

やさしい担保物権法

大阪学院大学名誉教授 細 見 利 明

第1 債権と担保

- 1 (債権者と債務者) 他人に何かを要求できる権利が「債権」であり、他人に対して何かをしなければならない義務が「債務」である。債権を有している者が「債権者」であり、債務を負担する者が「債務者」である。例えば、AがBに100万円を貸し付けると、AはBに100万円を返済せよと要求できる債権(貸金債権)を取得する。BはAに100万円を返済する債務を負担する。また、売買契約が成立すると、買主は売主に対し、目的物の引渡しや登記を要求できる債権を取得する。売主は買主に対し売買代金を支払えと要求できる債権を取得する。いろいろな債権がある中で担保物権に関係が深いのは「貸金債権」であり、銀行などの金融機関を債権者、取引先を債務者とする貸金債権が担保物権の中心である。
- 2 (担保とは何か) 担保とは、債務が履行されない場合に備えて予め成立させておく債権回収手段である。例えば、銀行などの金融機関が人に金を貸す場合に、何かの事情で貸金が返済されないときに備えて予め取得しておく債権回収手段が担保である。銀行などの金融機関は融資先に金を貸すときには、無担保では金を貸さず、必ず抵当権や根抵当権などの担保物権の設定を受ける。担保物権として、民法には、質権、抵当権、根抵当権などのように当事者の合意で成立する担保物権(約定担保)のほかに、留置権と先取特権のように、当事者が合意しなくても、一定の事実が発生することにより法律上当然に成立する担保物権がある(法定担保)。なお、担保によって保全される債権のことを「被担保債権」という。
- 3 (人的担保と物的担保) 担保には人的担保と物的担保がある。人的担保は保証人のことである。債権者は、債務者が債務を弁済しない場合に備えて保証人を立てるように債務者に求めることがある。債務者はやむなく保証人になってくれそうな人に依頼して保証人になってもらう。このような保証については、民法446条以下に詳しく規定されている。これに対し、債務者が債務を履行しない場合に備えて債務者その他の者が所有する不動産に抵当権を設定したり動産に質権を設定したりすることが行われるがこれが物的担保(担保物権)である。債務者自身が所有する物に抵当権や質権を設定するのがふつうだが、債務者以

外の者が設定してもよく、この場合の担保設定者を、物上保証人とか担保提供者という。会社が銀行から融資を受けて債務を負担し、会社代表者個人が所有不動産に抵当権を設定するのがその例である。保証人になると同時に担保提供者になる例も多い。

- 4（民法上の担保物権と民法外の担保物権）民法が定める物的担保（担保物権）には、留置権、先取特権、質権、抵当権（根抵当権）があり、民法295条から398条の22までに規定されている。また、民法に規定されていない物的担保として仮登記担保や譲渡担保がある。なお、現在の民法に規定されている「根抵当権」はもともと民法には規定されていなかったが、金融実務の必要から根抵当権が用いられるようになり、ついには民法398条の2から398条の22に根抵当権の規定が新設された。現在、最もよく用いられている物的担保は抵当権と根抵当権である。

第2 留置権

- 1（留置権とは）留置権は他人の物を留置する権利である（民法295条）。他人の物を留置するとは、自己のもとに留め置くこと、すなわち、所有者の返還請求を拒絶し、他人の物を占有し続けることが正当と認められる権利である。他人の物、すなわち他人が所有する物については、所有権に基づき返還請求を受ければ返還しなければならないのが当然であるが、留置権が成立しておればそれを拒否できる。留置権者が何のために他人の物を留置するのかというと、債務の履行を債務者に促すためである。留置権は、ある物の占有者が、「その物に関して生じた債権」を有しておりその債務が弁済期を過ぎているときに他人の物を目的物として成立する。その債権は債務者に対するいかなる債権であってもよいというわけではなく、「その物に関して生じた債権」である必要がある（「債権と物との牽連性」という）。そういう債務が弁済されるまで留置権者は他人の物を留置し、返還しないでおくことができる。例えば、自動車を修理のために預った者は、修理代金が弁済期を過ぎて未払であれば、修理代金の弁済を受けるまで、修理した自動車の返還を拒否して自動車を留置できる。修理代金債権は修理した自動車に関して生じた債権であるから上記の牽連性がある。留置権は、当事者の合意により成立する権利ではなく、民法が定める事実関係が発生したときに合意を待たずして当然に発生、成立する法定担保物権である。
- 2（弁済期等）留置権は被担保債権の弁済期が到来していなければ成立しない。すなわち、債務が債務不履行（履行遅滞）になっていて初めて留置権が成立す

る。前記の修理代金の例では修理代金を、修理が完成して引渡した後1か月先に支払うと約束しておれば、修理が完成した時点においては債務の弁済期が到来しておらず債務不履行になっていないから留置権は成立しない。所有者が修理が完成した自動車の返還を求めれば占有者は修理代金未払のままで自動車を返還しなければならない。これは先に自動車を返すという約束をしたのだから仕方がないことである。留置権が成立するのは、既に弁済期が到来しているのに修理代金を支払わないまま、所有者が目的物の返還を求めたときである。

3（不法行為により始まった占有）また、留置権は他人の物の占有が不法行為により始まったときには成立しない（民法295条2項）。前記の例で、修理した者がいったん自動車を所有者に返還したが、弁済期が来ても所有者が修理代金を支払わないので所有者に無断で自動車を引き上げてきても（これは刑事上は窃盗であり、民事上は不法行為に該当する）留置権は成立しない。占有が不法行為により始まったからである。

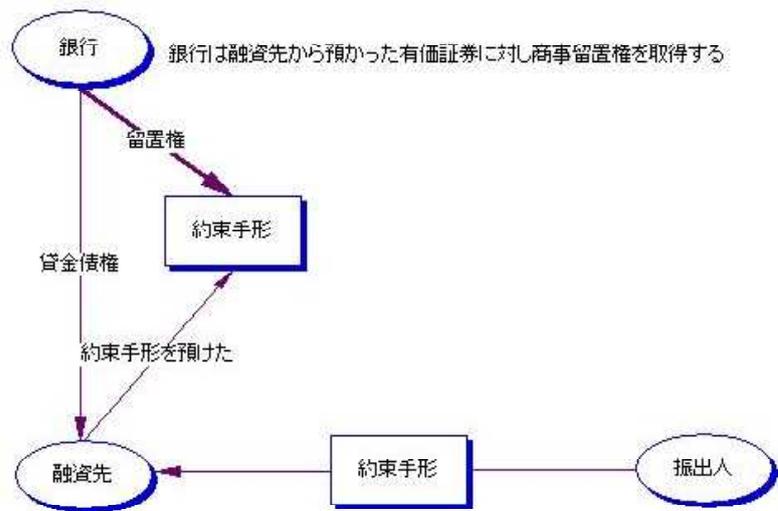
4（留置権の対象は動産に限るか）留置権の目的物は動産でも不動産でもよい。

5（競売権）留置権者は目的物を留置するだけでなく、留置権に基づき、留置している物の競売を裁判所や執行官に申し立てることができる（民事執行法195条）。しかし、競売による売得金の扱いについては定説がない。ある有力説によれば、競落人が裁判所や執行官に納付した買受代金は単純に留置権者に交付され、留置権者は被担保債権と換価金返還債務とを相殺して被担保債権を回収できる。

