

第6回 所有権(5)：所有権の取得

2010/10/18

松岡 久和

【序論】（137-141, 108-109, E28-32）

1 承継取得と原始取得

- 承継取得：前の所有者（前主）の所有権を（抵当権や地上権など制限物権の負担があればその負担付で）そのまま引き継ぐもの **例** 売買・贈与、相続
- 原始取得：新しく所有権が発生する。以前に別の所有者がいても、その所有権に対する負担は引き継がれない。
- 例** 漁業権・鉱業権などの行使、取得時効、無主物先占・添付等

2 無主物先占・遺失物拾得・埋蔵物発見など

- (1) 無主物先占（239条）；動産のみ。無主不動産は国庫帰属。※ゴルフ場のロストボール
- (2) 遺失物拾得（240条・遺失物法）：届出→公告→返還／収得者取得／都道府県帰属
- (3) 家畜外の動物の取得（195条）：家畜外の動物に限る。逃げた家畜は遺失物。
- (4) 埋蔵物発見（241条・遺失物法、文化財保護法63条－埋蔵文化財）

3 添付（付合・混和・加工の総称）

・契約による所有者決定 **例** 生地を提供した背広の仕立て）の優先→民法規定の意義小

(1) 不動産付合（242条）

- ・原則：不動産がくっついた動産の所有権を吸収。建物は土地に付合しない。
- ・例外：不動産利用権者が付合させた物は独立性がある限り、その者の所有にとどまる（判例・通説。ただし対抗要件が必要だとするのが多数説。判例は分かれる）。

判例 土地賃借人所有の建物の屋上に建物賃借人が行った増築部分には独立性がなく、建物と付合したため、土地賃借権の無断譲渡にはならない（付合により土地賃借人＝建物所有者に帰属した建物の間借りにすぎない）とされた事例（百73・P296）

(2) 動産付合（243・244条）：原則－主物への吸収、例外：価値割合による共有

(3) 混和（245条）

(4) 加工（246条）：原則－材料所有者取得（動産に限る）、例外：加工者取得

判例 建物建築途中で請負人が交代した場合に、加工の規定を類推したうえ、特約によって所有者が完成建物の所有権取得を認めた事例（百72・P297）

(5) 添付の結果の価値的な調整（248条）：償金請求権－債権者平等でよいのか？

- ・247条については、E31頁コラム⑩を参照

【承継取得の原則・公示の原則・公信の原則】 (28-30, E52-54)

- ・物権変動：物権の得喪・変更＝取得（譲受・設定）・変更・喪失（譲渡・放棄・滅失）
- ・暗黙の大原則：承継取得の原則＝無権利の法理 *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*
- ・ **公示の原則**＝公示を伴わない物権変動の主張は否定／制限される
 - ←物権の対世的効力。時間的に先行する物権変動による不測の損害。
- ・ ※この原則の目的は信頼保護か取引整序か→177条の「第三者の主観的態様」の理解次第
- ・ **公信の原則**＝物権の公示を信頼した者は公示が真実と異なっても物権を取得できる
 - ：承継取得の原則の重大な例外
- ・ 両原則とも近代取引社会と公示制度の発展により登場（とりわけ、登記・登録制度の発達）
- ・ 公信の原則は、取引の安全（＝動的安全）と既存の権利の保護（＝静的安全）の衡量
- ・ 日本民法：動産に公信の原則（192条）、不動産では公信力欠如
- ・ 登記簿の仕組みや効力は国ごとに多様、公信力欠如を補う制度がそれぞれに発達

【物権変動の基本的視点と日本民法の位置】 (30-33, E46-47)

1 近代民法における意思主義と形式主義

- ・ **意思主義**＝契約によって物権変動が生じ、形式（登記・引渡し）は不要
 - ←意思の尊重・取引の迅速化、封建的拘束の打破、引渡済条項の慣用
- ・ **形式主義**＝物権変動には当事者の合意だけでは足りず形式（登記・引渡し）が必要
 - ←画一的な公示による取引の安全の確保
- ・ 176条は、取引の迅速円滑＋フランス法・旧民法の系譜を理由に意思主義を採用

2 物権行為の独自性と無因性

(1) 物権行為の独自性

- ・ **独自性肯定説**：176条の意思表示＝物権行為（物権契約）上の物権的意思表示
 - ←物権・債権の峻別論；債権行為→債権発生、物権行為→物権変動
 - 登記官の審査権限・義務の物権行為への限定、契約論理の優先確保
- ・ **独自性否定説**：176条の意思表示＝債権的意思表示（契約など）
 - ←意思主義法制、現実的な区別の困難

※物権行為の存在そのものは否定できない（例）所有権放棄、手付・消費貸借などの要物契約）

(2) 物権行為の無因性

- ・ 無因性：物権変動原因の効力は物権変動に無影響（手形・小切手、銀行振込）
 - ←①取引の安全への配慮（公信力規定整備以前）
 - ②契約の清算（不当利得）関係における契約論理の優先
 - 例 契約上の合意やリスク配分決定の尊重、同時履行等の抗弁の保障
- ・ 否定説（判例・通説）
 - ①沿革、②独自性否定、③取引の安全保護という目的を超えた悪意者の保護
 - ④現実的な不貫徹；物権行為自体にも瑕疵が付着（行為能力欠如や詐欺・強迫など）

