

山本浩司の

automa system

オートマシステム 1

民法 I

司法書士
Wセミナー 専任講師

山本浩司

Wセミナー 司法書士講座
山本浩司のオートマシステム 民法I(第3版)
体験用テキスト

早稲田経営出版

第1部

基 本 編

第 1 章

民法の本質

1 利益衡量

民法を理解する上で、大切なことを1つ挙げろといわれれば、それは文句なしに「利益衡量」です。

この感覚を理解できた方は、民法の習得について最初の山場を楽々と越えることができます。

「利益衡量」というのは、「2つの利益をはかりにかける」という意味です。「衡」とは、はかりを意味します。

いわゆる法律学を理解する上で大切なのは、真理は2つあるということを理解することです。

このところを僕の学生時代の友人は「善人が2人いて悪人が1人いる。これが法律問題だ」と表現しました。

【用語解説】→ 利益衡量

「衡」とは、はかりを意味する。したがって、衡量とは、「量をはかりにけること」をいう。

法的判断において当事者間の相対立する利益を比較し、より大きな利益をもたらす結論を導き出す作業のことである。

事例 1

Xは親の形見である大事な宝石を持っている。友人のAから「結婚式に参列するのにどうしても宝石を一日だけ貸してほしい」と頼まれたXはAに宝石を貸した。

ところが、Aは、友人のYにその宝石を売って引き渡してしまった。Yは婚約者にプレゼントをするための宝石を探していたところだったのだ。

実は、Aはサラ金の激しい取立てにあっていた。Aは宝石の代金をサラ金への返済にあて、今は無一文だ。

Xは好意からAに宝石を貸してあげただけです。

Yは宝石を買っただけです。

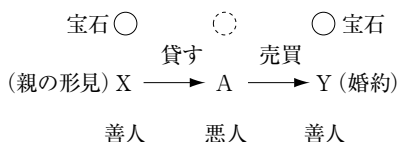
ですから、悪いのはAであって、X Y 2人の善人は被害者です。
法律は学問ではありますが、血の通わない機械的なものではありません。
ですから、その理解には、X Yのそれぞれの立場になってみるという想像力が必要です。

XはAに宝石を貸しただけです。しかもその宝石は大事な親の形見です。もし、宝石を失うはめにでもなれば、その心痛は察するにあまりあります。

Aが悪いのだと責め立てても、Aの手元にはもう宝石はないし、損害賠償させようにもAには金がありません。

宝石を取られてそれでおしまいになりかねません。

Yは大枚をはたいて宝石を買いました。婚約者にプレゼントするくらいですからきつと給料の何か月分かであるに違いありません。もし、宝石をXに返さなければならぬとすると、サラ金にお金を払ってしまったAから売買代金を取り戻すあてがありません。



さて、この問題が訴訟に持ち込まれるとどうなるでしょう。

この問題は、法律上は、宝石の所有権がXにあるのかYにあるのかという争いになります。

Aが悪いのはわかっていますが、金のない人を相手に訴訟を起こしても費用倒れになるだけなので、現実にはX Y間で宝石の所有権を争うしかありません。

ここで、裁判所が困ります。それは、X Y両方が善人だからです。

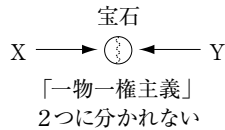
このように裁判所が困る事件のことを、「法律問題」といいます。

この場合、裁判所は、「宝石を仲良く2人で使え」とか「しょうがないから宝石を売って代金を2人で分ける」とはいえません。

それは「一物一権主義」という近代法の大原則に反するのです。

今のところ、「一物一権主義」というのは「1つの物には1つの所有権しか成立しない」という意味だと思ってください。

と、すると宝石はXかYのどちらかのものです。



裁判所はどちらかに決めなければなりません。裁判所は退路を絶たれたわけですから。解決法は、XかYのうち、どちらかに泣いてもらうしかありません。

民法の勉強をする場合、上記のような当事者X Y、裁判所の困った状態を、よくよく体で理解することが大事です。

悪人1人の存在で皆が困っているのです。

字面だけスラッと勉強しても民法の本当のことはいつまでたってもわかりません。

さて、現実にはX Y間で宝石の所有権をめぐる争いが起こったと仮定します。

まず、Yの立場に立ってみましょう。

宝石を買ったYとすれば、何とかしてXにいちゃもんをつけなければなりません。

Yは何といったらいいのでしょうか。

しばし、考えてみてください。

何か思いつきましたか？

こういえばいいのです。

「XがAに宝石を貸したからこういう事件が起こったのではないか」と。

もともと、信頼してはいけないAという人の人格をXが見抜けずに宝石を引き渡したから事件が起こったのです。だから、人をみる目を誤ったXが責任を取るべきなのです。

この責任を取るべきだという理屈のことを、法律用語で「**帰責事由**」といいます。大事な言葉なので覚えておきましょう。

また、Yからはこういう主張も可能です。

「買ったのだから僕のものだ。僕はAが宝石を持っていたから所有者なのだろうと信じただけだ。買ったものが自分の物にならないのでは安心して売買ができない。資本主義の世の中の仕組みを守って売買の信頼性を高めることが大事だ」

実は、この主張も結構ポイントが高いのです。

「安心して売買ができる」ということを、法律の世界では「**取引の安全**」と呼びます。Yのいうとおり、資本主義社会にとってとても大事な前提です。

【用語解説】 → 取引の安全

取引を行った者の利益を図ることをいう。虚偽の外観を信頼して取引に入っ
た者の信頼を保護する法理。

以上のように、Yからは、

1. Xの帰責事由の追求
2. 取引の安全の法理

の2点の主張ができるのです。

さて、このままではXが負けてしまいそうです。

Xはどうしたらいいのでしょうか。

実はこのケース、Xは負けの可能性が高いのです。

Yの主張する「取引の安全」のポイントが高いからです。

しかし、この事例では、X Y Aに友人関係があるという点がXに有利に働く可能性あります。

もし、以下のような事実があったらどうでしょう。

1. YはXが宝石を大事にしていたのを知っていた。
2. 宝石にはXのイニシャルが刻印されている。
3. Aは過去にも同じように他人の物を勝手に売った前科がある。そのことをYが知っていた。
4. Aがサラ金に追われていたことは有名な話だった。

こうなると、XはYに対してつぎのような主張が可能です。

「なぜ宝石を買う前にAの話が本当かどうか僕に一本電話をくれなかったんだ」
これは強力な主張です。

たしかに、YがAが宝石を売ろうとする点に疑問をもち、Xに問合せの電話をかければ、事件は起こらなかったのです。XからすればYがうかつだったと主張できます。

「うかつだった」ということを、法律の用語では「過失がある」と表現します。
XはYの過失を主張立証すれば、勝てるのです。

【用語解説】 → 過失

一定の事実を認識可能だったにもかかわらず、不注意から認識しないこと。

裁判所とすれば、法廷でのX Yの主張をそれぞれ聞いて、各々の得点を数えていく。

そして、ポイントの高いほうを「勝ち」とする。
裁判所の行うこの作業のことを、「利益衡量」という。

2 法律的に考えるとどうなるのか

さて、上記の問題を法律的にスジ道をたて、順を追って考えてみましょう。
いろいろと重大な問題点が浮き彫りになります。

1. 民法の大原則 空のバスケットからリングは生じない。

リングというのは権利のことです。事例では所有権です。
まず、AはXから宝石の所有権を受け継いでいません。
AがXから預かったのはリング（所有権）の入っていない空のバスケットです。

したがって、YがAからもらったバスケットにリングがあるはずがありません。
YはAの「空のバスケット」を引き継いでいるからです。
したがって、Yが所有者になる余地はありません。
これが民法の当たり前の考え方です。

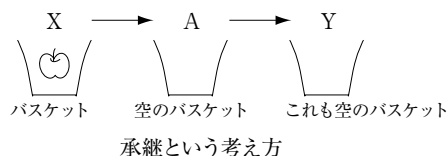
前の人の権利を引き継ぐことを、法律用語で「承継」といいます。

前主に権利があれば、承継人にも権利があります。

前主に権利がなければ、承継人にも権利はありません。

「無からは無しが生じない」という民法の大事な考え方です。

この場合、Yは無権利者のAの地位を承継しているので「Yに宝石の所有権はない」というのが民法のスジです。



【用語解説】 → 承継

ある者が他の者の法律上の権利義務を引き継ぐこと。後主は前主とその権利義務に関して同じ地位に立つことになる。

2. 民法の例外 空のバスケットからリングが生じる。

しかし、民法では、空のバスケットからリングが生じるという手品みたいなことが例外的に起こります。数えるほどしかない例外です。

そして、先ほどの宝石の事例はそのうちの1つなのです。

民法192条がそれです。

民法192条（即時取得）

取引行為によって、平穩に、かつ、公然と動産の占有を始めた者は、善意であり、かつ、過失がないときは、即時にその動産について行使する権利を取得する。

【用語解説】 → 占有

自己のためにする意思で物を所持すること。所持とは、物を事実上支配する状態をいう。

条文の意味を事例に即して解釈してみましょう。

「動産の占有を始めた者」というのはYのことです。

YはAから宝石の引渡しを受けています。

手元に宝石があるから占有ありです。

「動産」はこの場合、宝石を指します。

「善意」という言葉は、この後、民法の中でしょっちゅう出てきます。

これは「よい行い」の意味ではありません。

「ある事情を知らないこと」が「善意」です。

逆に、「ある事情を知っていること」を「悪意」といいます。

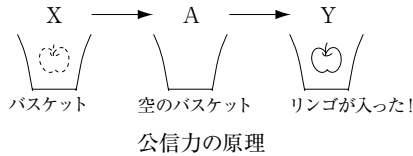
「動産について行使する権利」は上記の例では「所有権」のことです。

つまり、民法192条は「YがAの無権利を知らず、かつ、知らないコトに過失がなければ、Yは**所有権を取得する**」とっています。

このように、民法192条は、「取引の安全」のためにXに泣きなさいと命ずる条文なのです。

この「無から有が生じる」手品のことを、民法の世界では「**公信力**」といいます。

なにを公に信じるのかといえば、それは「虚偽の外観」です。
具体的には「宝石を占有しているAの所有者らしい姿」です。



法律上、「虚偽の外観」を信じた結果、出てくるマコトのことを「公信力」というのです。

民法192条では、動産取引の安全のために「公信力」が認められています。

【用語解説】→ 即時取得

動産を占有している無権利者を真の権利者と過失なく誤信して取引をした者に、完全な権利を取得させる制度。民法192条が規定する。

◆一問一答◆

問 民法において、「取引の安全」を理由として相手方が保護されるための要件は何か？

答 一般論として、相手方の「善意・無過失」が要件とされる。

参考問題

1. 甲が、立木法による登記がされた丙所有の樹木を無権利者乙から譲り受けて、これを伐採した場合、甲は材木の所有権を即時取得しうる。(S63-10-4改)
2. 他人の山林を自分の山林であると誤信して立木を伐採した場合、即時取得が成立する。(H13-7-ア改)
3. A所有の土地をBが自己所有の土地と誤信して立木を植栽していたところ、Cが当該立木を伐採して伐木を持ち出した場合には、Aは、Cに対し、当該伐木の所有権を主張することができる。(H21-9-エ)

