。主観的共同説が説明しやすい。

債権者に不利なもの：

435 条。A についての更改の効果が BC にも及ぶ。

437 条。求償関係を簡単にするための制度。10-6 の図。（「負担割合」→「負担部分」に訂正）437 条がない場合には、免除との関係は不当利得で処理。437 条があるので、B には 5000 万円しか請求できない。同じ結果になるのであれば無駄な求償関係を生じさせるのはおかしいという規定。

（テキスト P427、冊子 P51）

判例の説。比例説。

442 条。消滅時効とか免除は財産を出したことになるからダメ。

求償権が発生するのはある債務者が自分の負担分以上の弁済をしたときだけじゃない。

443 条 1 項後半。相殺との関係。10-7 の図。

## 4 不真正連帯債務（P435～）

批判がいくつかある。その前にまず伝統的理解。

### (2) 伝統的理解

不真正連帯債務は主として同一の損害を数人がそれぞれの立場で填補すべき義務を負う場合に生じるとされる。

ここで批判を3つ挙げる。

1つ目に、主観的共同関係がない、だから共同関係がないというのはおかしい。

2つ目に影響関係のところだけに意味があるところ。

3つ目に全部義務。

そもそも不真正連帯債務を設けることがおかしい。二者択一ではなく法律関係に最も適した適用をすればいいのでは。（批判についてはP436～437）

(4)

(a) 対外的効力：432条と同様。

(b) 影響関係：相対的効力が基本。

(c) 内部関係：

求償を認める。公平が根拠。

求償の要件：負担部分を超える弁済をした場合に限り請求できる。連帯債務とは違う。

共同不法行為からくることでは？ by 中田先生

### 第3款 不可分債務

#### 1 意義

不可分債務；複数の債務者が負う同一の不可分給付を目的とする債務。（430条参照）

#### 2 効力

##### (1) 対外的効力

429条を準用。432、433条は準用。債務者の誰にでも好きに請求できる。

434～440条は準用されていない→相対的効力。

##### (2) 影響関係

430条は429条を準用していて、429条は原則は2項なので、相対的効力が原則。

連帯債務とは大きく違うことになる。

注意が必要なのは履行の請求。428条に不可分債権の規定があるが、430条は429条を準用しながら428条を準用していない。434条も準用していない。履行の請求は相対的効力しかないことになる。

##### (3) 内部関係

連帯債務と同じ。

#### 3 連帯債務・不真正連帯債務との比較（P443）

それでは不可分債務と連帯債務はどう違うのか。性質上の不可分と意思表示による不可分があるという点が違う。性質上の不可分の物理的に無理なものはそもそも含まれないが。意思表示による不可分＝特約。このとき連帯債務と重なる。

ここが学説のはっきりしないところ。

どう区別するのは、テキストを参照。

債権者にとって一番有利なのが不真正連帯債務。その次が連帯債務。

そのような強いものを認めるのに、不可分の利益の対価は不可分という説明になるが、それだけではやはり不十分。

## 第 4 款 保証債務

### 1 意義

#### (1) 保障の構造 (教 P 445)

##### 446 条①

保証人は、主たる債務者がその債務を履行しないときに、その履行をする責任を負う。

保証契約とは保証人と債権者の間の契約。ここを理解しておく、表見代理・詐欺・錯誤等の問題が理解しやすい。

債務者と保証人の間に保障委託契約が成立している場合もあるが、保証債務の成否には影響せず、求償の範囲に影響するのみである。

#### (2) 保障の機能 (教 P 447)

##### (a) 債権者・債務者にとっての機能———物的担保との比較

債権者から見れば主たる債務の履行の確保であり、人的担保である。対して物的担保には抵当権や質権などがある。

人的担保と物的担保を比較すると、

人的担保というのは常に他人が担保し、債務を負い、無限責任を負う。物的担保は自己による担保と他人による担保があるが、物上保証人は担保物の価値に限定された有限責任を負うのみで債務は負わない。

物的担保は担保としての確実性が高いが、設定手続きや履行の面において簡易ではない。

人的担保は保証人の共倒れがありえて確実性が低いが、比較的簡易に設定、執行できる。

一方保証人の側から見れば利他性・無償性・軽率性・情義性といった特徴がある。

しかし、経済的に考えると保証にも合理性がある場合もあり (例えば中小企業の保証を社長がやる。ビジネスとして銀行が保証をやる。)、保証の持つ危険とのバランスをどうとるかが問題となる。

##### (b) 保証人の類型による機能の相違

保証人は大きく分けて個人保証と法人保証に分けられる (参考：講義資料 10-11)。

個人保証には①伝来型 (ex.突然訪れた旧友に頼まれた)、②中間型 (企業の役員が保証)、③主債務型 (中小企業の社長)、法人保証には国などの公法人がする公的な保証、信用保証組合などの機関がする協会保証あるいは機関保証、銀行が対価をとって保証あるいは親会社の子会社の保証をするなどの企業保証がある。

法人保証のなかで重要なのは協会保証であり、10-12 (あるいは教 P 449) に載せてある。

では、保証人保護の必要性と保証契約の有用性の規定をどうしたらいいのか？抽象的な保証で行くのか個別的な保証を定めるのか？

日本民法では個人保証、特に連帯保証を念頭に置いて規定されており、法人保証とは別のものだという説明のされ方がかつてはなされていた。しかし、民法上の保証はもっと中性的な自立した当事者間の保証を想定しているとの指摘を受け、2004年の民法改正においては465条2以下で個人の保証の保護を規定されている。逆にいえば、それ以外の規定には個人だけでなく法人の保証も考えられているということ。

### (3) 保証債務の性質

#### ①別個債務性

内容としては大きく三つ。

保証債務は主たる債務の発生原因とは別の保証契約によって成立する。

保証債務と主たる債務は別々に消滅することがある。

保証債務についてのみ違約金または損害賠償の額を約定することができる(447条②)

#### ②付従性

内容としては主なものが三つ

成立における付従性・・・保証債務は主たる債務が成立して初めて成立する

消滅における付従性・・・主たる債務が消滅すれば保証債務も消滅する

内容における付従性・・・主たる債務よりも保証債務のほうが重くはなることはない(448条)

それに加えて

債権者の変更により主たる債務が移転すると、保証債務もこれに伴って移転する(随伴性)

主たる債務に生じた事由は保証債務に影響を与える

保証人は主たる債務者の有する抗弁権を行使することができる  
があげられる。

#### ③補充性

保証人は主たる債務者がその債務を履行しない場合に、その履行をする責任を負う。(446条)。そのため催告および検索の抗弁を有する(452・453条)。

ただし、連帯保証の場合にはこれらの抗弁権がない(454条)

#### ④給付内容の同一性

保証債務は主たる債務と同一の給付を目的とする債務であるということ。

近年では異論も強い。(後述)



## 2 要件

### (1) 書面による保証契約 (教P 452)

(a) 保証契約の締結

(b) 書面の意義

#### 446条②

2004年改正によって入れられた。保証の無償性・情義性・未必性等にかんがみ、保証を慎重ならしめるため、保証意思が外部的にも明らかになっている場合に限りその法的拘束力を認めるものとするのが相当だからである。

(c) 保証人の資格

原則としてだれでも保証人になれる。

ただし、450条によって債務者が保証人を立てる義務を負う場合は、行為能力者であること・弁済の資力を有することといった要件が課される。これらの要件を満たす保証人を立てないときには債務者は期限の利益を失い(137条2号)、債権者は債務不履行を理由として解除ができる。

### (2) 主たる債務 (教P 456)

(a) 主たる債務の存在

(i) 成立における付従性

保証債務が成立するには主たる債務が成立していなければならない。主たる債務が不成立の場合、無効・取り消しの場合には保証債務も不成立・無効となる(cf.連帯債務)

では、主たる債務の存否にかかわらず、他人が被った損害を一定の要件のもとに填補する契約を結ぶことはできないのか?契約自由の原則によりもちろんでき、一般に損害担保契約という。保証契約と違い、付従性も補充性もない。

(ii) 取り消すことのできる債務の保証

449条 行為能力の制限によって取り消すことができる債務を保証したものは、保証契約の時にその取り消し原因を知っていたときは、主たる債務の不履行の場合またはその債務の取り消しの場合について、これと同一の目的を有する独立の債務を負担したものと推定される。

付従性の原則によると主たる債務の取り消しの場合には保証債務も存在しなくなるはずである。なぜ449条のようになるのかというと、保証人の意思の推定、すなわち取り消し原因を知りつつ保証する場合、主たる債務が取り消されない限りにおいて保証するということを明言しなかった以上、主たる債務が取り消されても保証するという意思を持っていたと推定されるのである。

### (iii) 主たる債務の消滅

続いて主たる債務の消滅の段階の問題がある。免除により消滅したときには保証債務も消滅するが、時効取得や会社の倒産などの場合については後に回す。

### (b) 主たる債務の内容

主たる債務は代替的給付を目的とする債務ものでないといけないのか？給付内容の同一性にかかわる問題である。

伝統的通説は446条に注目し、“その”履行をする責任を負うとあることから、保証人は主たる債務と同一内容の債務を自己の債務として負担すると解される。したがって不代替的債務は本来主たる債務にはなりえない。ただし、不履行によって損害賠償債務に変じた場合、それを保証することはできる。したがって、不代替的債務の保証は、主たる債務が債務不履行によって損害賠償債務に変わることを停止条件として効力が生じる。

これに対して第二説は近時の有力説で、主たる債務と給付内容が同一でなくても、債権者に本来の給付がなされたのと同様の利益を与えればよい。なので不代替的債務についても無条件で保証債務が成立する。その内容は保証契約の解釈によって決めればよい。

※注 中田先生は授業では区別していなかったが、教科書によると主たる債務と保証債務の内容の同一性を不要とする説をとっているらしい。

## 3 効果

講義資料 10-10 右側を参考。(1) 債権者と保証人との関係、(2) 債権者と主債務者の関係、(3) 主債務者と保証人との関係という順番に分解・整理して講義を進めていく。

### (1) 債権者と保証人との関係 (教P460)

#### (a) 基本的効果

##### (i) 保証債務の範囲

446条が基本となる。その履行をする責任というのは保証契約の解釈によって決まるが、民法はその基準の一つとして、保証債務は主たる債務に関する利息、違約金、損害賠償その他その債務に従たるすべてのものを包含する(447条1項)という規定を置いている。

##### (ii) 一部保証 (→教科書P460)

##### (iii) 原状回復義務

主たる債務の発生原因であった契約が解除された場合、原状回復義務や損害賠償義務が発生することがある。損害賠償に関して保証人が責任を負うのは447条一項により明らかであるが、原状回復義務が問題である。

大審院は主たる債務との同一性を基準として、売買契約や請負契約の場合には本来の債務と現状回復義務には同一性がないとして保証人は原状回復義務を負わないとした。

しかし、学説はこれに反対した。例えば売主の保証をする場合、目的物の交付義務だけを保証するというのはむしろ例外的であり、普通は売主の負う一切の債務を保証するという趣旨であろう。

これをうけて最高裁は、講義資料 10-14 上段にあるように S 40・6・30[民百選Ⅱ24]で判例変更をした。

#### 最判昭和 40・6・30

特定物の売買契約が解除された事案。

売主の保証人の保証は通常、その契約から直接に生ずる売主の債務の責任のを負うというより、むしろ売主の債務不履行に起因して売主が買主に対し負担する債務につき責任を負うという趣旨でなされたと解するのが相当であり、特に反対の意思表示のない限り、売主の債務不履行により契約が解除された場合における原状回復義務についても保証の責任を負う。とした。

これは本来の債務との同一性という基準から離れ、保証契約をした当事者の意思を基準に判断するものである。学説もこれに賛同する。解除による原状回復義務が原則として保証債務の対象となることを一般的に認めたとする理解もあったが、特定物の売主の保証人についての判断であり、他の場合に当然に及ぶものではないという理解が現在では一般的である。

最高裁はその後、請負人の保証についても同様の判断を示した（最判 S 47・3・23）

大審院は賃貸借契約のように解除に遡及効がない場合については、解除による目的物返還債務は原状回復義務ではなく本来の債務であるという理由で保証人の責任を肯定した。結論としては妥当だが、保証契約の解釈から導くというほうが一貫していると思われる。

#### (iv) 内容における付従性

保証人の負担が債務の目的又は態様において主たる債務より重いときは、主たる債務の限度に減縮される（448 条）

保証債務が発生した後、主たる債務が軽減された時も、それに伴って保証債務も軽減されるが、主たる債務が加重されても保証債務は加重されない

#### (b) 保証人の抗弁

##### (i) 二種類の抗弁

保証人は、原則として主たる債務の履行をする責任を負うが、抗弁事由があれば債権者の

請求を拒むことができる。抗弁には二種類あって、主たる債務者に由来する抗弁と、保証人自身に固有の抗弁である。

(ii) 主たる債務者に由来する抗弁

α 主たる債務の不存在

主たる債務がその発生原因の不成立または無効により存在しない場合、保証債務の付従性により保証債務も存在しないことになり保証人はそのことを主張できる。

ただし、主たる債務者の相続人が限定承認した場合、主たる債務者が破産免責を受けた場合については保証人は弁済をしなければならない。

β 主たる債務者の抗弁

主たる債務者がなす抗弁を保証人も主張できる。

同時履行の抗弁や、期限猶予の抗弁等

γ 主たる債務の時効

いろいろ問題の多いところではあるが、細かくやると大変なのでごく簡単にやる。

a.主たる債務の消滅時効が完成して、主たる債務者が時効を援用した場合には付従性によって保証債務も消滅する。

b.主たる債務の消滅時効が完成したが、主たる債務者が時効を援用しない場合、保証人も援用できる（145条の当事者＝直接の利益を受けるものにあたる）

c.主たる債務者が時効完成後に時効の利益を放棄した場合、放棄には相対的効力しかなく、保証人はなお主たる債務の消滅時効を援用できる。

d.主たる債務者が承認をすると、主たる債務の時効は中断し、保証債務にも及ぶ。保証人が承認すると保証債務の時効は中断するが、主たる債務の時効は中断しない。

δ 主たる債務者の取消権・解除権

主たる債務の発生原因に取り消し原因があり、主たる債務者が取り消した場合には、保証債務も発生しなかったことになる。

取り消し原因があるのに、主たる債務者が取り消さない場合について議論がある。民法総則120条の解釈の問題である。保証人は承継人に当たるのか？

実は民法の起草者は、承継人に当たると考えていたが、判例は保証人の取消権を否定し、学説もそれに倣っている。これは主たる債務者と債権者の間の契約を第三者である保証人が取り消すというのは代位過剰であろうという考えである。ただ、主たる債務者が取り消しも追認もしない間は保証人は履行拒絶権を持つとする説が有力である。

ε 主たる債務者の相殺権

## 457条2項

保証人は、主たる債務者の再建による総裁を持って債権者に対抗することができる  
とあるが、保証人が相殺できる権利を持っているというのはいすぎであり、保証人は相  
殺によって消滅する限度で履行を拒絶する抗弁権を持つにすぎない。

### (iii) 保証人固有の抗弁権

#### α 補充性

補充性に基づき、保証人には二つの抗弁が認められている。

##### ① 催告の抗弁

債務者が保証人に債務の履行を請求したときは、保証人はまず主たる債務者に催告するよ  
う請求できる (452条)

##### ② 検索の抗弁

催告の抗弁を受けた債権者が主たる債務者に催告をした後であっても、保証人が主たる債  
務者に弁済の資力があり、かつ執行が容易であることを証明したときは、債権者はまず主  
たる債務者の財産について執行しなければならない (453条)

