

## [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。

## 設問 1

一 D は、C に対し、本件建物の収去及び本件土地の明渡しを請求する。C は平成 29 年 12 月 15 日本件土地の上に本件建物を所有しているから、本件土地に対する C の占有が認められる。

### 5 1 本件土地所有権の帰属

本件土地の所有権は、A C 間の贈与契約（民法（以下略す）549 条）のみによって C に移転した一方（意思主義。176 条）、A にも残り、さらに相続により B に移転した（882 条・896 条）。したがって、贈与契約の後に B D 間で締結された抵当権設定契約は  
10 有効であり、本件土地を競売で買い受けた D はその所有権を取得している。

### 2 対抗関係とその優劣

「不動産に関する物権の得喪」は「登記」を具備しなければ「第三者」に対抗することができない（177 条）。そして、ここに  
15 う「第三者」とは、不動産物権変動の当事者及びその包括承継人以外のもののうち、登記の欠缺を主張するにつき正当な利益を有するものをいうと限定的に解されている。

C は D と本件土地所有権の帰属を争う者であり「第三者」に当たる。D は、C が未登記である間に登記を具備しているから、土地  
20 所有権の取得を C に対抗することができる。

したがって、本件土地の所有者は D である。

## 二 本件建物に係る法定地上権（388 条前段）の成否

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場合」

本件建物の所有者がCであることは、Bの抵当権設定時にCがこれを所有していることから認められる。他方、本件土地については、  
5 贈与によりその所有権をCが取得した一方、抵当権設定時、Aから  
Bへの所有権移転登記がされていた。この場合、本件土地の所有者  
がCであるといえるかが問題となる。

2 (1)法定地上権の趣旨は、抵当権の実行により建物が収去を余儀なくされる社会経済的損失の防止及び抵当権者の合理的意思の尊重にある。そして、この趣旨は、未登記不動産の場合にも同様に妥当  
10 する。そこで、本要件は、抵当権設定時に土地と建物の所有権が同一人に帰属していれば足り、その登記名義が同一である必要はないと考える。

(2) Cは、平成20年4月1日に本件土地をAから贈与されたことによりその所有者となった。なお、Bは相続により本件土地所有権  
15 を取得したが、本件贈与契約の当事者Aの包括承継人であるBは「第三者」に当たらず、登記を具備してもCに優先しない。したがって、本要件を満たす。

(3) 本件抵当権設定契約を締結したことは本件土地「につき抵当権が設定され」を満たし、その実行により本件土地の所有者がDとな  
20 ったことは「その実行により所有者を異にするに至った」を満たす。

よって、本件建物につき法定地上権は成立する。なお、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るから、不都合はない。

### 3 結論

以上より、C の占有は正当な占有権原に基づくものであるところ、D の本件請求は認められない。

### 5 設問 2

1 C は D に対し、本件土地所有権に基づき、本件土地の抵当権設定登記の抹消登記手続を請求する。D を抵当権者とする抵当権設定登記があることから②相手方名義の登記の存在は認められる。以下、①本件土地の C 所有が認められるかを検討する。

10 2 設問 1 で述べたとおり、未登記である C は「第三者」D に対して本件土地の所有権取得を対抗することができない。そこで、本件土地所有権を C が短期時効取得（162 条 2 項）したかを検討する。

ア 永続した事実状態を権利関係に高める取得時効の趣旨に照らせば、「他人の物」は例示であり、自己物を排除する趣旨を含まず、

15 自己物であっても「他人の物」を満たす。本件土地は C にとって A から贈与を受けた自己の物であるものの、「他人の物」を満たす。

イ 「十年間……占有した」ことは、「前後の両時点において占有をした証拠があるとき」に推定される（186 条 2 項）。C が 10

年間本件土地を占有したことは、C が平成 20 年 8 月 21 日に本件

20 建物を建築して居住を開始したこと及び C が平成 30 年 8 月 21 日に本件建物を所有して本件土地を占有していたことにより推定される。また、本件でこの推定を覆す事情はない。

ウ 「所有の意思をもって、善意で、平穩にかつ公然と」は、Cが  
本件土地の「占有者」であることにより推定されており（暫定真実。  
186条1項）、かつ、推定を覆す事情はない。また、CはAから  
本件土地を贈与されていたところ、占有開始時である平成20年8  
5 月21日にCに「過失がなかった」を満たす。

