

# 2014 年度松岡ゼミ特別プロジェクト

## 物権法短答式問題正解・解説

### 01 正しい

自分の所有物の利用は所有権によって正当化されるので制限物権は必要がない(179条の混同消滅も参照)。

### 02 誤り

大深度地下の公共的使用に関する特別措置法(平12年法87号)は、一定地域の40mないし50m以深の地下には地表の所有権は及ばず、公共の利益となる事業のために、国土交通大臣あるいは都道府県知事の認可を受けて使用できるとする。

### 03 誤り

民法86条1項により、石垣など独立性のない定着物は土地の一部として扱われるが、実採掘の鉱物は、鉱業法2条・3条より独立の物権である鉱業権の対象となる。

### 04 誤り

民法213条により、袋地の所有者は、公路に出るために、分割・譲渡された他方の土地のみ通行することができる。

### 05 3

1は誤り。物権的請求権はすべての物権について例外なく認められているわけではなく、留置権や先取特権などについてはこれらに基づく返還請求権は認められない。例えば、留置権は目的物の占有喪失で消滅し(民法302条本文)、先取特権はその権利内容として、もともと目的物の占有権能が含まれていないからである。2も誤り。物権的請求権は物権から派生する権利であるから、物権から独立して消滅時効にかからない(大判大5・6・23民録22輯1161頁)。そして、所有権は消滅時効にかからないので(民法167条2項)、所有権に基づく物権的請求権も消滅時効にかからない。3は正しい。侵害者の故意や過失がない場合に物権的請求権を肯定しても、本来のあるべき帰属状態が回復されるにすぎず、請求の相手方に対して特段の不利益とはならないからである。4は誤り。現行民法においては明文の規定はないが、旧民法においては根拠条文が存在していた(財産編36・67・136条など)。現行民法典の起草者は、物権に物権的請求権が認められるのは自明のこととして明文の規定を不要と考えた。

### 06 2

物権的請求権は、占有者の故意や過失を要件としない。物権的請求権の行使による原状回復にかかる費用をだれが負担するかについては議論がある。すなわち請求権は占有者に費用を負担させることまで含むのか、所有者が自己の負担で回復行為を行うのを認めさせるにとどまるのか、ということである。前者を行為請求権説、後者を忍容請求権説という。

## 2014 年度松岡ゼミ特別プロジェクト 物権法短答式問題正解・解説

占有者は、目的物の維持管理のために支出した必要費について、善意悪意を問わず所有者に償還を求めることができる。これに対し改良等のための有益費については、実際の支出額か増価分のいずれかを所有者が払えばよい。自分の所有物はどう処分してもよいのだから（206 条）、自分の所有物だと信じて返還義務を負っていると知らない占有者（善意の自主占有者という）は、現に利益を受けている限度にまで責任を制限される（191 条）。

### 07 できない

判例によると金銭の所有権者は、特段の事情のない限り、その占有者と一致すると解すべきとされているので、この場合 100 万円の所有権は B に移り、A は所有権に基づく返還請求を主張できない（最判昭 39・1・24 判時 365 号 26 頁）。この場合 A は B に対して不法行為に基づく損害賠償請求や不当利得の返還請求などを主張できるにすぎない。

### 08 誤り

抵当権に基づく明渡請求または代位請求が考えられるが、最大平 11・11・24 民集 53 巻 8 号 1899 頁・最判平 17・3・10 民集 59 巻 2 号 356 頁は、交換価値の実現妨害によって優先弁済請求権の行使が困難となる状態を抵当権侵害としている。よって無条件に認められるとしている点ですでに誤っている。のみならず、自己への明渡請求については、平 17 年判決が、抵当不動産の所有者において抵当権に対する侵害が生じないように抵当不動産を適切に維持管理することが期待できない場合を要件として明示しており、この点でも制限がある。

### 09 誤り

民法 674 条 1 項は、組合員の損益分配の割合について「当事者が損益分配の割合を定めなかったときは、その割合は、各組合員の出資の価額に応じて定める。」としている。当事者の合意により不均等に定めることも可能である。

### 10 誤り

民法 249 条は「各共有者は、共有物の全部について、その持分に応じた使用をすることができる。」と規定しており、持分が過半数に満たない共有者であっても不動産の全部につき使用することはできるため、他の共有者は当然に明渡しを求めることはできない。使用方法に関する協議をして現状を変えることになるが、協議が整わなければ持分価格による多数決になる（252 条）。使用方法に不満のある少数者は共有物の分割請求（256 条）をすることになる。

### 11 2

民法 252 条本文による。全員の同意が必要とも思えそうだが、それでは物が有効に活用

## 2014 年度松岡ゼミ特別プロジェクト 物権法短答式問題正解・解説

されないことが多く、社会経済上も得策とは言えない。それゆえ変更を伴わない管理行為は持分価格の多数決による。

### 12 正しい

保存行為に当たるから可能であると考えられ(最判昭 31・5・10 民集 10 卷 5 号 487 頁)、かつては通説であった。もっとも、近時では、持分権が侵害されているという理由付けもされている(最判平 15・7・11 民集 57 卷 7 号 787 頁)。いずれの判例も無効な登記の抹消請求だが妨害排除請求として根拠付けられている。権利の行使の側面では、不可分債権(428 条)だという理由付けも見られる(最判昭 42・8・25 民集 21 卷 7 号 1740 頁)。いずれにせよ単独で可能である。

### 13 求められない

抹消登記手続では C の共同相続権の部分が無視されるので、共同所有の登記に改める更正手続ができるにとどまる(最判昭 38・2・22 民集 17 卷 1 号 235 頁)。

