

Readers Leaders  
リーダーズ式  
2018

---

民法出題予想判例☆  
検索カトレーニング

---

無料公開講座  
【レジュメ編】



リーダーズ総合研究所



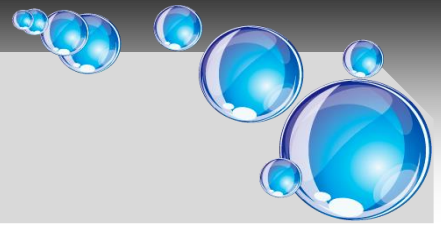
辰巳法律研究所  
Tatsumi legal institute

## 【民法出題予想判例☆検索カトレーニング】

1 過去問 .....	1
2 重要判例☆検索カトレーニング .....	5

# 01

## 過去問



### 1 平成 29 年度問題 31

問題 1 物権的請求権等に関する次の記述のうち、民法の規定および判例に照らし、妥当なものはどれか。

- 1 Aが所有する甲土地の上に、Bが権原なく乙建物を建設してこれをCに譲渡した場合、無権原で乙建物を建設することによってAの土地所有権を侵害したのはBであるから、AはBに対してのみ乙建物の収去を求めることができる。
- 2 第三者が抵当不動産を不法占有することによって同不動産の交換価値の実現が妨げられ、抵当権者の優先弁済権の行使が困難となるような状態があるときは、抵当権に基づく妨害排除請求権が認められるが、抵当権は占有を目的とする権利ではないため、抵当権者が占有者に対し直接自己への抵当不動産の明渡しを求めることは常にできない。
- 3 占有者がその占有を奪われたときは、占有回収の訴えにより、その物の返還を請求することはできるが、損害の賠償を請求することはできない。
- 4 第三者が賃貸不動産を不法占有している場合、賃借人は、その賃借権が対抗要件を具備しているか否かを問わず、その不法占有者に対して、当該不動産に関する賃借権に基づく妨害排除請求を行うことができる。
- 5 Dが所有する丙土地の上に、Eが権原なく丁建物を建設し、自己所有名義で建物保存登記を行った上でこれをFに譲渡したが、建物所有権登記がE名義のままとなっていた場合、Dは登記名義人であるEに対して丁建物の収去を求めることができる。



## 土地所有権に基づく物権的請求権の相手方

A所有の甲土地上に、無権原で乙建物が建築された。乙建物の登記名義人はBであるが、乙建物の所有者はCである場合、Aは、誰を相手に、建物収去・土地明渡を請求すべきか。

判例は、土地所有権に基づく物上請求権を行使して建物収去・土地明渡しを請求するには、現実に建物を所有することによってその土地を占拠し、土地所有権を侵害している者を相手方とすべきであるとする。もっとも、他人の土地上の建物の所有権を取得した者が自らの意思に基づいて所有権取得の登記を経由した場合には、たとえ建物を他に譲渡したとしても、引き続き右登記名義を保有する限り、土地所有者に対し、右譲渡による建物所有権の喪失を主張して建物収去・土地明渡しの義務を免れることはできないものと解している(最判平6.2.8)。

**2 平成 29 年度問題 33**

問題 2 Aは自己所有の甲機械（以下「甲」という。）をBに賃貸し（以下、これを「本件賃貸借契約」という。）、その後、本件賃貸借契約の期間中にCがBから甲の修理を請け負い、Cによる修理が終了した。この事実を前提とする次の記述のうち、民法の規定および判例に照らし、妥当なものはどれか。

- 1 Bは、本件賃貸借契約において、Aの負担に属するとされる甲の修理費用について直ちに償還請求することができる旨の特約がない限り、契約終了時でなければ、Aに対して償還を求めることはできない。
- 2 CがBに対して甲を返還しようとしたところ、Bから修理代金の提供がなかったため、Cは甲を保管することとした。Cが甲を留置している間は留置権の行使が認められるため、修理代金債権に関する消滅時効は進行しない。
- 3 CはBに対して甲を返還したが、Bが修理代金を支払わない場合、Cは、Bが占有する甲につき、動産保存の先取特権を行使することができる。
- 4 CはBに対して甲を返還したが、Bは修理代金を支払わないまま無資力となり、本件賃貸借契約が解除されたことにより甲はAに返還された。本件賃貸借契約において、甲の修理費用をBの負担とする旨の特約が存するとともに、これに相応して賃料が減額されていた場合、CはAに対して、事務管理に基づいて修理費用相当額の支払を求めることができる。
- 5 CはBに対して甲を返還したが、Bは修理代金を支払わないまま無資力となり、本件賃貸借契約が解除されたことにより甲はAに返還された。本件賃貸借契約において、甲の修理費用をBの負担とする旨の特約が存するとともに、これに相応して賃料が減額されていた場合、CはAに対して、不当利得に基づいて修理費用相当額の支払を求めることはできない。



## 転用物訴権

Bは、AからA所有の家屋を賃借し、その際、BがAに対して権利金を支払わない代わりにBが当該家屋の修繕業務を負うこととする旨を合意した。後日、当該家屋の修繕工事が必要となった際、BはCに対してこれを依頼し、Cが同工事を完了したが、BはCに修繕代金を支払う前に無資力となってしまった。Cは、Aに対して、不当利得に基づいて、修理代金の支払を求めることができるか。

