

【問題1】

- × 1 登記済の抵当権は、一般債権者や抵当不動産の第三取得者に対しては、~~被担保債権の全額について~~、優先的に債権を回収することができる。
 普通抵当権の優先弁済権は、利息・遅延損害金等につき、最後の2年分に限定される(375条)。根抵当権には、同条の制限はないが、根抵当権の優先弁済権は、極度額に限定される(398条の2第1項)。いずれか一方を指摘するだけでよい。
- × 2 抵当権は、その設定後に目的不動産に付合した動産からも優先的な弁済を受けることができるが、その設定後に目的不動産の常用に供するため付属した物からは~~原則として優先的な弁済を受けることができない~~。
 抵当権設定後の従物(87条)も付加一体物(370条)に含まれるため、抵当権者は、従物を含めた抵当不動産の売却代金から優先的な弁済を受けることができる。
- 3 建物とその敷地に共同抵当権を設定した後に建物が取り壊されて新築された場合において抵当権者が新築建物に抵当権の設定を受けられなかったときは、法定地上権は成立しない。
 判例(最判平9・2・14民集51巻2号375頁、最判平9・6・5民集51巻5号2116頁)・多数説は、いわゆる全体価値考慮説を採用し、このような場合の土地を更地として評価して、抵当権者の保護を図っている。もちろん判例を具体的に指摘する必要はない。
- 4 不動産の譲渡担保権者が、被担保債権の弁済期到来後に目的不動産を第三者に処分して移転登記がされた場合であっても、~~その第三者が悪意であるにとどまらずその行為態様が信義則に反するときには、譲渡担保設定者は、受戻権を行使して目的不動産の登記の抹消を求めることができる。~~
 弁済期到来後は、譲渡担保権者は適法に目的不動産を処分することができ、譲渡担保設定者の受戻権は失われるので、背信的悪意者であるか否かなど第三者の主観的態様を考慮することなく、第三者は完全に所有権を取得できる(最判平6・2・22民集48巻2号414頁)。譲渡担保設定者は、清算金請求権を被担保債権とする留置権を主張できるにとどまる。もちろん判例を具体的に指摘する必要はない。第2文を書けていれば加点する。
- × 5 2000万円の定期預金債権が妻と2人の子どもに遺言なく共同相続された場合、妻は、銀行に対して~~1000万円までは単独で払戻しを請求することができる~~。
 共同相続された普通預金債権、通常貯金債権及び定期貯金債権は、いずれも、相続開始と同時に当然に相続分に応じて分割されることはなく、遺産分割の対象となる(最大判平28・12・19民集70巻8号2121頁)。妻は、相続分に相当する1000万円の払戻し請求はできず、法定相続分の1/2と法務省令による150万円のいずれか低い方の請求が可能である(909条の2。法務省令29号平30・11・21)。本件では各相続人とも、150万円の払戻しのみ可能。もちろん判例を具体的に指摘する必要はなく、909条の2の指摘だけでよい。分割債権とならないという判例を指摘できていれば加点する。法務省令は解説のための補足であり授業でも説明していなかったので書く必要はない。

【問題 2】

Xは、Aに5000万円を年利10%で1年間融資し、Aの弟のB所有の甲建物（時価7000万円）にBから抵当権の設定を受けて、その登記を備えた。

(問1) 抵当権設定の1か月後、BがXの同意を得ることなく、甲を取り壊そうとしている場合、XはBに対して、何を根拠にどういうことが請求できるか（10点）。

抵当権に基づく妨害予防請求（一種の物権的請求権）として甲の取壊しを差し止められる。弁済期到来前なので、抵当権実行前の保全処分（民執187条）は使えない。なお、Sは、自らの行為による担保の滅失ではないので、当然には期限の利益を失わない（以上は問2～4についても同様なので繰り返さない）。Bは自分自身に対する請求権を持たないし、Aにも所有者Bの行為を止める権利がないため、問2で問題にするような代位請求は考えられない。

(問2) 抵当権設定の2か月後、CがBの同意を得ることなく無断で甲に住み込んでいる場合、XはCに対して、問1と異なる根拠に基づいて、甲の自らへの明渡しを求めることができるか（20点）。

Xは、BのCに対する所有権に基づく妨害排除請求権を代位行使することが考えられる（423条の法意による）。この場合の被保全権利は、XのBに対する侵害是正請求権である。しかし、抵当権は非占有担保権であり、原則として、抵当不動産の占有・使用・収益には干渉できない。例外的に、これが許されるには、第三者の不法占有によって競売手続の進行が害され適正な価額よりも売却価額が下落するおそれがあるなど、抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ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、すなわち抵当権侵害のおそれがなければならぬ（最大判平11・11・24民集53巻8号1899頁）。本件では弁済期までは相当の期間があり、現在の時点での抵当権侵害があるとは言いにくく、抵当権の侵害がその時まで継続するおそれがあることを基礎づける特段の事情がなければ、おそらく（妨害排除というよりは妨害予防の）請求は認められないだろう。仮に要件をみたすとした場合であっても、「B自身が抵当権に対する侵害が生じないように甲を適切に維持管理することが期待できない」ときでなければ、自らへの明渡しは請求できない（最判平17・3・10民集59巻2号356頁）。妨害排除または予防請求権の代位行使であること、および、その要件と効果について論じて欲しい。もちろん判例を具体的に明示する必要はない。

(問3) 抵当権設定の3か月後、BがXの同意を得ることなく、甲を取り壊してしまった場合、XはBに対して、何を根拠にどういうことが請求できるか（10点）。

甲がすでに取り壊されていて抵当権は消滅しているので、抵当権侵害に基づく損害賠償請求（709条）が可能である。自己の所有物を壊すことは所有者の自由であるが、抵当権を侵害することは許されないのである。判例・学説は複雑に対立しているがその詳細には立ち入る必要はなく、不法行為による解決が示されればよい。

(問4) 抵当権設定の4か月後、BがXの同意を得ることなく、甲を取り壊してしまった場合、XはBの行為にまったく関与していなかったAに対して、何を根拠にどういうことが請求できるか（10点）。

AはBの担保権侵害について責任はないから損害賠償責任を問うことはできず、融資（金銭消費貸借契約）における明示または黙示の合意が認められれば、代り担保や増担保の提供を請求できる。

(問5) 抵当権設定の1年後、BがXの同意を得ることなく、甲をDに2000万円で売却して移転登記をしてしまった場合において、Aが元利金の5500万円を弁済できなかったときは、XはDに対して、どういう対応をとることができるか（10点）。

抵当権の追及効により、XはDに対して抵当権の実行を申し立て、甲を競売して被担

保債権を回収することができる。転売代金に対する物上代位や代価弁済の請求では、Dから2000万円しか回収できないので、Xがこれらの権利を行使することはない。Dは、競売申立て前ならば、それより低い額の申出をして抵当権消滅請求をすることが考えられるが、甲の時価が7000万円であれば、多少安くなっても競売により被担保債権全額を回収できる可能性が高いので、Xはやはり競売を申し立てるだろう。Dが5500万円の第三者弁済の提供をすれば、Xはそれを受領すればよい。第2文以下は補足解説なので、書かなくてもよいが、適切な言及には加点する。