

不動産鑑定士論文式試験

平成25年 本試験問題一 民法

〔問題1〕（50点）

Aは、自己が経営するB社の事業資金を調達するため、Bの名においてC信用金庫から5,000万円の融資を受けることとしたが、CのBに対する本件貸金債権の担保として、Aの父親であるDが所有する甲不動産につき、Dに無断でCのために本件抵当権を設定し、その旨の登記が経由された。本件抵当権設定の経緯は、次のとおりである。Aは、かねてよりDが甲不動産を他に賃貸するに際してその管理を任されており、その事務処理のためにDから同人の実印及び印鑑証明在書びに甲不動産の登記済証の交付を受けて保持していたが、Aは、これらを利用してCに対する担保の提供を行うことを考え、さらに、Dの委任状を偽造した上で、Dの代理人と称して上記の実印及び書類一式をCの融資担当者であるEに示し、本件抵当権設定契約の締結に及んでいた。Eは、Aと取引するのはこれが初めてのことであったが、Aから提示されたDの実印、印鑑証明書及び甲不動産の登記済証並びに委任状を確認して、Aに本件抵当権設定のための代理権ありと信じるに至り、Aから「現在、Dは、いろいろと取り込んでいて電話に出られない状況にあるから連絡は控えてほしい。」と頼まれたため、それ以上に直接Dに対して意思確認を行うなどの措置を講じてはいなかった。その後、Bは経営不振により本件貸金債権の弁済ができなくなるに至った。上記の事実を前提として、次の設問(1)及び(2)につきそれぞれ論述しなさい。なお、各設問は独立した別個の間である。

- (1) Cは、本件抵当権の実行を裁判所に申し立てた。Dは、その実行を阻止したいと考えているが、Cに対していかなる法的根拠に基づいてどのような主張をすべきか。これに対してCがなし得る反論を踏まえながら、その可否について論じなさい。
- (2) 本件抵当権設定の事実気づいたDがCに対して異議を唱えたため、Cは、本件抵当権を実行せずにAに対して責任を追及することとした。Cは、Aに対していかなる法的根拠に基づいてどのような請求をすることができるか。これに対してAがなし得る反論を踏まえながら、その可否について論じなさい。

（参考）民法（抜粋）

（権限外の行為の表見代理）

第110条 前条本文の規定は、代理人がその権限外の行為をした場合において、第三者が代理人の権限があると信ずべき正当な理自があるときについて準用する。

（無権代理）

第113条 代理権を有しない者が他人の代理人としてした契約は、本人がその追認をしなければ、本人に対してその効力を生じない。

- 2 追認又はその拒絶は、相手方に対してしなければ、その相手方に対抗することかできない。ただし、相手方かその事実を知ったときは、この限りでない。

（無権代理人の責任）

第117条 他人の代理人として契約をした者は、自己の代理権を証明することができず、かつ、本人の追認を得ることができなかったときは、相手方の選択に従い、相手方に対して履行又は損害賠償の責任を負う。

- 2 前項の規定は、他人の代理人として契約をした者が代理権を有しないことを相手方が知っていたとき、若しくは過失によって知らなかったとき、又は他人の代理人として契約をした者が行為能力を有しなかったときは、適用しない。

【解答例】

一、小問(1)について

1. Aは、Dに無断で、Dの代理人として本件抵当権設定契約を締結している。そこで、Dとしては、抵当権の実行を阻止するために、無権代理を理由に、本件抵当権設定契約の効果は自己に帰属しないと主張すべきである(113条1項)。

2. (1) これに対して、Cとしては、Dが、かねてより甲不動産を他に賃貸するに際してAにその管理を任せていることから、その権限を基本代理権として110条の表見代理が成立し、Dは、Aがなした本件抵当権設定契約について、その責任を負うとの反論をなすことが考えられる。

110条の成立要件としては、①基本代理権の存在、②権限外の行為、③第三者の「正当な理由」が必要である。

- (2) まず、Aは、かねてよりDから甲不動産の管理を任されているのだから、Aには事実行為に関する権限が認められる。そこで、事実行為に関する権限が、110条の基本代理権となるか問題となる。

思うに、代理制度は代理人のなした法律行為の効果を本人に帰属させるものであり、表見代理制度がそのような代理制度に対する信頼を保護するものであることに鑑みるならば、基本代理権は少なくとも私法上の法律行為に関する権限であることを要すると解する。

