

不動産鑑定士論文式試験

平成27年 本試験問題一 民法

[問題1] (50点)

Aは、Bとの間で、自己の所有する甲土地の上に、Bに2階建ての住宅（以下この間において「本件住宅」という。）を建築してもらう旨の請負契約（以下この間において「本件契約」という。）を締結した。Bは、本件契約に基づき、本件住宅の建築工事を開始した。

以上の事実を前提として、次の設問(1)及び(2)のそれぞれについて答えなさい。なお、各設問は独立した別個の間である。

- (1) Bは、本件契約に基づくAに対する請負代金債権（以下この間において「本件債権」という。）をCに譲渡し、その旨を確定日付のある証書によってAに通知した。その後、資金繰りが悪化したBは、建築工事に必要な材料や人件費を調達できなくなったことから、建築工事の工程が2割程度まで進んだ段階で建築工事を中断した。Aは、Bに対して建築工事を再開するよう何度も催告したが、Bがこれに応じないため、本件契約を解除した。この場合において、Cは、Aに対し、本件債権の履行を請求することができるか。Aからの反論も踏まえつつ論じなさい。
- (2) 本件住宅は完成し、Bから引渡しを受けたAは、本件住宅をDに賃貸し、Dにこれを引き渡した。その後、近隣の河川が氾濫したために、本件住宅の1階部分が浸水して使用することができない状態になり、この状態が1か月にわたり続いている。この場合において、①Dは、Aに対し、本件住宅の1階部分を使用可能な状態にするよう請求することができるか。また、②Aは、Dに対し、この1か月について賃料全額の支払を請求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）

(指名債権の譲渡の対抗要件)

第467条 指名債権の譲渡は、譲渡人が債務者に通知をし、又は債務者が承諾をしなければ、債務者その他の第三者に対抗することができない。

2 前項の通知又は承諾は、確定日付のある証書によってしなければ、債務者以外の第三者に対抗することができない。

(指名債権の譲渡における債務者の抗弁)

第468条 債権者が異議をとどめないで前条の承諾をしたときは、譲渡人に対抗することができた事由があっても、これをもって譲受人に対抗することができない。この場合において、債務者がその

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

債務を消滅させるために譲渡人に払い渡したものがあるときはこれを取り戻し、譲渡人に対して負担した債務があるときはこれを成立しないものとみなすことができる。

2 譲渡人が譲渡の通知をしたにとどまるときは、債務者は、その通知を受けるまでに譲渡人に対して生じた事由をもって譲受人に対抗することができる。

（同時履行の抗弁）

第 533 条 双務契約の当事者の一方は、相手方がその債務の履行を提供するまでは、自己の債務の履行を拒むことができる。ただし、相手方の債務が弁済期にないときは、この限りでない。

（債務者の危険負担等）

第 536 条 前二条に規定する場合を除き、当事者双方の責めに帰することができない事由によって債務を履行することができなくなったときは、債務者は、反対給付を受ける権利を有しない。

2 債権者の責めに帰すべき事由によって債務を履行することができなくなったときは、債務者は、反対給付を受ける権利を失わない。この場合において、自己の債務を免れたことによって利益を得たときは、これを債権者に償還しなければならない。

（履行遅滞等による解除権）

第 541 条 当事者の一方がその債務を履行しない場合において、相手方が相当の期間を定めてその履行の催告をし、その期間内に履行がないときは、相手方は、契約の解除をすることができる。

（解除の効果）

第 545 条 当事者の一方がその解除権を行使したときは、各当事者は、その相手方を原状に復させる義務を負う。ただし、第三者の権利を害することはできない。

2 前項本文の場合において、金銭を返還するときは、その受領の時から利息を付さなければならない。

3 解除権の行使は、損害賠償の請求を妨げない。

（賃貸借）

第 601 条 賃貸借は、当事者の一方がある物の使用及び収益を相手方にさせることを約し、相手方がこれに対してその賃料を支払うことを約することによって、その効力を生ずる。

