

# 不動産の売買・賃貸借契約をめぐる

## 法律知識と実務処理

2006年11月

〒102-0083

東京都千代田区麹町3丁目2番地5 垣見麹町ビル別館5階

出澤総合法律事務所

TEL 03-5215-2293 FAX 03-5215-2294

E-mail: shuji@idesawalaw.gr.jp

URL <http://www.idesawalaw.gr.jp>

弁 護 士 出 澤 秀 二

# 不動産の売買・賃貸借契約をめぐる法律知識と実務処理

## <目次>

### I 不動産をめぐる基本的法律知識

#### 1 不動産とは

- (1) 不動産の種類
- (2) 主物、従物
- (3) 土地の種別
- (4) 土地の種類
- (5) 土地の特殊類型
- (6) 土地の価格

#### 2 所有権移転と対抗要件

- (1) 所有権移転の時期
- (2) 対抗要件
- (3) 公示力と公信力

#### 3 不動産登記簿、公図の見方

- (1) 登記簿
- (2) 公図

#### 4 境界をめぐる問題

- (1) 境界の性質
- (2) 立ち合い、官民査定の意義
- (3) 訴訟の特殊性

#### 5 通路、相隣関係

- (1) 通路の権利
- (2) その他の相隣関係

#### 6 地役権

#### 7 共有物分割

## 8 施設・設備の土地工作物責任

- (1) 要件
- (2) 失火責任法との関係
- (3) 事例

## II 不動産の売買をめぐる法律知識

### 1 不動産売買の契約と注意事項

- (1) 契約の準備段階の信義則
- (2) 契約締結の際の告知義務・説明義務・契約の付随義務
- (3) 買付証明、売渡証明
- (4) 重要事項説明書
- (5) 売買契約書の条項
- (6) 手付金、違約金
- (7) 契約締結時、決済時に注意すること
- (8) 関連する重要な行政法規

### 2 物件の売買に関して特に留意する点

- (1) 物件に関する注意点
- (2) 瑕疵、利用制限
- (3) 保全、差押登記のある不動産を購入する場合
- (4) 借地権

### 3 契約の解消をめぐる問題

- (1) 契約解除
- (2) 契約の無効

### 4 競売物件等の購入をめぐる問題

- (1) 競売手続
- (2) 三点セットの見方
- (3) 参加方法
- (4) 問題点
- (5) 占有排除等
- (6) 破産管財人による不動産売買の特徴

## 5 物件販売等に関する現代的問題

- (1) 物件販売に関する今日の問題
- (2) 売れ残りマンションの廉価販売
- (3) マンションの委託販売における買取保証特約
- (4) 高価転売の約束
- (5) 事情変更の原則

## 6 消費者契約法の影響

# Ⅲ 不動産の賃貸借をめぐる法律知識

## 1 賃貸借契約の基本

- (1) 契約書記載事項
- (2) 更新料の定め

## 2 借地借家法

- (1) 仕組み、適用範囲
- (2) 居住権とは何か
- (3) 更新拒絶、解約の正当事由

## 3 賃貸料の増減

- (1) 建物質料改定の要件
- (2) 契約書で増額の金額、割合が規定されているとき

## 4 立ち退き

- (1) 契約解除
- (2) 立退料
- (3) 自力救済の範囲
- (4) 即決和解の利用
- (5) 訴訟、強制執行の方法

## 5 定期借家権

- (1) 内容
- (2) 論点
- (3) 利用の方法 メリット・デメリット

## 6 原状回復義務

## 7 借家の保証人

- (1) 保証債務の範囲
- (2) 更新された場合の保証人の責任
- (3) 賃料滞納の通知は必要か
- (4) 保証人から保証契約解約の申し入れがあったときは

## 8 転貸借

## 9 サブリース

- (1) 問題点
- (2) 下級審の動向
- (3) 最高裁の判決

## 10 賃料の物上代位

### 11 敷金・保証金をめぐる問題

- (1) 敷金の性質
- (2) 敷金と保証金の相違
- (3) 所有権の移転と返還義務の承継
- (4) 保証金の償却、返還
- (5) 保全措置

## I 不動産をめぐる基本的法律知識

### 1 不動産とは

#### (1) 不動産の種類

土地およびその定着物（建物が典型）である（民86①）

第八十六条（不動産及び動産）土地及びその定着物は、不動産とする。

2 不動産以外の物は、すべて動産とする。3 （省略）

\* 第八十五条（定義）この法律において「物」とは、有体物をいう。

#### ① 土地

・ 地目・・・宅地、田、畑、山林、原野、墓地、公衆用道路、公園、雑種地その他  
（不動産登記規則99条）

・ 一筆の土地・・・人為的に区分された土地（地面）の一区画

・ その所有権は、原則として（法令の制限内において）その土地の上下に及ぶ。

第二百七条（土地所有権の範囲）土地の所有権は、法令の制限内において、その土地の上下に及ぶ。

\* 上記法令の制限の例「大深度地下の公共的使用に関する特別措置法」（平成13年4月1日施行）。本法律は、公共事業の円滑な遂行と大深度地下の適正かつ合理的な利用を図ることを目的とする（同法1条）。同法にいう「大深度地下」とは建築物の地下室及びその建設に通常利用されない深さとして政令で定める深さ、又は、政令で定められた、通常の建築物の基礎杭を支持可能な地盤のうち最も浅い深さに政令で定める距離を加えた深さのうち、いずれか深い方以上の深さの地下をいう。同法4条に定める公共事業者は、政令で定める対象地域において、国土交通大臣もしくは都道府県知事の使用の認可を受ければ、土地所有者の個別の同意を得なくても、大深度地下を使用することができることとなる。

〔判例〕満潮時には海水に覆われて海面下となるが、干潮時においては地表を露出する干潟の一部は私所有権の対象となる「土地」に当たるとされた事例（名古屋高判昭和55年8月29日判時977号15頁）

#### ② 建物

・ 我国では、土地とは独立した不動産であり、別個に所有権の客体となる。

・ 動産から建物となる時期

原則として、屋根および周壁ができたとき（大判昭10・10・1）

③ 立木

本来、土地と一体のものだが、「立木に関する法律」による立木登記を行えば独立の不動産となり、そうでなくても土地と独立して取引がなされれば慣習上独立の物となり、明認方法によって第三者にも対抗できる。

④ 附合物

造園された庭石、岩垣や作りつけの家具・クーラーなど取り外し困難なものは、土地や建物に定着物として附合し、その一部をなす（民242）。

⑤ その他

工場財団、鉱業財団など

(2) 主物、従物

独立した物の間に継続して一方（従物）が他方の効用（主物）を全うさせる関係があるとき、従物は主物の処分に従う（民87②）

（例）母屋とそれに附属して建てられた納屋

第八十七条（主物及び従物）物の所有者が、その物の常用に供するため、自己の所有に属する他の物をこれに附属させたときは、その附属させた物を従物とする。

2 従物は、主物の処分に従う。

(3) 土地の種別

土地の用途に応じた分類

① 地域と土地の種別

地域（宅地地域、農地地域、林地地域、見込地地域）、種別（住宅地、商業地、工業地など）

② 用途地域（都市計画法）

住居系（第一種低層住居用区域など）、商業系（近隣商業地域、商業地域）、工業系（準工業地域など）

③ 特別用途地区（必要に応じ用途地域に重畳して指定されることがある。都市計画法）

中高層階住居専用地区、商業専用地区等

(4) 土地の類型

更地、建付地（自用建物、借家権なし）、底地、貸地（借地）、借地権、区分地上

権（工作物所有のため、地下又は空間に上下の範囲を定めて設定された地上権）

#### （５）土地の特殊類型

面大地（著しく面積が過大な土地）、過剩敷地（広大な一団の土地の一部に別荘等点在している場合）、不整形地・袋地・三角地、涯地、高圧線下地（「電気設備に関する技術基準を定める省令」に基づく電圧の種別による利用制限）、私道、高架線下地等

#### （６）土地の価格

##### ① 固定資産税評価額 固定資産税・都市計画税の課税の基準（登録免許税も）

地方税法３８８条 総務大臣は、固定資産の評価の基準並びに評価の実施の方法及び手続（以下「**固定資産評価基準**」という。）を定め、これを告示しなければならない。この場合において、固定資産評価基準には、その細目に関する事項について道府県知事が定めなければならない旨を定めることができる。（原則３年に１度の評価替え）

##### ② 路線価 国税庁 相続税、贈与税の課税基準（財産評価基本通達）

##### ③ 公示価格 地価公示法にもとづき毎年３月末頃同年１月１日時点の地価を公表 不動産鑑定士（補）が土地の「正常な価格」を評価

「第一条 この法律は、都市及びその周辺の地域等において、標準地を選定し、その正常な価格を公示することにより、**一般の土地の取引価格に対して指標を与え、及び公共の利益となる事業の用に供する土地に対する適正な補償金の額の算定等に資し、もつて適正な地価の形成に寄与することを目的とする。**」

##### ④ 基準地価 都道府県、７月１日時点の正常価格、国土利用計画法に基づく価格審査の基準

##### ⑤ 正常価格 合理的に形成される市場価値。当事者のいずれにも偏らない客観的な交換価値。公示価格、基準地価は、正常価格である。

##### ⑤ 担保評価 リスクを控除（掛目）

##### ⑥ 売買価格 実際の取引価格

##### ⑦ その他 不動産競売評価基準、損失補償基準、訴訟物の価額など

## 2 所有権移転と対抗要件

### (1) 所有権移転の時期

#### ① 意思主義と形式主義

我国の立場・・・意思主義

(物権の設定及び移転)

第一百七十六条 物権の設定及び移転は、当事者の意思表示のみによって、その効力を生ずる。

#### ② 移転時期の原則

売買契約では、締結時ではなく、代金完済時、移転登記完了時または引渡時（これらは、原則として同時）に所有権が移転する旨合意される場合が多い。明示されなくとも（黙示的でも）当事者の意思の解釈として同様に解される。しかし、契約書に明記しておくべき。

「代金の完済、所有権移転登記手続の完了までは所有権を買主に移転しない旨の売買契約が締結されたときにはそれに従うのであって、常に売買契約締結と同時に買主に所有権が移転すると解しなければならないものではない」（最判昭38・5・31）

### (2) 対抗要件

#### ① 対抗要件の意義

(不動産に関する物権の変動の対抗要件)

第一百七十七条 不動産に関する物権の得喪及び変更は、不動産登記法（平成十六年法律第二百二十三号）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。

(不動産登記法 第3条 登記は、不動産の表示又は不動産についての次に掲げる権利の保存等（保存、設定、移転、変更、処分制限又は消滅をいう。）についてする。

- 一 所有権 二 地上権 三 永小作権 四 地役権 五 先取特権 六 質権
- 七 抵当権 八 賃借権 九 採石権)

#### ② 典型的なケース・・・二重譲渡

甲が乙に土地を譲渡し、その後同じ土地を丙にも譲渡した。

・対抗要件主義によれば、乙は登記なしには丙に所有権を対抗できない。乙は登記を具備して初めて確定的に所有権を取得する。

- ・乙は甲に対しては自己の所有権を主張でき、また、丙が乙の所有権を認めることは差し支えない。
- ・乙、丙双方に登記が未了であれば、相互に所有権を対抗できない。

### ③ 対抗要件の種類

- ・ 不動産の物権変動につき不動産登記（民 177）
- ・ 明認方法（立木の場合、なお借地借家法 10 条 2 項）  
（借地権の対抗力等）

**第十条** 借地権は、その登記がなくても、土地の上に借地権者が登記されている建物を所有するときは、これをもって第三者に対抗することができる。

**2** 前項の場合において、建物の滅失があっても、借地権者が、その建物を特定するために必要な事項、その滅失があった日及び建物を新たに築造する旨を土地の上の見やすい場所に掲示するときは、借地権は、なお同項の効力を有する。ただし、建物の滅失があった日から二年を経過した後には、その前に建物を新たに築造し、かつ、その建物につき登記した場合に限る。

- ・ 動産、借家につき引き渡し
- ・ 借地権につき借地上の建物登記（借地借家法）
- ・ 一般債権については、（確定日付付き）債権譲渡通知または債務者の譲渡承諾書

### ④ 民 177 条の「第三者」とは

登記欠缺を主張するにつき正当の利益を有する者（大判明 4 1・12・15 民録 14・1276）

\* 最判 S46.12.3 「一般に、家屋の賃貸人である所有者が右家屋を他人に譲渡し、所有権が譲受人に移転した場合には、これとともに賃貸人たる地位も譲受人に移転し、譲受人は、以後、賃借人に対し、賃料請求権を取得するものと解すべきである。この場合、譲受人がいまだその所有権移転登記を経由していないときは、同人は、賃借人に対して自己が所有権を取得し、したがって、賃貸人たる地位を承継したことを主張しえない…」

（正当の利益を有する第三者に該当しないもの）

- ・ 無権利者
- ・ 不法占拠者
- ・ 詐欺強迫によって登記の申請を妨げた者（不登法 4 条）
- ・ 他人のために登記を申請する義務のある者（同法 5 条）

- ・背信的悪意者・・・自由競争の例外（最判昭40・12・21民集19・9・2221）

（背信的悪意者判断の基準）

- ・その者が売主の近親者とか、代理人、立会人、斡旋人等の役割を果たしていた場合
- ・売主と買主の結果を容認し、それを前提とする行動をしていた場合
- ・その者が買主を害する意図から積極的に働きかけた場合
- ・その者への譲渡が無償かきわめて安価でなされた場合

⑤ 登記官の過誤によって抹消された登記の対抗力

登記は、物権の対抗力発生の要件であって、いったん登記によって発生した物権の対抗力は、法律上消滅事由の発生しない限り消滅するものではない。（最判）

なお、代理人の錯誤等登記権利者に原因のある抹消の場合は、対抗力は消滅する。

（3）公示力と公信力

① 意義

ア 公示の原則・・・物権変動に外界から認識しうるもの（公示）を要求する原則

イ 公信の原則・・・真の権利状態と異なる公示が存在する場合に、公示を信頼して取引をしたものに対し、公示どおりの権利状態があったと同様の保護を与える原則

② 我国の立場

不動産については登記を対抗要件としており、公示の原則を取ることは明らか。

しかし、公信の原則は採用していない（ドイツ・フランスでは登記に公信力が認められているし、我国でも動産については即時取得制度により公信の原則を採用している。民192条）。