### 14 2

死亡して持分権を相続する人がいないときはその持分権は、他の共有者に持分割合に応じて帰属すると定めた 255 条と相続人がいない相続財産は、被相続人の特別縁故者に分与することができる定めた 958 条の 3 のどちらが優先するかの問題である。判例は、特別縁故者への財産分与が被相続人の合理的意思と特別縁故者の期待に沿うことから、特別縁故者を相続人に準じて扱うべきとして 958 条の 3 を優先した(最判平元 11・24 民集 43 卷 10 号 1220 頁)。

### 15 正しい

最判昭 44・7・25 民集 23 卷 8 号 1627 頁によれば、強い付合の場合(本問)には、付合物は社会通念上の独立性を欠き、ただし書を適用する前提を欠くとされている。242 条ただし書は弱い付合の場合のみ適用される。

### 16 正しい

判例(最判昭 31・6・19 民集 10 卷 6 号 678 頁など)は、無権原者が他人の土地に樹木・農作物を植えた場合には、それらは土地に付合し、土地所有者が所有権を取得し、播種者に権原がある場合には、播種者がその所有権を留保するとしている。

### 17 3

アの場合には、損害賠償請求はできない。ただし、X に償金を請求できる。

乙は甲土地と分離すると、木として成育できなくなる。したがって、乙は甲土地に付合し

## 2014 年度松岡ゼミ特別プロジェクト 物権法短答式問題正解・解説

ていると考えられるので、原則として乙の所有権は土地所有者 Y が取得する。

イの場合は、損害賠償請求ができる。

X は甲土地の賃借権を持っているので、乙は権原を持って付属された物といえる。樹木は土地と別個独立に取引客体になりうるとされているので、Y は過失により X の所有権を侵害したことになる。

### 18 4

1 では、ドアが不動産甲に結合して独立性を失うため、その所有権は不動産所有権に吸収される（民 242 条）。2 では、X は乙土地を利用する権利があるため、X の植えた野菜は乙土地に付合しない（民 242 条ただし書）。3 では、埋蔵物丙について、遺失物法の手続によらなければ、X は丙の所有権を取得することができない（民 241 条本文）。4 では、ドアが不動産甲に付合したため、X は元の物や労力の相当価格の返還を求めうる（民 248 条）。

### 19 2

1 は、他人物売買の場合、Y<sub>1</sub> が甲の所有権を取得した時に所有権は X に移転する（最判昭 40・11・19 民集 19 卷 2003 頁）とされるので、X はまだ所有権を取得しておらず、誤り。

2 は、契約の効力が生じた時に、代金の支払や移転登記をしていなくても、別段の特約がない限り、X は乙の所有権を取得する（最判昭 33・6・20 民集 12 卷 10 号 1585 頁）とされるので正しい。

種類物売買の場合に、目的物が特定された時に所有権が X に移転する（最判昭 35・6・24 民集 14 卷 8 号 1528 頁）とされる。未特定の場合には X は所有権を取得できないから、3 は誤り。

4 は、所有権移転時期について特約がある場合にその特約に従う（最判昭 38・5・31 民集 17 卷 4 号 588 頁）ので X は所有権を取得しておらず誤り。

### 20 誤り

公信の原則とは、取引の動的安全を保護するために、登記などの公示方法を信用して取引したものは、たとえ前主が無権利者であっても、法律の効力により、新たに権利を原始取得することをいう。

動産については、民法 192 条によって公信の原則が採用されている。それに対して、不動産については公信の原則を採用しておらず、登記には公信力はない。

登記に公信力がない理由としては、登記の真実性を確保するための仕組みの不十分さがあげられる。登記官には、形式的審査権限しかなく、実際の権利の所在と公示とが必ずしも一致しているとは言えないからである。

## 2014 年度松岡ゼミ特別プロジェクト 物権法短答式問題正解・解説

21 正しい

本登記の対抗力は本登記時以降に生じ、仮登記の時や物権変動時には遡らないとするのが現在の判例である（最判昭 54・9・11 判時 944 号 52 頁）。

22 正しい

BとCは土地甲の所有権という両立することのできない相容れない物権を主張する立場にあり、BとCの関係は、民法 177 条の対抗関係といえる。それゆえ、Bは登記がなければ、Cに土地甲の所有権を主張することができない。また、Cは登記があるのでBに土地甲の所有権を主張することができる。つまり、契約はBのほうがCよりはやかっただが、Cが土地甲の所有権を取得することになる。

AとBとの売買契約は履行不能となり、BはAに債務不履行による損害賠償請求ができる。

23 3

単なる悪意ある者は「第三者」に当たるが、背信的悪意者や不法行為者は、177 条による保護を受けるに値しない（大判明 41・12・15 民録 14 輯 1276 頁、最判昭 40・12・21 民集 19 卷 9 号 2221 頁ほか多数）。

24 2

1は、判例・通説によれば双方未登記の場合、互いに自己の所有権の取得を主張することはできないので誤り。

2は、一般債権者は民法 177 条の第三者には当たらないとされているので、登記なくして所有権を主張できる。そもそも一般債権者は差押えをしない限りBやCとの対抗問題が生じることがない。

3は、不動産賃借権は相対効しかない債権であるが、対抗要件（民法 605 条、借地借家法 10 条・31 条）を備えれば貸主から所有権を譲り受けた者に対しても効力を主張できる。そのため、Cは第三者に当たり、Bは登記なくして所有権を主張できない。

25 2

1は誤り。相続放棄の遡及効（民法 939 条）は、登記の有無を問わず、何人に対してもその効力を生じるので、Aは無権利者であり、Yの差押えも無効であるため、Xは登記がなくてもYに相続による権利取得を対抗できる（最判昭 42・1・20 民集 21 卷 1 号 16 頁）。