【物権変動の時期】（33-38, E47-49）

Case06-01 Yは所有する未登記建物甲をMに貸し、Mが甲を占有・使用している。Yが甲を賃貸物件としてXに売却した場合につき、次の各問題を考えなさい。

- ① Mから甲の賃料を受け取れるのはXかYか。いつの時点で賃貸人が交代するのか。
- ② Tが甲に放火した場合、Tに損害賠償請求をしたり、Yが掛けていた火災保険の保険金を保険会社Iに請求できるのはXとYのどちらか。
- ③ Yの債権者Gが甲を差し押さえた。Xは第三者異議の訴え（民執38条）によって執行を排除できるか。
- ④ Xは、単独で甲の保存登記ができるか。
- ⑤ Xが代金を支払わないまま書類を偽造して甲の保存登記をした場合、Yはその登記の抹消請求ができるか。
- ⑥ X・Y間の売買契約が履行されないまま、10年の期間が経過した。Xは所有権に基づいて甲の引渡しを請求できるか。Xのこの主張に対して、Yは、代金を払うまで引渡しを拒むことができるか（533条の同時履行の抗弁権や295条の留置権）。

1 176条の意味

- ・ 意思表示に基づく物権変動における意思主義原則の宣明

対象外 法律の規定による物権変動

例外 質権の設定（344条）、占有(権)の移転（182条1項）－権利の特質によるもの

- ・ 「設定」＝制限物権の発生、「移転」＝物権の帰属主体の変更

2 判例と学説の状況

- ① **債権行為時説（契約締結時説・即時移転説とも）**－判例とかつての通説

原則 目的物が現存・特定しているとき 即時移転

大判明41・7・8民14-859（買戻権行使時）、大判明41・9・22民14-907（第三者のためにする契約の第三者の受益の意思表示時）、大判大4・10・16民21-1705（買付受任者の買受時）、大判大5・11・8民22-2078（遺贈者死亡時）、大判大7・2・28民24-307（売買予約完結の意思表示時）、大判大15・4・30民5-344（贈与契約時）、大判昭7・1・26民11-169（借地借家法上の買取請求権行使時）、百48・P222（未登記建物も売買契約時）、最判昭35・10・28裁民45-535（代物弁済時）、最判昭40・3・11判タ175-110（代物弁済予約完結権行使時）

例外 ① 請負契約で請負人が材料を提供し代金未払の場合 引渡時

注文者が材料を提供するか代金の段階的支払の場合 完成時

② 不特定物（最判昭35・6・24民14-8-1528・P224） 特定時（401条2項）

③ 他人物売買（最判昭40・11・19民19-8-2003・P226） 売主の所有権取得時

④ 特約があればそれに従う（**最判昭38・5・31民17-4-588・P225**）

★判例の原則はむしろ④（合意による移転時決定の尊重＋補充的処理、三宅のみ反対）

←判例の安定（我妻ほか）、均衡論（滝沢『民法講座2』）

- ・ 問題点：当事者意思との乖離、判例の抽象論と具体的帰結のズレ（吉原）、契約の有償性・対価性保護の仕組み（同時履行の抗弁権533条）と矛盾

②物権行為時説（末川、石田喜）

- ・物権行為独自性を肯定。登記・引渡し・代金受領は物権契約の**外部的徴表**
- ・問題点：物権行為独自性は日本民法に不適合、売主の代金受領拒絶の場合

③有償性の原理説 — 現在の多数説（舟橋、川島）

- ・代金支払（提供を含む）時、登記時、引渡時
←同時履行関係の重視：契約時の意思、登記や引渡しの先履行は、同時履行の放棄
- ・問題点：3要素の関係が不明確

③'有償性の原理＋信用授与形態考慮説（③説の変形：原島）

④なしくずしの移転説（確定時期不要・不能説、段階的移転説とも：鈴木・内田、奥田は反対）

- ・画一的な物権変動時期の確定は当事者間では不要・不能。決め手は、当事者間では所有権の所在ではなく、契約法理（危険負担534条、果実収取権575条、同時履行の抗弁権533条など）。第三者との関係では対抗要件（登記・引渡し）←北欧諸国の立法例、UCC
- ・問題点：物権の所在が決め手になる場合が存在（所有権確認に基づく保存登記、問題のある登記手続によってなされた登記の効力・設例④⑤）

3 論争の意味と最近の議論状況

- ・①対②③：双務契約の保護という契約の論理の顧慮、一般人の意識と法理論の関係、契約成立時をめぐる議論の相対化、フランス法とドイツ法の意外な近接性
→契約の成立を遅らせ、かつ、特約の認定を緩やかにすれば、結論は相互に近くなり、理論問題（所有権移転義務を觀念するか否かなど）が残るのみ
- ・②対①③：沿革 vs 物権・債権峻別体系
- ・①②③対④：所有権觀念（「塊」か「諸権能の束」か）、機能主義的考察の妥当性
「当事者間では契約の論理が優先する」という考え方の浸透
（含、**抗弁権の永久性論**など。設例⑥を参照）

文献

- 鈴木禄弥『物権法の研究』（1976年、初出1962年）
石田喜久夫『物権変動論』（1979年、初出1956-1962年）
滝沢聿代「物権変動の時期」星野英一編『民法講座(2)』（1984年）33頁以下
三宅正男「売買による所有権移転の考え方(1)-(14)」判時996-1042号(1981-1982年)
松岡久和「石田喜久夫先生の物権変動論 I」石田喜久夫先生古稀記念論文集『民法学の課題と展望』（2000年）231-282頁