

論文式試験問題集  
[民法総則]

## 〔民法総則〕

次の文章を読んで、後記の〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい。

### 【事実】

1. Yは、かねてより田舎での隠遁生活に憧れていたところ、大学時代の友人であるAから、田舎の山中の土地（以下「本件土地」という。）を所有しているが、使い道もなく放置しているため安く売却する、と持ちかけられた。そこで、Yは、令和3年4月1日、Aが本件土地の所有権登記を具備していることを確認したうえで、本件土地を代金10万円でAから購入し、同日、その引渡しを受けた。  
もともと、Yは、本件土地が田舎の山中にあって転売が容易ではなく、またAが大学時代からの友人であって二重譲渡をするなどとも到底思えず、登記手続も煩雑であったため、本件土地の所有権移転登記を具備しなかった。
2. Yは、引渡し当日から早速本件土地上に小屋を建築して本件土地を占有し、隠遁生活を満喫していたが、令和8年9月1日にAが急死した。もともと、Yは隠遁生活を満喫するあまり世間と没交渉気味になっており、Aが死亡したことも知らないまま本件土地を占有し続けた。
3. Aは生前Bと婚姻しており、Bの他に相続人はいなかった。そこで、Bは、令和8年11月15日、本件土地について相続を原因とする所有権移転登記を具備した。もともと、Bは、本件土地が田舎の山中にあって転売が容易でなく、また価格が安いいため固定資産税の負担も重くないうえ、自らは本件土地を訪れたこともなかったことから、その後も本件土地を訪れることなく放置した。
4. その後、令和22年5月になって、ゴルフ場の経営等を業とする株式会社Xが本件土地周辺でゴルフ場を建設する計画を立て、Bに対し、本件土地の購入を打診した。その結果、Bは、同年6月20日、Xに対し、本件土地を50万円で売却し、Xは、同日、本件土地の所有権移転登記を具備した。もともと、Xは、建設計画を急ぐあまり、売買契約締結にあたり、本件土地の現地確認を怠った。

### 〔設問1〕

令和22年6月30日、Xが本件土地を訪れたところ、Yが本件土地を占有していることを知った。Xは、Yに対して、本件土地の所有権に基づき、本件土地の明渡しを請求することができるか。なお、長期取得時効（民法162条1項）の成否を論ずる必要はない。

## 【事実（続き）】

※【設問1】におけるXのYに対する本件土地の明渡請求はなかったものとする。

5. Xは、ゴルフ場建設に多額の資金を要したことから、資産家でゴルフ愛好家のZから資金を調達することにした。そして、Xは、令和24年10月1日、Zとの間で、返済期限を令和34年9月30日として3億円の消費貸借契約を締結し（以下「本件消費貸借契約」という。）、同日、Zは、Xに対し、本件消費貸借契約に基づき3億円を貸し付けた。  
また、Xは、同日、Zとの間で、本件消費貸借契約に基づく貸金返還債務を担保するため、ゴルフ場建設のために取得した本件土地を含む全ての土地を目的物とする抵当権を設定するとの合意をし（以下「本件抵当権」という。）、Zは、同日、本件抵当権に基づき、本件土地を含む全ての土地についてその登記を具備した。
6. Xは、その後も資金の調達に奔走したが、結局、Xが当初想定していたほどには資金が集まらず、ゴルフ場建設計画の縮小を余儀なくされた。そして、本件土地はゴルフ場の建設用地から除外された。その結果、Yは、その後もゴルフ場の建設計画も本件抵当権の設定も知らないまま、本件土地を占有し続けた。
7. Xは、令和26年1月、ゴルフ場を完成させて営業を開始した。しかし、当初の営業は順調であったものの、その後は想定したほどの収益が得られなかった。そして、Xは、令和34年9月30日を経過しても、Zに対し、本件消費貸借契約に基づく借金3億円を返還できなかった。

## 【設問2】

Zは、令和35年6月1日、本件抵当権に基づき、本件土地の競売を申し立てた。これに対し、Yは、本件土地所有権の取得時効を援用したうえで、本件抵当権は消滅するため競売は認められないと反論した。Yの反論は認められるか。なお、民事執行法上の問題点を論ずる必要はない。

2021年11月21日

担当：弁護士 大和田準

参考答案  
[民法総則]