検索の抗弁があったのにもかかわらず、債権者が執行を怠り、そのために主たる債務者か  
ら全部の弁済を得られなかったときは、保証人は債権者が直ちに執行していれば弁済を得  
られた限度で、その義務を免れる (455条)

ただし、連帯保証の場合には保証人は催告の抗弁権、検索の抗弁権を持たない (454条)

#### β 保証債務の時効

保証債務は、主たる債務と独立して時効にかかる。

時効中断については 457条1項に規定があり、主たる債務者に対する履行の請求その他の  
事由による時効中断は、保証人に対してもその効力が生じ、保証債務の時効も中断され  
ると規定されている。

ここで注目すべきなのはその他の事由というところで、履行の請求のみが絶対的効力を持  
つ連帯債務の場合とは異なる。これは保証人にとって酷な気もするが、補充性によりまず  
主たる債務者に履行請求その他をするのは当然の順序であり、それにもかかわらず保証債  
務のほうが先に時効消滅するとすれば不当だからである。

### (2) 債権者と主たる債務者との関係 (教P469)

保証人が弁済・供託・代物弁済・相殺を行えば債権消滅の効果を主たる債務者は主張でき  
るが、それ以外の事由 (例えば保証債務の短期消滅時効完成、保証人による主たる債務の  
承認、時効の利益放棄等) が保証人に生じても主たる債務者は影響を受けない。

### (3) 保証人と主たる債務者との関係

#### (a) 保証人の求償権

保証人が弁済したときは、主たる債務者に対して求償することができる。求償権の性質は、保証人と主たる債務者の法律関係によって異なる。

保証人が主たる債務者から委託を受けて保証した場合、委任契約（643条）が成立する。保証人の弁済は事務処理費用として、償還請求ができる（649・650条）。委託がなかった場合、事務管理（697条）による事務管理費用として償還請求ができる（702条）

ただし、保証については特別の規定が459条～465条に置かれている。細かいが、以下でそれを見ていく。

#### (b) 委託を受けた保証人の場合

##### (i) 概観

委託を受けた保証人は、主たる債務者に対して一定の場合に求償することができる（459・460条）。保証人が弁済をした場合（事後求償権）とあらかじめ行使できる場合（事前求償権）がある。

##### (ii) 事後求償権

委託を受けた保証人が、主たる債務者に代わって弁済その他をしたときは、主たる債務者に対して求償権を有する（459条1項）。459条2項の準用する442条2項、連帯債務者間の求償権によると、その範囲は弁済その他免責があった額（保証人の出した金額と主たる債務者の免責を受けた金額のうち少ないほうの額）、免責日以後の法定利息及び避けることができなかつた費用その他の損害の賠償の合計である。

##### (iii) 事前求償権

弁済等の前でもあらかじめ求償できる場合が、460条に3つ、459条1項に1つ規定されている。

①主たる債務者が破産手続き開始決定を受け、かつ債権者がその破産財団の配当に加入しないとき

②債務が弁済期にあるとき

③債務の弁済期が不確定で、かつその最長期も確定することができない場合において、保証契約ののち10年を経過したとき

（以上が460条）

④過失なく債権者に弁済すべき旨の裁判の言い渡しを受けたとき

事前求償権の範囲は、求償時における主たる債務の額、帰発生の利息、遅延損害金、費用、損害賠償の合計である。（459条2項→442条2項）

手続き面からいえば、主たる債務者保護（保証人が保証債務を履行しないことを防ぐため）の規定が定められている（461条）

#### （c）委託を受けない保証人の場合

委託を受けない保証人には事前求償権がなく、事後求償権のみである。  
求償の範囲は、保証人になったことが主たる債務者の意思に反しないかによってきまる。

委託を受けなかったが意思に反しなかったときは、保証人は、主たる債務者が免責行為の時に利益を受けた限度において求償できる（462条1項）。つまり、その後の法定利息、費用、損害賠償は含まれない。

委託を受けず主たる債務者の意思に反して保証した場合は、求償の時に利益を受けている限度においてのみ求償権を有する（462条2項後段）。

#### （d）求償に当たっての通知

保証人は委託を受けたか否かを問わず、弁済その他の免責行為をする際、事前及び事後に、主たる債務者に通知しなければならない。463条1項で連帯債務における443条を準用している。

主たる債務者も463条2項において弁済その他の債務消滅行為をした場合は、委託を受けた保証人に事後の通知をすることが必要とされている。

## 4 各種の保証

### （1）連帯保証（教P474）

保証人は、主たる債務者と連帯して債務を負担したときには、催告の抗弁・検索の抗弁を有しない（454条）＝補充性なし

連帯保証では連帯保証人に生じた事由の効力が主たる債務者にも及ぶことがある。連帯債務における影響関係の規定が準用されているからである（458条→434～440条）＝影響関係の双方向性

434～440条の準用に関してはいろいろと細かい考察が必要となるが、それはテキストに譲るとして、とくに重要なのが連帯保証人に履行の請求をすれば主たる債務の時効が中断するという点。

連帯保証人が複数いる場合はそれぞれの連帯保証人は全部を弁済する義務を負い、保証人の数によって分割されない。＝分別の利益がない ∵連帯という言葉上当然。

#### 補足 「分別の利益について」

共同保証のところ飛ばされてしまうので、少し説明すると、共同保証（一つの主たる債務を数人が保証

すること) の場合には、原則として頭数で分割された保証債務を負担し、債権者は分割された分しか請求がない (456 条・427 条)。

## (2) 共同保証 (教 P 476～)

→テキストに譲るそうです。

参考：講義資料 10-15

## (3) 根[ね]保証 (継続的保証) (教 P 478)

### (a) 意義と種類

これまでは主たる債務が特定の一つであることを前提としていたが、不特定の複数債務の保証もある。大別して、信用保証、身元保証、不動産貸借人の債務保証がある。

### (b) 4つの問題

信用保証・身元保証・貸借人の債務保証について一般的な問題として4つある。

#### ①保証人に対する情報提供

書面が保証契約の有効要件とされたこと (446 条②) は契約締結時の情報提供の意味を持つ。信用保証については改正貸金業法によって情報提供義務が義務付けられている。身元保証についても、身元保証法 5 条で通知義務を課している。貸借人の債務保証の場合も、判例で貸借人が保証人に通知もせず、賃料の支払いを怠っている貸借人と契約更新をさせているなどの場合は信義則上保証人に対する請求が認められないとされる余地があるとした (最判 H9・11・13)。

#### ②保証の対象となる主たる債務の範囲および金額の限定

包括根保証 (限定のない根保証契約) について、判例は当事者の意思の解釈あるいは信義則を用いて保証人の責任を合理的な範囲に限定してきた。身元保証に関しても、身元保証法 5 条において損害賠償責任及びその金額を定めるについて一切の事情を斟酌するとしている。

貸借人の債務保証の場合はこれまであまり問題になってこなかったが、これから変わる可能性もある。例えば土地の貸借人が土壌汚染をしたり、産業廃棄物を土の中に入れた場合。この場合損害賠償債務あるいは原状回復義務が非常に大きな金額となることがある。産業廃棄物は判例があるらしい。

③保証の対象となる主たる債務の発生する期間の限定ないし保証人への終了権限の付与  
信用保証について判例は一定の理由のもとで解約を認めている (講義資料 10-16 真ん中、最判 S 39・12・18 民百選 II 25)

身元保証では身元保証法 4 条で解約権を認めている。



賃借人の債務保証は原則として一方的な保証人からの解約は認めていないが、例外として認められる場合がある。この場合も帰発生の債務についての保証の効果は残る。

#### ④保証債務の相続性の限定

信用保証のうち、包括根保証について判例は相続を否定しているが、既発生の具体的債務は相続される。身元保証の相続性は判例上否定されているが、(講義資料 10-16 下) 既発生債務は相続される。賃借人の債務保証について判例は相続性を認めている(大判 S9・1・30)。突然額が大きくなったりすることがないという実質的判断があるのであろう。

#### (c) 貸金等根保証契約

保証人が過大な責任を負いがちな保証契約について、その内容を適正化するという観点から、保証制度が 2004 年に改正され、貸金等根保証契約が新設された。

中小企業の倒産が多発し、その債務を保証した包括根保証人の生活が破綻して企業再生や再挑戦の機会が失われているという状況がある一方で、他方では保証人保護に傾きすぎると円滑な金融の疎外を招くという状況のもとで、一定の種類の根保証について個人保証人の保護を図ったものである。

対象となる貸金等根保証契約とは、①根保証契約であって、②主たる債務の範囲に貸金等債務を含み、③保証人が個人であるものである。それらに該当するものは、極度額の範囲で責任を負う(465 条の 2)

極度額は書面に記載されねばならず、記載がないと貸金等根保証契約は極度額の定めがないものとして無効になる(465 条の 2)

もうひとつ主たる債務の範囲を時間的に限定する方法がある。元本の確定という概念であり、元本の確定以後は、確定した元本とこれに対する利息・損害金等についてのみ保証債務を負い、その後に発生した債務については保証債務を負わないということである。

元本が確定するのは期日の到来(465 条①②③)、あるいは元本確定事由の発生(465 条④)。

#### (d) 今後の課題

貸金以外はどうか?例えば消費売買契約の場合。

これは貸金以外に広げてもいいのでは?

今回の債権法改正でも論点となっている。

## 第 11 章 債権債務の移転

### 第 1 節 2 つの視点

債権の移転については 2 つの視点がある。

- ・ 債権は特定の当事者間の権利であり、人と人との法鎖であるから他人に移転できない。
- ・ 財産権であるから、他人に譲渡する要請がある。

ローマ法ではこのうち前者が強調されて、債権の移転は認められていなかったが、更改や取立の代理を用いて移転が試みられるようになった。

しかし更改に関しては同一性が無いことから、担保権が消滅してしまい不便であった。代理による構成も、本人が死亡してしまうとうまくいかない。

そこで、本来的に債権の移転を認めてはどうかということになり、近代法で正面から認められるに至った。債権譲渡、債務引受け、契約上の地位の移転の 3 つがある。

### 第 2 節 債権譲渡

#### 第 1 款 債権譲渡の意義

##### 1 債権の移転の諸態様

まず、前提として債権譲渡と債権の移転との区別から。

債権の移転は、いろいろな原因で起こりうる。 ex 弁済による代位、強制執行、合併  
債権譲渡は、このうち契約によって移転する場合を指す。

資料 11-1 図 1 債権譲渡の場合

図 2 強制執行による移転の場合 ex 転付命令 (民事執行法 159 条、160 条)

似ているが、性質が異なる。

(以下この図に従って、債権の譲渡人を A、譲受人を B、債務者を S と表記します)

##### 2 指名債権と証券的債権

民法における債権譲渡の規定は民法 466 条～473 条。

466 条は一般的な規定

467 条、468 条は指名債権譲渡に関する規定

469 条～473 条は証券的債権に関する規定

指名債権とは、債務者が特定されている債権。

もともと流通を前提にした債権である証券的債権と比較すると、指名債権についての譲渡は、債権者が代わる大きな変化であるといえる。

## 第2款 債権譲渡の可能性

### 1 民法典論争 債権譲渡は自由か

現行民法では、466条より債権譲渡できるのが原則である。この点、かつては民法典論争で争いがあった。

太政官布告においては譲渡に債務者の承諾が必要とされていたが、旧民法では特に制限をおいていなかった。この旧民法に対して反発が起こり、民法典論争の一大争点となった。

最終的に妥協されて、現在の民法は、原則としては譲渡を自由とし、但し書きや2項で制限を加えるという形をとっている。

### 2 債権譲渡の制限

#### (1) 債権の性質による制限

「債権は、譲り渡すことができる。ただし、その性質がこれを許さないときは、この限りでない。」(466条)

債権者が代わると、債権の同一性が維持できない、債権の目的が達成できない場合これにあたる。高度の個人的関係が基礎となっている場合である。

伝統的には教授の義務がよく例に挙げられるが、結局は債権の同一性の維持が問題である点に注意が必要。

#### (2) 法律の規定による制限

扶養請求権や年金受給権、生活保護などその人に対して履行される必要がある場合などに規定が置かれている。貸金業者が暴力団員に債権を譲渡するなど、目的が望ましくないために禁止されている場合もある。

#### (3) 譲渡禁止特約による制限

「前項の規定は、当事者が反対の意思を表示した場合には、適用しない。ただし、その意思表示は、善意の第三者に対抗することができない。」(466条2項)

#### (a)特約の機能

民法制定当時は、取立屋への譲渡を防ぐ特約など、弱い債権者保護を念頭に置いた規定であった。

しかし現在では、銀行や公共団体といった強い債務者がトラブルを防ぐために利用していることが多い。債権譲渡を禁止する理由としては、事務手続が煩雑であることや過誤払いの危険があること、銀行の場合には預金との相殺の可能性を残しておきたいからなどが挙げられる。

これに対しては、理由が合理的でない、企業の資金調達ニーズを害するなどの批判が

ある。

## (b)特約と第三者

○特約に違反して譲渡した場合

資料 11-2 参照

- ・譲受人 B が善意→特約が及ばない
- ・譲受人 B が悪意→特約が及ぶ                      これは争いが無い。

判例はさらに、重過失がある場合にも特約が及ぶ（①判決）としており、これが多数説である。

我妻説は、さらに軽過失がある場合にも特約の効力を認めてよいとしている。

米倉説は、実態に応じた分類をすべきという説である。

譲渡の自由を重視すれば、判例・多数説が妥当であろう。

なお、②判決によれば、強制執行の場合には、善意悪意を問わず有効に移転する。私人間の契約によって強制執行を免れるとすれば、法律で列挙されているものとは別に差押禁止債権を作ってしまうことになるから。

○違反の効力

2 説が対立している

- ・物権的効力説

特約で債権の譲渡性が失われるので、譲渡は無効

- ・債権的効力説

債権を移転しない義務を負うにすぎないため、譲渡しても債務不履行責任は負うが有効である。ただし B が悪意なら、S は悪意の抗弁が可能である

条文からは物権的効力説が素直である。しかし、譲渡の自由を広げようと債権的効力説も台頭している。

○譲渡を S が承諾した場合

（物権的効力説からは、これは無効行為の追認となる。そうであるならば、追認時に効力が発生し、また無効は誰からでも主張できるはずだが、判例はこのような結論をとっていない。）

・譲渡前の承諾については、譲渡が有効であることに何ら問題ない。譲渡後の承諾の場合でも、B が善意無重過失ならば有効である。では悪意の場合はどうなるか？

→S の承諾により譲渡がさかのぼって有効となる（③判決）。

①債権の譲渡

②通知（対抗要件の具備）

③S の承諾

④A の他の債権者 C が差押え（強制執行特約の効力は及ばない）

というケース。

S の承諾後新たに対抗要件を備える必要があるかが争われたが、遡って有効になるから当初の対抗要件で十分であるとした。

他方④判決では、

①債権の譲渡

②通知（対抗要件の具備）

③A の他の債権者 C が差押え

④S の承諾

というケースで、S の承諾によって譲渡が有効とはせず、民法 116 条（無権代理行為の追認の規定）の法意に照らし C の権利を害することはできない、として遡及効を制限した。無効行為についての追完の法理によったものと理解される。

・無効の主張権者

⑤判決

A は特約を無視して債権を譲渡したが、のちに譲渡は無効と主張した。原審はこの主張を認めたが、最高裁は特段の事情ない限り許されないとして破棄した。

信義則ではなく、主張権者の範囲という構成をとっている。

中田先生の私見

譲渡人 A 自身というよりは、A の債権者や破産管財人のことを想定したのではないか。信義則ではこの人たちによる主張を封じられないから。

主張権者の構成をとれば、主張する独自の利益があるかどうかで結論を導くことができる。

### 第 3 款 指名債権の譲渡

#### 1 成立要件

- ・指名債権の存在（将来発生する債権については譲渡できる）
- ・譲渡契約の存在（合意の成立に債務者の同意は不要）
- ・譲渡が制限されていないこと

## 2 「対抗」要件

### (1) 民法 467 条の構造

「指名債権の譲渡は、譲渡人が債務者に通知をし、又は債務者が承諾をしなければ、債務者その他の第三者に対抗することができない。」(467 条 1 項)

