

日本の民法の編別にしがった英米契約法の実用的コース実施の試み

# 基礎英文契約書講座

第10回 担保権設定契約： 英米の  
不動産売買契約と抵当権設定契約  
（モーゲッジ）について具体的な条  
項を検討する

© 2012 弁護士 渡邊明彦  
All Rights Reserved

# 第10回目の内容

- 第10回目のテーマは、不動産売買契約と不動産担保権設定契約であるが、不動産売買に関しては第6回でも検討したので、今回は不動産担保権に重点をおきたい。
- わが国では、民法典上は（あまり利用されていない「不動産質」を除けば、「抵当権」が、不動産担保権の唯一の存在
- 但し、判例によって認められ、仮登記担保の範囲では法整備の進められた、「不動産譲渡担保」制度がある。
  - 重要な、キーは、米国の不動産担保権の典型であり、わが国の抵当権に相当するものとされる Mortgage は、もともとは、「譲渡担保」であったことである。
  - 「譲渡担保」という考え方を利用して、日米の不動産担保制度を整理して理解できる。⇒ 谷口（安）論文、参照

# 不動産担保権設定契約（続き）

## 「抵当権」

### 第十章 抵当権

#### 第一節 総則(第三百六十九条―第三百七十二条)

#### 第二節 抵当権の効力(第三百七十三条―第三百九十五条)

#### 第三節 抵当権の消滅(第三百九十六条―第三百九十八条)

#### 第四節 根抵当(第三百九十八条の二―第三百九十八条の二十二)

### 第三編 債権

# 不動産担保権設定契約（続き）

The screenshot shows a web browser window with the URL <http://www.onecle.com/>. The browser's address bar also shows a tab for "California MCLE, CLE an...". The website's logo "oneCLE" is prominently displayed. Below the logo is a navigation bar with links: HOME, BUSINESS CONTRACTS, LAWS, LAWYER DIRECTORY, and LEMON. The "BUSINESS CONTRACTS" link is highlighted. On the left side, under the heading "Business Contracts", there is a list of categories: Asset Purchase, Business Separation, Collaboration, Construction, Consulting, Employment, Franchise, and Indemnification. On the right side, there is a "Google Custom Search" box and a "Sponsored Links" section. The sponsored links include:

- [MEED Libya Report 2012](#) In-Depth Libya Oil Projects Report
- [Ask a Lawyer Online Now](#) A Lawyer Will Answer You Now!
- [M&Y LAW, Lawyers in Tokyo](#) Seek Japanese law advice in E

# 不動産担保権設定契約（続き）

- [Bonus Agreement](#) (32)
- [Bonus Plan](#) (46)
- [Bonus Program](#) (11)
- [Bridge Loan Agreement](#) (10)
- [Build-to-Suit Agreement](#) (7)
- [Building and Property Management Services Agreement](#) (15)
- [Business Separation Agreements](#) (170)
- [Buy Sell Agreement](#) (8)
- [Bylaws](#) (203)
- [California Lease](#) (745)
- [Capital Accumulation Plan](#) (9)
- [Certificate of Incorporation](#) (118)
- [Change in Control Agreement](#) (245)
- [Michigan Lease](#) (9)
- [Mineral Lease and Coal Lease](#) (22)
- [Minnesota Lease](#) (27)
- [Mississippi Lease](#) (1)
- [Missouri Lease](#) (9)
- [Montana Lease](#) (5)
- [Mortgage Financing Agreement](#) (13)
- [Nebraska Lease](#) (8)
- [Netting Agreement](#) (1)
- [Nevada Lease](#) (6)
- [New Hampshire Lease](#) (10)
- [New Jersey Lease](#) (44)
- [New Mexico Lease](#) (5)
- [New York Lease](#) (120)

# 不動産担保権設定契約（続き）

## Mortgage Financing Agreement

- [Mortgage and Security Agreement \[Amendment No. 1\] - Diversicare Assisted Pinedale LLC and GMAC Mortgage Corp.](#) (Apr 1, 2006)
- [Mortgage, Fixture Filing and Security Agreement - Ace Gaming LLC and Wells Fargo Bank NA](#) (Jul 22, 2004)
- [Commercial Real Estate Mortgage \[Amendment No. 1\] - Associated Commercial Mortgage Inc. and Abidon Inc.](#) (Apr 30, 2001)
- [Mortgage and Security Agreement - Diversicare Pinedale LLC and GMAC Commercial Mortgage Corp.](#) (Mar 29, 2001)
- [Mortgage Note - Ag Chem Equipment Co. Inc. and Allstate Life Insurance Co.](#) (Sep 2000)

