

第6部 質権

■54-1 質権とは

【質権】債権者がその債権の担保として債務者または第3者から受け取った者を債務の返済があるまで留置して、債務の弁済を間接的に強制するとともに、弁済がない場合はこの目的物につき優先的に弁済を受けることを内容とする担保物権（342条）

例 AがBに10万円を貸すにあたり、B所有の腕時計を預かり、もしお金を返してもらえない場合はその時計を競売し、その代金から貸した10万円を優先的に回収すること。

質権は約定担保物権だから、質権を設定しようとする当事者間の質権設定契約によって成立する。

【約定担保物権】当事者間の契約によって成立するもの。一方法定担保物権は契約がなくても発生する担保物権で、法律に書いてある条件を満たせば当然発生する。

■54-2 質権設定契約は誰がするのか

質権設定契約は債権者（質権者）と債務者（質権設定者）の間で締結される。質権設定者は債務者以外の第3者（物上保証人）でもかまわない。

例 A（債権者）がB（債務者）に貸した10万円の債権を担保するために、Bの友人CがC所有のテレビに質権を設定する。Bが債務を弁済せずにCがそれを行ったり、質権が実行されてテレビをとられた場合には、物上保証人CはBに対して損害賠償を求める権利（求償権）を有する（351条による459～464条[保証債務に関する規定]の準用）。

【物上保証人（ぶつじょうほしょうにん）】物上保証人とは、「担保提供者」のことで、自分の財産の上に担保（抵当権など）を設定したにすぎず、債務を負担したわけではないので、連帯保証人のように借金を弁済する義務はない。しかし、主債務者が弁済できなければ抵当権が実行され、被担保物件（＝物上保証人が設定した担保となっている資産）が失われることになる。物上保証人は抵当権の実行を受け入れるか、あるいは主債務者の借金を自ら弁済して抵当権を消滅させるかの選択をしなければならない。

物上＝財産に関する、財産の上に
物上保証人＝自分の財産の上に担保を設定する人＝担保提供者
物上代位＝抵当権が、財産上の代位物になっても、効力を及ぼすこと。

物上保証人と連帯保証人

物上保証人＝有限責任＝債務者が弁済しないと担保物権が競売にかけられてしまうが弁済義務はない。

連帯保証人＝無限責任＝担保物権をとられた上に、弁済義務も負う。

抵当権は、抵当目的物の「売却」「賃貸」「滅失・毀損」「設定したる物権の対価」によって、債務者が受けるべき金銭その他の物（代位物）の上にもその効力を及ぼすことができる（民法372条）。これを物上代位といいます。少し難しいですが、つまりこういうことです。

【求償権（きゅうしょうけん）】物上保証人が、債権者による抵当権の実行や債権者に代わる債務の弁済によって、自己の財産の権利を失ったときは、債務者に対して求償権を有することになる。

また、物上保証人は、法律上当然に債権者に代位し、その求償権の範囲で債権の効力、および担保として債権者の有していた一切の権利を行使することができます。

■ 5 4 - 3 質権設定契約の性質 (344 条・335 条)

質権設定契約成立の要件 {
当事者間の合意
目的物を実際に債権者に引き渡すこと

* 質権設定契約は要物契約なので、占有改定とは違って現実に債権者による目的物の占有が必要となる。

【要物契約】 契約の相手側から目的物を受け取らない限り成立しない契約

【占有改定】 A が所有するテレビを B に売る売買契約を締結した。しかし、B は、自分の家に置くスペースがないので、とりあえず A にしばらく保管するようい、A もそれを了承した。この時テレビを占有しているのは A だが、一時保管を了承した時点で、B はまだテレビを占有していなくてもテレビの引き渡しがあったことになる。

引き渡し {
現実の引き渡し
簡易の引き渡し
占有改定
指図による占有移転

判例 債権者がいったん有効に質権を設定した後、345 条に違反して質権設定者に質物を占有させた場合、その占有は代理占有としての効力は生じず、質権自体が消滅するわけではない。従って動産質では質権を第 3 者に対抗できなくなるが、不動産質では質権の効力には影響はない。

【代理占有】 A が所有する車には A の占有権が認められる。A が B に自分に代わって車を持っておくように依頼した場合、A の代理人である B が車を直接支配しているのだが、A は占有権を失わずそれを主張することができる。この場合の A の占有形態を代理占有という。

