

○借地上建物に抵当権を設定する場合

事例

借地上の建物に抵当権を設定して融資するつもりですが、抵当権設定者である賃借人の賃料不払などにより、地主から借地契約を解除されることが懸念されます。借地権が消滅すると抵当権の価値がほとんど失われるので、どのように防止すればよいでしょうか。また、万が一借地契約が解除されたときは、抵当権者として賃借権の確認請求や損害賠償請求ができるのでしょうか。

実務のチェックポイント

- | | |
|---|-----------------------------|
| 1 | 抵当権設定者の担保価値維持義務について確認したか |
| 2 | 地主の承諾書の内容について確認したか |
| 3 | 地主の法的な事前通知義務について確認したか |
| 4 | 賃借権の確認請求や損害賠償請求の可否について確認したか |

解説

1 抵当権設定者の担保価値維持義務について確認したか

抵当権とは、目的物である不動産の引渡しを受けずに、その不動産上に優先的弁済請求権を確保する約定担保物権です。この抵当権の性質に照らし、抵当権設定者には、信義則上、担保価値を維持する義務（担保価値を害するおそれのある行為をしないようにする義務）があると考えられています。

ところで、借地上の建物を目的物として抵当権が設定された場合、その抵当権は建物だけでなく敷地の利用権にも及びますが（最判昭40・5・4民集19・4・811、判時415・

19)、抵当権設定者である借地人の債務不履行により借地契約が解除された場合は、敷地の利用権を失い、借地上の建物を撤去しなければならず、建物が消滅すれば建物に設定され抵当権も消滅するため、担保価値が大きく害されます。そこで、敷地の借地人である抵当権設定者は、その敷地上に有する建物の担保権者との関係においても、地代を支払って担保権の価値を維持すべきこととなります（東京地判平9・10・28判時1650・96）。もっとも、同裁判例は、担保権者の把握する担保価値の変動については、担保権者自身が注意を尽くすべきであるとも述べていますから、担保権者自身が担保価値の維持に何ら努力をしなくてもよいというものではありません。

2 地主の承諾書の内容について確認したか

担保権者としては、借借人が賃料を支払わない場合には第三者弁済（民474）により、借地上建物に対して強制競売や担保不動産競売の手続が開始されている場合には執行裁判所の許可を得て地代の代払をすることにより（民執56・188）、借地の賃貸借契約の解除を回避し、担保価値の維持をすることはできます。

しかし、借地人の賃料未払については、その事実を知らなければ対応することができませんから、借地上建物の抵当権者は、借地人の土地賃料支払義務の不履行の有無を把握する必要があります。そこで、金融機関が借地上建物に抵当権の設定を受ける場合には、借地上建物への抵当権の設定や将来競売手続等で土地賃借権が競落人に譲渡されることなどについての承諾書を、地主からもらうことが実務上広く行われています。そして、この承諾書には、借地人に賃料未払などの債務不履行の事態が発生したときには、賃貸借契約の解除の前に、あらかじめ抵当権者に通知する旨の条項（事前通知条項）が記載されているのが一般的です。

なお、前掲裁判例（東京地判平9・10・28）は、借地人は、自らが地代を支払うことができないときは、その旨を抵当権者に通知し、抵当権者に支払の機会を与える義務をも負うとしながらも、担保権設定者である借借人が、その土地上の建物の担保権者に対して地代の代払の機会を与えなかったことについて損害賠償責任を負うのは、担保権設定者が担保権者に対して地代の支払状況について虚偽の事実を述べて、担保権者が代払をする機会を積極的に奪ったような場合に限られるとも述べていますので、抵当権設定契約で「抵当権設定者は、地代の未払が生じた場合には、その旨を抵当権者に直ちに通知し、又は、抵当権者から地代の支払状況について問合せを受けた場合には、客観的資料を添付し、その支払状況を抵当権者に直ちに報告しなければならない」などと定めておくといよいでしょう。

3 地主の法的な事前通知義務について確認したか

事前通知条項の効力について、裁判例では、法的義務とするものと、そうでないとするものに分かれ、学説も諸説ありましたが、地代未払などその借地権の消滅を来すおそれのある事実が生じた場合には根抵当権設定者に通知をし、借地権の保全に努める義務を負う旨の念書を提出したにもかかわらず、通知をせず借地契約が解除され、建物が収去されて根抵当権が消滅したため、債務不履行等による損害賠償を求めた事案について、金融機関が借地上建物に抵当権の設定を受ける際に実務上一般に用いられている地主承諾書に含まれる事前通知条項に違反した場合には、地主が金融機関に対して損害賠償義務を負う場合がある旨を示した判例があります（最判平22・9・9判時2096・66）。

