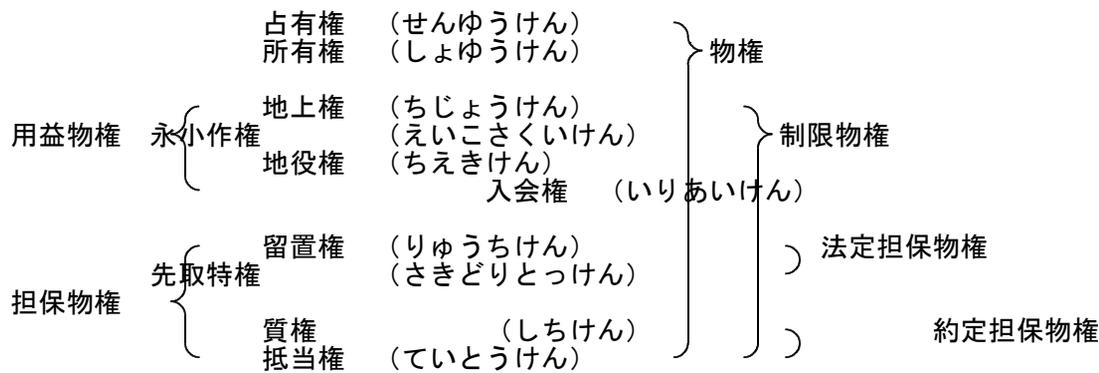
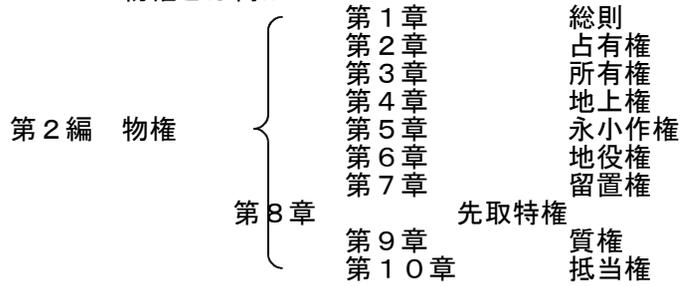


第3部 物権（物権変動）  
32-1 物権とは何か



物権＝一定の物を直接的に、そして排他的に支配できる権利

- \* 「直接的に」＝権利の内容を実現するのに他人の行為を必要としないこと
- \* 「排他的に」＝1つの物の上に同じ内容の物権が存在し得ないこと
- \* 一定の物を直接的にかつ排他的に支配するには、客体となる物は特定の独立した物でなくてはならない。例外は「権利質」と「地上権の上の抵当権」

- ・債権の場合、債権者が権利内容を実現しようとした場合、債務者の行為を必要とするという意味で直接的ではない。
- ・権利質＝債権や株式などの財産権に質権を設定すること（362条～368条）。質権は本来、動産・不動産に設定される。
- ・地上権の上の抵当権＝地上権も抵当権の目的とすることができる（369条2項）

産権に質権を設定することを権利質という（民法第362条から第368条）。

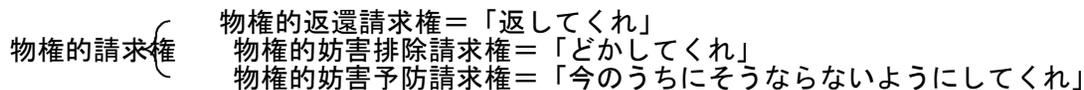
32-3 物権法定主義

- 律で
- 物権法定主義（ぶっけんほうてい）＝物権（動産・不動産に対する直接の権利所有権など）は債権と違い、法律で定めるもの以外は自分で勝手に作り出すことは出来ない
  - 一物一権主義（いちぶついつけん）＝①一つの物には互いに矛盾する同じ物権は成立しない  
②一つの物権が支配を及ぼす対象は

一つの物である（数個の物の上に及ぶ物権は、物の数だけ存在する）

32-4 物権的請求権

物権的請求権＝物権を不法に侵害されたときに行使できる権利

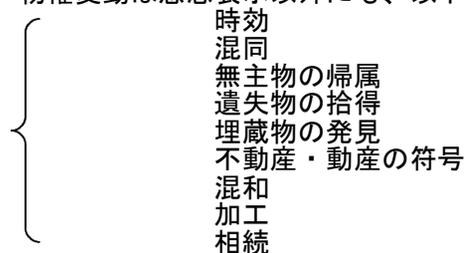


33-1 物権変動

物権変動＝権利の発生・変更・消滅の総称

意思主義＝物権変動は当事者の意思表示のみによってその効力を生じる（176条）  
（形式主義＝物権変動が効力を生じるには、不動産の登記、動産の引き渡し等の形式が絶対に必要である）

- \* 所有権は原則として契約成立と同時に買主に移転する（最判昭和33年6月20日）
- \* 物権変動は意思表示以外にも、以下の場合に生じる。



34-1 対抗要件

「不動産の物件変動は登記がなければ第3者に対抗できない(177条)」  
対抗要件=第3者に対して、すでに成立した法律上の権利関係であることを主張するための必要な条件

34-2 登記とは

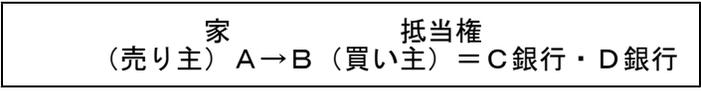
不動産登記=登記所において登記官が登記簿に不動産の表示や権利に関する登記事項を記録することによる(不登11条)

- \* 登記所=不動産の所在地を管轄する法務局(不登6条1項)
- \* 登記官=登記所に勤務する法務事務官で法務局長から指定された者をいう(不登9条)
- \* 登記簿=登記記録帳簿。磁気ディスクで調製される。(不登2条9号)

\* 登記記録 { 表題部=不動産がどこにあってどれ位かといった表示に関する登記  
権利部=権利者は誰で、どこの銀行に抵当権が付いているかといった権利に関する登記

- 登記ができる権利(不登3条)
- 所有権
  - 地上権
  - 永小作権
  - 地役権
  - 先取特権
  - 質権
  - 抵当権
  - 賃貸権
  - 採石権

- \* 1つの不動産に登記した権利は、原則として登記の早い順に優先される(不登4条1項)
- \* 登記権利者=権利に関する登記をすることで、登記上直接利益を受ける者(不登2条12条)
- \* 登記義務者=直接不利益を受ける登記名義人(不登2条13号)
- \* 登記名義人=登記記録の権利部に権利者として記録されている者(不登2条11号)



<所有権移転登記>  
登記義務者=A  
登記権利者=B(所有権)  
\* 登記は登記権利者と登記義務者の共同申請が原則

<抵当権設定登記>  
登記義務者=B  
登記権利者=C D銀行(抵当権)

抵当権=債権者が、自己に引き渡されないままで債務の担保に供された不動産・地上権・永小作権・船舶や特殊の財団(工場財団・鉄道財団の類)等につき、優先して自己の債権の弁償を受け得る権利

オンラインによる登記の申請=平成16年より電子情報処理組織を使用する方法も可(不登18条)

手数料を納付すれば公布してもらえる登記記録に記録されている事項の全部または一部を照明した書面(登記事項証明書)や(不登119条1項)、地図・建物所在図等の全部または一部の写し(不登120条1項)を公布してもらえる。

34-3 物権変動

登記がなくても第3者に対抗できる物権変動 { 法律行為の取り消しの場合  
取得時効の場合  
共同相続の場合

・法律行為の取り消しの場合=法律行為の取り消しの意思表示をする前に、登記がなくても第3者に対して取消の効果に対抗できる。ただし、取り消し後は登記をした方が優先される

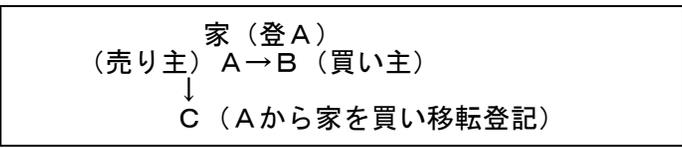
・取得時効の場合=時効完成前の第3者に対しては原則として登記がなくても事項による取得を主張できる。  
\* 取得時効=他人の物または財産権を一定期間継続して占有または準占有する者に、その権利を与える制度

・共同相続の場合=A Bが共同相続した土地を、BがAに無断でCにすべて転売したとする。その時、AはCに対して登記がなくてもAの持ち分をCに対して対抗できる。

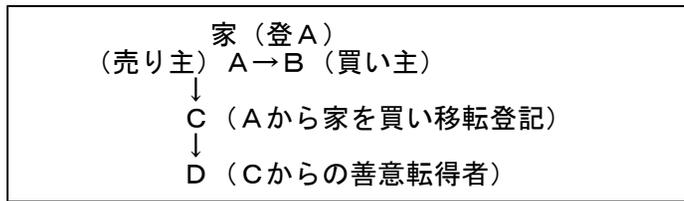
34-4 登記がなくても物権変動を対抗できる第3者=登記がなくても文句が言える

登記がなくても物権変動を対抗できる第3者 { 背信的悪意者  
登記のないことを主張する正当な利益を有しない者  
その他登記のないことを主張できない者

背信的悪意者=信義則に反するような悪意者



- \* Bが登記権利者でないことを知っていて移転登記を行ったC＝悪意者
- \* Aと共謀してBを困らせるために移転登記したC＝背信的悪意者



横は現状  
下は経緯

\* 第1 買い主Bに対する関係で、Dが背信的悪意者でない限り、家の取得を持ってBに対抗できる（最判平成8年10月29日）

登記のないことを主張する正当な権利を有しない者＝不法占拠者、破壊行為をする不法行為者、無権利者

その他登記のないことを主張できない者＝

- ・詐欺、脅迫によって登記の申請を妨げた第三者（不登5条1項）
- ・法定代理人のように他人のために登記を申請する義務のある者（不登5条2項）

### 34-5 登記の公信力（こうしんりよく）

登記があるからと言って第三者がそれを信頼しても保護されない＝登記には公信力がない

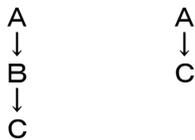
登記に公信力がないことから生じる不都合を94条2項を類推適用することで解決する

94条2項＝「通謀虚偽表示の無効は善意の第三者に対抗できない」

登記の推定力＝登記を信頼した場合は無過失、登記をしなかった場合善意であっても過失ありと推定される

### 33-6 中間省略登記・仮登記

中間省略登記＝中間の登記を省略すること。登記免許税が節約でき、Bが同意すれば有効。



仮登記＝登記申請に必要な情報を登記所に提出できない、将来発生する権利であるため、今すぐには登記できないときにその権利を保全しておく手段として認められているもの（不登105条）

### 35 引き渡し

動産の物権変動は引渡しをしなければ第三者に対抗できない（178条）

動産は「引渡しを第三者に対する対抗条件」となっている。

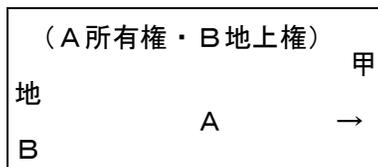
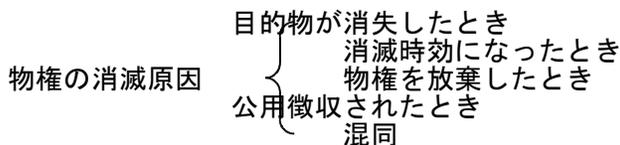
### 36 明認方法

明認方法＝土地に植えられているものについて認められた所有権の公示方法

明認方法をすればその物権変動を第三者に対抗できる

- \* 土地の所有者は土地を登記しておけば立木は第三者に対抗できる
- \* 明認方法が公示としての効果を有するのは、立木と土地とを別個に譲り受けた場合
- \* 明認方法で公示できるのは所有権の変動のみ

### 37 物権の消滅



\* Bの地上権が無意味化される

\* 同一物について所有権とそれ以外の権利が同じ人に帰属するようになった場合、所有権以外の権利は消滅する（179条1項）＝混同、物権の混同

**民法第 176 条**  
物権の設定及び移転

第一百七十六条 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。

**解説**

まず、当事者間では、意思表示だけで物権変動が生じる。たとえば、ある土地について「売ります（意思表示）」「買います（意思表示）」という合致で売買契約が成立したなら、特約のない限り、その瞬間に土地の所有権は売主から買主に移転することになる。

裏を返せば、当事者間では、登記なしに所有権を主張（対抗）できるということである。

当事者間での扱いは、不動産・動産ともに本条による。次に、第三者間の扱いは、不動産の場合は 177 条に、動産は 178 条に規定することになる。

宅建試験ではその性格上、動産はあまり重要視されないので、178 条はここで参考としてあげておく。

**【参考】**

（動産に関する物権の譲渡の対抗要件）

第一百七十八条 動産に関する物権の譲渡は、その動産の引渡しが無ければ、第三者に対抗することができない。

動産の対抗要件は、引渡しである。

たとえば、A が所有するアンティークの腕時計を B に売るという契約をしていた。ところがかねてからそれを欲しがっていた C が A を口説いて、A C 間でも売買契約を結んだとする。この腕時計は B のものになるか、C のものになるか。つまり B が勝つか、C が勝つかという関係になるが、これを対抗関係という。

B にしてみれば、先に売買契約をしたのは自分であるから、B のものだといいたいところだろうが、民法はそのようには規定していない。結局、B と C では先に対抗要件を備えたほう、すなわち A から腕時計の引渡しを受けたほうが勝つことになる。

**民法第 177 条**  
不動産に関する物権の変動の対抗要件

第一百七十七条 不動産に関する物権の得喪及び変更は、不動産登記法（平成十六年法律第二百二十三号）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。

**解説**

不動産の場合、第三者への対抗要件は登記である。対抗関係に立つ場合には、先に登記を備えたほうが勝つことになる。

ここで、本条における「第三者」の範囲が問題となる。

まず一般論的な定義としては、

**【判例】** 第三者とは、当事者及びその包括承継人（相続人など）以外の者で、登記の欠けつ（けんけつ：ないこと）を主張する正当な利益を有するものをいう。単なる悪意者は含まれるが、背信的悪意者は除かれる。※

第三者にあたる例＝対抗関係になる例、

二重譲渡の譲受人相互間（悪意でもよい）

賃貸中の土地の譲受人と、その賃借人（判例）

不動産の譲受人と、その不動産の抵当権者（移転登記が先か抵当権の設定登記が先かによって、抵当権付の不動産かそうでないかが決まる）

背信的悪意者からの転得者（もちろん転得者自身が背信的悪意者と評価されない限りにおいて。判例）

第三者にあたらぬ例＝対抗関係にならない例、

当事者及び包括承継人。これは 176 条の対象となるから。なお、転々譲渡があった場合の前主についても同様である。

無権利者。無権利者からの譲受人も同様。

不法占拠者

背信的悪意者

※ 単なる悪意者が第三者に含まれるのは、第一譲受人がいることを知っていたとしても、よりよい条件を提示して不動産を取得しようとすることは、この自由競争社会においては非難されることではないからである。

これに対して、背信的悪意者とは、自由競争原理を逸脱し、登記の欠けつを主張することが信義則上認められないような悪意者をいう。

具体的には、第一買主に高値で売りつける目的で買い受けた場合、第一買主を害する目的で積極的に売主を教唆した場合、詐欺や強迫で登記申請を妨げた場合などに該当することになる。

平成28年 問3  
平成24年 問6  
平成20年 問2  
平成19年 問6  
平成17年 問8  
平成16年 問3  
平成16年 問9  
平成15年 問3  
平成13年 問5  
平成10年 問1  
平成9年 問6  
平成8年 問3  
平成8年 問5  
平成7年 問2  
平成3年 問4

平成28年度 問3 民法（対抗関係）

AがA所有の甲土地をBに売却した場合に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

1. Aが甲土地をBに売却する前にCにも売却していた場合、Cは所有権移転登記を備えていなくても、Bに対して甲土地の所有権を主張することができる。（二重売買）
2. AがBの詐欺を理由に甲土地の売却の意思表示を取り消しても、取消しより前にBが甲土地をDに売却し、Dが所有権移転登記を備えた場合には、DがBの詐欺の事実を知っていたか否かにかかわらず、AはDに対して甲土地の所有権を主張することができない。（善意ならできる）
3. Aから甲土地を購入したBは、所有権移転登記を備えていなかった。Eがこれに乗じてBに高値で売りつけて利益を得る目的でAから甲土地を購入し所有権移転登記を備えた場合、EはBに対して甲土地の所有権を主張することができない。（背信的悪意者）
4. AB間の売買契約が、Bの意思表示の動機に錯誤があって締結されたものである場合、Bが所有権移転登記を備えていても、AはBの錯誤を理由にAB間の売買契約を取り消すことができる。（Aは取り消せない）

解説

1. 民法177条 二重譲渡

誤り。A→Cの譲渡とA→Bの譲渡は、二重譲渡の関係になっている。この場合、CとBとの優劣は登記の有無で決定する。契約締結日時先後で判定するわけではない。Cは、登記を備えない限り、Bに対して甲土地の所有権を主張することはできない。文の最後までしっかり読むこと。

2. 民法96条3項 詐欺による取消し前の第三者

誤り。Dさんは詐欺による取消し前の第三者。この場合、売主Aさんは契約の取消しを善意の第三者に対抗することができない。逆にいえば、第三者が悪意である場合、取消しを対抗することができる。設問は、「詐欺の事実を知っていたか否かにかかわらず」がダメ。

3. 判例 背信的悪意

正しい。BとEとの関係は、設問1と同様二重譲渡の関係にあるようにもみえる。でも、Eは、Bが登記を備えていないのに乗じ、Bに高値で売りつけて利益を得る目的でAから甲土地を購入し所有権移転登記を得たというのだから、背信的悪意者に該当する（最判昭43.08.02）。したがって、Eは、登記を備えてはいるものの、Bに対して甲土地の所有権を主張することができない。

4. 民法95条 錯誤：動機の錯誤、表意者以外による無効主張

誤り。錯誤無効を主張できるのは、錯誤した人です。設問の場合ですと「Bの意思表示の動機に錯誤があった」となっていますから、錯誤無効を主張できるのは、Bだとなります。設問は、Aが錯誤無効を主張していますから、誤りだとなります。また、錯誤は「無効」を主張するものであり、「取り消し」を主張するものではありません。

平成 24 年度 問 6 民法（物権変動）

A 所有の甲土地についての所有権移転登記と権利の主張に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

- 1 甲土地につき、時効により所有権を取得した B は、時効完成前に A から甲土地を購入して所有権移転登記を備えた C に対して、時効による所有権の取得を主張することができない。(できる)
- 2 甲土地の賃借人である D が、甲土地上に登記ある建物を有する場合に、A から甲土地を購入した E は、所有権移転登記を備えていないときであっても、D に対して、自らが賃借人であることを主張することができる。(登記がないとダメ)
- 3 A が甲土地を F と G とに対して二重に譲渡して F が所有権移転登記を備えた場合に、A G 間の売買契約の方が A F 間の売買契約よりも先になされたことを G が立証できれば、G は、登記がなくても、F に対して自らが所有者であることを主張することができる。(登記の先後)
- 4 A が甲土地を H と I とに対して二重に譲渡した場合において、H が所有権移転登記を備えない間に I が甲土地を善意の J に譲渡して J が所有権移転登記を備えたときは、I がいわゆる背信的悪意者であっても、H は、J に対して自らが所有者であることを主張することができない。(○)

解説

1. 民法 177 条時効完成前の第三者

誤り。C さんが A さんから甲土地を購入して所有権移転登記を備えた後で B さんの時効が完成した（時効完成前の第三者 C）。C さんは B さんの時効を中断するのを怠っていただけ。だから、実際には B さんにとって C 「第三者」ではなくて「当事者」なので、C さんは B さんに対抗できない。時効取得と登記で問題になるのは「時効完成後の第三者」だけ。

2. 民法 605 条 土地・建物の賃借人への対抗

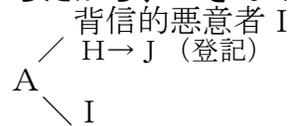
誤り。不動産の所有権などを第三者に対抗するためには、登記がなくてはなりません。問題文は、A から E に甲土地の所有権が移転していますから、E は、第三者に対抗するためには、登記を備える必要がありますが、まだ登記を備えていないと言うことですから、甲土地の賃借人 D（第三者）には、対抗できないとなり、問題文は間違っています。

3. 民法 177 条 契約締結日時の先後

誤り。二重譲渡だから F さんと G さんは対抗関係にある。だから、先に登記を備えた F さんの勝ち。契約の先後で判定はしない。

4. 民法 177 条、判例 背信的悪意者から登記を受けた善意の第三者は

その通り。背信的悪意者に対しては登記がなくても対抗できるが、背信的悪意者から登記を受けた善意の第三者 I さんはただの当事者。だから一般的な二重譲渡の対抗関係となり、登記を先に備えた方が勝ちだから、J さんの勝ち。極悪人と取引をした人は極悪人にはならない。



平成 20 年度 問 2 民法（物権変動の対抗要件）

所有権が A から B に移転している旨が登記されている甲土地の売買契約に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

1 C は B との間で売買契約を締結して所有権移転登記をしたが、甲土地の真の所有者は A であって、B が各種の書類を偽造して自らに登記を移していた場合、A は所有者であることを C に対して主張できる。（背信的悪意者）（登記の公信力）

2 D は B との間で売買契約を締結したが、A B 間の所有権移転登記は A と B が通じてした仮装の売買契約に基づくものであった場合、D が A B 間の売買契約が仮装であることを知らず、知らないことに無過失であっても、D が所有権移転登記を備えていなければ、A は所有者であることを D に対して主張できる。（通謀虚偽表示）

3 E は B との間で売買契約を締結したが、B E 間の売買契約締結の前に A が B の債務不履行を理由に A B 間の売買契約を解除していた場合、A が解除した旨の登記をしたか否かにかかわらず、A は所有者であることを E に対して主張できる。（対抗関係の優劣は登記の先後）

4 F は B との間で売買契約を締結して所有権移転登記をしたが、その後 A は B の強迫を理由に A B 間の売買契約を取り消した場合、F が B による強迫を知っていたときに限り、A は所有者であることを F に対して主張できる。（強迫）

解説

1. 判例 登記の公信力

そのとおり。偽造登記は背信的悪意者だから B さんは無権利者。無権利者 B さんからの譲受人 C さんも当然に無権利者であり、A さんは登記なくして対抗できる。わが国の登記には公信力がないので、登記を信じて買っても保護されない。

（別解）このような問題が出たら、複雑に考えずに誰を一番保護すべきかを考えたら、判断は容易につくと思います。A B C 三者を比べた場合、最も悪いのは B だと判断がつきます。では、A C で比べると、A は所有している甲土地の登記を知らぬ間に移されています。そこに過失の有無を見る要素がありません。それに比べ、C は自らからの意思で B との売買契約をしているのですから、B が無権利者と見抜けなかったことに、多少なりとも過失は認められると思います。となれば、保護すべきは A ということになり、登記など関係なく、A は B にも C にも所有権を主張できるとなります。よって問題文は、正しいです。判例では、B は単に本来の所有者ではない、無権利者としています。この場合、真の所有者である A は、無権利者の B に対して例え B が登記を得ていようが関係なく、所有権を主張することができます。これが、できなかつたら、世の中大変なことになってしまいますね（汗）。では、無権利者 B から登記を引き継いだ C には主張できるかとなれば、 $0+0=0$  ですから、無権利+無権利も無権利となるはず。つまり、無権利者から無権利を引き継いでも何も得るものはない、無権利者としかならないと言うことです。ですから、C もまた無権利者ということで、所有権を持っている A は登記がなくても、C に対抗できるとしています。

2 民法 94 条 1 項 通謀虚偽表示：第三者への対抗

誤り。A B 間の売買は、通謀虚偽表示と言って、お互いの利益のために、話し合っただけで売買契約を装ったものです。この場合、当事者間の 2 人だけでしたら、どちらも悪いと言うことで、この売買契約は、無効とすることができます。ただ、何も知らない善意の第三者が登場すればそうはいきません。A B C と比べた場合、だれを一番保護したいですか？ 何にも知らない D を、保護すべきだと言うことが、わかっていただけだと思います。ですから、最高裁の判例も D に登記がなくても、A に対抗できると結論付けています。よって問題文は、誤りとなります。なお、第三者は善意であればよくて、過失の有無までは問いませんので、念のため、覚えておいてください。

3 民法 177 条 判例 解除後の第三者

誤り。解除後の第三者 E さんと A さんとは対抗関係に立つものとする（最判昭 35.11.29）。つまり、A は、解除した旨の登記をしない限り、E に対して所有権を主張することができない（同法 177 条）。

4 同法 177 条 強迫による取消前の第三者

誤り。強迫と出てきたら、強迫を受けた人は、善意悪意関係なく、第三者が何人出てきようが、すべて対抗できるとしててください。ですから、この問題文も F が善意だろうが悪意だろうが関係なく、A は F に対して所有権を主張できるとなります。よって問題文は、誤っています。なお、詐欺の場合は、善意の第三者には対抗できませんので、忘れていたら、確認しておいてください。

平成19年度 問6 民法（物権変動の対抗要件）

不動産の物権変動の対抗要件に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。なお、この間において、第三者とはいわゆる背信的悪意者を含まないものとする。

1. 不動産売買契約に基づく所有権移転登記がなされた後に、売主が当該契約に係る意思表示を詐欺によるものとして適法に取り消した場合、売主は、その旨の登記をしなければ、当該取消後に当該不動産を買主から取得して所有権移転登記を経た第三者に所有権を対抗できない。
2. 不動産売買契約に基づく所有権移転登記がなされた後に、売主が当該契約を適法に解除した場合、売主は、その旨の登記をしなければ、当該契約の解除後に当該不動産を買主から取得して所有権移転登記を経た第三者に所有権を対抗できない。
3. 甲不動産につき兄と弟が各自2分の1の共有持分で共同相続した後に、兄が弟に断ることなく単独で所有権を相続取得した旨の登記をした場合、弟は、その共同相続の登記をしなければ、共同相続後に甲不動産を兄から取得して所有権移転登記を経た第三者に自己の持分権を対抗できない。
4. 取得時効の完成により乙不動産の所有権を適法に取得した者は、その旨を登記しなければ、時効完成後に乙不動産を旧所有者から取得して所有権移転登記を経た第三者に所有権を対抗できない。

解説

1. 民法177条、判例 取消後の第三者  
正しい。問題文を時系列で見てください。

① 売主—買主による不動産売買契約

↓

② 売主—買主による不動産売買契約を取り消し

↓

③ 買主—第三者による不動産売買契約

上の時系列で注目していただきたいのが、第三者は売主が買主と交わした売買契約を取消した後に、現れたと言うことです。もしこれが、取消前に現れた第三者であれば、この第三者が詐欺のことについて、善意であれば、第三者に登記がなくても売主に對抗することができます。逆に第三者が詐欺について、知っていたとすれば（悪意）、第三者に登記があっても、売主は對抗することができます。では、取消した後に現れた第三者の場合は、どうなるかと言いますと、売主は、売買契約を取消したのですから、何はさておき登記を自分に戻さなければ、買主が転売して、登記を第三者に移すことを許してしまいます。それを、売主が怠って、第三者に登記が移ったとすれば、それは、売主の怠慢じゃないですか、と言うことになります。ですから、取消した後に現れた第三者に対しては、売主と第三者のどちらかが早く登記を備えた方が勝ちとなるのです。よって、問題文には、所有権移転登記を経た第三者に所有権を対抗できないとなっていますので、正しいとなります。

2. 民法177条、判例 取消後の第三者

正しい。これも、設問1のケースと全く同じです。取消理由が記述されているか、されていないかの違いだけとなります。問題文の第三者は、売主—買主の売買契約、取消した後に現れた第三者となります。ですから、登記を先に備えた者が勝ちとなりますので、問題文は、所有権移転登記を経た第三者に所有権を対抗できないとしていますから、正しいとなります。

3. 判例 共同相続と登記、登記の公信力

誤り。日本の登記は、公信力を持ちません。どういうことかと言いますと、登記に書かれていることを信じて登記名義人と売買契約等をして、実は、真の所有者が別にいた場合、その売買契約を認めてくれないと言うことなのです。問題文のケースでも、甲不動産を兄と弟で各自持分2分の1とする共有物と言うのが真実ですが、兄が登記を偽装して、兄の単独所有としています。この登記を信じて甲不動産を買ったとしても、登記に公信力がないのですから、弟の持分2分の1は、認められないのです。よって、弟は、登記がなくても第三者に対抗できるとなり、問題文は、誤りとなります。なお、弟が兄と共謀して不実の登記をしていた場合は、通謀虚偽表示となって買主が、善意無過失であればその契約は有効に成立するとあります。

4. 民法177条、判例 二重譲渡

正しい。動産の場合は、取得時効完成によって、即座に所有権を取得することができますが、不動産の場合は、時効を援用しなければ、所有権を取得することができません。つまり、援用とは登記のことになります。登記（援用）をしないまま放っておける間に、旧所有者が第三者に売却して、その第三者が登記を備えれば、時効完成者はもはや第三者に対抗できないこととなります。登記ができるのに、しないあなたが悪いとなるのです。ですから、対抗要件としては登記を先に備えた方の勝ちとなります。よって問題文は、時効完成後に乙不動産を旧所有者から取得して所有権移転登記を経た第三者に所有権を対抗できないとなり、正しいとなります。なお、ちょっと複雑ですが、時効完成前に現れた第三者には、時効が完成した後、所有権を対抗する場合は、時効完成者は登記がなくても第三者に対抗することができます。これは、時効完成途中なので、登記をしたくても登記できない状態の者と時効完成を阻止（中断）できる立場の状態の者とを比較した場合、時効完成前に中断させておけば、対抗問題なんて生じなかったのに、生じさせたのは、後者の責任だと言う考えからです。民法は、権利を主張できるときにやっておかないと保護しません、と言うのが基本的な考えですから、ぜひ覚えておいてください。

平成 17 年度 問 8 民法（相続による対抗関係と契約解除）

Aは、自己所有の甲地をBに売却し、代金を受領して引渡しを終えたが、AからBに対する所有権移転登記はまだ行われていない。この場合に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。

1. Aの死亡によりCが単独相続し、甲地について相続を原因とするAからCへの所有権移転登記がなされた場合、Bは、自らへの登記をしていないので、甲地の所有権をCに対抗できない。
2. Aの死亡によりCが単独相続し、甲地について相続を原因とするAからCへの所有権移転登記がなされた後、CがDに対して甲地を売却しその旨の所有権移転登記がなされた場合、Bは、自らへの登記をしていないので、甲地の所有権をDに対抗できない。（1と同じで正しい）
3. AB間の売買契約をBから解除できる事由があるときで、Bが死亡し、EとFが1/2ずつ共同相続した場合、E単独ではこの契約を解除することはできず、Fと共同で行わなければならない。（○）
4. AB間の売買契約をAから解除できる事由があるときで、Bが死亡し、EとFが1/2ずつ共同相続した場合、Aがこの契約を解除するには、EとFの全員に対して行わなければならない。（○）

解説

1. 民法 177 条 相続人と対抗関係

誤り。CはAを単独で相続しており、Aの権利義務をすべて承継する（民法 896 条）。簡単にいえば、CがAと同一人物であるとして考えればいいのである。したがって、CとBとは、売買契約の当事者同士の関係であり、対抗関係にはならない。だから、Bは、登記なくして、Cに対抗することができる。

2. 民法 177 条 相続人と対抗関係

正しい。Aを単独で相続したCは、Aと同一人物と考えればよい。つまり、A=Cを起点として、土地がBとDに二重譲渡されている状況である。これは、典型的な対抗関係であり、BとDの優劣は登記の有無による。設問で所有権移転登記を受けたのはDである。したがって、BD間では、Dが優越する。Bは、甲地の所有権をDに対抗することができない。

3. 民法 544 条 1 項 解除権の不可分性

正しい。買主Bが死亡した場合、その地位を共同相続したEとFが解除権を有することになる。このように解除権者が複数ある場合、解除はその全員から行わなければならない。これを解除の不可分性という。

4. 民法 544 条 1 項 解除権の不可分性

正しい。Bの買主の地位を共同相続したEとFが解除権を有している。このように解除の相手方が複数ある場合には、全員に対して行わなければならない。

平成 16 年度 問 3 民法（物権変動の対抗要件）

Aは、自己所有の建物をBに売却したが、Bはまだ所有権移転登記を行っていない。この場合、民法の規定及び判例によれば、次の記述のうち誤っているものはどれか。

1. Cが何らの権原なくこの建物を不法占有している場合、Bは、Cに対し、この建物の所有権を対抗でき、明渡しを請求できる。
2. DがAからこの建物を賃借し、引渡しを受けて適法に占有している場合、Bは、Dに対し、この建物の所有権を対抗でき、賃貸人たる地位を主張できる。
3. この建物がAとEとの持分1/2ずつの共有であり、Aが自己の持分をBに売却した場合、Bは、Eに対し、この建物の持分の取得を対抗できない。
4. Aはこの建物をFから買い受け、FからAに対する所有権移転登記がまだ行われていない場合、Bは、Fに対し、この建物の所有権を対抗できる。

解説

1. 民法 177 条 土地の不法占有者への対抗

その通り。Cは権限もないもない不法占有者だとしています。と言うことは、建物について正当な権利を持つ第三者だとは言えない。Cが正当な権利を持つ第三者ではないのでしたら、対抗要件である登記も必要ないとなります。従って、Bは登記がなくても、Cに対抗できるとなり、問題文は、正しいとなります。

2. 民法 177 条 土地・建物の賃借人への対抗

誤り。「適法に占有」している賃借人Dさんは、建物について正当な権利を持つ第三者。Dさんに対抗するにはBさんは登記が必要。問題文からBさんには登記がないわけだから、Dさんには対抗できない。そうしないとDさんは賃料をAさんとBさんとに二重払いしなくてはならないことになる。

甲建物

売主A→買主B

↓

借主D

3. 民法 177 条 建物の共有者への対抗

その通り。Eさんは建物の共有者なのだから、建物について正当な権利を持つ第三者に当たる。だから、Eさんに対抗するには登記が必要となるけど、Bさんには登記がないから対抗できない。

4. 民法 177 条 当事者間、前主後主間

その通り。建物の所有権はFさん→Aさん→Bさんと移転している。だからFさんとBさんは建物について前主・後主の関係（売主・買主の当事者の関係）にあり、所有権を争う対抗関係の第三者ではない。だから売買契約の当事者同士のBさんは登記がなくてもFさんに対抗できる。

平成16年度 問9 民法（物権変動の対抗要件）

AはBに甲建物を売却し、AからBに対する所有権移転登記がなされた。A B間の売買契約の解除と第三者との関係に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

1. BがBの債権者Cとの間で甲建物につき抵当権設定契約を締結し、その設定登記をした後、AがA B間の売買契約を適法に解除した場合、Aはその抵当権の消滅をCに主張できない。
2. Bが甲建物をDに賃貸し引渡しも終えた後、AがA B間の売買契約を適法に解除した場合、Aはこの賃借権の消滅をDに主張できる。
3. BがBの債権者Eとの間で甲建物につき抵当権設定契約を締結したが、その設定登記をする前に、AがA B間の売買契約を適法に解除し、その旨をEに通知した場合、B E間の抵当権設定契約は無効となり、Eの抵当権は消滅する。
4. AがA B間の売買契約を適法に解除したが、AからBに対する甲建物の所有権移転登記を抹消する前に、Bが甲建物をFに賃貸し引渡しも終えた場合、Aは、適法な解除後に設定されたこの賃借権の消滅をFに主張できる。

解説

1. 民法545条1項但書 解除前の第三者

正しい。問題は、AとCの対抗関係を聞いています。ですから、どちらに登記があるのかを、まずは確認します。Cには抵当権設定登記があります。その抵当権設定登記を行った時点においては、AはBに甲建物を売却し、AからBに対する所有権移転登記がなされたとありますから、Aには登記がないこととなります。と言うことは、登記を備えているCの勝ちだとなります。よって問題文は、正しいとなります。

2. 借地借家法31条1項 建物の引渡

誤り。問題は、AとDの対抗関係を聞いています。賃貸の場合は、賃貸借の登記があればそれに越したことはないのですが、賃貸人の協力がなかなか得られないため、登記をすることは、困難なことです。そこで、賃貸人には建物の引き渡しを受けていれば、対抗要件を備えているとしたのです。ですから、Dが建物の引渡しを受けた時に、Aは登記を備えていませんから、Dの勝ちだとなります。よって問題文は、誤りとなります。

3. 判例 解除後の第三者

誤り。この問題は、一見AとEの対抗関係を聞いているようですが、よく見ると、B E間のことを聞いています。BとEは対抗関係には立ちません。抵当権設定契約の当事者となります。Aから甲建物を買ったBが、その甲建物にEの抵当権を、設定することは自由です。A B間の売買契約が解除されたら、B E間の抵当権設定契約が、無効になると言うのも、おかしい話です。また、抵当権の設定登記もしていない段階で、Eの抵当権は消滅するというのも、変な話ですね。従って、この問題文は誤りです。A Eの関係であれば対抗関係となります。Eが登記を備える前に、Aが阻止していますから、Aに登記が復帰すれば、Aの勝ちとなります。

4. 判例 解除後の第三者

誤り。問題は、AとFの対抗関係を聞いています。Fは建物の引き渡しを受けていますから、対抗力を備えています。一方、Aは、登記を回復していないため、対抗力を備えているFの勝ちとなります。よって問題文は、誤りとなります。

平成15年度 問3 民法（対抗関係）

Aは、自己所有の甲地をBに売却し引き渡したが、Bはまだ所有権移転登記を行っていない。この場合、民法の規定及び判例によれば、次の記述のうち誤っているものはどれか。

1. Cが、A B間の売買の事実を知らずにAから甲地を買い受け、所有権移転登記を得た場合、CはBに対して甲地の所有権を主張することができる。（対抗関係の優劣は登記の先後）
2. Dが、Bを欺き著しく高く売りつける目的で、Bが所有権移転登記を行っていないことに乗じて、Aから甲地を買い受け所有権移転登記を得た場合、DはBに対して甲地の所有権を主張することができる。（背信的悪意者）
3. Eが、甲地に抵当権を設定して登記を得た場合であっても、その後Bが所有権移転登記を得てしまえば、以後、EはBに対して甲地に抵当権を設定したことを主張することができない。（対抗関係の優劣は登記の先後）
4. AとFが、通謀して甲地をAからFに仮装譲渡し、所有権移転登記を得た場合、Bは登記がなくとも、Fに対して甲地の所有権を主張することができる。（通謀虚偽表示）

解説

1. 民法177条 二重譲渡

その通り。二重譲渡の場合は、Bさん、Cさんともに善意・悪意に関係なく（背信的悪意者除く）登記を先に備えた者が勝ち。問題文はCさんが所有権移転登記を得ているので、Cさんの勝ち。

2. 民法177条 背信的悪意者

そのとおり。「Bを欺き著しく高く売りつける目的」とあるから、民法ではDさんのような人をタダの悪意者とは見ずに、「背信的悪意者」として、更にワンランク上の悪意者と規定する。そんな超極悪人の背信的悪意者を保護する道理はないので、どんなに法的要件を備えていても、保護されることはない。

3. 民法177条、判例 第三者への対抗要件

誤り。Eさんが抵当権の登記を得た後Bさんが甲地を購入して登記しているので、Bさんは甲地に抵当権が設定されていることを知った上で甲地を購入していることになる。物権の優劣関係は登記の先後だ

から、Eさんの抵当権が先でEさんの勝ち。当然、Eさんは抵当権を主張できる。

#### 4. 民法94条1項 通謀虚偽表示の第三者への対抗

その通り。通謀虚偽表示は無効だから、Fさんは無権利者。無権利者はBさんと権利を争う正当な利益を有する第三者には当たらない。だから、Bさんは当然甲地の所有権を主張できる。誰を助けるべきかを考えるとこの種の問題は民法など知らなくても答えが出る。AさんとFさんは「偽装工作」をやっているのだから、助ける必要はない。

#### 平成13年度 問5 民法（対抗関係）

AからB、BからCに、甲地が順次売却され、AからBに対する所有権移転登記がなされた。この場合、民法の規定及び判例によれば、次の記述のうち誤っているものはどれか。

1. Aが甲地につき全く無権利の登記名義人であった場合、真の所有者Dが所有権登記をBから遅滞なく回復する前に、Aが無権利であることにつき善意のCがBから所有権移転登記を受けたとき、Cは甲地の所有権をDに対抗できる。

2. BからCへの売却後、AがA B間の契約を適法に解除して所有権を取り戻した場合、Aが解除を理由にして所有権登記をBから回復する前に、その解除につき善意のCがBから所有権移転登記を受けたときは、Cは甲地の所有権をAに対抗できる。

3. BからCへの売却前に、AがA B間の契約を適法に解除して所有権を取り戻した場合、Aが解除を理由にして所有権登記をBから回復する前に、その解除につき善意のCがBから甲地を購入し、かつ、所有権移転登記を受けたときは、Cは甲地の所有権をAに対抗できる。

4. BからCへの売却前に、取得時効の完成により甲地の所有権を取得したEがいる場合、Eがそれを理由にして所有権登記をBから取得する前に、Eの取得時効につき善意のCがBから甲地を購入し、かつ、所有権移転登記を受けたときは、Cは甲地の所有権をEに対抗できる。

#### 解説

##### 1. 判例 無権利者・登記の公信力

誤り。Aは登記名義人ではあるが、全くの無権利者である。したがって、Aからの譲受人Bも無権利者であり、Cは所有権を取得することができない。確かに、真の所有者Dは遅滞なく登記名義を回復していないが、それのみでは第三者Cを保護することはできない。

##### 2. 民法545条1項但、他 解除前の第三者

正しい。Cは解除前の第三者にあたる。解除によって、第三者の権利を害することはできない。そして第三者が、この権利を主張するためには、第三者は登記を備えなければならない（最判昭33.06.14）。第三者の善意・悪意は問われない。どちらでも保護される。設問では、第三者CがBから所有権移転登記を受けているから、Aは解除によってCの権利を害することはできない。Cは甲地の所有権をAに対抗できる。

##### 3. 民法545条1項但、他 解除前の第三者

正しい。これも設問2と同じで、Bを中心とする1種の2重譲渡関係。だから、登記を先に得た者が勝ち。Cさんには登記があるのでCさんの勝ち。

##### 契約解除前後の第三者

AがBに土地を売却し、“BがCに土地を売却後、Aが契約解除する場合”と“Aが契約解除した後、BがCに土地を売却する場合”、AとCのどちらが保護されるか（勝つか）を考えて見ましょう。結論からいうと、どちらの場合でも、先に登記を備えた方が保護されます。このとき、第三者Cの善意・悪意は関係ありません。つまり、第三者Cが契約解除されていることを知っていても（悪意であっても）、登記を備えれば、Aに勝つことができます。（対抗できる）まとめると、契約解除の場合、先に登記をした方が保護される！ということです。ここで、よく試験にでるのが、BがAに代金を支払わないでCに売却し、Cが登記した後、Aが契約解除をした場合、AはCに対して、土地を返してと主張できるか？という問題です。先ほどのルールに合わせて考えると、Aは契約解除したものの、第三者Cが登記しているので、Cは保護されます。つまり、AはCに対して、土地を返してと主張できないこととなります。これが答えです。しかし、代金を支払ってもらえていないAが可哀想だから、Aも保護するに値すると思う方が多いようです。これは間違いなので気をつけてください！さらに、契約解除ではなく、「取消し」「無効」についてなのですが、一緒に覚えると頭の混乱を防げるのでご説明します。それは、Aが“強迫された場合”と“錯誤の場合”についてです。強迫された場合、Aが取消すと、善意の第三者にも勝つこと（対抗すること）ができます。錯誤の場合、Aが無効主張すると、善意の第三者にも勝つこと（対抗すること）ができます。

##### 4. 民法177条、判例 時効完成前後の第三者

正しい。ややこしく書いていますが、大事なものは、B C間の契約した時期とEの取得時効完成の時期です。記述は、Eの取得時効完成の時期が先で、B C間の契約した時期が後となっています。

Eは、時効完成しているのですから、いつでも登記を備えることが可能となはずです。登記をしていないと言うことは、時効を援用するする気がないと思われても仕方ありませんね。ですから、EとCは先に登記を備えた者が勝ちとなるのです。従って記述は、正しいとなります。

なお、B C間の契約した時期が先で、その後、Eの取得時効が完成した場合は、Eは登記なくしてCに対抗することができます。これはなぜかと言いますと、Bがそのまま所有権を持っていたとしても、いずれEの時効は完成します。Eの時効が完成すれば、E B間では、当事者間の関係で対抗関係とはなりません。つまり、Bに対してEは登記がなくても対抗できるのです。Cに関しても同じこととなります。BからCは一切の権利を売買により承継したのですから、Eから見れば、当事者がBからCに代わったということだけで、Cに対してもEは登記がなくても対抗できるとなるのです。

対抗問題で、取得時効が出題されたら、完成時期をしっかりと確認してください。

平成 10 年 問 1 民法 (対抗関係)

Aの所有する土地をBが取得したが、Bはまだ所有権移転登記を受けていない。この場合、民法の規定及び判例によれば、Bが当該土地の**所有権を主張できない相手**は、次の記述のうちどれか。

1. Aから当該土地を賃借し、その上に自己名義で保存登記をした建物を所有している者
2. Bが移転登記を受けていないことに乗じ、Bに高値で売りつけ**不当**な利益を得る目的でAをそそのかし、Aから当該土地を購入して移転登記を受けた者
3. 当該土地の**不法**占拠者
4. Bが当該土地を取得した後で、移転登記を受ける前に、Aが死亡した場合におけるAの相続人

この問題を解く前に、登記はなぜ必要かをおさらいしておきましょう。日本において、登記は固定資産税等の税金の徴収を行いやすくするために導入されている制度に過ぎません。ですから、**所有権移転登記などの権利に関する登記は、しても、しなくてもいい**ということになっています。では、なぜ、登録免許税まで支払って、**所有権移転登記などをする人がいる**のでしょうか??これは、登記をすることによって、当事者以外の第三者が出現した場合に、権利主張された時に備えてのことです。ですから、所有権移転登記などの権利に関する登記は、第三者に対する対抗要件だと、単純に覚えておいてください。

解説

1. 借地借家法 10 条 1 項 土地・建物の賃借人への対抗

Bは所有権を主張できない!**借地上に、借地人名義の登記がある建物を所有**している場合、これだけで、借地人は**借地権を第三者に対抗**することができる。賃借権の登記がなくても構わない。問題文を借地人から見た場合、Aは当事者、Bは第三者に当たる。そして、**対抗力を備えている借地人**に対して、対抗力(登記)を備えていないBさんは、所有権でも勝てないとなります。Bさんが借地人に対抗するためには**所有権移転登記が必要**。(別解)借地人がこのような対抗要件を備えている場合、「賃貸中の土地の譲受人(本肢のB)は、所有権移転について登記を経由しなければ、賃借人に所有権や賃貸人たる地位の取得を対抗することはできない。」(最判昭 49.03.19)。

2. 民法 177 条 背信的悪意者

Bは所有権を主張できる!民法に限らず、法は正義を守ることを大原則にしていて、**不当な利益を得ようとしている者とそうでない者とを比較した場合、よほどのことがない限りそうでない者を勝たせる仕組み**になっている。だから、記述のBさんは**不当な利益を得ようとしている者(背信的悪意者)**に対して対抗することができる。不当な利益を得ようとしている者が**対抗力(登記)を備えていたとしても**、Bさんに登記がなくても**所有権を主張**することができる。

3. 民法 177 条 土地の不法占有者への対抗

Bは所有権を主張できる!「**不法**」なのだから、Bさんが登記して対抗要件を備えていなくても、法律を遵守しているBさんを**勝たせない**といけない。

4. 民法 896 条 相続人との対抗関係

Aの相続人は、Aの権利義務をすべて承継する(民法 896 条)。もちろん、この中に土地の**売主の地位**も含まれる。Bは所有権を主張できる!したがって、Aの相続人とBは当事者の関係であり、**対抗関係にはならない**(民法 177 条)。Bは登記なくして、Aの相続人に対抗することができる。

平成9年度 問6 民法（物権変動）

物権変動に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

1. Aが、Bに土地を譲渡して登記を移転した後、詐欺を理由に売買契約を取り消した場合で、Aの取消し後に、BがCにその土地を譲渡して登記を移転したとき、Aは、登記なしにCに対して土地の所有権を主張できる。（できない・二重譲渡）
2. DとEが土地を共同相続した場合で、遺産分割前にDがその土地を自己の単独所有であるとしてD単独名義で登記し、Fに譲渡して登記を移転したとき、Eは、登記なしにFに対して自己の相続分を主張できる。（Dは持分以外の権利はない）
3. GがHに土地を譲渡した場合で、Hに登記を移転する前に、Gが死亡し、Iがその土地の特定遺贈を受け、登記の移転も受けたとき、Hは、登記なしにIに対して土地の所有権を主張できる。
4. Jが、K所有の土地を占有し取得時効期間を経過した場合で、時効の完成後に、Kがその土地をLに譲渡して登記を移転したとき、Jは、登記なしにLに対して当該時効による土地の取得を主張できる。（登記が必要）

解説

1. 民法177条、判例 詐欺による取消後の第三者

誤り。売却を受けた第三者Cは取消後の第三者にあたる。この場合、売主と第三者との優劣関係は、通常の対抗問題として考える（大判昭17.09.30。民法177条）。つまり、買主Bを起点として、取消による物権の復帰を求める売主A買主からの取得を理由に所有権の移転を求める第三者Cの間に二重譲渡類似の関係があると考えられるのである。つまり、AとCとは、先に登記を備えた方が勝ち、という関係である。本肢では、CがBから登記の移転を受けている。したがって、Cは、Aに対して、所有権を主張することができる。逆にいえば、Aは、登記がない以上、Cに対して所有権を主張することができない。

2. 判例 共同相続と登記

正しい。記述には、「DとEが土地を共同相続した」となっています。つまり、この土地は、DとEの共有物だとなります。本来、DとEの共有の登記をしないといけないところ、Dの単独所有の登記をして、土地全部を売って、Fに移転登記していると言うものです。ここでのポイントは、遺産分割前であったため、**持分が決まってい**ないことで、Eは、（共有の）登記をしたくても、できなかつたということです。ここだけ見ても、Eに勝たせてやりたいと思いませんか？ですから、判決も、Eは、登記なしにFに対して自己の相続分を主張できるとなっており、記述は正しいとなるのです。少し、理由を説明すると、本来Dは、自分の持分しか、Fに譲渡できないのです。それを、Eに無断でEの持分まで、譲渡してしまっているのですから、Fが受けたEの持分は、**無権利者**から受けたものとなります。無権利者から権利を受けても、ゼロの物はゼロですから、何も受けていないということになるのです。更に、日本の不動産登記には、「**公信力**」がありません。公信力とは、登記を信じて取引をしても、権利が守られないことがあり得ると言うことです。記述で言いますと、登記を信じて取引をしたFであっても、真の所有者が別にいれば、その真の所有者にはかなわないということです。

3. 民法964条 対抗問題

誤り。**特定遺贈は、相続ではない**と言う点が理解できていれば、答えは、簡単だと思います。特定遺贈とは、遺言により譲り渡す財産を指定して与えることを言います。遺贈する相手は、法定相続人に限らず、誰でも指名することが可能です。ですから、Gの死亡により、HとIは、二重譲渡の関係になっているのです。二重譲渡は、登記を得た者の勝ちとなります。従って、記述の場合、登記は、Iにありますから、Iの勝となり、誤りだとなります。

4. 民法177条、判例 時効完成前後の第三者

誤り。ココでのポイントは、「**取得時効期間を経過している**」という箇所です。Jは、時効が完成しているのですから、いつでも登記できる立場だとなります。言い換えれば、いつでも権利主張できるということです。それを、疎かにしているJと、登記（権利主張）をしているL、どちらを勝たせたいですか？容易にLだと判断できると思います。従って、記述は誤りです。時効が完成した場合、当事者であるJとKの間で起こった出来事になります。ですから、Jは登記がなくてもKには、時効完成を主張することができ、その結果、土地の取得を主張することができるのです。ただ、第三者が出てくれば、話は別です。登記は、肢2でお話したように、日本では公信力を持ちませんが、対抗力はもっています。対抗力とは、第三者に対して、登記の有無が権利主張の有無につながるということです。ですから、記述のように第三者Lが、時効完成後に現れた場合は、Jに登記がなければ、土地の取得を主張できないことになるのです。覚えておいてください、日本で登記をする意味は、第三者に権利主張を許さないためにしているのです。

平成8年度 問3 民法（物件変動）

Aの所有する土地について、AB間で、代金全額が支払われたときに所有権がAからBに移転する旨約定して締結された売買契約に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

1. AからBへの所有権移転登記が完了していない場合は、BがAに代金全額を支払った後であっても、契約の定めにかかわらず、Bは、Aに対して所有権の移転を主張することができない。（同時履行）
2. BがAに代金全額を支払った後、AがBへの所有権移転登記を完了する前に死亡し、CがAを相続した場合、Bは、Cに対して所有権の移転を主張することができる。（できる）
3. Aが、Bとの売買契約締結前に、Dとの間で本件土地を売却する契約を締結してDから代金全額を受領していた場合、AからDへの所有権移転登記が完了していなくても、Bは、Aから所有権を取得することはできない。
4. EがAからこの土地を賃借して、建物を建てその登記をしている場合、BがAに代金全額を支払った後であれば、AからBへの所有権移転登記が完了していなくても、Bは、Eに対して所有権の移転を主張することができる。

解説

1. 民法177条 対抗関係

誤り。登記をする意味は、第三者に対する対抗要件を備えると言うことです。契約の当事者間においては、契約内容が履行されることによって、所有権が移動すると言うだけです。ですから、登記の有無は関係ないということです。設問の契約は、「代金全額が支払われたときに所有権がAからBに移転する」となっているのですから、BがAに代金全額を支払えば、Bは、Aに対して所有権の移転を、当然に主張できます。（登記の有無は関係ありません）従って、設問は誤りです。

2. 民法896条 相続人と対抗関係

正しい。Cは、Aの相続人であるから、Aの権利義務をすべて承継する。簡単にいえば、CがAと同一人物であるとして考えればいいのである。したがって、CとBとは、売買契約の当事者同士の関係であり、対抗関係にはならない（同法177条）。AB間では、「代金全額が支払われたときに所有権が移転する」旨が約定されており、Bは、Aに代金全額を支払済みである。したがって、Bは、A、さらにその相続人であるCに対して、登記がなくても、所有権の移転を主張することができる。（別解）CがAを相続すると言うことは、Cが生前のAの地位をも相続すると言うことになります。つまり、AB間で交わされた契約が、Aが亡くなったと言うことで、Aの地位をCが引き継ぐと言うことになります。ですから、Cは第三者ではなく、契約の当事者だとなるのです。肢1で解説したように、登記は第三者に対する対抗要件となりますから、当事者間で登記の有無は関係ないこととなります。よって、BがAに代金全額を支払っている以上、登記の有無に関係なく、Aの相続人Cに対して所有権の移転を主張することができます。

記述は、正しいです。

3. 民法177条 ちょっと複雑な対抗関係

誤り。

「代金全額が支払われたときに所有権が移転する」というのは、あくまでAB間の売買契約における特約である。AD間の契約に適用されるものではない。また、あくまで当事者間における特約に過ぎず、それが第三者への対抗要件になるわけではない。本肢のケースでは、A→DとA→Bという二重譲渡がなされているのであり、このようなケースにおいて、一方の譲受人が他方の譲受人に所有権を対抗するためには、登記を備える必要がある。Dがいまだ所有権移転登記を受けていない以上、Bが所有権を取得する可能性は残されている。（別解）Aは、BとCの2人と売買契約をしようとしています。BからCを見た場合、また逆に、CからBを見た場合、契約の当事者ではありません。これが、第三者となります。第三者による対抗要件は、何でしたでしょうか？そう、登記の有無ですね。記述は、BもCも登記を備えていないとなっていますから、どちらにもチャンスはあるとなり、「Bは、Aから所有権を取得することはできない」とする記述は誤りです。

4. 判例 土地・建物の賃借人への対抗

誤り。「代金全額が支払われたときに所有権が移転する」というのは、あくまでAB間の売買契約における特約である。土地の賃借人に効力を及ぼすものではない。したがって、Bが、Eに対して所有権を主張するには、原則通り、対抗要件を備える必要がある。Bは、いまだ所有権移転登記を受けていないから、Eに対して所有権を主張することができない。

平成8年度 問5 民法（対抗関係）

A所有の土地について、AがBに、BがCに売り渡し、AからBへ、BからCへそれぞれ**所有権移転登記がなされた**場合に関する次の記述のうち、民法の規定によれば、**正しいものはどれか。**

1. Cが移転登記を受ける際に、AB間の売買契約がBの**詐欺**に基づくものであることを**知らなかった**場合、当該登記の後にAによりAB間の売買契約が、取り消されたとき、Cは、Aに対して土地の所有権の取得を対抗できる。（取消前の第三者。できる）
2. Cが移転登記を受ける際に、AB間の売買契約が**公序良俗**に反し無効であることを知らなかった場合、Cは、Aに対して土地の所有権の取得を対抗できる。
3. Cが移転登記を受ける際に、AB間の売買契約に**解除**原因が生じていることを知っていた場合、当該登記の後にAによりAB間の売買契約が解除されたとき、Cは、Aに対して土地の所有権の取得を対抗できない。（登記があるからできる）
4. Cが移転登記を受ける際に、既にAによりAB間の売買契約が解除されていることを知っていた場合、Cは、Aに対して土地の所有権の取得を対抗できない。

解説

1. 民法96条3項 詐欺による取消しと第三者

正しい。詐欺の場合、悪意の第三者には対抗できますが、善意の第三者には対抗できません。これをしっかり暗記しておいてください。ちなみに、強迫の場合は、善意、悪意問わず第三者に対抗できます。設問は、Cは詐欺を知らなかったとしていますので、善意の第三者となり、AはCに対抗できませんので、記述は正しいとなります。

2. 民法90条 公序良俗

誤り。設問で「AB間の契約は無効だ」となっています。無効と言うのは、何もなかったと言うことを意味しますので、AB間の契約自体がなかったとなります。AB間の契約がなければ、Bに所有権は移りませんから、Cは無権利者と契約したこととなります。無権利者から得るものはありませんので、Cは、Aに対して土地の所有権の取得を対抗できないとなります。

3. 民法545条1項 解除前の第三者

誤り。AB間の売買契約の内容については、AB当事者のみがその契約に拘束されます。ということは、AB間の売買契約に解除原因が生じていたとしても、第三者であるCには、関係がないことなのです。もっと言うと、売買契約の内容をCが知っていたとしても、AB間の売買契約には拘束されないのです。ここは、理解していただけたらと思います。（常識的なお話です）AB間の売買契約が解除されれば、Aから見ればCは利害関係を有する第三者となりますから、その対抗要件は、「登記」だとなるのです。記述は、Cに登記がありますので、Cの勝ちとなり、記述は誤りとなります。

4. 民法177条 最判昭35.11.29 解除後の第三者

誤り。これも設問3と考え方は同じです。AB間の売買契約の内容については、AB当事者のみがその契約に拘束されるのですから、Cに関係ありません。Cがその売買契約の内容を知っていても、拘束されることはありません。AB間の売買契約の解除は、契約当事者間の効果に過ぎないのです。契約解除を実行したときに、利害関係のある第三者がいた場合、その第三者と対抗するためには「登記」を持っておかなくてはならないのです。（第三者が契約解除の前後、いつ現れたなども関係ありません）ですから、記述の場合、登記はCが持っていますから、Cの勝ちだとなり、記述は誤りとなるのです。

平成7年度 問2 民法（対抗関係）

Aの所有する土地をBが取得した後、Bが移転登記をする前に、CがAから登記を移転した場合に関する次の記述のうち、民法及び不動産登記法の規定並びに判例によれば、BがCに対して登記がなければ土地の所有権を主張できないものはどれか。

1. BがAから購入した後、AがCに仮装譲渡し、登記をC名義に移転した場合（通謀虚偽表示でBの勝ち）
2. BがAから購入した後、CがBを強迫して登記の申請を妨げ、CがAから購入して登記をC名義に移転した場合（強迫でBの勝ち）
3. BがAから購入し、登記手続きをCに委任したところ、Cが登記をC名義に移転した場合（登記に公信力はないのでBの勝ち？）
4. Bの取得時効が完成した後、AがCに売却し、登記をC名義に移転した場合（時効完成後の第三者だから登記のあるCの勝ち）

解説

1. 民法94条2項 通謀虚偽表示：第三者への対抗

登記がなくてもBの勝ち。AC間の譲渡は仮装のものであり、無効である（**通謀虚偽表示**）。したがって、Cは、この土地に関し、単なる無権利者である。無権利者Cに対してであれば、Bは自分に登記がなくても、土地の所有権を主張することができる。

2. 不動産登記法5条1項 善意・悪意・背信的悪意

登記がなくてもBの勝ち。常識的に考えても、Cは**強迫**行為を行っている悪者です。そんな、Cを勝たせることはできませんね。ですから、Bは登記がなくても、Cに対抗できるとなります。

3. 不動産登記法5条2項 善意・悪意・背信的悪意

登記がなくてもBの勝ち。これも常識的に考えれば、即断できますね。AからBに移転登記をするように、Cは頼まれておきながら、Cは自分に登記を移しています。**詐欺**みたいな行為をやっているCを勝

たせることはできませんね。

ですから、Bは登記がなくても、Cに対抗できるとなります。

#### 4. 民法177条 時効成立後の第三者

登記がないのでBの負け。Bの取得時効が完成したと言うことは、AからBに所有権が移動したことになります。そして、Aは更に、Cにも所有権を売却したと言うことです。つまり、Aは、結果的に、二重譲渡を行っていると言う構図になるのです。二重譲渡の場合、BCは対抗関係に当たりますから、登記の有無で決することになりますので、Bは登記がなければ、Cに対抗できないとなります。

#### 平成3年度 問4 民法(対抗関係)

Aが所有する土地について次に掲げる事実が生じた場合、民法の規定及び判例によれば、次の記述のうち誤っているものはどれか。

1 AがBから土地を譲り受けたが、その未登記の間に、Cがその事情を知りつつ、Bからその土地を譲り受けて、C名義の所有権移転登記をした場合、Aは、その所有権をCに対抗することができない。

(二重売買・登記が必要)

2 Aの所有地がAからD、DからEへと売り渡され、E名義の所有権移転登記がなされた後でも、AがDの債務不履行に基づきAD間の売買契約を解除した場合、Aは、その所有権をEに対抗することができる。(登記があるEの勝ちでできない)

3 Aの所有地にFがAに無断でF名義の所有権移転登記をし、Aがこれを知りながら放置していたところ、FがF所有地として善意無過失のGに売り渡し、GがG名義の所有権移転登記をした場合、Aは、その所有権をGに対抗することができない。

4 AがHから土地を譲り受けたが、その未登記の間に、Iが権原のないJからその土地を賃借して、建物を建築し、建物保存登記を行った場合、Aは、Iにその土地の明渡し及び建物の収去を請求することができる。

#### 解説

##### 1. 民法177条、判例 二重譲渡

正しい。二重譲渡では、背信的悪意者などを除いて、善意・悪意は関係なく、登記の先後によってその所有権を決します。登記のあるCの勝ち。

##### 2. 545条1項但書、判例 解除前の第三者

誤り。解除の前の第三者は登記があれば保護される。契約解除の前に新たな権利を取得した第三者は善意・悪意には関係なく、登記などの対抗要件を備えていれば保護されます。(判例)したがって、本肢では、Eが移転登記を得ているので、Aは所有権をEに対抗できません。

##### 3. 民法94条2項類推 通謀虚偽表示

正しい。FがAに無断でF名義の所有権移転登記をし、Aがこれを知りながら放置していた場合は、判例では、AがFに通謀虚偽表示していたのと同じと考え、通謀虚偽表示での無効は、善意の第三者には対抗できないので、この場合も、Aは善意無過失のGには対抗できないとしています(最高裁・昭和45.9.22)。Aは虚偽の外観(登記)を取り除くなどをせずに放置し黙認していたことに責任があり〔虚偽の登記を明示または黙示に承認〕、このような場合、Aは、外形を信じて取引に入った善意の第三者Gに対して、『Fの移転登記が虚偽のものでAに権利があること』を主張できない。

##### 4. 判例 無権利者から賃借している者

正しい。無権利者Jから土地を借り受けたIは、建物保存登記を行っても、無権利者です。したがって、真実の所有者Aは、無権利者に対して自らの所有権を主張するのに登記は必要ではないので、登記なくしてIにその土地の明渡し及び建物の収去を請求することができます。

平成12年度 問4 民法(通謀虚偽表示)

Aが、債権者の差押えを免れるため、Bと通謀して、A所有地をBに仮装譲渡する契約をした場合に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。(通謀虚偽表示)

1. BがAから所有権移転登記を受けていた場合でも、Aは、Bに対して、AB間の契約の無効を主張することができる。
2. Cが、AB間の契約の事情につき善意無過失で、Bからこの土地の譲渡を受けた場合は、所有権移転登記を受けていないときでも、Cは、Aに対して、その所有権を主張することができる。
3. DがAからこの土地の譲渡を受けた場合には、所有権移転登記を受けていないときでも、Dは、Bに対して、その所有権を主張することができる。
4. Eが、AB間の契約の事情につき善意無過失で、Bからこの土地の譲渡を受け、所有権移転登記を受けていない場合で、Aがこの土地をFに譲渡したとき、Eは、Fに対して、その所有権を主張することができる。(二重譲渡の対抗関係の優劣)

解説

1. 民法94条1項 当事者間の効果

その通り。通謀虚偽表示はAさんとBさんとが組んだ偽装工作なのだから、その契約は当事者間では無効。また、当事者間の問題は対抗問題とはならず、登記の有無によって結論が左右されることはない。だから、Bが所有権移転登記を受けていたとしても、AはBに対してAB間の契約の無効を主張することができる。

2. 民法94条2項 第三者への対抗

その通り。通謀虚偽表示の無効は、善意の第三者に対して主張(対抗)できない。この第三者は善意であればよい。登記を得ている必要はない。

3. 民法94条2項 第三者への対抗

その通り。通謀虚偽表示の仮装譲渡の譲受人Bさんは無権利者だからDさんとは対抗関係にない。だから、DさんがAさんから甲地の譲渡を受ければ、所有権移転登記を受けていなくてもDさんは土地の所有権を主張できる。

