

司法試験

---

合格答案作成講座

講義編 民法 I - ③

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 192697

LU19269



## 第3節 動産物権変動

### 一 動産物権変動概要

動産物権変動も意思主義の原則（176）

→「引渡し」は対抗要件（178）

∴①動産はその種類・数量の多さから不動産の登記のような公示方法を採用することが困難

②実際上も取引が不動産に比し頻繁で、いちいち登記のような公示を期待できない

### 二 178 条論

#### 1 要件・効果概要

効果1：引渡欠缺の抗弁 →要件は、自己が「第三者」に該当すること

効果2：先立つ引渡取得による所有権喪失の抗弁

→要件は自己が「第三者」で先に引渡を受けたこと

#### 2 「引渡し」の意義

(1) 「引渡し」とは意思に基づく占有の移転である。

民法が規定する占有権譲渡の四つの態様（182～184）すべてが 178 条の「引渡し」にあたる。

(2) 「引渡し」の四つの態様

＜四つの引渡しの態様－引渡しの前後の状況＞

	イ 現実の引渡し	ロ 簡易の引渡し	ハ 占有改定	ニ 指図による占有移転
引渡前の状況	A□ B	A → □B	A□ ← B	A → □ <sup>C</sup> B
引渡後の状況	A □B	A □B	A□ B	A □ <sup>C</sup> B ↑

\* Aを売主、Bを買主とするAB間の動産売買の場合を例示する。

\* □は現実に物が存在する場所を示す。また、A→Bというのは、AがBに所有物の保管をゆだねている状態を示す。

(a) 現実の引渡し

文字どおり目的動産を現実に引き渡すこと（182 I）

(b) 簡易の引渡し（182 II）

引渡を受ける者が既に目的物を所持している場合に、当事者の意思表示のみによってされる引渡しをいう。 Ex)AがBに預けた物をBに売却する場合の引渡

(c) 指図による占有移転（184）

目的物を第三者が保持している場合、旧占有者が第三者に対し以後その物を新占有者のために占有せよと命じ、新占有者がこれを承諾することによってされるものである。

Ex)AがCに預けた物をその状態でBに売却する場合の引渡

(d) 占有改定（183）

譲渡後も譲渡人が引き続きその物を所持する場合にされる引渡しをいう。

Ex) AがBに売却しつつ、Bのために引き続き保管し続ける場合の引渡

### 3 「第三者」の範囲

#### (1) 動産賃借人と「第三者」

##### <例題>

AがBに賃貸している動産をCがAから譲り受けた。Cが、Bに所有権に基づく引渡請求をした。Bは178条の「第三者」に当たるとして、178条の引渡欠缺の抗弁を主張しうるか。

※この場合の引渡は指図による占有移転。AによるBへの占有命令がない場合を想定。

##### <解釈>

「第三者」とは、引渡欠缺を主張する正当な利益を有する者をいうところ、賃借人は、当該動産の使用収益権限を有し、動産賃借人は引渡欠缺を主張する正当な利害関係を有する。

よって、賃借人は178条の「第三者」にあたる。

※誰に返還すべきかに関する利害関係だけでは、次の受寄者との整合性がやや苦しい。

#### (2) 動産受寄者と「第三者」

##### <例題>

Aは、Bに寄託している動産をCに売却した。Aが、Cに対して所有権に基づく返還請求をした場合、Bは、178条の「第三者」に当たるとして引渡欠缺の抗弁をなし得るか。

##### <解釈>

「第三者」とは、引渡欠缺を主張する正当な利益を有する者をいうところ、受寄者は本人に代わって一時的に物を保管する者に過ぎず、引渡欠缺を主張する正当の利益を有する者ではない。

よって、動産受寄者は178条の「第三者」ではない。

---

## 第4節 即時取得

### 一 意義・趣旨

#### 1 即時取得の意義

##### (1) 具体例

Aは、Bに動産甲を賃貸していたところ、Bは、動産甲を自己所有物としてCに売却して現実に引き渡した。

かかる場合に、Aが、Cに対して、所有権に基づく返還請求をなし得るか。

##### ※ 主張整理

Aは、自己所有物をCが占有しているとして、所有権に基づく返還請求をするはず。

→Cは、Aの所有権喪失の抗弁を主張したいが、A B間は賃貸借契約であり、Bは所有者ではなかったのであるから、承継取得の主張はできない。

→Cとしては、Bの占有をもって所有者と信じたとして、即時取得を主張し、Aの所有権喪失の抗弁を主張したい。

##### (2) 趣旨

売主に動産の処分権限がない場合、買主は所有権を取得できないのが原則

↓しかし

売主の占有という所有者らしい外観を信じて取引をした買主の信頼を保護する必要

→かかる買主の信頼を保護して取引安全を守るため（公信の原則）に192条が存在

##### (3) 不動産との対比

不動産物権変動については公信の原則は認められない（登記には公信力がない）

∴①動産についての192条の同旨の規定が不動産には規定がない

②不動産より頻繁になされる動産取引においては、導的取引の安全を重視すべき

③動産公示制度に比べ不動産公示制度は完備されている

※94条2項類推は、原権利者の帰責性を要求することから、公信の原則ではない

#### 2 類似概念（公示の原則）との対比

##### (1) 公示の原則

公示がなければ、権利者と認めないという原則。

##### (2) 公信の原則

真の権利状態と異なる公示が存在する場合に、公示を信頼して取引した者に対し、公示どおりの権利状態があったと同様の保護を与えるという原則（公示があれば物権変動もあるだろうとの公示への信頼（積極的信頼：取引の安全）を保護し、権利者と認める制度）

## 二 要件

### 1 総説

- ① 目的物が「動産」であること
- ② 前主が無権利者であること（処分権限がないこと）
- ③ 前主に占有があること
- ④ 有効な「取引行為」が存在すること
- ⑤ 平穩、公然、善意、無過失
- ⑥ 占有を取得すること

\* 一般的には上記が即時取得の要件とされるが、②は明文なき要件である。但し、②前主の無権利は、前提として承継取得ができないことを上げることで足り、論文試験では条文文言どおりに検討すれば足りる。

### 2 目的物が「動産」であること（要件①について）

不動産には適用はなく、動産のみに適用がある。但し、動産でも以下のものには適用がない。

#### (1) 例外①：登録済の自動車

登録済自動車は「動産」に当たらず、即時取得の適用はない（最判昭 62.4.24、通説）。なぜなら、192条は、公示が不完全な動産取引の安全を図る規定であるところ、登録制度という公示が完備されている登録済自動車については、かかる趣旨が妥当しないからである。

#### (2) 例外②：金銭

金銭の流通保護を徹底するため、金銭の所有権は占有があるところに存在するので、即時取得（192）の適用はない。

### 3 前主が無権利者（要件②について）

#### (1) 行為能力の制限、意思表示の瑕疵・不存在

前主が権利者であると誤信した場合ではなく、前主の行為能力制限や強迫による畏怖、錯誤等の不存在を信賴して（＝契約の有効性を信じて）取引をした場合、直接の相手方については、即時取得を主張し得ない。但し、転得者については、前主の占有への信賴があり得ることから、他の要件を充足する限り、即時取得の主張（直接適用又は類推適用）があり得る。

#### (a) 制限行為能力者・瑕疵ある意思表示をした者等と直接取引した相手方

即時取得は、前主の占有を信賴した者を保護する（前主の無権利の瑕疵を治癒する）ための制度に過ぎず、制限行為能力や意思表示の瑕疵・不存在への信賴を保護する規定ではない。

したがって、直接の相手方は、即時取得を主張し得ない。

#### (b) 直接取引した相手方からの譲受人の即時取得の可否

取消後の第三者については、前主が取消後も無権利で占有していた場合、192条が適用される（先に引渡を受けた場合は、178条の主張も可能である）。

取消前の第三者については、取引の時点では前主は未だ権利者であったが、121条によってA B間の取引は遡及的に無効になること、Aの取消しがCへの譲渡前か後かでCの保護が全く異なるとすることは均衡を失することから、192条を拡張解釈ないし類推解釈し、**取得者が**

取消原因につき善意無過失であれば、取得者は即時取得しうる。なお、詐欺取消の場合は、96条3項の主張（錯誤取消であれば95条4項）も可能である（通常はより要件の緩やかな96条3項・95条4項の主張をすると解される）。

(2) 無権代理行為

192条は、前主の無権利の瑕疵を治癒する規定であり、代理権の欠缺という瑕疵を治癒するものではない。よって、無権代理人からの譲受人が無権代理人につき有効な代理権を有していると誤信して取引した場合、即時取得の主張はし得ず、表見代理の主張をすべきである。

但し、転得者については、前主の占有を信頼した場合には、即時取得の主張をしうる。

## 4 平穩、公然、善意、無過失（要件⑤について）

平穩、公然、善意は推定される（186 I）。

また、占有者は占有物の上に行使する権利を適法に有すると推定されるため（188）、その譲受人である占有取得者の「無過失」も推定される（最判昭41.6.9）

- \* 占有における「善意・無過失」は、前主を権利者と誤信し、信じたにつき過失ないことをいう。
- \* 善意無過失は、取引時ではなく、占有取得時に必要とされる。

## 5 占有を取得すること（要件⑥について）

(1) 前提

現実の引渡し（182 I）や簡易の引渡し（182 II）のように現実に譲受人が取得した場合は、特に議論はない。しかし、指図による占有移転（184）や占有改定（183）の場合は、この要件をみたすといえるか争いがある。

(2) 占有改定と即時取得

<例題>

Bは、所有者Aから賃借していた物を、Cに対して自己所有物として売却したが、占有改定をしたにとどまった。かかる場合、Cは、即時取得を主張してAに対して当該動産の所有権を主張しうるか。占有改定による占有取得が、192条の「占有を始めた」に当たるか。

<解釈>

即時取得制度は、原権利者の帰責性なく権利を奪うことを踏まえると、原権利者が権利を失ってもやむを得ない事情が客観化される必要がある。

そして、占有改定は外部から不明確な観念的な占有移転であり、即時取得行為の存否を確知することが困難であり、原権利者は占有すら失わない（204）から、権利を失ってもやむを得ない事情が客観化されているとはいえない。

よって、占有改定は「占有を始めた」に当たらないと考える。

※現実の引渡しの時点で善意無過失であれば、「占有を始めた」も満たし、即時取得しうる。

## (3) 指図による占有移転 (184) と即時取得

## &lt;例題&gt;

A所有の動産の寄託を受けていたBが、更にYにその保管を委託した。その後、BがXに対して当該動産を売却し、Yに対し以後Xのために占有するよう指示した場合、善意無過失のXは当該動産の所有権を即時取得し得るか。指図による占有移転 (184) も「占有を始めた」にあたるか。

## &lt;解釈&gt;～類型説

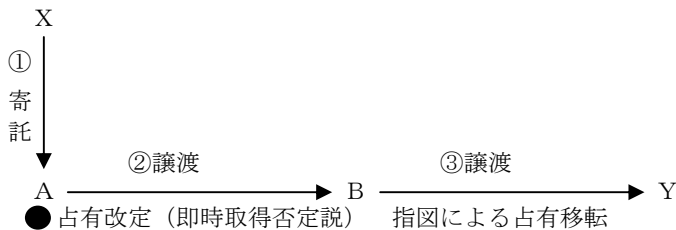
即時取得の場合、権利者本人は帰責性なくとも権利を失うことを踏まえ、原権利者が所有権を失ってもやむを得ない事情が客観化される必要がある。

よって、指図による占有移転の結果、原権利者の占有が失われる場合には「占有を始めた」といえるが、原権利者の占有が間接占有としてでも残っている限りは、所有権を失ってもやむを得ないとはいえず、「占有を始めた」とはいえないと考えるべきである。

※上記ケースでは、BのYを介しての占有は、BのYへの指図により消滅し (204 I ①)、その結果AのBを介しての占有は消滅する (204 I ③) ので、Xは即時取得し得る。

※逆に、以下のケースでは、原権利者の占有が残っており、即時取得はまだ認められない。

e x. 原所有者Xから目的物の寄託を受けたAが、目的物をBに譲渡した上で占有改定を行い、更にBが目的物をYに譲渡し、指図による占有移転を行った場合



\* BのAを介しての占有は、BのAへの指図によって消滅する (204 I ①) が、XのAを介しての占有は、AのBへの占有改定によっても消滅せず (204 参照)、BのAへの指図によっても消滅しない (204 参照)。

※判例はこの解釈論において、肯定説である (あるいは否定説である) などと決めつける記述が散見されるが、大判昭 8.2.13 (原所有者甲が乙に占有を委託し、乙が丙に対して占有改定による譲渡をし、更に丙が丁に譲渡し、乙に対する指図によって占有を移転した事案) で即時取得の成立を否定しつつ、大判昭 7.2.23 (甲所有の物を占有する乙がこれを更に丙に占有を委託し、その後、乙がその物を丁に譲渡し、丙への指図によって丁に占有を移転した事案) で即時取得の成立を肯定している。厳密には類型説に近い。

### 三 即時取得の効果

売買 (所有権)、質権設定契約 (質権)、譲渡担保権設定契約 (譲渡担保権) において、権利取得が認められる。権利取得は原始取得であり、前主に付いていた制限は原則として消滅する。



## 四 盗品および遺失物の例外

### 1 193条の場合

#### (1) 趣旨

盗品・遺失物のように権利者の意思によらないで占有を離れた物については、特に真実の所有者を保護するため、即時取得の例外を設けた。

#### (2) 適用範囲

「盗品」（窃盗又は強盗によって占有者の意思に反してその占有を剥奪された物）又は「遺失物」（窃盗、強盗以外の方法で占有者の意思によらずにその占有を離れた物）をいい、詐欺、恐喝、横領による対象物は含まれない。

#### (3) 法的性質・要件

##### (a) 回復請求権の法的性質

回復を請求しうる2年間、その動産の所有権は原権利者に留保され、即時取得は完成しない（判例）。所有者以外の者も193条に基づく回復請求しうる点からしても、回復請求によって所有権の回復をなし得ると解するのは元々有していた権利以上の権利を与えかねないからである。

##### (b) 回復請求権者

「被害者」または「遺失主」。所有者には限られず、受寄者や賃借人が盗難又は遺失した場合も193条の請求をなし得る。

##### (c) 回復請求をなしうる期間

盗難または遺失の時から2年（除斥期間）

##### (d) 回復請求の相手方

現に占有している「占有者」

### 2 194条の場合

#### (1) 趣旨

善意取得者が盗品・遺失物を商人からあるいは競売によって買い受けたときは、その取引を保護する必要が大きくなるので、193条の例外を設けた。

#### (2) 代価弁償の性質

回復請求に対する権利行使阻止の抗弁となるのはもちろん、何らかの事由で目的物が回復者に帰した場合、即時取得者は代価弁償の請求をなしうる。また、最判平12.6.27（百選I〔66〕）は、占有者は所有者等（回復者）から代価弁償の提供があるまで、盗品等の使用収益を行う権限を有するものとした。

## 第5節 明認方法

### 一 趣旨

本来、土地の上に生育する物は、その土地の一部とされ、土地を譲渡する場合は生育物も運命を共にするのが原則である。しかし、我が国においては、樹木や未成熟の果実は土地に付着したままで、土地とは独立して取引の対象にされてきた。かように、生育物の取引（所有権）の公示手段として、明認方法が利用されている。

Ex) 立木を削って墨書、木の幹に焼印、立札。

※ 公示できるのは所有権のみ。制限物権等複雑な権利は明認方法に適さない。

※ 177条論等同様、明認方法欠缺の抗弁と、先立つ明認方法具備による所有権喪失の抗弁とが考えられる。

### 二 明認方法を対抗要件とする物権変動

1 立木のみの二重譲渡（復歸的物権変動含む）の場合は明認方法の先後による

2 土地売却時に立木所有権を留保することも、明認方法が必要である。

∵立木は土地の定着物として（86I）土地とともに所有権移転するのが原則であり、留保はその例外である以上、取引安全のため独立に対抗要件を要求すべき。

→Aが、立木のみ留保して土地をBに売却したが、Bが立木ごとCに土地を売却した場合、Aの立木の所有権留保に係る明認方法とCの土地に係る所有権移転登記の先後によってその優劣が決まる。