（賃貸物の修繕等）

第 606 条 賃貸人は、賃貸物の使用及び収益に必要な修繕をする義務を負う。

2 賃貸人が賃貸物の保存に必要な行為をしようとするときは、賃借人は、これを拒むことができな

い。

（賃借物の一部滅失による賃料の減額請求等）

第611条 賃借物の一部が賃借人の過失によらないで滅失したときは，賃借人は，その滅失した部分の割合に応じて，賃料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は賃借人が賃借をした目的を達することができないときは，賃借人は，契約の解除をすることができる。

【解答例】

一. 小問(1)について

1. 請負人が請負代金を受領できるのは本件住宅を引き渡した時である(633条)。しかし、請負代金債権は、契約と同時に発生し、また、性質上譲渡を許さないものではないから、本件債権の譲渡は有効である(466条1項本文)。そして、債権の譲渡人Bが、本件債権をCに譲渡した旨、債務者Aに通知しているから、債務者対抗要件も具備している(467条1項)。
2. 一方、建築請負契約においても、建物完成前の債務不履行解除は可能であり、また、Aは、Bに対して建築工事の再開を何度も催告をした上で、Bがこれに応じないため、本件契約を解除しているから、本件契約の解除は有効である(541条)。

そこで、Aとしては、解除により本件債権が消滅したとして、CのAに対する本件債権の履行請求を拒めないかが問題となる。

思うに、解除制度の目的は、主として相手方の債務不履行によって目的を達成できなくなった契約関係を解消して、契約前の状態を回復することにあることから、解除は契約関係の遡及的消滅をもたらすと解する。

従って、解除によって請負契約は遡及的に消滅するから、本件債権は消滅し、請負人は、原則として、既施工部分を除去しなければならない。しかし、これでは請負人に過酷であり、社会・経済的損失も大きい。

そうすると、請負人の過酷な責任と社会・経済的損失を防止するという635条ただし書の趣旨は、債務不履行解除の場合にも妥当するから、工事内容が可分であり、しかも当事者が既施工部分の給付に関して利益を有するときは、特段の事情のない限り、既施工部分についての契約の解除はできず、ただ未施工部分について契約の一部解除ができるにすぎないと解すべきである。

よって、工事内容は可分と解されるから、既施工部分の給付に関し、Aが利益を有しなければ本件債権は全部消滅するが、Aが利益を有するときは既施工部分に対応する本件債権は存続し、未施工部分に対応する本件債権のみが消滅する。

3. 次に、AがCに対して、これら本件債権の消滅を対抗できるかが問題となる。

まず、Cは、Aの本件契約の解除により本件債権を失うことになったのだから、545条1項ただし書による保護を受けることができるのではないかが問題となる。

思うに、545条1項ただし書は、解除の遡及効を制限して第三者の利益を保護する規定と解されるから、同条項の「第三者」とは、解除された契約から生じた法律効果を基礎として、解除時までには新たな利害関係に入った者を意味すると解する。

そうすると、解除によって消滅する債権そのものの譲受人は、譲渡債権者の債権を受け継いだにすぎないから、新たな利害関係に入った者とはいえず、これに含まれない。従って、Cは545条1項ただし書による保護を受けることはできない。

4. また、債務者は、「通知を受けるまでに譲渡人に対して生じた事由」について債権の譲受人に

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

対抗できるが（468条2項）、本件債権の消滅は、本件債権の譲渡通知を受けた後に生じていることから、この抗弁事由にはあらず、従って、債務者Aは本件債権の消滅を譲受人Cに対抗できないのではないかが問題となる。

思うに、いわゆる抗弁事由は、債務者保護の観点から、債権の不成立、取消し・解除による債権の消滅、同時履行の抗弁権など、一切の事由を含み、その抗弁事由発生基礎が通知を受けるまでに存在すれば足りると解すべきである。

そうすると、請負契約は双務契約であり、請負代金債権は請負人の仕事完成義務の不履行を理由とする請負契約の解除により消滅するものであるから、本件債権の譲渡前にすでに仕事完成義務が発生している以上、本件債権の譲渡の通知を受けた後に、Bの本件住宅建築という仕事完成義務が債務不履行となり、Aが本件契約を解除している本問においても、本件債権の消滅という抗弁事由発生基礎は通知を受けるまでに存在していたものというべきである。

