

## 第4章 スペイン物権法の概要

このページの上位ページは、<http://www.kokansihoo.com/master.html> です。

## 第1節 物権法定主義か？

## (1) 概説

我が民法において、第175条は、“物権は、この法律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。”と規定し、明文で物権法定主義を採用している。一方、スペイン民法においてはそのような明文の規定がないので、物権について“閉じた数(*numerus clausus*)”（つまり、物権法定主義）の制度を採用しているか、“開かれた数(*numerus apertus*)”（物権法定主義でない）の制度を採用しているかについて学説の対立がある。その問題の中には物権の創設に私人の意思自治が有する行動範囲の問題が含まれるが、もし、前者が採用されるとすると、法律で典型化された物権しかないことになり、反対に、後者では、意思自治の効力により法律で典型化されたものと異なる物権を創設することが可能となる。

## (2) 開かれた数の学説（注1）

“開かれた数”の学説は、スペイン民法は、私人が新しい物権を創設することを禁止する条項を有していないし、物権のリストの規定もないと主張する。更に、抵当法2条2号(\*)と抵当規則7条の規定を援用している。つまり、抵当法2条2号(\*)は、“（所有権登記所には、）用益権、使用权、居住権、永小作権、抵当権、抵当契約(censo)およびその他のいかなる物権を創設、認知、移転、変更、または消滅させる権原が登記される。”と規定し、同規則7条はさらにこれを拡張して、“法2条の規定に従って、その各号に述べられている所有権または物権を確認、創設、認知、移転、変更、または、消滅させる権原のみでなく、同じ性質の権利に関連するその他の権原、ならびに、権利自体の名称は持たないが、以後あるいは将来において不動産上の所有権または物権の権能(facultades)を変更させる行為または契約も、登記されなければならない。”と規定している。同規則のこの規定は、“物権的(real)な同じ性質の権利”を示唆して、抵当法2条(\*)の不徹底な列举の性格を補強しているように見える。

## (3) 閉じた数の学説（注2）

一方、“閉じた数”の学説は、任意の物権の創設は公序（経済的）に影響し、財物の自由な取引にブレーキを掛け、第三者に対して自身と関係ない負担を被らせる、と主張する。所有権

登記所による物権の公示の観点からは、この学説の有利さは明白である。つまり、潜在的第三者、物権の取得者または名義人が、登記されている財物の上に課されている負担・制限を知ることが簡単になる。この学説にとっては、法律が認めている唯一のものは、典型化された物権の中身を形成する意思自治のワンセットである（例えば、民法 467 条(\*)、594 条(\*)）。“開かれた数”の学説への反対説として、民法の中には物権に関して債権に関する民法 1255 条(\*)のような規定はないと反論する（しかし、これは、明白に許可されていないものは禁止されている、との馬鹿げた、不当な結論となるが。）。そして、抵当法 2 条(\*)は、民法では認識されているが、抵当法 2 条が列挙していないその他の物権に関連していると見ることができ、規則 7 条は、この性格を有していることでその問題について正確には解決できない規定であると主張する。

#### (4) 登記・公証人業総局の先例 (注 3)

登記・公証人業総局の判例(jurisprudencia)では、“適法な物権と異なる物権が創設されると、その登記が主張される”として、常に“開かれた数”の学説の有利に処理されているが、実際は多くの制限が課されている。たとえ、創設される（物権の）類型(figuras)が都市計画上の必要（1984 年 5 月 14 日の決定）または新たな経済上の必要（1998 年 12 月 15 日の法律 42 号による規制の前のいわゆる複数所有権）があるときに“開かれた数”にもっとも有利な処置が見られるとしても、その決定においては、一定の決まった線引きはなく、これらの学説の中で揺れている。その法律 42 号から新たな物権・権利の創設については次の結果が導き出される：

- ① 創設される類型は、物権としての典型的要件を満足する必要があること（1966 年 9 月 20 日の決定）。このことは、財物について人の直接の支配を与える、または、物権として受け入れられる権利と同じように形成される、と言う意味で理解されている。
- ② 公序（民法 1255 条(\*)）に反しないこと。ここでの公序は経済上の公序と理解されている。
- ③ 負担を課する客体および登記する権利の完全な表示が必要とされること。
- ④ 所有権登記所へのアクセスに要求される形式要件（基本的には公正証書（民法 1280 条 1 号(\*)）を満たすことが必要であること。
- ⑤ ある物権の創設を通して、当事者の利害の特定の法的保護の必要性が存在する必要があること。

(注 1) Luis Diez-Picazo 他 「Sistema de Derecho Civil」 47 頁 (Editorial Tecnos)

(注 2) 同 47~48 頁

(注 3) 同 48 頁

## 第2節 物権の客体・種類

### (1) 物権の客体

物権の客体は「財物(bienes)」であり、財物とは占有／私物化(apropiación)の対象となりうる「物(cosa)」である(民法 333 条\*)。占有の対象となる物であるから、財物は有体物であるといえる。財物は不動産と動産に区別される。

#### ① 不動産

スペイン民法典では、第 334 条\*が不動産を列挙している。そこでは、かなり広い範囲の財物を不動産と規定している。不動産としては、性質によるもの(土地、建物、構造物、土地に定着した樹木、彫像等)、用途によるもの(機械、道具、など)及び関係する客体によるもの(不動産上の物権、など)に区別される。

#### ② 動産

民法 335 条は、不動産以外の占有できる財物は動産であると規定し、更に、それが結合されている不動産を壊すことなく或る地点から別の地点に移動させることができる全ての物は動産であると、規定している。前者は消極的な規定であるが、これで動産を定義するに充分であると考えられるので、後者は 334 条 3 号\*に対応した注意的規定と考えられる。更に、動く「物」(cosas muebles)の範疇に入るものとしては、ある人または家族に当てられた終身または相続性年金がある(但し、一定の条件が付いている)。

財物は、公共財産(dominio público)と私有財産(propiedad privada)に分けられ(民法 338 条)、前者の種類は民法 339 条\*に列挙されている。国に属する公共財産で、同条に列挙されていない財物は私的所有の性格を有するとされる(民法 340 条)。また、行政財産(bienes de uso público)としての性格を失った公共財産および防衛のために使用されなくなった公共財産も国の私的所有の性格を帯びるとされている(民法 341 条)。よって、行政財産については譲渡はできないと考えられるが、行政財産・防衛の用に供されなくなった公共財産は譲渡できるものと思われる。県(provincias)と市町村(pueblos)に帰属する財物のうちで、重要な区別は、行政財物と普通財産(bienes patrimoniales)である(民法 343 条)。県・市町村の行政財産については民法 344 条で列挙されている。普通財産は、私的取引の客体となり、会社は、法律の規定による以外に、有償名義で、時効で、贈与で、または、その他の適法な方法で取得できるとしている(1998 年 7 月 15 日最高裁判決)。

無主の不動産の帰属については民法典は規定していないが、国家財産法(Ley de Patrimonio del Estado)の第 21 条が、“空いており、かつ、知れたる所有者のいない不動産は普通財産とし

て国に属する……………”と規定している。これらの財物は、行政財産ではなく、国に私有的財産として自動的に属することとなる(注1)。

## (2) 物権の種類

スペイン民法典は、その第2編(財物、所有権、それらの変動(modificaciones))中に、物権の客体である「財物」、所有権および占有権、用益権、地役権などのその他物権、所有権登記所、等に関する規定を置いている。「物権」という用語は、その第8章(所有権登記所)の第605条(\*)に現われている。

物権のうちで、基本的・代表的なものが所有権であり、所有者が物の上に排他的に行使できる最も包括的権能で、スペイン民法348条(\*)は所有権について、“所有権は、法律の規定による制限以外の制限なくして、ある財物を使用・収益および処分できる権利である。所有者は、財物を回復するため、その所持者及び占有者に対して訴えることができる。”と規定している。

その他物権は、内容的に制限された権利(制限物権)で、他人の物の上の権利であり、同一物につき所有権と併存する。一般に用益物権と担保物権に区分されるが、スペインでは物権の第三の分野として“優先取得の物権(derechos reales de adquisición preferente)”が導入されている。スペイン民法典には、用益物権としては、用益権、使用権、居住権、地役権、地上権、永小作権が規定されており、担保物権としては、抵当権、質権、抵当契約(censo)、収益質(anticresis)が規定されている。優先取得の物権については民法の直接の規定はないが、買い(売り)選択権(derecho de opción de compra(venta))、先買権(derecho de tanteo)、買戻権(derecho de retracto)がある。

以下にスペイン民法典が規定する物権についてその内容について簡単に説明する。賃借権、留置権、買い選択権、先買権及び買戻権は(賃借権(抵当法2条5号\*)と買い選択権(抵当規則14条)は登記できるものであるが)物権か債権かの議論があるので、ここでは省略する。

## (3) 所有権

所有権とは、法令の制限の下で、その名義人に有形財物の上に、完全な自治的・(原則として)永久的・弾力的性質をもって、そして区分できる内容の部分で、広い権能または支配を与える物権であると定義されている(注2)。民法348条(\*)では、“所有権は、法律の規定による制限以外の制限なくして、ある財物を使用収益及び処分できる権利である。所有者は、財物を回復するためその所持者および占有者に対して訴えることができる。”と規定されている。