判例は、建物の所有者Aが法律上の原因なくして右修繕工事に要した財産及び労務の提供に相当する利益を受けたということが出来るのは、AとBとの間の賃貸借契約を全体としてみて、Aが対価関係なしに右利益を受けたときに限られるものと解するのが相当であるとしている。ただし、AがBとの間の賃貸借契約において何らかの形で右利益に相応する出捐ないし負担をしたときは、Aの受けた右利益は法律上の原因に基づくものというべきであり、CがAに対して右利益につき不当利得としてその返還を請求することができるとするのは、Aに二重の負担を強いる結果となるからである(最判平7.9.19)。

## 1 虚偽表示

### 1 意義

虚偽表示とは、相手方と通じてなした虚偽の意思表示のことをいう。

### 2 要件

- ① 表示上の効果意思と内心的効果意思が一致しないこと
- ② 表意者が自分でそのことを知っていること
- ③ 相手方と通謀すること

### 3 効果

#### (1) 原則

虚偽表示による意思表示は、無効である(94条1項)。表意者も相手方も、それが真意ではないことを知っているため、その意思表示に法的な拘束力を認める必要性がないからである。

#### (2) 例外

当事者は、善意の第三者に虚偽表示による無効を対抗できない。

「対抗できない」とは、当事者は善意の第三者に対して無効の主張ができないが、善意の第三者からは、有効無効いずれの主張もできることをいう。

### 4 第三者保護

善意の第三者は、94条2項によって保護される。「善意」とは、通謀虚偽表示であることを知らないことをいう。判例は、善意であればよく、無過失は不要とする(大判昭12.8.10)。

「第三者」とは、虚偽表示の当事者及びその包括承継人以外の者であって、虚偽表示に基づいて新たに独立した法律上の利害関係を有するに至った者をいう(大判大9.7.23)。なお、判例は、第三者として保護されるために、登記は不要としている(最判昭44.5.27)。

#### —図表— 94条2項の「第三者」

第三者にあたる者	第三者にあたらない者
① 不動産の仮装譲受人からの譲受人(最判昭28.10.1)	① 債権の仮装譲受人から取立てのために債権を譲り受けた者(大判大9.10.18)。
② 不動産の仮装譲受人から抵当権の設定を受けた者(大判大4.12.17)	② 土地の賃借人が借地上の建物を仮装譲渡した場合の土地賃貸人(最判昭38.11.28)
③ 仮装債権の譲受人(大判昭13.12.17)	③ 土地の仮装譲受人からその土地上の建物を賃借した者(最判昭57.6.8)
④ 虚偽表示の目的物に対して差押えをした仮装譲受人の債権者(最判昭48.6.28)	④ 一番抵当権が仮装で放棄された場合の二番抵当権者(大判明33.5.7)
⑤ 仮装譲受人が破産した場合の破産管財人(大判昭8.12.19)	⑤ 一般債権者(大判大9.7.23)

## 2 177条の「第三者」

### 1 意義

登記をしなければ対抗できない「第三者」とは、当事者もしくは包括承継人以外の者であって、登記の欠缺を主張する正当な利益を有する者をいう(大連判明41.12.15)。

「第三者」は、善意である必要がなく、悪意であっても、177条の「第三者」に当たれば、登記をしなければ対抗できない。

### 2 第三者に当たらない者

#### ① 実質的無権利者

たとえば、所有者Aの土地を、何ら権利もないBが勝手にB名義の登記をし、それをCに売却した場合、無権利者からの譲受人Cが権利を取得することはなく、Aは登記がなくても実質的無権利者のCに所有権を主張することができる。

#### ② 不法行為者・不法占拠者

単なる不法占拠者や賃貸借契約終了後明渡しをしない元賃借人も不法占拠者に当たる。

#### ③ 不動産登記法5条所定の者

詐欺又は強迫によって登記の申請を妨げた第三者は、その登記がないことを主張することができない(不動産登記法5条1項)。

また、他人のために登記を申請する義務を負う第三者は、その登記がないことを主張することができない(不動産登記法5条2項本文)。

#### ④ 転々譲渡の前主

たとえば、AからBへ、BからCへと所有権が譲渡された場合、AとBは当事者の関係にあり、Cから見てAは当事者に準じる地位にあるため、Cから見てAは第三者に当たらず、CはAに登記なくして所有権の主張をすることができる。

#### ⑤ 一般債権者

差押えをしていない一般債権者は、177条の第三者に当たらない。

#### ⑥ 背信的悪意者

177条の第三者には悪意者は含まれるが、単なる悪意を超えて、登記の欠缺を主張することが信義に反するような者(背信的悪意者)は、登記がなくても対抗することができる(背信的悪意者排除論)。

### 3 判例

#### ① 背信的悪意者からの転得者

#### **判例** (最判平 8.10.29)

所有者AからBが不動産を買い受け、その登記が未了の間に、Cが当該不動産をAから二重に買い受け、更にCから転得者Dが買い受けて登記を完了した場合に、たといCが背信的悪意者に当た



るとしても、Dは、Bに対する関係でD自身が背信的悪意者と評価されるのでない限り、当該不動産の所有権取得をもってBに対抗することができるものと解している。

なぜなら、Cが背信的悪意者であるがゆえに登記の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者に当たらないとされる場合であっても、Bは、Cが登記を経由した権利をBに対抗することができないことの反面として、登記なくして所有権取得をCに対抗することができるということとなり、A・C間の売買自体の無効を来すものではなく、したがって、Dは無権利者から当該不動産を買い受けたことにはならないのであって、また、背信的悪意者が正当な利益を有する第三者に当たらないとして民法177条の「第三者」から排除される所以は、第一譲受人の売買等に遅れて不動産を取得し登記を経由した者が登記を経ていない第一譲受人に対してその登記の欠缺を主張することがその取得の経緯等に照らし信義則に反して許されないということにあるのであって、登記を経由した者がこの法理によって「第三者」から排除されるかどうかは、その者と第一譲受人との間で相対的に判断されるべき事柄であるからである。

