

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. S県T市内には、豊かな自然や神社仏閣、日本古来の街並みなどの観光名所が数多くあり、外国人観光客も含め、例年多くの観光客が訪れていた。Aは、S県T市内において、料亭を営んでいる。Aが営む料亭は、創業300年を迎えるS県内でも有数の老舗料亭であり、枯山水式の庭園も整備されている。その古き良き雰囲気を好んで、観光客を中心に、連日多くの客が足を運んでいた。

Aは、今後もS県内に訪れる外国人観光客が増えると予想し、新たに土地を購入して、そこに日本古来の建築様式で新たな料亭を建てようと考えた。そこで、Aは、現在営む料亭の近くにある甲土地を所有者Bから3000万円で購入し、そこに新たな料亭用の建物として乙建物を建築することにした。Aは、甲土地にも枯山水式の庭園（以下「本件庭園」という。）を整備することにして、建設業者Cに報酬1億円で甲土地の造成工事と乙建物の建設を依頼し、古くから付き合いのある造園業者Dに報酬1000万円で本件庭園の造園工事を依頼した。また、Aは、Dに依頼して、本件庭園に樹齢50年以上の松の木（時価200万円、以下「本件松」という。）を植えてもらい、珍しい形をした庭石（時価300万円、以下「本件庭石」という。）を設置してもらうことにした。

2. Aは、Bに対する甲土地の購入代金やC及びDに対する報酬金の支払いのため、E銀行から1億4500万円の融資を受けていた。Aは、Eから融資を受ける際、Eとの間で、甲土地と完成した乙建物にEのAに対する1億4500万円の貸金債権を被担保債権とする抵当権を設定する契約を締結していた（以下「本件抵当権設定契約」という。）。甲土地についてはAが甲土地を購入して所有権移転登記を具備した後に、乙建物については乙建物が完成してAを所有者とする保存登記がなされた後に、本件抵当権設定契約に基づきその旨の登記がなされた。

甲土地及び乙建物に抵当権設定登記がなされた後、Dは、本件庭園の造園工事を行い、本件庭園に本件松を植え、本件庭石を設置した。本件庭園の完成後、Aは、乙建物で新料亭の営業を開始した。

3. Aの新料亭は地元メディアだけでなく大手マスコミにも取り上げられ、外国人観光客を中心に連日多くの客が訪れるようになった。売上げも好調で、Eに対する貸金債務の返済も予定どおりに行われていた。

しかし、新型コロナウイルスの流行により、外国人の日本への入国が制限されてS県に観光に訪れる外国人がいなくなり、さらに日本国内でも政府が国民に外出を自粛するよう要請したため、S県に訪れる国内の観光客もいなくなってしまった。その結果、Aの料亭に訪れる客はほとんどいなくなり、売上げが激減した。Aは、内部留保や個人の預貯金を取り崩して何とかEに対する返済や料亭の営業を続けていたが、次第に資金繰りが厳しくなり、Eに対する返済はおろか、日々の営業すら難しい状態に陥ってしまった。

そのことをAがDに相談したところ、Dは、Aに対し、本件松を欲しがっている資産家のFという人物がおり、Fに本件松を売却して当面の営業資金を準備したらどうかと提案した。Aは、Dの提案に応じ、Fに対して、本件松を200万円で売却した。その後、Fは、Dに依頼して本件松を甲土地から根ごと引き抜き、本件松を自宅の庭に植え替えるため、自ら甲土地から搬出しようとしている。

〔設問1〕

以上の事実1から3を前提に、以下の問いに答えなさい。

Eは、Fに対し、本件松の搬出行為の差止めを請求することができるか。なお、解答に当たっては、本件松が立木法の適用を受けないものであることを前提としなさい。

【事実（続き）】

4. 新料亭の営業開始後、新料亭に訪れた庭園業者Gは、本件庭石を見て、それが非常に珍しい物であったことから欲しくなり、Aに同庭石を譲ってくれるよう頼んだ。Aは、新料亭の営業開始後から本件庭石は新料亭の庭園にふさわしくないと考えるようになり、買取り先が見つからないのならば山にでも捨ててしまおうと考えていた。そこで、Aは、これを了承し、Gとの間で、本件庭石を300万円でGに売却する旨の売買契約を締結した。本件庭石は、後日Gに引き渡すことにした。

このAG間の売買契約を知ったDは、日頃より同業者のGを快く思っていなかったことから、専らGに嫌がらせをする意図で、Aとの間で本件庭石を300万円で購入する旨の売買契約を締結して、Gが引渡しを受ける前に、A立会いの下で本件庭石をD自らトラックに積んで搬出し、これを直ちにHに300万円で転売して、Hに引き渡してしまった。なお、Hは、Dから本件庭石を買い受ける際にDの上記意図を知らず、AやGとも面識がなく、本件庭石が甲土地から搬出されたことも知らなかった。

〔設問2〕

以上の事実1，2，4を前提に、以下の各問いに答えなさい。

- 1 Gは、Hに対して、現在Hが占有している本件庭石の引渡しを請求することができるか。
- 2 Eは、Hに対して、現在Hが占有している本件庭石を、Aではなく自分に引き渡すよう請求することができるか。

