

2010年度後期民法第2部試験問題解説

2011年2月14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。

- (1) 物権的請求権は、物権が現に侵害されている状態があるだけで発生する。その点で、不法行為に基づく損害賠償請求権とは異なって、**故意・過失**を要件としない。
- (2) 物の個数ごとに所有権が成立することを**一物一権主義**という。在庫商品をすべてをまとめて1つの**集合物**として、債権担保目的でその所有権を移転することも、**譲渡担保**の一種として認められているが、これは**一物一権主義**の例外といえる。**集合物**を観念する実益は、**集合物**全体につき対抗要件として**占有改定**による引渡しを受ければ、個々の構成物が新たに**集合物**に加わる毎にあらためて対抗要件を備える必要がない点にある。
- (3) Aが建物甲をBに譲渡した後に改めてBから賃借して使用している場合、甲の譲受人で賃貸人でもあるBは、**占有改定**により**間接占有者**となっているため、Aが甲の所有権を有していなかった場合、甲の所有権を時効取得できる可能性がある。これに対して、賃借建物を使用しているAの家族は、独立の占有を有しておらず、**占有補助者**あるいは占有機関と呼ばれ、Bは**間接占有者**ではなく、B自身が占有しているものと解される。
- (4) 動産の売主は自らが売却した物から売買代金債権を優先的に回収することができる。この動産売買先取特権は、担保設定の合意を要しない**法定担保**であり、目的物に対する差押えや買主の倒産の場合にも優先権を主張できる点で強力である。他方、目的物が買主の設定していた**集合物**の**譲渡担保**の対象となると、**占有改定**によって消滅すると解されている。これに対して、売主が**所有権留保**の特約により自衛すると、**占有改定**では**即時取得**の成立を認めない判例・多数説に従い、**所有権留保**がされた売買目的物が**集合物**の構成要素となっても**譲渡担保**権者はその所有権を取得できず、**所有権留保**売主が勝つ。

1 故意・過失 ; 過失責任主義という場合など過失に故意を含めて表現することもあるので、過失のみを書いても可とする。

2 一物一権 ; 排他性は文脈上不可。

3 集合物

4 譲渡担保

5 占有改定

6 間接占有

7 占有補助

8 法定担保 ; 法定担保物権としても良い。

9 所有権留保

10 即時取得 ; 善意取得でも可

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 10～15 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) 売買契約による所有権の移転の方法と時期

まず、売買契約とは別個独立に所有権を移転する合意（物権行為あるいは物権契約）を要するかどうかについて見解が対立する。ドイツ法流の物権・債権の峻別体系を採る日本民法では物権行為の独自性を認めるべきであるとの見解もあるが、フランス法の沿革を重視して独自性を否定するのが判例・多数説である（独自性を基礎とする無因性もその帰結として当然に認めない）。所有権の移転時期については、判例とそれを支持する旧通説は、特約や即時移転の障害がない限り、債権契約の締結時に所有権が移転するとする。これに対して、代金受領・引渡し・登記などの外部的徴表が行われた時点で物権行為が行われたものとする見解や、物権行為の独自性を否定するものの売買契約の有償性の原理を中核として代金支払時・引渡し・登記時に、当初の売買契約の意思表示に基づいて所有権が移転するとの見解も有力である。これらの論争とは少し異なる観点から、契約当事者間では合意や契約法上の規律によれば足り、第三者との関係では対抗要件が決め手になるため、所有権移転時期を一律に決めることは不可能であり不要であるとする段階的移転説（なし崩しの移転説）も有力に主張されている。

