

(1) 占有権

この10種類の物権のうち、①の占有権のみ特殊です。占有権は、自己のためにする意思をもって物を所持しているだけで成立します。そのため、ドロボウが盗んできた物を所持している場合でも占有権は成立します。

(2) 本権

占有権以外の物権を「本権」といいます。本権とは、占有を正当にする権利です（⑤の地役権、⑧の先取特権および⑩の抵当権は、占有を伴いませんが）。本権はドロボウなどには認められず、正当に成立した権利である必要があります。

(a) オールマイティーな所有権

本権のうち、②の所有権は、物の「利用価値」と「交換価値」を把握する、最もオールマイティーな物権です。所有者が物に有している物権です。

利用価値とは、その名のとおり、使うことができるということです。

ex. みなさんは、このテキストの所有権を有していますので、このテキストを自由に使うことができます。

交換価値とは、お金に替えることができることだと考えてください。

ex. みなさんは、このテキストの所有権を有していますので、このテキストを売っ払ってお金に替えることができます。

このように、所有権は利用価値と交換価値を把握するオールマイティーな物権であるため、所有権があれば、その物を使うことも、売ることも、タダであげることも、貸すこともできます。また、捨てたり壊したりすることもできま

す。

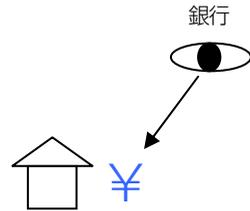
(b) 使うことのできる用益物権

用益物権である，③の地上権，④の永小作権，⑤の地役権，⑥の入会権は，物の利用価値と交換価値のうち，「利用価値」を把握する物権です。つまり，物を売っ払ったりすることはできませんが，他人の物を使うことができます。

なお，入会権は細かいので，このテキストでは扱いません。

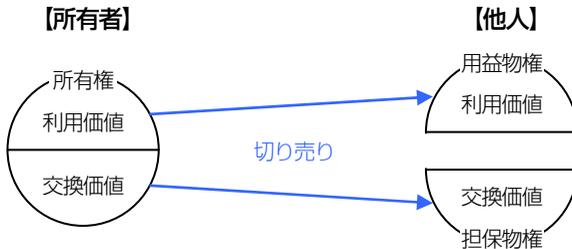
(c) 金に替えることができる担保物権

担保物権である，⑦の留置権，⑧の先取特権，⑨の質権，⑩の抵当権は，物の利用価値と交換価値のうち，「交換価値」を把握する物権です。つまり，原則として物を使うことはできませんが，他人の物を売っ払ったりすることはできます。たとえば，銀行が建物に抵当権の設定を受けた場合は，銀行にその建物は右の図のように見えているのです。銀行にとっては，その建物にシステムキッチンが付いていて使いやすいかなどはどうでもよく，銀行は「金に替えるといくらになるのか」しか考えていないのです。



「所有権」「用益物権」「担保物権」のイメージ

物の所有者が物に対して持つオールマイティーな権利が「所有権」です。所有権は「利用価値」と「交換価値」を把握しています。その「利用価値」と「交換価値」を他人に切り売りすることができます。利用価値を切り売りしてできた他人の物権が「用益物権」であり，交換価値を切り売りしてできた他人の物権が「担保物権」です。



されるので（不登法 95 条 1 項 1 号）、これも登記をみれば不動産質権が消滅していることがわかります。よって、不動産質権の抹消の登記をしなくても第三者に対抗できます。

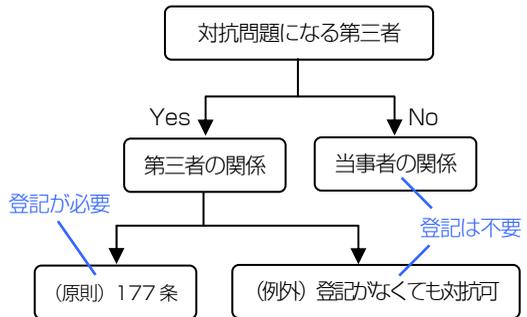
（c）第三者に対抗するために登記を要するかどうかの判断の思考過程

ここから P41（f）まで、第三者に対抗するために登記を要するかどうかを事実ごとにみていきますが、判断の思考過程は以下のとおりです。

判断の思考過程

第1段階

対抗問題になる第三者かどうかを考えます。**対抗問題にならない第三者ならば**、「当事者の関係」となり、対抗するのに**登記は不要**です。当事者の間では登記が不要なのは、P24①で説明したとおりです。