答え 1. × 立木は不動産である。不動産の場合、無からは無しか生じない。つまり、不動産取引においては、公信力はナイ。その理由は、民法192条に該当する特殊な条文が不動産取引については存在しないからである。であれば、民法の原則どおり無からは無しか生じないのである。

2. × 立木の伐採は事実行為である。「取引」ではない。したがって、この場

合も、無からは無しが生じない。

3. ○ BC間取引が存在しないから、即時取得の問題にならない。Cは無権利者であり、Aは土地所有権に付合した伐木の所有権を主張することができる。

さて、すでに述べたように、「動産取引」の世界においては、本来なら空のバスケットの承継人であるYは、即時取得の制度によって真の所有者になる可能性が生じます。

しかし、その要件として、YはAが権利者であると「過失なく誤信」していなければなりません。

ですから、争いの帰趨はYの過失の有無にかかっています。

Yに過失があればXの勝ち、なければYの勝ちです。

では、Yの過失について民法は何といているのでしょうか。

民法188条（占有物について行使する権利の適法の推定）

占有者が占有物について行使する権利は、適法に有するものと推定する。

「占有者」とはAのこと、「占有物」は宝石のことです。

このように、宝石を占有しているAは「適法な占有者」と推定されます。

すると、Aが宝石を占有している状態を見て、YがAのことを所有者だと誤信するのはもっともだということになります。

したがって、**Yの無過失は推定される**というのが裁判所の結論です。（最判昭41.6.9）

《注》 最判は、最高裁判所の裁判例という意味。

【用語解説】→ 推定

ある事項につき、当事者の意思や事実の存在が明らかでない場合、これを一応明確なものとして定めその法的効果を発生させること。

では、宝石の、元来の持ち主であるXとしてはどうすればよいのでしょうか。

Xが勝つためにはYに過失がないという「推定」をひっくり返さないといけません。

もし、ひっくり返せれば勝てます。

具体的には、Yに対して「Aから買う前に何で一本電話をしなかったのか。Yよ、君はうかつだった」と主張して、裁判官を納得させればよいということになります。

民法192条は「YがAの無権利を知らず、かつ、知らないコトに過失がなければ、Yは所有者になれる」といっているのですから、逆にXがYの過失を証明すればXが勝てます。

この場合、過失の有無は、Yが宝石を「買い受けた」その時点で判断します。即時取得は「取引の安全」のための制度ですから、Yが取引に入ってきた瞬間（より正確には、占有を開始した時）の過失が問題なのです。

仮にYが宝石を取得した後にXの存在について悪意になってもYの即時取得は妨げられません。

XとすればYが宝石の取引に入ってきた瞬間の「悪意・有過失」を立証すべきであり、後になって「本当の所有者は僕だ」といっても遅いのです。

◆一問一答◆

問 即時取得者の無過失は推定されるか？

答 推定される。（最判昭41.6.9）

コラム 立証責任の問題

XがYの過失を証明するという意味がわかりにくいかもしれない。

この問題は民事訴訟法の問題だが、民法を本当に理解するためには避けて通れない。

問題の出発点は、裁判官は神様ではないということだ。

Yの過失の有無が問題になった場合、Yの顔に「過失がありました」とは書いてない。

裁判官は事件の全部を見ていたのでも聞いていたのでもない。

そうすると、過失があったのかなかったのか第三者の裁判官にはわからないという事態があり得る。

しかし、「Yに過失があったかどうかは不明だ。当裁判所では判断ができない」というお手上げ判決はやってはいけないルールになっている。

なぜなら、民事訴訟の第一の目的は「紛争の解決」だからだ。お手上げ判決では何も解決しない。

さらに、お手上げ判決は憲法違反でさえある。

憲法32条は「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪われない」と規定するが、裁判所が「お手上げ」になれば、それは国民の裁判を受ける権利を奪ったことになるだろう。

では、過失の有無が不明の場合にはどうしたらよいのか。

この問題は、立証責任のあるほうの負けというルールで解決することになってい

る。

つまり、Yの無過失は推定されている以上、XはYの過失を証明しない限り勝てないというルールだ。

訴訟がルールのあるケンカといわれるのはそういう意味である。

結局、裁判官には「Yに過失があったかがわからない」という場合は、Xの負けというのが結論である。その理由は、Xが立証責任を果たさなかったからだ。

立証責任を負わされるということは、このように実際の裁判の現場ではとても不利なことなのだ。

訴訟の場では、争いの当事者のどちらに立証責任があるかは、事件の類型ごとにあらかじめ決まっている。

こういう事情を、「立証責任のあるところ敗訴あり」という言葉で表現する。

参考問題

1. 即時取得が認められるためには占有の取得者が善意無過失であることを要するが、判例によればその立証責任は取得者が負うとされている。
2. CはAが所有する時計を預かっていたBとの間で、Bが所有者であると誤信してその時計の購入をし引渡しを受けた。この場合、Cが善意であれば過失があったとしてもその時計の所有権を取得することができる。
3. 動産の買主が引渡しを受けたとき、その動産が売主の所有に属しないことにつき善意であっても、その後に悪意となれば即時取得の効果は失われる。(S58-12-5)
4. 即時取得の制度は、取引の安全を保護するため、動産の占有に公信力を与えたものである。
5. 占有者が、占有物の上に行使する権利は、これを適法に有するものと推定されるので、即時取得を主張する者は、無過失を立証する責任を負わない。(H5-9-オ)
6. Aからデジタルカメラ甲を賃借していたFは、甲をBに売却し、その現実の引渡しをした。この場合において、Bは、Aに対して甲の即時取得を主張するためには、Fが甲に関し無権利者であることについて自己が善意無過失であったことを証明しなければならない (H25-8-4改)。
7. 占有者は、占有物の上に行使する権利を適法に有するものと推定される。(S58-10-1)
8. Aの所有する甲動産を保管しているBが、甲動産を自己の所有物であると偽って甲動産をCに売却した場合において、代金支払時にCが甲動産の所有者がBであると信じ、かつ、そう信じるについて過失がないときは、代金支払後、引渡しを受けるまでの間に所有者がBでないことをCが知ったとしても、Cは甲動産を即時取得することができる。(H17-9-イ)

9. Aからデジタルカメラ甲の寄託を受けていたEは、甲をBに売却したが、その際、Bは、Eが甲に関し無権利者であることについて善意無過失であった。この場合において、Bは、その後にEから甲の現実の引渡しを受けた際、Eが甲に関し無権利者であることについて悪意となっていたときは、甲を即時取得しない（H25-8-3改）。
10. 教授 AがBから預かっていたビデオカメラをBに無断でCに譲渡した場合、Cは無権利者からの譲受人であるから、原則として所有権を取得することができませんが、どのような場合に所有権を取得することができますか。
- 学生 即時取得が成立する場合に所有権を取得することができます。即時取得が成立するためには、Cは前主が処分権限を有しないことについて善意無過失である必要があります。
- 善意については推定されますが、無過失については、判例上、推定されないこととされています。（H20-11-ア）

.....

答え 1. × 2. × 3. × 4. ○ 5. ○ 6. ×
7. ○ 8. × 善意・無過失の要件は、「占有開始時」に要求される。
9. ○ 10. ×

3 帰責事由

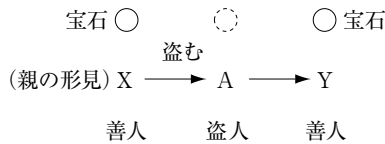
事例 2

Xは親の形見である大事な宝石を持っている。AはX宅に侵入して宝石を盗み出した。Aはその宝石を自分の物だと偽り、そのことを過失なく信じたYに売り渡した。Aはその後行方が知れない。

さて、今度の事例はどうでしょう。

問題文にYがAの宝石だということを「過失なく」信じたと書いてありますので、XからYの過失を立証することはできません。

そうすると、民法192条から、無から有が生じるので、無権利者である泥棒Aから宝石の引渡しを受けたYは宝石の所有権を取得できそうな気がします。



さて、どうでしょう。

事例1との違いを考えてみましょう。

事例1のケースでYが主張したのは、つぎの2つでした。

1. Xの帰責事由（信頼できない人格のAを信じて宝石を貸したこと）
2. 取引の安全

事例2の場合、Xは宝石を盗まれています。

だから、Yは上記2の主張はできますが、1の主張はできません。

つまり、本事例では、**Xに帰責事由がありません。**

そうすると、裁判官から見て、相対的にYの得点が下がるはずです。

また、Xは窃盗という犯罪の被害者ですから気の毒です。

Xの力になってあげたいという気持ちが裁判官にあるでしょう。そこで、Xの得点が上がります。

Yが主張する「取引の安全」という点で事例1と2に大差はありません。

しかし、その他の部分で、Xの得点が上がり、Yの得点が下がります。

こうした得点の割り振りの作業が、裁判所が行う「利益衡量」です。

そして、この微妙なバランス感覚こそが民法を学ぶ上で一番大事な心得です。

結論として、事例2では、たとえYが無過失であってもXに勝ちの可能性があります。

条文の根拠は民法193条です。

民法193条（盗難又は遺失物の回復）

前条の場合において、占有物が盗品又は遺失物であるときは、被害者又は遺失者は、盗難又は遺失の時から2年間、占有者に対してその物の回復を請求することができる。

占有物というのは宝石のことです。

この条文を事例2にあてはめれば、被害者はX、占有者がYとなります。したがって、Xは盗難の時から2年間は宝石を取り戻せるのです。

しかも、タダです。XはYから無償で取り戻せます。

つまり、193条は、2年間はYが泣けといっています。

ポイント 期間について

司法書士試験は細かい知識を問われることがよくある。そこで、期間を記憶する場合には、その「起点」を明確にする必要がある。

本事例では、「盗難または遺失の時から」という部分が起点である。

この場合、盗難または遺失を知った時からではないという点が重要である。

いうまでもなく、「盗難または遺失の時から」としたほうが、2年の期間満了時は早期にやってくるのであり、場合によっては盗難等の事実を知らないままに、期間が経過して即時取得が成立することもありうる。

