

研究ノート

## 中国物権法条文釈義（9）

西 村 峯 裕  
周 喆

### 第16章 抵当権

#### 第1節 普通抵当権

第179条【抵当権の定義】①債務の履行を担保するため、債務者又は第三者が、財産の占有を移転することなく、当該財産に債権者のために抵当権を設定した場合において、債務者が期限の到来した債務を履行しないとき、又は約定の抵当権の実行事由が生じたときは、債権者は当該財産から優先的に弁済を受けることができる。

②前項に定める債務者又は第三者を抵当権設定者、債権者を抵当権者、担保として提供される財産を抵当財産とする。

#### 釈義

抵当権は目的財産の占有を設定者のもとに留め、その利用に供させしめる担保物権である。本条は抵当権を定義し、抵当の目的、要件、目的物、類型、行使条件及びその効力などを定めている。

被担保債務が履行されない場合に目的財産から債権者に優先弁済を得さしめることが抵当権の目的である。

目的財産の占有を抵当権設定者のもとに留めるから、設定者はこれを使用、収益し、又は処分するなど、利用価値を把握することができる。又、抵当権者は目的財産を管理する手間暇を要せず、過失による滅失毀損のリスクを回避することができる。この点は権利者が目的物を占有する質権、留置権とは大きく異なる。

期限に被担保債務が履行されないときは、抵当権者は抵当権を実行し、

他の債権者に優先して目的財産から弁済を受けることができる。すなわち、目的財産を任意に売却し、又は競売に付してその代金から優先弁済を受けることができる。同一の財産に抵当権が複数設定されているときは、登記の先後に応じて順次弁済を受けることとなる。

抵当権はすべての財産に設定できるわけではなく、一定の制限がある。次条と第181条は抵当権を設定することができる財産の範囲を定め、第183、184条は設定が禁止されている財産を定めている。

抵当権と他の権利との関係については、国税徴収権、建設工事請負代金請求権、破産における職員・労働者の債権および賃借権に着目しなければならない。

## 1 国税徴収権との関係

1988年10月1日施行の企業破産法（試行）は第32条で別除権の定めを置き、担保目的物を破産財産から除外した。破産債権の優先順位については、第37条第2項は労働者の未払い賃金及び労働保険料を第一順位、未納付の税金を第二順位、一般債権を第三順位としていた。すなわち、抵当権は国税徴収権に優先し、国税徴収権は一般債権に優先したのである。2007年6月1日施行の新企業破産法は、第109条で、担保物権者は担保の目的たる特定財産から優先弁済を受けることができる旨定め、第113条で旧37条とほぼその趣旨を同じくする規定を置いている。ただ、同法第132条は、新法公布日前の破産事件につき、担保物権を第三順位の一般債権より劣後する地位に置いている。実務においては、被担保債権額を控除しても第一順位の債権の弁済が可能であるときは、担保物権者が優先弁済を受けることを認めている模様である。

## 2 建設工事請負代金請求権との関係

建設工事請負人は、注文者が期限に代金債務を履行しない場合には相当期間の催告を経た後、原則として、注文者と協議の上、工事により建設された物を売却し、又は人民法院による競売に付し、その代金から優先弁済を受けることができる（契286）。この請負人の工事代金優先弁済権と抵当権では、いずれが優先するのか。学説上争いがあったが、2002年の『建

設工事代金優先弁済権問題についての回答』により、前者が優先することとなった。

### 3 職員・労働者の賃金債権等との関係

1 で述べたように、抵当権が優先するが、新法公布日前の破産事件については特則がある。

### 4 賃借権との関係

中国では、目的物が動産であれ、不動産であれ、所有権の移転は賃貸借を破らない（契229、民法通則意見119②）。従って、抵当権設定前に目的物に設定されている賃借権には、抵当権は対抗することができない。抵当権が実行された場合、その買受人は賃借権の制限の付いた権利を取得することとなる（本法第190条、担保法司法解释第65条）。ただし、目的物に既に賃借権が設定されている場合、抵当権設定者及び賃借権者は抵当権者に対し既に賃借権が設定されている旨を告知しなければならず、告知しないことにより抵当権者が損害を被ったときは、賠償責任を負うと解されている。

関連条文：『民法通則』第89条第2項；『担保法』第33条。

第180条【抵当権の客体】①債務者又は第三者は、以下の各号に掲げる処分権限のある財産に抵当権を設定することができる。

- 一 建物その他の土地の定着物
- 二 建設用地利用権
- 三 入札、競売又は公開協議などの方法により取得した耕地などの土地  
請負経営権
- 四 生産設備、原材料、半製品及び製品
- 五 建築中の建物並びに建造中の船舶及び航空機
- 六 交通運輸機関
- 七 法令が抵当権の設定を禁じていないその他の財産

②抵当権設定者は、前項に掲げる財産に一括して抵当権を設定することができる。

## 釈義

本条は抵当権の客体を定めている。不動産については、私的所有の不動産に限られ、公有不動産については、その上に設定されている利用権すなわち建設用地利用権、土地請負経営権などが客体となる。動産及び集合物も客体となる。以下、本条各号に従い分説する。

### 1 建物その他の土地の定着物

担保法第92条第1項は、土地並びに建物及び林木等の土地の定着物を不動産と定義している。しかし、土地については、これまでも再三指摘してきたように、すべて公有であり、原則として、都市の土地、鉱産物資源を含む土地は国有であり、農村の土地は集団所有である。公有地は譲渡できないから、抵当権の客体とすることはできない。それ故、不動産から土地を除いた部分が私的帰属している場合に抵当権の客体となる。私有の建物、樹木の集団（担保法42（3））は各々独立の不動産と解されている。本号は樹木の集団〔林木〕を挙示していないが、定着物の主要なものはこれであり、担保法と同旨である。樹木の集団の中の一本一本の樹木が抵当権の客体となるのか明確ではない。これを否定すべき理由もないが、登記実務如何にもよるであろう。明認方法をもって登記に代えることができるであろうか。

樹木以外の定着物とは、煉瓦窯、石灰窯、地面に据え付けられた生産ラインやクレーン、焼却炉、給水塔、プール、彫像等である。集団所有権の客体であっても、集団所有制企業財産であるときは、抵当権の客体となるであろう。しかし、企業外の農民集団の所有に帰属する場合、譲渡可能とは考えられないから、抵当権の客体とはなり得ないと考えておくことが無難であり、農村の保護にも適するであろう。

鉱物などを含む果実は当事者間の約定によって独立の物に準じて扱い、抵当権の客体とすることができる。

建物をリフォームして内部構造に変更があっても、建物の同一性は失われない。建物を取り壊し、これを材料に新たな建物を築造した場合も、同一性を失わないものと解されている。しかし、他の材料を用いて建て直し

