

〔民法・物権、担保物権〕

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、令和2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3億円と完成時に7億円を支払うこと、乙建物の所有権は代金完済時にAからBに移転することが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、令和4年1月29日、乙建物を建築して完成させた。もともと、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、令和4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がBに対し乙建物を引き渡してその所有権を移転する代わりに、AのBに対する請負残代金債権を担保するため、乙建物及び甲土地に、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。）。その上で、同日、本件合意に基づき、AはBに対し乙建物を引き渡し、Bは司法書士に依頼して乙建物の所有権移転登記と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、令和5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1億円の約形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1億円の約形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、令和5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、令和4年9月から令和6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、令和6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7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、乙土地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思

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7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、G及びHの3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、G及びHの3者間で、令和7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ふ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。一方、Hは、現時点ではFとGのどちらの意見が正しいかわからないと述べた。その結果、3者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7年6月5日、G及びH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7年7月1日、G及びH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3000万円の約定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。なお、FI間賃貸は、契約の更新がない定期建物賃貸借契約（借地借家法38条）であり、2年後の令和9年6月30日の経過をもって期間満了により終了することになっていた。

【設問2】

Gは、Hとともに、乙建物は主にGが使用し、Iの占有を排除する旨の決定（「本件決定」という。）をした上で、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。



表

試験科目	受験番号	フリガナ	
物権法・担保物権法		氏名	

明治大学法曹会 司法試験予備試験答案練習会
 講師：弁護士 伊奈達也
 質問：t-ina@nagano-law.jp
 2025.2.2実施 予備試験答案練習会 物権法・担保物権法
 2024年度明大法曹会予備試験答練 物権・担保物権法

物権法・担保物権法 1 頁

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22

23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44

物権法・担保物権法 2 頁



裏

(注意事項)

1 答案用紙の種類

本答案用紙は、憲法の答案用紙です。

行政法の答案を本用紙に記載して提出した場合には、試験時間内に申し出があった場合を除き、零点となるので、注意してください。

なお、試験時間中に答案用紙の取違えに気付いた場合には、試験監督員の指示に従ってください。(試験時間終了後の答案用紙の取違えの申出には一切応じません。)

2 答案用紙の取扱い

答案用紙の取替え、追加配布はしませんので、汚したり曲げたりしないでください。

3 答案作成上の注意

(1) 答案は換書きとし、解答欄の枠内に頁数に従って書き進めてください。なお、解答欄の枠外(着色部分及びその外側の余白部分)に記載した場合には、当該部分は採点されません。

(2) 答案は、黒インクのボールペン又は万年筆(ただし、インクがプラスチック製消しゴム等で消せないものに限る。)で記載することとし、これ以外で記載した場合には、無効答案として零点となります。

(3) 答案を訂正するときは、訂正部分が数行にわたる場合は斜線で1行の場合には横線で消して、その次に書き直してください。

(4) 答案用紙の表裏を書き進めて答案を作成した場合には、表が白紙の時には「裏から記載」、それ以外の時は「裏から記載」とだけ、試験期間中に表の解答欄に記載してください。(試験時間終了後に記載することは認めません。)

(5) 答案用紙の※印の欄には何も記載しないでください。

4 その他

解答欄に受験者の氏名又は特定人の答案であると判断される記載のある答案は無効答案として零点となります。

明治大学法曹会 司法試験予備試験答案練習会

講師：弁護士 伊奈達也

質問：t-ina@nagano-law.jp

2025.2.2実施 予備試験答案練習会 物権法・担保物権法

2024年度明大法曹会予備試験答案練 物権・担保物権法

物権法・担保物権法 3 頁

物権法・担保物権法 4 頁

45

46

47

48

49

50

51

52

53

54

55

56

57

58

59

60

61

62

63

64

65

66

67

68

69

70

71

72

73

74

75

76

77

78

79

80

81

82

83

84

85

86

87

88

予備試験答案練習会（物権、担保物権）採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
〔設問 1〕	(25)		0
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	
〔設問 2〕	(15)		0
GのIに対する請求の根拠として乙建物の3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3分の1の持分を取得した理由について説明していること		3	
Iの反論としてF I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との主張を指摘しつつ、F I間賃貸が共有物の変更と管理のどちらに当たるかという点も考慮しつつ、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F I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との主張を指摘しつつ、GがHとともに本件決定をしていることも考慮しつつ、その当否について論じていること		5	
裁量点	(10)		0
合計	(50)	50	0

参考答案

〔民法・物権、担保物権〕

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（以下「所有者」という。）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。したがって、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、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、例外的に、抵当権設定登記後に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、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。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。

また、抵当権に基づく妨害排除請求権の行使に当たり、所有者に抵当権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。抵当権に基づく妨害排除請求権は困難状態を排除する目的で認められる権利であるが、かかる場合には、所有者へ抵当不動産を明け渡したとしても同目的が達成できないからである。

