

2009 年度冬学期 民法第 3 部 シケプリ (3)

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 23 回 (1 月 14 日)	抵当権 (第 7 節まで)	2
第 24 回 (1 月 18 日)	抵当権 (第 8 節)、譲渡担保.....	12
第 25 回 (1 月 21 日)	仮登記担保、所有権留保その他	17

<試験について>

試験は、講義で話したことに重点をおいて、講義の範囲（債権総論・担保物権）から 2 問出題。

第 23 回 (1 月 14 日) 抵当権 (第 7 節まで)

文責：松浦 綾子

5-15 の表参照

もう一人の債権者は 1500 万円

A が 1200 万円の抵当権者、債務者の財産は甲と乙二つのみという設定。

この場合に配当がどうなるか

I ① 抵当権が先に実行された場合

① 1200 万円について抵当権を持っているので A が全額受け取る

ここでは B は一切受け取れない。

そのうえで、他の財産に対して強制執行が認められるか。

ここでは A が 300 万円、B 1500 万円の債権者なので、債権額に応じて乙財産が分配される。

*以下単位は「万円」

A については 1800 分の $300=200$ 、B には 1800 分の $1500=1000$

A = 1400、B = 1000 受け取ることになる

II のように今度は他の財産乙についての実行がなされた場合

他の財産乙が先するとき

= A が甲の抵当権を実行しないで一般債権者の資格において執行した場合

乙財産において 1500 なので 600 ずつ

A は残りの 900 に基づいて (2) ②未回収分 900 について甲から優先的に受取る

のこり 300 について B が受け取ることに

A は 1500、B = 900 に

このように抵当権者が土地から先に履行するかどうかで返済額が異なってしまうことのないように 394 条の 2 項が定められている。

←問題は B が乙について強制執行した場合、A の立場をどうするかである。

ここで A に介入させると II の場合になってしまうが、逆に I の計算を厳格に要請すると実際にはうまくいかない。というのも I においては実際に抵当権を実行した場合にいくらになるか (甲) はわからないからである。

こういった場合には暫定的な処理として、一応 A が配当に参加することは認めるが、保留して A が甲不動産を競売して実際の債権額が確定した段階でその額に応じてとって置いた額から清算する (394 条の 2 項)。供託しておいて最後に抵当権実行された場合に使用することができる。

(抵当不動産以外の財産からの弁済)

第三百九十四条 抵当権者は、抵当不動産の代価から弁済を受けない債権の部分について

のみ、他の財産から弁済を受けることができる。

2 前項の規定は、抵当不動産の代価に先立って他の財産の代価を配当すべき場合には、適用しない。この場合において、他の各債権者は、抵当権者に同項の規定による弁済を受けさせるため、抵当権者に配当すべき金額の供託を請求することができる。

(2) 抵当権者との関係

優先順序は原則登記のされた順序で決まる (373 条)

ただし第 1 順位抵当権者への弁済などで順位が繰り上がることはある

(3) 他の優先弁済権との関係

被担保物件で言うと先取特権、不動産質権、租税債権など。抵当権との調整による。

2 抵当権実行段階

(1) 意義

(2) 抵当権実行のプロセス

抵当質流れはとばす

5-16 参照

要件①被担保債権と抵当権の存在

②被担保債権の履行期の到来 (申し立てをしても相手から異議が述べられる)

←競売手続開始

③競売の申立—管轄の地方裁判所 登記実行証明書を持っていけば手続は開始される

④競売開始決定—差押えの決定がなされると不動産登記簿に差押えの登記がなされる

⑤売却や配当がなされる—いくらで売るか (執行官、評価人による調査)

*調査資料は据え置かれ、閲覧できる

⑥売却の実施 (入札が多い) 裁判所が最低売却額を決め、競売を行う

*なお、債務者は買い取りができない。買い取るお金があるなら弁済せよということ。抵当権者や第 3 取得者も競売において買い取りは可能 (390 条)。

⇒買受人に登記・所有権が移る

競売手続が実施されて買い受け人が受けると、所有権を取得する

民 184 条制度変わったところで、

競売手続が行われて納付されると、消滅など不存在が後からわかってでも所有権を取得する。従来は抵当権が実行された後でも抵当権の設定者は買受人に対して所有権を主張することができた。動的安全を重視した法改正である。

これは抵当権の設定者のほうは (納付までには) 異議を述べるチャンスがあったわけであるので、権利を失っても仕方なからうということ。

=競売の公信的効果と呼ぶ。

その段階で抵当権は消滅する。実行されたもの以外の抵当権なども全て消える（抵当不動産条に存在する先取り特権、使用及び収益をしない旨の定めのある質権並びに抵当権と抵当権設定登記後に設定された利用権）＝消除主義

ぜんぶきえるかという、その抵当権よりも先に発生して賃借権や留置権などは残る。

買い受け人は目的不動産の引き渡しを受ける。

債務者が占有している、買受人に対抗する権限を持っていない人が占有している場合

買い受け人は引き渡し命令を出してもらうことができる

⑦配当の実施

配当表を用いて配当。買受人に対する不動産の引き渡しとは別に（並行して）行われる

3 法定地上権

(1) 意義

(2) 内容

これも抵当権が実行された後の法律関係にかかわるもの。

土地と建物は別個の不動産であるので、土地と建物を所有している場合でも、一方にのみ抵当権を設定することも可能である

土地と建物の所有者が分かれることが考えられる

そこで建物の土地についての占有権原が問題となる。

占有権原が認められないと撤去しなくてはいけない←ここで認められたのが法定地上権（388条）

(法定地上権)

第三百八十八条 土地及びその上に存する建物が同一の所有者に属する場合において、その土地又は建物につき抵当権が設定され、その実行により所有者を異にするに至ったときは、その建物について、地上権が設定されたものとみなす。この場合において、地代は、当事者の請求により、裁判所が定める。

