Readers ⇒ Leaders

2017
リーダーズ式
基本書フレームワーク講座

再受験生のための必勝パターン攻略講義☆民法

辰已法律研究所
Tatsumi legal institute

リーダーズ総合研究所

【再受験生のための必勝パターン攻略講義☆民法　目次】

1　物権・債権パターン……2
2　契約・契約以外パターン……6
3　第三者保護パターン……10
4　不法占拠者排除パターン……16
5　共有パターン……17
6　全部滅失パターン……19
7　担保責任パターン……22
8　契約キャンセルパターン……26
9　物的担保パターン……29
10　人的担保パターン……36
11　債権回収パターン……39

民　法

1 物権・債権パターン

1 物権

(1) 意義

物権とは、物を直接的・排他的に支配する権利をいう。直接的とは、他人の行為を介しないということであり、排他的とは、当該物に対する支配は他者には認められないことをいう。この点において、人に対する権利である債権と異なる。

(2) 物権の性質

ア 絶対性

物権は、絶対的な権利であるため、誰に対しても主張することができる。

イ 排他性

物権は、排他的な権利であるため、同一物権上に互いに相容れない内容の物権は成立しない。そのため、先に成立した物権が優先する。ただし、優劣の判断基準は、対抗関係具備の順で決定する。

2 債権

(1) 意義

債権とは、ある特定の者が他の特定の者に対して、特定の行為を請求することができる権利をいう。

債権者に対して、ある特定の行為をなすべき義務を債務という。債権を有する人を債権者といい、債務を負う人を債務者という。

(2) 債権の性質

ア 相対性

債権は、特定の者(債務者)に対してのみ主張することができる権利であり、原則として、第三者に対しては、主張することができない。

イ 非排他性

債権については、同一の人に対する同一の内容の債権が、複数成立することが認められる。また、債権は、原則として、債務者以外の第三者に対しては、主張することができない権利である。したがって、第三者の行為によって、債権の実現が妨げられても、債権者は、第三者の妨害行為を排除することはできない。

―図表―　**物権と債権の比較**

	物　権	債　権
絶対性	○ （すべての人に対して主張可）	× （債務者に対してのみ主張可）
排他性	○	原則：× 例外：○
登記請求権	○	×
不可侵性	○	

3　留置権

(1) 意義

留置権とは、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、その債権の弁済を受けるまでその物を留置することにより、債権の弁済を強制する権利をいう(295条)。

(2) 性質

留置権は、法定担保物権であり、付従性・随伴性・不可分性が認められるが、優先弁済効は認められない。そのため、優先弁済効がある担保物権に認められている物上代位性も認められないこととなる。

(3) 成立要件

①　留置権者が他人の物を占有していること

他人の物とは、被担保債権の債務者の所有物に限らず、第三者所有物でもよい(最判昭47.11.16)。

②　物に関して生じた債権であること(牽連性)

―図表―　**牽連性**

判例が肯定したもの	判例が否定したもの
①　費用償還請求権 賃借人が借りている建物に必要費・有益費を加えた場合、費用のみならず建物全体を留置できる（最判昭14.4.28)。 ②　建物買取請求権 建物買取請求権に基づく代金債権を被担保債権として、建物を留置し、その反射的効果として土地も留置することができる（大判昭18.2.18)。 ③　譲渡担保事例 譲渡担保権設定者は、譲渡担保権の実行として譲渡された不動産を取得した者からの明渡請求に対し、譲渡担保権者に対する清算金支払請求権を被担保債権とする留置権を主張することができる（最判平9.4.11)。	①　造作買取請求権 造作買取請求権に基づく代金債権を被担保債権として建物を留置することはできない（最判昭29.1.14)。 ②　敷金返還請求権 敷金返還請求権を被担保債権として建物を留置することはできない（最判昭49.9.2)。 ③　二重譲渡事例 不動産が二重売買され、第二買主が先に所有権移転登記を経由したため、第一買主が所有権を取得できなくなったことにより、売主に対し取得した履行不能による損害賠償債権を被担保債権として不動産を留置することはできない(最判昭43.11.21) ④　他人物売買事案

	他人の物の売買による買主が、その物の真の所有者から返還請求を受けた場合に、売主の債務不履行に基づく損害賠償債権を被担保債権として他人の物を留置することはできない（最判昭51.6.17）。

③ 留置権者の被担保債権が履行期にあること

留置権は物から生じた債権を担保するためのものなので、被担保債権が弁済期に達していない以上成立させる必要はないからである。

なお、有益費償還請求について、裁判所が期限の利益を許与した場合（196条2項）には、弁済期が到来していても占有者は留置権を失うことになる。

④ 占有が不法行為によって始まったものではないこと

判例は、当初適法に有していた占有権限を後に失って、もはや占有すべき権利のないことを知りながら、他人の物を占有する場合も、本条2項が類推適用されるとしている（大判大10.12.23）。

(4) 効力

弁済を受けるまでは目的物を留置することができる（295条1項）。一部弁済の場合には、全部が弁済されるまで目的物の全部を留置できる（不可分性296条）。また、目的物に果実が生じたときは、果実を収受して優先弁済に充てることができる（297条1項）。

訴訟において、原告からの物の引渡請求に対し、被告が抗弁として留置権を主張した場合、原告敗訴判決ではなく、引換給付判決がなされる。

4 同時履行の抗弁権

(1) 意義

同時履行の抗弁権とは、双務契約において、一方の当事者は、相手方がその債務の履行をなすまで、自己の債務の履行を拒絶することができる権利をいう（533条）。

(2) 趣旨

双務契約における当事者間の公平を図るための制度

(3) 要件

① 同一の双務契約から生じた双方の債務が存在すること

当事者双方の債務が、同一の双務契約から生じたものではない場合であっても、当事者間の公平を図ることから、同時履行の抗弁権が認められる場合がある。

－図表－ 同時履行の抗弁権の肯否

認められるもの	認められないもの
(1) 明文の規定のあるもの ① 解除による原状回復義務（546条）	① 弁済と債権証書の返還（487条） ② 弁済と抵当権設定登記の抹消（大判明

②　負担付き贈与（553条） ③　売主の担保責任としての契約解除（571条） ④　請負人の瑕疵修補義務と注文者の代金支払義務（634条２条） (2)　解釈上問題になるもの ⑤　契約の無効・取消しにおける当事者双方の返還義務（最判昭47.9.7） ⑥　弁済と受領証書の交付（大判昭16.3.1） ⑦　建物買取請求権行使時の土地・建物の引渡（登記）と建物代金支払（最判昭35.9.20） ⑧　請負における目的物の引渡しと報酬支払（大判大5.11.27）	37.10.14） ③　賃貸借契約終了に伴う建物明渡義務と敷金返還義務（最判昭49.9.2）。 ④　造作買取請求権行使時の建物の明渡しと造作代金支払（最判昭29.7.22）

②　双方の債務の弁済期が到来していること

③　相手方が自己の債務の履行をせずに、他方の当事者に対して、履行を請求してきたこと

相手方が、その負担している債務の履行をした場合には、他方の当事者には、同時履行の抗弁権は発生しない。

(4) 効果

一方の当事者は、相手方がその債務の履行をなすまで、自己の債務の履行を拒絶することができる。したがって、この間、自己の債務の履行をしなくても、債務不履行（履行遅滞）責任を負わない。

(5) 行使方法

同時履行の抗弁権は、裁判上でも、裁判外でも行使することができ、裁判上で行使されたときは、判決は、引換給付判決となる。引換給付判決とは、原告または第三者からの債務と引換えに、被告に対して給付を命ずる判決をいう。

(6) 留置権と同時履行の抗弁権の比較

一図表一　**留置権と同時履行の抗弁権の比較**

	留置権	同時履行の抗弁権
権利の性質	物権（担保物権）	双務契約の効力 （債権法上の権利）
牽連関係	被担保債権と物との牽連関係	双務契約における両債権の牽連関係
効　力	第三者に対しても主張可	債務者に対してのみ主張可
不可分性	○（296条）	×
代担保請求	○（301条）	×
引換給付判決	○	○

❷ 契約・契約以外パターン

1 契約

(1) 意義

契約とは、複数の当事者間において、相対立する複数の意思表示が合致することによって成立する法律行為をいう。

(2) 分類

ー図表ー　契約の分類

分　類	意　義		区別の実益
諾成契約 要物契約	諾成契約	当事者の合意のみによって成立する契約をいう。	諾成契約と要物契約とでは、契約成立の時期において、差異を生じる。
	要物契約	当事者の合意のみによっては、契約は成立せず、当事者の合意に加えて、物の引渡し、その他の給付がなされることによって成立する契約をいう。	
双務契約 片務契約	双務契約	契約当事者が、相互に、対価的意義を有する債務を負担しあう契約をいう	同時履行の抗弁権、危険負担の規定が、双務契約のみに適用される。
	片務契約	契約当事者の一方のみに義務が発生する契約をいう。	
有償契約 無償契約	有償契約	契約当事者双方が、相互に、対価的意義を有する経済的出損をする義務を負う契約をいう。	有償契約については、原則として、売買の規定が準用される（559条本文）。
	無償契約	契約当事者が、対価的意義を有する経済的出損をしない契約をいう。	

2 不法行為

(1) 意義

不法行為とは、ある者が、故意または過失によって他人の権利・利益を違法に侵害した結果、他人に損害を与えた場合に、その加害者に対して被害者の損害を賠償すべき債務を負わせる制度をいう（709条）。

(2) 趣旨

不法行為は、損害の公平な分担の見地から、被害者に、加害者に対する損害賠償請求を認めることで、被害者の救済を図るとともに、加害者に、損害賠償債務を課すことによって、将来の不法行為の抑止を図る制度である。

(3) 種類

民法上の不法行為制度は、709条に規定される一般不法行為と、714条～719条に規定される特殊不法行為とに大きく分けることができる。

一般不法行為とは、不法行為についての原則的な規定であり、過失責任を原則としている。「過失責任の原則」とは、自らの行動について過失のない者

は、自らの行動により生じた結果について責任を負わなくてもよいという原則をいう。

これに対して、特殊不法行為とは、一般不法行為の原則を何らかの形で修正している。たとえば、過失の立証責任を転換したり（中間責任）、無過失責任を課したりして、被害者の救済をより図っている。

