

宿題13 解答&解説

問1

1. 【正解:×】

普通抵当権との違い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普通抵当権の設定契約では、被担保債権を特定する必要があります。

それに対して、根抵当権は、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ものであり(398条の2第1項)、根抵当権設定契約を締結するときに、元本確定時点での被担保債権を特定することは予測困難です。したがって、根抵当権設定契約で被担保債権を特定することは必要ではありません。

2. 【正解:○】

現在発生していない債権を被担保債権にする。

普通抵当権では、現在は発生していなくても、期限付債権や条件付債権などで将来発生する可能性があるものについて被担保債権とすることができます(附従性の緩和)。

根抵当権では、将来発生する「一定範囲での不特定債権」を被担保債権とすることが予定されています(398条の2第1項)。

したがって、「普通抵当権、根抵当権の双方とも、現在は発生しておらず、将来発生する可能性がある債権を被担保債権とすることができます」。

3. 【正解:×】

普通抵当権との違い—元本確定前は随伴性がない。

普通抵当権では、被担保債権に随伴する性質があり、被担保債権を譲り受けた者は、それを担保する普通抵当権も取得します(随伴性)。

それに対して、根抵当権では、元本確定前は被担保債権に随伴しないため、元本確定前に根抵当権者から個々の被担保債権を譲り受けたとしても、それを担保する根抵当権を取得したことにはなりません(398条の7第1項)。したがって、本肢は×になります。

4. 【正解:×】

普通抵当権との違い—利息・遅延損害金は最後の2年分に限られない。

普通抵当権では、原則として、後順位抵当権者等の保護のために、利息・遅延損害金等は最後の2年分についてのみ担保されます(375条)。対して、根抵当権では、元本[確定したもの]のほか利息・遅延損害金等を合計して、極度額の範囲内であれば最後の2年分に限らず全て担保されることになっています。つまり極度額の範囲内に収まるのならば2年以上の利息・遅延損害金等についても優先弁済を受けられますが、極度額の範囲内に収まらないと2年分を優先弁済されない場合もあり得ます。したがって、本肢は×になります。

問 2

1. 【正解: ×】

根抵当権の被担保債権の範囲の変更

元本の確定前に根抵当権の担保すべき債権の範囲の変更をすることができます。被担保債権の変更をするのに、後順位の抵当権者その他の第三者の承諾を得る必要はありません(民法 398 条の4第1項、第2項)。

ただし、元本の確定前に登記をしなかったときは、被担保債権の変更をしなかったものとみなされ(民法 398 条の4第3項)、登記によって変更の効力が生じる。

2. 【正解: ×】

元本の確定前に根抵当権者から被担保債権の範囲に属する個別債権を取得した者は、その債権について根抵当権を行使することはできない(随伴性の否定)。

元本の確定前に根抵当権者から被担保債権の範囲に属する個別債権を取得した者は、その債権について根抵当権を行使することができません(民法 398 条の7第1項前段)。

根抵当権が債権に随伴することを認めると、処理が煩雑になるためです。譲渡された債権は担保のない債権になります。**第三者が根抵当権の被担保債権の範囲に属する個別債権を弁済して、債権者に代位しても、その債権について根抵当権を行使することができません(民法 398 条の7第1項後段)。**

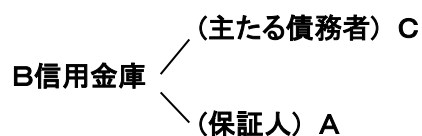
3. 【正解: ×】

根抵当権の行使は極度額の範囲内

根抵当権者は、確定した元本、利息その他の定期金、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ます(民法 398 条の3第1項)。元本に係る約定金利は、極度額の範囲内であれば、最後の2年分に限らず、根抵当権を行使できますが、最後の2年分であっても極度額の範囲を超えるならば、根抵当権を行使することはできません。

4. 【正解: ○】

根抵当権の被担保債権には、根抵当債務者に対する保証債権も含まれる。



判例によれば、被担保債権の範囲を「信用金庫取引による債権」として設定された根抵当権の被担保債権には、信用金庫の根抵当債務者に対する保証債権も含まれます(最高裁・平成 5.1.19)。つまり、根抵当権の被担保債権には、根抵当債務者に対する保証債権(保証契約による債権)も含まれるということです。

