Ｒ１　予備試験の解説と答案

弁護士　松田　昌明

１　問題検討に当たって

1. 設問文を先に読んで、あたりをつける！→問題文を読むときのメリハリに！

☆設問文を読んでの思考は？？

「Bが債務の履行を怠った…Dは…抵当権の実行としての競売…自らが９５０万円（本件債務の残額とほぼ同時）で買い受けることと…所有権の移転の登記がされた」

→債務不履行からの担保権実行、競売で購入しての所有権取得と移転登記具備

→９５０万円に意味ありそう・・・

「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」

→訴訟物は、所有権に基づく物権的請求権としての建物収去土地明渡請求

「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」という主張

→抵当権設定vs贈与　との所有権の優先関係？→１７７条の問題か？

「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」という主張

→？？法律上の占有権限ということは約定ではないということ、建物を存続させるための占有権原＋法律上のもの＋抵当権実行後となると、法定地上権388か？

「この場合において、DのCに対する請求は認められるか」

→上記訴訟物と請求原因を書いて、反論２つの当否（再反論含む）を書けば良いということ

1. ナンバリングを意識する

→　番号ごとに話題は変わる、何番に何が書いているかを踏まえる

1. 事案を一覧できるような図表化（練習して自分なりのスタイルを確立させておく）

→　当事者の属性＋契約＋日時（時系列）＋土地建物の所在＋登記の所在などは必須

→　参考はHPで公開中

1. 時系列の意識

→　特に時効や期間制限に注意

（不動産の取得時効は１０年の短期（＋無過失）か、それとも２０年の長期か、両方か見極める）

1. 各種典型契約の意識・確認（余裕あれば成立要件の条文を六法で確認）

→　成立要件→発生する債権債務→本旨履行　を意識・確認しながら

1. 不動産や物の金額には必ず着目

→　評価すべき場面が必ずある（特に損害の範囲としての検討）

**２　答案構成レジュメ**

第１　設問１

１　結論

DのCに対する請求は認められない。

２　請求の根拠（訴訟物）

　　Ｄ→C請求の根拠：所有権に基づく物権的請求権としての建物収去土地明渡請求権

　　要件（請求原因）は、①Dのもと所有　②現占有

　　→①争いのないであろうH20.4.1時点でＡ所有

H28.3.15 Aの子Ｂが唯一の相続人として相続による包括承継896・887

Ｄ被担保債権としての消費貸借契約の成立587（返還合意・引渡し）

抵当権設定合意＋債務不履行による担保実行として競売＋Ｄ売買（競売）950万円

　　　②土地上の建物をCが所有して土地を占有

　２　Ｃの反論

　（１）「自分こそが本件土地の所有者である」旨の反論

　H20.4.1時点で土地所有者だったＡと贈与契約549を締結し、所有権を承継取得

　一方、ＤもH20.4.1時点で所有者だったＡ相続人Ｂから抵当権の設定を受けた

　いずれも１つの物に対する物権変動（＝無制限説）について、対抗関係に立つ

　177「第三者」　→　登記を備えた方が優先

　→　抵当権登記を先に備えたのはＤ

　→　対抗要件具備者たるＤに対しては、その権利行使を防ぐ法的主張としては、

背信的悪意者論（登記のけんけつを主張する「第三者」の問題）そのものは妥当せず、背信的悪意者論を媒介とした権利濫用（1Ⅲ）の抗弁が適当

　→贈与は知らず、建物の無償貸与（使用貸借593）を受けているに過ぎないと理解

　→権利濫用の抗弁は認められない

　（２）「建物を存続させるための法律上の占有権限」がある旨の反論

　　　法定地上権388の成否が問題

（趣旨：抵当権設定時に建物がある前提で、抵当権を設定してその交換価値を評価した場合には不意打ちとはならないことから、建物破壊による社会的損失を防ぐため、建物の存続を認め、法律上の占有権原を認める）