## 第1 設問1

1 (1) XはYに対し、所有権に基づく返還請求として本件土地の明渡を請求できるか。YはAから令和3年4月1日に本件土地を10万円で購入しているものの、その登記を具備していないため、当該所有権をXに対抗できるか問題となる。

(2) この点、所有権に基づく返還請求の要件は①原告による目的物の所有、②被告による目的物の占有（民法206条）である。

(3) 本件では、①XはBから令和22年6月20日に本件土地を50万円で購入しているものの、Aが死亡しBがAを相続したのは令和8年9月1日とAが本件土地をYに売却した後である（同882条、887条1項）。そうすると、Bは本件土地の所有権を相続しておらず、XはBとの売買によっては本件土地の所有権を取得できないとも思われる。

しかし、Yは本件土地の登記を具備していないためその所有権を未だ確定的には取得していない一方で、Xは令和22年6月20日、本件土地の登記を具備している。そうすると、Xによる対抗要件具備の反射的効果として、Yは本件土地の所有権を喪失し、Xが確定的に所有権を取得する（同177条）。

そして、②Yは本件土地に小屋を建てて占有しているため、上記要件を満たすと思われる。

2 (1) ここで、YはAから令和3年4月1日に本件土地を購入して以来本件土地を占有しているところ、取得時効が成立しないか。Yは本件土地の登記を具備していないところ、取得時効による所有権取得をX

に対抗できるか問題となる。

(2) 取得時効の要件は、①「十年間」②「所有の意思」「平穩」「公然」③「他人の物を占有」④「その占有開始の時に、善意であり、かつ、過失がなかったとき」⑤援用の意思表示である（162条2項、145条）。ただし、②及び④の善意の存在は推定される（186条1項、188条）。なお、取得時効の趣旨は永続した占有状態の尊重とともに権原の立証を容易にすることにもあるため、時効援用によって自己物の所有権を立証することも許されるべきである。「他人の物」という文言も自己物を排除する趣旨を含むものではないことから、③は自己物も含むと解される。

もっとも、取得時効を主張する者は、時効完成時点で自らに所有権の移転があった後に、登記名義人から第三者に対しても所有権の移転があったことになり、時効完成後に現れた第三者との関係では、二重譲渡と同視でき対抗関係に立つ。したがって、時効完成後に当該不動産につき旧所有者から所有権を取得し登記を経た第三者に対しては、時効による不動産所有権の取得について、登記なくしては対抗し得ないと解される。

(3) 本件では①Yは令和3年4月1日に本件土地の占有を開始しており令和13年3月31日の経過をもって「十年間」占有している（186条2項）。②前記推定を覆す事情は存在しない。③本件土地はYが売買により所有権を取得した自己物であるがなお「他人の物」にあたる。④Yは本件土地をその所有権を有していたAから登記具備を確認の

上売買により取得しており、占有開始時に無過失である。もっともXはYの取得時効が完成した令和13年3月31日の後である令和22年6月20日に本件土地を取得し登記を具備している。したがって、Yは⑤援用をしても登記なくしては時効による本件土地所有権の取得をXに対抗できない。よって、XはYに対し、本件土地の所有権に基づく返還請求として本件土地の明渡を請求できる。

## 第2 設問2

1 (1) YはZに対し、本件土地所有権の取得時効を援用して本件抵当権が消滅したとして本件抵当権の実行を阻止できるか。Zは令和24年10月1日に本件抵当権設定登記を具備したため、Yの取得時効成立後の第三者にあたり、YはZに対し登記なくして取得時効を対抗できないものの、Yは同日からも更に10年間占有を継続したため、再度取得時効を援用できないか問題となる。

(2) 時効の起算点を後の時点にずらせれば、時効取得者は自由に第三者を時効完成前の第三者にでき、登記なくして対抗できることになってしまうため、時効完成前後で登記の要否を分けた意味がなくなる。そうすると、時効の起算点を後の時点にずらせて取得時効の完成を主張することはできないと解すべきである。

しかし、占有者による取得時効完成後に目的物の登記を具備した第三者は、登記を経て完全な所有者となり、登記なき占有者と第三者の関係は、占有者と所有者の関係に置き換えられる。つまり、それ以降、占有者は当該第三者所有の目的物の占有者としての保護を受けるこ