## ② 不動産の取得時効と背信的悪意者

### 判例 (最判平 18.1.17)

民法177条にいう第三者については、一般的にはその善意・悪意を問わないものであるが、実体上物権変動があった事実を知る者において、同物権変動についての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事情がある場合には、登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有しないものであって、このような背信的悪意者は、民法177条にいう第三者に当たらないものと解すべきである。

そして、甲が時効取得した不動産について、その取得時効完成後に乙が当該不動産の譲渡を受けて所有権移転登記を了した場合において、乙が、当該不動産の譲渡を受けた時点において、甲が多年にわたり当該不動産を占有している事実を認識しており、甲の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事情が存在するときは、乙は背信的悪意者に当たるといふべきである。取得時効の成否については、その要件の充足の有無が容易に認識・判断することができないものであることにかんがみると、乙において、甲が取得時効の成立要件を充足していることをすべて具体的に認識していなくても、背信的悪意者と認められる場合があるといふべきであるが、その場合であっても、少なくとも、乙が甲による多年にわたる占有継続の事実を認識している必要があると解すべきであるからである。

以上によれば、上告人らが被上告人による本件通路部分甲の時効取得について背信的悪意者に当たるといふためには、まず、上告人らにおいて、本件土地等の購入時、被上告人が多年にわたり本件通路部分甲を継続して占有している事実を認識していたことが必要であるといふべきである。

## ③ 登記のない地役権と承役地の譲受人

### 判例 (最判平 10.2.13)

通行地役権(通行を目的とする地役権)の承役地が譲渡された場合において、譲渡の時に、右承役地が要役地の所有者によって継続的に通路として使用されていることがその位置、形状、構造等の物理的状況から客観的に明らかであり、かつ、譲受人がそのことを認識していたか又は認識することが可能であったときは、譲受人は、通行地役権が設定されていることを知らなかったとしても、特段の事情がない限り、地役権設定登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する第三者に当たらないと解するのが相当である。その理由は、次のとおりである。

登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有しない者は、民法177条にいう「第三者」(登記をしなければ物権の得喪又は変更を対抗することのできない第三者)に当たるものではなく、当該第三者に、不動産登記法4条又は5条に規定する事由のある場合のほか、登記の欠缺を主張すること

が信義に反すると認められる事由がある場合には、当該第三者は、登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する第三者に当たらない。

通行地役権の承役地が譲渡された時に、右承役地が要役地の所有者によって継続的に通路として使用されていることがその位置、形状、構造等の物理的状況から客観的に明らかであり、かつ、譲受人がそのことを認識していたか又は認識することが可能であったときは、譲受人は、要役地の所有者が承役地について通行地役権その他の何らかの通行権を有していることを容易に推認することができ、また、要役地の所有者に照会するなどして通行権の有無、内容を容易に調査することができる。したがって、右の譲受人は、通行地役権が設定されていることを知らないで承役地を譲り受けた場合であっても、何らかの通行権の負担のあるものとしてこれを譲り受けたものというべきであって、右の譲受人が地役権者に対して地役権 設定登記の欠缺を主張することは、通常は信義に反するものというべきである。ただし、例えば、承役地の譲受人が通路としての使用は無権原でされているものと認識しており、かつ、そのように認識するについては地役権者の言動がその原因の一半を成しているといった特段の事情がある場合には、地役権設定登記の欠缺を主張することが信義に反するものということとはできない。

したがって、右の譲受人は、特段の事情がない限り、地役権設定登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する第三者に当たらないものというべきである。なお、このように解するのは、右の譲受人がいわゆる背信的悪意者であることを理由とするものではないから、右の譲受人が承役地を譲り受けた時に地役権の設定されていることを知っていたことを要するものではない。

### 3 相続と登記

#### 1 相続と登記

—図表— 相続と登記

	共同相続と登記	遺産分割と登記		相続放棄と登記
		遺産分割前	遺産分割後	
【CASE】	Aが死亡し、BとCが共同相続したところ、Bが勝手に相続財産の土地につき単独相続の登記をし、この土地をDに譲り渡してしまった。	Aが死亡し、BとCが共同相続した場合、遺産分割協議をする前にBが自己の持分をDに売却した。その後、遺産分割協議により、当該土地がCの単独相続となった。	Aが死亡し、BとCが共同相続した後、遺産分割協議により、当該土地が、Cの単独所有となった。しかし、Bは、Cに登記を移す前に、Dに自己の持分を売却した。	Aが死亡してB Cが共同相続した後、Bが相続を放棄したが、その登記をする前にBの債権者DがBの持分を差し押さえた。
結論	Cは、登記なくしてDに対し、自己の持分を主張することができる（最判昭38.2.22）。	Cは、登記なくして、他人(B)の持分を主張することができない。	DとCは対抗関係となり、Dは登記を経ないと、自己の所有権を、Cに対抗できない（最判昭46.1.26）。	CはDに対し、登記なくして所有権を主張できる（最判昭42.1.20）。
理由	Bの登記はCの持分については無権利者であり、登記に公信力がない以上保護されるわけではないからである。	民法909条但書は、遡及効を制限することにより、遺産分割前の第三者を保護しているからである。	第三者との関係においては、遺産分割時に新たな権利変動が生じたのと実質的に同視でき、Bを起点とする二重譲渡と構成しうるから、DとCは対抗関係となる。	相続放棄には遡及効があるため（939条）、これにより、Bははじめから相続人ではなかったこととなり、Dの差し押えは無意味となるからである。

