

## [令和2年]

司法試験予備試験用法文を適宜参照して、以下の各設問に答えなさい。ただし、登記上の利害関係を有する第三者に対する承諾請求権（不動産登記法第68条参照）を検討する必要はない。

なお、解答に当たっては、文中において特定されている日時にかかわらず、試験時に施行されている法令に基づいて答えなさい。

### [設問1]

弁護士Pは、Xから次のような相談を受けた。

#### 【Xの相談内容】

「私（X）はZ県の出身ですが、大学卒業後は仕事の都合でZ県を離れていました。近年、定年退職の時期が迫り、老後は故郷に戻りたいと考え、自宅を建築するためにZ県内で手頃な土地を探していたところ、甲土地の所有者であるAが甲土地を売りに出していることを知り、立地も良かったことから、甲土地を買うことにしました。

私は、令和2年5月1日、Aから、売買代金500万円、売買代金の支払時期及び所有権移転登記の時期をいずれも同月20日とし、代金の完済時に所有権が移転するとの約定で甲土地を買い受け、同月20日に売買代金を支払いました。なお、所有権移転登記については、甲土地の付近に居住し、料亭を営む私の兄のBを名義人とした方が都合がよいと考え、AやBと相談の上、B名義で所有権移転登記を経由することにしました。

ところが、甲土地の購入後、私は、引き続き勤務先で再雇用されることになり、甲土地上に自宅を建築するのを見合わせることにしました。すると、令和7年7月上旬頃、甲土地の隣地に住むCから、甲土地を使わないのであれば1000万円で買い受けたいとの申出があり、諸経費の負担を考慮しても相当のもうけができることから、甲土地をCに売ることになりました。

私は、早速、Cに甲土地を売却する準備にとりかかり、甲土地の登記事項証明書を取り寄せました。すると、原因を令和2年8月1日金銭消費貸借同日設定、債権額を600万円、債務者をB、抵当権者をYとする別紙登記目録（略）記載の抵当権設定登記（以下「本件抵当権設定登記」という。）がされていることが判明しました。

私は、慌ててBを確認したところ、Bは、経営する料亭の資金繰りが悪化したことから、令和2年8月1日、友人のYから、返済期限を同年12月1日、無利息で、600万円の融資を受けるとともに、甲土地に抵当権を設定したが、返済が滞っているとのことでした。

以上のとおり、甲土地の所有者は私であり、本件抵当権設定登記は所有者である私に無断でされた無効なものですので、Yに対し、本件抵当権設定登記の抹消登記手続を求めたいと考えています。なお、Bは、甲土地の所有権名義を私に戻すことを確約していますし、兄弟間で訴訟まではしたくありませんので、今回は、Yだけを被告としてください。」

弁護士Pは、令和8年1月15日、【Xの相談内容】を前提に、Xの訴訟代理人として、Yに対し、本件抵当権設定登記の抹消登記を求める訴訟（以下「本件訴訟」という。）を提起することにした。

以上を前提に、以下の各問いに答えなさい。

- (1) 弁護士Pが、本件訴訟において、Xの希望を実現するために選択すると考えられる訴訟物を記載しなさい。
- (2) 弁護士Pが、本件訴訟の訴状（以下「本件訴状」という。）において記載すべき請求の趣旨（民

事訴訟法第133条第2項第2号)を記載しなさい。なお、付随的申立てについては、考慮する必要はない。

- (3) 弁護士Pは、本件訴状において、仮執行宣言の申立て(民事訴訟法第259条第1項)をしなかった。その理由を、民事執行法の関係する条文に言及しつつ、簡潔に説明しなさい。
- (4) 弁護士Pは、本件訴状において、請求を理由づける事実(民事訴訟規則第53条第1項)として、以下の各事実を主張した。
- (あ) Aは、令和2年5月1日当時、甲土地を所有していた。
- (い) Aは、[①]。
- (う) 甲土地について、[②]。

上記①及び②に入る具体的事実を、それぞれ記載しなさい。

## 〔設問2〕

弁護士Qは、本件訴状の送達を受けたYから次のような相談を受けた。

### 【Yの相談内容】

「(a) 私(Y)は、Bの友人です。私は、令和2年7月下旬頃、Bから、Bが経営する料亭の資金繰りに困っていると、600万円を貸してほしいと頼まれました。私は、他ならぬBの頼みではありましたが、金額も金額なので、誰かに保証人になってもらうか、担保を入れてほしいと告げました。すると、Bは、令和2年5月1日に所有者であるAから売買代金500万円で購入済みであり、甲土地を担保に入れても構わないと述べたため、私は、貸付けに応じることにしました。私は、令和2年8月1日、Bに対し、返済期限を同年12月1日、無利息で600万円を貸し付け、同年8月1日、Bとの間で、この貸金債権を被担保債権として、甲土地に抵当権を設定するとの合意をしました。ところが、Bは、令和4年12月1日に100万円を返済し、令和7年12月25日に200万円を返済したのみで、それ以外の返済をしません。

Xは、Xが令和2年5月1日にAから甲土地を買ったと主張していますが、同日にAから甲土地を買ったのはXではなくBであり、私は、所有者であるBとの間で甲土地に抵当権を設定するとの合意をし、その合意に基づき本件抵当権設定登記を経由したので、正当な抵当権者であり、本件抵当権設定登記を抹消する必要はありません。

