

論文式試験問題集  
[民法・物権法，担保物権法]

## [民法・物権法, 担保物権法]

次の文章を読んで、後記の【設問1】及び【設問2】に答えなさい。

### 【事実】

1. 株式会社A建設（以下「A」という。）は、平成26年9月5日、Bとの間で、T駅の駅前にあるB所有の甲土地に、地下1階付7階建の商業用建物（以下「乙建物」という。）を請負代金10億円で建築する旨の請負契約を締結した。請負代金は、契約時に3億円、完成時に7億円を支払うことがAB間で合意され、同日、Bは、Aに対し、3億円を支払った。

Aは、平成28年1月29日、乙建物を建築して完成させた。もっとも、合意のとおりBがAに対し請負残代金7億円を支払わなかったため、Aは、Bに対する乙建物の引渡しは留保した。

2. Bは、平成28年4月5日、Aとの間で、①請負残代金が7億円であることを確認し、これを同年5月から10月まで毎月末日限り5000万円ずつ合計3億円を支払い、同年11月末日に残り4億円を支払うこと、②AのBに対する請負残代金債権を担保するため、乙建物及びその敷地である甲土地に、いずれもAを権利者として第1順位の抵当権（以下「本件抵当権」という。）を設定すること、③乙建物を第三者に賃貸する場合にはAの承諾を得ることを合意した（以下「本件合意」という。）。Bは、本件合意に基づき、同日、司法書士に依頼して本件抵当権設定登記を了した。
3. ところが、Bは、本件合意に違反し、初回から分割金の支払を怠り、その後も一切分割金を支払わなかった。

しかも、Bは、平成29年1月15日、Aの承諾を得ずに、株式会社C商事（以下「C」という。）に対し、賃料月額100万円、賃貸期間5年、敷金1億円の約定で乙建物を賃貸して引き渡した（以下「BC間賃貸」という。）。さらに、Cは、同年7月15日、Aの承諾を得ずに、株式会社D建設（以下「D」という。）に対し、賃料月額100万円、賃貸期間5年、敷金1億円の約定で乙建物を転貸して引き渡した（以下「CD間転貸」という。）。なお、乙建物の適正な賃料額は、平成29年1月及び7月の時点では月額500万円であった。

BC間賃貸及びCD間転貸が行われた当時、Cの代表取締役とDの代表取締役は、どちらもEが務めていた。また、Bも、平成28年9月から平成30年3月まで、Dの取締役を務めていた。

Cは、BC間賃貸に基づいてBから乙建物の引渡しを受けた後、特に乙建物を使用しなかった。一方、Dは、CD間転貸に基づいてCから乙建物の引渡しを受けた後は、乙建物の2階部分をAに無断で改装し、Dの従業員が寝泊まりする場所として使用していた。

4. Bがいつまでたっても請負残代金7億円を支払わないことから、Aは、平成30年5月15日、やむを得ず、T地方裁判所に対し、乙建物及び甲土地につき、本件抵当権の実行としての競売を申し立てた（以下「本件競売申立て」という。）。乙建物の最低売却価額は、令和元年6月7日時点では4億円であったが、売却の見込みが立たないことから同年12月4日には3億円に引き下げられた。しかし、その後も、乙建物及び甲土地の売却先は見つからなかった。

乙建物及び甲土地の競売手続による売却が進まない状況の下で、Bは、Aに対し、令和2年2月20日、乙建物及び甲土地に設定されている本件抵当権を100万円の支払と引き換えに放棄するよう要求した。

### 【設問1】

Aは、乙建物及び甲土地の競売手続による売却が進まないのはDが乙建物を占有しているからだと考え、Dに対し、直接Aへ乙建物を明け渡すことを請求することにした。Aの請求の根拠を明らかにした上で、Aの請求が認められるかどうか論じなさい。

5. 令和2年3月4日、突然Bが脳梗塞により死亡した。Bの妻は既に他界していたため、Bの子であるFとGの2名がBを相続することになった。Bは特に遺言を残していなかったことから、FとGとの間で、令和2年5月5日、Bの相続財産に関する遺産分割協議が行われた。

その際、Fは、まず現在もCとDの代表取締役であるEを説得して乙建物を明け渡してもらうべきだとの意見を述べた。さらに、Fは、Bの相続財産からAに請負残代金7億円を支払って本件抵当権を消滅させ、その後乙建物を優良な企業に賃貸して継続的に安定した賃料収入を得るべきだとの意見を述べた。Gは、Fの前者の意見には賛成したが、乙建物とその敷地である甲土地はそのままAが申し立てた競売手続により売却された方がよいと考え、後者の意見には反対した。その結果、FとGとの間で意見が一致せず、遺産分割協議はまとまらなかった。

6. その後、いつの間にか本件競売申立ては取り下げられ、C及びDが乙建物から退去しており、株式会社I産業（以下「I」という。）が乙建物を占有するようになっていた。これらの事実を知ったGがFを問い詰めたところ、Fは、令和2年6月5日、Gの承諾を得ずに、Bの相続財産からAに対して請負残代金7億円を支払ったと述べた。また、Fは、令和2年7月15日、Gの承諾を得ずに、Iに対し、賃料月額500万円、賃貸期間2年、敷金3000万円の約形で乙建物を賃貸して引き渡した（以下「FI間賃貸」という。）と述べた。

#### 【設問2】

Gは、Iに対して、乙建物の明渡しを請求することにした。Gの請求の根拠を明らかにした上で、Iの反論も想定しつつ、その請求が認められるかどうか論じなさい。

2019年12月1日

担当：弁護士 伊奈達也

## 参考答案

[民法・物權法，担保物權法]

## 第1 設問1

1 Aは、Dに対し、抵当権に基づく妨害排除請求権に基づいて、直接自己へ乙建物を明け渡すことを請求する。

2 抵当権は、抵当権者に優先弁済権を確保しつつ、設定者である所有者に設定後も抵当不動産の使用又は収益を認める非占有移転型担保である。そうすると、抵当権者が所有者又はその者から占有権原の設定を受けて占有する者に対して抵当不動産の明け渡しを請求することは、抵当不動産に関する所有者の使用収益権を侵害することに  
なるから、認められないのが原則である。

しかし、抵当権設定登記後に抵当不動産の所有者から占有権原の設定を受けてこれを占有する者について、①その占有権原の設定に  
抵当権の実行としての競売手続を妨害する目的（以下「妨害目的」という。）が認められ、②その占有により抵当不動産の交換価値の実現が妨げられて抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態（以下「困難状況」という。）があるときは、例外的に、  
抵当権者は、当該占有者に対し、抵当権に基づく妨害排除請求として、同状態の排除を求めることができると考える。なぜならば、  
抵当不動産の所有者は、抵当不動産を使用又は収益するに当たり、  
抵当不動産を適切に管理維持することが予定されており、  
抵当権の実行としての競売手続を妨害するような占有権原を設定することは許されないからである。

さらに、抵当権に基づく妨害排除請求権の行使に当たり、  
抵当不

動産の所有者において抵当権に対する侵害が生じないように抵当不動産を適切に維持管理することが期待できない場合には、  
抵当権者は、占有者に対し、直接自己への抵当不動産の明け渡しを求めることができると考える。なぜならば、  
抵当権に基づく妨害排除請求権は②困難状態を排除する目的で認められる権利であるが、  
このような場合には、所有者へ抵当不動産を明け渡したとしても、  
②困難状態を排除するという目的が達成できないからである。

