

司法試験

ピンポイント講義

民法の事案処理の方法

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 158150

LU15815

第1問

甲社団法人は、非営利法人であり、定款で「法人の会員の指導、連絡、監督に関する業務を行うこと」を目的として定めている。甲社団法人の代表理事Aは、甲の会員でないBから、旧友のよしみで、BのCに対する債務をBに代わって弁済するように頼まれた。そこで、Aは、自らC方へ赴き、Bとは旧知の仲である旨を告げ、甲社団法人を代表してCに甲が所有するX土地を代物弁済し、所有権移転登記をなした。その後、Cは、これらの事情につき善意無過失のDにX土地を譲渡し、さらに、Dは、これらの事情につき悪意のEにX土地を譲渡したが、登記名義は未だCの下にある。

一方、AがCに代物弁済をした後であって、CがDにX土地を譲渡する前の間に、Aは、甲社団法人に資金調達の必要が生じたことから、譲渡にかかる必要な手続を経て、甲を代表してFにX土地を譲渡し引き渡していた。

X土地の登記は依然Cの下にあるとして、この場合におけるEF間の法律関係について論ぜよ。なお、甲社団法人のA以外の理事は、AC間の事情を認識していたが放置していたものとする。

答案構成

第1 EのFに対する所有権に基づくX土地明渡請求は認められるか

第2 CのX土地所有権取得の可否

1 問題点～法人の「目的の範囲」(43)の意義

→権利能力制限説＝「目的」によって権利能力が制限されている
→追認や表見代理の成立の余地なし

∵ 法人は社会的に有用な一定の目的のために権利義務の主体たる地位を認められたもの

2 ・あてはめ：甲の会員ではないBの債務を弁済するというAの行為は、「目的の範囲」外の行為として無権代表行為であって、絶対的に無効

・結論：CはX土地の所有権を取得できない

第3 DEのX土地所有権取得の可否

1 DもX土地の所有権を取得できないのが原則

∵ CはX土地について無権利、かつ登記に公信力なし

2 94条2項類推適用の可否

(1) AC間に通謀なく、94条2項を直接適用することはできない

↓しかし

①虚偽の外観の存在、②真の権利者の帰責性、③外観への信頼がある場合は、同条項を類推適用して第三者を保護すべき

∵ 94条2項の趣旨

(2) ・あてはめ：①C名義の所有権登記があり虚偽の外観あり

②A以外の理事は事情を認識しているにもかかわらず放置しており、帰責性あり

③Dは善意無過失であり、C名義の登記という外観に対する信頼あり

↓

・結論：Dは94条2項類推適用に基づき、X土地の所有権を取得
なお、94条2項類推適用にあたり、登記は不要

3 悪意のEの承継取得の可否

→問題点～善意の譲受人からの悪意の転得者

・自説：絶対的構成

∵ 善意の前者に対する追奪担保責任(561)の追及を認めると94条2項類推適用による善意者保護の意味を失わせる

・結論：Eは所有権を取得する

第4 EとFの関係

1 Fも甲社団法人から甲社団法人の目的の範囲内で有効にX土地の所有権を取得

→問題点～真の権利者からの譲受人と94条2項の「善意の第三者」との関係

2 規範定立

94条2項が類推適用され、第三者が権利を取得する場合には、本人から第三者に有効な譲渡が行われたと同様の法律関係となると解すべき

3 あてはめ

本問では、EF間は、甲を基点する二重譲渡類似の関係に立ち、登記をもって優劣を決する(177)

→現在、登記名義は、Cの下にあるからEはFに対して優先する地位を主張することができない

第5 結論

EのFに対するX土地明渡請求は認められない

解答例

第1 Eは、Fに対し、所有権に基づいてX土地の明渡しを請求することが考えられるが、認められるか。

第2 EのFに対するX土地明渡請求が認められるためには、まず、EがX土地の所有権を取得することが必要である。

1 まず、Eが所有権を取得する場合としては、CがX土地の所有権を取得する場合が考えられる。

しかし、甲社団法人の理事AがX土地をCに代物弁済した行為は、43条の「目的の範囲」外の行為として無効ではないか。同条の「目的の範囲」の意義が問題となる。

思うに、法人は社会的に有用な一定の目的のために権利義務の主体たる地位を認められたものであるし、また、文言上も「権利を有し、義務を負う」とされていることから、目的によって権利能力が制限されるものと解する。