たときは、従前の建物は滅失し、新たな建物が築造されたことになるから、抵当権も消滅する。鉄筋コンクリート造りの建物が燃焼しても、天井、壁、床等のコンクリート部分や鉄骨などその構造が維持されている限り、滅失ではないと解されている。

## 2 建設用地利用権

建設用地利用権は譲渡可能であり、その存続期間内は抵当権の客体とすることができる（法144）。

## 3 入札募集、競売及び公開協議等の方式で取得する荒地等の土地請負経営権

四荒地に設定されている土地請負経営権のみが譲渡可能であり、抵当権の客体となる（法133）。実務においては、注文者であるところの県級以上の人民政府の許可を必要とする。

## 4 動産たる生産設備、原材料、半製品及び製品

本号は、動産抵当の客体を定めるものである。制限的列举ではなく、例示的列举と解される。動産抵当は登記を成立要件とはしないが、善意の第三者に対する対抗要件とする（法188）。

## 5 建築中の建物並びに建造中の船舶及び航空機

未完成建物、船舶、航空機は抵当権の客体とすることができる。担保法司法解釈第47条は、未だ建築が開始されておらず、建築予定の建物にも抵当権の設定を可能としていたが、本号は、これをも含む趣旨であるのか、これを除外する趣旨であるのか、必ずしも明確でない。しかし、これを挙げていないことからして、建築予定の建物は抵当権の客体とならないと解すべきであろう。建築予定が取りやめられた場合の不都合を回避すべきである。予定が取りやめられると、被担保債権は担保のない一般債権と化し、債権者に著しい不利益をもたらすからである。

## 6 交通運輸手段

ここでいう交通運輸手段とは、俗にいう乗り物のことであり、自動車、電車、船舶、航空機などを指す。これらの動産は登記をすることにより、不動産に準じて扱われ、抵当権の客体となる。自動車登記規定、海商法、

及び民間航空法は、物権法に先立って、自動車、船舶、航空機に抵当権の設定を認めている。本条はこれらを再確認する意味をも有している。

#### 7 法令が抵当権の設定を禁じていないその他の財産

企業その他の組織は、第6号までに掲げた財産にその他の財産を加えた団体財産を一括して抵当権の客体とすることができる。我が国の財団抵当に相当する。これは第2項で定めるところであるが、本号は、6号までに掲げた財産以外の財産も抵当権の客体たる財産の集合に含まれうることを示すものである。

第2項は担保法第34条第2項をそのまま踏襲するものであり、財団抵当を認める趣旨である。客体は動産、不動産、知的財産権、債権、商業信用（のれん）等企業財産全体を含む。登記は各動産、不動産、権利のすべてのリストを作成し、添付して行う。個別に登記が可能な不動産や動産についても、個々に登記するのではなく、リストに記載して一括して登記する。次条に述べる流動動産抵当とは異なり、財産が第三者に処分されることを予定していない。流動を予定しない固定した集合動産のみから成る集合動産抵当も同様の方法で認められるであろう。

なお、中国では従来住宅ローンを被担保債権として設定されてきた担保権は、抵当権と称されていても抵当権ではなく、譲渡担保であることに注意しなければならない。債務者は購入した住宅の所有権を債権者たる金融機関に移転しなければならず、所有権証書も引き渡さなければならない。実務においては、ローンを完済してもなお形式的には抵当権としての譲渡担保権の登記が抹消されず、所有権証書が容易に返還されない状況がある。ローン債権者は所有者として目的不動産に担保権を設定する場合も稀ではなく、ローンを完済した住宅購入者やその家族に不安を与えている。ローン債権者が譲渡担保の目的たる不動産を担保として借り入れた金員を全額弁済できなければ、住宅購入者はローンを完済しても住宅の所有権を取得できないことになるからである。従って、中国では我が国のような不動産バブルを生じさせることはできず、仮に生じてもそれを崩壊させることはできない。

関連条文：『担保法』第34条；『不動産管理法』第47条；『全民所有制工業企業經營メカニズム轉換条例』第15条第1項。

第181条【流動動産抵当権】企業、個人商工業者及び農業生産經營者は、当事者の書面による取決めにより、現在所有し又は将来所有する生産設備、原材料、半製品及び製品に抵当権を設定することができる。債務者が期限の到来した債務を履行しないとき、又は約定の抵当権実行事由が生じたときは、債権者は抵当権実行時に存在する動産から優先弁済を受けることができる。

### 釈義

客体は店舗や倉庫、工場など特定の場所に置かれている集合動産である。生産設備、原材料、半製品及び製品に限られる。日本では流動債権譲渡担保が認められているが、中国では、本条の示す通り債権は客体とならない。客体を組成する動産が第三者に譲渡されると、客体から離れて抵当権の効力は及ばなくなり、第三者は完全に所有権を取得する。他方、新たにその場所に運び込まれた同種の動産は直ちに客体となる。このように、客体は絶えず入れ替わるから、これを流れに喩えて流動動産抵当という。流動動産抵当は書面をもってする契約によって成立し、登記を善意の第三者に対する対抗要件とする。流動動産抵当相互の間では、登記の先後によって優劣を決する。

登記（法189）は、動産の種類、数量、所在場所を記載することとなる。前条第2項の財団抵当とは異なり、各々の動産につきリストを作成する必要はない。登記機関は企業法人登記管理部門（工商行政管理部門）とされている。知的財産権も客体に含まれるとする見解もあるが、流動動産抵当の性質にはなじまない。又、それぞれの知的財産権について担保権設定の方法が定められているから、流動動産抵当の客体の範囲に含ませる必要もない。流動動産抵当では、目的動産の所有権はいうまでもなく設定者に帰属しており、占有も留保されている。それ故、動産抵当の客体となっている動産に質権が設定された場合、その要件を満たしている限り、質権

者は完全に権利を取得し、質権が優先する。個別の特定動産に抵当権が設定された場合、既に設定され登記されている流動動産抵当が優先すると考えるべきであろうか。

流動動産抵当設定者となりうるのは、企業、個人経営者及び農業生産経営者である。

ここでいう企業とは、国有企業、集団企業、会社、組合企業、及び独資企業をいう。個人経営者は法に基づき許可を得て登記を経た工商業を営む公民をいう（『民法通則』第26条）。農業生産経営者については、国家統計局が基準を設定し、農村、城鎮の農業生産経営者及び農業生産経営単位を含み、農業用地又は単独の施設で農作物の栽培、林業、牧畜業、漁業及び養漁業を営む単位及び個人であり、且つ以下の要件を満たすものをいう。

- 1 1年通して経営する耕地、園地、養殖池の面積が0.1ムー以上であること。
- 2 1年通して経営する林地、牧畜用草原の面積が1ムー以上であること。
- 3 1年通して飼育する牛、馬、豚、羊など大中型動物1頭以上であること。
- 4 1年通して飼育する兎などの小型動物及び家禽が20匹以上であること。
- 5 1年間の販売利益と自家消費農産物の評価額の合計が500元以上であること（2006年の基準）。
- 6 本人又は本企业以外の単位に農林牧畜漁業役務を提供して得た収入が500元以上であること。又は行政事業性農林牧畜漁業役務単位が提供した役務の評価額が500元以上であること。