その結果、売主が真の所有者でなかった場合（または、所有者の意思に基づいていないとき）、買主は所有権を取得できない。もっとも、一定の場合民94条2項により、登記を信頼して取引をした第三者が保護される場合がある（外観法理）。

（動産に関する物権の譲渡の対抗要件）

第七十八条 動産に関する物権の譲渡は、その動産の引渡しをしなければ、第三者に対抗することができない。

（即時取得）

第九十二条 取引行為によって、平穩に、かつ、公然と動産の占有を始めた者は、善

意であり、かつ、過失がないときは、即時にその動産について行使する権利を取得する。

### ③ 民法94条2項が類推適用されるケース

(虚偽表示)

第九十四条 相手方と通じてした虚偽の意思表示は、無効とする。

2 前項の規定による意思表示の無効は、善意の第三者に対抗することができない。

- ・ 権利者らしい外観（登記）の存在
- ・ 外観作出に対する帰責性
- ・ 第三者の外観に対する信頼

〔判例〕丙を代理人として甲の先代から不動産を買受けた乙が、たまたま右の売買契約書に買主名義が丙になっていた関係上、丙名義に所有権移転登記をすることを許した場合には、本条二項の法意に照らし、乙は丙が所有権を取得しなかったことをもって善意の第三者に対抗しえない。（最判昭37・9・14民集16・9・1935）

〔判例〕未登記建物の所有者甲が乙にその所有権を移転する意思のないのに、乙の承諾を得て右建物について乙名義の所有権保存登記をした場合は、実質上、甲名義の所有権保存登記があつて乙と通謀して乙名義に虚偽の所有権移転登記をした場合と異なるから、本条二項が類推適用される。（最判昭41・3・18民集20・3・451、最判昭45・4・16民集24・4・266）

## 3 不動産登記簿、公図の見方

### (1) 登記簿

#### ① 意義

不動産の権利関係を公示する。物権の得喪、変更は、登記簿に記録されることによって対抗要件が具備する。新法では、登記簿は磁気ディスクをもって調整され、登記事項の証明書が発行される（登記簿謄抄本は、登記事項証明書とみなされる。）。

#### ② 不動産登記によって公示されるもの

ア 不動産の特定

イ 権利の状況・・・所有者、制限（担保、賃借権）の有無

ウ 権利の変動関係・・・売買、相続、制限的権利の設定、消滅

### ③ 構成と見方

- ・表題部（表示に関する事項）

不動産の特定、物理的状況

所在と住居表示（「住居表示に関する法律」）は異なる（町名は一致）。

（〇〇区）〇町一丁目（町名）2番（街区符号）3号（住居番号）

- ・甲区（所有権に関する事項）
- ・乙区（所有権以外の権利に関する事項）

## （2）公図

### ① 公図とは

- ・地図に準じる図面（不動産登記法14条4項）
- ・不動産登記法では、登記所に地図を備え置くものとする（14条1項）。これには、法務局作製の図面、国土調査法の地積調査等によって作成された地積図があるが、公図も「地図」に準じる。
- ・公図は、一般に（旧）土地台帳付属地図を指し、字ごとに一つの図面を作成し、土地の地番ごとに区画されている。現在は、明治時代に作成された和紙の字限図（じげんず、あざぎりず）を転写し、マイラー化（ポリエステルのフィルムに改製。A2サイズ。600分の1）されている。字限図も残っていることがある。字限図には、里道（赤道）、水路（青線）（いずれも国有地）などが色違いで表示されていた。土地の形状、位置、大きさ等を知ることができる。字限図を再生する際に誤りを生じる例もある。地積図の正確性は、昭和50年の前後で異なるとされる。

### ② 公図の特徴

〔判例〕いわゆる公図は、**定量的にはそれほど信用できないが、定性的な問題についてはかなり信用できる**として、土地台帳付属地図の記載を根拠に堤塘敷部分の存在が認められた事例（神戸地裁洲本支部判決平成8年1月30日判例地方自治158号83頁）

〔判例〕公図は、定量的にはそれほど信用することができないとしても、**一般に公図より信用性の高い資料がないときには、里道、水路、堤塘など官有地の位置や幅員を決定する場合、まず公図上の位置、幅員を測り、これを公図の縮尺で除して、官有地と隣接地との**

境界を定めるのが通例である（同上）。

〔判例〕公図は土地台帳の附属地図で、区割と地番を明らかにするために作成されたものであるから、面積の測定については必ずしも正確に現地の面積を反映しているとはいえないにしても、**境界が直線であるか否か、あるいはいかなる線でどの方向に画されるか**というような地形的なものは比較的正確なものといえることができるから、**境界確定にあたって重要な資料**と考えられるとした事例（東京地判昭和49年6月24日判時762号48頁）

#### 4 境界をめぐる問題

(1) 境界の性質 人為的に区分（分筆）された隣接する土地同士が接する公法上の線であり、土地同士の間客観的に存在している。

(2) 立ち会い、官民査定の意義

本来、存在している境界を見つけ出す作業である。しかし、境界を客観的に証明するのはさほど容易ではない。そこで、当事者の合意で境界を設定することはできないが、現実には立ち会いにより境界を確認している。官民査定の場合、公有地（の面積、幅員、所在等）を前提とするが、民民と変わるものではない。なお、所有権の範囲の確認とは異なる（これは、私人間で処分できる私法上の問題）。

〔判例〕土地の境界を合意し、または、土地の境界を基準として所有土地の範囲を合意した場合においても、その合意は、**所有土地の範囲のみを定めるものであって、境界自体を設定変更する効力はない**。・・・この場合、後の境界確定によりこの合意が当然に影響を受けるものではない。当事者は、特段の事情がない限り、**後に客観的境界自体が何らかの経過で判明したときに合意が覆されるとは予定せず、ただ現地について自己の所有権の範囲を画し、これを確定する目的であるとするのが、当事者の意思に合致する**。境界線が後日別に確定したときは所有土地の範囲にも変動を及ぼすことが合意の内容とされているなど特段の事由がないと所有土地の範囲についての合意に要素の錯誤があるといえない。（東京高判昭和61年12月22日東高民報37間11・12号141頁）

(3) 訴訟の特殊性

形式的形成訴訟 請求棄却ができない。裁判所が必ずどこかを認定しなければならない。

(4) 境界確定のための法整備（不動産登記法の改正）

筆界特定登記官が筆界調査委員会の意見を踏まえて筆界を特定する制度を創設することになった。不服のある当事者は、提訴が可能

5 通路、相隣関係

(1) 通路の権利

① 法律上当然に成立する通行権・・・**囲繞地通行権**（民210条）

（公道に至るための他の土地の通行権）

第二百十条 他の土地に囲まれて公道に通じない土地の所有者は、公道に至るため、その土地を囲んでいる他の土地を通行することができる。

2 池沼、河川、水路若しくは海を通らなければ公道に至ることができないとき、又は崖があつて土地と公道とに著しい高低差があるときも、前項と同様とする。

〔判例〕公道に1・45メートル接する土地の上に建築基準法が施行されるよりも前から存在した建築物が取り壊された場合に、**単に特定の土地が建築基準法43条1項本文（注：次頁）に定める接道要件を満たさないというだけでは、同土地の所有者のために接道要件を満たすべき内容の囲繞地通行権が当然には認められないとされた事例**（最判平成11年7月13日判時1687号75頁）

〔判例〕**囲繞地の所有者に対し、袋地形成に関与していること、囲繞地およびその周辺が宅地であること等を勘案して東京都建築安全条例による3メートルの幅員の囲繞地通行権を認め**た事例（東地平成11年7月27日判タ1077-212）

第二百十一条 前条の場合には、通行の場所及び方法は、同条の規定による通行権を有する者のために必要であり、かつ、他の土地のために損害が最も少ないものを選ばなければならない。

2 前条の規定による通行権を有する者は、必要があるときは、通路を開設することができる。

第二百十三条 分割によって公道に通じない土地が生じたときは、その土地の所有者は、公道に至るため、他の分割者の所有地のみを通行することができる。この場合においては、償金を支払うことを要しない。

2 前項の規定は、土地の所有者がその土地の一部を譲り渡した場合について準用する。

## 建築基準法（敷地等と道路との関係）

**第四十三条** 建築物の敷地は、道路（・・・）に二メートル以上接しなければならない。（本文のみ）

### （道路の定義）

**第四十二条** この章の規定において「道路」とは、次の各号の一に該当する幅員四メートル（特定行政庁がその地方の気候若しくは風土の特殊性又は土地の状況により必要と認めて都道府県都市計画審議会の議を経て指定する区域内においては、六メートル。次項及び第三項において同じ。）以上のもの（地下におけるものを除く。）をいう。

一 道路法（昭和二十七年法律第百八十号）による道路

二 都市計画法、土地区画整理法、旧住宅地造成事業に関する法律、都市再開発法、新都市基盤整備法又は大都市地域における住宅及び住宅地の供給の促進に関する特別措置法による道路

三 この章の規定が適用されるに至った際に現に存在する道（以下、省略）

2 この章の規定が適用されるに至った際（注：昭和25年11月）現に建築物が立ち並んでいる幅員四メートル未満の道で、特定行政庁の指定したものは、前項の規定にかかわらず、同項の道路とみなし、その中心線からの水平距離二メートル（省略）の線をその道路の境界線とみなす。ただし、当該道がその中心線からの水平距離二メートル未満でがけ地、川、線路敷地その他これらに類するものに沿う場合においては、当該がけ地等の道の側の境界線及びその境界線から道の側に水平距離四メートルの線をその道路の境界線とみなす。（以下、省略）（注：この道路を2項道路、狭隘道路などということがある。）

## ② 当事者の合意によって成立する通行権・・・通行地役権、賃借権、使用借権

〔判例〕 黙示的に通行地役権の設定合意が成立したと認められた事例・右地役権の内容に自動車による通行は含まれないとされた事例（東京地判H7・8・23判時1566—53）

〔判例〕 通路が要役地の所有者によつて開設されたとして通行地役権の時効取得が認められた事例（最判平成6年12月16日判時1521号37頁）

〔判例〕（地役権と登記の欠缺を主張しうる第三者）

通行地役権（通行を目的とする地役権）の承役地が譲渡された場合において、譲渡の時に、右承役地が要役地の所有者によつて継続的に通路として使用されていることがその位置、形状、構造等の物理的状況から客観的に明らかであり、かつ、譲受人がそのことを認識していたか又は認識することが可能であったときは、譲受人は、通行地役権が設定されていることを知らな

かったとしても、特段の事情がない限り、地役権設定登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する第三者に当たらないと解するのが相当である。（最判平成10年2月13日）

### ③ その他

〔判例〕本件私道は建築基準法四二条二項の規定により指定を受けているが、これを利用していた奥の土地所有者が、所有土地を賃貸駐車場として利用しようとしたのに対し、その私道所有者が自動車の通行を妨害するために、ポールを建てた場合に、そのポールの撤去が命じられた事例

・本件私道は、**建築基準法四二条二項の規定による指定**を受けた結果、同法四四条一項の規定によりその地上に建築物を建築することが禁止される等公法的な規制を受け、指定された私道の所有者は、**道路としての機能を維持し、公共安全のために提供しなければならなくなり**、その反射的利益として、一般人は、右私道をその形状の限度において自由に通行する権利を有することになる。その結果、**右反射的利益として通行の自由を享受する者は、右通行が妨害された場合には、通行の自由権（人格権）に基づき、通行妨害の態様、指定された道路の使用状況等によつては、通行妨害の停止や、予防を請求することができることとなる**と解すべきである。（東京高判平成8年2月29日判時1564号24頁）

（ただし、「道路位置指定処分がされ、当該土地が**現実**に道路として開設されている場合」に限る。最判平成3年4月19日）

#### 建築基準法（道路内の建築制限）

**第四十四条** 建築物又は敷地を造成するための擁壁は、道路内に、又は道路に突き出して建築し、又は築造してはならない。ただし、次の各号の一に該当する建築物については、この限りでない。（略）

#### （2）その他の相隣関係

##### （境界標の設置）

**第二百二十三条** 土地の所有者は、隣地の所有者と共同の費用で、境界標を設けることができる。

##### （境界標の設置及び保存の費用）

**第二百二十四条** 境界標の設置及び保存の費用は、相隣者が等しい割合で負担する。ただし、測量の費用は、その土地の広狭に応じて分担する。

##### （囲障の設置）

第二百二十五条 二棟の建物がその所有者を異にし、かつ、その間に空地があるときは、各所有者は、他の所有者と共同の費用で、その境界に囲障を設けることができる。

2 当事者間に協議が調わないときは、前項の囲障は、板塀又は竹垣その他これらに類する材料のものであって、かつ、高さ二メートルのものでなければならない。

(囲障の設置及び保存の費用)

第二百二十六条 前条の囲障の設置及び保存の費用は、相隣者が等しい割合で負担する。

(相隣者の一人による囲障の設置)

第二百二十七条 相隣者の一人は、第二百二十五条第二項に規定する材料より良好なものを用い、又は同項に規定する高さを増して囲障を設けることができる。ただし、これによって生ずる費用の増加額を負担しなければならない。

(囲障の設置等に関する慣習)

第二百二十八条 前三条の規定と異なる慣習があるときは、その慣習に従う。

(境界標等の共有の推定)

第二百二十九条 境界線上に設けた境界標、囲障、障壁、溝及び堀は、相隣者の共有に属するものと推定する。

第二百三十条 一棟の建物の一部を構成する境界線上の障壁については、前条の規定は、適用しない。

2 高さの異なる二棟の隣接する建物を隔てる障壁の高さが、低い建物の高さを超えるときは、その障壁のうち低い建物を超える部分についても、前項と同様とする。ただし、防火障壁については、この限りでない。