つまり、この起点のおきかたについて、民法の起草者は、被害者Xの利益よりも「早期の法律関係の安定」という利益を尊重したことになる。

さて、2年間はYが泣けというこの点の法律上の理由づけについて、判例は、2年間は宝石の「所有権」がXにあるのだといっています。

となれば、Xは「自分が所有者だから返せ」とYにいえまう。

所有権はとても強い権利ですから、返せというのにそれ以上の理由は何もいりません。

これを、法律上「所有権に基づく返還請求権」と呼びます。

以上述べたように、宝石が盗品または遺失物の場合、Yの主張する「取引の安全」の得点は事例1と変わりませんが、Xに帰責事由が乏しく、気の毒な面があります。

そこで、民法は2年の期間を区切り、その間はXの勝ち、それを過ぎればYの勝ち、2年の起算点は「盗難または遺失の時」とあらかじめ決めて、お互い恨みっこナシというルールを採用しています。

参考問題 乙が甲から時計を横領した場合、丙がその時計を乙の所有物であると過失なく信じて買い受けたときは、甲は横領の時から2年間はその時計の返還を丙に請求することができる。

.....

答え ×

《注》 横領とは、自己の占有する他人の物を不法に領得すること。横領の場合、甲は乙に時計を自ら手渡しているはずだから甲に帰責性がある。

4 占有の意味は？

事例 3

Xは親の形見である大事な宝石を持っている。友人のAから「結婚式に参列するのにどうしても宝石を一日だけ貸してほしい」と頼まれたXはAに宝石を貸し渡した。

しかし、Aは友人のYにその宝石を売った。Yは過失無くAが真実の所有者だと信じていた。

しかし、Yは引越して取り込み中なので、買った宝石はそのままAに預けておくといい、Aもこれを了承した。

さて、この場合はどうでしょう。

今度は、宝石は盗品や遺失物ではありませんから民法192条の問題になります。

民法192条（即時取得） 再掲

取引行為によって、平穩に、かつ、公然と動産の占有を始めた者は、善意であり、かつ、過失がないときは、即時にその動産について行使する権利を取得する。

事例3のポイントは、現実には、宝石がAの手元にあることです。

この場合に、Yは「宝石の占有を始めた」といえるのでしょうか。

もし、Yが宝石の占有を始めていないと考えればYの負けです。

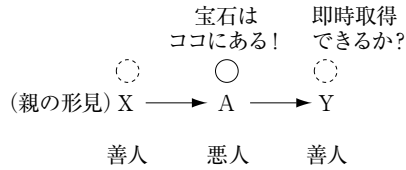
Yが占有をしていると考えればYの勝ちです。

順を追って考えましょう。

Yの前主であるAが宝石を占有していたことは明らかです。

ですから、つぎに、Aの占有をYが「承継」したかが問題となります。

そこで、占有移転について、民法の規定を整理してみましょう。



占有移転の方法

1. 現実の引渡し（民法182条1項）
宝石を現実到手渡すケース
2. 簡易の引渡し（民法182条2項）
もともとYに預けてあった宝石をそのままYに売るケース
3. 指図による占有移転（民法184条）
倉庫業者に預けてある宝石をYの承諾の上で、Aが倉庫業者に対して、以後Yのために宝石を占有しなさいと命じるケース
4. 占有改定（民法183条）
Aが、今後はYのために宝石を所持するという意思を表示したケース

本事例で、もしA Yが、宝石の売買契約をただけならYに占有は移転しません。

《注》 売買契約は、目的物の引渡しがなくても効力が生じる。（諾成契約）

しかし、「Yは引越して取り込み中なので、買った宝石はそのままAに預けておくといい、Aもこれを了承した」ので、上記4の占有改定があったことになります。

したがって、占有は移転したのであり、Yは「占有を始めた」からYの勝ちです。これが事例3について民法の条文から考えた結論です。

コ ラ ム 占有権と本権

「盗人の占有も占有である」という格言がある。

占有は、目的物を所持する事実状態のことだから、盗人にも占有権があるのだ。

これに対し、所有権や賃借権など占有を正当ならしめる法律上の権利を本権という。

占有権と本権は、法律上、別物なのである。

参考問題

1. 占有権の譲渡は占有の目的物に対する外形的な支配の移転によってのみ効力を生ずる。(S63-15-5)
2. AがBに対して甲動産を貸し渡している。Aが、Fに甲動産を譲渡し、Bに対し、以後Fのために甲動産を占有すべき旨を命じたところ、BはFと不仲であるとして、これを拒絶した。この場合には、Fは、甲動産に対する占有権を取得しない。(H16-13-エ改)
3. Cが自己の所有する宝石をDに預けていたが、これをEに売却し、Dに対し、以後Eのためにその宝石を占有すべき旨を命じた場合、DがEのために宝石を占有することを承諾したときは、Eは、その宝石の占有権を取得するが、Dが承諾していない場合には、Eの占有権は認められない。(H22-8-イ改)
4. Aがその所有する動産甲をBに賃貸している場合において、Aが動産甲をCに譲渡した。この場合において、Cが指図による占有移転により甲の引渡しを受けるためには、AがBに対して以後Cのためにその物を占有することを命じ、Cがこれを承諾することが必要である。(H23-8-ウ改)

-
- 答え** 1. × 簡易の引渡し、占有改定、指図による占有移転はいずれも外形的な支配の移転を伴わない占有移転の方法である。
2. × 3. × 4. ○
-

《参考条文》

民法184条（指図による占有移転）

代理人（B）によって占有をする場合において、本人（A）がその代理人に対して以後第三者（F）のためにその物を占有することを命じ、その第三者（F）がこれを承諾したときは、その第三者は、占有権を取得する。

5 条文どおりにいかないこともある

しかし、実際に裁判をやると、事例3はYの負けです。
裁判所が上記のスジ論を曲げるからです。

「本条による権利取得のためには、一般外観上従来の占有状態を変更する占有を取得することを要する」（最判昭35.2.11）

いい換えると、この判例は、民法192条でYが所有権を取得するためには、宝石がAの手元にあるのでは駄目で、現実には宝石を引き渡してもらいなさいということを意味します。

ですから、Aの手元に宝石を置いたままの状態、Yが宝石の所有権を即時取得することはできません。

「占有改定による占有取得に本条（192条）の適用はない」

先の判例はこう結論づけています。

このように、条文どおりの解釈でいけば、Yが勝てるはずなのに、裁判所の横槍でXが勝つことになります。宝石の所有権はXのものというのが結論です。

では、なぜ裁判所は横やりを入れたのでしょうか？

いろんな理屈を裁判所はしています。

1. 占有改定によってはXのAへの信頼はまだ裏切られていない。
2. 外観上の占有状態に変化がないのに即時取得を認めると取引の安全を害する。

しかし、理屈はコトの本質ではありません。

本当の理由は、裁判官の立場に立ってみないと理解できません。

仮にXがAに対して「宝石を返還しろ」という訴訟を起こしたとしましょう。

返したくないAはどういう理屈をこねるのでしょうか？

Aはこういうはずです。

「宝石は、Yに売却したから所有者はYだ。自分はYのために宝石を占有しているわけだからXに引き渡すことはできない」

一見して屁理屈にしかみえません。

AはXから預かった宝石を第三者に売るという背信行為を行った張本人ですから、Aの理屈は盗人たけだけしいとしか思えません。

しかし、もし占有改定によって即時取得が成立してしまうと、Aの主張は法律論として全く正論なのです。

なぜなら、即時取得が成立すれば、「Xは所有者ではない。Yが所有者だ」という結論になるからです。（一物一権主義）

ですから、この盗人ただけしいAの主張を排斥するために、「占有改定による占有取得に本条（192条）の適用はない」と裁判官はいう必要があるのです。これが、裁判官の本心です。

