

## 確認問題13 解答&解説

### 問1【正解:○】

登記のない抵当権でも競売の申立はできる。

抵当権においても、登記は第三者に対する対抗要件です。抵当権設定登記がなくても設定者に対しては抵当権を主張でき、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)(最高裁・昭和 25.10.24)。

ただし、登記がないと第三者(他の債権者)に対して抵当権に基づく優先弁済的効力を対抗できません。また、登記がないと第三取得者に対して抵当権を対抗できません。

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となります(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となります)。

### 問2【正解:×】

#### 一括競売

土地に抵当権を設定した後、抵当権設定者や抵当権者に対抗できない第三者がその抵当地に建物を建てた場合、抵当権者は、土地とともに建物を競売することもできます。

しかし、建物の競売代金から優先弁済を受けることはできません。この場合の建物の売却代金は抵当権設定者に帰属します。

なお、当然ですが、土地のみに抵当権を設定した当時にすでに建物があった場合や建物の所有者が抵当地を占有することについて抵当権者に対抗できる権原を持っている場合(更地に抵当権を設定した後に土地の賃借権登記し抵当権者の同意の登記を得ていた場合や改正施行前に要件を満たしていた短期賃貸借の場合等)は、一括競売はできません。

抵当権者は、抵当地のみ競売、土地と建物の一括競売、どちらも選択でき、必ず一括競売しなければならないという義務はありません。

### 問3【正解:×】

#### 第三取得者への抵当権実行の通知

抵当権者が抵当権を実行するときは、あらかじめ抵当不動産の第三取得者に対して、その旨を通知しなければならないという規定がありました(平成 15 年改正で廃止されました)。

### 問4【正解:×】

#### 抵当権の私的実行 抵当直流(ていとうじきなぐれ)

抵当権の被担保債権の債務者が期限に弁済しない場合、所有権を直ちに債権者に移転させる旨の特約をしておくことは可能であり、抵当権者は抵当不動産の競売によらずに、直ちに所有権を抵当権者に移転させることで優先弁済を受けることができる。

**問 5【正解:×】**

**登記のない抵当権者も競売の申立てはできる**

確かに、抵当権の「第三者への対抗要件」は登記ですが、抵当権の登記をしていなくても、当事者間では有効です。したがって、抵当権の登記のない抵当権者でも競売の申立てをすることができます。

**問 6【正解:×】**

**同一規模の新建物の再築(判例)**

抵当権設定当時土地の上にA所有の建物が存在、同一規模の新建物を再築



法定地上権は成立すると考えられます。

抵当権者 B は、抵当権設定時に、法定地上権がつくことを承知の上、土地を評価していたので、新たに旧建物と同一規模の建物が築造されてもBに特別の損害が生じるわけではなく、不利益はない、と考えられます(大審院・昭和 10.8.10)。

- ① 抵当権設定当時に土地の上に建物が存在           ○
- ② 抵当権設定当時に土地と建物とが同一の所有者   ○
- ③ 土地と建物の一方又は双方に抵当権が設定       ○
- ④ 競売により、土地と建物が別人の所有になる      ○

**問 7【正解:×】**

(四つの要件を満たして)借地権のついた建物にも法定地上権は成立する。

D のために甲地の借地権という土地使用権が設定されていますが、抵当権設定後の借地権は抵当権者に対抗できないため(平成 16 年4月1日の民法改正施行前に対抗要件を備えていた短期賃借権や抵当権者の同意の登記を得た賃借権を除く)、抵当権が実行されるとDの借地権は存続できなくなります。このため、この場合にも、Dの保護のため、法定地上権は成立すると解されています(大審院・大正 12.12.14)。

抵当権設定時	抵当権実行時
甲地A所有	A所有
建物A所有	D所有(借地権つき)

- ① 抵当権設定当時に土地の上に建物が存在           ○
- ② 抵当権設定当時に土地と建物とが同一の所有者   ○
- ③ 土地と建物の一方又は双方に抵当権が設定       ○
- ④ 競売により、土地と建物が別人の所有になる      ○

