

Readers Leaders
リーダーズ式
2019

基本書フレームワーク講座

再受験生のための
フレームワーク思考で解く民法
オリジナルレジュメ



リーダーズ総合研究所



辰巳法律研究所
Tatsumi legal institute

【再受験生のためのフレームワーク思考で解く民法】

1 総論	
(1) 物権と債権	1
2 物権	
(1) 取得	5
(2) 効力	13
(3) 制限	15
3 債権	
(1) 発生	17
(2) 効力	21
(3) 消滅	23
4 債権の担保	
(1) 抵当権	27
(2) 保証	34

01

総論

1 物権と債権

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
<p>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)。</p> <p>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)。</p> <p>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)。</p>	<p>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)。</p> <p>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)。</p> <p>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)</p> <p>④ 他人物売買事案</p>

	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

—図表— 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	○	○

1 取 得

1 不動産物権変動

(1) 意義

民法は、「不動産に関する物権の得喪及び変更は、不動産登記法その他の登記に関する法律の定めるところに従いその登記をしなければ、第三者に対抗することができない」(177条)と規定している。

つまり、不動産物権変動を第三者に対抗するためには、一定の要件(対抗要件)を備えていることが必要であり、その要件が登記となる。

(2) 物権変動の時期

物権の設定及び移転は、当事者の意思表示のみによって、その効力を生ずる(意思主義 176条)。したがって、他に登記や引渡しは必要ない。このように、意思主義を貫くと、売買契約によって目的物を取得する場合、原則として、売買契約と同時に、物権変動が生じることになる(最判昭33.6.20)。ただし、特約で移転時期を変更することも可能である。

(3) 第三者の範囲

ア 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。

イ 第三者にあたらぬ者

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は登記がなくと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 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、たとえ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。

ただし、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こととどまり、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。

(4) 登記を必要とする物権変動

ア 取消しと登記

—図表— 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。

イ 時効取得と登記

—図表— 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）。

ウ 解除と登記

—図表— 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で、これを知っていた（悪意）であつ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。	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）。
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するのであるから、対抗関係として処理することになる。

エ 相続と登記

—図表— 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BとC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（最判昭46.1.26）。	CはDに対し、登記なくして所有権を主張できる（最判昭42.1.20）。
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。

判例（最判平 14.6.10）

「相続させる」趣旨の遺言による権利の移転は、法定相続分又は指定相続分の相続の場合と本質において異なるところはなく、法定相続分又は指定相続分の相続による不動産の権利の取得については、登記なくしてその権利を第三者に対抗することができ、相続人は、遺言によって取得した共有持分権を、登記なくして、他の相続人の債権者に対抗することができる。

(5) 不動産物権変動と第三者保護(94条2項の類推適用)

ア 意義

94条2項の類推適用とは、94条2項の虚偽の意思表示、通謀がなくても、虚偽の外観の作出につき権利者に帰責性がある場合に、虚偽の外観を信

用して取引をした第三者を保護し、もって取引の安全を図る制度のことをいう(権利外観法理 最判昭45.9.22)。

イ 要件

- ① 虚偽の外観の存在
- ② 真の権利者の帰責性



判例 (最判昭45.9.22)

不実の所有権移転登記の経由が所有者の不知の間に他人の専断によってされた場合でも、所有者が右不実の登記のされていることを知りながら、これを存続せしめることを明示又は黙示に承認していたときは、右94条2項を類推適用し、所有者は、その後当該不動産について法律上利害関係を有するに至った善意の第三者に対して、登記名義人が所有権を取得していないことを対抗することはできない。

- ③ 第三者の善意

—図表— 第三者の善意

	意思外形対応型	意思外形非対応型
事案	不実の登記という外形作出についての真の権利者の意思と、作出された外形とが対応する事案	真の権利者が作出しようとした外形とは異なる外形が他人の行為により作出された事案
判例	94条2項を類推適用して、善意の第三者を保護 (最判昭45.9.22)。	94条2項・110条を類推適用して、善意無過失の第三者を保護 (最判平18.2.23)。