従って、本件債権の消滅は、抗弁事由にあたるから、AはCに対して、これを対抗できる。

5. 以上より、既施工部分の給付に関し、Aが利益を有しなければ、CはAに対し、本件債権の全額について履行を請求することができない。しかし、Aが利益を有するときは、既施工部分に対応する本件債権については履行を請求することができるが、未施工部分に対応する本件債権については履行を請求することができない。

二. 小問(2)①について

賃貸人は、賃借人に対して、使用・収益させる義務を負うから（601条）、破損の原因にかかわらず、賃貸目的物の修繕が必要で、かつ可能な場合には、その使用・収益に必要な修繕をなす義務を負うと解する（606条1項）。

そうすると、本件1階部分が浸水して使用できない状態にあるから、修繕の必要性は認められる。また、2階部分の使用が可能な状態にあるのであれば、物理的・技術的には、1階部分の修繕は可能と思われる。しかし、賃料額に比較してその修繕に過分の費用を要するときは、修繕は不能と解すべきである。なぜなら、賃貸人による修繕義務の負担は、経済的にみれば、その費用を賃貸人が賃料の收取によってまかなうことを前提としているから、賃料額に比較して過分の費用を要する修繕も全て賃貸人の義務とすることは、当事者間の経済的公平に反するからである。

よって、原則として、Dは、Aに対し、本件住宅の1階部分を使用可能な状態にするよう請求することができる。しかし、賃料額に比較してその修繕に過分の費用を有するときは、Dは、Aに対し、本件住宅の1階部分を使用可能な状態にするよう請求することはできない。

三. 小問(2)②について

当事者双方の責めに帰することができない事由により、賃貸目的物の一部が滅失し、使用・収益させる義務を履行することができなくなったときには、本来的には、危険負担の問題となるから、滅失部分に対応する賃料債務は当然に消滅するはずである（536条1項）。しかし、賃貸借については、611条1項が、この危険負担の例外として、賃借人の過失によらないで一部が滅失したとき

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

は、その滅失した部分の割合に応じて、「賃料の減額を請求することができる。」と規定している。従って、賃料債務は、賃貸目的物の一部滅失があっても、当然に減額されるわけではなく、賃借人が減額請求をして初めて減額の効果が生じると解する他ない。なお、同条項が536条1項の例外をなすのは、賃借人の意思表示を待って賃料減額の効果を生じさせるという点にあると解されるから、賃料減額の効果は、一部滅失の時にさかのぼると解すべきである。

本問では、賃借人Dの過失によらない、近隣の河川の氾濫という不可抗力によって、本件住宅の1階部分が使用不能、すなわち、賃貸目的物の一部が滅失しているから、611条1項が適用される場合にあたる。

よって、Dが減額請求を主張しなければ、当然には賃料の減額は生じないから、Aは、Dに対し、この1か月について賃料全額の支払を請求することができる。しかし、Dが減額請求をした場合には、1階部分の使用が不能になったときにさかのぼり、その割合に応じた賃料減額の効果が生じるから、Aは、Dに対し、この1か月について賃料全額の支払を請求することはできない。

【解答への道】

1. 小問(1)について

まず、前提として、本件債権の譲渡が有効で、債務者対抗要件を具備していることを指摘しておく必要がある。そして、建物完成前であるから、債務不履行解除が認められることを論じた上で、建築途中における債務不履行解除の範囲が問題となる。この論点については、昭和56年2月17日の最高裁判決があり、「工事内容が可分であり、しかも当事者が既施工部分に関して利益を有するときは、特段の事情のない限り、既施工部分については契約を解除することができず、ただ、未施工部分について契約の一部解除をすることができるにすぎない」としている。

そして、この解除の範囲を前提として、債権譲渡の通知到達後の解除であることから、解除による債権の消滅について、譲受人が545条1項ただし書の「第三者」として保護を受けるか否かと、468条2項のいわゆる「抗弁事由」として対抗を受けるか否かが問題となるので、それぞれの論点について検討することになる。

2. 小問(2)①について

賃貸人には、賃貸目的物を使用・収益させる義務があり、それに基づき、賃貸人は修繕義務を負っている。しかし、この修繕義務を負うのは修繕が可能な場合に限られる。そして、修繕が可能といえるためには、物理的・技術的に可能であるだけでは足りず、経済合理性をも考慮して、賃料に比較してその修繕に過分の費用を要するときは、修繕は不能と解し、賃貸人は修繕義務を負わないとするのが一般である。