3 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。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。しかし、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）から、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の取締役であり、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、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おり、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。かかる占有者の属性や占有の態様は買受希望者に買受けを躊躇させるから、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。以上を考慮すると、②困難状況が認められる。

また、以上の㉗、㉘、㉙は、BとEが故意に②困難状況を生み出そうとしており、㉚はAの権利を不当に侵害する行動といえるから、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、次のとおり、乙建物の3分の1の持分権を有していることから、同持分権に基づいて、乙建物の明渡しを請求する。

Bが死亡により、Bの子であるF、G及びH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3者間で遺産分割協議はまとまっていないから、法定相続分に従いF、G及びHが3分の1ずつBの相続財産である乙建物を共有していることになる（民法898条、900条1号）。

2 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Iの反論は、次のとおり、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権価格の過半数の決定が必要となる（民法252条1項）。共有建物の賃借権等の設定は、3年以下なら共有物の管理行為に当たる（同条4項3号）。FI間賃貸は、期間が2年と3年以下であり更新がない定期建物賃貸借であるから、乙建物の管理行為といえるが、Fは乙建物につき3分の1の持分しか有しておらず、持分価格の過半数の決定がない。したがって、Iは、Gに対し、FI間賃貸に基づく乙建物の占有権原を主張することができない。

3 乙建物の持分権者のFからFI間賃貸という占有権原の設定を受けており当然にはGの請求は認められないとのIの反論も、次のとおり、認められない。

共有物の使用のあり方は管理事項であり、共有物を使用する共有者があるときも持分権の価格の過半数で決することができる（民法252条1項）。したがって、共有者の一部の者から占有を承認された第三者に対し、他の共有者は、第三者の占有を排除し他の共有者が共有物を主に使用することを持分権価格の過半数で決定すれば、同決定に基づき第三者に共有物の返還を請求できる。

GはHと本件決定をした上で、Iに対し乙建物の明渡しを請求している。乙建物に関するGとHの持分権の合計は3分の2であり、持分権価格の過半数を超えるから、本件決定は共有物の管理事項として有効であり、返還を求める理由が認められる。

4 以上により、GのIに対する請求は認められる。 以上

民法・物権、担保物権 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他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、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る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、共有や相続については、近時改正があった分野であるので、是非この機会に改正点も含めて理解も深めてもらいたい。

以下では、本問について必要な限度で解説を行う。詳細は、後記参考文献等を参照してほしい。

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、設定者である抵当不動産の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。もともと、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巻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巻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巻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ようにすることで、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

配布した参考答案のとおりである。

(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し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）、所有者への明渡し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、抵当権者への明渡し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。抵当権者への明渡し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、受領ができてでも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

配布した参考答案のとおりである。

(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3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、G及びHがBを相続していること（民法882条、887条1項）。F、G及びHの他にBの相続人はおらず、Bの遺言はなく3者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、G及びHが3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、G及びHが3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の主張が考えられることを指摘し、3分の1の持分しか有しないFがG及びHの承諾を得ずに行ったF I間賃貸が有効かどうかについて、民法252条1項や4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F I間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

⑦ 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

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人しかい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)と解しており(最判昭和30年5月31日民集9巻6号793頁)、民法898条2項もその旨規定している。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

配布した参考答案のとおりである。

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。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、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、共有物の管理は共有者の権利の割合(持分割合)に応じた多数決で決定するものとされたり、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分量の一部を有す

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、割合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

⑦ 基礎的な知識

単独所有の場合、所有者は、その一存で所有物を使用し、管理し、変更を加えることができる。一方、共有の場合、各共有者が所有権の一種又は所有権に類似の権利である持分権を有するため、共有者がどのように共有物を使用、管理、変更できるか、問題となる。

I 共有物の使用

持分権は共有物の全部についての権利であり、各共有者は、共有物の全部を使用する権利を有する。もっとも、共有者全員が同権利を有するため、共有者は、共有物を単独所有者と同様に自由に使用することはできず、持分割合に従って使用することができる（民法249条1項）。その使用のあり方は、共有物の管理に関する事項の一つとして、共有者の間で持分権の価格の過半数により決定される（民法252条1項、「以下「過半数決定」という。）。

共有者は、持分割合を越えて共有物を使用する場合には、その使用につき過半数決定を得たときであっても、別段の合意があるときを除き、その超える使用の対価を他の共有者に償還する義務を負う（民法249条2項）。持分割合を越える使用は、実質的に他の共有者の権利の使用に当たるからである。別段の合意とは使用の対価にかかる合意であり、使用を認める過半数決定がされただけでは、かかる合意があったとはいえない。

共有物を使用する共有者は、その使用につき善管注意義務を負う（民法249条3項）。他の共有者もその物に持分権を有するため、共有物の使用は他人の物の使用と同一視できるからである。

