

論文式試験問題集
[民法]

[民 法]

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. Aは早くに妻と死別したが、成人した一人息子のBはAのもとから離れ、音信がなくなっていた。Aは、いとこのCに家業の手伝いをしてもらっていたが、平成20年4月1日、長年のCの支援に対する感謝として、ほとんど利用していなかったA所有の更地（時価2000万円。以下「本件土地」という。）をCに贈与した。同日、本件土地はAからCに引き渡されたが、本件土地の所有権の移転の登記はされなかった。
2. Cは、平成20年8月21日までに本件土地上に居住用建物（以下「本件建物」という。）を建築して居住を開始し、同月31日には、本件建物についてCを所有者とする所有権の保存の登記がされた。
3. 平成28年3月15日、Aが遺言なしに死亡し、唯一の相続人であるBがAを相続した。Bは、Aの財産を調べたところ、Aが居住していた土地建物のほかに、A所有名義の本件土地があること、また、本件土地上にはCが居住するC所有名義の本件建物があることを知った。
4. Bは、多くの借金を抱えており、更なる借入れのための担保を確保しなければならなかった。そこで、Bは、平成28年4月1日、本件土地について相続を原因とするAからBへの所有権の移転の登記をした。さらに、同年6月1日、Bは、知人であるDとの間で、1000万円を借り受ける旨の金銭消費貸借契約を締結し、1000万円を受領するとともに、これによってDに対して負う債務（以下「本件債務」という。）の担保のために本件土地に抵当権を設定する旨の抵当権設定契約を締結し、同日、Dを抵当権者とする抵当権の設定の登記がされた。
5. BD間で【事実】4の金銭消費貸借契約及び抵当権設定契約が締結された際、Bは、Dに対し、本件建物を所有するCは本件土地を無償で借りているに過ぎないと説明した。しかし、Dは、Cが本件土地の贈与を受けていたことは知らなかったものの、念のため、対抗力のある借地権の負担があるものとして本件土地の担保価値を評価し、Bに対する貸付額を決定した。

〔設問 1〕

Bが本件債務の履行を怠ったため、平成29年3月1日、Dは、本件土地について抵当権の実行としての競売の申立てをした。競売手続の結果、本件土地は、D自らが950万円（本件債務の残額とほぼ同額）で買い受けることとなり、同年12月1日、本件土地についてDへの所有権の移転の登記がされた。同月15日、Dが、Cに対し、本件建物を収去して本件土地を明け渡すよう請求する訴訟を提起したところ、Cは、Dの抵当権が設定される前に、Aから本件土地を贈与されたのであるから、自分こそが本件土地の所有者である、仮に、Dが本件土地の所有者であるとしても、自分には本件建物を存続させるための法律上の占有権原が認められるはずであると主張した。

この場合において、DのCに対する請求は認められるか。なお、民事執行法上の問題については論じなくてよい。

【事実（続き）】（〔設問 1〕の問題文中に記載した事実は考慮しない。）

6. 平成30年10月1日、Cは、本件土地の所有権の移転の登記をしようと考え、本件土地の登記事項証明書を入手したところ、AからBへの所有権の移転の登記及びDを抵当権者とする抵当権の設定の登記がされていることを知った。

〔設問 2〕

平成30年11月1日、Cは、Bに対し、本件土地の所有権移転登記手続を請求する訴訟を、Dに対し、本件土地の抵当権設定登記の抹消登記手続を請求する訴訟を、それぞれ提起した。このうち、CのDに対する請求は認められるか。

令和元年予備試験民法 参考答案

設問1

1 DのCに対する、所有権に基づく返還請求権としての建物収去土地明渡請求は認められるか。

(1) まず、Dは、Aから本件土地を相続（民法（以下略）896条本文）したBから本件土地上に抵当権の設定を受けている。そして、Dは、その後の競売手続において自ら本件土地を買い受け、本件土地を所有している。また、Cは、本件土地上に本件建物を所有して、本件土地を占有している。

(2) これに対して、Cは、Aから本件土地を贈与されているため、自らが本件土地の所有者であると反論することが考えられる。もっとも、Dは、「第三者」（177条）にあたると考えられるところ、その後の競売手続によって、本件土地について所有権登記を具備しているため、確定的にDが所有者となっているのではないか。

「第三者」（177条）とは、物権変動の当事者若しくはその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の利益を有する者をいう。