2020年11月29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 Eは、Fに対し、甲土地の抵当権に基づく妨害予防請求権を行使して、本件松の搬出行為の差止めを請求すると考えられる。 2 前提として、本件松が甲土地の付加物（民法370条本文）に当たり、甲土地に設定された抵当権の効力が本件松にも及んでいる必要がある。本件松は、AがDに依頼して甲土地に植えたもので立本法の適用を受けないことから、甲土地の付加物（民法242条本文）に当たる。付加物は、物としての独立性を失い不動産の構成部分となるから付加物に含まれ、抵当権設定の時期を問わずその効力が及ぶ。したがって、本件松に抵当権の効力が及ぶ。 3 では、Eの上記請求は認められるか。 付加物の搬出により抵当目的物の価値が減少する可能性が生じる。かかる可能性を除去するため、抵当権者は、抵当権に基づく妨害予防請求権を行使して、付加物の搬出の差止めを請求できると考える。もっとも、所有者は抵当目的物を利用できるので、所有者が通常業務として搬出するなど抵当目的物の正当な利用により付加物を搬出する場合には、抵当権の侵害としないと考える。 本件では、Aは、営業資金捻出のためFに本件松を300万円で売却している。Aの通常業務は料亭の営業であり樹木の売却ではないから、本件松の売却は甲土地の正当な利用とはいえない。 したがって、Eの上記請求は認められる。 第 2 設問 2	1 小問 1 (1) Gは、Hに対して、所有権に基づく返還請求得としての引渡請求権を行使して、本件庭石の引渡しを請求すると考えられる。 一方、Hは、本件庭石の「引渡し」（民法178条）を受けていないGは自己に対して本件庭石の所有権を対抗できないと反論することが考えられる。そこで、Gは、Hの前主のDは背信的悪意者であって「第三者」に当たらず、Dから買い受けたHも「第三者」に当たらないと再反論することが考えられる。 (2) 民法178条の趣旨が動産取引の安全にあることから、「第三者」とは、引渡しの欠缺を主張する正当な利益を有する者をいい、背信的悪意者は信義則（民法1条2項）上引渡しの欠缺を主張する正当な利益を有しないから、「第三者」に当たらないと考える。 本件では、Dは、Gが本件庭石を買い受けたことを知った上で、もっぱらGに嫌がらせをするという不当な目的で本件庭石を買い受けているから、背信的悪意者に当たる。 (3) 背信的悪意者は「第三者」に当たらないだけで目的物の所有権は有しており、その者との契約も有効だから、転得者は当該目的物の所有権を取得し得る。また、背信的悪意者排除の理由は信義則違反にあるので、転得者が背信的悪意者に当たるか否かは第1譲受人との関係で信義則に基づき相対的に判断すべきである。したがって、背信的悪意者からの転得者は、自身が背信的悪意者に当たらない限り、「第三者」に当たると考える。
--	--

本件では、H自身がGとの関係で背信的悪意者とされるべき事情はないから、Hは「第三者」に当たるとして、Gの再反論は認められず、Gは上記請求をすることができない。 2 小問2 (1) Eは、Hに対し、甲土地の抵当権に基づき返還請求権を行使して、自己に本件庭石を引き渡すよう請求すると考えられる。 (2) 前提として、本件庭石が甲土地の付加物に当たり、甲土地に設定されたEの抵当権の効力が本件庭石にも及んでいる必要がある。本件庭石は、甲土地所有者Aが所有し、取外しが可能であるから、甲土地の「常用に供するため」付属させた「従物」（民法87条1項）に当たる。では、「従物」は付加物に含まれるか。 抵当権が目的物の交換価値を把握する価値権であることから、付加物とは目的物と価値的に一体となった物をいう。目的物である主物の経済的価値を高める従物は、主物と価値的に一体となった物といえ、付加物として抵当権の効力が及ぶと考える。したがって、本件庭石に抵当権の効力が及ぶ。 (3) では、Eの上記請求は認められるか。 所有者において抵当権に対する侵害が生じないよう抵当目的物を適切に維持管理することが期待できない場合、所有権者への引渡しだけでは上記目的を達成できないので、抵当権者は占有者に対し、直接自己へ引渡請求をすることができると考える。 本件では、Aは、本件庭石は新料亭の庭園にふさわしくなく、買取	り先が見つからないのならば山に捨ててしまおうと考えていた。そうすると、Aには本件庭石の適切な維持管理を期待できない。したがって、Eは、上記請求をなし得る。 (4) しかし、本件庭石は甲土地から搬出され、Hに転売されているので、HはEが自己に抵当権を対抗できないと反論することが考えられる。抵当目的物から分離された動産に抵当権の効力が及ぶか、及ぶとしても第三者に対抗できるかが問題となる。 抵当権の性質上、分離物にも抵当目的物との経済的一体性が認められる限り、抵当権の効力が及ぶ。しかし、その効力が及んでいることを知らない第三者保護の必要があり、抵当権は登記を対抗要件とする権利である。そこで、抵当権者は、分離物が抵当不動産の上に存在し抵当権設定登記による公示が及ぶ限りで抵当権の効力を第三者に対抗できるが、分離物が搬出された場合には、その第三者が背信的悪意者でない限り、抵当権の効力を第三者に対抗できなくなると考える。 本件では、本件庭石は既に甲土地から搬出されてHの下にある。Hは、Dの本件庭石を購入した意図を知らず、AやGとも面識がなく、本件庭石が甲土地から搬出されたことも知らなかった。そうすると、Hに背信性を基礎づける事情はなく、Hは背信的悪意者に当たらない。したがって、Hの反論が認められ、Eの上記請求は認められない。 以上
---	---

