

【民法】

〔第1問〕

いわゆる時効と登記という、物権変動に関する基本的な論点について、具体的事例に即して考察し妥当な結論を導くことを求める問題です。その過程で、取得時効の成立要件に関して「他人の物」要件や相続による占有権の承継が、また、177条の対抗問題に関して「第三者」の範囲（善意・悪意の問題、背信的悪意者からの転得者の地位）が問われています。

この事例については、取得時効の問題としないで、 $A \rightarrow B$, $A = D \rightarrow E \rightarrow F$ という売買を原因とする所有権取得相互の優劣関係として考えることもできますが、問われているのは、取得時効による所有権取得をFに対抗できるかという点ですから、それに沿って考えてください。

まず、**Cが取得時効を援用できるか否か**についてみてみましょう。要件に関して本問で押さえておかなければならないのは、①不動産の買主として占有を開始した者も「他人の物」(162条)の占有者として取得時効を援用できるのか、②相続によって占有権が承継されるのか。承継したというためには現実の所持を伴わなくてよいのか、という2点です。①については、長期間継続した事実を権利関係に昇格させ立証の困難さを軽減するという時効制度の趣旨に照らせば所有者が占有している場合を除外しなければならないという合理的理由はありません。②については、占有権もある程度観念化して取り扱わざるをえず、また、だれも占有していないという空白期間を生じさせるべきではありませんから、相続と同時に、たとえ現実の所持をすぐに得なかったとしても相続人によって占有が承継されると解すべきです（通説・判例）。

したがって、本問では、平成8年4月10日にBに引渡しがなされた時点から取得時効が起算され、平成10年8月20日にBの占有は相続によってCに承継され現在まで継続しています。Bは買主として占有を開始したのですから、占有の始め善意無過失であると解してよいでしょう（**162条2項**の短期取得時効）。また、**187条**により、CはBの占有を合わせて主張することができます。したがって、Cは、平成18年4月10日に時効が完成しているとして取得時効の援用が可能です。

そうすると、平成18年10月30日にDがEに甲土地を売却した時点では、すでに取得時効は完成しています。CとE、Fとの所有権帰属をめぐる利益衝突をどのように調整すべきでしょうか。判例によれば、Eのような時効完成後の第三者に対しては、登記をしなければ時効による所有権取得は対抗できないものと解されています（なお、起算点をずらすことはできないというのが判例の見解です。）。CとE、Fとの関係を対抗問題として処理すべきだということです。時効が完成した後いつまでも登記をしなくても第三取得者に時効取得を対抗できるとすると取引の安全を害してしまうというのがその理由です。し

たがって、CとFとの優劣については基本的には登記の先後によって決められることになり、CはFに対して所有権取得を対抗できないということになりそうです。

問題は、Fの前主であるEが、甲土地をB、Cが10年以上占有していることを知りながら、登記名義がAのままになっていることを奇貨として、Cの椎茸栽培等をできなくして困らせてやろう、買戻しを申し入れてきたら相場の2倍くらいの価格で売りつけて儲けてやろうと考えて、山林を買い受け移転登記をしたという事実をどう考慮するかという点です。通説・判例は、物権を取得した目的や取引の態様及び内容等に照らして、このような第三取得者は、単なる悪意者にとどまらず、登記の欠缺を主張することが信義則に反する背信的悪意者であり、そのような第三取得者に対しては例外的に登記がなくても物権変動を対抗できると解しています（背信的悪意者排除の法理）。しかし、本設例で問題となっているのは、Eとの関係ではなくFすなわち**背信的悪意者からの転得者との関係**です。この点について、通説・判例は、背信的悪意者への物権変動も一応は有効であり、ただ、背信的悪意者は当該物権取得者に対する関係においてのみ信義則違反があるために登記欠缺の主張が許されないというにすぎないから（相対的無効）、背信的悪意者からの転得者自身が背信的悪意者でないかぎり177条の「第三者」として物権取得者の登記欠缺を主張するものと解しています。それを当てはめれば、F自身には背信的悪意者と認めるべき事情は特に認められないので、Cは時効による所有権取得をFには対抗できないという結論になるでしょう。