3 本問では、⑦本件抵当権設定登記後にBが本件合意に反してAの承諾を得ずに乙建物についてCに賃貸し、さらにCがDに転貸している。そうすると、BC賃貸及びCD転貸は抵当権設定登記に後れて引渡しという対抗要件（借地借家法31条1項）を備えているのでA及び買受人に対抗できないが、競売手続開始前から乙建物を使用するC及びDは買受時から6か月間が経過するまでは買受人に乙建物を明け渡さなくてもよいことになる（民法395条1項1号）。そのため、  
抵当権設定登記後に抵当権者に無断で賃貸及び転貸をすること自体が、  
②困難状況を生じさせるといえる。また、④C及びDの代表取締役がどちらもEでありBもDの取締役であったこと、  
⑤Cから乙建物の引渡しを受けた後にDが乙建物の2階部分をAに無断で改装してDの従業員が寝泊まりする場所として使用していること、  
⑥BC間賃貸及びCD間転貸ともに賃料が適正価格に比して5分の1という極めて低額である一方でどちらも1億円という多額の敷金が差し入れられていること、  
⑦Bが100万円という極めて低額でA

に本件抵当権の放棄を求めていることからすると、BとEが通謀して競売手続を妨害することが客観的に予想される状況にあるといえる。このような占有者の属性や占有の態様は買受希望者に買受けを逡巡させるものであるから、交換価値の実現が妨げられているといえる。さらに、賃料が極めて低額であること自体が、買受希望者の抵当不動産の価格に対する評価を不当に低下させ、売却価格の低下を招くおそれがある。以上を総合考慮すると、②困難状況が認められる。

また、以上の㉠、㉡、㉢は、BとEが故意に②困難状況を生み出すようとしていると評価できること、㉣はAの権利を不当に侵害する行動としか評価できないことからすると、BとEが行ったBC間賃貸及びCD間転貸に①妨害目的が認められる。

①妨害目的が認められる以上、Bにおいて抵当権に対する侵害が生じないように抵当不動産を適切に維持管理することが期待できないので、直接Aへ乙建物を明け渡すことを認める必要がある。

4 以上から、AのDに対する請求は認められる。

## 第2 設問2

1 Gは、Iに対して、乙建物の2分の1の持分権に基づいて、乙建物の明渡しを請求する。根拠は次のとおりである。

Bが死亡により、Bの子であるFとGがBを相続している（民法882条、887条1項）。その他にBの相続人はいない。Bの遺言はなくF G間で遺産分割協議はまとまっていないから、現在法定相続分

に従いFとGが2分の1ずつBの相続財産を共有していることとなる（民法898条、889条、900条1号）。そうすると、乙建物についても、FとGが2分の1ずつ共有していることになる。

2 これに対し、Iは、F I間賃貸という正当な占有権原に基づいて乙建物を占有していると反論することが考えられるが、次のとおり、この反論は認められない。

遺産共有の性質は物権法上の共有と同様であり、共有物の管理は持分価格の過半数の同意がなければ有効とならない（民法252条）。共有物の賃貸は、短期ならば共有物の変更を伴わずにその価値を実現させる行為であるから、共有物の管理に当たる。F I間賃貸は、その期間が2年と短期であるから乙建物の管理行為といえる。Fは、乙建物につき2分の1の持分しか有しておらず、持分価格の過半数の同意がないので、F I間賃貸は無効である。

3 そうだとしても、Iは、乙建物の持分権者のFからF I賃貸という占有権原の設定を受けているので当然にはGの請求は認められないと反論することが考えられるが、この反論は認められる。

なぜならば、共有者の一部の者から共有者の協議に基づかずには共有物を占有することを承認された第三者は、占有を承認しなかった共有者に対して共有物を排他的に占有する権原を主張できないが、現に占有者が承認した共有者の持分に基づくものと認められる限度で共有物を占有する権原を有するからである。

4 したがって、GのIに対する請求は認められない。 以上

2019年12月1日

担当：弁護士 伊奈達也

予備試験答案練習会(民法・物権法, 担保物権法)採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
<b>〔設問1〕</b>	(25)		
AのDに対する乙建物の明渡請求の根拠として抵当権に基づく妨害排除請求権を指摘していること		2	
非占有移転型担保という抵当権の性質から, 抵当権者が設定者である所有者又はその者から占有権限の移転を受けて占有する者に対して抵当不動産の明渡しを請求することはできないという原則を論じていること		3	
例外的に, 抵当権者が設定者である所有者又はその者から占有権限の移転を受けて占有する者に対して抵当不動産の明渡しを請求することができること及びその要件について論じていること		3	
抵当権に基づく妨害排除請求にあたり, 抵当権者が占有者に対し直接自己へ抵当不動産の明渡しを求めることができること及びその要件について論じていること		2	
問題文中の具体的な事実に基づいて, ①妨害目的が認められるかどうか論じていること		6	
問題文中の具体的な事実に基づいて, ②困難状況が認められるかどうか論じていること		6	
問題文中の具体的な事実に基づいて, 直接Aへ乙建物を明渡しを認める必要があることについて論じていること		3	
<b>〔設問2〕</b>	(15)		
GのIに対する請求の根拠として乙建物の2分の1の持分権に基づく明渡請求権を指摘していること		2	
Gが相続により乙建物につき2分の1の持分を取得した経緯について説明していること		3	
Iの反論としてFI間賃貸という有効な占有権限に基づいて乙建物を占有していることを指摘しつつ, その当否について論じていること		5	
Iの反論として乙建物の持分権者であるFからFI間賃貸という占有権限に基づいて乙建物を占有していることを指摘しつつ, その当否について論じていること		5	
<b>裁量点</b>	(10)	10	
<b>合計</b>	(50)	50	

# 民法・物権法，担保物権法 解説レジュメ

## 第1. 総論

本問は、最判平成17.3.10民集59巻2号356頁及び最判昭和63年5月20日判時1277号116頁の事案を題材として、抵当権に基づく妨害排除請求権の要件及び効果（設問1）、共有者の一部の者から共有物の占有使用を承認された第三者に対するその余の共有者からの明渡請求の可否（設問2）を問う問題である。

設問1は、勉強が進んでいる受講生にとっては、論点を見つけること自体は難しくない問題であったと思われる。しかし、いざ抵当権に基づく妨害排除請求権の要件に事実を当てはめようとするとき、かなり難しいと感じる受講生が多かったのではないだろうか。予備試験・司法試験に合格するためには、論点を見つけたり、規範（判断枠組み）を定立するための論証を書いたりすることができるだけでは不十分で、なぜある事実が特定の要件に該当するのか、きちんと事実を評価して（理由を付けて）説明できるようになる必要がある。このような説明のための能力は、ただ基本書や判例集などを読んでいただけでは身に付かない。実際に自分で書いてみたり、第三者にチェックしてもらったりしてはじめて、このような説明のための能力が身に付いていくものと考えられる。インプットだけでなくアウトプットの重要性を理解してもらおうべく、本設問を出題した次第である。

