

論文式試験問題集
〔民法・物権、担保物権〕

〔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 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、甲土地上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、新型コロナウィルスの流行により、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、以下の問い合わせに答えなさい。

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。

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に引き渡すこととした。

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、以下の各問い合わせに答えなさい。

- 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。

参考答案
〔民法・物権、担保物権〕

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木法の適用を受けないことから、甲土地の付合物（民法242条本文）に当たる。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、抵当権の侵害とならないと考える。

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権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。したがって、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く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りえ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

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〕 | (8) | | 0 |
| 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) | | 0 |
| 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) | | 0 |
| 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) | | |
| 合 計 | (50) | 50 | 0 |

民法・物権、担保物権 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ことを論じる際には、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

② 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I 85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。

① 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記されている増築建物（大判昭和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が問題となる。

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り、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情の有無が、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情を個別に判断して、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I 61事件】）。

エ 本問の検討

配布した参考答案を参照されたい。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

① 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（付加物または付属物という。以下「付加物」という。）にも及ぶ（民法370条本文）。

② 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。

③ 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I 85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。

④ 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、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

⑤ 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I 89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

最優秀答案

回答者：M・Tさん

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から、本件松の搬出差止請求を行う。この請求は認められるか。

2 前提として、甲土地の抵当権が本件松に及ぶか。以下検討する。

(1) この点、本件松が甲土地に「付加して一体となっている物」にあたれば、抵当権が及ぶ（民法370条本文。以下法名省略）。

ア まず、本件松はAがDに依頼して植えたものであり、立木法の適用を受けない。そして甲土地に付合して、別個独立の存在を有しないため、付合物（242条本文）である。

イ では、付合物は「付加して一体となっている物」といえるか。

この点、付合物は不動産の構成部分となり、独立性を失っていることから、「付加して一体となっている物」といえるものと解する。よって、本件松は「付加して一体となっている物」にあたる。

(2) 以上より、本件松には甲土地の抵当権が及ぶ。

3 では、抵当権に基づく妨害予防請求は認められるか。

(1) この点、たしかに抵当権は非占有担保物権であるから、抵当権設定者は、抵当不動産を利用することができます。

しかし、正当な利用目的を逸脱して、抵当不動産の価値を減少させるような行為は、抵当権の侵害行為となり許されない。よって、正当な利用を逸脱した侵害行為に対しては、抵当権に基づく妨害予防請求を行うことができると解する。

なお、目的物の価額が債権額を下回るか否かの予想は困難であることから、目的物

の価値の減少の可能性があることをもって、物権的請求権は行使可能と解す。

(2) 本問についてみると、たしかに本件松の売却は料亭の運営資金調達のためになされている。しかし、本件松は、A の料亭運営における景観作出の一部として、本件庭園に植えられたものである。これを売却する行為は、料亭運営の業務の一部とはいえない。よって、甲土地の正当な利用を逸脱しており、甲土地の価値を減少させる行為であるといえる。

(3) よって、抵当権に基づく妨害予防請求権は認められ、E は F に対して本件松の搬出行為差止請求を行うことができる。

第2 設問2 小問1

1 G は H に対して、本件庭石の所有権に基づく引渡し請求を行う。この請求は認められるか。

2 まず、G は本件庭石の「引渡し」を受けていない。したがって、G は本件庭石の所有権を、「第三者」に対抗することができない（178条）。

では、本件庭石を占有する H は、この「第三者」にあたるか。

(1) この点、「第三者」とは、当事者及びその包括承継人以外のもので、引渡しの欠缺を主張する正当な利益を有するものをいう。

(2) 本問において、D からの転得者である H は、G の引渡しの欠缺を主張する正当な利益を有する。

よって、H は「第三者」に該当し、G は H に所有権を対抗できないように思える。

3 しかし、H に転売をした D が背信的悪意者にあたる場合、その転得者である H も第三者にあたらないのではない。以下、検討する。

(1) まず、背信的悪意者とは、物権変動について悪意であり、かつ、引渡しの欠缺を主張することが信義に反すると認められる（1条2項）事情があるものを指す。そして、このような背信的悪意者は、引渡しの欠缺を主張するについて正当な利益を有しないものであり、178条の「第三者」にはあたらないと解する。

