

予備試験 令和元年度

【設問 1】

- 1 D の C に対する所有権（民法（以下「法」という）206 条）に基づく本件土地の明渡し請求は認められるか。D は本件土地に抵当権（法 369 条）を設定しており、競売によって本件土地を買い受けていることから D に所有権は認められる。
- 2 これに対し、C は自身も A の生前に A から本件土地を贈与（法 549 条）により譲り受けていることから、自己の所有権を主張することが考えられるが、この主張は認められるか。
 - (1) 不動産の対抗関係の優劣は、法 177 条により登記によって決せられるところ、「第三者」とは、不動産取引安全の見地から、本人または包括承継人以外の者で、不動産に関する物権の得喪及び変更にかんして登記の欠缺を主張する正当な利益を有するものと解する。
 - (2) 本件についてみると、C と D は対抗関係にたっており、D は競売により本件土地の所有権を取得していることから登記の欠缺を主張する正当な利益を有する者と認められる。
 - (3) よって、第三者に当たり、C は登記なくして自己の所有権を主張することが出来ないため、主張は認められない。
- 3 そうだとしても、C は D が本件土地に抵当権を設定した当時、本件土地の所有権を有しており、その土地の上にある本件建物も C の所有のもとにあったことから、本件建物が存する土地上に法定地上権（法 388 条）が成立し、自身に法律上の占有権原が認められると主張しうるが、この主張は認められるか。
 - (1) この主張が認められるためには、①抵当権設定当時、土地及びその建物が同一の所有者に属すること、②抵当権が設定されたこと、③その実行により所有者をイにするに至ったことが必要となる。
 - (2) ア ①について

D は平成 28 年 6 月 1 日に本件土地に抵当権を設定しており、C は平成 20 年 4 月 1 日に本件土地について、平成 20 年 8 月 21 日に本件建物についての所有権を取得している。もっとも、D が本件土地に抵当権を設定した当時、B が相続（869 条）によって本件土地の所有権移転登記をしていることから、C が登記を備えていない場合にも所有を認めることが出来るか。

 - (ア) 登記は不動産の所有権を公示する機能を有するものであり、所有権の取得の要件ではないことから、登記を備えていない場合についても、有効に所有権を取得している場合には、所有していると認めことが出来る。
 - (イ) 本件についてみると、C は平成 20 年 4 月 1 日に A から贈与によって有効に所有権を取得している。
 - (ウ) よって、抵当権設定当時、土地及びその建物が同一の所有者に属することが

認められる (①充足)。

イ ②について

D は本件土地に抵当権を設定していることから、抵当権の設定も認められる (②充足)。

ウ ③について

D の抵当権の実行により、D が本件土地の所有権を取得していることから、その実行により所有権を異にするに至ったことも認められる (③充足)。

(3) したがって、本件建物について法定地上権の成立が認められる。

(4) もっとも、D は本件土地の所有権の登記が B にあることを確認してから抵当権の設定をしていることから、法廷地上権を認めることは、D に C が登記を具備していなかったという落ち度があるにも関わらず、一方的に責任を負わせるものとなり、不当だとも思える。

しかし、D は抵当権設定の際に対抗力のある借地権の負担があるものとして、貸付額を決めていることから法定地上権の設定を認めたとしても特段 D のみに責任を負わせるとも認められない。

(5) 以上より、C の主張は認められる。

【設問 2】

5 C は、D は無権利者である B との間の契約によって本件抵当権の設定を行っていることから、本件抵当権は無効であるとして抵当権抹消登記手続請求をすることは認められるか。本件抵当権設定時に本件土地の所有権の登記が B のもとにあることから、その時の名義人で行った契約についても無効となるかが問題となる。

(1) 不動産における登記には公信力が認められないことから、登記を有することのみをもって無権利者で行った契約については原則認められない。もっとも、いかなる場合においても無効とするのであれば、不動産取引安全の見地から妥当ではない。よって、登記を有する者が不動産の真の所有者であることを信ずるにつき正当な理由が認められる場合は法 94 条 2 項、110 条を類推適用し、登記名義人で行った契約については有効であると解する。正当な理由の有無については、①真正権利者に虚偽の外観作出と同視しうるほどの帰責性が認められること、②第三者につき善意無過失であるかによって決する。

(2) 本件についてみると、C は A から贈与を受けたのちにすぐに登記を備えず、10 年もの間放置しているものの、それのみをもって虚偽の外観作出と同視しうるほどの帰責性を認めることは出来ない (①不充足)。

(3) よって、正当な理由は認められず、本件登記の設定の契約は無効となるため、C の請求は認められる。

6 また、C は平成 20 年 8 月 21 日から建物に居住していることから平成 30 年 11 月 1 日時点で 10 年の時効期間の経過による抵当権設定のない本件土地の所有権の時効による取

得（法 162 条 2 項）が考えられるが、これが認められると担保権を設定した不動産を担保権が実行されないまま時効期間の経過まで所有しておけば、その期間の経過後新たに所有権を取得したとして、担保権の負担を免れることを認めることとなるため、適当ではない。

したがって、時効取得による抵当権の設定がない本件土地の所有権に基づく本件請求は認められない。