「前項の通知又は承諾は、確定日付のある証書によってしなければ、債務者以外の第三者に対抗することができない。」(2 項)

「対抗」には 2 種類あること、「債務者」と「第三者」の関係に注意が必要。

### (b)対抗

債務者 S に対抗することができるというのは、弁済を求めることができるということである。S に二重払いの危険があるため、権利行使要件として、通知か承諾が必要である。

債務者以外の第三者に対抗できるというのは、177 条における対抗と同じ意味である。確定日付のある通知か承諾が必要である。確定日付のある通知については、民法施行法 4 条 5 条に規定があり、内容証明郵便が多く用いられている。なお、確定日付と到達にずれが生じるが、通知という行為について確定日付ある証書を要求しているにすぎないから、問題ないと解されている。

### (c)「第三者」

1 項は「債務者その他の第三者」、2 項は「債務者以外の第三者」と規定されている。

資料 11-3 の図 1 のように、1 項は債務者も含めた第三者、2 項は債務者以外の第三者という理解が多数説である。

### (2) 債務者との関係

#### (a) 通知・承諾の一般的効力

まず、通知は譲渡人 A が行う。B を S が知らない可能性もあるし、譲渡によって不利益を受ける A が行う方が信用できるからである。

B は A に通知を要求することができる。通知を行わない場合、B が A の使者として通知することはできるが、代位権行使は認められていない。A の意思の確認ができないからである。

それに対して、承諾は A と B どちらに対してしてもよい。

通知・承諾どちらもないと、S は悪意であったとしても弁済を拒むことができる。

### (b) 債務者の立場

#### (i)民法 468 条 2 項

債権譲渡によって S が不利になってはならない。例えば、

資料 11-4 図 1 譲渡されても同時履行の抗弁権は失わない。

このことを規定しているのが、民法 468 条 2 項。

「譲渡人が譲渡の通知をしたにとどまるときは、債務者は、その通知を受けるまでに譲渡人に対して生じた事由をもって譲受人に対抗することができる。」(民法 468 条 2 項)

#### (ii) 契約の無効等

##### ・無効

契約の発生原因が無効ならば無効の主張は対抗できる(ただし虚偽表示については 94 条 2 項で対抗できない)

##### ・取消し

取消しを主張できる。取消し事由が通知時に存在していれば、通知後の取消しでもよい。

##### ・解除

通知前は解除を主張できる。

通知時には解除していなくても、解除原因となる債務不履行が存在すれば主張できるし、解除原因の基礎となる事情が存在する場合も出来るというのが、多数説である。

#### (iii) 相殺

##### ・相殺 図 2

既出なので省略。

#### (c) 異議をとどめない承諾の効力

##### (i) 民法 468 条 1 項

「債務者が異議をとどめないで前条の承諾をしたときは、譲渡人に対抗することができた事由があっても、これをもって譲受人に対抗することができない。この場合において、債務者がその債務を消滅させるために譲渡人に払い渡したのあるときはこれを取り戻し、譲渡人に対して負担した債務があるときはこれを成立しないものとみなすことができる。」

抗弁の喪失や切断という効果を認めている。これは立法例としては珍しい。

・かつての学説は、S の意思表示の効果と説明していた。しかし、前条の承諾は単純に認識であるため整合性がとれない。

・そこで公信力説がでてくる。一種の公信力を与えたものだと説明する。これに対しては、外観を信頼したものに権利を与えるものではないから性質が異なるという指摘がある。また、譲渡後の承諾の場合を説明できないという欠点がある。

・禁反言を基礎とする法定効果と説明する見解もある。

資料 11-5 の判例は、公信力説とも法定効果説とも読みうる。

学説は、Bの信頼の保護の立場とCの落ち度を責める立場とがあるが、両面あるといえる。

#### (ii) 譲受人の善意

Bの主観的要件として、取引の安全が目的である以上善意であることは必要だが、過失がある場合はどうか？（流通の保護をどの程度重視するかとも関わる）

この点は争いあるも善意無過失が有力である。

#### (iii) 「対抗することができた事由」

1項が特殊な効果発生の場合であるため、2項の「生じた事由」の方が広い。

#### α 存在時期

解除権は、潜在的には常に債務不履行が生じうる。

→資料 11-5 判決

譲渡の時点で仕事完成義務を負っていた。よって解除原因は存在していたため、異議をとどめない承諾によって解除を主張できないとした。ただしBが悪意だったので解除を主張できると判示した。

解除原因は存在していないとして理解する見解も有力である。しかし譲受人の信頼の保護という観点が必要である。

#### γ 債権の帰属（授業では結論だけにとどめる）

468条の問題ではなく、「事由」には債権の帰属自体は含まれない。

#### δ 抵当権の復活

資料 11-7

抵当権は付従性により被担保債権消滅とともに消滅する。では債権が復活したら抵当権も復活するのか、また復活したら残っていた登記を流用できるか。

誰と誰の問題かで分けて考える。

#### 譲受人Bと債務者Sについて

抵当権復活を認める。債権の流通の保護、異議をとどめない承諾をした債務者Sの落ち度が理由である。

登記の流用も実態と符合しているから問題ない。

#### 第三者との関係

○第三取得者Cが現れた場合。承諾によって第三取得者が損害をこうむるのはおかしいの



で結論は異なる。

・Cが承諾の前に現れた場合。Cが得た利益を奪われるのはおかしいので復活しない。(平成4年判決)

・Cが承諾の後に現れた場合。この場合は当事者間で復活しているし、登記簿上も残っているから、抵当権は復活してよい。

○後順位抵当権者

図2

同様に、Dの順位が繰り上がった後承諾されるとDの利益が害される。Dが承諾前後に現れたかで結論が異なる。

○物上保証人

図3

常に承諾の前にEは現れていることになるので、抵当権は復活しない。

債務者の保証人にも同様のことが生じる。債務消滅後に承諾しても保証債務は復活しない。

第 3 款 指名債権の譲渡 (講義資料 p.15-16、教科書 p.512-536 参照)

2 「対抗」要件

(3)債務者以外の第三者との関係

(a)不動産の二重譲渡との対比

(i)「確定日付ある通知・承諾」と「登記」の対比

(ii)対抗要件としての機能

不動産登記には、①固定化、②公示、の 2 つの機能がある。確定日付のある通知では、①は満たされるが、②については債権があるかないかなど債務者に問い合わせることによって債務者に公示機関としての役割を与えている。しかし、債務者が正しい情報を提供する保証がなく、また債権の二重譲渡の場面では譲受人が債務者に問い合わせないため、公示機関として限界はあるが、対抗要件としての機能を期待されている。最判 S49.3.7 が債務者の公示機関としての機能を認めている (講義資料 p.56 11-8 参照)。

(iii)債務者の存在

不動産登記とのもう一つの違いとして、譲渡人・譲受人に加えて債務者がいることが挙げられる。そこで 467 条による債務者への通知がなされて初めて、176 条による不動産登記の場合の合意がなされたのと同じ段階に達する。また第三者に対抗するには、確定日付のある通知が必要となる (2 項)。

民 467 I : 指名債権の譲渡は、譲渡人が債務者に通知をし、又は債務者が承諾をしなければ、債務者その他の第三者に対抗することができない。

民 467 II : 前項の通知又は承諾は、確定日付のある証書によってしなければ、債務者以外の第三者に対抗することができない。

(iv)同時又は先後不明の場合がありうること

これも不動産登記との違い。同時に複数の内容証明郵便が届いたときなど。

(b)二重譲渡の諸態様

(i)どちらにも確定日付ある通知がされた場合

講義資料 11-8 参照。B と C どちらが勝つかについて、日付確定時と到達時のどちらをとるかによってずれが生じるため問題となる。確定日付説をとると B が勝ち、到達時説をとると C が勝つ。判例 (最判 S49.3.7) は債務者の公示機能を重視し、公示機能を果たすためには債務者が債権譲渡を知っている必要があるため、到達時説をとった。学説も支持。

次に、同時に到達した場合はどうなるか。判例 (最判 S55.1.11) は、B・C どちらも A に対して弁済を請求でき、どちらか一方に弁済すれば免責されるとした。

譲受人相互の関係はどうなるか。判例 (最判 H5.3.30) は、先後不明のケースだが同時到達と同じく扱うとし、しかし S が弁済供託をしたケースであったため供託金については B

と C はそれぞれ自分が優先すると主張できず、債権額に応じて分割すべきとした。

また、弁済供託でなく S が B に全額弁済した場合、C は債権額の割合に応じて B に払い戻すように主張できるか。最高裁判例はないが、学説は主張できるとするのが多数説。しかし、B が管財人のような立場で分配のコストを負担せねばならず、純粋に債権者平等の原則をあてはめることができるか疑問であるため、中田先生は否定説をとられている。

#### (ii) 一方に単なる通知、他方に確定日付ある通知がされた場合

講義資料 11-9 参照。S との関係では、12 月 6 日以降は C だけが債権者となる。ただし、12 月 5 日の時点では B が債権者であり、この時点で B になされた弁済は有効である。この場合、468 条 2 項により債権は消滅し C は弁済を請求できない。

民 468 II : 譲渡人が譲渡の通知をしたにとどまるときは、債務者は、その通知を受けるまでに譲渡人に対して生じた事由をもって譲受人に対抗することができる。

#### (iii) どちらにも単なる通知がされた場合

2 つの考え方があり、①説では B・C は互いに優先せず、S はどちらかに弁済すれば免責される。②説でも B・C どちらかに弁済すれば免責されるが、S は拒絶することができない。

S が誰にも払わなくていいのはおかしいし、同時到達の場面（最判 S55.1.11）とのバランスを考えると、②説が妥当だと思われる。

#### (iv) どちらにも何らの通知もされていない場合

S は A だけを債権者として弁済すればよい。ただし、S が債権譲渡を認めて B や C に弁済することは認められるが、この場合 B・C の側から請求はできない。

#### (c) 確定日付ある通知の効力の限界

11-9 で C の通知が S に到達する前に S が B に弁済したと言え、本当は弁済していなくても C が負けてしまう。債権譲渡の不確実性。

#### (d) 劣後譲受人への弁済

誤って債務者が劣後譲受人に弁済した場合。最判 S61.4.11 (11-8 参照) は、478 条の適用があるとし、467 条の例外を認めることになるので「劣後譲受人を真の債権者であると信ずるにつき相当の理由」が必要であるとした。

民 478 : 債権の準占有者に対してした弁済は、その弁済をした者が善意であり、かつ、過失がなかったときに限り、その効力を有する。

### 3 債権譲渡の社会的機能

#### (1) 債権譲渡の伝統的目的

##### (a) 弁済のための債権譲渡

財産状態が悪化した A に対し貸金債権を持つ B が債権を回収するため、A のもつ債権 f を譲り受ける場合。債権 f が二重に譲渡されたり、他の債権者に差し押さえられたりといった問題がありうる。

##### (b) 換価のための債権譲渡

(a) が危機状態のときの債権譲渡であるのに対し、(b) は平常時の債権譲渡。569 条が前提

としている場面。手形債権では手形割引という形で行われ、指名債権の場合はゴルフ会員権売却時の預託金返還請求権の譲渡がある。

民 569 I : 債権の売主が債務者の資力を担保したときは、契約の時ににおける資力を担保したものと推定する。

民 569 II : 弁済期に至らない債権の売主が債務者の将来の資力を担保したときは、弁済期における資力を担保したものと推定する。

### (c)取立のための債権譲渡

S が債務を弁済しないときに、債権者 A が B に取立てを頼む場合。普通は B が代理人として取り立てるが、本人として取り立てたほうが取り立てやすいときに債権 f を譲渡することがある。

### (d)担保のための債権譲渡

A が債権 f を担保として B から融資を受ける場合。債務者 S の資力によって価値が変わり、S が A に弁済すれば消滅するので、確実なものではない。362 条以下の債権質の形をとる。

## (2)近年の特徴

- ・危機時の譲渡から平常時の譲渡へ
- ・単一の債権の譲渡から複数の債権の譲渡へ…集合債権譲渡担保

## (3)集合債権の譲渡

### (a)意義

集合債権 = 「現在及び将来の多数の債権」

現時点での複数性と、時の流れの中での複数性があり、債務者は 1 人であることも複数であることもある。講義資料 11-10 参照。

図①→A と S の間の賃貸借契約で賃料債権 F から毎月の賃料債権  $f_1 \sim f_n$  が発生している。

図②→原料供給会社 A と S の間で既に発生している  $f_1 \sim f_n$  の債権を表している。

図③→ $f_1$  だけが既に発生し  $f_2 \sim f_n$  は将来発生する債権を表している。

図④→A が  $S_1 \sim S_n$  のそれぞれに対して既に発生している売掛金債権を有している。

図⑤→ $S_1$  と  $S_3$  に対して既に発生している債権を持ち、 $S_2$  と  $S_n$  は将来発生する債権を表している。

### (b)集合債権の譲渡の効力

#### (i)将来債権の譲渡の有効性

現時点での複数性について (図②④) 譲渡できるのは異議がないが、図①③のような将来債権の場合はどうか。

例えば医者は基金から診療報酬を受け取るが、将来取得する診療報酬債権を医者が譲渡することはできないか。最判 S53.12.15 は将来一年分の診療報酬債権の譲渡は有効で、それほど遠くない将来の債権については有効と述べた。

学説は、債権譲渡の時点では債権発生が不確実でも後に実際に債権が発生しているのに、

譲渡を認めないのは不当であるとして、原則的には広く譲渡を認めた上で、個々の点で解決を図るべきと批判している。

学説による批判を受けて、最判 H11.1.29 は 8 年 3 カ月にわたる将来債権の譲渡を認めた。この際、債権譲渡契約締結時の債権発生の可能性が低いことは将来債権譲渡の効力無効原因にはならないとし、①譲渡債権の特定性、②債権譲渡契約が公序良俗に反しないこと、を要件として有効とした。

#### (ii) 譲渡対象債権の特定性

最判 H11.1.29 (本契約型) では、債権の発生原因や譲渡にかかる額、将来債権については始期・終期を明確にすることで特定されるべきとした。

最判 H12.4.21 (予約型) では、予約完結時に譲渡の目的となる債権を、譲渡人が有する他の債権から識別できる程度に特定されていることが必要とした。つまり予約型では当初は特定していなくても、予約完結時に特定されればよい。

#### (iii) 公序良俗違反性 (包括性)

最判 H11.1.29 は、「将来の一定期間内に発生すべき債権を目的とする債権譲渡契約について、右期間の長さ等の契約内容が譲受人の営業活動等に対して社会通念に照らし相当とされる範囲を著しく逸脱する制限を加え、又は他の債権者に不当な不利益を与えるものであると見られるなどの特段の事情の認められる場合には、右契約は公序良俗に反するなどとして、その効力の全部又は一部が否定されることがある」と述べた。

これには 2 つのポイントがあり、①譲渡人保護 (合意の上でもあまりにも長期で包括的な債権譲渡は譲渡人の自由に対する過度の制限である)、②他の債権者の保護、の観点である。ただし②については詐害行為取消権や否認権で対応すべきとの批判があり、公序良俗違反で処理する範囲は限定される。

