

不動産鑑定士論文式試験

平成28年 本試験問題一 民法

〔問題 1〕（50点）

Aは、Bとの間で、自己の所有する土地の上に、Bに建物を建築してもらう旨の請負契約を締結した。Bは建築工事を行って建物（以下「甲建物」という。）を完成させ、甲建物をAに引き渡し、Aから報酬の支払を受けた。ところが、甲建物は、建築工事におけるBの不注意により、建築法令が要求する構造上の最低基準を満たしておらず、建物としての安全性を欠く状態（以下「本件状態」という。）になっている。Aは本件状態を知らず、知らないことにつき過失もない。

以上の事実を前提として、次の設問(1)及び(2)のそれぞれに答えなさい。なお、各設問は独立した別個の間である。また、住宅の品質確保の促進等に関する法律の適用については考慮する必要はない。

(1) Aが甲建物の引渡しを受けてから3年後、甲建物に本件状態が生じていることが判明した。この場合において、Aは、Bに対し、建築法令が要求する構造上の最低基準を満たすための補修工事を実施せよ、あるいは、そのための補修工事の費用相当額を支払えと請求することができるか、論じなさい。

(2) 甲建物の引渡しを受けてから8年後、Aは、Cとの間で、甲建物をAがCに売却する旨の売買契約（以下「本件売買契約」という。）を結び、甲建物をCに引き渡し、Cから代金の支払を受けた。その半年後、甲建物に本件状態が生じていることが判明した。Cは本件売買契約の当時、本件状態を知らず、知らないことにつき過失もなかった。この場合において、①Cは、Aに対し、建築法令が要求する構造上の最低基準を満たすための補修工事を実施せよ、あるいは、そのための補修工事の費用相当額を支払えと請求することができるか。また、②Cは、Bに対し、どのような請求をすることができるか。それぞれについて論じなさい。

（参考） 民法（抜粋）

（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。

（損害賠償の範囲）

第416条 債務の不履行に対する損害賠償の請求は、これによって通常生ずべき損害の賠償をさせることをその目的とする。

2 特別の事情によって生じた損害であっても、当事者がその事情を予見し、又は予見することがで

きたときは、債権者は、その賠償を請求することができる。

（地上権等がある場合等における売主の担保責任）

第566条 売買の目的物が地上権、永小作権、地役権、留置権又は質権の目的である場合において、買主がこれを知らず、かつ、そのために契約をした目的を達することができないときは、買主は、契約の解除をすることができる。この場合において、契約の解除をすることができないときは、損害賠償の請求のみをすることができる。

2 前項の規定は、売買の目的である不動産のために存すると称した地役権が存しなかった場合及びその不動産について登記をした賃貸借があった場合について準用する。

3 前二項の場合において、契約の解除又は損害賠償の請求は、買主が事実を知った時から一年以内にしなければならない。

（売主の瑕疵担保責任）

第570条 売買の目的物に隠れた瑕疵があったときは、第566条の規定を準用する。ただし、強制競売の場合は、この限りでない。

（請負人の担保責任）

第634条 仕事の目的物に瑕疵があるときは、注文者は、請負人に対し、相当の期間を定めて、その瑕疵の修補を請求することができる。ただし、瑕疵が重要でない場合において、その修補に過分の費用を要するときは、この限りでない。

2 注文者は、瑕疵の修補に代えて、又はその修補とともに、損害賠償の請求をすることができる。

（以下略）

（不法行為による損害賠償）

第709条 故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う。

【解答例】

一．小問(1)について

1. 甲建物は本件状態になっており、建物として通常有すべき品質・性能を欠いているから「瑕疵」がある。そこで、まず、Aとしては、Bに対して、請負人の担保責任を追及することが考えられる(634条)。

ところで、土地工作物の請負人の担保責任の存続期間は、引渡しの後、非堅固建物の場合は5年間、堅固建物の場合は10年間と定められている(638条1項)。甲建物が堅固建物、非堅固建物のいずれであるか不明であるが、本件状態が判明した時点ではその存続期間は経過していない。従って、その存続期間内であれば、Aは、Bに対して、請負人の担保責任を追及できる。