2が正しい。Xは登記なくして自己の持分の取得をYに対抗できる。しかし、遺産分割前のAは共同相続人として持分を取得しているため、この持分の限度では登記は有効であり、Yは有効に差押えができる。登記全部の抹消や差押えの全面的な排除は請求できず、自己の持分の限度での執行の排除や、更正登記の請求ができるにとどまる（最判昭 38・2・22 民

## 2014 年度松岡ゼミ特別プロジェクト 物権法短答式問題正解・解説

集 17 卷 1 号 235 頁)。

3 も誤り。遺産分割により相続分と異なる権利を取得した相続人は、登記をしなければ、分割後に当該不動産に権利を取得した第三者に対して、権利の取得を対抗できない(最判昭 46・1・26 民集 25 卷 1 号 90 頁)。

### 26 誤り

Xの持分については、Zにとっては最初から他人の持分であるので登記なくして常にYに対抗できるが(最判昭 38・2・22 民集 17 卷 1 号 235 頁)、Zの持分については、遺産分割の遡及効(909 条本文)は、Yとの関係では新たな物権変動と同視できる。すなわち、相続人が相続により取得した権利について、分割時に新たな変更を生じると変わらないため、登記なくして権利取得を対抗できない(最判昭 46・1・26 民集 25 卷 1 号 90 頁)。なお、相続放棄については、939 条を徹底して第三者に対してXは登記なくして所有権の取得を対抗できる(最判昭 42・1・20 民集 21 卷 1 号 16 頁)。

### 27 誤り

判例は、遺贈は遺言者の生前における意思表示であり、これによって物権変動が生ずる点は贈与と同じであり、遺贈を原因とする所有権移転登記がなされない間は完全に排他的な権利変動が生じないものと解して、登記をもって対抗要件とするとしている(最判昭 39・3・6 民集 18 卷 3 号 437 頁、最判昭 46・11・16 民集 25 卷 8 号 1182 頁)。

### 28 誤り

判例は、売主と取消し後に現れた第三者との関係については、詐欺による売買契約の取消しによって、甲土地の所有権はXに復帰し、Yに移転しなかったことになるが、この物権変動は 177 条により登記をしなければ第三者に対抗することができないとしている(大判昭 17・9・30 民集 21 卷 911 頁)。

### 29 3

1 は 94 条 2 項類推適用の余地がないわけではないが、錯誤無効についての判例はなく、無権利者Aからの譲受人Yは公信力がないため保護されない。Xはむしろ登記がなくてもYに権利を主張できる。契約の取消前に現れた第三者と原権利者との関係は、第三者保護要件を備えているかどうかによって決定される。第三者保護規定のない強迫の場合には、Xは登記なくしてYの権利を主張できる。3 が正解。Yが善意であれば 96 条 3 項によってXはXA間の無効をYに主張できないので、輾轉譲渡の前主と後主の関係に立つ。Xは登記を回復してもYの権利取得を否定できない。4 では、Yは権利保護要件としての登記を備えていれば 545 条 1 項ただし書で保護されるが、Xに登記があるのでXの勝ち。

## 2014 年度松岡ゼミ特別プロジェクト 物権法短答式問題正解・解説

30 正しい

CはAがBとの不動産売買契約を取り消した後に、当該不動産についてBと新たな取引関係に入ったいわゆる取消し後の第三者である。取り消した者と取消し後の第三者との関係は対抗問題となり、先に登記を備えた方が優先する(大判昭17・9・30民集21巻911頁)ので、Cは、善意であっても登記を備えなければ保護されない。

31 3

判例は、Xから第三者への譲渡が時効完成の前か後で分け、時効取得者Yと完成後の第三者Bの関係は民法177条対抗問題となり(最判昭33・8・28民集12巻12号1936頁)、他方、完成前の第三者Aとは時効取得の当事者であり対抗関係には立たないとする(最判昭41・11・22民集20巻9号1901頁)。

32 できる

CがBの時効完成前に出現していた場合には、Bの時効取得においてCは所有者(当事者)であるから、Bは登記なくして時効による所有権の取得をCに主張できる(最判昭41・11・22民集20巻1901頁)。

33 2

1. 時効完成前に元所有者から不動産を譲り受けた第三者Cは、時効取得者Bとは当事者類似の関係になり民法177条の第三者に当たらず、BはCに登記なくして時効取得を主張できる(大判大7・3・2民録24輯423頁)。よって誤り。

2. 取消し後の第三者とは対抗関係に立ち、登記を具備しなければ所有権を主張できない(大判昭17・9・30民集21巻911頁)。よって正解。

3. 民法545条1項ただし書の趣旨は、解除の遡及効から取引の安全を図ること。よって、解除前の第三者に限定されている。よって本問において、Cは民法545条1項ただし書では保護されず、取消し後の第三者のときと同様に、AとCは対抗関係に立ち、先に登記を備えたほうが優先する。よって誤り。

34 2

アについて、Cは解除後の第三者であり、背信的悪意者でもないのでAとCは対抗関係にあり、Aが登記済のCに解除による所有権の復帰を主張することは原則としてできない(最判昭35・11・29民集14巻13号2869頁)。

イについて、Fは背信的悪意者にあたるとしても、判例によると背信的悪意者からの転得者であるGは、G自身がEとの関係で背信的悪意者と評価されない限り、登記の欠缺を主張する正当の利益を有する「第三者」にあたるとしている(最判平8・10・29民集50巻9号2506頁)。