問 8【正解:○】

抵当権設定時に土地と建物が同一人所有ではない場合には、法定地上権は成立しない。

抵当権設定時	抵当権実行時
甲地A所有	A所有
建物E所有	A所有

本肢のような場合、判例では、抵当権設定時に同一の所有者に土地と建物が帰属していない以上、法定地上権は成立しないとしています(最高裁・平成 2.1.22、昭和 44.2.14 等)。

- ① 抵当権設定時に土地の上に建物が存在 ○
- ② 抵当権設定時に土地と建物とが同一の所有者 ×
- ③ 土地と建物の一方又は双方に抵当権が設定 ○
- ④ 競売により、土地と建物が別人の所有になる ○

問 9【正解:×】

一番抵当権設定当時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、昭和 47.11.2 など)。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)。二番抵当権者が競売の申立てをしても、一番抵当権設定当時の状況を基準にして法定地上権が成立するかどうかを考えるので、本肢の場合は、法定地上権は成立しません。

- ① 抵当権設定時に土地の上に建物が存在 ×
- ② 抵当権設定時に土地と建物とが同一の所有者 建物がなかった
- ③ 土地と建物の一方又は双方に抵当権が設定 ○
- ④ 競売により、土地と建物が別人の所有になる ○

問 10【正解:×】

抵当権実行段階で建物が存在しない場合には、法定地上権は成立しない。

法定地上権は、建物を保護するための制度であり、抵当権実行段階でその建物がなければ、法定地上権は認められません。本肢のように、抵当権者の承諾を得て建物を建築することになっていたとしても、競売後に建物を築造することを甲地の競落人Cがその事情を知りうる立場にいるとは限らず、Cの保護も考える必要があります。このため、本肢の場合、法定地上権は成立しないと考えられます。

抵当権設定時	抵当権実行時
甲地A所有	A所有
建物A所有	なし

- ① 抵当権設定当時に土地の上に建物が存在（その後建物は滅失） ○
- ② 抵当権設定当時に土地と建物とが同一の所有者 ○
- ③ 土地と建物の一方又は双方に抵当権が設定 ○
- ④ 競売により、土地と建物が別人の所有になる ×

問 11【正解: ×】

抵当権設定者の使用収益権

A(抵当権設定者)……B(抵当権者)

|

C(賃借人)

旧法・現行法とも、抵当権を設定した後も、抵当権設定者は抵当不動産を毀損したり、抵当価値を減少させるものでない限り、自由に使用・収益することができるので、Aは、この賃貸借についての抵当権者の同意を得る必要はありません。

しかし、現行法が適用される場合は、Cは、賃貸借の登記をすることに加えて、賃貸借についてのBの同意の登記も得ておかないと、抵当権者Bに対抗できません。

問 12【正解: ×】

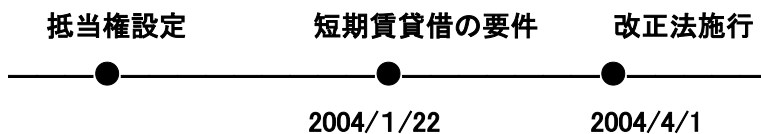
短期賃貸借の対抗要件

原則、賃借権の登記が必要。(借地)建物の登記、(借家)引渡しも可。

A(抵当権設定者)……B(抵当権者)

|

C(賃借人)



判例では、賃貸借の登記に代わるものとして、借地借家法の規定、「借家であれば引渡し、借地であれば建物の登記」を対抗要件としています(大審院・昭和 12.7.10)。

改正法施行後も、改正前にこの要件を満たした短期賃貸借は、抵当権者や競落人に対抗できません。本肢では、対抗要件の引渡しは平成 16 年 1 月 22 日なので、Cは、Bに対抗することができます(経過措置)。