(4) 要件

① 加害者に故意または過失があること

「故意」とは、自分の行為が他人に損害を及ぼすことを知りつつ、あえて行うことをいう。

「過失」とは、結果発生の予見可能性があったにもかかわらず、これを回避する行為義務を怠ったことをいう。

なお、故意または過失は、一般不法行為が成立するための積極的要件であるので、原則として、損害賠償を請求する側（被害者）が挙証責任を負う。

② 被害者の権利または法律上保護される利益が侵害されたこと

「権利または法律上保護される利益の侵害」とは、違法性のことをいう。違法性の認定は、被侵害利益と侵害行為の態様の相関関係によって決する（通説）。

③ 損害の発生

損害は、財産的損害のみならず、精神的損害も含む（710条）。

財産的損害については、積極的損害、消極的損害（逸失利益）の両方を含む。

④ 加害行為と損害との間の因果関係

⑤ 加害者に責任能力があること

「責任能力」とは、自己の行為が違法なものとして、法律上非難されるものであることを弁識する能力をいう。加害行為の当時、責任能力がなかった場合、不法行為責任は負わない。具体的には、12歳程度以上が基準とされる。

⑥ 違法性阻却事由のないこと

加害行為が、正当防衛（720条1項）、緊急避難（720条2項）、正当業務に該当するときは、違法性が阻却される。

(5) 効果

ア 損害賠償請求権の発生

不法行為が成立すると、被害者に損害賠償請求権が発生する（709条）。

賠償方法は、原則として金銭賠償であるが（722条・417条）、例外として、名誉棄損については、名誉を回復するのに適当な処分（謝罪広告など）を執る方法が認められている（723条）。

イ　損害賠償の範囲

加害者が賠償すべき損害は、加害行為と相当因果関係に立つ損害である(416条類推適用　大連判大15.5.22)。

ウ　請求権者

(ア) 胎児

胎児は、権利能力を有しないのが原則であるが、不法行為に基づく損害賠償請求については、既に生まれたものとみなされる(721条)。したがって、胎児は、加害者に対して、固有の損害賠償請求権を取得する。

(イ) 被害者の近親者

他人の生命を侵害した者は、被害者の父母、配偶者及び子に対しては、その財産権が侵害されなかった場合においても、(精神的)損害の賠償をしなければならない(711条)。

判例（最判昭 49.12.17）

被害者との間に 711 条所定の者と実質的に同視し得べき身分関係が存し、被害者の死亡により甚大な精神的苦痛を受けた者は、同条の類推適用により、加害者に対し直接に固有の慰謝料を請求し得る（被害者の夫の妹)。

判例（最判昭 33.8.5）

不法行為により身体に傷害を受けた者の母が、被害者の生命侵害の場合にも比肩し得べき精神上の苦痛を受けたときは、民法 709・710 条に基づいて、自己の権利として慰謝料を請求し得る。

エ　消滅時効

不法行為による損害賠償の請求権は、被害者またはその法定代理人が損害及び加害者を知った時から3年間行使しないときは、時効によって消滅する(724条前段)。

判例は、被害者が損害を知った時とは、被害者が損害の発生を現実に認識した時をいうとしている(最判平14.1.29)。

また、不法行為の時から20年経過したときも、損害賠償請求権は消滅する。この20年という期間は、除斥期間である(最判平元.12.21)。

(6) 債務不履行責任と不法行為責任の比較

ー図表ー　債務不履行責任と不法行為責任の比較

	債務不履行	不法行為
慰謝料請求	債権者のみ	被害者及び被害者の近親者（711条）
損害賠償の範囲	416条	416条類推（判例）
立証責任	債務者	被害者（債権者）
相殺禁止	規定なし	509条
過失相殺	必要的斟酌 責任の減免可	裁量的斟酌 額の減額のみ
消滅時効期間	10年（167条１項）	３年（724条前段）
消滅時効の起算点	本来の債権の履行を請求できる時	損害及び加害者を知った時
損害賠償請求権の遅滞時期	履行の請求を受けたとき（412条３項）	不法行為時
失火責任法の適用	な　し	あ　り

(7) 委任と事務管理の比較

ー図表ー　委任と事務管理の比較

	委任契約	事務管理
法的性質	法律行為	準法律行為
注意義務	善管注意義務（644条）	善管注意義務 ただし、緊急事務管理の場合は、悪意・有過失の場合のみ責任を負う（698条）
報告義務	○	○
引渡義務	○	○
利息支払・損害賠償責任	○	○
報酬支払義務	特約ある場合のみあり	規定なし
費用前払義務	○	規定なし
費用償還請求権	○	有益な場合のみ
代弁済請求権	○	有益な債務のみ
損害賠償請求権	○ （無過失責任）	規定なし

❸ 第三者保護パターン

1 意義

不動産に関する物権の得喪及び変更は、登記をしなければ第三者に対抗できない（177条）。これは、登記がなければ物権変動を第三者に主張できないだけであって、物権変動が生じるための要件ではない。

2 登記

登記は、当該不動産の権利関係を登記記録に記録するもので、不動産登記法によって定められている。わが国では、土地と建物は別個の不動産であるので、別々の登記がなされる。

所有権、質権、抵当権、賃借権等は登記がされるが、占有権、留置権、一般先取特権、入会権等には登記制度はない。

3 第三者の範囲

(1) 意義

登記をしなければ対抗できない「第三者」とは、当事者もしくは包括承継人以外の者であって、登記の欠缺を主張する正当な利益を有する者をいう（大連判明41.12.15）。

「第三者」は、善意である必要がなく、悪意であっても、177条の「第三者」に当たれば、登記をしなければ対抗できない。

(2) 第三者にあたらない者

① 実質的無権利者

たとえば、所有者Aの土地を、何ら権利もないBが勝手にB名義の登記をし、それをCに売却した場合、無権利者からの譲受人Cが権利を取得することはなく、Aは登記がなくても実質的無権利者のCに所有権を主張することができる。

② 不法行為者・不法占拠者

単なる不法占拠者や賃貸借契約終了後明渡しをしない元賃借人も不法占拠者に当たる。

③ 不動産登記法5条所定の者

詐欺または強迫によって登記申請を妨げた者をいう。

④ 転々譲渡の前主

たとえば、AからBへ、BからCへと所有権譲渡された場合、AとBは当事者の関係にあり、Cから見てAは当事者に準じる地位にあるため、Cから見てAは第三者に当たらず、CはAに登記なくして所有権の主張をすることができる。

⑤ 一般債権者

差押えをしていない一般債権者は、177条の第三者に当たらない。

⑥ 背信的悪意者

177条の第三者には悪意者は含まれるが、単なる悪意を超えて、登記の欠缺を主張することが信義に反するような者（背信的悪意者）は、登記がなくても対抗することができる（背信的悪意者排除論）。

判例（最判平 10.2.13）

通行地役権（通行を目的とする地役権）の承役地が譲渡された場合において、譲渡の時に、右承役地が要役地の所有者によって継続的に通路として使用されていることがその位置、形状、構造等の物理的状況から客観的に明らかであり、かつ、譲受人がそのことを認識していたか又は認識することが可能であったときは、譲受人は、通行地役権が設定されていることを知らなかったとしても、特段の事情がない限り、地役権設定登記の欠映を主張するについて正当な利益を有する第三者に当たらないと解するのが相当である。

4 背信的悪意者からの転得者

判例（最判平 8.10.29）

所有者甲から乙が不動産を買い受け、その登記が未了の間に、丙が当該不動産を甲から二重に買い受け、更に丙から転得者丁が買い受けて登記を完了した場合に、たとい丙が背信的悪意者に当たるとしても、丁は、乙に対する関係で丁自身が背信的悪意者と評価されるのでない限り、当該不動産の所有権取得をもって乙に対抗することができるものと解するのが相当である。

けだし、丙が背信的悪意者であるがゆえに登記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とされる場合であっても、乙は、丙が登記を経由した権利を乙に対抗することができないことの反面として、登記なくして所有権取得を丙に対抗することができるというにとどまり、甲丙間の売買自体の無効を来すものではなく、したがって、丁は無権利者から当該不動産を買い受けたことにはならないのであって、また、背信的悪意者が正当な利益を有する第三者に当たらないとして民法 177 条の「第三者」から排除される所以は、第一譲受人の売買等に遅れて不動産を取得し登記を経由した者が登記を経ていない第一譲受人に対してその登記の欠缺を主張することがその取得の経緯等に照らし信義則に反して許されないということにあるのであって、登記を経由した者がこの法理によって「第三者」から排除されるかどうかは、その者と第一譲受人との間で相対的に判断されるべき事柄であるからである。

5 不動産物権変動と登記

(1) 取消しと登記

ー図表ー 取消しと登記

	取消前の第三者	取消後の第三者
結　論	Cが取消前に登場した第三者の場合、Cは、善意であれば、登記を備えていなくても、96条3項によって保護される。	Cが取消後に登場した第三者である場合、Cは、Aと対抗関係にあるため、登記を備えていなければ保護されない（177条）。
理　由	取消しの遡及効を制限して、善意の第三者を保護するためである。	取消しによって、復帰的物権変動が起こり、Bを起点とする二重譲渡事例と同じになるため、対抗関係として処理することになる。

(2) 時効取得と登記

ー図表ー 時効取得と登記

	時効完成前の第三者	時効完成後の第三者
結　論	Cが、時効完成前に登場した第三者である場合、Cは保護されない。	Cが時効完成後に登場した第三者である場合、CはAと対抗関係にあるため、登記を備えていなければ保護されない（177条）。 なお、判例は、さらにその後、取得時効に必要な期間の占有を継続すれば、Aはあらためて Cに対し取得時効の主張ができるとする（最判昭36.7.20）。 もっとも、この場合に、Aが登記なくしてCに時効取得を主張するために占有開始時を自己の意思によって変更することはできないとしている（最判昭35.7.27）。
理　由	Aが時効完成した際の所有者はCであり、Cは当事者であるから、Aは、Cに対して登記なくして時効取得の主張ができる（最判昭41.11.22）。	この場合、あたかもBからA、BからCへの二重譲渡があった場合と同視できるので、AC間は、対抗関係として処理される（最判昭33.8.28）。