4. 民法94条2項、判例 第三者への対抗

誤り。AB間の通謀虚偽表示に対して善意のEさんはこの土地の所有権を取得することができる(民法94条2項)。また、Aから土地の譲渡を受けたFも土地所有権を取得したものと見える。そこで、EさんとFさんは対抗関係にあり、先に登記を得た方が勝ち。だから、登記のないEさんはFさんにまだ所有権を主張することはできない。

平成19年度 問3 民法(登記の公信力)

Aが所有者として登記されている甲土地の売買契約に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

1. Aと売買契約を締結したBが、平穩かつ公然と甲土地の占有を始め、善意無過失であれば、甲土地がAの土地ではなく第三者の土地であったとしても、Bは即時に所有権を取得することができる。(取得時効には10年必要)

2. Aと売買契約を締結したCが、登記を信頼して売買契約を行った場合、甲土地がAの土地ではなく第三者Dの土地であったとしても、Dの過失の有無にかかわらず、Cは所有権を取得することができる。(Aは無権利者)

3. Aと売買契約を締結して所有権を取得したEは、所有権の移転登記を備えていない場合であっても、正当な権原なく甲土地を占有しているFに対し、所有権を主張して甲土地の明渡しを請求することができる。(Fは背信的悪意者)

4. Aを所有者とする甲土地につき、AがGとの間で10月1日に、Hとの間で10月10日に、それぞれ売買契約を締結した場合、G、H共に登記を備えていないときには、先に売買契約を締結したGがHに対して所有権を主張することができる。(契約の先後じゃない)

解説

1. 民法192条 即時取得

誤り。即時取得(善意取得)は、動産について認められているけど不動産にはない。Bさんが「平穩かつ公然と甲土地の占有を始め、善意無過失」であるなら10年後に時効取得することはできる(同法162条)けど、「即時に所有権を取得」するわけではない。

2. 民法94条2項 登記の公信力

誤り。わが国の登記には、公信力はないから、登記を信頼しても所有権を取得できるわけじゃない(94条2項の類推適用により、取得できる場合もあることはある)。もし登記人Aさんと真の所有者Dさんが通謀して買主Bさんを陥れようとしていたのなら(通謀虚偽表示)、Bさんが善意無過失なら甲地の所有権を主張することができるので、「Dの過失の有無にかかわらず」の記述も間違い。

3. 民法177条 土地の不法占有者への対抗

その通り。Eさんは登記をしないと第三者に高知の所有権を対抗できないけど、「正当な権原なく甲土地を占有している」Fさんは「第三者=登記がないことを主張する正当な利益を有する者」ではないので、EさんはFさんに甲地の所有権を対抗できる。対抗相手に「あんた、登記がないでしょ!」と主張することが許される事情がある人を「第三者」と呼ぶ。

4. 民法177条 契約締結日時先後

誤り。AさんはGさんとHさんに二重売買をしているので、GさんとHさんは対抗関係に立つから、先に登記を備えたほうが勝ちで、契約の先後は関係ない。でも、二人とも登記をしていないので、所有権を相手方に対抗することはできない。

平成22年度 問4 民法（対抗関係）

AがBから甲土地を購入したところ、甲土地の所有者を名のるCがAに対して連絡してきた。この場合における次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

1 CもBから甲土地を購入しており、その**売買契約書の日付**とBA間の**売買契約書の日付**が同じである場合、**登記**がなくても、契約締結の時刻が早い方が所有権を主張することができる。（対抗関係の優劣は登記の先後）

①売却

B→A

↓①売却

C

2 甲土地はCからB、BからAと売却されており、CB間の売買契約がBの**強迫**により締結されたことを理由として取り消された場合には、BA間の**売買契約締結の時期にかかわらず**、Cは登記がなくてもAに対して所有権を主張することができる。（取り消し前後の第三者）

C → B → A  
①売却（強迫） ②売却

3 Cが**時効**により甲土地の所有権を取得した旨主張している場合、取得時効の進行中にBA間で売買契約及び所有権移転登記がなされ、その後**時効が完成**しているときには、Cは登記がなくてもAに対して所有権を主張することができる。（時効完成前の第三者）

C

↓①占有③時効完成

B→A

②売却

4 Cは債権者の追及を逃れるために**売買契約の実態はないのに登記だけ**Bに移し、Bがそれに乗じてAとの間で**売買契約を締結**した場合には、CB間の**売買契約が存在しない以上**、Aは所有権を主張することができない。（通謀虚偽表示）

C → B → A  
①虚偽 ②売却

解説

1 × Bを基点とする2重譲渡。ACは対抗関係に立つ。登記の早い者勝ち。

2 × 「BA間の**売買契約締結の時期にかかわらず**」が誤り。強迫による意思表示は取消すことができ、この取消は第三者の善意悪意に関係なく主張できるが、ここでいう第三者は**取消前の第三者**であり、**取消後の第三者**とは対抗関係に立つことになる。

（別解）

以下を見比べて見てください。

<パターン1>

① C-B契約

↓

② B-A契約

↓

③ C強迫を理由にCB間の契約を**取消**

<パターン2>

① C-B契約

↓

② C強迫を理由にCB間の契約を**取消**

↓

③ B-A契約

上記パターンは、BA間の契約がCB間の契約を取消す前か後とすることを指しています。要は、Aと言う第三者は、**取消前**の第三者か**取消後**の第三者かと言うことです。実はパターン1の取消前の第三者には、Cは登記なくして対抗できるとなっています。そしてパターン2の取消後の第三者には、Cは登記がなければ対抗できないとなっています。なぜこのような違いが出るかと言いますと、**パターン1**の場合では、「強迫を受けたあー」と言ったときは、登記は既に第三者Aに移転していますから取り返しようがありません。強迫されたCさんを守ってやる必要があります。逆に**パターン2**の場合には、「強迫を受けたあー」と言ったときには、まだ登記は、自分が持っているか、Bが持っているかのどちらかです。自分が持っていれば、登記を渡さなければいけない話ですし、Bに既に登記があるのでしたら、その登記を第三者に移さないようにするべきなのですが、それを怠って第三者Aに渡したとなれば、もはや、Cを助けるより第三者Aを保護すべきと、民法はしているためです。民法は、権利を主張できるときはしっかりやってください、それを怠ると知りませんよと言うのが、根本にあるためです。

3 ○ AはCの取得時効完成時の甲土地所有者であり、当事者であるから、AとCは対抗関係に立たない。したがってCは登記なくして主張できる。

（別解）

問題文は、Cの時効が未完成時に、BA間で登記の移転があったと言っています。このような問題は過

去問でも何度も出題されていますが、民法の解釈云々でなくて、状況をイメージできれば、ラクに回答ができます。Cは時効で甲土地を奪ってやろうとしているのですから、当然、**甲土地を公然に使用収益している**はずなのです。**その状況を見て、AがわざわざBから土地を買っている**のですから、常識的に考えれば、AもしくはBは、Cに甲土地を使うのを止める！と言うはずですが、それを見て見ぬふりをしているのですから、救いようがないのです。逆にCは、時効が完成していないのですから、今、登記などすることができませんから、時効完成まで平穩に公然と、そのときを待つしかありません。ですから、問題文のようにCは時効が完成したあかつきには、登記がなくてもAに対して所有権を主張することができます。また、入れ替えパターンとして、Cの時効完成後BからAに登記が移転した場合は、どうですかと言う問題があります。この場合は、Cは時効が完成しているのですから、その完成を登記と言う形で、主張することができるのです。それをCが怠っていれば、じゃあ先に、登記をした方が勝ちですよとなるのです。肢2の解説でお話しましたが、民法は、権利を主張できるときはしっかりやってください、それを怠ると知りませんよと言うのが、根本にあるのです。

4 × CB間は通謀虚偽表示で無効であるが、この無効は善意の第三者に主張できない。したがってAが善意であればAは所有権を主張できる。

#### 2017年（平成29年）の法改正情報

平成29年度（2017年）の宅建士試験に関する法改正情報を解説します。今年の改正は重要な部分が非常に多いので必ず確認しておきましょう！今年は改正された内容から2問は出題されるのではないかと思います。

営業保証金

（変更）

宅地建物取引業者と宅地建物取引業に関し取引をし、その取引により生じた債権に関し、営業保証金又は弁済業務保証金について弁済を受ける権利を有する者から、宅地建物取引業者を除く。

これは、還付請求者から宅建業者が除外されることを意味します。例えば、宅建業者Aが買主として、売主業者にB手付金を支払い、その後、契約解除になれば、売主業者Bは買主業者Aに手付金を返還しないといけません。それにも関わらず、手付金を返還しない場合、買主業者Aは「手付金返還請求権」を持ちます。

改正前は、営業保証金について還付請求ができましたが、

改正後は、宅建業者は、還付請求ができなくなり、直接、売主業者に催告などして弁済を求めるしかなくなりました。  
保証協会

（新設）

宅地建物取引業保証協会は、全国の宅地建物取引業者を直接又は間接の社員とする一般社団法人に対して、宅地建物取引士等に対する研修の実施に要する費用の助成をすることができるものとする。

これは、保証協会の業務の一つとして「研修費用を助成する業務」が追加されたということです。

（新設）

宅地建物取引業者を直接又は間接の社員とする一般社団法人は、宅地建物取引士等がその職務に関し必要な知識及び能力を効果的かつ効率的に習得できるよう、体系的な研修を実施するよう努めなければならない。

「宅地建物取引業者を直接又は間接の社員とする一般社団法人」とは「保証協会」だけでなく「ハトのマークの全国宅地建物取引業協会」や「うさぎのマークの全日本不動産協会」と考えてください。これらの事業団体は、知識や能力向上のための研修を実施するよう努めなければならないということです。

業務上の規制

(変更)

宅地建物取引業者が事務所ごとに備えるべき従業者名簿の記載事項から、住所を削除する。そもそも、事務所ごとに備え付けるべき従業者名簿に「従業者の住所」が記載されていましたが、それが削除されました。プライバシー保護の観点と考えるとイメージしやすいでしょう！

(変更)

宅地若しくは建物の売買、交換若しくは貸借の相手方若しくは代理を依頼した者又は宅地建物取引業者が行う媒介に係る売買、交換若しくは貸借の各当事者が宅地建物取引業者である場合は、営業保証金を供託した供託所等についての説明を不要とする。法改正前は、宅建業者であるか否かに関わらず、「供託所等の説明」を契約締結前までに説明しなければなりませんでした。

しかし、法改正により、宅建業者に対しては「供託所等の説明」が不要となりました。

34条：媒介契約

(新設：平成30年度の試験から適用)

宅地建物取引業者は、既存の建物の売買又は交換の媒介の契約を締結したときは、建物状況調査を実施する者のあつせんに関する事項を記載した書面を依頼者に交付しなければならない。平成29年の試験では出題されないので省略します。

(新設)

媒介契約を締結した宅地建物取引業者は、当該媒介契約の目的物である宅地又は建物の売買又は交換の申込みがあったときは、遅滞なく、その旨を依頼者に報告しなければならない。

上記の規定に反する特約は、無効

法改正により、媒介契約をした後に、買主からの申込みがあった場合、その旨を依頼者に報告しなければならなくなりました。これは新しく追加されたルールです。

35条：重要事項説明

(新設：平成30年度の試験から適用)

宅地建物取引業者は、既存の建物の取得者又は借主となる者に対して、当該既存の建物の売買、交換又は貸借の契約が成立するまでの間に、宅地建物取引士をして、建物状況調査の結果の概要並びに建物の建築及び維持保全の状況に関する書類の保存の状況について記載した書面を交付して説明をさせなければならない。

平成29年の試験では出題されないので省略します。

(変更)

宅地又は建物の取得者又は借主となる者が宅地建物取引業者である場合における重要事項の説明については、説明を要せず、重要事項を記載した書面の交付のみで足りる。

宅建業者が買主や借主の場合、その宅建業者に対しては、「重要事項説明」が不要となりました。「35条書面の交付」は省略できないので注意！あくまでも省略できるのは「説明」のみです！

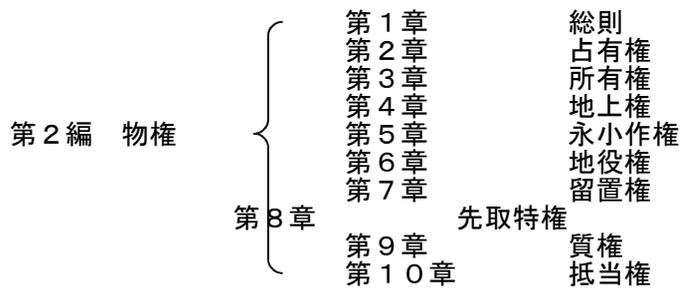
37条書面

(新設：平成30年度の試験から適用)

宅地建物取引業者は、既存の建物の売買又は交換の契約が成立したときは、建物の構造耐力上主要な部分等の状況について当事者の双方が確認した事項を記載した書面を当事者に交付しなければならない。

平成29年の試験では出題されないので省略します。

第3部 2 占有権物権



■38-1 占有権とは

占有権=ある物を持っているという事実を権利として保護すること(180条)  
 \*所有権や賃貸権を照明する前に、その物を持っているという事実を権利として保護すること

占有=自己のためにする意思を持って物を所有すること

→物の所有による事実上の利益を自分が受けようとする意思

所有=物に対する事実上の支配

本権=占有権を行使するに当たり基礎となる適法な権利=所有権・賃貸権

\*何の本権もなくとも占有権は存在する=泥棒には所有権や賃貸権はなくても占有権はある!

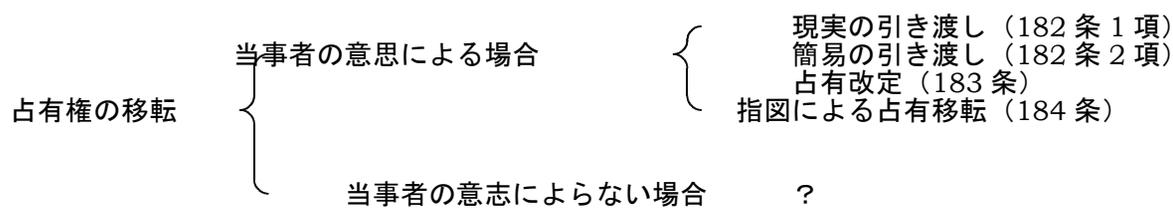
■38-2 占有権は代理人によっても取得可能(181条)

他人が物を所有し、それに基づいて本人が占有権を持つ場合もある

代理占有=占有は現実的に握持(あくじ)していることまでは必要ないことを根拠として、貸し渡した物に対して、本人がそれを直接支配していなくても、本人は占有権を失わないこと。(181条)

■38-3 占有権を移転する方法(182~184条)

占有権の移転=ある人の占有権が他の人に移転すること



現実の引き渡し=現実的に品物がお金と交換に引き渡されることによる占有権の移転

簡易引き渡し=外面上変動(移動)なしに意思表示だけで占有権を移転したことにすること=借りて占有していた物をそのまま買い取る

占有改定=外面上変動(移動)なしに意思表示だけで占有権を移したことにすること=買ったのに現物が手元になく売った人に預かってもらっている

指図による占有移転=外面上変動(移動)なしに意思表示だけで占有権を移したことにすること=売ったのに現物が手元になく第3者に預かってもらっている

■38-4 自主占有と他主占有

自主占有=所有者として占有する意思を持ってする占有

他主占有=それ以外の占有

売買における買い主・泥棒=自主占有

賃借人・受寄者(じゅきしゃ=物の保管を引き受けた物=預かる人)⇔寄託者(きたくしゃ=預ける人)=他主占有

\*取得時効の場合自主占有でなければならず、他主占有をいくら続けても取得時効(他人の物または財産権を一定期間継続して占有または準占有する者に、その権利を与える制度)は成立しない。

他主占有から自主占有への転換

①他主占有をしている者が「自己に占有させた者に対して所有の意思があることを表示」する場合(185条前段)。

②他主占有をしている者が「新たな権原によりさらに所有の意思を持って占有を始める」場合(185条後段)

\*権原=その行為をすることを正当化する法律上の原因

・賃借人(ちんしゃくにん)が賃貸人(ちんたいにん)に対して所有の意思を示すと、その時点から他主占有が自主占有に転換する。

・賃借人が賃借物を買取る場合、その時点から他主占有が自主占有に転換する。

■ 38-5 占有権が承継されたら (187条)

187条 (占有の承継)

占有者の承継人は、その選択に従い、自己の占有のみを主張し、又は自己の占有に前の占有者の占有を併せて主張することができる。(187条1項)

前の占有者の占有を併せて主張する場合には、その瑕疵をも承継する。(187条2項)

\* 「占有者の承継人」=前の占有者の持つ占有権を承継する人

土地 (C所有)  
(悪意占有 8年間) A→→B (買い主・12年間占有)  
売買契約

・ CがBに土地の所有権を主張  
{ Bは12年間の善意占有で取得時効を主張  
or  
BはAの悪意占有をあわせて20年間の取得時効を主張

■ 39-1 占有権の効力

占有権の効力 { 本権などの推定  
善意占有者の果実取得権  
専有物を滅失あるいは損傷させたときの善意占有者の責任の軽減  
即時取得  
費用返還請求  
占有訴権

■ 39-2 本権などの推定

占有者には、専有物に対して適法な本権(所有権・賃貸権)を有すると推定される(188条)

\* 推定=ある事実または法律関係がはっきりしない場合に、方が一応の判断を下すこと

\* 登記されている不動産は登記の推定力が占有の推定力に優先する。

\* 取得時効=20年間、所有の意思をもって平穩かつ公然と他人の物を占有した者はその所有権を取得する

本権に基づかない占有 { 善意占有  
悪意占有

善意占有=本権に基づかない占有のうち、占有者が本権があると誤信して占有している場合、占有者は、所有の意思をもって善意、平穩、かつ、公然に占有するものと推定されるが、占有の取得に関する無過失は、推定されない。(186条1項)

悪意占有=本権に基づかない占有のうち、占有者が本権に基づかないことを知り、または本権の有無について疑いを有しながら占有している場合

■ 39-3 善意の占有者は果実をもらえる(189.190条)

善意の占有者=本権(所有権・地上権・賃借権・果実取得権)があると誤信した占有者

善意の占有者には、占有物から生じる果実を取得できる(189条1項)

悪意の占有者は果実を返還しなくてはならない(190条1項)

■ 39-4 占有物を壊したら(191条)

占有者が自己の責任で占有物を滅失・損傷させた場合

{ 悪意の占有者=全損害を賠償しなければならない  
善意の占有者=現に利益を受けている限度において賠償すればよい。ただし善意の占有者でも占有の意思のない占有者は全損害を賠償する必要がある。

■ 39-5 即時取得

即時取得=動産を取引行為によって平穩・公然・善意・無過失に譲り受けて人は、たとえ譲渡人が無権利者であっても、即時に権利を取得できる(192条)

=いちいち目的物が譲渡人の物かどうかを確認せずに、即時に権利を取得できること

=不動産は公示方法たる登記を信用しても保護されないが(登記に公信力なし)、動産には公示方法たる占有を信用したら保護される。

即時取得成立の条件 { ①動産であること  
②取引行為による取得であること  
③平穩・公然・善意・無過失に取得したこと  
④無権利者・無権限者から取得したこと

\* 取引行為以外の原因 { 相続財産に他人の物が含まれていた場合  
一時預かり所から他人の物を受け取った場合  
遺失物を占有した場合

\* 失権者(元の持ち主)が即時取得されるのを妨げなければ、占有者が平穩・公然・善意・無過失に取得していないことを照明する必要がある

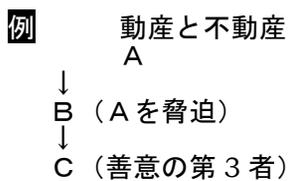
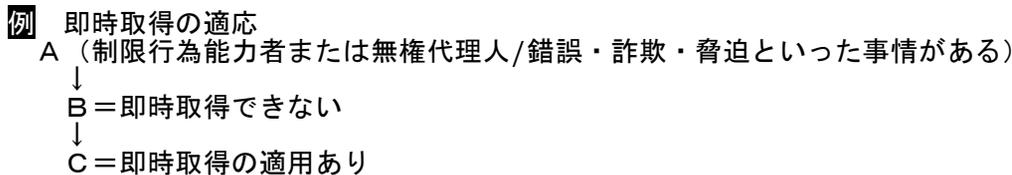
\* 即時取引の要件を満たしても、目的物が盗品または遺失物であるときは、被害者・遺失者は盗難・遺失の時から 2 年間は占有者に対してその物の返還を請求できる（1093 条）

\* 目的物が横領された動産の場合、占有者が即時取得の要件を具備しているときは、被害者が横領されたときより 2 年以内であっても、占有者に対して返還を請求できない。

\* 占有者が、競売・公の市場において、あるいは同種の物を販売する商人から、善意で買い受けた場合は、その占有者が支払った代価を弁償しなければ返還請求はできない（194 条）

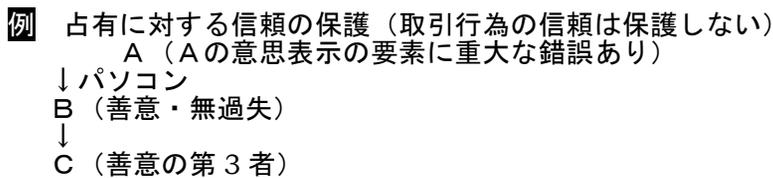
\* 無権利者・無権限者からの取得には占有改定によるものは含まれず、現実の引渡・簡易引渡のように、譲受人が占有を取得している必要がある。

\* 制限行為能力者、無権代理人の処分、相手方に錯誤・詐欺・脅迫といった事情がある場合には即時取得の適用はない。



\* 「制限行為能力や脅迫による取消」「無権代理や錯誤による無効」は善意の第 3 者にも対抗できる。A が脅迫を理由に取引を取り消すと、C は A に目的物を返さなければならない。

\* 目的物が動産であり、C が取引によって目的物を取得し、平穩・公然・善意・無過失に取得したのなら、C は A に目的物を返さなくても良い。



\* B が A の錯誤について善意無過失でもパソコンを善意取得できない。

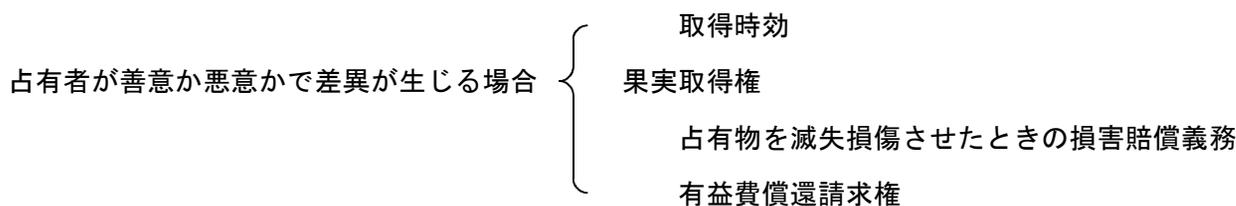
\* C が善意無過失の場合、パソコンを善意取得している。

■ 39-6 占有者が出した費用は（196 条）

占有者が占有物を回復者に返還する場合、占有者は占有物について必要費を請求できる。ただし占有者が果実を取得した場合は、必要費は占有者が負担しなければならない（196 条）

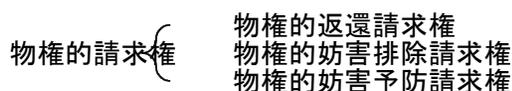
占有者が有益費を出した時は、その価格の増加が現存する限り、その支出した金額または増価額を支払うように回復者に請求できる。ただし悪意の占有者に対しては、回復者の請求により、回復者がその金を支払うに当たって相当の期限を与える（執行を猶予する）ことができる（196 条 2 項）

- \* 必要費 = 占有物の保存のために費やした費用
- \* 有益費 = 占有物の改良のために支出した金額



■ 39-7 占有訴権

占有訴権 = 占有権が妨害され、または妨害されそうになったとき、妨害の排除を請求する権利で、物権的請求権の 1 つ。



占有訴権 { 占有保持の訴え  
占有保全の訴え  
占有回収の訴え

- ・ 占有保持の訴え＝占有者がその占有を妨害されたとき、その停止と損害賠償を求める訴え（198条）
- ・ 占有保全の訴え＝占有者がその占有を妨害させそうになったとき、その予防または損害賠償の担保を求める訴え（199条）
- ・ 占有回収の訴え＝占有者がその占有を奪われたとき、その物の返還と損害賠償を求める訴え（200条）

- \* 占有訴権と本権の訴えは同時に提起できる（202条1項）
- \* 占有回収の訴えは、占有を侵害した者の善意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）
- \* 善意の特定承継人の後の特定承継人が悪意があっても訴えを提起できない（大判昭和13年12月26日）

特定承継人＝他人の権利を個々の取得した人＝買い主など

40 準占有権＝権利占有

占有＝自己のための意思を持って物を所持すること  
準占有＝自己のための意思を持って財産権の行使をすること

占有＝物に対する事実上の支配を保護したもの  
準占有＝物以外の利益に対する事実上の支配を保護しようとするもの

準占有には占有に関する規定が準用される（205条）

準占有 { 漁業権における漁場に対する事実上の支配  
鉱業権における鉱区に対する事実上の支配  
著作権、特許権などの無体財産権における形の利益（非有体利益）に対する事実上の支配

民法→プロGRESS、まるごと講義生中継  
不登→プロGRESS、楽学不動産登記法  
憲法→ウォーク問過去問 QUICKMASTER  
刑法→プロGRESS、まるごと講義生中継  
商法・商登→なるほど会社法、フォーミュラーシリーズ海老原メソッド会社法・商法・商業登記法解説  
民訴→プロGRESS、キーワード  
供託→プロGRESS  
記述→ブリッジ実戦編  
まとめ→合格ゾーン、実戦択一カード

## 民法第187条

### 占有の承継

第百八十七条 占有者の承継人は、その選択に従い、自己の占有のみを主張し、又は自己の占有に前の占有者の占有を併せて主張することができる。

2 前の占有者の占有を併せて主張する場合には、その瑕疵をも承継する。

### 解説

時効完成までの期間に、占有の承継があった場合、承継人は自己の占有のみを主張してもよいし、前主の占有を併せて主張してもよい。ただし前主の占有を併せて主張する場合には、前主の悪意とか善意無過失をも承継することになる。

2つ例を挙げる。

1. 悪意の前主が10年占有した後、善意無過失の承継人が8年占有した場合

善意無過失でもまだ8年なので自分の占有だけでは足りない。そこで前主の占有10年を足したいところだが、足して18年になっても今度は悪意ということになるので、結局時効取得はできないことになる。

2. 善意無過失の前主が3年占有した後、悪意の承継人が8年占有した場合

前主の占有と併せると11年になるし、善意無過失も引き継ぐことになるので、時効取得できることになる。

## 平成10年度 問2 民法（取得時効）

所有の意思をもって、平穩かつ公然にA所有の甲土地を占有しているBの取得時効に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

1. Bの父が15年間所有の意思をもって平穩かつ公然に甲土地を占有し、Bが相続によりその占有を承継した場合でも、B自身がその後5年間占有しただけでは、Bは、時効によって甲土地の所有権を取得することができない。（占有の継承・187条）

2. Bが2年間自己占有し、引き続き18年間Cに賃貸していた場合には、Bに所有の意思があっても、Bは、時効によって甲土地の所有権を取得することができない。（代理占有・181条）

3. DがBの取得時効完成前にAから甲土地を買い受けた場合には、Dの登記がBの取得時効完成の前であると後であるとを問わず、Bは、登記がなくても、時効による甲土地の所有権の取得をDに対抗することができる。（**取得時効完成前の第三者**）

4. 取得時効による所有権の取得は、原始取得であるが、甲土地が農地である場合には、Bは、農地法に基づき許可を受けたときに限り、時効によって甲土地の所有権を取得することができる。

### 解説

1. 誤り。お父さんの占有を引き継いだBさんは、「①自己の占有のみ」か「②自己の占有に前の占有者の占有者を併せて」のどちらかを主張できる。②を選んだ場合、Bさんはお父さんの占有期間15年と合わせて5年間占有すれば時効が成立する。

2. 誤り。Bさんが甲地を2年間占有して、Bさんに甲地を貸してもらった賃借人Cさんが18年間代理占有したら、占有期間を合わせて20年になってBさんは甲地を時効取得できる。

3. その通り。Bさんの取得時効が完成する前に、Aさんは甲地をDさんに売却したら、Dさんの登記が時効の前でも後でも、Bさんに登記がなくても、BさんはDさんに勝てる。これは詐欺や脅迫の「**取り消し前の第三者**」と同じ構図。第三者のDさんには悪いけど、取得時効の権利を主張したBさんの勝ち。

甲地 ①占有開始 ③取得時効完成

売り主A—占有者B

↓②売却

買主D（第三者）

でも、時効完成後にAさんがDさんに甲地を譲渡した場合には、Bさんが登記をしていなければ、Dさんの勝ち。

甲地 ①占有開始 ②取得時効完成

売り主A—占有者B

↓③売却

買主D（第三者）

4. 誤り。取得時効と農地法は無関係。確かに農地の権利移動には農地法第3条または第5条の許可が必要だけど、取得時効とは関係ない。

### 取得時効のポイント

① 所有の意思を持って占有を開始しているか？

② 占有開始時に悪意か善意か？ → 善意（10年で時効完成）・悪意（20年で時効完成）

\* 問題文に善意・悪意の記載がない場合は、悪意と考える。

\* 占有開始時に善意の者は、悪意者にはならない。

③ 時効取得は、原始取得

④ 占有が承継される場合は、そのまま引き継げる。

⑤

・取得時効完成前 占有者 登記なくして対抗できる。

・取得時効完成後 占有者 登記がなければ対抗できない。

平成16年度 問5 民法(取得時効)

A所有の土地の占有者がAからB、BからCと移った場合のCの取得時効に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

- 1 Bが平穩・公然・善意・無過失に所有の意思をもって8年間占有し、CがBから土地の譲渡を受けて2年間占有した場合、当該土地の真の所有者はBではなかったとCが知っていたとしても、Cは10年の取得時効を主張できる。
- 2 Bが所有の意思をもって5年間占有し、CがBから土地の譲渡を受けて平穩・公然に5年間占有した場合、Cが占有の開始時に善意・無過失であれば、**Bの占有に瑕疵**があるかどうかにかかわらず、Cは10年の取得時効を主張できる。
- 3 Aから土地を借りていたBが死亡し、借地であることを知らない相続人Cがその土地を**相続により取得したと**考えて利用していたとしても、CはBの借地人の地位を相続するだけなので、土地の所有権を時効で取得することはない。
- 4 Cが期間を定めずBから土地を**借りて利用**していた場合、Cの占有が20年を超えれば、Cは20年の取得時効を主張することができる。

解説

1. 民法187条 占有の継承

その通り。占有の承継があった場合に取得時効が成立するためには、**第一走者**が大切。占有を開始するときに最初の占有者が善意無過失だったら、途中で人が代わってもずーっと善意無過失が継承される。第一走者のBが平穩・公然・善意・無過失だったら、Cが悪意でも10年経ったら取得時効が成立する。

2. 民法187条 占有の継承

誤り。取得時効の期間は第1走者で決まる。占有開始者はBさんだから、Bさんに瑕疵があれば(悪意だったら)それがずっと引き継がれるので、取得時効が成立するためには20年経たないといけない。「Bの占有に瑕疵があるかどうかにかかわらず」が誤り。

3. 民法185条 他主占有の自己占有への転換

誤り。取得時効には「所有の意思」が必要だけど、Bさんはただの賃借人(他主占有)だから取得時効のカウントダウンは始まらない。でも、Cさんは甲地を相続(自主占有)してるので「所有の意思」がある。このまま平穩かつ公然と占有を続ければ10年、もしくは20年で時効取得できる。

甲地

賃貸人A—賃借人B(死亡)

↓

相続人C

4. 民法162条 所有の意思

誤り。Cさんはただの賃借人だから所有の意思がないので、Cさんが取得時効できない。

平成 27 年度 問 4 (取得時効)

A 所有の甲土地を占有している B による権利の時効取得に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

(甲地)  
所有者 A - 占有者 B (賃貸権相続)

1 B が父から甲土地についての賃借権を相続により承継して賃料を払い続けている場合であっても、相続から 20 年間甲土地を占有したときは、B は、時効によって甲土地の所有権を取得することができる。

(甲地)  
所有者 A - 占有者 B (賃貸権相続)

↑  
B の父親

2 B の父が 11 年間所有の意思をもって平穩かつ公然に甲土地を占有した後、B が相続によりその占有を承継し、引き続き 9 年間所有の意思をもって平穩かつ公然に占有していても、B は、時効によって甲土地の所有権を取得することはできない。

(甲地)  
所有者 A - 父親 (11 年間占有)

↓ 占有継承

B (9 年間占有)

3 A から甲土地を買い受けた C が所有権の移転登記を備えた後に、B について甲土地所有権の取得時効が完成した場合、B は、C に対し、登記がなくても甲土地の所有者であることを主張することができる。

(甲地) ② 売買  
売主 A → 買主・第三者 C ③ 登記

↑  
占有者 B

① 占有 ④ 取得時効完成

4 甲土地が農地である場合、B が A と甲土地につき賃貸借契約を締結して 20 年以上にわたって賃料を支払って継続的に耕作していても、農地法の許可がなければ、B は、時効によって甲土地の賃借権を取得することはできない。

解説

1. 民法 162 条 所有の意思

誤り。A 所有の甲地を平穩占有している B が、その父から賃借権を相続して甲地の賃料を支払っているなら、「所有の意思を持って占有」していることにならないから。

2. 民法 187 条 占有の継承

誤り。B の父親が所有の意思を持って平穩かつ公然と 11 年占有した後、B がそれを引き継ぎ所有の意思を持って平穩かつ公然と甲地を 9 年占有したら、B は占有期間を継承して 20 年占有したことになる。第一走者の B の父親が、占有開始時に善意無過失でも、悪意有過失でも、20 年占有が継承されれば甲地を時効取得できる。

3. 民法 162 条 取得時効完成前の第三者

その通り。取得時効に登記は不要。登記は所有権者がやることで、占有者 B さんには最初から無理。第三者 C さんは A さんの立場を引き継ぐだけで、所有権が A → C → B と移るに過ぎない。だから占有者 B さんは C さんに登記がなくても勝てる。一方、時効完成後の第三者 C さんは占有者 B さんに登記があれば勝てる。取得時効後所有権を手に入れた B さんが登記しないのが悪い。登記をした C さんの勝ち。

(甲地) ③ 売買  
売主 A → 買主・第三者 C ④ 登記

↑  
占有者 B

① 占有 ② 取得時効完成

4. 誤り。取得時効できるのは所有権だけでなく地上権や地役権の物権も含まれる。賃借権は物権ではなくて債権だから取得時効できないと思うかも知れないけど、判例により賃借権も取得時効可能。<判例> A さんがウソの地主の B さんと土地賃貸借契約を結び、A さんは土地に建物を建て、地代を B さんに 10 年支払った。A さんは賃借権を取得時効でき、本当の地主 C さんに土地を貸してもらえ。一方、取得時効に農地法は関係がない。農地法は農業をやらない人に農地占有させない規定。問題文に「継続的に耕作して」とあるので

平成27年度 問5 民法(占有)

占有に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

- 1 甲建物の所有者Aが、甲建物の隣家に居住し、甲建物の裏口を常に監視して第三者の侵入を制止していたとしても、甲建物の錠をかけてその鍵を所持しない限り、Aが甲建物を占有しているとはいえない。
- 2 乙土地の所有者の相続人Bが、乙土地の建物に居住しているCに対して乙土地の明渡しを求めた場合、Cは、占有者が占有物について行使する権利は適法であるとの推定規定を根拠として、明渡しを拒否することができる。
- 3 丙土地の占有を代理しているDは、丙土地の占有が第三者に妨害された場合には、第三者に対して占有保持の訴えを提起することができる。
- 4 占有回収の訴えは、占有を侵奪した者及びその特定承継人に対して当然に提起することができる。

解説

1. 民法180条 占有権

誤り。占有権は物を事実上支配している状態を法的に保護している権利。物が特定の人支配に属していると客観的に認められる事実・状態があれば、その人が物を占有しているといえる。だから、占有のために、建物に錠をかけて標札で自己の占有物であることを第三者に明示する必要はない。逆に、建物の隣家に居住し、出入り口を監視して他人の侵入を制止できる状態であれば、事実上占有しているとみなされる。

(別解)占有権は物に対する事実上の支配という状態そのものに法的保護を与える権利で、民法では以下のように規定されています。民法180条「占有権は、自己のためにする意思をもって物を所持することによって取得する。」この条文の中に、『物を所持する』となっています。民法上の所持とは、物が特定の人支配に属していると認められる客観的な事実・状態を指した上で、社会通念をもとに判断され、現実に物を所持している必要はありませんが、一定の時間的継続が必要だとされています。例えば、1年かけて世界1周旅行をしたからと言って、その人が自宅に置いていった物についても所持が認められると言った具合です。ですから、甲建物の錠の所持は特に関係がないということになりますので、記述は誤りとなります。

2. 民法188条 占有者が占有物に対して行使する権利

誤り。占有者が行使する権利(本権)とは所有権、地上権、質権、留置権、賃借権であり、この中に用益権は入っていない。「地上の建物に居住しているCさん」には本権はなく、あるのは建物を使わせてもらってる用益権だけ。用益権を主張するCさんには本権がないので、推定規定の対象外。

民法188条

占有者が占有物について行使する権利は、適法に有するものと推定する。

この規定は、占有して本権(所有権、地上権、質権等の権利)を行使する者の多くは、適法な本権を有するという蓋然性(確実性)に鑑みて、占有者は占有すべき正当な本権を有すると推定されると言うものです。

3. 民法181条 占有保持の訴え

その通り。占有を妨害されたときは占有保持の訴えによってその妨害の停止および損害賠償を請求することができる(181条)。丙地を占有しているAさんが、勝手に立ち入ったBさんに「人の土地に勝手に入るな!」と言ってBさんを追い出してもよい。Aさんの占有を代理しているDさんも言うてよい。「占有保持の訴え」「占有保全の訴え」「占有回収の訴え」の3つを「占有の訴え」という。

4. 民法200条2項 占有回収の訴え

誤り。Aさんが占有している車をBさんが盗んだ場合、Aさんは車を取り返すためにBさんに「占有回収の訴え」をすることができる。でも、Bさんが車をCさんに転売して、Cさんが盗難車であることを知らなかった場合、AさんはCさん(特定承継者)に「占有回収の訴え」を起こすことができない。でも、Cさんが盗難車だと知っていた(悪意)場合には訴えられる。

第181条 (代理占有)

占有権は、代理人によって取得することができる。

第188条 (占有物について行使する権利の適法の推定)

占有者が占有物について行使する権利は、適法に有するものと推定する。

第200条 (占有回収の訴え)

占有者がその占有を奪われたときは、占有回収の訴えにより、その物の返還及び損害の賠償を請求することができる。

平成14年度 問3 民法（占有）

売主A・買主B間の建物売買契約（所有権移転登記は行っていない。）が解除され、建物の所有者Aが、B居住の建物をCに売却して**所有権移転登記**をした場合に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、**正しいものはどれか。**

1. Aが、Bに対して建物をCのために**占有することを指示し**、Cがそれを**承諾**しただけでは、AがCに建物を引き渡したことはない。
2. Bが建物占有中に、地震によって玄関のドアが大破したので修繕し、その費用を負担した場合でも、BはCに対してその負担額の償還を請求することはできない（造作買取請求）。
3. Bは、占有中の建物の一部をDに**使用**させ賃料を受領した場合、その受領額をCに償還しなければならない。
4. Cが**暴力によって**、Bから建物の占有を奪った場合、BはCに占有回収の訴えを提起できるが、CはBに対抗できる**所有権**があるので占有回収の訴えについては敗訴することはない。

解説

1. 民法184条 代理占有

誤り。AB間の売買契約が解除されたとき以降、BはAの占有代理人となっている（民法181条）。代理人によって占有する場合において、本人（A）がその代理人（B）に対して以後第三者（C）のためにその物を占有することを命じ、その第三者（C）がこれを承諾したときは、その第三者（C）は、占有権を取得する。これを指図による占有移転という。（別解）CがAに対して、Bの占有を排除して欲しいと、条件でも付いているのなら、引き渡しとは認められないと思いますが、Cは、Bが占有していることを承諾しているのですから、何か問題があるのでしょうか？つまり、CはBが占有しても構いませんと言っているのですから、AC間の取引は完了しているとするのが、ごく自然なことだと思います。逆に、移転登記も済ませて、「AがCに建物を引き渡したことはない」としたら、じゃあ、どうすれば、いいんですか？と聞きたくなります。従って、記述は誤りと判断できます。

2. 民法196条1項 有益費の返還

誤り。Bが占有している建物の所有者はCです。その建物が地震によって壊れたのですから、本来、Cが修理しなければいけないはずですが、それを、代わってBが修理してあげたのですから、Cにその修理代を請求して、何か問題があるのでしょうか？CがBに対して、勝手なことをしやがってと言えますか？言えないと思います。Bが玄関ドアが大破した状態で立ち退けば、不審者が建物内に侵入してきて、火でもつけられたら、大変なことです。また、Cが住むようになって、玄関ドアの修理は必要となってきます。Bも占有を続けたいと言う思惑があって、玄関ドアをさっさと修理したかもしれないですが、それでも所有者のCにとっても修理しなくてよくなったと言う恩恵を受けることとなります。ですから、記述は誤りと判断できます。

3. 民法190条1項 果実の償還

正しい。Bは、Aとの契約解除に伴って、建物の所有者から占有者となっています。本来は、契約解除に伴う原状回復を急がなければならないはずですが、つまり、早くその建物から立ち退かなければならぬ立場なのです。それを、建物の一部をDに使用させ賃料を受領したなどと言うことを、あなただったら許せますか？わたしだったら、許せません。建物の所有者は、Cなのですから、その賃料は、本来Cが受取るべきお金だとなります。従って、記述は正しいとなります。

4. 民法200条1項 占有回復の訴え

誤り。まず、Cは暴力をふるって、Bを追い出しているのですから、Cの行為は、違法行為だとわかると思います。その違法行為によって、Bの占有が奪われているのですから、100%、占有回収の訴えが、敗訴すると言いきれないと思います。確かにCには所有権があり、Bに対抗することはできますが、それは、暴力によって追い出しても構わないということにはならないと思います。これを許してしまえば、民法は暴力を容認するとなってしまいます。こんなことは、あり得ませんね。従って、記述は誤りです。



【動産の付合】別の人が持っている動産（樹木）を不動産（土地）に従として結合した場合、その動産は不動産の所有者のものとなる（242条）。ただし、不動産を利用する権利（地上権・永小作権・賃借権）を持っている人が動産を結合させた場合、不動産所有者の物にはならない。

【動産の混和】所有者の異なる物が混じり合って社会観念上識別することが不可能になった場合。混和には動産の付合の規定（243条・244条）が準用される（245条）。

例 A所有の米とB所有の米が混合したような場合

【動産の加工】加工者が他人の動産に加工を加えて新たな物（加工物）にすること。加工物の所有権は原則材料の所有者に帰属するが、加工物の価格が材料の価格よりも著しく高くなった場合は加工者が所有権を取得する（246条1項）。

#### ■ 44-1 共有と合有、総有との相違点

【共有】何人かの人々が1つの物を共同で所有する形態の1つ

共有  
共同所有形態 { 合有（ごうゆう）＝持分はあるが自由に処分したり分割請求ができない  
                  { 総有（そうゆう）＝持分さえない

相違点①＝各共有者は、共有物に対してそれぞれ持分（もちぶん＝所有の割合）を持っており、各共有者はこの持分を自由に処分（譲渡・放棄、担保権の設定）できる。

相違点②＝この持分にもとづいて各共有者はいつでも共有物の分割を請求することができる。ただし共有者間で5年を超えない期間なら分割をしないという契約が可能（256条）。

＝共有物に持分があり、その持分についてならいつでも共有物を自由に処分でき分割を請求できること！

判例 共有物に対する不法行為による損害賠償請求権は、各共有者の持分についてのみこれを行行使できる。だから他人の持分に対しては何ら請求権を持たないので、共有者が単独で全損害額を賠償請求することは認められない。しかし、共有物の引渡請求は各共有者が単独で行える。各共有物から生じる賃料も各共有者は自己の持分についてのみ行使できる。第3者が共有者の一人から目的物（共有物）の占有使用を承認された場合、その第3者は共有者の持分の限度で占有使用する権利を有するので、他の共有者は目的物（共有物）の明け渡しを請求できない。

#### ■ 44-2 共有物を使用するには

各共有者はその持分に応じて共有物の全部を使用できる（294条）。ABCの目的物に対する持分が1/5：1/5：3/5だからといって、ABCは目的物の1/5：1/5：3/5しか使用できないのではなく、全部を使用できる。その場合、ABCで話し合って1：1：3の割合で使用期間を定めて使用することが多い。

持分が不明である場合は各共有者の持分は平等であると推定される（250条）。

判例 AB共有のX土地に、AがBに無断でY建物を建て、X土地を独占的に使用している場合、BはAに対して持分権侵害を理由とする損害賠償を請求できる。しかし、Aにも持分に応じた使用権限があるので、BはAに対してY建物を収去してX土地を明け渡すよう請求することはできない（最判昭和41年5月19日、最判平成12年4月7日）。

#### ■ 44-3 共有物の変更

各共有者は他の共有者の同意がないと共有物に変更を加えたり処分したりできない（251条）。

#### ■ 44-4 共有物の管理・保存

共有物の管理に関する事項は、各共有者の持分の価格に従いその過半数により決し、共有物の保存行為は各共有者ができる（252条）。

例 ABCが建物（目的物）を持分1/5：1/5：3/5の割合で共有している場合、その建物を誰かに賃貸していたのを解除するには、C単独では可能だが、ABは単独では行えない（賃貸借契約の解除は管理行為に当たる）。しかし建物を修繕するにはABCが単独でできる（修繕は保存行為）。各共有者はその持分に応じて管理の費用を支払わねばならない（253条1項）。共有者が1年以内に管理費用を支払わない場合は、他の共有者は相当の補償金を支払ってその未払い者の持分を取得できる（253条2項）。

#### 【保証金と補償金】

保証金＝私法上、一定の債務の担保として、あらかじめ債権者に交付する金銭。

補償金＝損失などを埋め合わせる金銭。

#### ■ 44-5 持分の放棄など

前例でAがその持分を放棄したり、Aが死亡してAには相続人がいなかった場合、Aの持分はBCのものになる（255条）。国の所有にはならない。

#### ■ 44-6 共有者の分割請求権

共有者はいつでも目的物の分割を請求できる。ただし5年を超えない期間ならば分割しない旨の契約を結ぶことが可能（256条1項）。そしてこの契約は5年を超えない期間ならば更新することも可能（256条2項）。

分割の方法は共有者全員の協議で決める。協議が調（ととの）われないならば分割の訴えを起し裁判所で決めることができる（258条1項）。

現物（目的物・共有物）を分割することができない場合、あるいは分割すると価格が著しく減少する場合には、裁判所がそれを競売にかけ、その代金を分割することができる（258条2項）。

共有物についての権利（地上権・賃借権・抵当権・質権など）を持っている者、あるいは各共有者の債権者は、自分で費用を支払って分割に参加できる（260条1項）。この場合、参加の請求があったのにその参加を待たずに分割を行うと、その分割は参加を請求した者に対抗できない（260条2項）。

各共有者は、他の共有者が分割によって取得した物について、売主と同様にその持分に応じて担保責任を負う（261条）。

**例** ABが共有する土地をABで分割した場合、Aが分割を受けた土地の一部が第3者の所有物であったときに、AはBに対して563条に基づき一定金額の支払いや分割契約の解除を請求できる。

#### ■ 44-7 準共有

【準共有】共有の規定が所有権以外の財産権を共同で有する場合にも準用されること

\* 所有権以外の財産権＝地上権、永小作権、地役権、抵当権、債権など

#### ■ 45-1 区分所有

【区分所有】分譲マンションや分譲オフィスなどの一棟の建物を区分してそれぞれに所有権を認めること。昭和37年に「建物の区分所有等に関する法律（マンション法）」が制定される。

#### ■ 45-2 専有部分と共用部分

区分所有建物

専有部分＝区分所有権の目的たる建物の部分	共用部分	①専有部分以外の建物の部分（玄関ロビー、エレベーター、階段、屋上）
		②専有部分に属しない建物の付属物（電気の配線、ガス・水道の配管）

室、

③本来は専有部分となるが、規約により共用部分とされた付属建物（集会応接室、別棟）

\* ③については共用部分である旨の登記をしなければ第3者に対抗できない（マンション法4条2項）。

\* 共用部分は区分所有者全員の共有物であり（マンション法11条）、各共有者の持分はその有する専有部分の床面積の割合による（マンション法14条）が、原則として専有部分と分離して共用部分についての持分だけを処分することはできない。

#### ■ 45-3 区分所有者の権利義務

区分所有者は①建物の保存に有害な行為、②その他建物の管理または使用に関し区分所有者の共同利益に反する行為をしてはならない（マンション法6条1項）。

これに反した場合は他の区分所有者の全員、または管理組合法人はその行為の停止等の請求をすることができる（マンション法57条）が、それでも効力がない場合はさらに専有部分の使用禁止（マンション法58条）、占有部分の所有権および敷地利用権の競売（マンション法59条）の訴えをすることができる。

区分所有者は、その専有部分または共用部分を保存しまたは改良するために必要な範囲において、他の区分所有者の専有部分または事故の所有に属しない共用部分の使用を請求できる（マンション法6条2項）。

区分所有者は共用部分とその用方（使用方法）に従って使用することができ（マンション法13条）、規約に特に定めがない限り、その持分に応じて共用部分の負担に応じなければならない一方、共用部分から生じる利益を取得することができる（マンション法19条）。

#### ■ 45-4 敷地利用権（マンション法2条6項）

【敷地利用権】区分所有建物の敷地を利用できる何らかの権利（所有権、地上権、賃借権など）

区分所有者は専有部分とその専有部分に関する敷地利用権は分離して処分できない（マンション法22条）。ただし規約に特に定めがあるときは分離して処分ができる。

#### ■ 45-5 建物・敷地などの管理

区分所有者は建物、敷地および付属施設の管理を行うため区分所有者全員で管理組合を構成し、集会を開き、規約を定め、管理者をおくことができる（マンション法3条）。

管理組合は区分所有者および議決権の各3/4以上の多数による集会の決議と一定事項の登記をすれば法人とすることができる（マンション法47条）。

規約の設定・変更・廃止は区分所有者および議決権の各3/4以上の多数による集会の議決を必要とする（マンション法31条）。

集会は管理者が少なくとも毎年1回招集しなければならないが、区分所有者の1/5以上で議決権の1/5以上を有するものは、管理者に対し、会議の目的たる事項を示して、集会の招集を請求することができる。ただしこの定数は規約で減らすことができる（マンション法34条）。

集会の議事は、法律や規約に特に定めがなければ、区分所有者および議決権の各過半数で決定する（マンション法39条1項）。

→宅建

【共有】 1つの物権を2人以上で共同所有すること。

【持分】 共同所有者の所有権の割合で、出したお金の割合による。はっきりしない場合は持分が各共有者平等と推定される。

**原則** (保存・利用・変更)

- ①保存行為は各共有者が単独でできる。  
→雨漏りの修理や不法占拠者への明け渡し請求
- ②利用行為は持分の過半数の賛成が必要(頭数ではない!)  
→賃貸借契約の締結と解除
- ③変更行為は全員の同意が必要  
→増改築や立て替え、売却、抵当権の設定

**例外** (持分の譲渡や抵当権の設定)

A B Cが共同購入した別荘をDに売却する場合にはA B C全員の同意が必要だが、Aが自分の持分をDに譲渡するだけならB Cの同意は不要。抵当権の設定の場合でも、共有物全体に抵当権を設定するには全員の同意が必要だが、A B C各自が自己の持分に抵当権を設定するのは単独でもできる。

**例外** (持分に応じた損害賠償請求)

Dが別荘を不法占拠している場合、Aは単独で明け渡しをDに請求できるが、その損害をDに賠償するよう請求する場合にはAの持分の割合だけしか請求することができない。

**事例** (管理費用の滞納)

A B Cは各自の持分の割合に応じて別荘の全部を使用できる。別荘の管理費用も各共有者の持分に応じて負担する。Aが管理費用を滞納している場合、Aが1年以内に滞納分を支払わない時はB CはAの持分を買い取ることができる。また、Aが管理費を滞納したままで自分の持分をDに譲渡した場合でも、B CはDに対してもAの滞納分の支払いを請求することができる。

**原則** (分割)

各共有者は原則としていつでも自由に共有物の分割を請求できる。もし協議が調わなければ、裁判所に請求することができる。土地なら分筆し、建物ならば競売して代金を持分に応じて分けることになる。

**例外** (不分割特約)

共有者の1人が分割請求をすると、他の共有者も物権を手放さなければならなくなるので、共有物の分割を禁じる特約(不分割特約)を交わしておくことができる。これがあれば裁判所に分割を請求することはできない。不分割特約の有効期間は5年が限度だが、更新することができる。

遺産分割禁止の特約＝不分割特約＝5年が限度

民法第 206 条、第 207 条  
所有権

(所有権の内容)

第二百六条 所有者は、法令の制限内において、自由にその所有物の使用、収益及び処分をする権利を有する。

(土地所有権の範囲)

第二百七条 土地の所有権は、法令の制限内において、その土地の上下に及ぶ。

解説

ここは試験的にはほとんど問題にならないので一読でよい。

所有権というのは、いわばおもとの権利であり、物権の中であるいは財産権の中で最も強力な権利である。所有権の絶対性などといい、民法の基本原則のひとつ。

物権的請求権として、妨害排除請求、妨害予防請求、返還請求権の三つがあるが、おもしろいのは、民法ではこれらは所有権については規定されておらず、占有権についてだけ規定があり、占有権にある以上当然おもとの権利である所有権（もちろん他の物権についてもだけれど）にも認められるという構造になっている。以下に参考までのそのこのところの条文をあげておく。

【参考】

(占有保持の訴え)

第二百九十八条 占有者がその占有を妨害されたときは、占有保持の訴えにより、その妨害の停止及び損害の賠償を請求することができる。

(占有保全の訴え)

第二百九十九条 占有者がその占有を妨害されるおそれがあるときは、占有保全の訴えにより、その妨害の予防又は損害賠償の担保を請求することができる。

(占有回収の訴え)

第二百条 占有者がその占有を奪われたときは、占有回収の訴えにより、その物の返還及び損害の賠償を請求することができる。

2 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提起することができない。ただし、その承継人が侵奪の事実を知っていたときは、この限りでない。

民法第 209 条～第 238 条

相隣関係（そうりんかんけい）

相隣関係の規定の位置づけは、民法の大原則である「所有権の絶対性」に対する、同じく民法上の制約ということ。以下に出題されそうなものをあげる。

隣地立入権（りんちたちいりけん）

境界またはその近傍で、建物等の築造修繕をするために、必要な範囲内で隣地内に立ち入ることができる。ただし承諾がなければ住家には入れない。

囲いよう地通行権（いりようちつうこうけん）

他人の土地に囲まれて公路に通じない袋地、及び池沼・崖岸（がいがん＝水際の切り立っている所）等によらなければ公路に出られない準袋地（じゅんぷくろじ）の所有者は、囲いよう地を通行できる。原則、もっとも損害の少ない方法をとらなければならないし、償金を支払う必要がある。袋地が、土地の一部譲渡等によって生じた場合、他の一方の土地を通行できるだけで、囲いよう地を通行することはできない。この場合は償金の必要はない。

※H16改正で、囲いよう地は、「その土地を囲んでいる他の土地」との表現に改められたが、長ったらしいのでここでは従来どおりにしています。

竹木の枝・根の切除

枝が越境してきた場合は、その所有者に切除を請求できる（裏を返せば自分では切れない）、一方、根が越境してきた場合は切除できる（勝手に切ってよい）。

柿は勝手に採ってはダメ、タケノコは勝手に採ってもOK、と覚えておく。

境界線付近の建築

建物を築造する場合、境界線から 50cm 以上離さなければならない。

（なお、建築基準法で、防火・準防火地域の外壁が耐火構造の建物については境界線に接して建てることのできる旨の規定があることに注意）

境界標設置権

隣地所有者と共同の費用で設置できる。

設置・保存の費用は等分で、一方、測量費用は面積比。

目隠し設置

境界線から 1 m 未満の距離において他人の宅地を見通すことのできる窓・縁側（ベランダ含む）を設けるときは目隠しを付けなければならない。

排水権

土地の自然な高低による流水は妨げてはならない。

**民法第 249 条、第 250 条**  
共有物の使用、持分割合の推定

(共有物の使用)  
第二百四十九条 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。

(共有持分の割合の推定)  
第二百五十条 各共有者の持分は、相等しいものと推定する。

**解説**

使用とのみあるが、収益についても同様である。

持分は各共有者が自由に処分できる。

【判例】 協議に基づかず、現に共有物を独占する共有者に対して、他の共有者は当然には共有物の引渡しを請求できない。

相手も持分権があるので、自分に渡せとは当然には言えないわけ。独占の差止め請求するとか、不法行為による損害賠償請求するか、いっそ分割請求するかとかになると思う。

**【関連】**

この 249 条と区分所有法の規定を見比べると面白い。

区分所有法第 13 条 (共用部分の使用) 各共有者は、共用部分はその用方に従つて使用することができる。

共用部分とは、たとえばマンションの廊下、階段、エレベーターとかであり、区分所有者の共有に属するわけだが、ここで民法の規定でいくと、「持分に応じた」となって、「はい今月はもうエレベーターには乗れませんよ」といったことが起こりうる。それでは困るので区分所有法では「用方に従つて」というふうになっている。

**民法第 251 条、第 252 条**

共有物の変更、管理

(共有物の変更)  
第二百五十一条 各共有者は、他の共有者の同意を得なければ、共有物に変更を加えることができない。

(共有物の管理)  
第二百五十二条 共有物の管理に関する事項は、前条の場合を除き、各共有者の持分の価格に従い、その過半数で決する。ただし、保存行為は、各共有者がすることができる。

**解説**

252 条で「持分の価格」とあるが、これは持分ないし持分割合と同じこと。民法の起草のときの表現がそのまま残っているだけ。

例を挙げてまとめると、

保存行為

- ・ 修繕
- ・ 妨害排除請求 (共有地上に勝手に置かれた物をどかせとか)
- ・ 不法占有者に対する返還請求

単独でできる

管理行為

- ・ 賃貸借契約の締結※や解除
- ・ 共有地の地ならし

持分の過半数

変更行為

- ・ 処分 (売買)
- ・ 土地の形質の変更 (田を畑にするとか)

全員の同意

※借地借家法が適用されるような賃貸借締結は、変更行為にあたりと考えられる。

上の表に例であげたが、

【判例】 不法占拠者に対する明渡請求、持分権に基づく妨害排除請求は、保存行為にあたり、各共有者が単独でできる。

一方、

【判例】 損害賠償請求は、自己の持分の割合を超えては請求できない。(他の共有者の分もまとめて請求することはできない、自分の分だけ)

**民法第 253 条、第 254 条**  
共有物に関する負担、債権

(共有物に関する負担)

第二百五十三條 各共有者は、その持分に応じ、管理の費用を支払い、その他共有物に関する負担を負う。

2 共有者が一年以内に前項の義務を履行しないときは、他の共有者は、相当の償金を支払ってその者の持分を取得することができる。

(共有物についての債権)

第二百五十四條 共有者の一人が共有物について他の共有者に対して有する債権は、その特定承継人に対しても行使することができる。

**解説**

かつて 2 回ほど出題されたが、最近はあまり聞かれていないところ。一読でよいと思う。

特定承継人とは、買主や受贈者のこと。

【関連】

なお、254 条に関連して、区分所有法にも同様の規定がいくつもある。たとえばマンションで前の持ち主(区分所有者、売主)が修繕積立金を滞納していたら、買った人(特定承継人)がそれを管理組合に払わないといけない。だから、区分所有建物の売買では宅建業法 35 条の重要事項にもなっている。

**民法第 255 条**

持分の放棄及び共有者の死亡

第二百五十五條 共有者の一人が、その持分を放棄したとき、又は死亡して相続人がないときは、その持分は、他の共有者に帰属する。

**解説**

239 条 2 項の例外規定である。国としては、単独の所有権なら貰うけど、共有持分権なんかめんどくさいからイラネ、オマエラで分けろっていつてる。

【参考】

(無主物の帰属)

第二百三十九條 所有者のない動産は、所有の意思をもって占有することによって、その所有権を取得する。

2 所有者のない不動産は、国庫に帰属する。

他の共有者には、その持分の比率で配分されることになる。

【判例】 相続人がいない場合でも、特別縁故者への財産分与が認められれば、それが優先される。

【参考】

(特別縁故者に対する相続財産の分与)

第九百五十八條の三 前条の場合において、相当と認めるときは、家庭裁判所は、被相続人と生計を同じくしていた者、被相続人の療養看護に努めた者その他被相続人と特別の縁故があった者の請求によって、これらの者に、清算後残存すべき相続財産の全部又は一部を与えることができる。

※「前条の場合」というのは、相続権を主張する者がいない場合。

**民法第 256 条**

共有物の分割請求

第二百五十六條 各共有者は、いつでも共有物の分割を請求することができる。ただし、五年を超えない期間内は分割をしない旨の契約をすることを妨げない。

2 前項ただし書の契約は、更新することができる。ただし、その期間は、更新の時から五年を超えることができない。

**解説**

共有は「紛争の母」ともいわれる。たぶん人間の本性が、他人とひとつのものを持ち合うということに向いていないのだと思う。

民法も分割することで単独所有権になることを期待しているらしく、「いつでも」請求できるし、分割禁止特約は最長 5 年に制限している。

**民法第258条**  
**裁判による共有物の分割**

第二百五十八条 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。

2 前項の場合において、共有物の現物を分割することができないとき、又は分割によってその価格を著しく減少させるおそれがあるときは、裁判所は、その競売を命ずることができる。

**解説**

現物分割が原則である。たとえば土地であれば分筆する。

分割ができない、あるいは分割すると著しく価格が下がるような場合には、競売にかけてその競売代金を分ける。

【判例】 一定の場合には、共有物を共有者のうちの一人の単独所有または数人の共有とし、他の共有者には持分の価格を賠償させる方法も認められる（全面的価格賠償）。

たとえば、親が家屋敷だけ残して亡くなったとき、長男が家屋敷を引き継ぐ代わりに、兄弟たちには相続分をお金で払うのが認められるわけである。

まとめると、分割には3通りの方法がある。

原則は、現物を分割

例外的に、代金を分割

さらに一定の場合には、価格賠償（単独所有にする代わりに持分の対価を払う）も可

## 共有

本日お話しさせていただきます。共有は、試験対策だけでなく、宅建業の実務でも頻繁に出てきますから、しっかり勉強をお願いします。ただ、そんなに難しくありませんから安心してください。

### 1.共有とは

共有とは、一つの物を二人以上で共同で所有することを言います。例えばA B Cの三人が、マンションを共同で購入した場合、このマンションは、A B Cの三人の共有物と言うことになります。

### 2.持分

共有は、一つの物を複数で所有するわけですから、各共有者には、その共有物について、どれだけの割合で、所有権を持つかと言う「持分」を決める必要があります。もしこの持分を決めていないような場合、民法上では、**平等と推定**するようになっています。

### 3.保存・利用・変更行為

各共有者は、各自の持分に応じて共有物を使用することができます。この使用する行為は、3つに分けることができます。

#### ①保存行為

保存行為とは、例えば、共有物の建物が雨漏りで修理をしなければならないような場合のことを指します。この保存行為の場合は、他の共有者の同意等は必要なく、各共有者は、**単独**で行うことができます。

#### ②利用行為

利用行為とは、例えば、共有物の建物を第三者に賃貸するような場合を指します。この利用行為の場合は、各共有者単独では行えず、共有者の持分の**過半数**の賛成が必要となります。

#### ③変更行為

変更行為とは、例えば、共有物の建物を**増改築**しようとか、**売却**してしまおうと言った場合を指します。この変更行為の場合は、共有者**全員**の同意が必要となります。

出題の**ポイント**は、具体的な行為が上記の保存・利用・変更行為のどれに当てはまるのかを見極める必要があります。

### 注意点

各共有者は自分の持分の範囲であれば、他の共有者から文句を言われることなく、単独で行うことができます。例えば、自分の持分のみを、売却したり抵当権を設定したりするのは、単独でOKと言うことです。

### 4.管理費について

建物などを共有して、所有する場合、固定資産税などの**維持管理費**が発生してきます。この管理費は、各共有者の持分に応じて負担するようになります。ここで問題になるのが、他の共有者が管理費を滞納する場合です。このような場合は、民法では、他の共有者が**1年以内**に管理費を支払わないようであれば、滞納共有者の持分を買い取ることができるとなっています。要は、管理費を払えないなら、持分をよこせと言うことです。

また、滞納共有者が持分を第三者に売却して、逃げた場合などは、**その第三者に対して滞納分の管理費を支払えと請求することができます**。競売物件でマンションを落札したとき、滞納分の管理費や修繕積立金を請求されるのは、このためです。

### 5.共有物の分割

原則として、各共有者はいつでも自由に共有物の分割の請求をすることができます。話がまとまらないようでしたら、裁判所に請求することも可能です。但し、あらかじめ分割をしない約束をしておくこともできます。これを**不分割特約**と言っていますが、この不分割特約の期限は、**最高5年**と定められています。更新することも可能ですが、更新時も期限の**最高は5年**です。この5年と言う数字は忘れないようにしておいてください。

### 6.その他

例えば、一人の共有者が持分を放棄したり、相続人がいないで亡くなってしまった場合は、その共有者の持分は、**他の共有者のもの**になることを、覚えておいてください。過去問で国に帰属するなどと言う問題がありましたが同類の問題が出ましたら、間違わないようにしてください。