(2) 相続と登記の諸問題の処理（事例 3 つを挙げること）

対抗問題とは何かという理解を問う。判例によれば、相続の放棄は第三者保護規定を持たない遡及効を有し、放棄者は相続人にならなかったものと扱われるから、放棄者の債権者が放棄者を代位して相続登記をして差し押さえても登記は無効であり、他の相続人は、登記なくして相続による権利取得を差し押さえた債権者に対抗できる。また、共同相続の場合に、共同相続人の 1 人が単独相続した旨の登記を行って第三者に単独所有として譲渡しても、相続分を超える処分は無効なので、他の共同相続人は、登記なくして相続による持分権取得を第三者に対抗できる。これに対して、遺産分割は遡及効があるといっても第三者の利益を保護する規定を有し、また、実質的には共同相続した持分を分割の合意によって交換的に移転するものであるから、権利取得者は登記をしなければ、登記名義人から持分権を取得した第三者や持分権を差し押さえた債権者に対抗できない。これらの扱いの違いは、権利取得者の登記具備が期待できるか否かによって説明できる。

(3) 建物の抵当権と賃借権の優劣関係

建物の賃借権は借地借家法により用益物権のような強力な制限物権に近い保護を受けるが、交換価値の支配権である抵当権との関係では、対抗関係に立つ。すなわち、建物賃借権が抵当権の設定登記より前に対抗要件（605 条、借借 31 条）を備えれば、抵当権の実行によっても影響されず、抵当目的建物の競売による買受人は、賃借権の負担を引き受け、賃貸人としての地位を取得する。逆に、抵当権の設定登記の方が先であれば、抵当権の実行により賃借権は消滅する（民執 59 条 2 項）。せいぜい実行の申立て前に現実に占有を取得しているなど一定の賃借人のみが、買受人の所有権取得時から 6 か月の明渡しを猶予されるにすぎない（395 条）。対抗要件の先後によって優劣を決めるこうした原則の例外として、

同意引受けの手続きが採られると、抵当権設定登記に遅れる賃借権も買受人に引き受けられる(387条)。

(4) 共同抵当の場合における後順位抵当権者の保護

①債務者と物上保証人が設定した共同抵当の場合には、債務者の抵当不動産から先に責任を負う。物上保証人の抵当不動産が先に競売された場合には物上保証人の抵当不動産の後順位抵当権者は配当を受け取れない可能性が高い。しかし、物上保証人は、債権者に代位して債務者所有の不動産上の抵当権を行使できる(500条)。そこで、後順位抵当権者は、物上保証人が得る配当金から物上代位の法理によって優先権を確保できる(差押えは不要。また、これは先順位の共同抵当権のいわば価値枠を使って優先権を確保する仕組みなので、債務者所有の不動産上の後順位抵当権者に当然優先する)。②異なる物上保証人が設定した共同抵当の場合には、501条4号により不動産価格に応じて負担を配分する。そこで、一方の不動産が先に実行されて配当を受けられなかった後順位抵当権者は、①と同様に、その物上保証人が負担限度を超えた範囲で他の物上保証人の有する抵当権を債権者に代位して得られる配当金から、物上代位の法理により優先権を確保できる。③共同抵当不動産が同一の債務者または物上保証人に属する場合には、同一人間では求償が考えられず、①や②の仕組みは使えない。そこで392条は、同時配当の場合に負担割付主義を採用し、異時配当の場合、先に実行された共同抵当不動産の後順位抵当権者は、抵当権者に代位して他方の抵当権から同時配当の場合と同等の優先弁済を受けることを定める。

Ⅲ 問(1)では本件契約が不動産譲渡担保契約であることから、物権法定主義や不動産質権の規定に違反しないか、また、差額を清算しないと読める特約条項の有効性が問題になる。問(2)(3)は、譲渡担保権者の期限前の違法な処分の場合と弁済期到来後の適法な処分清算の違いを理解できているかを中心に、譲渡担保の法的構成による違い、悪意の第三者であるXの処遇、清算を実効的に行わせる方法などについて、広い範囲で総合的な理解ができているかを問うている。問(2)(3)の解説には、担保権的構成を採る場合の結論をも示しているが、判例によればどういう結論となるかを正確に示すだけでも答案としては十分であり、学説への言及は加点事由として扱う。