#### (c) 対抗要件

##### (i) 民法上の対抗要件

担保としての将来債権譲渡で、設定時の第三者対抗要件の効力について。最高裁は、譲渡担保と譲渡予約で違った考え方をとっている。

最判 H13.11.22 (譲渡担保) では、A が S に対して将来 1 年間に取得する売掛金債権を B に担保として譲渡した。設定時に A から S に確定日付ある証書による通知がなされたが、S からの取り立ては引き続き A がしていた。その後、B が担保権を実行する時点では確定日付ある通知は必要ないとするのが最高裁の立場である。

最判 H13.11.27 (譲渡予約) では、ゴルフクラブ会員権の譲渡予約について、予約時の確定日付ある証書による承諾では足りず、予約完結権行使のときに対抗要件を備えることが必要であるとした。これは債務者の公示機関としての役割を重視し、予約完結権が行使されていない段階では、債務者は債権者が譲受人である B ではなく未だ譲渡人の A であると考えているためである。

##### (ii) 対抗要件に関する特別法

467条による確定日付ある通知では、債務者の数が多いときに手間がかかり、各債権の額が小さいときには費用倒れになる可能性がある。また、譲渡人 A が B に債権譲渡したことを信用に悪影響を及ぼす恐れから債務者 S に知られたくないことがあり、467条が機能しないという問題点がある。そこで特別法が制定された。講義資料 p.57 11-11 参照。

#### α 特定債権法

リース業界・クレジット業界で需要の大きかった集合債権について、簡単に対抗要件を備えられる制度として1992年に作られて一定の役割を果たしたが、不十分な点があり2004年に動産債権譲渡特例法に置き換わる形で廃止された。

#### β 動産債権譲渡特例法

1998年に制定されたものが、2004年に動産債権譲渡特例法と改称して改正され、多数の債権の譲渡につき一括して簡易・迅速に対抗要件を具備させる制度として、467条とは根本的に発想の転換をし、債務者に対する対抗要件と債務者以外に対する対抗要件を分離した。

467条ではまず債務者に対する対抗要件があり、確定日付ある通知があれば債務者以外の第三者に対する対抗要件も備えたことになる。

一方、この法律ではまず債務者以外の第三者に対する対抗要件だけを備えることができる。それは債権譲渡の登記によって467条2項の確定日付ある通知があったものと見なされるとする。

法4I：法人が債権（指名債権であって金銭の支払を目的とするものに限る。以下同じ。）を譲渡した場合において、当該債権の譲渡につき債権譲渡登記ファイルに譲渡の登記がされたときは、当該債権の債務者以外の第三者については、民法第四百六十七条の規定による確定日付のある証書による通知があったものとみなす。この場合においては、当該登記の日付をもって確定日付とする。

そして債務者に対する対抗要件については、登記事項証明書を債務者に交付すれば備わったとされる（4条2項）。証明書の交付により虚偽の通知が防止されるので、譲受人が通知してもよい。債務者は通知を受けるまでは、譲渡人を債権者として扱ってよく、それまでに発生した事由は債権譲渡登記後のものであっても、譲受人に対抗できる（4条3項）。

法4II：前項に規定する登記（以下「債権譲渡登記」という。）がされた場合において、当該債権の譲渡及びその譲渡につき債権譲渡登記がされたことについて、譲渡人若しくは譲受人が当該債権の債務者に第十一条第二項に規定する登記事項証明書を交付して通知をし、又は当該債務者が承諾をしたときは、当該債務者についても、前項と同様とする。

法4III：前項の場合においては、民法第四百六十八条第二項の規定は、前項に規定する通知がされたときに限り適用する。この場合においては、当該債権の債務者は、同項に規定する通知を受けるまでに譲渡人に対して生じた事由を譲受人に対抗することができる。

この法律の要件は、譲受人が法人であることと、目的となる指名債権が金銭債権であることであり、法人は467条による譲渡とこの法律による譲渡を選択することができる。そ

ここでAのSに対する債権がB社とC社に二重譲渡され、Bについては債権譲渡登記、Cについては確定日付ある通知がなされた場合にどちらが優先するか、対抗要件の競合が問題となる。この場合、その優劣は債権譲渡登記がなされた時と確定日付ある通知がSに到達した時の先後によって判断される。

また、この法律は当初債務者が特定される場合を前提としていたが、債務者不特定の場合も2004年改正で認められるようになった。例えば、オフィスビルを建築する際に将来入居するテナントに対する賃料債権譲渡でテナントが決まっていない場合である。

#### **(4)債権の流動化**

##### **(a)債権の流動化の概要**

企業Aが特定の企業Bからではなく、より広く一般的に市場から融資を受けようとする場合の手法として行われるようになったものが債権の流動化である。講義資料11-12参照。原債権者（オリジネーター）が資金を回収しようとする企業（例えばクレジット会社）で、自らのもつ債権を特別目的会社（SPC：資金の調達のためだけに作られた会社）に譲渡する。この時の譲渡は担保としての譲渡ではなく、確定的な真正売買である。SPCはその多数の債権を担保として証券化して、投資家に売り、その代金をオリジネーターに払う。実際に債権を取り立てるのは債権管理回収業者（サービサー）で、取り立てた代金をSPCに支払い、SPCはその代金で投資家に対し、利子や償還金の支払いを行う。

ではなぜ、オリジネーターはSPCを介さず直接社債を発行して資金調達しないか。オリジネーターは他にも負債を抱えているかもしれない、あるいは破産するかもしれない。したがって社債の価値は頼りないものになってしまうが、優良な債権だけをSPCに譲渡するとSPCは負債もなく優良な債権を引き当てにして社債を発行することができるので、投資家も安心し格付けが上がるのでより高く売ることができる。

このような仕組みを容易にするものとして、SPC法、サービサー法がある（講義資料11-11参照）。

##### **(b)債権の流動化の問題**

1つ目は、オリジネーターの倒産から債権者を隔離するため、オリジネーターとSPCの間は担保ではなく真正売買でなければならない、その性質決定が問題となる。また、SPC自身の倒産にどう対処するかも問題となる。

2つ目は、譲渡される債権の中に債権譲渡禁止特約がついたものがあつた場合、譲渡された債権全体の価値が低下することが問題となる。また、詐害行為取消権や否認権との関わりも問題となる。

3つ目は、包括的な債権譲渡により譲渡人の一般債権者が害される恐れがあることから問題となる。また、過剰担保として債権の担保価値の有効利用を阻害する恐れもある。

4つ目は、債務者の個人情報の保護が問題となる。

##### **(5)債権による資金調達（まとめ）**

講義資料11-13参照。

**第4款 証券的債権の譲渡**（講義資料 p.16、教科書 p.536-539 参照）→授業では省略

### 1 証券的債権と有価証券

### 2 民法上の証券的債権

**第5款 電子記録債権の譲渡**（講義資料 p.16、教科書 p.540 参照）

教科書の記述は古く、電子記録債権法は2008年から既に施行されている。

電子記録債権とは、発生・譲渡について電子記録をすることを要件とする金銭債権。債権者・債務者が電子債権記録機関に申請をし、記録原簿に記録してもらうことで行われる。電子債権記録機関は、一定の要件を満たし、主務大臣の指定する一般の株式会社である。電子記録は対抗要件ではなく、それをしなければ効力を生じない効力要件である。譲受人の善意取得、抗弁の切断などによって流通保護が図られている。意思表示の無効・取り消しの特則、電子記録名義人への支払いによる免責の規定もある。

電子記録債権の機能の一つとして、手形のような役割を果たす。ペーパーレスにしながらも手形割引を受けられるようにするために電子記録債権法が作られた。そして2009年6月に第一号の電子債権記録機関として日本電子債権機構株式会社が設立された。また全国銀行協会が設立するものが2012年の開業を目指している。

**第3節 債務引受**（講義資料 p.16、教科書 p.541-546 参照）

### 1 意義

#### (1)構造

債務の同一性を保ったまま契約によって債務を移転することを債務引受という。例えば、子供の借金を親が肩代わりする場合。日本民法に債務引受に関する規定はないが、ドイツ民法の影響で学説・判例が発達した。

#### (2)2種の制約

債権譲渡は原則自由だが、債務引受は、①債務の移転性の面と、②債務者の資力の面からの制約がある。

①について2つある。1つ目は給付の代替性。例えば、著名な画家BがAの肖像画を描く債務を負っているときに画家Cがその債務を引き受けることはできない。2つ目は当事者間の人的信頼関係の保護。例えば、雇用契約でAの被用者Bは業務が代替性のあるものであってもCに引き受けてもらうことはできない。AがBを信頼して雇っているためである。

②については、金銭債権は債務者の資力によって価値が大きく変わるため、資力のある債務者から無資力の債務者に引受がなされては困るからである。

#### (3)種類

講義資料 11-14 参照。債務を引き受けた債務者Cの他に、元の債務者Bにも債務が残るものを併存的債務引受という。判例では、BとCが連帯責任を負うものとされる。また、Bの債務がなくなり、Cだけが債務者となるものを免責的債務引受という。これら2つの間で債務引受が認められるかについて要件が異なる。



ほかに履行の引受があり、BとCの間でCがBの債務を履行することを約する契約である。CはBに対してはAに履行する義務を負うが、Aに対しては直接債務を負わない。

## 2 併存的債務引受

## 3 免責的債務引受

## 4 履行引受

### 第4節 契約上の地位の移転（講義資料 p.16、教科書 p.546-549 参照）

#### 1 意義

合意によって契約当事者としての地位が移転すること。

1つの契約から様々な債権債務が発生し、多くの問題は発生した個々の債権債務の移転に分析して解決することができるが、そこには還元できない問題もある。例えば、契約の解除権について。

契約上の地位が問題となるのは、賃貸人たる地位、使用者たる地位、フランチャイジーたる地位、ゴルフ会員契約上の地位、保険契約上の地位など、継続的契約に関するものであることが多いが、売主たる地位の移転のように一時的な契約のこともある。

#### 2 要件

契約上の地位の移転は、債権債務の移転を伴うから、債権譲渡・債務引受が認められない場合にはできない。契約上の地位の移転自体が合意または法律により禁止されている場合も同様。

契約上の地位の移転では、元の当事者は契約関係から離脱することになり、契約上の債務について免責的債務引受を伴うことになるので、原則として相手の同意が必要。そこで、契約上の地位の移転は、ABと新たな当事者Cの3者間の契約、またはACの合意とBの承諾によってなされるのが基本。AからCに目的物が譲渡される場合には、目的物と一緒に賃貸人の地位も移転する。

一部の当事者が知らない間に、契約上の地位の移転が生じるかが問題となる。不動産の所有者兼賃貸人が不動産を第三者に譲渡したときに、賃借人の承諾なしに不動産の譲渡と共に賃貸人たる地位の譲渡ができるかといったことである。

#### 3 効果

契約上の地位の移転があると、移転を受けた人が新しい当事者になり、移転した人は契約関係から離脱する。離脱すると、契約から発生する債権債務が移転する。主たる債務だけでなく付随的な債権債務、既に発生したものだけでなく将来発生する債権債務も移転する。また、契約の取消権や解除権といった契約上の地位に伴う権利も移転する。単なる債権の譲受人なら、債権の履行の請求ができ、また不履行の場合に損害賠償請求はできるが、契約の解除はできない。

契約上の地位の移転は未だ解明されつくしていない分野だが、ある学説では特定の財産の譲渡に伴う地位の移転、それ以外の合意に基づく契約上の地位の移転に分けて検討し、前者は賃貸不動産の譲渡に伴う賃貸人の地位の移転、後者はフランチャイズ契約上の地位

の移転を例としている。社会学的には分かりやすい区別だが、理論的に区別が可能か検討する必要がある。債権法改正でも検討されている。債権譲渡の仕組みをどのようにするかと密接に関連し、当事者 ABC についてはいつ債権譲渡するかで構わないが、それ以外の第三者 D との関係で契約上の地位の移転があったかどうかは微妙な問題である。

## 第 19 回 (12 月 10 日) 担保物権の概観、留置権、先取特権

文責：島貫 まどか

### 第 2 部 担保物権

#### 第 1 章 担保物権法の概観

##### 1 担保とは何か

金銭債権については債務者の一般財産が引き当てになる。とすると債権者平等の原則が働くので、債権者は担保をかけておいて、債権回収を確実にしたい。これこそが担保の趣旨である。

日本では、担保には人的担保と物的担保の二つがある。人的担保には、保証などがあり、債権のところに規定が置かれている。一方の物的担保には、抵当権などがあり、物権のところに規定が置かれている。もっとも、両分野の規定を分けずに、担保編を作ってその中に人的担保・物的担保を規定している国もある。2006 年にできたフランス民法がその例である。

物的担保の具体例：家を買うときに、銀行からお金を借りる。そのとき銀行は住宅ローンを担保するためにその家に抵当権をかけ、返済がなされなかったときには、家を競売にかけて優先弁済を受ける。

担保物権設定者は債務者本人であることも、第三者(物上保証人)であることもある。

担保物権は、合意により発生するのが基本だが、法律により当然に設定されるものもある。合意により発生する担保物権を約定担保物権といい、抵当権があげられる。法律上当然に発生する担保物権を法定担保物権といい、先取特権(たとえば、従業員の労働賃金債権は、法律上当然に先取特権により担保される。)があげられる。

担保物権は物権なので、対世効がある。

##### 2 担保物権の種類

###### (1-1) 【担保物権の種類】の説明

典型担保：民法上は、法定担保物権として留置権・先取特権、約定担保物権として質権・抵当権がある。特別法上は、法定担保物権として、商事留置権、借地借家法 12 条、約定担保物権としては商事質権、工場抵当権があげられる。

非典型担保：実際の取引では、制定法に規定のない担保も利用されている。それは、物権的なものと債権的なものに分かれていて、物権的なものとしては譲渡担保・所有権留保、債権的なものとしては相殺予約・代理受領・振込指定がある。もっとも、物権的・債権的の区別は曖昧である。仮登記担保は、一般的には物権的といわれているが、道垣内教科書では、債権的な担保、とされている。もはや物権／債権のしきりをとるべきであるように思われる。さらにいえば、現在は仮登記担保については独立法があるので、非典型担保とはもういえないかもしれない。

### (1-2) 【担保物権に共通する性質・効力】の説明

附従性＝被担保債権がないところでは担保物権は認められない、ということ。

担保物権により担保される債権を被担保債権という。附従性は、民法上の4つの担保物権については基本的に認められるが、根抵当権については、ある段階までは附従性がない、といわれている。後で触れる。

随伴性＝担保債権が他人に移転すると担保物権もそれに伴って移転すること。

根抵当権のみ例外的に確定前まではない。また、留置権についても争いあり。

不可分性＝被担保債権全部の弁済があるまで、担保権者は、担保の対象に対して権利を行使できること。

物上代位性＝担保物権の対象物が形を変えたものに対しても、担保権者は権利を行使できること。

たとえば、担保の対象たる建物が放火された場合、放火犯に対して、担保権設定者が有する損害賠償請求権に、担保権者は代わりにかかっている。留置権には例外的に認められていない。

## 3 担保物権に共通する性質と効力

優先弁済的効力＝担保権者は目的物を競売などにより金銭に替える（換価）。その金銭から優先的に弁済を受けることができる。これが、担保物権の本来の機能だが、留置権については、法律上この効力が認められている訳ではない。事実上認められているのみ。

留置的効力＝担保物権者は目的物を手元に置いておくことで、債権の弁済があるまで、目的物の引き渡しを拒むことができる。留置権と質権のみに認められている。

収益的効力＝担保権者が目的物の収益の中から優先弁済をうける。用益物権とはちがうので、本来収益的効力はないはずだが、特別に、一部に認められている。

## 4 担保物権の実行

### (1-3) 【民事執行法の構成】

典型担保の実行方法は、民事執行法上に規定がおかれている。民事執行法は5つの章からできていて、その中でも中心は2、3章。

第2章の強制執行は、債務名義（民事執行法22条）に基づいてするものである。確定判決が代表的な債務名義。金銭債権については、第2章第2節を使う。何を差し押さえてもよいが、何を差し押さえるかによって、適用される款が変わる。これに対し、建物引き渡し債権については、第3節が適用される。執行官が現地に赴いて強制執行を行う。