※但し、土地の対抗要件取得が可能な者は、確実な公示手段たる登記によって対抗力を取得すべきであり、土地上の立木の明認方法によって優先権を主張することは許されない。

3 土地購入者が移転登記ないまま植栽した立木は、別の土地の譲受人に対し、242条但書類推適用により、明認方法によってその所有権を留保しうる（最判昭35.3.1/百選I〔第5版〕〔61〕）。

### 三 対抗力の存続と明認方法

明認方法は登記に比べて不確かな公示方法であるから、第三者が取引に入る時に存在していることが必要である。たとえいったん明認方法が行われたとしても、第三者出現時に明認方法が消失等により公示としての働きをなさなくなっている場合には、第三者に対抗できない（最判昭36.5.4/百選I〔62〕）。

## 発展▶ 第6節 物権の消滅

### 一 物権の消滅事由

消滅事由には、①目的物の滅失、②消滅時効、③混同、④放棄がある。

### 二 消滅時効

所有権は消滅時効にかからない。所有権以外の物権（地役権等）は20年間行使しないと、消滅時効にかかる。

### 三 混同

#### 1 意義

混同とは、併存させておく必要のない2個の法律上の地位が同一人に帰することをいう。

#### 2 所有権と制限物権が同一人に帰した場合

所有権と制限物権が同一人に帰した場合、原則として制限物権は消滅する（179 I 本文）。

e x. Aの所有地に地上権をもっていたBがAを相続したとき。

但し、例外として、

(a) その物が第三者の権利の目的となっている場合

→物権の保存に意味がある場合、混同は生じない

e x. 一番抵当権者Bが所有権者Aから所有権を取得したとしても、Cの二番抵当権があれば、Bの一番抵当権は消滅しない。

(b) その制限物権が第三者の権利の目的となっている場合

e x. 地上権者Bが所有権者Aから所有権を取得したとしても、Bの地上権にCの抵当権が設定されている場合、Bの地上権は混同によって消滅しない。

(c) 所有権と賃借権の混同

特定の土地につき所有権と賃借権とが同一人に帰属するに至った場合であっても、その賃借権が対抗要件を具備したものであり、かつ、その対抗要件を具備した後に当該土地に抵当権が設定されていたときは、179条1項但書の準用により、賃借権は消滅しない（最判昭46.10.14）。

#### 3 制限物権とこれを目的とする他の権利が同一人に帰した場合

制限物権とこれを目的とする他の権利とが同一人に帰した場合、原則として他の権利は消滅する（179 II 本文）。

e x. 地上権が抵当に入っている場合に、抵当権者が地上権を買い受けた場合

但し、制限物権が第三者の権利の目的である場合や、制限物権を目的とする他の権利が第三者の権利の目的である場合は、混同消滅しない。

e x. Aの地上権の上にBが抵当権を有し、Bの抵当権がさらにCの抵当権の目的となっている場合、Bが地上権を取得したとしても、Cの転抵当権のためにBの抵当権は消滅しない。

#### 4 占有権と本権の混同

占有権と本権が同一人に帰属したとしても、占有権は消滅しない（179 III）。占有権は占有の事実を保護することを目的とする権利であって、本権とは存在意義を異にするからである。

#### 5 効果

物権は絶対的に消滅し、何らかの事由で混同以前の状態が復帰しても、消滅した権利は復活しない。もともと、混同を生じさせた法律行為自体が無効もしくは取消し・解除によって遡及的に消滅する場合は物権は復活する。

## 第3章 占有権

### 第1款 占有権の成立と態様

#### 一 はじめに

##### 1 占有と占有権

法律上の根拠や権原の有無にかかわらず、物を自己のためにする意思を持って**事実上支配**することを**占有**という（支配を基礎付ける法律上の権利の存否は問わない）。かかる事実支配に与えた法的保護を、**占有権**という。

##### 2 占有権の意義・趣旨

各個人の法的現状を保護することで、**社会の秩序と平和を維持**するところにある。事実状態それ自体を保護しなければ、自力救済を許しかねないからである。

##### 3 占有訴権

占有が奪われたり脅かされたりした場合に、一定の訴権を認める。

### 二 占有の原始取得の要件

①所持：物に対する**事実上の支配**と②自己のためにする意思。

→所持は、必ずしも物理的に把握している必要はなく、社会観念上、物がその人の**事実的支配**内にあると認められる客観的關係があればよい（占有の観念化）

e x. 外出中の留守宅の家財道具、代理占有等の他人を介した所持。

→自己のためにする意思は、占有取得権原の性質により、客観的に判断される（通説）

### 三 代理占有

#### 1 意義

他人（占有代理人）の所持を通して本人が占有しているところの占有を、**代理占有（間接占有）**という。 e x. 賃借人・受寄者を通じた賃貸人・寄託者の占有。

#### 2 他の概念との区別

(1) 占有補助者（占有機関）との相違

イ 代理占有：その他人自身も**独立の所持者（占有者）**と認められる場合。

ロ 占有補助者：その他人自身は**独立の所持者（占有者）**と認められず、本人の所持の機関と認められる場合。 e x. 夫と同居している子供、店員。

→占有補助者には、占有に関する民法の諸規定、および時効取得の規定が適用されない

---

## 四 その他の占有の態様

### <占有の態様のまとめ>

概念	意義	区別の実益
<b>自主占有</b> ・ <b>他主占有</b> * 1 * 2	自主占有： 所有の意思をもってする占有 e x. 所有者の占有、盗取者の占有 他主占有： 自主占有以外の占有 e x. 賃借人、使用借人の占有	<ul style="list-style-type: none"> <li>・ 所有権の取得時効 (162)</li> <li>・ 無主物先占 (239)</li> <li>・ 占有者の損害賠償責任 (191 I 但書)</li> </ul>
<b>善意占有</b> ・ <b>悪意占有</b>	善意占有： 本権がないにもかかわらず、それが あると誤信してする占有 悪意占有： 本権がないことを知り、または本権 の有無に疑いをもちつつ行う占有	<ul style="list-style-type: none"> <li>・ 取得時効 (162 II)</li> <li>・ 占有者の果実取得 (189、190)</li> <li>・ 回復者に対する占有者の責任 (191)</li> <li>・ 費用償還請求権 (196)</li> <li>・ 即時取得 (192) 等</li> </ul>
<b>瑕疵ある占有</b> ・ <b>瑕疵なき占有</b>	瑕疵ある占有： 悪意、過失、強暴、隠秘不継続 等、完全な占有としての効果の発 生を妨げる事情を伴う占有 瑕疵なき占有： 善意、無過失、平穩、公然等、 完全な占有としての効果を生ずる 事情を備える占有	<ul style="list-style-type: none"> <li>・ 取得時効における瑕疵の承継 (187 II)</li> <li>・ 即時取得 (192)</li> </ul>

\* 1 所有の意思の有無は、権原の客観的性質から定まる

e x. 賃借人が賃借物を占有する場合に、内心の意思がどのようなものであっても（自己のために占有しようとも）他主占有である。

但し、占有者が占有中、真の所有者であれば通常とらない態度を示し、もしくは所有者であれば当然とるべき行動に出なかったなど、外形的客観的にみて他人の所有権を排斥して占有する意思を有していなかったものと解される事情（他主占有事情）が証明されるときは、占有者の内心の意思のいかんを問わず、その所有の意思を否定される（最判昭58.3.24）。

\* 2 ①他主占有者が、自己に占有をさせた者に対して所有の意思があることを表示した場合、  
 ②他主占有者が新権原により更に所有の意思をもって占有を始めた場合には、その他主占有は自主占有に転換する（185）。

## 第2款 占有権の効果

### 一 権利適法の推定 (188)

→占有者は、権利者との推定がはたらく、ということ（c f. 即時取得）  
 但し、占有権原の根拠規定にはならない。

## 二 本権者と占有者の利益調整規定

### 1 占有者の果実取得権 (189、190)

- (1) 善意占有者の果実取得権(189)
- (2) 悪意占有者の果実返還義務(190)
- (3) 不当利得との関係

→189は、不当利得返還請求に対する抗弁となり得る

## 2 帰責事由ある滅失・損傷と損害賠償請求 (191)

### 3 費用償還請求

- (1) 必要費：物の保存と管理に必要な費用。 e x. 修繕費・飼養費・公租公課。
  - (a) 占有者は、必要費の全額の償還を請求することができる (196 I)。
  - (b) 占有者が果実を取得した場合には、必要費のうち、通常の必要費 (e x. 小修繕費) は占有者の負担となる (196 I 但書)。
- (2) 有益費：物を改良し、物の価値を増加する費用 e x. 雨戸の新調・商店の店頭模様替え
  - (a) 占有者は、有益費について、**その価格の増加が現存する場合に限り、回復者の選択に従い、占有者の費やした金額または増加額を償還せしめることができる** (196 II 本文)。
  - (b) 悪意の占有者も善意の占有者と同様、有益費償還請求権を認められるが、裁判所は、回復者の請求によって、その償還につき**一定の期限の猶予を与えることができる** (196 II 但書)。  
→償還請求権は「弁済期にない」ことになり、占有者はその物の上に留置権を行使できなくなる (295 I 但書)

※これらは比較的使用頻度の高い法定債権の一種である。

## 第3款 占有訴権

### 1 意義

占有者が占有を妨害され、または妨害されるおそれがある場合に、妨害者に対して、妨害を排除し、またはそのおそれを排除することを請求して占有の回復・維持を図る権利。いずれも期間制限に注意(201)。

### 2 趣旨

事実的支配状態をあるがままの状態として保護することで社会の平和・秩序を保護

### 3 主体

占有訴権の主体は「占有者」 (197 前段) である。

- (1) 間接占有者・他主占有者・悪意占有者も含む。
- (2) 占有補助者は占有者ではないので占有訴権の主体とはならない。

### 4 占有保持の訴え (198)

#### (1) 要件

請求者の占有と相手方の妨害である。侵奪と違って部分的な侵害である (占有者はなお占有を保持している)。妨害者の故意・過失は不要である。

(2) 効果

- ① 妨害の停止（効果）
- ② 損害賠償請求（効果）

損害賠償請求は、不法行為に基づくものであり、妨害者の故意・過失が必要である。

## 5 占有保全の訴え（199）

(1) 要件

占有者の占有と、相手方による妨害の恐れ

(2) 効果

妨害予防請求、又は妨害担保請求（選択的）。

故意・過失の有無を問わない。

## 6 占有回収の訴え（200）

(1) 要件

占有が侵奪されたこと。占有者の意思に基づくことなく占有が奪われたことをいう。

詐取、遺失は含まれない。

(2) 効果

返還・損害賠償

原則として直接の侵奪者およびその包括承継人に提起する。例外として、侵奪者の特定承継人が侵奪の事実を知っている場合、これを相手方することができる（200Ⅱ）。

(3) 交互侵奪

たとえば、Aの所有する洋服をBが盗んだのでAがこれを奪い返すというように、占有回収の訴えを提起できるAが現実の占有者Bから物を侵奪したという場合、Bは逆にAに返還を請求しうるかという点が議論されているが、202条の文言から判例は肯定する。

## 7 占有の訴えと本件の訴えとの関係（202）

(1) 占有回収の訴えと、所有権に基づく返還請求の訴えは、いずれか一方を提起することもできれば、両方を同時に提起することもできる。

(2) 占有回収の訴えに対し防御方法（抗弁）として本権の主張をなすことはできない。もともと、本権に基づく反訴を提起することは許される（最判昭40.3.4/百選Ⅰ〔67〕）。

### 発展▶第4款 占有権の消滅

203, 204を即時取得との関係であてはめできるようにすれば足る。

### 発展▶第5款 準占有

準占有とは、物の支配を伴わない財産的利益の事実的支配関係をいう。

## 第4章 所有権

### 第1節 所有権の意義

#### ・ 所有権の意義

所有権とは、その物の使用・収益・処分という支配権能のすべてを有している支配権（206）であり、このことから全面的支配権といわれている（206）。

### 第2節 相隣関係

論文での出題可能性はほぼなく、仮に出題されても条文を引いていくことで対応すること。

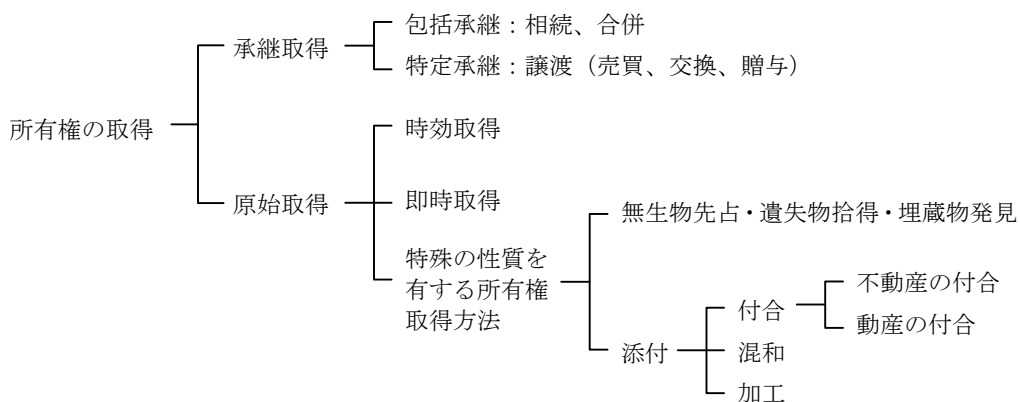
### 第3節 所有権の取得

#### 一 はじめに

所有権の取得方法には大きく分けて、①前の人を前提として所有権を取得する**承継取得**（e x. 売買、相続）と、②前の人を前提としないで、これとは無関係に所有権を取得するという**原始取得**（e x. 動産の即時取得、時効取得）とがある。

→物権的請求権で、原告の所有については、まずは承継取得から考えられるように。

<所有権の取得の分類>



#### 二 先占・拾得・発見

- 1 無主物先占（239 I）
- 2 遺失物拾得（240）
- 3 埋蔵物発見（241）



### 三 添付（242 以下）

#### 1 はじめに

##### (1) 意義

添付とは、所有者の異なる2個以上の物が何らかのかたちで結合・混合し、過分の費用を要せずにそれらを分離・復旧することが不可能ないし著しく困難となった場合をいう。

この場合、分離・復旧請求権は認められない。

→①付合、②混和、③加工の3種類がある

e x. 他人の土地に植栽した立木（不動産の付合）。

他人の椅子にペンキを塗った場合（動産の付合）。

他人のウィスキーにミネラル水を入れた場合（混和）。

他人の襖に絵を描いた場合（加工）。

##### (2) 趣旨

分離・復旧を認めることは、社会経済上の見地からも、当事者にとっても不利益であるから。

##### (3) 効果

① 当事者に、分離・復旧請求権が認められない（強行規定）。

② 原則として、主たる物の所有者が所有権を取得する（任意規定）。

③ 所有権を失った者は、公平を図るため不当利得の規定（248・703・704）に従い、取得した者に対して利得償還請求権を取得する。 ※法定債権の一種である。

#### 2 不動産の付合

##### (1) 付合の意義

分離・復旧が社会経済価値を損なう場合をいう

「付合」は、強い付合（不動産の構成部分となり、社会経済上の独立性を失った物。種子、砂金等）と弱い付合（不動産の一部だが社会経済上の独立性を有している物。立木等）に分けられる

