

論文式試験問題集
[民法・債権法Ⅱ]

【民法・債権法Ⅱ】

次の文章を読んで、後記の〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい。

【事実】

1. Aは、自己の所有する甲土地上に乙建物を所有し、家族と共に乙建物に居住している。甲土地及び乙建物（以下「本件不動産」という。）には、BのAに対する400万円の貸金債権を担保するために抵当権が設定されていた。Aは、家族で首都圏の新しい住宅に住みたいと考え、令和6年1月1日、知り合いのCとの間で代金8500万円で本件不動産をCに売却する旨の契約（以下「本件売買契約」という。）を締結した。
2. 本件売買契約においては、以下の条件が付された。
 - ① 売買代金額は、登記簿上の地積を前提として決定するが、甲土地が古い分譲地であることから、契約締結後にCがAの立会いのもと自費で甲土地を測量し、実測面積に基づいて最終的な代金額を決定する
 - ② CはAに対し、手付金200万円を契約締結時に、上記①で確定した最終的な代金額から手付金の200万円を控除した残額を令和6年5月1日にそれぞれ支払う
 - ③ Aは、同年4月1日までに、本件不動産について抵当権等の担保権及び賃借権等の用益権その他の負担を除去し、本件不動産について、負担のない完全な所有権をCに移転できる状態にする
 - ④ 本件不動産の引渡し及び所有権移転登記手続は代金完済時になされる以上の条件が約され、本件売買契約締結と同時に、CはAに対して手付金として200万円を支払った。
3. Cは、令和6年1月3日、Aの立会いのもと、自己の費用で50万円を支出して、甲土地を測量した。その結果、甲土地の実測面積が登記簿上の地積とは異なっていたことが確認され、両者合意の上で売買代金額は7000万円とされた。その後、Aは、同年2月10日、Bに対して400万円の貸金債務を弁済し、本件不動産の抵当権設定登記は抹消された。
4. しかし、Aは、令和6年3月頃、昨今の首都圏の地価の上昇により、本件売買代金による代金額をもっては希望する条件に合う新住宅の購入は困難であると感じるようになり、本件不動産の売却をやめようと考えた。そこで、Aは、同月20日、Cのもとに赴き、手付金の倍額である400万円を現実に提供をした上、「本件売買契約は解除する。」と述べた。これに対し、Cは、Aによる本件売買契約の解除は許されないと主張し、上記400万円の受け取りを拒否した。
5. そして、Cは、令和6年5月1日、Aに対して、売買代金から手付金を控除した残額である6800万円の支払いと引換えに、本件不動産の引渡し及び所有権移転登記手続を求めた。

〔設問1〕

【事実】5におけるCのAに対する請求が認められるかを検討しなさい。

【事実（続き）】

6. 不動産販売業を営むDは、Dの所有する土地に居住用の建物を建て、これを第三者に売却しようと考え、令和5年4月10日、建築会社Yとの間で、木造2階建ての丙建物を代金5000万円で建築する旨の請負契約を締結した。令和5年10月1日、丙建物が完成し、同月8日、Dに引き渡された。
7. Dは、同年11月1日、Xに丙建物を代金6000万円で売却し、Xは、同月20日から丙建物に居住し始めた。
8. Xは、丙建物に居住していたところ、令和7年4月20日、2階にあるバルコニーに大きなひび割れ（以下「本件ひび割れ」という。）があるのを発見した。Xは、知り合いの大工に依頼して、バルコニーを調べさせたところ、現時点では大きな問題は生じないが、そのまま放置すれば、バルコニーに人が立ち入った際に、床が崩落するなどして居住者が2階から転落して怪我をしたり、崩落した木材が道路に落ちて通行人が怪我をするなどの事故が発生する危険があること、これを修理するには300万円の費用がかかることが判明した。さらに、本件ひび割れは、Yが丙建物を建築した際にバルコニーの補強作業を十分に行わなかったことによって生じたことも判明した。
9. Xは、Yに対し、バルコニーを修理するよう求めたが、Yは求めに応じなかった。そこで、令和7年4月30日、Xは、丙建物を建築したYに対し、本件ひび割れの修理費用300万円について、不法行為に基づく損害賠償請求をしようと考えた。

〔設問2〕

【事実】9におけるXのYに対する請求が認められるかを検討しなさい。

参考答案
[民法・債権法Ⅱ]

