


予備試験

---

2019年予備試験  
論文式試験分析会  
民法 講師レジュメ

---

 **LEC** 東京リーガルマインド



LU19607



## 時系列の整理

- H20.4.1 A→C 本件土地（時価 2000 万円）贈与
- H20.8.21 C：本件土地上に本件建物建築，居住開始
- H20.8.31 C：所有権保存登記（本件建物）
- H28.3.15 A 死亡→B（唯一の相続人）相続による包括承継
- H28.4.1 B：所有権移転登記（A→B，本件土地）
- H28.6.1 BD 間  
 金銭消費貸借契約（債権者 D，債権額 1000 万円）  
 抵当権設定契約（被担保債権＝上記金銭消費貸借契約に基づく貸金債権）  
 D：抵当権設定登記（本件土地）

### 【設問 1】

- H29.3.1 D 抵当権実行→D 自身が 950 万円で買受け
- H29.12.1 D：所有権移転登記（B→D，本件土地）
- H29.12.15 D→B 建物収去土地明渡請求訴訟を提起（所有権に基づく返還請求）
  
- H30.10.1 C：本件土地の所有権移転登記（A→B），抵当権設定登記（D）を発見

### 【設問 2】

- H30.11.1 C→B 本件土地の所有権移転登記手続請求訴訟を提起
- C→D 本件土地の抵当権設定登記の抹消登記請求訴訟を提起  
 （いずれも所有権に基づく妨害排除請求）

## 設問1の検討

D→Cに対する請求＝所有権に基づく返還請求としての建物取去土地明渡請求

(1) D：本件土地の現所有，(2) C：本件土地の現占有（建物所有による）

### 【Cからの反論】

①本件土地がC所有であること

②Cの法律上の占有権原の存在（占有権原の抗弁）

→各主張の法的根拠の説明＋主張の当否の検討が求められている

### 【①について】

Cの主張の根拠

：AC間における贈与契約（545）に基づく本件土地所有権の特定承継（176）

主張の当否

：CDが対抗関係に立つことを指摘・説明

※BはAの包括承継人→BCは対抗関係ではない（Bは「第三者」（177）ではない）

：Dが177条の「第三者」にあたるかの検討（→「第三者」の意義）

→CDが対抗関係に立つことを指摘した上で，Dが「第三者」にあたり，登記なくしてCは所有権をDに主張できないことを説明できていればよい

→一方，Dは「抵当権設定登記」（所有権移転登記ではない）をもって対抗要件を備えた（＝Cに対して抵当権者であることを主張可能→有効な抵当権を取得）ことになり，その後の競売手続による買受人（今回はD自身）も有効な抵当権に基づく競売買受人としてCに対して所有権を対抗可能＝有効に所有権を取得する

：Dに本件土地の所有権あり（Cの反論①は失当）

### 【②について】

Cの主張の根拠（←設問文「法律上の占有権限」との記載に着目）

：占有権限として法定地上権（388前段）が成立

主張の当否

→法定地上権の成立要件充足性を検討（388前段）

### 【法定地上権の成立要件】

- ① 抵当権設定時に建物が存在していること
- ② 抵当権設定当時，土地と建物が同一所有者に帰属すること
- ③ 土地と建物の一方又は双方に抵当権が存在すること
- ④ 競売が行われて別異の者に帰属すること

※各要件の充足性につき、問題文の事実と対応させて丁寧に検討できればよい

→法定地上権の成立が認められるとの結論でよいかと…

※事実5「Dは、…念のため、対抗力のある賃借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」との事実の位置付けは？

## 設問2の検討

C→Bに対する請求＝所有権に基づく妨害排除請求としての所有権移転登記手続請求

(1) C：本件土地の現所有，(2) 本件土地のB名義所有権登記の存在

C→Dに対する請求

＝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手続請求

(1) C：本件土地の現所有，(2) 本件土地のD名義抵当権設定登記の存在

C→Dに対する請求について

(設問2で検討が求められているのはこちらの請求のみであることに注意)

→Cの本件土地現所有の根拠は設問1と同様であると考えられる

(AC間における贈与契約(545)に基づく本件土地所有権の特定承継(176))

→設問1より、CはDに対して所有権を対抗できない(=Dは有効に抵当権を取得した)

結果、Dの登記保持権限の抗弁が認められ、Cの請求は認められないのではないか？

→Cの請求が認められるためには、Dからの登記保持権限の抗弁を退ける必要がある

→設問2では、CがH30.11.1に訴訟提起していることに気付きたい

: 取得時効による所有権の原始取得(=Dの抵当権の負担のない所有権を取得)の検討

### 【短期取得時効の要件検討(162Ⅱ)】

: 所有の意思，平穩，公然，善意 →186条1項により推定

: 占有の継続 →186条2項により推定

: 「他人の物」 →自己物の時効取得の可否

【自己物の原始取得の可否】

B	自己物の時効取得の可否	肯定（最判昭42.7.21, 百選I〔44〕） ∴①時効は, 何人を見問わず永続する事実状態を権利関係に高めようとする制度なので, 自己の物に対する時効取得を排除する必要はない ②二重譲渡等では登記の不備などで自己の所有権を対抗することができない場合があり, その意味で他人物としての色彩がある ③自己の物でも立証の困難や対抗力の不備を補う実益がある	248- 249
---	-------------	--	-------------

【Dが時効完成前の第三者であることの指摘→Cは登記なくして取得時効を主張○】

A	時効取得者と時効完成前の第三者の関係	時効取得者にとっては第三者ではなく物権変動の当事者（前主・後主の関係）であり, 時効取得者は登記なくして時効取得を主張できる	255- 258
---	--------------------	--	-------------

【そもそもDは抵当権者であり, 所有権と両立する関係にある

→時効取得者が, 時効取得（原始取得）による抵当権消滅を抵当権者に主張できるか？】

: 抵当権が実行されて競売されれば, 買受人が所有権を取得することに言及

（＝形式的には抵当権と所有権は両立するが, 実質的にみれば所有権同士の場合と同様に相容れない関係にあり, 時効取得（原始取得）による抵当権消滅を主張可能）



**れっく LEC** 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2019 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU19607