#### (4) 用益権

(使用収益権) (usufructo:ラテン語の *usus* (使用) と *fructus* (果実、収益) との造語)

民法 467 条(\*)は、“用益権は、他人の財物をその形と実質を保存する義務を負って、享有する権利を与える。ただし、それを設定する権原または法律が他のことを承認するときは、その限りではない。”と定義している。この定義は、Paulo が形成したローマ的定義に依拠している。これによると、用益権とは、*ius alieis rebus utendi fruendi salva rerum substantia* (他人の物をその実質を保って使用・収益する権利) といえる(注 3)。

用益権は、法律行為、法律の規定または時効により生じる。約定(つまり法律行為による)用益権は *mortis causa* (死因の) または *inter vivos* (生前の) で、有償または無償で設定できる(468 条)。*inter vivos* での用益権形成は、譲渡の方法により、または留置若しくは保全の方法によりなされるが、譲渡の方法によりなされる場合は、設定者は用益権を取得者に付与し、所有権を保持する。後者の場合は、所有権が譲渡され、用益権が留保される(注 4)。

用益権の主体については用益権者となることに特別な規定はない。しかし、民法 515 条は、法人については用益権の期間を最大 30 年と制限している。これは、用益権は用益権者の死亡で消滅する(民法 513 条 1 号)が、法人はその存続期間が不定であることによっている。また、民法 469 条(\*)は用益権を複数の者のために設定することを認めている(補足 1)(注 5)。

用益権の客体は、動産、不動産を問わず、占有できる物で、商取引の中にあり、使用・収益できる有体物である。また、無体財物の上にある用益権も認められる(例えば、知的財産上の用益権、発明特許の上の用益権、等)(民法 469 条後段(\*))(注 6)。

用益権の消滅については、民法 513 条が規定している：①用益権者の死亡、②設定した期限の経過、または、設定権原で規定された解除条件の成就、③用益権と所有権が同一人に帰す混同、④用益権者の放棄、⑤目的物の完全な滅失、⑥設定者の権利の解除、⑦時効、である。

#### (5) 使用権(*derecho de uso*)

ローマ法においては使用権は、その名義人に他人の財物を、その果実は利用することはでき

---

(補足 1) 用益権者の権利・義務については、民法 470 条は、用益権の設定権原が決める、それがない場合または充分でない場合は、次の 2 款の規定に従う、と規定している。用益権者の義務としては、①目録作成(*inventario*)義務と保証金を出す義務(491 条)、②善管注意義務(497 条)、③目的物の通常の修理義務(500 条)、④負担金(*cargas*)と年の租税の支払義務(504 条)、⑤用益権についての訴えの費用支払義務(512 条)がある。

また、用益権者の権利としては、①目的物の使用収益(467 条)、②果実の取得(471 条)、③他人への目的物の賃貸(480 条)、④物の形と実質を変えない目的物の改良(487 条)、⑤用益権の譲渡(480 条)、⑥用益権への抵当権の設定(抵当法第 107 条 1 号)、がある。

ないが、制限なく使用できる権能を与えていた。この権利は、果実を利用できないことから、その利用は限られていたので、スペイン法ではその権利の内容が拡張され、制限された用益権 (*usufructo*) (小型の用益権と呼ばれることがある) と変質することとなった。原則的に財物について全て利用できる用益権者と違って、使用権者は財物から生じる果実の一部を利用できるのみである。つまり、民法 524 条 1 段(\*)によると使用権者およびその家族の必要を満たすに足る部分である。よって、必要でない部分は利用することができず、さらに、使用権者およびその家族の必要を満たすために直接利用しなければならず、他の財物を得るためにそれを商業的に利用することはできない。また、他に賃貸することはできず、移転することもできない (民法 525 条)。この権利は、動産、不動産を問わず、果実を生じ、使用権者が直接その果実を消費できる全ての有体財物に設定できる。現在は、この権利の利用はわずかで、非現実的権利となっている(注7)。

#### (6) 居住権 (*derecho de habitación*)

実用的で使い勝手が良い居住権は、使用権のひとつの態様であるが、住居に適用される。民法 524 条 2 段(\*)が居住権を規定している。居住権者には、住居に関する税金の支払義務はない。居住権は物権の性質を有しているので、居住権者はその者が占有する住居の上に直接の支配権能を保持し、住居の占有を保持させるために所有者の介入は必要とはされていない(注8)。本居住権は、ほぼ、わが国の居住目的の建物賃借権と似ているが、居住権者の死亡により消滅する点で異なっている。

#### (7) 地役権(*servidumbre*)

(法文上は土地のみでなく不動産一般に設定できるが、便宜上“地役権”と呼ぶ)

スペイン民法 530 条 1 段は、“地役権は、ある不動産の上に、他人の不動産のために課される負担である。”と規定し、同 2 段は、“地役権が、その利益のため設定される不動産を要役地と呼び、それを被る不動産を承役地と呼ぶ。”と規定する。この地役権には、いわゆる (土地) 地役権(*servidumbre predial*) (補足2) と人的地役権(*servidumbre personal*)がある(注9)。

人的地役権については、民法 531 条が、“更に、地役権は、それが課されている土地が属していない者の利益のために、またはある共同体の利益のために設定することができる。”と規定し、不動産 (土地) 以外の利益のために設定できることを示している。人的地役権の例としては、民法に現われているものとして放牧地役権 (民法 603 条)、薪地役権 (同 604 条)、山の

幸地役権（同 604 条）がある。これらはわが国のいわゆる入会権を明文化したものと類似であると考えられる。その他、判例では、バルコニー地役権と窓地役権が認められている（1908 年 11 月 30 日最高裁判決）。人的地役権は、存続期間を永久にでき（民法 546 条(\*)（地役権の消滅）では権利者の死亡では消滅しない。）、他人に移転することができる。また、抵当権の目的とすることもできる（抵当法 107 条 5 号）（注 10）。

その他、わが国の相隣関係とでも言うべき地役権がスペイン法にある。それは、隔壁地役権（*servidumbre medianeria*）（民法 572 条(\*)）である。地役権の名称が付されているが、正確には地役権ではない。隔壁は、隣接する不動産（土地、建物）を分割する構造物（土塀、壁、垣、さく、など）がそれらの所有者と一緒に属しているという仮定（*supuesto*）に基づいている。民法 571 条から 579 条がこの地役権を規定している。

#### (8) 抵当契約（*censo*）

不動産の所有者から（貸借等した）金銭全部を受領するため、担保名義人に法的権能をあたえる不動産上に設定される担保として抵当契約がある。これは、不動産上の物権として、法的に不動産と擬制され（民法 334 条 10 号(\*)、抵当法第 2 条(\*)）、その名義人に、当該負担が課された財物の所有者に対して定期的給付を請求する権利を与える法的権能で、民法第 1604 条(\*)がそれを規定している。抵当契約は、契約、遺贈、贈与のみでなく、時効によっても設定される（1906 年 3 月 30 日判決）。この担保権は、近時は他の担保権の出現により重要性はなくなっている（補足 3）（注 11）。

---

（補足 2）（土地）地役権の特徴としては：① 不動産間の関係である。② 民法は地役権を消極的観点（負担）で見ているが、同時に、物権である。③ 地役権は他人の財物の上に設定される（530 条）。④ 地役権は所有権の制限である。⑤ 地役権は不動産から分離できない（534 条）。⑥ 地役権は分割できない（535 条）。⑦ 地役権は永久も可能（546 条）。ことなどが挙げられる。

地役権を設定する事由としては、①官署当局(*autoridad*)の行為による強制設定（549 条、550 条）、②当事者の交渉による設定（537 条、539 条、540 条）、③時効取得による設定（537 条）、④表現の印による設定（541 条）、がある。

地役権の類型としては、①積極地役権と消極地役権（533 条）がある。前者の例としては、水利地役権があり、後者の例としては、一定の高さ以上の建物をたてないとする地役権がある。②継続地役権と不継続地役権（532 条 2 段、3 段）、前者の例としては日照地役権、後者は通行地役権がある。③表現地役権と不表現地役権（532 条 4 段、5 段）、全ての消極地役権は不表現地役権であり、不表現地役権は時効取得できない（537 条）。

④法定地役権（549 条）と約定地役権（536 条）がある。

法定地役権には、流水地役権（552 条）、取水地役権（554 条、555 条）、水路地役権（557 条）、灌漑地役権（562 条）、公衆用水溝のための通路地役権（水法(*Ley de Agua*) 46 条）、通行地役権（564 条）、建物の排水地役権（588 条）、電力線通過地役権（電力部門法 52 条）、海へのアクセス地役権（海岸法 28 条）、ゴンドラ空中ケーブル通過地役権、などがある。法定の通行地役権は、わが国の民法 210 条の公道に至るための他の土地の通行権と酷似している。また、水関連の地役権も、わが国民法第 2 編第 3 章第 1 節の所有権の限界の規定に類似している。