第1 設問1

1 Cは、Aに対して、売買契約（555条）に基づき、本件不動産の所有権移転登記手続及び引渡しを請求している。

(1) まず、A・C間において、本件売買契約が締結されているところ、同契約ではCがAに対して200万円の手付金を交付することが約され、CはAに対して契約締結と同時に200万円を支払っている。手付は、解約手付と推定される（557条1項本文）ところ、上記Cの支払いは、同項の「買主が売主に手付を交付したとき」（同項本文）にあたる。

(2) そして、Aは、同年3月20日、Cに対し本件売買契約を解除する旨述べているところ、その際Aは手付金200万円の倍額である400万円を「現実に提供」（同項本文）している。

(3) もっとも、本件においては、相手方であるCが契約締結後に甲土地の測量を行っている。同項による契約の解除は、相手方が「履行に着手」（同項ただし書）するまで可能であるが、Cの測量行為は「履行に着手」したものととして、Aの解除は認められないのではないか。同文言の意義が問題となる。

ア この点、基準としての明確性の観点から、「履行に着手」とは、客観的に外部から認識しうるような形で履行行為の一部をなし、又は履行の提供をするために欠くことのできない前提行為をした場合をいうものとする。

具体的には、当該行為の態様、債務の内容、履行期が定めら

れた趣旨・目的等諸般の事情を総合的に勘案して決すべきである。

イ 本件において、Cによる甲土地の測量行為は、契約締結の2日後である同年1月3日になされており、契約締結日と近接している。また、測量の目的は本件売買代金の代金額を決するためになされたものであるから、履行すべき債務そのものを決定する行為にすぎない。さらに、測量にかかった代金は50万円であり、契約締結時の代金額である8500万円及び手付金である200万円と比べると低廉である。そのため、Cによる測量行為は、債務の履行としてではなく、本件売買契約の契約締結行為の一環としてなされたにすぎないといえることができる。

ウ したがって、Cの測量行為は「履行に着手」にあたらない。

(4) 以上より、Aの解除の主張は認められる。

2 よって、Cの上記請求は、認められない。

第2 設問2

1 Xは、Yに対して、不法行為（709条）に基づく損害賠償請求を行っている。同請求が認められるためには、①「故意又は過失」、②侵害行為、③損害の発生、④因果関係が認められることが必要である。

(1) 本件において、Xは、Dとの間では契約関係があるが、Yとの間では契約関係はない。では、Yに「過失」（①）は認められるか。建物の請負業者が直接の契約関係にない建物取得者に対

していかなる注意義務を負うかが問題となる。

ア この点、建物は、そこに居住する者や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。そのため、建物は、これらの建物利用者や隣人、通行人等の生命、身体又は財産を危険に晒すことがないような、建物としての基本的な安全性を備えている必要がある。

そこで、建物の建築を請け負う業者は、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不適合がないように配慮すべき注意義務を負うと考える。

そして、ここでいう建物としての安全性を損なう不適合とは、建物の不適合が居住者等の生命、身体又は財産に対する現実的な危険をもたらしている場合に限られず、当該不適合の性質に鑑み、これを放置するといずれは居住者等の生命、身体又は財産に対する危険が現実化する程度のものも含まれると考える。

イ 本件において、Yは、丙建物の建築を請け負う業者であるから、建物利用者や丙建物の周辺の隣人等を危険に晒すことがないような建物としての基本的な安全性を備えるよう配慮すべき注意義務を負っていたといえる。しかし、Yは、丙建物を建築した際に、バルコニーの補強作業を十分に行わなかった。これにより、本件ひび割れを放置すれば、バルコニーに人が立ち入

った際に、床が崩落するなどして居住者が2階から転落して怪我をしたり、崩落した木材が道路に落ちて通行人が怪我をするなどして、これらの者の生命、身体に対する危険が現実化することになる状態になっていた。そのため、Yは上記建物としての基本的な安全性が欠ける不適合がないように配慮すべき注意義務を怠ったというべきである。

ウ したがって、Yに注意義務違反が認められ、「過失」が認められる。

(2) そして、Yの上記注意義務違反により、丙建物バルコニーを修理する必要があるところ、Yは、上記生命身体等に対する被害を回避するため、修補費用の支出を余儀なくされない「利益」が「侵害」されている(②)。

(3) また、Xは上記危険を除去するために修理費用300万円を支出する必要があるから、これが「損害」(③)といえ、②と③の間に因果関係があることも明らかである(④)。