流動動産抵当の実行は、普通抵当の実行手続きとは異なる。抵当権者が人民法院に実行を申し立て、法院がこれを受理し、開始を決定し、その旨を公告する。且つ、管財人を選定し、客体となる財産の管理を委託する。

第182条【建物と建設用地利用権の一括抵当】①建物に抵当権を設定したときは、当該建物が占有する範囲内の建設用地利用権にも、同時に抵当権を設定したものとする。建設用地利用権に抵当権を設定したときは、当該土地上の建物にも同時に抵当権を設定したものとする。

②抵当権設定者が前項の定めに従って抵当権を設定しなかったときは、抵当権が設定されたものと見なす。

### 釈義

建設用地利用権が設定されている土地上に建物が存する場合、建物か土地利用権かいずれかに抵当権を設定したときは、建物と土地利用権の双方にそれぞれに抵当権を設定したものと思なされる。我が国では、借地上の建物に抵当権を設定した場合、その効力は従物たる借地権に及ぶが、地上権に抵当権を設定しても地上の建物には抵当権の効力は及ばない。中国では、土地の公的所有権は譲渡できず、従って抵当権の客体とすることができない。公有地上に設定された土地利用権とその目的土地に築造された建物とは法律的運命を共にする（法146、147）。これを抵当権について見ると、そのいずれかに抵当権を設定すると、他方にも当然に抵当権を設定したことになり、形式的には共同抵当ということになるが、処分は一括してしなければならないのであるから、実質的には土地利用権と地上建物を一体として一つの抵当権が成立していると考えてよい。抵当権が実行された場合の競売も当然に一括競売となる。もっとも、従来は形式的にも土地利用権と地上建物を一体として一つの抵当権を設定し、登記する実務が行われてきている。土地利用権と建物とは主管部門が異なり、登記機関が異なるから、そのいずれか抵当権の設定された不動産の登記管理機関においてのみ登記されることになる。これでは、登記されていない不動産の登記簿を閲覧しても抵当権の存在は認識できないから、公示方法としては不徹底であり、物権法施行後は双方に各々抵当権を設定し、いずれについても登記することになったものと推測される。

ただ、これまでにも触れたように、土地と建物はそれぞれ独立の不動産であることも忘れてはならない。建物が築造されていない土地の建設用地

利用権に抵当権を設定した後、地上に建物を築造した場合は、抵当権の効力は建物には及ばない。任意競売は一括競売となるが、建設用地利用権の評価額からのみ優先弁済を受けるに留まる（法200）。その際、注意すべきは、建物と建設用地利用権とは、必ず一括して同一人に買い受けられる（競落される）ことを要する点である。土地利用権と建物の所有権が異なる権利主体に帰属することは許されない。従ってまた、そのいずれか一方のみを買い受けることもできない。

関連条文：『担保法』第36条；『都市不動産管理法』第31条、第47条第1項。

第183条【農村部における抵当権設定の特則】 郷鎮又は村が経営する企業の建設用地利用権に、単独で抵当権を設定することはできない。郷鎮又は村が経営する企業の工場等の建物に抵当権を設定したときは、当該建物が占有する範囲内の建設用地利用権にも、同時に抵当権を設定したものとする。

#### 釈義

本条は担保法第36条第3項と全く同趣旨である。ここで注意すべきは、工場以外の建物については、このような制限がないことである。反対解釈が許されるとすれば、工場等以外の建物に抵当権を設定した場合は、建設用地利用権に抵当権を設定したことにはならない。だからといって、建物を客体とする抵当権の効力がその敷地の利用権に及ばないとすれば、抵当権が実行されて建設用地利用権と建物所有権の帰属が異なることになり、建物の買受人（競落人）は土地を利用できないから、建物を取去せざるを得なくなる。これでは、建物の換価価値は無に等しいから、建設用地利用権を建物の従物と考えてこれに建物の抵当権の効力が及ぶと解すべきである。工場等の建物については、本条に定めるとおり、建物に抵当権を設定したときは、その占有する敷地の利用権についても抵当権が設定されたものと見なされる。ただ、敷地の全体ではなく、建物が占有する部分の土地にのみ抵当権が設定されたことになることに注意しなければならない。土

地の抵当権の登記は建物が占有する部分について先ず文筆した後、抵当権設定登記を行うことになる」と解すべきである。

関連条文：『担保法』第36条；『都市不動産管理法』第47条第1項。

第184条【抵当権の設定が禁じられている財産】以下の各号に掲げる財産には、抵当権を設定することができない。

一 土地所有権

二 耕地、宅地、自留地及び自留山などの集団が所有する土地利用権。

ただし、法律が抵当権を設定できると定めている場合は、この限りでない

三 学校、幼稚園、病院など公益を目的とする事業体又は社会团体が設置する教育施設、医療衛生施設その他の社会公益施設

四 所有権又は利用権が不明又は係争中の財産

五 法律の定めにより差押、押収又は監督管理されている財産

六 法令により抵当権の設定が禁じられているその他の財産

#### 釈義

本条は担保法第37条をそのまま承継するもので、抵当権の設定が禁じられている財産を列挙するものである。

第1号、第2号の土地利用権について述べると、中国の土地は、これまでに何度も述べてきたように、全て社会主義公的所有権の客体である（土管8）。一切譲渡はできない。従って、譲渡を前提とする担保権の設定は不可能である。荒地の土地請負経営権（法180①三）と集団所有制企業財産たる工場等の敷地利用権（法183）を除いて、集団所有地上に設定された土地利用権は集団構成員間でのみ一定の条件の下で譲渡が許されるのであって、担保権の設定は禁じられている。農民が生活基盤たる農地の利用権を失うことがないよう配慮するものである。第3号のその他の社会公益施設とは、非営利の図書館、科学技術館、博物館、美術館、文化ホール、養老院、福祉施設などを指す。公益を目的とする事業単位や社会团体の財産であっても、公益と関係のない財産については抵当権の設定が可能であ

る。第4号の所有権や利用権が不明とは、個人所有権の客体や個人に帰属する不動産利用権で、相続開始後まだ分割されていない相続財産やその帰属を巡って法廷や仲裁廷で係争中の財産を指す。第5号の差押えとは、人民法院又は関係行政機関が関係財産をその所在する場所で封じ、何人に対しても譲渡、処分を禁ずる処置である。押収とは、人民法院又は関係行政機関が関係財産を他の場所に移転して何人に対しても譲渡、処分を禁ずる処置である。監督管理とは、入国から通関手続き終了まで、又は、通関に申告して出国するまでの物品の国家による拘束をいう。物品その物は私的所有権の客体であっても、この間は抵当権の設定は禁じられる。しかし、既に抵当権が設定されている物品については、その実行が禁じられるのみである。第6号の法令とは、全国人民代表大会で制定した法律、及び国务院の行政法規を指す。契約法施行後の契約の効力についての人民法院の判断は、全国人民代表大会及び常務委員会の法律並びに国务院が制定する行政法規を根拠とし、地方法規、行政法規はその根拠とならない（契約法司法解释（一）4）。本条もこれに準拠する。

