

## 2009年度後期民法第二部試験問題解説

2010年1月29日

# I

### 問(1)

Xは、Yに対して、所有権に基づき、無断使用をやめるよう、**妨害排除請求**をすることができる。

その理由は、Xが乙の所有権を取得していて、Yが所有権者Xとの間で乙を占有使用する権原を持たないからである。すなわち、XはAとの契約により乙の所有権を取得している。土地は登記によってその範囲が画されるのが原則であるが、**土地の一部について売買する契約も有効**であると解されている。また、判例の立場によっても反対説の立場に立っても、すでに代金を支払い、目的物の引渡しを受けているXは、登記を備えていなくてもすでに乙の所有権を取得している(民法176条。**意思主義**)。たしかにXは、乙の所有権移転登記を備えていないが、対抗要件としての登記は取引関係に立つ者に物権変動や現在の物権の所在を公示して不測の損害を与えないための制度であるから、契約当事者やその一般承継人および**登記の欠缺を主張する正当の利益**を有しない者に対して権利主張するためには、登記を要しない。Yは、Xに無断で乙を占有利用している**不法占拠者**であり、**民法177条の第三者には当たらない**ため、Xは登記なくしてYに所有権に基づく権利主張ができる。

問(2) この場合のXとZの法律関係がどうなるか説明しなさい(30点)。

判例・通説によれば、Zが背信的悪意者でない限り、先に登記を取得したZがXに対して甲全体の所有権の取得を主張することができる。Zが背信的悪意者であれば、Xは乙について(のみ)登記なくして所有権取得をZに主張することができる。

まず、甲から乙を除いた部分については、XからZへの権利移転のみが存在し、Xは何らの権利も持っていないので、登記を備えたZは、だれに対してもその所有権を主張することができる。

問題は、乙部分で、AからX、AからYに二重譲渡されている。このような場合、XとYは、同一の土地の所有権の帰属を争う者同士であり、民法177条が規律する典型的な場面である。それゆえ、原則として、先に登記を備えたZがXに勝つ。

しかし、判例・通説は、さらに民法177条の例外則として、物権変動があったことを知っている第三者が登記の欠缺を主張することが信義則に反し許されない、いわゆる**背信的悪意者**に当たる場合には、その者に対して登記がなくても物権変動を主張することができるとしている。第三者の善意・悪意を問題にすると177条での決着が覆されて権利関係が不安定になるから善意・悪意は原則として問題にすべきではないが、どちらが先に登記を備えるかという自由競争の枠を超えて権利取得態様が社会的に許されない者にまで登記の恩恵を認める必要はないから、背信的悪意者は例外的に第三者から除かれる、というのである。

本問でZはすでにXへの所有権移転が生じていることを知っているから悪意ではあるが、背信性を基礎づける特段の事情が存在しない限り、背信的悪意者とはいえないだろう。

(ここから先は書かなくてもかまわない) もっとも、近時は、こうした見解に批判的で、第三者を善意(あるいは善意無過失)者に限るとい学説も有力に主張されている。それによれば、XがZに勝つ可能性が高い。

**II** 教科書の事項索引から探し出す本文での説明、『有斐閣法律用語辞典』、『有斐閣法律学小辞典』などで確認して欲しい。

### (1) 公示の原則と公信の原則

物権変動は外部から認識できる公示をしなければ完全な効力を生じないとする原則が公示の原則で、民法では不動産につき **177 条**、動産につき **178 条**がこのことを定めている。これに対して、公信の原則とは、**物権帰属の公示を信頼して取引をした者は、譲渡人が実際には権利を有していなかったとしても物権を取得できる**とするもので、動産については **192 条**の即時取得が公信の原則を示しているが、不動産の登記には公信力が認められず、公信の原則は採用されていない。(以下は書かなくても良い) この不備を補うため判例では、**94 条 2 項類推適用論**が発達したが、これも一種の公信の原則といいうる。