とになる。したがって、占有者は、目的物の譲受人が目的物について登記を具備した時から引き続き目的物を時効期間占有すれば、改めて取得時効を援用できると解すべきである。

(3) 本件では、①Yは令和24年10月1日にZが本件抵当権の登記を具備した時点でも本件土地を占有しており令和34年9月30日の経過をもって「十年間」占有している(186条2項)。また②③④は設問1と同様に満たす。

2 (1) もっとも、Yの所有権とZの本件抵当権は両立しえ、Yは本件抵当権付きの本件土地を取得するに過ぎないのではないか。

(2) 取得時効は原始取得であって、その反射として当該不動産に設定されていた抵当権は当然に消滅する(397条)。また登記された抵当権が実行されると、占有者は自らの所有権取得を買受人に対抗できない地位に立たされるため、その効力は第三者に所有権が譲渡されて対抗要件を備えた場合に匹敵する。したがって、占有者が抵当権の存在を容認していたなどの特段の事情がない限り、占有者は取得時効の成立要件を満たせば目的物を時効取得する結果、抵当権は消滅すると解すべきである。

(3) 本件では、Yは本件抵当権の設定を知らず、抵当権の存在を容認していたなどの特段の事情は存在しない。よって、YはZに対し本件土地所有権の取得時効を援用すれば、本件抵当権が消滅したとして本件抵当権の実行を阻止できる。

以上

2021年11月21日

担当：弁護士 大和田準

# 予備試験答案練習会(民法総則)採点基準表

受講者番号

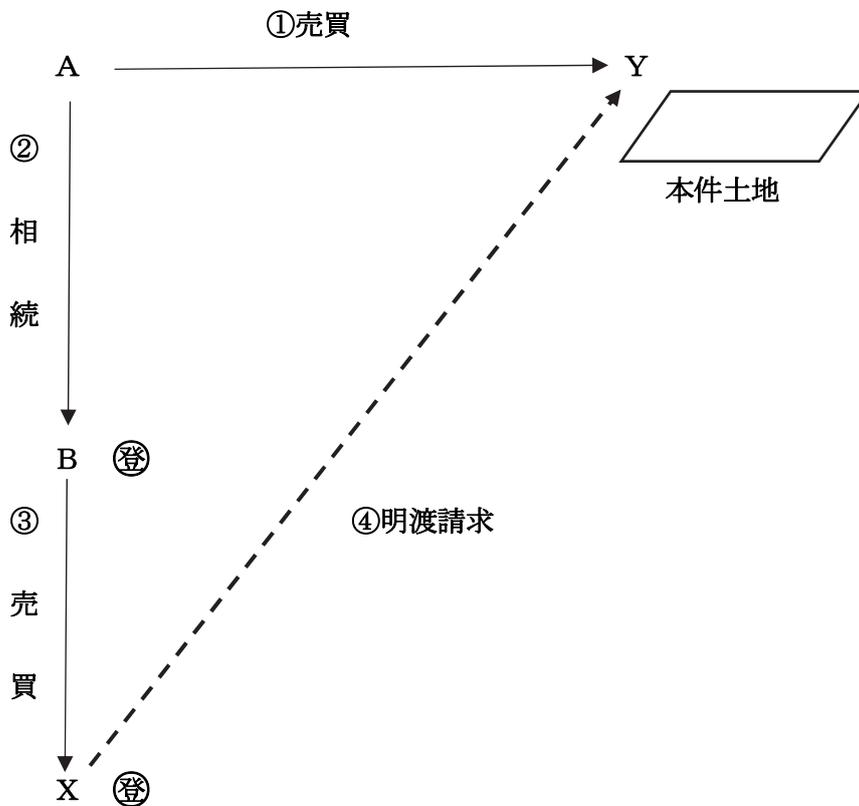
	小計	配点	得点
<b>〔設問1〕</b>	(28)		
所有権に基づく土地明渡請求の要件事実		2	
対抗要件具備による所有権喪失の抗弁の内容と条文(177条)の指摘		2	
あてはめ ・YがAから令和3年4月1日に本件土地を10万円で購入したこと ・XがBから令和22年6月20日に本件土地を50万円で購入したこと ・Xが令和22年6月20日に本件土地の登記を具備していること ・Yが本件土地に小屋を建てて占有していること		4	
取得時効の要件(民法162条1項, 145条)の内容と条文の指摘		6	
「他人の物」(民法162条1項)に自己物が含まれることの指摘と理由		2	
所有の意思・平穩・公然, 善意が推定されることの指摘(186条1項, 188条)		2	
時効完成後の第三者に対する取得時効の対抗に登記を要するとの結論と理由の指摘		4	
あてはめ		6	
<b>〔設問2〕</b>	(12)		
時効の起算点を後の時点にずらせて取得時効の完成を主張することはできないこと及びその理由の指摘		2	
時効完成後の再度の取得時効の成立の可否とその理由(取得時効完成後に目的物の登記を具備した第三者は登記を経て完全な所有者となることなど)への言及		3	
再度の取得時効の成否についてのあてはめ		2	
再度の取得時効の完成によって抵当権は消滅するのか(抵当権は取得時効によって成立した所有権と両立し消滅しないのではないか)との問題意識の指摘		1	
取得時効の完成と抵当権の消長に関する結論と理由の指摘 ・397条への言及 ・登記された抵当権の実行で, 占有者は自らの所有権取得を買受人に対抗できない地位に立たされることへの言及		4	
<b>裁量点</b>	(10)	10	
<b>合計</b>	(50)		