したがって、目的の範囲外の行為は絶対的に無効であり、追認や表見代理の成立の余地はない。

2 Aの行為は、甲の会員でないBの債務を弁済するという行為であり、その行為の客観的・抽象的性質からみても、「目的の範囲」外の行為であることは明らかである。

したがって、Aの行為は、絶対的に無効であるから、CがX土地を有効に取得する可能性はない。

第3 次に、DがX土地の所有権を取得し、Eがこれを承継取得する可能性について検討する。

1 Cは、X土地について無権利であり、また、登記に公信力はないから（192条参照）、Dは、X土地の所有権を取得できないのが原則である。

2 もっとも、Dは、AC間の事情について善意無過失でCからX土地を譲り受けており、Cの登記を信頼したDを保護しないと取引の安全を害することになる。そこで、Dを保護するための法律構成が問題となる。

(1) 本問では、AC間に通謀はなく、94条2項を直接適用することはできない。

しかし、94条2項の趣旨は、虚偽の外観が存在し、外観を作出した権利者に帰責性がある場合には、外観を信頼した第三者を保護し、取引安全を図ることにある。

とすれば、①虚偽の外観の存在、②真の権利者の帰責性、③第三者の外観に対する信頼（善意無過失）が認められる場合は、同条項を類推適用して第三者を保護すべきと解する。

(2) 本問では、①C名義の登記という虚偽の外観が存在する。また、②A以外の理事が、Aが目的の範囲外の行為をした事実を認識したのにこれを放置しており、真の権利者たる甲の帰責性が認められる。そして、③第三者たるDは、AC間の事情につき善意無過失であり、C名義の登記という虚偽の外観を信頼しているといえる。

● 請求と法的根拠①

● 目的の範囲の意義

● 最大判昭和45.6.24

● 請求と法的根拠②

● 94条2項類推適用

● 最判昭和45.9.22

したがって、Dは、94条2項類推適用に基づき、X土地の所有権を取得する。なお、94条2項類推適用にあたり登記は必要としない。真の権利者の帰責性が大きいし、対抗関係に立つものでもないからである。

- 3 そうだとしても、AC間の事情につき悪意であるEは、DからX土地の所有権を承継取得できるか。条文上明らかでなく、問題となる。

思うに、転得者が保護されないと、善意の第三者が追奪担保責任（561条）を追及されることになり、94条2項類推適用による善意者保護の意味が失われる。

そこで、転得者は善意の第三者の地位を受け継ぐ者として、悪意であっても保護されると解する（絶対的構成）。

よって、Eは、DからX土地の所有権を承継取得する。

第4 EとFの関係

- 1 一方、本問では、Fも甲からX土地を譲り受けている。そして、Aが資金調達のために行った譲渡は、甲の目的の範囲内の行為といえ、また、必要な手続を経ているからFはX土地の所有権を取得する。

とすれば、EのFに対するX土地明渡請求が認められるためには、EがFに優先することが必要となる。

- 2 ここで、94条2項が類推適用され第三者が権利を取得する場合には、あたかも本人から第三者に有効な譲渡が行

われたと同様の法律関係が生じると解すべきである。

- 3 そうすると、本問の場合は甲社団法人を起点とする二重譲渡類似の法律関係が生じることとなるから、EF間是对抗関係となり、登記をもって優劣を決すべきである（177条）。

現在、登記名義は、Cの下にあるからEはFに対して優先する地位を主張することはできない。

- 第5 したがって、EのFに対する、X土地明渡請求は認められない。

以上

● 最判昭42.10.31

第2問

平成10年3月、X₁～X₅₀（以下では「Xら」という）はそれぞれ、Y不動産会社が販売に供した甲マンション（一棟の建物とその敷地から構成されており、区分所有権の総数は50となる）の1戸ずつを、「大地震にも揺るがない安心で快適な住まい」と書かれたYの宣伝パンフレットを参考にしつつ、代金を5000万円～8000万円として買い受ける契約を結んだ。同年4月6日から同月9日までに、XらからYへの売買代金の支払いと引換えにYからXらへの区分所有権等の移転登記が完了した。また、同月10日から同月12日までに、YからXらへの甲マンションの引渡し完了した。