		2020 年 11 月 29 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
〔設問1〕	(8)		
抵当権の効力が付合物である本件松にも及ぶか否かについて論じていること		2	
抵当権に基づく妨害予防請求権の可否について論じていること		6	
〔設問2〕の小問1	(14)		
民法178条の「第三者」の意義を明らかにした上でDが背信的悪意者か否かについて論じていること		7	
Dから買い受けた転得者Hが民法178条の「第三者」に当たるか否か論じていること		7	
〔設問2〕の小問2	(18)		
抵当権の効力が従物である本件庭石にも及ぶか否かについて論じていること		4	
EがHに対して抵当権に基づき直接自己へ本件庭石の引渡しを請求することができるかどうか論じていること		7	
甲土地に設定された抵当権の効力が甲土地から分離した本件庭石にも及ぶかどうかについて論じていること		7	
裁量点	(10)	10	
合 計	(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、旧司法試験の平成17年度第2問を改題したものである。抵当権の効力（抵当不動産の付合物、従物、抵当権の追及力・対抗力、物権的請求権）及び動産の二重譲渡（背信的悪意者，背信的悪意者からの転得者等）に関する基本的理解を試すものである。

第2．設問1

1 出題の趣旨

設問1は、甲土地の抵当権設定後に甲土地上に植えられた本件松を第三者が購入し、第三者が搬出しようとしている場合に、抵当権者は当該搬出行為の差止めを請求することができるか問うものである。

まず、差止めの可否を論じる前に、甲土地に設定された抵当権の効力が甲土地上に存在する本件松に及ぶかどうか論じる必要がある。その際には、本件松が甲土地の付合物（民法242条本文）に当たること、付合物は付加物（「付加して一体となっている物」、民法370条本文）に当たり、抵当権設定の時期を問わず抵当権の効力が及ぶことを論じるべきである。なお、本件松が甲土地の付合物に当たるところを論じる際には、立木法の適用を受けないことにも触れるべきである。

その上で、抵当権に基づく物権的請求権のうち、妨害予防請求権を行使して、Fによる本件松の搬出行為を差し止めることができるか論じる必要がある。

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) 抵当権の効力が及ぶ目的物の範囲－付合物

ア 付加物

ある不動産について抵当権が設定された場合、抵当権の効力は、抵当不動産のほかに、それに付加して一体となっている物（付加物または付加一体物という。以下「付加物」という。）にも及ぶ（民法370条本文）。この付加物については、抵当不動産への付加の時期を問わず抵当権の効力が及ぶ。

イ 付合物

付合物とは、「不動産に従として付合した物」をいう（民法242条本文）。そして、付合物は物としての独立性を失い、不動産の構成部分となるから、民法370条の付加物に含まれる。また、付合物は抵当不動産に吸収されてしまうことから、付合の時期が抵当権設定の前であろうと後であろうと、付加物として抵当権の効力が及ぶ。

ウ 付加物の具体例

⑦ 土地の場合

判例上、抵当権設定者が植栽した立木法の適用を受けない立木（大判大14年10月26日）、庭木、及び取り外しの困難な庭石（最判昭和44年3月28日【百選185事件】）などが土地の付合物とされ、土地の付加物と解されている。

⑧ 建物の場合

判例上、雨戸や入口の戸扉など建物の内外を遮断する建具類（大判昭和5年12月18日）、主たる建物の付属建物として同一の登記用紙に登録されている増築建物（大決昭和9年3月8日）、ビルのエレベーターや配電盤（大阪地判昭和47年12月21日）などが建物の付加物とされた。

(3) 抵当権に基づく物権的請求権－付加物の分離・搬出

ア 妨害排除請求権・妨害予防請求権

抵当不動産の価値が減少する可能性を除去するために、抵当権者は、抵当権に基づく妨害排除請求権や妨害予防請求権を行使して、抵当不動産にある付加物の分離・搬出の差止めを請求できる。この場合、分離・搬出の行為が所有者（抵当権設定者）と第三者のいずれによるかを問わず、また行為者の故意・過失を必要としない。価値の減少によって抵当不動産の価値が被担保債権額を下回ることも要しない。

ただし、所有者は抵当不動産を利用できるので、事業として抵当不動産上の付加物を分離・搬出するなど、抵当不動産の正当な利用によって付加物を分離・搬出する場合には、抵当権の侵害にはならない。