# 民法総則 解説レジュメ

## 第1. 設問1について

### 1 事案の概要

- R 3. 4. 1 A→Y本件土地を10万円で売却, Yが占有開始, 登記未了
- R 8. 9. 1 A死亡, BがAを単独で相続(882条, 887条1項)
- R 8. 1 1. 1 5 A→B相続を原因とする所有権移転登記
- R 2 2. 6. 2 0 B→X本件土地を50万円で売却, 売買を原因とする所有権移転登記
- R 2 2. 6. 3 0 X→Y本件土地の明渡請求



## 2 訴訟物の検討

(1) 所有権に基づく返還請求権としての土地明渡請求権の要件事実(206条)

- ① 原告による土地の所有
  - (i) 前主のもと所有
  - (ii) 前主からの原告の所有権取得原因事実
- ② 被告による土地の占有

(2) あてはめ

- ① Xによる土地の所有
  - (i) Bは本件土地を所有している←本当にそうか?と疑問を持てることが重要
  - (ii) BはXに対し本件土地を代金50万円で売った
- ② Yは本件土地に小屋を建てて占有している

(3) Yの反論(要件事実①(i)の否認)

- ・「Bの配偶者であったAが本件土地をもと所有していたこと」は認める。
- ・しかし、「AはYに対し、R3.4.1、本件土地を10万円で売却した」  
→本件土地の所有権はR3.4.1時点でYに移転済み  
∴Bは相続によって本件土地の所有権を取得してはいない  
=BはR22.6.20のB→X本件土地売買時点で、本件土地の所有権を有していない

(4) Xの再反論(対抗要件具備による所有権喪失, 予備的請求原因)

- ・Yは本件土地の所有権移転登記を具備していない(前提, 対抗要件の抗弁)  
→Yは本件土地の所有権を第三者に対抗できない(177条)
- ・XはR22.6.20, 本件土地の売買を原因とする所有権移転登記を具備した  
→Xによる対抗要件具備の反射的效果として, Yは本件土地の所有権を喪失し, Xが確定的に所有権を取得した(177条)

cf. Bも相続を原因とする本件土地の所有権移転登記を具備しているが, この時点で, 対抗要件具備の反射的效果として, Yは本件土地の所有権を喪失し, Bが確定的に所有権を取得することにはならないのか?

→相続の効果は, 「被相続人の財産に属した一切の権利義務を承継する」(896条)  
=Aの地位そのものを包括的に承継する(いわゆる「一般承継」⇔「特定承継」)

あえて誤解を恐れずわかりやすく言うと, A=Bと考えてもよい

∴YはBに対して登記なくして売買契約に基づく本件土地の所有権取得を対抗できる  
(大判大正7年3月2日民録24輯423頁)

## 3 取得時効の抗弁の検討

(1) 短期取得時効の要件(162条2項)

- ①「十年間」
- ②「所有の意思をもって, 平穩にかつ公然と」
- ③「他人の物を占有した者」
- ④「その占有開始の時に, 善意であり, かつ, 過失がなかったとき」
- ⑤「援用」の意思表示(145条)

(2) 要件の検討 (少々の論点を含む)

