確認問題12　解答＆解説

問 1【正解:〇】

抵当権の設定

民法では、抵当権は、不動産、地上権及び永小作権に設定することができます(地上権、永小作権に抵当権を設定することは実際少ない)。抵当権は登記をしなければ第三者に対抗できませんが、登記のない抵当権も当事者間では有効であり競売の申立をすることができます(確定判決や公正証書等が必要)。

ただし、未登記の抵当権には優先弁済権はないため、一般債権者として配当を受けることになります(一般債権者がほかにいる場合は債権額に応じた平等配分になります)。

問 2【正解:×】

附従性

担保物権とは、本来、債権を担保するための手段であり、債権という主役の従たる存在です。このため、「被担保債権が存在しなければ担保物権も存在せず、被担保物権が消滅すれば担保物権も消滅する」と考えられています。このことを担保物権の附従性といいます。

したがって、被担保債権が消滅時効によって消滅すれば、抵当権も附従性によって消滅し、抵当権設定者は抵当権者に抵当権の消滅を主張できます。

問 3【正解:×】

成立段階での附従性の緩和

抵当権は、本来、現に存在する債権を担保するものです。しかし、その被担保債権が抵当権設定当時に存在していない場合、例えば、将来発生する債権や条件付債権のために抵当権を設定することも判例により認められています(最高裁・昭和 33.5.9)。

問 4【正解:〇】

追及効

通説では、抵当権設定の登記をしていれば、抵当権者は第三取得者の所有になった不動産にも抵当権を実行できるとされています(民法の条文には明確なものはない)。

つまり、抵当権者は、抵当不動産の所有権が次々に第三者に移転しても、どこまでも抵当不動産に追及して抵当権の実行をすることができます。これを「追及効」といいます。

問 5【正解:×】

随伴性

本設問は、債権譲渡の成立要件を被担保債権が同一性を保ったまま第三者に譲渡された場合には、その債権を担保するための抵当権もまた第三者に移転します。債権譲渡契約の当事者は譲渡人と譲受人であり、債務者は当事者ではないので、債務者の承諾がなくても当事者の意思表示のみで債権譲渡の効力が生じます。

したがって、債権譲渡により抵当権が移転することについて抵当権設定者の承諾は不要です。

問 6【正解:○】

不可分性

被担保債権の全部の弁済があるまで、担保物権は目的物の全部の上に存続し、その効力を及ぼします。つまり、被担保債権の一部が弁済されたからといって抵当権がなくなるわけではありません。

問 7【正解:×】

物上代位は差押えが要件(ひっかかる可能性大)

抵当権では、抵当権の対象が滅失・毀損したり、売却・賃貸されたとき、物上代位によりその保険金、損害賠償金、売却代金、賃料などの請求権に抵当権の効力が継続することになっています。

判例によれば、物上代位は現実の金銭の上に効力を及ぼすものではなく、目的物の滅失により生じた「損害賠償請求権」の上に効力を及ぼすものであって、当該賠償金を債務者が受領した後においては、債務者の一般財産と混同してしまい、分離不可能となるため、物上代位することはできません。

つまり、払い渡しされる前に、請求権にもとづき差押え等の必要があります。差押えが必要なのは第三債務者を保護するためとされています。(最高裁・平成 10.1.30)

問 8【正解:○】

附加一体物

抵当権の効力は、抵当不動産だけでなく、抵当地の上に存する建物を除いて、「その目的たる不動産に附加してこれと一体を成したる物」にも及びます(民法 370 条)。

つまり、抵当不動産の一部(構成部分)になっているものには、抵当権の効力が及びます(土地だけに抵当権が設定されているときには抵当地上の建物には抵当権は及ばないことに注意)。

附加一体物の例　壁紙・屋根板・増築部分・植木など、建物の雨戸・ガラス戸・扉(外界と遮断する扉)(⇒建物の一部を構成するから)

問 9【正解:○】

附合物(242 条)と抵当権の効力の及ぶ従物(87 条)

①抵当不動産に附合したものは不動産の構成部分となって独立性を失っているので、附合の時期に関係なく、附加一体物に含まれます(242 条)。

建物の附合物の例　建物での雨戸・入り口の扉 etc

②従物(独立の動産)は主物の価値を高めるという一体的な関係にあり、抵当権設定当時の抵当不動産の従物も抵当権の効力が及ぶ付加一体物とされています(最高裁・昭和 44.3.28 など)。

問 10【正解:○】

果実

抵当権とは、目的物の占有を設定者のもとにとどめて設定者が使用・収益をしながら債務を返済できるようにした制度ですから天然果実を設定者が収取できます。例えば、農用地に抵当権を設定した場合を考えると、農作物＝天然果実を育成して抵当権設定者は収益を得ることができます。