- (b) 仮にXが主張するとおり、BではなくXが甲土地の買主であったとしても、Bは、令和2年8月1日の貸付けの際、甲土地の登記事項証明書を持参しており、私が確認すると、確かにBが甲土地の所有名義人となっていましたので、私は、Bが甲土地の所有者であると信じ、上記(a)で述べたとおり、Bに対して600万円を貸し付け、抵当権の設定を受けたのです。仮にXが甲土地の買主であったとしても、Xの意思でB名義の所有権移転登記がされたことは明らかですので、今回の責任はXにあることになります。私は、本件抵当権設定登記の抹消に応じる必要はないと思います。」

弁護士Qは、【Yの相談内容】を前提に、Yの訴訟代理人として、本件訴訟の答弁書(以下「本件答弁書」という。)を作成した。

以上を前提に、以下の各問いに答えなさい。

- (1) ①弁護士Qは、【Yの相談内容】(a)の言い分を本件訴訟における抗弁として主張すべきか否か、その結論を記載しなさい。②抗弁として主張する場合には、どのような抗弁を主張するか、その結論を記載し(当該抗弁を構成する具体的事実を記載する必要はない。)、抗弁として主張しない場合は、その理由を説明しなさい。

- (2) 弁護士Qは、【Yの相談内容】(b)を踏まえて、本件答弁書において、抗弁として、以下の各事実を主張した。
- (ア) Yは、Bに対し、令和2年8月1日、弁済期を同年12月1日として、600万円を貸し付けた。
  - (イ) BとYは、令和2年8月1日、Bの(ア)の債務を担保するため、甲土地に抵当権を設定するとの合意をした(以下「本件抵当権設定契約」という。)
  - (ウ) 本件抵当権設定契約当時、[①]。
  - (エ) (ウ)は、Xの意思に基づくものであった。
  - (オ) Yは、本件抵当権設定契約当時、[②]。
  - (カ) 本件抵当権設定登記は、本件抵当権設定契約に基づく。
- (i) 上記①及び②に入る具体的事実を、それぞれ記載しなさい。
- (ii) 弁護士Qが、本件答弁書において、【Yの相談内容】(b)に関する抗弁を主張するために、上記(ア)の事実を主張した理由を簡潔に説明しなさい。

### 〔設問3〕

弁護士Pは、準備書面において、本件答弁書で主張された【Yの相談内容】(b)に関する抗弁に対し、民法第166条第1項第1号による消滅時効の再抗弁を主張した。

弁護士Qは、【Yの相談内容】を前提として、二つの再々抗弁を検討したところ、そのうちの一方については主張自体失当であると考え、もう一方のみを準備書面において主張することとした。

以上を前提に、以下の各問いに答えなさい。

- (1) 弁護士Qとして主張することとした再々抗弁の内容を簡潔に説明しなさい。
- (2) 弁護士Qが再々抗弁として主張自体失当であると考えた主張について、主張自体失当と考えた理由を説明しなさい。

### 〔設問4〕

Yに対する訴訟は、審理の結果、Xが敗訴した。すると、Bは、自分が甲土地の買主であると主張して、Xへの所有権移転登記手続を拒むようになった。そこで、弁護士Pは、Xの訴訟代理人として、Bに対して、所有権に基づく妨害排除請求権としての所有権移転登記請求権を訴訟物として、真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記を求める訴訟(以下「本件第2訴訟」という。)を提起した。

第1回口頭弁論期日で、Bは、Aが令和2年5月1日当時甲土地を所有していたことは認めたが、AがXに対して甲土地を売ったことは否認し、自分がAから甲土地を買ったと主張した。

その後、第1回弁論準備手続期日で、弁護士Pは、書証として令和2年5月20日にAの銀行預金口座に宛てて500万円が送金された旨が記載されたX名義の銀行預金口座の通帳(本件預金通帳)及び甲土地の令和3年分から令和7年分までのBを名宛人とする固定資産税の領収書(本件領収書)を提出し、いずれも取り調べられ、Bはいずれも成立の真正を認めた。

その後、2回の弁論準備手続期日を経た後、第2回口頭弁論期日において、本人尋問が実施され、Xは次の【Xの供述内容】のとおり、Bは次の【Bの供述内容】のとおり、それぞれ供述した。

#### 【Xの供述内容】

「私はZ県の出身ですが、大学卒業後は仕事の都合でZ県を離れていました。近年、定年退職の時期が迫り、老後は故郷に戻りたいと考え、自宅を建築するためにZ県内で手頃な土地を探していたところ、甲土地の所有者であるAが甲土地を売りに出していることを知り、立地も良かったことから、

甲土地を買うことにし、Aとの間で、売買代金額の交渉を始めました。最初は、私が400万円を主張し、Aが600万円を主張していましたが、お互い歩み寄り、代金を500万円とすることで折り合いがつけました。

私は、令和2年5月1日、兄のBと共にA宅を訪れ、Aと私は、口頭で、私がAから売買代金500万円で甲土地を買い受けることに合意しました。所有権移転登記については、甲土地の付近に居住し、料亭を営み地元でも顔が広いBを所有名義人とした方が、建物建築のための地元の金融機関からの融資が円滑に進むだろうと考え、AやBの了解を得て、B名義で所有権移転登記を経由することにしました。私は、同月20日、私の銀行口座からAの銀行口座に500万円を送金して、売買代金をAに支払いました。ところが、甲土地の購入後、私は、引き続き勤務先で再雇用されることになったため、甲土地上に自宅を建築するのを見合わせることにし、甲土地は更地のままになり、金融機関から融資を受けることもありませんでした。

甲土地は、私の所有ですので、令和3年分から令和7年分までその固定資産税は私が負担しています。甲土地は、登記上は、Bが所有者であり、Bに固定資産税の納付書が届くので、私は、Bから納付書をもって固定資産税を納付していました。」