#### 判例（最判平 14.6.10）

特定の遺産を特定の相続人に「相続させる」趣旨の遺言は、特段の事情のない限り、何らの行為を要せずに、被相続人の死亡の時に直ちに当該遺産が当該相続人に相続により承継される。このように、「相続させる」趣旨の遺言による権利の移転は、法定相続分又は指定相続分の相続の場合と本質において異なるところはない。そして、法定相続分又は指定相続分の相続による不動産の権利の取得については、登記なくしてその権利を第三者に対抗することができる。したがって、本件において、被原告人は、本件遺言によって取得した不動産又は共有持分権を、登記なくして原告らに対抗することができる。「相続させる」趣旨の遺言による権利の移転は、法定相続分又は指定相続分の相続の場合と本質において異なることなく、法定相続分又は指定相続分の相続による不動産の権利の取得については、登記なくしてその権利を第三者に対抗することができ、相続人は、遺言によって取得した共有持分権を、登記なくして、他の相続人の債権者に対抗することができる。

## 4 法定地上権

### 1 意義

法定地上権とは、土地及びその上に存する建物が同一の所有者に属する場合において、その土地又は建物につき抵当権が設定され、その実行により所有者を異にするに至ったときは、その建物について、地上権が設定されたものとみなす制度をいう(388条)。

### 2 趣旨

日本では土地と建物は別個の不動産として扱われているため、建物を所有するためには、土地の利用権が必要となる。しかし、自己所有の土地上に建物を所有している者は、現行法上、自己借地権を設定することはできない。

したがって、土地と建物が同一の所有者のもので土地に抵当権を設定し、その後、競落されて当該土地が別の所有者となったとき、建物の所有者は土地を利用する権利を失うことになる。

これは、社会経済上不合理であり、また、土地所有者は建物利用を土地の価値としているはずであるから、そこで、このような場合に、法律上、土地の利用権を認めるのが法定地上権である(388条)。

### 3 成立要件

#### ① 抵当権設定当時、土地上に建物が存在

##### ア 更地の場合

更地上に抵当権を設定しても法定地上権は成立しない。土地の担保価値を更地として高く評価している抵当権者の利益を保護するためである。

また、更地に抵当権を設定し、抵当権者がその更地上に建物を建築することを承認していたとしても、買受人の利益を保護するため、法定地上権は成立しない(最判昭36.2.10)。

##### イ 建物再築の場合

土地に抵当権を設定した当時建物が存在していれば、その後、建物が改築されても法定地上権は成立する。この場合、旧建物が木造なら新建物も木造が基準となる。(大判昭10.8.10)。ただし、抵当権者の利益を害しない特段の事情がある場合には、例外的に、新建物を基準とする法定地上権が認められる(最判昭52.10.11)。

なお、法定地上権は物権であるから、当事者の合意により法定地上権が発生しない旨の特約をしても無効である(大判明41.5.11)。

#### 判例 (最判平 9.2.14)

土地と建物に共同抵当を設定した後、建物が再築された場合、新建物の所有者が土地の所有者と同一であり、かつ、新建物が建築された時点での土地の抵当権者が新建物について土地の抵当権と同順位の共同抵当の設定を受けたとき等特段の事情のない限り、新建物のために法定地上権は成立しない。

## ② 抵当権設定当時、土地と建物が同一所有者

抵当権設定当時、建物所有者と土地の所有者が別人であれば、通常、利用権が設定されるはずであるから、法定地上権による保護を与える必要はない。なお、別人とは、親子・夫婦の関係があるときでも法定地上権は成立しない(最判昭51.10.8)。

設定当時同一人の所有でなければならぬため、その後同一所有となっても法定地上権は成立しない。また、設定当時同一所有であれば、抵当権実行時に別人所有となっても法定地上権は成立する。なお、抵当権設定当時、土地と建物が同一の所有者であれば、登記名義が別人であっても法定地上権は成立する(最判昭48.9.18)。

## ア 一番抵当権設定時には別人所有であったが、二番抵当権設定時には同一所有であった場合

## (ア) 土地抵当の場合

法定地上権は成立しない(最判平2.1.22)。一番抵当権者は法定地上権の負担がないものとして担保価値を把握して抵当権を設定しているため、この期待権を保護する必要があるからである。

## (イ) 建物抵当の場合

法定地上権が成立する(大判昭14.7.26)。法定地上権を成立させることが土地利用における社会的経済につながるし、このように解しても抵当権設定者は自ら二番抵当権を設定したのであるから、その不利益を負うのはやむを得ないからである。

## —図表— 別人所有が同一所有になった場合

	土地抵当の場合	建物抵当の場合
結 論	法定地上権は成立しない。 (最判平2.1.22)	法定地上権が成立する。 (大判昭14.7.26)
理 由	一番抵当権者は法定地上権の負担がないものとして担保価値を把握して抵当権を設定しているため、この期待権を保護する必要がある。	法定地上権を成立させることが土地利用における社会的経済につながるし、このように解しても抵当権設定者は自ら二番抵当権を設定したのであるから、その不利益を負うのはやむを得ない。

## 判例 (最判平2.1.22)

土地について一番抵当権が設定された当時土地と地上建物の所有者が異なり、法定地上権成立の要件が充足されていなかった場合には、土地と地上建物を同一人が所有するに至った後に後順位抵当権が設定されたとしても、その後に抵当権が実行され、土地が競落されたことにより一番抵当権が消滅するときには、地上建物のための法定地上権は成立しないものと解するのが相当である。