【動産質の対抗要件】 動産質権者は継続して質物を占有しなければその質権を持って第三者に対抗することができない。

判例 質権設定契約の引渡しは占有改定によって行うことはできないが、簡易の引渡しや指図による占有移転によって行うことができる。

【簡易の引渡し】 A が B にテレビを売ったが、そのテレビをすでに B は預かっていた場合、B がその物の引渡しを受けて占有権を取得するには一度 A にテレビを返して改めて A からテレビを受け取る必要がある。でも B がすでに売買の目的物を持っている状態で、AB 間の合意があれば引き渡したことにしようというもの。

■ 5 4 - 4 質権の目的となるもの (343 条)

質権の目的 {
動産 = 動産質
不動産 = 不動産質
財産権 (債権・株式・特許権・著作権) = 権利質

■ 5 4 - 5 質権を設定できる債権

債権 {
金銭を目的とする債権
特定物の給付を目的とする債権
一定の行為を目的とする債権
将来の債権 (期限付き債券・条件付き債券)

■ 5 4 - 6 質権によって担保される債権の範囲 (346 条)

【被担保債権】 質権によって担保される債権

質権者が質物から優先的に弁済を受けられる範囲 {
元本
利息
違約金
質実行の費用
質物保存の費用
債務不履行による損害賠償
質物の隠れた瑕疵によって生じた損害賠償

■ 5 4 - 7 質権の対抗要件

< 動産質の対抗要件 >

質権をもって第三者に対抗するには、動産質では質物の占有の継続が必要である (352 条)。

質物の占有を誰かに奪われた場合、占有回収の訴えにより占有を回復できる (353 条) が、遺失したり詐取された場合は占有回収の訴えができない (200 条 1 項) ので質物の占有が回復できない。これはあくまで「占有回収の訴え」であって質権の返還請求権は認められていない。

< 不動産質の対抗要件 >

登記

< 権利質の対抗要件 >

いろいろ

■ 54-8 不動産質権者は質物を使用・収益できる
質権者は質物たる不動産を質権の目的である不動産の用法に従い、自ら使ったり人に賃貸したり、あるいは制限物権を設定したりできる（356条）。その代わり債権者は債権の利息を請求できない（358条）。

■ 55-1 転質や流質契約は許されるか
質権者は、自己の債務の担保とするために、質物をさらに質入れしてもかまわない（348条）。【転質】

例 AはBに10万円を貸し、腕時計を質にとった（源質権）。一方、AはCから5万円を借りるに当たり留置しているBの時計を質入れ（転質権）することができる。AはBの承諾がある場合のみならず（承諾転質）、Bの承諾がなくても転質することができる（責任転質）。ただし、責任転質では転質権の被担保債権額（5万円）は源質権の被担保債権額（10万円）を超過してはならず、転質権の存続期間は源質権の存続期間内であればならない。Aは転質しなければ生じなかったであろう損害については、それが不可抗力によるものであっても賠償責任を負う（348条）。

■ 55-2 流質契約は許されない
【流質契約】質権設定契約や債務の弁済期間前の契約で、質権者に対し弁済として質物の所有権を取得させたり、あるいは法律に定めた方法に寄らないで質物を処分することを約束すること。

■ 55-3 質権の消滅

質権の消滅 { 物権共通の消滅原因
担保物権共通の消滅原因
298条の自由があるとき（350条が留置権の298条を準用しているため）
代価弁済や抵当権消滅請求（不動産質権は抵当権の規定が準用されているため）

民法第 342 条ほか
質権

(質権の内容)

第三百四十二条 質権者は、その債権の担保として債務者又は第三者から受け取った物を占有し、かつ、その物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。

(質権の設定)

第三百四十四条 質権の設定は、債権者にその目的物を引き渡すことによって、その効力を生ずる。

(動産質の対抗要件)

第三百五十二条 動産質権者は、継続して質物を占有しなければ、その質権をもって第三者に対抗することができない。

(不動産質権者による使用及び収益)