平成21年度 問4 民法（相隣関係）

相隣関係に関する次の記述のうち、民法の規定によれば、誤っているものはどれか。

- 1 土地の所有者は、境界において障壁を修繕するために必要であれば、必要な範囲内で隣地の使用を請求することができる。（できる）
- 2 複数の筆の他の土地に囲まれて公道に通じない土地の所有者は、公道に至るため、その土地を囲んでいる他の土地を自由に選んで通行することができる。（それはダメ）
- 3 Aの隣地の竹木の根が境界線を越えるときは、Aはその根を切り取ることができる。
- 4 異なる慣習がある場合を除き、境界線から1m未満の範囲の距離において他人の宅地を見通すことができる窓を設ける者は、目隠しを付けなければならない。

解説

1. 民法209条1項 隣地の使用請求

その通り。土地の所有者は、境界やその付近で障壁、建物の築造または修繕のために必要な範囲内で、隣地の使用を請求できる。

2. 民法210条1項 公道に至るための他の土地の通行権、民法211条1項 最小の損害

誤り。「自由に選んで」がダメ。通路は必要かつ損害が最小限となる場所を選ばないといけない。

3. 民法233条1項

その通り。「柿は勝手にとしてはダメ、タケノコはOK」だから、根は切除できる。本来、所有者以外は所有物を勝手に毀損できないが、根はどこから伸びてきているのか一見しただけでは分からないので例外的に所有者以外でも排除できる。

4. 民法235条1項

その通り。他人の宅地を見通せる窓や縁側を境界線から1メートル未満の距離に作る場合、目隠しを付けないといけない。その他にも、防火地域又は準防火地域に外壁を隣地境界線に接して作る場合、耐火構造の外壁ならばOK。

平成11年度 問2 民法（相隣関係）

土地の相隣関係（そうりんかんけい）に関する次の記述のうち、民法の規定によれば、正しいものはどれか。ただし、民法の規定と異なる慣習については考慮しないものとする。

- 1 土地の所有者は、隣地との境界近くで建物を築造し、又は修繕する場合でも、隣人自身の承諾を得たときを除き、隣地に立ち入ることはできない。（できる）
- 2 土地の所有者は隣地の所有者と共同の費用で境界標（境界を標示する物）を設置することができるが、その設置工事の費用は、両地の広さに応じて分担しなければならない。改
- 3 隣地の竹木の根が境界線を越えて侵入している場合は、これを竹木の所有者に切り取るように請求することができるが、自分で切り取ることはできない。（自分で切れる）
- 4 他人の宅地を眺望できる窓又は縁側を境界線から1m未満の距離に設ける場合は、目隠しを付けなければならない。（そう）

解説

1. 民法209条 隣地の使用請求

誤り。建物を築造したり修繕するときには、隣地の承諾がなくても隣地に立ち入ることができる。隣人が拒否したら裁判所に請求の申し立てができる。ただし、隣人の承諾がないと隣家に立ち入ることはできない。

2. 民法223条 境界標

誤り。土地の所有者は隣地の所有者と共同の費用で境界標を設置できる。設置費用は折半（平等に負担すること）になり、広さに応じて分担するわけではない。

3. 民法233条2項 竹木の枝・根

「柿は勝手にとしてはダメ、タケノコはOK」だから、竹の根は勝手に切除してもOK。竹の枝が侵入している場合は、自分で切らずに所有者に切り取るように請求しなくてはダメ。

4. 民法235条1項

その通り。他人の宅地を見通せる窓や縁側を境界線から1メートル未満の距離に作る場合、目隠しを付けないといけない。その他にも、防火地域又は準防火地域に外壁を隣地境界線に接して作る場合、耐火構造の外壁ならばOK。

囲繞地通行権

平成16年 問7

平成13年 問3

平成11年 問2

平成13年度 問3 民法（囲繞地通行権）

A所有の甲地は袋地で、Aが所有していない回りの土地（囲繞地＝いにょうち）を通る通路を開設しなければ公道に出ることができない。この場合、民法の規定及び判例によれば、次の記述のうち正しいものはどれか。

- 1 Aは、囲繞地の所有者に代償を支払えば、**自己の意思のみによって**通行の場所及び方法を定め、囲繞地に通路を開設することができる。
- 2 Bが、Aから甲地を譲り受けた場合には、Bは、所有権移転の**登記**を完了しないと、囲繞地に通路を開設することができない。
- 3 甲地が、A及びCの共有地の分割によって袋地となったときには、Aは、Cが所有する分割後の残余地**にしか**通路を開設することが**できない**。
- 4 甲地が、D所有の土地を分筆してAに売却した結果、袋地になった場合で、Dが、甲地の譲渡後その残余地である乙地をEに売却したときには、Aは乙地に通路を開設することができない。

解説

1. 民法210条 公道に至るための他の土地の通行権

誤り。金さえ払えば好き勝手にできるわけではない。袋地の所有者は公道に出るための囲繞地の通行権が認められている。囲繞地の所有者と話し合って、互いに適切な場所に通路を開設するようにする。もし通行することで損害を与えた場合には賠償金を支払わないといけない。

2. 民法211条2項 公道に至るための他の土地の通行権

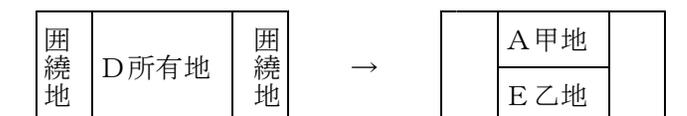
誤り。登記は対抗関係にある第三者との勝敗を決めるもの。袋地の所有者Bさんは囲繞地の所有者と対抗関係にはないので登記は関係ない。Bさんは登記がなくても通路を開設できる。

3. 民法231条1項 公道に至るための他の土地の通行権

その通り。甲地がAさんとCさんの共有で、二人で甲地を分割したらAさんの土地が袋地になった。**分割協議の際に袋地になることは分かっていたはずだから、Cさんの土地に通路を開設するのが筋で、**囲繞地の所有者に通行権を主張するのはお門違い。

4. 民法231条1項 公道に至るための他の土地の通行権

誤り。これも問3と同じで、Dさん所有の甲地を分筆（分割）してAさんに売却しているのだから、**Dさんは分筆後の甲地が袋地になることを知っているはず**。だから分筆後に残ったDさんの土地（残余地）に通路を開設しなくてはならない。Dさんが残余地の乙地をEさんに売却しても、Eさんが通路開設義務を継承する。



通行地役権とは、通行という目的のために設定される地役権のことである（民法第280条）。

例えばAの所有地が、ある公道に面しているとする。しかしAがその公道を使用すると、通勤の関係では遠回りになるので、できることならば、裏手にあるBの所有地を横切って、その向こうにある別の公道に出たいと考えているとする。

このときAがBの所有地を通行するには、AがBの土地の一部を賃借するという方法がまず考えられる。

しかしながら賃借権を設定するならば、その土地の一部をAが排他的・独占的に使用することとなる。そのためBの承諾を得ることが難しいし、また賃借料も高額になるであろう。こうした場合によく用いられるのが通行地役権である。通行地役権の場合には、その目的が「Aの通行」に限定されているため、賃借権の場合に起きるであろう問題を回避することができるからである。こうした通行地役権を設定するには、要役地の所有者（上記例ではA）と承役地の所有者（上記例ではB）との間で「地役権設定契約」を締結することが必要である。この設定契約において地役権の対価（通行料の支払い）が定められるが、法律上は無償の地役権とすることも可能である。また地役権は登記することができる（不動産登記法第114条）。

平成16年度 問7 民法（相隣関係）

次の記述のうち、民法の規定によれば、誤っているものはどれか。

- 1 土地の所有者は、隣地から雨水が自然に流れてくることを阻止するような工作物を設置することはできない。
- 2 土地の所有者は、隣地の所有者と共同の費用をもって、境界を表示すべき物を設置することができる。
- 3 土地の所有者は、隣地から木の枝が境界線を越えて伸びてきたときは、自らこれを切断できる。
- 4 土地の所有者は、隣地から木の根が境界線を越えて伸びてきたときは、自らこれを切断できる。

解説

1. 民法214条 自然流水に対する妨害の禁止

正しい。自然流水を防止するために工作物を作れば別のところに流れてゆき、それを防止するためにその所有者が水防をつくり、を延々と繰り返すことになる。だから自然流水は流れるに任せておかないといけない。根本的な解決方法は、近隣の土地所有者と話し合っ、水路などを作ること。

2. 民法233条 境界標

その通り。土地の所有者は、隣地の所有者と共同の費用で、境界標を設けることができる。

3. 民法233条1項

誤り。「柿は勝手ににとってはダメ、タケノコはOK」だから、枝は勝手に切除してはいけない。

4. 民法233条1項

その通り。「柿は勝手ににとってはダメ、タケノコはOK」だから、根は切除できる。本来、所有者以外は所有物を勝手に毀損できないが、根はどこから伸びてきているのか一見しただけでは分からないので例外的に所有者以外でも排除できる。

相隣関係

平成21年 問4

平成16年 問7

平成13年 問3

平成11年 問2

平成15年度 問4 民法（共有）

A、B及びCが、建物を共有している場合（持分を各3分の1とする。）に関する次の記述のうち、民法の規定によれば、誤っているものはどれか。

- 1 Aは、BとCの同意を得なければ、この建物に関するAの共有持分権を売却することはできない。
- 2 Aは、BとCの同意を得なければ、この建物に物理的損傷及び改変などの変更を加えることはできない。
- 3 Aが、その共有持分を放棄した場合、この建物は、BとCの共有となり、共有持分は各2分の1となる。
- 4 各共有者は何時でも共有物の分割を請求できるのが原則であるが、5年を超えない期間内であれば分割をしない旨の契約をすることができる。

解説

1. 民法に規定なし 共有持分権

誤り！共有持分権とは、ある財産を共有している場合に各共有者が持つ所有権のこと。だから、共有建物を全部じゃなくて自分の持ち分を売却すると言ってるのだから、共有者の同意など要らない。共有物全体の譲渡には全員の同意が必要。頻出！

2. 民法251条 共有物の変更

その通り。共有物に変更を加えるには全員の同意が必要。「共有」で大切なのは次の3つ。

① 保存行為＝現状を維持する行為・・・各共有者単独で行える。

② 管理行為＝利用行為（収益を図る）、改良行為（経済的価値の増加）・・・持分の過半数以上の同意が必要

③ 変更行為＝物理的変更や法律的処分・・・共有者全員の同意が必要

3. 民法255条 持分の放棄・共有者の死亡

その通り。Aさんの持分1/3をBさんとCさん二人で分けるのですから、 $1/3 \div 2 = 1/6$  となり、Bさんは $1/3 + 1/6 = 1/2$ 、Cさんも同様に1/2が共有持分となる。ちなみに、Aさんが共有持分を放棄して得たBさん、Cさんの持分を第三者に主張するには登記が必要。また、共有者の1人が死亡して相続人がいなくても、特別縁故者（内縁の妻や養子）がいれば持分は彼らに帰属する（958条3項）。

4. 民法256条1項 不分割特約

その通り。共有者はいつでも「持分権の処分」や「共有物の分割」を請求できる。でも、5年を超えない期間であれば分割をしないという契約ができる。ちなみに、共有関係を離脱するには、①持分権の処分（放棄）か、②共有物の分割の2つがある。①は離脱者以外の共有関係は継続するが、②で共有物全体を分割したら共有関係は終了。

平成 23 年度問 3 民法 (共有)

共有に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。

- 1 各共有者は、いつでも共有物の分割を請求することができるが、5年を超えない期間内であれば、分割をしない旨の契約をすることができる。
- 2 共有物である現物の分割請求が裁判所になされた場合において、分割によってその価格を著しく減少させるおそれがあるときは、裁判所は共有物の競売を命じることができる。
- 3 各共有者は、共有物の不法占拠者に対し、妨害排除の請求を単独で行うことができる。
- 4 他の共有者との協議に基づかないで、自己の持分に基づいて1人で現に共有物全部を占有する共有者に対し、他の共有者は単独で自己に対する共有物の明渡しを請求することができる。

解説

1. 民法256条1項 共有物の分割請求

その通り。共有者は共有物の分割請求がいつでもできる。ただし、5年を超えない期間で分割をしない特約をすることが可能。

2. 民法258条2項 裁判による共有物の分割

その通り。共有物を共有者間の協議によって分割することができないときは裁判所に請求できる。そして、分割によってその価格を著しく減少させるおそれがあるときは、裁判所は、その共有物を競売にかけてその代金を分割することができる。

3. 民法252条但し書き、判例 不法占拠者の排除

その通り。「妨害排除の請求」は「保存行為」にあたり、各共有者が単独でできる。

4. 民法249条 共有物の使用

誤り。共有者はその持分に応じて共有物全体を利用できるから、「他の共有者との協議に基づかないで、自己の持分に基づいて1人で現に共有物全部を占有する共有者」に対してといえども、当然には明渡請求できない(判例)。単独で明け渡し請求ができるのは自分の持ち分だけ。もしこれができるとしたら、勝手に全部を占有している人が選手交代するだけ。だったら、さらに他の共有者が同じことすれば、また占有者が変わるので、たちごっこになるだけ。(別解)別荘を3人で購入したら各人が別荘のすべての設備や部屋を1年の4ヶ月ずつ使用できる。そもそも、民法の「共有」と、区分所有法の「共有」とは違います。「持分に応じて使用する」としているのは民法ですが、区分所有法では「持分に関係なく、共用部分全体を用法に従って使用することができる」とされます。また、共有物の持分割合は、民法では「法律の規定または意思表示によって定まらない場合は、相等しいものと推定」とされていますが、区分所有法では「規約に別段の定めがない限り、専有部分の床面積の割合」とされています。それ以外にも、持分の処分、共有物の保存行為、共有物の管理、共有物の変更、共有物の処分においても、民法と区分所有法では異なります。

平成 19 年度 問 4 民法 (共有)

A、B及びCが、持分を各3分の1とする甲土地を共有している場合に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。

- 1 共有者の協議に基づかないでAから甲土地の占有使用を承認されたDは、Aの持分に基づくものと認められる限度で甲土地を占有使用することができる。(できる)
- 2 A、B及びCが甲土地について、Eと賃貸借契約を締結している場合、AとBが合意すれば、Cの合意はなくても、賃貸借契約を解除することができる。(収益は過半数)
- 3 A、B及びCは、5年を超えない期間内は甲土地を分割しない旨の契約を締結することができる。
- 4 Aがその持分を放棄した場合には、その持分は所有者のない不動産として、国庫に帰属する。

解説

1. 民法249条、判例 共有物の使用

その通り。元から共有者は持分に応じて共有物全体の占有使用する権利を持っているので、協議せずに勝手に共有物を単独で占有使用しても、他の共有者はDさんに明け渡しを請求することはできない。

2. 民法252条、544条1項 共有物の賃貸借契約の解除

その通り。共有物の賃貸借契約は「管理」行為にあたり、その設定や解除は共有者の過半数で決めるので、Cさんの合意はなくてもAさんとBさんとで過半数に達している。

3. 民法256条1項 共有物の分割請求

その通り。共有者は共有物の分割請求がいつでもできる。ただし、5年を超えない期間で分割をしない特約をすることが可能。

4. 民法255条 持分の放棄・共有者の死亡

誤り。共有物の共有者が持分を放棄したり、相続人なく死亡した場合は、「国庫」ではなく他の共有者に帰属する。放棄された共有物の所有権を第三者に主張するには「持分権移転登記」が必要。そして、所有者のいない不動産は国庫に帰属する(民法239条2項)。

平成 18 年度 問 4 民法 (共有)

A、B及びCが、持分を各3分の1として甲土地を共有している場合に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。

- 1 甲土地全体がDによって不法に占有されている場合、Aは単独でDに対して、甲土地の明渡しを請求できる。(保存は単独でOK)
- 2 甲土地全体がEによって不法に占有されている場合、Aは単独でEに対して、Eの不法占有によってA、B及びCに生じた損害全額の賠償を請求できる。
- 3 共有物たる甲土地の分割について共有者間に協議が調わず、裁判所に分割請求がなされた場合、裁判所は、特段の事情があれば、甲土地全体をAの所有とし、AからB及びCに対し持分の価格を賠償させる方法により分割することができる。(できる)
- 4 Aが死亡し、相続人の不存在が確定した場合、Aの持分は、民法 958 条の3の特別縁故者に対する財産分与の対象となるが、当該財産分与がなされない場合はB及びCに帰属する。(する)

解説

1. 民法 252 条但し書き 不法占拠者の排除

誤り。共有物が不法占拠されていたら、その共有物を守ることは「保存行為」に当たるので、共有者は単独で明け渡し請求ができる。「保存(現状維持)＝単独、管理(利用収益)＝過半数、変更(物理的変更・法的処分)＝全員」と覚えておく。

2. 判例 共有物に対する不法行為から生ずる損害賠償請求権

誤り。各共有者の持ち分の範囲で共有物を使用収益することができるけど、自分の持ち分を超えるといけない。問題文の様に**自分の持ち分を超えた損害賠償の請求**をすることはできない。損害があれば、各共有者がそれぞれ**自分の持ち分に応じた損害賠償**を請求すればよい。

3. 民法 258 条 1 項 裁判による共有物の分割

共有者間で分割協議が調わない場合、裁判所に分割を請求できる。その場合、裁判所は共有者の1人が単独所有し、他の共有者に適正価格を支払って持分の価格を取得(賠償)させることができる(全面的価格賠償)。例えばABCが共同相続人(兄弟)でAさんが家業をつく場合など。これを含めて分割の仕方は3つ。

現物分割＝共有物をそのまま分割

代金分割＝共有物を売却して代金を分割

価格賠償＝持分以上の現物を持った共有者が他の共有者に超過分の対価を支払い賠償する

4. 民法 255 条 持分の放棄、共有者の死亡。

その通り。本来、相続人等がない場合の財産は国庫に帰属するものであるが、共有の場合は例外的に、他の共有者に(持分割合に応じて)帰属することになっている。国が共有者のひとりになるのはめんどくさいから。頻出

平成 15 年度 問 4 民法 (共有)

A、B及びCが、建物を共有している場合(持分を各3分の1とする。)に関する次の記述のうち、民法の規定によれば、誤っているものはどれか。

- 1 Aは、BとCの同意を得なければ、この建物に関するAの**共有持分権を売却**することはできない。(同意は不要)
- 2 Aは、BとCの同意を得なければ、この建物に物理的損傷及び改変などの**変更**を加えることはできない。(はい)
- 3 Aが、その共有持分を放棄した場合、この建物は、BとCの共有となり、共有持分は各2分の1となる。(はい)
- 4 各共有者は何時でも共有物の分割を請求できるのが原則であるが、5年を超えない期間内であれば分割をしない旨の契約をすることができる。(はい)

解説

1. 民法に規定なし 共有持分権の処分

誤り。Aさんが自分で持ってる持分(共有持分権)を売却するのは共有者全員の同意は不要。いつでも自由に売却できる。

2. 民法 251 条 共有物の変更

その通り。共有物の変更は全員の同意が必要。物理的変化(大改修)を伴ったり、法的処分行為(売却)を行う場合には全員の同意が要る。

3. 民法 255 条 持分の放棄、共有者の死亡

その通り。共有者Aさんが持分を放棄したら、その持分は他の共有者のものとなる。Aさんの持分1/3をBさんCさんの2人で割って $1/3 \div 2 = 1/6$ が2人の持分に加わる。その結果、 $1/3 + 1/6 = 1/2$ となって設問通り。

4. 民法 256 条 共有物の分割請求

その通り。共有者はいつでも共有物の分割請求ができる。でも、5年を超えない期間なら、分割をしない約束が可能。

平成13年度 問1 民法（共有）

A・B・Cが、持分を6・2・2の割合とする建物を共有している場合に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

- 1 Aが、B・Cに無断で、この建物を自己の所有としてDに売却した場合は、その売買契約は有効であるが、B・Cの持分については、他人の権利の売買となる。
- 2 Bが、その持分に基づいて単独でこの建物全部を使用している場合は、A・Cは、Bに対して、理由を明らかにすることなく当然に、その明渡しを求めることができる。（当然できない）
- 3 この建物をEが不法占有している場合には、B・Cは単独でEに明渡しを求めることはできないが、Aなら明渡しを求めることができる。（皆、単独でできる）
- 4 裁判による共有物の分割では、Aに建物を取得させ、AからB・Cに対して適正価格で賠償させる方法によることは許されない。

解説

1. 民法に規定なし 共有持分権、民法560条 他人物売買  
正しい。この建物は、ABCの共有だと書かれているのですから、Aは自分の持分を誰に売却しようが、自分の権利を売却するのですから、他の共有者から文句を言われる筋合いはありません。ただ、BCの持分については、Aは無権利者です。記述のように言い換えるなら、他人の権利となります。これを踏まえて、記述のAの行為を見てみましょう。Aは共有建物を、他の共有者であるBCに無断で、Dに売却したと言うことは、「Aの持分を売却した」と「BCの持分を売却した」と2通りのことを行ったこととなります。「Aの持分を売却した」は自分の権利を売却するのですから、当然、有効となります。問題は、「BCの持分を売却した」方です。民法では、他人の権利の売却は有効だとなっています（他人物売買）。従って、ADの売買契約は有効となりますが、BCの持分については、他人の権利の売買となるので、正しいとなります。（別解）共有持分権は、ある財産を共有している場合に各共有者が持つ所得権のこと。だから、共有建物を全部じゃなくて自分の持ち分を売却するのなら共有者の同意など要らない。でも、共有物全体の譲渡には全員の同意が必要だけど、他人の所有物や持分でも契約の対象とすることはでき、その売買契約は有効となる（他人物売買）。
2. 民法249条 共有物の使用  
誤り。Bさんは持分に応じて建物全部を使用することができる。だから、AさんとCさんは理由なく明け渡しを請求できない。ちゃんと3人で話し合わないといけない。でも、Bさんが話し合いに応じず、Bさんの使用収益がAさんとCさんの使用収益権を侵害している場合は、損害賠償請求が可能。
3. 民法252条但し書き 不法占拠者の排除  
誤り。共有物が不法占拠されていたら、その共有物を守ることは「保存行為」に当たるので、共有者は単独で明け渡し請求ができる。「保存（現状維持）＝単独、管理（利用収益）＝過半数、変更（物理的変更・法的処分）＝全員」と覚えておく。
4. 民法258条1項 裁判による共有物の分割  
誤り。共有者間で分割協議が調わない場合、裁判所に分割を請求できる。その場合、裁判所は共有者の1人が単独所有し、他の共有者に適正価格を支払って持分の価格を取得（賠償）させることができる（全面的価格賠償）。これを含めて分割の仕方は3つ。  
現物分割＝共有物をそのまま分割  
代金分割＝共有物を売却して代金を分割  
価格賠償＝持分以上の現物を持った共有者が他の共有者に超過分の対価を支払い賠償する

平成9年度 問2 民法（共有）

A及びBは、共有名義で宅地を購入し、共有持分の割合を、Aが1/3、Bが2/3と定めたが、持分割合以外には特約をしなかった。この場合、民法の規定によれば、次の記述のうち誤っているものはどれか。

1. Bは、Aの同意を得なければ、自己の持分を他に譲渡することはできない。（できる）
2. Bが自己の持分を放棄したときは、Aが単独所有者となる。
3. Bは、その宅地の全部について、2/3の割合で使用権を有する。
4. Bだけでなく、Aもその宅地の分割請求ができる。

解説

1. 民法に規定なし 共有持分権の処分  
誤り。共有持分権の処分は共有者が単独で行うことができる。ちなみに、共有物全体の譲渡は変更行為にあたるので、全員の同意が必要。
2. 民法255条 持分の放棄・共有者の死亡  
正しい。共有者の一人がその持分を放棄したとき、その共有者の持分は他の共有者に帰属する。
3. 民法249条 共有物の使用  
正しい。各共有者はその持分に応じて、共有物（建物）を使用する権利を有する。
4. 民法256条1項本文 共有物の分割請求  
正しい。各共有者は、いつでも共有物の分割を請求できる。ただし、5年を超えない期間内であれば分割をしない旨の契約をすることができる（同項但書）。

平成6年度 問3 民法（共有）

A・B・Cが別荘を持分均一で共有し、特約がない場合に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。

1. 管理費は、A・B・Cがその利用の程度に応じて負担しなければならない。（持分）
2. 別荘の改築は、A・B・C全員の合意で行うことを要し、Aが単独で行うことはできない。（過半数）
3. Aは、不法占拠者Dに対して単独で明渡請求を行うことができるが、損害賠償の請求については、持分の割合を超えて請求することはできない。
4. 分割の請求については、Aは、いつでも行うことができ、B・Cとの協議がととのわないときは、裁判所に請求することができる。

解説

1. 民法253条1項 共有物に関する負担  
誤り。各共有者は、その持分に応じ、管理の費用を支払い、その他共有物に関する負担を負う。「利用の程度」で分配するわけではない。
2. 民法251条 共有物の変更  
正しい。別荘の増改築は、共有物の変更行為に当たる。そして、共有物の変更には、共有者全員の同意が必要である。したがって、A・B・C全員の合意で行うことを要し、Aが単独で行うことはできない。
3. 民法252条但書、判例 共有物に対する不法行為から生ずる損害賠償請求権  
正しい。共有物の不法占有者に対して明渡しを請求するのは保存行為にあたる（大判大10.06.13）。したがって、各共有者が単独で行うことができる。一方、各共有者が不法占有者に対して損害賠償請求できるのは、自己の持分の割合に限られる（最判昭41.03.03）。
4. 民法256条1項本文 共有物の分割請求、裁判による共有物の分割  
正しい。各共有者は、いつでも共有物の分割を請求できる。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（民法258条1項）。

平成4年後 問12 民法（共有）

A・B・C3人の土地の共有（持分均一）に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。

1. Aの反対にかかわらず、B及びCが同意して管理行為を行った場合、Aは、その費用の分担を拒むことができる。（管理は過半数）
2. Dが不法に土地を占拠した場合、Bは、Dに対し、単独で土地の明渡請求をすることができる。（保存行為は単独）
3. Cが相続人なくして死亡し、特別縁故者に対する財産分与もなされない場合、Cの持分は、A及びBに帰属する。（する）
4. Aは、特約がなければ、いつでも土地の分割を請求することができる。（特約5年）

解説

1. 民法第253条 管理費用の負担  
誤り。共有物の「管理」に関する事項は、各共有者の“持分価格”の過半数の同意によって決定されます（民法第252条）。また各共有者はその“持分に応じて”管理費用を負担する義務も負います（第253条）。したがって、A・B・C3人の持分が均一であるため、3人のうち、BとCの同意があつて管理行為が行われれば、Aは、たとえ反対であっても管理費用の分担を拒むことはできません。
2. 第252条但書 保存行為  
正しい。不法占拠者から土地を取戻す行為は「保存行為」に該当し、共有物の保存行為は、他の共有者の同意を得なくても（意見を聞いているうちに損害が拡大するおそれもあり）共有者の1人が単独でなすこともできます。
3. 第959条 共有者が相続人なくして死亡した場合  
正しい。持主のない不動産は国庫に帰属するのが原則です（第239条2項）。しかし、共有物という特殊な所有関係の場合には、共有者の1人が、その持分を放棄したり、相続人なしで死亡した時（第255条）、又は法定相続人ではないが、被相続人と特別な関係にあった者（第958条の3：戸籍に入っていない内縁関係者などを「特別縁故者」という）などが存在しないとき（第959条）、その死亡者の持分を国庫に帰属させることは、管理に不都合が生じるため、その持分は他の共有者に帰属させ、共有物が合理的に管理できるよう図られています。
4. 第207条 分割請求の自由  
正しい。共有物であっても、各共有者の持分は所有権に変わりなく、分割禁止の特約（5年以内なら定めることもできる）がない限り（第256条1項）、各共有者は、法令の制限内においてその持分を自由に使用、収益、処分することができます。

保存行為	共有物の現状を維持する行為	単独でできる
管理行為	使用方法の協議 利用行為（収益を図る） 改良行為（経済的価値を増加）	共有者の持分の価格に従い、 その過半数で決定する
変更行為	物理的な変更 法律的な処分	全員の同意が必要

平成3年度 問15 民法(共有)

不動産登記に関する次の記述のうち、誤っているものはどれか。

- 1 所有権移転の登記の抹消は、権利部の甲区に記録される。
- 2 抵当権の順位の変更の登記は、権利部の乙区に記録される。
- 3 根抵当権の登記名義人の氏名等の変更の登記は、権利部の甲区に記録される。(乙部)
- 4 買戻しの特約の登記は、買主の権利取得の登記の付記登記として権利部の甲区に記録される。

解説

1. 抹消の登記

正しい。権利の登記の抹消はその権利の相当区に記載されます。所有権に関する登記(甲区)の抹消は甲区、所有権以外の権利に関する登記(乙区)の抹消は乙区です。

2. 抵当権の順位変更の登記

正しい。抵当権は乙区に記載されるので、その順位変更の登記もやはり乙区に記載されます。抵当権の順位の変更とは、複数の抵当権者の間で、その順位を入れ替えて、抵当権設定登記での順位によらずに変更後の順位によって優先弁済を受けることができるようにするものです。(民法374条1項)

3. 登記名義人の表示の変更の登記

誤り。根抵当権は乙区に記録されるので、その登記名義人変更の登記もやはり乙区に記録されます。甲区ではありません。登記名義人とは、登記記録の権利部に権利者として記録されている者をいいます。例えば、所有者として登記されている者や、抵当権者として登記されている者です(不動産登記法・2条11号)。登記名義人の氏名・住所、法人では名称に変更があるときは、登記名義人が単独で申請することができます(不動産登記法・64条)。登記名義人の氏名等の変更登記は付記登記によって記録します(登記規則・3条1号)。

4. 買戻しの特約

正しい。買戻しの特約の登記は権利部の甲区に記載されます。買戻し特約の登記は、所有権移転登記と同時に申請されると、その二つの登記は同一の受付番号で受理され、買戻し特約の登記は所有権移転登記に付記して登記されます(登記規則・3条9号)。買戻しの特約とは、売主が売買によって所有権を移転した後で、買主が支払った代金や契約費用を、買主に返還することによって、不動産を取り戻すことができる特約です。買戻しの特約は当事者の間では当然有効ですが、売買による所有権移転登記をすると同時に買戻しの登記をしておかないと第三者に対抗できません。(民法581条1項)

A (売主。買戻しの特約)

| 売買

B (買主) - C (転得者)

例えば、Aが買戻しの登記をしておかないと、BがCに転売したときに、Aは買戻しをして不動産を取り返せなくなります。

共有

- 平成23年 問3
- 平成19年 問4
- 平成18年 問4
- 平成15年 問4
- 平成13年 問1
- 平成9年 問2
- 平成6年 問3
- 平成4年 問12
- 平成3年 問5

平成 16 年度 問 12 民法 (使用貸借/相続)

自己所有の建物に妻 B と同居していた A が、遺言を残さないまま死亡した。A には先妻との間に子 C 及び D がいる。この場合に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

- 1 A の死後、遺産分割前に B が A の遺産である建物に引き続き居住している場合、C 及び D は、B に対して建物の明渡しを請求することができる。
- 2 A の死後、遺産分割前に B が A の遺産である建物に引き続き居住している場合、C 及び D は、それぞれ B に対して建物の賃料相当額の  $1/4$  ずつの支払いを請求することができる。
- 3 A 死亡の時点で B が A の子 E を懐妊していた場合、E は相続人とみなされ、法定相続分は、B が  $1/2$ 、C・D・E は各  $1/6$  ずつとなる。
- 4 C の子 F が A の遺言書を偽造した場合には、C は A を相続することができない。

解説

1. 民法 898 条、判例 遺産分割前の相続財産

妻の B さん、先妻の子 C さん、D さんは法定相続人で、A さんの遺産は分割前で相続は開始されていない。A さんの妻 B さんは、貸主 A さんと使用貸借契約を結んでいる借主。つまり、妻は夫からタダで家を借りている状況。借主の B さんが死亡したら使用貸借契約は終了するが、貸主の A さんが死亡したら貸主の立場は C さんと D さんに相続される。そして、妻であり借主 B さんの使用貸借契約はまだ終わっていないのだから、C さんと D さんは建物の明け渡しを請求することはできないことになる。

2. 民法 593 条 使用貸借契約

誤り。使用貸借契約には家賃は発生しない。

3. 民法 886 条 胎児の相続、民法 900 条 相続分

その通り。胎児に権利能力はないが、不法行為に対する損害賠償請求、相続、遺贈ではすでに生まれたものと見做す。だから、胎児 E も立派な相続人。配偶者 B さんが  $1/2$ 、子も  $1/2$ 。子は 3 人いるのだから  $1/2 \div 3$  で  $1/6$  が子一人の取り分となるので、正しい。ちなみに、損害賠償請求とは胎児の父親が殺されたり交通事故で死亡したりした場合に、胎児が被った財産的・精神的損害を胎児は賠償請求できる。

4. 民法 891 条 5 項 相続欠格

誤り。遺言書の偽造は相続欠格となって相続権を失うが、「C の子 F」が偽造しているので、C が相続欠格となるわけではないので誤り。C は A を相続できる。

平成 24 年度 問 10 民法 (相続)

A は未婚で子供がなく、父親 B が所有する甲建物に B と同居している。A の母親 C は平成 23 年 3 月末日に死亡している。A には B と C の実子である兄 D がいて、D は E と婚姻して実子 F がいたが、D は平成 24 年 3 月末日に死亡している。この場合における次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

- 1 B が死亡した場合の法定相続分は、A が  $2$  分の  $1$ 、E が  $4$  分の  $1$ 、F が  $4$  分の  $1$  である。
- 2 B が死亡した場合、甲建物につき法定相続分を有する F は、甲建物を 1 人で占有している A に対して、当然に甲建物の明渡しを請求することができる。
- 3 A が死亡した場合の法定相続分は、B が  $4$  分の  $3$ 、F が  $4$  分の  $1$  である。
- 4 B が死亡した後、A がすべての財産を第三者 G に遺贈する旨の遺言を残して死亡した場合、F は G に対して遺留分を主張することができない。

解説



1. 民法 887 条 1 項、900 条 1 号、901 条 1 項 相続の計算

誤り。法定相続人は本人の配偶者と第 1 順位直系卑属の本人の子、子がいなければ孫、第 2 順位卑属の本人の父母、祖父母、第 3 順位卑属の本人の兄弟姉妹、それがいなければ甥や姪。設問では法定相続人は子の A さんと D さん (887 条 1 項)。でも D さんが死亡しているので、その子 F が代襲相続する (887 条 2 項)。よって相続分は A が  $1/2$ 、D を相続した F が  $1/2$  になる。E さんは法定相続人ではないのでダメ。

2. 民法 249 条 共有物の使用

誤り。F さんは「当然に甲建物の明渡しを請求」できない。A さんも法定相続人であるから、遺産分割までは甲建物は A さん F さんの共有物ということになる。そして、共有者は共有物全部を使用する権利がある (民法 249 条)。だから、A さんにも F さんにも共有物を使用する権利があるので、たとえ共有持分が過半数を超えていても、F さんに対して「建物から出て行け！」とは言えない。

3. 民法 889 条 1 項 相続の順位

誤り。A さんが死亡したら、第 2 順位の父母が相続するので、父 B さんが全部相続する。

常に相続人 ⇒ 配偶者

第 1 順位 ⇒ 子

第 2 順位 ⇒ 父母

第 3 順位 ⇒ 兄弟姉妹

4. 民法 1028 条 遺留分権利者

その通り。B さんが死亡した後に A さんが死亡すると、D さんを代襲相続する F さんが単独相続することになる。でも G さんに財産を譲るといふ遺言があれば、F さんには遺留分はない。兄弟姉妹には遺留分はない。D さんは A さんの兄であるから遺留分はなく、その D を代襲相続する F さんに遺産はいかな

い。なお、兄弟姉妹が相続する場合には代襲相続は1回限り、すなわち、甥姪までということも覚えておこう。

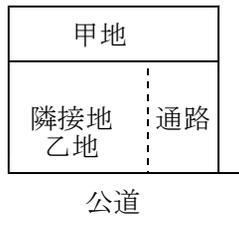
平成25年度 問3 民法（囲繞地通行権/地役権）

甲土地の所有者Aが、他人が所有している土地を通行することに関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。

- 1 甲土地が他の土地に囲まれて公道に通じない場合、Aは、公道に出るために甲土地を囲んでいる他の土地を自由に選んで通行できるわけではない。
- 2 甲土地が共有物分割によって公道に通じなくなった場合、Aは、公道に出るために、通行のための償金を支払うことなく、他の分割者の土地を通行することができる。
- 3 甲土地が公道に通じているか否かにかかわらず、他人が所有している土地を通行するために当該土地の所有者と賃貸借契約を締結した場合、Aは当該土地を通行することができる。
- 4 甲土地の隣接地の所有者が自らが使用するために当該隣接地内に通路を開設し、Aもその通路を利用し続けると、甲土地が公道に通じていない場合には、Aは隣接地に関して時効によって通行地役権を取得することができる。

**解説**

1. 民法210条1項 公道に至るための他の土地の通行権、民法211条1項 最小の損害  
その通り。自由に選んで通行できない。通路は必要かつ損害が最小限となる場所を選ばないといけない。
2. 民法213条1項 公道に至るための他の土地の通行権  
その通り。共有物分割によって袋地になった場合は、他の分割者の所有地なら無償で通行できる。
3. 民法601条 賃貸借契約  
「賃貸借契約を締結した」のだから通行できるのが当たり前。その土地が周りを囲まれているか否かに関わらず、賃料を払っていれば通行できる。
4. 民法283条 通行地役権の時効取得  
誤り。地役権は、継続的に行使され、かつ、外形上認識できるものに限り時効取得できる。「継続的」というのは、Aさんが自分で通路を作らずずっと使っていないとダメ（判例）。隣人の立場で考えると、自分用に通路を設置、親切でAさんの通行を黙認していたら、Aさんに通行地役権を時効取得されてしまったとなると、たまったものではないということ。判例がAさんによる通路設置を要求するのも、そこで隣人が、「ちょっとまった、うちの土地になにしてんの？」と言えるようにするため。



#### 第4部 地上権・永小作権・地役権（265～293）

##### ■46-1 地上権とは何か

- ・用益物件（ようえきぶっけん）＝他人の土地を利用する権利
- ・制限物件＝所有権のように、全面的にものを支配できるものではなく限られた範囲でしか支配できない権利



地上権＝工作物や竹木を所有するために他人の土地を利用する権利（265条）

- 【工作物】建物、橋、道路、テレビ塔、高速道路、地下鉄トンネルといった地上および地下のすべての建造物
- 【竹木】植林の目的となる植物をいい、稲、麦、桑、茶といった耕作の目的となる場合は含まない。

##### ■46-2 空中や地下だけに地上権を設定できるか（269条の2）

区分地上権＝他人の土地の地下または空間に上下の範囲を定めて設定する地上権。

\* その土地に賃借権や地上耕作物のための地上権を持っているときでも重複して設定可能だが承諾を必要とする（264条の2第2項）

##### ■46-3 地上権の取得方法

土地の所有者とその土地を利用使用とする人との間の地上権設定契約。譲渡、相続あるいは遺言・取得時効によっても可。

【法定地上権】ある一定の場合に地上権が法律上当然に発生すること（388条）

##### ■46-4 地上権者は地代を支払わなくてはならないか（266条）

地上権者は一般的に地主に土地使用の対価を支払う契約を結ぶが、地代を支払うとの契約を地主と交わさなければ無償で地上権を設定できる。地代の額は当事者間の契約によって定めるが、金納であることを民法は定めず、物納でも可。

\* 地上権はこの点で、小作料を支払うべき永小作権、借賃を支払うべき賃借とは異なる。

\* 地代の定期的納入は永小作権に関する274条～276条が準用されるので、不可抗力による収益の損失時にも地代の免除または減額が請求できない。地上権者が不可抗力により引き続き3年以上全く収益を得ないとき、5年以上地代よりも収益の方が少ないときは地上権を放棄することができる。地上権者が引き続き2年以上地代の支払いを怠ったときは、土地の所有者は地上権の消滅を請求できる。

##### ■46-5 地上権の存続期間（268条）

存続期間に規定はない。

当事者間で存続期間を定めない場合、特に慣習がない限り、地上権者はいつでも権利を放棄できる。

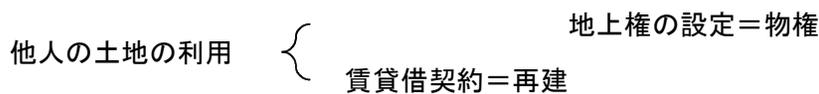
地代を払うべき時は1年前に予告し、まだ期限の来ていない1年分の地代を支払わなくてはならない。（268条1項）

当事者が存続期間を定めない場合で、地上権者が地上権を放棄しないときは、当事者の請求によって20年以上50年以下の範囲内で裁判所が存続期間を定める。（268条2項）

【平成19年12月21日借地借家法の一部改正】

事業用定期借地権の存続期間の拡張

改正前の借地借家法は、事業用の建物の所有を目的とする借地権で契約の更新等のないものはその存続期間を10年以上20年以下の範囲で定める場合に限り設定することができるとしていたところ、改正法は、その存続期間を10年以上50年未満の範囲に拡張しました。



##### ■47 永小作権とは

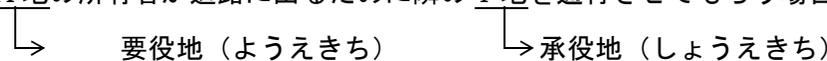
【永小作権】英小作人が耕作または牧畜を目的で小作料を支払って他人の土地を利用する権利

\* 地上権や地役権は「無償でもよい」し「永久でもよい」のに対して永小作権は「有償（小作料）で存続期間が「20年以上50年以下」

##### ■48-1 地役権とは

【地役権】自分の土地の便益のために他人の土地を利用する権利（280条）で、要役地の利便性や利用価値を高めるために承役地に設定されるもの。

例 X地の所有者が道路に出るために隣のY地を通行させてもらう場合。



##### ■48-2 地役権の性質（281～284条）

地上権や永小作権との性質の違い

①付従性（ふじゅうせい）

地役権は要役地のためにある権利だから、要役地とは別に地役権を誰かに譲渡したり、他の権利の目的とすることはできない（281条2項）

特約がない限り、要役地が移転すれば地役権も移転し、要役地が他の権利（抵当権）の目的になれば地役権もその権利の目的となる（281条1項）

②不可分性

要役地の共有者の一人が自分の持ち分につき要役地のために存在する地役権を消滅させたり、承役地の共有者の一人が自分の持ち分につき承役地について存在する地役権を消滅させることはできない。（282条1項）

**例** X地をABが共有している場合に、BだけがX地の持ち分についてY地の通行地役権を消滅させることはできない。消滅させたければAとともにしなければならぬ。

要役地が分割された場合、地役権はそれぞれの土地のために存在する。承役地が分割された場合も地役権はそれぞれの土地について存在することになる。ただし、土地の一部のみに設定されている場合は除く（282条2項）

要役地が共有の場合に、その共有者の一人が地役権を時効によって取得したときは、他の共有者も地役権を取得する（284条1項）ただし、一定の場所を長年通行していたということだけでは、通行地役権を時効取得することはできない。

この場合、共有者に対する取得時効の中断は、地役権を行使する共有者全員に対してしなければ効力が生じず、共有者の一人に事項が停止する原因があってもその事項は他の共有者に及ばず、他の共有者のために事項は進行する。

**例** X地の共有者ABのうち、AがY地上に時効によって地役権を取得すれば、Bも地役権を取得する。Y地の所有者Cが、この取得時効を中断しようと思えば、AだけでなくBに対しても時効の中断をしなければならない。またAに時効停止原因があってもBには関係なく地役権を時効によって取得する。その結果X地のために地役権がはっせいするので、その反射的效果としてAも地役権を取得することになる。

要役地が共有の場合に、その共有者の一人のために地役権の消滅時効の中断または停止があれば、その中断や停止は他の共有者のためにも効力が生じる（292条）

#### 48-3 時効による消滅（289～293条）

時効による地役権の消滅 { ①誰かが承役地を取得時効により取得することの反射効果として地役権が消滅する場合  
②地役権自体が消滅時効により消滅する場合

①承役地が第3者によって地役権を排斥するような状態で継続して占有された場合、その占有者が取得時効に必要な要件を具備した占有（162条の要件）を継続したときは、承役地の地役権は消滅してしまう（289条）。ただし、承役地の占有者の時効取得が進行している間に地役権が行使されると、承役地が時効取得されても、地役権は消滅しない（290条）。

\* 地役権を排斥するような状態＝所有の意思をもって継続して占有すること  
\* 162条＝所有権の時効取得に関する法律。「継続した事実状態の尊重」および「権利の上に眠るものは保護されない」こと。

②継続的でなく行使される地役権は最後の行使の時から、継続的に行使されている地役権はその行使を妨げる事実が生じた時から起算する（291条）。地役権は一部を行使しないときはその部分だけが時効で消滅する（293条）。

【通行地役権】物権であり、通行地役権を設定する契約によって生じ、契約でその具体的内容が決まる。通路を開設することはできない。袋地であっても、通行地役権を取得したらもう袋地とはいえないので、囲繞地通行権は消滅する。また地役権者が承継地を通行している事実が外部から確認できない場合は、登記を備えない限り善意無過失の特定承継人には対抗できない。

【囲繞地（いじょうち）通行権】囲まれた土地の所有権に基づく効力であり、土地の利用に必要な最小限の範囲で法律上当然生じる。通路を開設することができる。また通行している事実を外部から確認できなくても、通行権を善意無過失の特定承継人に対して対抗できる。

**例** X地の所有者Aが、隣接するB所有のY地に通行権を有している場合、AがY地を通行している事実が外部から確認できない場合、囲繞地通行権であるときはその通行権をY地の特定承継人に対して対抗できるが、通行地役権であるときは登記を備えない限り善意無過失のY地の特定承継人に対して対抗できない。

【特定承継人】他人の権利義務を個別的に取得することを特定承継といい、承継する者を特定承継人という。売買、交換、贈与などによる普通の権利の承継は、みな特定承継で、売買契約の譲受人（買主）などが特定承継人の典型例。また、抵当権の実行により競売物件を競落して所有権を取得した競落人（買受人）も、特定承継人に該当する。

【包括承継人】他人の権利義務を一括して承継することを包括承継（一般承継ともいいます。）といい、承継する者を包括承継人という。相続により被相続人の権利義務を承継する相続人がその例。

地役権 { 通行地役権  
引水地役権＝他人の土地に溝等を設置して引水させてもらう権利  
眺望地役権＝隣の土地に眺望を妨げる建物を建てないようにしてもらう権利

**民法第 265 条**  
**地上権**

(地上権の内容)

第二百六十五条 地上権者は、他人の土地において工作物又は竹木を所有するため、その土地を使用する権利を有する。

**解説**

直接問われることはめったにないが、抵当権のところの法定地上権（388）や民法の賃貸借及び借地借家法との関連で基本的なことは押さえておく必要がある。

地上権には期間について最長・最短の制限はない。永久地上権も認められる。

地上権は物権であるから、地主の承諾を得ないで譲渡することができる。

地上権の対抗要件は登記である（177）。なお、地主は登記義務を負う。この点、賃借権の登記（605）については賃貸人（地主）に登記協力義務はない。

建物所有目的の地上権であれば、借地借家法の適用があり、地上建物登記をもって対抗要件となる。

地代は地上権の要素ではない。つまり無料の地上権というものもありうる。この点、賃貸借は賃料を要素としている。無料であれば使用貸借になってしまう。

**民法第 280 条**  
**地役権**

(地役権の内容)

第二百八十条 地役権者は、設定行為で定めた目的に従い、他人の土地を自己の土地の便益に供する権利を有する。ただし、第三章第一節（所有権の限界）の規定（公の秩序に関するものに限る。）に違反しないものでなければならない。

**解説**

地役権とは、ある土地の便益のために他人の土地を一定の範囲で支配する物権である。

地役権の設定により利益を受ける土地を要役地といい、要役地の便益に供される土地を承役地という。

地役権の例としては、通行地役権、眺望地役権、用水地役権、送電地役権などがある。

【関連】 土地区画整理法で、換地処分公告の日が終了したとき、事業の施行により行使する利益のなくなった地役権は消滅する。（行使する利益のある地役権は従前の宅地の上に存続する）

たとえば、無道路地が通行地役権を利用していたとして、土地区画整理事業で接道することとなった場合は消滅する。一方、眺望地役権や送電地役権とかであれば事業施行後も行使する利益はあるであろうから、『従前の宅地の上に』（場所が変わっては困る）存続する。

**民法第 283 条**  
**地役権の時効取得**

第二百八十三条 地役権は、継続的に行使され、かつ、外形上認識することができるものに限り、時効によって取得することができる。

**解説**

「継続的に行使かつ外形上認識可能」という要件があるのは、これがないと時効中断が困難であるから。たとえば、「庭の端っこを 20 年通り続けたので、通行地役権の時効取得を主張します」などといわれたら困るわけ。

【判例】 「継続的に行使され」といえるためには、承役地上に通路が開設されること、しかもその開設が要役地所有者によってなされることが必要である。

## 地役権について

試験での出題は少ないですが、宅建業を行う上で、欠かせない知識ですから、いつ出題があってもおかしくありません。ぜひ、基礎的な個所だけでも覚えておいくようにしてください。では、順に見ていきましょう。

### 1. 地役権とは

地役権とは、自分の土地のために、他人の土地を利用する権利を言います。この利用する権利は、自由に決めることができます。

例えば、他人の土地を通行する**通行地役権**や、他人の土地に高い建物を建てさせないとする**眺望地役権**など様々です。有償、無償も自由に設定できます。一番わかりやすい、通行地役権で、説明していきましょう。以下の絵をご覧ください。



乙地は、甲地を通らないと道路に出ることができません。ですから、乙地は、甲地を通行するという地役権を設定したのです。この場合、土地を利用する乙地を「要役地」と呼びます。逆に、利用される甲地を「承役地」と呼んでいます。また、絵では隣接地に地役権を設定していますが、隣接地以外でも設定することは可能です。

### 2. 地役権設定地の譲渡

#### ① 要役地の譲渡

例えば、要役地の所有者Aが、乙地をBに土地を売却したとしましょう。この場合、乙地の新所有者Bも甲地を通行できるという通行地役権をそのまま、承継されることになります。

ただ、**要役地のみ、地役権のみの譲渡はできません。常に、要役地と地役権のセットで譲渡されること**になります。ですから、**要役地が共有のケースでも、自己の持分の範囲で、地役権を消滅させると言ったことはできないのです。地役権は、要役地全体に存在しているというイメージを持ってください。**

#### ② 承役地の譲渡

承役地が第三者に譲渡された場合、原則、**承役地は承継されません**。但し、第三者が地役権のことを知っており、かつ、地役権が継続されているのであれば、第三者にも承継されます。ですから、要役地の所有者は、地役権を第三者に確実に對抗できるようにするためには、地役権の登記をしておけば、安心して承役地を利用できるようになります。

### 3. 取得時効

地役権は、継続的に行使され、かつ、外形上認識することができるものに限り、時効によって取得することができます。取得時効の期間は、善意で開始したのなら10年、悪意でしたら20年となります。

また、要役地が共有だった場合、共有者の一人でも時効取得すれば、地役権は要役地全体に存在することになりますから、**自動的に、他の共有者全員が地役権を取得することになります。**

なお、共有者に対する時効の中断は、地役権を行使する各共有者に対してしなければ、その効力を生じません。共有者の一人に、時効の停止の原因があっても、時効は、各共有者のために進行します。

平成14年度 問4 民法(通行地役権)

Aは、自己所有の甲土地の一部につき、通行目的で、隣地乙土地の便益に供する通行地役権設定契約(地役権の付従性について別段の定めはない。)を、乙土地所有者Bと締結した。この場合、民法の規定及び判例によれば、次の記述のうち正しいものはどれか。

- 1 この通行地役権の設定登記をしないまま、Aが、甲土地をCに譲渡し、所有権移転登記を経由した場合、Cは、通路として継続的に使用されていることが客観的に明らかであり、かつ、通行地役権があることを知っていたときでも、Bに対して、常にこの通行地役権を否定できる。
- 2 この通行地役権の設定登記を行った後、Bが、乙土地をDに譲渡し、乙土地の所有権移転登記を経由した場合、Dは、この通行地役権が自己に移転したことをAに対して主張できる。
- 3 Bは、この通行地役権を、乙土地と分離して、単独で第三者に売却することができる。
- 4 Bが、契約で認められた部分ではない甲土地の部分で、継続かつ表現の形で、乙土地の通行の便益のために利用していた場合でも、契約で認められていない部分については、通行地役権を時効取得することはできない。

解説

1.民法280条 地役権、民法177条 対抗関係

誤り。Cさんは「通路として継続的に使用されていることが客観的に明らかであり、かつ通行地役権があることを知っていた」わけだから、この通行地役権をCさんは否定できない。

2.民法281条1項 地役権の移転

その通り。設問に「地役権の付従性について別段の定めはない」と書いてあるので、地役権は所有権と運命をともにするので、所有者がBさんからDさんに移転すれば、地役権もDさんに移転する。所有権の移転登記さえあれば、地役権の移転登記がなくても大丈夫。

3.民法281条2項 地役権の付従性

誤り。地役権は承役地の所有権と運命をともにするので、承役地を地役権と切り離して譲渡することはできない。

4.問法283条 通行地役権の時効取得

通行地役権は時効取得できる。昔から通路として使っていた私道を、通行地役権がないからといって地主が勝手に通行を許可しなくなると困ってしまう。だから、「継続かつ表現のもの(=継続的に使用され、外形上認識できるもの)」に限り時効取得ができる。

平成22年度 問3

所有権及びそれ以外の財産権の取得時効に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。

- 1 土地の賃借権は、物権ではなく、契約に基づく債権であるので、土地の継続的な用益という外形的かつ客観的事実が存在したとしても、時効によって取得することはできない。
- 2 自己の所有と信じて占有している土地の一部に、隣接する他人の土地の筆の一部が含まれていても、他の要件を満たせば、当該他人の土地の一部の所有権を時効によって取得することができる。
- 3 時効期間は、時効の基礎たる事実が開始された時を起算点としなければならないが、時効援用者において起算点を選択し、時効完成の時期を早めたり遅らせたりすることはできない。
- 4 **通行地役権**は、継続的に行使され、かつ、外形上認識することができるものに限り、時効によって取得することができる。

解説

1.民法163条 土地賃貸借権の取得時効

誤り。取得時効は物を一定期間占有すれば、その物の権利を取得することを言う。民法では、物の所有権や地上権、地役権などの物権の取得時効が規定されている。賃貸借権は債権だけど、地上権同様不動産を占有する権利だから、債権でも取得時効できる。

2.民法163条 隣地一筆の一部(他人の土地の一部)の時効取得

他人の土地の一部を自分の土地だと信じて、平穩かつ公然と10年間占有すれば、時効取得できる。5年後にその土地が隣地の土地だと知っても(悪意者になっても)10年で取得時効できる。

3.民法144条、162条 時効起算点の選択不可

その通り。もし、時効のスタート地点を操作できるとしたら、社会が大混乱になってしまう。例えば「時効完成前の第三者C」と「時効完成後の第三者C」では権利の移動が異なる。「時効完成前の第三者C」では、AさんからCさんへの土地譲渡がBさんの時効完成の前だから、所有権はA→C→Bと移動するだけで、BさんとCさんは権利移動の当事者で対抗関係にならないので、Cさんは土地の所有権をBさんに主張できない。一方、「時効完成後の第三者C」なら、Aさんの土地をBさんが先ず時効取得してから、AさんがCさんに土地を譲渡すれば、Aさんを中心とする二重譲渡関係となり、先に登記を得た方が勝つ。時効の起算点を操作することによって権利の移動が異なってしまう。

4.民法183条 通行地役権の時効取得

その通り。「継続的に行使され、かつ、外形上認識することができるものに限り」という厳しい条件は、好意で隣人の通行を黙認していたら突然、通行地役権(物権という強力な権利である)の時効取得を主張されたなどということが起きないため。

平成22年度 問3 民法（取得時効）

所有権及びそれ以外の財産権の取得時効に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。

- 1.土地の賃借権は、物権ではなく、契約に基づく債権であるので、土地の継続的な用益という外形的かつ客観的事実が存在したとしても、時効によって取得することはできない。
- 2.自己の所有と信じて占有している土地の一部に、隣接する他人の土地の筆の一部が含まれていても、他の要件を満たせば、当該他人の土地の一部の所有権を時効によって取得することができる。
- 3.時効期間は、時効の基礎たる事実が開始された時を起算点としなければならないが、時効援用者において起算点を選択し、時効完成の時期を早めたり遅らせたりすることはできない。
- 4.通行地役権は、**継続的に行使**され、かつ、**外形上認識**することができるものに限り、時効によって取得することができる。

解説

1.

平成25年度 問3 民法（囲繞地通行権/地役権）

甲土地の所有者Aが、他人が所有している土地を通行することに関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。

- 1.甲土地が他の土地に囲まれて公道に通じない場合、Aは、公道に出るために甲土地を囲んでいる他の土地を自由に選んで通行できるわけではない。
- 2.甲土地が共有物分割によって公道に通じなくなった場合、Aは、公道に出るために、通行のための償金を支払うことなく、他の分割者の土地を通行することができる。
- 3.甲土地が公道に通じているか否かにかかわらず、他人が所有している土地を通行するために当該土地の所有者と賃貸借契約を締結した場合、Aは当該土地を通行することができる。
- 4.甲土地の隣接地の所有者が自らが使用するために当該隣接地内に通路を開設し、Aもその通路を利用し続けると、甲土地が公道に通じていない場合には、Aは隣接地に関して時効によって**通行地役権**を取得することができる。

解説

1.