→強い付合には242条但書は適用されない。

∵ 強い付合は社会経済上の独立性を欠き、但書を適用する前提を欠くから。

##### (2) 効果

(a) 不動産の所有者が「所有権を取得する」（原則）

(b) 「他人の権利を妨げない」（例外）

イ 物を付合させた者の所有権の留保を認める（判例、通説）。

ロ 「権原」とは、付合させ、かつ付合する物の所有権を留保する権限のことであり、地上権、賃借権等をいうが、所有権を留保する旨の合意であってもよい（判例、通説）。

ハ 留保した所有権を第三者に対抗するためには、①留保した物の対抗要件（明認方法）、②権原の対抗要件（賃借権の登記等）、のいずれかが必要である（判例、通説）。

### 3 動産の付合

動産の付合の場合には、主たる動産の所有者が新所有者となり、主従の区別ができないときには価格の割合に応じて共有となる（243）。

### 4 混和

異なった所有者に属する物が混じり合って識別ができなくなる（245）。主な動産の所有者であった者が所有権を取得するが、主従の区別ができないときには、価格の割合に応じて共有になる（245・243・244）。

### 5 加工

他人の動産に加工して新たな物を作ること（246）。原則として、**原料の動産の所有者**が加工物の所有権を取得するが、加工により材料の価値に比して著しく価値を増加したときには**加工者**が所有権を取得する。

#### 発展 ▶ 四 建築途中の建物への第三者による工事と所有権の帰属

##### 1 例題

注文者Aは、Bとの間で、A所有の土地に建物を建築すべき旨の請負契約が締結されたが、Bが途中で工事を中止した（まだ屋根瓦も葺かず、荒壁も塗られていない状態）ため、Aが第二の請負人Cに工事を続行させ、建物が完成された場合、当該建物の所有権はだれに帰属するか。なお、注文者は大部分の代金を支払っていない。この場合、完成建物自体は請負人に帰属することとなるが、Bか、Cか。

この問題を考えるには、Cによる工事の続行が、不動産への加工ないし動産の付合なのか、まだ動産状態の物への加工ないし動産の付合なのか、等を検討する必要がある。

##### 2 建物が独立の不動産となる時期

住宅用建物としては、**屋根瓦および荒壁があれば**、床・天井がなくても独立の建物であるとされる（大判大15.2.22、大判昭10.10.1/百選I〔11〕等）。独立の建物に至らない物は、「建前」といい、動産扱いとなる。

##### 3 建前の法的性格

我が民法は、土地と建物を別個の不動産とすることから、建物の前段階である建前も、土地と別個に取引の客体となると考えるのが社会通念に合致する。よって、建前は、土地とは別個の動産であり、土地に付合しない。

##### 4 完成建物の所有権の帰属

建前への工事を行い、建物を完成させた場合、単に動産の付合を超え、工作をすることに特段の価値が認められる。

よって、完成建物の所有権の帰属は、加工の規定（246Ⅱ）により決すべきである（最判昭54.1.25/百選I〔69〕）。

##### 5 加工の規定の基準時

###### ◆ 最判昭54.1.25/百選I〔69〕

民法246条2項の規定に基づき所有権の帰属を決定するに当たっては、第二の請負人の工事により第一の請負人が建築した建前が法律上独立の不動産である建物としての要件を具備するに至った時点における

状態に基づいてではなく、第二の請負人の工事が終了した時点における状態に基づいて、第一の請負人が建築した建前の価格と第二の請負人が施した工事および材料の価格を比較すべきであるとした。

## 第4節 共有

### 一 はじめに（共有の種類）

#### 1 共有

数人が一つの物を所有することを共有という。

→各共有者は、その持分処分の自由を有する

→各共有者は、共有物につき持分に応じた分割請求の自由（256 I 本文）を有する

#### 2 合有

各共有者は、持分を潜在的には有するが、持分処分の自由が否定され（676 I）、また目的物の分割請求の自由も否定される（676 II）共同所有を合有という。

e x. 民法上の組合財産に対する組合員の共有（668）。

\* なお、判例は、この概念を用いない。

#### 3 総有

各共同所有者は目的物に対して使用・収益権を有するのみで、管理権は慣習や取決めによる代表者がこれを行行使する形態の共同所有を総有という。

→総有では、共同所有者の持分が潜在的にも存せず、したがって持分の処分や分割請求が問題にならない

e x. 入会権、権利能力なき社団（判例・通説）。

#### 4 共有の二大特徴

- ① 持分権譲渡の自由（明文なし）
- ② 分割請求の自由（256 I 本文）

### 二 共有持分の割合

共有が当事者の意思に基づいて発生する場合 → 合意により決定

共有が法律上発生するとき場合 → 法律上持分が規定（241 但書、244、900）

持分の割合が明らかでない場合 → 持分の割合は等しいものと推定（250）

### 三 共有の内部関係

#### 1 共有持分

共有者がそれぞれ目的物に対して持っている権利を持分権という。持分権の譲渡は自由である（明文の規定はない）→共有の二大特徴の一つ

## 2 目的物の利用

### (1) 使用

各共有者は、共有物の全部につき、その持分に応じた使用をすることができる（249）。具体的にどのように使うか（例えば、だれが先に使うのか）について、共有者で協議するのが通常である。

### (2) 変更→全員の同意が必要（251）

- ┌ 物理的処分（山林の伐採等）
- └ 法律的処分（物全部の売却と解除等）

### (3) 管理→持分の価格の過半数で決する（252 本文）

- ┌ 利用行為（物全部の賃貸と解除等）
- └ 改良行為（共有地の地ならし等）

### (4) 保存行為→各共有者が単独でできる（252 但書）

共有物の現状維持を図る行為（家屋の修繕等）

## 3 共有物の引渡請求

(1) 共有持分の価格が過半数を超えるものであっても、共有物を単独で占有する他の共有者に対して当然にはその明渡しを請求することはできない（最判昭 41. 5. 19 / 百選 I [71]）。

(2) 少数持分権者は、多数持分権者から占有使用を承認された第三者に対し、自己の持分権に基づき、共有物の明渡しを請求できない（最判昭 57. 6. 17）。

(3) 共有者の一部の者が共有物を第三者に使用貸した場合には、それを承認しなかった他の共有者は、このような第三者に当然にはその明渡しを請求できない（最判昭 63. 5. 20）。

→いずれも占有権限の抗弁が成り立つ。

## 四 共有の対外関係

保存行為と、持分に基づく請求等は単独でなし得る。

## 五 共有物の分割

### 1 分割請求権

#### (1) 原則

各共有者はいつでも共有物の分割を請求することができる（256 I 本文）。

※分割＝共有関係の解消

#### (2) 法的性質

分割請求権は、各共有者に何らかの方法で具体的に分割を実現すべき法律関係について一方的な意思表示によって発生させる形成権であり、消滅時効にかからない。

## 2 分割の制限

共有者は5年を超えない期間内で不分割の契約を締結することができる(256 I 但)。不分割契約は更新することができるが、その期間は更新の時より5年を超えることができない(256 II)。

## 3 分割の方法

### (1) 協議による分割(258 I)

協議で分割する際の方法は自由。

イ 現物分割：共有物自体を分割

ロ 代金分割：共有物を売却してその代金を分割

ハ 価格賠償による分割：共有者の一人が単独所有権を取得し、他の者がその者から価格の支払を受ける場合

### (2) 裁判による分割

原則として、現物分割だが、分割不可能又は著しく目的物の価格が減少するおそれがあるときは、競売して代金を分ける(258 II)。

発展▶

#### (a) 一部価額賠償

##### ◆ 最大判昭62.4.22

現物分割すると、各共有者の取得物につき価額の点で多少の過不足を生じ、しかも共有者全員が現物分割を希望し、客観的にも現物分割が好ましい事情がある場合には、右過不足につき、他の共有者より価額の高い物を取得する者が超過価額につき金銭による支払をするのと引換に、現物分割による所有権を取得できるとした。

#### (b) 全面価額賠償

##### ◆ 最判平8.10.31/百選I [73]

当該共有物の性質及び形状、共有関係の発生原因、共有者の数及び持分の割合、共有物の利用状況及び分割された場合の経済的価値、分割方法についての共有者の希望及びその合理性の有無等の事情を総合的に考慮し、当該共有物を共有者のうちの特定の者に取得させるのが相当と認められ、かつ、その価格が適正に評価され、当該共有物を取得する者に支払能力があって、他の共有者にはその持分の価格を取得させることとしても共有者間の実質的公平を害しないと認められる特段の事情が存するときは、共有物を共有者のうちの一人の単独所有又は数人の共有とし、これらの者から他の共有者に対して持分の価格を賠償させる方法、すなわち全面的価格賠償の方法による分割をすることも許される

## 六 準共有

数人が共同して所有権以外の財産権を有する場合(264)

→特定の権利(例. 地上権・永小作権・抵当権等の所有権以外の物権や賃借権等の債権、無体財産権)について別段の定めがない限り共有の規定が準用される

\* 債権については、金銭債権等は多数当事者の債権に関する規定(427以下)がまず適用されるので、準共有の規定が適用される余地は少ない。

## 第5章 用益物権

民法は用益物権として、地上権、永小作権、地役権、入会権の4種の物権を規定している。

### 第1節 地上権

#### 一 意義

工作物または竹木所有の目的で、他人の土地を使用する権利（265）。

#### 二 特徴

有償・無償を問わない。物権であり、登記すれば第三者に対抗でき（177）、自由に譲渡可

※論文対策としては、法定地上権以外はほぼ気にしなくてOK。本テキストでも詳細は省略する

### 第2節 永小作権

#### 一 意義

耕作または牧畜をすることを目的として、小作料を支払って他人の土地を利用する物権（270）。

#### 二 特徴

有償、存続期間の制限あり

※論文対策としてはほぼ気にしなくてOK。本テキストでも詳細は省略する

### 第3節 地役権

#### 一 意義

一定の目的に従い、他人の土地（「承役地」）を「自己の土地」（「要役地」）の便益に供する権利（280）。

e x. 通行地役権、用水地役権

#### 二 特徴

① 随伴性（要役地とともに移転、281）→地役権のみを譲渡できない

② 不可分性

→共有者の一人の地役権の時効取得によって他の共有者も地役権を取得する（284 I）

③ 「継続的に行使され、かつ、外形上認識することができるもの」のみ時効取得できる（283）。

④ 「自己の土地」の便益に供するもので「自己」（人）の便益に供するものではない

\* 民法は地役権について、取得しやすく、消滅しにくい形の規定を設けて土地の利用価値の増進を図っているといえる。

---

### 発展 ▶ 三 地役権の取得、存続期間、消滅原因

#### 1 地役権の取得

地役権は通常の設定行為、遺言、相続等によって取得されるほか、時効によっても取得しうる。

時効による取得は、「**継続的に行使され、かつ、外形上認識することができるもの**」に限って時効取得が認められる（283）。「**継続的に行使**」とは、権利行使が時間的にみて継続することである。「**外形上認識することができる**」とは、外形的事実を伴っていることをいい、承役地所有者による時効中断を可能とするため、要求されている。

#### 2 存続期間

存続期間については明文の規定がなく、設定行為によって自由に定めることができる。また、永久地役権の設定もできる（通説）。

#### 3 消滅原因

**第三者が承役地を、地役権を排斥するような状態で占有し、その所有権を時効取得したときは地役権も消滅する（289）。**地役権の不行使が部分的であった場合にはその部分だけが時効消滅する（293）。

e x. 通行地役権で予定された幅員を下回る通路しか開設しなかった場合

### 四 地役権の効力

#### 1 承役地利用権

地役権者は、設定行為または取得時効の基礎となった占有の態様によって定まる目的に従い、承役地を利用できる。物権的請求権も認められる。

#### 2 承役地所有者の義務

承役地所有者は、**地役権者の権利行使を受忍する義務、あるいは一定の不作为義務を負う。**その他特別契約をもって工作物設置等の積極的義務を負うことがある（286）。この義務は承役地所有者の**特定承継人も負担する（286）**が、登記なくしては**特定承継人に対抗できない。**

#### 3 対抗力

地役権は、登記をすることにより第三者に対抗できる。

## 第4節 入会権

村落等、一定の地域に居住する住民の集団が共同して木材の伐採や採草漁撈等を行う団体的権利を入会権という（263・294）。

## 第3編 担保物権

### 第1章 担保物権総説

本来債権は、①債務者という特定人の責任財産のみに対して、②他の債権者と平等に強制執行をし得るのみだが、それでは債権者の債権を満足し得ない事態も生じる。そこで、優先弁済を受けるための債権担保の方策として、大きく分けて、人的担保制度と物的担保制度を利用することとなる。

#### 1 物的担保制度

債務者や債務者以外の第三者の一定の財産について優先的に弁済を受け得るとするもの。

留置権・先取特権といった法定担保物権（特別の債権につき法律上当然に認められるもの）と、質権・抵当権といった約定担保物権（当事者の約定（合意）によって設定されるもの）とがある。

#### 2 人的担保制度

人的担保制度は、債務者以外の者の一般財産を担保とするものである。

### 第1節 担保物権の効力

担保物権には、種類に応じてさまざまであるが、多くに、以下のような効力が認められる（なお、担保物権も物権であるから、一般に直接性・排他性を有し、物権の一般的効力が当てはまる）。

#### 1 優先弁済的効力

債務の弁済が得られないときに、目的物を換価した上で、他の債権者に先だって弁済を受けることのできる効力（物の交換価値を把握する効力）をいう。

→債権担保を目的とする担保物権の中心的効力であり、留置権を除くすべての担保物権（先取特権、質権、抵当権）に認められる（303、342、369）

#### 2 留置的効力

債務が完済されるまで債権者（担保権者）が目的物を留置し得る効力をいう。

→債務者に心理的圧迫を加えることにより間接的に債務の弁済を促そうとするものであり、留置権と質権に認められる（295、347）

---



## 第2節 担保物権の通有性

各担保物権は、それぞれ特有の性質を持っているが、共通する性質も持っている。この**共通の性質を通有性**といい、次の四つがあげられる。

### 1 付従性

担保物権は、被担保債権が存在しなければ成立せず、被担保債権が消滅すれば担保物権も消滅すること。 ∴ 担保物権は債権を担保するための権利だから。

### 2 随伴性

担保物権は、被担保債権が譲渡されるとそれに伴って移転すること。

∴ 担保物権は債権を担保するための権利だから。

### 3 不可分性

担保物権者は、債権の**全部の弁済を受けるまで目的物の全部**についてその権利を行使することができること（296・305・350・372）。 ∴ 担保物権の効力を強化するため。

### 4 物上代位性

担保の目的物が滅失・損傷したような場合に、**目的物所有者の受けるべき「金銭その他の物」**に対しても、担保物権の効力を及ぼすことができるということ（304・350・372）。

∴ 担保物権は、目的物の交換価値を把握する物権であり、価値が実現した以上担保権者に確保させる必要がある。

\* この物上代位性は、先取特権・質権・抵当権には認められるが、留置権には認められない。

## 第2章 留置権

### 第1節 総説

#### 一 はじめに

##### 1 意義

他人の物の占有者が、その物に関して生じた債権を有するときに、その債権の弁済を受けるまでその物を**留置**しておくことのできる法定担保物権。

##### 2 趣旨

他人の物の占有者が、その物に関して生じた債権を有する場合には相手方の弁済があるまで、物の返還を拒めるとすることが**公平**である。

### 3 作用

債権者による物の留置によって、その物の返還を求めようとする債務者の弁済を間接的に強制する作用を営む。

## 二 法的性質

- (1) 留置権は一定の要件を備えた場合に法律の規定により当然に発生する法定担保物権である。
- (2) 留置権は、付従性・随伴性・不可分性は認められるが、優先弁済の効力および物上代位性は認められない。
- (3) 留置権には留置的効力が認められる。

## 三 同時履行の抗弁権と留置権との比較

＜留置権と同時履行の抗弁権の相違＞

	留置権	同時履行の抗弁権
発生	1個の物につき、その返還債務とその物から生じた債権とが対立	その債務と債権が1個の双務契約から生じ、互いに対価関係なして対立
効力	第三者に対しても主張できる	相手方に対してのみ主張可能
対抗要件	不要 ただし、占有継続が存続要件（302）	なし
裁判上の効力	引換給付判決	引換給付判決