6（商事留置権）民法295条が定める留置権（民事留置権という）は、他人の物の占有者がその物との関係で発生した債権を有するときに限り成立する。しかし、商人同士の間では、その物と無関係の債権でも、商法に定められた留置権が成立し得る（商事留置権という）。すなわち、商人がその双方のために商行為となる行為によって生じた債権を有しておりその債権が弁済期を過ぎて債務不履行になっておれば、債権者は、債務者との間の商行為によって自己の占有に属した債務者の所有物又は有価証券を留置権できる（商法521条）。ここでは債権と物との牽連性は要求されない。また、民事留置権は目的物が誰の所有であるかを問わないが、商事留置権は債務者所有の物又は有価証券についてのみ成立する。

7 例えば、株式会社である銀行（株式会社は商法により商人とされている）が、融資先の商人に対する貸金債権を有しており、これが弁済期を過ぎておれば、

銀行は、融資取引先から預かった第三者振出の約束手形について商事留置権を取得し、手形の返還を拒否できる。商事留置権を有する銀行は留置権の対象たる約束手形を手形交換所を通じて取り立て、取立金を貸金債権に充当できる（最高裁平成10年7月14日第三小法廷判決・民集52巻5号1261頁）。



第3 先取特権

- 1 (先取特権とは何か) 先取特権 (さきどりとっけん) は、民法303条から341条までに規定されている担保物権である。先取特権はその対象とする財産に応じて一般の先取特権と特別の先取特権に分けられる。一般の先取特権は債務者の総財産を対象として成立し、債務者の総財産を対象として精算がなされる破産手続において効力を発揮する。すなわち一般の先取特権を有する債権者は、一般の先取特権を有していることを理由に、破産手続において優先的に配当を受けることができる (優先的破産債権、なお、一部は財団債権としてさらに優遇され、随時に弁済される)。特別の先取特権は債務者の特定の財産 (動産、不動産) を対象として成立し、特定の財産の競売における競売代金の配当について、他の債権者に先立って弁済を受けることができる。
- 2 (一般の先取特権) 一般の先取特権には4種類があり、共益の費用、雇用関係、葬式の費用、日用品の供給に関する債権の先取特権がある。その中で重要なのは雇用関係の先取特権である。雇用関係の先取特権は、雇用関係から発生する未払給料債権や退職金債権等、労働者が使用者に対して有する債権を担保するために債務者の総財産について成立する (民法307条)。このため、使用者が破産したときには、労働者が有する未払給料債権や退職金債権は、貸金債権や売掛金などの一般の破産債権に優先して配当される (「優先的破産債権」になる。なお、3か月分は「財団債権」としてさらに優先され、直ちに支払を受けられる)。破産手続においては、優先的破産債権が100%配当されてなお破産財団に余りがある場合に限って、一般破産債権の配当がなされる。

- 3（動産売買の先取特権）ある特定の動産について成立するのが動産の先取特権である。動産の先取特権として民法311条以下に多くの先取特権が規定されているが、その中で現代的意味を持つ重要な先取特権は動産売買の先取特権である。この先取特権は、動産の売買代金債権を担保するために売買の目的物とされた動産を対象として成立する（民法321条）。したがって、動産の買主が買い受けた動産を保持しているときは、売主はその動産に対して特別の先取特権を有し、その動産の競売を執行官に申し立てて優先的に配当を得ることができる。しかし、その競売は、動産の買主が当該動産を執行官に任意に提出してくれないと実施できない。また、買主が当該動産を第三者に売却したときには動産売買の先取特権は効力を失うが（民法333条）、この場合でも、転売代金が未だ支払われていないときには、先取特権者は転売代金債権に対して物上代位権を行使できる（民法304条）。そして、先取特権者は転売代金債権を差し押さえ、差し押さえた債権の弁済を転売先に求めることにより優先的に債権回収を図ることができる。
- 4（不動産の先取特権）不動産の先取特権として、不動産保存の先取特権、不動産工事の先取特権、不動産売買の先取特権がある。不動産保存の先取特権は不動産の保存のために要した費用又は不動産に関する権利の保存、承認若しくは実行のために要した費用に関し、その不動産について成立する（民法326条）。不動産工事の先取特権は、工事の設計、施工又は監理をする者が債務者の不動産に関してした工事の費用に関し、その不動産について成立する（民法327条）。また、不動産売買の先取特権は、不動産の売買代金について不動産について成立する（民法328条）。しかし、これらの先取特権の効力が発生するためには、不動産保存の先取特権は保存後直ちに、不動産工事の先取特権はあらかじめ、不動産売買の先取特権は売買契約と同時に法務局の登記情報に登記をしなければならないので（民法337、338条、340条）、登記について相手方の承諾が得られるとも限らないのでやっかいであり、現実には利用されていない。

第4 質権

- 1（質権とは何か）質権は、民法が定める担保物権の一つである。質権は約定担保物権であり、質権を成立させるためには、債権者と質権設定者との合意（質権設定契約）が必要であるが、民法は、質権の成立のためには、質権設定の合意だけでは足りず、さらに進んで、質権の目的物を質権設定者から債権者に引き渡す必要があると定めている（民法344条）。かつ、この引渡しは現実になさ

れる必要があり、占有改定（民法183条）の方法による引渡しは認められないと解するのが判例通説である。占有改定とは、質権設定者が、これまで自己のために占有してきた目的物を今後は自己のためではなく債権者のために占有することにし、すなわち自己のための占有から債権者のための代理占有に変更する旨を意思表示する方法で引き渡すことである。このような占有改定によっては質権は成立しない。

- 2（質権の対象）質権の対象は、動産、不動産、債権である。不動産についても質権を設定できるが（民法365条以下）、質権設定のためには目的物を質権者に引き渡さなければならないから、質権を設定すると、質権設定者はその不動産を使用できなくなるという不便があるし、質権者も、預かった不動産を管理しなければならないので困る。このような事情のため、不動産担保としては、質権が利用されることはなく、抵当権や根抵当権が利用されている。抵当権や根抵当権は設定のために目的物の引渡しを必要としないからである。銀行が貸金債権担保のために不動産に質権の設定を受ける場合を考えてみよう。銀行は質権の対象たる不動産の管理に困るだろう。かくして、質権は不動産に設定されることはなく、動産と債権を対象として設定される。
- 3（被担保債権）質権も債権を担保する担保物権であるから、質権が担保する被担保債権が存在しなければならない。被担保債権がないのに質権だけが成立することはあり得ない（成立における付従性）。質権の被担保債権は通常は金を貸し付けたことによる貸金債権であり、貸金債権担保のために質権が設定される。被担保債権が弁済などにより消滅すれば質権も消滅する（消滅における付従性）。
- 4（質権の実行）債務者が債務を弁済しなければ質権者は質権を実行して債権を回収することができる。質権の実行とは次のとおりである。すなわち、動産の場合は、動産質権者は、「鑑定人の評価に従い質物をもって直ちに弁済に充てる」ことを裁判所に請求する（民法354条）。裁判所が請求を認めれば質物をもって弁済に充てられる。不動産質権の場合には、質権者は裁判所に不動産の競売や不動産の収益執行を申し立てて質権を実行する。（民法361条による抵当権の規定の準用）。これらの場合に、債務不履行があれば直ちに目的物の所有権を質権者に帰属させる契約（流質契約）をすることは、質屋営業法による営業質屋の場合と（質屋営業法19条）、被担保債権が商行為により生じた場合に限り有効（商法515条）、そうでなければ無効とされている（民法349条）。
- 5（債権質）民法は「権利質」として一般の債権を含むあらゆる権利に対する質