(3) 解除と登記

ー図表ー 解除と登記

	解除前の第三者	解除後の第三者
結　論	Cが解除前に登場した第三者である場合、Cは、545条1項但書によって保護される。この場合、Cの善意悪意は問わない。債務不履行があったとしても、それによって当然解除されるわけではないの	Cが解除後に登場した第三者である場合、Cは、Aと対抗関係にあるため、登記を備えていなければ保護されない（177条）。

	で、これを知っていた（悪意）であっても保護すべきだからである。 もっとも、第三者には、権利保護資格要件としての登記（判例は、対抗要件としての登記）が必要となる。	
理　由	解除の遡及効を制限して、第三者を保護するためである。	解除の遡及効を制限した545条1項の規定は法的擬制にすぎず、実質的には、復帰的物権変動と同視しうるのであるから、対抗関係として処理することになる。

(4) 相続と登記

一図表一　**相続と登記**

	共同相続と登記	遺産分割と登記		相続放棄と登記
		遺産分割前	遺産分割後	
【CASE】	Aが死亡し、BとCが共同相続したところ、Bが勝手に相続財産の土地につき単独相続の登記をし、この土地をDに譲り渡してしまった。	Aが死亡し、BとCが共同相続した場合、遺産分割協議をする前にBが自己の持分をDに売却した。その後、遺産分割協議により、当該土地がCの単独相続となった。	Aが死亡し、BとCが共同相続した後、遺産分割協議により、当該土地が、Cの単独所有となった。しかし、Bは、Cに登記を移す前に、Dに自己の持分を売却した。	Aが死亡してBCが共同相続した後、Bが相続を放棄したが、その登記をする前にBの債権者DがBの持分を差し押さえた。
結　論	Cは、登記なくしてDに対し、自己の持分を主張することができる（最判昭38.2.22）。	Cは、登記なくして、他人（B）の持分を主張することができない。	DとCは対抗関係となり、Dは登記を経ないと、自己の所有権を、Cに対抗できない。	CはDに対し、登記なくして所有権を主張できる。
理　由	Bの登記はCの持分については無権利者であり、登記に公信力がない以上保護されるわけではないからである。	民法909条但書は、遡及効を制限することにより、遺産分割前の第三者を保護しているからである。	第三者との関係においては、遺産分割時に新たな権利変動が生じたのと実質的に同視でき、Bを起点とする二重譲渡と構成しうるから、DとCは対抗関係となる。	相続放棄には遡及効があるため（939条）、これにより、Bははじめから相続人ではなかったこととなり、Dの差押えは無意味となるからである。

6 即時取得

(1) 意義

即時取得とは、動産の占有者を真の権利者と信じて取引に入った者に動産の所有権を取得させる制度をいう(192条)。

(2) 趣旨

動産の公示方法である引渡しは、公示方法として不十分である。そこで、動産取引の安全を守るため、民法は即時取得制度を設けた。これは、動産に公信の原則を認めていることの表れである。

(3) 要件

① 動産であること

即時取得の対象は、動産である。動産であっても、自動車等のように他に公示方法が存在する場合には、192条の適用はない(最判昭62.4.24)。

② 有効な取引行為

即時取得は、動産取引の安全を図るための制度であるため、売買、贈与、代物弁済、弁済、強制競売などの取引行為によって、占有を承継しなければならない。したがって、取引以外の取得方法は保護の対象とならない。

取引行為に当たらないものとして、相続によって取得した場合、他人の物を自己の物と誤信して取得した場合、山林の立木を伐採した場合等がある。

また、即時取得が成立するためには、取引行為自体が有効に成立していなければならないから、取引行為が、制限行為能力者や無権代理人の処分などにより、取消しまたは無効となる場合には、即時取得の対象とはならない。この場合、それぞれの制度(制限行為能力者制度、表見代理制度)の適用によって処理される。

③ 前主が無権利者であり、動産を占有していたこと

無権利者には、賃借人や受寄者も含まれる。

④ 前主が無権利であることにつき、平穏、公然、善意無過失

前主が無権利であることにつき、善意無過失であることが必要である。平穏、公然、善意は186条1項により推定される。

また、無過失は188条により推定される。この場合は、即時取得の成立を否定する者(真の権利者等)が占有取得者に過失があったことについて主張立証すべきである(最判昭41.6.9)。なお、無過失が推定されるのは、即時取得の場合のみで、時効取得の場合には、推定されない。

⑤ 占有を始めたこと

占有には、現実の引渡し、簡易の引渡し、指図による占有移転は認められているが、占有改定は認められていない(最判昭35.2.11)。即時取得には占有状態に変動があることが必要であるが、占有改定では外観上、物の移転が生じないからである。

(4) 効果

動産上の権利(所有権、質権、譲渡担保権、動産先取特権)を原始取得する。

(5) 盗品・遺失物の特則

ア　要件

① 第三者が即時取得の要件を満たすこと

② 占有物が盗品または遺失物であること(詐取・横領は含まれない)

③ 盗難または遺失の時より2年以内であること

イ　効果

被害者または遺失者は、占有者に対してその物の回復を請求することができる。

(ア) 原則

この回復請求は、無償ですることができる。

(イ) 例外

占有者が目的物を競売、公の市場、またはその物と同種の物を販売する商人から善意で買い受けたときは、占有者の支払った対価を弁償しなければ返還請求することができない。

7　公示の原則と公信の原則

ー図表ー　**公示の原則と公信の原則**

	公示の原則	公信の原則
意　義	物権変動があれば、必ずこれに対応する公示方法についても変動を伴わなければならないという原則をいう。	真の権利状態と異なる公示方法が存在する場合に、その公示を信頼した者に公示方法通りの権利状態があるものと同様の保護を与える原則をいう。
信頼の態様	公示内容たる物権の現状とは異なる権利状態は存在しないであろうという消極的信頼	公示内容たる物権の現状に対応する権利状態が存在するであろうという積極的信頼
具体例	不動産：登記 動産：引渡し 立木・未分離の果実：明認方法	不動産：なし (登記には公信力はない。ただし、94条２項類推適用による保護がありうる。) 動産：即時取得

④ 不法占拠者排除パターン

1 意義

物権的請求権とは、物の円満な支配が害された場合、その侵害の除去を求めることができる権利をいう。物権的請求権が認められるためには、物への侵害もしくは客観的違法状態があれば足り、相手方の故意・過失は不要である。

2 根拠

民法には、物権的請求権についての明文の規定はないが、物権の絶対的・排他的な権利の性質から当然認められると解されている。

3 種類

ー図表ー　**物権的請求権の種類**

	物権的返還請求権	物権的妨害排除請求権	物権的妨害予防請求権
意　義	目的物の占有が奪われた場合に、その返還を求める権利をいう。	目的物が占有侵奪以外の方法で違法に妨害された場合に、その妨害の除去を求める権利をいう。	目的物に将来物権侵害が生じるおそれがある場合に、その妨害の除去を　求めて侵害の防止を求める権利をいう。
備　考	占有回収の訴えと異なり、詐取・遺失の場合も行使することができる。 また、占有回収の訴えと異なり、善意の転得者に対しても行使することができる。		

4 賃貸借における不法占拠者排除の方法

(1) 占有回収の訴え

賃借人が目的物の引渡しを受けている場合、占有回収の訴えに基づき目的物の明渡請求をすることができる(200条1項)。

(2) 所有権に基づく妨害排除請求権の代位行使

判例は、賃借人は、その賃借権を被保全債権として、債権者代位権に基づき、土地所有者が不法占拠者に対して有する所有権に基づく妨害排除請求権を代位行使できるとしている(大判昭4.12.16)。

(3) 不動産賃借権に基づく妨害排除請求権

判例は、不動産賃借権について対抗要件が具備されている場合、賃借人は、不法占拠者に対して不動産賃借権に基づく妨害排除請求権を行使することができるとしている(最判昭30.4.5)。

⑤ 共有パターン

B

1 意義

共有とは、数人が持分を有してひとつの物を所有することをいう。たとえば、A、B、Cがお金を出し合って車を購入し、所有する場合である。

2 持分

持分とは、ひとつの所有権の量的な割合をいう。

共有者はそれぞれ自己の持分に応じた割合で、当該物を使用することができる(249条)。この持分は、法律の規定(898条～900条)、もしくは、当事者の意思によって定まるが、不明な場合には等しいものと推定される(250条)。共有者は、この持分を自由に処分できる。

3 共同所有の諸形態

一図表一　**共同所有の諸形態**

	共　有	合　有	総　有
持　分	○	△ (潜在的)	×
持分の処分権	○	×	×
分割請求権	○	△ 清算前は分割請求権なし	×
具体例	民法249条	組合財産	入会財産 権利能力なき社団の財産

4 共有物の保存・管理・変更

一図表一　**共有物の保存・管理・変更**

	保存行為	管理行為	変更行為
意　義	共有物の現状を維持する行為	共有物を利用・改良する行為	共有物の形や性質に変更を加える行為
具体例	共有物の修理 公租公課（固定資産税）の負担 共有物全体の侵害者に対する妨害排除 不実の登記の抹消登記請求など	共有物の賃貸借契約の締結 賃貸借契約の解除	共有物の譲渡（売却・贈与など） 共有物の担保の設定（抵当権・質権等） 地目の変更(農地→宅地)
要　件	各共有者単独	持分の価格の過半数	共有者全員の同意

判例（最判昭 41.5.19）

共有物の価格の過半数をこえるからといって、共有物を現に占有する少数持分権者に対し、当然にその明渡を請求することができるものではない。けだし、このような場合、右の少数持分権者は自己の持分によって、共有物を使用収益する権原を有し、これに基づいて共有物を占有するものと認められるからである。