## 2014 年度松岡ゼミ特別プロジェクト 物権法短答式問題正解・解説

35 正しい

即時取得は、取引行為自体が有効であることを要件とするので、無権代理の場合には適用されず、丙の保護は表見代理の規定による。

36 3

1・2は192条が適用されて甲を取り戻せない。3は193条の例外が適用されるので甲を取り戻せる。1～3では無職のAについて194条の適用の余地はない。これに対して、4ではAは同種の商品を販売する商人であり、193条のさらに例外である194条が適用されるので、XはYに8万円に償還しないと甲を取り戻せない。

37 誤り

188条により、動産取得者の無過失が推定される（最判昭41年6月9日民集20巻5号1011頁）。過失に関する立証責任は原所有者にある。

38 正しい

即時取得は、取引行為自体が有効であることを要件とするので、無権代理の場合には適用されず、丙の保護は表見代理の規定による。

39 誤り

即時取得は時効取得と同じで、原始取得である。それゆえ、所有権の負担となる従前の権利は即時取得者には承継されない。

40 1

1は正しい（大判大10・7・8民録27輯1373頁）。

未分離立木は土地の一部なので動産ではなく、192条の適用はない（大判昭7・5・18民集11巻1963頁）ため2は誤り。

未登録自動車は引渡しを対抗要件とするので、即時取得も可能（最判昭44・11・21判時581号34頁。登録制度のない軽自動車の事例）ゆえ、3は誤り。

判例は一貫して否定している（最判昭32・12・27民集11巻14号2485頁）。学説には、否定説・肯定説・折衷説・類型論など諸説がある。

41 できない

即時取得に際して、目的物が盗品や遺失物である場合には、盗難・遺失の時より2年以内であれば、盗難被害者・遺失者は第三者に対して物の回復を請求できる（民法193条）。

## 2014 年度松岡ゼミ特別プロジェクト 物権法短答式問題正解・解説

この場合、盗難の時から2年以上が経過しているため、Xに回復請求権は認められない。AがBから目的動産を譲り受けた時期は関係ない。

42 2

アは、物に関する双務契約一般において、代金支払い遅滞の際の、物引渡債務者の利息請求権と使用収益権とは表裏の関係にあり、前者が認められない以上、占有者に使用収益権が認められると解するべきとの批判である。

イは、190条1項は悪意の占有者の使用収益権を否定する趣旨の規定であり、これと併せて、189条2項は占有者敗訴の場合その訴えの提起時からの使用収益権を否定するものであり、批判にはならない。ウも、むしろ問題文中の説を根拠付けるものである。

エは、特に、訴訟係属中の使用利益の帰属につき占有者の保護に欠けるとする批判である。

43 1

この中でまず用益物権に該当するのが3以外。その中でも原則として対抗要件に登記が含まれないものは1のみである。

44 誤り

278条1項により前段は正しいが、2項により更新後の最長存続期間はやはり50年である。

45 誤り

民法282条1項より。地役権は土地を物質的に利用し、その土地の利便性を高めるための権利である。だから、要役地または承役地が共有地であった場合、各共有者は自己の持分についてだけ地役権を消滅させることはできない。地役権は、持分だけについての利便性を高めるために設定できる権利ではないからである（地役権の不可分性）。

46 2

1は誤り。永小作権の存続期間は、20年以上50年以下と法律で定められている（民法278条）。

2は正しい。地上権は、賃借権と異なって、無償の約定も有効。

3も誤り。地役権者は、土地の排他的な占有を持つわけではないので、返還請求はすることができない。その他の物権的請求は可能である。

4の「共有の性質を有する入会権」は、集団の総有とされるので、構成員は持分権や分割請求権を持たない（民法263条）。

47 誤り

## 2014 年度松岡ゼミ特別プロジェクト 物権法短答式問題正解・解説

占有が認められるためには、事実的支配に加えて自己のためにする意思（占有意思）が必要である。上記は所持の説明。例えば、定められた駐車スペースを賃借しているものには、たとえ自動車を使用中で駐車場にいないときでも、その駐車スペースの所持が認められる。

48 3

1 は不動産は即時取得できないので誤り。民法 187 条 1 項は包括承継の場合にも適用され、どの占有者の占有から主張するかも自由に選択できる。2 は 10 年経っていないため時効取得できず（162 条 2 項）誤り。4 も、187 条 2 項により瑕疵をも承継するため、20 年経っておらず時効取得できないため誤り。3 は B と Y の占有を通算して 10 年経過しているので短期取得時効が可能であり、正しい。

49 4

X<sub>2</sub> は占有代理人である。X<sub>1</sub> には間接占有（181 条）、X<sub>2</sub> には直接占有が認められるため、ともに占有訴権を有する。また占有訴権と本権に基づく訴えは同時に行使することも可能であるため X<sub>1</sub> は所有権に基づく返還請求もできる（202 条 1 項）

50 4

アは正しい（大判大 13・5・22 民集 3 巻 224 頁）。

イも正しい。結局 A のもとに本は戻るのであるから、C に一応占有回収請求を認めることは訴訟上不経済であると考えられている。

ウは誤り。占有は本権の有無に関わらず、事実的支配と占有意思を基礎に認められるものである。ウは、アとも矛盾している。

51 正しい

保証債務や抵当権等の担保物権は、主たる債務又は被担保債権（主たる権利）が成立しなければ成立せず、他に移転すればこれに随伴し（随伴性）、それが消滅すれば同時に消滅するというように、ある権利がその成立・存続・態様・消滅等において主たる権利と運命を共にする性質。ただし、その権利が主たる権利の経済的目的を達成する手段であるという存在目的から生ずるものであるから、必要に応じて附従性は緩和され、例えば、根担保の有効性が承認されている（『法律学小辞典第 4 版補訂版』（有斐閣）より引用）。