第3章は、債務名義不要。担保物権がありさえすれば可能。つまり、登記事項証明書があれば、債務名義がなくとも実行できる（民事執行法181条1項3号）。ただし、目的物として指定されていたものに限り実行可能。

2章と3章は性質こそ違いますが、手続は似ているので、3章は2章を準用していることが多い。

## 第2章 留置権

### 第1節 意義（教科書 P.11～）

#### 295条参照

たとえば、時計の修理を時計屋に頼んでいた場合、客が修理代金を払うまで、店は時計を引き渡さなくてよい、ということ。

趣旨は、「公平」（あまりその内容ははっきりしていないが）。そして、債権の弁済を間接的に促す効果がある。

### 第2節 成立要件（教科書 P.14～）

#### 1 目的物—他人の物

##### (1) 「他人」の物

占有者以外の人の物をさす。債務者のものであっても、第三者の物であっても可。たとえば、SがBから借りたパソコンをAに修理してもらった、とかでも、SA間の修理契約より、留置権が生じる。

##### (2) 他人の「物」

占有さえしていれば動産、不動産とわず可能。不動産については留置権の登記制度はない。よって登記なくして主張できる。

#### 2 被担保債権

被担保債権の額の大小は問題にならない。（目的物の額と被担保債権額がアンバランスであったとしても関係ない。）

被担保債権の弁済期が到来していないといけない。そうしないと、債務者は、弁済期前に弁済することを強要されかねないから。

#### 3 物と債権との関係—牽連性（教科書 P. 20～）

##### (1) 学説による分類

###### (a) 債権が物自体から生じた場合

借家人が借りている家屋の雨漏りを修理し、費用償還請求権が生じるとき、費用償還請求権と家屋返還請求権は(a)の関係にある。

###### (b) 債権が物の返還請求権と同一の法律関係・生活関係から生じた場合

パソコンの修理代金請求権とパソコンの返還請求権（修理委託契約において）

売買契約の取消で、代金返還請求権と目的物返還請求権

二人の人が、傘立てからお互いの傘を取り違えた場合の、お互いの傘の返還請求権があげられる。

## (2) 具体的問題

### (a) 留置しうる物の範囲（物の範囲）

借地借家法 13 条の建物買取請求権＝自動的に、借地人と賃貸人の間で、建物につき売買契約が結ばれたことになる。このとき、建物の代金債権と、建物明渡し請求権との間に留置関係あり（建物を留置できる結果として敷地も留置できるが、留置権が敷地にも及んでいるわけではない。）。

### (b) 債権者以外の人に対する主張（人の範囲）

#### (2-1) 【債務者でない所有者に対する留置権の主張】

図 1 S が B からパソコンを借りている間に無断で、A に修理依頼をしたケース。  
A は、S に対しても B に対しても留置権を主張可。

図 2 S が A に第一譲渡するも、登記移転せず。次に、S が B に対し、第二譲渡し、登記も移転。A は、移転登記義務を履行できなくなった S に対して損害賠償債権を獲得する。しかし、A は B に対しては留置権を主張できない。

→なぜ主張できる相手につき違いが発生するのか

①どちらも牽連性がありそうだが、図 2 で留置権を認めてしまうと、対抗要件制度を崩すことになってしまう。

②留置権そのものに注目すれば、図 1 は、S が A に対して目的物の引渡請求権をもっている。図 2 では、S は A に対して目的物の引渡請求権をもっていない。つまり S が留置したところで、損害賠償債権の履行が間接的に促されるわけではない。つまり、留置権が発生した時点で、S が A に対して引渡請求権をもっているか否かで区別。

※道垣内説では、SA 間で留置権は発生はするが、A はそれを B に対しては対抗できない、という説をとっている。しかし、多数説は、留置権すら発生しない、とする。

## 4 占有の態様

### (1) 占有の継続

→留置権の消滅へ

### (2) 不法行為による占有でないこと

295条2項参照

## 第3節 効力（教科書 P.27～）

### 1 留置的効力

目的物を留置できる効力。留置権は物権ゆえ、この効力は誰に対しても主張できる。その結果、事実上の優先弁済的効力が生じる。民事執行法においても、事実上の優先弁済的効力は認められている。

※不可分性（296条）＝被担保債権全額について留置権を主張できる、ということ。一部弁済があったとしても、全額の弁済がなされるまで、留置権者は目的物を留置できる。訴訟がおこされれば、留置権が存在する場合、引き換え給付判決がなされる。

## 2 競売権

優先弁済的効力がないが留置できる、というだけでは、留置権者がずっと留置しているしかない状態になりかねない（先に進めない）。

そこで民事執行法 195 条の競売権の規定が置かれている。

本来競売とは、債務者の財産を換価してこれを債権者に分け与える目的のものであるが、この競売権は、留置に伴う不便を解消するという目的で、本来の競売の形をかりているのみである。よって、形式競売とも呼ばれる。

競売権を行使して、目的物を換価すると、留置権が消滅すると同時に、その金銭を債務者（＝所有者の場合）に返還する債務が発生する。これと、被担保債権を相殺すれば、事実上の優先弁済が認められることになる。

## 3 目的物の保管義務

298 条 1 項 2 項 3 項参照

2 項ただし書 目的物の保存に必要な行為とは何か。従来通りの使用はできるか。

→住んでいる家屋に住み続ける、とかは含まれるが、危険の伴う行為は含まれない。もっとも、留置的効力により住み続けている間については、ちゃんと利用料を払わなければならない。

## 4 費用償還請求権

299 条参照

### 第 4 節 消滅（教科書 P.38～）

1 留置権者の義務違反による消滅請求（298 条 3 項）

2 被担保債権の消滅時効（300 条）

被担保債権が消滅すると、附従性により留置権も消滅する。

3 代担保の供与（301 条）

代わりに相当の担保を供与することで、既存の留置権を消滅してもらおう。わずかな被担保債権のために、非常に高額な目的物が留置されている場合などに公平の見地から債務者に認められた。ただし、消滅「請求」ができるだけなので、留置権者の承諾が必要。

#### 4 占有の喪失 (302 条)

留置権の成立要件なので。もともと、占有回収の訴えにより占有を回復すれば、占有を喪失していないことになる。

#### 5 債務者の破産

民法上の留置権は、破産財団に対しては効力を失う。

### 第5節 類似の制度との比較 (教科書見てまとめておく! (教科書 P.12~14、15~16、42 など))

#### 1 同時履行の抗弁

##### (1) 共通点と相違点

① 対世的効力の有無 = 留置権: 物権なので有り、同時履行の抗弁権: 債権なので無し

② 制度の目的 = 留置権は債権担保の目的だが、同時履行の抗弁権は先履行の不公平をさける目的。

##### (2) 両者の関係

#### 2 商事留置権

商人間の留置権との違いは何か

① 要件が違う

② 破産に置ける取り扱いが違う = 留置権は破産により破産財団に主張できなくなるが、商事留置権は主張できる。

### 第3章 先取特権

#### 第1節 意義 (教科書 P.43~)

303 条参照

担保物権なので、先ほど見たとおり、実行に債務名義は不要。先取特権の中は公示のないものもあるにも関わらず、合意もなしに、優先弁済的効力を有する、という特殊な担保物権である。なので、それなりの根拠が必要。

《種類》

306 条 一般の先取特権 4 つ

311 条 動産先取特権 8 つ

325 条 不動産先取特権 3 つ

《趣旨》

① 債権者間の実質的公平 (普遍的理由)

② 社会的弱者の保護 (政策的理由 = 時代の変化に応じてかわりうる)

③ 債権者の通常の期待ないし信頼の保護 (普遍的理由)

④ 特定の産業の保護 (政策的理由 = 時代の変化に応じてかわりうる)



## 第2節 種類（教科書 P.45～）

### 1 一般の先取特権

個別の目的物ではなく、債務者の総財産をひとまとまりとして担保にしている。公示がない。

#### ① 共益費用

たとえば、債権者が債権者代位権を行使したとき、責任財産は全債権者の利益のために保全されたことになる。そのとき、債権者代位権行使者の行使費用は、共益費用として担保される。①の債権者間の公平の要請から認められた。

#### ② 雇用関係

給料は生活の基礎ゆえ、②社会的弱者（労働者）の保護の要請より（わりと普遍性のある政策的理由ではある）認められた。多額になることが多い。

#### ③ 葬式費用

人間性尊重、国民道徳、衛生の観点から。葬儀業者が貧しい人からの注文にも安心して答えられるように、つまり②社会的弱者の保護より認められた。

#### ④ 日用品の供給

貧しい債務者にも日用品が供給されるように、②より認められた。

### 2 動産の先取特権

#### (1) 概説

ある種の債権につき、特定の動産の上に法定担保物権が生じる、ということ。対抗要件不要。

#### (2) 不動産賃貸の先取特権（授業ではとばした）

#### (3) 動産売買の先取特権（311条5号）

##### 《趣旨》

動産売買をした場合、動産の売主はどのようにして代金請求権を保全できるか。

① 動産引渡前：同時履行の抗弁権、留置権により。

② 動産引渡後：所有権留保特約を結んでおくことにより。しかし、即時取得されるおそれがある。また、相手が所有権留保特約に応じなければ契約は成立しない。他の人的、物的担保も、相手が契約を結んでくれなければ、担保として利用できない。

⇒動産引渡後は、その動産は全ての債権者の責任財産になってしまい、優先弁済を受けることが困難な状態になってしまう。しかし、その動産については、売主はまだ代金を受領していない、という特殊性があるのだから、売主を優先させてもよいように思われる。そこで本条が設けられた。

#### 321条参照

##### 《欠点》

しかし、動産売買の先取特権はあまり利用されていない。なぜなら、

① 手続上の理由：先取特権者自ら競売を申し立てるのが困難。つまり、民事執行法 190 条によれば、債権者が目的物占有しそれを差し出すか、債務者が競売に協力することが前提とされているが、そのようなことは動産先取特権においては考えにくく、競売できないことになってしまう。

② 経済的な理由：中古品なので、経済的価値が下がってしまっている。もっとも、転売が予定されている場合ならば、有用。転売代金債権に対して、304 条により物上代位が認められているので。

### 3 不動産の先取特権 (325 条)

対抗要件が必要。あまり使われていない。

## 第 3 節 効力 (教科書 P.61～)

### 1 優先弁済権 (303 条)

#### (1) 実現方法

どの目的物・被担保債権の範囲で認められるかは、各先取特権により違う。

#### (2) 第三者との関係

##### (a) 一般債権者

一般、動産の先取特権については、対抗要件なくして一般債権者に優先する。

##### (b) 他の担保権者

他の先取特権者との関係 = 329 条以下

他の担保物権者との関係 = 334 条以下

##### (c) 第三取得者

303 条によれば、第三取得者に対する追及力がない。① 第三取得者の取引安全 (動産は流通しやすい)、② 先取特権は債務者の処分権限を制限するものではない点、③ 債権者は物上代位により保護される点、を鑑みて、追及効は否定してよいと思われる。

「引渡し」とは、占有改定で足る。

### 2 物上代位 (304 条)

#### (1) 概説

304 条参照。

先取特権の趣旨からすれば、もとの目的物に代わるものについても、先取特権の効力を及ぼすべきであることから物上代位が認められている。ただし、一般の先取特権については、先取特権の効力は実行時の総財産に及ぶから物上代位は関係ない。

※304 条は、抵当権に準用されている (372 条)。しかし、性質は異なる。

## (2)動産売買の先取特権の物上代位

### (a)根拠と適用

《物上代位は何に対して可能か》

転売代金債権＝「売却」にあたるので、転売代金債権に対する物上代位は可能。  
請負代金債権＝「売却」ではなく、代金には労力や材料代も含まれている⇒可能か？

#### (3-1)【先取特権に基づく物上代位】

①最決平 10/12/18 原則物上代位は認められないが、「請負代金全体に占める当該動産の価額の割合や請負契約における請負人の債務の内容等に照らして請負代金債権の全部又は一部を右動産の転売による代金債権と同視するに足りる特段の事情」が認められれば物上代位が認められる。

### (b)「差押え」の意義

#### (3-1)(3-2)

なぜ差押さえが必要か、については説が分かれている。

##### ①特定性維持説

担保物権とは、担保の目的物の価値を把握する権利である。とすれば、目的物の消滅や売却により新たに債権が発生するのは、物の価値が債権に具体化したにすぎない。しかし、一般財産の中にその価値が混入してしまうと、どの価値を把握していたのかがわからなくなってしまう。そこで、他の価値と区別するために差し押さえが必要になる。

他の人が差し押さえをしたとしても、区別ができるようになるなら可。

##### ②優先権保全説

物上代位は、本来目的物が消滅売却されれば担保権は消滅するが、それにも関わらず債権者を保護する、という特別な要請に基づく政策的規定である。よって、その保護を受けるためには、債権者は、第三者が入ってくる前に、自ら差し押さえによる公示をする必要がある、とする。

※抵当権についても準用されている

抵当権については、通説＝①、判例＝②とされていた。そして、担保物権ならばどの担保物権であっても同一の説に立つもの、と考えられてきた。そして、従来は、誰が差し押さえすべきなのかに注目していた。

しかし、今は、特定性維持説でも、ある段階では本人自身が差し押さえる必要がある、と考えられている。また、担保権者がいつまでに差し押さえる必要があるのか、関係者のだれの利益を考慮するのか、に問題関心が移ってきている。

では、現在判例ではどのような説に立っているのか。

(3-2) 【民法 304 条 1 項但書の「差し押さえ」】

A→B→C と売買がなされ、E が f2 を差し押さえた後、A が物上代位に基づき、f2 を差し押さえた事案。AE 間と AD 間の関係はどうなるのか。

●AE 間の関係については、

(3-1)②判決は、E の仮差し押さえの後でも、特定性維持説より差し押さえ可能、とした。ただし、優先権保全説も考慮し、A 本人が差し押さえる必要がある、とした。この判決では、いろんな見解を判旨に盛り込んでおり、特定性維持、物上代位権の効力の保全、目的債権を弁済する C の利益（誰に弁済すべきかをはっきりしてくれないと、二重弁済を強いられる）、D（債権の譲受人）の利益（債権譲渡の後で、結果をひっくり返されないことがないように）を考慮している。C の利益を考慮するのは、第三債務者保護説と言われる。

第三債務者保護説は、のちに抵当権についても取り入れられることになる（3-1 の③判決）。

●物上代位の目的たる債権の譲受人 D と、物上代位人 A の関係については、

②判決（動産売買先取特権）では、A の差し押さえがなければ、D が優先する、としている。一方、③判決（抵当権）では、抵当権登記をしていれば、A が D に優先する、としている。④判決（動産先取特権）では、動産売買先取特権では公示がないから、差し押さえの有無を基準として両者の関係を規律し、A の差し押さえがない限り D が優先する、と理由づけている。

#### 第 4 節 消滅（教科書 P.77～）

≪消滅事由≫

①滅失・混同・権利放棄

②333 条代価弁済（341 条により抵当権の規定を準用）

## 第4章 質権

### 第1節 質権とは何か

#### 1 意義

##### 342条

質権者は、その債権の担保として債務者又は第三者から受け取った物を占有し、かつ、その物について他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受ける権利を有する。

条文にある通り、担保として物を引渡すのは、債務者でも第三者でもよい。第三者の場合は、物上保証人ということになる。この債務者ないし物上保証人は、自己の動産・不動産に質権を設定するので、質権設定者と呼ばれる。それに対して、質権を取得する側を質権者と呼ぶ。