（※　趣旨は法律要件を解釈する際に考慮すべきであり、法律要件を無視して趣旨から認めるのはダメ！）

　　　　要件①抵当権設定当時、土地の上に建物が存立

　　　　　　②設定当時、土地建物が同一の所有者

　　　　　　③どちらかあるいは両方に抵当権

　　　　　　④抵当権の実行により所有者を異にすることになった

　　　　→①H28.6.5時点で建物存立していた

　　　　　②土地の所有者は誰か？建物の所有者はCであることが明らか

　　　　　　Cは贈与によりＡから所有権を承継取得したことは間違いない

　　　　　　（登記がなく、１７７によりDには所有権が対抗主張できないだけ）

　＋

実質的に見ても、Dも設定時点で対抗力ある借地権の負担があるものとして2000万円の土地を1000万円と評価し、かつ、買い受けたのはDであり、同様に950万円で買い受けており、予期しない不利益を与えるものではなく、制度趣旨にも合致する

　　　　　④抵当権実行により、土地はD、建物はCのものとなっている

　　　　→法定地上権が成立し、法律上の占有権原が認められる

第２　設問２

　　Ｃ：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き請求

　　要件（請求原因）は、①もと所有と②現登記

　　　→①短期取得時効162Ⅱによる原始取得

　　　　186Ⅰ：善意平穏公然「所有の意思」の推定　Ⅱ：２時点の占有権継続の推定

　　　　　❶ある時点の占有　❷❶から１０年経過時点の占有

　　　　　❸無過失の評価根拠事実（＝自分が所有者であると信じたことについて）

　　　　　❹援用の意思表示145

　　　　　→❶H20.8.1時点で占有　❷10年後のH30.8.1時点の占有

　　　　　　❸Cはあくまで現に登記もある所有者Aから所有権を承継取得している

　　　　　　❹援用の意思表示をした（訴訟内）

　　　　②Cの抵当権設定登記が現存

　　Ｄ反論：正当な登記保持権限（＝抵当権あり？！）

　　→①A所有＋B相続896・887　②消費貸借契約587（返還合意・引渡し）

　　　　　　　③H28.6.1抵当権設定合意　④対抗要件177のけんけつ？

　　　　　　→取得時効＝原始取得による抵当権の消滅（397）

　　　　　　　＋　時効前の第三者は、当事者と同視でき、対抗要件としての登記は不要

　　　　　　→抵当権は認められず、登記保持権限なし

以上

**３　この問題を解くために必要なインプットの確認**

* 「請求」？

→　訴訟物＝請求の根拠が必要　これを明示しなくてはいけない

* 所有権に基づく請求？

*(所有権の内容)第２０６条 所有者は、法令の制限内において、自由にその所有物の使用、収益及び処分をする権利を有する。*

→所有権の内容（使用・収益・処分）206から導かれるものではない

物権の絶対・不可侵という性質から導かれる

そのため、①物権の存在と②物権の支配に対する侵害、がある場合に認められる

種類：占有侵害に対する❶物権的返還請求権、権限行使の侵害に対する❷物権的妨害排除請求権、権限行使の侵害の恐れがある場合の❸物権的妨害排除請求権

所有権×❶→①所有していること　→　所有権発生していこう全部の立証は無理

　　　　　　　→　もと所有（相手方の権利自白がとれる時点以降の所有権）

　　　　　　②占有による侵害　→　現在の占有

　　　　　　　→土地上の建物所有による占有　→　「建物収去」（退去ではない）

所有権×❷→①もと所有

　　　　　　②登記保持による権利行使の妨害　→　現在の登記

* 所有権取得原因としての子による相続（包括承継）

*(相続の一般的効力)第８９６条 相続人は、相続開始の時から、被相続人の財産に属した一切の 権利義務を承継する。ただし、被相続人の一身に専属したものは、この限りでない。*