判例（最判昭 51.9.7）

共有にかかる土地が不法に占有されたことを理由として、共有者の全員又はその一部の者から右不法占有者に対してその損害賠償を求める場合には、右共有者は、それぞれその共有持分の割合に応じて請求をすべきものであり、その割合を超えて請求をすることはできない。

判例（最判平 10.3.24）

共有者の一部が他の共有者の同意を得ることなく共有物を物理的に損傷し、あるいは、これを改変するなど共有物に変更を加える行為をしている場合には、他の共有者は、各自の共有持分権に基づいて、右行為の全部の禁止を求めることができるだけでなく、右行為により生じた結果を除去して共有物を原状に復させることを求めることもできる。

5 共有者の死亡

共有者が死亡した場合において、相続人がいないときは、特別縁故者が持分を承継し、特別縁故者もいないときは、他の共有者に被相続人の持分が帰属する（最判平元.11.24）。すなわち、判例は、958条の3（特別縁故者）が255条（他の共有者）に優先するとしている。

6 共有物の分割

(1) 共有物の分割請求

各共有者は、原則として、いつでも共有物の分割請求ができる（256条1項本文）。

共有者は5年を超えない期間、分割しない旨の特約（分割禁止特約）を結ぶことができる（256条1項ただし書）。

(2) 分割の方法

ア 原則：協議分割

共有物の分割は、原則として、共有者の協議による。

分割の方法としては、①現物分割、②代金分割、③価格賠償などの分割方法がある。

イ 例外：裁判所による分割

共有物の分割について共有者間に協議が調わないときは、その分割を裁判所に請求することができる（258条1項）。

6　全部滅失パターン

1　特定物債権

(1) 意義

特定物債権とは、特定物の引渡しを目的とする債権をいう。特定物とは、土地・名画・中古車のように、契約当事者が目的物の個性に着目して取引をしたものをいう。

(2) 善管注意義務

特定物債権の債務者は、目的物の引渡しをするまで、善良なる管理者の注意をもって、目的物を保管しなければならない(400条　善管注意義務)。

特定物債権の債務者は、目的物を引き渡す時の現状で、目的物を引き渡せばよい(483条)。ただし、債務者が、善管注意義務に違反して、目的物を滅失・損傷させた場合には、債務者は、債務不履行責任を負う(415条)。

2　種類債権

(1) 意義

種類債権とは、種類物の引渡しを目的とする債権をいう。種類物とは、契約当事者が目的物の個性を問題とせず、ビール1ダースというように、目的物の種類と数量によって定められた物をいう。

(2) 種類債権の特定

ア　意義

種類債権の特定とは、種類債権の目的物が特定の物に定まることをいう。

イ　要件

①　債務者が物の給付をするのに必要な行為を完了したとき

ー図表ー　**種類物の特定の時期**

	持参債務	取立債務
意　義	債権者の住所に目的物を持参して給付すべき債務をいう。	債権者が債務者の住所で目的物を取り立てて給付を受ける債務をいう。
特定の時期	現実の提供時 債務者が種類物の中から特定の物を選定したうえで、債権者の住所に持参し、現実に提供したときに、特定が生じる。	目的物の分離・準備・通知 債務者が目的物を分離して、引渡しの準備を整え、これを債権者に通知することによって、特定が生じる。

②　債権者の同意を得てその給付すべき物を指定したとき(401条2項)

ウ　効果

種類債権が特定すると、それ以後、種類債権は、特定物債権と同様に扱われる。これに対して、種類債権が特定するまでは、債務者は、目的物の

調達義務を負う。

① 善管注意義務

債務者は、特定した物につき善管注意義務を負う(400条)。

② 所有権の移転

原則として、目的物の所有権は、特定時に、債権者に移転する。

③ 危険負担の債権者主義

危険負担は債権者主義となる(534条2項)。

④ 変更権

種類債権が特定しても、特定物債権に変わってしまうわけではない。したがって、特定後も、当事者は、相手方に不利のない限り、給付された物を他の物に変更することができる(大判昭12.7.7)。

(3) 制限種類債権

制限種類債権とは、種類債権のうち、引渡しの対象とされる種類物が、特定の場所・範囲によって限定されているものをいう。

制限種類債権では、限定された場所・範囲の中の物が全部滅失すれば、履行不能が生じる。制限種類債権では、通常、品質は問題とならない。

3 原始的不能

原始的不能とは、契約が締結されたものの、その内容とされた債務を履行することが、契約締結時点ですでに不可能となっていた場合のことをいう。たとえば、売買契約の目的物である軽井沢の別荘が、契約成立前に火災で焼失していた場合などである。

双務契約においては、契約当事者が、相互に、対価的意義を有する債務を負担しあうため、一方の債務と他方の債務との関係が問題となる。この関係のことを牽連関係(牽連性)といい、①成立上の牽連性(原始的不能)、②履行上の牽連性(同時履行の抗弁権)、③存続上の牽連性(危険負担)の3つのレベルで問題となる。

契約の一方の債務が原始的不能で成立していない場合、他方の債務も成立せず、契約は無効となる。

4 後発的不能

後発的不能とは、双務契約成立後、一方の債務が履行不能となった場合のことをいう。後発的不能の場合、債務者の責めに帰することができない事由により履行不能となったのか(危険負担)、それとも、債務者の責めに帰すべき事由により履行不能となったのか(債務不履行)によって、処理が異なる。

5 危険負担

(1) 意義

危険負担とは、双務契約成立後、一方の債務が債務者の責めに帰することができない事由によって履行不能となった場合、他方の債務も当然に消滅するかという問題をいう。

(2) 原則:債務者主義

債務者主義とは、一方の債務が、債務者の責めに帰することができない事由により履行不能となって消滅したとき、他方の債務も消滅するという建前をいう。債務者主義の場合、履行不能になった債務を標準として、債務者がリスクを負うことになる。

民法は、賃貸借契約、請負契約などの場合に債務者主義を採用している。

(3) 例外:債権者主義

債権者主義とは、一方の債務が、債務者の責めに帰することができない事由により履行不能となって消滅したとき、他方の債務は存続するという建前をいう。債権者主義の場合、履行不能になった債務を標準として、債権者がリスクを負うことになる。

民法は、①特定物に関する物権の設定または移転を双務契約の内容とした場合(534条1項)、②不特定物に関する物権の設定または移転を双務契約の内容とした場合で、目的物が特定された後の場合(534条2項)、③債権者の責めに帰すべき事由によって、債務を履行することができなくなった場合(536条2項)に、債権者主義を採用している。

6 債務不履行

(1) 意義

債務不履行とは、債務者が正当な理由がないにもかかわらず、債務の本旨に従った履行をしないことをいう。債務不履行には、①履行遅滞、②履行不能、③不完全履行の3つの態様がある。

(2) 履行不能の要件

① 履行期に履行することが不能であること

履行が不能であるかどうかは、物理的不能だけでなく、一般の取引観念にしたがって判断する。たとえば、不動産の二重譲渡がなされた場合、第二譲受人に移転登記がなされたときは、第一譲受人の移転登記請求権は、取引観念上、履行不能となる(最判昭35.4.21)。

② 債務者の責めに帰すべき事由によること

履行遅滞の場合と異なり、415条後段に明文規定がある。内容は、履行遅滞と場合と同様である。

(3) 履行不能の効果

① 損害賠償請求権の発生

履行不能の場合、債権者は、目的物に代わる損害の賠償(填補賠償)を請求することができる。損害賠償の方法は、特約がない限り、金銭の支払いによる(417条)。

② 契約解除権の発生

債権が契約に基づいて発生した場合、債権者に、契約の解除権が発生する(541条～543条)。

7 担保責任パターン

1 意義

担保責任とは、売買契約の目的物に一定の瑕疵がある場合に、買主を保護するために、売主に課せられた特別の責任のことをいう。

2 趣旨

売買契約は有償契約であり、契約当事者双方は、相互に、対価的意義を有する経済的出捐をする義務を負っている。しかし、売買の目的である権利または物に瑕疵がある場合、買主の代金支払義務と売主の目的物引渡義務との間の対価関係が崩れてしまう。そこで、これを是正して、売主と買主の間の対価的均衡を図るための制度が担保責任である。

したがって、担保責任は、売主の過失の有無を問わず生じる責任（無過失責任）である。

3 種類

(1) 権利の瑕疵に関する担保責任

① 他人の権利の売買における売主の担保責任（561条）

② 権利の一部が他人に属する場合における売主の担保責任（563条）

③ 数量の不足又は物の一部滅失の場合における売主の担保責任（565条）

④ 地上権等がある場合等における売主の担保責任（566条）

⑤ 抵当権等がある場合における売主の担保責任（567条）

⑥ 強制競売における担保責任（568条）

(2) 物の瑕疵に関する担保責任

売主の瑕疵担保責任（570条）

4 内容

(1) 他人の権利の売買における売主の担保責任（561条）

ア 要件

① 他人の権利を売買の目的としたこと

他人の物の売買契約は、無効な契約ではなく、債権的には有効な契約であるから、他人の物の売主は、その権利を取得して買主に移転する義務を負う（560条　他人物売買）。

判例（最判昭 37.8.10）

無権利者が、自己の権利に属するものとして処分した場合において、真実の権利者が後日その処分を追認したときは、民法 116 条の類推適用により、処分の時に遡って効力を生ずる。

② 売主が権利を取得して買主に移転することができないこと

判例は、権利の移転不能が、買主の責めに帰すべき事由によるときは、担保責任の追及はできないとしている（大判昭17.10.2）。

イ 効果

① 解除権

買主の善意・悪意にかかわらない。

② 損害賠償請求権

善意の買主にのみ認められ、悪意の買主には認められない。

③ 行使期間

解除権・損害賠償請求権ともに、10年の消滅時効にかかる。

判例（最判昭 41.9.8）

他人の権利を売買の目的とした場合において、売主がその権利を取得してこれを買主に移転する義務の履行不能を生じたときにあって、その履行不能が売主の責に帰すべき事由によるものであれば、買主は悪意であっても、なお、債務不履行一般の規定（民法 543・415 条）に従って、契約を解除し、損害賠償の請求をすることができる。

