

## 2010年度後期民法第二部試験問題解説

2011年1月31日

**I** 自力救済の可否、物権的請求権、占有訴権、盗難被害者の回復請求権などを問題にしている。正確に条文を読み解くことができるかどうかの主眼である。

問(1) 権利者であっても、法的な手続によらず自らの権利を実力で実現すること（自力救済。自救行為ともいう）は、原則として違法で許されない。これを認めると権利があると称する実力行使が横行し、平和な社会秩序が保てなくなるからである。例外的にこれが許されるのは、現行犯を追跡して取り押さえるなど、法律の定める手続によったものでは権利に対する違法な侵害に対抗して現状を維持することが不可能または著しく困難と認められる緊急やむをえない特別の事情があり、かつ、その必要の限度を超えない範囲内に限られる。

本問では、そのような特別な事情は存在しないので、AやBは、Dの同意なく甲の占有を奪うことはできない。仮にBがそのような奪還行為を行えば、逆に、Dが占有回収の訴え（200条1項）や、損害賠償請求（709条）をBに対して行うことができる。なお、D自身がBの占有を奪ったのではなく、また、Cからの悪意の承継人であるとも思われないので、本件は、いわゆる交互侵奪の場合にはあたらない。

問(2) Bは占有を奪われた者であるが、上述のように、Dは占有を侵奪したCの悪意の特定承継人とは思われないので、占有回収の訴えでDから甲の返還を求めることはできない。

しかし、Aは甲の所有権者であって所有権に基づく返還請求が可能であるし、Bも盗難の被害者であるから、物の占有の回復を請求する権利がある（193条）。

他方、Dは友人Eから甲を1000円で買い受けて引渡しを受けたようであり、192条の即時取得の要件を充たして所有権を取得できる可能性が高い。しかしながら、盗品については、上述のように193条で被害者の回復請求権が認められ、この回復請求権は、即時取得の例外である。そして、学校を卒業する友人Eから買い受けたことは、「競売もしくは公の市場において」買い受けた場合にも、「その物と同種の物を販売する商人から」買い受けた場合にも当たらないから、DはAやBの返還請求に対して、Eに支払った1000円の弁償を請求することができない（194条）。

**II** 教科書の事項索引から探し出す本文の説明、『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。以下の記載例は、教育的配慮から少し丁寧に記述しており、答案にこのレベルの記述を求めるものではないし、具体例を挙げたり、どこかに重点を置いた説明も、おおいに評価するので安心されたい。

(1) 背信的悪意者 177条は、不動産の物権変動は登記がなければ第三者に対抗することができない旨を定め、第三者の善意を要件としていないが、単に未登記の物権変動がすでに行われていることを知っている（悪意）にとどまらず、同人がその第三者の登記の欠缺を主張することが信義則に反すると評価される程に、その行為態様が悪質

なものである場合には、同人は、結果的に同条の第三者から除外される背信的悪意者とされる。その結果、不動産物権の取得者は、背信的悪意者に対して、登記がなくても物権変動を対抗できることになる。昭和 40 年頃に背信的悪意者排除の法理が判例で確立し、通説もこれを支持するが、概念内容や限界線が曖昧であるとの批判や、判例の実質は悪意者排除ではないかとの指摘もあり、近時は悪意者排除説なども有力である。

- (2) 法律行為の取消しと登記 判例によれば、たとえば A B 間の土地の売買契約が取り消されると、遡及効（121 条）により、A から B への物権変動は初めからなかったものとみなされる。登記に公信力を認めない日本法では、B の登記名義を信じて B からその土地を買い受けた C は、第三者保護の特別規定（たとえば 96 条 3 項）がない限り、所有権を取得することはできず、A が C に勝つ。これに対して、A は、B との売買契約を取り消した後は、登記名義を回復することが可能であり、登記を備えないと、B から A への復帰的物権変動を、B から同一不動産を買い受けた C に対抗できない（C は背信的悪意者でなければ悪意でも良い）、とされる。こうした判例の問題処理に対しては、取消しの前後で遡及効の扱いが異なり論理的に整合性を欠くとか、悪意の第三者まで保護されるのが不当であるなどの批判がある。学説は多岐に分かれるが、取消しの前後を問わず 177 条を原則として適用する説と、無権利の登記名義人 B からの善意の取得者を 94 条 2 項類推適用などで救うとする説に大別される。
- (3) 抵当権の付従性 保証債務や抵当権等の担保物権の効力が、被担保債権の運命に左右されることを付従性という。すなわち、被担保債権が成立しなければ抵当権は登記されていても成立せず、被担保債権が譲渡されると抵当権も債権の譲受人に移転し（これはとくに随伴性とも呼ばれる）、被担保債権が消滅すれば格別の行為を要することなく抵当権も消滅する（抵当権設定登記は無効な登記となる）。付従性は、抵当権が、被担保債権の回収を確実にする手段としての権利であるという性質から導かれる。もっとも、取引慣行としてしばしば見られるように、抵当権設定登記後に貸付金が交付された場合には、付従性を厳格に解して抵当権の設定登記が無効であるとはされない。また、根抵当権の場合には、付従性は緩和されており、元本確定前には、被担保債権が存在しなくなっても根抵当権が自動的に消滅することはないし、被担保債権が譲渡されても根抵当権は随伴しない。
- (4) 集合動産譲渡担保 倉庫の在庫商品のように動産を全体として一個の集合物であるとみだてて、その所有権を担保のために譲渡するものを集合動産譲渡担保という。個々の物の価値は低くてもまとめれば大きな担保価値を有するのでそれを担保とする工夫である。集合物は、中味が固定していなくてもよく、通常の営業の範囲での個々の構成物の処分は有効であり、処分されて搬出された物は譲渡担保の拘束から逃れる。他方、新規の購入在庫など新たに集合物に加わった個々の物も譲渡担保の対象となり、集合物全体に対する占有改定や動産譲渡登記の対抗力が及ぶ。ただ、譲渡対象となる集合物は、場所・数量・種類等により特定され、他と識別される必要がある。また、設定者や他の債権者の利益を害する包括的な集合動産譲渡担保は公序良俗違反（90 条）により無効とされる場合がある。被担保債権の不履行を理由に実行通知がされると、譲渡担保権の対象はその時点で存在していた構成物に固定され、債権者は固定化した集合物を評価または転売して被担保債権を回収し、清算することになる。