#### 【Bの供述内容】

「私は、Z県内の自己所有の建物で妻子と共に生活をしています。甲土地は、当初は、定年退職の時期が迫り、老後は故郷に戻りたいと考えたXが、自宅を建てるために購入しようと、Aとの間で代金額の交渉をしていました。しかし、Xは、令和2年の正月、やはり老後も都会で生活したいと考えようになったので、甲土地の購入はやめようと思う、ただ甲土地は良い物件であるし、Aも甲土地を売りたいがっていると述べて、私に甲土地を購入しないかと打診してきました。

私は、早速甲土地を見に行ったら、立地もよく、XとAの間でまとまっていた500万円という代金額も安く感じられたことから、私がAから甲土地を買うことにしました。

もっとも、令和元年末に私の料亭が食中毒を出してしまい、客足が遠のいており、私自身が甲土地の売買代金をすぐに工面することはできなかったことから、差し当たり、Xに立て替えてもらうことになりました。もちろん、私は、資金繰りがつき次第Xに同額を返還するつもりでしたが、なかなか料亭の売上げが回復せず、Xに立替金を返還することができないまま、今日に至ってしまいました。このことは大変申し訳ないと思っています。

所有権移転登記の名義が私であることから、私が甲土地の所有者であることは明らかです。なお、甲土地の固定資産税は、私が支払っていると思いますが、税金関係は妻に任せており、詳しくは分かりません。」

以上を前提に、以下の問いに答えなさい。

弁護士Pは、本件第2訴訟の第3回口頭弁論期日までに、準備書面を提出することを予定している。その準備書面において、弁護士Pは、前記の提出された各書証並びに前記【Xの供述内容】及び【Bの供述内容】と同内容のX及びBの本人尋問における供述に基づいて、XがAから甲土地を買った事実が認められることにつき、主張を展開したいと考えている。弁護士Pにおいて、上記準備書面に記載すべき内容を、提出された各書証や両者の供述から認定することができる事実を踏まえて、答案用紙1頁程度の分量で記載しなさい。

[解説]

設問 1

設問 1 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権が問題となる訴訟において、原告の希望に応じた訴訟物、請求の趣旨、仮執行宣言の申立ての当否及び請求を理由づける事実について説明を求めるものである。物権的登記請求権の法律要件や意思表示を命ずる判決の効力について正確な理解が問われている。(出題趣旨)

1. 小問 (1)

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権

2. 小問 (2)

被告は、甲土地について、別紙登記目録記載の抵当権設定登記の抹消登記手続をせよ。

新問研 110 頁

※ 1. 所有権移転登記の抹消を求める場合と同様、抵当権設定登記の抹消を求める場合も、「被告は、本件土地について、別紙登記目録記載の抵当権設定登記の抹消登記手続をせよ。」と記載し、「原告に対し」との記載はしないのが実務の通例である。抹消登記手続を求める場合には、移転登記を求める相手方のような相手方は存在しないため、相手方を明示する必要がないからである。

新問研 87 頁参照

※ 2. 不動産の権利に関する登記をするには登記原因を記録することが要求されており(不動産登記法 59 条 3 号)、登記を申請するに当たっては登記原因を明らかにする必要がある(同法 61 条)から、登記に関する請求の趣旨では、登記原因を明らかにするのが原則である。もっとも、抹消登記手続を求める場合には、請求の趣旨において登記原因を示さないのが実務の通例である。

新問研 87 頁参照

3. 小問 (3)

(1) 仮執行宣言

リークエ 465～466 頁

給付判決についての執行力は、判決確定により初めて認められるのが原則である(民事執行法 22 条 1 号)。もっとも、これでは、勝訴当事者にとって権利の実現が遅延させるという不利益を被ることになるし、敗訴当事者に対して専ら強制執行を免れるために上訴をするという濫用的上訴のインセンティブを与える危険性も懸念である。こうした理由から、仮執行宣言という制度が設けられている。

仮執行宣言とは、裁判所が「財産上の請求に関する判決」について「必要があると認めるとき」に、「仮執行をすることができることを宣言する」ことにより、給付判決の確定を待たずに仮執行宣言を債務名義とする強制執行(民事執行法 22 条 2 号)を可能とするものである(民事訴訟法 260 条 1 項)。

なお、仮執行宣言は、原告の「申立て」又は裁判所の「職権」によりなされるものであるから、原告の「申立て」は必須ではない。

(2) 登記請求の場合

当事者共同申請主義（不動産登記法 60 条）の下で、登記権利者と登記義務者のいずれか一方が、他方に対して、登記申請の意思表示をするように請求する実体法上の請求権である。

不動産登記の抹消登記手続を求める訴えは、被告の抹消登記申請という意思表示を求めるものであり、勝訴判決の確定により被告が抹消登記申請の意思表示をしたものとみなされ（民事執行法 177 条）、判決の執行が完了するから、抹消登記の実行をもって判決の執行とされるのではない（なお、原告も登記申請をすれば、共同申請がなされることになる。）。

そうすると、不動産登記の抹消登記手続を求める訴えにおいては、勝訴判決の確定により判決の執行が完了するため、勝訴判決の確定とは別に判決の執行手続を要しない（この意味において、具体的な執行はない）一方で、勝訴判決の確定が判決の執行の絶対要件であるため、勝訴判決が確定していない限り、判決の執行はない。この意味において、仮執行宣言は認められないのである。