なお、他人の権利の売買における善意の売主が、その権利を取得して買主に移転することができないときは、売主は、損害を賠償して、契約の解除をすることができる（562条1項）。 また、買主が悪意のときは、売主は、買主に対し、単にその売却した権利を移転することができない旨を通知して、契約の解除をすることができる（562条2項）。

(2) 売主の瑕疵担保責任

ア 要件

① 目的物に「隠れた瑕疵」があること

「隠れた」とは、買主が取引上一般に要求される程度の注意をしても発見できないような瑕疵をいう。「瑕疵」とは、取引観念からみて、何らかの欠陥があることをいう。判例は、この「瑕疵」には、物理的な瑕疵だけでなく、法律的な瑕疵も含むとしている（最判昭41.4.14）。

判例（最判平 3.4.2）

建物とその敷地の賃借権とが売買の目的とされた場合において、右敷地についてその賃貸人において修繕義務を負担すべき欠陥が右売買契約当時に存したことがその後に判明したとしても、右売買の目的物に隠れた瑕疵があるということはできない。

② 買主が瑕疵につき善意無過失であること。

イ 効果

① 解除権

② 損害賠償請求権

③ 行使期間

買主が瑕疵を知った時から1年以内に行使する必要がある。

判例は、1年の期間制限は、除斥期間を規定したものと解すべきであり、この損害賠償請求権を保存するには、売主の担保責任を問う意思を裁判外で明確に告げることをもって足り、裁判上の権利行使をするまでの必要はないとしている(最判平4.10.20)。

判例（最判平 13.11.27）

瑕疵担保による損害賠償請求権には消滅時効の規定の適用があり、この消滅時効は、買主が売買の目的物の引渡しを受けた時から進行する。

5 論点

(1) 不特定物における瑕疵担保責任の適用

瑕疵担保責任が適用されるのは、特定物に限るとする法定責任説と、不特定物にも適用されるとする契約責任説の対立がある。

判例は、不特定物を給付の目的物とする債権において給付せられたものに隠れた瑕疵があった場合、債権者が瑕疵の存在を認識した上でこれを履行として認容し債務者に対し、いわゆる瑕疵担保責任を問うなどの事情が存すれば格別、然らざる限り、債権者は受領後もなお、取替ないし追完の方法による完全な給付の請求をなす権利を有し、また、その不完全な給付が債務者の責に帰すべき事由に基づくときは、債務不履行の一場合として、損害賠償請求権及び契約解除権をも有するものとしている(最判昭36.12.15)。

(2) 錯誤と瑕疵担保責任

錯誤が成立する場合には、瑕疵担保責任の規定は排除される(最判昭33.6.14)。

6　担保責任まとめ

ー図表ー　担保責任の内容

担保責任の種類	買主の主観	責任の内容			請求権行使の期間制限
		代金減額請求	解　除	損害賠償請求	
全部他人の権利	善　意	×	○	○	―
	悪　意	×	○	×	―
一部他人の権利	善　意	○	○ 目的不達成のとき	○	知った時から１年
	悪　意	○	×	×	契約の時から１年
数量不足 一部滅失	善　意	○	○ 目的不達成のとき	○	知った時から１年
	悪　意	×	×	×	―
用益権等による制限	善　意	×	○ 目的不達成のとき	○	知った時から１年
	悪　意	×	×	×	―
抵当権等による制限	善　意	×	○ 所有権喪失のとき	○	―
	悪　意	×			―
瑕疵担保責任	善　意(無過失)	×	○ 目的不達成のとき	○	知った時から１年
	悪　意	×	×	×	―

7　売買と請負の担保責任の比較

ー図表ー　売買と請負の担保責任の比較

		売　買	請　負
要　件		隠れた瑕疵	瑕　疵
効果	瑕疵修補請求権	×	○ ただし、瑕疵が重要でなく、その修補に過分の費用を要する場合は不可
	損害賠償請求権	○	○
	解除権	○	○ ただし、建物その他の土地の工作物については不可

8 契約キャンセルパターン

1 契約の解除

(1) 意義

契約の解除とは、契約締結後、当事者の一方の意思表示によって、その契約の効力を当初に遡って消滅させる制度をいう。解除の制度は、契約の一方当事者を、契約上の拘束から解放することにその意義がある。

(2) 種類

ー図表ー 解除の種類

	法定解除権	約定解除権	合意解除
意　義	解除権が発生することが法律の規定によって定められているものをいう。	当事者が契約によって解除権を設定するものをいう。	契約当事者が、事後的に契約を解消する合意をし、この合意の結果として契約が終了するものをいう。
具体例	債務不履行に基づく解除 瑕疵担保責任に基づく解除等	解約手付 買戻特約	

(3) 要件

ア 履行遅滞による解除

① 債務者の責めに帰すべき事由による履行遅滞があること

債務不履行による損害賠償請求権参照

② 相当の期間を定めて催告すること

「催告」とは、債務者に対して債務の履行を請求する意思の通知をいう。

「相当の期間」とは、債務者が履行期までに履行の準備をしていることを前提に、その後の履行を完了するのに必要な猶予期間をいう。

もっとも、相当の期間を定めないで催告をした場合や不相当に短い期間を定めた催告も有効であり、客観的にみて相当な期間を経過すれば解除権は発生する。

債務者に履行の意思がないことが明らかである場合にも催告は必要である。

なお、催告が不要な場合として、定期行為(542条)、履行不能(543条)の場合がある。

③ 催告の期間内に履行がされなかったこと

履行せずに期間が満了した時、または、期間内に履行拒絶の意思表

示により履行しないことが明確になった時に、解除権が発生する。

イ　履行不能による解除

①　履行期に履行することが不能であること

債権者は、履行の全部または一部が不能となった場合は、催告をすることなく、契約を解除することができる(543条本文)。

履行が不能であるかどうかは、物理的不能だけでなく、一般の取引観念にしたがって判断する。たとえば、不動産の二重譲渡がなされた場合、第二譲受人に移転登記がなされたときは、第一譲受人の移転登記請求権は、取引観念上、履行不能となる(最判昭35.4.21)。

②　履行不能が債務者の責めに帰すべき事由によること

債務者の責めに帰することができない事由による履行不能の場合には、解除ではなく、危険負担の問題となる。

(4) 解除の効果

ア　当事者間

(ア) 原状回復義務

解除により、契約は当初からなかったことになり、契約から生じた効果は遡及的に消滅する(判例　直接効果説)。その結果、未履行の債務は消滅し、既履行の給付は、法律上の原因を失うため不当利得となる(703条)。したがって、原状回復義務(545条1項本文)は、703条以下の不当利得の特則と位置付けられる。

なお、金銭の返還の場合は、受け取ったときからの利息を付けて返還しなければならない(同条2項)。

(イ) 損害賠償請求

債権者は、契約を解除しても、債務者に対して、債務不履行に基づく損害賠償の請求をすることができる(545条3項)。

イ　対第三者

－図表－　**解除前の第三者と解除後の第三者**

解除前の第三者	解除後の第三者
解除前に権利を取得した第三者に対しては、解除の効果を主張することができない（545条１項ただし書)。 「第三者」とは、解除された契約から生じた法律関係を基礎として、解除前に、新たな権利を取得した者をいう（大判明42.5.14)。 第三者として保護されるためには、善意・悪意は問われないが、対抗要件としての登記が必要である（最判昭33.6.14)。	解除権者と解除後の第三者との関係は、解除の相手方を起点とした二重譲渡類似の関係となる。したがって、解除後の第三者との関係は、対抗関係となり、先に登記を備えた者が優先する（大判昭14.7.7)。

2 無効と取消し

ー図表ー　**無効と取消しの比較**

	無　効	取消し
意　義	ある法律行為がはじめから全く存在しないものとして扱うことをいう。	いったん有効に存在した法律行為を取消権者の意思表示によって、契約時に遡って無効にすることをいう（121条本文）。
原　因	①　意思無能力者の法律行為 ②　心裡留保・虚偽表示・錯誤による法律行為 ③　公序良俗に反する法律行為	①　制限行為能力制度による取消し ②　詐欺・強迫による取消し
効　果	無効な法律行為ははじめから全く存在しないものとなる。	取り消された法律行為は、契約の時に遡って、はじめから無効となる（遡及効）（121条）。 そのため、契約当事者は、互いに返還請求権が生じることとなる（703、704条）。 ただし、制限行為能力による取消の場合は、現存利益のみの返還で足りる。
主張権者	①　原則 誰からでも主張可（絶対的無効）。 ②　例外 錯誤無効の主張は、原則として表意者のみ無効主張可（相対的無効）。	①　制限行為能力の場合 本人・代理人・承継人・同意権者、 ②　詐欺・強迫の場合 被欺罔者本人・代理人・承継人
主張期間	いつまでも主張可	追認をすることができる時から５年 法律行為の時から20年
追　認	不　可	可

⑨ 物的担保パターン

1 抵当権

(1) 意義

抵当権とは、債務者または第三者から特定の不動産・地上権・永小作権を担保として、被担保債権が弁済されないときには、その不動産の交換価値から他の債権者に優先して弁済を受けることができる約定担保物権をいう（369条）。

(2) 性質

抵当権は担保目的物の占有及びこれに伴う使用収益をその内容としない非占有担保物権である。抵当権は、付従性、随伴性があり、不可分性、物上代位性を有する。しかし、非占有担保物権であるため、留置的効力はない。

ア 付従性

付従性とは、被担保債権が発生しなければ担保物権も発生せず、被担保債権が消滅すれば担保物権も消滅する性質をいう。

イ 随伴性

随伴性とは、被担保債権が第三者に移転すると、担保物権もこれに伴って第三者に移転する性質をいう。

ウ 不可分性

不可分性とは、被担保債権の全額の弁済を受けるまでは、目的物の全部について、その権利を行うことができる性質をいう。

エ 物上代位性

物上代位性とは、優先弁済的効力を有する先取特権（一般先取特権除く）、質権及び抵当権は、その目的物の売却・賃貸・滅失または損傷によって債務者が受けるべき金銭その他の物あるいは目的物の上に設定した物権の対価に対しても、優先弁済権を及ぼすことができる性質をいう。