### 3-04-2 法定地上権・一括競売

法定地上権、一括競売は、よく宅建の試験に出題される箇所です。ただ覚えるべきポイントは限られていますので、ポイントをしっかりおさえた勉強をしてください。

#### 1. 法定地上権

##### ①地上権とは

まず、地上権とはどんな権利かと言うことを簡単にお話しておきます。

地上権は、建物、道路、橋梁、水路、池、井戸、トンネルなどの工作物や竹木の所有を目的に、他人の土地を使用する権利のことを言います。

通常、地上権は契約書などの約定行為で設定されるものですが、法定地上権は、成立要件を満たせば、自動的に地上権が設定されると言うものです。

##### ②法定地上権の成立要件

法定地上権の成立要件は 4 つです。以下を絶対暗記しておいてください。(ここだけ、覚えていれば法定地上権ほぼOKです)

1. 抵当権設定時に土地の上に建物が存在すること
2. 抵当権設定時に土地と建物が同一所有者であること
3. 土地又は建物に抵当権が設定されること
4. 抵当権実行により土地・建物が異なる所有者になったこと

##### ③法定地上権成立後の再築

法定地上権が成立した後に、建物が火災などでなくなってしまった場合、新たに建物を再築しても、その再築した建物のために、法定地上権は存続します。

##### ④抵当権設定後の所有者変更

抵当権設定時に土地と建物が同一の所有者であれば、その後、土地や建物の譲渡などにより所有者が変わっても法定地上権はそのまま存続します。

##### ⑤複数の抵当権がある場合

例えば、土地への一番抵当権設定時に、土地と建物があったがその所有者が異なっていました。その後、土地の所有者が建物を買って所有者が同一人になり、その時に、土地へ二番抵当権を設定した。後に抵当権が実行されて、土地・建物が異なる所有者になった。

この場合、一番抵当権設定時には、法定地上権の成立要件を満たしていませんから、一番抵当権が存続する限り法定地上権は成立しません。

ただ、一番抵当権が消滅すれば、二番抵当権設定時は、法定地上権の成立要件を満たしていますので、法定地上権は成立することになります。

#### 2. 一括競売

一括競売とは、更地に抵当権を設定した後、その土地の上に建物が建てられた場合、抵当権実行時に、土地と建物を一括して競売にかけられることを言います。本来であれば、建物には抵当権をかけていないのですから建物を競売にかけるとはできないのですが、建物の解体などの要求を許してしまえば、社会的損出も大きいため、要件を満たせば一括競売を認める規定を用意したのです。

一括競売で試験に出るポイントは、たった2つです。

1. 更地に抵当権を設定した後、建物が建てられていること
2. 土地の競落代金からしか、優先弁済が受けられないこと

平成21年度 問7 民法（法定地上権）

法定地上権に関する次の1から4までの記述のうち、民法の規定、判例及び判決文によれば、誤っているものはどれか。

（判決文）

土地について1番抵当権が設定された当時、土地と地上建物の所有者が異なり、法定地上権成立の要件が充足されていなかった場合には、土地と地上建物を同一人が所有するに至った後に後順位抵当権が設定されたとしても、その後に抵当権が実行され、土地が競落されたことにより1番抵当権が消滅するときには、地上建物のための法定地上権は成立しないものと解するのが相当である。

1. 土地及びその地上建物の所有者が同一である状態で、土地に1番抵当権が設定され、その実行により土地と地上建物の所有者が異なるに至ったときは、地上建物について法定地上権が成立する。（その通り）

2. 更地である土地の抵当権者が抵当権設定後に地上建物が建築されることを承認した場合であっても、土地の抵当権設定時に土地と所有者を同じくする地上建物が存在していない以上、地上建物について法定地上権は成立しない。（その通り）

3. 土地に1番抵当権が設定された当時、土地と地上建物の所有者が異なっていたとしても、2番抵当権設定時に土地と地上建物の所有者が同一人となれば、土地の抵当権の実行により土地と地上建物の所有者が異なるに至ったときは、地上建物について法定地上権が成立する。（しない）

4. 土地の所有者が、当該土地の借地人から抵当権が設定されていない地上建物を購入した後、建物の所有権移転登記をする前に土地に抵当権を設定した場合、当該抵当権の実行により土地と地上建物の所有者が異なるに至ったときは、地上建物について法定地上権が成立する。

解説

1. □民法388条 法定地上権

正しい。法定地上権の成立要件をおさらいしておきましょう。

法定地上権の成立要件

- ① 抵当権設定時に土地の上に建物が存在すること
- ② 抵当権設定時に土地と建物が同一所有者であること
- ③ 土地又は建物に抵当権が設定されること
- ④ 抵当権実行により土地・建物が異なる所有者になったこと

これを踏まえて、問題文を見てみると法定地上権の成立要件を満たしていますので、記述の通り正しいとなります。

2. □民法388条 法定地上権

正しい。肢1の解説にある法定地上権の成立要件を見てほしいのですが、成立要件の①に抵当権設定時に土地の上に建物が存在していることとなっています。問題文は、抵当権設定時には更地であったとなっていますので、たとえ抵当権者の承認があっても、法定地上権の成立要件を満たしていませんので成立しないこととなります。よって問題文は正しいです。

3. 民法388条 法定地上権

誤り。法定地上権の成立要件の中に、抵当権設定時に土地と建物の所有者が同一の所有者であることとなっています。問題文は、この要件に該当しませんから、法定地上権は成立しないこととなります。また判決文にも同様の趣旨が書かれています。よって問題文は、法定地上権が成立するとしていますから、誤りとなります。

4. 民法388条 法定地上権

正しい。法定地上権の成立要件の1つに、抵当権設定時に土地と建物の所有者が同一であることとなっています。問題文は、土地の所有者が借地人から地上建物を購入した後、土地に抵当権を設定しています。ただ問題は、建物の所有権移転登記をする前に土地に抵当権を設定しているため、抵当権設定時に土地と建物の所有者が同一であると言えるかどうかです。そもそも、不動産の場合、所有権移転登記をしないと所有権が移転しないなどという規定はどこにもなく、所有権移転登記をすること自体、買主の権利であって、義務ではないということを知っておいてください。つまり、所有権移転登記は、しなくてもいいものなのです。所有権移転登記をする意味は、第三者に対抗できる要件を整えるに過ぎないことなのです。ですから、実質的には買主が売主に対して代金を全額支払い買主は売主に不動産を引き渡した時点で、所有権は移動しているとなるのです。よって問題文の場合でも抵当権設定時に土地と建物の所有者が同一であることの要件はクリアされていることになり、法定地上権が成立することとなります。

法定地上権は、成立要件を覚えているかいないかだけですから、しっかり暗記をしておいてください。この問題は、法定地上権の基本ですから、間違っはもったいないですよ^^

平成14年度 問6 民法(法定地上権/一括競売)

Aは、Bに対する貸付金債権の担保のために、当該貸付金債権額にほぼ見合う評価額を有するB所有の更地である甲土地に抵当権を設定し、その旨の登記をした。その後、Bはこの土地に乙建物を築造し、自己所有とした。この場合、民法の規定及び判例によれば、次の記述のうち正しいものはどれか。

1. Aは、Bに対し、乙建物の築造行為は、甲土地に対するAの抵当権を侵害する行為であるとして、乙建物の収去を求めることができる。(誤り! 甲地はBが好きに使える)
2. Bが、甲土地及び乙建物の双方につき、Cのために抵当権を設定して、その旨の登記をした後(甲土地についてはAの後順位)、Aの抵当権が実行されるとき、乙建物のために法定地上権が成立する。(誤り! Aが設定した時は更地だった)
3. Bが、乙建物築造後、甲土地についてのみ、Dのために抵当権を設定して、その旨の登記をした場合(甲土地についてはAの後順位)、Aの抵当権及び被担保債権が存続している状態で、Dの抵当権が実行されるとき、乙建物のために法定地上権が成立する。(誤り。第1抵当権者が基準)
4. Aは、乙建物に抵当権を設定していなくても、甲土地とともに乙建物を競売することができるが、優先弁済権は甲土地の代金についてのみ行使できる。(正しい)

解説

1. 民法369条1項 抵当権侵害に対する妨害排除

誤り。抵当権は、抵当権者に占有を移転しないで、設定者に自由に使用収益させるのを本質とする。Bが乙建物を築造したからといって、抵当権の侵害にはあたらない。(別解)土地だけの価格を考えた場合、その上に建物があるかないかで、価格が変わるのが普通です。なぜなら、買主が建っている建物に対して、利用価値がないと判断すれば、その建物を取り壊さなければいけないと言うコストがかかるためです。ですから、土地の価格は、更地が一番高い値が付くということになります。その更地の時期に、Aは抵当権を付けているのですから、Bがその後、その土地に建物を建てられては、価値が下がると思うのは、十分理解できます。ただ、抵当権と言うのは、債務者Bに、その土地は自由に使っていていいですよと言うのもです。甲土地を所有者Bが使用収益する権利を脅かすことは、いくら抵当権者であってもできないのです。ですから、乙建物の収去を求めると言ったことは、できないとなります。よって、記述は誤りです。

2. 判例 法定地上権

法定地上権の成立要件を確認しておきましょう。

法定地上権の成立要件

- ① 抵当権設定時に土地の上に建物が存在すること
- ② 抵当権設定時に土地と建物が同一所有者であること
- ③ 土地又は建物に抵当権が設定されること
- ④ 抵当権実行により土地・建物が異なる所有者になったこと

以上を全てクリアしなければ、法定地上権は成立しません。そして、**抵当権者が何人出てきても、一番最初に抵当権を設定したときの状態がどうだったのかを見てください**。記述の場合は、Aが最初の抵当権者です。ですから、Aが抵当権を設定するときの甲地の状態が、更地だったのか、建物が建っていたのかで、法定地上権が成立するか、しないかとなるのです。従って、Aが抵当権を設定するときには、更地でしたので、法定地上権が成立しないとなるのです。よって、記述は誤りです。

3. 判例 法定地上権

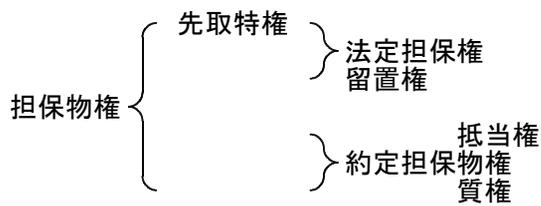
誤り。先順位抵当権(Aの抵当権)の設定当時に更地であり、後順位抵当権(Cの抵当権)設定時には建物が建築されていた場合、後順位抵当権者(C)の申立てにより競売がなされたとしても法定地上権は成立しない。(別解)ADが甲土地の抵当権者です。

Dが甲土地について、抵当権を実行したとしても、Aの抵当権者と言う地位は、変わりありませんし、当然、配当も変わりません。つまり、Aが抵当権を実行しようが、Dが実行しようが、抵当権を実行すると言う意味においては、同じことなのです。ですから、記述の場合、Aの方が先に抵当権を設定しています。Aは甲土地が更地の状態の時に、評価して、それに似合った金額をBに貸しているのですから、そこに法定地上権なる甲土地の価値を下げる、権利が付いては迷惑な話だとなるのです。従って、記述のケースでは、法定地上権は成立しないとなり、誤りだとなります。

4. 民法389条1項 抵当地の上の建物の競売

正しい。抵当権設定後に、抵当地(甲土地)に建物(乙建物)が築造された場合には、抵当権者は土地とともにその建物を競売することができる。ただし、その優先権は土地の代価についてのみ行使することができる。(別解)肢2、3で法定地上権は成立しませんとお話しました。あなたも、じゃあどうなるのだろうと思ったことでしょうか。その答えが、この問題の解答となります。Aは抵当権を実行する際、記述にあるように、甲土地とともに、抵当権を設定していない、乙建物についても、一括して、競売にかけることができます。これを、「一括競売」と言っています。なぜ、そんなことができるかと言えば、Bに対して、建物を取り壊せなどと言った要求を許してしまえば、それはBがあまりにも可哀そうだと言うことで、だったら、一緒に競売にかけられるようにした方が、合理的だと考えたのです。但し、Aが抵当権を設定したのは、甲土地のみですから、当然ながら、建物の代金から配当を受けることはできません。つまりは、優先弁済権は甲土地の代金についてのみ行使できるということなのです。よって、記述は正しいとなります。

第5部 留置権・先取特権  
49-1 留置権とは

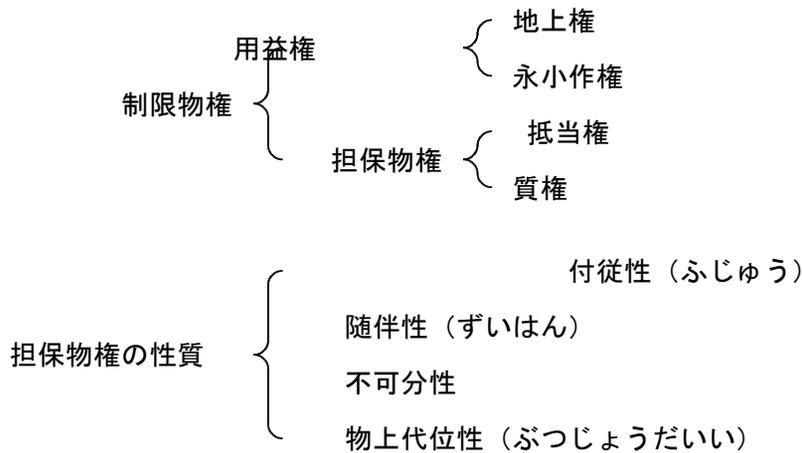


【担保物権】再建の担保を目的として、債権者が他人の財産の上に優先的に行使できる権利。制限物権

【法定担保権】当事者の意志に基づかず、法律上当然生じる物権

【約定担保物権】当事者が質権設定契約や抵当権設定契約をすることで生じる物権

【制限物権】所有権のように全面的な支配権はなく、特定の目的のためだけに認められるその物をしよう収益できる権利。民法の物権法では、「物を支配する力」の大きい順に「占有権>所有権>制限物権」に分けられる。



\* 留置権の物上代位性のみ ×

【付従性】債権に付従する性質。債権があつて初めて存在し、債権が消滅したら担保物権も消滅すること。

【随伴性】人に随伴する性質。債権が他人に移れば担保物権も一緒に移ること。

【不可分性】債権全部の弁済を受けるまでは目的物全部のウエイ権利を行使できる性質。

【物上代位性】目的物が売却・賃貸・滅失・損傷したときは、売却代金・賃料・保険金・賠償金などの上に効力を及ぼせる性質。ただし留置権に物上代位性はない。

■ 49-2 留置権とは

【留置権】他人の物を占有している人が、その物に関して生じた債権を有する場合、その債権の弁済を受けるまでその物を留置できる権利。ただしその場合、債権が弁済期になっている必要がある(295条1項)。また占有が不法行為によって始まった物であってはならない(295条2項)。

「時計屋が修理のために時計を預かるとして、修理代を払ってもらうまで時計屋は時計を手元にとどめておくことができる権利」(はてなキーワード)

**判例** 不動産が2重に売却され、第2の買主が所有権移転登記をした場合、第1の買主が売主に対して取得する損害賠償請求権は、売主の債務不履行により生じた債権であり、「そのものに関して生じた債権」ではないのだから、第1の買主はこれに基づいて第2の買主に対して留置権を対抗することはできない。

■ 49-3 留置権の効果

留置権者は、そのものに関する債権を債務者が弁済するまで目的物を留置することができる(295条1項)

【留置】ある人の支配下にとどめておくこと

留置者は留置物から生じる果実を収得して、これによって優先弁済を受けることができる(297条1項)  
鶏を留置している人はその鶏が産んだ卵を売って、優先的に債務者の弁済に充てることができる。

取得した果実は、まず債権の利息に充当し、なおあまりがあれば元本に充当しなければならない(297条1項)。

留置権者には「善良な管理者の注意」をもって留置物を占有(支配・管理・保管)する義務が生じる(298条1項)

「善良な管理者の注意」とは、その人の職業やその属する社会的経済的地位に応じて、一般的に要求される注意のことと、「自己の財産に対するのと同じ注意」であり「自己の能力に応じた注意」よりも重い。

留置権者は債務者の承認を得ないで留置物を使用したり賃貸したり担保に供したりすることはできない(298条2項)。これに違反した場合には債務者は留置権の消滅を請求できる(298条3項)。

留置権者  
質権者  
特定物の売主  
使用借主（しょうかりぬし）  
賃借人（ちんしゃくにん）  
有償無償の受任者  
有償の受寄者（じゅきしゃ）  
事務管理者  
後見監督人  
後見人  
遺言執行者

善良な管理者の注意が要求される者

\* 賃貸人（ちんたいにん）

無償の受寄者  
親権者  
限定承認者  
相続放棄者

自己の財産に対するのと同じの注意でよい者

### ■ 50-1 留置権の消滅

留置権の消滅原因 { 物権共通の消滅原因＝目的物の消失、留置権の放棄  
担保物権共通の消滅原因＝被担保債務の弁済  
留置権特有の消滅原因

【被担保債務】借りた側から見た借金などで、抵当権などで担保された債務。逆に貸した側から見たら被担保債権。

留置権特有の消滅原因 { 債務者が相当の担保を提供したとき（301条）  
留置権者が留置物の占有を失ったとき（302条）  
留置権者が善管注意義務を怠ったとき（298条3項）  
\* 留置権者が目的物を留置していても、被担保債権の消失時効は進行する（300条）。

### ■ 51-1 先取特権とは

【先取特権】法律の定める一定の債権を有する者が、債務者の総財産・特定の動産・特定の不動産から他の債務者に優先して弁済を受ける権利（303条）。

先取特権 { 一般の先取特権（306条）＝債務者の総財産から優先弁済を受ける場合  
動産の先取特権（311条）＝特定の動産から優先弁済を受ける場合  
不動産の先取特権（325条）＝特定の不動産から優先弁済を受ける場合

例 雇主の経営が行き詰まった場合、従業員は他の債権者に優先してその雇主の総財産から給料の支払いを受けられる一般の先取特権を有する。

例 借家人（しゃっかにん）が家賃を滞納している場合、家主は他の債権者に優先して、借家人がその借家に備え付けた家具調度等の動産を競売した代金の中から、滞納家賃の弁済を受けることができる動産の先取特権を有する。

例 家の建築を注文した施主が大工さんにその請負代金を支払わない場合、大工さんは他の債権者に優先して、建てた家を競売した代金の中から請負代金の弁済を受けることのできる不動産の先取特権を有する。

一般の先取特権 { 共益の費用  
雇用関係  
葬式の費用  
日用品の供給  
\* 「今日こそ日曜」＝「共雇葬日用」

### ■ 52-1 他の先取特権、他の担保物権との順位

同じ財産の上にはいくつかの先取特権が競合したり他の担保物権と競合する場合がある。

物権の競合 { いくつかの一般の先取特権が競合する場合（329条の1項）  
一般の先取特権と特別の先取特権が競合する場合（329条2項）  
いくつかの動産の先取特権が競合する場合（330条）  
いくつかの不動産の先取特権が競合する場合（331条）  
先取特権と他の担保物権が競合する場合（336～340条）

■ 53-1 先取特権の消滅

先取特権の消滅原因 { 物権共通の消滅原因  
担保物権共通の消滅原因  
先取特権特有の消滅原因

先取特権特有の消滅原因＝動産を目的とする先取特権では、目的物たる動産が第3者に譲渡され引き渡されたら消滅する（333条）。不動産を目的とする先取特権では、抵当権の規定が準用される（341条）。

民法第 295 条  
留置権

(留置権の内容)

第二百九十五条 他人の物の占有者は、その物に関して生じた債権を有するときは、その債権の弁済を受けるまで、その物を留置することができる。ただし、その債権が弁済期にないときは、この限りでない。

2 前項の規定は、占有が不法行為によって始まった場合には、適用しない。

解説

他人の物を占有する者がその物から生じた債権を有する場合に、その物を留置することによって間接的に弁済を強制することができるという担保物権である。

いわゆる担保物権の通有性（付従性、随伴性、不可分性、物上代位性）のうち、物上代位性がない。

留置権の成立要件

債権と物との間に牽連関係があること

債権が弁済期にあること

留置権者が他人の物を占有していること

占有が不法行為によって始まったものでないこと

《要件 1 に関する判例》

【判例】 建物賃借人が支出した必要費や有益費について、建物を留置できる。

【判例】 建物買取請求権の行使について、建物代金のために、建物を留置できる。またその反射的効果として敷地をも留置できる。(建物を浮かせるわけにはいかないから)

【判例】 造作買取請求権の行使で、建物の留置はできない。(債権が造作に関して生じたものであって、建物に関して生じたものではないから)

【判例】 不動産が二重譲渡され、第二買主が先に移転登記を受けたため、所有権を取得できなくなった第一買主が、その履行不能による損害賠償請求権で、その不動産を留置することはできない。(留置しても困るのは第二買主であって、損害賠償をしなければならない売主ではないから、間接的に弁済を強制することにならない)

《要件 3 に関する判例》

【判例】 敷金返還請求権の行使で、建物の留置はできない。(建物を返還してはじめて敷金返還請求権が発生するから、占有を失っている)

《要件 4 に関する判例》

【判例】 賃貸借契約解除後に賃借人が支出した有益費について、建物留置はできない。(2 項の類推適用である)

留置権者には、善管注意義務がある (298)。

### 物上代位 (ぶつじょうだい)

担保物権の目的物の売却・賃貸・滅失・破損によって価値的に別のもの(売買代金、賃料、保険金など)に転化して、目的物の所有者がその変形物を受ける請求権を取得した場合に、その担保物権がこの請求権の上に効力を及ぼすこと。留置権を除く担保物権である先取特権、質権、抵当権はこの効力をもつ。価値的に別のもののことを代位物と呼び、具体的には損害賠償権や火災保険金請求権などを指す。「物上(ぶつじょう)」とは「物や財産に関する」という意味。「上」は「的」とか「に関する」の意味。「想像上の」の「上」と同じ。だから「物上代位」は「目的物に関する代位」くらいの意味。法律用語は日本語が崩壊してるね。

### 先取特権の概要

まず、「先取特権」というものは、「物権」のひとつですが、どんなカテゴリーに分類されるか概要を説明します。

まず、先取特権とは「法定担保物権」です。法定担保物権というのは、約束ではなく法律上当然に発生する担保物権です。担保物権とは「借金のカタ」の事です。

先取特権には「一般の先取特権」と「特別の先取特権」があります。特別の先取特権には「動産の先取特権」と「不動産の先取特権」があります。

一般の先取特権は「総財産を目的にする担保物権」で、特別の先取特権は「特定のモノ」を目的にする担保物権」です。

### 一般の先取特権

先取特権とは、文字通り「先取りできる特別な権利」です。何から何を先取りできるのか？

それは「債務者の総財産から、債権回収を先取りできる」という事です。

一般の先取特権は「総財産」、  
動産の先取特権は「特定の動産」、  
不動産の先取特権は「特定の不動産」から  
先取りできるという事になります。

民法には債権者平等の原則というものがありません。つまり本来であれば債権者というのは平等で、抜け駆けして自分だけが債権を先取りする事は認められないはずで

例えば甲が破産をして、甲の持っているすべての財産をかき集めたら 100 万円だったとします。甲に 100 万円を貸していた債権者が 4 人いたとします。この場合債権者 4 人で 25 万円ずつ平等に分け合うのが原則です。

この原則に従わずに、先取りできる特別な権利が先取特権という事です。つまり、この 4 人(一般債権者)と、先取特権のついた 100 万円の債権者がいたら、この債権者が 100 万円先取りして、残り 4 人は回収額 0 円で泣いてもらうしかない事になります。

では、どんな場合に先取特権が発生するのか？次の債権に先取特権が発生します。

先取特権の種類

1. 共益の費用
2. 雇用関係
3. 葬式の費用
4. 日用品の供給

(今日こそ日曜日=共雇葬日用び) □

となります。なおこの順番も重要で、そのまま優先順位となっています。つまり、「共益の費用の債権者」は「雇用関係の債権者」に優先します。

共益の費用とは何かといいますと、例えば不動産を競売にかける場合、裁判所に費用を予納しなければならぬのですが、そういった費用を建て替えた債権者が、売れたモノからまずその分(予納で払った分)を優先的に回収する事ができます。

雇用関係は給料です。倒産した会社から給料は優先的に払われるという社会政策配慮と考えられています。

葬式の費用は葬儀屋さんやお寺が債権者となります。ここら辺は資格試験の勉強をされている方にとっては深く考える必要はないと思います。(実際資格の受験用テキストにこれに関して言及しているものもないんじゃないでしょうか)

私の勝手な想像ですと、葬式という儀式や文化を重んじて、それをとり行う者の保護が目的だと思います。村八分にされても火事と葬式は手伝わるといいますからね。関係あるかわかりませんが...

日用品の供給は文字通りですが、私は日用品の供給についての債権というのがなかなかイメージしにくかったです。日用品の買い物って、だいたいその場で現金払いしか思いつかないので... まあ、日用品に関して売掛金を持っていたら先取特権があるよという事です。

**質権の概要**

質権は、物権の一つです。そして、質権は担保物権の一つです。質屋さんをイメージするとわかりやすいです。Aさんが、Bさんに対して10万円の貸金債権を有していたとします。その際に、Bさんの、ロレックスの腕時計に質権が設定されました。この場合、Aさんは、10万円の弁済を受けるまで、Bさんのロレックスの腕時計を占有することができますし、さらに、返済できなくなった場合には、そのロレックスの腕時計から優先的に弁済を受けることができます。つまり、自己の債権を確実に回収するための担保物権だということです。Bさんは、ロレックスの腕時計を返して欲しいから、必死で返済しようとするし、仮に返済できなくなったとしても、ロレックスの腕時計から優先的に弁済を受けることができるので、安心して金を貸すことができることとなります。

**不動産の先取特権**

次に掲げる原因によって生じた債権を有する者は、債務者の特定の不動産について先取特権を有する。

- 1、不動産の**保存**
- 2、不動産の**工事**
- 3、不動産の**売買**

まず、先取特権の大枠を確認しておきましょう。先取特権は、物権の中の一つでした。そして、物権の中でも担保物権の中の一つでした。さらに、担保物権の中でも法定担保物権（ほうていたんぼぶっけん）の一つです。抵当権のような約定担保物権（やくじょうたんぼぶっけん）ではありません。

**法定担保物権** = 一定の要件がそろえば法律上当然成立する担保権  
 担保物権 = 留置権、**先取特権**  
**約定担保物権** = 信用授受の媒介として、目的物所有者と債権者との間の設定契約によって成立する  
 = 質権、抵当権

「不動産工事の先取特権」は、工事によって生じた不動産の価格の増加が現存する場合にのみ行使することができるということです。工事をすれば、当然不動産の価値は上がります。しかし、時の経過とともにその価値はまた下がっていきます。ですから、先取特権を行使しようとする時点において、価値の増加が残存している部分についてのみ先取特権は成立するという事です。

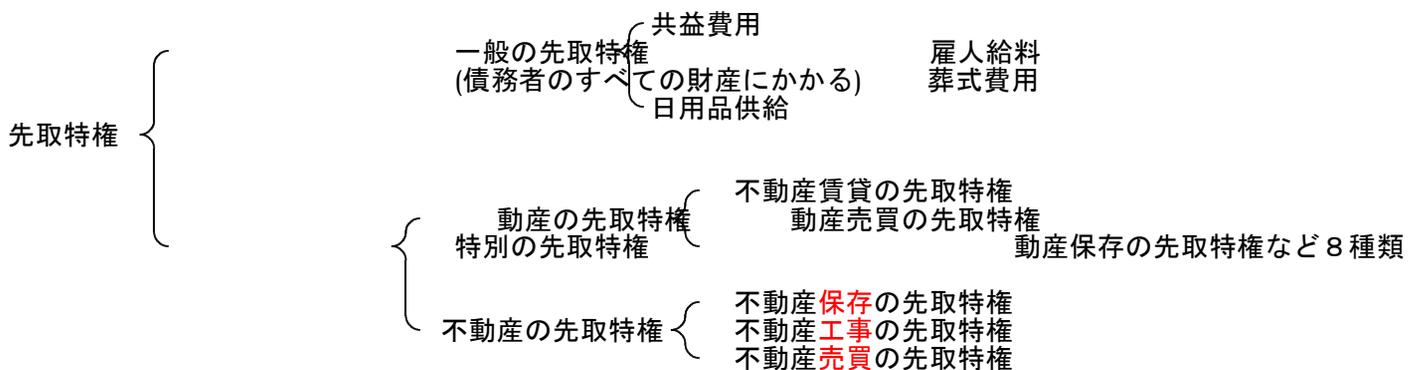
同一不動産に特別の先取特権が互いに競合する場合にはその優先権の順位は、

**不動産保存 > 不動産工事 > 不動産売買**

の順に従うことになっています(331条1項)。(⇒ 登記の先後によるというのは誤りです。) 不動産保存の先取特権が第一順位になっているのは、ほかの先取特権者も保存行為によって利益を受けると考えられているからです。

<b>保存</b>	不動産	保存行為完了後直ちに登記。(337条)	不動産の保存費の担保。 <b>不動産に関する権利の保存・追認・実行</b> のための費用の担保。
工事	不動産	工事前に費用の予算額を登記。(338条)	工事による不動産価額の増加が現存する場合に限り、増価額の範囲で認められる。
売買	不動産	売買契約と同時に登記。(340条)	不動産の売買代価と利息の担保

\* 「不動産に関する権利」とは「所有権」のこと。それを「保存する」とは登記すること。それにかかった費用を取り返すための担保権。「不動産保存」とは「**不動産に関する権利の保存**」。



先取特権とは、当事者が担保設定契約を締結しなくても特定の債権について当然に法定の担保物権として認められ、担保権の実行としての競売等より(不動産先取特権では担保不動産収益執行からも)債務者の財産から優先弁済を受けられ

る権利です。担保物権の附従性・随伴性・不可分性・物上代位性の全てを備えています。

AさんはBさんに100万貸している。Bさんがお金を返してくれないと困るので、債務者Bさんの車（価値は100万円）に対して、債権者Aさんの先取特権が成立しているとします。この場合、債権者であるAさんは、Bさんの車の価値である100万円の価値を把握しているということになります。

その後、乙さんは、車を丙さんに100万円で売却したとします。すると、甲さんは、車に対して先取特権を行使することができなくなるのです。

これは、あまりにも甲さんにとってはかわいそうですね。

そこで、甲さんは、乙さんが売却することによって受け取った100万円について先取特権を行使することができるのです。

これが、民法304条の物上代位といわれているものです。

担保物権の目的物が、「売却、賃貸、滅失、毀損」すると先取特権も消滅しますが、それでは債権者が害されるので、304条によって特に物上代位を認めているのです。

この304条は、他の担保物権でも準用されており、他の担保物権も物上代位が認められています。

担保物権というのは、物の交換価値を把握しているのですから、同じように趣旨が妥当するからです。

ただ、一点注意しないといけないことがあります。

それは、留置権には物上代位が認められないということです。

なぜなら、留置権というのは、物を留置して債務の弁済を促すことに本質があり、物の交換価値を把握しているわけではないからです。

この知識は、とても大事な知識ですが、よく忘れてしまう人が多いです。

法律系の資格試験にもよく出題されますが、留置権の本質と先取特権の本質を理解していれば、留置権には物上代位が認められないということはわかるはずですよ。

単に覚えるのではなく、理解して覚えれば忘れることはありません。

### 1. 共益の費用

甲さんが、乙さんに対して、1000万円の貸金債権を有していました。乙さんは、500万円の土地を有しており、他にめぼしい財産は有していませんでした。その後、乙さんは、丙さんに対して、その土地を10万円で売却してしまいました。このような場合、甲さんは、乙丙間の土地の売買契約を取り消すことができます。これを詐害行為取消権といい、424条で規定されています。

そもそも、なぜ、乙さんは、500万円もする土地を丙さんに10万円で売ったりするのでしょうか？これは、債務逃れのためです。乙さんは、甲さんに対して、1000万円の借金をしているにも関わらず、他にめぼしい財産を有していません。これは、債務超過の状態です。

つまり、いつ破産してもおかしくないような状態なのです。もし、乙さんは、金を返すことができなくなれば、500万円の土地を甲さんに差押えられて取られてしまいます。そこで、どうせ取られるなら、10万円でもいいから売ってしまえということになるわけです。もっと言えば、乙さんと丙さんはグルで、形だけ丙さんのものにして、後で返してもらおうということもできます。10万円で売るといっても立派な売買契約として成立します。

すると、土地の所有権は、丙さんに移転してしまいます。

こうなると、甲さんは、土地を差し押さえることができなくなってしまいます。なぜなら、土地は、債務者である乙さんのものではなく、全く関係のない丙さんのものになってしまうからです。このように、債務逃れをすることができてしまうわけです。でも、こんな事が許されるとすれば、債権者である甲さんはたまったものではありません。そこで、このような詐害的な行為がなされた場合、債権者はそれを取り消すことができるのです。ただ、詐害行為取消権を行使するには、裁判所に訴えてする必要があります。裁判所に訴えたとすると弁護士費用など、いろいろと費用がかかってきます。この費用が共益の費用というわけです。

### 宅建過去問徹底攻略

宅建スーパーWEBサイト

宅建超高速勉強術 公式ブログ

過去問徹底！宅建試験合格情報

平成17年度 問5 民法（物上代位）

物上代位に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。なお、物上代位を行う担保権者は、物上代位の対象となる目的物について、その払渡し（はらいわたし）又は引渡しの前に他の債権者よりも先に差し押さえるものとする。

- 1 不動産の売買により生じた債権を有する者は先取特権を有し、当該不動産が賃借されている場合には、賃料に物上代位することができる。
- 2 抵当権者は、抵当権を設定している不動産が賃借されている場合には、賃料に物上代位することができる。
- 3 抵当権者は、抵当権を設定している建物が火災により焼失した場合、当該建物が火災保険が付されていれば、火災保険金に物上代位することができる。
- 4 不動産に留置権を有する者は、目的物が金銭債権に転じた場合には、当該金銭に物上代位することができる。

解説

1. 民法328条 先取特権、民法304条1項 不動産賃料の物上代位

その通り。不動産保存の先取特権。「不動産保存」とは、不動産に関する権利を保存するための費用。「不動産の売買により生じた債権」とは「売買契約時の代金等の支払請求権、解約時の返還請求権、それらに付随して生じる損害賠償請求権など」で、これにかかった費用は優先的に取り戻せる。その不動産が賃貸しされている場合には、その賃料を担保として請求できる（物上代位）。

2. 民法371条 物上代位の対象

その通り。物上代位の対象としては、「保険金請求権・損害賠償請求権・売買代金・賃料」を覚えておけばよい。

3. 民法372条 物上代位の対象

その通り。目的物が火災で焼失した場合に抵当権設定者（目的物の持ち主）が火災保険金請求権を取得したら、「保険金請求権」に対して物上代位することができる。ただし、保険金がおりるまえに差し押さえなければならない。

4. 民法304条 物上代位性

誤り。担保物権のうち、留置権にだけは物上代位性がない。留置権は先取特権と同じ法定担保物権だけど、留置権は物を渡さずに（留置）して単に弁済を促す権利であって、その物をお金に換えて弁済に充てることはできないので、物上代位性はない。

平成22年度 問7 民法（債権者代位権）

民法第423条第1項は、「債権者は、自己の債権を保全するため、債務者に属する権利を行使することができる。ただし、債務者の一身に専属する権利は、この限りでない。」と定めている。これに関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。

1. 債務者が既に自ら権利を行使しているときでも、債権者は、自己の債権を保全するため、民法第423条に基づく債権者代位権を行使することができる場合がある。
2. 未登記建物の買主は、売主に対する建物の移転登記請求権を保全するため、売主に代位して、当該建物の所有権保存登記手続を行うことができる場合がある。
3. 建物の賃借人は、賃貸人（建物所有者）に対し使用収益を求める債権を保全するため、賃貸人に代位して、当該建物の不法占有者に対し当該建物を直接自己に明け渡すよう請求できる場合がある。
4. 抵当権者は、抵当不動産の所有者に対し当該不動産を適切に維持又は保存することを求める請求権を保全するため、その所有者の妨害排除請求権を代位行使して、当該不動産の不法占有者に対しその不動産を直接自己に明け渡すよう請求できる場合がある。

解説

1. 最判昭28.12.14 債権者代位権の構造

誤り。債権者代位権を使うときって言うのは、債務者本人に請求してもお金などの債権を支払ってもらえそうにない状態だから、その債務者が持つ他の債権から回収しようと言う時に使うものです。と言うことは、債務者本人が無資力状態で、かつ、債権の弁済期が来ていないと債権者代位権を行使することができないということがわかっていただけだと思います。設問は、債務者が何らかの権利を行使しているのですから、ひょっとしたらその権利を行使した結果、債務者にお金などが入って来るかも知れませんが、債務を返済できるように鳴る可能性があります。なのに、債権者だからと言って、その権利を横取りするような行為は許されません。よって、設問文は誤りです。

2. 大判大05.02.02 債権者代位権の転用

正しい。未登記の建物をダイレクトに、所有権移転登記はできません。こういう建物がここに「建てますよおー」と言う、「表示の登記」をして、その建物は、誰が建てたのかを示す、「保存登記」をして、はじめて「所有権移転登記」ができます。「表示の登記」は、登記官の職権で行うことが可能ですが、「保存登記」は、設問の売主がしなければいけませんし、「所有権移転登記」も、売主買主が共同し行わなければならない、本来登記ができないものです。ここでもし、売主が登記申請する以外に登記する方法がないとしたら、売主のやりたい放題で、最悪の売主でしたら二重売買とかしてしまいそうです。こういう事態を避けるため、非協力的な売主に対しては、設問のように、買主は売主に代位して所有権保存登記手続を行うことができます。

3. 最判昭29.09.24 債権者代位権の転用

正しい。これも難しく考えずに、現実的な状況をイメージして見ましょう。あなたがアパートを借りていたと仮定して、そのアパートに何者かが侵入していた場合、「出て行け！」と言いますよね。「ここは、俺（私）が借りているアパートだ！」って言いますよね。と考えると、問題文は正しいと判断できると思います。だから、「建物の賃借人が、賃貸人たる建物所有者に代位して、建物の不法占拠者に対しその明渡を請求する場合には、直接自己に対して明渡をなすべきことを請求することができる」わけです。

4. 最判平11.11.24 抵当権侵害に対する妨害排除

正しい。抵当権者は、債務者から債権を回収できないときは、その不動産を売ってその代金から債権を回収しようと考えて、その不動産に抵当権を設定しています。その不動産を売る段階になったとき、暴力団等の組員がその不動産に居座っていたら、あなたなら買いますか？買うとしても、その組員を追い出すためのお金の計算をして、その分を差し引いた金額でなければ、まず買わないと思います。これでは、抵当権者は債権の回収ができないということになるのです。ですから、抵当権者は目的不動産の価値を下げるような不法占有者に対しては、問題文のように、直接自己に明け渡すよう請求することができるのです。よって問題文は、正しいとなります。

平成15年度 問5 民法(物上代位)

Aは、B所有の建物に抵当権を設定し、その旨の登記をした。Bは、その抵当権設定登記後に、この建物をCに賃貸した。Cは、この契約時に、賃料の6カ月分相当額の300万円の敷金を預託した。この場合、民法の規定及び判例によれば、次の記述のうち正しいものはどれか。

1. Bが、BのCに対する将来にわたる賃料債権を第三者に譲渡し、対抗要件を備えた後は、Cが当該第三者に弁済する前であっても、Aは、物上代位権を行使して当該賃料債権を差し押さえることはできない。(登記)
2. Bの一般債権者であるDが、BのCに対する賃料債権を差し押さえ、その命令がCに送達された後は、Cが弁済する前であっても、Aは、物上代位権を行使して当該賃料債権を差し押さえることはできない。(登記)
3. Aが物上代位権を行使して、BのCに対する賃料債権を差し押さえた後は、Cは、Aの抵当権設定登記前からBに対して有している弁済期の到来している貸付金債権と当該賃料債権とを相殺することはできない。
4. Aが物上代位権を行使して、BのCに対する賃料債権を差し押さえた後、賃貸借契約が終了し建物を明け渡した場合、Aは、当該賃料債権について敷金が充当される限度において物上代位権を行使することはできない。(敷金に代位できない)

解説

1. 民法372条、民法304条1項 賃料に対する物上代位

誤り。まず、賃料の差し押さえは、弁済期の前後は関係ない。そして、これは次に、抵当権者は抵当権を実行する前でも、賃借人の賃料を差押えることができることを覚えておいてください。ただ、この問題では、その賃料債権を第三者に譲渡して、これでも差押えられるか?と聞いています。「賃借人の賃料を差押える」と言う抵当権者の行為については、賃料債権者(大家)がどんなに代わろうとも、差し押さえることができるという点に注目して欲しいのです。抵当権を設定している建物からの賃料は、抵当権者は差押えができるのですから、その賃料債権(大家)が第三者に移ったら、差押えができないとなる方が、不自然。だから、設問の様にAは物上代位権を行使して当該賃料債権を差し押さえることができる結論付けることができるのです。

2. 民法372条、民法304条1項 賃料に対する物上代位

誤り。一般債権者と言うのは、要は無担保でBにお金を貸した人と思ってください。抵当権者は、Bの建物を担保にお金を貸した人です。となると、ADどちらも、Bの債権者だとなります。このAD共にBの賃料債権をねらっていると言う設定ですから、何かで優越をつけて、決するよりないと思います。そのアイテムを探して、優越を付けてやれば良いということになります。では、まずAのアイテムから見ましょう。Aのアイテムは**抵当権**です。抵当権は、登記をしなければ第三者に対抗できませんから、この登記の日時が、Aのアイテムとなるでしょう。次にDのアイテムを見ます。Dは一般債権者ですから、Aのように登記と言うアイテムは持っていません。ですが、**賃料債権の差し押さえ命令書**があります。これがアイテムとなりそうです。では、このアイテム同士を比較して、優越を決めれば良いということになります。つまり、登記が先か、命令書送付が先かという話です。これは、抵当権設定登記が先に行われていますから、Aに勝ちだとなり、物上代位権を行使して当該賃料債権をAは、差し押さえることができるようになります。従って、記述は誤りだとなります。

3. 判例 支払差止債権と相殺

誤り。AがCが支払う賃料を差押えています。これは、どういうことかと言いますと、AがCに対して、その賃料はこっちによしなさいと言っているのと同じことです。この時、CがAにお金を貸していたら、あなたがCの立場になって考えてみてください。「じゃあ、あの時貸したお金とチャラね」って言いませんか?つまり、相殺しようと言うはずですが、不自然なことがありますか?ごく自然な、発想だと思えます。ですから、相殺は可能だと結論付けることができます。よって、記述は誤りです。但し、気をつけてもらいたいのが、例えば、BがCの賃料を差押えた後に、CがBに反対債権を取得しても、その反対債権では相殺できませんから、注意してください。「**抵当権設定登記前から有している債権**」じゃないと相殺できない。

4. 判例 物上代位と敷金

正しい。敷金と言うのは、Cが賃料を滞納した場合に備えて、BがCから預かってるお金だと考えてください。つまり、Cが賃料不払いの時には、Bはその敷金から補填して、賃料債権を消滅させると言うものです。ですから、Cの賃料不払いがなければ、預かっている敷金は、全額Cに返還されなくてはならないお金となります。これを踏まえて、記述を見ると、Aが物上代位して、Cの賃料債権を差押えています。敷金自体は、CがBに預けているお金ですから、本来は、Cのお金です。そのCのお金である敷金を、Bの債権者であるAが、差押えることはできません。差押えることができるのは、あくまでもCがBに支払うであろう賃料債権です。そして、この賃料債権をAが差し押さえた後に、**賃貸借契約が終了して、建物も引き渡しが終わっています**ので、CがBに支払う賃料はないということになります。(差押えの効果はここで終わっているのです。)0円の賃料債権をいくら差押えても、何の意味もありません。さて、問題は敷金から充当されるであろう不払い分の賃料債権です。ここでよく考えていただきたいのですが、Aが差し押さえをしたのは、CからBに支払われるお金、つまり家賃です。ですが、このお金は、先ほどもお話しした通り、賃貸借契約が終了して、建物も引き渡しが終わっていますので、CからBに支払うお金はありません。何がしたいかと言えば、敷金自体に差押えの効果がない以上、敷金から充当されるかも知れない不払い賃料についても効果が及ぶわけがないのです。Aが差し押さえているのは、CからBに渡されるお金なのです。敷金は、CからBに既に渡っているお金ですし、賃貸借契約が終了して、建物も引き渡しが終わっている時点では、逆にBからCに返還されるべきお金となっています。ですから、Aは、当該賃料債権について敷金が充当される限度において物上代位権を行使することはできないとなり、記述は、正しいとなります。但し、**不払い分の賃料>敷金**と言ったように、敷金では不払い賃料を補填しきれなかった場合は、その分の賃料をBはCに請求することになります。この場合については、CのBに対する賃料債権は残っていることとなりますから(CからBに支払われるお金だとなるから)、この部分についてはAの差し押さえの効果は、及びますので、物上代位権を行使することはできるとなります。

平成12年度 問3 民法（不動産賃貸の先取特権）

Aが、Bに賃貸している建物の賃料債権の先取特権に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。

1. Aは、賃貸した建物内にあるB所有の家具類だけでなく、Bが自己使用のため建物内に持ち込んだB所有の時計や宝石類に対しても、先取特権を有する。（賃料だけ）
2. Bが、建物をCに転貸したときには、Aは、Cが建物内に所有する動産に対しても、先取特権を有する。
3. Bがその建物内のB所有の動産をDに売却したときは、Aは、その代金債権に対して、**払渡し前に差押えをしないで**、先取特権を行使することができる。
4. AがBから敷金を預かっている場合には、Aは、賃料債権の額から敷金を差し引いた残額の部分についてのみ先取特権を有する。

解説

1. 民法313条2項 先取特権

正しい。建物の賃貸人の先取特権は、賃借人が建物に備え付けた動産について存在する。この「動産」には、B（賃借人）所有の家具類だけではなく、建物に持ち込んだ時計や宝石類なども含まれる（大判大03.07.04）。

2. 民法314条 先取特権

正しい。賃借権の譲渡・転貸の場合には、賃貸人の先取特権は、譲受人・転借人の動産にもおよぶ。譲渡人・転貸人が受けるべき金銭についても、同様である。したがって、A（賃貸人）は、C（転借人）が建物内に所有する動産に対しても先取特権を有する。

3. 民法304条1項但書 先取特権

誤り。問題文のポイントを見つけるコツを、少しお話しすると、「Aは、その代金債権に対して、先取特権を行使することができる。」で十分な文章であるにもかかわらず、わざわざ「払渡し前に差押えをしないで」という文章を入れたのか？ここに注目できれば、「物上代位」のことを思い出せると思います。考え方は、**お金には目印なんてついていないということです。一旦、Bの懐に入ったお金が、動産をDに売却した代金かどうかなんて誰にもわからない**ということです。ですから、Aは、Dが代金をBに支払う前に、その金は、こちらによこしなさいと言っておかないといけないことになるのです。つまり、「払渡し前に差押えをしておかないといけない」ということです。ですから、記述は誤りとなるのです。なお、BがDに売却して、引き渡した動産については、既に、Dの所有（動産の即時所有）となりますから、Aは、引き渡された動産について、先取特権は行使できません。

4. 民法316条 先取特権

正しい。敷金と言うのは、賃借人の債務の全部を担保するために、賃借人から賃貸人が預かっている金銭を言います。その敷金から未払い分の賃料等の賃料債権は、当然に、控除できるとなりますが、**敷金の額より、賃料債権の額が多ければ、その残額が、賃料債権として残る**ことは、わかっていただけだと思います。そして、不動産賃貸の先取特権は賃料債権のみ、なので、「残額の部分についてのみ先取特権を有する」とする記述は、正しいとなります。

平成7年度 問5 民法（債権者代位権）

債権者代位権に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。

1. Aが妻Bに不動産を贈与した場合、Aの債権者Cは、Aの夫婦間の**契約取消権**を代位行使することができる。
2. DのEに対する債権の弁済期が到来していない場合、自己の債権を保全するため、Dは、裁判上の代位によりEのFに対する**債権を行使**することができる。
3. 土地がGからH、HからIへと譲渡された場合において、登記がなおGにあるときは、Iは、HのGに対する**登記請求権**を代位行使することができる。
4. Jの所有地をKが賃借している場合において、Lが不法占拠したときは、Kは、Jの所有権に基づく**妨害排除請求権**を代位行使することができる。

解説

1. 民法423条1項但書 夫婦間の契約取消権の代位行使

誤り。あなたが、妻Bだとして、記述のように旦那の債権者なる者が現れて、不動産の贈与が取り消されたりしたら、どう思いますか？夫婦喧嘩で済めばいいですが、離婚の原因にもなりかねません。そのような原因を作ってしまうことを、民法で容認するでしょうか。ですから、記述は代位行使できないのです。きちんと解説すると、夫婦間のABの契約は、ABでしか契約できない「一身に専属する権利」と解されているため、民法423条1項の但書の適用で、債権者代位はできないとなっています。

2. 民法423条2項 裁判上の代位

正しい。債権者代位権を行使するためには、原則として債権の**弁済期が到来している**ことが必要である。ただし、**裁判上の代位と保存行為**は例外であり、弁済期前でも、債権者代位権を行使することができる。設問のDは、裁判上の代位をするのだから、弁済期が到来していなくても、債権者代位権を行使することができる。なぜなら、「裁判上の代位」とは、債権者が裁判所の許可を得て、弁済期が到来していない債権を被担保債権として代位権を行使することを指します。弁済期が到来していないは意味がないわけです。

3. 判例 登記請求権の代位

正しい。G→H→Iと譲渡されています。Iは、本来、登記を早く、自分に直接登記を移転しろ！と言える立場です。ただ、不動産登記法では、登記は**物権変動の過程を忠実に公示**する必要があるとされているため、原則として中間省略登記（Hを飛ばしてIに移転登記すること）は禁止となっています。ですから、Hが何も動いてくれないようなら、IがHに代位して、G→Hの移転登記の代位を認めてやらないと、Iは移転登記を受けられないばかりか、所有権も失ってしまう可能性があります。従って、Iは、HのGに対する登記請求権を代位行使することができるとなります。なお、本来、債権者代位は、被保全債権が**金銭債権**である必要があり、代位の要件の一つとして、**債務者の無資力**である必要がありますが、所有権などの移転登記請求権を代位する場合は、その例外として、被保全債権が金銭債権でなくとも、また、債務者が無資力でなくとも構わないとなっています。

4. 判例 妨害排除請求権

正しい。これも、債権者代位権行使の例外です。本来、妨害排除請求権は、所有権の円満な状態が妨害されている場合に所有者が妨害者に対し、物の返還、妨害の排除及び妨害の予防を請求するというものです。所有者から賃借して土地を占有しているにすぎない賃借人は行使することができないのが原則です。ですが、例えば、あなたが駐車場を借りているとします。その借りている駐車場に、誰か他の車が停まっていたら、その車をどかすために警察に電話したりして、無断駐車車を排除しようとするのが、ごく自然なことだと思います。ですから、判例においても、賃借人Kは、Jの所有権に基づく妨害排除請求権を代位行使することができるとしているのです。なお、この場合も賃借人Jの**無資力要件は不要**とされています。

平成22年—問7—

平成17年—問5—

平成15年—問5—

平成12年—問3—

平成7年—問5—

平成19年度 問7 民法（担保物権）

担保物権に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

- 1 建物の建築工事の費用について、当該工事の施工を行った者が先取特権を行使するためには、あらかじめ、債務者である建築主との間で、先取特権の行使について合意しておく必要がある。
- 2 建物の賃借人が賃貸人に対して造作買取代金債権を有している場合には、造作買取代金債権は建物に関して生じた債権であるので、賃借人はその債権の弁済を受けるまで、建物を留置することができる。
- 3 質権は、占有の継続が第三者に対する対抗要件と定められているため、動産を目的として質権を設定することはできるが、登記を対抗要件とする不動産を目的として質権を設定することはできない。
- 4 借地人が所有するガソリンスタンド用店舗建物に抵当権を設定した場合、当該建物の従物である地下のタンクや洗濯機が抵当権設定当時に存在していれば、抵当権の効力はこれらの従物に及ぶ。

解説

1. 民法303条 先取特権の行使

誤り。先取特権は留置権と同じ法定担保物権で、当事者の合意（約定）がなくても法律上当然成立する物。

2. 借地借家法33条 造作買取請求権

誤り。造作買取請求権は建物に関してではなく、造作に関して生じた債権なので、物（ここでは建物）との牽連性（けんれんせい＝関連性）がなく留置権は行使できない。つまり、造作物のエアコンとか建具を留置するなら分かるけど、建物自体を留置することはできない。同様に、敷金返還請求権に基づいて建物を留置することはダメ。建物の明け渡しと敷金の返還とは同時履行の抗弁権がないから。

3. 民法361条 質権の設定

誤り。質権の設定は、不動産にも設定できます。質権の設定は、債権者にその目的物を引き渡すことによって、その効力を生じるのですから、不動産も引き渡せばいいことになります。よって、問題文は誤りとなります。なお、質権の第三者に対する対抗要件は、動産の場合は質物の占有ですが、不動産の場合は、登記となります。ですから、質権が設定されている不動産の占有を失ったとしても、登記さえあれば、第三者に対抗することができます。質権と抵当権の違いをよく聞かれますが、質権は目的不動産を、債権者に引き渡してが必要のため、債務者はその不動産を使用収益することができません。これに対して、抵当権は、目的不動産の引き渡しを要しませんから、債務者が使用収益できるという点が違うところです。

4. 判例 抵当権の効力が及ぶ範囲

その通り。抵当権の効力は、その設定時に存在した従物にも及ぶ。（判例）

【参考】肢4のもとになった判例は、ガソリンスタンド用店舗建物に設定した抵当権の効力が、建物の4倍以上の価値のある地下タンクにおよぶのかどうか争われた。結論は、従物のほうが高価であっても、主物の抵当権の効力は従物に及ぶ、となった。

造作買取請求権

造作（ぞうさく）とは建物に設置された物で取り外しが簡単なものをさします。例えば、「畳、建具、エアコン」などがあり、造作は賃借人の所有となります。それゆえ、賃貸人の同意を得て付加した造作については賃貸借が終了する時に、賃貸人に対して、「このエアコン買い取ってよ！」と請求することができます。これを造作買取請求と言います。

平成 21 年度 問 5 民法 (担保物権)

担保物権に関する次の記述のうち、民法の規定によれば、正しいものはどれか。

- 1 抵当権者も先取特権者も、その目的物が火災により焼失して債務者が火災保険請求権を取得した場合には、その火災保険金請求権に物上代位することができる。
- 2 先取特権も質権も、債権者と債務者との間の契約により成立する。
- 3 留置権は動産についても不動産についても成立するのに対し、先取特権は動産については成立するが不動産については成立しない。
- 4 留置権者は、善良な管理者の注意をもって、留置物を占有する必要があるのに対し、質権者は、自己の財産に対するのと同じ注意をもって、質物を占有する必要がある。

正解

1. 民法 303 条 先取特権、民法 304 条 物上代理  
その通り、物上代位は担保物権の通有性。留置権のみない。ただし、抵当権者や先取特権者が火災保険金に物上代位する場合、保険金が債務者に支払われる前に差し押さえないといけない。
  2. 民法 303 条 先取特権  
誤り。先取特権は債権が発生すれば民法（法律）上当然に与えられる特権（法定担保物権）。だから、当事者間の契約によって成立するわけではない。一方、質権は当事者間の合意と目的物の引渡によって成立する担保権（約定担保物権）。
  3. 民法 325～328 条 留置権と先取特権  
誤り。留置権も先取物権も、動産にも不動産にも成立する。留置権なら、動産の場合「修理代金を支払わないなら時計は返さない」と言える権利。不動産の場合「借主のした屋根の修理代金を返してくれるまでは貸家を貸主に引き渡さない！」と言える権利。先取特権なら、動産の場合「種や肥料の代金を出さないのなら収穫物の売り上げから返してもらおうよ」と言う権利。不動産なら「建築費を出さないのなら売上代金から返してもらおうよ」という権利。
  4. 民法 298 条 1 項、留置権、350 条 質権準用  
誤り。留置権者、質権者ともに「善管注意義務」を負う。
- 【参照】 担保物権の種類と通有性（共通性）

		法定担保物権		約定担保物権	
		留置権	先取特権	質権	抵当権
目的物の占有		占有型	非占有型	占有型	非占有型
付従性・随伴性・不可分性		○	○	○	○
優先弁済権・物上代位性		×	○	○	○
対象物	不動産	○	○	○	○
	動産	○	○	○	×

- \* 占有型＝他人の物を預かってしまい、他人が使えない状態
- \* 非占有型＝他人が自由に使える状態
- \* 担保物権のうち、留置権にだけは物上代位性がない。留置権は先取特権と同じ法定担保物権だけど留置権は物を渡さずに（留置）して単に弁済を促す権利であって、その物をお金に換えて弁済に充てることはできないので、物上代位性はない。

平成 25 年度 問 4 民法 (留置権)

留置権に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

1. 建物の賃借人が賃貸人の承諾を得て建物に付加した造作の買取請求をした場合、賃借人は、造作買取代金の支払を受けるまで、当該建物を留置することができる。
2. 不動産が二重に売買され、第 2 の買主が先に所有権移転登記を備えたため、第 1 の買主が所有権を取得できなくなった場合、第 1 の買主は、損害賠償を受けるまで当該不動産を留置することができる。
3. 建物の賃貸借契約が賃借人の債務不履行により解除された後に、賃借人が建物に関して有益費を支出した場合、賃借人は、有益費の償還を受けるまで当該建物を留置することができる。
4. 建物の賃借人が建物に関して必要費を支出した場合、賃借人は、建物所有者ではない第三者が所有する敷地を留置することはできない。

解説

1. 借地借家法 33 条 1 項 留置権

誤り。留置権が成立するためには、「物に関して生じた債権」であることが必要である（物と債権の牽連[けんれん]性）。設問では、建物が「物」であり、造作買取請求権が「債権」にあたる。造作買取請求権（借地借家法 33 条 1 項）は造作について生じた債権に過ぎず、建物に関して生じたものではない（最判昭 29.01.14）。つまり、物と債権との間に牽連性がない。したがって、賃借人は建物を留置することができない（最判昭 29.07.22）。

2. 借地借家法 33 条 1 項 留置権

誤り。目眩まし問題文、つまり当事者間の関係が明示されていない。二重売買で「第 1 買主」が先に登記をし、「第 1 買主は当該不動産を留置」とあるので、第 1 買主は不動産の引渡を受けていると解釈できる（でも、書いてない！）。先ず、所有権もないのに当該不動産物権に住んでる「第 1 買主」がおかしい。それに、損害賠償請求は所有権を登記しているのにそこに住めない「第 2 買主」が売主に起こすもので「第 1 買主」がすることじゃない。

3. 民法 295 条 2 項 不法行為によって開始された占有

誤り。「賃借人の債務不履行により解除された後」とあるので、占有が不法行為によって始まっていることが分かる。だから、賃借人は有益費を返してくれるまでは建物を留置するなどと言う権利はない。

4. 借地借家法 33 条 1 項 留置権

その通り。これも目眩まし。必要費は建物生じる債権で敷地とは無関係。だから、必要費を返してくれるまで敷地を留置することはできない。（別解）複雑に問題を作っていますが、要は、建物所有者と土地所有者が違う場合のことを言っています。このような場合も肢 1, 肢 3 と同様で、必要費と引き換えに不動産の明け渡しは請求できません。 よって問題文は正しいです。

必要費

物権を保存・管理するための費用で、現状の建物価値を維持するための費用です。

例) 雨漏りの修繕、備付け給湯器、エアコンなどの修繕

有益費

物件の価値を増加させる費用です。

例) クロスの張り替え、トイレのウォシュレットへの変更

平成23年度 問7 民法(転貸借)

Aは、Bに対し建物を賃貸し、Bは、その建物をAの承諾を得て(承諾転貸) Cに対し適法に転貸している。この場合における次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。

- 1 BがAに対して賃料を支払わない場合、Aは、Bに対する賃料の限度で、Cに対し、Bに対する賃料を自分に直接支払うよう請求することができる。
- 2 Aは、Bに対する賃料債権に関し、Bが建物に備え付けた動産、及びBのCに対する賃料債権について先取特権を有する。
- 3 Aが、Bとの賃貸借契約を合意解除しても、特段の事情がない限り、Cに対して、合意解除の効果を対抗することができない。
- 4 Aは、Bの債務不履行を理由としてBとの賃貸借契約を解除するときは、事前にCに通知等をして、賃料を代払いする機会を与えなければならない。

解説

1. 民法613条1項 転貸借(てんたいしゃく)

その通り。転借人Cさんは所有者(賃貸人)Aさんに対して直接義務を負う。だから『賃貸人Aは、賃借人Bに対する賃料の限度で、転借人Cに対し、賃料を直接自分に払うよう請求することができる。』つまり、賃借人Bから賃貸人Aに支払われる賃料と、転借人Cから転貸人(=賃借人)Bに支払われる賃料のいずれか低い額をAに支払わないといけない。

2. 民法312~314条 先取特権

その通り。Bさんが賃料を支払わない場合、AさんはBさんが取り付けたエアコンや、CさんがBさんに払う賃料から優先的に回収できる。

3. 民法612条 合意解除と転借人

その通り。承諾転貸の場合には、AB間の契約が解除されたからと言って、それがBC間の契約にまで及ぶとCさんがかわいそう。だから、合意解除の効力は転借人Cさんには及ばない。Cさんが信義則に違反する場合は別。

4. 民法541、612、613条 債務不履行解除と転借人

誤り。肢1のとおり、AはBが賃料を支払わないときは、転借人のCからとることができるけど、「できる」のであって、しなければならないわけではない。権利であって義務ではないと判例はいつている。

【参照】賃貸借が終了すると、転貸借はどうなるか

転貸借(てんたいしゃく)

所有者(A)から目的物を借りた賃借人=ちんしゃくにん(B)が、それを第三者(転借人=てんしゃくにん(C))に使用収益させることをいう。いわゆる「また貸し」であり、賃借権の譲渡は転貸借とはいわない。

転貸借されてもAB間の賃貸借関係は残る。CはAとの契約関係はないが、Aに対して直接に賃料の支払い等の義務を負う。転貸借には、Aの承諾が必要で、これに反して転貸借がなされた場合には、AはAB間の契約を解除できるし、Cに対して目的物の引渡しを請求できる。

承諾転貸(しょうだくてんたい)

所有者(原賃貸人=げんちんたいにん)Aさんの承諾のある転貸借を承諾転貸と呼ぶ。その場合、転借人(てんしゃくにん)Cさんは転貸借の効果も所有者Aさんに主張できる。つまり、所有者Aさんが目的物を返せと主張しても、転貸借契約があるから目的物を継続使用することができるし、転貸借契約があるから所有者AさんはB(原賃借人=げんちんしゃくにん)さんとの源賃貸借契約を解除できない。でも、転貸借人CさんはBさんの源賃貸借契約を超えるような主張はできない。

さらに、転借人Cさんは所有者Aさんに対しても賃貸借契約上の義務と責任を負う。だから、Cさんが目的物の利用について義務違反があったら、CさんはAさんに対しても義務・責任がある。もし賃貸人Bさんが賃料を支払わなかったら、転貸人Cさんから賃料の支払いを請求できる。CさんがBさんに賃料を支払っていたとしても、CさんはAさんの請求を拒絶できない。ただし、AさんがCさんに請求できるのは、原賃貸借契約の賃料。それよりも転貸借契約の賃料が高額だったとしてもそれを請求することはできない。

ただし、目的物が宅地建物である場合には、転貸借に関して特別の取扱いがされている。つまり、

1. Aの承諾がない場合であっても、当事者間の信頼関係が壊されない限りAの契約解除を許さない(判例による)
2. 借地の転貸借について、裁判所がAの承諾に代わって許可を与えることができる
3. Aが承諾しない場合、Bに対して建物買取請求権、造作買取請求権を与えるという特例である。

なお、賃借権を第三者に譲渡する場合も、転貸借と同様に目的物の所有者の承諾が必要で、宅地建物についての承諾に関して特例があるのも同じである。

平成28年度 問7 民法（賃貸・不法行為）

A（借主）がB（大家）から賃借する甲建物に、運送会社C（社長）に雇用されているDが居眠り運転するトラックが突っ込んで甲建物の一部が損壊した場合（以下「本件事故」という。）に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはいくつあるか。なお、DはCの業務として運転をしていたものとする。

ア. AはBに対し、甲建物の滅失した部分の割合に応じ、**賃料の減額**を請求することができる。（民法は借主の味方）

イ. Aは、甲建物の残りの部分だけでは賃借した**目的を達することができない**場合、Bとの賃貸借契約を解除することができる。（○）

ウ. Cは、使用者責任に基づき、Bに対して本件事故から生じた損害を賠償した場合、Dに対して求償することができるが、その範囲が信義則上相当と認められる限度に制限される場合がある。（○）

1. 一つ
2. **二つ**
3. 三つ
4. なし

解説

ア. 民法611条1項 賃借物の一部滅失による賃料の減額請求等

正しい。賃借物の一部が賃借人の過失によらないで滅失したときは、賃借人は、その滅失した部分の割合に応じて、賃料の減額を請求することができる。

イ. 民法611条2項 賃借物の一部滅失による賃料の減額請求等

正しい。賃借物の一部が賃借人の過失によらないで滅失した場合において、残存する部分のみでは賃借人が**賃借をした目的を達することができない**ときは、賃借人は、契約の解除をすることができる。

ウ. 民法715条3項 使用者の被用者に対する求償

正しい。使用者責任に基づき、使用者が被害者に対して損害を賠償した場合、使用者は被用者に対して求償権を行使することができる。求償できる範囲は、損害の公平な分担という見地から信義則上認められる限度とされている（最判昭51.07.08）。

平成28年度 問8 民法（転賃借）

AがBに甲建物を月額10万円で賃貸し、BがAの承諾を得て甲建物をCに適法に月額15万円で転賃している場合における次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、**誤っている**ものはどれか。

1. Aは、Bの賃料の不払いを理由に甲建物の賃貸借契約を解除するには、Cに対して、賃料支払の催告をして甲建物の賃料を支払う機会を与えなければならない。（義務じゃない）

2. BがAに対して甲建物の**賃料を支払期日になっても支払わない**場合、AはCに対して、賃料10万円をAに直接支払うよう請求することができる。

3. AがBの**債務不履行**を理由に甲建物の賃貸借契約を解除した場合、CのBに対する賃料の不払いがなくても、AはCに対して、甲建物の明渡しを求めることができる。

4. AがBとの間で甲建物の賃貸借契約を**合意解除**した場合、AはCに対して、Bとの合意解除に基づいて、当然には甲建物の明渡しを求めることができない。

解説

1. 民法541条。最判昭37.03.29 債務不履行解除と転借人

誤り。これは、本来であれば記述のようにCに賃料を代払いする機会を与えてやった方が、わたしはいいと思うのですが、判例は、その必要なしと言うことです。Bに賃料の不払いがあれば、**Bに対して催告**すればそれだけでよく、それでもBが従わない場合には、AB間の賃貸借契約はAの意思で強制的に解除することができます。そして、強制的に解除になった場合は、転借人Cに対しても、その効果が及ぶことになり、Cは建物を明け渡さなければいけないということになるのです。この考え方は、**Aの賃貸借契約を解除する**と言う権利は、**第三者が犯すことのできない権利**だから、Cもそれに従いなさいという超有名な判例です。

2. 民法613条1項 転賃借の効果

正しい。賃借人が適法に賃借物を転賃したときは、転借人は、賃貸人に対して直接に義務を負う。したがって、賃貸人は転借人に対して直接に賃料を請求することができる。請求できるのは賃借料の範囲である10万円で、転借料全額15万円を請求できるわけではない。本肢では、賃貸人Aは転借人Cに対して、賃借料（10万円）の範囲で賃料の直接支払いを請求することができる。

3. 判例 債務不履行解除と転借人

正しい。肢1で解説しましたが、賃貸人Bの債務不履行を理由に賃貸借契約が解除された場合、その効果は、転借人Cにも及びます。ですから、CのBに対する賃料の不払いがなくても、賃貸人AはCに対して、甲建物の明渡しを求めることができます。なお、**Cの転賃借契約を終了させるのも、継続させるのも、賃貸人Aの選択**となります。ですから、Aが甲建物の明渡しを求めたときに、**転賃借契約は終了**となりますので、押えておいてください。

4. 判例 合意解除と転借人

正しい。賃貸人（家主）Aは、Cへの転賃借を承諾して貸しているのですから、AB間の賃貸借解除がBC間の解除にまで及んでは、適法に転賃借しているCがかわいそうだと思いませんか？ですから、記述のような**合意解除**の場合には、転借人Cまでは及ばないとなります。以下はセットで確実に暗記しておいてください。「**賃借人Bの債務不履行によるAB間の賃貸借契約の解除は、転借人Cにも及ぶが、AB間の合意による賃貸借契約の解除は、転借人Cには及ばない**」

平成27年度 問9 民法（転貸借）

土地の転貸借に関する次の1から4までの記述のうち、民法の規定、判例及び下記判決文によれば、誤っているものはどれか。

（判決文）

土地の賃借人が賃貸人の承諾を得ることなく右土地を他に転貸しても、転貸について賃貸人に対する背信行為と認めるに足りない特段の事情があるため賃貸人が民法第612条第2項により賃貸借を解除することができない場合において、賃貸人が賃借人（転貸人）と賃貸借を合意解除しても、これが賃借人の賃料不払等の債務不履行があるため賃貸人において法定解除権の行使ができるときにされたものである等の事情のない限り、賃貸人は、転借人に対して右合意解除の効果を対抗することができず、したがって、転借人に対して賃貸土地の明渡しを請求することはできないものと解するのが相当である。

1. 土地の賃借人が無断転貸した場合において賃貸人に対する背信行為と認めるに足りない特段の事情があるため賃貸人が無断転貸を理由に賃貸借契約を解除できないときであっても、賃貸借契約を合意解除したときは、賃貸人は転借人に対して賃貸土地の明渡しを請求することができる。（合意解除ならできない）

2. 土地の賃貸人が転貸借について承諾を与えた場合には、賃貸人は、無断転貸を理由としては賃貸借契約を解除することはできないが、賃借人と賃貸借契約を合意解除することは可能である。（合意だからできる）

3. 土地の賃借人が無断転貸した場合、賃貸人は、賃貸借契約を民法第612条第2項により解除できる場合とできない場合があり、土地の賃借人が賃料を支払わない場合にも、賃貸人において法定解除権を行使できる場合とできない場合がある。（債務不履行なら解除できる）

4. 土地の賃借人が無断転貸した場合、転借人は、賃貸人と賃借人との間で賃貸借契約が合意解除されたとしても、賃貸人からの賃貸土地の明渡し請求を拒絶することができる場合がある。（明渡し拒絶できる）

解説

1. 民法第612条第2項 合意解除と転借人

誤り。無断転貸を理由に解除ができないのだけれど、賃貸人が賃借人と賃貸借を合意解除した場合も、転借人に対して解除を対抗することができず、転借人に対して明渡しを請求することはできない。これ、判決文は読まない方がいいね。

設問は、「賃貸人は転借人に対して賃貸土地の明渡しを請求することができる」としており、判決文と全く逆の結論になっている。

2. 民法第612条第2項 転貸借と解除

正しい。上記条文の2項をそのまま、引用すれば賃貸人に無断で転借すれば、賃貸借契約は解除できるように思われますが、平成21年（問12肢1）の過去問でも解説しましたように、判例（問題の判例ではない）は、賃借人に背信的行為と認めるに足りない特段の事情があるときでなければ、賃貸人は、賃貸借契約を解除することはできないとハードルを上げているため、賃貸借契約の解除ができる場合とできない場合に別れることとなります。掲示されている判例文も「背信行為」「合意解除」と言う記述があり、同様の趣旨が書かれています。また、賃借人の債務不履行についても、当事者間の信頼関係を破壊したと言える程度の債務不履行がなければ、その契約を解除することはできないとなっており、こちらも法定解除権を行使できる場合とできない場合があることとなります。従って、記述は正しいとなります。

3. 民法第612条第2項 転貸借と解除

正しい。上記条文の設問2参照。

4. 民法第612条第2項 転貸借と解除

正しい。設問は、まったく判決文の要約になっている。

平成27年度 問3 民法（賃貸借と使用貸借の比較）

AB間で、Aを貸主、Bを借主として、A所有の甲建物につき、①賃貸借契約を締結した場合と、②使用貸借契約を締結した場合に関する次の記述のうち、民法の規定によれば、誤っているものはどれか。

1. Bが死亡した場合、①では契約は終了しないが、②では契約が終了する。
2. Bは、①では、甲建物のAの負担に属する必要費を支出したときは、Aに対しその償還を請求することができるが、②では、甲建物の通常必要費を負担しなければならない。
3. AB間の契約は、①では諾成契約であり、②では要物契約である。
4. AはBに対して、甲建物の瑕疵について、①では担保責任を負う場合があるが、②では担保責任を負わない。

解説

1. 民法599条 使用貸借：相続

正しい。①賃貸借契約＝例えば、ご主人が借主で、夫婦でアパートに住んでいたとしましょう。ご主人が亡くなったら、賃貸借契約が終了するとなると、残された奥さんはアパートから出て行かなくてはいけなくなってしまいます。これは、奥さんが可愛そうだと大多数の方が思うことでしょう。法も、同様にそれは可愛そうだと考え、賃借人に相続人がいれば、賃借権は相続人に承継され賃貸借契約は、当然には終了しないことになっています。従って、記述は正しいです。

②使用貸借契約＝使用貸借とは、タダで物を借りることを言います。貸す方からすれば、タダで物を貸しているのですから、借主に対して昔世話になったなどと言った強固な信頼関係がなければ、タダで物を貸すようなことはしないと思います。貸主としては、借主に恩義などを感じているのですから、その借主が亡くなれば、使用貸借を続ける義理はなくなると理解していただけたらと思います。ですから、借主が亡くなれば、使用貸借は終了するとなり、記述は正しいとなります。

2. 民法608条1項 賃借人による費用の償還請求

正しい。民法上、必要費とは目的物の保存・管理・維持に必要とされる費用を言います。これに対して、有益費と言うのがありますが、こちらは目的物の価値を増加させる費用のことを言います。①賃貸借契約＝目的物の保存・管理・維持に必要な費用は、本来、所有者である貸主が負担する費用です。なぜなら、貸主にとって目的物は、商品です。その商品をいいコンディションしておくことは、当たり前話ですね。ですから、その必要費を借主が負担したのなら、本来負担すべき貸主に請求することはごく自然なことです。従って、記述は正しいとなります。②使用貸借契約＝これも、常識的に考えれば答えは出てきます。本来、必要費は、所有者が負担するのが原則です。その目的物が、家屋などの消耗品であれば、経年変化で価値は下がっていきます。その価値を維持するために、所有者は必要費を支出するのですが、使用貸借の場合、タダで物を貸している上に、必要費まで所有者に背負わせるのは、可哀そうですね。ですから民法では、タダで物を借りているのですから、必要費ぐらい借主さん払いなさいよとなっているのです。従って、記述は正しいです。