# 不動産担保権設定契約（続き）

This Mortgage was prepared by and after recording should be returned to:

Mitchell S. Berkey, Esq. Wolff & Samson PC One Boland Drive West Orange, New Jersey 07052

## MORTGAGE, FIXTURE FILING AND SECURITY AGREEMENT

-----  
This MORTGAGE, FIXTURE FILING AND SECURITY AGREEMENT (this "Mortgage"), made this 22nd day of July, 2004 by ACE GAMING, LLC, a limited liability company duly formed and existing under the laws of the State of New Jersey and having its principal place of business at the Sands Hotel and Casino, Indiana Avenue and Brighton Park, Atlantic City, New Jersey 08401 (the "Mortgagor"), in favor of WELLS FARGO BANK, NATIONAL ASSOCIATION, a national banking association having its corporate trust office at Sixth and Marquette, Minneapolis, Minnesota 55479, as Trustee (the "Mortgagee") under the Indenture described below on its own behalf and on behalf of the holders from time to time of the Securities referred to below (the "Holders").

### W I T N E S S E T H

WHEREAS, the Mortgagor is the owner of a fee simple interest in certain land and air spaces situated in the City of Atlantic City, County of Atlantic, State of New Jersey ("Atlantic City"), being more particularly described on Schedule A-1 attached hereto and by this reference made a part hereof (the "Casino Land") and the improvements now or hereafter constructed on the Casino Land, a portion of which constitute the Sands Hotel and Casino and Parking Garage (the "Sands");

WHEREAS, the Mortgagor is the owner of a fee simple interest in certain land and air spaces situated in Atlantic City, being more particularly described

# 不動産担保権設定契約（続き）

Mortgage の法的性格については、

□ Title が移転されるとする Title Theory

□ Lien が設定されるという Lien Theory

がある。

➤ このような「理論」の違いが、どこにあらわれるか？



# 不動産担保権設定契約（続き）

## 日本法

### 第十章 抵当権

#### 第一節 総則

（抵当権の内容）

第三百六十九条 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。

## Mortgage

# 不動産担保権設定契約（続き）

## 日本法

（抵当権の効力の及ぶ範囲）

第三百七十条 抵当権は、抵当地の上に存する建物を除き、その目的である不動産（以下「**抵当不動産**」という。）に付加して一体となっている物に及ぶ。ただし、設定行為に別段の定めがある場合及び第四百二十四条の規定により債権者が債務者の行為を取り消すことができる場合は、この限りでない。

第三百七十一条 抵当権は、その担保する債権について不履行があったときは、その後生じた**抵当不動産の果実**に及ぶ。

## Mortgage

# 不動産担保権設定契約（続き）

## 日本法

### 第二節 抵当権の効力

（抵当権の順位）

第三百七十三条 同一の不動産について数個の抵当権が設定されたときは、その抵当権の順位は、登記の前後による。

（抵当権の順位の変更）

第三百七十四条 抵当権の順位は、各抵当権者の合意によって変更することができる。ただし、利害関係を有する者がいるときは、その承諾を得なければならない。

2 前項の規定による順位の変更は、その登記をしなければ、その効力を生じない。

## Mortgage

# 不動産担保権設定契約（続き）

## 日本法

（抵当権消滅請求）

第三百七十九条 抵当不動産の第三取得者は、第三百八十三条の定めるところにより、抵当権消滅請求をすることができる。

（抵当権消滅請求の効果）

第三百八十六条 登記をしたすべての債権者が抵当不動産の第三取得者の提供した代価又は金額を承諾し、かつ、抵当不動産の第三取得者がその承諾を得た代価又は金額を払い渡し又は供託したときは、抵当権は、消滅する。

## Mortgage

# 不動産担保権設定契約（続き）

## 日本法

（抵当不動産以外の財産からの弁済）

第三百九十四条 抵当権者は、抵当不動産の代価から弁済を受けない債権の部分についてのみ、他の財産から弁済を受けることができる。

2 前項の規定は、抵当不動産の代価に先立って他の財産の代価を配当すべき場合には、適用しない。この場合において、他の各債権者は、抵当権者と同項の規定による弁済を受けさせるため、抵当権者に配当すべき金額の供託を請求することができる。