建物のために当然に使用权が成立するという規定。

- ・建物として利用するのに必要な程度の広さに適用
- ・存続期間は決まっておらず、268条が適用されることになりそうだが、建物の所有目的物であるので借地借家法3条が優先され30年になる

- ・地代—合意できない場合は裁判所による

(3) 要件

法定地上権の成立要件：

- ①設定時に建物が存在する、
- ②土地建物が同一所有者
- ③土地建物の一方または双方に抵当設定されたこと、
- ④その結果として土地所有者と建物所有者が一致しなくなったこと

これについて

- ①抵当権設定時の建物の存在

これについて、64 ページの図を参照

5-17

(0) ①

○A=抵当権が設定されている

①：土地のみ設定されている

②：土地の所有者がAだが、建物に抵当権が設定されBが買い受けた

=いずれも法定地上権が成立する

I

・更地の場合どうか？

=更地の段階で抵当権を設定した→その後土地の所有者が建物を建築した→その後Bが土地を取得した→この場合に法定地上権が成立するか？

もともと更地として高く評価していたのにあとから地上権という負担付きとなる：要件に反し、期待を裏切るのでだめ（法定地上権が成立しない）

よって（1）は成立しない。

・では新しい建物を建てることに承諾があればいいのではないか？→合意があったかどうか不安定であるので法的安定性に欠くため、否定される。

・土地建物が存在するとき、土地だけになって、さらに新たな建てものになった場合は、認められる。法定地上権の発生を覚悟していたのだから。

新しい建物になると土地所有者からすると負担が大きくなるので、原則旧建物基準。ただし抵当者の利益を害しないと認められる特段の事情がある場合は新建物を基準

・抵当権が土地建物の両方に設定されている場合も法定地上権が成立する

(2) ②を何に近いとみるか？ (2) ①に近いのではないか？

確かに第1段階が違うのみである。そうすると法定地上権が認められそうだが？

土地の価値、建物の価値を別個に考える＝個別価値考慮説：からすると法定地上権は成立
⇔近時判例（平成9年2月14日）では昭和13年判例を変更した。

土地と建物の価値を一体的に評価すべき（土地建物全体としての価値を考慮していた：むしろ更地のケースと同様に考えてよい）＝全体価値考慮説

結果として法定地上権の成立を否定した

←抵当権者の保護の観点から

要件②について

土地建物の所有者が両者違う場合には、その段階で土地についての何らかの権利（利用権、賃借権など）があるが、それが第3者との関係に引き継がれるのか？賃借権が対抗できるか

土地と建物の所有者が同じ時は自分の建物について利用権を設定することは原則できないからこそ法定地上権が利用される。だが違う場合には利用関係の対抗という問題になるだけであるはずである。

・ 抵当権実行段階では同じ所有者になっていた、つまり設定時の不一致の場合にはどうなるか。土地に抵当権が設定された場合と建物の場合についてがある。

Ⅲ①—土地をAが所有し、その上にB所有の建物が存在しており、その後BからA土地と建物の所有者が同じになるということになる。

ここでは法定地上権は成立しないことになる

理由① 抵当権者が当初把握した担保価値を尊重する

理由② この場合にはBの約定利用権を根拠にすべき

建物の抵当権が設定されていれば、抵当権の効力は土地利用権におよび、混同の例外として土地利用権が存続する。

（3）①の第2段階で、土地に第2順位の抵当権が設定された場合はどうなるか。（更地に抵当権を設定し、その後に建物が建築され、さらに土地について第2順位の抵当権が設定された場合）

平成2年1月22日：法定地上権は成立しない（第1順位の抵当権者を基準とし保護すべき）

But 平成19年7月6日：設定時に同一所有者要件を満たさなかった先順位抵当権が消滅し、同一所有者要件を満たす後順位抵当権が（繰り上がりで）第1順位となった場合には法定地上権が成立する。

百選の解説を参照とのこと。

（3）②について、建物の抵当権を実行されてCが買い受けた—ABの間の利用権を優先させるため、法定地上権は成立しない。

IV

結論：いずれの場合にも法定地上権が成立する

①土地建物をAが所有している段階で土地だけに抵当権が設定される場合

→譲渡される→土地の抵当権が実行されCが買い受けた

Cが土地を買い受けた段階で法定地上権が成立するのか、Bの有していた約定利用権が引き継がれるのか

←法定地上権が成立する

理由①Bの約定利用権は抵当権設定後のものであるので、抵当権設定により消滅すべき

理由②抵当権者は法定地上権が成立することを予期していたはず

③建物だけに抵当権が設定された場合

約定利用権はCにとってあまりあてになるものではないので法定地上権が成立する。A B間の約定利用権は抵当権者の利益になることだから残してもいいが、勝手に譲渡することはできずやや不確実であるので（4）については法定地上権が成立するとする。

・共有については細かいので割愛

要件③土地または建物に抵当権設定

一方だけに設定されたのみならず、両方に設定された場合にも法定地上権が成立する。ばらばらに競売されることもあるから。

要件④は特に言うこともない。

【基準】

第1段階の法律関係を重視する

=設定当初の法律関係（担保価値）を重視する

5 一括競売（389条）について

更地に抵当権を設定したが地上に建物が建てられた場合、土地と建物を一括して競売することができる。社会経済上の配慮からである。

ただし抵当権者は土地についてしか優先弁済権を持たない。

第6節 共同抵当

複数の不動産に抵当権を設定する。全部についてでもよいし、一部についての実行でもよい。売却代金をどのように設定するかが問題になる。

まず概念として、同時配当と異時配当がある。

同時配当は複数の不動産と一緒に競売されて同時に配当されるもの。異時配当は競売が別々のときのこと。

不動産の所有者がだれかでも異なる。債務者か、物上保証人、その単複などにより様々なケースがある。

I、II－債務者所有型

I（1）6000万円の甲不動産と4000万円の乙不動産

甲と乙と一緒に競売されて同時配当の場合には、（2）のようになる。第1順位としてAが5000万円のうち3000万円、乙から2000万円（割付）

第2順位は残りの3000万円

異時配当の場合には、Aは甲から5000万円・Bは1000万円しか受け取れないことになる。Aがどのような選択をするのかによってBの地位が不安定になる→リスクが大きくなり担保価値が生かせなくなるので債務者Sにとって不利益になる