ウ 効果

善意の第三者に対して、無効を対抗することができなくなる。

2 動産物権変動

(1) 意義

民法は、「動産に関する物権の譲渡は、その動産の引渡しが必要ならば、第三者に対抗することができない」(178条)と規定している。

つまり、動産物権変動を第三者に対抗するためには、一定の要件(対抗要件)を備えていることが必要であり、その要件が「引渡し」となる。「引渡し」とは、占有の移転のことをいう。

もっとも、178条の「引渡し」の中には、現実の引渡しの他に、観念的な引渡しも含まれるため、動産取引においては、この後で学習する即時取得の制度(192条)が、実際的には重要な機能を営んでいる。

(2) 引渡し

引渡しの方法としては、①現実の引渡し、②簡易の引渡し、③占有改定、④指図による占有移転の4つの方法がある。

① 現実の引渡し

現実の引渡しとは、たとえば、AがBに時計を売却し、現実には時計を引き渡すことをいう(182条1項)。

② 簡易の引渡し

簡易の引渡しとは、たとえば、AがBに時計を貸していたところ、Bが時計を買い取った場合、AがBに対する意思表示をすることで、AからBに占有が移転することをいう(182条2項)。

③ 占有改定

占有改定とは、たとえば、AがBに時計を売却したが、引き続きAがBから時計を賃借して占有する場合、Aが、今後はBのために占有する旨の合意をすることで占有を移転することをいう。占有改定は、外形上、物がずっとAのもとにあり、占有が移転していないため、178条の「引渡し」に当たるか問題となるが、判例は、これを認めている(最判昭30.6.2)。

④ 指図による占有移転

指図による占有移転とは、Aが時計をCに寄託しており、それをBが買い受ける場合、AがCに以後Bのために占有せよと命じ、Bがこれに承諾することで占有を移転することをいう(184条)。

(3) 動産物権変動と第三者保護(即時取得)

ア 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)。

イ 趣旨

178条の「引渡し」の中には、現実の引渡しの他に、観念的な引渡しも含まれるため、公示方法として不十分である。そこで、民法は、動産取引の安全を図るため、192条の即時取得の制度を設けている。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。

ウ 要件

① 動産であること

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、取引の対象は、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)。ただし、未登録の自動車は、即時取得の対象となる(最判昭45.12.4)。

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(大

判大4.5.20)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

目的物を占有している前主が、目的物に対する処分権限を有していないことが必要である。たとえば、前主が、賃借人や受寄者などの場合である。

④ 前主が無権利であることにつき、平穩、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。平穩、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。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。

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)。

この善意無過失は、占有開始時において判断される。したがって、その後、悪意となっても、善意・無過失の要件は満たすことになる。

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(最判昭57.9.7)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。

エ 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。

オ 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。

i 原則

この回復請求は、無償であることができる。

ii 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。

3 公示の原則と公信の原則

—図表— 公示の原則・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

2 効力

1 物権的請求権

(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。

(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

物権的請求権には、占有保持の訴えに対応して物権的妨害排除請求権、占有保全の訴えに対応して物権的妨害予防請求権、占有回収の訴えに対応して物権的返還請求権が認められている。

—図表— 物権的請求権の種類

	物権的妨害排除請求権	物権的妨害予防請求権	物権的返還請求権
意義	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。	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。
要件	目的物が占有侵奪以外の方法によって、物権の内容の実現が妨げられていること	目的物に将来物権侵害が生じるおそれがあること	目的物の占有が奪われ物権の内容の実現が妨げられていること 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) 物権的請求権と損害賠償請求

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。もっとも、不法行為に基づく損害賠償請求(709条)をするためには、相手方の故意・過失は必要となる。

(5) 物権的請求権行使の相手方

現実に目的物を占有している者など、目的物の支配を妨げている者。

判例 (最判平 6.2.8)

土地所有権に基づく物上請求権を行使して建物収去・土地明渡しを請求するには、現実に建物を所有することによってその土地を占拠し、土地所有権を侵害している者を相手方とすべきであるとする。もっとも、他人の土地上の建物の所有権を取得した者が自らの意思に基づいて所有権取得の登記を経由した場合には、たとえ建物を他に譲渡したとしても、引き続き右登記名義を保有する限り、土地所有者に対し、右譲渡による建物所有権の喪失を主張して建物収去・土地明渡し義務を免れることはできない。

