

○取引先社長の居住マンションを担保に取る場合

事例

取引先社長の居住マンションを担保に取る場合の注意点を教えてください。担保にとった場合、マンションの共有廊下や車庫などの権利、また敷地上の権利に対しても効力が及ぶものでしょうか。

実務のチェックポイント

- | | |
|---|---------------------------------------|
| 1 | マンションの権利関係構造の調査を行っているか、区分所有登記がなされているか |
| 2 | 専有部分と共用部分の区別について留意しているか |
| 3 | 共用部分に抵当権の効力が及ぶか |
| 4 | 規約をチェックしているか |

説明

通常に分譲マンションなどは、区分所有登記をしているのが通常ですが、実際には区分所有建物であるにもかかわらず、区分所有の登記がなされていない場合もあり、この場合にはその居住区画である住居部分に抵当権等を設定することはできません。登記事項証明書により、区分所有登記がなされているかどうかは容易に確認

することができます。

区分所有建物は、大きく分けて専有部分と共有部分に分けられます。抵当権等の目的となるのは主に専有部分についてですが、共用部分に対する共有者の持分はその有する専有部分の処分に従いますから、専有部分に抵当権が設定されれば、抵当権の効力は当然共用部分の共有持分に対しても及びます。しかし、共用部分に対する共有持分のみを専有部分と切り離して処分することはできません。

① マンションの権利関係構造の調査を行っているか、区分所有登記がなされているか

一般に分譲マンションの場合は各部屋ごとに区分所有登記をしているのが通常ですが、区分所有の要件があるにもかかわらず、区分所有登記がなされていない場合もあります。この場合、その居住部分に抵当権等の設定登記をすることはできません。

なお、区分所有権が成立するためには、専有部分が、構造上の独立性と利用上の独立性を有していなければなりません。すなわち、建物の部分が、仕切り壁、床、天井等により他の部分から隔離されている必要があり、襖や障子等で区別されているにすぎない場合は、構造上の独立性を有しているとはいえません。また、区分所有の対象としての専有部分は、建物のある部分が、住居、店舗、事務所、倉庫その他建物として、通常の一戸建ての建物が有すると同様の用途に供し得るものでなければなりません。つまり、その区分所有部分から外部へ出入りするのに、他の建物部分を通らなければならないときは、利用上の独立性があるとはいえませんので、区分所有権は成立しません。これらの場合には、区分所有権が成立しないため、区分所有登記もできないこととなります。

区分所有の要件がある場合には、未だ区分所有登記ができていない場合でもその居住者がその居住部分の購入代金を支払っている限り、実質的に区分所有権を有していることとなりますので、その部分に抵当権設定契約をすることは理論上可能なのですが、登記は全建物が一個の登記の対象となってしまうため、その区分所有権を第三者に対抗できないこととなります(民177)。すなわち、その建物全体の所有名義人のために抵当権が設定されていたり、他に譲渡された場合、先順位抵当権者や譲受人にその所有権その他の権利を主張できないこととなります。

したがって、区分所有登記がされていない場合は、その居住者と建物全体の所有名義人に区分所有登記をしてもらうことが必要となります。その部分につき取

引先、社長名義の区分所有登記が得られれば、抵当権・根抵当権・譲渡担保の登記もできるようになります。

他方、区分所有登記がなされていれば、その所有部分に対して担保権を設定することができます。この場合専有部分に担保権の効力が及ぶことは当然です。

2 専有部分と共用部分の区別について留意しているか

専有部分以外の建物の部分、専有部分に属しない建物の付属物（構造上または性質上の共用部分）ならびに区分所有権の目的となり得る建物の部分および付属の建物で規約により共用部分とされたもの（規約共用部分）を共用部分といいます（建物区分2④）。共用部分は、区分所有者全員の共有に属します（建物区分11①）。各共有者は、その有する専有部分の床面積の割合に応じて共用部分の持分を有するのが原則ですが（建物区分14①）、一部の区分所有者のみの利用に供されることが明らかな共有部分はそれらの区分所有者の共有に属します（建物区分11①ただし書）。また、規約で共有持分の割合の点も含めて別段の定めをすることもできます（建物区分11②）。

(1) 構造上・性質上の共用部分

構造上、性質上の共用部分には、マンションの出入口、廊下、階段室、エレベーター、屋上、ロビー、地下または建物内の駐車場等があります（建物区分4①）。ただし、それらの中にも、実際の施設状況によっては、当然に共用部分以外になる場合や、規約による共用部分となる場合もあります。なお、電気配線の本線やガス、水道、冷暖房等の配管の本管は専有部分に属しない建物の付属物として性質上の共用部分となります。

(2) 規約による共用部分

性質上は専有部分である建物および付属の建物も、規約によって共用部分とすることができますが、共用部分たる旨の登記（不登58）をしなければ、これをもって第三者に対抗することはできません（建物区分4②）。