そこでBがAの地位を乙に代位することができる（392条の2項）と定めた。Bは同時配当であれば受け取ったはずの2000について、代位することができる。

（共同抵当における代価の配当）

第三百九十二条 債権者が同一の債権の担保として数個の不動産につき抵当権を有する場合において、同時にその代価を配当すべきときは、その各不動産の価額に応じて、その債権の負担を按分する。

2 債権者が同一の債権の担保として数個の不動産につき抵当権を有する場合において、ある不動産の代価のみを配当すべきときは、抵当権者は、その代価から債権の全部の弁済を受けることができる。この場合において、次順位の抵当権者は、その弁済を受ける抵当権者が前項の規定に従い他の不動産の代価から弁済を受けるべき金額を限度として、その抵当権者に代位して抵当権を行使することができる。

甲乙両方に後順位抵当権者がいる場合がここまで。

続いて、II後順位担保権者が片方にだけいる場合

（同時配当）この場合同時配当だと、まずAの共同抵当は甲乙の間で割りつけられ3000、2000

乙については2000なので残りは債務者Sが取得する（一般債権者が取得する）

（異時配当）Aが乙不動産を先に競売した場合：Aが乙から4000の配当を受け、Sが受け取る部分は減る。しかしこのようなケース（異時配当）において弁済への期待が薄い債務者との関係ではBの優越を認めてよいであろう。

Bがこの場合に4000を受け取れるなら、翻って同時配当の場合にも4000を与えるべきではないかという意見もありうる。しかし判例学説は認めていない。

理由①Bを特別扱いすると、甲乙の所有者が違う場合などに法律関係が複雑になる

理由②同時配当においての一般債権者の期待の保護をすべき

・共同担保の登記

甲と乙が共同担保になっていることはAにとってのメリットはない。後順位担保権者、債務者Sが利益を受ける。しかし登記するのはAである。共同担保目録はAが自分の権利を確保するための対抗要件ではない。ただし、Bの代位が生じる場合には対抗要件としての登記が必要となる（393条）

（共同抵当における代位の付記登記）

第三百九十三条 前条第二項後段の規定により代位によって抵当権を行使する者は、その抵当権の登記にその代位を付記することができる。

Ⅲ債務者・物上保証人所有型

甲不動産をPが所有し、乙不動産をSが所有している場合

この場合（所有者が異なる場合）には392条の2項の適用はない。物上保証人Pが甲不動産を失う場合、自分の財産でもって債務者Sの債務を支払ったということになる。すると物上保証人は債務者に対し求償権をもちかつ代位ができることになる。

法定代位ができるということが共同抵当の場合にも適用されることになる。Ⅲ（1）で同時配当がされたらどうなるのか。ここでは共同抵当の割付はなされず、まず債務者所有の乙から取り足りない分だけを物上保証人から取ることになる。

甲不動産についてどうなるか—Aは1000を受取り、のこり5000のうちBは債権額の4000を受け取る。

Ⅲ（2）ではBが1000を受けとり、Cは受け取らない。債務者所有土地の後順位抵当権者よりも物上保証人の所有地の後順位抵当権者を優先している。

債務者とは最終的な責任を負うべきものであり、その土地に抵当権を設定している以上その負担は予期されているべきであると考えからである。

Ⅲ（3）の1物上保証人Pの甲不動産について実行されたのがこちらの図である。PはSに対して6000万円の求償権を持つ。乙不動産についてAがもともと持っていた第1順位の抵当権に代位している。（500条）

問題はBの取り扱いである。（3）の2において、Cとの関係でいくと先ほど述べた通りB、

Pが優先される。今度はそのPの受け取ったもののBとPの内訳であるが、ここではBが優先する。なぜならばもともとBはP所有地の上に担保権を有していたからである。

判例は比喩的な表現として、乙不動産についてのAの抵当権がPに移転する。そしてその上にBが物上代位するように乙不動産についてかかっているとしている。

ここから抵当権特有の消滅原因について

第7節 抵当権の消滅

3 抵当権特有の消滅原因

(2) 時効による抵当権の消滅について。

396条、397条に定められている。

(抵当権の消滅時効)

第三百九十六条 抵当権は、債務者及び抵当権設定者に対しては、その担保する債権と同時でなければ、時効によって消滅しない。

(抵当不動産の時効取得による抵当権の消滅)

第三百九十七条 債務者又は抵当権設定者でない者が抵当不動産について取得時効に必要な要件を具備する占有をしたときは、抵当権は、これによって消滅する。

このふたつの条文について議論がある。

5-21

時効によって抵当権が消滅する4パターン。

I 被担保債権の時効消滅

167条—債権は10年間行使しないと消滅する

II 抵当権自体の時効消滅

167条の2項—独立の時効消滅(20年)

ここで396との関係が問題になる。

III 抵当不動産の取得時効(162条)