II 共有物の変更

共有物の変更は、各共有者の持分の内容を変更することになるため、本来、共有者全員の同意が必要になる。

しかし、共有者全員の同意を要するとなると、その行為をすることが著しく困難となり、共有物の有効な利用を阻害する。また、物の現状を少しでも変えることは変更当たり、保存行為に当たる場合を除き共有者全員の同意が必要であるとするのは社会通念に反する。そうすると、保存に当たらない物の現状を変える行為について、共有者全員の同意を要するものとそうでないものの区別があつてよいことになる。以上を踏まえ、令和3年民法改正において、共有者全員の同意を要する共有物の変更から、共有物の「形状又は効用の著しい変更を伴わないもの」（以下「軽微変更」という。）が除かれた（251条1項、軽微変更は過半数決定によりすることができる。）。

形状の変更とは物の外観や構造等を変えることをいい、効用の変更とは物の機能や用途等を変えることをいう。また、軽微変更に当たるか否かは、変更を加える箇所及

び範囲、変更行為の態様及び程度等を考慮して個別に判断される。

Ⅲ 共有物の管理

共有物の管理に関する事項は、持分権の価格の過半数で決定することができる（民法 252 条 1 項前段）。共有物を使用する共有者がある場合も同じであり（同項後段）、共有物の使用者の変更も過半数決定によりすることができるが、過半数決定に基づいて共有物を使用する共有者に特別の影響を及ぼすべきときは、その共有者の承諾を得る必要がある（同条 3 項）。

共有物に関する事項には、共有者全員の同意がある場合にすることができるもの（軽微変更を除く変更、処分）、各共有者がすることができるもの（保存行為）、過半数決定を得てすることができるもの（以下「過半数決定事項」という。）がある。したがって、「共有物の管理に関する事項」（民法 252 条 1 項前段）とは、共有物に関する事項であって、軽微変更以外の変更、処分および保存行為を除くもの、ということになる。ここには、共有物の利用のあり方、共有物の管理者（民法 252 条の 2）の選解任を含む共有物の管理のあり方、共有物の軽微変更等が含まれる。

共有物につき使用収益権（使用借権、賃借権、用益物権）を設定することや既存の使用収益権を消滅させることも、共有物の変更、処分又は保存行為以外の共有物に関する行為であるから、過半数決定事項に当たるとされる（最判昭和 38 年 4 月 19 日民集 17 巻 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 巻 696 号[使用貸借契約の解除]、最判昭和 39 年 2 月 25 日民集 18 巻 2 号 329 頁[賃貸借契約の解除]）。

もっとも、ある者に対する使用収益権の設定は、他の共有者による目的物の使用、収益等の制約を伴う。そのため、存続期間が長期に及ぶ使用収益権の設定については、各共有者の持分権に対する制約が著しくなることから、その同意なしに認めることは適当ではない。そこで、建物の場合には 3 年など比較的短い期間の使用収益権の設定が過半数決定事項とされ（民法 252 条 4 項）、その期間を超える使用収益権の設定には共有者全員の同意を要するとされている。

また、借地借家法の規定等による存続保障の対象となる使用収益権の設定は、民法 252 条 4 項に定められた期間内のものであっても各共有者の持分権を長期にわたり拘束することになり得るため、共有者全員の同意がなければすることができないと解される。

例えば、共有物が建物の場合に、所定の期間である 3 年間（同項 3 号）を超えない賃借権を設定するには、持分価格の過半数で決定すればよさそうである。しかし、建物賃貸借には原則として借地借家法に基づく存続保障（借地借家法 26～28 条）が適用される結果、賃貸借が長期間継続する可能性があり各共有者に大きな影響を与えるから、共有者全員の同意が必要である。これに対し、存続保障が適用されない建物賃貸借（例えば、定期建物賃貸借（借地借家法 38 条）など）であれば、3 年を超えない限り、過半数による決定をもって設定することができる。

Ⅳ 保存行為

保存行為とは、もともとは、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保護し又は回復させることがその典型例と考えられてきた。もっとも、現在では、共有者全員の利益になる行為を広く含むとされることも多いという。

① 本問へのあてはめ

配布した参考答案のとおりである。

エ 共有物に関する権利の主張

⑦ 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、少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。

なお、共有物の使用のあり方は管理事項であり、共有物を使用する共有者があるときも持分権の価格の過半数で決することができる（民法252条1項）。したがって、他の共有者は、現占有共有者の占有を排除し他の共有者が共有物を主に使用することを持分権価格の過半数で決定すれば、同決定に基づき現占有共有者に共有物の返還を請求できる。かかる決定が、最判昭和41年5月19日民集20巻5号947頁のいう「明渡を求める理由」になると考えられる。

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。

㊦ 本問へのあてはめ

配布した参考答案のとおりである。

【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3版）」有斐閣 2023/3/30
3. 石田剛ほか著「LEGAL QUEST 民法II物権（第4版）」有斐閣 2022/3/20
4. 前田陽一ほか著「LEGAL QUEST 民法VI親族・相続（第7版）」有斐閣 2024/3/25
5. 最判平成17年3月10日民集59巻2号356頁
6. 最判昭和63年5月20日判時1277号116頁

以 上