## (9) 永小作権 (enfiteusis)

永小作権は、抵当契約の一種として民法 1605 条(\*)に規定されているが、実際はそうではない。抵当契約は、前述したように信託的抵当契約(*consignativo*)と留保的抵当契約(*reservativo*)がある。民法はこの永小作権を“分離された所有権”のように規定しており、直接の所有者を年毎の定期金(借地料)を受領できる共有者と見て、利用所有者を不動産を占有し使用・収益する共有者と見ている。永小作権は、*inter vivos*(生前)または *mortis causa*(死因)の法律行為で設定され、また時効によっても設定でき、所有権登記所に登記できる(抵当法 2 条 2 号(\*))(注 12)。

永小作権者(利用所有権の名義人)の権利としては、①不動産の使用・収益(不動産中の埋蔵物、鉱物の取得も含む(民法 1632 条))、②利用所有権の処分と供担保(同 1617 条、同 1633 条)と不動産の分割(同 1618 条)、③直接所有者に不動産の価額を支払って単一の所有者になる権利、があり。義務としては、年毎の定期金と各種税金の支払いがある。設定者の権利としては、①年毎の定期金(借地料)の受領、②直接所有権および定期金受領の権利の処分、③29 年おきに永小作権者に永小作権を承認させる権利(同 1647 条)(これは、30 年の所有権の時効取得を免れるためにする。)、④永小作権譲渡料の受領、⑤永小作権者の債務不履行での利用所有権の剥奪(同 1648 条、同 1649 条)、などがある(注 13)。

(10) 地上権 (*derecho de superficie*)

地上権は、その名義人に他人の土地に建物を建てる(住宅地での態様)または植物を植えて(農地での態様)、その建物または植生の所有権を保持する権能を与える、または、その土地に既に存在する建物・植生の所有権を顕出させる物権である。民法典は、その 350 条(\*)で地上権の存在を一応認識しているが、それを具体的に規定してはいない。最初に地上権を規定したのは 1956 年 5 月 12 日の土地・都市計画法で、都市計画の中で建物の建築を促進させる目的で

---

こ

(補足 3) 抵当契約の種類としては：

(1) 金銭での資本の引渡しに対応する抵当契約で、資本を受領した者(抵当契約設定者)が自身の不動産の上に資本を引渡した者(抵当契約権者)のためにその担保を設定する。これは、信託的抵当契約(*consignativo*)と呼ばれる(民法 1606 条)。

(2) 不動産の完全な所有権の引渡しに対応する抵当契約で、年毎の定期金支払をなす取得者(抵当契約設定者)が、この不動産の所有権を引渡した者(抵当契約権者)のためにその担保を設定する。これは、留保的抵当契約(*reservativo*)と呼ばれる(同 1607 条)。

抵当契約の特徴としては、①資本の譲渡および不動産の譲渡は永久である(同 1608 条)。②負担付き不動産の不分割性。担保に入れられた不動産は抵当契約権者の同意がないと二人以上の者に分割できない(同 1618 条)。③移転可能性。負担がある不動産は有償名義で移転でき、定期金を得る権利も同様である(同 1617 条)。

抵当契約の解放原因としては、①対価の支払(同 1658 条)、②資本と年金の消滅時効(同 1620 条)、③不動産の全部の滅失または使用不可能(同 1625 条)、④不動産の全部の公的収用(同 1627 条)、がある(注 15)。

の権利が再生された(注 14)。

地上権は、土地の所有者が設定することができ、物権形成のいかなる方法(inter vivos でも mortis causa でも、有償でも無償でも)によっても設定できる。住宅地地上権については、1992 年土地・都市計画法の 288 条 2 号と抵当規則 16 条 1 号は、その効力発生条件として、その設定の約定は公正証書でし、所有権登記所に登記しなければならないと規定している(補足 4)。しかし、農地地上権については、登記は効力要件とはされていない(注 16)。

地上権の消滅には、物権消滅の一般事由が適用されるが、その他に次のような特別の消滅事由がある：①地上権存続期間の経過(土地・都市計画法 289 条 4 号)。しかし、当事者の合意で延長可能(抵当規則 16 条 1 号)。②地上権者の約定した期間内での建築または植栽完了義務違反(土地・都市計画法の 289 条 1 号)。③所有権と地上権の混同(土地・都市計画法 289 条 5 号)。④土地の(例えば、収用による)滅失(注 17)。

## (11) 質権

### ① 概念・性質

質権は担保物権で、債務者または第三者の動産の上に設定され、被担保債務の不履行があるとそれを譲渡できるように、債権者または第三者にその動産を引渡して設定される。民法典は占有を移転する質権についてのみ規定を置き、占有を移転しない質権は 1954 年 12 月 16 日の法律により規定されている(注 19)。

### ② 質権者の権利・義務

- (a) 物を留置する権利(民法 1866 条)
- (b) 費用の償還請求権(民法 1867 条)
- (c) 質権から生じる利息の受領権(民法 1868 条)
- (d) 物の(回復)請求または保全の訴訟の提起(民法 1869 条)
- (e) 質物の売却権(民法 1872 条)
- (f) 優先権(民法 1922 条)

---

(補足 4) この他に、地上権を設定する権原には以下の事項を満たす必要がある(抵当規則 16 条 1 号。本号は、しかしながら、2000 年と 2001 年の最高裁判決で削除されている)：

- ① 地上権の存続期間は、市役所およびその他の公的機関が設定するときは 65 年を超えることはできず、個人の間での契約では 99 年を超えることはできない。
- ② 地上権が有償名義で設定されるときは、設定者を満足させる価額の決定。
- ③ 建物の建築期間、これは 5 年を超えることはできない。その一般的形質と建築目的。
- ④ 設定者による処分行為の実施に関する約定。

⑤ 契約の約定事項の履行を確保するための物的保証(garantias de trascendencia real) (注 18)。

(g) 物の保全義務 (善管注意義務。物の使用には所有者の承認が必要。)

(h) 質物の償還義務(注 20)。

## (12) 抵当権

### ① 抵当権の基本的性質(注 21)

スペイン民法における抵当権の基本的性質は次の通りである：

(a) 不動産に係る担保物権である (民法 1874 条(\*) (\*1))

(b) 主たる債務に附従する権利である (同 1528 条)。

(c) 価値を把握する権利である (同 1858 条(\*)

(d) 不可分性の権利である (同 1860 条)

(e) 登記することで成立する権利である (同 1875 条(\*)

(f) 抵当権は要式的性質を有する。

(\*1) 動産抵当については、1946年12月16日の法律(占有を移転しない動産抵当権および質権法)が規定している。

### ② 抵当権の種類としては次のものがある (注 22)：

(a) 約定抵当権 (補足 5)

(b) 法定抵当権 (補足 6)

(c) 明示抵当権(hipoteca expresa) (補足 7)

(d) 隠れた抵当権(hipoteca tácita) (補足 8)

(e) 通常 (流通) 抵当権 (補足 9)

(f) 特別 (保証) 抵当権 (補足 10)

---

(補足 5) 抵当法 137 条は、“抵当権は約定または法定抵当権である。”と規定し、同 138 条が約定抵当権について“当事者が約定し、(抵当権が) 設定される財物の所有者の処分行為により課される抵当権は約定抵当権であり、その財物の自由処分を持つ者、それを持たない場合は、法律の規定に従ってそれを認められた者のみが設定できる。”と規定している。約定抵当権が有効に成立するためには、①公正証書で設定される、②公正証書が所有権登記所に登記される、必要がある (抵当法 145 条)。

(補足 6) 法定抵当権と言う用語は、法律が自動的に抵当権を設定する意味ではなく、法律がなすことは、その設定を請求できる権利を与えることであり (抵当法 158 条 2 段(\*)、抵当権はその権利の行使の結果設定されることとなる。法定抵当権はある特定の財物の上のみ設定でき、設定者の財産全部について設定できるものではない。法定抵当権の種類は抵当法 168 条(\*)に規定されている。法定抵当権の設定には明文の規定が必要である (抵当法 158 条 1 段(\*)。

(補足 7) この種の抵当権は、必要的に所有権登記所に登記しなければならない。登記がないと効力を生じない (抵当法第 159 条(\*)。一旦、登記されると、約定抵当権と同様な効果が生じる (同 161 条)。

### ③ 抵当権の客体

抵当権が設定できるものとしては、抵当法 106 条が、“抵当権が設定できるものは、① 登記できる不動産、② 不動産の上に課された法律の規定に従って譲渡できる物権”、と規定している（補足 11）。

### (13) 収益質(anticresis)

民法 1881 条は、“収益質により債権者は、債務者の不動産の果実を収受する権利を、利息があれば、先ず利息の支払に当て、その後債権の元本の支払に当てる義務を負って、取得する。”として、この担保権を規定している。この収益質の権利は、物権的性格を有し、抵当権と同様な点があるが、独自の性質と効果を有している。民法の関連規定は、この収益質に複数の不動産が服するとき、各不動産に課される負担の量または部分を決定しなければならないとはしていない（登記・公証人総局決定 31-7-15）。

