

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）にあたると思われるところ、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ので、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

優秀答案

表

試験科目	試験地
民法	明治大学

回答者:T.G.

民法
1
頁

第1 設問1

モウリシ具体的に

1. DのCに対する請求の根拠は、本件土地の所有権(民法(以下法名略)206条)に基づき、互選請求権である。そのため、本請求が認めらるためには、①本件土地の所有権がDに帰属すること、および②占有侵害の除去が必要である。

2. 本件土地所有権の帰属 平成28年3月15日

(1) まず、Dについては、本件土地名義人Aと相続(880条、896条) ~~により~~ (1=B)の間、^{共同}について、本件土地に持分権(369条(後))設定契約を締結し、これを履行した結果、Dが自ら9505月を買受けたこと、本件土地の所有権帰属を主張することになる。

(2) まずAは、平成20年4月1日に、C ^に ~~から~~ 本件土地を贈与(599条)している。物権の移転は当事者間の意思表示のみによつてなされる(176条)ことから、本件土地は同日にCに移転していること。したがって、BがAを相続した時点では、既にAに本件土地の所有権が認められたため、本件土地はAの相続財産に含まれ、Bはこれを相続することとなる。

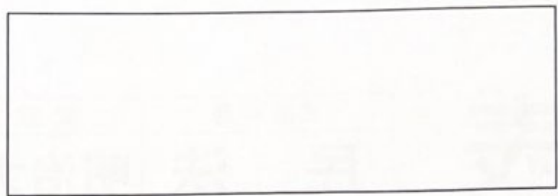
~~また~~、179条、[△]BD間の持分権設定契約は、無権利者に対する不効。原則としてDはCに対する持分権の効果を主張することはできない。

(3) 他方、Cは11月本件土地の所有権移転登記を受けたこと。=A点、不動産に関する物権変動は、登記を以て対抗する(第3条)に對抗することがない(179条)こと。Dは「第3条」に反らざる。

179条は、物権変動の公示によること、同一不動産につき自由競争の理由による正当な権利、利益を有する第三者に不利の損害を与えない

ここはもっと簡潔に述べられると良いでしょう

丁寧な理由は不要



53-73 趣旨の規程である。3-7 97条にいう「第三層」は登記の欠缺を主張する正当利益の 有する者 に限られる。

25 本件では、Cが「本件土地の所有権移転登記を備えておらず」
 26 BはAに承継してCに付する所有権移転登記義務が課せられるため、
 27 AC間の贈与による 本件土地の移転は不完全であるといえる。すなわち
 28 AC間の贈与契約とBD間の抵当権設定契約は、AとBの承継
 29 Bを中心として、二重譲渡に類似した関係にある。すなわちDは
 30 本件土地について自由競争の科刑にあり、正当利益の有する
 31 第三層 にあたる。

32 217
 33 ~~117~~ Dは、平成28年6月1日、抵当権設定登記を具備
 34 していることから、Dは本件土地の 抵当権 についてCに拮抗する権利を
 35 有する。競売により本件土地を買い受けたDは 所有権が帰属する。
 36 +登記の具備

37 3. すなわちCは、本件建物に於いて本件土地を 占有 していない、Dの占有を侵害して
 38 いる。すなわち、Dの請求は認められると思える。
 39 (しかし、Cについては法定地上権 (388条) の成立を主張する者が
 40 多いため、)

41 40 Dが本件土地について、抵当権設定当時、本件土地及び本件建物
 42 はともにCに 所有権が帰属 していた。すなわち、「土地及びその上に
 43 所有する建物も同一の所有者に属する場合」にあたる。なおCは本件土地
 44 について 登記を備えていない ため、117条に「単物権変動の意思表示」の
 45 効を生ずるため、問題とならない。

物権変動の公示は
 登記簿に記されること
 であり、登記簿に記され
 ない限り、同一の所有者に属する
 といえるが疑問です



裏

(注意事項)

1 答案用紙の種類

本答案用紙は、民法の答案用紙です。

尚ほ、民事訴訟法の答案を本用紙に記載して提出した場合には、試験時間内に申出があった場合を除き、零点となるので、注意してください。なお、試験時間中に答案用紙の取違えに気付いた場合には、試験監督員の指示に従ってください(試験時間終了後の答案用紙の取違えの申出は一切応じません。)