ところが、平成19年12月17日、甲マンションの建物がもともとその構造上、震度5弱以上の地震によって倒壊する恐れがあることが判明した。この耐震構造の問題は甲マンションの外形から認識することがきわめて困難であるため、Xらは甲マンションの引渡しを受けた当時にはこれに全く気づくことができず、その後もこの点を認識しないまま甲マンションに居住していた。しかし、甲マンションを設計したA建築士が他のマンション設計において耐震構造を偽った計算書を建築確認申請に添付していたことが、平成19年9月に立件されたために、調査の結果、甲マンションの建物についても構造上の問題があることが判明したのである。

甲マンションの建物は、Yからの注文を受けたB建設会社（Yの子会社）がAの設計のもとで建築し、平成10年3月に完成させたものであった。Yも、平成19年9月まで、甲マンションの耐震構造の問題は全く認識していなかった。

以上の事実関係について、下記の設問に答えなさい（各設問はそれぞれ独立したものである。また、民法典以外の特別法は考慮しないものとする）。

問1 平成20年1月7日、XらはYに対して甲マンションの耐震構造を補強する工事をするように請求した。

かかるXらの請求の可否について検討しなさい。

問2 平成20年1月7日、XらとYは会合を開き、その当初から、XらはYに対してすみやかに甲マンションの補強工事をするか、または補強工事に必要な費用を賠償するように求めていた。しかし、両者の話し合いが決裂したため、平成20年7月31日、Xらは、別途、C建設会社との間で甲マンションの耐震構造を補強する工事請負契約を締結した。同年8月1日、XらはYに対し、Cとの工事請負契約で必要となる費用を賠償するように請求する訴えを提起した。

かかるXらの賠償請求の可否について検討しなさい。

（平成21年度 中央大学法科大学院）

答案構成

第1 問1について

- 1 570条に基づく瑕疵修補請求の可否
 - (1) 請求の根拠としては、売買契約に基づく瑕疵担保責任（570）が考えられる
 - (2) 570条は、当事者の公平を図るために売主に責任を負わせることにしたもの（法定責任説）
→570条によって債務不履行責任を前提とする完全履行請求をすることはできない
 - (3) 570条に基づく瑕疵修補請求はできない
- 2 保証義務の不履行に基づく瑕疵修補請求
 - (1) 売主が一定の品質性能を保証し、当該品質性能にみえない場合には、完全履行する旨の特約が認められる場合には、当該保証債務の不履行責任を理由とする完全履行義務を負う
↓本件では
 - (2) ・Yは「大地震にも揺るがない安心で快適な住まい」という宣伝
・具体的にどの程度の耐震強度を有しているのかが判別せず、保証内容が確定しない
→品質を保証していたとは解されない
 - (3) Yの保証義務を認めることもできず、完全履行請求を求めることもできない
- 3 以上より、Xらの完全履行請求は認められない

第2 問2について

- 1 Xらは債務不履行責任を追及することはできない（483参照）
- 2(1) そこで、570条の瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求をすることができるか
 - (2)ア 「瑕疵」とは、目的物が通常有すべき性質・性能を有していないことをいう
↓本件では
震度5弱の地震で倒壊するマンションは通常有すべき性能を欠くといえるから、「瑕疵」がある
 - イ 「隠れた」とは、買主が取引通念上一般に要求される程度の注意をしても瑕疵を発見できないこと
↓本件では
耐震構造が問題であり、外形から瑕疵を認識することがきわめて困難であったといえるから、「隠れた」といえる
 - ウ 除斥期間にもかからない（566Ⅲ参照）
 - エ 瑕疵担保責任は無過失責任のため、Yは帰責事由の不存在の反論をすることはできない
- (3) 以上より、Yは570条に基づく担保責任を負う
- 3 損害賠償の範囲が問題
法定責任説を前提として考えると、信託利益の賠償請求に限られる
→耐震構造を補強するための工事費用はこれにあたる
- 4 以上より、Xらによる損害賠償請求は認められる

