

## 2014年度後期民法第二部試験問題解説

2015年1月30日

**I** (1)は、抵当権と抵当不動産の第三取得者の関係を問い、(2)は、法定地上権の成否について尋ねるものである。いずれも抵当権の基本問題であり、経済学部生にとっても必要な基礎知識を聞いている。

(1) 所有者は抵当権設定後も所有権を有するから、Aは甲・乙をYに譲渡できる。ただ、Yへの移転登記以前にXの抵当権の設定登記がされているから、XはYにも抵当権を主張できる。これは抵当権の追及効と呼ばれる効力である。換言すれば、YはXの抵当権の負担の付いた甲の所有権を取得し、物上保証人同様に、Aの被担保債務につき責任を負う。

※ここから先は必ずしも書かなくてよいが、書いてあればその内容に応じて加点する。

XがAのYに対する代金債権に物上代位権372条の準用する304条1項を行使できるかどうか判例では定かでない。追及効のある抵当権には代金債権への物上代位の必要性は乏しいし、代金債権に対して抵当権者が優先弁済を主張する制度として代価弁済(378条)があり、物上代位を認めるべきではないとの見解が有力である。

不動産価格に比べて被担保債権額が小さい本件では、Yは第三者弁済をすれば抵当権を消滅させることができる(Aへの求償権と代金債務を相殺することで清算)。抵当権消滅請求制度(379条以下)を利用するも可能である。

(2) 抵当権設定時に甲と乙は共にAが所有していたので、この時点で乙のために甲の利用権を設定することはできない(自己借地権は不存在)。法律が何も手当てをしなければ、抵当権の実行により甲が競売されてBの所有物となったときには、Yは乙についてBに対抗できる利用権原を有しないため、建物収去・土地明渡しが認められることとなり、建物所有者に過酷であるのみならず、住める建物を取り壊すという点で国民経済的な利益にも反する結果となる。そこで、民法388条は、「土地及びその上に存する建物が同一の所有者に属する場合において、その土地又は建物につき抵当権が設定され、その実行により所有者を異にするに至ったときは、その建物について、地上権が設定されたものとみなす」としている。これを法定地上権という。本問では、抵当権設定時に建物が存在し、それが同一の所有者に属しており、抵当権の実行によって所有者を異にするに至ったという要件をすべて充たすので、法定地上権が成立し、Yは、建物収去・土地明渡しの請求を拒める。Bは、当面、相当な地代をYに請求することができるだけである。

**II** 教科書の事項索引から探し出す本文の説明や、『有斐閣法律用語辞典』、『有斐閣法律学小辞典』などで正確な定義や説明を確認して欲しい。以下の記載例は、教育的配慮から少し丁寧に記述しており、答案にこのレベルの記述を求めるものではないし、具体例を挙げたり、どこかに重点を置いた説明も、おおいに評価するので安心されたい。

#### (1) 民法177条の「第三者」の主観的態様

177条は、不動産の物権変動は登記がなければ「第三者」に対抗することができない旨を定め、「第三者」の善意を要件としていないから、主観的態様は原則として問題とならないのが原則である。しかし、判例・通説によれば、単に未登記の物権変動がすでに行われていることを知っている（悪意）にとどまらず、同人がその第三者の登記の欠缺を主張することが信義則に反すると評価される程にその行為態様が悪質なものである場合には、同人は、結果的に同条の「第三者」に該当しない背信的悪意者とされる。その結果、未登記の不動産物権取得者は、背信的悪意者に対して、物権変動を対抗できることになる。昭和40年代に背信的悪意者排除の法理が判例で確立し、通説もこれを支持する。もっとも、背信的悪意という概念内容や限界線が曖昧であるとの批判や、判例の実質は悪意者排除であるとの指摘もあり、学説では「第三者」を善意者（あるいは善意無過失者）に限る見解も有力である。

#### (2) 占有改定による即時取得の成否

192条の即時取得の要件のうち、占有の取得の中に間接占有の取得である占有改定（183条）を含むかどうかについては争いがある。判例や多数説は、占有改定では、違法な処分によって権利者の信頼が裏切られたことが外部からみて現実化ないし顕在化していないため、即時取得の要件を充たさないとしている（否定説）。これに対して、即時取得は取引安全を保護する制度であるから、占有取得の態様は問題にならない（しかも占有改定も対抗要件に含まれると解されている）とする肯定説や、主として問題になる譲渡担保の多重設定を念頭に置いて、占有改定でも即時取得は成立するものの未確定であり、現実の占有を取得した方が最終的に勝つとする折衷説も有力である。

#### (3) 抵当権設定後の従物

抵当権の効力は、その目的不動産に付加して一体となった物には及ぶと規定されている（370条）。付合物（242条）がこれに含まれることが争いがないが、従物（87条）については疑いがある。すなわち、抵当権設定時にすでに存在していた従物には、抵当権設定という処分の効力が従物にも及ぶが（同条2項）、問われている抵当権設定後の従物については明らかでない。判例は必ずしも明確でないが、抵当不動産の価値を高める結果となるので、学説はほぼ一致して、抵当権設定後の従物にも抵当権の効力が及ぶとしている。多数説は、従物を付加一体物の中に含めてこの結論を導いている。少数説は抵当権実行を87条2項の処分だと解している。

#### (4) 物権法定主義と非典型担保物権

物権は、第三者に影響を及ぼす強力な権利なので、民法その他の法律に定めるもの限り、当事者が新しい物権を創設したり、法律の規定と異なる第三者効を加えることはできない。これを物権法定主義という（175条）。封建的な権利関係を整理して資本主義経済社会に適合する自由な所有権制度を確立することと、取引の安全を確保する趣旨である。

しかし、非典型担保物権は、民法その他の法律上の制度の欠陥（動産抵当権の制度が欠けていることなど）や不便（公的競売の費用・時間等のコスト）を補い、実務の需用を充たすために取引慣習により次第に生成してきたものであって「創設」ではなく、物権法定主義の趣旨に反しないと思われる。判例・学説は、非典型担保物権を慣習法による物権と理解し、その効力を認めている。