判例は、抵当不動産上の樹木の伐採・搬出について、抵当権の効力としてその差止めを請求できるとした（大判昭和7年4月20日）。

イ 返還請求権

分離された付加物が抵当不動産から搬出された場合、抵当権者はその返還を請求できるかどうか問題となる。

分離物に対する抵当権の実行は抵当不動産と一括して競売する必要があるが、また、搬出されて第三者に取得されると分離物に対する抵当権の効力が否定されるおそれがある。したがって、抵当権者に分離・搬出された付加物の返還請求権を認めるべきである。

もっとも、抵当権には目的物を占有すべき権能がないので、抵当権者への返還請求ではなく、元の所在場所への返還請求が認められる。判例は、工場抵当法2条により工場の建物と

ともに抵当権の目的とされた動産が工場外に搬出された場合に、抵当権者は搬出された動産をもとの備付工場に戻すことを請求できるとした（最判昭和57年3月12日）。

（4）本問の検討

配布した参考答案を参照されたい。ポイントは、Aが営業資金捻出のためFに本件松を200万円で売却したことを、抵当不動産である甲土地の正当な利用と考えるか否かという点にある。

第3. 設問2

1 出題の趣旨

設問2の小問1は、動産の第一譲受人が、背信的悪意者に当たる第二譲受人からの転得者に対し、動産の返還を請求することができるかどうか問うものである。背信的悪意者排除論は不動産の二重譲渡の場面で問題となることが多いが、本問では動産の二重譲渡の場面で、しかも転得者が現れた場面で論じる必要がある。

設問2の小問2は、抵当権者が既に抵当不動産から搬出された付加物を取得した転得者に対し、その付加物の返還を求めることができるか問うものである。前提として、返還請求の可否を論じる前に、甲土地に設定された抵当権の効力が甲土地上に存在する本件庭石に及ぶかどうか論じる必要がある。その際には、本件庭石が甲土地の従物（民法87条1項）に当たるか、当たるとしても従物は付加物に当たるか論じる必要がある。その上で、抵当権者による自己への引渡請求の可否、抵当権の効力が抵当不動産から分離した動産にも及ぶかについて論じる必要がある。

2 解説

（1）小問1

ア 民法178条の「第三者」の意義

動産物権の譲渡は、引渡しがなければ「第三者」に対抗することができない。ここにいう「第三者」の意味と範囲は、不動産について定めた民法177条の「第三者」とおおむね同じである。すなわち、民法178条の「第三者」とは、当事者及びその包括承継人以外の者であって、引渡しの不存在（欠缺）を主張する正当な理由を有する者をいう（最判昭和33年3月14日）。

イ 背信的悪意者が民法178条の「第三者」に当たるか

民法177条と同様に、背信的悪意者は民法178条の「第三者」に該当しない。民法177条の背信的悪意者排除論については、各自の基本書等を参照されたい。

判例は、民法177条の場面において、実体法上物権変動があった事実を知る者であって、かつ、その物権変動について登記の不存在を主張することが信義に反すると認められる事情のある第三者は、登記の不存在（欠缺）を主張する正当な利益を有しないとしている（最判昭和40年12月21日など）。

ウ 背信的悪意者の転得者が民法178条の「第三者」に当たるか

背信的悪意者は、その主観的な悪性ゆえに、「第三者」であることを主張することを信義則上制限されるだけであり、「第三者」たる客観的地位まで失うのではない。そのため、背信的悪意者からの転得者も、第三者たる客観的地位を有すると認められ、登記の不存在を主張して争うことができる立場にある。

その上で、登記の不存在を主張することができないこととなる主観的事実の有無が、転得者自身について問題となる。背信的悪意者からの転得者という属性ゆえに転得者は当然背信的悪意者となるという考え方もあり得るが、それでは背信的悪意者を無権利者とすることと同じことになる。そのため、転得者自身の主観的事実を個別に判断して、民法178条の「第三者」に該当するか否かが判断されることになる（最判平成8年10月29日【百選161事件】）。

エ 本問の検討

配布した参考解答を参照されたい。本問では、DはもっぱらGに嫌がらせをするという不当な目的で本件庭石を買い受けているから、背信的悪意者に当たることは明らかであろう。それを前提に、転得者Hが背信的悪意者に当たるかどうかを検討すればよい。

(2) 小問2

ア 抵当権の効力が及ぶ目的物の範囲－従物

㊦ はじめに

前述のとおり、ある不動産について抵当権が設定された場合、抵当権の効力は、抵当不動産のほかに、それに付加して一体となっている物（付加物または付加一体物という。以下「付加物」という。）にも及ぶ（民法370条本文）。

㊧ 従物

従物とは、主物の「常用に供するため」、それに付属させられた物をいう（民法87条1項）。従物は、主物に付属させられても主物の構成部分とはならず、物としての独立性を失わない。そのため、従物が付加物に含まれるかどうかが問題となる。

㊨ 判例

I 抵当権設定時の従物

最高裁は、抵当権設定時宅地に存在した石灯籠及び取り外しのできる庭石を従物として抵当権の効力が及ぶとし（最判昭和44年3月28日【百選185事件】）、また、借地上のガソリンスタンドの店舗用建物に抵当権が設定された当時から存在していた地下タンク・ノンスペース型計量器・洗車機などの設備を従物として抵当権の効力が及ぶことを肯定している（最判平成2年4月19日）。