権について規定しているが、ここでは権利のうちで債権を目的物として設定された質権について述べる。質権は債権を目的物として設定することができる。銀行などの金融機関が融資取引先に貸金債権などの債権を有し、融資を受けた債務者が第三者に対する売掛金等の債権を有するときは、その売掛債権に質権を設定できる。質権の設定自体は質権者と質権設定者の合意でできるが、第三者に対抗するためには質権設定者（債務者）から買掛債務負担者（第三債務者）へ内容証明郵便による確定日付によって通知するか、第三債務者から質権設定の承諾書 راもらいそれを公証人役場に持ち込んで確定日付印を押なつてもらうことが必要である（民法364条, 467条1, 2項）。このようにして売掛債権に質権が設定された後に債務者が債務を履行しなければ、質権者である銀行等は、質権の目的となった売掛債権を取り立てて貸金債権に充当することができる（民法366条の直接取立て）。具体的には、質権者である銀行から売掛債権の債務者である買主に直接連絡して買掛金を銀行に支払うように請求し、そのように支払ってもらうことである。第三債務者が支払わなければ第三債務者に対する取立訴訟を提起して勝訴判決を得、仮執行宣言付き判決や確定判決に基づき第三債務者の財産の強制執行を執行裁判所に申し立て配当金を得ることにより取り立てる。

第5 抵当権

- 1（抵当権とは）抵当権は、根抵当権を含めて言うと、金融機関などに最もよく利用される担保物権である。抵当権者は、債務者又は第三者が、その所有する不動産を、占有を移転しないままで債務の担保として提供を受け、債務不履行があれば、目的物を競売するなどして、他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受ける権利である（民法369条）。具体的には、ある不動産が裁判所により競売される時に、その不動産に対する抵当権を有する債権者は、抵当権を有しない一般債権者に優先して配当を受けることができる。
- 2 このような抵当権は、抵当権設定者と抵当権者（になる予定の者）との間の、抵当権を設定する旨の合意により成立する。この合意を抵当権設定契約という。抵当権設定契約が締結されることにより、「抵当権」という担保物権が法の世界に成立する。しかし、抵当権設定契約により抵当権が成立しても、登記がなされなければ第三者対抗要件（民法177条）がないから、登記未了の間に利害関係人が発生すると（例えば、債権者がその不動産を差し押さえるなど）、抵当権者は自己の抵当権を利害関係人に対抗できない。そこで、抵当権設定契約

が締結されると直ちに法務局へ抵当権設定登記が申請される。これにより抵当権は第三者への対抗要件を備える。抵当権設定登記の申請人は抵当権設定者(登記義務者)と抵当権者(登記権利者)の双方であるが、実際には一人の司法書士が双方から委任状をもらって双方の代理人となり一人で法務局に申請している。法務局に登記された登記情報は誰でも閲覧できるし、法務局に申請して登録内容の証明書の交付を受けられる(登記事項証明書)。登記情報には戸籍情報のような閲覧制限は設けられていない。

- 3 (抵当権と被担保債権) 抵当権は債権を担保するための担保物権であるから、抵当権が成立するためには抵当権者が債権を有していなければならない。この債権を「被担保債権」という。債権は金銭に見積ることができるものなら何でも被担保債権になり得るが、実際には、金銭を貸し付けることにより発生する貸金債権が被担保債権の殆んどである。被担保債権がなければ抵当権は成立し得ないし、被担保債権が弁済などにより消滅すれば抵当権は消滅する。このことを抵当権は被担保債権に「付従する」という。
- 4 (抵当権を設定できる物) 抵当権を設定することができる物は不動産のみである。不動産とは土地と建物である(民法86条)。なお、自動車は不動産ではないが、自動車抵当法という特別法により抵当権の目的物とすることが認められている(自動車抵当法3条)。建設機械も同様である(建設機械抵当法5条)。さらに、登記した樹木の集団すなわち立木(りゅうぼく)も土地とは別個に抵当権の目的とすることができる(立木法1条)。
- 5 (抵当目的物の引渡しの要否) 抵当権は、質権と異なり、抵当権を設定するために目的物を抵当権者に引き渡す必要がない(民法369条は、「占有を移転しないで」と明記している。)。したがって、所有者は、抵当権を設定した土地や建物、自動車や建設機械を、抵当権者に引き渡すことなく従来どおり使用できる。そこに、担保の設定のために目的物の引渡しを必要とする質権と異なる抵当権の特色がある。
- 6 (抵当目的物周辺の付加物の所有権) 土地に抵当権が設定されたら、その抵当権は土地のみならず、土地に「付加して一体となっている物」にも及ぶ(民法370条)。建物に抵当権が設定されたら、その抵当権は建物のみならず建物に「付加して一体となっている物」に及ぶ。これは債務が弁済されないため、裁判所において不動産競売の方法で抵当権が実行された場合に、土地や建物を落札して所有権を取得した買受人と抵当権設定者との間で、付属物に対する所有権の帰属をめぐる争いが生じた時の解決基準を示した規定である。例えば、抵

当建物に備え付けられた畳、障子、ふすまなどは、抵当権が設定された建物自体ではないが、建物に付加して一体となっている物と考えられるから、建物を落札した買受人の所有となる。抵当権設定者が、「抵当に入れたのは建物だけだ。これは建物そのものではないから自己の物だ」と言ってもその主張は通らない。しかし、付加物の限界は難しく、抵当に入っている土地（宅地）に立派な石灯籠が存在する場合に、その石灯籠は土地と共に買受人の所有になるのか、それとも抵当権設定者の所有物として残るのかは、土地に「付加して一体となっている物」になるかどうかの法律解釈の問題である（最高裁昭和44年3月28日第二小法廷判決・民集23巻3号699頁は、「抵当権設定当時から備え付けられていた場合には石灯籠にも抵当権の効力が及ぶ。」と判断した）。