3. 民法601条、民法593条 使用貸借：要物契約

正しい。賃貸借は、当事者の一方がある物の使用及び収益を相手方にさせることを約し、相手方がこれに対してその賃料を支払うことを約することによって、その効力を生ずる。つまり、賃貸借契約は、**当事者の合意のみで成立する（諾成契約）**。契約の成立にあたって目的物の引渡しは必要ないし、書面により契約を締結する必要もない。これに対し、使用貸借は、当事者の一方が無償で使用及び収益をした後に返還をすることを約して相手方からある物を受け取ることによって、その効力を生ずる。つまり、契約の成立には、**物の引渡しが必要である（要物契約）**。

4. 民法559条 使用貸借：貸主の担保責任

誤り。①賃貸借契約＝設問2で解説しましたが、必要費については、借主は負担しません。と言うことは、目的物に欠陥があっても、修補するのは所有者たる貸主の負担となりますので、瑕疵担保と言う概念ではなく、**修補義務**となりますので欠陥の修補に関しては貸主が瑕疵担保責任を負うと言ったことはございませんが、修補しても目的が達せられない等の場合については、貸主は瑕疵担保責任を負いますから、記述は正しいと判断しました。②使用貸借契約＝タダで物を借りているのに、「欠陥があるから直せ」と言われたらあなたならどうしますか？ □わたしなら、「いやなら、借りるなよ」って反撃したくなりますね。タダで物を借りてて、瑕疵がどうだなんて勝手によ過ぎと言うものです。ですから、使用貸借には、原則、瑕疵担保責任はございません。但し、**貸主が瑕疵の存在を知っていて、借主に告げずにいた場合は、当然に瑕疵担保責任を負う**こととなりますので、記述の担保責任を負わないと言い切るのは、誤りだと判断します。

平成26年度 問7 民法（賃貸・転貸借）

賃貸人Aから賃借人Bが借りたA所有の甲土地の上に、Bが乙建物を所有する場合における次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。なお、Bは、自己名義で乙建物の保存登記をしているものとする。

1. BがAに無断で乙建物をCに月額10万円の賃料で貸した場合、Aは、借地の無断転貸を理由に、甲土地の賃貸借契約を解除することができる。（できない）
2. Cが甲土地を不法占拠してBの土地利用を妨害している場合、Bは、Aの有する甲土地の所有権に基づく妨害排除請求権を代位行使してCの妨害の排除を求めることができるほか、自己の有する甲土地の賃借権に基づいてCの妨害の排除を求めることができる。
3. BがAの承諾を得て甲土地を月額15万円の賃料でCに転貸した場合、AB間の賃貸借契約がBの債務不履行で解除されても、AはCに解除を対抗することができない。（できる）
4. AB間で賃料の支払時期について特約がない場合、Bは、当月末日までに、翌月分の賃料を支払わなければならない。

解説

1. 民法612条1. 2項、判例 借地上の建物の賃貸

誤り。記述は、転貸のように見えますが、これは転貸ではありません。なぜなら、AB間の契約は甲地の賃貸借、BC間の契約は乙建物の賃貸借だからです。乙建物は、B所有の建物なので、何をしようが文句を言われる筋合いはございません。ただ、乙建物をCに賃貸させると言うことは、事実上、その敷地である甲土地もCに使用収益させるから転貸になるじゃないか？と考えると思いますが、判例では、転貸に当たらないとしています。これは、賃貸人が賃借人に対して、借地の上に建物を建築所有して、土地を利用することを認めている以上、賃借人がその建物に居住しようが、第三者に賃貸して利用させようが、土地の使用法としては何の問題もなく、両者の信頼関係を損なうものではないとの判断によります。従って、記述は借地の無断転貸を理由に甲土地の賃貸借契約を解除することは、できないとなり、誤りです。但し、借地権と借地上の建物を第三者に譲渡することは、賃貸人が予想する利用範囲を超えていると判断され、無断譲渡を理由に賃貸借契約は解除される可能性があります。

2. 民法423条1項、判例 借地権の対抗要件、債権者代位権の転用

正しい。これは、難しく考えずに、あなたが賃借人Bになって考えれば、記述は、正しいと判断できると思います。Cは不法占拠者です。不法なので、犯罪者と同じだと考えれば、Bはどんな方法（法の範囲内）を取っても、許されると思いませんか？ですから、記述は正しいとなります。

3. 判例 債務不履行解除と転借人

誤り。転貸借と言うのは、原契約があってこそ、成立するものですから、原契約がなくなれば、転貸借もなくなると考えるのが、自然ですね。だから、記述はAはCに解除を対抗することができるとなり、誤りとなります。記述は、対抗できるかを訊いているだけですから、ここまで構わないのですが、転貸借の終了の時期を問われた場合、賃貸人が転借人に対して目的物の返還を請求した時に、転貸借は終了するので、原契約が債務不履行で解除となっても、転貸借は当然には、解除とならないという点を覚えておいてください。また、転借人に何の問題がないのに、原契約を合意解除しても、転貸借は終了しませんので、こちらも合わせて覚えておいてください。

4. 民法614条 賃料の支払時期

誤り。アパートなどの不動産の賃貸借契約をした経験がある方で賃料が前払いだった場合、賃貸借契約書にわざわざ「前払いで、当月末日まで」とか書いてあるはず。実はこれが、特約なのです。不動産の賃料は後払いが原則となります。従って、記述は誤りとなります。

平成 25 年度 問 8 民法(事務管理と賃貸借)

次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

1. 倒壊しそうな A 所有の建物や工作物について、A が倒壊防止の措置をとらないため、A の隣に住む B が A のために最小限度の緊急措置をとったとしても、A の承諾がなければ、B はその費用を A に請求することはできない。(そんな!)
2. 建物所有を目的とする借地人は、特段の事情がない限り、建物建築時に土地に石垣や擁壁の設置、盛土や杭打ち等の変形加工をするには、必ず賃貸人の承諾を得なければならない。
3. 建物の賃貸人が必要な修繕義務を履行しない場合、賃借人は目的物の使用収益に関係なく賃料全額の支払を拒絶することができる。(使用収益に関わらないとダメ)
4. 建物の賃貸人が賃貸物の保存に必要な修繕をする場合、賃借人は修繕工事のため使用収益に支障が生じて、これを拒むことはできない。

解説

1. 民法 697 条 1 項 事務管理

誤り。義務もなく、また、他人 A の依頼も承諾もないのに、A の事務を B が処理することを事務管理という(民法 697 条 1 項)。事務管理にあたり、管理者(B)が、本人(A)のために、有益な費用を支出したときは、本人に対し、その償還を請求することができる(同法 702 条 1 項)。A と B とは契約関係になっていませんが、建物が倒壊していつ被害が発生するか、わからない状態です。(別解)問題文に緊急措置と書かれていますので、A の承諾を得る暇もない状態だと想像します。だと考えれば B の行った最小限度の措置は、当然保護されるべきものだと考えます。よって、A の承諾がなくても、B はその費用を A に請求することができるとなります。

2. 判例 土地の変形加工

借地人の目的は、建物を建てることですので、賃貸人もそれを承知で土地を貸していることは明らかです。だとすると、建物を建てるために必要な付随するものも含めて承知していると考えるのが普通でしょう。よって、必ずしも全てのことについて、賃貸人の承諾は必要ないものと考えます。問題文は間違いです。但し、借地契約終了後、承諾を受けていなければ賃貸人から原状回復を求められることは、賃借人は覚悟しておく必要はあります。

3. 判例 賃貸物の修繕等

誤り。そもそも賃料は、目的物使用収益の対価。だから、賃貸人が修繕義務を履行しないことにより、目的物の使用収益が一切不可能な場合、賃借人は、賃料全額の支払いを拒絶することができる(大判大 10.09.26)。でも、不便ではあっても目的物の使用収益が可能な場合、判例の言葉でいえば、「居住の用に耐えない程、あるいは、居住に著しい支障を生ずる程に至っていない場合」は話が別。この場合、賃借人は賃貸人の修繕義務の不履行を理由に、賃料全部の支払を拒むことができない(民法 606 条 1 項。最判昭 38.11.28)。(別解)必要な修繕義務を賃貸人が履行しない場合において、そのことにより、建物の全部が使えないのか、もしくは一部が使えないのかで、賃料の全額拒否もしくは一部拒否が認められることになるため、問題文の「賃借人は目的物の使用収益に関係なく」とする箇所は間違いとなります。

4. 民法 606 条 1, 2 項 賃貸物の修繕等

正しい。賃貸人は、賃貸物の使用収益に必要な修繕を行う義務を負う(民法 606 条 1 項)。賃貸人が賃貸物の保存に必要な行為をしようとするときは、賃借人は、これを拒むことができない(同法 606 条 2 項)。このことは、賃借人の使用収益に支障が生じる場合であっても、変わりがない。賃貸人の保存行為により、賃借人が賃借をした目的を達することができなくなるときは、契約を解除することで対処する他ない(同法 607 条)。

平成18年度 問10 民法(転貸借)

AがB所有の建物について賃貸借契約を締結し、引渡しを受けた場合に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。

1. AがBの承諾なく当該建物をCに転貸しても、この転貸がBに対する背信的行為と認めに足りない特段の事情があるときは、BはAの無断転貸を理由に賃貸借契約を解除することはできない。(はい)
2. AがBの承諾を受けてDに対して当該建物を転貸している場合には、AB間の賃貸借契約がAの債務不履行を理由に解除され、BがDに対して目的物の返還を請求しても、AD間の転貸借契約は原則として終了しない。(する)
3. AがEに対して賃借権の譲渡を行う場合のBの承諾は、Aに対するものでも、Eに対するものでも有効である。
4. AがBの承諾なく当該建物をFに転貸し、無断転貸を理由にFがBから明渡請求を受けた場合には、Fは明渡請求以後のAに対する賃料の全部又は一部の支払を拒むことができる。

解説

1. 民法612条2項、判例 無断転貸借と解除

正しい。民法の条文では、無断転貸は契約解除できるとなっていますが、最高裁が、背信的行為と認めに足りない事情がある場合には、信頼関係が破壊されたとはいえないとして、契約解除を認めないとする判例を出しています。背信的行為と認めに足りない事情とは、例えば「離婚後の夫から妻へ」「親から子へ」と言った行為が考えられます。よって問題文は、正しいとなります。

2. 民法541条、612条、613条、判例 債務不履行解除と転借人

誤り。AB間の賃貸借が、合意により解除された場合は、当然には転貸借に及びません。ただ、Aの債務不履行でAB間の賃貸借が解除された場合には、転借人も債務不履行だと判断されて、転貸借契約も解除されることとなります。これは、AのBに対する債務不履行は、DがAに対する債務不履行が原因だから連動すると考えれば、理解しやすいかと思えます。よって問題文は、誤りとなります。この場合、Bは賃貸借契約の解除について、Aにのみ催告すれば十分で、Dに対して延滞賃料支払の機会を与える義務はありません(最判昭37.03.29)。

3. 判例 転貸借の効果

正しい。賃借権を譲渡する場合に必要とされる賃借人Bの承諾は、賃借人Aに対するものでも、転借人Eに対するものでも、どちらでもよい(最判昭31.10.05)。

4. 民法559条、576条、判例 売買に関する規定の有償契約への準用

正しい。記述の通りとなります。無断転貸の場合、貸主は転借人に対して、「① 契約を解除せずに建物の明渡を請求」するか「② 賃料に相当する損害賠償請求」のいずれかの請求をすることができます。問題文のケースでは、明渡請求をおこなっていますので、転借人Fは、その明渡請求後に、目的物を使用収益できる範囲に応じて、賃料の全部または一部の支払を拒否できるとなっています。よって問題文は、正しいとなります。

平成17年度 問10 民法(使用貸借)

Aは、自己所有の建物について、災害により居住建物を失った友人Bと、適当な家屋が見つかるまでの一時的住居とするとの約定のもとに、使用貸借契約を締結した。この場合に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。

1. Bが死亡した場合、使用貸借契約は当然に終了する。(する)
2. Aがこの建物をCに売却し、その旨の所有権移転登記を行った場合でも、Aによる売却の前にBがこの建物の引渡しを受けていたときは、Bは使用貸借契約をCに対抗できる。
3. Bは、Aの承諾がなければ、この建物の一部を、第三者に転貸して使用収益させることはできない。
4. 適当な家屋が現実に見つかる以前であっても、適当な家屋を見つけるのに必要と思われる客観的な期間を経過した場合は、AはBに対し、この建物の返還を請求することができる。

解説

1. 民法599条 使用貸借：相続

正しい。まず、民法で言う使用貸借とは何かを知らなくては、この問題を解く意味がありませんから、以下の条文で確認しておいてください。民法593条「使用貸借は、当事者の一方が無償で使用及び収益をした後に返還をすることを約して相手方からある物を受け取ることによって、その効力を生ずる。」ここで大事なものは、無償です。無償で何か貸すと言うことは、当事者間に相当の信頼関係がなければ、通常はタダで貸すなんてしないはずで、ですから、当事者の一人が亡くなってしまうと、当事者間だけで成り立っている信頼関係ですから、相続人に引き継がれると言うことはありません。よって問題文は、正しいです。民法599条「使用貸借は、借主の死亡によって、その効力を失う。」

2. 規定なし 使用貸借：対抗力

誤り。使用貸借とは、タダで物を借りることを言っているのですから、借主が対抗するとか主張するとか言うのは、あつかましいこと。だから、使用貸借に関しては、賃貸借と違って、引き渡しを受けているから対抗要件が備わっているなんてことは、一切ありません。よって、問題文のBはCに対抗できません。使用貸借契約については、使用借権が対抗要件を獲得する方法が存在しません。

3. 民法594条2項 使用貸借：転貸借

正しい。使用貸借において、借主Bは、貸主Aの承諾を得なければ、第三者に借用物の使用収益をさせることができない。賃貸借に関しても、無断転貸があった場合、賃借人に賃貸借契約の解除を認めるのが民法の規定(民法612条2項)。でも、このルールは判例により、「賃借人に対する背信的行為と認めに足りない特段の事情があるときは、契約を解除することはできない」と修正されている(最判昭28.09.25)。

賃貸借

4. 民法597条2項本文 使用貸借：返還の時期

正しい。これも、使用貸借がどう言ったものかを知っていれば、条文を知らなくても、記述の通りだと言うことは判断できると思います。タダだからをいいことに、ずーと居座るなんてあつかましいにもほどがあると言うことです。

平成15年度 問11 民法(敷金)

借主Aは、B所有の建物について貸主Bとの間で賃貸借契約を締結し、敷金として賃料2ヵ月分に相当する金額をBに対して支払ったが、当該敷金についてBによる賃料債権への充当はされていない。この場合、民法の規定及び判例によれば、次の記述のうち正しいものはどれか。

1. 賃貸借契約が終了した場合、建物明渡しと敷金返還とは同時履行の関係に立たず、Aの建物明渡しはBから敷金の返還された後に行えばよい。(逆で明渡が先)
2. 賃貸借契約期間中にBが建物をCに譲渡した場合で、Cが賃貸人の地位を承継したとき、敷金に関する権利義務は当然にCに承継される。
3. 賃貸借契約期間中にAがDに対して賃借権を譲渡した場合で、Bがこの賃借権譲渡を承諾したとき、敷金に関する権利義務は当然にDに承継される。
4. 賃貸借契約が終了した後、Aが建物を明け渡す前に、Bが建物をEに譲渡した場合で、BE間でEに敷金を承継させる旨を合意したとき、敷金に関する権利義務は当然にEに承継される。

解説

1. 判例 同時履行の抗弁：建物明渡しと敷金返還

誤り。敷金は、賃貸借契約によって発生した全ての債務を、担保しています。つまり、最終的には、借主の建物の利用状況をチェックして、契約違反がないことが確認されてはじめて、返還されるべきものになります。ですから、建物の明け渡しを受けないことには、チェックのしようがありませんから、建物明渡しが先で、敷金返還が後だとなり、同時履行の関係にないことが分かると思います。従って、記述は「Aの建物明渡しはBから敷金の返還された後に行えばよい」としているため、誤りとなります。

2. 判例 当事者の変更と敷金

正しい。敷金は、家賃等を担保するために貸主に預けているお金です。貸主に預けているのですから、本来は借主のお金だということになります。となると、貸主が誰になろうと家賃等を担保するお金の性質が、その度が変わることはありませんし、借主のお金なのですから、貸主が誰になろうと最終的に建物を明け渡した時点において、家賃等の滞納がなければ、借主へと返還されるべきもののはずです。ですから、敷金に関する権利義務は当然にCに承継されるとなります。よって記述は正しいとなります。

3. 判例 当事者の変更と敷金

誤り。肢2の問題と逆のことを言っています。記述の敷金は、AがBに預けているお金です。つまり、本来は、Aのお金です。そのお金を、新借主のDの家賃等の担保として差し出すことは、おかしい話。もちろん、Aが了承したのなら、いいと思いますが、そうでない限りは、Aの敷金はAに返還するのが当たり前だと思います。貸主Bとしては、新たな借主Dから敷金を預かればいいだけの話です。従って、記述は「敷金に関する権利義務は当然にDに承継される」としていますが、当然には承継されませんので、誤りとなります。

4. 判例 当事者の変更と敷金

誤り。賃貸借契約終了と建物の明け渡しは、同時に行われるのが通常なのですが、複雑な事情で賃貸借契約終了と建物の明け渡しがバラバラになったケースの問題です。これは、有名な判例があって、結論から言いますと当然にEに承継されません。なぜかと言いますと、AB間の賃貸借契約は既に終了しているため、Bの貸主たる地位も既に消滅しているとし、その消滅している地位をEが承継するなんてことはできないとしたのです。ですから、敷金についても当然にEに承継されるものではないとしたのです。なお、AB間の賃貸借契約に無関係のEが敷金に関する権利義務を、承継したいと思うなら、敷金の本来の持ち主である借主Aの承諾が必要だとしています。従って、記述は誤りとなります。

平成10年度 問6 民法 (転貸借)

AはBから建物を賃借し、Bの承諾を得て、当該建物をCに転貸している。この場合、民法の規定及び判例によれば、次の記述のうち正しいものはどれか。なお、Aの支払うべき賃料の額は、Cの支払うべき転借料の額より小さいものとする。

1. AとBとが賃貸借契約を合意解除した場合、AC間の転貸借契約は、その前提を失うため、特別の事情のある場合を除き、当然に終了する。
2. Cは、Bから請求があれば、CがAに支払うべき転借料全額を直接Bに支払うべき義務を負う。(Aが支払わない場合だけ)
3. Bは、Aの債務不履行によりAB間の賃貸借契約を解除しようとする場合、Cに対して、3ヵ月以前に通知し、Aに代わって賃料を支払う機会を与えなければならない。(与える義務はない)
4. Bが、Aの債務不履行によりAB間の賃貸借契約を適法に解除した場合、Cは、AC間の転貸借契約に基づく転借権をBに対抗することができない。(その通り)

解説

1. 民法612条、他 合意解除と転借人

誤り。AB間の原契約が合意解除したとされています。合意解除と言うことは、お互い納得した上で契約を解除しますということですね。通常契約が解除されれば、お互いに原状回復義務が発生することになりますから、Aは、Bに対して建物を引渡さなければいけないということになります。ですか、その建物にはCと言う転借人がいます。Bは転借を承諾しているのですから、当然Cの存在は知っているはずで、そのCに対して、Aとの話し合いで、原契約が解除になったので、あなたも、出て行ってくださいと言うのは、あまりに理不尽です。ですから、裁判所も原契約の合意解除では、転借人の過失によるような、合意解除でない限り、転借人の権利は当然には、消滅しないとしましたのです。従って、記述は特別の事情のある場合を除き、当然には終了しないとします。なお、原契約が「期間満了」や「賃貸人からの契約解除の申入れ」によって、解除される場合、転貸借の終了は、賃貸人から転借人への通知をした日から6ヵ月を経過しないと終了しません。また、原契約が賃借人の債務不履行によって解除される場合は、賃貸人から転借人に対して、目的物の引渡しを請求した時点で、転貸借は終了となります。

2. 民法613条1項 転貸借の効果

誤り。まず、賃貸人Bは、賃借人Aを飛び越えて、転借人Cに賃料を払えと直接言えるからですが、民法の規定は以下のようになっています。民法613条1項「賃借人が適法に賃借物を転貸したときは、転借人は、賃貸人に対して直接に義務を負う。」つまり、言えるということになります。では、BA間の賃料とAC間の賃料が違う場合、BからCへ賃料の請求があればどうすればいいのでしょうか？ 例えばBA間の賃料10万円、AC間の賃料15万円だとした場合、Bは、10万円もらえるのか、15万円もらえるのかと言うことです。答えは、10万円です。Bは、Aとの契約で賃料10万円がいいですよと言っているのです。ですから、この賃貸借契約においては、Bは賃料10万円しかもらえる権利がないということになるからです。従って、Cは、Bから請求があれば、BがAに支払うべき賃料の範囲内において直接Bに支払うべき義務を負うとなります。なお、現実的ではありませんが、賃料>転借料と言う場合は、転借料の範囲内で、直接賃貸人に支払うべき義務を負うとなります。設問の「転借料全額」がダメ。

3. 民法541条、612条、613条、判例 債務不履行解除と転借人

誤り。肢1で少し触れましたが、AB間の賃貸借がAの債務不履行により解除された場合は、Cに賃料の代払の機会を与える必要などなく、BがCに対し目的物の返還を請求したときに転貸借は終了するとなっています。BはCに賃料を直接請求できるのですから、Cに賃料の代払の機会を与えてもいいのではないかと言う声もあるのですが、最高裁は、その必要はないと断じています。ただ、債務不履行による原契約の解除で、即、転貸借が解除されるのではなく、賃貸人が転借人に対して明渡を請求しない限り、転貸借は終了しないと言う点がポイントとなります。賃貸人が、転貸借人と賃貸借を続けたいと考えれば、明渡を請求しなければいいと言うことです。ここは、ちょっと複雑ですが、ぜひわかっておいてください。

4. 民法541条、612条、613条、判例 債務不履行解除と転借人

正しい。肢3で解説しましたが、AB間の賃貸借がAの債務不履行により解除された場合は、直ぐに転借人Cの権利が消滅するわけではありません。賃貸人Bが転借人Cに対して建物の返還を請求した時点で、賃借人Aは転借人Cに対して、貸す建物がない状態(履行不能)となってしまう、AC間の転貸借契約は、Aの履行不能で解除となるのです。ですから、賃貸人Bが転借人Cに対して建物の返還を請求した時点で、転貸借契約もAの履行不能で解除となっているため、Cは、AC間の転貸借契約に基づく転借権をBに対抗することができないとなるのです。

平成9年度 問3 民法（必要費と留置権）

建物の賃貸借契約における賃借人Aに関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。

1. Aが、建物賃借中に建物の修繕のため必要費を支出した場合、Aは、その必要費の償還を受けるまで、留置権に基づき当該建物の返還を拒否できる。
2. Aの債務不履行により建物の賃貸借契約が解除された後に、Aが建物の修繕のため必要費を支出した場合、Aは、その必要費の償還を受けるまで、留置権に基づき当該建物の返還を拒否できる。
3. Aは、留置権に基づき建物の返還を拒否している場合に、当該建物に引き続き居住したとき、それによる利益（賃料相当額）は返還しなければならない。
4. Aは、留置権に基づき建物の返還を拒否している場合に、さらに当該建物の修繕のため必要費を支出したとき、その必要費のためにも留置権を行使できる。

解説

1. 同法295条1項本文 賃借人による費用の償還請求

正しい。建物の修繕のための必要費は、賃貸人が本来負担するものです。それを、賃借人Aが賃貸人に代わって支払っているのですから、賃貸人に対して、お金を返してくれと言うのは、ごく自然なことです。ですから、お金を返さないなら、建物の返還もしないよと言うことを否定する理由も見当たりません。従って、記述は正しいと判断できます。（条文）「賃借人は、賃借物について賃貸人の負担に属する必要費を支出したときは、賃貸人に対し、直ちにその償還を請求することができる。この費用償還請求権は、賃借している建物という物に関して生じた債権である。したがって、賃借人は、債権の弁済を受けるまで（賃貸人が費用を償還するまで）、建物を留置することができる。つまり、留置権に基づき建物の返還を拒否することができる。」

2. 判例 賃借人による費用の償還請求

誤り。記述では、賃借人Aは、賃貸借契約が解除された後も、建物に居座り続けています。建物に居座っている期間は、Aは何の権限もない、不法占有者だとなります。（賃借人ではない）そんな、不法占有者が居座るための必要費は償還する必要はありません。ですから、賃貸人はそんなお金を支払う必要もありませんし、当然、Aの留置権も認められざるはずがないとなります。従って、記述は誤りです。

3. 民法298条2項但書、判例 不当利得

正しい。賃借人は、留置権を行使にあたり、留置物の保存行為として、建物に居住し続けることができる。ただし、そのことによって受ける利益（賃料相当額）は、不当利得である（同法703条）。したがって、賃貸人に返還する必要がある（大判昭10.05.13）。

4. 民法299条1項、同法295条1項本文 留置権と賃借人による費用の償還請求

正しい。肢3の解説でも書きましたが、留置権に基づき建物の返還を拒否していると言うことは、賃貸を継続していると言うことです。ですから、その間に必要費をAが支出したのであれば、当然、賃貸人へ請求することになります。その結果、賃貸人が支払うまで、対抗処置として、Aが建物返還をさらに留置することは、ごく自然なことだと判断できます。従って、記述は正しいです。「留置権者は、留置物について必要費を支出したときは、所有者にその償還をさせることができる（民法299条1項）。」

平成9年度 問8 民法（使用貸借）

Aが、親友であるBから、B所有の建物を「2年後に返還する」旨の約定のもとに、無償で借り受けた。この場合、民法の規定によれば、次の記述のうち正しいものはどれか。

1. Bが、Aの借受け後に当該建物をCに譲渡し登記を移転した場合、Cは、Aの借受け時から2年間は、Aに対し当該建物の返還を請求することはできない。（都合によりいつでも終了）
2. 2年の期間満了時において、Bの返還請求に正当事由がない場合には、Aは、従前と同一の条件で、さらに2年間当該建物を無償で借り受けることができる。（図々しい）
3. 2年の期間満了前にAが死亡した場合には、Aの相続人は、残りの期間についても、当該建物を無償で借り受ける権利を主張することはできない。（その通り）
4. Aは、当該建物につき通常必要費を支出した場合には、Bに対し、直ちにそれを償還するよう請求することができる。

解説

1. 判例 使用貸借：対抗力

誤り。民法では、タダで物を貸すことを使用貸借と言いますが、使用貸借の場合、借主は、登記などの対抗手段を持っていません。ですから、対抗力を備えた第三者（この問いではC）が現れた場合は、借主は従うしかないということになります。従って、記述は誤りです。

2. 民法597条1項 使用貸借：返還の時期

誤り。タダで建物を借りていて、正当事由がないから出て行かないなんて言われたら、どこまで甘えてるの？ってなりません。ですから、使用貸借の解除の場合、契約期間満了で終了します。正当な事由など必要ありません。また、使用貸借に更新はありません。従って、記述は誤りです。

3. 民法599条 使用貸借：相続

正しい。使用貸借は、借主の死亡によってその効力を失います。なぜなら、使用貸借と言うのは貸主と借主の信頼関係の上で成り立っているものだからです。記述の場合も、AとBが親友だったからこそ、BはAに建物をタダで貸していたんです。ですから、Bの死亡によって、使用貸借は終了となります。従って、記述は正しいです。

4. 民法595条1項 使用貸借

誤り。タダで物を借りときながら「必要費を出したから返してよ」なんて、どの口が言うのでしょうか（笑）あつかましいですね。ですから、使用貸借の場合、通常必要費は借主が負担します。従って、記述は誤りです。

平成7年度 問7 民法(賃貸借)

AがBの所有地を賃借して、建物を建てその登記をしている場合に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

1. Bがその土地をCに譲渡する場合、賃貸人の義務の移転を伴うから、Bは、その譲渡についてAの承諾を必要とする。(大家が変わるだけで承諾不要)
2. Aがその建物をDに譲渡する場合、特別の事情のない限り、Aは、Dに対する敷地の賃借権譲渡についてBの承諾を得る必要がある。(その通り)
3. EがBからその土地の譲渡を受けた場合、Eは、登記を移転していなくても賃貸人たる地位の取得をAに対抗することができる。
4. FがAからその建物を賃借する場合、特別の事情がない限り、Fは、その賃借についてBの承諾を得なければならない。(別契約)

解説

1. 判例 賃貸人が負う義務

誤り。土地の譲渡に伴い、賃貸借契約における賃貸人の地位が譲渡され、それには賃貸人の義務の移転を伴う。しかし、賃貸人の義務は、賃貸人が変わったとしても履行方法が特に異なるわけではない。したがって、賃借人の承諾がなくても、旧所有者と新所有者間の契約で、義務を承継することができる。土地をCに譲渡するに当たり、いちいちBがAの承諾を得る必要はない。(別解)土地の所有権が、BからCに移ると言うことは、Aから見ると賃貸人の地位もBからCに移ると言うことになります。ですから、当然、賃貸人が負う義務も移転することになります。さて、BからCに賃貸人が移転して、Aにとって何も不都合なことではなく、毎月の賃料が変わるわけでもない。もしCと新たな賃貸借契約を結べば、賃料が変わったりするかもしれませんが、Bとの賃貸借契約を引き継ぐだけなので、賃料の支払先が変わる程度です。ですから、Aにとって何ら不利になることがないことについて、承諾をわざわざ取る必要性はないということになり、記述は誤りだとなります。

2. 民法612条 借地上の建物の譲渡

正しい。AからDへの建物譲渡に伴い、従たる権利として借地権もCに譲渡されることになる。そして、借地権を譲渡するには、借地権者の承諾が必要である。したがって、建物をDに譲渡するに当たり、Aは、Bの承諾を得る必要がある。もし無断で譲渡がなされた場合、借地権者は借地権を解除することができる。(別解)Aがその建物をDに譲渡すると言うことは、Aの借地権もDに移転することになります。つまり、賃借人がAからDに代わると言うことになります。BA間で、賃貸借契約をするとき、賃貸人Bは、賃借人Aが毎月きちんと地代を払ってくれそうだ、土地をきちんと使用収益してくれそうだと言う具合に、信用に値する人物だと考えて契約しています。その人物が代わるのであれば、賃貸人としては、代わる人物Dを見極めたいと思うのが、当然ではないでしょうか。ですから、民法では、賃貸人の承諾を得なければ、その賃借権を譲り渡し、又は賃借物を転賃することができなくなっています。なお、借地借家法では、賃貸人の承諾が得られなくても、それに代わる裁判所の許可があれば可能となります。

3. 判例 土地・建物の賃借人への対抗

誤り。肢1で、賃貸人が代わることについては、賃借人の承諾は必要ないと申し上げましたが、それを対抗(証明)するとなると、やはり、登記が必要です。Aから見て、Bは賃貸借契約の当事者ですから、登記なんて必要ありませんが、新賃貸人Eは第三者に当たります。第三者が出てきたら、登記の有無で勝ち負けが決していましたね。ですから、Eは登記がなければ、Aに対抗できないとなります。

4. 民法612条、判例 借地上の建物の賃賃

誤り。借地上の建物の所有者はAです!そのA所有の建物をFに賃しても、Bに何ら不都合なことは起こりません。BAの借地契約は何も変化しない。だから、Fに建物を賃賃したからと言って、借地の賃借人はFにはなりません、Aのままです。Bに何の不都合がないものを、わざわざ承諾を求めても意味がありません。ですから、Bの承諾は必要ないとなります。

平成6年度 問10 民法(敷金)

Aは、A所有の建物を、Bから敷金を受領して、Bに賃貸したが、Bは賃料の支払を遅滞している。この場合、民法の規定及び判例によれば、次の記述のうち正しいものはどれか。なお、Bの未払賃料の額は、敷金の額の範囲内である。

1. Bは、Aに対し、未払賃料について敷金からの充当を主張することができる。(できない)
2. Bの債権者Cが敷金返還請求権を差し押さえたときは、Aは、その範囲で、Bの未払賃料の弁済を敷金から受けることができなくなる。
3. AがDに建物を譲渡し、Dが賃貸人となった場合、Aに差し入れていた敷金は、Bの未払賃料を控除した残額について、権利義務関係がDに承継される。(大家は継続)
4. Bが未払賃料を支払って、Aの承諾を得て賃借権をEに譲渡した場合、BがEに敷金返還請求権を譲渡する等しなくても、敷金に関する権利義務関係は、Eに承継される。(店子は継続しない)

解説

1. 判例 敷金の性質

誤り。結論から先に言いますと、主張はできません。なぜなら、敷金を減少させるかどうかを判断するのは、賃貸人だからです。賃借人は、あくまでも、担保として敷金を、賃貸人に差し出しているだけとなります。(別解) 賃借人の敷金返還請求権は、明渡しを完了したときに始めて発生する停止条件付の債権である。したがって、賃貸借契約期間中に、賃借人の側から、敷金の賃料への充当を主張することはできない。

2. 判例 敷金の性質

誤り。賃借人Bの敷金返還請求権は、明渡完了までの被担保債権を控除した範囲でしか存在しない権利である。したがって、Bの債権者Cがこれを差し押さえたとしても、Cが主張できるのは、明渡完了時に残額があった場合に、残額の範囲で受領する権利にすぎない。あくまでも、賃貸人AがBの未払賃料の弁済を受けることが優先する。(別解) 敷金とは、賃借人の債務の一切を担保するためのお金でした。と言うことは、Bの未払賃料の弁済が優先し、それでも残っている敷金があれば、Cが差し押さえることができるとなりますから、Aは、差押えの範囲に関係なく、未払賃料の弁済を敷金から受けることができるとなります。

3. 判例 当事者の変更と敷金

正しい。賃貸借契約期間中に賃貸人の地位が移転した場合、敷金に関する権利義務は当然に新賃貸人に承継される(最判昭44.07.17)。賃借権の譲渡(肢4)の場合との違いに注意!! (別解) 敷金と言うのは、賃借人が賃貸人に預けているお金です。ですから、賃貸人がいくら代わろうとも、それに伴って、敷金も新賃貸人へと移動します。ただ、敷金の目的は、賃借人が、賃料等を支払わない場合、その敷金から控除できると言うものですから、Bが敷金から未払賃料を控除することに何らの問題もありません。ですから、記述は正しいと判断できます。

4. 判例 当事者の変更と敷金

誤り。賃貸借契約期間中に賃借権の譲渡が生じた場合において、賃貸人が賃借権の譲渡を承諾したとしても、敷金に関する権利義務は当然には新賃借人に承継されない(最判昭53.12.22)。賃貸人の地位の移転(肢3の場合との違いに注意! (別解) 肢3で触れましたが、敷金と言うのは、賃借人が賃貸人に預けているお金です。記述で言いますと、「Bから敷金を受領して」とありますから、この敷金はBのお金だと言うこととなります。そのお金(敷金)が、勝手に新賃貸人Eに承継されるということは、Eのお金になると記述は言っています。そんなはずはありませんね。ですから、記述は誤りだと判断できます。AはBとの賃貸借契約を解除した後、Bから預かっている敷金を返却しなければなりません。そして、AはEと賃貸借契約締結時に、Eから新たに敷金を預かると言う流れになります。

平成5年度 問10 民法・借地借家法（賃借権の譲渡）

AがBから土地を賃借して、建物を建て、その登記をした後、その建物にCの抵当権を設定して、登記をしたが、Aが弁済期に履行しなかったため、Cが抵当権を実行して、Dがその建物を競落した。この場合、民法及び借地借家法の規定によれば、次の記述のうち正しいものはどれか。

- 1 ● Cは、抵当権を実行する際、A及びBに通知しなければならない。
- 2 Dは、競落により建物を取得したのであるから、土地の賃借権も当然に取得し、Bに対抗することができる。（競売されたのは建物）
- 3 Dは、土地の賃借権の譲渡についてBの承諾を得なければならず、Bが承諾しないときは、Bに対抗する手段がない。
- 4 BがDの土地の賃借権の譲渡を承諾しないときは、Dは、Bに対しその建物を時価で買い取るよう請求することができる。

解説

1. 旧・民法381条 第三取得者

誤り。「抵当権者は抵当権を実行する前に第三取得者にあらかじめ通知しなければならない」という民法の規定がありましたが、平成15年の民法改正でこの規定はなくなりました。本肢では、第三取得者(抵当権のついた不動産を取得した人)はいないので改正前でも×でした。（あれ？Dさんが第三取得者じゃないの？）現行の民法では、抵当権者は、抵当権実行を通知する義務は誰に対してもありません。

2. 民法612条1項、判例 賃借地上の建物に抵当権の設定があるとき

誤り。賃借地上の建物に抵当権の設定があるときには、抵当権の効力は従たる権利である土地の賃借権にも及びます。建物は敷地利用権なしには存在できないからです。判例では、民法87条2項類推適用説（昭和40・5・4）をとり、競落人Dは建物の所有権と同時にこの土地の賃借権を譲渡されたことと同じこととなります。でも、賃借権の譲渡には賃貸人（大家）の承諾が必要であり、承諾なく譲渡すれば、賃貸人（大家）は賃貸借契約を解除することができます（民法612条1項）。もし賃借権譲渡へのB（大家）の承諾がなければ、建物を競落しただけでは賃借権の取得を当然に取得したとは言えないので、このままではBに対抗することはできません。だから、本設問は×になります。（建物だけ落札しても、土地の賃借権を大家に主張はできないのは当然かな）

3. 借地借家法20条1項 裁判所の許可

誤り。Bの承諾がなくても、他にも対抗する手段はあります。借地上の建物の譲渡について、賃貸人の不利になる恐れがないにもかかわらず、賃借権の譲渡を賃貸人が承諾しない場合には、借地上の建物の競売または公売による取得者は裁判所に申し立てて、賃貸人の承諾に代わる許可をもらうことができます。（借地借家法20条1項）この申立は、競売または公売の場合は、建物の代金を支払った後、2ヶ月以内に限り、できることになっています。（借地借家法20条3項）これは平成6年度にも出題されている。

4. 借地借家法14条 建物買取請求権

正しい。B（借地権設定者）が土地の賃借権の譲渡を承諾しないときは、D（建物の譲受人）はBに対して建物を時価で買い取るよう請求することができます。なお、請求する金額は借地権の価額を超えることはできないとされています。（最高裁・昭和35.12.20）

平成3年度 問13 着地借家法（費用返還義務）

AがBからBの所有する建物を賃借している場合に関する次の記述は、民法及び借地借家法の規定によれば、誤っているものはどれか。

- 1 賃貸借契約の締結に関する費用は、A Bが平分して負担する。
- 2 Aは、Bの負担すべき必要費を支出したときは、直ちに、Bに対してその償還を請求することができる。（できる）
- 3 Aは、有益費を支出したときは、賃貸借終了の際、その価格の増加が現存する場合に限り、自らの選択によりその費した金額又は増加額の償還を請求できる。（できる）
- 4 AはBの同意を得て建物に造作を付加したときは、賃貸借終了の際、Bに対して時価でその造作を買い取るべきことを請求できる。なお、Aが造作買取請求権を放棄する旨の特約はなかったものとする。

解説

1. 民法559条 契約に関する費用

正しい。民法558条によれば、売買契約に関する費用は当事者双方が平分(=お互いに均等に負担すること)して負担することとされており、この規定は、賃貸借契約など有償契約にも準用されます(民法559条)。有償契約は、賃貸借以外には、交換、利息付き消費貸借、雇傭、請負、有償委任、有償寄託、代物弁済などがあります。

2. 民法608条 必要費償還義務

正しい。賃貸人には、目的物を単に引き渡すだけでなく、賃借人が使用収益できるようにする義務があり、第三者の妨害を排除したり[不法占拠者の排除など]、修繕する義務があります。また、賃借人は修繕の履行を請求し、損害があれば損害賠償を請求することもできます。そのため、賃借人は賃貸人が負担すべき必要費を支出したときは、直ちに賃貸人Bに対して必要費全額の償還を請求できます。(民法608条1項)判例によれば、この必要費は、目的物の原状を維持・回復する費用だけでなく、通常の状態に保存するための費用も含まれます(大審院・昭12.11.16)。必要費とは、賃借の目的物の保存に必要な費用のことです。また、賃貸人の修繕義務や費用償還義務は任意規定なので、日常的で軽微なものは特約によって賃借人の負担とすることができます。ただし、大規模なものは、原則として賃貸人が負担するものとされています(大審院・昭和2.5.19)。

3. 民法608条2項 有益費

誤り。賃借人が有益費を支出したときは、賃貸借終了時に、その価格の増加が現存する場合に限り、有益費全額または増加額の償還を請求できます(民法608条2項)が、全額もしくは現存増加額のどちらかを選択するのは賃貸人であり、賃借人ではありません(民法196条2項での占有者とは賃借人で、回復者とは賃貸人を意味します)。有益費とは、賃借の目的物を改良して価値を増加させる費用のこと。賃貸人の承諾を得て増築した部分、壁紙、障子紙などで、カンタンに言えば「取り外しができないもので、賃借の目的物の価値を増加させるもの」です。

4. 借地借家法33条1項 造作買取請求権

正しい。賃借人が、賃貸人の同意を得て建物に造作を付加したとき[または建物の賃貸人から買い受けた造作]は、期間満了及び解約の申入れによって終了するときに、賃貸人に時価で買い取るよう請求できます(借地借家法33条1項)。これは、賃貸人から買いうけた造作にも適用されます。また、「期間の満了又は解約の申し入れ」によって終了する場合の、転借人と賃貸人との間でも準用されます。(借地借家法33条2項)ただし、この規定は任意規定となっており、造作買取請求権をあらかじめ放棄する旨の特約も認められています。(借地借家法37条)

必要費	直ちに償還。(608条1項)
有益費	契約終了時に償還。(608条2項)
造作買取請求権	期間の満了及び解約の申入れによって終了するとき(借地借家法33条1項)

- 平成28年 問7
- 平成28年 問8
- 平成27年 問9
- 平成27年 問3
- 平成26年 問7
- 平成25年 問8
- 平成23年 問7
- 平成18年 問10
- 平成17年 問10
- 平成15年 問11
- 平成10年 問6
- 平成9年 問3
- 平成9年 問8
- 平成7年 問7
- 平成6年 問10
- 平成5年 問10
- 平成3年 問13

売春は禁止されているのにソープがある。賭博は禁止されているのにパチンコがある。刑法175条で性行為を撮影したものを販売することは禁止されているのにアダルトビデオがある。

### 3-05-2 請負（うけおい）について

本日は、「請負」についてお話します。試験では、請負としての出題は少ないですが、売主の瑕疵担保責任などと絡めて出題されることが多いです。では、順に見て行きましょう。

#### 1. 請負とは

請負とは、建物を建てると言うように、「当事者の一方（請負人）がある仕事を完成することを約し、相手方（注文者）がその仕事の結果に対して、報酬を支払うことを約すること」を言います（委任は、原則、無償契約でした）。

#### 2. 報酬の支払時期

報酬は、仕事の目的物の引渡しと同時に、支払わなければいけません。請負人は、仕事を完成させ目的物を引渡す義務があり、逆に、注文者は、報酬を請負人に支払う義務があります。つまり、同時履行の関係にあると言うことを覚えておいてください。

間違いやすい点は、目的物の完成と報酬の支払いは、同時履行の関係にたたないと言う点です。つまり、報酬を支払わないと、目的物は完成させないよとは言えないと言うことです。あくまでも、目的物の引渡しと報酬の支払いが、同時履行の関係です。

#### 3. 請負人の瑕疵担保責任

##### ① 瑕疵担保責任

仕事の目的物に瑕疵があるときは、注文者は、請負人に対し、相当の期間を定めて、その瑕疵の修補（しゅうほ）を請求することができます。但し、その瑕疵が重要でないにも係わらず、それを修補するのに多額の費用を要するときは、瑕疵の修補請求はできませんので、注意しておいてください。

また、注文者は、瑕疵の修補に代えて、又はその修補とともに、損害賠償の請求をすることもできます。さらに、仕事の目的物が、建物その他の土地の工作物以外のものであれば、その瑕疵により契約をした目的を達することができないときは、注文者は、契約の解除をすることができます。

なお、売主の瑕疵担保責任では、買主が瑕疵につき善意無過失を要件にされますが、請負の瑕疵担保責任の場合は、注文者の過失等の有無は問われませんので、ご注意ください。

完成した不動産については、どんなに重大な瑕疵があったとしても、注文者は、契約を解除して、完成した不動産を取り壊せとは言えません。（社会的損失が大きいため）

##### ② 担保責任の期間

原則として → 引き渡した時から1年以内  
建物その他の土地の工作物又は地盤の瑕疵 → 引渡しから5年間  
石造、土造、れんが造、コンクリート造、金属造などの強固な工作物 → 引渡しから10年間

売主の担保責任と混同しないように注意！「瑕疵を知ってから」ではなくて「引渡があってから」！

##### ③ 瑕疵担保責任の免責

請負人が瑕疵担保責任を負わない旨の特約は有効です。但し、請負人が瑕疵の存在を知らず隠していた場合は、その特約は無効となります。

#### 4. 契約解除

##### ① 注文者からの解除

請負人が仕事を完成しない間は、注文者は、いつでも契約の解除をすることができます。但し、請負人がそれまで行った仕事に対しての報酬（損害賠償）は支払わないといけません。

「請負人が仕事を完成しない間」ですから、「仕事が完成した場合」は引渡を受けていなくても契約解除はできません。

なお、契約解除により、未完成の目的物の所有権は、材料の全部または主要部分の負担を行っている者に帰属します。注文者が負担しているのであれば、注文者、請負人が負担しているのであれば、請負人だと言うことです。

##### ② 請負人からの解除

注文者が破産手続開始の決定を受けたときに限り、請負人は、契約の解除をすることができます。注文者の破産以外の理由では、請負人の方から契約解除はできませんので、覚えておいてください。

平成 24 年度 問 5 民法(請負)

次の 1 から 4 までの記述のうち、民法の規定及び下記判決文によれば、明らかに誤っているものはどれか。

(判決文)

請負人が建築した建物に**重大な瑕疵**があつて建て替えるほかはない場合に、当該建物を収去することは社会経済的に大きな損失をもたらすものではなく、また、そのような建物を建て替えてこれに要する費用を請負人に負担させることは、契約の履行責任に応じた損害賠償責任を負担させるものであつて、請負人にとって過酷であるともいえないのであるから、建て替えに要する費用相当額の**損害賠償請求をすることを認めても**、民法第 635 条ただし書の規定の趣旨に反するものとはいえない。

1. 請負の目的物である建物の瑕疵が**重要でない**場合であつて、その修補に過分の費用を要するときは、注文者は瑕疵の修補を請求することはできない。
2. 請負の目的物である建物に**重大な瑕疵**があるためにこれを建て替えざるを得ない場合には、注文者は、請負人に対し、建物の建て替えに要する費用相当額の損害賠償請求をすることができる。
3. 請負の目的物が**建物**であつて、民法第 635 条ただし書によつて注文者が**請負契約の解除**をすることができない場合には、その規定の趣旨に照らし、注文者は建て替えに要する費用相当額の損害賠償請求をすることは認められない。
4. 請負の目的物である建物に**重大な瑕疵**があるためにこれを建て替えざるを得ない場合であつても、瑕疵担保責任に基づく**損害賠償請求**は、請負人が当該建物を引き渡した時から 1 年以内にしなければならない。

解説

【民法の規定 (635 条)】

請負契約の目的物に瑕疵があり、**契約目的が達成できない**場合、注文者は**契約を解除**することができる(同条本文)。ただし、建物など**土地の工作物**については例外とされており、**契約の解除**は認められない(同条但書)。このような規定になっているのは、契約解除や建物収去(収去)を認めると、(1)社会経済的に大きな損失であり、(2)請負人にとって過酷だから、である。

【判決文(最判平 14.09.24)】

建物を建て替えるほかはない場合で、(1)社会経済的に大きな損失とはいえず、(2)請負人にとって過酷ともいえない場合には、建替費用相当額の**損害賠償請求**を認めたとしても、民法 635 条但書に反するものとはいえない。

解説

1. 民法 634 条 1 項但書 請負人の担保責任：瑕疵修補請求・損害賠償請求

正しい。瑕疵が**重要でない**にも関わらず、修補に**過分の費用を要する**場合、注文者は瑕疵の修補を請求することができない。

2. 判例 請負人の担保責任：瑕疵修補請求・損害賠償請求

正しい。上記判例の中に、「建て替えに要する費用相当額の損害賠償請求をすることを認めても、民法第 635 条ただし書の規定の趣旨に反するものとはいえない。」と書かれていますので、問題文は、この判例の趣旨に沿ったものとなります。

3. 判例 請負人の担保責任：瑕疵修補請求・損害賠償請求

誤り。上記判例では、建て替えに要する費用相当額の損害賠償請求をすることを認めても、民法第 635 条ただし書の規定の趣旨に反するものとはいえないとしています。つまり損害賠償を認めているものですが、問題文は損害賠償請求をすることは認められないとしているので、全く逆のことを言っています。また、民法 634 条 2 項にも損害賠償の請求をすることができるとなっていますので、条文に対しても、問題文は逆のことを言っています。よつて、問題は、民法の規定及び判決文に、明らかに誤っていることとなります。

4. 民法 637 条 1 項、民法 638 条 1 項但書 請負人の担保責任：存続期間

誤り。請負人が担保責任を負う期間は、原則として、引き渡した時から 1 年以内である(民法 637 条 1 項)。しかし、この期間は、建物その他の土地の工作物に関しては引き渡し後 5 年、石造・土造・れんが造・コンクリート造・金属造その他これらに類する構造の工作物に関しては 10 年とされている。

平成 18 年度 問 6 民法（請負の瑕疵担保）

AがBに対し建物の建築工事を代金 3,000 万円で注文し、Bがこれを完成させた。この場合に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

1. 請負契約の目的物たる建物の瑕疵がある場合、瑕疵の修補が可能であれば、AはBに対して損害賠償請求を行う前に、瑕疵の修補を請求しなければならない。
2. 請負契約の目的物たる建物の重大な瑕疵があるためにこれを建て替えざるを得ない場合には、Aは当該建物の建替えに要する費用相当額の損害賠償を請求することができる。
3. 請負契約の目的物たる建物の瑕疵があり、瑕疵の修補に要する費用が契約代金を超える場合には、Aは原則として請負契約を解除することができる。
4. 請負契約の目的物たる建物の瑕疵について、Bが瑕疵担保責任を負わない旨の特約をした場合には、Aは当該建物の瑕疵についてBの責任を一切追及することができなくなる。

解説

1. 民法 634 条 2 項、判例 請負人の担保責任：瑕疵修補・損害賠償

誤り。「仕事の目的物に瑕疵がある場合には、注文者は、瑕疵の修補が可能なときであっても、修補を請求することなく直ちに修補に代る損害賠償を請求することができる」この条文には、瑕疵の修補とともに、損害賠償の請求をすることができるようになっており、損害賠償請求を行う前に、瑕疵の修補を請求しなければならない等の文章は、どこにもございません。よって問題文は、誤りとなります。

2. 判例 請負人の担保責任：瑕疵修補・損害賠償

正しい。請負契約の目的物たる建物の重大な瑕疵があるためにこれを建て替えざるを得ない場合には、Aは、当該建物の建替えに要する費用相当額の損害賠償を請求することができる（最判平 14.9.24）。民法が、建物など土地の工作物について、契約の解除を認めていない（民法 635 条但書）のは、建物の取壊しが社会経済的損失であり（せっかく建てた建物を壊すのは、社会全体の損失！）、また、そのような責任を負わせることが請負人にとって過酷だからである。本肢のような「建物の重大な瑕疵があるためにこれを建て替えざるを得ない」というケースでは、建物を取壊したとしても、社会経済的損失は発生しない（むしろ、そんな建物は取り壊した方が社会経済のためになる）。また、そんな建築物を建てた請負人に、多額の賠償を負担させたとしても、過酷ということにはならない。したがって、このようなケースでは、建替費用相当額の損害賠償を認めるのである。正解がこの条文に絡むことが多い。

3. 民法 635 条本文 請負人の担保責任：解除

誤り。請負契約の目的物に瑕疵があり、契約の目的を達成できないときには、注文者は解約を解除することができる（）。ただし、建物その他土地の工作物については契約を解除することができない（同条但書）。本肢では、請負契約の目的物が建物であるから、Aは、請負契約を解除をすることができない。よって問題文は、誤りとなります。なぜ、建物等の請負契約は契約解除ができないかと言いますと、もし、契約解除を許してしまったら、原状回復義務が発生してしまい、請負人は、建設途中の建物を取り壊さなければならないという事態を引き起こしてしまうためです。この事態は、請負人があまりにも可愛そうなため、民法では建物等の請負契約の場合は、契約解除できないとしているのです。

4. 民法 640 条 請負人の担保責任：担保責任を負わない旨の特約

誤り。「瑕疵担保責任を負わない」という特約があったとしても、例えば請負人Bが「知りながら告げなかった事実」については担保責任を免れることはできない。だから「一切追求することができなくなる」がダメ。ちなみに、売主の担保責任の場合、買主は善意無過失が求められますが、請負契約では、注文者は過失の有無は問われません。

平成7年度 問10 民法(請負)

請負契約により注文者Aが請負人Bに建物(木造一戸建て)を建築させた場合に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。ただし、担保責任に関する特約はないものとする。

1. 建物の完成後その引渡しを受けたAは、引渡し時から2年以内に限り、その建物の瑕疵について、修補又は損害賠償の請求をすることができる。
2. Bが建物の材料の主要部分を自ら提供した場合は、Aが請負代金の全額を建物の完成前に支払ったときでも、特別の事情のない限り、Bは、自己の名義で所有権の保存登記をすることができる。
3. AがBから完成した建物の引渡しを受けた後、Cに対して建物を譲渡したときは、Cは、その建物の瑕疵について、Bに対し修補又は損害賠償の請求をすることができる。
4. Aは、Bが建物の建築を完了していない間にBに代えてDに請け負わせ当該建物を完成させることとする場合、損害を賠償してBとの請負契約を解除することができる。

解説

1. 民法637条1項 請負人の担保責任：存続期間

誤り。宅建業法と混合しないでください。記述で訊いていることは、「請負人Bの瑕疵担保責任」です。「売主の瑕疵担保責任」ではないということを確認してください。請負人Bが負う瑕疵担保責任の期間は、引渡しの日から5年間です。民法638条「建物その他の土地の工作物の請負人は、その工作物又は地盤の瑕疵について、引渡しの後五年間その担保の責任を負う。ただし、この期間は、石造、土造、れんが造、コンクリート造、金属造その他これらに類する構造の工作物については、十年とする。」従って、「引渡し時から2年以内に限り」とする記述は誤りです。

2. 判例 所有権の帰属

誤り。Bが建物の材料の主要部分を自ら提供し、Aが請負代金一部しか支払っていないなどと言う場合には、完成した建物の保存登記ができるのはA Bで迷いますが、記述はAが請負代金の全額を支払ったとなっています。代金全額を支払って、Aに所有権がないなんてことになれば、何のために代金を支払ったの? ってなると思います。ですから、所有者でもないBが、所有権保存登記が、できるはずがないとなります。「注文者が、請負契約の履行として、請負人に対し、全工事代金の半額以上を棟上げのときまでに支払い、その後も工事の進行に応じ残代金の支払をして来たような場合には、特段の事情のないかぎり、建築された建物の所有権は、引渡をまつまでもなく、完成と同時に原始的に注文者に帰属するものと解するのが相当である。」とするのが判例である(最判昭44.09.12)。

3. 民法634条 請負人の担保責任

誤り。A Bの請負契約によって、請負人Bが注文者Aに対する瑕疵担保責任を肢1で解説しました。記述では、その建物を売主Aが買主Cに譲渡しています。この建物についての瑕疵担保責任は、売主の瑕疵担保責任となります。ですから、Cが瑕疵担保請求できるのは、契約したAだけです。従って、記述は誤りです。

4. 民法641条 請負の解除

正しい。一戸建てなんて、普通の人には、何度も建てられるような物ではありません。大多数の方が一生に一度建てるか建てないかです。そんな注文者Aが、請負人Bの仕事内容を直に見て、酷いと感じ、契約を破棄できないとなると、注文者Aがあまりにもかわいそうです。ですから、Bが建物の建築を完了していない間は、いつでも請負契約は解除できます。ただ、建築途中までの材料費や人件費等の損害については、当然、注文者Aに支払ってもらうこととなります。また、Aが、Bに代えてDに請け負わせて、建物を完成させるのは、Aの自由ですから、記述は正しいとなります。

平成6年度 問8 民法(請負)

Aが建設業者Bに請け負わせて木造住宅を建築した場合に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。

1. Aの報酬支払義務とBの住宅引渡義務は、同時履行の関係に立つ。
2. Aは、住宅の引渡しを受けた場合において、その住宅に瑕疵があり、契約をした目的を達成することができないときは、引渡しを受けた後1年内であれば、その契約を解除することができる。
3. Bは、引き渡した住宅に瑕疵があるときは、原則として引渡し後5年間瑕疵担保責任を負うが、この期間は、A B間の特約で10年にまで伸ばすことができる。
4. Bは、瑕疵担保責任を負わないとする特約をAと結ぶこともできるが、その場合でも、Bが瑕疵の存在を知っていて、Aに告げなかったときは、免責されない。

解説

1.