設問2は、物権法を深く理解するためには相続法の知識が必要不可欠であること、共有の場合には単独所有の場合と異なり法律関係の処理が複雑になることを理解してもらおうべく出題した次第である。相続法については、未だ勉強が進んでいない受講生も多いと思われるが、この機会に是非相続法の勉強も進めてもらいたい。また、共有について理解しておくことは、民事訴訟法における必要的共同訴訟を理解するために不可欠である。単独所有の場合の応用として、是非この機会に共有についての理解も深めてもらいたい。

## 第2. 設問1

### 1 出題の趣旨

設問1では、まず、乙建物の抵当権者であるAが、BC間賃貸、CD間転貸に基づいて乙建物を占有しているDに対して直接自己へ乙建物の明渡しを請求するための根拠として、抵当権に基づく妨害排除請求権を指摘する必要がある。

次に、抵当権は、抵当権者に優先弁済権を確保しつつ、設定者である所有者に設定後も抵当不動産の使用又は収益を認める非占有移転型担保であるから、抵当権者が所有者又はその者から占有権原の設定を受けて占有する者に対して抵当不動産の明渡しを請求することは、抵当不動産に関する所有者の使用収益権を侵害することになるから原則として認められないことを論じる必要がある。その上で、例外的に抵当不動産の明渡しを請求できる場合にはいかなる要件のもとに請求できるのか、すなわち抵当権に基づく妨害排除請求権はいかなる要件のもとに発生するのかについて、判例を参考にしながら理由を付して論じる必要がある。

さらに、例外的に抵当不動産の明渡しを請求することができる場合には、抵当権者が直接自己へ抵当不動産の明渡しを請求することができるのかについても理由を付して論じる必要がある。

その上で、本問において抵当権に基づく妨害排除請求権が発生するための要件が満たされるかどうかを、具体的な事実を指摘した上で適切な評価を加えつつ論じる必要がある。

## 2 解説

### (1) 抵当権について

抵当権とは、債務者又は第三者（物上保証人）が債権者に占有を移さないまま債務の担保に供した一定の不動産について、債権者が自己の債権を優先的に回収する権利である（民法 369 条 1 項）。抵当権は、債権者（抵当権者）と、債務者又は第三者（抵当権設定者）との契約により設定される、諾成・不要式の契約である。不動産の占有を設定者から抵当権者に移転する必要がない非占有移転型担保であるため、設定者は、目的物の使用をそのまま継続することができる。また、抵当権者も、実行までは目的物の管理をする必要がなく、優先弁済権のみを確保することができる。

設定者は、ある不動産に抵当権を設定しても、その所有者としての地位を失わないし、その不動産を継続して占有することができる。したがって、設定者は、抵当権設定後も抵当不動産の使用・収益・処分ができる。抵当不動産を自ら使用することはもちろん、第三者に売却してもよいし、第三者に賃貸してもよい。また、第三者のために、地上権・永小作権といった用益物権、後順位抵当権・質権といった担保物権を設定してもよい。もっとも、設定者は、抵当権者の優先弁済権を侵害してはならない。

### (2) 抵当権に基づく妨害排除請求の可否

#### ア はじめに

前述のとおり、抵当権は、設定後も設定者が抵当不動産を使用・収益・処分することを認めるものであるから、抵当権者が設定者又はその者から占有権原の設定を受けて占有する者に対して抵当不動産の明渡しを請求することができるとなると、設定者が所有権に基づいて抵当不動産を使用・収益する権利を侵害することになる。

一方で、設定者は抵当権者の優先弁済権を侵害してはならないのであるから、設定者又はその者から占有権原の設定を受けて占有する者が抵当権者の優先弁済権を侵害するような態様で抵当不動産を使用・収益していた場合には、そのような侵害を排除すべく、抵当権者にそれらの者に対して抵当不動産の明渡しを請求することを認める必要がある。

以上のような理由から、原則として抵当権者が設定者又はその者から占有権原の設定を受けて占有する者に対して抵当不動産の明渡しを請求することはできないとしても、例外的に優先弁済権が侵害される場合には抵当権に基づく妨害排除請求権に基づいて抵当不動産の明渡しを請求することを認めるべきではないかが問題となるのである。

#### イ 判例

抵当不動産の占有者に対する抵当権に基づく妨害排除請求の可否について、大審院時代の判例やかつての最高裁は、抵当権者が占有関係に干渉する権原を有しないこと等を理由に、不法占有者に対するものであってもこれを否定していた（大判昭和 9 年 6 月 15 日民集 13 卷 1164 頁。以下「昭和 9 年大判」という。最判平成 3 年 2 月 22 日民集 45 卷 3 号 268 頁。以下「平成 3 年最判」という。）。昭和 9 年大判や平成 3 年最判は、このように抵当不動産の不法占有者に対する抵当権に基づく妨害排除請求を否定したとしても、抵当権の実行の段階で不法占有者に対して明渡しを請求することができるので優先弁済権の実現に支障はないと考えていたものと思われる。

しかし、現実には、不法占有者の存在する抵当不動産について買受人は現れにくく、不法占有は、抵当権の実行を妨害するものとなっていた。そこで、最判平成 11 年 11 月 24 日民集 53 卷 8 号 1899 頁（以下「平成 11 年最判」という。）は、平成 3 年最判を変更し、傍論ではあるが「第三者が抵当不動産を不法占有することにより抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるときは、抵当権に基

づく妨害排除請求として、抵当権者が右状態の排除を求めることも許されるものというべきである。」として、抵当権に基づく妨害排除請求が可能であることを示した。ただし、平成11年最判は、抵当権者が所有者の不法占有者に対する妨害排除請求権（正確には所有権に基づく返還請求権としての明渡請求権だと思われる。）を代位行使することを認めた事案であったため、いかなる場合に抵当権に基づく妨害排除請求が認められるのか、認められる場合があるとしてもいかなる要件のもとに認められるのかといった点は明らかにされないままとなっていた。

そのような中で、最判平成17年3月10日民集59巻2号356頁（以下「平成17年最判」という。）は、所有者から占有権原の設定を受けて抵当不動産を占有する者に対して抵当権に基づく妨害排除請求をする場合において、「①占有権原の設定に抵当権の実行としての競売手続を妨害する目的が認められ、②その占有により抵当不動産の交換価値の実現が妨げられて抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるときは、抵当権者は、当該占有者に対し、抵当権に基づく妨害排除請求として、上記状態の排除を求めることができるものというべきである。」と判示した。①は妨害目的という主観的な要件、②は困難状況という客観的な要件である。平成17年最判は、所有者から占有権原の設定を受けて抵当不動産を占有する者に対して抵当権に基づく妨害排除請求をする場合において、①と②の要件が満たされるときに限り抵当権に基づく妨害排除請求が認められることを明らかにしたわけである。

平成11年最判においては、抵当不動産の所有者の地位について、使用収益権を有する反面、「抵当権に対する侵害が生じないように抵当不動産を適切に維持管理することが予定されている」と説示されていた。平成17年判決は、その延長線上において、所有者が①の妨害目的をもって第三者に使用収益権を設定することは、いわば所有者に留保された管理処分権の逸脱又は濫用となり、抵当権者との関係では正当化されないといった考えに立つものと思われる。