- 7（複数の抵当権の順位）抵当権は同一の不動産に複数成立させることができる。Aが、ある不動産を所有している場合に、Bから金を借りて抵当権を設定し、さらにCから金を借りて抵当権を設定することは可能である。BやCの抵当権はいずれも有効な抵当権であり、被担保債権の債務不履行があればいずれの抵当権に基づいても抵当権の実行が可能である。不動産競売の方法により抵当権が実行されると裁判所は配当を実施するが、配当の順位は抵当権設定登記がなされた先後により決まる（民法373条）。あとから金を借りたCに対する抵当権設定登記が先になされその後にBの抵当権の設定登記がなされると、Cの抵当権が一番抵当権になりBの抵当権が2番抵当権になる。その結果、抵当権の実行として不動産競売がなされると、裁判所は不動産競売により得た売得金を、まずは1番抵当権者に配当し、余りがあるときは2番抵当権者に配当する。1番抵当権者に配当して余りがなければ2番抵当権者には配当はなされない。
- 8（抵当権の被担保債権の範囲）抵当権は抵当権者の債務者に対する債権を担保する担保物権である。抵当権が担保する債権は貸金債権のことが多いだろうが、売買代金債権その他の債権であってもよい。そこで、例えば、AがBに対する1000万円の貸金債権を有し、B所有の不動産に抵当権の設定を受けている場合に、利息が1年分遅滞し、損害金が3年分遅滞しているときは、抵当権の実行により、貸金元本の1000万円と利息・損害金3年分について配当を受けられてもよさそうであるが、民法375条は、「抵当権者は、利息その他の定期金を請求する権利を有するときは、その満期となった最後の二年分についてのみ、その抵当権を行使することができる。」と定め、利息・損害金は合わせて2年分に制限されている。これは後順位の抵当権者の保護のためである。

第6 抵当権と利用権の調整

1 (問題の所在) 抵当権を設定する不動産が他人に賃貸されているものであったとき、すなわち他人に賃貸中の不動産に抵当権を設定したときは、抵当権と賃借権との優劣の問題が生じる。これは、不動産競売により抵当権が実行されたときに具体化する問題である。すなわち、従来から不動産を賃借していた賃借人の賃借権が抵当権に優先すれば不動産競売によっても賃借権は生き残るから、買受人が取得する所有権は賃借権の負担付きである。賃借人は賃借生活を継続できる。これに対し、抵当権が優先すれば、競売により賃借権は消滅するから、抵当不動産の所有権を取得した買受人に対し、従来の賃借人は、賃借物を明け渡さなければならなくなる。

2 (対抗力のある賃借権) 抵当権と賃借権の優劣の問題は「賃借権の対抗力の有無」により解決される。すなわち、対抗力を具備した賃借権が存在する土地建物に抵当権が設定された場合には、不動産競売がなされても賃借権は消滅しない。買受人は賃借権の負担付の所有権を取得するに過ぎない。賃借権の対抗力は、次の場合に生じる。

1) 賃貸借の登記 (民法605条)

賃貸人と賃借人とが共同して法務局に不動産の賃貸借の登記を申請できるが、賃貸借の登記がなされると賃借権は対抗力を取得する。しかし、賃貸借の登記をするには賃貸人と賃借人とが共同してしなければならないが、賃貸人の協力は得られないだろうから実際には活用されていない。

2) 建物賃貸借の対抗力 (借地借家法31条)

借地借家法には独自の対抗力の規定が置かれている。すなわち、建物の賃貸借は、民法605条による賃貸借の登記がなくても、建物の引渡しがあったときは、その後その建物について物権を取得した者に対し、その効力を生じる。ここに言う「建物の引渡しがあったときは」とは、賃貸借契約の締結や契約書の作成からさらに進んで賃借人が家主から鍵の引渡しを受けるなどして建物が現実には賃借人の管理下に移ったことをいう。家主から借家人に建物が引き渡されたのちに家主が金融機関などに抵当権を設定しても、その抵当権は賃借権に優先しない。

3) 借地権の対抗力 (借地借家法10条)

土地の賃貸借のうち、「借地権」と呼ばれる賃貸借についても借地借家法に独自の対抗力の規定が置かれている。借地権とは、土地を賃借しているすべての賃借権を言うのではなく、「建物の所有を目的とする地上権又は土地

の賃借権」である（借地借家法2条1号）。すなわち、建物の敷地にすることを目的とした土地の地上権と土地の賃借権のみが「借地権」である。こういう借地権は、民法605条による賃貸借の登記がなくても、借地権者が土地の上に登記されている建物を所有するときは、これをもって第三者に対抗することができる。登記は、借地人名義の登記でなければならず、借地人の配偶者や子供名義で登記すれば対抗力がないとの判例がある。これに対し、資材置き場の目的で借りた土地の賃借権は「建物所有目的」ではないから借地権には該当せず、したがって、借地借家法10条の対抗力はない。

3（対抗力のない賃借権）対抗力のない賃借権は抵当権の実行としての不動産競売により消滅する。しかし、消滅後も何らの権原なく競落物件を占有する者がいないとは限らないから、不動産競売を担当する裁判所は、代金を納付した買受人の申立てにより、不動産の占有者に対し、不動産を買受人に引き渡すべき旨を命ずることができる（民事執行法83条）。買受人はこの引渡命令により強制執行を申し立てて占有者を追い出すことができる。なお、この引渡命令の申立ては、買受人が代金を納付した日から6月以内にしなければならない（同条2項）。この期間を経過すると、買受人は通常の民事訴訟（所有権に基づく土地建物明渡請求訴訟）を提起して占有者の明渡しを命じる勝訴判決を得、同判決の執行としての強制執行を申し立てて占有者の明け渡しを求めなければならない。

4（法定地上権）債務者Aが土地（敷地）と建物を所有している場合には、土地と建物が一緒に抵当権の目的とされ、不動産競売に際しては、土地と建物とが一括して競売されるのが通例である。しかし、債務者Aが土地と建物を所有している場合に、誤って、土地のみに抵当権が設定されることがないではない。このような場合に、抵当権の実行としての競売の結果、Bが土地の買受人となり代金を納付して土地の所有者となったとすれば、土地の所有者となったBは、建物の所有者であるAに対し、建物を収去して土地を明け渡すように請求できるかという問題がある。これについては、民法388条が解決している。同条は、「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。」と定めている。すなわち、建物所有者は地上権を取得するから、土地の買受人に対して建物を収去しなくてもよい。ただし、地代は支払わなくてはならない。

5（更地の抵当権と建物競売権）金融機関が建物の建築資金を融資する際は、建築用地の土地に抵当権の設定を受け、「建物が完成したら完成建物を追加担保に差し入れる」旨の念書をとって融資することが多い。そして、建物が完成して建物の抵当権が設定されれば土地と建物に抵当権が設定された状態になる。しかし、建物の建築の予定がない土地に抵当権が設定されたが、後に方針が変わって建物が建築されたときは、抵当権者は、建物に対する抵当権を有していないけれども、抵当土地のみならず建物も含めて競売を申し立てることができる（民法389条）。