(共有の障壁の高さを増す工事)

第二百三十一条 相隣者の一人は、共有の障壁の高さを増すことができる。ただし、その障壁がその工事に耐えないときは、自己の費用で、必要な工作を加え、又はその障壁を改築しなければならない。

2 前項の規定により障壁の高さを増したときは、その高さを増した部分は、その工事をした者の単独の所有に属する。

第二百三十二条 前条の場合において、隣人が損害を受けたときは、その償金を請求することができる。

（竹木の枝の切除及び根の切取り）

第二百三十三条 隣地の竹木の枝が境界線を越えるときは、その竹木の所有者に、その枝を切除させることができる。

2 隣地の竹木の根が境界線を越えるときは、その根を切り取ることができる。

（境界線付近の建築の制限）

第二百三十四条 建物を築造するには、境界線から五十センチメートル以上の距離を保たなければならない。

2 前項の規定に違反して建築をしようとする者があるときは、隣地の所有者は、その建築を中止させ、又は変更させることができる。ただし、建築に着手した時から一年を経過し、又はその建物が完成した後は、損害賠償の請求のみをすることができる。

〔判例〕最判平成1年9月19日「**建築基準法六五条**は、防火地域又は準防火地域内にある外壁が耐火構造の建築物について、その外壁を隣地境界線に接して設けることができる旨規定しているが、これは、同条所定の建築物に限り、その建物については**民法二三四条一項の規定の適用が排除**される旨を定めたものと解するのが相当である。」

**建築基準法（隣地境界線に接する外壁）**

**第六十五条** 防火地域又は準防火地域内にある建築物で、外壁が耐火構造のものについては、その外壁を隣地境界線に接して設けることができる。

第二百三十五条 境界線から一メートル未満の距離において他人の宅地を見通すことのできる窓又は縁側（ベランダを含む。次項において同じ。）を設ける者は、目隠しを付けなければならない。

2 前項の距離は、窓又は縁側の最も隣地に近い点から垂直線によって境界線に至るまでを測定して算出する。

## 6 地役権

通行地役権のほかにも、送電線設置のための地役権、眺望目的の地役権などがある。

判例上問題となった事例は、ほとんどが通行地役権である。

要役地（便益を受ける土地—土地の使用価値が増大する）と承役地（便益に供される土地）は、隣接地である必要はなく、距離の遠近にも関係がない。

### （地役権の内容）

第二百八十条 地役権者は、設定行為で定めた目的に従い、他人の土地を自己の土地の便益に供する権利を有する。ただし、第三章第一節（所有権の限界）の規定（公の秩序に関するものに限る。）に違反しないものでなければならない。

### （地役権の付従性）

第二百八十一条 地役権は、要役地（地役権者の土地であって、他人の土地から便益を受けるものをいう。以下同じ。）の所有権に従たるものとして、その所有権とともに移転し、又は要役地について存する他の権利の目的となるものとする。ただし、設定行為に別段の定めがあるときは、この限りでない。

2 地役権は、要役地から分離して譲り渡し、又は他の権利の目的とすることができない。

### （地役権の時効取得）

第二百八十三条 地役権は、継続的に行使され、かつ、外形上認識することができるもの限り、時効によって取得することができる。

## 7 共有物分割

### （裁判による共有物の分割）

第二百五十八条 共有物の分割について共有者間に協議が調わないときは、その分割を裁判所に請求することができる。

2 前項の場合において、共有物の現物を分割することができないとき、又は分割によってその価格を著しく減少させるおそれがあるときは、裁判所は、その競売を命ずることができる。

\* 一定の場合には、全面的価格賠償の方法による分割も可能。区分所有可能物件は、区分所有形態による分割も可能。

## 8 施設・設備の土地工作物責任

### (1) 要件

#### ① 土地の工作物

土地に接着して設置されたものであるが、工場内の機械や建物内の配水管まで含まれる。

#### ② 設置又は保存に瑕疵

本来備えるべき安全性を欠くこと。

#### ③ 他人に損害を生じたとき

工作物の占有者が第一次的責任を負う。

占有者が損害の発生を防止するに必要な注意をしたときは所有者の責任

(土地の工作物等の占有者及び所有者の責任)

第七百七十七条 土地の工作物の設置又は保存に瑕疵があることによって他人に損害を生じたときは、その工作物の占有者は、被害者に対してその損害を賠償する責任を負う。ただし、占有者が損害の発生を防止するのに必要な注意をしたときは、所有者がその損害を賠償しなければならない。

2 前項の規定は、竹木の栽植又は支持に瑕疵がある場合について準用する。

3 前二項の場合において、損害の原因について他にその責任を負う者があるときは、占有者又は所有者は、その者に対して求償権を行使することができる。

### (2) 失火責任法との関係

失火ノ責任ニ関スル法律

民法第709条ノ規定ハ失火ノ場合ニハ之ヲ適用セス但シ失火者ニ重大ナル過失アリタルトキハ此ノ限ニ在ラス

[判例]製パン業者のパン焼機からの出火について民法717条の工作物責任を認め、失火責任法の適用を排斥した。工作物の設置保存の瑕疵に起因して火災が発生した以上、同条が優先的に適用される。(東京高裁平成3年11月26日判時1408号82頁)

### (3) 事例

[判例]漏水事故につき、**瑕疵ある排水管**を専用的に使用していた二階部分の賃借人に民法717条の占有者としての責任が認められた。(大阪高裁平成元年5月26日判タ704号236頁)

[判例]豪雨のためマンションのベランダに溜まって溢れた雨水が室内に浸水し階下の居室に漏水した事故について、居室使用者・占有者・所有者に損害賠償責任(連帯責任)が認められた。(東京地裁平成4年3月19日判時1442号126頁)

[判例]建物の三階にある美容室の踊り場から二歳の幼児が転落負傷した事故について、右踊り場の設置又は保存に瑕疵があるとして、右建物の所有者と美容室の経営者の損害賠償責任が認められた。(福岡地裁小倉支部平成4年9月1日判タ802号181頁)

[判例]マンションの13階のオープン式廊下に裸で備え付けられていた消火器が何者かによつて投下され隣家の屋根が損傷した場合に、マンションの所有者に民法七七条の土地の工作物責任を認めた。(大阪地裁平成6年8月19日判時1525号95頁)

[判例]ガス沸騰器の排気筒が塞がれていたため、ガスが屋内に充満して発生した中毒死事故につき、建物の賃貸人の工作物責任が認められたが(過失相殺6割)、ガス供給会社に対する損害賠償責任が否定された(なお、賃借人において換気筒の状態を把握することは不可能とした)。(広島地裁福山支部平成6年7月19日判時1547号105頁)

[判例]アパートの外階段が崩落し、居住者を訪問するため昇っていた者が負傷した事故につき、アパート所有者の責任を認め、管理人の責任を否定した。(東京地裁平成9年2月10日判時1623号103頁)

[判例]スポーツクラブのプールで行われた水中体操に参加後、水着のままロッカールームに通ずる廊下を歩行中転倒して受傷した正会員が、施設の設置又は保存に瑕疵があったと主張した損害賠償請求が、一部認容された。(東京地裁平成9年2月13日判時1627号129頁)

cf. コンビニで顧客(22歳女性の美容講師)が濡れた床に滑って転倒して左上腕部挫滅創の傷害を負った事案につき、床が滑らないような状態を保つ信義則上の義務を認め、損害賠償

請求が認容された（過失相殺50%）。（大阪高判平成13年7月31日判時1764号64頁）

[判例] 幼児二名が自宅附近の溜池に転落して水死した事故につき、溜池の所有者に管理上の瑕疵が認められ、損害賠償責任があるとされた。（浦和地裁熊谷支部平成9年3月27日判時1634号126頁）

[判例] 居室の窓枠から手摺がはずれたため居住者が地面に転落して頭蓋骨骨折等の傷害を負ったことにつき、建物所有者の工作物責任が認められた。（東京地裁平成9年4月15日判時1631号96頁）

[判例] ビルにおけるガス爆発事故について、ガスボンベから消費設備までが一体としてガス供給の機能を果たすものであることからすると、ガスの漏洩が認められたガス配管部分を含むLPガス設備が一体として土地の工作物にあたるものと認めるのが相当とし、LPガス販売事業者の土地工作物責任を認めた。（山形地判9年8月5日判時1642号130頁）

[判例] ビルのガス爆発事故についてビル所有者の民法七一条による土地工作物責任が認められた。（京都地裁平成10年1月16日判時1659号91頁）

[判例] 隣地の石垣の崩壊により建物等が損壊された事故につき、石垣は、その保存について、通常有すべき安全性を欠いていたと認められ、瑕疵によって、事故が引き起こされたものと推認されるから、石垣の所有者は、事故によって生じた損害を賠償しなければならない。（広島地裁呉支部平成10年2月19日判タ987号217頁）

## Ⅱ 不動産の売買をめぐる法律知識

### 1 不動産売買の契約と注意事項

#### (1) 契約の準備段階の信義則

契約交渉に入った段階において当事者は、信義誠実の原則の支配を受ける。

##### ① 第1段階 当事者間の接触はあるが、具体的商談は始まっていない段階

この段階では特段の義務はない。

##### ② 第2段階 具体的商談に入った段階

ア 配慮義務・・・相手方の人格、財産等を害しないように配慮する信義則上の義務  
(大阪高判平元・6・29判時1329・155)

イ 開示義務・・・契約締結を妨げる事情を開示、説明し、適切な情報提供、報告をなし、専門的事項につき調査解明し相手方の誤信に対し警告、注意をなす等各場合に  
応じ相互信頼を裏切らない行為をなすべき信義則上の注意義務(大阪地判昭59・3・26判タ526・168)

##### ③ 第3段階 代金等を含む契約内容についてはほぼ合意に達し、正式契約の締結日が定められるに至った段階

配慮義務、開示義務のほか「誠実に契約の成立に努めるべき信義則上の義務」が付加される(最判昭58・4・19)

[判例] 売買契約締結の過程において、その目的物、代金の額及び支払時期、契約締結の時期などを当事者の双方が了解し、買主となる者が、売主となる者に**確実に契約が成立するとの期待を抱かせるに至ったにもかかわらず、一方的、無条件に契約の締結を拒否し、これを正当視すべき特段の事情もない**など原判示の事実関係の下においては、買主となる者は、売主となる者に対し、**信義則上の義務違反を理由とする不法行為責任を負う**。(最判平成2年7月5日裁集民160号187頁)

(賃貸借) [判例] 百貨店とそのテナント(飲食店)の間で改装工事の具体的な交渉が行われながら最終的に百貨店側が改装の承諾を与えなかつたことについて信義則上の義務違反による不法行為責任を肯定した事例(東京地判平成6年2月21日判時1511号83頁)

#### ④ 賠償の範囲

信頼利益と履行利益に区分されるもののうち、信頼利益の範囲(契約締結準備費用、履行準備費用)で損害賠償請求でき、履行利益(転売利益、値上益、目的物の利用に

よる利益等)は含まれないとするのが一般 肯定例：契約締結に要した交通費、宿泊費、通信費、工場建設を計画していたための設計費用

## (2) 契約締結の際の告知義務、説明義務、契約の付随義務

説明義務は、売買契約における信義則から導かれる契約上の附随義務の一種と考えられる。

cf. 土砂崩れにより建物で就寝中の人死亡した事故で、売主に安全性確保義務違反があるとして不法行為に基づく損害賠償義務が認められた事例(大阪地判H13. 2. 14判時759-80)。マンションの売主に不良入居者に販売することを回避する必要な方策をとるべき義務を認めた事例(札幌地判H13. 5. 28判時1791-119)。一定の説明のないことが分譲住宅の価格の適否について十分に検討した上で譲渡契約を締結するか否かを決定する機会を奪うことになった事案において、著しい信義則違反があったとして慰謝料が認められた事例(最判H16. 11. 18最高裁HP)。

## (3) 買付証明、売渡証明

判例は、買付証明や売渡証明の段階では契約の成立を認めない(東高判昭54・11・7判時951・50、大阪高判平2・4・26判時1383・131等)

買付証明や売渡証明は、当事者が交渉している事実を推認させるものとどまる。しかし、信義則上の誠実交渉義務を発生させ契約準備段階の過失責任を追及する根拠となりうるので注意。

## (4) 重要事項説明書

① 宅建業者は、取引主任者(宅建業法15条)をして、重要事項を記載した書面を交付して説明しなければならない(同法35条)。

② 宅建業者の注意義務(重要事項につき調査する義務)

ア 所有権の有無 (他人物売買)

イ 代理権の有無

ウ 制限物権の有無

エ 公法上の制限の有無

オ 接道：建築基準法に満たない路地状敷地、公道に接しない宅地

カ 宅地建物取引業者は、事柄によっては、専門的知識に基づき説明ないし告知すべき事項ではなくとも、その職務が誠実性を要求される面からして買主に告知すべき義務を負う場合もある(判例)

## (5) 売買契約書の条項

### 契約書のチェックポイント

#### ① 物件の表示

土地・所在、地番、地目、地積

建物・所在、家屋番号、種類、構造、床面積

以上は登記および公図と照らし合わせて確認する。売主と所有者が一致しているかについても確認が必要。

公簿売買か実測売買か（数量指示売買—代金減額請求ができる場合 当事者の意思解釈となる。最判H13.11.22）。

#### ② 売買代金・総額ならびに手付金、（中間金）、残金の額

#### ③ 決済日、引渡日、手付損・倍戻しによる解除期限などの遵守期日

#### ④ 危険負担・引渡日までに不可抗力による目的物の滅失毀損の不利益をどちらが負うのか。一般に売主の負担とされる（ただし、民法の原則は、特定物の売買については買主の危険。請負は逆）。

#### ⑤ 違約金（売買代金の10%～20%）

#### ⑥ ローン条項

残代金額について一定の日までに買主がローンを組める見込みがたたないときは、売買契約は無条件解約できる旨の条項。ローン条項によって契約が解除されたときは、手付金は全額買主に返還され、違約金を支払う必要もない。