II 抵当権設定後の従物

抵当権設定後に抵当不動産に付属させられた従物に抵当権の効力が及ぶかどうかについて、判例理論はそれほど明確ではないものの、抵当権設定後の従物にも抵当権の効力が及ぶという立場を取っていると理解されている。大審院は、抵当権設定後に増築された茶の間を従物とし、抵当権は抵当不動産の付加物だけでなく従物にも及ぶと判示した。

㊩ 学説

現在の学説は、抵当不動産に従物が付属した時期を問わず、常に抵当権の効力が従物に及ぶことについては一致している。その理由は、①抵当権はその設定から実行に至るまでの間にある程度の期間が経過するので、その間に設定時の従物が新しい物と交換されることはあり得ること、②抵当権の効力は設定時の従物には及ぶが、設定後の従物には及ばないとするのは、付属物を含めた不動産全体を被担保債権額の範囲内で把握しようとする抵当権の要請に反し、また当事者の通常の期待にも反する、というものである

④ 従物についての対抗要件

従物に抵当権の効力が及ぶことにつき独自の対抗要件を必要とするかについては、主物たる不動産の抵当権設定登記をもって民法370条により従物についても対抗力を生じる（前掲最判昭和44年3月28日）。したがって、主物に抵当権設定登記がなされれば、従物に抵当権の効力が及んでいることについても当然に対抗できる。

イ 抵当権者による自己への引渡請求の可否

前述のとおり、分離物が抵当不動産から搬出された場合、抵当権者は、その物をもとの所在場所への返還を請求することしかできないのが原則である。では、例外として、自己へ引き渡すよう請求することができるか。

本件のように、抵当権設定者において分離物の適切な維持・管理が期待できない場合には、例外的に抵当権者への引渡請求が認められると考えられる。このような場合、抵当権者への引渡請求を認めないと上記目的が達成されないからである。最高裁も、抵当不動産そのものについての事案であるが、「抵当不動産の所有者において抵当権に対する侵害が生じないように抵当不動産を適切に維持管理することが期待できない場合には、抵当権者は、占有者に対し、直接自己への抵当不動産の明渡しを求めることができる。」と判示している（最判平成17年3月10日【百選189事件】）

ウ 抵当権の効力が抵当不動産から分離した動産にも及ぶか

抵当権の効力が抵当不動産から分離した動産にも及ぶか否かについては、見解が分かれている。

①分離物が抵当不動産上にある間は、抵当権設定登記により抵当権の効力がその分離物に及んでいることが公示され、分離物に対する抵当権の効力を第三者に対抗できるが、そこから搬出されると（その第三者が背信的悪意者でない限り）第三者に対抗することができなくなる説、②分離物が抵当権設定者の所有に属する限り抵当権の効力は及ぶが、第三者が即時取得すれば抵当権の効力は及ばなくなるとする説などが有力である。

エ 本問の検討

配布した参考答案を参照されたい。ポイントは、既に本件庭石がHのもとにあるという点である。本件ではEが返還を求めることは難しいであろう。

【参考文献等】

1. 松井宏興著「担保物権法（第2版）」成文堂 2019/04/1
2. 道垣内弘人著「担保物権法（第4版）」有斐閣 2017/6/1
3. 佐久間毅著「民法の基礎2物権（第2版）」有斐閣 2019/3/30

以 上

2020年11月29日

担当：弁護士 伊奈達也

最優秀答案

回答者 MY 39 点

設問 1

第 1 E は F に対して、抵当権に基づく妨害予防請求としての本件松搬出差止請求をすることが考えられる（370 条）。

1 前提として、A は E との間で甲土地・乙建物に本件抵当権設定契約をしているところ、当該抵当権の効力は甲土地に植えた本件松に及ぶか。

（1）369 条 1 項により抵当権の効力は原則その不動産に及ぶ。「付加して一体となっている物」（370 条）とは不動産の構成物又は付合物が含まれ、例外的に抵当権の効力が及ぶ。

（2）甲土地上に植えた本件松は甲土地の構成物といえ「付加して一体となっている物」として本件抵当権の効力が及ぶ。

2 次に、引き抜かれた抵当不動産の分離物たる本件松に抵当権の効力が及ぶかが問題となるも及ぶと考える。なぜなら、抵当目的物の交換価値を維持する必要がある、ひとたび効力が及んだ以上それを失わせる合理的理由はないからである。

3 もっとも、分離物たる松に対する抵当権の効力を第三者に対抗できるか。

（1）抵当権は登記を対抗要件とするから分離物が抵当不動産上に存在し登記による公示力が及ぶ限りで抵当権の効力を第三者に対抗できる。そうすると、分離物が抵当不動産から搬出されれば登記による公示力が及ばず抵当権の効力を第三者に対抗できない。