52 誤り

留置的効力とは、債務が完済されるまで債権者（担保権者）が目的物を留置しうる効力という。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って、留置権と質権がそれを有する（295 条、342 条）。抵当権は非占有担保権であり（369 条）、留置的効力を持たない。

## 2014 年度松岡ゼミ特別プロジェクト 物権法短答式問題正解・解説

53 3

2・4では、抵当権が非占有担保（民法369条1項）であるため、原則として抵当権者は目的物の利用・管理などを干渉できない。1では、Bの抵当権設定はCの抵当権設定より先になされたが、Cの抵当権設定登記のほうが先になされたため、Bの順位はCに劣後する（民法373条）。

54 3

1では、判例（大判明38・12・6民録11輯1653頁）は消費貸借契約の要物性を緩和して、最終的に貸付金が交付される限り、抵当権は無効ではないとする。2では、利息制限法に反する高利の契約では、制限を超過する利息債権（利息制限法1条を参照）を被担保債権とする抵当権の設定登記は認められない（最判昭30・7・15民集9巻9号1058頁）。3では、他の共有者の同意を得ず、かつ、追認を得なければ、自分の持分権にのみ抵当権が成立する。4では、未完成の建物について、判例（大判昭10・10・1民集14巻1671頁）によると、建物は、屋根や壁ができて雨風がしのげる程度になれば、天井や床がなくても独立した不動産として取引の対象となり、所有権保存登記もできるようになる。しかし、基礎工事段階の甲はこのような状態に至っていないので、独立した不動産ではなく、抵当権の対象にならない。

55 誤り

最判昭40・5・4民集19巻4号797頁によれば、滅失建物の登記の流用は、抵当権の登記の流用のような単なる登記用紙中の記載事項の流用とは異なり、基本たる登記用紙自体の流用であり、無効である。学説もこれに賛成している。

56 1

Aさんの願いは届かず抵当権の目的物に含まれる。民法370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に付加して一体となっている物に及ぶ」により、もみじは抵当権が及ぶので、もみじは抵当権の実行に伴いCのものになる。

しかし、370条には、「ただし、設定行為に別段の定めがある場合及び第424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、この限りではない」というただし書きがある。このような場合にはもみじは抵当権の目的物にはならず、抵当権実行後もAのものになる。

57 誤り

判例では、甲建物の価値は丙建物の価値の一部として存続しているものとみなし、甲建物の価格に応じた持分を目的とする抵当権として存続するとしている（最判平6・1・25民集

# 2014 年度松岡ゼミ特別プロジェクト 物権法短答式問題正解・解説

48 卷 1 号 18 頁)。

学説もこの判例を支持している。

58 2

通常の使用・収益にあたらぬ分離をされても、分離物が目的不動産の上にあるときは、  
抵当権の効力はその分離物に及ぶとするのが判例・通説である(大判昭7・4・20新聞3407  
号15頁)。1と3のようにすでに甲地から外れた場合には、当然に抵当権の効力が及ぶとは  
言えない。分離物にも及ぶとした判例(最判昭57・3・12民集36巻3号349頁)は、工場  
抵当法5条2項が適用される特殊な例と考えられている。また、3のような目的物の果実に  
ついては、果実を抵当不動産とは別個のものにとらえ、担保不動産収益執行手続きにより抵  
当権者が果実のみについて抵当権を実行できる法的基礎をおいている。被担保債権の弁済  
期前に分離された果実には抵当権の効力は及ばない(371条)。

59 誤り

判例は、民法87条2項により抵当不動産のみならず設定当時の従物にも抵当権の効力は  
及ぶとした(大連判大8・3・15民録25輯473頁)。

抵当権の効力から除外する等特段の事情のない限り、民法370条により従物にも抵当権  
設定登記により対抗力が備わる(最判昭44・3・28民集23巻3号699頁)。

60 正しい

抵当権は建物の交換価値を把握している。もし物上代位できなければ、BはAへ無担保で  
お金を貸すという状況に陥ってしまう。だから、CからAへの火災保険金にBは物上代位す  
ることで、担保を維持することができる。

ただし、CからAに実際に保険金が支払われる前に、Bは物上代位しなければならない  
(民法304条1項・372条)。

また、火災保険金はAが支払っていた保険金の対価であり、建物甲の対価ではないとする  
説もある。

61 誤り

判例は賃料に対する物上代位を肯定(最判平元・10・27民集43巻9号1070頁)。

ただし、賃料への物上代位(付加的物上代位)は、債務者が債務不履行をしない限り行使  
できない。

62 誤り

判例によれば、目的債権の譲渡は民法304条の「払渡し又は引渡し」にあらず、物上代  
位の目的となる債権が譲渡され譲受人が対抗要件を備えた後であっても、抵当権者は物上

## 2014 年度松岡ゼミ特別プロジェクト 物権法短答式問題正解・解説

代位をすることができる（最判平 10・1・30 民集 52 卷 1 号 1 頁）。

63 1

判例（最判平 10・1・30 民集 52 卷 1 号 1 頁）は、304 条 1 項ただし書の趣旨は第三債務者の二重弁済の防止にあり、この趣旨からすると債権譲渡は同条の「払渡し又は引渡し」に含まれず、物上代位が優先するとした。