けだし、民法388条は、同一人の所有に属する土地及びその地上建物のいずれか又は双方に設定された抵当権が実行され、土地と建物の所有者を異にするに至った場合、土地について建物のための用益権がないことにより建物の維持存続が不可能となることによる社会経済上の損失を防止するため、地上建物のために地上権が設定されたものとみなすことにより地上建物の存続を図ろうとするものであるが、土地について一番抵当権が設定された当時土地と地上建物の所有者が異なり、法定地上権成立の要件が充足されていない場合には、一番抵当権者は、法定地上権の負担のないものとして、土地の担保価値を把握するのであるから、後に土地と地上建物が同一人に帰属し、後順位

抵当権が設定されたことによって法定地上権が成立するものとする、一番抵当権者が把握した担保価値を損なわせることになるからである。

## イ 共有の場合

### (ア) 土地共有の場合

土地が共有で建物に抵当権が設定されていた場合、法定地上権は成立しない(最判昭44.11.4)。ABが土地を共有している場合、土地の共有者であるBが納得していたのはいつでもふきとばせる弱い権利である。しかし、抵当権の実行により法定地上権が成立してしまうと、土地の共有者Bが了承していなかった強い権利が設定されることになってしまい、Bの合理的期待に反するので許されないからである。

### (イ) 建物共有の場合

建物が共有で土地に抵当権が設定されていた場合、法定地上権は成立する(最判昭46.12.21)。ABが建物を共有している場合、抵当権設定者であるAは法定地上権の成立を予測していたのであるし、そう解してもBの合理的期待を裏切ることにはならないからである。

—図表— 共有の場合

	土地共有の場合	建物共有の場合
結論	法定地上権は成立しない。 (最判昭44.11.4)	法定地上権は成立する。 (最判昭46.12.21)
理由	A Bが土地を共有している場合、抵当権の実行により法定地上権が成立してしまうと、土地の共有者であるBが了承していなかった強い権利が設定されることになってしまい、Bの合理的期待に反するので許されない。	A Bが建物を共有している場合、抵当権設定者であるAは法定地上権の成立を予測していたのであるし、そう解してもBの合理的期待を裏切ることにはならないからである。

### ③ 土地・建物の一方に抵当権が設定

### ④ 抵当権の実行により、土地所有者と建物所有者が異なる

## 4 効果

法律上、当然に地上権が発生する。

地代は、当事者間の協議によって定めることができる。ただし、当事者の協議が整わなかった場合には、当事者の請求により、裁判所が地代を定める(388条後段)。

## 5 債権譲渡

### 1 意義

異議をとどめない承諾とは、債務者が譲渡人に対抗することができる事由を留保しないで行う承諾をいう。

### 2 効果

債務者が承諾をするにあたり、異議をとどめなかった場合には、債務者は、譲渡人に対抗することができる事由があったとしても、当該事由をもって、譲受人に対抗することができなくなる(468条1項前段)。

判例は、民法468条1項本文が指名債権の譲渡につき、債務者の異議をとどめない承諾に抗弁喪失の効果をみとめているのは、債権譲受人の利益を保護し一般債権取引の安全を保障するため法律が附与した法律上の効果と解すべきであるとしている(最判昭42.10.27)。

異議をとどめない承諾によって譲受人に対抗事由を主張することができなくなった債務者は、その債務を消滅させるために譲渡人に払い渡したものがあるときはこれを取り戻し、譲渡人に対して負担した債務があるときはこれを成立しないものとみなすことができる(468条1項後段)。

#### 判例 (最判平9.11.11)

賭博の勝ち負けによって生じた債権が譲渡された場合においては、右債権の債務者が異議をとどめず右債権譲渡を承諾したときであっても、債務者に信義則に反する行為があるなどの特段の事情のない限り、債務者は、右債権の譲受人に対して右債権の発生に係る契約の公序良俗違反による無効を主張してその履行を拒むことができるというべきである。けだし、賭博行為は公の秩序及び善良の風俗に反すること甚だしく、賭博債権が直接的にせよ間接的にせよ満足を受けることを禁止すべきことは法の強い要請であって、この要請は、債務者の異議なき承諾による抗弁喪失の制度の基礎にある債権譲受人の利益保護の要請を上回るものと解されるからである。

### 3 異議なき承諾と抵当権の復活

#### (1) 譲受人と債務者との関係

判例は、債権が弁済によって消滅した場合、異議をとどめない承諾をした債務者は、その消滅による抵当権の消滅を譲受人に対抗できないとしている。その結果、抵当権も復活する(大決昭8.8.18)。これに対して、債権が当初より不存在であり、抵当権の設定も無効である場合には、債務者は、譲受人に対して抵当権の不存在を主張できるとしている(大判昭11.3.13)。

#### (2) 譲受人と第三者の関係

判例は、異議をとどめない承諾前に生じた第三者(後順位抵当権者、抵当不動産の第三取得者など)は、抵当権の消滅を譲受人に対して対抗できるとしている。その結果、抵当権は復活しない(大決昭6.11.21、最判平4.11.6)。

## 6 瑕疵担保責任

### 1 要件

#### ① 目的物に「隠れた瑕疵」があること

「隠れた」とは、買主が取引上一般に要求される程度の注意をしても発見できないような瑕疵をいう。「瑕疵」とは、取引観念からみて、何らかの欠陥があることをいう。判例は、この「瑕疵」には、物理的な瑕疵だけでなく、法律的な瑕疵も含むとしている(最判昭41.4.14)。