形成24年 問5

平成18年 問6

平成7年 問10

平成6年 問8

### 3-05-3 危険負担

宅建試験において、危険負担が単独で出題されることは少ないですが、実務を行う上では、必ず知っておいて欲しい箇所ですので、民法の原則をおさえておいてください。

#### 危険負担とは

売買契約をした後、引き渡しの際に、例えば建物が台風や竜巻で倒壊してしまい、売主の引き渡し義務が履行でなくなった場合、買主の代金支払債務が消滅するのか、しないのかの問題が発生します。

常識的に考えると、目的物が消滅したのですから代金の支払債務も消滅するはずなのですが、実は、民法では不動産のような特定物については、目的物が消滅しても代金の支払債務は消滅しないことになっています。これを危険負担と言っています。

□

この民法の考えは、物件の変動は売主買主双方の意思表示だけで直ちに成立するとしています。つまり家など不動産の場合も同様で、物件の変動が買主に移動した以上、買主が負担するのが当然と言うものです。

但し、売主に何らかの過失があれば、それは売主の責任となります。ただ、この考えについては公平性に欠けると言う強い批判があるため、実務的には特約で目的物が消滅すれば、買主の代金支払債務も消滅するとして民法の規定を打ち消しています。

この危険負担は、一般の考えとは、違う箇所ですから十分注意してください。売買契約書に、特約や条件を付けていない場合は、原則規定の民法が採用されることとなります。

不動産の売買契約書には、危険負担の特約がほとんどの場合書かれています。この特約が無くて、引き渡し前に不動産が自然災害などで無くなってしまったら・・・買主は、受取る物がない上に、代金は支払らなければいけないそんな事態になってしまいます（怖）民法の危険負担は、一般的な常識と違う箇所ですから絶対に忘れないでください。

平成 19 年度 問 10 民法（危険負担/債務不履行）

平成 19 年 9 月 1 日に A 所有の甲建物につき A B 間で売買契約が成立し、当該売買契約において同年 9 月 30 日をもって B の代金支払と引換えに A は甲建物を B に引き渡す旨合意されていた。この場合に関する次の記述のうち、民法の規定によれば、正しいものはどれか。

- 1. 甲建物が同年 8 月 31 日時点で A B 両者の責に帰すことができない火災により滅失していた場合、甲建物の売買契約は有効に成立するが、A の甲建物引渡し債務も、B の代金支払債務も共に消滅する。（売主 A に瑕疵がないので危険負担）
- 2. 甲建物が同年 9 月 15 日時点で A の責に帰すべき火災により滅失した場合、有効に成立していた売買契約は、A の債務不履行によって無効となる。（売主 A に瑕疵があるので債務不履行だけど、無効にはならず賠償）
- 3. 甲建物が同年 9 月 15 日時点で B の責に帰すべき火災により滅失した場合、A の甲建物引渡し債務も、B の代金支払債務も共に消滅する。（買主 B に瑕疵があるので B に代金支払い債務がある）
- 4. 甲建物が同年 9 月 15 日時点で自然災害により滅失しても、A B 間に「自然災害による建物滅失の危険は、建物引渡しまでは売主が負担する」との特約がある場合、A の甲建物引渡し債務も、B の代金支払債務も共に消滅する。

解説

苦手とする人の多いテーマなので、まず全体像を先に説明しておこう。

■原始的不能

契約締結前に甲建物が滅失していた場合を原始的不能という。この場合、存在しない物を引き渡すことは不可能だから、そもそも契約自体が不成立である。ただし、目的物の滅失につき、一方の当事者に故意又は過失がある場合には、契約締結上の過失の問題となり、他方当事者に対する損害賠償が必要となる。

■後発的不能

契約成立した後に、目的物が滅失した場合を「後発的不能」という。目的物を引渡す義務がテーマになっているこの場面では、引渡義務を負う売主を債務者、引渡しを受ける権利を有する買主を債権者と表現する。

■後発的不能(1)-債務不履行

後発的不能のうち、引渡義務の債務者（売主）に帰責性（故意又は過失）がある場合を債務不履行という（民法 415 条）。この場合、売主は、買主の損害を賠償する義務を負う。

■後発的不能(2)-危険負担

後発的不能のうち、引渡義務の債務者（売主）に帰責性がない場合、これを危険負担の問題という。目的物が滅失した危険（リスク）を、債務者（売主）と債権者（買主）のどちらが負担するか、という問題だからである。まず、リスクを債務者（売主）が負担する場合、これを債務者主義という（同法 536 条。左図）。具体的には、「代金を受け取る権利も消滅する」という処理をする。債務者（売主）にとっては、建物は滅失するは、代金は受け取れないは、のダブルパンチである。次に、目的物滅失のリスクを債権者（買主）が負う場合、これを債権者主義という（同法 534 条。右図）。具体的にいえば、買主は、目的物を受け取れないにも関わらず、代金全額を支払わなければならない。今度は、買主にとってダブルパンチである。では、債務者主義と債権者主義をどのように使い分けるか。以下の表が基本となる。

債権者主義	①特定物に関する物権の設定・移転を目的とする場合 ②債権者（買主）に帰責性がある場合
債務者主義	上記以外の場合

1. 規定なし 原始的不能・危険負担

誤り。甲建物が滅失したのは、契約締結（9月1日）前の8月31日であり、原始的不能の問題である。この場合、そもそも契約自体が不成立である。したがって、Aの建物引渡債務も、Bの代金支払債務も、最初から発生していない。発生していない以上、それらが消滅することもない。（別解）平成19年9月1日に売買契約が成立となっているのですから、その前日に、目的物が、消失すれば売買契約自体できないこととなります。よって、甲建物の売買契約は有効に成立すると言う、問題文は、誤りとなります。

2. 民法 415 条 債務不履行による損害賠償

誤り。契約締結後、目的物引渡前に、目的物が滅失する後発的不能のケース。そして、滅失の原因を作ったのは、引渡しに関する債務者である A（売主）である。債務者の責に帰すべき事由で債務の履行が不能となったのだから、A は債務不履行責任を負い、B が受けた損害を賠償しなければならない。売買契約が無効となるわけではない。（別解）契約自体は平成 19 年 9 月 1 日に売買契約が成立していますから、買主 B に甲建物を引き渡しまでの間、売主 A は善管注意義務を負うこととなります。それにもかかわらず、A の責に帰すべき火災により、甲建物が滅失してしまったのですから、A が責任を取るべきだと理解していただけたらと思います。よって問題文のケースは、売買契約が A の債務不履行によって、無効となるのではなく、A は債務不履行の責任を負うこととなります。具体的には、買主 B は契約の解除もできますし、損害賠償請求もできることとなります。

3. 民法 536 条 2 項 危険負担

誤り。契約締結後、目的物引渡前に、目的物が滅失する後発的不能のケース。そして、滅失の原因を作ったのは、引渡しに関する債権者である B（買主）である。この場合には、引渡債務に関する債務者 A は、反対給付を受ける権利を失わない。つまり、危険負担に関する債権者主義が採用されている。した

がって、Aの甲建物引渡し債務は消滅するものの、Bの代金支払債務は消滅しない。(別解) Bの責に帰すべき火災により甲建物が滅失したのですから、Bは責任を取ってくださいとなります。よって、Aの甲建物引渡し債務は免除されますが、Bの代金支払債務は残ることになります。

#### 4. 規定なし 危険負担

正しい。危険負担に関し、当事者間で民法の規定とは異なる特約をした場合、その特約が民法の規定に優先する。したがって、「建物引渡しまで売主が危険を負担する」という本肢のような特約も有効である。すなわち、Aの甲建物引渡し債務が消滅するだけでなく、Bの代金支払債務もまた消滅する。(別解) 民法の規定では、建物の売買契約締結後、引渡し前に、自然災害などで売主にも買主にも帰すことができない事由によって、売買の目的物が滅失した場合、売主の建物の引き渡し債務は消滅しますが、買主の代金支払債務は消滅しないとなっています。

要は、危険負担は買主になると言うのが、民法の原則となるのです。

これは、理屈云々を考えても頭がいたくなるだけです。素直に、覚えておいてください。ただ、この原則は、あくまでも任意規定とされていますので、特約をすることで変えることが可能です。

よって問題文は、危険負担を買主から売主に変更して特約をしていますから、Aの甲建物引渡し債務も、Bの代金支払債務も共に消滅するというもので、正しいとなります。

#### 平成8年度 問11 民法(危険負担)

AがBに対し、A所有の建物を売り渡し、**所有権移転登記**を行ったが、まだ**建物の引渡し**はしていない場合で、代金の支払いと引換えに建物を引き渡す旨の約定があるときに関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、**正しいものはどれか。**

1. 代金の支払い及び建物の引渡し**前**に、その建物が地震によって**全壊**したときは、Aは、Bに対して代金の支払いを請求することはできない。(買主負担)

2. 代金の支払い及び建物の引渡し**前**に、その建物の**一部**が地震によって損壊したときは、Aは、代金の額から損壊部分に見合う金額を減額した額であれば、Bに対して請求することができる。(計算できない。買主Bの全部負担)

3. Aが自己の費用で建物の内装改修工事を行って引き渡すと約束していた場合で、当該工事着手前に建物が地震で**全壊**したときは、Aは、内装改修工事費相当額をBに対して償還**しなければならない**。

4. Bが代金の支払いを終え、建物の引渡しを求めたのにAが応じないでいる場合でも、建物が地震で全壊したときは、Bは、契約を解除して代金の返還を請求することができない。(売主Aの瑕疵で債務不履行→契約解除・原状回復・損害賠償)

#### 解説

##### 1. 民法536条 危険負担

誤り。家屋滅失の原因は地震であり、**債務者(売主)に帰責性がない**から、危険負担の問題になる。さらに、「家屋の売買契約」は、**特定物に関する物権の設定・移転を目的**としているから、債権者主義がとられる。すなわち、危険は、債権者(買主)が負担する。したがって、Aは、Bに対し代金全額を請求することができる。(別解) 建物が地震によって全壊していますから、A B双方ともに過失はありません。そうすると、危険負担は、買主だとなりますので、Bは代金を支払わなければならないとなります。従って、Aは、Bに対して代金の支払いを請求することができるとなりますから、記述は誤りとなります。

##### 2. 民法536条 危険負担

誤り。危険負担に関する債権者主義がとられる。すなわち、危険は、債権者(買主)が負担する。したがって、Aは、Bに対し代金全額を請求することができる。危険負担は、「全額払う」か「全く払わないか」の問題である。一部損壊の場合でも、「代金減額」という考え方は、採用されていない。(別解) この問題も肢1と同様、地震によって建物の一部が壊れています。地震によるものですから、A B双方に過失の有無はございません。となると、危険負担は買主Bにあるということになりますから、壊れた部分も含めて代金を支払う必要がございます。従って、Aは、代金全額をBに対して請求できるとなり、記述は誤りだとなります。

##### 3. 民法536条2項の類推適用 危険負担

正しい。危険負担に関する債権者主義がとられる。すなわち、危険は、債権者(買主)が負担する。したがって、Aは、Bに対し代金を請求することができる。だからといって、Aに、履行不能の生じなかった場合以上の利益を収めさせる必要はない。約束していた内装工事を免れた以上、その工事費相当額は、Bに対して償還する必要がある(民法536条2項の類推適用)。

##### 4. 民法543条、同法545条1項、同条3項 債務不履行による解除

誤り。債務者の責めに帰すべき事由によって履行期を過ぎてしまった場合、その後は、債務不履行の問題として処理される。履行を遅滞している間に、天災や類焼など債務者に帰責性がない事由によって不能になったとしても、危険負担の問題に戻るわけではない。したがって、本肢のケースは、売主(債務者)Aの債務不履行(履行不能)の問題である。この場合、買主(債権者)Bは、契約を解除することができる(民法543条)。また、Aには原状回復義務があるから、Bは、代金の返還を請求することができる(同法545条1項)。さらに損害賠償の請求も可能である(同条3項)。

(別解)「Bが代金の支払いを終え、建物の引渡しを求めたのにAが応じないでいる」と言うことは、履行期が過ぎている状態だとわかり、売主Aが履行遅滞していることとなります。この状態で、建物が地震で全壊しているのですから、これで、危険負担は買主だとしたら、さすがにブーイングの嵐になりますので、これは危険負担とはならず、売主Aの履行不能だとなります。履行不能なのですから、買主Bは契約解除をすることができますので、契約解除となれば、契約解除前の状態に戻す原状回復義務が当事者双方に発生します。売主Aは、受取っている代金をBに返還する義務を負うことになり、当然、Bはその請求もできることとなります。従って、記述は「請求することができない」としていますから、誤りだとなります。

平成19年 問10

平成8年 問11

## 第6部 質権

### ■ 54-1 質権とは

【質権】債権者がその債権の担保として債務者または第3者から受け取った者を債務の返済があるまで留置して、債務の弁済を間接的に強制するとともに、弁済がない場合はこの目的物につき優先的に弁済を受けることを内容とする担保物権（342条）

**例** AがBに10万円を貸すにあたり、B所有の腕時計を預かり、もしお金を返してもらえない場合はその時計を競売し、その代金から貸した10万円を優先的に回収すること。

質権は約定担保物権だから、質権を設定しようとする当事者間の質権設定契約によって成立する。

【約定担保物権】当事者間の契約によって成立するもの。一方法定担保物権は契約がなくても発生する担保物権で、法律に書いてある条件を満たせば当然発生する。

### ■ 54-2 質権設定契約は誰がするのか

質権設定契約は債権者（質権者）と債務者（質権設定者）の間で締結される。質権設定者は債務者以外の第3者（物上保証人）でもかまわない。

**例** A（債権者）がB（債務者）に貸した10万円の債権を担保するために、Bの友人CがC所有のテレビに質権を設定する。Bが債務を弁済せずにCがそれを行ったり、質権が実行されてテレビをとられた場合には、物上保証人CはBに対して損害賠償を求める権利（求償権）を有する（351条による459～464条[保証債務に関する規定]の準用）。

【物上保証人（ぶつじょうほしょうにん）】物上保証人とは、「担保提供者」のことで、自分の財産の上に担保（抵当権など）を設定したにすぎず、債務を負担したわけではないので、連帯保証人のように借金を弁済する義務はない。しかし、主債務者が弁済できなければ抵当権が実行され、被担保物件（＝物上保証人が設定した担保となっている資産）が失われることになる。物上保証人は抵当権の実行を受け入れるか、あるいは主債務者の借金を自ら弁済して抵当権を消滅させるかの選択をしなければならない。

物上＝財産に関する、財産の上に  
物上保証人＝自分の財産の上に担保を設定する人＝担保提供者  
物上代位＝抵当権が、財産上の代位物になっても、効力を及ぼすこと。

#### 物上保証人と連帯保証人

物上保証人＝有限責任＝債務者が弁済しないと担保物権が競売にかけられてしまうが弁済義務はない。  
連帯保証人＝無限責任＝担保物権をとられた上に、弁済義務も負う。

抵当権は、抵当目的物の「売却」「賃貸」「滅失・毀損」「設定したる物権の対価」によって、債務者が受けるべき金銭その他の物（代位物）の上にもその効力を及ぼすことができる（民法372条）。これを物上代位といいます。少し難しいですが、つまりこういうことです。

【求償権（きゅうしょうけん）】物上保証人が、債権者による抵当権の実行や債権者に代わる債務の弁済によって、自己の財産の権利を失ったときは、債務者に対して求償権を有することになる。

また、物上保証人は、法律上当然に債権者に代位し、その求償権の範囲で債権の効力、および担保として債権者の有していた一切の権利を行使することができます。

■ 5 4 - 3 質権設定契約の性質 (344 条・335 条)

当事者間の合意

質権設定契約成立の要件

目的物を実際に債権者に引き渡すこと  
\* 質権設定契約は要物契約なので、占有改定とは違って現実に債権者による目的物の占有が必要となる。

【要物契約】 契約の相手側から目的物を受け取らない限り成立しない契約

【占有改定】 A が所有するテレビを B に売る売買契約を締結した。しかし、B は、自分の家に置くスペースがないので、とりあえず A にしばらく保管するようい、A もそれを了承した。この時テレビを占有しているのは A だが、一時保管を了承した時点で、B はまだテレビを占有していなくてもテレビの引き渡しがあったことになる。

引き渡し { 現実の引き渡し  
簡易の引き渡し  
占有改定  
指図による占有移転

【判例】 債権者がいったん有効に質権を設定した後、345 条に違反して質権設定者に質物を占有させた場合、その占有は代理占有としての効力は生じず、質権自体が消滅するわけではない。従って動産質では質権を第 3 者に対抗できなくなるが、不動産質では質権の効力には影響はない。

【代理占有】 A が所有する車には A の占有権が認められる。A が B に自分に代わって車を持っておくように依頼した場合、A の代理人である B が車を直接支配しているのだが、A は占有権を失わずそれを主張することができる。この場合の A の占有形態を代理占有という。

【動産質の対抗要件】 動産質権者は継続して質物を占有しなければその質権を持って第三者に対抗することができない。

【判例】 質権設定契約の引渡しは占有改定によって行うことはできないが、簡易の引渡しや指図による占有移転によって行うことができる。

【簡易の引渡し】 A が B にテレビを売ったが、そのテレビをすでに B は預かっていた場合、B がその物の引渡しを受けて占有権を取得するには一度 A にテレビを返して改めて A からテレビを受け取る必要がある。でも B がすでに売買の目的物を持っている状態で、AB 間の合意があれば引き渡したことにしようというもの。

■ 5 4 - 4 質権の目的となるもの (343 条)

質権の目的 { 動産 = 動産質  
不動産 = 不動産質  
財産権 (債権・株式・特許権・著作権) = 権利質

■ 5 4 - 5 質権を設定できる債権

債権 { 金銭を目的とする債権  
特定物の給付を目的とする債権  
一定の行為を目的とする債権  
将来の債権 (期限付き債券・条件付き債券)

■ 5 4 - 6 質権によって担保される債権の範囲 (346 条)

【被担保債権】 質権によって担保される債権

質権者が質物から優先的に弁済を受けられる範囲 { 元本  
質実行の費用  
質物保存の費用  
債務不履行による損害賠償  
質物の隠れた瑕疵によって生じた損害賠償  
利息  
違約金

■ 5 4 - 7 質権の対抗要件

< 動産質の対抗要件 >

質権をもって第三者に対抗するには、動産質では質物の占有の継続が必要である (352 条)。

質物の占有を誰かに奪われた場合、占有回収の訴えにより占有を回復できる (353 条) が、遺失したり詐取された場合は占有回収の訴えができない (200 条 1 項) ので質物の占有が回復できない。これはあくまで「占有回収の訴え」であって質権の返還請求権は認められていない。

< 不動産質の対抗要件 >

登記

< 権利質の対抗要件 >

いろいろ

■ 54-8 不動産質権者は質物を使用・収益できる  
質権者は質物たる不動産を質権の目的である不動産の用法に従い、自ら使ったり人に賃貸したり、あるいは制限物権を設定したりできる（356条）。その代わり債権者は債権の利息を請求できない（358条）。

■ 55-1 転質や流質契約は許されるか  
質権者は、自己の債務の担保とするために、質物をさらに質入れしてもかまわない（348条）。【転質】

例 AはBに10万円を貸し、腕時計を質にとった（源質権）。一方、AはCから5万円を借りるに当たり留置しているBの時計を質入れ（転質権）することができる。AはBの承諾がある場合のみならず（承諾転質）、Bの承諾がなくても転質することができる（責任転質）。ただし、責任転質では転質権の被担保債権額（5万円）は源質権の被担保債権額（10万円）を超過してはならず、転質権の存続期間は源質権の存続期間内であればならない。Aは転質しなければ生じなかったであろう損害については、それが不可抗力によるものであっても賠償責任を負う（348条）。

■ 55-2 流質契約は許されない  
【流質契約】質権設定契約や債務の弁済期間前の契約で、質権者に対し弁済として質物の所有権を取得させたり、あるいは法律に定めた方法に寄らないで質物を処分することを約束すること。

■ 55-3 質権の消滅

質権の消滅 { 物権共通の消滅原因  
担保物権共通の消滅原因  
298条の自由があるとき（350条が留置権の298条を準用しているため）  
代価弁済や抵当権消滅請求（不動産質権は抵当権の規定が準用されているため）

## 民法第 342 条ほか 質権

(質権の内容)

第三百四十二条 質権者は、その債権の担保として債務者又は第三者から受け取った物を占有し、かつ、その物について他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受ける権利を有する。

(質権の設定)

第三百四十四条 質権の設定は、債権者にその目的物を引き渡すことによって、その効力を生ずる。

(動産質の対抗要件)

第三百五十二条 動産質権者は、継続して質物を占有しなければ、その質権をもって第三者に対抗することができない。

(不動産質権者による使用及び収益)

第三百五十六条 不動産質権者は、質権の目的である不動産の用法に従い、その使用及び収益をすることができる。

## 解説

質権は当事者の合意によって設定される約定担保物権である。

質権は**要物契約**である。

質権は、不動産、動産、債権その他の財産権を目的とすることができる。

質権の対抗要件は、動産質の場合は**占有**、不動産質の場合は**登記**である。

不動産質の場合には、質権者は目的不動産の使用収益をすることができる。

ごく基本的なことしかきかれていないので、上記を押さえておけばよい。

## 諾成契約

諾成契約とは、契約の当事者の意思表示が合致するだけで**目的物の引渡しなどがなくても成立する契約**をいいます。

近代法では、諾成契約が原則であり、民法に規定している **13 種類の典型契約** (贈与、売買、交換、消費貸借、使用貸借、**賃貸借**、**雇用 (雇傭)**、**請負**、**委任**、寄託、**組合**、**終身定期金**、**和解**) のうち、消費貸借、使用貸借、寄託以外は諾成契約となります。

## 要物契約

契約の当事者の意思表示の合致だけでなく**目的物の引渡しなどがなければ成立しない契約**をいいます。

民法に規定している **13 種類の典型契約** (贈与、売買、交換、消費貸借、使用貸借、**賃貸借**、**雇用 (雇傭)**、**請負**、**委任**、寄託、**組合**、**終身定期金**、**和解**) のうち、**消費貸借**、**使用貸借**、**寄託**は要物契約となりますが、これ以外にも**動産の質権設定契約**や**代物弁済契約**なども要物契約に含まれます。

平成13年度 問9 民法(敷金)

Aは、BからB所有の建物を賃借し、特段の定めをすることなく、敷金として50万円をBに交付した。この場合のAのBに対する敷金返還請求権に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

1. 賃貸借契約期間中でも、Bの返済能力に客観的な不安が生じた場合は、Aは、賃料支払債務と敷金返還請求権とを対当額にて相殺することができる。
2. 敷金返還請求権は、賃貸借契約と不可分であり、Aは、Bの承諾があったとしても、これをAの債権者に対して担保提供することができない。
3. 賃貸借契約が終了した場合、建物明渡債務と敷金返還債務とは常に同時履行の関係にあり、Aは、敷金の支払と引換えにのみ建物を明け渡すと主張できる。
4. Bは、Aの、賃貸借契約終了時までの未払賃料については、敷金から控除できるが、契約終了後明渡しまでの期間の賃料相当損害額についても、敷金から控除できる。

解説

【敷金契約の性質】(最判昭48.02.02)

- (1) 賃貸借契約に附随するものではあるが、それとは別個の契約である。
- (2) 建物明渡義務を履行するまでの賃借人の賃借人に対する全ての債権を担保する。
- (3) 賃借人は、賃貸借の終了後、明渡完了するまでに生じた被担保債権を控除してなお残額がある場合に、その残額につき返還義務を負担する。  
(賃借人の敷金返還請求権は停止条件付の債権である。)

1. 民法に規定なし。H15年度民法改正

誤り。賃借人の敷金返還請求権は、明渡しを完了したときに初めて発生する停止条件付の債権。だから、賃借人の返済能力に客観的な不安があるからといって、賃貸借契約期間中に敷金返還を請求することはできない。当然、賃料支払債務と相殺することもできない。停止条件は「その条件発生まで法律効果を停止しておく」条件。一方、解除条件は「その条件発生により法律効果を解除する」条件。

2. 民法129条 敷金返還請求権の担保提供

誤り。敷金契約は賃貸借契約とは別の契約。つまり、敷金がなくてみ賃貸借契約可能。だから、賃借権とは別に、敷金返還請求権のみを担保に提供することができる。なお、賃借人Aが家主Bに対して持っているのが敷金返還請求権。だから、債務者が家主Bさんで、債権者であり譲渡人が借主Aさん。債権譲渡の第三者対抗要件は、確定日付きの証書による、「譲渡人から債務者へ譲渡通知」か「債務者の承諾」。「Bの承諾があった」というのは債務者で家主のBさんが承諾しているということだから、債権の譲渡条件も揃っている(民法467条1項)。

3. 判例、民法533条 同時履行の抗弁権

誤り。敷金は明け渡し完了後までの一切の借主の義務を担保してくれるものだから、借主が建物を明け渡してくれないと建物の状況を把握して修繕費を算出することもできない。だから、建物明渡債務と敷金返還債務とは同時には履行できない。

4. 判例 敷金の性質

敷金は明渡完了後までの一切の借主の債務を担保するので、当然その中に契約終了から明渡までの賃料相当の損害額も入っている。敷金は賃貸借契約時に発生する停止条件付き債権だけど、契約終了時までじゃなく建物明渡までの担保であることがポイント。

債務者対抗要件

債権者Aさんが債務者Bさんに対して持っている債権をCさんに譲渡した場合、その債権の譲受人Cさんが債務者Bさんに対して自分が新しい債権者であることを主張(対抗)するためには、以下の条件が必要。

- ① 譲渡人Aさんから債務者Bさんに対して債権譲渡の事実を通知するか、または
- ② 債務者Bさんの承諾を得る。

債権譲渡の第三者への対抗要件

債権譲渡の事実を債務者以外の第三者(債権の二重譲受人・差押債権者・破産管財人など)に対して主張(対抗)するためには、

上記(1)の①通知or②承諾を、確定日付ある証書によって行わなければなりません。

ところで、これって「質権」と何か関係があるのか？

平成20年度 問10 民法（敷金）

Aは、自己所有の甲建物（居住用）をBに賃貸し、引渡しも終わり、敷金50万円を受領した。この場合に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。

1. 賃貸借が終了した場合、AがBに対し、**社会通念上通常の使用をした場合に生じる通常損耗**について原状回復義務を負わせることは、補修費用を負担することになる**通常損耗**の範囲が賃貸借契約書の条項自体に具体的に明記されているなど、その旨の特約が明確に合意されたときでもすることができない。
2. Aが甲建物をCに譲渡し、所有権移転登記を経た場合、Bの承諾がなくとも、敷金が存在する限度において、敷金返還債務はAからCに承継される。（大家は継承）
3. BがAの承諾を得て賃借権をDに移転する場合、賃借権の移転合意だけでは、敷金返還請求権（敷金が存在する限度に限る。）はBからDに承継されない。（店子は引き継げない）
4. 甲建物の抵当権者がAのBに対する賃料債権につき物上代位権を行使してこれを差し押さえた場合においても、その賃料が支払われないうまま賃貸借契約が終了し、甲建物がBからAに**明け渡された**ときは、その未払賃料債権は敷金の充当により、その限度で消滅する。（大家が先、抵当権者は次）

解説

1. 判例 原状回復義務

誤り。通常損耗については、原状回復義務を借主が負う旨の特約等をすれば、することができます。要は、借主が納得すれば、通常損耗も負担させてもいいということです。よって問題文は、誤りとなります。逆を言えば、特約等に通常損耗の原状回復義務を書かなければ、することはできないとなります。

2. 判例 当事者の変更と敷金

正しい。敷金と言うのは、家賃の滞納があれば、その敷金から充当させると言うものです。甲建物の所有者がAからCに移ったと言うことは、Bから見れば貸主がAからCになったと言うことですので、Bは今後家賃をCに支払うと言うこととなります。Bが家賃を滞納した場合、AがBから受けた敷金から充当する必要がありますから、所有者がAからCに代わるときに、Bの承諾など必要とせず、当然に敷金もAからCに移動します。但し、まだAが所有者だったときにBが滞納していて、敷金を取り崩している場合は、残った敷金しかありませんから、その残った敷金のみ移動することとなります。よって問題文は正しいです。

3. 判例 当事者の変更と敷金

正しい。先述したように、敷金と言うのは家賃の滞納があれば、その敷金から充当させると言うものです。問題文の敷金は、Bの支払った敷金です。この敷金は、Bが滞納した時のために、家主に預けているお金だとなります。ですから、滞納等が無く賃貸借が終了した時点で、本来であればBに返却されるはずのお金となります。その敷金を、Dの滞納のために使うと言うのは、おかしい話だと言うことがわかっていただけたと思います。ですから、Bがその敷金をDのために使ってと言うような、Bの承諾なり合意などが無ければ、承継されることはありません。よって問題文は、正しいとなります。

4. 判例 物上代位と敷金

正しい。先ほどから、何度も言っていますが、敷金は、家賃の滞納があれば、その敷金から充当させると言うものです。ですから、問題文のように未払賃料債権、つまり滞納があれば、その敷金の範囲で充当します。充当したと言うことは、当然、その充当した範囲で、その未払賃料債権は消滅すると言うこととなります。よって問題文は、正しいとなります。なお、抵当権者が物上代位権を行使して、賃料債権を差し押さえたとしても、権利を行使できるのは、敷金が残存している範囲に限られる（最判平14.03.28）。

平成10年度 問3 民法（敷金返還請求権）

建物の賃借人Aは、賃貸人Bに対して有している建物賃貸借契約上の敷金返還請求権につき、Cに対するAの金銭債務の担保として質権を設定することとし、Bの同意を得た。この場合、民法の規定及び判例によれば、次の記述のうち**正しい**ものはどれか。

1. Aは、建物賃貸借契約が終了し、AからBに対する建物の明渡し完了した後でなければ、敷金返還請求権について質権を設定することはできない。
2. Cが質権の設定を受けた場合、確定日付のある証書によるAからBへの通知又はBの承諾がないときでも、Cは、A・B間の建物賃貸借契約証書及びAのBに対する敷金預託を証する書面の交付を受けている限り、その質権の設定をAの他の債権者に対抗することができる。
3. Cが質権の設定を受けた後、質権の実行かつ敷金の返還請求ができることとなった場合、Cは、Aの承諾を得ることなく、敷金返還請求権に基づきBから直接取立てを行うことができる。
4. Cが、質権設定を受けた後その実行ができることとなった場合で、Bに対し質権を実行する旨の通知をしたとき、Bは、その通知受領後Aの明渡し完了前に発生する賃料相当損害金については敷金から充当することができなくなる。

解説

1.

敷金  
平成20年—問10  
平成13年—問9  
平成10年—問3

平成14年度 問5 民法(質権)

Aは、Bから建物を賃借し、Bに3,000万円の敷金を預託(よたく=預けて任せること)した。その後、Aは、Bの承諾を得て、この敷金返還請求権につき、Cからの借入金(かりいれきん)債務を担保するために、Cのために適法に質権を設定した。この場合、民法の規定によれば、次の記述のうち正しいものはどれか。

1. Cは、Bの承諾が書面によるものであれば、確定日付を得ていなくても、この質権設定を、B以外の第三者に対しても対抗することができる。
2. CのAに対する利息請求権は、常に満期となった最後の2年分についてのみ、この質権の被担保債権となる。
3. CのAに対する債権の弁済期の前に、この敷金返還請求権の弁済期が到来した場合は、Cは、Bに対し、当該敷金を供託するよう請求できる。
4. CのAに対する債権の弁済期が到来した場合、Cは、Bに対し、Bがこの質権設定を承諾したことを根拠に、この敷金返還請求権の弁済期の前に、当該敷金を直ちにCに交付するよう請求できる。

解説

賃借人Aさん、賃貸人Bさん、第三者Cさん。店子のAさんは家主のBさんに敷金3000万円を支払って建物を借りている。AさんはCさんから借金をした(Cからの借入金債務)。文全体の主語が「Aは」であることに注意。この借金を担保するために、Cさんに敷金の3000万円の質権を設定した。敷金返還請求権は店子のAさんが持つ債権だから、質権として第三者に譲渡できる。「Cからの借入金債務」を「AさんはCさんから借金をした」と読み替えるのがコツ。

1. 民法364条 質権、民法467条 債権譲渡の第三者対抗要件

誤り。AさんはCさんからお金を借りるときに、敷金返還請求権を質権としてCさんに譲渡した。債権譲渡の対抗要件は、確定日付の証書で、債務者が承諾するか、譲渡人が債務者へ通知するかのどちらか。債務者は家主のBさんで、譲渡人が店子のAさんだから、「Bの承諾が書面によるもの」であるのはいいけど、「確定日付を得ていない」のがいけない。頻出

2. 民法346条 質権の性質

誤り。抵当権によって担保され、優先弁済が受けられる債権の範囲は「元本及び満期となった最後の2年分の利息と損害金」という規定はあるけど、質権にはない。利息は際限なく増えてゆくの、「満期の最後の2年分」にしておかないと後順位の抵当権者や一般債権者の受け取る分がなくなる。

3. 民法366条3項 質権の性質

AさんがCさんからお金を借りていて、その返済日より敷金の返還期限が先にきたら、Aさんの懐に敷金が入ってしまうと担保じゃなくなってしまうので、賃貸人Bさんに「Aさんに敷金を返金しないでくれ! 供託しておいて!」と主張することができる。

4. 民法366条1項 質権の性質

誤り。質権者が質権の目的である敷金返還請求権を取り立てられるのは、敷金返還請求権の弁済期以降じゃないといけない。それよりも前に敷金を返還させることはできない。AB間の賃貸借契約が終了しないということは、Aさんがこれから賃料を滞納して敷金から弁済しないとも限らない。

平成19年度 問7 民法(担保物権)

担保物権に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

- 1 建物の建築工事の費用について、当該工事の施工を行った者が先取特権を行使するためには、あらかじめ、債務者である建築主との間で、先取特権の行使について合意しておく必要がある。
- 2 建物の賃借人が賃貸人に対して造作買取代金債権を有している場合には、造作買取代金債権は建物に関して生じた債権であるので、賃借人はその債権の弁済を受けるまで、建物を留置することができる。
- 3 質権は、占有の継続が第三者に対する対抗要件と定められているため、動産を目的として質権を設定することはできるが、登記を対抗要件とする不動産を目的として質権を設定することはできない。
- 4 借地人が所有するガソリンスタンド用店舗建物に抵当権を設定した場合、当該建物の従物である地下のタンクや洗濯機が抵当権設定当時に存在していれば、抵当権の効力はこれらの従物に及ぶ。

解説

1. 民法303条 先取特権の行使

誤り。先取特権は留置権と同じ法定担保物権で、当事者の合意(約定)がなくても法律上当然成立する物。

2. 借地借家法33条 造作買取請求権

誤り。造作買取請求権は建物に関してではなく、造作に関して生じた債権なので、物(ここでは建物)との牽連性(けんれんせい=関連性)がなく留置権は行使できない。つまり、造作物のエアコンとか建具を留置するなら分かるけど、建物自体を留置することはできない。同様に、敷金返還請求権に基づいて建物を留置することはダメ。建物の明け渡しと敷金の返還とは同時履行の抗弁権がないから。

3. 民法361条 質権の設定

誤り。「対抗要件」とは、すでに当事者間で成立している法律関係や権利関係を、当事者以外の第三者に主張するための条件。質権は目的物を債権者に引き渡すときに効力を生ずるので、それが動産(ロレックス)でも不動産(土地)でも質権が設定できる。なお、動産の対抗要件は占有、不動産の対抗要件は登記。だから、不動産の占有を失っても、登記があれば第三者に対抗できる。質権と抵当権の違いが「引渡によって効力を生ずる」かどうか。動産は引き渡せるから「質権」、不動産は引き渡せないから「抵当権」。

4. 判例 抵当権の効力が及ぶ範囲

その通り。抵当権の効力は、その設定時に存在した従物にも及ぶ。(判例)

【参考】肢4のもとになった判例は、ガソリンスタンド用店舗建物に設定した抵当権の効力が、建物の4倍以上の価値のある地下タンクにおよぶのかどうか争われた。結論は、従物のほうが高価であっても、主物の抵当権の効力は従物に及ぶ、となった。

### 造作買取請求権

造作（ぞうさく）とは建物に設置された物で取り外しが簡単なものをさします。例えば、「畳、建具、エアコン」などがあり、造作は賃借人の所有となります。それゆえ、賃借人の同意を得て付加した造作については賃借借が終了する時に、賃借人に対して、「このエアコン買い取ってよ！」と請求することができます。これを造作買取請求と言います。

### 平成 21 年度 問 5 民法（担保物権）

担保物権に関する次の記述のうち、民法の規定によれば、正しいものはどれか。

- 1 抵当権者も先取特権者も、その目的物が火災により焼失して債務者が火災保険請求権を取得した場合には、その火災保険金請求権に物上代位することができる。
- 2 先取特権も質権も、債権者と債務者との間の契約により成立する。
- 3 留置権は動産についても不動産についても成立するのに対し、先取特権は動産については成立するが不動産については成立しない。
- 4 留置権者は、善良な管理者の注意をもって、留置物を占有する必要があるのに対し、質権者は、自己の財産に対するのと同じの注意をもって、質物を占有する必要がある。

### 正解

1. 民法 303 条 先取特権、民法 304 条 物上代理  
その通り、物上代位は担保物権の通有性。留置権のみない。ただし、抵当権者や先取特権者が火災保険金に物上代位する場合、保険金が債務者に支払われる前に差し押さえないといけない。
2. 民法 303 条 先取特権  
誤り。先取特権は債権が発生すれば民法（法律）条当然に与えられる特権（法定担保物権）。だから、当事者間の契約によって成立するわけではない。一方、質権は当事者間の合意と目的物の引渡によって成立する担保権（約定担保物権）。
3. 民法 325～328 条 留置権と先取特権  
誤り。留置権も先取物権も、動産にも不動産にも成立する。留置権なら、動産の場合「修理代金を支払わないなら時計は返さない」と言える権利。不動産の場合「借主のした屋根の修理代金を返してくれるまでは貸家を貸主に引き渡さない！」と言える権利。先取特権なら、動産の場合「種や肥料の代金を出さないのなら収穫物の売り上げから返してもらおうよ」と言う権利。不動産なら「建築費を出さないのなら売上代金から返してもらおうよ」という権利。
4. 民法 298 条 1 項、留置権、350 条 質権準用  
誤り。留置権者、質権者ともに「善管注意義務」を負う。  
【参照】 担保物権の種類と通有性（共通性）

平成10年度 問3 民法(敷金返還請求権)

建物の賃借人Aは、賃貸人Bに対して有している建物賃貸借契約上の敷金返還請求権につき、Cに対するAの金銭債務の担保として質権を設定することとし、Bの同意を得た。この場合、民法の規定及び判例によれば、次の記述のうち正しいものはどれか。

1. Aは、建物賃貸借契約が終了し、AからBに対する建物の明渡しが完了した後でなければ、敷金返還請求権について質権を設定することはできない。(設定できるが後取りになる)
2. Cが質権の設定を受けた場合、確定日付のある証書によるAからBへの通知又はBの承諾がないときでも、Cは、AB間の建物賃貸借契約証書及びAのBに対する敷金預託を証する書面の交付を受けている限り、その質権の設定をAの他の債権者に対抗することができる。(登記が要る)
3. Cが質権の設定を受けた後、質権の実行かつ敷金の返還請求ができることとなった場合、Cは、Aの承諾を得ることなく、敷金返還請求権に基づきBから直接取立てを行うことができる。(これしかないかな)
4. Cが、質権設定を受けた後その実行ができることとなった場合で、Bに対し質権を実行する旨の通知をしたとき、Bは、その通知受領後Aの明渡し完了前に発生する賃料相当損害金については敷金から充当することができなくなる。(充当できる)

解説

1. 民法362条、129条 敷金の性質

誤り。敷金返還請求権は、建物の明渡しが完了した後でなければ発生しません。そして、賃借人の債務が敷金より多い場合は、敷金は返還されません。つまり、敷金返還請求権と言うのは、賃借人が賃貸借契約による債務がない、もしくはその債務が敷金より小さい場合でなければ、発生しない権利なのです。これを言い換えると、敷金返還請求権は停止条件付債権だとなります。ただ、停止条件付債権だといっても、債権であることには間違いありませんので、処分したり、相続したり、担保に供したりすることは可能です。従って、いつでも質権の設定も可能ですから、建物の明渡しが完了した後でなければ設定できないとする記述は誤りとなります。なお、敷金返還請求権について質権を設定するという意味は、もし賃借人Aがお金を返さない場合は、賃貸人Bに対して、直接返還する敷金を取りたて、債権額に充当できるようにするためものです。

2. 民法364条、467条 質権の対抗要件

誤り。問題文が何を言っているのかといいますと、Cは確実に質権を実行できるようにしておきたいのです。例えば、ゴジラも賃借人Aに対して金銭債務の担保として質権を設定していたとしましょう。賃借人Aがお金を返さないで、賃貸人Bに対して、Cとゴジラが返還する敷金をこっちによこせと言った場合、賃貸人Bの気まぐれで、Cに渡したり、ゴジラに渡したりじゃあ困るじゃないですか。ですから、このような場合に備えて、どのような、処置をしていたらいいですか?ということを知っているのです。返還する敷金をこっちによこせと賃貸人Bに言った場合、賃貸人Bが、確実にCに渡すことを考えた方がいいのです。賃貸人Bからしたら、返還する敷金の行先は、本来は賃借人Aです。これを、賃借人Aではなく、Cに行くようにするのですから、賃借人AからCに敷金返還債権が譲渡されたことと同じだとなります。つまり、「債権譲渡の債務者または第三者への対抗要件」と同じです。債権譲渡の債務者または第三者への対抗要件は、譲渡人が債務者に確定日付のある証書によって通知をし、又は債務者が承諾をしなければ、債務者その他の第三者に対抗することができないとなっています。従って、確定日付のある証書によるAからBへの通知又はBの承諾がなければ、Cはその質権の設定をAの他の債権者に、対抗することができなくなり、記述は誤りとなります。

3. 民法366条1項 質権の実行

正しい。質権者は質権の実行かつ敷金の返還請求ができることとなった場合、店子Aの承諾がなくても、大家Bから直接取り立てることができます。(但し、債権額に対応する部分に限られます。) よって、記述は正しいです。

4. 判例 敷金の性質

誤り。敷金は、明渡し完了に至るまでに発生した賃借人の全債務を担保する。したがって、Bは、明渡し完了前に発生する賃料相当損害金について敷金から充当することができる。質権者が賃貸人から返還を受けられるのは、賃借人の債務を差し引いた残りの部分のみである。

質権

平成21年度 問5

平成19年度 問7

平成14年度 問5

平成10年度 問3

#### 民法改正後、賃貸借契約締結時に注意すべき点

民法改正が賃貸借契約にどのような影響を与えるのかという点について見ていきましょう。

結論からお伝えさせて頂くと、賃貸借契約締結時に注意すべきポイントは、「特約条項」または「原状回復」に関する条文の記載内容をしっかりと確認する。となります。  
もう少し正確な表現としては、原状回復に関し、民法に規定されている内容に基づいて契約がなされているか注意すべき。ということがポイントとなります。  
なぜなら、原状回復に関する条文は「任意規定」であって、「強行規定」ではないからです。  
では、任意規定と強行規定で具体的に何が違うのでしょうか？具体例と共に説明させて頂きます。

#### 任意規定と強行規定

今回の民法改正が賃貸借契約に及ぼす影響を深く理解していただくために必要な知識である「任意規定」と「強行規定」について説明させて頂きます。

任意規定：民法の条文とは関係なく、当事者間で自由に定めることができる規定。

強行規定：当該条文に反する（当該条文よりも不利になる）項目は全て無効になるというものです。

と言ってもイメージしづらいと思いますので、ここからは具体的に考えていきましょう。

民法上の条文で「売買契約の金額は1,000万円を超えてはいけません。これに反する特約は無効とする。」

という条文があったとします。

この条文があった場合、任意規定の場合はお互いの合意によっていかようにも契約内容を決めることができますが、強行規定の場合、当該条項に反する記載は全て無効とされます。

つまり、例えば民法に原状回復の定義が記載されていたとしても、当事者間で合意すれば民法上の記載に関係なくルールを決めることができるのです。

#### 賃貸借契約締結時に注意すべき点

上述の通り、原状回復に関する条文は「任意規定」であり、当事者間にて条文に反する内容も自由に定めることができます。ことごとから、「特約条項」、「原状回復」が賃貸借契約上どういった記載になっているかという点について確かめる必要があります。原状回復ガイドラインの内容を精査することがベストですが、忙しくて時間がない方も多いと思いますので、そういった方は以下のポイントを意識して頂ければ良いと思います。

原状回復の条文の欄に、「原状回復の範囲は国土交通省策定の原状回復ガイドラインに準拠する」という文言を入れてもらう特約条項の欄に「通常損耗を含む原状回復費用は借主負担とする」といった借主に不利な条項が入っていないか注意するという2点を具体的に意識して頂ければほとんどのトラブルは回避することができるでしょう。

#### 抵当権者の優先弁済権

抵当権によって担保され、優先弁済が受けられる債権の範囲は、抵当権設定契約によって定めます。**元本・利息・遅延利息**は登記事項とされていて、登記の限度で対抗力を生じ、その範囲で優先弁済を受けることとなります。

**元本**については、通常その全額が優先弁済を受けられます。問題は、優先弁済を受けられる**利息その他の定期金、遅延利息**です。利息その他の定期金、遅延利息については、**その満期となった最後の2年分についてのみ優先弁済を受けられる**、という規定があります。

この2年分というのは、抵当権が実行され、金銭が抵当権者に分配されるときに遡って考えます。つまり、利息の弁済期と関係なく、すでに経過した過去2年間の利息という意味です。ただし、抵当権者が一人だけで、後順位抵当権者がいない場合には、満期となった最後の2年分を越える利息についても弁済を受けることができます。

## ■ 抵当権とは？

抵当権とは、目的物を競売にかけてお金に換え、そのお金から優先的に弁済を受けるための権利です。たとえば、AがBに1,000万円を貸したとします。しかし、Bは他の人からも1,000万円を借りていました。この場合、Bが1,000万円の土地を持っていたとして、その土地を売却してもAが返してもらえるのは500万円だけです（債権者平等の原則）。

そこで抵当権の登場です。Aは1,000万円を貸す際に、Bの土地に抵当権を設定しておきます。Bが借金を返さないときは、Aは抵当権に基づきBの土地（抵当目的物）を競売にかけてお金に換えることができます。そしてAは、他の債権者に優先して、そのお金を自分の債権の返済に充てることのできるのです。つまり、抵当権を設定しておけば、AはBから1,000万円全額の返済を受けられるということです。

では、ここで用語の説明をしておきます。

お金を貸した担保として抵当権を持っている者（A）→ **抵当権者**  
お金を借りるために自分の不動産を抵当に入れた者（B）→ **抵当権設定者**  
抵当権によって担保されている債権→ **被担保債権**

また、この場合のBは債務者であり、抵当権設定者です。債務者の債務を担保するために、債務者以外の第三者の不動産に抵当権を設定することもでき、この場合の第三者を「**物上保証人**」といいます。

## ■ 抵当権の成立

抵当権は**諾成・無方式の契約**で、抵当権者と抵当権設定者による、抵当権を設定しようという合意のみで成立します（書面の作成や登記は不要）。実際には抵当権設定契約書が作られないということはまずないのですが、これは後日の紛争を避けるための証拠手段にすぎません（登記もほぼ同じ意味）。

抵当権を設定できるのは、**不動産、地上権、永小作権**についてのみです。**不動産賃借権**については設定できないということに注意しておいてください。

## ■ 抵当権者の権利

抵当権は、抵当目的物の「売却」「賃貸」「滅失・毀損」「設定したる物権の対価」によって、債務者が受けるべき金銭その他の物（代位物）の上にもその効力を及ぼすことができる（民法372条）。これを**物上代位**といいます。少し難しいですが、つまりこういうことです。

抵当権者は、目的物の滅失などで、抵当権設定者が受け取るべき金銭等に物上代位することができる。・・・まだ難しいですね。

たとえば、AがBの建物に抵当権を設定していたところ、その建物が火事で焼失してしまいました。さて、Aはもう抵当権を行使できないのでしょうか？いえ、この場合、Bに保険金や賠償金が入ってくる可能性があります。Aは、その保険金請求権や損害賠償請求権に対して抵当権を行使できるのです。

このように、抵当権者は、保険金請求権や損害賠償請求権、賃料、売買代金等に対して物上代位することができます。また注意点として、物上代位をするためには、抵当権設定者に金銭が支払われる前に、抵当権者が差押えをしておく必要があるということ覚えておいてください。

## ■ 抵当権設定者の権利

抵当権設定者は、抵当権が設定されてもそれが実行されるまで、目的物の使用・収益・処分をすることができます（抵当権者の同意不要）。

抵当権設定者は自由にこれらの行為を行うことができますが、その行為が通常の利用方法を逸脱していて**目的物が毀損**した場合には、抵当権者は、抵当権に基づく妨害排除請求をすることができるということも覚えておいてください。

## ■ 被担保債権の性質

### 1. 被担保債権が成立しなければ、抵当権も成立しない（**成立の附従性**）

そもそも被担保債権の発生原因である契約が不成立、無効であったり、またはそれが取り消されたことにより債権が消滅した場合には、これを担保する目的で設定された抵当権も効力を生じません。補足として、条件付・期限付など、将来の債権について抵当権を設定することができるということは覚えておいたほうがいいかもしれません。

### 2. 被担保債権が消滅すると、抵当権も消滅する（**消滅の附従性**）

抵当権設定登記の抹消登記などをしなくても、抵当権は消滅し、消滅を第三者に対抗できます。

### 3. 被担保債権が移転すると、抵当権も移転する（**随伴性**）

被担保債権の一部が譲渡された場合には、被担保債権の額に応じて抵当権の準共有という関係が生じます。

## ■ 抵当権者の優先弁済権

抵当権によって担保され、優先弁済が受けられる債権の範囲は、抵当権設定契約によって定めます。元本・利息・遅延利息は登記事項とされていて、登記の限度で対抗力を生じ、その範囲で優先弁済を受けることになります。

元本については、通常その全額が優先弁済を受けられます。問題は、**優先弁済を受けられる利息その他の定期金、遅延利息**です。利息その他の定期金、遅延利息については、**その満期となった最後の2年分**についてのみ優先弁済を受けられる、という規定があります。

この2年分というのは、抵当権が実行され、金銭が抵当権者に分配されるときに遡って考えます。つまり、利息の弁済期と関係なく、すでに経過した過去2年間の利息という意味です。ただし、抵当権者が一人だけで、後順位抵当権者が

いない場合には、満期となった最後の2年分を越える利息についても弁済を受けることができます。

元本及び満期となった最後の2年分の利息と損害金

利息や遅延損害金については時間の経過と共に増えていく性質のものであり、制限なく優先弁済が受けられるとすると、後順位の抵当権者や一般債権者の配分に影響が出る場合があります。

□

そこで、民法では、抵当権者が優先弁済を受けられる利息や遅延損害金は、満期となった最後の2年分と規定しています。抵当権で担保されるのは、元本及び満期となった最後の2年分の利息と損害金ということです。それ以前の延滞利息などについては満期後に特別の登記をすれば、登記の時から優先弁済権を主張することができます。

## 第7部 抵当権

### ■ 57-1 抵当権とは

【抵当権】債権者がその債権の担保として債務者または第3者が提供した物を質権のように提供者から奪うことなく提供者に引き続きその使用収益をさせておきながら、債権が弁済されない場合に原則としてその物を競売して得られた代金から優先的に弁済を受けることを内容とする担保物権。

質権との類似＝約定担保物権で抵当権設定契約によって成立

質権との相違＝担保目的物を抵当権者に引き渡さずに抵当権設定者の所にとどめておく点  
＝抵当権の設定者が引き続き目的物をしよう収益できる点

### ■ 57-2 抵当権設定契約は誰がする

抵当権設定契約は債権者（抵当権者）と債務者（抵当権設定者）との間で締結。抵当権設定者は債務者以外の第3者（物上保証人）でもかまわない。

### ■ 57-3 抵当権設定契約の性質

質権＝当事者間の合意だけでは足りず目的物を実際に債権者に引き渡す必要がある（要物契約）

抵当権＝当事者間の合意だけで抵当権設定契約は効力を発生する（諾成契約）

物件設定契約 { 要物契約  
諾成契約

### ■ 57-4 抵当権の目的物

質権の目的物＝動産、不動産、財産権

抵当権の目的物＝不動産、地上権、永小作権（民法上）

\* 民法以外の法律

商法＝登記船舶に対する抵当権

立木に関する法律＝立木に対する抵当権

漁業法＝一定の種類漁業権に対する抵当権

### ■ 57-5 抵当権を設定できる債権

{ 金銭を目的とする債権  
将来の債権（期限付債券・条件付債券）  
最高額を限定した一定範囲の不特定債権（根抵当権）

### ■ 57-6 抵当権によって担保される債権の範囲

【被担保債権】抵当権によって担保される債権で、抵当権者が抵当物件を競売した代金から優先的に弁済を受けられる。

被担保債権の範囲 { 元本  
定期金（利息・地代・家賃）は原則として満期の直最後の2年分  
債務不履行による損害賠償（ここでは遅延損害金）も最後の2年分

\* 担保目的物が設定者の手元に留め置かれるので、抵当権設定後も後順位（こうじゅんい）抵当権者や一般債権者などの第3者が担保目的物に利害関係を持つことが多いので、第3者の利益を保護するために、抵当権者の優先弁済権は質権に比べて制限される。

### ■ 58-1 抵当権の効力は目的物のどの範囲まで及ぶか

土地に設定した抵当権の効力は地上の建物には及ばないが、それ以外は原則としてその目的である不動産（抵当不動産）に「付加して一体となっている物」に及ぶ（370条）。

建物 { 付合物（土地に対する立木、建物に対する増築）  
付加して一体となっている物 { 抵当権設定時に存在した従物  
建物に対する従たる権利（借地権など）

\* 被担保物権について不履行があった場合、その後に生じた「抵当不動産の果実」に対しても抵当権の効力が及ぶ。

### ■ 58-2 抵当権の登記をした後に目的物に権利を持った人はどうなるか？

抵当権の設定されている土地を買った人

抵当権の設定されている土地に地上権や賃貸権を設定した人

} は抵当権が実行され土地が競売にかけられると、

競落人（けいらくにん＝競売の対象物の所有権を獲得した人）に自分の権利を対抗できない！

\* 抵当権設定登記後に権利関係を持った第三者を保護するための制度 { 代価弁済  
抵当権消滅請求  
法定地上権



②引渡猶予制度（6ヶ月の猶予期間）

■59-1 抵当権の処分方法

- ①転抵当
- ②抵当権の譲渡・放棄
- ③抵当権の順位譲渡・放棄
- ④抵当権の順位の変更

■59-2 転抵当（376条1項前段）

【転抵当】抵当権者がその抵当権を他の債権の担保とすること

例 AがB所有の土地に抵当権を持っているとき、その抵当権をさらに担保に入れること（抵当権再度設定）によってお金を借りる場合。

■59-3 抵当権の譲渡・放棄

【抵当権の譲渡】同一の債務者に対する抵当権のない他の債権者の利益のために抵当権を譲渡すること（376条1項前段）。

例 ABCDがEに対してそれぞれ300万円、200万円、200万円、300万円の債権を有し、E所有の土地につきAが1番抵当権者、Bが2番抵当権者、Cが3番抵当権者であった場合、抵当権が実行されEの土地（抵当物件）が競売されその代金が600万円だとすると、Aは300万円、Bは200万円、Cは100万円の弁済を受ける（Dはゼロ）。もしAがDのために抵当権を譲渡すると、Aの代わりにDが300万円の弁済を受けることになる。つまり「同一の債務者に対する抵当権のない他の債権者」とはDのことで、その利益のためにAは抵当権をDへ上としたわけだ。

【抵当権の放棄】同一の債務者に対する抵当権のない他の債権者の利益のために抵当権を放棄すること（376条1項後段）

例 前例でAがDのために抵当権を放棄すると、AはDに対してのみ優先権を失う（BCに対しては優先権は失わない？）。つまりBCよりも先に本来受け取るべき300万円の権利を有し、その300万円をDとの債権額に比例して分配する。従って1：1だから150万円ずつをAD双方が受け取ることになる。

譲渡は本人受け取り分の丸投げ  
放棄は本人受け取り分の比率分配

■59-4 抵当権の順位譲渡・放棄（376条1項後段）

【抵当権の順位譲渡】同一の債務者に対する先順位の抵当権者が後順位の抵当権者の利益のために抵当権の順位を譲渡すること。

例 前例でAがCのために抵当権の順位を譲渡する場合、競売代金600万円のうち、ACが受け取る弁済金（300+100=）400万円の内、Cが先ず受け取る権利のある200万円を得、つぎに残りの金額（400-200=）200万円をAが受け取ることになる。

【抵当権の順位放棄】同一の債務者に対する先順位の抵当権者が後順位の抵当権者の利益のために抵当権の順位を放棄すること

例 前例でAがCのために抵当権の順位を放棄すると、AはCに対してのみ優先権を失う（BCに対しては優先権を失わない）。つまりBDよりも先にACが本来受け取るべき弁済金の合計（300+100=）400万円をAとCの債権額に比例して分配することになる。3：2だからAは240万円、Cは160万円となる。

譲渡は両者獲得枠内で丸投げ  
放棄は両者獲得枠内で比率比率分配

■59-5 抵当権の順位の変更（373条、374条）

数個の債権を担保するのに同じ不動産に数個の抵当権を設定したとき、その抵当権の順位は登記の前後によるが（373条）、その順位を各抵当権者の合意によって変更することができる。抵当権設定者の承諾は不要だが、転抵当権者などの利害関係人の承諾が必要。

例 ある土地にAが1番抵当権、Bが2番抵当権、Cが3番抵当権があるとき、ABCの合意により順位をCABの順に変更できる。

■60-1 抵当権の消滅

- 抵当権の消滅原因
- 物権共通の消滅原因
  - 担保物権共通の消滅原因
  - 代価弁済・抵当権消滅請求
  - 時効消滅
  - 目的物の時効取得による消滅

例 抵当権は消滅したが、抵当権の登記が抹消されずに残っていた場合、この登記をその後に設定される抵当権の登記として流用した。そのとき、後順位抵当権者や第3者取得者といった第3者が流用前から存在している場合は、たとえ被担保債権額や担保目的物が同一であっても流用登記は無効となる（大判昭和8年11月7日）。しかし、第3者が流用後に顕れた場合は抵当権者は流用登記をもって第3者に対抗できる。（最判昭和49年12月24日）

【第3取得者】抵当権が付着している不動産を、抵当権が付着した状態のまま取得した者のこと。第三者取得者は、抵当権が付着している不動産（抵当不動産）の所有権を一応有してはいるが、債務の返済ができなくなった場合等では、債権者はいつでも抵当不動産を任意競売にかけることができる（抵当権の実行）。そのため、第3取得者は、所有権を

喪失し、損害を受ける危険に常にさらされている。そこで民法では、債権者（抵当権者）と第三取得者との利害の調和を図るために、「代価弁済」と「抵当権消滅請求」という2種類の仕組みを用意している。地上権、永小作権に抵当権を設定した場合は、たとえ地上権者、永小作人がその権利を放棄しても、抵当権者には対抗できない（398条）。

■ 61-1 共同抵当、根抵当

【共同抵当】同一の債権の担保として、数個の不動産につき設定された抵当権

例 AがBに対して1000万円の債権を持っているとき、その担保としてB所有の土地甲地、乙地、丙地に抵当権を設定した場合、Aが抵当権を実行し甲乙丙地を売却してその代価を同時に配当すると（同時配当）、各不動産の競落価格に応じて競落代金からその債権の負担を按分する（392条1項後段）。甲地が1000万円、乙地が600万円、丙地が400万円で競落された場合、

$$\text{甲地負担分} = 1000 \times \frac{1000}{1000 + 600 + 400} = 500 \text{万円}$$

$$\text{乙地負担分} = 1000 \times \frac{600}{1000 + 600 + 400} = 300 \text{万円}$$

$$\text{丙地負担分} = 1000 \times \frac{400}{1000 + 600 + 400} = 200 \text{万円}$$

また甲地だけを競売し、その代価を配当すると（異時配当）、Aは甲地の競落代金1000万円から債権の全額の弁済を受けられる。

例 甲地に500万円の2番抵当者Cがいた場合、同時配当だとAは甲地から500万円、Cも500万円の弁済を受けられる。しかし異時配当では、Aがたまたま甲地から競売したばかりにCは何の弁済も受けられない。そこで異時配当の場合、Cは同時配当をしたとするとAが乙地や丙地から受けられるはずの金額（300+200=500）についてAの抵当権を行うことができる（392条2項）。

■ 61-2 根抵当

普通の抵当権だとお金を貸す度に何度も担保を設定しなくてはならないが、根抵当権だといったん担保を取れば、一定限度額までであれば何回お金を貸しても構わない。

根抵当権の設定条件 { 根抵当権によって担保される債権の範囲の確定（398条の2第1項）  
債権者の確定（398条の2第2項）  
極度額の確定（398条の3第1項）

【元本の確定期日】その期日に存在する再建のみが担保され、それ以後に発生する債務は担保されなくなる期日。必ず定める必要はないが、定める場合は定めた日から5年以内でなくてはならない（398条の6第3項）。

【元本の確定】根抵当権の利便性である反復利用ができないようにすること。一定理由が生じた場合に反復利用を中止しないと不都合が生じるため。元本の確定期日を定めなかった場合は、根抵当権設定者（債務者）は根抵当権設定後3年を経過したときに、根抵当権者はいつでも元本の確定を請求でき、根抵当権者が請求した時点で元本が確定する（398条の19第1項、第2項）。これらの事項は根抵当権を設定した後でも変更できる（398条の4、5、6）。

元本確定事由 { i 合意された期日の到来（398条ノ6）  
ii 設定者の確定請求（398条ノ19）  
iii 新たな元本の不発生（旧398条ノ20第1項1号）  
iv 根抵当権者自身による競売・差押え（同項2号）  
v 根抵当権者自身による滞納処分（同項3号）  
vi 他の債権者による競売・差押え（同項4号）  
vii 債務者または根抵当権設定者の破産（同項5号）

	元本確定前か後か	利害関係人の承認は必要か不要か
債権の範囲・債務者の変更 (398条の4)	元本確定前に限る	不要
極度額の変更 (398条の5)	前後を問わない	必要
元本の確定期日の変更 (398条の6)	元本確定前に限る	不要

\* 元本確定の前後を問わない場合は利害関係人の承諾が要る。

■ 62-1 譲渡担保・仮登記担保

【譲渡担保】4つの担保物権による担保制度だけでは実際の取引にそぐわない場合があり、それを補うための制度。質権では担保物を質物として引き渡す必要があり、抵当権では質物を抵当設定権者の元に留めおけるが動産には抵当権が設定できない。そこで動産の場合、担保物を引き渡す代わりにその所有権を担保権者に移転すること。

**例** Aが自分の商売道具を担保にBから営業資金を借り入れたい場合、質権ではAはBに商売道具を質物（しちもつ）として引き渡さなくてはならず商売を続けられない。抵当権では抵当権設定者のところに留めておけるが、動産には原則として抵当権が設定できない。逆にBにしてもAがお金を返さなければ抵当権だと手間のかかる競売を実行しなくてはならない。そこで譲渡担保の概念が生まれた。AはBから金を借りる際に、その担保として商売道具の所有権をBに移転する。その間AはBに商売道具を引き渡さなくてもよく、金を返したらその所有権を返してもらおう制度。しかし、Aが100万円かりたのに、500万円の物の所有権を取られてはAがかわいそうなので、清算後差額はAに返還されることになる（最判昭和46年3月25日）。

■62-2 仮登記担保（仮登記担保契約に関する法律）

【仮登記担保】債務者が債務を弁済しない時には不動産を代物弁済として債権者に移転する旨を予め契約し、これに基づく債権者の権利について仮登記をしておくという方法により債権担保の目的を達成しようとする取引をいう。代物弁済予約・停止条件付代物弁済契約とも言う。

者に移転す 【代物弁済】借入金や買掛金が焦げ付いた場合に、モノ（大抵は不動産）の所有権を債務者から債権者によって、借入金や買掛金などの債務の弁済をなすこと。

を総称して仕買掛金として区別さ 【買掛金】掛け取引によって商品を購入した場合に代金を支払う義務（債務）。本来このような債務入債務というが、当該債務について手形が存在する場合には支払手形、そうでない場合にはれる。

称して売上債売掛金として区別さ 【売掛金】掛取引によって商品を販売した場合に代金を受領する権利（債権）。このような債権を総称というが、当該債権について手形を保有している場合には受取手形、そうでない場合にはれる。勘定科目としては流動資産に区分される。

0万円をあが生じます。 【停止条件】条件が成就したときに効力が発生するもの（127条1項）。「司法試験に合格したら1げる」という贈与契約がその一例であり、司法試験に合格したら当然に贈与の効力

\*これなら「成立条件」とか「成就条件」とするべきでは？「停止」の意味がわからない！

**例** AがBから金を借りるに際し、もし返せないときは代物弁済としてAの土地の所有権を移転してその弁済に当てることとし、それに基づく債権者の権利を仮登記しておくこと。AがBに金を返せずに、その土地の所有権がBに移転する場合、Bが予約を完結する意志を表示した日、停止条件が成就した日など、その契約において所有権がAからBに移転するものとされている日以後に、BはAに対して清算金の見積額を通知しなければならず、その通知がAに到達した日から2ヶ月を経過しなければその土地の所有権はAからBへ移転しない（仮登記担保契約に関する法律2条1項）。そしてその土地の価格が債権額を超える場合は、その超える額に相当する金銭をBはAに支払わなければならない（同法3条1項）。Aは原則としてその清算金を受け取るまでは、Bに債権等の額に相当する金銭を提供してその担保物である土地を受け戻すことができる（同法11条）。

**民法第 369 条**  
抵当権の内容

第三百六十九条 抵当権者は、債務者又は第三者が占有を移転しないで債務の担保に供した不動産について、他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受ける権利を有する。  
2 地上権及び永小作権も、抵当権の目的とすることができる。この場合においては、この章の規定を準用する。

**解説**

抵当権とは、債権者が債務者または第三者（物上保証人）の目的物の引渡しを受けずに、その上に優先弁済権を取得する約定担保物権である。抵当権設定者に使用収益が委ねられる点の特徴。

担保物権の**通有性（附従性、随伴性、物上代位性、不可分性）**をもつ。

**附従性**：被担保債権が成立していなければ抵当権も成立しないし、被担保債権が弁済等により消滅すれば抵当権も当然に消滅する。

**随伴性**：被担保債権が債権譲渡等により移転すれば、抵当権も移転する。

**物上代位性**：抵当権の効力が目的物の価値変形物に及ぶ。（後述、372）

**不可分性**：被担保債権全額の弁済があるまでは、抵当権は目的物全体を拘束する。

抵当権は、抵当権設定契約により設定される。これは諾成契約である。

抵当権は、当事者間では合意だけで成立するが、第三者に対する対抗要件は登記である。（177）

民法上、抵当権の目的となりうるのは、不動産（土地、建物）のほか、地上権、永小作権に限られる。

抵当権により担保される債権（被担保債権）は、一般的には金銭債権であるが、それ以外の債権であってもよい。債務不履行により金銭債権となるからである。

【判例】 債権の一部について抵当権を設定することも、数個の債権をあわせて被担保債権とすることも可能。

【判例】 将来発生する債権（確実な場合）についても抵当権を設定することもできる。※

※ これは、成立の附従性の緩和であるが、たとえば銀行で住宅ローンを借りの場合など実務上の要請から緩和が認められている。

金銭消費貸借契約は要物契約であるから、債権成立前に抵当権が成立することになり、附従性に反することになるが、銀行は無担保でお金を貸すわけには行かないので、先に抵当権の設定登記を済ませ、それを確認したうえでお金を指定口座に入金するのが現実であり、それを裁判所も認めた格好。

**民法第 370 条**

抵当権の効力の及ぶ範囲

第三百七十条 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（以下「**抵当不動産**」という。）に付加して一体となっている物に及ぶ。ただし、設定行為に別段の定めがある場合及び第四百二十四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、この限りでない。

**解説**

要するに、抵当権でどこまでまとめて競売にかけられるかという範囲のはなし。

わが国では土地と建物を別個の不動産とするから、土地に設定した抵当権は、地上建物には及ばない。

条文にいう「付加一体物」の具体的な中身が問題となる。

まず、付合物は、付合の時期を問わず付加一体物に含まれる。独立性を失っているからである。

【判例】 付合物とされたもの

- ・土地について、立木・庭石
- ・建物について、増築建物、雨戸、ガラス戸、建具類

次に、従物については、抵当権の設定前の従物については見解が分かれているので、宅建試験ではまず異論のない「**抵当権設定当時の従物**」として問われることになり、これは付加一体物に含まれる。

【判例】 ガソリンスタンドの建物に設定された抵当権は、建物価格の4倍以上の価値を有する地下タンク等の施設に及ぶ。

【参考】

（不動産の付合）

第二百四十二条 不動産の所有者は、その不動産に従として付合した物の所有権を取得する。ただし、権原によってその物を附属させた他人の権利を妨げない。

したがって、建物についての抵当権は、その建物賃借人が設置した造作（エアコンとか）には及ばない。

### 民法第 371 条

第三百七十一条 抵当権は、その担保する債権について不履行があったときは、その後に生じた抵当不動産の果実に及ぶ。

#### 解説

元物（げんぶつ）から生み出されるものを果実といい、天然果実と法定果実に分けられる。

天然果実：果樹園からの果実、農地からの作物、乳牛からの牛乳など。

法定果実：土地からの地代、家屋からの家賃など。

抵当権は、目的物の使用収益を設定者に委ねるものであるから、それから生じる果実も設定者に帰属する。しかし、債務不履行があった後は抵当権の効力が及ぶ旨の規定。

法定果実にも適用されるから、賃料に対する物上代位とは別の手段として、賃料に抵当権が及ぶことになる。（担保不動産収益執行の制度）

【参考】H15 改正点。それ以前には、賃料に抵当権の効力を及ぼすには物上代位によるほかなかった（判例が抵当権の効力は法定果実には及ばないとしていたため）のが、民事執行法において担保不動産収益執行の制度ができるにあわせて、改正を行った。不良債権をなんとかするため。

### 民法第 372 条

#### 物上代位など

（留置権等の規定の準用）

第三百七十二條 第二百九十六條、第三百四條及び第三百五十一條の規定は、抵当権について準用する。

#### 解説

抵当権に、不可分性、物上代位性および物上保証人の求償権があることをうたった。

ここでは物上代位にふれる。

たとえば、抵当権を設定していた建物が火事で消失したとき、建物所有者である抵当権設定者は火災保険金請求権を得ることになるが、この請求権（価値変形物）に抵当権の効力が及ぶことを物上代位性という。

物上代位するものとして以下を覚えておくこと。

保険金請求権、損害賠償請求権

売買代金請求権

賃料支払請求権（ただし債務不履行後）

物上代位するためには、抵当権者は、その払い渡し前に、自ら差押しなければならない。

【判例】 一般債権者の差押と、物上代位の差押が競合した場合、その優劣は、一般債権者の申立てによる差押命令の第三債務者への送達と、抵当権設定登記の先後による。

【判例】 抵当権者が明渡し前に賃料債権を差押えたとしても、賃貸借契約が終了し明け渡しがあったあとは、賃料債権は敷金の充当によりその限度で消滅する。

【参考】

（留置権の不可分性）

第二百九十六條 留置権者は、債権の全部の弁済を受けるまでは、留置物の全部についてその権利を行使することができる。

（物上代位）

第三百四條 先取特権は、その目的物の売却、賃貸、滅失又は損傷によって債務者が受けるべき金銭その他の物に対しても、行使することができる。ただし、先取特権者は、その払渡し又は引渡しの前に差押えをしなければならない。

2 債務者が先取特権の目的物につき設定した物権の対価についても、前項と同様とする。

（物上保証人の求償権）

第三百五十一條 他人の債務を担保するため質権を設定した者は、その債務を弁済し、又は質権の実行によって質物の所有権を失ったときは、保証債務に関する規定に従い、債務者に対して求償権を有する。

### 民法第 375 条

#### 抵当権の被担保債権の範囲

第三百七十五條 抵当権者は、利息その他の定期金を請求する権利を有するときは、その満期となった最後の二年分についてのみ、その抵当権を行使することができる。ただし、それ以前の定期金についても、満期後に特別の登記をしたときは、その登記の時からその抵当権を行使することを妨げない。

2 前項の規定は、抵当権者が債務の不履行によって生じた損害の賠償を請求する権利を有する場合におけるその最後の二年分についても適用する。ただし、利息その他の定期金と通算して二年分を超えることができない。

#### 解説

被担保債権の範囲とは、要するに抵当権により優先弁済を受けられる金額のこと。

後順位抵当権者などのために、「最後の2年分」という制限がある。これがないと、残りどの程度の担保価値があるか把握できないから。

したがって、後順位抵当権者等がない場合には、制限はなく、利息等を含む全額について優先弁済を受けられる。

また、2年分を超える利息等については、優先弁済を受けられないだけで、請求できなくなるわけではないので勘違いしないこと。

**民法第378条**  
代価弁済

第三百七十八条 抵当不動産について所有権又は地上権を買い受けた第三者が、抵当権者の請求に応じてその抵当権者にその代価を弁済したときは、抵当権は、その第三者のために消滅する。

**解説**

宅建受験用テキストでは、第三取得者が所有権を保つための方法として、

抵当権消滅請求

第三者弁済

自ら競落

そしてこの代価弁済

と、よく並べてまとめてある。覚えやすいし、いいと思うのだが、上3つが第三取得者にイニシアティブがあるのに対して、代価弁済は受身の立場という違いがある。

つまり、あくまでも抵当権者のほうから、「〇円払ってくれたら抵当権をなくしたるけど、どや？」ともちかけてきたときの話なので注意。

**民法第388条**  
法定地上権

第三百八十八条 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。この場合において、地代は、当事者の請求により、裁判所が定める。

**解説**

わが国では、土地と建物を別個の物とする一方で、原則として自己借地権を認めないため、土地建物の一方または双方に抵当権が設定され実行されると、土地利用権のない建物ができてしまうことになる。法定地上権はこのような不都合を避けるため、法律上当然に地上権を発生させる制度である。

法定地上権の成立要件

- ① 抵当権設定時に建物が存在すること
- ② 抵当権設定時に土地と建物が同一人の所有であること
- ③ 土地または建物あるいはその双方に抵当権を設定すること
- ④ 土地または建物が競売され、別々の所有者となること  
(宅建試験では、1と2だけ押さえておけばよい。)

《要件1に関する判例》

【判例】更地に1番抵当権が設定された後、建物が建築され、その後土地について2番抵当権が設定され、2番抵当権が実行された場合、法定地上権は成立しない。

(1番抵当権者の把握した交換価値を害するから)