ただし、「抵当不動産の担保する債権について債務不履行があったとき」には、抵当権の効力は抵当不動産の果実にも及びます(民法 371 条1項)。

抵当権者は競売開始決定後に債務不履行後の抵当不動産からの収益を差押えることができます。この果実は「天然果実」だけではなく「法定果実」(賃料)も含むと解されております。

問 11【正解:×】

借地権

抵当権の効力は、借地上の建物に抵当権を設定した場合、その建物の敷地の利用権である借地権にも及びます。建物は敷地利用権なしには存在できないからです。

建物の所有に必要な敷地の賃借権は、建物の所有権に附随し、これと一体となって1つの財産的価値を形成しており、従たる権利として土地の賃借権に抵当権の効力が及びます(最高裁・昭和 44.3.28　判例では、民法 87 条 2 項類推適用説)。

ただし、競落人は、土地の賃借権の移転について、賃貸人の承諾が必要(612　条1項)で、承諾がないときにはそれに代わる裁判所の許可が必要になります(借地借家法 19 条、20 条)。

問 12【正解:×】

抵当権設定した土地の上の建物

民法では土地に抵当権を設定しても、その抵当権の効力はその土地の上の建物には及びません。現民法では、土地と建物は別個の不動産と考えています。民法　370　条抵当権は、抵当地の上に存する建物を除き、その目的である不動産(以下「抵当不動産」という。)に付加して一体となっている物に及ぶ。ただし、設定行為に別段の定めがある場合及び第　424　条の規定により債権者が債務者の行為を取り消すことができる場合は、この限りでない。したがって、本問は×になります。

問 13【正解:×】

抵当権の登記に債務の利息に関する定めがあり、他に後順位抵当権者その他の利害関係者がいない場合は、抵当権者は、満期のきた最後の2年分を超える利息についても抵当権を行使することができます。

問 14【正解：×】
抵当権設定者は、抵当権を設定した後も抵当不動産を自由に使用・収益・処分することができます。抵当不動産の譲渡(処分)も抵当権者の同意を得る必要はありません。

問 15【正解：×】
抵当権設定者は、抵当権を設定した後も抵当不動産を使用・収益・処分することができます。抵当不動産の賃貸も抵当権者の同意を得る必要はありません。
しかし、Cはその賃借権を登記して、その登記について抵当権者全員が同意してその同意の登記がないと、抵当権者や競売での買受人に対して賃借権を対抗することができません。(387 条)

問 16【正解：×】
抵当権設定者は、抵当権を設定した後も抵当不動産を自由に使用・収益・処分することができます。抵当土地の上に建物を建築するについても抵当権者の同意を得る必要はありません。

問 17【正解：○】
A（Bに貸金債権、Cの不動産の抵当権者）　→　B(債務者)
↓　抵当権　　100 万円
C(Bの物上保証人)

被担保債権の消滅時効が完成したときには、物上保証人もこれを援用することにより、抵当権の消滅を主張できます。(最高裁・昭和 43.9.23)
したがって、CはAに抵当権の抹消を求めることができます。

問 18【正解：×】
被担保債権の弁済により、抵当権は消滅する(附従性)
担保物権とは、本来、債権を担保するための手段であり、債権という主役の従たる存在です。このため、「被担保債権が存在しなければ担保物権も存在せず、被担保物権が消滅すれば担保物権も消滅する」と考えられています。このことを担保物権の附従性といいます。
したがって、被担保債権が弁済によって消滅すれば、抵当権も附従性によって消滅し、たとえ抵当権の登記が残っていたとしても、それは実体のない登記なので、抵当権設定者は第三者に抵当権の消滅を主張できます。

問 19【正解：×】

抵当権者の同意による対抗力の付与・競売後の明渡し猶予

平成 15 年の民法改正により短期賃貸借は悪用されることが多いため廃止され、それに代わるものとして「抵当権者の同意による、賃借人への対抗力の付与」、「競売後の明渡し猶予」が創設されました。したがって、本肢の記述は×になります。

問 20【正解：×】

抵当権設定のみでは契約解除はできない

A(抵当権設定者)・・・・C(抵当権者)
｜　　└B(債務者)
D(第三取得者)

抵当権が設定されている不動産の買主は、抵当権が実行され所有権を失った時には契約の解除や損害賠償請求をすることができますが、抵当権が設定されているというだけでは売主の担保責任を問うことはできず、契約の解除はできません。(民法 567 条1項)
通常の不動産取引では、登記簿の甲区(仮登記や差押えがないか?)、乙区(担保物権や用益物権の登記がないか?)を調べてから売買契約になります。(もし見ていなかったとすれば不注意。)
抵当権付で売買されるということも実務上ではよくあることであり、第三取得者自身が抵当権を消滅させる方法も『抵当権消滅請求』、『代価弁済』、『第三者弁済』など複数あることから、「抵当権が設定されている」ことのみでは解除することはできません。