

2014年度民法第二部試験解答

2015年2月6日

松岡 久和

I 基礎的知識を確認する問題です。普段六法を使っていれば六法からヒントを得ることすらできる問題を意識的に含めています。

- | | | | |
|-------------------|--|-------|---------|
| 1 物権的請求権 | または | 物上請求権 | 2 無制限 |
| 3 登記の欠缺を主張する正当の利益 | (「正当の利益」は「正当な利益」でも許容するが「欠缺」は対抗問題における第三者論の核心にかかわるので漢字で書いて欲しい) | | |
| 4 材料 | | 5 加工 | 6 法定地上 |
| 7 附合 | または | 付合 | 8 自己借地 |
| 9 抵当 | | | 10 一括競売 |

II これも基本的な知識を確認する問題です。正確には法律学用語辞典や教科書の定義・説明をみて確認してください。講義で話したことを加味して少し詳しく目に書いていますが、それは教育的考慮からであり、ここまでの解答レベルを求めるものではありません。また、関連する事項を適切に加えている優秀答案には加点します。

(1) 公示の原則と公信の原則

公示の原則とは、物権変動を第三者に対して主張するには外部から認識できることが必要であるという考え方をいう。公示を備えない権利変動は存在しないという消極的信頼を保護するものである(無視することができるが通説的であるが疑問)。対抗要件が備わらなければ第三者に物権変動を対抗できないとする民法177条・178条は、この公示の原則を採用している。

公信の原則とは、権利の処分を行った者に登記や占有のような権利の帰属をうかがわせる外形がある場合には、処分者に実際に権利や処分権限がない場合でも、その外形を信託して取引した者に期待どおりの権利取得を認める考え方をいう。公示を備えた権利が存在するという積極的信頼を保護するものである。民法は動産については192条で公信の原則を採用しているが、不動産や(証券化されていない)一般の債権については採用していないので、これを補う94条2項類推適用論が発展した。

(2) 他主占有者の相続と所有権の時効取得の可否

他主占有とは所有の意思を持たない占有である。相続が被相続人の権利義務を包括的に承継する制度であることを重視すれば、他主占有者の相続人は他主占有者であり、所有権を時効取得できない。しかし、相続人の占有は、被相続人から承継取得したものと、相続を機会に新たに原始取得したものの両方が考えられる。後者の場合、相続人の事実的支配が外形的・客観的にみて独自の所有の意思に基づくものと評価される特段の事情(自主占有事情)があれば、相続人は所有権を時効取得することができる。判例も多数説も、相続を民法185条の「新たな権原」と解することで、このような帰結を認めている。

なお、自主占有の推定(186条)は、他主占有の相続の場合には働かないから、登記済証の所持、使用対価の不払い、保守管理費用支出や固定資産税の納付、賃借人からの独占的な賃料収取などの事情や、所有者が独占的な占有を知りながら異議を述べずに容認してきたことなどの事情を総合して判断される。

(3) 賃料債権に対する抵当権の物上代位

民法372条が準用する304条1項本文からは賃料債権への物上代位は当然に可能なように見えるが、非占有担保権・価値権である抵当権に、使用収益の対価である賃料債権に対する物上代位を認めてよいかどうか争われた。しかし、平成元年の最高裁判決が無条件肯定説を採用したため、この点には決着が付けられた。2003年改正の371条は、抵当権の効力が抵当不動産の果実に及ぶことを認めてこの種の付加的物上代位に根拠を与えたほか、

担保不動産収益執行制度をも導入した。賃料債権に対する物上代位には弊害も指摘され、今なお消極的な見解が少なくないが、判例の下では肯定されており、収益執行制度との機能分担が期待される。

賃料債権に対する物上代位が広く肯定されたため、これと利害対立する賃料債権譲渡や賃借人からの相殺との優劣関係などが問題となった。判例は、抵当権の物上代位は、法に基づく効果であり、抵当権が登記によって公示されていれば対抗力を有すると解し、原則として、抵当権設定登記時を基準に優劣を決めている（いわゆる登記時基準説）。もっとも、学説には、304条1項ただし書の「差押え」を物上代位の対抗要件として基準とするべきだとの意見もなお根強い。

(4) 留置権の物権性

留置権は、被担保債権が弁済されるまでそれと牽連性を有する物の返還を拒絶することができる権利である（民法295条1項）。留置権は、民法の物権編の担保物権の4つのタイプの1つとして規定されており、たしかに、法典の構成上、形式的には物権の一種であることには疑いがない。しかし、留置権には、積極的な換価権能（形式的競売権ではない担保権の実行としての競売権）や優先弁済権能が欠けており、物上代位の304条の規定も準用されていない。債務者が破産すると効力が失われる（破66条3項。もっとも商事留置権は先取特権とみなされて別除権が与えられる）。せいぜい、競売手続において消除されず買受人に引き受けられることによって（消除主義の例外としての引受主義。民執59条4項）、事実上の優先弁済を受けられるにすぎない。留置権を物権としない外国法制もある。そのため、留置権の物権性には疑問の余地がある。