一図表一　**担保物権の性質**

		留置権	先取特権	質権	抵当権
通有性	付従性 随伴性 不可分性	○			
	物上代位性	×	○　※	○	○
効　力	優先弁済的効力	×	○	○	○
	留置的効力	○	×	○	×

※　一般先取特権には、物上代位性なし

(3) 抵当権の設定

ア 成立

抵当権は、約定担保物権であるから、債権者と設定者（債務者または物上保証人）による抵当権設定契約によって成立する。つまり、当事者の合意のみで成立する諾成契約である。

イ　対象

抵当権の対象となるのは、不動産、地上権、永小作権である。

ウ　対抗要件

抵当権の第三者対抗要件は登記である（177条）。

エ　被担保債権

被担保債権は、通常は、金銭債権である。債権の一部のみに抵当権を設定することも可能である。

担保される債権の範囲は、元本及び満期となった最後の2年分の利息である（375条1項本文）。利息を最後の2年分に限っているのは、後順位債権者との利害調整のためであるので、利害関係を有する第三者がいない場合には、利息の全額につき配当を受けられる。

なお、2年を超える部分の利息は、抵当権による優先弁済を受けないだけであり、この部分につき抵当権者は一般債権者として債務者に請求することは可能である。

2　抵当権の効力の及ぶ範囲

(1) 意義

抵当権は、抵当不動産に付加して一体となっている物（付加一体物）に、その効力が及ぶ（370条本文）。

(2) 抵当権の効力の及ぶ範囲

ア　付合物

付合物とは、土地に植えられた木などをいい（242条）、付加一体物に含まれる。

イ　従物

従物とは、主物たる不動産の常用に供するために付属された独立の物をいう。従物は、主物の処分に従う（87条2項）。

判例は、従物が付加一体物に含まれるかにつき、従物は付加一体物には当たらないが、抵当権設定時に存在していた従物は、87条2項の処分として抵当権の効力が及ぶとする（大連判大8.3.15）。この判例の考え方によれば、抵当権設定後の従物には抵当権の効力は及ばないこととなる。

判例は、ガソリンスタンドの店舗用建物に対する抵当権設定当時、建物内の設備と一部管によって連通する地下タンク、ノンスペース型計量機、洗車機などの諸設備を右建物の敷地上又は地下に近接して設置し、これらを右建物に付属させて経済的に一体として右営業に使用していたなどの事情の下においては、右諸設備には、右建物の従物として抵当権の効力が及ぶとしている（最判平2.4.19）。

ウ　従たる権利

建物に抵当権が設定された場合、建物所有権の従たる権利である土地借地権にも抵当権の効力は及ぶ(最判昭40.5.4)。

エ　果実

債務の不履行があった場合には、その後に生じた抵当不動産の果実にも抵当権の効力は及ぶ(371条)。

オ　分離物

抵当不動産の付加一体物が抵当権実行前に当該不動産から分離され搬出された場合、これが、①通常の使用収益の範囲内であれば、抵当権の効力は及ばないが、②これを超えた場合には、抵当権の効力が及ぶ。この場合、抵当権者は搬出の禁止を求めたり、搬出物の返還請求ができる。

3　抵当権侵害

(1) 意義

抵当権侵害とは、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がある場合をいう(最大判平11.11.24)。

抵当権は、物権であるから物権的請求権を行使することができる。もっとも、抵当権は非占有担保物権であるため、目的物が通常の経済的用法に従って利用されている限り、設定者が付加物を抵当不動産から分離したり、目的物を第三者に使用させても、直ちに抵当権侵害とはいえない。

(2) 抵当権に基づく物権的請求権

ア　付加物の分離・搬出

判例は、抵当権が実行され抵当山林が差し押さえられた後に樹木が伐採・搬出された場合、樹木の伐採・搬出について抵当権の効力としてその差止を請求できるとしている(大判昭7.4.20)。

イ　抵当不動産の占有者に対する明渡請求

(ア) 不法占有者に対する明渡請求

判例(最大判平 11.11.24)

抵当権は、競売手続において実現される抵当不動産の交換価値から他の債権者に優先して被担保債権の弁済を受けることを内容とする物権であり、不動産の占有を抵当権者に移すことなく設定され、抵当権者は、原則として、抵当不動産の所有者が行う抵当不動産の使用又は収益について干渉することはできない。しかしながら、第三者が抵当不動産を不法占有することにより、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があるときは、これを抵当権に対する侵害と評価することを妨げるものではない。

そして、抵当不動産の所有者は、抵当権に対する侵害が生じないよう抵当不動

産を適切に維持管理することが予定されているものということができる。したがって、右状態があるときは、抵当権の効力として、抵当権者は、抵当不動産の所有者に対し、その有する権利を適切に行使するなどして右状態を是正し抵当不動産を適切に維持又は保存するよう求める請求権を有するというべきである。そうすると、抵当権者は、右請求権を保全する必要があるときは、民法 423 条の法意に従い、所有者の不法占有者に対する妨害排除請求権を代位行使することができると解するのが相当である。

なお、第三者が抵当不動産を不法占有することにより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があるときは、抵当権に基づく妨害排除請求として、抵当権者が右状態の排除を求めることも許されるものというべきである。

（イ）占有権限を有する占有者に対する明渡請求

判例（最判平 17.3.10）

抵当権設定登記後に抵当不動産の所有者から占有権原の設定を受けてこれを占有する者についても、その占有権原の設定に抵当権の実行としての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、抵当権者は、当該占有者に対し、抵当権に基づく妨害排除請求として、上記状態の排除を求めることができるものというべきである。抵当権に基づく妨害排除請求権の行使に当たり、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には、抵当権者は、占有者に対し、直接自己への抵当不動産の明渡しを求めることができるものというべきである。

抵当権者は、抵当不動産に対する第三者の占有により賃料額相当の損害を被るものではないというべきである。なぜなら、抵当権者は、抵当不動産を自ら使用することはできず、民事執行法上の手続等によらずにその使用による利益を取得することもできないし、また、抵当権者が抵当権に基づく妨害排除請求により取得する占有は、抵当不動産の所有者に代わり抵当不動産を維持管理することを目的とするものであって、抵当不動産の使用及びその使用による利益の取得を目的とするものではないからである。

(3) 損害賠償請求権

抵当目的物の滅失・損傷によって抵当権者が損害を受けた場合には、抵当権者は、不法行為に基づく損害賠償を請求することができる(709条)。

もっとも、抵当目的物の滅失・損傷によって抵当権者が損害を受けたというためには、目的物の価値の減少により、被担保債権の弁済を受けることができなくなったことが必要である。

4 抵当権不動産の賃借人の保護

(1) 同意の登記による賃借権の対抗制度

同意の登記による賃借権の対抗制度とは、登記をした賃貸借において、その登記前に登記をした抵当権を有するすべての者が同意をし、かつ、その同意の登記があるときは、その同意をした抵当権者に対抗することができる制度をいう(387条1項)。

(2) 明渡猶予制度

明渡猶予制度とは、抵当権者に対抗することができない賃貸借により建物を使用又は収益をする者に対して、その建物の競売における買受人の買受けの時から6ヶ月間の明渡猶予期間を与える制度をいう(395条1項)。もっとも、買受人が賃料の支払いを催告したにもかかわらず、賃借人が相当期間内に賃料の支払いを怠った場合には、明渡猶予期間の適用はない(395条2項)。

5 抵当不動産の第三取得者の保護

(1) 意義

抵当不動産について所有権を取得した者を第三取得者という。民法は、第三取得者の保護を図るため、代価弁済及び抵当権消滅請求の制度を設けている。

(2) 趣旨

抵当権設定者は、抵当権者の承諾なく、抵当不動産を第三者に譲渡することができる。この場合でも、当該不動産は抵当権が付着したまま移転するだけで、抵当権者の権利に何ら変化はない。しかし、この場合、抵当不動産の第三取得者は、抵当権付きの不動産を取得することとなるため、債務者が弁済をせず、抵当権が実行されると、第三者取得者は、当該不動産を失うおそれがある。そこで、第三者を保護する規定が置かれている。

(3) 内容

ア 第三者弁済

第三者弁済とは、抵当不動産を取得した第三取得者が、被担保債権を抵当権者に弁済することで抵当権を消滅させることができる制度をいう(474条)。

イ 代価弁済

代価弁済とは、抵当権者の請求に応じて、第三取得者が代価の弁済を行った場合に、抵当権を消滅させる制度をいう(378条)。

抵当権は、被担保債権に充たなくとも消滅する。このとき、なお残額があれば一般債権として存続することとなる。

ウ 抵当権消滅請求

抵当権消滅請求とは、第三取得者が、抵当権者に対して、一定額の金額を提示して抵当権の消滅を請求する制度をいう(379条)。

抵当権者がこれに承諾すれば、抵当権は消滅する。この制度は、本来債務を返すべき責任を負う主たる債務者や保証人及びその承継人は使うことができない(380条)。

6 法定地上権

(1) 意義

法定地上権とは、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制度をいう(388条)。

(2) 趣旨

日本では土地と建物は別個の不動産として扱われているため、土地と建物が同一の所有者のもので土地に抵当権を設定し、その後、競落されて当該土地が別の所有者となったとき、建物の所有者は土地を利用する権利を失うことになる。これは、社会経済上不合理であり、また、土地所有者は建物利用を土地の価値としているはずであるから、このような場合に法律上、土地の利用権を認めるのが法定地上権である(388条)。

(3) 成立要件

① 抵当権設定当時、土地上に建物が存在

ア 更地の場合

更地上に抵当権を設定しても法定地上権は成立しない。土地の担保価値を更地として高く評価している抵当権者の利益を保護するためである。

また、更地に抵当権を設定し、抵当権者がその更地上に建物を建築することを承認していたとしても、買受人の利益を保護するため、法定地上権は成立しない(最判昭36.2.10)。

イ 建物再築の場合

土地に抵当権を設定した当時建物が存在していれば、その後、建物が改築されても法定地上権は成立する。この場合、旧建物が木造なら新建物も木造が基準となる。(大判昭10.8.10)。ただし、抵当権者の利益を害しない特段の事情がある場合には、例外的に、新建物を基準とする法定地上権が認められる(最判昭52.10.11)。