第185条【抵当権設定契約】①抵当権を設定するときは、当事者は書面により抵当権設定契約を締結しなければならない。

②抵当権設定契約には以下の各号に掲げる項目を含むものとする。

- 一 被担保債務の種類及び金額
  - 二 被担保債務の弁済期
  - 三 抵当財産の名称、数量、品質、状況、所在地及び所有権又は利用権の帰属
  - 四 被担保債権の範囲
- 釈義

本条は抵当権設定契約の要式性を明確にした。抵当権設定契約は普通の書面をもってすれば足り、公正証書など特別の方式を要する書面をもってする必要はない。勿論後者をもってすることも可能である。はがきや封書、ファクシミリも書面に含まれる（担93）。被担保債権の範囲は、具体

的には、元本、利息、違約金、損害賠償金、抵当権実行の費用などを含む。抵当権設定契約は、合意によって成立するが、抵当権設定の効力は登記の時から生ずる。

建設工事請負契約における請負人の工事代金優先弁済請求権（契286）は法定抵当権と称されているが、我が国における不動産工事先取特権に相当すると考えてよい。中国では、法定抵当権と把えた上で、約定抵当権に優先すると解されている。我が国の不動産工事先取特権とは異なり、中国の実務では予め登記を要しない。この点はなお検討の余地があろう。

第2項第1号の被担保債権の種類は、売買代金債権、請負報酬請求権、金銭消費貸借上の返還請求権など主に債権を発生させた契約の種類を指すであろう。又、金額とはその元本の額である。

第3号の「所有権又は利用権の帰属」の所有権は、利用権が設定されている公的所有権の種類、抵当権の客体である私的所有権すなわち建物、自動車、船舶等私有財産を客体とすべき場合であり、利用権は国家所有権や集団所有権の上に設定された利用権で、抵当権の設定が可能なものを意味する。

関連条文：『担保法』第38条、第39条；『都市不動産管理法』第49条。

参考文献：『逐条解説中国契約法の実務』塚本宏明 監修、村上幸隆  
編集

第186条【流抵当契約の禁止】抵当権者は、債務の弁済期の到来前に、債務者が期限の到来した債務を弁済しないときは、抵当財産の所有権が債権者に移転する旨を、債務者と約定することはできない。

### 釈義

本法は我が国と異なり流抵当契約を禁じている。担保法第40条を継承するものである。抵当権者が被担保債権額を超えた価値の財産を取得することがないよう公平、合理の原則からこれを禁じたものである。抵当権設定契約に流抵当契約を付しても、特約は無効であるが、その他の部分の効力には影響しない（契56）。しかし、債務の弁済期が到来して以後

は、抵当権者が目的物の所有権を取得して、その評価額から債務相当額を控除した金額を抵当権設定者に返還することや、第三者に譲渡してその代金から優先弁済を受ける旨特約し、実行しても、これは抵当権の任意の実行として有効である。ただし、これによって後順位担保権者や一般債権者を害した場合、これらの者はこれを詐害行為として取消することができる（契74、75）。

関連条文：『担保法』第40条。

第187条【効力要件としての登記】本法第180条第1項第1号から第3号に定める財産又は第5号に定める建築中の建物に抵当権を設定したときは、抵当権の設定登記をしなければならない。抵当権は登記の時からその効力を生じる。

#### 釈義

これまでも述べたように、抵当権設定契約の締結と同時に抵当権も成立するが、その効力は抵当権設定登記の時から生ずる。抵当権の客体が建物、建設用地利用権、土地請負経営権の場合に限られる。抵当権設定契約が締結されたにも拘わらず、設定者が設定登記に協力しないときは、協力するよう、訴えを提起することができ、又は違約責任を問い、損害賠償を請求することもできる。

関連条文：『担保法』第41条、第42条；『都市不動産管理法』第61条。

第188条【抵当権設定登記が効力要件となる場合】本法第180条第1項第4号もしくは第6号に定める財産又は第5号に定める建造中の船舶もしくは航空機に抵当権を設定したときは、抵当権は、抵当権設定契約の効力発生時からその効力を生じる。登記を経ることなしには、善意の第三者に対抗することができない。

#### 釈義

動産抵当は設定契約成立と同時に効力を生ずる。登記は善意の第三者に対する対抗要件たるに留まる。ここでの善意の第三者は抵当権設定契約の

当事者及び債務者以外の利害関係人で抵当権が設定されていることを知らない者をいうと解されているが、対抗要件である以上、利害関係人はいわゆる食うか食われるかの関係に立つ者に限定すべきであろう。登記機関は設定者の住所地又は所在地の公証所である（担43）。未登記の動産抵当は全て同一順位とする。未登記の抵当動産に質権が設定されたときは、質権が優先する。又、質権設定後に動産抵当が設定され、登記を経た場合は、質権が優先する。既に抵当権及び質権が設定されている動産に留置権が成立した場合は、留置権が優先する（法239、海商法25）。

関連条文：『担保法』第43条；『海商法』第13条第1項；『民用航空法』第16条。

第189条【登記機関・客体からの離脱】①企業、個人商工業者及び農業生産経営者が本法第181条に定める動産に抵当権を設定したときは、抵当権設定者の住所地の工商行政管理部门で登記をしなければならない。抵当権設定契約が効力を生じた時に設定されたものとする。登記を経なければ、善意の第三者に対抗することができない。

②本法の第181条の定めに従い抵当権を設定した場合で、抵当権者は、正常な経営活動において合理的な対価を支払って抵当財産を取得した買受人には、抵当権の設定を対抗することができない。

### 釈義

本法第181条は流動動産抵当について定めている。本条は、これを受けてその効力要件及び善意の第三者に対する対抗要件について定めるとともに、流動動産抵当設定者からその客体を組成する個々の動産をその正常な取引によって取得した顧客に対しては抵当権の効力が及ばないことを定めたものである。第181条の釈義であらかた述べたところであるが、ここで本条の趣旨に照らして述べることとする。

まず、流動動産抵当は、抵当権設定者と抵当権者の合意のみによって成立し、工商行政管理局における流動動産抵当設定登記を善意の第三者に対する対抗要件とする。ここで第三者とは、客体たる動産に担保権を設定し

たり、正常な取引外で客体動産の所有権を取得した者等である。これらの者が悪意であるときは、登記なしに抵当権を対抗することができるが、登記なしには善意の第三者には対抗できない。単に善意の第三者としているから、善意有過失の第三者も含まれるであろうか。

