

司法試験

民法～担保物権の合格要点講義

講師レジュメ

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 175195

LU17519

無料公開講座

民法～担保物権

今回は、**担保物権**の中でも**抵当権**の重要基本事項を確認した上で、抵当権から出題された**平成25年度**の**司法試験**の論文試験の第1問**設問3**を検討していきます。

今回の講義のように合格に必要な**重要基本事項**の学習を**短時間で効率よく実現**したいという方は、「**矢島の速修インプット講座**」の受講を検討してみてください。

また、司法試験や予備試験の過去問などの論文試験の事例処理の検討を通じて、**本試験で通用するための論文力を修得**したいという方は、「**矢島の論文完成講座**」（平成29年9月下旬開講）の受講を検討してみてください。

平成29年7月30日

LEC専任講師 矢島純一

・記憶する事項 重要ランク

論文試験で規範（要件）や法律効果などとして答案に書くことがある事項を重要度の高いものから順番に「●」、「◆」、「▲」と記号を付しました。

・理解する事項 重要ランク

論文試験で規範として答案に直接書くことは通常はないが、より深い答案を作成するために内容を理解しておくことが必要な知識を重要度の高いものから順番に「○」、「◇」、「△」と記号を付しました。

- ・条文の略記：I = 1項 ① = 1号 本 = 本文 但 = ただし書 前 = 前段 後 = 後段

第1部 抵当権の重要事項の確認

矢島の速修インプット講座の民法のテキストから抜粋

第5章 抵当権

1 抵当権の意義

→ 抵当権とは、債務者又は第三者が占有を移転しないで担保に供した不動産等から他の債権者に先立って優先弁済を受けられる担保物権をいう（369 I）。抵当権者は目的物の占有を抵当権設定者のもとに留めて交換価値だけを把握する。○

- ・ 抵当権の目的物：不動産（369 I），地上権，永小作権（369 II）。○
- ・ 抵当権設定契約は諾成契約であるが，目的物の所有者のみが締結しうる物権契約である。●
- ・ 抵当権が成立するには，被担保債権が存在することが必要となる（成立における付従性）。
- ・ 抵当権の成立要件 ●
 - ① 被担保債権の存在（被担保債権の発生原因事実）
 - ② 抵当権設定契約（諾成契約）
 - ③ 抵当権設定契約時に設定者が目的物の所有権を有していたこと（物権契約）
- ・ 抵当権を物権なのでそれを第三者に対抗するには登記が必要である（177）。○
- ・ 抵当権には付従性があるので抵当権を設定するには被担保債権が存在することが必要である。もっとも，条件付き，期限付きその他将来発生する債権を被担保債権として抵当権を設定することもできる（付従性の緩和）。なお，根抵当権と異なり，被担保債権の額は確定している必要がある。△

この点，保証人が主債務者に対して将来取得する100万円の求償権を被担保債権とする抵当権の成立を認めた判例がある（最判昭33.5.9）。

2 被担保債権の範囲

→ 抵当権の被担保債権は、後順位抵当権者の担保価値の把握についての予測可能性を不当に害さないようにするために、元本及び満期となった最後の2年分の利息その他の定期金に限られる（375 I）。もっとも、抵当権設定者（債務者又は物上保証人）は、被担保債権を全額弁済するのが当然なので、抵当権設定者に対してはそのような限定はない。△

・ 遅延損害金は、利息その他の定期金と通算して2年分が被担保債権となる（375 II）。

・ 不当利得返還請求権と抵当権の被担保債権

労働金庫Yから金銭を借り入れたXが、その貸金の担保として不動産に抵当権を設定したところ、その貸金は員外貸付であり労働金庫の目的の範囲外のものとして無効なものであった。その後、Xが、貸付が無効で被担保債権が発生していないので抵当権の担保物権としての付従性により抵当権も無効であるとして、所有権に基づく妨害排除請求権として抵当権設定登記の抹消を求めた事案でXの主張の当否が**問題**となった。

最高裁は、員外貸付が無効であったとしても、Xは、Yに対して、貸金同額の金銭の不当利得返還義務を負うのであり、XがYに債務を負っていることには変わりがないとした上で、本件抵当権は経済的にはYのXに対する不当利得返還請求権を担保するので、Xが抵当権の無効を主張することは信義則上許されないとした（**最判昭44.7.4**）。●

3 抵当権の効力～効力が及ぶ範囲

(1) 意義

→抵当権の効力が、抵当権が設定されている土地や建物に及ぶのは当然であるが、さらに、抵当地の上に存する建物を除き、その抵当権の目的である不動産に「付加して一体となっている物」(付加一体物)に及ぶ(370)。●

(抵当権の効力の及ぶ範囲)

370 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。

(2) 付合物に対する抵当権の効力

→付合物(242 本)は370条の付加一体物に含まれるため抵当不動産の付合物には抵当権の効力が及ぶことには争いがない。○

- ・**付合物**とは「不動産に従として付合した物」(242 本)をいい、付合物の所有権は当該不動産に吸収される。**例えば、**土地上に根付いた木など土地に付合して独立性を失ったものは土地の付合物となり、建物の増改築部分で建物と一体となって独立性を失った部分は建物の付合物となる。

(3) 従物に対する抵当権の効力

→従物が抵当権の効力の及ぶ付加一体物に含まれるのかが**問題**とされている。付加一体物の意義をどう捉えるかについては、**経済的価値的な一体性**の有無を重視する**見解**と、**物理的な一体性**の有無を重視する**見解**とが対立している。○

判例は、付加一体物の捉え方につき**物理的な一体性**の有無を重視する見解をとっているといわれている。すなわち、**従物**は付合物と異なり**物理的に独立性**があるので付加一体物に含まれないと考えることになる。**もつとも**、**従物は主物の処分に従うので** (87Ⅱ)、**抵当権設定行為を「処分」とみて、抵当権設定当時から存する従物には87条2項を根拠に抵当権が及ぶ**とした大審院判例がある (**大判大 8. 3. 15**)。

学説では、付加一体物の捉え方につき**経済的価値的な一体性**の有無を重視する見解が有力である。すなわち、**抵当権は目的物の経済的価値を把握する権利であり、従物は主物の効用を助けて主物の経済的価値を高めるものであることから、従物が主物に付属した時期につき抵当権設定の前後を問わず**、370条の「付加一体物」として**抵当権の効力が及ぶ**としている (370条説)。

- ・従物が不可一体物に含まれるとする学説に対しては、**従物は独立性**があるため、主物と付加一体物とみることはできないとの**批判**がされている。

・ **抵当権の効力が及ぶ従物と第三者に対する公示手段** ▲

従物に抵当権の効力が及ぶとしても、**抵当権のような物権は公示をしないと第三者に対抗できない** (177)。土地や建物などの主物たる**抵当目的物に抵当権が及ぶ**ことは、**抵当権設定登記により公示されているが、従物に抵当権の効力が及ぶことは登記により公示されているわけではない**。そこで、**従物に抵当権が及ぶことをどのように公示して、公示の不存在を主張するにつき正当な利益のある第三者に対抗できるようにするべきなのかが問題**となる。

最高裁 (昭和 44 年判決) は、前記大審院判決 (**大判大 8. 3. 15**) を引用して、**抵当権設定時の従物に抵当権の効力が及ぶことを認めた上で** (ただし、87条2項の条文の摘示はない)、**本件抵当不動産に設定された抵当権の効力が従物 (取り外しのできる庭石等) にも及ぶことを認めた**。その上で、この場合、**従物を抵当権の効力から除外する特段の事情がない限り、その抵当権の設定登記をもって、370条により抵当権設定時に存在した当該従物についても対抗力を有するとして、抵当権の対抗力が従物に及ぶことを肯定した** (**最判昭 44. 3. 28**)。

- ・昭和44年判決は、従物が370条の付加一体物に含まれるということを直接判示したものではない。しかし、實際上、従物が370条の付加一体物に含まれることを判示したものであると分析する学者もいる。

ただ、この判例は、従物が抵当権設定時に既に存在していた事案のものであり、抵当権設定登記後の従物にまで本判例の射程が及ぶかは疑問が残る。この判例は、従物が370条の付加一体物に含まれ、抵当権設定当時の先後を問わず従物に抵当権の効力が及ぶことを一般的に肯定したものといえるかは不確かである。