質権の狙いは2つあり、一つは留置的効力、もう一つは優先弁済権である。留置的効力というのは、質権者が目的物を自分の占有の下に置き、債務者に心理的圧迫を与え、債務の弁済を事実上促すという効果のことである。優先弁済権は、債務が弁済されない時に、目的物から、優先弁済を受けることができるというものである。

#### 2 種類

質権の種類は、何を対象とするのかによって、3種類に分けられている。民法では、352条以下に動産質、356条以下に不動産質、362条以下に権利質の規定が置かれている。

動産質は、イメージとしては、質屋さんが分かりやすいかもしれない（ただし、これは質屋営業法に基づくものなので、ちょっと違うのだが）。他方、不動産質はピンとこないかもしれない。これは江戸時代に農村で活用されていた。百姓Aが百姓Bの田畑を質に取り、お金を返してもらうまで田畑を使用収益するというものである。現在では抵当権が圧倒的で、不動産質は利用されていない。

動産質・不動産質に比べて現在でも重要性が高いのは、権利質である。権利質の対象の財産権は、銀行預金の預金債権や、株式などが伝統的だが、特許権や著作権などの無体財産権も対象となる。だが、重要とはいえ、これらは基本的には特別法によって規定されている。株式であれば会社法、特許権であれば特許法という具合である。民法の場合は、例えば、火災保険金請求権などを対象とする場合に使われる（→364条）。

このように、民法には3つの種類に分けて規定されているが、ひとつひとつ見ていくと大変なので、授業では、共通する問題ごとに見ていく。

### 第2節 設定

#### 1 物の引渡し

質権の効力発生要件の第一は、物の引渡し（342条）である。もちろん、合意も必要。合意に加えて引渡しが必要ということなので、これは要物契約である（通説）。ただ、最近では、質権設定契約自体は合意によって成立し、質権者は相手方に質物の引渡しを請求でき、引渡しを受けると、そこで物権としての質権の効力が発生するという考え方もあり（道垣内。82頁）、この考え方が良いのではないかと思われる。

#### （1）「引渡し」

引渡しの方法は、現実の引渡し（182条1項）、簡易の引渡し（182条2項）、指図による占有移転（184条）が認められる。ここでは特に、指図による占有移転が認められることが重要。指図による占有移転が認められるということは、二重に質権を設定しようということである。これに備えて、355条は動産質権の順位について、「設定の前後による」と規定している。これらの3つの方法が認められるのに対し、占有改定（183条）による引渡しは認められていない。なぜ認められていないかについては議論のあるところではあるが、345条の代理占有の禁止に抵触するからというのが分かりやすいと思われる。

#### （2）「物」

目的物については、343条に「譲り渡すことができない物をその目的とすることができない」という規定がある。質権が実行されると所有権が移転するので、譲渡性が無いと実行できないからである。

また、設定者自身の所有物であるということも前提となる。ただ、設定者が所有者でない場合に全く成立しないわけではなく、債権者が質権を即時取得（192条）することがありうる（85頁）。

## 2 対抗要件・効力存続要件

### （1）動産質

まず動産質については、引渡しは効力発生要件であることは既に触れたが、第三者に対抗するためには、「継続して質物を占有」することが必要になる（352条）。質権者が占有を喪失した場合は、質権を主張することができない。質権者は353条により「占有回収の訴え」（→200条）のみをすることができ、現実には占有を回復した場合には203条但書から、現実には占有していなかった期間も占有が継続していたものとして扱われることになる。他方、占有回収の訴えが認められない場合（200条の要件を満たしていない場合など）、質権者は無権限者に対してさえ物権的請求権を行使することができない。となると、352条の「対抗できない」とは、実は、権利があるが対抗できないというのではなく、そもそも権利が無いということになる。つまり、「対抗要件」とはいうが、実質的には「効力存続要件」であるといえる。

以上は、第三者との関係での話だが、では質権設定者との関係で占有を失った場合（質権者が質権設定者に任意に質物を返還した場合）はどうだろうか。これについては2つの考え方がある。1つは、対抗力喪失説。質物を返しても質権は消滅せず、第三者に対する

対抗力を失う、という考え方である。もう1つは、質権消滅説。質物を返してしまうと、当事者間でも質権は消滅してしまうという考え方。質権が留置的機能を持つ担保物権であることを考えると、占有を失った以上当事者間でも質権は消滅すると考えるべきではないか。学説ではこちらが通説。いずれにせよ、質権設定者に返還を請求できる。

## (2) 不動産質

不動産質の場合の対抗要件は、登記である(177条)。

ところで、質権の効力発生要件は、344条にある通り引渡しであるが、では、登記はあるが引渡しが無いという場合はどうなるのであろうか。この場合は、効力が発生していないのだから、不動産質権は成立していないことになる。

不動産質の場合に、不動産を設定者に返した場合はどうなるだろうか。これについて判例は、質権の効力には影響がなく、登記があるから対抗要件も失われない、としている。

## (3) 債権質(資料59頁4-1参照)

図4-1では、AのBに対する債権f1の担保するために、BのCに対する債権f2に対して質権が設定されている。この場合、364条に基づく対抗要件を備える必要がある。すなわち、BがCに対して通知、またはCの承諾がなければ、Cないし第三者に対抗することができない。

## 第3節 効力

### 1 効力の及ぶ範囲

#### (1) 被担保債権の範囲

##### (a) 動産

346条で「質権は、元本、利息、違約金、質権の実行の費用、質物の保存の費用及び債務の不履行又は質物の隠れた瑕疵によって生じた損害の賠償を担保する」とされており、とても範囲が広い。これは抵当権の場合との大きな違いである(抵当権の場合、元本+2年分の利息)。これは、質権の場合には後順位担保権者の出現の可能性が低い、例外的な場合に限られているからである。

##### (b) 不動産質

では、不動産質はどうであろうか。不動産質についても346条が適用されるが、361条によって抵当権の規定が準用されるので、結局元本+利息2年分に限られることになる。

##### (c) 債権質

動産質と同じく、346条でカバーされる範囲が、被担保債権の範囲となる。

#### (2) 効力の及ぶ目的物の範囲

もう一つの問題として、効力の及ぶ目的物の範囲の問題がある。特に問題となるのは、

従物である。結論としては従物にも効力が及ぶのであるが、不動産質権の場合には若干の議論がある。不動産質権については前述の通り、抵当権の規定が準用される(361条)から、370条の問題となる。この点についての議論は、次回、抵当権のところであらう。

## 2 質権実行前の効力

### (1) 動産質・不動産質 —— 留置的効力

#### (a) 意義

動産質・不動産質では、留置的効力が重要となるが、これについては、347条に規定がある。質権者は、被担保債権全部の弁済を受けるまで、質物全部を留置することができる。

#### (b) 留置中の権利義務

留置中の権利義務関係は、350条に規定があり、留置権の規定(296～300条、304条)が準用される。質権者は果実の收受権、費用償還請求権を有し、保管について善管注意義務を負い、勝手に使用収益をした場合には設定者が消滅請求をすることができる。

ただし、不動産質権については356条が、「使用及び収益をすることができる」と定めている。また、その分、不動産の管理費用その他の負担は質権者が負い(357条)、原則として利息の請求もできない(358条)。特約は可能(359条)。

### (2) 債権質 —— 質権設定者・第三債務者に対する拘束

債権質の場合は、多少複雑である。

#### (a) 拘束の必要性

債権質の場合、留置的効力が小さい。そうすると、質権者の地位というのが不安定になる。そこで、質権の目的となっている債権について、質権設定者や、第三債務者(59頁資料4-1でいうと、B、C)を拘束する必要がある。

#### (b) 質権設定者に対する拘束

質権設定者は、自らの債権に質権を設定したからには、勝手にその債権を変更したり消滅させたりすることはできない(条文はないが、判例・学説とも認めている)。質権設定者が質権者の権利を侵害してはならないということを正面から示した判例として、最判平成18年12月21日(H19の重判に載っている)がある。「質権設定者は、質権者に対し、当該債権の担保価値を維持すべき義務を負」う。

質権設定者が、時効の中断や、債権の存在確認の訴えの提起をすることは、むしろ債権を維持する側に働くことなので、可能である。

#### (c) 第三債務者に対する拘束

質権が設定されると、第三債務者も拘束される。その結果、4-1でいうCがBに債務を弁済しても、それをAには対抗することはできず、Aから請求されるとAにも支払わなければならない。これも、明文の規定はないが、481条が類推適用される。



ただ、そうすると、Cは不安定な立場におかれる。すなわち、Bに払うことができず、また質権が実行されるまではAにも払えない。そこで、Cは供託によって債務の支払いを免れるという見解がある。

### 3 優先弁済権

#### (1) 動産質

優先弁済権をどう実現するかが問題となる。動産質の場合には、質権者が自ら競売を申し立てることができる。手許にある質物を執行官に提出して、競売を行い、換価するということになる（民執190条）。

しかし、これはいかにも面倒くさい。そこで民法は354条に別の方法を用意している。簡易な弁済充当である。この規定の方法によれば差押えや競売は不要である。

では、これよりさらに簡単な方法として、質物を質権者の物にしてしまうということはいかないのだろうか。これは、349条によって禁止されている（流質契約の禁止）。自分の財産を質に入れる人というのは立場が弱いので、ローマ法以来伝統的に、このような規定が設けられているのである。しかし、この条文に対しては、現在では合理性が無いのではないか、という批判もある。暴利行為は90条で防げばいいし、流質を禁止すると換価の手間や費用もかかる。それに、抵当権の方では流抵当は禁止されていない。譲渡担保が認められているということも考えると、流質だけ禁止されるというのはアンバランスなのではないか。そこで、流質契約であっても、清算義務を課した上で認めてよいという説が有力である。

流質契約が認められる場合として、①349条の反対解釈から、弁済期後であれば流質契約が認められる（これは、代物弁済に他ならない）、②商行為による債権の場合は、商法515条で流質が認められている。また、質屋営業法も一定の場合に流質を認めている。

#### (2) 不動産質

やはり原則は競売で、その手続きは抵当権の場合に準ずる。

#### (3) 債権質

##### (a) 質権者の直接取立権

債権質の場合は、まず質権者に直接取立権があるところが特殊である。質権者が、質権の目的となった債権を直接取り立てることができるわけである（366条1項、2項）。

なお、(図4-1の)Cはその債務の弁済期前にAに弁済をする必要はない。また、f1の弁済期が未到来でf2の弁済期が到来している場合段階では、Aは取り立てることができず、Bも質入れしてしまっているから取り立てることができない。この時、Cはf2の弁済期が到来しているにも関わらず、弁済することができないことになる。そこでこのような場合、AはCに対し供託を要求することができる（366条3項）。学説は、Cからの供託も認める。

##### (b) 民事執行法に基づく実行

(c) 果実からの優先弁済

(d) 流質の禁止

細かいので省略。(a) を押さえればよい。

## 第4節 転質

### 1 意義 (図4-2 参照)

AのBに対する債権f1を被担保債権として、Bが自己の所有物である甲に質権を設定し、その甲を受け取ったAが、Aの債権者であるTに、甲を質物として差し入れる場合、これを転質という。この場合の、AのBに対する質権を原質権、TのAに対する質権を転質権と呼ぶ。

転質には、Bの承諾を得て行われる承諾転質と、得ないで行われる責任転質とがある。

まず承諾転質だが、350条が準用する298条2項の、留置権者は、債務者の承諾を得なければ留置物を・・担保に供することができないという規定に従い、承諾を得て行われる。

他方、責任転質は、Bの承諾を得ないものであるが、これは348条の規定による。すなわち、「質権者は、その権利の存続期間内において、自己の責任で、質物について、転質をすることができる」。かつて、この規定は、承諾転質についての規定であるという見解もあったのだが、そうすると348条をおく意味がなくなってしまうから、やはり別のもので、承諾なしで転質を行うことができると理解されている。

### 2 責任転質の法的性質

責任転質の性質については、学説が錯綜している(資料4-3)が、ここでは特に、質物再度質入説(質物質入説)について説明する。この考え方は、AがBから受け取った質物について、再度質権を設定するものなのだ、というものである。つまりAは原質権によって質物について一定の担保価値を把握しており、その担保価値をTに優先的に把握させる、ということである。

この説明は比較的分かりやすいが、一つ問題がある。Tは質物についての優先権を取得するが、しかし原質権の被担保債権であるf1にはその効力が及んでいない。つまり、その被担保債権は拘束されていない。とすると、f1が消滅すると、原質権が消滅し、その結果転質権も消滅し、Tが不測の損害を被ることになってしまう。この点をどう解決するのか。それに触れる前に、まず責任転質の効果について触れておく。

### 3 責任転質の効果

責任転質の効果としては、まず①348条但書にある通り、原質権者AがBに対して責任を負う。②転質権の実行に関する問題として、転質権者Tが転質権を実行するためにはf0、f1の両方が弁済期にあることが必要。また、f0がf1よりも小さい場合は、f0の範囲内で転質の効力がある。さらに③原質権の当事者に対する拘束が重要である。原質権者Aがf1を

消滅させてはならないのは分かりやすいが、原質権の設定者 B も拘束され、A に弁済しても T に対抗できなくなる。

この三点目の特に B に対する拘束について、質物質入説でどうやって説明するのが問題となる。この点について、T は質物に再度質権の設定を受けることによって担保価値を把握するが、質物の質入れの効果が被担保債権 f1 にも及ぶ（付随的効果）と説明される。

結局、B の保護と T の保護とのバランスの問題。

## 第5節 消滅

質権に特有の消滅原因として特徴的なものとしては、不動産質権の存続期間の満了（360条）がある。その他細かい部分は省略。

## 第5章 抵当権

### 第1節 抵当権の意義と機能

#### 1 現行抵当権制度

##### 369条

- ① 抵当権者は、債務者又は第三者が占有を移転しないで債務の担保に供した不動産について、他の債権者に先だって自己の債権の弁済を受ける権利を有する。
- ② 地上権及び永小作権も、抵当権の目的とすることができる、この場合においては、この章の規定を準用する。

質権と同じく約定担保物権であり、優先弁済の効力があるが、目的物の占有を移転しない点が質権と異なる。そこで抵当権は、非占有担保物権と呼ばれる。占有を移転しないことは、抵当権設定者と抵当権者の双方にとってメリットとなりうる。しかし、同時に、公示をどうするのかという問題もでてくる。

公示の方法としては、やはり登記が考えられる（登記制度自体、歴史的には抵当権の公示を目的として発展してきたという面がある）。とすると、抵当権は登記があるものについてのみ設定できるということになり、そこで、不動産が対象となるわけである（特別法上、自動車などにも）。

目的物が特別法によって拡大する一方で、被担保債権の方も拡大してきている。もともとは、1つの債権を担保するものだったが、それでは継続的に行われる現実の取引に対応できず不便である。そこで、継続的に発生・消滅する債権を被担保債権とする制度が生まれることになる。これが根抵当である（398条の2～）。

#### 2 近代的抵当権論とその評価

現在の日本の抵当制度はフランス民法に由来する。しかし、その後学説は、ドイツの抵当制度を取り入れるべきだと説くようになった。これが近代的抵当権論であり、我妻先生などが主張した。