ここで、みなさんは、法律論というのは理屈では割り切れない面があることをよく認識してください。

これも、本当に民法を理解するための大事な一歩です。

裁判は現実の事件を解決するためにやります。

裁判官は、妥当な解決を図るためには、もっともらしい理屈をつけて平気でスジを曲げます。

ころみに、占有改定による即時取得ができないという理由についてもう一度見てみましょう。

「外観上の占有状態に変化がないのに即時取得を認めると取引の安全を害する」

しかし、外観上の占有状態に変化がないのは実は占有移転の4つの形式のうち「占有改定」だけではありません。

「指図による占有移転」「簡易の引渡し」もそうです。

「指図による占有移転」の場合、倉庫業者に以後買主のために占有しろと命じるだけですから、外観上の変化は何もありません。

しかし、「指図による占有移転」による占有取得の場合には、裁判所は、即時取得を認めています。（最判昭57.9.7）

参考 ■ 「簡易の引渡し」によっても即時取得は成立する。

このように裁判所の態度は決して理屈で割り切れるものではありません。

いってみれば矛盾だらけなのです。

ですから、裁判官の本心にまでさかのほらないと民法の本当のことは何もわかりません。

◆一問一答◆

問 つぎの占有取得の形態のうち、即時取得をすることができないものはどれか？

1. 現実の引渡し

2. 簡易の引渡し
3. 指図による占有移転
4. 占有改定

答 即時取得をすることができないのは、4の「占有改定」のみである。



参考問題

1. 即時取得が認められるためには、譲受人が引渡しを受けていることを要するが、引渡しが占有改定によりなされている場合であっても即時取得は認められる。
2. 占有の取得が簡易の引渡しによる場合、即時取得は認められない。(H9-15-ウ改)
3. AがBに対して甲動産を貸し渡している。AはGに甲動産を譲渡し、Bに対し、以後Gのために甲動産を占有すべき旨を命じた。甲動産は、Aが他人から預かっていたものであった。この場合には、Gは、甲動産がAの所有物であると誤信し、そのことにつき無過失であれば、甲動産の所有権を取得する。(H16-13-オ改)
4. Aがその所有する動産甲をBに寄託している場合において、Aが甲をCに譲渡した。Cが指図による占有移転により甲の引渡しを受けたが、その後、Aは、Eに対して甲を譲渡し、Eは、Aが無権利者であることについて善意無過失で甲を譲り受け、指図による占有移転によって甲の引渡しを受けた。指図による占有移転によって占有を取得した場合にも即時取得の規定の適用があるから、この場合には、Eが甲の所有権を取得することになる。(H23-8-オ改)
5. 「無権利者から動産を譲り受けた者が民法第192条の規定によりその所有権を取得し得るためには、占有改定の方法による占有の取得では足りない。」という見解がある。次のアからオまでの記述のうち、この見解の根拠として適切でないものの組合せは、後記1から5までのうちどれか。(H12-12)
 - ア 譲受人への占有改定により、真の権利者と譲渡人との間の代理占有関係は消滅する。
 - イ 占有改定では、真の権利者の譲渡人に対する信頼が裏切られたということは現実化せず、譲受人の譲渡人に対する信頼も現実化していない。
 - ウ 占有改定では、譲渡人は依然として直接占有者であり続けるため、動産が更に譲渡される可能性がある。
 - エ 真の権利者が譲渡人に対し動産の返還を請求した場合に、譲渡人が譲受人の権利を理由としてこれを拒否し得るとするのは不都合である。

オ 民法第192条の趣旨は、無権利者の占有に基づきこれを真の権利者と信じて取引をした譲受人を保護する点にある。

1 アウ 2 アオ 3 イエ 4 イオ 5 ウエ

答え 1. × 2. ×

3. ○ 指図による占有移転による引渡しで即時取得をするケースである。

4. ○ 寄託とは、物を預ける契約のことである。

要するに、この問題は、AがBに動産甲を預けたままの状態、A→Cの第一の譲渡が行われ、これにより無権利者となったAが、再度、動産甲をEに譲渡したときにEが即時取得できるかどうかを聞いている。

つまり、この問題は、「指図による占有移転によって即時取得をすることができる」ということをちょっと複雑に事例化して聞いているにすぎない。

5. 2

占有代理関係であるとか、直接占有であるとか見慣れない言葉があつてとまどうかもしれないが、以下の原理がわかれば、答えを出すことは簡単である。

いわゆる学説問題の解答法の1つとして紹介しておく。

もともと裁判においては、対立する当事者が白黒をつけるために争っている。

本問では、目的動産の所有権が、はたして真の権利者にあるか譲受人にあるかを争っているのである。

(なお、設問中の譲渡人とは、権限なく他人の動産を売却した無権利者のことを指している。)

すでに述べたように、この問題に関し、占有改定による引渡しでは即時取得はできないとして、判例は、譲受人負けの判定を下している。

設問は、この判例の根拠として「適切でないもの」を探せといっている。

だから、「譲受人勝ち」となる考え方を探せばいいのである。

これが解答の「原理」である。

ここから先は、単に国語の問題である。

アについて

「真の権利者と譲渡人の間が切れる」と書いてある。だから「真の権利者の負け」「譲受人勝ち」である。

イについて

「真の権利者の信頼が裏切られていない」と書いてある。だから、「真の権利者の勝ち」「譲受人負け」である。

ウについて

この肢は、上記の原理のみでは解答不能。とりあえず、無視でよい。

エについて

「真の権利者にとって不都合だ」といっているから、この見解は、「真の権利者」の味方である。つまり、「譲受人負け」

オについて

この肢は、「譲受人を保護する」と結論づけている。もちろん、「譲受人勝ち」である。

以上から、アオが、求める組合せである。

このように、学説問題というのは、何も知らなくても、国語能力だけで解答可能であるコトを認識されたい。

なお、ウは、譲渡人（無権利者）がさらに譲渡した場合の法律関係の複雑さを避けるため、譲受人が即時取得はしないと考えようという趣旨の肢である。

6 包括承継の意味

事例 4

Xは宝石を持っている。しかし、海外に行くしばらくの間Aに預かってもらうことにした。

その後、Aは死亡し、唯一の相続人であるYが、その宝石はAのものだと過失なく信じて占有を始めた。

さて、この場合はどうでしょう。

問題の所在は、宝石の所有権がX Yのどちらにあるのかという点です。

これまでの事例との違いは、YがAの権利（占有権）を承継した理由です。

民法は、「相続」ということに関して何といっているのでしょうか？

民法896条（相続の一般的効力）

相続人は、相続開始の時から、被相続人の財産に属した**一切の権利義務**を承継する。ただし、被相続人の一身に専属したものは、この限りでない。

「一切の権利義務を承継する」ことを「包括承継」といいます。

「被相続人の一身に専属したものは、この限りでない」というただし書の意味は、たとえば皆さんの親御さんが亡くなった場合、親御さんがもらっていた政府からの年金をみなさんはもらえませんよという当たり前のことをいっています。

さて、「包括」というのは「丸ごと全部」ということですから、Yは「Xから宝石を預かった」というAの「財産上の地位」そのものを承継します。

「預かった」という言葉は宝石を返還する義務をも含んだ言葉です。

したがって、YはXに対して宝石の返還義務を負います。

包括承継の場合は、Aとその承継人であるYは、財産法上は同一人物と考えてほぼ間違いありません。

【用語解説】 → 特定承継

包括承継に対比される言葉。

売買による所有権の移転のように個々の権利を個別の理由で承継取得することを用いる。

さらに、翻って、民法がなぜ「無から有が生じる」という手品まがいのことをしてまで、Yを保護しようとしていたかといえば、それは、「取引の安全」のために「善意の第三者」を保護しようということに尽きます。

しかし、相続のケースでは、AとYとの間になんらの「取引」也没有ありません。あるのはAの死亡という「事件」のみです。

したがって、民法192条の「制度趣旨」から考えても、本事例に即時取得の成立の余地はありません。

YはXに宝石を返還すべき**当事者**そのものといえるのです。

仮に、本事例において、Yが宝石を善意・無過失のZに売却し、Zが宝石の引渡し（占有改定の場合を除く）を受ければ、その時、はじめて即時取得が成立し、宝石の所有権はXのもとを離れます。

この場合のZは、Yの占有という外観を信頼して取引に入った**第三者**にあたります。

だから、即時取得の保護の対象になります。

このように「当事者」と「第三者」を区別して考える思考方法は、民法の中の「物権」編では、とても重要な発想法になります。

この点が理解できれば、物権編は卒業というくらい大事です。

では、民法の、そして法律全体の理解についてとても大事な「利益衡量」の話はこれくらいにして、次章では「物権」の話をしましょう。

参考問題

1. 即時取得は取引の安全を保護する制度だから、被相続人による他人の動産の

占有を相続によって承継しても所有権を取得しない。

2. Aからデジタルカメラ甲を賃借していたCが死亡し、その相続人Bは、その相続によって甲の占有を取得した。この場合において、Bは、Cが甲に関し無権利者であったことについて善意無過失であるときは、甲を即時取得する(H25-8-1改)。

.....

答え 1. ○ 2. ×

重要条文をチェック () に入る語句を書きなさい。

民法192条(即時取得)

(①) によって、平穩に、かつ、公然と動産の占有を始めた者は、善意であり、かつ、(②) がないときは、即時にその動産について行使する権利を取得する。

民法193条(盗品又は (③) の回復)

前条の場合において、占有物が盗品又は (③) であるときは、被害者又は (④) 者は、盗難又は遺失の時から (⑤) 年間、占有者に対してその物の回復を請求することができる。

答え

① 取引行為 ② 過失 ③ 遺失物 ④ 遺失 ⑤ 2

→民法193条の場合において、2年間の間、被害者等が盗品等の所有権を有する。

物権の世界 生存競争は食うか食われるか

本章では、「物権」について述べます。

内容は所有権についての記述が主体です。

日常、なんとなく使っている所有権という言葉の法律上の意味や、対抗という問題の本質を学びましょう。

1 民法の全体像

ここで、民法の全体の構造を簡単に見てみましょう。

民法は5つの編から成り立っています。

- 第1編 総則 民法1～174条の2
- 第2編 物権 民法175～398条の22
- 第3編 債権 民法399～724条
- 第4編 親族 民法725～881条
- 第5編 相続 民法882～1044条