(2) 本問においては、D は、AG 間で本件庭石の売買契約が締結されたことを知っている。かつ、G への嫌がらせをする意図で、本件庭石を購入しており、引渡しの

欠缺を主張することが信義に反するといえる。よって、D は背信的悪意者にあたり、178 条の「第三者」にあたらない。

(3) H は背信的悪意者である D からの転得者である。そこで、H も 178 条の「第三者」にあたらないのではないか。

ア この点、前述のように背信的悪意者は「第三者」にあたらないが、無権利者となるわけではない。よって、背信的悪意者と転得者との間の転売は有効に成立している。

そこで、たとえ第二の買主が背信的悪意者に当たるとしても、第一の買主に対する関係で転得者自身が背信的悪意者と評価されるのではない限り、転得者は「第三者」にあたり、その動産の取得を第一の買主に対抗できると解する。

イ 本問においては、H は、AG 間の本件庭石の売買契約を知らず、G の嫌がらせの意図も知らない。よって、引渡しの欠缺を主張することが信義に反するといえず、H は背信的悪意者にあたらない。

よって、H は 178 条の「第三者」にあたらない。

4 以上より、G の H に対する、本件庭石の引渡し請求は認められない。

第3 設問2 小問2

1 E は H に対して、甲土地の抵当権に基づく本件庭石の返還、自己に引渡すよう請求する。この請求は認められるか、

2 まず、本件庭石に抵当権は及ぶか。

(1) 庭石は取り外しが可能であり、別個独立の存在を有する。そして本件庭園の景観作出という「常用に供するため」、甲土地に「付属」されたものであるため、「従物」である（87 条 1 項）。

(2) では、従物は 370 条本文の、不動産に「付加して一体となっている物」といえるか。

この点、たしかに従物は独立した存在である。しかし、「従物は、主物の処分に従う」（87 条 2 項）ことから、従物は主物である不動産の構成部分になっている。よって、「付加して一体となっている物」といえる。

(3) よって、本件庭石に甲土地の抵当権は及ぶ。

3 では、抵当権に基づく、自己への返還請求は認められるか。

(1) まず、前述の本件松と同様に、本件庭石を売却する行為は、甲土地の正当な利用を逸脱しており、甲土地の価値を減少させる行為であるといえる。よって、返還請求は可能である。

しかし、返還請求はあくまでも抵当不動産の価値を減少させる侵害行為に向けられたものである以上、抵当不動産上への返還を請求できるにとどまるのが原則である。そこで、直接自己への本件庭石の引渡しを請求することはできるか。

ア この点、返還請求を認める趣旨は、抵当権に対する侵害を防ぐことを可能とすることがある。しかし、元々の所有者に返還をしたのでは、上記目的を達する事が不可能な場合、返還請求を認めた意味がない。

そこで、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、直接自己への抵当動産の明渡しを求めることができると解する。

イ 本問についてみると、A は本件庭石が料亭の庭園にふさわしくないと考えており、買取り先が見つからない場合、時価 300 万円の価値があるにもかかわらず、山にでも捨ててしまおうと考えている。よって、A は本件庭石を適切に維持管理することが期待できないといえる。

(2) よって、E は本件庭石を自己に引渡すよう請求することができるよう思える。

4 しかし、本件庭石は既に甲土地から搬出され、H に引き渡されている。そこで、抵当不動産から分離した動産にも、抵当権の効力は及ぶか。

(1) この点、善意の第三者保護の観点から、分離した動産に即時取得（192 条）が成立する場合には、もはや抵当権の効力は及ばないものと解する。

(2) 本問についてみると、H は、DH 間の「取引行為によって」、本件庭石を「占有」している。また、186 条 1 項により、「善意であり」、「平穏」かつ「公然」と占有を始めたことが推定される。また、H は D より本件庭石を買い受ける際、甲土地から搬出されることも知らない。A・G とも面識がないことから、H に二重譲渡や甲土地の抵当権について知ることはできなかった。よって、「過失がない」。