以上のような考え方をとらないで、時効による物権変動は登記がなくても第三者に対抗できるという有力説の立場をとってもかまいません。たとえば、時効の遡及効（144条）により、Eは無権利者であるDから買い受けたことになり、Fも無権利者から買い受けたことになるので、EやFの法的地位については、信頼保護の法理により、法律構成としては94条2項の適用あるいは類推適用によって配慮すると考えることも可能でしょう。このような見解をとるのであれば、いきなり94条2項の類推適用を持ち出すのではなく、判例のとり対抗問題構成をなぜとらないのか論拠を示したうえで、筋道をきちんとたどって自説を展開する必要があります。

〔第2問〕

最判平22.6.1(判時2083-77)を参考にした問題。

売買契約当時本件土地には、のちに規制される基準を超えるふっ素が含まれていたのがあるが、これが民法570条にいう「瑕疵」に当たるかどうかを問う問題である。

同条の瑕疵概念を定める基準として、目的物の通常有する性質以外に、契約、したがって、契約当事者の意思が基準になる（主観説）。

本件売買契約当時、本件土地にふっ素が含まれていることを、当事者が問題にしたかどうかを決め手になる。当事者は、この物質について特に注意を払っていないから、契約で

も特に明示の定めを置かなかった。したがって、契約の趣旨から、本件土壌汚染物質の存在は、民法570条の「瑕疵」には当たらない。そのため、Xの請求は認められない。

民法570条の適用が肯定された場合に、次に検討されるべき問題が出てくるわけで、その適用の有無をまず確定する必要がある。この第一段階の問題処理がされていない答案ばかりであった。

なお、ふっ素によって汚染された土地の引き渡しは不完全履行であると構成して(民法415条)、完全履行請求あるいはそれに代えて(場合によってはそれとともに)損害賠償を請求するという構成も可能である。この場合には、汚染されていない土地の引渡しが債務内容になっていたという前提部分での構成が重要になる。この部分で、Yとしてはそのような合意はされなかったと反論し、これに対して、Xとしては、そのような合意がされたと構成することになる。問題文(1)より、当事者の意思は、ふっ素について無関心であったとあるので、ふっ素が含まれていないこと、あるいはおよそ人体に有害な物質が含まれていないことが合意されたと認定することは困難であろう。したがって、初めに述べた瑕疵担保からのアプローチと同じ結論になる。

本問は、契約締結後の法規制によって、売買目的物に「瑕疵」があることになった場合に、かつて締結した契約による「瑕疵担保責任」を追及することができるかどうか問題になる場面で、契約当時、当事者が特に問題としなかった事実について、契約の履行が完了した後から、その契約の責任を追及することが認められるかが、問題になる。最高裁は、瑕疵概念の問題として処理したが、瑕疵担保責任は債務不履行責任の特則であるという近時の学説の立場からは、債務不履行構成が可能であることは当然であり、そのように構成することも十分可能である。

〔第3問〕

(小問1)

1 (1)について

離婚届出が受理されたとしても、AがBに無断で離婚届を提出したのですから、Bには全く離婚の意思はなく、離婚の実質的要件である離婚の意思を欠く以上、離婚は無効となります(この点、離婚意思について実質的意思説に立っても、形式的意思説に立っても同じ結論となります)。

離婚について離婚の意思を欠く場合の明文の規定はありませんが、離婚は婚姻の裏返しともいえる身分上の行為ですから、婚姻に関する742条1号「当事者間に婚姻をする意思がないとき」と同様に考えてよいと解されています(内田貴「民法IV補訂版」106頁)。