[論証例] 従物と付加一体物(370条説)、公示手段 論文試験で書きやすい説

主物に抵当権が設定された場合、従物にも抵当権の効力が及ぶか否かが問題となる。

抵当権は担保目的物の経済的価値を把握する権利であることから、370条の付加一体物に当たるかは、物理的一体性ではなく経済的価値の一体性を重視して判断すべきである。そして、主物たる抵当目的物の従物は主物の効用を助けて主物の経済的価値を高めるものであるから、主物に付属したのが抵当権設定の前であっても後であっても、従物は付加一体物として抵当権の効力が及ぶと考える。●

また、従物が主物と付加一体物となり主物に設定した抵当権の効力が従物にも及ぶと解する以上、主物である抵当目的物につき抵当権設定登記がされて抵当権に對抗力が認められる限り、その對抗力は、370条により、抵当目的物と付加一体となった従物にも及ぶと考える。▲

注：上記論証により、従物に抵当権の効力が及ぶことを、抵当権設定登記後に従物を譲り受けた第三者に対して對抗できることになる。

*最判昭44.3.28 抵当権設定時に存在した従物に対する抵当権の効力と對抗力

[判旨]

本件石灯籠および取り外しのできる庭石等は、本件根抵当権の目的たる宅地の従物であり、本件植木および取り外しの困難な庭石等は右宅地の構成部分であるが、右従物は本件根抵当権設定当時右宅地の常用のためこれに付属せしめられていたものであることは、原判決の適法に認定、判断したところである。そして、本件宅地の根抵当権の効力は、右構成部分に及ぶことはもちろん、右従物にも及び(大判大正八年三月一日)、この場合、右根抵当権は本件宅地に対する根抵当権設定登記をもって、その構成部分たる右物件についてはもちろん、抵当権の効力から除外する等特段の事情のないかぎり、民法370条により従物たる右物件についても對抗力を有するものと解するのが相当である。

(4) 従たる権利に対する抵当権の効力

→借地上の建物に設定された抵当権の効力は，87条2項類推適用説か370条類推適用説により，建物の従たる権利である借地権にも及ぶ。◇

- ・87条2項類推適用説なら，抵当権設定時の借地権に対して抵当権の効力が及ぶ。
- ・370条類推適用説なら，抵当権の設定の前後を問わず，借地権に抵当権の効力が及ぶ。
- ・従たる権利については，総則の分野の「従物」の項目で学習した（**最判昭40.5.4**）。

(5) 抵当不動産から分離した物に対する抵当権の効力

→例えば、木材になる立木が植林された土地に抵当権が設定されている場合、明認方法など立木につき別に対抗要件を備えていなければ、立木は抵当不動産に定着する付合物となり土地と一体のものとして扱われ、抵当権の効力はその立木に及ぶ。このとき、抵当権設定者が、抵当権者に無断で、抵当不動産上の立木を伐採して、土地から搬出して第三者に売却して引き渡した場合に、搬出された立木に抵当権の効力が及び続けるのかが問題となる。

この点については、抵当不動産から分離されて搬出された物には抵当権の効力が及ばないとする見解、第三者が即時取得するまでは分離物に対しても抵当権の効力が及ぶとする見解など他にもいくつかの見解がある。

- ・ 工場抵当法により土地及び建物と共に抵当権の目的とされた工場機械などの動産が工場外に搬出された場合、第三者が即時取得しない限り、その動産には抵当権の効力が及び、抵当権者は当該動産を工場に戻すよう請求できるとした判例がある（**最判昭 57.3.12**）。なお、民法は動産に抵当権を設定することは認めていないが、工場抵当法は工場機械などの一定の動産に抵当権を設定することを認めている。△
- ・ なお、上記事例と異なり、分離物が抵当不動産上から搬出されていない事案においては、分離物に対する抵当権の効力を肯定した判例がある（**大判昭 7.4.20**）。△

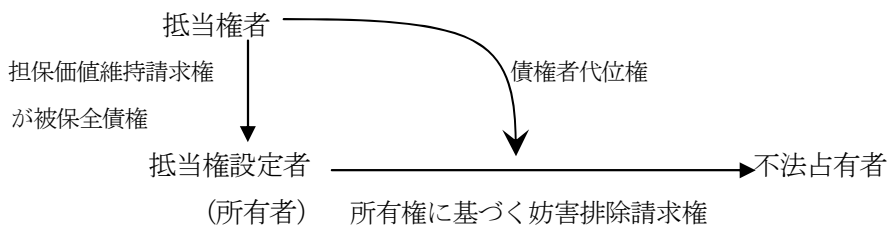
4 抵当権の効力～様々な効力

(1) 所有権に基づく妨害排除請求権の代位行使

→抵当権は、競売手続において実現される抵当不動産の交換価値から他の債権者に優先して被担保債権の弁済を受けることを内容とする物権であり、不動産の占有を抵当権者に移すことなく設定されるものであることから、抵当権者は、原則として、抵当不動産の所有者が行う抵当不動産の使用又は収益について干渉することはできない。

しかし、抵当権者は、第三者が抵当不動産を不法占有することで競売手続の進行が害され適正な価額よりも売却価額が下落するおそれがあるなど、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にあるときは（例：高額な敷金が差し入れられている、低廉な賃料設定、暴力団員に占有させるなど）、抵当権者が抵当不動産の所有者に対して有する右状態を是正し抵当不動産を適切に維持又は保存するよう求める請求権（担保価値維持請求権）を保全するために、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。◆

また、抵当権者は、不法占有者に対し、所有者のために建物を管理することを目的として、直接抵当権者に対して建物を明け渡すよう請求できる。◆



- ・上記と結論が同旨の判例がある（大判平 11.11.24）。これは、債権者代位権の成立に必要な被保全債権を肯定するために、担保価値維持請求権（奥田裁判官の補足意見に詳細あり）という概念を作り出した判例として有名である。なお、この判例は、傍論で、「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権が認められる余地があることを指摘していた。 プレ4

(2) 抵当権に基づく妨害排除請求権

→抵当権は不動産を占有する権利ではないので、抵当不動産につき占有侵害がなされたとしても、原則として、抵当権者が占有者に対して抵当権に基づき妨害排除を求めることはできない。しかし、抵当権も物権である以上、物権的請求権として妨害排除請求権が認められるべきであり、抵当不動産に対する占有侵害により目的物の交換価値が妨げられ、被担保債権の優先弁済を受けるのが困難となる状態にある場合は、抵当権に基づく妨害排除請求権の行使が認められると解されている。●

なお、前掲**最大判平 11. 11. 24** は、傍論ながら上記のような要件の下で抵当権に基づく妨害排除請求権を肯定している。

・ 抵当権に基づく妨害排除請求権の成立要件 ●

- ① 被担保債権の存在（被担保債権の発生原因事実）
- ② 抵当権設定契約（諾成契約）
- ③ 抵当権設定契約時に設定者が目的物の所有権を有していたこと（物権契約）
- ④ 相手方による抵当不動産の占有
- ⑤ 相手方の占有により抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ、優先弁済権の行使が困難になるような状態にあること

注：所有権に基づく妨害排除請求権の要件と比較するに、同請求権の要件は、X所有、Y占有であるところ、上記要件①から③はX所有の代わりにX抵当権を基礎づけ、要件④はY占有を基礎づける。要件⑤は抵当権が非占有担保であることを考慮して定立された判例法理による加重要件である。○

・ 抵当不動産につき占有権原ある者に対する明渡請求の可否

抵当権は担保価値を把握する権利であり、不動産を占有する権利ではないため、對抗要件で劣後する賃貸借は、抵当権実行後の買受人には對抗できないものの、抵当権設定登記後であっても、設定者が抵当目的物を賃貸すること自体は妨げられない。そのため、抵当不動産の所有者から賃借権などの占有権原の設定を受けた者に対し、たとえ、占有権原の設定が抵当権設定登記後であっても、抵当権者が抵当権に基づく妨害排除請求権を行使することはでき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も、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。●

また、抵当権に基づく妨害排除請求権の行使にあたり、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渡しを求めることができる（最判平 17.3.10）。●

- ・ 平成17年判決は、①抵当権の実行の妨害目的、②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になる状態があることを要件として、抵当不動産につき適法な占有権原のある賃借人に対しても抵当権に基づく妨害排除請求権の行使を認めた。