工商行政管理局を登記機関としたのは、流動動産については、不動産登記機関で登記することは適さないからであるとされる。又、流動動産抵当権が実行されるのは、設定者が債務超過に陥り、清算手続きに入ったときなので、抵当権の適正な実行と債権者の利益保護を確保するためでもある。

第2項は、抵当権設定者から正常な取引において客体を組成する個々の動産を買受けた者は完全に所有権を取得する旨定めたものである。第181条の積義で述べたように、かかる動産は流動動産抵当の客体から離脱する。流動動産抵当設定者の継続的な経営活動における有償、無償の貸借、売買、交換、質権設定等によって個々の動産は流動動産の客体から離脱する。ただし、設定者が適正な対価の支払を受けており、且つ貸借においては、借主が占有の移転を受け、売買、交換においては、買主若しくは相手方当事者が所有権を取得し、占有の移転もを受けており、質権設定においてはその要件が満たされていることを要する。

流動動産抵当は期限に債務が弁済されなかったり、設定者たる企業の合併や破産などの約定事由の発生により、その時点で登記に表示した範囲の全ての動産を客体とする特定動産抵当となる。それ以後にその全部又は一部の動産に設定された担保権や一般債権は特定動産抵当（確定後の流動動産抵当）に劣後する。

**第190条【賃貸借と抵当権の関係】** 抵当権設定契約締結前に抵当財産が既に賃貸されているときは、原賃貸借関係は当該抵当権の影響を受けない。抵当権設定後に抵当財産が賃貸されたときは、当該賃貸借関係は登記済みの抵当権に対抗することができない。

## 釈義

売買は賃貸借を破らないという原則については前述した。抵当権設定前に目的物に賃借権が設定されている場合、抵当権は賃借権の制限を受けることになる（契229）。従って抵当権が実行され、目的物が競売に付された場合、買受人（競落人）は賃借権の制限の付いた権利を取得したことになる。賃貸人が目的物を売買する場合には、賃借人は優先購入権を有しており、賃貸人は売買を事前に賃借人に通知しなければならない（契230）。それ故、抵当権実行の際も、売主である抵当権設定者（賃貸人）は賃借人に抵当権が実行される旨を通知しなければならないが、抵当権者もまた通知義務を負うものと解すべきであろう。通知なしに抵当目的物が競落されても、賃借人は買受人に賃貸借を対抗できることはいうまでもないが、優先購入権を主張することはできず、通知を怠った賃貸人たる抵当権設定者又は抵当権者に損害賠償を請求しうるのみであろう。

抵当権設定後に目的物が賃貸された場合は登記を備えた抵当権が優先するから、買受人は賃借権の制限を受けない権利を取得することになる。

関連条文：『担保法』第48条；『最高人民法院の法の適用に関する若干問題解釈』第65条、第66条。

第191条【抵当財産の譲渡】①抵当権設定者が抵当権の存続期間中に抵当権者の同意を経て抵当財産を譲渡したときは、抵当権設定者は、譲渡により取得した代金を被担保債務の弁済期の到来前に抵当権者に弁済し、又は供託しなければならない。譲渡により取得した代金が債権額を越える部分は、抵当権設定者の所有に属する。不足する部分は、債務者が弁済するものとする。

②抵当権設定者は、抵当権者の同意を経なければ、抵当権の存続期間中に抵当財産を譲渡することができない。ただし、譲受人が債務者に代わって債務を弁済し、抵当権を消滅させた場合は、この限りでない。

## 釈義

民法通則意見第115条は、抵当目的物の処分を禁じ、これを無効として

いたが、市場メカニズムの進展に伴い、担保法第49条は、抵当権者への通知と、抵当権が設定されている旨の譲受人に対する告知を条件として、抵当目的物の譲渡を認め、通知または告知のいずれか一方でも欠けるときは、譲渡は無効とした。さらに、譲渡価額が明らかにその評価額を下回るときは、抵当権者は設定者に相当の担保の提供を請求できるものとし、担保が提供されないときは、譲渡できないものとした。すなわち、譲渡は無効となる。また、抵当権は代金に物上代位するものとした。

担保法司法解釈第67条第1項は、上記の通知または告知のいずれか一方を欠く譲渡がなされた場合、登記を備えた抵当権者は目的物に抵当権を行使することができるものとし、他方譲受人は被担保債権を弁済して、抵当権を消滅させることができるものとした。

本条第1項は、抵当権設定者は抵当権者の同意を経て目的物を譲渡することができ、抵当権はその売買代金に代位するものとしている。設定者は売買代金のうち被担保債権額を弁済供託するか期限前弁済するか選択することができる。期限前弁済により、抵当権は消滅するが、弁済供託の場合は、抵当権の客体は供託金請求権となり、目的物は抵当権の客体から離脱し、譲受人は目的物につき抵当権の制限を受けない権利を取得する。実務上は、設定者は抵当権の登記の抹消と引き替えに供託し、または期限前弁済することになろう。抵当権者は弁済期に供託金請求権を行使することができ、被担保債権全額の弁済を得ると同時に供託金請求権の上に存続した抵当権は消滅する。

第2項は、抵当権者の同意を経なければ、目的物の譲渡はできない旨定めている。同意を経ない譲渡は無効である。抵当権は当初の目的物の上に存続する。もっとも、抵当権者の同意の有無に係わらず譲受人は被担保債権全額を弁済して抵当権を消滅させることができる。抵当権者の同意を経ないため、譲渡が無効である場合も、譲受人の弁済により、抵当権が消滅するとともに譲渡は遡及的に有効となる。これが第2項の趣旨である。

関連条文：『担保法』第49条；『民用航空法』第17条。

第192条【**抵当権の随伴性**】 抵当権は、債権から切り離して単独で譲渡し、又は他の債権の担保とすることはできない。債権を譲渡するときは、当該債権を担保する抵当権も同時に譲渡されるものとする。ただし、法律に特別の定めがある場合、又は当事者に別段の約定がある場合はこの限りでない。

#### 釈義

抵当権は被担保債権と法律的運命を共にする。被担保債権と抵当権を切り離して、それぞれ別個に処分することはできない。これは担保法第50条、契約法第81条と同趣旨である。被担保債権のみを譲渡し、被担保債権のない抵当権を留保することはできない。逆に、抵当権のみを譲渡し、譲受人の負う別の債務の被担保債務とすることもできない。被担保債権と抵当権をおのおの別の他人に譲渡することもできない。被担保債権の譲渡は当然に抵当権の譲渡を伴う。ただし、これは原則であって、法律に別段の定めがある場合、または抵当権者と抵当権設定者の間の特約があれば、我が国民法第376条と同様の個別の処分も可能である。登記が対抗要件に留まるときは、同第377条と同趣旨の扱いをして差し支えないだろう。効力要件のときは、登記を経なければ、抵当権の処分の効力は生じない。