従って、本問の場合には、賃料額・修繕費用が不明であるから、場合分けをして結論を導き出すことが望ましい。

3. 小問(2)②について

611条1項は、「賃料の減額を請求することができる」と規定している。

従って、賃借人の過失によらない賃借物の一部滅失のときは、536条1項の危険負担の規定が適用される場合とは異なり、賃借人が賃料減額請求をしない限り、賃料は減額されない。すなわち、賃借人が賃料減額請求をしない限り、賃貸人は賃料全額の支払を請求できる。

I 合格ライン

小問(1)の545条1項ただし書の「第三者」および468条2項のいわゆる「抗弁事由」に関する論点については、丁寧に書いている必要があると思うので、合格ラインは4割程度と予想する。

[問題 2] (50点)

Aは、B男・C女夫婦の子として、平成4年6月30日に生まれた。Bは、平成17年10月1日に死亡した。Aは、相続により、Bが所有していた土地（以下この間において「本件土地」という。）を承継し、平成17年12月1日に、本件土地につき、相続を原因とする所有権移転登記を経由した。以上の事実関係を前提にして、次の設問(1)及び(2)のそれぞれについて答えなさい。なお、各設問は独立した別個の間である。

(1) Cは事業を営んでいたが、平成22年2月頃に、事業経営の必要上、Dから1,000万円を借り入れることになった。本件土地を譲渡担保に供するようDに求められたCは、この求めに応じ、こうして平成22年3月30日に、DからCに金1,000万円が貸し渡され、また同日に、本件土地につき、売買を原因とするDへの所有権移転登記が経由された（以下(1)において「本件登記」という。）。このような事情について、Aは当時、何も知らされなかった。

CがDに対して負う金1,000万円の返還債務（以下(1)において「本件債務」という。本件債務につき、利息や遅延損害金の定めはなかったものとする。）の弁済期は、平成24年3月30日と定められていた。しかし、同日に、CはDに対して本件債務の弁済を全くすることができなかった。

平成24年6月30日に、Dは、本件債務の残額が1,000万円であること、また、本件土地の評価額が900万円にすぎないこと、を記した通知を内容証明郵便で発送し、この通知は翌日である平成24年7月1日にC宅に配達された。この郵便を開封して通知の内容を不審に思ったAは、Cを詰問し、Aはこのときようやく、本件土地が本件債務の譲渡担保に供された事情を知るに至った。

Aは、平成24年7月31日に、Dを被告として、本件登記の抹消登記手続をすることを求める訴えを、裁判所に提起した。同日の時点で、本件土地の所有権の登記名義はDにあった。

このとき、現在（平成24年7月31日とする。）におけるAD間の法律関係とCD間の法律関係のそれぞれについて論じなさい。ただし、平成24年における本件土地の適正な評価額は900万円であったものとし、また、Dは現在のところ、本件土地について、第三者に対する処分行為をしたことはないものとする。

(2) Cは、平成24年に、更地であった本件土地上に建物を建築し、この建物（以下(2)において「本件建物」という。）は平成24年7月1日に完成した。しかし、本件建物についての登記記録は作成されなかった。本件建物の所有に伴う本件土地の利用関係についてAC間で取り決めがされたことはなく、AC間で賃料の授受が行われたこともなかった。

Aは、平成24年9月30日に、Eから700万円を借り入れた。AがEに対して負う金700万円の返還債務（以下(2)において「本件債務」という。本件債務につき、利息や遅延損害金の定めはなかったものとする。）を担保するために、Aは本件土地につき、Eを抵当権者とする抵当権を設定し（以下(2)において「甲抵当権」という。）、甲抵当権の設定登記が平成24年10月1日に経由された。

平成 24 年 12 月 1 日、C が死亡した。A は C の相続を単純承認して C の単独相続人となり、本件建物の所有権を相続により承継した。しかし、本件建物についての登記記録は依然として作成されないままであった。

平成 25 年 3 月 30 日、A は F から 500 万円を借り入れた。A が F に対して負う金 500 万円の返還債務を担保するために、A は本件土地につき、F を抵当権者とする抵当権を設定し（以下(2)において「乙抵当権」という。）、乙抵当権の設定登記が平成 25 年 3 月 31 日に経過された。