第2段階

対抗問題になる第三者の場合

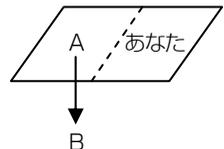
は、民法 177 条の問題となり、

原則として登記が必要です。しかし、**例外的に登記が不要となる場合があります**（P39~41（e））。

具体例 —— 持分の譲受人と他の共有者

*この具体例は、P137 までお読みになった後にお読みください。

一例を紹介します。たとえば、A とあなたが土地を共有している場合において、A がその共有持分を B に譲渡したが、その旨の持分移転の登記をしていないとき、B は、あなたに、不動産の共有持分の取得を対抗できません（最判昭 46.6.18）。



上記の「判断の思考過程」でいうと、第1段階であなたは B

にとって第三者の関係であり、第2段階で例外に該当しませんので、民法 177 条の問題となります。

これは、共有物分割の訴えを誰に対して提起すべきかが問題となった事例です。共有物分割の訴えは、共有者全員が裁判の当事者とならなければなりません。そこ

で、共有者を確定する必要があったのですが、Bが登記を得ていないと、Bが共有者であるかあなたがわからないため、Bが、共有者であることをあなたに対抗するためには、登記が必要であるとされました。

(2) 時効取得と登記

P17～18①で説明したとおり、時効取得も物権変動（原始取得）です。そこで、時効取得による物権変動を第三者に対抗するために登記が必要かが問題となります。

(a) 当事者関係

時効取得者は、原権利者に対しては、登記がなくても対抗できます（大判大7.3.2, 大判大13.3.17）。P30の「判断の思考過程」でいうと、第1段階で当事者の関係となるからです。時効取得者は、「所有者だから、原権利者に『登記をよこせ』といえる」のです（P24①で説明した論理です）。



(b) 時効完成前の第三者と時効取得者

Case

AはBに、所有している建物を売却した。その後、あなたがその建物を時効取得した。この場合、あなたはBに対して、登記がなくてもその建物の所有権を主張できるか？

①売買
A → B

②時効取得
A ↓ あなた

VS

あなた
占有開始

A所有 —————|—————|—————|—————>

B取得

あなた
時効取得

時効取得者は、原権利者から時効完成前に目的不動産を取得した者に対しても、登記がなくてもその取得を対抗できます（最判昭41.11.22）。よって、上記Caseにおいて、あなたはBに登記なく所有権を主張できます。

Bは、あなたの時効取得時の所有者ですので、BとあなたはP30の「判断の

④土地・建物の所有者が抵当権の実行により異にするに至ったこと

土地・建物の所有者が別人にならなければ、土地利用権（法定地上権）は必要ありません。

この①～④の要件をもう少し細かく下記（1）からみていきますが、その前に以下の点を押さえると、法定地上権が成立するかどうかの判断がグッと楽になります。

それぞれの思惑

・建物の抵当権者・建物の買受人 → 法定地上権の**成立を望みます**

建物の抵当権者からすると、法定地上権が成立すれば、建物が高く売れるので嬉しいのです。建物の買受人も、土地を利用できるので嬉しいのです。

・土地の抵当権者・土地の買受人 → 法定地上権の**成立を望みません**

土地の抵当権者からすると、法定地上権が成立すれば、土地が安くしか売れないので悲しいです。土地の買受人も、土地を利用できないので悲しいです。

Point

I **法律上当然に**成立するかしらないかが決まります。

“法定”地上権であるため、当事者の特約の有無などは関係なく決まります。

II **登記は関係なく**、実体がどうなっているかが問題となります。

III 抵当権者が2人いる場合は、**先に設定された抵当権の抵当権者の利益を優先**します。

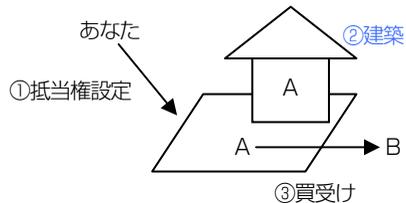
先に設定された抵当権が、後に設定された抵当権によって不利益を受けるのはおかしいからです。

(1) 抵当権設定当時、土地上に建物が存在すること（要件①）

(a) 更地に抵当権設定後、建物を建てた場合

Case

Aは、所有している土地にあなたのために抵当権を設定した後、土地上に建物を建てた。その後、あなたが競売を申し立てBが買受人となった場合、法定地上権は成立するか？



上記 Case の場合、法定地上権は成立しません（大判大4.7.1）。

「抵当権設定当時、土地上に建物が存在すること」という要件①を充たしません。抵当権設定当時には建物が存在しなかったため、抵当権者であるあなたは更地（価値の高い土地）として担保価値を評価し融資をしています。

※更地に抵当権を設定するに際して土地の抵当権者の建物建築の承認があった場合

たとえば、上記 Case において、更地にあなたの抵当権が設定されたが、抵当権設定時に「後日、建物を建てていいよ」とあなたが承認していた場合でも、法定地上権は成立しません（最判昭47.11.2，最判昭36.2.10）。