この収益質の有効性のため、およびそれを登記するためには、登記名義人による約定が必要で、継続期間を証する必要がある。また、不動産を債権者の占有に置く必要はない。その主要な効果を物権の設定とすると、第三者については所有権登記所に登記したときに設定されたと考えられることとなる（1909 年 3 月 15 日判決）。この名前は、ギリシャ語の anticresis から由来

（補足 8）この種の抵当権は、その効力発生に登記を必要としないので他の債権者、後順位抵当権者にとって不意打ちの可能性があるため、1861 年の抵当法で多くの同種抵当権が削除されたが、現在残っているものとしては、抵当法 194 条が規定する、国、県、または市が納税者の財物に課する抵当権、同 196 条が規定する、不動産の保険会社が、2 年間分の保険料等のために、その付保された不動産上に設定する抵当権がある。これらは登記なくして優先権がある（民法 1923 条(\*)）。

（補足 9）これは、既存の債務を保証し適法に登記されているもので、被担保債権の存在、その数額およびその他の状況が完全に証されているものである。

（補足 10）これは、債務、その数額、その他のデータを定めることはできるが、まだ定まっていないもので、抵当権の順位は登記のときに決まるが、事後の登記外でのそれらの事項の決定において登記の特殊性の原則が適用されるものである（わが国の根抵当権に該当すると考えられる）。これの明文の規定は、抵当法の中にはないが、登記・公証人総局は、その決定でこの種の抵当権を認めている（最新のものとして、1945 年 2 月 5 日の決定）（注 23）。

（補足 11）また、抵当権を設定できないものは、同法第 108 条が次のように規定している：

- ① 水の地役権を除いて、要役地と一緒に抵当権設定する場合を除く、地役権。
- ② 法定用益権、民法の規定で寡夫に譲与されたものを除く。
- ③ 使用权と居住権

その他に、同法第 108 条は、106 条の規定では疑問があるものについて抵当権の客体となるものを明確にして次のように列挙している（ただし、それぞれ条件がついている。）：①用益権、②底地所有権(nuda propiedad)、③抵当権設定された財物、④約定抵当権、⑤地上権、その他の権利、⑥鉱山、鉄道、運河、橋、その他の公共物の行政特許 (concesiones administrativas)、⑦買戻し権付き、または、無償で(con carta de gracia)売却さ

れた財物、⑧買戻権、⑨訴訟物、⑩明らかな解除条件に従う財物、⑪区分所有の住居、⑫抵当契約、⑬最高入札者の権利(注24)。

して、“共同または交互の使用”の意味を有しており、また、債権者が債務者の財物を使用・収益し、債務者は債権者から金銭を得る、ということから生じる。占有は債権者に移転することもあり、債務者に留まることもある(注25)。

(注1) Luis Diez-Picazo 他 「Sistema de Derecho Civil III」 172 頁 (Editorial Tecnos)

(注2) Miguel A. del Arco Torres 「Diccionario Basico Juridico」 (Editorial Comares)

(注3) Luis Diez-Picazo 他 「Sistema de Derecho Civil III」 326 頁 (Editorial Tecnos)

(注4) 同 327 頁

(注5) 同 327 頁

(注6) 同 329 頁

(注7) Francisco J. Sanchez Calero 「Curso de Derecho Civil III」 337 頁～338 頁 (TILANT LO BLANCH)

(注8) 同 338 頁

(注9) 同 343 頁

(注10) 同 359 頁

(注11) Luis Diez-Picazo 他 「Sistema de Derecho Civil III」 402 頁 (Editorial Tecnos)

(注12) Francisco J. Sanchez Calero 「Curso de Derecho Civil III」 376 頁 (TILANT LO BLANCH)

(注13) 同 378 頁～379 頁

(注14) 同 382 頁

(注15) Luis Diez-Picazo 他 「Sistema de Derecho Civil III」 402 頁 (Editorial Tecnos)

(注16) 同 417 頁～419 頁

(注17) Francisco J. Sanchez Calero 「Curso de Derecho Civil III」 386 頁～387 頁 (TILANT LO BLANCH)

(注18) 同 384 頁

(注19) 同 412 頁

(注20) 同 414 頁

(注21) 同 420 頁～422 頁

(注22) 同 423 頁～424 頁

(注23) Luis Diez-Picazo 他 「Sistema de Derecho Civil III」 441 頁～443 頁 (Editorial Tecnos)

(注24) Francisco J. Sanchez Calero 「Curso de Derecho Civil III」 430 頁～433 頁 (TILANT LO BLANCH)

(注25) Luis Diez-Picazo 他 「Sistema de Derecho Civil III」 507 頁～509 頁 (Editorial Tecnos)

### 第3節 物権契約

#### (1) 諾成契約と要物契約（物権契約）

諾成契約(*contrato consensual*)とは、特別な形式を要求しないで、当事者の単なる同意で完成する契約である。このことは、民法 1258 条が宣言する一般的規範であり、同 1278 条(\*)は契約について、“契約は、それがいかなる要式で締結されようとも、義務的となる……”と規定し、特別の要式を要求していない(注 1)。

一方、要物契約（物権契約）(*contrato real*)とは、その完成に当事者の同意以外に「物」の引渡しが必要となる契約である。これは、ローマ法に遡る歴史的慣習であり、スペイン民法で規定されているものとしては、使用貸借・消費貸借（民法 1740 条）、寄託（同 1758 条）、質権（同 1863 条）がある(注 2)。

要物契約については、前段とは全く異なる意味で定義する新しい学説がある。それらのタイプの契約では、その効果として、物権の創設、移転、変更、消滅を生じさせるもので、諾成契約に対して物権的效果（物権契約）を持っている。ドイツの学説では、物権契約を指す異なる用語があり、（ローマ法以来の）伝統的物権契約は *Realvertrag* と呼ばれ、法的・物権的效果を生じさせるものは *dingliches Verträge* と呼ばれている。しかしながら、スペインの法制では契約には原則としてそのような効力はないことに留意する必要がある。所有権または物権の取得には、諾成契約以外に、物の引渡しの要件を履行することが要求されている（同 609 条(\*)、1095 条(\*)）(注 3)。

#### (2) 意思主義か？

ローマ法においては契約は債権債務関係(*obligaciones*)を単に発生させるものである。約定、契約は債権債務関係を産み出すが、所有権を移転するには充分ではない（*Traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur*）。引渡し(*tradición*)および時効取得のみが所有権を取得するに適した媒体であって、単なる契約はそうではなかった。しかし、教会法（*derecho canónico*）および自然法学派の影響で、フランス法では、契約を債権債務関係の発生媒体のみでなく所有権とその他の物権の移転要素と考える見解が採用された。その意味で、フランス民法は、売買契約を定義するとき、財物の所有権は売手から買手に単なる合意で移転したと理解されるとしている。これによると、単なる合意で（*sólo consensu*）所有権の移転を発生させるには、他のいかなる補完的行為を要しないで、意思の一致があればよい(注 4)。

反対に、スペイン民法では、意思の一致（つまり、契約）の（所有権の移転効果はない）単なる債権的效果に関してのローマ的引渡しに忠実であり続けている。この意味で、民法第 609 条(\*)が基本となっている。同条 2 段目は“財物の上の所有権およびその他の物権は、法律により、贈与により、有遺言及び無遺言の相続により、および引渡しを通しての或る契約の結果により、取得され、移転される。”と規定している。そして、同 1095 条(\*)がそれに助勢して、“債権者は、(果実の) 引渡しの債務が生じたときから、財物の果実について権利を持つ。しかしながら、引渡されるまではその上に物権を取得しない。”と規定している。スペインの法制度では、契約は債権債務を発生させるもの以上ではなく、所有権を移転するには、意思の一致(契約)は引渡しで補完される必要がある。このように、例えば、財物と価額について当事者が合意し、売買契約が締結されると、売手は、その財物を引渡す義務を負う(民法 1445 条は、“売買契約により契約当事者の一方は、ある特定の財物を引渡す義務を負い、他方は金銭または金銭に代わる表象物でその価額を支払う義務を負う。”と規定する。)。売手が、その引渡し義務を果たし、実効的に引渡し(*la traditio*)を実行すると、所有権が買手に移転する。民法 1462 条(\*)から 1464 条(\*)で、その引渡しが実行される様式が規定されている。それらの条文は売却された財物の引渡しを問題としているが、ある財物の引渡し義務が生じるべき全ての場合に、契約と結びついて、ある財物の所有権を移転する態様として一般化することができる。

結局、法制度が契約の効力と効果について依ることができる種々のシステムの中で、スペインの法制度は、契約に債権的效果のみを付与する、ローマ法の伝統に依っている(注 5)。