近代抵当権論は、資本主義の発達に伴い、抵当制度も発達するものであるとの前提に立ち、日本の抵当制度は遅れた、非近代的なものだと考える。すなわち、日本の抵当制度は、債権者の債務者に対する債権を担保する「保全抵当」に留まっているが、近代的な抵当制度は「投資抵当」である。抵当権とは、不動産の交換価値を支配するものであるが（5000万円の土地に2000万円の抵当権がついていれば、その2000万円分の交換価値を抵当権者が支配していることになる）、その価値権としての抵当権（先の例でいえば2000万円分の）は、被担保債権とは独立した一つの財産であり、それを証券化して投資の対象とすることができるのではないかと考えるのである。このような、投資家の金銭投資の媒介となるのが投資抵当である。投資抵当が成り立つには、抵当権が確実なものであることが必要となる。つまり、抵当権は公示された通りでなくてはならないし、被担保債権とは独立でなくてはならない。また、抵当権の順位は固定していないといけない。このように、価値権として純化された抵当権があるべき形であり、日本の保全抵当は遅れたものである。

このような考え方—価値権説は、大きな影響を持ったが、最近では批判が強い考え方である。ドイツの抵当制度はドイツ特有の背景に基づいているのであって、我が国は我が国の背景に基づいた制度を目指すべきである。実際、価値権説を強調すると、抵当権は交換価値のみを把握するものであり、目的物の使用収益とは無関係であるという考えと結びつきやすくなる。そうすると、例えば不動産の不法占拠者に対して口を出すことができないことになってしまう。他方、確かに、自分の資産をもとにして資金調達ニーズはあるが、これは債権の流動化、証券化によって実現可能である。とすれば、ドイツの抵当制度を導入すべきであるというのはやはり行き過ぎであり、参考程度にとどめるべきであろう。

## 第2節 設定

### 1 抵当権設定契約

#### (1) 方式

抵当権の設定は、抵当権設定契約によってなされる。これは、債権者と債務者あるいは物上保証人との間で設定される。諾成・不要式の契約であり、目的物の引渡しも、登記も不要である（対抗要件であり、効力発生要件ではない）。

#### (2) 当事者

抵当権を取得した人が抵当権者、抵当権を設定した人が抵当権設定者である。物上保証人が抵当権設定者である場合には、債務者に対する求償権が認められる（372条→351条）。（なお、事前求償権につき資料5-1の判例を参照）。

#### (3) その他の関係者

第三取得者や、後順位担保権者などが出てくる。

## 2 目的物

不動産が中心（369条）。ある土地に建物が建っている場合、その土地に抵当権を設定することも、また建物に設定することも、両方に設定することもできる。両方に設定した場合は、一つの債権の担保として複数の不動産に設定されているので、共同抵当権と呼ばれる（土地の上の建物でなく、別々のもの複数であっても）。

## 3 被担保債権

### （1）債権の種類

理論的には金銭債権でなくとも構わないが、実際にはほとんど金銭債権である。なお、被担保債権は有効なものでなくてはならない（抵当権の付従性）。例えば、契約が無効であったりした場合には、抵当権は発生しないことになる。

### （2）無効な債権

ただし、それを貫くと不適當な場合がありうる。AとSとの間で金銭消費貸借契約が結ばれ、AがSに1000万円を貸し、Sの不動産に抵当権が設定されたという時、その金銭消費貸借契約が無効であるとされると、抵当権も無効ということになる。だが、この時Sは1000万円を受け取っているのであり、AはSに対して不当利得返還請求権を持つ。問題は、先の抵当権が、この不当利得返還請求権を担保するものとして効力を持たないのか、ということである。この点につき最高裁は、Sの方から抵当権の無効を主張することは信義則上許されないとしている（資料5-2）（結論としては、道垣内先生も判例の枠組を妥当としている、126頁）。他方、抵当権は有効である、不当利得返還請求権を被担保債権としてよいという考え方もある。

ただ、いずれにせよ現在では、抵当権実行後は、第三者が買い受けて代金を支払った後はその結果がひっくり返らない（買受人が不動産を取得する）ということになっているので（民執184条）、どちらの説でも同じ結果になる。

とすれば、抵当権実行前についても、信義則によりケースバイケースで判断するよりも、不当利得返還請求権も被担保債権として認めるという考え方でいった方が、安定性があるのではないか。

### （3）将来の債権

将来の債権というのも問題となる。抵当権の付従性を厳密に貫くなら、将来の債権というのは被担保債権とはならなそうであるが、そこまでうるさいことは言わないというのが判例・学説。

金銭消費貸借であって、金銭が交付される前に抵当権が設定された場合（銀行とかで）、金銭消費貸借契約が要物契約であるということを考えれば、実はその時点では契約が成立していないのだから、抵当権も無効なのではないかと考えられる。この点について判例は、

抵当権の付従性を緩和して、抵当権を有効とするとしている。学説はむしろ、金銭消費貸借契約の要物性を緩和すればよいとしている。

#### 4 対抗要件

##### (1) 趣旨

抵当権の設定は、登記を行わないと第三者に対抗することができない(177条)。なぜ登記が必要なのか。1つは、177条の一般的な理由、すなわち登記の促進という理由である。もう1つは抵当権設定者の利益の保護である。すなわち、登記で公示をすれば、不動産の剰余価値が明確になるので、その剰余価値を基に別にお金を借りることができるのである。

##### (2) 抵当権の順位

抵当権は複数設定しうることが前提となっているので、順位が重要となる。順位については、373条に規定があり、「登記の前後による」。

抵当権の順位は変更することができる。374条1項は合意によって変更することができることを定め、2項は登記をその効力要件としている。

なお、我が国では、順位上昇の原則が取られており、仮に第一順位の抵当権が消滅した場合、第二順位が繰り上がって第一順位となる。いったん上昇した順位は、保護される。

##### (3) 登記手続

抵当権者と設定者の共同申請により行う。登記簿の記載例はテキスト128頁。

##### (4) 登記のない抵当権

登記は対抗要件に過ぎないので、登記がなくとも抵当権者は抵当権の実行を行うことができる。

##### (5) 登記の流用

実体と登記が異なる場合のうち、実体が無くなって登記のみが残っているという場合、その残っている登記を別の目的のために使うことがある(無効登記の流用)。これは、登記費用の節約のために行われる。順位の確保という意味もある。

このような登記の流用は、建物が滅失し、新たな建物を建てたという場合に問題となりそうだが、このような流用は認められない(資料5-3)。他方、被担保債権が消滅し、抵当権が消滅した後、残っている登記を、新たな債権の担保するために使えないかという問題がある。これについては、流用後に現れた第三者に対しては認められるとされている。

## 第 5 章 抵当権

### 第 3 節 抵当権の効力の及ぶ範囲

#### 1 被担保債権の優先弁済権の範囲

抵当権者はどの範囲まで抵当権を行使できるか？ということ。被担保債権は、目的物の範囲（→次項）と同様、設定契約で決まる。しかし、抵当権実行の場面では、他の高順位担保権者や一般債権者の予測を確保する必要があるため、優先弁済を受ける範囲は別に考えなければならない。

・まず、原則として、

①設定契約で被担保債権とされた債権のみについて優先弁済権を受ける。

②①で設定契約で担保債権とされていても、優先権は登記された範囲でのみ生じる。

例：約定された被担保債権の債権額が 1 億円で、約定利率を 10%としてあっても、登記には債権額が 5000 万円で約定利率 8%となっていたら、登記された 5000 万と 8%についてのみ優先弁済を受ける。

・しかし、いくら約定され登記されていても、金額そのものを公示できないものについても無制限に優先権が及ぶのだろうか。例えば、利息や遅延損害金は、年月が経過するごとに額が増大するので、第三者がその累積額を知るのは困難になってしまう。

そこで、算出される期間を限定する→375 条

(i) 制限される金銭の種類：利息・その他の定期金（同条 1 項）、債務の不履行によって生じた損害の賠償（同条 2 項、遅延損害金のこと）

利息は元本の使用料、遅延損害金は弁済期に弁済しなかったペナルティ。性質が違う。

(ii) 「満期となった最後の 2 年分」（同条 1 項）の起算点は？

#### 図 5-4

配当期日からさかのぼって 2 年が現在の通説。遅延損害金と利息双方が発生しているときは、通算して 2 年分に限られる。（375 条 2 項但書）

また、特別の登記をしていれば、登記した時から優先権が得られる（375 条 1 項但書）

375 条は高次の抵当権者と、一般債権者を守るためにある。つまり、第三者に不測の損害を被らせないことにある。取り決めがある場合は登記するが、第三者との間での取り決めであって、抵当権設定権者と被抵当権者の間では成立しない。

#### 2 目的物の範囲

## (1) 総説

抵当権設定にあたっては、目的物たる不動産の引渡しが行われないから、いかなる範囲のものにまで効力が及ぶのか、明確でないことが多い。また、抵当権設定後に、抵当不動産を設定者が使用収益するうちに、それに別のモノが付加されたり取り外されたりする。そのため、効力の及ぶ目的物の範囲が問題になる。

具体的には、以下のような問題が生じる。

- ①「土地についての抵当権が実行される時、その土地に付属する不動産も同時に競売の対象となるか？（例：土地に生えている柿の木）
- ②抵当不動産にかわるものについても有効に取得できないか？
- ③抵当物件を侵害する者に対し、物権的請求権による差し止めや、損害賠償請求はできるか？

## (2) 不可一体物という概念

### (a) 意義

抵当権を設定するときに全部決めとけばよいが、普通は細かいことまでは決められない。

370条：抵当権の効力は、抵当不動産に「付加して一体となっているもの」（＝付加一体物）に及ぶが、土地に抵当権を設定した時、その上の建物には効力が及ばない

→当事者の意思を推定するもの。よって、特約があればそれに従う。

また、土地と建物が別個の不動産とされているのは、日本民法の原則から。

・付加一体物とは？

例：ルノアールの絵は×、壁紙は○。

その違いは、というと、370条の趣旨、つまり当事者の合理的意思、第三者の利益、社会経済的利益などに照らしてかんがえる。しかし、それでもまだはっきりしない

### (b) 付合物

民法の類似概念として、不動産の付合（242条）というものがある。付合物は原則として独立の存在を失うから、付合物に抵当権の効力が及ぶことには、異論はない。つまり、付加一体物は付合物を含む。ただし、完全な包含関係ではない。付合と同程度の物理的關係、ということ。

### (c) 従物（87条）

例：建物の網戸、たたみ

結論的に言うと、従物にも抵当権の及ぶというのが一般的。



設定時に既に存する従物に効力が及ぶことも異論がない。設定時以降に現れた従物に関して、古くは、抵当権が及ばないとする判例もあったが、現在では登場時期に関わらず抵当権の効力が及ぶ、とされる。

・従物の登場時期によって付加一体物に含むか否か、という問題について、

図5-5

A説:①も②も付加一体物とする(通説)

B説:従物は含まれないとする説。しかし、87条2項の「処分」に従物も抵当権が及ぶ、と考える。

C説:抵当権によって継続的な使用(少数説)

判例は従物にも抵当権が及ぶとしているが、根拠は定かではない。根拠を87条2項としたのに大審院判例がある、(#85)

370条はフランス法系、87条はドイツ法系であるため、ややこしいことになっている。結論的には、多数説をとっておけばよい

(d) 分離物

抵当不動産からの分離物も付加一体物に含む。

分離はしたが、依然として不動産の内部にあるときは?

→不動産の一部とする説が有力

①抵当権の登記によって公示に含まれているから、第三者にも対抗できる。(吾妻)

②付加一体物説 分離物であっても不動産内部にあるときは、付加一体物となる(最近の有力説)

★結局、付加一体物は、付合物、従物、抵当不動産からの分離物。

(e) 従たる権利

では、抵当不動産の賃借権はどうなるのか?

図5-6

Dとしては建物だけもらっても困る。建物と一緒に借地権も移転するのが妥当と考える。

従たる権利として借地権も抵当権に入るとする。

問題は、Aの保護。無断賃借人の譲渡は許されないが、抵当権の実行のような強制的な処分の場合も借地借家法による保護がある

(f) 370条の例外(効力の及ばない付加一体物)

二つの例外がある。

#### ①設定行為に別段の定めがある場合

抵当権設定時に畳はのぞく、とすると、当事者間でのぞかれる。ただし、第三者に主張するには登記が必要。（ふつう、第三者は畳も含むと思う）。建物価格をはるかにこえるものでも、同様。

#### ②370条但書

例：自分の持つてる金を使ってキッチンの流しを金張りにした＝事実行為であり法律行為だが、一般債権者を害するので、こういうことには及ばない。付合の例外である。

#### (3) 果実

371条：抵当権は、その担保する債権について不履行がある場合は、不履行があった後に生じた果実に及ぶ。

被担保債権は普通金銭債権だから、不履行は履行遅滞ということ。法定果実とは、抵当権の設定されているビルから得られる賃料など。

以下のような3つの意味がある。

##### ①債務不履行の前は、果実は及ばない（反対解釈）

抵当権は、目的物について止揚収益を認めるものであるから、果実を認めないと意味がない。

②債務不履行があれば、債務不履行後の果実は抵当権者のもの。

③抵当権は、使用者に使用収益を認めるもの。

#### (4) 物上代位（372条・304条）

##### (a) 意義

先取特権・質権で認められた物上代位権は、抵当権についても認められる。304条の規定を準用する。ただし、物上保証人等も存在するので、「債務者」は「所有者」と読み替える。

##### (b) 「差押え」が必要な理由

図5-7参照

なぜ差押えするか？

##### (i) 特定性維持説

抵当権は目的物の価値を支配している、という価値建設を前提とする。目的物が形を変えても抵当権は当然に及ぶ。設定者が第三債務者から金をもらうと、設定者の一般財産に混同してしまう。しかしそれだと、抵当権者でなくても差押えができてしまいそうである。

(ii) 優先権保全説 (第三者保護説)

物上代位は政策的制度であるから、Aは差押えによって公示をする必要がある、と考える。つまり、Eが先に差押えれば、Eが勝つ。

(iii) 第三債務者保護説

CがBに弁済しても、Aにそれが対抗できないと困る。そこで、差し押さえ命令送達の前後でCが誰に弁済するかがはっきりする。(f2にも抵当権が及ぶとすると、Bに弁済してもAには弁済による債務消滅の効果を主張できなくなってしまう。)

Cは差し押さえ命令の送達を受けるまではBに、送達を受ければAに。二重弁済の恐れがなくなる。前2説とも融合的。

学説では、優先権保全説も有力になっている。

判例は、大正初めは特定維持説(①判例)その後、②判決(#82)、④判決(#87)では第三債務者保護説も強調された。

3説の差異は、抵当権者はいつまでに差押えをしなければならないか、ということにある。特にEとの関係が重要になる。具体的には、賃料債権のケースが問題となる。

(c) 目的物の賃貸

(i) 賃料に物上代位は及ぶか?