したがって、Cは時効取得に基づき本件土地の所有権を取得した。

エ 時効取得は原始取得であり、その反射的効力として、もと所有  
者は所有権を喪失する。この関係は、物権変動に関する当事者類似  
の関係と評価できる。判例も、もと所有者は「第三者」に当たらず、  
10 時効取得者は「登記」なくして所有権の取得をもと所有者に対抗す  
ることができる。そして、この理は、時効完成前に現  
れた抵当権者についても同様に妥当する。そこで、時効取得者は  
「登記」なくして所有権の取得を時効完成前に現れた抵当権者に対  
抗することができる。と考える。

15 Dは、取得時効完成時である平成30年8月21日よりも前に現  
れた者である。したがって、Cは、取得時効の完成を援用（145  
条）することで、登記なくしてDに対して本件土地所有権の時効取  
得を対抗することができる（①充足）。

### 3 結論

20 よって、CのDに対する本件請求は認められる。

以 上

# 令和元年予備試験民法 解説レジュメ

令和7年12月28日

予備試験答練プレゼミ（民法）

第78期司法修習生 水野直

## 第1 出題趣旨

出題趣旨は司法試験委員会の公式見解であり、最も信頼できる見解である。これを読んで理解しておくことが合格への近道である。一方で、絶対視しないことも重要である（平均的受験生の実力をはるかに超える内容が記載されていることや、出題者の個人的こだわりが色濃く反映されていることがしばしばある）。

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 設問の解説

### 1 設問1

#### (1) DのCに対する請求

請求の根拠：土地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

訴訟物としては、土地所有権に基づく返還請求権としての土地明渡請求（旧1個説）

(ア) Dの本件土地所有

(イ) Cの本件建物を所有することによる本件土地の占有

(2) CのDに対する反論

問題文の書きぶりから、Cは2つの反論をしていることがわかる。

①「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」←これはDの請求原因事実(ア)に対する否認

Aから本件土地の贈与を受けていたC(ただし未登記)と、その後にAを相続したBとの間で抵当権設定契約を締結し、その実行に際して自ら本件土地を買い受けて所有権移転登記を備えたDとの優劣が問題となる(本小問は、典型的な土地の二重譲渡と対抗問題である。それだけに、端的かつ丁寧に書くことが評価の分かれ目になる)。

②「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」←書きぶりから、出題者としては、①でDが本件土地の所有者となるのが筋と考えているのではとの当たりが付く。

(i)「本件建物を存続させるための法律上の占有権原」という表現と、(ii)抵当権が実行された結果土地と建物の所有者が別になったとの事実から、法定地上権(388条前段)の成否が問題となることに気付くことが重要(他の権原は検討不要)。

(3) 法定地上権の成立要件

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

BがDとの間で抵当権設定契約を締結した時点で、本件土地及び本件建物の所有者はC(なお、BはAの死亡によって開始した相続(896条)により、本件土地所有権を承継取得している※1)である。

※1 Aは本件土地をCに贈与しているものの、Cが未登記である限り、Cが取得した本件土地所有権は不完全なものであり、Aの下には不完全な所有権が残存している(不完全物権



変動論)。したがって、Aの相続人Bも不完全な所有権を承継取得する。)

締結された抵当権設定契約が有効となるためには、抵当権設定者が不動産の所有権者であることが必要であるところ、Bも所有権者であるから、BD間で締結された抵当権設定契約は有効である。

Cは本件土地の所有権者であるものの、その登記名義はBにある。

「同一の所有者に属する」という要件の充足性を、所有者が未登記であることを理由に否定することができるか？

類似の判例（最判昭和48年9月18日民集27巻8号1066頁）はある（ただし、土地と建物が同一所有者に属する場合において、土地のみに抵当権が設定されてこれが実行されたときに、建物所有権の取得原因が譲渡であり、建物につき前主の所有名義の登記が残存していた事例に関するもの）

この判例は、百選掲載判例でもなく、受験生で押さえている人はわずかと考えられる（出題趣旨にも言及がない）。おそらく、主題者は、受験生に対し、この判例を知らない前提で論述することを求めている。

法定地上権の趣旨：①土地と建物が同一人の所有に属する場合、抵当権が実行されて土地と建物の所有者が異なると、建物は敷地利用権を失い、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（建物収去が余儀なくされるという社会経済上の不利益の防止）**

②抵当権者は、現実には土地を見て地上建物の存在を把握して抵当権の価値を評価するのが通常であるところ、法定地上権の成立を認めてもその合理的意思に反しないこと（**抵当権者の合理的意思に適うこと**）