本件債務の弁済期は平成 26 年 9 月 30 日と定められていたが、同日に、A は E に対して本件債務の弁済を全くすることができなかった。そこで、E は、甲抵当権の実行を申し立て、本件土地が競売に付されたところ、G が競落人となり、平成 27 年 7 月 31 日に G が代金を納付して本件土地の所有権を取得し、本件土地につき G への所有権移転登記も経過された。

このとき、G は A に対して、本件建物を収去し本件土地を明け渡すよう請求することができるか。A からの反論も踏まえつつ論じなさい。

(参考) 民法 (抜粋)

(成年)

第 4 条 年齢二十歳をもって、成年とする。

(法定地上権)

第 388 条 土地及びその上に存する建物が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が設定され、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、地上権が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、裁判所が定める。

(親権者)

第 818 条 成年に達しない子は、父母の親権に服する。

2 子が養子であるときは、養親の親権に服する。

3 親権は、父母の婚姻中は、父母が共同して行う。ただし、父母の一方が親権を行うことができないときは、他の一方が行う。

(財産の管理及び代表)

第 824 条 親権を行う者は、子の財産を管理し、かつ、その財産に関する法律行為についてその子を代表する。ただし、その子の行為を目的とする債務を生ずべき場合には、本人の同意を得なければならない。

(利益相反行為)

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

第 826 条 親権を行う父又は母とその子との利益が相反する行為については，親権を行う者は，その子のために特別代理人を選任することを家庭裁判所に請求しなければならない。

2 親権を行う者が数人の子に対して親権を行う場合において，その一人と他の子との利益が相反する行為については，親権を行う者は，その一方のために特別代理人を選任することを家庭裁判所に請求しなければならない。

【解答例】

一. 小問(1)について

1. A・D間の法律関係

CがDのためにA所有の本件土地に譲渡担保権の設定契約（以下、「本件譲渡担保権設定契約」という。）をした時点では、Aは未成年者である。そこで、親権者Cがなした本件譲渡担保権設定契約の効果がAに帰属するかが問題となる。

確かに、親権者は未成年者の子の財産管理について包括的な代理権を有しているが(824条)、利益相反行為(826条)については代理権を有しない。そこで、CがAの代理人としてなした本件譲渡担保権設定契約が利益相反行為にあたるか問題となる。

思うに、826条1項の趣旨は、未成年の子の不利益において親権者が利益を受けることを防止することにあるから、利益相反行為とは、親権者のために利益であり未成年の子のために不利益な行為をいうと解すべきである。ただし、取引の相手方保護の観点から、利益相反行為にあたるか否かは、当該行為の外形で判断すべきであって、親権者の意図や当該行為の実質的な効果を考慮すべきではないと考える。

本問の場合、親権者Cが、営んでいる事業上の自らの債務を担保するために、未成年の子であるAの所有する本件土地について、本件譲渡担保権設定契約をしている。そうすると、仮にAがCの事業により生活上の利益を受けているとしても、この譲渡担保権が実行されると、親権者の債務が未成年の子が所有する譲渡担保目的物の適正な評価額の限度で消滅し、未成年の子は当該目的物の所有権を確定的に失うのだから、外形上、親権者のために利益であり未成年の子のために不利益な行為といえる。

そこで、親権者が、特別代理人の選任を請求することなく(826条1項)、自ら子を代理してなした利益相反行為の効力が問題となるが、代理権を有しない者が代理行為をした場合だから、無権代理行為として、本人の追認がない限り、本人に対してその効力を生じないと解する(113条1項)。

従って、本件譲渡担保権設定契約は無権代理行為だから、Aが追認していない本問においては、その効果はAに帰属しない。よって、Dは本件土地について譲渡担保権もひいては所有権も取得できないから、AのDに対する本件登記の抹消登記手続をすることを求める訴えは認容される。

2. C・D間の法律関係

1. で論じたように本件譲渡担保権設定契約は、無権代理行為であり、無効となるが、C・D間でなされた金銭消費貸借契約は、別個の契約であるから、有効に成立し、CはDに対して、本件債務を負担する。