#### ⑦ 担保抹消に関する条項

#### ⑧ 収益および負担の帰属

公租公課、家賃収入等の負担に関する条項（売主が公租公課を滞納したら納付義務は引き継ぐのか？）

基準日を入れておく（「1月1日基準」と「4月1日基準」はどう違うか？）

#### ⑨ 「現状有姿」によるとの記載がある場合 瑕疵担保責任との関係

## (6) 手付金、違約金

### ① 手付金

ア 手付金とは・・・売買契約締結時の際に買主から売主に支払われる金銭

a 証約手付 契約の成立を証明する効力を持つもの、手付金の最低限の効力

b 解約手付 双方が解除権を留保する目的を持ち、買主は手付金を放棄することにより、売主は手付金の倍額を返すことにより解除できる。いわゆる「手付流し、倍返し」のこと。民法上、原則としてこの効力を有する（557条1項）

○ 違約手付 契約上の債務を履行しないときに違約金として没収することを目的とするもの。

イ 解約できる時期 相手方が契約の履行に着手するまで（自ら履行に着手していてもよい）。売買契約書に解約期限を明記している例も多い。

（判断基準）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、または履行の提供をするため欠くことのできない前提行為をした場合（最判昭40・11・24）

e. g. 履行期後に買主が代金の準備をして売主にしばしば履行を求めた場合

第三者所有の不動産の売買契約で売主が所有権を取得し、移転登記を得た場合  
市街化区域内の農地の転用届出を農業委員会に提出した場合

## ② 違約金

### ア 種類

a 損害賠償の予定・損害額の如何にかかわらず手付金の倍返しまたは放棄により損害賠償が済んだとみなすもの

b 違約罰・・・・手付金の放棄または倍返しに加えて、実際の損害額を賠償しなければならないもの

### イ 合意がないときの判断基準

違約金の定めは損害賠償の予定と推定される（民420条3項）

〔判例〕本件不動産売買契約には、買主の義務不履行を理由として売主が契約を解除したときは、買主は違約損害金として手付金の返還を請求することができない旨の約定、売主の義務不履行を理由として買主が契約を解除したときは、売主は手付金の倍額を支払わなければならない旨の約定及び「上記以外に**特別の損害**を被った当事者の一方は、相手方に違約金又は損害賠償の支払を求めることができる。」旨の約定が存し、右各条項は、本件契約に際し社団法人兵庫県宅地建物取引業協会制定の定型書式を使用して作成された不動産売買契約書にあらかじめ記載されていたところ、契約締結時に右各条項の意味内容について当事者間で特段の話し合いが持たれた形跡はない。

・右各条項は、相手方の債務不履行の場合に、特段の事情がない限り、債権者は、現実に生じた損害の証明を要せずに、手付けの額と同額の損害賠償を求めることができる旨を規定するとともに、**現実に生じた損害の証明をして、手付けの額を超える損害の賠償を求めることもできる旨**を規定することにより、相手方の債務不履行により損害を被った債権者に対し、現実に生じた損害全額の賠償を得させる趣旨を定めた規定と解するのが、社会通念に照らして合理的であり、当事者の通常の意味にも沿うものというべきである。（最判平成9年2月25日）

(7) 契約締結時、決済時に注意すること

①物件調査

ア 立地特性の調査

- a 物件特性 面積、形状、道路との関係、日照状況、地質、汚染
- b 地域特性 交通機関、商業施設、公共施設、景観、町並み、迷惑施設の有無

イ 公法上の規制に関する調査

- 都市計画法による規制
- 建築基準法による規制
- 宅地造成等規制法による規制

ウ 供給処理施設に関する調査

- 電気、上下水道、ガス供給の状況

エ 土壌汚染、産業廃棄物、地中残地物、危険物

最近、問題が大きくなっている。東京都の環境確保条例（平成13年10月施行）、土壌汚染対策法（H14.5成立。H15.2.15施行）。隠れたる瑕疵になり得るが免除特約がある場合もあり（特に国が売主のとき）、また、責任を追及しようにも売主に資力がない場合もあるので注意。土地の利用履歴（使用方法・所有者）、地質について調査が必要。休耕田の場合など、産業廃棄物が投げ捨てられていることもある（地中に埋没）。

不動産鑑定基準が見直され（国土交通省）、土壌汚染の有無などを確認して不動産価格を算定することになった（H15.1実施）。

②登記簿、公図、実測図による調査

ア 登記簿の閲覧、謄本の入手

- 地番と家屋番号の調査—住居表示との関係（前述）

イ 登記簿・公図・実測図でのチェック

- a 地積や床面積と実測面積が異なる場合
- b 地目上、「田」等農地となっていた場合
- c 売主と所有者が異なる場合
- d 仮登記、差押登記、保全登記がある場合（後述）
- e 地上権、賃借権、地役権等の用益物権または抵当権等の担保物権が存在する場合
- f 実測図面に境界、隣地所有者の立合印があるか。
- g 境界標は、実測図面と一致しているか。

(参考)

「公共用地の取得における土壌汚染への対応に係る取扱指針」(国土交通省H15.5)

「◎土地の履歴等の確認

○登記簿、住宅地図等による調査

一般に、登記簿に記載された土地の所有者、建物の所有者・用途から、当該土地の利用履歴を一定程度推測することが可能な場合があり、住宅地図から当該土地の現在及び過去の用途を確認・推測することが可能である。また、こうした調査の対象時期を遡ったり、精度を上げるために、航空写真や過去の地形図等が有効な場合もある。なお、この場合、周辺からの汚染の流入の可能性にも留意し、当該土地の隣地の状況についても確認しておく必要がある。

○聞き取り調査等

当該土地の利用履歴や汚染状況に関しては、登記簿、住宅地図等の資料と併せて現地の地方公共団体環境部局不動産仲介業者土地家屋調査士地元精通者等に確認することが有効な場合もある。なお、この場合、周辺からの汚染の流入の可能性にも留意し、当該土地の隣地の状況についても確認しておく必要がある。」

### ③不動産業者(宅地建物取引業者)

#### ア 免許を受けた業者であることの確認

〔関連事例〕 東地判平成5年7月27日 判時1495号109頁

無免許の宅地建物取引業者のなした仲介委託契約・・・は直ちに無効ということとはできないとしても、委託者が任意に支払をすることは格別、右各契約に基づく仲介報酬請求権は、裁判による強制力をもつて実現を求めることはできないものというべきであり、右各仲介報酬債務は自然債務(注:任意に支払った場合、その支払いは有効であるが、裁判上の請求ができない債務)というべきものである。

#### イ 宅建業者との取引形態

##### a 自ら売主となる

(宅建業者から購入する場合の規定)

- i) 手付の額の制限 代金額の10分の2を超える額の手付を受け取ることができない(宅建業法39条1項)
- ii) 手付は解約手付となる(同条2項)。この規定に反するもので売主に有利なものは無効
- iii) 手付金の保全措置(宅建業法41条、41条の2)

(宅建業者間の取引の特例)

- ・宅建業法78条2項—上記手付に関する規制等が適用されない。

b 代理人として売買等を成立させる

c 媒介により売買等を成立させる

(媒介契約の種類)

・専任媒介契約

依頼者が他の業者に媒介や代理を依頼することを禁止する形態、依頼者は自ら売買・交換の相手方を見つけて契約できる

・専属専任媒介契約

専任媒介契約の一種だが、依頼者は自ら売買・交換の相手方を見つけて契約することはできない

・一般媒介契約（明示型）

依頼者が他の業者に重ねて媒介や代理を依頼することを認める形態で重ねて依頼する業者を明らかにするもの

・一般媒介契約（非明示型）

上記において重ねて依頼する業者を明示しないもの

#### ④ 売主の確認

ア 所有者かどうかを印鑑登録証明書、登記済証（権利証）のチェック（保証書について）—真の所有者でなかったときは。

イ 行為能力等のチェック

成年被後見人（旧禁治産者）、被保佐人（旧準禁治産者）、被補助人、未成年者ではないか。会社の場合、取締役会決議を要する場合がある。

ウ 登記名義人以外から購入する場合

a 代理の場合の注意

本人の意思確認は必須。書類としても印鑑登録証明書付委任状は必要。

b 中間省略登記

所有者と登記名義人は一致しているのが不動産登記法の建前。しかし、登記費用（登録免許税）を節約するために中間者への登記名義の移転を省略する場合がある。e. g. 甲→乙→丙と所有権が移転した場合、甲から丙へ直接登記名義を移転することができるか。

（これから丙に直接登記を移したいとき）

原則として、丙へ直接の登記を移すには乙の承諾が必要（最判昭40・9・21民集19・6・1560、最判昭46・4・6判時630・60）。

（すでに丙に登記が移された場合）

現状の権利関係と登記名義が一致している限り、原則としてその登記は有効であり、乙は法律上保護されるべき具体的利益（例えば代金支払確保）がなければ甲丙に抹消登記を請求できない（最判昭44・5・2民集23・6・951）。

※ 乙が権利証をもっているにもかかわらず真の所有者と限らないことに注意。甲乙間の売買契約書の提示や甲への問い合わせを行うこと。

⑤ 担保抹消同意の有無の事前チェック

⑥ 印紙、登録免許税額等の準備

⑦ 決済

残代金の支払、所有権移転登記、担保権の抹消は同時。

即時登記申請ができるよう決済日には司法書士が臨席して登記用書類の確認

⑧ 売主から取得する書類

ア 所有権移転のために必要な書類（不登法26条1項）

a 登記原因証書（売渡証書）※

※ 売買による所有権移転登記申請の際には、売主が差し入れた「売渡証書」を登記原因証書（不登法35条1項2号）として提出するのが一般的。登記所がこれに一定の事項を記入し捺印したものが買主にとっての登記済証（権利証）となる。（注：H16通常国会で成立した改正不動産登記法は、権利証、保証書の制度を廃止）

b 登記済証（ないときは保証書で代行）、印鑑証明書（発行後3か月以内のもの）

c 同意書、議事録（写し）、許可書

法定代理人（禁治産者、未成年者）の同意書、保佐人の承諾書

法人の場合は取締役会議事録等を要する場合がある

農地の売買等については農地法の許可書（市街化地域の場合は届出）（地目変更と同時に）

d 代理権限証書

委任状、親権者・後見人・保佐人であることを証する戸籍謄本

会社の場合は資格証明書または商業登記事項証明書（作成後3か月以内のもの）

e 住民票（登記上の住所に変更があるとき）

- f 固定資産税評価証明書
- g 実測図面（境界立合印付）、配電・配管図、建築確認図面
- イ 領収証

⑨ 担保権者から取得する書類・・・担保登記抹消書類

- ア 原因証書 弁済証書等
- イ 登記済証
- ウ 代理権限証書 委任状、資格証明書

(8) 関連する重要な行政法規

- ① 国土利用計画法 地価の抑制を最大の目的とする
- ② 都市計画法 計画的な都市づくりを進めるための基本法 用途地区を定める
- ③ 土地区画整理法 土地区画整理事業
- ④ 建築基準法 良好な集团的建築環境の確保  
構造上・防火上・衛生上等の安全性の確保
- ⑤ 土地収用法 公共の利益となる事業
- ⑥ 農地法 農業の保護
- ⑦ 宅地建物取引業法 購入者等の保護と宅地建物の流通の円滑化を図る
- ⑧ その他多数（国土の開発整備、環境保全等のための規制、公物・国有財産関係等）

2 物件の売買に関して特に留意する点

(1) 物件に関する注意点

必ず物件調査（現地、重要事項説明書の記載内容の確認）を行うこと  
近隣の聞き込み、役所での調査

(2) 瑕疵、利用制限

① 瑕疵担保責任（民570条、566条）

その種類のものとして通常有すべき品質・性能を有していないこと、すなわち、(i) 目的物が保有すべきことを取引界が要求する品質・性能を欠くこと(ii) 契約上予定していた性質を欠いている場合

ア 対処の方法

売主の無過失責任であるが、買主は瑕疵につき善意無過失でなければならない

- イ 通常、中古住宅の売買においては「現状有姿のまま引き渡す」旨の条項あり  
「現状有姿」の意味

売主が宅建業者の場合は、引渡日から2年以上となる特約の場合を除き、買主に不利な瑕疵担保責任の制限、免除をすることができない（宅建業法40条）。ただし、業者間取引は、適用除外（78条2項）

#### ウ 隠れたる瑕疵の判断基準

一般取引において通常行われる検査により発見が可能か

a 主要構造部分の瑕疵 e.g. 柱がシロアリに食われている

b 地盤沈下、擁壁の崩落

広島地判昭50・7・18判タ332・319

神戸地明石支判昭54・10・29判時961・107

c 建物内での自殺、殺人、近隣に暴力団事務所

〔判例〕土地建物の売買について、売主の前所有者が約七年前に同建物に付属している物置内で農薬自殺したことが、隠れた瑕疵に当たるとされた事例

「売買の目的物に瑕疵があるというのは、その物が通常保有する性質を欠いていることをいうのであり、目的物が通常有すべき設備を有しない等の物理的欠陥がある場合だけでなく、目的物にまつわる嫌悪すべき歴史的背景等に起因する心理的欠陥がある場合も含むものと解される」（東京地判平成7年5月31日判時1556号107）

エ 責任追及方法 損害賠償、解除（契約の目的を達し得ないとき）

修補請求は民法上は規定がない

オ 期間制限 瑕疵を知ったときから1年以内

この点、平成11年6月23日に「住宅の品質確保の促進に関する法律」が制定公布され（平成12年4月1日施行）、住宅新築請負契約における瑕疵担保責任の特例とともに、新築住宅の売買契約における瑕疵担保責任の特例が設けられた。