(子及びその代襲者等の相続権) *第８８７条 被相続人の子は、相続人となる。*

* 所有権取得原因としての抵当権の実行としての競売＋買受け

*(抵当権の内容)第３６９条 抵当権者は、債務者又は第三者が占有を移転しないで債務の担保に供した不動産について、他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受ける権利を有する。*

1. 被担保債権の存在②抵当権設定合意③所有していること＋④①の債務不履行

⑤抵当権の実行としての不動産競売　⑥競売による買受け

*(消費貸借)第５８７条 消費貸借は、当事者の一方が種類、品質及び数量の同じ物をもって返還をすることを約して相手方から金銭その他の物を受け取ることによって、その効力を生ずる。*

(履行期と履行遅滞) 第４１２条 債務の履行について確定期限があるときは、債務者は、その期 限の到来した時から遅滞の責任を負う。　 2　債務の履行について不確定期限があるときは、債務者は、その期限の到来 した後に履行の請求を受けた時又はその期限の到来したことを知った時のいず れか早い時から遅滞の責任を負う。 　3　債務の履行について期限を定めなかったときは、債務者は、履行の請求を 受けた時から遅滞の責任を負う。

*民事執行法（不動産担保権の実行の方法）****第１８０条****不動産（登記することができない土地の定着物を除き、第四十三条第二項の規定により不動産とみなされるものを含む。以下この章において同じ。）を目的とする担保権（以下この章において「不動産担保権」という。）の実行は、次に掲げる方法であつて債権者が選択したものにより行う。*

***一****担保不動産競売（競売による不動産担保権の実行をいう。以下この章において同じ。）の方法*

***二****担保不動産収益執行（不動産から生ずる収益を被担保債権の弁済に充てる方法による不動産担保権の実行をいう。以下この章において同じ。）の方法*

*（不動産担保権の実行の開始）****第１８１条****不動産担保権の実行は、次に掲げる文書が提出されたときに限り、開始する。*

**三**担保権の登記（仮登記を除く。）に関する登記事項証明書

*(売買) 第５５５条 売買は、当事者の一方がある財産権を相手方に移転することを約し、相手方がこれに対してその代金を支払うことを約することによって、そ の効力を生ずる。*

* 所有権の移転原因（＝承継取得）

*(贈与) 第５４９条 贈与は、当事者の一方がある財産を無償で相手方に与える意 思を表示し、相手方が受諾をすることによって、その効力を生ずる。*

* 第三者への対抗問題

*(不動産に関する物権の変動の対抗要件) 第１７７条 不動産に関する物権の得喪及び変更は、不動産登記法 (平成十 六年法律第百二十三号)その他の登記に関する法律の定めるところに従いその 登記をしなければ、第三者に対抗することができない。*

「物権の得喪及び変更」→無制限説：物権変動の原因を問わない

「第三者」→制限説：当事者を除く＋登記のけんけつを主張するのに正当な利益（悪意者＋背信性あり除く）

１７７条に基づく主張：①対抗要件を備えないものは権利者と認めない⬅︎←背信的悪意者にあなたは「第三者」じゃないからそれは言えない！

②対抗要件を備えているから第三者にも主張できる　←　背信的悪意者による権利行使は権利の濫用だ！

* 法定地上権

*(法定地上権) 第３８８条 土地及びその上に存する建物が同一の所有者に属する場合 において、その土地又は建物につき抵当権が設定され、その実行により所有者を 異にするに至ったときは、その建物について、地上権が設定されたものとみなす。 この場合において、地代は、当事者の請求により、裁判所が定める。*

制度趣旨①建物の存立を維持するべきであるとの社会的要請に応えて建物除却による経済的損失を回避するとともに、②抵当権者が抵当権の実行後も建物が存続するものとして目的物件の担保価値を評価している点を考慮に入れて、地上建物の存立確保をねらったものである