【判例】更地に抵当権を設定したときに、当事者間で、将来建物を建築したら地上権を設定したものとみなすとの合意があっても、この合意は買受人に対抗できない。

【判例】設定当時、土地上の建物の所有権保存登記がなくても、法定地上権は成立する。

【判例】再築された建物についても法定地上権は成立する。

《要件2に関する判例》

【判例】借地上建物に抵当権を設定した後、敷地を取得した場合には、従来の約定利用権が混同の例外として存続し、法定地上権は成立しない。

【判例】土地(この土地には別人所有の建物がある)に1番抵当権を設定した後、建物を取得して同一人の所有となった後で、同土地に2番抵当権が設定され、1番抵当権が実行されると法定地上権は成立しない。

(地上権という強力な権利がついた土地の値段はかなり安くなってしまふから、成立するとすると1番抵当権者を害することになる。)

【判例】借地上建物に1番抵当権を設定した後、敷地を取得して同一人の所有となった後で、同建物に2番抵当権が設定され、1番抵当権が実行されると法定地上権は成立する。

(上の判例とは逆に、建物は法定地上権が成立したほうが値段が高くなり、1番抵当権者にはありがたい。)

【判例】土地と建物の所有者が異なる場合には、たとえ親子・夫婦であったとしても、法定地上権は成立しない。

【判例】土地(この土地には別人所有の建物がある)に先順位の甲抵当権を設定した後、建物を取得して同一人の所有となった後で、同土地に後順位の乙抵当権が設定された。甲抵当権が設定契約の解除により消滅した後、乙抵当権が実行された場合、法定地上権は成立する。

【判例】土地と建物が同一人の所有であったが、その後、別人の所有となった場合でも法定地上権は成立する。

【参照】法定地上権の成立要件

## 民法第 389 条

### 抵当地の上の建物の競売

第三百八十九条 抵当権の設定後に抵当地に建物が築造されたときは、抵当権者は、土地とともにその建物を競売することができる。ただし、その優先権は、土地の代価についてのみ行使することができる。  
2 前項の規定は、その建物の所有者が抵当地を占有するについて抵当権者に対抗することができる権利を有する場合には、適用しない。

#### 解説

いわゆる一括競売。ただし書きの、「優先弁済権があるのは土地代金についてのみ」という部分が大事。担保となっていたのは土地だけであるから、建物代金は、当然のことながら建物所有者のものである。

1項の最後が「できる」であることに注意。一括競売しなければならないわけではない。

【判例】一括競売は抵当権者に課された義務ではない。

2項は気にしなくてよい。

なお、従来は抵当権設定者が建物を建てた場合に限られていたが、H 15 改正後は、第三者が建てた場合でも一括競売できるようになった。

## 民法第 395 条

### 抵当建物使用者の引渡しの猶予

第三百九十五条 抵当権者に対抗することができない賃貸借により抵当権の目的である建物の使用又は収益をする者であって次に掲げるもの（次項において「抵当建物使用者」という。）は、その建物の競売における買受人の買受けの時から六箇月を経過するまでは、その建物を買受人に引き渡すことを要しない。

一 競売手続の開始前から使用又は収益をする者

二 強制管理又は担保不動産収益執行の管理人が競売手続の開始後にした賃貸借により使用又は収益をする者

2 前項の規定は、買受人の買受けの時より後に同項の建物の使用をしたことの対価について、買受人が抵当建物使用者に対し相当の期間を定めてその一箇月分以上の支払の催告をし、その相当の期間内に履行がない場合には、適用しない。

#### 解説

借地借家法などでもそうだが、建物の賃借人等が（一方的に）追い出される場合はたいへい、引越し先を見つけるために、6ヶ月の猶予が与えられると覚えておけばいい。※

【参考】※

期間の定めのある建物の賃貸借：期間満了の1年前から6月前までの間に正当事由を備えた更新拒絶通知

期間の定めのない建物の賃貸借：正当事由を備えた解約申入れから6月で終了

賃貸借が期間満了または解約申入れで終了した場合、転借人への通知から6月で転貸借は終了

土地の場合には、こうした猶予制度はないので、ヒッカケに注意すること。

## 民法第 396 条

### 抵当権の消滅時効

第三百九十六条 抵当権は、債務者及び抵当権設定者に対しては、その担保する債権と同時になければ、時効によって消滅しない。

#### 解説

債権が消滅しないのに、抵当権だけが消滅時効にかかることを防ぐための規定。

宅建では、そのままの形で聞かれる。

第三取得者や後順位の抵当権者との関係では、被担保債権とはなれて、20年の消滅時効にかかる。（判例）

## 民法第 398 条の 2

### 根抵当権

第三百九十八条の二 抵当権は、設定行為で定めるところにより、一定の範囲に属する不特定の債権を極度額の限度において担保するためにも設定することができる。

2 前項の規定による抵当権（以下「根抵当権」という。）の担保すべき不特定の債権の範囲は、債務者との特定の継続的取引契約によって生ずるものその他債務者との一定の種類取引によって生ずるものに限定して、定めなければならない。

3 特定の原因に基づいて債務者との間に継続して生ずる債権又は手形上若しくは小切手上の請求権は、前項の規定にかかわらず、根抵当権の担保すべき債権とすることができる。

#### 解説

「一定の範囲に属する不特定の債権」である。したがって包括根抵当（現在および将来発生する一切の債権を担保する）は認められない。

普通抵当権がいわば一回こっきりの使いきりなものなのに対して、根抵当権はいわば連続使用可能なものになっている。そのために、根抵当権では、付従性が緩和され（たとえば個々の被担保債権が弁済されても根抵当権は消滅しない）、随伴性が否定される（個々の被担保債権が譲渡されても、その譲受人

は根抵当権を取得しない)。

根抵当権は、確定により、元本債権と根抵当権との特定の結び付きが発生して、普通抵当権とほぼ同じものになると思えばいい。

#### 民法第398条の3

##### 根抵当権の被担保債権の範囲

第三百九十八条の三 根抵当権者は、確定した元本並びに利息その他の定期金及び債務の不履行によって生じた損害の賠償の全部について、極度額を限度として、その根抵当権を行使することができる。

2 債務者との取引によらないで取得する手形上又は小切手上の請求権を根抵当権の担保すべき債権とした場合において、次に掲げる事由があったときは、その前に取得したものについてのみ、その根抵当権を行使することができる。ただし、その後取得したものであっても、その事由を知らないで取得したのものについては、これを行することを妨げない。

一 債務者の支払の停止

二 債務者についての破産手続開始、再生手続開始、更生手続開始又は特別清算開始の申立て

三 抵当不動産に対する競売の申立て又は滞納処分による差押え

#### 解説

1項が大事で、2項は気にしなくていい。

要するに元本、利息、遅延損害金など全部込みで極度額の範囲で担保される。

普通抵当権にみられる「最後の2年分」といった制限はない。

たとえば「極度額プラス最後の2年分の利息等」として誤りの肢にしてくる。

#### 民法第398条の4～6

##### 根抵当権の変更

(根抵当権の被担保債権の範囲及び債務者の変更)

第三百九十八条の四 元本の確定前においては、根抵当権の担保すべき債権の範囲の変更をすることができる。債務者の変更についても、同様とする。

2 前項の変更をするには、後順位の抵当権者その他の第三者の承諾を得ることを要しない。

3 第一項の変更について元本の確定前に登記をしなかったときは、その変更をしなかったものとみなす。

(根抵当権の極度額の変更)

第三百九十八条の五 根抵当権の極度額の変更は、利害関係を有する者の承諾を得なければ、することができない。

(根抵当権の元本確定期日の定め)

第三百九十八条の六 根抵当権の担保すべき元本については、その確定すべき期日を定め又は変更することができる。

2 第三百九十八条の四第二項の規定は、前項の場合について準用する。

3 第一項の期日は、これを定め又は変更した日から五年以内でなければならない。

4 第一項の期日の変更についてその変更前の期日より前に登記をしなかったときは、担保すべき元本は、その変更前の期日に確定する。

## ■ 抵当権とは？

担保物権	法定担保物権＝一定の要件がそろえば法律上当然成立する担保権
	＝留置権、先取特権
	約定担保物権＝信用授受の媒介として、目的物所有者と債権者との間の設定契約によって成立する
	＝質権、 <b>抵当権</b>

抵当権とは、目的物を競売にかけてお金に換え、そのお金から優先的に弁済を受けるための権利です。たとえば、AがBに1,000万円を貸したとします。しかし、Bは他の人からも1,000万円を借りていました。この場合、Bが1,000万円の土地を持っていたとして、その土地を売却してもAが返してもらえるのは500万円だけです（債権者平等の原則）。

そこで抵当権の登場です。Aは1,000万円を貸す際に、Bの土地に抵当権を設定しておきます。Bが借金を返さないときは、Aは抵当権に基づきBの土地（抵当目的物）を競売にかけてお金に換えることができます。そしてAは、他の債権者に優先して、そのお金を自分の債権の返済に充てることができるのです。つまり、抵当権を設定しておけば、AはBから1,000万円全額の返済を受けられるということです。

では、ここで用語の説明をしておきます。

お金を貸した担保として抵当権を持っている者（A）→**抵当権者**  
お金を借りるために自分の不動産を抵当に入れた者（B）→**抵当権設定者**  
抵当権によって担保されている債権→**被担保債権**

また、この場合のBは債務者であり、抵当権設定者です。債務者の債務を担保するために、債務者以外の第三者の不動産に抵当権を設定することもでき、この場合の第三者を「**物上保証人**」といいます。

## ■ 抵当権の成立

抵当権は**諾成・無方式の契約**で、抵当権者と抵当権設定者による、抵当権を設定しようという合意のみで成立します（書面の作成や登記は不要）。実際には抵当権設定契約書が作られないということはずみませんが、これは後日の紛争を避けるための証拠手段にすぎません（登記もほぼ同じ意味）。

抵当権を設定できるのは、**不動産、地上権、永小作権**についてのみです。**不動産賃借権**については設定できないということに注意しておいてください。

## ■ 抵当権者の権利

抵当権は、抵当目的物の「売却」「賃貸」「滅失・毀損」「設定したる物権の対価」によって、債務者が受けるべき金銭その他の物（代位物）の上にもその効力を及ぼすことができる（民法372条）。これを**物上代位**といいます。少し難しいですが、つまりこういうことです。

抵当権者は、目的物の滅失などで、抵当権設定者が受け取るべき金銭等に物上代位することができる。・・・まだ難しいですね。

たとえば、AがBの建物に抵当権を設定していたところ、その建物が火事で焼失してしまいました。さて、Aはもう抵当権を行使できないのでしょうか？いえ、この場合、Bに保険金や賠償金が入ってくる可能性があります。Aは、その保険金請求権や損害賠償請求権に対して抵当権を行使できるのです。

このように、抵当権者は、保険金請求権や損害賠償請求権、賃料、売買代金等に対して物上代位することができます。また注意点として、物上代位をするためには、抵当権設定者に金銭が支払われる前に、抵当権者が差押えしておく必要があるということをお覚えておいてください。

## ■ 抵当権設定者の権利

抵当権設定者は、抵当権が設定されてもそれが実行されるまで、目的物の使用・収益・処分をすることができます（抵当権者の同意不要）。

抵当権設定者は自由にこれらの行為を行うことができますが、その行為が通常の利用方法を逸脱していて**目的物が毀損**した場合には、抵当権者は、抵当権に基づく妨害排除請求をすることができるということも覚えておいてください。

## ■ 被担保債権の性質

### 1. 被担保債権が成立しなければ、抵当権も成立しない（**成立の附従性**）

そもそも被担保債権の発生原因である契約が不成立、無効であったり、またはそれが取り消されたことにより債権が消滅した場合には、これを担保する目的で設定された抵当権も効力を生じません。補足として、条件付・期限付など、将来の債権について抵当権を設定することができることは覚えておいたほうがいいかもしれません。

### 2. 被担保債権が消滅すると、抵当権も消滅する（**消滅の附従性**）

抵当権設定登記の抹消登記などをしなくても、抵当権は消滅し、消滅を第三者に対抗できます。

### 3. 被担保債権が移転すると、抵当権も移転する（**随伴性**）

被担保債権の一部が譲渡された場合には、被担保債権の額に応じて抵当権の準共有という関係が生じます。

## ■ 抵当権者の優先弁済権

抵当権によって担保され、優先弁済が受けられる債権の範囲は、抵当権設定契約によって定めます。元本・利息・遅延利息は登記事項とされていて、登記の限度で対抗力を生じ、その範囲で優先弁済を受けることになります。

元本については、通常その全額が優先弁済を受けられます。問題は、**優先弁済を受けられる利息その他の定期金、遅延利息**です。利息その他の定期金、遅延利息については、**その満期となった最後の2年分**についてのみ優先弁済を受けられる、という規定があります。

この2年分というのは、抵当権が実行され、金銭が抵当権者に分配されるときに遡って考えます。つまり、利息の弁済期と関係なく、すでに経過した過去2年間の利息という意味です。ただし、抵当権者が一人だけで、後順位抵当権者がいない場合には、満期となった最後の2年分を越える利息についても弁済を受けることができます。

#### **元本及び満期となった最後の2年分の利息と損害金**

利息や遅延損害金については時間の経過と共に増えていく性質のものであり、制限なく優先弁済が受けられるとすると、後順位の抵当権者や一般債権者の配分に影響が出る場合があります。

□

そこで、民法では、抵当権者が優先弁済を受けられる利息や遅延損害金は、満期となった最後の2年分と規定しています。抵当権で担保されるのは、**元本及び満期となった最後の2年分**の利息と損害金ということです。それ以前の延滞利息などについては満期後に特別の登記をすれば、登記の時から優先弁済権を主張することができます。

#### **物上代位（ぶつじょうだい）**

担保物権の目的物の売却・賃貸・滅失・破損によって価値的に別のもの（売買代金、賃料、保険金など）に転化して、目的物の所有者がその変形物を受ける請求権を取得した場合に、その担保物権がこの請求権の上に効力を及ぼすこと。留置権を除く担保物権である先取特権、質権、抵当権はこの効力をもつ。

価値的に別のもののことを代位物と呼び、具体的には損害賠償権や火災保険金請求権などを指す。「物上（ぶつじょう）」とは「物や財産に関する」という意味。「上」は「的」とか「に関する」の意味。「想像上の」の「上」と同じ。だから「物上代位」は「目的物に関する代位」くらいの意味。法律用語は日本語が崩壊してるね。

## 1. 抵当権 (その1)

本日から2回に渡って「抵当権」についてお話します。抵当権という言葉は、聞いたことがあると思いますが、その仕組みはかなり複雑です。司法書士などを受験される予定がある方はここは完璧に理解していただきたい所ですが宅建の場合は、完璧な理解までは必要はありません。力技で丸暗記でも、構いませんので、がんばって覚えてください。

### 1. 抵当権とは

あなたが、人にお金を貸す場合、どんなことを考えますか？この人、本当に返してくれるかな？そんな風に考えるのが、一般的だと思います。借主が土地や建物と言った不動産を持っていたら、もしも借主から返済が滞るようになったらその不動産を売却して、回収したと思うのが普通だと思います。

このような時に登場するのが「抵当権」となります。つまり、返済が滞れば借主が持っている不動産を売却して、そのお金から優先して貸した分を返してもらうことが出来るようになるものを抵当権と言っています。

民法ではこの場合、債権者を**抵当権者**と言い債務者を**抵当権設定者**と言っています。そして抵当権が設定される不動産のことを、**抵当権の目的物**と呼んでいます。

### 2. 抵当権の設定・特徴

抵当権の設定は、**物権変動**の一種ですので、**意思表示だけで設定**ができることを覚えておいてください。要は口約束だけで、十分だと言うことです。目的物の引き渡しや契約書の作成、登記などは、必要ありません。

ただ、登記が無ければ、第三者が登場してきた場合に対抗できないとなるだけです。また、抵当権の特徴として、不動産に抵当権を設定されても、債務者たる抵当権設定者は、その不動産を自由に使用収益することができます。もちろん売却をすることも可能です。過去問で「**抵当権設定者が、第三者に抵当権の目的物を譲渡するような場合は、抵当権者に通知しなければならない。**」と言う問題がありましたが、**通知も承諾も一切必要ありません**ので注意しておいてください。

### 3. 抵当権を設定できるもの

抵当権を設定できるものとして、土地や建物と言ったものに以外に**地上権**や**永小作権**にも設定できることを、覚えておいてください。そして、抵当権を設定できないものとして**賃借権**も合わせて覚えておいてください。

### 4. 抵当権の順位

抵当権は、同じ目的物の上にもいくつでも設定することが可能です。例えば、AがBから1,000万円借りて、自分の土地にBが抵当権を設定した後に、AはさらにCからも500万円借りて、同じ土地にCも抵当権を設定することも可能と言うことです。ただこのような場合、先にお金を貸したBとしては、抵当権を実行したときに、Cより優先的にお金が帰ってこないとおもしろくありません。そこで、民法では同じ目的物の上にも抵当権がいくつも設定されているような場合には、順位をつけて優越を決めるようになっています。

ではこの順位はどのように決めるかと言いますと、**登記の前後**で決まるようになっています。先の例で、いくらCより先にお金を貸したからと言ってもBより先にCが抵当権の登記をすれば、Cが一番抵当権者となります。

### 5. 優先弁済

抵当権を設定する目的は、債務者が弁済できなくなった場合に抵当権の目的物を売って、そのお金から債権額を優先的に弁済してもらうために設定されています。では、一つの抵当権目的物に、複数の抵当権者がいた場合、どのように配分して、弁済するのでしょうか？例を上げて、説明します。

抵当権の目的物・・・1億円で売却  
一番抵当権者A・・・債権額8,000万円  
二番抵当権者B・・・債権額3,000万円  
三番抵当権者C・・・債権額1,000万円  
弁済額  
一番抵当権者A・・・8,000万円  
二番抵当権者B・・・2,000万円  
三番抵当権者C・・・0円  
このように、一番抵当権者から順に弁済されていきます。

但し、上記例は元本のみでの計算で、利息を引いていません。利息を、払わなくなってから全て優先弁済に含んでしまうとあまりにも後順位の抵当権者がかわいそうです。そこで民法では、最後の2年分の利息については優先的に弁済を受けることが出来ると規定しています。もちろん、後順位の抵当権者がいなければ、誰も困ることは

ありませんから、利息の全部をもらうことは可能です。

□

#### 6. 抵当権の順位変更

2番、3番抵当権者は、当然1番抵当権者になりたいと思うのが、普通だと思います。

実は、民法では条件を付けて、抵当権の順位を変更することを認めています。

この条件と言うのが、①抵当権者全員の合意、

②抵当権の順位変更により不利益を被る人（利害関係人）

の承諾を必要とします。

利害関係人とは、例えば転抵当権者などが考えられます。

\*転抵当権者＝抵当権を担保にお金を貸している人

ここで注意したいのは、抵当権の順位変更時に、

抵当権設定者の承諾や合意は不要と言うことです。

□

ところで、上位の抵当権が借金の完済などによって抹消された場合は、そのままエレベーター方式で、順位が繰り上がるだけのことから、誰の承諾も必要となりませんので、念のため確認しておいてください。

#### 平成28年度 問4 民法（抵当権・法定地上権）

Aは、A所有の甲土地にBから借り入れた3,000万円の担保として抵当権を設定した。この場合における次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。

1. Aが甲土地に抵当権を設定した当時、甲土地上にA所有の建物があり、当該建物をAがCに売却した後、Bの抵当権が実行されてDが甲土地を競落した場合、DはCに対して、甲土地の明渡しを求めることはできない。

2. 甲土地上の建物が火災によって焼失してしまったが、当該建物に火災保険が付されていた場合、Bは、甲土地の抵当権に基づき、この火災保険契約に基づく損害保険金を請求することができる。

3. AがEから500万円を借り入れ、これを担保するために甲土地にEを抵当権者とする第2順位の抵当権を設定した場合、BとEが抵当権の順位を変更することに合意すれば、Aの同意がなくても、甲土地の抵当権の順位を変更することができる。

4. Bの抵当権設定後、Aが第三者であるFに甲土地を売却した場合、FはBに対して、民法第383条所定の書面を送付して抵当権の消滅を請求することができる。（できない。抵当権付物件を買ったのはFだから分かって買ってるはず）

#### 解説

##### 1. 民法388条 法定地上権

正しい。土地と土地上の建物が同一の所有者に属する場合において、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、建物について、地上権が設定されたものとみなす（民法388条）。これを法定地上権という。本肢では建物のある土地について抵当権を設定した後に建物を第三者に譲渡し、その後に土地が競売されているが、この場合も、法定地上権が発生する（大連判大12.12.14）。したがって、本問のCは、法定地上権を有する。Dは、Cに対して、甲土地の明渡しを求めることはできない。（別解）これは、法定地上権の成立の有無を訊いています。

以下法定地上権の成立要件です。

法定地上権の成立要件

①抵当権設定時に土地の上に建物が存在すること

②抵当権設定時に土地と建物が同一所有者であること

③土地又は建物に抵当権が設定されること

④抵当権実行により土地・建物が異なる所有者になったこと

要件をすべてクリアしていますので、Cの法定地上権が成立しています。従って、DはCに対して、甲土地の明渡しを求めることはできません。なお、抵当権設定後に建物の所有者（A→C）が代わることは、法定地上権の成立要件ではありませんので、何の影響もありません。

##### 2. 民法372条 火災保険金に対する物上代位

誤り。Bは甲土地に対して抵当権を有しているに過ぎず、甲土地上の建物について何らの権利を有していない。したがって、甲土地上の建物が焼失して火災保険に基づく損害保険金が発生したとしても、Bは、この保険金を請求することができない。甲土地上の建物に抵当権を設定した場合、抵当権者は、建物焼失時の火災保険金に対して、抵当権を行使することができる。これを物上代位という（民法372条、304条1項）。（別解）「A所有の甲土地にBは、抵当権を設定している」となっていますから、建物については、Bの抵当権は設定されていないこととなります。と言うことは、当然、Bの抵当権は、建物には及ばないと判断できます。従って、建物の火災については、Bの抵当権は及ばないので、Bは、火災保険契約に基づく損害保険金の請求はできないとなります。

##### 3. 民法374条1項本文 抵当権：対抗要件・順位

正しい。抵当権の順位は、抵当権者の合意によって変更することができる。ただし、利害関係者がいるときは、その承諾を得なければならない（同項但書）。ここでいう利害関係者とは、順位の変更により自らの地位に影響を受ける者、例えば、転抵当権者のことをいう。債務者や抵当権設定者は、利害関係者に該当しない。したがって、Aの合意がなくても、抵当権の順位を変更することが可能である。（別解）抵当権の順位を変更したら、Aの借金が減ったり、増えたりするわけではありません。抵当権の順位変更で、Aには、何ら不利益が生じませんので、利害関係にとはならず、同意や承諾は必要ないとなります。抵当権の順位変更の要件は以下の通りです。

順位変更する抵当権者全員の合意があること

利害関係人の承諾があること

順位変更の登記をすること

#### 4. 民法 379 条 代価弁済・抵当権消滅請求

正しい。Fは、抵当不動産の第三取得者である。したがって、抵当権消滅請求をすることができる。抵当権消滅請求は、まず第三取得者が抵当権者に対し、民法 383 条所定の書類を送付することで始まる。

#### 平成 27 年度 問 6 民法 (抵当権)

抵当権に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。

1. 賃借地上の建物が抵当権の目的となっているときは、一定の場合を除き、敷地の賃借権にも抵当権の効力が及ぶ。(及ぶ)
2. 抵当不動産の被担保債権の主債務者は、抵当権消滅請求をすることはできないが、その債務について連帯保証をした者は、抵当権消滅請求をすることができる。(弁済すればできる)
3. 抵当不動産を買い受けた第三者が、抵当権者の請求に応じてその代価を抵当権者に弁済したときは、抵当権はその第三者のために消滅する。
4. 土地に抵当権が設定された後に抵当地に建物が築造されたときは、一定の場合を除き、抵当権者は土地とともに建物を競売することができるが、その優先権は土地の代価についてのみ行使することができる。

#### 解説

##### 1. 民法 370 条 抵当権の効力の及ぶ範囲

正しい。賃借地上の建物を抵当権の目的とした場合、建物の所有権と建物所有のための借地権が一体となって財産的価値を形成している。簡単にいえば、建物だけを手に入れても、土地の利用を拒否されるのでは意味がないのである。したがって、建物についての抵当権の効力は、敷地の賃借権にも及ぶ(民法 370 条。最判昭 40.05.04)。(別解) 借りている土地の上に建物が建っており、その建物に抵当権が設定されている場合には、原則として、抵当権の効力は土地の賃借権にも及びます。ですから、建物の競落人には、**建物の所有権**とともに**土地の賃借権**も移転することになります。ただ、この場合**賃貸人(地主)の承諾**は必要となりますが、承諾が得られないような時は、競落人は、**裁判所に対して承諾に代わる許可**を求めることができます。従って、記述は正しいと判断できます。

##### 2. 民法 380 条 代価弁済・抵当権消滅請求

誤り。主たる債務者、保証人及びこれらの者の承継人は、抵当権消滅請求をすることができない。これらの者は、被担保債務を全額弁済すべきだからである。(別解) 抵当権消滅請求と言うのは、例えばA所有の抵当権付き建物をBが購入したとしましょう。もし、**抵当権が実行された場合、Bはせっかく買った建物を手放さなくてはいけなくなってしまう**。これを救済するためにB(第三取得者)から債権者(抵当権者)に**抵当権を消してくれ**と言う請求のことを言います。なお、逆に債権者からB(第三取得者)に**抵当権を消しましょうか?**と言う申入れを、**代価弁済**と言っています。だから、**抵当権消滅請求ができるのは、第三取得者のみ**です。ではなぜ、保証人及びこれらの者の承継人は、**抵当権消滅請求をすることができないのでしょうか?** **抵当権消滅請求は、抵当権付きの不動産を買う人が少ない**と言う問題を解消するためにできた制度で、**不動産の現在価値の弁済で抵当権の抹消を要求する**というものですから、**債権者(抵当権者)が一方的に、損をする可能性がある**と言う制度なのです。(元々の**債権額で抹消請求するのであれば、普通の弁済ですから、わざわざ抵当権消滅請求などする必要がない**ため)債務者本人や保証人等から借金まけてと言われて「はいそうですか」と普通は言いませんから、**第三取得者のみ**としているのです。

##### 3. 民法 378 条 代価弁済・抵当権消滅請求

正しい。抵当不動産について所有権又は地上権を買い受けた第三者が、抵当権者の請求に応じてその抵当権者にその代価を弁済したときは、抵当権は、その第三者のために消滅する(民法 378 条)。**代価弁済**というシステムである。(別解)『**第三者のために消滅する**』ってどう言う意味なんだ?って方のために解説しますと、例えばAがBに対して 1,000 万円の債権があり、それを担保するためにBの土地に抵当権を設定した後に、Bがその土地をCに 700 万円で売ったとしましょう。この場合、**抵当権者であるAの請求に応じてCが 700 万円を支払うことを代価弁済**と言います。代価弁済がなされるとAの**抵当権はCのために消え、Aの残りの 300 万円の債権は無担保債権**となりますよと言うことなのです。つまりBの借金が消えてなくなることではないと言うことで、あくまでも**抵当権はCのために消します**と言うことなのです。

##### 4. 民法 389 条 1 項本文 抵当地の上の建物の競売

正しい。抵当権の**設定後**に抵当地に建物が築造されたときは、**抵当権者は、土地とともにその建物を競売**することができる。ただし、その優先権は、**土地の代価についてのみ行使**することができる(同項但書)。(別解)更地に抵当権を設定した後、その土地の上に建物が建てられた場合、**抵当権実行時に、土地と建物を一括して競売**にかけると『**一括競売**』と言っています。この場合は、**土地にしか抵当権を設定していないのに、設定していない建物の代価からも優先弁済を受けるのは、おかしい**のではないかと、誰もが思いますね。**当然、土地の代価からしか優先弁済を受けることができません**。従って、記述は正しいとなります。

平成 25 年度 問 5 民法 ( 抵当権 )

抵当権に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

1. 債権者が抵当権の実行として担保不動産の競売手続をする場合には、被担保債権の**弁済期が到来**している必要があるが、対象不動産に関して発生した賃料債権に対して物上代位をしようとする場合には、被担保債権の**弁済期が到来**している必要はない。
2. 抵当権の対象不動産が借地上の建物であった場合、特段の事情がない限り、**抵当権の効力**は当該建物のみならず借地権についても及ぶ。(及ぶ)
3. 対象不動産について**第三者が不法に占有**している場合、抵当権は、抵当権設定者から抵当権者に対して占有を移転させるものではないので、事情にかかわらず抵当権者が当該占有者に対して妨害排除請求をすることはできない。
4. 抵当権について登記がされた後は、抵当権の順位を変更することはできない。

解説

1. 民法 371 条 賃料に対する物上代位

誤り。抵当権は、その目的物の売却、賃貸、滅失又は損傷によって債務者が受けるべき金銭その他の物に対しても、行使することができる(民法 372 条、304 条 1 項)。これを物上代位という。抵当権者は抵当不動産の賃料について物上代位をすることができる。抵当権の効力が果実に及ぶのは、被担保債権につき**債務不履行があったとき**に限られる(民法 371 条)。物上代位が可能になるのも、その時点以降である。また、**弁済期が到来**しない限り、債務不履行になることはありえない。したがって、賃料債権に対する物上代位をするためには、被担保債権の弁済期が到来している必要がある。(別解)この問題は、実社会で見ただけであれば理解が早いと思います。もしあなたが、債権者(金融屋)としましょう。毎月きっちり借金を返済してくれている人に対して、何かしよう(代位)など考えますか? 考えないと思います。もし返済日に返済がなかったら、その時はじめて取り立てや代位など、できることを全てやると思います。と言うことは、履行期も来ていないのに債権者が勝手なことをやるのはおかしい話だと言うことがわかっていただけたらと思います。ですから、問題文は間違いだと判断できます。

2. 民法 370 条、判例

正しい。借地上の建物を抵当権の対象とした場合、建物の所有権と建物所有のための借地権が一体となって財産的価値を形成している。簡単にいえば、建物だけを手に入れても、土地の利用を拒否されるのでは意味がないのである。したがって、建物についての抵当権の効力は、敷地の賃借権にも及ぶ。(別解)これは、あなたが抵当権者の身になって見れば理解が早いかと思えます。抵当権者は、借金が返ってこない場合、問題文の建物を売って借金の返済に充てようと思っています。建物は、宙に浮いているわけではなく、土地あつての建物です。ですから、抵当権を実行したら、土地の賃借権が外れるとなると建物は、使い物になりませんし、競売で落札されるはずもありません。それでは、何のための抵当権か意味がありませんので、判例も建物に抵当権を設定すれば、原則として、抵当権の効力はその土地の賃借権に及ぶとされています。よって問題文は正しいです。

3. 判例 抵当権侵害に対する妨害排除

誤り。抵当権は、目的物の価値を把握し、これを優先弁済に充てる非占有型の担保物権である。したがって、抵当権者は、目的物の利用関係には干渉できないのが原則である。しかし、その状態を放置してしまうと、抵当権自体が無価値になるような場合にまで、この結論を貫くことはできない。例えば、第三者が抵当不動産を不法占有している場合、競売の進行が妨害されたり、競売価格が適正な価額よりも下落するリスクが出てくる。これでは、抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難になってしまう。このような場合、抵当権者は、抵当不動産の所有者に対して有する**抵当不動産の維持・保存請求権**を保全するため、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。(別解)抵当権者は、原則としては担保物権の占拠者に対して、口を出すのは、ダメだとなっています。なぜなら、所有者が担保物権を貸そうが、どうしようが自由だからです。抵当権者が返済しなくなれば、その担保物件を競売にかけて売ればいいだけの話です。ただ、その担保物件の価値を下げられては、貸したお金が返ってこない恐れがあります。もし、問題文の不法占拠者が「や○ざ」とかだったら競売をかけても売れないか、もしくは、本来の価格よりかなり安い額で落札されると容易に想像できると思います。これでは、何のために抵当権を設定したのか意味がありません。ですから、このような場合には、例外的に抵当権者が不法占有者に対して、所有者に代位して妨害排除請求をしてもいいですと判例が出ています。よって問題文は間違いとなります。

4. 民法 374 条 1 項 抵当権：対抗要件・順位

誤り。抵当権の登記の後であっても、抵当権の順位を変更することができる。ただし、利害関係者がいるときは、その承諾を得なければならない(同項但書)。抵当権の順位の変更とは、同一の不動産に関する抵当権者の間で、抵当権の順位を変更することである。抵当権の順位の変更は、登記をしなければ、効力を生じない(同条 2 項)。民法ってこの程度の問題なんだね。バカみたいに簡単な内容だし。

平成21年度 問6 民法（抵当権消滅請求）

民法第379条は、「**抵当不動産の第三取得者は、第383条の定めるところにより、**抵当権消滅請求**をすることができる。**」と定めている。これに関する次の記述のうち、民法の規定によれば、**正しいもの**はどれか。

1. 抵当権の被担保債権につき**保証人**となっている者は、**抵当不動産**を買い受けて**第三取得者**になれば、**抵当権消滅請求**をすることができる。（保証人は弁済が先）
2. 抵当不動産の**第三取得者**は、当該**抵当権の実行**としての競売による差押えの効力が発生した後でも、**売却の許可の決定**が確定するまでは、**抵当権消滅請求**をすることができる。（競売が実行される前じゃないとダメ）
3. 抵当不動産の**第三取得者**が**抵当権消滅請求**をするときは、**登記をした各債権者**に民法第383条所定の書面を送付**すれば足り**、その送付書面につき事前に**裁判所の許可**を受ける必要はない。
4. 抵当不動産の**第三取得者**から**抵当権消滅請求**にかかる民法第383条所定の書面の送付を受けた**抵当権者**が、同書面の送付を受けた**後2か月**以内に、**承諾できない旨**を確定日付のある書面にて**第三取得者**に通知すれば、同請求に基づく**抵当権消滅**の効果は生じない。

解説

抵当権には**追及効（ついきゅうこう）**という性質がある。つまり、抵当権の目的物である不動産が譲渡された場合にも、**抵当権が消滅**することはなく、**不動産の買主（「第三取得者」という）**は、**抵当権付きの不動産**を取得したことになるのである。そのため、**第三取得者の立場は、非常に不安定**である。なぜなら、**債務者が被担保債権の履行を怠ると、抵当権を実行され、不動産の所有権が奪われてしまうから**である。このような**第三取得者の不安定な立場を救済**するため、民法は、**2つの方法**を用意している。「①**抵当権者が主導するもの＝代価弁済（同法378条）**」、「②**第三取得者が主導するもの＝抵当権消滅請求（同法379条）**」**抵当権消滅請求**は、**まず第三取得者が抵当権者に対し、民法383条所定の書類を送付**することで始まる（同法383条）。**抵当権者は、2か月間の熟慮期間に、抵当権消滅請求を承諾するか、それとも競売を申し立てるか、を判断しなければならない。**また、この申し立てがない場合、**債権者が、第三取得者の抵当権消滅請求を承諾したものとみなされる（同法384条1号）。**抵当権者が**抵当権消滅請求を承諾し、かつ、第三取得者が代価の支払をおえたときに、抵当権は消滅する。**

1. 民法380条 **抵当権消滅請求権のある者**  
誤り。主たる債務者、保証人及びこれらの者の承継人は、**抵当権消滅請求**をすることができない。これらのものは、**被担保債務を全額弁済すべきだから**である。
2. 民法382条 **抵当権消滅請求の時期**  
誤り。**抵当不動産の第三取得者は、抵当権の実行としての競売による差押えの効力が発生する前に、抵当権消滅請求をしなければならない。**
3. 民法383条 **民法383条書面**  
正しい。**抵当不動産の第三取得者は、抵当権消滅請求をするときは、登記をした各債権者に対し、民法383条の書面を送付しなければならない。**この送付書面について、事前に裁判所の許可を受ける必要はない。
4. 民法384条1号 **抵当権消滅請求の効力**  
誤り。**債権者が、抵当権消滅請求の効力を失わせるためには、2か月以内に、競売の申し立てを行わなければならない。**「承諾できない旨の通知」をするだけでは、**抵当権消滅請求の効力を失わせることができない。**（別解）**抵当権消滅請求にかかる民法第383条所定の書面の送付を受けた抵当権者が、抵当権消滅を承諾できないと考えた場合、抵当権を消滅させたくないのですから、抵当権を実行するということになります。**問題文のように「承諾できませんよー」などと通知しても、**対立する第三取得者からすれば、じゃあどうするのってなりますので、抵当権消滅請求の効力を打ち消すことはできません。**ですから、**抵当権者の持っている権利である「抵当権の実行」を通知を受けてから2か月以内にやってしまうことになるのです。**よって、問題文は間違いとなります。なお、**抵当権者が抵当権消滅請求の通知を受けてから2か月を超えても抵当権を実行しない場合は、抵当権消滅請求を抵当権者が承諾したものとみなされます。**

平成18年度 問5 民法（抵当権）

Aは、Bから借り入れた2,400万円の担保として第一順位の抵当権が設定されている甲土地を所有している。Aは、さらにCから1,600万円の金銭を借り入れ、その借入金全額の担保として甲土地に第二順位の抵当権を設定した。この場合に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

- 1 抵当権の実行により甲土地が競売され3,000万円の配当がなされる場合、BがCに抵当権の順位を譲渡していたときは、Bに1,400万円、Cに1,600万円が配当され、BがCに抵当権の順位を放棄していたときは、Bに1,800万円、Cに1,200万円が配当される。
- 2 Aが抵当権によって担保されている2,400万円の借入金全額をBに返済しても、第一順位の抵当権を抹消する前であれば、Cの同意の有無にかかわらず、AはBから新たに2,400万円を借り入れて、第一順位の抵当権を設定することができる。
- 3 Bの抵当権設定後、Cの抵当権設定前に甲土地上に乙建物が建築され、Cが抵当権を実行した場合には、乙建物について法定地上権が成立する。
- 4 Bの抵当権設定後、Cの抵当権設定前にAとの間で期間を2年とする甲土地の賃貸借契約を締結した借主Dは、Bの同意の有無にかかわらず、2年間の範囲で、Bに対しても賃借権を対抗することができる。

B（一番抵当権）2400万  
甲地／  
A  
C（二番抵当権）1600万

解説

1. 民法376条1項 抵当権の順位の譲渡、放棄

その通り。順位譲渡によりCが先に優先弁済を受け、残額をBが受けることになる。また、**順位の放棄**の場合はBCは債権額の割合で配当を受けるから、3,000万円を、2400:1600すなわち3:2の割合で分け合うことになる。だから、当初の順位でBさんが2400万、Cさんが残額の600万。BさんがCさんに**順位譲渡**した場合は順位が入れ替わるのでCさんが1600万、Bさんが残額の1400万。順位放棄した場合は同順位になるので被担保債権額のB:C=3:2の割合で配当されてBさんが1800万、Cさんが1200万で設問通り。

2. 民法374条 順位上昇の原則

誤り。被担保物権が消滅したら抵当権も消滅する（附従性）。AさんがBさんに借金を返済したと同時に抵当権も消滅する。被担保物権と抵当権は一心同体だから、抵当権の登記抹消の有無にかかわらず消滅。だから、Bさんにお金を返した時点でCさんが第1順位に昇格する（順位上昇の原則）。

3. 民法388条 法定地上権

誤り。地上権（＝土地を使用する権利）には「法定地上権」と「約定地上権」があり、法定地上権は当事者間の合意による設定ではなく法律の規定によって当然に生じる。つまり、建物を買う人が建物を使う権利を国が認めたとすること。でも、そんなものが付着すれば土地の価値は下がり抵当権が守れない。法定地上権の成立要件は「①**抵当権の設定時に土地の上に建物があること**」、「②**抵当権設定時に土地と建物の所有者が同一**であること」、「③土地、又は建物に抵当権が設定されていること」、「④**抵当権の実行によって土地と建物の所有者が別になること**」。Bさんが抵当権を設定したときは建物がない更地の状態。Bさんは更地の状態で担保価値を計算してお金をAさんに貸したわけで、Cさんが競売を請求したとしても、第1順位の抵当権設定時に建物がなかったのだから、「法定地上権」という土地の価値を減らすようなものが付着してはBさんの抵当権が守れない。

4. 民法387条1項 抵当権者の同意の登記がある場合の賃貸借権の対抗力

誤り。抵当権設定**後**に賃貸借契約をしても、その賃借権は抵当権者に対抗できない。例外的に「①賃借権の登記」、「②**抵当権者全員の同意の登記**」があれば対抗できるけど、「Bの同意の有無にかかわらず」と書いてあるのでダメ。

平成17年度 問6 民法（抵当権付き賃貸物件）

BはAに対して自己所有の甲建物を平成15年4月1日に抵当権を設定し、Aは同日付でその旨の登記をした。Aと甲建物の賃借人との関係に関する次の記述のうち、民法及び借地借家法の規定によれば、誤っているものはどれか。

1. Bは、平成15年2月1日に甲建物をCに期間4年の約定で賃貸し、同日付で引き渡していた。Cは、この賃貸借をAに対抗できる。
2. Bは、平成15年12月1日に甲建物をDに期間2年の約定で賃貸し、同日付で引き渡した。Dは、平成16年4月1日以降もこの賃貸借をAに対抗できる。（できる）
3. Bは、平成15年12月1日に甲建物をEに期間4年の約定で賃貸し、同日付で引き渡した。Eは、平成16年4月1日以降もこの賃貸借をAに対抗できない。（できる）
4. Bは、平成16年12月1日に甲建物をFに期間2年の約定で賃貸し、同日付で引き渡した。Fは、この賃貸借をAに対抗できる。

B（債務者） A（抵当権者）（登記）

甲建物

↓  
C（店子）

解説

1. 正しい。賃借人（店子）と抵当権者の対抗関係は、**抵当権設定が先か、賃貸借契約が先かで決まります**。問題文の場合は、平成15年2月1日に賃貸借契約、平成15年4月1日に抵当権を設定となっていますから、期日が先なのは、賃貸借契約となります。従って、Cは、この賃貸借をAに対抗できるとなります。

2. 民法387条 抵当権設定後の賃借権

正しい。平成16年4月1日の民法改正前の規定では、**抵当権が登記された後に賃借権が設定**された場合であっても、その賃借権が**短期賃借権（土地5年以内、建物3年以内）**で、あるならば、その賃借権は抵当権に対抗できるとする短期賃貸借保護制度と言うのがありました。この制度は、競売物件の妨害行為などに悪用されるケースが頻発していたため、民法改正によって廃止されていますが、**経過措置**により、平成16年3月31日までに抵当権設定登記後に設定された短期賃貸借は、**抵当権に対抗できる**となっています。よって、問題文のケースでは、平成15年12月1日に短期賃貸借（2年）を設定していることになるため、この経過措置に該当することになり、Dは、平成16年4月1日以降もこの賃貸借をAに対抗できるとなります。なお、現行規定は以下のようになっていますので、こちらをしっかりと覚えておいてください。民法387条「登記をした賃貸借は、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ます。抵当権者が前項の同意をするには、その抵当権を目的とする権利を有する者その他抵当権者の同意によって不利益を受けるべき者の承諾を得なければならない。」

3. 民法387条 抵当権設定後の賃借権

その通り。肢2で解説しましたように、平成16年4月1日の民法改正によって、短期賃貸借保護制度は廃止されています。ただ、経過措置によって平成16年3月31日までの短期賃貸借は保護されます。ここで言う短期賃貸借とは、土地については期間が5年以内、建物は3年以内の期間を設定した賃貸借のことですから、問題文は「甲建物をEに期間4年の約定で賃貸」となっているため、「3年以内」じゃないから「短期賃貸借」に該当しないので、Eは、平成16年4月1日以降もこの賃貸借をAに対抗できないとなります。

4. 民法395条 抵当権設定後の賃借権

誤り。抵当権設定後に賃貸借契約をした場合、それが平成16年3月31日までに設定された短期賃貸借契約は経過措置として抵当権に対抗できます。でも、設問では「平成16年12月1日」に設定されたとなっているので、この経過措置には該当しません。だから、抵当権設定後に設定されたこの賃貸借契約は抵当権に対抗できません。なお、抵当権設定後のFが抵当権者に対抗できる**現行ルール**は、抵当権者全員の同意がある、賃借権（期間は関係ない）登記のみとなっています。ただ、この問題には、登記の有無の記載がないため、登記がないものとして考えざる得ません。抵当権者に対抗できないFは、競売の落札者が買い受けた時から、六箇月を経過するまでに建物を引き渡しをしなければなりません。以下の規定を参考にしてください。（要暗記）

平成 15 年度 問 6 民法（普通抵当権と根抵当権の違い）

普通抵当権と元本確定前の根抵当権に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

- 1 普通抵当権でも、根抵当権でも、設定契約を締結するためには、被担保債権を特定することが必要である。（根抵当は特定できない）
- 2 普通抵当権でも、根抵当権でも、現在は発生しておらず、将来発生する可能性がある債権を被担保債権とすることができる。（根抵当権がそう）
- 3 普通抵当権でも、根抵当権でも、被担保債権を譲り受けた者は、担保となっている普通抵当権又は根抵当権を被担保債権とともに取得する。（附従性）
- 4 普通抵当権でも、根抵当権でも、遅延損害金については、最後の 2 年分を超えない利息の範囲内で担保される。

解説

1. 民法 398 条 被担保債権の特定  
誤り。根抵当権は、一定の範囲に属する不特定多数の債権を極度額まで担保するもの。特定の債権を担保するのは普通の抵当権。「被担保債権の特定」というのは「担保される債権を特定すること」。
2. 民法 398 条 2 第 1 項 根抵当権、判例 普通抵当権の附従性緩和  
その通り。根抵当権は当然として、普通抵当権でも、銀行の住宅ローンの場合などの将来発生することが確実な債権も担保できるように、成立の付従性を緩和する判例がある。
3. 民法 398 条の 7 第 1 項 根抵当権、被担保債権の譲渡  
誤り。普通抵当権は被担保債権がハッキリしているので付随性があり、被担保債権を譲り受けると、それと一緒に抵当権も取得する。でも、根抵当権は元本が確定するまでは被担保債権が特定できない。だから付随性はない。
4. 民法 375 条 1 項 普通抵当権の範囲、民法 398 条の 3 第 1 項 根抵当権の範囲  
誤り。普通抵当権は後順位の抵当権者保護のため「利息・損害金などは最後の 2 年分」しか担保しないが、根抵当権は極度額（きょくどがく）までを担保する。

【参考】※成立の付従性の緩和 銀行の住宅ローンも当然のことながら金銭消費貸借である。金銭消費貸借は要物契約であるから、お金を渡さないと成立しない。しかし銀行は、たとえ短い時間であれ無担保の状態ではお金を渡さない。そこで現実には、先に抵当権設定契約を行い、その登記が完了したことを確認してから、お金を渡す。つまり厳密に言えば、被担保債権が成立する前に抵当権を発生させていることになり、これは成立の付従性に反することになる。  
しかし、これを認めないと現実問題としてややこしいことになってしまうので、判例では「将来発生することが確実な場合には」とこれを認めている。

根抵当権の抵当権との違い

	根抵当権	普通の抵当権
被担保債権の特定	継続的な取引の中で発生する不特定多数の債権を担保する（不特定な被担保債権）。	一回限りの取引で既に発生している特定の債権、あるいは将来発生することが確実な債権
附従性	極度額に達するまで約定により発生した全ての債権を担保するため、特定の被担保債権が弁済によりゼロになって消滅しても根抵当権は消滅せず元本は確定しない。	被担保債権が消滅すると抵当権も消滅する。
随伴性	元本確定前の段階では随伴性を有しない	随伴性があり、被担保債権を譲り受けた者は普通抵当権を被担保債権とともに取得する
担保する範囲	極度額まで担保しているため、その限度内であれば、元本・利息・損害金の全部を担保する。(398 条の 3)	利息・損害金などは最後の 2 年分に限られる。(375 条)
抵当権消滅請求	根抵当権消滅請求は、元本確定後に現に存する債務の額が極度額を超えると、「他人のためにその根抵当権を設定した者(物上保証人)」、「抵当不動産について所有権、地上権、永小作権または第三者に対抗できる賃借権を取得した第三者」がすることができる。(398 条の 22)	普通の抵当権の消滅請求は、「所有権を取得した第三者」のみがすることができる

#### 普通抵当権と根抵当権

例えば、あなたがA銀行から1,000万円を借りるために、所有している土地にA銀行の（普通）抵当権を設定して、お金を借りたとしましょう。これを「1,000万円の被担保債権」と言っています。つまり、先の例では、被担保債権の1,000万円を担保するために（普通）抵当権を設定したのです。

被担保債権が特定されていますよね。ですから、普通抵当権では、被担保債権が特定されなければ、設定契約を締結することはできないとなります。

一方、根抵当権と言うのは、**クレジットカード**のように、限度枠内なら、何度でもお金を出し入れすることができるというものです。例えば、あなたはが宅建業の運転資金として、1,000万円を限度として、所有の土地に根抵当権を設定したとしましょう。始めに、500万円を借入して、翌月全額返済しました。次に、300万円を借入して、1週間後に100万円返済しました。元本確定日がやってきて、あなたの借金が今日確定します。200万円が残っていますね。これが、被担保債権となります。もし、300万円を借りて、全額返済していたら、被担保債権は0円だったこととなります。

つまり、根抵当権の場合は、設定契約締結時には、借入限度枠の設定は行いますが、被担保債権が変動するため、特定すること自体、不可能なこととなります。ですから、被担保債権を特定する必要はないのです。

#### 平成17年度 問4 民法（消滅時効）

Aが有する権利の消滅時効に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

- 1 Aが有する所有権は、取得のときから20年間行使しなかった場合、時効により消滅する。
- 2 AのBに対する債権を被担保債権として、AがB所有の土地に**抵当権**を有している場合、被担保債権が時効により消滅するか否かにかかわらず、設定時から10年が経過すれば、抵当権はBに対しては時効により消滅する。
- 3 AのCに対する債権が、CのAに対する債権と相殺できる状態であったにもかかわらず、Aが相殺することなく放置していたためにAのCに対する債権が時効により消滅した場合、Aは相殺することはできない。
- 4 AのDに対する債権について、Dが消滅時効の完成後にAに対して債務を承認した場合には、Dが時効完成の事実を知らなかったとしても、Dは完成した消滅時効を援用することはできない。

#### 解説

##### 1. 民法167条2項 所有権の時効消滅

誤り。所有権は時効消滅しない。本人が所有する物を他人が時効取得することはできる。本人は所有権を失う。でも、他人の時効取得の反射的效果であって、本人の所有権が時効消滅したわけじゃない。20年ほったらかしていたら所有権がなくなると大変。

##### 2. 民法396条 抵当権の消滅時効

被担保債権と抵当権は一心同体（付随性）。被担保債権が消滅すれば抵当権も消滅する。被担保債権の消滅に関係なく、抵当権だけが設定から10年で消滅したら、銀行は15年ローンなんて組めなくなる。

##### 3. 民法508条 時効消滅した債権との相殺

誤り。債権が相殺適状（そうさいてきじょう＝相殺できる状態）なのに相殺せずに放置していたら時効によって消滅したら普通なら相殺できないはず。でも、民法は当事者の公平性を保つため、消滅時効になった後でも相殺できることにした。当事者はお互いに相殺を期待しているから。

##### 4. 民法145条 時効の中断事由

その通り。時効完成後でも、Dさんが「債務を承認」しているのだから、DさんはAさんに「お金は返します」と言ってるわけで、「やっぱり返しません」と言ったら信義則に反してしまう。

平成19年度 問7 民法（担保物権）

担保物権に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

- 1 建物の建築工事の費用について、当該工事の施工を行った者が先取特権を行使するためには、あらかじめ、債務者である建築主との間で、先取特権の行使について合意しておく必要がある。
- 2 建物の賃借人が賃貸人に対して造作買取代金債権を有している場合には、造作買取代金債権は建物に関して生じた債権であるので、賃借人はその債権の弁済を受けるまで、建物を留置することができる。
- 3 質権は、占有の継続が第三者に対する対抗要件と定められているため、動産を目的として質権を設定することはできるが、登記を対抗要件とする不動産を目的として質権を設定することはできない。
- 4 借地人が所有するガソリンスタンド用店舗建物に抵当権を設定した場合、当該建物の従物である地下のタンクや洗濯機が抵当権設定時に存在していれば、抵当権の効力はこれらの従物に及ぶ。

解説

先取特権や質権はマイナーなテーマでしたので、判断に苦しんだ方が多かったと思います。

この肢1と肢3については、一応押えておく程度で構いませんが、肢2と肢4は、今後も出題の可能性大ですから必ず覚えておいてください。

1. 民法303条 先取特権の行使

誤り。先取特権は留置権と同じ**法定担保物権**で、当事者の合意（約定）がなくても法律上当然成立する物。

2. 借地借家法33条 造作買取請求権

誤り。造作買取請求権は**建物に関してではなく、造作に関して生じた債権**なので、物（ここでは建物）との牽連性（けんれんせい＝関連性）がなく留置権は行使できない。つまり、造作物のエアコンとか建具を留置するなら分かるけど、建物自体を留置することはできない。同様に、敷金返還請求権に基づいて建物を留置することはダメ。建物の明け渡しと敷金の返還とは同時履行の抗弁権がないから。

3. 民法361条 質権の設定

誤り。「対抗要件」とは、すでに当事者間で成立している法律関係や権利関係を、当事者以外の第三者に主張するための条件。質権は目的物を債権者に引き渡すときに効力を生ずるので、それが動産（ロレックス）でも不動産（土地）でも質権が設定できる。なお、動産の対抗要件は**占有**、不動産の対抗要件は**登記**。だから、不動産の占有を失っても、登記があれば第三者に対抗できる。質権と抵当権の違いは「引渡によって効力を生ずる」かどうか。動産は引き渡せるから「質権」、不動産は引き渡せないから「抵当権」。

4. 判例 抵当権の効力が及ぶ範囲

その通り。抵当権の効力は、その**設定時に存在した従物**にも及ぶ。（判例）【参考】肢4のもとになった判例は、ガソリンスタンド用店舗建物に設定した抵当権の効力が、建物の4倍以上の価値のある地下タンクにおよぶのかどうか争われた。結論は、従物のほうが高価であっても、主物の抵当権の効力は従物に及ぶ、となった。

造作買取請求権

造作（ぞうさく）とは建物に設置された物で取り外しが簡単なものをさします。例えば、「畳、建具、エアコン」などがあり、造作は賃借人の所有となります。それゆえ、賃貸人の同意を得て付加した造作については賃貸借が終了する時に、賃貸人に対して、「このエアコン買い取ってよ！」と請求することができます。これを造作買取請求と言います。

平成13年度 問7 民法（抵当権）

Aは、Bから3,000万円の借金をし、その借入金債務を担保するために、A所有の甲地と、乙地と、乙地上の丙建物の上に、いずれも第1順位の普通抵当権（共同抵当）を設定し、その登記を経た。その後甲地については、第三者に対して第2順位の抵当権が設定され、その登記がされたが、第3順位以下の担保権者はいない。この場合、民法の規定によれば、次の記述のうち誤っているものはどれか。

借主A

（甲地→第2抵当権者C・乙地・丙建物）→貸主B（第1抵当権者・登記）  
3000万

1. 甲地が1,500万円、乙地が2,000万円、丙建物が500万円で競売され、同時に代価を配当するとき、Bは**その選択により**、甲地及び乙地の代金のみから優先的に配当を受けることができる。
2. 甲地のみが1,500万円で競売され、この代価のみがまず配当されるとき、Bは、甲地にかかる後順位抵当権者が存在しても、1,500万円全額（競売費用等は控除）につき配当を受けることができる。
3. Bは、Aの本件借入金債務の不履行による**遅延損害金**については、一定の場合を除き、利息その他の定期金と通算し、最大限、**最後の2年分**しか、本件登記にかかる抵当権の優先弁済権を主張することができない。
4. Bと、甲地に関する第2順位の抵当権者は、合意をして、甲地上の抵当権の順位を変更することができるが、この順位の変更は、その登記をしなければ効力が生じない。

解説

1. 民法392条1項 共同抵当

誤り。「甲地、乙地、丙建物が競売され」ということは、Bさんは借りた3000万を返済できなかったと言うこと。**共同担保が同時に配当される場合、各不動産の価額（かがく）に応じてその債権の負担を按分（あんぶん）する。**つまり、甲地1500万：乙地2000万：丙建物500万＝3：4：1だから、甲地は $3000 \times \frac{3}{8} = 1125$ 万（この時点で×）、乙地は $3000 \times \frac{4}{8} = 1500$ 万、丙建物は $3000 \times \frac{1}{8} = 375$ 万となる。だから、「甲地及び乙地の代金のみから」が誤り。もしそうなら、第3者抵当権者はその配当（甲地だけの抵当権者だから、競売で得た1500万からAの配当額を引いた375万円）を受け取れないということになってしまう。だから、上位抵当権者は配当の指定はできないことになっている。「その選択により」も誤り。

2. 民法392条2項 共同抵当、特定の担保のみの競売

その通り。複数の担保の中で特定の担保のみが競売にかかった場合、上位の抵当権が競売で得た代価から債権全部の弁済が受けられる。だから、第1抵当権者のBさんから配当してゆくことになる。Bさんの債権額が3000万円だから、甲地競売の代価（だいか＝値段）の1500万全額がBさんのものとなる。

3. 民法375条 被担保債権の範囲

その通り。遅延損害金というのは遅延利息のこと。後順位抵当権者や他の債権者を保護するために、利息その他の定期金の最後の2年分しか優先弁済されない。「定期金＝一定の時期に支払う金、または受け取る金」、つまり利息のこと。**頻出**

4. 民法374条 抵当権の対抗要件と順位

その通り。抵当権の順位の変更は、それを登記しないと効力がない。なぜなら、その登記を見てお金を貸すかどうか決めたり、利害関係を確認したりする人がいるから。

平成10年度 問5 民法（法定地上権・抵当権）

Aは、Bから借金をし、Bの債権を担保するためにA所有の土地及びその上の建物に抵当権を設定した。この場合、民法の規定及び判例によれば、次の記述のうち誤っているものはどれか。

1. Bの抵当権の実行により、Cが建物、Dが土地を競落した場合、Dは、Cに対して土地の明渡しを請求することはできない。
2. Aは、~~抵当権設定の登記をした後も建物をEに賃貸することができ、Bに損害を及ぼすことなく期間3年以内の賃貸借でその登記があるとき、Eは、建物の競落人に対して賃借権を対抗しうる。~~
3. Bは、第三者Fから借金をした場合、Aに対する抵当権をもって、さらにFの債権のための担保とすることができる。
4. Aから抵当権付きの土地及び建物を買取ったGは、Bの抵当権の実行に対しては、自ら競落する以外にそれらの所有権を保持する方法はない。  
賃借人A（甲地、乙建物所有）←賃貸人B（抵当権者）

↓  
買主G

解説

1. 民法388条 法定地上権

その通り。法定地上権の成立要件

- ① 抵当権設定時に土地の上に建物が存在すること
- ② 抵当権設定時に土地と建物が同一所有者であること
- ③ 土地又は建物に抵当権が設定されること
- ④ 抵当権実行により土地・建物が異なる所有者になったこと

問題文の記述では、「A所有の土地及びその上の建物に抵当権を設定」とあり、③の成立要件である、「土地又は建物に抵当権が設定されていること」になっているが、判例で両方に抵当権が設定されていてもOK。だから、設問は①～④を満たしているので法定土地権は成立し、DさんはCさんに土地の明渡しを請求できない。

2. 法改正により削除

短期賃貸借の問題ですが、短期賃貸借は平成15年の法改正により、廃止となっています。

3. 民法376条1項 転抵当

その通り。BさんがFさんから借金をするとき、Aさんの抵当権を担保にすることができる。この問題は、要するに、BがFから借金するために、Aの抵当権を担保とすることができますか？と聞いています。これは、できます。転抵当と呼んでいます。民法376条1項「抵当権者は、その抵当権を他の債権の担保とし、又は同一の債務者に対する他の債権者の利益のためにその抵当権若しくはその順位を譲渡し、若しくは放棄することができる。」転抵当は、少し複雑なため、初めて民法を勉強される方などは、飛ばした方が得策です。また、宅建試験では、これ以上突っ込んだ問題は出ないと考えます。ですから、これ以上の解説は、省略させていただきます。

4. 民法474条1項 抵当権の消滅

誤り。競売なんかしなくてもGさんがBさんの借金を弁済してやればよいと気づく（第三者弁済）。まとめると、これだけの方法がある。

- ① 自ら競落する
- ② 債務者に代わって借金全額を弁済する（第三者弁済）
- ③ 抵当権者の要求する金額分だけを弁済する（代価弁済）
- ④ 第三取得者が希望する金額だけ弁済する（抵当権消滅請求）

平成7年度 問6 民法（抵当権）

AがBに対する債務の担保のためにA所有建物に抵当権を設定し、登記をした場合に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

1. Aが通常の利用方法を逸脱して、建物の毀損行為を行う場合、Aの債務の**弁済期が到来していない**ときでも、Bは、抵当権に基づく**妨害排除請求**をすることができる。（できる）
2. 抵当権の登記に**債務の利息に関する定め**があり、他に後順位抵当権者その他の利害関係者がいない場合でも、Bは、Aに対し、**満期のきた最後の2年分を超える利息**については抵当権を行うことはできない。
3. 第三者の不法行為により建物が焼失したので**Aがその損害賠償金を受領した場合**、Bは、Aの受領した損害賠償金に対して物上代位をすることができる。
4. 抵当権の消滅時効の期間は20年であるから、AのBに対する債務の弁済期から10年が経過し、その債務が消滅しても、AはBに対し抵当権の消滅を主張することができない。

解説

1. 判例 **抵当権に基づく妨害排除請求権**

正しい。抵当権は、非占有型の担保物権である。そのため、抵当権者は、抵当権設定者の目的物利用について、原則として干渉することができない。しかし、**目的物の交換価値が侵害**されるような場合には、物権的請求権を行使し、侵害を排除することができる。以上より、設問のように、**目的物の毀損行為を行うような場合には、抵当権者Bは、抵当権に基づく妨害排除請求権**を行使することができる。Aの債務が弁済期が到来している場合でも、それ以前でも、結論は異なる。別解）**抵当権**と言うのは、債務者Aが弁済しない場合、その建物を競売にかけて、その落札金で債権を消すと言うものです。ですから、債権者Bとしては、建物の担保価値を下げるような使用収益を、Aにはやって欲しくないと必ず思っているはず。と考えると、Aが通常の利用方法を逸脱して、建物の毀損行為をやっていけば、「やめろ！」と言うのは、当然の話だと言うことになります。従って、判例においても、**弁済期が到来していようがいまいが、担保価値を著しく損なう行為を行うAに対して、Bは抵当権に基づく妨害排除請求を行使することができる**としています。

2. 民法375条1項本文 **利息は最後の2年分**

誤り。抵当権者が、**利息その他の定期金を請求する権利を有するときは、その満期となった最後の2年分**についてのみ、その抵当権を行使することができる。ただし、これは、後順位抵当権者など利害関係者を保護するためのルールだから、利害関係者が存在しない本肢のケースでは、**抵当権者Bは、最後の2年分を超えて抵当権を行使することができる**。

3. 民法372条、判例 **火災保険金に対する物上代位**

誤り。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に対しても、行使することができる。これを物上代位という。抵当権の目的である建物が火災によって焼失したが、それにより**抵当権設定者が火災保険金請求権を取得した場合に、保険金請求権に対する物上代位を認めるのが判例である**。しかし、物上代位をするためには、**払渡し又は引渡しの前に差押え**をしなければならない。すでに**抵当権設定者であるAが損害賠償金を受領したような設問の場合では、抵当権者Bは、物上代位をすることができない**。

4. 民法396条 **抵当権の消滅時効**

誤り。債務者・抵当権設定者との関係では、**抵当権が被担保債権と独立して消滅時効にかかることはない**。見方を変えれば、**抵当権が時効により消滅するのは、被担保債権が時効消滅した場合に限られること**になる。これを**抵当権の消滅における付従性**という。設問では、「**抵当権の消滅時効の期間は20年**」とするのが誤り。また、「**被担保債権が消滅しても、抵当権の消滅を主張することができない**」とする点も、**抵当権の付従性に矛盾しており、大きな間違い**。（別解）**抵当権はなぜ設定するのでしょうか？**例えば、BがAにお金を貸して、その担保のためにAの建物に**抵当権を設定**します。では、その**抵当権を消すにはどうしたらいいのでしょうか？**答えは、簡単ですね^^**お金を全額、Bに弁済すれば抵当権は自然消滅**となります。何が言いたいかと言え、**被担保債権（ここでは借金）があるから抵当権は存在する**と言うことです。被担保債権がないのに**抵当権だけが存在するなんてことはない**のです。ですから、**抵当権だけが時効で消滅するなんてことは、間違ってもありません**。被担保債権が**時効で消滅したのなら、抵当権も消滅する**と言うことです。従って記述は、**デタラメで、正しく書きかえると「債権の消滅時効の期間は10年であるから、AのBに対する債務の弁済期から10年が経過し、その債務が消滅すれば、AはBに対し抵当権の消滅を主張することができる。」**となります。

平成4年度 問6 民法(抵当権)

Aは、BのCに対する債務を担保するため、Aの所有地にCの抵当権を設定し、その旨の登記も完了した後、建物を新築して、Dに対し当該土地建物を譲渡した。この場合、民法の規定によれば、次の記述のうち正しいものはどれか。

- 1 Cは、Bが債務を返済しないときは、Dに通知しなければ、抵当権を実行することができない。(誤り。通知不要)
- 2 Cは、抵当権を実行して、土地及び建物を共に競売し、建物の売却代金からも優先して弁済を受けることができる。(誤り。建物は抵当に入っていない)
- 3 Dは、Cの抵当権が設定されていることを知らなかったときは、Cが抵当権を実行する前においても、Aに対し、売買契約を解除することができる。(誤り。善意有過失)
- 4 Dは、B及びCの反対の意思表示のないときは、Bの債務を弁済して、抵当権を消滅させることができる。(その通り)