同法では、新築住宅の売買契約においては、売主は、買主に引き渡した時（当該新築住宅が住宅新築請負契約に基づき請負人から当該売主に引き渡されたものである場合にあっては、その引渡しするとき）から10年間、住宅の構造耐力上主要な部分又は雨水の侵入を防止する部分として政令で定めるもの（以下「基本構造部分」という。）の隠れた瑕疵（構造耐力又は雨水の侵入に影響のないものを除く）について、民法上売買契約に規定されている損害賠償責任、解除のほか、請負におけると同様の瑕疵修補責任を負い、この点に関する、買主に不利な特約は無効となった。

同条は、従来、判例学説上争いのあった売買契約における瑕疵担保責任としての瑕疵修補責任を新築住宅の基本構造部分について、明文で認めたほか、新築住宅の基本構造部分

に関する瑕疵担保責任の責任期間を最低10年と義務付けた点に重要な意義がある。

なお、同法は、住宅を新築する建設工事の請負契約（以下「住宅新築請負契約」という。）における住宅の基本構造部分に関する瑕疵担保責任の責任期間も同様に引渡しから最低10年と義務付けた。

以上の特例は、一時使用のために建設されたことが明らかな住宅については適用されない。

また、住宅新築請負契約、又は新築住宅の売買契約において、基本構造部分以外も含めた瑕疵担保責任が、特約により20年まで伸長可能となった。

瑕疵担保責任の特例に関する規定は、同法の施行前に締結された住宅新築請負契約又は新築住宅の売買契約には適用されない。

因みに、同法は、以上の瑕疵担保責任の特例のほか、住宅性能表示制度並びに裁判外の住宅専門の紛争処理機関を創設し、合わせて新築住宅の品質確保を図っている。

#### （売主の瑕疵担保責任）

第五百七十条 売買の目的物に隠れた瑕疵があったときは、第五百六十六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。

#### （地上権等がある場合等における売主の担保責任）

第五百六十六条 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 （省略）

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行わなければならない。

## ② 利用制限

### ア 農地

「農地」は、「耕作の目的に供される土地」

転用は、原則として農地法上の許可が必要（農地法4条、5条）。無許可売買は無効。市街化区域では届出。農地のままの売買も許可制（3条）

イ 市街化調整区域・・・原則として建物建築が禁止。

ウ 土地区画整理事業中の土地 換地、仮換地

エ 道路予定地

(3) 保全、差押登記のある不動産を購入する場合

係争物件であるため手を出さないのが無難ではある。

① 仮差押え

・所有者の債権者が債権保全のために裁判所に申し立てたもの。

債務者は、請求金額を全額供託して、執行の取り消しを求めることができる。また、基本的に金銭の問題なので、債権を弁済すれば、債権者に取り下げてもらえる。

・代金決済の際、仮差押債権者が取り下げをするよう段取りが必要。

② 仮処分（処分禁止）

物件自体が紛争の対象となっているため（金銭の問題ではない）、まとめるのはかなり困難である。所有権の所在を巡っての紛争の場合もあり、物件自体魅力ではあってもあきらめた方がよい。ただし、時々、紛争が解決しているのに古い仮処分の登記がそのままになっているケースがあるが、その場合は、事前に抹消しておいてもらうこと。

③ 差押え

競売物件である場合と滞納処分により差し押さえられている場合がある。

いずれにせよ、債権者に弁済をしないと任意で売買はできない。

④ 予告登記

H17.3.7 施行の改正不動産登記法により、予告登記の制度は廃止された。

所有権等の権利の有無を巡って裁判所に訴訟が提起されていることを意味し、所有権の所在が覆る危険性があるので、売主の勝訴が確定して予告登記が抹消されるまで手を出せなかった。

⑤ 他の債権者からの保全、差押にも注意。危険が予測される場合は、契約締結と同時決済、登記（登記所で決済することもある。）。

(4) 借地権

① 意義 建物所有を目的とする地上権または賃借権

② 借地権が賃借権であるとき借地権の譲渡は、地主の承諾が必要（民612条）

③ 地主の承諾が得られないとき・・・承諾に代わる許可の裁判（借地法9条の2、借地借家法19条）

### 3 契約の解消をめぐる問題

#### (1) 契約解除

##### ① 約定解除権

義務を負わない解除（ローン条項）

手付損倍戻による解除

##### ② 法定解除権（債務不履行）

#### (2) 契約の無効

##### ① 錯誤

（錯誤）

第九十五条 意思表示は、法律行為の要素に錯誤があつたときは、無効とする。ただし、表意者に重大な過失があつたときは、表意者は、自らその無効を主張することができない。

〔判例〕対象の土地と公道との間に第三者所有の帯状土地が存在していたことを知らないで土地売買契約を締結したことが、表示された動機の錯誤として要素の錯誤に該当するとされた事例（東地判平成2年6月14日判時1375号79頁）

例：対象物件が住宅金融公庫の融資対象でなかったことが要素の錯誤であるとしてマンションの売買契約が無効とされた例、隣接地に計画中のビルが完成すれば日照が全く阻害されることが要素の錯誤であるとしてマンションの売買契約が無効とされた例、購入したマンションの真下にあるポンプ室からの騒音を理由に売買契約に要素の錯誤が認められた例等

##### ② 公序良俗

（公序良俗）

第九十条 公の秩序又は善良の風俗に反する事項を目的とする法律行為は、無効とする。

〔判例〕土地売買契約が原野商法による暴利行為（時価の約2.7倍）であり公序良俗に反して無効とされた事例（名古屋地判昭和63年7月22日判時1303・103）

〔判例〕宅地の売買が時価の約3.8倍の事例—暴利行為・公序良俗（大阪地判平成2年8月6日判時1382・107）

#### 4 競売物件等の購入をめぐる問題

##### (1) 競売手続（抜粋）

競売申立→競売開始決定（差押登記囑託）→現況調査命令・評価命令  
→執行官の現況調査報告書の提出・評価人の評価書の提出  
→裁判所の売却基準価格の決定→物件明細書の作成→売却実施通知、公告  
→期間入札の実施→開札→最高価競落人の決定（前日までに取り下げられることも多い）  
→（競落人がない場合）特別売却の実施、買受申出  
→売却許可決定→確定後代金納付命令→買受人の代金納付（所有権移転）  
→所有権移転登記の囑託（同時に抵当権設定登記をすることも可-競売物件をロー  
ンで購入）  
→買受人の所有権移転登記完了

##### (2) 三点セットの見方 (<http://bit.sikkou.jp>)

###### ① 現況調査報告書

###### ア 占有者

###### a 占有者の有無

債務者（所有者を含む）か第三者か

###### b 占有開始の時期

第1順位担保権設定登記および差押の効力発生の日との前後関係

###### c 占有権原の有無および内容

賃貸借契約書の写しが添付

###### イ 目的物が土地の場合

件外物件の有無、その占有者、占有権原

###### ② 評価書（「不動産競売評価マニュアル」判タ1075参照）

###### ア 市場調整率

###### イ 占有減価

###### ウ 承継する敷金、管理費

###### ③ 物件明細書（民事執行法62条・民事執行規則31条）

買受人が引き受けることとなる権利関係（対抗できる賃借権、成立する法定地上権など）など競売物件に関する一定の情報を記載し、備え置く。執行裁判所が記録上表れている事実とそれに基づく法律判断に関して一応の認識を記載したものにすぎず、当事

者の権利関係を確定するものではない。

(3) 参加方法

① 保証

最低売却価格の2割

② 入札の方法

期間入札が原則

(4) 問題点

① 法定地上権について

(法定地上権)

第三百八十八条 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。

〔判例〕所有者が土地及び地上建物に**共同抵当権を設定した後、右建物が取り壊され、右土地上に新たに建物が建築された場合には、新建物の所有者が土地の所有者と同一であり、かつ新建物が建築された時点での土地の抵当権者が新建物について土地の抵当権と同順位の共同抵当権の設定を受けたなどの特段の事情のない限り、新建物のために法定地上権は成立しない。**そして、新建物の所有者が土地の所有者と同一であり、かつ、新建物が建築された時点での土地の抵当権者が新建物について土地の抵当権と同順位の共同抵当権の設定を受けた場合であっても、**新建物に設定された抵当権の被担保債権に法律上優先する債権が存在するときは、右の特段の事情がある場合には当たらず、新建物のために法定地上権が成立しないものと解するのが相当である。**(最判平成9年6月5日)

② 競売不動産が借地権付建物の場合

地代滞納がある場合 代払いされていないときは、解除を予測しておく必要がある。  
債務不履行による解除は、抵当権者に対抗できる。

③ 区分所有建物につき管理費の滞納があるとき

建物の区分所有に関する法律第7条 区分所有者は、共用部分、建物の敷地若しくは共用部分以外の建物の附属施設につき他の区分所有者に対して有する債権又は規約若しくは集会の決議に基づき他の区分所有者に対して有する債権について、債務者の区分所有権（共用部分に関する権利及び敷地利用権を含む。）及び建物に備え付けた動産の上に先取特権を有する。管理者又は管理組合法人がその職務又は業務を行うにつき区分所有者に対して有する債権についても、同様とする。

同第8条 前条第1項に規定する債権は、債務者たる区分所有者の特定承継人に対しても行うことができる。

#### ④ 対抗できる占有者がいるとき

立ち退きを強制できない。敷金返還義務を承継する。

短期賃貸借について

従前は担保権者（競落人）に対抗できたが、民事執行法の改正（H16.4.1施行）により、この制度は廃止された（新法施行前の短期賃貸借は従前通り）。対抗できない賃貸借による占有は、6か月の猶予（新法）。（対抗できないので敷金も承継しない。）

（抵当建物使用者の引渡しの猶予）

第三百九十五条 抵当権者に対抗することができない賃貸借により抵当権の目的である建物の使用又は収益をする者であって次に掲げるもの（次項において「抵当建物使用者」という。）は、その建物の競売における買受人の買受けの時から六箇月を経過するまでは、その建物を買受人に引き渡すことを要しない。

一 競売手続の開始前から使用又は収益をする者

二 強制管理又は担保不動産収益執行の管理人が競売手続の開始後にした賃貸借により使用又は収益をする者

2 前項の規定は、買受人の買受けの時より後に同項の建物の使用をしたことの対価について、買受人が抵当建物使用者に対し相当の期間を定めてその一箇月分以上の支払の催告をし、その相当の期間内に履行がない場合には、適用しない。

#### ⑤ 競売不動産の内覧—執行官が買い受け希望者に物件を内覧させる制度の新設

（内覧）民事執行法第64条の2 執行裁判所は、差押債権者（…）の申立てがあるときは、執行官に対し、内覧（不動産の買受けを希望する者をこれに立ち入らせて見学させることをいう。…）の実施を命じなければならない。ただし、…（以下省略）

(5) 占有排除

引渡命令（民執83） 不動産の買受人による

**第83条**（引渡命令）執行裁判所は、代金を納付した買受人の申立てにより、債務者又は不動産の占有者に対し、不動産を買受人に引き渡すべき旨を命ずることができる。ただし、事件の記録上買受人に対抗することができる権原により占有していると認められる者に対しては、この限りでない。

2 買受人は、代金を納付した日から六月（注：新法により「6か月の猶予」が認められるときは、9か月となる）を経過したときは、前項の申立てをすることができない。

3 執行裁判所は、債務者以外の占有者に対し第一項の規定による決定をする場合には、その者を審尋しなければならない。ただし、事件の記録上その者が買受人に対抗することができる権原により占有しているものでないことが明らかであるとき、又は既にその者を審尋しているときは、この限りでない。（以下、省略）

最高裁決定H12.3.16 不動産引渡命令に対する執行抗告棄却決定に対する許可抗告事件

**要旨：滞納処分による差押えの後強制競売等による差押えまでの間に賃借権が設定された不動産が強制競売手続等により売却された場合には、右賃借権に基づく占有者に対し引渡命令を発することができる**

(6) 破産管財人による不動産売買の特徴

裁判所の売却許可書が権利書

価格（適正であることは最低限必要）よりもスピードを優先

瑕疵担保責任は負わない。

東京地方裁判所では、売買価格の原則10%を財団に入れるよう指導

## 5 物件販売等に関する現代的問題

いわゆるバブルの崩壊により、不動産の価格が大きく変動し、それに伴い、思惑通り売買、賃貸できなくなったことにより、様々な問題が生じている。

### (1) 売れ残りマンションの廉価販売

[判例]マンションの販売業者による値引き販売につき、他の区分所有者に対し、**売買契約締結後に不動産市況の下落があつてもなお当該販売価格を下落させてはならないという信義則上の義務があるとは認められない。**(東京地判平成8年2月5日判タ907号188頁)(公団の分譲マンションにつき同旨:東地12年8月30日日刊新聞各紙報道、東高15年11月5日日刊新聞各紙報道)なお、賃貸マンションに住んでいて建て替え後に優先分譲を受けた事案で公団に説明義務違反があるとして慰謝料が認められた事例がある(前記最高裁)。

### (2) 高価転売の約束

[判例]セールスマンの「**短期間内に高額で転売して利益を交付する**」との申入に応じてマンションを購入したが買取時より低額で転売せざるを得なかった場合に不動産会社(使用者)の不法行為を認めた(過失相殺7割)。(大阪高判平成8年9月25日判時1594号77頁)

### (3) 事情変更の原則

[判例]事情の変更を理由とする当事者の解除権は、契約の基礎となつた事情が、客観的に観察して、当事者を契約によつて拘束することが信義誠実の原則上著しく不合理と認められるほどに変化した場合にのみ認められるべきものである。**売買契約の対象となつた土地の時価が契約締結日から決済日までの間に三分の一に下落したとしてもその下落幅は売買契約における給付の等価性を破壊するほど著しいものとはいえないから、買主の事情変更による解除は認められない。**(大阪地判平成7年4月12日判タ887号221頁)