なお、法定地上権は物権であるから、当事者の合意により法定地上権が発生しない旨の特約をしても無効である(大判明41.5.11)。

判例(最判平 9.2.14)

土地と建物に共同抵当を設定した後、建物が再築された場合、新建物の所有者が土地の所有者と同一であり、かつ、新建物が建築された時点での土地の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の設定を受けたとき等特段の事情のない限り、新建物のために法定地上権は成立しない。

② 抵当権設定当時、土地と建物が同一所有者

抵当権設定当時、建物所有者と土地の所有者が別人であれば、通常、利用権が設定されるはずであるから、法定地上権による保護を与える必要はない。

なお、別人とは、親子・夫婦の関係があるときでも法定地上権は成立しない(最判昭51.10.8)。

設定当時同一人の所有でなければならないため、その後同一所有となっても法定地上権は成立しない。また、設定当時同一所有であれば、抵当権実行時に別人所有となっても法定地上権は成立する。

なお、抵当権設定当時、土地と建物が同一の所有者であれば、登記名義が別人であっても法定地上権は成立する（最判昭48.9.18）。

ア　一番抵当権設定時には別人所有であったが、二番抵当権設定時には同一所有であった場合

ー図表ー　**別人所有が同一所有になった場合**

	土地抵当の場合	建物抵当の場合
結　論	法定地上権は成立しない。 （最判平2.1.22）	法定地上権が成立する。 （大判昭14.7.26）
理　由	一番抵当権者は法定地上権の負担がないものとして担保価値を把握して抵当権を設定しているため、この期待権を保護する必要がある。	法定地上権を成立させることが土地利用における社会的経済につながるし、このように解しても抵当権設定者は自ら二番抵当権を設定したのであるから、その不利益を負うのはやむを得ない。

イ　共有の場合

ー図表ー　**共有の場合**

	土地共有の場合	建物共有の場合
結　論	土地が共有で建物に抵当権が設定されていた場合、法定地上権は成立しない（最判昭44.11.4）。	建物が共有で土地に抵当権が設定されていた場合、法定地上権は成立する（最判昭46.12.21）。
理　由	ＡＢが土地を共有している場合、土地の共有者であるＢが納得していたのはいつでもふきとばせる弱い権利である。しかし、抵当権の実行により法定地上権が成立してしまうと、Ｂが了承していなかった強い権利が設定されることになってしまい、Ｂの合理的期待に反するので許されない。	ＡＢが建物を共有している場合、抵当権設定者であるＡは法定地上権の成立を予測していたのであるし、そう解してもＢの合理的期待を裏切ることにはならないからである。

③　土地・建物の一方に抵当権が設定

④　抵当権の実行により、土地所有者と建物所有者が異なる

(4) 効果

法律上、当然に地上権が発生する。

地代は、当事者間の協議によって定めることができる。ただし、当事者の協議が整わなかった場合には、当事者の請求により、裁判所が地代を定める（388条後段）。

⑩ 人的担保パターン

1 意義

保証債務とは、主たる債務者が、その債務を履行しない場合に、主たる債務者に代わって、その債務を履行すべき義務をいう(446条)。

2 性質

(1) 独立性

保証債務は、主たる債務とは別個の独立した債務である。

(2) 内容同一性

保証債務は、主たる債務と同一内容の給付を目的とする債務である。

判例（最大判昭 40.6.30）

特定物売買における売主のための保証人は、債務不履行により、売主が買主に対して負担する損害賠償義務だけでなく、契約が解除された場合における原状回復義務についても、保証人として責任を負う。

(3) 付従性

ー図表ー　**付従性**

成立における付従性	消滅における付従性	内容における付従性
主たる債務が成立しなければ、保証債務も成立しない。主たる債務の成立の基礎となる契約が、無効または取り消されたことによって、主たる債務が成立しないときは、保証債務もまた成立しない。 もっとも、保証契約の締結時に、主たる債務が発生している必要はなく、将来の債務や条件付債務の保証契約も有効である。	主たる債務が、弁済、時効その他の事由により消滅したときは、保証債務も当然に消滅する。	保証債務は、その目的または態様において、主たる債務より重いことは許されない。したがって、保証債務の内容が、主たる債務よりも重い場合には、その内容が主たる債務の限度まで縮減される（448条）。 ただし、保証債務についてのみ違約金、賠償額の予定の特約を結ぶことは可能である（447条２項）。

(4) 随伴性

主たる債務が、債権譲渡によって、第三者に移転したときは、それに伴って、保証債務もまた移転する。

判例（最判昭 45.4.21）

債権の譲受人は、主たる債務者に対する債権譲渡の対抗要件を備えていれば、保証債務の譲渡については、特別な対抗要件を備えることなく、保証人に対して、保証債務の履行を請求できる。

(5) 補充性

保証人は、主たる債務の履行がない場合に、補充的に、履行の責任を負う（446条1項）。したがって、保証人は、催告・検索の抗弁権を有する（452条、453条）。

ア 催告の抗弁権

催告の抗弁権とは、債権者が、保証人に債務の履行を請求したとき、保証人が、まず、主たる債務者に催告（請求）するよう求めることができる抗弁権をいう（452条本文）。

イ 検索の抗弁権

検索の抗弁権とは、債権者が、主たる債務者に対して催告をした後に、保証人に履行の請求をしたときでも、保証人が、まず主たる債務者の財産に執行するよう求めることができる抗弁権をいう（453条）。

検索の抗弁権を行使することができるのは、主たる債務者に弁済の資力があり、かつ、主たる債務者の財産への執行が容易である場合に限られる。

3 保証債務の成立

(1) 保証契約

保証契約は、債権者と保証人との間の契約（保証契約）によって成立する。主たる債務者は、保証契約の当事者ではないことから、主たる債務者と保証人との事情は、保証債務の成立に影響を及ぼすものではない。また、主たる債務者の意思に反しても、保証人となることができる。

なお、保証契約の締結は、必ず、書面でしなければならない（446条2項）。

(2) 保証人の資格

保証人になれる者の資格については、原則として制限がない。ただし、債務者が、債権者に対して、保証人を立てる義務を負う場合には、保証人となる者は、行為能力者であり、かつ、弁済の資力を有する者でなければならない（450条1項）。

4 保証債務の効力

保証人は、主たる債務者が、その債務を履行しないときに、その履行をする責任を負う（446条1項）。

5 連帯保証

(1) 意義

連帯保証とは、保証人が、主たる債務について、主たる債務者と連帯して、保証債務を負担するという保証をいう。

(2) 性質

連帯保証契約は、保証契約であるから、付従性、随伴性を有している。しかし、連帯保証人は、主たる債務者と連帯して、保証債務を負担していることから、補充性はない。したがって、連帯保証人には、催告の抗弁権、検索の抗

弁権は認められない。また、分別の利益もない。「分別の利益」とは、各共同保証人は、主たる債務につき、平等の割合をもって分割した額についてのみ、保証を負担することをいう。

(3) 連帯保証契約の成立

連帯保証契約は、債権者と連帯保証人との間の連帯保証契約によって成立する。

ー図表ー　**保証と連帯保証の比較①**

	保　証	連帯保証
意　義	主たる債務者が、その債務を履行しない場合に、主たる債務者に代わって、その債務を履行すべき義務をいう（446条）。	保証人が、主たる債務について、主たる保証人と連帯して、保証債務を負担するという保証をいう。
付従性	○	○
随伴性	○	○
補充性	○	×
分別の利益	○	×
保証人について生じた事由の効力	請求・混同については、主たる債務者に影響が及ばない（相対効）。	請求・混同についても、主たる債務者に影響が及ぶ（絶対効）。

ー図表ー　**保証と連帯保証の比較②**

		弁済 代物弁済 相殺	更改	請求	混同	他人の債権での相殺 免除 時効完成 （負担部分のみ）
保証	主債務者	○				
	保証人	○		×		
連帯保証	主債務者	○				
	保証人	○		○	○	×
連帯債務		○				

11 債権回収パターン

1 債権者代位権

(1) 意義

債権者代位権とは、債権者が自己の権利を行使しないときに、債務者に代わって権利を行使することにより、責任財産の維持を図る権利をいう（423条）。

(2) 要件

① 被保全債権を保全するために必要であること

債権の保全が必要になるためには、債務者の一般財産が、総債権者の債権を弁済するに足りるだけの価値がないこと、すなわち、債務者の無資力が要件（無資力要件）となる（最判昭49.11.29）。

また、被保全債権は、原則として、金銭債権に限られる。ただし、例外的に、特定債権の保全のためにも、債権者代位権が認められる場合がある。

② 債務者が自らその権利を行使していないこと

債務者が、その有する権利の行使をしている場合には、当該権利の行使は債務者に任されるべきであるから、債権者は債権者代位権を行使することができない（最判昭28.12.14）。

③ 被保全債権の履行期が到来していること

ア 原則

債権者は、債権の弁済期が到来してはじめて自己の権利の満足を受けることができるのであるから、弁済期到来前は、債権者代位権を行使することは許されない。

イ 例外

（ア）裁判上の代位

「裁判上の代位」とは、非訟事件手続法72条以下の規定により、裁判所の許可を得て代位することをいう。

（イ）保存行為

「保存行為」とは、時効中断など、債務者の財産の現状を維持する行為をいう。

④ 代位行使される権利が債務者の一身に専属する権利でないこと

各種請求権（債権・物権的請求権）、形成権（取消権・解除権・相殺権）、債権者代位権なども、債権者代位権の目的となる。ただし、夫婦間の契約取消権、離婚による財産分与請求権、遺留分減殺請求権などの債務者の有する一身専属権は、債権者代位権の目的とならない。

判例（最判昭 55.7.11）

離婚によって生ずる可能性のある財産分与請求権は、協議・審判等によって、その具体的内容が形成される以前には、その範囲及び内容が不明確であるから、右の請求権を保全するために債権者代位権を行使することはできない。

判例（最判平 13.11.22）

遺留分減殺請求権は、遺留分権利者がこれを第三者に譲渡するなど権利行使の確定的意思を有することを外部に表明したと認められる特段の事情がある場合を除き、債権者代位の目的とすることはできない。