2 答案用紙の取扱い

答案用紙の取替え、追加配布はしませんので、汚したり曲げたりしないでください。

3 答案作成上の注意

- (1) 答案は横書きとし、解答欄の枠内に頁数に従って記入する。
 - (2) 答案は、黒インクのボールペン又は万年筆(たとえ筆記用ペン)で記入する。
 - (3) 答案を訂正するときは、訂正部分が数行にわたる場合は、訂正部分の前後の行も訂正する。
 - (4) 答案用紙の裏面を書き添えて答案を作成した場合は、裏面に記載することは認めません。
 - (5) 答案用紙の裏面の欄には何も記載しないでください。
- その他
解答欄に受験者の氏名又は特定人の答案である

45

次に、本件土地について D に D の相当権が設定され、平成 29 年 3 月 1 日、実行

46

工本、所有権が D に移っている。そのため、「土地」について相当権が設定され、

47

の実行により所有権を果しているに至ったこと、に依り。

48

1 に依り、本件建物について地上権が設定されたこととなる。

49

4. 507 'C' に ~~所有権~~ 法地上権 ~~が設定されたこと~~ ¹⁻¹¹、本件土地の D に対する占有権

50

限が認められるため、D の請求は認められない。

51

第 2 設問

設問同様の多少の条件に

52

1. C の D に対する請求の根拠は、本件土地の 所有権に基く妨害排除

53

請求権 である。よって、本請求が認められるには、① C に所有権が帰属する

54

こと及び ② D が占有侵害以外の方法により、C の所有を侵害していることが

55

必要となる。

56

2. 2017 年、本件土地の所有権帰属により、A と C 間の贈与の根拠として、命令 により、

57

上記の D には C の D の相当権登記に抵触する ことが認められるため、C の請求は認め

58

られない。

59

3. 707 'C' については、善意取得 (186条2項) の根拠に本件土地の 新所有権

60

帰属を主張するべきである。

61

また、本件土地は、既に C が所有権を有しているため、「他人の物」にあたらない

62

ことを認める。しかし、取得時効の要件は、年経 (20 年) 以上、専ら、公然、平和、善意、自己の物

63

と認められる。自己の物については、他人の物 である限り、善意、自己の物 の要件は満たされず、取得時効 は

64

成立しない。

65

次に C は本件土地を、平成 20 年 4 月 1 日から占有を開始し、平成 30 年 11 月

66

10 日現在、本件土地を占有している (186条2項)。すなわち (186条2項) により

民法 3 頁





1書き進めてください。なお、解答欄の枠外(藍色部分及びその外側の余白部分)に記載した場合には、当該部分は採点されません。
インクがプラスチック製消しゴム等で消せないものに限り、)で記載することとし、これ以外で記載した場合には無効答案として零点

1合は斜線で、1行の場合には横線で消して、その次に書き直してください。
:は、表が白紙のときは「裏に記載」、それ以外の場合は「裏から記載」とだけ、試験時間中に表の解答欄に記載してください(試験時

行される記載のある答案は無効答案として零点となります。

拍死と愛別情があること
指摘している

67 7. 所有の意思^{疎し}、善意、平穩、公然に占有してこれを推定する。317Cは

68 贈与契約に付 本件土地を占有を開始していることが毎年必ず見られる。

69 IT=がら Cは本件土地を時効取得する^{こと}が主たる。

70 4 たつて Dとの関係で時効取得の原因とする所有権登記が^{必要ではない}

71 必要^{177a}、登記は全員の関係変動に^{ついて}必要であるから、Dが177a第3

72 項に^あたる場合には、登記が^{必要}である。317時効完成前、^は占有権を

73 有するに至る占有との関係においては、占有者^が時効の原因となる登記を備

74 えることが事実上不可能である^{こと}からして、~~登記~~登記の欠缺を主張する^{こと}

75 の利益の取返に^あたらは^いる。317aため、Dは^{第3項}に^あたら^{ない}。

76 ~~本件~~ IT=がら Cは Dに登記せし本件土地の原物取得を主張する

77 ことが主たる。

78 5 317 Dは何らの権限^もなく本件土地に^{占有権}を設定^{登記}を備えることが C

79 の取得を妨害している。

80 6 317 Cの請求の認められる。

81

82

答案作成お疲れ様でした。良く書けている
と思いますが、論述が少し冗長なところがある
ので、簡潔に書く意識を持てると良い
と思います。

優秀答案

回答者 T.G.