ただし、この判例は、地主に承諾書の控えを交付しておらず、通知義務に関する地主の認識が明確でなかったことや、金融機関としては抵当債務者の経営状態について相当の知識を有していたはずであり、自ら債務者や地主に問い合わせるなど必要な情報を取得すべきところ、これを怠ったこと等の抵当権者の過失を理由として8割の過失相殺もなされていますから、「事前通知条項記載の地主承諾書をとっておけばよい」という単純な話ではないことに注意する必要があります。そして、同判決の補足意見は、事前通知条項に基づく義務について、地主の理解に欠けることがないように金融機関の実務を改めることを求めています。

以上を踏まえると、借地上の建物に設定した抵当権について、担保価値の毀損を防止するためには、まず、地主から、事前通知条項が記載された承諾書の交付を受けてください。その際、地主に対し、地主が事前通知の法的義務を負担する趣旨であることを十分に理解できるように説明してください。次に、承諾書があるからといって、地主からの事前通知にのみ頼ることなく、自らも、定期的に、債務者や地主に問い合わせ、客観的な資料を提出させるなどし、担保価値維持のために必要な情報を収集し担保権の管理を行ってください。もちろん、抵当権設定時に、例えば、借地権についても評価するかどうか、評価する場合にはどの程度の比率で考えるか等、当該不動産の担保価値をどのように評価するかを、実績に照らすなどして適切に行うべきことはいうまでもありません。

4 賃借権の確認請求や損害賠償請求の可否について確認したか

土地賃貸借契約が解除された場合、抵当権者が借地権の確認請求をすることができるかについて、近時の裁判例は、抵当権者は借地権の権利者でも義務者でもなく、借

地人と地主を被告とする場合でも、借地人と地主は当該確認請求の対立当事者ではなく、借地権の存在が既判力をもって確定される関係にないことから、確認の利益を欠くとしてこれを否定しています。しかし、抵当権者が、建物所有者である抵当権設定者に対して有する担保価値維持請求権を被保全債権として、当該建物所有者に代位し、地主に対して建物所有者に土地賃借権があることの確認を求める訴えは、確認の利益があるとしています（東京高判平23・8・10金法1930・108）。したがって、債権保全の必要がある場合には、代位請求という形で確認請求をすることが考えられます。

損害賠償請求については、前記のとおり、事前通知条項に違反して土地賃貸借契約の解除が行われた場合に、地主に対し、抵当権者が被った損害について賠償を求めることはできるものの、過失相殺される余地があります。なお、地主の通知義務について、商行為である借地人の金銭借入行為等と別個独立には考え難いとして、通知義務に商事債務性を認めて、同通知義務違反による損害賠償債権の消滅時効の期間は、商法522条により5年であると判断した事例があります（東京高判平6・8・30判時1525・67）ので、消滅時効についても注意してください。

（雨宮真歩）

<参考判例>

- 建物を所有するために必要な敷地の賃借権は、右建物所有権に付随し、これと一体となって1つの財産的価値を形成しているから、建物に抵当権が設定されたときは敷地の賃借権も原則としてその効力の及ぶ目的物に包含される。（最判昭40・5・4民集19・4・811、判時415・19）
- 通知義務負担の依頼行為が商行為であり、建物の根抵当権設定行為と別個独立には考え難いものであることを総合考慮すると、同通知義務には商法3条2項により、商法の規定を適用するのが相当というべきであり、商法の規定が適用される以上、同通知義務の不履行による損害賠償債権についても、商法の規定が適用されるから、同損害賠償債権の消滅時効期間は、商法522条により5年間である。（東京高判平6・8・30判時1525・67）
- 担保権者の把握する担保価値の変動については、担保権者自身が注意を尽くすべきであり、担保権設定者である賃借人が、その土地上の建物の担保権者に対して地代の代払の機会を与えなかったことについて損害賠償責任を負うのは、担保権設定者が担保権者に対して地代の支払状況について虚偽の事実を述べて、担保権者が代払をする機会を積極的に奪ったような場合に限られるというべきである。（東京地判平9・10・28判時1650・96）
- 念書を差し入れることにより、地代不払の事実を遅くとも解除の前までに通知する義務を負う旨を合意したものであり、その不履行により担保権者に損害が生じたときは、損害賠償を請求することが信義則に反すると認められる場合は別として、これを賠償する責任を

負う。

補足意見：金融機関においては、過失相殺がありうることに配慮し、債務者及び担保物について適切に管理するとともに、貸貸人に対し承諾文書に関し説明し、その写しを交付することなど貸貸人の理解に欠けるところがないよう実務を改めることが必要となろう。(最判平22・9・9判時2096・66)