解答例

第1 問1について

1 570条に基づく瑕疵修補請求の可否

- (1) XらのYに対する請求の根拠としては、売買契約に基づく瑕疵担保責任(570条)が考えられるが、請負契約と異なり(634条1項本文)、570条は瑕疵修補請求権について規定していない。そこで、570条の法的性質と関連して瑕疵修補請求権が認められるかが問題となる。
- (2) そもそも570条の趣旨は、特定物売買の場合に瑕疵ある物を現状で給付すれば債務を履行したことになる(483条)、それでは有償契約の等価的均衡がはかれないことから当事者の公平を図るために特に売主に責任を負わせることにした点にある(法定責任説)。このように、570条の責任を債務不履行責任とは異なる特別の法定責任と考えると、570条によって債務不履行責任を前提とする完全履行請求をすることはできないと考えられる。
- (3) そして、本件売買契約は、特定物を目的としたものであるから、570条に基づく瑕疵修補請求はできないと考える。

2 保証義務の不履行に基づく瑕疵修補請求

- (1) もっとも、特定物売買であっても、売主が一定の品質

性能を保証し、当該品質性能にみえない場合には、完全履行する旨の特約が認められる場合には、当該保証債務の不履行責任を理由とする完全履行義務を負う。

- (2) 本件では、たしかに、Yは「大地震にも揺るがない安心で快適な住まい」という宣伝をしていた。しかし、マンションが具体的にどの程度の耐震強度を有しているのかが判別せず、保証内容が確定しないことから、このような宣伝文句のみをもって、品質を保証していたとは解されない。
- (3) したがって、Yの保証義務を認めることもできず、これを根拠に完全履行請求を求めることもできない。
- 3 以上より、Xらの完全履行請求は認められない。

第2 問2について

- 1 本件の売買契約は特定物を目的とするものであるから、Xらは債務不履行責任を追及することはできない(483条参照)。
- 2(1) そこで、570条の瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求をすることができるか、同条の要件がみたされるかが問題となる。
- (2)ア 「瑕疵」とは、目的物が通常有すべき性質・性能を有していないことをいう。
本件についてこれを見ると、震度5弱の地震で倒壊

● 売買契約に基づく瑕疵担保責任の内容として修補請求が認められるか

● 法定責任説

● なお、平成11年に制定された「住宅の品質確保の促進等に関する法律」第95条1項によれば、新築住宅の売買についても、明文で瑕疵修補請求が認められている

● 「瑕疵」の意義

するマンションは通常有すべき性能を欠くといえるから、「瑕疵」があるといえる。

イ 次に、「隠れた」とは、買主が取引通念上一般に要求される程度の注意をしても瑕疵を発見できないことをいう。

本件では、耐震構造が問題であり、外形から瑕疵を認識することがきわめて困難であったといえるから、「隠れた」といえる。

ウ また、Xらが倒壊のおそれがあるとの事実を知ったのは平成19年12月17日であり、この時点から1年を経過しない段階で請求をしているから除斥期間にもかからない(566条3項参照)。

エ なお、Yは平成19年9月まで耐震構造の問題を全く認識していなかったのであるが、瑕疵担保責任は無過失責任と解されるから、Yは帰責事由の不存在の反論をすることはできない。

(3) 以上より、Yは570条に基づく担保責任を負う。

3 次に、損害賠償の範囲が問題となる。

上述したように、瑕疵担保責任の法的性質につき法定責任説を前提として考えると、完全な履行を観念することはできないため、履行利益の賠償請求はできず、信託利益の賠償請求に限られる。