完全講義「民事」167～168 頁

4. 小問（4）

(1) 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の請求原因

所有権の内容を完全に実現することが占有以外の方法によって妨げられている場合には、所有者は、相手方に対し、所有権の内容の完全な実現を可能にするために、所有権に基づいて妨害の排除を請求することができる。その一環として、所有権移転登記の抹消登記手続請求や抵当権設定登記の抹消登記手続請求がある。これらの請求は、所有権に基づく物権的登記請求権と呼ばれるものであり、実体関係と一致しない登記の存在による所有権妨害を除去するために、所有権そのものの効力として発生するものである。

新問研 57～58 頁、111 頁

相手方が正当な登記保持権限を有する場合にはその請求ができないと解する立場からは、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手続請求の要件は、①現在、請求者が当該不動産の所有権（民法 206 条）を有することと、②現在、当該不動産について、相手方名義の抵当権設定登記があることの 2 点であり、③②の登記が正当な権原（登記保持権原）に基づくことは、請求権の発生障害要件に位置付けられる。

新問研 58 頁、111 頁

そして、登記の推定力は主張立証責任の転換を伴わない事実上の推定にとどまると解されている（判例・通説）から、原告は、被告の登記保持権原の不存在を主張する責任を負わない。

新問研 90 頁・111 頁、最判 S34.1.8、

最判 S38.10.15

したがって、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の請求原因は、①と②だけである。

(2) ①

所有権の所在については、権利自白が認められると解されているため、現在若しくは過去の一定時点における原告の所有又は過去の一定時点における

新問研 60 頁、112 頁

原告の前主による所有について権利自白が成立する場合には、原告は、自白が成立している上記時点における原告又はその前主の所有が認められることを前提として、①に関する主張をすれば足りる。

【Xの相談内容】によれば、甲土地についてB名義の所有権移転登記を経由しているため、被告であるYとしては、登記保持権原の抗弁を主張する際に、過去の一定時点におけるAの甲土地の所有を認めた上で、BのAからの所有権取得原因事実を主張することが想定される（ただし、設問2（1）で説明する通り、本問におけるYの言い分（a）は、厳密には、抗弁には当たらない。）。

そうすると、XのAからの所有権取得原因事実の発生時点である令和2年5月1日におけるAによる甲土地の所有について権利自白が成立するから、Xは、①について、権利自白が成立している「Aは、令和2年5月1日当時、甲土地を所有していた。」との事実と、Aからの所有権取得原因事実（「Aは、令和2年5月1日、Xに対し、甲土地を代金500万円で売った。」との事実を主張することになる。<sup>1)</sup>

なお、権利自白の成立時点については、XのAからの所有権取得原因事実の発生当時とBのAからの所有権取得原因事実の発生当時のうちいずれか早い時点におけるAの所有について権利自白が成立すると解されているところ、本問では、いずれの時点も令和2年5月1日であるから、同年同日におけるAによる甲土地の所有について権利自白が成立する（ただし、両者の時点は、【Yの相談内容】まで見てはじめて分かることである。）。

新問研 61 頁

### (3) ②

物権的請求権は物権に対する妨害又はその危険が存する限りその物権から不断に発生するものであるから、所有権に対する妨害又はその具体的危険は現在存在する必要がある。したがって、原告は、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手続請求の請求原因において、被告名義の登記として、現在、当該不動産について、被告名義の抵当権設定登記が存在している事実を主張する責任を負う。

新問研 91 頁、112～113 頁

よって、Xは、②について、「甲土地について、現在、Yを抵当権者とする抵当権設定登記がある」との事実を主張することになる。<sup>2)</sup>

### (4) 事実摘示

- (あ) Aは、令和2年5月1日、甲土地を所有していた。
- (い) Aは、令和2年5月1日、Xに対し、甲土地を代金500万円で売った。
- (う) 甲土地について、別紙登記目録記載のY名義の抵当権設定登記がある。

<sup>1)</sup> AX間の売買契約には「代金の完済時に所有権が移転するとの約定」が付されているところ、このような所有権留保特約の性質は、代金完済を所有権移転の停止条件とするものであると理解されている。要件事実論としては、所有権留保特約の存在が抗弁、代金完済が再抗弁に位置付けられる。

<sup>2)</sup> 「現在」と入れなくても、「登記がある」と記載すれば、現在「登記がある」ことを現すことになるとの理由から、「現在」と記載しなくてもよいとの説明もある。

## 設問 2

設問 2 は、被告の二つの主張に関し、各主張の位置付け及び抗弁となる場合の抗弁事実の内容を問うものである。否認と抗弁の違いについて正確な理解が求められるとともに、実体法及び判例の理解を踏まえて抗弁事実の内容を正確に論ずることが求められる。(出題趣旨)

### 1. 小問 (1)

#### (1) 登記保持権原の抗弁

##### ア. 位置づけ

抗弁とは、主張事実が請求原因事実と両立し、かつ、請求原因事実から生じる法律効果を覆滅(障害・消滅・阻止)する機能を有するものである。

例えば、Y が抵当権設定契約締結当時における X の甲土地の所有を認めた上で、X を設定者とする抵当権設定契約に基づく抵当権設定登記であることを主張するのであれば、Y が主張するこれらの事実、X が請求原因として主張する(あ)(い)の事実とも両立し、かつ、請求原因事実から生じる物権的登記請求権の発生を障害する機能を有するものとなるから、Y の主張は登記保持権原の抗弁に当たる。

##### イ. 抗弁事実

被告は、その抵当権設定登記が正当な権原に基づくものであるとの登記保持権原の抗弁として、その抵当権設定登記がこれに符合する被告の実体的権利の取得を公示するものとして有効なものであることを主張すべきことになる。この登記の有効要件は、実体的有効要件(その登記に符合する実体関係が存在すること)と手続的有効要件(その登記が手続的に適法にされたこと)の 2 つに分類される。以上を前提として、被告が登記保持権原の抗弁として主張すべき抗弁事実は、以下の①ないし④である。