第3者が所有権を取得すると原始取得であってそれについていた抵当権がはじかれるのでは？

IV 民法397条による抵当権の消滅

IIIとIVとの関係において問題になる。問題は債務者(設定者)以外の人多くは第3取得者についてどうなるのか。

(説1) 第3取得者は396条の対象ではないため、一般規定であるところの167条の2項が適用される。=20年の消滅時効→判例

しかし抵当権者が抵当権の消滅時効を中断することが非常に難しくなるとして批判があ

った。

(説2) 第3取得者については396条の反対解釈をすべきではなく、当然に時効消滅を認めるべきではない。この見解ののちは第3取得者がどうなるかについては見解が分かれる。397条を適用する見解が有力である。第3取得者が397条ということになると、善意無過失は10年、そうであれば20年占有をすれば取得することになる。ここでの善意は抵当権についてである。つまり、この議論では抵当権の登記があることが前提である。そうすると第3取得者は抵当権の存在について過失はあるということになり、20年間の時効となるというのが結論である。

以上が抵当権が消滅時効にかかるものである。

次に一物一権主義による抵当権の消滅と397条との関係が問題になる。判例は162条の問題になるとしている。抵当権があると知っていても、所有権があると過失なく信じていれば時効取得するものである。

(批判1) このような考え方に立つと、397条の存在意義が疑われる

(再反論) 397条には債務者や物上保証人などが時効取得の主張ができないということを示す意味があるというものである。取引によってではなく、境界線を間違っただけで占有した場合など(=第3者)についてのための適用である。

(批判2) 抵当権つきで10年間占有すると、時効取得すると抵当権が消えてしまうというのはおかしいのではないか。このような場合には所有権は時効取得しても抵当権付きであるべきではないかという意見が有力である。所有権につき善意無過失であっても抵当権につき悪意重過失の場合に問題となる論点。

(批判3) 第3取得者について397条の適用がないのはおかしいとの見解。起草者の意見からしても適用があるべきである。第3取得者は20年の占有で397条によって認められるべきである。

このように、第3取得者の時効取得については諸説あり、見解が分かれている。

以上

第 24 回 (1 月 18 日) 抵当権 (第 8 節)、譲渡担保

文責：名部 惇

根抵当 (教科書 P232～、資料 P67) :

前回までは特定の債権を担保。たとえば住宅ローンを完済すれば消滅する。

実際の取引では債権がどんどん発生・消滅するが、これをまとめて処理したい。こういう債権に普通の債権を設定するのは困難。そこでまとめて被担保債権にすることが必要。これが根抵当である。成文法がないまま来たが、1971 年に民法改正で成文化。

398 条の 2 (根抵当権) : ① 抵当権は、設定行為で定めるところにより、一定の範囲に属する不特定の債権を極度額の限度において担保するためにも設定することができる。

根抵当権はハブみたいなものだ by 我妻先生。

根抵当には 3 つの限定がある (資料 5-22 の図)。

- ・ 極度額；箱の大きさ。
- ・ 被担保債権の範囲；箱への入り口、ただ包括根抵当はダメで何らかの入り口を決めなければならぬ。債権者が変わると入り口を失う。
- ・ 時間的範囲；ある一定の段階で根抵当によって担保される債権にフタがされる。

極度額の変更には後順位の承諾などが必要。被担保債権の範囲は入口の話なので当事者の合意でいい。元本の確定も当事者の合意、あるいは客観的な事情。

根抵当権の設定：

・ 極度額を決めなければならない。根抵当権者が持っていない残りは誰が持っているのかを明らかにする意味がある。利息や遅延損害金と独自の関係 (398 条の 3)。375 条が適用されない。根抵当は極度額の範囲内であれば 2 年分とか関係なく、何年分でも担保される。逆に 2 年以内でも極度額が限度。

・ 被担保債権の範囲を決めなければならない。3 つの基準。1 に債権者が誰か、2 に誰が債務者、3 に債権の範囲。債権の範囲をどう決めるのか。民法には 4 つ。

398 条の 2 の 2 項、398 条の 2 の 3 項；回り手形も被担保債権にできる。ただ回り手形について 398 条の 3 の 2 項で限定。

- ・ 元本の確定。398 条の 6 の 1 項。

対抗要件：

176 条のふつうの登記だが、元本のことなど記載する。

資料 5-23 図参照。くわしくは省略。不利益を受ける人のことを考えているというのがポイント。

抵当権の実行：

優先弁済を決めなければならない。実行前でも何か起これば被担保債権を固定しなければならない。こういうことをするために元本の確定が必要。

確定したものを確定根抵当という。元本確定期日の定めがない場合にも確定請求できる。くわしくは教科書（授業ではここまでの説明にとどめていました）。

元本確定の効果：

ほぼふつうの抵当権と同じになる。

違うのは 375 条が適用されないという点。確定した後でもこれは変わらない。

根抵当権自体も確定。極度額減額請求権；398 条の 21。

被担保債権の合計額が極度額以上のとき→398 条の 22。弁済ではない。極度額を払えばいいだろうということ。根抵当権消滅請求権。

この 2 つが発生。

根抵当権の消滅：

元本確定前と後で分けて考える。前だと根抵当権は消滅しない。箱の中が空になっても新たに債権が入ってくる可能性があるから。後だと、ふつうのと変わらない。違いについては前述。

非典型担保：

担保の種類自体がオリジナルなものがある。

担保には 3 つの類型がある。

権利移転型担保；債務者が持っている権利を一部債権者に譲渡する。

権利留保型担保。

権利管理型担保。

以下で説明する譲渡担保は権利移転型担保である。

譲渡担保（教科書 P295～）：

目的物の所有権をいったん債権者に移転する。目的物はもともと債権者のものというケースと第 3 者（物上保証人）のものがある。この人を譲渡担保設定者という。

根拠：

動産については質権があるが、質権だと占有を質権者に移さなければならない。しかし、動産を移さないで質権を設定するニーズがある。工場の機械など。不動産については、抵当権があるが、実行のために裁判所に行く必要があるし、実際には安くしか売れない。譲