解説

1. 改定民法381条 抵当権実行の通知は廃止

誤り。旧民法では抵当権を実行するときには、あらかじめ第三取得者にその旨を通知しなければならないという規定があったが、平成15年度の民法改正で廃止されました。現在では通知義務はなく、抵当権のある物件を購入したリスクは自分で負えということです。ちなみに、第三取得者Dさんが抵当権消滅請求をして、抵当権者Cさんがその請求を拒絶して競売を実行するなら、請求書面を受け取った日から2ヶ月以内に、債務者Bさんと抵当不動産の譲渡人Aさんに通知する必要があります。

2. 判例 一括競売

誤り。抵当権設定時に建物がなく、その後抵当地に建物が建てられたときは、抵当権者は、建物の所有者が土地所有者自身でもまた第三者でも、原則として、土地と建物を一括して競売することができます。一括競売をするかどうかは任意です。本肢では「土地については競売することができるが、建物については競売できない」とあるので×です。さらに、一括競売で優先弁済を受けられるのは土地の倍きやっ区代金からだけです。建物の売却代金は建物所有者に帰属します。

3. 民法567条1項 抵当権設定のみでは契約解除はできない

誤り。抵当権が設定されている不動産の買主は、抵当権が実行され所有権を失った時には契約の解除や損害賠償請求をすることができますが、抵当権が設定されているというだけでは売主の担保責任を問うことはできず、契約の解除はできません。通常の不動産取引では、登記簿の甲区〔仮登記や差押えがないか?〕、乙区〔担保物権や用益物権の登記がないか?〕を調べてから売買契約をします。もし見ていなかったとすればただの不注意です。

4. 民法474条 第三者弁済

正しい。第三取得者Dさんは、当事者BC間で第三者弁済を禁じる特約がなければ、債務者Bに代わってBの債務を弁済することができます。抵当権付で売買されるということも実務上ではよくあることで、第三取得者自身が抵当権を消滅させる方法も『①抵当権消滅請求』、『②代価弁済』、『③第三者弁済』など複数あります。

平成28年 問4  
平成27年 問7  
平成27年 問6  
平成25年 問5  
平成21年 問6  
平成18年 問5  
平成17年 問6  
平成15年 問6  
平成13年 問7  
平成10年 問5  
平成7年 問6  
平成4年 問6

平成13年度 問9 民法（敷金）

Aは、BからB所有の建物を賃借し、特段の定めをすることなく、敷金として50万円をBに交付した。この場合のAのBに対する敷金返還請求権に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

1. 賃貸借契約期間中でも、Bの返済能力に客観的な不安が生じた場合は、Aは、賃料支払債務と敷金返還請求権とを対当額にて相殺することができる。
2. 敷金返還請求権は、賃貸借契約と不可分であり、Aは、Bの承諾があったとしても、これをAの債権者に対して担保提供することができない。
3. 賃貸借契約が終了した場合、建物明渡債務と敷金返還債務とは常に同時履行の関係にあり、Aは、敷金の支払と引換えにのみ建物を明け渡すと主張できる。
4. Bは、Aの、賃貸借契約終了時までの未払賃料については、敷金から控除できるが、契約終了後明渡しまでの期間の賃料相当損害額についても、敷金から控除できる。

解説

【敷金契約の性質】（最判昭48.02.02）

- (1) 賃貸借契約に附随するものではあるが、それとは別個の契約である。
- (2) 建物明渡義務を履行するまでの賃借人の賃借人に対する全ての債権を担保する。
- (3) 賃借人は、賃貸借の終了後、明渡完了するまでに生じた被担保債権を控除してなお残額がある場合に、その残額につき返還義務を負担する。  
（賃借人の敷金返還請求権は停止条件付の債権である。）

1. 民法に規定なし。H15年度民法改正

誤り。賃借人の敷金返還請求権は、明渡しを完了したときに初めて発生する停止条件付の債権。だから、賃借人の返済能力に客観的な不安があるからといって、賃貸借契約期間中に敷金返還を請求することはできない。当然、賃料支払債務と相殺することもできない。停止条件は「その条件発生まで法律効果を停止しておく」条件。一方、解除条件は「その条件発生により法律効果を解除する」条件。

2. 民法129条 敷金返還請求権の担保提供

誤り。敷金契約は賃貸借契約とは別の契約。つまり、敷金がなくてみ賃貸借契約可能。だから、賃借権とは別に、敷金返還請求権のみを担保に提供することができる。なお、賃借人Aが家主Bに対して持っているのが敷金返還請求権。だから、債務者が家主Bさんで、債権者であり譲渡人が借主Aさん。債権譲渡の第三者対抗要件は、確定日付きの証書による、「譲渡人から債務者へ譲渡通知」か「債務者の承諾」。「Bの承諾があった」というのは債務者で家主のBさんが承諾しているということだから、債権の譲渡条件も揃っている（民法467条1項）。

3. 判例、民法533条 同時履行の抗弁権

誤り。敷金は明け渡し完了後までの一切の借主の義務を担保してくれるものだから、借主が建物を明け渡してくれないと建物の状況を把握して修繕費を算出することもできない。だから、建物明渡債務と敷金返還債務とは同時には履行できない。

4. 判例 敷金の性質

その通り。敷金は明渡完了後までの一切の借主の債務を担保するので、当然その中に契約終了から明渡までの賃料相当の損害額も入っている。敷金は賃貸借契約時に発生する停止条件付き債権だけど、契約終了時までじゃなく建物明渡までの担保であることがポイント。

債務者対抗要件

債権者Aさんが債務者Bさんに対して持っている債権をCさんに譲渡した場合、その債権の譲受人Cさんが債務者Bさんに対して自分が新しい債権者であることを主張(対抗)するためには、以下の条件が必要。

- ① 譲渡人Aさんから債務者Bさんに対して債権譲渡の事実を通知するか、または
- ② 債務者Bさんの承諾を得る。

債権譲渡の第三者への対抗要件

債権譲渡の事実を債務者以外の第三者（債権の二重譲受人・差押債権者・破産管財人など）に対して主張（対抗）するためには、

上記（1）の①通知 or ②承諾を、確定日付ある証書によって行わなければなりません。

平成15年度 問5 民法（物上代位）

Aは、B所有の建物に抵当権を設定し、その旨の登記をした。Bは、その抵当権設定登記後に、この建物をCに賃貸した。Cは、この契約時に、賃料の6ヵ月分相当額の300万円の敷金を預託した。この場合、民法の規定及び判例によれば、次の記述のうち正しいものはどれか。

1 Bが、BのCに対する将来にわたる賃料債権を第三者に譲渡し、対抗要件を備えた後は、Cが当該第三者に弁済する前であっても、Aは、物上代位権を行使して当該賃料債権を差し押さえることはできない。

2 Bの一般債権者であるDが、BのCに対する賃料債権を差し押さえ、その命令がCに送達された後は、Cが弁済する前であっても、Aは、物上代位権を行使して当該賃料債権を差し押さえることはできない。

3 Aが物上代位権を行使して、BのCに対する賃料債権を差し押さえた後は、Cは、Aの抵当権設定登記前からBに対して有している弁済期の到来している貸付金債権と当該賃料債権とを相殺することはできない。

4 Aが物上代位権を行使して、BのCに対する賃料債権を差し押さえた後、賃貸借契約が終了し建物を明け渡した場合、Aは、当該賃料債権について敷金が充当される限度において物上代位権を行使することはできない。

抵当権設定者B（甲建物）← 抵当権者A（登記）

↓  
賃借人C（敷金300万）

BさんはAさんからお金を借りて、Aさんはそれを担保するためにBさん所有の甲建物に抵当権を設定してもらった。その後、Bさんは甲建物をCさんに貸して、Cさんは敷金として300万をBさんに支払った。

解説

全て肢が細かい判例の難問。宅建試験のレベルではない。できるようになる必要はない、というか、このレベルに手を出すくらいなら、他にやることはたくさんあると思う。ただ、本試験でこんな（悪）問ができることがある、ということは憶えておいて、慌てない心をもつことは大事。

1. 民法372、304条1項 賃料に対する物上代位、判例 債権譲渡は引渡しに当たらない誤り。物上代位の要件に、『払い渡し前に差押え』があるが、債権譲渡はこれにあらず、物上代位の目的債権が譲渡され対抗要件が備えられた後においても、自ら目的債権を差し押さえて、物上代位権を行使できる。（判例）抵当権者Aさんは抵当権を実行する前にCさんの賃料債権を差し押さえることができる。その賃料債権が第三者に譲渡されても差し押さえることができないと担保の意味がない。

2. 判例 賃料に対する物上代位

誤り。「一般債権者D」とは無担保でBさんにお金を貸した人。AさんとDさんは、Bさんの賃料債権を狙っている。Aさんの武器は**抵当権**。Dさんの武器は**賃料債権差押え命令書**。抵当権は登記がなければ第三者に対抗できないので、抵当権の登記が先か、命令書の送付が先かで勝負が決まる。設問に「抵当権を設定し、その旨の登記をした」とあるので、Aさんの抵当権の登記が先だからAさんの勝ち。

← 一般債権者D

抵当権設定者B（甲建物）← 抵当権者A（登記）

↓  
賃借人C（敷金300万）

3. 判例 支払差止債権と相殺

誤り。Cさんの賃料債権をAさんが差し押さえて「その賃料をよこせ！」と言ってる。でもCさんはAさんに抵当権設定前からお金を貸していて、その反対債権の弁済期が来ている。それなら相殺できるのが自然。もし、Bさんが賃料債権を差し押さえた後で、CさんがBさんに対する反対債権を取得しても相殺はできない。「BのCに対する賃料債権を差し押さえた後は」は引っかけ。いやらしい問題。

4. 判例 物上代位と敷金

その通り。敷金はCさんが賃料を滞納した場合の担保だから、賃貸借契約が終了して建物の引き渡しも終わった時点で賃料の不払いがあればBさんは敷金から補填する。「賃料債権は敷金の存在する限度において、敷金の充当により消滅する」とはそういうこと。つまり、**賃貸借契約が終了したらCさんがBさんに支払う賃料はないのだから、賃料債権自体が存在しなくなる**。逆に敷金をBさんがCさんに返さないといけない。「BのCに対する賃料債権を差し押さえた後は」も引っかけ。差押え後に契約終了で賃料債権がなくなるのだから、そんなものを物上代位しても仕方がない。もしCさんに賃料の不払いがあつて「不払い分>敷金」だったら、賃料債権は消滅しないので、差し押さえて物上代位権を行使することができる。

平成17年度 問5 民法（物上代位）

物上代位に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。なお、物上代位を行う担保権者は、物上代位の対象となる目的物について、その払渡し（はらいわたし）又は引渡しの前に他の債権者よりも先に差し押さえるものとする。

- 1 不動産の売買により生じた債権を有する者は先取特権を有し、当該不動産が賃借されている場合には、賃料に物上代位することができる。
- 2 抵当権者は、抵当権を設定している不動産が賃借されている場合には、賃料に物上代位することができる。
- 3 抵当権者は、抵当権を設定している建物が火災により焼失した場合、当該建物が火災保険が付されていれば、火災保険金に物上代位することができる。
- 4 不動産に留置権を有する者は、目的物が金銭債権に転じた場合には、当該金銭に物上代位することができる。

解説

1. 民法328条 先取特権、民法304条1項 不動産賃料の物上代位

その通り。不動産保存の先取特権。「不動産保存」とは、不動産に関する権利を保存するための費用。「不動産の売買により生じた債権」とは「売買契約時の代金等の支払請求権、解約時の返還請求権、それらに付随して生じる損害賠償請求権など」で、これにかかった費用は優先的に取り戻せる。その不動産が賃貸しされている場合には、その賃料を担保として請求できる（物上代位）。

2. 民法371条 物上代位の対象

その通り。物上代位の対象としては、「保険金請求権・損害賠償請求権・売買代金・賃料」を覚えておけばよい。

3. 民法372条 物上代位の対象

その通り。目的物が火災で焼失した場合に抵当権設定者（目的物の持ち主）が火災保険金請求権を取得したら、「保険金請求権」に対して物上代位することができる。ただし、保険金がおりるまえに差し押さえなければならない。

4. 民法304条 物上代位性

誤り。担保物権のうち、留置権にだけは物上代位性がない。留置権は先取特権と同じ法定担保物権だけど、留置権は物を渡さずに（留置）して単に弁済を促す権利であって、その物をお金に換えて弁済に充てることはできないので、物上代位性はない。

不動産先取特権

とは、「不動産保存の先取特権」「不動産工事の先取特権」「不動産売買の先取特権」の3つがあります。

先取特権は、記述の通り賃料に物上代位することができます。

民法304条1項

先取特権は、その目的物の売却、賃貸、滅失又は損傷によって債務者が受けるべき金銭その他の物に対しても、行使することができる。ただし、先取特権者は、その払渡し又は引渡しの前に差し押えをしなければならない。

「不動産の保存」というのは、不動産の価値を維持する行為です。この保存のために費用を負担した人がいる場合に、その人がその旨を登記すれば、先取特権が発生し、不動産を競売して保存費用を取り戻せるという権利です。例えば、賃借している建物の屋根から雨漏りをした場合、賃借人が屋根の修繕費用を負担した場合、その旨を登記すれば、不動産保存の先取特権が発生します。

「不動産の工事」というのは、例えば、家を建てることです。請負人が建物を建築する場合、工事を始める前にその費用の予算額を登記することで、先取特権が発生します。万一、発注者が建築費用を支払わない場合、競売をかけて、優先弁済を得ることになります。

「不動産売買」というのは、売主がまだ代金の完済をうけないうちに、目的不動産を買主に引き渡し、所有権が買主に移転すると、残金が払ってもらえるか不安だから、所有権移転登記と同時に、代金の未払いがある旨を登記しておけば優先弁済を得られます。

平成20年度 問10 民法(敷金)

Aは、自己所有の甲建物(居住用)をBに賃貸し、引渡しも終わり、敷金50万円を受領した。この場合に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。

1 賃貸借が終了した場合、AがBに対し、社会通念上通常の使用をした場合に生じる通常損耗について原状回復義務を負わせることは、補修費用を負担することになる通常損耗の範囲が賃貸借契約書の条項自体に具体的に明記されているなど、その旨の特約が明確に合意されたときでもすることができない。(誤り!特約があればできる)

2 Aが甲建物をCに譲渡し、所有権移転登記を経た場合、Bの承諾がなくとも、敷金が存在する限度において、敷金返還債務はAからCに承継される。(その通り!大家が代わるだけ)

3 BがAの承諾を得て賃借権をDに移転する場合、賃借権の移転合意だけでは、敷金返還請求権(敷金が存在する限度に限る。)はBからDに承継されない。

4 甲建物の抵当権者がAのBに対する賃料債権につき物上代位権を行使してこれを差し押さえた場合においても、その賃料が支払われないまま賃貸借契約が終了し、甲建物がBからAに明け渡されたときは、その未払賃料債権は敷金の充当により、その限度で消滅する。

(甲建物) (敷金50万)  
賃貸人A → 賃借人B

解説

1. 判例 原状回復義務

誤り。「できない」わけではない。特約をすることは契約自由の原則から認められる(判例)。特約が明確に合意されているなら可能。つまり、借主が納得すれば通常損耗(そもそも)も負担させてもよい。逆に、特約に通常損耗の原状回復義務を書かなければできないことになる。

2. 判例 当事者の変更と敷金

その通り。建物の所有者がAさんからCさんに移ったら、借主Bさんの承諾がなくとも、敷金返還債務はAさんからCさんに継承される。Bさんの敷金がAからCに移って返還義務も一緒に移っただけ。義務にBさんの承諾は要らない。敷金については「大家は引き継ぐ、店子は引き継がない」と覚えておこう。「敷金が存在する限度において」というのは、要するに未払い賃料分を引いた残額について、ということ。なお「Bの承諾がなくとも」というのは債務引受を意識したもので本肢では気にしなくてよい。

3. 判例 当事者の変更と敷金

その通り。「店子は引き継がない」。賃貸借契約時にBさんが敷金を払い、契約終了時にBさんに返却される。「賃借権がDに移転した」ということは、今度はDさんが甲建物を賃借りしたということ。でも、Bさんの敷金をDさんが使うというのは変。賃借権移転の合意はあっても、敷金継承の合意があるわけじゃない。

4. 判例 物上代位と敷金

その通り。AさんはZさんからお金を借りて、Zさんはそれを担保するためにAさんの甲建物に抵当権を設定してもらった。Aさんがお金を返さないで、Zさんは賃借人Bさんの家賃を差し押さえた。すると、裁判所からBさんに「家賃はZさんに払いなさい」という手紙が届く。ところがBさんも家賃を滞納していて、支払わないまま賃貸借契約が終了してBさんは甲建物を出て行った。もし未払い金が50万以内であれば敷金から充当され契約終了となる。問題文の「甲建物の抵当権者がAのBに対する賃料債権につき物上代位権を行使してこれを差し押さえた場合においても」は問題を複雑にするためのフエイクで、物上代位権と敷金とは別。

平成 21 年度 問 5 民法 (担保物権)

担保物権に関する次の記述のうち、民法の規定によれば、正しいものはどれか。

1 抵当権者も先取特権者も、その目的物が火災により焼失して債務者が火災保険請求権を取得した場合には、その火災保険金請求権に物上代位することができる。

2 先取特権も質権も、債権者と債務者との間の契約により成立する。

3 留置権は動産についても不動産についても成立するのに対し、先取特権は動産については成立するが不動産については成立しない。

4 留置権者は、善良な管理者の注意をもって、留置物を占有する必要があるのに対し、質権者は、自己の財産に対するのと同じの注意をもって、質物を占有する必要がある。

正解

1. 民法 303 条 先取特権、民法 304 条 物上代理

その通り。抵当権は、建物などの目的不動産を担保としてお金を貸す際に設定するものです。先取特権は、例えば建物を建てた際の工事代金を、その建物を売却した際の売買代金から優先して弁済を受けられるため設定する権利のことを言います。その目的物の建物が火災により焼失したような場合、はいこれで終わり、となれば債権回収が非常に困難になってしまいます。そこで、問題文のように、債務者が火災保険を受取れるような状況にあるなら、代わりにその保険金から、債権を回収したと考えるのが普通です。ですから、抵当権者も先取特権者も火災保険金請求権に物上代位することを民法でも許しています。但し、抵当権者や先取特権者が火災保険金に物上代位しようとする場合、債務者に支払われる前に差押えをしなければいけないことを覚えておいてください。(別解)物上代位は担保物権の通有性。留置権のみない。ただし、抵当権者や先取特権者が火災保険金に物上代位する場合、保険金が債務者に支払われる前に差し押さえないとはいけない。

2. 民法 303 条 先取特権

誤り。先取特権と言うのは、例えば肢 1 でも解説したように、建物の工事代金などを当然、優先してもらえ権利のことですから、民法によって債権者に与えられている権利となります。これを、**法定担保物権**と言っています。ですから、先取特権は債権者と債務者との間の契約によって成立すると言うものではなくて、債権が発生すれば民法上与えられる特権となるのです。一方、質権は、例えば、あなたがお金を借りようと質屋さんに質草を持って行って、質屋さんと契約をして、お金を借りると思います。このように、質権は債権者と債務者若しくは物上保証人との合意と目的物である質草の引き渡しによって成立する担保物権だと言うこととなります。これを、**約定担保物権**と言っています。よって問題文は、間違いとなります。(別解)先取特権は債権が発生すれば民法(法律)条当然に与えられる特権(法定担保物権)。だから、当事者間の契約によって成立するわけではない。一方、質権は当事者間の合意と目的物の引渡によって成立する担保権(約定担保物権)。

3. 民法 325～328 条 留置権と先取特権

誤り。留置権も先取物権も、動産にも不動産にも成立する。留置権なら、動産の場合「修理代金を支払わないなら時計は返さない」と言える権利。不動産の場合「借主のした屋根の修理代金を返してくれるまでは貸家を貸主に引き渡さない!」と言える権利。先取特権なら、動産の場合「種や肥料の代金を出さないのなら収穫物の売り上げから返してもらおうよ」と言う権利。不動産なら「建築費を出さないのなら売上代金から返してもらおうよ」という権利。

4. 民法 298 条 1 項、留置権、350 条 質権準用

誤り。留置権者、質権者ともに「善管注意義務」を負う。

【参照】担保物権の種類と通有性(共通性)

平成 22 年度 問 5 民法 ( 抵当権 )

A は B から 2,000 万円を借り入れて土地とその上の建物を購入し、B を抵当権者として当該土地及び建物に 2,000 万円を被担保債権とする抵当権を設定し、登記した。この場合における次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているのはどれか。

1 A が B とは別に C から 500 万円を借り入れていた場合、B との抵当権設定契約が C との抵当権設定契約より先であっても、C を抵当権者とする抵当権設定登記の方が B を抵当権者とする抵当権設定登記より先であるときには、C を抵当権者とする抵当権が第 1 順位となる。(正しい。登記の先後)

2 当該建物に火災保険が付されていて、当該建物が火災によって焼失してしまった場合、B の抵当権は、その火災保険契約に基づく損害保険金請求権に対しても行使することができる。(代位できる)

3 B の抵当権設定登記後に A が D に対して当該建物を賃貸し、当該建物を D が使用している状態で抵当権が実行され当該建物が競売された場合、D は競落人に対して直ちに当該建物を明け渡す必要がない。(半年後)

4 A が B とは別に事業資金として E から 500 万円を借り入れる場合、当該土地及び建物の購入代金が 2,000 万円であったときには、B に対して 500 万円以上の返済をした後でなければ、当該土地及び建物に E のために 2 番抵当権を設定することはできない。(誤り！できる)

貸主 B ( 2 0 0 0 万・抵当権者 ) → 借主 A ( 土地建物 )

貸主 E ( 5 0 0 万・抵当権者 )

解説

1. 民法 3 7 3 条 抵当権の対抗要件

その通り。抵当権の順位は、抵当権設定契約の日付ではなく、抵当権設定登記の先後で決まる。抵当権も物権だということ。

2. 民法 3 7 2 条、3 0 4 条 火災保険金に対する物上代位

その通り。これが物上代位。なお、火災保険を抵当権者が受け取ろうとする場合は、必ず A が保険金を受取る前に、その保険金を差押える必要がある。「払い渡し前」かつ「抵当権者自らによる差押」が必要。

3. 民法 3 9 5 条 明渡猶予期間

その通り。借りている建物が競売にかけられたからといって、直ぐに出て行けというのでは D さんが可哀想。競売人の買受日から 6 ヶ月は建物の引渡を拒否できる。逆に言うと、半年で出て行かないといけない。なおこの猶予は土地にはないので、ヒッカケに注意。

4. 判例 抵当権の設定金額

誤り。不動産の担保価値を決めるのは債権者 ( 抵当権者 ) 。不動産購入金額以上の抵当権が設定できないわけではない。B さんは A さんの土地・建物に 2 0 0 0 万の担保価値があると思ったので 2 0 0 0 万の抵当権を設定してもらった。E さんは順位第 2 位なので、E さんが 5 0 0 万を B さんに貸すということは、2 5 0 0 万以上の担保価値が土地建物にあると判断したから。

平成23年度 問6 民法(相殺)

Aは自己所有の甲建物をBに賃貸し賃料債権を有している。この場合における次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか

1 Aの債権者Cが、AのBに対する賃料債権を差し押さえた場合、Bは、その差し押さえ前に取得していたAに対する債権と、差し押さえにかかる賃料債務とを、その弁済期の先後にかかわらず、相殺適状になった段階で相殺し、Cに対抗することができる。

2 甲建物の抵当権者Dが、物上代位権を行使してAのBに対する賃料債権を差し押さえた場合、Bは、Dの抵当権設定登記の後に取得したAに対する債権と、差し押さえにかかる賃料債務とを、相殺適状になった段階で相殺し、Dに対抗することができる。

3 甲建物の抵当権者Eが、物上代位権を行使してAのBに対する賃料債権を差し押さえた場合、その後賃借契約が終了し、目的物が明け渡されたとしても、Bは、差し押さえにかかる賃料債務につき、敷金の充当による当然消滅を、Eに対抗することはできない。

4 AがBに対する賃料債権をFに適法に譲渡し、その旨をBに通知したときは、通知時点以前にBがAに対する債権を有しており相殺適状になっていたとしても、Bは、通知後はその債権と譲渡にかかる賃料債務を相殺することはできない。

貸主A(甲建物)→借主B(Aに対する反対債権)

↓  
譲受人F(賃料債権)

解説

1. 民法511条 差し押さえを受ける前に取得した債権による相殺

その通り。「Aの債権者C」とはAさんにお金を貸しているCさん。Aさんはお金を返してくれないので、AB間の賃料債権を差し押さえた。BさんはAさんに対する反対債権を差し押さえ前から持っている。つまり、BさんはAさんにお金を貸している。返してくれなかったら家賃と相殺しようと思っている。家賃の弁済期の前でも後でも相殺できる。でも、Cさんに賃料を差し押さえられて持っていかれたら、その相殺ができなくなる。それではBさんが可哀想。だから、反対債権を差し押さえ前から持っている場合、それが相殺適状になれば、弁済期の先後にかかわらず、差し押さえ後でも相殺できる。

2. 民法511条 差し押さえを受けた後に取得した債権による相殺

誤り。「甲建物の抵当権者D」とはAさんにお金を貸しているDが返してくれないと困るのでAの甲建物に抵当権を設定したと言うこと。「Bは・・Aに対する債権」とはBがAさんにお金を貸しているということ。つまり、DさんがAB間の賃料債権を差し押さえた後でBさんはAさんにお金を貸している。つまり、Aさんには借金があることを知っていて、Bさんはお金を貸したことになる。Dさんに賃料債権を持って行かれることを覚悟の上でお金をかしているのだから、相殺できない。

3. 民法304条、372条、511条、619条2項 敷金の充当による賃料債権の消滅

誤り。「Bは敷金の充当による消滅を・・」とはBさんに賃料債権の未払い分が残っているということ。だからBさんは敷金を充当して弁済しようと思っている。だから、Eさんには差し押さえるものはないので、EさんはBさんに何も言えない。逆にBさんは賃料債務の消滅をEさんに主張できる。「差押にかかる賃料債務」とは「差し押さえられた賃料債務」のこと。「かかる」は「係る」で「掛かる」じゃない。

4. 民法468条、判例 債権譲渡と反対債権による相殺

誤り。AF間の債権譲渡はAさんが勝手にやったことでBさんには関係がない。だからBさんに承諾してもらうために通知した。もしBさんがFさんに債権が渡ったことを知っていて、Fさんに賃料を払えば承諾したことになり、Bさんは反対債権で相殺できない。でも、Aさんが通知する以前にBさんが反対債権を持っていたら「今月の賃料はこれでチャラね!」とAさんに主張ができる。問題文では「通知時点以前にBがAに対する債権を有しており相殺適状になっていた」とあるので、相殺はできない。

難問、できなくてよい。肢4だけは標準的なレベルの知識であるが、ききかたがいやらしいので、なかなか気がつくのは難しいと思う。

平成24年度 問7 民法(物上代位)

物上代位に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、誤っているものはどれか。なお、物上代位を行う担保権者は、物上代位の対象とする目的物について、その払渡し又は引渡しの前に差し押さえるものとする。

1 Aの抵当権設定登記があるB所有の建物の賃料債権について、Bの一般債権者が差押えをした場合には、Aは当該賃料債権に物上代位することができない。

2 Aの抵当権設定登記があるB所有の建物の賃料債権について、Aが当該建物に抵当権を実行していても、当該抵当権が消滅するまでは、Aは当該賃料債権に物上代位することができる。

3 Aの抵当権設定登記があるB所有の建物が火災によって焼失してしまった場合、Aは、当該建物に掛けられた火災保険契約に基づく損害保険金請求権に物上代位することができる。

4 Aの抵当権設定登記があるB所有の建物について、CがBと賃貸借契約を締結した上でDに転貸していた場合、Aは、CのDに対する転賃賃料債権に当然に物上代位することはできない。

解説

1. 判例 賃料に対する物上代位

誤り。「Aの抵当権設定登記があるB所有の建物の賃料債権」とは、BさんがAさんからお金を借りていて、Bさんが返してくれないといけなくて、その賃料をに抵当権を設定してもらったとうこと。「Bの一般債権者が(その賃料債権を)差し押さえをした」とは、BさんはZさん(担保なしの一般債権者)からお金を借りていて、返してくれないのでZさんはその賃料債権を差し押さえた。つまり、「物上代位者Aさん」と「一般債権者Zさん」の戦い。だから、Aさんの抵当権設定登記と、Zさんの差し押さえ命令書の送達の後で勝負がきまる。設問に「物上代位を行う担保権者は、物上代位の対象とする目的物について、その払渡し又は引渡しの前に差し押さえるものとする」とあるのでAさんの勝ち。

2. 判例 抵当権の実行と賃料債権

その通り。「抵当権を実行していても」とはBさんがAさんにお金を返さない(債務不履行)ということ。だから、抵当権が消滅するまでは賃料債権に物上代位できる。債務不履行があった後は果実(賃料は法定果実である)にも物上代位できる。そしてこれは抵当権が実行されても、当該抵当権が消滅するまではできる。(別解)まず、抵当権と言うのは、目的不動産から発生している賃料などの天然果実には原則及びません。しかし、被担保債権に債務不履行が発生した場合は、天然果実からでも、回収していいとなっています。このことから、問題文に「抵当権を実行していても」と言う一文がありますから、被担保債権に債務不履行が発生していると読み取れます。よって抵当権が消滅するまでは、Aは当該賃料債権に物上代位することができます。(難問)

3. 民法372条、304条1項 火災保険金に対する物上代位

その通り。一般的に言ってこの肢だけわかれば十分。なお、抵当権者は、債務者に保険金が払い渡される前に「その金はこっちによこせ」と差押えをしなくてはならない。これは、お金には名前がついていませんから、債務者に渡った後では、どのお金が保険金なのかわからなくなってしまうということ。

4. 判例 転賃賃料債権への物上代位

その通り。AさんはBさんにお金を貸して、返してくれないと困るのでBさんの建物に抵当権を設定してもらった。だからAさんはBが受け取る金銭に対して「返さないのならよこせ!」と言える。でも、関係のないCさんが受け取る金銭に対しては「その金よこせ!」とは言えない。

平成14年度 問6 民法（法定地上権/一括競売）

Aは、Bに対する貸付金債権の担保のために、当該貸付金債権額にほぼ見合う評価額を有するB所有の更地である甲土地に抵当権を設定し、その旨の登記をした。その後、Bはこの土地に乙建物を築造し、自己所有とした。この場合、民法の規定及び判例によれば、次の記述のうち正しいものはどれか。

貸主A（甲地抵当権者）→借主B（甲地＋乙建物）

1 Aは、Bに対し、乙建物の築造行為は、甲土地に対するAの抵当権を侵害する行為であるとして、乙建物の収去を求めることができる。

2 Bが、甲土地及び乙建物の双方につき、Cのために抵当権を設定して、その旨の登記をした後（甲土地についてはAの後順位）、Aの抵当権が実行される時、乙建物のために法定地上権が成立する。  
貸主A（甲地抵当権者・第1順位）→借主B（甲地＋乙建物）  
貸主C（甲地、乙建物抵当権者・第2順位）

3 Bが、乙建物築造後、甲土地についてのみ、Dのために抵当権を設定して、その旨の登記をした場合（甲土地についてはAの後順位）、Aの抵当権及び被担保債権が存続している状態で、Dの抵当権が実行される時、乙建物のために法定地上権が成立する。

貸主A（甲地抵当権者・第1順位）→借主B（甲地＋乙建物）

貸主D（甲地抵当権者・第2順位）

4 Aは、乙建物に抵当権を設定していなくても、甲土地とともに乙建物を競売することができるが、優先弁済権は甲土地の代金についてのみ行使できる。

解説

1. 民法369条2項 抵当権設定者の使用収益

誤り。抵当権設定者は目的物を引き渡す必要はなく、自由に使用収益することができる。抵当権が実行されると設定者の権利は全部奪われるけど、それまでは自由に使って利益を上げられる。

2. 判例 法定地上権

誤り。土地に複数の抵当権が設定された場合、土地の1番抵当権設定時を基準に法定地上権の成立を考える。すると、

甲土地＝1番抵当権者A、2番抵当権者C

乙建物＝1番抵当権C

となっているので、甲土地に1番抵当権が設定された時は更地なので、乙建物のために法定地上権は成立しない。ここで法定地上権を認めると、甲土地の1番抵当権者Aさんにとっては、もともと更地と評価した土地なのに競売実行時に法定地上権のついた建物があれば、土地の価値が下がることになるので。

法定地上権の成立要件は①

① 抵当権設定時に土地の上に建物が存在すること

② 抵当権設定時に土地と建物が同一所有者であること

③ 土地又は建物に抵当権が設定されること

④ 抵当権実行により土地・建物が異なる所有者になったこと

で、Aさんが抵当権を設定した時は更地なので、①が成立しない。

3. 判例 法定地上権

誤り。Dさんが抵当権を実行したとあるが、AさんがやろうかDさんがやろうか競売は競売。設問2と同様に、1番抵当設定時を基準に考えると、

甲土地＝1番抵当権者A、2番抵当権者D

となっているので、やっぱりAさんが抵当権を設定した時は更地だから、①が不成立で法定地上権は成立しない。

4. 民法389条 抵当地の上の建物の競売

その通り。抵当権設定後に乙建物ができているので、抵当権者は甲地と一緒に乙建物も競売することができるし、甲地だけを競売することもできる。でも、Aさんの優先弁済権は甲地の代金についてのみ行使できる。ただし、抵当権設定前にできた建物は、それを誰が建てたとしても、一括競売できない。

平成 21 年度 問 7 民法 (法定地上権)

法定地上権に関する次の 1 から 4 までの記述のうち、民法の規定、判例及び判決文によれば、誤っているものはどれか。

(判決文)

土地について 1 番抵当権が設定された当時、土地と地上建物の所有者が異なり、法定地上権成立の要件が充足されていなかった場合には、土地と地上建物を同一人が所有するにいたった後に後順位抵当権者が設定されたとしても、その後に抵当権が実行され、土地が競落されたことにより 1 番抵当権が消滅するときは、地上建物のための法定地上権は成立しないものと解するのが相当である。

- 1 土地及びその地上建物の所有者が同一である状態で、土地に 1 番抵当権が設定され、その実行により土地と地上建物の所有者が異なるに至ったときは、地上建物について法定地上権が成立する。(する)
- 2 更地である土地の抵当権者が抵当権設定後に地上建物が建築されることを承認した場合であっても、土地の抵当権設定時に土地と所有者を同じくする地上建物が存在していない以上、地上建物について法定地上権は成立しない。(しない)
- 3 土地に 1 番抵当権が設定された当時、土地と地上建物の所有者が異なっていたとしても、2 番抵当権設定時に土地と地上建物の所有者が同一人となれば、土地の抵当権の実行により土地と地上建物の所有者が異なるにいたったときは、地上建物について法定地上権が成立する。(しないと書いてある)
- 4 土地の所有者が、当該土地の借地人から抵当権が設定されていない地上建物を購入した後、建物の所有権移転登記をする前に土地に抵当権を設定した場合、当該抵当権の実行により土地と地上建物の所有者が異なるに至ったときは、地上建物について法定地上権が成立する。

解説

1. 判例 法定地上権

法定地上権の成立要件をおさらいしておきましょう。

法定地上権の成立要件

- ① 抵当権設定時に土地の上に建物が存在すること
- ② 抵当権設定時に土地と建物が同一所有者であること
- ③ 土地又は建物が抵当権が設定されること
- ④ 抵当権実行により土地・建物が異なる所有者になったこと

これを踏まえて、問題文を見てみると法定地上権の成立要件を満たしていますので、記述の通り正しいとなります。

2. 判例 法定地上権

肢 1 の解説にある法定地上権の成立要件を見てほしいのですが、成立要件の①に抵当権設定時に土地の上に建物が存在していることとなっています。問題文は、抵当権設定時には更地であったとなっていますので、たとえ抵当権者の承認があっても、法定地上権の成立要件を満たしていませんので成立しないこととなります。よって問題文は正しいです。

3. 判例 法定地上権

誤り。土地に複数の抵当権が設定された場合、土地の 1 番抵当権設定時を基準に法定地上権の成立を考えるので、②が成立しない。1 番抵当権者の把握した当該土地の交換価値を損なうことになるから。

4. 判例 法定地上権

その通り。「土地の所有者が・・・地上建物を購入した」とあるから、土地と建物の所有者は同じ。問題は抵当権が設定あったかどうか。「建物の所有権移転登記をする前に抵当権を設定」とあるが、所有権移転登記は買主の権利であって義務ではない。所有権移転登記はしてもしなくても良い。登記は第三者に対抗する為に必要なだけ。買主が代金を支払い、売主が不動産を引き渡したら、登記がなくても所有権は移転する。だから、「抵当権設定時に土地と建物が同一所有者」という②が成立する。

平成 26 年 問 4  
平成 23 年 問 4  
平成 19 年 問 8  
平成 15 年 問 5  
平成 12 年 問 5  
平成 8 年 問 7

## 根抵当権

根抵当権については、実務でもよくお目にかかります。このため宅建試験においても出題されていますが、とにかく難しいです。ですから、基本的なところのみをおさえて、時間を取られないようにしてください。

### 1.根抵当権とは

根抵当権とは、簡単に言うとクレジットカードのキャッシング枠のようなものです。

例えば、1,000万円まで借りられる枠を設定しておいて、今週は10万円、来週は20万円と借りられるように、あらかじめ担保となる不動産に設定するものを、根抵当権と言います。この1,000万円の枠のことを、**極度額**と言っています。

余談ですが、実務で登記簿謄本に根抵当権の文字を見たら、所有者は普通のサラリーマンではないと想像がつかます。事業の運転資金の借入れのため、根抵当権を設定されている法人の代表や自営業者が、大半だからです。

### 2.根抵当権と抵当権の違い

#### ①根抵当権には随伴性はない

\*随伴性（ずいはんせい）＝一緒に移動するもの

抵当権の被担保債権が譲渡された場合、随伴性により抵当権も譲受人に移転しますが、確定前の根抵当権の被担保債権が譲渡されても根抵当権は債権の譲受人には移転しません。

#### ②根抵当権には附従性はない

\*附従性（ふじゅうせい）＝あるものがなくなれば、それもなくなると言ったもの

抵当権は、被担保債権が弁済などにより消滅すれば、抵当権も消滅しますが、根抵当権で担保している特定債権が弁済などにより消滅しても、後に発生する新たな債権を担保するため、根抵当権は消滅しません。

#### ③優先弁済の範囲

抵当権では、利息や遅延損害金について、満期となった最後の2年分という制限がありますが、根抵当権では、極度額を限度に優先弁済を受けることができます。

### 3.根抵当権の元本確定

いつまでもお金の貸し借りを繰り返しては、キリがありませんので、どこかで元本を確定させ根抵当権を終わらせる、必要があります。その方法として、

#### ①根抵当権設定時に元本確定期日を定める場合

当事者間で話し合っ、根抵当権設定日より5年以内の期間内で元本確定期日を定め、登記しなければなりません。

#### ②元本確定期日を定めていなかった場合

・根抵当権者は、いつでも元本確定請求ができる。元本は、請求の時に確定します。

・根抵当権設定者については、根抵当権の設定時から3年経過後は、いつでも請求することが可能です。元本は、請求の時から2週間の経過により確定します。

### 4.極度額の変更

根抵当権の極度額の変更は、利害関係人の承諾を得なければ、することはできません。また、極度額の減額請求は**元本の確定後**でなければなりません。

平成26年度 問4 民法（抵当権と根抵当権の違い）

AがBとの間で、CのBに対する債務を担保するためにA所有の甲土地に**抵当権**を設定する場合と**根抵当権**を設定する場合における次の記述のうち、民法の規定によれば、**正しいものはどれか。**

1. 抵当権を設定する場合には、被担保債権を特定しなければならないが、根抵当権を設定する場合には、BC間の**あらゆる範囲**の不特定の債権を極度額の限度で被担保債権とすることができる。（誤り！特定の種類の債権）
2. 抵当権を設定した旨を第三者に対抗する場合には登記が必要であるが、根抵当権を設定した旨を第三者に対抗する場合には、登記に加えて、**債務者Cの異議を留めない承諾**が必要である。（誤り！登記だけでOK）
3. Bが抵当権を実行する場合には、AはまずCに催告するように請求することができるが、Bが根抵当権を実行する場合には、AはまずCに催告するように請求することはできない。（誤り！元本が確定していることが条件）
4. 抵当権の場合には、BはCに対する他の債権者の利益のために抵当権の順位を譲渡することができるが、**元本の確定前の根抵当権**の場合には、Bは根抵当権の順位を譲渡することができない。（正しい）

解説



1. 民法398条の2第1、2項 根抵当権：被担保債権の特定  
誤り。普通抵当権では、設定契約を締結するためには、被担保債権を特定することが必要である。一方、根抵当権は、一定の範囲に属する不特定の債権をその極度額の限度内で担保するものである。その性質上、被担保債権の特定は不要である。しかし、だからといって、「BC間のあらゆる範囲の不特定の債権」を担保する根抵当権（包括根抵当権）は認められない。被担保債権の範囲を「一定の種類の取引」に限定する必要がある（同条2項）。（別解）借金もないのに、抵当権だけ存在するなんておかしい話だと気がつけば、抵当権は、被担保債権を特定しなければ設定することはできず、判断できると思えます。抵当権は、特定の被担保債権が消滅すれば、付随性によって消滅します。また、特定の被担保債権が移転すれば、随伴性によって、抵当権も移転すると言った具合に、1対1の関係となります。ですが、商売をされている方のように、**運転資金の借入、返済を繰り返しているような場合**、抵当権では取引をするたびに、その特定の債権を担保するために抵当権を新たに設定しなければいけません。また、返済をすれば、その抵当権は附従性により消滅しますので、抵当権を抹消しなければいけません。

かなり面倒ですね。そこで、根抵当権と言う新たな制度を作ったのです。根抵当権は、一度設定してしまうと元本確定日まで、限度額の範囲内であれば、何度でも借入、返済をすることができると言った便利なものです。ですから、**債権が発生する都度（不特定債権）、抵当権を設定しなければならないという手間が省ける**利点を持っています。しかし、根抵当権は、不特定債権を担保するものですが、何でも際限なく担保できるわけではありません。民法では、以下の4つのみとなっています。

1. 債務者との特定の継続的取引契約によって生ずるもの
2. その他債務者との一定の種類の取引によって生ずるもの
3. 特定の原因に基づいて債務者との間に継続して生ずる債権
4. 手形上若しくは小切手上的請求権

従って、記述にある、あらゆる範囲の不特定の債権を極度額の限度で、被担保債権とすることができるというのは、誤りとなります。

2. 民法177条 抵当権：対抗要件・順位

誤り。普通抵当権の設定を第三者に対抗するには、物権の一般原則通り、登記をすることが必要である。根抵当権についても、対抗要件に関する特別な規定は存在しない。したがって、普通抵当権と同様に、登記が対抗要件となる。「債務者Cの異議を留めない承諾」は、不要である。（別解）日本においては、不動産を買っても所有権移転登記をしなければいけないなんて言う規定はどこにもありません。では、なぜ義務が存在するかのようによい、登記をするのでしょうか？ 答えは、第三者が登場したときの対抗要件となっているからです。**売買の当事者間においては、登記のあるなしは問題となりませんが**、そこに第三者が現れた場合に、登記の有無で、勝ったり、負けたりするため、それに備えて、義務があるかのように登記を行っているのです。これは、所有権だけでなく、登記できる全ての権利に言える話です。（相続など一部例外はあります）ですから、記述の抵当権や根抵当権についても、登記がなければ、第三者に対抗することはできないとなるのです。記述には、根抵当権を設定した旨を第三者に対抗する場合には、登記に加えて、債務者Cの異議を留めない承諾が必要となっています。第三者に対抗するために債務者Cの異議を留めない承諾なんて必要ありません。登記をすると言うことは、債権者、債務者が共同して行っているはずで、そこに債務者Cが異議を挟む余地なんてない。そんなものがあるのであれば、はじめから登記に協力なんてするはずありませんね。ですから、「債務者Cの異議を留めない承諾」なんて、不要だと判断できるのです。従って、記述は誤りとなります。なお、根抵当権者が、元本の確定前の根抵当権を第三者に譲渡する場合は、債務者（根抵当権設定者）の承諾が必要となります。

3. 民法452条、454条 催告・検索の抗弁

誤り。普通抵当権を実行する場合に、物上保証人Aが債権者Bに対し、まず債務者Cに催告するように請求することはできない。根抵当権でも、同様である。物上保証人は、催告の抗弁権を行使することができない。催告の抗弁権は、連帯保証人以外の保証人に認められた権限である。（別解）ABCを整理しておきます。

- A ⇒ 物上保証人
- B ⇒ 債権者
- C ⇒ 債務者

Aが物上保証人だと言うことは、理解していただけますよね。ですから、記述は物上保証人に催告の抗弁権があるかないかを訊いているということになります。そう、物上保証人には、催告の抗弁権も検索の抗弁権もありません。従って、抵当権、根抵当権のどちらを実行する場合も、まず債務者Cに催告するように請求することはできないとなります。よって、記述は抵当権を実行する場合には、AはまずC

に催告するように請求することができるとしているため、誤りとなります。では、なぜタダの保証人には催告の抗弁権や検索の抗弁権があるのに、物上保証人にはないのか、不思議に思いますよね。これは、物上保証人は、ただの担保提供者に過ぎないからです。保証人は債務の全額を保証している人ですが、物上保証人は、提供している担保の価値の範囲内でしか保証していない人なのです。例えば、主たる債務が1億円だったとしても、提供している担保を競売にかけたて1千万円だとしても、差額の9千万円の請求は、物上保証人にはできないのです。ですから、物上保証人は、債務を負った人ではなく、タダの担保提供者をしている人に過ぎないという考えで、催告の抗弁権も検索の抗弁権もないと解されています。

#### 4. 民法398条の11第1項 根抵当の順位譲渡

正しい。普通抵当権については、抵当権の処分方法として、①転抵当、②抵当権の譲渡、③抵当権の放棄、④抵当権の順位の譲渡、⑤抵当権の順位の放棄、の5つが認められている（民法376条1項）。

一方、根抵当権については、これらのうち、①転抵当しか許されていない。根抵当権の順位を譲渡することはできない。（別解）抵当権の順位の譲渡については、深入りする必要はありませんので、詳しい説明は省略しますが、抵当権者同士でその順位を融通し合うと言う程度の認識で十分かと思います。抵当権は、被担保債権がいくらと言う具合に特定されていますから、抵当権者の順位を譲渡したり、放棄したりすることは許されています。一方、元本の確定前の根抵当権は、限度額以内と言うことだけはわかりますが、はっきりした被担保債権の額はわからないと言うこととなります。そのように額がわからないものの順位の譲渡を許すと言うことは、他の抵当権者に不利益をもたらす可能性が十分考えられると思います。ですから、そのような行為は、危険の芽をはじめから摘んでおく意味で、できないとなっています。従って、記述は正しいです。なお、根抵当権自体の譲渡は、根抵当権設定者の承諾があればできますから、注意しておいてください。

この問題も難しいと思います。抵当権の知識はある程度持っているかと思いますが、根抵当権の知識をここまで詳細に訊かれたらお手上げだと感じました。それに輪をかけて、物上保証人の知識も訊いて来るのですから、難問だと言わざるを得ませんね。

#### 平成12年度 問5 民法（根抵当権）

根抵当権に関する次の記述のうち、民法の規定によれば、正しいものはどれか。

1 根抵当権は、根抵当権者が債務者に対して有する現在及び将来の債権をすべて担保するという内容で、設定することができる。

2 根抵当権の極度額は、いったん登記がされた後は、後順位担保権者その他の利害関係者の承諾を得た場合でも、増額することはできない。

3 登記された極度額が1億円の場合、根抵当権者は、元本1億円とそれに対する最後の2年分の利息及び損害金の合計額につき、優先弁済を主張できる。

4 根抵当権の被担保債権に属する個別の債権が、元本の確定前に、根抵当権者から第三者に譲渡された場合、その第三者は、当該根抵当権に基づく優先弁済を主張できない

#### 解説

##### 1. 民法398条の2第1項 包括根抵当禁止

誤り。根抵当権は「一定の範囲に属する不特定の（現在および将来の）債権を担保」するもので、「将来の債権まで含めてすべて担保」するものではない。設問の「すべて」がダメ。つまり、どんな目的でも貸してくれるわけではなく、例えば「事業用の目的」という様に「一定の範囲に属する不特定債権」だけ。後はクレジットカードと同じで、限度額の範囲内であれば好きなだけ貸したり返したりできる。

##### 2. 民法398条の5 極度額の変更

誤り。極度額（＝限度額）を勝手に変更すると、増額した場合には後順位抵当権者や差押権者が、減額した場合には転抵当権者が困ることになるから、利害関係人全員の承諾が必要となる。逆に承諾があれば増額することができる。「利害関係者の承諾があった場合でも増額できない」わけではない。

##### 3. 398条の2 極度額の意味

誤り。極度額が1億円ということは、担保されるのは元本・利息等の合計が1億円までということ。元本1億円の優先弁済を受けたら、利息等の弁済を受ける余地はなくなってしまう。さらに、根抵当権には「元本の他に最後の2年分の利息に限る」という制限はない。あるのは普通抵当権。

##### 4. 民法398条の7第1項 根抵当権の被担保債権譲渡

その通り。元本が確定しないと根抵当権付きで債権譲渡できない。根抵当権はクレジットカードと同じで、仕入れに借りたお金や車を買ったお金など複数の被担保債権を1つの根抵当権で担保する。限度額内だったら何度でも借りたり返したりできる。そして、最終的には元本確定日に借金の額が決定する。逆に、元本が確定する前の被担保債権の債権額は分からないということ。だから、優先弁済される金額が分からないので、当然優先弁済を主張できない。

平成15年度 問5 民法（物上代位）

Aは、B所有の建物に抵当権を設定し、その旨の登記をした。Bは、その抵当権設定登記後に、この建物をCに賃貸した。Cは、この契約時に、賃料の6カ月分相当額の300万円の敷金を預託した。この場合、民法の規定及び判例によれば、次の記述のうち正しいものはどれか。

1. Bが、BのCに対する将来にわたる賃料債権を第三者に譲渡し、対抗要件を備えた後は、Cが当該第三者に弁済する前であっても、Aは、物上代位権を行使して当該賃料債権を差し押さえることはできない。（賃料債権差押可）
2. Bの一般債権者であるDが、BのCに対する賃料債権を差し押さえ、その命令がCに送達された後は、Cが弁済する前であっても、Aは、物上代位権を行使して当該賃料債権を差し押さえることはできない。（Aには登記があるのでAの勝ち）
3. Aが物上代位権を行使して、BのCに対する賃料債権を差し押さえた後は、Cは、Aの抵当権設定登記前からBに対して有している弁済期の到来している貸付金債権と当該賃料債権とを相殺することはできない。（できる）
4. Aが物上代位権を行使して、BのCに対する賃料債権を差し押さえた後、賃貸借契約が終了し建物を明け渡した場合、Aは、当該賃料債権について敷金が充当される限度において物上代位権を行使することはできない。（敷金はBC間の契約で無事終了しているので、Aは敷金に物上代位できない）

解説

1. 賃料に対する物上代位

誤り。これは、判例などを知らないと回答できない問題ですが、まず、抵当権者は、抵当権を実行する前においても、賃借人の賃料を差し押さえることができることを覚えておいてください。ただ、この問題では、その賃料債権を第三者に譲渡し、これでも差し押えられるか？と聞いています。ここは、難しいことは抜きにして、「賃借人の賃料を差し押さえる」と言う抵当権者の行為については、賃料債権者がどんなに代わろうとも、何一つ変わらないという点に注目して欲しいのです。抵当権を設定している建物からの賃料は、抵当権者は差し押さえるのですから、その賃料債権が第三者に移ったら、差し押さえることができないとなる方が、不自然です。だから記述は、Aは、物上代位権を行使して当該賃料債権を、差し押さえることができると結論付けることができるのです。よって、記述は誤りとなります。

2. 賃料に対する物上代位

誤り。これも難しいですね（悲）一般債権者と言うのは、要は無担保でBにお金を貸した人と思ってください。抵当権者は、Bの建物を担保にお金を貸した人です。となると、ADどちらも、Bの債権者となります。このAD共に、Bの賃料債権をねらっていると言う設定ですから、何かで優越をつけて、決するよりないと思います。そのアイテムを探して、優越を付けてやればいいということになります。では、まずAのアイテムから見ましょう。Aのアイテムは抵当権です。抵当権は、登記をしなければ第三者に対抗できませんから、この登記の日時が、Aのアイテムとなるでしょう。次にDのアイテムを見ます。Dは一般債権者ですから、Aのように登記と言うアイテムは持っていません。ですが、賃料債権の差し押さえ命令書があります。これがアイテムとなりそうです。では、このアイテム同士を比較して、優越を決めればよいということ。つまり、登記が先か、命令書送付が先かという話です。これは、抵当権設定登記が先に行われていますから、Aに勝ちだとなり、物上代位権を行使して当該賃料債権をAは、差し押さえることができるとなります。従って、記述は誤りだとなります。

3. 支払差止債権と相殺

誤り。AがCが支払う賃料を差し押えています。これは、どういうことかと言いますと、AがCに対して、その賃料はこっちによこしなさいと言っているのと同じことです。この時、CがAにお金を貸していたら、あなたがCの立場になって考えてみてください。「じゃあ、あの時貸したお金とチャラね」って言いませんか？つまり、相殺しましょうと言うはず。不自然なことがありますか？ごく自然な、発想だと思えます。ですから、相殺は可能だと結論付けることができます。よって、記述は誤りです。但し、気をつけてもらいたいのが、例えば、BがCの賃料を差し押えた後に、CがBに反対債権を取得しても、その反対債権では相殺できませんから、注意してください。

4. 物上代位と敷金

正しい。敷金と言うのは、Cが賃料を滞納した場合に備えて、BがCから預かっているお金だと考えてください。つまり、Cが賃料不払いの時には、Bはその敷金から補填して、賃料債権を消滅させると言うものです。ですから、Cの賃料不払いがなければ、預かっている敷金は、全額Cに返還されなくてはならないお金となります。これを踏まえて、記述を見ると、Aが物上代位して、Cの賃料債権を差し押えています。敷金自体は、CがBに預けているお金ですから、本来は、Cのお金です。そのCのお金である敷金を、Bの債権者であるAが、差し押さえることはできません。差し押さえることができるのは、あくまでもCがBに支払うであろう賃料債権です。そして、この賃料債権をAが差し押さえた後に、賃貸借契約が終了して、建物も引き渡しが終わっていますので、CがBに支払う賃料はないということになります。（差し押さえる効果はここで終わっているのです。）0円の賃料債権をいくら差し押さえても、何の意味もありません。さて、問題は敷金から充当されるであろう不払い分の賃料債権です。ここでよく考えていただきたいのですが、Aが差し押さえをしたのは、CからBに支払われるお金、つまり家賃です。ですが、このお金は、先ほどもお話しした通り、賃貸借契約が終了して、建物も引き渡しが終わっていますので、CからBに支払うお金はありません。何がしたいかと言え、敷金自体に差し押さえる効果がない以上、敷金から充当されるかも知れない不払い賃料についても効果が及ぶわけがないのです。Aが差し押さえているのは、CからBに渡されるお金なのです。敷金は、CからBに既に渡っているお金ですし、賃貸借契約が終了して、建物も引き渡しが終わっている時点では、逆にBからCに返還されるべきお金となっています。ですから、Aは、当該賃料債権について敷金が充当される限度において物上代位権を行使することはできないとなり、記述は、正しいとなります。但し、不払い分の賃料>敷金と言ったように、敷金では不払い賃料を補填しきれなかった場合は、その分の賃料をBはCに請求することになります。この場合については、CのBに対する賃料債権は残っていることになり、（CからBに支払われるお金だとなるから）、この部分についてはAの差し押さえる効果は、及びますので、物上代位権を行使することはできるとなります。

解説は相当に時間をかけて書きましたが、この問題は難し過ぎるため、見る必要はないかと思えます。

平成19年度 問8 民法（根抵当権）

Aは、自己所有の甲不動産につき、B信用金庫に対し、極度額を3,000万円、被担保債権の範囲を「信用金庫取引による債権」とする第1順位の根抵当権を設定し、その旨の登記をした。なお、担保すべき元本の確定期日は定めなかった。この場合に関する次の記述のうち、民法の規定及び判例によれば、正しいものはどれか。

- 1 元本の確定前に、被担保債権の範囲を変更するには、後順位の抵当権者がいる場合は、その者の承諾を得なければならない。
- 2 元本の確定前に、B信用金庫から、被担保債権の範囲に属する個別債権の譲渡を受けた者は、確定日付のある証書でAに対し債権譲渡通知を行っておけば、その債権について根抵当権を行使できる。
- 3 B信用金庫は、確定した元本が極度額以下であれば、その元本に係る最後の2年分の約定金利については、極度額を超えても、根抵当権を行使できる。
- 4 Aが友人CのためにB信用金庫との間で保証契約を締結し保証債務を負担した場合、B信用金庫のAに対するこの保証債権は、「信用金庫取引による債権」に含まれ、この根抵当権で担保される。

解説

1. 民法398条の4～6項 担保される債権の範囲の変更

誤り。AさんはB信用金庫からお金を借りて、B信用金庫は返してくれないと困るからAさんの甲不動産に根抵当を設定してもらった。極度額は3000万、被担保債権の範囲を「信用金庫取引による債権」とした。この「被担保債権」の範囲を変更するというには、信用金庫取引だけじゃなく手形債権や小切手債権まで範囲を広げたりすること。元本確定日前なら、限度額（極度額）が変わらないのなら後順位抵当権者（利害関係者）に迷惑がかからないので、担保される債権の範囲をどれだけ広げてもOK。だから承諾は必要ない。逆に言うと、極度額を変更するためには、後順位抵当権者（利害関係者）の沼沢が必要。

2. 民法398条の7第1項 被担保債権の譲渡

誤り。B信用金庫は甲不動産の根抵当権をX銀行に譲渡し、X銀行はAさんに確定日付のある債権譲渡通知を送ったら、X銀行は根抵当権を実行できるかという問題。「元本の確定前に」とあるので、借金の総額が決定していないので、根抵当権は実行できない。確定日付の債権譲渡通知は第3者への対抗要件にすぎない。

3. 民法398条の3第1項 被担保債権の範囲

誤り。根抵当権は極度額の範囲なら、元本や利息の全部が担保される。遅延損害金について「最後の2年分を超えない利息の範囲内」というのは普通抵当権の話。（別解）根抵当権と言うのは、「極度額までは保証しますよ」と言うものです。ですから、極度額以下であれば確定した元本に加え利息、損害金等々を含めて根抵当権を行使できるということです。普通抵当権の場合には、利息その他の定期金を請求するときは、その満期となった最後の2年分についてのみしか抵当権が行使できないと規定されていますが、根抵当権では、極度額を超えない限り、2年分でも3年分でも含めることが可能となっています。言い換えれば、極度額を超えた額は、根抵当権が行使できないということです。よって問題文は「極度額を超えても、根抵当権を行使できる」となっていますから、誤りとなります。

4. 判例 被担保債権の範囲

その通り。Aさんは担保される債権の範囲を「信用金庫取引による債務」としているのだから、友人のための保証債務でも、「信用金庫取引による債務」に含まれているので成立する。

正解肢4は、判例を知っていれば簡単だと思いましたが、行政書士や司法書士で民法を勉強したと言うならわかりませんが、宅建の民法ではまず勉強しない判例だと思いましたが。ただ、肢1～3は根抵当権の基本的なテーマですから苦手意識を持たずに、勉強をお願いします。

平成23年度 問4 民法（根抵当権）

根抵当権に関する次の記述のうち、民法の規定によれば、正しいものはどれか。

- 1 根抵当権者は、総額が極度額の範囲内であっても、被担保債権の範囲に属する利息の請求権については、その満期となった最後の2年分についてのみ、その根抵当権を行使することができる。（誤り！最後の二年分は普通抵当権）
- 2 元本の確定前に根抵当権者から被担保債権の範囲に属する債権を取得した者は、その債権について根抵当権を行使することはできない。（正しい。元本が確定しないとダメ）
- 3 根抵当権設定者は、担保すべき元本の確定すべき期日の定めがないときは、一定期間が経過した後であっても、担保すべき元本の確定を請求することはできない。（誤り！請求しないと確定しない）
- 4 根抵当権設定者は、元本の確定後であっても、その根抵当権の極度額を、減額することを請求することはできない。（利害関係者が承諾すればできる）

## 解説

### 1. 民法398条の3第1項 被担保債権の範囲

誤り。根抵当権は極度額の範囲なら、元本や利息の全部が担保される。遅延損害金について「最後の2年分を超えない利息の範囲内」というのは普通抵当権の話。

### 2. 民法398条の7第1項 被担保債権の譲渡

正しい。元本の確定前では借金の総額がまだ分からないので、根抵当権を行使して競売はできない。普通抵当権なら債務額（借金の総額）が決まっているので、抵当権を実行して貸した金を回収できる。

### 3. 民法398条の19第1項 根抵当権（元本）の確定

誤り。根抵当権設定者（債務者）は、設定日から3年経過で元本の確定を請求できる。その請求から2週間で確定する。なお、根抵当権者（債権者）のほうは、いつでも元本の確定を請求できる。混乱しないこと。

### 4. 民法398条の21第1項 根抵当権の確定

誤り。元本確定後は、極度額を「債権額と以後2年分の利息等の額の合計額」に減額請求できる。つまり、根抵当権も元本が確定すれば普通抵当権と同じになるとイメージしておけばよい。

## 平成8年度 問7 民法（根抵当権）

貸付金債権を担保するための根抵当権に関する次の記述のうち、民法の規定によれば、誤っているものはどれか。

1. 根抵当権は、債権者が債務者に対して将来有することとなる不特定の貸付金債権であっても、それが**一定の種類取引によって生ずるもの**に限定されているときは、その極度額の限度において担保するために設定することができる。（正しい）

2. 登記された**極度額が1億円**で、貸付金債権の元本も1億円で確定した場合、根抵当権者は、1億円と満期となった最後の2年分の利息及び損害金の額の合計額について、根抵当権に基づく優先弁済権を主張することができる。（極度額1億円なら全部含めて1億円）

3. 貸付金債権の**元本が確定**した場合、根抵当権者は、確定期日の被担保債権額のほか、確定期日後に生じた**利息及び損害金**についても、登記された極度額に達するまで、根抵当権に基づく優先弁済権を主張することができる。

4. 貸付金債権の元本の確定期日を定めなかった場合で根抵当権設定時より3年を経過したとき、根抵当権設定者は、担保すべき元本の確定を請求でき、請求の時より2週間後に担保すべき元本が確定する。

## 解説

### 1. 民法398条の2第1項 根抵当権：被担保債権の特定

正しい。根抵当権は「一定の範囲に属する不特定の債権をその極度額の限度」内で担保するものである。よって、被担保債権の特定は不要であり、一定の種類取引によって生ずるものに限定されていれば十分である。普通抵当権では設定契約を締結するためには、被担保債権を特定することが必要である。（別解）記述の通りとなります。根抵当権は、事業の運転資金等の一定の種類取引においてと言う縛りがありますが、いちいちこの借入金の担保はこれと言うように決める必要がなく、1億円なら1億円を極度額（上限）として、その範囲で、借入、返済を繰り返すことができるという便利な制度です。なお、記述が「根抵当権は、将来の不特定債権の**一切**を担保する」となっていれば、誤りとなりますから、注意してください。（一定の債権しか担保しません）

### 2. 民法398条の3第1項 根抵当権：被担保債権の範囲

誤り。根抵当権では、極度額の範囲内であれば、元本や利息等の全部が担保される。しかし、逆に、極度額を超えた部分については、例え「最後の2年分の金利」であっても担保されない。したがって、本肢のような「確定元本が極度額以下で、最後の2年分の約定金利を加えると極度額を超える」ケースでは、元本+金利のうち、極度額の範囲内の部分が担保されるのみである。極度額を超える部分について根抵当権を行使することはできない。普通抵当権では、遅延損害金について、最後の2年分を超えない利息の範囲内でしか担保されない（同法375条）。本問はこの知識とのヒッカケ。

### 3. 根抵当権：被担保債権の範囲

正しい。根抵当権の「確定」とは、根抵当権が担保する「元本」の範囲を確定するものである。確定後に発生する元本は、担保の対象外である。「確定」とは、あくまで「元本」の範囲を決するものに過ぎない。したがって、確定された元本から発生する利息・損害金は、根抵当権の担保する範囲に含まれる。利息や損害金も含めた限度額が、極度額である。（別解）記述の通りです。根抵当権とは、肢1で解説したように、一定の種類取引において、借入したり、返済したりを、極度額の範囲内で行っています。ですから、今月の借金は、1,000万だとしても、来月は借金が増えているかも知れませんが、減っているかも知れないと言う具合でわからないのです。そのため、その借金の額を確定しようと言うのが元本確定日となります。**この確定日以後は、返済するのみとなります**ので、利息や損害金も発生することになります。ただ、肢2で解説しましたが、根抵当権の範囲は、極度額以内となっていますから、利息や損害金についても、その範囲以内までしか根抵当権の効力は及ばないこととなります。逆に言うなら、極度額以内であれば、2年分でも5年分でも、利息や損害金を根抵当権が担保してくれることとなります。

### 4. 民法398条の19第1項 根抵当権の確定

正しい。根抵当権設定者は、根抵当権の設定の時から**3年**を経過したときは、担保すべき**元本の確定を請求**することができる。この場合において、担保すべき元本は、その請求の時から**2週間**を経過することによって確定する。

根抵当権は、難しいと捨て問にしている方が多いと思いますが、この問題は基本的なことしか聞いていませんから、少しでも勉強した方は、正解できたと思います。この問題の4つ肢は、覚えておいて損はないと思います。

~~平成26年問4~~  
~~平成23年問4~~  
~~平成19年問8~~  
~~平成15年問5~~  
~~平成12年問5~~  
~~平成8年問7~~

宅建過去問徹底攻略  
宅建スーパーWEBサイト  
宅建超高速勉強術 公式ブログ  
過去問徹底！宅建試験合格情報

宅建過去問徹底攻略  
宅建スーパーWEBサイト  
宅建超高速勉強術 公式ブログ  
過去問徹底！宅建試験合格情報