そうすると、AB間の婚姻関係とAC間の婚姻関係があることになり、重婚関係となり、Cは、AC間の婚姻関係を取り消すことができ、Aとの婚姻関係を解消することが

できることとなります（744条，732条）。

2 (2)について

婚姻の取消しは将来に向かってのみその効力を生じ（748条1項），取消しの効果は遡及しません。したがって，AC間の婚姻が取り消されたとしても，Dの嫡出子たる身分も失われません。

(小問2)

1 最高裁平成元2月9日第1小法廷判決・民集43巻2号1頁をもとにした事案です。

2 遺産分割は，共同相続人間で共同所有（この共同所有関係を「共有」と解するのが判例<最高裁昭和30年5月31日第3小法廷判決・民集9巻6号793頁>です）している相続財産を各共同相続人に分配し帰属させる手続です。そして，共同相続人全員の合意によって相続財産の共同所有関係を解消させる手続が遺産分割協議ということになります。

そして，909条本文は相続開始の時にさかのぼってその効力が生じるとしており，分割協議が成立すると，相続財産はその協議の内容にしたがって相続開始の時から各相続人に帰属することになります。このような遡及効によって相続開始時点から各相続財産が各共同相続人に帰属していたことになるのですから，そのような状態を確認し宣言するものが遺産分割協議であると考えられます（いわゆる宣言主義）。

このように考えますと，遺産分割協議の成立によって遺産分割が終了し，その後はその協議によって債務を負担した相続人とその債権を取得した相続人間の個別の債権債務関係が残るだけであると解することができます。そうすると，遺産分割協議の成立後は，相続財産であった財産の引渡しや登記手続などに不履行があったとしても，遺産分割協議自体の不履行ではないのですから，遺産分割協議を債務不履行によって解除することはできないと考えられます。

また，遺産分割協議の効力を維持しようとする共同相続人の意思に反して，一部の共同相続人の不履行を理由として遺産分割協議全体が解除によって遡及的に覆滅させられるのを正当化することはできない，「対内的法的安定性」が害されると考えられます。

このような2つの理由をあげて，共同相続人間において遺産分割協議が成立した場合に，相続人の一人がその協議において負担した債務を履行しないときであっても，その債権を有する相続人は，541条によってその協議を解除することはできないとしたのが前記最高裁判例です。

3 他方，一定の場合には，541条による遺産分割協議の解除を認めるべきであるとする学説も有力です。

この立場は，前記のような最高裁判例の考え方に対して，①遺産分割協議は，実質的には共同相続人が相互に持分を贈与，交換，売買を行ったという契約的側面を有するものであり，判例のように宣言主義を根拠に解除を否定するのは形式的に過ぎる，②共同相

続人間の「対内的法的安定性」は重要であるが、絶対的要請ではなく、少なくとも一人の相続人が債務を履行せず、他の共同相続人全員が解除を要求している場合に「対内的法的安定性」を強調するのは適切でない、③解除制度の趣旨は相手方に債務の履行を促すことにあり、強制履行が困難な債務の場合には、その不履行に対する救済手段として解除を認める必要性が高いなどの批判をしています。

そして、どのような場合に541条による解除を認めるかについては、①債務不履行が背信的であること、不履行部分が協議全体に影響するほど重要なものであること、債務内容が十分明確に特定されていることなどを挙げる説、②原則的に解除を肯定し、他に有効な強制履行の手段がある場合、背信的不履行を評価し得ない場合、些細な不履行をとらえて相続人の法的安定を害するような解除権の行使の場合などに解除権濫用の法理で抑制すれば足りるとする説などがあります。

なお、最高裁平成2年9月27日第1小法廷判決・民集44巻6号995頁は、既に成立した遺産分割協議につき、その全部又は一部を全員の合意により解除した上、改めて分割協議を成立させることができるとしています。法定解除と合意解除とではなぜ結論が異なっているのか、整合性はあるのかなどについても勉強しておくといよいでしょう。

以上