要件①抵当権設定当時、土地の上に建物が存立

　　②設定当時、土地建物が同一の所有者

　　③どちらかあるいは両方に抵当権（※条文は「又は」）

　　④抵当権の実行により所有者を異にすることになった

* 時効制度

→所有権の取得原因となる①時効取得と債権の消滅原因となる②消滅時効

時効援用の意思表示145は全体に落とさないよう要注意！

*第１４５条 時効は、当事者(消滅時効にあっては、保証人、物上保証人、 第三取得者その他権利の消滅について正当な利益を有する者を含む。)が援用しなければ、裁判所がこれによって裁判をすることができない。*

* 所有権の取得原因としての取得時効

取得時効：前主から所有権を承継して取得するのではなく、原始取得

　　　→　前主は反射的に所有権を喪失することになる（＝所有権喪失原因）

*(所有権の取得時効)第１６２条 二十年間、所有の意思をもって、平穏に、かつ、公然と他人の 物を占有した者は、その所有権を取得する。*

*2 十年間、所有の意思をもって、平穏に、かつ、公然と他人の物を占有した 者は、その占有の開始の時に、善意であり、かつ、過失がなかったときは、その 所有権を取得する。*

*(占有の態様等に関する推定) 第１８６条 占有者は、所有の意思をもって、善意で、平穏に、かつ、公然 と占有をするものと推定する。*

*2 前後の両時点において占有をした証拠があるときは、占有は、その間継続 したものと推定する。*

*(占有の性質の変更) 第１８５条 権原の性質上占有者に所有の意思がないものとされる場合には、その占有者が、自己に占有をさせた者に対して所有の意思があることを表示し、又は新たな権原により更に所有の意思をもって占有を始めるのでなければ、 占有の性質は、変わらない。*

*(占有の承継) 第百八十七条 占有者の承継人は、その選択に従い、自己の占有のみを主張し、 又は自己の占有に前の占有者の占有を併せて主張することができる。*

*2 前の占有者の占有を併せて主張する場合には、その瑕疵をも承継する。*

所有権取得原因としての取得時効

→①ある時点における占有　②10年の短期162Ⅱor20年の長期162Ⅰ経過後の占有

③時効の援用の意思表示145

10年の短期162Ⅱの場合⇒　＋　④無過失の評価根拠事実

　　　　　　　　　　　（＝自分が所有者であると信じたことについて過失がない）

　　　＊186条1項⇒「所有の意思」「善意」「平穏」「公然」が推定される（＝暫定事実）

　　　＊186条2項⇒「前後両時点」の「占有」を立証すれば、「継続」したものと推定

　　　抗弁　Ⅰ　占有の中断　　Ⅱ　強暴による占有　　Ⅲ　隠避による占有

　　　　　　Ⅳ　他主占有　＝　他主占有権限（賃貸借など）　or　　他主占有事情

　　　再抗弁　自主占有の転換（185）＝自主占有権限　or

自主占有事情＝判例法理：（相続人による）「事実的支配が外形的客観的にみて独自の所有の意思に基づくものと解される事情」）

ex. 登記済証の所持・固定資産税の継続納付・管理使用の専行など

【判例】

* 財産の占有を承継したばかりでなく、①新たにその財産を事実上支配することによって占有を開始し、②これに所有の意思があると認められる場合には、被相続人の占有が所有の意思のないものであっても、相続人は本条にいう新権原により所有の意思をもって占有を開始したことになる
* 相続による承継の場合にも187条1項の適用あり

【判例理論】

1. 時効完成当時の所有者は「当事者」と同視され、登記なくして対抗できる。
2. 時効完成後に当該物を譲り受けた者は「第三者」該当し、対抗するには登記が必要である。
3. 第三者が登記具備時から時効期間が経過すれば登記なくして新たな時効取得を対抗できる。
4. 時効の起算点は時効援用者が任意に選択できない。（→起算点違いの抗弁）

以上