### (3) 物権の取得および移転

初期のローマ法においては所有権の移転は、厳粛かつ儀式的行為を通して、その社会的グループがそれほど大きくないときは、その全部が認知できる程度にその厳粛性と儀式主義を持って実現されていた (*mancipatio* (握手行為), *in iure cessio* (法廷譲与))。以後の発展段階では、商業の必要性から所有権の取得および物権の移転は占有の事象に結び付けられ、その取得と移転を決するのは占有移転(*traspaso posesorio*)であった。もともと占有移転(*tradicito*)は、それを正当化する先行する取引交渉と原因的に結びついていた。しかし、ローマ法の最終的発展段階において、二つの路線が現われた。それらは、そのような制度を幾分変質させ、以下に分析する現象を包含するその他の新しい二つの形体の出現をもたらした。一つは、*tradicito* の実質的要素の進歩的意思主義化(*progresiva espiritualización*)の結果として生じ、*tradicito* を、引渡しまたは占有移転の考えから切り離している。二つ目は、当事者の先行取引から生じる原因

関係から解放された当事者の単なる意思が、ある場合では、法的・実体的変更（例えば、父から子への贈与、教会・市への贈与）を発生させるために充分であると言う考えから想起されている。これらを基礎として、比較法的には、次の3個の異なる制度が存在している。①先行取引と原因的に結びついた *traditio* を介しての移転制度（権原と態様の理論(*teoria del título y del modo*)と呼ばれる）（補足1）、②単なる合意による移転の制度（補足2）、③いわゆる抽象的（無因）移転合意(*acuerdo abstracto traslativo*)の制度（補足3）（注6）。

スペイン法は、物権変動について権原と態様の理論にその基礎を置いている。1888年の基本方針法(*Ley de Bases*)の Base 20 は、“債権債務関係の発生源である契約は、所有権または同種の他の権利の移転を目的とする単なる取得権原とみなす。”と規定している。民法 609 条 2 段落(\*)は、この基本方針法の委任を受け、“財物上の所有権およびその他の物権は、法律により、贈与により、有遺言及び無遺言の相続により、および引渡しを通しての或る契約の結果により、取得され、移転される。”と規定している。現行のスペイン民法は、このように歴史的な法と連結を有し、単なる合意による取得・移転のフランス法を採用した 1851 年法案の重要な理念を

#### （補足1）権原と態様の理論

この理論は、スペイン法にとって伝統的なものであり、スペイン民法制度に影響を与えているが、ローマの *traditio* の原因解釈(*interpretacion causalista*)から生じている。*Traditio* 自身は、移転を正当化する先行する法的取引がない場合は、所有権の移転には役に立たなくて (*venditio aut aliqua iusta causa*)、二つの要素が必要となる：つまり、①先行する契約、これは遠因(*causa remota*)、正当原因(*iusta causa*) または権原(*título*)と呼ばれる。および、②占有移転、これは近因または取得態様である。これらの両要素が結合して移転することとなる。権原（正当原因）しかない場合は、純粋な義務的価値(*valor obligacional*)との単なる関係しかないことになる。また、権原に基づかない *traditio* しか存在しない場合は、占有移転しかなく、所有権の真の移転とは言えない。この理論は、遠因と近因(*causa remota y causa proxima*,これは *título y modo* に対応する)というスコラ哲学の用語とマッチした所有権移転制度の原因解釈であり、一時期ヨーロッパの学説の主流であり、数ヶ国の民法（特に、オーストリア）に貢献している(注7)。

#### （補足2）所有権の合意移転の理論

この理論は、*traditio* の要件がゆっくりかつ徐々に経験していた進歩的意思主義化にその起源を置いている。物権的 *traditio* の傍らで象徴的 *traditio*（および擬制的 *traditio* とでも言うべき）の形体が認められていた (*traditio brevi manu*（簡易の引渡し）、*constitutum possessorium*（占有改定））。このように *traditio* はその価値を保持しながらも、実際は、移転を決するのは当事者の意思であった。合理主義者(*Grocio, Pufendorf*)の自然法学派が、契約を介しての当事者の意思が所有権の移転の効果をもたらすに充分であるとして、この実用的結果(*resultado practico*)を主義の範疇に押し上げた。この思考の路線はフランス民法の中に結実し、フランス民法から 1865 年のイタリア民法、1942 年の同現行法に移り、その他の民法にも影響を与えている(注8)。

#### （補足3）抽象的（無因）移転合意(*acuerdo abstracto traslativo*)の理論

*Savigny* の偉大な権威から派生した、19 世紀のドイツのパンデクチスト (*pandectistas*) は、ローマ法の源泉により要求される引渡しの正当原因(*iusta causa traditionis*)の要求条件を、原因という意味でなく、抽象的意味で解釈するように提案していた。この考えによると *Traditio* の移転効果は、その基礎となる先行契約の有効さを要求しないで、所有権を移転・取得する当事者の意思の単なる一致のみを要求する。

移転と取得は抽象的（無因）合意に基礎を置く。財物は、売却されることで、あるいは贈与されることで、または、これらに関連する債務の支払いなどで有効に移転する。しかし、合意は、それ以前の取引交渉が移転・取得の現場においていかなる役割も果たさないもので、抽象的（無因）であると言える。取引の迅速と安全に資する、この制度はドイツ民法により具現化されている。そこでは、動産は抽象的（無因）合意を伴う財物の引渡しによって移転し、不動産は所有権登記所への登記と結合した抽象的（無因）合意によって移転する（不動

産に担保を課するときも同様) (注9)。

放棄している。スペインの伝統的法律が、まだ民法の中で光彩を放っているということは、1861年抵当法のかつての前文が、“ローマ法を引き継いでいる、我々の法律は、権原と取得態様の間に差違を設け、権原は単に債権的請求権(acción personal)を生じさせ、財物の上の所有権とその他の物権、および、それらを回復するためになされる物的訴権(acciones reales)は単に引渡しから生じさせられる。”と述べていることから分かる(しかし、現在の抵当法の前文にはこのような表現は見られない)。

判例は、この路線と同調して、“スペイン民法は、所有権および物権の取得のためには引渡しの要件が適用される“ある種の契約”をそれとなく示唆して、所有権を移転させる契約(売買、交換など)に言及している。“と繰り返し述べている。それらの契約は、traditioで補完されて、取得を生じさせる権原である。また、そのtraditioまたは引渡しは次の要件を伴うことが必要である：つまり、所有権または(所有者としての権原での)占有の(先行する)存在、および当事者の互いに取得・移転すると言う意思(1995年2月18日判決など)。それらの前提に従って、スペインの制度はまったく原因に縛られている(causalizado)ように見える。つまり、traditioは、それ自身では所有権または物権を取得するには不十分で、効力を持たせるには有効な権原に支えられることが必要である。登記・公証人総局は、その理論的学説として、移転権原を登記するには、有償または無償原因の結果として、そのように明示的に現われる必要があるとの説を持っている(1994年1月19日の決定)(注10)。

(注1) Francisco J. Sanchez Calero 「Curso de Derecho Civil II」 197頁 (TILANT LO BLANCH)

(注2) Luis Diez-Picazo 他 「Sistema de Derecho Civil II」 33頁 (Editorial Tecnos)

(注3) 同33頁～34頁

(注4) Francisco J. Sanchez Calero 「Curso de Derecho Civil II」 191頁～192頁 (TILANT LO BLANCH)

(注5) 同192頁

(注6) Luis Diez-Picazo 他 「Sistema de Derecho Civil III」 60頁 (Editorial Tecnos)

(注7) 同60頁～61頁

(注8) 同61頁

(注9) 同61頁

(注10)同62頁

#### 第4節 所有権・物権の取得（時効取得について）

所有権・物権の取得原因については、民法第609条(\*)が、“所有権は先占で取得される。財物の上の所有権およびその他の物権は、法律により、贈与により、有遺言及び無遺言の相続により、および、引渡しを介しての契約の結果により、取得され、移転される。さらに、それらは時効により取得できる。”と規定している。以下に、我が国と異なる場面が多い時効取得について述べる。

##### (1) スペインでの時効取得の概説

日本民法では、その第一編第七章の144条から174条の2で時効について規定しており、スペイン民法では、その第四編第十八章の1930条(\*)から1975条で規定されている。

スペイン法では、時効を、所有権および財物の上のその他の物権を取得する態様(modus)と構成している(民法609条(\*))。時効には、所有権等を取得する取得時効(prescripción adquisitiva o usucapión)と、権利や訴権(acciones)が消滅する消滅時効(prescripción extintiva)がある。取得時効は、時効取得者がある特定の必要条件を満たした占有をなすことで生じる(注1)。

時効取得には、通常時効取得(usucapión ordinaria)と特別時効取得(usucapión extraordinaria)がある。前者は、時効取得者が取得においての善意と正権原(justo título)の条件を満たした場合の時効取得で、後者は、占有のみに依存する時効取得である(善意と正権原は不要)。時効取得者の能力については、民法の一般原則に従っている(民法1931条(\*))。取得時効はいかなる者に対しても(不利に)発生し(同1932条(\*)：本条は消滅時効について規定している。)、相続に対して有利・不利に働く(同1934条(\*)：相続開始から承認・放棄までの期間に時効に掛かる)。また、共有者の一人に完成した時効は他の共有者にも効力を有する(同1933条(\*))。

時効に掛かる財物については、民法1936(\*)条が“人の商取引に在る全ての財物は時効にかかる。”と規定している。商業性とは一般的用語では、ある財物が、その性質あるいはその経済的・社会的機能によって、または、法律によって法的流通または取引の目的となる法的可能性を意味する。公共財産は原則として時効にはかからない(憲法第132条(\*))。