第1編の総則は、民法全体のルールを定めた部分と、一応いうことができます。重要な部分もありますが、全体としてやや退屈な部分です。

法学部に入った学生さんの大半が法律嫌いになるのは、大学の民法の授業が条文の順番どおりに「総則」から始まるのが1つの大きな原因です。

第4編と第5編は、身分法といいます。司法書士試験においては、かなり細かい知識の習得を必要とする分野です。

財産に関する民法の作りとは全く違った原理から成り立っています。

おおまかなイメージとしては、第4編以降は、名前は同じ民法でも、実は別の法体系と思って差し支えありません。

ということになると、民法の勉強は、第2編「物権」と第3編「債権」が圧倒的に重要だということになります。

では、物権と債権はなぜ別々の編にまとめられているのでしょうか？

こういう基本的な疑問は、物事の本質をつかむ上でとても重要な疑問です。

が、その違いを真正面からわかりやすく解説した書物は存在しません。

そこで、本書では、民法を学ぶ上できわめて重要な両者の相違点を説明していきます。

2 物権の世界 動産の場合

まずは、物権の世界から見ていきましょう。

物権は、一般に以下のように定義されます。

「物権とは、物に対する排他的な支配権である」

簡単にいうと、物権とは、「物に対する権利」のことをいうのです。

事例 5

Aはその所有する特定の宝石の売買契約を締結し、買主Xは代金を支払った。

その後、Aは同じ宝石をYに贈与して、宝石を引き渡した。

この問題は、宝石の所有者がX Yのいずれなのかという問題です。

これは、前章でもお話しした「一物一権主義」の大原則の帰結です。

ちなみに、この問題は、前章の即時取得の問題とは直接の関係はありません。

即時取得は無から有が生じる（空のバスケットからリングが生じる）話です。

しかし、事例5のAは所有者ですから、Aのバスケットは空ではありません。

Aの持っているリング入りのバスケットを取得するのがX Yのいずれかという問題です。純粋なリングの取り合いの問題です。

「1つの物には1つの所有権しか成立しない」ということは、先の「物権」の定義中の「排他的」という言葉と同義です。

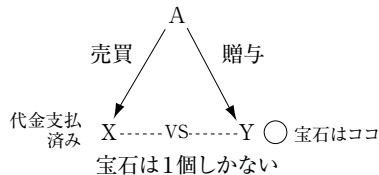
もしこの宝石の所有権がXにあれば、それはYのものではないのです。

YのものならXのものではありません。

つまり、XとYは「食うか食われるかの世界」にいます。

さらにいえば、Xのものだとすれば、それはX以外の、1億2000万人の日本人の誰のものでもないということになります。

それが、「排他的」という言葉の意味です。



ですから、Xのものだということは、ひとりXだけの問題でなく、日本国全体のルールでなければなりません。

これは大げさな表現ではありません。

民法の、物権編の最初の条文は、このことを正面から規定しています。

民法175条（物権の創設）

物権は、この法律（民法のこと）その他の法律に定めるもののほか、創設することができない。

これは、物に対する権利とその権利の内容は国会が決めるという意味です。

このように物権編は、まさに日本国のルールを定めています。

参考判例 ■（大判大6.2.10）

他人の土地の上に建物を所有するためにその土地を使用する権利は地上権であって、所有権以外の「上土権」なる地表のみの所有権を認めることはできない。

※上記を解説すれば、「地上権」は民法に書いてある物権だが、「上土権」は民法に書いていないから認めないという趣旨である。

では、事例5の場合にはどういうルールで所有者を決めるのでしょうか。

民法178条（動産に関する物権の譲渡の対抗要件）

動産に関する物権の譲渡は、その動産の引渡しがなければ、第三者に対抗することができない。

この条文はとても大事な条文です。

「対抗」という言葉は、「主張」という意味だと思ってください。

「物権」の代表選手は「所有権」です。

したがって、民法178条は、「動産の所有権の移転は、引渡しがないと第三者に主張できない」という意味になるわけです。

ここで、前章の終わりにもすこし述べましたが、「当事者」と「第三者」を区別して考える必要があります。

事例5の場合、当事者とは誰と誰のことでしょう。

売買の当事者はAとXです。Aが売主、Xが買主です。

贈与の当事者はAとYです。Aが贈与者、Yが受贈者となります。

さて、A X間で宝石の所有権はいつXに移るのでしょうか。

これについて民法はこういっています。

民法176条（物権の設定及び移転）

物権の設定及び移転は、当事者の**意思表示のみ**によって、その効力を生ずる。

当事者の意思表示というのは、Aの「売った」という意思と言葉、Xの「買った」という意思と言葉のことです。

みなさんが店で、ある商品を「買おう」と心に決めても（意思）、それだけでは買い入れの申込みは存在しません。

「買った」といって（表示）、初めて申込みの法律効果が発生します。

ですから、民法176条は、A X間で「売った買った」の意思表示があった瞬間に目に見えない所有権がAからXに移転するといっていることとなります。

当事者の間では、宝石の引渡しの有無は問題になりません。

民法176条は、意思表示「のみ」で所有権が移転するといっているからです。

つまり、本事例でA Xという売買の当事者間では、所有者はXで決まり、A Yという贈与の当事者間では所有者はYで決まりです。

【用語解説】 → 意思表示

ある法律効果の発生を欲する意思を外部に表示すること。契約の申込み、承諾はその典型例。

これに対して、「観念の通知」という概念も存在する。

こちらは、一定の事実の通知を意味し、意思の発表という要素を欠く。債権譲渡の通知がその典型例。

参考問題 表意者が一定の法律効果を意欲する意思を表示する行為を意思表示といい、契約の申込みと承諾及び遺言は意思表示である。(H22-6-ア改)

.....

答え ○

では、本事例での「第三者」というのは誰のことでしょう。

Xから見てのY、Yから見てのXが第三者です。

民法178条は、「第三者」に所有権を主張するためには「引渡し」が必要だといっています。

民法178条（動産に関する物権の譲渡の対抗要件） 再掲

動産に関する物権の譲渡は、その動産の引渡しがなければ、**第三者に対抗**することができない。

すると、引渡しを受けているYはXに自分が所有者だと主張することができません。

しかし、XはYに自分が所有者だと主張できません。

したがって、事例5の結論は、Yが勝ちなのです。

これが日本国の厳しいルールです。

Xが代金を払っていても、先に契約を結んでも、**所有権の帰属の問題**はそれとは無関係です。

事例5の問題を**二重譲渡**の問題といいます。

同じ物をダブルで譲渡したわけです。

結局、この場合は、引渡しの「早い者勝ち」なのです。

やや正確さを犠牲にしてわかりやすくいえば、X Y間では「はやく手元に宝石を置いたほうが勝ち」と、そういうことです。

これが資本主義のルールです。

つまり、二重譲渡の問題は、結局「イス取りゲーム」です。

たとえば、混雑している電車の中で、偶然空いた席が誰のものになるかといえ

ば、早く座った人です。

男だとか女だとか、大人だとか子供だとか、ずっと立ちっぱなしで疲れているとか、さっき乗ったばかりだとか、個別の事情はいろいろあるでしょうが、基本ルールは早い者勝ちです。

宝石の取り合いも同じルールということです。

Xが払った代金はこのルールに何の影響もありません。

◆一問一答◆

問 動産物権変動の第三者対抗要件は、何か？

答 「引渡し」である。

【用語解説】→ 物権変動

物権の発生、変更、消滅の総称。

物権には、所有権を代表として、地上権、永小作権、地役権（以上「用益権」と総称）、抵当権、質権、先取特権、留置権（以上「担保権」と総称）および占有権がある。これらの権利が生まれ、変化し、消えるすべての過程を物権変動という。

3 物権の世界 不動産の場合

事例 6

Aは自己所有の建物をYに売却し、代金と引き換えに建物を引き渡した。建物にはYとその家族が居住している。

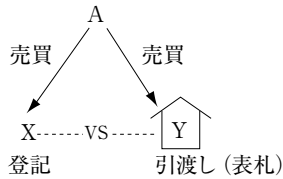
その後Aは、借金に追われるようになった。そこで、建物の登記名義がAのままであることをいいことに、自分の建物と偽りXに売却して登記をX名義に移した。XはYに建物を引き渡せと要求した。

登記というのは、全国の法務局が扱っています。

ここには登記簿があり、日本国中の土地、建物は、原則として全部、コンピュータ上のデータとして管理されています。

登記をするというのは、その登記簿に権利者として記載されることです。

この登記申請行為の代理を業とする者が司法書士であるわけです。



ごく普通の動産であれば数が多すぎて登記制度の導入は不可能です。

(文房具屋さんが売るエンピツの1本ずつに登記簿を作って、誰が所有者かなんていちいち登記できるわけがありません。)

→動産でも、建設機械や船舶は登記されている。また、自動車は自動車登録ファイルに登録される。

→この場合、動産であっても、民法の即時取得の規定が適用されない。しかし、未登録の自動車等は即時取得の可能性はある。

しかし、不動産（土地と建物のこと）であれば、数が限られますので、その1個ずつについて「誰が所有者なのか」というようなことを、いちいち登記簿に記録することになっているのです。これも日本の国のルールです。

→不動産物権変動の公示の原則

参考問題

1. 道路運送車両法による登録を受けている自動車には、即時取得の規定の適用はない。(H5-9-ア)
2. Aの所有する未登録の乙自動車を保管しているBが、乙自動車を自己の所有物であると偽ってCに売却し、現実の引渡しをした場合には、Cは、Bが所有者であると信じ、かつ、そう信じるにつき過失がないときであっても、乙自動車を即時取得することができない。(H17-9-エ)

答え 1. ○

2. × 未登録の自動車は動産であり即時取得の対象になる。なお、日本国において使用中の自動車は陸運局に「登録」されていることが通例であるが、登録された自動車は不動産と同様に即時取得の対象にはならない。

では、事例6を考えてみましょう。

これも二重譲渡の問題です。

Yの立場を考えてみましょう。おそらく大金をかけて建物を購入したのでしょう。

「表札を掛けているのだから、住んでいることは見ればわかるだろう。いまごろ何をとぼけたことをいうのだ」とXにいいたいに違いありません。

もし、出て行かざるを得なくなれば、売主のAに、「ふざけるな」といってAの債務不履行を理由とする損害賠償の請求はできるでしょう。

しかし、Aは借金に負われていて金がありませんから、判決をもらっても多分ただの紙切れということになってしまうでしょう。

どうも、荷物をまとめて出て行くだけになってしまいそうです。

明日からの生活をどうするのでしょうか。

参考 判決とは？

YがAに損害賠償訴訟を提起して勝訴したとしよう。

この場合、判決主文には、「AはYに金〇円を支払え」と書かれることになる。

したがって、支払義務が生じるのはAのみである。

A株式会社、Aの女房に支払義務はない。

もちろん、国家が払ってくれるわけもない。

だから、判決をもらっても、A自身に資力がなければ「ただの紙切れ」である。

Xのほうはどうでしょう。不動産の売買で現地調査をしないなんてことは通常あり得ません。Yの表札はそのとき目にしたはずです。

なぜYに事情を聞かなかったのでしょうか。もしかしたらA Y間の売買の存在に気がついていなかったかもしれません。

では、この件について条文はなんといっているでしょう。

民法177条（不動産に関する物権の変動の対抗要件）

不動産に関する物権の得喪及び変更は、不動産登記法その他の登記に関する法律の定めるところに従いその登記をしなければ、第三者に対抗することができない。

「物権の得喪」は、所有権を得ること、失うことと考えてよいです。

この条文の意味はもうおわかりのことでしょう。

民法177条はこういっているのです。

「Xの勝ち。以上」

登記のないYは、第三者であるXに所有者であるという主張をすることができません。

登記のあるXは、第三者であるYに所有者であるという主張をすることができます。

ですから、Xの勝ちなのです。

裁判所はこういうはずです。

「被告Yは原告Xに建物を引き渡せ」

【用語解説】→ 対抗

効力の生じた法律関係を第三者に主張することをいう。「第三者に対抗できない」とは、当事者間で生じた法律関係の成立を第三者に主張できず、逆に第三者の側からこれを認めることはできるという関係を表す。