答案作成上は、条文文言を引用しつつコンパクトに記載するべき。

① 「十年間」

→占有開始時と明渡請求時の占有の証拠があるときは、占有はその間継続したものと推定される(186条2項)

② 「所有の意思をもって、平穩にかつ公然と」及び④ 「その占有開始の時に、善意であり、かつ、過失がなかったとき」

→④ 「過失がなかったとき」を除き、その存在が推定される(186条1項, 188条)

※登記上権利者として表示された者を真の権利者と信じた場合は特段の事情がない限り無過失といえる(大判大正15年12月25日)。

③ 「他人の物」

→自己の所有する物も含む(最判昭和42年7月21日民集21巻6号1643頁・百選I[第8版]45, 最判昭和44年12月8日民集23巻12号2467頁)

∴取得時効の趣旨は永続した占有状態の尊重とともに権原の立証を容易にすることにもあるため、時効援用によって自己物の所有権を立証することも許されるべき

・「他人の物」という文言も自己物を排除する趣旨を含むものではない

(3) 短期取得時効の効果

: 目的物の所有権を原始取得する(「その所有権を取得する」)

(4) あてはめ

① Yは、R3.4.1, 本件土地の占有を開始し、

② 所有の意思・平穩・公然, ④善意の存在は推定されること、Yは本件土地をその所有権を有するAから登記を具備していることを確認したうえで売買により取得しており、過失なく占有を開始している。

③ 本件土地はYが売買により所有権を取得した自己の物であるが、なお「他人の物」にあたる。

4 取得時効完成後に登記を経由した第三者に対する対抗の可否(論点)

(1) 問題意識

時効完成前の第三者との関係では、時効取得者とそれにより権利を失う者との関係は、承継取得者とその前主の関係に類似する=登記なくして時効による所有権取得を対抗可

(最判昭和41年11月22日民集20巻9号1901頁)

→では、時効完成後の第三者との関係では?

(2) 検討

取得時効完成後に原所有者から目的物の所有権移転を受けた第三者が現れたときは、目的物について、①時効完成時点で原所有者から占有者(時効取得者)に対する所有権の移転があり、②その後原所有者から第三者に対する所有権の移転がある、と見うる。

=①占有者(時効取得者)と②第三者とに対する原所有者の二重譲渡と同視できる。

→占有者(時効取得者)と第三者との関係は対抗関係(177条)となり、時効による不動産の所有権の取得についても、登記なくしては、時効完成後当該不動産につき旧所有者から所有権を取得し登記を経た第三者に対して対抗し得ない(最判昭和33年8月28日民集12巻12号1936頁)。

cf. 時効の起算点を後の時点にずらせて取得時効の完成を主張することはできない。  
(最判昭和35年7月27日民集14巻10号1871頁, 以下「昭和35年判例」という。) ※設問2で詳述

∵時効の起算点を後の時点にずらせてしまえば, 第三者を時効完成前に登記を経由した第三者にできてしまい, 時効取得者は登記なくして第三者に対抗できることになってしまうため, 時効完成前後で登記の要否を分けた意味がなくなる。

## 第2 設問2について

### 1 事案の概要

- R24.10.1 Z→X, 返済期限R34.9.30, 3億円を貸付  
同日, 本件消費貸借契約に基づく貸金返還債務を担保するため, 本件土地を目的物とする抵当権設定・登記
- R34.9.30 X→Z, 本件消費貸借契約に基づく借金3億円を返還できず。
- R35.6.1 Z, 本件抵当権に基づき, 本件土地の競売申立

### 2 訴訟物の検討

#### (1) 抵当権実行の要件事実

- ① 被担保債権の発生原因事実
- ② 抵当権設定契約の締結
- ③ ②当時, 抵当権設定者による目的物の所有
- ④ ②に基づく登記

#### (2) あてはめ

- ① R24.10.1 ZはXに対し, 返済期限R34.9.30として3億円を貸し付けた。
- ② 同日, ZはXとの間で①を被担保債権として本件土地を目的物とする抵当権設定契約を締結した。
- ③ Xは, 当時, 本件土地を所有していた。←設問1と同様の争点になる
- ④ Zは, 同日, 本件抵当権に基づく登記を具備した。