そして、本件状態は瑕疵が重要でない場合にはあたらないから、Aは、請負人の担保責任に基づく瑕疵修補の請求として、建築法令が要求する構造上の最低基準を満たすための補修工事を実施せよと請求することができる。あるいは、修補に代わる損害賠償請求として、補修工事の費用相当額を支払えと請求することができる。

2. 次に、Bの不注意、すなわち、過失により本件状態が生じ、Bの甲建物完成義務の不履行となっていることから、Aとしては、Bに対して、債務不履行責任に基づく損害賠償請求として(415条)、補修工事の費用相当額を支払えと請求することが考えられる。

思うに、請負契約における仕事完成義務は、瑕疵のない仕事を完成する義務であるから、仕事の結果に瑕疵がある場合には、仕事完成義務の不履行となる。従って、請負人の担保責任は債務不履行責任の特則であるから、仕事完成後は、請負人の担保責任の規定のみが適用され、債務不履行責任の規定は適用されない。よって、甲建物が完成している本問では、AはBに対し、債務不履行責任を追及することができないから、債務不履行責任に基づいて補修工事の費用相当額を支払えと請求することはできない。

3. さらに、Aとしては、Bに対して瑕疵による財産権侵害を理由として、不法行為責任に基づく損害賠償請求として(709条)、補修工事の費用相当額を支払えと請求することが考えられる。

思うに、請負人の担保責任が成立する場合、常に不法行為責任が成立するわけではないから、請負人の担保責任を不法行為責任の特則とみることはできない。また、実際に、請負人の担保責任と不法行為責任は、過失の要否、責任の存続期間等その要件・効果を異にしているから、被害者保護の観点から、瑕疵担保責任と不法行為責任との競合を認める必要もある。

よって、本問の場合、不法行為責任の成立要件を満たしているから、AはBに対して不法行為責任に基づいて補修工事の費用相当額を支払えと請求できる。

二．小問(2)①について

1. A・C間の売買契約は、個性のある甲建物を目的とするものだから、特定物売買である。そして、本件状態は「瑕疵」にあたり、また、Cは本件売買契約の当時、本件状態を知らず、知らないことに過失もなかったのだから、この瑕疵は「隠れた」瑕疵と認められる。従って、本件状

態が判明してから1年以内であれば、CはAに対して、売主の瑕疵担保責任を追及できる(570条・566条1項、3項)。

2. そして、売主の瑕疵担保責任では、損害賠償の請求が認められているから、CはAに対して、この損害賠償請求として、補修工事の費用相当額を支払えと請求することができる。
3. また、端的に、CがAに対して、売主の瑕疵担保責任に基づいて、建築法令が要求する構造上の最低基準を満たすための修補工事を実施せよと請求できないかが問題となる。この問題は、売主の瑕疵担保責任に瑕疵修補請求権が認められるか否かによる。

そもそも、瑕疵修補請求権は、追完請求権であるから、「瑕疵なき状態での給付義務」を売主が負っていることを前提としている。

しかし、特定物売買では、目的物に原始的瑕疵があっても、売主はそれを履行期の現状で引渡せば債務の本旨に従った履行をしたことになり(483条)、債務不履行責任(415条)を負わない。従って、特定物の売主は、「瑕疵なき状態での給付義務」を負っていない。

よって、売主の瑕疵担保責任に瑕疵修補請求権は認められないから、CはAに対して、建築法令が要求する構造上の最低基準を満たすための補修工事を実施せよと請求できない。

4. さらに、CがAに対して、債務不履行責任または不法行為責任に基づく損害賠償請求として、補修工事の費用相当額を支払えと請求することも問題となる。

本問の場合、甲建物の本件状態は、Bの不注意により発生したものであって、しかも、Aは本件状態について、善意・無過失で甲建物をCに売却しているから、いずれに関してもAには過失が認められない。従って、Aは、過失の存在を成立要件とする債務不履行責任も不法行為責任も負わない。