64 2

判例（最判平 13・3・13 民集 55 卷 2 号 363 頁）は、抵当権の設定登記と借入人の反対債権の取得時期の先後によって、物上代位と相殺の優劣を判断した。反対債権が抵当権設定登記以後に取得された場合には相殺や相殺合意よりも物上代位が優先する。1 は判例に照らして誤りで、2 は正しい。

なお、民法 304 条 1 項ただし書きにより、差押え前に相殺がすでに行われていた場合には、「払渡し又は引渡し」に該当するので、その相殺は有効なものとなる。それゆえ 3 は誤り。

65 3

後順位抵当権者も競売を申し立てることはできるが、先順位の担保権者が優先弁済をうける被担保債権の総額と実行にかかる手続費用の合計額から、不動産の買い受け可能価額を控除した額に剰余がなければ原則として競売手続きは取り消される（民執 63 条）。

66 正しい

大判昭 3・8・1 民集 7 卷 671 頁、大判昭 9・6・15 民集 13 卷 1164 頁がこの趣旨を説く。なお、X は A の Y に対する損害賠償請求（709 条）に物上代位（372 条、304 条）ができるため、Y に対する不法行為に基づく直接の損害賠償請求については否定的な見解も多い。

67 誤り

果実の収穫、立木の伐採、搬出などは抵当不動産の価値を低下させるので、「通常の使用収益」あるいは「抵当権設定契約で定めた範囲」を超えないかぎりにおいてのみ、設定者の自由である。

68 1

賃借権が抵当権に優先する旨の登記をするには、先に登記を備えている抵当権者全員の同意が必要とされる（387 条）。1 はその適用例で正しい。C との関係では X が優先するよう見えるが、C が抵当権を実行しても A の抵当権も消除されるため、A の抵当権に遅れる X の賃借権も消除され、買受人は賃借権を引き継がない（民執 59 条）。2 は誤り。代価弁済

## 2014 年度松岡ゼミ特別プロジェクト 物権法短答式問題正解・解説

ができるのは、所有権又は地上権を買い受けた第三者であるので賃借人は含まれない（378条）。なお、代価弁済は抵当権者が主導権を有する制度であるので、その点でも3は誤り。賃借権者は、抵当権消滅請求権者にも当たらない（379条）。

### 69 誤り

法定地上権が成立するためには、抵当権設定時に土地と建物が同一所有者に帰属することが必要である（388条）。抵当権設定時に土地と建物の所有者が異なるときは、何らかの約定利用権があったはずであり、法定地上権で保護する必要はない。なお、Xの建物購入によってもこの利用権は混同消滅しない（179条1項ただし書または520条）。

### 70 誤り

抵当権の登記後になされた賃貸借契約において、

- ① 賃借権が登記され
- ② 賃借権の登記前に登記をした抵当権者すべての同意があり
- ③ その同意について登記がされている

という要件を満たす場合には、同意をした抵当権者に賃借権を対抗することができる（387条1項）。

また、抵当権者の同意により不利益を受ける者があるときは、その者の承諾があることも必要である（387条2項）。

問題文は同条1項の③の要件が充たされていないので、同条2項の場合を検討するまでもなく誤っている。

### 71 1

1については、明認方法は第三者が利害関係を有するに至った時点において存続していないと対抗力は認められない。そのため、抵当権設定の時に明認方法が存在していない本問では対抗できない。

2については、法定地上権が成立するために対抗できる。

### 72 3

土地を目的とする抵当権の設定があった場合、法定地上権の成立要件の一つである土地と建物の同一所有者への帰属は、抵当権設定時を基準に判断され、また、複数の抵当権が設定された場合は順位一番の抵当権が設定された時を基準に判断される（最判平2・1・22民集44巻1号314頁）。これは一番抵当権者の土地に対する担保評価の保障が重視されるためであり、Aの場合法定地上権は成立しない。

しかし、後順位抵当権の設定時に要件を満たしていた場合、一番抵当権消滅後の抵当権の実行によって法定地上権が成立するとした判例がある（最判平19・7・6民集61巻5号

## 2014 年度松岡ゼミ特別プロジェクト 物権法短答式問題正解・解説

1940 頁)。後順位抵当権者は、先順位抵当権が消滅することを予測して担保評価をすべきであることなどが理由として挙げられている。

### 73 誤り

389 条に規定されている一括競売は、抵当権者の権利であって義務ではない、と解するのが判例・多数説である（大判大 15・2・5 民集 5 卷 82 頁）。

なお、法定地上権の成立を広く認めたいうえで、それを望まない抵当権者には一括競売の義務を課すとする学説も有力である。

### 74 誤り

395 条により、賃借人 C には買受人が決定してから 6 か月間の明渡猶予期間が与えられるため、買受人は直ちには明渡しを請求できない。

### 75 誤り

債務者、保証人及びその承継人は目的物を取得したとしても、抵当権消滅請求をすることはできない（民法 379 条・380 条）。なぜならば、債務全額を弁済すべき地位にあるこれらの者に、これに満たない金額で抵当権を消滅させる請求を許すべきではないからである。

### 76 2

同時配当の場合、不動産の価格に応じて B は  $\alpha$  から 1200 万円、 $\beta$  から 800 万円を回収し、C は  $\alpha$  から 1800 万円、D は  $\beta$  から 1200 万円の配当を受ける。異時配当の場合、B は  $\alpha$  から 2000 万円、C は  $\alpha$  から 1000 万円の配当を受ける。それゆえ、1800 万円－1000 万円＝800 万円が正解となる。

なお、C は  $\beta$  の競売代金から、B の持つ抵当権に代位して 800 万円の配当を受け、C は  $\beta$  から 1200 万円を回収する（民法 392 条）。