本件でみるに、Dは、相続によりAを包括承継したBから、本件土地についての抵当権の設定を受けている。そして、競売手続によって、本件土地の所有権を取得している。

したがって、Dは、Cの登記の欠缺を主張する正当の利益を有する者であり、「第三者」にあたる。

よって、Dは、競売手続によって、本件土地の所有権を取得し、所有権移転登記も具備しており、確定的に本件土地の所有者となっているため、Cの上記反論は認められない。

(3) さらに、Cは、本件建物につき法定地上権（388条前段）が成立するため、本件建物の所有を目的とする本件土地の占有権原を有すると反論することが考えられる。

ア 本件土地上に抵当権が設定された際、Cは、本件建物及び本件土地を所有していたが、本件土地の登記名義はBとなっていた。そこで「同一の所有者に属する」といえるか。実体法上、所有者が同一であるだけでなく、登記名義が同一であることまで必要であるか問題となる。

同条の趣旨は、建物の収去を余儀なくされるという社会経済上の不利益を防止することにあるところ、かかる趣旨は、登記名義が異なっている場合においても妥当する。

そこで、「同一の所有者に属する」というには、実体法上、建物と土地の所有者が同一であれば足り、登記名義が同一であることまでは必要ないと解する。

本件では、「土地…につき抵当権が設定」された際、本件土地及び本件建物は、「同一の所有者」であるCに「属する」といえる。

なお、かかる結論をとっても、Dは対抗力のある借地権の負担があるものとして本件土地の担保価値を評価し、Bに対する貸付額を決定していたため、Dに不利益は生じない。

イ そして、抵当権が「実行」され、本件土地の所有者はD、本件建物の所有者はCとなっ

ているため、「所有者を異にするに至った」といえる。

ウ したがって、本件建物について法定地上権がするため、Cの上記反論は認められる。

2 よって、Dの上記請求は認められない。

設問2

1 CのDに対する、所有権に基づく妨害排除請求権としての抵当権設定登記抹消登記請求は認められるか。

(1) まず、Cは本件土地の所有者であるAから贈与を受けているため、本件土地を所有している。また、本件土地上にD名義の抵当権設定登記が存在している。

しかし、設問1同様、Dは「第三者」(177条)にあたるため、Cは本件土地の所有権をDに対して対抗することはできず、Cの上記請求は認められないとも思える。

(2) もっとも、Cによる本件土地の時効取得(162条2項)により、Dの抵当権は消滅しないか(397条)。

ア まず、本件土地はCの自己物であり、「他人の物」とはいえないとも思えるが時効取得が認められるか。

時効制度の趣旨は、永続した事実状態の尊重や真実の立証の困難性の救済にあるが、かかる趣旨は、自己物についても妥当する。

そこで、「他人の物」であることは時効取得の要件ではなく、自己物の時効取得は認められると解する。

イ そして、Cは、平成20年8月21日から「十年間」占有している。また、かかる占有は「所有の意思をもって」、「善意」で「平穩」に、かつ「公然」と行われていることが推定される(186条1項)ところ、本件では、かかる推定を覆す事情は存在しない。加えて、Cは所有権を有していたAから贈与を受け、本件土地の占有を開始しているため、Cは本件土地が自己の所有物であると信じたことについて無過失である。

ウ したがって、Cが援用の意思表示(145条)をした場合は、本件土地の時効取得が認められる。そして、取得時効は原始取得であって、その反射として本件の抵当権は当然に消滅する。

エ もっとも、Cによる本件土地の時効取得は、登記なくして「第三者」であるDに対抗できないのではないか。

占有者からみて時効完成前の権利者は、時効取得者との関係で物権変動の当事者と同視できるため、対抗関係に立たない。

そのため、時効取得者は、登記なくして時効完成前の権利者に対抗することができる。と解する。

したがって、時効取得者であるCは、登記なくしてDに対抗することができる。

2 よって、Cの上記請求は認められる。

以上

予備試験合格者 早川 大智

令和元年予備試験民法 解説レジュメ

第1 出題趣旨

設問1は、同一不動産をめぐって多重の取引がされた事案を題材として、不動産物権変動の優劣に関する基本的な知識・理解を問うとともに、事案に即した分析能力や法的思考力を試すものである。解答に当たっては、所有権に基づく物権的返還請求権の各要件を検討する必要がある。特に、抵当権設定と贈与による所有権移転との対抗関係を丁寧に説明することが求められる。また、Cの占有権原の有無については、法定地上権の成否が特に問われるが、その制度趣旨や事案に現れている諸事情を踏まえて検討することが求められる。設問2は、不動産が10年間以上占有された事案を題材として、取得時効の要件に関する基本的な知識・理解を問うとともに、取得時効の効果等について、事案に即した分析能力を試すものである。解答に当たっては、所有権に基づく妨害排除請求権の各要件を検討する必要があるが、短期取得時効の各要件について当てはめを行った上で、取得時効の効果は抵当権の消滅を伴うものであるのか、仮に消滅を伴う場合にはこれを主張するために登記が必要となるのかなどについて論じることが求められる。