本件松は抵当不動産たる甲土地上に存在し登記による公示力が及んでいる。よって E は本件松に及ぶ抵当権の効力を F に対抗できる。

4 では、E は F に対して本件松の搬出行為の差止請求をすることができるか。

（1）差止請求の要件は、木の引き抜き・搬出が抵当権に対する妨害といえることすなわち、抵当権は目的物の交換価値を把握する権利であり目的物の使用収益が妨げられただけでは抵当権の「妨害」はない。ゆえに、目的物の通常の用法を逸脱して交換価値が減少した場合抵当権に対する「妨害」とい

える。

本件では、本件松を根ごと引き抜き甲土地から搬出しようとする行為は、通常の用法を逸脱して甲土地抵当権の交換価値が減少するから「妨害」にあたる。

(2) によって、E は F に対して本件松の搬出行為差止請求をすることができる。

設問 2 小問 1

1 G は H に対して、所有権に基づく本件庭石引き渡し請求をすることができるか。本件庭石は二重譲渡されているが G は D から庭石を譲り受けた H に対して本件庭石の所有権を対抗できるか。

2 動産の対抗要件は「引渡し」(178 条)であるところ、占有改定も占有移転の一方法として「引渡し」に当たる。

(1) A から G に占有改定による引渡しをしている場合、G は庭石の所有権を D・H に対抗できる。もっとも、H は A・D 間の取引の際の D の意図を知らず、善意無過失で即時取得(192 条)が成立するならば、H が庭石の所有権を取得するから、G は庭石所有権を H に対抗できない。

(2) A から G に占有改定による引渡しをしていない場合、先に「引渡し」の対抗要件を具備したのは D であるから、G は D に原則として所有権を対抗できない。もっとも、D は専ら G に嫌がらせをする目的で A から庭石を購入しているから、背信的悪意者として「第三者」にあたらないのではないか。

ア 178 条は自由競争原理内の取引を規律する規定であり「第三者」とは引渡しの欠缺を主張する正当な利益を有する者をいい、引渡しの欠缺を主張することが信義則(1 条 2 項)に反する背信的悪意者は自由競争原理を逸脱し保護すべき利益を欠くから「第三者」に当たらない。

イ 本件では、D は専ら G に嫌がらせをする目的で A から庭石を購入する売買契約(555 条)を締結して、G が現実の引渡しを受ける前に搬出しているため、背信的悪意者にあたる。よって、D は「第三者」にあたらず庭石の所有権を G に対抗できない。

ウ 背信的悪意者 D から庭石を買った H は庭石の所有権を取得できないとも思える。しかし、背信的悪意者は信義則上権利を主張できないだけであって無権理者ではない。そこで、H が背信的悪意者に当たる特段の事情のない限り、「引渡し」を受けた H が庭石の所有権を G に優先して取得する。引渡しを受けていない G は、庭石の所有権を H に対抗できず、

Hが庭石の所有権を確定的に取得する。

エ よって、Gは本件庭石の引渡し請求をすることができない。

設問2 小問2

1 EはHに対して抵当権に基づく物権的返還請求権を行使することが考えられる。本件抵当権は甲土地・乙建物にのみ設定されていることから、本件庭石にEの抵当権の効力が及ぶかが問題となる。

2 370条の趣旨は目的物の交換価値を高めて抵当権者を保護する点にあるため、「付加して一体となっている物」の「一体」とは物理的一体性のみならず経済的一体性を含むと考える。それゆえ、従物も抵当目的物との関係で経済的一体性が認められる以上「付加して一体となっている物」に含めて考え得る。

よって、甲土地上の本件庭石にEの抵当権の効力は及ぶ。

3 本件庭石は甲土地から搬出されているが、EはHに対して本件庭石を自己に返還するように請求できるか。

(1) 抵当権は登記を対抗要件とする権利だから分離物が抵当不動産上に存在し登記による公示力が及ぶ限りで抵当権の効力を第三者に対抗できる。ゆえに、目的不動産から排出された場合、抵当権の公示力は及ばず抵当権者は抵当権の効力を第三者に対抗できない。

(2) 本件では、本件庭石は甲土地上から搬出されHが占有しているからもはや抵当権の登記による公示力は及ばない。

(3) よって、EはHに対して本件庭石を自己に引き渡すように請求できない。

以上

最優秀答案

39

答案練習会 第5回 物権法 担保物権法

設問 1

第1 EはFに対して、抵当権に基づく妨害予防請求としての本件松搬出差止請求をすることが考えられる (370条)。

1 前提として、AはEとの間で甲土地・乙建物に本件抵当権設定契約をしているところ、当該抵当権の効力は甲土地に権えた本件松に及ぶか。

(1) 369条1項により抵当権の効力は原則その不動産に及ぶ。「付加して一体」となっている物 (370条) とは不動産の構成物又は付合物が含まれ、例外的に抵当権の効力が及ぶ。

(2) 甲土地上に権えた本件松は甲土地の構成物といえ「付加して一体」となっている物として本件抵当権の効力が及ぶ。 本件松が付合物 (甲本) だと認定して下す。

2 次に、引き抜かれた抵当不動産の分離物たる本件松に抵当権の効力が及ぶかが問題となるも及ぶと考える。なぜなら、抵当目的物の交換価値を維持する必要がある、ひとたび効力が及んだ以上それを失わせる合理的理由はないからである。