第三百五十六条 不動産質権者は、質権の目的である不動産の用法に従い、その使用及び収益をすることができる。

解説

質権は当事者の合意によって設定される約定担保物権である。

質権は**要物契約**である。

質権は、不動産、動産、債権その他の財産権を目的とすることができる。

質権の対抗要件は、動産質の場合は**占有**、不動産質の場合は**登記**である。

不動産質の場合には、質権者は目的不動産の使用収益をすることができる。

ごく基本的なことしかきかれていないので、上記を押さえておけばよい。

諾成契約

諾成契約とは、契約の当事者の意思表示が合致するだけで**目的物の引渡しなどがなくても成立する契約**をいいます。

近代法では、諾成契約が原則であり、民法に規定している **13 種類の典型契約** (贈与、売買、交換、消費貸借、使用貸借、賃貸借、雇用 (雇傭)、請負、委任、寄託、組合、終身定期金、和解) のうち、消費貸借、使用貸借、寄託以外は諾成契約となります。

要物契約

契約の当事者の意思表示の合致だけでなく**目的物の引渡しなどがなければ成立しない契約**をいいます。

民法に規定している **13 種類の典型契約** (贈与、売買、交換、消費貸借、使用貸借、賃貸借、雇用 (雇傭)、請負、委任、寄託、組合、終身定期金、和解) のうち、**消費貸借、使用貸借、寄託**は要物契約となりますが、これ以外にも**動産の質権設定契約**や**代物弁済契約**なども要物契約に含まれます。

平成13年度 問9

Aは、BからB所有の建物を賃借し、特段の定めをすることなく、敷金として50万円をBに交付した。この場合のAのBに対する敷金返還請求権に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

1. 賃貸借契約期間中でも、Bの返済能力に客観的な不安が生じた場合は、Aは、賃料支払債務と敷金返還請求権とを対当額にて相殺することができる。
2. 敷金返還請求権は、賃貸借契約と不可分であり、Aは、Bの承諾があったとしても、これをAの債権者に対して担保提供することができない。
3. 賃貸借契約が終了した場合、建物明渡債務と敷金返還債務とは常に同時履行の関係にあり、Aは、敷金の支払と引換えにのみ建物を明け渡すと主張できる。
4. Bは、Aの、賃貸借契約終了時までの未払賃料については、敷金から控除できるが、契約終了後明渡しまでの期間の賃料相当損害額についても、敷金から控除できる。

解説

【敷金契約の性質】(最判昭48.02.02)

- (1) 賃貸借契約に附随するものではあるが、それとは別個の契約である。
- (2) 建物明渡義務を履行するまでの賃借人の賃借人に対する全ての債権を担保する。
- (3) 賃借人は、賃貸借の終了後、明渡完了するまでに生じた被担保債権を控除してなお残額がある場合に、その残額につき返還義務を負担する。
(賃借人の敷金返還請求権は停止条件付の債権である。)

1. 民法に規定なし。H15年度民法改正

誤り。賃借人の敷金返還請求権は、明渡しを完了したときに初めて発生する停止条件付の債権。だから、賃借人の返済能力に客観的な不安があるからといって、賃貸借契約期間中に敷金返還を請求することはできない。当然、賃料支払債務と相殺することもできない。停止条件は「その条件発生まで法律効果を停止しておく」条件。一方、解除条件は「その条件発生により法律効果を解除する」条件。

2. 民法129条 敷金返還請求権の担保提供

誤り。敷金契約は賃貸借契約とは別の契約。つまり、敷金がなくてみ賃貸借契約可能。だから、賃借権とは別に、敷金返還請求権のみを担保に提供することができる。なお、賃借人Aが家主Bに対して持っているのが敷金返還請求権。だから、債務者が家主Bさんで、債権者であり譲渡人が借主Aさん。債権譲渡の第三者対抗要件は、確定日付きの証書による、「譲渡人から債務者へ譲渡通知」か「債務者の承諾」。「Bの承諾があった」というのは債務者で家主のBさんが承諾しているということだから、債権の譲渡条件も揃っている(民法467条1項)。

3. 判例、民法533条 同時履行の抗弁権

誤り。敷金は明け渡し完了後までの一切の借主の義務を担保してくれるものだから、借主が建物を明け渡してくれないと建物の状況を把握して修繕費を算出することもできない。だから、建物明渡債務と敷金返還債務とは同時には履行できない。

4. 判例 敷金の性質

敷金は明渡完了後までの一切の借主の債務を担保するので、当然その中に契約終了から明渡までの賃料相当の損害額も入っている。敷金は賃貸借契約時に発生する停止条件付き債権だけど、契約終了時までじゃなく建物明渡までの担保であることがポイント。

債務者対抗要件

債権者Aさんが債務者Bさんに対して持っている債権をCさんに譲渡した場合、その債権の譲受人Cさんが債務者Bさんに対して自分が新しい債権者であることを主張(対抗)するためには、以下の条件が必要。