2 よって、上記請求は、要件①ないし④を充足し、認められる。

以上

予備試験答案練習会（債権法Ⅱ）採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
〔設問1〕	(28)		
売買契約に基づき本件不動産の所有権移転登記手続及び引渡しを請求していることの指摘		2	
手付は、解約手付と推定される(557条1項本文)ことの指摘		2	
Cの200万円の支払いが「買主が売主に手付を交付したとき」にあたることの指摘		2	
Aが400万円を「現実に提供」(557条1項本文)したことの指摘		2	
Aによる契約の解除が「履行に着手」(557条1項但書)との関係で問題になることの指摘		3	
「履行に着手」の意義について、判例を踏まえた規範の定立		6	
(「履行に着手」のあてはめ)Cによる測量行為の日時が契約締結の2日後であること、測量にかかった代金の指摘と評価等		6	
結論の妥当性(結論はどちらでも可)		2	
裁量点(優3良2可1不可0) 論理一貫しているかなどを考慮する		3	
〔設問2〕	(22)		
XとYが契約関係にないことを前提に、Yに「過失」が認められるか否かが問題となることの指摘		2	
Yが負う注意義務についての規範定立		5	
あてはめ		5	
結論の妥当性(結論はどちらでも可)		2	
過失以外の不法行為の要件(侵害行為、損害、因果関係)の検討		5	
裁量点(優3良2可1不可0) 論理一貫しているかなどを考慮する		3	
合 計	(50)	50	

民法・債権法Ⅱ 解説レジュメ

1. 総論

〔民法の答案の書き方〕

- ① 当事者の生の主張を考える。
→当事者は何をしたいのか（お金を払ってほしいのか、土地を返してほしいのか etc.）
- ② 次に、生の主張を法的構成という形にする。
→「〇〇権に基づく××請求」という形で表される（e.g. 所有権に基づく返還請求権としての土地明渡請求権）。
- ③ ②で挙げた法的構成が認められるための要件を検討する（所有権に基づく返還請求権としての土地明渡請求権の場合は、当該土地の①原告所有、②被告占有）。
- ④ ③で挙げた要件が充足されるか否かを検討する。この検討の中で問題によって様々な論点が出現する。

2. 〔設問1〕について

(1) 出題意図

「履行に着手」（557条1項ただし書）の意義という論点が問題となった平成5年3月16日最高裁判例をベースにした出題である。その前提として、本問で問題となる請求が売買契約に基づく請求であること、手付が原則として解約手付と解されることなどの基本的理解を答案に示すことが求められる。

(2) 本問の概要

令和6年1月1日	A→C	甲土地・乙建物を8500万円で売却（本件売買契約） 条件：①代金額はCの測量後に最終決定、②CがAに手付金200万円を支払う、③Aは本件不動産の法的負担を取り除く、④引渡し及び登記は代金完済時
同日	C→A	本件売買契約の手付金200万円を支払う。
1月3日	CがA	立会いの下で甲土地を測量→代金が7000万円に変更
2月10日	A→B	400万円の貸金を返済し、本件不動産の抵当権を除去
3月20日	A→C	手付金の倍額400万円を提供して解除の意思表示
5月 1日	C→A	手付金を控除した残額の支払いと引換えに本件不動産の引渡し及び所有権移転登記手続を求めた

(3) 手付について

ア 手付（民法557条1項）

定義：売買契約締結の際に、当事者の一方から他方に対して交付される金銭その他の
有価物又はその原因となる当事者間の契約

イ 手付の種類

① 証約手付

契約を締結したということ自体を示し、その証拠という趣旨で交付される手付
をいう。その手付も最低限この性質を有している。

② 解約手付

約定解除権（540条）の留保の性質を有する手付を言う。手付が交付された場
合には解約手付と推定される（557条1項）。相手方の債務不履行がなくても、
手付損（手付を渡す側）又は手付倍返し（手付を貰う側）によって契約を解除で
きる。

③ 違約手付

買主が違約した場合に備えて、手付金を取り上げるという趣旨の手付契約を締
結する場合の手付。違約手付は（ア）違約罰としての手付、（イ）損害賠償額の
予定としての手付に区別される（が、本問では関係なく、短答知識レベルである
ため除外）。

ウ 手付の解釈

そもそも 557条1項は、解約手付の推定を定めたものと解される（最判昭和
29.1.31）。

エ 解約手付による解除

本問のように解約手付が交付された場合、当事者が「履行に着手」するまでは、買主
は手付を放棄し（手付損）、売主は手付の倍額を現実に提供する（手付倍返し）こと
で解除できる（557条1項本文）。