3 もっとも、分離物たる松に対する抵当権の効力を第三者に對抗できるか。

(1) 抵当権は登記を對抗要件とするから分離物が抵当不動産上に存在し登記による公示力が及ぶ限りで抵当権の効力を第三者に對抗できる。そうすると、分離物が抵当不動産から搬出されれば登記による公示力が及ばず抵当権の効力を第三者に對抗できない。

本件松は抵当不動産たる甲土地上に存在し登記による公示力が及んでいる。よってEは

本件松に及ぶ抵当権の効力をFに對抗できる。

4 では、EはFに対して本件松の搬出行為の差止請求をすることができるか。

(1) 差止請求の要件は、木の引き抜き・搬出が抵当権に対する妨害といえることすなわち、抵当権は目的物の交換価値を把握する権利であり目的物の使用収益が妨げられただけでは抵当権の「妨害」はない。ゆえに、目的物の通常の用法を逸脱して交換価値が減少した場合抵当権に対する「妨害」といえる。

本件では、本件松を根ごと引き抜き甲土地から搬出しようとする行為は、通常の用法を逸脱して甲土地抵当権の交換価値が減少するから「妨害」にあたる。 説明不足

(2) よって、EはFに対して本件松の搬出行為差止請求をすることができる。

設問 2 小問 1

1 GはHに対して、所有権に基づく本件庭石引き渡し請求をすることができるか。本件庭石は二重譲渡されているがGはDから庭石を譲り受けたHに対して本件庭石の所有権を對抗できるか。

2 動産の對抗要件は「引渡し」(178条)であるところ、占有改定も占有移転の一方法として「引渡し」に当たる。 いかに事情から認定するのかわかるか?

(1) AからGに占有改定による引渡しをしている場合、Gは庭石の所有権をD・Hに對抗できる。もっとも、HはA・D間の取引の際のDの意図を知らず、善意無過失で即時取得 (192条) が成立するならば、Hが庭石の所有権を取得するから、Gは庭石所有権をHに對抗できない。

(2) AからGに占有改定による引渡しをしていない場合、先に「引渡し」の對抗要件

を具備したのはDであるから、GはDに原則として所有権を対抗できない。もっとも、Dは専らGに嫌がらせをする目的でAから庭石を購入しているから、背信的悪意者として「第三者」にあたらないのではないか。

ア 178条は自由競争原理内の取引を規律する規定であり「第三者」とは引渡しの際の欠缺を主張する正当な利益を有する者をいい、引渡しの欠缺を主張することが信義則（1条2項）に反する背信的悪意者は自由競争原理を逸脱し保護すべき利益を欠くから「第三者」に当たらない。

イ 本件では、Dは専らGに嫌がらせをする目的でAから庭石を購入する売買契約（55条）を締結して、Gが現実の引渡しを受ける前に搬出しているため、背信的悪意者にあたる。よって、Dは「第三者」にあらず庭石の所有権をGに対抗できない。

ウ 背信的悪意者Dから庭石を買ったHは庭石の所有権を取得できないとも思える。しかし、背信的悪意者は信義則上権利を主張できないだけであって無権理者ではない。そこで、Hが背信的悪意者に当たるとの特段の事情のない限り、「引渡し」を受けたHが庭石の所有権をGに優先して取得する。引渡しを受けていないGは、庭石の所有権をHに対抗できず、Hが庭石の所有権を確定的に取得する。

エ よって、Gは本件庭石の引渡し請求をすることができない。

小問（2）

1 EはHに対して抵当権に基づく物権的返還請求権を行使することが考えられる。本件抵当権は甲土地・乙建物にのみ設定されていることから、本件庭石にEの抵当権の効力が及ぶかが問題となる。

2 370条の趣旨は目的物の交換価値を高めて抵当権者を保護する点にあるため、「付加して一体となっている物」の「一体」とは物理的一体性のみならず経済的一体性を含むと考える。それゆえ、従物も抵当目的物との関係で経済的一体性が認められる以上「付加して一体となっている物」に含めて考え得る。

よって、甲土地上の本件庭石にEの抵当権の効力は及ぶ。

3 本件庭石は甲土地から搬出されているが、EはHに対して本件庭石を自己に返還するように請求できるか。

(1) 抵当権は登記を対抗要件とする権利だから分離物が抵当不動産上に存在し登記による公示力が及ぶ限りで抵当権の効力を第三者に対抗できる。ゆえに、目的不動産から排出された場合、抵当権の公示力は及ばず抵当権者は抵当権の効力を第三者に対抗できない。

(2) 本件では、本件庭石は甲土地上から搬出されHが占有しているからもはや抵当権の登記による公示力は及ばない。

(3) よって、EはHに対して本件庭石を自己に引き渡すように請求できない。

以上

32 + 7 = 39

採点講評

(2020 年 11 月 29 日 物権法・担保物権法)