- ① 譲渡人Aさんから債務者Bさんに対して債権譲渡の事実を通知するか、または
- ② 債務者Bさんの承諾を得る。

債権譲渡の第三者への対抗要件

債権譲渡の事実を債務者以外の第三者(債権の二重譲受人・差押債権者・破産管財人など)に対して主張(対抗)するためには、

上記(1)の①通知 or ②承諾を、確定日付ある証書によって行わなければなりません。

ところで、これって「質権」と何か関係があるのか？

平成14年度 問5

Aは、Bから建物を賃借し、Bに3,000万円の敷金を預託（よたく＝預けて任せること）した。その後、Aは、Bの承諾を得て、この敷金返還請求権につき、Cからの借入金（かりいれきん）債務を担保するために、Cのために適法に質権を設定した。この場合、民法の規定によれば、次の記述のうち正しいものはどれか。

1. Cは、Bの承諾が書面によるものであれば、確定日付を得ていなくても、この質権設定を、B以外の第三者に対しても対抗することができる。
2. CのAに対する利息請求権は、常に満期となった最後の2年分についてのみ、この質権の被担保債権となる。
3. CのAに対する債権の弁済期の前に、この敷金返還請求権の弁済期が到来した場合は、Cは、Bに対し、当該敷金を供託するよう請求できる。
4. CのAに対する債権の弁済期が到来した場合、Cは、Bに対し、Bがこの質権設定を承諾したことを根拠に、この敷金返還請求権の弁済期の前に、当該敷金を直ちにCに交付するよう請求できる。

解説

賃借人Aさん、賃貸人Bさん、第三者Cさん。店子のAさんは家主のBさんに敷金3000万円を支払って建物を借りている。AさんはCさんから借金をした（Cからの借入金債務）。文全体の主語が「Aは」であることに注意。この借金を担保するために、Cさんに敷金の3000万円の質権を設定した。敷金返還請求権は店子のAさんが持つ債権だから、質権として第三者に譲渡できる。「Cからの借入金債務」を「AさんはCさんから借金をした」と読み替えるのがコツ。

1. 民法364条 質権、民法467条 債権譲渡の第三者対抗要件

誤り。AさんはCさんからお金を借りるときに、敷金返還請求権を質権としてCさんに譲渡した。債権譲渡の対抗要件は、確定日付の証書で、債務者が承諾するか、譲渡人が債務者へ通知するかのどちらか。債務者は家主のBさんで、譲渡人が店子のAさんだから、「Bの承諾が書面によるもの」であるのはいいけど、「確定日付を得ていない」のがいけない。頻出

2. 民法346条 質権の性質

誤り。抵当権によって担保され、優先弁済が受けられる債権の範囲は「元本及び満期となった最後の2年分の利息と損害金」という規定はあるけど、質権にはない。利息は際限なく増えてゆくの、「満期の最後の2年分」にしておかないと後順位の抵当権者や一般債権者の受け取る分がなくなる。

3. 民法366条3項 質権の性質

AさんがCさんからお金を借りていて、その返済日より敷金の返還期限が先にきたら、Aさんの懐に敷金が入ってしまうと担保じゃなくなってしまうので、賃貸人Bさんに「Aさんに敷金を返金しないでくれ！供託しておいて！」と主張することができる。

4. 民法366条1項 質権の性質

誤り。質権者が質権の目的である敷金返還請求権を取り立てられるのは、敷金返還請求権の弁済期以降じゃないといけない。それよりも前に敷金を返還させることはできない。AB間の賃貸借契約が終了しないということは、Aさんがこれから賃料を滞納して敷金から弁済しないとも限らない。

平成19年度 問7

担保物権に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

- 1 建物の建築工事の費用について、当該工事の施工を行った者が先取特権を行使するためには、あらかじめ、債務者である建築主との間で、先取特権の行使について合意しておく必要がある。
- 2 建物の賃借人が賃貸人に対して造作買取代金債権を有している場合には、造作買取代金債権は建物に関して生じた債権であるので、賃借人はその債権の弁済を受けるまで、建物を留置することができる。
- 3 質権は、占有の継続が第三者に対する対抗要件と定められているため、動産を目的として質権を設定することはできるが、登記を対抗要件とする不動産を目的として質権を設定することはできない。
- 4 借地人が所有するガソリンスタンド用店舗建物に抵当権を設定した場合、当該建物の従物である地下のタンクや洗濯機が抵当権設定時に存在していれば、抵当権の効力はこれらの従物に及ぶ。