● 「隠れた」の意義

● 瑕疵担保に基づく損害賠償請求の範囲が信託利益に限られるのか履行利益まで含むのか

そして、信託利益とは買主が瑕疵のない物だと信じたことによって被った損害であるところ、耐震構造を補強するための工事費用はこれにあたる。

4 以上より、Xによる損害賠償請求は認められる。

以上

第3問

A社は、B社に対し、実験用マウス30匹を売り渡した。ところが、この中に、人及びマウスに有毒なウィルスに感染したものが混じっていた。その後、Bの従業員Cがこのウィルスに感染して発病し、長期の入院治療を余儀なくされた。Bは、このウィルスに感染した他のマウス200匹を殺すとともに、Bの実験動物飼育施設に以後の感染を防止するための処置を施した。

右の事例において、(1)Aに過失がなかったときと、(2)Aに過失があったときとに分けて、AB間及びAC間の法律関係について論ぜよ。

(平成5年度旧司 第2問)

答案構成

第1 Aに過失がなかったときについて

1 AB間の法律関係

- (1) BはAに対して健康なマウスの引渡請求ができるか

↓

本件売買は不特定物が対象であるが、ウィルスに感染したマウスという瑕疵物の提供では目的物が特定されたとはいえない

↓よって

Aには瑕疵なき物の調達義務が残っており、Bは健康なマウス30匹の引渡しを請求しうる

↓なお

特定物売買の570条(566Ⅲ)との均衡から、その趣旨を類推し、1年の除斥期間の適用がある

- (2) さらに、財産的損害(他のマウス200匹や実験動物飼育施設に対する処置等)について無過失責任としての瑕疵担保責任(570, 566)の追及ができないか

→同条が本件のような不特定物売買にも適用されるか

↓思うに

同条は債務者が給付義務を尽くした場合において、有償契約における対価的均衡を維持するために、法が債務者に対して負わせた特別の法定責任

↓とすれば

不特定物売買について同条の適用を認めるべきではない

↓したがって

本件においてもAは瑕疵担保責任を負わず、Bはこれに基づく賠償請求は許されない

さらにAに過失がない以上、不法行為に基づく損害賠償請求(709)も認められない

2 AC間の法律関係

Aに過失がないので、Cも「長期の入院加療を余儀なくされた」ことについて入院加療費やその間の逸失利益等の賠償請求(709)はできない

第2 Aに過失があったときについて

1 AB間の法律関係

- (1) 特定が生じていない以上、健康なマウスの代物請求が可能

- (2) 債務不履行責任に基づく損害賠償(415)ができないか

↓もともと

本問では、拡大損害が生じているため、この処理が問題

↓この点

拡大損害も給付の不完全履行を原因とした損害であるため、どこまでの範囲の損害が賠償されるべきかという416条の問題として処理すると解する

↓

拡大損害は特別損害として、債務者に予見可能性が認められる場合に限り、損害の範囲に含まれる

↓あてはめ

- ・実験用マウスがウィルスに感染していることは、動物を扱う会社なら予見することが可能
- ・ひとたび感染が生じたならば、他のマウスにも感染し、感染防止処置を施さざるをえないこと及びマウスを扱う従業員にも感染することも予見可能

→Bはこれらから生じる財産的損害についてAに損害賠償しうる

- (3) 不法行為に基づく賠償請求も可能であり、賠償の範囲については416条を類推すべき

2 AC間の法律関係

Cは709条に基づき、入院加療費およびその間の休職等による逸失利益について、Aに対し損害賠償請求が可能

解答例

第1 Aに過失がなかったときについて

1 AB間の法律関係

(1) まず、BはAに対しウィルスに感染したマウスに代えて健康なマウスの引渡しを請求しうるか。そもそもAB間の契約は、当事者が目的物の個性に着目していない不特定物の売買契約（555条）である。そこで、AがBに「マウス30匹を売り渡した」ことにより、給付の目的物が特定したのではないかが問題となる。