このケースで、Xが真の所有者はYであると知っていたらどうなるでしょう。結論をいえば、その場合も「Xの勝ち」です。

民法177条は、「第三者に対抗することができない」といっているのであって、「善意の第三者に対抗することができない」とはいいませんから、日本語の解釈として当然のことながら第三者には「悪意者」が含まれます。

したがって、Yは第三者の善意・悪意を問わず所有権の主張ができません。

以上見たように、建物を買ったのに「登記」をしなかったYは救いようのない大チョンボをしているのです。

これは、「当事者」間はともあれ、「第三者」の間柄では、登記を先にした者が勝ちだというのが日本国のルールだからなのです。

宝石（動産）の場合には、ただのイス取りゲームですから、先にイスに座った（引渡しを受けた）ほうが所有者です。

これは、動産の場合には、いちいち登記をすることができないので、次善の策として、「目的物を先に占有した者が勝ち」というルールにしたのです。

しかし、不動産の場合には、新幹線の指定席のイス取りゲームなのです。

Yはたしかにイスに先に座りました。しかし、そこは指定席だったのです。だから、指定席券（登記）のあるXが出てくると、車掌さん（裁判官）に「どいてくださいね」といわれるのです。

すべては、指定席券を買わずにイスに座ったYの落ち度になります。

これが、民法177条の本質です。

参考 どうして二重譲渡が可能であるのか。

事例6においては、建物の所有者であるAは、最初にYにこれを売却して引渡しをした（第1の譲渡）。その後に同一の建物をXにも売却し登記をした（第2の譲渡）。

では、なぜ、二重譲渡が可能であるのかという点は、実は大問題なのである。

というのは、第1の譲渡によってAからYに所有権が移転する（民法176条）のだから、この時点で、Aのバスケットの中身はカラになるではないか。

とすれば、ナイもの（所有権というリンゴ）をどうやってXに移転するのだろうか。

「承継」という民法の基本原則から考えれば「無からは無しか生じない」のだから、Xが所有権を取得するという点についての理由がないではないか。

さて、上記の疑問については、決定的な解答は存在しない。

学問上は、多くの学説が存在するが、多くの学説が存在するということは、裏を返せば「決定打がない」ということの証拠である。

その中で、最も通説的な考え方を紹介しよう。

それを「不完全物権変動説」という。

この説は、以下のような考え方である。

1. 第1の譲渡によりたしかにAからYへ所有権は移転した。
2. しかし、その物権変動は登記を伴わないから不完全である。
3. 不完全だからAは無権利者にならない。（残りがずがある）
4. だから、XはAからその権利（残りがず）の譲渡を受けることができる。

以上が通説の考え方なのであるが、この説にはつぎのような欠陥がある。

1. 残りがずの内容が何であることを説明していない。

2. Xは残りかすを受けただけなのになぜ完全な所有権が生じるのか。

さて、このように、二重譲渡がなぜできるのかという点は、学者がいか
にアタマをひねっても難問なのであるが、しかし、判例や裁判実務は、二
重譲渡は当然に可能であることを前提に種々の理論を形成している。

したがって、受験者は、この点にはあまり立ち入らず、二重譲渡は可能
であるとして、相互の対抗関係を考えてもらえばよい。

◆一問一答◆

問 取引の安全の問題と対抗の問題とは、どこが違うのか？

答 取引の安全は、善意の相手方を保護する仕組みである。しかし、対抗問題は、
第三者に対する権利主張の問題であり、一般的に、対抗要件を備えないときは
悪意の第三者にも権利の主張をすることができない点が相違する。つまり、対
抗問題は、善意者の保護を目的とした制度ではない。

参考問題 甲土地を所有するAが死亡し、その子であるB及びCのために相
続の開始があったが、Aは、生前に、甲土地をBに贈与し、その旨の所有権の
移転の登記をしないまま、甲土地をCに遺贈した。この場合において、Cは、
甲土地について遺贈を原因とする所有権の移転の登記をしたとしても、Bに対
し、甲土地を所有している旨を主張することができない。(H25-7-イ改)

.....

答え × 亡A→Bの贈与と、亡A→Cへの遺贈（遺言による贈与）が二重
譲渡の関係になっている。このため、登記を先にしたCの勝ちとなる。

4 なぜ悪意のXまで勝たせる必要があるのか

民法177条は、登記により保護されるべき第三者の範囲を限定しません。
つまり、悪意者でも登記があれば、物権変動を登記のない者に対抗できます。

ここで、Yが真の所有者だということを知っていたXまで勝たせるのはやりす
ぎではないかという疑問が、皆さんの中に残るのではないのでしょうか？

Yの犠牲が大きすぎる気がします。

Yの存在を知っていたXが、後から出現して、「出て行け」といばっているの

ですから。

悪意のXを勝ちとする「表向き」の説明は、「資本主義社会は自由競争だから、1つの建物を2人で取り合うのはよくあることだ。だから競争相手の存在を知っていることが、権利を取得できない理由にはならない」ということがいわれています。

たしかに、1つの建物の買い入れをめぐって、2つの不動産業者が競うことはよくあるでしょう。その場合の原理が自由競争なのも当然のことです。

しかし、事例6は、Yが買ってから時間をおいてXが出現したように見えます。こんなときにまで、さきほどの「表向き」の説明を適用できるのでしょうか。

そこで、悪意の第三者を勝たせるためのもう1つの理由をお話しましょう。

それは、

「Xが悪意かどうかはXの顔には書いていない」ということです。

裁判官は神様ではありません。

そこを、いろんな証拠からXの内心を探るのは大変な作業です。

裁判をやるくらいですから、Xは当然のこととして、たとえ悪意でも、訴訟の現場では「知らなかった」と、シラを切ります。

ですから、もし、この手の、不動産の二重譲渡の事件が起こるたびに、Xの立場にある人の善意・悪意を判定しなければならないというハメになると、「裁判官はとても疲れる」のです。

さらに、いったん「悪意のXの負け」という判決を出すと、「Xの立場にある人の善意・悪意」が微妙な事件が、どんどん裁判所にやってくるかもしれません。

今までなら弁護士に相談した時点で「登記がないから負けだよ」といわれて、それであきらめていた、登記のないYさんたちが、俄然、元気になります。

訴訟が増えるということは、世の中が乱れるということなのです。

ですから、「面倒なことはごめんだ」というのが裁判官の本心です。

このあたりの事情を法律用語でいえばつぎようになります。

「民法177条の、不動産物権変動の公示の原則は、登記という客観的公示手段により所有権の帰属を画一的に処理するという趣旨である」

法律言葉に慣れない方は、この文が「面倒なことはイヤだ」といっているとはとても思えないでしょうが、「画一的に処理」というのは「登記のあるほうが自動的に勝ち」という意味で、「条文に書いていないのだから善意・悪意なんかいちいち知ってたまるか」という意味なのです。

そして、「画一的に処理」すれば、紛争が減るはずだという裁判官の考え方は、実務的にはとても理にかなったものです。

それは、「ルール」の運用を厳格にすれば、そのルールが世の中に浸透する結果、争いが減り、全体として平和な世の中になる」という判断です。

これは、「法律論」というより「政治的な判断」です。

【用語解説】→ 公示の原則

排他的な権利変動は、登記、占有等の外部から認識できる表象で外部に公示し、権利関係を知らしめるべきだという原則。

参考問題 民法177条の「第三者」には悪意者を含まないという見解がある。次の記述のうち、この見解の根拠として正しいものの組み合わせは後記1から5のうちどれか。(H9-16改)

ア 民法177条は「第三者」の範囲を限定していない。

イ 登記は取引の安全の確保を目的とするから、これを信託した者のみが保護されるべきである。

ウ 物権の得喪・変更を第三者に対抗できるかが問題となるたびに、第三者の善意・悪意が訴訟上争われることになる。

エ 公示の原則は、登記の有無により画一的に規律することによりその目的を達成できる。

オ 不動産よりも頻繁に取引が行われる動産の即時取得については、善意が要件とされている。

1 アウ 2 アオ 3 イエ 4 イオ 5 ウエ

.....

答え 4

5 いざとなったらスジを曲げる裁判所

さて、イス取りゲームは「早い者勝ち」のルールの下に行われることは理解していただけたことでしょう。

しかし、このルールは「食うか食われるか」の「弱肉強食」ルールです。そのために、ちょっと困った事例が起こることがあります。

たとえば、満員の電車の中に高齢のおばあさんがいたとしましょう。

おばあさんは、なにしろ歳ですから、満員電車の中で苦しそうです。

おばあさんは座席に座れなかったのですが、その前には体の大きな頑健な若者が、大またを開いて座席に座っているのです。いかにも憎々しげな態度です。

こうなると車掌さんも、もしかしたら若者に席をおばあさんに譲れというかも知れません。

下記事例でYがおばあさん、Xが若者です。

事例 7

Yは、Aから購入した土地で事業を営んでいる。安価な土地だがYの商売にとってはとても大事な場所だ。その場所を動くことはYの商売にとって致命傷になりかねない。

しかし、その土地の登記名義がAのままであることに目をつけたXは、Aからその登記を譲り受けて、Yに法外な値段で売りつけることを画策した。

そして、登記を得たXは、Yに対して「登記がないのだからYは出て行け」という訴訟を起し、その実、Yに高い値段でその土地を買い取らせようとした。

上記の事例も民法177条の問題です。

A XとA Yの二重譲渡の関係になります。

ですから、単純に考えて「YはXに所有権を対抗（主張）できません」し、逆に「XはYに所有権を対抗（主張）できます」から、Xの勝ちです。

ということは、土地の所有者は、Xです。

法律論として、所有者であるXがYに出て行けという主張は全く正当です。

（Yには土地の利用権がありませんから「不法占拠者」という民法上の位置づけになるのです。）

しかし、これは、常識的に考えて、結論がちょっとおかしくないでしょうか？
たしかに、Xは先に指定券を買いました。しかし、それは自分が座りたいからではなく明らかに嫌がらせのためです。