解説

1. 民法303条 先取特権の行使

誤り。先取特権は留置権と同じ法定担保物権で、当事者の合意（約定）がなくても法律上当然成立する物。

2. 借地借家法33条 造作買取請求権

誤り。造作買取請求権は建物に関してではなく、造作に関して生じた債権なので、物（ここでは建物）との牽連性（けんれんせい＝関連性）がなく留置権は行使できない。つまり、造作物のエアコンとか建具を留置するなら分かるけど、建物自体を留置することはできない。同様に、敷金返還請求権に基づいて建物を留置することはダメ。建物の明け渡しと敷金の返還とは同時履行の抗弁権がないから。

3. 民法361条 質権の設定

誤り。「対抗要件」とは、すでに当事者間で成立している法律関係や権利関係を、当事者以外の第三者に主張するための条件。質権は目的物を債権者に引き渡すときに効力を生ずるので、それが動産（ロレックス）でも不動産（土地）でも質権が設定できる。なお、動産の対抗要件は占有、不動産の対抗要件は登記。だから、不動産の占有を失っても、登記があれば第三者に対抗できる。質権と抵当権の違いが「引渡によって効力を生ずる」かどうか。動産は引き渡せるから「質権」、不動産は引き渡せないから「抵当権」。

4. 判例 抵当権の効力が及ぶ範囲

その通り。抵当権の効力は、その設定時に存在した従物にも及ぶ。（判例）

【参考】肢4のもとになった判例は、ガソリンスタンド用店舗建物に設定した抵当権の効力が、建物の4倍以上の価値のある地下タンクにおよぶのかどうか争われた。結論は、従物のほうが高価であっても、主物の抵当権の効力は従物に及ぶ、となった。

造作買取請求権

造作（ぞうさく）とは建物に設置された物で取り外しが簡単なものをさします。例えば、「畳、建具、エアコン」などがあり、造作は賃借人の所有となります。それゆえ、賃貸人の同意を得て付加した造作については賃貸借が終了する時に、賃貸人に対して、「このエアコン買い取ってよ！」と請求することができます。これを造作買取請求と言います。

平成21年度 問5

担保物権に関する次の記述のうち、民法の規定によれば、正しいものはどれか。

- 1 抵当権者も先取特権者も、その目的物が火災により焼失して債務者が火災保険請求権を取得した場合には、その火災保険金請求権に物上代位することができる。
- 2 先取特権も質権も、債権者と債務者との間の契約により成立する。
- 3 留置権は動産についても不動産についても成立するのに対し、先取特権は動産については成立するが不動産については成立しない。
- 4 留置権者は、善良な管理者の注意をもって、留置物を占有する必要があるのに対し、質権者は、自己の財産に対するのと同じの注意をもって、質物を占有する必要がある。

正解

1. 民法303条 先取特権、民法304条 物上代理

その通り、物上代位は担保物権の通有性。留置権のみない。ただし、抵当権者や先取特権者が火災保険金に物上代位する場合、保険金が債務者に支払われる前に差し押さえないといけない。

2. 民法303条 先取特権

誤り。先取特権は債権が発生すれば民法（法律）条当然に与えられる特権（法定担保物権）。だから、当事者間の契約によって成立するわけではない。一方、質権は当事者間の合意と目的物の引渡によって成立する担保権（約定担保物権）。

3. 民法325～328条 留置権と先取特権

誤り。留置権も先取物権も、動産にも不動産にも成立する。留置権なら、動産の場合「修理代金を支払わないなら時計は返さない」と言える権利。不動産の場合「借主のした屋根の修理代金を返してくれるまでは貸家を貸主に引き渡さない！」と言える権利。先取特権なら、動産の場合「種や肥料の代金を出さないのなら収穫物の売り上げから返してもらおうよ」と言う権利。不動産なら「建築費を出さないのなら売上代金から返してもらおうよ」という権利。

