

2018年度民法総合演習（HA/HB）最終到達度検証試験

第2問の出題趣旨と解答例

2018/07/20

松岡 久和

【出題趣旨】

不動産譲渡担保の回に取り上げた問題を1時間の試験時間に合わせて精選し、依頼者と弁護士の会話形式に再編したものである。形式を変えたのみで問うている内容は比較的易しいのでしっかり答えていただきたい。

問い1は、売買契約および再売買特約の形式を採っているが、その実態から見れば、Aが経営する会社Cのために物上保証人として不動産譲渡担保契約を結んだものと認定できる、ということを書いていただきたい。これは、最判平成18年2月7日民集60巻2号480頁<LEX/DB 28110352>（教材の参考判例③）による。起案例のように不動産譲渡担保の法的性質について論及してもよいが（加算点とする）、譲渡担保契約であることの認定は、その前提としても欠かせない。

問い2は、譲渡担保設定者の側から担保権の実行を求めて清算金を請求できるか、という問題であり、最判平成8年11月22日民集50巻10号2702頁<LEX/DB 28011563>が参考になる。問い2は、内容が少々軽いので10点の配点はボーナスのつもりである。弁護士が依頼者に説明する文章なので、丁寧なですます調で、あまり専門用語を多用せず書く程度の配慮もほしい。なお、講義では、譲渡担保設定者が破産した場合には、破産管財人に私的実行を促す権利があること（破産法185条）にも言及したが、Aさんは破産しておらず、顧客の前で破産の場合を説明する必要はない（そんな嫌な話はするなと怒られてしまう）。

問い3は、直前の会話における弁護士の質問をヒントにして、判例によれば、Bの処分時期次第で、法律関係が異なることを分けて説明していただきたい。弁済期到来後の処分では、Aの受戻権（取戻権）が確定的に失われる（最判平成6年2月22日民集48巻2号414頁<LEX/DB 27817982>。教材の必読判例）。他方、弁済期到来前の処分では、受戻権は失われないが、受戻権を行使して甲を受戻しても、対抗問題となり（大判大正9年9月25日民録26輯1389頁<LEX/DB 27820847>）、Dが背信的悪意者の場合のみ対抗可能と解されること（本問では、教科書の設例と異なり、Dの背信的悪意者性を基礎づける事実が、ほとんどない設定としている）を論じる必要がある。最後に、受戻権が失われても、清算金債権を被担保債権とする留置権の主張が可能であること（最判平成9年4月11日裁時1193号1頁<LEX/DB 28020810>）を述べるべきである。受戻権が失われない場合の留置権の成否については、肯定・否定両説がありうるが、いずれに立つとしても、二重譲渡の第一譲受人について否定した判例（最判昭和43年11月21日民集22巻12号2765頁<LEX/DB 27000886>）を意識する必要がある。

これだけのことを丁寧に書けば、時間的にも分量的にも一杯だと思う。そもそも、問い1を除けば、弁護士が依頼人に訴訟になった場合の事件の帰趨の予測を説明するという設定になっているため、判例を基礎として丁寧に説明すれば足り、学説については必要な範囲で言及すればよい。結論に影響を及ぼさない学説上の争いについて詳しく論じて、本問においては、せいぜい理解の深さをアピールする点で、若干の加点や印象点の上昇になるだけである。

【起案例】

問い1

本件のA B間の契約は、契約書では売買契約となっていて、その第4項に買戻しの特約が設けられているが、買戻しの登記はされておらず（会話で確認）、第6項の反対解釈として、期限以後にBまたはBから甲土地の処分を受けた者の請求があるまでは、売主が引き続き甲土地を駐車場として占有・利用できるものとなっている。また代金は第2項でAが代表取締役をつとめるC株式会社にBから直接に振り込まれることになっている。4か月後に支払うべき金額は第4項で821万円および登記費用となっており、第5項で、期限を過ぎればBは甲の売却処分ができる。こうした諸事情を総合すれば、BがCに対して、元本800万円を4か月間、年利約8%で貸付け、その利息付の貸付金債権を担保するため、物上保証人としてA所有の甲土地の所有権をBに移転した不動産譲渡担保契約であると認定することができる。