## 第2節 留置権の成立要件

### 一 要件

- ① 「その物に関して生じた債権」であること（債権と物との牽連性）。
- ② 留置権者が他人の物を占有していること（以上295 I）。
- ③ 債権が弁済期にあること（295 I 但書）。
- ④ 占有が不法行為によって始まったものでないこと（295 II）。

## 二 債権と物の牽連性（要件①について）

### 1 牽連性が認められる場合

物が債権から生じた場合は認められる。

- e x. 他人の物の占有者（賃借人など）がその物にかけた必要費や有益費などの費用償還請求権やその物から受けた損害の賠償請求権。

※ 被担保債権については、債権的請求の引き出し（約定、法定、代位等）に基づいて、複数検討できるようにしておくこと。

## 2 牽連性が否定される場合

### (1) 二重譲渡の事例

<例題>

Aがその所有する土地をBおよびCに二重譲渡してBに引渡した場合、Cが登記を備えれば、AのBに対する所有権移転債務は履行不能となり、BはAに損害賠償請求権を有する（415）。そこでBは、この債権が「その物に関して生じた債権」にあたるとして、Cからの所有権に基づく返還請求に対し、留置権を主張しうるか。

<解釈>

留置権は、留置することで債務者に心理的圧迫を加えて債務の弁済を促すことを内容とする担保物権である。そうすると、「その物に関して生じた債権」は、債務者に心理的圧迫を加えて債務の弁済を促し得る債権であることが必要である。

よって、被担保債権は、その成立の時点において、被担保債権の債務者と目的物の引渡請求権者が同一人であることを要する（最判昭43.11.21/百選I〔第5版〕〔80〕）。

↓ あてはめ

買主Bは第三者Cに対してではなく、売主Aに対して損害賠償請求権を有するのみであり、同請求権発生時に、被担保債権の債務者（A）と目的物の引渡請求権者（C）は同一人でないので、留置権は主張できない。

### (2) その他、否定される事例

#### ア 他人物賃貸借

AがC所有の建物をCに無断でBに賃貸し、Bはその建物に住んでいたが、Cが所有権に基づいて建物の明渡しを請求したところ、BのAに対する損害賠償請求権（559・561、415）を被担保債権とする留置権の行使は認められない。

#### イ 賃貸目的物の新所有者の事例

AがBに自己の所有する土地を賃貸した後、Bが賃借権につき対抗要件を備えていないうちに、Aは当該土地をCに譲渡しCが登記を備えるに至った。そのため、Cが所有権に基づいて土地の引渡しを請求したところ、Bの自己のAに対する損害賠償請求権（415）を被担保債権とする留置権の行使は認められない。

### 三 留置権者が他人の物を占有していること（要件③について）

#### <例題>

Aから預かった物をBがCに修理に出した。その後、BのCに対する返還請求に対し、Cは留置権を主張しうるか。「他人の物」とは、債務者以外の第三者の所有物でもよいか。

#### <解釈>～通説

295条の趣旨は、その物を留置することにより、債務者に心理的圧迫を加えて債務の弁済を促す点にあり、債務者に心理的圧迫を加えうる関係にあれば、所有者は問わない。

よって、「他人の物」は債務者所有の物に限られない。

### 四 295条2項の類推適用の可否（要件④について）

#### <例題>

AがBに建物を賃貸したが、Bの賃料不払のために解除され、その後Bが占有を続けて修繕費をかけた場合、Bは留置権を主張できるか。占有が不法行為によって始まった場合（無権原占有開始型）には留置権は成立しない（295Ⅱ）が、占有開始時は適法であったが、後に無権原占有となり、その後に債権を取得した場合（権原喪失型）はどうか。

#### <解釈>

295条2項の趣旨は、不法行為によって他人の物の占有を取得した者に留置権を認めるのは公平に反するという点にある。そうすると、占有開始後に占有権原を喪失した場合であっても、その後の占有は不法な占有となるから、その後に取得した債権を被担保債権とする留置権を認めることは公平に反するため、同項の趣旨が妥当する。

よって、295条2項を類推して、無権原であることにつき悪意・有過失の場合には、留置権は成立しないと解する（最判昭51.6.17/百選I〔第5版〕〔81〕、最判昭46.7.16/百選I〔77〕）。

## 第3節 留置権の効力

### 一 留置的効力

#### 1 意義

留置権者は、その債権の弁済を受けるまで目的物を不可分的に（296）留置することができる。

→留置するとは、物の引渡しを拒否して、占有を継続することである

#### 2 第三者に対する対抗力

留置権は物権であるから、債務者のみならずそれ以外のすべての人に対して主張することができる。

→留置権がいったん成立した後は、その物の譲受人に対しても留置権を主張できる（最判昭47.11.16/百選Ⅰ〔76〕）。

### 3 留置権行使の効果

物の引渡請求訴訟において被告が留置権を行使した場合、原告敗訴となるのではなく、**引換給付**の判決が下されることになる。

## 二 その他の効力

- (1) 果実收取権（297）
- (2) 保管義務（298Ⅰ）
- (3) 留置権者は債務者の承諾を得ることなく、留置物の使用・賃貸・担保への提供をすることができない（298Ⅱ）。ただし保存行為は承諾がなくてもできる（298Ⅱ但書）

<例題>

Aは、Bから賃借した家屋につき有益費を支出した。賃貸借契約終了後、Bからの返還請求に対して、Aは、有益費償還請求権等を被担保債権として留置権を主張し得るが、賃貸借終了後も承諾なくして引き続き家屋に居住し得るか。

<解釈>

留置権者は、一方で目的物につき善管注意義務を負うため（298Ⅰ）、家屋に居住し得ないとすれば管理人等を置くことを強いられ、酷な結果となってしまふ。また、家屋賃借人が賃貸借終了後も引き続き家屋に居住することは、家屋の損傷を防ぐ点で保存行為に当たる。

したがって、留置権者は、賃貸借終了後も引き続き家屋に居住し得るが、居住するという使用利益を得るにつき法律上の原因を有しないから、賃料相当額を不当利得（703・704）として返還しなくてはならない（大判昭10.5.13）。

- (4) 費用償還請求権（299）
- (5) 競売権  
民事執行法により、競売権が与えられている（民執195）

## 第4節 留置権の消滅

留置権は、物権の一般的消滅事由および担保物権の一般的消滅事由により消滅するほか、留置権に固有の消滅原因として以下のものがある。

- (1) 留置権者の義務違反による消滅請求（298Ⅲ）
- (2) 担保供与による消滅請求（301）
- (3) 占有の喪失（302）
- (4) 留置権の行使と被担保債権の消滅時効（300）

留置権者が目的物を留置し、留置権を行使しても被担保債権の消滅時効は進行する。

→ただ、債務者からの物の引渡請求訴訟において債権者が留置権の抗弁を提出し、その理由として被担保債権の存在を主張した場合には、147条1項1号（柱書き括弧書き）の裁判上の請求としての効力を有する。

## 第3章 先取特権

論文での出題可能性は殆どない。万が一出たら条文を引くこと。

### 一 総説

#### 1 意義

法律の定める特殊の債権を有する者が、債務者の財産から優先弁済を受けることのできる法定担保物権（303）。：社会政策的な見地や公平の原則等から、特に保護すべき一定の債権に優先的効力を与えた。

#### 2 法的性質

法定担保物権であり、付従性・随伴性・不可分性・物上代位性・優先弁済的効力が認められる。

### 二 各種の先取特権

#### 1 一般先取特権（306以下）

債務者の総財産から優先弁済を受けることができる先取特権（306）。共益費用（306①）による先取特権は最優先となる（329Ⅱ）

#### 2 動産先取特権（311以下）

債務者の特定の動産を目的とする先取特権（311）。動産売買先取特権に注意。

#### 3 不動産先取特権（325以下）

債務者の特定の不動産を目的とする先取特権（325）。

## 第4章 質権

### 第1節 総説

#### 一 意義

債権者がその債権の担保として債務者または第三者（物上保証人）から提供を受けた物を占有しかつその物につき他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受けることのできる約定担保物権。

目的物の占有移転（留置的効力）と優先弁済権とが質権の本質的な作用である。質権設定契約は、要物契約（目的物の引渡しが必要）である。

動産質権、不動産質権、権利質の3種類が民法上予定されている。

## 二 質権の設定

- ① 質権設定の合意（質権設定契約）
- ② 目的物の引渡し（占有改定は含まれない（345）∵占有改定では、留置的効力なし）
  - ・ 質権設定後、質権者が目的物を質権設定者に任意に返還しても、質権自体は消滅しないが、動産質の場合は占有継続（352）の要件を欠くので対抗力を喪失する（大判大5.12.25）

## 三 質権の効力

### 1 被担保債権の範囲

抵当権における375条のような制限はない

∵ 質権者が目的物を占有するため、後順位質権者が現れる可能性が少なく、したがって、その期待を害する心配はないから。

\* ただ、不動産質にあつては抵当権法理に服する（361）。

### 2 物上代位

質権にも物上代位が認められる（350・304）。

### 3 留置的効力

質権者は被担保債権の弁済を受けるまで、質物を留置することができる（347）。

質権は、占有権原となる。

### 4 流質契約の禁止（優先弁済的効力の特則）

質権者が優先弁済を受ける方法は、抵当権と同様競売による換価が原則であり（ただし例外354・366）、流質契約は禁止されている（349）。

∵ 貧窮な状況にある債務者がわずかな額の借金のために高価な物を質物として提供させられ、返済できない場合に暴利行為の犠牲となることを防ぐところにある。

## 四 転質

### 1 意義

他人に融資をして質物を受け取った債権者（質権者）が、更に自分も他から融資を受けたいと考えた場合に、現在自分が質物として受け取って保管している物を自分の債務のために新たに質入れすること。

## 2 承諾転質と責任転質

承諾転質：債務者の承諾を得てする転質（350・298Ⅱ）。

→承諾転質は原質権設定者の承諾を得てするものだから、責任転質と異なり、被担保債権・弁済期による制限はない

責任転質：債務者の承諾なくして、質権者の責任をもってする転質（348）。

※ 基本的に短答プロパーであり、論文で出題されれば条文を引けば足る。

## 第2節 各種の質権

### 一 動産質

#### 1 対抗要件

動産質権者が自己の質権を第三者に対抗するためには、質物の占有を継続が必要（352）。

#### 2 第三者・設定者による占有侵害

##### (1) 第三者による占有侵害

占有回収の訴え（199 以下）によってのみ質物の返還請求をすることができ、質権それ自体に基づく返還請求をすることはできない（353）。

##### (2) 設定者による占有侵害

質権設定者が質物を奪い取った場合に、質権者がそれを取り戻そうとするときには、質権それ自体に基づく返還請求をし得る。

∴ 質権設定者は当事者であって、利害関係に立つ第三者（対抗関係）ではないため。

### 二 不動産質

#### 1 収益的効力

不動産質権者は目的物を使用・収益することができる（356）。ただし、不動産の管理費用その他の負担をし（357）、かつ利息を請求することはできない（358）。

#### 2 対抗要件

登記である（177、不動産登記3）。

#### 3 抵当権の規定の準用（361）

準用される規定のうち、主要なものは、373条、375条、378条、388条である。

### 三 権利質

#### 1 対抗要件

指名債権に質権を設定した場合の対抗要件は債権譲渡の場合と同じである（364Ⅰ・467）。

→質権設定者が質権設定を第三債務者に通知し、または第三債務者が質権の設定を承諾すること

∴ 質入債権に対する拘束力の結果、第三債務者は二重弁済の危険を負うため。



## 第5章 抵当権

### 第1節 抵当権の意義・特徴

債権者が、債権の担保として債務者または第三者から占有を移さずして提供を受けた不動産、地上権、永小作権につき、他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受けることのできる約定担保物権である（369）。

その特徴は、①目的物の占有を抵当権設定者（債務者または物上保証人）にとどめ、引き続き使用収益を許す点（非占有担保）、②抵当権者は目的物の交換価値を把握し、優先弁済的効力を有する点、③契約により成立する約定担保物権であるという点である。

### 第2節 抵当権の設定

#### 一 抵当権設定契約

##### 1 契約の性質

担保物の占有移転を必要としない諾成契約

##### 2 当事者

通常、債権者（抵当権者）と債務者（抵当権設定者）であるが、抵当権設定者は債務者以外の第三者（物上保証人）も可。

その求償権については質権の場合と同様、保証人の規定が準用される（372・351）。

ただし、抵当権設定契約は、物権契約であるので、設定者にその抵当権を設定する権限（処分権）がないと設定契約は無効となる。

#### 二 目的物

民法が認める抵当権の目的物は、①不動産（369 I）のほか、②地上権、③永小作権

#### 三 対抗要件

##### 1 対抗要件としての登記

抵当権は、通常物権と同様、第三者に対抗するには、登記が必要である。

→登記がされていれば、たとえ後で抵当権設定者が目的物を第三者に譲渡しても抵当権は目的物に付着してゆく（追及効）

## 2 登記の流用

### <例題>

Bが自己所有の不動産につきAにX抵当権を、続いてCにY抵当権を設定したとする。その後、BがAに弁済したことによりX抵当権は消滅したが、数日後Bは再びAから同額を借り入れ、AのためにZ抵当権を設定した。この場合、A・BがX抵当権の登記をZ抵当権の登記に流用するという合意をすると、この登記はZ抵当権の公示手段としての効力を有することになるか。

### <解釈>

本来、物権変動の過程を正確に公示するという登記法の理念からすれば、このような登記は無効とも思える。

しかし、登記制度の最も重要な意義は、現在の不動産に関する物権変動を公示することにより、不動産取引の安全を図る点にある

よって、現在の権利状態と一致するのであれば、原則として登記の流用も有効である。

但し、流用前に第三者が当該不動産につき利害関係を有するに至った場合は、当該第三者に不測の損害を与えるため、その第三者に対する関係では、流用を否定すべきである。

↓あてはめ

右登記はZ抵当権の公示手段として有効であるが、流用前の第三者たるCに対しては無効な登記となるので、AはCに対抗し得ず、結局、二番抵当権者になる

## 第3節 被担保債権の範囲（基本的効力1）

### 一 被担保債権

被担保債権は、金銭債権が普通であるが、金銭債権以外の債権でも、その債権が不履行となれば金銭債権（損害賠償債権）となるから、抵当権の被担保債権となり得る（実行するときに金銭債権であればよい）。

将来発生する特定の債権のための抵当権も可能である（判例（大判昭7.6.1）・通説）。

∴ 被担保債権が特定しており、かつ、抵当権実行の際に債権と抵当権がともに存在していれば、付従性の要請は実質的に満たされ、不都合はない。

### 二 被担保債権が無効・取り消された場合の抵当権の効力

#### <例題>

AのBに対する消費貸借契約に基づく貸金返還請求権を被担保債権とする抵当権がB所有土地に登記したが、当該消費貸借契約が無効または取り消された場合、消費貸借上の債務は生じないことになるが、付従性によって抵当権も無効となるのか。

## ＜解釈＞～判例

不当利得返還請求権と、消費貸借契約に基づく貸金返還請求権とは法的性質が異なる以上、抵当権は貸金返還請求権の不成立によって消滅すると考えるのが論理的である。

もともと、債務者が、融資による利益を受けておきながら、貸付の無効を理由に抵当権の消滅を主張するのは、信義則に反する。

よって、抵当権は、被担保債権たる貸金返還請求権が無効となれば、付従性により消滅し、不当利得返還請求権には及ばないが、債務者は信義則上その消滅を主張し得ないと解する（最判昭44.7.4/百選I [81]）。