P252 の Point I にありますとおり、法律上当然に成立するかしないかが決まるので、建物建築の承認があってもそれは関係ありません。

(b) 抵当権が2つある場合

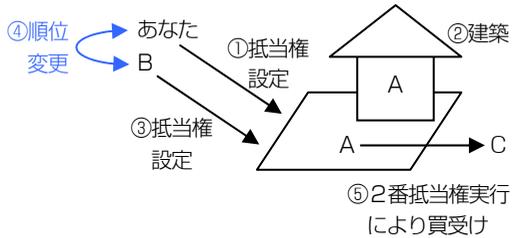
Case	
<p>Aは、所有している土地にあなたのために1番抵当権を設定した後、その土地上に建物を建て、さらに、Bのために2番抵当権を設定した。その後、2番抵当権者Bが競売を申し立て、Cが買受人となった場合、法定地上権は成立するか？</p>	<p>① 1番抵当権設定 ② 2番抵当権設定 ③ 2番抵当権実行により買受け</p>

上記 Case の場合、Bの2番抵当権設定時には建物があり、その時点では「抵当権設定当時、土地上に建物が存在すること」という要件①を充たしますが、法定地上権は成立しません（大判昭11.12.15）。1番抵当権設定時には、「抵当権設定当時、土地上に建物が存在すること」という要件①を充たしておらず、1番抵当権設定時を基準として法定地上権が成立するかを考えるのです。

P252 の Point III にありますとおり、抵当権者が2人いる場合は、先に設定された抵当権の抵当権者の利益を優先します。後に設定されたBの抵当権によってあなたが不利益を受けるのはおかしいからです。あなたは土地の抵当権者ですので、法定地上権の成立を望みません（P252の「それぞれの思惑」）。

※順位変更がされた場合

上記 Case を少し変えて、B の抵当権設定の後、B の抵当権実行の前に、あなたの1番抵当権とBの2番抵当権の順位変更がされていた場合はどうなるでしょうか。「順位変更」とは、抵当権者同士が合意しその登記をすることによって、抵当権の順位を変更することです（民法374条）。複数の金融機関の抵当権が設定されている場合に、金融機関同士で話し合いが付き、順位の変更がされることがあります。



この場合でも、法定地上権は成立しません（最判平4.4.7）。

たしかに、Bの抵当権が先順位となりました。しかし、順位変更がされても、あなたが抵当権を設定したときに建物がなかった（＝あなたは更地として評価していた）ということが変わるわけではないからです。

また、P252のPointⅢで「先に設定された抵当権の抵当権者の利益を優先します」と記載しました。順位変更がされても、“先に設定された”抵当権があなたの抵当権であることに変わりはありません。

（c）建物の再築

*この（c）の再築は例外的なハナシであり、内容も少し難しいので、P267（法定地上権の最後）までお読みください。

i 原則

建物の再築がされた場合にも法定地上権が成立するか問題になった、以下の事案があります。

Case

以下の場合、法定地上権は成立するか？

1. Aが所有する土地およびその土地上の建物にあなたの共同抵当権(P287¹)が設定された。
2. その後、Aは、その建物を取り壊し、別の建物を建築した(*)。
*建物に設定されていた抵当権の効力は、その建物を取り壊され、建物が新築された場合には、新築後の建物には及びません。物権は、目的物が滅失すれば消滅するので(P64の1.)、その建物を取り壊された時点で抵当権は消滅するからです。
3. その後、あなたがその土地の競売を申し立て、Bが買受人となった。

The diagram consists of three stages connected by downward arrows. Stage 1 shows a house on a plot of land labeled 'A'. An arrow points to the house with the label '1. あなた' and another arrow points to the land with the label '共同抵当権設定'. Stage 2 shows the original house demolished and a new building on land 'A'. An arrow points to the new building with the label '2. あなた' and a blue 'X' is drawn over it. Above the new building is the text '取壊し&再築'. Stage 3 shows the new building on land 'A' being sold to a buyer 'B'. An arrow points to the land with the label '3. あなた' and another arrow points from the land to 'B' with the label '買受け'.