#### ①被担保債権の発生原因事実

➡ 抵当権の成立における付従性によるものである。

例えば、金銭消費貸借契約が成立したことを主張する場合には、債権額、利息・遅延損害金の定めなど、登記に表示された実体関係(不動産登記法 83 条 1 項、88 条 1 項)と一致する実体関係を主張する必要がある。

#### ②①の債権を被担保債権とする抵当権設定契約

➡ 抵当権は約定担保物権だからである。

#### ③原告が、②の抵当権設定契約締結当時、当該不動産を所有していたこと

➡ 抵当権設定契約は直接物権の発生を目的とする物権契約であるから、②に加えて③が必要である。

なお、請求原因において原告が現在その不動産を所有していることについて権利自白が成立するとされた場合であっても、これによって抵当権設定契約締結時における原告所有が基礎づけられるわけではないから、抗弁事実として③に当たる事実を摘示する必要がある。他方で、

類型別 80～84 頁、新問研 114～116

頁



請求原因において③に当たる事実について権利自白が成立するとして、これを摘示した場合には、抗弁事実として③に当たる事実を再度摘示する必要はない。

#### ④登記の手続的適法

⑦当該登記が登記義務者の登記申請意思に基づくこと

又は

⑧当該登記の申請時に、登記義務者においてその登記を拒み得る特段の事情がなく、かつ、登記権利者においてその登記申請が適法であると信ずるにつき正当の事由があること

➡④は、実体関係とは別の争点を構成しないのが通常であり、そのような場合には、④の事実としては、単に「請求原因（う）の登記は、②の抵当権設定契約に基づく。」とだけ摘示すれば足りる。

#### ウ. 事実摘示

以下は、Yが、XはBの貸金返還債務を担保するために物上保証人としてX所有の甲土地について抵当権を設定したと主張する場合における抗弁事実の摘示例である。

① Yは、Bに対し、令和2年8月1日、弁済期を同年12月1日として、600万円を貸し付けた。

② XとYは、令和2年8月1日、Bの①の債務を担保するため、甲土地に抵当権を設定するとの合意をした。

③ Xは、②の抵当権設定契約当時、甲土地を所有していた。

④ 請求原因（う）の登記は、②の抵当権設定契約に基づく。

#### (2) 【Yの相談内容】におけるYの(a)の言い分

Yの(a)の言い分は、「令和2年5月1日…にAから甲土地を買ったのはXではなくBであ…る」と主張するものであり、Xが請求原因事実として主張する(い)の事実（「Aは、令和2年5月1日、Xに対し、甲土地を代金500万円ですった。」との事実）と両立しないから、登記保持権原の抗弁ではなく、請求原因事実である(い)を否認する理由たる消極的間接事実の主張にすぎない。

したがって、弁護士Qは、Yの(a)の言い分を本件訴訟における抗弁として主張するべきではない。

## 2. 小問(2)

### (1) Yの(b)の言い分

#### ア. 考え得る理論構成

Yは、登記保持権原の抗弁を基礎づけるために、Bとの抵当権設定契約の締結により有効な抵当権を取得したことを主張する必要がある、本問では、4つの主張が考えられる。

1つ目は、「仮にXが主張する通り、BではなくXが甲土地の買主であったとしても、Bは、令和2年8月1日の貸付けの際、甲土地の登記事項

証明書を持参しており…」との事実に着目し、XがBに対して甲土地の登記事項証明書を交付した際に本件抵当権設定契約の代理権も授与したとする有権代理（民法99条1項）を主張するものである。

2つ目は、「仮にXが主張する通り、BではなくXが甲土地の買主であったとしても、Bは、令和2年8月1日の貸付けの際、甲土地の登記事項証明書を持参しており…」との事実に着目し、XはBに対して甲土地の登記事項証明書を交付したことなどを通じて、Bに対して本件抵当権設定契約の代理権を授与した旨をYに表示したとして、表見代理（民法109条1項）の成立を主張するものである。

3つ目は、「仮にXが主張するとおり、BではなくXが甲土地の買主であったとしても、Bは、令和2年8月1日の貸付けの際、甲土地の登記事項証明書を持参しており、私が確認すると、確かにBが甲土地の所有名義人となっていましたので、私は、Bが甲土地の所有者であると信じ、…Bに対して600万円を貸し付け、抵当権の設定を受けたのです。仮にXが甲土地の買主であったとしても、Xの意思でB名義の所有権移転登記がされたことは明らかですので、今回の責任はXにあることとなります。」との主張に着目し、YはXの意思に基づいて形成された不実登記を見てBが甲土地の所有者であると信じて本件抵当権設定契約を締結したことにより民法94条2項類推により抵当権を取得したと主張するものである。

4つ目は、【Xの相談内容】における「AやBと相談に上、B名義で所有権移転登記を経由することにしました。」との主張は通謀虚偽表示に基づくAB間の売買契約があることも含意しているとして、民法94条2項の直接適用を主張するものである。

#### イ. 民法94条2項類推適用（3つ目の主張）を選択すべきである

1つ目の主張（有権代理）と2つ目の主張（表見代理）は、Yの（b）の言い分において顕名に当たる事実の主張がないことと、Bが甲土地の所有者であると信頼した旨の主張がなされていることと整合しない。