※ 論理的には附従性消滅だが、元の被担保債権と不当利得返還請求権は、実質的・経済的には同一債権だから抵当権も存続する、という見解でも可能。

## 三 被担保債権の範囲

### 1 設定者との関係

被担保債権全額がその抵当権により担保されることを主張できる。

### 2 第三者との関係

元本および満期となった最後の2年分の利息に限定される（375 I 本文）。

∴ 後順位抵当権者などの第三者の利益と抵当権者の利益の調和。

もともと、利息につき新たに特別な登記をしておけば、第三者に不測の損害を与えることはないから、最後の2年分の利息を超えても登記後の第三者に対抗することができる（375 I 但書）

## 第4節 抵当権の効力の及ぶ目的物の範囲（基本的効力2）

### 一 はじめに

抵当権の目的物は、原則としてその不動産である（369）が、抵当不動産に増加または改良がされた場合、抵当権の効力をどこまで及ぼすべきか。370条が付加一体物について規定しているが、どこまでの物がかかる概念に含まれるか。

### 二 付合物

#### 1 原則

付合物は、370条の付加一体物に含まれ、当然に抵当権の効力が及ぶ。

∴ 付合物は、不動産の所有権に吸収される（242 本文）。

#### 2 例外

(1) 他人が所有権を留保して付合させた場合には、当該付合物は他人の所有物なので、抵当権の効力は及ばない（242 但書）。

→ただし、明認方法などによってその所有権を公示する必要

(2) 当事者の特約で、特定の付合物に抵当権の効力が及ばないとすることもできる（370 但書）。

→ただし、その付合物に抵当権が及ばない旨の登記をしないと、転抵当権者などの第三者に対抗できない

- (3) 抵当権の目的物たる不動産に動産を付加させることが詐害行為になるような場合 (370 但書) にも、抵当権の効力は当該付合物には及ばない。

### 三 従物

#### <例題>

抵当権設定時に既に存在している従物であれば、87 条 2 項の「処分」に抵当権設定契約も含まれることもあり、これに抵当権の効力を及ぼすことに異論はない (大判大 8. 3. 15・最判昭 44. 3. 28 / 百選 I [82]) 。

では、**抵当権設定後に設置された従物**に対しても抵当権の効力が及ぶのか。例えば、AがB所有土地に抵当権を設定後、Bが同土地に高価な庭石を搬入した場合に、Aは、庭石部分にも抵当権が及ぶとして、搬出しようとする者に対して妨害排除請求をなし得るか。

#### <解釈>～判例同結論

従物は主物とは別個の物であり、「一体となっている」とは言えず、87 条によって処理すべきである。

よって、抵当権設定後の従物については抵当権が及ばないと考える (大判昭 5. 12. 18 / 百選 I [第5版] [85]) 。

#### <アドヴァンス>

学説的には、370 条の「付加一体物」は 87 条の従物を含むとするのが多数説である。

∴ 抵当権は目的物の交換価値を把握する権利であるところ、370 条は目的物と物理的・経済的に一体をなす物にも抵当権の効力を及ぼして価値権を強化する点に趣旨があり、従物は、主物と**経済的に一体をなす**から「付加一体物」にあたる。

### 四 従たる権利

権利は有体物ではないが、従物の場合と同様に、従たる権利にも抵当権の効力が及ぶ (判例説では、87 条 2 項類推適用であり、抵当権設定前の従たる権利のみ及ぶ) 。

e x . 借地上の建物に抵当権を設定した場合、その建物のための借地権にも抵当権の効力が及ぶ。

- \* ただし、土地賃借権の場合には、譲渡に際し賃貸人の承諾を要するものとされているから (612)、賃借権に抵当権の効力が及んでも、買受人は敷地所有者の賃借権譲渡の承諾、あるいはそれに代わる裁判所の許可 (借地借家 20) がなければ、地主に対して賃借権の買受けを対抗できない。

## 五 果実

被担保債権の債務不履行後は、**抵当不動産の果実**（法定果実だけでなく天然果実も含む）に**抵当権の効力が及ぶ**（371）。この規定を逆に読めば、被担保債権についての不履行があるまでは、**抵当権の効力は「果実」に及ばないことを意味していることになる。**

## 六 分離物（特に伐採された伐木）

### <例題>

Aは、B所有の山林に抵当権を設定していたところ、Bから委託を受けたCが、山林を伐採して伐木を搬出しようとしている。かかる場合に、Aは、Cに対し、伐木の搬出差止めを求めることができるであろうか（→抵当権侵害）。**抵当権が設定されている山林から伐採されて動産となった伐木にも、抵当権の効力が及ぶか。**

### <解釈>～公示の衣の理論

立木は土地の定着物として、山林に設定した抵当権の効力が及んでいたところ、**抵当権は、付加物を含めて目的物全体の価値を支配する物権である。**

よって、原則として分離物にも抵当権は及ぶと解すべきである。

もっとも、**抵当権は登記を対抗要件とするところ、分離物については、第三者出現時に、分離物が抵当不動産上に存在し登記による公示力が及ぶ限りで、対抗力を有する。**

よって、伐採物にも抵当権の効力は及ぶが、「第三者」は、自己の出現時に分離物が抵当不動産上になかった場合、**抵当権の効力が及ばない旨主張しようとする。**

### <アドヴァンス>

分離物が物理的に抵当不動産上から搬出されただけで対抗力を失う、とする見解もあるが、これでは、**不法伐採者に対しても何ら請求できない**となりかねず、**抵当権の物権的効力をあまりにも弱めてしまう。**対抗力の問題と考えるのであれば、第三者が取引に入った時点で、分離物の上にあったか否かで判断する我妻理論ないし道垣内理論が正確である。むろん、第三者は、より立証の負担のある即時取得の抗弁をすることも可能ではあるが、その主張を選択するかは微妙である。

#### ◆ 大判大 5. 5. 31、大判大 7. 4. 20

抵当山林の伐採の事案につき、**いったん抵当権が不動産に設定された以上、その後不動産の一部が元物より分離され動産となったからといって、それだけで抵当権の効力がその物より消え去る道理はないとして、伐採・搬出の差止請求を認めている。**

## 第5節 物上代位（基本的効力3）

### 一 はじめに

#### 1 意義

抵当権の目的物が滅失・損傷して保険金・損害賠償請求権等に変じ、売却されて代金に変じ、あるいは賃貸されて賃料を生ずるような場合に、保険金請求権・損害賠償請求権・代金債権・賃料債権等の上に抵当権の効力を及ぼすこと（304）。

#### 2 趣旨

抵当権は目的物の交換価値を把握し、これを優先弁済に充てる権利であるから、目的物が何らかの理由でその交換価値を具体化したときは、抵当権はその具体化された代位物の上に効力を及ぼす必要がある。

### 二 要件

- ① 目的物の売却、賃貸、滅失または損傷によって債務者が受ける金銭その他の物が生じること。  
※物上代位の客体は、金銭その他の物に関する債権である（通常は金銭債権）。
- ② 払渡しまたは引渡前に差押えをすること。

### 三 代位の客体（要件①について）

#### 1 売却代金

##### <例題>

Bは、自己所有の甲土地に債権者Aのために抵当権を設定していたが、その後甲土地をCに売却した。この場合、Aは売却代金債権について物上代位することができるか。動産先取特権の場合（333 参照）と異なり、抵当権の場合には登記ある限り目的物が売却されても抵当権は存続することから若干の議論がある。

##### <解釈>

確かに抵当目的物が売却されても追及効がある以上、売却代金に物上代位を認める必要性は薄いとも思える。

しかし、抵当権は抵当目的物の交換価値を把握する権利であるところ、売却代金も抵当目的物の交換価値が具体化したものであり、372条・304条が明文で「売却」としており、売買代金を敢えて除外する理由はない。

よって、抵当目的物の売却代金債権も物上代位の対象になると解する。

## 2 賃料

従前議論があったが、「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、その後に生じた抵当不動産の果実に及ぶ。」(371)と規定しており、賃料に対する抵当権の物上代位は立法的に肯定された。

## 3 転貸賃料債権

### <例題>

Bは債権者Aのために抵当権を設定した甲建物をCに賃貸したが、Cは更に同建物をDに転貸した。この場合、AはCの有する転貸賃料債権について物上代位することができるか。転貸人が「債務者」に含まれるか。

### <解釈>～判例

抵当不動産の賃借人は、被担保債権について弁済を求められる立場にはない。

よって、原則として、372条、304条1項の「債務者」には抵当不動産の賃借人は含まれず、抵当不動産の賃借人を所有者と同視しうる特段の事情があるときのみ、転貸賃料債権について物上代位できるものと解する(最判平12.4.14)。

## 4 保険金請求権

### <例題>

Aは、B所有の建物に抵当権を設定していたが、同建物が火災で焼失し、Bは同建物に付保されていた火災保険の請求権を取得した。Aは、かかる火災保険請求権につき物上代位をしようか。火災保険金請求権が「滅失又は損傷によって…受けるべき金銭」(372・304)といえるか。

### <解釈>～判例

火災保険金請求権は、火災によって滅失した目的物の損失をてん補する点で、実質的・経済的にみれば抵当目的物の価値に代わるものといえる。

よって、火災保険金請求権は目的物の「滅失又は損傷によって……受けるべき金銭」といえ、抵当権者はこれに物上代位することができる。

## 四 物上代位と差押え(要件②について)

### 1 趣旨

払渡し又は引渡し前に差押えを必要とする趣旨は、第三債務者の二重弁済の危険を回避するためである(近時の判例)。

例えば、A所有の不動産に、Bの抵当権が設定され、その後AがCに同不動産を賃貸した場合、Cとしては、契約後は、Aに対して賃料を支払うが、物上代位がされる場合は、Bに払う必要がある。間違ってもAに支払った場合、Bにさらに支払う（二重弁済）の危険がある。

そこで、C（第三債務者）にとって、差押前はAに、差押後はBに支払えばよいとすることで、二重弁済の危険を回避するために、「払渡し又は引渡し」の前の差押えを要求するのである。→二度の弁済等（債務消滅行為）を強制しないように、という趣旨なので、「払渡し又は引渡し」とは（一度目の）弁済等の債務消滅行為を指すのが原則となる。

## 2 「払渡し又は引渡し」前の差押えかが問題となるもの

### (1) 債権譲渡

<例題>

A所有の不動産に、Bの抵当権が設定され、その後AがCに同不動産を賃貸した。Aは、Cに対する賃料債権をDに譲渡し、Cに確定日付ある証書によってその旨通知した。その後、Bは、AのCに対する賃料債権に対して物上代位ができるであろうか。差押え前に債権譲渡がされているが、債権譲渡が「払渡し又は引渡し」に該当するか。

<解釈>

物上代位の差押の趣旨は、第三債務者の二重弁済（債務消滅行為の重複）の危険を回避する点にあるから、「払渡し又は引渡し」とは、第三債務者による弁済等の債務消滅行為をいうと解するべきである。

そして、債権譲渡があっただけでは、第三債務者側は何ら債務消滅行為をしたことにはならないし、債権譲渡を「払渡し又は引渡し」に含めると、執行妨害に悪用される恐れがある。

よって、債権譲渡は「払渡し又は引渡し」に含まれず、抵当権者は、債権譲渡後であっても、これを差し押さえて物上代位することができる（判例・最判H10.1.30）。

### (2) 一般債権者の差押え

<例題>

A所有の不動産に、Bの抵当権が設定され、その後AがCに同不動産を賃貸した。その後、①Aの債権者Dが、AのCに対する賃料債権を差し押さえ、差押命令はCに送達された。その後に、BはAのCに対する賃料債権は物上代位ができるか。一般債権者による差押えが、「払渡し又は引渡し」に該当するか。②Dが転付命令まで受けた場合はどうか。

<解釈>

①について

抵当権者による物上代位の可能性は抵当権設定登記によって公示されている。

よって、抵当権設定登記前に差押命令が送達された場合に限り、「払渡し又は引渡し」があるものと扱い、物上代位をすることができなくなると考えるべきである（最判H10.3.26）



## ②について

差押転付命令がなされると、対象債権は差押債権者に法定移転し、差押債権者の債務者に対する債権は消滅する。

そのため、その後に物上代位による差押を認めると、強制執行秩序の安定性を著しく害する。

よって、物上代位による差押命令送達前に、一般債権者による差押転付命令が第三債務者に送達された場合は、「払渡し又は引渡し」と同視して、物上代位を否定すべきである（最判H14.3.12）。

## (3) 相殺合意

## ◆ 最判平 13.3.13

判旨： 「物上代位権の行使としての差押えのされる前においては、賃借人のする相殺は何ら制限されるものではないが、上記の差押えがされた後においては、**抵当権の効力が物上代位の目的となった賃料債権にも及ぶところ、物上代位により抵当権の効力が賃料債権に及ぶことは抵当権設定登記により公示されているとみることができるから、**抵当権設定登記の後に取得した賃貸人に対する債権と物上代位の目的となった賃料債権とを相殺することに対する賃借人の期待を物上代位権の行使により賃料債権に及んでいる**抵当権の効力に優先させる理由はない**というべきであるからである。

## 第6節 法定地上権（用益権との調和1）

※ 物権的請求に対し、建物の新所有者の法定地上権という占有権原の抗弁を主張する形で現れる。

### 一 はじめに

#### 1 意義

土地および建物が同一の所有者に属する場合に、土地または建物のみには抵当権を設定したときは、抵当権実行による競売の場合につき、法律上当然に地上権を発生させる制度（388）。

#### 2 趣旨

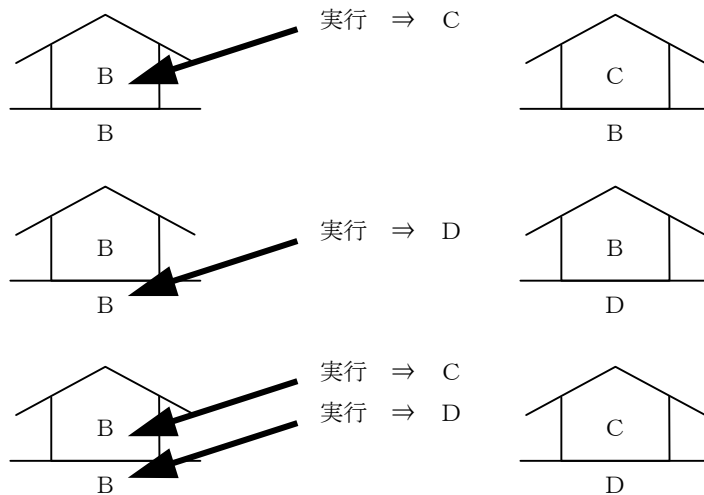
土地とその上の建物とは別個の不動産であり、同一の所有者に属する場合にも、別々に抵当権の目的物となる。しかし、土地・建物が同一人の所有である場合、抵当権の設定時に将来の抵当権実行に備えて借地権を設定し得ないため（179,520。賃借権は混同消滅してしまう）、土地又は建物の一方が競売され異なる所有者に帰属すると、建物は利用権限を失い、土地の上に存続し得ないことになる。これでは、社会経済上不利益であることから、民法は、建物のために当然に地上権が発生するものと定めた。

### 二 要件

- ① 抵当権設定当時、土地上に建物が存在していること。
- ② 抵当権設定当時、土地と建物が同一所有者に帰属すること。
- ③ 土地と建物の一方または双方に抵当権が存在すること。
- ④ 競売が行われて、土地と建物とが別人に帰属すること。

\* 法定地上権が成立する典型例としては、以下のようなものがある。

<法定地上権の要件が成立する典型例>



※ 法定地上権理解のポイント

- ・法定地上権が成立すると、建物の価値は上昇し、土地の価値は下落する。
- ・抵当権者の立場（予想外に法定地上権が成立して競落額が下落するリスク）や買受人の立場（予想外に法定地上権が成立して競落額が結果的に不当な高額となるリスク）で、不測の損害が生じるといえるかどうかを考える。
- ・競売手続は買受人の取引安全や競売制度への信頼確保のため、法定地上権の成否は外形的に判断でき、かつ明確である必要がある。
- ・図は、上図のように、下に土地、上に建物を書き、所有名義と抵当関係がわかるよう書き込む。