### 77 3

同時配当の場合、土地の価額に応じて B は甲土地から 2400 万、乙土地から 1600 万円の配当を受け、C は残余分の 600 万、D は 400 万をそれぞれ受け取れる。異時配当の場合でも、C、D はこの限度で代位権を行使できる。甲土地が先に売却された場合、B が甲土地から 3000 万、乙土地から 1000 万円を受け取り、乙土地の残余分 1000 万円から C は B に代位して 600 万円の配当を受ける。乙土地が先に売却された場合もこれと同様である。ただし、どちらかの土地が物上保証人の所有であるときは、債務者所有の土地から優先して配当を受けるのが原則となり、債務者所有地の後順位抵当権者は、物上保証人に対して代位権を行使できない（392 条不適用。最判昭 53・7・4 民集 32 卷 5 号 785 頁）。

## 2014 年度松岡ゼミ特別プロジェクト 物権法短答式問題正解・解説

78 誤り

元本確定前の根抵当には付従性も随伴性も存在しない。つまり、被担保債権額がある時点でなくなっても元本確定前であれば根抵当権は消滅しないため付従性はないし、債権者が元本確定前に債権を第三者に譲渡した場合、その債権は当該根抵当権の範囲外となる（398条の7第1項）。

これに対して、元本確定後の根抵当は普通抵当と同様、付従性も随伴性もある。

79 4

アは誤り。民法 398 条の 7 第 1 項より。元本確定前の根抵当権は付従性も随伴性も否定されている。イも誤り。民法 398 条の 2 と同法 398 条の 4 第 1 項より。根抵当権の確定前は正しいが、確定後においてこのような規定はない。ウは正しい。民法 398 条の 5 より。利害関係人とは、極度額増額の場合は後順位抵当権者や抵当目的物の第三取得者。減額の場合は転抵当権者など。エも正しい。民法 398 条の 11 第 1 項より。根抵当権の順位の譲渡・変更は、根抵当権確定前には許されない。これは確定後にのみ妥当する。以上より、ウとエのみ妥当であるので、4 が正解

80 誤り

元本確定前の根抵当権には、通常の抵当権に見られるような随伴性はない（民法 398 条の 7）。したがって個々の債権について債権者が変更になっても、その債権に根抵当権は随伴せず、設定契約当初の債務者と債権者間で生じる債権のみを被担保債権とする。

なお元本確定後は、根抵当権にも随伴性が認められる。

81 5

1 は、民 344 条・345 条を参照。占有改定による引渡しは効力は否定される。

2 は民 348 条を参照。3 は民 355 条を参照。

4 について、質権は消滅しないが、動産質においては第三者に対抗することができなくなる（民 345 条・352 条、大判大 5・12・25 民録 22 輯・2509 頁）。

5 について、民 353 条は、質権自体に基づく本権の訴えを否定し、質権回復の可能性を占有侵奪の場合に限るという趣旨。よってこれが正解。

82 2

1 は、質権の設定は目的物の引渡しによってその効力が生じる（民法 344 条）ので誤り。

2 は、質権が成立するためには目的物の引渡しが必要であるが、指図による占有移転でもよい（民法 355 条はそれを前提とする規定）ので、正しい。

3 は、動産の質権者は質物が第三者に奪われた場合、占有回収の訴えによってのみ質物の回復ができる（民法 353 条）ので誤り。不動産質権については明文の規定がなく争いがある

## 2014 年度松岡ゼミ特別プロジェクト 物権法短答式問題正解・解説

る。

4 も、質権の被担保債権の範囲は、元本・利息・違約金・質権実行の費用・債務不履行による損害賠償・質物に隠れたる瑕疵によって生じた損害賠償であるため（民法 346 条）、誤り。

83 誤り

留置権の成立要件として債権と物との牽連性が必要である。本事例ではBはAに対して債権を有するに過ぎず、Cに対して「その物に関して生じた債権」を有していないので、留置権を主張することはできない（最判昭 34・9・3 民集 13 卷 11 号 1357 頁）。

84 正しい

借地借家法 33 条 1 項の造作買取請求権は、あくまで造作に関して生じた債権であって、建物に関して生じた債権ではない。したがって、建物の賃借人は、造作買取請求権の行使によって発生する売買代金債権を被担保債権として留置権（民法 295 条 1 項）を主張することはできない（最判昭 29・1・14 民集 8 卷 1 号 16 頁）。学説には、建物買取請求権の場合の留置権の肯定（大判昭 18・2・18 民集 22 卷 91 頁）と不均衡であるとの批判もある。

85 正しい

建物の賃借人が、賃料不払いのため契約を解除された後に必要費及び有益費を支出した場合、建物の占有権原がないことを知りながら不法に占有していたとして、文言上当初から占有権原を欠く場合を予定している民法 295 条 2 項が類推適用される（最判昭 46・7・16 民集 25 卷 5 号 749 頁）。

86 誤り

普通先取特権ではなく、一般先取特権である。

87 誤り

一般の先取特権は、債務者の総財産について生じるが（民法 306 条）、総財産の中には特定の不動産も含まれ、それを前提にする規定もある（民法 335 条）。

88 誤り

先取特権は、法定担保物権であり、一定の趣旨に基づいて法律上当然に優先弁済権が認められる。約定担保物権とは異なり、当事者間の合意は不要。

89 誤り

民法 337 条の不動産保存の先取特権の登記、民法 338 条の不動産工事の先取特権の登記

## 2014 年度松岡ゼミ特別プロジェクト 物権法短答式問題正解・解説

に関しては、民法 339 条により、登記さえすれば、それが抵当権の登記の前であろうが後であろうが優先すると規定されている。

### 90 誤り

動産先取特権の場合、先取特権の存在は公示されることがないから、第三取得者を保護する必要があるため、第三者に引き渡すと消滅するとされている（民法 333 条）。

### 91 誤り

民法 333 条は、動産上の先取特権は公示性が乏しいので、善意・悪意の区別なく第三者を保護することによって動産取引の安全を保護するものである。民法 192 条の善意取得では第三者の保護要件として善意無過失が要求され、これとの違いが問題となるが、先取特権は法定担保物権であり、本人の意思表示の関与なく発生するので、善意取得で問題となる所有権よりも第三者の保護を厚くすることが妥当であると考えられる。333 条は、そのために、先取特権によって債務者の処分権を拘束しないという方式を採用している。