4つ目の主張（民法94条2項直接適用）については、【Xの相談内容】における「AやBと相談に上、B名義で所有権移転登記を経由することにしました。」との主張は通謀虚偽表示に基づくAB間の売買契約があることも含意していると理解するのであれば、理論上は採用余地がある。しかし、Yの言い分において、通謀虚偽表示に基づくAB間の売買契約があるとの主張は一切なされていない。また、仮に民法94条2項直接適用を主張するのであれば、Yの言い分において、「Yは、AB間の売買契約が両者の通謀虚偽表示に基づくものである事実を知らなかった。」旨の主張がなされているはずであるが、そのような主張はなされておらず、むしろ、民法94条2項類推適用と整合する、Bを所有名義人とする不実登記を信じた旨の主張がなされている。さらに、仮に民法94条2項直接適用を主張するのであれば、少なくとも抗弁事実としては、（ウ）「本件抵当権設定契約当時、B名義の所有権移転登記があった。」との事実と（エ）「（ウ）は、Xの意思

に基づくものであった。」との事実を不要である。したがって、Yの(b)の言い分を民法94条2項直接適用の主張と構成することもできない。

3つ目の主張(民法94条2項類推適用)は、Yの(b)の言い分において、民法94条2項類推適用の要件である、(i)「虚偽の外観の存在」に対応する「Bは、…甲土地の登記事項証明書を持参しており、私が確認すると、確かにBが甲土地の所有名義人となっていました。」との事実、(ii)「権利者の帰責性」に対応する「Bの意思でB名義の所有権移転登記がなされたことは明らかです。」との事実、(iii)「第三者の正当な信頼」に対応する「私は、Bが甲土地の所有者であると信じ…」との事実がそれぞれ主張されていることと整合する。また、小問(2)における(ア)ないし(カ)の事実からしても、Yの(b)の言い分を民法94条2項類推適用によって構成するべきであるといえる。<sup>3)</sup>

## (2) 抗弁事実

(ア) Yは、Bに対し、令和2年8月1日、弁済期を同年12月1日として、600万円を貸し付けた。

(イ) BとYは、令和2年8月1日、Bの(ア)の債務を担保するため、甲土地に抵当権を設定するとの合意をした(以下「本件抵当権設定契約」という)。

(ウ) 本件抵当権設定契約当時、B名義の所有権移転登記があった。

(エ) (ウ)は、Xの意思に基づくものであった。

(オ) Yは、本件抵当権設定契約当時、甲土地がBの所有に属すると信じていた。

(カ) 本件抵当権設定登記は、本件抵当権設定契約に基づく。

なお、(ア)の事実の主張まで必要とされるのは、抵当権の成立における付従性により、抵当権設定契約の成立要件として、被担保債権の発生原因事実も主張する必要があるからである。

## 設問3

設問3は、被告代理人の訴訟活動上の選択に関し、時効の更新の要件効果や時効援用権の喪失に関する判例の理解を踏まえながら、本件への当てはめを適切に検討することが求められる。(出題趣旨)

### 1. 小問(1)

弁護士Pは、【Y】の相談内容(b)に関する抗弁(民法94条2項類推適用による抵当権の取得)に対する再抗弁として、抵当権の被担保債権の消滅原因事実として、BのYに対する貸金返還債務の弁済期である令和2年12月1日の翌日(初日不算入の原則[民法140本文条])から5年を経過したことを理由とする消滅時効(民法166条1項1号)を主張している。

<sup>3)</sup> 完全講義「民事」169頁でも、3つ目の主張(民法94条2項類推適用)が採用されている。

この消滅時効の再抗弁に対する再々抗弁として考える主張としては、①Bが、Yに対し、令和4年12月1日、貸金返還債務について100万円を返済したことにより、「権利の承認」を理由とする時効の更新（民法152条1項）が生じた旨の主張と、②Bが、Yに対し、時効完成後の令和7年12月25日、貸金返還債務について200万円を返済したことにより、時効完成後の債務承認を理由とする時効の利益の放棄（民法146条参照）又は時効援用権の喪失があった旨の主張とがある。

弁護士Qが主張することとした再々抗弁は、①である。

## 2. 小問（2）

### （1）①の主張

【Yの相談内容】(b)に関する抗弁（民法94条2項類推適用による抵当権の取得）が成立する場合、Yは、Xを所有者、Bを債務者とする抵当権を取得することになるから、Xは物上保証人に準ずる地位を有することとなる。

判例は、「他人の債務のために自己の所有物件につき根抵当権等を設定したいわゆる物上保証人が、債務者の承認により被担保債権について生じた消滅時効中断の効力を否定することは、担保権の付従性に抵触し、民法396条の趣旨にも反し、許されないものと解するのが相当である。」と判示し、物上保証人が債務者の承認により被担保債権について生じた消滅時効中断（改正民法下では、消滅時効の更新）の効力を否定することを一律に否定している。

最判 H7.3.10

そうすると、Xは、物上保証人に準ずる地位にあることから、上記の判例理論の適用により、Bの弁済による債務承認により生じた消滅時効の更新の効力を否定することができないから、この意味において①の主張は再々抗弁として認められる。

### （2）②の主張

#### ア. 時効の利益の放棄

判例は、「債務者は、消滅時効が完成したのちに債務の承認をする場合には、その時効完成の事実を知っているのはむしろ異例で、知らないのが通常であるといえるから、債務者が商人の場合でも、消滅時効完成後に当該債務の承認をした事実から右承認は時効が完成したことを知ってされたものであると推定することは許されないものと解するのが相当である。」と判示している。したがって、消滅時効完成後の債務の承認は、当然に時効の利益の放棄に当たるものではない一方で、債務者が消滅時効の完成を知らずながら債務の承認をした場合には時効の利益の放棄に当たることになる