### 三 更地に抵当権を設定した場合（要件①について）

<例題>

Aは、BのためにA所有の更地に抵当権を設定した後、建物を建築した。その後、土地の競売がなされCが買い受けた。CのAに対する建物取去土地明渡請求に対し、Aは法定地上権の抗弁を主張しうるか。更地に抵当権が設定された場合に法定地上権が成立するか。

<解釈>

抵当権者は、設定時点で土地を価値の高い更地として評価しており、法定地上権の成立を認めれば、**抵当権者に不測の損害を与えることになる**。よって、更地に抵当権を設定した後、その上に建物が建設された場合、**法定地上権は成立しない**（最判昭36.2.10）。

また、抵当権者が更地への抵当権設定時点で建物建築を認識していたとしても、買受人は抵当権者の契約時点でのかかる認識を知り得ない以上、抵当権者が建物建築を前提として評価していた場合でも法定地上権は成立しない。

## 四 土地・建物の登記名義が異なる場合（要件②について）

### <例題>

土地の抵当権設定時において、土地と建物がともにA所有であったが、登記名義は土地がA、建物がB名義であった。その後土地が競売されてCが競落した場合に、CのAに対する建物収去土地明渡請求に対し、Aは法定地上権の抗弁を主張しうるか。法定地上権の成立のために、土地・建物の登記名義まで一致していることが必要か。

### <解釈>

確かに、抵当権者が登記から土地・建物の所有が同一人であるかを判断するのは困難であり、抵当権者は法定地上権の成立を予想していないとも思える。しかし、抵当権者や買受人は、現実に実地検分をするのが通常であるから、それによって土地・建物の所有が同一人であることを知り得るはずである。

したがって、抵当権設定時に登記名義まで一致している必要はなく、**実体上同一人の所有に帰していれば法定地上権の成立が認められる**（最判昭48.9.18）。

## 五 抵当権設定時には土地・建物の所有が別人であったが、競売時には同一人に帰属している場合（要件②について）

### 1 建物に抵当権が設定されている場合

#### <例題>

A所有地上のB所有の建物につき、Cのために抵当権が設定され、その後土地もB所有となった。その後、建物がDに競売された場合に、BのDに対する建物収去土地明渡請求への抗弁として、Dは法定地上権を主張しうるか。

#### <解釈>

抵当権の効力は、従たる権利としての土地の約定利用権に及び（87Ⅱ類推適用）、土地の利用権は混同例外として消滅しない（179Ⅰ但書）。また、抵当権者は約定利用権の存在を前提として担保価値を評価しているのであるから、より強力な法定地上権までを認める必要はない。

したがって、**法定地上権は成立しない**（最判昭44.2.14）

### 2 土地に抵当権が設定されている場合

土地に抵当権が設定された時は土地と建物が別人に帰属していたが、その後、同一人に帰属した場合、**法定地上権は発生せず（混同の例外として利用権が存続する）**、建物所有者には従来からの約定利用権が存続する

(理由)

土地・建物の同一人への帰属という契約後の偶然の事情によって、賃借権をより強力な法定地上権に転化させることは、抵当権者に対して不測の損害を与える。

## 六 抵当権設定時には土地・建物の所有が同一人であったが、競売時には別人に帰属している場合（要件②について）

抵当権設定時には土地・建物の所有が同一人であったが、その後、土地または建物の一方が譲渡されたため、競売時には別人に帰属している場合は、法定地上権の4要件を充足することになり変わらない（し、抵当権者も買受人も登記から法定地上権の成立を予測しうる）から、法定地上権は成立する（大連判大 12. 12. 14）

## 七 二番抵当設定時にのみ要件を満たす場合（要件②について）

### 1 土地に抵当権が設定されている場合

<例題>

土地にAのための一番抵当権が設定された当時は、土地はB所有、建物はC所有であったが、土地にDのために二番抵当権が設定された時点ではいずれもB所有になっていた。その後、土地の競売によりEが競落した場合、EのBに対する建物収去土地明渡請求に対して、Bは法定地上権の抗弁を主張しうるか。

<解釈>

法定地上権の成立を認めると、これを予測していなかった土地の一番抵当権者に不測の損害を与えることになる。また、二番抵当権が実行された場合であっても、一番抵当権者もこの手続内で優先弁済を受け、抵当権は消滅するから、一番抵当権者の予期・期待を基準として法定地上権の成否を判断すべきである。

したがって、一番抵当権設定時に土地・建物の所有者が異なっていた以上、地上建物のための法定地上権の成立は否定すべきである（最判平 2. 1. 22 / 百選 I [第 5 版] [89]）。

◆ 最判平 19. 7. 6 / 百選 I [88]

概略：一番抵当権設定時は別人所有、二番抵当権設定時は同一人所有であったが、一番抵当権が競売時点では既に消滅して、二番抵当権が一番抵当権に順位上昇していた場合には、従来が一番抵当権者の利益を考慮する必要はなく、競売時点での一番抵当権を基準に法定地上権の成立要件を検討すれば足りる。

## 2 建物に抵当権が設定された場合

### <例題>

建物にAのために一番抵当権が設定された当時は、建物はB所有、敷地はC所有であったが、建物にDのために二番抵当権が設定された時点では、土地建物共にB所有となっていた。その後、建物抵当権が実行されてEが競落した。Eは法定地上権の抗弁を主張しうるか。

### <解釈>～判例

建物の一番抵当権者にとって法定地上権の成立が認められれば、従来からの約定利用権より強大な法定地上権が認められることになるため、一番抵当権者の保護に資する。

よって、法定地上権が成立する。

### <アドヴァンス>

学説は、土地抵当権の実行の場合の理由付け（1番抵当権者の期待を基準に判断すべき）や、設定後に所有者が同一に帰した場合の理由付け（約定利用権をより強い法定地上権にする必要はない）との整合性から、成立を否定するのが多数説である。個人的にはこちらを推したいが、仮に学説に依拠する場合は、短答の答えに注意。

## 発展▶ 八 非堅固建物を堅固建物に建て替えた場合（要件①について）

### ◆ 最判昭 52. 10. 11/百選 I [第4版] [90]

原則として旧建物を基準とするとした上で、「しかし、このように、旧建物を基準として法定地上権の内容を決するのは、抵当権設定の際、旧建物の存在を前提とし、旧建物のための法定地上権が成立することを予定して土地の担保価値を算定した抵当権者に不測の損害を被らせないためであるから、右の**抵当権者の利益を害しないと認められる特段の事情がある場合には、再築後の新建物を基準として法定地上権の内容を定めて妨げないものと解するのが、相当である**」として、新建物を基準とした法定地上権の成立を認めた。

## 九 敷地・建物の共有と法定地上権

### 1 はじめに

土地又は建物に共有関係が存在する場合、一方の共有権については同一所有者の要件を満たすが、他方の共有権についてはこの要件に欠け、別に約定利用権が存在している。この場合、一方については法定地上権が成立し、他方については従前の約定利用権が存続すると考えるのは、法律関係が複雑になるから、どちらか一方に統合し、全体として、法定地上権か、従前の約定利用権が成立すると考えるべきである。

そして、法定地上権の成否については、これまで同様、抵当権者や買受人に不測の損害を与えるか、という視点に加え、他の共有者・所有者に不測の損害を与えるか、という視点もあれば、一気に理解できる。

### 2 土地共有の場合

#### (1) 土地の持分に抵当権が設定された場合

##### <例題>

A・Bの共有地上にA単独所有の建物が存在している場合において、Aの土地持分に設定された抵当権が競売の方法により実行され、Cが買い受けたとき、法定地上権が成立するか。

##### <解釈>～判例

一方について法定地上権、他方について約定利用権が存続とするのは法律関係をいたずらに錯綜させるので、統一すべきである。

そして、全体について法定地上権が成立するとすれば、他の共有者は自らの関与しない事情により従来の約定利用権より重い負担を負うことになり、妥当でない

よって、建物所有者には、全体として従来の約定利用権が存続し、法定地上権は成立しない（最判昭 29. 12. 23）。

## (2) 建物に抵当権が設定された場合

この場合も、(1)と同じく、一方の土地持分に対する関係では法定地上権の要件を具備しているが、他方の土地持分に関しては約定利用権がもともと存在し、法定地上権の要件が欠けている。そして、土地全体について法定地上権が成立すると他の共有者に重い負担となり妥当でない。

よって、法定地上権は成立せず、一体として約定利用権が存続すると解すべきである。

## 3 建物共有の場合

### (1) 土地に抵当権が設定された場合

#### <例題>

Aの所有地上に、A・Bの共有建物が存在する場合において、敷地に設定された抵当権が競売の方法により実行され、Cが買い受けたとき、法定地上権は成立するか。

#### <解釈>～判例

一方との関係で法定地上権が成立し、他方との関係では約定利用権が存続するのは、法律関係がいたずらに複雑になるから、統一すべきである。

そして、建物共有者にとっては強力な法定地上権が成立すれば有利であるし、買受人は、抵当権実行後の建物の存続を覚悟している以上、法定地上権の成立を認めても不利になるわけではない

よって全体として法定地上権が成立する（最判昭46.12.21）。

### (2) 建物の持分に抵当権が設定された場合

この場合も、建物持分の買受人は、法定地上権の取得を期待しているし、建物共有者にとってもより強力な法定地上権が成立すれば有利である。

よって、全体として法定地上権の成立が認められる

## 4 土地・建物ともに共有の場合

### ◆ 最判平6.12.20/百選I [90]

前掲の最判昭29.12.23を引用しながら、「(土地の)他の共有者らとその持分に基づく土地に対する使用収益権を事実上放棄し、右土地共有者の処分にゆだねていたことなどにより**法定地上権の発生をあらかじめ容認していたとみることができるような特段の事情がある場合**でない限り、共有土地について法定地上権は成立しないといわなければならない。」

## 十 共同抵当の場合

### <例題>

Aの所有する土地およびその上の建物についてBのために一番共同抵当権が設定されたが、右建物が滅失したため新たに建物が建築された。後に土地の抵当権が競売されCが買い受けたとき、新建物のために法定地上権が成立するか。

### <解釈>～判例

この場合の抵当権者としては、土地と建物の担保価値を全体として評価しており、旧建物存続中は、法定地上権の負担のある土地と、法定地上権付建物のそれぞれの売却代金から回収する意思を有しており、旧建物が滅失すれば更地と評価してその売却代金から被担保債権の回収を図ろうとしていると解される。

そうすると、新建物に当然に法定地上権の成立を認めると、抵当権者は法定地上権の負担のある土地についてしか回収することができなくなり、抵当権者に不測の損害を与える。

よって、原則として法定地上権は成立せず、新建物と土地の所有者が同一で、抵当権者が新建物について土地の抵当権と同順位の共同抵当権の設定を受けた場合等、抵当権者に不測の損害を与えない特段の事情がある場合のみ、例外的に法定地上権の成立を認めるべきである（最判平9.2.14/百選I [89]）。

## 十一 効果

建物買受人・建物所有者のために法律上当然に地上権が発生する。建物所有を目的とするため、借地借家法の適用がある ※物権的請求権に対する占有権原の抗弁となる。

## 第7節 劣後賃借人の例外的保護（用益権との調和2）

### 一 抵当権と利用権との関係

抵当権者は、抵当不動産の交換価値を把握するにとどまり、所有者からその使用価値を奪うものではないから（369）、**抵当権設定以後においても、所有者が他人をして目的物を用益させることを妨げない**。しかし、同一目的物上に抵当権と用益権が存在している場合、両者の優劣関係は理論的には対抗問題となるから、抵当権の登記後に用益権の対抗要件が具備されたとしても、抵当権の実行時にはそれは覆滅されるのが原則である。

しかし、民法は、以下のとおり、劣後しそうな利用権について一定の保護を図っている。

### 二 抵当建物使用者の明渡猶予制度

抵当建物使用者について、その建物の競売における買受人の買受けの時から**6か月**を経過するまで、明渡しを猶予する制度（395）。

∴ 劣後する権利は覆滅される原則を踏まえつつ、抵当建物の収益の必要性にも配慮。

### 三 抵当権者の同意の登記がある場合の賃貸借

抵当権に後れる賃貸借であっても、その賃借権の登記前に登記した抵当権を有するすべての者が同意し、その旨の登記がされたときは、抵当権者および競売における買受人に対抗することができる（387 I）。

## 第8節 抵当不動産の第三取得者の地位

### 一 代価弁済

抵当不動産につき所有権または地上権を買い受けた第三者（第三取得者）が、**抵当権者の請求に応じてその代価を抵当権者に弁済した場合、抵当権をその第三者のために消滅させる制度**（378）。 ∴第三取得者の保護

### 二 抵当権消滅請求

第三取得者自らが、代価を評価して抵当権者に対してその価額をもって抵当権を消滅させるよう挑戦する制度（379～386）。 ∴第三取得者の保護

## 第9節 抵当権侵害

### 一 はじめに

誰による侵害か、によって、抵当権者としてどうしたいか、物権・債権両面から考えられるようにしておく必要がある。

### 二 設定者による抵当権侵害

#### 1 抵当権者の救済方法

設定者によって抵当権が侵害された場合、抵当権者としては、以下の救済方法を求めうる。

- ① 差止請求、所在地への返還請求
- ② 期限の利益の喪失（137②）
- ③ 増担保請求<sup>ましたんぽ</sup>
- ④ 不法行為による損害賠償請求も考えられる。

#### 2 差止請求、所在地への返還請求

第三者による抵当権侵害の場合と同様、抵当権に基づく物権的請求権として考え得る。

#### 3 期限の利益の喪失

債務者が担保を滅失させ、損傷させまたは減少せしめた場合は、期限の利益を失い、抵当権者は直ちに被担保債権の支払請求ができるとともに、残存する担保目的物に対して抵当権を実行することもできる（137②）。**債務者の故意・過失を問わない（通説）。**

#### 4 増担保請求

- (1) 金融関係ではあらかじめ増担保請求権を留保する特約を付することが一般的に行われている。
- (2) このような明示の特約がないときにも、抵当権設定契約当事者の合理的意思解釈として、当事者間に黙示の増担保契約があると解しうる。

### 三 第三者による抵当権侵害

第三者による抵当権侵害の場合、抵当権者としては、①当該第三者に対し、物権的請求として、抵当権に基づく妨害排除請求のほか、②所有者の第三者に対する妨害排除請求権の代位行使、③債権的請求として、不法行為に基づく損害賠償請求や物上代位に基づく請求が考え得る。

---



## 1 不法占拠者に対する設定者の妨害排除請求権の代位行使

### <例題>

Aは、B所有地に抵当権を有していたが、Bが土地の管理を怠り、現状、反社会的勢力Cによる不法占拠により、担保価値が下落している。Aとしては、BのCに対する所有権に基づく返還請求権を代位行使しうるか。

### <解釈>～判例

※転用論の「必要性・合理性」のあてはめのみ記す。

抵当目的物が不法占拠されれば、その物の担保価値が下落し、抵当権者を害することになるから、設定者の返還請求権の代位行使を認める必要があるし、不法占拠者は、もともと明け渡さねばならない者なので合理性もある

よって、抵当権者は、抵当権設定契約に基づき設定者に対して有する担保目的物の価値を維持・保存請求権を被保全債権として、設定者の返還請求権を代位行使できると解する（最大判平11.11.24/百選I〔第5版〕〔84〕）。

この場合、抵当不動産の所有者が受領を拒み、又は所有者において受領することが期待できない等の事情があるときは、抵当権者は、直接自己への明渡を請求することができると解する。

## 2 対第三者への直接の請求（抵当山林伐採事例）

### (1) 抵当権に基づく物権的請求権

#### <例題>

Aの抵当権が設定されているB所有の山林の樹木をCが伐採・搬出しようとしている場合、Aは(1)伐採・搬出を差し止めることはできるか。また、第三者が伐採した伐木を搬出してしまった場合、(2)抵当権者は伐木の返還を請求することはできるか。