→登記名義の有無にかかわらず、①建物が存在する限り、これが収去されないよう保護する必要があるし、②抵当権者が現地調査で建物の存在を把握していることに変わりはない

→法定地上権の成立を認めるべし。

Cは本件土地につき未登記であるが、①を満たす

②と③の要件を満たすことも端的に事実を引用して示す。

法定地上権は占有正権原の抗弁として機能する。

→Dの請求は認められない。

## 2 設問2

(1) CのDに対する請求

請求の根拠：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

(カ) Cが本件土地を所有していること

(キ) 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

CはAから本件土地の贈与を受けている((カ) 充足)。また、本件土地につきD名義の抵当権設定登記がある((キ) 充足)。

しかし、Cは、「第三者」(177条)であるDに対し、自らが本件土地の所有権を贈与により取得したことを対抗することができない。

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占有している。

本訴の提起時点(平成30年11月1日)までに10年間以上経過している。

そこで、短期取得時効が完成しているところ(162条2項)、これを援用(145条)することで(カ)を満たすかを検討する。

## (2) 短期取得時効の成立要件

(サ)「他人の物を」

(シ) 所有の意思をもって、平穩に、かつ、公然と

(ス)「十年間」「占有」したこと

(セ) 占有を開始した時点において善意であること

(ソ) 占有を開始した時点において過失がなかったこと

(タ) 時効の完成を「援用」したこと

(シ)(セ)は、Cが本件土地の占有者であるとの事実から推定されている(186条1項。いわゆる暫定真実)。

(ス)は、占有の前後(平成20年8月21日と平成30年8月21日の各占有を、本件建物建築の事実及び現在当該建物が存在している事実で証明する。)の占有の事実から推定される。

(ソ)は、占有開始時に目的物の所有権が自らに帰属すると信じたことにつき注意義務違反がなかったことをいうところ、CはAから贈与を受けて本件土地の占有を開始しているからこれを満たす。

(サ)は、自己の物であっても満たすと解されている(判例)。

Cは、短期取得時効の完成を援用することで（訴状等で援用すれば足りる）、本件土地を時効取得することができる。

(3) 時効完成前の第三者

Cは未登記であるが、本件土地の所有権を時効取得したことをDに対抗することができるか？

→できる（時効取得は原始取得であるが、もと所有者と時効取得者の関係は前主と後主の関係と同視できる（当事者の法理）。Cから見てDは前主※2であるところ、登記なくして所有権の取得を対抗することができる※3。）

※2 Dは抵当権者であって所有権者でないが、抵当権の設定はその実行による所有権の移転を伴う処分と評価できるところ、所有権の処分と同視することが可能である。

※3 時効取得が原始取得であることから、抵当権が消滅すること、抵当権が消滅した場合、Dは単なる無権利者となることから「第三者」に当たらず、Cは登記なくして所有権を対抗することができることを、397条の解釈（注意的規定）と絡めて論じることを出題者は期待しているようである。しかし、一部の受験生を除いて現実的には難しいと思われる。

以 上

2025 年 12 月 28 日プレゼミ

民法

### 最優秀答案

回答者：W・T さん

#### 設問 1

1. D の C に対する、所有権に基づく建物収去・土地明渡請求が認められるためには①D に本件土地の所有権があること②C が建物を占有することにより本件土地を占有していること③C に本件土地につき占有権限がないこと、が必要である。

#### 2. 本件土地の所有権の帰属について (①)

(1) 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と主張する。そこで、本件土地に登記がない C が D に所有権を主張しうるか。D が 177 条の「第三者」にあたるかが問題となる。この点、同条の趣旨は、物権変動につき登記の公示を要求することにより不動産取引の安全を図ることにある。よって、同条の「第三者」とは登記の欠缺を主張するにつき正当な利益を有する第三者をいうと解する。なお、自由競争原理から単純悪意者は「第三者」として保護に値するが、自由競争の範囲を逸脱した背信的悪意者（1 条 2 項）は「第三者」に当たらず、登記なくして対抗しうると解する。

(2) 本問では、本件土地を A の唯一の相続人 B が相続し（882 条、887 条 1 項）、本件土地について B が D に抵当権を設定し、競売の後 D が自ら取得したものである。D は C との関係で当事者でも包括承継人にもあらず、背信的行為もないため D は 177 条の「第三者」に当たる。よって、C は本件土地についての所有権を対抗できない。