よって、CはAに対して、債務不履行責任または不法行為責任に基づき、補修工事の費用相当額を支払えと請求することはできない。

三. 小問(2)②について

1. 甲建物が堅固建物の場合には、請負人の担保責任が存続していることから、CがBに対して、この担保責任を追及できるかが問題となる。

請負人に対して担保責任を追及できる権利(以下、「本件権利」という。)は、請負契約における注文者たる地位に基づいて認められるものである。従って、請負契約の当事者でないCに本件権利が認められるには、Cが注文者たる地位を承継している必要がある。そこで、契約上の地位を移転するための要件が問題となる。

思うに、契約は、契約当事者間においてその人的信頼関係の下に締結されるから、契約上の地位を移転するためには、契約の一方当事者と譲受人との間の契約のみならず、他方当事者の承諾が必要と解すべきである。

本問の場合、A・C間において甲建物の売買契約がなされているが、この売買契約をもって、当然に注文者の地位を移転する合意もあったと認めることはできないし、また、Bの承諾も認め

られないから、Cは注文者たる地位をAから承継していない。

従って、CはBに対して請負人の担保責任を追及できない。

2. しかし、Cとしては、Bに対して、本件状態による財産権侵害を理由とする不法行為責任を追及できるかではないかが問題となる。

ところで、建物は、そこに居住する者、そこで働く者、そこを訪問する者等の様々な者によって利用されるとともに、当該建物の周辺には他の建物や道路等が存在しているから、建物は、これらの建物利用人や隣人、通行人等（以下、併せて「居住者等」という。）の生命、身体または財産を危険にさらすことがないような安全性を備えていなければならず、このような安全性は、建物としての基本的な安全性というべきである。そうすると、建物の建築請負人は、建物の建築にあたり、契約関係にない居住者等に対する関係でも、当該建物に建物としての基本的な安全性が欠けることがないように配慮すべき注意義務を負うと解するのが相当である。そして、請負人がこの義務を怠ったために建築された建物に建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵があり、それにより居住者等の生命、身体または財産が侵害された場合には、請負人は、不法行為の成立を主張する者が当該瑕疵の存在を知りながらこれを前提として当該建物を買受けていたなど特段の事情がない限り、これによって生じた損害について不法行為に基づく賠償責任を負うというべきである。そして、居住者等が当該建物の注文者からその譲渡を受けた者であっても異なるところはない。

そうすると、Bが請負人として負う義務を怠ったため建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵、すなわち、本件状態が甲建物にはあり、また、特段の事情もないから、BはCに対して不法行為責任を負う。

よって、Cは、本件状態を知ってから3年以内であれば（724条）、Bに対して、不法行為責任に基づき、補修工事の費用相当額等本件状態と相当因果関係のある損害を賠償するよう請求できる。

【解答への道】

小問(1)

請負人の担保責任が成立することを指摘した上で、瑕疵修補の請求として、補修工事の請求ができ、また、修補に変わる損害賠償請求として、補修工事の費用相当額の支払請求ができることを論じることになる。

また、債務不履行責任あるいは不法行為責任に基づく損害賠償請求として、補修工事の費用相当額の支払請求ができるかも問題となる。これらの問題は、請負人の担保責任との関係をどう解するかに関わるので、両者の関係に関する考えを示した上で、結論を示す必要がある。ただ、本問は論点が多いので、これらの問題については、省略してもよからう。

小問(2)①

売主の瑕疵担保責任が問題となる。そこで、まず、「隠れた」「瑕疵」という成立要件を満たすことを指摘した上で、その責任追及として、補修工事の請求、あるいは、補修工事の費用相当額の請求ができるか検討することになる。これらの問題は、いずれも売主の瑕疵担保責任の法的性質をどう考えるかに関係する。