ところで、弁済期後の平成24年6月30日に、Dは、本件土地を第三者に処分することなく、本件債務の残額が1,000万円であること、また、本件土地の評価額が900万円であること、を記した通知を発送しているが、これは、いわゆる帰属清算型による譲渡担保権の実行の通知と認め

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

られる。従って、仮に、本件譲渡担保権設定契約が有効であれば、上記通知が譲渡担保権者設定者に到達したとき、Dは本件土地の所有権を確定的に取得し、一方、本件債務は、本件土地の適正な評価額の限度で消滅し、その差額である100万円についてのみ、担保権のついていない債務として残存することとなる。

しかし、本件譲渡担保権設定契約が無効である以上、譲渡担保権の実行の通知をしても上記のような効果は生じず、本件債務は1,000万円のままである。そして、本件債務の弁済期がすでに到来していることから、DはCに対して、債務の履行として、本件債務1,000万円の弁済を請求できる。

また、Cがなした本件譲渡担保権設定契約は無権代理だから、DがCに対して、無権代理人の責任(117条)を追及することも考えられるが、Cは無権代理人の責任を負わないと考える。

なぜなら、無権代理人の責任の成立要件として、相手方の善意・無過失が要求されているが、利益相反行為にあたるか否かは、当該行為の外形で判断される以上、少なくともDには過失が認められるからである。

二. 小問(2)について

1. GがAに対して、本件建物を取去し本件土地を明け渡すよう請求することができるか否かは、Aが本件土地についてGに対抗できる利用権を有するか否かによる。

そこで、まず、Aとしては、本件建物のために法定地上権(388条)が成立する旨の反論をすることが考えられる。

ところで、法定地上権の成立要件は、①抵当権設定当時、土地の上に建物が存在していたこと、②抵当権設定当時、その土地と建物が同一の所有者に属していたこと、③土地または建物に抵当権が設定され、その実行により所有者を異にするに至ったこと、である。

そうすると、一番抵当権である甲抵当権を設定した時、本件土地の上に本件建物が存在しているが、本件建物についての登記記録が作成されていないことから、このような場合にも、要件①を満たしているといえるかが問題となる。

私は、これを肯定してよいと考える。なぜなら、抵当権者は抵当権の設定にあたって現地検分をするのが一般であるから、建物の存在を容易に知ることができ、不測の損害を被ることはないからである。

また、甲抵当権を設定した時、本件土地はAの所有、本件建物はCの所有であるが、A・C親子であることから、このような場合にも、要件②を満たしているといえるかが問題となる。

そもそも法定地上権は、建物の存続を図るという社会・経済的利益保護の見地から、自己借地権があれば利用したであろう当事者の意思に基づき認められた制度である。そして、初めから土地と建物が別々の所有者に属していれば、すでに約定利権が設定されているはずであり、法定地上権を認める必要がないことから、要件②が要求されたのである。

そうであるならば、土地と建物の所有者が異なる以上、たとえその間に親子の関係があっても、

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

約定利用権の設定が可能であり、法定地上権を認める必要がないから、要件②を満たさないと考える。よって、甲抵当権を基準とする場合には、法定地上権は成立しない。

次に、二番抵当権である乙抵当権を設定した時においても、本件建物についての登記記録が作成されていないが、前述したように要件①を満たしているといえる。そして、この時、要件②も満たしているから、乙抵当権を基準とする場合には、全ての成立要件を満たし、法定地上権が成立する。

そこで、このような場合の法定地上権の成否を判断する基準となる抵当権が問題となる。

思うに、競売は、いずれの抵当権者の申立てによってなされても、目的不動産上の全ての抵当権のために一括して清算するものであるから、法定地上権の成否を判断する基準となる抵当権は、原則として、最優先抵当権、すなわち一番抵当権であると解する。また、このように解さないと、法定地上権の負担のないものとして土地の担保価値を評価して抵当権を取得している一番抵当権者に不測の損害を与えることになってしまい、妥当でない。