##### (2) 時効取得での占有

(通常・特別)時効取得には、時効取得者による占有が必要である。この占有には、所有の意思(en concepto de dueño：文字通りだと、“所有者として”)、平穩、公然、無中断の要件が

必要である（民法 1941 条(\*)）。スペイン民法には、日本民法 186 条 1 項のような推定規定はないので、所有の意思、平穩、公然については取得時効を主張するものが証明しなければならないと考えられる。時効の中断には、自然中断(interrupción natural)と法定中断(interrupción civil)がある（同 1943 条(\*)）（補足1）。

所有の意思は、占有者の外部へ財物または権利を自己のものとして保持または使用・収益していること示す行為で性格づけられるもので、単なる主観的意図では足りない（1995 年 10 月 25 日最高裁判決）（注 2）。

### (3) 通常時効取得での善意・正権原

所有権等の通常時効取得には、善意および正権原(justo título)で財物を法律が規定する期間占有する必要がある（民法 1940 条(\*)）。民法 1952 条(\*)は、正権原について、“正権原とは、取得時効が問題となっている所有権または物権を移転させるに適法に足るものを言う。”と規定している。よって、時効取得者は、この効果を生じさせるには、固有の実効性を有する権原の結果として（財物を）取得する必要がある（例えば、売買、贈与、代物弁済、など）。時効取得において唯一の欠陥は、非所有者の手からの取得である（所有者からの取得では時効取得は問題とならない。）（補足2）。

---

（補足1）占有を（物理的に）失う場合が、民法 460 条(\*)に規定されている。民法 1944 条(\*)が、“いかなる原因であろうとも一年以上占有が止むと、占有は自然的に中断する。”として自然中断を規定しているが、民法 460 条の規定で本条にかかわるのは 4 号のみである。（460 条の）他の場合は、占有が止むので 1 年以上の期間の条件は必要ない。法定中断については、裁判上の呼出し（同 1945 条(\*)）、裁判上の和解とそれに続く訴の提起（同 1947 条(\*)）および所有者の権利の承認（同 1948 条(\*)）がある。ここで留意しなければならないのは、裁判上の和解については、中断させるものは、和解の開催ではなく、受理された和解申立書の提出である（1881 年の民訴 479 条）。また、民法 1948 条の承認では、占有が中断されるのではなく、取得時効が中断される。民法は、承認が効力を得るために占有を止めることを要求してはいない。また、民法は、承認が直接所有者になされることも要求していない。占有者の、自分は名義人ではないという単なる承認は取得時効を中断させる（同 1941 条(\*)）（注 3）。

（補足2）さらに、民法 1953 条(\*)は、“取得時効のための権原は真正かつ有効でなければならない。”と規定している。真正さを要求しているのは、立法者が実体的存在があることを欲しているからとされている。また、有効性の要求は、権原が、移転者が所有者でない場合、権利を移転するために充分であると言う意味と解釈されている。判例では、根本的に無効または存在していない権原は時効取得のためには有効な権原の資格を剥奪されていると判示している（1991 年 5 月 5 日判決、など）。しかし、取消されるべき権原は、取消されるまでは有効な権原である（1963 年 5 月 13 日判決）。この正権原を主張するには、それを証明しなければならない（民法 1954 条(\*)）。よって、民法 448 条(\*)の推定規定は時効取得には効力はないことになる。

善意については、積極的善意として民法 1950 条が、“占有者の善意は、（占有者が）財物を受領した、相手方が所有者であり、その者がその所有権を移転できると信じたことに基礎を置く。”と規定している。また、消極的善意として、民法 433 条 1 段が“自身の権原または取得の態様にそれを無効にする瑕疵が存在していることを知らない者は、善意の占有者とみなす。”と規定し、民法 434 条(\*)が占有者の善意の推定、同 435 条が最初の善意の継続性、同 436 条が取得時点の占有形体の継続を規定している。民法 1951 条が、同 433 条から 436 条の規定を準用している。民法 434 条の占有者の善意の推定により、占有者は（悪魔の証明と言われている）善意を証明する必要がない。悪意を主張する者が悪意であったことを証明する必要がある（証明責任の転換）（注 4）。

## (4) 占有期間

占有期間については、動産の通常時効取得では3年間（民法1955条(\*)）、不動産の通常時効取得で、現住者間（時効取得者と取得される者が同一市町村（または県）に住所を持つ場合）は10年間、隔地者間（両者が異なる市町村（または県）に住所を持つ場合）は20年である（同1957条(\*)）（補足3）。

特別時効取得については、無中断の占有期間は動産では6年、不動産では30年であるが、正権原・善意は要求されず、また、現住者・隔地者の区別もない。しかし、占有の形態は通常時効取得と同じであり（所有の意思、平穩、公然は必要。）、所有者としての占有意思では不十分で、その意思を行為に変えることが必要である（1984年6月19日判決）（注5）。

時効取得の効果は、その要件が満たされると生じるが、援用するかどうかは時効取得者の意思自治に委ねられている。裁判官が職権で時効を取上げることはない。通説では、時効取得はその占有開始に溯って効力を有する。完成した時効取得を放棄することはできるが、引き続き時効の権利を放棄することはできない（民法1935条(\*)）（注6）。

取得時効による所有権の取得が、その財物上に課されている物権を消滅させる（原始取得）かについては、学説の対立があった。格言 *tantum praescriptio quantum possessum*（占有されたものだけが時効取得されたものである）は実質的に古典的である。これは、結果として時効取得者は物を負担がないものとして占有していたら、所有権の時効取得は（負担）消滅の時効取得を生じさせるとする。つまり、時効取得は、所有権以外にその財物上の物権を取得して、混同によりそれらの物権が消滅するという原始取得であるとする。一方、他の学説では、通常時効取得では、正権原が必要なので、その中に、用益権の存在が示されていると、その負担を引き受けることが必要であるとする。この点については、抵当法36条4項(\*)で立法的に解決されている。本条によると、抵当権（不動産を直接使用・収益しない）は消滅しないことになる（注7）。

取得時効の期間計算については、民法1960条(\*)で規定されている。本条1段目は、（相続による）一般承継ではなく、（売買等の）特定承継について規定している。

---

（補足3）ここで、外国または海外に居住している者は隔地者とみなされ、期間の一部が隔地者の期間であって、一部が現住者である場合は、隔地者の2年は現住者の1年と計算される（1958条）。ここで、不動産が共有で分割できない場合で、所有者の一人が現住者で他が隔地者のとき、期間をどのように決めるかについて判例はないが、学説のひとつ（Troplong氏）は、両者とも隔地者として20年が適当と説いている（これは、アルゼンチン民法4000条が取る立場である。）。しかし、各共有者は自ら保存行為（スペイン民法では保存行為の規定はないが）として時効中断行為をすることができると考えるので、単独所有より共有の場合が長い保護を受けられるのは適当でないが、隔地者の権利が短期間で剥奪されるのも不都合である。よって、民法1958条の規定を類推して、現住者の10年間を超える部分（10年間）はその半分として計15年が相当とも考えら

れる(注8)。

## (5) 訴権の消滅時効

動産についての物的訴権(*acciones reales*)は、占有を喪失してから6年で(消滅)時効にかかる。但し、占有者が民法1955条(\*)の規定に従って、その期間より短い間にその支配を得たときはこの限りではなく、また、同条の第3段落目の規定に従う遺失と公売および窃盗の場合は除かれる(民法1962条\*)。一方、不動産についての物的訴権は30年で時効にかかる(1963条\*)。これは、特別時効取得の占有期間と一致している。物的訴権とは、絶対権(*derecho absoluto*: その名義人が全ての者に対して有し、威力を発揮できる権利)に関連し、それらの権利に干渉する何人に向けられるもので、被告は特定されず、原告の名のみが訴状(*intentio*)に現われる(注9)。

(注1) Luis Diez-Picazo 他 「Sistema de Derecho Civil III」 122頁 (Editorial Tecnos)

(注2) Francisco J. Sanchez Calero 「Curso de Derecho Civil III」 62頁 (TILANT LO BLANCH)

(注3) Luis Diez-Picazo 他 「Sistema de Derecho Civil III」 127頁 (Editorial Tecnos)

(注4) 同129頁~130頁

(注5) 同131頁

(注6) 同132頁

(注7) 同133頁

(注8) 同131頁

(注9) Miguel A. del Arco Torres 「Diccionario Basico Juridico」 (Editorial Comares)

## 第5節 時効取得と登記

本節では、不動産の所有権及びその他物権の時効取得と登記の関係について、登記の公信力がどのように影響しているか紹介する。時効取得と登記の問題は、我が国では登記は対抗要件であるので(民法 177 条)、時効による所有権の取得を第三者に対抗するのに登記が必要かと言う問題で現われ、スペインでは登記は原則的には対抗要件であるが(スペイン民法 606 条\*)、一定の要件があると公信力があり(抵当法 34 条\*)、時効取得が占有の効果であるとする、登記がそれを信じる者に与える保護と衝突するので、時効取得制度と登記との間の関係が提起する基本的問題は、登記された物権が時効取得できるかできないかを決定するところにある。