修補工事の請求では、売主が「瑕疵なき状態での給付義務」を負っているか、換言すれば、原始的瑕疵がある物の給付が債務不履行になるか否かが問題となる。

また、補修工事の費用相当額の請求では、瑕疵担保責任における損害賠償の範囲が問題となる。ただ、争いもあるが、補修工事の費用相当額の損害賠償を信頼利益の賠償請求と考える場合には、法定責任説と債務不履行責任説のいずれの立場であっても、結論は変わらないので、ここでは、売主の瑕疵担保責任の法的責任論を論じなくても足りよう。

小問(2)②

まず、建物を注文者から購入した者が、請負人に対して請負人の担保請求を請求できるかが問題となる。ただ、本問の場合には、担保責任が消滅している可能性もあるので、この問題についても省略してよいと思う。ただ、論じる場合には、担保責任の存続期間にも配慮した論述が必要である。

また、不法行為責任の成否が問題となる。これについては、最高裁判所平成19年7月6日の判例があるので、これを意識した論述、つまり、どのような場合に不法行為責任が認められるかについての具体的な論述が要求されよう。

I 合格ライン

合格ラインは、6割程度だと思われる。

II 答練との対応関係

小問(1)…総まとめテキスト 問題8(請負人の責任の内容)

〔問題2〕（50点）

Aは甲土地を所有しており、甲土地の所有権登記名義人であった。甲土地の上に建物はなく、Aは甲土地を家庭菜園に利用している。以上の事実関係を前提にして、次の設問(1)及び(2)のそれぞれに答えなさい。なお、各設問は独立した別個の間である。

(1) Aと同居していた子Bは、甲土地につき所有権移転登記をするために必要な書類をA宅の金庫から無断で持ち出し、また、実際にはAからおおよそいかなる代理権も与えられたことがないにもかかわらず、「甲土地を売却する件につきAはBに代理権を与える」旨のA名義の委任状を勝手に作成し、それにAの実印を無断で押印した。Bは、Aの代理人と名乗ってCにこれらの書類を示し、B・C間で甲土地の売買の交渉が持たれた。この結果、平成28年4月1日に、甲土地についてAからCへの所有権移転登記が経由され、同日、Cは売買代金の全額である1,000万円をBに手渡した。

上記の経緯をAは全く知らなかったところ、Bは平成28年4月15日に交通事故にあって死亡し、Aは単純承認してBを単独で相続することになった。Aは、Bの遺産の整理をしているうちに、甲土地のCへの売却に関する上記の経緯を知るに至った。Aは、甲土地は父祖伝来の土地であるから、少なくとも自分が生きている間は、全くの赤の他人であるCの手に甲土地が渡ってしまうのを見たくない、と考えている。

Cは平成28年8月5日に、Aに対し、甲土地の引渡しを求める訴えを提起した。Cの請求は認められるか、論じなさい。

(2) Aは、平成28年6月1日に、Dに甲土地を売却する旨の契約を締結した。Aは同日、売買代金1,200万円のうちの700万円をDから受領し、甲土地をDに引き渡した。しかし、代金全額が支払われなかったため、Dのための登記手続（仮登記を含む。）は一切なされなかった。

その後Aは、甲土地を担保にして、Eから500万円の融資を受けることにし（利息や遅延損害金の定めはなかったものとする。）、平成28年7月1日に、甲土地につき、Aを抵当権設定者、Eを抵当権者とする抵当権設定登記（以下「本件登記」という。）が経由された。同日、EはAに500万円を貸し渡した。

平成28年8月1日、AはDから残代金500万円を受領した。Dは同日、甲土地の登記記録を確認し、このときに初めて、平成28年7月1日付けで本件登記がすでに経由されていることを知った。

Dは、平成28年8月5日に、Eを被告として、本件登記の抹消登記手続を求める訴えを提起した。このとき、Dの請求は認められるか、次の①と②の2つの場合のそれぞれについて論じなさい。なお、Dはまだ甲土地の所有権の移転登記を得ていないものとする。