譲渡担保の法的構成については争いがあるが、判例は、担保の目的による拘束を次第に強化しつつも、基本的には約定通り、所有権が債権者に移転し、被担保債権の弁済により、設定者に所有権が復帰すると構成する。B名義の登記は、無効ではなく、対外的にはBが所有者と扱われる。Aは、被担保債権を弁済して甲を取り戻す受戻権を有し、一定の場合には、それが物権的な権利として保護される。

問い2

最高裁判所の判例によると、設定者が受戻権を放棄しても清算金支払請求権を発生させることはできない、とされています。受戻権と清算金支払請求権は別個の権利であり、もしこのような形での清算金支払請求権の発生を認めると、譲渡担保権者が担保権実行時期を決定する自由が制約されて相当でない、という理由です。要するに譲渡担保権をいつ実行するかは権利者Bの判断に委ねられているので、設定者であるAさんの方から、譲渡担保を実行して清算金を払ってくれ、ということはいけません。

問い3

- (1) あなたが甲土地を取り戻すのは、残念ですが、かなり難しいと思います。
- (a) Bが甲を処分したのが8月に入ってからだった場合には、合意によって延期されて

いた弁済期を過ぎた後の担保権の実行としての処分なので、その処分は完全に適法で有効です。甲を受け戻すあなたの権利は、この処分によって消滅してしまいますので、甲は完全にDのものになっています。あなたが甲を取り戻すことはできません。

(b) Bが甲を処分したのが7月中だとしますと、弁済期を7月末まで延期したはずなので、Bの処分は、あなたに対する約束違反です。それゆえ、あなたが821万円を提供して甲を受け戻すことは、まだ可能です。しかし、Bは所有権者として甲をDに処分しているので、BからDに甲の所有権が移ります。仮にあなたが受戻権を行使して甲の所有権を取り戻したとしても、あなたとDの関係は、Bが同じ不動産を二重に処分した場合と同じように、先に移転登記をした方が勝つというのが原則です(177条)。あなたはDに負けてしまう、ということです。

例外もありますが、そのためには、あなたに登記がないことをDが主張するのは信義誠実の原則に反するという特別な事情が必要です(背信的悪意者排除という考え方です)。Dがあなたに受戻権があることを知りながら、それを妨害し、または不当な利益を得る目的でBから甲を買い受けた、というような事実が必要なのです。詳しく調べてみないと断言はできませんが、お話しをうかがった範囲では、Dが背信的悪意者に当たることを裏付ける事実はなさそうですので、この例外を主張して争うのも難しいと思います。

(2) 清算金を支払ってくれるまで甲を明け渡さないことはできる可能性が高いです。

(a) Bが甲を処分したのが8月に入ってからだった場合、時価相当の価額で処分されているとすると、その代金額から821万円を差し引いた残りを清算金として、Bはあなたに支払わなければなりません。あなたは、留置権という権利(民法295条)に基づいて、清算金が支払われるまでは甲を明け渡さないと主張することができます。あなたとD富野間には担保契約はないので、あなたはDに清算金を支払えとは言えませんが、留置権はDに対しても主張することができる権利なので、Bが清算金を支払ってくれるまではDからの明渡請求も拒むことができるのです。

(b) Bが甲を処分したのが7月中だとしますと、あなたは、Bに対して約束違反の損害賠償の請求をすることができます。その額は、清算金の額より大きくなるでしょう。ただし、最高裁判所は、この損害賠償が支払われるまで甲を明け渡さないという主張はできないとしています。あなたが留置権を主張できるのは、せいぜい清算金額が限度になると思われま