また、上記判例は、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ことを要件として、抵当不動産につき適法な占有権原を有する賃借人に対して抵当権者への直接明渡し請求を認めた点に意義がある。 H18-10

(3) 抵当権侵害に対する損害賠償請求 (709)

ア 抵当権侵害により発生する「損害」の意義

→ 抵当権者は、抵当目的物が破壊・毀損されるなどして抵当目的物の価値が下落した場合に、抵当権侵害の不法行為に基づく損害賠償請求をすることができるのかという問題がある。

抵当権が目的物の担保価値（経済的価値）を把握する権利であることに鑑みて、抵当権侵害による「損害」が認められるには、抵当権侵害により抵当不動産の担保価値が下落して被担保債権の満足額に足りなくなることが必要で、その不足額が損害として認められると考えられる。●

- ・判例も抵当権侵害の不法行為による抵当権者の「損害」は、抵当不動産の侵害の結果、抵当不動産の価値が被担保債権の額を下回った場合に限定して肯定されるとしている（大判昭 3. 8. 1, 大判昭 7. 5. 27）。

関連問題：H22 司法論文民事系第 2 問の設問 2

イ 損害の発生時期

→ 抵当権侵害による具体的な損害の額は被担保債権の弁済期が到来して抵当権を実行できるときにならないと確定できないので、その前に「損害」が発生したということではできず、弁済期到来後でなければ損害賠償請求できない。●

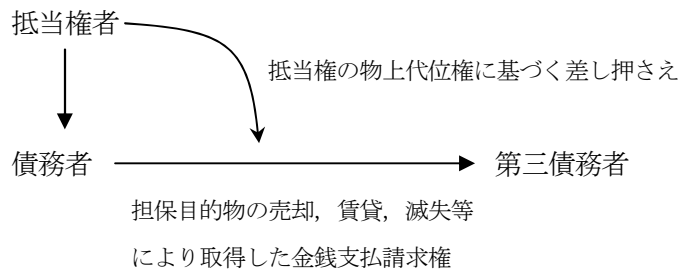
- ・判例も、抵当権侵害を理由とする不法行為に基づく損害賠償請求権にかかる損害の額については、被担保債権の弁済期の到来時における目的物の評価額を基準に確定する旨を判示しており、弁済期前に「損害」の発生を認めていない（大判昭 7. 5. 27）。

関連問題：H22 司法論文民事系第 2 問の設問 2

5 抵当権の効力～物上代位

(1) 物上代位の意義

→ 抵当権は、抵当権の目的物の売却，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（372，304 I 本）。抵当権のこのような効力を物上代位という。物上代位が認められた趣旨は、担保物権の優先弁済的効力を確保するところにある。○



- ・ 物上代位の対象となる債務者の受けるべき「金銭の他の物」は実際上ほとんどの場合が金銭となる。また、物上代位の対象となるのは、債務者が取得した金銭そのものではなく、債務者が取得した金銭の支払請求権となる。債務者が第三債務者から金銭を受領する前に、債権者は、債務者の第三債務者に対する金銭の支払請求権を物上代位で差し押さえることになる。物上代位権は、抵当権だけでなく質権や先取特権（304，350，372），譲渡担保権（判例）にも認められている。○
- ・ 抵当権設定者が、抵当権の設定された不動産を売ったり賃貸したりした場合，抵当権者は、抵当権設定者が有する売買代金債権や賃料債権に抵当権による物上代位権を行使して差し押えて被担保債権の満足を図ることができる（最判平元.10.27）。
- ・ 372条が、物上代位を規定する304条を抵当権に準用している。

（物上代位）

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。

2 項 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。

・物上代位の行使の要件 ●

抵当権者が、抵当目的物の売却，賃貸，滅失，損傷等によって債務者が受けるべき金銭その他の物に物上代位をすることができるが，その**払渡し又は引渡し前に差押え**をしなければならない（372，304 I 但）。

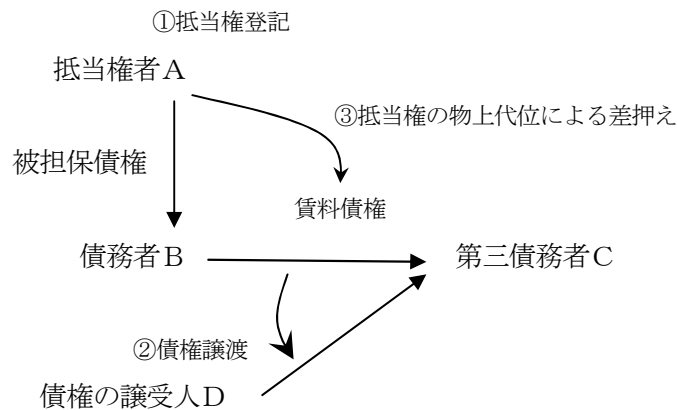
(2) 物上代位権の行使と債権譲渡の譲受人の優劣

ア 抵当権の物上代位権の行使と債権譲渡の譲受人の優劣

・問題の所在 ○

債務者Bは、第三債務者Cに対して有する賃料債権をDに債権譲渡して対抗要件を具備させた。一方、債権譲渡の前からBの賃貸建物に抵当権を有しその登記も具備している抵当権者Aは、抵当権の物上代位権によりその賃料債権を差し押さえた。

抵当権の物上代位権による差押えは、その差押えの対象となる財産権の目的が払渡し又は引き渡される前にする必要がある（372、304条1項但）。この「払渡し又は引渡し」に債権譲渡が含まれるとすれば、その債権譲渡の後には、抵当権者は物上代位権を行使してその債権の差押えができないことになるところ、債権譲渡が「払渡し又は引渡し」に含まれ、債権譲渡後にその債権を抵当権の物上代位権に基づき差し押さえることができないのか問題となる。これは債権の譲受人と抵当権者の物上代位権による差押えの優劣をどのように決すべきかの問題である。



・考え方 ●

判例は、抵当権の設定は登記により公示されており、第三者たる債権の譲受人は目的債権が物上代位の対象となることは予測できることなどから、抵当権の物上代位権の行使に差押えが要求された趣旨は、二重弁済を強いられる危険から第三債務者を保護するところであり、債権の譲受人のような第三者を保護することは含まれていないとした上で、抵当権設定登記の後に債権譲渡がなされた場合は、債権譲渡の対抗要件が具備された後でも、抵当権の物上代位による差押えを許容する（最判平10.1.30）。 H18-19

・この判例の考え方に従うと、抵当権者と債権譲渡の債権の譲受人の優劣は、抵当権設定登記と債権譲渡の対抗要件具備の先後で決まる。 ●

・判例によると、抵当権設定登記後に債務者の第三債務者に対する債権が債権譲渡されその債権譲渡につき対抗要件が具備されたとしても、その債権は「払渡し又は引渡し」がされたとはいえず、その後の差押えも「払渡し又は引渡し前に」されたものといえる。そのため、その債権を抵当権の物上代位により差し押さえられる。○

なお、抵当権設定登記後に債権譲渡がされてその対抗要件が具備された場合に、抵当権者が物上代位権を行使して差し押さえをする前に、債権の譲受人が債務者から弁済を受けたときは、その弁済により債権は消滅するため、物上代位による差押えは空振りとなる。

*最判平 10.1.30 抵当権による物上代位と債権譲渡との優劣

[判旨]

民法 372 条において準用する 304 条 1 項ただし書が抵当権者が物上代位権を行使するには払渡し又は引渡しの前に差押えを要するとした趣旨目的は、主として抵当権の効力が物上代位の目的となる債権にも及ぶことから、右債権の債務者（以下「第三債務者」という。）は、右債権の債権者である抵当不動産の所有者（以下『抵当権設定者』という。）に弁済をしても弁済による目的債権の消滅の効果を抵当権者に対抗できないという不安定な地位に置かれる可能性があるため、差押えを物上代位権行使の要件とし、第三債務者は、差押命令の送達を受ける前には抵当権設定者に弁済をすれば足り、右弁済による目的債権消滅の効果を抵当権者にも対抗することができることにして、二重弁済を強いられる危険から第三債務者を保護する」という点にあると解される。右のような民法 304 条 1 項の趣旨目的に照らすと、同項の「払渡し又は引渡し」には債権譲渡は含まれず、抵当権者は、物上代位の目的債権が譲渡され第三者に対する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することができるものと解するのが相当である。