屋外の車庫や倉庫等の付属の建物は規約によって共用部分とされない限りは、独立の建物となり、区分所有関係に入るものではありません。

事例
債権
四

3 共用部分に抵当権の効力が及ぶか

(1) 専有部分の処分性

区分所有者は、建物の保存に有害な行為、その他建物の管理または使用に関し、区分所有者の共同の利益に反する行為をしてはならないという制限を受けます

(建物区分6①)。これは独立の建物の所有者と比較して、他の区分所有者との関連が強いからです。しかし、専有部分に対する所有権については、原則として区分所有者は自由にその所有物の使用、収益および処分をする権限を有しています(民206)。それゆえ、区分所有者は、その有する区分所有権の対象たる専有部分を売却・贈与したり、賃貸借したり、担保に入れる等の処分を自由にすることができます。

(2) 区分所有建物と専有部分に対する抵当権の設定

区分所有者は、専有部分に抵当権を設定することができます。抵当権の効力は、専有部分に属する電気の配線、ガス、水道管等(ただし、専有部分内であってもガスや水道管の本管は他の区分所有者に影響を与えるため共用部分として、(3)の制限があります。)や専有部分の畳、建具類等にも当然及びます(民370)。

(3) 共用部分と抵当権の効力

共用部分に対する共有者の持分は、その有する専有部分の持分に従いますから(建物区分15①)、専有部分に抵当権が設定されれば、抵当権の効力は、当然共用部分に対する共有持分に対しても及びます。しかし、共用部分に対する共有持分のみを、専有部分と切り離して処分することはできません(建物区分15②)。規約の定めで共用部分の持分を管理者や他の区分所有者に譲渡することができないわけではありませんが、原則として、区分所有者以外の者を共用部分の所有者と定めることはできません(建物区分11②ただし書・27①)。

(4) 付属建物に対する抵当権の効力

屋外にある車庫や倉庫のような付属の建物は、前述のとおり規約で共用部分とされない限りは当然に区分所有関係に入るものではありませんから、専有部分につき抵当権が設定されても、かかる付属建物にまで抵当権の効力が当然に及ぶということはありません。これら付属建物がある場合は、事前にそれが共用部分に該当するかどうか、権利関係はどうなっているのかを確認する必要があります。特に車庫については規約および管理組合総会で利用権の順位などを決めていることが多いので注意を要します。

(5) 敷地に対する抵当権の効力

区分所有者も、区分所有建物の敷地部分に対して所有権または賃借権等の権利を有していないと区分所有建物の権利を確保し得ないことは一般の独立建物とその敷地についての関係と異なることはありません。

ところで、区分所有者が、敷地につき通常有している権利は、所有権(通常は共有)か賃借権(準共有)です。賃借権の場合は、専有部分の従たる権利ですか

ら、専有部分に設定した抵当権の効力は、借地権にも及びますが(民87)、抵当権実行の場合、借地権の譲渡につき賃貸人の承諾が得られないときには、承諾に代わる許可の裁判(借地借家19)を裁判所に求めることになります。

次に、敷地の利用権が所有権である場合ですが、敷地は別個の不動産ですから専有部分に設定した抵当権の効力は敷地の所有権に当然に及ぶものではありません。また、建物区分所有関係における法定地上権(民388)の成否については問題がありますから、専有部分とともに敷地の所有権(共有持分権である場合が普通です。)をも共同担保に取っておくことが必要です。

4 規約をチェックしているか

今まで述べてきたところは一般論であり、区分所有建物については区分所有者相互間の自律規範ともいべき規約(建物区分30)が定められているのが普通です。この規約は、区分所有者の特定承継人また担保権設定者に対しても効力を及ぼしますので(建物区分46)、区分所有建物を担保に取る際は規約の定めおよび管理組合総会決議を十分検討しておくべきです。

事例
債権
八

参考事例

- ◎建物の賃借人が建物賃貸人兼所有者の承諾を得て賃借建物である平屋の上に2階部分を増築した場合において、2階部分から外部への出入りが賃借建物内の部屋にある梯子段を利用するほかないときは、2階部分につき独立の登記がされていても区分所有に当たらないとされた事例(最判昭44・7・25判時568・43)
- ◎建物の区分所有者が抵当権設定当時敷地について共有持分を有していても競落によって区分所有権を取得したものは、その敷地について法定地上権を取得することはできないとされた事例(東京地判昭58・8・26金商700・31)

主な参考法令など

民87・177・206・370・388、不登58、借地借家19、建物区分2・4・6・11・14・15・27・30・46

○取引先の持っている相殺権を代わりに使う方法

事例

① 当社は、A社に対し金2,000万円を超える売掛金債権を有していますが、A社の資金繰りが悪くなかなか回収できません。そこで、A社の資産状況を調査したところA社はその所有不動産に対しB社を1番抵当権者としてB社から金3,000万円の借入れがありますが、A社はB社に対してほぼ同額の無担保の売掛金債権を有していることが判明しました。