- 賃借人が本件借地権を有しているのにこれを有していない、あるいはその存否が不明であるとされることにより、本件建物の売却価額が適正な価額よりも下落するおそれがあり、抵当不動産の交換価値の実現が妨げられているのであるから、根抵当権者は、抵当不動産の所有者に対して有するこの状態を是正し抵当不動産を適切に維持又は保存するよう求める請求権を保全するため、同所有者に代位して、本件借地権の確認を求める請求を行使することができる。(東京高判平23・8・10金法1930・108)

参考書式

○承諾書(DL)

承 諾 書

令和○年○月○日

○○ 御中（取扱店 ○○）

土地賃貸人

住所 ○○県○○市○○町○丁目○番○号

氏名 _____ ○○○○ 印

私は、以下各事項を十分に理解し、承諾いたします。また、貴行より本承諾書の内容とその法的効果について説明を受けたことについて間違いありません。

- 1 下記記載イの土地（以下「本件土地」とします。）を、下記記載ロのとおり、借地人○○○○（以下「借地人」とします。）に賃貸していますが、本件土地上に、借地人が建築した建物（以下「本件建物」とします）について、貴行が抵当権を設定すること。
- 2 抵当権の存続中、本件土地の地代を借地人が滞納するなどして、下記記載ロの賃貸借契約を解除しようとする場合には、解除する前に、貴行に通知すること。
- 3 抵当権の実行や任意処分により第三者が本件建物の所有権を取得したときは、それに伴い本件土地の賃借権も譲渡すること。

記

イ 土 地 所在地○○ 地目○○ 面積○○m²

ロ 賃貸借契約 賃 借 人 ○○○○

賃貸借期間 ○○年○○月○○日から○○年○○月○○日まで

そ の 他 ○○

以 上

第2 保証契約の効力

○継続的取引の途中で保証契約をした者に既に発生していた債務の責任を負わせる場合

事例

当社は、A社と継続的取引を行っており、取引の途中からA社の代表取締役Xが連帯保証人になりました。A社は、保証契約前、当社に対して2,000万円の債務を負っており、保証契約後、500万円の追加債務が発生しましたが、保証契約前の債務2,000万円についてもXに負担を負わせることはできるでしょうか。

また、保証契約後、A社が当社に対して500万円の一部弁済をなした場合、それはどのように充当されるのでしょうか。

実務のチェックポイント

- 1 保証契約書に債務の範囲がどのように記載されているかについて確認したか
- 2 保証人への説明や意思確認、保証契約締結の経緯について確認したか
- 3 保証契約後の主債務者による一部弁済はどのように充当されるかについて確認したか

解説

- 1 保証契約書に債務の範囲がどのように記載されているかについて確認したか

(1) 継続的取引と保証

保証には、特定の債務を保証する「個別保証」と、一定の法律関係から生ずる不特

定の債務を保証する「根保証」があり、根保証には、保証期間や保証金額を限定する「限定根保証」と、保証期間も保証金額も定めない「包括根保証」があります。

本事例のように継続的取引から生じる債務については、個別の取引ごとに保証契約を締結することは不便ですので、実務上、包括根保証契約が利用されてきました。しかし、当該契約では、保証人に予期せぬ過大な保証債務を負わせる可能性があります。そのため、判例上、事案に応じて信義則などを理由として保証人の責任範囲を限定し、保証人の保護が図られてきました（大阪高判平10・1・13金法1516・38）。

(2) 保証契約書の記載内容

継続的取引の途中で債務を保証した保証人の責任について、保証契約書に保証契約前のA社の債務についても保証する旨の記載があれば、Xに負担を負わせることができることについては特段問題ないものと考えます。

問題となるのは、保証契約書に債務の範囲が記載されていない又は記載されていたとしても抽象的で解釈に争いがあるような場合ですが、その場合は、後掲2(1)のとおり、諸般の事情を考慮して契約の趣旨を合理的に解釈して、Xにどの範囲の負担を負わせることができるか判断されることになります。

(3) 平成29年改正民法

平成29年改正民法において、保証人が責任を負う限度額（極度額）を書面で定めなければ、保証契約の効力が生じないことになりました（民465の2②③・446②）。根保証においては、保証人が義務を負う範囲が過大になる可能性があるため、極度額を定めて保証人の責任範囲が明確でない限り、効力を生じないものとして保証人を保護するためです。

また、事業のために負担する借入金を対象とする個人保証及び個人根保証は、保証契約の締結前の1か月以内に、公正証書で保証債務を履行する意思を確認しなければ、原則として無効とされました（民465の6）。

その例外として、主債務者が法人である場合の経営者（理事、取締役、執行役等）、議決権の過半数を有する者、個人事業主である主債務者の共同事業者、事業に現に従事している配偶者の保証については、上記の公正証書によらない保証も有効とされます（民465の9）。