4. 民法298条1項、留置権、350条 質権準用

誤り。留置権者、質権者ともに「善管注意義務」を負う。

【参照】 担保物権の種類と通有性（共通性）

民法改正後、賃貸借契約締結時に注意すべき点

民法改正が賃貸借契約にどのような影響を与えるのかという点について見ていきましょう。

結論からお伝えさせて頂くと、賃貸借契約締結時に注意すべきポイントは、「特約条項」または「原状回復」に関する条文の記載内容をしっかりと確認する。となります。
もう少し正確な表現としては、原状回復に関し、民法に規定されている内容に基づいて契約がなされているか注意すべき。ということがポイントとなります。
なぜなら、原状回復に関する条文は「任意規定」であって、「強行規定」ではないからです。
では、任意規定と強行規定で具体的に何が違うのでしょうか？具体例と共に説明させて頂きます。

任意規定と強行規定

今回の民法改正が賃貸借契約に及ぼす影響を深く理解していただくために必要な知識である「任意規定」と「強行規定」について説明させて頂きます。

任意規定：民法の条文とは関係なく、当事者間で自由に決められることができる規定。

強行規定：当該条文に反する（当該条文よりも不利になる）項目は全て無効になるというものです。

と言ってもイメージしづらいと思いますので、ここからは具体的に考えていきましょう。

民法上の条文で「売買契約の金額は1,000万円を超えてはいけません。これに反する特約は無効とする。」

という条文があったとします。

この条文があった場合、任意規定の場合はお互いの合意によっていかようにも契約内容を決めることができますが、強行規定の場合、当該条項に反する記載は全て無効とされます。

つまり、例えば民法に原状回復の定義が記載されていたとしても、当事者間で合意すれば民法上の記載に関係なくルールを決めることができるのです。

賃貸借契約締結時に注意すべき点

上述の通り、原状回復に関する条文は「任意規定」であり、当事者間にて条文に反する内容も自由に決められることができることから、「特約条項」、「原状回復」が賃貸借契約上どういった記載になっているかという点について確かめる必要があります。原状回復ガイドラインの内容を精査することがベストですが、忙しくて時間がない方も多いと思いますので、そういった方は以下のポイントを意識して頂ければ良いと思います。

原状回復の条文の欄に、「原状回復の範囲は国土交通省策定の原状回復ガイドラインに準拠する」という文言を入れてもらう特約条項の欄に「通常損耗を含む原状回復費用は借主負担とする」といった借主に不利な条項が入っていないか注意するという2点を具体的に意識して頂ければほとんどのトラブルは回避することができるでしょう。

抵当権者の優先弁済権

抵当権によって担保され、優先弁済が受けられる債権の範囲は、抵当権設定契約によって定めます。**元本・利息・遅延利息**は登記事項とされていて、登記の限度で対抗力を生じ、その範囲で優先弁済を受けることとなります。

元本については、通常その全額が優先弁済を受けられます。問題は、優先弁済を受けられる**利息その他の定期金、遅延利息**です。利息その他の定期金、遅延利息については、**その満期となった最後の2年分についてのみ優先弁済を受けられる**、という規定があります。

この2年分というのは、抵当権が実行され、金銭が抵当権者に分配されるときに遡って考えます。つまり、利息の弁済期と関係なく、すでに経過した過去2年間の利息という意味です。ただし、抵当権者が一人だけで、後順位抵当権者がいない場合には、満期となった最後の2年分を越える利息についても弁済を受けることができます。

■ 抵当権とは？

抵当権とは、目的物を競売にかけてお金に換え、そのお金から優先的に弁済を受けるための権利です。たとえば、AがBに1,000万円を貸したとします。しかし、Bは他の人からも1,000万円を借りていました。この場合、Bが1,000万円の土地を持っていたとして、その土地を売却してもAが返してもらえるのは500万円だけです（債権者平等の原則）。

そこで抵当権の登場です。Aは1,000万円を貸す際に、Bの土地に抵当権を設定しておきます。Bが借金を返さないときは、Aは抵当権に基づきBの土地（抵当目的物）を競売にかけてお金に換えることができます。そしてAは、他の債権者に優先して、そのお金を自分の債権の返済に充てることのできるのです。つまり、抵当権を設定しておけば、AはBから1,000万円全額の返済を受けられるということです。

では、ここで用語の説明をしておきます。

お金を貸した担保として抵当権を持っている者（A）→**抵当権者**
お金を借りるために自分の不動産を抵当に入れた者（B）→**抵当権設定者**
抵当権によって担保されている債権→**被担保債権**

また、この場合のBは債務者であり、抵当権設定者です。債務者の債務を担保するために、債務者以外の第三者の不動産に抵当権を設定することもでき、この場合の第三者を「**物上保証人**」といいます。

