

第10章 抵当権

第1節 総則

(抵当権の内容)

第369条 抵当権者は、債務者又は第三者が占有を移転しないで債務の担保に供した不動産について、他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受ける権利を有する。

2 地上権及び永小作権も、抵当権の目的とすることができる。この場合においては、この章の規定を準用する。

事実認定の対象等

■ 意義

本条は、抵当権の内容について規定する。まず、①本条は、抵当権は「債務者又は第三者が占有を移転しないで」不動産を債務の担保に供するものであること、すなわち非占有担保であることを規定し、抵当権はこの点で不動産質権と異なることとなる。次に、②本条は、抵当権は不動産を「債務の担保に」供するものであること、すなわち抵当権は担保物権であり、それは債権者に対して担保に供する旨の抵当権設定契約によって発生することを規定し、この性質から抵当権は被担保債権に対して付従性を有することとなる。債権者と抵当権設定契約を締結するのは債務者以外の「第三者」であってもよく、このような他人の債務を担保する者は物上保証人と呼ばれる。さらに、③本条は、抵当権は「不動産」を目的物とする担保物権であることを規定する。民法は、土地と建物を別の不動産ととらえる（370条等）から、抵当権は土地建物それぞれを目的物として設定することができる。抵当権が不動産にしか設定できないのは、抵当権が非占有担保権であることから、公示制度

(登記)を必要とすることによる。そして、④本条2項は、抵当権は不動産の所有権を対象とするだけでなく、地上権や永小作権をその目的とすることができる旨を規定し、この場合も所有権に抵当権を設定した場合と同じ規律とすることを規定している。最後に、⑤本条は、抵当権設定の効果として抵当権者が「他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受ける権利を有する」こと、すなわち優先弁済権を有することを規定するものである。

■ ■ 法律要件及び法律効果等

1 法律要件

抵当権設定契約の効力が発生するための要件は、①被担保債権が発生したこと、②①の債権を担保するため不動産について抵当権設定契約を締結したこと、③②の当時、同契約の当事者が当該不動産について所有権（本条2項の抵当権については地上権又は永小作権）を有することである。抵当権は物権であって、抵当権設定契約はこの物権の発生を目的とする物権契約である（村田＝山野目・30講367頁）から、抵当権設定ときに設定者が目的物の物権的処分権限を有している必要がある（大判昭和7年5月9日民集11巻824頁[27510305]）。また、設定された抵当権の効力を第三者に対抗するためには、抵当権設定登記を経る必要がある（177条）。

したがって、例えば、抵当権者が、抵当権を設定した債務者に対し、抵当権設定契約に基づいて抵当権設定登記手続を求める場合の請求原因は、

- ① 被担保債権の発生原因事実
- ② ①の債権を担保するため、目的不動産に抵当権を設定する旨の契約を締結したこと
- ③ ②の当時、債務者は当該目的不動産を所有していたこと

である。また、不動産の所有者が、所有権に基づく妨害排除請求権に基づき当該不動産にされた抵当権設定登記の抹消登記手続を求める場合の請求原因は(ア)原告が当該不動産を所有すること、(イ)当該不動産につき、被告名義の抵当権設定登記が存在することであるところ、これに対して被告である抵当権者が当該登記を保持する権原を有する旨の抗弁（登記保持権原の抗弁）を

主張する場合には、上記①ないし③の事実に加えて、

④ 当該抵当権設定登記は②の契約に基づいてされたこと

を主張することができる。④は、当該抵当権設定登記がその表示する実体関係と関連性を有する（契約上の義務の履行として当該登記がされた）ことと、当該登記は手続的にも適法になされた（登記義務者の意思に基づいてされた）ことを意味する事実の主張である。

2 法律効果

抵当権者は、「他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受ける権利を有する」こと、すなわち債務者が被担保債権である債務の弁済をしない場合には、債権者は民事執行法の規定に従って抵当不動産を競売に付し、その売得金から優先して弁済を受ける権利を有する（優先弁済の効力）。

■ ■ 参考裁判例

上記のとおり抵当権設定の対抗要件は登記であるところ、抵当権設定登記が不当に抹消された場合（抵当建物の登記簿が不当に閉鎖された場合）の抵当権者の権利について、最判平成6年5月12日民集48巻4号1005頁[27819201]は、登記された甲建物について、滅失の事実がないのにその旨の登記がされて登記用紙が閉鎖された結果、甲建物に設定されていた根抵当権設定登記が登記簿上公示されないこととなり、さらに同建物につき別の乙建物として表示の登記及び所有権保存登記がされている場合には、根抵当権者は、根抵当権に基づく妨害排除請求として、乙建物の所有名義人に対し、乙建物の表示の登記及び所有権保存登記の抹消登記手続を、甲建物の所有名義人であった者に対し、甲建物の滅失の登記の抹消登記手続をそれぞれ請求することができる」と判示した。

事実認定における問題点

本条については、上記1の法律要件の事実認定のうち、1 抵当権設定契

約の締結 ((1) 抵当権設定者本人との契約締結の場合、(2) 代理人との契約締結の場合 (表見代理の成否))、2 被担保債権の発生原因事実、3 抵当権の目的物、4 抵当不動産の所有権 5 抵当権設定契約に基づく登記が問題となる。

事実認定についての裁判例と解説

1 抵当権設定契約の締結

(1) 本人との契約締結の場合

裁判例

① 東京地判昭和44年3月31日金融法務548号32頁 [27431098]