(3) よって、H には本件庭石について即時取得が成立し、甲土地の抵当権は及ばない。

5 以上より、E は H に対して本件庭石の返還請求を行うことができない。

以上

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から、本件松の搬出差止請求を行う。この請求は認められるか。

2 前提として、甲土地の抵当権が本件松に及ぶか。以下検討する。

(1) この点、本件松が甲土地に「付加して一体となっている物」にあたれば、抵当権が及ぶ（民法370条本文。以下法名省略）。

ア まず、本件松は A が D に依頼して植えたものであり、立木法の適用を受けない。そして甲土地に付合して、別個独立の存在を有しないため、付合物（242条本文）である。2

イ では、付合物は「付加して一体となっている物」といえるか。

この点、付合物は不動産の構成部分となり、独立性を失っていることから、「付加して一体となっている物」といえるものと解する。よって、本件松は「付加して一体となっている物」にあたる。

(2) 以上より、本件松には甲土地の抵当権が及ぶ。

3 では、抵当権に基づく妨害予防請求は認められるか。

(1) この点、たしかに抵当権は非占有担保物権であるから、抵当権設定者は、抵当不動産を利用することができる。

しかし、正当な利用目的を逸脱して、抵当不動産の価値を減少させるような行為は、抵当権の侵害行為となり許されない。よって、正当な利用を逸脱した侵害行為に対しては、抵当権に基づく妨害予防請求を行うことができると解する。

なお、目的物の価額が債権額を下回るか否かの予想は困難であることから、目的物の価値の減少の可能性があることをもって、物権的請求権は行使可能と解す。

(2) 本問についてみると、たしかに本件松の売却は料亭の運営資金調達のためになされている。しかし、本件松は、A の料亭運営における景観作出の一部として、本件庭園に植えられたものである。これを売却する行為は、料亭運営の業務の一部とはいえない。よって、甲土地の正当な利用を逸脱しており、甲土地の価値を減少させる行為であるといえる。6

(3) よって、抵当権に基づく妨害予防請求権は認められ、E は F に対して本件松の搬出行為差止請求を行うことができる。

第2 設問2 小問1

1 GはHに対して、本件庭石の所有権に基づく引渡し請求を行う。この請求は認められるか。

2 まず、Gは本件庭石の「引渡し」を受けていない。したがって、Gは本件庭石の所有権を、「第三者」に対抗することができない（178条）。

では、本件庭石を占有するHは、この「第三者」にあたるか。

(1) この点、「第三者」とは、当事者及びその包括承継人以外のもので、引渡しの欠缺を主張する正当な利益を有するものをいう。

(2) 本問において、Dからの転得者であるHは、Gの引渡しの欠缺を主張する正当な利益を有する。

よって、Hは「第三者」に該当し、GはHに所有権を対抗できないように思える。

3 しかし、Hに転売をしたDが背信的悪意者にあたる場合、その転得者であるHも第三者にあたらないのではないか。以下、検討する。

(1) まず、背信的悪意者とは、物権変動について悪意であり、かつ、引渡しの欠缺を主張することが信義に反すると認められる（1条2項）事情があるものを指す。そして、このような背信的悪意者は、引渡しの欠缺を主張するについて正当な利益を有しないものであり、178条の「第三者」にはあたらないと解する。

(2) 本問においては、Dは、AG間で本件庭石の売買契約が締結されたことを知っている。かつ、Gへの嫌がらせをする意図で、本件庭石を購入しており、引渡しの欠缺を主張することが信義に反するといえる。よって、Dは背信的悪意者にあたり、178条の「第三者」にあたらない。

(3) Hは背信的悪意者であるDからの転得者である。そこで、Hも178条の「第三者」にあたらないのではないか。

ア この点、前述のように背信的悪意者は「第三者」にあたらないが、無権利者となるわけではない。よって、背信的悪意者と転得者との間の転売は有効に成立している。

そこで、たとえ第二の買主が背信的悪意者に当たるとしても、第一の買主に対する関係で転得者自身が背信的悪意者と評価されるのではない限り、転得者は「第三者」にあたり、その動産の取得を第一の買主に対抗できると解する。