## ウ 学説

学説もほぼ一致して平成17年最判に賛成している。

もっとも、①の要件については、②の要件の中にその趣旨が当然に含まれているなどの理由から、独立の要件とすることに消極的な見解もある。しかし、学説の多くは、次のような理由から、①の要件を独立の要件とすべきだと考えているものと思われる。

まず、賃貸借は妨害目的のない正常なものであっても抵当不動産の価値を減少させることがあるから、①の要件が付加されているのは、妨害目的のない正常な賃貸借の場合には抵当権に基づく妨害排除請求をすることができないことを明らかにする意味がある。①の要件は、設定者である所有者の使用収益権と抵当権者の優先弁済権との調和を図る観点から付されたものと考えられる。

また、この点については、明渡猶予制度（民法395条）との整合性を考慮する必要がある。⑦第三者が抵当権者に対抗することができる賃貸借により抵当権の目的である建物を占有している場合には、その占有による減価は当該抵当権が引き受けているものであり優先弁済権を侵害するとは評価できないから、抵当権に基づく妨害排除を請求できない。一方、⑧第三者が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を占有している場合には、その占有により優先弁済権が侵害されていると評価できるならば抵当権に基づく妨害排除を請求しうる。⑧の場合にはその賃貸借に妨害目的が認められるときと認められないときがあるが、民法395条1項は、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を使用又は収益する者であっても、競売手続の開始前から使用又は収益している場合などには、その建物の競売における買受人の買受けの時から6か月を経

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と定めている。妨害目的が認められない賃貸借まで実行前の段階（競売手続による売却前の段階）で排除することを認めると、このような明渡猶予制度を認めた意味がなくなってしまう。妨害目的が認められる賃貸借のみを実行前の段階（競売手続による売却前の段階）で排除することができることで、明渡猶予制度との整合性を図るべきである。

#### エ 本問の検討

本問では、㉞本件抵当権設定登記後にBが本件合意に反してAの承諾を得ずに乙建物についてCに賃貸し、さらにCがDに転貸している。そうすると、BC賃貸及びCD転貸は抵当権設定登記に後れて引渡しという対抗要件（借地借家法 31 条 1 項）を備えているのでA及び買受人に対抗できないが、競売手続開始前から乙建物を使用するC及びDは買受時から6か月間が経過するまでは買受人に乙建物を明け渡さなくてもよいことになる（民法 395 条 1 項 1 号）。そのため、抵当権設定登記後に抵当権者に無断で賃貸及び転貸をすること自体が、㉞困難状況を生じさせるといえる。

また、㉞C及びDの代表取締役がどちらもEでありBもDの取締役であったこと、㉞Cから乙建物の引渡しを受けた後にDが乙建物の2階部分をAに無断で改装してDの従業員が寝泊まりする場所として使用していること、㉞BC間賃貸及びCD間転貸ともに賃料が適正価格に比して5分の1という極めて低額である一方でどちらも1億円という多額の敷金が差し入れられていること、㉞Bが100万円という極めて低額でAに本件抵当権の放棄を求めていることからすると、BとEが通謀して競売手続を妨害することが客観的に予想される状況にあるといえる。このような占有者の属性や占有の態様は買受希望者に買受けを逡巡させるものであるから、交換価値の実現が妨げられているといえる。

さらに、賃料が極めて低額であること自体が、買受希望者の抵当不動産の価格に対する評価を不当に低下させ、売却価格の低下を招くおそれがある。以上を総合考慮すると、㉞困難状況が認められる。

また、以上の㉞、㉞、㉞は、BとEが故意に㉞困難状況を生み出そうとしていると評価できること、㉞はAの権利を不当に侵害する行動としか評価できないことからすると、BとEが行ったBC間賃貸及びCD間転貸に㉞妨害目的が認められる。

### (3) 抵当権者への明渡請求の可否

#### ア はじめに

抵当権に基づく妨害排除請求において、抵当不動産の所有者への明渡請求は当然に認められるものである。そもそも、抵当権者には抵当不動産を占有する権原がないことからすれば、明渡しは設定者である所有者に対してなされるのが原則といえる。

しかし、設定者である所有者において抵当権に対する侵害が生じないように抵当不動産を適切に維持管理することが期待できない場合には、設定者である所有者に対して抵当不動産の明渡しを認めても意味がない。そこで、例外的に、抵当権者への抵当不動産の明渡しを認めることができないかが問題となるのである。

#### イ 判例

平成 17 年最判は、設定者である所有者において抵当権に対する侵害が生じないように抵当不動産を適切に維持管理することが期待できない場合には、抵当権者自身への明渡し請求を肯定できるとした。このような場合に限定して抵当権者への明渡請求を認める考え方に立つものと思われる。このような考え方に立った理由について、平成 17 年最判は明らかにしていない。しかし、次のような理由に立つものと思われる。

まず、設定者である所有者において抵当不動産を適切に維持管理することが期待できない場合（所有者の担保価値維持義務違反、行方不明、明渡しの執行への不出頭が見込まれるときなど）、所有者への明渡請求を認めるだけでは、妨害排除の目的は十分に達することができない。物権的請求権は当該物権の円満な権利状態を確保する目的で認められる権利であるから、その権利の具体的な内容はその目的達成のために必要な内容となる。そうだとすれば、抵当権に基づく妨害排除請求権という物権的請求権を認める以上、妨害排除の目的を達成するために必要であれば、抵当権者への明渡請求も認めるべきである。

次に、利益衡量の観点からしても、設定者である所有者は、抵当権者に対し、抵当権に対する侵害が生じないように抵当不動産を適切に維持又は保存すべき義務（担保価値維持義務）を負っているから、すでにその義務に違反し、あるいは、その維持又は保存すべき能力を失っている場合には、所有者の占有利用の保護よりも、抵当権者の保護が優先されてもやむを得ないものといえる。前述の①、②の要件が満たされる場合には、設定者である所有者が故意に抵当権に対する侵害が生じないように抵当不動産を適切に維持又は保存すべき義務に違反したといえ、このような設定者である所有者の占有利用を保護する必要はない。

以上のような考え方は、抵当権が本来抵当不動産を占有利用する権利を抱合しない権利であるという原則自体を変更するものではない。抵当権者への明渡請求により抵当権者が取得する抵当不動産の占有は、抵当不動産の維持管理を目的とする占有（平成 11 年最判における奥田裁判官補足意見が指摘する「管理占有」）となるものと考えられる。

#### ウ 学説

学説もほぼ一致して平成 17 年最判に賛成し、抵当権者への明渡請求の可否について、次のように考えている。

すなわち、抵当権者は、抵当不動産をその所有者に返還するよう占有者に求めるのが原則である。ただし、抵当不動産の所有者が受領を拒んでいるとき、受領が困難であるとき、受領ができて抵当不動産の所有者において抵当権に対する侵害が生じないように抵当不動産を適切に維持管理することができないときは、例外的に抵当権者は自己への明渡しを求めうる。しかし、明渡しを受けた抵当権者は抵当不動産の使用収益権限を有せず、その維持管理のみができるにとどまる。

#### エ 本問の検討

- ①妨害目的が認められる以上、Bにおいて抵当権に対する侵害が生じないように抵当不動産を適切に維持管理することが期待できないので、直接Aへ乙建物を明け渡すことを認める必要がある。