### (2) 中間省略登記

たとえば、YからA、AからXに所有権が移転した場合に、YからXに直接に移転登記をするなど、**中間の権利変動の登記を飛ばした登記**のことを中間省略登記という。主として、登録免許税や不動産取得税を節約する目的で行われる。権利変動の過程を忠実に反映するという登記制度の理想からすると、中間省略登記には問題があるが、すでに行われた中間省略登記を無効とすると、上記の例では登記名義人Xからの転得者の利益を害する。そこで判例は、Xへの物権帰属という**現状が登記の公示と一致している限り、登記は有効**であり、正当な利益を有するAのみが抹消請求できるとする。学説には確定有効説もある。他方、**中間省略登記の請求は、X A Yの三者が合意したときのみ例外的に可能**であり、しかも、それが明示された判決による登記以外では、登記所は中間省略登記の申請を受理しない。

### (3) 抵当権に基づく賃料債権への物上代位

抵当権は占有を内容としない**非占有担保権・価値権**である(369 条)から、抵当権設定者が抵当目的物を賃貸した場合の賃料債権に対して、抵当権者が物上代位をできるかどうか問題とされた。古くは否定説や旧 371 条で抵当権の実行までは抵当権の効力は果実不及ばないとした旧 371 条と同じような制限的な扱いをするべきだとの説も有力であったが、判例は、372 条で 305 条を準用する際、同じ非占有担保である先取特権と異なる扱いをする理由はない、などとしてこれを大幅に認めた(**無条件肯定説**)。その後も批判はあったが、2003 年の担保・執行法改正は、371 条を改正して、**債務不履行時以降は、法定果実を含む果実に抵当権の効力が及ぶ**ことを明記し、**不動産収益執行制度を導入**するととも

に、賃料債権への物上代位を民法上も肯定することを明らかにした。(そもそも物上代位とは何かとか、賃料債権に対する物上代位への批判、債権譲渡との競合、相殺との優劣、転賃料債権への物上代位の可否など派生する問題、あるいは物上代位の性質や手続などについて論じても良い)。

#### (4) 根抵当権の特徴とそれが抵当権とは別に必要となった理由

根抵当権とは、一定の範囲に属する**不特定の債権を極度額**の限度において担保する抵当権の一種である(398条の2第1項)。普通抵当権の場合、担保物権の一般的な性質から、被担保債権に付従し、被担保債権が成立しなければ抵当権も成立せず、被担保債権が消滅すれば抵当権も自動的に消滅する。しかし、当事者間に継続的な取引関係がある場合など、債権が発生・消滅を繰り返す場合に、その度ごとに抵当権の設定登記や変更登記を行うのが面倒で実用的でない。根抵当権は、**付従性を緩和**して、こうした一定範囲の債権を、優先弁済の上限である極度額の範囲で担保し、設定当初に被担保債権が存在しなくても成立し、**元本確定前**は、被担保債権が消滅したり移転しても消滅したり随伴しないという特殊の抵当権である。根抵当権は、実務上古くから必要とされ、慣習法上の物権として判例により是認されたが、より詳細な規律を行うため、1971年に民法の一部を改正して21条が第4節として追加された。

#### (5) 非典型担保とその特色

非典型担保とは、民法に規定されていないが、担保としての機能を果たす慣習法上発達した担保物権であり、具体的には、**仮登記担保、譲渡担保、所有権留保**がある。仮登記担保については、後に仮登記担保契約に関する法律により詳細な規律が設けられた。その特色は、民法上の担保物権が制限物権という形式をとり、詳細な実行手続や清算を定めているのに対して、所有権その他の権利そのものを担保のために移転することを約したり、先に移転したり、逆に被担保債権の弁済まで移転しないという**権利移転・不移転の形式**をとり、その実行は公的な競売手続によらない(**私的実行**)。かつては、法形式を重視した規律により清算義務が認められなかったが、判例および立法は、非典型担保にも清算義務を課すようになったため、その権利移転効は優先弁済効に近づいている。