## Mortgage

# 不動産担保権設定契約（続き）

## 日本法

（根抵当権）

第三百九十八条の二 抵当権は、設定行為で定めるところにより、一定の範囲に属する不特定の債権を極度額の限度において担保するためにも設定することができる。

2 前項の規定による抵当権（以下「根抵当権」という。）の担保すべき不特定の債権の範囲は、債務者との特定の継続的取引契約によって生ずるものその他債務者との一定の種類取引によって生ずるものに限定して、定めなければならない。

3 特定の原因に基づいて債務者との間に継続して生ずる債権又は手形上若しくは小切手上的請求権は、前項の規定にかかわらず、根抵当権の担保すべき債権とすることができる。

## Mortgage

# 不動産担保権設定契約（続き）

## 日本法

### 第三章 担保権の実行としての競売等

（不動産担保権の実行の方法）

**第一百八十条** 不動産（登記することができない土地の定着物を除き、第四十三条第二項の規定により不動産とみなされるものを含む。以下この章において同じ。）を目的とする担保権（以下この章において「不動産担保権」という。）の実行は、次に掲げる方法であつて債権者が選択したものにより行う。一 担保不動産競売（競売による不動産担保権の実行をいう。以下この章において同じ。）の方法

二 担保不動産収益執行（不動産から生ずる収益を被担保債権の弁済に充てる方法による不動産担保権の実行をいう。以下この章において同じ。）の方法

## Mortgage

# 不動産担保権設定契約（続き）

## 日本法

（不動産執行の規定の準用）

**第百八十八条** 第四十四条の規定は不動産担保権の実行について、前章第二節第一款第二目（第八十一条を除く。）の規定は担保不動産競売について、同款第三目の規定は担保不動産収益執行について準用する。

## Mortgage



# 不動産担保権設定契約（続き）

## 日本法

第二節 金銭の支払を目的とする債権についての強制執行

第一款 不動産に対する強制執行

第一目 通則

（不動産執行の方法）

**第四十三条** 不動産（登記することができない土地の定着物を除く。以下この節において同じ。）に対する強制執行（以下「不動産執行」という。）は、強制競売又は強制管理の方法により行う。これらの方法は、併用することができる。

**2** 金銭の支払を目的とする債権についての強制執行については、不動産の共有持分、登記された地上権及び永小作権並びにこれらの権利の共有持分は、不動産とみなす。

## Mortgage

# 不動産担保権設定契約（続き）

## 日本法

### 第二目 強制競売

（開始決定等）

**第四十五条** 執行裁判所は、強制競売の手続を開始するには、強制競売の開始決定をし、その開始決定において、債権者のために不動産を差し押さえる旨を宣言しなければならない。

2 前項の開始決定は、債務者に送達しなければならない。

3 強制競売の申立てを却下する裁判に対しては、執行抗告をすることができる。

（差押えの効力）

**第四十六条** 差押えの効力は、強制競売の開始決定が債務者に送達された時に生ずる。ただし、差押えの登記がその開始決定の送達前にされたときは、登記がされた時に生ずる。

2 差押えは、債務者が通常の用法に従って不動産を使用し、又は収益することを妨げない。

## Mortgage

# 不動産担保権設定契約（続き）

## 日本法

（売却に伴う権利の消滅等）

**第五十九条** 不動産の上に存する先取特権、使用及び収益をしない旨の定めのある質権並びに抵当権は、売却により消滅する。

2 前項の規定により消滅する権利を有する者、差押債権者又は仮差押債権者に対抗することができない不動産に係る権利の取得は、売却によりその効力を失う。

3 不動産に係る差押え、仮差押えの執行及び第一項の規定により消滅する権利を有する者、差押債権者又は仮差押債権者に対抗することができない仮処分執行は、売却によりその効力を失う。

4 不動産の上に存する留置権並びに使用及び収益をしない旨の定めのない質権で第二項の規定の適用がないものについては、買受人は、これらによつて担保される債権を弁済する責めに任ずる。

5 利害関係を有する者が次条第一項に規定する売却基準価額が定められる時までに第一項、第二項又は前項の規定と異なる合意をした旨の届出をしたときは、売却による不動産の上の権利の変動は、その合意に従う。

## Mortgage