#### <解釈>

##### (1) 伐採・搬出差止請求について

伐採、搬出の差止めは、抵当権に基づく妨害排除請求ないし妨害予防請求といえる。抵当権も物権である以上、直接支配性を全うさせるため、物権的請求権を認めるべきである。

その要件は、①樹木・伐採された樹木について、抵当権の効力が及んでいること、②伐採・搬出が、抵当権に対する「妨害」といえることである。

↓

## 要件①について

分離物に対しても抵当権の効力は及び、第三者出現時に分離物が当該不動産上に存在しなかった場合は、第三者は、抵当権の効力が及ばない旨主張することが可能となる（公示の衣の理論）。

本件では、伐採・搬出しようとする者は不法行為者であるから、対抗力の欠缺を主張する正当な利益を有する「第三者」に当たらないので、伐木への抵当権の効力は存続し、①の要件を充足する。

## 要件②について

抵当権は目的物の交換価値を把握する権利であり、目的物の使用収益が妨げられただけでは、抵当権への「妨害」とはいえない。

よって、目的物の通常の用法を逸脱して交換価値が減少して初めて、抵当権に対する「妨害」といえると考ええる。

↓ あてはめ

債務者が通常の用益（輪伐等）の範囲を超えて伐採する場合には、抵当山林の交換価値が減少するから、「妨害」といえる。

## (2) 返還請求について

抵当権は、目的物の占有を伴わない権利である。

よって、原則として、抵当権者は、自己の元へ返還するよう請求することはできず、抵当不動産の所在場所への返還を請求しうることとどまる（最判昭 57. 3. 12／百選 I [87]）。

もともと、抵当権設定者の適切な維持管理ができない特段の事情がある場合は、所在場所への返還請求が無意味となり得るから、自己への返還請求をしうると考える。

※ 物権的請求の要件論の姿勢を。また、従来は、自己への返還請求は否定するのが通説であったが、不法占拠事例で、近時の判例が一定の場合には自己への明け渡しを請求しうるとしており（最判平 17. 3. 10／百選 I [86]）、伐採事例においても自己への返還請求を同様に認めて差し支えないと考えられる。

## (2) 抵当権侵害に対する損害賠償請求権

## ア 請求の可否

## &lt;例題&gt;

A所有の建物（1000万円）にBの抵当権（被担保債権額 800万円）が設定されている場合に、Cが建物を損壊し、建物の価値は 300万円になった。Bは、Cに対し、不法行為に基づく損害賠償請求をなし得るか。AのCに対する損害賠償（709条）もあり得ること、物上代位（372・304）もあり得ることから、そもそも抵当権者による損害賠償請求は可能なのか。

**<解説>**

抵当権者は物上代位しかなし得ないとすると、「差押え」という面倒な手続が必要となり抵当権者の保護に欠ける。

抵当権者が把握していた抵当目的物の交換価値が、不法行為によって侵害されている以上、抵当権者も不法行為による損害賠償請求権を取得すると考えるべきである。

そして抵当権者は被担保債権の完済を得られない額を「損害」として請求でき、所有者は目的物の価額から右の額を差し引いた額につき損害賠償請求権を取得すると考える。

↓あてはめ

BはCに対し500万円、AはCに対し200万円を請求しうる。

**イ 「損害」の意味**

709条の「損害」とは、一般に、不法行為がなかった場合の財産状態と、現実の財産状態の差額をいう。

抵当権侵害において、単に目的物が価値減少しても、被担保債権が未だ全額回収できるのであれば抵当権者に実害はないから、価値減少のために担保割れすることが必要と考えるべきである。

よって、損害とは、**被担保債権の回収ができなくなった額**をいうべきである。

**ウ 損害賠償請求をなし得る時期****<例題>**

アのケースで、Bは、抵当権実行前でも損害賠償請求をなし得るか。差額が確定するのは実行後とも思えるため、議論がある。

**<解説>**

確かに、実行時に担保割額が確定するため、実行に初めて損害賠償請求しうるとも思える。

しかし、抵当権実行前でも、弁済期を経過すれば、債務者の未弁済額が確定し、目的物の評価も可能であるから、弁済不足額を算定することは可能である。

よって、弁済期以後であれば、抵当権者は損害賠償請求をすることができると思う。

**3 抵当権に基づく妨害排除請求（妨害的賃貸借事例）****<例題>**

A所有の建物にBのために抵当権が設定されたが、Cが、Aから時価を大幅に下回る賃料額で同建物を賃借し、暴力団事務所として使用している。Cの存在によってBは目的物の評価が下がり、損失を被る関係にあることから、Cに対し抵当権に基づき、明渡請求をしたい。非占有担保である抵当権に、しかも賃借権を有するCに対し、かかる請求が可能か。

## ＜解釈＞～判例

確かに、抵当権は非占有担保である。

しかし、抵当権も物権であり、これに対する妨害があるときは、妨害排除請求をなし得るところ、抵当権設定者は、抵当不動産を使用収益するに当たり適切に維持管理することが予定されており、競売手続を妨害するような占有権原を設定することは許されない。

従って、抵当権設定後に抵当権設定者から占有権原の設定を受けて占有する者についても、その占有権原の設定に競売手続を妨害する目的が認められ、その占有により**抵当不動産の交換価値の実現が妨げられて抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるときは**、抵当権への妨害があるというべきであり、妨害排除請求しうると考える。

また、抵当権設定者において**抵当不動産を適切に維持管理することが期待できないときは**、設定者への返還請求を認めても無意味だから、直接自己への抵当不動産の明渡請求をなし得ると解するべきである（最判平 17.3.10/百選 I [86]）。

※不法占拠者に対しては、妨害目的がなくとも、交換価値の下落の恐れがあれば「妨害」にあたるので、当然に妨害排除請求をなし得る（伐採・搬出事例参照）。

## 第 10 節 抵当権の処分

### 一 転抵当

抵当権者が、その抵当権をもって他の債権の担保に供すること（376 I 前段）。

### 二 抵当権またはその順位の譲渡・放棄（376 I 後段）

#### 1 抵当権の譲渡・放棄

##### (1) 抵当権の譲渡

抵当権者から無担保債権者に対してされる、**抵当権者たる地位の譲渡**（処分を受けた者に対しては自己が劣後する旨の処分）。

##### (2) 抵当権の放棄

抵当権者から無担保債権者に対してされる、**抵当権者たる地位の放棄**（処分を受けた者に対しては自己が優先権を主張しない旨の処分）。

#### 2 抵当権の順位の譲渡・放棄

##### (1) 抵当権の順位の譲渡

先順位抵当権者から後順位抵当権者に対してされる、**先順位たる地位の譲渡**（処分を受けた者に対しては自己が劣後する旨の処分）。

##### (2) 抵当権の順位の放棄

先順位抵当権者から後順位抵当権者に対してされる、**先順位たる地位の放棄**（処分を受けた者に対しては自己が優先権を主張しない旨の処分）。

### 三 抵当権の順位の変更

複数抵当権者間で絶対的に順位を変更すること（374）。

## 第11節 抵当権の消滅

### 一 総説

附従性消滅（被担保債権の消滅）、物の滅失、代価弁済・抵当権消滅請求等。

### 二 抵当権の時効消滅

#### 1 抵当不動産が債務者又は物上保証人の所有に属する場合

抵当権だけが消滅時効にかかることはない（396）。

#### 2 抵当不動産の第三取得者との関係

消滅時効の原則にかえて20年の消滅時効にかかる（167Ⅱ）。

### 三 目的物の時効取得による消滅

抵当目的物が債務者または抵当権設定者（物上保証人）以外の者によって占有され、この者について取得時効が完成すれば、これにより抵当権は消滅する（397）。

## 第12節 共同抵当

### 一 意義

同一の債権の担保として数個の不動産の上に抵当権を設定すること（392）。

### 二 内容

実行方法として、同時に実行する同時配当と、別々に実行する異時配当がある。

#### 1 同時配当

同時配当の場合には、その不動産の価額の割合に応じて共同抵当権者は配当を受けることができる（392Ⅰ：割付主義）。

e x. 5000万円の債権を担保するため、6000万円の甲不動産と4000万円の乙不動産に共同抵当が設定され、同時配当が行われる場合、甲不動産から3000万円、乙不動産から2000万円の配当を受けることになる。

## 2 異時配当

異時配当の場合には、まず、先順位抵当権者が自分の債権の満足を受けるまで配当を受けることができる。そうすると、抵当権が実行された不動産の後順位抵当権者が不利益を被る場合があるので、そのような場合、当該後順位抵当権者は、仮に同時配当が行われたとすれば先順位抵当権者が他の不動産について優先弁済を受ける限度で、優先弁済を受けることができる（392Ⅱ）。

e x. AのBに対する5000万円の債権を担保するため、ともに5000万円の甲不動産・乙不動産に共同抵当が設定され、更に甲不動産についてはCのBに対する3000万円の債権を担保するため第2順位の抵当権が設定されていたとする。この場合に、Aが甲不動産についてのみ実行した場合、Aは5000万円の配当を受けることができ、Cは2500万円の限度で乙不動産の抵当権を行使することができる。

## 3 その他問題点

択一マターの分野であり、論文用の知識としては、「物上保証人の負担は可及的に低減すべき」との観点から、債務者所有不動産と物上保証人所有不動産の共同抵当で、392条1項の割付主義は適用されないこと、物上保証人や第三取得者には500条の当然代位があり得ることを念頭に置けば足りる。

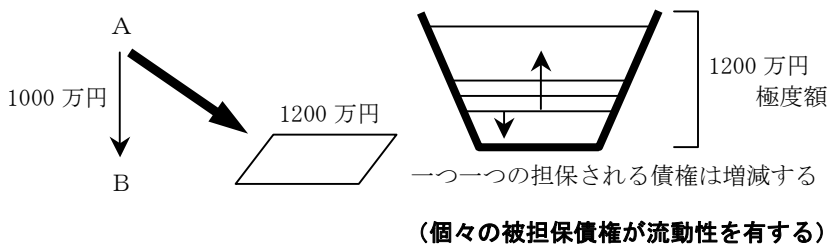
# 第13節 根抵当

## 一 意義

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設定する抵当権。

∵頻繁に借入れや返済をするような場合、そのつど抵当権を設定しなければならないということになり、不都合であるから実務上の必要から認められた。

<根抵当の構造>



## 二 特色

### 1 付従性の緩和

根抵当権は、極度額に達するまでは、約定により発生したすべての債権を担保するのであり（398の2）、個別の債権を担保するわけではない。したがって、根抵当権の担保する**特定の債権**がいったん弁済により消滅したとしても根抵当権自体は消滅しない。

## 2 随伴性の否定

根抵当権の場合、元本確定前は、**被担保債権が他に譲渡されたとしても、その債権を譲り受けた者は、根抵当権を取得することはできない**（398の7 I 前段）。

## 三 設定

根抵当権者と設定当事者の合意により成立することは普通抵当権と同じであり、対抗要件は登記である。

## 四 効力

### 1 被担保債権

包括根抵当（当事者間で生じる一切の債権を担保とするもの）は現行法上認められず、「**一定の範囲に属する不特定の債権**」（398の2 I）が被担保債権となる。

### 2 被担保債権の範囲

根抵当権は、元本のほか、利息・遅延損害金のすべてを極度額まで担保する（398の3）。

→普通抵当権における375条の制限はない

### 3 極度額

根抵当権は極度額を限度として優先弁済的効力を有する（398の3 I）。

※根抵当権の条文は基本的に短答用であり（短答でも優先順位は高くない）、論文で万が一出たら、条文を引くしかない。

## 五 根抵当権の確定

### 1 意義

根抵当権によって担保される**元本債権が定まること**をいう。

### 2 効果

確定により、優先弁済権を持つ元本が確定する。

→確定されると原則として普通抵当と同じになるが、以下のような特殊性が認められる

(1) 375条の制限なし、(2)極度額減額請求権（398の21 I）、根抵当消滅請求権（398の22 I）。

## 第6章 非典型担保

### 第1節 総説

民法典は予定していないが、取引界で広く行われ、判例によって担保権としての効力を認められているものを非典型担保と呼ぶ。

非典型担保物権の特色としては、①目的物の所有権を債権者に帰属させるという形でも担保権行使が行われること（「帰属清算」という）、②競売手続によることなく実行されること（私的実行）が挙げられる。

以下、①譲渡担保、②所有権留保、③仮登記担保、④代理受領、⑤買戻し・再売買の予約の順に、概略を説明する。

### 第2節 譲渡担保

#### 一 意義

債権担保のために物の所有権（あるいはその他の財産権）を法形式上債権者に譲渡して信用授受の目的を達する制度をいう。譲渡担保が認められることで、以下の機能が果たされる。

##### (1) 動産抵当の実現

今日では、動産でも極めて高い価値を有するものが多く存在するため、その占有を設定者の下にとどめつつ、金融を得るということを認める必要が高くなっている。しかし、民法上、目的物の占有を設定者の下にとどめ、担保権者がその交換価値のみを把握する約定担保物権は、抵当権しか認められていない。

そこで、実質的に動産抵当を実現するために考え出されたのが、譲渡担保である。

##### (2) 不動産に関する抵当権の不合理的な規定の排除

- (a) 動産その他の権利の集合体の担保が可能（集合物譲渡担保 ⇒三「2 目的物」「八 集合物譲渡担保」）。
- (b) 抵当権において課せられる抵当権消滅請求その他の手続上の制約を避け、簡易・迅速に実行できる機能を有している。
- (c) 譲渡担保は、担保権者が任意に処分し得るため、競売による抵当権の場合とは異なり目的物件の処分の際に實際上適正な価格を確保し得る。

#### 二 譲渡担保の法的構成

##### <例題>

Aは、B所有の機械につき譲渡担保権の設定を受けて明認方法を施した。その後、Bが弁済期前に機械をCに売却した。Aは、譲渡担保権に基づき、機械の返還請求をなし得るか。Aが譲渡担保



権の設定によって、法形式どおりに所有権を取得するのか、実質に従い担保権を有するに過ぎないのか。

#### <解釈>

取引安全の見地からその法形式を重視し、所有権は譲渡担保権者に移転すると考える（譲渡担保権者は、その所有権を担保の目的以外には行使しないという義務（債権的拘束）を設定者に対して負うにすぎない）。

よって、譲渡担保権者は、同権利に基づく返還請求をなし得る。

※学説的には、担保権を取得するに過ぎないとするのが圧倒的（但し構成にはさらに細かい分岐がある）だが、判例は基本的に所有権的構成であり（大連判大 13. 12. 24 等）、倒産法の枠内でのみ、担保的に扱っている。

### 三 譲渡担保権の設定

#### 1 設定契約

譲渡担保は、設定者（目的物の所有者）と担保権者との契約によって設定される。

#### 2 目的物

目的物には制限がなく、財産的価値があるもので譲渡性があればよい。

#### 3 被担保債権

被担保債権は、金銭債権が通常である。

#### 4 対抗要件

##### (1) 動産譲渡担保

引渡し（178）であるが、現実の占有は、設定者の下にとどめるゆえに、占有改定（183）の方法が採られる。ただし、占有改定では、何ら外形の変動がないゆえに、公示の機能は無に等しいので、実際の取引では、明認方法（ネームプレート）を設けることが多い。

##### (2) 不動産譲渡担保

登記（177）が対抗要件となる。

### 四 譲渡担保権の対内的効力

#### 1 譲渡担保権の及ぶ範囲

##### (1) 被担保債権の範囲

譲渡担保は後順位担保権者の生じる余地は極めて少なく、不動産においても、375 条の類推適用はない。

## (2) 目的物の範囲

譲渡担保権者は、所有権を取得するがその実質は担保権であり、優先弁済の効力に関わる条文は類推適用される（370, 372 等）。

## 2 設定者による占有・利用

所有権的構成からは、形式的に使用貸借または賃貸借契約が締結され、設定者の占有・利用はこの使用貸借または賃貸借に基づくものということになる

## 3 譲渡担保権の実行

## (1) 優先弁済を受ける方法

- ① 処分清算 債権者が目的物を第三者に処分し、その売却代金の中から優先弁済を受ける方法
- ② 帰属清算 債権者が不動産を取得し、自ら評価してその超過額を債務者に返還する方法