ただ、占有という事実的支配を介したある種の公示性を備えており、誰からの返還請求でも拒むことができ、被担保債権の任意弁済による優先の効果を誰に対しても主張することができる点で、物権の性質を備えているとみることができる。

Ⅲ 単体の動産譲渡担保の二重設定の場合にどうなるかを問う問題です。譲渡担保および占有改定による即時取得に関する判例によればどうなるかを述べるのがまずは基本です。そのうえで、(5)(6)のように批判的な学説の見解にまで言及していれば、その内容に応じて適宜加点することがあります。

(1) A X間及びA Y間の契約の性質

A X間及びA Y間の契約は、貸金債権の担保のために甲の所有権を移転するという単体動産の譲渡担保設定契約である。伝統的な判例の理解によると、甲の所有権はAからXに移転し、Aは、物権的には無権利者となる。Aは、被担保債務を弁済して甲の所有権の復帰を求める受戻権を有するにとどまり、それは契約当事者間の債権的な権利にすぎないと解される（古典的な権利移転的構成。信託的譲渡説とも呼ばれる）。

(2) 所有権の所在と対抗要件

また、この所有権移転には、動産物権変動の対抗要件（178条）の規律が妥当する。同条の引渡しには一般的に占有取得のすべての方法が含まれ、占有改定による引渡し（183条）でも対抗要件が備わったものと評価される。本件では、Xは、動産譲渡登記やネームプレートによる公示は行っていないものの、直接の他主占有者となるAから以後はXのために占有する意思表示がされており、占有改定による対抗要件を備えた。

(3) 所有権に基づく返還請求権

そうすると、Xは誰に対しても甲の所有権取得を主張できるのであり、現在、甲を占有しているYに対しても、所有権に基づく返還を請求することができる。単体の動産譲渡担保では、流動財産譲渡担保のように目的物の処分権限が付与されることは稀であり特約による必要があると思われるから、そのような特約が存在するという特段の事情がない限り、AはYへの第二譲渡担保権設定契約及びその実行としての引渡しは違法である。違法な処

分によってXの担保目的物を違法に処分したとしてAは期限の利益を失う(137条2号)。違法な処分を行ったAには担保目的物の適正管理を期待することができず、占有を失ったAには清算金請求権との同時履行の抗弁権も留置権も成り立たないため、XはYに対して直接自己に甲の引渡しを請求することができる。

(4) Yの即時取得の抗弁の成否

次に、Aによる甲の処分が無権限処分であるとして、Yにつき192条の即時取得が成立しないかどうかの問題となる。判例及びこれを支持する多数説は、占有改定で即時取得を認めたのでは、外形上原権利者の信頼が裏切られたことが顕在化しないうちに原権利者の権利が失われることになり妥当でなく、制度の沿革からも同条の引渡しには占有改定は含まないと解している。この見解を前提にすると、YもAとの契約により譲渡担保の設定を受けているが、その引渡しは動産譲渡担保契約の特性上、占有改定によっているため、他の要件の具備を検討するまでもなく、Yが譲渡担保設定契約時に甲を即時取得することはできない。

さらに、第二譲渡担保契約の実行による現実の引渡し時に即時取得が成立するかどうかの問題になりうる。上記の否定説に立ってもなお、現実の引渡し時に善意・無過失であれば、Yの善意取得の余地がある。しかし、この引渡しは、有効に成立した譲渡担保権の実行として行われるものであり、譲渡担保権が即時取得されていない以上、そもそも適法な原因を欠き、即時取得はできないと思われる。平成18年のブリハマチ事件の最高裁判決は、配当手続がなく先順位譲渡担保権者の優先権主張の機会が保障されないため、後順位譲渡担保権の私的実行を認めることはできないとしており、実行による即時取得を認めないという結論で一致している。

以上の検討から、XはYに対して甲の引渡しを求めることができる。

(5) 譲渡担保権の担保権的構成

近時の通説的見解は、譲渡担保を端的に担保権の設定の実質に即して処理する傾向を強めており、譲渡担保権設定者には物権的な権利(説によっては所有権そのもの)が残存すると構成する。そのように解すれば、第一の譲渡担保設定後も残る担保価値を体現する物権的な権利を第二譲渡担保に供して融資を受ける譲渡担保権の多重設定は即時取得を論じるまでもなく当然に有効と解される。もっとも、このような考え方に立っても、AはXの譲渡担保権の負担のある権利以上の権利を処分する権限を持たず、また、上記(4)の平成18年判決の指摘するとおり、Yに私的実行を認めることはできないため、Xの私的実行が優先する。Yは、AのXに対する清算金請求権の上に物上代位をして優先権を確保することができるにとどまるだろう。

(6) 占有改定と即時取得に関する別の見解

占有改定と即時取得に関する肯定説や折衷説を採用すれば、判例・多数説とは異なって、Yは、Xの譲渡担保権の負担のない第一譲渡担保権を即時取得しうる。これらの考え方では、即時取得の要件を満たすYは私的実行ができ、Xはそれを阻止できない。むしろ、Xは、第二譲渡担保権者としてAのYに対する清算金請求権上に物上代位をして優先権を確保することができるにとどまる。