けだし、(1)民法 304 条 1 項の『払渡し又は引渡し』という言葉は当然には債権譲渡を含むものとは解されないし、物上代位の目的債権が譲渡されたことから必然的に抵当権の効力が右目的債権に及ばなくなると解すべき理由もないところ、(2)物上代位の目的債権が譲渡された後に抵当権者が物上代位権に基づき目的債権の差押えをした場合において、第三債務者は、差押命令の送達を受ける前に債権譲受人に弁済した債権についてはその消滅を抵当権者に対抗することができ、弁済をしていない債権についてはこれを供託すれば免責されるのであるから、抵当権者に目的債権の譲渡後における物上代位権の行使を認めても第三債務者の利益が害されることとはならず、(3)抵当権の効力が物上代位の目的債権についても及ぶことは抵当権設定登記により公示されているとみることができ、(4)対抗要件を備えた債権譲渡が物上代位に優先するものと解するならば、抵当権設定者は、抵当権者からの差押えの前に債権譲渡をすることによって容易に物上代位権の行使を免れることができるが、このことは抵当権者の利益を不当に害するものというべきだからである。そして、以上の理は、物上代位による差押えの時点において債権譲渡に係る目的債権の弁済期が到来しているかどうかにかかわらず、当てはまるものというべきである。

イ 比較 動産売買先取特権の物上代位権の行使と債権譲渡の譲受人の優劣

→判例は、動産売買先取特権は抵当権と異なり公示の手段がないことから、動産売買先取特権の物上代位に差押えが要求された趣旨は、第三債務者の保護だけでなく、債権の譲受人等の第三者の保護も含むとして、債権譲渡の対抗要件が具備された後は、動産売買先取特権の物上代位権による差押えは許されないとしている（**最判平 17.2.22**）。◇

*最判平 17.2.22

[判旨]

民法304条1項ただし書は、先取特権者が物上代位権を行使するには払渡し又は引渡しの前に差押えをすることを要する旨を規定しているところ、この規定は、**抵当権とは異なり公示方法が存在しない動産売買の先取特権**については、物上代位の目的債権の譲受人等の第三者の利益を保護する趣旨を含むものというべきである。そうすると、動産売買の先取特権者は、物上代位の目的債権が譲渡され、第三者に対する対抗要件が備えられた後においては、目的債権を差し押さえて物上代位権を行使することはできないものと解するのが相当である。

前記事実関係によれば、D精粉は、被上告人が本件転売代金債権を譲り受けて第三者に対する対抗要件を備えた後に、動産売買の先取特権に基づく物上代位権の行使として、本件転売代金債権を差し押さえたというのであるから、上告人は、被上告人に対し、本件転売代金債権について支払義務を負うものというべきである。

(3) 物上代位権の行使と一般債権者による差押さえの優劣

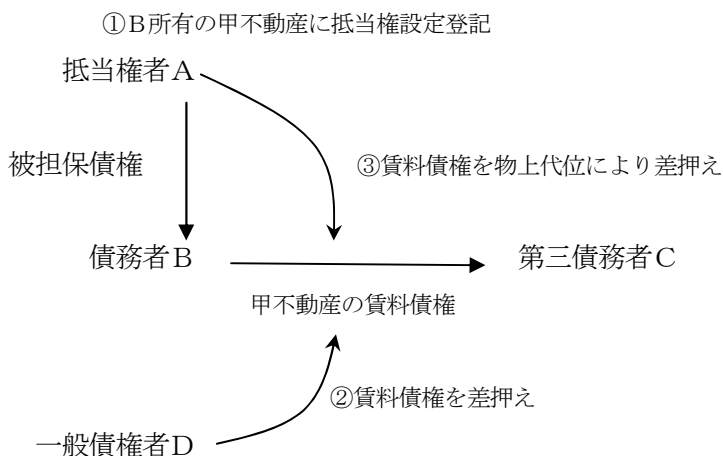
ア 抵当権の物上代位権の行使と一般債権者による差押さえの優劣

→判例は、ある債権について一般債権者の差押えと抵当権者の物上代位権に基づく差押えが競合した場合には、両者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って決せられるとしている（最判平10.3.26）。なお、差押えの効力の発生時期は差押え命令が第三債務者に送達された時であることもおさえておくとよい。（民事執行法145Ⅳ，193Ⅱ）。△

・平成10年判決の判旨

一般債権者による債権の差押えの処分禁止効は差押命令の第三債務者への送達によって生ずるものであり、他方、抵当権者が抵当権を第三者に対抗するには抵当権設定登記を経由することが必要であるから、債権について一般債権者の差押えと抵当権者の物上代位権に基づく差押えが競合した場合には、両者の優劣は、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って決せられ、右の差押命令の第三債務者への送達が抵当権者の抵当権設定登記より先であれば、抵当権者は配当を受けることができないと解すべきである。

- ・事例：一般債権者Dは、債務者Bが第三債務者Cに対して有する甲不動産についての賃料債権を差し押さえた。一方、Dの差押え前から甲不動産に抵当権の設定を受けその登記も具備している抵当権者Aは、物上代位権の行使として甲不動産についてのBのCに対する賃料債権を差し押さえた場合におけるAとDの優劣の問題。



イ 比較 動産売買先取特権の物上代位権の行使と一般債権者による差押えの優劣

- ・動産売買先取特権の物上代位による差押えと一般債権者の差押えとの優劣について、判例は、一般債権者の差押えの後でも、動産売買先取特権の物上代位権の行使として差押えをすることができるとしている（**最判昭 60. 7. 19**）。△

この判例は、一般債権者の差押えを動産売買先取特権の物上代位に劣後させている点で、抵当権による物上代位と一般債権者の差押えの優劣についての前記平成10年判例と結論は同じである。

もっとも、動産売買先取特権は抵当権と異なり登記で公示できないことから、理由付けに違いがある。すなわち、**動産売買先取特権の物上代位に差押えが要求される趣旨は、二重弁済の危険から第三債務者を保護するだけではなく、債権の譲受人や転付命令を受けた者などの第三者の保護も含む**と解されている。**ただし、ここで保護されるべき第三者は無限定なものではなく、動産売買先取特権の物上代位に差押えが要求される趣旨は、目的債権の譲受人、又は、目的債権につき転付命令を得た第三者等が不測の損害を被ることを防止する**ところにあり、**単に目的債権の差押えをした一般債権者はここでの第三者に含まれない**と解されている。結論が同旨の判例がある（**最判昭 60. 7. 19**）。

*最判昭 60.7.19 動産売買先取特権の物上代位と一般債権者の差押えの優劣

[判旨]

304条1項ただし書が払渡し前に差押えを要求している趣旨は、「先取特権者のする右差押によって、第三債務者が金銭その他の物を債務者に払い渡し又は引き渡すことを禁止され、他方、債務者が第三債務者から債権を取り立て又はこれを第三者に譲渡することを禁止される結果、物上代位の目的となる債権(以下「目的債権」という)の特定性が保持され、これにより、物上代位権の効力を保全せしめるとともに、他面、目的債権の弁済をした第三債務者又は目的債権を譲り受け若しくは目的債権につき転付命令を得た第三者等が不測の損害を被ることを防止しようとすることにあるから、**目的債権について一般債権者が差押又は仮差押の執行をしたにすぎないときは、その後先取特権者が目的債権に対し物上代位権を行使**することを妨げられるものではないと解すべきである」とし、一般債権者による差押えの後の動産売買先取特権者Xの物上代位権の行使を認めた。

- ・ 補足～物上代位と転付命令の優劣 △ H18-19, H29-12

抵当権の物上代位でも動産売買先取特権の物上代位でも、一般債権者が目的債権を差し押さえて転付命令を受けてそれが第三債務者に送達された後は、物上代位権を行使して差し押えをすることができない（最判平 14. 3. 12）。

- ・ 転付命令 △

転付命令は、民事執行法159条以下に規定されており、転付命令が第三債務者に送達されると弁済効により債権が消滅するので（民執160）、その後の物上代位の差し押えは空振りとなってしまう。