判例（最判昭 43.9.26）

金銭債権の債権者は、その債務者が、他の債権者に対して負担する債務、または前記のように他人の債務のために物上保証人となっている場合にその被担保債権について、その消滅時効を援用しうる地位にあるのにこれを援用しないときは、債務者の資力が自己の債権の弁済を受けるについて十分でない事情にあるかぎり、その債権を保全するに必要な限度で、民法 423 条 1 項本文の規定により、債務者に代位して他の債権者に対する債務の消滅時効を援用することが許される。

(3) 行使方法

債権者代位権の行使に際しては、債権者は、債務者の代理人としてではなく、自己の名において行使する。この場合、裁判上でも、裁判外でも行使することができる。

(4) 行使範囲

債権者代位権は、債権者の債権を保全するために認められる権利であるから、債権者代位権を行使しうる範囲は、債権の保全に必要な限度に限られる（最判昭44.6.24）。

(5) 効果

債権者代位権の行使の効果は、債務者に帰属し、総債権者の共同担保となる。

債務者に代わって、第三債務者に対して、金銭や物の引渡しを請求する場合、原則として、債務者へ引き渡すべきである。しかし、例外的に、債権者は、直接自己への引渡しを請求することができる。

なお、債権者が、第三債務者から、直接金銭の支払いを受けた場合、債権者は、債務者への返還義務と自己の債権との相殺により、実質的に、優先弁済を受けることができる（大判昭10.3.12）。

(6) 債権者代位権の転用

ア 意義

債権者代位権は、本来、責任財産を保全するための制度であるから、債

権者の有する債権は、金銭債権であることが必要となる。しかし、判例は、金銭債権以外の債権についても、債権者代位権の行使を認めている（債権者代位権の転用）。

この場合、責任財産の保全以外の目的で用いられるため、無資力要件は不要とされる。

イ　具体例

① 登記請求権の代位行使（大判明43.7.6）

② 債権譲渡の通知請求権の代位行使（大判大8.6.26）

③ 賃貸人の所有権に基づく妨害排除請求権の代位行使（大判昭4.12.16）

④ 抵当不動産の所有者の所有権に基づく妨害排除請求権の代位行使（最大判平11.11.24）

2　詐害行為取消権

(1) 意義

詐害行為取消権とは、債務者が債権者を害することを知りつつ自己の財産を逸失させた場合、債権者が債務者のなした法律行為を取り消して、逸失した財産を、債務者のもとに取り戻す権利をいう（424条）。

(2) 要件

ア　客観的要件

客観的要件としては、債務者が債権者を害する行為（詐害行為）をしたことが必要となる。詐害行為とは、債務者の財産が減少し、その結果、債権者に完全な弁済ができなくなることをいう。

① 債務者の無資力

債務者に対する不当な干渉を避けるため、債務者が無資力であることが必要である。

② 財産権を目的とする法律行為

詐害行為取消権は、債務者の責任財産を保全するものであるから、財産権を目的とする法律行為に限られる。財産権を目的としない法律行為とは、家族法上の行為で、婚姻、離婚、養子縁組、相続の承認・放棄等がある。

判例（最判平 11.6.11）

遺産分割協議は、相続の開始によって共同相続人の共有となった相続財産について、その全部又は一部を、各相続人の単独所有とし、又は新たな共有関係に移行させることによって、相続財産の帰属を確定させるものであり、その性質上、財産権を目的とする法律行為にあたる。

判例（最判平 12.3.9）

離婚による財産分与は、当然には詐害行為取消権行使の対象とはならないが、それが民法 768 条３項の規定の趣旨に反してその額が不相当に過大であり、財産分与に仮託してされた財産処分であると認めるに足りるような特段の事情があるときは、不相当に過大な部分について、その限度において詐害行為取消権行使の対象となる。

③ **被保全債権は金銭債権であること**

（ア）原則

被保全債権は金銭債権であることが必要である。

（イ）例外

特定物の引渡しを目的とする債権（特定物債権）も究極的には損害賠償債権に変じ得るものであり、債務者の一般財産により担保されなければならないことは、金銭債権と同様であるから、特定物債権を有する者も、目的物の処分により債務者が無資力となった場合には、詐害行為取消権を行使し得る（最大判昭36.7.19）。

④ **被保全債権は詐害行為前に発生したこと**

被保全債権は、原則として詐害行為の前に成立していることが必要である。詐害行為後に発生した債権の場合、その行為によって害されたといえないためである。

判例（最判昭 55.1.24）

不動産の譲渡行為が取消債権者の債権成立前になされた場合には、その登記が右債権成立後に移転されたときであっても、右債権者は取消権を行為することができない。

判例（最判平 10.6.12）

債務者が自己の第三者に対する債権を譲渡した場合において、債務者がこれについてした確定日付のある債権譲渡の通知は、単にその時から初めて債権の移転を債務者その他の第三者に対抗し得る効果を生じさせるにすぎず、譲渡通知の時に右債権移転行為がされたこととなったり、債権移転の効果が生じたりするわけではないため、詐害行為取消権行使の対象とならない。

イ 主観的要件

① **債務者の悪意**

詐害の事実を知っているとは、債権者を害すること、すなわち、総債権者に対する弁済の資力に不足をきたすことを知っていれば足り、必ずしも特定の債権者を害することを欲している必要はない（最判昭35.4.26）。

② **受益者または転得者の悪意**

受益者を詐害行為の相手方をする場合には、受益者の悪意が必要と

なり、転得者を相手方とする場合には、転得者の悪意が必要となる。

(3) 行使方法

ア　行使方法

詐害行為取消権は、債権者代位権とは異なり、必ず裁判上で行使しなければならない。

イ　行使の相手方

受益者または転得者を訴えの被告とし、債務者を被告とする必要はない（大連判明44.3.24）。

ウ　行使期間

詐害行為取消権は、債権者が取消しの原因を知った時から2年間行使しないときは、時効によって消滅する（426条前段）。また、行為の時から20年を経過したときも、詐害行為取消権は、消滅する（同条後段）。この期間は、除斥期間であると解されている。

(4) 行使範囲

目的物が金銭債権のように可分な場合、債権額に相当する限度で取り消すことができる（大判大9.12.24）。これに対して、目的物が不動産のように不可分な場合には、債権額を超えて全部につき取り消すことができ、現物の返還が認められる（最判昭30.10.11）。

(5) 効果

取消しの効果は相対的なものであり、取消権を行使した債権者とその受益者との間でのみ生じる。したがって、債務者と受益者との間では、法律行為は有効である（相対的無効説　大連判明44.3.24）。

詐害行為取消権の行使によって、受益者または転得者から取り戻された財産は、総債権者の共同担保となる（425条）。

受益者または転得者に対して、金銭や物の引渡しを請求する場合、原則として、債務者への現物の返還を請求すべきである。しかし、例外的に、債権者は、直接自己への引渡しを請求することができる（大判大10.6.18、最判昭39.1.23）。

なお、債権者が、受益者または転得者から、直接金銭の支払いを受けた場合、債権者は、債務者への返還義務と自己の債権との相殺により、実質的に、優先弁済を受けることができる。

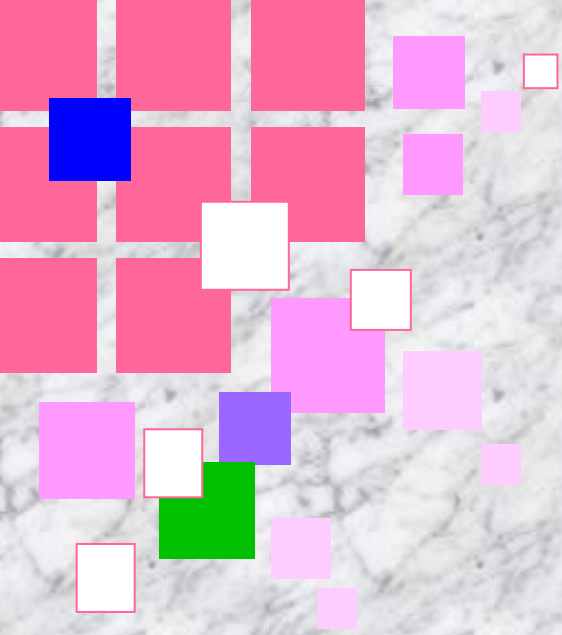
判例（最判昭53.10.5）

目的物が不動産の場合、取消債権者は、特定物債権者であっても、受益者に対し、直接自己に所有権移転登記を求めることはできない。

(6) 債権者代位権と詐害行為取消権の比較

ー図表ー　**債権者代位権と詐害行為取消権の比較**

	債権者代位権	詐害行為取消権
被保全債権	原則：金銭債権 例外：特定債権（転用事例）	金銭債権
無資力要件	原則：必要 例外：不要（転用事例）	必　要
行使方法	裁判上・裁判外でも行使可	裁判上でのみ行使可
行使範囲	被保全債権額の範囲（原則）	
行使期間	な　し	①　知った時から２年 ②　行為時から20年
直接の引渡請求	○	



辰　巳　法　律　研　究　所

東京本校：〒169-0075　東京都新宿区高田馬場４－３－６
TEL03-3360-3371（代表）　0120-319059（受講相談）
http://www.tatsumi.co.jp/

横浜本校：〒221-0835 神奈川県横浜市神奈川区鶴屋町2-23-5 銀洋第2ビル4Ｆ
TEL045-410-0690（代表）

大阪本校：〒530-0051 大阪市北区太融寺町5-13 東梅田パークビル3Ｆ　TEL06-6311-0400（代表）

京都本校：〒604-8187 京都府京都市中京区御池通東洞院西入る笹屋町435
京都御池第一生命ビルディング2F　TEL075-254-8066（代表）

名古屋本校：〒450-0003 名古屋市中村区名駅南1-23-3 第2アスタービル4Ｆ
TEL052-588-3941（代表）

福岡本校：〒810-0001 福岡市中央区天神1-10-17 西日本ビル8Ｆ　TEL092-726-5040（代表）