渡担保だと不動産の登記名義が移動するので担保権の実行が簡単で抵当権の問題がない。3つ目に譲渡担保はいろんな財産権を目的にできる；ゴルフ会員権やソフトウェアなど。加えて、いくつかの金銭債権をまとめたりもできる。

有効性：

虚偽表示は大丈夫か。質権の規定の脱法行為ではないのか。暴利行為ではないのか。現在ではそれぞれに説明がされ、争いはない。

種類：

隣接するものも含めいろんな種類があるが、現在ではほぼ一元化された。

かつての区分を紹介。

- ・譲渡担保と売り渡し担保。

譲渡担保は借金をカタにする。債権は残っている。売り渡し担保は、消費貸借の債権は残らない。売り渡して代金として払われ、債務者が買い戻す。買い戻しと再売買の予約。いずれにしても担保なので、現在では両方ともまとめて（広義の）譲渡担保とする。

P68の6-2参照。

- ・弱い譲渡担保と強い譲渡担保。

- ・処分清算型と帰属清算型。

これは現在も意味がある。

法律構成について：

分類して効果を区別しない以上、統一的に理解するために構成が問題になる。

P67の6-1の図。

所有権的構成；所有権が担保権者に完全に移転。拘束はあるが、債権的な拘束にとどまる。

これは設定者に自由がほとんどないので、現在では担保的構成が通説。

担保的構成；譲渡担保が債権担保を目的としているにすぎないことを重視して、譲渡担保権者を完全な所有権者とせず、設定権者にも目的物について何らかの物権が帰属しているとする。内部で設定者留保権説と担保権説に分かれている。

判例は所有権的構成だが、債権担保に必要な範囲内で一部担保的構成を採用している。実務から生まれた譲渡担保を抽象的に議論しても仕方ない。個別的な問題について具体的な結論が出てきて、それを統一的に説明できる説はどれかという点が重要。大雑把に所有権的構成と担保的構成でみていく。

はじめは設定契約。「債務を担保するために」という言葉が使われる。対抗要件は所有権移転登記。譲渡担保という登記原因で認められるべきだが実際には売買が原因と記載されているケースが多くあった。最判 H18.2.7 を参照。2004年に不動産登記法が改正され、実態と登記との一致がより強調され、今後は譲渡担保は譲渡担保と記載されるようになるだ

ろう。動産は引き渡し。設定者が引き続き占有しているので、ここでの引き渡しは占有改定。判例は占有改定も対抗要件として認めている。最判 H18.7.20 参照。ただ占有改定だと第 3 者の勘違いが起きて問題になる、後述。

所有権を移転して設定者が賃借することがある。所有権的構成からは説明は楽、担保的構成だと説明しにくい。賃料は実際には借入金の利息ということになる。

目的物の侵害。お互いに目的物を損害・滅失してはいけない。不法行為責任、債務不履行責任の問題になる。また期限の利益を失うことになる。担保権者が壊した場合は構成によって変わってくる。

譲渡担保の実行：

抵当権の実行のような面倒な手続きは不要。ここで重要な問題が 2 つ。

・清算義務；差額を設定者に返す。設定者が清算金を確保できる方法が必要→判例はどんな累計でも清算を必要とする。

・受戻し権；履行遅滞ただちに所有権は移動。一定の時期までは取り戻せる仕組みがあってもいいはず。いつまでなのか。学説；帰属清算型と処分清算型。最高裁；帰属清算型の場合も。6-3 の判例（百選 I 97）参照。

判例の立場を整理すると；どちらの型であれ、弁済期の後は受戻し権は行使できなくなる。所有権的構成からは簡単に導ける。担保的構成だと、受戻し権をもうちょっと保護すべきではないのかということになる。H6 判例でももうちょっと S を保護すべきではなかったのかという批判がある。

第 3 者との関係：

設定者側の第 3 者との関係：

6-4 の図。動産をイメージ。B に譲渡；二重譲渡の問題になるが、A は対抗要件があるので、B に主張できる。S は設定者留保権を譲渡したことになる。このとき S が B に代金債権を持つことになるが、A は物上代位請求できないのか。担保的構成だと認めやすいが、所有権的構成だと難しい。6-4 の H16 判例参照。

譲渡担保権を二重に設定した場合；B は占有改定によって即時取得できるか、これは争いあり（以前に学習した範囲）。担保的構成だと、占有改定による即時取得の問題、担保的構成を徹底して B は高順位の担保権を獲得ということになる。

ややこしいのが、S41 判例。

譲渡担保権者側の第 3 者との関係：6-3

弁済機の前後で区別。前だと所有権的構成だと、所有権移転は有効。A が B に売ると二重譲渡の問題に。担保的構成だと、A の持っているものは、単なる担保権=B が取得するのでもこれ。弁済後については前述。

こうしてみると、どの説でも説明はできるが結論が違ってくることがある。
所有権的構成の方が安定感があるが、担保的構成だと妥当な結論を導きやすい。

集合動産譲渡担保：

在庫の原材料を譲渡担保にするときなど変動がある場合が問題になる。一物一権主義と問題になる。民法 85 条も問題になる。

集合物全体に譲渡担保が及ぶというのが通説。物の単位は絶対的に決まるのではない。判例もこれを認めている。6-5 の判例参照。集合物論の意味；設定後に集合物に入った動産も対象になり、対抗要件が集合物について備わっていることになる。集合物も個々の動産もどちらも対象になっているという考え。どちらにしても範囲を特定しなければならない（判例）。

第 3 者との関係；6-5 の H18 の判例が重要。「通常の営業の範囲内」で処分してもいい。この範囲を超えた場合には、譲り受け人は所有権を承継取得できない。後に登場したのが高順位譲渡担保権者だった場合、私的実行はできない。