関連条文：『契約法』第81条；『担保法』第50条。

第193条【**目的物の価値の減少**】 抵当権設定者の行為により抵当財産の価値が減少することが十分予測されるときは、抵当権者は、抵当権設定者に対して、その行為の停止を求めることができる。抵当財産の価値が減少したときは、抵当権者は、抵当権設定者に対して、抵当財産の価値の回復又は価値の減少分に相当する担保の提供を求めることができる。抵当権設定者が抵当財産の価値を回復せず、かつ、担保も提供しないときは、抵当権者は債務者に弁済期到来前に債務の弁済を請求することができる。

#### 釈義

抵当権の客体たる財産の価値が減少すると、担保力はそれだけ弱くな

る。抵当権者にとっては、担保力の回復もしくはさらなる価値の減少の防止が急務となる。そこで、本条は第1文で財産の価値の減少の虞が十分ある段階で、抵当権者にその予防請求権を認めている。その要件は、抵当権設定者の故意または過失、財産の価値を減少させる可能性が十分ある行為の存することである。行為は、作為、不作為のいずれであってもよい。その効果は、抵当権者に侵害の虞のある行為の差止め請求権が与えられることである。

抵当権設定者は自己に目的物の占有を留め、これを使用、収益、処分することができるから、目的物の用法に従って使用、収益し、市場のルールに従って処分した場合には、その行為の差止めを請求することはできない。ただ、その場合でも、財産価値の減少の可能性が予見可能であれば、抵当権者の過失が推定されるであろう。

客体たる財産の価値が現実減少した場合は、抵当権者はその行為の差止めと価値の回復もしくは減少した価値に相当する担保の提供を請求することができる。

第2文の「抵当財産の価値が減少した場合」は、第一文を受けて、抵当権設定者の故意または過失ある行為による価値の減少のみを意味するのか、或いはデフレや自然災害、戦争など、不可抗力によるそれをも含むのか、必ずしも明らかでないが、文脈からすれば、前者と解すべきである。不可抗力による価値の減少にまで、抵当権設定者に責任を負わせるのは、不相当だからである。もっとも、中国では、不可抗力による客体財産の価値の減少を一種の危険負担の問題ととらえ、危険は抵当権設定者が負担するものと解するようであるから注意を要する。従って、抵当権設定者は目的物に損害保険を付しておくことが賢明である。抵当権設定者が価値を回復せず、かつ相当の担保の提供もせず、期限前弁済もできないときは、抵当権者が保険金請求権を行使することになるが、抵当権設定者が価値を回復し、または相当の担保を提供したときは、抵当権設定者が保険金請求権を行使することになる。なお、相当の担保は抵当権者の同意があれば、人的担保でもよいと解される。

客体の価値の減少が第三者の不法行為による場合は、相当の担保の提供としてその損害賠償請求権を担保目的で抵当権者に譲渡し、または代理受領権を授与することも考えられる（担51②）。

抵当権設定者が担保価値を回復せず、かつ相当の担保を提供しないときは、期限の利益を喪失し、抵当権者は直ちに抵当権を実行することができる。

関連条文：『担保法』第51条。

第194条【抵当権又は抵当権の順位の放棄等】①抵当権者は、抵当権又は抵当権の順位を放棄することができる。抵当権者は、抵当権の順位又は被担保債権の金額等の内容について、抵当権設定者と協議して変更することができる。ただし、抵当権の変更は、他の抵当権者の書面による同意を経なければ、他の抵当権者に対して不利な影響を及ぼすことができない。

②債務者が自らの財産に抵当権を設定する場合において、抵当権者が、抵当権若しくは抵当権の順位を放棄するとき、又は抵当権を変更するときは、他の担保人は、抵当権者が喪失した優先弁済を受ける利益の限度で担保責任を免れる。他の担保人が引き続き担保を提供する旨承諾した場合は、この限りでない。

### 釈義

抵当権も財産権であるから処分が可能である。日本法では、抵当権の処分として、転抵当、抵当権の譲渡・放棄、抵当権の順位の譲渡・放棄、抵当権の順位の変更の6つを定めている（日民374、376、377）。中国では、転抵当については、抵当権の質入れと解して、質権の規定を適用すれば足りる（法223七、229、217）。抵当権の譲渡、順位の譲渡については、物権法は定めをおいていない。抵当権の放棄、抵当権の順位の放棄、抵当権の順位の変更については本条に定められている。本条はこのほか、日本法にはない被担保債権額等の内容の変更についても定めている。

抵当権の放棄は、絶対的放棄であるのか、相対的放棄であるのか。絶対

的放棄の場合は、抵当権者は無担保債権者となり、保証人や物上保証人は放棄された抵当権の担保していた範囲で責任を免れる。物的担保を人的担保の補充とした担保法第28条の趣旨を本条第2項は拡大して、保証人だけでなく、抵当権設定者が複数ある場合、一つの抵当権が放棄されると、その担保した範囲で保証人だけでなく、他の抵当権設定者も同様に負担を免れるものとしている。これは当然の理であり、一つの抵当権が絶対的に放棄されても、保証人や他の物上保証人は、責任が拡大することなく、放棄された抵当権が存続するのと同様の責任を負う旨を定めたものである。

第1項の抵当権の放棄は、絶対的放棄だけでなく、相対的放棄をも認める趣旨であると解することもできよう。抵当権の相対的放棄は、抵当権者から無担保債権者になされるものである。抵当権者が優先弁済を受けることのできる金額を処分者（抵当権者）と受益者（抵当権放棄の相手方）がその債権額の割合に応じて分け合うものである。後順位担保権者や保証人、物上保証人に影響を及ぼすものではない。

抵当権の順位の放棄についても絶対的放棄と相対的放棄があり得る。抵当権の順位の絶対的放棄は、それによって後順位の抵当権の順位が順次上昇し、順位を放棄した者が最後の順位になる。放棄後に設定された抵当権はさらにその後順位となる。

抵当権の順位の相対的放棄は、先順位抵当権者が後順位抵当権者のために行うものであり、処分者と受益者が優先弁済を受けることのできる金額の合計額を債権額の割合に応じて分け合うものである。他の担保権者および無担保債権者に影響を及ぼすことはない。

抵当権およびその順位の放棄は、処分者の受益者に対する一方的意思表示（相手方のある単独行為）でなし得るのか、処分者と受益者の合意によるのか、定かでないが、後者であろう。