従って、事実行為に関する権限は、110条の基本代理権とはならない。

- (3) ところで、Aは、甲不動産の事務処理のためにDから同人の実印及び印鑑証明在並びに甲不動産の登記済証の交付を受けて保持していた。これらの書類等は、Aが、甲不動産の清掃等、管理についての事実行為のみを任されていたとするならば、必要ないものである。とするならば、DはAに、甲不動産の管理に関して、事実行為のみならず何らかの法律行為を行なう権限も授与していたと認定するのが妥当である。

そうすると、本問の場合、①基本代理権の存在、②権限外の行為の要件を満たす。

- (4) そこで、次に、③第三者に「正当な理由」が認められるかが問題となる。

そもそも、110条の「正当な理由」とは第三者が代理権の不存在について善意・無過失であることを意味する。そして、「正当な理由」の判断は具体的事情から総合的に判断されなければならない。

Cの融資担当者であるEは、Aに本件抵当権設定のための代理権ありと信じたというのだから、善意である。そこで、Aから提示されたDの実印、印鑑証明書及び甲不動産の登記済証並びに委任状を確認して、Aに代理権ありと信じるに至ったことをもって、無過失と認定できるかが問題となる。

確かに、Eは、Aから「現在、Dは、いろいろと取り込んでいて電話に出られない状況にあるから連絡は控えてほしい。」と頼まれたため、直接Dに対して意思確認を行うなどの措置を講じなかったというのだから、無過失を認定してよいとも思われる。しかし、Cが金融機

関であり、Eがその融資担当者であることに鑑みるならば、金融取引の専門家としての注意深さが要求されてしかるべきだから、本人Dの意思確認を怠っている以上、Cには過失があるというべきである。従って、110条の表見代理は成立しない。

3. 以上より、Dは、無権代理を理由に、本件抵当権設定契約の効果は自己に帰属しないと主張して、抵当権の実行を阻止できる。

二. 小問(2)について

1. AがDに無断でDの代理人としてなした本件抵当権設定契約は無権代理行為だから、Cとしては、Aに対して無権代理人の責任を主張して、本件貸金相当額の損害賠償を請求することが考えられる(117条1項)。
2. これに対して、Aとしては、110条の表見代理の成立を主張して、表見代理が成立する場合には、Cは所期の目的を達成しうるから、自分は無権代理人の責任を負わない旨反論することが考えられる。

私は、表見代理が成立する場合であっても、相手方は無権代理人に対して無権代理人の責任を追及できると解する。なぜなら、表見代理も無権代理の一種である以上、表見代理が成立しても無権代理であることに変わりはないからである。また、表見代理制度は相手方保護の制度であって、無権代理人の責任を軽減する制度ではないから、無権代理人に表見代理の成立を理由に117条の責任を問えないと抗弁させることは、表見代理の制度趣旨に反し、妥当でないからである。

従って、表見代理が成立するとの反論は、Aの無権代理人の責任を否定する根拠とはなりえない。

3. また、Aとしては、無権代理人の責任は、第三者が無過失の場合に限り認められるとして、小問(1)で検討したようにCに過失が認められる以上、無権代理人の責任は成立しないと反論することが考えられる。そこで、117条2項の「過失」の意味が問題となる。

この点、同条項の「過失」に軽過失を含むと解すると、過失ある相手方は表見代理の主張のみならず無権代理人の責任も追及できなくなるから、重過失に限定すべきとの見解もある。しかし、無権代理人に代理権がないことにつき過失がある相手方は、無権代理人に無過失責任を負わせてまで保護する必要はない。従って、同条項の「過失」とは、文言通り、軽過失を含むものと解する。

従って、Cに過失が認められる以上、Aに無権代理人の責任は成立しない。

4. 以上より、Cの過失によりAに無権代理人の責任が成立しない旨の反論は妥当だから、Cは、Aに対して無権代理人の責任を主張して、本件貸金相当額の損害賠償を請求することはできない。

〔問題2〕（50点）

2012年5月、Aが死亡し、その子B及びCがA所有の甲不動産を各自持分2分の1の割合で相続した。以上を前提に、相互に独立した次の問に答えなさい。なお、解答に際して、下記の参照条文のすべてに言及する必要があるとは限らない。