しかし、本件では、「有害なウィルスに感染したものが混じっていた」のであり、瑕疵物を提供したことになる。

したがって、なお特定は生じていないとすべきである。よって、Aには瑕疵なき物を調達すべき義務が残っており、Bは健康なマウス30匹の引渡しを請求しうる。

なお、特定物売買についての570条（566条3項）との均衡からその趣旨を類推し、1年の除斥期間の適用があると考ええる。

(2) さらにBは、財産的損害（他のマウス200匹や実験動物飼育施設に対する処置等）について、何らかの損害賠償請求ができないか。

Aに過失がなかった以上、過失責任としての債務不履行責任（415条等）を問うことはできない。

● 不特定物である点をまず指摘することが出発点

● 瑕疵ある物の給付では、特定は生じない

● 債務不履行責任を問うことはできないことをまず確認することは重要

● 不特定物に対する瑕疵担保責任の適用の有無

● 判例は、不特定物の売買で、給付された物に瑕疵があることが受領後判明した場合に、瑕疵の存在を認識した上でこれを履行として認容した場合に限り、瑕疵担保責任の追及を認めている（最判昭36.12.15/百選II〔52〕）

では、無過失責任としての瑕疵担保責任（570条、566条）の追及ができないか。同条が本件のような不特定物売買にも適用されるかが問題となる。

思うに、同条は債務者が給付義務を尽くした場合において、有償契約における対価的均衡を維持するために、法が債務者に対して負わせた特別の法定責任と解すべきである。とすれば、「現状で」引き渡せば足りる（483条）特定物債権と異なり、瑕疵物の提供ではなお給付義務を尽くしたと評価されない不特定物売買について同条の適用を認めるべきではない。

したがって、本件においてもAは瑕疵担保責任を負わず、Bはこれに基づく賠償請求は許されない。

さらに、不法行為に基づく損害賠償（709条）が考えられるが、「Aに過失がなかった」以上、これも認められない。

かかる結論はBにとって酷のようにも思われる。しかし、Bは、実験用マウスを扱っているのだから、ある程度の危険が伴うことはやむをえないというべきである。また、Aとしては、かかる危険なマウスを取り扱う者として、高度の注意義務が課されていたはずであり、Aがそのような高度の注意義務を尽くしていたような例外的な場合についてまで、なおBに損害賠償請求を認めるこ

とはかえって公平とはいえない。よって、Bの賠償請求権を否定することもやむをえないと考える。

2 AC間の法律関係

Cが「長期の入院加療を余儀なくされた」ことについて入院加療費やその間の逸失利益等を賠償請求（709条）できるかが問題となる。しかし、前にみたようにAに過失がない以上、Aに不法行為責任を追及することはできない。

第2 Aに過失があったときについて

1 AB間の法律関係

(1) この場合にもなお、特定が生じていない以上、健康なマウスの代物請求が可能である。

(2) さらに、Aに過失があるため、債務不履行責任に基づく損害賠償（415条）を求めることが考えられる。

もっとも、本問では、B社はウィルスに感染した他のマウス200匹を殺すとともに、Bの実験動物飼育施設に以後の感染を防止するための処置を施している。このような拡大損害が生じている場合に、どのようにして処理すべきであるか問題となる。

この点、拡大損害も給付の不完全履行を原因とした損害であるため、どこまでの範囲の損害が賠償されるべきかという416条の問題として処理すると解する。すなわち、拡大損害は特別損害として、債務者に予見可能性

● 拡大損害

がある場合に限って認められるべきと解する。

本問についてみると、実験用マウスがウィルスに感染していることは、動物を扱う会社であれば予見することが可能であるといえる。そして、実験用マウスは通常大量に飼育・販売するものであるから、ひとたび感染が生じた場合には、他のマウスにも感染し、以後の感染を防止する処置を施さざるをえないこと及びマウスを扱う従業員にも感染することもまた十分予見可能であったと認めることができる。

したがって、Bはこれらから生じる財産的損害についてAに損害賠償しうると考える。

(3) また、不法行為に基づく賠償請求も可能と考えられる。この場合の損害賠償の範囲は明文がないが、損害の公平な分担という趣旨を同じくすることから、416条を類推すべきと解する。したがって、その範囲は債務不履行責任のところでも述べたものと一致する。

2 AC間の法律関係

AC間には契約関係はないので、CはAに対して債務不履行に基づく損害賠償責任を問うことはできず、不法行為に基づく損害賠償請求（具体的な損害の内容としては、入院加療費及びその間の逸失利益）ができるにすぎない。