#### (4) 代位請求構成と直接請求構成との関係

判例は、平成 11 年最判が認めた抵当不動産の所有者が不法占有者に対する有する妨害排除請求権（正確には所有権に基づく返還請求権としての明渡請求権だと思われる）を抵当権者が代位行使することと、平成 17 年最判が認めた抵当権に基づく妨害排除請求権を抵当権者が行使することの双方を認めている。

学説では、後者を原則と考えるべきであり、特に抵当不動産につき第三取得者が登場しているときには、代位行使は認められないと解する見解もある。

なお、不法占有者に対して抵当権者が抵当不動産の明渡しを求める場合と異なり、平成 17 年最判や本問のように所有者から占有権原の設定を受けて抵当不動産を占有する者に対して抵当権者が抵当不動産の明渡しを求める場合には、代位構成は効果的ではない。なぜならば、こ

の場合の占有者は、所有者から占有権原の設定を受けて適法に抵当不動産を占有しているので、所有者の占有者に対する妨害排除請求は認められないからである。

### 第3. 設問2

#### 1 出題の趣旨

設問2では、まず、GのIに対する請求の根拠が、乙建物の2分の1の持分権に基づくものであることを説明しなければならない。そのためには、Bの死亡によりBの子であるFとGがBを相続していること（民法882条、887条1項）。FとGの他にBの相続人はおらず、Bの遺言はなくFG間で遺産分割協議はまとまっていないから、現在法定相続分に従いFとGが2分の1ずつBの相続財産を共有していること（民法900条1号）ことを指摘し、その結果、乙建物についてもFとGが2分の1ずつ共有していることを論じる必要がある。

次に、Iの反論として、IはFI間賃貸という正当な占有権原に基づいて乙建物を占有しているとの主張が考えられることを指摘し、2分の1の持分しか有しないFがGに無断で行ったFI間賃貸が有効かどうかについて、民法252条1項を指摘しつつ論じる必要がある。

また、Iの反論として、Iは乙建物の持分権者のFからFI賃貸という占有権原の設定を受けているので当然にはGの請求は認められないとの主張が考えられることを指摘し、最判昭和63年5月20日判時1277号116頁に触れつつ、その主張が認められるかどうかを論じる必要がある。

#### 2 解説

##### ア 相続について

##### ① 相続に関する基礎的な知識

相続は、被相続人の死亡によって開始する（民法882条）。相続人は、相続開始の時から、被相続人の財産に属した一切の権利義務を承継（包括承継）する（民法896条本文）。いかなる者が相続人となるかについては、民法887条、889条、890条が定めている。まず、被相続人の配偶者は、常に相続人となる（民法890条）。次に、被相続人の子は、相続人となる（民法887条1項）。被相続人に子がないときはその直系尊属が相続人となり、被相続人に子も直系尊属もないときはその兄弟姉妹が相続人となる（民法889条1項1号、2号）。なお、代襲相続については、887条2項・3項、889条2項に規定がある。

相続人が1人しかない場合には相続財産はその者の単独所有となるが、相続人が複数いる場合には相続財産は複数の相続人（共同相続人）の共同所有すなわち「共有」となる（民法898条）。この状態は、遺産共有と呼ばれる。この共同相続人間での遺産共有という状態は、相続財産を構成する個別財産の帰属・承継に関しては、一時的・暫定的なものであることに注意が必要である。相続財産を構成する個々の権利義務が終局的かつ個別的に個々の共同相続人に帰属するためには、遺産分割を経なければならない。そして、遺産分割がされると、相続開始の時にさかのぼって効力が生じる（民法909条本文）。

判例は、遺産共有の性質を、後述する物権法上の共有（民法249条以下）と解している（最判昭和30年5月31日民集9巻6号793頁）。各共同相続人は、相続財産（遺産）を構成する個々の財産上に持分を有する。その持分は、各共同相続人の法定相続分又は指定相続分に対応する。したがって、各共同相続人は、その相続分に応じて被相続人の権利義務を承継することになる（民法899条）。

被相続人による相続分の指定がない場合には、民法の定める相続分が適用される（法定相続分。民法900条）。各共同相続人の法定相続分の割合は、相続人の組み合わせによっ

て異なる。子及び配偶者が相続人であるときは、子の相続分及び配偶者の相続分は、各2分の1となる(1号)。配偶者及び直系尊属が相続人であるときは、配偶者の相続分は3分の2、直系尊属の法定相続分は3分の1となる(2号)。配偶者及び兄弟姉妹が相続人であるときは、配偶者の法定相続分は4分の3、兄弟姉妹の法定相続分は4分の1となる(3号)。子、直系尊属又は兄弟姉妹が数人あるときは、各自の相続分は相等しいものとなる(4号)。

① 本問へのあてはめ

Bが死亡により、Bの子であるFとGがBを相続している(民法882条、887条1項)。その他にBの相続人はいない。Bの遺言はなくFG間で遺産分割協議はまとまっていないから、現在法定相続分に従いFとGが2分の1ずつBの相続財産を共有していることになる(民法898条、889条、900条1号)。そうすると、乙建物についても、FとGが2分の1ずつ共有していることになる。

イ 共有について

一つの者を複数人が共同で所有することを、共同所有という。共同所有の原則形態は共有と呼ばれ、その法律関係は、民法249条以下において次のように構成されている。

共有者は、各人が共有物に対して権利(持分又は持分権)を有し、この権利を通じて共有物全体に支配を及ぼすことができる(民法249条)。共有者は、持分権をいつでも処分することができ、これにより共有関係から自由に離脱することができる。また、共有物の分割を求めることができ(民法256条、258条)、これにより、共同所有関係を解消して、単独所有を実現することができる。

共有者の持分権は共有物の全体に及ぶ権利であるが、共有者の各人が同じ物に持分権を有するため、共有物の現実の管理、利用、処分については、相互に制約し合うことにならざるをえない。そこで、共有物の管理が共有者の持分割合に応じた多数決によるものとされたり(民法252条本文)、共有物の処分は共有者全員の一致によらなければならないものとされたり(民法251条)している。

共有者が共有物について有する権利は、民法では持分と呼ばれている。これは、共有物には全体として1個の所有権(共有権)があり、共有者はその所有権の量的な一部を有するという考え方を反映したものである。これに対し、近時は、共有者の有する権利は所有権の一種(持分権)であり、その効力は共有物の全体に及ぶものの、1個の物に同質の権利を有する者(同じく持分権を有する者)が複数あることによる制約を受けるとする考え方が有力である。権利の性質の理解には対立があるものの、その権利が所有権と同質の権利であること、割分的な権利であることは一致して認められている。

なお、各共有者が共有物に対して有する権利の割合は、一般に持分割合と呼ばれる。持分割合は、次のようにして決まる。すなわち、法律の規定がある場合にはそれによる(例えば民法244条)。規定がない場合には、持分割合は均等であると推定される(民法250条)。ただし、共有者間に以上と異なる合意があるときは、それによる。