最判 S41.4.20・百139

もっとも、時効の利益の放棄は、放棄をした者とその相手方の間においてのみその効力を有するから、債務者が時効の利益を放棄しても、その効果は保証人や物上保証人には及ばないと解されている（通説・判例）。

したがって、Bによる消滅時効完成後の弁済が時効の利益の放棄に当たる場合であっても、Xは、自らが時効の利益を放棄していない以上、消滅時効を援用することができる。

よって、Yは、Xによる消滅時効の再抗弁の主張に対して、Bが時効の利益を放棄したことを再々抗弁として主張することはできない。

#### イ. 時効援用権の喪失

判例は、「債務者が、自己の負担する債務について時効が完成したのちに、債権者に対し債務の承認をした以上、時効完成の事実を知らなかつたときでも、爾後その債務についてその完成した消滅時効の援用をすることは許されないものと解するのが相当である。けだし、時効の完成後、債務者が債務の承認をすることは、時効による債務消滅の主張と相容れない行為であり、相手方においても債務者はもはや時効の援用をしない趣旨であると考えるであろうから、その後においては債務者に時効の援用を認めないものと解するのが、信義則に照らし、相当であるからである。」と判示し、債務者は、消滅時効完成後に債務を承認した場合、消滅時効の完成の認識の有無にかかわらず、信義則により時効援用権を喪失すると解している。

最判 S41.4.20・百 I 39

そうすると、Bによる消滅時効完成後の弁済が時効の利益の放棄に当たらない場合であっても、Bは、信義則を理由として、時効援用権を喪失することになる。

もともと、債務者が消滅時効の完成後の債務承認により時効援用権を喪失した後であっても、物上保証人は被担保債権について消滅時効を援用することができるかと解されている。消滅時効完成後の債務承認による時効援用権の喪失は、信義則に基づく一身専属的なものだからである。

したがって、Bが消滅時効完成後に債務を弁済した後であっても、Xは、消滅時効を援用することができる。

よって、Yは、Xによる消滅時効の再抗弁の主張に対して、Bが消滅時効完成後に弁済により債務を承認したことを再々抗弁として主張することはできない。

#### 設問 4

設問 4 は、原告代理人の立場から、請求原因事実が認められることに関し準備書面に記載すべき事項を問うものである。書証及び当事者尋問の結果を検討し、いかなる証拠によりいかなる事実を認定することができるかを示すとともに、各認定事実に基づく推認の過程を、本件の具体的な事案に即して、説得的に論述することが求められる。(出題趣旨)

まず、①Xにとって決定的な有利な事実として、本件預金通帳(成立の真正について自白あり)から、令和2年5月20日にXがAの銀行預金口座宛に500万円を送金した事実を認定できる。

次に、②Xにとって不利な事実としては、甲土地の所有権移転登記がB名義となっている事実がある。この点について、Xは、「甲土地の付近に居住し、料亭を営み地元でも顔が広いBを所有名義人とした方が、建物建築のための地元の金融機関からの融資が円滑に進むだろうと考え、AやBの了解を得て、B名義で所有

権移転登記を経由することにしました。」と供述している。そこで、Xの上記供述を根拠として、②の事実にはAX売買の不存在を推認する力が認められないことを論じることになる。

さらに、③Xにとって不利な証拠として、本件領収書（成立の真正について自白あり）がある。不動産の所有者がその固定資産税を納付するのが通常であるから、本件領収書から令和3年から令和7年までの間、Bが甲土地の固定資産税を納付していた事実を認定できるならば、本件領収書はAX売買の不存在を推認する間接証拠として機能することになる。そこで、「所有権移転登記の名義が私であることから、私が甲土地の所有者であることは明らかです。なお、甲土地の固定資産税は、私が支払っていると思いますが、税金関係は妻に任せており、詳しくは分かりません。」とのBの供述には信用性が認められない一方で、「甲土地は、登記上は、Bが所有者であり、Bに固定資産税の納付書が届くので、私は、Bから納付書をもって固定資産税を納付していました。」とのXの供述には信用性があるとして、本件領収書からBによる固定資産税の納付の事実を認定することはできないと論じることになる。

[模範答案]

1 設問 1

2 1. 小問 (1)

3 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権

4 2. 小問 (2)

5 被告は、甲土地について、別紙登記目録記載の抵当権設定登記の抹消登記手続をせよ。

6 3. 小問 (3)

7 不動産登記の抹消登記手続を求める訴えは、被告の抹消登記申請という意思表示を求め

8 るものであり、勝訴判決の確定により被告が抹消登記申請の意思表示をしたものとみなさ

9 れ (民事執行法 177 条)、判決の執行が完了するため、勝訴判決が確定しない限り、判決の

10 執行は認められないのである。

11 4. 小問 (4)

12 ① 令和 2 年 5 月 1 日、X に対し、甲土地を 500 万円で売った。

13 ② Y を抵当権者とする本件抵当権設定登記がある。

14 設問 2

15 1. 小問 (1)

16 以下の理由から、Q は、Y の (a) の言い分を抗弁として主張するべきではない。

17 抗弁とは、主張事実が請求原因事実と両立し、かつ、請求原因事実から生じる法律効果

18 を覆滅する機能を有するものである。

19 Y の (a) の言い分は、「令和 2 年 5 月 1 日…に A から甲土地を買ったのは X ではなく

20 B であ…る」と主張するものであり、X が請求原因事実として主張する (い) の事実と両

21 立しないから、登記保持権原の抗弁ではなく、請求原因事実である (い) を否認する理由

22 たる消極的間接事実の主張にすぎない。

1 2. 小問(2)