* 民事執行法

（転付命令）

159条1項 執行裁判所は、差押債権者の申立てにより、支払に代えて券面額で差し押さえられた金銭債権を差押債権者に転付する命令（以下「転付命令」という。）を発することができる。

（転付命令の効力）

160条 差押命令及び転付命令が確定した場合においては、差押債権者の債権及び執行費用は、転付命令に係る金銭債権が存する限り、その券面額で、転付命令が第三債務者に送達された時に弁済されたものとみなす。

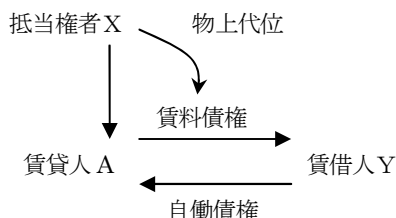
- ・ まとめ～動産売買先取特権の物上代位権の差し押え △

動産売買先取特権の物上代位権の行使に差し押えが要求された趣旨は、二重払いの危険から第三債務者を保護することだけではなく、物上代位の目的債権の譲受人や目的債権を差し押さえて転付命令を受けた者など第三者を保護するところにある（最判昭60.7.19）。

このことから、動産売買先取特権者は、目的債権が、単に一般債権者に差し押さえられたにすぎないときは、物上代位権を行使して目的債権を差し押さえることができるが（最判昭 60. 7. 19）、目的債権が譲渡されて譲受人が債権譲渡の第三者対抗要件を具備した後は、物上代位権を行使して目的債権を差し押さえることができない（最判平 17. 2. 22）。

平成17年判決と最判60年判決の価値判断の違いについて補足すると、債権を譲り受けて対抗要件を具備した第三者は、動産売買先取特権の物上代位による差し押えをした者との関係で、単に一般債権者が差し押えをした場合とは異なり、保護に値するだけの利害関係に入ったものと考えられる。

(4) 抵当権の物上代位による差押えと相殺の優劣



→債務者の第三債務者に対する賃料債権(抵当目的物から生じた賃料債権)について、
抵当権の物上代位権による差押えと、第三債務者による相殺の優劣をどのように決
するかが**問題**となる。

例えば、上の図で、A所有の建物にXのために抵当権が設定され、その建物がA
からYに賃貸されている場合に、Xの抵当権の物上代位権によるAのYに対する賃
料債権の差押えがされる一方、YがAに対して取得した別口債権を自働債権として
賃料債権を受働債権とする相殺をした場合、抵当権者Xの物上代位権の行使による
差押えと賃借人Yによる相殺のいずれが優先するのかが**問題**となる。

最高裁は、「物上代位権の行使としての差押えのされる前においては、賃借人の
する相殺は何ら制限されるものではないが、上記の差押えがされた後においては、
抵当権の効力が物上代位の目的となった賃料債権にも及ぶところ、物上代位により
抵当権の効力が賃料債権に及ぶことは抵当権設定登記により公示されているとみ
ることができるから、抵当権設定登記の後に取得した賃貸人に対する債権と物上代
位の目的となった賃料債権とを相殺することに対する賃借人の期待を物上代位権
の行使により賃料債権に及んでいる抵当権の効力に優先させる理由はない」との理
由で、抵当権の物上代位により賃料債権を差し押さえられた場合、抵当不動産の賃
借人が、抵当権設定登記後に賃貸人に対して取得した債権を自働債権として賃料債
権と相殺しても、その相殺を抵当権者に対抗できないとした(最判平 13. 3. 13)。

○ H18-19

関連問題：司法論文H25 民事系第1問の設問3

- ・平成13年判決は、賃料債権に抵当権の物上代位の効力が及ぶことは抵当権設定登
記で公示されているのでこのような結論をとっても賃借人に酷ではないとの価値判
断のあらわれといえる。

・おまけ

なお、平成13年判例の事案をみるに、抵当権者のために抵当権の設定登記がなされてから抵当権に基づく物上代位権の行使として本問賃料債権を差し押さえるまでの間に、債務者P及び第三債務者Rとの間で一度賃貸借契約を解約して、保証金の額を減額した上で改めて賃貸借契約を締結して、自働債権となる保証金の差額返還請求権を賃料債権との相殺のためにわざわざ作り出していると評価できる**特徴**がある。この判例の特徴が妥当しない事案（自働債権が必要費の費用償還請求権の事例）を題材にして、この判例の射程を検討させる趣旨の出題がH25司法論文でされている。

この点、考え方の1つとして、[①] 賃貸借における賃料債権と必要費の費用償還請求権は1個の賃貸借契約から生じるもので牽連性が強く認められたため相殺の期待が保護されるべきことや、[②] 賃借人が貸貸人のために必要費の支出をした場合に、賃借人による費用償還請求権を自働債権とし、賃料債権を受働債権とする**相殺**により**本来の費用負担者である貸貸人にその費用の負担を求めることに対する期待は強く保護**されるべきであることを強調するなどして、H25司法論文の事案では、平成13年の判例の射程が及ばず、むしろ、賃借人による相殺を肯定すべき場合に当たると考えることもできよう。

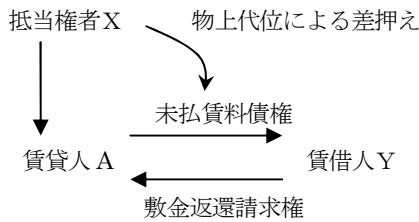
関連問題：司法論文H25 民事系第1問の設問3

・司法論文H25民事系第1問の設問3（採点実感・抜粋）

優秀に該当する答案の例は、民法第608条第1項にいう「貸貸人の負担に属する必要費」とは、賃借物を使用及び収益に適する状態で保存するために必要な費用をいうところ（中略）、本問で支出された費用の30万円は、台風により窓が損傷し、外気が吹き込むようになったことにより、授業に支障が生じていて、賃借物を用法に従って使用・収益するために必要なものであるから、GはBに対して30万円の必要費償還請求権を有することを指摘した上で、【参考】判例〔平成13年判決〕の事案における自働債権と異なり、受働債権たる賃料債権との牽連関係が密接であるとともに、賃料債権に抵当権の効力が及んでいることを知っているも、その取得を思いとどまることができない性質を有することなどを指摘し、【参考】判例の射程は**及ばず、相殺の期待が重視**されるべきことなどを論じ（この論理には様々なものがあり得る。）、かつ、相殺の要件を検討し、結論としてGはDが物上代位による差押えを行った後も、必要費償還請求権と賃料債務を相殺することができることを論じるものである。

(5) 抵当権の物上代位による差押えと敷金の賃料債権への充当

抵当権設定登記



→抵当権者が賃料債権に物上代位のための差押えをした後であっても、賃貸借契約が終了して賃借人が建物を明け渡した場合、賃借人は、未払いの賃料債務は敷金に充当されて消滅するため、抵当権者の物上代位権による未払い賃料債権に対する差押えはできないとして、未払い賃料の支払いを拒むことができるのが問題となる。

最高裁は、敷金は、賃貸借契約により貸貸人が賃借人に対して取得することとなるべき一切の債権を担保するものであり、敷金返還請求権は、目的物の返還において、上記の被担保債権を控除し、なお残額があることを条件として、残額につき発生するものであるとした上で、これを賃料債権等の面からみれば、目的物の返還時に残存する賃料債権等は敷金が存在する限度において敷金の充当により当然に消滅するとしている。○

同最高裁は、その上で、抵当権者が賃料債権に物上代位のための差押えをした後であっても、賃貸借契約が終了して賃借人が建物を明け渡した場合、賃借人は、未払いの賃料債務を敷金に充当して未払い賃料の支払義務を免れることになるので、賃借人は、抵当権者が物上代位による差押えをした後であっても、差押えの対象となった賃料債権の消滅を主張することができる（最判平 14. 3. 28）。○ H29-12

- ・なお、同最高裁は、このような敷金の充当による未払賃料等の消滅は、敷金契約から発生する効果であって、相殺のように当事者の意思表示を必要とするものではないから、民法 511 条によって上記当然消滅の効果が妨げられないことも付言している。

