

## 2009年度後期民法第2部試験問題解説

2010年2月12日

松岡 久和

I 基礎的な専門用語を正確に理解しているかを問うています。5の「間接占有」には、「対抗要件」「占有（権）」などは入りません。

- |             |         |        |       |        |
|-------------|---------|--------|-------|--------|
| 1 明認方法      | 2 一物一権  | 3 分筆   | 4 集合物 | 5 間接占有 |
| 6 指図による占有移転 | 7 付従性   | 8 代価弁済 |       |        |
| 9 抵当権消滅請求   | 10 負担割付 |        |       |        |

II 基本的な概念を正確に理解しているかを問うています。手書きでも文字を詰めると10行で以下の例くらいは書けますが、もう少し簡略でもかまいません。

(1) 意思主義とは、物権変動が変動の当事者の意思のみによって生じ、効力要件主義のように登記や引渡しなど公示方法や外形的行為を必要としない、とする法律制度であり、民法176条がこの主義を採っている。もっとも、第三者に不測の損害を与えないため、一定の第三者に対しては、登記や引渡しなどが備わらないと物権変動を主張できないとする第2のルールが用いられている（民法177条・178条）。第三者に対する効力主張の要件を対抗要件と言い、この第2のルールを対抗要件主義という。

意思主義・対抗要件主義には、転売などの迅速な取引に資するほか、公法的な手続を経なくても当事者の意思のみを根拠に私法上の権利変動を生じる点で、私的自治を重視する近代法の思想的意義にも合致することなどの利点がある。他方、それは、当事者間と対第三者で異なるきわめて複雑な法律関係を生じ、ルールの具体的適用が難解になる問題点がある。

(2) 共有は、共同で購入した物や共同相続の場合に生じ、民法が共同所有の典型として詳しい規定を置いているものである。民法は、共有を暫定的なものとみていて、共有者は、原則として分割請求により単独所有に移行することができるほか、処分を行える持分権を有している。合有は、組合契約により出資した組合財産についての組合員の共同所有形態に見られるように、各人が持分権を有しているものの、組合契約における事業の継続という目的によって拘束されるため、持分権の処分は自由ではないし、分割請求は否定され、組合からの脱退に伴う持分の払戻しが請求できるにすぎない。総有は、入会権や権利能力のない社団の場合に団体構成員が団体財産に対して有する権利に見られるように、実質は団体所有であり、構成員は一定の使用・収益権能を持つにすぎない。それゆえ、持分権は潜在的にも存在せず、分割請求もできない、とされている。

(3) 抵当権の実行の直前や実行に入った後に抵当目的物が不法占有されていれば、それによる価格減少行為を要件として、抵当権者は、民事執行法上の保全処分を申し立て、不法占有者の立退きや執行官保管を求めることができる（民執55条、187条）。

実体法上、非占有担保権・価値権である抵当権に基づいて不法占有の排除を求めることについては、かつて否定する判例があった。しかし、最高裁は、判例を変更し、競売

にかけても売れないとか被担保債権を回収できない価格でしか売れないという事実があれば抵当権の侵害があり、抵当権者は、抵当権自体に基づいて、あるいは、抵当権設定者に対する侵害是正請求権または担保価値維持請求権を被保全権利とする（民法423条の法意による）代位請求によって、妨害の排除ができることを認めた。設定者に抵当不動産の適切な管理が期待できない場合には、抵当権者への明渡請求も認められる。

(4) 抵当権目的土地とその地上建物が同一所有者に属する場合には、自己所有の土地について予め自らを権利者とする利用権を設定することは、混同原則との関係でできない（自己借地権の否定）。また、土地への抵当権設定登記後に土地と建物が別所有者になった場合、その時点で土地利用権を設定しても、利用権は、抵当権に対抗できず、その実行により消滅する。利用可能な建物を取り壊すという社会的な無駄を避け、建物所有者＝土地利用権を保護するため、法によって地上権が成立するとするのが法定地上権の制度（388条）である。抵当権設定時に建物建築が予定されていた場合、抵当権設定時に土地・建物が同一の所有者でなくその後同一の所有者となった場合、土地・建物が別人に帰属するとはいえ夫婦や親子など同居の家族関係にある場合などに法定地上権の成否が争われているが、判例はいずれも、388条の要件を充たさないとして否定している。

(5) 動産を目的とする約定典型担保は質権しかなく、代金後払いで買主に先に目的物を引き渡す場合に適切な約定担保物権は存在しない。また、こうした売主には、動産売買先取特権という法定担保物権があるが、第三者への引渡しで容易に消滅する（民法333条。もっとも転売代金債権への物上代位権の行使は可能）、実行が難しい、公的競売ではきわめて安くしか売れず、代金債権が回収できないなどの難点がある。所有権留保は、こうした難点を回避し、所有物の引揚げという私的実行によって代金債権を回収するものである。