時効取得の効果範囲を全て認めることは、登記の公信力(fe pública)の保護効力を破壊することを意味する。登記名義人には移転できる(処分)権能があると信じて取得した第三者が、時効取得者の存在によって自己の取得がくつがえされる事態を見るということが生じ得る。しかし、時効取得をすべて排斥することは長期間にわたって占有していた占有者(疑いなくそれを享受できる)から保護を奪うことを意味する。さらに問題を複雑にするのは、登記は一般原則では、取得を形成するものではないことである。この理由により、スペイン実定法(Derecho positivo)では抵当法が以下に説明するようにその衝突に必要な配慮を与えている(注1)。

### (1) 登記名義人による時効取得

この時効取得は、所有者でない者から取得し、かつ、登記の公信力の保護を得られない(無償で取得した、死因相続で取得した、または、表示登記者として取得した、など(抵当法 34 条3項\*))ことで真の所有者等ではない、所有権または制限物権の登記名義人のための時効取得である。抵当法第 35 条(\*)はこの登記名義人による時効取得を扱っている。本条の規定は、次の2つの手当により登記名義人による通常時効取得を容易にさせている：① “登記を正権原である”と確認し、② 登記が有効な間は登記名義人は、“善意、平穩、公然、無中断で占有していた”と推定する。これらは、民法 1940 条(\*)と同 1941 条(\*)が要求する通常時効取得の要件である。推定であるから反対の証明があれば、覆る。

登記自体は権原と同視される一方、推定される事項は、占有とその性質に係わっているように見える。そこで、このことは抵当法 33 条(\*)の規定の削除となると理解されてはならない。無効な法律行為または契約に基礎をおく登記が、同 35 条(\*)のおかげで、時効取得のための権原となるということの意味するのではなく、さらに、それは民法 1953 条(\*)が通常の時効取得のために有効かつ真正な権原を要求していることに違反するものである。登記は、登記自体の

またはその基礎となった法律行為または権原の無効が宣言されない限りは、権原の代替物であると言える（注2）。

## (2)登記名義人に対する時効取得

この時効取得は、ある者が登記外の実体関係において、他の者（占有のプロセスにおいて時効取得される者）の名で登記されている権利を時効で取得することである。抵当法 36 条(\*)は、次の 2 個の生じ得る可能性のある状況をベースとして本問題を取扱っている。

### ① 抵当法 34 条(\*)の第三者の条件を有しない登記名義人に対する時効取得

この場合は、登記名義人に対して時効取得者の有利に解決されている（つまり時効取得できる）。時効取得者は、登記名義人に対して（時効取得のために）の占有を開始し、継続することになる。時効取得の法的プロセスは、時効取得者と被取得者（登記名義人）の間で生じ、そのプロセスは民法の規定により規律される。このことは、抵当法 36 条 3 項(\*)で確認することができる。

### ② 抵当法 34 条(\*)による第三者の条件を有する登記名義人に対する時効取得

この場合は、時効取得者と登記名義人の間に開始して継続している占有のプロセスに第三（取得）者が介入し、登記の公信力による保護を得るために必要な条件を満たして、登記名義人から時効取得の目的である権利を取得する場合である。三つの場合に分けて検討する：

#### (a) 第三者が取得したとき取得時効が完成していた。

取得時効が完成した場合でも、登記名義人は、その完成した時効取得の登記がされて登記簿の内容が修正されない限り、登記ではその所有権を保持している。しかし、登記外の実体関係では、登記名義人はもはや所有者ではない。よって、この状態で第三取得者が、抵当法 34 条(\*)の要件を満たして登記名義人から（時効取得された）その権利を取得すると、これは非所有者からの取得ということになる。同 36 条(\*)はこの時効取得者と第三取得者との間の衝突を、第三取得者を登記の公信力で保護される取得者として（つまり、第三取得者に対しては時効取得は作用しなく、無効となる。）、その有利に解決している。しかし、その第三取得者は、同 36 条 1 項(a)と(b) (\*)の場合は時効取得が認められて、その取得は効力を失うことになる。

#### (b) 第三者による取得から 1 年以内に完成する時効取得。

抵当法 36 条 1 項(\*)は、完成した取得時効と同じ扱いをこの場合に適用している（しかし、実際は互いに完全に同じでない）。つまり、第三取得者が、取得後 1 年間明示的または黙示的に（時効取得者の）占有を容認していたときは、時効が完成するとその第三取得者を害するこ

とになる。取得時効が未だ完成していないとすると、登記名義人は真正な所有者であり、よって、第三取得者は財物の所有者から取得することとなる。結果として、取得者たる第三者は、取得時効が完成しない間は、時効取得者の占有を中断するため、登記上（同 41 条(\*)）および登記外の全ての手段を利用できる。

(c) 単に開始した取得時効。

この状況は、登記名義人に対して取得時効が進行中で、第三者がこの名義人から取得時効が完成する 1 年以上前に取得するときに発生する。この場合については、抵当法 36 条 2 項(\*)が規定している。つまり、登記名義人は、完成前に占有を中断させることで、権利を保つことができる（注 3）。

(3) 民法 1949 条(\*)との関係

民法 1949 条(\*)の規定を条文とおりに読むと、登記名義人に対しては時効取得はできないこととなる。しかしながら、判例は、抵当法 36 条(\*)を優先して適用している。1991 年 11 月 30 日の最高裁判決は“主張される民法 1949 条(\*)の内容は、登記名義人に対する時効として、抵当法 36 条(\*)で採用されている用語で理解されなければならない。つまり、ある場合は、1946 年 2 月 8 日の判決に従ってその規定（1949 条(\*)）の過激性(radicalidad)が制限されている。”と判示している。2001 年 12 月 28 日の最高裁判決は、抵当法 36 条(\*)と民法 1949 条(\*)の調和を試みて、“民法 1949 条(\*)の規定が「第三者」に係わっているときは、これは第三者抵当権者の意味である。つまり、抵当法 34 条(\*)の要件を満たしている者の意味である。”と判示している（注 4）。

(注 1) Luis Diez-Picazo 他 「Sistema de Derecho Civil」 285 頁 (Editorial Tecnos)

(注 2) Francisco J. Sanchez Calero 「Curso de Derecho Civil III」 542 頁 (TILANT LO BLANCH)

(注 3) 同 543 頁～544 頁

(注 4) Jose A. Alvarez C. 「Derecho Inmobiliario Registral」 213 頁 (Editorial Comares)

## 第6節 不動産売買における若干の課題

本節では、不動産の所有権及びその他物権の売買における伝統的課題である、非所有者からの取得及び二重売買についてスペイン法での解決の態様及び他人物売買についての最近の学説について紹介し、更に、差押えの予防付記登記と売買との関係について紹介する。

### (1) 非所有者からの取得

所有権および物権の移転のダイナミズムは、*nemo plus iura ad alium transferre potest quam ipse haberet*（何人も自己が有するよりは多くの権利を他人に移転することはできない。）という基本的原則に依っている。よって、何人も、所有していない物の所有権を他人に移転できないし、所有権から発生する下位の内容（用益権、地役権、など）のその他の物権を設定できない。売手が常に譲渡する財物の真の所有者であり、外部に権利を享受する者が、常にその物の名義人であったら問題はないが、実際はそうでない場合がある。よって、外観にある効果を与えて合法化する必要がある。外観の保護は取引の一般的保護にその基礎を置いており、真の権利者の犠牲において信頼および期待を保護することにある。

この（非所有者からの不動産の取得の）問題については、第1章第7節で述べたが、抵当法34条(\*)が解答を与えている。非所有者からの取得が有効となる要件としては：

- ① 登記名義人であるが真の所有者でない者からの取得である（例えば、所有者でない者による不動産所有権の移転、所有者でない者による用益権の設定）、
- ② 取得が有償名義でなされている。これは、対価を支払った者は損失を回避するために保護される必要があるが、非所有者から贈与を受けた者などは保護する必要がないからと考えられる。
- ③ 取得者が善意であったこと。善意は主観的かつ客観的でなければならない。主観的とは、取得者が移転者に処分権能があることを信じ、またはその権能がないことを知らなかったことである。また、客観的とは、外観がそのような確信を許した状況に依拠している(注1)。

### (2) 二重売買

民法1473条(\*)は、同じ売主から異なる（複数の）買主に同じ財物を売った場合の衝突を解決する規定を定めている。動産の場合は、所有権は善意で最初に占有を得た者に移転し、不動産の場合は、先に登記を得た取得者に移転する。登記がない場合は、所有権は善意で最初に占有を得た者に属し、これがない場合は、善意を条件として、より以前の日付の権原を提出する

者に属する。いずれにしても、善意が基本的要件となっている。つまり、その財物が以前に売買の目的物となっていたことを知らなかったことを意味する。ここで、買手が、取得する前に、不動産が先行する売買契約の目的になっていたことを知るための合理的な手段および充分な動機を持っていたならば、善意と言うことはできない（抵当法 36 条 1 項(a) (\*)の類推）。