よって、一番抵当権である甲抵当権を基準に法定地上権の成否が判断されるから、本件建物のために法定地上権は成立しない。

2. また、本件建物の所有に伴う本件土地の利用関係についてAC間で取り決めがされたことがなく、AC間で賃料の授受が行われたこともなかったというが、AC間に親子関係があることから、Cは本件土地について使用借権（593条）を有していたと認められる。そして、この使用借権は一番抵当権である甲抵当権の設定前に成立している。そこで、次に、Aとしては、本件建物所有権とともに使用借権をCから相続により取得したとして、この使用借権を対抗する旨の反論をすることが考えられる。

確かに、建物所有を目的とする土地の使用貸借は、契約当事者の通常の意味に鑑みるならば、建物の使用が終わらない間に借主が死亡したとしても、599条は適用されず、特段の事情がない限り、当然に終了するものではないと解すべきである。しかし、使用借権は、たとえ借地上の建物に登記をしていたとしても、第三者に対抗できないから（借地借家法1条、10条1項参照）、債権・債務が同一人に帰属している本問の場合には、存続を認める必要性が認められず、従って、原則通り、使用借権は混同により消滅すると解する（520条）。

3. 以上より、Aは本件土地の利用権を有しないから、GはAに対して、本件建物を収去し本件土地を明け渡すよう請求することができる。

【解答への道】

1. 小問(1)について

AD間の法律関係では、Aが本件土地を所有していることから、Cがなした本件土地に対する譲渡担保権設定契約の効力が問題となる。本件譲渡担保権設定契約当時、Aは未成年者であることから、親権者Cは、Aの財産管理について包括的な代理権を有しているが、利益相反取引については、代理権を有しない。そこで、Aが所有する本件土地に、C自らの債務を担保するためになした譲渡担保権設定契約が、利益相反行為にあたるのではないか問題となる。ここでは、利益相反取引の意義、および、その認定の基準について論じた上で、本件譲渡担保権設定契約が利益相反行為にあたることを指摘することになる。そうすると、本件譲渡担保権設定契約の効果はAに帰属しないので、AのDに対する本件登記の抹消登記手続をすることを求める訴えは認容されることになる。

なお、表見代理も問題となるが、判例のように利益相反行為にあたるか否かについて、専ら行為の外形によって形式的に判断するのであれば、本問の場合には、少なくとも相手方には過失が認められ、表見代理は成立しないから、論じなくても足りよう。

CD間の法律関係で問題となる本件債務は、本件譲渡担保権設定契約は無効であり、その実行も無効であることから、1,000万円全額が残存している。従って、DはCに対して本件債務全額の弁済を請求できる。

問題文に、本件債務の残額と本件土地の評価額を記した通知をしたこと、平成24年における本件土地の適正な評価額、本件土地について第三者に対する処分行為をしていないことなどが書かれていることから、【解答例】では譲渡担保権の実行が有効であった場合について論じているが、本件譲渡担保権設定契約が無効である以上、この論点については論じなくても足りよう。

また、無権代理人の責任についても、Cが本件債務を負っている以上、それほど意味のあるものではなく、しかも、参照条文として117条があげられていないことに鑑みるならば、省略してもよからう。

2. 小問(2)について

本問では、本件建物を収去し本件土地を明け渡すよう請求することができるかが問われている。この明渡請求を拒否するためには、本件建物のために法定地上権が成立していること、あるいは、Aが本件土地について対抗しうる約定利用権を有していることが必要である。

そこで、まず、法定地上権の成否について検討することになる。ここでは、法定地上権の成立要件について書いた上で、抵当権設定当時建物が存在していたといえるためには、建物の存在の他に建物登記が必要か、抵当権設定当時土地と建物を親子がそれぞれを所有していても、同一の所有者に属していたといえるか、さらには、複数の抵当権が設定されているとき、法定地上権の成否を判断する抵当権はどの抵当権かという各論点について論じる必要がある。これらの論点は、いずれも基本的なものなので、落とすことなく、丁寧に論じておく必要がある。

この解答・解説の著作権はT A C（株）のものであり，無断転載・転用を禁じます

法定地上権が成立しないと考える場合には，約定利用権について検討することになる。本問の場合，賃料の支払がないので，約定利用権を認めるとしても使用貸借と解する他ないが，そうすると，使用借権は混同により消滅することになるので，A が約定利用権を主張する余地はない。

I 合格ライン

小問(2)の法定地上権の各論点がいずれも基本的なものであることから，合格ラインは5割程度と予想する。