上記 Case の何が問題かという点、P251～252 の成立要件の4つはすべて満たしているのです。

要件①～③：上記 Case の1.の抵当権設定時点で、「土地上に建物が存在し」(要件①)、「土地と建物が同一人所有であり」(要件②)、「土地・建物の一方または双方に抵当権が設定された」(要件③)

要件④：上記 Case の3.の競売により、「土地・建物の所有者が抵当権の実行により異にするに至った」(要件④)

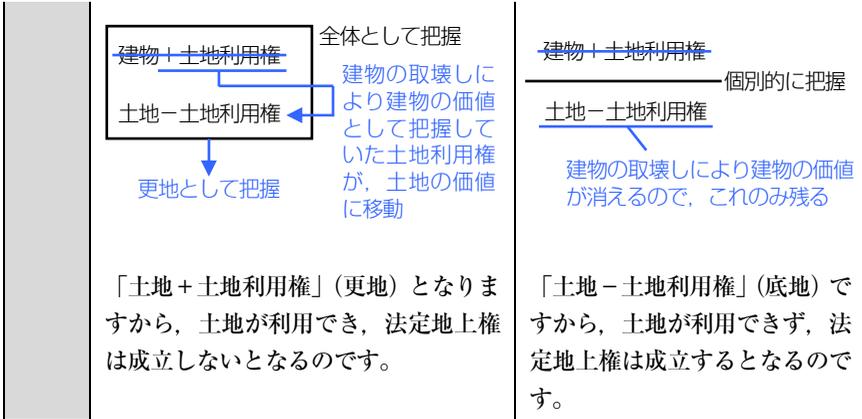
しかし、法定地上権が成立してしまうと、あなたはたまったものではありません。上記 Case の2.の建物の再築により、あなたの建物に対する抵当権は消滅しています。よって、競売し配当を受けることができるのは土地のみであり、法定地上権が成立すれば、土地は底地(価値の低い土地)としてしか売れないのです。本来は、

土地と建物を競売し配当を受けられたのに、土地のみしか競売できず、しかも、底地としてしか売れなくなってしまいます。

そこで、判例は以下のように考え（以下の表の左）、法定地上権の成立を否定しました。成立要件4つを充たすにもかかわらず法定地上権が成立しない、例外です。

なお、成立要件4つを充たしているので、法定地上権は成立するとする学説（以下の表の右）もあります。

	全体価値考慮説（最判平9.2.14）	個別価値考慮説
ダレの味方か	上記 Case のあなた ↑ ↓ 上記 Case の A	上記 Case の A ↑ ↓ 上記 Case のあなた
結論	法定地上権は成立しません。	法定地上権は成立します。
理論		
	<p>抵当権は目的物の交換価値を把握している物権です（P212②）。土地と建物に共同抵当権が設定された場合、建物については「建物+土地利用権」を把握しています。「+土地利用権」とは、土地を利用できる価値も把握しているということです。土地については「土地-土地利用権」を把握しています。「-土地利用権」とは、土地を利用できない価値（底地）しか把握していないということです。</p> <p>この説は、上記の「建物+土地利用権」と「土地-土地利用権」を別々にではなく、全体として把握していると考えます。よって、建物の取壊しにより建物の抵当権が消滅した場合、「建物+土地利用権」の「+土地利用権」が土地のほうに移動し、土地について、更地としての価値を把握すると考えるのです。</p>	<p>この説は、上記の「建物+土地利用権」と「土地-土地利用権」を個別的に把握していると考えます。よって、建物の取壊しにより建物の抵当権が消滅した場合、「建物+土地利用権」は消え、「土地-土地利用権」、つまり、底地としての価値しか把握していないと考えるのです。</p>



全体価値考慮説は、建物の取壊しにより「土地利用権」が土地の価値に移動するといっていますが、まあ屁理屈のようですね。土地と建物は別物なわけですから、建物が取り壊されたら土地の価値である「土地-土地利用権」しか残らないとしている個別価値考慮説のほうが筋が通っています。

しかし、土地と建物を担保に取っていた抵当権者が土地を底地としてしか競売できないというのはあまりに不公平だということで、判例が無理矢理に「全体価値を把握」「土地利用権が土地の価値に移動する」という、いわば屁理屈を持ちだしたのです。そこまでして抵当権者を勝たせたかったということです。

ii 例外

再築の場合でも、法定地上権が例外的に成立する場合があります。

それは、新建物の所有者が土地の所有者と同一で、かつ、土地の抵当権者が新建物について土地の抵当権と同順位共同抵当権の設定を受けたなどの特段の事情がある場合です(最判平9.2.14)。仮に上記iのCaseにおいて、あなたが新建物に土地の抵当権と同順位共同抵当権の設定を受けていれば、法定地上権は成立します。

この場合、あなたは、従来の状況が回復されたといえるからです。

※法律上優先する債権が存在する場合でも「特段の事情がある」といえるか？

新建物の所有者が土地の所有者と同一で、かつ、土地の抵当権者が新建物について土地の抵当権と同順位共同抵当権の設定を受けた場合であっても、新建物に設定された抵当権の被担保債権に法律上優先する債権が存在するときは、「特段の事情がある場合」には当たらず、法定地上権は成立しません(最判平9.6.5)。この事