第7 抵当権の実行

- 1（債務不履行と抵当権の実行）抵当権は債務が履行されない場合に備えて設定される担保物権であるから、被担保債権の債務不履行があつて初めて抵当権者は抵当権を実行することができる。抵当権実行の方法は二つあり、一つは担保不動産競売であり、他の一つは担保不動産収益執行である（民事執行法180条）。抵当権者は債務者に債務不履行があつたときは、上記のいずれかの方法による抵当権の実行を裁判所に申し立てることができる。
- 2（担保不動産競売）担保不動産競売においては、裁判所は対象不動産を国民一般に売りに出し、最高の価格で買受けることを申し出た買受人に買受けを許可し、代金を納付させる。最高価買受人が納付した代金は裁判所により抵当権の順位に従つて抵当権者に配当される。買受人は対象不動産の所有権を取得し、裁判所から法務局への嘱託により所有権移転登記を受ける。
- 3（数個の不動産の競売の場合の配当）債権者が同一の債権の担保として数個の不動産について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して配当される（民法392条）。何故そうするかというと、後順位の抵当権者に大きい影響があるからである。
- 4（担保不動産収益執行）抵当権の実行のもう一つの方法としての担保不動産収益執行とは、不動産から生じる収益を被担保債権の弁済に充てる方法である。不動産から生じる収益とはテナントビルの賃料などである。テナントビルに抵当権が設定されたときには、抵当権者は不動産競売ではなく、担保不動産収益執行を裁判所に申し立てることができる。申立てがあると裁判所は担保不動産収益執行に当たる管理人を選任する。管理人はテナントビルの例ではテナントから賃料を取り立て、取立金を抵当権者に配当する。

- 5（物上代位による抵当権の実行）しかし、実際には、担保不動産収益執行よりも物上代位がよく利用されている。物上代位とは、抵当権者がその目的物の売却、賃貸、滅失又は損傷によって債務者が受けるべき金銭その他の物に対しても、行使することができる権利である（先取特権について民法304条に規定され、同法372条により抵当権に準用されている）。賃料、売買代金、保険金請求権などが物上代位の対象となる。テナントビルに対する抵当権を有する抵当権者は、前記の担保不動産収益執行を裁判所に申し立ててもよいが、そうしないで物上代位権を行使してテナントに賃料の支払いを請求することができる。そうするためにはまず賃料が支払われる前に裁判所に申し立てて賃料を差し押さえ、テナントに連絡して賃料を取り立てる。なお、賃料のような継続的に支払われる債権は一度差し押さえがなされると、次期以降の賃料に対しても効力が及ぶから、何度も差し押さえる必要はない。
- 6 物上代位による被担保債権の回収は抵当権者が自ら主体的に賃料の取り立て（代理人弁護士による場合を含む）、債権の回収をすることができて便利であるが、自らしなければならぬのが不便とも感じられる。しかし、担保不動産収益執行のように裁判所が選任した管理人の費用が不要なので抵当権者には物上代位のほうが好まれる傾向にある。

第8 抵当権の消滅

- 1（被担保債権の消滅による抵当権の消滅）抵当権は特定の被担保債権を担保するための担保物権であるから、その被担保債権が消滅すると抵当権も消滅する。被担保債権の消滅原因は弁済が一般的であるが、そのほかに消滅時効などが考えられる。被担保債権の弁済や消滅時効などにより抵当権が消滅すると、抵当権者と設定者の双方申請により、すでに無効となった抵当権の設定登記の抹消登記を法務局に申請し、法務局の登記官がこれを受け付けて抹消登記をする運びとなる。しかし、被担保債権が消滅した後も、「いつでも抹消できるから」と考えて抵当権設定登記の抹消登記を申請しないで放置する人もいるが、その場合は、登記情報の上では抵当権が存在するかのような外観となる。しかし、登記が存在していてもそれは無効の登記である。
- 2（代価弁済による抵当権の消滅）抵当権が設定されている不動産を売却するには、抵当権の被担保債権を弁済して抵当権設定登記を抹消してもらった上で売却することが多い。そうしないと買い手がつかない。しかし、場合によっては抵当権がついたままで抵当不動産が売却されることもあり得る。この場合の買

主を「**抵当不動産の第三取得者**」という。このような場合に、**抵当権者が抵当不動産の第三取得者**に対し、**第三取得者が売主に支払うべき売買代金を売主ではなく自己（抵当権者）に支払えと請求し、抵当権者の請求に応じて買主が売買代金を抵当権者に支払えば抵当権が消滅することとされている（民法378条）**。このことを**代価弁済**という。

- 3（**抵当権の消滅請求**）**抵当不動産の第三取得者は、・・・抵当権の消滅請求をすることができる（民法379条）**。抵当不動産の第三取得者が**抵当権の消滅請求**をするには、**抵当不動産の第三取得者から、登記をした各抵当権者に対し、「抵当権者が2か月以内に抵当権の実行としての不動産競売をしなければ一定の金額を支払う」旨の書面を送付する**。これに対し、**抵当権者が2か月以内に不動産競売の申立てをしなければ抵当権者は第三取得者の申し出た金額で抵当権を消滅させることを承諾したものとみなされる（民法384条）**。この場合には、**第三取得者が各抵当権者に対し書面で指定した金額を支払うことにより抵当権が消滅する**。抵当権者から**受領を拒絶されたときは指定金額を法務局に供託したときに抵当権が消滅する（民法386条）**。ただし、**抵当権消滅請求は、抵当不動産の第三取得者が被担保債権の主たる債務者であったり、保証人及びこれらの者の承継人であるときはすることができない（民法380条）**。
- 4（**抵当権の時効消滅**）**抵当権が被担保債権と離れて独自に消滅時効にかかることはない**。抵当権の被担保債権が**時効消滅すれば抵当権も消滅する（民法396条）**。

第9 根抵当権

- 1（**根抵当権の必要性**）**今までに述べてきた抵当権は特定の債権を担保するための抵当権である。「特定の債権」とは、例えば令和2年年11月10日に1000万円を貸し付けたことにより発生した貸金債権というように債権発生原因の日時が特定されるところの過去の特定の日に発生した債権である**。このような特定の債権を担保するために**抵当権が設定される**。この**抵当権は特定の債権のみを担保するための抵当権であるから、その特定の債権が弁済などにより消滅すると法律上当然に抵当権は消滅する**。抵当権設定登記が**法務局の登記情報に残っていてもその登記はもはや無効の登記である**。その後の令和3年1月10日に再び1000万円が新たに貸し付けられても新たに貸し付けられた1000万円の貸金債権（これも特定の債権である。）を担保するためには**新たな抵当権の設定が必要である**。新たに貸し付けたことにより発生した1000万円の貸金債権は、その