こういう場合に、裁判所が、まっとうな法律論のスジを曲げて、Xの請求を退ける最後の手段が民法にはあります。

最後の手段ですが、条文は最初にあります。

それは、民法1条なのです。

民法1条（基本原則）

- 1項 私権は、公共の福祉に適合しなければならない。
- 2項 権利の行使及び義務の履行は、信義に従い誠実に行わなければならない。
- 3項 権利の濫用は、これを許さない。

上記の2項を「信義則」といい、3項を「権利濫用の法理」といいます。

この2つが、裁判所の最後の手段であり、「伝家の宝刀」です。

めったに刀を抜き放ってはいけませんが、いよいよ時には抜き放って悪を絶ちます。ウルトラマンのスペシウム光線みたいなものです。

事例7は非常事態ですから、裁判所は2項の刀を抜きました。

「Xは単なる悪意者ではない。Xの請求は民法の大原則である信義則にもとめるものであるから（信義もなければ、誠実でもない態度だから）、背信的悪意者というべきであり、かかる背信的悪意者は、Yの登記の欠缺を主張する正当な利益があるとはいえない（Yに対して「君は登記がないじゃないか」というのは盗人たけだけしい）」

このように裁判所は、背信的悪意者Xは「負け」と判定を下しました。

「民法177条にいう第三者とは、登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有するものをいう」（大判明41.12.15）

（「君には登記がないじゃないか」というためにはまっとうな理由がいります。）

このように裁判所は、177条の第三者には悪意者を含むとして、所有権の帰属を画一的に処理するとしつつ、背信的悪意者は排除するということでバランスを取っているのです。

ちなみに、大判明41.12.15とは、大審院（戦前の最高裁に該当する）の明治41年

12月15日の裁判例という意味です。

参考判例 ■（最判昭43.8.2）

実体上、物権変動があったことを知る者が、右物権変動について登記の欠缺を主張することが信義に反するものと認められる場合、かかる背信的悪意者は、登記の欠缺を主張する正当利益を有せず、民法177条がいう第三者にはあたらない。

YがAから本件土地を買い受け、20年以上にわたって占有していることを知ったXが、その登記がされていないことに乗じて、Yに高値で売りつける目的でAから本件土地を買い取ったという事情のもとでは、Xは背信的悪意者であり、Yは登記なくしてXに対して所有権を対抗することができる。

◆一問一答◆

問 判例が、背信的悪意者は登記を有していても真の権利者に権利を対抗することができないとする理由は、つぎのうち、いずれか？

1. 信義則違反（民法1条2項）
2. 公序良俗違反（民法90条）

答 1の「信義則違反」である。

重要条文をチェック（ ）に入る語句を書きなさい。

民法176条（物権の設定及び移転）

物権の設定及び移転は、当事者の（ ① ）のみによって、その効力を生ずる。

民法177条（不動産に関する物権の変動の対抗要件）

不動産に関する物権の（ ② ）及び（ ③ ）は、不動産登記法その他の登記に関する法律の定めるところに従いその登記をしなければ、（ ④ ）に対抗することができない。

民法178条（動産に関する物権の譲渡の対抗要件）

動産に関する物権の譲渡は、その動産の（ ⑤ ）がなければ、（ ④ ）に対抗することができない。

答え

- ① 意思表示 ② 得喪 ③ 変更 ④ 第三者 ⑤ 引渡し
→登記、引渡しがなければ、悪意の第三者にも対抗できない。

債権の世界 自由と強制は表裏

1 債権の世界の原理

民法の全体像を学ぶ上で、物権と並ぶ大きな枠組みが債権です。

本章では、物権について述べた前章の記述を踏まえた上で、「債権」の本質について述べていきます。

民法はなぜ、「物権編」と「債権編」を財産法の2つの大枠として分離した形で条文をまとめたのでしょうか。

その本質を理解しましょう。

事例 8

Aは自己所有の宝石をXに売却し、Xは代金を支払った。Aはその後、同一の宝石をYにも売却して、宝石を引き渡した。

上記の事例は、物権編の対抗問題を説明する際に出題した、事例5をちょっとだけ変えた事例です。

物権の世界では、「1つの物に成立する所有権は1つだけ」なので、「Yが勝ち」で終わりです。

Xが得る物はゼロです。

XとYの権利は両立しません。ここが物権の本質です。

物権は「物に対する**排他的な支配権**」だからです。

排他的というのは、宝石はY以外の誰のものでもないということです。

支配権というのは、Yは宝石をどう使おうが、処分しようが、壊そうが自由だということです。

では、債権の世界の目から、上記の事例を見るとどうなるのでしょうか？

宝石は1つですから、Aが2人に別々に売って現実に引き渡すことが「事実上」できないことは、物権のときと同じです。

では、どこが物権の話と違ってくるのでしょうか？

債権の定義

「債権とは、特定の他人に対して一定の行為をすることを請求する権利である」

この中から一番大事な定義だけを引っ張りだすとつぎのようになります。

「債権は人に対する権利である」

このように、債権は人に対する権利であり、物に対する権利である物権との大きな違いがそこにあります。

【用語解説】 → 債権と債務

特定の者が他の特定の者に対して一定の行為（例 金よこせ・宝石よこせ）を請求することを内容とする権利を債権という。

債権に対応する義務を債務という。

甲が乙に貸金の返還を請求する場合（甲→乙）、甲を債権者、乙を債務者、両者の関係を債権債務関係と称する。

では、事例8について、具体的にお話ししましょう。

Aの宝石は1個しかありませんが、A Xの売買契約、A Yの売買契約はいずれも有効に成立します。

では、それぞれの売買はどういう運命をたどるのでしょうか。

① AY間の売買

AY間の売買について見てみましょう。

売買についての民法の条文は555条です（もちろん条文は民法債権編にあります）。

民法555条（売買）

売買は、当事者の一方がある財産権を相手方に移転することを約し、相手方がこれに対してその代金を支払うことを約することによって、その効力を生ずる。

民法555条は、「売る」という意思表示と「買う」という意思表示が合致すれば、売買契約が有効に締結されるといっています。

では、有効に締結されたAY間の売買契約は、その後どうなるのでしょうか。

YはAに対して代金を支払います。

また、Aは宝石を引き渡しました。

このように、売買契約は約束どおり履行されたので、両者の関係はつつがなく終了します。

コラム 法律要件と法律効果

一般に、条文の前半のことを「法律要件」という。

売買であれば、「売った」「買った」という2つの約束だ。

条文の後半のことを「法律効果」という。

売買の条文の後半は「その効力を生ずる」だ。

具体的には、買主側に宝石の「引渡し請求権」が、売主側に「代金支払請求権」が発生する。

売主をA、買主をYとしてこれを図示すると以下のようになる。

もともとAとYはアカの他人だ。

A Y (無関係)

しかし、「売った」「買った」の法律要件がそろえると、

A→Y の「金よこせ」という請求権

A←Y の「宝石よこせ」という請求権

の両者が生じる。

これが売買の「法律効果」だ。

請求権というのは、この矢印のことと思えばいい。

このような「法律要件」→「法律効果」という考え方は、民法の基本中の基本となる。

【用語解説】→ 請求権

他人の行為（作為または不作為）を請求することができる権利をいう。

債権のほか、物権、身分権からも「請求権」は、発生する。

② AX間の売買

では、つぎに、AX間の売買を見てみましょう。

お互いに、債権債務関係に立つところまではAY間と同じです。

A→X の「金よこせ」という請求権

A←X の「宝石よこせ」という請求権

この両者が成立します。

Xは代金を支払いましたから、 $A \rightarrow X$ の矢印は消えます。

$A \leftarrow X$ の「宝石よこせ」という請求権だけが残ります。

しかし、Yに引き渡したAは、Xに宝石を引き渡すことができません。

おおまかにいって、「約束を果たすことができない状態」を、民法では「債務不履行」といいます。

その場合、どうなるのでしょうか？

民法415条（債務不履行による損害賠償）

債務者がその債務の本旨に従った履行をしないときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。債務者の責めに帰すべき事由によって履行をすることができなくなったときも、同様とする。

このように、民法415条は、債務不履行があった場合には、損害賠償の請求をすることができると規定しています。

ですから、

$A \leftarrow X$ の「宝石よこせ」

という請求権はAの債務不履行により、以下のように姿を変えます。

$A \leftarrow X$ の「損害賠償請求権」

以上のように、債権編では、AX間の債権債務関係とAY間の債権債務関係は別のものであって、別々に成立し、別々の運命をたどります。

AYの関係とAXの関係は、法律的に無関係です。

コラム 債権は登記されない

司法書士試験においては、民法の出題数は物権編が主力となっている。

つまり、債権編は脇役である。

その理由は、原則として債権は登記されないからである（不動産賃借権は例外的に登記できる）。

物権においては、その「物」を支配するのは誰かというコトを国のルールとして明確化する必要があった。

それが、不動産においては「登記」である。

しかし、債権には公示の必要がない。AYの売買契約は、法律上、他の日本国民とは無関係なのだから「登記」などする必要がないのである。

つまり、当該契約の有無や内容は、AYだけが知っていれば事足りるというわけである。

【用語解説】→ 契約

相対立する2つ以上の意思表示の合致によって成立する法律行為。

「売った」「買った」の意思表示は相対立している。売買は契約の典型例だ。

もう1つ例を挙げましょう。

僕は、いま、「Wセミナー」というところで「民法」を教えています。

今日の6時に講義が始まるとして、もし僕が別の学校（A校にしましょう）の人と6時から始まる講演会の約束をしてしまったとしましょう。

いわゆるダブルブッキングです。

この場合僕は、「Wセミナー」と「A校」の両方の約束は果たせません。

しかし、契約はどちらも有効です。

そして、もし「Wセミナー」に行けば、そちらの債務は履行できます。

そして、「A校」に対しては、「講演会をやる債務」にかわって「債務不履行」による「損害賠償債務」を負うことになるのです（どう考えても僕には過失がありそうですから）。