では、「履行に着手」とはなにか。その意義が問題となる。

〔最大判昭40.11.24〕

【判旨】「民法557条1項にいう履行の着手とは・・・客観的に外部から認識し得るよう
な形で履行行為の一部をなし又は履行の提供をするために欠くことのできない前提行為を
した場合は指すものと解すべきであり、」

→「履行に着手」の意義を示した判例であり、この判例の文言は暗記対象

〔最判平5.3.16〕

【判旨】「解約手付が交付された場合において、履行者が履行期前に債務の履行のためにし
た行為が、民法557条1項にいう『履行ノ着手』に当たるか否かについては、当該行為の

態様、債務の内容、履行期が定められた趣旨・目的等諸般の事情を総合勘案して決すべきである。」

→昭和40年判例の履行の着手の意義の考慮要素を示したものである（当てはめの際に考慮する事情が示されている）。

(4) 本問の流れ

ア 請求を立てる流れ

→CはAに対し、本件不動産の引渡し及び所有権移転登記手続を求めている（生の主張は「物をよこせ」）。Cはそもそも本件売買契約に基づく債権の履行をAに求めているのであるから、その法的構成は「売買契約に基づく所有権移転登記請求及び引渡請求」である。同請求が認められるための要件は、「売買契約が有効に成立していること」であるが、本件売買契約ではCからAに手付が交付されており、Aが手付の倍返しによる解除を主張しているため、請求が認められないのではないかが以下問題となる。

イ Cの請求の検討

Aは、Cに対して手付金の倍額の現実の提供をした上、本件売買契約を解除する主張を行っている。そのため、本問ではAによる手付解除（557条1項）の肯否を検討することが求められる。

売主Aによる手付解除が認められるためには、前提として、少なくとも①手付金の合意とその引渡し、②契約を解除することを示して手付金倍額の現実の提供をしたこと、③売買契約解除の意思表示をしたことが必要となる（大島 後掲 201頁）。本問では以上の要件を充たすことは明らかであるから、答案では事実を摘示して、要件を満たすことを簡潔に指摘すれば足りる（答案例参照）。

さらに、売買契約の「履行に着手」があったと認められる場合には、手付解除は許されないため、Cによる甲土地の測量が「履行に着手」に当たらないかを論述することが求められる（論点展開）。論証は上述の昭和40年判例の定義を正確に示すことが求められる（予備試験レベル及び司法試験レベルどちらにおいても、合格者の暗記率は高いため、確実に暗記しておくこと）。

あてはめについて、上記平成5年判例が、買主による土地の実測の目的が契約内容の確定にある点や、測量費用が代金・手付金に比べても少額であることを考慮して、Cの土地の測量は「履行に着手」したとはいえないと結論づけている。答案例もこの判例の結論にしたがった理由付けをしている。もっとも、説得的な論述がなされていれば結論はどちらでも構わない。

3. 〔設問2〕について

(1) 出題意図

最判平 19.7.6 を題材とした、買主が自らと契約関係のない建物の設計・施工者及び工事監理者に対し、不法行為に基づく損害賠償請求を行うことができるかという論点の理解を問う問題である。同判例は百選掲載判例であるため、本番での出題可能性も十分にあり、受験生としては一応事案や論点を理解していることが望ましいが、現実的には予備校テキスト等にも載っているものではなく、論点を理解している状態で本問を解く者は少ないであろう。すなわち、本問は完全な現場思考問題として、未知の問題に対処するにあたり、いかに「守りの答案」を作成できるかが求められている。

(2) 現場思考問題への対応（一般論）

- ・ 1. で述べた〔民法の答案の書き方〕をベースに考える（生の主張→法的構成→要件検討という順番を崩さない）。
- ・ 三段論法を崩さないこと
- ・ (特に民法の場合) 結論の妥当性を考える（不利益を被る者へのケアがなされているかをチェックする）。
- ・ 問題文の事実を拾って答案に書き、その事実に対する評価を示す。
- ・ (問題を解いたあと) 自分の一元化テキストにストックしておくこと

(3) 本問の事案

令和5年	4月10日	D→Y	YがDのために丙建物を建築する請負契約締結
	10月8日	Y→D	丙建物引渡し
	11月1日	D→X	丙建物を6000万円で売却
	11月20日	X	丙建物にて居住開始
令和7年	4月20日	X	2階バルコニーにひび割れを発見(Y手抜工事が原因) →放置すると事故発生の危険有、修理代は300万
	4月30日	X→Y	本件ひび割れの修理代300万円を請求