#### 判例 (最判平 3.4.2)

建物とその敷地の賃借権とが売買の目的とされた場合において、右敷地についてその賃貸人において修繕義務を負担すべき欠陥が右売買契約当時存したことがその後判明したとしても、右売買の目的物に隠れた瑕疵があるということとはできない。

けだし、右の場合において、建物と共に売買の目的とされたものは、建物の敷地そのものではなく、その賃借権であるところ、敷地の面積の不足、敷地に関する法的規制又は賃貸借契約における使用方法の制限等の客観的事由によって賃借権が制約を受けて売買の目的を達することができないときは、建物と共に売買の目的とされた賃借権に瑕疵があると解する余地があるとしても、賃貸人の修繕義務の履行により補完されるべき敷地の欠陥については、賃貸人に対してその修繕を請求すべきものであって、右敷地の欠陥をもって賃貸人に対する債権としての賃借権の欠陥ということとはできないから、買主が、売買によって取得した賃借人たる地位に基づいて、賃貸人に対して、右修繕義務の履行を請求し、あるいは賃貸借の目的物に隠れた瑕疵があるとして瑕疵担保責任を追求することは格別、売買の目的物に瑕疵があるということとはできないのである。なお、右の理は、債権の売買において、債務の履行を最終的に担保する債務者の資力の欠如が債権の瑕疵に当たらず、売主が当然に債務の履行について担保責任を負担するものではないこと(民法569条参照)との対比からしても、明らかである。

#### ② 買主が瑕疵につき善意無過失であること

### 2 効果

#### ① 解除権

#### ② 損害賠償請求権

#### ③ 行使期間

買主が瑕疵を知った時から1年以内に行使する必要がある。判例は、1年の期間制限は、除斥期間を規定したものと解すべきであり、この損害賠償請求権を保存するには、売主の担保責任を問う意思を裁判外で明確に告げることをもって足り、裁判上の権利行使をするまでの必要はないとしている(最判平4.10.20)。

#### 判例 (最判平 13.11.27)

買主の売主に対する瑕疵担保による損害賠償請求権は、これが民法167条1項にいう「債権」に当たるとは明らかである。この損害賠償請求権については、買主が事実を知った日から1年という除斥期間の定めがあるが、これは法律関係の早期安定のために買主が権利を行使すべき期間を特に限定したものであるから、この除斥期間の定めがあることをもって、瑕疵担保による損害賠償請



求権につき同法167条1項の適用が排除されると解することはできない。したがって、瑕疵担保による損害賠償請求権には消滅時効の規定の適用があり、この消滅時効は、買主が売買の目的物の引渡しを受けた時から進行する。

## 7 賃借権の譲渡・転貸

### 1 意義

「賃借権の譲渡」とは、賃借人としての法律上の地位を第三者に移転することをいう。「賃借物の転貸」とは、賃借人が従前の契約上の地位を保持しながら、賃借物を第三者に賃貸することをいう。

賃借人は、賃貸人の承諾を得なければ、その賃借権を譲り渡し、又は賃借物を転貸することができない(612条1項)。

なお、土地の賃借人が、借地上に自己の建物を築造して、その建物を第三者に賃貸しても、土地の転貸にはあたらない(大判昭8.12.11)。

### 2 適法な譲渡・転貸

#### (1) 適法な譲渡

適法な譲渡がなされた場合、譲渡人は、賃貸借関係から離脱し、譲受人が、賃借人となる。

#### (2) 適法な転貸

##### ア 賃借人・転借人間

適法な転貸がなされた場合、賃借人と転借人との間に転貸借契約が成立する。

##### イ 賃貸人・賃借人間

賃貸人と賃借人との間には、従来通り、賃貸借契約が存続する。

##### ウ 賃貸人・転借人間

賃貸人と転借人との間には、直接の契約関係は成立しない。ただし、転借人は、賃貸人に対して、直接に義務を負う(613条1項前段)。

問題は、賃貸人・賃借人間の賃貸借契約の解除が、転借人にどのような影響を及ぼすかである。

#### ① 債務不履行解除の場合

賃借人の債務不履行により、賃貸借契約が解除されたときは、転貸借契約は、履行不能により終了し、転借人は、賃貸人に対抗することができない(最判昭36.12.21)

また、賃料の延滞を理由として賃貸借契約を解除するには、賃貸人は賃借人に対して催告をすれば足り、転借人にその支払の機会を与える必要はない(最判昭37.3.29)。

#### 判例 (最判平 9.2.25)

賃貸借契約が転貸人の債務不履行を理由とする解除により終了した場合において、賃貸人が転借人に対して直接目的物の返還を請求したときは、転借人は賃貸人に対し、目的物の返還義務を負うとともに、遅くとも右返還請求を受けた時点から返還義務を履行するまでの間の目的物の使用収益について、不法行為による損害賠償義務又は不当利得返還義務を免れないこととなる。他方、賃貸人が転借人に直接目的物の返還を請求するに至った以上、転貸人が賃貸人との間で再び賃貸借契約を締結するなどして、転借人が賃貸人に転借権を対抗し得る状態を回復することは、もはや期待し得ないものというほかはなく、転貸人の転借人に対する債務は、社会通念及び取引観念に照らして履行不能というべきである。

したがって、賃貸人の承諾のある転貸借において、賃貸借契約が転貸人の債務不履行を理由とする解除により終了した場合、賃貸人の承諾のある転貸借は、原則として、賃貸人が転借人に対して目的物の返還を請求した時に、転貸人の転借人に対する債務の履行不能により終了する。