2 占有訴権

(1) 意義

占有訴権とは、占有権を有する者が、目的物に対する占有権の実現を妨げられたり、目的物を奪われたりした場合に、第三者に対して、その回復を請求することができる権利をいう。

(2) 種類

占有訴権には、占有保持の訴え、占有保全の訴え、占有回収の訴えがある。

—図表— **占有訴権のまとめ**

	占有保持の訴え	占有保全の訴え	占有回収の訴え
意義	占有者が占有を妨害されたときは、妨害の停止及び損害賠償の請求をすることができる訴えをいう。	占有者がその占有を妨害されるおそれのあるときは、妨害の予防又は損害賠償の担保を請求できる訴えをいう。	占有者がその占有を奪われたとき、その物の返還及び損害賠償の請求ができる訴えをいう。
請求内容	妨害の停止 及び 損害賠償	妨害の予防 又は 損害賠償の担保	目的物の返還 及び 損害賠償
提訴期間	妨害の存する間またはその消滅した時から1年以内(201条1項)。	提訴期間は、妨害の危険が存する間(201条2項)。	占有を奪われた時から1年以内(201条3項)。

※ 損害賠償請求は、不法行為に基づくものであり、侵害者に故意・過失が必要

占有回収の相手方は、原則として、占有の侵奪者である。占有回収の訴えは、占有を侵奪した者の特定承継人に対しては提起することができない(200条2項本文)。ただし、例外的に、その承継人が侵奪の事実を知っていたときは、占有回収の訴えを、提起することができる(200条2項ただし書)。

(3) 占有の訴えと本権の訴えとの関係

占有の訴えは本権の訴えを妨げず、また、本権の訴えは占有の訴えを妨げない(202条1項)。つまり、Bに自己の所有物を侵奪されたAは、所有権に基づく返還請求権を行使してもよいし、占有回収の訴えを行使してもよい。両者は同時でもよい。

3 制限

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

—図表— 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

—図表— 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。ただし、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 (最判昭 63.5.20)

共有者の一部の者から共有者の協議に基づかないで共有物を占有使用することを承認された第三者は、その者の占有使用を承認しなかった共有者に対して共有物を排他的に占有する権原を主張することはできないが、現にする占有がこれを承認した共有者の持分に基づくものと認められる限度で共有物を占有使用する権原を有するので、第三者の占有使用を承認しなかつた共有者は右第三者に対して当然には共有物の明渡しを請求することはできないと解するのが相当である。

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。

1 成 立

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

—図表— 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つたにもかかわらず、これを回避する行為義務を怠つたことをいう。

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、不法行為責任を負わない。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)。

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)。

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(724条後段)。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

—図表— 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

—図表— 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

2 効力

1 原始的不能

(1) 意義

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。

(2) 効果

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。

2 後発的不能

(1) 意義

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。

(2) 種類

ア 危険負担

(ア) 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。

(イ) 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。

(ウ) 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。

イ 債務不履行

(ア) 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。

(イ) 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。

(ウ) 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)。

3 消滅

1 弁済

(1) 意義

弁済とは、債務の本旨に従った給付を実現する債務者ないし第三者の行為をいう。弁済によって、債権は、その目的を達して消滅する。

(2) 弁済者

ア 原則

弁済は、原則として、債務者または弁済権限を与えられた者が行う。

イ 例外

(ア) 原則

弁済は、原則として、第三者もすることができる(474条1項)。ただし、次の3つの場合は、第三者の弁済は許されない。

(イ) 例外

① 債務の性質が第三者弁済を許さないとき(1項ただし書前段)

債務の給付が債務者本人でなければならない場合である。たとえば、有名な演奏家による演奏などである。

② 当事者(債権者・債務者)が反対の意思を表示したとき(1項ただし書後段)

③ 利害関係のない第三者が、債務者の意思に反して弁済するとき(2項)