2 (1)(i)

3 ① B名義の所有権移転登記があった。

4 ② 甲土地がBの所有に属すると信じていた。

5 (2)(ii)

6 抵当権の成立における付従性により、抵当権設定契約の成立要件として、被担保債権  
7 の発生原因事実も主張する必要があるからである。

8 設問3

9 1. 小問(1)

10 弁護士Qとして主張することとした再々抗弁の内容は、「Bが、Yに対し、令和4年12  
11 月1日、貸金返還債務について100万円を返済した」との事実を理由として、「権利の承  
12 認」を理由とする時効の更新(民法152条1項)が生じたというものである。

13 2. 小問(2)

14 弁護士Qは、「Bが、Yに対し、時効完成後の令和7年12月25日、貸金返還債務につ  
15 いて200万円を返済した」との事実を理由として時効の利益の放棄(民法146条参照)又  
16 は時効援用権の喪失があったとする主張について、再々抗弁として主張自体失当であると  
17 考えた。理由は次のとおりである。

18 確かに、【Yの相談内容】(b)に関する抗弁(民法94条2項類推適用による抵当権の取  
19 得)が成立する場合、Yは、Xを所有者、Bを債務者とする抵当権を取得することになる  
20 から、Xは物上保証人に準ずる地位を有することとなる。そうすると、Bの消滅時効完成  
21 後の債務弁済が時効の利益の放棄又は時効援用権の喪失事由に当たる場合には、Xが被担  
22 保債権の消滅時効を援用することは、担保権の付従性や民法396条の趣旨に反するものと



1 して、許されないことになりそうである。

2 そして、消滅時効完成後の債務弁済の事実、消滅時効完成後の債務の承認であり、債  
3 務者が消滅時効の完成を知りながらこれを行ったのであれば、時効の利益の放棄に当たる。

4 しかし、時効の利益の放棄は、放棄をした者とその相手方の間においてのみその効力を  
5 有するから、債務者が時効の利益を放棄しても、その効果は物上保証人には及ばないと解  
6 されている。

7 また、消滅時効完成後の債務の承認は、債務者が消滅時効の完成を知っていたか否かに  
8 かかわらず、信義則上、時効援用権の喪失事由に当たると解されている。しかし、これは  
9 信義則による一身専属的なものにすぎないから、債務者が消滅時効完成後の債務の承認に  
10 より時効援用権を喪失しても、物上保証人は時効援用権を喪失しないと解されている。

11 そうすると、Bによる消滅時効完成後の債務弁済が時効の利益の放棄又は時効援用権の  
12 喪失のいずれに当たるか否かにかかわらず、Xは、消滅時効を援用することができる。

13 したがって、Bによる消滅時効完成後の債務弁済の事実、Xの消滅時効の援用を否定  
14 する理由とならないのである。

#### 15 設問4

16 1. 本件預金通帳から、令和2年5月20日にXがAの銀行預金口座宛に500万円を送金し  
17 た事実を認定できる。そして、この事実は、その金額がAX間の売買契約における代金額  
18 と一致する上に、送金時期もXがAに売買代金を支払ったと主張する時期と一致するこ  
19 とから、Xが請求原因として主張する「XがAから甲土地を500万円を買った事実」と極  
20 めて強く符合する。このことに、500万円もの高額な送金は当事者間に何らかの契約関係  
21 がなければ通常なされないものであることと、AX間では甲土地の売買契約以外に500万  
22 円の送金の原因が見当たらないことから、本件預金通帳から認定される送金の事実から、

- 1 XがAから甲土地を500万円買った事実が認められる。
- 2 この点につき、Bは、BがAから甲土地を買い、Xに売買代金を立て替えてもらったと  
3 供述している。しかし、Xの上記送金から5年以上経過したにもかかわらず、YはXに一  
4 円も立替金を返還していないし、XはYに対して立替金の返還の催促すらしていない。こ  
5 のことに、BX間において立替金の返還の時期・方法について合意があったとの事実も認  
6 められないことも考慮すると、Bの上記供述は信用できない。
- 7 2. 確かに、甲土地の所有権移転登記がB名義となっているところ、登記名義人と所有者と  
8 は一致するのが通常である。しかし、この点について、Xは、「甲土地の付近に居住し、料亭  
9 を営み地元でも顔が広いBを所有名義人とした方が、建物建築のための地元の金融機関か  
10 らの融資が円滑に進むだろうと考え、AやBの了解を得て、B名義で所有権移転登記を経  
11 由することにしました。」と供述している。このXの供述は、それ自体として合理的な内  
12 容であるし、事後的な事情の変更により自宅建築を見合わせることにしたために金融機関  
13 から融資を受けなかったとの説明とも整合するから、信用できる。したがって、甲土地の  
14 所有権移転登記がB名義であることは、AX売買の事実を認定する妨げとならない。
- 15 3. また、不動産の所有者がその固定資産税を納付するのが通常であるところ、本件領収書  
16 から令和3年から令和7年までの間、Bが甲土地の固定資産税を納付していた事実を認定  
17 できそうである。しかし、納付の有無に関するBの曖昧な供述は信用できない一方で、「甲  
18 土地は、登記上は、Bが所有者であり、Bに固定資産税の納付書が届くので、私は、Bか  
19 ら納付書をもって固定資産税を納付していました。」とのXの供述は合理的であり信用  
20 できる。したがって、本件領収書からBが固定資産税を納付していた事実を認定すること  
21 はできないから、本件領収書はAX売買の事実を認定する妨げとならない。
- 22 4. 以上より、XがAから甲土地を500万円買った事実が認められる。 以上