所有権留保は、所有権によって債権を担保する非典型担保として譲渡担保との共通点を有する。他方で、売買契約における所有権移転時期の特約という構成を採るため独自の担保合意は存在せず、対抗要件も不要とされている。また、売買目的物と被担保債権が価値的に均衡しており、譲渡担保の場合のような過剰担保や清算の問題は生じにくい。

Ⅲ 問(1)は対抗問題とは何かという理解を問う。問(2)の取得時効と登記（およびその場合における背信的悪意者排除）の問題に目を奪われないで判断できることを期待している。

(1)  $\alpha$ が甲地に含まれる場合、 $\alpha$ について所有権を有するのはXだけである。たしかに、乙地を購入したYや、丙地を買い受けたZは、Bとの契約で $\alpha$ が乙地と丙地に一部ずつ含まれると過失なく信じていたかもしれない。しかし、不動産登記に公信力はなく、設例からは94条2項類推適用を基礎づけるXの帰責性は見いだせないため、YやZが $\alpha$ について所有権を取得することはできない。そうだとすれば、YやZは、Xとの関係で $\alpha$ についてまったくの無権利者であって、Xの登記の欠缺を主張する正当な利益を有しない。本問は、177条によって登記が必要な物権変動の問題ではないことになる。

それゆえ、Xは、甲地の所有権取得について未登記であっても、YやZに $\alpha$ を含む甲地の所有権取得を主張することができ、YやZがXの松茸採取を妨害すれば、所有権に基づく妨害排除や妨害予防を求めることができる。

(2)  $\alpha$ が甲地に含まれない場合、(1)とは逆に、Xは無権利者であって、登記名義人で本来の所有者であったBから $\alpha$ を含む乙地・丙地の所有権を承継取得したYやZに対して、 $\alpha$ の所有権を主張できないはずである。しかしながら、Xは、10年の短期取得時効(162条2項)の要件を充たしている可能性がある。そうだとすると、Xは $\alpha$ の所有権を取得していることになるが、これとBからの譲受人YやZとの関係が問題となる。

判例は、時効完成の前後で問題の処理を分ける。すなわち、①時効完成当時の所有者は、取得時効によって所有権を失う・いわば時効取得という物権変動の当事者であるから、時効取得者は登記なくして、これらの者に時効による権利取得を対抗できる。これに対して、②時効取得者と時効完成後に登記名義人と取引した者との関係は、民法177条によって規律される対抗問題であり、時効取得者や時効取得につき登記を備えないと、時効取得をこうした第三者に対抗できない。ただし、第三者が背信的悪意者に当たる場合は、時効取得者が登記なくして時効取得を対抗できるとの例外も認めている。これに加えて、背信的悪意者の判断に関して、長年にわたる占有の事実を知っていれば、取得時効の要件が備わっていることを正確に知らなくても、悪意である、と解している。さらに、③①と②の区別を堅持し、取得時効の起算点は、現実に占有を開始した時点であり、起算点を任意に選択したり、現在から事項に必要な期間を遡って起算点を定めることはできない、ともされている。

※こうした判例法理に対しては、様々な批判があるが、問題文は「裁判になればどうなるか」をたずねているため、判例法理に沿って解答すれば必要十分である。もっとも、判例に対する批判や学説状況を書くことは、内容次第で、加点要素として考慮することがあります。

上記の判例法理に基づいて本件を考えると、Xの占有開始時点は2000年1月末であるから、10年の短期取得時効完成時は2010年1月末と考えられ、その時点では、乙地についてはY、丙地についてはBが、時効取得によって権利を失う者である。すなわち、Yは時効完成前に登場した第三者、Zは時効完成後に登場した第三者であると考えられる。

そうだとすると、①の準則に基づき、Xは、 $\alpha$ の時効取得を登記なくしてYやBには対抗できる。この場合、YがXの占有状態等の事情を知らないことは、結論を左右しない。他方、②の準則に基づき、Xは、Zが背信的悪意者であることを主張・立証できない限り、登記がない以上、丙地に含まれる $\alpha$ の一部については、時効取得をZに対抗できない。

Zは、近隣に在住し「Xさんの松茸」のことやBX間の紛争を知っていたことから、丙地に含まれる $\alpha$ につき、Xが何らかの権利を有している可能性があることを知っていた可能性がある。それゆえ、上記定式からするとXは、悪意者と言えなくもない。しかし、他方で「Bに同情し、Bの言い分が正しいと思って丙地を買い受けた」ことが事実であれば、Xの時効取得につき善意であるという評価も成り立ちうるし、少なくとも他にZに背信性があるとの評価を基礎づける事実がなければ、Zを背信的悪意者とする主張は認めにくいのではないかと思われる。

※Zが背信的悪意者であるかどうかという評価は、問題文からは判断しにくいと思われます。それゆえ、結論を留保した慎重な判断が最も良いとは思いますが、肝心なことは結論はいずれであっても、背信的悪意者の成否が問題になることを検討していることです。