#### (3) Yの反論(再度の短期取得時効の抗弁)

- ・ Zの主張する事実は認める。
- ・ しかし, 「Yは, Zが本件抵当権の登記を具備したR24.10.1からも, なお引き続きR34.9.30の経過まで本件土地を占有した」  
→本件土地の短期取得時効が再度成立する  
∴ Yは本件抵当権の負担のない本件土地の所有権を原始取得した  
= Zは, R35.6.1の本件抵当権実行時点では本件抵当権を有していないから, 本件抵当権を実行することはできない。

※Zは, Yが本件土地の占有を開始した令和3年4月1日から20年以上経過した令和24年10月1日に本件抵当権の設定を受けて登記を具備したため, 仮にYが占有開始時からの長期取得時効(162条1項)を援用しても, 時効完成後の第三者となり所有権の取得をZに対抗できないことに注意。

### 3 取得時効完成後の再度の取得時効の成否（論点）

#### (1) 問題意識

時効の起算点を後の時点にずらせて取得時効の完成を主張することはできないはず  
(前記昭和35年判例)

→取得時効完成後の第三者が所有権移転登記を具備した時点で、占有者による再度の時効取得の余地はなくなる？

#### (2) 検討（第三者が所有権移転登記を具備した場合）

占有者による取得時効完成後に当該目的物について所有権移転登記を具備した第三者は、登記を経て完全な所有者となる。登記なき占有者と目的物の所有者となった第三者の関係は、占有者と所有者の関係に置き換えられる。つまり、それ以降は、占有者は当該第三者所有の目的物の占有者としての保護を受けることになる。

→占有者は、目的物の譲受人が目的物について登記を具備した時から、引き続き目的物を時効期間占有すれば、改めて取得時効を援用できる（最判昭和36年7月20日民集15巻7号1903頁）＝設問1のcf. 昭和35年判例の例外

### 4 再度の取得時効の完成と抵当権の消長（応用論点）

#### (1) 問題意識

本件では、Zは本件土地の所有権を取得したわけではなく、抵当権を設定しただけである。

→Yの所有権とZの抵当権は両立しうるとして、抵当権の負担のある本件土地を取得するに過ぎないのではないか？ Yは抵当権の負担のない本件土地を時効取得できるのか？

#### (2) 検討

- 取得時効は原始取得であって、その反射として当該不動産に設定されていた抵当権は当然に消滅する（397条）

- 登記された抵当権が実行されると、占有者は自らの所有権の取得自体を買受人に対抗できない地位に立たされることから、その効力は第三者に所有権が譲渡されて対抗要件を備えた場合に匹敵する

＝登記時から占有者と抵当権者との間に権利の対立関係が生じる

- もし抵当権設定登記がされた場合については再度の時効が進行しないとすると、所有権を譲り受けた第三者よりも、制限的権利である抵当権を得た第三者の方が保護されるというアンバランスが生じる

→不動産取得時効完成後、その登記がされないまま第三者が原所有者から抵当権設定登記を了した場合、時効取得者たる占有者が引き続き時効取得に必要な期間占有を継続したときは、占有者が抵当権の存在を容認していたなどの特段の事情がない限り、占有者は上記不動産を時効取得し、その結果上記抵当権は消滅する。

(最判平成24年3月16日民集66巻5号2321頁)

cf. 短期取得時効の成立要件である「善意」「無過失」は、抵当権の存在も対象とするか？

＝占有者は抵当権の存在についても善意・無過失でなければならないか？

→162条2項の占有者の善意無過失とは、自己に所有権があるものと信じ、かつ、そのように信ずるにつき過失がないことをいい、目的不動産に抵当権が設定されていることを知り、又は、不注意により知らなかった場合でも善意無過失ということを防げない。

(最判昭和43年12月24日民集22巻13号3366頁)

【参考文献】

- ・五十川直行「不動産所有権の取得時効完成後に設定された抵当権と再度の取得時効の完成」(平成24年度重要判例解説民法3)
- ・最高裁判所判例解説民事篇平成24年度下405頁以下(法曹会・2015年)
- ・司法研修所編「新問題研究要件事実 付一民法(債権関係)改正に伴う追補」(法曹会・2020年)
- ・司法研修所編「3訂 紛争類型別の要件事実 民事訴訟における攻撃防御の構造」(法曹会・2021年)

以上

2021年11月21日

担当：弁護士 大和田準