(1) 2012年6月、Aの弟Dは、甲不動産をBから購入する契約を締結し、その代金の全額をBに支払った。2013年1月、Cがこの契約に異議を唱えたので、同年5月、Dは、自らCと交渉して甲不動産に関するCの持分をCから直接買い取った。その上で、同年7月、Dは、Bに対し、上記買取代金相当額の賠償を求めた。Dの損害賠償請求が認められるか、次の①及び②のそれぞれの場合につき論じなさい。

① Dは、「Bが甲不動産を単独所有する形で遺産分割協議は既にまとまった」とBから聞かされ、甲不動産がBの単独所有であると過失なく信じて甲不動産の売買契約をBと締結したが、その後、2013年1月にCから異議が唱えられ、Bの言葉に反して今なお遺産分割協議が未了であることを初めて認識した場合

② Dは、遺産分割協議が未了であることを知っていたが、「Bが甲不動産を単独所有する形でもうすぐ遺産分割協議はまとまる」とのBの言葉を信じて甲不動産の売買契約をBと締結したところ、その後、2013年1月にCから異議が唱えられ、甲不動産がBの言葉に反して今なお遺産分割の対象であると改めて認識した場合

(2) 甲不動産は、Aの生前からFに賃貸されており、Aの死亡後、Bが今日に至るまでその賃料のすべてをFから収受している。2013年7月、遺産分割手続きを経て、甲不動産が最終的にCの単独所有となったことから、Cは、Bに対し、BがこれまでFから得た賃料の全額の返還を求めた。かかるCの請求は認められるか論じなさい。

（参考）民法（抜粋）

（債権等の消滅時効）

第167条 債権は、十年間行使しないときは、消滅する。

2 債権又は所有権以外の財産権は、二十年間行使しないときは、消滅する。

（債務不履行による損害賠償）

第415条 債務者がその債務の本旨に従った履行をしないときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。債務者の責めに帰すべき事由によって履行をすることができなくなったときも、同様とする。

（分割債権及び分割債務）

第427条 数人の債権者又は債務者がある場合において、別段の意思表示がないときは、各債権者又は各債務者は、それぞれ等しい割合で権利を有し、又は義務を負う。

（不可分債権）

第428条 債権の目的がその性質上又は当事者の意思表示によって不可分である場合において、数人の債権者があるときは、各債権者はすべての債権者のために履行を請求し、債務者はすべての債権者のために各債権者に対して履行をすることができる。

（権利の一部が他人に属する場合における売主の担保責任）

第563条 売買の目的である権利の一部が他人に属することにより、売主がこれを買主に移転することができないときは、買主は、その不足する部分の割合に応じて代金の減額を請求することができる。

2 前項の場合において、残存する部分のみであれば買主がこれを買い受けなかったときは、善意の買主は、契約の解除をすることができる。

3 代金減額の請求又は契約の解除は、善意の買主が損害賠償の請求をすることを妨げない。

第 564 条 前条の規定による権利は、買主が善意であったときは事実を知った時から、悪意であったときは契約の時から、それぞれ一年以内に行使しなければならない。

(不当利得の返還義務)

第 703 条 法律上の原因なく他人の財産又は労務によって利益を受け、そのために他人に損失を及ぼした者（以下この章において「受益者」という。）は、その利益の存する限度において、これを返還する義務を負う。

(遺産の分割の基準)

第 906 条 遺産の分割は、遺産に属する物又は権利の種類及び性質、各相続人の年齢、職業、心身の状態及び生活の状況その他一切の事情を考慮してこれをする。

(遺産の分割の効力)

第 909 条 遺産の分割は、相続開始の時にさかのぼってその効力を生ずる。ただし、第三者の権利を害することはできない。

【解答例】

一. 小問(1) ①について

1. Aの子であるB・Cが甲不動産を各自持分2分の1の割合で相続しているから、甲不動産はB・Cの共有となっている(898条)。しかし、Bは、Dに対して、甲不動産をCの持分も含めて売却していることから、権利の一部が他人に属する場合における売主の担保責任(563条)を負うかが問題となる。

思うに、563条は、売買の有償性に鑑み、当事者間の公平を図る見地から、買主を保護するために、売主は無過失責任である法定責任としての担保責任を負わせた規定である。そうであるならば、売主が目的である権利の一部を買主に移転しえないことが、買主の責めに帰すべき事由に基づくときは、売主は無過失の担保責任を負わせてまで買主を保護する必要はないから、563条は適用されないと解する。