イ 本問においては、Hは、AG間の本件庭石の売買契約を知らず、Gの嫌がらせの意図も知らない。よって、引渡しの欠缺を主張することが信義に反するといえず、Hは背信的悪意者にあたらない。

よって、Hは178条の「第三者」にあたらない。

4 以上より、G の H に対する、本件庭石の引渡し請求は認められない。

第3 設問2 小問2

1 E は H に対して、甲土地の抵当権に基づく本件庭石の返還、自己に引渡すよう請求する。この請求は認められるか、

2 まず、本件庭石に抵当権は及ぶか。

(1) 庭石は取り外しが可能であり、別個独立の存在を有する。そして本件庭園の景観作出という「常用に供するため」、甲土地に「付属」されたものであるため、「従物」である（87条1項）。 3

(2) では、従物は370条本文の、不動産に「付加して一体となっている物」といえるか。?

この点、たしかに従物は独立した存在である。しかし、「従物は、主物の処分に従う」（87条2項）ことから、従物は主物である不動産の構成部分になっている。よって、「付加して一体となっている物」といえる。

(3) よって、本件庭石に甲土地の抵当権は及ぶ。

3 では、抵当権に基づく、自己への返還請求は認められるか。

(1) まず、前述の本件松と同様に、本件庭石を売却する行為は、甲土地の正当な利用を逸脱しており、甲土地の価値を減少させる行為であるといえる。よって、返還請求は可能である。

しかし、返還請求はあくまでも抵当不動産の価値を減少させる侵害行為に向けられたものである以上、抵当不動産上への返還を請求できるにとどまるのが原則である。そこで、直接自己への本件庭石の引渡しを請求することはできるか。

ア この点、返還請求を認める趣旨は、抵当権に対する侵害を防ぐことを可能とすることにある。しかし、元々の所有者に返還をしたのでは、上記目的を達することができない場合、返還請求を認めた意味がない。7

そこで、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、直接自己への抵当動産の明渡しを求めることが可能である。

イ 本問についてみると、A は本件庭石が料亭の庭園にふさわしくないと考えており、買取り先が見つからない場合、時価300万円の価値があるにもかかわらず、山にでも捨ててしまおうと考えている。よって、A は本件庭石を適切に維持管理することが期待できないといえる。

(2) よって、E は本件庭石を自己に引渡すよう請求することができるよう思える。

4 しかし、本件庭石は既に甲土地から搬出され、H に引き渡されている。そこで、

抵当不動産から分離した動産にも、抵当権の効力は及ぶか。

(1) この点、善意の第三者保護の観点から、分離した動産に即時取得（192条）が成立する場合には、もはや抵当権の効力は及ばないものと解する。

(2) 本問についてみると、Hは、D・H間の「取引行為によって」、本件庭石を「占有」している。また、186条1項により、「善意であり」、「平穏」かつ「公然」と占有を始めたことが推定される。また、HはDより本件庭石を買い受ける際、甲土地から搬出されることも知らない。A・Gとも面識がないことから、Hに二重譲渡や甲土地の抵当権について知ることはできなかった。よって、「過失がない」。

(3) よって、Hには本件庭石について即時取得が成立し、甲土地の抵当権は及ばない。

5 以上より、EはHに対して本件庭石の返還請求を行うことができない。

以上

過失の有無は消极的不知

か?

积极的信頼とは?

司法試験予備試験答案練習会 2026年02月01日分 得点分布表
物権法・担保物権法

平均点22.53点

| 分布 | 人数 |
|-------|----|
| 0 | 0 |
| 1~5 | 1 |
| 6~10 | 2 |
| 11~15 | 2 |
| 16~20 | 1 |
| 21~25 | 2 |
| 26~30 | 3 |
| 31~35 | 2 |
| 36~40 | 1 |
| 41~45 | 0 |
| 46~50 | 1 |