ウ 共有の内部関係

① 基礎的な知識

共有関係が継続する場合には、共有物の維持や利用、あるいは変更が必要になることがある。

## I 共有物の変更

共有物に変更を加えるには、共有者全員の同意が必要である（民法 251 条）。共有物の変更は、共有者全員の持分権の内容を変更することになるからである。

## II 共有物の管理

共有物の変更を伴わずに共有物の価値を維持もしくは実現し、又は増大させるための行為を、共有物の管理という。共有物の変更を伴わない共有物の保存行為、利用行為、改良行為の一切、及びそれに関する行為がこれに当たる。

### i 共有物の管理に関する事項（保存行為を除く）

このうち、保存行為を除き、共有物の管理に関する事項に当たる行為をするには、各共有者の持分権の価格に従い、その過半数の同意が必要である（民法 252 条本文）。

共有物の利用又は改良は、共有物の変更を伴わなくてもすべての共有者の持分権に影響を及ぼすから、これも全員一致によることも考えられる。しかし、それでは共有物が有効利用されないことになりがちであり、各共有者にとってだけでなく、社会経済上も得策とはいえない。そこで、前述のような過半数による決定でよいこととされた。この決定をするためには、共有者全員で協議する必要はないと解される。

第三者に共有物の利用権（使用貸借、賃貸借、用益物権）を設定する契約を締結すること、すでに存在する利用権設定契約を解除することも、共有物の利用又は改良に当たる（最判昭和 38 年 4 月 19 日民集 17 卷 3 号 518 頁〔賃貸借契約の締結〕、最判昭和 29 年 3 月 1 2 日民集 8 卷 696 号〔使用貸借契約の解除〕、最判昭和 39 年 2 月 25 日民集 18 卷 2 号 329 頁〔賃貸借契約の解除〕。それらは、共有物の利用方法の決定に当たるからである。

もっとも、第三者に利用権を設定したり、一部の共有者に専用を認めたりすると、他の共有者が共有物を利用することができなくなる。特にその期間が長期に及ぶと、対価を得ているとしても実質的には共有物の処分に近い。したがって、民法 602 条の期間を超える賃貸借については、共有物の管理ではなく処分と解すべきだという考え方もある。

### ii 保存行為

保存行為とは、共有物の現状を維持する行為をいい、共有物を物理的な滅失又は損傷から守ることがその典型である。

## ① 本問へのあてはめ

これに対し、I は、F I 間賃貸という正当な占有権原に基づいて乙建物を占有しているとして反論することが考えられるが、次のとおり、この反論は認められない。

遺産共有の性質は物権法上の共有と同様であり、共有物の管理は持分価格の過半数の同意がなければ有効とならない（民法 252 条）。共有物の賃貸は、短期ならば共有物の変更を伴わずにその価値を実現させる行為であるから、共有物の管理に当たる。F I 間賃貸は、その期間が 2 年と短期であるから乙建物の管理行為といえる。F は、乙建物につき 2 分の 1 の持分しか有しておらず、持分価格の過半数の同意がないので、F I 間賃貸は無効である。

## エ 共有物に関する権利の主張

### ② はじめに

共有物を第三者が無断で占有したり、共有者の一部の者が独占したりすることがありうる。こういった場合に、共有者は共有物に関する権利を行使して争うことになるが、どのような権利をどのようにして行使することができるかが問題となる。

共有者各人は、持分権を有する。持分権は、所有権と同質の権利であるから、各共有者が自由に行使することができるとも思える。しかし、共有の場合には、同一物について持分権を有する者がほかにもあるため、持分権の主張を所有権の主張と同様に考えることはできない。ある共有者が自己の持分権を主張する場合であっても、他の共有者の権利や利益にも影響を及ぼすときは、その持分権の主張を許してよいか問題となる。

以下では、共有者の一部の者に対する請求、共有者の一部の者から占有を承認された第三者に対する請求に限定して解説する。

#### ① 判例

##### I 共有者の一部の者に対する請求

最判昭和41年5月19日民集20巻5号947頁は、「共同相続に基づく共有者の一人であつて、その持分の価格が共有物の価格の過半数に満たない者（以下単に少数持分権者という）は、他の共有者の協議を経ないで当然に共有物（本件建物）を単独で占有する権原を有するものでないことは、原判決の説示するとおりであるが、他方、他のすべての相続人らがその共有持分を合計すると、その価格が共有物の価格の過半数をこえるからといって（以下このような共有持分権者を多数持分権者という）、共有物を現に占有する前記少数持分権者に対し、当然にその明渡を請求することができるものではない。けだし、このような場合、右の少数持分権者は自己の持分によつて、共有物を使用収益する権原を有し、これに基づいて共有物を占有するものと認められるからである。従つて、この場合、多数持分権者に対して共有物の明渡を求めることができるためには、その明渡を求める理由を主張し立証しなければならないのである。」と判示した。

この判例によれば、少数持分権者が共有物の全部を正当な権限によらずに占有している場合には、他の共有者は、たとえその持分権の価格の合計が半数を超えるときであっても（このときの他の共有者を「多数持分権者」という。）、当然には少数持分権者に共有物全部の返還を求めることができないということになる。多数持分権者は、返還を求めるために、その返還を求める理由を主張立証しなければならない。

なぜならば、他の共有者は自分の持分権を侵害されているが、たとえ多数持分権者であってもそれだけでは共有物全部の使用収益を独占する権原を有しないので、共有物全部の返還を命ずると、少数持分権者の持分割合に応じた使用収益を妨げる（少数持分権者の持分権を侵害する）結果となってしまうからである。

##### II 共有者の一部の者から占有を承認された第三者に対する請求

最判昭和63年5月20日判時1277号116頁は、「共有者の一部の者から共有者の協議に基づかないで共有物を占有使用することを承認された第三者は、その者の占有を承認しなかった者に対して共有物を排他的に占有する権原を主張することはできないが、現にする占有がこれを承認した共有者の持分に基づくものと認められる限度で共有物を占有使用する権原を有するので、第三者の占有使用を承認しなかった共有者は右第三者に対して当然には共有物の明渡しを請求することはできないと解するのが相当である。」と判示した。

つまり、第三者が少数持分権者から承認を得て共有物全部を占有している場合にも、Iの少数持分権者に対する請求の場合と同様に扱われるというわけである。なぜならば、この場合の第三者は、承認を与えた共有者の権利に基づいて占有していると言えるからである。

#### ② 本問へのあてはめ

Iは、乙建物の持分権者のFからF I賃貸という占有権原の設定を受けているので当然にはGの請求は認められないと反論することが考えられるが、この反論は認められる。

なぜならば、共有者の一部の者から共有者の協議に基づかずに共有物を占有することを承認された第三者は、占有を承認しなかった共有者に対して共有物を排他的に占有する権原を主張できないが、現にする占有が承認した共有者の持分に基づくものと認められる限度で共有物を占有する権原を有するからである。

【参考文献等】

1. 道垣内弘人著「担保物権法（第4版）」有斐閣 2017/6/1
2. 佐久間毅著「民法の基礎2物権（第2版）」有斐閣 2019/3/30
3. 潮見佳男著「詳解相続法」弘文堂 2018/12/30
4. 最判平成17年3月10日民集59巻2号356頁
5. 最判昭和63年5月20日判時1277号116頁