抵当権および抵当権の順位の放棄は、これを主たる債務者に通知しなければ、主たる債務者および抵当権設定者に対抗することができない（契80）と解せられる。

抵当権の順位の変更は、抵当権の順位をその被担保債権と全く切り離し

て入れ替えることである。Aが被担保債権10万円の1番抵当権、Bが同15万円の2番抵当権、Cが20万円の3番抵当権を有しているとする。1番と3番を入れ替えると、Cの20万円の1番抵当権、Bの15万円の2番抵当権、Aの10万円の3番抵当権となり、Bに不利な影響を及ぼすから、順位の変更はACの合意、Bの書面による同意によってなされる。つまり、順位を変更する抵当権者の合意とそれによって不利な影響を受ける他の抵当権者の書面による同意を要する。債務者と抵当権設定者には何らの影響もないから、これらの者の同意は必要でないはずであるが、本条第1項は抵当権設定者との協議を要するものとしているから注意を要する。ただ、設定者の同意は、被担保債権額等設定者に不利な影響を及ぼし得る内容の変更の場合に限られると解すべきであろう。このほか、順位の変更について利害関係を有する者、たとえば、順位が変更される抵当権やそれによって不利益を受ける抵当権の転抵当権者、被担保債権の差押債権者、および質権者などの承諾を必要とする。この承諾は書面をもってなされることを要すると解される。

関連条文：『担保法』第28条。

第195条【抵当権の実行方法】①債務者が、期限の到来した債務を履行しないとき、又は当事者が約定する抵当権の実行事由が生じたときは、抵当権者は、抵当権設定者と合意して、抵当財産を評価し債務に充当し、又は競売若しくは任意売却の代金から優先弁済を受けることができる。合意が他の債権者の利益を害するときは、その債権者は、取消事由を知り、又は知ることができたときから1年以内に、人民法院に合意の取消を請求することができる。

②抵当権の実行方法について、抵当権者及び抵当権設定者の間で合意できないときは、抵当権者は人民法院に抵当財産の競売又は換価を請求することができる。

③抵当財産を評価又は換価するときは、市場価格を参照しなければならない。

## 釈義

弁済期に債権全額の弁済が得られないとき、もしくはその他の抵当権実行事由が生じたときには、抵当権者は抵当権を実行することができる。抵当権の実行は私的実行を原則とする。抵当権者はまず抵当権設定者と協議して目的財産の評価を行い、その評価額から被担保債権額を控除して目的財産の所有権を取得する。控除した残額は後順位担保権者が順次それから優先弁済を受けることになると解される。控除した残額が後順位担保権者の優先弁済に回されることなく債務者に償還されるときは、後順位担保権は目的物の上に存続する。従って、抵当権者は残額を後順位担保権者のために供託して目的物の上に存した後順位担保権の制限を免れることになろう。後順位担保権は物上代位により供託金請求権の上に存続する。目的物評価の合意が後順位担保権者や一般債権者を害するときは、これらの者は人民法院に合意の取消しを訴求することができる。取消しの訴えに勝訴すると、抵当権を実行した先順位抵当権者への所有権の移転は否認され、遡及的に抵当権設定者に復帰するものと解される。すなわち、取消しの訴えは形成の訴えである。

私的実行としては、換価すなわち任意売却という方法もある。任意売却は市場価格に従ってなされるであろうが、売買が後順位担保権者や一般債権者を害することを知ってなされたときは、同様に取消しの訴えをなし得るものと解されよう。

評価の合意が成立せず、任意売却も行われないときは、抵当権者は人民法院に競売もしくは換価を申し立てることができる。競売、換価は非訟事件の手続きに従ってなされるので、訴訟に比べ費用の負担はかなり軽い。

関連条文：『民法通則』第89条第2項；『担保法』第53条；『最高人民法院の担保法の適用に関する若干問題の解釈』第78条。

**第196条【流動動産抵当の客体の確定】**本法第181条に従い抵当権を設定する場合において、抵当財産は、以下の各号に掲げる事由のいずれかが生じたときに確定する。

- 一 債務の弁済期が到来し、債権が未だ実現されていないこと
- 二 抵当権設定者が破産宣告を受けたこと、又は営業許可書が取り消されたこと
- 三 当事者が約定した抵当権実行の事由
- 四 債権の実現に著しく影響するその他の事由

#### 釈義

流動動産抵当の目的物はいかなる事由の発生によって確定するかを本条は定めている。ここに定める事由が発生した時に目的物は確定する。差押えを要することなく、目的物は第1号から第4号のいずれかの事由の発生により確定するから、それ以降の抵当権設定者の目的物の処分は抵当権の侵害となり、かつ当該物に抵当権の追求効が及ぶ。

第4号は具体的に何を指すのか、必ずしも明確でない。判例の集積を待つ以外にない。

第197条【果実の帰属】①債務者が期限に債務を履行せず、又は当事者が約定する抵当権の実行事由が生じた場合において、人民法院が法に基づき抵当財産を差し押さえたときは、差押えの時から抵当権者は抵当財産の天然果実又は法定果実を收取することができる。ただし、抵当権者が法定果実の弁済義務者に通知していなかったときは、この限りでない。②前項に定める果実は、まず果実の收取費用に充当しなければならない。

#### 釈義

本条は担保法第47条と同趣旨の規定である。抵当財産から生ずる果実は抵当権が実行され、それが人民法院により差し押さえられるまでは抵当権設定者に帰属する。本条により抵当権は法定果実には物上代位しないと解される。差押え以後は抵当権者に帰属する。ただし、賃料や利息等の法定果実については、抵当財産が人民法院に差し押さえられた旨抵当権者が果実の弁済義務を負う者に通知しなかったときは、この限りではない。これは弁済義務者を保護するためである。抵当権者が收取した果実はまずそ

の收取費用に充当すべきものとする。

関連条文：『担保法』第47条。

第198条【残額の帰属と不足額の弁済】 抵当財産を評価して債務に充当し、又は競売若しくは換価した後、その価額が債権額を越える部分は、抵当権設定者に帰属する。不足する部分は、債務者が弁済する。

#### 釈義

抵当権を実行した結果、非担保債権全額の弁済を受け、なお剰余を生じたときは、その剰余は当然に抵当権設定者に帰属する。抵当権設定者が同時に債務者であるときは、債務者の一般財産の一部となる。債権全額の弁済に不足するときは、物上保証人はより以上の責任を免れ、不足額は一般債権として債務者が弁済義務を負う。

抵当財産を評価して債権の弁済に当てるときは、その評価額は抵当権実行の時を基準とする。抵当権設定時より評価額が低下しても物上保証人たる抵当権設定者は責任を負わない。被担保債権の弁済に足りないときは、不足部分は一般債権として債務者が弁済義務を負う。評価額が設定時より上昇し、被担保債権額を超えた場合は、その超えた部分は抵当権設定者に帰属することはいうまでもない。

関連条文：『担保法』第53条。

第199条【抵当権の順位】 同一の財産につき、2つ以上の債権のために抵当権が設定されているときは、抵当財産の競売又は換価により取得した代金は、以下の各号に従って配当する。

- 一 登記されている抵当権相互の間では、登記の先後による。同一順位の抵当権相互の間では債権額に按分比例する。
- 二 登記済みの抵当権は、未登記の抵当権に優先する。
- 三 未登記の抵当権相互の間では、債権額に按分比例する。