問 3

1. 【正解: ×】

抵当権消滅請求をすることができるのは抵当不動産を取得した第三者に限る(初出題)。

抵当権消滅請求をすることができるのは、抵当不動産の所有権を取得した第三者に限られます(民法 379 条)。主たる債務者・保証人(承継人も含む)は、抵当不動産を買い受けても、抵当権消滅請求をすることはできないので(民法 380 条)、本肢は誤りです。主たる債務者・保証人及びその承継人は、債務の全額を弁済すべきで、債務の弁済をしないで抵当権消滅請求することは許されない(競売の売価は抵当権の被担保債権金額より安くなることが多い)。

※ただし、第三者でも、停止条件付きの契約で取得した者は、停止条件が成否未定の間は抵当不動産の所有権を取得するのが確定していない[期待権をもつにとどまる]ので、抵当権消滅請求をすることはできません(民法 381 条)。

2. 【正解: ×】

抵当権消滅請求の時期—競売による差押えの効力が発生する前

抵当不動産の第三取得者は、抵当権の実行としての競売による差押えの効力が発生する前に、抵当権消滅請求をしなければなりません(民法 382 条)。競売による差押えの効力が発生した後は、売却の許可の決定が確定していなくても、抵当権消滅請求をすることはできないので、本肢は誤りです。

3. 【正解: ○】

抵当権消滅請求の書面の送達

抵当不動産の第三取得者は、抵当権消滅請求をするときに、登記をした各債権者に対し、民法 383 条で規定する所定の書面を送付しなければなりません、その送付書面について事前に裁判所の許可を受ける必要はありません。

4. 【正解: ×】

抵当権消滅請求の効果が生じない場合

抵当権者が、抵当権消滅請求に基づく抵当権消滅を回避するには、書面の送付を受けた後、2ヶ月以内に抵当権を実行して競売の申立てをしなければなりません。この申立てがなければ、抵当権消滅請求を承諾した※とみなされるからです(民法 384 条1号)。

承諾できない旨を確定日付のある書面にて第三取得者に通知しただけでは抵当権消滅請求に基づく抵当権の消滅を回避することはできません。

※抵当不動産の第三取得者が書面で提示した代価または金額を承諾したものとみなされる。

抵当権者が競売の申立てをするときは、抵当権消滅請求の書面の送達を受けた日から2ヶ月以内に、債務者及び抵当不動産の譲渡人に通知しなければいけません(民法 385 条)。

問4

1. 【正解: ×】

抵当権設定者の使用収益

抵当権の設定には、抵当権の目的物の引渡しは不要であり、抵当権の設定者には抵当権の目的物を使用し収益をあげることが認められています。抵当権の実行段階では、設定者の権利はすべて奪われますが、それまでは、設定者は抵当権の目的物を使用し収益をあげることができます。

したがって、抵当権者Aは、建物を築造したことが抵当権を侵害する行為だとして乙建物の収去を求めることはできません。

2. 【正解: ×】

一番抵当権を基準に法定地上権の成立は決定される(判例)。

更地に抵当権設定しても、法定地上権は成立しない。

法定地上権が成立するには、抵当権設定時に、既に建物が存在していることが要件です(最高裁・昭和36.2.10等)。土地に複数の抵当権が設定された場合、判例では、土地の1番抵当権設定時を基準に、法定地上権の成立を考えるべきとしています(最高裁・平成2.1.22)。

本肢では、

甲土地=1番抵当権者A、2番抵当権者C

乙建物=1番抵当権C

となっています。甲土地に1番抵当権が設定された時は、更地であった為、乙建物のために法定地上権は成立しません。

本肢のような場合にも法定地上権を認めると、1番抵当権者Bにとっては、もともと更地と評価した土地なのに、競売実行時に法定地上権付きの建物があれば、土地の価格は下がることになるので、Bにとっては著しく不利益になるからです。

3. 【正解: ×】

一番抵当権を基準に法定地上権の成立は決定される(判例)。

更地に抵当権設定しても、法定地上権は成立しない。

肢2と同様に考えます。

本肢では、

甲土地=1番抵当権者A、2番抵当権者D

となっています。甲土地に1番抵当権が設定された時は、更地であった為、乙建物のために法定地上権は成立しません。

4. 【正解:○】

一括競売での優先弁済→抵当権の設定されたもののみ

土地が更地であったときに土地に抵当権が設定され、その後、抵当権設定者が建物を築造した場合、抵当権者は土地だけを競売にかけることもできるし、また土地と建物を一括して競売にかけることもできます(民法 389 条)。

しかし、優先弁済は、土地の代価からしか受けられません。つまり、優先弁済権は甲土地の代金についてのみ行使できることとなります(民法 389 条但し書)。