当社がA社に対する売掛金債権を少しでも有利に回収する方法として、どのような手段をとるべきでしょうか。

② 前記①で、A社は第三者たるC振出しの金1,000万円の約束手形に裏書をし、その後、B社で金1,000万円の手形割引を受け、手形金債務を負担しています。

他方A社は、B社に対し金1,000万円の無担保債権を有している場合、当社としてどのような回収手段をとることができるでしょうか。B社が銀行であった場合はどうでしょうか。

実務のチェックポイント

❶ 債権者代位権の意義と被代位権利（代位の客体となる権利）について検討したか

❷ 事例①で、債務者（A社）の相殺権を代位行使することの意義について検討したか

3 事例②で、債務者（A社）の相殺権を代位行使することの意義について検討したか

4 事例②で、B社が銀行である場合にどのような点を注意すべきか

説 明

債権者代位権は、債務者の責任財産保全のために債権者に認められた権利ですが、債権の共同担保の保全に適する債務者の権利はすべて代位権行使の客体になります。

したがって、形成権たる相殺権も当然代位行使することができます。

そこで、相殺権を行使した場合にどのような意義があるかが重要ですが、その具体的事例として、相殺の相手方が先順位抵当権者である場合（事例①）と第三者振出しの手形金債権者である場合（事例②）が典型例といえます。

そして、相殺の相手方が金融機関である場合には、銀行取引約定書等の存在に十分注意する必要があります。

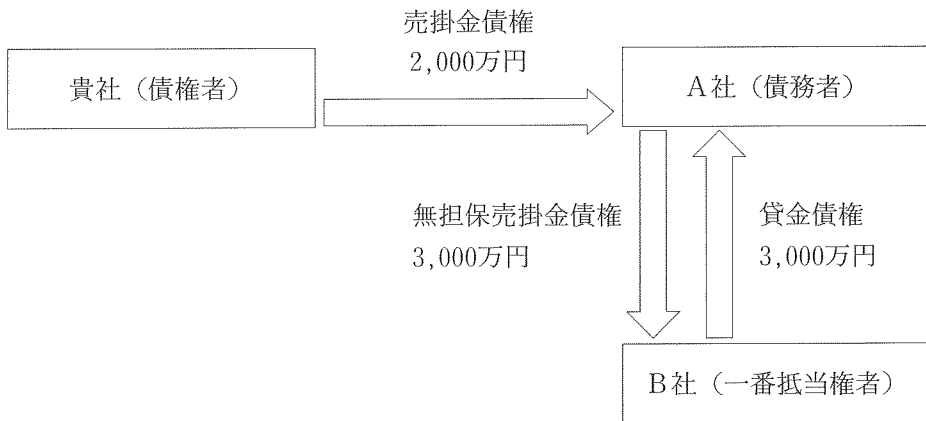
1 債権者代位権の意義と被代位権利（代位の客体となる権利）について検討したか

債権者代位権は、債権者が、「自己の債権を保存するため、債務者に属する権利を行使する」権利であり（民423）、原則として債権の共同担保の保全を目的とするものですから、その保全に適する債務者の権利はすべて代位権の客体になるといえます。

金銭債権等の一般の債権はもとより、妨害排除請求権等の物権的請求権、登記請求権（最判昭38・3・28判タ145・54）、時効援用権（最判昭43・9・26判時535・48）、無能力（民5～21）詐欺・強迫（民96）を理由とする取消権、契約の解除権（大判大8・2・8民録25・75）、買戻権（大判明43・7・6民録16・546）、相殺権（大判昭8・5・30民集12・1381）も代位の目的とすることができます。

ちなみに 代位の目的とすることができない権利としては、(行使上の)一身専属権があり、身分上の権利(親権や離婚請求権等)や慰謝料請求権(最判昭58・10・6判時1099・51)等が挙げられていますし、契約の申込みや承諾に関する権利、差押えが許されない権利も代位の目的とすることはできません。

2 事例①で債務者(A社)の相殺権を代位行使することの意義について検討したか



債権者である貴社は、債務者であるA社の有している、B社に対する相殺権を代位行使することができます。

実は、事例①の原型は前記昭和8年の大審院判決にあるのですが、この事案はBが第三者Cに対しAに対する債権を債権譲渡してしまった後に、債権者が債務者AのBに対して有する相殺権を代位行使することが認められた事実です。