物上保証人が、根抵当権設定契約を締結したことはないとして根抵当権設定登記の抹消登記手続を求めた事案について、債権者の担当者が物上保証人と面接して根抵当権設定契約を締結する意思を確認した上、根抵当権設定契約書及び登記申請のための委任状を手交し、これらに署名押印して土地及び建物の権利証と印鑑証明書とともに持参するよう申し入れたところ、物上保証人はこれらに署名押印した上、債務者を通じて権利証、印鑑証明書とともに抵当権者に届けたなどの事情の下では、根抵当権設定契約が締結されたものといえるとしたもの

② 最判昭和62年12月11日判時1296号16頁 [28213668]

元夫の借金につき抵当権設定契約をしたことがないのに登記がされているとして、土地建物の所有権に基づき抵当権設定登記の抹消登記手続を請求した事案について、抵当権設定契約書に押なつされた印影と印鑑登録証明書の印影は同一であるとする鑑定結果等に基づいて代理人による設定契約の締結を認定した原審判決に対し、上記押なつに使用された印章はいわゆる三文判であって、原告の氏名のものを入手することは困難ではないこと、当該不動産は原告が婚姻する前の特有財産であって、元夫が服役するなどして原告が家出した経緯に照らすと原告が物上保証人になるとも考え難いこと、原告は家出後、元夫連絡をとったことがないことなどから、原告が上記設定契約を

締結したとするには疑問があるとしたもの

- ③ 最判昭和63年9月29日金融法務1209号71頁 [27806829]、大阪高判昭和63年2月25日金融法務1209号73頁 [27806825]

抵当権設定契約を締結したことはないのに根抵当権設定登記がされているとして、抵当不動産の所有権に基づき当該登記の抹消登記手続を求めた事案について、原告は娘婿の経営する会社を支援するため不動産を贈与したり、担保提供したりしてその窮地を察していた状況の下で、原告の娘夫婦が原告の実印を1年半ほどの間に10回以上にわたって持ち出し、印鑑カードを使って印鑑証明書を取得したりしていたのにこれを拒絶したり、実印の保管場所を変更したりすることもなかったし、被告からの意思確認に対しても、「娘にすべて任せてあるから娘がいる会社の本店事務所へ行ってくれ」などと答えていたことからすると、実印が盗用されたなどということはなく、根抵当権設定契約書は原告の意思に基づいて作成されたものと認められるとしたもの

- ④ 東京地判平成6年9月20日金融法務1431号45頁 [27827862]

抵当権者が抵当権設定仮登記の本登記手続を求めたのに対し、契約を締結した者（経営者の実弟）に抵当権設定契約締結の権限を与えたことはないとして争った事案について、実弟が会社の専務取締役でもあって、経営者の指示の下、預金やその払戻し、銀行との交渉、手形の振出しなどを担当するほか、会社及び経営者の実印等を個別的な了解もなく持ち出すこともあり、上記契約締結に際しても、会社及び経営者の実印等を持参して、契約証書に押なつ使用しているなどの事情の下では、抵当権設定契約は名義人の意思に基づきされたものとして有効であるとされたもの

- ⑤ 東京地判平成9年11月27日金融商事1037号49頁 [28030538]

抵当権設定契約を締結したことはないのに根抵当権設定登記がされているとして、抵当建物の所有権に基づき、当該登記の抹消登記手続を求めた事案について、根抵当権設定契約書には原告の署名押印があるものの、これは、原告が実印等を母親に預託していたところ、当該母親がこれを使用して自身の借入れのために権限なくこれを使用したものであって、原告に物上保証をする意思があったとはいえないとしたもの

⑥ 名古屋地判平成25年2月7日租税関係行政・民事事件判決集（徴収関係）平成25年1月～12月順号25-4 [28232210]

原告には無断で滞納国税の担保として抵当土地について抵当権が設定され、差押処分がされたとして当該差押処分の取消しを求めた事案について、原告の長女が原告宅に頻繁に出入りして実印等の保管場所を知っており、担保提供書の署名も長女によるものであること、他方処分庁が原告に対して意思確認をしたことはなかったことからすると、抵当権設定契約書が原告の意思に基づいて作成されたとはいえないとしたもの

⑦ 東京地判平成30年9月20日金融法務2119号76頁 [28273285]

抵当権設定契約を締結したことはないのに亡夫の経営していた会社の物上保証人として根抵当権設定登記がされているとして、抵当土地の所有権に基づき、当該登記の抹消登記手続を求めた事案について、根抵当権設定契約書には原告の実印が押なつされているものの、当該実印は他人による持出しが可能であったとして、二段の推定にはよらず、金融機関から原告に対して面談や念書の差入れによる意思確認をしていたこと、原告が長期間にわたって根抵当権の有効性に異を唱えていないこと、原告の代理人弁護士が根抵当権の有効性を前提にその解除を申し出ていたこと、上記抵当土地は上記会社の社屋の敷地であって担保提供しても不自然ではないことなどから、根抵当権設定契約の締結が推認できるとしたもの

解説

裁判実務上、抵当権設定契約の締結の事実が争われることも多く、そのうち特に物上保証人が当事者となる抵当権設定契約については、他人の債務について責任を負うこととなるため慎重な事実認定が必要となる。同様の類型の紛争として保証契約に関するいわゆる「保証否認」がある。保証否認については、事実認定に関する論考も多く、特に契約書に押印がある場合の文書の真正な成立に関する「二段の推定」との関係について詳細な分析がされている（司法研修所編『民事訴訟における事実認定』法曹会（2007年）96頁、212頁、加藤新太郎編『民事事実認定と立証活動第Ⅰ巻』判例タイムズ社（2009年）1頁以下、同『第Ⅱ巻』判例タイムズ社（2009年）193頁以下）。