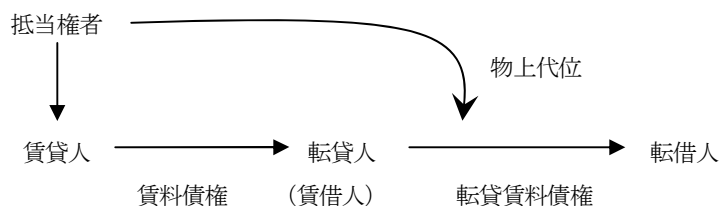
(支払の差止めを受けた債権を受働債権とする相殺の禁止)

511 条 支払の差止めを受けた第三債務者は、その後に取得した債権による相殺をもって差押債権者に対抗することができない。

(6) 抵当権の物上代位による差押えと転貸賃料債権

→債務者である賃貸人が抵当不動産を転貸している場合に、抵当権者は、転貸人の転借人に対する転貸賃料に対して物上代位できるのかが争われた事案がある。

最高裁は、①転貸人は自己に帰属する転貸賃料債権に物上代位される立場にないこと、②文言上、転貸人を304条の「債務者」に含めることは困難であること、③このような物上代位を認めると適法に成立した転貸借関係における転貸人の利益を不当に害することになり妥当ではないことなどを理由として、結論として「抵当権者は抵当不動産の賃借人を所有者と同視することを相当とする場合を除き、右賃借人が取得すべき転貸賃料債権について物上代位権を行使することができない」としている（**最決平 12. 4. 14**）。△ H18-19



[以下略]

第2部 司法試験の論文過去問検討（平成25年度 民事系第1問設問3）

問題 [民事系科目]

〔第1問〕（配点：100〔設問1〕、〔設問2〕及び〔設問3〕の配点の割合は、3：4：3）

次の文章を読んで、後記の〔設問1〕から〔設問3〕までに答えなさい。

I

【事実】

〔事実1～16の要約〕

Bは、自己が所有する甲土地上に建物を建設するため、銀行であるD及び建設業を営む株式会社であるEと折衝を始めた。まず、建設資金の融資をBから要請されたDは、平成23年1月頃、甲土地上に建設される建物について第1順位の抵当権の設定を受けることを条件として、Bに対し、建物の建設資金として8000万円を融資する旨の意向を示した。

丙建物は、平成23年9月14日、Bを登記名義人とする所有権の保存の登記がされた。同日、B及びDは、上記の消費貸借に基づく貸金債権を担保するため、丙建物について抵当権を設定する旨の契約を締結し、これに基づき、Dを登記名義人とする抵当権の設定の登記がされた。この抵当権に優先する担保権の登記はされていない。

Bは、Gとの間において、平成23年11月1日、丙建物の2階部分について、学習塾として使用することを目的とし、賃料を月額30万円として、これをGに賃貸する旨の契約を締結した。この賃貸借契約においては、各月の賃料を前月の25日に支払うものとするのが約された。この賃貸借契約に基づき、同日、Bは、Gに対し丙建物の2階部分を引き渡した。

III 【事実】1から16までに加え、以下の【事実】17及び18の経緯があった。

【事実】

17. その後、Bは、医療機器の製造販売の事業に失敗して、資金が不足するようになり、Dに対する平成24年6月分及び7月分の貸金の返済について遅滞が生じた。そこで、Dは、抵当権に基づく物上代位によって貸金の回収を図ることを考え、差し当たり丙建物の2階部分の賃料について、丙建物を目的とする【事実】10の抵当権に基づく物上代位による貸金の回収を始めることとした。〔中略〕

そこで、Dは、平成24年9月18日、抵当権に基づく物上代位権の行使として、BがGに対して有する賃料債権のうち、平成24年9月25日以降に弁済期が到来する同年10月分から平成25年9月分までについて差押えの申立てをした。この差押えに係る差押命令は、平成24年9月2

1日、B及びGに送達された。

18. この送達がされる前の平成24年9月初旬、大型で強い台風が襲い、丙建物の2階部分は、暴風のため窓が損傷し、外気が吹き込む状態となった。そのままでは丙建物の2階部分で児童や生徒に対し授業をすることにも支障が生ずるため、Gは、すぐにこの状況をBに知らせようとしたが、Bの所在を把握することができなかった。

Gは、やむなくE〔丙建物を建築した請負業者〕に連絡を取って相談をし、E及びGは、平成24年9月8日、Eが丙建物の2階部分の修繕をし、それに対する報酬としてGがEに対し30万円を支払うことを約した。この報酬の額は、修繕に要する工事の対価として、適正なものである。翌9日にEがこの修繕を完了したことから、同日、Gは、Eに対し30万円を支払った。

【設問3】 【事実】1から18までを前提として、次の問いに答えなさい。

平成24年12月7日、Dは、同年10月分から同年12月分までの賃料（それぞれ同年9月25日、同年10月25日及び同年11月25日に弁済期が到来したもの）の合計額である90万円の支払をGに対して求めたが、Gは、【事実】18の報酬の相当額である30万円を差し引き、60万円のみを支払うと主張した。これに対して、Dは、「まず、Gが、報酬の相当額を支払うようBに対し請求する権利を有することについて、説明して欲しい。また、仮にそのような権利があるとしても、判例によれば、それと賃料債権を相殺することをもって、Dに対抗することはできないから、GはDに対して90万円全額の支払義務を負うはずである。」と反論した。Dが依拠する判例とは、下記に【参考】として示すものである。

このDの反論を踏まえた上で、Gがどのような主張をしたらよいか、理由を付して説明しなさい。

【参考】

最高裁判所第三小法廷平成13年3月13日判決・最高裁判所民事判例集55巻2号363頁

〔事案の概要〕

PがQに対して負う貸金債務を担保するため、Pが所有する建物について根抵当権が設定され、その登記がされた後、当該建物の1階部分について、Pを賃貸人とし、第三者Rを賃借人とする賃貸借契約が締結され、3150万円の保証金がRからPに預託された。

その後、P及びRは、当該建物の1階部分について、それまでの賃貸借契約をいったん解約し、改めて賃料を月額33万円とする賃貸借契約を締結し、その際、保証金を330万円に減額した。その結果、Pは、Rに対し差額の2820万円の返還債務を負った。しかし、この返還債務をPが履行することができなかったため、PがRに対して負う保証金返還債務の一部については、以後3年間、RがPに対して負う賃料債務と、賃料支払期日ごとに対当額で相殺することがPR間で合意された。

さらにその後、Qは、上記の根抵当権に基づく物上代位権の行使として、PがRに対して有する賃料債

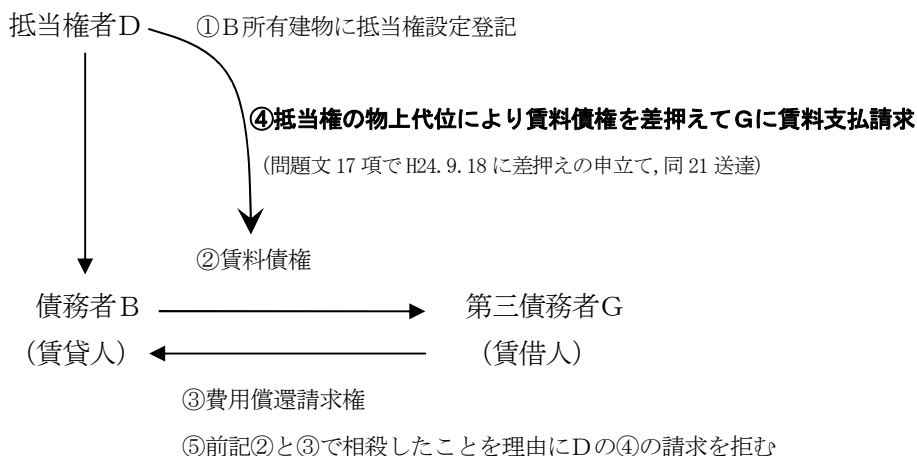
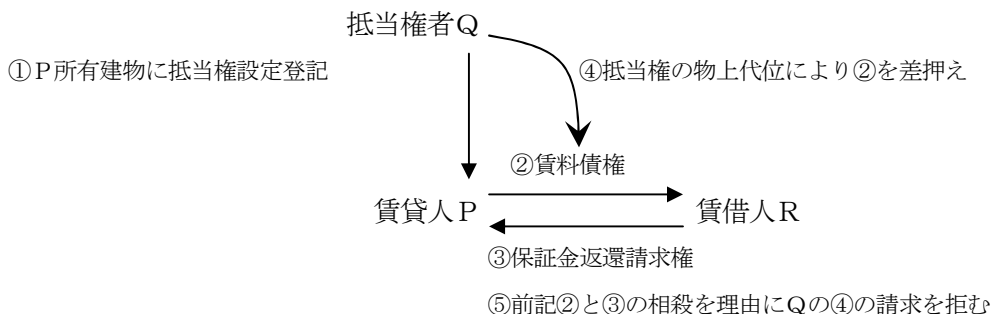
権のうち、差押命令送達時以降900万円に満つるまでのものを差し押さえ、差押命令がP及びRに送達された。