債権を担保するための新たな抵当権が設定されない限り、無担保の貸金債権である。

- 2 抵当権がこのようなものだとすると、銀行などの金融機関にとっては誠に困ったことになる。銀行などの金融機関は融資取引先に対して金を貸したり返済を受けたりする取引を頻繁に繰り返している。したがって、融資により特定の貸金債権が発生するたびに抵当権の設定を受け、それが弁済されれば登記を抹消し、さらに新たな融資により貸金債権が発生すれば抵当権の設定を受け、それが弁済されれば抹消しということをして、融資と返済が行われる都度に繰り返さなければならなくなる。これは非常に煩雑であるし登記費用もばかにならない。そこで実務界では、抵当権に見切りをつけ、特定の債権ではなく一定の種類に属する債権を担保する根抵当権が自然発生的に生成され、法律の根拠なく用いられるようになった。そして、昭和46年法律第99号により民法が改正され、根抵当権に関する条項として民法398条の2から398条の22の規定が追加され、昭和47年4月1日に施行された。その後、数度の改正を経て現在に至っている。
- 3 (根抵当権とは何か) このような要請から生まれた根抵当権は、特定の債権を担保するのではなく、担保する債権の種類と債務者及び極度額のみを定めて設定される特殊な抵当権＝根抵当権である(民法398条の2)。「担保する債権の種類」とは、「売買取引に基づく債権」とか「金銭消費貸借取引に基づく債権」などがその例である。根抵当権では被担保債権が設定時点では全く存在しなくても設定することができ(「成立における付従性」がない)、被担保債権が存在しなければ成立できない抵当権とは異なる。しかし、根抵当権もいつかは特定の債権を担保するようになる。すなわち根抵当権は、将来、あらかじめ定めておいた確定期日が到来したり、根抵当権の実行が申し立てられたとき等に、あらかじめ定めておいた債権の種類と債務者に該当する債権が、あらかじめ定めておいた極度額の範囲で担保されるようになる。このことを「被担保債権の元本の確定」という。これなら、銀行等の金融機関も貸し付ける毎に抵当権の設定を受ける必要がない。一度、根抵当権の設定を受けておけば、貸付残高が極度額の範囲内にある限り安心して融資取引を続けられる。万一貸金債権の債務不履行があればその時に被担保債権の元本を確定させて根抵当権を実行すればよい。かくして現在、銀行などの金融機関が有している物的担保はほとんどが根抵当権であって抵当権ではなく、抵当権は住宅ローンの融資のみに用いられている実情にある。
- 4 (根抵当権設定中の取引) 根抵当権が設定されて貸金取引が始まっても、個々

の貸金債権は将来根抵当権によって担保される可能性はあるが可能性は可能性のままで終わるかもしれない。すなわち貸金債務が返済されて貸金債権が消滅し、根抵当権によって担保されないままで終わることもある。「被担保債権の元本が確定」するまでは根抵当権は特定の債権と無関係であり、相互に何の影響もしない。「AはBから1000万円を借り入れて根抵当権を設定して登記したがAが1000万円を返済したので、AはBに対し、根抵当権設定登記の抹消登記を求める」というような訴状は根抵当権を理解しないところから来る誤った訴状である。貸金1000万円が返済されたからといって根抵当権が消滅することはあり得ない。まずは、「被担保債権の元本が確定」したかどうかが問題とされねばならない。被担保債権の元本確定前の債務の弁済は根抵当権の消長に影響を及ぼさない。

5（根抵当権の被担保債権の確定）しかし、そういう根抵当権も、ある一定の時期が来ると、その時に存在する特定の債権を担保することに固定され、その後発生する債権を担保しないことになる。これが「根抵当権の被担保債権の元本の確定」である。「被担保債権の確定」と言わずに「元本の確定」というのは、根抵当権の被担保債権の「元本」はそのときに確定するが、利息や損害金はその後も発生し続けて確定しないからである。かくして、「根抵当権の被担保債権の元本の確定」と表現される。被担保債権の元本の確定時に存在する債権が存在すれば利息や損害金を含めて極度額までが根抵当権によって担保されるが、担保する債権が存在しなければ根抵当権は法律上消滅する。根抵当権の被担保債権の元本が確定してしまうと、その後新たに金銭が貸し付けられてもその貸金債権は根抵当権では担保されない。

6（確定事由）それでは根抵当権の被担保債権の元本はどのような場合に確定するのか。それは次の場合である。

1) 予め定めた確定期日の到来

予め、元本確定期日を定めておれば、その日に、根抵当権が担保する債権の元本が確定する（民法398条の6）。なお、元本確定期日はこれを定めた日から5年以内の日でなければならない。

2) 根抵当権設定者からする確定請求

元本確定期日の定めがある場合を除き、根抵当権の設定から3年を経過すれば、根抵当権設定者は、根抵当権者に対し、根抵当権の被担保債権の元本の確定を請求でき、その請求があれば請求から2週間が経過したときに元本が確定する（民法398条の19第1項）。

3) 根抵当権者からする確定請求

確定期日の定めがある場合を除き、根抵当権者は、いつでも元本の確定を請求できる。この場合には根抵当権者が設定者に対して元本の確定を請求した時に確定する（民法398条の19第2項）。

4) 不動産競売等の申立て

根抵当権者が抵当不動産について、競売、担保不動産収益執行、物上代位のための差押えを申し立てたときはその時に確定する。ただし、申立て後、申立てを取り下げたり裁判所が申立てを却下したりすると元本は確定しなかったことになる（民法398条の20第1項1号）。

5) 競売通知を受けたとき

他の債権者の申立てによって、抵当不動産に対する競売手続の開始又は税金の滞納処分による差押えがあった場合には、そのことを根抵当権者が知った時から2週間を経過したときに元本が確定する。例えば、ある不動産に対し、Aが第1順位の根抵当権を有し、Bが第2順位の抵当権を有している場合に、Bが担保不動産の競売を裁判所に申し立て、競売開始決定がなされると、裁判所は利害関係人としてAに競売開始の旨を通知するが、こうしてAが裁判所からの通知によって目的不動産に対する競売手続の開始があったことを知ったときから2週間でAの有する根抵当権の担保すべき元本は確定する（民法398条の20第1項3号）。

6) 債務者又は根抵当権設定者の破産

債務者又は根抵当権設定者が破産手続開始決定を受けたときに確定する（民法398条の20第1項4号）。債務者と根抵当権設定者が別人であるときは、そのいずれかが破産手続開始決定を受けたときに確定する。民事再生手続開始決定を受けたときには確定しないので注意が必要である。

7) 債務者の死亡

根抵当権で担保される被担保債権の「債務者」が死亡したときは死亡の時に確定する。ただし、根抵当権者と根抵当権設定者との合意により、根抵当権が担保する債務者を変更する合意をして6か月以内に変更登記をすれば確定しなかったことになる（民法398条の8第2ないし4項）。なお、債務者の死亡が確定事由なのであり、根抵当権設定者の死亡は確定事由ではない。この場合は相続人が根抵当権の負担付きの不動産所有権を承継取得するだけであり、根抵当権は未確定のまま存続する。

7 (根抵当権の被担保債権の範囲) 根抵当権者は、確定した元本並びに利息その

他の定期金及び債務の不履行によって生じた損害の賠償の全部について、極度額を限度として、その根抵当権を行使することができる（民法398条の3）。極度額を超えた債権は一切担保されない。その代わりに極度額の範囲内にある限り、利息・損害金は2年分に限らず全部が担保される。抵当権の場合は、元本のほかには利息・損害金は最後の2年分のみが担保されるのと異なる（民法375条2項）。

- 8（債権の範囲、債務者、極度額の変更、根抵当権の譲渡）元本の確定前においては、根抵当権者と設定者は合意で、根抵当権の担保すべき債権の範囲、債務者の変更をすることができる（民法398条の4）。極度額も同様にして変更することができるが（民法398条の5）、後順位の抵当権者がいるときはその承諾が必要である。後順位の抵当権者は先順位の根抵当権の極度額の増減には深い利害関係を有するからである。また、元本の確定前においては、根抵当権者は根抵当権を他人に譲渡することはできるが、譲渡するには根抵当権設定者の承諾が必要である（民法398条の12）。