集合物を構成する物についてもともと所有権を持っていた人との関係；6-5 の図。動産売買先取特権が問題になる。判決は A の譲渡担保権を優先した。

第 3 節 権利移転予約型担保 —— 仮登記担保（教科書 265 頁～）

権利移転予約型担保とは、債務者が債務を履行しない場合に、債務者の不動産の所有権を債権者に移転するという担保のことである。具体的な法形式としては、代物弁済予約、停止条件付代物弁済契約、売買予約の 3 つがある。前二者のうち、代物弁済予約の方は予約完結権の腰によって権利が移転されるのに対し、停止条件付代物弁済契約の方は条件成就によって当然に権利移転が行われる。いずれの法形式であっても、第三者に対抗するために仮登記をしておく点は変わらない。

1 仮登記担保法制定までの経緯

かつて、仮登記担保は暴利行為にあたり無効（90 条）なのではないかということが議論された。それが、次第に、取得した不動産の価額と債権の額との差額を清算すればいいのではないか、という方向に議論が展開していった。その議論の到達点が、最大判昭 49 年 10 月 23 日民百選 I [2 版]99 である。そして、この判決が契機となり、昭和 53 年に仮登記担保契約に関する法律（仮登記担保法）が制定された。

2 仮登記担保法の基本思想

（1）適用対象

仮登記担保法 1 条にあるように、①金銭債務を担保するために、②所有権その他の権利の移転等を目的とし、③仮登記又は仮登録のできるもの、が対象となる。

仮登記又は仮登録ができればいいので、必ずしも不動産に限られるわけではないが、実際には不動産が多い。

（2）基本思想

2 つ。債権者が目的不動産の所有権を取得することを認めること、そして、できるだけ担保権として取り扱うということが目指されている。

具体的な特徴としては、以下のようなものがある。

まず、当事者間の関係では、清算と、受戻しが特徴的である。清算は、仮登記担保契約の目的物の価額が被担保債権額よりも大きい時に、差額を債権者が支払うというものである。受戻しは、債務者が債権等の額に相当する金額を支払うことによって目的物の所有権を回復することができる制度である。（→ 3）

次に、第三者との関係では次の 3 つが特徴である。一つ目は、公の手続き（競売など）の開始後は、そちらが優先され、仮登記担保権は抵当権として扱われるということ。二つ

目は、後順位担保権者が、清算金について優先弁済を受けることができること。三つめは、用益権との調整が図られているということ。(→4～7)

3 仮登記担保の実行手続 ―― 債務者との関係 (教科書 274 頁～)

(1) 手続開始の前提条件

仮登記担保の実行手続に入れるのは、仮登記担保契約において担保仮登記権利者が目的物の所有権を取得することができることとされている、条件成就時、予約完結権行使時以降である。

(2) 仮登記担保権者の通知

仮登記担保法 2 条 1 項 (以下、単に法〇条と記載する) は、仮登記担保権者に、清算金の見積額 (清算金がないと認めるときは、その旨) を契約の相手方である債務者又は第三者に通知することを義務づけている。

(所有権移転の効力の制限等)

第二条① 仮登記担保契約が土地又は建物 (以下「土地等」という。) の所有権の移転を目的とするものである場合には、予約を完結する意思表示した日、停止条件が成就した日その他の契約において所有権を移転するものとされている日以後に、債権者が次条に規定する清算金の見積額 (清算金がないと認めるときは、その旨) をその契約の相手方である債務者又は第三者 (以下「債務者等」という。) に通知し、かつ、その通知が債務者等に到達した日から二月を経過しなければ、その所有権の移転の効力は、生じない。

(3) 清算期間の途過

清算金の見積額の通知は、具体的には目的不動産の見積価額 (所有権取得時における) と債権等の額、及びその差額を示して行う。この通知が債務者等に到達した日から二ヶ月間は**清算期間** (法 2 条 2 項) であり、これを経過しなければ、所有権移転の効力は生じない。

第二条② 前項の規定による通知は、同項に規定する期間 (以下「清算期間」という。) が経過する時の土地等の見積価額並びにその時の債権及び債務者が負担すべき費用で債権者が代わって負担した物 (土地等が二個以上あるときは、各土地上の所有権の移転によって消滅させようとする債権及びその費用をいう。) の額 (以下「債権等の額」という。) を明らかにしてしなければならない。

(4) 清算金の支払

清算期間途過後には、清算金を支払わなければならない (法 3 条 1 項) 。清算金の支払の債務と、土地等の所有権移転の登記及び引渡しの債務とは、同時履行関係に立つ (同 2 項) 。

(5) 受戻権

清算期間途過後には所有権移転の効力が生じるが、債務者はその後も一定の金額を支払うことで、所有権を回復することができる。このような債務者の権利を、**受戻権**と呼ぶ。

(受戻権)

第一条 債務者等は、清算金の支払いの債務の弁済を受けるまでは、債権等の額（債権が消滅しなかったものとすれば、債務者が支払うべき債権等の額をいう。）に相当する金額を債権者に提供して、土地等の所有権の受戻しを請求することができる。ただし、清算期間が途過した時から五年が経過したとき、又は第三者が所有権を取得した時は、この限りでない。

以上が基本ラインで、後は、利害関係の調整が行われる（4～7）

4 後順位担保権者の地位（教科書 276～277 頁、283 頁～）

仮登記担保の目的となっている不動産について、先順位の担保権があったとすれば、仮に仮登記担保を実行しても、その担保権は残る（例えば、抵当権付の所有権を取得することになる）。問題は、後順位の担保権がある場合である。後順位の担保権は、仮登記担保が実行されると消滅する。そこで、次のような点が定められている。

(1) 後順位担保権者に対する通知

法5条1項は、債権者が、2条1項の通知が債務者等に到達した時点での後順位担保権者に対し、同通知をした旨、その到達した日、通知した事項を通知すべきことを定めている。これは、後順位担保権者に権利行使の機会を与える意味を持っている。