[判例]本件のような賃料自動増額特約(サブリース方式による建物賃貸借契約)は、継続的な契約関係である賃貸借契約においては、一定の合理性のある合意ではあるが、借地借家法三二条の趣旨に鑑みると、**契約締結後の経済事情に契約締結時において当事者が予測し得なかつた著しい変動があるなどして、契約締結の前提となる事実を欠き、賃料自動増額特約をそのまま適用することが著しく不合理な結果となる場合には、事情変更の原則によって、賃料自動増額特約は効力を有しないことがあると解するのが相当である。**(東京地判平成9年6月10日判時1637号59頁。ただし東京高裁で破棄されている。)(なお、サブリース案件については、後出)

## 6. 消費者契約法の影響（平成13年4月1日施行）

### （1）対象

「消費者」：個人（事業として又は事業のために契約の当事者となる場合におけるものを除く）

「事業者」：法人その他の団体、事業として又は事業のために契約の当事者となる場合における個人

「消費者契約」：消費者と事業者との間で締結される契約。有償無償を問わない（ただし、有償契約に限って適用される条項もある）。

### （目的）

第一条 この法律は、消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差にかんがみ、事業者の一定の行為により消費者が誤認し、又は困惑した場合について契約の申込み又はその承諾の意思表示を取り消すことができることとするとともに、事業者の損害賠償の責任を免除する条項その他の消費者の利益を不当に害することとなる条項の全部又は一部を無効とすることにより、消費者の利益の擁護を図り、もって国民生活の安定向上と国民経済の健全な発展に寄与することを目的とする。

### （定義）

第二条 この法律において「消費者」とは、個人（事業として又は事業のために契約の当事者となる場合におけるものを除く。）をいう。

2 この法律において「事業者」とは、法人その他の団体及び事業として又は事業のために契約の当事者となる場合における個人をいう。

3 この法律において「消費者契約」とは、消費者と事業者との間で締結される契約をいう。

### （2）努力義務

① 消費者契約の条項：消費者契約の内容が消費者にとって明確かつ平易なものになるよう配慮する義務

勧誘に際し：消費者契約の内容について必要な情報を提供する義務

第三条 事業者は、消費者契約の条項を定めるに当たっては、消費者の権利義務その他の消費者契約の内容が消費者にとって明確かつ平易なものになるよう配慮するとともに、消費者契約の締結について勧誘をするに際しては、消費者の理解を深めるために、消費者の権利義務その他の消費者契約の内容についての必要な情報を提供するよう努めなければならない。

② 「努力義務」であるので、具体的法律効果が生じるものではないが、義務違反により、

契約条項が事業者に不利に解釈されたり、過失を認定されたり、信義則の適用において考慮されたりする可能性がある。

### (3) 申込み・承諾の意思表示の取消し

#### ① 契約勧誘に際し（4条1項）：行為→誤認→意思表示→取消し

行為：重要事項（定義第4条4項\*）について事実と異なることの告知

誤認：事実であるとの誤認

行為：目的について将来の不確実な事項についての断定的判断の提供

誤認：当該断定的判断の内容が確実であるとの誤認

\*「重要事項」とは、消費者契約に係る次に掲げる事項であって消費者の当該消費者契約を締結するか否かについての判断に通常影響を及ぼすべきものをいう。

一 物品、権利、役務その他の当該消費者契約の目的となるものの質、用途その他の内容

二 物品、権利、役務その他の当該消費者契約の目的となるものの対価その他の取引条件

#### ② 契約勧誘に際し（4条2項）：

重要事項またはその関連事項について消費者の利益となる旨を告げ、かつ、当該重要事項について当該消費者の不利益となる事実を故意に告げなかった→不利な事実がないと誤認→意思表示→取消し

#### ③ 契約勧誘に際し（4条3項）：

3 消費者は、事業者が消費者契約の締結について勧誘をするに際し、当該消費者に対して次に掲げる行為をしたことにより困惑し、それによって当該消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示をしたときは、これを取り消すことができる。

一 当該事業者に対し、当該消費者が、その住居又はその業務を行っている場所から退去すべき旨の意思を示したにもかかわらず、それらの場所から退去しないこと。

二 当該事業者が当該消費者契約の締結について勧誘をしている場所から当該消費者が退去する旨の意思を示したにもかかわらず、その場所から当該消費者を退去させないこと。

#### ④ 媒介、代理

（媒介の委託を受けた第三者及び代理人）

第五条 前条の規定は、事業者が第三者に対し、当該事業者と消費者との間における消費者契約の締結について媒介をすることの委託（以下この項において単に「委託」という。）をし、当該委託を受けた第三者（その第三者から委託を受けた者（二以上の段階にわたる委託を受けた者を含む。）を含む。次項において「受託者等」という。）が消費者に対して同条第一項から第三項までに規定する行為をした

場合について準用する。この場合において、同条第二項ただし書中「当該事業者」とあるのは、「当該事業者又は次条第一項に規定する受託者等」と読み替えるものとする。

2 消費者契約の締結に係る消費者の代理人、事業者の代理人及び受託者等の代理人は、前条第一項から第三項まで（省略）の規定の適用については、それぞれ消費者、事業者及び受託者等とみなす。

#### （４）消費者の損害賠償額の予定

① 解除に伴う損害賠償の予定・違約金は、同種の消費者契約の解除に伴い当該事業者に生ずべき平均的な損害の額を超える部分は無効

例え、消費者の債務不履行に基づき事業者が解除する場合でも同様である。

② 金銭債務の履行遅滞にかかる損害賠償の予定・違約金は、年14.6%を越える部分は無効

（消費者が支払う損害賠償の額を予定する条項等の無効）

第九条 次の各号に掲げる消費者契約の条項は、当該各号に定める部分について、無効とする。

一 当該消費者契約の解除に伴う損害賠償の額を予定し、又は違約金を定める条項であって、これらを合算した額が、当該条項において設定された解除の事由、時期等の区分に応じ、当該消費者契約と同種の消費者契約の解除に伴い当該事業者が生ずべき平均的な損害の額を超えるもの 当該超える部分

二 当該消費者契約に基づき支払うべき金銭の全部又は一部を消費者が支払期日（支払回数が二以上である場合には、それぞれの支払期日。以下この号において同じ。）までに支払わない場合における損害賠償の額を予定し、又は違約金を定める条項であって、これらを合算した額が、支払期日の翌日からその支払をする日までの期間について、その日数に応じ、当該支払期日に支払うべき額から当該支払期日に支払うべき額のうち既に支払われた額を控除した額に年十四・六パーセントの割合を乗じて計算した額を超えるもの 当該超える部分

#### （５）消費者の利益を一方的に害する条項

消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重する条項であって、信義誠実の原則に反して消費者の利益を一方的に害する条項は無効。

例：（i）消費者からの解除の権利を制限する条項、（ii）事業者からの解除の要件を緩和する条項、（iii）紛争解決につき事業者の選定した仲裁人の仲裁によるものとする条項、（iv）消費者の一定の作為または不作為により、消費者の意思表示がなされたもの又はなされなかったものとみなす条項、（v）事業者の証明責任を軽減し、又は消費者のそれを加重する条項

(消費者の利益を一方的に害する条項の無効)

第十条 民法、商法その他の法律の公の秩序に関しない規定の適用による場合に比し、消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重する消費者契約の条項であつて、民法第一条第二項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するものは、無効とする。

(6) 他の法律の適用

(他の法律の適用)

第十一条 消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示の取消し及び消費者契約の条項の効力については、この法律の規定によるほか、民法及び商法の規定による。

2 消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示の取消し及び消費者契約の条項の効力について民法及び商法以外の他の法律に別段の定めがあるときは、その定めるところによる。

したがって、例えば、損害賠償額の予定については宅建業法38条、瑕疵担保責任の特約については同法40条が適用される。

宅建業法 (損害賠償額の予定等の制限)

第三十八条 宅地建物取引業者がみずから売主となる宅地又は建物の売買契約において、当事者の債務の不履行を理由とする契約の解除に伴う損害賠償の額を予定し、又は違約金を定めるときは、これらを合算した額が代金の額の十分の二をこえることとなる定めをしてはならない。

2 前項の規定に反する特約は、代金の額の十分の二をこえる部分について、無効とする。

(瑕疵担保責任についての特約の制限)

第四十条 宅地建物取引業者は、自ら売主となる宅地又は建物の売買契約において、その目的物の瑕疵を担保すべき責任に関し、民法第五百七十条において準用する同法第五百六十六条第三項に規定する期間についてその目的物の引渡しの日から二年以上となる特約をする場合を除き、同条に規定するものより買主に不利となる特約をしてはならない。

2 前項の規定に反する特約は、無効とする。

民法566条3項 前二項ノ場合ニ於テ契約ノ解除又ハ損害賠償ノ請求ハ買主カ事実ヲ知りタル時ヨリ一年内ニ之ヲ為スコトヲ要ス

### Ⅲ 不動産の賃貸借をめぐる法律知識

#### 1 賃貸借契約の基本

(賃貸借)

第六百一条 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。

e. g. 「社宅」は、賃貸借か；

賃貸借ではないとする判例が主流。例：東地判昭44・11・11

従業員用社宅の居住者が任意退職した場合、右社宅の使用関係は当然終了する。

##### (1) 契約書記載事項

- ① 賃料の額、支払時期
- ② 使用目的
- ③ 目的物
- ④ 賃貸期間、更新
- ⑤ 禁止事項
- ⑥ 契約解除に関する条項
- ⑦ 敷金保証金
- ⑧ その他使用にあたっての遵守事項

##### (2) 更新料の定め

賃借人に不利な条項として無効となるかが問題とされる。

更新料の定めが法定更新の場合に、適用されるとする判例とされないとする判例が分かっている。少なくとも営業目的の建物賃貸借においては、原則として有効とされる考え方が強いように見受けられる。

〔判例〕店舗を目的とする建物の賃貸借契約における**更新料の支払合意が、法定更新の場合にも適用**されると解された事例（東京地判平成5年8月25日判時1502号126頁）

〔判例〕歌舞伎町の営業目的の建物賃貸借において、法定更新の場合でも更新料の支払合意は有効であるが**3か月分を越える部分**（6・35か月分とされていた。新宿地区では同様の目的

・期間3年の場合、1～3か月が相場と判断）は借家法6条により無効とされた事例（東地判昭61・10・15判時1244・99）

〔判例〕建物賃貸借契約における更新料支払いの約定が、法定更新の場合には適用がないとされた事例（東京地判平成9年1月28日判タ942号146頁）

## 2 借地借家法

### （1）仕組み、適用範囲

#### ① 期限の法定

- ・民法上の原則・・・20年を超えられない（604条）ただし、後記
- ・借地・・・普通借地権30年以上

旧借地法は堅固建物所有目的は30年、非堅固建物所有目的は20年としていた（期間の定めないときは前者は60年、後者は30年）

- ・借家・・・1年未満の期間を定めた場合は期間の定めのないものとみなされる。期間を定めるとすれば、最短1年（最長期間なし：借地借家29Ⅱ-民604の適用排除）

#### ② 対抗要件の強化

借地借家法 第10条（借地権の対抗力等）（前出）

#### ③ 法定更新

### （2）居住権とは何か

一般的に「借家法によって保護される地位」をいうことが多いようだが、法律がストレートに適用されると占有権原が認められない占有者を救済するための権利濫用などの法理により居住が認められる者に使用される例が見られる。「居住権」という用語をあえて使用する意味は乏しい。

### （3）更新拒絶、解約の正当事由

判断基準

#### ① 賃貸人側の事情

- ア 自己使用の必要性・・・居住、営業、その他特殊な使用の必要性
- イ 第三者使用の必要性・・・第三者が親族の場合、経済関係にあるものの場合
- ウ 家屋売却の必要性

エ 家屋の取り壊し、新築大修繕の必要性

オ 破産した場合（対抗力のある賃借権の場合、管財人は解約できない。新破産56）

② 借地人・借家人側の事情

ア 使用の必要性

イ 営業の必要性

ウ 破産した場合（民621は削除。事情として考慮されない）

③ 賃貸借契約の従前の経緯

④ 利用状況や現況

⑤ 立退料等の提供

### 3 賃貸料の増減

(1) 建物賃料改定の要件（借地借家32条）（土地は、同11条）

① 土地もしくは建物に対する租税その他の負担の増減

土地もしくは建物価格の上昇もしくは低下

その他の経済事情の変動

近傍同種の建物借賃に比較して不相当となったとき

② 上記事情により従前家賃が不相当となったこと

適正な継続家賃と比較して20～30パーセントの開きは必要

③ 相手方に対する意思表示

④ 賃借人は、確定するまで、原則として従前の賃料を支払っていけばよい。差額には利息を付する。協議が整わなければ調停申立て。

⑤ 賃借人が口頭の提供や供託もしない場合もしくは著しく低額の賃料を支払っている場合は解除の余地がある

(2) 契約書で増額の金額、割合が規定されているとき

原則として有効

ただし、借地人から賃料減額請求権の行使は認められる（東地判平成7・1・24判タ890・250）。

最判平成15年6月12日土地賃料改定請求控訴、同附帯控訴事件（最高裁HP）

地代等自動改定特約と借地借家法11条1項

- ・ 地代等の額の決定は、本来当事者の自由な合意にゆだねられているのであるから、当事者は、将来の地代等の額をあらかじめ定める内容の特約を締結することもできる。
- ・ 地代等改定をめぐる協議の煩わしさを避けて紛争の発生を未然に防止するため、一定の基準に基づいて将来の地代等を自動的に決定していくという地代等自動改定特約も

基本的には同様

- ・ 地代等自動改定特約は、その地代等改定基準が借地借家法 11 条 1 項の規定する経済事情の変動等を示す指標に基づく相当なものである場合には、その効力を認めることができる。
- ・ 当初は効力が認められるべきであった地代等自動改定特約であっても、その地代等改定基準を定めるに当たって基礎となっていた事情が失われることにより、同特約によって地代等の額を定めることが借地借家法 11 条 1 項の規定の趣旨に照らして不相当なものとなった場合には、同特約の適用を争う当事者はもはや同特約に拘束されない。
- ・ このような事情の下においては、当事者は、同項に基づく地代等増減請求権の行使を同特約によって妨げられるものではない。