それでは、債権者が債務者の有する相殺権を代位行使する意義はそもそもどこにあるのでしょうか。

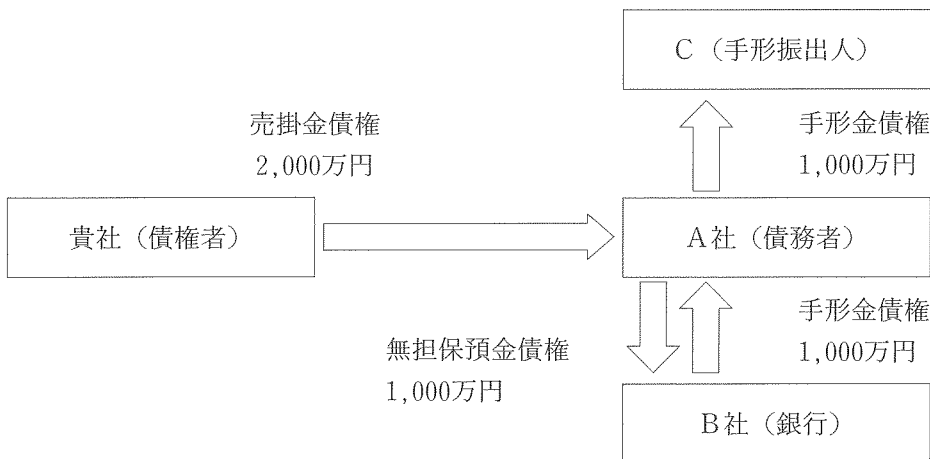
仮に、AのBに対する債権もBのAに対する債権も、いずれも無担保債権であるとします。その場合、債権者が、Aの相殺権を代位行使しても全く無意味です。なぜならAB間の債権債務が対当額で消滅するだけで、Aの一般財産に何らの増加もメリットもないからです。

ところが事例①の場合、B社のA社に対して有している権利は、被担保債権金3,000万円の一歩抵当権者たる地位です。

貴社がA社の相殺権を代位行使して、B社とA社との金3,000万円の互いの債権が消滅すれば、一歩抵当権の被担保債権が消滅することにより、抵当権が附従性により消滅し、それだけ後順位抵当権者（順位が繰り上がります）あるいは一般債権者のために有利になります。つまり、目的不動産につき、一歩抵当権が消滅すれば、債権者の責任財産保全にとって極めて大きな意義があるのです。

ここに相殺権の代位行使を認める大きな意義を認めることができます。

3 事例②で、債務者（A社）の相殺権を代位行使することの意義について検討したか



事例②において、B社は銀行であることが多いのですが、まず、B社とA社との間で相殺禁止等の何らの特約がないものとします。

その場合、債権者である貴社は、A社がB社に対して有する相殺権を代位行使すると、A社とB社間の債権債務はこの金1,000万円について、互いに債権が消滅することとなり、B社はA社（その代位債権者である貴社）に対して、手形を返還すべきこととなります。

その上で貴社はA社に代位して手形振出人である第三者Cに対して手形金の支

払いを請求することとなります。さらに、貴社がA社に代位して第三者Cに対して金銭の支払いを請求する場合、貴社は自己に対する直接の支払いを請求することができます。

そのようにして貴社がCから回収した金1,000万円については、代位債権者たる貴社に事実上優先弁済されたのと同じ結果になりますから、貴社の債権回収の方法としては、極めて有効な手段となるのです。

4 事例②で、B社が銀行である場合にどのような点に注意すべきか

B社が銀行であったとしても、本来、理論的な結論としては、B社が一般の債権者である場合と全く同一なはずです。

しかし、銀行取引においては、昭和52年10月の改正前の銀行取引約定書には取引先から行う相殺（銀行側はこれを逆相殺とよびます）についてはなんらの規定もなく、したがって逆相殺はほとんど実例がありませんでした。しかし、国会でも問題とされ、また当時、歩積両建の自粛徹底という観点からも逆相殺の規定を明記すべしとの要請があり、昭和52年の改正で銀行取引約定書に明記されるようになったのです。

ちなみに、平成12年4月、全国銀行協会は、この銀行取引約定書ひな型を廃止し、今後はこのような「ひな型」を制定して公表することは行わないことを各銀行に通知しました。銀行業務の多様化、自由化から、顧客のより自由な選択を可能にすべしという要請に応えたものです。その意味で、現在では逆相殺の制約はほとんどないといえると思います。

なお、「銀行取引約定書の合意が第三者に対しても効力を有するか」という問題につき、最高裁はこれを肯定し、差押え・転付命令を得た第三者に対しても相殺を以て銀行側が対抗し得るとしています（最判昭51・11・25判時837・89）。

したがって、相殺の相手方が銀行などの金融機関である場合、相殺権の代位行使に当たっては、今後は各々の銀行が独自で作成することとなるであろう銀行取引約定書の内容をより十分に検討する必要があるといえるでしょう。