以 上

2019年12月1日

担当：弁護士 伊奈達也

## 最優秀答案

回答者 KM 38点

### 第1 設問1

1. AのDに対する直接自己に乙建物を明渡す請求の根拠は、抵当権（369条）である。

そして、抵当権も物権である以上、抵当権に基づく妨害排除請求も認められ得る、また、かかる請求が認められるためには妨害状態が生じている必要があるところ、DはC D間で転貸借契約を結んでおり、占有権原に基づいている。

そこで、占有権原に基づいている者に対して、抵当権に基づく妨害排除請求として、抵当不動産の明渡しを求めることができるかが問題となる。

ア まず、抵当権者は、非占有担保権者であるため、所有者の使用収益に干渉することはできない。

もっとも、抵当権設定者は、抵当権設定契約の内容から、通常、抵当不動産を使用・収益をするに当たり、抵当不動産を適切に維持・管理することが予定されている。そうすると、抵当権の実行としての競売手続を妨害する占有権原の設定は許されないというべきである。

そこで、①設定者に、抵当権の実行としての競売手続を妨害する意図があり、②占有により抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ、抵当権者の、優先弁済権の行使が困難となる場合には、当該占有者に対し抵当目的物の明渡しを求めることができると解する。

イ 本件では、Bは、まずAの承諾を受けずにCとの間でB C間賃貸をしているところ、設定者たるBに競売手続を妨害する意図がある。

そして、Dは、Cから転借しているものであるが、C及Dの代表取締役は、ともにEであり、DはCと同視できる。そして、Bは、Dの取締役であることから、BとEとの間には、同僚関係等、特殊の関係が存在する。そうすると、DにもB同様の意図があるといえる。

また、Dが、乙建物の2階部分を改装し、Dの従業員が寝泊まりする場所としていることで、競売による、売却先がみあたらないため、Aの

優先弁済権の行使が困難となっているといえる。

- ウ. よって、Aは、占有者Dに対し、建物を明渡すことを請求できる。
- エ. さらに、このような状況では、Bによる、抵当不動産の適切な維持・管理は期待できないためAは直接自己に明渡すことを求めることができる。
- オ. したがって、Aの上記請求は認められる。

## 第2 設問2

1. GのIに対する乙建物の明渡しの請求は、所有権（206条）を根拠にしている。まず、Bの死亡により、子であるGは、Bの乙建物所有を相続（896, 887条1項）する。そして、かかる、乙建物を、Iが占有している以上、上記請求が認められるのが願いである。

(1) これに対しIは、自己の占有は、FI間賃貸によって、しているものである。自己の占有は、占有権原たる、賃借権（601条）に基づいていると反論することが考えられる。では、かかる、FI間賃貸は、有効といえるか。

ア. 本件では、G以外にも、Bの子にはFも存在し、乙建物所有権は、それぞれ2分の1を持分として、それぞれ共有に属しているといえる。（900条, 249条）。そして、賃借権の設定は、管理事項（252条）にあたる。Fの持分権は2分の1である以上、過半数によって決定されたとはいえない。

そうすると、本件契約は、Gの承諾を得ていない以上、無効といえる。

イ. もっとも、Fも、持分権に基づいて、持分に応じた使用収益はできる（249条）ところ、Fの使用収益は、その全部が違法といえない。そして、Gの自己への明渡しは、全部の使用収益を求めるものなので当然認められない。よって、Gが明渡しを求める理由を立証した場合に限り、明渡しの請求をすることができる。と解する。

ウ. したがって、上記場合に限り、Gの上記請求は、認められる。

以上

# 採点講評

(2019年12月1日 物権法 担保物権法)

## 第1 全体的な採点実感等

昨年も指摘したことであるが、そもそも民法の基本的な知識が身につけていない、勉強すらできていない受講生が多いのではないかという印象を受けた。

まず、今回大きなテーマとした抵当権に基づく妨害排除請求は、どんな担保物権の基本書、参考書にも載っている典型的な論点であり、抵当権について勉強していれば必ず学ぶ事項である。抵当権に基づく妨害排除請求が認められるか否かが問題となった最高裁判例も存在し、判例百選にも掲載されている。それにもかかわらず、多くの受講生が、抵当権に基づく妨害排除請求という言葉すら指摘できていないのは、非常に残念であった。

また、今回もう1つの大きなテーマである共有についても、理解が進んでいないという印象を受けた。共有持分権ないし持分権という言葉すら出てこない答案が散見された。また、相続により共有関係になっていると指摘できているにもかかわらず、共有持分権や持分権ではなく「所有権」に基づいて請求するという記載をしている答案も散見された。さらに、共有物の保存行為、管理行為、処分行為といった基本的な知識も理解していないのではないかと思われるような答案も散見された。

予備試験、ひいては司法試験に合格するためには、何よりも基本的な知識を正確に理解し、きちんと使いこなせるようになることが大切である。法学部1年生、2年生の受講生もいると聞いているが、初学者の方々は、まずは腰を据えてじっくりと民法の勉強をしてもらいたい。また、ある程度民法の勉強が進んでいる方々は、自分の理解が浅いものになっていないか、もう一度よく復習をしてもらいたい。

民法の答案では、①まず当事者が何を實現したいのか（お金を返してもらいたい、土地や建物を明け渡してもらいたい、受けた損害を賠償してもらいたい等）という生の希望を把握することが大切である。次に、②その希望を實現するためには、どのような権利（＝法律効果）が発生すればよいかを考える。その後、③その権利が発生させるためにはどのような要件（＝法律要件）が必要かを整理する。④整理後、ある要件について解釈が必要な場合には、その解釈を示す（＝判断枠組みまたは規範の定立）。その上で、⑤問題文中の事実関係からその要件を満たすかどうかを論じることになる。⑤の際には、なぜその事実がある要件や判断枠組みないし規範に該当するのか、適切に事実を評価して説明する必要がある。普段の民法の勉強においても、以上の答案の書き方を踏まえた上で基本書や判例等を読むと、理解が深まると思われる。

## 第2 各設問について

### (1) 設問1

ア 設問1では、Dに乙建物から出て行ってもらうというAの生の希望を実現するためには、どのような権利が発生すればよいかを考えることが重要である。本問で指摘すべき権利は、AのDに対する抵当権に基づく妨害排除請求権である。ほとんどの受講生が、この抵当権に基づく妨害排除請求権を指摘すらできていなかった。

AのDに対する抵当権に基づく妨害排除請求権ではなく、乙建物はAが所有していると考えて、AのDに対する所有権に基づく返還請求権としての建物明渡請求権を指摘している答案もあった。このように考えた受講生は、完成した請負目的物の所有権が誰に帰属するかという点に関し、誰が材料を準備したか、代金が支払われているかといった事情を考慮して、加工法理と類似の考え方により決することについてある程度勉強していたのだと思われる。確かに、そのような発想をすること自体は間違いではない。しかし、仮にAが乙建物の所有者であるなら、Aは乙建物の抵当権者になれないはずである。ある不動産の所有者であり抵当権者であるということはある得ないのではないかと（後発的に同一物について所有権及び他の物権が同一人に帰属したときは、混同（民法179条1項）により消滅する。）。Bが乙建物を所有しているからこそ、AのBに対する請負残代金を担保するために、Aを抵当権者として抵当権を設定することができたのではないかと。以上を考慮すれば、Aが乙建物を所有しているとは考えられず、Bが乙建物を所有していると考えべきであることは分かるはずである。