(地代等増減請求権) **第十一条** 地代又は土地の借賃(…)が、土地に対する租税その他の公課の増減により、土地の価格の上昇若しくは低下その他の経済事情の変動により、又は近傍類似の土地の地代等に比較して不相当となったときは、契約の条件にかかわらず、当事者は、将来に向かって地代等の額の増減を請求することができる。ただし、一定の期間地代等を増額しない旨の特約がある場合には、その定めに従う。

#### 4 立ち退き

##### (1) 契約解除

① 原則として当事者間の信頼関係が破壊された事情ないし賃借人において背信行為を行ったといえる事情が必要

##### ② 解除の要件

- ・ 賃借人に軽微とはいえ義務違反があること
- ・ 賃貸人が相当な期限を定めて債務の履行を催告すること  
無催告解除特約があっても、原則として催告は必要
- ・ 催告にも関わらず賃借人が期間内に債務の履行をしないこと
- ・ 賃貸人が解除の意思表示を行うこと

「○日以内に支払わなければ解除する」という意思表示も有効(「3日以内」が有効とされた裁判例もある)

※ 信頼関係が破壊されていることが明らかな場合は、無催告解除も認められる場合もあり(最判昭49・4・26民集28・3・467)

##### ③ 解除原因

ア 賃料不払い

- a 不払いの程度・・・家賃不払いの回数、延滞の事情等の一切の事情を斟酌して信頼関係の破壊の有無を判断
- b 1か月分の延滞程度は解除原因とは認められにくい（特に借地）

〔判例〕

賃料不払い（約17か月分）を理由とする土地賃貸借契約の催告解除について、背信行為と認めるに足りない特段の事情を認めた事例

「被告の背信性はさほど強いものではなく、加えてまた、原被告間の賃貸借関係が長期に及んでおり、しかもその間正常な関係が保たれてきたこと、被告及びAはその不注意と法律の無知から紛争を引き起こしたものの、その後供託もして、経済的問題もなく、信頼関係の復旧に努めていることに照らせば、催告期間中ないしその直後に、原告が被告に対し、賃料支払いについてしかるべき協議に応じていれば、正常な賃貸借関係の継続が十分可能であつたと考えられる。そうすると、結局本件の解除については原被告間の信頼関係を破壊しない特段の事情があるということができる」（東地平成元年12月27日判時1359号78頁）

イ 用法違反

- a 賃借人の善管注意義務
- b 事例
  - i) 乱暴使用 最判昭27・4・2民集6・4・451
  - ii) ペット飼育 東京地判昭62・3・2判時1262・117
  - iii) いかかわしい商売 最判昭33・1・14民集12・1・41
  - iv) 使用目的の変更 東京高判昭31・8・7下民7・8・2108

ウ 賃借権の無断譲渡・転貸（民612条）

背信行為と認めるに足りない特段の事情

- e. g. 賃借人たる個人企業が法人成りした場合

エ 無断増改築

- a 原則として用法違反となる（土地については禁止特約のある場合）  
ただし、信頼関係を破壊しない特段の事由があるときは、解除は認められない。
- b 解除の認否を左右する要素  
増改築の規模、原状回復の難易、増改築するやむを得ない事情の有無

オ 賃借人の破産が解除事由となるか（破産法改正に伴い、H17.1.1から（旧）民621が削除され、当然にはならないものとされた）

（参考）旧第621条〔賃借人破産による解約の申入れ〕賃借人が破産の宣告を受けたときは賃貸借に期間の定めがあると雖も賃借人又は破産管財人は第六百十七条の規定に依りて解約の申入を為すことを得此場合に於ては各当事者は相手方に対し解約に因りて生じたる損害の賠償を請求することを得ず

（期間の定めのない賃貸借の解約の申入れ）

第六百十七条 当事者が賃貸借の期間を定めなかったときは、各当事者は、いつでも解約の申入れをすることができる。この場合においては、次の各号に掲げる賃貸借は、解約の申入れの日からそれぞれ当該各号に定める期間を経過することによって終了する。

- 一 土地の賃貸借 一年
- 二 建物の賃貸借 三箇月
- 三 動産及び貸席の賃貸借 一日

（２） 立退料

① 性質

法律上の請求権ではないが、正当事由の有無の判断の資料となる（借地借家28条）。また、事実上、合意解約や明渡をスムーズに行うための方法として利用される。

② 具体的金額・・・移転実費や借家人が享受すべき経済的利益の補償

算定方法の規定はないが、契約解消に至る事情、建物の用途、借家権の評価額、移転費用等様々な事情を考慮して判断する

### (3) 自力救済の範囲

- ① 「賃貸借契約が終了した後も賃借人の家財道具その他の動産類が居室に残存していたときは、賃貸人は、これらを任意に処分することができる」「賃借人が賃料を1か月でも支払わなかったときは、賃貸人は、賃料の支払いがあるまで居室に施錠をすることができ、賃借人はこれに異議を述べない」などの自力救済条項の効力

原則として自力救済は禁止されるので、建物明渡の債務名義（判決等）を取得した上で強制執行手続きをとる必要がある。

#### ② 自力救済の要件

〔判例〕いわゆる自力救済とは、私人が司法手続によらず自己の権利を実現することであり、現在の私法上は、原則としては許されないものであるが、例外的に、事態が急迫して公権力による救済を待ついとまがなく、後になつては権利の実現が不可能または極めて困難な事情がある場合に限りはこれが許され、その場合には違法性が阻却される（東京地判昭和57年7月23日ジュリ797号3頁）

#### ③ 例外として認められる場合

建物の保全、衛生、防犯、防火救護その他建物の管理上必要があるときは、立入程度は認められうるが、債務不履行に基づく明渡まで自力救済によって認められる場合は想定しがたい。

〔判例〕浦和地判平成6年4月22日判タ874号231頁

建賃貸借契約書に、賃借人が賃料を一か月以上滞納した場合若しくは無断で一か月以上不在のときは、無催告で解除され、賃借人の室内の遺留品の所有権は放棄されたものとして、法の定める手続によらず処分することができるという自力救済条項があつても、賃借人の所有物（家財）を廃棄処分したことが違法であるとされた。また、顧問弁護士と相談し、自力救済が適法であるとの同弁護士の判断を信じただけで、廃棄処分に過失がなかつたとはいえない。単身生活者（成人男子）の家財が廃棄された場合の財産的損害を概ね二五〇万円と算定した。

〔判例〕札幌地判平成11年12月24日判時1725号160頁

建賃貸借契約に自力救済条項（「賃借人が賃借料の支払いを7日以上怠ったときは、賃貸人は、直ちに賃貸物件の施錠をすることができる。また、その後7日以上経過したときは、賃貸物件内にある動産を賃借人の費用負担において賃貸人が自由に処分しても、賃借人は、異議の申立てをしないものとする」）があつても、賃貸建物の管理会社の従業員が、右建物内に侵入したり、鍵を取り替えるなどしたことが違法であるとして、管理会社の不法行為責任が認められた事例（慰謝料10万円）

(4) 即決和解の利用

① 即決和解（起訴前和解）とは（民訴275条）

② 即決和解のメリット

ア 明渡強制執行のための債務名義となる（公正証書は明け渡しの債務名義とならない。民執22条5号）。

イ 貼用印紙が2000円と低廉

③ 明渡条項の記載に注意

借地期間満了時に土地を返還するという和解条項は、借地法11条に反して無効合意解除・明渡猶予の構成（ただし、長期間は問題）

即決和解により賃貸借契約をすることによって、賃料不払いによる解除の場合、強制執行が可能となる。

④ 管轄 相手方の住所地であるが、通常は合意により任意の簡裁を選択する。

(5) 訴訟、強制執行の方法

① 訴訟

- ・ 提訴（訴状の提出）→期日の呼出→第一回弁論期日→弁論・弁論準備・和解などが数回→証拠調（尋問1～2回）→判決
- ・ 賃借人が所在不明の場合の処理・・・公示送達（1回で結審）
- ・ 占有移転禁止仮処分が必要な場合（判決の実効性を確保）

② 強制執行

債務名義を得て実施。執行官に申し立てる。執行補助者が必要。残存家具の取扱いについて。

5 定期借家権（借地借家法の改正：平成12年3月1日施行）

（1）内容

① 定期建物賃貸借の内容

- ・ 期間を定めた建物賃貸借（1年未満でもよい。長期の制限もない）であること
- ・ 契約の更新がないこと（正当事由が不要）

② （公正証書による等）書面によらなければならない。（成立要件）

その結果、期間満了により終了した後に定期建物賃貸借を継続したいときは、再度新たに書面による契約を締結しなければならない。更新がない旨は明記が必要。

③ 書面による説明義務（説明のないときは、定期借家としては効力を生じない。通常の建物賃貸借となる）契約書とは別の書面であることが確実。「貸主」が、説明することになっているので、仲介業者に説明についての委任状を発行する。

④ 終了を賃借人に対抗する（明け渡しの請求ができる）ための要件

- ア 期間が1年以上の場合、期間満了の1年前から6月前までの間に通知をしたときは期間満了
- イ その後は、通知をした日から6月間経過

⑤ 賃料改定特約

定期借家権の場合、賃料増減額請求権の適用を排除できる。  
長期に及ぶ契約は、賃料改定のルールを定めておく。

⑥ 居住用の建物については、合意解約して、定期借家契約を締結し直すことはできない。

⑦ 中途解約は、賃借人から例外的な場合に認められる。（賃借人からの中途解約可能条項は有効）

居住用、床面積200㎡未満、賃借人の自己の生活の本拠、やむを得ない事由により自己の生活の本拠として使用することが困難になったこと

(2) 論点

① 一般条項の適用の有無

- ・終了に際して（権利濫用等）

② 定期建物賃貸借の継続方法

- ・改めて書面で契約を締結し直さなければならない。では、そのままにしてしまった場合はどうなる。

③ 「終了を対抗できない」とはどういう意味か。

(3) 利用の方法 メリット・デメリット

定期建物賃貸借の利点は、「期間満了により建物の返還を受けられること」、「1年未満または20年を越える賃貸借を設定できること」、「賃料額を固定できること」である。これらを生かせる形態の賃貸借に対して定期建物賃貸借は意味を持ってくる。

① 使えるケース

- ・所有地に賃借人のために建物を建てて、それを（20年を越える）長期で賃貸する。
- ・デベラパーに一括賃貸する際、賃料保証期間につき定期建物賃貸借として賃料非改訂特約を付する（賃料の安定化：最近のサブリース問題への対応）。
- ・売上げに応じた賃料算定方法の場合、売上げ低迷のテナントの入れ替えが容易。
- ・テナントに解約制限を設けることによって賃料を安定確保する。
- ・改築予定の建物を期間限定で賃貸する。
- ・海外赴任中、自宅を賃貸したい。
- ・近隣に迷惑をかける賃借人がしばしば入居してくる場合には、期間限定の賃貸借の方が対応しやすい。
- ・当面改築の予定されていない収益物件であっても中期、長期で将来の改築を考えておく。

② 注意点

- ・更新料はどうか。
- ・普通の賃貸借を定期建物賃貸借に変更するにはどうするか（居住用はダメ）。
- ・権利金、敷金がとりにくくならないか。
- ・期間はどのくらいが妥当なのか。
- ・保証人も改めて契約しなければ継続しない。
- ・継続する場合、再契約となるので、改めて契約書を作成しなければならないので（保証人も改めて署名捺印）、従来型に比べて管理がやや煩雑になる。

### ③ まとめ

通常の建物賃貸借に関する限り、更新料をもらって2年ごとに更新・賃料改定をしていく現行方法に比べて家主側にとって定期建物賃貸借が優れているとは必ずしもいえないのではないか。ただし、アパートの建て替えないし廃止が近づくに従って、借主との契約を徐々に定期建物賃貸借に切り替えていくという利用方法は考えられる。テナントビルであれば、賃料の安定確保などの観点から、入れ替え容易かつ解約制限が明確にできる定期借家の利用価値がある。

## 6 原状回復義務—範囲、特約の効力

① 通常の使用に伴う損耗は、貸主負担が原則（大阪高判H12. 8. 22 判タ1067-209）

② 特約により賃借人が修繕・原状回復義務を負うか。

裁判例は分かれる：(i)文言上の効力を認めるもの。(ii)故意過失、通常でない使用による損耗に限定されるとするもの。(iii)効力を否定するもの。

なお、オフィスビルにつき東高判H12. 12. 27（判タ1095-176）

③ 「賃貸住宅紛争防止条例」（東京都 H16. 10. 1施行）

退去時の通常損耗等の復旧は、貸主が行うことが基本であること

入居期間中の必要な修繕は、貸主が行うことが基本であること

賃貸借契約の中で、借主の負担としている具体的な事項

修繕及び維持管理等に関する連絡先

などについて書面の事前説明義務が設けられた。

## 7 借家の保証人

(1) 保証債務の範囲

未払賃料その他賃借人の債務不履行によって発生した全損害に及ぶ

ただし、身元保証法6条の類推その他信義則による制限

(2) 更新された場合の保証人の責任

原則として更新後も保証人の責任は継続する（最判平9・11・13判時1633・81）。

理由：建物賃貸借の更新は法律上も原則であるし、社会的にも常識なので、当初から

更新を予期すべき。更新時に保証人を改めて立てなければならぬのは家主に

不当に不利益（更新拒絶ができないにもかかわらず）。

(3) 賃料滞納の通知は必要か

(4) 保証人から保証契約解約の申し入れがあったときは

## 8 転貸借

- (1) 原則として賃貸人の承諾がないと賃貸借の解除事由であり、転借人は賃貸人に賃借権を対抗できない。
- (2) 賃貸人の同意がある場合、賃貸人賃借人の合意解除は転借人に対抗できない(最判)。
- (3) 賃借人の更新拒絶によって賃貸借は終了するが、転貸を目的とした賃貸借であること等の事情により、その終了を転借人に対抗できないことがある(最判H14.3.28)。