**問 13【正解:×】**

**元本確定前に根抵当権の順位の譲渡・放棄はできない。**

根抵当権では、その処分について普通の抵当権とは異なった扱いをしています。

後順位の根抵当権者が、先順位抵当権者から順位の譲渡や放棄の利益を受ける(398条の15)ことはできますが、根抵当権者は、元本確定前に、376条の定める処分(根抵当権の譲渡・放棄や順位の譲渡・放棄)をすることはできません(398条の11第1項)。

根抵当権でも転抵当(その根抵当権を第三者の担保に供すること)は認められています(398条の11第1項)。

**問 14【正解:○】**

**債権の範囲の変更・債務者の変更には、利害関係人の承諾は要らない。**

根抵当権者は、元本確定前ならば、被担保債権の範囲の変更や債務者の変更をすることができます(398条の4第1項)。この変更には根抵当権設定者との合意があればよく、後順位の抵当権設定者その他の第三者の承諾を得る必要はありません(398条の4第2項)。

**問 15【正解:○】**

**根抵当権の全部または一部の譲渡—根抵当権設定者の承諾が必要。**

根抵当権者は、根抵当権設定者の承諾を得れば、元本確定前に、根抵当権の全部譲渡または一部譲渡をすることができます。

**問 16【正解:○】**

**極度額の変更には利害関係人の承諾が必要**

元本確定の前後を問わず、利害関係人全員の承諾がないと極度額の変更をすることはできません(398条の5)。極度額の変更は、後順位抵当権者や一般債権者の利害に大きく影響するからです。※利害関係人に注意

極度額の拡大変更の利害関係人 → 後順位抵当権者・差押債権者

極度額の縮小変更の利害関係人 → 転抵当権者

**問 17【正解:×】**

**債権の範囲は特定の継続的な取引契約によって生じるものに限定されている。**根抵当権とは、将来にわたって継続的に発生することが見込まれる多数の債権を一括して被担保債権として抵当権を設定して極度額の限度で担保するものです。根抵当権の担保すべき債権の範囲は、債務者との特定の継続的な取引契約によって生じるもの(その他債務者との一定の種類取引によって生じるもの)にあらかじめ限定して定めることになっています(398条の2第2項)。したがって、「債権者が債務者に対して将来有することとなるあらゆる種類の債権」ではありません(包括根抵当権は認められていません)。

**問 18【正解:○】****元本確定期日ー原則として設定から5年以内**

根抵当権は長期間に渡って、一定の範囲に属する不特定・多数の債権を担保するものです。しかし、根抵当権が期間の制限なく永久に存続できるとしたのでは、抵当不動産の所有者は永久に制限を受けることになる。

そのため、ある時点で被担保債権を確定させる必要がある。民法ではそのため確定期日の合意がある場合は、確定期日を根抵当権の設定から5年以内に行っています(398条の6第3項)。

ただし、元本確定期日は、確定期日前ならば変更することもできるので、事実上5年よりも長期にわたることも可能です(398条の6第1項・第2項)。

確定期日の変更は登記することが必要で、登記していないと変更前の確定期日になります(398条の6第4項)。

**問 19【正解:○】****債務者の変更**

被担保債権の元本の確定前は、後順位の抵当権者その他の第三者の承諾がなくても、債務者を変更することができます(389条の4)。

極度額の変更は後順位の抵当権者その他の第三者の利害に大きく影響するためその承諾が必要ですが〔極度額の変更は元本確定後も利害関係人の承諾があれば可能〕、被担保債権の範囲や元本確定期日、債務者の変更には利害関係人の承諾は不要です。

**問 20【正解:○】****元本確定の合意がないときは、3年経過すると元本確定の請求ができる。**

根抵当権設定時に元本確定の合意がないときは、抵当不動産の所有者は設定後3年を経過すると、根抵当権者に対して元本確定の請求をすることができます。この請求から2週間経過すると自動的に元本が確定します(398条の19)。

法改正により、根抵当権者も、元本確定の合意がないときは、いつでも元本の確定を請求することができます、この場合根抵当権者が請求したときに元本は確定することになりました。不動産登記法の改正により、根抵当権者は元本確定の登記を申請することもできるようになっています(不動産登記法・93条\_\_旧法119条の9)。