「利害関係」とは、債務の弁済につき、法律上の利害関係をいい、単なる事実上の利害関係は含まない(最判昭39.4.21)。

—図表— 利害関係のある第三者

利害関係のある第三者	利害関係のない第三者
① 物上保証人	① 親子関係
② 担保不動産の第三取得者	② 友人関係
③ 同一不動産の後順位抵当権者	
④ 地代弁済をする借地上の建物の賃借人 (最判昭63.7.1)	

(ウ) 効果

第三者弁済が有効となれば、債務者の債務は消滅し、弁済者は債務者に対して、求償権を取得する。

(3) 弁済受領者

ア 原則

弁済は、原則として、債権者または弁済受領権限を与えられた者にしなけ

れば、有効な弁済とはならない。

イ 例外

弁済受領権限のない者への弁済も、一定の場合、有効な弁済となる。

(ア) 債権の準占有者に対する弁済

i 意義

「債権の準占有者」とは、真実の債権者ではないが、債権者または弁済受領権限を与えられた者らしくみえる者をいう。

ii 要件

① 債権の準占有者

たとえば、本人の預金通帳と印鑑の持参人、譲渡が取り消された債権の譲受人、表見相続人などである。判例は、債権者の代理人と称して債権を行使する者(詐称代理人)も、債権の準占有者にあたるとしている(最判昭37.8.21)。

判例 (最判昭61.4.11)

二重に譲渡された指名債権の債務者が、民法467条2項所定の対抗要件を具備した他の譲受人よりのちにこれを具備した譲受人に対してした弁済についても、同法478条の規定が適用される。

② 弁済者の善意・無過失

平成16年の民法改正によって、明文で、善意・無過失が要件とされた。なお、善意・無過失は、弁済の有効を主張弁済者が主張立証しなければならない。

iii 効果

弁済は有効とされ、債権は消滅する。その結果、債権者は、債務者に対して履行及び損害賠償請求をすることができず、真の債権者は、準占有者に対して、不当利得に基づく返還請求、または、不法行為に基づく損害賠償をなしうるにすぎない。

iv 478条の類推適用

判例 (最判昭48.3.27)

他人名義の定期預金通帳と届出印を盗んだ者が銀行の窓口で本人と称して銀行から定期預金を担保に融資を受けたが、弁済がなされなかったため、銀行が当該預金債権と定期預金債権とを相殺した場合に、銀行が、右事実につき善意であり、かつ過失がなければ、当該相殺は、478条の類推適用により有効な相殺となる。

(イ) 受取証書の持参人に対する弁済

受取証書の持参人に対する弁済も、その弁済をした者が善意で、かつ、過失がなかったときは、有効な弁済となる(480条)。

なお、受取証書は、真正に成立したものでなければならず、不真正な受取証書であった場合には、準占有者に対する弁済として処理される。

2 消滅時効

(1) 意義

消滅時効は、一定期間の経過により、権利が消滅する制度のことをいう。消滅時効の対象となるのは、債権及び所有権以外の財産権である。

(2) 要件

① 権利の不行使

② 権利を行使することができる時から一定期間の経過

権利を行使することができる時とは、権利の行使に法律上の障害がなく、権利の性質から権利行使が現実に期待できる時をいう(最大判昭45.7.15)。

—図表— 消滅時効の起算点

		消滅時効の起算点
確定期限の定めのある債権		期限到来時
不確定期限の定めのある債権		期限到来時
期限の定めのない債権	原則	債権成立時
	返還時期の定めのない消費貸借	債権成立時から相当期間経過後
	不法行為に基づく損害賠償請求権	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(724条)
債務不履行による損害賠償請求権		本来の債務の履行を請求できる時

(ア) 債権

i 原則

10年(167条1項)

ii 例外

短期消滅時効

(イ) 所有権以外の財産権(地上権・地役権等)

20年(167条2項)

(3) 効果

消滅時効が完成した後に、当事者が援用の意思表示をした場合、起算点に遡って債権が消滅する(144条)。

(4) 時効の援用

ア 意義

時効の援用とは、時効の利益を受けることができる者が、実際に時効の利益を受ける意思表示のことをいう。時効が完成した場合に、その利益を享受するか否かの本人の意思を尊重するために設けられている。