第1 設問1

1. DのCに対する請求の根拠は、本件土地の所有権（民法（以下法名略）206条）に基づく返還請求権である。そのため、本請求が認められるためには、①本件土地の所有権がDに帰属すること、および②Cによる占有侵奪の事実が必要である。

2. 本件土地所有権の帰属

(1) まず、Dとしては、平成28年3月15日に本件土地名義人Aを相続（882条、896条）したBとの間において、本件土地について抵当権（369条1項）設定契約を締結し、これを実行した結果、Dが自ら950万円で買い受けたとして、本件土地の所有権帰属を主張すると考えられる。

(2) もっとも、Aは、平成20年4月1日に、Cに対して本件土地を贈与（549条）している。物件の移転は当事者間の意思表示のみによってその効力を生じる（176条）ことから、本件土地は同日にCに移転しているといえる。そうだとすると、BがAを相続した時点では、既にAに本件土地の所有権が認められないため、本件土地はAの相続財産に含まれず、Bはこれを相続することができない。したがって、BD間の抵当権設定契約は、無権利者によるものとなり、原則としてDはCに対して抵当権の効果を主張することはできない。

(3) 他方で、Cはいまだ本件土地の所有権移転登記を受けていない。この点、不動産に関する物権変動は、登記をしなければ第三者に対抗することができない（177条）ところ、Dは「第三者」にあたらぬか。

177条は、物権変動を公示することにより、同一不動産につき自由競争の枠内にある正当な権利・利益を有する第三者に不測の損害を与えないようにする趣旨の規定である。そこで177条にいう「第三者」とは登記の欠缺を主張する正当な利益を有する者に限られる。

本件では、Cがいまだ本件土地の所有権移転登記を備えておらず、BにはAより承継したにCに対する所有権移転登記義務が認められるため、AC間の贈与による本件土地の移転は不完全であるといえる。そうだとすると、AC間の贈与

契約とBD間の抵当権設定契約は、Aとその承継人Bを中心とした、二重譲渡に類似した関係にある。そのためDは本件土地について自由競争の枠内にある者といえ、正当な利益を有する「第三者」にあたる。

そして、Dは、平成28年6月1日に抵当権設定登記を具備していることから、Dは本件土地の抵当権についてCに対抗することができる。

したがって、抵当権を実行し、競売により本件土地を買い受けたDに所有権が帰属する。

3. そしてCは、本件建物により本件土地を占有しており、Dの占有を侵奪している。そのため、Dの請求は認められるとも思える。

しかし、Cとしては法定地上権（388条）の成立を主張することが考えられる。

まず、Dの本件土地についての抵当権設定当時、本件土地及び本件建物はどちらもCにその所有権が帰属していた。そのため「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」にあたる。なお、Cは本件土地について登記も備えていないものの、上記のように物権変動は意思表示のみで生じるため、問題とならない。

次に、本件土地についてDによる抵当権が設定され、平成29年3月1日に実行され、所有権がDとなっている。そのため、「土地…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」にあたる。

したがって、本件建物について地上権が設定されたものとみなされる。

4. よって、Cには法定地上権により、本件土地の正当な占有権限が認められるため、Dの請求は認められない。

第2 設問2

1. CのDに対する請求の根拠は、本件土地の所有権に基づく妨害排除請求権である。そのため、本請求が認められるには、①Cに所有権が帰属すること及び②Dが占有侵奪以外の方法により、Cの所有を侵害していることが必要である。

2. ここで本件土地の所有権帰属について、AC間の贈与を根拠とした場合には、上記のようにCはDの抵当権登記に対抗することができないため、Cの請求は認められない。

3. そこでCとしては、時効取得（162条2項）を根拠に、本件土地の所有権帰属を主張することが考えられる。

まず、本件土地は、既にCが所有権を取得しているため、「他人の物」にあたらなとも思える。しかし、取得時効の趣旨は、永続した事実状態の尊重にあることからすると自己の物であったとしても、他の要件を満たす限り取得時効は成立すると考える。

次にCは本件土地を、平成20年4月1日から占有を開始し、また平成30年11月1日現在、本件土地を占有している（186条2項）。また186条1項によって、所有の意思をもって善意、平穩、公然に占有したことが推定される。そしてCは贈与契約により本件土地の占有を開始していることから無過失であるといえる。

したがって、Cは本件土地を時効取得することができる。

4. もっとも、Dとの関係で時効取得を原因とする所有権登記が必要でないか。

この点177条の登記は、全ての物権変動において必要であることから、Dが177条の「第三者」にあたる場合には、登記が必要である。そして時効完成前に抵当権を有するに至った者との関係においては、占有者が先じて時効を原因とする登記を備えることは事実上不可能であることからすると、登記の欠缺を主張する正当な利益のあるものにあたらなとも考える。そのため、Dは第三者にあたらない。

したがって、CはDに登記なく本件土地の原始取得を主張することができる。

5. そしてDは何らの権限なく、本件土地に抵当権設定登記を備えることでCの所有を妨害している。

6. よって、Cの請求は認められる。

以 上