2 保証人への説明や意思確認、保証契約締結の経緯について確認したか

(1) 判断の枠組み

継続的取引の途中で債務を保証した保証人の責任については、①保証契約前の取引

についても債務を保証する、②保証契約後の取引による債務のみを保証するとの2つの考えがあり、いずれの類型になるかは、諸般の事情を考慮して契約の趣旨を合理的に解釈して判断されることとなります（東京地判昭34・2・20判時179・9）。

例えば、保証人が保証契約前の債務について知らなかった場合などには、負担を負わせることは酷といえ、②の類型と認定されやすいものと考えられます。

本事例の保証人Xは、A社の代表取締役であり、当然にA社の債務を認識しているはずですので、①の類型になりやすいものと考えられます。

従前の裁判例によれば、諸般の事情には、保証人の認識、保証契約締結の経緯、取引期間・金額、債権者の対応、保証の動機、主債務者と保証人の関係などが含まれているようです。

(2) 平成29年改正民法

平成29年改正民法において、主債務者には、事業上の債務につき個人保証を委託するとき、保証人になろうとする者に対して、財産及び収支の状況や他の債務や担保の内容等の情報提供義務が課されました（民465の10①）。そして、①主債務者がこれを怠り、又は事実と異なる情報を提供したため、②保証人が当該事項を誤認して、③保証契約の締結に至った場合で、④債権者が①を知り、又は知ることができたときには、保証人による保証契約の取消しが認められます（民465の10②）。

また、保証契約後、主債務者より委託された保証人（法人を含みます。）から請求があった場合、債権者は、保証人に対して、遅滞なく、主債務者の不履行の有無等についての情報提供義務があります（民458の2）。

(3) 債権者の注意点

以上からすれば、保証契約を締結する際には、後日の紛争を避けるためにも、債権者から保証人に対し債務の内容を説明し、保証契約書に債務の範囲を明確に記載しておくことは当然のこと、保証人に説明した事実及び内容、保証契約締結に至る経緯等を保証人に対するメール等で記録に残しておくべきと考えます。

③ 保証契約後の主債務者による一部弁済はどのように充当されるかについて確認したか

保証人が保証契約後の債務のみを保証する場合（前掲2(1)②）、保証契約後の主債務者による一部弁済が、①保証契約前の債務に充当されるか、②保証契約後の債務に充当されるかは、裁判例によれば、諸般の事情を考慮して契約の趣旨を合理的に解釈して判断されることとなります（東京地判昭34・2・20判時179・9）。

保証人となった経緯や事情、主債務者と保証人との関係において、当該保証人があえて過去の取引についてまで保証債務を負担する関係にない等の理由で、保証人の負担を限定すべきとの判断であれば、②の類型と認定されやすくなります。

本事例が、①の類型であれば、Xはなお500万円の保証債務を負っていることとなりますが、②の類型であれば、Xは保証債務を負っていないこととなります。

(大串佳彦)

＜参考判例＞

- 継続的な売買取引の途中で買主の保証人となった者の責任の範囲は、保証契約成立後の取引によって生じた債務のみに限定すべきであり、その場合、保証契約後の入金はこの保証契約成立当時の既存債務の弁済には充当すべきでない。(東京地判昭34・2・20判時179・9)
- 一般に継続的取引の途中で買主のために保証し、保証の範囲及び保証期間について明確な制限を定めなかった場合には、特に保証契約成立以前の取引が長期間にわたり、すでに高額な債務が生じており、それをも保証の範囲に含めたときには、保証契約締結の際、将来負担することあるべき額として予想したものをはるかに超え、保証人に苛酷な負担を強いることとなり、また保証人としても前もって本件事実を知っていたならば保証契約を締結しなかったであろうと認められる特別の事情のある場合を除き、原則として保証契約成立の前後を問わず、上記取引から生じた一切の債務を保証する趣旨と解するのが相当である。(東京高判昭51・2・18判時817・74)
- 主債務者甲が債権者乙から追加融資を受けるに際し、追加融資の条件として資力のある保証人を追加するよう要請されたので、丙が連帯保証人となり、不動文字で印刷されている書面に署名押印した場合に、乙が丙に対し本件根保証契約が既存の債務にも及ぶことの説明を一切せず、また、上記追加融資も実際には行われなかった等の事情があるときは、本件根保証契約は、甲の将来の債務を担保する趣旨で締結されたものであり、既存債務をも担保すると認めることはできない。(東京地判平4・7・29金法1353・35)
- 信用金庫取引上の債務に関する包括根保証人の責任について、主債務者に多額の残債務があったにもかかわらず、信用金庫がその残債務額や人的・物的担保の詳細を説明することを怠ったとして、信義則上、保証したとき以降に発生した債務に制限された事例。(大阪高判平10・1・13金法1516・38)