① Aが、Eから借りた500万円を未だに全く返済していない場合

② Aが、平成28年8月1日にDから受領した500万円を充当して、Eから借りていた500万円を同日中に完済していた場合

（参考） 民法（抜粋）

（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ができない。ただし，相手方が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。

（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び変更は，不動産登記法（平成16年法律第123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ば，第三者に対抗することができない。

（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。ただし，被相続人の一身に専属したものは，この限りでない。

（単純承認の効力）

第920条 相続人は，単純承認をしたときは，無限に被相続人の権利義務を承継する。

【解答例】

一. 小問(1)について

1. AはBに甲土地売却の代理権を与えていないから、BがAの代理人と名乗ってなした甲土地の売買契約は、無権代理行為である。そして、A名義の委任状がCに示されているが、Bが勝手に作成したものであって、Aの授權表示とは認められず、また、AはBにいかなる代理権も与えたことがないというのだから、表見代理（109条、110条、112条）は成立しない。従って、Aが追認しない限り、本件売買契約の効果はAに帰属しないから（113条1項）、CのAに対する甲土地の引渡請求は認められないのが原則である。
2. その後、無権代理人Bが死亡し、本人AがBを単独相続している。そうすると、Aの下で本人の地位と無権代理人の地位との混同が生じることから（896条）、当該無権代理行為の効力が問題となる。このような地位の混同については、民法に規定がないので、解釈によって決めるほかない。

思うに、相続という偶然の事情によって、被相続人等の法律関係が変わってしまうのは妥当でない。従って、相続により無権代理行為が当然に有効となることはなく、相続人は本人の地位と無権代理人の地位を併有することになると解すべきである。

そして、無権代理に関与していない本人が相続によって不利益を受けるいわれはないから、Aは、本人の地位に基づき無権代理行為の追認拒絶権（113条2項）を有し、かつ、これを行使できると解する。

従って、Aが追認拒絶権を行使すれば、本件売買契約の効果はAに帰属しない。

3. なお、Aが追認拒絶権を行使した場合には、Bは無権代理人の責任（117条1項）を負うから、Aはこの責任を相続することになる。

従って、Cは、その選択に従い、原則として、相続人Aに対して履行または損害賠償の請求ができる。

しかし、履行の目的が特定物の場合には、相続人である本人は、履行の責任を負わないと解する。なぜなら、このように解しないと、本人に追認拒絶権を認めた意味が実質的に失われるからである。また、相手方はもともと目的物を取得できる地位になかったのだから、相続という偶然の事情によって、その取得を認める必要もないからである。

そうすると、履行の目的は甲土地という特定物だから、Aが相続する無権代理人の責任は、損害賠償の責任に限られる。よって、Cは、無権代理人の責任を理由としても、Aに対する甲土地の引渡請求は認められない。

4. 以上より、Aが追認拒絶権を行使すれば、Cの請求は認められない。

二. 小問(2)①について

1. まず、Dが甲土地の所有権を取得しているかが問題となるが、物権変動の意思表示に何らの形式をも要求していない我が民法の下においては（176条）、特段の事情がない限り、債権行為の

効力発生と同時に所有権が移転するとみるのが妥当である。

そうすると、本問では、特段の事情が認められないから、甲土地の売買契約の締結時である平成28年8月5日に、甲土地の所有権はAからDに移転する。

2. しかし、不動産物権変動においては、登記が対抗要件とされているから（177条）、Dが登記を具備していない以上、AD間の甲土地の所有権移転は不完全なものであり、Aは、所有権を完全には失わないから、甲土地に抵当権を有効に設定することが可能であると解する。

そうすると、Aは、Eに対して500万円の借入金債務を負っているから、その債務を担保するために、同年7月1日、甲土地に設定した抵当権は有効に成立する。その後、AはEから借りた500万円を全く返済しておらず、その債務は存続しているから、現在も、抵当権は有効に存続している。