そこで、DがCから甲不動産に関するCの持分を買い取ることによって、目的である権利の一部の移転が不能になっているから、Dには、帰責事由が認められ、Bは担保責任を負わないと思われる。

しかし、本問の場合には、Cが甲不動産の売買契約に異議を唱えていることから、社会通念上、売主が権利者から権利を取得して買主に移転することを期待し得ないと認められ、DがCから甲不動産に関するCの持分を買い取ったことは、信義則上やむをえないものというべきであり、買主には帰責事由は認められないと考える。

従って、原則通り、BはDに対して、563条の担保責任を負う。

2. 次に、DがBに対し、買取代金相当額の損害賠償を求めていることから、担保責任における損

害賠償の範囲が問題となる。

前述したように、担保責任は、無過失の法定責任であることから、損害賠償の範囲は、信託利益にとどまると考える。

そうすると、買取代金相当額がBとの売買におけるCの持分の対価相当額の範囲内である場合には、DのBに対する買取代金相当額の賠償請求は、信託利益の賠償請求と認められるから、563条に基づくDの損害賠償請求は認められる。しかし、買取代金相当額が上記対価相当額を上回っている場合には、履行利益の賠償請求となるから、Dの損害賠償請求は認められない。

3. ところで、他人物売買も有効であるから、甲不動産をDに売却したBは、甲不動産に関するCの持分を取得して、自己の持分とともに、Dに移転する義務を負う（560条）。従って、Bが自己の帰責事由によって、Dに甲不動産の所有権移転ができないときには、BはDに対して、債務不履行責任を負う（415条）。よって、債務不履行責任に基づき損害賠償請求する場合には、DのBに対する買取代金相当額の賠償請求は、買取代金相当額が上記対価相当額を上回っているか否かにかかわらず、債務不履行と相当因果関係がある損害の賠償請求と認められるから、この請求は認められる。
4. なお、563条を根拠としても、また、415条を根拠としても損害賠償請求が認められる場合には、買主はいずれをも任意に選択して損害賠償を請求できると解する。なぜなら、民法がそれぞれについて別個に要件・効果を規定している以上、買主保護の観点から、いずれの主張も許されるべきだからである。

二. 小問(1)②について

1. Dは、甲不動産の2分の1については他人の物であることを知っており、悪意だから、担保責任に基づく損害賠償請求はできない（563条3項）。
2. しかし、小問(1)①で論じたように、Bに帰責事由がある場合には、Bは、債務不履行責任を負うから、DのBに対する買取代金相当額の損害賠償請求は認められる。

なお、権利の一部が他人に属する場合における売主の担保責任については、悪意の買主は契約の時から1年以内に行使しなければならないという除斥期間の定めがあるが（564条）、債務不履行責任に基づく損害賠償請求権は、売買契約上の債権であるから、民法167条1項にいう「債権」にあたり、10年の消滅時効にかかるが、担保責任とは異なる制度に基づく権利である以上、上記除斥期間の制限には服さないと考える。

三. 小問(2)について

甲不動産は、Aの死亡により、一旦B・Cの共有となるが、遺産分割には遡及効が認められているから（909条本文）、遺産分割により相続開始の時にさかのぼって、Cに帰属することになる。そこで、Cは、甲不動産の法定果実である賃料もまた相続開始の時にさかのぼって自己に帰属するとして、Bに対し、Bがこれまで賃借人Fから得た賃料の全額の返還を請求できるかが問題となる。

思うに、遺産は、相続人が数人あるときは、相続開始から遺産分割までの間、共同相続人の共有

この解答・解説の著作権はTAC（株）のものであり，無断転載・転用を禁じます

に属するものであるから，この間に遺産である賃貸不動産から生じる金銭債権たる賃料債権は，遺産とは別個の財産というべきであって，各共同相続人がその相続分に応じて分割単独債権として確定的に取得するものと解すべきである。そうすると，遺産分割は相続開始の時にさかのぼってその効力を生じるものではあるが，各共同相続人がその相続分に応じて分割単独債権として確定的に取得した賃料債権の帰属は，後にされた遺産分割の影響を受けないものというべきである。

従って，相続開始後遺産分割までに発生した甲不動産の賃料債権は，B・Cが各自2分の1ずつの割合で取得する。

よって，CはBに対して，不当利得返還請求権（703条）に基づき，BがこれまでFから得た賃料の2分の1の返還を求めることはできるが，全額の返還請求は認められない。