後順位担保権者が行使できる権利としては、物上代位権、競売権の2つがある。

(2) 清算金への物上代位

仮登記担保権者は、清算金を債務者に対して支払うことになっているが、後順位の担保権者はその清算金に対して物上代位権を行使することができる（法4条1項）。後順位担保権は、先順位の仮登記担保が実行されれば、中間処分として対抗力を失われる立場にある。しかし、仮登記担保があくまで担保であり、所有権の取得自体を目的としているわけではないことに鑑みると、清算金については後順位の担保権者に優先権を認めるのがよい。そこで、物上代位権が定められているのである。

(物上代位)

第四条① 第二条一項に規定する場合において、債権者のために土地等の所有権の移転に関する仮登記がされているときは、その仮登記（以下「担保仮登記」という。）後に登記（仮登記を含む。）がされた先取特権、質権又は抵当権を有する者は、その順位により、債務者等が支払いを受けるべき清算金（同項の規定による通知に係る清算金の見積額を限度とする。）に対しても、その権利を行うことができる。この場合には、清算金の払渡し前に差押えをしなければならない。

(3) 競売権

後順位担保権者に与えられたもう一つの権利としては、競売権がある。後順位担保権者は、債権者の通知した清算金の見積額（法4条1項カッコ書きにある通り、その見積額を限度として物上代位権を行使することができる）よりも清算金が多いはずだということをも主張することができない（法8条2項）。そこで、その代わりに認められているのが競売権である。

(競売の請求)

第一二条 第四条第一項の先取特権、質権又は抵当権を有する者は、清算期間内は、これらの権利によつて担保される債権の弁済期の到来前であっても、土地等の競売を請求することができる。

5 第三取得者の地位（教科書 276～277、280 頁あたり）

仮登記担保権者は、仮登記担保がついている不動産を取得した第三者に対しても通知をしなくてはならない（法5条2項）。これは、第三者に対し、第三者弁済によって当該不動産の所有権を保持し、あるいは清算期間途過後であれば、債務者の受戻権の行使によって所有権を回復する機会を与える意味を持つ。

6 用益権との関係

(1) 仮登記前の用益権

仮登記前に対抗力を備えている用益権（例えば賃借権）は、仮登記担保権者に対抗できる。

(2) 仮登記後の用益権

対抗できない。この時、抵当権に関する395条（明渡猶予期間）のような保護がありうるのかどうかの問題となる。仮登記担保の担保的機能に着目するならば、類推適用が肯定されるべきだが、所有権取得の機能に着目すれば、否定されるべきということになる。肯定されるべきではないか。

(3) 法定借地権

抵当権の場合には、法定地上権が問題となることがあるが、仮登記担保についても同様の問題が生じる。そこで、仮登記担保法は10条にこれについての規定を置いている。

(法定借地権)

第一〇条 土地及びその上にある建物が同一の所有者に帰属する場合において、その土地につき担保仮登記がされたときは、その仮登記に基づく登記がされる場合につき、その建物の所有を目的として土地の賃貸借がされたものとみなす。この場合において、その存続期間及び借賃は、当事者の請求により、裁判所が定める。

ここでは、法定地上権ではなく、賃貸借がされたものとみなすと定められている。これは、建物の用益権としては賃借権が用いられるのが普通であるからである。

また、「その土地につき担保仮登記がされたとき」に限定されている（建物の場合について書かれていない）のも特徴である。これは、（抵当権の場合と異なり）仮登記担保の場合、将来だれが所有権を取得するか明確であるから、建物について担保仮登記をする場合には、あらかじめ土地についての用益権を当事者間で合意しておくことができるからである。

7 競売・倒産手続との関係

競売・倒産手続きが始まると、仮登記担保権は抵当権に準じた扱いを受ける（法 13 条 1 項、19 条 1 項）。

第 4 節 権利留保型担保 —— 所有権留保（教科書 359 頁～）

1 意義

（1）所有権留保の機能

所有権留保とは、動産売買において買主の代金完済以前に売買物件が買主に引渡される場合、その代金完済まではその目的物件の所有権を売主に留保するというものである。買主が代金債務不履行の場合には、留保している所有権に基づいて売買物件を取り戻し、そこから代金債権を優先的に回収することができる。

（マルイは、これを利用した割賦販売によって発展した。現在は、間に信販会社が入るのが一般的である。）

理論的には、不動産についても所有権留保は可能であるが、わざわざこの制度を利用しなくても、他に色々方法があるので、ほとんど用いられない。

（2）法律構成

所有権留保は、所有権が売主のもとに留保されるわけだが、それはあくまで代金債権の担保のためなのであるから、譲渡担保とパラレルに捉えるべきであることになる。

売主には所有権が留保されるが、それは担保目的に制限され、買主の側には一定の権利（物権的期待権）が帰属する（資料 69 頁 6 - 7 参照）。

2 成立・効力

（1）当事者間の関係

当事者間では、特に新たな担保設定契約を結ぶわけではなく、売買契約に特約を設けるだけである（割賦販売法の適用があるときは所有権留保が推定される[割賦販売法 7 条]）。

所有権留保がなされる売買契約の場合、買主は、売主が所有権を有する目的物を利用することになる。この利用は、所有権留保そのものに基づくもの（つまりは、所有権留保によって買主に帰属する物権的期待権に基づいての利用）と考えてよい。

（２）第三者との関係

第三者との関係では、とりわけ、買主側の第三者との関係が問題となる。

売主	買主	転得者	左の図（６－８）において、AがSに対して所有権を留保して目的物を売り、SがBにそれを売った場合、Bは目的物の所有権を即時取得するか。192条の要件を満たせば、即時取得することになる。これを防ぐために、ネームプレートが活用される（教科書 313 頁*参照）。
A	→ S	→ B	
(所有権)		(目的物)	