このように債権というのは、事実上は両立不能なものでも、1人の人に対していくつでも成立します。

そして、事実上の両立不能の問題は、損害賠償というお金の問題として、最終的な決着をみることになります。

【用語解説】→ 債務不履行

債務者が債務の本旨に従った履行をしないこと。

コラム 債務の本旨に従った履行とは？

債務の本旨に従った履行をしないことが「債務不履行」である。

では、「債務の本旨」とは何か？

まず、利息・損害金等が発生しているのであれば、それらを含めた債務全額の支払が「債務の本旨」であるといえる。

「利息までは払えないから元本のみで…」ということでは、本旨履行ではない。

また、期限の問題もある。

期限は、債務者の利益のために定めたものと推定されている（民法136条1項）から、一般論として、貸金の弁済期前の繰上げ払いは、債務の本旨に従ったものといえる。

期限の利益は放棄することができる（民法136条2項本文）からである。

しかし、これが利息付の債権である場合には、債権者側にも期限の利益が存在する。

期限まで待てば利息を手に入れることができるという期待権である。

したがって、この場合には、債務者が繰り上げ返済をする場合でも、元本に弁済期までの利息と一緒に提供する必要があり、そうでなければ本旨弁済とはいえないことになる。

期限の利益の放棄は、これによって相手方の利益を害することができないからである。(民法136条2項ただし書)

重要条文をチェック () に入る語句を書きなさい。

民法415条(債務不履行による損害賠償)

債務者がその (①) に従った履行をしないときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。(②) に帰すべき事由によって履行をすることができなくなったときも、同様とする。

答え

- ① 債務の本旨 ② 債務者の責め
→ 債務不履行責任は、過失責任である。

2 契約自由の原則

このように、債権は「人に対する権利」ですから、AがBに債権を持つ場合、債権債務関係はA Bの間だけの話であって、日本国中の他の全員と(事実上はともかく)法律上は何の関係ありません。

そうすると、A Bの間で何をどう取り決めようが、他人は口出しする理由がないことになるのです。

ですから、債権の世界では、国はA Bの間の契約に何の口出しもしません。

これを「私的自治の原則」といいます。

【用語解説】 → 私的自治の原則

個人の私法関係を、その意思により自由に規律させるという原則。

自由、平等な個人間の権利義務関係は、各自の自由な意思に基づいて形成されるという考え方に基づいている。

法的拘束力の根拠は個人の自由意思であるということになる。

物権の世界は国のルールを定めたものでしたから、そこには大きな違いがあります。

債権の世界では、A B 2 人の間でどういうルールを作ろうが、他人に迷惑がからない以上は自由に決めてかまわないのです。

ですから、このことを「契約自由の原則」とも呼びます。

「私的自治の原則」と「契約自由の原則」は同じことの裏表と思ってもらっていいです。

しかし、これだけでは、債権の世界の、本当のことはわかりません。

実は、民法債権編はとても難しいのです。一筋縄ではありません。

これをやさしく説明するのは、かなりの労力なのですが、ページを割き、順を追って以下にお話ししていきます。

さて、債権の世界にも、国が口出しするケースがあります。

1 つは、すでに述べた民法 1 条の信義則、権利濫用の法理です。

さらに、民法90条があります。

民法90条（公序良俗）

公の秩序又は善良の風俗に反する事項を目的とする法律行為は、無効とする。

これは、私人間の麻薬の売買取引や、愛人契約は無効だということです。

公序良俗違反というのは、公益上の問題であって、私人間の取り決めに国のルールが優先する局面です。

ですから、公序良俗違反の法律行為は、どこまでいっても無効であり、私人の「追認」の余地がありません。

さらに、もっと重大な問題があります。

それは、**司法権**の存在です。

実は、国は、強力な権力をもって「契約自由の原則」を維持しているのです。

「権力で自由を維持する」というのは何かヘンな感じがすると思いますが、事実です。

その権力を「司法権」といいます。

権力というのは、裁判所の権力のことなのです。

3 約束は守られなければならない

私人間の契約の内容について、国は原則として口を出しません。（私的自治の原則）

しかし、約束が破られたらどうなるでしょうか。

宝石の話や、僕の講義の話でわかるように、約束が破られると、最終的には損害賠償の問題が生じます。

損害の賠償というのはお金の問題です。

つまり、債務不履行の問題は、最後にお金の問題になるのです。

そこで、典型的なお金の問題としてお金の貸し借りを考えてみましょう。

事例 9

AはBに100万円を、弁済期を1か月後と定めて貸し付けた。しかし、Bは期限になっても貸金を返済しない。Aはどうしたらよいか。

私人間で約束をするのは自由ですが、それでは約束を破るのも自由なのでしょうか？

そんなわけではありません。むしろ、私人間の自由な契約を認めることで、経済を発展させようとするのが資本主義ですから、契約の信頼性を高めることが世のための大切なはずです。

「約束が守られる」社会であってこそ「経済活動の自由」が可能になります。

ですから、「借りた物は返す」というのは私人間のルールではなく、国のルールになるのです。

これが「約束は守られなければならない」という原則です。

Bはお金を返しません、これは犯罪ではありません。

刑法に「借りた金を返さない罪」というのはありません。

ですから、Bの意思に反しても「借りた金を返させる」ための制度が別に必要です。

そこで、民法は、この場合の強制履行を可能としています。（民法414条 履行の強制）

この点を、具体化した手続法が、民事訴訟法です。

【用語解説】→ 実体法と手続法

実体法とは、権利義務の発生、変更、消滅等の要件を定める法律。

目に見えない権利が、どのように生まれ、変わり、消えるかを規定する。
民法、会社法、刑法等である。
手続法とは、権利義務の実現のために執るべき手続、方法を規律する法律。
民事訴訟法、不動産登記法等である。
司法書士試験では、実体法が午前の部、手続法が午後の部に出題される。

参考 処分権主義

民事訴訟の世界では、訴えを提起するかどうかは、この場合の貸し手であるAの自由である。

国家は、裁判制度は用意するが、それを利用するかどうかは、私的自治の問題といえる。

このことを、民事訴訟法で、**処分権主義**という。

私人は、自分の権利を自由に処分することができる（訴訟をするしないは自由）という意味である。

また、不起訴の合意というものも拘束力を持つ。

不起訴の合意とは、債務が履行されなくても訴訟はしませんという合意であり、この場合、債務は自然債務となる。

→自然債務とは、債務者が任意に履行すれば有効な弁済となる（不当利得ではナイ）が、債権者がこれを強制することのできない債務のこと。時効援用された債務などがこれにあたる。

貸金の返還を求めるAはBに対して民事訴訟を提起することができます。

まず、貸金についての民法の条文を掲げましょう。

金を貸す契約を、民法上「金銭消費貸借契約」といいます。

では、この点について規定する条文を見てみましょう。

民法587条（消費貸借）

消費貸借は、当事者の一方が種類、品質及び数量の同じ物をもって**返還をすることを約して相手方から金銭その他の物を受け取る**ことによって、その効力を生ずる。

民法587条の法律要件は以下の2つです。

1. 返還の約束
2. 金銭の授受

事例9において、この2つの法律要件はそろっています。

その法律効果は、「貸金の返還請求権」です。

A→B 貸金の返還請求権

Aとしては、民法上「貸金の返還請求権」が生じていますから、それを裁判所に認めてもらえば訴訟に勝てます。

もし、Bが自白してくれれば、裁判は簡単に勝てます。

しかし、Bが「借りていない」とシラを切ると、Aは貸したことを証明しなければなりません。

Aに立証責任があるのは、

1. 返還の約束
2. 金銭の授受

です。他に、弁済期の到来も主張すべきとされています。

Aの立証活動は、借用書があれば強力な証拠になります。なければ、他の証拠でなんとか裁判官を納得させる必要があります。

(民法上は口頭での返還約束も有効なのですが、借用書がないと貸したことの証明が難しくなるのです。これが借用書を作る実務的な理由です。)

この立証が成功すると、裁判所は、つぎのような判決文を書いてくれます。

判決主文「BはAに金100万円を支払え」

これで、やっと勝ちの判決が出ます。

コ ラ ム 諾成契約と要物契約

売買の場合、「売った」「買った」の約束だけで契約が成立する。しかし、消費貸借は、「金銭その他の物」の授受が法律要件だ。

前者を諾成契約、後者を要物契約という。

コ ラ ム 双務契約と片務契約

売買は、売主の代金請求権と買主の目的物の引渡し請求権が発生する。

契約当事者の双方が（債権者であり）債務者だから、双務契約という。

これに対し、消費貸借では、金銭の授受があった時点で契約が成立するので貸し手の側に金を渡す債務がない。あるのは借り手の返還義務だけだ。これを片務契約という。

しかし、話はこれで終わりません。

判決が出ても、Bが支払うとは限りません。
このままでは、判決書きは「ただの紙切れ」なのです。

そこで、Aは強制執行の手続を取る必要があります。
「強制」というのは、Bの「意思に反して」という意味です。

強制執行には、不動産執行、動産執行、債権執行がありますが、いずれもBの財産を差し押さえてBの意思に反して売却等を行う手続です。

要するに、Bの財産を国家権力が勝手に売却するのです。
そして、その売却代金から、Aが100万円を貰うという仕組みです。
これを強制競売といいます。

このように、「契約自由の原則」の裏側には「約束は守られなければならない原則」があり、そのために国家の強制力が発動されるのです。

こういう事情は、学問上は、民法そのものの分野ではなく「民事訴訟法」「民事執行法」の分野ですが、以上述べた知識は民法の理解にとって極めて重要です。

【用語解説】→ 差押え

金銭債権を満足させることを目的とする強制執行手続で、債務者の目的財産への処分行為を禁止する行為。

4 破産がわかれば民法がわかる

さて、強制執行の話までいきました。が、これで終わりではありません。
さらに問題があるのです。

それは、「Bに財産がなかったらどうなるのか」（Bの無資力）という問題です。
財産があれば強制執行できるでしょうが、なかったらどうなるのでしょうか。

Bの財産の中で、Aが差し押さえることのできる財産を、Bの責任財産とか一般財産とかいいます。

貸金を踏み倒されたAは、最終的にはBの一般財産を差し押さえて売却するしか債権を回収する方法がありません（他に整理屋に頼むという方法もありますが、それは本書とは無関係です）。

そうすると、Bに責任財産がない以上、Aはお手上げです。
このことが一番典型的に現れるのが、「債務者破産」のケースなのです。

〈無断複製、引用、模倣、複写を固く禁じます。〉

Wセミナー／司法書士



山本浩司の
automa
オートマシステム **1**
民法 I
基本編 総則編
第3版
system

245-0979-1004-12