そして、Qは、Rに対し、5か月分の賃料の支払を求めて訴えを提起したが、これに対して、Rは、Pとの相殺合意に基づく相殺を主張して争った。

第1審及び第2審では、いずれもQが勝訴し、Rの上告を受けた最高裁判所は、次のとおり判示して上告を棄却する判決を言い渡した。

〔判旨〕

「**抵当権者が物上代位権を行使して賃料債権の差押えをした後は、**抵当不動産の賃借人は、**抵当権設定登記の後に賃貸人に対して取得した債権を自働債権とする賃料債権との相殺をもって、**抵当権者に対抗することはできないと解するのが相当である。ただし、物上代位権の行使としての差押えのされる前においては、賃借人のする相殺は何ら制限されるものではないが、上記の差押えがされた後においては、**抵当権の効力が物上代位の目的となった賃料債権にも及ぶところ、物上代位により抵当権の効力が賃料債権に及ぶことは抵当権設定登記により公示されているとみることができるから、**抵当権設定登記の後に取得した賃貸人に対する債権と物上代位の目的となった賃料債権とを相殺することに対する賃借人の期待を物上代位権の行使により賃料債権に及んでいる抵当権の効力に優先させる理由はないというべきであるからである。」



出題の趣旨・抜粋

[第1問]

本問は、Aから甲土地を買うこととしたBが、その代金債務について、Cを代理してCを保証人とする契約を締結し、また、買い受けた甲土地の上に築造した丙建物について、その建設資金の貸主であるDのために抵当権を設定するとともに、丙建物の各部分をF及びGに賃貸したという事例に関して、民法上の問題についての基礎的な理解に加え、その応用を問う問題である。制度の趣旨を踏まえ妥当と認められる解決を説明する能力、当事者間に生じた事態について法律関係の正確な理解に基づき分析する能力及び事案の解決において参考となる判例の趣旨を理解して事案との比較検討を的確に行う能力などが試される。

[中略]

設問3は、抵当権設定登記の後に賃貸人に対して取得した債権を自働債権として賃料債権との相殺の意思表示をした賃借人と抵当権の物上代位権に基づき当該賃料債権を差し押さえた抵当権者の優劣について判断した【参考】判例を提示して、本問の具体的事案の下でも【参考】判例にのっとった結論を導くことが相当かどうかを問うものであり、これによって法的思考力や事案に即した分析力を試すことを意図した問題である。また、この点を検討する前提として、必要費償還請求権の成立要件についての理解とその当てはめを的確に行うことが求められている。

判例法理の射程について議論をする際には、単に【参考】判例と本問とでは事案が異なるから、Dの依拠する判例法理が本問には適用されない、とするのみでは十分でない。【参考】判例の事案におけるどのような特徴が**判旨の示すルール**の前提となっているのかを論理的に明らかにし、その特徴がどのように変化すれば、ルールがどのように変化するのかを明らかにしなければならない。その上で、本問の事案においては、どのようなルールが適用されることの結果として、Gの主張に沿う結論となるものであるか、を示す必要がある。

また、判例法理の射程を問題とせずに【参考】判例の示したルールそのものを批判する場合であっても、十分な理由付けを示し、説得的な論述をしなければならない。そして、あるべきルールを明らかにし、その適用の結果も示す必要がある。

なお、Gのすべき主張について問われているのであるから、仮にDの反論が完全に適切なものであると解答者が考えたとしても、あり得べきGの主張を考察しなければならない。また、賃料債権に対して抵当権に基づく物上代位権を行使することができるか、という問題もあるが、「30万円を差し引いて支払う」というGの主張を基礎付けることが求められているのであるから、その問題自体を論じる必要はない。

試験考査委員の採点実感・抜粋

[前略]

(3) 設問3について

ア 設問3の全般的な採点実感

設問3は、まず、必要費償還請求権の成立要件について理解した上、それを事案に当てはめて結論を導く能力を問い、次に、【参考】判例を理解した上、その射程を検討し、あるいは、判例法理を的確に批判することによって、事案に応じたルールを作成し、当てはめる能力を問うものである。

前半部分については、①事案を示し、②条文を適切に提示した上、③必要費の定義を明らかにすることにより要件をきちんと明らかにした上で、④結論を導く必要がある。実際には、③が欠ける答案が見られた。また、事務管理・不当利得について論じる答案が幾つか見られたが、民法第608条第1項に明文規定があるからには、そちらを挙げるべきである。

後半部分については、単に【参考】判例と本問とでは事案が異なるから、Dの依拠する判例法理が本問には適用されないとすることどまる答案が見られた。【参考】判例の事案におけるどのような特徴が判旨の示すルールの前提となっているのかを論理的に明らかにし、その特徴がどのように変化すれば、ルールがどのように変化するかを明らかにしなければならない。そして、本問の事案においては、どのようなルールが適用され、その結果、Gの主張に沿う結論となることを示す必要がある。相殺を認めるのであれば、なぜ相殺が認められるのかを、物上代位との優劣だけでなく、相殺の要件に照らして示すことが求められる。

また、相殺のほかにも、Gに同時履行の抗弁権があること、あるいは、必要費に対応する部分につき賃料債権が発生しないことなどを論じる答案もあったが、それらには適切な評価を与えた。しかし、そのときも、同時履行の抗弁権があればどうなるのかまで、きちんと論じる必要があることは同様である。

さらに、【参考】判例の示したルールを、その射程を限定するのではなく、根本的に批判する答案もあったが、これについても適切な評価を与えた。しかし、そのときも、そうであるならばいかなるルールが適用され、本問の具体的な結論はどうなるかまで論じる必要がある。

なお、【参考】判例に従えば、Dの主張が妥当であり、Gの主張は認められない、とする答案もあったが、Gのなすべき主張について問われているのであるから、問いに答えていると評価することはできない。また、本問では、相殺の意思表示が物上代位による差押えの前であるなど、本問の事案及び【参考】判例の事案を正確に理解しない答案も一定数見られたが、適切なものと評価することはできない。賃料債権に対して抵当権に基づく物上代位権を行使することができるか、という問題もあるが、「30万円を差し引いて支払う」というGの主張を基礎付けることが求められているのであるから、その問題自体を論じる必要はない。

イ 答案の例

優秀に該当する答案の例は、民法第608条第1項にいう「貸貸人の負担に属する必要費」とは、賃借物を使用及び収益に適する状態で**保存**するために**必要**な費用をいうところ（通常の用法を基準としてこの必要性の有無を判断すべきか、当該賃貸借契約に定められた用法を基準としてこれを判断すべきかについては、両様の見解がある。）、本問で支出された費用の30万円は、台風により窓が損傷し、外気が吹き込むようになったことにより、授業に支障が生じていて、賃借物を用法に従って使用・収益するために必要なものであるから、GはBに対して30万円の必要費償還請求権を有することを指摘した上で、【参考】判例の事案における自動債権と異なり、受働債権たる賃料債権との**牽連関係が密接**であるとともに、賃料債権に抵当権の効力が及んでいることを知っていても、その**取得を思いとどまることができない性質**を有することなどを指摘し、【参考】判例の射程は及ばず、相殺の期待が重視されるべきことなどを論じ（この論理には様々なものがあり得る。）、かつ、相殺の要件を検討し、結論としてGはDが物上代位による差押えを行った後も、必要費償還請求権と賃料債務を相殺することができることを論じるものである。

[中略]