また、Bが乙建物を所有しておりAが乙建物の抵当権者であるところまではよかったが、AがBのDに対する所有権に基づく返還請求権としての建物明渡請求権を代位行使すると考えてしまった答案もあった。本問では、BC間賃貸、CD間転貸が有効に締結されているため、BがDに対して所有権に基づいて乙建物の明渡しを請求しても認められない。以上の点を考慮すれば、代位行使という法律構成を選択しえないことは容易にわかるはずである。

ちなみに、抵当権に基づく妨害排除請求という構成をとっていない答案には、容赦なく厳しい評価をした。それは、いかなる権利が発生させればよいかという出発点を誤ると、そのあとの記載がすべての的外れになることについてきちんと認識してほしかったからである。権利が定まるとその権利が発生させるための要件が定まり、要件が定まるとその要件に該当する事実が決まるというように、民法を含めた法律の思考はすべて論理的に関連している。そのような関連性があるからこそ、出発点である権利の選択は絶対に誤ってはいけないのである。

イ 次に、乙建物をBではなく直接Aに明け渡すことについてきちんと触れられている答案も少数であった。

問題文中の事実関係からして、Bに乙建物を明け渡しても再び同じような賃貸、転貸が繰り返される危険があることは十分に理解できるはずである。わざわざ問題文にも「直接Aへ乙建物を明け渡す」と明記したのであるから、その点についても検討してほしかった。

ウ なお、出題者がこの問題を出題したのは、「原理原則から考えると認められないようにも思えるが、その権利の本質や具体的な事実関係から考えると例外的に認められてもいいのではないか。」という、法律を学ぶにあたって極めて重要な考え方（原則－例外の考え方）が身につけているかどうか確認することができるからである。残念ながら、そのような考え方に基づいて論述することができる答案は少数であった。一方で、そのような考え方に基づいて論述している答案には、高い評価をつけた。

## (2) 設問2

ア 多くの受講生が、Bが死亡したことにより相続が発生したことに気づき、遺産分割も未了であるからFとGが相続により乙建物を共有することになったことについて論じることができていた。しかし、相続法の条文に言及しつつ丁寧に説明できていた答案は少数であった。その一方で、相続について全く触れられていない答案も散見された。

受講生の多くは、まだ相続法の勉強まで手が回っていないのだと思われるが、相続法は択一でも頻出分野であり、論文でも出題されることがある重要な分野である。ぜひ、これを機会に、相続法についても勉強を深めてもらいたい。

イ 次に、設問2では、設問1と同様に、Iに乙建物から出て行ってもらうというGの希望を実現するためには、どのような権利の発生が認められればよいかを考えることが重要である。本問で指摘すべき権利は、共有持分権ないし持分権に基づく返還請求権としての乙建物明渡請求権である。やはり、設問2でも、ほとんどの受講生が共有持分権ないし持分権に基づく返還請求権としての乙建物明渡請求権を指摘することすらできていなかった。

乙建物は相続によりFとGの共有になっているにもかかわらず、Gの「所有権」に基づく返還請求権と指摘する答案が散見された。確かに、共有は数人が共同して1個の所有権を有する状態であって、共有者は物を分割してその一部を所有するのではなく、各共有者は物の全部について所有権を有し、他の共有者の同一の権利によって減縮されるにすぎないという考え方もある（判例はこのように考えているようである。）。そうすると、「所有権」と表記すること自体は、あながち間違いではないかもしれない。しかし、単に「所有権」と表記すると、共有関係がない単独所有の場合と混同されかねない。そこで、共有持分権ないし持分権という用語が使用されているのである。共有持分権ないし持分

権の性質が所有権であるとしても、混同を避けるために書き分けるというのは、正確に伝えることを重んじる法曹にとって重要なことである。

ウ また、設問2では、Iの反論を考える必要がある。ここでも、乙建物から出ていきたくないというIの生の希望を実現するにはどのような権利の発生が認められればよいかを考えればよい。

まず考えられるのは、F I間賃貸に基づく乙建物の賃借権である。仮にFが単独で乙建物を所有しているのであれば、F I間賃貸に基づいて有効な賃借権が発生する。しかし、本問では、乙建物をF Gが2分の1ずつの割合で共有していることから、Fが単独で行ったF I間賃貸が有効な賃貸借契約といえるのかが問題となる。ここでは、共有物の保存（民法252条ただし書）、管理（同条本文）、変更（同法251条）に関する正確な理解が必要になる。詳しくは解説に譲るが、ここではF I間賃貸は管理行為に該当し、持分価格の過半数の同意がないのでF I間賃貸は有効ではなく、F I間賃貸に基づいて有効な乙建物の賃借権は発生しないと説明しなければならない。

次に考えるべきなのは、F I間賃貸により有効な乙建物の賃借権が発生しないとしても、Iの占有はFとの契約に基づくのであるから、直ちにGの共有持分権ないし持分権に基づく明渡請求を認めてよいのかという点である。ここでは、Gの請求を認めるとFの持分権が侵害され、Gの請求を認めないとGの持分権が侵害されてしまうという状況をどのように解決すべきかという点を検討しなければならない。こちらもしっかりと解説に譲るが、この点に関する最高裁判例が存在するので、その最高裁判例を踏まえた解答が必要になる。

エ 以上のとおり、共有は、単独所有の場合とは異なる考慮が必要になる。基本的な考え方は単独所有の場合と共通するが、複数人で一つの物を所有していれば、当然その物の使用に関する考え方の違いなどから争いが生じうる。実務では、相続が絡んで共有関係になっている不動産など珍しくなく、その解決にあたっては共有に関する正確な理解が不可欠である。解説にも記載したが、民事訴訟法の共同訴訟について理解するためにも共有に関する理解は不可欠である。これを機に、共有についても理解を深めてもらいたい。

### 第3 今後の勉強について

民法は、私法の基本法であり、その考え方は様々な法律を理解する上で重要となる。財産権に関する民法の規律を理解していなければ刑法の財産犯は理解できないし、民法で定められた権利を実現する過程を規律する民事訴訟法も理解できない。正直、民法が不得意な人は、予備試験にも司法試験にも合格することは難しいのではないかと思われる。

確かに、民法は範囲が膨大であり、一朝一夕に理解できるものではない。そのため、いくら勉強してもいつまでたっても論文が書けるようにならない、どのように勉強したらいいかわからないと途方に暮れることもある。出題者も、受験生時代には同じ思いを抱いていた。しかし、そうであるからといって、勉強をおろそかにすればいつまでたっても民法はできるようにならない。そう考えて、出題者は、民法は毎日勉強していた。先が見えないようであるが、毎日コツコツと勉強を続けるしかない。その積み重ねを厭わない姿勢こそ、法曹になるために最も重要な資質の一つではないだろうか。

もちろん、自分で勉強を続けていけば、壁にぶつかることもある。そのようなときには、大学の民法の先生や、我々弁護士、直近の合格者に質問してもらいたい。

以 上

# 司法試験予備試験答案練習会 2019年12月1日分 得点分布表

物権法  
担保物権法

出席者 47名  
平均点 12点