さらに、即時取得の成否以外にも第三者が問題となることがある。6－8参照判例・最判昭50年2月28日百選I100（所有権留保売主の地位）参照（教科書364頁）。自動車については登記があるので、即時取得の対象にならない（判例）ため、B（転得者）をどう保護するかが問題となるが、同判決は権利濫用によって解決を図っている。有力な学説としては、AがSに対して転売の権限を与えているのだから、Bは有効に所有権を取得すると解すべきであるという説がある（教科書363～364頁）。

また、留保所有権者と第三者に対する責任という点につき、昨年最高裁判決が新たな判断を下している（6－7参照判例・最判平21年3月10日）。この判決では、Aの権能が、（SのAに対する債務の）弁済期の前後で異なるという点が特徴的である。弁済期以前には、Aは「当該動産の交換価値を把握するにとどまるが」、弁済期経過後は、「当該動産を占有し、処分することができる権能を有するものと解される」としている。つまり、①弁済期到来前の留保所有権は担保権に過ぎないこと、②弁済期到来後、担保権実行前は、所有権をただちに取得するわけではないが、当該動産を占有し、処分することができる権能を有すること、という2つの点を明らかにしている。

（３）実行

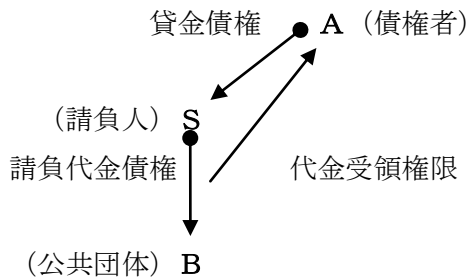
買主が分割支払いを怠ると、所有権留保が実行される。理論的には清算義務や受戻権が問題となるが、実際にはほとんど問題とならない。

重要な問題としては、所有権留保の実行にあたり、売買契約の解除が必要かどうか、というものがある。所有権留保が担保であることを強調すると、あえて売買契約を解除する必要はないと考えられるが、他方で、この売買契約は実体的な売買であるから、その関係を解消する必要があるという考え方もある。中田先生は後者に立つと言う。（これに対し、道垣内先生は、解除は不要と解すべきと言う。366頁。）

第5節 権利管理型担保（教科書342～343頁）

債権者が債務者の権利を管理・拘束することによって債権の担保を図るというのが、権利管理型担保である。集合債権譲渡担保との比較のために、一応の触れておく。

1 代理受領 (資料6-9)



SがBから工事を請負い、その代金は三カ月後に支払われることになっている。しかし、資金繰りが厳しくなり、すぐに資金が欲しい。そこで、SのBに対する債権を担保として、借入を行うことが考えられる。

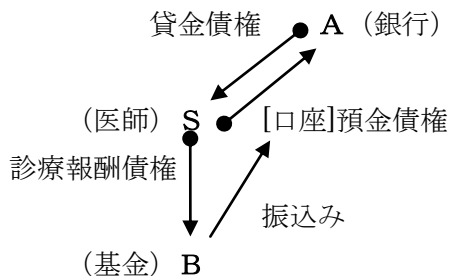
その方法としては、質権設定や、譲渡担保権設定が考えられるが、Bが公共団体である場合には、譲渡や質入れの禁止特約が有る場合が普通で、これらの方法を使うことができない(466条2項)。

そこで考え出されたのが代理受領である。これは、SのBに対する債権の受領をAに委任するというものである。これは代理であるから、Aは受領した金銭をSに返還しなければならないが、その返還債務とAのSに対する債権とを相殺することになる。Aが受領権限を有することについてBが承認を与えたにも関わらずSに弁済した場合には、不法行為責任の発生を認めるのが判例である(資料6-9参照判例・最判昭44年3月4日百選I[4版]100[代理受領を認めた第三債務者の弁済])。Bが承認を与えたことをもって、A・S・Bの三者の間に契約が成立しているととらえ、Bに債務不履行責任を負うのではないか等といった学説もあるが、もともと譲渡禁止特約があることを考えると、そこまでいくとやり過ぎなのではないかと考えられる(中田先生)。

2 相殺予約 (資料6-10)

銀行AがSに対して有する貸金債権と、SがAに対して有する預金債権との相殺を予約することによって、実質的に担保の機能を持たせることがある。

3 振込指定 (6-11)



AがSに対して貸金債権を有する時に、それを担保するために、SがBに対する債権の振込先をA銀行の口座に指定する、というのが振込指定である。

第6節 その他の担保

古くから行われているものとしては、登記留保がある。

また、ネガティブ・クローズというものもある。これは、債務者が自分の不動産を他の債権者の担保にはしない、ということを約束するというものである。

昨今、担保の対象は拡大してきている。知的財産権など。また、企業が有する動産・債権等の事業資産を一体として、切れ目なく担保にするという方法が検討されている（資料6-12）。ABL（Asset Based Lending：動産・債権担保融資）。特定の債権の担保というよりは、企業の資金獲得の方法の一つという性質が強くなってくる。

こうした新しい担保法の動きを考えていく時に、いままでの担保法の考え方が役に立つ（ので勉強しよう！）。

なお、さらに大きな問題として、まず、そもそも特定の人に特定の財産についての優先権を認めるのがよいのか、という点、つまり担保物権は何のためにあるのか、という点がある。これについては、モニタリングの効率性の改善、ということが言われたりする。これは、担保権者が特定財産についてだけ、一般債権者がそれ以外について監視（モニタリング）を分担することで重複が避けられ、効率が上がる、という考え方である。

次に、新しい担保は、目につきにくい利益も対象となってきているが、これによって一般債権者があてにできる一般財産が減るという点。

これら2つを視野にいれて、考えていく必要がある。

以上