以上

● 416条の「当事者」は債務者を意味し、予見可能性の基準時を債務不履行時に求めるのが通説

第4問

Aは、自己の所有する工場甲に、債権者Bのために抵当権を設定しその登記をした。上記抵当権は被担保債権の弁済により消滅したが、抵当権登記の抹消はされなかった。その後、Bは、新たにAに対する債権を取得し、Aは甲に抵当権を設定した。その際、登記は以前の登記を流用した。

Bの新抵当権設定後、Aが購入し工場甲で使用している大型機械乙が甲に搬入され、備え付けられた。その後、金策に困ったAは、Cに乙を売却した。乙はAの同意の下、甲の外に搬出され、現在はCが占有している。

以上の事例において、Bはいかなる手段を採りうるか。

答案構成

第1 抵当権に基づく乙の返還請求

- 1 Bは抵当権に基づきCに対して乙を甲に戻すよう請求する
- 2 上記請求が認められるためには、乙に抵当権の効力が及ぶこと、その効力をCに対抗できることが必要

3(1) 乙に抵当権の効力が及ぶか

乙は甲の従物（87Ⅰ）にあたるので、従物が「付加して一体となっている物」（370 本文）に含まれるかが問題

↓

370 条は、目的物と経済的・価格的一体性を有する物にもその効力を及ぼすもの→従物はいつ設置されても、目的物と経済的・価格的一体性を有する→従物は付加一体物に含まれる

↓よって

乙にも抵当権の効力が及ぶ

(2) Cに抵当権を対抗できるか

→登記を流用していることが問題

↓

原則：登記の流用は認められない

∵ 物権変動の過程を正確に公示するという不動産登記法の理念

例外：内容が現在の権利関係に一致する限り無効とする必要なし

∵ 登記制度の主たる目的は、権利関係の公示により、取引の安全を図ることにある

→ただし、流用前に第三者が存在する場合には、流用を否定すべき

→あてはめ：Cは流用後の第三者→流用可→BはCに抵当権を対抗しうる

(3)ア 分離物と第三者

イ 分離されたこと自体によって抵当権の効力が否定されることはない

ウ 第三者に抵当権の効力を対抗できるか

↓

分離物が抵当不動産上に存在し登記による公示が及ぶ限りで抵当権の効力を第三者に対抗できる→搬出されれば、抵当権の効力を第三者に対抗することはできなくなる

エ あてはめ：乙は甲から搬出されているので、Bは抵当権の効力をCに対抗できない

第2 抵当権侵害に基づく損害賠償請求

- 1 BのCに対する損害賠償請求（709）
乙の搬出により甲の交換価値が減少するので、抵当権の「侵害」あり
- 2 「損害」：目的物の価値が減少したことにより、被担保債権の完済を受けられなくなったことが必要

↓

本間におけるあてはめ

第3 売却代金に対する物上代位

Bは乙の売却代金に物上代位（372・304Ⅰ）できる

第4 その他の手段

- 1 即時弁済請求
Aは乙の搬出により担保を減少させた→137Ⅱにより期限の利益喪失→BはAに対して直ちに被担保債権の支払いを請求することができ、また抵当権を実行することもできる
- 2 増担保請求
BはAに増担保請求することもできる

解答例

第1 抵当権に基づく乙の返還請求について

- 1 工場甲に備え付けられた大型機械乙がCに持ち出されていることから、Bは、抵当権に基づきCに対して乙を甲に戻すよう請求することが考えられる。
- 2 まず、抵当権も物権である以上、抵当権を侵害した者に対し、抵当権に基づく物権的請求権を行使できる。ただし、そのためには、乙に抵当権の効力が及び、かつ、かかる効力をCに対抗できることが必要である。
- 3(1) まず、乙に抵当権の効力は及ぶか検討する。

乙は甲と別個独立の物であるが、甲に備え付けられ、使用されていることから、甲の効用を助ける物であるから、甲の従物（87条1項）にあたる。そして、抵当権の交換価値を維持するため、従物たる乙にも抵当権の効力が及ぶと考えるべきであるが、その法律構成をいかに解すべきか。