問(1) AY間の契約はいわゆる売渡担保と呼ばれる譲渡担保契約の一種である。担保として機能しているが、法形式上は売買による所有権移転と相殺であるため、物権法定主義(175条)には抵触しない。また、当事者が担保目的による所有権移転の真意を有していることから虚偽表示無効(94条1項)には当たらない。さらに、占有改定の禁止(345条)や流質特約禁止(349条)との関係も問題になりうるが、不動産譲渡担保は設定者が占有を継続し流抵当特約(私的実行)も許される抵当権に近く、質権特有の規制は及ばない。これに対して、時価5000万円の甲を3600万円の被担保債権を理由に清算することなく丸取りすることは、担保としての実質に適合しないため、判例や仮登記担保法に鑑み、その限度で無効であり、AはYに対して清算金を支払わなければならない。

問(2) 所有権的構成(権利移転構成)を維持する判例によれば、甲の所有権は2009年1月30日にAに移転しているため、AのXに対する甲の売却は、弁済期到来前の処分としてYとの関係では債務不履行になるとしても、所有権者の処分として有効である。他方、Yの受戻権はこの違法な処分によっても消滅しないが、Xが先に移転登記を備えれば、受戻権を行使しても、Yへの復歸的物権変動は、原則としてXには対抗できない(177条構成)。また、YがAの債務不履行を理由とする損害賠償債権(売却代金4800万円以上の5000万円の時価を基準に請求可能で清算金額とは異なる。債務とは相殺)を被担保債権として甲を留置すると主張しても、目的物の留置によって債務の弁済を担保すべき牽連関係がないとされ(少数説では、対抗関係の問題処理と矛盾するためという理由になる)、留置権も認められない。結局、YはXからの明渡請求を拒めない。例外的に、A・Y間の合意内容を知っているXが背信的悪意者に当たると評価されれば、XはYの受戻権行使による復歸的物権変動に登記がないことを主張できないため、むしろYが所有者と認められXの明渡請求を拒める。もっとも合意内容を知っているだけで背信的悪意と評価されるか否かは微妙である。

通説的な担保権的構成によれば、譲渡担保権の実行までは所有権はAに移転していないか、Aに移転していてもYに何らかの物権的地位があるため、単純に負担のない所有権としてAが行った甲のXへの処分は、原則として無効である。例外的に94条2項が類推適用される場合にはXが負担のない甲の所有権を取得できるが、設例のようにA・Y間の合意内容を知っているXは悪意者として保護されないだろう。それゆえXは所有権を取得していないから所有権に基づく明渡請求はそもそも認められないか、せいぜい、Yの受戻権の負担付の所有権しか取得していないため、Yが受戻権を行使すれば、Xは、Yへの所有権の復歸を認めなければならない。X・Yはこの復歸的物権変動の当事者であり、Yは権利主張に登記を要しない。いずれにせよ、Xの明渡請求は認められない。

問(3) 判例によれば、弁済期到来後に債務が履行されていなければ、債権者は、担保権の実行として適法に処分清算をすることができ、これによって設定者の受戻権は確定的に失われる。それゆえ、本件におけるAのXへの処分は完全に適法・有効であり、Yへの復歸的物権変動の可能性も失われ、問(2)のような177条の問題とはならない。それゆえ、Xが背信的悪意者かどうかを問題にする余地もない。もっとも、譲渡担保権実行という1つの適法な行為により同時に清算金請求権が発生し、清算金請求権と目的物の引渡請求権には牽連性が認められるから、Yは留置権を主張して、清算金1200万円がAから支払われるまではXからの明渡請求も拒むことができる。

通説的な担保権的構成を採る論者も、譲渡担保権の実行については判例に賛成する者が少なくない(道垣内など)。もっとも、この判例が登場する前の学説は、この問題を意識していなかったし、設定者の権利保護を強化するため、帰属清算原則説を採って、特約がない限り担保目的物の処分は弁済期到来後も違法・無効であるとしていた。その考え方によれば、本件でも、処分清算特約が認められない限り、問(2)の問題処理と同じ結論が採られることになろう(その妥当性には疑問がある)。