第2 設問1について

1 所有権に基づく物権的返還請求権について

・まず、問題文の「Dが、Cに対し、本件建物を収去して本件土地を明け渡すよう請求する訴訟を提起した」という部分から、DのCに対する請求は、所有権に基づく返還請求権としての建物収去土地明渡請求であると考えられる（なお、正確な訴訟物は、通説の旧1個説に立てば、所有権に基づく返還請求権としての土地明渡請求権である）。

・次に、所有権に基づく返還請求権としての建物収去土地明渡請求の要件を検討すると、その要件（請求原因）は以下の2つである。

① Dが、本件土地を所有していること

② Cが、本件土地上に本件建物を所有して、本件土地を占有していること

・これを本件でみると、Dは、Aから本件土地を相続（民法（以下略）896条本文）したBから本件土地上に抵当権の設定を受けている。そして、Dは、その後の競売手続において自ら本件土地を買い受けたため、本件土地を所有しているといえる（①）。

・また、Cは、本件土地上に本件建物を所有して本件土地を占有している（②）。

⇒したがって、Dの請求は、認められるとも思える。

2 177条の「第三者」について

・上記のDの請求に対して、Cは、2つの反論をしていることが問題文から読み取れる。1

つめは、「Cは、Dの抵当権が設定される前に、Aから本件土地を贈与されたものであるから、自分こそが本件土地の所有者である」というものである。この反論は、要件①を争うもの（請求原因①を否認するもの）であると考えられる。

・かかる反論の妥当性を検討すると、まず、Bは、Aの包括承継人であるから、Aから本件土地の贈与を受けたCと、Aの包括承継人であるBから抵当権の設定を受けたDは、対抗関係（177条）に立つことになる。そのため、抵当権設定登記を先に備えたDが、Cに優先する。そして、その後の競売手続によって、Dは、自ら本件土地を買い受け、その所有権移転登記も具備しているため、Dは、本件土地の所有権を確定的に有しており、Cに対して所有権を主張することができる。

⇒したがって、Cの1つめの反論は失当である。

3 法定地上権の成否について

・反論の2つめは、「仮に、Dが本件土地の所有者であるとしても、自分には本件土地を存続させるための法律上の占有権原が認められるはずである」というものである。この反論は、本件建物につき法定地上権（388条前段）が成立するため、本件建物の所有を目的とする本件土地の占有権原を有するというもの（占有権原の抗弁）であると考えられる。

・では、法定地上権が成立するか。法定地上権が成立するには、388条前段から以下の要件が必要となる。

- | |
|---|
| <ol style="list-style-type: none">① 「土地及びその上に存する建物が同一の所有者に属する」こと② 「その土地又は建物につき抵当権が設定され」たこと③ 「その実行により所有者を異にするに至った」こと |
|---|

・本件において各要件が充足されるかを検討すると、要件①の充足が特に問題となる。具体的には、本件土地上に抵当権が設定された際、Cは、本件建物及び本件土地を所有していたが、本件土地の登記名義はBとなっていたため、かかる場合でも「同一の所有者に属する」といえるのか問題となる。

・この点について、参考判例（最判昭和48・9・18）は、「土地とその地上建物が同一所有者に属する場合において、土地のみにつき抵当権が設定されてその抵当権が実行されたときは、たとえ建物所有権の取得原因が譲渡であり、建物につき前主その他の者の所有名義の登記がされているままで、土地抵当権設定当時建物についての所有権移転登記が經由されていなくとも、土地競落人は、これを理由として法定地上権の成立を否定することはできないものと解するのが相当である。」と述べている。その理由については、

「民法三八八条本文は、「…」と規定するが、その根拠は、…競売により土地と建物が別人の所有に帰した場合は建物の収去を余儀なくされるが、それは社会経済上不利益であるから、これを防止する必要があるとともに、このような場合には、抵当権設定者としては、建物のために土地利用を存続する意思を有し、抵当権者もこれを予期すべきものであるこ

とに求めることができる。してみると、建物につき登記がされているか、所有者が取得登記を経由しているか否かにかかわらず、建物が存立している以上これを保護することが社会経済上の要請にそうゆえんであつて、もとよりこれは抵当権設定者の意思に反するものではなく、他方、土地につき抵当権を取得しようとする者は、現実に土地をみて地上建物の存在を了知しこれを前提として評価するのが通例であり、競落人は抵当権者と同視すべきものであるから、建物につき登記がされているか、所有者が取得登記を経由しているか否かにかかわらず、法定地上権の成立を認めるのが法の趣旨に合致するのである。」と述べている。