第10 仮登記担保（代物弁済の予約）

- 1（代物弁済の予約とは何か）「代物弁済の予約」の「代物弁済」とは、民法482条に定められている債務消滅原因の一つである。同条は、「債務者が、債権者の承諾を得て、その負担した給付に代えて他の給付をしたときは、その給付は、弁済と同一の効力を有する。」と定めている。負担する金銭債務の弁済に代えて不動産の所有権を譲渡するような場合が代物弁済である。例えば債権者の承諾を得て1000万円の借入金債務を返済する代わりに債務者又は第三者所有の不動産を譲渡するのが代物弁済である。この代物弁済の予約又は停止条件付き代物弁済契約が担保として用いられてきた。
- 2（代物弁済予約の仮登記）担保としての用い方は次のようである。例えば、AがBに金銭を貸し付ける際に、Bとの間で、「将来Bが貸金を返済しないときには、B所有の不動産をもって代物弁済することを予約する、もしBが返済しないときには代物弁済の予約を完結させてAの所有とし、その代わりにBの債務は消滅したものとする」と約束する（代物弁済の予約）。そういう約束をして、B所有の不動産に代物弁済予約の仮登記をしておく。このような代物弁済の予約が担保物権と同様の役割を果たしてきた。貸金債権の十分な担保になるからである。なお、代物弁済の予約は予約完結権の行使により本契約を成立させる合意であり、停止条件付き代物弁済契約は、将来ある事実が到来したとき

に当然に効力が発生する契約である。どちらかというとな債権担保のためには代物弁済予約の方が好まれてきた。予約完結権の行使により効力が生じる代物弁済の予約は効力を発生させるについて債権者に主導権があるのに対し、停止条件付代物弁済契約は停止条件にかかる事実が発生すればいやおうなしに効力が発生する契約であり、そこに債権者の意思は入らないからである。

3 (清算金) ところが、AがBに貸し付けた金額が1000万円であり、Bが代物弁済の予約の目的とした不動産が1500万円の価値があったとすると、もし、Bの債務不履行がありAが代物弁済の予約を完結すると、Aは1500万円の不動産の所有権を獲得できる。すなわちAは、Bの債務不履行により1000万円を回収できるほかにかえって500万円の利益を得る。それは不当であるとの主張をめぐって紛争となり、多くの裁判が起こされてきた。そして、判例はAが不当な利益を得ることを許さない、Aは500万円を清算金としてBに返さなければならない、もしAが500万円を返還しない間はBは1000万円を返済して目的不動産を取り戻すことができるという判例理論を構築してきた。そうした経過を経て、昭和53年に「仮登記担保契約に関する法律」(略して「仮登記担保法」)が制定された。

4 (仮登記担保法) 仮登記担保法第1条は、「この法律は、金銭債務を担保するため、その不履行があるときは債権者に債務者又は第三者に属する所有権その他の権利の移転等をするを目的としてされた代物弁済の予約、停止条件付代物弁済契約その他の契約で、その契約による権利について仮登記又は仮登録のできるもの(以下「仮登記担保契約」という。)の効力等に関し、特別の定めをするものとする。」と定め、第2条は、「仮登記担保契約が土地又は建物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そ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。」と定めている。また、第3条は、「債権者は、清算期間が経過した時の土地等の価額がその時の債権等の額を超えるときは、その超える額に相当する金銭(以下「清算金」という。)を債務者等に支払わなければならない。」と定めている。

5 (代物弁済予約の難点) 代物弁済の予約は抵当権や根抵当権と比較して優秀な担保物権によようにも感じられるが、権利者としてはやりにくい面がある。とい

うのは、抵当権や根抵当権なら、被担保債務が不履行になれば、裁判所に抵当権の実行としての不動産競売などを申し立て、あとは裁判所からの配当を待つだけでよい。ところが、代物弁済の予約の場合には予約を完結しても債務者が任意に目的物を引き渡さなかったり仮登記の本登記に応じなければ、権利者が原告となって債務者に対し、目的物の引渡し・仮登記の本登記を求める民事訴訟を提起して権利の実現を図らなければならない。これでは裁判をしなければ権利を実現できないということになりかねない。このように代物弁済の予約（及び停止条件付き代物弁済契約）は裁判を覚悟の担保物権であり、ここにつらい点があって、このため今日では、多くの金融機関は代物弁済の予約を利用せず抵当権と根抵当権のみを利用している。

第11 譲渡担保

- 1（譲渡担保の設定）譲渡担保は、民法に定められていない担保物権である。仮登記担保法のように特別の法律が制定されているわけでもない。譲渡担保は実務の要請から使われるようになり、後に判例が認めた担保物権である。譲渡担保は、債権者が債務者に対して有する債権、多くは貸金債権を担保する目的で、債務者又は債務者に協力する物上保証人が、担保の目的物の所有権を債権者に譲渡し、被担保債権が弁済されれば債権者は譲り受けた所有権を元の所有者に返還し、弁済されなければ所有権を取り切ってしまう内容の担保物権である。貸金債権などの被担保債権とそれを担保するための譲渡担保という形を取る。これに対し、売買契約と買戻しを利用する担保があり「売渡担保」と言われる。これは、資金の必要者が自己の所有物を資金の融通者に売り渡し、買主から売買代金を受け取る形で金銭を得る（実質は借金である）、そして一定の期間内に、受け取った売買代金を買主に払い戻して目的物を取り戻すことができる形の担保である。これも所有権を外形上移転する意味では広い意味で譲渡担保である。この場合には売買契約の形式をとるために貸金債権のような被担保債権が発生しない点に特色がある。
- 2（譲渡担保と対抗要件）ある目的物について譲渡担保権を有することを第三者に対抗するためには、通常の譲渡の場合の第三者対抗要件が用いられる。すなわち、不動産については所有権移転登記（民法177条）が行なわれ、動産については引渡し（民法178条）が行われる。ただし、引渡しの場合には、「占有改定」（民法183条）といって、現在の占有者が「今後は自己のためではなく代理人として占有する」旨を表示してそのまま占有（代理占有）を続ける方法がよ

く用いられる。不動産の登記による場合には、登記原因として譲渡担保と記載することに法務局は難色を示していた時期があったが、現在では譲渡担保という登記原因を法務局は認めている。

(不動産に関する物権の変動の対抗要件)

第177条 不動産に関する物権の得喪及び変更は、不動産登記法その他の登記に関する法律の定めるところに従いその登記をしなければ、第三者に対抗することができない。

(動産に関する物権の譲渡の対抗要件)

第178条 動産に関する物権の譲渡は、その動産の引渡しがない限り、第三者に対抗することができない。

(占有改定)