## ② 合意解除の場合

賃貸人と賃借人が賃貸借契約を合意解除しても、賃貸人は、その解除をもって転借人に對抗することができないとしている(大判昭9.3.7)。また、土地の賃貸人と賃借人が土地賃貸借契約を合意解除しても、特段の事情のない限り、土地の賃貸人は、解除をもって賃借人の所有する地上建物の賃借人に對抗することができない(最判昭38.2.21)。

## 3 無断譲渡・無断転貸の禁止

### (1) 原則

賃借人が、賃貸人の承諾を得ないで、無断で賃借権を譲り渡し、または、賃借物を転貸して、譲受人や転借人が賃借物を使用収益したときには、賃貸人は、原則として、賃貸借契約を解除することができる(612条2項)。

### (2) 例外

賃借人が賃貸人の承諾なく第三者に賃借物の使用収益をさせた場合においても、賃借人の当該行為が賃貸人に対する背信的行為と認めるに足りない特段の事情があるときには、612条の解除権は発生しない(信頼関係破壊の法理 最判昭28.9.25)。

「信頼関係破壊の法理」とは、賃借権の無断譲渡・転貸を理由とする賃貸人の解除権を制限する法理のことをいう。

## 8 請負契約

### 1 意義

請負契約とは、当事者の一方がある仕事を完成することを約束し、相手方がその仕事の結果に対して報酬を支払うことを約束する契約をいう(632条)。請負契約は、諾成・双務・有償契約である。雇用契約は、単なる労働力の提供だけを目的とした契約であるが、請負契約は、一定の仕事の完成が契約の目的となっている。

### 2 効力

#### (1) 請負人の義務

##### ア 仕事完成義務

請負人は、仕事を完成する義務を負う。請負人は、自ら仕事を完成させる必要はなく、全部または一部を第三者(下請負人)に請け負わせることもできる。この場合、請負人は、下請負人の故意または過失について責任を負う(履行補助者の故意・過失)。

##### イ 目的物引渡義務

注文者の報酬支払義務と請負人の目的物の引渡義務は、同時履行の関係に立つ(633条)。

##### ウ 瑕疵担保責任

#### ① 瑕疵修補請求(634条1項)

仕事の目的物に瑕疵があるとき、注文者は、請負人に対して、相当の期間を定めて、その瑕疵の修補を請求することができる(634条1項本文)。もっとも、瑕疵が重大でなく、かつ、その修補に過分の費用を要する場合には、瑕疵修補請求は認められない。この場合は、損害賠償請求による調整となる。

#### ② 損害賠償請求(634条2項)

瑕疵修補が可能な場合でも、注文者は、瑕疵修補に代え、損害賠償請求をすることができる。また、瑕疵修補請求とともに損害賠償請求をすることもできる。いずれの場合も、履行利益の損害賠償である。

### 判例(最判平9.2.14)

請負契約において、仕事の目的物に瑕疵があり、注文者が請負人に対して瑕疵の修補に代わる損害の賠償を求めたが、契約当事者のいずれからも右損害賠償債権と報酬債権とを相殺する旨の意思表示が行われなかった場合又はその意思表示の効果が生じないとされた場合には、民法634条2項により、右両債権は同時履行の関係に立ち、契約当事者の一方は、相手方から債務の履行を受けるまでは、自己の債務の履行を拒むことができ、履行遅滞による責任も負わないものと解するのが相当である。しかしながら、瑕疵の程度や各契約当事者の交渉態度等に鑑み、右瑕疵の修補に代わる損害賠償債権をもって報酬残債権全額の支払を拒むことが信義則に反すると認められるときは、この限りではない。

#### ③ 契約の解除(635条)

仕事の目的物に瑕疵があるために契約をした目的を達成できないときには、注文者は契

約を解除することができる(635条本文)。もっとも、請負の目的物が、建物その他土地の工作物の場合には、いかに重大な瑕疵があっても、契約を解除することはできない(635条ただし書)。

#### ④ 瑕疵担保責任の存続期間

##### ア 原則

請負の瑕疵担保責任の存続期間は、原則として、1年である(637条)。この期間の起算点は、引渡しを要する場合には引渡し時であり、引渡しを要しない場合には仕事の終了時である。

##### イ 例外

請負の目的物が土地工作物である場合、石造、土造、れんが造、コンクリート造、金属造その他これらに類する構造の工作物については、引渡し後10年、それ以外の工作物については、引渡し後5年となる(638条1項)。

—図表— 瑕疵担保責任

	瑕疵修補請求 (634条1項)	損害賠償請求 (634条2項)	契約の解除 (635条)
原則	仕事の目的物に瑕疵があるとき、注文者は、請負人に対して、相当の期間を定めて、その瑕疵の修補を請求することができる。	瑕疵修補が可能な場合でも、注文者は、瑕疵修補に代え、損害賠償請求をすることができる。また、瑕疵修補請求とともに損害賠償請求をすることもできる。いずれの場合も、履行利益の損害賠償である。	仕事の目的物に瑕疵があるために契約をした目的を達成できないときには、注文者は契約を解除することができる。
例外	瑕疵が重大でなく、かつ、その修補に過分の費用を要する場合には、瑕疵修補請求は認められない。この場合は、損害賠償請求による調整となる。		請負の目的物が、建物その他土地の工作物の場合には、いかに重大な瑕疵があっても、契約を解除することはできない。