### 92 誤り

民法 333 条によると、先取特権は、その目的である動産をその第三取得者に引き渡した後、その動産について行使することができないとあり、最高裁は譲渡担保としての占有改定はこの引渡しにあたるとするので、A は絵画に対する先取特権を C に対して主張できない（最判昭 62・11・10 民集 41 卷 8 号 1559 頁）。

### 93 誤り

公的な競売手続によらずに譲渡担保権を実行して、被担保債権を優先的に回収できる。このような私的実行による債権回収が譲渡担保権の特徴。

### 94 2

アは、譲渡担保にも物上代位の規定の趣旨は及ぶ（最決平 11・5・17 民集 53 卷 5 号 863 頁）ので誤り。イは正しい。この権利は受戻権と呼ばれる。ウも正しい。判例（最判昭 50・7・25 民集 29 卷 6 号 1147 頁）はそのように判示する。エは、譲渡担保が民法に規定のない非典型担保であることから誤り。

誤りを選ぶのでアとエの組み合わせの 2 が正解。

### 95 1

譲渡担保権は占有改定により対抗要件を備えており、第三者に対抗できる（最判昭 30・6・2 民集 9 卷 7 号 855 頁）。1 は正しい。

背信的悪意者である第三者は目的物を取得できないと考えられる。大判大 9・9・25 民録

## 2014 年度松岡ゼミ特別プロジェクト 物権法短答式問題正解・解説

26 輯 1389 頁は善意・悪意不問とするが、最判平 6・2・22 民集 48 卷 2 号 414 頁は弁済期到来後の処分について背信的悪意者性は問題にならないとすることから、逆に弁済期前の処分では背信的悪意者性が問題になりうると考えられる。それゆえ 2 は誤り。

設定者保護のため同時履行関係とされる（最判昭 46・3・25 民集 25 卷 2 号 208 頁）。

96 誤り

取得者が即時取得（192 条）すれば、譲渡担保権は消滅する。なお、権利移転構成では、そもそも譲渡担保設定者は無権利者なので、「譲渡担保権の付着した目的物」は存在せず、無権利者からの取得として端的に 192 条の問題となる。

97 誤り

清算金の支払いは先履行ではなく、目的物の引渡しと同時履行の関係にある（最判昭 46・3・25 民集 25 卷 2 号 208 頁）。

98 誤り

判例は、帰属清算・処分清算の型を問わず債権者は目的物を適法有効に処分できるとし、第三者＝譲受人が背信的悪意者に当たる者であるか否かを区別しない（最判平 6・2・22 民集 48 卷 2 号 414 頁）。第三者の主観的態様を問題にすると、債権者の担保物処分が安定しないからであるという理由であるが、学説には反対も強い。

99 2

1 は、最判昭 54・2・15 民集 33 卷 1 号 51 頁が特定性を否定した事例、2 は、最判昭 62・11・10 民集 41 卷 8 号 1559 頁が棒鋼について特定性を認めた事例、3 は、最判昭 57・10・14 判時 1060 号 78 頁が特定性を否定した事例に当たる。

判例は特定性の判断基準につき、**種類・所在場所・量的範囲**などを挙げ、なんらかの方法で目的物の範囲が特定されることが必要としている（昭 54 年判例）。この趣旨は、無限定な譲渡担保を認めることにより一般債権者の拠り所となる責任財産を実質的に奪わせないことにある。1 は量的に指定するだけでは不十分であり、2 は「家財一切」という範囲が不明確で、設定者所有の物を識別する基準が示されていないため不十分である。

100 誤り

最判昭 62・11・10 民集 41 卷 8 号 1559 頁によると、動産売買先取特権の及んでいる動産が、流動集合動産譲渡担保の対象になれば、民法 333 条の「第三取得者に引き渡した」に該当するため、動産先取特権の追及効は消滅する。

よって、A は上記効力を主張することができない（ただし学説には 334 条・330 条による

## 2014 年度松岡ゼミ特別プロジェクト 物権法短答式問題正解・解説

べきだなどの批判も強い)。

### 101 誤り

登録自動車には即時取得が認められないため、Yは所有権を有しない。そのため、本来であればXのYに対する引渡請求は認められる。しかし、判例（最判昭50・2・28民集29巻2号193頁）は、XがAに対する本件自動車の販売について、履行に協力しておきながら、Yに対して自動車の引き渡しを請求するのは、本来Xが負担すべきAに対する代金回収不能の危険をユーザーであるYに転嫁しようとするものであり、自己の利益のために代金を完済したAに不測の損害を被らせるものであるので、Xの請求は権利濫用として認められないとした。

### 102 正しい

所有権留保は、売買契約において所有権が未移転であることを意味し、物権変動が存在しないので、178条も適用されず、売主の所有権の主張には対抗要件は不要である、とするのが通説である。もっとも、譲渡担保と同様に占有改定やネームプレートなどの明認方法を対抗要件と解する少数説もある。