第183条 代理人が自己の占有物を以後本人のために占有する意思を表示したときは、本人は、これによって占有権を取得する。

- 3 (譲渡担保の実行) 譲渡担保権者は法務局の登記情報の上では完全な所有者に見えるがそれは外形のみであり、実質は担保権を有しているに過ぎない。譲渡担保権者は譲渡担保の実行によって初めて完全な所有者となる。譲渡担保の実行は、帰属清算型と処分清算型のいずれの譲渡担保として合意されたかによって異なる。帰属清算型の場合は、債務不履行があったため債権者が目的物を取得することを債務者に通知すると共に、清算金(目的物の適正な価額と被担保債権の価額)を債務者に返還して清算することにより完成する。清算金が発生しないときは清算金がないことを通知するだけでよい。処分清算型の場合には、債権者が目的物を第三者に処分し、その代価の中から債権者が優先弁済を受け取り、清算金があれば、それを債務者に返還して清算することにより完成する。

いずれの類型にしても譲渡担保の実行においては常に清算が必要であり、譲渡担保権者は被担保債権の回収以上の不当な利益を獲得することはできない。

- 4 (集合物譲渡担保) 譲渡担保の変形として集合物譲渡担保がある。これは会社の倉庫にある商品一切というような集合物(なお、商品の出入りにより構成部分の変動することは認められる。)の上に設定される譲渡担保である。判例は、「構成部分の変動する集合動産であつても、その種類、所在場所及び量的範囲を指定する方法により目的物の範囲が特定される場合には、一個の集合物として譲渡担保の目的となりうる。」と判示して集合物譲渡担保の有効性を認めている。
- 5 (所有権留保) ブルトーザーなどの建設機械の売買契約では、売買代金を分割して支払うことが合意されると共に、買主が売買代金を完済するまでは目的物の所有権を買主に移転せず、売主に所有権を留保する旨の合意がなされること

が多い。分割支払の途中で買主が分割代金の支払を怠ると、売主は所有権に基づき機械を引き上げる。この所有権留保も売買代金の支払を担保するためになされるから実質は担保物権である。

第12 倒産処理法と担保物権

1 (倒産処理法) 裁判所が関係する倒産処理法の代表的なものは、破産、民事再生、会社更生である。それぞれ同名の法律により手続が規律されている。

1) 破産は、支払不能に陥った債務者(法人にあっては支払不能か債務超過に陥った債務者)の財産を売却したり債権の取立てをしたりして債務者の総財産を換価し、換価金をもって債権者に公平に債務を弁済(「配当」と呼ばれる。)する手続である。換価・配当は破産管財人が担当する。

2) 民事再生は、債務者が「再生計画」を立てて企業や個人を再建する手続である。再生計画では、債務の大幅な免除(森友学園の例では93%の債務が免除された。)と残存債務(上記の例では残りの3%)の分割弁済が提案される。再生計画が債権者の過半数が賛成することにより可決されると、裁判所はこれを認可する。こうして、再生計画により大幅な債務減額が得られて経済的に再生できる手続が民事再生手続である。ただし、民事再生では抵当権、根抵当権などの担保権の実行を阻止できない。これらの担保権により保全された債権は再生計画による債務減免の対象とならず、担保権の実行により回収されるか、担保権者と再生債務者との合意(別除権協定)により回収される。

3) 会社更生は、株式会社のみ認められた制度であり、抵当権・根抵当権を有する金融機関等の担保権者をも含む全債権者の債権を対象とし、再生計画により大幅な債務免除と残存債務の分割弁済を内容とする更生計画を成立させることにより更生させる手続である。破産と民事再生では金融機関などが有する担保付き債権は特別扱いであって破産や民事再生の手続に妨げられずに実行できるのに対し、会社更生ではこれらの担保権者についても担保の実行が禁止される。

2 (債務者倒産の場合にこそ力を発揮する担保物権) そもそも担保物権は、貸し付けた金銭が約束どおりに返済されないというまさかの事態に備えて設定された権利であるから(抵当権・根抵当権)、倒産というまさかの事態が発生すればその場合にこそ力を発揮するものでなければならない。そこで、倒産処理法においては、担保物権でもって担保される被担保債権を特別に保護する手立て

が講じられている。その手立ては、倒産処理法の種類や、担保物権の種類によって異なっている。

- 3（破産・民事再生における抵当権・根抵当権の扱い）まず、破産と民事再生においては、抵当権や根抵当権などの担保物権は、破産手続開始決定や民事再生手続開始決定後もそれらの手続に妨げられず、抵当権・根抵当権の実行ができる。そのため、抵当権・根抵当権の実行により回収されると予想される金額は、破産配当の対象とはされないし、民事再生計画による債務免除・残余債権の分割弁済の対象ともされない。このような抵当権や根抵当権は破産手続や再生手続に関係なく担保を実行することにより債権を回収することが期待されている。しかし、破産の場合にはどうせ企業や個人を生産してしまうのだから抵当権等を実行されてもそれで構わないが、企業や個人を経済的に再生させることを目的とする民事再生では再生の支障となる。そこで、民事再生手続においては、再生債務者は、一般債権者に対しては破産よりましな配当であることを説いて再生計画に賛成の債権者多数を獲得し、その一方で、担保権者に対しては担保権者と交渉して分割弁済などの示談（別除権協定と呼ばれる）を成立させて、担保権の実行を回避しなければならない。
- 4（先取特権の扱い）未払いの給料債権や退職金債権などは民法が定める一般先取特権により担保される債権であるから、無担保の債権に優先する取り扱いがなされなければならない。そこで、破産においては、これらの債権は、一般の破産債権に優先して配当される優先的破産債権として扱われる。なお、未払い給料のうち3か月分は財団債権とされて随時に弁済されるから、その残額が優先的破産債権となる。次に、民事再生においては、給料債権や退職金債権などの一般先取特権がついた債権は、「一般優先債権」とされて随意に弁済されることにされており、再生計画の対象とはされない。
- 5（留置権の扱い）留置権は、破産や民事再生においては特別扱いされず、消滅する。しかし、商法が定める商人間の留置権については抵当権同様、別除権とされる。金融機関が取引先から有価証券（手形）を預かっていたところ、取引先が破産した場合に、金融機関は商事留置権を有するから有価証券を破産管財人に返還する義務はなく、有価証券を現金化して自己の債権に充当することを認めた最高裁の判例がある（最高裁平成10年7月14日第三小法廷判決民集第52巻5号1261頁）。

●民事留置権

民法第二百九十五条 他人の物の占有者は、その物に関して生じた債権を有

するときは、その債権の弁済を受けるまで、その物を留置することができる。ただし、その債権が弁済期にないときは、この限りでない。

●商人間の留置権

商法第五百二十一条 商人間においてその双方のために商行為となる行為によって生じた債権が弁済期にあるときは、債権者は、その債権の弁済を受けるまで、その債務者との間における商行為によって自己の占有に属した債務者の所有する物又は有価証券を留置することができる。ただし、当事者の別段の意思表示があるときは、この限りでない。

- 6（会社更生における担保物権の扱い）会社更生手続では、抵当権・根抵当権は別除権にならず、会社更生手続開始決定後は担保権を実行することが一切、認められない。担保権者は更生担保権とされて、更生計画においてその弁済計画が取り決められる。また、会社更生手続においては、従来の経営陣は一斉に退陣し、裁判所が選任した管財人が更生計画の策定と事業の経営に当たる。