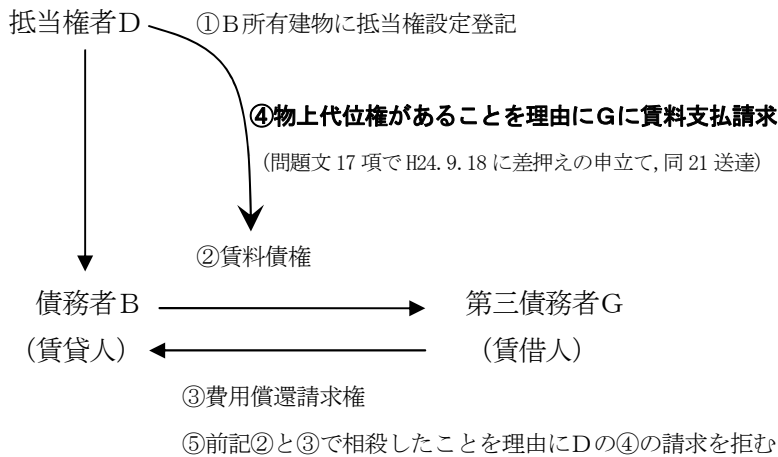
(4) 全体を通じ補足的に指摘しておくべき事項

[中略]

司法試験の出題の中でも、**特に論文式試験で出題される事項**は、画一的な思考で解決が得られるようなものではなく、あえて解答を見いだすことが困難な課題を与えるなどして受験者の法的思考能力を試そうとしているのであり、採点者は、いわば出題において提示した課題を受験者が共に悩んでくれたであろうか、というような気持ちで一枚一枚を読むものである。そのような気持ちで読み進む際に、ときに答案の中には、問われている事項の内容でなく、答案の文章表現や表面的な構成のような見栄えにばかり囚われ、あるいは、これまで考えたことのない問題での致命的な失点を恐れて無難な表現に終始し、いつまで読み進んでも本質の内容的事項の論述が見いだされないものも見られる。答案の表面的な構成の手法には、ときに流行のようなものも見られ、年によって特定の構成が多くの答案において用いられている状況が見られる。そうした流行の型のようなものに従って論述することが、そのことのみで不利になるということはないが、同時にまた気付いて欲しいことは、**そのように見栄えばかりに拘泥し、あるいは無難な表現に終始して、内容的本質に関わる論述を欠く答案は、当然のことながら高い評価は与えられるものではない**ということである。他方、**その問題の本質的な課題に正面から向き合い、限られた時間の中で思考をめぐらせて自分なりの解答を見いだした答案**については、一般に、その**内容に多少の難があつたとしても、問題の本質に踏み込まない答案よりも高い評価が与えられることになる。**

[以下略]

解答例



設問3 (配点3)

1 Gが報酬の相当額を支払うようBに対し請求できる権利について

賃借物の使用及び収益に適する状態で保存するために**必要な費用**は民法608条1項の**必要費**に当たり、これを支出した賃借人は、直ちに、賃貸人に対して、償還請求することができる。本問をみるに、大型台風の暴風のために窓が損傷して外気が吹き込む状態となった丙建物につき、GがEに対して損傷した窓の修繕を依頼してその仕事完成後に報酬として支払った30万円は、**賃借物の使用及び収益に適する状態で保存**するために**必要な費用**として608条の必要費に当たる。したがって、Gは、608条1項を根拠に、報酬相当額の30万円を支払うようBに対して請求することができる。

2 平成13年判決に依拠したDの反論に対するGの主張

(1) Gとしては、本問事案には平成13年判決の射程が及ばず、GがBに対して取得した前記費用償還請求権と賃料債権との相殺を、Dの抵当権に基づく物上代位の効力により制限することはできないと主張することが考えられる。以下、Gのこの主張に法的な理由があることを説明する。

(2) 平成13年判例の事案をみるに、抵当権者Qのために抵当権の設定登記がなされてからQが抵当権に基づく物上代位権の行使として本問賃料債権を差し押さえるまでの間に、債務者P及び第三債務者Rとの間で一度賃貸借契約を解約して、保証金の額を減額した上で改めて賃貸借契約を締結して、**自働債権**となる保証金の差額返還請求権を賃料債権との**相殺のためにわざわざ作り出している**と評価できる**特徴(特徴①)**がある。また、**判例の事案で自働債権とされた保証金の返還請求権**は、**受働債権の発生原因たる賃貸借**

契約に付随するものではあるが、これとは別個の保証金契約により発生したものであり、自働債権と受働債権の発生原因となる契約が異なっており、両債権のけん連性の程度が密接なものではないという点に特徴（特徴②）がある。

平成13年判例は、これら2つの特徴が存在する事案を前提にして、抵当権設定登記により賃料債権に物上代位の効力が及ぶことを公示している抵当権者の利益を犠牲にしてまで、その保証金の差額返還請求権を自働債権とし賃料債権を受働債権とする相殺を保護する必要がないとの配慮から、抵当権設定登記後に賃借人が貸貸人に対して取得した債権を自働債権として賃料債権との相殺を認めなかったものと考えられる。

(3) 本問の事案をみるに、Gが自働債権として主張する必要費の償還請求権は賃借物を使用及び収益するためにその支出を余儀なくされたものであるといえるので、前記判例の事案のように、自働債権を賃料債権と相殺するためにわざわざ作りだしたものではない。したがって、前記判例の特徴①がない。また、Gが自働債権として主張する必要費の償還請求権は、受働債権である賃料債権と同じ賃貸借契約から発生したものであり両債権のけん連性は強い。そのため、本問の事案では自働債権と受働債権のけん連性の程度が密接である点で前記判例の特徴②がない。以上より、本問事案には前記判例が前提とする特徴①及び②がないため、前記判例の射程は本問には及ばない。

(4) 本問の事案に前記判例の射程が及ばないとして、次に、本問で賃借人による相殺の主張が抵当権の物上代位に優先するかを検討する。自働債権である必要費の費用償還請求権と受働債権である賃料債権は、前述のように同一の賃貸借契約から生じたものとしてけん連性が強く、賃借人が賃貸目的物のために必要費の支出をした場合に本来の費用負担者である貸貸人にその償還請求をすることに対する期待は強く保護されるべきである。また、必要費の支出は抵当目的物の担保価値を維持する点で抵当権者の利益にもなるため、賃借人の相殺を認めても抵当権者を不当に不利に扱うことにはならない。

以上のことから、必要費の費用償還請求権を自働債権とし、賃料債権を受働債権とする相殺に対する期待は強く保護されるべきで、設定登記済みの抵当権者が物上代位により賃料債権を差し押さえた後であっても相殺できると考える。

(5) 以上の観点からGによる相殺が認められるとしても、実際に相殺が認められるには相殺適状（505条1項本文）の要件を満たさなければならない。本問では、GはBに対して平成24年9月9日に支出して直ちに償還請求できる30万円の必要費の償還請求権を有し、一方、BはGに対してそれと同額以上の賃料債権を有している。したがって、二人が互いに同種の目的を有する債務を負担し、自働債権の債務が弁済期にあるといえるため相殺適状の要件を満たす。したがって、Gの相殺の主張は認められる。以上がGの主張の内容とその説明である。

以上

* 追加知識

* 相殺の実体法上の要件

- ① 相殺が可能となる要件を具備している状態を相殺適状という（505 I 本文）。相殺適状が認められれば原則的に相殺が許されることになる。●
- ② 相殺は、一方当事者の意思表示により効力が発生する形成権であるため、相殺の意思表示をすることが必要となる（506 I 前段）。●
- ③ **ただし**、後述する相殺が禁止される場合に当たるときは例外的に相殺できない（505 I 但書, 509, 510, 511）。○

なお、**論文試験**で相殺の可否を検討するときは、問題文に相殺禁止に当たる事情がなければ、相殺禁止に触れる必要はない。

・ 相殺適状～相殺適状の要件①②

相殺適状が認められるためには、①二人が互いに同種の目的を有する債務を負担すること、すなわち当事者間で同種の目的の債権債務が対立していること、②自働債権が弁済期にあることが必要である（505 I 本文）。●

関連問題：司法論文 H25 設問 3（抵当権の物上代位と相殺）、H26 設問 1

- ・ 相殺適状が認められるためには、条文上は、双方の債務が弁済期にあることが要求されている。もっとも、相殺をする者は、自己が相手方に対して負う債務（受働債権）につき期限の利益を放棄できるので（136 II）、自働債権が弁済期にあれば、受働債権について期限の利益を放棄して相殺することができる。○

れっく LEC 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2017 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU17519