■ 抵当権の成立

抵当権は**諾成・無方式の契約**で、抵当権者と抵当権設定者による、抵当権を設定しようという合意のみで成立します（書面の作成や登記は不要）。実際には抵当権設定契約書が作られないということはまずないのですが、これは後日の紛争を避けるための証拠手段にすぎません（登記もほぼ同じ意味）。

抵当権を設定できるのは、**不動産、地上権、永小作権**についてのみです。**不動産賃借権**については設定できないということに注意しておいてください。

■ 抵当権者の権利

抵当権は、抵当目的物の「売却」「賃貸」「滅失・毀損」「設定したる物権の対価」によって、債務者が受けるべき金銭その他の物（代位物）の上にもその効力を及ぼすことができる（民法372条）。これを**物上代位**といいます。少し難しいですが、つまりこういうことです。

抵当権者は、目的物の滅失などで、抵当権設定者が受け取るべき金銭等に物上代位することができる。・・・まだ難しいですね。

たとえば、AがBの建物に抵当権を設定していたところ、その建物が火事で焼失してしまいました。さて、Aはもう抵当権を行使できないのでしょうか？いえ、この場合、Bに保険金や賠償金が入ってくる可能性があります。Aは、その保険金請求権や損害賠償請求権に対して抵当権を行使できるのです。

このように、抵当権者は、保険金請求権や損害賠償請求権、賃料、売買代金等に対して物上代位することができます。また注意点として、物上代位をするためには、抵当権設定者に金銭が支払われる前に、抵当権者が差押えをしておく必要があるということ覚えておいてください。

■ 抵当権設定者の権利

抵当権設定者は、抵当権が設定されてもそれが実行されるまで、目的物の使用・収益・処分をすることができます（抵当権者の同意不要）。

抵当権設定者は自由にこれらの行為を行うことができますが、その行為が通常の利用方法を逸脱していて**目的物が毀損**した場合には、抵当権者は、抵当権に基づく妨害排除請求をすることができるということも覚えておいてください。

■ 被担保債権の性質

1. 被担保債権が成立しなければ、抵当権も成立しない（**成立の附従性**）

そもそも被担保債権の発生原因である契約が不成立、無効であったり、またはそれが取り消されたことにより債権が消滅した場合には、これを担保する目的で設定された抵当権も効力を生じません。補足として、条件付・期限付など、将来の債権について抵当権を設定することができるということは覚えておいたほうがいいかもしれません。

2. 被担保債権が消滅すると、抵当権も消滅する（**消滅の附従性**）

抵当権設定登記の抹消登記などをしなくても、抵当権は消滅し、消滅を第三者に対抗できます。

3. 被担保債権が移転すると、抵当権も移転する（**随伴性**）

被担保債権の一部が譲渡された場合には、被担保債権の額に応じて抵当権の準共有という関係が生じます。

■ 抵当権者の優先弁済権

抵当権によって担保され、優先弁済が受けられる債権の範囲は、抵当権設定契約によって定めます。元本・利息・遅延利息は登記事項とされていて、登記の限度で対抗力を生じ、その範囲で優先弁済を受けることとなります。

元本については、通常その全額が優先弁済を受けられます。問題は、**優先弁済を受けられる利息その他の定期金、遅延利息**です。利息その他の定期金、遅延利息については、**その満期となった最後の2年分**についてのみ優先弁済を受けられる、という規定があります。

この2年分というのは、抵当権が実行され、金銭が抵当権者に分配されるときに遡って考えます。つまり、利息の弁済期と関係なく、すでに経過した過去2年間の利息という意味です。ただし、抵当権者が一人だけで、後順位抵当権者が

いない場合には、満期となった最後の2年分を越える利息についても弁済を受けることができます。

元本及び満期となった最後の2年分の利息と損害金

利息や遅延損害金については時間の経過と共に増えていく性質のものであり、制限なく優先弁済が受けられるとすると、後順位の抵当権者や一般債権者の配分に影響が出る場合があります。

□

そこで、民法では、抵当権者が優先弁済を受けられる利息や遅延損害金は、満期となった最後の2年分と規定しています。抵当権で担保されるのは、**元本及び満期となった最後の2年分の利息と損害金**ということです。それ以前の延滞利息などについては満期後に特別の登記をすれば、登記の時から優先弁済権を主張することができます。