民法 1473 条(\*)が適用できるのは、同一の所有者である売主と（複数の）異なる買主の間で締結された複数の売買契約であり、反対に、ある契約が完了し、さらに（別の契約が）履行された場合、以後の売買は他人物の売買となり、本条でなく、それ自体の取扱いをすべきことになる。所有者に関しては、そのことは、処分権能をなくした財物についてその所有権を処分する行為となり、後の契約の無効を求めることを合法化するように見える（1986 年 4 月 29 日判決、など）。

不動産売買では、優先権は登記で与えられる。登記は、どんな形式であるにせよ以前に引渡しがあつたことを示すので、登記は、*título* と *modo*（権限と方式）の原理に従って実体的に発生した法的・実体的変化を公示するものである。学説と判例は、登記を得て、さらに登記の公信力を享受するために抵当法 34 条(\*)で要求される条件を満たした買主を保護する線で一致している。しかし、その所有権の登記が最初の登記（不動産の表示登記）となる買主は除かれる（登記を信じて買ってはいないので）。よって、優先権は、登記のみでなく、有償名義、善意および売主の権利が以前に登記されていることを証することに依拠することとなる（1962 年 12 月 6 日判決）。実際、民法 1473 条(\*)は、登記しない者に制裁を加えることに制限されている。それゆえ、“後の買主が、登記を得ていても、抵当法 34 条(\*)で保護されない”との口実の下でも、前の買主は優先されるべきではないことになる。確かに、抵当法 207 条(\*)は、買主である表示登記者からの以後の取得者に関連して、表示登記から 2 年間は登記の公信力の効果を奪っている（注 2）。

### (3) 他人物売買についての最近の学説

買主が不動産取得の前に行うことができる最良の方法は、不動産が負担しているかもしれない負担（これらは買主が自動的に承継することになる）を確認するため、また、所有者として記載されている者が売主と一致しているかどうか確認するために所有権登記所に相談することである。所有者が一致している場合、所有権を危うくする原因がなにも登記されていないと、その不動産の取得には問題はない。さらに、これらの状態の下で購入する者は抵当法 34 条(\*)が与える推定によって保護されている。

学説と判例は、「抵当法 34 条(\*)は、売買、入札での取得、抵当権の設定、または、要するに当該不動産についての権利を取得するための取引については、善意の第三者が不動産の上に行った取引を確固たるものにしており、また、先に取得されたが、登記されていない権利はその第三取得者を害さない。」と言うようになって来ている。

しかしながら最近では、この揺るぎ無い確固さに裂け目ができている。ここでは次の場面を想定している：不動産の売買または不動産上のある権利の移転の公署証書あるいは私的文書（私的文書では私的契約が第三者に対して効力があるとの条件で）が作成されたが登記されてなく、さらに、その後で、その不動産について善意の第三者のために権利が設定され登記された場合（つまり、その権利取得が登記簿に所有者として記載されている者からなされたか、または、登記簿に所有者と記載されている者の債務について不動産上に課されている差押えの結果として競売が実行された場合のその公的入札を通してなされた場合。）。前者は登記がない、後者は登記がある、と言うこれらの権利の衝突については、伝統的に、抵当法 34 条(\*)の保護を受ける後者に優先権を与えている。この観点からは、登記を得ていない最初の所有権の取得者は、単に売主に対して損害賠償を求める民事訴訟と詐欺での刑事訴追を起こし、または、二番目の取引が悪意でなされたならばそれに適用できる方策を取ることであった。しかし、最初の買主は、善意の第二の買主が誇る登記された権利に対してその優先権を主張できなかった。

しかしながら、ある時点からこれについて最高裁判所のいくつかの判決（1989 年 10 月 17 日、1993 年 3 月 8 日、1994 年 5 月 16 日、他）が出てきて、判例的学説と考えることができるほど多数となった。次にその内容を示す：もし、最初の取引で契約を有効とする全ての要件が成就しているならば、それは登記されていなくとも完全に効力を持つと見なされるべきで、また、この最初の取引で登記簿上では所有者とされている者はその時から移転された権利を剥奪されているとする。よって、売主は、その者に属していない権利を新たに処分することはできなくなる。

問題は、所有者の資格がない、また、権利が属していなくて処分できない者によって（直接に、または、一番目の取引を知らない裁判所による競売で）なされた二番目の取引についてである（これは、他人物売却(*venta a non domino*)と呼ばれる。)。この学説は、二番目の善意の（第三者）取得者から保護的效果を奪うものではなく、その効果の限界を画し、抵当法 33 条(\*)と 34 条(\*)を考慮して以下のような取扱いを打ち立てている。

① 一番目の適法な移転が存在する場合は、それが所有権登記所に登記されていなくとも、この権利は二番目の取得者に、その者が先に登記を得ていても、優先する。このことは、二番目

の取引がなされたときには、推定所有者（移転者）は、一番目の取引の結果所有者たる地位を失っているため、もうその権利を有していないからである。よって、その後、自分の物でない物を買うことはできなくて、二番目の取引の所有権登記所への登記が、その無効さを償い、または有効にすることはないからである（抵当法 33 条(\*)）。

② もし、権利の売却または移転がなされたとき、その登記名義人が所有者であった場合、その取引は、その後、所有者が登記上に証されていない先行する原因（例えば、対価の支払がなくて登記名義人の権利が解除された場合、登記上に証されていない条件または他の原因が成就した場合、など）で所有者でなくなっても、第三取得者のために効力を保持する。

このことは、現在の判例的学説と抵当法 34 条(\*)に照らすと、登記上の所有者である者から（不動産を）取得する者に与えられる保護の範囲を示している。つまり、売主の権原の無効自体については保護しないが、その権原が取消され、または、（売買の後で登記に証されていない先行する原因で）効力を失う場合は保護される。

もし、売主の権原の取消しを引き起こす原因が（登記自体、差押えまたは訴えの予防付記登記などに設定されている）種々の方法により登記上に明らかであると、買主は、その取消しの決定的原因を知っていたか、または、知る機会があった場合となるので、善意の取得者でなくなり、抵当法 34 条(\*)の保護に訴えることはできなくなる（注3）。

#### (4) 保全付記登記との優劣の問題

売買契約を締結した後に、売主の債権者が売主に訴えを起し、（訴訟の結果を保証するため）いわゆる“訴えの予防付記登記”が申請され、その登記が（売主の不動産に）なされる場合がある。または、判決が既になされ、その判決の登記を申請して、（差押えの）登記を得る場合がある。ここで、売買による所有権移転登記が遅れてなされた場合、買主はその訴えまたは判決の登記に遭遇することとなる。それらの付記登記は抵当権の原則の趣旨に則り優先権を取得し、よって、買主は売主の借金にまったく無関係だが、それらの登記に直面せざるをえなくなる。

差押えの予防付記登記は、登記の公示性によって差押えの効果を保証し、差押え人の権利を留保する。この付記登記の後の登記名義人の処分行為は効果がない。なぜならば、差押えられた不動産は、付記登記された差押えを宣言する訴訟手続きの結果に影響を受けるからである。差押えの付記登記を用いて執行判決の付記登記（抵当法 42 条 3 項(\*)）および司法的差押え（*secuestro judicial*）の付記登記が有効にされる。後者は不動産を司法当局の管理下に置く決定

から生じるものである（抵当法 42 条 4 項(\*)）。この予防付記登記は、差押え登記後の差押えられた財物の第三者取得者や物権の権利者には影響を与えるが、それらの権原が差押え登記の前に成立していたときは、それらの権原の登記が後になっても影響は受けない（例えば、差押えられた財物の所有者である債務者が、予防付記登記の前にその不動産を公正証書で売却したが、新たな権原の登記はなされなかった場合）。判例は、一貫して、“差押えの付記登記は創設的効力を有しない。差押えの付記登記は、その登記的公示性によって差押えの一般への告知を与えるためになされ、新たな権利を創設しまたは表明することはなく、付記登記された権利に優先権を与えるものでなく、付記登記された義務の性質を変更するものではない。”としている（1994 年 4 月 4 日の最高裁判決、1996 年 4 月 6 日最高裁判決、など多数）（注 4）。

以上、二重売買、他人物売買及び保全付記登記との優劣の問題について紹介したが、現在は、第 3 章第 3 節で紹介したように、公証人と登記所の協働関係が導入されている。よって、公正証書で物権移転契約をなす場合は、公正証書作成日に公証人が登記所にその内容を FAX すると（これは公証人の義務である）、その登記所での受信日が登記申請日に遡及してなるので、これらの問題は少なくなっているのではないかと思われる。

（注 1）Luis Diez-Picazo 他 「Sistema de Derecho Civil III」 68 頁（Editorial Tecnos）

（注 2）Luis Diez-Picazo 他 「Sistema de Derecho Civil II」 287 頁～288 頁（Editorial Tecnos）

（注 3）Ramon Contijoch Pratdesaba 「La CompraVenta de Inmuebles」 197 頁 ～199 頁（PLANETA）

（注 4）同 196 頁 ～197 頁