3. そして、甲土地の交換価値を支配する抵当権は、甲土地に対する全面的な支配権である所有権を制限するものであるから、買主Dと抵当権者Eとは、物権取得者同士として、甲土地の物的支配を争う関係にある。従って、DEは、互いに177条の「第三者」にあたる。

ところで、DE間には契約関係が存しないから、本件登記の抹消登記手続を求めるDの請求は、所有権に基づく妨害排除請求権を根拠とするものであり、この請求が認められるためには、DがEに対して甲土地の所有権取得を対抗できなければならない。

そうすると、DにとってEは177条の「第三者」にあたるから、Dは、所有権移転登記を得ていない以上、甲土地の所有権取得をEに対抗できない。

よって、Dの請求は認められない。

三. 小問(2)②について

1. ①と異なり、本問では、AがEに対して借入金500万円を完済しているから、抵当権の被担保債権は目的を達して消滅し、その結果、Eの抵当権も、付従性によって、消滅している。

そこで、このように抵当権が消滅しているEに対しても、Dは、所有権移転登記を得ていないければ、甲土地の所有権取得を対抗できないかが問題となる。

2. 確かに、Eは、甲土地の売買契約の当事者でも、また、その包括承継人でもないから、177条の「第三者」にあたるとも考えられる。

しかし、177条が登記による公示を要求した趣旨は、不動産取引の安全を図ることにあるから、同条の「第三者」とは、登記の欠缺を主張する正当な利益を有するものと解すべきである。

そうすると、無権利者は、物権取得者と当該不動産の物的支配を争う関係になく、登記の欠缺を主張する正当な利益を有しないから、「第三者」にはあたらない。

3. 従って、Eは、無権利者であり、「第三者」にあたらないから、Dは、甲土地の所有権移転登記を得ていないが、Eに対して、甲土地の所有権取得を対抗できる。

よって、Dの請求は認められる。

【解答への道】

小問(1)

Bは、Aから代理権を与えられていないにもかかわらず、Aの代理人と名乗って、甲土地の売買がなされているから、Bの行為は無権代理である。しかし、表見代理が成立する場合には、AはBの無権代理行為の責任を負うから、当然に、Cの請求は認められることになる。そこで、まず、表見代理が成立しないことを論じておく必要がある。

そして、無権代理と相続、すなわち、本人と無権代理人の地位の混同が問題になる。ここでは、相続によって、無権代理行為が当然に有効となるか否かが問題となり、これを否定する場合には、さらに、相続人である本人が追認拒絶権を行使できるか否かが問題となる。

また、Aが追認拒絶権を行使できるとしても、これを行使すると、Bが無権代理の責任を負い、相続人であるAは、この責任を相続することになる。そこで、Cが、この無権代理人の責任をAに追及した場合にも、Cの請求が認められないかについて検討しておかなければならない。

小問(2)①

まず、Dが甲土地の所有権を取得しているか、また、Eが抵当権を取得しているかが問題となる。そして、これらが肯定される場合には、所有者と抵当権者は対抗関係に立つから、DがEに対して所有権を対抗するためには、177条が要求する登記が必要となる。

そうすると、本件登記の抹消登記手続請求が認められるためには、DがEに対して所有権を対抗できなければならないから、Dが登記を具備していなければ、Dの請求は認められないということになる。

小問(2)②

抵当権の被担保債権が全額弁済された場合にも、①と同様に、所有者が抵当権の設定登記の抹消登記手続を請求するために所有権移転登記が必要かという問題である。従って、ここでは、まず、被担保債権全額の弁済により抵当権が消滅するかが問題となる。また、これが肯定される場合には、無権利者が177条の「第三者」にあたるかが問題となるので、177条の「第三者」の意義を明確にした上で、あてはめをすることになる。

I 合格ライン

合格ラインは7割程度だと思われる。

II 答練との対応関係

小問(1)…アクセス α 第2回(無権代理と相続—非当然有効説)