#### 釈義

抵当権の順位は、登記ある抵当権相互の間では登記の先後により、登記

ある抵当権と未登記抵当権では、登記ある抵当権が優先する。同一順位の抵当権相互の間では債権額に按分比例して配当を受けることになる。

登記の先後は、登記に記載された時を基準とする。記載時間が不明なときは、登記申請時の先後によって記載の先後を決定する。

関連条文：『担保法』第54条；『海商法』第25条。

第200条【抵当権設定後に築造された建物の一括処分】建設用地利用権に抵当権を設定した後に築造された建物は抵当財産に含まれない。建設用地利用権の抵当権を実行するときは、設定後に築造された建物及び建設用地利用権は一括して処分しなければならない。ただし、抵当権者は、抵当権設定後に築造された建物の処分による代金から優先弁済を受けることができない。

#### 釈義

建設用地利用権と地上建物等の定着物に法律上の連帯を共にすべきことは既に述べたとおりである。が、それは処分前に建設用地上に建物等の定着物が存在する場合のことであり、建設用地利用権に抵当権を設定した後に築造された建物等には抵当権の効力は及ばない。これを主物、従物の理論を用いて、建物等の定着物を建設用地利用権の従物とし、抵当権設定後の従物には、抵当権の効力は及ばないと説明する向きもあるが、これは誤りである。なぜなら、中国法上、土地と建物は独立の不動産だからである。土地がすべて社会主義公有である中国で、建設用地利用権や土地請負経営権などの用益物権たる土地利用権を資本主義法の地上権や永小作権と同視することはできないが、やはり、建物を主物とし、利用権を従物と考えることが市場経済の実態に即するであろう。本条の解釈として、主物、従物理論を持ち出すことは、妥当ではない。むしろ、建物が独立の不動産であるが故に、建設用地利用権に抵当権を設定した後に築造された建物には抵当権の効力は及ばないと考えるべきであろう。

本条は担保法第55条および都市不動産管理法第51条を大略踏襲するものである。これらの規定は、土地利用権の上に抵当権を設定した後に新築

および増築された建物には抵当権の効力は及ばないものとしていた。本条が増築を除いているのは、増築された部分が従来の建物に付加して一体をなすと考えてのことであろう。増築部分は、従来の建物とは別個の建物と認められる程の独立性が認められない限り、これに抵当権の効力が及ぶと解される。もっとも、実務では、抵当権者の同意を経て増築した場合は、増築部分に抵当権の効力は及ばず、同意を経ることなく増築された場合は、増築部分に抵当権の効力が及ぶと解されているようである。

ただし、抵当権を実行するときは、新たな築造された建物も一括して抵当直流れの対象となり、または換価され、競売に付される。建設用地利用権者と地上建物所有者は同一人でなければならない。しかし、抵当権者は新たな築造された建物の代金相当額からは優先弁済を受けることはできない。

関連条文：『担保法』第55条第1項；『都市不動産管理法』第51条。

第201条【抵当権実行後の土地所有権及び用途の変更】本法第180条第1項第3号で定める土地請負経営権に抵当権を設定した場合、又は本法第183条に従い郷鎮又は村が経営する企業の工場舎屋などの建物の専用範囲内の建設用地利用権を一括して抵当権の客体とした場合には、抵当権を実行した後、法定の手続きを経なければ、土地所有権の性質及び土地の用途を変更することはできない。

#### 釈義

土地請負経営権は農村集団の構成員たる農家に割り当てられる場合と、四荒地の開発のため、企業等に割り当てられる場合とがある。本法第129条は土地請負経営権に譲渡性を認めてはいるが、農家に割り当てられている部分はそれが各農家の生活基盤そのものであり、これを失うことは農家の窮乏化に繋がりがねないから、これを担保に供することはできないものと解されている。四荒地の土地請負経営権は、企業がその合理的計算に基づいて土地を開発し、運用するものであるから、これを担保の目的とすることは市場経済にかなっている。それ故、本条は四荒地の土地請負経営権

についてのみ抵当権の設定を認めている。

また、集団所有地の一部を収容して、国有地に転換し建設用地利用権を設定することができる。地上に築造された工場社屋等と一括して建設用地利用権を設定することももちろん可能である。四荒地建設用地利用権に設定された抵当権もしくは集団所有地から国有地に転換して設定された建設用地利用権を客体とする抵当権が実行された場合、買受人は当該土地の二種類の公的所有権をそのまま受け入れなければならない。集団所有権と国家所有権のいずれであれ、これを相互に転換するには法廷手続きを踏まなければならない。土地の用途変更についても同様である。

関連条文：『最高人民法院の担保法の適用に関する若干問題の解釈』第12条。

第202条【抵当権の行使期間】 抵当権者は、被担保債権の訴訟時効期間内に、抵当権を行使しなければならない。抵当権が訴訟時効期間内に行使されなかったときは、人民法院はこれを保護しない。

#### 釈義

抵当権は被担保債権に付従するから、被担保債権が消滅すると、抵当権も消滅する。中国では、抵当権の存続期間について四つの学説がある。第一は、抵当権の付従性から、被担保債権とは別に抵当権それ自体の存続期間を認めない説である。第二は、抵当権は被担保債権の訴訟時効期間を徒過するともはや行使することはできないとする説である。第三は、私的自治の原則に従い、存続期間を約定することができるが、約定していない場合は、被担保債権の訴訟時効期間の徒過により行使できなくなるとする説である。第四は、担保期間は担保権の存続期間ではなく、登記の対抗力の有効期間であり、担保期間が更新されても、その旨の変更登記がなされないと、対抗力を失うとする説である。

抵当権は被担保債権の満足を得るための権利であるから、被担保債権の存続中にこれが消滅することはない。約定で存続期間を定め、被担保債権が消滅する前に抵当権が消滅するものとすることは不可能ではないが、こ

のような事例は現実にはまずあり得ないと言って差し支えない。抵当権の存続期間を約定する実益は全くないから、抵当権は被担保債権と共に消滅すると考えてよい。

民法通則第135条は、訴訟時効期間を2年と定めており、同第137条は、その起算点を権利の侵害を知り、または知ることができた時としている。従って、債権の訴訟時効期間の起算点は債務不履行の時すなわち弁済期が到来した時である。この時から2年を徒過すると、債権はもはや訴訟上行使できなくなる。従って、債権に付従する抵当権も訴訟上これを行使できなくなる。しかし、債権はこれによって消滅するわけではなく、訴外で行使することは同第138条がこれを明らかに認めている。抵当権も同様であり、被担保債権の訴訟時効の完成は直ちに抵当権を消滅させるものではない。

抵当権を登記するに際し、登記機関が強制的に存続期間を記載させる場合がある。この期間は抵当権の存続に影響しないとするのが最高人民法院の見解である。担保法司法解释第12条第1項は、この旨を明記しており、本法施行後もこれを踏襲している。

関連条文：『担保法』第55条第2項。