## (2) 清算義務

譲渡担保権者が譲渡担保権を実行した場合に、目的物の価格が債務額を超過するときは、**譲渡担保権者はその超過額を返還する義務を負う**。これを**清算義務**という。

## ◆ 最判昭 46. 3. 25 / 百選 I [96]

特段の事情のある場合を除き、**債権者からの目的物の引渡ないし明渡請求は、債務者への清算金の支払いと引換えにのみ認容される**。

## 4 受戻権

債務者は、**譲渡担保権者が譲渡担保権の実行を完了するまでは、債務者は債務の全額を弁済して譲渡担保権を消滅させ、目的物の所有権を回復することができる**。

→このように、**債務者が債務相当額を支払って目的物を受け戻す権利を受戻権**という

- \* 1 受戻権の消滅時期について ⇒ 五 2 「(3) 弁済期経過後譲渡担保権者が目的物を譲渡した後に、債務者が弁済した場合（受戻権の消滅時期）」

## 発展▶

- \* 2 譲渡担保設定者の受戻権放棄による清算金支払請求の可否

## ◆ 最判平 8. 11. 22

「譲渡担保権設定者は、譲渡担保権者が清算金の支払又は提供をせず、清算金がない旨の通知もしない間に譲渡担保の目的物の**受戻権を放棄しても、譲渡担保権者に対して清算金の支払を請求することはできないものと解すべきである**。…譲渡担保権設定者において受戻権を放棄したとしても、その効果は受戻権が放棄されたという状況を現出するにとどまり、右受戻権の放棄により譲渡担保権設定者が清算金支払請求権を取得することとなると解することはできないからである。」

## 五 譲渡担保権の対外的効力

### 1 設定者が目的物を譲渡した場合

#### <例題>

債務者Aは、自己所有の動産に債権者Bのために譲渡担保権を設定していたにもかかわらず、右動産をCに売却した。この場合、Cは右動産の所有権を取得することができるか。

#### <解釈>

取引安全の見地からその法形式を重視し、所有権は譲渡担保権者に移転することから、譲渡担保権の設定と、譲受人への売買の優劣は、対抗問題によって決せられる。

そして、譲渡担保権者は通常、設定時に対抗要件を充足している。

かかる場合は、譲受人は所有権を承継取得することはできず、即時取得(192条)の要件を満たした場合のみ所有権を取得しうる。

※不動産の場合は、譲受人は94条2項類推適用によってのみ権利を取得しうるが、登記は譲渡担保権者に移転しているのが通常であり、虚偽の外観がなく、まず類推適用は認められない。

#### <アドヴァンス>

担保的構成では、設定者からの譲受人は、譲渡担保権の負担つきの所有権を取得する。即時取得の要件を満たす場合には、完全な所有権を取得する。

### 2 譲渡担保権者が処分等した場合

#### (1) 譲渡担保権者が弁済期前に目的物を譲渡した場合

#### <例題>

債務者Aが自己所有の不動産に債権者Bのために譲渡担保権を設定したところ、Bは**弁済期前**にその目的物を第三者Cに譲渡した。この場合、Cは目的物の所有権を取得することができるか。

#### <解釈>

取引安全の見地からその法形式を重視し、譲渡担保においては所有権は譲渡担保権者に移転すると解すべきである。

よって、譲受人は所有権を取得しうる。

#### <アドヴァンス>

担保的構成では、譲渡担保権者からの譲受人は、原則として所有権を取得できず、94条2項類推適用等の要件を具備した場合にのみ所有権を取得し得る。

## (2) 債務者が弁済期に弁済した後、債権者が目的物を処分した場合

## &lt;例題&gt;

債務者Aは、自己所有の不動産に債権者Bのために譲渡担保権を設定したところ、Aが**弁済期に弁済したにもかかわらず**、その後Bがその目的物を第三者Cに譲渡した。この場合、Aは所有権に基づき、Cに当該不動産の返還を請求できるか。

## &lt;解釈&gt;

設定者による弁済期の弁済により、所有権は設定者に回復されるから、請求原因事実は認められる。

他方、取引安全の見地からその法形式を重視し、所有権は、一旦譲渡担保権者に移転していたのであり、設定者の回復と、譲受人への売却は二重譲渡類似の関係となる。

よって、譲受人は、177条の「第三者」にあたるとして、対抗要件の抗弁又は先立つ対抗要件具備による所有権喪失の抗弁が可能と考える（最判昭62.11.12）。

## &lt;アドヴァンス&gt;

担保的構成では、譲受人は原則として所有権を取得できず、94条2項類推適用の要件を具備した場合に限り所有権を取得する。

## (3) 弁済期経過後譲渡担保権者が目的物を譲渡した後に、債務者が弁済した場合（受戻権の消滅時期）

## &lt;例題&gt;

Bは、債務者A所有の土地に譲渡担保権の設定を受けたが、弁済期到来後も弁済がないため、右土地をCに譲渡した。その後、Aが債務全額の弁済をした場合、AはCに対して右土地の所有権を主張することができるか。**譲渡担保権者が目的物を第三者に処分した後であっても受戻権を行使することができるのか。**

## &lt;解釈&gt;

譲渡担保契約では、債務者が弁済期に弁済しない場合、債権者はいわゆる帰属清算型であると処分清算型であるとを問わず、目的物を処分する権能を取得する。

従って、債権者が目的物を第三者に譲渡したときは、原則として、譲受人が所有権を確定的に取得し、債務者は清算金がある場合にはその支払を求めることができるにとどまり、受戻権は消滅すると解する（最判平6.2.22/百選I〔97〕）。

## &lt;アドヴァンス&gt;

学説的には、処分清算型の場合は処分の時、帰属清算型の場合は清算金支払の時とする見解が多数説である。

## 発展▶六 譲渡担保権の侵害

第三者が目的物の占有を奪った場合、所有権の構成に立つと、設定者は物権的請求権に基づく占有物の回復をなしえないとする結論に親しみやすい（占有訴権のみ）。譲渡担保権者は所有権に基づく返還請求をなし得ることになる。

これに対し、担保権の構成に立つと、設定者が、所有権に基づく返還請求権ないし妨害排除請求権を行使しうる（通説）。

## 七 譲渡担保権の消滅

### 1 弁済による消滅

### 2 目的物の滅失・損傷

目的物の滅失・損傷により、譲渡担保はその限度で消滅する。ただ、被担保債権は存続する。

## 八 集合物譲渡担保

### 1 集合物譲渡担保の有効性

#### <例題>

Aは、絶えず出入庫が繰り返されている甲倉庫内の商品全部の上に、一括して債権者Bのために譲渡担保権を設定した。このような集合物の譲渡担保権設定契約は有効か（一物一権主義との関係）。

#### <解釈>

一物一権主義の趣旨は、①通常は数個の物の上に1個の物権を設定するだけの経済的実益がないこと、および、②数個の物に1個の物権を認めても、その公示が困難であることにある。

しかし、流動集合物は、集合物のままの方がより大きな担保価値を有するため、集合物を一体として譲渡担保に供する経済的実益があるうえ、集合物全体について、占有改定により公示方法を講じることも可能である。

よって、集合物の譲渡担保権設定契約は、一物一権主義に反せず、有効である。

もともと、設定者や第三者が不測の損害を被らないために、集合物の範囲を特定する必要がある。具体的には、集合物の範囲をその種類・所在場所および量的範囲を指定する形で特定することが必要と考える。（最判昭62.11.10/百選I[第4版][98]）

### 2 集合物譲渡担保の対抗要件

動産譲渡担保の対抗要件は、占有改定（183）を含む引渡で足りる。

そして、新たに物が搬入された場合であっても、その物は独立して譲渡担保の目的となるわけではなく、集合物の構成要素として譲渡担保の効力を受けるにすぎないので、設定時に集合物につき占有改定がなされれば、その後に搬入された物にも対抗力が及ぶ。

#### ◆ 最判昭62.11.10/百選I[第4版][98]

「債権者と債務者との間に、右のような集合物を目的とする譲渡担保権設定契約が締結され、債務者がその構成部分である動産の占有を取得したときは債権者が占有改定の方法によってその占有権を取得する旨の合意に基づき、債務者が右集合物の構成部分として現に存在する動産の占有を取得した場合には、債権者は、当該集合物を目的とする譲渡担保権につき対抗要件を具備するに至ったものといえることができ、この対抗要件具備の効力は、その後構成部分が変動したとしても、集合物としての同一性が損なわれないかぎり、新たにその構成部分となった動産を包含する集合物について及ぶ」としている。

### 3 集合物譲渡担保と先取特権の関係

#### ◆ 最判昭62.11.10/百選I[第4版][98]

「動産売買の先取特権の存在する動産が右譲渡担保権の目的である集合物の構成部分となった場合においては、債権者は、動産についても引渡を受けたものとして譲渡担保を主張することができ、当該先取特権者が右先取特権に基づいて動産競売の申立をしたときは、特段の事情のない限り民法333条所定

の第三取得者に該当するものとして、訴えをもって、右動産競売の不許を求めることができるものというべきである」としている。

#### 4 後順位担保権との関係

- ◆ 集合動産譲渡担保における後順位譲渡担保権者の引渡請求の可否（最判平 18.7.20/百選 I [98]）

判旨： 「重複して譲渡担保を設定すること自体は許されるとしても、劣後する譲渡担保に独自の私的実行の権限を認めた場合、配当の手続が整備されている民事執行法上の執行手続が行われる場合と異なり、先行する譲渡担保権者には優先権を行使する機会が与えられず、その譲渡担保は有名無実のものとなりかねない。このような結果を招来する後順位譲渡担保権者による私的実行を認めることはできないというべきである」

## 第3節 所有権留保特約

### 一 意義

売主が目的物の引渡しを終えつつ、代金が完済されるまで目的物の所有権を留保する制度。

→目的物の売買契約中に、売主から買主への所有権移転を代金完済まで留保するという特約を付けることによって行われる。代金債権を確保するための一つの担保方法としての機能を果たす。

→主として消費的商品（自動車、ピアノ、電気製品など）について行われ、代金が割賦払いのときに利用されることが多い

### 二 法的構成

譲渡担保と同様に、所有権的構成、担保権的構成があり得る。譲渡担保と平仄をそろえておくのをおすすめる。

### 三 転得者の保護

#### <例題>

XがAに中古自動車（登録済）を所有権留保付きで販売した（第一売買）。さらに、AがこれをユーザーYに販売し、Yは代金を完済して引渡しを受けた（第二売買）。ところが、その後、AがXに代金を支払わないまま倒産したため、Xは、第一売買を解除した上で、Yに対し所有権に基づいて当該自動車の引渡しを請求した。この場合、請求原因事実は認められることから、YはXからの引渡請求を拒否し得るか。

#### <解釈>～判例

確かに、Yは、公示の完備された登録済自動車は「動産」にあたらなため即時取得の抗弁（192条）もできないし、権利保護要件としての登録も具備していないため解除前の「第三者」（545条1項）にもあたらない。

しかし、A倒産のリスクは、Aを利用し利益を上げてきたXが負担すべきであって、代金も完済したYにリスクを転嫁する行為は権利の濫用（1Ⅲ）である。

よって、YはXからの引渡請求を拒否し得る（最判昭50.2.28／百選I〔第6版〕〔100〕）

## 四 対内的効力（売主と買主の関係）

買主は実質的所有者であるから、特約によって制限されていない限り自由に使用・収益できる。もともと、特約がある場合の特約違反は契約解除（留保所有権の実行）の理由になり得る。

## 五 対外的効力（当事者と第三者の関係）

◆ 最判平21.3.10／百選I〔100〕

事案： 駐車場の所有者Xが、駐車場の一区画に放置されている自動車について、購入代金を立替払している動産留保所有権者であるY信販会社に対して、土地所有権に基づく自動車撤去土地明渡請求をした。

判旨： 「留保所有権者は、残債務弁済期が到来するまでは、当該動産が第三者の土地上に存在して第三者の土地所有権の行使を妨害しているとしても、特段の事情がない限り、当該動産の撤去義務や不法行為責任を負うことはないが、**残債務弁済期が経過した後は、留保所有権が担保権の性質を有するからといって上記撤去義務や不法行為責任を免れることはない**と解するのが相当である。なぜなら、上記のような留保所有権者が有する留保所有権は、原則として、残債務弁済期が到来するまでは、当該動産の交換価値を把握するにとどまるが、残債務弁済期の経過後は、当該動産を占有し、処分することができる権能を有するものと解されるからである。」

## 第4節 仮登記担保

仮登記担保とは、AがBに金を貸したときに、もしBが約定の期日に借金を返さなければ、Bまたは第三者（物上保証人）に属する所有権その他の財産権を債権者Aに移転させ、それによって本来の債務の履行に代える旨を約し（代物弁済予約が多い）、この場合にAが有する所有権取得の期待権を仮登記または仮登録によって保全する、といった形式の担保をいう。

## 第5節 買戻し・再売買の予約

### 一 意義

#### 1 買戻し

解除権を留保して売買契約をすること（579）。

## 2 再売買の予約

売買契約と同時に、買主が売主に将来再び同一不動産を売り渡すという予約をするもの（556）。

## 二 機能

買戻し・再売買の予約は、債務者（売主）が目的物を債権者（買主）に売却し、その代金という形で融資を受け、その後一定期間内に売買代金を返還すれば目的物を取り戻せるとする制度（前者はもとの契約の解除という形で、後者は再売買という形で取り戻す）であり、債権担保の手段としての機能を有する。但し、買戻特約付売買契約で、目的不動産を売主が引き続き占有している場合、特段の事情がない限り、譲渡担保契約と解するのが相当である（最判平 18.2.7・百選 I [95]）。

## 第6節 代理受領

### 一 意義

債権者（通常は銀行）が、融資をするに当たり債務者が第三債務者に対して有する債権の弁済受領の委任を受け、そこで得た金銭を被担保債権の弁済に充当するもの。

→債権譲渡では、債務者への通知・承諾が必要となるが、これでは債務者の資力への疑念を生じさせることになる。そこでこのような不利益を回避し得る制度として、代理受領制度が発達した。

### 二 関連当事者間の法律関係

#### 1 債権者と債務者の関係

債権者と債務者との間には、債権の弁済受領に関する委任関係が成立する。

#### 2 債権者と第三債務者との関係

##### (1) 債権者の取立権

債権者は第三債務者に対する直接取立権を有しない。

∴ 代理受領は債権譲渡ではないので、第三債務者は依然債務者に債務を負うため。

##### (2) 第三債務者による承諾

債権者・債務者間で委任契約を締結するのみでは、第三債務者が債務者に弁済してしまうことを阻止できないので、代理受領により債権者のみが弁済受領権限を有することについて、第三債務者の承認を得ることがある。



### 三 代理受領を承諾した第三債務者が自己の債権者に弁済した場合

#### <例題>

代理受領を承諾した第三債務者Cが債務者Bに弁済した場合、債権者Aは、第三債務者Cに対してどのような主張をすることができるか。

#### <解釈>

第三債務者の承諾は、代理受領を承諾する趣旨ではあるが、さらにそれにより得られる債権者の利益を侵害しない趣旨を含むものであるから、第三債務者は、債権者になした承諾により、債権者の利益を侵害しない不作為義務を負う。

よって、第三債務者の債務者への弁済行為は、この義務に違反するものであるから、債権者は第三債務者に対し不法行為責任（709）を追及することができる（最判昭 44. 3. 4/百選 I [第5版] [100]）。





**れっく LEC** 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2019 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU19269