この点、従物は370条の付加一体物にはあらず、抵当権設定当時の従物に限り87条2項により抵当権の効力が及ぶとする見解もあるが、これでは、抵当権の実行により主物と従物の所有権者が別々になり、社会経済上不都合を生じる。

思うに、370条は、抵当権が目的物の交換価値を把握する権利であり、目的物と経済的・価格的一体性を有

する物にもその効力を及ぼすものである。そして、従物はいつ設置されても、目的物と経済的・価格的一体性を有する。

したがって、付加一体物には従物も含まれると解する。

よって、甲の従物たる乙にも抵当権の効力が及ぶ。

- (2) 次に、BがCに対してかかる効力を対抗できるか検討する。ここで問題となるのが、Bは抵当権の対抗要件である登記（177条）を備えているが、その登記は以前の登記を流用したものであるという点である。

原則として、物権変動の過程を正確に公示するという不動産登記法の理念からは、かかる登記は無効である。

しかし、登記制度の主たる目的は、不動産をめぐる権利関係を公示し、取引の安全を図ることにある。とすれば、登記が物権変動の過程を正しく反映していなくても、内容が現在の権利関係に一致する限り無効とする必要はない。

ただし、流用前に第三者が存在する場合は、その第三者に対する関係では流用を否定すべきである。

本件では、Cは流用後に利害関係を取得した第三者であるから、Cに対する関係では、流用された登記も有効であり、本問でもBはCに抵当権を対抗し得る。

- (3)ア しかし、乙は甲から分離された上、搬出されている。

● 乙の返還請求

● 法的根拠

● 効力が及ぶか（最判昭
44.3.28/百選I [84]

● 従物と付加一体物

● 対抗力が及ぶか

● 流用登記の可否

● 流用までに現れた正当な利害関係のある第三者に対しては流用による抵当権の対抗力を否定し、そうした事情がなければ流用を許すという制限的有効説である

イ まず、分離されたことによって効力が失われるのではないか、という問題があるが否定すべきである。抵当目的物の交換価値を維持する必要があるし、いったん効力が及んだ場合に失われるとする理由はないからである。

ウ ただ、依然として抵当権の効力が及んでいるとしても、その効力を第三者に対抗できるか否かは別問題である。

思うに、抵当権は登記を対抗要件とする権利であるから、分離物が抵当不動産上に存在し登記による公示が及ぶ限りで、抵当権の効力を第三者に対抗できると解すべきである。そうすると、一旦分離物が抵当不動産から搬出されれば、抵当権の効力を第三者に対抗することは出来なくなると解される。

エ 本件で、乙が甲から搬出されてしまっている以上、Bは抵当権の効力をCに対抗できない。

第2 抵当権侵害に基づく損害賠償請求について

1 BはCに対して抵当権侵害に基づく損害賠償請求（709条）をすることが考えられる。

まず、乙の搬出により甲の交換価値が減少するので、抵当権の「侵害」が認められる。

2 もっとも、「損害」が発生したというためには、目的物の

価値が減少したことにより、被担保債権の完済を受けられなくなったことを要する。なお、損害賠償請求の時期については、抵当権の実行前でも弁済期以後であれば損害額の算定が可能であるため、損害賠償請求を認め得ると解する。

ただし、損害賠償請求が認められるためには、Cに「違法性」「故意又は過失」が認められる必要があるが、Aと取引をして乙を取得したCにかかる事情が認められることは稀であろう。

第3 売却代金に対する物上代位について

Bは乙の売却代金に物上代位（372条・304条1項）することができる。

なお、抵当権には追及力が認められることとの関係で物上代位を否定する見解も存在するが、条文の文言に反するため支持できない。

第4 その他の手段について

1 Aは乙の搬出により担保を減少させているので、137条2号により期限の利益を失う。よって、Bは直ちに被担保債権の支払いを請求することができ、甲に対する抵当権を実行をすることもできる。

2 さらに、意思表示により特段の事情がない限り、BはAに増担保請求をすることもできる。

以上

● 分離物と第三者

● ただし、本問では、追及効は認められない

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) 2015 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU15815