α 2003年改正前の議論

図5-8参照

賃料は交換価値のなし崩し的实现、と考える。(近年になって、設定権者が使用収益できる権利ではないか、という論が持ち上がったが、最高裁は、物上代位について賃料の価値権説を肯定した。)

β 2003年改正

物上代位をする必要がないという議論もあったが、現在2本立ての手続きがとられている。

(ii) 賃料債権の譲渡性との関係

α 債権譲渡との関係

賃料に対する物上代位を肯定するのが学説でも通説。価値権説を取った場合、抵当権者を邪魔することによって利益を得たい、とする人は、Bに譲渡すればよいことになる。

図5-7参照。

①②判決…Aの差押え前に譲渡されたら物上代位できない。

④判決…①を変更。譲渡された後も差押えをすれば物上代位可能、とした。

理由は主に、抵当権の設定登記によって公示されているから、債権譲渡が優先するなら簡単に物上代位の行使を免れられるから、などがある。

では、④判決は②判決も変更したのだろうか。④判決の後に出た⑤判決をみると、こちらは②を維持している。とすると、動産売買先取特権と抵当権で以下のような区別があることが分かる。

(i) 公示の有無

動産には公示がないため、差押えがあつて初めて公示がなされる。よって、先取特権は公示がないのでまず差し押さえして公示する

(ii) 追及効の有無

抵当権は不動産が譲渡されても残る。動産売買先取特権は333条で移転すると行使できない。(抵当権は第三者保護のためにあり、動産売買先取特権は競合債権者の保護のためにあることに注意)

β 転貸借

図5-7の2番目を参照

債権譲渡をしても抵当権者に負けてしまう。転貸借で抵当権者を邪魔できないか

Aはf2に物上代位できるが、f3にはできない。f2よりもf3が強いとすると、賃料に対して十分に対処できなくなってしまう。

これに対して、⑧判例は、原則としてAはf2にしか代位出来ないが、ただし、BとCが同視できるような場合(法人格の濫用など)には、例外的にAはCに物上代位できるとした。

γ 相殺

図5-7の3番目を参照

⑨判例において、Aが物上代位f2を差し押さえた後は、Aの抵当権の登記を基準にして、それより後に債権を取得してもCは相殺できない、とした。

⑩判決において、CがBに対して賃料の返還請求権をもっているとき、敷金返還請求権と賃料との関係において、結論的には敷金返還請求権が優先する、とした。f2はf3によって当然充たされるので、通常の相殺と異なることに注意。

(iii) 賃料債権の差押えとの関係

前述の(ii)の話は、当事者の任意の行為によるものである。図5-7の最初の図に戻ると、AとEはどうやって決着をつけるのか。これについて、⑥判決を参照。

(iv) 物上代位と担保不動産収益執行との関係

α 比較

図5-9参照すべし。(物上代位と担保不動産の収益執行との差異について書いてあります。)

#### β 民法 371 条との関係

371 条は、被担保債権について不履行があったとき、抵当権の効力は法定果実である賃料にも及ぶ、としている。これが物上代位の根拠ともなっていると解するのが一般的。(詳しくは教科書 p 148\*\*)

#### (d) 目的物の売却

法文上、目的物の売却後も物上代位はできるとされているが、学説上は否定説が有力。なぜなら、先取特権とちがい、抵当権には追及効があるからである。378 条の代価弁済手続きを使えばよいのである。

(とはいえ、実際には売買時に三者間で清算するから、あまり問題になることはない。)

#### (e) 目的物の滅失・損傷

実際に問題になるのは、火災保険金のケース。火災保険金にも物上代位を認めるのが判例。しかし、火災保険金は建物に対するお金ではなく、保険金を払ってきたことにたいする対価ではないのか、という批判もある。価値権説からも反論は苦しいが、政策的判断としては妥当かと考えられる。

## 第 22 回 (12 月 21 日) 抵当権 (第 4 節)

文責：大澤 一志

### 第 4 節 実行前の法律関係

#### 1 保護される利益

抵当権は非占有担保であるから、設定者は使用・収益・処分が可能である。ただし抵当権者を害することはできないことから、設定者・抵当権者・設定者の取引の相手方の 3 者間で利益調整する必要がある。

#### 2 設定者ができること

##### (1) 設定者の使用

設定者は抵当不動産の所有者として、通常の使用の範囲内であれば使用可能であり、それを超えると抵当権侵害の問題となる。

##### (2) 設定者の収益— 抵当不動産の賃借人

賃貸借契約と抵当権の設定の先後が重要

→ 抵当権の設定の前に賃貸借契約を結び対抗要件を具備すれば賃貸借が優先

→ 抵当権実行後の買受人は賃貸借の負担のついた不動産を所得することになる。

一方抵当権の設定後の賃貸借については 2003 年に大幅に改正される。

##### (a) 従来の制度

旧 395 条 資料 5-10 参照

第 602 条とは短期賃貸借の定めであり (建物賃貸借では 3 年)、旧 395 により、当該期間であれば抵当権者、抵当不動産の買受人に対抗できるとされた。

しかしこの規定を利用して、抵当権の実行を阻止するために短期賃貸借を結び、第三者 (主に占有家) に占有させ買い手がつかないようにすることが多発し、但し書きで乱用的な賃貸借契約については、抵当権者の請求により裁判所が解除できるとする規定もおかれているが実効性に乏しく、結局改正されることになった。

##### (b) 現行制度

395 条 1 項 抵当権者に対抗することができない賃貸借により抵当権の目的である建物の使用又は収益をするものであって次に掲げるものは、その建物の競売における買受人の買受のときから 6 ヶ月を経過するまでは、その建物を買受人に引き渡すことを要しない。

一 競売手続きの開始前から使用又は収益するもの

二 強制管理又は担保不動産収益執行の管理人が競売手続きの開始後にした賃貸借により使用又は収益をするもの

395 条が認められるための要件として

① 抵当権の目的物が建物 ② 保護される建物使用者は賃貸借契約をしたものに限る  
③ 時間的制限として、原則抵当権設定後差し押さえ前の賃借人のみ（例外は1項2）  
395条の効果として

① 賃借人はただ明け渡しを猶予されているだけで、賃貸借契約が買受人に引き継がれるわけではない。そのため敷金も元の賃貸人である設定者にしか返還請求できない。

② 賃貸借関係がないため、賃料の代わりに使用料相当額を不当利得として買受人に返還する義務を負う。買受人の返還請求後相当期間がたっても支払いのないときは、6ヶ月の猶予期間は失われる。

③ 6ヶ月たっても明け渡しがない場合、裁判に訴えなくても裁判所の引渡し命令をうけて賃借人を排除できる。ただし6ヶ月たつ前に引き渡し命令を受けて、6ヶ月経過後すぐに賃借人を排除することを認めるかどうかについては争いあり。

↓

しかしこれでは賃借人の地位が不安定となり、抵当権設定後の不動産を賃借するものが現れず有効に抵当不動産が利用されなくなるという恐れ。

→そこで387条

387条1項 登記をした賃貸借は、その登記前に登記をした抵当権を有するすべてのものが同意をし、かつ、その同意の登記があるときは、その同意をした抵当権者に対抗することができる。

ポイント

- ・建物だけでなく土地も対象
- ・賃貸借の登記と抵当権者の同意の登記の2つが必要

※賃貸借の登記とは605条の登記のこと。これは買受人が賃貸借契約を引き継ぐことになるので、賃貸借の期間や敷金の額などをあらかじめ公示することの必要性による。

→これは抵当権者と設定者と賃借人の間の利益調整をするとともに、買受人に対する公示機能ももつ

⇒設定者と賃借人のみで原則契約内容の変更をすることはできない。

### (3) 設定者の処分

#### (a) 抵当不動産の処分

設定者は抵当権の負担付の不動産を処分可

抵当権の登記があれば177条により抵当権者は第三者に対抗でき、抵当権を実行可

→第三者の地位を害するため、その保護が必要

#### (b) 抵当権実行からの第三者の保護

##### (i) 第三者弁済

474条1項により、法的利害関係のある第三所得者は、設定者の意思に関わらず  
弁済が可能。

被保全債権の額が目的物の価格よりも低い場合は特に問題なし

ex)被保全債権の額が3000万、目的物の価格が5000万のとき第三所得者は  
抵当権者に3000万、設定者に2000万支払えばよい。

ではその逆の場合には問題あり

ex)被保全債権の額が3000万、目的物の価格が2500万のとき、第三所得者  
は設定者に2500万支払う義務を負うが、それを抵当権者に支払っても抵当  
権は消滅しない。

→そこで代価弁済と抵当権消滅請求が存在

#### (ii)代価弁済

378条 抵当不動産について所有権又は地上権を買い受けた第三者が、抵当権者  
の請求に応じてその抵当権者にその対価を支払ったときは、抵当権は、その第三  
者のために消滅する。

上の2番目の事例において、抵当権者の請求により第三取得者が2500万を抵当  
権者に支払えば、抵当権は消滅し抵当権者は設定者に対して500万の無担保債権  
を持つことになる。

→競売にかけたら2500万よりも下回るような価格でしか売却できないような場  
合には抵当権者にもメリットがある。

※抵当権に基づく物上代位と同様の効果を持つが、代価弁済は差し押さえが不要で  
あり、手続きが簡便であることに存在意義あり。

#### (iii)抵当権消滅請求

379条 抵当不動産の第三所得者は、第383条の定めるとことにより、抵当権  
消滅請求をすることができる。

第三取得者は対価の支払いにより抵当権の消滅を請求できる。

→抵当権者はこれを拒否できるが、2ヶ月以内に抵当権を実行しないと第三取得  
者の請求が認められることになる。

⇒抵当権者の持つ換価時期の選択権よりも第三取得者の地位安定を優先する。

#### (c)第三者の売主に対する権利

567条→担保責任の追及

577条→買主の代金支払いの拒絶

3 抵当権者ができること（その1）－抵当権の侵害に対して

(1)意義



抵当権は物権であることから、それが侵害された場合には物権的請求権、不法行為に基づく損害賠償請求権が発生する。以下概説する。

## (2)物権的請求権

### (a)抵当権に基づく請求の可否

論点

①抵当権の対象を損傷したり、一部を分離して外に搬出したりするのを防止、もしくは搬出されたものの返還を求めることの可否

②抵当不動産の占有者に対する請求の可否

### (b)損害・分離・搬出

#### (i)差止請求

設定者の行為に対して差止請求ができるか？

→設定者の行為が、通常の使用の範囲といえるかの問題

⇒通常の使用の範囲を超える場合には妨害排除請求として差止請求は可能であり、また一部が分離されてしまった場合には、抵当不動産の内部にある限り、分離物として抵当権の効力が及ぶ。

#### (ii)返還請求

搬出されたものの返還請求ができるか？

※従来これは抵当権の追及効の問題ととらえられてきたが、追及効とは第三者のもとに目的物がある状態で抵当権の実行ができるかの問題であり、返還請求の可否とは異なる。

学説では2つの有力説の存在

効力存続説→外に搬出されたものにも抵当権の効力が及び返還請求できるが、第三者が即時取得した場合には効力は及ばない。即時所得における善意無過失の対象は当該目的物に抵当権の効力が及ばないことである。

対抗力喪失説→分離物が抵当不動産の上にある場合には抵当権は対抗力を有するが、その外へ搬出されると対抗力が失われ、それを取得した第三者が背信的悪意者でない限り対抗できない。ちなみに抵当不動産上で取引した後に外に搬出した場合は、取引の時点で対抗力を有する以上、搬出されたものの抵当権を主張できる。

### (c)占有

#### (i)占有排除の法律構成

α 抵当権に基づく妨害排除請求

β 設定者の所有権に基づく妨害排除請求の代位行使

#### (ii)判例の変遷

資料5-11参照

①→ $\alpha$ ・ $\beta$ 両方否定

$\alpha$ →抵当権は非占有担保であり、抵当不動産の占有は設定者に委ねられている。

$\beta$ →抵当権は非占有担保であるから、誰が占有しても抵当権侵害は生じない。また不法占有があっても、不法占有者は自らの占有を誰に対しても主張できないため担保物の価値が下がることはなく、非担保債権を保全する必要はない。

①に対して学説からの批判

- ・ 抵当権は確かに非占有担保であるが、不法占有者に対しては例外を認めるべき
- ・ 不法占有者の存在により現に抵当不動産の競売価格は下がっており、また買い手もつきにくくなるという事実も存在している

これら学説の批判を受けて判例が変更される

②→ $\beta$ を認める

- ・ 抵当権設定者の優先弁済権の行使が困難となる場合には抵当権侵害を認める。
- ・ そして設定者には抵当不動産に抵当権侵害が生じないように維持・管理する義務があり、抵当権者は当該義務の履行を請求できる。

→当該請求権を保全するために、債権者代位権の転用により妨害排除請求権の代位行使が可能。

- ・ ただし占有者が適法な権限の元に占有している場合は、設定者が占有者に対して何も主張できない以上代位行使できない。

※またこの判例では傍論で抵当権に基づく妨害排除請求も認めている。

③→ $\alpha$ を正面から認める。

抵当権設定者は抵当権を適正に管理する義務を負い、それに反する使用は認められない

⇒抵当権者は抵当権に基づく妨害排除ができ、設定者が抵当不動産を適正に管理できないのであれば自己への引渡しを請求できるとした。

これにより適法な権限を持って占有する占有者に対処できるようになった。

要件として

- ・ 占有権限の設定に抵当権実行の妨害目的の存在  
← 正当な賃借人を保護し、不当な占有者を排除するために必要
- ・ 占有の結果として優先弁済権の行使が困難となること

### (3) 損害賠償請求権

#### (a) 目的物の損傷

##### (i) 債務者による目的物の損傷

137条 次に掲げる場合には、債務者は、期限の利益を主張することができない。

2項 債務者が担保を滅失させ、損傷させ、または減少させたとき。

債務者は目的物の損傷により期限の利益を失う

→ 抵当権者は直ちに抵当権の実行が可能

担保価値が減少した分債権全額を回収できなかった場合、残額が裸の債権として残る→それとは別個に損害賠償を認める必要なし。

(ii) 第三者による目的物の損傷

抵当権者は、被害者が第三者に対して持つ損害賠償請求権を物上代位できる。

それに加えて抵当権侵害に基づく損害賠償請求も認めてもいいのではないかと中田氏は主張。

損害額の確定について

→ 抵当不動産の価格は常に変動するため算定は困難であるが、抵当権実行により損害が確定するまで不法行為の成立を認めないのは妥当ではなく、このように損害はあるが損害額が確定しないときは民訴248により損害額を定めて不法行為の成立を認めるべき。

(b) 第三者の占有

抵当権は非占有担保であり、抵当権者は目的物を使用・収益できない。

→ 賃料相当分の損害を観念できないため、不法行為は成立しない。

ただし抵当権実行の妨害による損害については、不法行為に基づく損害賠償請求を認めるべき。

(4) その他の効果

(a) 期限の利益喪失

137条2項に規定あり。ここでは債務者の故意・過失は不要。

(b) 増担保請求

約定で債務者は第三者が担保価値を低下させた場合も増担保する義務を負うとすることが可能。これが履行されないと債務者は期限の利益を失う。

4 抵当権者ができること（その2）－ 抵当権の処分

(1) 意義

抵当権は優先弁済を受けられることから、それ自体財産的価値が高く処分の必要性あり。そこで4種類の処分方法が存在する。

→ 376条1項 抵当権者は、その抵当権を他の債権の担保とし、又は同一の債務者に対する他の債権者の利益のためにその抵当権もしくはその順位を譲渡し、もしくは放棄できる。

⇒ 転抵当、抵当権の譲渡・放棄、抵当権の順位の譲渡・放棄に関する規定

374条1項 抵当権の順位は、各抵当権者の合意によって変更することができる。

ただし利害関係を有する者がいるときは、その承諾を得なければならない。

⇒ 抵当権の順位の変更に関する規定

## (2) 転抵当

債権はそのままに債権についている抵当権のみを担保とすること。

その法的性質として資料5-13を参照

債権・抵当権共同質入説→債権と抵当権をあわせて担保とする。

しかしこの説をとると、転抵当はただの債権質となり、抵当権を担保とすることを認める376条をおいた意味がなくなってしまう。

そこで

抵当権単独処分説

① 抵当権再度設定説→原抵当権者が把握している担保価値を転抵当権者がさらに優先的に把握する。

② 抵当権担保設定説→抵当権そのものに質権を設定する。

この2つの説は抵当権の法的性質のとらえかたの違いによる。

① 抵当権は目的物の交換価値を把握するものであるという前提。

② 抵当権は財産権であるという前提。

## (3) 抵当権の譲渡・放棄 (4) 抵当権の順位の譲渡・放棄

資料5-14参照

いずれも登記が対抗要件

## (5) 抵当権の順位の変更

抵当権者の合意があれば変更が可能。この場合は、登記は効力要件である。