## 9 サブリース

### (1) 問題点

バブル以後の賃料低下により借り手側から事情変更の原則または借地借家法32条の賃料減額請求権に基づき保証家賃の減額請求がなされている。

**第32条**（借賃増減請求権）建物の借賃が、土地若しくは建物に対する租税その他の負担の増減により、土地若しくは建物の価格の上昇若しくは低下その他の経済事情の変動により、又は近傍同種の建物の借賃に比較して不相当となったときは、**契約の条件にかかわらず、当事者は、将来に向かって建物の借賃の額の増減を請求することができる。**ただし、一定の期間建物の借賃を増額しない旨の特約がある場合には、その定めに従う。

2 建物の借賃の増額について当事者間に協議が調わないときは、その請求を受けた者は、増額を正当とする裁判が確定するまでは、相当と認める額の建物の借賃を支払うことをもって足りる。ただし、その裁判が確定した場合において、既に支払った額に不足があるときは、その不足額に年一割の割合による支払期後の利息を付してこれを支払わなければならない。

3 建物の借賃の減額について当事者間に協議が調わないときは、その請求を受けた者は、減額を正当とする裁判が確定するまでは、相当と認める額の建物の借賃の支払を請求することができる。ただし、その裁判が確定した場合において、既に支払を受けた額が正当とされた建物の借賃の額を超えるときは、その超過額に年一割の割合による受領の時から利息を付してこれを返還しなければならない。

### (2) 下級審の動向

本サブリースはまさしく建物賃貸借であり、賃料保証および賃料増額特約があっても、借地借家法三二条が適用され、賃借人による賃料減額請求権の行使は認められる。（東京地判平10年2月26日）

本サブリース契約は、原告（賃借人・転貸人）のビル賃貸事業を中核とするもので、**建物賃貸**

借としての実体を備えているとはいえないので、借地借家法三二条に基づく賃料減額請求はできない。（東京地判平10年10月30）

東京高判平11年2月23日は、上記東京地判平10年2月26日の控訴審であるが、減額請求を認めながらも、賃料保証を重要な特徴とするサブリース契約であること、賃借人である不動産業者に信義則にもとる行為があったことなどが考慮され、差額の不利益につき一審判決が各五割の負担としたものの、不動産業者に7割の負担を認めた。

東京高判平11年10月27日（上記東京地判平10年10月30日の控訴審）  
本件契約締結時の基礎となっていた経済事情が著しく変更してしまうなどの特段の事情がない限り、単なる経済事情の変動があっても、本件契約条項の枠内で、双方の利益調整、損益分配を行うことを原則とし、法三二条の賃料増減額請求によっては双方の利益調整等を図らない旨の合意をしたと認められる。そして、本件契約が事業受託方式の契約であり、その当事者が、双方とも経済的合理性を具備した企業であることを考慮すると、右のような合意も有効であると認められる。しかし、本件契約の中心部分である本件建物部分の使用関係の法的性格は本件建物部分についての賃貸借契約であって、本件契約に法が適用されることは明らかであり、本件契約締結時の基礎となっていた経済事情が著しく変更し、本件建物部分の賃料が不当に高額になるなどの特段の事情がある場合には、前記合意の範囲外の問題として、控訴人は、法三二条に基づき、賃料減額請求権を行使することができるとし、賃借人からの減額請求を一部認容した（約定賃料と鑑定賃料との差額の3分の1の減額）。

東京高判平12年1月25日は、サブリース契約を事業委託的無名契約の性質を持つと解すべきで、当然に借地借家法の全面的適用があると解するのは相当ではないとする。満3年ごとの契約上の賃料調整条項の範囲内で借地借家法三二条の適用を認めた。

東京高判平14年3月5日は、①サブリースには借地借家法が適用される、②賃貸借が終了しても転借人の使用継続が保障されているときは、原則として借地借家法28条の正当事由が肯定され、賃借人は契約に従い自由に賃貸借を終了させることができる、③28条の正当事由が肯定されるときは、賃貸借に統制は必要なく、賃料の固定を自由に合意することができ、32条の請求権は認められない、④本事案においては、固定の合意をした賃料を事情の変化に応じて変更することを容認していたとは容易に認めがたいとして賃料減額請求を否定した。

（原審東地平13年6月20日は、サブリース契約に法32条の適用を認めたとうえで、本件は要件を満たさないとして減額請求を否定した。）

その他、最近の東京高裁の判例は、結論的に賃料減額請求を認めないものが複数見受けられる。最高裁（H14.9.12 上告・上告受理申立いずれも却下）の例は、減額請求権の行使が認められないとして、減額を否定した東京高裁に対するものであり、サブリース問題の解決に指針を与えるものではない。

### （３）最高裁

最判平成15年10月21日（三小）敷金請求本訴，賃料相当額確認請求反訴事件

（要旨）

- 1 いわゆるサブリース契約と借地借家法32条1項の適用の有無
- 2 いわゆるサブリース契約の当事者が借地借家法32条1項に基づく賃料減額請求をした場合に当該請求の当否及び相当賃料額を判断するために考慮すべき事情

（判旨）

・ 本件契約における合意の内容は、原告が被告に対して本件賃貸部分を使用収益させ、被告が原告に対してその対価として賃料を支払うというものであり、本件契約は、建物の賃貸借契約であることが明らかであるから、本件契約には、借地借家法が適用され、同法32条の規定も適用される。

・ 本件契約には本件賃料自動増額特約が存するが、借地借家法32条1項の規定は、強行法規であって、特約によっても適用を排除できないものであるから、当事者は、特約が存するとしても、そのことにより直ちに賃料増減額請求権の行使が妨げられるものではない。

・ なお、本件契約は、・・・いわゆるサブリース契約と称されるものの一つであると認められる。そして、本件契約は、被告の転貸事業の一部を構成するものであり、本件契約における賃料額及び本件賃料自動増額特約等に係る約定は、原告が被告の転貸事業のために多額の資本を投下する前提となったものであって、本件契約における重要な要素であった・・・。これらの事情は、本件契約の当事者が、当初賃料額を決定する際の重要な要素となった事情であるから、衡平の見地に照らし、借地借家法32条1項の規定に基づく賃料減額請求の当否（同項所定の賃料増減額請求権行使の要件充足の有無）及び相当賃料額を判断する場合に、重要な事情として十分に考慮されるべきである。

・ 減額請求の当否及び相当賃料額を判断するに当たっては、賃貸借契約の当事者が賃料額決定の要素とした事情その他諸般の事情を総合的に考慮すべきであり、本件契約において賃料額が決定されるに至った経緯や賃料自動増額特約が付されるに至った事情、とりわけ、当該約定賃料額と当時の近傍同種の建物の賃料相場との関係（賃料相場とのかい離の有無、程度等）、被告の転貸事業における収支予測にかかわる事情（賃料の転貸収入に占める割

合の推移の見通しについての当事者の認識等)、原告の敷金及び銀行借入金の返済の予定にかかわる事情等をも十分に考慮すべきである。

最判平成15年10月21日(三小)建物賃料改定請求事件

要旨:

賃貸借契約に基づく建物の使用収益開始前における借地借家法32条1項の規定に基づく賃料増減額請求の可否

借地借家法32条1項の規定に基づく賃料増減額請求権は、賃貸借契約に基づく建物の使用収益が開始された後において、賃料の額が、同項所定の経済事情の変動等により、又は近傍同種の建物の賃料の額に比較して不相当となったときに、将来に向かって賃料額の増減を求めるものと解されるから、賃貸借契約の当事者は、契約に基づく**使用収益の開始前に、上記規定に基づいて当初賃料の額の増減を求めることはできないものと解すべきである。**

#### 10 賃料の物上代位

抵当不動産の賃貸により抵当権設定者が取得する賃料債権に対し、抵当権者は、民法三七二条によって準用される同法三〇四条一項により物上代位権を行使することができる。これは、賃料債権が建物の価値の代替物の実質を有することによるものであり、管理維持に要する費用である共益費には物上代位は及ばない(東京高決H5.12.27)。

## 1 1 敷金・保証金をめぐる問題

### (1) 敷金の性質

「賃貸借契約における敷金契約は、授受された敷金をもって、賃料債権、賃貸借終了後の目的物の明渡しまでに生ずる賃料相当の損害金債権、その他賃貸借契約により賃貸人が賃借人に対して取得することとなるべき一切の債権を担保することを目的とする賃貸借契約に付随する契約であり、敷金を交付した者の有する敷金返還請求権は、目的物の返還時において、上記の被担保債権を控除し、なお残額があることを条件として、残額につき発生することになる。これを賃料債権等の面からみれば、目的物の返還時に残存する賃料債権等は敷金が存在する限度において敷金の充当により当然に消滅することになる。このような敷金の充当による未払賃料等の消滅は、敷金契約から発生する効果であって、相殺のように当事者の意思表示を必要とするものではないから、民法511条によって上記当然消滅の効果が妨げられないことは明らかである。」（最判平成14年3月28日）

\* 511条 支払の差止めを受けた第三債務者は、その後取得した債権による相殺をもって差押債権者に対抗することができない。

### (2) 敷金と保証金の相違

敷金は、賃貸借契約と密接不可分のものであり、建物明渡完了までに生じた延滞賃料や賃料相当損害金などを担保するもので、保証金は、敷金としての性格をも有するが、一方貸金的性格を有することもある。債権回収の観点からは、敷金部分以外は、貸金と考えて行動すべき。

### (3) 所有権の移転と返還義務の承継

敷金部分は新所有者に承継されるので、賃貸中の物件を購入する場合、売買代金の算定の際に考慮する必要がある。また、任意売買の場合には、保証金返還義務が承継されるのが通常。しかし、競売の場合は、保証金の承継に特段の合意がなされないため、競落人は、対抗できる賃借人に対して敷金の返還義務が生じるのみ。なお、民法・民事執行法の改正により短期賃貸借は、担保権者（競落人）に対抗できなくなったので、H16.4.1以降に設定される賃貸借は、短期であるか否かを問わず、敷金の返還を競落人に請求できない。

#### (4) 保証金の償却、返還

- ① 償却：予定期間前に退去した場合でも予定割合の償却ができるか。
- ② 返還時期：退去後何年にもわたる分割返還の約定は有効か。

#### (5) 保全措置

##### ① 物件調査の重要性

担保権の設定されている物件は、高額な保証金を入れてもその返還に不安が生じる。賃借する必要がある場合は、競落人に対抗できる短期賃貸借にとどめることはもちろんとしても他に何か保全の対策はないか。

なお、差押登記、保全登記のある物件は絶対に賃借してはならない（競落人等に対抗できない。敷金さえ戻ってこない）。

##### ② 契約書作成において注意すること

ア あまりに高額な場合は、賃貸借期間中一部を分割返還させる。

イ 保証金は建物明渡時に直ちに返還する旨の規定を明記する。

ウ 保証金の額を大きくしない（過去の判例から見てせいぜい賃料の7か月分程度。問題なく敷金と認められるのは3か月分と考えておくのが無難。10ヶ月分認められた事例：東地判H13.10.29金融法務1645号55頁）

エ 「賃借人は、（ある一定の事由が生じたときは）保証金をもって順次期限の到来する賃料その他本契約に基づく賃借人の債務の弁済と相殺する」旨の相殺予約条項（民法511条等の問題あり）

オ 「賃借人は、（ある一定の事由が生じたときは）退去に至るまで賃料を支払わないことができる」旨の条項の効果

##### ③ 保証金返還請求権の担保

ア 連帯保証人

イ 抵当権 後順位となるのが通常

ウ 相殺予約 実効性 物上代位との優先関係

[判例] 抵当権者が物上代位権を行使して賃料債権の差押えをした後は、抵当不動産の賃借人は、抵当権設定登記の後に賃貸人に対して取得した債権を自働債権とする賃料債権との相殺をもって、抵当権者に対抗することはできない。（最判平成13年3月13日）

##### ④ 事故の対処方法

ア 賃料債務を保証金返還請求権をもって相殺することにより回収する方法（法律上は困難）

大阪地判 平成5年8月4日 判時1497号105頁

**賃貸人が破産宣告を受けた場合、賃借人は、賃貸借契約を継続したままでは、敷金返還請求権を自動債権とし、賃料債務を受働債権として、相殺をすることはできない（破産法103条1項後段の解釈）**

イ 賃貸人破産の場合、管財人に寄託させる方法（新破産法第70条）

何か月分が敷金扱いとなるか管財人と交渉（民事再生法、会社更生法は法定6か月）

第70条 停止条件付債権又は将来の請求権を有する者は、破産者に対する債務を弁済する場合には、後に相殺をするため、その債権額の限度において弁済額の寄託を請求することができる。敷金の返還請求権を有する者が破産者に対する賃料債務を弁済する場合も、同様とする。

民事再生法92条（改正法）

2 ……再生手続開始当時再生債務者に対して負担する債務が賃料債務である場合には、再生債権者は、再生手続開始後にその弁済期が到来すべき賃料債務については、再生手続開始の時における賃料の六月分に相当する額を限度として、前項の債権届出期間内に限り、再生計画の定めるところによらないで、相殺をすることができる。

3 ……再生債権者が、再生手続開始後にその弁済期が到来すべき賃料債務について、再生手続開始後その弁済期に弁済をしたときは、再生債権者が有する敷金の返還請求権は、再生手続開始の時における賃料の六月分に相当する額の範囲内におけるその弁済額を限度として、共益債権とする。

ウ 担保による回収

エ 退去に至るまで賃料を支払わない（契約解除または差押債権者からの法的手続を受ける危険あり。）。

- ⑤ 賃貸人の支払不能等により敷金返還債務の期限の利益を失う旨の特約がある場合  
敷金返還請求権が履行可能になるので、同債務は新賃貸人に承継されない。（東京高判 平成11年8月23日 金融商事1077号30頁）