※ 注文者の損害賠償請求権と請負人の報酬請求権とは、同時履行の関係に立つ(634条2項後段)。

#### 判例 (最判平 14.9.24)

請負契約の目的物が建物その他土地の工作物である場合に、目的物の瑕疵により契約の目的を達成することができないからといって契約の解除を認めるときは、何らかの利用価値があっても請負人は土地からその工作物を除去しなければならず、請負人にとって過酷で、かつ、社会経済的な損失も大きいことから、民法 635 条は、そのただし書において、建物その他土地の工作物を目的とする請負契約については目的物の瑕疵によって契約を解除することができないとした。

しかし、請負人が建築した建物に重大な瑕疵があって建て替えるほかはない場合に、当該建物を収去することは社会経済的に大きな損失をもたらすものではなく、また、そのような建物を建て替えてこれに要する費用を請負人に負担させることは、契約の履行責任に応じた損害賠償責任を負担させるものであって、請負人にとって過酷であるともいえないのであるから、建て替えに要する費用相当額の損害賠償請求をすることを認めても、同条ただし書の規定の趣旨に反するものとはいえない。

したがって、建築請負の仕事の目的物である建物に重大な瑕疵があるためにこれを建て替えるを得ない場合には、注文者は、請負人に対し、建物の建て替えに要する費用相当額を損害としてその賠償を請求することができるというべきである。

## (2) 注文者の義務

### ① 報酬支払義務

注文者は、請負人に報酬を支払うべき義務を負う。報酬の支払時期については、特約等があればそれに従う。特約等がなければ、報酬の支払いは、仕事の目的物の引渡しを要する場合には引渡しと同時に、引渡しを要しない場合には、後払いとなる(633条)。

なお、仕事の目的物を引渡すべき場合には、その引渡しと報酬の支払とは同時履行の関係に立つ(533条)。

## 3 終了

請負契約は、通常、仕事の完成によって終了する。また、注文者は、請負人が仕事の完成をしない間は、いつでも、損害を賠償すれば契約を解除することができる(641条 任意解除権)。

## 4 論点

### (1) 所有権の帰属

#### ア 二当事者の場合

#### —図表— 所有権の帰属

注文者が材料の全部または主要部分を提供した場合	請負人が材料の全部または主要部分を提供した場合
所有権は、原始的に注文者に帰属する。	所有権は、請負人にいったん帰属し、引渡しによって、注文者に移転する。ただし、注文者が、請負代金の大半を支払っていた場合には、完成と同時に所有権が原始的に注文者に帰属するとの合意があったものとみるべきである(最判昭44.9.12)。

#### イ 三当事者の場合

#### **判例** (最判平 5.10.19)

建物建築工事請負契約において、注文者と元請負人との間に、契約が途中で解除された際の出来形部分の所有権は注文者に帰属する旨の約定がある場合に、当該契約が途中で解除されたときは、元請負人から一括して当該工事を請け負った下請負人が自ら材料を提供して出来形部分を築造したとしても、注文者と下請負人との間に格別の合意があるなど特段の事情のない限り、当該出来形部分の所有権は注文者に帰属すると解するのが相当である。

けだし、建物建築工事を元請負人から一括下請負の形で請け負う下請契約は、その性質上元請契約の存在及び内容を前提とし、元請負人の債務を履行することを目的とするものであるから、下請負人は、注文者との関係では、元請負人のいわば履行補助者の立場に立つものにすぎず、注文者のためにする建物建築工事に関して、元請負人と異なる権利関係を主張し得る立場にはないからである。

《民法出題予想判例☆検索カトレーニング 解答》

- 問題 1    ▣    ×    (最判昭 57.6.8)
- 問題 2    ▣    ×    (最判昭 48.6.28)
- 問題 3    ▣    ○    (最判平 8.10.29)
- 問題 4    ▣    ×    (最判平 18.1.17)
- 問題 5    ▣    ○    (最判平 10.2.13)
- 問題 6    ▣    ×    (最判昭 46. 1 .26)
- 問題 7    ▣    ×    (最判平 14.6.10)
- 問題 8    ▣    ○    (最判平 9.2.14)
- 問題 9    ▣    ×    (最判平 2.1.22)
- 問題 10   ▣    ○    (最判平 4.11.6)
- 問題 11   ▣    ×    (最判平 3.4.2)
- 問題 12   ▣    ×    (最判平 13.11.27)
- 問題 13   ▣    ○    (最判平 9.2.25)
- 問題 14   ▣    ○    (最判昭 38.2.21)
- 問題 15   ▣    ○    (最判平 9.2.14)
- 問題 16   ▣    ×    (最判平 14.9.24)
- 問題 17   ▣    ○    (最判平 5.10.19)

## 辰 巳 法 律 研 究 所

東京本校：〒169-0075 東京都新宿区高田馬場4-3-6

TEL03-3360-3371 (代表) ☎ 0120-319059 (受講相談)

<http://www.tatsumi.co.jp/>

横浜本校：〒221-0835 神奈川県横浜市神奈川区鶴屋町2-23-5 銀洋第2ビル4F

TEL045-410-0690 (代表)

大阪本校：〒530-0051 大阪市北区太融寺町5-13 東梅田パークビル3F

TEL06-6311-0400 (代表)

京都本校：〒604-8187 京都府京都市中京区御池通東洞院西入る笹屋町435

京都御池第一生命ビルディング2F

TEL075-254-8066 (代表)

名古屋本校：〒450-0003 名古屋市中村区名駅南1-23-3 第2アスタービル4F

TEL052-588-3941 (代表)

福岡本校：〒810-0001 福岡市中央区天神2-8-49 ヒューリック福岡ビル8F

TEL092-726-5040 (代表)