・判例を知っていれば、判例が述べたとおりに論じればよいが、この判例は百選判例でもないの、知っている人は多くないと考えられる。そのため、現場において自分で論理を考えて論じる必要がある。

・現場思考の方法の一つとしては、条文の趣旨を考え、本件においてもそれが妥当するか否かを論じる方法がある。本件では、388条の趣旨は、建物の収去を余儀なくされるという社会経済上の不利益を防止することにあるところ、かかる趣旨は、登記名義が異なっている場合においても妥当するといえる。そのため、「同一の所有者に属する」というには、実体法上、建物と土地の所有者が同一であれば足り、登記名義が同一であることまでは必要ないと解することができる。

・なお、かかる結論をとっても、Dは対抗力のある借地権の負担があるものとして本件土地の担保価値を評価し、Bに対する貸付額を決定しており、Dに不利益は生じないため、結論の妥当性は図られているといえる。

・そして、要件②及び③も充足している。

⇒したがって、法定地上権が成立するため、Cの2つめの反論は妥当である。

⇒よって、Dの上記請求は認められない。

第3 設問2について

1 所有権に基づく妨害排除請求権について

・設問1同様、問題文の「Cは、…Dに対し、本件土地の抵当権設定登記の抹消登記手続を請求する訴訟を…提起した」という部分から、CのDに対する請求は、所有権に基づく妨害排除請求権としての抵当権設定登記抹消登記請求であると考えられる。

・次に、所有権に基づく妨害排除請求権としての抵当権設定登記抹消登記請求の要件を検討すると、その要件（請求原因）は以下の2つである。

① Cが本件土地を所有していること

② 本件土地についてD名義の抵当権設定登記が存在すること

・これを本件でみると、Cは本件土地の所有者であるAから贈与を受けているため、本件土地を所有している（①）。また、本件土地上についてD名義の抵当権設定登記が存在している（②）。

・もともと、設問1同様、Dは「第三者」(177条)にあたるため、Cは本件土地の所有権をDに対して対抗することはできず、Cの上記請求は認められないのが原則である。

2 時効取得について

・そこで、Cとしては、取得時効の完成(162条2項)を主張して、抵当権の消滅を主張(397条)すると考えられる。

・短期取得時効の要件を整理すると以下のようになる。

- | |
|------------------------|
| ① 10年間の占有 |
| ② 所有の意思をもって、平穩に、かつ、公然と |
| ③ 他人の物 |
| ④ 善意 |
| ⑤ 無過失 |
| ⑥ 援用の意思表示(145条) |

・本件で要件が充足されるか検討すると、まず①について、Cは平成20年8月21日から、本件土地上に本件建物を建築して居住しているところ、訴訟を提起したのは平成30年11月1日であるから、10年間の占有が認められる。また、②及び④は186条1項により推定される場所、本件ではかかる推定を覆す事情はない。そして、⑤について、Cは所有権を有していたAから贈与を受け、本件土地の占有を開始しているため、Cは本件土地が自己の所有物であると信じたことについて無過失である。

・もともと、本件土地はCの自己物であるため、③「他人の物」といえるか問題となる。この点について、時効制度の趣旨は、永続した事実状態の尊重や真実の立証の困難性の救済にあるが、かかる趣旨は、自己物についても妥当する。そこで、「他人の物」であることは時効取得の要件ではなく、自己物の時効取得も認められると解することができる。

⇒したがって、Cが⑥援用の意思表示をした場合は、Cの本件土地の時効取得が認められることになる。

・なお、取得時効の効果は抵当権の消滅を当然に伴うものであるのか問題となるが、通説によれば、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と解され、397条はそのことを確認的に定めたものであるとされる。

3 時効完成前の第三者について

・さらに、Cによる本件土地の時効取得は、登記なくして「第三者」であるDに対抗できるか問題となる。

・この点について、占有者からみて時効完成前の権利者は、時効取得者との関係で物権変動の**当事者と同視できる**ため、対抗関係に立たない(=Dは「第三者」でないということ)。そのため、時効取得者は、**登記なくして時効完成前の権利者に対抗することができる**と解す

る。

⇒したがって、時効取得者であるCは、登記なくしてDに対抗することができる。

⇒よって、Cの上記請求は認められる。

予備試験合格者 早川 大智