イ 時効の完成と時効の援用

民法では時効の完成によって、権利を取得または権利が消滅する(162条、167条)。

もっとも、判例は、民法が145条で時効の援用を求めていることから、時効の完成によって権利の得喪は当然には起こらず、時効の援用によってはじめて権利の得喪が生じるとする(停止条件説 最判昭61.3.17)。

ウ 援用権者

時効は、当事者が援用しなければ、裁判所がこれによって裁判をすることができない(145条)。判例は、「当事者」とは、時効により直接利益を受ける者及びその承継人をいうと解している(大判明43.1.25)。

—図表— 援用権者

判例が肯定した援用権者	判例が否定した援用権者
① 保証人 (大判大4.7.13)	① 一般債権者
② 連帯保証人 (大判昭7.6.21)	② 表見相続人からの譲受人 (相続回復請求権の消滅時効について)
③ 物上保証人 (最判昭42.10.27)	③ 借地上の建物の賃借人 (賃貸人の敷地所有権の取得時効について) (最判昭44.7.15)
④ 抵当不動産の第三取得者 (最判昭48.12.14)	④ 後順位抵当権者 (先順位抵当権者の被担保債権の消滅時効の援用) (最判平11.10.21)
⑤ 売買予約の仮登記のなされている不動産の第三取得者 (最判平2.6.5)	
⑥ 被保全債権の消滅時効について詐害行為の受益者 (最判平10.6.22)	

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。

(1) 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。

(2) 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。

(3) 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。

(4) 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。

—図表— 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

(1) 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。

(2) 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。

(3) 対抗要件

抵当権の第三者対抗要件は登記である(177条)。

(4) 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。

4 論点

(1) 抵当権の効力の及ぶ範囲

ア 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)。

イ 抵当権の効力の及ぶ範囲

① 土地・建物

土地と建物は、別個の不動産であるため、土地に対する抵当権の効力は、建物には及ばないし、建物に対する抵当権の効力は、土地には及ばない。

② 付合物

付合物とは、「不動産に従として付合した物」(242条)をいう。付合物は、370条の「付加一体物」に当然含まれ、抵当不動産への付合の時期を問わず、抵当権の効力が及ぶ。

土地の付合物の具体例として、立木法の適用のない立木、取り外し困難な庭石などがある。また、建物の付合物の具体例として、雨戸や戸扉などがある。

③ 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。

土地の従物の例としては、石灯籠、取り外し可能な庭石などがある。また、建物の従物の例としては、畳、物置などがある。

判例 (最判平 2.4.19)

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。

④ 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)。

⑤ 果実

果実(天然果実・法定果実)については、原則として抵当権の効力は及ばない。もっとも、債務の不履行があった場合には、その後が生じた抵当不動産の果実にも抵当権の効力は及ぶ(371条)。

(2) 抵当権侵害

ア 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。

イ 抵当権に基づく物権的請求権

① 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)。

② 抵当不動産の占有者に対する明渡請求

i 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か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。

ii 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。

ウ 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)。

もともと、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。

(3) 法定地上権

ア 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)。

イ 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)。

ウ 成立要件

① 抵当権設定当時、土地上に建物が存在

i 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)。

ii 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ぬため、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)。

i 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

—図表— 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。

判例 (最判平 19.7.6)

土地を目的とする先順位の抵当権と後順位の抵当権が設定された後、先順位の抵当権が設定契約の解除により消滅し、その後、後順位の抵当権の実行により土地と地上建物の所有者を異にするに至った場合において、当該土地と建物が、先順位の抵当権の設定時には同一の所有者に属していなかったとしても、後順位の抵当権の設定時に同一の所有者に属していたときは、法定地上権が成立するというべきである。

ii 共有の場合

—図表— 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	A B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。	A B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

エ 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）。

2 保証

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

—図表— 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
<p>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。</p> <p>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。</p>	<p>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。</p>	<p>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)。</p> <p>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)。</p>

(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、書面で行わなければならない(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。

—図表— 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）。

—図表— 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		○				

【MEMO】

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2-8-49 ヒューリック福岡ビル8F
TEL092-726-5040（代表）