第 1 全体的な採点実感等

毎年指摘していることであるが、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。

今回大きなテーマとした抵当権の効力（抵当不動産の付合物，従物，抵当権の追及力・対抗力，物権的請求権）及び動産の二重譲渡（背信的悪意者，背信的悪意者からの転得者等）は，どんな物権・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る。各論点に関する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，多くの受講生が適切な論証ができていなかった。もちろん，中には深い理解を示す素晴らしい答案もあったが，そのような答案は少数であり，全論点を網羅的に検討できている答案は皆無であった。

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，ある程度民法を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，不正確な知識が身に付いていないか，もう一度よく復習をしてもらいたい。

民法の答案では，①まず当事者が何を実現したいのか（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その希望を実現するためには，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，格段に理解が深まると思われる。

第2 各設問について

1 設問1

設問1は、甲土地の抵当権設定後に甲土地上に植えられた本件松を第三者が購入し、第三者が搬出しようとしている場合に、抵当権者は当該搬出行為の差止めを請求することができるか問うものである。

まず、差止めの可否を論じる前に、甲土地に設定された抵当権の効力が甲土地上に存在する本件松に及ぶかどうか論じる必要がある。その際には、本件松が甲土地の付合物（民法242条本文）に当たること、付合物は付加物（「付加して一体となっている物」、民法370条本文）に当たり、抵当権設定の時期を問わず抵当権の効力が及ぶことを論じるべきである。なお、本件松が甲土地の付合物に当たるところを論じる際には、立木法の適用を受けないことにも触れるべきである。

その上で、抵当権に基づく物権的請求権のうち、妨害予防請求権を行使して、Fによる本件松の搬出行為を差し止めることができるか論じる必要がある。

以上が出題趣旨であるが、多くの受験生が、本件松が甲土地の付合物であることを踏まえた上で、付加物に当たるところを論じていかなかった。本件松は従物（民法87条2項）だと認定している答案がほとんどであった。従物、付合物、付加一体物の概念については、具体例を踏まえてもう一度整理してほしい。

また、抵当権に基づく妨害予防請求権について、適切に論じられている答案も少なかった。参考答案では紙面の関係から省略したが、抵当権の性質から論じるとなお良い。少数ではあったが、そのような観点から抵当権に基づく妨害排除請求の可否について論じている答案があり、非常に好印象であった。

2 設問2

ア 小問1

設問2の小問1は、動産の第一譲受人が、背信的悪意者に当たる第二譲受人からの転得者に対し、動産の返還を請求することができるかどうか問うものである。背信的悪意者排除論は不動産の二重譲渡の場面で問題となることが多いが、本問では動産の二重譲渡の場面で、しかも転得者が現れた場面で論じる必要がある。

以上が出題趣旨であるが、本問が二重譲渡の場面であることを適切に見抜けず、Hの即時取得を論じている答案がかなりあった。背信的悪意者からの転得者という論点は典型論点であるにも関わらず、Hの即時取得を論じてしまった受講生は、基本書等を読むインプット中心の勉強となっていて、問題演習等のアウトプットが足りていないのではないと思われる。そのような勉強をしていると、事案を正確に把握するための事案分析能力が身に付かない。問題演習を中心に行い、分からないところがあれば基本書や判例集を確認するというアウトプット中心の勉強をすることが合格への近道である。ぜひそのような勉強に切り替えてもらいたい。

また、「第三者」（民法178条）の意義から論じる答案が少なかったことも残念であった。Dを直ちに背信的悪意者であると論じる答案が多かったが、それでは法的三段論法にならない。第三者の意義から、背信的悪意者は「引渡し」の欠

缺を主張する正当な利益を有しないから「第三者」に当たらないと論じるべきであった。

さらに、背信的悪意者からの転得者が「第三者」に当たるか否かについて、適切に論じている答案も少なかった。この論点は典型論点であるから、できなかった受講生はしっかりと復習してもらいたい。

イ 小問2

設問2の小問2は、抵当権者が既に抵当不動産から搬出された付加物を取得した転得者に対し、その付加物の返還を求めることができるか問うものである。前提として、返還請求の可否を論じる前に、甲土地に設定された抵当権の効力が甲土地上に存在する本件庭石に及ぶかどうか論じる必要がある。その際には、本件庭石が甲土地の従物（民法87条1項）に当たるか、当たるとしても従物は付加物に当たるか論じる必要がある。その上で、抵当権者による自己への引渡請求の可否、抵当権の効力が抵当不動産から分離した動産にも及ぶかについて論じる必要がある。

以上が出題趣旨であるが、時間が足りなかったのか、小問2について網羅的に検討できている答案は皆無であった。以上の論点も、どの基本書にも乗っている典型論点であるから、できなかった受講生は必ず復習してほしい。

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れば、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。

最後に、受講生の皆さんにお伝えしたいことがある。それは、予備試験も司法試験も、「限られた時間の中で解答を作成しなければならない」ということである。問題も難しく、およそ100点満点をとれるような問題になっていない。完璧な答案

を書くことなど不可能である。そのような試験の特性を把握した上で、どこまで書けば評価されるのか、その相場感をしっかりと研究してもらいたい。

以 上

司法試験予備試験答案練習会
物権法・担保物権法
出席者 48名
平均点 15.6点

2020年11月29日分
得点分布表