(4) 解説

丙建物のバルコニーに手抜き工事という不適合が存在したことを理由に、Xは、丙建物を実際に建築したYに対し、不法行為に基づく損害賠償請求を行っている。

そもそも、XはDに対して契約不適合責任（562～564条）を追及できないのが疑問だが、本問では施工業者であるYを相手取って不法行為に基づく損害賠償請求を行っている。

この点最判平 19.7.6 及び同判例の差戻審の上告審である最判平 23.7.21 という重要判例が存在する。これらの判例は、本問と同様の事案において、施工業者が負う注意義務の

内容及び「損害」について判断を示したものとして重要な判例である。

〔最判平 19.7.6〕（本問はこの判例の事案を簡素化したもの）

【判旨】「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、これらの建物利用者や隣人、通行人等（以下、併せて「居住者等」という。）の生命、身体又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ない、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、建物の建築に携わる設計者、施工者及び工事監理者（以下、併せて「設計・施工者等」という。）は、建物の建築に当たり、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、設計・施工者等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、身体又は財産が侵害された場合には、設計・施工者等は、不法行為の成立を主張する者が上記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収し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よる賠償責任を負うというべきである。居住者等が当該建物の建築主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。

〔最判平 23.7.21〕

【判旨】「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」とは、居住者等の生命、身体又は財産を危険にさらすような瑕疵をいい、建物の瑕疵が、居住者等の生命、身体又は財産に対する現実的な危険をもたらしている場合に限らず、当該瑕疵の性質に鑑み、これを放置するといずれは居住者等の生命、身体又は財産に対する危険が現実化することになる場合には、当該瑕疵は、建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵に該当すると解するのが相当である。

「そして、建物の所有者は、自らが取得し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る場合には、・・・特段の事情がない限り、設計・施工者等に対し、当該瑕疵の修補費用相当額の損害賠償を請求することができるものと解され、・・・」

ア 過失（不法行為の要件①）との関係

平成19年判例は、建物の施工業者は、契約関係にない建物利用者や隣人、通行人等（以下「居住者等」という。）に対し、「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すべき注意義務を負」い、施工業者が「この義務を怠ったために建築された耐え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、身体又は財産が侵害された場合には、施工業者は、不法行為の成立を主張する者が上記瑕

疵の存在を知りながらこれを前提として当該建物を買い受けていた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よる賠償責任を負う」としている。

そして、平成23年判例は、平成19年判例の「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」を具体化したものである（上記平成23年判例参照）。

本問では、バルコニーにひび割れがあり、本件ひび割れを放置すれば、バルコニーに人が立ち入った際に、床が崩落するなどして居住者が2階から転落して怪我をしたり、崩落した木材が道路に落ちて通行人が怪我をするなどして、これらの者の生命、身体に対する危険が現実化することになる状態になっていた（問題文参照）。そして、これはYが施工作業を十分に行わなかったことが原因であるから、Yは居住者等に対して負う注意義務二違反したといえ、「過失」が認められる。

イ 侵害行為（不法行為の要件②）との関係（参考程度）

平成19年判例及び平成23年判例のいずれも、被害者のどのような「権利又は法律上保護される利益」（709条）が侵害されたのかについては、明示していない。

この点について、学説では①修補費用の負担を余儀なくされた事による財産権の損害とする見解、②建物の瑕疵によって危険にさらされない権利や拡大損害を回避するための修補費用の支出を余儀なくされない利益が侵害されたとする見解など様々主張されている。もちろん受験生レベルではこれを抑える必要は全くないので、答案としては、いずれの立場又はこれ以外の立場であっても、説得的な論述ができていれば足りる。

ウ 損害（不法行為の要件③）との関係

平成23年判例は、実際に修補費用が支出された場合でなくても「建物の所有者は、自らが取得し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る場合には、・・・特段の事情がない限り、設計・施工者等に対し、当該瑕疵の修補費用相当額の損害賠償を請求することができるものと解され、・・・」としている。

したがって、本問のように、修理代金をまだ支出していない段階においても、修補相当額300万円の支出を「損害」として認定することができる。

4. 参考文献

- ・大島 完全講義民事裁判実務の基礎（第3版）上巻
- ・民法判例百選Ⅱ（第8版）[85]
- ・伊藤真 試験対策講座債権各論（第4版）
- ・判例時報2002号
- ・藤岡ほか 民法Ⅳ—債権各論（第4版）