#### 3. C の占有権限の有無について (③)

(1) 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ている。C に法定地上権（388 条）が認められるかが問題となる。法定地上権の要件としては（i）抵当権設定当時、土地の上に建物が存在したこと（ii）抵当権設定当時、土地と建物が同一人の所有に属すること

（iii）土地・建物の一方又は両方に抵当権が設定されること（iv）一方の抵当権が実行されたことにより所有者を異にすることになったこと、が必要になる。

(2) 本問では C が D に本件土地に抵当権を設定した時点で本件土地の上に C の建物が存在し（（i））、土地に抵当権が設定され（（iii））、競売により土地と建物の所有者を異にすることになっている。ただし抵当権設定時には本件土地は B 名義のため（ii）の同一人の所有に属するといえるかが問題となる。思うに、388 条の趣旨は建物収去による社会

コメントの追加 [直水1]: ここでは、二重譲渡の有効性を指摘し、C と D がどちらも本件土地所有権を取得し得ることを示します。そして、両者が対抗関係に立ち、先に登記を備えた方が他方に所有権取得を対抗することができる結果、所有権を確定的に取得することを示します。

経済上の不利益を回避することにある。とするならば、Cが本件土地について登記を具備せずとも贈与により所有者となっていたのであるから（ii）の同一人の所有に属するといえと解する。こう考えても、DはCに贈与があったことについては知らなかったが、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、更地の価値2000万円ではなく950万円で取得しており、Cに法定地上権を認めてもDに酷ともいえない。よって、Cに法定地上権が認められ、Cに占有権限があり、前述の要件③を充足しない。

4. 以上よりDのCに対する、所有権に基づく建物取去・土地明渡請求は認められない。

## 設問2

1. CのDに対する本件土地の抵当権設定登記の抹消請求は認められるか。CはDに対して本件土地を時効（162条2項）により原始取得したとして上記請求をすることが考えられる。

（1）Cは平成20年4月1日に本件土地につきAから贈与を受け、8月21日までに本件土地上に居住用建物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名義の保存登記をしている。よって本件土地につき「所有の意思」ありといえる。

（2）186条1項より平穩かつ公然の占有といえる。

（3）Cは占有開始時に自己に所有権があると信じ、そう信じることに過失がなかったといえるので善意・無過失といえる。

（4）平成30年11月1日時点で占有開始から10年を経過している。

（5）また162条2項は「他人の物」とあるが自己の物についても適用があると解する。思うに、取得時効は当該物件を永続して占有するという事実状態を一定の権利関係にまで高めようとする制度である。とするならば、自己の物について永く占有する者についても所有権取得の立証が困難であったり、所有権の取得を第三者に対抗できない等の場合において取得時効による権利取得を主張できると解することが制度本来の趣旨にも合致するからである。

（6）よって、自己の物件であるCの土地についても162条2項の適用があり、Cは本件土地を時効取得したといえる。

2. ではDにも本件土地の時効取得を対抗できるか。

Dは平成28年6月1日に抵当権を取得しており、時効完成前の第三者に該当する。この場合、時効完成前の第三者は時効取得者との関係では当事者と同様の関係に立つため、時効取得者は登記なくして時効完成前の第三者に対抗できる。

よって、CはDに対して登記を要せずして本件土地の所有権を対抗できる。

2. 以上より、CのDに対する上記の請求は認められる。

以上

コメントの追加 [直水2]: 内容は正確です。

規範定立と当てはめが一体となっています。ここでは分けておいた方が無難だと思います。

コメントの追加 [直水3]: 本条で所有の意思と善意も推定されますよね。

コメントの追加 [直水4]: 建物を所有することによる土地の占有をもって本件土地の占有を基礎付ける（設問1の1②と平仄を併せる）とすれば、占有開始は平成20年8月21日となります。10年間の占有は、平成30年8月21日時点で本件土地上に建物を所有していることによって満たされることになります（186条2項）。

コメントの追加 [直水5]: 時効取得により、占有者が不動産所有権を原始取得したことの反射的効力として、原所有者は所有権を喪失する。この点で、両者は当事者類似の関係に立つ。この理は、実行による不動産所有権の処分権限を有する抵当権者にも同様に妥当する。

コメントの追加 [直水6]: 起案おつかれさまでした！

構成と文章が読みやすく、確かな実力を感じさせる内容でした。

プレゼミ民法での最優秀答案です。

応援しています！